

최근 UN 여성인권 논의 동향과 국제규범 정립 문제: 무력분쟁 시 자행된 성범죄 및 성차별범죄에 대한 국제형사규범 형성과 발전 중심으로*

이 혜 영**

1. 서론

무력분쟁 시 주로 여성에 대하여 자행되어온 조직적이고 광범위한 성폭행의 역사는 매우 길다. 20세기 이후 대표적인 예를 들면, 1937년 난징 침략 시 중국 여성들을 상대로 자행된 일본군의 집단 강간, 제2차 세계대전 중 유대인과 소비에트 여성들을 상대로 한 독일 나치군의 집단 강간과 한국 등 여성들을 성노예화하였던 일본군의 만행, 베트남 전쟁 중 베트남 여성들에 대한 미군의 집단 강간, 이라크의 쿠웨이트 침략 시 쿠웨이트 여성들에 대한 이라크군의 집단 강간, 하이티에서의 군사 쿠데타 중 여성들을 대상으로 발생한 군인들의 집단 강간, 르완다 내전 중 투치족 여성을 대상으로 자행된 후투족 남성들의 집단 강간과 후투족 난민들을 대상으로 벌어진 투치족 남성의 집단 강간, 구유고슬라비아 전쟁 중 특정 민족 집단을 상대로 한 무력 공격마다 동반되었던 집단 강간이 있다.¹⁾ 이렇듯 대부분의 무력분쟁 상황에서 살인이나 고문을 통한 국제범죄만큼이나 체계적이고 집단적인 성폭행은 만연하였는데, 강간 등 성범죄는 적군 점령지역의 국민들에게 공포를 주어 효과적으로 적군의 점령지를 정복하고 파괴할 수 있는 전쟁 무기 내지 수단으로 사용되어 왔다.²⁾ 그러나 전쟁 중 동반되는 살인이나 고문 등의 다른 범죄행위와는 달리, 전통적으로 성범죄는 전시 상황 중 통제되지 않은 남성 군인들이 성욕을 절제하지 못해 저지르는 개인적이고 부수적인 범죄로 취급되어 왔으며, 국제인도법

* 이 발표문은 2017 외교부 국립외교원 정책연구용역 워크숍 발표를 위한 미완성 초고이며, 이후 수정·보완될 예정입니다.

** 대법원 사법정책연구원 연구위원(법학박사)

1) Nicole Eva Erb, "Gender-Based Crimes under the Draft Statute for the Permanent International Criminal Court", 29 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 401, 401-402 (1998).

2) Sarah Schwartz, "Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law", 40 U.N.S.W.L.J. 57, 60 (2017).

이나 인권법, 형사법의 규범 발전 과정에서 다른 범죄행위에 비해 충분히 주목을 받지 못하였다.³⁾ 여성인권 신장과 관련한 국제규범의 정립의 관점에서 이 문제가 본격적으로 다뤄진 것은 상대적으로 최근이며, 따라서 지난 15~20여 년간 해당 영역에서의 국제 규범의 발전 양상은 특기할 만하다.

성범죄가 국제형사규범 정립의 측면에서 본격적으로 다뤄지기 시작한 것은 1990년 이후이다. 1990년에 들어서서 구유고슬라비아와 아프리카 각지에서 벌어진 집단 강간의 피해 규모와 심각성은 국제사회에 큰 충격을 안겨다 주었고, UN이 설립한 구유고슬라비아국제형사재판소(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 이하 'ICTY'라 한다)와 르완다국제형사재판소(International Criminal Tribunal for Rwanda, 이하 'ICTR'이라 한다)가 강간 등 성폭행을 재판소가 다루는 주요 범죄로 다룸에 따라 국제형사법에서 해당 분야의 법리적 발전이 급진적으로 이루어졌다. 이를 계기로 2000년 UN안전보장이사회(이하 'UNSC'라 한다)가 역사상 처음으로 평화와 안보 영역에서 여성을 보호하고 여성의 참여를 보장할 것을 결의한 결의 1325호를 채택하였고,⁴⁾ 이후 연이은 추가 결의들과 UN 주도적 노력에 의해서 무력분쟁 시 자행된 성범죄 및 성차별범죄의 책임자 처벌을 촉구하는 국제적인 운동이 전개되어 왔다.⁵⁾ 이러한 배경 하에 1998년 채택된 상설국제형사재판소(International Criminal Court, 이하 'ICC'라 한다)의 로마규정(Rome Statute)은 역사상 선례가 없다고 평가받을 정도로 광범위한 성범죄 및 성차별범죄를 포함시켰는데, 이는 강간, 성노예, 강제 매춘, 강제 임신, 강제 불임, 이에 상당하는 기타 중대한 성폭력, 출산을 막기 위해 의도된 방법에 의한 집단살해, 성차별적 박해 등을 포괄한다.⁶⁾ 또한, 수사, 기소, 재판 전 과정에 걸쳐 여성 및 성범죄 전문가의 참여를 보장하였고,⁷⁾ 규정 전반에 걸쳐 성인지적 관점(gender perspective)에 근거한 접근의 중요성을 강조하였다.⁸⁾ 이러한 규범적 발전은 소추기관의 수사 및 기소 관행의 변화도 야기하였다. 대표적인 예로 2014년 ICC 소추관(Prosecutor)은 '성범죄 및 성차별범죄에 관한 정책보고서(Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes)'를 발표하였고, 성범죄 및 성차별범죄에 대한 수사과정에서의 효율성을 향상시키기 위하여 적극적으로 노력하고 있

3) Sarah Schwartz, "Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law", 40 U.N.S.W.L.J. 57, 57, 60 (2017).

