INSS 연구보고서 18-08

INSS
Research
Report

국제형사재판소법 개관

김상걸

국가안보전략연구원
Institute for National Security Strategy

06295 서울시 강남구 언주로 120 인스토피아B/D
Tel. 02-6191-1000 Fax. 02-6191-1111 www.inss.re.kr

비매품
93340
9 791196 569242
ISBN 979-11-965692-4-2

INSS 연구보고서 18-08
국제형사재판소법 개관
김상걸
국가안보전략연구원

INSS
Research
Report

INSS 연구보고서 18-08

국제형사재판소법 개관

김상걸

국가안보전략연구원
Institute for National Security Strategy

연구보고서 18-08

국제형사재판소법 개관

김상걸

국가안보전략연구원
Institute for National Security Strategy

국제형사재판소법 개관

김상걸

연구보고서 18-08

국제형사재판소법 개관

발 행 처 사단법인 국가안보전략연구원
발 행 인 조동호
주 소 06295 서울시 강남구 언주로 120 인스토피아B/D 13-18층
전 화 Tel. 02-6191-1000 Fax.02-6191-1111
홈페이지 http//www.inss.re.kr
인 쇄 일 2018년 12월
발 행 일 2018년 12월

편 집 한국학술정보(주) 031) 940-1118

I S B N 979-11-965692-4-2 93340
국제 형사 재판소[國際刑事裁判所]
361.57-KDC6 / 347.012-DDC23 CIP2018041182

가 격 비매품

※ 본지에 실린 내용은 집필자 개인의 견해이며, 본 연구원의 공식입장이 아닙니다.

목차

국문초록 6

Ⅰ. 서론 9

II. 조직구조 15
1. 재판부 16
2. 검찰부 18
3. 사무국 20

III. 관할권 및 재판적격성 판단 23
1. 개요 23
2. 관할권 판단 25
3. 보충성의 원칙과 재판적격성 판단 29
4. 관할권 및 재판적격성 판단의 실제: 예비조사 33

IV. 관할권 대상 범죄 39
1. 개요 39
2. 인도에 반한 죄 43
3. 전쟁범죄 51
4. 제노사이드 59
5. 침략범죄 70

V. 형사소송절차 79
1. 개요 79
2. '사건(case)'의 형성, 체포영장 신청 및 발부 81
3. 기소장 85
4. 증거개시 87
5. 혐의확인심리 88
6. 일심재판 90
7. 항소심재판 93

VI. 피해자 참여 및 보상 97
1. 개요 97
2. 피해자 참여 97
3. 피해자 보상 102

VII. 결론 105

Abstract 107

참고문헌 109

국문초록

2002년 7월 업무를 개시한 국제형사재판소(ICC)는 ‘제노사이드’, ‘반인도적 범죄’, ‘전쟁범죄’, ‘침략범죄’의 네 가지 핵심국제범죄에 대한 관할권을 행사하면서, 대규모 인권유린 사태를 일으킨 개인들에 대한 불처벌의 관행을 종식시키는 것을 목적으로 한다. 재판부, 검찰부, 사무국으로 구성되며, 유엔으로부터 독립된 유일한 영속적 국제형사사법기관인 ICC의 기본법인 로마규정에는 2018년 현재 123개국의 국가들이 가입해있다.

각국 국내사법기관들과의 역할분담의 정신을 담은 보충성의 원칙을 채택한 ICC는 국제범죄 처벌을 위한 국내사법기관들의 적극적 활동을 장려하면서, 국제범죄에 책임이 있는 최상위 책임자들에 대한 처벌에 집중한다. 또한, ICC는 피해자 및 증인의 보호, 피고인의 권리보장에 만전을 기하면서, 법의 지배를 통한 국제형사정의 실현의 선구자 역할을 수행하기 위한 면밀한 법적 체계 및 절차를 구비하고 있다.

ICC검사로 하여금 로마규정 당사국, 유엔안보리로부터의 관련 사안의 회부 또는 직권적 판단에 근거해 수사를 개시할 수 있도록 한 관할권 행사 체계는 당사국, 유엔, ICC 삼자의 역동적 협력 관계를 상정하고 있다. 보충성의 원칙에 입각하여 관련국의 행동이 없거나, 진정으로 수사 또는 기소를 행할 의지나 능력이 없을 경우에만 ICC의 관할권 발동을 인정하는 재판적격성 판단 체계는 주권존중 및 내정불간섭에 기반한 국제정치의 현실을 최대한 존중하면서도 법의 지배를 관철하겠다는 로마규정 입법자들의 의지의 표현이다.

ICC의 형사소송절차는 혐의확인심리, 일심재판 및 항소심재판의 세 가지 핵심적 연결고리로 이어지며, ICC의 획기적 기제로 여겨지는 피해자 참여 및 보상 제도는 범죄가 발생한 현지인들의 목소리가 ICC형사절차 전반에 반영되게 하고, ICC와 현지를 긴밀하게 연결시키고 있다.

핵심어: 국제형사재판소, 국제범죄, 로마규정, 불처벌의 종식, 보충성의 원칙

I

서론

그 누구도 원치 않았으나 시작되어 버렸고, 1,000만명 이상의 수많은 인명을 앗아간 제1차 세계대전의 그 참혹한 결과는 유럽국가들에게 전쟁의 개시 및 수행 과정에서 일어난 범죄적 행위에 대한 처벌 필요성을 각인시켰다. 유럽의 정치지도자들은 그러한 처벌을 위해 국제법을 사용하였고, 전후 제1차 세계대전의 종결을 위한 평화협정이었던 1919년 베르사유조약 제227조와 제228조는 각각 독일황제 및 여타 행위자들에 대한 국제법상 개인형사책임 추궁을 규정하게 되었다.[1)]

그 이전부터 오랫동안 해적, 노예상인, 전쟁범죄자 등에 대한 처벌이 있어왔지만 국제법이 명실상부하게 국제관계에 있어서 국가를 대표하여 행위한 개인들에게 국제법상 개인형사책임의 추궁 가능성을 조약을 통해 명확히 한 것은 이때가 처음이었다. 이러한 발전은 또한 국제법 전반에 있어 의미심장한 변화를 징표했다. 즉, 17세기 중반 유럽에서 웨스트팔리아 체제가 형성된 이후 수백 년간 국제법은 국가 간의 관계만을 규율하였고, 국제법상 권리와 의무의 주체는 오직 국가였다. 하지만, 제1차 세계대전은 국제법이 개인에게 직접 권리와 의무를 부과하고 직접 의무불이행에 대한 책임을 추궁할 수 있다는 새로운 사상이 발아된 전기가 되었다.

제1차 세계대전의 참상을 목격한 유럽의 지식인들이 품기 시작한 영속적 국제형사재판소의 설립이라는 꿈은 제2차 세계대전 직후의 한시적 국제형사재판소였던 뉴렘베르그와 동경의 국제군사법원(International Military Tribunal)의 짧은 활동과 길었던 동서간 냉전시기를 거쳐 1998년 국제형사재판소(이하 ICC)의 기본법인 로마규정(Rome

1) 20세기 초반기까지는 전쟁을 '선전포고'로 시작하여 '평화협정'으로 끝맺는 국제법상 전통적 도식이 어느 정도까지는 지켜졌다. 하지만 제2차 세계대전 이후로는 '선전포고' 없이 전쟁이 시작되고 '평화협정' 없이 전쟁이 종결되는 경우가 오히려 일반적인 경우가 되었다. 이에 대한 상설은, Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), pp. 32-64.

Statute)의 채택으로 그 열매를 맺게 되었다.[2] 사실 냉전의 와중에도 국제사회는 유엔을 중심으로 영속적 국제형사재판소의 설립을 꾸준히 준비하였고, 냉전 종식 후 1990년대 초중반에 발생한 舊유고슬라비아 내전과 르완다 제노사이드는 유엔안보리 결의를 통한 구유고국제형사재판소(이하 ICTY) 및 르완다국제형사재판소(이하 ICTR)의 설립을 촉발하였다. 각각 유럽과 아프리카에서 발생한 이 두 가지 충격적 사건들은 또한 영속적 국제형사재판소의 설립을 위한 논의를 가속화시켜 1998년의 로마규정 채택으로 이어졌다. 60개국의 비준이 완료되어 동 규정이 발효된 2002년 7월부터 본격적으로 업무를 시작한 국제형사재판소의 관련법과 실무행위에는 뉴렘베르그와 동경에서의 전범재판, 1994년 이후 최근까지 업무를 수행해온 ICTY, ICTR, 시에라레온특별재판소(SCSL), 캄보디아특별재판소(ECCC) 등의 광범위한 국제형사사법 활동이 집약적으로 반영되어 있다.

ICC는 한마디로 제노사이드(genocide), 인도에 반한 죄(crimes against humanity), 전쟁범죄(war crimes), 침략범죄(crime of aggression)의 네 가지 범죄를 저지른 개인에 대한 국제법상 형사책임을 묻는 국제기구이다. 일반적으로 이 네 가지를 핵심국제범죄(core international crimes) 또는 핵심범죄(core crimes)라고 칭한다. ICC의 설립취지는 로마규정 전문의 "국제공동체 전체의 관심사가 되는 가장 심각한 범죄들에 대해서는 불처벌이 [더 이상] 허용되어선 안 된다"라는 문구에 가장 잘 표현되어 있다.[3] ICC는 추상적 단체나 국가를 처벌하는 기관이 아니고, 각국 국내 형사법원의 경우처럼 개인을 처벌한다. 이는 유엔 산하 기관인 국제사법재판소(International Court of Justice, ICJ)가 오직 국가 대

2) 최태현, '국제형사재판소규정',「국제법학회논총」, 제43권, 1998.

3) 로마규정 전문상의 원문은 다음과 같다: "[...] the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished [...]".

국가 간의 사건만 다룰 수 있는 것과 대비된다.

세계 각국의 국내형사법의 경우처럼 오랜 기간에 걸쳐 형성된 성문법·불문법의 전통이 없는 국제형사법에 있어서는 여러 국제재판소들(특히, ICTY, ICTR 및 ICC)의 판례의 중요성은 결정적이라 할 수 있으며, 이러한 면에서 혹자들은 국제형사법을 '재판관들이 만든 법(judge-made law)'라고 칭하기도 한다.[4] 특히, ICTY 및 ICTR이 1994년경부터 20년이 넘는 기간 동안 만들어낸 수많은 판례들은 현대 국제형사법의 근간을 이루는 기념비라고 하겠다. 이와 관련하여 한 가지 언급할 점은 근래에 있어서는 세계 각국의 수많은 국제법 및 형사법 학자들이 뛰어난 연구성과물들을 통해 국제형사법의 '도그마틱(dogmatik)'을 형성해 가고 있다는 것이다.[5] 최근 20여년 동안 특히 서구 학자들이 보여 온 국제형사법에 대한 관심과 연구성과물들의 양과 질은 매우 인상적이라 하겠다.

한국에 ICC법 관련 저작 및 연구물이 많지 않은 현실에서, 이 연구물은 국제법·형법 전공자 뿐만 아니라 국제형사재판에 대해 알고자 하는 정부기관 및 비정부기구 종사자, 타전공 연구자, 일반인 등도 참고할 수 있는 안내서의 역할을 할 수 있도록 기획되었다.[6] 이러한 맥락에서 이 연

4) William Schabas, "Customary Law or Judge-Made Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals", in Jose Doria et al (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp. 75-101.

5) 도그마틱은 독일형법상의 개념으로 학자들의 학문적 성과를 말한다. 독일형법에 있어서 도그마틱의 중요성은 결정적인데, 법률 규정에 버금가는 지위를 누리고 있다. 국제형사법에 있어서의 도그마틱의 발전에 대해서는, George Fletcher, "New Court, Old Dogmatik", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, issue 1, 2011.

6) 국내에서 발간된 국제형사재판소에 관한 단행본으로는, 김영석,「국제형사재판소법강의」, 서울: 법문사, 2014; 김기준,「국제형사법」, 서울: 박영사, 2017. 가장 많이 사용되는 국제형사재판소 관련 해외 기본서는, William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017); Gerhard Werle & Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014); Antonio Cassese et al., *Cassese's International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

구물은 ICC의 기본법 및 실제 활동과 관련된 핵심적 주제들에 대한 개관을 제공하는데 주안점을 두었다. 집필에 있어서는 국제형사법상 용어들이 비전공자들에게는 낯설 수 있으므로, 최대한 쉽게 풀어 설명해 보도록 노력하였다.

Ⅱ

조직구조

1. 재판부
2. 검찰부
3. 사무국

ICC는 1998년 로마규정(Rome Statute)이라는 조약에 의해 설립되었고, 유엔으로부터 독립된 독자적인 국제기구이다. 이러한 점은 유엔 안보리 결의에 의해 설립되었고, 유엔의 산하 기관이었던 ICTY 및 ICTR과 ICC의 가장 큰 조직상의 차이점이라 하겠다. ICC를 설립한 1998년 로마 외교회의(Rome Diplomatic Conference)에는 160개국 대표단과 많은 비정부기구들이 참여하였다. 2018년 10월 현재 ICC의 기본법인 로마규정에는 123개 당사국(State Parties) 가입해 있으며, 이들은 매년 한 번씩 당사국총회(Assembly of State Parties)를 개최하여, ICC의 전년 회계를 감사하고, 차년도 예산을 승인하며, ICC의 활동에 대한 보고를 받고 중요 이슈들을 협의한다. ICC는 그 본부를 네덜란드 헤이그에 두고 있고,[7] 그 운용을 위한 예산은 당사국들이 내는 분담금과 각국 정부기관, 국제기구, 기업, 개인들로부터의 기부금으로 충당한다.

ICC는 크게 세 개의 내부 조직으로 나누어 볼 수 있는데, 재판부(Chambers), 검찰부(Office of the Prosecutor) 그리고 사무국(Registry)이 그 셋이다. 재판부와 검찰부는 법률가들이 그 중심 구성원인 반면, 사무국에는 주로 행정기능을 담당하는 인력들이 포진한다. 그 조직구조상 재판부와 밀접한 관련을 가지는 소장실(Presidency)은 검찰부를 제외한 여타 ICC 내부 조직들 관련 행정을 통할한다. 소장실은 대외적으로 ICC를 대표하며 재판관들의 업무를 조직하고 조정하는 역할을 한다. 소장실은 3년 임기의 소장 1인과 부소장 2인으로 구성되며 한번 연임이 가능한데, 소장 및 부소장은 18명의 재판관들 중에서 다수결로 선출한다. 재판부, 검찰부, 사무국을 ICC의 '기관(organ)'이라고 지칭한다.

7) 로마규정 제3조(1)항.

1. 재판부

재판부(Chambers)는 전심재판실(Pre-Trial Division), 일심재판실(Trial Division) 및 항소심재판실(Appeals Division)로 나뉜다. 소장실 소속의 3명의 재판관들을 포함한 총18명의 재판관들은 이 세 개 재판실로 나뉘어 배치되는데, 전심재판실에는 7인의 재판관, 일심재판실에는 6인의 재판관 그리고 항소심재판실에는 5인의 재판관을 둔다. 실제 구체적인 상황(situation) 또는 사건(case) 관련 사법기능은 재판부(Chamber) 단위로 행해지는데,[8] 전심재판부(Pre-Trial Chamber)는 3인의 재판관 또는 1인의 단독재판관,[9] 일심재판부(Trial Chamber)는 3인의 재판관 그리고 항소심재판부(Appeals Chamber)는 5인의 재판관으로 구성된다.[10] ICC재판관들은 당사국총회에서 선출되며, 형사법, 형사절차, 국제법 특히 국제인도법과 국제인권법 관련 지식이 중시된다. 또한 재판관 선출에 있어서는 법률체계(대륙법계/영미법계), 남녀성비, 각 대륙별 지역을 공정하게 대표할 수 있는 재판관 구성이 중요시된다.

전심재판부는 일심재판이 시작되기 이전의 모든 이슈들을 결정한다. 전심재판부는 (i) 검찰부가 행하는 수사 및 기소와 관련된 사법작용을 감독하고,[11] (ii) 수사가 진행되는 동안 피의자(suspects), 피해자(victims) 그리고 증인(witnesses)의 권리를 보호하고, (iii) 일심재판 전 사법절차 전반의 공정성을 유지하는 것을 그 주된 업무로 한다. 로마규정 제57조(2)(a)항은 검사가 '직권으로(*proprio motu*)' 행하고자하는 수사 개시에 대한 승인 등 전심재판부가 담당하는 주요결정은 반드시 3인으로 구성되는 전심재판부의 다수결에 의해야 하며, 동항에 규정되어 있지 않은 여타 업무들은 단독재판관이 관할할 수 있다고 규정하고 있다. 전심재판부의 가장 중요한 사법기능은 (i) 검사가 직권으로 행하고자 하는 수사개시에 대한 승인,[12] (ii) 체포영장 또는 소환장의 발부,[13] (iii) 혐의확인심리 주재 및 판결[14]의 세 가지를 들 수 있다.

특정 '사건(case)'을 담당하는 일심재판부는 전심재판부가 혐의확인심리을 통해 '기소장(document containing the charges)'에 기재된 혐의의 전부 또는 일부를 '확인(confirmation)'하였을 때 소장실이 구성하며, 3인의 재판관으로 구성된다.[15] 이렇게 구성된 일심재판부는 그 시점 이후 모든 사법절차에 관한 책임을 지게 된다.[16] 일심재판부의 가장 중요한 기능은 신속하고 공정한 재판의 진행, 피고인 권리의 보장 그리고 피해자와 증인의 보호로 요약될 수 있다.[17] 재판이 끝난 후 일심재판부는 피고인의 유무죄를 결정하며, 유죄가 결정된 경우 종신형 또는 30년 이하의 징역형 및 벌금형을 선고할 수 있다.[18] 특히, 일심재판부는 유죄판결을 받은 피고인으로 하여금 범죄 피해자들에 대한 보상을 하도

8) 로마규정 제39조(2)(a)항은 "재판소의 사법기능은 각 실 안에서 재판부들에 의해 행해져야 한다(The judicial function of the Court shall be carried out in each division by Chambers)"라고 규정하고 있다. '상황' 및 '사건' 개념에 대하여는 아래 섹션 III.1. 참조.

9) ICC실무에서는 전심재판부의 단독재판관을 'single judge'라고 칭한다.

10) 로마규정 제39조(2)(b)항 참조.

11) 적극적 의미의 감독이 아님을 주의하여야 한다. 수사 및 기소와 관련된 결정들은 검사가 독자적으로 하며, 로마규정이 특별이 규정하는 예외적인 경우에만 전심재판부의 법적 통제가 가능하다.

12) 로마규정 제15조(3)항. 검사가 로마규정 제13조(a)항 또는 (b)항에 근거하여 당사국 또는 유엔 안보리가 어떤 '상황(situation)'을 검사에게 송부한 경우의 검사의 수사는 전심재판부의 승인 없이 개시될 수 있다. 아래 섹션 III.2.가. 참조.

13) 로마규정 제58조.

14) 로마규정 제61조.

15) 로마규정 제61조(11)항.

16) 로마규정 제61조(11)항.

17) 로마규정 제64조(2)항.

18) 로마규정 제77조.

록 명령할 수 있다.[19] 일심재판부의 판결 대상은 전심재판부가 혐의확인심리를 통해 확인한 공소사실이며 이를 넘어설 수 없다.[20] ICC 실무에 있어서, 일심재판부의 판결문은 "[로마]규정 제74조에 따른 판결문(Judgement pursuant to Article 74 of the Statute)"이라고 불린다.

항소심재판부는 ICC의 소장(president)과 4명의 재판관들로 구성된다. 사건의 모든 당사자들은 각종 실체법적 및 절차법적 이슈들에 대하여 직권으로 항소를 제기하거나 관련 결정을 내린 전심재판부 또는 일심재판부의 '허락(leave)'을 얻어 항소를 제기할 수 있다.[21] 전심재판부의 혐의확인판결 및 일심재판부의 최종판결 만이 항소의 대상이 되는 것이 아니고, 전심재판절차 또는 일심재판절차 진행 중 담당 재판부가 결정을 내리는 다양한 실체법적, 절차법적 또는 증거법적 이슈들에 대하여도 항소제기가 기본적으로 가능하다는 점에 주의하여야 한다. 이를 '임시항소 또는 중간항소(interlocutory appeal)'라고 부르는데, 이러한 넓은 범위의 항소제기 가능성은 국제형사절차 종결까지 매우 긴 시간이 소요되는 이유 중 하나이기도 하다.

2. 검찰부

검찰부(Office of the Prosecutor, OTP)는 ICC 내에서 담당 사법기능 뿐 아니라 그 내부 행정에 대하여도 독립성을 보장받는다. 검찰부는 흔히 약어로 OTP라고 불린다. 검찰부의 기본적 기능은 ICC가 관할

19) 로마규정 제75조. 아래 섹션 VI.3. 참조.
20) 로마규정 제74조(2)항.
21) 로마규정 제81조 및 제82조. 아래 섹션 V.7. 참조.

권을 갖는 네 가지 핵심국제범죄 관련 사안의 정보를 받아 분석하고 수사, 기소, 공판 관련 업무를 수행하는 것이다. 특히 로마규정 제54조(1)항은 검찰부 업무수행의 기본원칙으로 '객관성의 원칙(principle of objectivity)'을 천명하면서, 검사는 "진실을 규명하기 위해서 '피고인의 유죄를 드러내는 정황(incriminating circumstances)'과 '피고인의 무죄를 드러내는 정황(exonerating circumstances)' 양자 모두를 "균등하게(equally)" 수사하여야 한다고 한다.[22]

검찰부는 세 개의 '실(division)'이 그 주축을 이루는데, '수사실(Investigation Division)', '검찰실(Prosecution Division)'과 '관할권, 보충성 및 협력실(Jurisdiction, Complementarity and Cooperation Division)'이 그 셋이다. '수사실'은 직접 현장으로 나가 증거를 수집하고, 증인을 심문하고 증인조서를 작성한다. '검찰실'은 수사를 통해 수집된 증거를 분석하고, 재판에 회부할 피의자/피고인을 특정하여 '사건(case)'을 구성하고, 전심재판부, 일심재판부, 항소심재판부에서의 공판업무를 담당한다. 검찰부 내부에서 'JCCD'라는 약자로 불리는 '관할권·보충성 및 협력실'은 검찰부 내에 존재하는 외교부에 비유될 수 있는데, 검찰부를 대표하여 당사국, 국제기구, 비정부기구 등 외부와의 연락 및 협력을 담당한다. 특히, '관할권, 보충성 및 협력실'은 검찰부가 행하는 '예비심사(preliminary examination)'의 개시, 진행 및 관련 결론 도출(수사개시 또는 수사불개시) 과정에서 주도적 역할을 수행한다.

22) 이러한 검사의 객관성 원칙은 독일에서 비롯된 것으로서 주로 대륙법계 국가들이 채택하고 있다. 우리나라에서도 검사의 객관의무가 대체적으로 인정되고 있다. 이재상,「신형사소송법」, 서울: 박영사, 2008, p. 103 참조.

3. 사무국

사무국(Registry)은 재판부와 검찰부의 효율적이고 원활한 사법기능 수행을 위한 행정지원 전반을 담당하며 사무총장(Registrar)이 그 업무를 총괄한다. 사무국의 업무는 크게 '사법지원(judicial support)', '대외관계(external affairs)', '일반행정(management)'의 세 가지로 나누어 볼 수 있다. '사법지원' 업무와 관련하여, 사무국의 가장 핵심적인 책임은 사법절차 진행 및 재판기록의 관리이며, 이에 더하여 피고인 및 피해자들을 대표하는 변호사들에 대한 지원, 증인보호, 피해자의 사법절차 참여 및 보상청구 지원의 업무를 수행한다. 사무국에는 이러한 '사법지원' 기능을 위해 특화된 부서들이 있다.[23] 일반행정과 관련해서는 총무, 인사, 예산·재무, IT, 현지활동 지원, 재판진행, 구치 및 수감, 통역·번역 기능을 담당하는 전문 부서들을 두고 있다.[24] 또한 사무국은 대외적으로 ICC를 대표하여 외부와의 소통을 담당하고 ICC의 활동을 홍보하는 역할을 한다. 주의할 점은 검찰부의 경우 그 독립성 보장을 위해 자체적으로 인사, 예산, IT, 대외홍보 등의 기능을 하는 제한된 범위의 일반행정 부서들을 별도로 가지고 있다는 것인데,[25] 이 부서들은 사무국과 긴밀한 협의를 통해 관련 업무들을 수행한다.

23) '피해자 및 증인과(Victims and Witnesses Unit)', '변호인지원과(Defence Support Section)', '피해자 참여 및 보상과(Victims Participation and Reparations Section)' 등이 이러한 부서들에 해당한다. 주의할 점은 '변호를 위한 공익법무실(Office of the Public Counsel for the Defence)'과 '피해자들을 위한 공익법무실(Office of the Public Counsel for Victims)'인데, 이들 두 부서는 다만 행정적으로 사무국에 속해있을 뿐 그 실체적 업무에 있어서는 사무국으로부터의 독립성을 보장받는다. 이들 두 부서는 ICC에서의 모든 형사절차에 있어서 각각 피의자·피고인 및 피해자의 권리를 보호하기 위한 업무를 수행한다.

