

국제형사재판의 문제점과 과제*

김성규**

국 | 문 | 요 | 약

국제형사재판소(ICC)는 관할 범죄에 대한 보편적이고 항구적인 재판관할권을 가지고 있는 점에서 국제법체계상의 정통성을 가지는 것이라고 평가된다. 그런데 국제형사재판소(ICC)도 과거의 국제형사법정에 관해 제기된 다양한 문제점들에 직면하고 있다. 우선, 「로마규정」은 국제형사재판소(ICC)의 관할 범죄로서 집단살해죄, 인도(人道)에 반한 죄, 전쟁범죄 및 침략범죄를 규정하고 있는데, 그 각각의 구성요건에 관해서는 죄형법정주의의 관점에서 종종 의문이 제기되고 있다. 다음으로, 국제형사재판소(ICC)의 「절차 및 증거에 관한 규칙」은 증인이 공판정에 출석하지 않고 증인에 대한 반대신문의 기회가 없었던 경우에도 소정의 요건 하에서 사전진술녹취서 등의 증거능력을 인정하는 방식으로 공판심리의 신속화를 도모하고 있는데, 그와 같이 전문법칙의 예외를 지나치게 넓히는 것이 피고인의 권리를 침해하거나 이에 저촉되는 것은 아니지에 대한 의문이 존재한다. 마지막으로, 국제형사재판소(ICC)의 관할권이 「로마규정」의 비(非)체약국과의 관계에서 제약을 받는 점 및 특히 침략범죄에 대한 관할권의 행사에 있어서는 UN 안전보장이사회의 권한이 사실상 중요한 역할을 하는 점은 국제형사재판소(ICC)의 독립성 내지 중립성을 훼손하는 것은 아니지에 대한 의문을 갖게 한다.

❖ 주제어 : 국제형사재판, 국제형사재판소, 죄형법정주의, 전문법칙, 침략범죄

* 이 연구는 2018학년도 한국외국어대학교 교내학술연구비 지원으로 이루어진 것이다.

** Dr. jur. · 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수.

I. 머리말

국제형사재판소(ICC)는 국제사회공동체의 가치에 반하는 중대범죄에 관해 보편적인 조약에 근거해서 그 책임자로서의 개인을 소추하고 처벌하는 것을 목적으로 2002년 7월에 발족되었다. 2007년 1월에 예심 재판부(Pre-Trial Chamber)가 ‘루방가(Lubanga) 사건’¹⁾에 관해 범죄사실을 확인해서 제1심 재판부에 송부한 이래, 예심 재판부를 포함해서 재판부에 계속된 사건은 27건에 이른다²⁾. 뉴렘버그 국제군사법정(Nuremberg International Military Tribunal) 이래 국제형사재판의 과제는 중대범죄에 관해 주도적인 역할을 수행한 개인의 형사책임을 묻는 것이다. 과거 뉴렘버그 국제군사법정과 극동 국제군사법정(International Military Tribunal for the Far East)은 그 설치와 구성 및 재판의 절차 등이 연합국 간의 합의에 기초한 것인 점에서 국제적인 것이었지만 그 재판이 그것을 행하는 국가의 국내법에 근거한 것인 점에서 기본적인 성격에 있어서는 국내적인 것이었다. 또한, UN 안전보장이사회의 평화안전유지기능의 일환으로서의 강제력에 기초해서 설치된 구(舊) 유고 국제형사법정(International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) 및 르완다 국제형사법정(International Criminal Tribunal for Rwanda)도 국제인권법 및 국제관습법에 의거해서 재판을 행한 것이지만 기본적으로는 국내 법정으로서의 성격을 가지고 있었다. 그와는 달리 국제형사재판소(ICC)는 그 구성 및 적용법규 등 재판에 필요한 제반사항을 주권국가 간의 합의에 따른 조약에 의해 정하고 있는 동시에 대상 범죄에 관한 보편적이고 항구적인 재판관할권을 가지고 있는 점에서 국제법체계상

1) *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06.

2) <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx><2019.4.18>. 제1심 재판부가 다룬 주요 사건으로서는 ‘루방가(Lubanga) 사건’을 비롯해서, 수개의 전쟁범죄 및 인도(人道)에 반한 죄가 대상이 된 최초의 사건인 ‘카탕가(Katanga) 사건’(Prosecutor v. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07), 상관(上官)의 형사책임을 문제된 최초의 사건인 ‘뵘바(Bemba) 사건’(Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08), 현직 대통령이 기소되어 아프리카 여러 나라의 정치적 반발을 초래한 바 있는 ‘케냐타(Kenyatta) 사건’(Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, ICC-01/09-02/11), 문화재 파괴가 대상이 된 사건으로서 최초로 유죄답변에 의해 유죄가 선고된 ‘알·마디(Al Mahdi) 사건’(Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15) 등이 있다. 현재 제1심 재판부에 계속되어 있는 사건으로서는 ‘응타간다(Ntaganda) 사건’(Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06) 등이 있다.

의 정통성을 가지는 것이라고 평가된다³⁾. 그런데 국제형사재판소(ICC)도 과거의 국제형사법정 내지 그 재판에 관해 제기된 다양한 문제점들에 직면하고 있는 것이 사실이다. 한편, 국제형사재판소(ICC)는 2018년 7월 17일부터 침략범죄에 대해서도 재판관할권을 행사할 수 있게 되었다. 향후 그에 따른 소추와 법규의 적용이 기대되는 것과도 관련해서, 그동안 재판에서 제기된 실체법적 및 절차법적 문제점들을 살펴보고 국제형사재판소(ICC)의 속성 내지 기능에 비추어 향후의 과제를 제시해보고자 한다.

II. 국제형사법⁴⁾에 있어서의 죄형법정주의와 가벌요건의 명확성

1. 국제형사법에 있어서의 죄형법정주의

「국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court)」(이하 「로마규정」)은 국제형사재판소(ICC)의 관할 범죄로서 집단살해죄, 인도(人道)에 반한 죄, 전쟁범죄 및 침략범죄를 규정하고 있다(「로마규정」 제5조 제1항). 그런데 그 각각의 구성요건에 관해서는 죄형법정주의의 관점에서 종종 의문이 제기되고 있다. 죄형법정주의는 근대 형사법의 대원칙이며, 피의자 내지 피고인에게 있어서는 국제적으로 승인된 인권의 하나로서 이해된다⁵⁾. 주지하는 것처럼, 죄형법정주의는 국가의 형벌권 발동에 대한 예측가능성을 확보하는 것으로서, 이를 통해 형벌법규의 범죄억지효과를 기대할 수 있는 외에, 피고인에게 정의와 공평을

3) 尾崎久仁子, ‘國際刑事裁判所の現在’, 法律時報. 90卷 10号 (2018), p.11.

4) 국제형사법(Völkerstrafrecht) 또는 형사국제법(droit international pénal)의 개념은 역사적으로나 혹은 논자에 따라 다양하게 사용되어왔고 현재로서도 그 의미나 내용에 관해 상이한 관점이 존재한다. 대체로 말하면, 국내법상으로 이미 범죄화되어 있는지의 여부와는 상관없이, 국제관습법 또는 조약에 근거해서 개인의 특정 행위를 범죄로 규정하고 그것에 대한 재판권의 설정, 범죄자의 소추 내지 인도(引渡)의 요건 등을 정하고 있는 것을 가리킨다. 그와 같은 사항에 관해 국제법이 실질적으로 관여하고 있는 것인 점에서 국제법규범이며, 국내법규범으로서의 형벌적용법과는 내용적으로 구분되는 것이다.

5) 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제15조 참조.

보장하고 국가권력의 남용을 배제함으로써 법의 지배를 강화하는 것이다. 그런데 죄형법정주의의 구체적인 내용을 어떻게 이해할 것인지, 그 파생원칙으로서의 소급 처벌의 금지, 유추해석의 금지 및 명확성의 원칙이 어느 정도까지 요구되는 것인지에 관해서는 영미법과 대륙법의 차이가 있을 뿐더러⁶⁾ 각국의 사고방식이 반드시 일치하지는 않는다⁷⁾. 그럼에도 불구하고 죄형법정주의는 ‘문명국에 의해 인정된 법의 일반원칙’(「국제사법재판소 규정(Statute of the International Court of Justice)」 제38조 제1항 (c))으로서 국제법의 일부로 승인되고 있다. 그런데 조약상의 범죄가 각국의 국내 법원을 통해 소추되는 경우에는 조약은 어디까지나 각국에 그 국내법화를 의무지우는 규범으로서의 성격을 가지는 것이고 체약국으로 하여금 그것을 개인에게 직접 적용하도록 하는 엄격성을 지니는 것은 아니며⁸⁾, 그것이 범죄자의 소추 내지 처벌에 관해 요구하고 있는 것은 ‘법률 없으면 범죄 없다(nullum crimen sine lege)’는 원칙이 아니라 ‘법 없으면 범죄 없다(nullum crimen sine iure)’는 원칙이라고 한다⁹⁾. 예컨대 뉴렘버그 국제군사법정의 재판에서는 그것이 사후법(事後法)에 근거해서 행해진 것인 점에서 죄형법정주의, 즉 소급처벌의 금지에 위배되는 것인지가 문제로 되었는데, 전쟁범죄자를 소추하는 것은 정의(正義), 즉 넓은 의미에서의 법(iure)에 근거하는 것이고 이를 처벌하지 않고 방치하는 것은 그것에 반하는 것이라고 보았다¹⁰⁾. 그 후 죄형법정주의가 국제인권법의 일부로서 승인되면서 구(舊) 유고 국제형사법정 및 르완다 국제형사법정은 그 각각의 규정에서 대상 범죄를 유형화하고 이를 정의하기에 이르렀는데(「구(舊) 유고 국제형사법정 규정(Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia)」 제2조 내지 제5조 및 「르완다 국제형사법정 규정(Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda)」 제2조 내지 제4조), 그것이 그 구성요건을 명확하게 제시한 것은 아니라고 평가된다¹¹⁾. 그와 같이 국제형사재판에 있어서는 죄형법정주의가

6) Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article, 1999, p.453.