4) UN Security Council, "Security Council Resolution 1325 [on women and peace and security]", 31 October 2000, S/RES/1325 (2000. 10. 31.) 참조. 한편 우리정부는 2014년 '여성, 평화와 안보에 관한 UN안보리 결의 1325 이행을 위한 대한민국 국가행동계획'을 발표하여, 무력분쟁이 여성에게 미치는 차별적이고 불균형적인 영향을 인정하고, 분쟁예방과 해결, 그 이후 평화구축의 전 과정에서 여성의 참여를 촉구하였다.

5) UN Women, "Global Norms and Standards: Peace and Security", <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/peace-and-security/global-norms-and-standards> (2017. 11. 29. 확인).

6) Rome Statute of the International Criminal Court, arts. 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii), and 8(2)(e)(vi), 17 July 1998, 2187 U.N.T.S. 90 [hereinafter Rome Statute].

7) Rome Statute, arts. 36(8)(a)(iii), 42(9), 43(6), and 44(2).

8) Rome Statute, art. 21(3).

다.⁹⁾ 또한 2016년, 재판소는 *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* 사건(이하 ‘Bemba 사건’이라 한다)에서 ICC 역사상 처음으로 강간에 기초한 인도에 반한 죄, 전쟁범죄로 유죄판결을 선고하였는데, 해당 판결문의 법리적 해석은 이 영역의 규범적 발전을 반영하고 있어서 주목할 만한 가치가 크다.

이 용역보고서는 지난 15-20년간 무력분쟁 시 자행된 성범죄 및 성차별범죄의 책임자 처벌을 위한 국제형사규범의 발전 양상을 조망함으로써 해당 영역에서의 여성인권에 관한 국제규범 형성 과정을 검토하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 먼저 무력분쟁 시 자행된 성범죄 및 성차별범죄의 처벌에 관한 UN 안팎의 규범적 발전의 역사적 배경을 살펴본다(2장). 규범의 형성 및 발전은 크게 국제형사법 영역에서의 발전 과정과(2장-가), UN이 주도하여 규범의 형성과 발전을 이루어 낸 정치적 과정(2장-나)이 병행하였기 때문에 이를 함께 살펴본다. 다음으로 ICC에서의 실행을 살펴봄으로써 오늘날 규범의 현 주소를 살펴본다(3장). 구체적으로, ICC 로마규정 채택에 따른 성범죄 및 성차별범죄에 대한 입법적 발전(3장-가), 소추관의 수사 및 기소 단계에서의 실무 관행 및 정책의 발전(3장-나), 판례에 의한 법리적 발전(3장-다)을 구체적인 예와 함께 검토한다. 마지막으로, 이러한 규범적 발전에 대한 필자의 평가를 간략히 제시하면서 글을 맺고자 한다(III).

2. 역사적 배경: 무력분쟁 시 자행된 성범죄 및 성차별범죄의 처벌에 관한 UN 안팎의 규범적 발전

가. 국제형사법 메커니즘에 의한 발전

전쟁과 같은 대규모 무력분쟁 상황에서 발생하는 체계적이며 광범위한 집단적 성범죄는 역사를 걸쳐 항상 존재해 왔음에도 불구하고, 제2차세계대전 전까지만 해도 성범죄는 무력분쟁 중 자행된 살인, 고문, 박해 등의 범죄와 다르게 취급받아 왔다. 즉 전시 자행된 성범죄는 전쟁의 어쩔 수 없는 부산물 내지 부작용으로써 통제되지 않는 병사들이 정욕을 이기지 못해 저지른 개인적인 문제로 간주되어 왔다. 국제인도법에서 가장 중요한 법문 중 하나로 여겨지는 ‘1907년 육전 법규 및 관습법에 관한 헤이그 협약(Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land)’도 강간이나 성폭력 행위를 통한 육전 법규 및 관습법 위반으로 명시적으로 규율하지 않았다. 물론 동 협약 제46조가 “가정의 명예 및 권리(family honour and rights)”가 지켜져야 할 것을 요구하고 있고 이를 성폭력 행위를 포함하는 것으로 해석할 수 없는 것은 아니지만, 그러한 광의의 해석

9) ICC Office of the Prosecutor, “Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes” (2014. 6.), available at <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes-June-2014.pdf>.

은 실제 실행으로 받아들여지지 않았다.¹⁰⁾

국제 재판소에서 성범죄가 다뤄지기 시작한 것은 제2차세계대전 이후부터이지만, 당시에조차 여전히 살인이나 다른 국제형사범죄를 구성하는 행위에 비해 성범죄는 큰 주목을 받지 못했다. 제2차세계대전 중 독일 나치군이 자행한 체계적이고 집단적인 성범죄에 관한 증거가 만연하였음에도 불구하고,¹¹⁾ 국제형사재판소의 모태로 여겨지는 뉘른베르그재판소 현장은 강간을 전쟁범죄나 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 범죄행위로 명시하지 않았고, 강간이나 기타 성범죄를 근거로 재판소에 기소된 자도 없었다.¹²⁾ 도쿄재판소는 현장으로 반인도범죄를 구성할 수 있는 행위로 강간을 명시하지는 않았지만,¹³⁾ 전쟁범죄(a violation of recognized customs and convention of war)를 구성할 수 있는 행위로 강간을 살인, 약탈, 고문 등과 함께 인정하였고,¹⁴⁾ 몇몇의 일본공직자들은 1937년 난징에서의 집단 강간과 관련하여 유죄판결을 받기도 하였다.¹⁵⁾ 그러나 여전히 도쿄재판소에서도 강간은 재판소의 주요 관심사는 아니었기에 전쟁범죄를 구성하는 살인 등의 다른 범죄에 비해 부수적으로 다뤄졌으며, 일본군에 의해 자행된 많은 성범죄 행위가 기소되지도 처벌되지도 않은 채 역사 속으로 사라졌다. 단적인 예로, 도쿄재판소는 ‘중군위안부(comfort women)’이라 불리는 점령지 여성들을 대상을 성노예한 행위에 대한 증거를 아예 다루지 않았다.¹⁶⁾

10) Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land (1907 Hague Convention IV) and Annexed Regulations, art. 46, Oct. 18, 1907, 26 Stat. 2277.

11) Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women and Rape* (Penguin Books, 1976), 49-51면; Kelly Dawn Askin, *War Crimes against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals* (Martinus Nijhoff, 1997) 53-4면.

12) Charter of the International Military Tribunal, art. 6, Aug. 8, 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279 [hereinafter Nuremberg Charter]. 그러나 뉘른베르그재판소현장에서 인도에반한죄를 구성할 수 있는 행위로 “or other inhumane acts”를 포함하고 있어 이것이 강간을 포괄한다는 해석을 할 수 있다. 또한, 뉘른베르그재판소에 명시적으로 강간을 독립범죄로 하여 기소되고 처벌된 자는 없었지만, 재판소는 강간 및 성폭력에 대한 증거를 다른 범죄에 포괄되는 행위로서 다루었고 판단했다[Dianne Luping, “Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court”, 17 Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L. 431, 440-443 (2009)]. 또한 연합군의 점령지에서의 군사재판을 위해 채택된 Control Council Law No. 10은 강간(rape)을 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 행위로 명시함으로써 이후 ICTR 현장이 참고할 수 있는 선례가 되었다[Nicole Eva Erb, “Gender-Based Crimes under the Draft Statute for the Permanent International Criminal Court”, 29 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 401, 409-410 (1998)].

13) Charter of the International Military Tribunal for the Far East, art. V(c), Jan. 19, 1946, amended Apr. 26, 1946, T.I.A.S. No. 1589 [hereinafter Tokyo Charter].

14) 1 The Tokyo War Crimes Trial-Indictment (R. John Pritchard & Sonia Magbanna Zaide eds., 1981).

15) John A. Appleman, *Military Tribunals and International Crimes* (1971), 259면 참조, Nicole Eva Erb, “Gender-Based Crimes under the Draft Statute for the Permanent International Criminal Court”, 29 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 401, 410 (1998)에서 재인용; Dianne Luping, “Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court”, 17 Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L. 431, 437-438 (2009).

16) Dianne Luping, “Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court”, 17 Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L. 431, 439 (2009).

제2차세계대전 이후 1949년 채택된 제4제네바협약은 무력분쟁 중 여성이 보호되어야 함을 인지하기는 하였으나, 강간 등 성범죄를 여성의 ‘명예(honor)에 대한 공격’이라 프레임함으로써 여성의 인간으로써 존엄성이 성행위에 의해 결정된다는 잘못된 인지적 오류를 범하였고, 강간을 보편적 관할권의 대상이 되는 중대한 위반 grave breach)을 구성하는 행위로 명시하지 않음으로써 전시 성범죄의 심각성을 외면했다.¹⁷⁾

이렇듯 무언의 용인의 영역으로 경시되거나 처벌을 할 경우에도 다른 핵심 범죄에 비해 부수적인 범죄로 여겨졌던 전시 성범죄의 심각성에 대한 인식이 큰 전환기를 맞은 것은 1990년 이후의 일이었다. 1990년대 초 구유고슬라비아와 르완다를 비롯한 아프리카 국가들에서 발생한 조직적이고 광범위한 강간과 성범죄는 여론을 통해 국제사회에서 널리 알려져 국제여론을 환기시켰다.¹⁸⁾ 국제적으로 알려진 전시 강간의 실상은, 전시 자행된 성범죄가 통제되지 않은 병사들이 성욕을 주체하지 못해 저지르는 개인적인 범죄로써 전쟁에 따르는 부산물 정도로 여겨왔던 기존의 관념에 큰 도전을 주었다. 보스니아 사태 동안 보스니아에는 여성들을 억류해 놓고 강간을 저지르기 위한 강간캠프가 19군데나 존재했는데 1992년 한 해 동안만 6만 명에 달하는 여성들이 피해자가 되었으며, 코소보 전쟁 중 세르비아군은 코소보로부터 알바니아계 주민들을 쫓아내기 위한 전략으로써 집단 강간을 사용했고, 르완다 대학살 시 후투족 지도부는 투치족 여성이 후투족 남성을 열등하게 생각한다는 프로파간다를 펼침으로써 후투족 남성들이 민족적 우월성을 증명하기 위하여 투치족 여성들을 집단 강간하도록 조장하였다.¹⁹⁾ 라이베리아에서 지속된 14년의 내전 기간 동안 전체 여성 중 40%가 집단 강간이나 성노예의 희생자가 되었고 2006년 통계에 의하면 13세 미만의 소녀 5명 중 4명이 임신 중이거나 아이를 출산하였다.²⁰⁾ 이러한 예들은 전시 성범죄는 단지 남성군인들의 절제되지 못한 개별적 성욕의 문제가 아니며, 살인이나 공격과 마찬가지로 적군 지역에 효과적으로 공포심을 주어 점령을 용이하게 하고 민족정체성을 훼손시키고 말살시키기

17) Sarah Schwartz, "Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law", 40 U.N.S.W.L.J. 57, 59-60 (2017); Nicole Eva Erb, "Gender-Based Crimes under the Draft Statute for the Permanent International Criminal Court", 29 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 401, 410-416 (1998); International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention), art. 27, 12 August 1949, 75 UNTS 287["Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault."].

