

# 국제형사재판소 관할범죄에 관한 이론 및 사례 연구

- 최근 판례상의 실체법·절차법적 주요 쟁점 중심으로

Theoretical and Case Study on Crimes under the Rome Statue of the ICC  
- focusing on substantive and procedural issues in the recent case law

박경규 · 김성규 · 김세욱





# 발간사

국제형사재판소(ICC)는 제노사이드(집단살해죄), 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄에 대해 관할권을 가지는 상설국제형사재판소입니다. 2002년 7월 1일부로 국제형사재판소(ICC) 로마규정이 발효되었고, 그에 따라 ICC가 설립됨으로써 ICC가 본격적으로 활동한지도 20년이 되어 갑니다.

ICC가 본격적으로 활동하기 시작한 이후 우리나라에서도 로마규정 관련 몇 권의 단행본이 발간되었고, 학술지 단편논문에서도 ICC 관할범죄 및 ICC형사절차에 대해 다루고 있는 글이 점차 증가하고 있지만, 그럼에도 불구하고 형사법적 측면에서 ICC 관할범죄 및 ICC 형사절차에 대한 연구는 아직 많이 부족합니다. 이에 본 연구보고서는 먼저, ICC에서의 형사절차 진행·흐름 및 수사개시된 사태에서의 사건 현황을 개관하고 있습니다. 그리고 최근 ICC 판례를 중심으로 근래 ICC 실무상 중요한 쟁점이며, 우리 형사법의 해석·발전(「국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률」의 해석을 포함하여)과 관련하여서도 의미 있는 비교법적 자료가 될 수 있는 4가지 대주제를 실체법·절차법적 분야에서 선별하여 해당 주제에 대한 ICC 성문규범의 내용, 관련 근래 ICC 판례 및 ICC에서의 논의상황을 살펴보았습니다. 선별된 대주제는 그 하나 하나가 하나의 연구과제로 수행되기에 충분한 무게·중요성이 있는 주제이기에 상세한 이론적, 비교법적 분석·검토보다는 현황 또는 논의상황의 소개에 보다 중점을 두고, 이론적 또는 비교법적 분석·검토는 사항에 따라 조금 시론적으로 또는 압축적으로 행하는 것으로 하여 연구가 진행되었습니다. 모쪼록 본 보고서가 국제형사법에 대한 비교법적 연구가 보다 더 활발히 이루어지는데 기여할 수 있기를 바랍니다.

본 연구보고서는 두 분 외부 공동연구자와의 협동연구 덕분에 출간될 수 있었습니다. ICC 판례는 복잡·방대한 사실관계 등으로 인해 한 판결문일지라도 그 분량이 어마어마하기에 여러 판례를 비교분석하는 것이 쉽지 않습니다. 그럼에도 불구하고 외부 공동연구자로서 관련 ICC 판례를 상세히 소개·분석하고, 압축적으로 이론적·비교법적 검토를 해 주신 한국외국어대학교 법학전문대학원 김성규 교수님, 의정부지방

ii 국제형사재판소 관할범죄에 관한 이론 및 사례 연구

법원 김세욱 판사님께 진심어린 감사의 말씀을 드립니다. 그리고 전체 연구과정이 원만하게 진행될 수 있도록 노고를 아끼지 않으신 윤이경 조사연구원에게 깊이 감사드립니다.

2021년 12월  
연구진을 대표하여  
부연구위원 박 경 규



# 목 차

국문요약 .....	1
------------	---

## 제1장 박경규

서 론 .....	7
-----------	---

제1절 연구의 필요성과 연구목적 .....	9
-------------------------	---

1. 국제형사재판소의 설립, 조직·구성 및 법원(法願) .....	9
--------------------------------------	---

2. 연구의 필요성 및 목적 .....	11
-----------------------	----

제2절 연구범위 및 연구방법 .....	12
-----------------------	----

## 제2장 박경규

ICC에서의 형사절차 진행 개관 및 사태·사건의 현황 .....	15
-------------------------------------	----

제1절 ICC에서의 형사절차 진행 개관 .....	17
-----------------------------	----

1. 서설 .....	17
-------------	----

2. 사태회부 및 예비조사 .....	18
----------------------	----

3. 수사 및 기소 .....	25
------------------	----

4. 공소사실확인심리 .....	28
-------------------	----

5. 1심재판 .....	29
---------------	----

6. 상소심재판 .....	30
----------------	----

제2절 사태 및 사건의 현황 .....	31
-----------------------	----

<b>제3장</b> 김성규	
<b>간접적 공동정범(indirect co-perpetration)의 의의 및 법리적 문제점</b> .....	<b>37</b>
제1절 서설 .....	39
제2절 로마규정 제25조 제3항의 해석론 .....	43
1. 로마규정 제25조 제3항에 따른 범행가담형태 .....	43
2. 정범과 공범의 구별 .....	45
3. 정범과 공범을 구별하는 기준으로서의 ‘범행지배(control over the crime)’ .....	47
제3절 간접적 공동정범의 의의 .....	52
1. 공동정범(co-perpetration)의 개념 .....	53
2. 간접정범의 개념 .....	57
3. 간접적 공동정범(indirect co-perpetrator)의 개념 및 그 법리의 적용 .....	60
제4절 간접적 공동정범의 법리와 법률주의 .....	66
1. 로마규정 제25조의 해석과 간접적 공동정범 .....	67
2. 로마규정 제21조와의 관계 .....	79
제5절 간접적 공동정범의 법리와 개인책임의 원칙 .....	81
1. Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에 있어서의 간접적 공동정범의 경우 .....	81
2. Katanga and Chui 사건 및 Bemba 사건 등에 있어서의 간접적 공동정범의 경우 .....	85
제6절 정리 및 전망 .....	87
1. 간접적 공동정범의 법리에 관해 제기되는 문제점 .....	87
2. Ntaganda 사건에 대한 결정의 시사점 .....	89
3. 범행지배설에 대한 비판과 그 과제 .....	92
4. 간접적 공동정범의 법리의 보편화? .....	93

**제4장** 박경규  
**같은 무장집단 구성원에게로 가해진 성폭력범죄에서  
전쟁범죄의 성립여부** ..... 97

제1절 문제의 소재 ..... 99

1. 로마규정상 '전쟁범죄로서의 성범죄' ..... 99
2. 전쟁범죄의 상호주의적 기원 ..... 101

제2절 Ntaganda 사건 ..... 104

1. 관련 공소사실 ..... 104
2. 공소사실확인결정(2014.6.9.)에서 예심재판부의 판단 ..... 106
3. 피고인의 관할권 항변에 관한 상소심재판부의 판단 ..... 108
4. 1심판결(2019.7.8.) ..... 112
5. 상소심판결(2021.3.30.) ..... 115

제3절 검토 및 시사점 ..... 116

1. 검토 ..... 116
2. '일본군 위안부' 문제와 관련한 시사점 ..... 120

**제5장** 박경규  
**공소장변경 제도** ..... 123

제1절 공소장 변경 제도 개관 ..... 125

1. 공소장 제출 후 공소사실확인심리 개시 전 ..... 125
2. 공소사실확인 심리 단계 ..... 126
3. 공소사실확인결정 후 1심공판 개시 전 ..... 128
4. 1심공판 단계 ..... 130

제2절 쟁점별 검토 ..... 132

1. 피의자/피고인의 권리 보장 ..... 132
2. '사실과 정황을 초과할 수 없다'의 의미 및 판단기준 ..... 138
3. 피해자의 공소사실변경 신청: Lubanga 사건 ..... 144
4. 'No case to answer 판결'과의 관계 ..... 146

## 제6장 김세욱

### ICC 피해배상의 최근 동향 ..... 149

제1절 도입 .....	151
1. ICC 피해배상 제도의 배경 및 법적 근거 .....	151
2. ICC에서의 피해배상명령 현황 .....	152
3. 논의 전개 방식 .....	154
제2절 피해배상 원칙의 확장 .....	155
1. Lubanga 상소심 배상판결의 의미 .....	155
2. Ntaganda 배상명령으로 확대된 피해배상 원칙 .....	157
제3절 피해배상책임 범위의 확정 .....	162
1. 피해액을 정하는 방법과 기준 .....	163
2. 공범자의 존재로 인한 책임 제한 가부 .....	169
제4절 피해배상의 종류(type): 집단배상과 개별배상 .....	172
1. 집단배상과 개별배상의 개념과 장·단점 .....	172
2. 이른바 ‘개별적 요소를 갖춘 집단배상’ .....	174
3. 배상 종류 간 우선순위 .....	175
제5절 피해배상의 방식(modalities) .....	176
1. 일반적으로 인정되는 피해배상의 방식 .....	176
2. Ntaganda 피해배상명령에서 정한 방식 .....	177
3. 피해배상 방식에 관한 피해자들의 선호도 .....	177
제6절 피해배상 실행계획안(Draft Implementation Plan) .....	178
1. 피해자신탁기금을 통한 피해배상의 근거 .....	178
2. 피해자신탁기금에 의한 실행계획안의 제출 .....	179
3. 실행계획안 제출 후의 절차 .....	179
4. 피해배상 실행계획의 구체성 정도 .....	180
제7절 ICC 피해배상에 대한 비판적 검토 .....	183
1. ICC 피해배상 제도의 한계와 현행 체계에 대한 비판 .....	183
2. ICC 피해배상의 개선방안 및 향후 과제 .....	195
제8절 ICC 피해배상제도가 우리나라에 주는 시사점 .....	203
1. ICC 피해배상 제도에서 착안할 사항 .....	204

2. ICC 피해배상과 국내 피해배상 간의 관계 ..... 205  
제9절 소결 ..... 207

**제7장** 박경규

**맺음말** ..... 209

**참고문헌** ..... 217

**Abstract** ..... 227



# 표 차례

〈수사개시된 사태 및 각 사태에서의 사건 현황: 2021.10.31. 기준〉 ..... 31

## 국문요약

ICC에서의 형사절차는 사태회부(국가회부, 유엔 안보리 회부 또는 검찰국의 직권에 의한 절차개시) - 예비조사 - 수사개시 - 공소사실확인심리 - 1심재판 - 상소심재판의 순서로 진행된다. 공소사실확인 심리 절차는 예심재판부가 '피의자가 기소된 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거가 존재하는지를 판단하여 피의자를 1심공판에 회부할지 여부를 결정하는 절차로서 필터링 기능을 한다. 1심재판부는 예심재판부의 법적 판단에는 기속되지 않고, 예심재판부의 공소사실확인결정에서 확인한 범죄사건에 관한 “사실과 정황”에만 기속된다.

2021년 10월 31일을 기준으로 ICC는 13개 사태에서 수사개시를 하였고, 총 30개 사건이 종결되었거나 계속 중이다.

ICC는 범행지배설을 바탕으로 정범과 공범을 구분하면서, 간접정범 법리와 공동정범의 법리를 결합시켜 '간접적 공동정범(indirect co-perpetration)'을 정범형태의 한 유형으로 인정하고 있다. ICC는 간접적 공동정범을 크게 2가지 사례군에 적용하고 있는데, 하나는 수인이 공동으로 타인 또는 조직/집단을 지배하여 범죄를 범하는 경우이고, 다른 하나는 수인이 각자 자신이 지배하는 조직을 이용하여 공동으로 범죄를 범하는 경우이다.

로마규정이 정범/공범의 구별기준으로 범행지배설을 취하지 않는다는 입장에서 출발하여 ICC가 취하고 있는 간접적 공동정범 법리를 비판하는 견해도 있지만, 로마규정상 간접적 공동정범이 정범의 한 유형으로 인정될 수 있다는 입장을 취하면서도 현재 ICC가 취하고 있는 간접적 공동정범 법리는 너무 확장적으로 정범의 범위를 인정하고 있다는 것을 이유로 이를 비판하는 견해가 있다. 후자의 견해는 ICC가 '공동의 목적' 또는 '공동의 계획'이라는 요건에서 특정 범죄를 범할 목적 또는 계획을 요구하지 않음으로서 완화된 기준을 적용하고 있는데, 이는 미필적 고의를 주관적 구성요건으로 인정하는 것과 같으며, 이 경우 발생한 범죄에 대해 “의도” 또는 “인식”을 가지지 않은 상위층 지도자까지 정범으로 인정될 수 있다고 비판한다.

## 2 국제형사재판소 관할범죄에 관한 이론 및 사례 연구

우리나라 판례 중에는 간접정범 법리와 공동정범 법리가 결합될 수 있다는 것을 전제로 판시한 판결이 있다. 이 판례가 이른바 '조직지배 이론' 또는 '정범배후의 정범 이론'을 바탕으로 한 것은 아니기에 ICC 판례가 채용하고 있는 간접적 공동정범의 법리를 그대로 차용하는 것은 적절하지 않다고 보아야 하지만, ICC에서의 간접적 공동정범의 인정여부 및 인정범위에 대한 논의 및 논란은 형법상 간접적 공동정범의 인정여부 및 인정범위를 밝히는데 큰 기여를 할 수 있다.

국제인도법에 의하면 많은 전쟁범죄는 민간인 또는 포로 등 적대행위에 적극적으로 가담하지 않는 전투원에 대해 행해진 중대 인권침해행위인 경우 에 한해 전쟁범죄가 성립하는데, 이를 '전쟁범죄의 상호주의적 기원'이라고 한다. 로마규정은 기존의 ICTY-규정 등에 비해 보다 상세히 '전쟁범죄로서의 성범죄'에 대해 규율하고 있는데, '같은 무력집단 소속 전투원에게 행해진 성폭력범죄에서도 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립하는가'라는 문제는 지금까지 국제형사재판소 판례에서 다루어지지 않았다. 그러나 ICC는 Ntaganda 사건에서 최초로 이에 대해 다루었고, '확립된 국제법에 의하면 전쟁범죄로서의 강간 또는 성적 노예화가 성립되기 위해 피해자가 상대방 무력집단 소속일 필요는 없다'고 하면서 같은 무력집단 소속 아동병사들에게 가해진 성폭력행위에서 전쟁범죄로서의 강간 및 성적노예화가 성립한다고 판단하였다.

이러한 판결내용에 대해 국제인권단체는 적극 환영하고 있지만, 일부 법학자들은 재판부가 제시하고 있는 논거는 논리적 설득력이 빈약하다고 비판하고 있다. 한편, Ntaganda 사건에서 재판부는 민간인 비Hema족(Hema족이 아닌) 여성들을 강제로 무력집단 캠프로 약취하여 가사 일을 시키고 지속적으로 강간한 행위에 대해서는 아무런 문제제기 없이 전쟁범죄로서의 강간 그리고 전쟁범죄로서의 성적 노예화를 인정하였다.

일본군 위안부 사례는 아동병사 사례에 상응하기보다는 비Hema족 여성 사례에 상응한다. 따라서 Ntaganda 사건이 일본군 위안부 문제와 관련하여 우리에게 주는 시사점은 '같은 무력집단 전투원에게로 가해진 성폭력행위에서 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립할 수 있는가'라는 문제와 상관없이 일본군 위안부 사례는 전쟁범죄로서의 성범죄에 해당한다는 것을 명백히 하는데 있다고 보는 것이 적절해 보인다.

로마규정은 ① 공소장 제출 후 공소사실확인심리 개시 전 단계, ② 공소사실확인

심리 단계, ③ 공소사실확인결정 후 1심공판 개시 전 단계, ④ 1심공판 단계로 나누어 공소사실 변경 및 법적 평가의 변경에 대해 규율하고 있다. 검찰국은 공소사실확인심리 개시 전까지는 수사를 계속하여 예심재판부의 허가 없이 공소사실을 변경할 수 있다. 그러나 공소사실 확인심리 개시 후 1심공판 개시 전까지는 예심재판부의 허가를 받아 공소사실을 변경할 수 있는데, ICC 판례에 의하면 공소사실확인심리 개시 후에 수사를 한 것에 정당한 이유가 있는지 여부는 허가여부를 판단하는 주요한 한 기준이다.

1심공판단계에서는 공소사실확인심리에서 확인된 사실과 정황을 초과하지 않는 한, 법적 평가가 변경될 수 있다는 것을 미리 통지하고, 방어준비를 위한 충분한 시간과 편의를 보장한 후 재판부는 법적 평가를 변경할 수 있다. 판례에 의하면 피고인에게 방어권이 충분히 보장되었다면, 평의단계에서 법적 평가를 변경하더라도 위법하지 않다.

ICC에서는 피해자변호사도 법적 평가의 변경을 신청할 수 있다. 이는 ICC에 비해 피해자의 절차상 지위가 약한 우리나라의 형사절차와 비교할 때, 피해자의 의견진술권 범위·효력을 어떻게 개선할 필요가 있는지와 관련하여 시사점을 줄 수 있다.

ICC는 검사측이 제출한 증거가 너무 불충분한 경우 피고인측 반대증거 조사를 하지 않은 채 무죄판결을 하거나 절차를 종결하는 ‘No case to answer-판결’을 인정하고 있다. ‘No case’판결을 할 정도로 검사측 제출증거가 불충분한 경우 일사부재리효를 가지는 무죄판결을 하는 것이 원칙이지만, 사법방해행위 등으로 인해 검찰국이 충분한 증거를 수집한 경우 일사부재리효가 인정되지 않는 단순절차종료판결로서의 ‘No case 판결’도 인정하고 있다. No case 판결의 인정요건 및 인정범위, 그 효력 등에 대해 보다 상세히 살펴보는 것은 검사의 불충분한 증거수집에 기해 기소된 사례에서 사안에 적절한 재판형태를 모색하는데 시사점을 줄 수 있다.

ICC는 2015년에 Lubanga 상소심 배상판결을 통해 피해배상명령의 5가지 필수적 요소를 확립하였다. 이에 더 나아가 2021년 3월 ICC는 Ntaganda 배상명령에서 성폭력범죄의 특수성을 감안한 배상원칙을 제시하였고, 非加害원칙을 제시하였으며, 초세대적 피해를 인정하여 강간 또는 성노예의 피해자로부터 태어난 아동들을 직접 피해자로 인정하였다. 뿐만 아니라 시급한 보호를 요하는 피해자들에게 우선적으로 배상이 이뤄질 필요가 있음을 강조하였고, 피해배상은 단순히 피해자의 이전 상태를 회복

#### 4 국제형사재판소 관할범죄에 관한 이론 및 사례 연구

시킨다는 기능을 넘어 그 설계, 실행, 효과에 있어서 해당 사회를 변혁시키고 교정효과를 발휘하도록 하는 것을 목표로 삼아야 한다고 하였다.

ICC는 피해배상의 종류로 집단배상과 개별배상을 모두 인정하고 있는데, 집단에 대한 배상이지만 개인에게 금전적 혜택을 주는 '개별적 요소를 갖춘 집단배상'도 집단배상에 포함될 수 있다. '개인에 대한 금전적 혜택'을 집단배상으로 구성하게 되면 각 개인의 피해에 대한 평가 없이 일괄하여 일정액을 배상금으로 지급할 수 있게 되어 집행에 있어서 보다 효율적일 수 있고, 집단배상에 우선순위를 부여하는 피해자 신탁기금의 입장보다도 충돌 없이 우선적으로 신경 써야 할 피해자들에 대해 보다 신속한 배상의 길이 열리게 된다. 집단배상을 명하는 경우 1심재판부는 피해배상명령, 실행계획안에 대한 허가, 구체적인 프로젝트에 대한 허가 등 3단계에 걸쳐 피해배상명령에 대한 사법적 통제를 하게 되는 것인데, 이러한 3단계의 사법통제는 일응 확립된 것으로 평가되고 있다

ICC에서의 피해배상은 체계적인 규정의 미비, 선례 부족, 재판관들의 다양한 해석, 관련 업무 소관 다툼, 현장에서의 어려움 등 여러 가지 원인으로 지연도 많이 되고 혼선도 적지 않았다. 하지만 판결례가 쌓이고, 앞서 진행된 배상절차를 통해 시행착오도 겪으며, 각 기관과 부서의 경험이 축적되면서 점차 안정화되고 절차의 속도도 빨라질 것으로 예상된다. 특히 Ntaganda 배상명령은 여태까지 확립된 원칙과 경험의 총합으로서 과거 혼란스러웠던 부분들을 잘 정리하고 앞으로 나아가야 할 방향을 잘 제시하였다는 평가를 받고 있어 이에 따라 앞으로 배상절차의 일관성과 예측가능성이 증진될 것으로 기대된다. 하지만 신속하고도 충분한 배상을 바라는 피해자의 입장에서 보면 아직 ICC의 피해배상은 어렵고 복잡하기만 할 수 있다. 판례로 형성된 원칙과 절차를 규범화하고 각 기관과 부서가 모여 협력하지 않는다면, 어느덧 ICC 체제의 한 축으로 자리 잡은 피해배상 제도에 대한 피해자들을 비롯한 여러 사람들의 기대에 부응하기 어려울 것이다. 또한 여러 경로를 통해 드러나고 있는 현행 체제의 미비점들에 대해서는 시급히 제도를 설계하고 명문화하는 작업이 이뤄져야만 제도 시행 초기에 겪었던 혼란과 지연을 피해갈 수 있을 것이다.

UN 북한인권조사위원회의 2014년 최종보고서에 따르면, 정치수용소 등지에서 교도관에 의한 강간, 강제낙태, 성적 굴욕 등 다양한 형태의 성범죄가 빈번히 일어났다고

한다. Ntaganda 사건은 성범죄 피해자가 배상 대상자에 포함된 ICC 최초의 사례인데, 앞으로 이 사건에서 성범죄 피해자들에 대한 배상을 위해 어떠한 조치가 취해졌고, 집단배상의 내용은 어떻게 구성되었는지 세밀하게 검토하는 것은 향후 (통일 후) 북한에서 발생한 국제범죄 관련 배상체계 설계에 많은 도움이 될 수 있다. 한편 우리나라에서도 최근 5.18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률이 개정되면서 관련자에 ‘성폭력피해를 입은 사람’도 포함되었고 성폭력피해자에 대한 상담·치료 프로그램을 운영하도록 하는 규정이 도입되었는데, ICC에서의 성범죄 피해자들에 대한 배상은 당장 우리나라에서 과거 군부 등 공권력에 의한 성폭력피해자에 대한 보상에 참고가 될 수도 있다.



## 제 1 장

국제형사재판소 관할범위에 관한 이론 및 사례 연구

# 서론

박 경 규



## 제1절 | 연구의 필요성과 연구목적

### 1. 국제형사재판소의 설립, 조직·구성 및 법원(法願)

2차대전 전범들을 처벌하기 설립되었던 ‘뉘른베르크 국제군사재판소(International Military Tribunal, IMT)와 극동군사재판소(International Military Tribunal for the Far East, IMTFE), 구유고슬로비아 지역에서 발생한 제노사이드 등을 처벌하기 위해 설립된 ‘구유고슬로비아 국제형사재판소(International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY)’, 르완다 지역에서 발생한 제노사이드 등을 처벌하기 위해 설립된 ‘르완다 국제형사재판소(International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTY)’는 모두 특정 지역 또는 국가에서 발생한 ‘핵심 국제범죄(core international crimes)’를<sup>1)</sup> 처벌하기 위해 한시적으로 설립된 국제형사재판소이다. 2차대전 전범재판 이후 국제사회는 국제사회의 평화·안전을 위협하는 가장 중한 범죄라고 할 수 있는 핵심국제범죄에 대해 관할권을 가지는 상설 국제형사재판소를 설립하기 위해 준비·노력하였다. 그러나 그러한 노력은 동서냉전기에 약화되었다가 그 후 다시 본격화되었는데, ICTY의 설립·활동에 고무되어 1998년 로마에서「국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court)」(이하 ‘로마규정’)이 국제조약으로 채택됨으로써 상설국제형사재판소인 국제형사재판소(International Criminal Court,

1) ‘핵심 국제범죄’란 제노사이드(집단살해죄), 인도에 반한 죄(crime against humanity), 전쟁범죄 그리고 침략범죄(aggression)를 말한다.

## 10 국제형사재판소 관할범죄에 관한 이론 및 사례 연구

이하 'ICC')가 설립될 수 있게 되었다. 60개 국가의 비준이 완료되어 2002년 7월 1일부로 로마규정이 발효됨으로써 ICC가 설립되어 활동하기 시작했다.

ICC는 동 재판소의 기본법인 로마규정에 근거하여 2002년 7월 1일 이후에 로마규정 당사국 등에서 발생한 제노사이드(집단살해죄), 인도에 반한 죄, 전쟁범죄에 대해 보충적으로 관할권을 행사하는 상설 국제형사재판소이다.<sup>2)</sup> ICC는 수사·기소를 담당하는 검찰국(Office of the Prosecutor, OTP),<sup>3)</sup> 재판을 담당하는 재판국(Judiciary; judicial divisions),<sup>4)</sup> 행정 등을 담당하는 사무국(Registry)으로 조직되어 있다.<sup>5)</sup> ICC 검찰국의 장은 소추관(the Prosecutor)으로 지칭되고, 검찰국은 관할·보충성·협력부(Jurisdiction, Complementarity and Cooperation Division, JCCD), 수사부(Investigation Division), 기소부(Prosecution Division) 3개의 부(Division)와 2개의 지원과(Support Section)로<sup>6)</sup> 조직되어 있다. ICC에는 18명의 재판관이 있는데, 18명의 재판관은 예심재판과(Pre-Trial Division),<sup>7)</sup> 1심재판과(Trial Division), 상소심재판과(Appeals Division)에 나누어 배치되고, 사건에 따라 재판부(Chamber)가 구성되어 사건을 담당한다.

(국제조약의 형태를 띠고 있는) 로마규정은 ICC 설립의 근거규범인 동시에 ICC의 조직, 구성, 관할범죄, ICC 관할범죄의 수사·기소 및 ICC에서의 재판절차에 대해 규율하고 있는 규범으로 실제법적 내용뿐만 아니라, 절차법적 내용을 함께 규율하고 있는 ICC의 최고 규범에 해당한다. 「범죄의 구성요건(Elements of Crimes)」은 ICC 관할범죄의 구체적 성립요건에 대해 보다 자세히 규율하고 있는 규범이다. 「절차 및

2) ICC는 침략범죄(aggression)에 대해서도 관할권을 가지지만, 침략범죄 정의규정 및 관할권 행사에 관한 규정은 2010년의 로마규정 개정에 의해 신설되었기에 침략범죄의 경우 관할권 범위 및 관할권 행사의 요건이 다른 3개 범죄와 다르다.

3) 일반적으로 '소추부'로 번역되는데, ICC Judiciary(또는 judicial divisions)를 '재판국'으로 번역한 것에 상응하여 본 보고서에서는 '검찰국'으로 번역한다.

4) 일반적으로 '재판부'로 많이 번역되는데, 개개 사건을 담당하는 재판부(Chamber)와 혼동될 수 있고, Division과의 구별을 위해 본 보고서에서는 '재판국'으로 번역한다.

5) 재판소 조직에 대해 보다 상세히는 김상걸, 국제형사재판소법 개관, 국가안보전략연구원 연구보고서, 2018, 16면 이하.

6) 서비스과(Service Section)와 법률자문과(Legal Advisory Section)이다.

7) "Pre-Trial Chamber"는 공소사실확인심리뿐만 아니라, 1심재판 전 단계에서의 각종 신청에 대한 판단 등을 담당하는 재판부로서 일반적으로 '전심재판부'로 번역되기도 하는데, 전심재판부로 번역하는 경우 이전 심급에서 사건을 담당한 재판부라는 오해를 불러일으킬 수 있기에 본 보고서에서는 '예심재판부'로 번역한다.

증거에 관한 규칙(Rule of Procedure and Evidens)」은 로마규정에 근거하여 ICC의 조직과 구성, 수사절차 및 재판절차에 대해 보다 상세히 규율하고 있는 규범이다.<sup>8)</sup> ICC 주요 기관에 의해 제정된 규칙(Regulation)으로는<sup>9)</sup> 재판국에 의해 제정되었고, 재판국의 행정 및 재판절차에 관해 규율하고 있는 「재판소 규칙(Regulations of the Court)」, 검찰국에 의해 제정되었고, 검찰국의 조직·운영·업무 등에 대해 규율하고 있는 「검찰국 규칙(Regulations of the OTP)」, 사무국에 의해 제정된 「사무국 규칙(Regulations of the Registry)」 등이 있다. 재판국은 재판절차에 관한 실무매뉴얼이라고 할 수 있는 「재판부 실무편람(Chamber's Practice Manual)」을 2016년에 편찬하였는데, 2019년에 업데이트 하였다. ICC 최고규범은 로마규정이므로 「범죄구성요건」, 「절차및증거규칙」, ICC 산하 기관 제정 「규칙(Regulations)」 등은 모두 로마규정의 규율내용에 반하여 해석될 수 없다(제21조 참조).

## 2. 연구의 필요성 및 목적

로마규정 자체가 많은 부분에서 개별국가에서 일반적으로 인정될 수 있는(또는 수용될 수 있는) 형사법적 원칙을 기초로 제정되었을 뿐만 아니라, 로마규정 제21조는 성문규범(즉, 로마규정, 범죄구성요소, 그리고 '절차 및 증거에 관한 규칙' 등)에서 정하고 있지 않은 사항의 경우 '여러 국가의 법시스템에서 도출된 "일반적인 법원칙(general principle of law)"을 적용해야 한다'고 선언하고 있다. 따라서 ICC 규범 및 판례를 살펴보는 것은 "일반적인 법원칙"이 무엇인지를 발견하는데 큰 도움이 된다.

지금까지(2021년 10월 30일 기준) ICC는 총 14개 사태에서 공식적으로 수사를 개시하였고, 총 30개의 사건이 진행 중이다. 즉, ICC가 본격적으로 활동하기 시작한 후 15여년이 지난 지금에는 공소사실확인여부결정뿐만 아니라 1심판결 및 상소심판결도 어느 정도 집적되었고, 1심 또는 상소심의 종국판단이 아니라, 재판 진행과정에서 실체법·절차법적 사항에 관해 판단한 많은 결정들이 있다.

ICC가 본격적으로 활동하기 시작한 이후 국내에서도 로마규정 관련 몇 권의 단행본이 나오고, 학술지 단편논문에서도 ICC 관할범죄 및 ICC형사절차에 대해 다루고 있는

8) 이하에서 법원(法願)이 언급되지 않고 조문이 언급되는 경우 로마규정상 조문을 지칭한다.

9) '예규'로 번역되기도 한다.

글이 점차 증가하고 있지만, 그럼에도 불구하고 형사법적 측면에서 ICC 관할범죄 및 ICC 형사절차에 대한 연구는 아직 많이 부족하다. 이에 본 연구과제는 최근 ICC 판례를 중심으로 근래 ICC 실무상 중요한 쟁점인면서, 우리 형사법의 해석·발전(「국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률」의 해석을 포함하여)과 관련하여서도 의미 있는 비교법적 자료가 될 수 있는 주제를 선별하여 ICC 성문규범의 내용, 관련 근래 ICC 판례 및 ICC에서의 논의상황을 살펴보고, 의미가 있을 수 있는 비교법적 시사점을 도출하고자 (사항에 따라서는 시론적으로) 한다.

## 제2절 | 연구범위 및 연구방법

본 연구보고서는 먼저, 제2장에서 ICC 형사절차 진행을 개관함으로써 ICC에서의 일반적인 형사절차의 큰 흐름을 살펴본다. 그리고 현재의 사태/사건 현황을 표로서 간단히 정리한다.

본 연구과제에서 살펴보고자 하는 주제로 실체법 분야의 경우 먼저, 형법총칙상의 중요한 부분인 공범론에 관한 주제인 ‘간접적 공동정범의 의의 및 법리적 문제점’을 검토주제로 정하였다(제3장). 이 주제는 ICC 관할범죄의 성립여부 판단에서 핵심적 문제이면서 ICC 판결례 초기부터 지금까지 여전히 간접적 공동정범의 성립범위 등에 있어서 견해대립이 있는 중요한 주제이기에 검토주제로 선정하였다. 다음으로 ICC 관할 개별 범죄와 관련하여서는 ‘같은 무력집단 소속 구성원에 의한 성범죄에서 전쟁 범죄의 성립여부’ 문제에 대해 자세히 살펴본다(제4장). 이 문제와 관련하여 최근에 ICC에서 중요한 판례가 나왔을 뿐만 아니라, 이 주제는 ‘일본군 위안부 문제’와 관련하여서도 시사점을 줄 수 있기에 검토주제로 선정하였다.

절차법적 부분의 주제로는 먼저, ‘ICC에서의 공소장변경 제도’에 대해 살펴본다(제5장). 우리나라 형사재판 실무에서 공소장변경제도는 적지 않은 중요성을 가지기에 그에 상응하는 ICC의 관련제도에 대해 살펴보고 비교법적 시사점을 분석하고자 하는 취지에서 검토주제로 선정하였다. 다음으로, ICC ‘피해배상의 최근동향’에 대해 살펴

본다(제6장). 우리나라에서도 과거의 국가폭력 관련 과거사 사안에서의 배보상이 문제되고 있는데, ICC에서의 피해배상 제도는 과거사 관련 배보상제도와 관련하여 시사점을 줄 수 있다는 생각에서 검토주제로 선정하였다.

본 연구과제의 세부 각 주제는 큰 주제 하에 세부주제가 선정된 것이라기보다는 분야별로(실체법 총칙, 각칙 / 형사절차법 / 피해배상) 비교법적 검토의 필요성 또는 의의가 있는 주제를 선정하여 주제별로 검토하고 있기에 각 세부주제 간의 상호연결성은 약하다. 따라서 각 주제별로 해당 장에서 시사점 또는 소결에 해당하는 부분을 두고, 맺음말(제7장)에서는 각 주제에 대한 검토내용을 주요내용과 관련하여서만 간단히 정리하면서 ICC법 비교연구가 가지는 의의에 대한 서술로 마무리한다.



## 제 2 장

국제형사재판소 관할범위에 관한 이론 및 사례 연구

# ICC에서의 형사절차 진행 개관 및 사태·사건의 현황

박 경 규



## 제2장

# ICC에서의 형사절차 진행 개관 및 사태·사건의 현황

### 제1절 | ICC에서의 형사절차 진행 개관

#### 1. 서설

무력분쟁, 유혈충돌 사태 등과 같이 ICC 관할 핵심국제범죄가 발생한 것으로 여겨지는 어떠한 '사태(Situation)'가<sup>10)</sup> ICC에 회부되면 ICC 검찰국은 사태에 대해 예비조사(preliminary examination)를 하여 수사개시의 요건이 충족되는지를 판단한다. 수사개시의 요건이 충족된다고 판단되면, 검찰국은 직권에 의한 사태회부 및 수사개시의 경우 예비재판부(Pre-Trial Chamber)로부터 수사개시허가를 받아 수사를 개시한다. 수사 개시 후 검찰국은 사태에서 '사건(case)'을<sup>11)</sup> 나누거나 특정하여 증거를 수집하고, 그 '사건'에서 재판에 회부할 정도로 증거가 충분히 수집되었다고 판단하면 사건의 재판회부를 위해 예비재판부에 공소장(Document Containing Charges)<sup>12)</sup> 및 증거목록을 제출함으로써 '공소사실확인심리(Hearing of confirmation of charges)'를 요청한다.

10) '사태(situation)'란 어느 국가에서 발생한 정부군과 반란군의 무장분쟁, 국가 또는 국가유사 집단에 의해 자행된 민간인에 대한 체계적이거나 광범위한 공격과 같이 국제범죄가 범해진 전체 사태 또는 상황을 지칭하는 용어이다.

11) '사건(case)'이란 ICC 검찰국이 어떤 사태에 대해 수사를 개시한 후 구체적으로 혐의자와 피의 사실을 특정하여 재판부에 범죄 성립여부에 대한 판단을 구하고자 하는 개별적인 사안을 뜻한다.

12) '공소'는 '사소'에 대립되는 개념이고, ICC에서는 사소가 인정되지 않기 때문에 기소장이라고 하는 것이 보다 더 적절하지만, 사소제도가 인정되지 않는 국내 형사절차에서도 '공소장'이라는 용어가 일반화되어 있기에 이하에서는 편의상 '공소장', '기소장'이라는 용어 그리고 '공소사실', '피의사실', '혐의사실'이라는 용어를 서로 대응적인 용어로 사용한다.

공소사실확인 심리 절차에서 예심재판부는 ‘피의자가 피의범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거가 존재하는지(whether there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed each of the crimes charged)’를 판단하여, 충분한 증거가 있다고 판단한 공소사실을 확인하여(confirm) 1심재판에 회부하고, 그렇지 않은 공소사실에 대해서는 확인을 거절(decline to confirm)한다. 사건을 배당받은 1심재판부(Trial Chamber)는 증거조사 및 평의를 거쳐 유·무죄판결을 하고, 유죄의 경우 유·무죄 심리와는 별개인 양형심리를 통해 형선고판결을 선고한다.

ICC는 2심제를 취하고 있다. 1심판결에 불복하는 피고인 또는 소추관(The Prosecutor)은 절차상의 하자, 사실오인, 법령위반을 이유로 1심 유·무죄판결에 대해 상소를 제기하거나 양형부당을 이유로 형선고판결에 대해 상소할 수 있다. 5인의 재판관으로 구성되는 상소심재판부(Appeals Chamber)가 상소이유에 대해 판단한다.

## 2. 사태회부 및 예비조사

유엔 산하 임시 국제재판소 또는 혼합재판소와 달리 상설 국제형사재판소인 ICC의 경우 로마규정에서 관할권 및 관할권 행사의 요건에 대해 자세히 규율하고 있다. ICC가 관할범죄에 대해 관할권을 행사하여 소추(수사·기소) 및 재판을 하기 위해서는 ① 관할범죄일 것, ② 관할범죄가 발생한 것으로 여겨지는 ‘사태’가 ICC에 회부될 것, ③ 관할권(jurisdiction)을 행사하기 위한 요건이 충족될 것이라는 요건이 충족되어야 한다.

### 가. 관할범죄일 것

ICC 관할범죄에 해당하기 위해서는 로마규정에서 정하고 있는 물적 관할권, 인적 관할권, 시간적 관할권 및 당사국 관련 요건이 충족되어야 한다. ICC는 로마규정 제6조 내지 제8bis조에 정의되어 있는 제노사이드(집단살해죄), 인도에 반한 죄(crimes against humanity), 전쟁범죄 및 침략범죄(crime of aggression)에 대해서만 관할권을 가진다(이를 ‘물적 관할권’이라 함). 인적 관할권의 경우, ICC는 자연인에

대해서만 관할권을 가지는데(제25조 제1항), 범행당시 적어도 18세 이상인 자연인이어야 한다(제26조). 국가수반 또는 정부수반, 정부 또는 의회의 구성원, 선출된 대표자 또는 정부 공무원이라는 공적 지위는 어떠한 경우에도 ICC 규정에 의한 개인의 형사 책임을 면제시키지 않고, 그러한 지위가 감형사유를 구성하지도 않는다(제27조 제1항). 개별 국가법 또는 국제법에서 개인의 공적 지위를 이유로 형사책임면제(immunities)나 특별한 형사절차규칙을 인정하고 있을지라도 그러한 규정은 공적 지위를 가진 자에 대한 ICC의 관할권 행사를 방해하지 않는다(제27조 제2항).

제24조 제1항에 의하면 ICC는 로마규정의 발효 이후에 범해진 범죄에 대해서만 관할권을 가지므로 ICC는 언제나 2002년 7월 1일 이후 범해진 국제범죄에 대해서만 관할권을 가진다. 로마규정은 조약의 형식을 띠고 있기에 원칙적으로 로마규정 당사국에 대해서만 효력을 가지고, 각 당사국에 대해 효력을 가지는 시점도 비준한 시점이기 때문에 ICC의 시간적 관할권은 당사국마다 다르다. 각 당사국과 관련하여 로마규정은 그 당사국이 비준한 시점 이후에 그 당사국에서 또는 그 당사국 국민에 의해 범해진 국제범죄에 대해서만 관할권을 가지는 것이 원칙이지만, 예외적으로 당사국 또는 비당사국이 제12조에 의한 'ICC의 관할권 수용선언'을 하는 경우에는 비준 또는 수락선언 이전에 그 국가에서 또는 그 국가 국민에 의해 범해진 국제범죄일지라도 2002년 7월 1일 이후에 범해진 범죄라면 ICC가 관할권을 행사할 수 있다. 이것은 당사국 아닌 국가가 'ICC의 관할권 수용선언'을 통해<sup>13)</sup> 그 국가의 어떤 사태를 ICC에 회부하는 경우에도 마찬가지이다.

### 나. 관할권 행사에 관한 요건

위의 요건이 충족되어 ICC가 관할권을 가지는 범죄일지라도 ICC가 관할권을 바로 행사할 수 있는 것은 아니다. ICC가 관할권을 행사하기 위해서는 먼저, ICC 관할범죄인 국제범죄가 범해졌다고 여겨지는 어떤 사태가 ICC에 회부되어야 할 뿐만 아니라, 재판적격성에 관한 요건이 충족되어야 한다.

13) 당사국 아닌 국가의 'ICC 관할권 수용 선언'은 당해 사태와 관련해서만 효력을 가지고, 그러한 선언으로 인해 그 국가가 로마규정 당사국이 되는 것은 아니다.

1) 사태가 ICC에 회부될 것

사태회부는 ICC가 관할권을 행사하기 위한 요건인 동시에 ICC에서의 형사절차가 개시되는 방아쇠(trigger)에 해당한다. 로마규정은 사태회부 방식에 대해 자세히 규율하고 있는데, 이러한 규정들에 의해 인정된 형사절차 개시 시스템을 가리켜 이른바 'triggering mechanism'이라고 한다. 형사절차가 개시되는 방식은 크게 세 가지가 있는데, 첫 번째는 국가회부이고, 두 번째는 유엔 안보리에 의한 회부 그리고 세 번째는 ICC 검찰국의 직권에 의한 절차개시이다(제13조 참조).

가) 국가회부(state referral)

제14조 제1항에 의하면 당사국은 ICC 관할범죄가 범해진 것으로 여겨지는 사태를 수사하도록 ICC 검찰국에 요청함으로써 사태를 ICC에 회부할 수 있다. 이 경우 회부국은 가능한 한 범죄에 관한 정황을 명시하고, 회부국이 입수할 수 있는 근거자료를 첨부하여야 한다(제14조 제2항). 원칙적으로 당사국이 ICC에 회부할 수 있지만 비당사국일지라도 제12조 제2항과 제3항에 의한 관할권 수용선언에 따라 사태를 ICC에 회부할 수 있다. 사태가 ICC에 회부되었다면, ICC의 관할권은 분쟁 당사자 일방이 범한 범죄로 한정되지 않을 뿐만 아니라, 회부국이 명시한 국제범죄로 ICC의 관할권이 한정되지도 않는다. 당사국 또는 비당사국이 자국 내에서 발생한 사태를 ICC에 회부하는 경우를 자기회부(self-referral)라고 칭한다. ICC 설립당시에 자기회부는 그리 많지 않을 것으로 예상되었지만, 예상과 달리 지금까지 자기회부 사건이 많다. 지금까지 우간다, 콩고 민주공화국, 중앙아프리카 공화국, 말리, 코트디부아르, 대한민국 등이 자기회부를 통해 자국 내에서 발생한 사태를 ICC에 회부하였다.

나) 유엔 안보리에 의한 회부

유엔 안보리는 유엔헌장 제7장에 근거한 결의를 통하여 어떤 사태를 ICC에 회부할 수 있다(제13조 제(b)호). 유엔헌장 제7장에 근거한 결의는 해당 사태가 ICC 당사국과 관련될 것을 요건으로 하지 않기 때문에 유엔 안보리 회부는 ICC 비당사국과 관련된 사태에 대해서도 인정되고, 이 경우 해당 비당사국의 의사는 사태회부에 아무런 영향을 미치지 않는다. 따라서 유엔 안보리 회부는 제12조 제2항 및 제3항에 의해 인정되는 '비당사국의 ICC 관할권 수용 선언'제도와 함께 ICC가 비당사국과 관련된 사태에

대해 관할권을 행사할 수 있는 경우인데, 전자는 비당사국의 의사와 무관하게 안보리 결정에 기해 사태가 회부된다는 점에서 후자에 비해 ICC의 관할권을 더욱 강력하게 확장하는 방법이다. 지금까지 유엔 안보리는 수단 사태(2005년 5월), 리비아 사태(2011년 2월)를 ICC에 회부하였다.

한편 유엔 안보리는 ICC에 사태를 회부할 권한 외에도 ICC에 형사절차의 개시 및 진행을 유예하도록 요청할 권한을 가지고 있다. 제16조에 의하면 유엔 안보리가 유엔헌장 제7장에 따라 채택하는 결의안을 통해 ICC에 12개월 간 수사 또는 기소를 개시하지 않거나 중단할 것을 요청하면 ICC는 이에 응하여야 하고, 이 요청은 동일한 조건하에 갱신될 수 있다.

#### 다) 검찰국의 직권에 의한 절차개시

한편 국가 또는 유엔 안보리에 의한 사태회부가 없을지라도 제15조 제1항에 의하면 ICC 검찰국은 직권으로(proprio motu) 수사를 개시할 수 있다. 제15조 제2항 내지 제6항에 의하면 검찰국은 ICC 관할범죄에 관한 정보를 접수하면 관련 국가, 유엔 기관, 국제 정부·비정부 기구 및 기타 신뢰할 만한 출처로부터 추가정보를 구하는 등 접수된 정보의 중대성을 분석하는 예비조사(preliminary examination)를 거치고, 예비조사 후 수사를 진행할 합리적 근거가 존재하지 않는다고 판단하면 정보를 제공한 자에게 이 사실을 통보하여 절차를 중단한다. 반면에 수사를 진행할 합리적 근거가 존재한다고 판단되면 예심재판부에 수사개시를 허가해줄 것을 요청하고(request for authorization of an investigation), 예심재판부의 수사개시 허가결정이 있으면 공식적으로 수사를 개시한다. 이러한 절차를 ‘검찰국의 직권에 의한 회부절차 또는 직권에 의한 수사개시’라고 칭하고, 검찰국의 직권에 의한 수사개시는 재판부의 허가를 요한다는 점에서 국가회부 또는 유엔안보리 회부에 의한 수사개시와 다르다.<sup>14)</sup>

사태회부 시스템에 대해 규율하고 있는 제13조 내지 제15조에서 검찰국의 직권에 의한 수사개시의 경우에만 예비조사에 대해 언급하고 있다. 그러나 제53조(수사개시)

14) 제15조 제1항은 “검찰국은 ... 직권으로 수사를 개시할 수 있다”고 규정하고 있는데, 제6항은 “제1항과 제2항에 규정된 예비조사”라고 하여 제1항의 수사란 예비조사를 의미하고, 검찰국은 예비조사를 재판부의 허가 없이 자유롭게 할 수 있을 뿐, 공식 수사를 개시하기 위해서는 재판부의 허가가 있어야 한다는 것을 명확히 밝히고 있다.

제1항 및 「검찰국 규칙」 제25조 제1항은 검찰국의 직권에 의한 절차개시의 경우뿐만 아니라 유엔안보리 및 국가에 의한 사태회부의 경우에도 예비조사단계를 거치도록 하고 있다.<sup>15)</sup>

## 2) 재판적격성 요건(admissibility)

ICC 검찰국에 사태가 회부되었다고 하여 ICC 검찰국이 관할권을 행사하여 언제나 수사를 개시하는 것은 아니다. 로마규정은 ‘사건에 대한 ICC의 관할권 행사가 허용되기 위한 요건(admissibility)’을 규정하고 있다. 재판적격성(또는 허용성) 요건은 사태를 대상으로 하는 것이 아니라 ‘사건(case)’을 대상으로 한다. 재판적격성 요건으로 중요한 것은 ① 보충성 원칙에 관한 요건과 ② 범죄의 중대성/심각성(sufficient gravity of the crime)에 관한 요건이다. 재판적격성 요건은 사태로부터 구체화된 개개 사건에서 문제된다는 점에서 재판적격성 요건에 관해 정하고 있는 제17조의 주된 수범자는 재판부, 특히 재판전 공소사실 확인 결정을 행하는 예비재판부이지만, 제53조(수사개시) 제1항제(b)호는 검찰국이 수사개시 여부를 결정함에 있어서 재판적격성에 관한 요건을 고려하여 수사개시 여부를 결정하도록 하고 있다.

### 가) 보충성 원칙(complementarity)

보충성 원칙이란 해당 사태에 대해 관할권을 가지는 개별 국가가 (예컨대 범죄지 국가 또는 범죄자의国籍국) 우선적으로 사건에 대해 관할권을 행사하고, 관할권을 가지는 국가가 형사소추를 행할 의사가 없거나 능력이 없는 경우 또는 관할권을 가지는 국가가 이미 형사절차를 진행 중이거나 진행하였을지라도 진정으로 혐의자를 소추할 의사·능력에 기한 것이 아니라 오히려 혐의자를 처벌로부터 보호하기 위한 것인 경우(이른바 가장소추의 경우)에만 ICC가 사건에 대해 관할권을 행사한다는 원칙이다. 제17조 제1항 제(a)호 내지 제(c)호가 보충성 원칙에 대해 규정하고 있고, 제2항 및 제3항은 소추의사와 소추능력의 부재를 판단하는 기준에 대해 상세히 규율하고 있다.

15) 비록 모든 유형의 사태회부/절차개시의 경우에 예비조사 단계를 거치지만 예비조사는 국가회부 또는 유엔안보리 회부의 경우에 비해 검찰국의 직권에 의한 절차개시의 경우에 보다 더 큰 의미를 가진다. 이러한 이유로 로마규정 및 검찰국 규칙은 직권에 의한 절차개시의 경우를 위주로 예비조사를 규율하고 있다.

### 나) 범죄의 중대성/심각성

제17조 제1항 제(d)호에 의하면 “사건이 ICC에 의한 형사소추를 정당화하기에 충분한 중대성이 없는 경우” ICC는 ‘사건의 재판적격성이 없다(inadmissible)’고 결정한다. ICC 판례에 의하면 사건의 중대성은 i) 수사대상이 될 범죄혐의자들이 혐의범죄에 대해 가장 큰 책임을 부담하는 자들인지를 평가하고, ii) 혐의범죄의 특성, 규모, 방법 그리고 혐의범죄가 피해자들에게 미친 영향을 고려하여 혐의범죄를 질적·양적 측면에서 평가함으로써 판단한다.<sup>16)</sup> ICC 검찰국은 기존의 ‘상위 지도자의 소추에 집중하는 소추전략’을 약간 수정하여 2016년부터는 ‘아래로부터 위로의 소추전략 (building-upwards strategy)’을 가미하고 있는데, 이는 상위층 지도자를 소추하기 위해 필요하다면 (특히 상위 지도층 범죄자와 중위층·하위층 범죄자 간의 연결고리에 대한 증거가 부족한 경우) 먼저 중위층 범죄자를 소추하고, 하위 실행층 범죄자일지라도 그가 행한 행위의 불법성이 특히 중대하고, 그의 행위가 악명을 떨친 경우에 해당한다면 하위 실행층 범죄자도 소추하는 전략을 뜻한다.<sup>17)</sup>

### 3) 예비조사

검찰국 규칙 제27조 제(a)호에 의하면 검찰국의 ‘관할·보충성·협력부(Jurisdiction, Complementarity and Cooperation Division, 약칭 ‘JCCD’)가 예비조사를 담당한다. ICC 검찰국을 ICTY 검찰국과 비교할 때 산하 조직의 편제에서 가장 두드러진 점은 ‘관할·보충성·협력부(JCCD)가 독립된 부서로 설치되어 있다는 점이다. 이것은 ICC가 ICTY와 달리 특정 국가에서의 국제범죄에 대해서만 관할권을 가지는 것이 아니라, 모든 당사국에서의 국제범죄에 대해 관할권을 가지므로 관할권 행사에 관한 요건의 충족 여부, 특히 보충성 원칙의 충족 여부에 대한 판단은 매우 중요하고, 다른 한편으로, ICC 검찰국 소추활동의 성공여부는 관련 국제기구 및 관련 국가의 협력에 달려 있다는 점을 인식하여 관련 국가 등과의 협력 및 사법공조 활동을 전담하는 조직이 필요하다고 여겼기 때문이다.<sup>18)</sup>

16) Situation in Georgia, Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation (27 January 2016), para. 51.

17) ICC-OTP, Strategic Plan June 2012-2015, 11 October 2013, para. 22; ICC-OTP, Strategic Plan 2016-2018, 16 November 2015, para. 21-26, 43.

18) 이에 대해 자세히는 Jens Meierhenrich, The Evolution of the Office of the Prosecutor at

검찰국의 ‘관할·보충성·협력부(JCCD)’ 산하의 사태분석과(Situation Analysis Section, 약칭 ‘SAS’)가 예비조사를 담당한다. 사태분석팀에 의한 예비조사는 다음과 같은 4단계의 필터링 과정(a filtering process)으로 구성된다: ① 1단계: 최초 정보평가, ② 2단계: 물적 관할권 조사, ③ 3단계: 허용성 요건 판단, ④ 4단계: ‘정의의 이익(interests of justice)’에 관한 요건 판단.<sup>19)</sup> 사태분석팀은 사태에 관한 정보를 각 단계별로 ‘ICC규정이 수사개시의 요건으로 요구하고 있는 어느 한 요건의 충족여부’와 관련하여 집중적으로 분석·평가하고, 그 요건이 충족되지 않은 경우 예비조사를 종결하고, 그러한 요건이 충족되는 경우에만 예비조사를 계속 진행한다.<sup>20)</sup>

1단계의 주요활동은 ICC 관할범죄와 관련 없는 정보를 필터링하는 것이다. 이를 위해 사태분석팀은 먼저 접수된 정보를 다음과 같이 분류한다: (a) 명백히 ICC의 관할권 밖에 놓이는 사항에 관한 정보, (b) 이미 검찰국에 의해 사전조사나 수사가 진행되고 있는 사태 또는 기소단계에 있는 사건의 사태에 대한 정보이고, 그 정보가 이미 검찰국에 의해 진행되고 있는 조사 및 소추활동에 고려될 수 있는 경우, (c) 명백히 ICC의 관할권 밖에 놓여 있는 사항에 관한 정보가 아니고, 이미 검찰국에 의해 분석, 수사 중이거나 기소단계에 있는 사건의 사태에 대한 정보가 아니며, 수사개시 여부를 판단하기 위한 조사가 요구되는 정보인 경우 (검찰국 규칙 제27조). 사태분석팀은 (a)의 경우 문서로 기록하고, (b)의 경우 해당 정보를 수사팀 또는 공판팀에 넘겨주고, (c)의 경우에만 정보의 진지성(seriousness of the information)을 고려하여 국제 NGO 등을 통해 추가적인 정보를 수집하면서 ‘정식으로 예비조사를 개시할 필요성이 있는가’에 대해 조사한다.<sup>21)</sup> 1단계 조사가 마무리 되면 사태분석팀은 ‘1단계 보고서(phase 1 report)’를 작성하여 소추관에게 제출한다.

정식 예비조사 개시에 해당하는 2단계에서는 추가적으로 정보를 수집하고, 사실적·법적 관점에서 그러한 정보를 분석·평가하여 물적 관할권 요건이 충족되는지, 규정

the International Criminal Court, in: Martha Minow, C. Cora True-Frost, and Alex Whiting(ed.), *The First Global Prosecutor*, 2015, 106-110면 참조.

19) ICC, Report of the Court on the Basic Size of the Office of the Prosecutor, ICC-ASP/14/21, 17 September 2015, 38-39면.

20) Ibid., 38면.

21) 이러한 활동을 실무상 ‘규정 제15조 관련 의사소통활동(communications)’이라고 지칭한다 (ibid., 39면 참조).

제12조의 요건이 충족되는지에 대해 판단한다. 또한 잠정적으로 어떠한 ‘사건(case)’이 문제될 수 있는지에 대해서도 조사한다. 2단계 분석·평가를 통해 사태분석팀은 ‘규정 제5조 관련 보고서(Article 5 report)’를 작성하여 소추관에게 보고한다.

3단계의 활동중점은 ‘장래 특정될 수 있는 사건이 규정 제17조에서 요구되고 있는 재판적격성 요건, 즉 보충성 원칙 및 범죄의 중대성(gravity) 요건을 충족할 것인가’라는 관점에서 계속적으로 정보를 수집하고 수집된 정보를 분석·평가하는 것이다. 물론 수집된 정보에 따라 문제될 수 있는 범죄가 달라질 수 있으므로 물적 관할권에 대한 분석·평가도 계속적으로 함께 이루어진다. 3단계 활동을 통해 사태분석팀은 ‘규정 제17조 관련 보고서(Article 17 report)’를 작성하여 소추관에게 제출한다.

4단계에서는 규정 제53조 제1항 제(c)호에서 수사개시의 소극적 요건으로 규정하고 있는 ‘정의의 관점(interests of justice)’이라는 요건과 관련하여 정보를 분석·평가한다. 즉, ‘정의의 관점에서 수사개시를 할 필요성이 없는가’에 대해 정보를 분석·평가한다. 4단계 활동이 마무리되면 사태분석팀은 ‘규정 제53조 제1항 관련 보고서(Article 53(1) report)’를 작성하여 소추관에게 제출한다. 소추관은 사태분석팀의 각 단계별 보고서를 기초로 예비조사의 계속 진행여부에 대해 판단하고, 4단계 예비조사가 마무리되면 사태분석팀의 보고서를 기초로 수사개시 여부를 결정한다.

### 3. 수사 및 기소

#### 가. 수사단계

검찰국의 관할·보충성·협력부(JCCD), 수사부(Investigation Division) 그리고 기소부(Prosecution Division) 인력에 의해 공동으로 구성되는 ‘공동(수사)팀(joint team)’이 수사를 담당한다.<sup>22)</sup> 검찰국은 수사를 함에 있어서 유죄 및 무죄의 정황을 동등하게 수사하여야 하고, 로마규정에서 인정되고 있는 수사대상자(persons)의 권리를 완전히 존중하여야 한다(제54조 제1항). 검찰국은 제9장(국제적 협력과 사법공조)의 규정들에 따라 또는 제57조 제3항 제(d)호에 따라 예심재판부의 허가를 받아 국가의 영역에서

22) ICC, Report of the Court on the Basic Size of the Office of the Prosecutor, ICC-ASP/14/21, 17 September 2015, 27면 이하 참조.

수사를 행할 수 있다. 검찰국은 (a) 증거를 수집하고 조사할 수 있고, (b) 수사증인자, 피해자 및 증인의 출석을 요구하여 그들을 신문할 수 있고, (c) 국가 또는 정부간 기구나 조직의 협조를 그들 각각의 권한 및/또는 임무에 따라 구할 수 있고, (d) 국가, 정부간 기구 또는 개인의 협조를 촉진하는데 필요한 약정 또는 협정을 맺을 수 있고, (e) 소추관이 비밀을 조건으로 그리고 오로지 새로운 증거를 산출할 목적으로 취득한 문서 또는 정보를, 정보제공자가 동의하지 아니하는 한 절차의 어떠한 단계에서도 공개하지 않기로 합의할 수 있으며, (f) 정보의 비밀, 개인의 보호 또는 증거의 보전을 확보하기 위하여 필요한 조치를 취하거나 또는 필요한 조치가 취해지도록 요청할 수 있다(제54조 제3항).

예심재판부는 수사 개시 후 언제라도 소추관의 신청에 따라 검찰국이 제출한 신청서 및 증거 또는 기타 정보를 검토한 후 다음이 확인되면 '구금을 위한 체포영장(arrest warrant)'을 발부한다(제58조 제1항): (a) 피의자(the person)가<sup>23)</sup> 재판소 관할범죄를 범하였다고 믿을 만한 합리적 근거가 존재하고, (b) 피의자의 체포·구금이 다음을 위하여 필요하다고 판단되는 경우: (i) 재판 출석을 보장하기 위한 경우, (ii) 수사 또는 재판소 절차를 방해하거나 위태롭게 하지 못하도록 보장하기 위한 경우, 또는 (3) 당해 범행의 계속 또는 그와 동일한 상황에서 발생하는 재판소의 관할권내에 속하는 관련범행의 계속을 방지하기 위하여 '구금을 위한 체포영장'을 발부할 수 있는 경우. '구금을 위한 체포영장'은 재판소가 달리 명령할 때까지 효력을 지속하고(동조 제3항), '구금을 위한 체포영장'을 근거로 재판소는 제9장(국제협력과 사법공조)에 따라 피의자의 긴급체포 또는 체포 및 인도를 요청할 수 있다(동조 제5항). '구금을 위한 체포영장' 신청에 대한 대안으로 검찰국은 당해인에 대해 소환장을 발부하도록 요청하는 신청서를 예심재판부에 제출할 수 있다(동조 제7항).

피의자가 '구금을 위한 체포영장'에 기해 재판소로 인도되거나 자발적으로 또는 소환장에 기해 재판소에 최초로 출석한 때를 "최초 출석(initial appearance; first appearance)"이라고 한다. 「재판소실무편람」 I.C.3.에 의하면 피의자는 체포되어 재판소에 인도된 때로부터 48시간부터 96시간 내에 또는 소환장에 특정된 날짜에 최초

23) 로마규정은 공소사실확인 결정이 내려진 경우 피혐의자를 '피고인(the accused)'으로 지칭하고 있고, 공소사실확인심리 단계까지는 피혐의자를 "the person"으로 지칭하고 있다. 공소사실이 확인되어 1심재판에 회부된 때부터 피혐의자는 "피고인(the accused)"으로 지칭된다.

출석하여야 한다. 피의자가 재판소에 최초출석하면 예심재판부는 ‘피의자가 혐의범죄에 대해 통지를 받았는지, 그리고 재판계속 중 임시석방을 신청할 권리 등 ICC 규정에 따른 자신의 권리에 관하여 통지를 받았는지’를 확인한다(제60조 제1항). ICC에서는 체포영장에 기해 체포·인도된 피의자는 별도의 구속전피의자신문 절차 없이 구금상태에 놓이게 된다.<sup>24)</sup> 체포영장에 기해 체포·구금된 피의자는 제60조제2항에 따라 임시석방(interim release)을 청구할 수 있다. 임시석방청구가 있는 경우 예심재판부는 제58조 제1항의 요건들이 충족된다고 판단하면 피의자는 계속 구금되고, 그러한 요건이 충족되지 않는다고 판단하는 경우 조건부로 또는 조건 없이 피의자를 석방한다(제60조 제2항). 누구든지 재판 전에 불합리하게 장기간 구금되지 않도록 하기 위해(동조 제4항) 예심재판부는 임시석방여부에 대한 결정이 있는 경우 적어도 120일을 주기로 임시석방 또는 구금에 대해 재검토하여야 한다(동조 제3항).

로마규정 제61조 제1항에 의하면, 피의자의 재판소로의 인도 또는 자발적 출석 후 “합리적인 기간 내에” 예심재판부는 소추관이 재판을 구하고자 하는 공소사실을 확인하기 위한 심리를 행해야 한다. ‘어느 정도의 기간이 합리적인 기간인지’에 대해 로마규정 또는 절차및증거규칙이 명시적으로 언급하고 있지는 않고 있기에 이는 원칙적으로 개개 사건의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 문제인데,<sup>25)</sup> 재판실무편람 I.C.5.에 의하면 공소사실확인심리기일은 통상적으로 최초출석일로부터 4개월 - 6개월 근방의 날짜로 지정되어야 한다.<sup>26)</sup> 절차및증거규칙 제121조 제1항에 의하면 피의자의 최초출석일에 예심재판부는 공소사실확인심리 개시일을 정한다. 예심재판부는 직권으로 또는 소추관이나 피의자의 신청에 기해 공소사실확인심리개시의 연기를 결정할 수 있는데(절차및증거규칙 제121조 제1항), 거시적 사태를 다루는 국제범죄 사건의 특수성상 사실관계 서술의 어려움, 방대한 관련 증거자료 등으로 인해 실무상 대부분의 사건에서 공소사실확인심리 연기 결정이 이루어지고 있다.<sup>27)</sup>

24) 홍진영, “국제형사재판소의 증거개시 제도에 관한 연구 - 형사소송법상 ‘서류 등의 열람·등사’ 제도에 대한 시사점을 중심으로”, 사법 제41호, 2017, 607면.

25) Schabas/Chaitidou/El Zeidy, Article 61 mn 13-15, in: Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the ICC, 2016; 재판실무편람 I.C.5. 참조.

26) 재판실무편람은 최초출석 시기 이후 공소사실확인심리 개시까지 소요되는 평균적인 기간을 단축하기 위해 재판소가 노력해야 한다고 하고 있다.

27) Schabas/Chaitidou/El Zeidy, Article 61 mn 15, in: Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the ICC, 2016; 김상결, 국제형사재판소법 개관, 국가안보전략연구원 연구보고서, 2018, 84면.

### 나. 공소장 제출 및 공소사실확인심리 개시 전

절차및증거규칙 제121조제3항에 의하면 소추관은 늦어도 공소사실확인심리 30일 전까지 공소장/기소장(document containing the charges)과 공소사실확인심리에서 제출하고자 하는 증거의 증거목록을 예심재판부에 제출해야 하고, 피의자는 공소장 사본(copy) 및 증거목록을 전달받아야 한다. 피의자에게 공소장 사본과 증거목록이 전달된 후에는 소추관과 피의자 간의(주로 소추관측 증거의) 증거개시가 이루어진다. 예심재판부는 ICC규범에 따라 적절하게 증거개시가 이루어질 수 있도록 절차진행회의(status conference)를 개최해야 한다(절차및증거규칙 제121조 제2항).

## 4. 공소사실확인심리

공소사실확인 심리 절차는 예심재판부가 ‘피의자가 기소된 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거가 존재하는지(whether there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed each of the crimes charged)’를 판단하여 피의자를 1심공판에 회부할지 여부를 결정하는 절차이다. 예심재판부는 (a) 피의자가 범죄를 범하였다고 믿을 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거가 있다고 판단한 공소사실을 확인하여 확인된 공소사실에 대한 재판을 위하여 피의자를 1심재판에 회부한다; (b) 증거가 불충분하다고 판단한 공소사실에 대하여는 확인을 거절한다; (c) 심리를 연기하고 소추관에게 다음을 고려하도록 요청한다: (i) 특정한 공소사실과 관련하여 추가 증거를 제공하거나 또는 추가 수사를 행할 것, 또는 (ii) 제출된 증거가 재판소의 다른 관할범죄를 구성하는 것으로 보이므로 공소사실을 수정할 것(동조 제7항). 예심재판부가 공소사실확인 거절결정을 한 경우에도 추가증거가 발견되면 검찰국은 공소사실 확인 결정을 신청할 수 있다(동조 제8항). 공소사실확인여부결정에 대해서는 로마규정 제82조제1항제(d)호에 해당하는 경우에만 한해서만 예외적으로 불복이 가능하다.

공소사실확인절차에서 요구되는 입증의 정도는 유죄판결을 위해 요구되는 입증의 정도인 “합리적인 의심의 여지없이(beyond resonable doubt) 유죄라는 확신이 들 것”<sup>28)</sup> 아니라, 그보다 낮은 정도인 “피의자가 범죄를 범하였다고 믿을 상당한 근거

를 형성하는 충분한 증거의 유무"이다. 공소사실확인절차에서 요구되는 소추관의 증명정도가 낮은 이유는 공소사실확인절차는 1심재판에 회부해야 할 정도로 충분한 증거가 인정되지 않는 사건을 걸러내는 필터링 기능(filter function 또는 gatekeeper function)을 하기 때문이다.<sup>29)30)</sup> 이러한 점에서 공소사실확인절차는 공판회부하기에 충분한 증거 없는 소추관의 기소에 대한 통제 기능도 행한다.<sup>31)</sup> 한편, 1심재판부는 예심재판부의 법적 판단에는 기속되지 않고, 예심재판부의 공소사실확인결정에 의해 확인된 범죄사건에 관한 "사실과 정황"에만 기속된다.<sup>32)</sup> 즉, 공소사실확인절차가 가지는 가장 중요한 기능은 1심재판부의 심판대상인 범죄사건의 "사실과 정황"을 확정한다는 것이다.

## 5. 1심재판

사건을 배당받은 1심재판부는 한명 또는 수명의 재판관을 지정하여 공판준비를 담당하도록 할 수 있다(절차및증거규칙 제132bis조). 공판이 개시되면 1심재판부는 피고인에게 예심재판부에 의해 확인된 공소사실을 낭독해 주고, 피고인이 공소사실의 성격을 이해하는지를 확인하며, 피고인에게 유죄를 인정하거나 무죄를 주장할 기회를 부여하여야 한다(규정 제64조 제8항 제(a)호). 피고인이 유죄를 인정하면 1심재판부는 (a) 피고인이 유죄인정(admission of guilt)의 성격 및 결과를 이해하고 있는지 여부,

28) 로마규정 제66조제3항 참조.

29) 많은 문헌이 있지만, Schabas/Chaitidou/El Zeidy, Article 61 mn 6, in: Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the ICC, 2016; 김상걸, 국제형사재판소법 개관, 국가안보전략연구원 연구보고서, 2018, 89면 참조;

30) "Gatekeeper"로서의 공소사실확인절차의 기능을 강조하면서 공소사실확인절차가 절차지연의 원인이 되어서는 아니 된다는 것을 강조하고 있는 최근 판례로는 Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Judgment on the appeal of Mr Al Hassan against the decision of Trial Chamber X entitled 'Decision on application for notice of possibility of variation of legal characterisation pursuant to Regulation 55(2) of the Regulations of the Court', 1 July 2021, ICC-01/12-01/18-1562-Red, para. 4.

31) '충분한 증거수집 없이 기소하는 경우'에 대한 기소권 통제수단으로서 공소사실확인절차를 도입하는 방안에 대해 다루는 글로는 이윤제, "국제형사재판소의 재판전 공소사실확인 제도", 아주법학 제6권 제2호, 2012, 441면 이하; 신상현, "형사절차에서 공판개시 여부의 심사를 위한 '사전심리절차'의 도입 필요성", 형사법연구 제33권 제2호, 2021, 156면 이하.

32) Prosecutor v. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona, Decision on the Prosecutor's request for reconsideration or, in the alternative, leave to appeal the 'Decision on the confirmation of charges against Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona', 11 March 2020, ICC-01/14-01/18-447, para. 25 등 참조.