7) M. Cherif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, 2003, p.179 이하.

8) M. Cherif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, 2003, p.198 이하.

9) M. Cherif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, 2003, p.202.

10) M. Cherif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, 2003, p.204 이하.

11) M. Cherif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, 2003, p.213.

엄격하게 적용되어온 것은 아니라고 할 수 있다. 그렇지만 국제적으로 승인되고 있는 인권기준 등에 부합하기 위해서는 국제형사재판에 있어서의 죄형법정주의의 실현은 피할 수 없는 과제라고 본다.

국제형사재판소(ICC)에 있어서 죄형법정주의는 대상 범죄의 구성요건을 해석하고 당해 규정을 적용함에 있어서 주요한 기본원칙이 된다. 즉, 「로마규정」 제22조 제1항은 죄형법정주의의 본질적인 내용을 이루는 행위시법주의를 채용하고 있으며, 같은 조 제2항은 엄격해석의 원칙 및 유추해석의 금지와 더불어 피고인에게 유리한 해석의 원칙을 채용하고 있다. 다만, 엄격해석의 원칙이 「로마규정」 제22조 제2항이 명시하고 있는 ‘범죄의 정의(定義)’ 이외에 범죄의 성립요건이나 책임조각사유 혹은 형사절차상의 규정 등에도 적용되는 것인지는 여전히 문제로 남겨져 있다¹²⁾. 그 여부의 판단에 있어서는 각국 국내법에 있어서의 일반원칙 또는 국제(인권)법상의 선례 등이 참고로 될 수 있겠는데, 무엇보다도 죄형법정주의의 본래의 취지에 비추어본다면 범죄의 성립 여부에 관한 기타의 규정에 관해서도 엄격해석의 원칙이 적용된다고 보아야 할 것이고, 나아가 형사절차법정주의의 측면에서는 피의자 내지 피고인의 권리에 관한 형사절차상의 규정에 관해서도 그 적용을 적극적으로 고려해야 할 것이라고 본다.

2. 범죄구성요건의 (불)명확성

국제형사법의 법원(法源)은 국제관습과 조약이다¹³⁾. 그 점에서 보면 국제형사법은 국제법의 범주에 속하는 것이며 국가의 의사와는 독립적인 것이다. 국제형사법의 그와 같은 속성에 따라, 국제법상의 범죄 내지 국제범죄의 소추에 관해서는 세계주의가 적용되는 한편, 근대 형사법의 기본원칙인 죄형법정주의(*nullum crimen sine lege*)가 ‘법(정의(正義)) 없으면 범죄 없다(*nullum crimen sine iure*)’는 원칙으로 대체되는 것이다¹⁴⁾. 그와 같은 이해방식은 국제형사법의 성질을 주로 실체법적 측면

12) Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, 1999, p.457; William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2nd ed., 2004, p.95.

13) Stefan Glaser, *Introduction à l'étude du droit international pénal*, 1954, p.3.

에서 파악한 것인데, 후자의 관점에 따르면 국제형사법의 영역에서는 피의자 내지 피고인의 인권보호가 그만큼 불확실해지는 결과가 초래되는 점에서 문제점이 인식된다. 죄형법정주의는 그 본래의 취지에서 보면 법률(lex)에 의한 범죄구성요건화를 내용으로 하는 것이지 넓은 의미에서의 법(ius)에 의한 그것을 내용으로 하는 것은 아니다. 또한, 그와 같은 의미에서의 죄형법정주의는 무엇보다도 관습(법)에 근거하는 처벌을 배제하는 것이다. (국제)관습이 국제형사법의 법원(法源)이 되는 경우에는 형벌법규의 명확성은 훼손되고 엄격해석의 원칙도 희석될 수밖에 없다. 한편, 관습에 의한 국제형사법이 점차 조약으로서 채택되고 그와 같은 조약에서 범죄가 정의되고 유형화되는 경우에도 조약에 의한 국제형사법의 성질상 범죄구성요건의 명확성이 반드시 확보되지는 않는다. 법제도나 법에 대한 관념을 달리 하는 다수의 국가에서 조약이 수용되기 위해서는 가급적 유연하고 탄력적인, 말하자면 최대공약수적인 개념 내지 표현이 사용될 수밖에 없는 현실을 피할 수 없기 때문일 것이다.

국제법규범으로서의 국제형사법은 국제관습법의 형식으로 존재하기도 하고 조약의 형식으로 존재하기도 한다. 후자 가운데에는 종래의 국제관습을 조약화한 것이 있는가 하면 조약에 의해 비로소 특정 행위를 범죄화한 것도 있다. 「로마규정」은 전자에 속한다. 즉, 「로마규정」이 대상으로 하고 있는 범죄는 대체로 기존의 국제조약 또는 UN 총회의 결의 등에 의해 범죄로 관념화되어온 것이다. 그런데 그 구성요건의 명확성에 관해서는 여전이 논란이 있다. 예컨대, 인도(人道)에 반한 죄는 “민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격”이 그 구성요건요소가 되고(「로마규정」 제7조 제1항), 여기에서 말하는 “민간인 주민에 대한 공격”이란 그러한 공격을 행하려는 “국가나 조직의 정책”에 따르거나 이를 조장하기 위한 “일련의 행위”를 말하는데(「로마규정」 제7조 제2항), 그 해석에 관해 부분적으로는 과거의 국제형사법정에 의한 판례가 축적되어 있기는 하지만 여전히 명확성을 결하고 있다는 비판이 가해진다. 그와 같은 비판은 전쟁범죄에 관해서도 존재한다. 전쟁범죄는 “계획이나 정책의 일부로서” 또는 “범죄의 대규모 실행의 일부로서” 행해진 것을 그 구성요건으로 하고 있다. 그와 같은 요소는 국제형사재판소(ICC)의 대상 범죄를 통상의 범죄로부터 구별하는 중요한 기준이 되는데, 그 의미가 - 그 구성요건의 해

14) Stefan Glaser, Introduction à l'étude du droit international pénal, 1954, p.8 이하.

석 내지 적용에 관한 문서로서의 「범죄의 구성요건(Elements of Crimes)」¹⁵⁾(「로마규정」 제9조 참조)에 의한 보충에도 불구하고 - 충분히 명확하지 않다는 것이다.

조약이 범죄구성요건을 보다 더 명확히 하고 세분화하면 할수록 국제적인 차원에서의 의견의 일치는 그만큼 더 기대되기 힘들 것이다. 바꾸어 말하면, 조약이 국제적인 차원에서의 의견의 일치를 얻어내기 위해서는 입법기술상으로도 범죄구성요건의 명확성 내지 세분화가 제한될 수밖에 없을지도 모르겠다. 국제관습법의 형식으로 존재하는 국제형사법에 비해 조약의 형식으로 존재하는 국제형사법이 그 대상이 되는 범죄의 구성요건을 보다 더 명확히 할 수 있는 점에서는 죄형법정주의를 실천하는 것이라고 할 수 있지만, 조약에 의한 국제형사법의 경우에도 - 특히 국제관습을 조약화하고 있는 것인 경우에는 - 그것이 정하고 있는 범죄의 구성요건이 국내형법상의 그것과 비교해서 불명확할 수밖에 없을 것이다. 더욱이 국내형법에 있어서와 마찬가지로 국제형사법에 있어서도 범죄의 구성요건을 정함에 있어서 규범적 요소를 피할 수는 없는 것이다. 그 한에서는 범죄구성요건의 해석에 관한 지속적인 논의와 판례의 축적을 통해 그 의미와 내용의 폭을 한정하는 노력이 필요할 수밖에 없다. 그 점은 국제형사재판소(ICC)가 대상으로 하고 있는 범죄가 과거의 국제형사법정이 취급한 사건에 비해 그 구성요건과의 관계에서 이를 충족하는 범죄 사실을 입증하는 것이 심히 곤란한 경우가 많은 점에 비추어보더라도 긴요하다고 생각된다.

3. 침략범죄의 구성요건과 그 해석

「로마규정」 제5조가 정하고 있는 국제형사재판소(ICC)의 관할 범죄 가운데 침략범죄의 정의(定義)에 관해서는 그 채택 당시 타협점을 찾지 못한 결과, 향후의 그 개정(「로마규정」 제121조) 및 재검토(「로마규정」 제123조)를 통해 침략범죄의 개념이 정의되고 그것에 대한 관할권 행사의 조건이 정해진 후에 그것에 대해 관할권을 행사하기로 결정했다(구(舊) 「로마규정」 제5조 제2항). 그 후 12년이 경과한 2010년 우간다의 캄팔라(Kampala)에서 개최된 ‘「로마규정」 검토회의

15) International Criminal Court, Elements of Crimes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000).

(Review Conference of the Rome Statute)’에서 침략범죄의 정의(定義)와 관할권 행사의 조건에 관한 합의(이른바 ‘캄팔라 합의(Kampala Compromise)’가 이루어져 그것에 관한 개정규정(Amendment to the Rome Statute of the International Criminal Court on the Crime of Aggression, articles 8bis, 15bis and 15ter, 11 June 2010)이 채택되었고¹⁶⁾, 2017년 12월에 개최된 제16차 국제형사재판소(ICC) 계약국총회(Assembly of States Parties)는 2018년 7월 17일부터 국제형사재판소(ICC)가 침략범죄에 대해 관할권을 행사하는 것을 결의했다¹⁷⁾.

