

# 2022 Vol. 4

## 최근 국제형사재판소 판례상의 주요 쟁점\*

K I C J  
I S S U E  
P A P E R

 박경규 부연구위원 | 법학 박사, pkgyu@kicj.re.kr

발행일 2022년 5월 27일    발행인 하태훈    발행처 한국형사·법무정책연구원

### 주요키워드

국제형사법, 간접적 공동정범, 전쟁범죄로서의 성범죄, ICC에서의 공소장 변경 제도, ICC에서의 피해배상

\*관련보고서: 박경규 외 2명(2021.12.), 국제형사재판소 관할범죄에 관한 이론 및 사례 연구, 한국형사·법무정책연구원



## 연구목적 및 범위

---

- 우리나라에서 ICC관할범죄 및 ICC형사절차에 대한 형사법적 측면에서의 연구는 아직 많이 부족함.
- 실체법·절차법 영역에서 4가지 주제를 선정하여 ICC 성문규범의 내용, 관련 ICC판례 및 ICC에서의 논의상황을 살펴보고 비교법적 시사점을 도출함.

## 간접적 공동정범의 의의 및 법리적 문제점

---

- ICC는 간접정범 법리와 공동정범 법리를 결합시켜 간접적 공동정범을 정범의 한 형태로 인정하고 있음.
- ICC는 주관적 구성요건을 완화시켜 적용함으로써 간접적 공동정범을 너무 넓게 인정하고 있다는 비판을 받고 있지만, 이 점을 차치하면 ICC에서의 간접적 공동정범 법리는 우리 형법상 간접적 공동정범의 인정여부 및 인정범위를 해명하는데 도움을 줄 수 있음.

## 같은 무장집단 구성원에게로 가해진 성폭력범죄에서 전쟁범죄의 성립여부

---

- ICC는 Ntaganda사건에서 국제형사사법기구로는 최초로 '확립된 국제법에 의하면 전쟁범죄로서의 강간 또는 성적 노예화가 성립되기 위해 피해자가 상대방 무력집단 소속일 필요 없다'고 하면서 같은 무력집단 소속 아동병사들에게 가해진 성폭력행위에서 전쟁범죄로서의 강간 및 성적 노예화 성립을 긍정함.
- 일본군 위안부 사례는 아동병사 사례에 상응하기보다는 비Hema족 여성 사례에 상응함. 따라서 일본군 위안부 사례의 경우 '같은 무력 집단 전투원에게로 가해진 성폭력행위에서 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립할 수 있는가'라는 문제와 상관없이 전쟁범죄로서의 성범죄가 성립함.

## ICC에서의 공소장변경 제도

---

- ICC에서는 피해자변호사도 법적 평가의 변경을 신청할 수 있음.
- 일사부재리효과 인정되지 않는 'No case to answer-판결'의 인정 요건·범위에 대한 검토는 우리의 판결형태를 보다 다양화하는데 도움을 줄 수 있음.

## ICC 피해배상의 최근 동향

---

- ICC는 Ntaganda사건에서 기존에 비해 더욱 더 피해배상제도를 개선하고 있고, 성범죄피해자를 배상대상자에 포함시킴.
- ICC에서의 집단배상제도에 대한 연구는 우리의 과거 국가폭력 사건에서의 배상과 관련하여 시사점을 줄 수 있음.



## 연구 필요성

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

## 연구 목적

- 최근 ICC 판례를 중심으로 근래 ICC 실무상 중요한 쟁점인면서, 우리 형사법의 해석·발전(우리 「국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률」의 해석을 포함하여)과 관련하여서도 의미 있는 비교법적 자료가 될 수 있는 4가지 대주제(① 간접적 공동정범의 의의 및 법리적 문제점, ② 같은 무장집단 구성원에게로 가해진 성폭력범죄에서 전쟁범죄 성립 여부, ③ 공소장 변경 제도 ④ ICC 피해배상의 최근 동향)를 실체법·절차법적 분야에서 선별하여 해당 주제에 대한 ICC 성문규범의 내용, 관련 근래 ICC 판례 및 ICC에서의 논의상황을 살펴보고 비교법적 분석·검토를 함.