(b) 피고인이 변호인과의 충분한 협의를 거쳐 자발적으로 유죄를 인정한 것인지 여부, (c) 유죄의 인정이 (i) 검찰국이 제기하고 피고인이 인정한 공소사실, (ii) 검찰국이 공소사실을 보충하기 위해 제출하였고 피고인이 인정한 자료, 그리고 (iii) 증인의 증언, 검찰국 또는 피고인이 제출한 기타 증거에 의해 인정된 사건의 사실관계에 의하여 뒷받침되고 있는지 여부를 판단한다(제85조 제1항). 이러한 요건이 충족되었다고 판단하면 1심재판부는 증거조사 절차를 생략하고 유죄판결을 할 수 있지만, 그렇지 않은 경우 통상의 재판절차에 따르고, 1심재판부가 정의, 특히 피해자의 이익을 위하여 사건의 사실관계가 보다 완벽하게 밝혀질 필요가 있다고 판단하는 경우 검찰국에 추가증거의 제출을 요구하거나 통상의 재판절차에 따라 재판절차가 진행된다고 결정할 수 있다(제85조 제2항 내지 제4항). 검찰국과 피고인 측 간에 이루어진 공소사실의 변경, 유죄의 인정 및 부과될 형량에 대한 어떠한 합의도 재판소를 기속하지 않는다(제85조 제5항).

유죄판결이 내려지는 경우 1심재판부는 피고인의 유죄인정이 재판부에 의해 받아들여진 경우가 아닌 한 유·무죄 심리와는 별개인 양형심리를 통해 형량을 선고한다(제76조 제2항). 형벌은 최고 30년을 초과하지 아니하는 자유형(imprisonment) 또는 종신자유형이 인정되고, 자유형에 추가하여 벌금형 또는 몰수판결이 선고될 수 있다(제76조).

## 6. 상소심재판

검찰국은 절차상의 하자, 사실의 오인 또는 법령위반을 이유로 유·무죄판결에 대해 상소할 수 있고, 유죄판결을 받은 자는 절차상의 하자, 사실의 오인, 법령위반 또는 절차 또는 판결의 공정성 또는 신뢰성에 영향을 주는 기타 여하한 근거를 이유로 유·무죄판결에 대해 상소할 수 있다(제81조 제1항). 검찰국과 유죄판결을 받은 자는 범죄와 형량 사이의 불균형을 이유로 양형판결에 대하여 상소할 수 있다(제81조 제2항).

## 제2절 | 사태 및 사건의 현황

아래 표는 2021년 10월 31일을 기준으로 ICC가 수사개시한 사태 및 그 사태에서의 사건 현황을 정리한 표이다. 굵은 글씨체로 표시된 사건은 피의자가 체포되었거나 자발적으로 최초출석하여 공소사실확인절차 등 재판이 진행되었거나 되고 있는 사건이다.

〈수사개시된 사태 및 각 사태에서의 사건 현황: 2021.10.31. 기준〉

사태	사태 내용 및 사건 개관
우간다 ICC-02/04	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 당사국 회부(자기회부): 2004년 1월 우간다(로마규정 당사국) 정부가 ICC에 사태회부.</li> <li>○ 2002년 7월 1일 이후 주로 북우간다 지역에서 반군 LRA와 정부군 사이에서 발생한 무력충돌 과정에서 자행된 전쟁범죄와 인도에 반한 죄에 대한 혐의.</li> <li>○ 검찰국은 2004년 7월 수사 개시.</li> <li>○ 2개 사건 진행 중               <ul style="list-style-type: none"> <li>◆ Kony et al. 사건(ICC-02/04-01/05) 피의자들 미체포로 수사단계. 일부 피의자는 사망.</li> <li>◆ <b>Ongwen 사건(ICC-02/04-01/15)</b> 공판회부결정(2016.3.23.); 1심 유죄판결(2021.2.4.) 및 25년 자유형 형선고판결(2021.5.6.); 상소심 진행 중</li> </ul> </li> </ul>
콩고민주공화국 (DRC) ICC-01/04	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 당사국 회부: 2004년 4월 DRC가 ICC에 사태 회부</li> <li>○ 2002년 7월 1일 이후 DRC(주로 Estern DRC, Ituri 지역, 남·북 Kivu 州)에서의 무력충돌 과정에서 발생한 전쟁범죄와 인도에 반한 죄에 대한 혐의.</li> <li>○ 2004년 6월 수사 개시.</li> <li>○ 6개의 사건               <ul style="list-style-type: none"> <li>◆ <b>Lubanga 사건(ICC-01/04-01/06)</b> 공소사실확인(공판회부)결정(2007.1.29.); 1심 유죄판결(2012.3.14.) 및 14년 자유형 형선고판결(2012.7.10.); 상소심판결로 유죄확정(2014.12.1.); 14년형 복역 후 2020.3.15. 출소.</li> <li>◆ <b>Katanga 사건(ICC-01/04-01/07)</b> 공소사실확인결정(2008.9.26.); 1심 유죄판결(2014.3.7.) 및 12년 자유형 형선고판결(2014.5.23.). 피고인 및 검찰국의 상소철회로 1심판결 확정(2014.6.25.).</li> <li>◆ <b>Ntaganda 사건(ICC-01/04-02/06)</b></li> </ul> </li> </ul>

32 국제형사재판소 관할범죄에 관한 이론 및 사례 연구

사태	사태 내용 및 사건 개관
	<p>공소사실확인결정(2014.6.9.); 1심 유죄판결(2019.7.8.) 및 30년 자유형 형선고판결(2019.11.7.). 상소심판결로 유죄확정(2021.3.30.).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>◆ <b>Mbarushimana 사건(ICC-01/04-01/10)</b> 증거불충분으로 공판불회부(공소사실 불확인)결정(2011.12.16.).</li> <li>◆ Mudacumura 사건(ICC-01/04-01/12) 아직 체포되지 않음.</li> <li>◆ <b>Ngudjolo Chui 사건(ICC-01/04-02/12)</b> 공소사실확인결정(2008.9.26.); 1심 무죄판결(2012.12.18.); 상소심판결로 무죄 확정(2015.1.27.).</li> </ul>
<p>수단 다푸어 (Darfur) 사태  ICC-02/05</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 수단은 로마규정 당사국 아님. 2005년 3월 유엔 안보리가 사태 회부.</li> <li>○ 2002년 7월 1일 이후 수단 다르푸르에서 발생한 제노사이드, 전쟁범죄, 그리고 인도에 반한 죄에 대한 혐의.</li> <li>○ 2005년 6월 수사개시.</li> <li>○ 6개 사건 <ul style="list-style-type: none"> <li>◆ Harun 사건(ICC-02/05-01/07) 미체포.</li> <li>◆ Al Bashir 사건(ICC-02/05-01/09) 미체포.</li> <li>◆ <b>Banda 사건(ICC-02/05-03/09)</b> 자발적 최초출석(2010.6.17.). 공소사실확인결정(2011.3.7.). 체포영장발부(2014.9.11.). 미체포로 절차 진행 X.</li> <li>◆ <b>Abu Garda 사건(ICC-02/05-02/09)</b> 공소사실불확인결정(2010.2.8.).</li> <li>◆ Hussein 사건(ICC-02/05-01/12) 미체포</li> <li>◆ <b>Abd-Al-Rahman 사건(ICC-02/05-01/20)</b> 공소사실확인결정(2021.7.9.). 1심 공판개시는 2022.4.로 예정.</li> </ul> </li> </ul>
<p>중앙아프리카 공화국 첫 번째 사태 - (CAR)  ICC-01/05</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 당사국 회부(자기회부): 2004년 12월 CAR이 사태 회부.</li> <li>○ 2002년과 2003년에 발생한 폭력사태를 정점으로, 2002년 7월 1일 이후 CAR 전역에서의 분쟁상황에서 발생한 전쟁범죄와 인도에 반한 죄에 대한 혐의.</li> <li>○ 2007년 5월 수사 개시.</li> <li>○ 2개의 사건 <ul style="list-style-type: none"> <li>◆ <b>Bemba 사건(ICC-01/05-01/08)</b> 공소사실확인결정(2009.6.15.); 1심 유죄판결(2016.3.21.) 및 18년 자유형 형선고판결(2016.6.21.); 상소심 무죄판결(2018.6.8.).</li> </ul> </li> </ul>

사태	사태 내용 및 사건 개관
	<ul style="list-style-type: none"> <li>◆ <b>Bemba et al. 사건(ICC-01/05-01/13)</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Bemba 사건과 관련하여 5명의 피의자들이 사법방해죄를 범하였다는 혐의.</li> <li>- 공소사실확인결정(2014.11.11.); 1심 유죄판결(2016.10.19.) 및 형선고판결(2017.3.22.); 상소심판결(2018.3.8.) - 5명 모두 유죄확정. 다만 일부 혐의 무죄 판결; 1심재판부 2018.9.17. 3명에 대한 형을 다시 선고.</li> </ul> </li> </ul>
<p style="text-align: center;">케냐</p> <p style="text-align: center;">ICC-01/09</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 2007-2008년 케냐에서의 선거 이후 폭력사태 과정에서 발생한 인도에 반한 죄의 혐의.</li> <li>○ 케냐는 로마규정 당사국. 2010년 3월 소추관은 직권으로 수사 개시(예심재판부의 수사 허가).</li> <li>○ 4개의 사건 <ul style="list-style-type: none"> <li>◆ <b>Ruto and Sang 사건(ICC-01/09-01/11)</b> 공소사실확인결정(2012.1.23.); 2016.4.5. 1심재판부는 증거불충분을 이유로 'No case to answer'-결정을 하여 절차를 종료(termination)함.</li> <li>◆ <b>Kenyatta 사건(ICC-01/09-02/11)</b> 공소사실확인결정(2012.1.23.); 케냐정부의 협력 미비로 충분한 증거를 확보하지 못해 소추관은 증거부족을 이유로 소추관은 1심공판개시 전에 공소 철회.</li> <li>◆ <b>Barasa 사건(ICC-01/09-01/13)</b> 미체포</li> <li>◆ <b>Bett 사건(ICC-01/09-01/15)</b> 미체포</li> <li>◆ <b>Gicheru 사건(ICC-01/09-01/20)</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ruto and Sang 사건 관련하여 사법방해죄를 범하였다는 혐의.</li> <li>- 공소사실확인결정(2021.7.15.); 1심 공판개시 예정일 - 2022.1.15.</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>
<p style="text-align: center;">리비아</p> <p style="text-align: center;">ICC-01/11</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 2011년 2월 유엔 안보리가 사태 회부.</li> <li>○ 2011년 2월 15일 이후 리비아 전역에서 발생한 반정부시위 진압과정 및 유혈사태에서 인도에 반한 죄와 전쟁범죄가 범해졌다는 혐의.</li> <li>○ 2011년 3월 수사 개시.</li> <li>○ 3개 사건 <ul style="list-style-type: none"> <li>◆ <b>Saif Al-Islam Gaddafi 사건(ICC-01/11-01/11)</b> 미체포</li> <li>◆ <b>Khaled 사건(ICC-01/11-01/13)</b> 미체포</li> <li>◆ <b>Al-Werfalli 사건(ICC-01/11-01/17)</b> 미체포</li> </ul> </li> </ul>

### 34 국제형사재판소 관할범죄에 관한 이론 및 사례 연구

사태	사태 내용 및 사건 개관
<p>코트디부아르 (Côte d'Ivoire)</p> <p>ICC-02/11</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 코트디부아르는 2013.3.15.에 로마규정 비준함. 로마규정 제12조 제3항에 따른 'ICC의 관할권 수락 선언'에 따라 관할권이 인정된 사례.</li> <li>○ 코트디부아르에서 2010년-2011년 사이에 대통령 선거 후 폭력사태 (Laurent Gbagbo와 Alassane Ouattara 세력 간) 과정에서 인도에 반한 죄가 범해졌다는 혐의.</li> <li>○ 2011년 10월 3일 검찰국의 직권에 의한 수사 개시(예심재판부의 수사 허가).</li> <li>○ 2개의 사건</li> <li>◆ <b>Gbagbo and Blé Goudé 사건(ICC-02/11-01/15)</b> Gbagbo 사건에서의 공소사실확인결정(2014.6.12.); Blé Goudé 사건에서의 공소사실확인결정(2014.12.11.); 양 사건 병합(2014.3.11.); 1심재판부는 2019.1.15. 'No case answer'-무죄판결을 함; 상소심재판부 1심판결 인용(2021.3.31.)</li> <li>◆ Simone Gbagbo 사건(ICC-02/11-01/12) 미체포.</li> </ul>
<p>말리</p> <p>ICC-01/12</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 당사국 회부(자기회부): 2012년 7월 말리 정부의 사태 회부.</li> <li>○ 2012년 1월 이후 말리(Bamako와 Sévaré 등 남쪽 지역에서의 일부 범죄사건과 함께, 주로 Gao, Kidal, 그리고 Timbuktu 등 3곳의 북쪽 지역에서 정부군과 여러 무장단체들간, 또는 정부군이 관여하지 않은 채 여러 무장단체들간 범하여진 살해 등의 행위가 전쟁범죄에 해당한다는 혐의.</li> <li>○ 2013년 1월 수사 개시.</li> <li>○ 2개의 사건</li> <li>◆ <b>Al Mahdi 사건(ICC-01/12-01/15)</b> - 공소사실확인결정(2016.3.24.); 1심 유죄판결 및 형선고(2016.9.27.). - 피의자의 유죄인정으로 절차가 빨리 진행된 사건</li> <li>◆ <b>Al Hassan 사건(ICC-01/12-01/18)</b> 공소사실확인결정(2019.9.30.); 2020.7.14. 1심공판개시 되어 1심 진행 중.</li> </ul>
<p>중앙아프리카 공화국 두 번째 사태 - (CAR II)</p> <p>ICC-01/14</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 당사국 회부(자기회부): 2014년 CAR 정부가 사태 회부.</li> <li>○ 2012년 8월 1일 이후 CAR에서 시작된 폭력사태의 재발 과정에서 무슬림계 Séléka 무장집단과 기독교계 anti-balaka 민병대 사이의 무력충돌 과정에서 전쟁범죄와 인도에 반한 죄가 범해졌다는 혐의.</li> <li>○ 2014년 9월 수사 개시.</li> <li>○ 2개 사건</li> <li>◆ <b>Yekatom and Ngaißona 사건(ICC-01/14-01/18)</b> 공소사실확인결정(2019.12.11.). 2021.2.16.-18.에 1심 공판 개시됨.</li> <li>◆ <b>Said 사건(ICC-01/14-01/21)</b> 2021.10.12. 공소사실확인심리 개시됨.</li> </ul>

사태	사태 내용 및 사건 개관
조지아(Georgia) ICC-01/15	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 조지아는 로마규정 당사국. 2016년 1월 소추관의 직권에 의한 수사개시(예심재판부의 수사개시 허가)</li> <li>○ 2008년 7월 1일부터 10월 10일까지 남오세티아와 그 주변에서의 국제적 무력충돌 상황에서 전쟁범죄와 인도에 반한 죄가 발생했다는 혐의.</li> <li>○ 수사단계.</li> </ul>
부룬디 공화국(Burundi) ICC-01/17	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 2015년 4월 26일부터 2017년 10월 26일까지 부룬디에서 또는 부룬디 외부에서 Pierre Nkurunziza 정권에 반대하는 자들에 대해 인도에 반한 죄가 범해졌다는 혐의.</li> <li>○ 2017.10.25. 소추관의 직권에 의한 수사개시(예심재판부의 수사허가)</li> <li>○ 부룬디는 2004.9.21.일 로마규정 비준서를 제출하였으나 2017.10.27. 최종 탈퇴함.</li> <li>○ 수사단계.</li> </ul>
방글라데시 공화국 / 미얀마 공화국 ICC-01/19	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 라카인 주에서 적어도 2016.10.9. 이후 로힝야족 또는 기타 민간인들에 대하여 ICC 관할범죄가 범해졌다는 혐의.</li> <li>○ 2019.11.14. 예심재판부는 소추관의 직권수사 개시를 허가함.</li> <li>○ 수사단계.</li> </ul>
아프가니스탄 공화국 ICC-02/17	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 2003년 5월 1일 로마규정 가입서 제출. 2019.4.12. 예심재판부II는 소추관의 직권수사개시 허가 요청을 기각하였으나, 2020.3.5. 상소심재판부는 직권수사개시를 허가함.</li> <li>○ 수사단계.</li> </ul>
팔레스타인 ICC-01/18	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 2014.6.13. 이후에 팔레스타인 지역에서 ICC 관할범죄가 범해졌다는 혐의.</li> <li>○ 팔레스타인 정부는 2015.1.1. 로마규정 제12조제3항에 따른 관할권수락 선언을 하였고, 로마규정은 2015.4.1.부로 팔레스타인 정부에 대해 발효됨.</li> <li>○ 2018.5.22. 팔레스타인 정부는 사태를 ICC에 회부.</li> </ul>
필리핀 ICC-01/21	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 2011.11.1. - 2019.3.16. 사이에 필리핀 정부의 이른바 '마약과의 전쟁' 정책에서 행해진 것은 인도에 반한 죄에 해당한다는 혐의.</li> <li>○ 예심재판부는 2021.9.15. 소추관의 직권에 의한 수사개시를 허가함.</li> <li>○ 필리핀은 2011.11.1.부로 로마규정 당사국이었지만, 2018.3.17.에 로마규정을 탈퇴함.</li> </ul>



## 제 3 장

국제형사재판소 관할범위에 관한 이론 및 사례 연구

# 간접적 공동정범(indirect co-perpetration)의 의의 및 법리적 문제점

김 성 규



## 제3장

# 간접적 공동정범(indirect co-perpetration)의 의의 및 법리적 문제점

### 제1절 | 서설

ICC의 상소심재판부는 2021년 3월 30일, 제1심재판부VI의 2019년 7월 8일자 판결<sup>33)</sup>을 다수결로 확정했다.<sup>34)</sup> 그 판결은 2002~2003년 콩고민주공화국 Ituri 지역에서 자행된 18건의 전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대해 당시의 반군조직 지도자 Bosco Ntaganda에게 유죄를 선고한 것이었다.<sup>35)</sup> 피의사실 가운데 인도에 반하는 죄 및 전쟁범죄를 구성하는 살인 등에 대해서는 직접정범(direct perpetrator)으로서의 책임이 인정된 한편, 그 밖의 다수의 범죄에 대해서는 이른바 ‘간접적 공동정범(indirect co-perpetrator)’으로서의 책임이 인정되었다.<sup>36)</sup> 그런데 후자의 죄책에 관해서는 상소심재판부 판사들의 의견이 엇갈렸으며, 그 점에서 그 법리의 타당성에 관해서는 여전히 논란의 여지가 남아 있다.

33) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment, 8 July 2019, ICC-01/04-02/06-2359.

34) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor, 30 March 2021, ICC-01/04-02/06-2666-Red.

35) 2019년 11월 7일, ICC의 제1심재판부VI는 만장일치로 Ntaganda에 대해 ICC가 부과할 수 있는 유기징역형의 최대치인 30년을 선고했다(Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Sentencing judgment, 7 November 2019, ICC-01/04-02/06-2442). 이는 범죄의 중대성 내지 그 피해의 정도와 더불어 그의 책임, 즉 범의(犯意)(intent)의 수준 및 관여의 정도를 고려한 것이었다. 2021년 3월 30일에 ICC의 상소심재판부는 그 결정을 만장일치로 확정했다.

36) 강성영, “국제형사재판소의 전시 성폭력범죄의 처벌과 개인의 형사책임형태에 관한 고찰”, 국제법학회논총 제65권 제4호, 2020, 49면 이하 참조.

간접적 공동정범은 로마규정 제25조 제3항 (a)가 예정하고 있는 ‘공동하여 범죄를 실행하는(“commits … jointly”)' 형태와 ‘타인을 통하여 범죄를 실행하는(“commits … through another person”)' 형태를 결합하고 있는 것이다. ICC에서 간접적 공동정범으로서의 귀책형식이 처음으로 인정된 것은 Katanga and Chui 사건<sup>37)</sup>이었다.<sup>38)</sup> Katanga와 Chui는 공히 반군조직을 조종한 혐의로 기소되었으며, 그들이 합세함으로써만 당해 범죄를 행할 수 있었던 점이 제시되었다. 재판부는, 각 피의자는 자신이 지휘한 조직의 행동에 대해 책임이 있을 뿐만 아니라 다른 피의자가 지휘한 조직의 행동에 대해서도 책임이 있다고 판단했다.<sup>39)</sup> 이는, 조직을 지배하는 자에게 당해 조직의 구성원이 행한 범죄뿐만 아니라 그와 공모관계에 있는 자가 지배하는 다른 조직의 구성원이 행한 범죄에 대해서도 책임을 물을 수 있게 한 것으로서, 공범자 각자의 수직적 범죄실행의 결과가 상호 교차적으로 귀속되는 점을 인정한 것이다.

간접적 공동정범의 개념은, Katanga and Chui 사건뿐만 아니라, Bemba 사건<sup>40)</sup>, Al-Bashir 사건<sup>41)</sup>, Kenyatta and Muthaura 사건<sup>42)</sup> 등에서도 채용되었다. 그 개념은, 대체로 말해서, 공동의 범행(joint commission)과 타인을 통한 범행(commission through another person)이 결합된 형태, 요컨대, 공동정범과 간접정범이 결합된 형태를 가리키는 것이다. 그런데 그 일련의 사건에서 피의자 측은, 로마규정 제25조 제3항 (a)의 엄격한 (문리)해석에 따르면 그러한 개념은 인정되지 않는다고 주장했다. 또한, Katanga and Chui 사건에서 Van den Wyngaert 판사는 간접적 공동정범의 개념이 로마규정 제25조 제3항 (a)의 ‘급진적 확대(radical expansion)’에 해당한다고

37) Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, ICC-01/04-01/07-3269.

38) 사건의 개요 및 절차의 경과에 관해서는, 박경규, “간접정범의 공동정범? - 국제형사재판소 (ICC) 판례와 독일 및 국내의 논의를 중심으로 -”, 형사법연구 제29권 제4호, 2017, 43면 이하; 강성영, “국제형사재판소의 전시 성폭력범죄의 처벌과 개인의 형사책임형태에 관한 고찰”, 국제법학회논총 제65권 제4호, 2020, 46면 이하.

39) Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, ICC-01/04-01/07-3269, para. 484.

40) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 15 June 2009, ICC-01/05-01/08.

41) Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 July 2010, ICC-02/05-01/09.

42) Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on the Confirmation of Charges, 23 January 2012, ICC-01/09-02/11.

도 보았다.<sup>43)</sup> 그와 같이, 간접적 공동정범의 개념을 어떻게 취급할 것인지는 ICC가 로마규정 제25조 제3항 (a)에 따른 귀책형식을 해석하고 적용함에 있어서 직면하고 있는 주요한 과제 가운데 하나라고 할 수 있다.

간접적 공동정범의 개념 내지는 법리와 관련해서 제기되는 문제들 가운데 하나는, 그것이 법률주의(principle of legality)에 상응하는 것인지의 여부다. 법률주의는 다름 아니라 ‘법률 없으면 범죄 없다(nullum crimen sine lege)’는 말로 표현되는 죄형법정주의를 가리키는 것으로서, 이로부터 파생하는 것이 엄격해석의 원칙(lex stricta principle)이다.<sup>44)</sup> 이는 로마규정 제22조가 명시하고 있는 것이기도 하다. 즉, 로마규정 제22조 제2항에 따르면, 범죄의 요건은 엄격히 해석되어야 하고 그 정의(定義)가 유추(類推)를 통해 확장되어서는 안 된다. 또한, 법률주의는, 범죄의 요건이 미리 법률로 정해져 있어야 할 뿐만 아니라 그 내용이 명확해야 하는 점, 요컨대 명확성의 원칙(lex certa principle)을 수반하는 것이기도 하다. 법률주의와 관련해서 간접적 공동정범의 개념이 지니는 문제점은, 그것이 로마규정 제25조 제3항 (a)가 명시하고 있는 개념이 아니라는 것이다. 즉, 그 개념은 로마규정 제25조 제3항 (a)가 명시하고 있는 범행가담형태 가운데 둘을 결합함으로써 비로소 얻어지는 개념이라는 것이다. 그와 같은 관점에서, 간접적 공동정범의 개념이 과연 엄격해석의 원칙 내지는 명확성의 원칙에 부합하는 것인지의 여부가 검토될 필요가 있다.

간접적 공동정범의 개념 내지는 법리와 관련해서 제기되는 다른 하나의 문제는, 그것이 책임주의(principle of culpability)에 부합하는 것인지의 여부다. 로마규정이 개별책임의 원칙 내지는 자기책임의 원칙을 구체적으로 언급하고 있지는 않다. 그렇지만 그 원칙은 ICC의 재판에서 적용되는 규범의 법원(法源)을 이루는 ‘법의 일반원칙(general principles of law)’<sup>45)</sup>으로 여겨진다.<sup>46)</sup> 개별책임의 원칙이란, 누구라도 자신

43) Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute - Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012, ICC-01/04-02/12-4, para. 61.

44) Ambos, "Remarks on the General Part of International Law", 4 *Journal of International Criminal Justice* 660, 2006, 669면. ; Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, 2009, 11면.

45) 로마규정 제21조 제1항 참조.

46) Fletcher/Ohlin, "Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case", 3 *Journal of International Criminal Justice* 539, 2005, 542면 이하 참조.

이 인적(人的)으로 관련되어 있거나(personally engaged) 기타의 방식으로 관여한 행위에 대해서만 형사상 책임을 진다는 것을 말한다.<sup>47)</sup> ‘인적(人的)으로 관련되어’ 있다는 것이란, 로마규정 제30조가 말하고 있는 것처럼, 당해 행위에 관한 ‘의도 내지 인식(intent and knowledge)’을 가지고 있는 경우를 말한다.<sup>48)</sup> 또한, 범죄에 ‘인적(人的)으로 관련되어’ 있는 자란 당해 범죄의 실행을 ‘지배하는(control)’ 자를 말하며, 그러한 의미에서의 ‘범행지배(control over the commission of the crime)’는 직접적일 수도 있고 간접적일 수도 있다고 한다.<sup>49)</sup> 그런데 간접적 공동정범은, 이를 가리켜 ‘이중의 대리책임(double vicarious responsibility/liability)’을 인정하는 것이라고도 하는 것처럼,<sup>50)</sup> 과연 그러한 의미에서의 범행지배가 존재하는 경우라고 볼 수 있는지에 관해 의문이 제기된다. 바꾸어 말하면, 간접적 공동정범으로 관념화되는 가담형태가 당해 범죄의 실행에 ‘인적(人的)으로 관련되어’ 있는 경우라고 할 수 있는 것인지가 문제가 되는 것이다.

이하에서는, ICC에서 간접적 공동정범의 개념 내지는 법리가 어떻게 전개되고 발전되어 왔는지를 살펴본 다음, 그것이 로마규정 제22조가 명시하고 있는 법률주의 및 국제형사법에 있어서의 개별책임의 원칙 내지는 자기책임의 원칙에 부합하는 것인지를 검토한다. 그런데 간접적 공동정범의 개념의 의의 및 문제점을 살펴보기 위해서는 그 개념이 도출되고 있는 법적 근거로서의 로마규정 제25조 제3항에 대한 이해가 필요하다. 따라서 간접적 공동정범의 개념의 의의 및 문제점을 살펴보기에 앞서 로마규정 제25조 제3항의 해석론을 개관한다.

47) Cassese, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, 2009, 229면.

48) Ambos, “General Principles in the Rome Statute”, 10 *Criminal Law Forum* 1, 1999, 2면. ; Ramindo, *General Principles of Law in the Decisions of the International Criminal Court*, 2008, 80면.

49) Ambos, “General Principles in the Rome Statute”, 10 *Criminal Law Forum* 1, 1999, 2면. ; Ramindo, *General Principles of Law in the Decisions of the International Criminal Court*, 2008, 80면.

50) Ohlin, “Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability”, 25 *Leiden Journal of International Law* 771, 2012, 785면, 789면.

## 제2절 | 로마규정 제25조 제3항의 해석론

### 1. 로마규정 제25조 제3항에 따른 범행가담형태

#### 가. 로마규정 제25조 제3항의 의의

로마규정 제25조 제3항은 범죄의 실행 내지는 수행에 참여하거나 가담하는 형식에 관한 것이다. ICC 설립 이전의 여러 국제형사법정의 규정과 비교해보면, 그와 같은 의미에서의 범행가담형태를 상당히 구체화하고 있는 것이다.<sup>51)</sup> 즉, 로마규정 제25조 제3항에서 행해지고 있는 범행가담형태의 유형화 내지 세분화는 ICC 설립 이전의 국제형사법정에서는 존재하지 않았다. 뉘른베르크재판이나 동경재판의 조례에는 정범에 관한 일반규정은 없었고, 범죄의 ‘실행’이라고 하는 문언이나 ‘공범자’라고 하는 문언으로부터 ‘직접정범’이나 ‘공동정범’의 관념을 추론할 수 있을 뿐이었다. 또한, 동경재판에서는, 엄밀히 말하면 공동정범 및 공모공동정범과는 구별되는 ‘공모(conspiracy)’라고 하는 개념이 중요한 의미를 가졌다.<sup>52)</sup> 한편, ICTY 규정 제7조 제1항은 “... 범죄의 계획, 준비 또는 실행에 관해, 계획하거나, 교사하거나, 명령하거나, 실행하거나 기타의 방법으로 방조한 자는, 개인으로서 그 범죄에 대한 책임을 진다(A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime ... shall be individually responsible for the crime)”고 규정하고 있는바, 이는 상당히 간결하고도 포괄적인 규정으로서, 여기에서는 로마규정 제25조 제3항이 예정하고 있는 범행가담 형태가 구분되고 있는 것인지가 분명하지 않다. 더욱이 ICTY에서는 공동범의주체(Joint Criminal Enterprise: JCE)<sup>53)</sup>라고 하는 개념이 정범으로서의 의미가 있는 것이

51) Werle, “Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute”, 5 *Journal of International Criminal Justice* 953, 2007, 956면 이하.

52) 프리리프·오스텐, “東京裁判における犯罪構成要件の再訪-初期国際刑法史の一断面の素描-”, *法學研究* 第82卷 第1号, 2009, 315면 이하.

53) ‘Joint Criminal Enterprise’는 ‘공동범죄집단’으로 번역되기도 한다(권오곤, “국제 형사재판과 한국 형사재판의 비교법적 고찰”, 인권과 정의 통권 제359호, 2006, 22면). 이와 관련하여, 설일영, “공동범죄집단(Joint Criminal Enterprise) 법리 연구: ICTY의 판례를 중심으로”, *인도법논총* 제30호, 2010, 22면은 ‘Joint Criminal Enterprise’의 번역에 관해서는 논의가 필요한 점을

었다.<sup>54)</sup>

#### 나. 로마규정 제25조 제3항 (a)에 따른 범행가담형태 - 정범으로서의 귀책형식

로마규정 제25조 제3항 (a)는 범죄를 '실행하는("[clommits]") 세 가지의 형태를 규정하고 있다. ㉠ '단독으로 범죄를 실행하는("[clommits such a crime ... as an individual]")' 경우, ㉡ '타인과 공동하여 범죄를 실행하는("[clommits such a crime ... jointly with another]")' 경우 및 ㉢ '타인을 통하여 범죄를 실행하는("[clommits such a crime ... through another person]")' 경우가 그것이다. 로마규정은 이들 세 가지의 형태에 직접적으로 명칭을 부여하고 있지는 않다. 그 각각의 명칭에 관해서는 다양한 관점이 존재한다고 생각된다. 이하에서는 각각을 ㉠ (직접)단독정범, ㉡ (직접)공동정범 및 ㉢ 간접정범으로 명명한다.

#### 다. 로마규정 제25조 제3항 (b) 내지 (d)에 따른 범행가담형태 - (협회의) 공범으로서의 귀책형식

로마규정 제25조 제3항 (b)는 범죄의 실행을 '야기하는' 세 가지의 형태를 유형화하고 있다. ㉠ '당해 범죄의 실행을 명하는 것("[o]rders ... the commission of such a crime")'(이른바 '명령범'), ㉡ '당해 범죄의 실행을 교사하는 것("solicits ... the commission of such a crime")'(교사범) 및 ㉢ '당해 범죄의 실행을 권유하는 것("induces the commission of such a crime")'(이른바 '권유범')이 그것이다.

로마규정 제25조 제3항 (c)는 범죄의 실행을 '방조·원조하는' 형태를 유형화하고 있다. ㉠ '당해 범죄의 실행을 방조하는 것("aids, abets ... in its commission")'(방조범) 및 ㉡ '당해 범죄의 실행을 기타의 방법으로 원조하는 것("otherwise assists in its commission")'(말하자면 '광의의) 원조범')이 그것이다.

지적하면서, "ICTY는 일관하여 JCE가 개인적 형사책임에 관한 이론이라고 실시하면서 이를 집단 또는 단체적 형사책임 개념과 준별하고 있는 점, 또한 ICTY는 JCE를 교사, 방조의 개념과 구별하면서 그에 대하여 한국 형사법의 정범의 개념과 유사한 실천적 의미를 부여하고 있는 점, 그리고 JCE를 통한 공동범행의 범위를 다수인 사이의 공통된 목적을 기준으로 정하고 있는 점 등을 고려하면, JCE 이론을 '공동목적정범 이론'으로 번역하는 것도 가능할 것"이라고 한다.

54) 대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차, 개정판, 2020, 195면 이하 참조.

로마규정 제25조 제3항 (d)는 같은 조항 (a) 내지 (c)에 의해 세분화되고 있는 유형 이외의 가담형태를 규정하고 있다고 할 수 있다. 즉, ‘집단에 의한 … 범죄…에 대해 … 기타의 방법으로 기여하는 것(“[i]n any other way contributes to the commission … of such a crime by a group of persons”)’으로서, 말하자면 ‘집단적 범죄에 대한 기타의 기여범’이라고 할 수 있다.

## 2. 정범과 공범의 구별

로마규정 제25조 제3항의 해석에 관해서도 법해석의 일반원칙이 적용되는 것은 물론이다. 즉, 문리적 해석뿐만 아니라 체계적 해석 및 목적론적 해석도 행해질 필요가 있는 것이다. 이와 관련해서 중요한 의미를 가지는 것이 ‘조약법에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on the Law of Treaties)’이다. 즉, ICC는 로마규정의 해석에 있어서도 ‘조약법에 관한 비엔나 협약’ 제31조 및 제32조가 중요하다고 보았다.<sup>55)</sup> ICC가 특히 주목한 것은, “조약은, 문맥에 의해, 또한 그 취지 및 목적에 비추어 부여되는 용어의 통상적 의미에 따라, 충실하게 해석되어야 한다”<sup>56)</sup>는 점이다. 즉, 규정의 문언을 축어적(逐語的)으로만 해석할 것이 아니라 그 문맥, 규정의 위치 및 기타 규정과의 관계, 규정의 취지와 목적 등에도 주목하는 전체적·체계적 해석이 중요하다는 것이다. 그와 같은 관점에서는, 로마규정 제25조 제3항 (a)에 규정되어 있는 범행가담 형태로서의 ‘타인과 공동하여 범죄를 실행하는(“[c]ommits such a crime … jointly with another”)’ 경우의 의미를 밝히는 데에 있어서도, 제25조가 ‘개인의 형사책임’에 관한 것인 점과 이는 로마규정 제3부 ‘형법의 일반원칙’으로서 규정되어 있는 점이 고려되어야 할 것이고, 제25조 제3항 (a)에 병렬적으로 규정되어 있는 여타의 가담형태와의 관계 등도 고려되어야 할 것이며, 또한, 제25조 제3항 (b) 내지 (d)에 규정되어 있는 가담형태와의 관계도 고려되어야 할 것이고, 나아가서는 로마규정의 존재이유 내지는 입법목적도 고려되어야 할 것이다. 이 점은, ‘타인과 공동하여 범죄를 실행하는(“[c]ommits such a crime … jointly with another”)’ 경우의 의미를 밝히는 데에

55) Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgement on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, 24 July 2006, ICC-01/04-168, para. 33.

56) 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 제1항.

있어서도 마찬가지로 생각될 수 있다.

ICC 상소심재판부는 Lubanga 사건에 대한 2014년 12월 1일의 판결에서, 로마규정 제25조 제3항을 해석함에 있어서는 그것이 규정하고 있는 일련의 범행가담형태 상호 간의 관계에 주목하는 것이 타당하고, 그러한 해석에 따르면 제25조 제3항은, 범죄를 실행하는 자로서의 정범(perpetrator)과 이에 기여하는 데에 불과한 공범(accessory)을 구별하고 있는 것이라고 보았다.<sup>57)</sup> 상소심재판부에 따르면, 정범과 공범을 구별하는 것은, 전자에 대한 비난가능성이 후자에 대한 그것보다는 크다는 것을 분명히 하는 것이며, 피고인의 형사책임에 관해 적절한 죄명을 부여하는 역할을 하게 된다.<sup>58)</sup> 그러한 관점은 예심재판부 및 제1심재판부에서도 마찬가지로 제시되었다.<sup>59)</sup> 제1심재판부는, 정범의 경우에는 공범의 경우보다도 중대한 기여가 객관적으로 요구되는 점에서 양자 사이에는 결정적인 차이가 있다고 보았다.<sup>60)</sup> 또한, 예심재판부는, 로마규정 제25조 제3항 (d)가 예정하고 있는 범행가담형태로서의 ‘기여’는, 제25조 제3항 (a) 내지 (c)가 예정하고 있는 범행가담형태의 표지(標識)에는 포함되어 있지 않은 것인 점에서, 공범으로서의 책임이 인정되는 범행가담형태, 말하자면 일종의 잔여적 형태(a residual form of accessory liability)에 해당한다고 보았다.<sup>61)</sup>

Lubanga 사건에 대한 제1심재판부의 판결에서 개별의견(separate opinion)을 제시한 Fulford 판사에 따르면, 로마규정이 이른바 통일적 정범체계에 기초하고 있다고 보는 것도 불가능하지는 않다.<sup>62)</sup> 통일적 정범체계란 범행에 관여한 자를 정범과 공범으로 구별하지 않고 당해 범죄의 성립에 관해서는 모두 정범으로 보는 것이다.<sup>63)</sup>

57) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, ICC-01/04-01/06-3121-Red, para. 462.

58) Ibid, para. 462.

59) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN, para. 320 이하; Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842, para. 996 이하.

60) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, para. 996.

61) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 337.

62) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, para. 6 이하.

63) Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II - Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003. §25 Rn. 2 참조.

그와 같이 보면, 로마규정 제25조 제3항 (a) 내지 (d)에 따른 범행가담형태는 모두 정범이며, 이로부터 공범이 구별되는 것은 아니다. 즉, 로마규정 제25조 제3항 (a) 내지 (d)가 비난가능성의 정도에 관해 서열화되지는 않는다는 것이다. 학설 가운데에도, 로마규정 제25조 제3항 (a) 내지 (e)가 통일적 정범체제와 상응하는 것이라고 보는 견해<sup>64)</sup>가 있는가 하면, 로마규정 제25조 제3항 (d)가 예정하고 있는 ‘집단에 의한 범죄의 실행 등에 대한 기타의 기여’에 비해 제25조 제3항 (c)가 예정하고 있는 ‘방조범’이 비난가능성의 정도에 있어서 유형적으로 우위에 있다고 보는 것에 대해서는 의문을 제기하는 견해가 있다.<sup>65)</sup> 그렇지만 다수의 학자들은 로마규정이 정범과 공범을 구별하는 방식을 채용하고 있다는 점을 지지한다.<sup>66)</sup> 즉, 로마규정 제25조 제3항 (a) 내지 (d) 각각이 예정하고 있는 범행가담형태는 비난가능성 내지 형사책임의 정도에 따라 단계화된다고 보는 것이다.

### 3. 정범과 공범을 구별하는 기준으로서의 ‘범행지배(control over the crime)’

ICC는 Lubanga 사건에서 정범과 공범을 구별하는 기준에 관해 객관설(objective approach), 주관설(subjective approach) 및 범행지배설(concept of control over the crime)을 검토한 바 있다.

#### 가. 객관설(objective approach)

객관설(objective approach)은, 예심재판부에 따르면, 범죄를 구성하는 객관적 요

64) 増田隆, “国際刑法における正犯処罰の系譜と判例理論の継受-共同謀議から共同犯罪企図を経てローマ規程へ-”, 高橋則夫/川上拓一/寺崎嘉博/甲斐克則/松原芳博/小川佳樹 (編), 曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集(上巻), 2014, 902면.

65) Vest, “Problems of Participation – Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else?”, 12 *Journal of International Criminal Justice* 295, 2014, 305면.

66) Werle, “Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute”, 5 *Journal of International Criminal Justice* 953, 2007, 956면 이하; Werle/Burghardt, “Establishing Degrees of International Criminal Responsibility – Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute”, van Sliedrecht/Vasiliev (eds.), *Pluralism in International Criminal Law*, 2014, 306면 이하; Herzig, “Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs”, 4 *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 189, 2013, 197면 이하.

소를 적어도 하나 이상 물리적으로 실행한 자가 당해 범죄의 정범이 된다고 보는 것이다.<sup>67)</sup> 이에 따르면, 범죄구성요건의 전부 또는 일부를 직접 실행하는 것이 정범의 표지(標識)가 된다. 이는 독일에서는 형식적 객관설(formal-objektive Theorie)로 이해되는 것이다.<sup>68)</sup> 재판부는, 로마규정 제25조 제3항 (a)가 '타인을 통하여 범죄를 실행하는' 경우로서의 간접정범을 명문화하고 있는 점에서, 그와 같은 의미에서의 객관설은 받아들여질 수 없다고 보았다.<sup>69)</sup> 특히, 로마규정 제25조 제3항 (a)가, '타인을 통하여 범죄를 실행하는' 자는 그 타인이 형사책임을 지는 자인 경우에도 간접정범으로서의 책임을 지게 되는 점을 규정하고 있는 것은, 범죄를 물리적으로 실행하지 않는 자도 타인을 이용해서 당해 범죄를 실현할 수 있는 점을 시사하는 것이라고 보았다.<sup>70)</sup>

#### 나. 주관설(subjective approach)

주관설(subjective approach)은, 예심재판부에 따르면, 범죄의 실행에 대한 (객관적인) 기여의 정도와는 상관없이, 당해 범죄를 행할 의도(intent)를 공유한 자가 정범이 된다고 보는 것이다.<sup>71)</sup> 이에 따르면, 범죄를 행할 의도를 지닌 것이 정범의 표지(標識)가 된다. 이와 관련해서 예심재판부는, ICTY가 JCE의 개념 또는 '범행에 관한 공통의 목적'이라고 하는 관념을 통해서 주관설을 채용하고 있었던 점을 지적했다.

JCE의 개념은 ICTY 및 ICTR 등에서 정범의 개념으로 사용되었다.<sup>72)</sup> 그 개념을 처음으로 제시한 ICTY의 상소심재판부는, 제2차 세계대전 후의 전범재판소 등의 판례를 다수 인용하면서, '공통의 계획(common design)'이라고 하는 개념이 국제관습법상

67) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 328.

68) Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Straftat und ihr Aufbau*, 44. Auflage, 2014, §13 Rn. 511 참조.

69) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 333; Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, December 2014, para. 465.

70) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 339; Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, December 2014, para. 465.

71) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 329.

72) Zahar/Sluiter, *International Criminal Law: A Critical Introduction*, 2008, 221면 이하 참조.

확립되어 있고 그 개념이 ICTY 규정에서도 비록 암묵적일지라도 승인되고 있는 점을 지적한 다음, JCE 내지는 공통의 계획(common plan)에의 참여가 정범의 표지(標識)가 된다고 보았다.<sup>73)</sup>

ICTY의 상소심재판부에 따르면, JCE는 세 가지로 유형화된다.<sup>74)</sup> 제1유형(JCE I)은, 공통의 계획에 참여하는 자 모두 동일한 범죄를 실행할 의사를 공유하면서 그 가운데 1인 이상이 그러한 의사로 당해 범죄를 실행하는 경우다. 이는 ‘공동정범(co-perpetrator) 사안’ 내지는 ‘기본적 형태의 JCE’로 일컬어진다. 제2유형(JCE II)은, 군조직 또는 행정조직과 같은 조직체가 강제수용소 등을 운영하면서 범죄를 행하는 경우다. 이는 ‘강제수용소 사안’ 내지는 ‘조직적 형태의 JCE’로 일컬어진다. 제3유형(JCE III)은, 공통의 목적을 가진 집단의 구성원 가운데 1인 이상의 자에 의해 실행된 범죄가 그 공통의 목적을 벗어났지만 이에 수반하는 것이 당연히 예상되거나 예견가능한 경우다. 이는 ‘예견가능 사안’ 내지는 ‘확장적 형태의 JCE’로 일컬어진다.<sup>75)</sup> 이와 같은 JCE의 개념에 대해서는 적지 않은 비판이 끊임없이 제기되어 왔다.<sup>76)</sup> 그 비판의 주된 내용은, JCE가 앞서 언급한 것처럼 세 가지로 유형화될 수 있는 근거가 명확하지 않다는 것, JCE에 참여한 자의 개별적인 객관적 기여의 정도와는 상관없이 오로지 공통의 계획 내지는 목적이라고 하는 주관적 요소로만 정범성을 판단함으로써 범죄에 그 어떤 형태로든 참여한 자를 모두 정범으로 파악하는 것은 비난가능성의 차이를 무시하는 것으로서 책임주의에 반한다는 것이다. 책임주의와의 관계에서 특히 문제가 되는 것은, JCE III에서와 같이, JCE를 형성하는 자들 가운데 일부가 공통의 목적을 벗어나는 범죄를 실행한 때에도 나머지 구성원에게 있어서 그것이 적어도 예견가능한 것이었던 한에서는 그 나머지 구성원도 그것에 대한 책임을 지게 된다는 점이다.<sup>77)</sup> ICC가 정범과 공범을 구별하는 기준에 관해 주관설을 채용하지 않고 있는 것은 JCE의 개념이 내포하고 있는 그와 같은 문제점을 고려한 것이라고 할 수 있다. 또한, 재판부

73) ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadić, Judgement, 15 July 1999, para. 220.

74) Ibid, para. 220 이하.

75) JCE의 각 유형에 관한 설명으로서는, 대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차, 개정판, 2020, 197면 이하.

76) Ambos, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, 5 *Journal of International Criminal Justice* 159, 2007, 167면 이하.

77) Ambos, *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht - Völkerstrafrecht - Europäisches Strafrecht - Rechtshilfe*, 5. Auflage, 2018, §7 Rdn. 31.

가 정범성의 판단에 관해 범죄에 대한 '기여'의 정도라고 하는 객관적인 측면에 주목하면서, 로마규정 제25조 제3항 (a)에서 말하는 '(범죄의 실행으로서의) 기여'는 (b) 내지 (d)에서 말하는 '(범죄의 실행에 대한) 기여'보다는 중한 것이라고 보는<sup>78)</sup> 점도 결과적으로는 정범과 공범의 구별에 관해 주관설이 채용되지 않고 있는 점을 시사하고 있다고 생각된다.

#### 다. 범행지배설(concept of control over the crime)

범행지배설(concept of control over the crime)은, 예심재판부에 따르면, 범죄를 실행할 것인지의 여부 및 만일 실행한다면 어떻게 실행할 것인지를 결정함으로써 범죄의 실행을 '지배'하는 자가 정범이 된다고 보는 것이다.<sup>79)</sup> 제1심재판부 및 상소심 재판부도 범행지배설을 승인함으로써, 범행에 대한 지배가 정범의 표지(標識)가 되는 점을 확인했다.<sup>80)</sup> 범행지배설은 정범과 공범을 구별하는 기준에 관해 당해 범죄를 구성하는 객관적 요소와 주관적 요소를 통합적으로 고려하는 사고방식이라고 할 수 있다.<sup>81)</sup> 모든 범죄가 객관적 요소와 주관적 요소로 구성되고 있는 점에 비추어보면 상당히 설득력이 있는 것이다. 범행지배설에 따르면, 로마규정 제25조 제3항 (a)가 예정하고 있는 범행가담형태, 즉 '단독으로 범죄를 실행하는' 경우, '타인과 공동하여 범죄를 실행하는' 경우 및 '타인을 통하여 범죄를 실행하는' 경우가 '범행지배'라고 하는 지도원리에 의해 체계적으로 설명된다. 즉, 범행지배가 (직접)단독정범에서는 행동지배의 형태로 파악되고, (직접)공동정범에서는 기능적 행위지배의 형태로 파악되며, 간접정범에서는 의사지배의 형태로 파악된다. 한편, 로마규정 제25조 제3항 (b) 내지 (d)에 따른 범행가담형태는, 범행지배설의 관점에서는, 그와 같은 의미에서의

78) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 336 이하; Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, para. 996 이하; Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, para. 468 이하.

79) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 330.

80) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, para. 1003; Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, para. 473.

81) Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Straftat und ihr Aufbau*, 44. Auflage, 2014, §13 Rn. 518.

범행지배가 인정되지 않는 경우로서의 공범에 해당하는 것이다.

ICC는 범행지배설에 기초해서, 범행의 현장에 있지 않았던 자도 정범이 될 수 있다고 한다.<sup>82)</sup> ICC의 관할대상이 되는 범죄가 나타내는 특징, 즉 범행에 관해 가장 비난받을 만한 자가 조직의 상층부에 위치하는 자로서, 범행의 현장에는 존재하지 않는 경우가 많은 점에 비추어보면, 그와 같은 사고방식은 타당한 것으로 여겨질 수 있다. 또한, ICC는 범행지배성의 평가에 관해 ‘기여(contribution)’라고 하는 개념에 착안해서, 로마규정 제25조 제3항 (a) 내지 (d)에 따른 각 범행가담형태에 있어서 (a)에 있어서의 그것이 (b) 내지 (d)에 있어서의 그것보다 중대하다고 평가될 수 있으며, 그 점에서 정범과 공범이 구별된다고 보았다.<sup>83)</sup> 즉, 제25조 제3항 (a)에서 말하는 ‘범죄를 실행하는’ 경우로서의 정범에 있어서는 당해 범죄의 실현에 대한 ‘본질적인 기여(essential contribution)’가 요구되는<sup>84)</sup> 한편, (b)와 (c)의 경우에는 당해 범죄의 실현에 대한 ‘실질적인 기여(substantial contribution)’가 요구되고, (d)의 경우에는 ‘기타의 방법에 따른 기여’가 요구된다는 것이다. 따라서, 제25조 제3항 (a)에 있어서의 범행가담형태는 (b) 내지 (d)에 있어서의 그것보다 중대한 기여를 요하는 것인 점에서, (a) 내지 (d)는

82) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 330, 348; ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, para. 1003 이하; Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, para. 466, 473.

83) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, para. 996 이하; Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, para. 468.

84) Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, ICC-01/04-01/07-717, para. 524 이하; Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, ICC-02/05-01/09-3, para. 212; Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 15 June 2009, ICC-01/05-01/08-424, para. 350; Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda, Decision on the Confirmation of Charges, 8 February 2010, ICC-02/05-02/09-243-Red, para. 153; Prosecutor v. Abdallah Banda Abakkaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Corrigendum of the “Decision on the Confirmation of Charges”, 7 March 2011, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red, para. 136 이하; Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the confirmation of charges, 16 December 2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, para. 273, 279; Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Confirmation of Charges, 23 January 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red, para. 297, 401 이하, 419; Prosecutor v. William Samoeiruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Confirmation of Charges, 23 January 2012, ICC-01/09-01/11-373, para.40 등.

기여의 정도에 따라서 그 순서대로 비난의 정도가 단계화된다고 볼 수 있게 된다. 요컨대, 범행지배설에 따르면, 범죄의 실현에 관해 본질적인 기여 내지 중대한 기여를 행한 자가 범행을 지배한 자로서 당해 범죄의 정범이 되며, 그와 같은 관점에서 로마규정 제25조 제3항 (a) 내지 (d)에 있어서도 정범과 공범이 구별될 수 있다는 것이다. 즉, 로마규정 제25조 제3항 (a) 내지 (d)에 있어서도 범죄의 실현에 대한 기여의 정도가 큰 순서대로 비난의 정도가 단계화되어 있다고 해석되는 것이다.

국제범죄, 즉 ICC의 관할대상이 되는 범죄는, 그 속성에 있어서, 같은 목적을 공유하면서 함께 행동하는 집단에 의한 행해지는 것이 일반적이다. 그러한 경우 집단의 모든 구성원이 당해 범죄를 물리적으로 실행하는 것이 아니라 가령 일부는 범죄를 계획하고 일부는 범행에 필요한 자금을 조달하거나 무기를 제공하는 것과 같이 방식으로 기여할 수도 있다. 국제범죄에 대한 규범적 대응체계로서의 국제형법은 범죄의 그러한 집단적 속성에 상응하는 책임의 형식을 제시할 필요가 있다. 즉, 범죄를 사실상으로는 실행하지 않았더라도 범죄의 실행을 당연히 수반하거나 초래하는 공통의 계획에 주도적으로 참여한 자에게는 당해 범죄에 대한 책임을 귀속시킬 수 있어야 한다는 것이다.<sup>85)</sup> 범행지배설은 그와 같은 요청에 상응하는 것이라고 평가될 수 있으며, 그 점도 ICC가 범행지배설을 채용하고 있는 하나의 이유로서 생각될 수 있다고 본다.

### 제3절 | 간접적 공동정범의 의의

ICC의 예심재판부는 Lubanga 사건에서, 로마규정에서의 ‘범행(perpetration)’의 개념을 독일의 형법학자 Roxin이 제창한 범행지배(Tatherrschaft)설에 기초해서 파악하고 있다.<sup>86)</sup> 이에 따르면, ‘범행에 대한 지배(control over the crime; control over the commission of the offence)’는 정범을 공범으로부터 구별케 하는 표지(標識)가

85) Cassese, *International Criminal Law*, 2007, 176면 이하; Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2009, 169면.

86) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 348.

되며, 범죄를 그 현장에서 몸소 수행하는 자뿐만 아니라 '타인과 함께 공동으로 수행하는 자' 및 '자신이 지배하는 조직 또는 부하를 통해 수행하는 자'도 당해 범죄의 실행을 지배하는 자에 해당한다.<sup>87)</sup> 당해 범죄를 '타인과 함께 공동으로 수행하는 자' 및 '자신이 지배하는 조직 또는 부하를 통해 수행하는 자'를 일컬어 각각 공동정범 및 간접정범이라고 하는 경우, 간접적 공동정범의 개념은 대체로 말해서 그 두 개의 개념을 결합하고 있는 것이다. 따라서 간접적 공동정범의 개념을 이해하기 위해서는 그 구성요소라고 할 수 있는 공동정범 및 간접정범의 개념을 각각 살펴볼 필요가 있다.

## 1. 공동정범(co-perpetration)의 개념

로마규정 제25조 제3항 (a)는 범행가담형태의 하나로서 '타인과 공동하여 범죄를 실행하는' 경우를 예정하고 있다. 이는 공동정범(co-perpetration)으로서의 귀책형식을 정하고 있는 것이라고 이해된다.<sup>88)</sup> ICC는 Lubanga 사건에서, 공동정범의 개념은, 수인이 범행에 관여하여 각각의 기여가 결합함으로써 범죄의 모든 객관적 요건이 충족된 경우에 기여자 각각이 나머지 자들의 기여에 대해서도 대위적으로 (vicariously) 책임을 질 수 있는 점에서 그 각각이 범죄 전체에 대한 정범으로서 간주된다는 사고방식에 기초하는 것이라고 보았다.<sup>89)</sup> 이는 JCE의 개념과도 유사한 사고방식이라고 할 수 있는데, ICC는 로마규정 제25조 제3항 (a)가 예정하는 공동정범이 그것과는 구별되는 개념인 점을 분명히 했다. 즉, JCE의 개념은 그 구성원이 범죄적 의도를 공유한 점이 책임의 근거가 된다고 보는 것인데, 공동정범의 개념은 그와 같이 순전히 주관적인 관점을 취하는 것이 아니라, 단체를 이루는 각 구성원의 당해 범죄에 대한 본질적인 기여와 더불어 당해 범죄에 대한 공동지배와 관련하는 사정에 대한 인식에도 주목하는, 요컨대 주관적 관점과 객관적 관점을 결합하는 것이라고 본 것이다.<sup>90)</sup>

공동정범의 본질은, 집단의 구성원 그 누구도 단독으로는 당해 범죄의 수행을 지배

87) Ibid, para. 332.

88) 대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차, 개정판, 2020, 208면 이하 참조.

89) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 326.

90) Ibid, para. 329.

하지 못하고 당해 범죄의 객관적 요건이 그들 사이의 본질적 역할의 분할을 통해 충족된다는 것이며, 그 점에서 그들은 당해 범죄의 수행에 대해 공동의 지배력을 가진다는 것이다.<sup>91)</sup> ICC의 예심재판부도, 수인이 각자 범죄의 수행에 '본질적인 기여(essential contribution)'를 하는 경우, 그들은 범죄에 대한 공동의 지배력을 행사하는 것이라고 보았다.<sup>92)</sup> 여기에서 말하는 '본질적인 기여'는, 집단의 각 구성원이 자신의 역할을 수행하지 않는다면 이로써 당해 범죄의 수행을 저지할 수 있는 경우에 인식된다.<sup>93)</sup> 이와 같은 법리에 따르면, 공동정범으로서의 주된 책임과 제25조 제3항 (b) 내지 (d)에 따른 종된 책임의 형태 사이의 구별은 그와 같은 의미에서의 본질적 기여의 존재 여부에 좌우되는 것이다.

ICC는 Lubanga 사건에서 예심재판부와 제1심재판부 및 상소심재판부에 이르기까지, 로마규정 제25조 제3항 (a)가 예정하는 공동정범의 객관적 요건으로서, ㉠ 2인 이상의 자에 의한 합의 또는 공동의 계획이 존재할 것, ㉡ 공범자들이 공동의 계획에 따라 본질적인 기여를 행할 것을 제시했다.<sup>94)</sup> 또한, 그 주관적 요건으로서 제1심재판부는, ㉢ 범죄를 의도했거나 혹은 공동의 계획을 이행함으로써 통상적으로 범죄의 결과가 초래되는 것을 의식하였을 것(로마규정 제30조 제2항 (b) 및 제3항), ㉣ 공동의 계획에 관해 본질적인 기여를 행하는 점을 의식하였을 것을 제시했으며<sup>95)</sup>, 이는 기본적으로는 상소심재판부에 의해서도 수용되었다.<sup>96)</sup> 그 내용을 종합하면 공동정범은 다음과 같은 객관적 요소와 주관적 요소에 의해 설명된다.

- 수인 사이에 합의가 존재하고<sup>97)</sup> 역할의 분담에 따른 각자의 본질적 기여가 존재해

91) Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, 2008, 266면. ; Kittichaisaree, *International Criminal Law*, 2001, 236면. ; Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, 2009, 172면.

92) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 332.

93) Ibid, para. 347.

94) Ibid, para. 343 이하; Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, para. 989 이하; Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, December 2014, para. 456 이하.

95) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, para. 984 이하, 1007 이하.

96) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, para. 446 이하.

97) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 343.

야 한다. 범행지배설은 필수적 역할의 분담이 답책성의 근거가 된다고 보는 것으로서, 그 점에서 수인 상호간에 조율된 공통의 계획이 존재하고 이를 이행하는 것이 공동정범의 핵심적인 요소가 된다.<sup>98)</sup> 공통의 계획은 특정 범죄의 실행을 목표로 하는 것이어야 할 필요까지는 없지만 적어도 범죄적 요소를 포함하고 있어야 한다.<sup>99)</sup> 한편, Roxin에 따르면, 본질적인 기여는 당해 범죄를 실행하는 단계에서 이루어져야 한다. 당해 범죄의 객관적 요건이 충족되는 것이 그 단계이기 때문이다. 이는 범죄를 준비하는 단계에서 기여한 지도자는 그 범죄에 대해 공동의 지배를 행사했다고 할 수 없다는 것을 말하게 된다.<sup>100)</sup> 그런데 이러한 견해에 대해서는, 범죄를 준비하는 단계와 실행하는 단계 사이의 경계선이 모호한 경우가 적지 않다는 점에서 비판이 제기된다.<sup>101)</sup> 또한, 설사 집단 내지는 조직의 지도자가 사실상으로는 준비의 단계에만 참여했더라도 그 단계에서의 그의 기여에 관해서도 당해 범죄의 실행을 저지하는 힘이 인정될 수가 있고, 이는 공동지배의 핵심을 이루는 것이라는 점도 지적된다.<sup>102)</sup> Lubanga 사건 및 Katanga and Chui 사건에서 ICC의 예심재판부는 그와 같은 비판에 주목함으로써 Roxin의 견해에서는 다소 벗어나는 사고방식을 취하고 있다. 즉, 역할의 필수적 속성 및 범죄에 대한 공동지배를 행사할 수 있는 능력을 당해 범죄를 실행하는 단계에서만 문제로 삼는 견해가 있기는 하지만, 로마규정은 그러한 제한을 두지 않고 있다는 것이다. 예컨대, 공격을 설계하고, 무기와 탄약을 공급하고, 이전에 모집해서 훈련한 병력을 전장으로 이동시키고 이들 병력의 활동을 조종하고 감독하는 것은, 그것이 범죄의 실행 단계에서 행해지든 그 이전의 단계에서 행해지든 그 시기에 상관없이 필수적인 것으로 간주되는 기여에 해당한다는 것이다.<sup>103)</sup>

- 로마규정 제30조가 함축적으로 규정하고 있는 것으로서, 각자의 행위에 관해

98) Vogel, "How to Determine Individual Criminal Responsibility in Systemic Contexts: Twelve Models", *Cahiers de Défense Sociale* 151, 2002, 151면.

99) Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2009, 172면.; Cassese, *International Criminal Law*, 2007, 176면.

100) Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, 2008, 277면.

101) Jain, "The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law", 12 *Chicago Journal of International Law* 159, 2011, 169면.

102) Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, para. 491 참조.

103) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 348.

범의(犯意)가 존재해야 한다. 로마규정 제30조에 따르면, 개인의 형사책임은 범죄의 주관적 요소, 즉 그 객관적 요소에 대한 ‘의도와 인식(intent and knowledge)’을 전제로 하는 것이다. 여기에는 제1급의 직접적 고의(dolus directus), 즉 죄를 범할 것을 직접적으로 의도한 경우, 바꾸어 말하면, 범죄의 결과를 실현하는 것을 의도한 경우가 포함되고, 제2급의 직접적 고의, 즉 범죄의 결과가 사실상 확실하거나 고도로 개연적이라고 생각한 경우가 포함된다<sup>104)</sup>. 그런데 미필적 고의(dolus eventualis)가 그 ‘의도와 인식’에 포함되는 것인지에 관해서는 논쟁의 여지가 있다. 미필적 고의의 개념에 관해서는 각국의 정의(定義)가 상이하고 국제적으로 합의가 이루어져 있지는 않지만, 대체로는 범죄의 결과가 발생할 가능성을 예견하는 것이라고 이해된다.<sup>105)</sup> 로마규정이 예정하고 있는 범죄의 주관적 요소에 미필적 고의가 포함된다고 볼 것인지에 관한 ICC의 태도가 일관적이지는 않다. Lubanga 사건에서 예심재판부는, 범죄가 실행될 가능성을 인식하고 그 계획을 진행함으로써 그 가능성을 용인한 경우에는 로마규정 제30조에서 요구되는 주관적 요소를 갖춘 것으로 간주된다고 판시했다.<sup>106)</sup> 반면에, Bemba 사건에서 예심재판부는, 단지 가능성을 예견하는 것만으로는 범죄의 주관적 요소로서 족하지 않다고 보았으며, 행위자가 범죄의 실행을 사실상 확신했고 그 가능성을 용인한 점이 증명되어야 할 것이라고 지적했다.<sup>107)</sup>

- 당해 피고인과 기타의 단체 구성원들이, 공통의 계획을 이행하면 범죄의 객관적 요소가 실현될 수 있음을 상호 인식하고 수용한 사실이 인정되어야 한다.<sup>108)</sup>

- 피고인은 자신에게 범죄를 공동으로 지배할 수 있게 하는 사실적 상황을 인식하고 있어야 한다.<sup>109)</sup>

104) Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, 2003, 491면.

105) Ohlin/van Sliedregt/Weigend, “Assessing the Control-Theory”, 26 *Leiden Journal of International Law* 725, 2013, 738면.

106) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 356.

107) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), 15 June 2009, para. 366 이하.

108) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 361 이하.

109) Ibid, para. 366 이하.

## 2. 간접정범의 개념

로마규정 제25조 제3항 (a)는 범행가담형태의 하나로서 ‘타인을 통하여 범죄를 실행하는’ 경우를 예정하고 있다. 이는 간접정범으로서의 귀책형식을 정하고 있는 것으로 이해된다. 간접정범은 ‘도구를 통한 범행’ 또는 ‘타인을 통한 범행’이라고 일컬어지는 것으로서, ICC의 설립 이전에는 국제형사법에 의해서는 규율되지 않았고, 일부 국가에서 귀책형식의 하나로서 인정되고 있었다.<sup>110)</sup> 간접정범의 개념은, 지휘자 내지는 지도자로서의 지위에 있는 자가 범죄의 객관적인 요소를 몸소 수행하지는 않더라도 범죄를 실행하는 부하를 일종의 ‘도구’ 또는 ‘장치’로 이용하는 점에서, 타인을 범행의 수단으로 이용하는 자로서의 책임을 질 수 있다는 사고방식에 기초하는 것이다.<sup>111)</sup> 즉, 범행의 도구로서의 사람의 의사에 대해 지배력을 행사하는 방법으로 범죄를 실행하는 것이다.

간접정범의 전형(典型)은, 사정을 알지 못하는 타인을 마치 범행도구와 같이 이용하는 경우로서, 그 경우에는 범죄를 구성하는 행위를 실제로 행한 타인에게는 형사상 책임이 발생하지 않는 것이 통상적이다. 우리나라 판례 가운데에도 “범죄사실의 인식 없는 타인을 이용하여 범죄를 실행케 한 자는 법률상 직접공동정범으로 논할 수 없다 할지라도 간접정범으로서 단독으로 그 죄책을 부담함이 당연하다”<sup>112)</sup>고 본 것이 있다. 그런데 로마규정이 예정하고 있는 간접정범은, 범죄를 구성하는 행위를 실제로 행한 자로서의 직접정범이 형사상 책임을 지는지 여부와는 상관없이, 당해 행위를 ‘간접적으로 실행한’ 자로서 정범으로서의 책임을 지는 것이다.<sup>113)</sup>

간접정범의 개념은 Roxin에 의해 제시된 정범의 표지(標識)인 범행지배의 형태 가운데 하나로서 논해진 것이다. 즉, 간접정범은 도구로서의 타인의 의사를 지배하는 자인 점에서 정범으로서의 책임을 지는 것이며, 그 점에서 ‘정범 배후의 정범(Täter Hinter dem Täter)’으로 일컬어진다.<sup>114)</sup> 국제형법의 영역에서 이러한 귀책형식이 전

110) Ambos, “Article 25: Individual Criminal Responsibility”, Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd ed. 2008, 750면.

111) Werle/Burghardt, “Indirect Perpetration: A Perfect Fit for International Prosecution of Armchair Killers?”, 9 *Journal for International Criminal Justice* 85, 2011, 87면.

112) 대법원 1955. 2. 25. 선고 4286형상39 판결.

113) Ambos, *Treatise on International Criminal Law - Volume 1: Foundations and General Part*, 2013, 154면 이하 참조.

형적으로 적용되는 것은, 정부조직이나 군사조직 또는 반군조직 등의 지도자가 그 부하를 통해 범죄를 자행하는 경우다.<sup>115)</sup> 그러한 경우에 당해 지도자는 ‘조직에 대한 지배(Organizationsherrschaft)’의 방식으로 ‘범행에 대한 지배’를 행사하는 것이다.<sup>116)</sup> ICC의 예심재판부는 Katanga and Chui 사건에서, 그와 같은 의미에서의 조직 지배가 간접정범의 주된 객관적 요소가 된다고 보았다.<sup>117)</sup> 그리고 조직지배가 인정되기 위해서는, 당해 조직이, 부하가 지도자의 명령과 지시에 따라 행동하는 명확한 위계적 구조를 취하고 있어야 하고<sup>118)</sup>, 위계적 관계는, 상급자의 명령이 사실상 자동적으로 준수되는 것이 확보될 정도에 이르러야 한다고 보았다.<sup>119)</sup> 한편, Roxin에 따르면, 간접정범의 표지(標識)에 해당하는 조직지배에 있어서는 당해 조직이 과거에도 반복적으로 위법행위를 행한 사실이 있는 점이 필요하며, 이는 부하에 대한 범죄적 행위의 명령이 이미 여러 차례 행해져 온 것을 가리킨다고 한다.<sup>120)</sup> ICC는 그 점을 간접정범의 요건으로서 고려하지는 않고 있다. 그 이유는, 정부 또는 정치적 조직에 의한 국제범죄에 있어서는 이전에는 그러한 명령을 내리지 않았으나 특정 정치적 목적을 달성하기 위해 그러한 명령을 내리는 경우가 전형적인 점을 염두에 두었기 때문이라고 풀이된다.<sup>121)</sup>

이른바 ‘정범 배후의 정범’은, 독일에서는, 도구로서 사용된 행위자에게 형사상 완전한 책임성이 인정되는 경우로서의 간접정범을 가리키는 것으로 이해되고 있다.<sup>122)</sup> 그와 같은 개념은, 개인은 자신의 행위에 관해서만 책임을 질뿐이고 타인의 그 자유로운 의사에 기한 행위에 대해서는 책임을 지지 않는다고 하는 자기책임성의 원리

114) Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, para. 495.

115) Ibid, para. 495 이하.

116) Weigend, “Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept”, 9 *Journal of International Criminal Justice* 91, 2011, 93면.

117) Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, para. 500.

118) Ibid, para. 511.

119) Ibid, para. 515.

120) Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, 2008, 120면.

121) Weigend, “Perpetration through an Organization”, 9 *Journal of International Criminal Justice* 91, 2011, 93면.

122) S/S/Heine/Weißer, §25 Rn. 22 이하.