「로마규정」 제8조의2 제1항은 침략범죄를 ‘침략행위의 계획·준비·개시 또는 실행’으로 정의하고 있다. 여기에서 말하는 침략행위란, 「로마규정」 제8조의2 제2항에 따르면, ‘국가가 타국의 주권, 영토보전 또는 정치적 독립에 대해 무력을 행사하거나 UN 헌장에 어긋나는 기타의 방식으로 무력을 행사하는 것’을 말한다. 그와 같은 침략범죄의 개념은 과거 뉴렘버그 국제군사법정 및 공동 국제군사법정의 관할 대상이었던 ‘평화에 반한 죄’에 대체로 상응하는 것으로서¹⁸⁾, 국가의 침략행위를 전제로 하는 것이다. 그런데 침략행위의 정의(定義) 및 그와 같은 범죄에 관해 형사책임을 지는 개인의 범위 등에 관해서는 국제법상으로 견해의 차이가 존재한다. 침략범죄에 대한 관할권의 행사는 대체로 말해서 국가가 위법한 무력행사를 개시하거나 실행하는 것 자체에 관해 개인, 특히 그 지도자의 형사책임을 추급하는 것으로서(jus ad bellum), 무력행사 중에 행해지는 범죄에 관해 개인의 형사책임을 묻는 것(jus in bello)과는 구별된다. 우선, 침략범죄는 ‘국가의 행위로서의’ 침략행위를 전제로 해서 성립되는 것인데, 형법적 관점에서는 침략범죄의 본질이 어디까지나 행위의 불법성에 있는 점에서 그 구성요건이 행위의 주체에 의해 한정되는 것은 적절하지 않다고 볼 수 있다. 즉, 침략범죄의 전제가 되는 침략행위가 국가의 타국에 대

16) 그 경과에 관해서는 Claus Kreß & Leonie von Holtzendorff, ‘The Kampala Compromise on the Crime of Aggression’, in: Journal of International Criminal Justice, Vol.8 (2010), p.1183 이하.

17) 이에 관해서는 Claus Kreß, ‘On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression’, in: Journal of International Criminal Justice, Vol.16 (2018), p.1 이하.

18) 예컨대 「뉴렘버그 국제군사법정 헌장(Nuremberg Charter (of the International Military Tribunal))」(1945) 제6조는 ‘평화에 반한 죄’를 ‘침략전쟁 또는 국제조약 등을 위반하는 전쟁의 계획·준비·개시 또는 실행’ 등으로 규정했다.

한 무력행사로 제한되는 결과로서, 가령 어느 한 국가의 영역 내에서 그 국가의 소수집단에 대해 이루어진 무력행사는 국가 간 무력행사에 필적하는 참혹한 결과를 초래한 것이더라도 침략범죄에는 해당되지 않을뿐더러 오늘날 특히 문제로 되고 있는 비(非)국가적 조직에 의한 위법한 무력행사도 침략범죄에는 해당되지 않는다는 것이다¹⁹⁾. 다음으로, 침략범죄는 개인의 범죄, 특히 그 ‘지도자’의 범죄(leadership crime)로서 성립하는 것인데, 다수의 관여자 가운데 누구를 소추할 것인지의 문제로서 - 이는 침략범죄 특유의 문제라고는 할 수 없겠지만 - ‘국가의 정치적 활동 또는 군사적 행동을 실질적으로 통제하고 지시할 수 있는 지위에 있는 자’(「로마규정」 제8조의2 제1항)를 확정하는 것이 반드시 용이하지는 않다. 그 점과 관련해서, 국가의 정치적 활동 내지 군사적 행위를 조종하거나 지시할 수 있는 자는 반드시 법적 지위나 공적(公的) 지위에 구애되는 것은 아니라고 보는 입장도 있고, 유력한 경제인 또는 종교인 등도 침략행위에 실효적인 지도력을 행사한 경우에는 침략범죄의 주체가 될 수 있다고 보는 입장도 있다²⁰⁾. 「로마규정」 제25조 제3항의2도 국가의 정치적 활동 내지 군사적 행위에 대한 ‘실질적 조종과 지휘(effective control and direction)’를 지도자의 개념적 표지(標識)로 규정하고 있는 것처럼, 전쟁범죄를 구성하는 요소로서의 지도자는 행위자 관련적 개념이라기보다는 행위 관련적 개념이라고 할 수 있다. 그런데 그와 같은 개념 자체가 사실적 성질의 것이라기보다는 평가적 내지 규범적 성질의 것인 점에서 그만큼 해석의 스펙트럼이 넓어질 수밖에 없고 또한 그만큼 개념의 외연이 확장될 여지가 있다.

「로마규정」 제8조의2 제2항은 침략범죄의 전제가 되는 침략행위를 유형화하고 있는데, 이를 열거적인 것으로 볼 것인지 혹은 단지 예시적인 것으로 볼 것인지에 관해서도 논의가 있다. 「로마규정」이 예정하고 있는 침략행위의 개념이 1974년의 UN 총회 결의 제3314호²¹⁾에 근거하는 것으로서, 그 결의가 UN 안전보장이사회로 하여금 침략행위 여부의 판단에 관해 그 결의에 제시되어 있는 것 이외의 행위를 침략행위로 결정할 수 있도록 하고 있는 점에 비추어보면, 「로마규정」이 예정하

19) 김기준, 국제형사법, 2017, p.730.

20) Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2005, p.397 이하 참조.

21) United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX), 14 December 1974, UN Doc. A/RES/29/3314.

고 있는 침략행위의 유형을 예시적인 것으로 볼 여지도 있다. 그런데 그 결의와는 달리 「로마규정」은 침략행위 여부의 판단에 관한 권한의 재량을 명시하고 있지 않을뿐더러, 무엇보다도 「로마규정」 제7조 제1항이 인도(人道)에 반한 죄의 유형에 관해서는 ‘(k) 신체 또는 정신적·육체적 건강에 중대한 고통이나 심각한 피해를 고의적으로 야기하는, [(a) 내지 (j)의 행위와] 유사한 성격의 기타 반(反)인도적 행위’를 규정함으로써 (a) 내지 (j)의 행위를 예시적인 것으로 볼 수 있게 하는 조항을 두고 있는 점에 비추어보면, 「로마규정」이 예정하고 있는 침략행위의 유형은 열거적인 것이라고 보아야 할 것이다. 그렇게 보는 것이 다름 아니라 죄형법정주의에 상응하는 것이라고 한다²²⁾.

4. 공동범죄실행의 표지(標識)

국제형사재판소(ICC)의 인적(人的) 관할은 자연인에 한정되며, 그 대상 범죄를 행한 자는 개인으로서 책임을 지는 것이다(「로마규정」 제25조 제1항 및 제2항). 법인이나 국가 등을 절차의 대상으로 하지 않는 점은 과거 국제형사법정이 자연인만을 그 대상으로 한 것과 다르지 않으며, 법인을 그 대상으로 하는 경우에는 법인의 처벌에 관한 규정을 가지고 있지 않은 국가와의 관계에서는 보충성의 원칙이 의미를 잃게 되는 것을 고려한 것이다²³⁾. 한편, 개인의 형사책임에 관한 규정은 국제법상의 국가책임에는 영향을 미치지 않는다(「로마규정」 제25조 제4항). 즉, 「로마규정」은 국가책임의 존부에 관한 판단기준을 제공하는 것을 의도하고 있지 않으며, 대상 범죄를 행한 개인이 속한 국가의 책임이 국제형사재판소(ICC) 이외의 절차에서 문제로 된 경우에도 개인의 형사책임에 관한 조항이 원용되는 것을 피하고자 하는 것이다.

「로마규정」은 형사책임이 귀속되는 개인의 범죄관여형태를 유형화하고 있다.

22) 김기준, 국제형사법, 2017, p.733. 또한, Kai Ambos, ‘The Crime of Aggression After Kampala’, in: German Yearbook of International Law, Vol.53 (2010), pp.481 이하.

23) Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer’s Notes, Article by Article, 1999, p.477 이하; William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, 2nd ed., 2004, p.101.

그 가운데 하나가, “단독으로, 타인과 공동하여 또는 타인을 통해 죄를 범한 자”로서(「로마규정」 제25조 제3항 (a)), 대체로 (단독·공동·간접)정범의 형태로 이해되는 것이다. 과거 뉴렘버그 국제군사법정 및 극동 국제군사법정은 범죄를 실행한 자의 배후에 있는 지휘자 등의 형사책임을 묻기 위해 모든 대상 범죄에 관해, 범죄의 실행에 관한 공통계획 또는 공동모의의 수립 또는 수행에 참여한 자는 그에 따른 모든 행위에 관해 책임을 지는 귀책형식을 인정한 한편, 평화에 대한 죄에 관해서는 공동모의를 독립된 범죄유형으로 규정했다. 양(兩) 국제군사법정의 판결에서 다수의 의견은 범죄의 실행에 관한 공통계획 또는 공동모의의 개념이 국제관습법상 성립한 것이라고 보았는데, 그것이 내용적으로 명확성을 결하고 있는 점과 더불어 국제관습법상의 근거 또한 분명하지 않은 점이 지적되었다²⁴⁾. 구(舊) 유고 국제형사법정 및 르완다 국제형사법정은 범죄의 실행에 관한 공통계획 또는 공동모의에 기초하는 귀책형식을 발전시켜 ‘공동범죄계획(joint criminal enterprise)’의 법리를 제시했다²⁵⁾. 구(舊) 유고 국제형사재판소는 그 법리가 국제관습법상 확립된 책임원칙에 따른 것이라고 보았는데²⁶⁾, 그렇게 보는 것이 국제법 해석과 관련해서 타당한 것인지와 더불어 그 개념의 외연이 지나치게 광범위에 미치는 것은 아닌지에 대한 의문²⁷⁾은 여전히 남아 있다고 생각된다.