24) 국제재판소인 ICC에서는 모든 재판은 영어와 불어로 동시통역이 이루어지며, ICC 통번역 부서는 그 외에도 링갈라어(Lingala), 상고어(Sango), 스와힐리어(Swahili), 자가와어(Zaghawa) 등 아프리카 토착언어들에 대한 통역을 제공해 왔다. 동시통역의 정확성을 위해, 실제 재판진행시 통역관들은 심심치 않게 재판관, 검사 등의 말을 끊고 그들에게 천천히 말해 달라고 요구하기도 하며, 통역관들의 휴식시간을 담보하기 위해 대부분의 경우 재판관들은 정해진 재판 진행 시간표를 철저히 준수한다.

25) 이 부서들을 통할하는 검찰부 내의 조직이 '지원부(Service Section)'이다. 특히, 검찰부는 증거 수집·등록·분석을 위한 별도의 서버 등 기자재 및 소프트웨어들을 보유·사용하므로 검찰부 내의 IT부서의 역할은 매우 중요하다. 예를 들어, 공정한 형사재판을 위한 핵심사법업무 중 하나인 증거개시(disclosure) 업무는 검찰부 내 법률가과 IT부서의 긴밀한 협력을 통해 진행된다.

Ⅲ

관할권 및 재판적격성 판단

1. 개요
2. 관할권 판단
3. 보충성의 원칙과 재판적격성 판단
4. 관할권 및 재판적격성 판단의 실제: 예비조사

1. 개요

ICC의 형사절차는 예비조사, 수사, 기소, 혐의확인심리, 일심재판, 항소심재판의 단계들을 거치게 되는데, 전심재판부에서의 혐의확인심리를 제외하고는 그 큰 그림에 있어서 우리나라의 국내 형사절차와 큰 차이점이 없다. 아래에서 예비조사 및 수사개시 결정 단계와 밀접히 관련되는 관할권 및 재판적격성 판단에 대해 알아보기로 한다.

우리나라를 비롯한 현대적 형사사법체계를 구축하고 있는 모든 국가들의 경우, 어떤 범죄사실을 인지하고 수사개시여부를 결정하고 정식수사를 통해 기소함으로써 사건을 법원의 판단으로 넘기기까지의 모든 일은 경찰·검찰(또는 이와 유사한 기관들)이 담당하고 있듯이, ICC에도 이에 상응하는 모든 과정을 책임지고 관련 결정을 내리는 주체는 검찰부(Office of the Prosecutor)이다. ICC검찰부가 어떤 사안에 대해 형사사법권을 행사할 것인지를 결정하는데 있어서는 최우선적인 두 가지 고려사항이 있는데, 첫째는 관할권(jurisdiction) 관련 고려이고 둘째는 재판적격성(admissibility) 관련 고려이다. 여기서, 관할권 관련 고려는 관할권 귀속 여부에 대한 결정과 관할권 행사 여부에 대한 결정으로 나누어지고, 재판적격성 관련 고려는 보충성의 원칙 충족 여부에 대한 결정과 중대성(gravity)의 원칙 충족 여부에 대한 결정으로 나우어진다. 이를 표로 나타내면 다음과 같다.

관할권(jurisdiction) 관련 고려	재판적격성(admissibility) 관련 고려
관할권 귀속 여부에 대한 결정 + 관할권 행사 여부에 대한 결정 분석객체: 상황(situation)	보충성 충족 여부에 대한 결정 + 중대성 충족 여부에 대한 결정 분석객체: 사건(case)

ICC검찰부가 행하는 관할권과 재판적격성에 대한 이 두 가지 분석·결정 단계의 구별에 있어서는 '상황(situation)'과 '사건(case)'이라는 두 가지 개념에 대한 구분에 주의하여야 한다. '상황'은 '사건'과 구분되는데, 실례를 들어보면 두 개념 사이의 차이를 쉽게 이해할 수 있다. 2018년 10월 현재 ICC검찰부가 정식으로 수사를 개시하여 관련 절차를 진행 중인 '상황'은 총11개이고, '사건'은 총23개인데,[26] 그 11개의 '상황'에는 국가명칭으로 이름이 붙어있고, '사건'들은 피의자 또는 피고인 개인의 이름으로 불리어지고 있다. 즉, '상황'은 '사건'의 상위개념으로서 한 개의 '상황'은 여러 개의 '사건'들을 포함할 수 있는 것이다. 반면에, '사건'은 '상황'의 하위개념으로서, 어떠한 '상황'에 대한 검사에 의한 수사가 어느 정도 진행되어 수사와 기소의 대상이 되는 개인, 즉 피의자가 특정된 경우에만 성립 가능한 개념이다. 예를 들어, 콩고민주공화국 '상황'(situation)에 속하는 세 개의 '사건'은 루방가 사건(Lubanga case), 카탕가 사건(Katanga case), 그리고 은타간다 사건(Ntaganda case)의 셋이고, 이 세 개의 사건들은 루방가, 카탕가, 은타간다라는 3명의 개인 각자가 콩고민주공화국 영토 안에서 저지른 범죄들을 다루고 있다.

ICC검찰부가 수사를 개시하였다는 것은 관련 상황과 사건이 로마규정상의 관할권과 재판적격성 판단 기준들을 통과하였다는 의미이다. 과연 그 판단 기준들은 무엇일까? 아래에서는 관할권에 대한 고려와 재판적격성에 대한 고려의 구체적 내용이 무엇인지 살펴보도록 한다.

26) ICC홈페이지 참조, http://www.icc-cpi.int.

2. 관할권 판단

먼저 관할권 관련 고려에 속하는 두 가지 결정 사항에 대해 살펴보면, 첫째는 밖으로부터 ICC로 향하는 관할권 귀속 여부에 대한 판단이고, 둘째는 ICC로부터 밖으로 향하는 관할권 행사 여부에 대한 판단이다. 관할권 귀속 여부에 대해서는 로마규정 제13조가 규정하고 있으며, 관할권 행사 여부에 대해서는 로마규정 제5조(관할권 대상 범죄), 제11조(시간적 관할권) 그리고 제12조(관할권 행사의 전제조건)가 규정하고 있다.

가. 관할권 귀속구도

로마규정 제13조가 규정하고 있는 관할권 귀속구도를 관련 실무가들과 학자들은 '방아쇠 메커니즘(triggering mechanism)'이라고 부르는데 이는 어떤 '상황(situation)'을 ICC로 쏘아준다, 넘겨준다, 회부한다는 의미를 담고 있다.[27]

제13조 상 어떤 상황을 ICC로 쏘아줄 수 있는 주체는 셋인데, (i) 로마규정 당사국, (ii) 유엔안보리, 그리고 (iii) 당사국과 안보리 이외의 개인 또는 단체이다. 제13조(a)항은 당사국의 회부(referral)에 의한 관할권 귀속, (b)항은 유엔안보리의 회부에 의한 관할권 귀속, 그리고 (c)항은 여타 개인 또는 단체의 고발 또는 신고를 통한 관할권 귀속을 규정하

27) '방아쇠 메커니즘'에 대한 상설은, Hector Olasolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2005) 참조.

고 있다.[28] 여기서 주의할 점은 "검사(Prosecutor)"라는 다소 불분명한 제목이 붙여져 있는 제15조는 제13조(c)항의 개인 또는 단체의 고발 또는 신고에 의한 관할권 귀속의 경우를 검사의 '직권에 의한 인지수사개시(*proprio motu*)'로 해석하여 규정하고 있다는 점이다.[29]

제13조가 규정하고 있는 세 가지 경로 모두 ICC검찰부의 예비심사(preliminary examinations)를 거쳐 수사개시 여부가 결정된다. 좀 더 상세히 말하자면, 로마규정 제13조(a)항 또는 (b)항에 근거하여 당사국 또는 안보리가 어떤 상황을 ICC로 회부한 경우, ICC검찰부는 예비심사를 거쳐 그 상황에 대한 수사개시 여부를 전심재판부의 승인 없이 독자적으로 결정한다. 이러한 독자적 결정권의 부여는 당사국 또는 안보리의 회부 결정의 존재가 어느 정도 검사의 관련 수사개시 결정에 객관적 배경을 부여한다고 보기 때문이다. 하지만, 제13조(c)항이 규정하는 검사의 '직권에 의한 수사개시'의 경우에는 검사가 독자적으로 수사개시를 결정할 수 없고, 제15조(3)항이 규정하는 바에 따른 전심재판부의 허가를 얻어야만 비로소 수사가 개시되게 된다.[30] 이는 검사가 정치적인 이유를 가지고 독단적으로 수사를 개시하는 것을 방지하기 위한 법적 기제이다.

2018년 10월 현재 ICC검찰부가 수사를 개시한 총11개의 상황(situation) 중 5개의 상황(우간다, 콩고민주공화국, 중앙아프리카공화국, 말리, 중앙아프리카공화국II)은 당사국 자신의 회부에 의해, 2개의 상황(수단의 다퍼지역 및 리비아)은 유엔안보리의 회부에 의해, 그리고 나머지 4개의 상황(케냐, 아이보리코스트, 조지아, 부룬디)은 검사의 직권수사개시(*proprio motu*) 권한에 근거해 관할권이 귀속되었다. 이렇게 관할권이 귀속된 총11개의 상황에 대한 수사를 통해 현재까지 총23개의 사건(case)들에 대한 형사절차가 진행 중이거나 종료되었다.

당사국의 회부를 통한 관할권 귀속과 관련하여 한 가지 주의할 점은 현재까지 이 기제를 통해 ICC로 회부된 5개의 상황(우간다, 콩고민주공화국, 중앙아프리카공화국, 말리, 중앙아프리카공화국II)은 모두 당사국 자신이 자기 국가에서 발생한 상황을 회부한, 소위 '자기 회부(self-referrral)'였다는 점이다. 하지만, 로마규정 제13조(a)항에 근거한 당사국의 회부에 의한 관할권 귀속기제는 자국이 아닌 여타 당사국에서 일어난 상황을 ICC로 회부하는 것도 허락한다. 그러나, 내정불간섭의 원칙이라는 국제관계의 대전제가 어느 정도 그 힘을 유지하고 있는 현실에서 이러한 타국 상황에 대한 회부는 실제 발생할 개연성이 거의 없다고 하겠다.

나. 관할권 행사구도

이제 ICC 관할권 행사의 조건들을 시간적 관할권, 지역적 관할권, 인적 관할권, 그리고 물적(범죄) 관할권의 네 가지 측면에서 살펴보도록 한다.

먼저 시간적 관할권을 규정하고 있는 로마규정 제11조는 ICC가 로마규정이 발효된 이후에 저질러진 범죄에 대하여만 관할권을 가짐을 천명하고 있다. 1998년 로마외교회의(Rome Diplomatic Conference)에서 채택된 로마규정은 2002년 7월 1일 발효되었으므로 이 날 이후에 발

28) ICC실무상 개인 및 단체의 고발 또는 신고는 'communication'이라는 용어로 통칭된다. 이 communication들은 ICC의 검찰부가 분석하며, 필자가 ICC에 근무하던 2000년대 중후반에는 일 년에 800~1,000건 정도의 communication이 검찰부에 도착하였다. 이 중 대부분은 ICC가 물적관할권을 가지는 네 가지 범죄와는 상관없는 내용에 대한 것이었다. 이 경우에도 검찰부는 communication을 보내준 개인 또는 단체에 답신을 보내 ICC에 관할권이 없음을 고지하였다.

29) 라틴어 '*proprio motu*'는 '자기 자신의 판단으로'라는 뜻으로 로마규정 제15조(1)항과 제15조의 2에서 사용되고 있다.

30) 로마규정 제15조(3)항.

생한 범죄만이 ICC관할권행사의 대상이 될 수 있다.[31)]

둘째로, "관할권 행사의 전제조건(Precondition to the exercise of jurisdiction)"이라는 제목의 로마규정 제12조(2)항은 지역적 관할권 및 인적 관할권에 대하여 규정하고 있는데, 범죄발생지가 당사국이거나 범죄인의 국적이 당사국인 경우에만 ICC가 관할권을 행사할 수 있다고 한다. 이 조항과 관련하여 주의할 점은 이 지역적 및 인적 관할권 행사조건은 제13조(a)항 및 (c)항의 경우, 즉, 당사국에 의한 회부 또는 개인이나 단체의 고발 또는 신고를 통한 관할권 귀속의 경우에만 적용된다는 것이다.[32)] 다시 말해, 제13조(b)항이 규정하고 있는 유엔안보리의 회부에 의한 관할권 귀속의 경우에는 제12조(2)항이 규정하는 지역적 및 인적 관할권 행사조건이 적용되지 않는다. 즉, 유엔안보리가 유엔헌장 제7장 상의 권한에 의거한 결의를 통해 어떤 상황을 ICC로 회부한 경우, 모든 유엔회원국은 ICC당사국인지 아닌지의 여부에 관계없이 ICC의 수사대상이 되며 수사에 협조할 의무를 지는 것이다. 현재까지 ICC가 유엔안보리로부터 어떤 상황을 회부 받은 것은 수단(다퍼지역) 및 리비아의 두 가지 경우인데, 두 나라 다 ICC의 당사국이 아니었고 따라서 제12조(2)항 상의 '범죄발생지'와 '범죄인의 국적'에 관한 두 가지 관할권 행사의 전제조건이 충족되지 않았다. 하지만 제13조(b)항에 근거한 유엔안보리의 회부가 있었고, 따라서 제12조(2)항 상의 두 가지 조건이 적용되지 않음으로써 ICC는 수단과 리비아에 대한 관할권을 행사할 수 있었다.

셋째로, ICC의 물적(범죄) 관할권은 실체법적으로 ICC가 관할권을 행사할 수 있는 대상 범죄에 대한 것인데, 로마규정 제5조(Crimes within the jurisdiction of the Court)가 규정하고 있는 제노사이드, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 및 침략범죄의 네 가지 범죄에 대해서만 관할권을 행사할 수 있다는 것이다. 제5조는 ICC의 관할권은 국제사회 전체에 영향을 미칠 수 있는 "가장 심각한 범죄에 한정된다"고 규정하고 있다. 국제형사재판소의 제한된 물적, 인적 자원과 국제형사재판에 들어가는 시간 등을 고려할 때 ICC의 물적 관할권 대상 범죄를 이렇게 가장 심각한 범죄에 한정하는 것은 불가피하며 또한 바람직하다고 할 것이다.

31) 제11조(2)항은 어떤 국가가 로마규정 발효일 이후에 ICC당사국이 된 경우에는 그 국가에 대하여 로마규정이 발효된 날(예를 들어, 비준일) 이후에 저질러진 범죄만이 ICC관할권행사의 대상이 된다고 규정하고 있다.

32) 제12조(2)항 서두 문구 참조("In case of article 13, paragraph (a) or (c), the Court may exercise [...])".

3. 보충성의 원칙과 재판적격성 판단

앞서 언급했듯이, 유엔헌장 제7장을 근거로 하여 유엔안보리의 결의를 통해 설립된 ICTY 및 ICTR과 달리 ICC는 로마규정이라는 다자간 조약에 기반한 국제기구로서 유엔 소속이 아니다. ICTY 및 ICTR과 ICC의 가장 중요한 차이점은 이들 각각과 국내사법기관과의 관계에서 찾을 수 있다. 즉, ICTY와 ICTR은 유엔안보리가 가지고 있는 유엔헌장 제7장 상의 권한(즉, 회원국들에게 강제력을 부과할 수 있는 권한)에 근거하여 설립되었기 때문에 국내사법기관의 관할권에 우선하는 힘을 가지는데 반해, ICC의 관할권은 국내사법기관의 관할권을 보충하는 지위에 그친다. 즉, ICC의 관할권 대상 범죄인 네 가지 핵심국제범죄의 처벌에 대한 일차적 책임은 각국의 국내사법기관들에게 있으며, ICC는 그들이 그 책임을 다하지 못하는 경우에만 예외적으로 개입할 수 있다는 것이다. 환언하면, (i) 해당국가가 아무런 사법적 행동을 취하고 있지 않거나, (ii) 국내 사법체계가 무너져 정상적인 수사나 재판이 불가능하거나, (iii) 어떤 개인에 대한 수사 또는 재판절차가 정당한 사유 없이 지연되거나, (iv) 그 사람을 보호하는 구실로 국내형사절차를 악용하는 경우가 그 구체적

인 예가 될 수 있을 것이다. ICC가 국내사법기관이 정상적으로 작동하지 않는 경우에만 보충적·예외적으로 그 형사사법권을 행사한다는 이러한 성격을 '보충성의 원칙(principle of complementarity)'이라고 하는데, 이 원칙은 ICC의 기본법인 로마규정 상의 가장 중요한 원칙 중 하나로서 로마규정 전문 및 제1조에 규정되어 있다.[33] 이 원칙이 의미하는 바는 해당 사안에 대한 관할권을 가지고 있는 국가가 아무런 행동을 하고 있지 않거나, "진정한(genuine)" 수사 또는 기소를 할 수 있는 능력이 없거나 의지가 없을 경우에만 ICC에서의 '재판적격성(admissibility)'이 인정된다는 것이다.

재판적격성에 대해 규정하고 있는 로마규정 제17조의 핵심적 역할은 로마규정 상 가장 중요한 원칙인 보충성의 원칙을 실제적으로 적용하는 것이다.[34] 이 역할에 더불어 제17조 상의 재판적격성의 검토는 해당 사건이 ICC의 사법작용 개시를 정당화할 정도의 '중대성(gravity)'을 가지고 있는지에 대한 판단도 요구한다.[35] 요컨대, 제17조 상의 재판적격성 검토는 보충성의 원칙이 준수되었는지의 여부 및 중대성 판단의 두 가지 부분으로 이루어져 있다.[36]

먼저, 제17조 상의 보충성의 원칙의 실제 적용은 다음의 두 가지 방식으로 행해지게 된다.

- 해당 사건이 정당한 관할권을 행사하는 국가에 의해 수사 또는 기소되고 있는 때에는, 그 국가가 진정한 수사 또는 기소를 수행할 의지가 없거나 능력이 없는 경우를 제외하고는 ICC에서의 재판적격성은 인정되지 않고, 따라서 ICC의 개입은 허락되지 않는다.[37]
- 해당 사건이 정당한 관할권을 가진 국가에 의해 수사되었고 그 국가가 피의자를 기소하지 않기로 결정한 경우에는, 그 결정이 진정한 기소를 할 의지 또는 능력의 부재로부터 기인한 것인 경우를 제외하고는 ICC에서의 재판적격성은 인정되지 않고, 따라서 ICC의 개입은 허락되지 않는다.[38]

33) 로마규정 전문("본 규정 하에 설립되는 국제형사재판소는 국내형사관할권에 보충적임을 강조하면서…"), 로마규정 제1조("[…] [국제형사재판소는] 영속적 기구이며 … 국내형사관할권에 보충적이다…").
34) 로마규정 제17조(1)(a) 및 (b)항, (2)항, (3)항.
35) 로마규정 제17조(1)(d)항.
36) *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06, Decision on the Prosecutor's Application for Warrant of Arrest, Article 58, 10 February 2006, para. 29.

여기서 해당 국가의 진정한 수사 또는 기소에 대한 '의지의 부재(unwillingness)'에 대한 판단을 위해서는 (i) 해당 범죄에 대한 형사책임으로부터 피의자를 보호하려는 의도가 있었는지, (ii) 관련 국내형사절차의 정당화될 수 없는 지연이 있었는지, 또는 (iii) 관련 국내형사절차가 비독립적으로 또는 불공평하게 행해졌는지의 세 가지를 고려하여야 한다.[39]

한편, 해당 국가의 진정한 수사 또는 기소에 대한 '능력의 부재(inability)'에 대한 판단을 위해서는 해당 국가의 국내사법제도가 전부 또는 일부 붕괴하였는지 또는 붕괴하지는 않았더라도 그 사법제도를 활용할 수 없는 사정이 있는지를 고려하여야 한다.[40]

이 '의지의 부재' 또는 '능력의 부재'에 대한 검토는 해당 국가가 수사 또는 기소를 진행 중이거나 진행하였을 때 검토되게 된다. 그렇다면, 관할권을 가지고 있는 관련국이 아무런 행동도 취하지 않는 경우는 어떻게 되는가? ICC의 카탕가 사건 담당 항소심재판부는 이 경우에는 ICC

37) 로마규정 제17조(1)(a)항.
38) 로마규정 제17조(1)(b)항.
39) 로마규정 제17조(2)항.
40) 로마규정 제17조(3)항.

에서의 재판적격성이 인정된다고 말하고 있는데,[41] 이는 사실 너무도 당연하며, 카탕가 사건 당사자들 간에 다투어지지도 않았다.

보충성의 원칙과 관련하여 ICC 전심재판부는 일관되게 '동일 행위의 기준(same conduct test)'을 적용하고 있는데, 이는 특정 사건에 대해 진행되고 있거나 진행되었던 국내형사절차가 ICC가 다루고자 하는 범죄 혐의자와 행위 양자 모두를 다루지 않는 이상 ICC에서의 재판적격성이 인정된다는 것이다.[42] 실례로, 루방가에 대한 ICC 전심재판부의 체포영장발부시 루방가는 콩고민주공화국에 수감되어 있고 그에 대한 국내형사절차가 진행 중이었다. 하지만, 전심재판부는 콩고민주공화국이 발부한 체포영장에는 ICC검찰부가 전심재판부에 제출한 체포영장청구서에 기재된 범죄(소년병모집에 의한 전쟁범죄)가 포함되어 있지 않음을 이유로(즉, '동일 행위의 기준'을 만족시키지 못했음을 이유로) 루방가 사건의 ICC에서의 재판적격성을 인정하였다.[43]

한편, 보충성의 원칙 관련 검토와 함께 재판적격성 판단의 양대 축을 이루는 사건의 '중대성(gravity)'에 대한 검토는 해당 사건이 ICC의 사법작용 개시를 정당화할 정도의 '중대성'을 가지고 있는지에 대한 판단을 말한다. 이 주제에 대해서는 은타간다 사건 관련 ICC항소심재판부 결정문이 ICC판례의 태도를 대표하고 있다.[44] 이 항소심 결정문은 항소대

41) *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Judgment on the appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of the Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, 25 September 2009, para. 78. 비슷한 취지의 판례로는, *Prosecutor v. Kony et al*, ICC-02/04-01/05-377, Decision on the admissibility of case under article 19(1) of the Statute, 10 March 2009, para. 52.

42) *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06, Decision on the Prosecutor's Application for Warrant of Arrest, Article 58, 10 February 2006, para. 31.

43) *Ibid.*, paras. 40-41.

44) *Situation in the Democratic Republic of Congo*, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrant of Arrest, Article 58", 13 July 2006.

상인 전심재판부의 '중대성'관련 해석을 부인하면서, '중대성' 요건은 해당 범죄행위가 '체계적이거나 대규모(systematic or large scale)'적인 성격일 것을 요구하지 않으며,[45] 피의자가 '최상위 지도자(most senior leaders)'일 것도 요구하지 않는다고 한다.[46] 즉, 로마규정은 직급의 고하를 불문하고 광범위한 잠재적 범죄자들에게 적용될 수 있다는 것이다. 아래 검찰부의 '예비조사'를 설명할 때 다시 언급하겠지만, ICC판례와 검찰부는 중대성 기준에 대한 판단에 있어 그다지 엄격한 기준을 적용하지 않고 있다.

4. 관할권 및 재판적격성 판단의 실제: 예비조사

제13조에 근거하여 ICC로 회부된 '상황'은 검찰부에 의한 '예비조사(preliminary examinations)'에 들어가게 된다. 2018년 10월 현재 ICC는 총10개의 상황에 대한 예비조사를 진행 중이며,[47] 지금까지 천안함·연평도 사건 관련 대한민국 '상황'을 비롯한 총4건의 예비조사와 관련하여서는 수사개시 불가 결론을 내렸다.[48] 이 예비조사라는 용어는 로마규정에 근거한 공식적인 용어라기보다는 ICC에서 실무적으로 사용되

45) *Ibid.*, paras. 69-71.

46) *Ibid.*, paras. 78-79.

47) 이 10개의 상황은 아프가니스탄, 콜롬비아, 가봉, 기니, 이라크/영국, 나이지리아, 팔레스타인, 필리핀, 우크라이나, 베네수엘라에 대한 것이다.

48) 이 4개의 상황은 온두라스, 코모로스/그리스/캄보디아 국적선, 대한민국, 베네수엘라이다.

는 용어이다.[49] ICC검찰부는 수사개시 여부에 대한 판단에 있어 "정보 소스의 신뢰성과 수령한 정보의 신빙성"을 중시하므로 개인 또는 단체의 의한 고발보다는 당사국 또는 안보리의 회부의 경우 좀 더 신중히 볼 가능성이 많다.[50] 또한 검찰부는 관련 판단의 객관성을 도모하기 위하여 "다양하고 독립적인 소스로부터의 정보"를 참고하므로 국제기구 문건, 여타 NGO 보고서, 국내외 재판기록 또는 증인조서 등이 해당 사안의 수사개시 판단을 위해 필요하다고 할 것이다.[51]

로마규정 제53조(1)항은 예비조사의 법적 근거이다. 예비조사의 목적은 수사개시를 위한 '합리적 기초(reasonable basis)'[52]가 존재하는지를 알아보는데 있으며, (i) 관할권(시간적, 지역적, 인적, 물적 관할권), (ii) 재판적격성(보충성과 중대성), 그리고 (iii) 정의의 이익(Interest of justice)의 세 가지가 검찰부의 수사개시 여부를 결정하기 위한 주된 고려사항이다.