(Selbstverantwortungsprinzip) 내지는 책임원칙과는, 설사 부분적이라고는 해도, 상응하지 않는 것이다.<sup>123)</sup> 간접정범의 개념 그 자체는 이미 오래전부터 인정되어온 것이며,<sup>124)</sup> 독일에서는 1975년의 형법 개정에 의해 '타인을 통하여 죄를 범한 자("wer die Straftat ... durch einen anderen begeht")'로 명문화되었다.<sup>125)</sup> 당시에는 이른바 '정범 배후의 정범'이 인정되는 것인지의 여부에 관해 학설상 다툼이 있었던 점에서 입법자로서는 그것을 명확히 하지는 않았던 것으로 풀이된다.<sup>126)</sup> 그 후의 판례 및 학설은, 단지 책임감소사유일 뿐인 회피할 수 있는 금지착오의 사례(착오를 이용한 간접정범)<sup>127)</sup> 및 조직적 권력기구를 이용한 사례(조직지배를 이용한 간접정범)<sup>128)</sup> 등에서는 답책성의 원리를 배제하면서 이른바 '정범 배후의 정범'을 인정하게 되었다.<sup>129)</sup> 조직적 권력기구를 이용한 간접정범의 특징은, 조직의 지배자가 당해 조직에 대한 지배를 통해 그 부하를, 말하자면 '거대한 기계에 부속하는 하나의 톱니바퀴'처럼 이용함으로써, 자기가 노리고 있는 범죄구성요건적 결과를 자동적이고 기계적으로 거의 확실하게 실현할 수 있다는 점이다.<sup>130)</sup> 그와 같이 보면, 조직지배는 범죄적 결과의 실현에 대한 지배라고도 할 수 있는 것이다.<sup>131)</sup>

간접정범으로서의 귀책형식은 Katanga and Chui 사건 외에도 Al-Bashir 사건 등에서 논해졌는데, 그 주관적 요건은 명확하게 제시되지 않았다. 그 한에서는 로마규정 제30조가 규정하고 있는 범죄의 주관적 요소로써 족할 것으로 생각되는데, 이와 관련해서는, 행위자가 조직의 위계적 구조를 인식하고 있어야 하며, 그러한 위계적 관계 내에서의 자신의 지위 및 범죄를 실행하는 자가 언제라도 대체가능한 점도 인식하고 있어야 한다는 견해<sup>132)</sup>가 있다.

123) Greco, "Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip", 6 Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 9, 2011, 9면 이하.

124) LK/Schünemann, 12 Aufl. (2006), §25 Rn. 60 이하.

125) 독일 형법전(Strafgesetzbuch) 제25조 제1항.

126) Bundestag - Drucksache IV/650, p. 149.

127) BGH, 15.09.1988 - 4 StR 352/88.

128) BGH, 26.07.1994 - 5 StR 98/94.

129) Schünemann, "Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen", 1 Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 301, 2006, 302면.

130) LK/Roxin, 11. Aufl. (2003), §25 Rn. 128.

131) Roxin, "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", 1 Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 293, 2006, 299면 이하.

간접정범의 개념에 대한 주된 비판은, 조직 내에서의 부하의 행동이 이에 대한 충분한 직접적 지배력을 행사하지 못하는 지도자에게 귀속되는 경우가 생각될 수 있고, 이는 책임원칙에 반할 수 있다는 점이다.<sup>133)</sup> 그러한 상황은, 상부의 지도자와 사실상으로 범죄를 실행한 하부의 구성원 사이에 여러 중간계층이 존재하는 복잡한 조직에 있어서 발생할 수 있다고 한다.<sup>134)</sup> 최상위의 계층을 구성하는 고위 지도자들은, 범죄를 실행하는 자에게 직접적으로 명령을 내리는 중간계층이 존재하는 경우, 사실상 범죄를 실행하는 자에 대한 충분한 지배력을 가지지는 못한다고 볼 수 있다는 것이다. 그러한 사정은 다름 아니라 간접적 공동정범의 경우에 생각될 수 있다. 간접적 공동정범의 사안 가운데에는 고위 지도자와 범죄를 몸소 실행하는 자 사이에 사실상의 연결성이 없는데도 간접정범으로서의 책임이 공동정범의 법리를 통해 인정되는 것으로 생각될 수 있다.

### 3. 간접적 공동정범(indirect co-perpetrator)의 개념 및 그 법리의 적용

조직의 형태로 행해지는 범죄는, 조직의 지도자가 당해 조직의 과업을 몸소 수행하는 부하들을 이용하는 방식을 취하는 경우가 적지 않고, 더욱이 상이한 조직의 각 지도자가 공동하여 당해 범죄의 실행에 대한 지배력을 행사하는 경우가 종종 있다. 그와 같이 범행지배의 사실적 여건이 수직적 측면과 더불어 수평적 측면도 지닐 때는 당해 범죄에 대한 각 지도자의 정범성을 공동정범의 개념만으로는 충분히 설명하기 힘들뿐더러 간접정범의 개념만으로도 적절히 인정하기는 어렵게 된다.<sup>135)</sup> 그러한 사정을 배경으로 해서 등장한 것이 간접적 공동정범(indirect co-perpetrator)의 개념이라고 할 수 있다.

정범의 표지(標識)가 되는 범행지배의 관점에서는, 정범은 당해 범죄의 객관적 요소

132) Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, 2008, 125면.

133) Ambos, "Article 25: Individual Criminal Responsibility", Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd ed. 2008, 751면.

134) Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, 2008, 122면.

135) Ibid, p. 329; Ohlin, "Second-Order Linking Principles", *25 Leiden Journal of International Law* 771, 2012, 772면. ; Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2009, 180면.

를 몸소 실행한 자에 한하지 않고, 범죄의 현장에서는 떨어져 있음에도 불구하고 그 범죄를 실행할지의 여부 및 어떻게 실행할 것인지를 결정함으로써 그 실행을 조정하거나 지배하는 자도 포함하게 된다.<sup>136)</sup> 로마규정 제25조 제3항 (a)가 예정하는 범행가담형태 가운데 그러한 범행지배의 개념이 가장 전형적으로 드러나는 것이 간접정범의 경우다.<sup>137)</sup> 예컨대, 군대조직에 있어서의 상관이 그의 명령에 복종하는 부하를 통해 범죄를 실행하는 경우와 같이, 부하에 대해 지배력을 가진 상관은, 범죄를 간접적으로 실행한 자로서, 범죄를 직접적으로 실행한 부하와 마찬가지로 정범으로서의 책임을 지게 된다. 이는 전통적으로는 넓은 의미에서의 '상급자 책임(responsibility of superiors)'에 관한 문제로서 논의되었던 것이기도 하다. ICC는, 그러한 지배력이 다수의 구성원으로 이루어진 조직에 대한 것일 경우에, 그 조직에 의해 대규모로 행해진 국제범죄에 관해 지도적인 역할을 수행한 자에게 중범이 아니라 정범으로서의 형사책임을 지우는 데에 있어서 범행지배설이 설득력이 있는 것이라고 보았다. 한편, 예심재판부에 따르면, 조직에 대한 지배가 인정되기 위해서는, 당해 조직이 지도자와 부하 사이의 위계적인 관계에 기초를 둔 것이어서 지도자의 명령이 그 어떤 경우에도 실행될 수 있을 정도로 충분한 다수의 부하로 구성되어 있어야 한다.<sup>138)</sup> 그 경우에 부하에 대한 지배는 고용, 훈련, 규율, 물자의 조달 등과 같은 수단에 의해 행사된다고 한다.<sup>139)</sup> 여기에서의 지배는 명령에 대한 자동적인 복종을 의미하며, 이것이야말로 그 지도자 내지는 지휘자의 정범으로서의 책임을 기초지우는 것이다.<sup>140)</sup> 그런데 조직에 대한 지배에 기초하는 범죄의 간접적 실행이, 로마규정 제25조 제3항 (a)가 예정하고 있는 또 하나의 범행가담형태로서 '타인과 공동하여' 이루어지는 때에는 복수(複數)의 조직에 걸치는 광범위한 조직적 범죄 전체에 관해 각 조직의 지도자에게 정범으로서의 책임을 물을 수 있게 된다. 예심재판부는 그와 같이 수직적 범행지배로서의 간접정범의 개념과 수평적 범행지배로서의 공동정범의 개념을 복합적으로 원용함으로써

136) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 330 이하.

137) Ibid, para. 339.

138) Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, para. 512.

139) Ibid, para. 513.

140) Ibid, para. 513.

간접적 공동정범의 개념을 채용한 것이다.

간접적 공동정범의 개념은, 앞서 언급한 것처럼, ICC가 2008년에 Katanga and Chui 사건에서 처음으로 채용한 것이다. 그 사건은 당시 Ngiti 부족으로 구성된 민병대 FRPI<sup>141)</sup>의 지도자였던 Germain Katanga와 Lendu 부족으로 구성된 민병대 FNI<sup>142)</sup>의 지도자였던 Mathieu Ngudjolo Chui가 연루된 것이었다.<sup>143)</sup> Katanga와 Chui는 콩고민주공화국의 Ituri 지역 지방정부를 무너뜨리기 위해, 그 지역에 소재하는 Bogoro 마을을 공격해서 인수하는 공통의 계획을 세우고 있었다.<sup>144)</sup> Katanga와 Chui는 그 공통의 계획을 각자의 조직을 수직적으로 조종함으로써 실행했다. 즉, 각각 그 조직의 부하들에게 Bogoro 마을의 공격을 명령했고, 각각의 명령을 받은 두 조직의 공격으로 그 공통의 계획이 실현된 것이다. 그 계획의 실현에 있어서는 각자의 기여가 필수적이었다. FRPI는 Ngiti 부족이었던 Katanga의 지시와 명령만을 받아들였던 한편, FNI는 Lendu 부족이었던 Chui의 지시만을 따랐기 때문이다<sup>145)</sup>. 즉, 어느 쪽이든 각자의 조직에 명령을 내리기를 거부했다면 그 공통의 계획은 실현될 수 없었으며, 그 점에서 그들은 그 공통의 계획을 실현함에 있어서 상호 매우 의존적인 관계에 있었다. 그들의 범행가담에 있어서의 수평적 및 수직적 역동성에 비추어, 예심재판부는 그 사건에 있어서의 귀책형식으로서 간접적 공동정범의 법리가 가장 적합하다고 결정한 것이다.<sup>146)</sup> 예심재판부는, 로마규정에는 간접적 공동정범의 개념이 존재하지 않는다는 피고인 측의 주장에 대해, 로마규정 제25조 제3항 (a)가 각 범행가담형태를 “또는(or)”으로 접속시키고 있는 점과 관련해서 다음과 같이 실시했다.

재판부는 제25조 제3항 (a)가 분리(·교체)접속사로서의 “또는(or)”을 사용하고 있는 점에 주목했다. “또는(or)”이라고 하는 단어에는 두 가지의 의미가 부여될 수 있다. 하나는 약한 의미로서, 그것에 접속된 단어들을 포괄하는 것이고, 다른 하나는 강한 의미로서, 그것에 접속된 단어들이 상호 배타적으로 취급하는 것이다. 전자는, 말하자

141) Force de résistance patriotique en Ituri.

142) Front des nationalistes et intégrationnistes.

143) Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, para. 6.

144) Ibid, para 5, 11.

145) Ibid, para. 493.

146) Ibid, para. 493..

면, 둘 중 어느 하나이거나 둘 다일 수도 있는 경우를 가리키는 한편, 후자는 둘 중 어느 하나이지만 둘 다는 아닌 경우를 가리키는 것이다. 따라서 제25조 제3항 (a)를 엄격하게 문리적으로 해석하면 그 문언의 분리접속사 “또는(or)”을 ‘포괄적인’ 의미로 파악하는 것도 가능하고 ‘배타적인’ 의미로 파악하는 것도 가능하다. 따라서 재판부의 관점에서는, 타인을 통한 범죄의 공동실행에 근거해서 개인의 형사책임을 인정하는 것은 로마규정에 부합하는 귀책형식이다.<sup>147)</sup>

예심재판부는 나아가, 간접적 공동정범의 법리가 당해 사건과 같은 사정에 관해 고위의 지도자에게 책임을 묻는 가장 적절한 방법이라면, 그 개념을 부정할 아무런 법적 근거는 없다고 보았다.<sup>148)</sup>

간접적 공동정범으로서의 귀책형식에 관해 예심재판부가 제시한 그 객관적 요소와 주관적 요소는 공동정범의 개념과 간접정범의 그것을 결합한 것이라고 할 수 있다. 즉, 간접적 공동정범의 요건은, ㉠ 조직에 대한 지배(력), ㉡ 조직적이고 위계적인 권력 기구, ㉢ 명령의 거의 자동적인 준수에 따라 확보되는 범죄의 수행, ㉣ 공통의 계획 또는 합의의 존재, ㉤ 범죄의 객관적 요건을 충족하는 데에 필수적인 역할의 분담, ㉥ 범죄의 주관적 요소의 존재, ㉦ 공통의 계획을 이행하는 것이 범죄의 객관적 요건을 충족하게 되는 점에 대한 상호 간의 인식 및 수용, ㉧ 범행을 공동으로 지배할 수 있게 하는 사정에 대한 인식이다.<sup>149)</sup> 이에 따라 예심재판부는, 범죄를 실행한 자로서의 타인에 대해 지배력을 가지지 못한 자는 그 타인을 이용해서 당해 범죄를 실행했다고 할 수 없는데, 그 타인을 도구와 같이 조종하는 자를 공동하여 행동할 때는 그 타인이 실행한 범죄가 자신에게 귀속될 수 있다고 본 것이다.<sup>150)</sup>

간접적 공동정범의 법리는 Bemba 사건에서도 적용되었다.<sup>151)</sup> Jean Pierre Bemba 는 민병조직 MLC<sup>152)</sup>를 지휘하면서, 자신이 콩고민주공화국의 대통령과 맞서 싸우는 데에 있어 병참을 지원하도록 하는 협정을 Angel-Felix Patasse와 체결했다. 그 대가로

147) Ibid, para. 492.

148) Ibid, para. 492.

149) Ibid, para. 495.

150) Ibid, para. 495.

151) 사건의 개요로서는, 박미경, “ICC규정 제25조 제3항 (a)호와 제28조의 관계 - 뱀바 사건 판결내용을 중심으로 -”, 국제법 동향과 실무 제18권 제3호, 2019, 30면 이하.

152) Mouvement pour la Liberation du Congo.

MLC는 Patasse가 중앙아프리카공화국 대통령에 대항하는 것에 대한 지원을 행하기로 했다.<sup>153)</sup> 당시 그들에게는 각자의 부하들에 대한 명령을 통해 이행되어야 할 공통의 계획이 분명했으며, 이는 Katanga and Chui 사건에서 Katanga와 Chui가 상호 의존적인 관계에 있었던 것과 마찬가지로였다. 그 점에서 간접적 공동정범의 법리가 적용된 것이었다.<sup>154)</sup> 즉, Bemba와 Patasse도 각자 지휘하는 조직에 대해 지배력을 행사한 점에서 당해 범죄의 간접정범으로 평가된 동시에, 상호 간접정범으로서의 상대방과 함께 범죄를 실행하는 공통의 계획을 세우고 있었던 당해 범죄의 공동정범으로 평가된 것이며, 또한, 각자의 부하들에 의해 이루어진 행동은, 공통의 계획의 존재 및 이에 대한 그들의 기여에 근거해서, 상호 간에 교차적으로 귀속된 것이다.<sup>155)</sup>

Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에서도 간접적 공동정범의 법리가 적용되었다. 그런데 이들 사건에서의 사실관계는 Katanga and Chui 사건 및 Bemba 사건에서의 그것과는 다른 것이라고 이해된다. Kenyatta and Muthaura 사건에서 Uhuru Muigai Kenyatta와 Francis Kirimi Muthaura는 그들의 정당 PNU<sup>156)</sup>의 집권을 유지하기 위한 공통의 계획을 수립했는데,<sup>157)</sup> 그 계획은 반대당인 ODM<sup>158)</sup>의 구성원들을 위협하기 위한 것으로서, 인도에 반하는 죄의 실행을 필연적으로 수반하는 것이었다. 그들은 그 범죄를 직접 실행하지 않고 케냐의 무장단체인 Mungiki와 협정을 맺었다.<sup>159)</sup> 예심재판부는, Kenyatta와 Muthaura 등에게는 공통의 계획이 존재했던 점에서 그 객관적 요건이 충족되었다고 보았으며,<sup>160)</sup> 그들 둘은 Mungiki 무장단체의 지도자에 대한 권위의 행사를 통해 그의 명령에 복종하는 무장대원들이 범죄를 실행한 것에 관해 본질적으로 기여했다고 보았다.<sup>161)</sup> Kenyatta and Muthaura 사건 및

153) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), 15 June 2009, ICC-01/05-01/08-424, para. 45.

154) Ibid, para. 320.

155) 박미경, “ICC규정 제25조 제3항 (a)호와 제28조의 관계 - 뱀바 사건 판결내용을 중심으로 -”, 국제법 동향과 실무 제18권 제3호, 2019, 34면 이하 참조.

156) Party of National Unity.

157) Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/09-02/11-382-Red, para. 288.

158) Orange Democratic Party.

159) Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/09-02/11-382-Red, para. 289.

160) Ibid, para. 398.

161) Ibid, para. 416.

Al-Bashir 사건의 사실관계는, Katanga and Chui 사건 및 Bemba 사건의 그것과는 달리, 공범자들이 동일한 조직을 수직적으로 지배한 것이다. 이들 사건에서는, 말하자면 당해 조직에 대한 ‘공동의 지배’가 존재했으며, 이를 일컬어 ‘junta 모델’이라고 한다.<sup>162)</sup> 각자 공동정범의 요건과 간접정범의 요건을 모두 충족함으로써 공동정범인 동시에 간접정범에 해당하며, 그들에게 간접정범의 죄책이 상호 교차적으로 귀속될 필요는 없는 것이다.

간접적 공동정범의 개념이 반드시 일의적으로 설명되고 있지는 않다. 그 구체적인 형상에 관해서는 다양한 사고방식이 존재한다. 로마규정 제25조 제3항 (a)가 규정하고 있는 바로서의 범죄의 ‘공동실행’과 ‘간접실행’이 병존하는 경우를 ‘간접공동실행(indirect co-perpetration)’과 ‘공동간접실행(joint indirect perpetration)’으로 구분하는 견해<sup>163)</sup>도 그 가운데 하나다. 이 견해는, “간접공동실행은 로마규정 제25조 제3항 (a)의 두 번째 항목인 공동실행의 수정된 형태로서 수평적 구조를 갖는 공동실행자는 다른 공범이 수직적 형태의 간접실행으로 부담하는 범죄에 대하여도 책임을 부담한다는 것을 의미한다. 이처럼 공동실행에 기여하는 것이라면 그 방식이 자신이 통제하는 다른 사람을 통하여 이루어진 간접적인 것이라 하더라도 범죄 행위의 효과는 다른 공동범죄자에게 귀속된다. 이러한 형태가 적용되는 매우 분명한 사례가 국제형사재판소의 Katanga and Ngudjolo Chui 사건에서 나타났다”고 한다.<sup>164)</sup> 한편, 그 견해는, “공동간접실행은 다수의 사람들이 공동으로 범죄를 직접 실행하는 사람을 통제하는 경우이다. 이러한 유형은 집단 권력의 최상층부가 합의제 형태로 운영되는 경우에 나타난다. 최상부에서의 집단적 결정이 있을 경우 범죄가 자동적으로 실행되는 권력구조가 작용함으로써 집단적 결정에 따른 통제가 구속력을 갖는 경우이다. 최상층 지도 체제의 개별 구성원들은 이러한 조직적 통제에 대한 공동의사결정에 협력하였으므로 이러한 결정의 실행에 관여하였는가의 여부에 관계없이 실행된 범죄에 대한 책임을 부담한다. 이러한 형태의 범죄실행 유형은 국제형사법의 영역에서

162) Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, 2008, 330면. ; Ohlin, “Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability”, 25 *Leiden Journal of International Law* 771 (2012), 779면.

163) 김기준, *국제형사법*, 2017, 219면.

164) 김기준, *국제형사법*, 2017, 219면 이하.

흔하게 발생하고 있다”고 한다.<sup>165)</sup>

간접적 공동정범은, Ohlin에 따르면, 세 가지로 유형화된다.<sup>166)</sup> 첫 번째는, Kenyatta and Muathaura 사건과 Al-Bashir 사건에서와 같이, 각자 간접정범인 동시에 공동정범에 해당하는 경우다. 즉, 각자의 행동이 공동정범의 요건과 간접정범의 요건을 충족함으로써 간접적 공동정범에 해당하는 경우다. 이러한 유형은 타인 또는 조직을 이른바 조직지배의 형태로 조종하는 것으로서, 수인이 공통의 계획에 필수적인 기여를 하기 위해 개인이나 조직을 이용하는 것이며, 그 점에서 공동정범이 되는 것이다. 두 번째는, 조직이나 타인에 대해 지배력을 가지고 있는 개인이 다른 간접정범과 공통의 계획을 실행하기 위해 합세하는 경우다. 그 경우에 공범자가 지배하는 조직의 부하들이 행한 바는, Katanga and Chui 사건 및 Bemba 사건에서와 같이, 다른 공범자에게도 교차적으로 귀속된다. 세 번째는, 피고인 자신은 개인이나 조직에 대해 지배력을 행사하지 않지만 개인이나 조직에 대해 지배력을 행사하는 타인과 함께 공동지배력을 행사하는 점에서 간접적 공동정범이 되는 경우다. 두 번째와 세 번째의 유형은 엄밀히 말하면 당해 피고인이 간접정범에 해당하는 것이 아니라 귀책을 통해 간접정범이 되는 것이다. 그 어느 경우에 있어서나, 한편으로는 로마규정 제21조 및 제22조가 명시하고 있는 법률주의와 관련해서, 다른 한편으로는 개인책임의 원칙과 관련해서 문제가 제기된다.

#### 제4절 | 간접적 공동정범의 법리와 법률주의

ICC가 채용하고 있는 간접적 공동정범의 법리가 법률주의의 관점에서 타당성을 가지는 것인지에 관해서는, 우선, 그 개념적 내포와 외연이 로마규정 제22조 제2항에 따른 ‘엄격한 해석’의 요청<sup>167)</sup>과 상응하는 것인지가 검토되어야 할 것이다. 다음으로,

165) 김기준, 국제형사법, 2017, 220면.

166) Ohlin, “Second-Order Linking Principles”, 25 *Leiden Journal of International Law* 771, 2012, 779면 이하.

167) 로마규정 제22조 제2항은, “범죄의 정의는 엄격히 해석되어야 하며 유추에 의하여 확장되어서는 아니된다”고 규정하고 있다.

그것이 ICC의 법원(法源)을 우선순위에 따라 나열하고 있는 로마규정 제21조<sup>168)</sup>와 부합하는 것인지도 검토되어야 할 것이다.

## 1. 로마규정 제25조의 해석과 간접적 공동정범

간접적 공동정범의 개념에 관해 ICC의 예심재판부는, 앞서 살펴본 것처럼, Katanga and Chui 사건에서 로마규정 제25조 (a)의 해석에 있어서 다분히 목적론적인 접근방식을 취했다. 즉, 재판부는 로마규정 제25조 제3항 (a)에서 범죄를 ‘타인과 공동하여 실행한 경우’와 ‘타인을 통하여 실행한 경우’ 사이의 단어 “또는(or)”을 이른바 ‘포괄적 분리(inclusive disjunction)’의 의미로 파악한 것이다.<sup>169)</sup> 이하에서는 그러한 사고방식에 따라 도출되는 간접적 공동정범의 개념 내지는 법리가 로마규정 제25조의 해석론과 상응하는 것인지를 살펴본다.

### 가. Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에 있어서의 간접적 공동정범

#### 1) ‘엄격한 해석’의 원칙과의 관계

공동정범의 요건을 충족하는 동시에 간접정범의 요건도 충족하는 경우에는 양자를 조합하는 형태의 귀책형식을 인정하는 것이 그 자체로서는 불가능하지 않다.<sup>170)</sup> 그 경우에는 간접적 공동정범이 새로운 법적 개념이 아니라 단지 두 가지의 정범 형태가 사실상 경합하는 경우를 가리킬 뿐이라는 것이다.<sup>171)</sup> Van den Wyngaert 판사는

168) 로마규정 제21조는 ICC의 재판에 관한 적용법을 제시하고 있다. 제1항에 따르면, 우선적으로는, ‘로마규정’, ‘범죄의 구성요건(Elements of Crimes)’, ‘절차 및 증거에 관한 규칙(Rules of Procedure and Evidence)’이, 그다음으로, 조약 및 국제법상의 원칙 및 규칙이 적용되고, 제2항에 따르면, 보충적으로는, 각국의 국내법으로부터 ICC가 도출한 법의 일반원칙도 적용가능하다.

169) Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, para. 492.

170) Ssenyonjo, “The International Criminal Court Arrest Warrant Decision for President Al Bashir of Sudan”, 59 *The International and Comparative Law Quarterly* 205, 2010, 215면. ; Ohlin, “Second-Order Linking Principles”, 25 *Leiden Journal of International Law* 771, 2012, 784면.

171) Weigend, “Perpetration through an Organization”, 9 *Journal of International Criminal Justice* 91, 2011, 110면.

Katanga and Chui 사건에 대한 보충의견에서, 로마규정에 따른 귀책형식은 각각의 요건이 검찰에 의해 입증되는 한에서는 결합할 수 있는 것이라고 보았다.<sup>172)</sup> 그런데 이와 관련해서는, 로마규정 제22조 제2항이 요구하는 ‘엄격한 해석’의 원칙에 비추어 볼 때 두 가지 귀책형식의 결합이 여전히 제25조 제3항 (a)의 해석으로서 허용되는 것인지가 검토될 필요는 있다고 본다.

ICC는, 전후(戰後)의 국제군사법정, ICTY 및 ICTR에 비해, 죄형법정주의를 엄격히 요구하고 있다고 볼 수 있다.<sup>173)</sup> 로마규정은 죄형법정주의에서 파생하는 원칙들을 규정하고 있으며, ‘엄격한 해석’의 원칙은 그 가운데 하나라고 할 수 있다. ‘엄격한 해석’의 원칙에 관해서는, 이 원칙이 로마규정에 기술되어 있는 범죄의 정의(定義) 이외의 범죄성립요건 등에도 적용되는 것인지가 문제가 된다.<sup>174)</sup> 그 여부의 판단에 관해서는 국내법의 일반원칙 및 국제인권법에 있어서의 선례 등이 고려되어야 할 것이다. 그런데 ‘엄격한 해석’의 원칙이 어디까지나 죄형법정주의에 기하는 것인 이상 적어도 범죄의 성립 여부에 관한 다른 규정이 피의자 내지는 피고인에게 불리하게 작용할 때는 관철되어야 할 것이다.

죄형법정주의 및 이로부터 파생하는 ‘엄격한 해석’의 원칙은 국내에서도 마찬가지로 인식되고 있다. 대법원은, 죄형법정주의가 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구하는 것이라고 한다.<sup>175)</sup> 대법원은, 죄형법정주의의 그러한 취지에 비추어보면, 형벌법규의 해석은 엄격해야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 않는다는 원칙을 취하면서도,<sup>176)</sup> 형벌법규의 해석에서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법 취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니라고 한다.<sup>177)</sup> 다만, 법의 해석은 명문의 규정을 최대한 존중하는 방향으로 해석되어야 하고,

172) Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute - Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012, ICC-01/04-02/12-4, para. 62.

173) Grover, *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2014, 204면 참조.

174) Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2001, 75면 참조.

175) 대법원 2018. 7. 24. 선고 2018도3443 판결.

176) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도7687 판결 등.

“목적론적 해석방법을 시도한다고 하더라도 명문규정의 의미적, 논리적, 체계적 해석의 한계를 일탈할 수 없”다는<sup>178)</sup> 점이 분명히 될 필요는 있을 것이다. 한편, 헌법재판소는 법률과 그 해석의 관계에 관해 다음과 같이 설시하고 있다.

규범으로서의 법률은 그 적용영역에 속하는 무수한 사례를 포괄적으로 규율해야 하기 때문에 일반적·추상적으로 규정될 수밖에 없으므로 개별적·구체적인 법적분쟁에 법률을 적용하는 경우에는 당해 사건에 적용할 가장 적합한 규범을 찾아내고 그 규범의 의미와 내용을 확정하는 사유과정인 법률해석의 과정을 거칠 수밖에 없게 되는 것이다. 따라서 법률조항은 그 자체의 법문이 아무리 간단명료하다고 하더라도 이를 개별적·구체적 사건에 적용함에 있어서는 (관념상으로라도) 법률조항에 대한 해석이 불가결하게 선행될 수밖에 없는 것이므로, 결국 법률조항과 그에 대한 해석은 서로 별개의 다른 것이 아니라 동전의 양면과 같은 것이어서 서로 분리될 수 없는 것이다. (...) 종래 법 실증주의적인 개념법학(Begriffsjurisprudenz)에서는 실정법의 완결성과 무흠결성을 전제로 ‘법’과 ‘법해석’을 구별하려고 하였으나 그러한 주장은 이미 20세기 초에 구체적 타당성을 추구하는 목적론적·개별적인 법해석론에 의하여 극복되어 이제는 폐기된 역사적 유물에 불과하게 되었다. 따라서 더 이상 개념법학적 관념을 기초로 하여 ‘법률’과 ‘법률의 해석’을 별개의 것으로 인식할 것은 아닌 것이다.<sup>179)</sup>

이상과 같은 관점에서, ‘엄격한 해석’의 원칙이 법의 해석을 통한 법의 발굴 내지는 개발을 배제하는 것은 아니라고 할 수 있고, 그와 같이 보면, 법원에 의한 법의 발굴 내지는 개발이 로마규정 제25조 제3항이 명시하고 있는 귀책형식의 요소를 심각하게 변경하지 않는 한에서는 엄격한 해석의 원칙에 반하는 것은 아니라고 할 수 있다. 즉, Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에 있어서의 간접적 공동정범의 유형은 목적론적 해석을 통한 법의 발굴 내지는 개발의 결과로서, 어디까지나 로마규정 제25조 제3항 (a)가 예정하고 있는 귀책형식의 요소를 적용하고 있는 것이며, 그 점에서 죄형법정주의 내지는 법률주의를 훼손하는 것은 아니라고 할 수 있다.<sup>180)</sup>

177) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도2363 판결.

178) 헌법재판소 1991. 7. 22. 89헌가106.

179) 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바117.

180) Manacorda/Meloni, “Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?”, 9 *Journal of International Criminal Justice* 159, 2011, 176면.

그런데 이러한 결론은, 간접적 공동정범의 법리의 기본적 틀을 이루는 개념, 즉 범행지배설의 관점에서 구축된 공동정범의 법리 및 간접정범의 법리가 각각 로마규정 제25조 제3항 (a)와 상응하는 것이라는 전제를 기초로 하는 것이다. 따라서 *Kenyatta and Muthaura* 사건 및 *Al-Bashir* 사건에 있어서의 간접적 공동정범의 유형이 로마규정에 상응하는 것인지를 판단하기 위해서는, 간접적 공동정범의 법리의 기본적 틀을 이루는 각각의 개념과 이들이 기초하는 전제로서의 범행지배설이 그 규정의 엄격한 해석과 상응하는 것인지가 검토될 필요가 있다.

## 2) 공동정범의 법리와 로마규정 제25조 제3항

공동정범의 법리가 로마규정 제25조 제3항 (a)와 상응하는 것인지에 관해서는 여러 견해가 있다. 이들 견해는 그 상응성에 대해 의문을 제기하는 것이라고 할 수 있다.

우선, 공동정범의 법리가 그 요건으로서 공통의 계획에 주목하는 것인 점에서 로마규정 제25조 제3항 (a)와는 상응하지 않는 점이 지적된다. 로마규정 제25조 제3항 (a)가 ‘타인과 공동하여 죄를 범한’ 경우를 예정하고 있는 것과 관련해서, *Van den Wyngaert* 판사는, 이를 로마규정 제30조와 연결해서 새기면, ‘타인과 공동하여’ 죄를 범한 자로서 형사상 책임을 지는 것은, 첫째로, 그의 행위가 당해 범죄의 실체적 요건의 충족과 관련되어 있고, 둘째로, 그 자신이 당해 범죄의 실체적 요건의 충족에 기여한다는 점을 알고 있는 경우라고 보았다.<sup>181)</sup> 그런데 귀책형식으로서의 범행가담형태가 개인의 행위를 당해 범죄의 결과에 귀속시키기 위한 개념이라고 보면,<sup>182)</sup> 공동정범의 법리가 귀속에 있어서의 초점을 당해 범죄의 실체적 요소가 아니라 공통의 계획에 두고 있는 것은 문제가 된다는 것이다.<sup>183)</sup> 즉, 공동정범의 법리가 객관적 요소로서 요구하는 것은, 실체적 요소의 충족에 관한 행위자의 본질적 기여가 공통의 계획의 틀 안에 있어야 한다는 것이다. *Van den Wyngaert* 판사는, 공통의 계획의 존재가 객관적인 요소가 아니라, 공범자들이 범죄를 실행할 의도를 공유한 점을 증명해주는

181) *Prosecutor v. Mathhieu Ngudjolo Chui*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute - Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012, para. 32.

182) Ohlin, “Second-Order Linking Principles”, 25 *Leiden Journal of International Law* 771, 2012, 785면.

183) *Prosecutor v. Mathhieu Ngudjolo Chui*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute - Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012, para. 34.

주관적인 요소라는 점을 강조한다.<sup>184)</sup> 이러한 관점은 Lubanga 사건에 대한 Fulford 판사의 개별의견에서 나타나고 있다.<sup>185)</sup> 그와 같이 볼 때, 공동의 계획이 그 자체로서 범죄에 관한 것이어서 당해 범죄의 실제적 요건의 충족과 관련이 있는 경우라면 문제가 되지 않는데,<sup>186)</sup> Lubanga 사건에서와 같이, 공동의 계획을 수행하는 것이 범죄를 수반할 객관적 가능성이 있더라도 계획 그 자체가 범죄적인 것이 아닌 경우에는 그것만으로 범죄의 구성요건이 충족되는 것인지가 문제가 된다. 즉, 그 경우에는 범죄의 주관적 요소 및 객관적 요소가 당해 범죄의 실체가 아니라, JCE의 경우와 마찬가지로, 공동의 계획과 연결되어 있기 때문이다.<sup>187)</sup> 그와 같이 공동정범의 범리가 피고인을 당해 범죄의 실제적 요소에 연결시키는 것이 아닌 한에서는 타인과 공동하여 ‘범죄를 행하는’ 경우를 명시하고 있는 로마규정 제25조 제3항 (a)의 엄격한 해석과는 상응하지 않는다는 주장에는 일리가 있다.<sup>188)</sup>

다음으로, 로마규정 제25조 제3항 (a)가 공동정범의 요건으로서 ‘본질적인 기여’를 제시하고 있지는 않다는 점이 지적된다. Fulford 판사는, 이 조항을 엄격하게 해석하면, 여기에서는 이른바 ‘필수불가결한 조건성(conditio sine qua non)’이 요구될 뿐이라고 한다.<sup>189)</sup> 이는 그 행위가 없었더라면 당해 범죄가 실행되지 않았을 것이라는 점이 증명될 것을 요구하는 것으로서, 영미법(common law) 국가에서는 이른바 ‘but for’ 기준이라고도 하는 것이다. 그와는 달리, 본질적인 기여의 관념이 제25조 제3항 (a)에 포함되어 있다는 주장도 존재한다. 즉, 로마규정 제25조 제3항이 예정하고 있는 범행가담형태에 관해 정범과 공범을 구별하기 위해서는 그것이 필요하다고 보는 것이다.<sup>190)</sup> 이는 대체로 말하면, 정범은 공범보다 범행에 더 많은 기여를 하는 것이고,

184) Ibid, para. 32.

185) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute- Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, 14 March 2012, para. 15.

186) Prosecutor v. Mathhieu Ngujolo Chui, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute - Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012, para. 34.

187) Ciorciari, “Liberal Legal Norms Meet Collective Criminality”, 109 *Michigan Law Review* 1109, 2011, 1114면.

188) Ohlin/van Sliedregt/Weigend, “Assessing the Control-Theory”, 26 *Leiden Journal of International Law* 725, 2013, 735면 이하.

189) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute- Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, 14 March 2012, para. 15.

190) Ambos, *Treatise on International Criminal Law - Volume 1: Foundations and General Part*, 2013, 147면.

공범은 정범에 비해 덜 기여한다는 것이다. 즉, 정범은 공범에 비해 더 많은 기여를 하는 점에서 그 기여는 공통의 계획을 성공적으로 수행함에 있어서 필수적이며, 그 점에서 그 기여는 본질적이라는 것이다.<sup>191)</sup> 그런데 이러한 사고방식에 대해서는, 그것은 어디까지나 사법(司法)에 있어서의 가설적 창조(hypothetical judicial creativity)를 초래하는 것이라는 비판이 제기된다. 즉, 재판의 단계에서, 피고인의 기여가 없었더라면 당해 범죄가 실현되지 않았을 것인지를 사후적으로(ex post facto) 판단함에 있어서는, 법원은 필연적으로 추측을 개입시킬 수밖에 없다는 것이다.<sup>192)</sup> 이것이 특히 문제가 되는 것은, 본질적 기여의 요청이 Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에 있어서의 간접적 공동정범의 유형에 해당하는 간접정범의 법리와 연결되는 경우다. 이는 수인이 동일한 조직에 대해 지배력을 행사하는 ‘junta 모델’에서 볼 수 있는 것이다. 기여자들 모두가 그 조직에 대해 지배력을 행사한다는 전제하에서 그들 가운데 한 명이라도 없었다면 당해 범죄의 실행이 좌절되었을 것인지의 여부를 판단하는 것은 극히 곤란하다는 것이다.<sup>193)</sup>

마지막으로, 공동정범의 법리를 적용함에 있어서, 범죄의 실행과 물리적으로 연결되어 있지 않은 자, 범행의 현장으로부터 멀리 떨어져 있는 자도 본질적 기여를 제공하는 한에서는, 범죄의 계획단계 및 실행단계에 있어서, 로마규정 제25조 제3항 (a)가 예정하는 공동정범으로서 책임을 지는 것인지에 관해서도 의문이 제기된다.<sup>194)</sup> 즉, 그와 같이 보는 것은 범행에 대한 기여의 이격성(離隔性) 내지 원격성(遠隔性)의 범위를 무한정하게 하는 한편, 제25조 제3항의 (b) 내지 (d)가 예정하고 있는 공범으로서의 범행가담형태 내지는 귀책형식을 무의미한 것으로 만들어버린다는 것이다.<sup>195)</sup> 공범으로서의 귀책형식이야말로 범행의 현장으로부터 떨어진 장소에서 그 범행에 관여하는 자들을 상정한 것이라고 보는 것이다. 또한, 범죄의 실행이란 당해 범죄의 구성요건

191) Ibid, 147면.

192) Ohlin, “Second-Order Linking Principles”, 25 *Leiden Journal of International Law* 771, 2012, 792면.

193) Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, 2008, 266면.

194) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, para. 1003 이하.

195) Ohlin, “Second-Order Linking Principles”, 25 *Leiden Journal of International Law* 771, 2012, 781면 참조.

요소를 실현하는 것을 말하는 것인 점에서, 공동정범은 당해 범죄의 구성요건요소의 실현을 공동으로 지배하는 것을 가리키는 것이므로 그 공동의 지배는 어디까지나 범죄를 실행하는 단계에서 존재해야 한다는 점도 지적된다.<sup>196)</sup> 로마규정 제25조 제3항 (a)를 엄격하게 해석하면, 자신의 행동이 당해 범죄의 실체적 요소의 충족에 귀속되는 경우에만 공동정범으로서 책임을 진다고 보아야 하는데, 공동정범의 법리가, 당해 범죄의 실행으로부터 멀리 떨어져 있는 까닭에 행위자의 기여 내지는 역할이 당해 범죄의 실체적 요소의 충족에는 직접적으로 귀속되지 않는 때에도 정범성을 인정하는 것인 점에서, 제25조 제3항 (a)의 엄격한 해석과는 상응하지 않는다는 것이다.

### 3) 간접정범의 법리와 로마규정 제25조 제3항

간접정범의 법리가 로마규정 제25조 제3항 (a)와 상응하는 것인지에 관한 논의는 주로 조직지배의 관점과 관련하는 것이다. 로마규정 제25조 제3항 (a)는 어디까지나 ‘타인을 통하여 범죄를 실행한’ 경우에 형사상 책임을 지는 것을 규정하고 있을 뿐이고 ‘조직을 통하여’ 범죄를 실행한 경우를 명시하지는 않고 있다는 것이다. 즉, 로마규정 그 어디에도 제정자가 ‘사람’을 통한 범행의 의미를 ‘조직’을 통한 범행에까지 확장하는 것을 의도하고 있지는 않다는 것이다.<sup>197)</sup> 이러한 관점에 대해서는, 도구로서의 타인과 마찬가지로 조직도 단지 하나의 도구로 이용되는 것일 뿐이라고 할 수도 있다. Roxin에 따르면, 직접정범의 의사를 개인이 조종하는 것은 명령의 자동적인 이행이 담보되는 위계적 조직에 대한 지배를 통해 확보되는 것이다.<sup>198)</sup> 그렇지만 로마규정 제25조 제3항 (a)를 문리적으로 엄격하게 해석한다면, 개인이 간접정범으로서 책임을 지기 위해서는 검찰은 그가 ‘타인의 의사를 지배’한 점을 증명해야 한다.<sup>199)</sup> 따라서 조직을 통해 명령의 자동적인 이행이 담보된다고 할지라도 그 조직에 대해 지배력을

196) Jain, “The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law”, 12 *Chicago Journal of International Law* 159, 2011, 168면.

197) Prosecutor v. Mathhieu Ngudjolo Chui, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute - Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012, para. 52. 또한, Ohlin, “Second-Order Linking Principles”, 25 *Leiden Journal of International Law* 771, 2012, 788면 이하 참조.

198) Ambos, *Treatise on International Criminal Law - Volume 1: Foundations and General Part*, 2013, 154면.

199) Ohlin/van Sliedregt/Weigend, “Assessing the Control-Theory”, 26 *Leiden Journal of International Law* 725, 2013, 737면.

행사했다는 것만으로는 충분하지 않을 수 있다. 더욱이 로마규정이 단체의 형사책임을 명시적으로 배제하고 있을 뿐만 아니라, 이는 단체를 대표해서 그 활동의 과정에서 행동한 자의 당해 단체에 대한 형사책임도 부정하는 취지라는 점에 비추어보면,<sup>200)</sup> 로마규정 제25조 제3항 (a)의 적용에 관해 조직지배의 개념을 인정하는 것은 '타인을 통한 범행'을 확장해석하는 것이고, 그 점에서 제25조 제3항 (a)와는 상응하지 않게 될 여지가 있는 것이다.

#### 4) 범행지배설과 로마규정 제25조 제3항

공동정범의 법리와 간접정범의 그것은 Roxin의 범행지배설에 기초해서 설명되는 것이다. Lubanga 사건에서 ICC의 예심재판부는 범행지배설을 채용한 것이 정범과 공범의 필수적인 구별을 수반하는 것이기 때문이라는 점을 제시했다.<sup>201)</sup> 즉, 로마규정 제25조 제3항은 (a)에서 (d)에 이르기까지 책임이 가장 중한 것에서부터 그것이 가장 덜한 것을 단계적으로 규정하고 있으며, 그러한 규정형식에 비추어 정범과 공범의 구별이 필요하다고 본 것이다. 로마규정 제25조 제3항이 그러한 구조를 취하고 있는 것에 따라 정범과 공범의 구별이 가능하다고 보는 사고방식은 다수의 학자에 의해 지지되고 있다.<sup>202)</sup> 그러한 구조를 취하는 로마규정 제25조 제3항에 따른 귀책형식에 관해 범행지배설을 채용함으로써 국제범죄의 배후조종자나 지능적인 설계자를 적절하게도 정범으로 평가할 수 있고, 그보다는 유형적으로 책임이 덜한 관여자들 역시 적절하게도 공범으로 평가할 수 있다는 것이다. 무엇보다도 이러한 사고방식이 설득력이 있게 되는 것은, 범행의 주모자로서 가장 많은 비난을 받아야 할 자에게 무거운 책임을 물어야 한다는 도의적인 욕구와 상응하는 것이기 때문이다. 그런데 이러한 사고방식은 로마규정 제25조 제3항에서 과연 그러한 단계적 구조가 의도되어 있는

200) Ambos, *Treatise on International Criminal Law - Volume 1: Foundations and General Part*, 2013, 144면.

201) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 330.

202) Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, 2008, 13면. ; Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2009, 168면. ; Eser, "Individual criminal responsibility", Cassese et al. (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Vol. 1, 2002, 770면. ; Ambos, *Treatise on International Criminal Law - Volume 1: Foundations and General Part*, 2013, 144면.

것인지, 따라서 범행지배설이 전제로 하고 있는 바로서 범행가담형태에 따라 비난가능성의 정도를 차등화하는 것이 과연 로마규정 제25조 제3항의 엄격한 해석과 상응하는 것인지를 판단하고 있지는 않다. 이와 관련해서, 로마규정 제25조 제3항을 그와 같이 규범적 관점에서 해석하는 것이 그 기초자들의 의도에 비추어볼 때 적절한 것인지에 대해서는 의문이 제기된다.<sup>203)</sup> 우선, 로마규정 그 자체에는, 혹은 입법 준비의 과정에서도, 제25조 제3항 (a)에 있어서의 정범이 제25조 제3항 (b) 내지 (d)에 있어서의 공범보다도 중한 답책성을 지니는 점을 나타내는 것은 존재하지 않는다고 한다.<sup>204)</sup> 직관적으로는 범행의 주모자를 정범으로 인정하는 것이 요구되지만, 그렇게 하는 것은 그 규정의 확장해석을 수반하는 것으로서, 로마규정 제22조와 상응하지 않는다는 것이다. 요컨대, 로마규정 제25조 제3항을 엄격하게 해석하는 경우에는 그러한 단계적 구조는 존재하지 않는다는 것이다.<sup>205)</sup> 다음으로, 로마규정 제25조 제3항 (b)에 따라 명령에 대해 형사상 책임을 지는 자의 행위가 제25조 제3항 (a)에 따라 '타인을 통하여' 대량의 잔학행위를 범한 자의 행위보다 도의적으로 덜 비난받을 만한 것이라는 점을 나타내는 것도 로마규정 자체에는 존재하지 않는다고 한다.<sup>206)</sup> 로마규정 제25조 제3항에 있어서의 책임의 단계적 구조를 인정하는 입장에서는, 로마규정 제78조를, 범행가담의 정도를 양형에 고려하도록 하고 있는 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제155조 제1항 (c)에 연결해서 읽으면 그 점이 인식될 수 있다고도 하는데,<sup>207)</sup> 이들 규정이 가담의 형태에 따라 반드시 형이 감경되어야 하는 점을 규정하고 있지는 않으므로 그 점이 반드시 명확하다고는 볼 수 없다. 더욱이 가담의 형태는 법원이 양형에 관해 고려해야 하는 여러 요소 가운데 단지 하나일 뿐이다.<sup>208)</sup>

로마규정 제25조 제3항이 범행가담형태에 따른 비난가능성의 정도를 단계적으로 규정하고 있다고 볼 수 있게 하는 근거가 명확하지 않다면, 이를 전제로 하는 범행지배

203) Prosecutor v. Mathhieu Ngudjolo Chui, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute - Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012, para. 29.

204) Ibid, para. 23.

205) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute - Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, 14 March 2012, para. 7.

206) Ibid, para. 7.

207) Weigend, "Perpetration through an Organization", 9 *Journal of International Criminal Justice* 91, 2011, 102면 참조.

208) Prosecutor v. Mathhieu Ngudjolo Chui, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute - Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012, para. 27.

설이 그 조항의 해석과 상응하는 것이라고 보는 데에도 의문의 여지가 있게 된다. 즉, 간접적 공동정범의 개념을 도출해내는 이론적 틀로서의 범행지배설이 이미 로마 규정 제25조 제3항의 엄격한 해석과는 상응하지 않는 것이라고 볼 수도 있게 된다. 바꾸어 말하면, 로마규정 제25조 제3항을 해석함에 있어서 범행지배설을 적용하는 것이 잘못된 전제를 기초로 하는 것이며, 이를 기초로 하는 개념으로서의 간접적 공동정범은 부적절한 해석의 결과물일 수 있다는 것이다.

##### 5) 요약

Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에서 문제가 된 간접적 공동정범 유형은 다음과 같은 점에서 로마규정 제25조 제3항의 엄격한 해석과 상응하지 않는 점이 지적된다. 첫째로, 간접적 공동정범의 법리를 구성하는 기본요소로서의 공동정범의 법리가 귀책의 근거를 당해 범죄의 실체적 요소가 아니라 그 공통의 계획에서 찾는다는 점이다. 둘째로, 공동정범에 있어서의 '본질적 기여'라는 것이 로마규정 자체에는 제시되어 있지 않다는 점이다. 셋째로, 공동정범의 법리는 당해 범죄의 실행으로부터 멀리 떨어져 있는 자를, 따라서 그의 행동이 당해 범죄의 실체적 요소의 충족과는 직접적으로 연결되어 있지 않은 경우를 공동정범으로 인정하게 된다는 점이다. 넷째로, 간접적 공동정범의 법리를 구성하는 또 다른 하나의 기본요소로서의 간접정범의 법리와 관련해서는, 그것이 로마규정 제25조 제3항 (a)에 있어서의 '타인을 통한 실행'을 확장해석함으로써 조직에 대한 지배를 포함하게 되는 점에서 그 규정의 엄격한 해석과는 상응하지 않는다는 점이다. 마지막으로, 간접적 공동정범의 법리가 기초하는 이론적 전제로서의 범행지배설이 로마규정 제25조 제3항의 엄격한 해석과 상응하지 않는다는 점이다. 이상과 같은 관점은, 요컨대, 간접적 공동정범의 개념 및 그 법리적 적용이 로마규정 제25조 제3항의 확장해석에 해당한다는 점을 가리키는 것이다.

#### 나. Katanga and Chui 사건 및 Bemba 사건 등에 있어서의 간접적 공동정범

Katanga and Chui 사건 및 Bemba 사건 등에서 문제가 된 간접적 공동정범의 유형은, '엄격한 해석'의 원칙과의 관계에서, Kenyatta and Muthaura 사건 및

Al-Bashir 사건에서 문제가 된 간접적 공동정범의 유형보다 더 심각한 문제점을 지닌 것으로 평가된다. Katanga and Chui 사건 및 Bemba 사건 등에서 문제가 된 간접적 공동정범의 유형은 공동정범의 법리 및 간접정범의 그것이 단순히 기계적으로 대입되는 사안이라고는 볼 수 없고, 엄밀히 말하면 피고인의 행동이 사실상으로는 공동정범의 요소와 간접정범의 그것 모두를 포함하지 않고 있는 경우라고 볼 수 있기 때문이다. 그와 같이 보면, Katanga and Chui 사건 및 Bemba 사건 등에서 문제가 된 간접적 공동정범의 유형은 로마규정 제25조 제3항이 예정하고 있지 않은 새로운 범행가담형태 내지는 귀책형식을 창설하는 것으로 평가될 여지도 있다.

조직이나 타인에 대해 지배력을 가지고 있는 개인이 다른 간접정범과 공통의 계획을 실행하기 위해 합세하는 경우 등을 가리키는 간접적 공동정범의 유형에 있어서는 공동정범의 법리와 간접정범의 그것을 단순히 결합하는 것만으로는 그 귀책형식이 충분히 설명되지는 않는다. 즉, 그러한 형태의 간접적 공동정범은 로마규정 제25조의 제3항의 해석을 통해서는 쉽게 얻어지지 않는 개념이라는 것이다.<sup>209)</sup> 그러한 유형이 정당화되는 것인지에 관해서는, Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에서 문제가 된 간접적 공동정범의 유형에서와는 달리, 간접적 공동정범의 요건을 충족하는 동시에 간접정범의 요건도 충족하는 것인지를 논하는 것이 아니라,<sup>210)</sup> 타인이 '수직적으로 지배하는' 조직의 구성원에 의한 행위를 그 조직에 대해서는 사실상 지배력을 행사하지 않는, 그 타인과 '수평적 공범 관계에 있는' 자에게 귀속되는 것인지가 문제가 된다.<sup>211)</sup> 이를 인정하는 견해는 그 법리를 일컬어 '명령의 이차적 귀속(second order linking)이라고 하며, 여기에서는 수평적 관계에 있는 공범자가 하나의 법인격으로서의 집단 혹은 일종의 공동대표(joint agent)로 평가되는 것으로서, 말하자면 '동일인격체의 원리(personality principle)'를 채용하는 것이라고 할 수 있다.<sup>212)</sup> 즉, 수직적으로 지배되는 조직의 구성원에 의한 행위가 그 지배자와 수평적 관계에 있는

209) Van Sliedregt, "The Curious Case of International Criminal Liability", 10 *Journal of International Criminal Justice* 1171, 2012, 1183면.

210) Ambos, "Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision", 22 *Leiden Journal of International Law* 715, 2009, 715면.

211) Ohlin, "Second-Order Linking Principles", 25 *Leiden Journal of International Law* 771, 2012, 776면 이하.

212) Ibid, 786면 참조.

자에게 귀속되는 것은 이들이 긴밀한 유대관계를 이루면서 함께 하나의 단위체로서 결정을 내리기 때문이며, 그 점에서 그와 같은 형태의 간접적 공동정범이 인정된다는 것이다.

수직적으로 지배되는 조직의 구성원이 행한 범죄를 그 조직을 인적으로(personally) 지배하지 않는 수평적 차원에서의 공범자에게 귀속시키는 것을 정당화하는 견해는 그 이론적 기초가 되는 ‘(동일)인격체의 원리(personality principle)’를 제시함에 있어서 다분히 실천적인 접근방식을 취하고 있다. 즉, ‘(동일)인격체의 원리(personality principle)’는, 조직의 지도자와 수평적 관계를 형성하면서도 그 조직에 대해서는 사실상 통제력을 가지지 않는 개인이 그 통제력의 결여를 이용해서 형사상의 책임을 회피하지 못하도록 한다는 것이다. 그런데 그러한 사고방식은 궁극적으로는 집단책임의 관념을 인정하는 것이 될 우려가 있다. 집단책임은 로마규정 제25조 제3항의 엄격한 해석에 따라 요구되는 개인책임의 원칙을 벗어나는 것이다.<sup>213)</sup>

Katanga and Chui 사건 및 Bemba 사건 등에서 문제가 된 간접적 공동정범의 유형이 로마규정 제25조 제3항이 예정하고 있는 공동정범 및 간접정범과는 별개의 새로운 귀책형식이라면 그 객관적 요건과 주관적 요건이 무엇인지가 불분명하게 된다. Katanga and Chui 사건에서 예심재판부는 그 구성요소가 되는 개념, 즉 공동정범 및 간접정범의 객관적 및 주관적 요건을 열거했을 뿐이다.<sup>214)</sup> 그런데 그와 같이 두 개념의 단순한 결합만으로는, Katanga가 Chui의 부하가 한 행동에 대해 책임을 지고 마찬가지로 Chui가 Katanga의 부하가 한 행동에 대해 책임을 지는 것을 충분히 설명할 수 없다. 즉, 그들은 각각 그 누구도 그들에게 귀속된 행위의 주체인 하급자들에게 대해서는 지배력을 행사하지 않았던 점에서, 엄밀히 말하면 상대방 조직의 구성원에 대한 관계에서는 간접정범에 해당하지는 않는 것이다. 그와 같은 관점에서, 간접적 공동정범의 물리적 요소는 범행지배설 의해서는 설명되지 않는다는 점이 지적된다.<sup>215)</sup> 이는 결국 간접적 공동정범의 법리가 범행지배설을 기초로 하는 로마규정

213) Van Sliedregt, “The Curious Case of International Criminal Liability”, 10 *Journal of International Criminal Justice* 1171, 2012, 1186면.

214) Prosecutor v. Mathhieu Ngudjolo Chui, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 18 December 2012, para. 518.

215) Jain, “The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law”, 12 *Chicago Journal of International Law* 159, 2011, 180면.

제25조 제3항의 해석과는 상응하지 않는 것이라는 점을 나타내는 것이다.

한편, 간접적 공동정범의 개념을 제시함에 있어서 공동정범의 법리 및 간접정범의 그것을 기계적으로 결합하는 경우에는, 앞서 Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에서 문제가 된 간접적 공동정범의 유형과 관련해서 지적된 문제점들, 즉 공동정범의 법리가 당해 범죄의 실체적 요소가 아니라 공통의 계획에 초점을 맞추고 있는 점, 범행지배설에 따르면 범죄를 계획하는 단계에서의 기여자에게도 정범성을 부여하게 됨으로써 당해 범죄의 실체적 요소에 대해서는 지배력을 행사하지 않는 자에게도 정범성을 부여하게 되는 점 등은 간접적 공동정범의 법리에 관해서도 그대로 제기될 수밖에 없다.<sup>216)</sup>

## 2. 로마규정 제21조와의 관계

로마규정 제22조에 따른 법률주의는, 범죄의 혐의를 받아 기소될 당시에 당해 범죄를 규정하는 법률이 존재할 것을 요구하는 것이다. 한편, 로마규정 제21조에 따르면, ICC에서의 재판에 관해서는 로마규정이 제1차적 법원(法源)으로서 적용되고, 적용가능한 조항이 로마규정에 존재하지 않는 경우에는 조약 및 국제법의 원칙과 규칙이 적용되며, 나아가, 적용가능한 국제법의 일반원칙도 없는 경우에는 각국의 국내법 체계로부터 도출된 법의 일반원칙에 의존하게 된다. 그와 같이 보면, 범죄의 성립요건 혹은 이에 관한 법리의 적용에 있어서 이상에서 언급한 그 어느 법원(法源)도 근거를 제공하지 않는다면, 제22조에 의해 요구되는 바로서, 법률이 존재한다고 할 수 없게 된다.<sup>217)</sup> 그와 같은 관점에서, 간접적 공동정범의 법리를 적용하는 것이 로마규정 제21조와 상응하는 것인지를 판단하기 위해서는, 그것이 국제법의 일반원칙 또는 각국의 국내법 체계로부터 도출된 일반원칙에 따른 것인지가 판단되어야 할 것이다.

로마규정 제21조 제1항 (b)에서 말하는 ‘국제법의 일반원칙’은 국제사법재판소(International Court of Justice: ICJ) 규정 제38조에 따라 인정되는 국제관습법 및

216) Ambos, “Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision”, 22 *Leiden Journal of International Law* 715, 2009, 715면.

217) Giamanco, “The Perpetrator Behind the Perpetrator: A Critical Analysis of the Theory of Prosecution Against Omar Al-Bashir”, 25 *Temple International and Comparative Law Journal* 217, 2011, 217면 이하.

법의 일반원칙, 즉 ‘문명국가가 인정하는 법의 일반원칙’을 의미하는 것으로 해석된다<sup>218)</sup>. 국제관습법상의 원칙은, 국제형사법의 관점에서는, 국제형사법정의 일관된 적용을 통해 발전하는 것이다. 그와 같이 보면 ICTY 및 ICTR에서 적용된 JCE의 관념은 국제관습법으로 여겨질 수 있다.<sup>219)</sup> 그와는 달리 간접적 공동정범의 법리는, 그것이 JCE의 관념과는 준별되는 것인 한에서는, 과거 그 어느 국제형사법정에 의해서도 적용된 바가 없는 것으로서, 그 한에서는 국제관습법상의 원칙은 아니라고 보아야 할 것은 아닌지가 문제가 된다. 한편, 간접적 공동정범의 법리가 로마규정 제21조 제1항 (b)에서 말하는 ‘문명국가의 법의 일반원칙’이라고 할 수 있는 것인지, 혹은 ‘각국의 국내법 체계로부터 도출된 일반원칙’이라고 할 수 있는 것인지에 관해서도 의문이 제기된다. 그러한 원칙으로서 인정되기 위해서는 그것이 대다수 국가에서 인정되고 적용되는 원칙이어야 할 것이다. Katanga and Chui 사건에서 예심재판부는, 간접적 공동정범의 법리가 국내법에서 점점 더 많이 인정되고 있는 점을 근거로 해서 그 채용을 정당화했다.<sup>220)</sup> 그런데 그 법리가 적용되고 있는 국가는 독일, 아르헨티나, 페루, 스페인 등 몇몇 국가에만 그친다는 점이 지적된다.<sup>221)</sup> 그 점에서 보면 그 법리의 적용이 보편적이라고 보기는 어려울 것이고, 따라서 그 법리를 법의 일반원칙으로 간주하는 것은 무리라고 볼 수 있다. 그와 같이 간접적 공동정범의 법리가 국제관습법상의 원칙도 아니고 법의 일반원칙도 아니라면 결국 그것은 로마규정 제21조 제1항 (b) 및 (c)와 상응하지 않는 것이다. 또한, 간접적 공동정범의 법리가 로마규정 제21조와 상응하지 않는 것이라면, 그 결과로서 제22조와도 상응하지 않는 것이다. 그 법리는 당해 피고인이 법정에 섰을 당시 로마규정에는 존재하지 않는 것이었기 때문이다. 한편, 로마규정 제21조가 규정하고 있는 적용법의 우선순위를 감안한다면, 간접적 공동정범에 대한 규율의 흠결에 있어서는 각국의 국내법 체계에 존재하는 일반원칙에

218) Ambos, *Treatise on International Criminal Law - Volume 1: Foundations and General Part*, 2013, 74면.

219) Danner/Martinez, “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, 93 *California Law Review* 75, 2005, 98면.

220) Prosecutor v. Mathhieu Ngudjolo Chui, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 18 December 2012, para. 498 이하.

221) Weigend, “Perpetration through an Organization”, 9 *Journal of International Criminal Justice* 91, 2011, 105면.

의존하기에 앞서 기존의 국제관습법을 적용하는 것을 검토했어야 할 것이라는 점도 지적된다.<sup>222)</sup>

## 제5절 | 간접적 공동정범의 법리와 개인책임의 원칙

자신이 인적으로 관여하거나 어떤 식으로든 참여한 행위에 대해서만 책임을 지는 것을 일컬어 개인책임의 원칙이라고 하며,<sup>223)</sup> 이러한 법리는 국제법상으로도 여전히 의미를 잃지 않는 것이다. 간접적 공동정범의 법리에 관해서는 그것이 개인책임의 원칙과 조화될 수 있는 것인지의 문제가 제기된다. 간접적 공동정범의 법리가, 범죄의 실행과는 물리적으로 멀리 떨어져 있는 점에서 그것에 ‘인적으로 관여’했다거나 ‘참가’했다고 볼 수 없는 경우에도 그것에 대한 책임을 지게 하는 것이 아닌지가 문제가 되는 것이다.<sup>224)</sup>

### 1. Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에 있어서의 간접적 공동정범의 경우

Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에 있어서의 간접적 공동정범의 경우에는 간접적 공동정범의 법리를 구축하는 개념으로서의 공동정범과 간접정범의 객관적 요건 및 주관적 요건이 대체로 충족된다. 그 점에서 로마규정 제25조 제3항(a)에 따른 공동정범에 해당하는 동시에 간접정범에도 해당하는 것이다.

Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에 있어서의 간접적 공동정범의 유형에 해당하기 위해서는, 피고인이 공통의 계획에 참여하고 있고 그 이행에 본질적인 기여를 제공하는 것이 요구된다. 공통의 계획은 그 자체로서는 범죄에 관한 것일

222) Giamanco, “The Perpetrator Behind the Perpetrator”, 25 *Temple International and Comparative Law Journal* 217, 2011, 234면.

223) ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadić, Judgement, 15 July 1999, para 191.

224) Ambos, “Remarks on the General Part of International Criminal Law”, 4 *Journal of International Criminal Justice* 660, 2006, 669면 이하.

필요는 없지만 ‘범죄성의 요소(element of criminality)’를 포함하고 있어야 한다.<sup>225)</sup> 그런데 공통의 계획이 그 자체로서는 범죄에 관한 것이 아닌 경우에는 그러한 ‘범죄성의 요소’가 포함되어 있는지를 판단하기는 쉽지 않다. 기껏해야 범죄성이 예측될 수야 있겠지만 예측가능성의 의미는 관점에 따라 다양하게 파악될 수 있는 것이므로, 그것이 구체적으로 무엇을 말하는지 그리고 범죄의 실행이 어느 시점에서 예측가능한 것이야 하는지가 문제가 된다. 요컨대, 그 판단은 매우 주관적일 수밖에 없는 것이다.<sup>226)</sup> 이러한 비판은 다음과 같이 설명된다.

X, Y, Z는 외국 점령하에 있는 콩고의 K지역에서 해방운동을 하는 무장단체의 지도자들이다. 그들은 외국 군대를 공격하기 위해 그들이 각각 이끄는 단체를 동원함으로써 그 지역을 ‘해방하는’ 공통의 계획을 세웠다. 그 지역을 장악하는 과정에서, 그들이 이끄는 단체는 광범위한 인권침해를 자행한바 이는 인도에 반하는 죄에 해당하는 것이었다. 그 지역을 ‘해방하는’ 계획은 그 자체로서는 범죄적 계획이 아니다. 그 계획을 사전적(事前的)으로(ex ante) 관찰하면, 여기에 ‘범죄성의 요소’가 존재한다고 보기는 어렵다. 책임의 근거는 공통의 계획의 이행을 사후적(事後的)으로 관찰한(ex post facto) 결과에 의해 마련되는 것이다. 이러한 추론에 기초해서, 그 지도자가 실제로 공통의 계획에 인적으로 관여함으로써 그 이행을 조종하고 용이하게 했다고 주장할 수는 있지만, 그가 범죄행위에 인적으로 관여했다고 말하기는 쉽지 않을 것이다.<sup>227)</sup>

그러한 문제점은 ICC의 판례에서 발견된다. Lubanga 사건에서, Lubanga는 젊은이들을 FPLC<sup>228)</sup> 대원으로 모집해서 콩고민주공화국 Ituri 지역에서의 전쟁을 촉진하는 공통의 계획에 참여한 혐의를 받았는데, 예심재판부는 그 계획이 로마규정에 위반하는 바로서 15세 미만의 아동을 특정해서 모집한 것은 아니었던 점에서 그 자체로서는 범죄적인 것이 아니었지만, ‘사건의 통상적인 경과에 있어서(in the normal course

225) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 330 이하.

226) Danner/Martinez, “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, 93 *California Law Review* 75, 2005, 106면.

227) Militello, “The personal nature of individual criminal responsibility and the ICC statute”, 5 *Journal of International Criminal Justice* 941, 2007, 950면.

228) Forces Patriotiques pour la Libération du Congo.

of events) 그 계획의 이행은 15세 미만의 아동을 모집하게 될 객관적인 위험을 수반하는 것'이라고 지적했다.<sup>229)</sup> 이와 유사하게 Bemba 사건에서도, 문제가 된 공통의 계획은 MLC와의 투쟁에 있어서 병참 지원의 제공을 수반하는 것이었으며 그 자체로서는 범죄적 계획이 아니었다.<sup>230)</sup> Lubanga 사건에서 피고인 측은, 앞에서 언급한 것처럼, 그 계획이 그 자체로서는 범죄적인 것이 아니었던 점을 주장했다. 즉, 로마규정 제25조 제3항 (a)가 예정하고 있는 정범으로서의 범행가담형태는 범죄 그 자체에의 '인적이고 직접적인' 참가('personal and direct' participation in the crime itself)를 요구하는 것이고, 이는 당해 범죄에 참가하는 적극적인 행위의 증명을 요하는 것이라고 주장했다.<sup>231)</sup> 또한, 국제형법상 공동정범의 범리가 공통의 계획이 존재하는 것을 요하는 것이기는 하지만, 공통의 계획이라는 것이 단지 '범죄성의 요소'를 포함하는 것으로 족한다고 보는 것은 공동정범의 객관적 요건을 모호하게 하고 그 귀책형식에 관해 법적 불명확성을 야기하게 되는 점을 지적했다.<sup>232)</sup> 나아가, 그 자체로서는 범죄적이지 않은 공통의 계획에 참여하는 것이 범죄의 실행을 조장하는 여건을 형성하는 것인 점에서 비난받을 만한 것이라고 하더라도 그것만으로는 로마규정 제25조 제3항 (a)에 따른 행위자의 책임을 인정함에 있어서 요구되는 기준을 충족하는 것은 아니라고 주장했다.<sup>233)</sup>

Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에 있어서의 간접적 공동정범의 유형은, 피고인이 사건 당시에 명령의 자동적인 준수를 확보하는 데에 필요한 지배력을 가지고 있는 것을 증명할 충분한 증거가 없는데도 그에게 간접적 공동정범의 책임을 물을 수 있도록 하는 것이라는 점도 지적된다. 이러한 문제점은 Al-Bashir 사건에서 Ušacka 판사에 의해 제시된 것이기도 하다. Al-Bashir 사건은 수단 정부의 대통령이자 육군 사령관인 Omar Al Bashir가 남부의 반란에 대응하기 위한, 그 정부의 다른 지도자들과의 공통의 계획을 실행하기 위해 그들과 함께 행동한 사실이 문제가 된 것이었

229) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 337.

230) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), 15 June 2009, para. 45.

231) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Closing submissions of the Defence, 15 July 2011, ICC-01/04-01/06-2773-Red-tENG, para. 66.

232) Ibid, para. 79.

233) Ibid, para. 79.

다.<sup>234)</sup> Ušacka 판사는 그 사실에 관해 “나는 지배력의 거점에 관한 이슈, 즉 그러한 지배력이 실제로 온전히 Omar Al Bashir에게 있었는지, 각자가 당해 범죄의 실행을 좌절시킬 힘을 가지고 있는 자로서 그러한 지배력을 공유하고 있었는지에 관한 아무런 증거를 발견하지 못했다”는 의견을 제시했다.<sup>235)</sup>

간접적 공동정범의 법리는 관여자 사이의 다양한 역학관계와 관여의 형태 내지는 정도에 있어서의 다양성을 충분히 고려하지 못하고 있다고 생각될 여지가 있다. 그 결과로서, 개인의 행동보다는 집단의 그것에 초점을 맞추는 것이라고 평가될 수도 있는 것이다. 개인책임의 원칙을 유지하기 위해서는, 조직에 대한 지배력이 타인과 함께 행사되는 사안, 특히 그 지배력이 분산되어 있는 사안에서는, 당해 피고인이 개인으로서 그 명령의 자동적인 준수를 확보할 능력을 갖추고 있는지를 살펴볼 필요가 있다.<sup>236)</sup> 간접적 공동정범의 법리가 그 점에 대한 통찰을 소홀히 하는 것인 한에서는 개입책임의 원칙을 훼손하는 것이라고 평가될 수밖에 없을 것이다. Al-Bashir 사건에서, Al Bashir는 대통령이자 군통수권자로서 정부조직의 부하들에 대해 그의 명령이 자동적으로 준수될 수 있도록 하는 지배력과 권한을 가지고 있었고, 공통의 계획에 참여한 다른 지도자들의 기여는 본질적인 것이 아니었던 점에서 공동의 범행지배는 존재하지 않았다고 본다면,<sup>237)</sup> Ušacka 판사가 지적한 것처럼, 그에게 간접적 공동정범이 아니라 단순히 간접정범으로서의 귀책형식을 인정하는 것이 적절했는지도 모른다. 이에 대해서는, Al Bashir에게 간접적 공동정범으로서의 귀책형식이 인정된 것은, 그가 군통수권자로서가 아니라 현직 대통령으로서 군대에 대한 필요한 지배력을 행사할 능력을 갖추고 있었던 점이 충분히 증명될 수 없었기 때문이라는 점이 제시된다.<sup>238)</sup> 그런데 그와 같이 보면, 간접적 공동정범의 법리가 조직에 대한 지배력의 정도

234) 사건의 개요 및 절차의 경과에 관해서는, 박경규, “간접정범의 공동정범? - 국제형사재판소 (ICC) 판례와 독일 및 국내의 논의를 중심으로 -”, 형사법연구 제29권 제4호, 2017, 45면 이하.

235) Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, ‘Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka’, para. 104.

236) Ohlin, “Three Conceptual Problems with the Problems of the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, 5 *Journal of International Criminal Justice* 69, 2007, 88면.

237) Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, 2008, 329면.

238) Ssenyonjo, “The International Criminal Court Arrest Warrant Decision for President Al Bashir of Sudan”, 59 *The International and Comparative Law Quarterly* 205, 2010, 216면.

가 높지 않은 개인에게 정범으로서의 책임을 지게 하는 것이고, 그 점에서 개인책임의 원칙을 훼손하는 것이 되고 만다.<sup>239)</sup>

## 2. Katanga and Chui 사건 및 Bemba 사건 등에 있어서의 간접적 공동정범의 경우

Katanga and Chui 사건 및 Bemba 사건 등에 있어서의 간접적 공동정범의 사안은 사실상으로는 공동정범 및 간접정범 각각의 요건들이 모두 충족되지 않고 있는 경우다. 즉, 개인이나 조직에 대해 지배력을 행사하지 않는 공범자가 간접정범으로 평가됨으로써 간접적 공동정범으로서의 책임을 지는 점이다. 이는, 당해 피고인이 공통의 계획에 참여했고 그 이행에 본질적인 기여를 제공했다는 점을 기반으로 하는 것이다. 그런데 실제로 수행된 범죄가 그 공통의 계획에 속하지 않는 경우가 문제가 된다. 특히 간접적 공동정범의 법리가 범죄의 주관적 요소로서 미필적 고의를 수용하는 때에는 JCE의 제3유형 내지는 대리책임을 인정하는 것보다 다르지 않게 된다는 점이 지적된다.<sup>240)</sup> JCE의 제3유형에 대해서는, 특히 그것이 법률주의를 훼손하는 것인 점에 대해서는 많은 비판이 제기되었다. 그런데 JCE의 제3유형에 해당하는 상황이 간접적 공동정범의 법리를 적용함에 있어서 미필적 고의를 인정함으로써 초래되는 점에서, JCE의 제3유형에 대한 비판이 그대로 간접적 공동정범에 대해서도 타당할 수 있게 된다.<sup>241)</sup>

JCE의 제3유형은 ICTY 및 ICTR에서 인정된 것으로서, 그 관념에 따르면, 개인은 집단의 구성원에 의한 범죄의 실행에 관해, 그것이 공통의 계획에 속하지 않는 것일 때에도, 책임을 질 수 있게 된다.<sup>242)</sup> 즉, 그 범죄의 실행이 공통의 계획을 이행함에 있어서 당연히 예측될 수 있는 결과이고, 따라서 그러한 가능성을 용인했다면 그 범죄에 대한 책임을 진다는 것이다.<sup>243)</sup> 그와 같은 사정 하에서 미필적 고의가 인정된

239) Giamanco, "The Perpetrator Behind the Perpetrator", 25 *Temple International and Comparative Law Journal* 217, 2011, 234면.

240) Ohlin/van Sliedregt/Weigend, "Assessing the Control-Theory", 26 *Leiden Journal of International Law* 725, 2013, 739면.

241) Ibid, 739면.

242) Cassese, *International Criminal Law*, 2007, 168면.

243) Ohlin/van Sliedregt/Weigend, "Assessing the Control-Theory", 26 *Leiden Journal of*

다면, 공범자의 부하가 실행한 범죄에 관해, 그 부하에 대해서는 지배력을 가지고 있지도 않고 그 부하의 행위가 공동의 계획에 속한 것이 아니더라도, 그 범죄에 관해 정범으로서의 책임을 지게 된다는 것이다.<sup>244)</sup> 이에 대해서는 JCE의 제3유형에 대해서와 마찬가지로, 온전한 고의에 근거해서가 아니라 단지 위험에 대한 예견가능성에 근거해서 책임을 인정하는 것이라는 비판이 가해진다. 또한, 그와 같은 방식으로 책임이 인정되는 결과로서, 당해 범죄의 실행을 사실상으로는 의도하지 않은 자도 그 공모자 내지는 공범자 - 그 부하를 이용해서 당해 범죄를 실행하고 이에 대한 확정적이고 직접적인 고의를 가진 자인 점에서는 보다 더 많이 비난받아야 할 자 - 와 동일하게 정범으로서의 책임을 지게 되는 점도 책임원칙과의 관계에서 부당한 것으로 인식된다.<sup>245)</sup>

Katanga and Chui 사건 및 Bemba 사건 등에 있어서의 간접적 공동정범의 유형은 로마규정 제30조의 규정과도 상응하지 않는다는 점이 지적된다.<sup>246)</sup> 로마규정 제30조는 범죄의 주관적 요소로서의 범의 내지는 고의에 관한 것이다. 즉, 형사책임이 인정되기 위해서는 범죄의 객관적 요소에 대한 '의도와 인식'이 필요하다. 이는 다름 아니라 개인책임의 원칙이 관철되도록 하기 위한 것이다.<sup>247)</sup> 그런데 Katanga and Chui 사건 및 Bemba 사건 등에 있어서의 간접적 공동정범의 유형에 해당하는 사안에 관해 미필적 고의를 인정함으로써 야기되는 문제상황은 그와 같이 개인책임의 원칙을 관철하기 위해 요구되는 주관적 요소로서의 인식 없이도 유죄의 판결을 받을 수 있게 하는 것인 점에서 개인책임의 원칙을 훼손하게 된다는 것이다.<sup>248)</sup>

---

*International Law* 725, 2013, 739면.

244) Ibid, 740면.

245) Ibid, 740면.

246) Ibid, 740면.

247) Werle/Jessberger, "‘Unless Otherwise Provided’: Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law", 3 *Journal of International Criminal Justice* 35, 2005, 36면.

248) Ambos, "Remarks on the General Part of International Law", 4 *Journal of International Criminal Justice* 660, 2006, 673면. ; Ohlin, "Three Conceptual Problems with the Problems of the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", 5 *Journal of International Criminal Justice* 69, 2007, 83면.

## 제6절 | 정리 및 전망

### 1. 간접적 공동정범의 법리에 관해 제기되는 문제점

간접적 공동정범의 법리는 로마규정 제25조 제3항 (a)가 예정하고 있는 공동정범의 법리와 간접정범의 그것이 결합되어 발전된 것이다. 그것이 처음으로 적용된 것은 Katanga and Chui 사건이었으며, 이어서 Al-Bashir 사건, Bemba 사건, Kenyatta and Muthaura 사건 등에도 적용되었다. 이들 사건에서 간접적 공동정범의 법리가 적용된 사실관계가 반드시 같지는 않다. 다만, 대체로는 두 가지의 형태로 관념화하는 것이 가능하다고 본다.

Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에서 관념화된 간접적 공동정범의 유형은 공동정범의 요건과 간접정범의 요건이 사실상 모두 충족되는 사안에서 인식되는 것이다. 따라서 그와 같이 로마규정이 예정하고 있는 각 범행가담형태 해당하는 요소를 기초로 하는 형식으로서의 간접적 공동정범도 여전히 로마규정이 예정하고 귀책형식에 해당하는 것이라고 할 수 있으며, 그 점에서 법률주의에 따른 엄격한 해석의 원칙과 상응하는 것이라고 볼 수 있다. 그런데 Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에서 관념화된 간접적 공동정범의 유형에서 각 피고인에게 정범으로서의 귀책이 행해지는 것은 그들이 공통의 계획을 수행하는 데에 본질적인 기여를 한 점을 근거로 하는 것이다. 이와 관련해서 ICC의 예심재판부는 Lubanga 사건에서 목적론적 논증을 통해 간접적 공동정범의 법리를 구축했다. 그와 같이 보면, Kenyatta and Muthaura 사건 및 Al-Bashir 사건에서 관념화된 간접적 공동정범의 유형은 법의 해석 내지는 발견으로서의 법의 개발(development of the law)에 해당하는 것이다. 대체로 모든 법규정이 그러하듯이 로마규정도 법관의 해석을 요하는 부분을 포함하고 있으며, 그 점에서 그러한 법의 개발은 불가피한 것이라고 볼 수 있다. ICC의 재판에 관한 제1차적 법원(法源)으로서의 로마규정은, 각국의 국내법과 비교해보면, 여전히 발전의 초기 단계에 있다고 할 수 있으며, ICC로서는 각 조항의 의미를 밝히고 불확정적인 개념을 분명히 하기 위해 어느 정도의 재량권을 가질 수밖에 없고, 이를 통해 구체적 사실에 관해 타당한 법리를 발견하고 개발해야 한다.<sup>249)</sup> 그와 같은 관점에서,

공동정범의 개념과 간접정범의 그것을 결합하는 범행가담형태 내지는 귀책형식이 로마규정에 의해 인정되는 것인지는 그 해석의 문제에 속하며, 이에 관해 재판부는 재량권을 가진다고 할 수 있다. 그와 같이 보면, *Kenyatta and Muthaura* 사건 및 *Al-Bashir* 사건에서 관념화된 간접적 공동정범의 유형은 여전히 로마규정 제25조 제3항의 가능한 해석의 범위 내에 있다고 볼 수 있으며, 그 한에서는 법률주의와 상응하는 것이다. 그런데 그 점은 어디까지나 간접적 공동정범의 개념적 구성요소를 이루는 공동정범의 법리 및 간접정범의 법리가 법률주의와 상응하는 것이라는 점을 전제로 하는 것이다. 이와 관련해서, 공동정범의 법리와 간접정범의 그것에 대해서는 각각 법률주의와의 관계에서 의문이 제기된다. 공동정범의 법리에 관해서는, 피고인의 답책성을 판단함에 있어서 당해 범죄의 실체적 요건의 충족을 문제로 삼기보다는 공통의 계획에 참여한 점을 문제로 삼는 점이 지적된다. 문제가 되는 것은, 공통의 계획이 그 자체로서는 범죄에 관한 것이 아닌 사안이다. 그 경우에 공동정범의 법리는 그 자체로서는 범죄에 해당하지 않는 공통의 계획에 참여하는 행위를 범죄화하는 것으로서, 그 점에서 로마규정 제25조 제3항 (a)의 엄격한 해석과 상응하지 않고 이로써 법률주의를 훼손하게 된다는 것이다. 한편, 간접정범의 법리에 관해서는, 그것이 이른바 조직에 대한 범행지배에 대해서도 (간접)정범성을 인정하는 것인 점에서 개인 책임의 원칙을 벗어나는 점이 지적된다. 로마규정 제25조 제3항 (a)는 어디까지나 '타인을 통한 범죄의 실행'을 명시적으로 요구하고 있으며 '조직을 통한 범죄의 실행'을 증명함으로써 그것이 인정될 수 있다고 보는 것은 확대해석이라는 것이다. 한편, 범행지배설에 따른 공동정범의 법리 및 간접정범의 그것에 대해 법률주의의 관점에서 제기되는 의문은 개인책임의 원칙과 관련해서도 의미를 가진다. 공동정범의 법리에 관해서는, 공통의 계획이 그 자체로서는 범죄에 관한 것이 아니어도 그것에 참여한 개인으로 하여금 정범으로서의 책임을 지도록 하는 것은 개인책임의 원칙을 훼손한다는 점이다. 간접정범의 법리에 관해서는, 조직에 대한 지배력의 행사와 관련해서 그 거점이 되는 타인이 구체적으로 입증되지 않더라도 '타인에 대한 지배'로서의 귀책형식을 인정하는 것이 마찬가지로 책임원칙과의 관계에서 타당하지 않다는 것이다.

249) Shahabuddeen, "Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?", 2 *Journal of International Criminal Justice* 1007. 2004, 1017면.

Katanga and Chui 사건 및 Bemba 사건 등에서 관념화된 간접적 공동정범의 유형은 피고인의 행위가 엄밀히 말해서 사실상으로는 간접정범의 요건을 충족하지 못하고 공동정범의 그것도 충족하지 못하는 것이다. 그와 같이 보면, 그러한 간접적 공동정범의 유형은 로마규정이 예정하지 않고 있는 범행가담형태로서, 이를 인정하는 것은 새로운 귀책형식을 창설하는 것이다. 그 점에서 그러한 간접적 공동정범의 유형에 대해서는, 법해석의 한계를 벗어나는 것으로서 법률주의의 요청에 부합하지 않는 것이라는 점이 지적된다. 바꾸어 말하면, 그러한 간접적 공동정범의 유형을 인정하는 것은 사법(司法)의 영역에 속하는 것이 아니라 입법의 과제 내지 정책의 역할에 속한다는 것이다. 한편, 개인책임의 원칙과 관련해서 그러한 간접적 공동정범의 유형에 대해서는, 적지 않은 문제점을 안고 있다고 평가되는 JCE의 제3유형에 대한 비판이 마찬가지로 제기될 수 있는 점이 지적된다.

## 2. Ntaganda 사건에 대한 결정의 시사점

ICC의 제1심재판부VI는 2019년 7월 8일, 2002~2003년 콩고민주공화국의 Ituri 지역에서 자행된 18건의 전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 관해 Ntaganda에게 유죄를 선고했다.<sup>250)</sup> 재판부는 UPC(콩고애국연합)<sup>251)</sup>와 그 군사조직인 FPLC가 2002년 8월 6일경부터 2003년 12월 31일경까지 콩고민주공화국의 Ituri 지역에서 발생한 비국제적 무력충돌에 관여한 사실을 인정했다. 또한, 민간인에 대한 UPC 및 FPLC의 행위는 민간인을 표적으로 하는 이미 계획된 전략의 의도된 결과였으며, 그러한 범죄는 UPC 및 FPLC의 정책에 따라 행해진 것이었다고 보았으며, Ntaganda는 UPC 및 FPLC에서 매우 중요한 군사적 기능을 수행했다고 판단했다. 그 점과 관련해서 재판부는 Ntaganda에게 인도에 반하는 죄(살인 및 살인미수, 강간, 성노예화, 박해, 강제이송 및 추방)와 전쟁범죄(살인 및 살인미수, 민간인에 대한 고의적 공격, 강간, 성노예화, 민간인 추방 명령, 15세 미만 아동을 무장단체에 징집해서 군사행동에 적극적으로 가담시킨 행위, 보호대상에 대한 고의적 공격, 상대방 재산의 파괴)에 관해 유죄를

250) Ntaganda에 대한 재판은 2015년 9월 2일에 개시되었으며 2018년 8월 28~30일에 최종진술이 행해졌다.

251) Union des Patriotes Congolais.

선고한 것이다. 당시 재판부는 모든 공소사실이 입증되었다고 보이지는 않았지만, 18개의 피의사실에 관해서는 적어도 부분적으로는 합리적인 의심의 여지가 없이 증명되었다고 보았다.<sup>252)</sup> 재판부는 Ntaganda가 인도에 반하는 죄로서의 살인과 전쟁범죄로서의 살인 및 인도에 반하는 죄로서의 박해의 세 가지 혐의의 일부에 대해서는 직접정범으로서의 책임이 있다고 보았으며, 그 나머지 일부에 대해서는 간접적 공동정범으로서의 책임이 있다고 보았다. 2021년 3월 30일, ICC의 상소심재판부는 제1심 재판부VI의 결정을 다수결로 확정했다. Ntaganda는 간접적 공동정범으로서의 죄책을 인정한 제1심재판부의 결정에 대해 항변했지만, 상소심재판부는 이를 받아들이지 않았다. 상소심재판부는 5명의 판사들(Howard Morrison(주심판사), Piotr Hofmański, Luz del Carmen Ibáñez Carranza, Solomy Balungi Bossa 및 Chile Eboe-Osuji)로 구성되었는데, 그 판단에는 간접적 공동정범의 개념 및 요건에 관한 별개의견 및 보충의견이 첨부되었다.

Ntaganda에 대한 유죄판결의 근거가 된 법리 가운데 특히 관심의 대상이 되는 것이 간접적 공동정범, 즉 조직화된 권력구조(Organized Structure of Power: OSP)를 통한 간접적 공동정범이다. 상소심재판부 판사의 다수는 제1심재판부의 유죄판결과 양형선고를 타당한 것으로 보았는데, 그 근거가 된 간접적 공동정범의 법리에 관해서는 견해의 차이가 있었다. 즉, 상소심재판부 판사 5명 가운데 3명은 간접적 공동정범의 논점에 관해 별개의견을 제시한 한편, Morrison 판사와 Eboe-Osuji 판사는 각각 간접적 공동정범의 귀책형식이 로마규정 제25조 제3항 (a)의 잘못된 해석에서 비롯된 것이라는 데에 동의했다.

Morrison 판사는, Lubanga 사건에서의 Fulford 판사의 반대의견과 Katanga and Chui 사건에서의 Van den Wyngaert 판사의 반대의견을 상기시키면서, 로마규정 제 25조 제3항이 범행지배설을 뒷받침하지도 않을뿐더러 책임의 정도에 관한 단계적 관점을 뒷받침하지도 않는다는 그들의 의견을 제시했다.<sup>253)</sup> 그에 따르면, 이론의 복잡

252) 사건의 개요 및 절차의 경과에 관해서는, 김선화, “전쟁범죄에서 피해자의 적성(enemy character)과 일본군 위안부 문제 - 국제형사재판소의 Ntaganda 사건을 중심으로 -”, 서울대학교 법학 제62권 제2호, 2021, 162면 이하.

253) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled ‘Judgment’ - Separate opinion of Judge Howard Morrison on Mr Ntaganda’s appeal, 30 March 2021,

성으로 인해 그 이론이 탄력적으로 적용될 수 있고, 그 결과로서, Roxin이 상정하는 위계적 권력구조만큼 밀접하게 조직화되어 있지 않은 단체에, 그러한 단체를 통해 행해진 범죄에 대한 지배력을 가지고 있는지가 분명하지 않은 자에게 형사책임이 광범위하게 확장될 수 있는 것이라면, ICC로서는 간접적 공동정범의 법리를 적용하는 것을 단념해야 할 것이라고 보았다.<sup>254)</sup> 다만, Morrison 판사도 유죄판결 그 자체에 대해서는 동의했다.<sup>255)</sup> 또한, Eboe-Osuji 판사는 독일의 형법이론으로부터 범행지배설을 국제형법에 도입하는 것을 비판한다. 이러한 비판은 이미 Lubanga 사건 및 Katanga and Chui 사건에서도 행해진 것이다. 그는 책임의 정도에 관한 단계적 관점을 채용하지 않은 경우로서 Bemba 사건을 언급하면서, Ntaganda에 대한 간접적 공동정범으로서의 유죄판결에는 동의하지 않는다는 의견을 제시했다.<sup>256)</sup> 한편, 페루 출신의 Ibáñez 판사는, 간접적 공동정범 및 범행지배설의 채용을 정당화하기 위해 ICC의 초기의 판례에서 제시된 점들을 다수 재론하면서, 간접적 공동정범을 지지하는 별개의견을 제시했다. 페루의 형법은 독일법의 영향을 많이 받았고 특히 정범과 공범을 구분하는 Roxin의 범행지배설을 채택하고 있다. 그녀의 견해에 따르면, 범행지배설과 간접적 공동정범의 법리는 국제범죄를 주도한 자들의 책임을 포착하는 가장 적절한 방법이다.<sup>257)</sup>

간접적 공동정범의 개념은 앞서 언급한 일련의 사건 외에도 Gbagbo and Blé Goudé 사건<sup>258)</sup> 및 Ongwen 사건<sup>259)</sup> 등에서 등장하고 있다. 앞으로도 그 법리는 ICC의 재판에서 기소의 주된 논거 내지는 주효한 소추전략으로 사용될 것으로 보인다. 그런데 그 법리가 결과적으로는 JCE의 법리와 유사한 상황을 초래하는 것으로서,

---

ICC-01/04-02/06-2666-Anx2, para. 3.

254) Ibid, para. 17.

255) Ibid, para. 2.

256) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor - Partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji, 31 March 2021, ICC-01/04-02/06-2666-Anx5-Corr, para. 96 이하.

257) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor - Separate opinion of Judge Luz Del Carmen Ibáñez Carranza on Mr Ntaganda's appeal, 30 March 2021, ICC-01/04-02/06-2666-Anx3, para. 223 이하.

258) Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, Reasons of Judge Geoffrey Henderson, 16 July 2019, ICC-02/11-01/15, ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red.

259) Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Judgment, 4 February 2021, ICC-02/04-01/15-1762-Red.

조직 내지는 단체에 의해 행해진 범죄에 대해 개인의 책임을 인정하는 것이라고 의심 받을 수 있는 한에서는, 그 이론에 대한 피고인 내지는 변호인 측으로부터의 항변 내지는 반격도 계속될 것으로 보인다. 그러한 문제상황과 관련해서, Morrison 판사가 자신의 별개의견에서 지적하고 있는 것처럼, 간접적 공동정범의 개념이 개인의 형사 책임을 공정하게 표시하기보다는 사실과 사건에 잘못된 꼬리표를 붙이는 데에 기여하는 것은 아닌지에<sup>260)</sup> 대한 검토가 요구된다고 본다. 이는 간접적 공동정범의 관념이 기초하는 범행지배설에 대한 검토를 필요로 하는 것이기도 하다.

### 3. 범행지배설에 대한 비판과 그 과제

ICC의 관할대상이 되는 대규모의 조직적인 국제범죄에서 도의적인 관점에서는 최상층부의 지도자 내지는 지휘자가 주된 형사책임을 져야 할 것으로 생각되는데, 그 지도자 내지는 지휘자와 실제로 범죄를 몸소 행한 자 사이에는 다수의 개인이 존재하는 사정 등이 있는데도, 그 지도자 내지는 지휘자를 정범으로 함에 있어서 하등의 적극적인 행위를 요구하지도 않고 더욱이 주관적 요건에 있어서마저 미필적 고의로 족하다고 한다면, 당해 범죄를 행한 조직의 지도자 내지는 지휘자는 그러한 지위에 있는 것만으로도 모두 정범이 되는 것은 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 가령 공통의 계획에 참여한 수인의 지도가 가운데 가장 지위가 높은 자가 실은 범죄의 주모자가 아니었던 경우에도 그 최고위자가 정범이 될 수 있다는 것이다.<sup>261)</sup> 그러한 경우에 그 지도자는 자신의 ‘행위’로 인해서가 아니라 자신의 ‘지위’로 인해서 정범이 되는 것이라고 생각될 수 있으며, 이는 개인책임의 원칙에 반하는 것이다.<sup>262)</sup>

ICC는 범행지배설에 기초해서, 정범이란 범죄를 행할 것인지의 여부 및 범죄를 어떻게 행할 것인지를 결정하는 자를 말한다고 한다. 그 점에서, 수인이 관여한 범죄의 경우, 그 객관적 요건은 당해 범죄에 관한 공통의 계획에 대한 불가결한 기여라고 하며, 그 주관적 요건은 그러한 상황에 있는 점에 대한 인식이고, 이는 미필적 고의로

260) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor 30 March 2021, para. 41.

261) Ohlin/van Sliedregt/Weigend, “Assessing the Control-Theory”, 26 *Leiden Journal of International Law* 725, 2013, 738면.

262) Ibid, 740면.

도 족하다고 한다.<sup>263)</sup> 이러한 사고방식은 대규모의 조직적인 범죄의 지도자가 형사책임을 져야 할 당국의 지도자인 경우 그 지도자도 역시 정범으로서 처벌될 필요가 있다는 ICTY의 판단을 계수한 것이라고 할 수 있다.<sup>264)</sup> 그런데 그러한 경우 범행지배설에 기초하는 지도자의 처벌이 결코 타인의 범죄행위에 대해서 책임을 지는 것이 아니기 위해서는 과연 어떤 요건이 필요한 것인지가 살펴져야 할 것이다. 즉, ICC가 채용하고 있는 범행지배설에 따라 ‘공통의 계획’ 및 ‘본질적인 기여’라고 하는 추상적인 요건을 만족하는 것만으로 정범을 인정함에 있어서는 그 요건은 엄격하게 해석되고 적용되어야 할 것이다.<sup>265)</sup> 가령 지도자의 (범행)지배 하에 있는 조직의 구성원이 실제로 그 도구로서의 역할을 할 수 있게 한 구체적인 사정이 존재하는지, 또한 그 지도자의 행위가 당해 범죄의 결과가 인과적 측면에서 필연적인 것이 되게 할 정도의 위험성을 가지고 있는 것인지 등이 판단되어야 하는 것은 아닌지가 생각될 수 있다고 본다.<sup>266)</sup> 그와 같은 측면에서 보면, Katanga and Chui 사건에서와 같이, 각각 독립적으로 별개의 조직을 지배해서 상호보완적으로 범죄를 실행한 경우에 관해 간접적 공동정범으로서의 개인책임을 인정하는 것은 행위지배설이 극복해야 할 과제로 남아 있다고 생각된다.

#### 4. 간접적 공동정범의 법리의 보편화?

간접적 공동정범의 법리가 개인의 형사책임에 관한 국제형사법의 발전과정에서 어떻게 자리매김되는지를 생각함에 있어서는 그 법리가 국제법 체계에서 적용되는 범위, 나아가 국내법 체계에는 어떤 영향을 미칠 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다.<sup>267)</sup>

ICC가 채용하고 있는 간접적 공동정범의 법리는 기본적으로는 ICC에서 재판의 대상이 되는 사건에 관해서(만) 적용되는 것이다. 로마규정 제2부(Part 2)는 ‘관할권

263) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 330 이하.

264) Prosecutor v. Katanga and Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, para. 492.

265) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, para. 457.

266) 그와 같은 관점에서의 시론으로서, 박경규, “간접정범의 공동정범? - 국제형사재판소(ICC) 판례와 독일 및 국내의 논의를 중심으로 -”, 형사법연구 제29권 제4호, 2017, 57면 이하.

267) 佐藤宏美, “グローバル・イシューとしての指導者責任”, 世界法年報 第37号, 2017, 77면.

(jurisdiction), 재판적격성(admissibility) 및 적용법규(applicable law)에 관해 규정하고 있으며, 이 부에 속하는 제10조는 “이 부의 그 어떤 조항도 로마규정 이외의 목적을 위해 기존의 또는 발전 중인 국제법 원칙을 제한하거나 그 적용을 방해하는 것으로 해석되어서는 안 된다”고 규정하고 있다. 그렇지만 로마규정 내지 그 해석이 관련 국제관습법의 발전에 사실상 큰 영향을 미칠 수 있는 것은 물론이다. 로마규정이 제시하고 있는 범죄의 정의나 형사책임에 관한 일반원칙은 많은 경우 각각에 대응하는 국제관습법의 내용을 반영한 것이기는 하지만 그렇지 않은 예도 있다. 범행지배설과 이에 기초하는 간접정범의 법리 및 간접적 공동정범의 법리는 그 가운데 하나라고 할 수 있을 것이다. ICC가 채용하고 있는 범행지배설 및 간접적 공동정범의 법리가 장차 국제관습법이나 각국의 국내법에 어떤 변용을 가져올 수 있을 것인지는 알 수 없다.<sup>268)</sup>

형법은 제30조에 “2인 이상이 공동하여 죄를 범한” 경우로서의 공동정범을 규정하고 있는 한편, 제34조 제1항에서는 “어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자”를 간접정범으로서 규정하고 있다. 이와 관련해서 간접적 공동정범이 공동정범의 형태 가운데 하나로서 혹은 그것과 간접정범이 결합된 형태로서 생각될 수 있는 것인지에 관해서는 본격적인 논의가 행해지고 있지는 않다. 그런데 판례 가운데에는 그것을 관념화할 수 있게 하는 법리구성이 존재한다. 즉, 대법원은, “공동정범의 주관적 성립 요건으로서의 공모는 공범자 사이에 직접 또는 간접적으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하다”는 점을 전제로 하면서, “피고인과 원심피고인은 판시 소유권확인서 발급신청인들이 제시한 신청서가 모두 허위의 내용이란 사실을 알면서 그 정을 모르는 동장을 이용하여 허위의 소유권확인서를 작성케 한다는 암묵적인 의사의 연락하에서 각기 그 판시와 같이 그 실행을 분담한 사실을 인정하기에 어렵지 아니하므로 피고인과 원심공동피고인을 공동정범의 관계에 있는 것으로 본 원심의 조처는 정당하고 (...) 공문서의 작성권한이 있는 공무원의 직무를 보좌하는 자가 그 직위를 이용하여 행사할 목적으로 허위의 내용이 기입된 문서초안을 그 정을 모르는 상사에게 제출하여 결재하도록 함으로써 허위공문서를 작성케 하는 경우에는

268) 佐藤宏美, “グローバル・イシューとしての指導者責任”, 世界法年報 第37号, 2017, 77면.

허위공문서작성죄의 간접정범이 성립되고 이와 공모한 자 역시 위 죄책을 면할 수 없다”고 보았다.<sup>269)</sup> 여기에서는 대체로 보면 Ohlin이 분류한 간접적 공동정범의 첫 번째 유형과 세 번째 유형이 포착될 수 있다. 허위공문서작성죄<sup>270)</sup>에 관해서는 그 밖에도, “공무원이 아닌 자가 공무원과 공동하여 허위공문서작성죄를 범한 때에는 공무원이 아닌 자도 형법 제33조, 제30조에 의하여 허위공문서작성죄의 공동정범이 된다”고 한 것이 있는 것처럼,<sup>271)</sup> 그 간접정범의 공동정범이 관념화된다.<sup>272)</sup> 그런데 그 어느 경우에 있어서나 ‘조직에 대한 지배’ 내지는 이른바 ‘정범 배후의 정범’로서의 간접정범과 관계에서 그 공동정범성을 인정한 것은 아니므로, 이를 곧바로 ICC의 판례가 채용하고 있는 간접적 공동정범의 법리와 연결시키는 것은 무리라고 본다.<sup>273)</sup>

269) 대법원 1986. 8. 19. 선고 85도2728 판결.

270) 형법 제227조.

271) 대법원 2006. 5. 11. 선고 2006도1663 판결.

272) 이에 관한 의미 있는 문제제기로서, 박경규, “간접정범의 공동정범? - 국제형사재판소(ICC) 판례와 독일 및 국내의 논의를 중심으로 -”, 형사법연구 제29권 제4호, 2017, 38면 이하.

273) 박경규, “간접정범의 공동정범? - 국제형사재판소(ICC) 판례와 독일 및 국내의 논의를 중심으로 -”, 형사법연구 제29권 제4호, 2017, 63면은, “우리 판례는 허위공문서작성죄에서 간접정범의 공동정범을 인정하고 있는데, 이것은 간접정범과 공동정범이 결합될 수 있다는 것을 전제하고 있는 것”이라고 한다. 또한, “국제형법 및 독일형법과 달리 우리나라 형법은 제34조 제2항을 통해 특수교사·방조의 경우 형을 가중하고 있기 때문에 간접공동정범을 독자적인 정범형태로 인정할 필요가 있다”고 한다. 즉, “수인이 각자 타인을 이용하여 공동으로 범죄를 범할 것을 공모하여 각자 타인을 이용하여 공동으로 범죄를 범하는 경우, 수인이 공동으로 범죄를 범할 것을 공모하였는데, 그 수인 중 1인이 타인을 이용하여 자기의 범행기여 부분을 행하는 것을 다른 공동정범자들도 수인한 경우 또는 수인이 타인(들)을 이용하여 범죄를 범할 것을 공모하였고 공동으로 그 타인(들)을 이용하여 범죄를 범하는 경우를 간접공동정범으로 보아야 한다”는 것이다.(63면 이하) 나아가, “간접공동정범이 가벌성을 확장하는 수단으로 악용되지 않기 위해서는 공동정범과 간접정범의 성립요건을 명확히 할 필요”가 있는 점에서, “본질적 기여행위라는 기준을 구체화하여 공동정범과 교사범 구분을 명확히 할 필요”가 있고, “행위자가 자신이 본질적 기여행위를 분담하여 수행함으로써 사태를 지배한다는 것에 대해 고의를 가지고 행동한 경우에만 공동정범의 고의가 긍정된다는 것을 명확히 할 필요가 있다”고 한다.(64면)



## 제 4 장

국제형사재판소 관할범죄에 관한 이론 및 사례 연구

# 같은 무장집단 구성원에게로 가해진 성폭력범죄에서 전쟁범죄의 성립여부

박 경 규



## 제4장

# 같은 무장집단 구성원에게로 가해진 성폭력범죄에서 전쟁범죄의 성립여부

### 제1절 | 문제의 소재

#### 1. 로마규정상 ‘전쟁범죄로서의 성범죄’

국제인도법(international humanitarian law) 또는 전쟁법이란 전쟁 즉, 무력충돌 상황에서 전쟁당사자들의 전쟁행위 수단 및 방법에 대한 제한과 ‘전쟁행위에 참여하지 않거나 더 이상 참여하지 않는 사람들’에 대한 보호를 목적으로 하는 국제법분야 규범을 지칭한다. 국제인도법은 1899년 및 1907년의 일련의 헤이그 조약들로 구성되는 헤이그법(Hague law)과 1949년의 네 개의 제네바협약(Geneva Conventions 1949) 및 관련 추가의정서로 구성되는 제네바법(Geneva law) 등을 통해 발전되어 왔는데, 이러한 과정을 통해 다음과 같은 내용들이 국제인도법의 핵심으로 인정되었다:<sup>274)</sup>

① 비전투원(non-combatants)에게는 해악이 가해져서는 아니 된다. 비전투원은 민간인뿐만 아니라, 전쟁포로 또는 상처, 질병, 조난 또는 항복으로 적대행위에 참여하지 않는 병사들을 포함한다. ② 전투원은 군사목표물과 민간인 주민을 구별해야 하고, 군사목표물만 공격될 수 있다(구별의 원칙). ③ 군사목표물을 공격함에 있어서 민간인에게로 부차적인 피해가 발생하는 것을 피하거나 최소화해야 하고, 민간인에게 과도한 피해가 발생하지 않도록 해야 한다(비례성의 원칙). ④ 불필요한 고통을 줄이고, 인도주의 원칙이 유지되도록 전쟁의 수단과 방법에 대한 제한을 준수해야 한다.

274) Cryer/Robinson/Vasiliev, *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge University Press, 2019, 261면.

국제인도법은 전쟁수행 행위 관련 제한규정과 보호규정을 위반하는 행위들 중 일부 중한 행위들을 범죄화하여 전쟁범죄로 칭하고 있는데, 로마규정 입법자는 19세기 중반 이후 국제인도법 분야에서 조약 또는 국제관습법의 형태로 발전되어 온 전쟁범죄 법규를 집대성하여<sup>275)</sup> ICC의 관할권이 인정되는 전쟁범죄 즉, 상설 국제형사재판소인 ICC가 보충적으로 관할권을 행사할 필요 있는 핵심국제범죄로서의 전쟁범죄를 로마규정 제8조에 입법하였다.

로마규정 제8조제(2)항 제(a)호 및 제(b)호는 각각 “1949년 8월 12일자 제네바협약의 중대한 위반, 즉 관련 제네바협약의 규정하에서 보호되는 사람 또는 재산에 대한 다음의 행위 중 어느 하나”, “확립된 국제법 체제 내에서 국제적 무력충돌에 적용되는 법과 관습에 대한 기타 중대한 위반, 즉 다음 행위 중 어느 하나”라고 하면서 국제적 무력충돌 상황하에서의 전쟁범죄에 대해 나열하고 있다. 제8조제(2)(c)항 및 제(2)(e)항은 “비국제적 성격의 무력충돌의 경우 1949년 8월 12일자 제네바 4개 협약 공통 제3조의 중대한 위반, 즉 무기를 버린 군대 구성원과 질병·부상·역류 또는 기타 사유로 전투능력을 상실한 자를 포함하여 적대행위에 적극적으로 가담하지 않은 자에 대하여 범하여진 다음의 행위 중 어느 하나”, “확립된 국제법 체제 내에서 비국제적 성격의 무력충돌에 적용되는 법과 관습에 대한 여타의 중대한 위반으로 다음의 행위 중 어느 하나”라고 하면서 비국제적 무력충돌 상황 하에서의 전쟁범죄를 나열하고 있다. 즉, 로마규정 제8조제(2)항 제(a)항 및 제(b)항은 국제적 무력충돌에서의 전쟁범죄를 규율하고 있고, 제8조제(2)항 제(c)호 및 제(e)호는 비국제적 무력충돌에서의 전쟁범죄에 대해 규율하고 있는데, 제(a)호와 제(c)호는 제네바협약상 명시적으로 인정되고 있는 중대한 국제인도법 위반행위를 나열하고 있고, 제(b)호와 제(e)호는 “확립된 국제법 체제 내에서 국제적 무력충돌 또는 비국제적 무력충돌에 적용되는 법과 관습에 대한 기타 중대한 위반행위” 즉, 국제관습법을 포함한 국제인도법에 의할 때 전쟁범죄에 해당하는 행위를 나열하고 있다.

「ICTY-규정(Staute)」은 인도에 반한 죄의 한 유형으로 ‘인도에 반한 죄로서의 강간’에 대해서만 명시적으로 규정하고 있는데 반해,<sup>276)</sup> 로마규정은 제7조제(1)항(g)호에

275) 김상걸, 국제형사재판소법 개관, 국가안보전략연구원 연구보고서, 2018, 51면.

276) ICTY-규정 제5조 참조.

서<sup>277)</sup> ‘인도에 반한 죄로서의 성범죄’ 유형도 보다 다양화하여 명시적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라, 로마규정 제8조 제(2)항 제(b)(xxii)호 그리고 제(e)(vi)호는 각각 “강간, 성적 노예화, 강제매춘, 제7조제2항제(f)호에서 정의된 강제임신, 강제불임 또는 제네바협약의 중대한 위반에 해당하는 여하한 다른 형태의 성폭력”, “강간, 성적 노예화, 강제매춘, 제7조제2항제(f)호에서 정의된 강제임신, 강제불임 또는 제네바 4개 협약 공통 제3조의 중대한 위반에 해당하는 여하한 다른 형태의 성폭력”이라고 하여 이전의 (광의의) 국제형사재판소 규정(Statute)에 비해 보다 확장적으로 ‘전쟁범죄로서의 성범죄’에 대해 규정하고 있다. 뿐만 아니라, 로마규정은 전쟁범죄 또는 인도에 반한 죄로서의 성범죄 소추와 관련하여 피해자보호 등을 위한, 절차적 사항에 관한 특별 규정들도 두고 있다.

로마규정의 이러한 태도는 매우 큰 진전으로 평가받고 있다. 그러나 실무상 ICC 활동 초기에 검찰국은 성범죄 소추에 소극적이었는데, 이에 대해서는 많은 비판이 가해졌다.<sup>278)</sup>

## 2. 전쟁범죄의 상호주의적 기원

연혁적으로 전쟁범죄 규범은 전투능력을 상실한 전투원 또는 전쟁포로와 같이 무력 충돌 상대방 무장집단 소속인 자를 보호하려는 취지에서 발전하기 시작하였는데, 이를 전쟁범죄 규범(또는 국제인도법)의 ‘상호주의(reciprocity)적 성격’ 또는 ‘상호주의적 기원’이라고 한다.<sup>279)</sup> 이에 따라 적지 않은 전쟁범죄 규범은 -예컨대 전쟁포로

277) “강간, 성적 노예화, 강제매춘, 강제임신, 강제불임, 또는 이에 상응하는 기타 중대한 성폭력”.

278) 기존에 ICC를 포함한 (광의의) 국제형사재판소에서 ‘전쟁범죄’ 또는 ‘인도에 반한 죄’로서의 성범죄 소추는 입법적 미비로 인해서 뿐만 아니라, 실무상으로도 소추관들이 소추에 소극적이었다는 점에 대해 자세히는 이해영, “성범죄·성차별범죄(Sexual and Gender-Based Crimes)에 관한 국제형사법 발전의 배경 및 현황 -국제형사재판소(ICC) 중심으로-, 국제법평론 통권 제55호, 2020, 25면 이하; 강성영, “국제형사재판소의 전시 성폭력범죄의 처벌과 개인의 형사책임형태에 관한 고찰”, 국제법학회논총 제65권 제4호, 2020, 31면 이하; Tanja Altunjan, “The International Criminal Court and Sexual Violence: Between Aspirations and Reality”, 22 *German Law Journal* 878, 2021. ; ICC에서 성범죄 소추 실무 및 성과에 대한 상세 분석은 Grey, *Prosecuting Sexual and Gender-Based Crimes at the International Criminal Court: Practice, Progress and Potential*, 2019, 249면 이하.

279) 이윤제, “일본군 위안부에 대한 국제범죄의 법적 구성”, 형사법의 신동향 통권 제53호, 2016, 142면; 김선화, “전쟁범죄에서 피해자의 적성(enemy character)과 일본군 ‘위안부’ 문제 -국제형사재판소의 Ntaganda 사건을 중심으로-”, 2020 국제규범의 현황과 전망, 사법정책연구원,

보호를 위한 규정들 등- 그 전쟁범죄가 성립하기 위해서는 ‘피해자가 무력충돌 상대방 무장집단 소속일 것’(이를 ‘피해자의 적성[enemy character]’요건<sup>280)</sup> 또는 피해자의 ‘지위요건[status requirement]’<sup>281)</sup>이라고 함)을 전제로 한다.

이러한 전쟁범죄 규범의 상호주의적 기원을 근거로 시에라리온 특별재판소(Special Court for Sierra Leone, SCSL)는 가해자가 자신과 같은 무력집단에 속한 자를 살해한 사건에서 “국제인도법은 무장집단의 구성원에 의해 다른 구성원에게로 가해진 폭력행위를 형사처벌하려는 목적에서 고안된 것이 아니다. 그러한 행위는 해당 국가의 형사법에 의한 통상의 범죄 또는 인권법에 의해 다루어져야 한다”고 하면서 ‘전쟁범죄로서의 살해’죄가 성립하지 않는다고 판단한 경우도 있다.<sup>282)</sup>

그러나 전쟁범죄 규범 중에는 상호주의 성격에 바탕을 두지 않는다고 볼 수 있는 규정들이 있기에 전쟁범죄에서 상호주의적 성격은 완화되고 있는 것으로 이해되고 있다. 최근에 ICC는 ‘전쟁범죄로서의 강간 또는 성적 노예화’ 성립여부가 문제된 Ntaganda 사건에서 국제형사재판소로는 최초로 ‘같은 무장집단 구성원 간에 범해진 강간, 성적 노예화 행위에도 전쟁범죄로서의 강간 그리고 전쟁범죄로서의 성적 노예화가 성립하는지’에 대해 다루었는데, ‘전쟁범죄에서 피해자가 상대방 무력집단 소속이어야 한다는 일반원칙이 존재하지 않는다’고 하였을 뿐만 아니라, ‘전쟁범죄로서의 강간 또는 전쟁범죄로서의 성적 노예화의 경우 피해자가 상대방 무력집단 소속일 필요가 없다’고 판단하였다.<sup>283)</sup>

Ntaganda 사건 이전에 ICC가 ‘같은 무력집단 구성원에게로 행해진 성폭력범죄에서 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립하는가’를 주요쟁점으로 다룬 적은 없었다. Ntaganda 사건에서의 무장집단(UPC/FLPC)과 같은 무장집단에 의한 인도에 반한 죄, 전쟁범죄가 문제되었던 Lubanga 사건에서 소추관은 UPC/FLPC 총사령관 Lubanga를 ‘전쟁범죄

2021, 631-632면.

280) 김선화, “전쟁범죄에서 피해자의 적성(enemy character)과 일본군 ‘위안부’ 문제 -국제형사재판소의 Ntaganda 사건을 중심으로 -”, 2020 국제규범의 현황과 전망, 사법정책연구원, 2021, 631-632면.

281) 아래에서 자세히 살펴볼 Ntaganda 사건에서 상소심재판부는 ‘지위요건’이라고 칭하고 있다.

282) SCSL, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et al., Trial Judgement, 2 March 2009, SCSL-04-15-T, para 1447-1454.

283) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, 15 June 2017, ICC-01/04-02/06-1962.

죄로서의 강간, 전쟁범죄로서의 성적 노예화'로 기소하지는 않았다. 피해자변호사들이 '징집·모병된 15세 이하 아동들은 가혹한 군사 훈련 등으로 인해 비인간적 취급을 당하였을 뿐만 아니라, 여아들은 지속적으로 성폭력을 당하면서 성적 노예로 이용되었기에 전쟁범죄로서의 "성적 노예화", "비인간적 취급" 또는 "잔혹한 취급"을 공소사실로 추가할 수 있도록 공소사실변경 가능 통지를 해줄 것을 1심재판부에 신청하였고, 1심재판부가 이 신청을 받아들여 '공소사실변경가능 통지결정'을 하였지만, 상소심재판부가 1심재판부의 '공소사실변경가능 통지결정'을 위법한 것으로 판단하여 공소사실변경이 이루어지지 못하였다.<sup>284)</sup>

Lubanga는 '전쟁범죄로서, 15세 미만 아동을 징집·모병하는 행위', '전쟁범죄로서, 15세 미만 아동을 적극적 적대행위에 이용하는 행위'로 유죄판결 받았지만, 그러한 전쟁범죄의 성립여부와 관련하여 15세 미만 아동의 소속이 문제되지는 않았다. 다만, Katanga 사건에서 Katanga는 '전쟁범죄로서, 15세 미만 아동을 징집·모병하는 행위' 및 '전쟁범죄로서, 15세 미만 아동을 적극적 적대행위에 이용하는 행위' 혐의로도 기소되었는데, 후자와 관련하여 예심재판부는 공소사실확인결정에서 상세 논거 없이 "이 전쟁범죄는 무력분쟁에서 같은 편에 있는 사람들을 대상으로도 범해질 수 있다. 따라서 적대행위에 이용된 아동이 15세 미만인 한, 그러한 아동의 충성심(allegiance)은 본 죄의 성립에 아무런 중요성을 가지지 않는다"고 판시하였다.<sup>285)</sup> 이는 '15세 미만 아동을 적극적 적대행위에 이용'이라는 전쟁범죄는 사물논리적 관점에서 볼 때, 구성요건의 속성상 타방 무력집단에 소속된 자일 것을 전제로 하지 않기 때문이라고 할 수 있다.

Ntaganda 결정/판결에 대해서는 전반적으로 지지하는 견해가 주류이지만, '상호주의'라는 전쟁범죄의 성격을 도외시 한 판결'이라는 비판도 있다. 이하에서는 Ntaganda 사건의 관련 결정/판결의 내용을 소개하고, 그에 대해 검토한 후 우리에게 주는 시사점을 살펴본다.

284) 이에 대해서는 제4장에서 자세히 다룸.

285) Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, ICC-01/04-01/07-717, para. 248.

## 제2절 | Ntaganda 사건

### 1. 관련 공소사실

#### 가. 배경 사실

콩고민주공화국(DRC) 북동부의 Ituri 지역에는 적어도 14개 이상의 부족들로 구성된 약 3.5백만-5.5백만 명의 주민들이 살고 있는데 1990년대부터 부족 간 분쟁이 있어 왔고, 여러 무장집단이 있다. UPC(Union des Patriotes Congolais, 콩고 애국자 연합)와 FPLC(Force Patriotique Pour la Libération de Congo, 콩고해방을 위한 애국군)는 주로 Hema족 출신으로 구성된 무장집단이고, FNI(Le Front des nationalistes et intégrationnistes, 민족통합전선)와 FRPI(Force de Résistance Patriote en Ituri, 이투리 애국저항전선)는 Lendu족, Ngiti족을 중심으로 구성된 무장집단이다. Hema족과 Lendu족/Ngiti족 간에는 오래전부터 분쟁이 있어 왔는데, 이러한 분쟁은 토지분쟁으로 인해 1998년 무렵 더욱 악화되어 2001년 말 부터는 상대방 종족 마을·공동체에 대한 무장공격이 격화되었다. Ntaganda는 2002년 9월 2/3일 경부터 UPC/FPLC의 부사령관(Deputy Chief of Staff)을 맡으면서 군사활동 및 조직운영을 담당한 자이다. UPC/FPLC는 2002년 7월 2일부터 2003년 12월 21일 사이에 Ituri 주도(州都) Bunia에 대한 공격을 비롯하여 여러 도시, 마을을 공격함으로써 비Hema족 -특히 Lendu족/Ngiti족- 민간인에 대한 광범위하거나 체계적인 공격을 행하였다.<sup>286)</sup>

#### 나. 공소사실

소추관은 '2002년11/12월 UPC/FPLC는 Banyali-Kilo collectivité를 공격하였고, 2003년 2/3월에는 Walendu-Djatsi collectivité를 공격하였는데, 이러한 공격과 관련하여 살해, 15세 미만 아동의 강제징집, 강간, 성적 노예화 등의 전쟁범죄와 살해, 박해, 강간, 성적 노예화 등의 인도에 반한 죄가 범해졌고,<sup>287)</sup> 이러한 범죄에 대해

286) 이상의 내용은 Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Document Containing the Charges, 10 January 2014, ICC-01/04-02/06-203-AnxA, para. 13 이하 참조.

Ntaganda는 제25(3)(a) 등으로 인한 책임을 부담한다'고 하면서 2014년 1월 10일에 공소장을 제출하였다. 소추관은 Ntaganda를 포함한 UPC/FPLC 군인들이 공격에서 비Hema족 여성을 강간하고, 비Hema족 여성을 붙잡아 캠프로 끌고 와 요리 등 가사일을 시키고 지속적으로 강간한 행위에 대해서는 '전쟁범죄로서의 강간', '인도에 반한 죄로서의 강간' 및 '전쟁범죄로서의 성적 노예화', '인도에 반한 죄로서의 성적 노예화'로 기소하였다.<sup>288)</sup> 소추관은 UPC/FPLC 병사들이 UPC/FPLC 소속 아동병사 및 여성 병사들을 강간하고, 거처에 머물도록 하면서 요리 등 가사를 시키고 성착취의 대상으로 삼은 행위에 대해서는 전쟁범죄로서의 강간, 전쟁범죄로서의 성적 노예화로 기소하였는데(소인6과 소인9), 구체적 공소사실은 다음과 같다.

2002년 7월과 2003년 12월 사이에 UPC/FPLC는 아동병사 모집을 홍보하거나 15세 미만의 아동(소년뿐만 아니라 소녀들)을 납치하거나 Hema족 가정에 아이들을 UPC/FPLC에 보내도록 위협하는 방법으로 15세 미만의 아동(소년뿐만 아니라 소녀들)을 징집·모병(enlistment and conscription)하였다. UPC/FPLC 지휘자들과 병사들은 징집·모병한 15세 미만의 아동들에게 군사훈련을 시킨 후 그들을 적극적으로 적대행위에 참여하도록 이용하였을 뿐만 아니라, 그들을 강간하거나 성적 노예화로 삼았다. 아동병사들 또는 여성은 적극적으로 적대행위에 참여하지 않는 동안에는(군사훈련 기간 동안 또는 전투가 끝난 후에) 수시로 강간을 당하였다. UPC/FPLC 지휘관들과 병사들은 소녀병사들을 언제든지 강간할 수 있었기에 그들을 큰 뱀비를 뜻하는 'guduria'로 불렀다. UPC/FPLC 지휘관 및 병사들은 그들의 (소녀)병사들을 때로는 무장한 채 강간하였고, 처벌의 한 방법으로 강간하기도 하였다. 소녀병사들 또는 여성병사는 지휘관들의 거처에 머물면서 잡일, 요리를 하고, 성적으로 착취되었고, 지휘관의 에스코트 병사로 이용되었다. 소녀병사들은 저항할 수 없었고, 허가 없이는 캠프를 나가지도 못하였다. 이러한 행위는 로마규정 제8(2)(e)(vi)에 의한 전쟁범죄에 해당한다. Ntaganda는 그 스스로 소녀병사 및 여성병사를 강간하고/하거나 성적으로 노예화하였다. Ntaganda는 15세 미만의 소녀병사들이 강간을 당하고 성적으로 노예화되고 있다는 것을 알았거나 알았어야(should have known) 했었다. 그럼에도 불구하고 그것을 방지하기 위한 아무런 조치를 취하지 않았다.<sup>289)</sup>

287) 혐의범죄는 총 16개에 이르는데, 이에 대해 자세히는 *ibid.*, para. 152 이하.

288) *Ibid.*, para. 84, 155, DCC 말미의 소인4 및 5 그리고 소인 7 및 8 참조.

289) *Ibid.*, para. 100-106.

따라서 Ntaganda는 UPC/FLPC 병사들이 아동(소녀)병사들에게로 범한 위와 같은 로마규정 제8(2)(e)(vi)의 '전쟁범죄로서의 강간' 범죄 그리고 '전쟁범죄로서의 성적 노예화' 범죄에 대해 제25(3)(a)에 따른 직접 공동정범 또는 간접적 공동정범이나 제25(3)(b)에 기한 명령범/교사범이나 제25(3)(d)(i) 또는 (ii)에 기한 기여범 또는 제28(a)에 기한 상급자책임을 부담한다.<sup>290)</sup>

## 2. 공소사실확인결정(2014.6.9.)에서 예심재판부의 판단

공소사실확인심리에서 Ntaganda 변호인은 '국제인도법은 적대행위에 참여하는 사람들이 함께 적대행위에 참여하고 있는 같은 무장집단 소속 다른 구성원들로부터 범죄를 당하지 않도록 그들을 보호하려는 것이 아니므로 로마규정이 그러한 강간 또는 성적 노예화까지 전쟁범죄로 규정하고 있는 것은 아니다'라고 주장하였다.<sup>291)</sup> 이에 예심재판부는 15세 이하의 아동병사들에 대한 UPC/FPLC 군인들의 강간, 성적 노예화 혐의사실에 대해 재판소가 관할권을 행사할 수 있는지에 대해 판단해야 한다고 하면서 다음과 같이 판단하였다.

「1949년 제네바협약」 공통 제3조는 “적대행위에 적극적으로 참여하지 않는 사람은” 어떠한 상황에서도 인도적으로 대우받아야 한다고 하고 있고, 제II 추가의정서 제4조 제(1)항 및 제(2)항에 의하면 “적대행위에 직접적으로 참여하지 않거나 적대행위에 참여하는 것을 중단한 사람들은” 어떠한 상황에서도 인도적으로 대우받아야 하고, 그러한 사람들에게 대한 인간존엄성침해 행위 특히, ... 강간, 강제매춘 기타 모든 성적 폭행은 금지되는 바, 15세 이상의 소녀병들이 다른 UPC/FPLC 구성원들에 의한 강간 및 성적 노예화 행위로부터 보호받을 수 있는지에 대해 결정하기 위해서는 아동병사들이 강간 또는 성적 노예화 행위의 피해자였던 시점에 직접적/적극적으로 적대행위에 참여하고 있었는지를 판단해야 한다.

이와 관련하여 본 재판부는 제II추가의정서 제4조제3항제(c)호에 의하면 15세 이하의 아동을 적대행위에 참여토록 모집(징집)하고 이용하는 것은 금지되고, 로마규정

290) 공소장 말미에 정리된 소인(counts)에서 소인 6과 소인 9 참조.

291) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, 9 June 2014, Document Containing the Charges, 10 January 2014, ICC-01/04-02/06-309. para. 76.

8(2)(e)(vii)는 이를 반영하고 있다는 것을 중요하게 고려한다. 본 재판부의 시각에서는 15세 이하 아동의 적대행위로의 직접적/적극적 참여는 이러한 금지규정의 취지를 고려하여 판단해야 한다. 따라서 15세 이하 아동들이 무장집단의 구성원이었다는 것만으로 그들이 적대행위에 직접적/적극적으로 참여했다는 것으로 볼 수는 없다. 강요 또는 다른 사정에 의한 것인지를 고려하지 않고, 무장집단에 소속되어 있다는 것만으로 15세 이하 아동들을 국제인도법에 의한 보호로부터 배제하는 것은 15세 이하 아동들 강제로 징집하고 적대행위에 이용하는 것을 금지하는 규정의 취지(rationale)에 모순된다.

그렇지만, 15세 이하의 아동병들은 직접적/적극적으로 적대행위에 참여하는 경우에는, 이 경우에 한해서만, 국제인도법에 의한 보호를 향유하지 못한다. 즉, 강간 그리고/또는 성적 노예화의 대상인 자들은 그들에 대해 강간을 포함한 성적 행위가 이루어지고 있는 시간 동안에는 적대행위에 적극적으로 참여한 것으로 여겨질 수 없다. 폭력행사/강요라는 요소 또는 소유권행사라는 요소를 포함하고 있는 그러한 성범죄에서는 그러한 시간 동안에는 논리적으로 적대행위에 적극적으로 참여하는 것이 불가능하다.

따라서, 본 재판부는 15세 이하 UPC/FPLC 아동병들은 강간 그리고 성적 노예화를 금지하는 국제인도법 그리고 로마규정 제8(2)(e)(vi)에 의한 보호를 향유한다고 본다. 그러므로 본 재판부는 소인 6 및 7에 관한 범죄사실과 관련하여 관할권을 행사할 수 있다.

위와 같이 해당 혐의사실에 대해 관할권을 행사할 수 있다고 판단한 후, 예심재판부는 강간 및 성적노예화 행위가 있었다는 사실을 증명하는 사실관계를 적시하였다.<sup>292)</sup> 그리고 Ntaganda의 책임형태(또는 범죄가담형태) 판단에서는 ‘소추관은 소인 6 및 9와 관련하여 Ntaganda를 직접정범으로 기소하지는 않았다’고 하면서 직접정범 성립 가능성에 대해서는 판단하지 않았고,<sup>293)</sup> 명령범(ordering)이 성립한다고 믿을 충분한 근거가 존재하지 않지만,<sup>294)</sup> 교사범(inducing), 제25(3)(d)에 의한 기여범, 제28조에 기한 상급자책임이 성립한다고 믿을 충분한 근거가 존재한다고 하면서 1심공판에 회부하였다.<sup>295)</sup>

292) Ibid, para. 81-82.

293) Ibid, para. 144.

294) Ibid, para. 152.

### 3. 피고인의 관할권 항변에 관한 상소심재판부의 판단

#### 가. 관할권항변에 관한 1심재판부 1차 결정(2015.10.9.)

공소사실확인결정 후 피고인은 2015년 9월 1일 1심재판부에 '같은 무장집단 소속 구성원에 의해 가해진 강간 또는 성적 노예화 행위는 전쟁범죄에 해당하지 않으므로 소인 6 및 9와 관련하여 재판소의 관할이 인정되지 않는다'고 주장하면서 '소인 6 및 9 관련 재판소의 관할권에 대한 항변'을 제기하였다.<sup>296)</sup> 이에 대해 1심재판부는 '해당 범죄가 일정 유형의 피해자(행위대상)에 한해서만 성립되는 경우, 해당 규정에서 그러한 유형이 명시되는 것이 일반적인데, 로마규정 제8(2)(e)(vi) 관련 「범죄구성요건」은 “사람”이라고만 할뿐 피해자 유형을 한정하지 않고 있는 바, 전쟁범죄로서의 강간 및 성적 노예화와 관련하여 범죄성립이 특정 유형의 피해자로 한정되지 않기에 피고인이 제기하는 문제는 재판관할권에 관한 문제라기보다는 범죄성립여부에 대한 문제이고, 이는 현 절차단계가 아니라, 본 재판부가 추후 증거조사를 마친 후 판단할 문제이다'라고 하면서 피고인의 항변을 기각하였다(1심재판부 1차 결정).<sup>297)</sup>

위 1심재판부 결정에 불복하여 피고인이 상소하였고, 상소심재판부는 '전쟁범죄로서의 강간 또는 성적 노예화는 피해자를 일정 카테고리의 사람으로 한정하는가, 즉, 같은 무장집단 소속 구성원에게로 가해진 강간 및 성적 노예화의 경우 전쟁범죄로서의 강간 및 성적노예화가 성립할 수 없는가라는 문제는 재판소의 물적 관할권의 범위에 대한 문제이고, 이는 중요한 법적 문제로서 가능한 절차의 이른 시기에 판단되어야 한다.'고 하면서 1심재판부가 다시 판단하도록 하였다(상소심재판부 1차 판결).<sup>298)</sup>

295) Ibid, para. 153-157, 161, 164-172.

296) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9. 9 October 2015. ICC-01/04-02/06-892, para. 11-15.

297) Ibid, para. 26 이하.

298) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the "Decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9", 22 March 2016, ICC-01/04-02/06 OA 2, para. 42.

#### 나. 1심재판부 2차 결정(2017.1.4.)

1심재판부는 '2번에 걸친 관할권 불복은 예외적으로만 가능한데, 당해 항변신청은 피고인의 두 번째 관할권 불복이지만, 피고인이 제기하는 문제는 아직까지 본 재판소에 의한 판단이 내려진 적 없는, 법적으로 중요한 문제이기예 예외적 사정이 존재하므로 2번째 관할권 불복도 허용된다'고 판단한 후<sup>299)</sup> '같은 무장집단 소속 구성원에 의한 강간, 성적 노예화의 경우 전쟁범죄로서의 강간, 성적 노예화가 성립할 수 없는지'에 대해 검토하였다.

1심재판부는 '로마규정 제(2)(b)(xxii) 그리고 (e)(vi)의 문언에 의하면 (적대하는 무장집단 소속일 것과 같은) 어떠한 특별한 피해자지위가 요구되지 않는다'고 명확히 하였다.<sup>300)</sup> 그리고 나서 '국제적·비국제적 무장충돌에 적용될 수 있는 '확립된 국제법 원칙에 의할 때' 그러한 특별한 피해자지위가 요구되는지'를 검토하여<sup>301)</sup> '성폭력으로부터의 보호에 관한 국제인도법은 적대하는 무장집단의 구성원으로 피해자지위를 한정하지 않는다'고 판단하였다.<sup>302)</sup> 그러면서 마지막에 다음과 같은 설시를 덧붙였다.

[본안판단이 아닌] 이 결정에서 당해 사건의 아동병사들을 UPC/FPLC 무장집단의 '구성원'으로 볼 수 있는가에 대해서까지 다룰 필요 없지만, 그 아동병사들이 UPC/FPLC로 징집되었다면 본 재판부는 다음을 강조한다: 심각한 국제법위반으로 초래된 어떤 상황을 인정하지 않을 의무가 있다는 것은 법의 일반원칙이다. 위법행위를 한 자가 그 위법행위로부터 이익을 얻어서는 아니 된다는 것은 인정된 원칙이다. 따라서 15세 미만 아동이 무장집단으로 징집되어 심각한 국제인도법 위반행위가 발생한 경우 그 아동들이 그 무장집단에 소속되어 있다는 것을 이유로 그 무장집단 소속 다른 구성원에 의한 아동병사의 강간 또는 성적 노예화가 전쟁범죄로서의 강간 또는 성적 노예화에 해당하지 않는다고 하는 것은 이전의 부적법한 행위의 결과를 용인하여 보호를 박탈하는 것으로 인정될 수 없다.<sup>303)</sup>

299) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, 4 January 2017, ICC-01/04-02/06-1707, para 16-26.

300) Ibid, para. 36-44.

301) 이것은 2016년 3월 22일 자 상소심판결이 요구한 것이다.

302) Ibid, para. 53.36-44.

303) Ibid, para. 53.

### 다. 상소심재판부 2차 판결(2017.6.15.)

피고인 Ntaganda는 위 1심재판부 2차 결정에 불복하여 다시 상소하였고, 상소심재판부는 1심재판부의 결정에 법률적 오류가 없다고 판결하였다. 판결이유는 아래와 같다.

#### 가) 로마규정 제8(2)(b)(xxii) 및 (2)(e)(vi)의 통상적 의미, 문맥 및 입법연혁

상소심재판부는 로마규정 제8(2)(a) 및 (c)의 도입부(chapeaux)에서는 “관련 제네바협약의 규정들에 의해 보호되는 사람 또는 재산”, “적대행위에 적극적으로 참여하지 않는 사람”이라고 하여 명시적으로 (적대하는 상대 무장집단 소속일 것이라는) 지위요건(status requirement)이 규정되어 있는데 반해, 제8(2)(b)(xxii) 및 (2)(e)(vi)뿐만 아니라 제8(2)(b) 및 (e)의 도입부에서도 그러한 지위요건이 규정되어 있지 않은 바, 문언해석에 의하면 제8(2)(b)(xxii) 및 (2)(e)(vi)의 경우 지위요건이 요구되지 않는다고 한다. 제8(2)(b)(xxii) 및 (2)(e)(vi)에서 “제네바협약의 중대한 위반에 해당하는 기타 다른 형태의 성폭력” 또는 “4개 제네바협약의 공통 제3조의 중대한 위반에 해당하는 기타 다른 형태의 성폭력”이라고 하여 제네바협약이 언급되고 있는 것은 “기타 다른 형태의 성폭력”의 경우 제네바협약 또는 제네바협약 공통 제3조의 중대한 위반에 비견되는 심각성을 띠는 행위만이 제8(2)(b)(xxii) 및 (2)(e)(vi)에 따른 형사책임이 인정된다는 것이 제네바협약이 언급되고 있다고 하여 8(2)(b)(xxii) 및 (2)(e)(vi)에서 지위요건이 요구되는 것은 아니며, 8(2)(b)(xxii) 및 (2)(e)(vi) 입법과정에서는 죄형법정주의에 합치하기 위해 해당 규정을 명확하게 입법하면서도 무력충돌 상황에서 여성과 아동을 성적 착취로부터 보호할 필요성에 논의가 집중되었지, 상대 무장집단 구성원으로 보호를 한정하려고 하였다는 것을 발견할 수 없다고 한다. 따라서 8(2)(b)(xxii) 및 (2)(e)(vi)의 통상적인 의미, 문맥 및 입법연혁에 의하면 전쟁범죄로서의 강간 그리고 성적 노예화의 피해자는 제네바협약의 또는 공통 제3조의 중대한 위반에서 의미하는 보호되는 사람일 필요가 없다고 한다.<sup>304)</sup>

304) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the “Second decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, 15 June 2017, ICC-01/04-02/06-1962, para. 46-51.

## 나) “확립된 국제법 체제 내에서”

다음으로 상소심재판부는 ‘제8(2)(b)호 및 (e)호가 “확립된 국제법 체제 내에서 (within established framework of international law)”라고 하고 있는 바, 확립된 국제법에 의해 제8(2)(b)호 및 (e)호에서 명시적으로 언급되고 있지 않는 추가적인 요건을 도입하는 것이 가능한지’를 검토하였다.<sup>305)</sup> 상소심재판부는 제8(2)(b)호 및 (e)호의 “확립된 국제법 체제 내에서”라는 자구를 로마규정 제21조와 함께 이해하면 전자는 “국제법 특히, 국제인도법에 합치하는 방향으로” 해석될 것이 요구되는 바, 관습 및 조약에 의한 국제법에 근거하여 제8(2)(b)호 및 (e)호를 해석하는 것은 제8(2)(b)호 및 (e)호에서 성문법적 흠결이 있는지에 상관없이 허용되는 것이라고 한다. 이렇게 국제관습법에 근거하여 제8(2)(b)호 및 (e)호에서 명시적으로 언급되지 않고 있는 추가적인 요건을 도입하는 것은 법률주의(legality)에 반하지 않는다고 한다.

다음으로 상소심재판부는 Ntaganda의 주장은 관습법을 포함한 국제인도법에 의할 때 ① 제네바협약에 의해 보호되는 사람 또는 공통 제3조에 의해 ‘적극적으로 적대행위에 참여하지 않는 사람’으로 보호되는 사람에 대한 보호는 일반적으로 같은 무장집단 구성원에 의해 범죄를 당하고 있는 무장집단 구성원에 대한 보호를 배제한다고 인정할 수 있는 경우이거나 ② 적어도 강간 및 성적 노예화에서라도 그러한 배제가 인정되는 경우에만 받아들여질 수 있다고 하면서, 이 두 가지에 대해 검토하였다.

먼저, 첫 번째 문제와 관련하여 상소심재판부는 ‘국제인도법은 무력분쟁 당사자들 상호간의 행위를 규율하는 것뿐만 아니라, 무력분쟁 중 취약한 상태에 있는 자들을 보호하고, 적극적으로 적대행위에 참여하지 않는 자들에게 기본적 인권을 보장하는 것에도 관심을 가진다. 전쟁포로 즉, 분쟁 상대방의 수중에 들어간 군인을 보호대상으로 하는 제3협약과 ‘분쟁 당사국의 권력 내에 있는 자로서 그 분쟁당사국 국민이 아닌 자’ 등을 보호대상으로 하는 제4협약은 적군으로부터의 피해를 보호하기 위한 협약이다. 반면에 부상자, 병자 등을 보호대상으로 하는 제1, 2협약은 ‘보호대상 범위가 적군 구성원으로 한정되지 않고, 같은 무장집단 구성원으로 확장된다.’고 한다.<sup>306)</sup> 또한 상소심재판부는 ① 제네바협약 공통 3조는 같은 무장집단 구성원에 의한 위반행

305) Ibid, para. 52-55.

306) Ibid, para. 57-59.

