

국제형법상 침략범죄 구성요건의 신설과 전망

이진국*

국 | 문 | 요 | 약

이 글은 2010. 6. 11. 우간다의 수도 Kampala에서 합의된 침략범죄의 성문화에 관한 쟁점에서 침략범죄의 구성요건의 주요 내용과 문제점 및 침략범죄에 대한 국제형사재판소의 관할권 행사에 관한 논의를 담고 있다. 아직 발효되지 않고 있는 로마규정 제8조의2에 명시된 개인의 침략범죄가 성립하기 위해서는 국가에 의한 침략행위가 존재해야 한다. 이 점에서 침략범죄는 개인의 침략범죄와 국가의 침략행위를 포괄하는 이중적 성격을 지니고 있다. 침략범죄 구성요건에 대해서는 국제연합총회 결의 제3314호의 침략범죄의 정의를 거의 답습하고 있고, 침략범죄에 대한 공범성립을 배제함으로써 침략범죄의 배후를 제대로 포착하지 못하게 한다는 문제가 제기된다. 또한 국제형사재판소의 관할권 행사의 요건에 관해서는, 안전보장이사회의 관여없이도 국제형사재판소가 침략범죄에 대한 관할권을 행사할 수 있도록 한 것은 국제형사재판소의 독립성과 권위를 한 층 더 높인 것으로 평가되지만, 침략국이 로마규정 개정의 당사국임에도 불구하고 피해국이 비당사국인 경우에 국제형사재판소의 관할권 행사가 배제될 수 있는 여지를 남겨놓은 점은 불합리한 것으로 판단된다. 현 시점에서는 Kampala 회의에서 합의된 침략범죄의 성문화는 일응 성공적인 것이라고 평가할 수 있지만, 침략범죄를 둘러싼 다양한 문제점들은 향후 국제형사재판소가 침략범죄에 대한 관할권 행사를 개시한 지 7년 후에 예정되어 있는 침략범죄에 관한 개정 검토하는 과정에서 해결되어야 할 것으로 본다.

❖ 주제어 : 침략범죄, 침략행위, 국제형사재판소, 관할권, 국제형법

* 아주대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

I. 서설

1998. 7. 17. 로마에서 120개국의 찬성으로 채택되었고, 2002. 7. 1. 발효된 국제형사재판소에 관한 로마규정(이하 “로마규정”으로 약함)은 집단살해, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄 등 4개의 국제범죄에 대하여 국제형사재판소(International Criminal Court; ICC)가 관할권을 가진다고 규정하고 있다(로마규정 제5조 제1항). 그렇지만 이 중에서 침략범죄는 로마규정 제121조 및 제123조에 따라 침략범죄를 정의하고 국제형사재판소의 관할권 행사 조건을 정하는 조항이 채택된 이후에 국제형사재판소가 침략범죄에 대한 관할권을 행사할 수 있고, 그러한 조항은 또한 국제연합헌장의 관련 규정과 부합되어야 한다는 전제를 달고 있다(로마규정 제5조 제2항). 로마규정 제5조를 종합해보면, 침략범죄는 일단 국제형사재판소의 관할권에 속하기는 하지만, 침략범죄가 정의되고 침략범죄의 정의와 국제연합헌장과의 관계가 명확하게 되기 전에는 국제형사재판소가 관할권을 행사할 수 없다는 결론이 도출된다.

침략범죄가 그 동안 로마규정에서 절반의 자리만 차지하게 된 배경에는, 무엇보다도 침략범죄의 가별화가 개별 국가의 주권에 직접적인 영향을 미친다는 점이 작용했기 때문이다. 이러한 민감한 문제로 인하여 침략범죄는 국제적 핵심범죄임에도 불구하고 로마규정에 그 구성요건이 명시되지 못했고, 로마규정이 채택된 이후에도 당사국들의 이해관계의 대립으로 인하여 가시적인 시일 내에 침략범죄의 구성요건과 국제형사재판소의 관할권 행사의 요건에 합의를 보지 못할 것이라는 우려가 많았다. 그러다가 2010. 5. 31.부터 2010. 6. 11.까지 우간다의 수도 캄팔라(Kampala)에서 개최된 로마규정 재검토회의(이하 “Kampala 회의”라 약함)에서 로마규정 제5조 제2항을 삭제하는 대신 제8조의2를 신설하여 침략범죄를 도입하고 침략범죄에 대한 국제형사재판소의 관할권 행사의 요건에 대한 최종적인 합의가 이루어졌다. Kampala 회의의 마지막 날인 2010. 6. 11. 24:00가 되어서도 회의가 계속되어 그 다음 날 새벽 1시가 되어서야 침략범죄의 정의와 관할권 행사의 조건에 관한 로마규정의 개정에 합의를 이룬 것을 보면, 국제사회에서 침략범죄의 도입을 둘러싼 이견이 얼마나 극명하게 대립하고 있었는지를 짐작할 수 있다.

Kampala 회의를 통하여 그 동안 로마규정에 그 흔적만 존재했던 침략범죄의 구성요건과 국제형사재판소의 관할권행사의 요건이 확정된 것은 국제형법의 진일보한 발전을 담은 것으로 평가할 수 있다. 핵심적 국제범죄들이 빠짐없이 국제형사재판소의 관할범죄로 되었을 뿐만 아니라 그 동안 국제관습법적인 근거를 가지고 있는 침략범죄를 최초로 성문화했다는 의미도 가지게 되었기 때문이다. 그러나 침략범죄의 구성요건 신설에도 불구하고 그 구체적인 내용에 대해서는 비판적인 견해가 적지 않다. 침략범죄에 대한 국제형사재판소의 관할권 행사의 요건과 관할권 행사의 시기에 대해서도 해석론상 문제가 제기되고 있다. 이러한 배경에서 이 글은 Kampala 회의에서 합의를 이루었으나 아직 발효되지 않고 있는 침략범죄에 관한 새로운 규정내용을 참조하면서 그 실체법적 쟁점으로서 침략범죄의 정의와 그 구성요건을, 다른 한편으로 그 절차법적 쟁점으로서 국제형사재판소의 침략범죄에 대한 관할권 행사의 조건의 내용과 그 문제점을 짚어보고 로마규정상 침략범죄를 둘러싼 장래의 과제를 제시하고자 한다.

II. 침략범죄 구성요건 신설의 역사적 배경

국제법에서 전쟁수행과 관련하여 개인을 처벌한 역사는 그리 오래되지 않았다. 국제사회에서 침략범죄를 금지하고자 하는 노력은 이미 19세기 후반부터 있어 왔지만¹⁾, 침략범죄를 이유로 개인에 대한 형사책임을 규정하고 이에 따라 처벌한 예는

1) 2차 대전 이전의 침략범죄의 발전을 비교적 상세하게 언급하고 있는 Werle, *Völkerstrafrecht*, 2003, Rn. 1140~1146에 기재된 내용을 간략하게 인용해보면, 19세기와 20세기까지만 하더라도 전쟁은 정치의 합법적인 수단으로 간주되었다. 그 당시까지만 해도 전쟁에 관한 국제법상의 제한은 전쟁의 수행방법(*ius in bello*)에만 관련되어 있었을 뿐 전쟁수행권(*ius ad bellum*) 그 자체에 대한 제한은 없었고, 전쟁을 수행할 것인지의 여부는 모든 주권국가의 자유로운 판단에 맡겨져 있었다. 물론 1899년과 1907년의 헤이그 평화회의를 계기로 주권국가가 전쟁수행에 대한 무제한적인 권리를 가지는 것에 의문이 제기되었으나 전쟁수행을 분명하게 금지하는 결과를 가져오지는 못했다. 제1차 대전 이후에 결성된 국제연맹체제 하에서도 침략전쟁은 절대적 금지의 대상이 되지 못했다. 1924. 10. 2.자 제네바 의정서 제2조는 광범위한 전쟁금지를 규정하고 있었고, 그 의정서 제10조는 의정서의 규정에 위반한 국가를 침략국으로 명시하고 있었으나 비준국이 적었던 관계로 제네바 의정서는 발효되지 못했다. 그 이후 국제연맹의 광범위한 전쟁금지를 근본적으로 보완하기 위한

제2차 대전 이후의 뉴른베르크와 동경의 전범재판에서 처음으로 등장하였다.

1. 제2차 대전 이후의 전범재판과 침략범죄의 가벌성

국제형법상 침략전쟁의 수행에 대한 개인의 형사책임은 뉴른베르크와 동경의 국제군사재판소 규정에서 “평화에 반한 죄”(Verbrechen gegen den Frieden)의 형상으로 처음으로 명시되었다. 뉴른베르크 국제군사재판소 규정 제6조 가호는 평화에 반한 죄의 구성요건을 “국제조약, 협약 또는 확약을 위반하여 침략전쟁 또는 전쟁의 계획, 준비, 개시 또는 수행 또는 공동계획에의 가담 또는 앞에서 열거한 행위의 실행을 위한 공모에의 가담”이라고 명시하였고, 이 조항의 내용은 거의 변경됨이 없이 동경 극동군사재판소규정 제5조 나호에도 명시되었다.