18) 강윤희, "제2장: 여성, 평화, 안보의 국제규범 형성과 확산 - 유엔 안전보장이사회 결의안 1325호를 중심으로", 세계정치 제19권 (2013), 63-66["1990년대에 아프리카 지역은 9개의 전쟁 및 여러 경우의 대규모 무력분쟁을 겪었다. 라이베리아(1차 내전: 1989~1996년, 2차 내전: 1999~2003년), 르완다(내전 1990~1993년, 대학살 1994년), 시에라리온(1991~2002년), 콩고(1차 내전: 1996~1997년, 2차 내전: 1998~2003년), 부룬디(1993~1999년) 내전 시 심각한 수준의 성범죄가 동반되었다."].

19) 강윤희, "제2장: 여성, 평화, 안보의 국제규범 형성과 확산 - 유엔 안전보장이사회 결의안 1325호를 중심으로", 세계정치 제19권 (2013), 64-65.

20) 강윤희, "제2장: 여성, 평화, 안보의 국제규범 형성과 확산 - 유엔 안전보장이사회 결의안 1325호를 중심으로", 세계정치 제19권 (2013), 66.

위해 조직적이며 집단적으로 사용되는 전쟁 무기이자 수단임을 여실히 보여주었다.

이러한 전시 성범죄의 심각성에 대한 1990년대의 국제여론의 변화는 당시 유엔 및 국제NGO들에 의해 주도되어오던 국제여성운동과 맞물려 전기를 맞이하였다. UNSC는 1993년 구유고슬라비아 전쟁 기간 동안 자행된 국제형사범죄의 처벌을 위해 구유고슬라비아국제형사재판소(ICTY) 설립을 결의하였고,²¹⁾ 1993년 채택한 ICTY 헌장 제5조는 인도에 반한 죄를 구성하는 행위로 강간(rape)을 명시하였다.²²⁾ 그러나 여전히 ICTY 헌장은 강간을 전쟁범죄를 구성할 수 있는 범죄로 명시하지는 않았다.²³⁾ 1994년 UNSC 결의로 설립된 르완다국제형사재판소(ICTR) 헌장은 강간을 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 행위로 명시하였을 뿐만 아니라, 이에 더하여 1949년 제네바 협약의 공통3조 위반을 구성할 수 있는 범죄인 ‘개인의 존엄성에 대한 잔학행위(outrages to personal dignity)’의 예로 강간과 강제매춘, 기타 성추행을 명시하였다.²⁴⁾

ICTY/ICTR은 설립 이래 전시 성범죄에 대한 불처벌의 관행을 종식시키는 것을 재판소의 주요 목적 중 하나로 삼았으며, 실제 수많은 판결로 이 영역에서의 법리 발달에 크게 기여하였다.²⁵⁾ 그러나 ICTY/ICTR의 성범죄 처벌에 대한 성과에 대해서 여전히 한계를 지적하는 의견도 있는데, 이에 따르면 ICTY에서 기소된 성범죄가 실제 유죄판결을 받은 비율은 51%였고, ICTR의 경우에는 더 낮아서 25%에 불과했는데, 이는 전체 피고인의 기소 대비 유죄판결 비율인 67%보다 훨씬 낮은 것이어서, 여전히 성범죄에 대해서는 유죄판결 비율이 낮음이 지적되었다.²⁶⁾

ICTY/ICTR의 성과에 대한 상반된 평가에도 불구하고, 이 재판소들이 무력분쟁 중 성범죄의 구성요건에 관한 법리 발전에 지대한 영향을 끼쳤음은 부인할 수 없

21) The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, S.C. Res. 808, U.N. SCOR, 48th Sess., 3175th mtg., U.N. Doc. 5/INF/49 (1984).

22) Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, art. 5, S.C. Res. 827, U.N. SCOR, 48th Sess., 3217th mtg., U.N. Doc. S/RES/827 (1993) [hereinafter ICTY Statute].

23) ICTY Statute, arts. 2 and 3 참조.

24) Statute of the International Tribunal for Rwanda, arts. 3(g) and 4(e), Nov. 8, 1994, 33 I.L.M. 1598 [hereinafter ICTR Statute].

25) United Nations International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, “Achievements”, <http://www.icty.org/en/about/tribunal/achievements> (2017. 11. 29. 확인); United Nations Mechanisms for International Criminal Tribunal, “A Compendium on the Legacy of the ICTR and the Development of International Law”, <http://unictr.unmict.org/en/compendium-legacy-ict-and-development-international-law> (2017. 11. 29. 확인); 법리 발전에 기여한 대표 판례에 대한 설명은 Clay Anthony, “In the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo: Cementing Sexual Violence and Command Responsibility within International Criminal Law”, 25 Tul. J. Int’l & Compl L. 403, 408-410 (2017) 참조.

26) Sarah Schwartz, “Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law”, 40 U.N.S.W.L.J. 57, 57-58 (2017).