실무적으로 ICC검찰부의 예비조사는 제1단계부터 제4단계까지 네 단계에 걸쳐 진행된다. 먼저 제1단계에서는 로마규정 제15조 상의 각종 신고·고발 사항(communications)에 대한 분석이 이루어지게 된다.[53] 제1단계는 주로 검사가 직권으로 수사를 개시하는 경우(proprio motu)에 대한 것이므로, 당사국 또는 유엔안보리의 회부의 경우에는 아래에서 설

49) 로마규정에는 검사의 직권에 의한 수사개시 관련 규정인 제15조에 '예비조사'라는 용어가 단 한번 사용되고 있다.

50) Office of the Prosecutor, Policy Paper on Preliminary Examinations (November 2013), para. 31.

51) *Ibid.*, paras. 32 and 79. 예비조사 단계는 수사단계와는 구별되나, 로마규정 제15조(2)항에 의거하여 검사는 필요할 경우 관련 증인으로 하여금 ICC검찰부로 출석하여 증언하게 할 수 있다.

52) '증명기준(standard of proof)'으로서의 '합리적 기초' 개념에 대하여는, *Situation in the Democratic Republic of Cote d'Ivoire*, ICC-02/11, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Cote d'Ivoire, 3 October 2011, paras. 23-25 참조.

53) *Ibid.*, paras. 78-79.

명할 제2단계부터 예비조사가 시작된다고 볼 수 있다.

제2단계는 해당 '상황'에 대한 예비조사의 공식적 시작을 의미하며 주된 분석의 대상은 앞에서 논한 관할권 행사구도이다. 이 단계에서는 (i) 로마규정 제12조 상의 관할권행사의 전제조건이 충족되었는지의 여부(지역적 관할권 및 인적 관할권)와 (ii) ICC가 물적(범죄) 관할권을 갖는 범죄가 저질러졌다고 '믿을 만한 합리적 근거(a reasonable basis to believe)'의 존재 여부 두 가지를 주된 고려사항으로 한다.[54] 제2단계의 목적은 주어진 '상황'에 대한 면밀한 사실적·법적 분석을 통하여 구체적 기소행위의 대상이 될 잠재적 사건을 도출해 내는 것이다.[55] 이를 위하여 검찰부는 해당 범죄가 대규모로 저질러졌는지의 여부와 계획이나 정책의 일부였는지의 여부를 중시한다.[56] 이 점은 특히 핵심국제범죄의 상황적 구성요건 성립여부와 직결된다.[57] 제2단계는 ICC의 관할권 대상 범죄 즉, 물적 관할권에 대한 '제5조 보고서(Article 5 Report)'의 제출로 종결되게 된다. 실제로 천안함·연평도 사건 관련 사안에 대해 ICC검찰부는 제5조 보고서를 통하여 당시 시점에서 수사를 개시할 합리적 근거가 부족하다고 결론을 내렸다.[58]

제3단계는 잠재적 사건의 재판적격성(admissibility)에 대한 것으로서 로마규정 제17조가 규정하는 '보충성'과 '중대성'에 대한 고려를 그 내용으로 한다. 이 단계는 검찰부가 작성하는 '제17조 보고서(Article

54) *Ibid.*, para. 80.

55) *Ibid.*, para. 81.

56) *Ibid.*, para. 81.

57) 핵심국제범죄의 '상황적 구성요건'에 대한 자세한 설명은, 김상걸, '인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건',「국제법학회논총」, 제61권, 제1호, 2016, pp. 71-102 참조.

58) Office of the Prosecutor, *Situation in the Republic of Korea*, Article 5 Report (23 June 2014). 또한 *Situation in Nigeria*, Article 5 Report (5 August 2013) 참조.

17 Report)'를 통해 종결되게 된다.[59] 보충성에 대한 고려에 대하여는 앞에서 자세히 논하였다. 중대성에 대한 고려는 '양적 고려'와 '질적 고려'를 포함하며, 해당 범죄의 규모, 성격, 방식과 영향이 주된 고려사항이다.[60] ICC항소심재판부는 ICC의 범죄 예방적 역할에 방해가 될 수 있다는 이유에서 과도하게 제한적으로 중대성 기준을 해석하는 것은 적절치 않다고 한다.[61] 이러한 ICC판례의 태도는 최근의 아프리카 남부의 작은 섬나라인 코모로 관련 사안에서도 나타나고 있다. 이 사안은 2010년 5월 31일 이스라엘 가자지구 주변해역에서 이스라엘 방위군이 인도적 물품을 싣고 가던 8척의 선단을 정지시키고 10명을 살해하고 50여명에게 부상을 입힌 사건에 대한 것이다. 이스라엘 방위군은 또한 고문 등 100여건의 인권유린 행위를 하였다고 알려졌다. 이에 이 선단 중 1척의 국적국이며 ICC당사국인 코모로는 2013년 5월 14일 동 '상황'을 ICC에 회부하였고,[62] 당일 ICC검찰부는 로마규정 제13조(a)항의 당사국의 회부의 경우 즉시 예비심사를 개시하는 정책에 따라 동 사안에 대한 예비심사 개시를 선언하였다. 이후 2013년 11월 6일 검찰부는 동 '상황'에 대해 수사개시를 하지 않겠다는 결정문을 발표하였다.[63] 그 이유는 '전쟁범죄(war crimes)'가 저질러졌다는 외견은 있으나 동 사안이 로마규정 제17조가 규정하는 '중대성(gravity)'의 기준을 충족시키지 못했다는 것이었다. 결론적으로는 "적은 피해자의 숫자"가 가장 중요한 판단기준이었다.[64]

59) Office of the Prosecutor, Policy Paper on Preliminary Examinations (November 2013), para. 82.

60) *Ibid.*, para. 61.

61) *Situation in the Democratic Republic of Congo*, ICC-01/04-169, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrant of Arrest, Article 58", 23 September 2008, paras. 69-79.

62) ICC검찰부가 수사개시 결정을 내린 '상황'들은 모두 우간다, 콩고민주공화국, 수단(다퍼지역), 중앙아프리카공화국 등 국가명이 상황을 지칭하는 명칭으로 주어졌는데, 코모로가 당사국으로서 회부한 이 '상황'에는 예외적으로 "Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia"이라는 명칭이 주어졌다.

63) Office of the Prosecutor, Article 53(1) Report on the Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia, 6 November 2014.

예비심사의 마지막 단계인 제4단계에서는 로마규정 제53조(1)(c)항의 '정의의 이익(interests of justice)'에 대한 고려를 하며, '제53조(1) 보고서(Article 53(1) Report)'를 작성하게 된다.[65] 제53조(1)(c)항의 '정의의 이익' 개념은 수사개시 결정과 관련하여 사실상 검사에게 큰 임의적 권한을 부여하는 것으로서, 어떤 사안이 관할권 및 재판적격성 검토를 통과한 경우에도 "범죄의 중대성과 피해자들의 이익을 고려할 때, 수사의 개시가 정의의 이익에 도움이 안될 것이라는 상당한 이유가 있는 때"에는 검사가 수사개시를 거부할 수 있다는 것이다.[66] 하지만, 로마규정은 '정의의 이익' 개념의 정의를 내리고 있지 않으므로 많은 의구심을 자아내고 있다.[67] ICC실무에서 이 개념과 관련한 검사의 판단이 크게 문제가 된 적은 아직까지 없다.

64) 하지만 코모로는 이에 불복하여 로마규정 제53조(3)(a)의 규정에 따라 전심재판부에 검찰부의 결정에 대한 재심을 요청하였고, 2015년 7월 16일 전심재판부는 검찰부로 하여금 수사개시거부 결정을 재고할 것을 명령하였다. 이에 검찰부는 전심재판부의 결정에 항소하였으나, 2015년 11월 6일 항소심재판부는 그 항소를 기각하였다. 결국, 2017년 11월 29일 검찰부는 전심재판부에 검찰부의 최종 결정을 통보하면서 수사를 개시할 합리적 기초가 존재하지 않는다고 하였다.

65) Office of the Prosecutor, Policy Paper on Preliminary Examinations (November 2013), paras. 83-84.

66) 로마규정 제53조(1)(c)항은 검사의 수사개시 거부 결정이 오직 '정의의 이익' 관련 고려만을 이유로 내려진 경우, 검사로 하여금 반드시 전심재판부에 알리도록 요구하고 있다. 이는 이 경우 전심재판부에 의한 최소한의 사법통제 가능성을 열어두기 위한 것이다.

67) Office of the Prosecutor, Policy Paper on the Interests of Justice (September 2007) 참조.

Ⅳ

관할권 대상 범죄

1. 개요
2. 인도에 반한 죄
3. 전쟁범죄
4. 제노사이드
5. 침략범죄

1. 개요

ICC의 관할권 대상 범죄는 제노사이드(genocide, 로마규정 제6조),[68] 인도에 반한 죄(crimes against humanity, 로마규정 제7조),[69] 전쟁범죄(war crimes, 로마규정 제8조), 및 침략범죄(crime of aggression, 로마규정 제8조의 2)의 네 가지인데, 이는 뉴렘베르그 국제군사법원, 동경 국제군사법원, 구유고국제형사재판소, 르완다국제형사재판소의 명맥을 이어받은 것이다. 따라서, 여타 국제범죄인 마약매매 관련 행위, 인신매매 관련 행위, 조직범죄, 자금세탁, 테러리즘 등은 비록 유엔을 중심으로 이러한 각각의 주제에 관한 여러 조약이 채택될 정도로 국제적 관심의 대상이 되고 있지만 ICC의 관할권 대상 범죄에는 속하지 않는다.[70] ICC의 관할권 대상 범죄 네 가지는 '핵심국제범죄(core international crimes)' 또는 '핵심범죄(core crimes)'라고 불리는데, 로마규정 전문은 이 범죄들은 "전체로서의 국제공동체에 중대한 영향을 미치는 가장 심각한 범죄"이며 이러한 범죄를 저지른 자들에 대한 "불처벌(impunity)"의

68) 국내에는 제노사이드를 '집단살해죄'로 번역하는 경우도 있는데, 제노사이드라는 원어를 그대로 쓰는 것이 좋다고 생각된다. 왜냐하면 로마규정 제6조(b)-(e)에 규정되어 있는 바와 같이 살해가 아닌 육체적·정신적 위해를 가하거나, 혹독한 생활여건을 부과하거나, 신생아의 출상을 막거나, 어린이들을 옮기는 행위를 통해서도 제노사이드는 성립가능하기 때문이다. 보통 제6조(a)-(c)를 '육체적 파괴(physical destruction)'이라 하고, 제6조(d)-(e)를 '생물학적 파괴(biological destruction)'이라고 분류한다.

69) 로마규정 제7조가 규정하는 crimes against humanity를 번역한 것이다. 국내에서는 '인도에 반한 죄', '인도에 반하는 죄', '반인도적범죄' 등으로 번역된다. 이 문서에서는 '인도에 반한 죄'라는 용어를 사용하기로 한다.

70) 혹자들은 이러한 국제범죄들을 관련 조약이 존재한다는 이유로 '조약범죄(treaty crimes)'라고도 부른다. 근래에 이러한 국제범죄들을 통칭하여 '초국가적 범죄(transnational crimes)' 그리고 관련 법분야를 '초국가적 형사법(transnational criminal law)'이라고 부르고 있다. 이에 대한 자세한 내용은 David Luban, Julie O'Sullivan and David Stewart, *International and Transnational Criminal Law* (New York: Walters Kluwer, 2014), Part III 참조.

관행은 종식되어야 한다고 선언하고 있다.[71] 핵심국제범죄는 국가 또는 일정한 조직체계를 갖춘 집단에 의해 저질러지는 '집단범죄(collective crime)'의 성격을 가지며 일정 규모의 폭력상황 하에서만 인정되어진다. 즉, 개인이 혼자서 혹은 소수의 몇몇 사람이 핵심국제범죄를 저지른다는 것은 현실적으로 불가능하며, 이 점에서 대다수 국내범죄와는 전혀 다른 성격의 범죄라고 볼 수 있다. 요컨대, 핵심국제범죄는 다수의 범죄실행자, 다수의 피해자, 계획 또는 정책에 따른 체계적 범죄실행, 무기·차량·금전 등 많은 자원의 동원 등 일정한 객관적 규모를 수반하여야 하며, 로마규정 전문은 그러한 객관적 규모의 상징적 정도를 "세계의 평화, 안전 그리고 복지를 위협"하는 이라는 표현으로 나타내고 있다.[72] 이러한 핵심국제범죄를 구성하기 위해 필요한 객관적 규모는 실체법적으로 '상황적 구성요건(contextual element)'이라는 요소로 각각의 범죄의 '범죄정의(crime definition)'에 포함되어 있다. 이 상황적 구성요건에 대한 분석은 국제형사재판소의 검사와 재판관들이 해당사건의 범죄성립여부 판단을 위해 행하는 실체법적 고려들 중 가장 중요한 부분을 차지한다. 이 상황적 구성요건은 ICTY규정 및 관련 판례 그리고 ICTR규정 및 관련 판례들을 통해 발전되어 왔으며, 로마규정과 ICC범죄구성요건집을 통해 관련 법리가 좀 더 명확해 졌다.[73] 그 구체적 내용을 살펴보면, 먼저 인도에 반한 죄의 상황적 구성요건은 '민간인집단에 대한 광범위하거나 체계적인 공격(a widespread or systematic attack against a civilian population)'이고, 전쟁범죄의 상황적 구성요건은 '국제적 또는 비국제적 무력충돌(international or non-international armed

71) 로마규정 전문, paragraph 4, 5, 9 참조.

72) 로마규정 전문, paragraph 3 참조.

73) ICC범죄구성요건집('Elements of Crimes')은 로마규정 제9조에 의거하여 2002년 ICC 당사국총회에서 채택되었다.

conflict)'이다.[74] 즉, 이러한 객관적 규모가 뒷받침되는 전반적 폭력상황이 있을 때만이 그러한 상황 안에서 발생한 살인, 고문, 강간 등의 특정 행위들이 인도에 반한 죄 또는 전쟁범죄를 구성할 수 있다는 것이다. 환언하면, 그러한 전반적 폭력상황이 존재하지 않는 경우, 살인 등 특정 범죄행위의 실행은 국내법상 범죄를 구성할 수 있을 뿐이고 핵심국제범죄를 구성할 수는 없는 것이다.

따라서, 핵심국제범죄의 실체법적 구조는 일반 국내범죄와는 대조적으로 중층구조로 되어있다고 설명할 수도 있다. 즉, 핵심국제범죄의 범죄정의는 '집단적 상황의 층(context level)'과 '개인적 행위의 층(conduct level)'의 두 층으로 분석될 수 있다.[75] 핵심국제범죄의 논의에 있어서 가장 중요한 상황적 구성요건은 '집단적 상황의 층'을 지시하는 것이고, 예를 들어 인도에 반한 죄의 살해, 고문, 강간 등의 구체적 기본행위(underlying act)들은 '개인적 행위의 층'을 지시하는 것이다.[76] ICC검찰부는 어떤 상황의 범죄관할권에 대해 분석할 때 우선적으로 이런 '집단적 상황의 층'을 고려하게 되는데, '집단적 상황의 층'에서 국제공동체의 관심사가 될 만한 상당한 규모의 폭력현상을 발견했을 때에만이 '구체적 행위의 층'을 기반으로 한 특정 피의자에 대한 사건(case) 구성이 가능하다. 다시 말해 ICC검찰부의 역할은 '집단적 상황의 층'과 '개인적 행위의 층'을 연결시켜 핵심국제범죄의 성립을 입증하는 것이다. 여기서 '연결'이라는 용어가 중요한데, 국제형사법은 이를 '연결요건

74) 핵심국제범죄의 '상황적 구성요건'에 대한 자세한 설명은, 김상걸, '인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건',「국제법학회논총」, 제61권, 제1호, 2016, pp. 71-102 참조.

75) 핵심국제범죄의 중층구조에 대한 상설은, Sangkul Kim, *A Collective Theory of Genocidal Intent* (The Hague: Asser Press/Springer, 2016), ch. 3.1 참조.

76) 이에 대한 좀 더 자세한 논의는, 김상걸, '인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건',「국제법학회논총」, 제61권, 제1호, pp. 71-102 (2016).

(nexus requirement)'이라고 한다.[77] 예를 들어 '살해'라는 기본행위는 로마규정상의 네 가지 핵심범죄 중 세 가지를 구성할 수 있는데,[78] 살해라는 동일한 행위가 제노사이드를 구성하는지, 인도에 반한 죄를 구성하는지, 전쟁범죄를 구성하는지는 전적으로 '집단적 상황의 층'에 존재하는 집단적 폭력현상의 성격에 의하여 결정되어지는 것이다.

국제형사재판에서의 유무죄 판결은 두 가지 범주로 나누어 볼 수 있는데, 하나는 특정 피고인에 대한 유무죄 판결이고, 두 번째는 특정 피고인에 대해 기소장에 포함된 여러 개의 혐의(charge) 각각에 대한 유무죄 판결이다. 후자의 범주에서, 일반적으로 핵심국제범죄의 흉악성을 생각할 때 국제형사재판소들에서 기소된 범죄가 무죄판결을 받는 것은 흔치 않을 것이라고 생각하기 쉽다. 그러나, ICTY 및 ICTR 실무를 살펴보면 실제 양상은 전혀 다르다. 제노사이드, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄와 관련하여 대략 기소장에 포함된 혐의들 중 4분의 1 정도만이 유죄판결을 받았던 것이다.[79] 국제형사법정에서의 검사와 피고인 간의 다툼은 일반적으로 생각하는 것보다 훨씬 치열하다.

77) 이 연결요건에 대한 상술은 김상걸, '인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건',「국제법학회논총」, 제61권, 제1호, pp. 75, 76, 93 (2016).

78) 제노사이드: 제6조(a)항("killing members of the group"), 인도에 반한 죄: 제7조(1)(a)항("murder"), 전쟁범죄: 제8조(2)(a)(i)항("wilful killing").

79) 2013년 1월까지 ICTY, ICTR, SCSL, ECCC, ICC에서 기소된 관련 혐의의 수치와 유죄판결을 득한 혐의의 수치에 대해서는, Daniel McLaughlin, *International Criminal Tribunals: A Visual Overview*, Leitner Center for International Law and Justice, 2013, pp. 79-80.

2. 인도에 반한 죄

'인도에 반한 죄(crimes against humanity)'는 '민간인집단(civilian population)'에 대한 집단적 폭력행사를 국제범죄화한 것으로서, 그 역사적 기원은 헤이그 만국평화회의를 통해 채택된 일련의 전쟁법 관련 국제법인 1899년 및 1907년 '헤이그 규칙(Hague Regulations)'의 전문에 규정되었던 '말튼스 조항(Martens Clause)'으로 볼 수 있다.[80] 말튼스 조항은 전쟁 상황에서 전투원과 민간인들이 기본적으로 '인도의 법(laws of humanity)'에 따른 보호를 받는다고 선언하고 있는데, 이는 인도에 반한 죄의 사상적 뿌리로 볼 수 있다. 그 후 '인도에 반한 죄'라는 단어는 프랑스, 영국, 러시아 3개국이 1915년부터 1917년까지 터키에서 발생한 아르메니아인들에 대한 학살 사건 초기였던 1915년 채택한 성명서에 처음으로 나타나게 되는데, 그 구체적 문구는 "터키의 인도와 문명에 반하는 새로운 범죄(new crimes of Turkey against humanity and civilization)" 였다.[81] 이후 '인도에 반한 죄'의 개념은 제2차 세계대전이 끝난 다음 뉴렘베르그 국제군사법원의 기본법인 뉴렘베르그 헌장 제6조(c)항에 규정되게 되는데, 여기서 비로소 그 구체적인 내용이 적시되었다. 즉, 동 헌장 제6조(c)항은 '인도에 반한 죄'를 "전쟁 전 또는 도

80) 인도에 반한 죄의 역사적 근원에 대한 설명은, Norman Geras, *Crimes Against Humanity: Birth of a Concept* (Manchester: Manchester University Press, 2011) 참조.

81) 이 사건은 '아르메니아 제노사이드(Armenian genocide)'라고 불리며 150만명의 아르메니아인들이 학살된 것으로 추산된다. 프랑스, 영국, 러시아 3국의 성명서는 France, Great Britain and Russia Joint Declaration, 24 May 1915, at http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/ current_category.7/addirmation_detail.html 참조. 이 성명서는 또한 국제법상 '개인형사책임(individual criminal responsibility)'을 인정한 초기 문서로서의 역사적 의의도 갖는다.

중에 [실행되는] 살해, 절멸, 노예화, 국외이송 그리고 민간인집단에 대한 여타 비인도적 행위, 또는 정치적, 인종적 또는 종교적 이유에 의한 박해"라고 정의하였다.[82] 이러한 '인도에 반한 죄'의 초창기 범죄정의는 냉전 종식 후 발칸반도에서 발생한 내전 및 대규모 인권 유린 사태를 처벌하기 위해 설립되었던 ICTY규정 제5조 및 비슷한 시기에 일어난 르완다에서의 학살 사태를 다루기 위해 설립되었던 ICTR규정 제3조를 통해 좀 더 그 내용이 다듬어 지게 되는데 그 각각의 규정은 다음과 같다:

〈ICTY규정〉

"제5조. 인도에 반한 죄

[본] 국제재판소는 국제적 또는 국내적 성격[의 무력충돌]인지의 여부를 불문하고 무력충돌 상황에서 민간인집단에 대하여 저질러진 다음과 같은 범죄에 대해 책임이 있는 사람을 소추할 권한을 갖는다:

(a) 살해
(b) 절멸
(c) 노예화
(d) 국외이송
(e) 감금
(f) 고문
(g) 강간
(h) 정치적, 인종적 그리고 종교적 이유로 인한 박해
(i) 여타 비인도적 행위"

82) Charter of the International Military Tribunal in the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, 8 August 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279, Art. 6(c). 뉴렘베르그 재판과 비슷한 시기에 일본의 전범들을 처벌하기 위해 설립되었던 극동 국제군사법원 헌장 제5조(c)항도 같은 내용을 규정하고 있다.

〈ICTR규정〉

"제3조. 인도에 반한 죄

르완다 국제재판소는 국가적, 정치적, 민족적, 인종적 또는 종교적 이유로 인해 민간인집단에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 행해진 다음의 범죄들에 대해 책임이 있는 사람을 소추할 권한을 갖는다:

(a) 살해
(b) 절멸
(c) 노예화
(d) 국외이송
(e) 감금
(f) 고문
(g) 강간
(h) 정치적, 인종적 그리고 종교적 이유로 인한 박해
(i) 여타 비인도적 행위"

ICTY규정과 ICTR규정은 유엔안보리의 결의를 통해 각각 1993년과 1994년 채택되었고, 불과 사오년 후인 1998년 ICC설립을 위해 로마외교회의에 모인 각국 대표들은 ICC의 기본법인 로마규정을 채택하였다. 로마규정 제7조가 규정하고 있는'인도에 반한 죄'의 범죄정의는 다음과 같다:

〈로마규정〉

"제7조. 인도에 반한 죄

[...] '인도에 반한 죄'라 함은 민간인집단에 대해 행해진 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 저질러진 다음의 행위의 일부 또는 전부를 의미하는데, 그러한 공격에 대한 인식을 동반하여야 한다:

(a) 살해
(b) 절멸
(c) 노예화
(d) 국외이송 또는 강제이송
(e) 구금 또는 국제법의 근본 법규를 위반한 여타 심각한 신체적 자유의 박탈
(f) 고문
(g) 강간, 성노예화, 강제매춘, 강제임신, 강제불임화 또는 [이러한 행위들과] 비슷한 중대성의 여타 형태의 성적 폭력
(h) [...] 정치적, 인종적, 국가적, 민족적, 문화적, 종교적, 제3항에 정의된 성적, 또는 국제법상 허락될 수 없다고 보편적으로 인정되는 여타 이유로 인한 특정될 수 있는 단체 또는 집단에 대한 박해
(i) 강제실종
(j) 인종차별
(k) 심각한 고통 또는 육체, 정신 또는 건강에 대한 심각한 상해를 의도적으로 유발하는 [위에 열거된 행위들과] 비슷한 성격의 여타 비인도적 행위

이러한 세 가지 비슷한 듯 하지만 상이한 범죄정의들은 '인도에 반한 죄' 개념의 발전을 보여주고 있는데, 학자들은 로마규정 제7조의 범죄정의를 가장 발달된 형태의 것으로 인정하고 있다. 위의 범죄정의들은 모두 "민간인집단(civilian population)"이라는 핵심단어를 포함하고 있

으며, 로마규정 제7조가 명확히 규정하고 있듯이 "민간인집단에 대해 행해진 광범위하거나 체계적인 공격"이라는 다수에 의한 집단적 폭력상황 안에서 행해진 살인, 절멸, 노예화, 국외이송 등의 행위만이 인도에 반한 죄를 구성할 수 있다. 관련 국제판례를 살펴보면, 이 인도에 반한 죄의 상황적 구성요건의 입증은 (i) 공격의 규모 관련 증거, (ii) 공격의 패턴(공통성·일관성) 관련 증거, 그리고 (iii) 공격의 조직적 성격 관련 증거를 통해 이루어져 왔으며, 실제 국제재판에서 고려된 구체적 증거들은 다음과 같이 도식화할 수 있다.