그러나 그 당시 침략범죄(평화에 반한 죄)에 대해서는 적지 않은 논란이 있었다. 제2차 대전이 발발하기 전에는 국제사회에서 침략전쟁을 금지하기 위한 많은 노력이 있었던 것은 맞지만 이러한 금지는 국가에 해당될 뿐 개인을 처벌하는 규정은 없었기 때문에 침략범죄를 근거로 개인을 단죄하는 것은 죄형법정주의의 소급효금지에 반한다는 문제가 제기되었다.²⁾ 그럼에도 불구하고 침략범죄에 대한 개인의 직접적인 가벌성을 정당화하기 위하여 뉴른베르크 국제군사재판소는, “국제법에 반하는 범죄는 사람에게 의하여 범해지는 것이지 추상적인 제도에 의하여 범해지는 것은 아니고, 이러한 범죄를 범한 개인을 처벌하는 경우에만 국제법 규정이 실효성을 가질 수 있다.”고 판시하였다.³⁾ 오늘날 뉴른베르크와 동경의 국제군사재판소 규정들

발전은 오늘날까지 발효되고 있는 1928. 8. 27.자 Kellogg-Briand 조약이었다. 그러나 Kellogg-Briand 조약은 국제연맹헌장과 마찬가지로 전쟁수행을 금지함에 있어 좁은 의미의 전쟁개념에 기초하였고, 국가의 수단으로서의 전쟁만을 포기한 것이지 국제정치의 수단으로서 전쟁을 포기하는 것은 아니므로 국제연맹의 집단적 강제조치의 범위 속에서 전쟁무력을 사용하는 것을 허용하였으며, 주권국가의 합법적인 자위조치의 개념을 정의하지 않음으로써 자위권이 남용될 위험이 있었다.

- 2) 그러나 Werle 교수는, ① 1919. 6. 28. 채택된 베르사이유 강화조약 제227조가 1차 대전 발발의 책임자였던 Kaiser Wilhelm 2세의 처벌을 명시하고 있었다는 점, ② 이미 1924. 10. 2.차 제네바협약에 침략전쟁을 국제범죄로 명시하고 있었고, 이러한 내용은 국제연맹의 결의에도 나타난다는 점, ③ 국제법 위반범죄의 행위자가 국가의 권력자인 경우에는 소급효금지가 적용되지 않는다는 점 등을 들어 뉴른베르크 국제군사재판소와 극동국제군사재판소가 주요 전범들에 대하여 침략범죄(그 당시의 평화에 반한 죄)로 유죄판결을 선고한 것이 죄형법정주의의 소급효금지에 반하는 것이 아니라고 한다. Werle, 앞의 책, Rn. 1152

및 이 규정들에 명시된 침략범죄의 구성요건을 구체화하는 판결들은 침략범죄의 국제관습법적 가벌성의 기초로 평가되고 있다.⁴⁾ 이들 국제군사재판소 규정과 특히 뉴른베르크 국제군사재판소의 판결은 침략범죄의 수행이 처벌된다는 국제사회의 확고한 법적 확신에 대한 연결고리가 되기 때문이다.⁵⁾

2. 국제연합총회 결의 제3314호

제2차 대전이 종식된 후 침략전쟁의 금지는 국제연합헌장에 명시되었다. 국제연합헌장 제2조 제4항은 무력의 위협이나 무력행사를 금지하고 있고, 제39조는 침략행위가 있을 경우 안전보장이사회에 대하여 국제연합헌장 제7장(평화에 대한 위협, 평화의 파괴 및 침략행위에 관한 조치)에 따른 조치를 취할 권한을 부여하고 있으며, 제51조는 무력공격에 대한 개별적 또는 집단적 자위권을 인정하고 있다. 특히 국제연합은 1974. 12. 14.자 총회 결의 제3314호를 통해 국제연합헌장 제39조에 명시되어 있는 침략행위(act of aggression)의 개념을 구체적으로 열거하고 있다. 총회 결의 제3314호 부속서 제1조는, “침략이란 한 국가가 다른 국가의 주권, 영토보전 또는 정치적 독립에 대한 침해를 목적으로 하는 무력의 행사 또는 그 밖에 국제연합헌장에 반하는 방법으로 다른 국가의 주권, 영토보전 또는 정치적 독립에 대한 침해를 목적으로 하는 무력의 행사를 말한다.”고 명시하고 있다. 또한 총회 결의 제3314호 제3조는 침략행위를 예시적으로 열거하고 있다.⁶⁾

3) Urteil des IMT vom. 1. Oktober 1946, in: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg, Der Prozeß gegen Hauptkriegsverbrecher, Band 1, 1947, 249쪽.; 그러나 뉴른베르크 국제군사재판소에서 침략범죄(그 당시의 평화에 반한 죄)로만 유죄판결을 선고받은 피고인은 거의 없었다. 대부분의 전범들은 전쟁범죄나 인도에 반한 죄 또는 이들 두 범죄의 경합범으로 유죄판결을 받았다. 침략범죄로 유죄판결을 선고받은 피고인은 한 명(히틀러의 부관이었던 Rudolf Hess)뿐이었다. 이에 반해 1946. 5. 3. 부터 1948. 11. 12. 까지 열린 극동 국제군사재판에서는 도조 히데키(東條英機)를 비롯한 다수의 일본 전범들이 평화에 대한 죄로 유죄판결을 선고받았다.

4) Griffiths, International Law, the Crime of Aggression and the Ius Ad Bellum, International Criminal Law Review 2, 2002, 308쪽.

5) Werle, 앞의 책, Rn. 1154.

6) 국제연합 총회 결의 제3314호 제3조에 예시적으로 열거되어 있는 침략행위의 유형은, ① 한 국가의 군대에 의한 타국의 영토에 대한 침공 또는 공격, 일시적인 것이라도 이러한 침공 또는 공격의 결과로 인한 군사점령 또는 무력행사에 의한 타국의 영토의 전부 또는 일부의 합병, ② 한 국가의 군대에

그러나 국제연합 총회 결의 제3314호 부속서에 명시된 침략행위의 개념정의는 개별적인 침략행위의 구성요건을 예시적으로 열거하는 기능을 뛰어넘지 못하고 있고, 따라서 침략행위를 개인의 형사책임을 근거지우기 위한 구성요건으로 활용할 정도까지 상세한 것은 아니다. 이 점에서 총회 결의 제3314호에 명시된 침략행위의 개념정의는 국제연합 안전보장이사회가 국제연합헌장 제39조에 따른 침략행위의 존부를 판단함에 있어 하나의 “일반적인 지침”으로 작용하는데 불과한 것이라고 보아야 한다.

3. 로마규정 채택과 관련한 침략범죄 구성요건의 신설에 관한 논의

로마규정에 침략범죄의 구성요건을 신설할 것인지의 문제는 이미 로마에서 개최된 전권대표회의에서 격렬하게 의견이 나뉘어져 있었다. 침략범죄 구성요건을 로마규정에 편입시키는 데 반대하는 입장(미국, 영국 등)은 형법적 관점에서 개인에 대한 침략범죄를 처벌하기 위한 침략행위의 분명한 개념정의가 존재하지 않는다는 점을 내세우면서 만약 로마규정에 침략범죄의 구성요건을 신설하게 되면 로마규정을 성안하는 것 자체가 어렵게 될 것이라고 주장하였다. 즉, 국제연합 총회결의 제3314호는 개인을 처벌하기 위한 차원에서 만들어진 것이 아니라 안전보장이사회가 침략행위의 존부를 결정하기 위한 지침의 성격으로서 국가의 침략행위를 확인하기 위한 정치적 타협의 결과로 제정된 것이며, 총회결의 제3314호에 열거된 행위는 침략행위의 요건이 아니라 침략행위의 예시에 불과하다고 주장하였다.⁷⁾ 이에 반해 찬성하는 입장에서는 뉴른베르크 국제군사재판소규정 이외에 국제연합 총회결의 제3314호를 침략범죄 구성요건의 기초로 삼을 수 있다고 반박하였다.⁸⁾ 뉴른베르크

의한 타국의 영토에 대한 폭격 또는 한 국가의 타국의 영토에 대한 무기의 사용, ③ 한 국가의 군대에 의한 타국의 항구 또는 연안 봉쇄, ④ 한 국가의 군대에 의한 타국의 육군, 해군, 공군 또는 합대 또는 항공편대에 대한 공격, ⑤ 한 국가의 수용국과의 협정에 따른 타국의 영토에 있는 자국군대의 협정에 규정된 조건에 위반한 사용 또는 당해 협정 종료 이후에도 그 영토에서의 당해 군대의 주둔 지속, ⑥ 타국의 사용에 제공한 영역을 해당 타국이 제3국에 대한 침략행위를 하기 위하여 사용하는 것을 허용하는 국가의 행위, ⑦ 상기의 여러 행위에 상당하고 중대성을 가지는 무력행위를 타국에 대하여 실행할 무장한 집단, 무장한 단체, 무장한 비정규병 또는 무장한 용병의 국가에 의하거나 국가를 위한 파견 또는 그러한 행위에 대한 국가의 실질적인 관여이다.

7) 김영석, 국제형사재판소법강의, 2003, 37쪽.

국제군사재판소규정은 이미 국제관습법적으로 효력을 가진다는 것이 그 주된 이유였다.

침략범죄와 관련한 국제연합 안전보장이사회의 역할에 관해서도 논란이 있었다. 안전보장이사회 상임이사국이 주축이 된 국가들은 안전보장이사회가 침략행위로 결정하는 경우에만 국제형사재판소가 침략범죄로 처벌할 수 있다고 주장한 반면, 아랍권 국가들은 안전보장이사회의 사전결정이 불필요하다고 반박하였다.

전권대표회의에서 침략범죄 구성요건을 로마규정에 편입시켜야 한다는 견해가 수적으로 증가하였지만, 주어진 시간 내에 침략범죄 구성요건의 개념정의와 안전보장이사회의 역할에 관한 합의를 이룰 수 없었다. 특히 이 과정에서 미국은 로마규정에 침략범죄 구성요건의 신설에 대하여 반대하였다. 결국 침략범죄의 구성요건에 대한 논쟁은, 현재의 로마규정 제5조 제2항과 같이, 국제형사재판소가 침략범죄를 처벌할 수 있도록 하되, 그 관할권을 행사하기 위해서는 사전에 침략범죄의 구성요건을 로마규정에 명시하고, 그렇게 명시된 침략범죄의 구성요건이 국제연합헌장과 의 관련 규정과 부합되어야 한다는 내용으로 결말을 보게 되었다.