다. 이러한 선례를 바탕으로 1998년 채택되어 2002년 발효한 ICC 로마규정은 역사상 가장 광범위하게 성범죄 및 성차별범죄가 국제형사범죄를 구성하는 주요 행위로 명시하고 있을 뿐만 아니라 규정 전반에 걸쳐 성인지적 관점(gender perspective)의 중요성을 강조하였다. 국제형사재판소의 실행을 통한 오늘날 규범의 현 주소는 이 글의 제3장에서 살펴본다.

나. UN 주도적 규범 형성 노력에 의한 발전

국제형사법 메커니즘에 의한 법리의 발전과 병행하여서, UN 안팎으로 안보와 평화의 영역에서 여성을 상대로 한 성폭력으로부터 여성을 보호하고, 여성이 안보와 평화의 전 영역에 참여해야 함을 강조하는 규범이 형성되고 발전하기 시작하였다. 다음은 1990년대부터 현재에 이르기까지 UN이 주도하여 이루어낸 해당 영역의 규범적 발전 중 특기할만한 것을 살펴본다.

베이징 세계 여성회의(Fourth World Conference on Women) (1995년). ICTR이 설립된 지 얼마 지나지 않은 1995년, UN 여성지위위원회(Commission on the Status of Women, 이하 ‘UNCSW’라 한다)는 베이징 세계여성회의를 성공적으로 개최하였는데, 동 회의는 특별히 무력분쟁 상황에서 여성의 취약성과 여성을 주 대상으로 한 성폭력 범죄가 전쟁 수단으로 사용됨을 확인하였다. 이 회의에서 채택된 행동강령(platform for action)에서 ‘여성과 무력분쟁(women and armed conflict)’은 주요 행동 영역 중 하나였는데, 여기서 전시 강간 등이 전쟁범죄, 인도에 반한 죄, 집단살해를 구성할 수 있음을 확인하며 가해자 처벌과 범죄 예방의 중요성을 강조함으로써 이에 대한 국제사회의 관심을 촉구하였다.²⁷⁾ 이는 평화, 안보와 개발의 영역에서 여성의 안전과 참여의 중요성을 강조한 첫 국제적 합의였다는데 그 의의가 크다.²⁸⁾

UNSC 결의 1326호(2000). 국제적으로 여성에 대한 폭력을 근절시키기 위한 여성인권운동이 급진적으로 전개됨에 따라, 2000년 UNSC는 역사상 처음으로 여성, 평화, 안보에 관한 결의 1325호를 채택하였다. 2000년 10월 31일 UNSC는 만장일치로 여성, 평화, 안보에 관한 결의 1325호를 채택하였다.²⁹⁾ 해당 결의는 UNSC가 무력분쟁과 평화구축, 안보의 영역에서 여성을 고려한 최초의 결의라는 점에서 그 중요성이 크며, 이후 UN 전 기관적 차원에서 무력충돌 시 주로 여성을 상대로

27) UN Women, “The United Nations Fourth World Conference on Women”, <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/armed.htm> (2017. 11. 29. 확인).

28) UN Women, “Global Norms and Standards: Peace and Security”, <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/peace-and-security/global-norms-and-standards> (2017. 11. 29. 확인).

29) UN Security Council, Security Council Resolution 1325 (2000) [on women and peace and security] 31 October 2000, S/RES/1325 (2000), available at <http://undocs.org/en/S/RES/1325%282000%29>; 이 결의의 규범적 함의와 이에 따른 국가행동계획 수립 관련 국외 사례 및 이행방안에 관한 연구는 한국여성정책연구원, “유엔 안보리결의 1325호 국가행동계획 수립 관련 국외사례 및 이행방안 연구” 여성가족부 (2013. 12.) 참조.

자행되는 성폭력을 근절하기 위한 실천적 노력을 전개하게 하는 시발점이 되었다. 해당 결의는 무력분쟁의 모든 당사자들이 국제법을 준수하여 여성과 여아의 권리를 보호할 것을 촉구하였으며 특별히 여성이 성폭력의 대상이 되지 않도록 노력할 것을 당부하였다.³⁰⁾ 관련해서 국제형사재판소 로마규정의 중요성을 강조하면서, 집단살해와 인도에 반한 죄, 전쟁범죄를 구성하는 성폭력범죄에 대한 불처벌의 관행을 종식되어야 한다고 강조하였다.³¹⁾ 뿐만 아니라, 여성을 무력분쟁의 피해자로서 보호의 대상으로만 보지 않고, 여성이 무력분쟁의 예방, 무력분쟁 과정, 평화 협상 및 구축의 전 과정에 걸쳐 능동적 행위자로 참여하도록 해야 함을 강조하였다. 이를 시작으로 이후 UNSC는 계속해서 후속 결의들을 채택함으로써,³²⁾ 무력충돌과 평화재건 과정에서 여성의 보호 및 참여를 위한 규범을 구체화시켜 나갔다.