위의 경우에도 적용된다고 한 국제적십자위원회의 주석, ② 적군 소속이라는 지위가 인정되는 자만이 전쟁범죄의 피해자가 될 수 있다는 주장에 대한 근거선례로 제시되기도 하는 SCSL 사례, Pilz 사건 및 Motosuke 사건은 그러한 주장을 뒷받침하지 못하는 부적절한 것이라는 점을 근거로 피해자가 적군 소속인 경우에만 전쟁범죄가 성립할 수 있다는 것이 국제인도법에서 일반원칙으로 존재하지는 않는다'고 판단하였다.<sup>307)</sup>

다음으로, 상소심재판부는 '최소한 전쟁범죄로서의 강간 및 성적 노예화에서라도 국제인도법에서 지위요건을 요구하고 있는지'에 대해 검토하였는데, '무력충돌상황에서 강간 및 성적 노예화가 금지된다는 것은 의심의 여지없이 국제인도법에서 확립된 것이다. 같은 집단 구성원에 의한 행위에서 전쟁범죄의 성립이 배제된다는 일반원칙이 존재하지 않는데, 가별성에 의심의 여지없는 강간 및 성적 노예화에 한해 그러한 배제를 인정할 아무런 근거가 없다.'고 판단하였다.<sup>308)</sup>

이상의 논거로 상소심재판부는 "확립된 국제법"에 의하더라도 제8(2)(b)(xxii) 및 (2)(e)(vi)에서 지위요건이 인정된다고 볼 근거가 인정되지 않는다고 판시하였다. 마지막으로 상소심재판부는 '전쟁범죄와 통상의 범죄가 충분히 그리고 적절히 구분되도록 하는 기준은 전쟁범죄와 무력충돌 간의 관련성 요건(nexus requirement)이지, 지위요건이 아니라고 하면서 관련성요건이 적절하고 엄격히(rigorous) 적용됨으로써 전쟁범죄의 범위가 부당하게 확장되는 것이 방지될 수 있다'고 한다.<sup>309)</sup>

#### 4. 1심판결(2019.7.8.)

##### 가. 비Hema족에 대한 강간 및 성적 노예화 혐의

먼저, UPC/FPLC 병사들이 비Hema족에게 행한 전쟁범죄 또는 인도에 반한 죄로서의 강간 혐의와 관련하여 1심재판부는 '전쟁범죄로서의 강간' 또는 '인도에 반한 죄로서의 강간'의 객관적 성립요건으로 ① 침범(성기삽입)이 있을 것, ② 폭력사용을 통해, 폭력사용의 위협을 통해, 강압으로 또는 폭력에 대한 공포, 강요, 감금, 심리적 억압

307) Ibid, para. 61-63.

308) Ibid, para. 64-65.

309) Ibid, para. 68.

또는 권한남용에 의해 또는 강압적 환경을 이용함으로써 침범이 이루어지거나 진정하게 동의할 수 없는 사람에게 침범이 이루어졌을 것이라는<sup>310)</sup><sup>311)</sup> 요건에 대해 실시한 후, UPC/FPLC 군인들에 의해 그러한 강간범행이 이루어졌다는 사실관계를 확정된 후, 전쟁범죄 및 인도에 반한 죄의 상황적 구성요건이 충족된다는 것을 확인하여 Ntaganda의 기여정도를 판단하여 Ntaganda는 간접적 공동정범으로 그러한 '전쟁범죄로서의 강간죄', '인도에 반한 죄로서의 강간죄'에 대해 책임을 부담한다고 판단하였다.<sup>312)</sup>

UPC/FPLC 병사들이 비Hema족에게 행한 성적 노예화 혐의와 관련하여「범죄구성요건」에 규정된 '성적 노예화' 성립요건을 적시한 뒤, 성적 노예화의 핵심요건인 '피해자에게로 소유권 행사'에 대해 언급한 후, UPC/FPLC 군인들의 성적 노예화 범행사실을 확정된 뒤, 상황적 구성요건이 충족됨을 확인한 후, Ntaganda의 기여정도를 판단하여 Ntaganda는 간접적 공동정범으로 전쟁범죄로서의 강간죄, '인도에 반한 죄로서의 강간죄'에 대해 책임을 부담한다고 판단하였다.<sup>313)</sup>

#### 나. 15세 미만 아동병에 대한 강간 및 성적 노예화 혐의

UPC/FPLC 병사들이 같은 무장집단 소속 아동병에게 가한 강간 및 성적 노예화 행위와 관련하여 전쟁범죄로서의 강간 및 전쟁범죄로서의 성적 노예화가 성립하는지에 대해, 1심재판부는 먼저, 성립요건과 관련하여서는 앞부분에서 이미 전쟁범죄로서의 강간 및 전쟁범죄로서의 성적 노예화 성립요건이 서술되었음을 적시한 후, '전쟁범죄로서의 강간 및 전쟁범죄로서의 성적 노예화는 피해자가 상대방 무장집단 소속일 것을 요건으로 하지 않는다'고 한 상소심재판부판결을 인용하였다.<sup>314)</sup> 다음으로, 당해 사건에서 해당 범죄의 성립여부를 판단함에 있어서, P-0883 및 일부 피해자의 경우

310) 「범죄구성요건」 Article 8(2)(e)(vi) 참조.

311) 따라서 판례·학설에 의하면 '최협의 폭행·협박'을 성립요건으로 하는 우리나라 형법상의 강간죄와 달리 ICC 로마규정상 '전쟁범죄로서의 강간' 또는 '인도에 반한 죄로서의 강간'은 최협의의 폭행·협박을 성립요건으로 하지 않는다.

312) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment, 8 July 2019, ICC-01/04-02/06-2359, para. 930-948, 1199.

313) Ibid, para. 9349-963, 1199.

314) Ibid, para. 964-965, 1199.

그들이 15세 미만이라는 사실이 ‘합리적인 의심의 여지가 없는 정도’로 입증되지 않는다고 하면서 그들을 제외한 다른 아동병에게 가해진 강간행위 등과 관련하여서만 전쟁범죄로서의 강간, 전쟁범죄로서의 성적 노예화가 범해졌다고 보았다.<sup>315)</sup> 그리고 이러한 범죄와 관련하여 Ntaganda의 책임형태(범죄가담형태)는 간접적 공동정범이라고 보았다.<sup>316)</sup>

#### 다. 죄수관계

1심재판부는 어느 범죄구성요건이 다른 범죄구성요건이 성립요건으로 요구하지 않는 별개의 구성요건요소를 가지고 있는 경우에는 중첩적 유죄판결(cumulative conviction)이 가능하다고 하면서,<sup>317)</sup> 전쟁범죄와 인도에 반한 죄의 상황적 구성요건(contextual element) 또는 관련성(nexus) 요건은 전자의 경우 ‘무력충돌 상황’이고, 후자의 경우 ‘민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격’으로 상이하기에 동일한 행위가 전쟁범죄뿐만 아니라 인도에 반한 죄로 중첩적으로(cumulative) 유죄판결될 수 있다고 한다. 따라서 동일한 전체행위가<sup>318)</sup> 전쟁범죄로서의 강간죄로 성립할 뿐만 아니라, 인도에 반한 죄로서의 강간죄로 성립할 수도 있다고 하고, 이는 성적 노예화의 경우에도 마찬가지라고 한다.<sup>319)</sup> 그리고 성적 노예화는 강간과 다른 구성요건요소를 포함하고 있기에 (전체)강간행위는 전쟁범죄/인도에 반한 죄로서의 강간죄뿐만 아니라, 전쟁범죄/인도에 반한 죄로서의 성적 노예화에도 해당할 수 있다고 한다.<sup>320)</sup> 1심재판부는 공격(attack)별로<sup>321)</sup> -즉, 2002년 11/12월의 Banyali-Kilo collectivit e에 대한 공격, 2003년 2/3월의 Walendu-Djatsi collectivit e에 대한 공격-

315) Ibid, para. 970-986.

316) Ibid, para. 1199.

317) Ibid, para. 1202.

318) 판결문은 “the same underlying conduct”라고 하고 있는데, 이는 전쟁범죄로서의 강간죄를 구성하는 개개 강간행위를 지칭하는 것이 아니라, 전쟁범죄로서의 강간죄에 해당하는 전체 강간행위를 의미한다.

319) Ibid, para. 1203.

320) Ibid, para. 1204.

321) 1심재판부는 당해 사건의 경우 ‘전체 상황에 해당하는 공격’을 “attack”으로 지칭하는 경우 당해 사건에서 성립여부가 문제되고 있는 개별 범죄의 성립요건과 관련하여 사용되고 있는 ‘attack’이라는 단어와 혼동될 수 있기에 ‘전체 상황에 해당하는 공격’을 당해 사건에서는 “operation”으로 지칭한다고 하면서 “operation”으로 지칭하고 있다.

하나의 (즉, 비Hema 민간인 그리고 아동병사에 대한 범행을 모두 합쳐서) ‘전쟁범죄로서의 강간’ 또는 하나의 ‘전쟁범죄로서의 성적 노예화’가 성립한다고 판단하였고,<sup>322)</sup> 아동병사에 대한 강간이 ‘전쟁범죄로서의 강간’뿐만 아니라, ‘전쟁범죄로서의 성적 노예화’에도 해당하는 것은 양형에서 고려한다고 판시하였다.<sup>323)</sup>

## 5. 상소심판결(2021.3.30.)

1심 유죄판결(일부 유죄판결)에 대하여 피고인과 검사 모두 불복하여 상소를 제기하였다. 피고인은 총 14가지의 이유를 근거로 상소를 제기하였는데, 전쟁범죄 또는 인도에 반한 죄로서의 강간 및 성적 노예화 유죄판결과 관련된 피고인의 상소이유는 ‘11번째 상소이유’이다. 검사는 강간 및 성적 노예화 유죄판결에 대해서는 상소하지 않았다.<sup>324)</sup> 상소심재판부 다수의견은 1심의 모든 유죄판결이 적법하다고 판단하였는데,<sup>325)</sup> 전쟁범죄 또는 인도에 반한 죄로서의 강간 및 성적 노예화 관련 피고인의 상소이유(‘11번째 상소이유’) 및 상소심재판부의 판시사항 중 중요한 것을 언급하면 다음과 같다.

강간 및 성적 노예화 유죄판결과 관련하여 피고인은 11번째 상소이유로 ‘자신의 나이에 대해 거짓말을 한 증인 P-0758의 진술을 근거로 ○○○에 대해, 약취(abduction)여부에 대해 거짓말을 한 증인 P-0883에 대해, 그리고 진술의 신빙성에 의문이 있는 증인들의 진술을 기초로 △△△에 대해 강간행위가 발생했다고 인정하는 것은 증거평가를 잘못된 것이고, Ntaganda는 UPC/FPLC 병사들의 그러한 강간범행에 대해 “인식(knowledge)”하지 못했다.’고 주장하였다.<sup>326)</sup> 이에 대해 상소심재판부는 1심재판부의 증거평가에 위법이 없다고 판단하면서 증인 P-0883과 관련하여 ‘1심재판부는 P-0883에 대한 강간이 있었다고 사실인정을 하였지만, P-0883이 15세 미만이라는 점이 합리적인 의심의 여지없이 증명되지 않았다는 것을 이유로 그녀에 대한

322) Ibid, 말미의 Disposition 부분 참조.

323) Ibid, para. 1205.

324) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled ‘Judgment’, 30 March 2021, ICC-01/04-02/0/066-2666-Red.

325) Ibid, para. 1170.

326) Ibid, para. 822, 827.

강간범행을 전쟁범죄로서의 강간 또는 성적 노예화를 구성하는 범행사실에 포함시키지 않았다. 소인6 및 9와 관련하여서는 15세 미만의 피해자만 문제되기 때문이다.’라고 실시하고 있다.<sup>327)</sup> 그리고 Ntaganda가 UPC/FPLC 병사들의 강간범행을 인식하였는지와 관련하여서는 ‘UPC/FLPC에서는 남성병사들의 여성병사들에 대한 강간이 일반적이었다(common practice)’는 1심재판부의 판단을 인용하고 있다.<sup>328)</sup>

### 제3절 | 검토 및 시사점

#### 1. 검토

‘같은 무력집단 병사에게로 가해진 강간 및 성적 노예화 행위에서 전쟁범죄로서의 강간 및 성적 노예화가 성립한다’고 한 상소심재판부 2차판결(2017.6.15.)에 대해서는 -특히 국제 NGO에 의한- 지지 목소리가 강하지만,<sup>329)</sup> 비판적인 견해 또한 만만치 않다. 비판적인 견해의 논거를 살펴보면 아래와 같다.

- ① 상소심재판부는 “무기를 버린 전투원, 질병·부상·역류, 기타의 사유로 전투력을 상실한 자를 포함하여 적대행위에 능동적으로 참여하지 아니하는 자”, “부상자, 병자 및 조난자”를 적용대상으로 하는 제1, 2 제네바협약을 근거로 ‘상대방 무력집단 소속인 경우에만 전쟁범죄가 성립한다는 일반원칙이 존재하지 않는다’고 하면서, ‘같은 무력집단 병사-병사 간의 성범죄행위에서도 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립한다’고 하였는데, 제1, 2 제네바협약이 같은 무력집단 소속 구성원인 경우에도 적용될 수 있지만, 이는 ‘전투원인 경우’ 전투능력을 상실하여 적대행위에 능동적으로 참여하지 아니하는

327) Ibid, para. 840(보고서 저자에 의한 강조).

328) Ibid, para. 854(보고서 저자에 의한 강조).

329) 김선화, “전쟁범죄에서 피해자의 적성(enemy character)과 일본군 ‘위안부’ 문제 -국제형사재판소의 Ntaganda 사건을 중심으로-”, 2020 국제규범의 현황과 전망, 사법정책연구원, 2021, 649면 이하; ‘젠더 정의를 위한 여성 이니셔티브’의 사무총장인 Brigid Inder는 그 결정을 “국제 인도법 120년 역사상 가장 중요한 결정 중의 하나”로 평가하였다(Women’s Initiatives for Gender Justice, “Eliminating Sexual Violence in Conflict: Historic ICC Decision on the War Crimes of Rape and Sexual Slavery”, <http://4genderjustice.org/wp-content/uploads/2019/07/Historic-ICC-Decision-on-the-war-crimes-of-rape-and-sexual-slavery.pdf>).

전투원인 경우에만 그러한 것이지, ‘전투능력을 상실하지 아니한 전투원’에게까지 제1, 2 제네바협약이 적용되는 것은 아니다.<sup>330)</sup>

② 같은 무력집단에 속한 ‘전투능력을 상실하지 아니한 전투원’에게 제1, 2 제네바협약이 적용된다고 해석하는 것은 명백히 문언해석에 반하는 것이다.<sup>331)</sup> 그리고 그러한 선례가 존재하는 것도 아니기에 ‘같은 집단 병사간의 행위’에서 전쟁범죄가 성립한다는 것이 ‘확립된 국제법’이라고 할 수 없다.<sup>332)</sup> ‘확립된 선례’가 없는데, ‘확립된 국제법’에 의할 때 같은 무력집단 병사들 간에도 전쟁범죄가 성립한다고 하는 것은 모순이고,<sup>333)</sup> 단지 틀린 것이며,<sup>334)</sup> 사법적극주의에 기한 법의 창조로서 이는 오히려 장래에는 ICC의 정당성을 위협할 것이다.<sup>335)</sup>

즉, Ntaganda 사건의 상소심재판부 2차판결(2017.6.15.)을 비판하는 견해는 ‘기존의 확립된 국제법에 의하면 같은 무력집단 소속 (전투능력을 상실하지 않은) 병사에게로 가해진 성범죄행위에서도 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립한다’고 판단한 것을 비판하고 있다.

위와 같은 비판적 논거뿐만 아니라 다음 사실 또한 Ntaganda 사건에서 검찰국

330) Heller, “ICC Appeals Chamber Says A War Crime Does Not Have to Violate IHL”, *Opinio Juris*, 2017.6.15., <http://opiniojuris.org/2017/06/15/icc-appeals-chamber-holds-a-war-crime-does-not-have-to-violate-ihl/>.

331) Heller, “ICC Appeals Chamber Says A War Crime Does Not Have to Violate IHL”, *Opinio Juris*, 2017.6.15.; Blank, “Prosecutor v. Ntaganda – The International Criminal Court’s dangerous foray into the shades of Lochner”, 27 *Michigan State International Law Review* 1, 2018, 23면 이하; Michael A. Newton, “Contoring common article 3: Reflections on the revised ICRC commentary”, 45 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 513, 2017, 521-522면.

332) Heller, “ICC Appeals Chamber Says A War Crime Does Not Have to Violate IHL”, *Opinio Juris*, 2017.6.15.; Blank, “Prosecutor v. Ntaganda – The International Criminal Court’s dangerous foray into the shades of Lochner”, 27 *Michigan State International Law Review* 1, 2018, 23면 이하; Michael A. Newton, “Contoring common article 3: Reflections on the revised ICRC commentary”, 45 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 513, 2017, 521-522면. ; Rossetti, “Intra-party sexual crimes against child soldiers as war crimes in Ntaganda. ‘Tadić moment’ or unwarranted exercise of judicial activism?”, 6 *Questions of International Law* 49, 2019, 58면 이하.

333) Newton, “Contoring common article 3: Reflections on the revised ICRC commentary”, 45 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 513, 2017, 521면.

334) Heller, “ICC Appeals Chamber Says A War Crime Does Not Have to Violate IHL”, *Opinio Juris*, 2017.6.15.

335) Blank, “Prosecutor v. Ntaganda – The International Criminal Court’s dangerous foray into the shades of Lochner”, 27 *Michigan State International Law Review* 1, 2018, 29면 이하.

및 재판부는 자신들이 제시하는 법리를 제대로 적용하지 않고 있다는 점을 보여준다. 상소심재판부는 '전쟁범죄로서의 성범죄에서는 피해자가 상대방 무력집단 소속일 필요 없고, 같은 무력집단 소속 병사일지라도 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립한다'고 하면서도 '15세 미만의 아동병사'에 대해서만 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립한다고 하고 있다. 전쟁상황에서의 아동/여성의 취약성으로 인해 '상대방 무력집단 소속인지, 아니면 같은 무력집단 소속인지에 상관없이 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립한다'면, 피해자가 15세 미만인지 여부에 상관없이, 의사에 반해서 이루어진 모든 성범죄행위가 전쟁범죄로서의 성범죄를 구성하는 행위가 되어야 할 것이다. 그러나 검찰국은 공소장에서는 15세 미만 아동병사 외에 15세 이상 아동 또는 여성에 대한 범행사실도 적시하였음에도 불구하고, 15세 미만 아동에 대해서만 전쟁범죄로서의 성범죄 성립을 주장하였고, 재판부 또한 자신이 선언한 법리와는 모순되게 그러한 입장에서 판단하였다.

국제인도법(전쟁법)은 '전쟁의 인간화'를 지향하면서 발전된 법분야이고, 인도에 반한 죄는 그 뿌리를 전쟁범죄에 두고 있다. 즉, 무력충돌 상황뿐만 아니라, 평화시 상황에서도 집단적·체계적으로 가해지는 중대인권침해행위를 처벌·방지할 필요성이 인정됨으로써 "민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격"이라는 상황적 요건이 충족될 것을 요건으로 하는 '인도에 반한 죄'가 형성된 것이다. 따라서 전쟁범죄와 인도에 반한 죄의 토대는 다르지 않다. 양자의 가장 큰 차이점은 전자는 무력충돌 상황에서만 성립할 수 있는데 반해, 후자는 무력충돌 상황일 것을 요건으로 하지 않는다는 점이라고 보아야 한다. 즉, 전자는 무력충돌 상황인 경우에만 적용되기에 후자에 비해 특별규정의 성격을 가진다.<sup>336)</sup> 무력충돌 상황에서 범해진 대량인권침해행위의 경우 전쟁범죄의 요건이 충족되지 않는 경우일지라도, 인도에 반한 죄의 성립요건이 충족된다면 인도에 반한 죄가 성립할 수 있다. 그러나 '같은 무력집단 소속 병사들을 대상으로 범해진 대량인권침해행위의 경우 '상대방 무력집단 소속일 것' 또는 '같은 무력집단 소속 병사(전투원)가 아닐 것'이<sup>337)</sup> 전쟁범죄의 성립요건이라고

336) 이를 명확히 하고 있는 Leila Nadya Sadat, "Putting Peacetime First: Crimes Against Humanity and the Civilian Population Requirement", 31 *Emory International Law Review* 197, 233면 이하.

337) 양자의 요건이 같은 의미가 아님은 앞에서 살펴보았다.

한다면 이 경우 전쟁범죄는 성립할 수 없고, 피해자들이 병사(전투원)이기에 “민간인 주민에 대한 광범위한 공격”으로 볼 수 없어 인도에 반한 죄로도 볼 수 없게 되는 문제점이 발생한다. 이러한 문제점은 ‘전투원 아닌 자’를 민간인으로 정의하는 지금까지의 국제인도법에 의해서는 해결하기 어려운 문제이다.<sup>338)339)</sup> 이러한 문제는 지금까지의 국제인도법에 의하면 해결하기 어려운 문제라는 점을 전면에 내세우면서 “확립된 국제(인도)법”을 근거로 할 것이 아니라, 로마규정의 목적을 중요시하면서 로마규정에 기한 전쟁범죄와 국제인도법상의 전쟁범죄 범위는 다를 수 있다고 하면서 ICC 관할범죄로서의 전쟁범죄의 경우 ‘① 같은 무력집단 소속 (전투능력을 상실하지 않은) 병사에게로 가해진 전쟁범죄행위의 경우에도 전쟁범죄가 성립한다’라고 하거나 ‘② 형식적으로는 전투능력 상실하지 않은 병사(전투원)이지만, ‘강제징집된 15세 미만 아동의 경우 “국제범죄인 15세 미만 아동의 강제징집”에 의해 전투원이 된 경우이므로 예외적인 경우이다’라고 하는 것이 보다 더 설득력 있었을 것으로 보인다.

검찰국과 상소심재판부는 법리상으로는 ①의 방안 대신에 ‘피해자는 상대방 무력집단 소속일 필요 없다’라는 방안을 해결책으로 제시하고 있다. 그러면서도 실제로는 ②의 입장을 취하여<sup>340)</sup> 피해자가 15세 미만 아동병사인 경우에만 전쟁범죄가 성립한다고 함으로써 자신이 제시하는 법리를 근거 없이(자신이 제시하는 논거와 모순되게) 축소적용하고 있다. 게다가 ①의 법리 관련 선례가 확립되어 있지는 않다는 것을 상소심재판부 스스로 인정하면서도, ①의 법리는 “확립된 국제법에 기한 것”이라고 함으로써 비판의 원인을 제공하고 있다.

338) 이에 대해 자세히 다루고 있는 Leila Nadya Sadat, “Putting Peacetime First: Crimes Against Humanity and the Civilian Population Requirement”, 31 *Emory International Law Review* 197, 213면 이하(“민간인”의 의미를 ‘제네바협약상의 민간인’과 다른 의미로 파악하여 무력충돌상황인 경우에도 인도에 반한 죄의 적용범위를 넓히고자 함).

339) 이해영, “‘성범죄·성차별범죄’(Sexual and Gender-Based Crimes)에 관한 국제형사법 발전의 배경 및 현황 -국제형사재판소(ICC) 중심으로-, 국제법평론 통권 제55호, 2020, 56면(“기존의 법리가 포섭하지 않던 새로운 유형의 피해자”).

340) 상소심재판부의 취지를 이렇게 이해하는 김선화, “전쟁범죄에서 피해자의 적성(enemy character)과 일본군 ‘위안부’ 문제 -국제형사재판소의 Ntaganda 사건을 중심으로-, 2020 국제규범의 현황과 전망, 사법정책연구원, 2021, 652-653면.

## 2. ‘일본군 위안부’ 문제와 관련한 시사점

### 가. 선결문제: 관할권 및 소급효금지원칙

ICC는 2002년 7월 1일 이후로 로마규정 당사국에서 범해진 국제범죄에 대해서만 관할권을 가지기에 일본군 위안부 사례가 전쟁범죄로서의 성범죄에 해당한다 하더라도 ICC가 일본군 위안부 사례에 대해 관할권을 가지지는 않는다. ‘일본군 위안부 사례에서 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립하는가’의 문제는 개별 국가가 (예컨대 우리나라가) 자국 국내법원을 통하여 또는 이른바 ‘혼합재판소’의 설치를 통해 일본군 위안부 사례를 ‘전쟁범죄로서의 성범죄로 소추할 수 있는가’의 문제로 다루어지거나 국제사회가 임시(특별) 국제재판소의 설치를 통해 임시(특별) 국제재판소가 일본군 위안부 사례를 ‘전쟁범죄로서의 성범죄로 소추할 수 있는가’의 문제로 다루어질 수 있을 뿐이다. 그리고 이 경우 형사법적 관점에서,<sup>341)</sup> ‘2차대전 당시에 발생한 일본군 위안부 사례에서 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립하는지’를 논하기 위해서는 먼저, ‘근래에서야 성문화된 전쟁범죄로서의 성범죄에 관한 법규정을 2차대전 당시에 발생한 일본군 위안부 사례에 적용하는 것이 소급효금지원칙에 반하지 않는가’라는 문제부터 해명되어야 한다. 예컨대 한국이 일본군 위안부 사례를 전쟁범죄로서의 성범죄로 소추할 수 있는가의 문제와 관련하여서는 먼저, 2007년 12월 21일에서야 제정·시행된 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」의 제10조(사람에 대한 전쟁범죄)를 동 법규정 제정 전에 발생한 일본군 위안부 사례에 적용하는 것이 소급효금지원칙에 반하지 않는가라는 문제부터 규명되어야 한다.

위 문제를 본 보고서에서 상세히 다루기는 어렵다. 따라서 여기서는 ‘기존의 법규정에 의해 인정되는 형량보다 중하게 처벌하지 않는 한, 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」상의 국제범죄 규정을 소급적용하더라도 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 할 수 있고, 이를 명시화하는 법개정이 요청된다’는 견해가<sup>342)</sup> 있다는

341) ‘일본군 위안부 사례가 전쟁범죄로서의 성범죄에 해당하는가’라는 문제는 비단 형사법적 관점에서만 문제되는 것은 아니고, 손해배상 등과 관련하여 민사법적 관점에서도 문제될 수 있기에 설사 소급효금지원칙으로 인해 일본군 위안부 사례에 전쟁범죄 규정이 적용될 수 없다고 하더라도 ‘일본군 위안부 사례가 전쟁범죄로서의 성범죄에 해당하는가’라는 문제를 검토하는 것이 법적으로 의미 없는 것은 아니다.

342) 이윤제, “일본군 ‘위안부’에 대한 국제범죄와 죄형법정주의”, 일감법학 제38호, 2017, 113면

것만을 언급하고, 본 보고서에서는 ‘일본군 위안부 사례가 전쟁범죄로서의 성범죄에 해당하는지를 판단함에 있어서 Ntaganda 사건에서의 결정/판결이 어떠한 시사점을 주는지’에 대해서 살펴본다.

#### 나. Ntaganda 사건 결정/판결의 시사점

Katanga 사건에서 검찰국은 ‘Katanga의 부대원들이 비Hema족 민간인 여성들을 약취하여 캠프에서 요리, 운반 등의 일을 하도록 시키고 지속적으로 강간하여 성적으로 착취함으로써 Katanga는 전쟁범죄 및 인도에 반한 죄로의 강간, 전쟁범죄 및 인도에 반한 죄로서의 성적 노예화를 범하였다’는 혐의로도 기소하였다. 1심재판부는 그러한 범죄행위가 실제로 있었다는 사실을 확정하여 ‘Katanga의 부대원들이 전쟁범죄 및 인도에 반한 죄로서의 강간, 전쟁범죄 및 인도에 반한 죄로서의 성적 노예화 범죄행위를 행하였다’고 판단하였지만, 그러한 강간, 성적 노예화 범행은 Katanga와 다른 공동정범자들 간의 “공동의 목적 또는 공동의 범죄계획(common purpose: common plan)”에 포함되지 않았기에 Katanga에게 제25조제(3)항제(d)호에 기한 책임이 성립할 수 없다고 함으로써 전쟁범죄 및 인도에 반한 죄로서의 강간 및 성적 노예화 혐의에 대해 무죄판결을 하였다.<sup>343)</sup> 즉, 1심재판부는 그러한 범행이 전쟁범죄로서의 강간 및 성적 노예화의 객관적 구성요건에는 해당하지만, 다른 범죄성립요건이 충족되지 않는다는 것을 이유로 Katanga에게 무죄판결을 하였다.

Ntaganda 사건에서도 UPC/FPLC 부대원들이 비Hema족 여성, 즉 민간인을 캠프로 약취하여 가사 일을 시키고, 계속적으로 강간을 하며 성적 착취를 하였다는 이유로 Ntaganda는 전쟁범죄 및 인도에 반한 죄로서의 강간, 전쟁범죄 및 인도에 반한 죄로서의 성적 노예화 혐의로도 기소되었다. 1심재판부는 이와 관련하여 피해자가 상대방 무력집단 소속이어야 하는지라는 문제에 대해서 전혀 언급하지 않고, 피해 여성이 민간인이라는 것만 언급하면서 전쟁범죄 및 인도에 반한 죄로서의 강간/성적 노예화로 유죄판결을 하였고,<sup>344)</sup> 이 무죄판결은 상소심에서도 아무런 문제제기 없이 인용되

이하: 박경규·김성규·김재운, 반인권적 국가범죄의 법적 쟁점과 입법론적 대안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2020.12, 249면 이하.

343) Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, 7 March 2014, para. 1664, 1693.

었다.

위 두 판결은 무력집단의 부대원들이 민간인을 강제로 약취하여 캠프에서 가사 일을 하도록 시키고, 계속적으로 강간한 경우, 그 여성들은 비록 캠프에 있었을지라도 민간인의 지위를 가지므로 전쟁범죄가 성립한다는 것을 잘 보여준다.

일본군 위안부 사례에서 여성들은 일본에 의해 강제로 부대로 끌려갔다. 그들이 부대 내에서 생활하였을지라도 그들은 전투원이 아니었고, 여전히 민간인의 지위를 가졌다고 보아야 한다. 즉, 일본군 위안부 사례는 Ntaganda 사건에서의 아동병사 사례에 상응하는 것이 아니라, 비Hema족 여성에 대한 강간, 성적 노예화 사례에 상응한다. 따라서 일본군 위안부 사례는 '피해자가 상대방 무력 집단 소속이어야 하는가'라는 문제와 상관없이 전쟁범죄로서의 성범죄에 해당하는 경우이다.<sup>345)</sup> 그리고 그 당시는 국제적 무력충돌 상황이었기에 전쟁범죄 규정이 특별규정으로서 인도에 반한 죄 규정에 비해 우선 적용된다고 보아야 한다.

'같은 무력집단 소속 병사(전투원)에게로 가해진 성폭력범죄에서 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립할 수 있는가'의 문제는 전쟁범죄와 관련하여 앞으로 많이 논의될, 전쟁범죄의 성립범위에 관한 아주 중요한 문제라고 할 수 있다. 그러나 Ntaganda 사건이 일본군 위안부 문제와 관련하여 우리에게 주는 시사점은 '피해자가 무력집단 상대방 소속일 것은 전쟁범죄의 성립요건이 아니다'라고 판시한데 있는 것이 아니라, 그 문제와 상관없이 일본군 위안부 사례는 전쟁범죄로서의 성범죄에 해당한다는 것을 명확히 해준다는데 있다고 보는 것이 적절해 보인다.

344) 앞의 제2절.4.가. 참조.

345) 일본군들이 강요된 성행위의 대가를 지급하였다고 하여 전쟁범죄가 성립하지 않는 것이 아니라, 그 경우 '전쟁범죄로서의 강제매춘'에 해당한다.

## 제 5 장

국제형사재판소 관할범위에 관한 이론 및 사례 연구

# 공소장변경 제도

박 경 규



### 제1절 | 공소장 변경 제도 개관

로마규정 제61조, 절차및증거규칙 제128조 그리고 재판소규칙 제55조는 다음과 같은 절차단계에 따라 ‘공소사실의 변경(amending charges)’ 그리고 ‘사실 및 정황에 대한 법적 평가의 변경(legal re-characterisation)’에 대해 규정하고 있다: ① 공소장 제출 후 공소사실확인심리 개시 전 단계, ② 공소사실확인 심리 단계, ③ 공소사실확인 결정 후 1심공판개시 전 단계, ④ 1심공판 단계.

아래에서 살펴보는 바와 같이 ‘공소사실의 변경’은 새로운 범죄사실의 추가까지 포괄하는 개념인데 반해, ‘법적 평가의 변경’은 범죄사실의 동일성이 인정되는 한도에서 단지 범죄사실에 대한 법적 평가만을 변경하는 것이다. 아래에서는 먼저 절차 단계별로 ICC에서의 공소사실 변경 제도를 개관하고, 세부 쟁점별로 관련 판례 등을 살펴본다.

#### 1. 공소장 제출 후 공소사실확인심리 개시 전

제61조 제4항에 의하면 검찰국은 공소장 제출 후 “공소사실확인심리가 개시되기 전에는 수사를 계속할 수 있고, 공소사실을 변경 또는 철회할 수 있다(may amend or withdraw any charges). 피의자는 확인심리 전에 여하한 공소사실의 변경(amendment) 또는 철회(withdrawl)에 대하여 합리적인 통지를 받는다. 공소사실 철회의 경우, 소추관은 예심재판부에 철회의 사유를 통지한다.”

제61조 제9항과 제4항을 비교하면, 공소사실확인심리 개시 전까지 검찰국은 수사를 계속하여 공소사실을 변경·철회할 수 있기에 공소사실을 변경·철회하는데 예심재판부의 허가를 받을 필요 없다.<sup>346)</sup> 단지, 절차및증거규칙 제121조 제4항에 정하고 있는 제한만 준수하면 된다. 절차및증거규칙 제121조 제4항에 의하면 소추관이 로마 규정 제61조제4항에 따라 공소사실을 변경하고자 하는 경우, 소추관은 공소사실확인심리 개시일 15일 전까지 새로운 증거목록과 함께 공소사실의 변경에 대해 예심재판부 및 피의자에게 통지해야 한다. 즉, 공소사실확인심리 개시일 15일 전까지는 재판부의 허가 없이 변경된 공소장 및 증거목록을 제출하여 피의자에게 통지되도록 함으로써 자유롭게 공소사실을 변경할 수 있다.

공소사실확인심리 개시 전 “공소사실의 변경(amending of charges)”이란 ‘새로운 사실 및 정황(facts and circumstance)을 추가하여 공소사실을 추가하거나 일부 공소사실을 삭제하거나 공소장의 표현을 수정하는 것을 모두 포괄하는 상위개념이다.<sup>347)</sup> 따라서 ‘공소사실확인심리 개시 전 공소사실의 변경(amending of charges)’은 우리나라의 ‘공소장변경’과 동일시 될 수 없고, 여기에 추가기소를 포함하는 개념이다.

## 2. 공소사실확인 심리 단계

제61조 제7항 제(c)(ii)호에 의하면 예심재판부는 제출된 증거에 의할 때 공소장에 적시된 범죄와 다른 범죄(a different crime)가 성립하는 것으로 보이는 경우 심리를 연기하고 소추관에게 공소사실의 변경(amending a charge)에 대해 고려할 것을 요청한다(shall adjourn the hearing and request the Prosecutor to consider amending a charge). 여기서 다른 범죄란 죄명이 다른 경우뿐만 아니라, 책임형태(또는 범죄가담 형태)가 다른 경우를 포함한다.<sup>348)</sup>

ICC 판례에 의하면 제61조제7항제(c)(ii)호의 목적은 ‘피의자가 공소사실확인심리

346) Schabas/Chaitidou/El Zeidy, Article 61 mn 83-84, in: Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the ICC, 2016.

347) Schabas/Chaitidou/El Zeidy, Article 61 mn 84, in: Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the ICC, 2016.

348) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Adjourning the Hearing pursuant to Article 61(7)(c)(ii) of the Rome Statute, 3 March 2009, ICC-01/05-01/08-388, para. 26.

에서 방어권을 행사하지도 못한 채 공소장에 적시된 범죄와 다른 범죄로 공판에 회부되는 것을 방지하기 위한 것'이다.<sup>349)</sup> 즉, 제61조제7항제(c)(ii)호의 '공정한 재판의 원칙(fairness)'을 실현하기 위한 규정이다.<sup>350)</sup> Lubanga 사건에서 예심재판부는 '15세 미만 아동의 징집·모병, 15세 미만 아동을 적대행위에 이용'이라는 전쟁범죄의 성립 요건은 국제적 또는 비국제적 무력충돌인지에 상관없이 동일하기에 예심재판부가 제61조제7항제(c)(ii)호에 의한 공소사실의 변경요청을 할 필요가 없다고 하였다.<sup>351)</sup>

제61조제7항제(c)(ii)호에 의한 공소사실의 변경은 제출된 증거에 의할 때 단지 다른 범죄(다른 책임형태/범죄가담형태인 경우를 포함)가 성립하는 것으로 보이는 경우에 인정되는 것인 바, 여기서 "공소사실의 변경"이란 '공소장에 적시된 사실(facts) 및 정황'에 대한 변경은 없이 단지, 그러한 "사실 및 정황"에 대한 법적 평가가 달라지는 경우이다.<sup>352)</sup> 즉, 우리의 공소장변경 제도에 해당하는 것이다.

예심재판부는 다른 범죄가 성립하는 것으로 "보이는 경우"에 소추관에게 공소사실 변경을 "고려할 것"을 "요청"하는데, "보이는 경우"란 다른 범죄가 성립하는 것으로 "믿을 상당한 근거(substantial grounds to believe)가 인정되는 경우"를 뜻하는 것이 아니라, 소추관이 공소장에서 적시한 법적 평가가 인정되지 않는다는 "일응의 판단(prima facie finding)"이 가능한 경우로 충분하다.<sup>353)</sup> 예심재판부는 소추관에게 공소사실변경을 고려할 것(consider)을 요청(request)할 뿐이므로 소추관이 예심재판부의 그러한 요청에 응하여 공소사실을 변경할 의무를 부담하지는 않는다. 소추관이 공소사실을 변경하고자 하는 경우에는 새로운 공소장과 증거목록을 제출해야 한다.

Bemba Gombo 사건에서 소추관은 Bemba Gombo의 책임형태(범죄가담형태)를 제25조제(3)항제(a)호로 하여 기소하였는데, 예심재판부는 제25조제(3)항제(a)에 따른 범죄가담형태는 인정되지 않고, 제28조의 상급자책임이 인정될 수 있다고 보아 소추

349) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN, para. 203.

350) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Adjourning the Hearing pursuant to Article 61(7)(c)(ii) of the Rome Statute, 3 March 2009, ICC-01/05-01/08-388, para. 22.

351) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, para. 204.

352) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Adjourning the Hearing pursuant to Article 61(7)(c)(ii) of the Rome Statute, 3 March 2009, para. 17.

353) Ibid, para. 25.

판에게 Bemba Gombo의 책임형태를 제28조로 변경하는 것을 고려하고, 변경하고자 하는 경우 30일 내로 새로운 공소장 및 증거목록을 제출할 것을 요청하였다.<sup>354)</sup> 소추관은 'Bemba Gombo는 제25조제(3)항제(a)호에 따른 공동정범 또는 제28조에 따른 상급자책임을 부담한다'는 내용의 변경된 공소장을 제출하였고,<sup>355)</sup> 예심재판부는 'Bemba Gombo는 일부 공소사실에 대해 제28조에 따른 상급자책임을 부담한다고 믿을 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거가 있다'고 하면서 Bemba Gombo를 1심공판에 회부하였다.<sup>356)</sup>

### 3. 공소사실확인결정 후 1심공판 개시 전

Lubanga 사건에서 예심재판부는 증거개시 의무와 관련된 한 결정에서 다음과 같은 논거로 "검찰국의 수사활동은 원칙적으로 재판전 공소사실 확인심리가 개시되기 전에 종료되어야 하고, 공소사실확인 결정이 내려진 후에는 예외적인 경우에만 수사가 허용된다"고 판단하였다.<sup>357)</sup> ① 로마규정 제61조 제4항은 "검찰국은 '재판전 공소사실확인 심리(confirmation hearing)가 개시되기 이전에 수사를 계속할 수 있고, 공소사실을 변경하거나 철회할 수 있다'고 규정하고 있고, 로마규정이나 절차및증거규칙 어디에도 검찰국에 공소사실확인 심리 후에도 수사를 할 수 있는 권한을 명시적으로 부여하고 있는 조항은 없다. ② 로마규정은 제5장에서 수사와 기소에 대해, 제6장에서 재판전 공소사실확인결정 후의 절차에 대해 규정하고 있는 점 등을 고려하면 체계적 해석에 의할지라도 검찰국은 공소사실이 확인된 후에는 예외적으로만 개별적인 수사 조치를 행할 수 있다.

이 판단을 상소심 재판부는 다음과 같은 근거로 부적절하다고 배척하면서 "검찰국

354) Ibid, para. 49.

355) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Prosecution's Submission of Amended Document Containing the Charges, Amended List of Evidence and Amended In-Depth Analysis Chart of Incriminatory Evidence" and its related Annexes, ICC-01/05-01/08-395, 30 March 2009.

356) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009.

357) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81(2) and (4) of the Statute, ICC-01/04-01/06, 19 May 2006, para. 39.

은 공소사실확인결정 후에도 예심재판부의 허가 없이 수사활동을 계속할 수 있다”고 판시하였다.<sup>358)</sup> ① ICC 규정 제54조제1항제(a)호는 검찰국에 진실발견의 의무를 부과하고 있는데 이러한 의무는 공소사실확인심리가 개시되기 전까지로 한정되지 않는다. ② 로마규정 및 절차및증거규칙 어디에도 검찰국에 공소사실확인심리 후에도 수사할 수 있는 권한을 부여하고 있는 명시적 조항이 없다는 것은 옳지만, 이러한 사실에 큰 의미가 부여되어서는 아니 된다. 공소사실확인심리 후 1심공판절차가 개시되기 전에 검찰국이 공소사실을 변경할 수 있다는 것은 필연적으로 검찰국의 수사활동이 공소사실확인심리 후에도 계속될 수 있다는 것을 의미하는 것으로 이해되어야 한다. ③ 공소사실확인심리 개시 전까지 수사활동이 완료되는 것이 이상적이긴 하지만, ICC 규정이 이것을 요구하고 있는 것은 아니다. ④ 공소사실확인결정 후에 검찰국이 수사활동을 할 수 있다고 하더라도 로마규정과 절차및증거규칙은 피고인의 권리를 충분히 보장하는 장치들을 두고 있다.

이후 Mbarushimana 사건에서 상소심재판부는 ① Lubanga 사건에서 상소심재판부가 “공소사실확인심리 개시 전까지 검찰국이 수사활동을 완료하는 것이 이상적이다”고 설시한 점, ② 절차및증거규칙 제121조 제7항에 의하면 검찰국이 수사활동을 하기 위해 시간이 더 필요하다면 공소사실확인심리의 연기를 요청할 수 있는 점, 그리고 규정 제61조 제8항에 의하면 증거불충분으로 공소사실확인 거절결정이 있더라도 검찰국은 추가증거에 기초하여 공소사실확인심리를 신청할 수 있다는 점을 근거로 “검찰국의 수사활동은 공소사실확인심리 개시 전까지 대부분 완료되어야(largely be completed) 한다”고 판단하였다.<sup>359)</sup> 그리고 이후 일련의 결정에서도 “공소사실확인심리 전까지 검찰국이 수사활동을 완료하는 것이 원칙이다”고 판단하였다.<sup>360)</sup>

358) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81(2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence", 13 October 2006, ICC-01/04-01-06, para. 52-55.

359) Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled "Decision on the Confirmation of Charges", 30 May 2012, ICC-01/04-01/10 OA 4, para. 44.

360) 예컨대 Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Decision Requesting Observations on the "Prosecution's Request to Amend the Final Updated Document Containing the Charges Pursuant to Article 61(9) of the Statute, 29 January 2013, ICC-01/09-02/11, para. 9; Corrigendum to "Decision on the 'Prosecution' Request to Amend the Final Updated Document Containing the Charges Pursuant to Article 61(9) of the Statute.", 21 March

제61조 제9항에 의하면 공소사실이 확인된 후 1심공판이 시작되기 전, 소추관은 예심재판부의 허가를 받고 또한 피의자에게 통지한 후 공소사실을 변경할 수 있다. 소추관이 공소사실을 추가하려고 하거나 보다 중한 공소사실로 대체하려고 하는 경우, 제61조에 따라 공소사실을 확인하기 위한 심리를 열어야 한다. 절차및증거규칙 제128조 제1항에 의하면 소추관이 1심공판개시 전에 로마규정 제61조에 따라 이미 확인된 공소사실의 변경을 구하고자 하는 경우, 예심재판부에 서면으로 요청해야 하고, 예심재판부는 이를 피고인(the accused)에게 통지하여야 한다. 예심재판부는 변경 허가여부를 결정하기 전에 피고인과 소추관에게 사실적 및 법률적 문제에 대한 서면 의견 제시를 요구할 수 있다. 1심공판이 개시되기 전까지는 소추관은 예심재판부의 허가를 받아, 확인된 혐의범죄에 대한 새로운 사실과 정황을 추가하는 것뿐만 아니라, 새로운 혐의범죄를 추가할 수도 있다.<sup>361)</sup> ICC 판례에 의하면 재판부의 허가까지 1심 공판 개시일 전에 받아야 한다.<sup>362)</sup>

#### 4. 1심공판 단계

로마규정 제66조제3항에 의하면 1심재판부는 공소장에 적시된 “사실과 정황”을 벗어나서 유죄판결을 할 수 없다. 재판소규칙 제55조는 1심 공판 및 판결 단계에서의 ‘사실에 대한 법적 평가의 변경’에 대해 아래와 같이 규율하고 있다.

##### 재판소 규칙

제55조 사실에 대한 법적 평가를 수정할, 재판부의 권한

1. 1심재판부는 로마규정 제74조에 따른 결정을<sup>363)</sup> 함에 있어서, 공소사실 및 변경된 공소사실에서 적시된 사실과 정황을 넘어서지 않으면서 로마규정 제6, 7 또는 8조의 범죄에 상응하도록 하기 위해 또는 로마규정 제25조 및 제28조에 따른 피고인의 범죄가담형태에 상응하도록 하기 위해 사실

2013, ICC-01/09-02/11, para. 35-36.

361) Schabas/Chaitidou/El Zeidy, Article 61 mn 153, in: Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the ICC, 2016.

362) Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision on the Prosecutor's appeal against the “Decision on the Prosecution's request to amend the updated document containing the charges pursuant to article 61(9) of the Statute”, 13 December 2013, ICC-01/09-01/11-1123, para. 29.

에 대한 법적 평가를 변경시킬 수 있다.

2. 재판부는 공판 중 어느 단계에서든, 사실에 대한 법적 평가의 변경이 있을 수 있다고 여기는 경우 그러한 가능성에 대해 절차참가자들에게 통지해야 하고, 증거조사를 한 후, 적절한 절차진행단계에서 절차참가자들에게 구술 또는 서면으로 의견을 제출할 기회를 주어야 한다. 재판부는 절차참가자들이 효과적으로 준비하기 위한 충분한 시간 및 편의를 가질 수 있도록 공판심리를 정지할 수 있고, 필요한 경우, 제안된 '법적 평가의 변경'에 관한 모든 문제들을 다루기 위한 심리의 개최를 명할 수 있다.
3. 제2항의 경우, 재판부는 특히, 피고인에게 다음이 보장되도록 해야 한다:
  - (a) 로마규정 제67조 제1항 제(b)호에 따라, 효과적으로 자신에 대한 방어를 준비할 수 있도록 충분한 시간 및 편의를 가지는 것
  - (b) 필요한 경우, 이전에 신문된 증인을 다시 조사할 기회를 주거나, 다시 조사한 후 새로운 증인을 부르거나 로마규정 제67조제1항제(e)호에 따라 허용되는, 다른 증거를 제출할 기회를 부여받는 것

Regulation 55 Authority of the Chamber to modify the legal characterisation of facts

1. In its decision under article 74, the Chamber may change the legal characterisation of facts to accord with the crimes under articles 6, 7 or 8, or to accord with the form of participation of the accused under articles 25 and 28, without exceeding the facts and circumstances described in the charges and any amendments to the charges.
2. If, at any time during the trial, it appears to the Chamber that the legal characterisation of facts may be subject to change, the Chamber shall give notice to the participants of such a possibility and having heard the evidence, shall, at an appropriate stage of the proceedings, give the participants the opportunity to make oral or written submissions. The Chamber may suspend the hearing to ensure that the participants have adequate time and facilities for effective preparation or, if necessary, it may order a hearing to consider all matters relevant to the proposed change.
3. For the purposes of sub-regulation 2, the Chamber shall, in particular, ensure that the accused shall:
  - (a) Have adequate time and facilities for the effective preparation of his or her defence in accordance with article 67, paragraph 1 (b); and
  - (b) If necessary, be given the opportunity to examine again, or have examined again, a previous witness, to call a new witness or to present other evidence admissible under the Statute in accordance with article 67, paragraph 1 (e).

보통법계와 대륙법계는 '사실에 대한 검사의 법적 평가에 법원이 어느 정도로 기속되는지'에 대해 전통적으로 상이한 접근법을 가지고 발전해 왔다. 절차및증거규칙은 2004년에 제정되었는데, "공소장에 적시된 사실과 정황<sup>364</sup>을 넘어서지 않는 한" 1심

363) 로마규정 제74조는 1심 유·무죄판결에 대한 조항이다.

364) 보다 정확히 표현하면 '공소사실확인결정에 의해 확인된 사실과 정황'을 뜻한다.

재판 단계에서 사실·정황에 대한 법적 평가의 변경을 허용하고 있는 절차및증거규칙 제55조는 대륙법계와 보통법계의 상이한 전통에 대한 타협안으로 제안되었고, 절차및 증거규칙 제정 당시 ICC에 대륙법계 국가 출신 법관들이 많았기에 제55조는 쉽게 채택될 수 있었다고 한다.<sup>365)</sup> ICC 판례에 의하면, 공판단계에서 공소장에 적시된 사실과 정황을 벗어나지 않는 한도에서 그러한 사실과 정황에 대한 법적 평가를 변경하는 것을 허용하는 주된 목적은 잘못된 법적 평가로 인해 무죄판결이 내려지는 것을 방지하기 위해서이다.<sup>366)</sup> 소추관이 불필요하게 중첩적 기소(cumulative charging) 또는 대안적 기소(alternative charging)를 할 필요가 없도록 하는 것도 '법적 평가의 변경' 제도의 또 다른 목적·기능으로 언급되기도 하지만,<sup>367)</sup> 현재 ICC 실무상 중첩적 또는 대안적 기소는 일반적이다.

## 제2절 | 쟁점별 검토

### 1. 피의자/피고인의 권리 보장

#### 가. 1심공판 단계의 경우: Katanga 사건

##### 1) 사건의 경과

콩고민주공화국의 Ituri 지역에서는 1999년부터 부족들 간에 분쟁이 있어 왔다. 소추관은 2008년 6월 12일 'Katanga는 Ngiti 부족으로 구성된 무장집단 FRPI의 지도자이고, Ngudjolo Chui는 Lendu 부족으로 구성된 무장집단 FNI의 지도자이다. FRPI와 FNI는 공동으로 Bogoro 마을을 공격하였고, 이 과정에서 살해, 성범죄 등의 인도에

365) Dastugue, "The Faults in "Fair" Trials: An Evaluation of Regulation 55 at the International Criminal Court", 48 *Vand. J. Transnat'l L.* 273, 2015, 286면.

366) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009, 8 December 2009, ICC-01/04-01/06-2205, para. 77; Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment on the appeal of Mr Germain Katanga against the decision of Trial Chamber II of 21 November 2012", 27 March 2013, ICC-01/04-01/07-3363, para. 22.

367) Guo, "On the Future of Regulation 55", FICHL Policy Brief Series No. 55, 2016, 2면.

반한 죄와 전쟁범죄가 발생하였다. Katanga와 Chui는 자신들의 지휘하에 있는 무장 집단이 공동으로 Bogoro 마을을 공격하도록 함으로써 인도에 반한 죄와 전쟁범죄를 공동으로 범하였다'고 하면서 변경된 공소장을 제출하여 Katanga와 Ngudjolo Chui를 기소하였다.<sup>368)</sup> 2008년 9월 30일 예심재판부는 '전쟁범죄로서의 비인간적 취급행위, 전쟁범죄로서의 인간존엄성 침해 행위, 인도에 반한 죄로서의 비인간적 취급행위' 공소사실에 대해서는 확인거절하고, 다른 공소사실에 대해서는 "그러한 범죄를 범했다고 믿을 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거가 제출되었다"고 판단하여 Katanga와 Ngudjolo Chui를 1심공판에 회부하였다.<sup>369)</sup>

## 2) 1심재판부의 공소사실변경가능 통지 결정(2012.11.12.)

1심재판부는 1심공판 심리를 마치고(최종 구두변론은 2012년 5월 15일 - 23일에 있었음) 평의단계에(deliberation stage) 들어간 때로부터 약 5개월여 후인 2012년 11월 12일 'Katanga의 책임형태에 대한 법적 평가는 간접적 공동정범(co-perpetration through another person)에서 제25조제(3)항제(d)호의 "기타 기여범"으로 변경될 수 있다'고 하면서 공소사실 변경 가능성을 통지하고, Katanga에 대한 사건과 Ngudjolo Chui에 대한 사건을 분리하였다.<sup>370)</sup> 1심재판부는 '절차및증거규칙 제55조에 의하면 "1심 재판의 어느 단계에서든지" 사실에 대한 법적 평가의 변경이 가능하므로 평의단계에서도 공소장에 적시된 사실과 정황을 벗어나지 않는 한 법적 평가의 변경이 가능하다'고 하였다.<sup>371)</sup>

1심재판부는 '제25조제(3)항제(a)호의 간접적 공동정범이 성립되기 위해 요구되는 객관적·주관적 요건은 제(d)호의 기타 기여범이 성립하기 위해 요구되는 객관적·주관적 구성요건보다 중한 요건들이므로 공소장에 적시된 사실과 정황(facts and circumstance)을 벗어나지 않는다.<sup>372)</sup> 부적절한 지체 없이 재판을 받을 피고인의

368) ICC, The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, ICC-01/04-01/07-717, para. 11-60 참조.

369) ICC, The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, ICC-01/04-01/07-717, para. 209-212.

370) Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons, 21 November 2012.

371) Ibid, para. 15 이하 참조.

권리는 국제범죄 혐의사건의 복잡성, 공판단계에서의 법적 평가의 변경은 “부적절한 무죄판결을 방지하기 위한 것”이라는 점과 조화되어야 하며,<sup>373)</sup> 피고인은 임의로 진술 하였기에 당해 사건에서 사실에 대한 법적 평가의 변경가능성을 통지한다고 하여 불리한 진술을 강요받지 않을 피고인의 권리를 침해하지 않는다.<sup>374)</sup> 따라서 피고인 등에게 법적 평가의 변경에 대한 의견진술기회 및 충분한 방어준비를 위한 시간을 제공하는 한 법적 평가의 변경가능 통지가 피고인의 권리를 침해하지는 않는다.<sup>375)</sup>”고 하면서 법적 평가가 변경될 수 있음을 통지하였다.

‘법적 평가 변경가능 통지결정’에 대해 Katanga가 불복하였고, 상소심재판부는 ‘피고인의 권리가 침해되지 않는 한, 최종변론 후 5개월여 지난 평의단계에서 법적 평가 변경가능 통지를 하더라도 위법한 것은 아니고, 1심재판부가 법적 평가를 변경하면서 Katanga에게 적절한 방어준비의 시간을 보장하였고, 부적절한 지체 없이 재판을 진행하였는지는 추후에 판단될 수 있기에 1심재판부의 공소사실변경가능 통지는 적법하다’고 판단하였다.<sup>376)</sup>

### 3) 1심판결(2014.3.7.)

2014년 3월 7일 1심 유·무죄판결에서 1심재판부 다수의견은 ‘Katanga는 15세 미만의 아동을 적극적 적대행위에 이용하는 행위와 관련하여서는 직접적 공동정범(direct co-perpetration)으로 기소되었는데, 직접적으로 범죄를 범했다는 것에 대한 사실을 공범의 한 형태인 제25조제(3)항제(d)호의 기타 기여범으로 법적 평가를 변경하는 것은 필연적으로 사건의 사실과 정황을 넘어서는 것을 수반하므로 15세 미만 아동의 적대행위로서의 이용이라는 공소사실과 관련하여서는 범죄가담형태와 관련하여 법적 평가를 변경하지 않고 직접적 공동정범의 성립여부에 대해서만 판단한다’고 하였다.<sup>377)</sup> 반면에 간접적 공동정범으로 기소된 범죄사실의 경우 범죄가담형태와 관련하

372) Ibid, para. 21-34.

373) Ibid, para. 43-46.

374) Ibid, para. 47-52.

375) Ibid, para. 53-57.

376) Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment on the appeal of Mr Germain Katanga against the decision of Trial Chamber II of 21 November 2012”, 27 March 2013, para. 14 이하 참조.

377) Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March

여 제25조제(3)항제(d)호의 기여범으로 법적 평가를 변경하더라도 공소장에 적시된 사실과 정황을 벗어나는 것은 아니라고 하였고,<sup>378)</sup> 이러한 법적 평가의 변경이 피고인의 ① 묵비권, ② 공정하게 신문을 받을 권리, ③ 방어준비를 위한 충분한 시간과 편의를 제공받을 권리, ④ 신속한 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다고 하였다.<sup>379)</sup> 1심 재판부는 제25조제(3)항제(d)호의 기여범으로 범죄가담형태 관련 법적 평가가 변경된 공소사실과 관련하여 전쟁범죄로서의 강간 및 성적 노예화, 인도에 반한 죄로서의 강간 및 성적 노예화에 대해서만 무죄판결을 하고,<sup>380)</sup> 다른 혐의사실에 대해서는 유죄판결을 하였다.<sup>381)</sup>

이러한 다수의견에 반대하여 법관 Christine Van den Wyngaert는 법적 평가 변경 가능성의 통지는 가능한 재판단계의 이른 시점에서 이루어져야 불리한 진술을 강요받지 않을 피고인의 권리를 보장할 수 있는데, 당해 사건에서 재판부는 훨씬 더 빠른 시점에 법적 평가 변경가능 통지 결정을 할 수 있었음에도 불구하고, 변론 종료 후 5개월 여 더 지난 시점에서야 변경가능통지를 함으로써 불필요하게 재판을 지연하였을 뿐만 아니라, 변경될 수 있는 것으로 통지된 법적 평가와 관련하여서도 피고인에게 방어준비를 충분히 할 수 있을 정도로 상세하게 통지하지 않음으로써 방어권을 충분히 보장하지 않았기에 공정한 재판의 원칙을 침해하는 것이라고 하였다.<sup>382)</sup> 뿐만 아니라 Christine Van den Wyngaert 법관은 불충분한 증거로 인해 Katanga에 대한 혐의사실이 합리적인 의심의 여지없을 정도로 입증되지 않았다고 판단하였다.<sup>383)</sup>

2014, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, para. 1480-1483.

378) Ibid, para. 1484.

379) Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, para. 1485 이하 참조.

380) 강간, 성적 노예화가 “공동의 목적” 또는 “공동의 (범죄)계획”에 포함되어 있지 않았다는 것을 이유로 무죄판결을 하였다.

381) Ibid, 658-659면.

382) Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment pursuant to article 74 of the Statute. Minority Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 7 March 2014, ICC-01/04-01/07-3436-AnxI, para. 62 이하.

383) Ibid, para. 133 이하.

## 나. 공소사실확인결정 후 1심공판 개시 전

### 1) Ruto and Sang 사건

2012년 1월 23일 예심재판부는 공소사실을 확인하여 Ruto와 Sang을 1심공판에 회부하였다. 공소사실확인결정에서 확인된 혐의범죄의 시간적 범위는 “2008.1.1. ~ 2008.1.4.”이었다. 2012년 8월 21일 소추관은 ‘Eldoret 지역에서 발생한 범죄는 2007.12.30.부터 시작되었다’고 적시한 “업데이트된 공소장”을 제출하였고, 1심재판부V는 2012년 12월 28일 ‘혐의범죄의 시간적 범위를 공소사실확인결정에서 확인된 바대로 적시할 것’을 소추관에게 명령하였다. 2013년 5월 21일 소장단은 새로이 1심 재판부V(a)를 구성하여 사건을 배당하였는데, 소추관은 Eldoret 지역에서 발생한 범죄의 시간적 범위를 “2008.1.1. ~ 2008.1.4.”에서 “2007.12.30. ~ 2008.1.4.”로 변경해 줄 것을 요청하였다.<sup>384)</sup> 이 요청을 1심재판부는 다음과 같은 이유로 거절하였다.

소추관은 로마규정 제61조제(9)항에 따라 공판개시 전까지 공소사실의 변경을 요청할 수 있지만, 이러한 요청은 “근거있고, 정당해야”한다. 소추관은 제한없이 제61조제(9)항을 원용하여 이익을 누려서는 아니 된다. 이는 특히 그 규정에 기한 공소사실의 변경을 인정하는 것이 절차의 공정성과 신속성이라는 다른 이익을 해할 수 있고, 이로 인해 피고인의 권리를 침해할 수 있는 경우에 그러하다. 소추관은 진실발견을 위해 공소사실확인결정 후에도 수사를 할 수 있다. 그러나 공소사실확인결정 후의 그러한 수사활동은 검찰국의 성실한 수사활동인 경우이어야 하고, 수사권의 남용에 해당해서는 아니 된다. 소추관은 Eldoret 지역에서 발생한 범죄의 시간적 범위가 2007.12.30.부터라는 점에 관한 증거를 이미 2013년 1월 9일 이전부터 확보했음에도 불구하고 그러한 증거를 제출하지 않고 있다가 제61조제(9)항에 기한 공소사실변경을 요청하고 있다. 공소사실확인결정 이후에 수사가 이루어질 수밖에 없었다는 것에 대해 정당한 이유를 소추관이 소명하지 못하는 한 제61조제(9)항에 기한 공소사실 변경요청은 허가될 수 없다. 공소사실의 변경요청이 늦어진데 대해 소추관이 정당한 이유를 소명하지 못하는 경우임에도 공소사실변경을 허가하는 것은 피고인의 방어권 행사에 부당한 부담을 지우는 것이다. 이것은 혐의사실의 성격, 내용에 대해 적시 고지받고, 방어준비

384) Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision on the "Prosecution's Request to Amend the Updated Document Containing the Charges Pursuant to Article 61(9) of the Statute", 16 August 2013, ICC-01/09-01/11-859, para. 4-13.

를 위한 충분한 시간과 편의를 부여받으면서 신속히 재판받을 피고인의 권리와 조화되지 못하는 것이다.<sup>385)</sup>

## 2) Al Hassan 사건

위와 같이 공소사실확인심리 중 또는 확인결정 후의 수사활동에 기하여 소추관이 제61조제(9)항에 기해 공소사실변경을 청구하는 경우 재판부는 늦은 수사활동에 정당한 이유가 있는지를 판단하여 공소사실변경 허가여부를 결정하고 있는데, 이러한 태도는 최근의 결정에서도 확인되고 있다.

2019년 5월 8일 소추관은 Al Hassan을 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄 혐의로 기소하였고, 2019년 9월 30일 예심재판부는 공소사실을 확인하여 Al Hassan을 1심공판에 회부하였다. 2020년 1월 31일 소추관은 1심재판부에<sup>386)</sup> "공소사실확인결정문에서의 표현수정(corrections) 및 공소사실관련 변경(amendments) 요청"을 하였다.<sup>387)</sup> '공소사실관련 변경 요청'에서 소추관은 공소사실확인심리 진행 중인 때 다른 피해자들을 인터뷰하여 새로운 피해자들을 확인하였기에, 공소사실확인결정에서 확인된 혐의 범죄들과 관련하여 17명의 피해자를 추가해 줄 것을 요청하였다.<sup>388)</sup> 이에 대해 예심재판부는 2020.2.21. '소추관은 공소사실확인심리 중에서도 추가 피해자들에 대한 조사가 이루어질 수밖에 없었던 이유를 소명하지 않고 있다'고 하면서 추가 피해자 조사가 늦어질 수밖에 없었던 이유가 무엇인지를 소명하도록 지시하였다.<sup>389)</sup>

## 다. 검토

Katanga 사건에서 1심변론종결 후 약 5개월 후에서야 '법적 평가 변경 가능성 통지'를 하고, 1심판결에서 '법적 평가를 변경'하여 유죄판결한 것은 피고인의 방어권

385) Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision on the "Prosecution's Request to Amend the Updated Document Containing the Charges Pursuant to Article 61(9) of the Statute", 16 August 2013, ICC-01/09-01/11-859, para. 31-42 참조.

386) 1심공판 개시 전이기에 소추관은 예심재판부에 그러한 요청을 하였다.

387) Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Public redacted version of "Prosecution Request for corrections and amendments concerning the Confirmation Decision", 17 February 2020, ICC-01/12-01/18-568-Red.

388) Ibid, para. 24 이하.

389) Ibid, para. 51-54.

을 충분히 보장하지 않은 채 ‘법적 평가 변경’제도가 이용된 것이라는 비판이 제기되고 있다.<sup>390)</sup> 1심재판에서 법적 평가를 변경하는 것은 예외적으로만 가능하다고 해야 하고, 1심재판의 마지막 단계에서 법적 평가를 변경하는 것은 인정되지 않아야 한다고 권고하는 견해도 있다.<sup>391)</sup> 이러한 비판에 직면하여 ICC는 법적 평가의 변경가능 통지는 가능한 이른 시점에 이루어져야 한다는 것을 강조하고 있다.<sup>392)</sup>

우리나라의 공소장변경제도와 ICC의 ‘법적 평가의 변경’을 비교할 때 눈에 띄는 점은 ICC는 경한 범죄규정을 적용하는지, 아니면 중한 범죄규정을 적용하는지에 상관 없이, 미리 공소장변경 가능통지를 한 후에만 법적 평가를 변경할 수 있도록 하고 있다는 점이다. 반면에 우리나라 판례에 의하면, 공소사실의 동일성이 인정되고, “피고인에게 예기치 않은 타격을 주거나 방어권 행사에 실질적인 불이익을 줄 우려가 없다면” 공소장변경 없이 경한 규정을 적용하더라도 불고불리의 원칙에 위배되지 않는다고 한다.<sup>393)</sup>

## 2. ‘사실과 정황을 초과할 수 없다’의 의미 및 판단기준

### 가. Yekatom and Ngaïssona 사건

#### 1) 공소사실 및 공소사실확인결정

소추관은 ‘2013년 9월부터 2014년 12월경까지 Yekatom 휘하의 ‘반-Balaka’ 무장대가 무슬림 주민에게로 가한 살해, 상해 등의 행위는 인도에 반한 죄로서의 살해 등에 해당하고, 전쟁범죄로서의 살해 등에 해당하며 Yekatom은 제25조제(3)항의 각 책임형태 그리고/또는 제28조(제a)항에 따른 상급자책임을 부담한다’, ‘Ngaïssona는

390) Rigney, ‘The words don’t fit you’: Recharacterisation of the charges, trial fairness, and Katanga, 15 *Melbourne Journal of International Law* 515, 2014, 521면 이하; Klamburg, Recharacterisation of Charges in International Criminal Trials, in: *Festschrift till Christian Diesen* 127, Simon Andersson & Katrin Lainpelto(eds.), 2014, 335면 이하.

391) War Crimes Research Office, Regulation 55 and the rights of the accused at the International Criminal Court, October 2013, 43면 이하.

392) 예컨대 Prosecutor v. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona, Decision on the Prosecution’s Application for Notice to be given pursuant to Regulation 55(2) on Mr Yekatom’s Individual Criminal Responsibility, 2 June 2020, ICC-01/14-01/18-542, para. 12 참조.

393) 많은 판결이 있지만, 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도5909 판결 참조.

반-Balaka 무장대가 무슬림 주민에게 저지른 살해, 상해, 강간 등의 행위로 인해 인도에 반한 죄로서의 살해 등과 전쟁범죄로서의 살해 등에 대해 제25조제3항제(a)호의 공동정범 또는 간접공동정범, 또는 제25조제(3)항제(c)호의 방조범, 또는 제25조제(3)항제(d)호의 기여범 책임을 부담한다.’고 하면서 Yekatom과 Ngaïssona를 기소하였다.<sup>394)</sup>

공소장에서는 ‘전쟁범죄로서의 강간’, ‘인도에 반한 죄로서의 강간’ 범죄사실로 다음과 같이 적시되어 있었다.<sup>395)</sup>

반-Balaka Bossangoa그룹 무장대 구성원들은 V를 강간하였다.  
2013년 12월 5일 공격 동안에 반-Balaka 무장대 구성원에 의해 강간당한 두 번째 피해자가 있었다.

공소사실확인여부 결정에서 예심재판부는 Yekatom의 책임형태(또는 범죄가담형태)와 관련하여 ‘Yekatom은 제25조제3항제(a)호의 공동정범 또는 간접공동정범, 또는 제25조제(3)항제(b)호의 명령범 책임을 부담한다고 믿을 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거가 있다’고 판단하였다. Ngaïssona의 혐의범죄 중 ‘전쟁범죄로서의 강간’, ‘인도에 반한 죄로서의 강간’과 관련하여 “반-Balaka Bossangoa그룹 무장대 구성원들에 의해 V가 강간당하였다고 믿을 충분한 근거가 있다”고 함으로써 V에 대한 강간범행과 관련하여서만 공소사실을 확인하였다. 그리고 Ngaïssona의 책임형태(범죄가담형태)와 관련하여서는 ‘Ngaïssona는 제25조제3항제(c)호의 방조범 또는 제(d)호의 기여범 책임을 부담한다고 믿을 충분한 근거가 있다’고 판단하였다.<sup>396)</sup>

## 2) 책임형태 관련

소추관은 2020년 3월 2일 예심재판부에 ‘대안적 기소(alternative charging)의 경우

394) 상세 혐의사실은 Prosecutor v. Patrice-Edouard Ngaïssona and Alfred Yekatom, Public redacted version of “Document Containing the Charges”, ICC-01-14/01-18-282-Conf-AnxB1, 19 August 2019, 18 September 2019, ICC-01/14-01/18-282-AnxB1-Red 참조.

395) Ibid, para. 385-386

396) Prosecutor v. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona, Corrected version of ‘Decision on the confirmation of charges against Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona’, 11 December 2019, ICC-01/14-01/18-403-Red-Corr.