공격의 규모 관련 증거	• 다수의 행위 • 상당한 분량의 공적/사적 자원 동원(군량, 인력, 재정 자원 등) • 상당한 분량의 공격 수단 및 방법(무기, 장비, 전술, 작전계획 등) • 상당한 정도의 공격 결과 • 다수의 피해자
공격의 패턴 (공통성·일관성) 관련 증거	• 범죄행위의 패턴(정기적인 우연적이지 않은 비슷한 범죄행위들의 반복) • 피해자 인적사항 관련 패턴(특정 민족, 인종, 정치적 입장을 공유하는 경우 등) • 공격 수단 및 방법 관련 패턴 • 동원된 공적/사적 자원 관련 패턴 • 공격 결과 관련 패턴
공격의 조직적 성격 관련 증거	• 공격행위 발발 시기·장소·양태 등의 유사성 • 공격 이전의 준비행위 관련 사실 • 무장군대의 조직성 • 공격이 단계적으로 행해진 사실 • 공격 자원, 수단, 방법의 조직적 동원

이와 관련하여 기억해야 할 점은 로마규정 제7조(2)(a)항인데 이 조항은 "민간인 집단에 대한 공격"이 "국가 또는 조직의 정책(State or organizational policy)"에 따른 것이어야 함을 규정하고 있다. 이 '정책(policy)' 관련 요건은 민간인집단에 대한 공격이 "광범위하거나 체계적인" 성격을 지녀야 한다는 규정과 밀접히 연관된 것으로서 ICTY 및 ICTR 판례는 이것이 인도에 반한 죄의 구성요건인지에 대해 명확한 입

장을 내어놓지 못했으나, 로마규정 입법자들이 제7조(2)(a)항을 입안하면서 입법적으로 논란을 해결한 경우이다. 이러한 추가적인 요건은 검사의 입증부담을 가중시킬 수 있다는 염려가 있을 수 있으나, 실제 국제형사재판에 있어서 재판관들은 "국가 또는 조직의 정책"의 존재를 구체적으로 증명하는 증거가 없는 경우라고 하더라도 이 요건의 입증을 "민간인집단에 대한 광범위하고 체계적인 공격" 관련 증거를 통해 유추하고 있다. 국제판례들은 이러한 정책은 공식적 성격을 띠거나 어떠한 절차를 거쳐 채택될 필요는 없으며, 국가 또는 조직과의 충분한 연결성을 보여주는 것이면 족하다고 한다. 이 정책요건은 민간인집단에 대한 공격의 일환으로 실행된 일련의 행위들이 임의적·우연적으로 발생할 개연성이 없다는 사실로부터 유추될 수 있으며,[83] 정책의 존재는 특정 피고인 또는 특정 범죄행위와 관련하여 입증될 필요는 없고 법정에 제출된, 사건 관련 '증거 전체(totality of evidence)'를 고려하여 판단하여야 한다고 한다.

인도에 반한 죄의 상황적 구성요건이 입증된 경우, 검사는 자신이 기소장에 적시한 살해, 노예화, 고문 구체적 기본행위와 상황적 구성요건을 통해 증명된 민간인집단에 대한 광범위하거나 체계적인 공격을 연결시켜야 하는데, 로마규정 제7조 본문의 "일부로서(as part of)"라는 문구가 이 연결요건(nexus requirement)을 지칭한다. 관련 판례는 그러한 구체적 범죄행위의 실행이 그 성격과 결과에 비추어 볼 때 민간인집단에 대한 공격의 객관적 일부가 되는 경우 이 연결요건이 만족된다고

83) 학자들은 이를 'test of improbability of random occurrence' 또는 'test of plausibility of a hypothesis of coincidence'라고 지칭한다. 이에 대한 자세한 내용은, *Prosecutor v. Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-534, Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, deGuzman, Jalloh and Cryer, 9 October 2013, paras. 22-36 참조.

하며,[84] 주된 공격 이전 또는 이후의 행위나 민간인집단에 대한 공격과 지리적으로 떨어져 있는 곳에서 행해진 행위도 그 공격의 일부를 구성할 수 있다고 한다.[85]

인도에 반한 죄의 범죄정의 변천과 관련하여 또 한 가지 첨언할 점은 위에서 적시한 ICTY규정 제5조와 ICTR규정 제3조 사이의 상이한 규정인데, 위에 밑줄 친 바와 같이 전자는 "국제적 또는 국내적 성격[의 무력충돌]인지의 여부를 불문하고 무력충돌 상황에서" 발생한 민간인집단에 대한 공격을, 그리고 후자는 "국가적, 정치적, 민족적, 인종적 또는 종교적 이유로 인해" 발생한 민간인집단에 대한 공격을 상황적 구성요건의 일부로 규정하고 있다. 이는 기본적으로 ICTY가 다루었던 사건들은 티토대통령 사망 후 유고슬라비아가 붕괴되면서 발생한 내전을 배경으로 하고 있었고, ICTR의 사건들은 르완다에서 발생한 제노사이드를 그 전제로 하고 있었던 것에 연유한다.[86] 그러나, 이러한 상이한 범죄정의는 실제로 ICTY와 ICTR의 판례 발전에 있어서 별다른 문제를 일으키지 않았는데, 국제형사법의 원로인 M. Cherif Bassiouni는 두 재판소들이 동일한 재판관들로 구성된 항소심재판부를 공유하고 있었던 것이 그 이유라고 한다.[87]

84) *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgement, 12 June 2002, para. 99; *Prosecutor v. Vasiljević*, IT-98-32-T, Judgment, 29 November 2002, para. 32.

85) *Prosecutor v. Krnojelac*, IT-97-25-T, Judgement, 15 March 2002, para. 55; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgement, 22 February 2001, para. 100.

86) '내전(internal armed conflict)'란 기본적으로 '무력충돌(armed conflict)'의 한 종류이며, 제노사이드란 한 집단의 전부 또는 일부를 그 집단의 "국가적, 민족적, 인종적 또는 종교적" 성격 때문에 파괴하는 것을 지칭한다.

87) A. Agbor, *Instigation to Crimes Against Humanity: the Flawed Jurisprudence of the Trial and Appeals Chambers of the International Criminal Tribunal for Rwanda* (The Hague: Brill/NIjhoff, 2013), pp. xxvi-xxv. M. Cherif Bassiouni는 ICTY와 ICTR이 동일한 항소심재판부를 공유하였던 점이 양 재판소의 판례 사이의 일관성을 유지하는데 크게 공헌하였다고 한다. *Ibid.*

로마규정 제7조(1)(a)-(k)항까지 규정되어 있는 살해, 절멸, 노예화, 고문, 강간, 박해, 여타 비인도적 행위 등 인도에 반한 죄의 기본행위들의 범죄정의 및 실제 사안에의 적용에 대해서는 많은 ICTY 및 ICTR 판례가 축적되어 있다. 이 기본행위들은 민간인집단에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 "일부로(as part of)" 실행된 경우에만 인도에 반한 죄를 구성한다. 그러한 공격의 일부로서 실행된 경우에는 대부분의 기본행위들은 대규모로 실행되었을 필요가 없고, 행위의 객체가 단지 한명일 뿐이라도 인도에 반한 죄를 구성할 수 있다. 다만, 절멸, 박해, 사람들의 강제실종, 인종차별범죄의 네 가지는 그 범죄정의 및 ICC범죄구성요건집 상의 구성요건들을 살펴 보건데, 국가나 조직의 체계적인 뒷받침이 없이는 실행되기 어렵고 집단적인 성격이 상대적으로 강하므로 일정한 규모를 동반하지 않으면 반인도적 범죄를 구성하기 어렵다고 생각된다.[88] 2013년 1월 현재 ICTY, ICTR 등에서 기소장에 가장 많이 포함되었던 인도에 반한 죄의 기본행위들은 살해, 기타 비인도적 행위, 박해, 절멸, 강간 등 성범죄, 국외이송 또는 강제이송, 고문 등의 순서이다.[89] 다만, 이는 검사의 주관적 판단에 의해 기소장에 포함된 것이므로 반드시 현지에서 실제로 많이 발생한 인도에 반한 죄 관련 행위의 순서라고 볼 수는 없다.

88) 필자는 이 네 가지 기본행위들을 '집단적 맥락 또는 체제 유형'의 인도에 반한 죄로, 그리고 여타 기본행위들을 '개인적 행위 유형'의 인도에 반한 죄로 구분한다. 이에 대한 자세한 설명은, 김상걸, '인도에 반한 죄의 구성요건과 유형에 대한 고찰',「국제법평론」, 통권 제47호, 2017, pp. 132-135 참조.

89) Daniel McLaughlin, *International Criminal Tribunals: A Visual Overview*, Leitner Center for International Law and Justice, 2013, p. 82.

3. 전쟁범죄

전쟁범죄는 국제형사법의 중심 주제 중 하나이면서 동시에 국제인도법(전쟁법)의 핵심 이슈 중 하나이기도 하다. 국제인도법은 전쟁 즉, 무력충돌(armed conflict) 상황 안에서 전쟁당사자들의 '전쟁행위 수단 및 방법(means and methods of warfare)'에 대한 제한(restriction)과 '전쟁행위에 참여하지 않거나 더 이상 참여하지 않는 사람들(protected persons or non-combatants)'에 대한 보호(protection)를 그 목적으로 하는 국제법 분야를 말하는데, 1899년 및 1907년의 일련의 헤이그 조약들로 구성되는 헤이그법(Hague Law)과 1949년의 네 개의 제네바 조약(Geneva Conventions of 1949) 및 두 개의 1977년 추가의정서로 구성되는 제네바법(Geneva Law)을 그 주된 法源으로 하고 있다. 다시 말해, 국제인도법은 이러한 전쟁수행 행위 관련 제약규정과 보호규정을 어기는 행위들 중 중요한 일부 행위들을 '범죄화(criminalization)'하여 '전쟁범죄(war crimes)'라고 칭하는데, 제네바 조약에 가입한 국가들은 전쟁범죄를 처벌할 의무를 부담한다. 이러한 전쟁범죄의 대표적인 예는 네 개의 제네바 조약들이 규정하고 있는 '중대한 위반(grave breaches)' 행위들과 제네바 조약 '공통조항 제3조(common article 3)'가 규정하고 있는 행위들인데, 전자는 '국제적 무력충돌(international armed conflict)'의 경우에 그리고 후자는 '비국제적 무력충돌(non-international armed conflict)'의 경우에 적용된다.

국제형사법 분야의 가장 대표적인 전쟁범죄 규정은 로마규정 제8조인데 비교적 최근인 1998년 입안·채택된 이 조항 상의 전쟁범죄 규정들은 19세기 중반 이후 국제인도법이 조약 또는 국제관습법의 형태로 발전시켜온 전쟁범죄 법규를 집대성하고 있다고 평가된다. 로마규정 제8조를

일별하면 아래와 같다.[90]

〈로마규정〉

"제8조. 전쟁범죄

1. [국제형사]재판소는 전쟁범죄에 대하여 관할권을 가지며 특히 계획 또는 정책의 일부로 저질러진 경우 또는 대규모로 저질러진 전쟁범죄의 경우에 그러하다.

2. 이 [로마]규정에 있어서, "전쟁범죄"라 함은 다음을 의미한다:

(a) 1949년 8월 12일자 제네바 조약들 상의 '중대한 위반'들, 즉, 관련 제네바 조약 상 보호되는 사람 또는 재산에 대하여 저질러지는 다음의 행위들:

(i) 의도적 살해

(ii) 고문 또는 생물실험을 포함한 비인도적 처분

(iii) 의도적으로 신체 또는 건강에 대한 큰 고통 또는 심각한 위해를 가하는 행위

(iv) 군사적 필요성에 의해 정당화되지 않고 불법적으로 타당한 이유 없이 행해지는 재산에 대한 광범위한 파괴 및 전용

[...]

(b) 인정받는 국제법 체계 상 국제적 무력충돌에 적용되는 법규 및 관습에 대한 심각한 위반, 즉, 다음의 행위들:

(i) 민간인집단 자체 또는 전쟁행위에 직접 가담하지 않는 민간인 개인에 대한 의도적 공격행위

90) 로마규정 제8조에 대하여는, 김영석, '국제형사재판소규정상의 전쟁범죄',「국제법학회논총」, 제46권, 2001 참조.

(ii) 군사적 목표물이 아닌 민간 목표물에 대한 의도적 공격행위

(iii) 유엔헌장에 따라 인도적 지원 또는 평화유지 임무에 종사하는 인력, 시설물, 물자, 단체 또는 차량에 대한 의도적 공격행위 [...]

[...]

(c) 비국제적 무력충돌의 경우, 1949년 8월 12일자 네 개의 제네바 조약들에 공통적으로 규정되어 있는 제3조에 대한 심각한 위반행위들, 즉, 무기를 내려놓은 군대 구성원 및 질병, 부상, 구금 또는 여타 이유로 전투력 상실 상태에 놓인 군대 구성원을 포함한 전쟁행위에 적극적으로 참여하지 않는 사람들에 대해 저질러진 다음의 행위들:

(i) 생명 또는 신체에 대한 폭력, 특히 모든 종류의 살해, 신체훼손, 잔학행위 및 고문

(ii) 개인의 존엄성을 위해하는 행위, 특히 모욕 및 비하행위

(iii) 인질을 잡는 행위

[...]

(e) 인정받는 국제법 체계 상 비국제적 무력충돌에 적용되는 법규 및 관습에 대한 심각한 위반, 즉, 다음의 행위들:

(i) 민간인집단 자체 또는 전쟁행위에 직접 가담하지 않는 민간인 개인에 대한 의도적 공격행위

(ii) 제네바 조약 상 식별표식을 국제법에 합치하게 사용하는 건물, 물자, 의료단체, 수송시설 및 인력에 대한 의도적 공격행위

(iii) 유엔헌장에 따라 인도적 지원 또는 평화유지 임무에 종사하는 인력, 시설물, 물자, 단체 또는 차량에 대한 의도적 공격행위 [...]

[...]

전쟁범죄를 규정하고 있는 로마규정 제8조는 기존 제네바 조약 상 전

쟁범죄 관련 규정들을 받아들였으며(제8조(2)(a)항 및 (c)항) 또한 여타 국제조약 및 국제관습법상 인정되는 전쟁범죄들을 성문화하여 집대성하였다(제8조(2)(b)항 및 (e)항). 좀 더 구체적으로 살펴보면 제8조(2)(a)항은 국제적 무력충돌에 적용되는 1949년 제네바 조약 상의 '중대한 위반(grave breaches)' 규정을 그대로 도입하여 규정하였고, 제8조(2)(c)항은 비국제적 무력충돌에 적용되는 1949년 제네바 조약 상의 '공통조항 제3조' 규정을 그대로 옮겨 놓았다. 그리고, 제8조(2)(b)항은 국제적 무력충돌에 적용되는 여타 국제조약 및 국제관습법 상 전쟁범죄들을 규정하고 있으며, 제8조(2)(e)항은 비국제적 무력충돌에 적용되는 여타 국제조약 및 국제관습법 상 전쟁범죄들을 열거하고 있다. 정리하자면, 로마 규정 제8조(2)(a)항 및 (b)항의 국제적 무력충돌 관련 전쟁범죄들을, 그리고 제8조(2)(c)항 및 (e)항은 비국제적 무력충돌 관련 전쟁범죄들을 규정하고 있다.[91]

전통적으로 전쟁, 즉, 요즘 많이 사용되는 용어로는 '무력충돌(armed conflict)'은 국가와 국가 사이의 국제적 무력충돌을 의미했으나, 20세기 중반이후에는 이러한 전통적 전쟁의 발발이 현격히 줄어든 대신 대부분의 전쟁은 한 국가 내에서 그 국가 정부군과 반란군 등 국내 무장세력 사이 또는 국내 무장세력 상호간에 발생하는 '비국제적 무력충돌'의 형태로 발생하고 있다. 20세기 중반 이전의 무력충돌이 통상 국가 간의 국제적 무력충돌이었다는 점은 국제법의 모습에도 그대로 반영되어 있는데, 1899년 및 1907년 헤이그법 전체는 오로지 국제적 무력충돌에만 적용되는 것이었고, 1949년의 제네바법의 경우에는 오직 공통조항 제3조만이 비국제적 무력충돌에 적용되는 규정이었다.

그렇다면 국제적 무력충돌과 비국제적 무력충돌은 어떻게 구분되는

91) 김영석, '국제형사재판소 규정상 비국제적 무력충돌시의 전쟁범죄',「인도법논총」, 제23권, 2003.

것인가? 먼저, 이러한 구분의 실익은 이에 따라 적용법이 달라진다는 데에 있다. 예를 들어 어떤 사안이 비국제적 무력충돌로 분류된다면 로마 규정 제8조(2)(a)항 및 (b)항은 그 사안에 적용될 수 없고, 오직 제8조(2)(c)항 및 (e)항 만이 적용가능 법규가 된다. 반대로, 국제적 무력충돌로 분류되는 경우에는 오로지 제8조(2)(a) 및 (b)항 만이 적용법규가 된다.

양 개념의 구체적 내용을 살펴보자. 국제적 무력충돌에는 3가지 종류가 있는데, 그 첫째는 '국가간 무력충돌(inter-State armed conflict)'이고, 둘째는 '국제화된 무력충돌(internationalized armed conflict)'이며, 셋째는 '무력점령(military occupation)'이다. 이중 '국가간 무력충돌'은 그야말로 전통적 의미에서 두 개 또는 그 이상의 국가들이 서로 무력을 사용하여 전쟁에 임하는 경우를 말한다. 예를 들어, 제2차 세계대전, 한국전쟁, 포클랜드전쟁 등이 이 범주에 든다고 하겠다. 한편, '무력점령'이란 국제적 무력충돌의 일방 당사자가 타방 당사자의 군대를 패퇴시키거나 항복을 받아 내어 무력화시키고 군사적으로 무력화된 국가의 공권력이 타방 당사자의 공권력으로 대체된 경우를 말한다. 즉, 한 국가 영토의 전부 또는 일부가 적국 군대의 통제 하에 들어간 경우를 말하며, 이 경우 그러한 통제권을 행사하는 국가는 국제적 무력충돌의 일방당사자의 경우보다 더욱 엄중한 국제인도법상 의무를 부담하게 된다.

가장 난해한 것은 두 번째 분류인 '국제화된 무력충돌'인데, 기본적으로 이 개념은 비국제적 무력충돌의 존재를 전제로 한다는 특색이 있다. 즉, 비국제적 무력충돌이 존재하고 이것이 특정 조건을 만족하게 되면 '국제화(internationalized)'되어 법적으로 국제적 무력충돌로 분류된다는 것이다. 여기서 그 특정 조건은 외세의 개입 정도로 표현할 수 있는데, 이러한 외부로부터의 개입은 (i) 외국의 군대가 비국제적 무력충돌이 일어나고 있는 국가의 영토로 직접 진입하여 개입하는 경우와 (ii) 이러한 직접 진입은 일어나지 않았으나 비국제적 무력충돌의 일방 또는 그 이상의 당사자들이 외국의 대리인으로서 '대리전(proxy war)'을 치르는

경우의 두 가지 형태로 발생할 수 있다. 이 중 (i)의 경우는 외국 군대의 월경이라는 명확한 사실이 기준이 되므로 그 비국제적 무력충돌이 국제화된 무력충돌로 전환되었다는 법적 판단이 쉬운데 반해, (ii)의 경우에는 국제화된 무력충돌로의 전환을 위해서 충족되어야 할 조건이 무엇인지에 관해 두 가지 상이한 견해가 존재한다.

이러한 견해 차이는 국제사법재판소(ICJ) 판례와 ICTY 판례 사이에 존재하는데, ICJ 판례는 비국제적 무력충돌 당사자 일방에 대한 외국의 '실효적 통제(effective control)'가 있는 경우에만 국제화된 무력충돌로의 전환이 가능하다는 견해인 반면, ICTY 판례는 '실효적 통제'에 미치지 못하는 '전반적 통제(overall control)'의 기준만 충족되면 국제화된 무력충돌로 분류될 수 있다고 한다.

ICJ는 니카라과 사건 판결문에서 미국이 "그 실행 도중 국제법 위반행위가 발생한 니카라과 콘트라 반군의 군사 또는 준군사 작전에 대한 실효적 통제를 가지고 있었는지"의 여부가 미국에 그 국제법 위반행위에 대한 책임을 물을 수 있는 열쇠가 된다고 하면서, 이는 "미국이 [국제]인권법 및 [국제]인도법에 반하는 행위의 실행을 지시하거나 강제"했는지의 여부로 판별할 수 있다고 한다.[92]

한편, ICTY는 '실효적 통제' 보다는 낮은 수준의 '전반적 통제'의 기준을 채택하면서, 이 기준은 일국의 영토 안에서 그 국가와 비국가 무력단체 사이 또는 비국가 무장단체들 상호간 발생한 비국제적 무력충돌에 제3국이 하나 또는 그 이상의 비국가 무장단체를 재정지원, 군사훈련 지원, 무기 등 군사물자 지원 뿐 아니라 그 비국가 무장단체의 군사작전의 조직, 조정 또는 계획에 참여할 때 충족된다고 한다.[93]

92) ICJ, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgement, 27 June 1986, para. 115.

93) *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, Judgement, 15 July 1999, para. 156.

ICTY Tadic 사건 일심재판부는 비국제적 무력충돌은 "한 국가 내에서 그 국가와 비국가 무장단체 사이 또는 비국가 무장단체 상호간에 일정기간 계속되는 무력충돌이 있는 경우"를 말한다고 한다.[94] 어떠한 사안을 비국제적 무력충돌로 볼 것인가의 문제는 국제인도법이 적용되는 최소한의 상황적 요건인 비국제적 무력충돌과 국제인도법이 적용되지 않고 각국의 국내법만이 적용되는 여타 소요사태나 폭동 등을 구분하는 기준점이 어디인가 하는 문제와 밀접히 연관되어 있다. 즉, 비국제적 무력충돌과 그에 미치지 못하는 국내적 폭력사태를 구분할 실익은 로마규정 제8조(2)(d)항과 (f)항이 규정하고 있는 것과 같이 국제인도법 및 로마규정상의 전쟁범죄 규정들이 오직 비국제적 무력충돌에만 적용된다는 것이다.[95]

국제법은 어떠한 국내적 폭력상황이 비국제적 무력충돌로 분류될 수 있기 위해서는 그 폭력상황이 어느 정도의 '강도(intensity of the conflict)'에 도달하여야 하며, 동시에 비국가 무장단체 등 폭력상황의 '당사자가 어느 정도의 조직성(degree of organization of the parties)'을 갖추어야 한다고 한다. ICTY의 판례들은 비국제적 무력충돌에 해당할 수 있는 폭력상황의 강도를 나타내는 지표로 (i) 폭력상황이 상당 기간 동안 지속되는 사실,[96] (ii) 해당 상황에 UN안전보장이사회가 계속적으로 관여한 사

94) *Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 August 1995, para. 70. 참고로, 로마규정 제8조(2)(f)항은 이러한 Tadić 사건 일심재판부의 비국제적 무력충돌에 대한 정의를 그대로 가져와 규정하고 있다.

95) 로마규정 제8조(2)(d)항과 (f)항은 (c)항과 (e)항에 규정되어 있는 일련의 전쟁범죄들이 "비국제적 무력충돌에 적용되며 폭동, 외떨어지거나 산발적인 폭력 행위 등 국내적 소요 또는 긴장상태에는 적용되지 않는다"라고 규정하고 있다.

96) *Prosecutor v. Kordić and Cerkez*, IT-95-14/2-A, Judgement, 17 December 2004, para. 341; *Prosecutor v. Delarić et al*, IT-96-21-T, Judgement, 16 November 1998, para. 184.

실,[97] (iii) 대규모의 무기와 군대가 동원된 사실,[98] (iv) 해당 폭력상황이 꽤 넓은 지역에 거쳐 발생한 사실[99] 등을 들고 있다. 한편, 국내적 폭력상황 당사자의 조직성 정도를 지시하는 지표로는 (i) 군사작전 수립/수행 능력, 내부징계체계, 상당한 지역을 지배할 수 있는 능력 등 군대 또는 무력단체의 조직 정도를 나타내는 사실,[100] (ii) 사령부 또는 지휘부의 존재 사실,[101] (iii) 국제인도법을 준수할 수 있는 능력 보유 사실[102] 등을 들고 있다.

살해, 고문, 비인도적 처우, 재산의 파괴, 민간인집단에 대한 의도적 공격, 약탈, 독성무기 사용, 강간, 소년병 모집 등 로마규정 제8조에 열거되어 있는 전쟁범죄의 기본행위들은 지금까지 설명한 국제적 무력충돌 또는 비국제적 무력충돌 안에서 발생한 경우에만 전쟁범죄로 구성되게 된다. ICC범죄구성요건집의 "[해당]행위가 [국제적 또는 비국제적] 무력충돌의 맥락에서 또는 연결되어 발생하였다"라는 요건이 바로 이를 말한다.[103]

97) *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, Opinion and Judgment, 7 May 1997, paras. 567-68.

98) *Prosecutor v. Milosević*, IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgement of Acquittal, 16 June 2004, paras. 27 and 30-32.

99) *Ibid.*, paras.

100) *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998, paras. 620 and 626-7.

101) *Ibid.*

102) *Ibid.*

103) ICC범죄구성요건집의 원문은 다음과 같다: "The conduct took place in the context of and was associated with an international [or non-international] armed conflict."