# 02 | 주요 연구내용



## ICC에서의 형사절차 진행·흐름 및 수사개시된 사태에서의 사건 현황 개관

- ICC에서의 형사절차는 사태회부(국가회부, 유엔 안보리 회부 또는 검찰국의 직권에 의한 절차개시) - 예비조사 - 수사개시 - 공소사실확인심리 - 1심재판 - 상소심재판의 순서로 진행됨. 공소사실확인 심리 절차는 예비재판부가 '피의자가 기소된 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거가 존재하는지'를 판단하여 피의자를 1심 공판에 회부할지 여부를 결정하는 절차로서 필터링 기능을 함. 1심재판부는 예비재판부의 법적 판단에는 기속되지 않고, 예비재판부의 공소사실확인결정에서 확인된 범죄사건에 관한 "사실과 정황"에만 기속됨.
- 2021년 10월 31일을 기준으로 ICC는 13개 사태에서 수사개시를 하였고, 총 30개 사건이 종결되었거나 계속 중임.

## 간접적 공동정범의 의의 및 법리적 문제점

- ICC는 범행지배설을 바탕으로 정범과 공범을 구분하면서, 간접정범 법리와 공동정범의 법리를 결합시켜 '간접적 공동정범(indirect co-perpetration)'을 정범의 한 유형으로 인정하고 있음. 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 경우임.
- 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 있음. 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 비판하고 있음.

- 우리 판례 중에는 간접정범 법리와 공동정범 법리가 결합될 수 있다는 것을 전제로 판시한 판결이 있음. 이 판례가 이른바 ‘조직지배 이론’ 또는 ‘정범배후의 정범 이론’을 바탕으로 한 것은 아니기에 ICC 판례가 채용하고 있는 간접적 공동정범의 법리를 그대로 채용하는 것은 적절하지 않다고 보아야 하지만, ICC에서의 간접적 공동정범의 인정여부 및 인정범위에 대한 논란 및 논의는 우리 형법상 간접적 공동정범의 인정여부 및 인정범위를 밝히는데 큰 기여를 할 수 있음.

## 같은 무장집단 구성원에게로 가해진 성폭력범죄에서 전쟁범죄의 성립 여부

- 국제인도법에 의하면 많은 전쟁범죄는 민간인 또는 포로 등 적대행위에 적극적으로 가담하지 않는 전투원에 대해 행해진 중대 인권침해행위인 경우에 한해 전쟁범죄가 성립하는데, 이를 ‘전쟁범죄의 상호주의적 기원’이라고 함. 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 않았음. 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 판단함.
- 이러한 판결내용에 대해 국제인권단체는 적극 환영하고 있지만, 일부 법학자들은 재판부가 제시하고 있는 논거는 논리적 설득력이 빈약하다고 비판하고 있음. 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 인정하였음.
- 일본군 위안부 사례는 아동병사 사례에 상응하기보다는 비Hema족 여성 사례에 상응함. 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 보임.

## 공소장 변경 제도

- 로마규정은 ① 공소장 제출 후 공소사실확인심리 개시 전 단계, ② 공소사실확인 심리 단계, ③ 공소사실확인결정 후 1심공판개시 전 단계, ④ 1심공판 단계로 나누어 공소사실 변경 및 법적 평가의 변경에 대해 규율하고 있음. 검찰국은 공소사실확인심리 개시 전까지는 수사를 계속하여 예심재판부의 허가 없이 공소사실을 변경할 수 있음. 그러나 공소사실확인심리 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 기준임.
- 1심공판단계에서는 공소사실확인심리에서 확인된 사실과 정황을 초과하지 않는 한, 법적 평가가 변경될 수도 있다는 것을 미리 통지하고. 방어준비를 위한 충분한 시간과 편의를 보장한 후 재판부는 법적 평가를 변경할 수 있음. 판례에 의하면 피고인에게 방어권이 충분히 보장되었다면, 평의단계에서 법적 평가를 변경하더라도 위법하지 않음.
- ICC에서는 피해자변호사도 법적 평가의 변경을 신청할 수 있음. 이는 ICC에 비해 피해자의 절차상 지위가 약한 우리 형사절차와 비교할 때, 피해자의 의견진술권 범위·효력을 어떻게 개선할 필요가 있는지와 관련하여 시사점을 줄 수 있음.
- ICC는 검사측이 제출한 증거가 너무 불충분한 경우 피고인측 반대증거 조사를 하지 않은 채 무죄판결을 하거나 절차를

종결하는 'No case to answer-판결'을 인정하고 있음. 'No case'판결을 할 정도로 검사측 제출증거가 불충분한 경우 일사부재리효를 가지는 무죄판결을 하는 것이 원칙이지만, 사법방해행위 등으로 인해 검찰국이 충분한 증거를 수집하지 못한 경우 '일사부재리효가 인정되지 않는 단순절차종료판결로서의 No case 판결'도 인정하고 있음. 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 있음.