예심재판부는 충족될 가능성이 있는 모든 책임형태와 관련하여 공소사실확인 결정을 해야 한다고 주장하면서 Yekatom의 경우 제25조 및 제28조에 따른 모든 책임형태가 충족될 여지가 있는 것으로 보아 공판회부하는 방향으로 공소사실확인판단을 다시 해 줄 것을 요청하였다. 2020년 3월 11일 예심재판부는 ‘1심재판부는 예심재판부가 확인한 “사실과 정황”에만 기속될 뿐, 예심재판부의 법적 평가에는 기속되지 않는다’는 것을 이유로 들면서 소추관의 요청을 받아들이지 않았다.<sup>397)</sup>

소추관은 1심공판 개시 후에 1심재판부에 ‘Yekatom의 책임형태(범죄가담형태)는 제25조제3항제(c)호의 방조범 또는 제(d)호의 기여범 또는 제28조에 따른 상급자책임으로 변경될 수도 있다는 것을 피고인 또는 절차참여자에게 통지해 줄 것’을 신청하였다. 1심재판부는 2020년 6월 2일 ‘1심재판부는 공소장에 적시된 “사실 및 정황”에만 기속될 뿐 예심재판부의 법적 판단에 기속되지 않는다. 재판소규칙 제55조제2항에 따른 ‘법적 평가의 변경가능 통지’는 법적 평가 변경 가능성의 통지일 뿐, 법적 평가가 바로 변경되는 것이 아니고, 법적 평가의 변경 가능성이 있는 경우 가능한 빠른 시기에 그러한 통지가 이루어져야 한다. 당해 사건의 경우 공소사실결정을 통해 확인된 사실 및 정황에 의하더라도 제25조제3항제(c)호의 방조범 또는 제(d)호의 기여범 또는 제28조에 따른 상급자책임이 인정될 여지가 있기에 공소사실변경가능 통지가 필요하다’고 하면서 소추관의 법적 평가 변경가능 통지 신청을 인용하였다.<sup>398)</sup>

### 3) 강간범행사실 관련

2020년 3월 11일 소추관은 예심재판부에, Ngaïssona의 인도에 반한 죄로서의 강간 범죄 공소사실과 관련하여, 예심재판부는 피해자 V에 대한 강간과 관련하여서만 인도에 반한 죄로서의 강간 범행이 이루어졌다고 믿을 충분한 근거가 있다고 보아 피해자 V에 대한 강간과 관련하여서만 공판에 회부하였는데, 새로이 두 번째 강간 피해자의 진술증거를 확보하였으므로 두 번째 강간행위도 공소사실에 추가하여 줄 것을 신청하

397) Prosecutor v. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona, Decision on the Prosecutor’s request for reconsideration or, in the alternative, leave to appeal the ‘Decision on the confirmation of charges against Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona’, 11 March 2020, ICC-01/14-01/18-447, para. 25 등 참조.

398) Prosecutor v. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona, Decision on the Prosecution’s Application for Notice to be given pursuant to Regulation 55(2) on Mr Yekatom’s Individual Criminal Responsibility, 2 June 2020, ICC-01/14-01/18-542.

였다. 그리고 Yekatom의 경우 공소사실에 ‘전쟁범죄로서의 강간 및 성적 노예화’를 추가해 줄 것을 신청하였다.

2020년 5월 14일 예심재판부는 Ngaïssona의 ‘인도에 반한 죄로서의 강간범죄’ 공소사실에 ‘두 번째 강간행위’ 사안을 추가하는 것이 가능한지에 대해 다음과 같이 판단하였다.<sup>399)</sup>

예심재판부가 피해자 V에 대한 강간에 대해서만 확인결정한 이유는 ‘강간을 당한 피해자 V가 안전한 장소로 몸을 숨긴 후 두 번째 피해자를 만나 그녀로부터 강간을 당하였다는 것을 들었다’는 것이 소추관이 두 번째 강간행위와 관련하여 제출한 증거였고, 그러한 증거만으로는 두 번째 강간행위가 있었다고 믿을 충분한 근거가 제출되지 않았기에 피해자 V와 관련하여서만 공소사실확인 결정을 한 것이다. 두 번째 강간행위 사안은 비록 2013년 12월 5일 반-Balaka 무장대의 공격 과정에서 이루어졌을지라도 V에 대한 강간사안과 가해 병사, 장소, 시간 등이 완전히 다른 사안이다. 따라서 두 번째 강간행위 사안을 추가하는 것은 단지 확인된 범행사실에 대해 법적 평가만을 변경(‘amendment’ of the same charge of rape)하는 것으로 볼 수 없고, ‘새로운 공소사실의 추가(a new, additional charge)’로 보아야 한다. 피고인의 권리, 절차지연, ‘소추관이 불충분한 수사를 하여 공소제기 후 공소사실변경제도를 통해 공소사실을 변경하는 것과 같이, 소추관은 공소사실 변경제도를 남용하여 부당한 이익을 얻어서는 아니된다’는 것 등을 고려하면 소추관의 공소사실변경 신청은 받아들일 수 없다.

예심재판부는 2020년 6월 1일 Yekatom의 경우 공소사실에 ‘전쟁범죄로서의 강간 및 성적 노예화’를 추가할 수 있는지에 대해 다음과 같이 판단하였다.<sup>400)</sup>

소추관은 Yekatom에 대해서는 전혀 강간범죄로 기소하지 않았고, 공소사실확인결정에서도 ‘강간범죄’ 관련 ‘범행사실(facts)’이 전혀 확인되지 않았기에 Yekatom에 대해 ‘전쟁범죄로서의 강간 및 성적 노예화’를 공소사실로 추가하는 것은 ‘새로운 공소사실

399) Prosecutor v. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona, Decision on the ‘Prosecution’s Request to Amend Charges pursuant to Article 61(9) and for Correction of the Decision on the Confirmation of Charges, and Notice of Intention to Add Additional Charges’, 14 May 2020, ICC-01/14-01/18-517, para. 10 이하.

400) Prosecutor v. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona, Decision on the Prosecutor’s request to amend the charges against Alfred Yekatom, 1 June 2020, ICC-01/14-01/18-538, para. 11 이하.

을 추가하는 것(addition of a new charge)'이므로 허용될 수 없다.

### 나. Al Hassan 사건

2019년 9월 30일 예심재판부는 공소사실을 확인하여 Al Hassan을 1심공판에 회부하였다. 인도에 반한 죄로서의 박해(persecution), 전쟁범죄로서의 강간, 인도에 반한 죄로서의 강간은 확인된 공소사실에 해당한다. 2020년 6월 23일 소추관은 1심재판부에 절차맞증거규칙 제55조제2항에 기해, 법적 평가 변경가능 통지결정을 해 줄 것을 신청하였다.<sup>401)</sup> 소추관이 변경가능한 법적 평가로 신청한 것들 중 하나는 다음과 같다: '공소사실확인결정에 의해 확인된 박해범죄의 공소사실에 포함된 피해자 P-0570, P-0547, P-0574 및 P-0542에 대한 성범죄 행위는 전쟁범죄로서의 강간 및 인도에 반한 죄로서의 강간에도 해당하는 것으로 법적 평가가 변경될 수 있다.'<sup>402)</sup>

이 신청에 대해 1심재판부는 ① 4명의 피해자에 대한 성범죄 행위는 공소사실확인 결정에서 박해범죄와 관련하여 확인된 "사실과 정황"이므로 4명의 피해자에 대한 강간행위를 전쟁범죄로서의 강간 또는 인도에 반한 죄로서의 강간으로 법적 평가를 변경하는 것은 공소사실확인결정에 의해 확인된 사실과 정황을 벗어나는 것이 아니라는 점, ② 강간행위를 박해범죄로 평가하는 것은 강간행위를 전쟁범죄 또는 인도에 반한 죄로서의 강간범죄로 평가하는 것과 동일한 의미를 가진다고 할 수는 없다는 점, ③ 공소사실확인결정에서 확인된 사실들에 의하면 그러한 강간행위에 대해 전쟁범죄로서의 강간죄 또는 인도에 반한 죄로서의 강간죄가 성립할 가능성이 충분하다는 점을 논거로 소추관의 법적평가 변경가능 통지신청을 인용한다고 판단하였다.<sup>403)</sup>

401) Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Prosecution's application for notice to be given pursuant to regulation 55(2) of the Regulations of the Court, ICC-01/12-01/18-894-Conf.

402) Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Public redacted version of 'Decision on application for notice of possibility of variation of legal characterisation pursuant to Regulation 55(2) of the Regulations of the Court', 17 December 2020, ICC-01/12-01/18-1211-Red, para. 46.

403) Ibid, para. 51-56.

## 다. 검토

Yekatom and Ngaïssona 사건에서 소추관은 Ngaïssona의 ‘인도에 반한 죄로서의 강간범죄’ 혐의와 관련하여 1심재판 개시 전에 ‘두 번째 피해자에 대한 강간행위’를 공소사실로(정확히는 ‘공소사실의 기초가 되는 범행사실로’) 추가하는 것을 허가해 줄 것을 예심재판부에 신청하였다. 예심재판부가 ‘두 번째 피해자에 대한 강간행위’를 공소사실로(정확히는 ‘공소사실의 기초가 되는 범행사실로’) 추가하는 것을 거절한 이유는 두 번째 피해자에 대한 강간이 공소사실확인결정에서 확인된 “사실(facts)”이 아니라는 점 때문이 아니라(“공소사실확인결정에 의해 확인된 사실과 정황”을 벗어나는 “사실과 정황”이라는 점 때문이 아니라), 1심재판 개시 전이라면 법원의 허가를 받아 ‘그러한 사실과 정황’을 추가하는 것이 가능하지만, 원칙적으로 공소사실확인심리 개시 전까지 수사활동을 종료해야 하는데, 공소사실확인심리 개시 이후 1심공판 개시 전에 이루어진 늦은 수사활동에 정당한 이유가 없기에 허가할 이유가 없다고 보았기 때문이다. 반면에 Al Hassan 사건의 경우 1심재판부는 4명의 피해자에 대한 강간범행사실은 ‘인도에 반한 죄로서의 박해’범죄를 구성하는 범행사실로 공소사실확인결정에서 확인되었기에 그러한 범행사실이, 공소사실확인결정에서 혐의범죄로 확인되어 1심재판의 대상이 되고 있는 ‘전쟁범죄로서의 강간죄’ 또는 ‘인도에 반한 죄로서의 강간죄’를 구성하는 추가적인 범행사실에 해당할 수 있는가의 문제는 단지 확인된 4명의 피해자에 대한 강간범행사실에 대한 법적 평가의 문제라고 보아 법적 평가 변경가능 통지를 인용하였다.

위와 같이 ICC 판례는 ‘사실과 정황에는 변경이 없고, 단지 사실과 정황에 대한 법적 평가의 변경이 문제되는지’, 아니면 ‘사실과 정황에 변경이 있는 공소사실의 변경’인지를 공소장에 적시된(또는 공소사실확인결정에서 확인된) 범행 사실과 정황 인지를 기준으로 판단하고 있다. 법적 평가의 변경 문제로 다루어지는 경우는 심판대상인 사실관계(사실과 정황)에는 변화가 없는 경우라는 점에서 ‘사실과 정황을 초과하는지 여부’는 자연적 관점에서 판단되고, 법적 평가의 변경 가능성 통지 및 법적 평가의 변경이 필요한지 여부는 규범적 요소를 고려하여 판단하고 있다고 볼 수 있다.

### 3. 피해자의 공소사실변경 신청: Lubanga 사건

#### 가. 피해자변호사의 공소사실변경 신청

Lubanga사건에서 예심재판부는 2007년 1월 29일 ‘Lubanga는 15세 미만의 아동을 UPC/FLPC 무장집단 구성원으로 징집 또는 모병하고 그들을 적대행위에 적극적으로 참여하도록 함으로써 8(2)(b)(xxvi), 8(2)(e)(xii)의 전쟁범죄를 공동정범으로 범하였다’는 공소사실을 확인하여 1심공판에 회부하였다.<sup>404)</sup> 2009년 5월 22일 피해자변호사들은 공동으로 ‘징집·모병된 15세 이하 아동들은 가혹한 군사 훈련 등으로 인해 비인간적 취급을 당하였을 뿐만 아니라, 여아들은 지속적으로 성폭력을 당하면서 성적 노예로 이용되었기에 전쟁범죄로서의 “성적 노예화”, “비인간적 취급” 또는 “잔혹한 취급”을 공소사실로 추가할 수 있도록 재판소규칙 제55조에 따른 법적 평가의 변경가능 통지 결정을 해 줄 것’을 1심재판부에 신청하였다.<sup>405)</sup>

#### 나. ‘법적 평가의 변경’ 관련 1심재판부 및 상소심재판부의 판단

2009년 7월 14일 1심재판부는 재판소규칙 제55조제2항 및 제3항의 경우 “공소장 또는 수정된 공소장에 적시된 사실 또는 정황(facts and circumstances)을 벗어나지 않는 한”이라는 문구가 없기에 제55조제2항 또는 제3항에 기한 법적 평가의 변경의 경우 “새로운 증거의 제출 등과 같이 공소장에 적시된 사실을 벗어나서 이루어질 수 있다”고 하면서 당사자 및 절차참여자에게 ‘법적 평가의 변경 가능성 통지’를 한다고 결정하였다.<sup>406)</sup> 이 결정에 불복하여 2009년 8월 12일 소추관이 상소를 제기하였고, 상소심재판부는 ‘1심재판부가 재판소규칙 제55조제2항 및 제3항에 따른 법적 평가의 변경 절차와 제1항에 따른 법적 평가의 변경 절차를 구분하여 이해하는 것은 잘못된

404) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN.

405) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Joint Application of the Legal Representatives of the Victims for the Implementation of the Procedure under Regulation 55 of the Regulations of the Court, 22 May 2009, ICC-01/04-01/06-1891-tENG.

406) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court, 14 July 2009, ICC-01/04-01/06-2049, para. 25 이하.

해석이고, 1심 공판단계에서의 법적 평가의 변경은 공소장에 적시된 사실과 정황을 벗어나서 이루어질 수 없다'고 하면서 1심재판부의 결정을 파기하고, 성폭력범죄가 발생했다는 것은 양형에서 고려될 수는 있을 것이라고 판단하였다.

#### 다. 1심 양형판결

2012년 3월 14일 1심재판부는 Lubanga에게 유죄판결을 하였다. 2012년 7월 10일 1심재판부는 양형판결에서 로마규정 제76조제(1)항에도<sup>407)</sup> 불구하고, “적절한 형을 선고해야 한다”고 하고 있는 제76조제(1)항 그리고 “양형과 관련된 추가적인 증거 또는 의견을 조사할 수 있다”고 한 제76조제(2)항을 근거로 “공소장에 적시되지 않은 사실”도 양형의 기초로 삼을 수 있다고 하였다. 다만 그러한 사실에 대한 입증의 정도는 검사의 주장과 달리, ‘합리적인 의심의 여지가 없는 정도’라고 판단하였다.

#### 라. 검토

Lubanga 사건에서 눈에 띄는 점은 피해자변호사들이 법적 평가의 변경을 신청하였고, 1심재판부는 피해자측의 그러한 신청을 받아들여 법적 평가의 변경가능 통지를 하였다는 점이다. 이러한 결정이 상소심재판부의 판결에 의해 종국적으로는 무효로 되었지만, 피해자측이 법적 평가의 변경을 신청할 수 있다는 것은 피해자의 의견진술권이 한정적으로 인정되고 있는 한국에 비하면 매우 비교된다. 형사소송규칙 제134조의10에 의하면 법원이 직권으로 또는 피해자등의 신청에 따라 피해자등을 공판기일에 출석하게 하여 증인신문에 의하지 아니하고 의견을 진술하게 할 수 있지만, 그 진술은 “범죄사실의 인정에 해당하지 않는 사항”에 한한다. 물론 ICC에서의 피해자참가제도와 한국 형사절차에서의 피해자참가제도가 상이하고, 현재 ICC의 피해자참가제도는 그 실무운영에서 절차지연의 한 원인으로 논란이 되고 있지만,<sup>408)</sup> ICC의 피해자참가제도와 비교할 때 한국 형사절차에서 피해자의 의견진술권 범위·효력을 좀 더 확대할

407) “1심재판부는 양형과 관련하여 의미를 가지는, 1심공판 과정에서 제출된 증거 및 의견을 고려하여야 한다”고 하고 있다.

408) ICC에서 신속한 절차진행을 위해 피해자참가제도의 실무운영상의 개선방안으로 제시되고 있는 사항에 대해서는 Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System. Final Report, 30 September 2020, 270면 이하 참조.

필요는 있어 보인다.

#### 4. 'No case to answer 판결'과의 관계

##### 가. 'No case to answer 판결'의 의미, 근거 및 요건

'No case to answer 판결'이란 검사측 제출 증거조사만을 마친 후 피고인측 제출 증거조사를 하지 않은 채, 검사측 제출 증거가 유죄판결하기에는 너무 불충분하다는 것을 이유로 일부 또는 전부 공소사실에 대하여 무죄판결을 하거나 절차를 종료하는 판결을 뜻한다. 범죄사실을 입증할 책임은 검사가 부담하고, 피고인은 무죄추정을 받으며 형사절차는 신속하고 공정하게 진행되어야 하는데, 검사가 제출한 증거가 너무 불충분하다면 피고인이 무죄임을 항변하는 증거로 답할 필요가 없는 경우이므로 '피고인이 답할(반대증거를 제출할) 필요 없는 사건'이라는 의미이다.<sup>409)</sup>

로마규정은 'No case 판결'에 대해 명문규정을 두고 있지 않다. 그러나 ICC 판례는 로마규정 제64조제(2)항, 제(3)항 등을 근거로 'No case 판결'을 할 권한은 유·무죄판결을 할 권한을 가진 재판부에 당연히 부여되어 있는 것이라고 한다.<sup>410)</sup> 다만 구체적으로 어떠한 절차를 거쳐 'No case 판결'을 할 것인지에 대해 로마규정이 명시적으로 규율하고 있지 않기에 이는 개개 재판부가 해당 사건의 사정을 고려하여 정할 수 있다고 한다.<sup>411)</sup>

'No case 판결'은 일부공소사실 또는 일부소인에 대해서도 가능한데,<sup>412)</sup> 어느 공소사실과 관련하여 제출된 증거에 의할 때 법적 평가의 변경을 통해 다른 범죄가 성립할 여지도 없는 경우에만 'No case 판결'이 가능하다.<sup>413)</sup> 즉, 어떠한 공소사실과 관련하

409) Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on 'No Case to Answer' Motions), 3 June 2014, ICC-01/09-01/11-1334, para. 12.

410) Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on 'No Case to Answer' Motions), 3 June 2014, ICC-01/09-01/11-1334, para. 15-16.

411) Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on 'No Case to Answer' Motions), 3 June 2014, ICC-01/09-01/11-1334, para. 17.

412) Ibid, para. 28.

413) Ibid, para. 29.

여 법적 평가의 변경을 통해 유죄판결이 내려질 수 없는 경우에만 ‘No case 판결’이 가능하다. No Case-판결은 검사측 증거제출 후, 가능하거나 필요한 경우 피해자변호사측에 증거제출의 기회를 제공한 후 이루어져야 한다.<sup>414)</sup>

현재 ICC에서는 No case 판결과 관련하여 그러한 판결을 하기 위해 요구되는 증명의 정도, 구체적으로 어떠한 기준에 따라 증거의 부족 여부를 판단해야 하는지에 대해 법관들 사이에 다양한 견해가 제시되고 있다.<sup>415)</sup>

### 나. Ruto and Sang 사건 및 Gbagbo and Blé Goudé 사건

Ruto and Sang 사건에서 1심재판부 다수의견은 검사측 증거만을 살펴본 후 증거가 너무 부족하다고 판단하여 No case 판결 여부에 대한 절차를 진행하였다.<sup>416)</sup> 반면에 소수의견은 법적 평가의 변경을 통한 유죄판결이 가능한 경우라고 보았다.<sup>417)</sup> Ruto and Sang 사건에서 다수의견은 검사의 증거수집이 어려웠던 것은 케냐 정부의 비협조 등으로 인한 면이 크다는 점을 고려하여 무죄판결을 하지 않고 절차종료 판결을 함으로써 일사부재리효력이 발생하지 않도록 하여, 소추관이 새로운 증거를 수집하여 다시 기소할 수 있는 길을 열어 두었다.<sup>418)</sup>

그러나 Gbagbo and Blé Goudé 사건에서 1심재판부 다수의견은 No case-무죄판결을 하였다.<sup>419)</sup> No case 사건의 경우 무죄판결을 하는 것이 원칙인데, Gbagbo and Blé Goudé 사건에서는 Ruto and Sang 사건과 같이 사법방해에 기한 증거수집방해 등이 인정되지 않았기 때문이다. Laurent Gbagbo 사건의 경우 공소사실확인심리 단계에서 예심재판부는 소추관이 “민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격”

414) Ibid, para. 34.

415) Ruto and Sang 사건의 No case 결정 및 반대의견: Gbagbo and Blé Goudé 사건에서의 1심 무죄판결과 상소심판결 및 반대의견 참조.

416) Ibid, para. 33 이하.

417) Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on ‘No Case to Answer’ Motions). Separate Further Opinion of Judge Eboe-Osui, 3 June 2014, ICC-01/09-01/11-1334-Anx.

418) Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal, 5 April 2016, ICC-01/09-01/11-2027-Red-Corr, para. 17 이하 참조.

419) Prosecutor v. Gbagbo and Blé Goudé, Reasons of Judge Geoffrey Henderson, 16 July 2019, CC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red.

이 있었다는 것에 대한 증거로 제출한 45개 사안(incident)은 대부분 NGO 보고서, 익명의 전문진술에 근거하고 있어 증거가치가 낮은 바 ‘민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격이 있었다고 볼 상당한 근거를 형성하는 충분한 근거’가 제출되었다고 보기 어렵지만, 공소사실확인을 거절할 정도는 아니라고 판단하여 심리를 연기하면서 소추관에게 추가조사를 하여 추가증거를 제출할 것을 요청하기도 하였었다.<sup>420)</sup>

#### 다. 검토

‘무죄판결로서의 No case 판결’은 소추관측이 제시하는 증거만을 살펴보고 무죄판결을 한다는 점 즉, 통상적인 재판절차를 모두 진행하고서 무죄판결을 하는 것이 아니라 재판절차 진행의 이른 시점에 무죄판결을 하여 피고인을 조기에 재판절차에서 해방시킨다는 점을 제외하고는 한국의 무죄판결과 다르지 않다. 그러나 ‘일사부재리 효력이 인정되지 않는 단순절차종료판결로서의 No case 판결’은 우리나라 형사절차에서는 인정되지 않고 있는 중국판결의 형태이다. ICC는 Ruto and Sang 사건의 경우 해당 당사국의 비협조로 인해 충분한 증거수집이 이루어질 수 없었다는 점을 고려하여 ‘단순절차종료로서의 No case 판결’을 하였지만, Gbagbo and Blé Goudé 사건의 경우 그러한 사유가 인정되지 않음에도 불구하고 소추관이 최선의 노력을 다하지 않은 채 양질의 충분한 증거를 수집하지 않았다고 보아 ‘무죄판결로서의 No case 판결’을 하였다. No case 판결의 인정요건 및 인정범위, 그 효력 등에 대해 보다 상세히 살펴보는 것은 검사의 불충분한 증거수집에 기해 기소된 사례에서 사안에 적절한 재판형태를 모색하는데 시사점을 줄 수 있다.

420) Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute, ICC-02/11-01/11-432, 3 June 2013, para. 24 이하 참조.

## 제 6 장

국제형사재판소 관할범죄에 관한 이론 및 사례 연구

# ICC 피해배상의 최근 동향

김 세 욱



# ICC 피해배상의 최근 동향

### 제1절 | 도입

#### 1. ICC 피해배상 제도의 배경 및 법적 근거

UN의 특별재판소인 구유고전범재판소(ICTY)와 르완다전범재판소(ICTR)에서는 관할 범죄에 대한 처벌만 가능했고 피해배상 체계를 갖추고 있지는 않았다. 이러한 UN 특별재판소들의 한계를 극복할 필요가 있다는 반성적 고려와, 사법처리의 의지나 능력조차 없는 국가 체제가 피해배상을 실현해줄 것이라 기대하기는 어렵다는 주장 등에 힘입어<sup>421)</sup> 로마규정 채택을 위한 로마회의(Rome Conference)에서는 여러 정부 대표들의 폭넓은 지지로 피해자에 대한 배상에 관한 로마규정 제75조와, ICC 내 별도 기구로 피해자신탁기금(Trust Fund for Victims)의 설치에 관한 로마규정 제79조를 도입하였다.<sup>422)</sup> 이로써 ICC는 유죄판결을 받은 피고인에 대하여 피해배상명령을 할 수 있게 되었고, 국제형사법 역사 최초로 피해배상 체계를 갖춘 재판소가 되었다.<sup>423)</sup>

피해배상 제도의 가장 기본적인 규정인 로마규정 제75조는 ICC가 피해자의 신청에

421) Triffterer/Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary*, 3rd ed., 2016 (이하 'Triffterer/Ambos'), 1854-1855면.

422) Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2010 (이하 'Schabas'), p. 880; Walley, "The Participation of Victims in the Process of Collective Reparations at the ICC" (이하 'Walley'), Jasini, Rudina/Townsend, Gregory(eds.), *Advancing the Impact of Victim Participation at the International Criminal Court: Bridging the Gap Between Research and Practice*, UK Economic and Social Research Council, 2020, 77-78면.

423) Triffterer/Ambos, 1854-1855면.

따라 또는 직권으로 배상명령을 할 수 있다는 점, 배상명령은 유죄판결 받은 피고인에 직접 하는 것이라는 점, 피해배상은 피해자신탁기금을 통하여 이루어질 수 있다는 점, 배상명령의 실행에 국가의 역할이 요구된다는 점 등을 정하고 있다. 여기서 가장 주목할 점은 로마규정이 국가가 아닌 범죄자 '개인'에 대한 배상을 구할 수 있는 피해자의 권리를 인정하였다는 것이다.<sup>424)</sup>

ICC는 회복적 사법의 실천에 대한 기대를 한 몸에 받으면서 그 업무를 개시하였지만 막상 피해배상을 실현하는 과정은 순탄치 않았다. 피해배상은 신청, 심리, 결정, 계획 수립, 실행, 감독에 이르기까지 여러 단계로 구성되고 그것을 실현하는 데에는 재판부, 피해자 지원업무를 담당하는 사무국(Registry), 실행을 담당하는 피해자신탁기금 등 여러 기관이 각자 맡아야 할 부분과 때로는 협업이 필요한 부분이 많음에도, 피해배상에 관하여 로마규정은 단 한 개의 조문만 두고 있고 절차증거규칙도 5개의 조문(제94조 내지 제99조)만 두고 있어 피해배상의 구체적인 요건과 내용, 세부적인 절차 등 여러 사항은 결국 재판부의 해석, 즉 ICC의 판례를 통해 확립될 수밖에 없었다. 더구나 국제형사 관할 차원의 피해배상은 그 선례를 찾기 어려운 영역인데다가 ICC 내 각 기관의 권한과 의무가 어디까지인지 명확하지 않음으로 인하여 처음으로 진행된 Lubanga, Katanga 사건에서의 피해배상 절차에서는 실로 많은 시간이 소요되었고 여러 문제점도 드러났다.

## 2. ICC에서의 피해배상명령 현황

2021년 10월 현재까지 ICC에서 피해배상명령이 있었던 사건은 총 4개로 그 중 3개는 콩고민주공화국(Democratic Republic of the Congo, 이하 '콩고') 사태 (situation)와 관련된 Lubanga, Katanga, Ntaganda 사건이고, 나머지 1개는 말리 (Mali) 사태와 관련된 Al Mahdi 사건이다.

최초로 피해배상에 관한 결정이 있었던 사건은 Lubanga 사건이다. Lubanga 사건의

424) Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System Final Report, 30 September 2020, ICC-ASP/19/16 (이하 'IER Final Report'), para. 874 (피해자의 '국가'에 대한 배상청구권은 이미 오래전 1907년 헤이그협약 IV 제3조에서도 찾아볼 수 있고, 유럽, 미주, 아프리카 지역의 인권보호체계를 통해서도 인정되고 있다. Triffterer/Ambos, 1854면 및 Walley, 78면.

1심재판부는 2012년 3월 Lubanga에 대하여 유죄판결을 선고하였고,<sup>425)</sup> 이어서 2012년 8월에 ‘배상에 적용될 원칙과 절차를 확립하는 결정’(이하 ‘Lubanga 1심 배상결정’)을 하였는데,<sup>426)</sup> 이 결정에 대해 피고인과 피해자 측 쌍방이 상소를 하였다. 그로부터 약 2년 반 후인 2015년 3월 상소심은 위 1심 배상결정을 파기하고 ‘수정된 배상명령(amended reparations order)’을 포함한 판결을 선고하였는데(수정된 배상명령까지 합한 상소심 판결을 이하 ‘Lubanga 상소심 배상판결’이라 하고 수정된 배상명령만 가리킬 때는 ‘Lubanga 수정된 배상명령’이라 한다),<sup>427)</sup> 이 판결을 통해 피해배상의 기본적인 원칙이 확립되고 피해배상명령이 갖추어야 할 필수적인 5가지 요소가 구체화된 것으로 평가되고 있다(이에 대해서는 아래 제2절에서 보다 상세히 다루기로 한다).<sup>428)</sup> 비록 상소심에서 배상명령까지 내려졌으나 피고인의 배상액수를 정하는 부분은 1심으로 환송되었고, 이에 1심재판부는 2017년 12월에 이르러 비로소 피고인의 배상액수를 정하는 결정을 하였다.<sup>429)</sup>

다음으로는 Katanga 사건에서 배상절차가 진행되었는데, Katanga 사건의 1심재판부는 1심 유죄판결이 선고된 때로부터 무려 약 3년 후인 2017년 3월에 이르러 배상명령(이하 ‘Katanga 배상명령’)을 하였다.<sup>430)</sup> 그 후 얼마 안 된 같은 해 8월에는 다른 1심재판부가 Al Mahdi 사건에 대한 배상명령(이하 ‘Al Mahdi 배상명령’)을 하였는데,<sup>431)</sup> 이는 Al Mahdi에 대한 1심 유죄판결이 선고된 때로부터 약 11개월 후에 내려진

425) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842 (이하 ‘Lubanga 1심판결’)

426) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, 7 August 2012, ICC-01/04-01/06-2904

427) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations" of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2, 3 March 2015, ICC-01/04-01/06-3129 (수정된 배상명령은 이 판결에 부록A로 첨부되었다: ICC-01/04-01/06-3129-AnxA)

428) Balta/Bax/Letschert, "Trial and (Potential) Error: Conflicting Visions on Reparations Within the ICC System", 29 *International Criminal Justice Review* 1, 2019, (이하 ‘Balta et al.’), 226면 외 다수

429) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable, 21 December 2017, ICC-01/04-01/06-379-Red-Corr-tENG(경정 버전 제출일: 21 December 2017) (이하 ‘Lubanga 배상액 결정’)

430) Prosecutor v. Germain Katanga, Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute, 24 March 2017, ICC-01/04-01/07-3728-tENG

431) Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Reparations Order, 17 August 2017, ICC-01/12-01/15-236

것으로, 현재까지 있었던 배상명령 중에 가장 신속하게 내려진 것이다. 가장 최근에 배상명령이 있는 사건은 Ntaganda 사건으로, 2021년 3월 배상명령(이하 'Ntaganda 배상명령')이 내려졌다.<sup>432)</sup>

이상 4개 사건 중 가장 최근의 Ntaganda 사건을 제외한 3개의 사건에서는 피해자신 탁기금의 실행계획안(Draft Implementation Plan)이 허가되어 배상 실행단계로 진입하였고,<sup>433)</sup> Ntaganda 사건에서는 우선적 보호대상인 피해자들에 대한 실행계획안만 허가되고,<sup>434)</sup> 나머지 피해자들에 대한 실행계획안은 아직 제출되지 않은 상태이다.

### 3. 논의 전개 방식

이하에서는 우선 Lubanga 상소심 배상판결의 주요 내용을 간단히 살펴본 후 4개의 배상명령을 비교분석하고 가장 최근의 Ntaganda 배상명령을 집중적으로 살펴봄으로써 ICC의 피해배상과 관련된 쟁점이 무엇인지, 피해배상 체계가 어떠한 방향으로 정립되어가고 있는지, 현재까지 드러난 문제점들은 무엇이고 어떠한 비판들이 존재하는지, 제시할 수 있는 개선방안은 무엇인지 등을 차례대로 살피기로 한다. 마지막으로 향후 북한과 관련하여 인도에 반하는 범죄로 인한 집단적 피해에 대한 배상을 하게 되는 경우에 ICC 피해배상 체계에서 참고하거나 특히 주목해야 할 점은 무엇인지, 한반도의 통일 후 북한 고위급 인사가 ICC에 기소되는 가정적 상황에서 국내 차원에서의 피해배상과 ICC의 피해배상 사이의 관계 등은 어떻게 설정되어야 할지 등을 살펴보기로 한다.

432) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Reparations Order, 8 March 2021, ICC-01/04-02/06-2659

433) Lubanga 배상명령 실행계획안은 ICC-01/04-01/06-3177-Red, 이에 대한 허가결정은 ICC-01/04-01/06-3289; Katanga 배상명령 실행계획안은 ICC-01/04-01/07-3751-red; Al Mahdi 배상명령 최초 실행계획안은 ICC-01/12-01/15-265-Corr-Red, 재판부의 지적에 따라 보강된 실행계획안은 ICC-01/12-01/15-291-Red3, 그리고 각 실행계획안에 대한 각 허가결정은 ICC-01/12-01/15-273-Red 및 ICC-01/12-01/15-324-Red

434) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, "Report on Trust Fund's Preparation for Draft Implementation Plan", submitted on 8 June 2021 With Annex A Initial Draft Implementation Plan with focus on Priority Victims, 8 June 2021, ICC-01/04-02/06-2676-Red; 이에 대한 허가결정은 Decision on the TFV's initial draft implementation plan with focus on priority victims, 23 July 2021, ICC-01/04-02/06-2696

## 제2절 | 피해배상 원칙의 확장

### 1. Lubanga 상소심 배상판결의 의미

#### 가. 원칙과 명령의 구분

Lubanga 상소심 배상판결은 Lubanga 1심 배상결정이 피해배상의 ‘원칙(principle)’과 ‘명령(order)’을 제대로 구분하지 못하였음을 지적하면서<sup>435)</sup> 피해배상의 원칙과 명령에 대해 정의를 내리고 그 내용이 무엇인지 전체적으로 개관하였다는 데에 가장 큰 의의가 있다고 할 수 있다. Lubanga 상소심 배상판결에 따르면, 피해배상 ‘원칙’이란 피해배상에 관한 일반적인 기준으로서 항상 고정되어 있는 것이 아니라 새로운 사건의 재판부에 의하여 변용, 확장, 보강될 수 있는 것이고,<sup>436)</sup> ‘명령’이란 그러한 원칙에 기초하여 해당 재판부가 구체적 사건에서 내리는 판단 또는 결정, 즉 구체적 사건에 피해배상의 원칙을 적용했을 때 도출되는 결론을 말하는 것이라 하였다.<sup>437)</sup> 이러한 전제에서 Lubanga 상소심 배상판결은 1심재판부가 내리는 배상명령에 필수적으로 들어가야 할 5가지 요소를 하나씩 상술하였다.

#### 나. Lubanga 상소심 배상판결로 확립된 배상명령의 5가지 필수적 요소

Lubanga 상소심 배상판결이 확립한 피해배상명령의 필수적 요소 5가지는 다음과 같다: ① ‘유죄판결을 받은 자’에 대하여 피해배상이 명해질 것, ② 유죄판결을 받은 자의 배상에 대한 책임(liability)을 정하고 이를 그에게 고지할 것, ③ 배상의 종류(type of reparations, 즉 개별배상과 집단배상 중 하나만 택할 것인지 둘 다 택할 것인지)를 정하고 그 이유를 설명할 것, ④ 범죄로 인한 직·간접 피해자가 입은 피해(harm)를 확정하고 적절한 배상의 방식(modalities of reparations)을 정할 것, ⑤ 배상받을 피해자를 확정하거나 배상받을 수 있는 피해자의 자격요건을 범죄와 피해의 연관성을

435) Lubanga 상소심 배상판결, para. 35

436) Ibid., para. 55

437) Ibid., para. 55

기초로 수립할 것.<sup>438)</sup> 이러한 피해배상명령의 5가지 필수적 요소는 상소심 판결의 사실상 규범력으로 인하여 그 후 있었던 배상명령에서 계속하여 잘 반영되었다. (이상 5가지 각 요소의 세부적인 내용에 대해서는 이미 다른 국내문헌에서 상세히 다루고 있으므로 여기서 더 자세히 다루지 않고, 아래 각 쟁점별로 논의하는 부분에서 필요한 정도로만 소개하기로 한다.<sup>439)</sup>)

#### 다. Lubanga 상소심 배상판결로 확립된 피해배상의 기본 원칙

비록 Lubanga 상소심 배상판결이 ‘원칙’과 ‘명령’을 엄연히 구분하였기는 하나, 그 판결의 부록으로 첨부된 ‘수정된 배상명령(Amended Reparations Order)’은 피해 배상 원칙을 설명하는 첫 번째 부분(A. Principles on Reparations)과 Lubanga에 대한 배상명령을 다루는 두 번째 부분(B. Order for Reparations against Mr Lubanga)으로 나누어져 있다. 후에 나오는 Al Mahdi와 Ntaganda 배상명령도 이와 같이 앞에서 피해배상 원칙을 다루고 뒤에서 해당 피고인에 대한 배상명령을 실시하는 체제를 따랐다.

Lubanga 상소심 배상판결로 정리된 피해배상의 기본적인 원칙으로는 ① 배상을 받을 수 있는 피해자(victims)의 범위, ② 피해(harm)의 정의, ③ 범죄와 피해 간의 인과관계가 인정되어야 한다는 점, ④ 모든 피해자는 공평한 대우를 받아야 하고, 차별 및 낙인은 금지된다는 점, ⑤ 피고인의 배상책임은 피해에 비례해야 한다는 점, ⑥ 피해자 자격을 증명하는 데에는 완화된 증명책임이 적용된다는 점, ⑦ 피해자의 참여권과 피해자와의 협의 필요성, ⑧ 일반적으로 인정되는 배상의 유형과 방법, ⑨ 피고인의 방어권 보장 등을 들 수 있고,<sup>440)</sup> Lubanga가 아동을 징집하고 이용한 범죄로 처벌받은 관계로 아동 피해자에 관한 원칙도 피해배상의 원칙 중 하나로 실시되었다. 이러한 기본적인 원칙들은 UN 총회에서 2005년 12월 채택된 ‘국제인권법의 중대한 위반 및 국제인도법의 심각한 위반의 피해자가 받을 구제와 배상의 권리에 관한 기본

438) Ntaganda 배상명령, para. 23; Lubanga 상소심 배상판결, para. 32 등

439) 피해배상명령의 5가지 필수적 요소에 관하여는, 대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차, 개정판, 사법발전재단, 2020, 353-361면 등 참조

440) Lubanga 상소심 배상판결 중 Annex A: Amended Order for Reparations, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA, paras 6-52

원칙과 가이드라인(Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law)'의 많은 영향을 받은 것이다.<sup>441)</sup> 여기서 이러한 각각의 원칙에 대해 더 자세히 살피지는 않으나, Lubanga 상소심 배상판결로 확립된 원칙들은 그 후에 내려진 모든 배상명령의 근간이 되었고, 특히 Katanga와 Al Mahdi 배상명령에서는 거의 그대로 원용되었다. Ntaganda 배상명령은 그러한 기본적인 원칙에 더하여 몇 가지 원칙을 새롭게 도입함으로써 피해배상 원칙의 범주를 확대하였다는 평가를 받고 있는데,<sup>442)</sup> 항을 바꾸어 새롭게 도입된 몇 가지 주요 원칙에 대해 살펴본다.

## 2. Ntaganda 배상명령으로 확대된 피해배상 원칙

### 가. 성폭력범죄 관련 원칙의 확립

Ntaganda 사건은 ICC에서 성폭력범죄로 유죄가 확정된 최초의 사건인바,<sup>443)</sup> Ntaganda 배상명령은 성폭력범죄의 특수성을 감안한 여러 피해배상 원칙을 수용·확립하였다. 성범죄 피해자들이 입는 피해는 사회·공동체의 낙인(stigma), 원치 않는 임신, 유산, 강간의 결과로 태어난 아기, 에이즈(HIV/AIDS), 부인과 질병, 정신적 충격 등 다양하다.<sup>444)</sup> 이러한 피해를 입은 성·젠더범죄의 피해자들에 대하여, 우선 Ntaganda 배상명령은 배상의 설계 및 실행 등 배상절차의 모든 단계에서 모든 성별을 포괄하고(gender-inclusive) 성인지(gender-sensitive)적인 접근방식 내지 관점을 견

441) 대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차, 개정판, 사법발전재단, 2020, 351-352면. ; Walley, 77면.

442) Moffett/Sandoval, "Tilting at windmills: Reparations and the International Criminal Court", 34 *Leiden Journal of International Law* 749, 2021. (이하 'Moffett/Sandoval'), 768면. ; FIDH(International Federation for Human Rights), Whose court is it? - Judicial Handbook on victims' rights at the International Criminal Court, April 2021 (이하 'FIDH Report'), 58면.

443) Bemba 사건의 1심 판결에서 성폭력범죄가 유죄로 인정된 적이 있기는 하나 그 상소심 판결은 유죄판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

444) Van Lin, "Reparations for Victims of Sexual Violence at the ICC: Preliminary Considerations in the Ntaganda Case"(이하 'Van Lin'), Jasini, Rudina/Townsend, Gregory(eds.), *Advancing the Impact of Victim Participation at the International Criminal Court: Bridging the Gap Between Research and Practice*, UK Economic and Social Research Council, 2020, 107면.

지해야 함을 밝혔다.<sup>445)</sup> 여기서 말하는 성인지적(gender-sensitive) 배상은 그 배상을 실현하기 위한 실무와 절차가 성별, 나이, 문화적 다양성과 인권을 완전히 인지하고, 여성들이 처한 특수한 상황과 여성들의 존엄, 사생활, 안전을 고려할 것을 요구한다.<sup>446)</sup> 이에 따라 Ntaganda 배상명령은 피해자가 성별로 인하여 입은 구체적인 피해를 확인하고 어떠한 조치가 필요한지 살피되, 성별로 인한 차별은 발생하지 않도록 주의해야 한다고 하였다.<sup>447)</sup> 또한 성폭력범죄의 피해자들이 입은 피해를 실효적으로 회복하기 위하여 적절할 때에는 적극적 평등조치(affirmative action)도 실시하여야 한다고 하였다.<sup>448)</sup> 나아가 실행단계에서는 기존의 차별적 관행을 더욱 공고하게 하거나 차별받는 집단이 더욱 소외될 수 있게 만드는 조치는 하지 않도록 주의해야 함을 강조하였다.<sup>449)</sup>

Ntaganda 배상명령은 차별의 교차성(intersectionality)을 성인지적 관점의 핵심요소로 받아들여야 한다고도 하였다.<sup>450)</sup> 차별의 교차성이란 인종, 성별, 장애 등 차별의 유형들이 교차하여 특정한 형태의 차별을 낳는 것을 말한다. 교차적 차별은 2개 이상의 차별적 요소가 존재할 때 나타나게 되는데, 각 차별적 요소로 인한 차별의 단순한 합이 아니라 각 차별적 요소의 결합으로 그 합보다 더 심하거나 다른 특유의 차별을 야기하는 것을 말한다. 따라서 모든 복수의 차별(multiple discrimination)이 필연적으로 교차적 차별(intersectional discrimination)이 되는 것은 아니다.<sup>451)</sup> 교차적 차별의 예를 들면, 여성 에이즈 환자인 피해자가 겪는 차별은 단순히 여성에 대한 차별과 에이즈 환자에 대한 차별을 넘어 다른 보다 심각한 형태의 차별일 수 있는데, 이러한 차별은 여성이라는 요소와 에이즈 환자라는 요소가 교차하면서 발생한 것이므로 ‘교차적 차별’이라 할 수 있다. 이와 같이 교차적 차별의 개념도 포섭한 것을 보면,

445) Ntaganda 배상명령, para. 60

446) Van Lin, 104면. (Nairobi Declaration on Women and Girls Right to a Remedy and Reparations, para. 2E를 인용하고 있다).

447) Ntaganda 배상명령, paras 60-61

448) Ntaganda 배상명령, para. 62

449) Ntaganda 배상명령, paras 62, 66

450) Ntaganda 배상명령, para. 60

451) 교차적 차별의 개념은 미주인권재판소에서 가장 먼저 수용한 것으로 보이며, 교차적 차별에 관한 설명은 Inter-American Court of Human Rights, Case of *Gonzales Lluy et al. v. Ecuador*, Judgment (Preliminary Objections, Mertis, Reparations, and Costs), 1 September 2015, Series C No. 298 중에서 Concurring Opinion of Judge Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, paras 5-12에 자세히 나와 있다.

Ntaganda 배상명령은 미주인권재판소 등 국제인권법의 다양한 피해자 보호의 원칙들을 폭넓게 수용하였다고 볼 수 있다.

#### 나. 非加害(Do No Harm) 원칙

‘비가해(Do no harm)’ 원칙이란 국제인도법 분야에서 태동한 원칙으로서 인도적 지원으로 인하여 잠재적으로 초래될 수 있거나 원래 의도하지 않은 부정적 효과에 대해 예방, 관리, 조치하는 원칙을 말한다.<sup>452)</sup> 평화를 촉진하기 위하여, 또는 피해자를 지원하기 위하여 좋은 의도를 가지고 이뤄진 지원이지만 그것이 오히려 분쟁을 악화 또는 장기화시키거나 피해자들에게 추가적인 피해를 야기하는 것을 막아야 한다는 취지이다. Lubanga 배상명령 등 다른 배상명령에도 이미 이 원칙의 취지가 여러 군데에 반영되어 있기는 하였으나, Ntaganda 배상명령은 이 원칙으로 명시적으로 받아들였다. Ntaganda 배상명령은 이 원칙을 따른다면 적어도 피해자들에게 2차 피해를 초래하지 않고, 공동체에 안보위협이나 갈등을 야기하거나 악화시키지 말아야 하며, 피해자들을 더 위태롭게 만들거나 낙인(stigma)의 대상이 되게끔 해서는 안 된다고 하였다.<sup>453)</sup> 특히 피해자 적격 여부 식별, 배상명령 계획의 수립, 배상명령 실행 등의 국면에서 적용되어야 한다고 설명하였다.<sup>454)</sup> 하지만 Ntaganda 배상명령이 2차 피해와 공동체 내의 갈등을 막자는 취지에서 비가해 원칙을 수용한 것에 대해 일각에서는 인도적 지원(humanitarian assistance) 분야에서 적용되는 원리의 영향을 너무 많이 받은 것이 아니냐는 비판을 하기도 한다.<sup>455)</sup>

#### 다. 초세대적 피해(Transgenerational harm)

피해에 관련된 원칙을 설명하는 부분에서 Ntaganda 배상명령은 ICC 배상명령 중 처음으로 ‘초세대적 피해(transgenerational harm)’라는 개념을 수용하였다.<sup>456)</sup> 초세

452) Ntaganda 배상명령, para. 50

453) Ntaganda 배상명령, para. 51

454) Ntaganda 배상명령, para. 52

455) Moffett/Sandoval, 758면.

456) Ntaganda 배상명령, paras 73-75

대적 피해, 즉 세대를 초월하는 피해란 부모 세대가 입은 정신적 외상 등의 피해로 인하여 그 자녀 세대의 정서적 건강이 해를 입게 되는 등 부모 세대가 입은 피해의 해악으로 다음 세대가 입게 되는 피해를 말한다. Katanga 사건에서 피해자들의 법률 대리인들이 학살 후 태어난 아이들에게도 집단 정신적 재활 서비스의 혜택이 돌아가야 한다고 주장하면서 이 피해 개념을 주장했던 적이 있는데, Katanga 사건의 재판부는 아이들이 입은 정신적 피해와 그 학살 간의 인과관계(causal nexus)가 충분히 인정되지 않는다는 이유로 그러한 주장을 받아들이지 않았다.<sup>457)</sup> Ntaganda 배상명령의 재판부는 피해가 세대를 초월하여 발생할 수 있음을 받아들임으로써 강간 또는 성노예의 피해자로부터 태어난 아동을 ‘간접’ 피해자가 아닌 ‘직접’ 피해자로 인정하였다.<sup>458)</sup> 강간 또는 성노예의 피해자로부터 태어난 아동을 직접 피해자로 인정하는 실천적 의미는 그 아동의 다른 가족이 간접 피해자로 인정받을 수 있다는 데에 있다.<sup>459)</sup>

#### 라. 우선적으로 배상받을 피해자(priority victim)의 범위 설정

Ntaganda 배상명령은 모든 피해자가 평등하고 공정하게 대우 받아야 한다는 원칙을 인정하면서도 시급한 보호를 요하는 피해자들에게 우선적으로 배상이 이뤄질 필요가 있음을 강조하였다.<sup>460)</sup> 이미 Lubanga 수정된 배상명령도 우선적으로 배상해주어야 할 피해자들이 있음을 인정하였기 때문에 Ntaganda 배상명령이 우선적으로 배상받을 피해자를 최초로 언급하였다고 보기는 어려우나,<sup>461)</sup> Ntaganda 배상명령은 단지 우선적 배상의 필요성만 언급하는 것을 넘어 피해자신탁기금에 우선적 배상에 관한 별도의 실행계획안을 먼저 신속하게 제출하도록 하는 등 실제로 그 필요성을 관철시키기 위한 방법을 강구하였다는 데에 그 의미가 있다.<sup>462)</sup> Ntaganda 배상명령은 ①

457) Prosecutor v. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-3788-Conf, 16 April 2018, paras 29-31 및 ICC-01/04-01/07-3804-Red-t-ENG, 19 July 2018, para. 141 (Moffett/Sandoval, 755면 및 Van Lin, 109면에서도 인용)

458) Ntaganda 배상명령, paras 121-123; Moffett/Sandoval, 755-756면.

459) 그리하여 이론적으로는 그 아동의 자녀도 간접 피해자로 인정받을 수 있다.

460) Ntaganda 배상명령, paras 92-93

461) Lubanga 수정된 배상명령, para. 19

462) Ntaganda 배상명령, para. 252

즉각적인 신체적·정신적 의료지원이 요구되는 피해자, ② 장애인과 고령자인 피해자, ③ 성폭력 또는 젠더범죄 피해자, ④ 주거가 없거나 경제적 곤궁에 처한 피해자, ⑤ 강간 또는 성노예 피해자로부터 태어난 아동과 소년병 피해자 등을 우선적 배상의 대상으로 보았다.<sup>463)</sup> 이처럼 우선적 배상의 대상자를 설정하고 그들에 대한 배상을 보다 신속하게 진행하려는 것은 과거 피해배상 절차가 너무 지연되면서 누구보다도 배상이 절실했던 피해자들이 아무런 배상도 받지 못하고 사망하거나 더욱 악화된 상태에 처하게 된 것에 대한 반성적 고려에서 비롯되었다고 보인다. 이유를 막론하고 결과적으로 현재까지의 ICC 배상절차가 상당히 더디게 진행되어 왔음을 고려할 때 이와 같이 우선적인 보호의 필요성이 있는 피해자를 분류하여 피해자신탁기금으로 하여금 이러한 피해자에 대하여 먼저 실행계획을 짜도록 한 것은 피해배상의 현실을 고려한 적절한 선택이었다고 볼 수 있다. 또한 위와 같은 우선적 배상의 대상이 되는 피해자의 범위도 대체로 수궁할 수 있으나, 세계 최빈국 내에서의 분쟁 상황에 처해졌던 피해자들 중에서 '경제적 곤궁(financial hardship)'을 겪고 있는 피해자를 선별함에는 다소 어려움이 있을 것으로 예상된다. 그렇다고 우선적 배상의 수혜자 범위를 넓게 해석하면 자칫 신속한 우선적 배상을 강구한 본래 취지가 무색해질 우려도 있다.

#### 마. 변혁적 배상(Transformative reparations)

Ntaganda 배상명령은 이른바 '변혁적 배상(Transformative reparations)'도 추가적인 원칙으로 도입하였다. 이는 피해배상이 단순히 피해자의 이전 상태를 회복시킨다는 기능을 넘어 그 설계, 실행, 효과에 있어서 해당 사회를 변혁시키고 교정(rectification) 효과를 발휘하도록 하는 것을 목표로 삼아야 한다는 원칙을 말한다. 여기서 말하는 '변혁'이란 해당 사회의 구조적인 변화(structural change)를 촉진하고, 범죄의 발생에 기여했을 수 있는 기존의 차별, 고정관념(stereotypes), 관행(practices) 등을 타파하는 것을 의미한다.<sup>464)</sup> 변혁적 배상은 주로 성폭력범죄에 대한 배상과 관련하여 주장되는데, 이는 사회 구조적, 문화적 변화 없이는 성폭력 피해자들이 낙인 효과로부터 벗어나기 쉽지 않기 때문이다.<sup>465)</sup> Ntaganda 배상명령은 미주인권재판소

463) Ntaganda 배상명령, para. 93

464) Ntaganda 배상명령, paras 94-95

판결을 많이 인용하고<sup>466)</sup> 전문가 의견도 폭넓게 수용한 것으로 보인다.<sup>467)</sup> 다만 야심 찬 변혁적 프로그램이 특히 해당 국가의 정부나 시민사회의 참여가 없는 상태에서 추진될 경우 여러 난관들에 봉착하게 될 수 있음을 인정하기도 하였다.<sup>468)</sup>

변혁적 배상의 취지는 좋으나 배상의 수단과 방법을 정함에 있어 지나치게 변혁적 배상의 원칙을 강조하는 것을 경계하는 목소리도 있다.<sup>469)</sup> 변혁적 배상은 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 맥락에 알맞게 설계되어야 하는데, ICC에 과연 어느 국가의 사회를 변혁시킬 민주적 정당성이 있느냐는 문제부터 시작하여, 변혁적 배상은 자칫 피해자의 고통을 사회 개조의 수단으로 이용하게 되는 결과를 초래할 수 있다는 우려도 제기된다.<sup>470)</sup> 쉽게 말해 공동체 교육이나 인권 교육 등 미래에 피해자가 양산되는 것을 방지하는 것에 배상이 초점이 맞춰지게 되면 정작 피해자들의 피해회복은 뒷전이 될 수 있다는 것이다. 따라서 변혁적 배상의 취지를 존중하더라도 그것이 결코 피해자의 피해회복이라는 최우선적 가치를 해하지 않도록 주의해야 할 것이다.

### 제3절 | 피해배상책임 범위의 확정

배상책임은 집단배상이든 개인배상이든 결국 금전적 배상액의 형태로 그 범위가 확정된다고 할 수 있다. 책임 범위와 관련해서는 아래에서 첫째, 피해의 정도, 즉 전체 피해 액수를 어떻게 정할 것인지의 문제(이른바 'assessment of harm')와, 둘째, 원칙적으로 책임은 피해에 비례하는데 범죄사실에 여러 공범자가 관여된 경우 해당

465) Gilmore, Expert Report on Reparations for Victims of Rape, Sexual Slavery and Attacks on Healthcare: The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, International Criminal Court (이하 'Gilmore's Expert Report'), 13면.

466) Ntaganda 배상명령, para. 94의 각주 253, 256

467) Ntaganda 배상명령, para. 95의 각주 257, 258

468) Ntaganda 배상명령, para. 94의 각주 254

469) Moffett, "Reparations for victims at the International Criminal Court: a new way forward?", 21 *The International Journal of Human Rights* 1204, 2017, 1212면.

470) Walker, "Transformative Reparations? A Critical Look at a Current Trend in Thinking about Gender-just Reparations", 10 *International Journal of Transitional Justice* 108, 2016, 110면. [Moffett, "Reparations for victims at the International Criminal Court: a new way forward?", 21 *The International Journal of Human Rights* 1204, 2017, 1212면 각주 60에서 인용]

피고인의 책임을 공범 관여 형태나 기여 정도를 감안하여 제한할 수 있느냐는 문제를 차례대로 살피기로 한다. 상소심은 기본적으로 배상액을 정하는 데 있어서는 1심 재판부에 상당한 재량을 인정하였는데,<sup>471)</sup> 현재까지 있었던 4개의 배상명령은 제각기 다른 방법으로 배상액을 산정하였다.<sup>472)</sup>

## 1. 피해액을 정하는 방법과 기준

현재까지 있었던 4개의 피해배상명령 중에서 Katanga와 Al Mahdi 배상명령이 개별 배상을 인정하였는데, 이 두 배상명령 사이에도 피해액을 정하는 접근방식이 아래에서 설명하듯이 판이하게 달랐음을 알 수 있다. 이하 피해액 산정이 이뤄진 시간 순서대로 살피기로 한다.

### 가. Katanga 배상명령의 피해액 산정 방식

Katanga 배상명령은 마치 민사상 손해배상액을 정하듯이 피해배상 신청자 중 피해가 인정되는 각 신청자의 피해액수를 구체적으로 산정하여 그 액수의 합계를 총 피해액으로 인정하였다.<sup>473)</sup> Katanga 배상명령을 맡은 재판부<sup>474)</sup>는 먼저 증명의 정도, 증거판단 등에 관한 법칙을 설명한 후 총 341명의 신청인을 개별적으로 심리를 하였고 밝히면서 그중 297명을 피해자로 인정할 수 있다고 판단하였다. 나아가 예컨대 230채의 집이 파괴되었고, 74명의 신청인이 개인소유물을 약탈당하였으며, 130명의 신청인이 가축을 약탈당하였음이 증명되었다고 인정하는 등 발생한 피해에 대해서도 구체적인 사실인정을 하였다. 다음 단계로 각 피해의 세부적인 종류에 따라, 예컨대 집의 파손에 대해서는 미화 600불, 3인 가족의 가구 일체의 손실에 대해서는 미화

471) Lubanga 상소심 배상판결, para. 183

472) REDRESS, No Time to Wait: Realising Victims' Right to Reparations before the ICC, January 2019 (이하 'REDRESS'), 11면. [FIDH Report, 63-64면에서 인용]

473) Katanga 배상명령, paras 168-180: Brodney/Regue, "Formal, Functional, and Intermediate Approaches to Reparations Liability: Situating the ICC's 15 December 2017 Lubanga Reparations Decision", 4 January 2018. (Brodney/Regue는 Katanga 배상명령의 피해액 산정 방식을 이른바 '형식적 접근방법(formal approach)'라고 설명하였다.)

474) Trial Chamber II: 당시 Trial Chamber II는 Brichambaut 재판관(주심), Carbuccia 재판관, Kovacs 재판관으로 구성됨.

250불, 가구당 평균 가축 손실에 대해서는 미화 524불, 신체적 피해에 대해서는 미화 250불, 특정인의 사망으로 인한 배우자, 부모, 자녀, 조부모, 손자녀 등 친족의 정신적 피해에 대해서는 미화 8,000불, 그보다 더 먼 친족의 정신적 피해에 대해서는 미화 4,000불 등의 구체적인 피해배상 기준액을 정하였다. Katanga 배상명령은 위와 같은 구체적 사실인정에 따라 정한 기준액을 해당 피해자 수에 곱하는 방식으로 피해자들 전체의 총 피해액을 미화 3,752,620불로 계산하였다.

#### 나. Al Mahdi 사건의 피해액 산정 방식

Katanga 배상명령보다 약 5개월 후에 내려진 Al Mahdi 배상명령은 개별배상을 인정하면서도 Katanga 배상명령과는 전혀 다른 방법으로 피해액을 산정하였다. Al Mahdi 배상명령은 개별 신청인의 각 피해 발생 여부를 결정하거나 세부적인 피해 항목별 기준액을 정하는 방식을 피하고, 피해의 큰 종류 별로(① 문화유산에 대한 피해, ② 그로 인한 경제적 손실, ③ 정신적 피해, 이상 3가지로 나눔) 총액만 정하는 방식으로 접근하여 개별 피해자의 구체적인 피해액을 산정하지는 않았다. Al Mahdi 배상명령은 재판부가 선정한 전문가가 제시한 피해액을 출발점으로 삼고, 그 액수가 과다 또는 과소하다고 보는 이유를 설명하는 식으로 최종적인 피해액을 정하였다. 즉 Al Mahdi 배상명령에서는 개별적인 피해배상 신청에 대한 판단을 따로 하지 않고 전문가 의견에 의존하여 합리적으로 추론되는 피해액을 산정하여 그 액수를 배상액으로 정하면서 개별적인 배상 신청에 대한 판단은 피해자신탁기금에 넘겼다.<sup>475)</sup>

#### 다. Lubanga 사건의 피해액 산정 방식

Lubanga 사건에서 가장 먼저 배상명령이 있었으나 그 명령을 통해 책임범위의 확정은 1심에 환송되었던 관계로, 정작 Lubanga 사건의 배상액 결정은 Katanga와 Al Mahdi 사건의 각 배상명령에서 배상액이 결정된 후에 있었고, 환송 후 배상액 결정은 원래 Lubanga 사건의 1심을 진행했던 재판부가 더 이상 맡을 수 없게 되어 Katanga 배상명령을 선고한 제2재판부가 맡았다.

475) Al Mahdi 배상명령, paras 109-134, 141-146

제2재판부는 2017년 12월<sup>476)</sup> Lubanga 사건의 배상액을 확정하는 결정을 하였는데, Katanga 배상명령에서와 마찬가지로 개별 배상 신청에 대한 인용 여부를 일일이 판단함으로써 피해자신탁기금에 그러한 판단을 넘긴 Al Mahdi 배상명령과는 대비되는 입장을 유지하였다(총 473명의 개별 신청 중 425명의 신청만 인용할 수 있다고 판단함).<sup>477)</sup> 하지만 Katanga 사건에서와는 달리 Lubanga 사건의 배상액을 정함에 있어서는, 소년병이었다거나 소년병과 가까운 관계였음이 인정되면 일정한 신체적, 정신적 피해를 추정할 수 있다는 등의 이유로 각 피해자가 주장하는 구체적인 피해를 심사할 필요는 없다고 보고,<sup>478)</sup> 대략적인 피해자 수가 수백 명에서 수천 명에 이를 수 있다고 추론한 다음<sup>479)</sup> 각 직·간접 피해자가 입은 것으로 추정되는 평균적인 피해액(미화 8,000불)을 산정함으로써 총 피해액을 정하였다.<sup>480)</sup>

#### 라. Ntaganda 사건의 배상액 산정 방식

최근 선고된 Ntaganda 배상명령은 피해자 유형별로 피해자 적격요건(victim eligibility criteria)을 정하였을 뿐 피해자 배상 신청 인용 여부를 직접 판단하지는 않았다. 이러한 측면에서 Al Mahdi와 같은 선상에 있다고 볼 수 있다. 또한 총 배상액을 정함에 있어서도 예상되는 집단배상 프로그램을 이행하기 위해 들어갈 비용, 피해자들이 입은 대략적인 피해액, 추론 가능한 피해자 수 등 여러 요소들을 종합적으로 고려하되 구체적인 수학적 계산은 적시하지 않고 배상액을 미화 3,000만 불로 정하였다.<sup>481)</sup> 이는 현재까지의 배상액 중 가장 큰 액수이다. 이러한 배상액 산정 방식은 큰 틀에서는 Al Mahdi나 Lubanga 배상명령에서 총 피해액을 산정한 방식과 유사하다고 할 수 있다. 다만 Ntaganda 배상명령은 배상액을 피해의 큰 종류별로도 구분하지 않은 점, 1인당 추정 피해액을 따로 정하지 않은 점 등에 있어서 가장 포괄적인 배상액 산정 방식을 취한 것으로, 결과적으로는 피해자신탁기금에 상당한 재량의 여지를 준

476) Al Mahdi 배상명령이 있는 때로부터 약 4개월 후

477) Lubanga 배상액 결정, para. 190

478) Lubanga 배상액 결정, para. 185

479) 재판부가 검토한 서류에 의하면 소년병으로 징집되었던 자가 2,451명에서 5,938명에 이를 수 있다고 보았다(Lubanga 배상액 결정, para. 243).

480) Lubanga 배상액 결정, paras 185, 194, 239

481) Ntaganda 배상명령, paras 245-247

결정이라 할 수 있다.

### 마. 비교 평가

여태까지 있었던 4개의 배상명령은 첫째, 피해액 산정을 어떠한 방식으로 하였는지, 둘째, 개별 배상 신청에 대한 심리·판단을 하였는지 이상 두 가지 측면에서 따로 살펴볼 필요가 있다.

#### 1) 피해액 산정 방식의 비교

이상 보았듯이 Katanga 배상명령은 피해를 개별적으로 평가하여 총 피해액을 도출한 반면, Lubanga, Al Mahdi, Ntaganda 배상명령은 모두 구체적인 계산근거는 생략하고 합리적인 추론에 입각한 피해 총액을 정하는 방식으로 배상책임의 범위를 확정하였다.<sup>482)</sup> 이러한 차이는 근본적으로 Katanga 사건에서는 배상을 받으려면 배상명령 전에는 배상 신청을 하여야 한다는 전제에 있었던<sup>483)</sup> 반면, 다른 사건들에서는 배상명령 후에도 얼마든지 배상 신청이 가능하다는 전제에 있었다는 데에서 발생한 것으로 보인다. 피해자의 범위가 확정되지 않은 상태에서는 개별 피해액을 합산하여 전체 피해액을 구한다는 것은 가능하지 않기 때문이다. Lubanga, Al Mahdi, Ntaganda 배상명령은 명령 당시까지 배상 신청을 한 피해자만 고려한 것이 아니고 명령 후에도 배상 혜택을 받을 피해자의 확인과 인정이 가능하다고 보아 총액으로 정한 배상액의 일부분은 향후 있을 배상 신청에 대한 몫으로 보았다. 상소심은 피해액의 산정방식에 관하여 개별적인 피해액을 일일이 심리하는 것은 피해자의 수가 아주 적은 경우가 아닌 이상 필요하지도 않고 바람직하지도 않다고 하여<sup>484)</sup> 사실상 Katanga 배상명령이 택한 방식은 일반적으로 적절하지 않다고 보았다. Katanga 배상명령의 계산에 따르면 피해자는 개인별로 대략 미화 2,000불에서 14,000불 사이의 피해를 입은 것인데 정작 개별배상의 방법으로는 미화 250불의 상징적 배상금의 지급만 명하였는데,

482) 다만 Lubanga 배상액 결정은 개별 피해자가 입었을 피해가 미화 8,000불 정도일 것이라고 명시하였다는 점에서 Al Mahdi나 Ntaganda의 피해액 산정방식과 다소 구별된다고 볼 수도 있으나 이는 어디까지나 총액을 정하기 위한 일응의 기준일 뿐이라는 측면에서 본질적인 차이라 보기는 어렵다.

483) Katanga 배상명령, para. 43

484) Katanga 상소심 배상판결, para. 3

이에 대하여 상소심은 개별적인 피해액 심리 결과(피해자별로 미화 2,000~14,000불)가 개별배상의 배상금(미화 250불)을 정하는 데 관련이 없음에도 각 피해자의 피해를 개별적으로 심사하는 것은 공평하고 신속한 절차의 요청에 반하는 것이라고 비판하였다.<sup>485)</sup>

ICC의 대부분 사건은 피해자 수가 많은 것이고 배상명령 시점에서 정확한 피해자 수를 예측하기 어려운 경우가 대부분일 것이므로, Katanga 배상명령과 같이 개별적으로 피해를 심사하는 것은 그 자체가 소모적일 뿐만 아니라 그 결과도 무위로 돌아갈 가능성이 커 피해자의 수가 아주 적은 특수한 경우가 아닌 이상 권장하기 어려운 방식이라 할 수 있다. 이제 어느 정도 확립된 피해액 확정 방법이라 할 수 있는 총액 방식은 현재 ICC 체제 하에서는 불가피한 측면이 있고, 앞으로도 이러한 방식에 의하여 배상액이 정해지지 않을까 조심스럽게 전망한다.

## 2) 배상명령에서 배상 신청에 대한 인용 판단을 할 것인지의 문제

오히려 아직 정립되었다고 보기 어려운 부분은 배상명령 단계에서 개별 배상신청에 대한 인용 여부 판단을 할 것인지 아니면 그 판단을 실행단계로 미룰 것인지의 문제이다. 제2재판부는 Katanga와 Lubanga 배상액을 확정함에 있어 모두 개별 피해자의 배상 신청에 대한 인용 여부 판단을 한 반면, Al Mahdi나 Ntaganda 배상명령에서는 그러한 판단을 하지 않았다.

일단 제기된 개별 신청에 대해서는 인용 여부를 판단하는 것이 나올까 아니면 개별 신청이 있음에도 불구하고 피해자 자격요건만 정하고 별도로 개별 신청에 대한 허부 판단은 하지 않는 것이 나올까? Katanga 배상명령은 피해자 정의에 관한 절차증거규칙 제85조가 피해는 유죄판결상의 범죄로 인한 것이어야 한다는 요건을 정하고 있다고 설명하면서, 이에 근거하여 각각의 개별 배상 신청에 대해 인용 여부, 즉 신청인이 피해자에 해당하는지 여부를 판단하였다.<sup>486)</sup> 앞서 보았듯이 같은 재판부는 Lubanga 사건에서도 개별 배상 신청에 대한 인용 여부를 판단하였다.

반면 Al Mahdi 배상명령은 개별배상을 하기로 결정한 경우라 할지라도, 첫째, 1심

485) Katanga 상소심 배상판결, para. 3

486) Katanga 배상명령, paras 35-37, 43

재판부가 개별 배상 신청을 일일이 확인하고 심리하는 것은 실천하기가 매우 어려운 점, 둘째, 개별 신청의 인용 여부를 반드시 판단해야 하는지에 대해 상소심이 별다른 입장 표명을 하지 않은 점, 셋째, 피해자신탁기금 규칙 제60조 내지 제65조가 명시적으로 배상명령 단계에서 아직 확인되지 아니한 피해자에 대한 개별 배상도 가능하다는 것을 전제로 하고 있는 점, 넷째, 피해자신탁기금이 개별 신청에 대한 심리를 하도록 하더라도 ICC 법규체계에 반하지 않는다는 점 등을 이유로 각 개별 배상 신청에 대하여 그 신청인을 피해자로 인정할 수 있을지의 판단을 하지 않았다.<sup>487)</sup>

먼저 Lubanga 상소심 배상판결에 의하더라도, 집단배상만 명하는 경우에는 개별 배상 신청에 대한 인용 여부 판단을 할 필요가 없음은 분명하다.<sup>488)</sup> 그렇다면 개별배상을 하고자 하는 경우 과연 개별 배상 신청에 대한 판단을 배상명령 단계에서 하는 것이 바람직할까?

별도의 관심과 노력을 기울여 개별 신청을 한 피해자 입장에서는 보다 빨리 허부에 대한 판단을 바랄 것이고, 배상절차 초기에 배상을 신청하든 배상명령이 있는 후에 배상을 신청하든 어차피 그 신청에 대한 심리는 실행단계에서 이루어진다면 피해자로서는 배상명령 전에 배상 신청을 할 동기가 사라질 것으로 짐작 가능하다. 또한 개별 신청에 대한 판단을 하지 않으면 피고인으로서의 피해자 해당성 판단에 대한 불복의 기회가 주어지지 않는다는 주장도 있을 수 있다.