4. Kampala 회의에서 침략범죄 구성요건의 탄생

로마규정이 채택된 이후에 전권대표회의는 국제형사재판소의 설치를 위한 준비위원회에 대하여 재검토회의에서 심의할 초안을 작성할 것을 위임하였다. 재검토회의는 로마규정 제121조 제1항에 따라서 빨라야 2009. 7. 1. 소집될 수 있었다. 이에 따라 준비위원회의 “침략범죄에 관한 실무작업반”(1999~2002)과 그 이후의 “침략범죄에 관한 특별실무작업반”(2003~2009)은 오랜 동안의 작업 끝에 2009. 2. 13. 당사국총회에 최종보고서를 제출하였다.⁹⁾ “침략범죄에 관한 특별실무작업반”의 제안은 2009. 11. 26. 당사국총회에서 만장일치로 채택되었고, 이어서 우간다의 수도

8) Hummrich, Der völkerrechtliche Straftatbestand der Aggression, 2001, 160쪽 이하.

9) 침략범죄에 관한 특별실무작업반의 구성과 논의내용에 관한 상세한 내용은, Barriga/Danspeckgruber/Wenaweser(ed.), The Princeton Process on the Crime of Aggression, Materials of the Special Working Group on the Crime of Aggression 2003-2009; 김영석, 국제형사재판소규정상의 침략범죄에 관한 최근 논의 고찰, 서울국제법연구 제16권 제1호, 2009, 10~20쪽; 최태현, ICC 규정 침략범죄관련 조항의 채택과 합의, 서울국제법연구 제17권 제2호, 2010, 119~120쪽 참조.

Kampala서 개최된 재검토회에서 2010. 5. 25.자 “전쟁범죄에 관한 회의자료”(Conference Room Paper on the Crime of Aggression)로 제출되었다.

Kampala 회의에서는 침략범죄의 정의 및 구성요건에 대해서는 논란이 제기되지 않았으나 특히 국제형사재판소의 침략범죄에 대한 관할권 행사의 요건에 관해서는, 영국과 프랑스 등 안전보장이사회 상임이사국 등이 국제연합 안전보장이사회가 국제연합헌장 제39조에 따라 국가에 의한 침략행위의 존재를 결정할 권한을 가지고 있기 때문에 안전보장이사회가 그러한 결정을 하지 않는 한 국제형사재판소는 침략범죄에 대한 관할권을 행사할 수 없다고 주장한 반면, 아프리카와 중남미 국가들은 이렇게 하는 경우에는 국제형사재판소가 안전보장이사회의 권한 행사에 좌우됨으로써 재판의 독립성이 상실되고 정치기관화 되어 버릴 것이라는 점을 우려하였으나 결국 양측이 타협을 보아 2010. 6. 12. Kampala 회의 마지막 날에 당사국 대표들은 침략범죄의 정의 및 관할권 행사의 요건에 대한 로마규정의 개정에 최종 합의하였고, 그 결과 4개의 문서가 채택되었다. 이 4개의 문서는, ① 침략범죄의 도입 및 관할권 행사의 요건 등 로마규정의 개정에 대한 Kampala 회의(즉, 재검토회의)의 의지를 담고 있는 결의¹⁰⁾, ② 침략범죄의 정의, 구성요건 및 관할권 행사의 조건에 관한 로마규정의 개정을 담고 있는 제1부속서¹¹⁾, ③ 침략범죄에 관한 범죄구성요건¹²⁾(Elements of Crimes)의 개정을 담고 있는 제2부속서¹³⁾, ④ 개정규정을 해석의 보조수단으로 사용하는 양해사항을 담고 있는 제3부속서¹⁴⁾를 내용으로 한다. 이로

10) Resolution RC/Res.6, Advance version, 16.6.2010.

11) Resolution RC/Res.6, Advance version, 16.6.2010, Annex I.

12) 범죄구성요건이란 로마규정 제6조 내지 제8조의2의 범죄구성요건을 보충하는 국제형법의 法源으로서 국제형사재판소가 로마규정 제6조 내지 제8조의2를 해석·적용함에 있어 그 보조수단이 된다. 로마규정 제9조에 의하면 범죄구성요건은 당사국총회에서 회원국의 3분의2의 다수결에 의하여 채택되고 범죄구성요건에 대한 개정은 당사국, 재판관의 3분의2의 찬성, 소추관에 의하여 제안되고 당사국총회에서 회원국 3분의2의 다수결에 의하여 채택된다. 그러나 ‘범죄구성요건’이라는 용어는 형법상 가벌성의 전제조건을 지칭하는 ‘구성요건’과 혼동할 수 있으므로 ‘Elements of Crimes’를 ‘범죄구성요소’로 번역하는 것이 적절하다. 로마규정 제9조에 명시된 범죄구성요건의 가치에 관해서는 Koch, Über den Wert der Verbrechenselemente (“Elements of Crimes”) gem. Art. 9 IStGH-Statut, ZIS, 4/2007, 150~154쪽; Triffterer, Entwurf gleichlautender “Elements of Crimes” des Völkermordes, 2001, 1428~1445쪽 참조.

13) Resolution RC/Res.6, Advance version, 16.6.2010, Annex II.

14) Resolution RC/Res.6, Advance version, 16.6.2010, Annex III.

써 로마규정에 침략범죄의 구성요건과 국제형사재판소의 침략범죄에 대한 관할권 행사의 요건이 명시되었다.

III. 침략범죄의 정의 및 구성요건에 관한 검토

로마규정 제8조의2로 편입된 침략범죄의 구성요건의 구체적 내용과 그 특징을 규명하기 위하여 Kampala 회의에서 최종적으로 합의에 도달한 침략범죄의 정의와 그 구성요건을 개관할 필요가 있다.

1. 로마규정 제8조의2와 그 특징

로마규정의 개정에 의해 신설된 침략범죄는 개인의 침략범죄(제8조의2 제1항)와 국가의 침략행위(제8조의2 제2항)로 명확하게 구분하고 있다. 여기서 로마규정 제8조의2 제2항에 규정된 국가의 침략행위에 관한 정의는 국제연합 총회 결의 제3314호 부속서 제1항과 제3항의 내용을 그대로 옮겨 놓은 것이다. 또한 로마규정 제8조의2 제1항에서, “침략범죄란 국가의 정치적 활동 또는 군사활동을 실효적으로 지배하거나 지시하는 지위에 있는 사람에 의한 침략행위의 계획, 준비, 시작 또는 실행”으로 명시하고 있기 때문에 개인의 침략범죄가 성립하기 위해서는 국가에 의한 침략행위가 존재해야 한다. 이 점에서 침략범죄는 개인의 침략범죄와 국가의 침략행위를 포괄하는 이중적 성격을 지니고 있다.¹⁵⁾ 로마규정 제8조의2에 따른 국가의 침략행위가 존재한다고 해서 이러한 국가의 침략행위에 가담한 개인의 침략범죄가 자동적으로 도출되는 것은 아니다. 참고로 로마규정 제8조의2에 명시되어 있는 침략범죄의 구성요건을 옮기면 다음과 같다.

15) Ambos, Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, ZIS, 11/2010, 654쪽.; Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl.(2008), §7 Rn. 253.

제8조의2(침략범죄)

1. 이 규정의 목적상 ‘침략범죄’라 함은 국가의 정치적 활동 또는 군사활동을 실효적으로 지배하거나 지시하는 지위에 있는 사람에 의하여 그 성격, 중요도 및 규모에 있어 국제연합 헌장의 명백한 위반을 구성하는 침략행위를 계획, 준비, 개시 또는 실행하는 것을 말한다.
2. 제1항의 목적상 ‘침략행위’라 함은 한 국가에 의한 다른 국가의 주권, 영토보전 또는 정치적 독립에 대한 또는 국제연합 헌장과 일치하지 않는 그 밖의 방식에 의한 무력의 행사를 말한다. 다음의 어느 행위든지, 선전포고의 유무에 관계없이, 1974. 12. 14.자 국제연합 총회 결의 제3314호(XXIX)에 따라 침략행위로 된다.
 - 가. 한 국가의 군대에 의한 타국의 영토에 대한 침공 또는 공격, 일시적인 것이라도 이러한 침공 또는 공격의 결과로 인한 군사점령 또는 무력행사에 의한 타국의 영토의 전부 또는 일부의 합병
 - 나. 한 국가의 군대에 의한 타국의 영토에 대한 폭격 또는 한 국가의 타국의 영토에 대한 무기의 사용
 - 다. 한 국가의 군대에 의한 타국의 항구 또는 연안 봉쇄
 - 라. 한 국가의 군대에 의한 타국의 육군, 해군, 공군 또는 함대 또는 항공편대에 대한 공격
 - 마. 한 국가의 수용국과의 협정에 따른 타국의 영토에 있는 자국군대의 협정에 규정된 조건에 위반한 사용 또는 당해 협정 종료 이후에도 그 영토에서의 당해 군대의 주둔 지속
 - 바. 타국의 사용에 제공한 영토를 해당 타국이 제3국에 대한 침략행위를 하기 위하여 사용하는 것을 허용하는 국가의 행위
 - 사. 상기의 여러 행위에 상당하고 중대성을 가지는 무력행위를 타국에 대하여 실행할 무장한 집단, 무장한 단체, 무장한 비정규병 또는 무장한 용병의 국가에 의하거나 국가를 위한 파견 또는 그러한 행위에 대한 국가의 실질적인 관여

2. 침략범죄의 객관적 구성요건

가. 침략범죄의 주체로서 실효적 지배자

침략범죄는 로마규정에 명시되어 있는 다른 세 가지의 핵심범죄(집단살해, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄)와는 달리 지도자범죄(Führungsverbrechen)로서의 성격을 지니고 있다.¹⁶⁾ 즉, 국가의 침략행위에 기초한 개인의 침략범죄가 성립되기 위해서는 국가의 정치적 활동 또는 군사활동을 실효적으로 지배하거나 지시하는 지위에 있는 사람이 그 성격, 중요도 및 규모에 있어 국제연합 헌장의 명백한 위반을 구성하는 침략행위를 계획, 준비, 시작 또는 실행해야 한다(로마규정 제8조의2 제1항). 이 점에서 침략범죄의 주체는 국가의 정치적 활동 또는 군사활동을 실효적으로 지배하거나 지시하는 지위에 있는 사람에 한정되며, 진정신분범의 성격을 지니고 있다.