UNSC 결의 1820호(2008). 2008년 채택된 UNSC 결의 1820호는 공식적으로 성폭력이 민간인을 공격하기 위한 전쟁 수단으로 사용될 수 있고, 민간인을 상대로 한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로 사용될 수 있음을 확인한 첫 결의였다.³³⁾ 나아가서 가해자들의 행위가 전쟁범죄나 인도에 반한 죄, 집단살해를 구성할 경우 UN 회원국들은 이를 소추하고 처벌할 의무가 있음을 강조하였고, UN 사무총장에게 UN평화유지군 내에서 성폭력에 대해서 훈련, 교육시킬 것과, 전시 성폭력 예방 및 처벌을 위하여 기타 UN 차원의 예방과 보호조치를 계속해 나갈 것을 촉구하였다.³⁴⁾

UNSG ‘UNiTE to End Violence against Women’ 출범(2008). 이러한 배경에 따라, 2008년 당시 UN 반기문 사무총장은 전 세계에서 여성 및 여아를 대상으로 자행되고 있는 모든 종류의 폭행을 예방하고 근절시키기 위한 대중의식을 고양시키고 정책적 의지와 자원을 모으기 위한 목적으로, ‘UNiTE to End Violence against Women’ 캠페인을 출범시켰다.³⁵⁾ 이 캠페인의 주요 목표 중 하나는 분쟁 중 자행되는 성폭력에 대응하고 전쟁 전술로써 사용되는 강간으로부터 여성과 여아를 보호하며 관련 법정책이 온전하게 집행될 수 있도록 체계적인 노력을 하는

30) UN Security Council, UN Security Council Resolution 1325 (2000) [on women and peace and security], paras 9–10, 31 October 2000, S/RES/1325 (2000).

31) UN Security Council, UN Security Council Resolution 1325 (2000) [on women and peace and security], para 11, 31 October 2000, S/RES/1325 (2000)[“11. Emphasizes the responsibility of all States to put an end to impunity and to prosecute those responsible for genocide, crimes against humanity, and war crimes including those relating to sexual and other violence against women and girls, and in this regard stresses the need to exclude these crimes, where feasible from amnesty provisions.”].

32) UN Women, “Global Norms and Standards: Peace and Security”, <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/peace-and-security/global-norms-and-standards> (2017. 11. 29. 확인).

33) UN Women, “Global Norms and Standards: Peace and Security”, <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/peace-and-security/global-norms-and-standards> (2017. 11. 29. 확인).

34) UN Security Council, UN Security Council Resolution 1820 (2008) [on acts of sexual violence against civilians in armed conflicts], 19 June 2008, S/RES/1820 (2008), available at <http://www.refworld.org/docid/485bbca72.html>.

35) United Nations Secretary-Generals’ Campaign UNiTe to End violence against Women, “About UNiTE”, <http://endviolence.un.org/about.shtml> (2017. 11. 29. 확인).

것이었고, 무력분쟁 중 성폭력 근절을 UN의 주요 정책 중 하나로 삼고 UN 전기 관적 차원에서 이를 위해 실천적 노력을 전개하기 시작하였다.³⁶⁾

UNSC 결의 1888호(2009. 9.). 이듬해인 2009. 9. 30. UNSC는 결의 1888호를 추가로 채택하였는데, 이는 결의 제1820호가 요구한 실천 사항을 보완하고 공고히 하기 위하여 채택된 것이었다.³⁷⁾ 즉 유엔 차원에서, 그리고 각 국가 수준에서의 포괄적이고 체계적인 대응을 촉구하였는데, 전시 성범죄 문제 근절을 다루기 위한 지도자를 세우고 전문가를 임명하고 이해관계자 간의 협력을 강화하여 유엔과 개별 국가들이 전시 성폭력 사태가 근절되도록 실효적이고 구체적인 조치를 취할 것을 촉구하였다.³⁸⁾

UNSC 결의 1889호(2009. 10.). UNSC는 2009. 10. 5. 연이어 결의 제1889호를 채택하였다. 이는 결의 1325호 채택 10주년을 맞이하면서 결의 1325호의 이행 정도를 검토하고 실행을 위한 구체적인 조치를 제시하기 위하여 채택된 것이었다.³⁹⁾ 이를 통해 UNSC는 분쟁의 예방, 해결, 평화재건의 모든 과정에서 여성이 여전히 충분히 대변되지 못하고 있음에 깊은 우려를 표하면서 여성참여의 중요성을 강조하였고, 분쟁 중 성범죄에 대한 처벌의 중요성을 다시금 강조하였다.⁴⁰⁾ 특히 유엔 차원에서 사무총장에게 분쟁 중 성폭력에 책임 있는 당사자들에게 대한 상세한 보고서를 제출하도록 요구하였으며, 성폭력 관련 정보를 UNSC 제재위원회와 공유하도록 하였고, 이에 대한 모니터링, 분석, 보고시스템을 만들도록 요구하였다.⁴¹⁾ 또한 UN 각 부처와 ‘분쟁 시 성폭력에 반대하는 UN행동’을 구성하는 기구들이 분쟁 중 성폭력 관련 업무를 담당하는 사무총장 특별대표의 활동을 지속적으로 지원하도록 독려하였고, 특별 대표는 이전 결의 제1888호에 따라 성폭력에 관한 브리핑을 지속적으로 제공하도록, 그리고 사무총장에게는 이전 결의 제1820호와 제1888호 이행에 관한 연례보고서를 지속적으로 UNSC에게 제출하도록 요구하였다. UN 회원국에게는 보다 많은 여성 인력을 UN 평화유지활동에 배치하고 전시 성폭력에 관한 교육을 제공하도록 재차 독려하였다.⁴²⁾

36) United Nations Secretary-Generals' Campaign UNiTe to End violence against Women, "About UNiTe", <http://endviolence.un.org/about.shtml> (2017. 11. 29. 확인).

37) UN Women, "Global Norms and Standards: Peace and Security", <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/peace-and-security/global-norms-and-standards> (2017. 11. 29. 확인).