## ICC 피해배상의 최근 동향

- ICC는 2015년에 Lubanga 상소심 배상판결을 통해 피해배상명령의 5가지 필수적 요소를 확립함. 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 인정함. 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 것을 목표로 삼아야 한다고 함.
- ICC는 피해배상의 종류로 집단배상과 개별배상을 모두 인정하고 있는데, 집단에 대한 배상이지만 개인에게 금전적 혜택을 주는 '개별적 요소를 갖춘 집단배상'도 집단배상에 포함될 수 있음. '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 피해자신탁기금의 입장과는 충돌 없이 우선적으로 신경 써야 할 피해자들에 대해 보다 신속한 배상의 길이 열리게 됨. 집단배상을 명하는 경우 1심재판부는 피해배상명령, 실행계획안에 대한 허가, 구체적인 프로젝트에 대한 허가 등 3단계에 걸쳐 피해배상명령에 대한 사법적 통제를 하게 되는데, 이러한 3단계의 사법통제는 일응 확립된 것으로 평가되고 있음.
- ICC에서의 피해배상은 체계적인 규정의 미비, 선례 부족, 재판관들의 다양한 해석, 관련 업무 소관 다름, 현장에서의 어려움 등 여러 가지 원인으로 지연도 많이 되고, 혼선도 적지 않았음. 하지만 판결례가 쌓이고, 앞서 진행된 배상절차를 통해 시행착오도 겪으며, 각 기관과 부서의 경험이 축적되면서 점차 안정화되고 절차의 속도도 빨라질 것으로 예상됨. 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 기대됨. 하지만 신속하고도 충분한 배상을 바라는 피해자의 입장에서 보면 아직 ICC의 피해배상은 어렵고 복잡하지만 할 수 있음. 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 것임. 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 것임.
- UN 북한인권조사위원회의 2014년 최종보고서에 따르면, 정치수용소 등지에서 교도관에 의한 강간, 강제낙태, 성적 굴욕 등 다양한 형태의 성범죄가 빈번히 일어났다고 함. 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 있음. 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 우리나라에서의 과거 군부 등 공권력에 의한 성폭력피해자에 대한 보상에 참고가 될 수도 있음.



본 연구과제는 기초연구과제로서 구체적인 정책을 모색하는 연구과제가 아님. 그리고 본 연구과제는 4가지 대주제와 관련하여 ICC 규범 및 논의상황을 살펴봄으로써 형사법적 측면에서 ICC 관할범죄 및 ICC 형사절차에 대해 앞으로 상세히 이론적·비교법적 분석·검토가 이루어져야 한다는 것을 보여주는데 연구목표를 두고 연구가 진행되었음. 4가지 대주제와 관련하여서도 특히 다음 사항과 관련하여 향후 지속적인 상세연구가 필요함

- 우리 형법상 간접적 공동정범의 인정여부 및 인정범위(성립요건)
- 일본군 위안부 사례는 명백히 전쟁범죄에 해당하는 사례로 이해될 필요 있음. 아동병사 사례와의 차이점을 명확히 하는 동시에 '같은 무력집단 소속 전투원에게 행해진 성폭력범죄에서 전쟁범죄의 성립여부' 문제에 대한 이론적 기초를 확립할 필요 있음.
- ICC의 '법적 평가 변경'의 요건·범위, 피해자변호사의 '법적 평가 변경' 신청, 'No case'판결의 유형·요건·효과에 대해서는 향후 우리에게로 주는 시사점에 대해 활발한 논의가 이루어질 필요 있고, 관련 ICC 결정 등에 대해서도 지속적으로 분석·검토될 필요 있음.
- ICC의 피해배상 동향은 우리의 국가폭력 관련 과거사사건 및 북한의 인도에 반한 죄 혐의 관련 사건에서 시사점을 줄 수 있기에 Ntaganda 사건에서 피해배상의 구체적인 실행방안 등에 대해 계속적으로 분석·검토되어야 함.