로마규정 제8조의2 제1항 소정의 “실효적으로 지배하거나 지시하는 지위에 있는 사람”에 해당하는지의 여부를 확정함에 있어 정치적 지도자나 정부의 구성원 등과 같은 행위자의 형식적인 지위가 중요한 것이 아니라 국가와 군대의 활동에 대해 행위자가 실효적으로 지배하고 있는지의 여부가 중요하다. 따라서 사인(私人)인 경우에도 한 국가의 정치적 활동 또는 군사적 활동에 관한 통제권과 지휘권을 실효적으로 행사하는 경우에는 침략범죄의 주체가 될 수 있다.¹⁷⁾ 다만, 제8조의2 제1항은 행위주체의 요건을 “실효적 지배”로 설정하고 있다는 점에서 단순히 정치나 정책에 영향을 미치는 지위에 있는 사람은 침략범죄의 주체로 인정될 수 없다고 보아야 한다.¹⁸⁾

16) 침략범죄가 자도자범죄로서의 성격을 지니고 있다는 점은 이미 오래전부터 인정되어 왔다. 침략범죄는 기본적으로 침략국가의 지도층 인사들의 집단적 협력에 의해서만 실행될 수 있는 국가적 범죄로서의 특징을 지니고 있기 때문이다. Ambos, Strafrecht und Krieg: strafbare Beteiligung der Bundesregierung am Irak-Krieg?, in: Arnold u.a.(Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, FS-Albin Eser, 2005, 677쪽.

17) Ambos, Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, ZIS, 11/2010, 658쪽; Clark, Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It, EJIL 20(2009), 1105쪽; Schmalenbach, 앞의 논문, 745쪽; Special Working Group on the Crime of Aggression, June 2004 Report, para. 49, in: Barriga/Danspeckgruber/ Wenaweser(ed.), The Princeton Process on the Crime of Aggression, Materials of the Special Working Group on the Crime of Aggression 2003-2009, 205쪽.

침략범죄의 주체가 “실효적 지배자”로 국한됨에 따라 외부에서 가담한 사람들에게 계 정범이나 공범이 성립되는지도 검토해 보아야 한다. 이론적으로 보면, 국제형법의 총칙에 해당하는 로마규정 제25조에 따라, 침략범죄에 가공한 외부가담자에게는 공범이 성립한다고 보아야 한다. 예컨대 침략계획을 작성한 하위 공무원은 국가의 정치적 활동 또는 군사활동을 실효적으로 지배하거나 지시하는 지위에 있지만 실효적 지배자의 침략범죄에 가담하였으므로 로마규정 제25조 제3항 다호에 따른 침략범죄의 방조범의 책임을 지게 되고, 침략전쟁에 참가한 군대에 속한 군인은 로마규정 제25조 제3항 가호에 따라 침략범죄의 공동정범의 책임을 부담하게 된다. 그러나 Kampala 회의에서 합의된 침략범죄의 정의, 구성요건 및 관할권 행사의 요건에 관한 로마규정의 개정을 담고 있는 제1부속서는 로마규정에 제25조 제3항의2를 신설하여, 침략범죄에 관한 규정은 국가의 정치적 또는 군사활동을 실효적으로 지배 또는 지시하는 지위에 있는 사람에 대해서만 적용된다고 명시하고 있다. 따라서 적어도 침략범죄의 영역에서는 공범의 성립이 처음부터 배제되어 있다. 그러나 실효적으로 지배하는 지위에 있지 않는 모든 사람에 대하여 불가별로 명시하고 있는 로마규정 제25조 제3항의2의 규정내용이 타당한 것인지는 의문이 제기된다.

나. 국가의 침략행위

로마규정 제8조의2에 따라 개인의 침략범죄가 성립하기 위해서는 일차적으로 국가의 침략행위가 존재해야 한다. 여기서 침략행위란, 한 국가에 의한 다른 국가의 주권, 영토보전 또는 정치적 독립에 대한 또는 국제연합 헌장과 일치하지 않는 그 밖의 방식에 의한 무력의 행사를 말한다(제8조의2 제2항). 즉, 침략행위가 성립하기 위해서는 ‘국가에 의한 무력행사’가 존재해야 한다. 따라서 테러조직과 민간 군사조직이 무력을 행사하는 경우 국가가 이에 관여하지 않는 한 해당 무력행사는 침략행위에 해당하지 않는다.

제8조의2 제2항 가호 내지 사호는 국가에 의한 침략행위의 유형을 7가지로 열거하고 있는데, 이러한 침략행위의 유형은 1974. 12. 14.자 국제연합 총회 결의 제

18) Ambos, Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, ZIS, 11/2010, 658쪽.

3314호 제3항의 내용을 그대로 옮겨 놓은 것이다.¹⁹⁾

제8조의2 제2항 가호 내지 사호에 명시되어 있는 7가지의 침략행위 유형을 개관해보면, 타국의 영토에 대한 침공 또는 공격 또는 그 영토의 전부 또는 일부의 합병(가호), 타국의 영토에 대한 폭격 또는 무기의 사용(나호), 타국의 육군, 해군, 함대 또는 항공편대에 대한 공격(라호) 등 3가지 유형은 전통적인 의미의 침략행위에 해당하는 것이다. 이에 반해 제8조의2 제2항 다호(타국의 항구 또는 연안의 봉쇄)와 마호(수용국과의 협정에 규정된 조건에 반하는 군대의 사용 또는 주둔의 계속) 소정의 침략행위 유형은 그 내용과 성질에 비추어볼 때 침략범죄 성립의 요건이 되는 “그 성격, 중요도 및 규모에 따라 국제연합 헌장의 명백한 위반을 구성하는 침략행위”에 해당하지 않는다고 볼 여지가 있다.²⁰⁾ 다호와 마호 소정의 침략행위 유형은 물리적인 무력행사를 요건으로 설정하고 있지 않기 때문에 그 성격이나 중요도 및 규모의 관점에서 볼 때 국제연합 헌장의 명백한 위반에 해당하지 않는 것으로 해석될 여지가 있기 때문이다. 나아가 자국의 영토를 이용하도록 하는 행위(바호)와 무장집단단체, 무장용병 등의 파견(사호) 등 2가지 유형은 정법적 요소와 타국 또는 비국가적 조직의 무력사용을 원조한다는 의미에서의 방조범의 성격이 섞여 있다. 이러한 방조행위가 국제연합 헌장의 명백한 위반을 구성하는 행위인지에 대해서도 의문이 제기된다. 바로 이러한 문제점 때문에 Ambos 교수는 제8조의2 제2항의 규정내용이 침략국가를 확인하기 위하여 활용할 수 있는 하나의 지침에 불과할 뿐이라고 지적한다.²¹⁾

제8조의2 제2항에서 열거하고 있는 7가지의 침략행위 유형이 예시적 열거인지, 한정적 열거인지에 대해서도 논란이 있다. 제8조의2 제2항이 국제연합 총회 제3314호를 직접 언급하고 있고, 총회 결의 제3314호 제4항은 “전조(즉, 결의 제3314호 제3항)에 열거된 행위는 한정적인 것이 아니고, 안전보장이사회는 그 밖의 행위가 국제연합 헌장의 규정에 따라 침략에 해당한다고 결정할 수 있다.”는 점을 들어 7가지의 침략행위의 유형을 예시적 열거로 해석하는 견해²²⁾가 있다. 그러나 제8조의2

19) 1974. 12. 14.자 국제연합총회 결의 제3314호 제3항의 내용은 앞의 각주 7번 참조.

20) Ambos, Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, ZIS, 11/2010, 657쪽.

21) Ambos, Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, ZIS, 11/2010, 657쪽.

22) 최태현, 앞의 논문, 129~130쪽.

제2항은 총회 결의 제3314호 제4항의 규정내용을 원용하지 않고 있고, 침략범죄의 구성요건에도 죄형법정주의의 명확성원칙이 적용되어야 한다는 점에서, 제8조의2 제2항 본문에 규정되어 있는“그 밖의 방식”(in any other manner)이라는 문언의 해석을 통하여 7가지의 유형 이외의 다른 유형을 포함하는 것으로 해석하는 것은 타당하지 않다. 결론적으로 제8조의2 제2항 가호 내지 사호에 명시된 7가지의 유형은 한정적 열거로 이해해야 한다.²³⁾

다. 국제연합헌장의 명백한 위반

한편, 국가의 침략행위와 개인의 침략범죄를 구별하는 제8조의2의 체계상 개인의 침략범죄가 성립하기 위해서는 실질적으로 국가의 침략행위가 그 성격, 중요도 및 규모에 있어 국제연합 헌장을 “명백하게” 위반해야 한다(제8조의2 제1항). 이 점에서 제8조의2 제1항을“문턱조항”(threshold clause)이라 한다. 이와 같이 제8조의2 제1항에 침략범죄의 성립을 위한 최소요건을 설정함으로써 중요하지 않은 사건(예: 국경지역에서의 작은 전투)이나 법적으로 논란이 되는 사건(예: 인도적 개입)을 의도적으로 침략범죄의 범위에서 배제시키고 있다.²⁴⁾ 제8조의2 제1항에서 문턱조항을 두게 된 배경은 국제연합 총회 결의 제3314호가 침략의 정의를 지나치게 광범위하게 설정함으로써 총회 결의 제3314호의 내용을 그대로 옮겨서 개인의 침략범죄의 요건으로 삼기에는 적절하지 않았기 때문이다.²⁵⁾

특히 로마규정 제8조의2 제1항에 명시되어 있는 “당해 침략행위의 국제연합 헌장에의 명백한 위반”이라는 요건과 관련하여 국제형사재판소가 판단할 수 있는 기준이 문제로 된다. 이에 관하여 제8조의2에 대한 범죄구성요건(Elements of Crimes)은 “명백한”이라는 용어는 객관적인 기준으로 한다고 규정하고 있고, 양해

23) Schmalenbach, Das Verbrechen der Aggression vor dem Internationalen Strafgerichtshof: Ein politischer Erfolg mit rechtlichen Untiefen, JZ, 2010, 748쪽; Ambos, Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, ZIS, 11/2010, 657쪽.