38) UN Security Council, Security Council resolution 1888 (2009) [on acts of sexual violence against civilians in armed conflicts], 30 September 2009, S/RES/1888 (2009), *available at* <http://www.refworld.org/docid/4ac9aa152.html>.

39) UN Security Council, Security Council resolution 1889 (2009) [on women and peace and security], 5 October 2009, S/RES/1889 (2009), *available at* <http://www.refworld.org/docid/4acdd8512.html>.

40) UN Security Council, Security Council resolution 1889 (2009) [on women and peace and security], paras 1-3, 5 October 2009, S/RES/1889 (2009), *available at* <http://www.refworld.org/docid/4acdd8512.html>.

41) 강윤희, "제2장: 여성, 평화, 안보의 국제규범 형성과 확산 - 유엔 안전보장이사회 결의안 1325호를 중심으로", 세계정치 제19권 (2013), 77.

42) 강윤희, "제2장: 여성, 평화, 안보의 국제규범 형성과 확산 - 유엔 안전보장이사회 결의안 1325호를 중심으로", 세계정치 제19권 (2013), 78.

UNSG 결의 1960호(2010). 2010년, UNSC는 결의 제1960호를 채택하여 분쟁 중 성폭력을 근절하기 위한 책임규명 시스템을 제시하였다.⁴³⁾ 구체적으로, 전시 성폭력에 책임 있는 것으로 의심되는 분쟁 당사자와 가해자의 리스트를 요구했으며, 발생한 범죄에 대한 전략적이고 체계적이며 즉각적인 정보를 수집하여 UNSC에게 보고하도록 하였고, 개별 국가들에게도 전시 성폭력 범죄에 대응하고 예방하기 위한 구체적인 실천을 하도록 촉구하였다.⁴⁴⁾

UNSG 결의 2106호(2013. 6.) & UNSC 결의 2122호(2013. 10.). 이후 UNSC는 2013년 6월에 채택한 결의 2106호와⁴⁵⁾ 같은 해 10월에 채택한 결의 2122호를 통해서,⁴⁶⁾ UN 차원에서는 보다 더 강력하고 구체적인 대응 방안을, 개별국가에게는 해당 이슈에 대해 더 많은 참여와 책임분담을 촉구하였다.⁴⁷⁾

Declaration of Commitment to End Sexual Violence in Conflict(2013). 2013. 9. 24. UN 총회 회기 동안 ‘분쟁 중 성범죄 종식을 위한 헌신의 선언’이 영국 전 외교부 장관 Willian Hague와 분쟁 중 성폭력에 관한 UN 특별 대사인 Zainab Banguru에 의해 제시되었고, 당시 122개의 회원국이 동 선언에 서명하였다. 이 선언은 성폭행이 전쟁 무기로 사용되는 것을 근절하기 위해 실효적이고 정치적인 헌신을 촉구하는 내용을 포함하고 있었다.⁴⁸⁾

Global Summit to End Sexual Violence in Conflict(2014). 2014년, 무력분쟁 중 성폭력의 근절을 위한 세계정상회의가 런던에서 개최되어 국제사회의 주목을 받았는데, 이는 영국 전 외교부 장관인 Lord Hague of Richmond와 유엔난민기구(UNHCR)의 특별 사절인 영화배우 Angelina Jolie가 주최한 것이었다. 이 회의에 120개 국가 참여단과 70명의 외교부 장관들, 100개가 넘는 시민사회가 참여하여 전쟁의 수단으로써 사용되는 성폭력에 대한 책임규명을 위한 구체적인 실천을 하겠다는 합의를 하였다.⁴⁹⁾ 당시 200장이 넘는 ‘분쟁 중 성폭행에 관한 자료

43) UN Security Council, Security Council resolution 1960 (2010) [on women and peace and security], 16 December 2010, S/RES/1960(2010), available at <http://www.refworld.org/docid/4d2708a02.html>.

44) UN Women, “Global Norms and Standards: Peace and Security”, <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/peace-and-security/global-norms-and-standards> (2017. 11. 29. 확인).

45) UN Security Council, Security Council resolution 2106 (2013) [on sexual violence in armed conflict], 24 June 2013, S/RES/2106 (2013), available at <http://www.refworld.org/docid/51d6b5e64.html>.

46) UN Security Council, Security Council resolution 2122 (2013) [on women and peace and security], 18 October 2013, S/RES/2122 (2013), available at <http://www.refworld.org/docid/528365a44.html>.

47) UN Women, “Global Norms and Standards: Peace and Security”, <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/peace-and-security/global-norms-and-standards> (2017. 11. 29. 확인).

48) Nuhanovic Foundation Centre for War Reparations, “2013: Declaration of Commitment to End Sexual Violence in Conflict”, <http://www.nuhanovicfoundation.org/en/legal-instruments-7/declaration-of-commitment-to-end-sexual-violence-in-conflict/> (2017. 11. 29. 확인); 이후 해당 선언은 135개국과 UNSC에 의해 인가받았다[Sarah Schwartz, “Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law”, 40 U.N.S.W.L.J. 57, 88 (2017)].