‘루방가(Lubanga) 사건’에 대한 재판에서는 범죄에 관해 불가결한(essential) 기여를 행한 자를 정범으로 파악하는 <행위지배(control)이론>이 채용되었다²⁸⁾. <행위지배이론>은 구(舊) 동독 나치(Nazi) 정권 하에서의 잔혹행위에 관해 그 지도자들에게 정범으로서의 책임을 묻기 위해 고안된 것으로서²⁹⁾, 그 후 이른바 ‘조직지배

24) Gerhard Werle, Principles of International Criminal Law, 2005, p.8 이하 참조.

25) Gerhard Werle, Principles of International Criminal Law, 2005, p.121 이하. ‘공동범죄계획(joint criminal enterprise)’의 법적 성격에 관해서는 박경규, ‘ICTY 판례에 의해 확립된 JCE이론의 법적 성격’, 서울法學, 제23권 제3호 (2016), p.308 이하.

26) Tadić Appeal Judgement, para. 195 이하; Krnojelac Appeal Judgement, para. 83 이하.

27) Jens David Ohlin, ‘Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise’, in: Journal of International Criminal Justice, vol.5 (2007), p.85 이하.

28) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgement on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, ICC-01/04-01/06 A 5, 01 December 2014, para. 469.

29) Claus Roxin, ‘Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate’, in: Goldammer’s Archiv für Strafrecht, 1963, p.193 이하. 또한 Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, p.242

(Organisationsherrschaft)'의 법리에 근거해서 기업 등에 의한 조직적 범죄에도 적용되고 있는 사고방식이다. 조직지배의 법리는 '공동범죄계획'의 법리와 마찬가지로, 조직적인 범죄에 관해 그 배후의 조종자에게 책임을 물을 수 있게 하는 장치가 된다. 그와 같은 관점에서 국제형사재판소(ICC)는 <행위지배이론>을 수용했고, 그것이 국제관습법에 기한 정범 개념의 확장이라는 비판에도 불구하고, 그와 같은 법리가 국제관습법에 근거하는 것이라기보다는 어디까지나 「로마규정」 제25조 제3항 (a)의 해석론이라는 점을 제시했다³⁰⁾. 그런데 「로마규정」 제25조 제3항 (a)의 문리해석으로서 그와 같은 사고방식이 가능한 것인지에 관해서는 의문이 존재한다. 즉, '루방가(Lubanga) 사건'에 대한 상소심 판결은 「로마규정」이 명시적으로는 언급하지 않고 있는 정범과 (협회의) 공범의 구별, 특히 그에 따른 책임의 경중을 전제로 하고 있는데다가, 만일 대상 범죄의 특수성에 근거해서 「로마규정」 제25조 제3항 (a)의 해석에 관한 <행위지배이론>의 수용 및 그에 따른 정범 개념의 확대가 정당화되는 것이라면 그 특수성은 교사범의 책임을 정범의 그것보다 무겁게 평가하거나 「로마규정」 제25조 제3항 (d)가 규정하고 있는 범죄관여행태의 책임을 실제로 범죄를 수행한 자의 책임보다 무겁게 평가하게 하는 것도 정당화할 수 있다는 것이다³¹⁾. 또한, 「로마규정」 제25조의 해석에 관해서는 '국제법상의 원칙 및 규칙'(「로마규정」 제21조 제1항 (b))이 그 근거가 될 수 있는데, <행위지배이론>이 개인의 형사책임에 관해 일반적으로 승인된 법리라고 볼 수 있는 것인지, 그렇지 않다면 특정 국가의 특정 형법이론을 그 해석에 관해 채용하는 것이 과연 적절한 것인지에 관해서도 논의가 있다³²⁾.

'루방가(Lubanga) 사건' 및 '카탕가(Katanga) 사건'에서 각 예심 재판부는 <행위지배이론>에서의 '행위지배'의 개념이 주된 책임(principal liability)을 종속적 책임(accessorial liability)으로부터 구별하는 핵심적 표지(標識)가 된다고 본 한편, 「로

이하 및 p.704 이하 참조.

30) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgement on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, ICC-01/04-01/06 A 5, 01 December 2014, para. 470.

31) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Judgement, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, ICC-01/04-01/06-2842, 14 march 2012, para. 6 이하.

32) Jens David Ohlin, Elies van Sliedregt & Thomas Weigend, 'Assessing the Control-Theory', in: *Leiden Journal of International Law*, Vol.26 (2013), p.727 이하 참조.

마규정」 제25조 제3항은 범죄관여형태의 계층적(hierarchical) 구조를 제시하고 있는 것이라고 보았다. 그 계층적 구조에 관해 ‘루방가(Lubanga) 사건’에서의 제1심 재판부는, 주된 책임으로서의 공동범죄실행(co-perpetration)이 인정되기 위해서는 범죄의 수행에 관한 공통계획(common plan)에 있어서의 불가결한 기여가 필요하다고 보았다³³⁾. ‘루방가(Lubanga) 사건’에서의 예심 재판부에 따르면, 공동범죄실행에 대한 기여의 불가결성은 이른바 공동행위지배(joint control)로 정의되며, 이는 분업의 형태로 구체화된다. 즉, 범죄의 객관적인 요소가 공통계획에 따라 행동하는 다수인에 의해 실행되는 경우에 그 실행에 불가결한 역할을 분담한 자, 따라서 당해 범죄의 실행가능 여부를 자신의 역할에 의해 좌우하는 자만이 그것에 대한 공동행위지배성을 가진다는 것이다³⁴⁾. 그런데 종속적 책임과는 구별되는 주된 책임을 근거지우는 공동행위지배가 범죄의 실행에 관한 적극적인 (공동)행위의 존재를 통해서 인정되는 것은 아니므로 범죄의 실행에 관해 그 어떤 물리적 요소를 실행하지 않은 자도 당해 범죄에 관해 공동행위지배성을 가질 수 있게 된다. 그와 같이 <행위 지배이론>은 범죄의 실행에 관한 불가결한 기여를 종속적 책임과는 구별되는 주된 책임의 표지(標識)로 파악하는 것으로서, 한편으로는 그 표지(標識)를 지니고 있는 자에게만 주된 책임을 물을 수 있게 하는 것인 점에서는 공동범죄실행의 개념을 한정하는 측면을 가지고 있는 동시에, 다른 한편으로는 범죄의 현장에 존재하지 않고 그 객관적 구성요건에 해당되는 행위를 하지 않은 자에게도 그 표지(標識)를 통해 주된 책임을 물을 수 있게 하는 것인 점에서는 공동범죄실행의 개념을 확장하는 측면도 가지고 있다. 그런데 그와 같은 의미에서의 공동행위지배는 그것을 적극적으로 근거지우는 물리적 요소에 의해 인정되는 것이 아니라, 만일 범죄의 실행에 관해 자신이 분담한 역할을 수행하지 않았다면 그것이 불가능하게 되었을 것이라는, 일종의 가정(假定)을 통해 소극적인 방식으로 인식되는 지배력에 의해 인정되는 것이다. 그와 같이, 주된 책임을 근거지우는 공동행위지배가 일종의 가정(假定)을 통해 소극적인 방식으로 인식되는 개념인 점에서 범죄의 실행에 대한 기여의 인과적 관

33) *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgement, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, para. 999.

34) *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber, ICC-01/04-01/06, 29 January 2007, para. 47.

련성을 확인하는 데에 있어서는 그만큼 추상적인 것인데, 그와 같은 개념이 주된 책임의 인정범위를 한정하는 기능을 수행하는 데에 그치지 않고 그 인정범위를 확장하는 기능까지도 수행하는 것은 범죄관여형태를 계층화하고 있는 「로마규정」 제25조 제3항의 취지에 맞지 않을뿐더러 책임주의와의 관계에서도 의문의 여지가 있다고 본다.

Ⅲ. 국제형사재판에 있어서의 전문법칙과 그 예외

1. 국제형사재판에 있어서의 전문법칙

「뉴렘버그 국제군사법정 헌장(Nuremberg Charter (of the International Military Tribunal))」(1945) 및 「극동 국제군사법정 헌장(Charter of the International Military Tribunal for the Far East)」(1946)은 피고인의 방어권을 일반적으로 보장하면서도³⁵⁾ 기술적인 증거법칙에 구속되지 않는 신속한 절차를 채용했다. 즉, 「뉴렘버그 국제군사법정 헌장」 제19조에 따르면, 증명력이 있다고 판단되는 모든 증거가 허용되고, 「극동 국제군사법정 헌장」 제13조에 따르면, 예컨대 선서 없이 행해진 진술 또는 일기 등을 포함하는 광범위한 문서의 증거능력이 인정된다. 이는 재판의 효율성을 최대한 배려한 것이었는데, 그와 같은 규정이 적용되는 결과로서 피고인의 반대신문권이 제한되거나 무기평등의 원칙이 손상된 점에서는 그 어느 재판이나 피고인의 권리를 보호하는 데에 있어서는 충분하지 못했다는 비판을 받게 되었다³⁶⁾. 한편, 구(舊) 유고 국제형사법정 및 르완다 국제형사법정의 절차는 국제적인 인권기준을 존중한 것이라고 평가된다. 양자(兩者)는 기본적으로 당사자주의를 취했는데, 증거가 패당하게 되고 광범위한 증인보호가 요구되는 가운데 직접주의의 철저한 유지가 비효율적인 것으로 판단된 결과 절차에 관한 규칙의 개정을 통

35) 「뉴렘버그 국제군사법정 헌장」 제16조 및 「극동 국제군사법정 헌장」 제9조 참조.