24) Special Working Group on the Crime of Aggression, June 2005 Report, discussion paper 2, Nr. 3, in: Barriga/Danspeckgruber/Wenaweser(ed.), The Princeton Process on the Crime of Aggression, Materials of the Special Working Group on the Crime of Aggression 2003-2009, 197쪽.

25) Schmalenbach, 앞의 논문, 747쪽.

사항(Understandings)을 담고 있는 제3부속서 제7호는 침략행위가 국제연합 현장의 명백한 위반을 구성하는지의 여부를 증명하는 경우에는 침략행위의 성질, 중요성 및 규모의 세 가지 요소를 종합하여 “명백성”의 존부를 판단해야 하고, 이들 세 가지 요소 중 어느 한 요소만으로는 “명백성”의 기준 충족 여부를 판단해서는 안된다고 명시하고 있다. 이와 같이 침략행위의 요건을 엄격하게 한 이유는 미국이 주장하는 바와 같이 합법적인 무력사용(즉, 자위권 행사, 안전보장이사회의 허가를 받은 무력행사, 당사국의 동의에 의한 무력행사)이 국제형사재판소의 관할권 행사의 대상이 될 가능성을 가급적 줄이고자 하는 의도에서 나온 것이다.²⁶⁾

라. 개인의 침략범죄의 개별적 행위

침략범죄의 개별적 행위방식에 대해서도 형법이론적으로 논란이 제기된다. 로마 규정 제8조의2 제1항은 침략범죄의 행위방식을 국가의 침략행위를 계획, 준비, 개시 또는 실행하는 것이라고 명시하고 있다. 따라서 제8조의2 제1항을 문리해석해보면 국가의 침략행위를 예비하는 행위(즉, 침략행위의 계획과 준비)만으로도 개인의 침략범죄가 성립하게 된다. 다만, 제8조의2에 대한 범죄구성요건(Elements of Crimes) 제3항은 침략범죄의 성립을 판단하기 위한 요소로서 침략행위로서의 무력행사가 개시될 것을 요구하여 침략범죄의 성립요건을 제한하고 있기 때문에 한 국가의 침략행위를 예비하였지만, 실제로는 무력행사가 개시되지 않은 경우에는 당해 예비행위는 처벌의 대상이 되지 못할 것이다. 침략행위의 예비행위까지도 침략범죄의 구성요건에 포함시킨 배경은 뉴른베르크와 동경의 국제군사재판소 규정²⁷⁾의 평

26) 최태현, 앞의 논문, 132쪽. 이와 관련하여 인도적 개입(humanitarian intervention)이 로마규정 제8조의2 제1항의 ‘당해 침략행위의 국제연합 현장에의 명백한 위반’에 해당할 수 있는지에 관하여 견해가 대립되고 있다. 인도적 개입의 경우 침략범죄에 대한 고의가 없고, 인도적 개입은 타국에 대한 공격에 초점을 두고 있는 것이 아니라 대규모의 인권위반사태를 저지하려는 데 중점을 두고 있다는 점에서 고전적인 형태의 무력개입과 여러 가지 측면에서 구별되므로 로마규정 제8조의2 제1항의 ‘명백한’ 위반의 범주에서 배제해야 한다는 견해가 있는 반면, 일방적인 인도적 개입이라도 그것이 선의로 이루어진 경우에는 ‘명백한’ 위반이 되지 않는다는 견해가 있다. 최태현, 앞의 논문, 133쪽에서는 인도적 개입이 국제연합 현장의 명백한 위반인 침략행위에 해당하는지의 여부는 여러 가지 정황과 사정을 종합적으로 고려하여 판단하되, 인도적 개입을 하게 된 동기와 의도를 고려하고 그 수단이 목적과의 상당성을 과도하게 결여하지 않는다면 인도적 개입행위를 침략행위로 보아서는 안된다고 한다.

화에 반한 죄를 모태로 한 것으로 보인다. 그러나 형법이론적 관점에서 보면, 침략행위의 예비행위를 범죄화하는 것은 가벌성의 전단계화²⁸⁾의 문제를 불러일으킨다. 대륙법계의 법익론과 영미법계의 유해성원리(harm principle)는 형법적 개입이 정당화되기 위한 조건으로 실제로 법익에 대한 침해가 발생했거나 실제로 손해가 야기될 것을 요구하고 있다. 이에 반해 범행의 계획이나 준비 등 예비행위는 법익에 대한 위험만 발생시킨다는 점에서 원칙적으로 형사처벌의 대상에서 제외되어야 한다. 또한 침략행위의 예비행위를 처벌의 대상으로 삼는 것은 현재의 국제형의 발전 상태에 비추어보아도 적절하지 않다. 침략범죄 이외의 국제적 핵심범죄(집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄)의 경우에는 로마규정 제25조 제3항 바호의 미수범 규정에 따라 적어도 실질적인 조치에 의하여 범죄의 실행에 착수하는 행위를 함으로써 범죄의 실행을 기도할 것이 요구되는데 반해, 침략범죄에서는 처벌시기가 예비행위까지 앞당겨져 있기 때문이다.

3. 침략범죄의 주관적 요건

로마규정 제8조의2는 침략범죄에 대한 특별한 주관적 요건으로서 “침략의 의도”(animus aggressionis)를 명시하지 않고 있다. 침략범죄에 관한 특별실무작업반(pecial Working Group on the Crime of Aggression)도 침략범죄의 구성요건을 준비하는 단계에서부터 줄곧 침략범죄의 주관적 구성요건으로서 로마규정 제30조(주관적 요소)를 적용하는 입장을 취하면서 전쟁범죄에 대한 특별한 주관적 요건을 설정하는 것은 불필요한 것으로 보았다.²⁹⁾ 따라서 침략범죄의 주관적 요건은 고의의

27) 침략범죄의 행위방식은 뉴른베르크 국제군사재판소규정 제6조(평화에 반한 죄) 제2항 가호 및 극동 국제군사재판소규정 제5조 제2항에 상응하는 내용이다. 다만, 뉴른베르크 국제군사재판소규정 제6조 제1항은 ‘전쟁의 수행’(waging of a war)라고 규정했음에 반해, 로마규정 제8조의2 제1항은 ‘실행’(execution)이라고 명시하고 있는 점에 차이가 있다.

28) 가벌성의 전치화 내지 전단계화에 관한 최근의 상세한 접근으로는 Sinn/Gropp/Nagy(Hrsg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, 2011. 참조.

29) Special Working Group on the Crime of Aggression, June 2005 Report, paras. 51, in: Barriga/Danspeckgruber/Wenaweser(ed.), The Princeton Process on the Crime of Aggression, Materials of the Special Working Group on the Crime of Aggression 2003-2009, 174쪽.

일반적 요건을 규정하고 있는 로마규정 제30조 제2항 가호와 나호 및 제30조 제3항의 충족 여부에 달려있다.³⁰⁾ 이에 의하면, 행위자는 기본적으로 침략행위에 관여하고자 의도했어야 한다. 또한 예컨대 제8조의2 제1항에 명시된 “실효적으로 지배하거나 지시하는 지위”라는 요건은 제30조 제3항의 상황을 의미하기 때문에 행위자는 자신이 실제로 실효적으로 지배하거나 지시하는 지위에 있다는 점을 인식해야 한다. 나아가 실효적으로 지배하거나 지시하는 지위에 있는 각각의 행위자들은 국가적 침략행위와 그 침략행위의 성격, 중요도 및 규모도 인식하고 있어야 한다. 다만, 중과실이나 무모함(recklessness)만으로는 인식이 있었다고 볼 수 없다.³¹⁾ 그러나 이러한 인식은 오로지 가벌성의 사실적 요건과 관련되어 있을 뿐이며 법적 평가까지 인식하고 있을 필요는 없다. 다시 말해서, 문제가 되는 침략행위의 성격, 중요도 및 규모를 객관적인 사실로 인식하고 있으면 그것으로 충분하고, 특정한 무력의 사용이 제8조의2 제1항의 침략행위를 구성하는지 여부 또는 이에 더 나아가 침략범죄로 된다는 법적 요건에 대해서까지 인식하고 있을 필요는 없다. 제8조의2의 성립 여부를 판단함에 있어 주관적 요건으로서 인식의 대상을 사실에만 제한하고 법적 평가를 제외시킴으로써 그 착오에 있어서도 사실의 착오(로마규정 제32조 제1항)만 중요한 의미를 가질 뿐 법률의 착오(로마규정 제32조 제2항)는 그 의미를 가지지 못한다.

IV. 국제형사재판소의 침략범죄에 대한 관할권 행사의 요건

Kampala 회의에서 합의된 결의의 제1부속서³²⁾는 국제형사재판소의 침략범죄에 대한 관할권 행사의 요건에 관하여 두 가지의 사안을 구별하여 규정하고 있다. 하나는 당사국의 회부와 소추관에 의한 독자적 수사개시의 경우 침략범죄에 대한 관할권 행사의 요건(제15조의2)에 관한 것이며, 다른 하나는 국제연합 안전보장이사회

30) 로마규정 제30조(주관적 요건)의 해석에 관한 상세한 내용은 이진국, 국제형법상 범죄의 주관적 요소: 그 체계와 해석, 형사정책연구 제18권 제3호(통권 제71호), 2007, 17~43쪽 참조.

31) Ambos, Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, ZIS, 11/2010, 662쪽.

32) Resolution RC/Res.6, Advance version, 16.6.2010, Annex I.