4. 제노사이드

로마규정 제6조는 ICC가 관할권을 행사하는 네 가지 범죄 중 가장 첫 번째 것으로 제노사이드를 규정하고 있다. 일반적으로 제노사이드는 "범죄중의 범죄(crime of crimes)"라고도 불릴 정도로 인류 역사가 경험한 가장 흉악하고 심각한 범죄라고 여겨지고 있다. 제2차 세계대전 직후 '제노사이드'라는 용어를 처음 창안한 폴란드 출신 유대인 법률가 라파엘 렘킨은 "진실로 제노사이드는 모든 범죄 중 가장 극악무도한 범죄로 취급되어야 한다. 이것은 범죄중의 범죄로서 우리의 양심에 심한 충격을 가할 뿐 아니라 인류의 가장 중요한 이익을 심각하게 침해한다"고 주장하였다.[104] 한반도와 마찬가지로 지정학적으로 매우 불행한 역사를 가진 폴란드 동부지방 출신인 렘킨은 제2차 세계대전 중 대부분의 가족과 친척들을 잃었고 1948년 12월 유엔총회에서 '제노사이드방지협약(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)'이 채택되기까지 1년여 동안 유엔본부에서 동협약을 채택해야 할 이유를 설명하며 외로운 일인 로비를 벌였었다.[105] 그는 가족, 종족, 민족을 뜻하는 그리스어 제노스(genos)와 살해를 뜻하는 라틴어 사이드(cide)를 합성하여 제노사이드(genocide)라는 용어를 창안하였다.

104) Raphael Lemkin, "Genocide as a Crime under International Law", 4 *U.N. Bull.* 70, 15 January 1948, p. 70. '범죄중의 범죄'라는 표현을 사용한 ICTR판례로는 *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, Judgment, 27 January 2000, para. 981 참조.

105) 렘킨의 삶 및 동시대 대표적 국제법학자로서 렘킨과 함께 폴란드 동부 렘버그(Lamburg) 출신이었던 허쉬 라우터패트의 삶을 기반으로 인도에 반한 죄와 제노사이드라는 두 가지 범죄개념의 탄생을 설명한 가독성 높은 서적으로는 Philippe Sands, *East West Street: On the Origin of Genocide and Crimes Against Humanity* (New York: Alfred A. Knopf, 2016)가 있다.

제노사이드라는 개념 탄생의 배경에 홀로코스트가 있었던 사실에서 유추할 수 있듯이, 제노사이드는 특정 국가적, 민족적, 인종적, 종교적 집단에 대한 차별과 혐오에 기반하여 타집단 구성원들을 학살하고 그 집단의 존재를 인류역사에서 지우고자 하는 시도들을 국제범죄로 구성한 법적 개념이다. 1948년 유엔총회에서 '제노사이드방지협약'의 채택을 통해 그 법적·정치적 위상이 확인된 이 새로운 법적 개념은 모든 국가적, 민족적, 인종적, 종교적 집단을 존중·보호하고 궁극적으로는 인류의 다양성을 담보하고자 하는 국제적 합의의 산물이었다.

인도에 반한 죄의 범죄정의가 뉴렘베르그, ICTY, ICTR, ICC 각 재판소의 기본법상 약간씩 상이하게 규정되어 있는 것과는 달리, 제노사이드의 범죄개념은 1948년 '제노사이드방지협약' 상의 범죄정의가 그대로 통용되고 있다. 로마규정 제6조는 제노사이드를 다음과 같이 정의한다.

〈로마규정〉

"제6조. 제노사이드

제노사이드란 그 자체로서의 국가적, 민족적, 인종적 또는 종교적 집단 그 자체의 전부 또는 일부를 파괴할 의도를 가지고 행해진 아래의 행위를 의미한다:

(a) 한 집단의 구성원들을 살해하는 행위
(b) 한 집단의 구성원들에게 심각한 육체적 또는 정신적 위해를 가하는 행위
(c) 한 집단 전체 또는 일부의 물리적 파괴를 야기시키기 위해 준비된 생활조건을 의도적으로 그 집단에게 가하는 행위
(d) 한 집단 안에서의 출생을 막기 위한 의도에서 준비된 조치를 가하는 행위
(e) 한 집단의 어린이들을 강제로 다른 집단으로 이동시키는 행위

이 조항에서 볼 수 있듯이 제노사이드의 범죄정의에 있어서는 '민간인집단에 대한 광범위하거나 체계적인 공격(인도에 반한 죄)'이나 '국제적 또는 비국제적 무력충돌(전쟁범죄)'과 같은 전반적 폭력상황의 객관적 규모 즉, 상황적 구성요건으로 볼 수 있는 것이 규정되어있지 않다. 대신 그러한 객관적 규모가 있어야 할 자리에 "파괴할 의도(intent to destroy)"라는 문구로 표현되는 형법상의 고의 즉, 눈에 보이지 않는 내심의 의사 내지 의도가 규정되어 있다. 이러한 고의는 형사법 이론상 '주관적 구성요건'으로 분류되는데, 이러한 이유로 학자들은 흔히 제노사이드를 '주관적 요건의 범죄(crime of *mens rea*)'라고 부른다. 제노사이드의 범죄정의 안의 "파괴할 의도(intent to destroy)"라는 개념은 일반적으로 'genocidal intent'라는 용어로 지칭되는데 국제형사실체법상 가장 난해한 개념이 아닌가 생각된다.[106]

앞에서 핵심국제범죄는 국제사회 전체의 관심사가 될 정도의 중대성을 지녀야 하며, 이는 기본적으로 민간인집단에 대한 광범위한 공격 또는 국제적/비국제적 무력충돌 등의 객관적으로 규모 있는 전반적 폭력상황의 존재를 전제로 한다고 하였다. 하지만, 제노사이드의 범죄정의를 살펴보면 이러한 전반적 폭력상황이 요건으로 규정되어 있지 않고, 대신 '파괴할 의도'라는 내심의 의사가 규정되어 있으므로 단 한명의 사람도 제노사이드를 얼마든지 저지를 수 있을 것 같이 생각된다. 가설적인 예를 들어보자면, 평생 중국인을 혐오하여온 미국인 A는 외출을 하면서 중국인이라는 국가적 집단의 일부를 파괴할 의도로 오늘 길거리에서 마주치는 중국인 두 명을 살해하겠다고 마음먹고, 실제로 두 명의 중국인을

106) 이 개념에 대한 필자의 기존 연구로는 Sangkul Kim, *A Collective Theory of Genocidal Intent* (The Hague: T.M.C. Asser Press/Springer, 2016); 김상걸, 'Genocidal Intent 개념에 대한 인식기반해석론 비판',「국제법학회논총」, 제61권, 제2호, 2016, pp. 11-40; 김상걸, '개인적 내심 밖의 존재로서의 Genocidal Intent: 그 집단성에 주목하며',「안암법학」, 제51호, 2016, pp. 247-285.

살해하였다고 하자. 이 가설적 사실은 위의 제노사이드의 범죄정의 상의 요건들을 별 무리 없이 만족시키고 있다. 그 이유를 좀 더 자세히 설명해 보자. 제노사이드의 범죄정의를 살펴보면, 흔히 우리가 제노사이드라는 말을 들었을 때 그리는 다수의 다수에 대한 집단학살은 법적으로는 개인의 내심의 의사를 지칭하는 주관적 구성요건인 "그 자체로서의 국가적, 민족적, 인종적 또는 종교적 집단 그 자체의 전부 또는 일부를 파괴할 의도"라는 개인의 내심 안에 들어있다. 즉, 제노사이드의 범죄정의를 문언적으로 해석하자면 다수의 다수에 대한 집단학살은 실제로 발생하지 않아도 제노사이드라는 범죄는 구성된다고 해석될 수 있는 것이다. 일례로 ICTR의 Mpambara 사건 일심재판부는 다음과 같이 언급하고 있다.

> "제노사이드의 객관적 구성요건은 어떤 집단의 상당한 부분이 실제로 파괴될 것을 요구하지 않는다. 즉, 피고인이 자신의 행위를 통해 한 집단의 상당한 부분을 파괴할 것을 진정으로 의도하였다면, [(a)항부터 (e)항까지 규정되어 있는] 행위 중 하나가 단 한번 실행되었다는 사실도 제노사이드를 구성하는데 충분하다."[107]

이러한 견해는 1948년 '제노사이드방지협약' 채택을 위한 각국 대표들의 토론 당시 프랑스 대표단이 강하게 주장했던, '파괴할 의도' 즉, genocidal intent가 존재했다면 단지 한 사람에 대한 공격도 제노사이드를 구성할 수 있다는 주장과 연결된다.[108] 최근 사례로는 독일의 로마규정 이행입법인 2002년 German Code of Crimes against International Law (CCAIL)가 이러한 입장을 반영하여 예를 들어 로마규정 제6조(a)가 "구성원들을 살해하는 행위"라고 피해자의 수를 복수로

107) *Prosecutor v. Mpambara*, ICTR-01-65-T, Judgement, 11 Sept 2006, para. 8.

108) U.N. GAOR, 6th Comm., 3d Sess., 73d mtg., at 90-92, U.N. Doc. A/C.6/SR.73 (Oct. 13, 1948).

쓰고 있는 것에 반하여 단수를 사용하여 "구성원을 살해하는 행위"라고 규정하고 있다.[109]

이러한 견해에 따르자면 위의 가설적 사례에서 A가 저지른 범죄는 제노사이드를 구성한다는 것인데 과연 그러한가? 다른 말로 하면, 단 한명에 대한 공격도 제노사이드를 구성할 수 있다는 주장은 타당한가? A의 행위는 일견 제노사이드의 범죄구성요건들을 모두 만족시키고 있는 듯이 보이지만, 그 행위가 국제사회 전체의 관심사가 될 정도의 중대성을 지니고 있다고 말할 수는 없을 것이다. 따라서, 그의 행위는 제노사이드를 구성할 수 없다고 보는 것이 타당하다. 즉, 다수에 의한 다수에 대한 공격·파괴라는 전반적 폭력현상의 객관적 규모가 없이는 국제사회 전체가 관심을 가질 만한 국제범죄가 될 수 없다고 보아야 한다. 이러한 고민은 ICTY와 ICTR 판례들이 사실상 제노사이드의 구성요건으로 그 법리를 발전시켜온 '상당한 부분 요건(substantiality requirement)'에 반영되어 있다. 이는 피해집단의 '상당한 부분'이 실제로 파괴되었다는 결과를 제노사이드가 구성되기 위한 요건으로 간주하는 것으로서, 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄가 상황적 구성요건을 통해 전반적 폭력상황의 객관적 규모를 요구하고 있는 것과 그 맥락을 같이한다.

이러한 혼란의 원인은 제노사이드를 관할권행사 범죄로 규정하고 있는 ICC, ICTY, ICTR 등 모든 국제재판소의 기본법들이 그대로 계수하고 있는 1948년 '제노사이드방지협약' 제2조 상의 제노사이드 범죄정의에 문제가 있기 때문이다. 즉, 제2조를 입안한 입법자들이 핵심국제범죄의 특성인 상황적 구성요건-즉 전반적 폭력상황의 객관적 규모-을 제대로 이해하지 못하고, 일반 국내범죄의 경우와 같이 범죄인 개인의 시각에서 제노사이드의 범죄정의를 구성하였기 때문이다. 요컨대, 제노사

109) Germany, Code of Crimes Against International Law (CCAIL), 2002, 영문번역본은 http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf 참조.

이드에 있어서는 범죄정의의 개인성(individuality)과 제노사이드 자체의 집단성(collectivity) 간에 부조화가 존재하는 것이다.[110] 이러한 범죄정의와 실제 범죄현상 사이의 부조화에 더하여, 제노사이드 범죄정의와 관련한 추가적인 부조화가 존재한다. 이는 독일학자 Clause Kress가 지적한 것으로서 하급자들의 시각에서 규정된 (a)항부터 (e)항까지의 기본행위와 상급자들의 시각에서 규정된 genocidal intent 간의 부조화이다.[111] 예를 들어, (a)항의 살해, (b)항의 육체적·정신적 위해 등을 실제 현장에서 실행하는 자들은 아우슈비츠에서 독가스를 주입기에 넣었던 독일군 하급병사들, 르완다에서 이웃의 투치족들에게 마세티를 휘둘렀던 후투족 장삼이사들, 슬레브니짜에서 무슬림 남자들에게 방아쇠를 당겼던 세르비아계 하급병사들 이었다. 한편, 국가적, 민족적, 인종적, 종교적 집단으로서의 유대인, 투치족, 무슬림 남자들의 일부 또는 전부를 파괴하겠다는 의도 -즉, genocidal intent- 는 그러한 학살을 계획하고 그 실행을 명령했던 상급자들의 것이었다. 제노사이드의 범죄정의를 둘러싼 이러한 두 가지 부조화는 학자들과 실무가들이 제노사이드 법리를 명확하게 이해하고 적용하는데 많은 어려움을 야기하여 왔으며, 필자는 이에 대한 해법은 제노사이드 범죄정의의 핵심인 genocidal intent를 지금까지 관련 학설과 판례가 채택해왔던 개인적 시각이 아니라 집단적 시각에서 새롭게 이해하는데 있다고 생각한다.[112]

제노사이드를 규정하고 있는 로마규정 제6조를 좀 더 자세히 살펴보면, 우선 그 범죄정의의 핵심인 genocidal intent, 즉, "그 자체로서의 국

110) Sangkul Kim, "Rethinking the Crime of Mens Rea", *TOAEP Policy Brief Series*, No. 59, pp. 1-4 (2016), at www.toaep.org/pbs-pdf/59-kim.

111) Claus Kress, "The Crime of Genocide under International Law", *International Criminal Law Review*, vol. 6, issue 4, 2006, p. 496.

112) 이렇게 집단적 시각에서 새롭게 구성한 genocidal intent 이론에 대해서는, Sangkul Kim, *A Collective Theory of Genocidal Intent* (The Hague: T.M.C. Asser Press/Springer, 2016), pp. 1-235 참조.

가적, 민족적, 인종적 또는 종교적 집단의 전부 또는 일부를 파괴할 의도"는 개인의 의도로 해석하기 보다는 제노사이드를 실행하는 단체의 집단적 의도로 해석하여야 한다. 이러한 집단적 의도는 실제에 있어서 어떤 단체의 계획 또는 정책 등의 형태로 나타날 것이다. 지금까지 국제 판례는 genocidal intent를 일반 국내범죄에 있어서의 주관적 구성요건(고의, 과실)과 마찬가지로 개인의 내심의 의사로 보았다. ICTR의 첫 번째 판결문인 Akayesu 사건 일심판결문은 genocial intent를 "특정 집단의 전부 또는 일부를 파괴하고자 하는 명백한 고의"라고 해석하며,[113] ICTY의 Jelisić 사건 항소심판결문은 특정집단의 "파괴를 성취하고자 하는 추구"라고 한다.[114] 같은 견지에서, 2004년 수단 다퍼지역의 대규모 인권유린 사태에 대한 유엔조사위원회의 보고서는 genocidal intent를 한 집단의 파괴를 "의식적으로 의욕"하는 것이라고 하며,[115] Jelisić 사건 일심판결문은 파괴에의 "확고한 결의"라고 해석한다.[116] 이러한 견해를 genocidal intent 해석에 관한 '의도기반해석(purpose-based approach)'이라고 하는데,[117] 독일 학자 Kai Ambos는 이 해석론에 따른 genocidal intent는 "가장 강렬한 의욕"을 표현하는 것이라고 한다.[118]

ICTY와 ICTR의 판례를 통해 나타나는 이러한 '의도기반해석론'

113) *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998, para. 520 ("clear intent").

114) *Prosecutor v. Jelisić*, IT-95-10-A, Judgement, 5 July 2001, para. 46 ("seek to achieve the destruction").

115) International Commission of Inquiry on Darfur, Established Prusant to Resolution 1564 (2004), Report to the United Nations Secretary-General, 25 January 2005, para. 491 ("consciously desired").

116) *Prosecutor v. Jelisić*, IT-95-10-T, Judgement, 14 December 1999, para. 107 ("affirmed resolve to destroy").

117) 이 해석론에 대한 개관은 Sangkul Kim, *A Collective Theory of Genocidal Intent* (The Hague: T.M.C. Asser Press/Springer, 2016), pp. 18-22 참조.

118) Kai Ambos, "What Does 'Intent to Destroy' in Genocide Mean?", *International Review of Red Cross*, vol. 91, 2009, pp. 834-935.

이 형법상 고의 개념 안의 두 가지 요소인 '의욕(volition)'과 '인식(congnition)' 중 '의욕'을 강조하는 내용임에 반해, 학자들의 다수는 genocidal intent의 내용으로서 '인식'을 중시하는 '인식기반해석론(knowledge-based approach)'을 주장하고 있다. 하지만, 필자가 보기에 이 해석론은 학자들이 머릿속에서 생각해낸 이론으로서 실제 현실에의 적용은 모순적 결과를 야기하게 된다. 즉, 이 해석론은 genocidal intent 개념을 '의욕'을 넘어 '인식'까지 확장함으로써, 제노사이드를 계획하고 그 실행을 명령한 상급자들보다 단지 명령을 받아 그 실행행위를 행한 하급자들을 더 가혹하게 처벌하게 되는 치명적인 모순을 안고 있다. 이는 기본적 법원칙인 '죄책의 공정한 표현의 원칙(principle of fair labeling)'을 위반하는 것으로서 상급자와 하급자 간의 죄책을 왜곡하는 것이다. 필자는 이전에 이를 다음과 같이 설명한 적이 있다.

> "인식기반해석론은 상급행위자들의 경우에는 '의욕'의 입증으로 그리고 중·하급 행위자들의 경우에는 '인식'의 입증으로 제노사이드의 정범성립을 인정하자고 한다. 즉, '인식'은 '의욕' 보다 입증정도가 낮다는 측면에서 보자면, 지위와 계급이 낮을수록 정범성립이 쉬워진다는 결과가 초래되는 것이다. 그러나 실제 법적용에 있어서 국제재판관들은 '범죄중의 범죄(crime of crimes)'라고 불리는 제노사이드의 정범성을 고려할 때, 오히려 지위와 계급이 낮은 사람들의 경우에는 더욱 높은 수준의 주관적 요건을 적용할 가능성이 훨씬 높다고 하겠다. 이러한 면을 생각할 때, 인식기반해석론은 과연 그 실체가 무엇인지, 존재가치가 무엇인지, 다만 이론을 위한 이론일 뿐인 것은 아닌지 심히 의심스럽다고 생각된다." [119]

119) 김상걸, 'Genocial Intent 개념에 대한 인식기반해석론 비판',「국제법학회논총」, 제61권, 제2호, 2016, p. 36. 인식기반해석론에 대한 좀 더 자세한 비판은 Sangkul Kim, *A Collective Theory of Genocidal Intent* (The Hague: T.M.C. Asser Press/ Springer, 2016), pp. 30-79 참조.

이제 제6조(a)항부터 (e)항까지 규정되어 있는 기본행위들에 대하여 살펴보자. 이 기본행위들은 그 각각이 頭文에 있는 genocidal intent와 연결되어질 때 제노사이드를 법적으로 구성하게 된다. (a)항은 제노사이드의 가장 대표적인 기본행위인 살해에 의한 제노사이드를 규정하고 있으며, (b)항은 심각한 육체적 정신적 위해를 가하는 행위, (c)항은 한 집단의 물리적 파괴를 야기시키기 위해 준비된 생활조건을 가하는 행위, (d)항은 한 집단 안에서의 다음 세대가 출생하는 것을 막기 위한 초치를 가하는 행위, (e)항은 한 집단의 어린이들을 다른 집단으로 이동시키는 행위를 규정하고 있다. 이렇게 열거된 기본행위들이 갖는 공통점은 한 집단의 인류구성원으로서의 역사적 존속을 불가능하게 할 위험성을 내포하고 있다는 것이다.[120] 제노사이드하면 대량학살을 연상하는 대중의 인식과는 상이하게도, (b)항 및 (c)항에서 볼 수 있듯이 제노사이드를 구성할 수 있는 행위의 범위는 매우 넓다. 예를 들어, ICTY 판례는 "고문, 비인도적 또는 비하하는 처우, 강간 등 성적 폭력, 구타를 동반한 취조, 살해의 위협, 그리고 건강을 해치는 위해 또는 심각한 상해"등의 행위가 모두 (b)항에 해당할 수 있다고 한다.[121] 기본행위에 해당할 수 있는 행위의 범위가 매우 넓다는 이러한 사실은 genocidal intent요건의 중요성을 말하는 것으로 볼 수 있다. 학자들은 (a)부터 (c)항까지는 '물리적 파괴(physical destruction)'로 그리고 (d)항과 (e)항은 '생물학적 파괴(biological destruction)'로 분류한다. 임신과 출산을 막는다거나 한 집단의 어린이들을 다른 집단으로 이동시켜서 genocidal intent로 표상되

120) 20세기의 대표적 여류철학자 한나 아렌트는 제노사이드가 "그 자체로 인류 다양성에 대한 공격이며, 이는 인간 지위의 특성에 대한 공격으로서, 이러한 인간 지위가 없이는 인류나 인간성이라는 단어는 그 의미를 잃게 된다"고 말하였다. David Luban, "A Theory of Crimes Against Humanity", *Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, 각주 9 및 관련 본문 참조.

121) *Prosecutor v. Brđanin*, IT-99-36-T, Judgement, 1 September 2004, para. 690.

는 한 집단의 전부 또는 일부를 파괴하는 일은 한 세대 또는 그 이상으로 시간이 많이 걸리는 일일 것이다. 즉, 법적으로 보자면, 제노사이드의 결과가 되는 한 집단의 파괴는 그렇게 긴 시간동안 서서히 행해질 수도 있는 것이다.

로마규정 제6조는 두문에서 제노사이드의 피해집단이 될 수 있는 자격을 '국가적, 민족적, 인종적 또는 종교적 집단'의 네 가지로 한정하고 있는데, ICTR Akayesu 사건 일심재판부는 각 집단에 대한 정의를 내리고 있다. 동 재판부는 (i) 국가적 집단이란 "구성원들이 상호간 권리와 의무를 부담하는 공통의 시민권에 기반한 법적 유대를 공유하는 사람들의 집단", (ii) 민족적 집단이란 "구성원들이 공통의 언어와 문화를 공유하는 집단", (iii) 인종적 집단이란 "언어, 문화, 국가 또는 종교적 요인과 무관한, 지리적 지역과 흔히 연결되는 유전적인 육체적 특성에 기반한 집단", (iv) 종교적 집단이란 "구성원들이 같은 종교, 교파 또는 예배 방식을 공유하는 집단"이라고 정의하고 있다.[122] 이러한 정의에 비추어 보자면, 홀로코스트 동안의 피해집단인 유대인이나 르완다에서의 피해집단인 투치족은 민족적 또는 인종적 집단으로 분류될 수 있을 것이고, 슬레브니챠에서의 피해집단인 보스니아계 무슬림들은 민족적, 인종적 또는 종교적 집단으로 분류될 수 있다. 이렇듯 피해집단을 제6조 두문의 네 가지 집단 중 하나로 특정하지 않고 불특정 상태로 놓아두는 것은 죄형법정주의에 어긋나는 것은 아닐까? 단순할 것 같지만, 사실 어떤 집단을 제6조의 네 집단 중 하나로 특정하는 것은 쉽지 않은 일인데, 이를 암시하는 단초는 1965년 유엔총회에서 채택된 인종차별철폐조약 제1조(1)항이 규정하고 있는 "인종차별(racial discrimination)"의 정의규정에서 찾아볼 수 있다.[123] 동 조항은 어떤 차별행위가 "인종, 색깔, 혈통, 국가적 또는 민족적 근원에 기인한(based on race, colour, descent, or national or ethnic origin)" 것일 때 인종차별철폐조약 상의 "인종차별"에 해당한다고 한다. 즉, 민족적 이유에 의한 차별은 인종차별로 간주함으로써 '민족(ethnicity)'이라는 개념과 '인종(race)'이라는 개념의 경계가 모호해지고 있는 것이다. 비슷한 맥락에서, 국제재판소 판례들은 제노사이드가 보호하는 국가, 민족, 인종 그리고 종교라는 네 가지 집단 각각은 서로 뚜렷이 구별되는 별개의 개념정의를 가지고 있지 않다고 한다. 대표적으로 ICTY의 Krstić 사건 일심재판부는 다음과 같이 언명하고 있다.

> "제노사이드방지협약 초안 작성 및 채택 관련 입법자료들을 보건데, 네 가지 보호집단의 목록은 서로 구별되는 몇몇 인간집단의 원형을 지시하기 보다는 대략적으로 이 차대전 이전에 '소수민족(ethnic minorities)'이라고 지칭되었던 하나의 현상을 묘사하기 위해 작성된 것이었다. 따라서, 열거된 [네 가지] 집단 각각을 특정한 객관적 기준에 따라 구별하려는 시도는 [제노사이드방지협약]의 목적과 취지에 부합되지 않는다고 보아야 한다."[124]

비슷한 시기에 William Schabas도 제노사이드방지협약을 만든 입법자들의 의도를 분석하면서 네 가지 보호집단 목록에 대한 유사한 견해를 내어놓았다.

> "제노사이드방지협약 상 네 가지 용어들은 [의미상] 서로 겹칠 뿐 아니라 서로 간의

122) *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998, para. 512-515.

123) International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Adopted and opened for signature and ratification by General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965, art. 1, paragraph 1.

124) *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-T, Judgement, 2 August 2001, para. 556.