36) 특히 극동 국제군사법정의 재판에 관해 Neil Boister & Robert Cryer (ed.), *The Tokyo International Military Tribunal*, 2008, p.10; Sarah Finnin & Tim McCormack, *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited, Tokyo's continuing relevance*, 2011, p.355.

해 전문법칙의 예외를 상당히 넓게 인정하기에 이르렀다³⁷⁾.

국제형사재판소(ICC)는 구(舊) 유고 국제형사법정과 마찬가지로³⁸⁾ 전문증거를 반드시 배제하지는 않는다. 그 점은 반대신문을 거치지 않은 증인의 진술조서를 인정할 것인지의 문제와는 별개다. 즉, 「로마규정」 제69조 제2항 제1문에 따르면, 증인의 증언은 법정에서 직접 행해지는 것이 원칙이다. 다만, 피해자 및 증인의 안전, 그 심신(心身)의 안녕과 존엄성 및 프라이버시의 보호를 위해(「로마규정」 제68조 제1항 참조) 오디오 및 비디오 기술을 이용해서 증인신문을 행할 수 있다(「절차 및 증거에 관한 규칙(Rules of Procedure and Evidence)」 제67조 및 제68조 참조). 그런데 「로마규정」 제69조 제2항 제2문에 따르면, 국제형사재판소(ICC)는 「절차 및 증거에 관한 규칙」에 따라, 비디오 또는 오디오 기술에 의해 녹취된 증인의 진술 등의 제출을 허용할 수 있다. 즉, 증인출두예정자가 공판정 외에서 행한 진술을 기록한 증거도 허용되는 것이다. 그 점에서 공판정 외에서의 증언도 공판정에서의 증언과 동일하게 허용되는 것인지, 양자(兩者)가 증거법상 그 어떤 우열관계에 있는 것인지가 문제된다. ‘벰바(Bemba) 사건’에서 상소심 재판부는, 「로마규정」 제69조 제2항이 공판정에서 행해지는 증인의 구두증언을 원칙으로 하고 있는 것은 재판부가 증언을 직접 청취하고 증인의 태도를 관찰하며 증언의 애매한 부분을 분명히 할 수 있는 점을 근거로 하는 것이라고 보면서, 제1심 재판부가 공판정 외에서 행해진 진술을 기록한 증거를 개별적으로 신중하게 검토하지 않고 일률적으로 허용한 것은 「로마규정」 제69조 제2항에 위배된다고 판단했다³⁹⁾. 즉,

37) Richard May & Marieke Wierda, ‘Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo The Hague, and Arusha’, in: Columbia Journal of Transnational Law, Vol.37 (1999), p.743 이하.

38) 구(舊) 유고 국제형사법정은 「절차 및 증거에 관한 규칙(Rules of Procedure and Evidence)」 제89조 (c)에 따라 관련성 및 증거가치를 요건으로 해서 증거를 채용했다. ‘타디치(Tadić) 사건’(Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-I-T)에서 제1심 재판부는, 증거의 진실성과 임의성 및 신뢰성에 관한 법리와 마찬가지로, 일련의 국내법제도에서 일반적으로 승인되고 있는 전문법칙의 예외가 원용될 수 있다고 보았으며, 이는 국제형사법정의 재판에 있어서 공판정 외에서 행해진 진술의 허용성을 판단하기 위해 가장 효과적이고도 공정한 수단이라고 보았다(Decision on the Defence Motion on Hearsay, 5 Aug. 1996).

39) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber III entitled “Decision on the admission into evidence of materials contained in the prosecution’s list of evidence”, ICC-01/05-01/08-1386, 3 May 2011, para. 76 이하.

공판 전에 공판정 외에서 행해진 진술을 기록한 증거는 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조의 엄격한 요건을 갖춘 경우에만 채용될 수 있다고 본 것이다⁴⁰⁾. ‘뎀바(Bemba) 사건’에 대한 재판 당시 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조는 구두주의의 예외로서, 공판정 외에서 행해진 진술을 기록한 증거의 증거능력에 관해 증인이 공판정에 출두하지 않은 경우와 출두한 경우로 구분해서 그 요건을 정하고 있었으며, 그 어느 경우에 있어서나 그와 같은 증거에 대해 증거신청을 하지 않은 상대방 당사자가 증인을 신문할 기회를 가지고 있었을 것이 필수적이었다. 그 점은 구(舊) 유고 국제형사법정 당시의 「절차 및 증거에 관한 규칙」과 차이를 나타내는 것이다. 그런데 진술을 기록할 당시에 상대방 당사자가 그러한 기회를 가지는 것이 실무상 곤란했고 그 때문에 실제로도 - 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조가 개정되기 전인 - 2013년 10월까지 재판부가 증인이 공판정에 출두하지 않은 경우에 관해 증거능력을 인정한 것은 2회에 불과했다. 그와 같은 사정을 배경으로 해서, 2013년 11월에 개최된 체약국총회에서, 공판심리의 신속화 및 증거제출의 합리화를 목적으로 해서, 즉 공판정 외에서 행해진 진술을 기록한 증거가 보다 넓게 허용될 수 있도록 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조가 개정되었다⁴¹⁾.

2. 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조의 개정

개정된 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조에 따르면, 증인이 공판정에 출석하지 않고 증인에 대한 반대신문의 기회가 없었던 경우에도 소정의 요건 하에서 사전 진술녹취서(previously recorded testimony) 등의 증거능력이 인정된다. 우선, 사전 진술녹취서 등이 피고인의 행위 이외의 사항의 입증에 이용되는 경우다(「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항 (b)). 이 경우에 재판부는 그것이 실질적으로 다름이 있는 사항에 관한 것인지, 다른 증인이 구두로 장차 증언할 또는 이미 증언한

40) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber III entitled “Decision on the admission into evidence of materials contained in the prosecution’s list of evidence”, ICC-01/05-01/08-1386, 3 May 2011, para. 80.

41) Resolution on the Amendments to the Rules of Procedure and Evidence, ICC-ASP/12/Res.7, adopted at the 12th plenary meeting, on 27 November 2013.

사실과 중복적 혹은 보강적 성격을 가지는 것인지, 그것에 의해 사법(司法)의 이익(interests of justice)이 최량으로 실현되는지 또는 진술자를 신뢰할 수 있는 충분한 징표가 존재하는지 등을 고려해서 그 허용성을 판단할 수 있고, 진술자가 자신의 지식에 비추어 그 내용이 진실인 점을 분명히 하고 있는 경우에 한해서 그 증거능력이 인정된다. 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항 (b)는, 같은 조항 (a)(개정전의 제68조 (a))와 마찬가지로, 증인불출석의 경우에 진술불능이 전제되지 않더라도 소정의 요건 하에서 사전진술녹취서 등을 증거로 허용하는 것인데, 국내법의 차원에서는 진술불능 등을 전제로 하지 않고 증거능력을 인정하는 입법례가 일반적이지는 않은 점과 대비된다. 이는 국제형사재판소(ICC)의 재판에 있어서는 증인이 외국에 있는 경우가 흔히 예상되는데다가 재판부가 출두를 강제할 권한을 가지고 있지 않기 때문에 증인의 출석을 확보하는 것이 곤란한 점을 고려한 것이라고 볼 수 있다. 다만, 공판정 외에서 행해진 진술 당시에 반대신문의 기회가 있었던 경우에 그 기록을 증거로 제출할 수 있도록 하고 있는 점(「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항 (a))과 더불어 피고인의 행위 이외의 사항을 입증하는 경우에 한해서 사전진술녹취서 등의 증거능력을 인정하고 있는 점(같은 조항 (b))은 피고인의 증인신문권을 배려하고 있는 것이라고 할 수 있다. 다음으로, 진술자의 사망 등 합리적인 노력으로는 극복할 수 없는 장애에 의해 구두증언이 불가능하게 된 경우(「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항 (c)). 그 경우에 진술자를 신뢰할 수 있는 충분한 징표의 존재가 하나의 요건이 된다. 마지막으로, 진술자의 공판정 출석 또는 증언에 관해 방해행위가 있었던 경우(「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항 (d)). 그 경우에는, 진술자가 증인으로서 공판정에 출두하지 않았거나 혹은 출두했지만 사전진술녹취서 등의 중요부분에 관해 공판정에서 증언하지 않은 경우이어야 하는 점, 사전진술녹취서 등에 의해 사법(司法)의 이익이 최량으로 실현되는 점 및 진술자를 신뢰할 수 있는 충분한 징표가 존재하는 점 등의 요건을 갖춘 한에서만 그 증거능력이 인정된다. 국제형사재판소(ICC)의 재판에 있어서는 증인에 대한 방해행위가 빈발하고 있고 그것에 당사자가 직접 관여한 경우뿐만 아니라 그것이 그 지지자 등에 의해 이루어진 경우도 적지 않은 점에서 진술자의 공판정 출석 또는 증언에 관한 방해행위가 반드시 당사자에게 귀책될 필요는 없는 것으로 해석된다⁴²⁾.