가 회부하는 경우 관할권 행사의 요건(제15조의3)에 관한 것이다.³³⁾

1. 당사국의 회부 및 소추관의 독자수사시 관할권 행사의 요건

가. 침략범죄에 대한 독자적인 관할권 행사

향후 발효될 로마규정 제15조의2³⁴⁾는 당사국 회부 및 소추관의 독자 수사개시시

- 33) 국제형사재판소가 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄 및 침략범죄에 대하여 관할권을 가진다고 해서 그 관할권이 자동적으로 행사될 수 있는 것은 아니다. 국제형사재판소가 관할권을 행사하기 위해서는 로마규정 제13조에 열거되어 있는 세 가지 제소장치(국가제소, 국제형사재판소 소추관의 독자수사, 국제연합 안전보장이사회의 사태 회부) 중 어느 하나가 작동되어야 한다. 조상제/천진호/류전철/이진국, 국제형법, 2011, 88~89쪽.
- 34) 로마규정 제15조의2를 번역하여 옮기면 다음과 같다.
제15조의2 침략범죄에 관한 관할권 행사(당사국에 의한 회부, 소추관의 독자적 수사개시)
 1. 재판소는 제13조 가호 및 다호의 규정에 따라 본조의 규정에 따를 것을 조건으로 침략범죄에 대한 관할권을 행사할 수 있다.
 2. 재판소는 30개의 당사국이 개정의 비준서 또는 수락서를 기탁한 때로부터 1년이 경과한 후에 행해진 침략 범죄에 대해서만 관할권을 행사할 수 있다.
 3. 재판소는 이 조항의 규정에 따라 2017. 1. 1. 이후에 실시되는 이 규정 개정의 채택에 필요로 하는 것과 동일한 당사국의 다수의 결정 하에 침략범죄에 대한 관할권을 행사할 수 있다.
 4. 재판소는 제12조의 규정에 따라 당사국에 의하여 행해진 침략행위로부터 발생한 침략범죄에 대하여 관할권을 행사할 수 있다. 그러나 당사국이 사전에 재판소 사무국에 선언을 제출함으로써 관할권을 수락하지 않는다고 선언한 경우에는 예외로 한다. 이 선언의 철회는 언제든지 할 수 있고, 선언을 한 당사국은 선언한 날로부터 3년의 기간 동안 이를 철회하는 것에 대하여 고려해야 한다.
 5. 재판소는 이 규정의 당사국이 아닌 국가의 국민에 의하거나 그 영역 내에서 행해진 침략범죄에 대하여 관할권을 행사할 수 없다.
 6. 소추관은 침략범죄에 대한 수사를 진행할 합리적인 근거가 있다고 판단되는 경우에는 먼저 안전보장이사회가 문제가 되는 국가에 의하여 행해진 침략행위의 결정을 하고 있는지의 여부를 확인한다. 소추관은 국제연합 사무총장에 대해 재판소에서 해당 사태에 대한 수사상황을 관련 정보와 문서를 포함하여 통보해야 한다.
 7. 안전보장이사회가 그러한 결정을 한 경우에는 소추관은 침략범죄에 대한 수사를 진행할 수 있다.
 8. 그러한 결정이 통보일로부터 6개월 이내에 행해지지 않는 경우 소추관은 예심재판단이 제15조에 규정된 절차에 따라 침략범죄에 대한 수사의 개시를 허가하고, 안전보장이사회가 제16조에 따라 별도 결정을 하지 않은 경우, 침략범죄에 관한 수사를 진행할 수 있다.
 9. 재판소의 외부기관에 의한 침략행위의 결정은 재판소가 이 규정에 따라 자체적으로 내린 결론에 영향을 미치지 아니한다.
 10. 이 조항은 제5조에 규정된 다른 범죄에 대한 관할권의 행사에 관한 규정에 영향을 미치지 아니

의 국제형사재판소의 관할권 행사의 요건을 규정하고 있다. Kampala 회의(즉, 재검토회의)에서는 당사국 회부 및 소추관의 독자 수사개시시의 국제형사재판소의 관할권 행사와 관련한 안전보장이사회의 권한을 어느 정도까지 인정할 것인지에 관하여 치열한 논쟁이 있었으나 로마규정의 당사국인 영국과 프랑스 등 안보리 상임이사국들이 타협하여 당사국 회부 및 소추관에 의한 독자 수사개시의 경우에도 국제형사재판소가 침략범죄에 대한 관할권을 행사할 수 있도록 하였다.

이에 따라 당사국에 의한 사태의 회부시 국제형사재판소는 안전보장이사회의 침략행위의 존부에 관한 결정을 하지 않는 경우에도 독자적으로 관할권을 행사할 수 있다. 다만, 제15조의2 제6항 내지 제8항은 소추관이 독자적으로 수사를 개시할 경우 일정한 제한을 두고 있다.

소추관은 침략범죄에 대한 혐의가 존재하는 경우 먼저 안전보장이사회가 당해 행위를 침략행위로 결정하고 있는지의 여부를 확인하여, 안전보장이사회가 침략행위가 존재한다고 결정하는 경우에 한하여 침략범죄에 대한 수사를 개시·진행할 수 있다. 만약 소추관이 통보한 때로부터 6개월 이내에 안전보장이사회가 침략행위의 존부에 관한 결정을 하지 않은 경우에는 소추관은 전심재판단(Pre-Trial Division)의 허가를 받아 침략범죄에 대한 수사를 개시할 수 있다. 이와 같이 안전보장이사회가 침략행위의 존부에 관한 결정을 하지 않은 경우에도 소추관의 독자적인 수사개시의 길을 열었다는 점에서 소추관의 권한을 강화³⁵⁾함과 동시에 소추관의 독자수사시 전심재판부(Pre-Trial Chamber)가 아닌 전심재판단의 허가를 받게 함으로써 독자수사의 요건을 더 엄격하게 설정하였다. 침략범죄를 제외한 나머지 핵심범죄에 대한 수사의 허가를 관할하는 전심재판부는 3명의 재판관으로 구성되고 재판관의 과반수의 동의에 의하여 수사가 허가(로마규정 제39조 제2항 나호, 제57조 제2항)되는 반면, 침략범죄에 대한 수사의 허가를 담당하는 전심재판단은 6명 이상의 재판관에 의한 합의체에서 과반수가 동의에 의하여 수사가 허가되어(로마규정 제39조 제1항) 침략범죄에 대한 수사 허가의 여부에 더 엄격한 심사가 행해지기 때문이다.

문제는 안전보장이사회가 침략행위가 존재하지 않는 것으로 결정하는 경우의 국

한다.

35) Ambos, Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, ZIS, 11/2010, 664쪽.

제형사재판소의 대응이다. 이와 관련하여 제15조의2 제9항은 외부기관에 의한 침략 행위의 결정은 국제형사재판소가 자체적으로 내린 결론에 아무런 영향을 미치지 않는다고 명시하고 있다. 따라서 안전보장이사회가 침략행위의 부존재를 결정하는 경우에도 국제형사재판소는 이에 대하여 아무런 영향을 받지 않고, 국제연합 사무총장에 대하여 통보한 날로부터 6개월이 경과한 경우에는 검사는 전심재판단의 허가 와 안전보장이사회가 로마규정 제16조³⁶⁾에 따른 결정을 하지 아니하는 것을 조건으로, 침략범죄에 대한 수사를 개시할 수 있다. 또한 안전보장이사회가 침략행위의 부존재를 결정했다고 해서 국제형사재판소 소추관과 전심재판단이 이미 시작한 수사 및 기소를 중지할 의무가 있는 것은 아니다.³⁷⁾

그러나 국제형사재판소가 침략범죄와 관련하여 안전보장이사회의 결정과 무관하게 자신의 관할권을 행사할 수 있게 되었다 하더라도, 제15조의2 제4항(당사국이 수락 배제 선언을 한 경우)과 제5항(로마규정의 비당사국인 경우)이 국제형사재판소의 관할권을 크게 제한하는 예외를 허용함으로써 국제형사재판소에 의한 관할권 행사의 실효성이 반감될 수 있다는 우려가 제기된다.

나. 당사국에 의한 관할권 수락배제 선언

제15조의2 제4항은 당사국에 의하여 행해진 침략행위로부터 발생한 침략범죄에 대한 국제형사재판소의 관할권 행사를 인정하면서도(제1문), 당사국이 ‘사전에’ 국제형사재판소의 침략범죄에 대한 관할권을 수락하지 않는다는 선언을 한 경우에는 그 당사국이 행한 침략행위로부터 발생하는 침략범죄에 대해 국제형사재판소가 관할권을 행사할 수 없다고 명시하고 있다(제2문). 이 점에서 제15조의2 제4항 제2문을 관할권의 수락배제(opt-out) 조항이라고 부른다. 한편, Kampala 회의의 결의 본문 제1호 후단은, “어떠한 당사국도 비준 또는 수락에 앞서 제15조의2에 규정된 선

36) 로마규정 제16조(수사 또는 기소의 연기) 안전보장이사회가 국제연합헌장 제7장에 따라 채택하는 결의로 재판소에 수사 또는 기소의 연기를 요청하는 경우 12개월의 기간 동안은 이 규정에 따른 어떠한 수사나 기소도 개시되거나 진행되지 아니한다. 그러한 요청은 동일한 조건하에서 안전보장이사회에 의하여 갱신할 수 있다.

37) Ambos, Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, ZIS, 11/2010, 664쪽.

언을 제출할 수 있다.”고 명시하고 있다.