하지만 재판부가 개별 신청에 대한 구체적인 심리를 하게 되면 그만큼 배상명령 발령 시기가 늦어질 수밖에 없는데, 그렇게 되면 피해자 해당 여부에 대한 판단을 내린 시점과 배상금을 실제 지급하는 시점 간의 격차가 커져 자칫 피해자 확인 작업을 다시 거쳐야 할 번거로움이 생길 수 있다. 또한 현행 체계에서는 배상명령 후에도 배상 신청이 가능하므로 피해자 인정 여부에 관한 판단에 대해 상소할 기회를 부여해야 한다는 논리는 성립하기 어렵다.<sup>489)</sup> 특히 집단배상을 명하는 경우 배상액은 배상프로그램의 예상 비용을 주로 고려하여 정해지는 것이지 피해자 수에 의하여 반드시 달라지는 것은 아니므로, 피해자 인정 여부에 대해 상소한다는 것이 피고인에게 얼마

487) Al Mahdi 배상명령, paras 141-144

488) Lubanga 상소심 배상판결, para. 7

489) 게다가 Al Mahdi 사건에서 상소심은 피해자신탁기금의 배상 신청에 대한 판단에 대해 1심재판부에 불복을 제기할 수 있다고 하여 피해자들로서는 한 번의 불복기회는 갖고 있다 (Walley, 88면)

나 의미가 있을지도 의문이다.<sup>490)</sup> 게다가 재판부가 신청에 대한 개별적인 심사를 해버리면 배상명령 후 추가 피해자들의 자료로 드러날 수 있는 새로운 사실관계나 사정을 반영하기 어려워져 전체 피해자 신청을 받은 이후에 이뤄지는 피해자 적격 판단에 비해 정확하고 공평한 피해자 배상이 이뤄진다고 보기도 어렵다. 이러한 점들을 모두 감안하면 개별 신청에 대한 피해자 적격 판단은 피해자신탁기금에 넘기는 것이 보다 적절한 방법인 것으로 보인다. 개별배상이 이뤄진 Katanga 사건에서조차 상소심은 각각의 신청에 대한 개별 심사로 배상금의 지급이 불필요하게 지연되었으므로 그러한 접근방식이 가장 적절하다고 보기는 어렵다고 판단하였다.<sup>491)</sup> 집단배상만 명한 Lubanga 사건에서는 개별 신청에 대한 판단이 더욱 불필요했던 것으로 보인다. (이상 살펴본 배상 신청에 대한 인용 여부 판단을 언제할지의 문제는 아래에서 살펴볼 어느 부서가 피해자 확인 업무를 주도할 것이냐는 문제와는 다른 문제이다. 피해자 확인이란 아직까지 ICC에 접근하지 않은 피해자들을 찾고 그들로부터 신청을 받는 업무를 주로 말하는 것인데, 이는 아래 제7절에서 보듯이 최대한 빨리 진행됨이 타당하다.)

## 2. 공범자의 존재로 인한 책임 제한 가부

해당 사건에서 유죄판결을 받은 자 외에 공범자가 있는 경우 그 유죄판결을 받은 자의 피해배상 책임범위를 공범 관여 형태나 기여도를 고려하여 일부 제한할 것인지 아니면 한국의 불법행위 손해배상책임에서와 같이 부진정연대책임으로 보아 피해 전체에 대한 책임을 인정하되 공범자 간의 구상만 허용할 것인지 문제된다.

### 가. Lubanga 상소심 배상판결의 법리

이 문제에 대해 Lubanga 상소심 배상판결에서는 “유죄판결 받은 자의 피해배상

490) Walley, 92면.

491) Katanga 상소심 배상판결, para. 1 (“The Appeals Chamber is not persuaded that the approach chosen by the Trial Chamber for the reparations proceedings in this case, which was based on an individual assessment of each application by the Trial Chamber, was the most appropriate in this regard as it has led to unnecessary delays in the award of reparations.”)

책임은 초래된 피해와 범죄에 대한 관여 등에 비례해야 한다”<sup>492)</sup>고 밝혔다. 이것이 피해자에 대한 관계에서도 자신의 관여 정도에 비례하여 피해의 일부에 대해서만 배상책임이 있다는 것인지 아니면 공범 간의 내부관계에서 자신의 관여 정도에 비례하여 책임을 부담한다는 것인지 명확하지는 않았다.

#### 나. Katanga 배상명령과 Lubanga 배상액 결정을 한 제2재판부의 해석

위 상소심 판결 이후의 Katanga 배상명령은 전체 피해액을 미화 3,752,620으로 계산한 후 Katanga의 관여와 책임 형태 등을 고려하여 Katanga가 위 금액 중 미화 1,000,000에 대해서만 배상책임을 지는 것으로 결정하였다.<sup>493)</sup> Katanga 배상명령은 상소심이 ‘피고인의 개인 형사책임 형태(mode)와 그 책임의 구체적인 요소들(elements)에 따라 책임 범위가 달라진다’고 설명하였으므로 상소심 판결이 ‘범죄에 관여한 정도에 비례한다’고 표현한 것은 곧 피고인이 피해자에 대한 관계에서도 전체 피해가 아닌 일부에 대해서만 책임을 진다는 것으로 해석하였다. 그러면서 공범들 중 일부의 무자력으로부터 피해자를 보호해야 할 필요가 있다는 국내법 차원의 논거는 ICC 배상명령에 원용될 수 없다고 하였다.<sup>494)</sup> 피해자에 대한 관계에서 관여 정도에 비례하는 일부에 대해서만 책임져야 하는 이유로, ICC에서는 피고인에 대한 범죄사실에 국한해서 보는 것이고 범죄에 관여한 다른 모든 사람들의 책임을 판단할 수 없다는 점도 들었다.<sup>495)</sup>

Katanga 배상명령을 한 제2재판부는 Lubanga 배상책임액 결정에서는 위 상소심 판결의 같은 법리를 실시하면서도 Lubanga의 책임범위를 정함에 있어 피해 전체를 기준으로 하였다. 그러나 이러한 결정은 공범으로 부수적(accessorial)인 기여만 한 Katanga와 달리 Lubanga는 무장단체의 총지휘관으로 공동정범의 지위에 있었다는

492) “A convicted person’s liability for reparations must be proportionate to the harm caused and, inter alia, his or her participation in the commission of the crimes for which he or she was found guilty, in the specific circumstances of the case”, Lubanga 상소심 배상 판결, para. 118, Lubanga 수정된 배상명령, para. 21

493) Katanga 배상명령, paras 268-280

494) Katanga 배상명령, para. 263. 한편 왜 원용할 수 없는지에 대해서는 따로 설명을 하지 않으나, 아마도 ICC에 의한 배상명령의 경우 피고인이 무자력일지라도 피해자신탁기금의 배상재원 보충으로 배상명령이 이행불능으로 될 가능성은 낮기 때문에 그러지 않았나 생각된다.

495) Katanga 배상명령, para. 263

판단에서 비롯된 것이지 부진정연대책임 법리에 기초한 것은 아닌 것으로 보인다.<sup>496)</sup>

#### 다. 제2재판부의 해석에 대한 상소심의 판단

그런데 Katanga 배상명령에 대한 상소심 판결(이하 ‘Katanga 상소심 배상판결’)에서는 ‘피고인에 대한 배상책임액을 같은 피해에 기여한 다른 사람들의 책임과 비교하여 비례적으로 정할 것을 의미하는 것은 아니고’,<sup>497)</sup> ‘유죄판결 받은 자의 피해배상 책임범위를 정함에 있어서 다른 공범자들의 피해 발생에 대한 기여가 있었는지는 영향을 미치지 않는다.’<sup>498)</sup>고 설명하면서 피해 전체에 대해 책임을 부담한다고 하여 그 자체로 부적절하지는 않다고 판단하였다. 이로써 상소심은 ‘관여 정도에 따라 책임이 비례한다’는 실시에 대해 다른 공범들의 기여를 고려할 필요는 없다는 점을 분명히 하였지만, 여전히 공범이 부진정연대책임을 진다고 볼 것이냐의 문제에 대해서는 입장을 분명히 하지 않았다.

#### 라. Ntaganda 배상명령의 판단

이러한 배경에서 Ntaganda 배상명령은 최초로 피고인의 배상책임이 부진정연대책임(‘jointly and severally liable’)이라는 점을 명백히 하였다<sup>499)</sup>. 부진정연대책임의 연장선상에서 만일 공범 중 1인이 먼저 피해 전부를 배상한 경우 그는 다른 공범에 대해 내부적인 책임 분담 비례에 따라 구상할 수 있다는 점도 분명히 하였다.<sup>500)</sup> Ntaganda 배상명령은 피고인의 배상액을 정하는 데 중요한 요소는 피해의 정도와 그 피해를 회복하기 위하여 들어가는 비용이지, 책임의 형태, 범죄의 중대성, 감경사유<sup>501)</sup> 등은 관련이 없다고 선을 그으면서 배상액을 정함에 있어서 책임 형태를 고려해

496) Lubanga 배상액 결정, paras 268-278

497) Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment on the appeals against the order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled “Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute”, 8 March 2018, ICC-01/04-01/07-3778-Red (이하 ‘Katanga 상소심 배상판결’), para. 175

498) Katanga 상소심 배상판결, para. 178

499) Ntaganda 배상명령, paras 218-221

500) Ntaganda 배상명령, paras 219

501) Lubanga 사건에서 상소심은 피고인이 소년병을 제대시키는(demobilise) 데 기여를 하였음을 증명을 할 수 있으면 책임을 경감할 수 있다고 판단하였다. Prosecutor v. Thomas Lubanga

야 한다는 상소심의 입장과 결을 달리하였다. 이와 같이 공범 간의 책임에 대한 법률관계를 명확히 한 것은 책임 형태에 따른 책임 제한이 가능한 것인지에 관한 혼선을 사전에 차단하고 피해자 중심의 법률관계를 확립하였다는 등의 긍정적인 평가를 받기도 하였다.<sup>502)</sup>

Ntaganda 배상명령은 배상액을 정함에 있어 책임 형태를 고려할 필요가 없다고 하여 배상책임에 관한 상소심의 이전 법리를 완전히 따른 것으로 보기 어려운바, 아직까지 상소심에서 피고인이 부진정연대책임을 부담하는지에 대해 정면으로 다루어진 적이 없었기에 이번 Ntaganda 배상명령에 대한 상소심 판결에서 어떠한 판단이 내려질지 그 귀추가 주목된다.

#### 제4절 | 피해배상의 종류(type): 집단배상과 개별배상

피해배상의 종류에 관하여 살피기에 앞서 피해배상의 ‘종류(type)’와 ‘방식(modality)’을 구분할 필요가 있다. 피해배상의 종류를 정한다는 것은 집단배상과 개별배상 중 어느 하나를 택할 것인지 아니면 둘 다 택할 것인지를 말하는 것이고, 피해배상의 방식을 정한다는 것은 원상회복, 금전배상, 재할, 상징적 배상 등의 구체적인 배상방법을 택하는 것을 말한다. 피해배상의 방식에 관하여는 이하 제5절에서 논한다.

##### 1. 집단배상과 개별배상의 개념과 장·단점

절차증거규칙 제97조 제1항에 의하면 재판소는 집단배상을 명하거나 개별배상을 명할 수 있고, 이를 동시에 명할 수도 있다. 하지만 집단배상의 개념에 관하여는 국제법상 명확한 정의가 있는 것이 아니고 ICC 관련법규에 정해져있는 것도 아니다.<sup>503)</sup>

Dyilo, Judgment on the appeals against Trial Chamber II's 'Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable', 18 July 2019, ICC-01/04-01/06-3466-Red (이하 ‘Lubanga 배상액 결정에 대한 상소심 판결’), para. 311

502) Lostal, “The Ntaganda Reparations Order: a marked step towards a victim-centred reparations legal framework at the ICC”, 24 May 2021.

503) Walley, 80면.

개별배상은 피고인이 직접 실행하는 것이 가능할지라도 집단배상은 그 실행에 조직과 전문성이 요구되기 때문에 피고인이 직접 실행하는 것이 불가능하다.<sup>504)</sup> 그리하여 절차증거규칙 제98조 제3항은 집단배상의 경우 재판소가 피해자신탁기금을 통한 배상을 명할 수 있다고 정하고 있다.

집단배상과 개별배상에는 각각 장·단점이 있다. 집단배상은 개별적인 배상신청을 일일이 심사하고 배상액수를 정하는 데 불가피하게 소요되는 많은 시간과 자원을 아낄 수 있어 효율적이라는 점, 보다 많은 피해자들에게 혜택이 돌아갈 수 있다는 점, 개별적인 배상에 비해 공동체의 피해 회복과 발전에 더 도움이 될 수 있는 점 등이 장점이다. 반면에 범죄에 암묵적으로 동조한 가해자 측에게도 배상의 혜택이 돌아갈 수 있는 위험이 있다는 점,<sup>505)</sup> 피해지역을 벗어난 피해자에게 혜택을 부여하기가 어려운 점 등이 단점이다.

개별배상은 배상신청을 한 피해자 개인들이 통상 개별배상을 선호하므로 피해배상 신청자들의 의사를 더 존중할 수 있다는 점, 피해자 개인이 제외되거나 소외된다는 느낌을 받는 것을 막아준다는 점,<sup>506)</sup> 피해자가 배상신청만 한다면 현재 거주지 위치와 무관하게 배상의 혜택을 누릴 수 있다는 점,<sup>507)</sup> 개인에 대한 금전적 보상에 따르는 절차적 만족감이 클 수 있고 이를 통해 향후 사법절차 참여를 독려할 수 있다는 점 등이 장점이다.<sup>508)</sup> 반면 전체 피해 집단 중 극히 일부만 개별배상을 받게 되면서 그 집단 내에서 또 다른 긴장과 갈등을 유발할 위험이 있다는 점,<sup>509)</sup> 각 개인의 정확한 피해를 측정하고 이에 비례하는 배상금의 차등을 실현하기가 쉽지 않아 형평성, 비례성, 양성평등의 원칙에 부합하게 구성하기가 어렵다는 점<sup>510)</sup> 등이 단점이다.

이렇듯 상반되는 장·단점이 존재하고 사건의 특수성, 피해자의 수, 관련된 지역 범위, 현장의 상황 등 여러 다양한 변수에 따라 각 장·단점의 발현 정도의 차이도

504) Ibid., 81면.

505) Balta et al., p. 232-233; Moffett, "Reparations for 'guilty victims': Navigating complex identities of victim-perpetrators in reparation mechanisms", 10 *International Journal for Transitional Justice* 146, 2016, 150면.

506) Katanga 배상명령, para. 285

507) Katanga 배상명령, para. 286

508) Balta et al., 233면.

509) Ibid.; Walley, 79면.

510) Walley, 79면.

있을 수밖에 없다. Katanga와 Al Mahdi 배상명령에서는 집단배상과 개별배상을 모두 명하는 결정이 있었다. 그러나 Lubanga와 최근의 Ntaganda 배상명령에서는 집단배상만 명하였다.

## 2. 이른바 ‘개별적 요소를 갖춘 집단배상’

Ntaganda 배상명령에서는 집단배상 중에서도 ‘개별적 요소를 갖춘 집단배상(collective reparations with individualised components)’을 유형화하여 이를 명하였다는 점을 주목할 필요가 있다. 위 배상명령은 집단배상을 공동체 전체에 이익을 주는 ‘공동체를 위한 집단배상(community reparations)’과 집단에 대한 배상이지만 개인에게 혜택을 주는 ‘개별적 요소를 갖춘 집단배상’으로 나누어 설명하는데,<sup>511)</sup> 사실 이러한 구분은 그 표현에 다소 차이가 있으나 이미 Katanga 배상명령에서도 이루어졌었고, Lubanga 배상액 결정에 대한 상소심 판결도 피해회복을 위해 개인에게 돈을 지급하는 것처럼 개별화된 배상도 집단배상에 포함될 수 있다고 보았다.<sup>512)</sup> Katanga 배상명령은 개별적인 혜택을 주는 집단배상의 예로 의료지원(일정한 집단 모두에게 제공되는 것이기는 하나 각각의 피해자에게 그 혜택이 돌아가는 배상 방법)을 들고 있다.<sup>513)</sup> 그렇지만 Ntaganda 배상명령은 ‘개별적 요소를 갖춘 집단배상’이라는 개념을 보다 명료하게 정의하고 이를 해당 사건에 가장 적절한 배상명령의 종류로 선택했다는 데 그 의의가 있다. Ntaganda 배상명령은 피해배상의 종류를 정함에 있어 전문가 의견과 피해자신탁기금의 의견을 많이 참고한 것으로 보이는데, 다음 요소들을 고려하였다: 광범위하고 체계적인 범죄의 성격, 많은 피해자 수, 금전 위주의 배상이 가져올 안전 위협, 개별배상으로 초래될 수 있는 공동체나 가족으로부터의 2차 피해 등.<sup>514)</sup> ‘개별적 요소를 갖춘 집단배상’의 실천적 의미는 종전에는 개별배상의 일환으로만 활용되었던 금전배상도 집단배상의 일환으로 활용될 수 있다는 데 있다.

511) Ntaganda 배상명령, para. 81

512) Lubanga 배상액 결정에 대한 상소심 판결, para. 86

513) Katanga 배상명령, para. 280: 공동체를 위한 집단배상의 예로는 마을에 학교나 병원을 건립하는 것 등이 있을 수 있다(Katanga 배상명령, para. 279). 즉 병원을 짓는 것은 공동체를 위한 집단배상이고, 일부 유형의 피해자들을 위한 특수한 의료지원을 하는 것은 개별적 집단배상이라 할 수 있다(Van Lin, 109-110면).

514) Ntaganda 배상명령, paras 190-195.

집단배상으로 구성하게 되면 각 개인의 피해에 대한 평가 없이 일괄하여 일정액을 배상금으로 지급할 수 있게 되어 집행에 있어서 보다 효율적일 것으로 예상되고, 집단배상에 우선순위를 부여하는 피해자신탁기금의 입장과는 충돌 없이 아래에서 보듯이 우선적으로 신경 써야 할 피해자들에 대한 보다 신속한 배상의 길이 열리게 된다.<sup>515)</sup> ‘개별적 요소를 갖춘 집단배상’이라는 개념에 대한 한 가지 우려는 아무리 공동체를 위한 배상이라 하더라도 결국에는 그 혜택이 개인에게 돌아가는 경우가 적지 않을 텐데 ‘개별적 요소’를 갖추었는지 그 기준 내지 범위를 구체적으로 어떻게 설정할 것인지는 쉽지 않은 문제가 생각되고, 구체적인 선례가 축적되면서 보다 명확해지기를 기대해야 할 것으로도 보인다.

### 3. 배상 종류 간 우선순위

피해배상명령이 있고도 피해자신탁기금에서 구체적인 실행 계획을 입안하여 실제 배상이 이루어지기까지는 수년이 걸릴 수도 있기 때문에 피해자들에게는 어떤 종류의 배상이 우선 실행되는지도 매우 중요한 문제일 수 있다. 비록 Ntaganda 사건에서는 집단배상만 명하였기 때문에 집단배상과 개별배상 간의 우선순위 문제는 발생하지 않았으나, 집단배상과 개별배상을 모두 명하는 경우에는 그 우선순위가 쟁점이 될 수 있다. 이에 대해 아직 뚜렷한 원칙이 확립되었다고 보기는 어려우나, Al Mahdi 피해배상명령에서는 개별배상을 받을 자가 한정되어 있다는 이유로 개별배상을 집단배상에 우선하였다.<sup>516)</sup> 한편 피해자신탁기금은 특별한 우선순위가 지정되지 않은 경우 집단배상을 우선적으로 실행하는 입장인 것으로 보인다.<sup>517)</sup>

우선순위의 문제는 배상 종류 간에만 있는 것은 아니고 피해자 간에도 발생할 수 있다. 집단배상이라도 앞서 보았듯이 ‘개별적 요소를 갖춘 집단배상’의 경우 수혜자

515) Lostal, “The Ntaganda Reparations Order: a marked step towards a victim-centred reparations legal framework at the ICC”, 24 May 2021.

516) Al Mahdi 배상명령, para. 140: 한편 Katanga 배상명령은 개별배상과 집단배상 사이에 우선순위를 두지는 않았다.

517) Prosecutor v. Germain Katanga, Notification pursuant to regulation 56 of the TFV Regulations regarding the Trust Fund Board of Director’s decision relevant to complementing the payment of the individual and collective reparations awards as requested by Trial Chamber II in its 24 March, 17 May 2017, ICC-01/04-01/07-3740, para. 30.

개인의 유형에 따라 우선순위를 부여할 수 있는데, Ntaganda 피해배상명령은 앞서 보았듯이 피해자 중에서도 시급히 신체적/정신적 의료 지원을 필요로 하는 사람, 장애인 및 고령자, 성범죄 피해자, 거주지 없는 자나 경제적 어려움을 겪고 있는 자, 강간 및 성노예로 태어난 어린이와 종전에 아동군인이었던 자들에게 우선적으로 배상이 이루어질 수 있다고 판단하였다.<sup>518)</sup>

## 제5절 | 피해배상의 방식(modalities)

### 1. 일반적으로 인정되는 피해배상의 방식

로마규정 제75조는 피해배상의 방식으로 원상회복(restitution), 금전배상(compensation), 재활(rehabilitation)을 규정하고 있는데, 국제적으로 인정되는 인권에 부합되게 로마규정을 해석하라는 취지에 따르면 만족(satisfaction)과 재발방지 약속(guarantees of non-repetition)도 피해배상의 방식에 포함될 수 있다고 보는 것이 일반적이다. Lubanga 상소심 배상판결도 위 3가지 기본적인 배상 방식에 더하여 상징적 배상까지 명하였다.<sup>519)</sup> 하지만 어떠한 방식의 배상이 적절할지 재판부로서는 알기 어려울 수 있으므로 피해자신탁기금이 배상명령에서 명한 모든 배상 방식을 동원해야 하는 것은 아니고 일부 방식은 제외하는 것도 가능하나 만일 제외하는 경우 그러한 이유에 대해 설명해야 한다고 하였다. 나아가 원상회복 방식을 선택할 경우 어떻게 피해자들에 대한 원상회복이 실행 가능할지 상세히 설명할 것을 명하였다.<sup>520)</sup>

Katanga 배상명령은 상징적 차원의 금전배상과 재활을 명했는데, 구체적으로는 개별배상으로 각 피해자당 미화 250불의 상징적 금전배상의 지급을 명하였고, 집단배상으로 주택 지원 사업, 수익창출 활동 지원 사업, 교육 지원 사업, 정신적 지원 사업을 명하였다.

518) Ntaganda 배상명령, paras 92-93.

519) Lubanga 수정된 배상명령, para. 67

520) Lubanga 수정된 배상명령, paras 68-70

Al Mahdi 배상명령은 금전배상과 재활을 명하였다. 만일 문화유산이 UNESCO에 의하여 복구되지 않은 상태였다면 원상회복도 포함될 수 있었으나, 재판부는 해당 유적지가 이미 복구되었다고 파악하여 복구된 유적지의 보호와 관리유지를 위하여 문화유산 지구의 회복(rehabilitation)이 가장 적절한 방식이라고 판단하였다.<sup>521)</sup>

## 2. Ntaganda 피해배상명령에서 정한 방식

Ntaganda 배상명령은 배상의 방식으로 원상회복, 금전배상, 재활, 만족적 조치, 상징적 배상 등의 다양한 방식의 배상을 명하였다. 특히 재활로는 치료와 재활을 위한 의료서비스, 주택 지원, 정신적 재활치료 지원, 사회 재편입 지원, 직업 훈련 및 교육, 소규모 대출 등 수익창출 활동 지원 등의 조치가 가능하다고 하였다. 그러면서 피해자신탁기금에 피해자들과 협의하여 이러한 여러 배상 방식을 실행계획에 반영 하되 반드시 전부 다 포함시켜야 하는 것은 아니라고 하였다. 더불어 피해자신탁기금에 만일 어떠한 배상 방식이 적절치 않다고 보는 경우 그렇게 보는 이유를 설명하라고 명하였다. 이러한 접근은 피해자신탁기금에 많은 선택지와 재량을 부여하는 것으로 여러 가능성을 열어둔다는 점에서는 피해자들에게 좋을 수도 있으나, 반면 피해자신탁기금에 배상방식을 사실상 백지위임함으로써 재판부가 배상명령의 내용을 한정하는 역할을 충분히 한 것이냐는 비판도 있을 수 있다. 구체적 피해배상의 방식을 정함에 있어서 사법적 통제의 의미가 무엇인지 생각하게 만드는 국면이기도 하다. 다만 실행 계획에 대해 다시 재판부의 허가를 받아야 한다는 것을 고려하면 사법적 통제를 포기 하였다고 보기는 어렵고 배상의 구체적인 방법론을 현장의 사정을 보다 잘 아는 피해자신탁기금에 위임한 것으로 볼 수도 있다.

## 3. 피해배상 방식에 관한 피해자들의 선호도

아직까지 재활, 교육 등 서비스 형식의 집단배상은 아직 평가 단계에 이를 만큼 진행된 사업이 없어 정확한 비교가 어렵기는 하나, 피해자들은 개별적인 금전배상을 받는 것을 훨씬 선호하는 것으로 보고된다. Katanga 배상명령의 실행으로 지급된

521) Al Mahdi 배상명령, para. 67

미화 250달러의 상징적 배상금에 대해서는 현장에서의 호응도가 높았다고 한다.<sup>522)</sup> 비록 상징적이라고는 하나 1년 평균수입이 미화 약 395~785불밖에 되지 않는 피해자들에게 250불은 상당한 금액으로 다가갔고, 피해자들은 지급받은 돈을 밀린 학비 지불, 소상공업(small business)에 대한 투자 등 각자 유익한 방법으로 사용하여 만족도가 높았다고 한다.

이러한 평가를 바탕으로 FIDH(Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, 영어로는 International Federation for Human Rights) 등 외부에서는 피해배상의 방식을 선정할 때 소액이라도 개인에게 현금을 지급하는 것을 주저하지 말 것을 권하면서, 오히려 현금 지급 방식이 그 실행에 소요되는 비용도 적고 사후적인 감독의 필요성도 적어 피해자의 수가 많은 경우라도 충분히 고려할 수 있는 배상 방식일 수 있다고 주장한다.<sup>523)</sup>

## 제6절 | 피해배상 실행계획안(Draft Implementation Plan)

### 1. 피해자신탁기금을 통한 피해배상의 근거

로마규정 제75조 제2항은 재판소는 배상이 피해자신탁기금을 통하여 이루어지도록 명할 수 있다고 규정하고 있고, 절차증거규칙 제98조는 피해자신탁기금을 통하여 배상을 실행할 수 있는 상황을 규정하고 있다. 구체적으로 절차증거규칙 제98조는 ① 피해배상명령 당시 각 피해자에 대한 개별 배상금의 지급이 불가능하거나 그 실행이 불가능한 경우 유죄판결을 받은 자가 지급하는 배상금을 피해자신탁기금이 보관하도록 명할 수 있다고 규정하고 있고(제2항), ② 피해자의 수, 배상의 범위, 형태, 방법에

522) Goetz, "Victims' Experiences of the International Criminal Court's Reparation Mandate in the Democratic Republic of the Congo"(Chapter 16), *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making*, 2nd revised ed, 2020. (이하 'Goetz'), 442면.

523) Goetz, 443면. ; FIDH Final Report, 66면, 71면. ; Ntaganda 배상절차의 성범죄 피해 전문가도 강간과 성노예의 피해자들에 대한 가장 적절한 피해배상 방식으로 개별적인 금전배상을 권했었다(Van Lin, 110면).

비추어 집단배상이 더 적절한 경우(제3항), 또는 피해자신탁기금이 승인한 정부간, 국제, 국내 기구에 배상금을 지급하는 경우(제4항)에 재판소가 피해자신탁기금을 통하여 배상이 이루어지도록 명할 수 있다고 규정하고 있다.

## 2. 피해자신탁기금에 의한 실행계획안의 제출

1심재판부는 위 규정에 근거하여 피해배상명령에 피해자신탁기금으로 하여금 통상 6개월 내에<sup>524)</sup> 피해배상 실행계획안(draft implementation plan)을 제출하도록 명하고 있다.<sup>525)</sup> 실행계획안은 배상의 목표, 예상되는 결과, 배상명령을 실현하기 위해 필요한 활동을 명확하게 적시하고, 특히 배상명령이 집단배상을 명한 경우 피해자신탁기금이 제안하는 배상 프로젝트의 세부내용을 포함하여야 한다.<sup>526)</sup> 또한 피해배상명령은 통상 피해자신탁기금에 실행 수단, 밍아야 할 절차, 직·간접 비용과 더불어 피해자신탁기금이 전체 배상금 중 얼마를 보충할 것인지, 배상 프로젝트 준비와 실행에 예상 소요기간도 포함시킬 것을 요구한다.<sup>527)</sup> 실행계획안을 마련함에 있어 피해자신탁기금은 피해자들과 그 가족의 의견과 제안을 고려하여야 한다.<sup>528)</sup>

## 3. 실행계획안 제출 후의 절차

실행계획안이 제출되면 1심재판부는 그 내용을 검토한 후 보강이 필요한 부분에 대해서는 보강을 명하고, 최종적으로는 실행계획안을 허가한다. 피해자신탁기금은

524) Katanga 사건에서는 3개월(Katanga 배상명령, para. 309, 118면 마지막 문단), Lubanga, Ntaganda, Al Mahdi에서는 6개월(Lubanga 수정된 배상명령, para. 75; Ntaganda 배상명령, para. 249; Al Mahdi 배상명령, 60면 마지막에서 2번째 문단)의 기간이 허여되었다.

525) 피해자신탁기금규칙 제54조는 재판소가 피해자신탁기금을 통한 배상을 명한 경우 피해자신탁기금 사무국이 실행계획안 초안을 작성하여 피해자신탁기금 이사회의 승인을 받을 것을 정하고 있다.

526) Ntaganda 배상명령, para. 249

527) Ntaganda 배상명령, para. 249, Al Mahdi 배상명령, para. 136, 이와 유사한 취지로 Katanga 배상명령, para. 309

528) 이와 같이 판시함에 있어서 Ntaganda 배상명령은 집단배상과 관련하여 피해자신탁기금의 이사회가 피해자들과 그 가족과 협의할 수 있음을 정하고 있는 피해자신탁기금규칙 제70조를 근거로 삼았다(Ntaganda 배상명령, para. 250). 한편 Lubanga 수정된 배상명령, para. 79, Katanga 배상명령, para. 309에서도 피해자들의 의견을 고려하여야 한다고 되어있으나 피해자들의 '가족'까지 언급되어있지는 않다.

허가받은 실행계획안을 바탕으로 현장에서 집단배상을 이행을 실행할 파트너를 공개 입찰 등의 방법으로 정한다. 여기서 말하는 실행 파트너(implementing partner)란 현장에서 활동을 하고 있는 다른 국제구호단체, 비정부단체 등을 말한다. 실행파트너와 구체적인 프로젝트가 선정되면 이에 대해 1심재판부가 마지막으로 승인을 한다.<sup>529)</sup> 이렇듯 집단배상을 명하는 경우 1심재판부는 피해배상명령, 실행계획안에 대한 허가, 구체적인 프로젝트에 대한 허가 등 3단계에 걸쳐 피해배상명령에 대한 사법적 통제를 하게 되는 것인데, 이러한 3단계의 사법통제는 일응 확립된 것으로 평가되고 있다.<sup>530)</sup>

#### 4. 피해배상 실행계획의 구체성 정도

당초 ICC 재판부는 피해자신탁기금이 마련할 실행계획안의 구체성 정도에 대한 상당한 기대감을 가졌던 것으로 보인다.

Lubanga 배상명령과 관련하여 1심재판부는 ‘피해자신탁기금이 피해자배상을 받을 자격이 있는 피해자를 식별(identify)할 것을 명하였는데,<sup>531)</sup> 피해자신탁기금은 피해배상명령이 있는 날로부터 8개월 후에<sup>532)</sup> 실행계획안을 제출하면서 여러 가지 이유, 즉 ① 피해자들로부터 그들이 입은 피해에 관하여 청구하는 절차는 매우 민감한 절차로서 실제 피해배상이 이뤄지는 시점과 최대한 근접하여 이뤄질 필요가 있는 점, ② 실제 피해자 적격 여부를 심사하기 위한 정보 수집과 실제 피해배상 실행 시점 간의 시간적 격차가 커지면 피해자들이 느끼는 좌절감이 커질 우려가 있다는 점, ③ 모든 피해자들이 포함된 명단을 작성하는 작업은 상당한 시간과 노력이 필요한데 그러한 절차는 집단배상을 실행하기 위한 필요최소한의 범위에서 이뤄져야 한다는 점 등을 들면서 실행계획안을 제출하는 단계에서는 실제 배상 실행 단계에서 적용할 피해자 적격 심사방법(screening mechanism)만 설명하면 되고 구체적인 피해자 명단

529) Al Mahdi 배상명령, para. 136에서 재판부의 단계별 허가 절차에 대해 설명하고 있다.

530) IER Final Report, para. 895

531) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the “Request for extension of time to submit the draft implementation plan on reparations”, 14 August 2015, ICC-01/04-01/06-3161-tENG, para. 6

532) 피해자신탁기금은 실행계획안의 제출에 대해 최초 설정된 6개월의 기한에 한 번의 연장을 허락받아 총 8개월의 기한을 허락받았다.

을 갖추어야 하는 것은 아닌 것으로 이해했다.<sup>533)</sup> 하지만 1심재판부는 피해자 명단 문제 외에도 여러 가지 측면에서 실행계획안이 불충분하다고 보면서 몇 가지 부분에 대해 실행계획안을 보강할 것을 명하였다.<sup>534)</sup>

Lubanga 사건 후의 Al Mahdi, Ntaganda 각 피해자배상에서는 재판부가 더 이상 피해자 명단을 제출할 것을 요구하지 않고 적격 심사방법(eligibility screening mechanism)을 설계하여 제출할 것만 명하였다.

Al Mahdi 사건에서는 1심재판부가 피해자신탁기금이 처음 제시한 실행계획안에 대해 대단한 유감을 표명하면서<sup>535)</sup> 아예 업데이트된 실행계획안을 작성하여 제출할 것을 명하기도 하였다.<sup>536)</sup> 1심재판부는 실행계획안이 전반적으로 구체성이 떨어진다 고 지적하면서, 업데이트된 실행계획안에 피해자신탁기금에 배상신청서 양식을 포함 시키고, 개별배상, 집단배상, 상징적 배상을 실행하기 위한 구체적 조치를 포함시킬 것을 명하였다.

물론 Lubanga와 Al Mahdi 피해자배상에서 재판부가 피해자신탁기금에 대해 제기 한 비판에 수긍 가는 부분도 있으나, 그렇다고 과연 모든 것을 피해자신탁기금의 탓으로 돌릴 수 있을지는 의문이다.<sup>537)</sup> 피해자신탁기금은 5명의 이사로 구성된 이사회와 28명의 직원으로 구성된 사무국으로 운영되는데,<sup>538)</sup> 실무를 담당하는 사무국 직원들은 현재 진행 중이거나 준비 단계에 있는 일곱 국가에서의 지원사업(assistance programs)과 세 국가에서의 피해배상 실행을 맡고 있다. 뿐만 아니라 사무국 직원들은 현재 본부가 위치한 헤이그에서만 일하는 것이 아니라 지원사업과 피해자배상이 실행

533) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Filing on Reparations and Draft Implementation Plan, 3 November 2015, ICC-01/04-01/06-3177 -Red (이하 'Lubanga DIP'), paras 147-148

534) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Order instructing the Trust Fund for Victims to supplement the draft implementation plan, 9 February 2016, ICC-01/04-01/06-3198-tENG, paras 9-10

535) 재판부는 “피해자신탁기금이 재판부 명령의 기초적인 요구사항을 재차 준수하지 못함은 피해자신탁기금이 사법절차 내에서 자신의 역할을 아직도 제대로 수행하지 못하고 있음을 보여준다.”고 강하게 비판하였다.

536) Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Decision on Trust Fund for Victims' Draft Implementation Plan for Reparations, 12 July 2018, ICC-01/12-01/15-273-Red

537) Dutton/Aolain도 ICC가 피해자신탁기금의 기여를 충분히 인정하고 있는지 의문이 든다는 취지로 서술하고 있다. Dutton/Aolain, “Between Reparations and Repair: Assessing the Work of the ICC Trust Fund for Victims under Its Assistance Mandate”, 19 *Chicago Journal of International Law* 490, 2019. (이하 'Dutton/Aolain'), 539면.

538) 피해자신탁기금 홈페이지, trustfundforvictims.org/en, 'About us'

되고 있는 현장에도 배치되어 있다. 1심 유죄판결의 선고 후 가장 빨리 피해배상명령이 내려진 Al Mahdi 사건에서도 약 11개월 후에야 피해배상명령이 선고되었는데, 피해배상명령보다도 훨씬 구체적인 내용이 담겨야 하고 그러한 구체적인 내용을 위해 피해자 등의 의견조회 등 적지 않은 실사를 요구하는 실행계획안을 6개월(연장을 허가받은 경우 8개월) 내에 제출하기란 결코 쉬운 작업이 아니다. 더욱이 피해배상명령이 내려진 대부분의 지역은 현재도 분쟁이 계속 중인 경우가 많아 피해자들에 대한 접근이나 현장 조사가 용이하지 않은 경우가 많았다.<sup>539)</sup> 그리고 현재 피해배상명령이 나아가는 방향을 보면 당초 피해자신탁기금에서 주장했던 모델이 상당 부분 수용되어 과연 재판부가 피해자배상제도 시행 초기에 요구했던 절차나 방법론이 타당했느냐는 의문도 생긴다.

이상 보았듯이 재판부가 피해자신탁기금에 대해 갖는 기대에 비해 피해자신탁기금의 능력, 현장 상황 등 제반 여건이 뒷받침되지 않으면서 재판부와 피해자신탁기금 사이에 요구와 반박이 수차례 이어졌던 것이 사실이다. 하지만 피해자배상의 선례가 쌓이면서 재판부가 피해자신탁기금에 기대하는 바가 축소되고 정돈되며 한편 피해자신탁기금은 재판부의 명령에 대한 예측가능성이 확보되고 절차 경험이 축적되면서 제도 시행 초기의 시행착오는 많이 줄어들 것으로 기대된다. 실제로 Ntaganda 피해자배상에서는 별도의 연장 요구 없이 우선적 피해자를 위한 실행계획안이 제출되었고 이에 대해 재판부도 허가 결정을 하였다.<sup>540)</sup>

539) 콩고 Ituri 지역에 2017년 12월경부터 폭력적인 분쟁 상황이 이어졌고 콩고 대통령이 계엄을 선포하고 대대적인 군사작전을 실시한 2021년 5월경에 이르러 안전 상황이 안정되었다. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Public redacted version of "Report on Trust Fund's Preparation for Draft Implementation Plan", submitted on 8 June 2021 With Annex A Initial Draft Implementation Plan with focus on Priority Victims, 14 June 2021(original: 8 June 2021), ICC-01/04-02/06-2676-Red, paras 32-37; 말리에서도 계속되는 현지에서의 분쟁상황으로 피해자들과의 협의를 진행하는 데 상당한 어려움이 있었던 것으로 보인다 (Report to the Assembly of States Parties on the projects and the activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the period of 1 July 2017 to 30 June 2018, 23 July 2018, ICC-ASP/17/14, 3면).

540) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Initial Draft Implementation Plan with focus on Priority Victims, ICC-01/04-02/06-2676-Conf with Annex A; Decision on the TFV's initial draft implementation plan with focus on priority victims, 23 July 2021, ICC-01/04-02/06-2696.

## 제7절 | ICC 피해배상에 대한 비판적 검토

### 1. ICC 피해배상 제도의 한계와 현행 체계에 대한 비판

#### 가. 유죄판결상 범죄사실의 협소함으로 인한 피해자 범위 제한의 문제점

피고인이 유죄판결을 받은 범죄의 결과로 피해를 입은 피해자만 피해자배상을 청구할 수 있는 자격이 인정된다. 이는 피해배상이 유죄판결로부터 이어지게 설계되어 있는 로마규정상의 구조적인 제약이라 할 수 있는데, 이로 인하여 실제 피해는 입었으나 검찰국이 설정하는 공소사실의 피해자에 해당하지 않으면 피해배상의 대상은 될 수 없다. 특정 사태에서 일어난 모든 범죄의 피해자를 위한 것이 아니라 유죄판결을 받은 피고인이 저지른 범죄의 피해자만 배상의 대상이 되므로, 한 사태의 피해자들 사이에 차별적인 상황이 발생할 수밖에 없다.<sup>541)</sup> Lubanga 사건에서 1심재판부는 Lubanga의 지배하에 있던 소년병들이 직접 피해자에 해당하고 그 가족들이 간접 피해자에 해당한다고 보면서, 소년병들의 공격으로 피해를 본 사람은 간접 피해자에 해당하지 않는다고 판단하였다. 한편 성폭력의 피해자들과 관련하여, 1심재판부는 “재판소가 성폭력 피해자들을 위하여 적절한 피해자배상을 구상하고 실행해야 한다”고 판단하였으나,<sup>542)</sup> 상소심은 성폭력범죄로 인한 피해를 Lubanga가 유죄판결을 받은 범죄의 피해로 볼 수 없다고 판단함으로써 성폭력범죄 피해자들을 피해자배상 수혜자 범위로부터 제외하였다.<sup>543)</sup> 또한 소추관이 공소제기하였더라도 합리적 의심을 배제할 수 있는 정도의 엄격한 증명책임을 다하지 못하여 전부 또는 일부 무죄판결이 선고된 경우에도 그 무죄판결 부분의 피해자들은 피해자배상이 가로막히게 된다. 1심에서 유죄판결도 선고되고 피고인의 재산도 있는 것으로 파악되어 상당한 피해배상이 기대되었던 Bemba 사건이 바로 상소심에서 무죄판결이 선고되면서 피해자배상이 불가능해진 예라 할 수 있다. Katanga도 강간, 성노예, 공격에 아동을 이용한 행위 등에 대해서는 일부 무죄판결을 받아 그 피해자들은 배상명령 대상에서 제외될 수밖에

541) IER Final Report, para. 885

542) Lubanga 1심 배상결정, para. 631

543) Lubanga 상소심 배상판결, para. 198

에 없었다.

유죄판결과 연결되어 있다는 것으로부터 발생하는 또 다른 한계는 바로 유죄판결을 받은 피고인에 대해서만 피해자배상을 명할 수 있어 그 피고인을 도운 단체, 기업체, 집단 등의 재산은 집행의 대상이 될 수 없다는 것이다.<sup>544)</sup> 실제 현재까지 있었던 4건의 피해배상명령에서 피고인이 일부라도 피해배상명령의 집행 대상이 될 만한 재산을 가지고 있었던 건은 단 한건도 없고, 사실상 배상명령 실행의 부담은 고스란히 피해자신탁기금이 떠안게 되었다.

검찰국의 증명의 용이한 일부 사실과 우연히 신병이 확보된 우선적 피해자에 대한 선택적 기소, 오래 걸린 재판 끝에 선고되는 무죄판결 등으로 안 그래도 외부 세력의 개입에 상당한 불신을 가지고 있는 피해자들은 실로 막대한 좌절감, 분노를 느끼는 것으로 보고된다.<sup>545)</sup> 이는 피해배상을 피고인에 대한 유죄판결에 연결시켜 놓은 로마 규정상의 한계라고도 할 수 있는데, 이에 대한 대안으로는 피해자배상 절차를 형사재판으로부터 단절시켜 독립시키자는 의견도 있다.<sup>546)</sup> 그러나 이러한 제안은 로마규정의 개정을 요하는 것으로 해석될 수 있는 것으로 쉽게 이루기는 어려울 것으로 보인다.

### 나. 배상절차 지연의 문제

ICC의 피해배상과 관련하여 가장 많이 제기되는 비판은 피해자가 실제로 배상을 받기까지 너무 오랜 시간이 걸린다는 것이다. 일각에서는 그 어떠한 변명도 현재까지 나타난 절차 지연의 문제를 정당화할 수 없다고까지 비판하기도 한다.<sup>547)</sup> 실제로 Lubanga 사건의 경우 유죄판결이 선고된 것은 2012년인데, 2017년 말에 이르러서야 배상명령의 전체 내용이 비로소 완성되고<sup>548)</sup>(확정을 의미하는 것은 아님), 실행파트너에 의한 구체적인 프로그램 활동이 포함된 계획은 2020년 12월에 이르러서야 허가되

544) Ferstman, "Reparations at the ICC: the Need for a Human Rights Based Approach to Effectiveness"(Chapter 17), *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making*, 2nd revised ed. 2020, 451면.

545) Goetz, 428-431면, 436-438면.

546) Moffett/Sandoval, 765면.

547) Goetz, 431면. ; IER Final Report, 289면.

548) 2017. 12. 21.에 Lubanga 배상액 결정이 있었다.

었다.<sup>549)</sup> 피해자의 관점으로 환언하면, 2002년에 일어난 사건에 대해 피해자는 거의 20년에 이르는 세월이 지난 2021년에 이르러 비로소 집단배상의 실행이 개시된 것이다. 반면 14년의 징역형을 선고받은 Lubanga는 2020. 3. 15. 형 복역을 마치고 석방되었다.

재판과 배상절차의 지연이 피해자들에게 미치는 부정적인 영향은 실제 막대한 것으로 보고된다.<sup>550)</sup> Lubanga는 15세 미만의 아동을 징집한 전쟁범죄로 유죄판결을 받아 그 범죄의 피해자는 징집된 소년, 소녀들인데, 사건이 개시될 당시에는 그들이 학교에도 가고 치료나 정신적 의뢰지원도 받는 등 피해회복에 대한 여러 기대를 가지고 있었으나 실제 배상이 개시된 것은 그들이 모두 이미 성년이 되고 나서였다. 그나마 소년들은 버티면서 살아남았으나 소녀들이 입은 피해는 더욱 오래 지속되었다. 많은 소녀들은 성폭력범죄로 출산을 하였는데 이 소녀들과 아이들은 가족들과 공동체로부터 버림을 받고 매춘부가 되거나 정신적 질환으로 결국 죽음에 이르기도 하였다. 가족으로부터 버림을 받지 않았더라도 그들은 자신들에게 가해진 낙인을 피하기 위해 다른 곳으로 이주하기도 하였다.

배상절차의 지연은 단지 피해자들의 분노와 좌절감에 그치는 문제가 아니다. 배상절차의 지연으로 한정된 인력과 재판소 재정에도 상당한 부담이 가해진다.<sup>551)</sup> 피해자를 위하여 무엇인가 효율적으로 해낼 수 있을 것이라는 재판소의 명성에도 타격이 됨은 물론이다.

이러한 지연의 원인은 어디에 있는 것일까? 가장 우선적으로는 로마규정과 절차증거규칙에서 피해자배상에 관하여 정하고 있는바가 별로 없고 그 내용도 구체성이 떨어져<sup>552)</sup> 배상명령 사건을 담당할 재판부가 그것을 구체화하는 몫을 감당하게 되었는데, 그 과정에서 재판부의 사법통제의 범위, 사무국과 피해자신탁기금의 역할, 피해

549) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Rectificatif de la Version publique expurgée de la Décision faisant droit à la requête du Fonds au profit des victimes du 21 septembre 2020 et approuvant la mise en œuvre des réparations collectives prenant la forme de prestations de services, 5 March 2021, ICC-01/04-01/06-3495-Red-Corr(프랑스어 결정문만 있고 영문번역본은 아직 등재되지 않음).

영문 요약은 <https://www.trustfundforvictims.org/en/news/factsheet-4-march-2021-collective-reparations-form-services-victims-crimes-which-thomas> 에서 확인 가능함.

550) 절차의 지연으로 피해자들이 입은 피해에 관하여는 Goetz, 431-434면.

551) Walley, 89면. ; IER Final Report, para. 884

552) Balta et al. 225면.

배상 원칙과 명령의 구분 등 여러 면에서 혼선이 있었다는 데에 있다. 특히 최초였던 Lubanga 사건의 피해배상은 단 몇 개 조문에 기초하여 새로운 제도를 정립해 나아가는 것이나 다름없었기에 여러 측면에서 결국 상소심의 판단을 받을 수밖에 없었고 게다가 절차의 국면마다 피해자들, 사무국(특히 VPRS), 피해자신탁기금 등 여러 이해관계자들의 의견도 들어야 했다.

또 다른 원인으로는 피해자배상의 목적과 방향에 대한 여러 재판관의 시각이 다양하고, 이러한 다양성으로 인하여 절차의 통일성이 떨어지면서 절차 진행의 속도가 더딜 수밖에 없었다는 점도 지적된다.<sup>553)</sup> 피해배상은 결국 1심 재판을 진행한 재판부가 이어서 맡게 되는데 절차적으로도 확고하지 않은 제도를 각기 다른 재판부가 맡아 진행하면서 피해자들과 그 변호인들에게는 적잖은 혼란을 초래하였던 것이다.

#### 다. 피해자 관련 업무의 소관 문제

어느 부서 내지 기관이 배상 받을 피해자를 확인(identify)하고, 신청을 접수, 관리하는 등의 업무를 담당하게 할지에 대하여 1심재판부 별로 다른 입장을 취하여, 피해자를 확인하는 절차의 예측가능성이 현저히 떨어진다는 비판이 있었다.<sup>554)</sup> Lubanga와 Al Mahdi 배상절차에서는 1심재판부가 피해자를 확인하는 업무를 피해자신탁기금에게 맡겼다. 그렇지만 앞서 보았듯이 피해자신탁기금은 결국에는 피해자 확인 업무를 처리하라는 재판부의 명을 받아들일 수밖에 없었으나 처음에는 그러한 명령에 대해 상당한 우려를 표명하였었고, 실제 Lubanga 사건에서의 피해자 확인 작업은 상당히 오래 걸렸다.<sup>555)</sup> ICC에 대한 Independent Expert Review(이하 'IER')도 피해자신탁기금이 신속하게 피해자들을 찾아 확인하기에는 역부족이라는 평가를 하였고,<sup>556)</sup> 다른 전문가나 실무자 등도 Lubanga 사건에서와 같이 일률적으로 피해자신탁기금에 피해자 확인 작업을 맡긴 것은 타당하지 않다고 평가하였다.

553) Ferstman, 475면.

554) REDRESS, 11면.

555) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trust Fund for Victims' response to the Registry's Preliminary Observations pursuant to the Order for Preliminary Information on Reparations, 3 October 2019, ICC-01/04-02/06-2428, para. 15 [IER Final Report, para. 912 각주 706에서 인용]

556) IER Final Report, para. 872

피해자 확인 업무를 누가 담당할지에 관하여 Ntaganda 1심재판부는 배상명령 전후로 나누어 명확한 입장을 취하였는바, 배상명령 전에는 사무국의 VPRS가 피해자 확인 업무를 주도하여야 하고,<sup>557)</sup> 배상명령 후에는 실행기관인 피해자신탁기금이 그 업무를 주도하여야 하는 것으로 정리하였다.<sup>558)</sup> Ntaganda 1심재판부는 우선 기존에 재판 참가 신청을 하였던 피해자들뿐만 아니라 피해자일 수 있는 사람들을 새롭게 확인하는 작업도 배상명령이 있기 전에 가급적 빨리 진행되면 될수록 바람직하다는 전제에서, 사건의 내용을 잘 알며 이미 재판절차에 참가 신청을 한 피해자들과 소통하면서 얻은 현장에서의 경험도 가지고 있는 사무국의 VPRS가 배상명령 전에는 피해자 확인 작업을 주도하는 것이 배상절차 전반의 효율성과 능률을 올릴 수 있고, 이러한 해석은 사무국의 역할을 정한 재판소규칙 제86조 제9항에 합치하는 해석이라고 판단하였다.<sup>559)</sup>

IER도 배상명령이 있기 전에는 VPRS가 피해자의 확인, 신청서의 접수, 관리 등의 업무를 담당하는 것을 권고한 바 있다.<sup>560)</sup> 그 이유로는 첫째, VPRS는 예심 및 본안 재판단계에서부터 지속적으로 피해자 확인 및 시별 업무를 담당하는 부서로서 기존의 연락처, 관계, 현장에서의 경험과 전문성 등을 계속 활용할 수 있고, 재판절차에서의 피해자 보호, 성범죄 피해자 등에 대한 특별지원, 취약한 피해자들에 대한 접근 방법 등에 대한 전문성은 배상단계에서도 여전히 요구되는 점, 둘째, 사무국은 피해자신청 관리시스템(Victims Applications Management System, 약칭 'VAMS')를 관리하고 사용하는데 이 시스템을 통해 한 사건 내의 여러 단계에서 등장한 피해자를 교차하여 참조할 수 있고, 나아가 다른 사건의 피해자와 교차하여 봄으로써 공통된 피해자인지, 중복된 신청인지 여부 등을 가려낼 수 있는 점, 셋째, VPRS로서는 기본적으로 재판절차에서 해오던 업무를 연장해서 하는 것이라 추가적인 자원이나 인력 소요가 적으나 만일 피해자신탁기금이 이 업무를 하게 되면 현재 매우 한정된 인력으로는 감당하기 어려워 많은 추가적인 자원 내지 인력 투여가 요청되는 점 등을 들고 있다.<sup>561)</sup>

557) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, First Decision on Reparation Process, 26 June 2020, ICC-01/04-02/06-2547 (이하 'Ntaganda First Decision on Reparation Process'), para. 27

558) Ntaganda 배상명령, para. 251

559) Ntaganda First Decision on Reparation Process, paras 26-27

560) IER Final Report, paras 904-905

561) IER Final Report, paras 906-910

사실 위와 같은 IER이 제시한 이유는 배상명령이 내려진 이후의 상황에도 동일하게 적용될 수 있는 논거이고 기존에 이 쟁점에 관하여 논한 문헌들은 배상명령 전과 후로 정치하게 나누어 기술하고 있지는 않다. 그런데 배상명령이 있은 후에는 배상 실행의 단계로 넘어가는 것이고, 관련 규정상 배상의 실행은 어디까지나 피해자신탁기금의 소관이다. 따라서 Ntaganda 1심재판부가 배상명령 후에는 피해자신탁기금이 피해자 확인 등 업무를 주도하도록 하면서 VPRS가 보조적 역할만 하도록 정한 것은 피해배상제도의 기본적인 업무 분장 체계에 잘 들어맞는 결정이라고 볼 수 있다. Ntaganda 1심재판부는 기존의 시행착오를 분석하고 각 부서의 입장을 충분히 고려하여 피해자 확인 업무의 절차와 소관을 정한 것인데,<sup>562)</sup> 이에 대한 좋은 평가가 이어지고 있어서<sup>563)</sup> 향후 이에 따라 업무 소관과 절차가 확립될 것으로 기대된다.

#### 라. 배상절차의 복잡성(complexity)과 불확실성(uncertainty)

피해배상제도와 관련하여 또 다른 비판은 재판부마다 다소 다른 절차를 운영하고 그 확정 시점도 너무 늦어서 그로 인하여 절차가 더 복잡하고 일관성이 없다는 것이다. 배상절차가 복잡하고 불확실할수록 그 피해는 고스란히 피해자들이 입게 된다.<sup>564)</sup> 이러한 부정적인 여파의 한 예로 피해자들이 느끼는 절차적 부담을 들 수 있다. 피해자가 재판에 참가하기 위하여 신청하는 절차와 배상을 받기 위하여 신청하는 절차는 절차증거규칙의 각각 별도의 조문에 규정되어 있고,<sup>565)</sup> 피해자들은 목적에 따라 피해 진술을 반복해야 하는 것이 일반적이었다. 규정만 보면 2번 진술하는 것으로 충분할 수 있지 않을까 추측할 수 있으나, Lubanga 사건의 배상절차에 참여한 피해자들에 대한 인터뷰 결과 대부분의 피해자들은 이런 저런 ICC 관계자에게 피해 진술을 대략 5번하였다고 한다.<sup>566)</sup> 즉 수사과정에서 피해자로 진술하고, 피해자 참가 신청서 작성

562) Ntaganda First Decision on Reparation Process, para. 21

563) IER Final Report, para. 913; FIDH Report, 61-62면.

564) Walley, *The Participation of Victims in the Process of Collective Reparations at the ICC, Advancing the Impact of Victim Participation at the International Criminal Court: Bridging the Gap Between Research and Practice*, edited by Jasini/Townsend, UK Economic and Social Research Council, 2020, 89면.

565) 재판절차 참가를 위한 신청은 절차증거규칙 제89조에, 피해자배상 신청은 절차증거규칙 제94조에 각각 따로 정해져있다.

566) Goetz, 435면.

에 대한 도움을 받기 위해 그 도움을 주는 사람에게 진술하며, 그 후 피해자들의 법률대리인이 선임되면 그 변호사에게 진술하고, 사무국의 VPRS에서 피해자가 맞는지 확인할 때 다시 진술하며, 배상 실행 단계에서도 또 다시 진술을 하였다는 것이다.<sup>567)</sup> 이렇게 피해자에게 여러 번 신청하게 하고 같은 이야기를 반복하게 하는 것은 단순히 생계를 꾸려가기도 어려운 대부분의 피해자들에게 너무 많은 비용과 노력을 요하게 한다는 문제 외에도 그들에게 과거의 정신적 충격을 되새기게(re-traumatization) 한다는 문제도 있고, ICC가 마치 자신들의 이야기를 믿어주지 않는다는 잘못된 신호를 보낼 우려도 있다.<sup>568)</sup> 물론 이러한 문제는 비단 ICC에서만 발생하는 것은 아니고 국내 형사절차와 관련해서도 지속적으로 제기되고 있는 문제이기도 하나 국제형사재판 절차의 장기화 경향, 재판소와 현장과의 거리, 재판소 관계자나 법률대리인과의 언어적 차이 등 여러 요소로 더 심하게 나타나는 것으로 보인다. 최초 배상절차가 진행된 사건에서는 여러 기관 내지 관계자들 사이의 업무 소관이 명확하지 않았고, 절차가 확립되어 가는 과정에 있었다는 등의 변명이 가능할 수는 있으나 향후에는 피해자의 입장에서 절차를 간소화하고 피해 진술에 대한 부담을 줄일 수 있는 방안을 강구할 필요가 절실하다.

#### 마. 피해자신탁기금의 역량 부족 및 실행 단계에서의 업무 지침 부재

피해자신탁기금은 당사국총회에 제출한 보고서를 통해 기관 차원의 당면 과제로 실행 능력 부족과 자원 부족을 꼬집었다(자원 부족의 문제에 대해서는 아래에서 별도로 살펴본다).<sup>569)</sup> 현재 피해자신탁기금 사무국에는 단 28명의 직원밖에 없는데, 이들은 본부인 헤이그에서 사법부 상대로 4개의 사건과 관련하여 배상명령 관련 실행계획안 작성, 서면 제출 등 법률적 대응을 하고 주기적으로 보고해야 함은<sup>570)</sup> 물론 피해배

567) Ibid.

568) Ibid.

569) Report to the Assembly of States Parties on the projects and the activities of the Board of Directors of the Trust Fund for Victims for the period of 1 July 2019 to 30 June 2020, ICC-ASP/19/14 (이하 'ICC-ASP/19/14'), 3면.

570) Dutton/Aolain, p. 538에서는 ICC 대응 업무로 인하여 피해자신탁기금 본연의 업무에 투입되어야 할 인력과 행정능력의 상당 부분이 빼앗기는데 그러한 점에 대한 ICC 직원들의 이해가 부족한 것 같다는 의견들이 있다고 한다.

상 또는 지원사업 현장에서도 무려 35개 이상의 실행협력기관들을 관리하고 있다.<sup>571)</sup>

사무국에 과부하가 걸려 있다는 문제 외에도 IER은 이사회에 의한 감독도 제대로 이뤄지지 않고 있다는 지적을 하고 있다.<sup>572)</sup> 피해자신탁기금 이사회는 3년 임기의 5명의 위원으로 구성되는데, 피해자신탁기금 규칙 등 어떠한 규정에도 이사회가 어떻게 사무국을 감독하는지 정해져 있지 않고, 이사회 위원들은 전세계에 흩어져 대부분 원격으로 회의를 갖고 자원봉사(pro bono) 개념으로 일하기 때문에, 이사회가 사무국의 활동에 대하여 효과적인 관리·감독한다는 것은 사실상 불가능하다고 보고되었다.<sup>573)</sup>

IER은 역량 부족의 문제 외에 피해자신탁기금의 업무 지침이 제대로 존재하지 않는다고도 지적하였다. 피해자신탁기금이 배상이나 지원 프로그램에 대해 결정하는 데 따를 수 있는 전략지침(strategy document)이나 가이드라인이 존재하지 않고, 피해배상과 지원사업을 수행하는 과정에서 경험한 모범 사례(best practices) 또는 실패 사례를 축적한 자료도 존재하지 않음을 지적하고 있다.<sup>574)</sup>

## 바. 피해배상과 피해자신탁기금의 지원사업 간의 충돌 문제

### 1) 피해자신탁기금의 지원권한(assistance mandate)

피해자신탁기금의 역할을 크게 두 가지로 볼 수 있는데, 하나는 피해배상명령의 실행이고, 다른 하나는 피해자 지원사업(assistance program)의 수행이다. 피해자신탁기금이 독자적으로 지원사업을 수행할 수 있도록 부여받은 권한을 ‘지원권한(assistance mandate)’이라 부른다.<sup>575)</sup> 지원사업은 ICC의 수사가 개시된 사태(situation)의 피해자들을 위하여 피해자신탁기금 이사회가 피해자신탁기금규칙 제49조에 따른 피해자 등과의 협의를 거치고 사태에 대한 평가를 내려 그 재량에 따라

571) ICC-ASP/19/14, 16-18면.

572) IER Final Report, paras 934-935

573) IER Final Report, para. 934

574) IER Final Report, para. 927

575) 피해자신탁기금규칙 제42조는 재판소 관할에 속하는 죄의 피해자들을 위하여 피해자신탁기금의 재원이 사용되어야 함을 정하고 있다. 반면 같은 규칙 제46조는 피해자배상을 위하여 확보한 재원은 유죄판결을 받은 자가 행한 범죄의 직접 또는 간접 피해자만을 위하여 사용될 수 있음을 정하고 있다.

개시할 수 있는 각종 신체적·정신적 재활, 물질적 지원 등의 활동을 말한다.<sup>576)</sup> 지원 사업은 개별 형사사건과 연결된 것이 아니므로 특정 사태에서 어느 피고인에 대한 유죄판결이 선고되기 전이라도 얼마든지 가능하므로 배상명령보다 빠른 실행이 가능하고, 피해자의 범위도 특정 사건의 범죄사실로 국한되지 않고 해당 사태의 범위로 정해지므로 수혜자 범위가 보다 넓다.<sup>577)</sup> ICC가 관리하는 여러 사태 중에서 어느 사태에서 지원사업을 개시할지 여부는 전적으로 피해자신탁기금 이사회가 결정하는데, 지원사업은 재판부의 관여 없이 진행되는 것으로 사법적 통제의 대상은 되지 않는다.

현재 피해자신탁기금은 콩고, 우간다(Uganda), 중앙아프리카공화국(Central African Republic), 코트디부아르(Côte d'Ivoire) 이상 네 곳에서 지원사업을 진행하고 있고, 케냐(Kenya), 그루지아(Georgia), 말리(Mali)에서 지원사업을 진행하기 위하여 실행파트너를 선정하는 절차를 진행 중이다.<sup>578)</sup> 현재 배상명령이 있었던 3개 사건(Lubanga, Katanga, Ntaganda)과 관련이 있는 콩고에서는 2008년부터 2017년까지 1단계 지원사업이 진행된바 있다.

## 2) 피해배상과 지원사업의 충돌?

피해자 지원사업과 관련한 여러 논란 중 두 가지를 살펴본다.

첫째는 피해배상과 지원사업 간의 관계 설정이다. 이에 대해 ICC 재판부와 피해자 신탁기금은 피해자를 구제할 수 있는 두 축의 관계를 다소 다른 관점으로 바라보고 있는 것 같다. 검찰국의 전략적 선택의 결과인 협소한 공소제기로 인하여 피해배상의 수혜자가 제한되는 문제와 관련하여, Lubanga 사건에서 상소심은 피해자신탁기금이 지원사업을 이용하여 그 공백을 메울 것을 고려하는 것이 적절하다고 보았다.<sup>579)</sup> 비유하자면 지원사업을 배상으로 구제할 수 없는 부분에 대한 일종의 안전망으로 바라보는 듯하다. 위와 같은 상소심의 권유에 대해 피해자신탁기금은 자신의 지원권이 피해배상의 공백을 메우는 보조적 수단으로 전략하는 데 우려를 표하면서 피해

576) 피해자신탁기금규칙 제48조의 후문, Lubanga DIP, para. 153

577) Lubanga DIP, para. 153

578) TFV Management Brief Q2/2021, 1-2면.

579) Lubanga 상소심 배상판결, para. 199; Lubanga 수정된 배상명령, para. 55

자신탕기금의 재원 사용에 관한 이사회에 권한이 생기는 것을 경계하였다.<sup>580)</sup> 피해자신탕기금이 피해배상과 지원사업 간의 우선순위를 인정하지 않고 두 제도를 비슷한 방향으로 운영하려는 경향이 있다는 평가도 있다.<sup>581)</sup> 피해자신탕기금의 위와 같은 경계가 이해가지 않는 것은 아니나, ICC의 사법부(Chambers)도 피해자신탕기금에 지원사업을 개시하라고 명령할 권한이 없음은 충분히 이해하고 있었던 것으로 보이고, 그렇기에 지원사업을 통해 배상명령이 미치지 못하는 범주의 피해자들의 회복을 권유했던 것으로 생각된다. 일각에서는 피해자들이 입은 피해에 대한 판단을 기초로 유죄판결이 있기 전이라도 잠정적인 배상(interim reparations)을 하면 어떻겠냐는 제안도 하나,<sup>582)</sup> 그보다는 시급한 보호가 필요한 피해자들을 위해 피해자신탕기금이 보다 적극적으로 자신의 지원권한을 사용할 필요가 있다는 의견이 더 많은 것으로 보인다.<sup>583)</sup>

둘째는 피해자신탕기금이 재판에 영향을 주는 외관을 피하기 위해 공소사실상의 피해자나 장소에 대한 지원사업을 보류함으로써 발생하는 문제다.<sup>584)</sup> 재판에 대한 고려로 인하여 오히려 공소사실상의 피해자들은 가장 심각한 범죄 피해를 입었음에도 오히려 구제는 나중에 받는 역차별을 당한다는 것이다.<sup>585)</sup> 예컨대 우간다 사태의 경우 피혐의자에 대한 구속조치 이루어지지 않았음에도 지원사업이 개시된 반면, 중앙아프리카공화국 사태에서는 수천명의 피해자들이 확인되었음에도 Bemba 사건이 진행되고 있는 동안 지원사업은 개시되지 않았다.<sup>586)</sup> FIDH, Ferstman 등은 유죄 판결의 위험을 막고자 지원사업의 가장 중요한 목적인 도움이 절실한 피해자에 대한 지원

580) Lubanga DIP, paras 157-158

581) Balta/Bax/Letschert, 234-235면.

582) Walley, 91면.

583) 가령 FIDH, 70면. ; Van Lin, 112면. (특히 성범죄 피해자들을 지원하기 위해 피해자신탕기금이 자신의 지원권한을 활용할 것을 촉구하고 있다.) 등

584) 이에 대해서는 Ferstman, 466-467면에서 상세히 설명되고 있다. 또한 Walley도 피해자신탕기금이 사건이 계속 중인 경우에는 피해자에 대한 지원을 하는 것을 꺼려하는 경향이 있다고 설명한다(Walley, 90면)

585) Ferstman, 467면.

586) Walley, 90면. ; 피해자신탕기금은 Bemba가 상소심에서 무죄판결을 받은 날로부터 5일 후인 2018. 6. 13. 중앙아프리카공화국 사태에 관하여 지원사업을 개시할 계획임을 밝혔으나, 무려 20개월 후인 2020. 2.경에 이르러서야 비로소 시범 프로젝트를 개시하였다(IER Final Report, para. 883). IER은 ICC가 10년이 넘도록 중앙아프리카공화국 현장에서 활동하였음에도 지원사업의 개시가 그토록 지연된 것만 보더라도 피해자신탕기금의 역량이 부족함을 단적으로 알 수 있다고 비판한다(IER Final Report, para. 883).

을 하지 않는다는 것은 적절하지 않다고 지적하는데,<sup>587)</sup> 지원사업과 피해배상은 명백히 구별되는 제도라는 측면에서 보더라도 그러한 지적은 타당하다고 생각된다.

#### 사. 재판부의 피해자신탁기금에 대한 감독권 행사의 한계점 불명확

Lubanga 상소심 배상판결은 사법부(Chambers)에 배상실행 단계를 감독하고 통제할 권한이 있다고 하였다. 이와 관련하여 IER은 배상실행에 대한 사법부의 감독권이 언제 종료하는지 현재로서는 불명확하다는 지적을 하였다.<sup>588)</sup> 사법부가 가령 5년간 계속되는 배상 프로그램이 종료될 때까지 감독하여 프로그램 지속, 이전, 결산, 감사 등의 문제까지 다루어야 하는지, 아니면 배상의 실행이 시작되면 그 중간의 어느 적절한 시점에 감독을 종료해야 하는 것인지 명확하지 않다는 것이다. 사법부가 실행 단계 끝까지 감독권을 행사하는 것이 일견 좋다고 생각할 수도 있으나, 자칫하면 사법부가 모든 배상 프로젝트의 마치 이사회와 같은 역할을 수행해야 하는 처지에 놓일 위험도 있다.<sup>589)</sup> 명확한 감독권 종료 시점이 정해지지 않으면 책임 소재도 불분명해질 수 있고, 실행 기관인 피해자신탁기금의 실행협력기관에 대한 책임감도 약해질 우려가 있다.<sup>590)</sup>

한편 재판부가 피해자신탁기금이 실행 절차를 지나치게 세밀하게 관리하려 한다는 의견도 있다.<sup>591)</sup> 실제로 일부 재판부는 피해자신탁기금이 배상 프로그램의 수혜자를 선정하는 데 사용할 절차, 피해자 법률대리인 등과의 협력, 실행협력기관과의 계약 등에 관하여 세밀한 지시를 하기도 하였다.<sup>592)</sup> 특히 Katanga와 Lubanga 배상실행을 감독하는 제2재판부는 집단배상의 수혜자에 관한 피해자신탁기금의 모든 결정을 계속하여 감독하고 있는 것으로 보인다.<sup>593)</sup> 절차증거규칙이나 피해자신탁기금 규칙 어디에도 이러한 세부적인 부분에 대해 재판부가 감독권을 행사해야 하는지 정하고 있지 않다. 피해자신탁기금 규칙 제71조는 피해자신탁기금이 협력자 또는 중개자를

587) Ibid.; FIDH Report, 70면.