3. 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항의 해석 및 적용

「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항의 해석 및 적용이 문제된 ‘루토(Ruto) 사건’⁴³⁾에서 제1심 재판부는 같은 조항(c)를 근거로 하는 검사의 증거신청에 대해, 수사단계에서 작성된 조서에 관해 피고인 측에 의한 반대신문을 거치지 않았더라도 그 증거능력의 문제는 증명력의 신중한 평가를 통해 해결될 수 있다고 보면서, 그 조서가 정상적인 수사의 과정에서 작성된 것이고 진술자가 진술의 임의성 및 그 내용의 진실성을 확인한 경우에는 설사 그 내용의 일부가 다른 증거와 모순되는 점이 있더라도 “진술자를 신뢰할 수 있는 충분한 징표”가 인정된다고 보았다⁴⁴⁾. 한편, 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항(d)를 근거로 하는 검사의 증거신청에 대해서는, 진술자가 조서에 기록된 그 진술의 내용을 부정하는 증언을 한 것과 관련해서, 방해행위에 의해 전혀 증언을 하지 않은 경우와 마찬가지로 사전 진술녹취서의 중요부분을 부정하는 증언을 한 경우도 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항(d)에서 말하는 “공판정에서 증언하지 않은 경우”에 해당한다고 보았다⁴⁵⁾. 또한, 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항(d)에 근거해서 신청된 증거가 피고인의 행위를 입증하기 위한 것인 경우에도 피고인이 그것에 관해 증언을 신문할 수 있었을 뿐만 아니라 방해행위에 관한 피고인의 귀책성을 증명하지 않았더라도 증명력을 신중하게 평가함으로써 피고인에게 부당한 불이익이 생기지 않는 때에는 그 증거능력의 요건에 속하는 “사법(司法)의 이익”인 인정된다고 보았다⁴⁶⁾. 나아가, 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항(d)의 경우에도 앞서 같은 조항

42) Assembly of States Parties of the International Criminal Court, Working Group on Lessons Learnt: Second report of the Court to the Assembly of States Parties, ICC-ASP/12/37/Add.1, 31 October 2013, para. 34.

43) *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11.

44) *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on Prosecution Request for Admission of Prior Recorded Testimony, 19. August 2015, ICC-01/09-01/11, para. 144 이하.

45) *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on Prosecution Request for Admission of Prior Recorded Testimony, 19. August 2015, ICC-01/09-01/11, para. 41.

46) *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on Prosecution Request for Admission of Prior Recorded Testimony, 19. August 2015, ICC-01/09-01/11, para. 60, 81, 111 및 128.

(c)에서 언급한 사정 하에서 ‘신뢰성의 충분한 징표’가 인정된다고 보았다⁴⁷⁾. 이상과 같이 국제형사재판소(ICC)는 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항에 의해 인정되는 사전진술녹취서 등의 증거능력에 관한 요건을 완화해서 해석하거나 혹은 그 증명력을 판단하는 단계에서의 신중한 평가를 전제로 해서 그 증거능력을 유연하게 인정함으로써 전문법칙의 예외를 확장하고 있다. 이와 더불어, 특히 같은 조항(c)의 적용과 관련해서 피고인 측에 의한 반대신문을 거치지 않은 전문서류를 증거로 채용한 것은 「절차 및 증거에 관한 규칙」의 개정이 지향하고 있는 공판심리의 신속화를 도모한 것이라고 본다.

전문법칙은, 법관의 면전에서 진술되지 않고 반대신문의 기회가 부여되지 않은 진술의 증거능력을 제한함으로써 실체적 진실의 발견을 지향하는 직접주의와 피고인의 권리를 내실화하는 적법절차를 보장하기 위한 장치다. 다만, 피고인에게 불리한 증거는 법관의 면전에서 직접 진술되도록 하고 피고인에게 반대신문의 기회가 부여되도록 하는 것이 적법절차에 따른 공정한 재판을 받을 권리를 실현하는 여러 방법 가운데 하나인 점에서, 그러한 장치를 배제할 만한 부득이한 사유가 있는 경우에는 그 예외를 인정하는 것도 가능하다⁴⁸⁾. 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항은 실체법상의 정의(正義)를 배려하는 소정의 요건 하에 신속한 재판의 실현이라는 절차법상의 정의(正義)를 추구한 것이라고 평가할 수 있다. 그런데 그 예외의 범위가 지나치게 넓은 것은 아닌지에 대한 의문이 존재한다⁴⁹⁾. 즉, 「로마규정」 제69조 제2항은 증거채용에 관한 조치가 피고인의 권리를 침해하거나 이에 저촉되어서는 안 되는 점을 명시하고 있는데, 가령 피고인의 행위에 관련된 증거가 아니라고 해서 그와 공모한 자의 진술도 사전진술녹취서의 형태로 제출될 수 있고 그것에 대한 피고인의 반대신문을 요하지 않는 것은 「로마규정」이 예정하고 있는 피고인의 권리, 즉 적법절차에 따른 공정한 공개재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하는

47) *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on Prosecution Request for Admission of Prior Recorded Testimony, 19. August 2015, ICC-01/09-01/11, para. 65 이하, 85 이하, 115 이하 및 132 이하.

48) 헌법재판소결정 1998. 9. 30. 97헌바51 참조.

49) Michele Caianiello, ‘Law of Evidence at the International Criminal Court: Blending Accusatorial and Inquisitorial Models’, in: North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol.36 (2011), p.315.

것은 아닌지에 대한 검토가 필요하다고 본다⁵⁰⁾.

IV. 관할권의 행사와 침략범죄의 입증

1. 관할권 행사의 한계 및 절차의 불안정성

사법기관이 그 기능을 충분히 발휘하기 위해서는 외부로부터의 간섭을 피하고 그 독립성을 확보하는 것이 불가결하다. 국제형사재판소(ICC)의 독립성과 관련해서 종래 지적되어온 문제점은 UN 안전보장이사회와의 관계다. UN 안전보장이사회는 UN 헌장 제7장의 규정에 따라 평화에 대한 위협 등에 대한 조치를 결정하는 경우에 국제형사재판소(ICC)의 수사 내지 소추가 그것에 대한 방해가 되는 때에는 이를 정지하는 결정을 내릴 수 있다. 이는 UN의 평화유지기능을 중시하는 것으로서, UN 안전보장이사회의 결정을 국제형사재판소(ICC)의 기능보다 우선시하는 것인데, 동시에 국제형사재판소(ICC)의 관할권을 정치적 고려에 기해 행동하는 UN 안전보장이사회의 영향 하에 두는 것이기도 하다. 국제형사재판소(ICC)의 관할에 속하는 중대범죄의 대부분이 국제적 또는 국내적 분쟁과 관련이 있는 것이고, 이는 대체로 UN 안전보장이사회의 관심사항에 속하는 것인 점에서 보면, 그와 같은 규정은 국제형사재판소(ICC)의 관할권 행사를 사실상 제한하는 것이어서 그 독립성의 관점에서는 문제점이 지적된다.

국제형사재판소(ICC)의 관할권이 보충성의 원칙에 따라 국내 법원과의 관계에서 제약을 받는 것은 「로마규정」이 본래 의도하고 있는 바다. 그와는 달리 그 관할권이 「로마규정」의 비(非)체약국과의 관계에서 제약을 받는 점은 향후 해결되어야 할 과제다. 국제형사재판소(ICC)는 범죄지국 및 피의자의国籍국이 공히 비(非)체약국인 동시에 그 관할권 행사를 인정하지 않는 경우에는 관할권을 행사할 수 없다. 인도(人道)에 반한 죄가 국내적 분쟁에 수반하는 경우가 적지 않고 그 경우에는 대

50) Megan A. Fairlie, 'The Abiding Problem of Witness Statements in International Criminal Trials', in: NYU Journal of International law and Politics, Vol.50 (2017), p.105 이하 참조.

체로 범죄지국과 피의자의 국적국이 동일한데, 당해 국가가 비(非)체약국인 때에는 분쟁 후의 정권교체가 없는 한 국제형사재판소(ICC)의 관할권 행사에 동의할 가능성은 희박할 뿐더러 당해 국가의 법원에 의한 소추가 기대되기도 힘들다. 국제형사재판소(ICC)가 국제법체계상 정통성을 가지기 위해서는 국제사회의 대다수 국가가 그 지위를 인정하고 「로마규정」이 정하고 있는 의무를 성실히 준수하는 것이 전제되어야 한다. 그런데 UN 안전보장이사회의 주요 상임이사국과 아시아 및 아랍 지역의 상당수 국가가 「로마규정」에 가입하지 않고 있는 상황에서 국제형사재판소(ICC)가 분쟁지역 또는 분쟁에 큰 영향을 미치는 국가에 대해 그 관할권을 행사하는 데에는 지리적 측면에서나 인적(人的) 측면에서 현실적인 제약이 있다. 그동안의 형사소추가 아프리카 지역에 집중되고 있는 것이나 국제형사재판소(ICC)의 독립성 내지 중립성에 대해 종종 의문이 표명되고 있는 것도 그 관할권 행사의 현실적인 한계와 관련이 있다고 본다.

국제형사재판소(ICC)가 증거의 수집 등에 관해 행사하는 강제력은 체약국의 협력의무에 의존하는 것이다. 그런데 ‘바쉬르(Bashir) 사건⁵¹⁾’에서 체포장이 집행되지 않은 경우나 ‘케냐타(Kenyatta) 사건’에서 증거불충분으로 인해 기소가 취하된 경우와 같이, 체약국의 비협력이 소추에 중대한 영향을 미치고 있는 점이 지적된다. 게다가 「로마규정」에 따라 그와 같은 사태에 대응해야 할 UN 안전보장이사회나 체약국총회도 효과적인 대처를 행하고 있지는 않다. 나아가, 적정절차에 따른 공정한 재판을 해하는 증인매수 및 증인협박 등의 사법방해가 심각한 점도 지적된다. 그와 같은 행위가 증거의 신용성뿐만 아니라 증거의 개시(開示) 및 증인의 보호에도 큰 영향을 미치는 점은 말할 필요도 없다. 「로마규정」 제70조는 증거의 신용성을 확보하고 판결에 이르는 과정의 공정성을 유지하기 위해 ‘재판의 운영에 대한 죄(offences against the administration of justice)’로서 위증, 증인매수 및 증거위조 등의 행위를 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하도록 하고 있고 양자(兩者)의 병과도 가능하다. 그와 같은 죄는 공판단계뿐만 아니라 그 밖의 절차에서 범해진 경우도 포함하는 것으로 해석되며⁵²⁾, ‘뎀바(Bemba) 사건’에서는 피고인 및 그 변호

51) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09.

52) Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article, 1999, p.919.

인 등에게 증인매수 등의 죄에 관해 유죄판결이 선고된 바 있다⁵³⁾. 국제형사재판소(ICC)는 그와 같은 이른바 부수적 범죄⁵⁴⁾에 대해서도 관할권을 가지며(「로마규정」 제70조 제1항), 아울러 체약국에도 그와 같은 범죄가 그 영역 내에서 행해진 경우 및 자국민에 의해 행해진 경우를 처벌할 수 있도록 재판권 설정의 의무를 과하고 있다(「로마규정」 제70조 제4항)⁵⁵⁾. 그런데 국제형사재판소(ICC)의 대상이 되는 범죄의 대부분이 정치적 성격을 가지고 있는데다가 소추의 단계에서도 현지에서는 여전히 그것과 관련이 있는 분쟁이 계속되고 있는 경우가 적지 않은 점에서, 사법경찰관할을 가지지 않는 국제형사재판소(ICC)가 사법방해에 충분한 대응을 취하는 것은 곤란하다는 점이 지적된다⁵⁶⁾.

2. 침략행위의 인정과 침략범죄의 입증

「로마규정」 제5조가 규정하는 범죄에 대해 소추가 개시되는 방식에는 ㉠ 범죄의 혐의가 있다고 판단되는 사태의 당사국으로서의 체약국이 국제형사재판소(ICC) 검사에게 사건을 회부하는 방식, ㉡ 범죄의 혐의가 있다고 판단되는 사태에 관해 UN 헌장 제7장에 따른 결정에 근거해서 UN 안전보장이사회가 사건을 검사에게 회부하는 방식 및 ㉢ 범죄의 혐의가 있다고 판단되는 사태에 관해 검사가 독자적으로 수사에 착수하는 방식이 있다(「로마규정」 제13조). 캄팔라 합의에서는 ㉠ 및 ㉢의 방식에 관해 특별한 절차가 추가되었다. 즉, 소추관이 침략범죄에 대해 수사를 진행할 합리적 근거가 있다고 판단한 경우에는 우선 이를 UN 안전보장이사회에 통보해서 침략행위의 존부에 대한 결정을 확인하고 침략행위를 인정하는 결정에 따라 수

53) ICC, Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo et al, ICC-01/05-01/13-1989-Red, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 19 October 2016, para. 43.

54) 「로마규정」 제5조 내지 제8조가 규정하고 있는 이른바 중핵범죄(core-crimes)와는 성격을 달리하는 것으로서, 그들 범죄에 대한 재판의 적절한 운영에 수반하는 제도적 장치를 해하는 범죄라고 할 수 있다.

55) 그와 같은 행위는 대부분의 국가가 국내법상 처벌의 대상으로 하고 있는 것인 점에서, 보충성의 원칙에 따라, 체약국으로 하여금 재판권을 설정하도록 하고 있는 것이며, 이를 통해 국제형사재판소(ICC)는 그 고유의 관할범죄에 대한 소추 및 처벌에 전념할 수 있도록 하기 위한 것이다.

56) International Bar Association, Offences against the administration of justice and fair trial considerations before the International Criminal Court, 2017, p.25 이하.

사를 진행할 수 있다(「로마규정」 제15조의2 제6항 및 제7항). 또한, 통보가 행해진 때로부터 6개월 이내에 그러한 결정이 없는 경우에는, UN 안전보장이사회가 수사 또는 기소의 연기(「로마규정」 제16조)를 요청하고 있는 경우가 아닌 한에서는, 예심부(Pre-Trial Division)의 승인을 얻어 수사를 개시할 수 있다(「로마규정」 제15조의2 제8항)⁵⁷⁾. 그와 같이 침략범죄에 대한 국제형사재판소(ICC)의 관할권 행사에 관해서는 UN 안전보장이사회의 권한과의 관계가 문제된다.

UN 안전보장이사회는 UN 헌장 제39조에 따라 침략행위의 존부를 결정할 권한을 가지고 있다. 그 점과 관련해서 종래, 국제형사재판소(ICC)가 침략범죄에 대해 관할권을 행사하기 위해서는 반드시 UN 안전보장이사회의 인정이 필요하다고 보는 입장과, 그와는 달리, 국제형사재판소(ICC)의 독립성 등에 비추어 그 관할권의 행사에 관해 UN 안전보장이사회의 인정을 조건으로 할 것은 아니라고 보는 입장이 대립되었다. 캄팔라 합의에 따라 개정된 「로마규정」은 침략범죄에 대한 관할권의 행사에 관해 UN 안전보장이사회의 인정을 조건으로 하는 외에도 예심부의 승인을 조건으로 하고 있는 점에서 반드시 UN 안전보장이사회의 인정을 조건으로 하지는 않는다고 할 수 있다. 또한, 침략범죄와 관련이 있는 사건을 UN 안전보장이사회가 회부하는 경우에는 UN 안전보장이사회에 의한 침략행위의 인정이 그 전제로서 행해져야만 하는 것은 아닌 점에서(「로마규정」 제15조의3 제4항) 침략범죄에 대한 관할권의 행사와 침략행위의 인정이 별개의 절차로서 생각될 여지도 있는 것이다. 그렇더라도 침략범죄에 대한 관할권의 행사에 관해서는 UN 안전보장이사회의 인정을 조건으로 하거나 그 밖의 관할 범죄에 관해서는 통상은 이용되지 않는 예심부(Pre-Trial Division)의 승인을 조건으로 하고 있는 점에서 침략범죄에 대한 관할권의 행사는 그만큼 제한적인 것이다⁵⁸⁾. 그 점과 관련해서, UN 헌장에 의해 부여된, 국제사회의 평화와 안전에 관한 UN 안전보장이사회의 주요한 책임에 기초하는 침략행위의 인정이 정치적 고려에 의해 좌우되는 것은 아닌지가 문제된다⁵⁹⁾. 그와 같

57) 대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차, 2018, p.178 이하 참조.

58) 또한, 침략범죄의 경우에는, 그 밖의 관할 범죄의 경우(「로마규정」 제12조 참조)와는 달리, 비(非)계약국의 국민에 의하거나 비(非)계약국의 영역 내에서 행해진 것에 대해서는 관할권을 행사할 수 없다(「로마규정」 제15조의2 제5항).

59) 洪恵子, ‘国際刑事裁判所の新たな課題 - 侵略犯罪に関する公判について’, 法律時報. 90卷 10号

은 문제는 본질적으로는 침략범죄의 전제가 되는 침략행위의 개념적 외연에 관한 의문을 제기하는 것이며, 궁극적으로는 침략범죄에 대한 관할권 행사가 현실적으로 가능한 것인지에 대한 의문을 제기하는 것이라고 생각된다.

UN 안전보장이사회가 침략행위의 존재를 인정함으로써 사건이 재판에 회부된 경우에는 피고인 내지 변호인이 당해 사건의 행위가 침략에 해당되지 않는다고 주장하는 것이 현실적으로 의미를 가지는 것인지가 문제된다. UN 안전보장이사회에 의한 침략행위의 인정이 국제형사재판소(ICC)의 판단을 구속하는 것은 아니다(「로마규정」 제15조의2 제9항 및 제15조의3 제4항). 그런데 UN 헌장 제7장에 따른 결정이 법적 구속력을 가지지는 않더라도 사실상으로 국제형사재판소(ICC)의 절차 내지 판단에 아무런 영향도 미치지 않는다고 할 수는 없을 것이다. 즉, 피고인 내지 변호인이 가령 UN 안전보장이사회가 인정한 바가 사실관계와는 다르다고 입증하는 것이 사실상 극히 곤란하다는 것이다. 피고인 내지 변호인으로서 그 점을 다투기보다는 침략행위에 관해 개인으로서의 책임을 부정하는 것이 현실적이라고 할 수 있다⁶⁰⁾. 다른 한편, UN 안전보장이사회가 침략행위의 존부에 관해 결정을 내리지 않는 경우에(「로마규정」 제15조의2 제8항 참조) 예심부(Pre-Trial Division)는 검사가 제출한 수사허가요청서 및 증빙자료를 검토해서 수사를 진행시킬만한 합리적 근거가 있고 당해 사건에 대해 재판소의 관할권이 있다고 판단한 때에 수사의 개시를 허가하는데, 그 허가가 그 후에 예심부(Pre-Trial Division) 등이 행하는 관할권 및 수리허용성(재판적격성)에 대한 결정에 영향을 미치는 것은 아니다(「로마규정」 제15조 제4항). 즉, 예심재판이 예심부(Pre-Trial Division)에 속한 재판관 가운데 3인 또는 1인으로 구성되는 예심 재판부(Pre-Trial Chamber)에 의해 행해지는 것이지만(「로마규정」 제39조 제2항 참조) 예심부(Pre-Trial Division)가 침략행위의 존부를 결정하는 법적 권한을 가지고 있는 것은 아니며, 예심부(Pre-Trial Division)가 수사의 허가에 관해 제시한 견해가 그 후의 재판소 내지 재판부의 권한을 구속하는 것은 아니다. 따라서 관할권의 행사에 대한 예심부(Pre-Trial Division)의 승인에 따라 사건이 회부된 경우에는 피고인 내지 변호인으

(2018), p.27 참조.