당사국이 제15조의2 제4항에 따른 관할권 수락배제를 선언하는 시점은 로마규정 개정(즉, Kampala 회의의 결의의 제1부속서)을 비준하기 전이다. 이 점은 결의 본문 제1호 후단의 문리해석을 통하여 분명하게 알 수 있다. 그러나 제15조의2 제4항에 따른 관할권 수락배제 선언이 법적 효력을 가지기 위해서는 당사국이 반드시 로마규정 개정(즉, 결의 제1부속서)을 실제로 비준 또는 수락해야 하는 것인지에 관해서는 논란이 있다.³⁸⁾ 국제법적 관점에서 보면, 선택권 내지 수락배제(opt-out) 선언을 이용하기 위하여 로마규정 개정을 반드시 비준 또는 수락할 필요는 없다고 보아야 한다. 조약법에 관한 비엔나협약 제36조 제1항에 의하면, 어떠한 제3국도 조약의 당사국이 조약의 어느 조항에 따라 제3국에 대하여 권리를 부여하는 것을 의도하고, 또한 그 제3국이 이에 동의하는 경우에는 당해 규정에 관계되는 해당 권리를 취득하게 된다. 이에 따르면, 결의 본문 제1호 후단의 규정에 의하여 로마규정의 개정을 수락하지 않은 당사국(즉, 제3국)에 대하여 관할권의 수락배제를 선언할 권리를 부여하는 것이 의도되고, 또한 해당 당사국이 동의하는 경우에는 로마규정의 개정을 수락하지 않은 제3국인 당사국도 결의 본문 제1호 후단에 규정된 관할권 수락배제를 선언할 권리를 취득한다고 해석할 수 있다. 그러나 이러한 해석론과는 별개로, 관할권 수락배제를 선언하고자 하는 당사국은 수락배제를 선언한 후 가장 빠른 시일 내에 비준서를 기탁하는 것이 보다 안전한 것이다.

다. 비당사국의 법적 지위

신설된 로마규정 제15조의2 제5항에 의거하여 국제형사재판소는 로마규정의 비당사국의 국민에 의하거나 비당사국의 영역 내에서 행해진 침략범죄에 대하여 관할권을 행사할 수 없다. 즉, 국제형사재판소는 로마규정의 비당사국이 침략국으로 된 경우뿐만 아니라 피해국으로 된 경우에도 해당 침략범죄에 대한 관할권을 행사할 수 없다고 보아야 한다. 다만, 국제연합 안전보장이사회가 사태를 회부하는 경우에는 비당사국의 침략행위도 국제형사재판소의 관할권에 속하게 된다(양해사항 제2호).

38) 이 문제에 관한 비교적 상세한 접근은 최태현, 앞의 논문, 138~139쪽 참조.

그러나 로마규정의 개정을 비준하여 수락배제를 선언하지 않은 당사국인 침략국이 비당사국인 피해국을 침략한 경우에는 일정한 문제가 발생한다. 이 경우에는 침략국이 침략범죄에 대한 국제형사재판소의 관할권을 수락하고 있음에도 불구하고 침략의 피해국이 로마규정 개정의 비당사국이라는 이유만으로 국제형사재판소가 당해 침략범죄에 관한 관할권을 행사할 수 없게 되는 불합리한 점이 발생하기 때문이다. 이 문제를 해결하기 위하여 침략범죄의 피해국인 비당사국이 로마규정 제12조 제3항에 따라 국제형사재판소의 관할권을 수락하는 선언을 하고, 이에 따라 국제형사재판소가 로마규정 제12조 제3항에 따라 침략국에 대하여 관할권을 행사하는 방안을 제시하는 견해³⁹⁾가 있다. 그러나 침략범죄 이외의 3개의 핵심범죄(집단살해, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄)에 대하여 로마규정 제12조 제3항이 적용되는 것과 달리, 침략범죄의 경우에는 로마규정 제15조의2 제5항이 비당사국에 대한 관할권을 명시적으로 배제하고 있다는 점을 고려해 보면, 제12조 제3항에 근거한 관할권의 수락 선언이 가능한 것인지 의문이다. 이 문제는 향후 제15조의2 제5항과 현행 로마규정 제12조 제3항간의 관계를 조정하여 국제형사재판소의 관할권을 수락한 당사국과 비당사국간의 법적 관계를 보다 분명하게 설정하는 방향으로 해결되어야 할 것이다.

2. 안전보장이사회의 사태회부에 따른 관할권행사

안전보장이사회의 사태 회부에 따른 국제형사재판소의 관할권 행사에 관해서는 Kampala 회의에서 거의 논의됨이 없이 로마규정 제15조의3⁴⁰⁾을 신설함으로써 해

39) Schmalenbach, 앞의 논문, 749쪽; 최태현, 앞의 논문, 140쪽.

40) 로마규정 제15조의3을 번역하여 옮기면 다음과 같다.

제15조의3 침략범죄에 관한 관할권 행사(안전보장이사회의 회부)

1. 재판소는 제13조 나호의 규정에 따라 본조의 규정에 따를 것을 조건으로 침략범죄에 대한 관할권을 행사할 수 있다.
2. 재판소는 30개의 당사국이 개정의 비준서 또는 수락서를 기탁한 때로부터 1년이 경과된 후에 행해진 침략범죄에 대해서만 관할권을 행사할 수 있다.
3. 재판소는 이 조항의 규정에 따라 2017. 1. 1. 이후에 실시되는 이 규정 개정의 채택에 필요로 하는 것과 동일한 당사국의 다수의 결정하에 침략범죄에 대한 관할권을 행사할 수 있다.
4. 재판소의 외부기관에 의한 침략행위의 결정은 재판소가 이 규정에 따라 자체적으로 내린 결론

결되었다. 이 경우 침략범죄에 대한 국제형사재판소의 관할권 행사의 요건은 다른 3개의 핵심범죄와 마찬가지로 로마규정 제13조 나호가 적용된다. 따라서 제13조 나호에 따라 안전보장이사회의 사태 회부가 있는 경우 당해 회부가 국제연합헌장 제7장에 따른 강제성을 띠고 있는 이상, 국제형사재판소는 다른 3개의 핵심범죄와 마찬가지로 침략범죄에 관한 로마규정 개정의 비당사국 뿐만 아니라 국제형사재판소의 관할권 수락배제를 선언한 당사국을 포함한 모든 국가의 침략범죄에 대하여 관할권을 행사할 수 있다. 제3부속서에 기재된 양해사항 제2호에서도, “재판소는 문제가 되는 국가가 침략범죄에 대한 재판소의 관할권을 수락하고 있는지의 여부에 관계없이 로마규정 제13조의 규정에 따라 안전보장이사회의 회부에 따라 관할권을 행사해야한다.”고 확인하고 있다.

또한 안전보장이사회의 사태 회부에 따라 국제형사재판소가 관할권을 행사하는 경우에도 안전보장이사회가 침략행위의 존재를 먼저 결정할 필요가 없다. 안전보장이사회가 침략행위의 존재를 결정하는 경우에도 그 결정은 국제형사재판소의 관할권 행사에 아무런 영향을 미치지 않는다(제15조의3 제4항). 이와 같이 국제형사재판소가 안전보장이사회의 침략행위의 존재에 관한 결정에 좌우됨이 없이 침략범죄에 대한 관할권을 행사할 수 있게 되었다는 점에서 국제형사재판소의 독립성 한 층 더 확보되었다고 평가할 수 있다.

3. 국제형사재판소의 관할권 행사의 개시시기

Kampala 회의에서는 침략범죄 구성요건의 신설에 맞추어 국제형사재판소의 침략범죄에 대한 관할권 행사의 개시시기도 정하고 있다.⁴¹⁾ 그러나 상세하게 고찰해

에 영향을 미치지 아니한다.

5. 이 조항은 제5조에 규정된 다른 범죄에 대한 관할권의 행사에 관한 규정에 영향을 미치지 아니한다.

41) 침략범죄에 대한 국제형사재판소의 관할권 행사의 개시시기와 침략범죄에 관한 로마규정 개정의 발효시기는 다른 차원의 문제이다. 침략범죄에 관한 로마규정 개정의 발효시기는 로마규정 제121조 제5항에 명시되어 있다. 이에 의하면, 로마규정의 개정을 수락한 당사국에 대하여 비준서 또는 수락서가 기탁된 지 1년 후에 발효한다. 개정을 수락하지 아니한 당사국의 국민에 의하여 또는 그 국가의 영역에서 개정으로 포함된 범죄가 범해진 경우, 국제형사재판소는 그 범죄에 대하여 관할권을 행사하지 아니한다.

보면, 국제형사재판소가 침략범죄를 관할하게 될 구체적인 시점을 쉽게 예견할 수 없다는 결론이 도출된다.

향후 발효될 로마규정 제15조의2(당사국의 회부 및 소추관의 독자수사에 따른 관할권 행사)와 제15조의3(안전보장이사회의 회부에 따른 관할권 행사)은 국제형사재판소의 관할권 행사의 개시시기를 두 가지 유형으로 명시하고 있다. 이에 따르면, 국제형사재판소는 ① 30개의 당사국이 로마규정 개정의 비준서 또는 수락서를 기탁한 때로부터 1년이 경과된 후에 행해진 침략범죄에 대해서만 관할권을 행사할 수 있고(제15조의2 제2항, 제15조의3 제2항), ② 2017. 1. 1. 이후에 실시되는 로마규정 개정의 채택에 필요로 하는 것과 동일한 당사국의 다수의 결정 하에 침략범죄에 대한 관할권을 행사할 수 있다(제15조의2 제3항, 제15조의3 제3항). 이에 대하여 제3부속서에 기재되어 있는 양해사항 제1호(안전보장이사회가 회부한 경우) 및 제3호(당사국의 회부 및 소추관의 독자수사의 경우)는, ①과 ② 중에서 어느 하나의 늦은 시점 이후에 행해진 침략범죄에 대해서만 관할권을 행사할 수 있다고 명시하고 있다.