588) IER Final Report, para. 920

589) IER Final Report, para. 922

590) IER Final Report, para. 923

591) IER Final Report, para. 929

592) Walley, 88면.

593) Ibid.

찾을 것을 정하고 있고, 제72조는 피해자신탁기금의 사무국이 집단배상의 실행을 감독할 절차를 마련해야 한다고 정하고 있는데, 앞서 본 바와 같은 재판부의 지나치게 세밀한 감독권 행사는 그러한 피해자신탁기금의 규정에 반하는 것이 아닌지 의문이 제기될 수 있다.<sup>594)</sup>

#### 아. 피고인의 형기 종료 후 배상책임 이행 확보 방안<sup>595)</sup>

ICC는 재판적격의 단계에서 중대성 원칙을 충족하는 사건만 다루므로 피고인은 통상 문제된 집단이나 단체의 최상위 지휘관 등이었고, 유죄판결이 선고되는 경우 그 징역형의 기간도 긴 경우가 대부분이다. 하지만 항상 그런 것은 아니다. Al Mahdi는 문화유산의 파괴라는 전쟁범죄로 유죄인정을 하여 상대적으로 길지 않은 9년형을 선고받았는데,<sup>596)</sup> 2015년 9월부터 구속된 상태로 있었으므로 2024년 9월경이면 형기가 종료한다. Al Mahdi 역시 자력이 없다고 판단되어 피해자신탁기금이 배상을 위한 자금을 보충하였는데, 집단배상의 경우 이제야 겨우 실행 시작단계에 있어 Al Mahdi의 형기가 종료할 때에도 집단배상은 계속 진행되고 있을 것으로 예상된다. 출소 후 피고인의 재산에 대한 집행과 관련하여 재판소규칙(Regulations of the Court) 제117조는 소장단(Presidency)이 피고인에 대한 벌금형, 몰수·추징 명령, 배상명령 등을 집행하기 위하여 징역형의 종료 후에도 그 피고인의 재산상황을 사무국의 지원을 받아 감시할 수 있다고 규정하고 있으나, 이 규정 외에는 형기 만료 후 배상명령 등의 집행에 관한 다른 규정을 찾아볼 수 없다. 그리하여 만일 Al Mahdi와 같은 피고인에게 출소 후 수익이 생기면 그 수익을 전부 환수할 것인지, 일부만 환수한다면 어느 비율로 환수할 것인지, 소장단이 감시하는 기간은 피고인이 생존해 있는 동안 계속될 것인지 등 여러 문제에 있어 정해진 바가 없다.<sup>597)</sup> 이러한 규정의 공백에 대해서는 재판소, 당사국총회 등의 논의를 거쳐 신속하게 규칙이나 예규 개정을 통해 미리 대비하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

594) Walley, 88면.

595) 이 문제점은 Moffett/Sandoval, 753면에서 제기되었다.

596) Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Judgment and Sentence, 27 September 2016, ICC-01/12-01/15-171

597) Moffett/Sandoval, 753면.

### 자. 배상 자원 마련의 문제

피해자신탁기금은 지원사업과 피해배상의 자원 마련을 회원국들의 자발적인 기부와 단체나 개인의 기부에 전적으로 의존하고 있다. 현재까지 있었던 4건의 배상명령의 배상액을 합하면 약 3,400만 불<sup>598)</sup>에 이르는데, 연평균 약 360만 유로<sup>599)</sup>의 기부금만으로는 이미 확정된 배상액을 감당하기도 벅찬 상황이다. 피해자신탁기금의 가장 최근 보고서에 의하면 4건 중 선고된 배상액을 피해자신탁기금이 전부 보충한 사건은 Katanga 건에 불과하고, Lubanga와 Al Mahdi 사건에서는 배상액 중 50% 정도만 피해자신탁기금이 보충하였다.<sup>600)</sup> 2019년 7월부터 2020년 6월까지 1년 동안 들어온 기부금은 약 2,660,173유로(= 회원국 기부금 2,633,551유로<sup>601)</sup> + 단체 및 개인 기부금 26,622유로) 밖에 되지 않았다.<sup>602)</sup> 앞으로 가까이는 Ongwen 사건, 멀게는 Sudan 사태나 Myanmar 사태에서 있을 배상명령을 생각하면 특단의 조치 없이 현 상황대로 계속가면 배상명령의 이행에 상당한 난관에 봉착하게 될 것으로 예상된다.

## 2. ICC 피해배상의 개선방안 및 향후 과제

### 가. 현재까지 확립된 피해배상 원칙과 절차 등의 규범화, 체계화

이상 살펴보았듯이 4개의 배상명령과 상소심의 판결을 통해 피해배상의 기본적인 원칙, 배상명령의 5가지 필수적 요소, 배상 실행에 대한 재판부의 3단계 감독 등 피해배상 체계 전반에 걸쳐 상당히 많은 부분이 확립되고 공고화되었다고 할 수 있다. 배상절차의 효율성을 증진하기 위해서는 절차의 모든 관련자들에게 예측가능성을

598) Lubanga 배상액 1,000만 불, Katanga 배상액 100만 불, Al Mahdi 배상액 270만 유로, Ntaganda 배상액 3,000만 불

599) IER Final Report, para. 889에 따르면 2010년부터 2018년까지 모든 기부금의 액수를 고려하면 피해자신탁기금은 연평균 약 360만 유로의 기부금을 받은 것으로 보고된다.

600) 배상 실행 초기 단계에 있는 Ntaganda 사건의 경우 전체 배상액의 7%만 피해자신탁기금이 보충한 상태이다.

601) 2019. 7. ~ 2020. 6. 기간 중 가장 많은 기부를 한 국가는 스웨덴으로 거의 1,000,000유로에 이르는 금액을 출연하였고, 한국은 약 43,000유로를 출연하였다.

602) ICC-ASP/19/14, 20면.; 비록 피해자신탁기금 운영예산은 재판소 예산에서 나오는 것이고 기부금에서 나가는 것은 아니나 2019~2020년 1년 기간의 기부금 총액이 2021년 피해자신탁기금 운영예산인 약 3,226,100유로보다 적은 상황은 피해자신탁기금의 효율성에 대한 상당한 의구심을 불러일으키기 마련이다.

부여하는 것이 중요하다. 이러한 취지에서 2020년 9월에 제출된 ICC에 대한 독립전문가의 검토보고서(IER Final Report)는 피해배상 관련하여 표준화되고 일관성 있는 절차와 모범사례를 '재판실무편람(Chambers Practice Manual)'에 반영할 필요가 있다고 제안하였다.<sup>603)</sup>

2015년 9월 예비재판 절차에 관한 업무지침 위주로 처음 도입된 '재판실무편람(Chambers Practice Manual)'은<sup>604)</sup> 3번의 개정을 거쳐 현재는 예비재판 뿐만 아니라 1심 재판 개시 전 절차, 1심 및 상소심 재판부의 각종 결정과 판결의 기한, 피해자의 재판 참여를 위한 절차, 비밀정보의 처리 등 다양한 업무에 관한 통일적인 기준과 지침을 제시해주고 있다.<sup>605)</sup> 가장 최근인 2019. 11. 29.자 개정은 2019년 10월경 있었던 네덜란드 아른헴(Arnhem)에서 개최된 재판관 워크숍에서 합의된 재판부의 각종 결정과 판결의 기한 설정과 1심 판결문의 작성과 구성에 관한 지침을 반영한 것으로 재판절차의 효율성과 신속성을 증진시키는 것을 목적으로 하였다.<sup>606)</sup>

재판실무편람에 현재까지의 배상명령과 그 실행을 통해 확립된 원칙과 절차를 반영하면 그것이 ICC에서 갖는 사실상 규범력으로 인하여 여러 재판부 사이의 불필요한 절차나 업무처리의 불일치를 줄일 수 있게 되고, 피해자와 피고인, 각 법률대리인, 피해자신탁기금에도 예측가능성을 제공하여 배상절차에서의 불필요한 절차적, 형식적 사항에 관한 공방을 최소화할 수 있을 것이다. 궁극적으로 절차증거규칙이나 재판소예규 등에 배상 관련 규정을 늘릴 필요도 있다고 보이나, 재판실무편람에 피해배상 절차에 관한 사항도 포함하게 하는 것이 현재로서는 가장 쉽고 빠르게 실현할 수 있는 방도라고 보인다.

#### 나. 실효적인 배상을 위한 보다 적극적이고 신속한 재판부의 절차 주도

IER과 FIDH 등은 보다 신속하고 실효적인 배상을 위해 1심재판부가 배상절차 초기

603) IER Final Report, 303면 R343

604) 처음에는 전심재판 절차만 다루었기 때문에 명칭도 '전심재판실무편람(Pre-Trial Practice Manual)'이었다.

605) Chambers Practice Manual, 4th ed. 29 November 2019, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/191129-chamber-manual-eng.pdf>

606) Ibid., i면.

에 각 이해관계자들에게 배상명령 이전까지 각자 밝어나가야 할 단계를 알려주는 계획을 짤 것을 제안하면서, Ntaganda 배상절차를 그 좋은 선례로 소개하고 있다.<sup>607)</sup> Ntaganda 사건의 1심재판부는 ‘배상과 관련된 기한을 정하는 명령(Order setting deadlines in relation to reparations)’을 배상절차 초기에 하였는데, 이 명령을 통해 사무국 등에 잠재적 수혜자 확인을 준비시켰고, 전문가 선임의 기한과, 당사자들과 사무국 및 피해자신탁기금 등의 서면 제출 기한을 각각 설정하였다.<sup>608)</sup> 그 후에는 ‘배상 절차에 관한 결정(Decision on Reparation Process)’을 통해 앞서 보았듯이 피해자 확인에 관한 업무의 소관과 그 수행 절차를 정하여 배상명령이 있기 전까지 피해자 확인 절차가 최대한 진전되도록 하였다. 이와 같이 절차 초기에 향후 절차 진행 단계와 기한을 설정하고 역할 분담을 명확히 하는 것은 모든 당사자와 이해관계인들에게 절차흐름의 예측가능성을 제고하고 불필요한 지연을 예방하는 등 그동안 제기된 많은 비판을 상당 부분 해소해줄 수 있는 조치라 생각된다.

피해배상을 고려한 조치는 배상절차 이전부터 보다 적극적으로 이뤄져야 한다는 의견도 있다. 예를 들면, 피해자들에 대한 배상 재원이 소실되는 것을 막기 위해 사태에 대한 수사 초기에 피혐의자의 자산을 압류하는 방안,<sup>609)</sup> 현재는 대부분 기소 단계에서 피해자 참가 신청을 받는데 이보다 이른 구속영장 발부 내지 소환장 발부 단계에서 그 신청을 받는 방안,<sup>610)</sup> 수사 초기에 피해자들에게 이전 사례들을 소개함으로써 배상절차에 대해 보다 현실적인 기대를 갖게 하는 방안<sup>611)</sup> 등 여러 가능한 방안들의 제안되고 있다. 이러한 제안들은 모두 피해배상을 고려하여 보다 빠른 시점에 ICC의 개입이 이뤄져야 한다고 본다는 점에서 일맥상통한다.

#### 다. 피해자신탁기금 업무 프로세스의 체계화

피해자신탁기금은 부족한 경험과 인력으로도 우여곡절을 겪으며 4개의 사건에서

607) IER Final Report, para. 300; FIDH Report, 58-59면.

608) Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Order setting deadlines in relation to reparations, 5 December 2019, ICC-01/04-02/06-2447

609) Moffett/Sandoval, 769면.

610) IER Final Report, 287면 R337

611) Moffett/Sandoval, 769면.

실행계획안을 제출한 소중한 경험을 쌓았다. 또한 피해배상뿐만 아니라 지원사업과 관련하여 다수의 실행협력자와 계약을 체결하고 감독해 나가면서 여러 시행착오를 거쳤을 것이다. 앞서 언급한 피해자신탁기금의 문제점 대해 IER은 피해자신탁기금이 신속하게 전략지침을 작성하여 공표할 것을 촉구하고 있다. 재판부 내에서 재판실무편람 등을 통해 그동안 확립된 원칙과 절차를 규범화할 필요가 있듯이 피해자신탁기금도 그동안 쌓은 업무경험을 바탕으로 피해배상의 실행 중심의 매뉴얼이나 가이드라인을 작성할 때가 되었다고 보인다. 하나의 좋은 선례를 들자면, Office of Public Counsel for Victims(OPCV)에서는 2010년경 피해자 법률대리인들을 위하여 피해자의 절차 참여와 관련된 재판소의 실무례 등을 정리한 'ICC에서의 피해자 대리 - 법률대리인을 위한 매뉴얼(Representing Victims before the International Criminal Court - A Manual for legal representatives)'을 작성하여 배포한 적이 있다.<sup>612)</sup> 이러한 예에 비춰보면 장차 피해자들이나 실행협력자들을 위한 매뉴얼의 작성도 고려해볼 수 있다.

#### 라. 여러 관련 기관 내지 부서 간의 협력 체계 강화

그동안 배상절차에서의 지연은 상당 부분 어느 기관 내지 부서가 어떠한 업무를 담당해야 하는지 명확하지 않았다는 데에 기인한 바가 크다. 사실 이러한 문제의식은 널리 퍼져있어 피해배상과 관련된 모든 기관들, 즉 ICC 내 사법부, 사무국의 VPRS, OPCV, 피해자신탁기금 사이의 협력 체계가 강화되어야 한다는 데에는 반론을 찾기 어렵다. 보다 중요한 것은 어떻게 협력을 강화할 것인지라 할 수 있는데, 이에 대해 IER은 사무국의 부국장이 이끄는 상설 협의체를 설립하여 피해배상의 실행과 관련된 역할 분담을 지속적으로 논하게 하자는 제안을 한다.<sup>613)</sup> IER은 이 상설협의체를 통하여 앞서 언급한 피해자 배상과 지원에 관한 매뉴얼 및 표준운영절차를 마련하자는 제안도 한다.<sup>614)</sup> 한편 FIDH는 VPRS와 피해자신탁기금의 전문성 및 경험을 더하고 한정된 자원을 최대한 활용하기 위하여 배상을 위한 모든 준비절차를 VPRS와 피해자

612) The Office of Public Counsel for Victims, "Representing Victims before the International Criminal Court", 2011, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/OPCV/OPCVManualEng.pdf>

613) IER Final Report, 311면 R359, 287면 R339

614) IER Final Report, 311면 R260

신탁기금이 공동으로 진행하게 하자는 제안을 한다.<sup>615)</sup> 물론 일정 부분은 상설 협의체 등의 기구를 통한 협력이나 절차의 공동 진행으로 해결될 수도 있을지 모르나, 재판부의 피해자신탁기금에 대한 감독권 행사의 한계와 같이 협력만으로 해결되기를 기대하기 어려운 문제도 있다. 그러한 부분에 대해서는 조속히 당사국총회를 통한 규칙 개정이나 상소심 판결을 통한 명확한 경계 설정으로 그 해결을 도모하여야 할 것이다.<sup>616)</sup>

한편 IER은 피해자신탁기금의 역량 한계를 이유로 배상명령과 지원사업의 실행 업무의 권한과 책임을 서서히 사무국으로 이전하고, 피해자신탁기금은 단지 자금을 수령하고 인출하는 등 관리하는 역할만 하도록 제도를 개혁해야 한다는 제안도 하였다.<sup>617)</sup> 하지만 그러한 대대적인 업무 소관 이전은 네 건에서의 배상명령을 통해 이제 겨우 확립되어 가는 배상 실행에 관한 실무를 다시 혼선에 빠뜨리게 할 위험이 있다. 더욱이 그러한 업무 이전은 상당한 조직 변경과 그로 인한 비용을 초래하는데 그로써 기대되는 긍정적 효과도 불투명하다. FIDH도 IER의 위 제안에 의문을 표하면서 Ntaganda 1심재판부가 강조하였듯이 VPRS와 피해자신탁기금이 보다 긴밀하게 협력함으로써 양 부서의 전문성과 자원을 결합하는 것이 보다 전략적인 선택이 될 것이라고 하였다.<sup>618)</sup>

#### 마. 피해자 관점에서 전반적인 절차 단순화를 위한 노력 필요

앞서 지적하였듯이 여태까지 진행되어 온 배상사건에서는 피해자들에게 필요 이상의 절차적 부담을 주는 경우가 종종 발생했었다. 이러한 상황을 최대한 방지하기 위하여 피해자의 입장에서 배상제도를 조명하고 피해자의 절차적 수고가 최소화될 수 있도록 세부적인 절차를 설계하여야 할 것이다. 비교적 최근의 좋은 사례로 사무국에서 2019년 개발한 개인 피해자 신청 양식을 들 수 있다.<sup>619)</sup> 이 양식은 각각 17면에

615) FIDH Report, 71면.

616) Walley, 89면.

617) IER Final Report, 309-311면, paras 943-947 및 R358

618) FIDH Report, 68면.

619) IER Final Report에서 발전된 모습을 보여주는 좋은 사례로 소개되고 있다. IER Final Report, para. 901

달한 피해자의 재판 참여 신청(절차증거규칙 제89조)을 위한 양식과 배상 신청(절차증거규칙 제94조)을 위한 양식 하나의 양식으로 통합한 것으로 총 4면에 불과하고 전자적으로도 받을 수 있다.<sup>620)</sup> 이와 같이 통합된 양식은 Al Hassan 사건 등에서 이미 사용되고 있고 앞으로 있을 사건에서도 사용될 예정이다.<sup>621)</sup> 이러한 세부적인 사항에서부터 절차 간소화와 피해자의 입장에 대한 배려가 지속적으로 이뤄져야 할 것이다.

#### 바. 피해배상 전문성 강화

ICC 배상명령이 재판부에 따라 중요 쟁점에 있어서 차이를 보이고 그로 인해 절차의 지연과 혼선이 가중된다는 비판과 관련하여, 일각에서는 피해배상만 담당하는 별도의 '피해배상 재판부(reparations chamber)'를 구성해야 한다는 제안을 한다.<sup>622)</sup> 피해배상 재판부를 두면 배상명령의 일관성을 도모할 수 있고, 그 동안 축적한 재판관과 연구관 등의 전문성과 경험을 산멸시키지 않고 유지할 수 있다는 것을 근거로 한다. 하지만 이러한 제안에 대해 IER은 전문 재판부를 구성한다고 하여 보다 적절하고 신속한 배상절차가 담보되는 것도 아니고, 형사 1심을 담당할 1심재판부가 계속해서 배상절차도 진행하게 하는 것이 막대한 양의 기록과 증언 등에 대한 기억을 가지고 그 사건에 적합한 배상을 하는 데 보다 유리하다는 장점이 있다는 등의 이유로 유보적인 입장을 취하였다.<sup>623)</sup>

ICC에서 진행되는 사건들은 대체로 사실관계도 복잡하고, 피해자의 수도 많고, 피해의 종류도 다양하여 피해자들이 입은 피해의 정도를 가늠하고 그 회복에 맞는 배상의 종류와 방식을 정한다는 것은 결코 쉬운 일이 아니라 할 것인데, 1심 재판절차에 관여하지조차 않아 사건에 익숙하지 않은 재판관 등이 배상명령을 한다는 것은 더욱 어려울 것으로 보인다. 게다가 여러 건이 동시에 진행되고 상설 상소심을 운영해야 하는데 재판관은 18명이고 사법부(Chambers) 소속 연구관 등 직원은 47명(2019년

620) Ibid.

621) Ibid., para. 902

622) Moffett, 1216-1217면. ; Stahn, "Reparative Justice after the Lubanga Appeal Judgment", 13 *Journal of International Criminal Justice* 801, 2015, 811면. Van den Wyngaert, "Victims before International Criminal Courts: Some Views and Concerns of an ICC Trial Judge", 44 *Case Western Reserve Journal of International Law* 475, 2011, 495-496면.

623) IER Final Report, 295면.

말 기준)<sup>624</sup>에 불과하여 과연 현재 인력 상황에서 별도의 피해배상 재판부를 구성할만한 여력이 되는지도 의문이다. 따라서 피해배상 전담부를 두는 것은 신중하게 접근할 필요성이 있다고 생각된다.

보다 현실성 있는 대안으로는 사법부 내에 일정 수의 피해배상만을 담당하는 연구관(이른바 ‘Reparations Officer’)을 두는 방안을 고려해볼 수 있다. 현재 사법부(Chambers) 소속 재판연구관들(legal officers)은 대체로 재판부별로 소속되어 사건에 관여하고 있는데, 만일 별도의 피해배상 연구관이라는 직책을 부여하고 이들에게는 모든 사건의 피해배상 절차에만 관여하게 한다면 피해배상과 관련된 기존의 쟁점, 판단, 방향성 등이 소실되지 않고 잘 축적되어 재판관들도 보다 나은 조언과 지원을 받을 수 있을 것이라고 생각된다. 만일 여력이 된다면 피해배상 연구관이 재판 초기부터 사건에 관여하여 피해배상 관점에서 증언을 청취하고, 피해의 종류를 분류하며, 잠재적 피해자의 수를 조사한다면, 보다 신속한 배상절차의 진행이 가능해질 것으로도 기대된다.

전문성 강화의 또 다른 방안으로 배상절차마다 전문가를 선임하는 것을 줄이기 위해 사법부 내에 전문가 인력을 갖추도록 하자는 제안도 있다.<sup>625</sup> 구체적으로는 심리학자, 인류학자, 경제학자, 피해자 협의에 전문성이 있는 법률가, 젠더범죄 전문가 등으로 구성된 전문가 풀이 각 재판부와 VPRS를 지원하게 하자는 것이다.<sup>626</sup> 이는 크게 보면 앞에서 본 피해배상 연구관 제도를 보다 많은 영역을 다룰 수 있도록 확대한 제안이라 볼 수도 있다. 좋은 제안이라 생각되나 위와 같이 여러 전문가를 내부 인력으로 배치하는 데에는 상당한 예산이 소요되므로 결국 사법부에 피해배상을 위한 재정적인 뒷받침이 얼마만큼 가능하냐에 달려있다고 할 수 있다.

## 사. 자원 확보 방안 강구

부족한 배상 재원을 확보하기 위한 방안으로 배상명령 실행의 재원을 자발적 기부에만 의존하게 할 것이 아니라 당사국총회에서 ICC 운영예산과 같이 고정된 예산

624) Report of the Court on Human Resources, ICC-ASP/19/4-ENG, 38면.

625) Moffett/Sandoval, 765-766면.

626) Ibid.

항목을 생성하여 당사국으로부터 일정하게 출연 받도록 하자는 제안도 있다.<sup>627)</sup> 한편 피해자신탁기금은 당사국들에게 자국의 개발도상국 지원예산을 활용하여 피해자신탁기금과 수년에 걸친 지원협약을 체결해줄 것을 독려하고 있다.<sup>628)</sup>

### 아. 배상절차 진행과 배상명령 선고 시점의 문제

배상절차가 1심에서의 유죄판결 후 곧바로 진행될 수 있는 것인지, 아니면 상소심에서 유죄판결이 확정될 때까지 기다려야 하는지와 관련하여, Lubanga 사건의 상소심은 배상절차가 유죄판결의 확정 전에도 진행될 수 있다고 밝힌바 있고, 이미 Lubanga 및 Ntaganda 사건에서 상소심의 유죄판결 확정 전에 배상절차의 진행이 있었던 전례도 있었을 뿐만 아니라,<sup>629)</sup> IER이나 FIDH 등도 배상절차가 1심 유죄판결 선고 후 가급적 신속하게 진행되는 것이 바람직하다고 보고 있다.<sup>630)</sup> 이 연장선에서 IER은 절차증거규칙의 피해배상 부분에 유죄판결이 확정되지 않은 상황에서도 배상절차가 중지되는 것은 아님을 규정하는 조항을 새롭게 도입해야 한다고 주장한다.<sup>631)</sup> 이미 이뤄지고 있는 실무를 반영하고 더 이상 이에 관한 논란을 없앨 수 있는 타당한 제안이라 생각된다.

보다 어려운 문제는 배상명령을 유죄판결 확정 전에 할 수 있느냐는 문제이다. 로마규정 제75조 제2항은 “The Court may make an order directly against a convicted person ...”이라고 되어 있어 여기서 말하는 ‘유죄판결 받은 피고인’을 확정판결을 받은 피고인을 의미하는 것인지 아니면 1심의 유죄판결만 받은 상태의 피고인이면 되는 것인지 명확하지는 않다. 보수적으로 해석하면 확정판결이 필요하다고 할 수도 있으나 명문상으로는 유죄판결의 확정이 요구되는 것으로 보기는 어렵다. Ntaganda 배상명령은 최초로 유죄판결의 확정 전에 내려진 배상명령으로 기록되었다.<sup>632)</sup> 피고

627) Moffett/Sandoval, 768면.

628) ICC-ASP/19/14, 4면.

629) Lubanga 사건에서도 본안 상소심 확정 전에 1심재판부에서 배상원칙에 관한 결정을 내리기는 하였으나, 배상액의 결정 등은 본안 상소심 확정 후에 있었던 점 등을 감안하면 Ntaganda에 처처럼 배상절차가 완전하게 진행되었다고 보기는 다소 어려운 측면이 있다.

630) IER Final Report, paras 899-900; FIDH Report, 60면, 71면.

631) IER Final Report, 303면 R343

632) Lostal, “The Ntaganda Reparations Order: a marked step towards a victim-centred reparations legal framework at the ICC”, 24 May 2021. Ntaganda 사건에서도 1심재판부는 당초

인의 유죄를 전제로 하는 배상명령이 본안 상소심 판결보다 앞서면 그 상소심 판결로 1심 유죄판결이 전부 또는 일부 뒤집힐 때 문제가 생길 수 있다. 하지만 재판실무편람에 따르면 상소심은 상소이유서에 대한 답변서가 접수된 때로부터, 또는 변론기일을 여는 경우 그 변론기일 종결일로부터 10개월 이내에 판결을 선고하게 되어 있고, 배상절차도 아무리 신속하게 진행된다고 해도 1년 정도의 시간은 걸릴 것이므로 설령 Ntaganda 사건에서와 같이 배상명령이 먼저 선고된다고 하더라도 그 시점은 본안 상소심 판결 선고일과 크게 차이나지 않을 것이다. 또한 배상명령 후 실행계획안이 제출되고 승인되기까지도 상당한 시간이 필요하므로 유죄판결이 확정되기도 전에 실제 배상이 실행되는 일은 상정하기 어렵다. 더욱이 본안 1심 유죄판결이 만장일치로 된 것이 아니라 반대의견이 있었다는 등의 사정이 있으면 1심재판부가 재량에 의하여 배상명령의 속도를 조절할 수 있기 때문에 실제 문제되는 상황은 거의 없을 것으로 보인다. 따라서 배상명령의 선고 시점과 관련해서는 현재와 같이 1심재판부의 재량이 유지될 수 있도록 따로 규정을 개정하거나 도입할 필요는 없을 것으로 보인다.

## 제8절 | ICC 피해배상제도가 우리나라에 주는 시사점

한국은 정치적으로 민주화되고 안정되어 우리나라 내에서는 ICC의 관할범죄가 일어날 가능성이 낮으나, 북한에서는 오래 전부터 일당독재의 전체주의적인 사회구조 속에 ICC의 관할범죄에 속한다고 보기에 충분한 여러 종류의 반인도 범죄가 자행되어 왔다. 그러한 북한의 인권침해 상황은 UN 차원의 조사를 통해서도 확인되었고, 정부와 UN 인권최고대표사무소는 그러한 상황과 관련된 증거를 계속 수집해나가고 있다.<sup>633)</sup> 이하 현 북한 정권의 교체나 붕괴 상황에서 북한 정부의 고위인사들에 의한 인도에 반하는 범죄의 피해자들에 대한 피해배상을 전제로 또는 가정하면서 ICC 피해

가급적 본안의 상소심 판결 후에 배상명령을 하려고 하였던 것으로 보이나, 본안의 상소심 판결 전에 1심재판부 재판관 중 2명의 임기가 만료된다는 사정으로 부득이하게 본안 상소심 판결 전에 배상명령을 선고한 것으로 보인다(Ntaganda 배상명령, para. 3).

633) 이혜영, 체제전환기의 국내·국제혼합 특별형사법원과 통일 한국에의 합의, 사법정책연구원, 2021.

배상제도의 시사점을 살피기로 한다.

## 1. ICC 피해배상 제도에서 착안할 사항

UN 북한인권조사위원회의 2014년 최종보고서에 따르면, 정치수용소 등지에서 교도관에 의한 강간, 강제낙태, 성적 굴욕 등 다양한 형태의 성범죄가 빈번히 일어났다고 한다.<sup>634)</sup> 북한 정권의 피해자들 중 상당수는 이러한 성범죄의 피해자일 가능성이 큰데, 전세계적으로 보더라도 공권력에 의한 집단적 성폭력 피해자에 대한 배상 선례는 많지 않다. Ntaganda 사건은 성범죄 피해자가 배상 대상자에 포함된 ICC 최초의 사례인데, 앞으로 이 사건에서 성범죄 피해자들에 대한 배상을 위해 어떠한 조치가 취해졌고, 집단배상의 내용은 어떻게 구성되었는지 세밀하게 검토할 필요가 있다. 한편 최근 5.18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률이 개정되면서<sup>635)</sup> 관련자에 ‘성폭력피해를 입은 사람’도 포함되었고<sup>636)</sup> 성폭력피해자에 대한 상담·치료 프로그램 운영하도록 하는 규정<sup>637)</sup>이 도입되었는데, ICC에서의 성범죄 피해자들에 대한 배상은 당장 우리나라에서의 과거 군부 등 공권력에 의한 성폭력피해자에 대한 보상에 참고가 될 수도 있다.

보다 넓게는 많은 수의 피해자를 어떻게 관리하는지, 특히 피해자 신청 관리 시스템(victims application management system)은 어떻게 운영되는지, 의견 수집(victim consultation)은 어떻게 이루어지는지, 실제 구체적으로 어느 정도의 소명으로 피해자로 인정해주는지 등 절차적으로 참고할 부분이 많을 것이라 생각된다. 또한 집단배상 실행의 구체적인 방법, 과정, 감독, 평가 등이 어떻게 이루어지고, 사후적으로는 어떤 형태의 배상이 효과적인지 분석해보면 향후 북한 관련 배상체계 설계에도 많은 도움이 될 수 있다.

634) Report of the Detailed Findings of the Commission of Inquiry on Human Rights in the Democratic People's Republic of Korea. UN Doc. A/HRC/25/CRP.1, 7 February 2014.

635) 5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률(법률 제18203호, 2021. 6. 8. 일부개정, 이하 ‘5.18보상법’)

636) 5.18보상법 제2조 2. 라.

637) 5.18보상법 제19조의2(성폭력피해자 상담·치료프로그램) ① 국가는 제2조제2호 라목에 해당하는 관련자의 신체적·정신적 회복을 위하여 상담 및 치료프로그램을 운영하여야 한다. (후략)

## 2. ICC 피해배상과 국내 피해배상 간의 관계

북한에서 일어난 인도에 반하는 범죄는 오랜 세월이 걸쳐 여러 관계자에 의하여 행하여진 것인 관계로, ICC에서의 재판으로는 최상위 인사들에 대한 처벌만이 가능할 것이고 나머지 범죄자들에 대한 처벌이나 사면 등은 국내 전환기적 정의 체계(transitional justice mechanism)로 해결되어야 할 것이다. 그리하여 대부분의 배상도 국내 특별법에 따른 배상체계로 이뤄지게 될 가능성이 높다고 생각된다. 여기서 ICC에서 진행되는 배상과 국내 체계에 따라 진행되는 배상 간의 관계가 문제된다.

로마규정에 따르면 ICC와 당사국의 관계는 기본적으로 '보충성의 원칙(principle of complementarity)'에 따르게 되어 있어 ICC 관할범죄라 하더라도 일차적인 수사 및 처벌 의무는 당사국에 있는 것이고 ICC는 당사국이 그러한 의무를 다할 능력이 없거나 의지가 없는 경우에만 개입을 하게 되어 있다. 그런데 ICC에서의 피해배상은 유죄판결에 따라 가능한 것이고 따로 국내적으로 피해배상이 이뤄졌는지 내지 이뤄질 계획인지 여부는 따지지 않기 때문에 ICC의 피해배상 제도에 위에서 말한 '보충성의 원칙'이 적용되는 것은 아니다.

한편 Moffett은 피해배상과 관련하여서 '피해배상에서의 보충성(reparative complementarity)'이라는 표현을 사용하는데, 여기서 말하는 보충성이란 ICC 배상절차를 통하여 배상을 받지 못하는 피해자들을 위해 당사국이 국내 배상체계를 통하여 ICC 피해배상을 보충해야 한다는 것을 의미한다.<sup>638)</sup> 이는 상당히 포괄적인 개념으로 좁게는 ICC에서의 원활한 피해배상을 위하여 피고인의 자산 확인, 추적, 압류(identification, tracing and freezing of assets), 대형무덤의 발굴(excavation of mass grave sites) 등의 업무와 관련하여 ICC에 최대한 협조하는 것부터, 넓게는 적극적 평등실현 조치, 사회문화적 차별 관행을 철폐하기 위한 조치, 관련 법규의 정비 등 국내 차원의 변혁적 배상까지도 포함한다.<sup>639)</sup> Moffett는 이러한 보충성의 원리가 작동한 한 예로 코뜨디부아르(Côte d'Ivoire)의 사례를 들고 있다. 비록 Gbagbo and Blé Goudé 사건에서는 유죄판결이 선고되지 아니하여 배상절차에 이르지 못하는 못하였으나,

638) Moffett, "Reparative Complementarity: Ensuring an Effective Remedy for Victims in the Reparation Regime of the International Criminal Court", 17 *The International Journal of Human Rights* 368, 2013, 368면.

639) Moffett, 1215면.

피해자신탁기금은 꼬뜨디부아르에서 지원사업을 개시하면서 피해자들이 꼬뜨디부아르 정부의 피해배상 프로그램과 관련된 의견을 제시할 수 있도록 꼬뜨디부아르 정부와 협력하기로 하였다.<sup>640)</sup> Moffett가 주장하는 이러한 보충성의 개념은 결국 ICC의 재판이 진행된 상황에서 당사국이 자체적으로 피해자들의 피해회복을 위한 노력과 ICC에 협력해야 할 의무를 다해야 함을 환기하는 의미가 있다고 보인다. 하지만 로마 규정상 ICC가 당사국에 국내적으로 배상을 할 것을 명할 수는 없고 어디까지나 권유할 수 있을 따름이다.<sup>641)</sup> 비록 강제할 수는 없으나 피해자신탁기금과 당사국 간의 협력은 피해자신탁기금에 의하여 개시된 지원사업과 배상 프로그램의 지속성을 좌우할 중요한 요소일 것이다.<sup>642)</sup>

ICC의 입장에서는 만일에 국내 차원에서 피해배상이 이뤄지고 있거나 계획되고 있는 경우 ICC의 배상명령에 그러한 국내 배상을 어떻게 반영해야 할지가 문제된다. Al Mahdi 사건에서 피해배상명령이 있기 전에 UNESCO가 이미 영묘를 복구하였던 관계로 바로 이 문제가 제기되었었다. 이 문제에 대해 1심재판부는 UNESCO가 문화유산인 영묘들을 복구하였다는 사실은 발생하였던 피해에 대한 피고인의 책임에 영향을 미치지 않고, UNESCO가 피고인에게 복구비용을 구상할 것인지 여부도 영향을 미치지 않는다고 판단하였다.<sup>643)</sup> 이러한 전제에서 배상액을 결정함에 있어서도 UNESCO가 영묘들을 복구하는데 들인 비용을 기초로 하였다.<sup>644)</sup>

Al Mahdi 재판부가 적용한 법리가 그대로 유지된다면, 만일 한반도에서 국내적으로 배상체계가 확립되어 반인도 범죄를 저지른 자들에게 배상판결이 선고되거나 선고될 계획인 경우, ICC의 배상명령은 그러한 국내 사정과 관계없이 피고인의 책임범위를 정하게 될 것이다. 하지만 만일 그 피고인이 자신의 자력으로 국내 배상판결을 모두 이행하였다면 어떻게 볼 것인가? 민사상 손해배상 법리를 유추하면 이미 배상책임은 변제로 소멸한 것이 되는데, 과연 이러한 경우에도 ICC의 배상명령이 국내 사정을 고려하지 않을 수 있을지는 향후 사례를 더 지켜보아야 할 것으로 생각된다. Gbagbo and Blé Goudé 사건에서 유죄판결이 선고되어 배상절차가 진행되었더라면 꼬뜨디부

640) Ibid.

641) REDRESS, 36면.

642) Ibid.

643) Al Mahdi 배상명령, para. 65

644) Al Mahdi 배상명령, paras 116-118

아르의 ‘화해와 피해자 배상을 위한 국가위원회’(‘CONARIV’, 영문: National Commission for Reconciliation and Compensation for Victims)의 배상과 ICC의 배상의 경합으로 이러한 부분에 대한 검토가 이뤄졌을 것이나 아쉽게도 Gbagbo and Blé Goudé 사건의 배상절차는 개시되지 않았다. 여기서는 이러한 쟁점을 소개함에 만족하고, 추후 과제로 남기기로 한다.

## 제9절 | 소결

ICC에서의 피해배상은 체계적인 규정의 미비, 선례 부족, 재판관들의 다양한 해석, 관련 업무 소관 다툼, 현장에서의 어려움 등 여러 가지 원인으로 지연도 많이 되고 혼선도 적지 않았다. 하지만 판결례가 쌓이고, 앞서 진행된 배상절차를 통해 시행착오도 겪으며, 각 기관과 부서의 경험이 축적되면서 점차 안정화되고 절차의 속도도 빨라질 것으로 예상된다. 특히 Ntaganda 배상명령은 여태까지 확립된 원칙과 경험의 총합으로서 과거 혼란스러웠던 부분들을 잘 정리하고 앞으로 나아가야 할 방향을 잘 제시하였다는 평가를 받고 있어 이에 따라 앞으로 배상절차의 일관성과 예측가능성이 증진될 것으로 기대된다. 하지만 신속하고도 충분한 배상을 바라는 피해자의 입장에서 보면 아직 ICC의 피해배상은 어렵고 복잡하기만 할 수 있다. 판례로 형성된 원칙과 절차를 규범화하고 각 기관과 부서가 모여 협력하지 않는다면, 어느덧 ICC 체제의 한 축으로 자리 잡은 피해배상 제도에 대한 피해자들을 비롯한 여러 사람들의 기대에 부응하기 어려울 것이다. 또한 여러 경로를 통해 드러나고 있는 현행 체제의 미비점에 대해서는 시급히 제도를 설계하고 명문화하는 작업이 이뤄져야만 제도 시행 초기에 겪었던 혼란과 지연을 피해갈 수 있을 것이다.



## 제 7 장

국제형사재판소 관할범위에 관한 이론 및 사례 연구

# 맺음말

박 경 규



ICC는 범행지배설을 바탕으로 정범과 공범을 구분하면서, 간접정범 법리와 공동정범의 법리를 결합시켜 '간접적 공동정범(indirect co-perpetration)'을 정범형태의 한 유형으로 인정하고 있다. ICC는 간접적 공동정범을 크게 2가지 사례군에 적용하고 있는데, 하나는 수인이 공동으로 타인 또는 조직/집단을 지배하여 범죄를 범하는 경우이고, 다른 하나는 수인이 각자 자신이 지배하는 조직을 이용하여 공동으로 범죄를 범하는 경우이다.

로마규정이 정범/공범의 구별기준으로 범행지배설을 취하지 않는다는 입장에서 출발하여 ICC가 취하고 있는 간접적 공동정범 법리를 비판하는 견해도 있지만, 로마규정상 간접적 공동정범이 정범의 한 유형으로 인정될 수 있다는 입장을 취하면서도 현재 ICC가 취하고 있는 간접적 공동정범 법리는 너무 확장적으로 정범의 범위를 인정하고 있다는 것을 이유로 이를 비판하는 견해가 있다. 후자의 견해는 ICC가 '공동의 목적' 또는 '공동의 계획'이라는 요건에서 특정 범죄를 범할 목적 또는 계획을 요구하지 않음으로서 완화된 기준을 적용하고 있는데, 이는 미필적 고의를 주관적 구성요건으로 인정하는 것과 같으며, 이 경우 발생한 범죄에 대해 "의도" 또는 "인식"을 가지지 않은 상위층 지도자까지 정범으로 인정될 수 있다고 비판한다. 「국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률」은 우리나라 법원이 형법상의 범죄가담형태에 따라 동 법률상의 범죄 성립여부를 판단하도록 하고 있기에 ICC에 의해 발전된 간접적 공동정범 이론이 한국 형법에 기속적 효력을 가지지는 않는다. 그러나 우리나라의 판례 중에도 간접정범 법리와 공동정범 법리가 결합될 수 있다는 것을 전제로 판시한 판결이 있다. ICC에서의 간접적 공동정범의 인정여부 및 인정범위에 대한 논의 및 논란은 형법상 간접적 공동정범의 인정여부 및 인정범위를 밝히는데 큰 기여를 할

수 있다.

국제인도법에 의하면 많은 전쟁범죄는 민간인 또는 포로 등 적대행위에 적극적으로 가담하지 않는 전투원에 대해 행해진 중대 인권침해행위인 경우에 한해 성립하는데, 이를 '전쟁범죄의 상호주의적 기원'이라고 한다. 로마규정은 기존의 ICTY-규정 등에 비해 보다 상세히 '전쟁범죄로서의 성범죄'에 대해 규율하고 있는데, '같은 무력집단 소속 전투원에게 행해진 성폭력범죄에서도 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립하는가'라는 문제는 지금까지 국제형사재판소 판례에서 다루어지지 않았다. 그러나 ICC는 Ntaganda 사건에서 최초로 이에 대해 다루었고, '확립된 국제법에 의하면 전쟁범죄로서의 강간 또는 성적 노예화가 성립되기 위해 피해자가 상대방 무력집단 소속일 필요는 없다'고 하면서 같은 무력집단 소속 아동병사들에게 가해진 성폭력행위에서 전쟁범죄로서의 강간 및 성적노예화가 성립한다고 판단하였다.

이러한 판결내용에 대해 국제인권단체는 적극 환영하고 있지만, 일부 법학자들은 재판부가 제시하고 있는 논거는 논리적 설득력이 빈약하다고 비판하고 있다. 한편, Ntaganda 사건에서 재판부는 민간인 비Hema족 여성들을 강제로 무력집단 캠프로 약취하여 가사 일을 시키고 지속적으로 강간한 행위에 대해서는 아무런 문제제기 없이 전쟁범죄로서의 강간 그리고 전쟁범죄로서의 성적 노예화를 인정하였다.

일본군 위안부 사례는 아동병사 사례에 상응하기보다는 비Hema족 여성 사례에 상응한다. 따라서 Ntaganda 사건이 일본군 위안부 문제와 관련하여 우리에게 주는 시사점은 '같은 무력집단 전투원에게로 가해진 성폭력행위에서 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립할 수 있는가'라는 문제와 상관없이 일본군 위안부 사례는 전쟁범죄로서의 성범죄에 해당한다는 것을 명백히 하는데 있다고 보는 것이 적절해 보인다.

로마규정은 ① 공소장 제출 후 공소사실확인심리 개시 전 단계, ② 공소사실확인심리 단계, ③ 공소사실확인결정 후 1심공판개시 전 단계, ④ 1심공판 단계로 나누어 공소사실 변경 및 법적 평가의 변경에 대해 규율하고 있다. 검찰국은 공소사실확인심리 개시 전까지는 수사를 계속하여 예심재판부의 허가 없이 공소사실을 변경할 수 있다. 그러나 공소사실 확인심리 개시 후 1심공판 개시 전까지는 예심재판부의 허가를 받아 공소사실을 변경할 수 있는데, ICC 판례에 의하면 공소사실확인심리 개시 후에 수사를 한 것에 정당한 이유가 있는지 여부는 허가여부를 판단하는 주요한 한 기준이다.

1심공판단계에서는 공소사실확인심리에서 확인된 사실과 정황을 초과하지 않는 한, 법적 평가가 변경될 수 있다는 것을 미리 통지하고 방어준비를 위한 충분한 시간과 편의를 보장한 후 재판부는 법적 평가를 변경할 수 있다. 판례에 의하면 피고인에게 방어권이 충분히 보장되었다면, 평의단계에서 법적 평가를 변경하더라도 위법하지 않다.

ICC에서는 피해자변호사도 법적 평가의 변경을 신청할 수 있다. 이는 ICC에 비해 피해자의 절차상 지위가 약한 현행 한국 형사절차와 비교할 때, 피해자의 의견진술권 범위·효력을 어떻게 개선할 필요가 있는지와 관련하여 시사점을 줄 수 있다.

ICC는 검사측이 제출한 증거가 너무 불충분한 경우 피고인측 반대증거 조사를 하지 않은 채 무죄판결을 하거나 절차를 종결하는 ‘No case to answer-판결’을 인정하고 있다. ‘No case’판결을 할 정도로 검사측 제출증거가 불충분한 경우 일사부재리효를 가지는 무죄판결을 하는 것이 원칙이지만, 사법방해행위 등으로 인해 검찰국이 충분한 증거를 수집한 경우 ‘일사부재리효가 인정되지 않는 단순절차종료판결로서의 No case 판결’도 인정하고 있다. No case 판결의 인정요건 및 인정범위, 그 효력 등에 대해 보다 상세히 살펴보는 것은 검사의 불충분한 증거수집에 기해 기소된 사례에서 사안에 적절한 재판형태를 모색하는데 시사점을 줄 수 있다.

ICC는 2015년에 Lubanga 상소심 배상판결을 통해 피해배상의 기본적인 원칙들과 피해배상명령의 5가지 필수적 요소를 확립하였다. 이에 더 나아가 2021년 3월 ICC는 Ntaganda 배상명령에서 성폭력범죄의 특수성을 감안한 배상원칙을 제시하였고, 非加害원칙을 제시하였으며, 초세대적 피해를 인정하여 강간 또는 성노예의 피해자로부터 태어난 아동들을 직접 피해자로 인정하였다. 뿐만 아니라 시급한 보호를 요하는 피해자들에게 우선적으로 배상이 이뤄질 필요가 있음을 강조하였고, 피해배상은 단순히 피해자의 이전 상태를 회복시킨다는 기능을 넘어 그 설계, 실행, 효과에 있어서 해당 사회를 변혁시키고 교정효과를 발휘하도록 하는 것도 목표로 삼아야 한다고 함으로써 피해배상의 원칙을 확장하였다.

여태까지의 피해배상명령은 조금씩 다른 방법으로 배상책임의 범위, 즉 배상액을 산정하여 왔는데 ICC에서 다루는 사건의 규모의 특수성, 상소심의 판단이나 최근의 Ntaganda 배상명령 등에 비춰보더라도 개별적인 피해액 산정을 생략한 총액 방식으

로 산정함이 적절한 것으로 보인다. 최근 Ntaganda 배상명령은 기존의 배상명령과 달리 공범간 배상책임과 관련하여 부진정연대책임을 인정하였는데, 이 부분이 앞으로 어떻게 정립될지 살펴볼 필요가 있다.

ICC는 피해배상의 종류로 집단배상과 개별배상을 모두 인정하고 있는데, Ntaganda 배상명령은 집단에 대한 배상이지만 각 개인에게 혜택을 주는 이른바 '개별적 요소'를 갖춘 집단배상도 집단배상의 일종으로 유형화하였다. '개인에 대한 금전적 혜택'을 집단배상으로 구성하게 되면 각 개인의 피해에 대한 구체적 평가 없이 일괄하여 일정액을 배상금으로 지급할 수 있게 되어 집행에 있어서 보다 효율적일 수 있고, 집단배상에 우선순위를 부여하는 피해자신탁기금의 입장과도 충돌 없이 우선적으로 신경 써야 할 피해자들에 대해 보다 신속한 배상의 길이 열리게 된다. 집단배상을 명하는 경우 1심재판부는 피해배상명령, 실행계획안에 대한 허가, 구체적인 프로젝트에 대한 허가 등 3단계에 걸쳐 피해배상명령에 대한 사법적 통제를 한다. 현재까지 4개 사건에서 피해자신탁기금이 마련한 실행계획안들은 대부분 재판부의 기대에 미치지 못하였는데, 사법적 통제가 과연 구체적으로 어디까지 이뤄져야 하는지 논란은 있다.

ICC에서의 피해배상은 체계적인 규정의 미비, 선례 부족, 재판관들의 다양한 해석, 관련 업무 소관 다툼, 현장에서의 어려움 등 여러 가지 원인으로 지연도 많이 되고 혼선도 적지 않았다. 하지만 판결례가 쌓이고, 앞서 진행된 배상절차를 통해 시행착오도 겪으며, 각 기관과 부서의 경험이 축적되면서 점차 안정화되고 절차의 속도도 빨라질 것으로 예상된다. 특히 Ntaganda 배상명령은 여태까지 확립된 원칙과 경험의 총합으로서 과거 혼란스러웠던 부분들을 잘 정리하고 앞으로 나아가 할 방향을 잘 제시하였다는 평가를 받고 있어 이에 따라 앞으로 배상절차의 일관성과 예측가능성이 증진될 것으로 기대된다. 하지만 신속하고도 충분한 배상을 바라는 피해자의 입장에서 보면 아직 ICC의 피해배상은 어렵고 복잡하기만 할 수 있다. 판례로 형성된 원칙과 절차를 규범화하고 각 기관과 부서가 모여 협력하지 않는다면, 어느덧 ICC 체제의 한 축으로 자리 잡은 피해배상 제도에 대한 피해자들을 비롯한 여러 사람들의 기대에 부응하기 어려울 것이다. 또한 여러 경로를 통해 드러나고 있는 현행 체제의 미비점들에 대해서는 시급히 제도를 설계하고 명문화하는 작업이 이뤄져야만 제도 시행 초기에 겪었던 혼란과 지연을 피해갈 수 있을 것이다.

UN 북한인권조사위원회의 2014년 최종보고서에 따르면, 정치수용소 등지에서 교도관에 의한 강간, 강제낙태, 성적 굴욕 등 다양한 형태의 성범죄가 빈번히 일어났다고 한다. Ntaganda 사건은 성범죄 피해자가 배상 대상자에 포함된 ICC 최초의 사례인데, 앞으로 이 사건에서 성범죄 피해자들에 대한 배상을 위해 어떠한 조치가 취해졌고, 집단배상의 내용은 어떻게 구성되었는지 세밀하게 검토하는 것은 향후 (통일 후) 북한에서 발생한 반인도범죄 관련 배상체계 설계에 많은 도움이 될 수 있다. 한편 우리나라에서도 최근 5.18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률이 개정되면서 관련자에 '성폭력피해를 입은 사람'도 포함되었고 성폭력피해자에 대한 상담·치료 프로그램 운영하도록 하는 규정이 도입되었는데, ICC에서의 성범죄 피해자들에 대한 배상은 당장 우리나라에서의 과거 군부 등 공권력에 의한 성폭력피해자에 대한 보상에 참고가 될 수도 있다.

위와 같이 ICC 형사절차에서 문제되고 있는 실체법·절차법적 사항은 그것이 우리에게 법적으로 지속적 효력을 가지지 않는 사항일지라도 우리 법원이 국제범죄를 다룰 때 참고할 수 있거나 우리 일반형사절차의 개선방안을 모색함에 있어서 비교법적으로 참고할 수 있는 입법례가 될 수 있기에 비교법적 연구의 가치를 가진다. 그리고 ICC는 모든 판결/결정을 공개하고 있기에 개별 국가와의 비교법적 연구를 할 때에 비해 판례 자료에 대한 접근성이 높다.

본 연구과제는 위와 같은 인식 하에 4개의 주제를 선정하여 관련 ICC 성문규범 및 판례를 살펴보았다. 본 연구보고서가 향후의 국제형사법에 대한 비교법적 연구가 보다 더 활발히 이루어지는데 조금이나마 보탬이 될 수 있기를 기대한다.



## 〈국내 문헌〉

- 강성영, “국제형사재판소의 전시 성폭력범죄의 처벌과 개인의 형사책임형태에 관한 고찰”, 국제법학회논총 제65권 제4호, 대한국제법학회, 2020.
- 권오곤, “국제 형사재판과 한국 형사재판의 비교법적 고찰”, 인권과 정의 통권 제359호, 대한변호사협회, 2006.
- 김기준, 국제형사법, 박영사, 2017.
- 김상걸, 국제형사재판소법 개관, 국가안보전략연구원 연구보고서, 2018.
- 김선화, “전쟁범죄에서 피해자의 적성(enemy character)과 일본군 위안부 문제 - 국제형사재판소의 Ntaganda 사건을 중심으로 -”, 서울대학교 法學 제62권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2021.
- 대법원 국제형사법연구회, 『국제형사법과 절차』, 개정판, 2020.
- 박경규, “간접정범의 공동정범? - 국제형사재판소(ICC) 판례와 독일 및 국내의 논의를 중심으로 -”, 형사법연구 제29권 제4호, 한국형사법학회, 2017.
- 박경규·김성규·김재운, 반인권적 국가범죄의 법적 쟁점과 입법론적 대안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2020.
- 박미경, “ICC규정 제25조 제3항 (a)호와 제28조의 관계 - 뱀바 사건 판결내용을 중심으로 -”, 국제법 동향과 실무 제18권 제3호, 외교부, 2019.
- 설일영, “공동범죄집단(Joint Criminal Enterprise) 법리 연구: ICTY의 판례를 중심으로”, 인도법논총 제30호, 대한적십자사, 2010.
- 신상현, “형사절차에서 공판개시 여부의 심사를 위한 ‘사전심리절차’의 도입 필요성”, 형사법연구 제33권 제2호, 2021.
- 이윤제, “일본군 ‘위안부’에 대한 국제범죄와 죄형법정주의”, 일감법학 제38호, 2017.
- 이윤제, “일본군 위안부에 대한 국제범죄의 법적 구성”, 형사법의 신동향 통권 제53호, 2016.
- 이윤제, “국제형사재판소의 재판전 공소사실확인 제도”, 아주법학 제6권 제2호, 2012.

이혜영, 체제전환기의 국내·국제혼합 특별형사법원과 통일 한국에의 함의, 사법정책 연구원, 2021.

### 〈국외 문헌〉

Ambos, Kai, "Remarks on the General Part of International Criminal Law", 4 *Journal of International Criminal Justice* 660, 2006.

Ambos, Kai, "Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision", 22 *Leiden Journal of International Law* 715, 2009.

Ambos, Kai, "General Principles in the Rome Statute", 10 *Criminal Law Forum* 1, 1999.

Ambos, Kai, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", 5 *Journal of International Criminal Justice* 159, 2007.

Ambos, Kai, *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht - Völkerstrafrecht - Europäisches Strafrecht - Rechtshilfe*, 5. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, C.H.Beck, 2018.

Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law - Volume 1: Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2013.

Altunjan, Tanja, "The International Criminal Court and Sexual Violence: Between Aspirations and Reality", 22 *German Law Journal* 878, 2021.

Balta, Alina/Bax, Manon/Letschert, Rianne, "Trial and (Potential) Error: Conflicting Visions on Reparations Within the ICC System", 29 *International Criminal Justice Review* 1, 2019.

Blank, Shane K., "Prosecutor v. Ntaganda - The International Criminal Court's dangerous foray into the shades of Lochner", 27 *Michigan State International Law Review* 1, 2018.

Brodney, Marissa/Regue, Meritxell, "Formal, Functional, and Intermediate Approaches to Reparations Liability: Situating the ICC's 15 December 2017 Lubanga Reparations Decision", 4 January 2018.

Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2007.

- Cassese, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2009.
- Ciorciari, John D., “Liberal Legal Norms Meet Collective Criminality”, 109 *Michigan Law Review* 1109, 2011.
- Danner, Allison/Martinez, Jenny S., “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, 93 *California Law Review* 75, 2005.
- Dastugue, Margaux, The Faults in “Fair” Trials: An Evaluation of Regulation 55 at the International Criminal Court, 48 *Vand. J. Transnat’l L.* 273, 2015.
- Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge, 2003.
- Dutton, Anne/Aolain, Fionnuala Ni, “Between Reparations and Repair: Assessing the Work of the ICC Trust Fund for Victims under Its Assistance Mandate”, 19 *Chicago Journal of International Law* 490, 2019.
- Eser, Albin, “Individual criminal responsibility”, Antonio Cassese et al. (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Vol. 1, Oxford University Press, 2002.
- Eser, Albin(Hrsg.), *Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30. Aufl., C.H.Beck 2019.
- Ferstman, Carla, "Reparations at the ICC: the Need for a Human Rights Based Approach to Effectiveness"(Chapter 17), *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making*, 2nd revised ed., 2020.
- FIDH(International Federation for Human Rights), *Whose court is it? - Judicial Handbook on victims' rights at the International Criminal Court*, April 2021.
- Fletcher, George P./Ohlin, Jens David, “Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case”, 3 *Journal of International Criminal Justice* 539, 2005.
- Gallant, Kenneth S., *The Principle of Legality in International and Comparative*

- Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009.
- Giamanco, Theresa, “The Perpetrator Behind the Perpetrator: A Critical Analysis of the Theory of Prosecution Against Omar Al-Bashir”, 25 *Temple International and Comparative Law Journal* 217, 2011.
- Gilmore, Sunneva, Expert Report on Reparations for Victims of Rape, Sexual Slavery and Attacks on Healthcare, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, 3 November 2020, ICC-01/04-02/06-2623-Anx2-Red2.
- Goetz, Mariana, “Victims' Experiences of the International Criminal Court's Reparation Mandate in the Democratic Republic of the Congo”(Chapter 16), *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making*, 2nd revised ed., 2020.
- Greco, Luis, “Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip”, 6 *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 9, 2011.
- Grover, Leena, *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2014.
- Grey, Rosemary, *Prosecuting Sexual and Gender-Based Crimes at the International Criminal Court: Practice, Progress and Potential*, Cambridge University Press, 2019.
- Guo, Jing, On the Future of Regulation 55, FICHL Policy Brief Series No. 55, 2016.
- Heller, Kevin John, “ICC Appeals Chamber Says A War Crime Does Not Have to Violate IHL”, *Opinio Juris*, 2017.6.15., <http://opiniojuris.org/2017/06/15/icc-appeals-chamber-holds-a-war-crime-does-not-have-to-violate-ihl/>.
- Herzig, Andreas, “Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs”, 4 *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 189, 2013.
- ICC, Report of the Court on the Basic Size of the Office of the Prosecutor, ICC-ASP/14/21, 17 September 2015.

- ICC-OTP, Strategic Plan 2016-2018, 16 November 2015.
- ICC-OTP, Strategic Plan June 2012-2015, 11 October 2013.
- Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System Final Report, 30 September 2020, ICC-ASP/19/16.
- Jain, Neha, "The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law", 12 *Chicago Journal of International Law* 159, 2011.
- Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2001.
- Klamberg, Recharacterisation of Charges in International Criminal Trials, in: Festschrift till Christian Diesen 127, Simon Andersson & Katrin Lainpelto(eds.), 2014.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus(Hrsg), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 12. Auflage, C.H.Beck, 2006.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus(Hrsg), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 11. Auflage, C.H.Beck, 2006.
- Lostal, Marina, "The Ntaganda Reparations Order: a marked step towards a victim-centred reparations legal framework at the ICC", 24 May 2021.
- Manacorda, Stefano/Meloni, Chantal, "Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?", 9 *Journal of International Criminal Justice* 159, 2011.
- Meierhenrich, Jens, "The Evolution of the Office of the Prosecutor at the International Criminal Court", in: Martha Minow, C. Cora True-Frost, and Alex Whiting(ed.), *The First Global Prosecutor*, 2015.
- Militello, Vincenzo, "The personal nature of individual criminal responsibility and the ICC statute", 5 *Journal of International Criminal Justice* 941, 2007.
- Moffett, Luke, "Reparations for victims at the International Criminal Court: a new way forward?", 21 *The International Journal of Human Rights* 1204, 2017.
- Moffett, Luke, "Reparations for 'guilty victims': Navigating complex identities of victim-perpetrators in reparation mechanisms", 10 *International Journal*

- for Transitional Justice* 146, 2016.
- Moffett, Luke, “Reparative Complementarity: Ensuring an Effective Remedy for Victims in the Reparation Regime of the International Criminal Court”, 17 *The International Journal of Human Rights* 368, 2013.
- Moffett, Luke/Sandoval, Clara, “Tilting at windmills: Reparations and the International Criminal Court”, 34 *Leiden Journal of International Law* 749, 2021.
- Newton, Michael A., “Contoring common article 3: Reflections on the revised ICRC commentary”, 45 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 513, 2017.
- Ohlin, Jens David, “Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability”, 25 *Leiden Journal of International Law* 771, 2012.
- Ohlin, Jens David, “Three Conceptual Problems with the Problems of the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, 5 *Journal of International Criminal Justice* 69, 2007.
- Ohlin, Jens David/van Sliedregt, Elies/Weigend, Thomas, “Assessing the Control-Theory”, 26 *Leiden Journal of International Law* 725, 2013.
- Olásolo, Hector, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishing/Oxford, 2008.
- Ramindo, Fabián, *General Principles of Law in the Decisions of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- REDRESS, No Time to Wait: Realising Victims' Right to Reparations before the ICC, January 2019.
- Rigney, Sophie, “‘The words don’t fit you’: Recharacterisation of the charges, trial fairness, and Katanga”, 15 *Melbourne Journal of International Law* 515, 2014.
- Rossetti, Luca Poltronieri, “Intra-party sexual crimes against child soldiers as war crimes in Ntaganda. ‘Tadić moment’ or unwarranted exercise of judicial

- activism?", 6 *Questions of International Law* 49, 2019.
- Roxin, Claus, "Organisationsherrschaft und Tatenschlossenheit", 1 *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 293, 2006.
- Roxin, Claus, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1. 11. Auflage, C.H.Beck, 2003.
- Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II - Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H.Beck, 2003.
- Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2001.
- Schünemann, Bernd, "Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen", 1 *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 301, 2006.
- Shahabuddeen, Mohamed, "Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?", 2 *Journal of International Criminal Justice* 1007, 2004.
- Ssenyonjo, Manisuli, "The International Criminal Court Arrest Warrant Decision for President Al Bashir of Sudan", 59 *The International and Comparative Law Quarterly* 205, 2010.
- Stahn, Carsten, "Reparative Justice after the Lubanga Appeal Judgment", 13 *Journal of International Criminal Justice* 801, 2015.
- The Office of Public Counsel for Victims, "Representing Victims before the International Criminal Court", 2011, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/OPCV/OPCVManualEng.pdf>
- Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd ed. C.H.Beck, 2008.
- Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observer's Notes, Article by Article*, C.H.Beck, 1999.
- Triffterer, Otto/Ambos, Kai(ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary*, 3rd ed., 2016.
- Van den Wyngaert, Christine, "Victims before International Criminal Courts: Some

- Views and Concerns of an ICC Trial Judge”, 44 *Case Western Reserve Journal of International Law* 475, 2011.
- Van Lin, Lorraine, “Reparations for Victims of Sexual Violence at the ICC: Preliminary Considerations in the Ntaganda Case”, Jasini, Rudina/Townsend, Gregory(eds.), *Advancing the Impact of Victim Participation at the International Criminal Court: Bridging the Gap Between Research and Practice*, UK Economic and Social Research Council, 2020.
- Van Sliedregt, Elies, “The Curious Case of International Criminal Liability”, 10 *Journal of International Criminal Justice* 1171, 2012.
- Vest, Hans, “Problems of Participation – Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else?”, 12 *Journal of International Criminal Justice* 295, 2014.
- Vogel, Joachim. “How to Determine Individual Criminal Responsibility in Systemic Contexts: Twelve Models”, *Cahiers de Défense Sociale* 151, 2002.
- Walley, Luc, “The Participation of Victims in the Process of Collective Reparations at the ICC”, Jasini, Rudina/Townsend, Gregory(eds.), *Advancing the Impact of Victim Participation at the International Criminal Court: Bridging the Gap Between Research and Practice*, UK Economic and Social Research Council, 2020.
- Walker, Margaret Urban, “Transformative Reparations? A Critical Look at a Current Trend in Thinking about Gender-just Reparations”, 10 *International Journal of Transitional Justice* 108, 2016.
- War Crimes Research Office, Regulation 55 and the rights of the accused at the International Criminal Court, October 2013.
- Weigend, Thomas, “Perpetration through an Organization”, 9 *Journal of International Criminal Justice* 91, 2011.
- Werle, Gerhard, “Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute”, 5 *Journal of International Criminal Justice* 953, 2007.
- Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, Springer, 2009.
- Werle, Gerhard/Burghardt, Boris, “Establishing Degrees of International Criminal

- Responsibility – Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute”,  
Elies van Sliedrecht/Sergev Vasiliev (eds.), *Pluralism in International  
Criminal Law*, Oxford University Press, 2014.
- Werle, Gerhard/Burghardt, Boris, “Indirect Perpetration: A Perfect Fit for  
International Prosecution of Armchair Killers?”, 9 *Journal for International  
Criminal Justice* 85, 2011.
- Werle, Gerhard/Jessberger, Florian, “‘Unless Otherwise Provided’: Article 30 of  
the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International  
Criminal Law”, 3 *Journal of International Criminal Justice* 35, 2005.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil  
– Die Straftat und ihr Aufbau*, 44. Auflage, C.F.Müller, 2014.
- Zahar, Alexander/Sluiter, Göran, *International Criminal Law: A Critical  
Introduction*, Oxford University Press, 2008.
- フィリップ・オステン, “東京裁判における犯罪構成要件の再訪-初期国際刑法史の一断  
面の素描-”, 法学研究 第82巻 第1号, Tohoku School of Law, 2009.
- 佐藤宏美, “グローバル・イシューとしての指導者責任”, 世界法年報 第37号, The  
Japanese Association of World Law, 2017.
- 増田隆, “国際刑法における正犯処罰の系譜と判例理論の継受-共同謀議から共同犯罪企  
図を経てローマ規程へ-”, 高橋則夫/川上拓一/寺崎嘉博/甲斐克則/松原芳博/小  
川佳樹 (編), 曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集(上巻), 成文堂, 2014.



# Abstract



## **Theoretical and Case Study on Crimes under the Rome Statute of the ICC – focusing on substantive and procedural issues in the recent case law**

Park, Kyung-Gyu · Kim, Seong-Gyu · Kim, Sae- Uk

According to the Article 21 of the Rome Statute, the ICC shall apply general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world, when the ICC fails to apply Rome Statute, Elements of Crimes, Rules of Procedure and Evidence, applicable treaties and principles of international law. Therefore, in finding general principles of law, it would be very helpful to conduct an in-depth study on the statutory and case law of the ICC.

On this basis, in chapter 2, an overview of criminal proceeding at the ICC is briefly presented. Then, this study focuses on four selected issues in the field of the substantive and procedural law of the Rome Statute. The four selected issues are : 1) scope of indirect co-perpetration, 2) whether an intra-party sexual crime against soldiers within a same force can be constituted as a war crime, 3) amending of the document containing charges and 4) current trend of reparation at the ICC.

The ICC case law acknowledges indirect co-perpetration as a form of principal liability on the ground that the theory of control over the crime is the appropriate approach in distinguishing principal from accessory. However, this approach being criticized on the ground that the ICC applies the requirement of “common purpose” or “common plan” too loosely by recognizing the establishment such requirement even when indirect co-perpetrators had not agreed to commit a certain crime under the Rome-Statute. In doing so, the ICC acknowledges *de facto dolus eventualis*

which is not an acceptable form of mens rea according to Article 30 of the Rome Statute. This controversy regarding of the scope of indirect co-perpetration at the ICC can be a useful reference in finding the appropriate boundary of indirect co-perpetration in the Korean criminal law.

Until the Ntaganda judgement, the issue of whether an intra-party sexual crime against soldiers within the same force can be constituted as a war crime has not been addressed by an international criminal tribunal. The Trial Chamber in the Ntaganda case ruled that victim does not have to be with the opposing side for an intra-party sexual crime to be constituted as war crime of rape or sexual slavery. However, the Chamber did so without questioning the status of non-Hema women who were victims of rape or sexual slavery. This clarifies that the instance of Japanese Military's Sexual Slavery before and during World War II(also known as 'Comfort Women') is to be considered as war crime of sexual slavery regardless of whether the victim was with the opposing side in the war.

The Rome Statute regulates the matter of amending charges or re-characterization of facts and circumstance according to the phase of a criminal proceeding, namely 1) before the commencement of a confirmation hearing, 2) in the phase of confirmation hearing, 3) before the commencement of a trial and 4) at any stage of the trial. According to Regulation 55 of the Regulations of the Court, the Trial Chamber may change the legal characterisation of facts, without exceeding the facts and circumstances described in the charges and any amendments to the charges. If it appears to the Chamber that the legal characterisation of facts may be subject to change, the Chamber shall give notice to the participants of such a possibility. Interestingly, at the ICC the Legal Representative for Victim can also apply the legal re-characterisation of facts.

Furthermore, the ICC acknowledges 'no case to answer-decision' in two variants, ie 'no case to answer decision' with effect of prohibition against double jeopardy and 'no case answer decision' with effect of mere termination of procedure. This

ICC-regime regarding amending of DCC provides valuable insights when studying domestic scheme of amending charges.

To date, the ICC has order reparations in four cases: *Lubanga*, *Katanga*, *Al Mahdi*, and *Ntaganda*. The Ntaganda Reparation Order is widely viewed as having expanded upon the existing reparation principles and having paved way for a more efficient and clear reparations proceedings. This study concentrates on the take-aways of the recent reparation order made in the Ntaganda case, and explores the criticisms and suggestions for improvements regarding reparations at the ICC in general. Finally, the study of reparations at the ICC could prove to be an invaluable point of reference in structuring future reparation or compensation schemes in Korea for victims of crimes of humanity committed by high-level state officials.



연구총서 21-A-10

## 국제형사재판소 관할범죄에 관한 이론 및 사례 연구

- 최근 판례상의 실체법·절차법적 주요 쟁점 중심으로

발행 | 2021년 12월

발행처 | 한국형사·법무정책연구원

발행인 | 하태훈

등록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전화 | (02)575-5282

홈페이지 | [www.kicj.re.kr](http://www.kicj.re.kr)

정가 | 10,000원

인쇄 | 고려씨엔피 02-2277-1508/9

I S B N | 979-11-91565-20-1 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.