60) 洪恵子, ‘国際刑事裁判所の新たな課題 - 侵略犯罪に関する公判について’, 法律時報. 90卷 10号 (2018), p.27.

로서는 침략행위 자체의 존부를 다투는 것이 충분히 현실적이라고 할 수 있다. 그런데 UN 안전보장이사회가 침략행위의 존재를 인정하지 않고 있는 상황에서 검사가 충분한 증거로써 침략범죄를 입증하는 것이 용이하지는 않을 것이다. 또한, UN 안전보장이사회가 침략행위의 존부에 관해 결정을 내리지 않고 있는 경우에는 피고인 내지 변호인에게 있어서는 침략행위의 존부에 관해 다룰 여지가 넓어지는데, 그와 같은 경우에는 침략범죄에 관한 개인의 형사책임을 묻는 재판이 국가의 행위인 침략행위의 존부를 다투는 데에 몰두하게 될 것이고, 피고인 내지 변호인으로서의 개인의 행위에 관한 입증과 더불어 국가의 행위에 관한 입증을 동시에 행해야 하는 점에서 불리한 것이 된다⁶¹⁾.

V. 맺음말 - 국제법과 형사법의 조화?

국제형사법은 국제법의 형사적 측면과 국내 형법의 국제적 측면의 융합으로 일컬어진다⁶²⁾. 그와 같은 관점에서 국제형사재판소(ICC)는 주권국가체계에 기초하는 수평적인 국제법 모델과 각 주권국가의 정치사회문화적 존재방식과 밀접한 관련을 가지는 수직적인 형사법 모델의 융합을 도모한 것이라고 할 수 있다. 그런데 과거의 국제형사법정을 포함해서 국제형사재판소(ICC)에서의 재판이 과연 진정한 의미에서의 융합에 성공하고 있는 것인지에 관해서는 의문이 제기되기도 한다. 즉, 각국의 독자적인 법체계 하에서 정치하게 발전되어온 죄형법정주의의 구체적인 내용 및 피고인의 권리에 관한 절차법적 장치 등에 관해 국제적인 평준화가 확립되어 있지 않은 상황이라면 국제형사재판은 국제법과 형사법의 융합이라기보다는 양자(兩者)의 모순을 드러내고 있는 것이다. 우선, 국제형사재판 자체에 내재하는 모순이다. 국제형사재판은 주권국가 간의 합의에 기초하면서도 그 강제력의 행사는 체약국에 의존하는 것이다. 지리적 보편성의 결여, 체약국의 의무불이행, 국가원수의 면책특권,

61) 洪恵子, ‘国際刑事裁判所の新たな課題 - 侵略犯罪に関する公判について’, 法律時報. 90卷 10号 (2018), p.27 이하.

62) Jordan Paust, International Criminal Law, 1996, p.3.

UN 안전보장이사회의 영향력 등은 국제형사재판소(ICC)가 그 중립성과 독립성을 유지하는 데에 사실상 장애가 되고 있다. 다음으로, 국제형사재판에 있어서의 국내법의 선별적 이식은 국제형사법체계의 확고한 기반이 없는 상태에서의 국제형사재판이라고 하는 모순을 드러낸다. 국내의 형법 내지 형법학이론에 의존하지 않고 국제법규범만으로 실체법을 해석하고 적용하는 것은 여전히 곤란할 뿐만 아니라, 무엇보다도 절차법 내지 증거규칙은 다양한 국내법체계를 혼합하고 있는 결과 증인신문 또는 증거채용 등에 관해 각 재판부가 상이한 방식을 취하는 현상도 나타나고 있으며, 적정절차와 신속한 재판을 어떻게 양립시킬 것인지에 관해서도 재판관들의 견해가 반드시 일치하지는 않는다⁶³⁾. 그와 같이 보면, 국제형사재판소(ICC)가 지향하는 국제형사재판의 보편성 내지 중립성은 현재로서는 한정된 것이라고 생각된다.

63) Claus Kress, 'The Procedural Law of the International Criminal Court in Outline: Anatomy of a Unique Compromise', in: Journal of International Criminal Justice, Vol.1 (2003), p.604 이하.

참고문헌

김기준, 국제형사법, 2017.

대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차, 2018.

박경규, 'ICTY 판례에 의해 확립된 JCE이론의 법적 성격', 서울法學, 제23권 제3호 (2016), pp.297~332

尾崎久仁子, '國際刑事裁判所の現在', 法律時報 90卷 10号 (2018), pp.9~15

洪恵子, '國際刑事裁判所の新たな課題 - 侵略犯罪に関する公判について', 法律時報 第90卷 第10号 (2018), pp.23~28.

Ambos, Kai, 'The Crime of Aggression After Kampala', in: German Yearbook of International Law, Vol.53 (2010), pp.463~509.

Bassiouni, M. Cherif, Introduction to International Criminal Law, 2003.

Boister, Neil & Robert Cryer (ed.), The Tokyo International Military Tribunal, 2008.

Caianiello, Michele, 'Law of Evidence at the International Criminal Court: Blending Accusatorial and Inquisitorial Models', in: North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol.36 (2011), pp.287~318.

Fairlie, Megan A., 'The Abiding Problem of Witness Statements in International Criminal Trials', in: NYU Journal of International Law and Politics, Vol.50 (2017), pp.75~158.

Finnin, Sarah & Tim McCornack, Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited, Tokyo's continuing relevance, 2011.

Glaser, Stefan, Introduction à l'étude du droit international pénal, 1954.

International Bar Association, Offences against the administration of justice and fair trial considerations before the International Criminal Court, 2017.

- Kreß, Claus, 'On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression', in: *Journal of International Criminal Justice*, Vol.16 (2018), pp.1~17,
- , 'The Procedural Law of the International Criminal Court in Outline: Anatomy of a Unique Compromise', in: *Journal of International Criminal Justice*, Vol.1 (2003), pp.603~617.
- & Leonie von Holtzendorff, 'The Kampala Compromise on the Crime of Aggression', in: *Journal of International Criminal Justice*, Vol.8 (2010), pp.1179~1217.
- May, Richard & Marieke Wierda, 'Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo The Hague, and Arusha', in: *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.37 (1999), pp.725~765.
- Ohlin, Jens David, 'Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise', in: *Journal of International Criminal Justice*, Vol.5 (2007), pp.69~90.
- , Elies van Sliedregt & Thomas Weigend, 'Assessing the Control-Theory', in: *Leiden Journal of International Law*, Vol.26 (2013), pp.725~746.
- Paust, Jordan, *International Criminal Law*, 1996.
- Roxin, Claus, 'Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate', in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, pp.193~207.
- , *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2006.
- Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 2nd ed., 2004.
- Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, 1999.
- & Kai Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd ed., 2016.
- Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, 2005.

Issues and Challenges Facing International Criminal Justice

Kim, Seong-gyu*

The International Criminal Court (ICC) is a permanent, international criminal court with the competence to exercise jurisdiction over those who have committed crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and crimes of aggression. Since its establishment in July of 2002, the ICC has made good strides forward in holding the perpetrators of such crimes accountable. The ICC, however, has faced many of the same problems early on, and faces many difficult challenges, particularly in relation to the cooperation of states and its independence. This article addresses some issues and challenges facing the ICC - in connection to the activation of the ICC's jurisdiction over the crime of aggression as of 17 July 2018 - from the perspective of: the principle of 'nullum crimen sine lege' (the principle of legality) (II.); the scope of hearsay rule and its exceptions (III.); and the exercise of universal jurisdiction (IV.).

The principle of 'nullum crimen sine lege', contained in Article 22 of the *Rome Statute of the ICC*, contributes to a foreseeable legal system as it stipulates that only actions which are prohibited by law can be deemed as criminal. The principle acknowledges that the person under investigation or the defendant is virtually in a weaker position in the criminal process and that the individual therefore has a need to be protected from a misuse of powers by the judiciary. Despite this fundamental importance, however, the principle is harder to apply and fulfil in international criminal law than in national criminal law since international criminal law often is more vague than national law.

The *Rules of Procedure and Evidence* of the ICC are silent on the exclusion

* Dr. jur., Professor at Hankuk University of Foreign Studies Law School in Seoul.

of hearsay evidence. The ICC may rule on the admissibility of any evidence by taking into account its probative value. Furthermore, the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the ICC adopted amendments to the *Rules of Procedure and Evidence* on November 28, 2013, which give Trial Chambers the discretion to admit unexamined, party-generated witness statements in lieu of live testimony. The amendment to Rule 68 facilitates the use of prior recorded testimony in trial, which serves purpose: To allow evidence before trial in order to reduce time in trial. Nonetheless, the use of this evidence undermines the right of confrontation and prevents judges from independently assessing witness credibility.

State cooperation is vital to the effective exercise of universal jurisdiction of the ICC. The dilemma of universal jurisdiction lies in the tension between law and politics in the pursuit of international criminal justice, for example in bringing prosecutions, extradition and other matters of trans-border cooperation. In order to become more efficient, some ground rules must be laid by the ICC and the parties of the Rome Statute to ensure the full support of the states. On the other hand, with regard to cases involving the crime of aggression, the relationship between the ICC and the UN Security Council generates discussion and criticism. Under the UN Charter, the Security Council has a key role to play in responding to acts of aggression; it can be argued that the Security Council could play something of an early warning function in the exercise of jurisdiction over this crime by the ICC.

❖ Keywords: International Criminal Justice, International Criminal Court (ICC), principle of ‘*nullum crimen sine lege*’, hearsay rule, crimes of aggression