이와 관련하여, 로마규정 개정에 대한 30개국의 비준 후 1년이 경과한 시기(제15조의2 및 제15조의3 각 제2항)와 2017년 이후 당사국이 결정하는 시기(제15조의2 및 제15조의3 제3항)가 다르기 때문에 먼저 30개국의 비준 후 1년이 경과한 시기가 도래하고, 그에 이어서 당사국이 결정하는 시기가 도래한 경우 국제형사재판소가 각각의 시점 사이에 행해진 침략범죄에 대하여 당사국이 결정하는 시기가 도래한 후 관할권을 행사 할 수 있는지 의문이 제기된다. 양해사항 제1호 및 제3호를 충실히 해석하면, 30개국의 비준 후 1년이 경과한 시점과 2017년 이후 당사국이 결정하는 시점 사이에 행해진 침략범죄는 당연히 국제형사재판소의 관할권에 속하지 않는다는 결론이 도출된다. 그러나 양해사항(Understandings)은 법적 구속력을 가지지 않는다고 보아야 하고, 따라서 양해사항 제1호 및 제3호에 반드시 구속될 필요는 없다.⁴²⁾ 양해사항은 그 자체가 준거법으로서 구속력 있는 것이 아니라 구속력 있는 로마규정 개정내용을 해석하는데 고려될 뿐이기 때문이다.⁴³⁾ 이러한 관점에서 출발해보면, 국제형사재판소는 30개국의 비준 후 1년이 경과한 시점과 2017년 이후 당

42) Ambos, Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, ZIS, 11/2010, 665쪽; Schmalenbach, 앞의 논문, 752쪽; 최태현, 앞의 논문, 143쪽.

43) 최태현, 앞의 논문, 143쪽

사국이 결정하는 시점 사이에 행해진 침략범죄에 대해서도 2017년 이후 당사국이 결정하는 시점 이후에는 소급적으로 관할권을 행사할 수 있게 된다. 물론 이에 대해서는 로마규정 제22조 제1항에 명시되어 있는 소급효금지원칙에 대한 위반 문제가 등장할 수 있지만, 30개국의 비준 후 1년이 경과한 시점에서는 이미 문제되는 침략 범죄에 대한 국제형사재판소의 관할권 자체는 존재하고 있었으므로 소급효금지원칙에 위반되지 않는다고 보아야 한다.⁴⁴⁾

그러나 앞에서 언급한 이론적 쟁점과는 별개로 국제형사재판소가 침략범죄에 대한 관할권을 실제로 행사하게 되는 시기는 2017. 1. 1. 보다 훨씬 이후가 될 것이라는 전망이 지배적이다. 제15조의2 및 제15조의3 각 제3항이 당사국의 다수의 “결정”이라고만 명시하고 있고, 이 결정에서 관할권 행사시점을 별도로 정하도록 되어 있기 때문에 실제로 당사국이 결정하는 시기는 수개월에서 수년까지 늦어질 수 있기 때문이다.

V. 전망

반세기 이상 소요되었던 침략범죄의 성문화를 위한 노력과 이와 결부된 침략범죄 구성요건의 실제 적용가능성에 관한 긍정적인 예상들을 고려하고, 다른 한편으로 국제사회에서 이루어지는 모든 합의가 특정한 입장과 견해에 따른 결과가 아니라 일정한 타협을 할 수 밖에 없다는 현실을 감안해보면, Kampala 회의에서 합의된 침략범죄의 성문화에 관한 결과는 일응의 성공을 거둔 것으로 평가할 수 있다. 특히 국제연합 안전보장이사회의 관여 없이도 국제형사재판소가 침략범죄에 대한 관할권을 행사할 수 있도록 한 것은 국제형사재판소의 독립성과 권위를 한 층 더 높인 것으로 평가된다. 그러나 침략범죄의 성문화라는 결과가 실제로 침략범죄를 예방하고 척결하기 위한 실효적인 국제형사법의 수단이 될 수 있는지는 좀 더 기다려 보아야 한다. Kampala 회의의 합의에는 일정한 흠결이 있고 적절하지 못한 부분이 있기 때문이다. 예컨대 침략범죄 구성요건의 해석과 관련하여 침략범죄의 정의가 국제연

44) Schmalenbach, 앞의 논문, 752쪽.

합총회 결의 제3314호를 거의 답습하고 있는 점, 개인의 침략범죄의 범행주체를 진정신분범으로 구성하여 침략범죄에 대한 공범성립을 부정함으로써 침략범죄의 배후를 제대로 포착하지 못하게 했다는 점, 침략범죄의 예비행위를 처벌하는 것이 법익론이나 국제형법의 발전과정과 조화되지 못한다는 점, 절차법과 관련하여 침략국이 로마규정 개정의 당사국임에도 불구하고 피해국이 비당사국인 경우에 국제형사재판소의 관할권 행사가 배제될 수 있는 여지를 남겨놓은 점 등은 여전이 해결되어야 할 문제로 남아 있다. 이러한 문제들은 부분적으로 향후 국제형사재판소의 판례를 통하여 해결되어야 하겠지만, 보다 본질적으로는 결의 본문 제4항에 명시되어 있는 것처럼 국제형사재판소가 침략범죄에 대한 관할권 행사를 개시한 지 7년 후에 예정되어 있는 침략범죄에 관한 개정을 검토하는 과정에서 해결되어야 할 것으로 본다.

참고문헌

- 김영석, 국제형사재판소규정상의 침략범죄에 관한 최근 논의 고찰, 서울국제법연구, 제 16권 제1호, 서울국제법연구원·서울, 2009.
- 김영석, 국제형사재판소법강의, 박영사·서울, 2003.
- 이진국, 국제형법상 범죄의 주관적 요소: 그 체계와 해석, 형사정책연구 제18권 제3호 (통권 제71호), 한국형사정책연구원·서울, 2007.
- 조상제/천진호/류전철/이진국, 국제형법, 준커뮤니케이션즈·대구, 2011.
- 최태현, ICC 규정 침략범죄관련 조항의 채택과 함의, 서울국제법연구, 제17권 제2호, 서울국제법 연구원·서울, 2010.
- Ambos, Kai : Das Verbrechen der Aggression nach Kampala, ZIS, 11/2010.
- Ambos, Kai : Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht · Völkerstrafrecht · Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., C.H.Beck · München, 2008.
- Ambos, Kai : Strafrecht und Krieg: strafbare Beteiligung der Bundesregierung am Irak-Krieg?, in: Arnold Jörg u.a.(Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, C.H.Beck·München, 2005.
- Barriga, Stefan/Danspeckgruber, Wolfgang/Wenaweser Christian(ed.) : The Princeton Process on the Crime of Aggression, Materials of the Special Working Group on the Crime of Aggression 2003-2009, Lynne Rienner Publishers· Boulder, 2009.
- Clark, Roger S. : Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It, EJIL 20(4), 2009.
- Griffiths, Richard L. : International Law, the Crime of Aggression and the Ius Ad Bellum, International Criminal Law Review 2, 2002.
- Hummrich, Martin : Der völkerrechtliche Straftatbestand der Aggression - Historische Entwicklung, Geltung und Definition im Hinblick auf das Statut des Internationalen Strafgerichtshofes, Nomos·Baden-Baden, 2001.

- Internationaler Militärgerichtshof : Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, Nürnberg 14. November 1945
- 1. Oktober 1946, Band 1, Reichenbach Verlag·Köln, 1947.
- Koch, Arnd: Über den Wert der Verbrechenselemente(“Elements of Crimes”) gem. Art. 9 IStGH-Statut, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 4/2007.
- Schmalenbach, Kirsten : Das Verbrechen der Aggression vor dem Internationalen Strafgerichtshof: Ein politischer Erfolg mit rechtlichen Untiefen, JZ, 2010.
- Sinn, Arndt/Gropp, Walter/Nagy, Ferenc(Hrsg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, Universitätsverlag Osnabrück·Osnabrück, 2011.
- Special Working Group on the Crime of Aggression, June 2005 Report, discussion paper 2, Nr. 3, in: Barriga/Danspeckgruber/Wenaweser(ed.), The Princeton Process on the Crime of Aggression, Materials of the Special Working Group on the Crime of Aggression Lynne Rienner Publishers·Boulder, 2009.
- Triffterer, Otto: Entwurf gleichlautender “Elements of Crimes” des Völkermordes, in: Bernd Schünemann u.a.,(Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin, de Gruyter · Berlin u.a., 2001.
- Werle, Gerhard : Völkerstrafrecht, Mohr Siebeck·Tübingen, 2003.

Schaffung des Verbrechenstatbestands der Aggression im Völkerstrafrecht und deren Perspektive

Lee, Jin Kuk*

Am 11. Juni 2010 verabschiedete die Überprüfungskonferenz in Kampala/Uganda im Konsens ein Paket von Statutänderungen zum Verbrechen der Aggression, das erstmals als Verbrechen gegen den Frieden in Nürnberg und Tokio strafrechtlich verfolgt wurde, wobei es dort als Planung, Vorbereitung, Einleitung oder Durchführung eines Angriffskrieges oder eines Krieges unter Verletzung internationaler Verträge, Abkommen oder Zusicherungen definiert wurde. Das Verbrechen der Aggression hat in jetziger Form eine Doppelnatur, die auf einer Makroebene die staatliche Aggressionshandlung und auf einer Mikroebene das individuelle Aggressionsverbrechen umfasst. Bezüglich der mehr als ein halbes Jahrhundert andauernden Bemühungen zur Kodifikation des Aggressionsverbrechens kann man das Ergebnis aus Kampala-Konferenz mit Fug und Recht als Erfolg bezeichnen. Ob aus diesem Erfolg ein wirksames völkerstrafrechtliches Instrument zur Prävention und Bekämpfung von Angriffskriegen entstehen wird, wird sich erst Jahre nach seinem Inkrafttreten verlässiger sagen lassen.

- ❖ Stichwörter : Verbrechen der Aggression, Aggressionshandlung, IStGH(ICC), Zuständigkeit(Gerichtsbarkeit), Völkerstrafrecht(International Criminal Law)

투고일 : 1월 26일 / 심사(수정)일 : 3월 13일 / 게재확정일 : 3월 13일

* Prof. Dr. iur., Law School of Ajou University, Suwon/Korea