의미를 밝히는데 도움을 주는데, 마치 제노사이드방지협약에 의해 보호받는 수많은 집단들이 속하게 되는 지역의 경계를 알리는 네 개의 모서리 기둥과 같은 역할을 하는 것이다. 이는 확실히 입법자들의 생각이었다. [...] 입법자들은 네 가지 집단들이 [서로] 역동적이고 상조적인 관계를 가지며, 서로의 개념 정의의 변천 및 발달에 공헌한다고 보았다."[125]

보호집단의 의미와 관련하여 마지막으로 확인할 점은 그 개념을 객관적으로 파악할 것인지, 주관적으로 파악할 것인지의 문제이다. 어떤 집단의 개념이 객관적으로는 네 가지 집단의 범주에 속하지 않지만, 그 집단을 대상으로 제노사이드를 실행한 자들이 그 집단을, 예를 들어, 민족적 집단으로 판단하고 범행에 나섰다면, 이는 제노사이드에 해당하는가? 이에 대해 관련 국제판례들은 그러한 결정은 주어진 사회적 또는 역사적 맥락의 객관적 특성들과 범죄실행자들의 주관적 판단이라는 두 가지 요소를 모두 고려하여 내려져야 한다고 한다.[126]

5. 침략범죄

침략범죄(crime of aggression)는 전쟁이 어떠한 조건 하에서 합법적으로 개시될 수 있는가를 묻는 무력충돌법(*jus ad bellum*)과 국제범죄를 저지른 개인을 처벌하는 국제형사법의 두 분야가 교차하는 부분에 존재한다. 즉, 침략범죄란 국제법이 허용하는 범위 밖에서 불법적으로 전

125) William Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), pp. 111-112.

126) *Prosecutor v. Semanza*, ICTR-97-20-T, Judgement, 15 May 2003, para. 317.

쟁을 개시한 정치적, 군사적 지도자에게 국제법상 개인형사책임을 묻는 법적 근거가 되는 핵심국제범죄를 지칭한다. 앞서 설명한 제노사이드, 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄는 2002년 7월 17일 국제형사재판소가 그 공식적 활동을 개시한 시점부터 그 관할권이 인정되었으나, 침략범죄는 그 범죄 정의 및 관할권행사 조건에 대한 국제적 합의의 어려움 때문에 2018년 7월 17일부터 그 관할권행사가 가능해졌다.[127]

인류는 오랜 시간 동안 전쟁이라는 주제를 안고 씨름하여 왔다. 동양에서는 정복전쟁에 반대한 맹자를 거쳐, 묵자는 침략전쟁을 반대함과 동시에 그것은 범죄라고 비난하였다.[128] 서양에서는 고대로부터 '정전론(just war theory)'이라는 제목 아래 전쟁의 합법성에 대해 논쟁하여 왔으며, 전쟁이라는 엄혹한 상황에서의 피해를 줄이는 법적 방안을 모색해 왔다. 앞서 전쟁범죄와 관련하여 언급하였듯이, 전쟁상황에서의 부상병, 포로, 민간인 등에 대한 피해를 최소화하기 위한 노력은 19세기 중반부터 국제적십자위원회(International Committee of the Red Cross)의 설립, 헤이그 만국평화회의를 통한 여러 관련 조약 채택을 거쳐 제2차 세계대전 이후 제네바 조약 및 추가의정서 채택 등을 통한 '국제인도법(international humanitarian law)'의 발전으로 그 구체적 결실을 보기도 하였다.

하지만 기본적으로 전쟁은 국가의 정당한 정책수단의 하나로서 인정되어 왔으며, 이러한 사상은 프로이센의 장군 클라우세비츠의 유명한 언명인 "전쟁은 [국가의] 정책 수단의 하나이다"라는 말에 잘 나타나 있

127) Press Release, Assembly activates Court's jurisdiction over crime of aggression, ICC-ASP-20171214-PR1350, 15 December 2007; 김상걸, '국제형사재판소, 7.17부로 침략범죄에 대한 관할권 행사 개시: 내용 및 시사점',「INSS이슈브리프」18-23, 국가안보전략연구원, 2018. 본 연구보고서 섹션 IV.5의 침략범죄에 대한 설명은 이 이슈브리프의 내용에 기반하고 있다.

128) Stephen C. Neff, *Justice Among Nations: A History of International Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2014), pp. 22-23.

다. 국가의 힘이 그 국가의 무력사용에 대한 정당성을 부여해 주는 국제정치의 현실을 뒤엎고 전쟁 자체를 불법화하여야 한다는 혁명적 생각은 기존 담론에 무지한 새롭고 용감한 시각을 필요로 하였다. 즉, 국제정치와 국제법의 문외한이었던 20세기 초반의 미국 기업변호사 샐몬 레빈슨(Salmon Levinson)은 세계의 진정한 질병은 '전쟁의 합법성'과 '전쟁의 국가 정책수단으로서의 가용성'이며, 인류에게 필요한 것은 '전쟁법(law of war)'이 아니라 '전쟁에 반하는 법(law against war)'이라는 당시로는 매우 급진적인 주장을 하였다.[129] 그 후 레빈슨을 포함한 일각의 선구자들은 '전쟁의 불법화(outlawry of war)'라는 국제관계의 혁명적 변화를 위해 노력하게 되었으며, 그들의 부단한 수고는 결국 1928년 不戰조약(켈로그-브리앙 조약) 상의 "국가정책 수단으로써의 전쟁의 포기" 규정과 1945년 유엔헌장 상의 포괄적 무력사용 금지 규정으로 이어졌다.

하지만 국제관계에 있어 전쟁의 합법성을 둘러싼 이러한 코페르니쿠스적 사상 전환은 어디까지나 국가와 국가 간의 관계에 있어서의 변화였는데, 국제사회는 이에 만족하지 않고 전쟁을 일으킨 개인에 대한 처벌을 위한 국제법 기제의 확립에도 도전하였고 2018년 7월 17일 ICC가 명실상부하게 침략범죄에 대한 관할권을 행사하게 됨으로써 그 결실을 맺게 되었다.[130]

129) Oona A. Hathaway and Scott J. Shapiro, *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World* (New York: Simon & Schuster, 2017), p. 108.

130) 침략범죄에 대한 국내 연구로는, 최태현, '한국에 있어서 ICC규정 침략범죄조항의 국내적 이행',「법학논총」, 제32집, 제2호, 2015; 신희석, '제1차 세계대전과 제2차 세계대전 이후의 전범재판: 평화와 인도에 반한 죄의 탄생',「서울국제법연구」, 제22권, 2015; 최태현, 'ICC규정 침략범죄 관련 조항의 채택과 함의',「서울국제법연구」, 제17권, 제2호, 2010; 김영석, '국제형사재판소 규정상의 침략범죄에 관한 최근 논의 고찰',「서울국제법연구」제16권, 제1호, 2009 참조.

국제정세에 있어 국제형사재판소의 침략범죄에 대한 관할권 행사 개시는 어떠한 함의를 가지고 있을까? 이는 한 국가가 다른 국가에 대해 "군대를 사용(use of armed force)"한 "침략행위(act of aggression)"를 행한 경우, 국제형사재판소가 침략국의 정치적·군사적 고위급 지도자에 대한 개인형사책임(individual criminal responsibility)을 추궁할 수 있게 되었음을 의미한다. ICC의 기본법인 로마규정 제8조의 2는 또한 '침략행위'는 그 성격, 중대성 및 규모에 있어 유엔헌장에 대한 명백한 위반을 구성하는 것이어야 한다고 한다. 즉, 로마규정 상의 침략범죄는 유엔헌장을 그 근거로 삼고 있다.

그렇다면, 유엔헌장의 어떤 내용이 침략범죄의 근거가 되고 있는 것일까? 이는 유엔의 '설립취지(purposes)'를 규정하고 있는 유엔헌장의 첫 조항인 제1조 제1항으로부터 비롯되는데, 이 조항은 유엔이 국제평화와 안전을 유지하기 위해 시행하여 할 집단적 조치 중 하나로 '침략범죄의 진압'을 규정하고 있다. 이에 더하여, 유엔의 '기본원칙(principles)'을 규정하고 있는 헌장 제2조 제4항은 모든 유엔 회원국은 국제관계에 있어서 무력사용을 삼가야 할 의무가 있음을 규정하고 있다. 요컨대, 이 두 조항은 유엔헌장의 가장 중요한 성취라고 할 수 있는 국제관계에 있어서 무력사용의 금지 원칙을 선언하고 있는 것이다. 물론 유엔헌장 상에는 타국의 무력공격이 있을 경우 '개별적 또는 집단적 자위권 행사'로서의 무력사용 허용(제51조) 및 유엔안보리의 의결이 있을 경우의 무력사용 허용(제42조)이라는 두 가지 중요한 무력사용 금지 원칙에 대한 예외가 규정되어 있으나, 국제관계에 있어 무력사용의 금지가 유엔헌장 제1조 및 제2조의 경우처럼 명시적으로 선언된 것은 획기적인 일이었다.

하지만 유엔헌장 상의 무력사용 금지는 그 실효성에 있어 완전한 형태는 아니었다. 1648년 웨스트팔리아 체계 출범으로 '국가주권'이 국제법 질서의 중심축으로 떠오른 이후 국제법의 주체는 오로지 '국가(State)'만

을 의미했으며, 이러한 전통 국제법의 일부로서의 유엔헌장 상의 의무는 어디까지나 '국가'의 의무를 의미하였다. 따라서, 유엔헌장 상의 의무불이행시의 책임은 어디까지나 '국가책임(state responsibility)'의 형태로 나타날 수밖에 없었다. 하지만 이런 식의 의무이행 기제는 국가라는 추상적 개체의 책임이라는 중간단계를 통해 의사결정권자 개개인의 책임이 희석되는 약점을 내포하고 있었다. ICC로 대표되는 국제형사법의 발전은 국제법상 개인형사책임을 관철시킴으로써 이러한 약점을 보충한다는 거시적 의미가 있다.

국제관계에 있어서 그 전통적 주체였던 '국가'가 아닌 '개인'의 의무와 책임에 대한 20세기 중반의 이러한 새로운 인식은 뉴렘베르그 국제군사법원, 구유고국제형사재판소(ICTY), 르완다국제형사재판소(ICTR), 시에라리온 특별법원(SCSL), 캄보디아 특별법원(ECCC) 등 한시적 재판소들을 거쳐 ICC의 설립으로 그 구체적 결실을 보았다. 앞서 제노사이드, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄와 관련하여 살펴 보았듯이, 여기 열거한 모든 재판소들은 기본적으로 국가범죄 또는 그와 유사한 규모와 중대성의 범죄들을 다루는데, 이들의 설립은 국제범죄에 대한 국가책임을 넘어서 개인책임을 추궁함으로써 국제법의 명실상부한 실효적 강행기제를 확보하겠다는 의지의 발현이었다. 2018년 7월 17일 ICC의 네 가지 관할권 대상 범죄 중 마지막으로 '침략범죄'가 국제사회에 대한 그 실효적 통제력을 발휘하게 됨으로써, 무력을 사용한 침략행위를 계획하는 국가지도자들은 추후에 자신이 국제법정에서 개인형사책임의 추궁을 당할 수 있는 가능성을 염두에 둘 수밖에 없게 되었다. 요컨대, 국가책임 개념에 근거한 유엔헌장의 침략행위 등 무력사용 금지 선언은 침략범죄에 대한 개인형사책임을 관철시킨 로마규정을 통해 그 실효적 통제력이 배가된 것이다. 미래에 국제형사재판소를 통한 침략범죄의 실제적 처벌은 不戰조약 및 유엔헌장을 통해 전쟁을 불법화시킨 국제사회의 의지가 구체적 열매를 맺고 그 법적 강행성을 제고하는 인류사의 새로운 장면이 될 것이다.

로마규정 제8조의 2는 침략범죄의 범죄정의를 그리고 로마규정 제15조의 2와 제15조의 3은 침략범죄의 관할권 행사조건을 규정하고 있다. 로마규정 제8조의 2가 규정하고 있는 침략범죄의 범죄정의는 1945년 뉴렘베르그 헌장 제6조(a)항 및 1974년 유엔총회 결의 제3314호에 기반하고 있는데, 침략범죄란 한 국가의 정치적·군사적 지도자에 의한 '침략행위(act of aggression)'의 계획, 준비, 개시 또는 실행행위라고 한다. 또한 제8조의 2는 여기서의 '침략행위'는 그 성격, 중대성 그리고 규모에 있어 앞서 설명했던 유엔헌장 상 규정들에 대한 명백한 위반을 구성하는 것이어야 한다고 규정한다. 좀 더 구체적으로 보자면, '침략행위'는 타국의 주권, 영토보전 또는 정치적 독립을 위해하는 '군대의 사용(use of armed forces)'을 의미한다. 그리고, 제8조의 2는 이러한 '군대의 사용'에 해당하는 7가지의 구체적 행위유형을 다음과 같이 열거하고 있다.

- 군대를 사용하여 타국의 영토를 침공하거나 공격하는 행위(제8조의 2(2)(a)항)
- 타국의 영토에 대한 폭격 또는 여하한 유형의 무기의 사용(제8조의 2(2)(b)항)
- 타국의 항구 또는 연안에 대한 해상봉쇄(제8조의 2(2)(c)항)
- 타국의 육군, 해군, 공군, 해병대 또는 항공전단에 대한 공격(제8조의 2(2)(d)항)
- 타국과의 합의에 의해 그 영토 내에 주둔하는 군대를 그 합의에 위반하여 사용하는 행위(제8조의 2(2)(e)항)
- 제3국에 대한 타국의 침략행위 실행을 위해 자국의 영토를 타국이 사용하도록 허락하는 행위(제8조의 2(2)(f)항)
- 타국에 대한 군사행동을 행하는 무장단체를 타국에 보내는 행위(제8조의 2(2)(g)항)

결론적으로, ICC의 침략범죄에 대한 관할권 행사 개시는 실제적 무력

공격에 대한 자위권 행사 또는 유엔 안보리의 의결에 의한 무력사용이 아닌 모든 형태의 전쟁 개시행위를 결정하는 국가지도자들에 대한 강력한 심리적 억제기제로 작용하게 될 것이다. 즉, 타국의 무력공격이라는 객관적 상황 또는 안보리 의결이라는 집단적 합의의 과정에 기반하지 않은 자의적 전쟁개시 결정은 국제형사재판소의 칼끝을 의식하지 않을 수 없게 된 것이다.

V

형사소송절차

1. 개요
2. '사건(case)'의 형성, 체포영장 신청 및 발부
3. 기소장
4. 증거개시
5. 혐의확인심리
6. 일심재판
7. 항소심재판

1. 개요

ICC에서의 형사소송 절차는 다음과 같은 단계로 진행된다: 예비심사-수사-혐의확인심리-1심재판-항소심재판-피해자보상.[131] ICC에서의 대부분의 형사절차는 ICTY나 ICTR의 절차와 비슷하나, '예비심사(preliminary examination)'와 전심재판부에서 진행하는 '혐의확인심리(confirmation of charges hearing)'는 ICC에 특유한 것이라고 볼 수 있다. ICTY나 ICTR의 경우 각 재판소 '절차 및 증거규칙(Rules of Procedure and Evidence)'이 명백히 영미법계의 당사자주의 형사소송절차를 규정하고 있음에 반해,[132] ICC의 경우에는 로마규정 제64조(3)(a)항에 따라 '일심재판부(Trial Chamber)'가 당사자들과 협의한 후 동 재판부에 할당된 '사건(case)'에 적용될 절차를 '채택(adopt)'할 수 있다. 즉, 재판부가 결정할 경우 얼마든지 대륙법계의 직권주의 절차도 채택할 수 있는 것이다. 하지만, ICC 실무에 있어서는 모든 재판에서 ICTY나 ICTR과 비슷한 영미법계의 당사자주의 색채가 짙은 재판절차가 채택·적용되고 있다.

개인·집단·국가·국제기구·비정부기구 등으로부터 보내진 정보나 당사국 또는 유엔안보리로부터의 회부를 통해 어떤 '상황(situation)'에

131) 박병도, '국제형사절차에 있어서 적법절차: 국제형사재판소규정을 중심으로',「국제법학회논총」, 제55권, 2010.

132) ICTY Rules of Procedure and Evidence, Rule 85(A)(i)항-(iv)항 및 ICTR Rules of Procedure and Evidence, Rule 85(A)(i)항-(iv)항은 '검찰부의 증거 제출(evidence for prosecution)'-'변호인의 증거 제출(evidence for the defence)'-'검찰부의 반박 증거 제출(prosecution evidence in rebuttal)'-'변호인의 반박증거 제출(defence evidence in rejoinder)'이라는 영미법계의 재판절차를 규정하고 있다. 다만, 두 재판소 증거 및 절차규칙, Rule 85(A)(v)항이 규정하고 있는 "재판부가 [제출을] 명령하는 증거"는 대륙법계의 직권주의절차로부터 유래한 것으로 보인다.

대한 중대성을 인지하고, 그 '상황'에 대한 예비심사개시 결정이 내려지면, ICC검찰부는 로마규정 제53조(1)항에 규정되어 있는 예비심사 단계에서의 세 가지 고려사항에 근거하여 수사개시 여부를 결정하게 된다. 앞서 설명했듯이, 동 조항이 규정하고 있는 세 가지 고려사항은, 분석의 대상이 되는 '상황'에 대해 검찰부가 보유한 정보가 (i) ICC가 '관할권(jurisdiction)'을 가지는 범죄가 저질러졌다고 믿을 만한 '합리적 기초(reasonable basis)'를 제공하고 있는지,[133] (ii) 보충성의 원칙과 중대성이라는 '재판적격성(admissibility)'의 두 가지 기준이 충족되고 있는지,[134] (iii) 범죄의 중대성과 피해자들의 이익을 고려할 때, 수사를 진행하는 것이 '정의의 이익(interests of justice)'에 봉사하지 않는다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지[135]이다.

이러한 예비심사단계를 거쳐 수사가 개시되면, 검찰부는 검찰실(Prosecution Division), 수사실(Prosecution Division), 관할권·보충성 및 협력실(Jurisdiction, Complementarity and Cooperation Division)이 협력하여 관련국 정부, 국제기구, 비정부기구 등의 협조를 얻어 현지에 수사관을 파견하고 증거를 수집한다. 이 시점부터 특히 수사관 및 검찰부 직원들은 피해자 및 증인의 보호에 많은 신경을 쓰게된다. 대부분의 경우, 현지 상황은 내전 등으로 인한 폭력적 상황 및 종족 또는 집단 간의 긴장과 대치가 계속되는 경우가 많고 치안상황이 열악한 경우가 대부분이므로 피해자 및 증인 보호는 검찰부 뿐 아니라 사무국과 재판부 등 모든 ICC

133) 즉, 로마규정 상의 시간적 관할권 조항(제11조), 인적 또는 지역적 관할권 조항(제12조(2)항), 그리고 물적 관할권 조항(제5조)을 모두 만족시키는 범죄가 저질러졌다는 합리적 믿음을 말한다.

134) 로마규정 제17조.

135) 만일 검사가 이러한 세 가지 고려사항에 대한 검토 후 수사를 개시를 하지 않기로 결정하고 그러한 결정이 오직 세 번째 고려사항인 수사를 진행하는 것이 정의의 이익에 봉사하지 않는다는 이유에서 내려진 경우, 검사는 반드시 전심재판부에 그러한 결정을 보고하여야 한다. 로마규정 제53(1)항.

기관들이 가장 조심스럽게 접근하는 주제가 된다. 로마규정 제54조(1)(a)항에 따라 검찰부는 현지에서 죄를 드러내는 증거와 죄를 면하게 하는 증거 양자에 모두를 수집할 의무를 부담한다. 특히, 면책증거의 수집은 향후 형사절차 실무에 있어서 매우 중요하게 부각되는데, 이는 로마규정 제67조(2)항이 규정하고 있는 검찰부의 면책증거개시의무 때문이다. 실무상 이 면책증거개시의무는 ICC검찰부에 과중한 업무부담으로 작용하고 있는데, ICC의 첫 번째 사건이었던 루방가 사건에서는 이 면책증거개시의무와 관련된 검찰부의 실수로 사건 자체가 재판도 시작되기 전에 종료될 뻔 한 위기가 발생하기도 하였다.[136]

2. '사건(case)'의 형성, 체포영장 신청 및 발부

ICC검찰부는 수사를 통해 주어진 사안에 대한 이해가 깊어지면 잠재적인 기소대상자를 결정하게 되는데, 검찰부는 핵심국제범죄에 가담한 모든 자들을 기소·처벌하는 것이 아니라 동 범죄에 가장 큰 책임이 있는 사람을 선택하여 그에게 수사 및 기소 역량을 집중시킨다. 이는 검찰부의 인력과 재원, 시간 등 현실적 제약을 생각할 때 당연한 것이며, 로마규정 전문은 모든 국가가 핵심국제범죄에 책임 있는 자들에 대한 형사관할권을 행사할 의무가 있음을 선언하고 있다.[137] 즉, 핵심국제범죄의 처벌에

136) 이에 대한 자세한 내용은, 김상걸, 'ICC검사의 면책증거개시의무와 면책증거해당성 판단 행위', 「법조」, 제637호, 2009, pp. 108-153 참조.

137) 로마규정 전문 6번째 단락은 "국제범죄에 책임 있는 자들에 대한 형사관할권의 행사는 모든 국가들의 의무임을 상기하며(Recalling that it is the duty of every State to exercise its criinal jurisdiction over those responsible for international crimes)"라고 말하고 있다.

대한 ICC와 각국의 국내사법기관들의 역할분담 및 공동노력의 필요성을 말하고 있는 것이다. 이러한 역할분담은 핵심국제범죄에 대한 '불처벌의 관행을 종식(to end impunity)' 시키겠다는 ICC 설립 및 국제형사법의 기본취지를 관철시킬 수 있는 기본 전제조건이라고 볼 수 있다.

수사가 진행되어 최종적으로 기소대상자가 결정되는 시점에 그 때까지 수사의 대상이던 '상황(situation)' 안에 비로소 '사건(case)'이 생성되게 된다. 이 '사건'은 피의자의 이름으로 그 명칭이 주어지는데, 예를 들어, '콩고민주공화국 상황' 안에 'Prosecutor vs. Lubanga'라는 사건이 존재하게 되는 것이다. 한 개의 '상황' 안에는 수개의 '사건'이 존재할 수 있으며, 예를 들어, 2018년 10월 현재 '콩고민주공화국 상황' 안에는 6개의 사건이 진행되고 있거나 종료되었다.[138]

기소대상자가 결정되고 그에 관한 충분한 증거가 수집된 경우, 검찰부는 서면으로 전심재판부에 체포영장을 신청하게 되는데, 전심재판부의 체포영장 발부에 대해서는 로마규정 제58조가 규정하고 있다. 실무적으로 이 체포영장신청서는 이후 단계에서 검찰부가 작성하는 '기소장(document containing the charges)'의 기초가 되며, 로마규정은 제58조는 검사가 체포영장신청서에 반드시 기재하여야 할 내용으로 (i) 피의자의 이름 및 신원확인을 위한 정보, (ii) 피의자가 저지른 것으로 보이는 ICC관할권 대상 범죄의 특정, (iii) 특정된 범죄를 구성하는 것으로 보이는 사실에 대한 간략한 설명, (iv) 피의자가 그러한 범죄를 저질렀다고 믿을 만한 합리적 근거를 제공하는 증거 및 여타 정보의 요약, (v) 피의자의 체포가 필수적이라고 믿는 이유 등 다섯 가지를 규정하고 있다.[139] 전

138) 그 여섯 개의 사건들은 'Prosecutor v. Luganga', 'Prosecutor v. Katanga', 'Prosecutor v. Ntaganda', 'Prosecutor v. Mbarushimana', 'Prosecutor v. Mudakumura', 'Prosecutor v. Ngudjolo Chui'이다.

139) 로마규정 제58조(2)항.

심재판부는 검사가 제출한 체포영장신청서 및 그것과 함께 제출된 증거 및 여타 정보에 대한 검토를 한 후, 다음의 두 가지 조건이 충족되었다고 판단될 경우 체포영장을 발부하게 된다: (i) 피의자가 ICC관할권 하의 범죄를 저질렀다고 믿을 만한 '합리적 근거(reasonable grounds)'가 있고,[140] (ii) 피의자의 재판출석을 위해, 피의자가 수사나 사법절차를 방해하지 않게 하기 위해, 또는 피의자가 계속 범죄를 저지르는 것을 막기 위해 체포가 '필수적(necessary)'이라고 보일 경우.[141]

전심재판부가 체포영장을 발부하면, ICC사무국(Registry)의 사무총장(Registrar)은 관련 국가에 서면으로 체포요청을 하게 된다.[142] ICC는 자체적으로 체포를 강행할 수 있는 경찰력이 없으므로, 실제 물리적 체포를 위해서는 당사국 등 국가들의 협조에 의지할 수밖에 없다. 로마규정 당사국들은 ICC의 협조요청을 완전하게 이행하여야 할 법적 의무를 지며,[143] 해당 '상황'이 유엔안보리에 의해 ICC로 회부된 경우에는 로마규정 당사국인지의 여부를 불문하고 모든 유엔회원국들이 ICC에 협력하여야 할 국제법상 의무를 부담하게 된다. 통상 전심재판부의 체포영장은 대외비(under seal)로 발부되며, 실제로 체포가 임박하였거나 실행되었을 때 외부로 공개된다. 이는 체포영장 발부 사실을 피의자가 알지 못하게 함으로써 체포가능성을 높이기 위한 것이다. 실제로, 자신에 대한

140) 로마규정 제58조(1)(a)항.

141) 로마규정 제58조(1)(b)항.

142) 로마규정 제91조(1)항.

143) 최근 ICC로부터 체포영장이 발부되어 있는 수단의 현직 대통령 알 바시르가 ICC당사국인 남아공을 방문하였을 때, ICC는 남아공 정부에 알 바시르 대통령의 체포를 요청하였다. 남아공 법원이 ICC의 협조요청은 이해되어야 한다는 결정을 내렸음에도 남아공 정부는 체포를 실행하지 않았고, 이에 ICC의 알 바시르 사건 담당 전심재판부는 남아공 정부의 당사국으로서의 법적의무 위반 사실을 확인하였다. *Prosecutor v. Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-302, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir, 6 July 2017.

ICC 체포영장 발부 사실을 알지 못했던 콩고민주공화국의 전부통령 벰바(Bemba)는 벨기에를 방문하였으며, ICC의 체포요청을 받은 로마규정 당사국 벨기에는 자국 경찰력을 동원하여 벰바를 체포한 후 ICC로 이송하였다.

로마규정은 체포 외에 피의자의 신병을 확보하는 또 한 가지의 방도를 규정하고 있는데 그것은 소환장 발부이다. 즉, 검사가 소환장 발부를 신청하고, 피의자가 ICC의 사법절차에 협조하여 자발적으로 ICC에 출두할 것이라는 데에 대한 합리적 근거가 있을 경우 전심재판부는 소환장을 발부할 수 있다.[144]

체포영장 또는 소환장이 발부된 경우, 해당 사건은 수사단계에서 전심재판 단계로 들어가게 되는데, 이 단계에서 전심재판부는 피의자를 재판단계로 넘길만한 충분한 증거가 있는지의 여부를 판단하게 된다. 이 판단을 위해 로마규정이 마련한 절차가 '혐의확인심리(confirmation of charges hearing)'으로 가히 전심재판 단계의 꽃이라 할 수 있다.

피의자가 체포되어 ICC로 이송되거나 소환장에 의거하여 자발적으로 출두한 경우, 전심재판부는 최초 법정출두 절차를 개최하여, 피의자의 신원을 확인하고 그가 자기에 대한 혐의를 이해하고 있는지의 여부를 확인한다. 또한 피의자의 건강상태 및 그가 사용하는 언어를 확인하고 혐의확인심리의 날짜를 결정한다. ICC 실무상 최초 법정출두 절차에서 결정된 혐의확인심리의 개최 날짜는 거의 예외 없이 지켜지지 않고 지연되게 되는데, 이는 관련 증거와 자료의 양이 엄청난 국제형사재판의 특성상 대부분의 변호인들이 사건을 숙지할 추가적 시간을 전심재판부에 요청하기 때문이다.

144) 로마규정 제58조(7)항.

3. 기소장

피의자의 최초 법정출두가 이뤄지면 검찰부는 본격적으로 '기소장(document containing the charges)' 작성에 들어가게 되고,[145] 검찰부와 변호인 사이에 증거개시절차가 진행되게 된다. 검찰부가 작성하는 기소장은 전심재판부가 진행하는 혐의확인심리의 심리대상을 결정하는 역할을 한다. 즉, 검찰부가 기소장에 기재한 공소사실과 범죄 및 범죄참가형태가 혐의확인심리에서 전심재판부가 내리는 결정의 판단 대상이 되는 것이다. 비슷한 맥락에서, 혐의확인심리는 일심재판부가 행할 本재판의 심리대상을 결정하게 된다. 이러한 점에서 전심재판 단계에서의 검찰부의 기소장 작성과 전심재판부의 혐의확인심리 결정은 해당 '사건(case)'의 실체적 내용 및 本재판의 큰 그림을 결정하는 중요성을 갖는다.

ICC의 재판소규칙(Regulations of the Court)의 규칙 52(Regulation 52)는 '기소장(Document containing the charges)'이라는 제목 하에 검사가 기소장에 반드시 기재하여야 할 내용을 규정하고 있는데, 기소장의 가장 중요한 내용은 "공소사실(a statement of the facts)"과 그 "공소사실의 법적 특정(a legal characterization of the facts)"의 두 가지이다. 이 법적 특정은 로마규정 제6조(제노사이드), 제7조(인도에 반한 죄), 제8조(전쟁범죄) 및 제8조의 2(침략범죄)가 규정하는 "범죄(crimes)"와 동 규정 제25조와 제28조가 규정하는 "범죄참가형태(form of participation)"의 두 가지에 대하여 이루어져야 한다. 예를 들어, 검

145) 뉴렘베르그와 동경 전범재판 그리고 ICTY와 ICTR에서는 기소장을 'indictment'라고 불렀으나, 이 용어는 영미법계의 느낌이 너무 강하다고 하여 로마규정은 'document containing the charge'라는 용어를 쓰고 있다. ICC 실무에서는 'DCC'라는 약자로 부르기도 한다.

사는 어떤 공소사실을 기소장에 기재하고 이 공소사실에 관련된 피의자의 책임을 인도에 반한 죄(범죄)의 공동정범(범죄참가형태)으로 특정하는 것이다.[146]

여기서 주목할 만한 점은 규칙 52가 범죄참가형태에 대해서는 "정확한(precise)"이라는 형용사를 쓰고 있다는 점이다. 일반적으로 국제형사재판이라고 하면 흔히들 제노사이드, 인도에 반한 죄 등 극도로 폭력적인 범죄를 생각하지만, 실제 국제형사재판에서 검사와 변호인이 첨예하게 대립하고 재판부도 판결문에서 많은 양의 지면을 들여 상세히 논하는 것은 피고인의 '범죄참가형태'에 대한 것이다. 이 범죄참가형태는 제2차 세계대전 직후 뉴렘베르그와 동경 전범재판으로부터 그 본격적 발전을 시작한 국제형사법의 핵심개념인 국제법상 개인형사책임 사상을 실제 법적으로 구현하는 도구로서의 막중한 중요성을 갖는데, 검사가 피의자 또는 피고인을 기소하면서 정확한 범죄참가형태를 기소장에 기재하는 것은 피고인의 방어권 행사와 권리보호에 매우 중요하다. 특히, ICC 등의 국제형사재판에서 다루는 대부분의 피고인들은 최고위급 상급자로서 실제 범죄현장에서 멀리 떨어져 있었던 경우가 많다. 이런 경우, 검사는 재판에서 타인들이 실행한 범죄와 피고인 사이의 연결을 입증하여야 하는데, 이러한 법적 연결의 역할을 하는 것이 바로 범죄참가형태의 법리이고 실무상 그 입증은 결코 쉽지 않은 작업이다.

146) 로마규정 제25조 및 제28조에 규정되어 있는 범죄참가형태로는 단독정범(individual perpetration), 공동정범(co-perpetration), 간접정범(indirect perpetration or perpetration by means), 교사범(ordering, soliciting, inducing), 방조범(aiding, abetting or otherwise assisting), 공통의도(common purpose), 그리고 지휘자책임(command responsibility and superior responsibility)이 있다.

4. 증거개시

ICC재판진행 상의 핵심서류라고 할 수 있는 기소장은 피의자의 최초 법정 출두 후 혐의확인심리 전에 작성되며, 혐의확인심리의 검토대상이 바로 이 기소장과 그에 첨부되는 증거자료이다. 따라서, 피의자와 변호인은 혐의확인심리에서 논박의 대상이 무엇인지 알고 그 준비를 할 필요가 있다. 이를 위한 법적 기제가 바로 '증거개시(disclosure)'인데, 이 증거개시를 통해 피의자와 변호인은 검사의 기소장 사본과 관련 증거를 전달받고 그 분석 및 반박 준비에 임할 수 있다. 따라서, 증거개시는 매우 민감한 문제이며 자주 검사와 변호인 사이에서 논란의 대상이 되곤 한다.

로마규정 제61조(3)(a)항은 혐의확인심리 전 합리적인 시간 안에 검사는 피의자에게 기소장을 제공하여야 한다고 규정하고 있으며, 증거 및 절차규칙 제121조(3)항은 검사로 하여금 최소한 혐의확인심리 개시 30일전에 피의자 및 전심재판부에 "혐의에 대한 자세한 서술 및 혐의확인심리에서 제출하고자 하는 증거 목록"을 제공하도록 규정하고 있다. 여기서 "혐의에 대한 자세한 서술"은 기소장을 의미한다. 검사가 혐의확인심리에서 증인을 부를 경우에는 증인의 성명과 증인신문조서 사본을 변호인에게 제공하여야 하며, 이는 적절한 변호 준비가 이루어질 수 있도록 혐의확인심리 개시 전 충분한 시간을 두고 이루어져야 한다.[147] 실무에 있어서 특히 중요시되는 것은 검사가 보유하고 있는 '면책증거(exculpatory evidence)'에 대한 증거개시인데, 검사는 "최대한 빠른 시간에(as soon as practicable)" 이를 변호인에게 증거개시 하여야 한

147) ICC 절차 및 증거규칙, 제76조(1)항. 앞서 언급했듯이, ICC검사는 로마규정 제54조(1)항에 따라 피의자 또는 피고인의 유죄를 드러내는 증거와 무죄를 드러내는 증거 두 가지 모두를 수사하고 수집할 의무가 있다. 이를 검사의 객관성의 원칙 또는 객관의무라고 한다.

다.[148] 여기서 면책증거란 세 가지 범주로 나누어지는데 (i) 피의자 또는 피고인의 무죄를 보여주거나 보여줄 가능성이 있는 증거, (ii) 피의자 또는 피고인의 책임을 감경하는 증거, 및 (iii) 검사측 증거의 신빙성에 영향을 주는 증거가 그 셋이다.[149]

증거개시와 관련하여서는 주로 검사의 증거를 변호인에게 제공하는 과정에서[150] 각종 항변과 전심재판부에의 정식 서면 조정요청이 있게 되고, 이러한 조정요청 하나하나에 대해 전심재판부는 서면 결정을 하게 된다. 이러한 전심재판부의 서면 결정에 불복하는 경우, 당사자들은 심지어 (일정한 조건을 충족하는 하에서) 항소를 제기할 수도 있는데 이를 '임시항소(interlocutory appeal)'라고 부르며, 이것이 ICC등 각종 국제형사재판소에서의 악명 높은 절차진행 지연 원인 중의 하나이다.

5. 혐의확인심리

전심재판 단계의 취지인 피의자를 재판으로 넘길 것인지, 넘긴다면 어떤 공소사실에 대하여 어떤 범죄와 범죄참가형태를 적용하여 넘길 것인지를 결정하는 전심재판의 핵심절차가 바로 '혐의확인심리(confirmation of charges hearing)'이다. 이 절차에서 전심재판부는 검사의 기소장과 관련 증거를 검토하고 또한 그에 대한 변호인의 반박과 관련 증거를 고려하여, 피의자가 기소장에 기재된 각각의 범죄를 저질렀다

148) 로마규정 제67조(2)항.
149) 로마규정 제67조(2)항.
150) 로마규정 제66조(1)항에 따라 ICC형사절차에는 무죄추정의 원칙이 적용되므로 변호인으로부터 검사에의 증거개시는 실무상 그 빈도나 중요성이 크지 않다.

고 믿을 만한 "상당한 근거(substantial grounds)"를 구성하는 "충분한 증거(sufficient evidence)"가 있는지를 판단하게 된다.[151] 이러한 판단에 근거하여 전심재판부는 다음의 세 가지의 판결을 내릴 수 있다: (a) 충분한 증거가 있다고 판단한 '혐의(charge)'에 대하여는 이를 '확인(confirm)'하고, 그렇게 확인된 혐의에 대한 재판을 위해 피의자를 일심재판부로 넘김, (b) 불충분한 증거만 있다고 판단한 '혐의'에 대하여는 '확인을 거부(decline to confirm)'함, (c) 심리를 중단하고 검사에게 다음을 고려하도록 요청: (i) 특정 혐의에 대하여 추가적 증거를 제출하거나 추가적 수사를 진행하는 것, 또는 (ii) 제출된 증거가 다른 범죄를 구성하는 것으로 보이므로 혐의를 수정할 것.[152]

여기서 혐의확인심리의 취지를 기억할 필요가 있는데, 이 심리는 사실적 또는 법적 근거가 불충분한 혐의가 재판으로 진행되는 것을 저지함으로써 피의자의 권리를 보호하는 것을 그 목적으로 한다. 혐의확인심리의 도입취지 중 하나는 재판전 또는 재판이 진행되는 동안 수년간 수감되는 국제범죄 피의자의 입장을 생각할 때, 관련 증거가 그를 일심재판으로 넘기기에 충분한 것인지에 대한 최소한의 사전확인 절차를 두자는 것이었다. 혐의확인심리 동안 충분한 증거가 제출되지 못한 혐의는 기소장에서 삭제되게 되고, 오직 충분한 증거를 통한 지지를 받는 혐의만이 재판으로 진행하는 것이다. 혐의확인심리가 종료되면 전심재판부는 확인된 혐의에 대하여 사건을 일심재판부로 넘기고 자신의 임무를 마치게 된다.[153]

151) 로마규정 제61조(5)항 및 (7)항.
152) 로마규정 제61조(7)항.
153) 로마규정 제61조(11)항.

6. 일심재판

일심재판(Trial)은 ICC형사절차 전체의 꽃이라고 할 수 있다. 로마규정 제64조(2)항은 일심재판부는 재판이 공정하고 신속하게, 피고인의 권리를 존중하면서 또한 피해자와 증인 보호에 만전을 기하면서 행해지도록 하여야 한다고 규정한다. 또한 로마규정 제74조(2)항은 일심재판부의 판결은 "증거와 전체 절차(evidence and the entire proceedings)"에 대한 재판부의 평가에 근거하여 내려져야 한다고 한다. 동 조항은 또한 그 판결은 기소장에 개재되어 있는 공소사실에 대해서만 내려질 수 있으며, 일심재판 동안 재판부 앞에 제출되고 토론된 증거만이 판결의 근거가 될 수 있다고 규정한다. 일심재판부의 판결은 전심재판부가 혐의확인심리를 통해 확인한 공소사실의 범위를 넘어설 수 없다.[154]

일심재판부의 유죄판결을 이끌어 내기 위해서, 그러한 증거들은 피고인이 범죄를 저질렀다는 공소사실에 대해 재판관들에게 어느 정도의 확신을 주어야 하는가? 이 질문에 답하는 법적 개념이 증거를 통한 증명의 정도를 의미하는 '증명기준(standard of proof)'인데, 로마규정은 총 네 가지의 증명기준을 채용하고 있다. 즉, 수사개시결정 단계에서 적용되는 '합리적 기초(reasonable basis)',[155] 체포영장발부결정에 적용되는 '합리적 근거(reasonable grounds)',[156] 혐의확인심리(confirmation of charges, 제58조(1)(a)항)에서 적용되는 '상당한 근거(substantial grounds)',[157] 그리고 일심재판 단계에서 적용되는 '합리적 의심의 여지 없는(beyond reasonable doubt)'[158]의 증명기준들이 그 넷이다. 이 네 가지 증명기준은 여기서 열거된 순서대로 그 개념적 강도가 높아진다고 하겠다. 하지만, 실무에 있어서 ICC검찰부는 언제나 자기가 가지고 있는 최선의 증거를 재판부에 제출한다. 증명기준이 낮다고 하여 핵심증거를 감추고 나중에 제출하는 등의 일은 실무에서는 생각할 수 없다.

비교법적으로 대륙법계와 영미법계로 대표되는 선진사법제도상 형사재판절차는 대륙법계를 대표하는 직권탐지주의와 영미법계를 대표하는 당사자주의로 나누어진다. 앞서 언급하였지만 다시 한번 반복하자면, 유엔 안보리의 결의를 통해 설립된 ICTY와 ICTR의 경우에는 그 설립에 있어 미국의 영향력이 지대했고, 출범시부터 실제 많은 미국출신 직원들이 활동하였다. 이러한 맥락에서, ICTY와 ICTR의 형사절차는 영미법계의 영향을 많이 받았고 양 재판소의 '절차 및 증거규칙(Rules of Procedure and Evidence)' 제85조(Rule 85)는 당사자주의 절차를 명확히 규정하고 있음은 놀라운 일이 아니었다. 즉, 동 조항은 영미법계 당사자주의의 영향을 받아 '검사의 증거 제시(prosecution case)', '변호인의 증거 제시(defense case)', '검사의 반박(rebuttal)', '변호인의 반박(rejoinder)', '재판부의 명령에 따른 증거 제시'의 일심재판 절차를 규정하였다. ICC의 경우, 로마규정의 입법자들은 대륙법계와 영미법계 어느 한쪽 절차에 치우치지 않고, 당해 사건의 재판절차를 일심재판부가 당사자들과의 협의를 거쳐 결정하게 하였다.[159] 그러나 실제에 있어 지금까지 ICC의 모든 일심재판은 ICTY 및 ICTR의 경우와 같이 영미법계의 색채가 짙은 당사자주의 성격의 절차로 진행되었다.[160]

154) 로마규정 제74조(2)항.
155) 로마규정 제53조(1)항.
156) 로마규정 제58조(1)(a)항.
157) 로마규정 제61조(7)항.
158) 로마규정 제66조(3)항.
159) 로마규정 제64조(3)(a)항 참조.
160) 재판정에 출석한 증인에 대한 심문은 주심문, 반대심문, 보충주심문, 보충반대심문, 재판부의 질의의 순서로 진행된다.

2018년 10월 현재 ICC는 루방가 사건,[161] 은구조로 사건,[162] 카탕가 사건,[163] 벰바 사건[164] 등 네 개의 사건에 있어서 일심재판을 종료하였으며, 이 중 은구조로 사건에서는 해당 일심재판부가 피고인의 무죄를 선고하였다. ICC에서 다루는 사건들은 수많은 증거와 증인, 피해자 등이 관련되므로 일심재판 및 수사개시로부터 항소심 판결까지의 전체 절차에 많은 시간이 소요되며, 보통 일심재판에만 3년에서 5년 정도의 기간이 소요된다.[165]

한편, 아프리카 말리에서 발생한 유적 및 문화재 파괴 관련 전쟁범죄 사건의 일심재판 개시일에 피고인인 아흐메드 알 파키 알 마흐디는 자신의 유죄를 인정하였는데, 이 경우 일심재판부는 로마규정 제65조(1)항의 조건들이 만족되었는지를 확인한 후 형량에 대한 판단 단계로 진행하게 된다.[166] 2016년 9월 27일 이 사건 담당 일심재판부는 알 마흐디에게 9년의 징역형을 선고하였다.[167]

161) *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012.

162) *Prosecutor v. Ngudjolo*, ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 26 December 2012.

163) *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 7 March 2014.

164) *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016.

165) 루방가 사건 일심재판(2009년 1월 26일-212년 3월 14일), 은구조로 사건 일심재판(2009년 11월 24일-2012년 12월 18일), 카탕가 사건 일심재판(2009sus 11월 24일-2014년 3월 7일), 벰바 사건 일심재판(2010년 11월 22일-2016년 3월 21일).

166) 2018년 10월 현재 로마규정 제65조가 규정하는 피고인 자신의 유죄인정이 일어난 경우는 이 사건이 유일하다.

167) *Prosecutor v. Ahmed Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01-15, Judgment and Sentence, 27 September 2016.

7. 항소심재판

항소심재판부가 행하는 항소심재판은 일심재판부의 판결에 대한 것과 그 이외의 사안에 대한 것으로 구분할 수 있는데, 전자에 대해서는 로마규정 제81조가 그리고 후자에 대해서는 로마규정 제82조가 규정하고 있다.

로마규정 제81조(1)항은 일심재판부의 유무죄 판결은 항소심의 대상이 될 수 있으며, 이러한 이슈들에 대해 검사 또는 피고인은 절차적 착오, 사실의 착오 또는 법률의 착오에 근거하여 항소할 수 있다고 규정하고 있다. 다만, 피고인은 이러한 세 가지 근거에 더하여 절차와 판결의 공정성과 신뢰성과 관련된 이유에 의한 항소도 제기할 수 있다. 또한, 로마규정 제81조(2)항은 검사 또는 피고인은 범죄와 형량의 불균형을 근거로 형량에 대한 항소를 제기할 수 있다고 규정하고 있다.

전심재판부 또는 일심재판부가 행한 여타 결정에 대한 항소에 대해서는 로마규정 제82조가 규정하고 있다. 제82조 상의 항소는 당사자가 항소의 대상이 되는 결정을 내린 재판부의 '허가(leave)'가 없이도 제기할 수 있는 항소와 그러한 허가를 득하여야만 제기할 수 있는 항소로 나눠진다. 전자에 해당하는 항소대상에는 제82조(1)(a)-(c)항이 규정하고 있는 관할권 또는 재판적격성 관련 결정, 수사 또는 기소의 대상이 되는 사람의 석방을 허락하거나 부인하는 결정 등이 해당된다. 이러한 사안 이외에, 공정하고 신속한 절차진행 또는 재판의 결과에 상당한 영향을 미칠 만한 이슈와 관련된 전심재판부 또는 일심재판부의 결정은 해당 결정을 내린 재판부가 항소의 필요성을 인정하고 항소를 허락할 경우에만 항소가 가능하다.[168]

168) 로마규정 제82조(1)(d)항.

로마규정 제82조가 규정하고 있는 항소는 임시항소 또는 중간항소라고 번역할 수 있는 'interlocutory appeal'이라고 불리는데, 당사자의 항소의향서 제출, 상대방의 의견서 제출, 해당 재판부의 항소 필요성 인정결정, 항소심재판부에의 항소, 상대방의 의견서 제출, 항소심재판부의 결정 등에 상당한 시간이 소요된다. ICTY와 ICTR의 경우 뿐 아니라 ICC에서도 이 임시항소 또는 중간항소는 절차지연의 중요 원인 중 하나이다.

2018년 6월 8일 ICC 항소심재판부는 2002는 7월 그 본격적인 활동을 시작한 ICC의 길지 않은 역사에 있어서 가장 충격적인 판결을 내리면서, 중앙아프리카 공화국에서 저질러진 인도와 반한 죄와 전쟁범죄를 이유로 2016년 일심재판부로부터 유죄판결과 함께 18년형을 선고받은 피고인 벰바의 무죄를 확정하였다.[169)]

169) *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 June 2018.

VI

피해자 참여 및 보상

1. 개요
2. 피해자 참여
3. 피해자 보상

1. 개요

ICC를 설립한 1998년 로마외교회의 개막 연설에서 유엔 사무총장 코피 아난은 피해자 및 국제공동체 전체의 이익이 “다른 무엇보다 중요한 이익(overriding interests)”이라고 설파하였다. 이러한 정신을 이어받은 로마규정은 피해자의 이익과 관련한 규정들을 두고 있는데, 그 대표적인 것이 ‘피해자 참여(victims’participation)’ 제도 및 ‘피해자 보상(victims’reparation)’ 제도이다. 이 두 가지 제도는 로마규정에 포함된 가장 혁신적인 성취로 평가받고 있다. 하지만, ICC는 관련 규정들의 실제 적용에 있어서 많은 어려움을 겪으며 재판부마다 여러 가지 방식을 실험하면서 최적의 적용형식을 찾으려고 노력하고 있다.

2. 피해자 참여

피해자 참여 제도에 대해서는 로마규정 제68조(3)항과 절차 및 증거규칙(Rules of Procedure and Evidence) 제85조로부터 제93조까지에 관련 규정이 있다. 그 주된 내용은 혐의확인심리, 일심재판 및 항소심 재판에 참여하여 자신의 ‘개인적 이익(personal interest)’이 영향을 받을 수 있는 사안에 대한 자신의 “견해와 염려(views and concerns)”를 피력할 수 있는 권리를 말한다. ICC 이전의 국제형사재판소들에 있어서는 피해자 참여 제도가 존재하지 않았는데, 현대 국제형사법의 최고 권위자라고 할 수 있는 안토니오 카세세는 ICC의 피해자 참여 제도는 피해

자를 국제형사정의 개념의 중심에 위치시킨다고 주장하였다.[170] ICTY나 ICTR의 경우 범죄 피해자들은 해당 형사절차에 증인으로 출석하는 역할을 할 수 있을 뿐이었으나, ICC의 피해자 참여 제도는 그들로 하여금 적극적으로 자기들의 의견을 재판부에게 개진할 수 있게 하고, ICC의 형사절차가 피해자 및 피해자가 속한 현지 공동체와 더욱 긴밀히 연결되어 영향을 주고받을 수 있게 한다.[171] 요컨대, ICC의 피해자 참여 제도는 피해자를 국제형사정의 실현에 있어 수동적 객체가 아닌 능동적 주체로 격상시키며, 그들의 특유한 시각과 의견을 ICC의 사법활동에 반영하게 한다.[172] 다만, 재판부는 피해자 참여를 허용할 때 피고인의 이익이 부당하게 침해받지 않을 것을 항상 염두에 두어야 한다.[173]

ICC창설 초기의 재판(특히, ICC 사상 첫 사건이었던 루방가 사건)에 있어서는 혐의확인심리 전의 수사단계(즉, 사건(case)이 특정되기 전의 상황(situation) 단계)에서도 피해자의 참여가 가능하다고 보았으나, 현재는 오직 법정절차(judicial proceedings)에만 참여할 수 있다고 보는 것이 ICC판례의 태도이다.[174] 피해자로서 법정절차에 참가하겠다고 신청하는 것은 보통 일심재판 시작 전까지 할 수 있다고 한다.[175] 실제에 있어 피해자 참여는 심리와 재판에 참석하여 각종 절차적·실체적 이슈들에 대한 서면의견제출, 증인심문, 독자적 증거제출 등을 통해 이루어진다. 특히 독자적 증거제출권과 관련하여서는 피해자의 이익이 상당부분 검찰부의 이익과 겹치는 측면이 있기에 피해자가 마치 제2의 검사의 역할을 하게 되는 것이 아니냐는 의구심이 있다. 실제로 피해자들은 범죄발생지 현지의 사정에 밝기에 피고인측이 제기하는 공격을 방어하는데 실질적인 도움을 주기도 한다. 피해자의 독자적 증거제출권을 부인하는 소수의견을 내었던 재판관들은 유무죄의 입증과 방어는 당사자(검사와 피고인)의 임무임과 로마규정에 피해자에 대한 증거개시 관련 규정이 없음을 이유로 피해자는 유무죄에 대한 증거를 제출할 수 없음을 주장하였다.[176] 하지만 이는 소수의견이고, 일반적으로 (각종 제한조건이 붙는 상태에서) 피해자의 유무죄 관련 증거제출권은 인정되고 있다.[177] 이와 관련하여, 카탕가 사건 담당 일심재판부는 피해자는 재판의 당사자가 아니므로 검사의 입증행위를 지원하는 역할을 맡는 것이 아니라, 피해자의 현지 사정 및 사회문화적 배경에 대한 지식을 가지고 재판부의 판단을 돕는 역할을 한다고 언급하였다. 즉, 피해자 참여는 "진실의 확인을 그

170) Antonio Cassese, "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, p. 168.

171) Human Rights Watch, *Who Will Stand for Us?: Victims' Legal Representation at the ICC in the Ongwen Case and Beyond*, 29 August 2017, p. 7, at www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/ijongwen0817_web.pdf.

172) Office of the Prosecutor, Policy Paper on Victim's Participation, April 2010, p. 1.

173) 로마규정 제68조(3)항.

174) *Situation in the Democratic Republic of Gongo*, ICC-01/04-556, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor agaisnt the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007, 19 December 2008.

175) 최근 판례는 일심재판 개시 15일 내지 60일 전까지 신청할 수 있다고 판시하였다. *Prosecutor v. Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Decision on victims' participation in trial proceedings, 6 February 2015, para. 24(v). ICC의 첫 사건였던 루방가 사건에서는 피해자참가신청에 아무런 기한도 정하지 않았으나, 이로 인해 촉발된 과도한 업무부담 때문에 이후 판례들은 일정한 기한을 정하고 있다(예를 들어, 카탕가 사건에서는 일심재판 시작 전, 벰바 사건에서는 일심재판의 검사의 증거 제시(prosecution case) 종료전).

176) Partly dissenting opinion of Judge Kirsch and Judge Pikis, *Prosecutor v. Lubanga*, 01/04-01/06 OA9 OA10, Judgment on the appeal of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I's Decision on the victims participation of 18 January 2008, 11 July 2008.

177) *Prosecutor v. Lubanga*, 01/04-01/06 OA9 OA10, Judgment on the appeal of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I's Decision on the victims participation of 18 January 2008, 11 July 2008.

주된 목적으로 한다"는 것이다.[178]

ICC 증거 및 절차규칙 제85조(a)항은 '피해자' 개념에 대한 정의를 규정하면서, 피해자란 재판소의 관할권 하의 범죄 실행의 결과로 "위해(harm)"를 당한 자연인을 의미한다고 한다.[179] 이는 이 조항 상의 '피해자' 지위를 인정받기 위해서는 자연인이 받은 위해와 체포영장 또는 기소장에 기재되어 있거나 또는 혐의확인심리에서 확정된 범죄 사이에 인과관계가 존재하여야 함을 말한다. 따라서, 검사가 기소장 작성시 행하는 공소사실 및 기소대상 범죄의 특정은 해당 사건에 있어서 '피해자'의 지위로 관련 형사절차에 참여할 수 있는 사람들의 범위를 결정하는 기능을 하게 된다. 최근 ICC검찰부는 수사단계부터 현지의 피해자 단체들과 긴밀히 협의하여 되도록 실제 발생한 범죄현상을 최대한 반영하는 범죄혐의를 기소장에 반영하고자 노력하고 있다.[180]

지금까지 설명한 피해자 참여 제도가 '무엇인지(what)'에 대해서는 상대적으로 명확한 이해가 가능한데, 이 제도와 관련된 어려움은 이러한 피해자 참여 제도를 실제 사건에 '어떻게(how)' 실행·적용해 나갈 것이냐의 문제이다. 지금까지 재판부가 피해자 참여를 허가하는 구체적·실무적 방식은 각 재판부마다 상이한 방식을 적용하여 왔다. 특히, 어떤 형태 및 분량의 피해자 참여신청서를 사용할 것인지, 그러한 참여신청을 할 수 있는 마감 시점은 언제인지, 피해자가 재판에서 증거를 제출하는 조건과 방식은 어떠해야 하는지 등의 문제에 대해 각 재판부들은 여러 가

178) *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with Rule 140, 1 December 2009, para. 47.

179) 증거 및 절차규칙 제85조(b)항은 조직이나 단체 등 법인도 특정 조건 하에서 로마규정 상 '피해자'가 될 수 있음을 규정하고 있다.

180) Coalition for the International Criminal Court, *Improving victim participation in the Ongwen case: lessons from Lubanga*, 17 September 2015, Challenge #1 and Lesson #1.

지 상이한 접근법을 제시하여 왔다.[181] 이렇게 통일되지 못한 접근법들에는 때로는 수천 건이 넘는 피해자 참여 신청을 처리해야 하는 ICC의 업무부담을 최소화하면서 피해자 참여 제도의 취지를 최대한 살려나가고자 하는 재판부 나름의 고민이 담겨 있었다. 예를 들어, 벰바사건에서는 역대 최대인 5,220명이 재판부로부터 피해자 참여의 권리를 인정받았는데,[182] 신청서를 검토하고, 참여허가 여부에 대한 의견을 제시하고, 그 결정을 내리고 집행하는 재판부, 검찰부, 피고인 그리고 사무국의 관련 부서들의 입장에서는 상당한 업무부담을 느낄 수밖에 없다.[183] 각 재판부가 발전시켜온 피해자 참여 제도의 구체적 실행방식은 '재판부 업무매뉴얼(Chambers Practice Manual)'에 잘 정리되어있다.[184]

181) 각 재판부가 채택·적용한 피해자 참여 관련 실무방식을 잘 정리해 놓은 논문으로는, Mikel Delagrange, "The Path towards Greater Efficiency and Effectiveness in the Victim Application Processes of the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, vol. 18, issue 3, 2018, p. 540.

182) Open Society Justice Initiative, *The Trial of Jean-Pierre Bemba at the ICC: Judgment*, Briefing Paper, March 2016, p. 3. 벰바 일심재판에 2명의 피해자는 증인의 자격으로 증언을 하였고, 3명의 피해자는 피해자의 자격으로 재판정에 출두하여 자신들의 '의견과 염려(views and concerns)을 재판부에 피력하였다. 이 세 명의 피해자들은 선서하지 않았고, 그들의 진술은 증거로 등록되지 않았다. 즉, 재판부의 참고사항이 될 뿐이었다. Ibid.

183) 루방가 사건에서는 123명의 피해자들이, 그리고 카탕가 및 은구조로 사건에서는 365명의 피해자들이 피해자 참여 권리를 인정받았다. Open Society Justice Initiative, "A Year in the Bemba Trial at the ICC", *International Justice Monitor*, 2 January 2002, at www.ijmonitor.org/2012/01/a-year-in-the bemba-trial-at-the-icc.

184) ICC Chambers, Chambers Practice Manual, May 2017, pp. 25-28, at www.icc-cpi.int/iccdocs/other/170512-icc-chambers-practice-manual_May_2017_ENG.pdf. 이 매뉴얼은 그 동안의 업무 경험을 정리한 재판부 참조용이며, 재판부를 구속하지 않는다.

3. 피해자 보상

로마규정 제75조는 피해자 보상에 대해 규정하고 있는데, 이 조항은 재판부에게 피해자 보상을 위한 상세한 원칙을 세워야 할 포괄적 책임을 부여하면서(제75조(1)항), 유죄가 확정된 피고인에게 부과하는 보상명령에 대하여도 그 구체적 내용 결정을 재판부에게 일임하는 형식을 취하고 있다(제75조(2)항). 이 피해자 보상제도는 ICC에 의해 유죄가 확정된 범죄로 인해 발생한 피해에 대해 가능한 한 최대로 보상을 함으로써 피해의 회복 및 피해자에 대한 정의를 실현한다는 의의가 있다. 로마규정상 피해자 보상은 유죄판결, 재판부의 보상명령, ICC피해자보상기금(Victims Trust Fund)의 명령이행계획 수립의 순서로 시행되게 된다. 2018년 10월 현재 루방가, 카탕가, 알 마흐디 등 세 개의 사건에서 피해자 보상 명령이 내려졌다. 보상받을 피해자 선정 방식은 재판부마다 조금씩 다른데, 루방가 일심재판부의 경우에는 신청서 제출 및 피해자보상기금의 선정, 카탕가 일심재판부의 경우에는 신청서 제출, 알 마흐디 일심재판부의 경우에는 피해자보상기금의 선정을 피해자 선정 방식으로 각각 채택하였다.[185]

보상의 종류는 보상의 대상을 기준으로 '피해자 개인에 대한 보상(individual reparation)' 및 '피해자가 속한 집단에 대한 보상(collective reparation)'으로, 그리고 보상의 내용을 기준으로 '금전적 보상(monetary reparation)', '상징적 보상(symbolic reparation)' 및 '복지를 통한 보상(service-based reparation)'으로 구분할 수 있다. 금전적 보상의 경우 피고인 개인 및 피해자보상기금이 보상금을 지불하는데, 실제 피고인들은 금전적 여력이 없는 경우가 대부분이므로 피해자보상기금의 역할이 중요하다. ICC재판부들이 명령한 상징적 보상 및 복지를 통한 보상의 예로는 피고인의 사과 및 재발방지약속, 코뮤니티센터 건립, 소년병 재활을 위한 아웃리치 프로그램, 직업훈련, 주거 지원, 교육지원, 소득활동지원, 심리치료 등이 있다.

비록 ICC에서의 피해자 보상 제도는 그 시행 초기 단계에 있어서 많은 도전에 직면하고 있지만, 콩고민주공화국 등 ICC 관할권대상 범죄로 고통 받은 현지의 반응은 이 제도에 대해 적극적이다. 현지인들은 이 제도의 시행이 여전히 가해자와 피해자들이 이웃으로 살고 있는 현지의 화해와 재건에 도움이 될 것이며, 또한 현지 지방 및 중앙정부의 관심과 협조를 얻어내는 마중물이 될 수 있다는 기대를 표시하고 있다.[186]

185) 재판부들의 피해자 보상 관련 실무를 잘 정리해 놓은 최근 자료로는, REDRESS, Making Sense of Reparations at the International Criminal Court: Background Paper, 20 June 2018, at redress.org/publication/making-sense-of-reparations-at-the-international-criminal-court.

186) Coalition for the International Criminal Court, *Katanga: Reactions to landmark ICC reparations for victims*, 28 March 2017, at http://www.coalitionfortheicc.org/news/20170328/katanga-reactions-landmark-icc-reparations-victims.

VII

결론

2002년 7월 본격적인 업무를 시작한 국제형사재판소는 로마규정이라는 다자조약에 기반한 유엔으로부터 독립된 영속적 국제형사사법기구이다. 국제법과 국제정치의 접점에서 한편으로는 법적 정의를, 다른 한편으로는 강대국을 비롯한 세계 각국의 협력을 추구한다는 것은 말처럼 쉬운 일이 아닐 것이다. 지난 15년간의 활동을 돌아볼 때, 국제형사재판소는 아프리카 대륙을 비롯한 세계 곳곳의 대규모 인권유린 사태에 개입해왔고, 국제형사법을 통한 국제법의 발전에 기여해왔다.

국제형사재판소 자신과 각국 국내형사사법체계 간의 역할분담에 기반한 보충성의 원칙 위에서 핵심국제범죄의 불처벌 관행을 종식시키고자 하는 국제형사재판소 및 로마규정 당사국들의 목표는 비록 눈에 잘 띄지는 않지만 세계 곳곳에 영향을 미치고 있다. 이제 아프리카 국가들의 부패국가 수반들, 군벌들, 반군지도자들은 국제형사재판소의 존재 및 미래에 자신들이 그곳 법정에 설 수 있다는 가능성을 의식하기 시작했고, 자신들의 행동을 국제적 인권기준에 맞출 수밖에 없는 정치적, 심리적 압력을 느끼고 있다.

국제형사재판소 구성원들과 당사국 정부인사들의 열정적 노력에도 불구하고, 동 재판소는 여러 가지 난관과 비판을 마주하고 있다. 미국·중국·인도·이스라엘 등 강대국들의 적대적 태도, 아프리카 '바이어스(bias)'라고도 불리며 아프리카 국가들의 반발을 불러일으키고 있는 한 대륙에 집중된 사법권행사, 국내재판에서는 상상할 수 없이 많은 시간이 걸리는 소송절차, 검찰부의 아쉬운 수사 및 공판 수행 및 비효율 등 국제형사재판소 앞에 놓인 도전들은 만만치 않아 보이는 것이 사실이다.

국제범죄의 처벌을 법의 지배라는 토대 위에 올려놓았던 제2차 세계대전 직후 뉴렘베르그 국제군사법원 설립자들의 결단 위에 발칸반도와 르완다에서에서 갑작스럽게 발생한 잔혹한 인권침해 현상에 국제형사법원들의 설립으로 대응했던 유엔의 결단이 있었고, 이는 결국 국제형사정의의 비약적 발전으로 이어졌다. 이러한 경험은 국제형사재판소가 마주

친 지금의 어려운 상황에 많은 시사점을 던져준다. 국제연맹의 실패 위에 태어나, '인권'이라는 단어를 수 백년간 성역 중의 성역으로 여겨졌던 '주권' 개념과 어깨를 겨누게 만든 유엔의 사례는 국제형사정의의 관철을 추구하는 세계인들에게 좋은 반면교사가 되고 있다. 국제형사재판소의 미래가 세계적 인권 고양 현상을 가속화시키는데 큰 역할을 할 수 있기를 기대한다.

Abstract

The Law of the International Criminal Court

Sangkul Kim
(Institute for National Security Strategy)

The International Criminal Court, established in July 2002, exercises jurisdiction on genocide, crimes against humanity, war crimes and crime of aggression. By enforcing individual criminal responsibility against those responsible for massive human rights violations, the Court aims at ending impunity. The Court is composed of three main organs· Chambers, Office of the Prosecutor, and the Registry. As of 2018, there are 123 State Parties to the Rome Statute, a treaty that established the legal framework for the Court's structure, jurisdiction, procedure and function.

While the Court itself targets mainly the high-level political and military leaders, pursuant to the principle of complementarity, it encourages active operations of national judicial organs to end impunity of core international crimes. It should also be remembered that the Rome Statute places a great emphasis upon the protection of victims and witnesses, and the rights of the accused. At the same time, the statute provides for a thorough criminal procedure that ensures the rule of law in achieving the cause of international criminal justice.

The Rome Statute's mechanism for the exercise of jurisdiction that encompasses the triggering mechanism involving the active roles to be played by the State Parties, the UN Security Council and the ICC Prosecutor acting proprio motu envisions the interactive cooperation regime amongst them. Moreover, the admissibility framework based on the principle of complementarity that activates the jurisdiction of the Court only when a State is not acting or is unable or unwilling genuinely to investigate or prosecute the alleged crimes strikes a cautious balance between the principles States' sovereignty and nonintervention, on the one hand, and the rule of law, on the other.

One of the most innovative features of the Rome Statute, i.e., the systems of victims' participation and reparations for victims enable the victims to express their views and concerns to the Court throughout the judicial proceedings and allow the Court to keep a close relationship with the victims and their communities.

Keyword: International Criminal Court, International Crimes, Rome Statute, Impunity, Principle of Complementarity

참고문헌

1. 국내 서적·논문

김기준, 「국제형사법」, 서울: 박영사, 2017.

김상걸, '인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건', 「국제법학회논총」, 제61권, 제1호, 2016.

_____, 'Genocidal Intent 개념에 대한 인식기반해석론 비판', 「국제법학회논총」, 제61권, 제2호, 2016.

_____, '개인적 내심 밖의 존재로서의 Genocidal Intent: 그 집단성에 주목하며', 「안암법학」, 제51호, 2016.

_____, 'ICC검사의 면책증거개시의무와 면책증거해당성 판단행위', 「법조」, 제637호, 2009.

김영석, 「국제형사재판소법강의」, 서울: 법문사, 2014.

_____, '국제형사재판소 규정상의 침략범죄에 관한 최근 논의 고찰', 「서울국제법연구」제16권, 제1호, 2009.

_____, '국제형사재판소 규정상 비국제적 무력충돌시의 전쟁범죄', 「인도법논총」, 제23권, 2003.

_____, '국제형사재판소규정상의 전쟁범죄', 「국제법학회논총」, 제46권, 2001.

박병도, '국제형사절차에 있어서 적법절차: 국제형사재판소규정을 중심으로', 「국제법학회논총」, 제55권, 2010.

신희석, '제1차 세계대전과 제2차 세계대전 이후의 전범재판: 평화와 인도에 반한 죄의 탄생', 「서울국제법연구」, 제22권, 2015.

이재상, 「신형사소송법」, 서울: 박영사, 2008.

최태현, '한국에 있어서 ICC규정 침략범죄조항의 국내적 이행', 「법학논총」,

제32집, 제2호, 2015.

_____, 'ICC규정 침략범죄 관련 조항의 채택과 함의', 「서울국제법연구」, 제17권, 제2호, 2010.

_____, '국제형사재판소규정', 「국제법학회논총」, 제43권, 1998.

2. 해외 서적·논문

A. Agbor, *Instigation to Crimes Against Humanity: the Flawed Jurisprudence of the Trial and Appeals Chambers of the International Criminal Tribunal for Rwanda* (The Hague: Brill/NIjhoff, 2013).

Kai Ambos, "What Does 'Intent to Destroy' in Genocide Mean?", *International Review of Red Cross*, vol. 91, 2009.

Antonio Cassese, "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999.

Antonio Cassese et al., *Cassese's International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

Mikel Delagrange, "The Path towards Greater Efficiency and Effectiveness in the Victim Application Processes of the International Criminal Court", *International Criminal Law Review*, vol. 18, issue 3, 2018.

Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017).

George Fletcher, "New Court, Old Dogmatik", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, issue 1, 2011.

Norman Geras, *Crimes Against Humanity: Birth of a Concept* (Manchester: Manchester University Press, 2011).

Oona A. Hathaway and Scott J. Shapiro, *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World* (New York: Simon & Schuster, 2017).

Sangkul Kim, *A Collective Theory of Genocidal Intent* (The Hague: Asser Press/Springer, 2016).

_____, "Rethinking the Crime of Mens Rea", *TOAEP Policy Brief Series*, No. 59, 2016.

Claus Kress, "The Crime of Genocide under International Law", *International Criminal Law Review*, vol. 6, issue 4, 2006.

Raphael Lemkin, "Genocide as a Crime under International Law", 4 *U.N. Bull.* 70, 15 January 1948.

David Luban, Julie O'Sullivan and David Stewart, *International and Transnational Criminal Law* (New York: Walters Kluwer, 2014).

David Luban, "A Theory of Crimes Against Humanity", *Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004.

Daniel McLaughlin, *International Criminal Tribunals: A Visual Overview*, Leitner Center for International Law and Justice, 2013.

Stephen C. Neff, *Justice Among Nations: A History of International Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2014).

Hector Olasolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2005).

Philippe Sands, *East West Street: On the Origin of Genocide and Crimes Against Humanity* (New York: Alfred A. Knopf, 2016).

William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017).

William Schabas, "Customary Law or Judge-Made Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals", in Jose Doria et al (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2009).

William Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

Gerhard Werle & Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014).

3. 국제재판소 판례 등

〈International Criminal Court (ICC)〉

Prosecutor v. Ahmed Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01-15, Judgment and Sentence, 27 September 2016.

Prosecutor v. Al Bashir, ICC-02/05-01/09-302, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir, 6 July 2017.

Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 June 2018.

Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016.

Prosecutor v. Gbagbo, ICC-02/11-01/11-534, Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, deGuzman, Jalloh and Cryer, 9 October 2013.

Prosecutor v. Lubanga, ICC-01/04-01/06, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012.

Prosecutor v. Lubanga, 01/04-01/06 OA9 OA10, Judgment on the appeal of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I's Decision on the victims participation of 18 January 2008, 11 July 2008.

Prosecutor v. Lubanga, ICC-01/04-01/06, Decision on the Prosecutor's Application for Warrant of Arrest, Article 58, 10 February 2006, para. 29.

Prosecutor v. Katanga, ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 7 March 2014.

Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Directions for the conduct of the proceedings and testimony in accordance with Rule 140, 1 December 2009.

Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Judgment on the appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of the Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, 25 September 2009.

Prosecutor v. Ngudjolo, ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 26 December 2012.

Prosecutor v. Ntaganda, ICC-01/04-02/06, Decision on victims' participation in trial proceedings, 6 February 2015.

Situation in the Republic of Cote d'Ivoire, ICC-02/11, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Cote d'Ivoire, 3 October 2011.

Situation in the Democratic Republic of Congo, ICC-01/04-169, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrant of Arrest, Article 58", 23 September 2008.

Situation in the Democratic Republic of Gongo, ICC-01/04-556, Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor agaisnt the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007.

Situation in the Democratic Republic of Congo, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrant of Arrest, Article 58", 13 July 2006.

Office of the Prosecutor, Article 53(1) Report on the Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia, 6 November 2014.

Office of the Prosecutor, Situation in the Republic of Korea, Article 5 Report, 23 June 2014.

Office of the Prosecutor, Policy Paper on Victim's Participation, April 2010.

Office of the Prosecutor, Policy Paper on Preliminary Examinations, November 2013.

Office of the Prosecutor, Policy Paper on the Interests of Justice, September 2007.

ICC Chambers, Chambers Practice Manual, May 2017.

〈International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)〉

Prosecutor v. Brđanin, IT-99-36-T, Judgement, 1 September 2004.

Prosecutor v. Delarić et al, IT-96-21-T, Judgement, 16 November 1998.

Prosecutor v. Jelisić, IT-95-10-A, Judgement, 5 July 2001.

Prosecutor v. Jelisić, IT-95-10-T, Judgement, 14 December 1999.
Prosecutor v. Krnojelac, IT-97-25-T, Judgement, 15 March 2002.
Prosecutor v. Krstić, IT-98-33-T, Judgement, 2 August 2001.
Prosecutor v. Kordić and Cerkez, IT-95-14/2-A, Judgement, 17 December 2004.
Prosecutor v. Kunarac et al., IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgement, 12 June 2002.
Prosecutor v. Kunarac et al., IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgement, 22 February 2001.
Prosecutor v. Milosević, IT-02-54-T, Decision on Motion for Judgement of Acquittal, 16 June 2004.
Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, Judgement, 15 July 1999,
Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-T, Opinion and Judgment, 7 May 1997.
Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 August 1995.
Prosecutor v. Vasiljević, IT-98-32-T, Judgment, 29 November 2002.

〈International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)〉
Prosecutor v. Akayesu, ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998.
Prosecutor v. Mpambara, ICTR-01-65-T, Judgement, 11 Sept 2006.
Prosecutor v. Semanza, ICTR-97-20-T, Judgement, 15 May 2003.
Prosecutor v. Musema, ICTR-96-13-T, Judgment, 27 January 2000.

〈International Court of Justice〉
ICJ, Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgement, 27 June 1986.

4. 기타 해외문헌

Charter of the International Military Tribunal in the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, 8 August 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279.
Coalition for the International Criminal Court, Katanga: Reactions to landmark ICC reparations for victims, 28 March 2017, at http://www.coalitionfortheicc.org/news/20170328/katanga-reactions-landmark-icc-reparations-victims.
Coalition for the International Criminal Court, Improving victim participation in the Ongwen case: lessons from Lubanga, 17 September 2015, Challenge #1 and Lesson #1.
France, Great Britain and Russia Joint Declaration, 24 May 1915, at http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current_category.7/addirmation_detail.html.
Germany, Code of Crimes Against International Law (CCAIL), 2002, at http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf.

Human Rights Watch, Who Will Stand for Us?: Victims' Legal Representation at the ICC in the Ongwen Case and Beyond, 29 August 2017, p. 7, at www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/ijongwen0817_web.pdf.

International Commission of Inquiry on Darfur, Established Prusant to Resolution 1564 (2004), Report to the United Nations Secretary-General, 25 January 2005.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Adopted and opened for signature and ratification by General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965.

Open Society Justice Initiative, The Trial of Jean-Pierre Bemba at the ICC: Judgment, Briefing Paper, March 2016.

Open Society Justice Initiative, "A Year in the Bemba Trial at the ICC", International Justice Monitor, 2 January 2002, at www.ijmonitor.org/2012/01/a-year-in-the bemba-trial-at-the-icc.

REDRESS, Making Sense of Reparations at the International Criminal Court: Background Paper, 20 June 2018, at redress.org/publication/making-sense-of-reparations-at-the-international-criminal-court.

U.N. GAOR, 6th Comm., 3d Sess., 73d mtg., at 90-92, U.N. Doc. A/C.6/SR.73 (Oct. 13, 1948).

김상걸(金庠杰)

국가안보전략연구원 부연구위원. 미국 조지타운대학교에서 국제법 전공으로 법학박사 학위를 받았으며, 네덜란드 헤이그 소재 국제형사재판소 검찰부에서 Associate Legal Adviser로 일했다. 저서로는 A Collective Theory of Genocidal Intent (The Hague: Asser Press/Springer, 2016)가 있다.