49) United Kingdom Government, “Collection: 2014 Global Summit to End Sexual Violence in Conflict”, <https://www.gov.uk/government/collections/2014-global-summit-to-end-sexual-v>

수집과 수사를 위한 국제 프로토콜(International Protocol on the Documentation and Investigation of Sexual Violence in Conflict)'이 소개되었다. 제1판이 2014년에 나온 이래 2017년 3월 제2판이 나왔는데, 이 프로토콜은 9개국의 언어로 번역되어 변호사, 경찰, 의료인, NGO들이 유럽, 아프리카, 아시아, 중동과 남미 등에서의 효과적인 수사과 기소를 위한 지침으로 사용되고 있다.⁵⁰⁾

UNSG 결의 2242호(2015). UNSC는 2015년 결의 2242호를 채택하여, 여성, 평화, 안보 아젠다가 새로운 국제평화와 안보에의 도전에 대응하는 핵심 아젠다 중 하나임을 선언하였다.⁵¹⁾ UNSC는 안보와 평화 전 영역에 여성과 여성단체의 적극적 참여를 다시금 촉구하였으며, 이를 위해 노력하는 여성인권단체들을 위한 기금(Global Acceleration Instrument (GAI) for Women, Peace and Security and Humanitarian Action)의 설립의 중요성을 언급하였다.⁵²⁾ 이 기금은 이후 2016년 2월에 공식 출범되었다.⁵³⁾

3. 규범의 현 주소: 국제형사재판소(ICC) 실행

가. 로마규정상 성범죄 및 성차별범죄

1) 개관

규범의 형성 및 발전을 가장 명백하게 보여주는 것은 법적 구속력 있는 확정된 문자에 의한 입법적 발전일 것이다. 그런 측면에서 국제형사재판소 로마규정은 무력분쟁 시 벌어진 성범죄 및 성차별 범죄에 대한 수사과 기소, 재판에 관한 역사적 성취라 평가받고 있다. 로마규정은 광범위한 성범죄 행위들이 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 국제전에서의 전쟁범죄, 비국제전에서의 전쟁범죄를 구성할 수 있는 행위로 열거한 첫 법 문서이다.⁵⁴⁾

iolence-in-conflict (2017. 3. 9.).

50) Sara Ferro Ribeiro & Danaé van der Straten Ponthoz, "International Protocol on the Documentation and Investigation of Sexual Violence in Conflict"(2nd ed.), Forward (UK Foreign & Commonwealth Office, 2017), *available at* https://iici.global/0.5/wp-content/uploads/2017/08/International_Protocol_2017_2nd_Edition.pdf.

51) UN Security Council, Security Council resolution 2242 (2015) [on women and peace and security], 13 October 2015, S/RES/2242 (2015), *available at* <http://www.refworld.org/docid/562097f44.html>.

52) UN Security Council, Security Council resolution 2242 (2015) [on women and peace and security], 13 October 2015, S/RES/2242 (2015), *available at* <http://www.refworld.org/docid/562097f44.html>.

53) UN Women, "New Global Funding Instrument Invest in Women to Accelerate Conflict Recovery, Sustain Peace", <http://www.unwomen.org/en/news/stories/2016/2/global-acceleration-instrument-launch> (2016. 2. 23).

54) Dianne Luping, "Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court", 17 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 431, 445,

로마규정상 성범죄 및 성폭력범죄의 정의 및 구성요건에 대해 소개하기 전, 우선 성범죄(Sexual Crimes)과 성차별범죄(Gender-Based Crimes)의 용어의 의미를 명확히 할 필요가 있다. ICC에서 사용되는 용례에 따르면, 성범죄는 성적 성질(sexual nature)을 가진 범죄 행위로서, 신체적 행위와 비신체적행위를 모두 포괄하며, 성적 성질을 가지기만 하므로 성폭력이나 신체적 접촉에 제한되지 않는다.⁵⁵⁾ ICC가 관할권을 가지는 성범죄는 로마규정에 명시되어 있는 6가지 유형의 행위, 즉 강간, 성노예, 강제 매춘, 강제 임신, 강제 불임, 기타 성폭력이 포함된다.⁵⁶⁾ 한편, 성차별범죄는 사람에 대하여 그 사람의 성(sex) 및/또는 사회적으로 구성된 성역할(gender roles)로 인하여 저지르는 범죄를 의미하는데, 성폭력의 한 형태로 드러날 수도 있지만 성적인 성질이 전혀 없는 공격(non-sexual attacks)에 의해서도 드러날 수 있다.⁵⁷⁾ 대표적인 예로, 여성이란 이유로 박해를 함으로써 저지르는 인도에 반한 죄가 있다. 로마규정은 국제 재판소로는 최초로 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 범죄로 박해(persecution)을 규정하면서 성(gender)에 기초한 박해를 명시적으로 포함시켰다.⁵⁸⁾ 다만 국제 재판소들에서의 실행을 보면 성범죄나 성차별범죄란 용어를 엄격히 구별해서 사용하지 않는 경우가 종종 있으며, 일반적으로 sexual crimes/sexual violence/sexual and gender-based violence는 상기한 성범죄 및 성차별 범죄를 아우르는 의미로써 사용되는 경우가 많음에 주의할 필요가 있다.⁵⁹⁾

로마규정상 국제형사범죄를 구성하는 요건 사실을 크게 두 가지로 나눠 살펴볼 수 있는데, 첫째는 정황적 요건(contextual element)이고, 둘째는 기저 행위(underlying acts)이다. 가해자가 저지른 기저행위(살인, 강간, 고문, 박해, 강제실종, 감금 등)가 정황적 요건(집단 살해, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄가 될 수 있도록 만드는 정황적 요건)을 만족시킴으로써 ‘국제’ 형사범죄를 구성하게 된다.⁶⁰⁾ 인도

454 (2009). ICTY 규정이 비록 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 행위로 강간을 명시적으로 포함시키기는 했지만 전쟁범죄를 구성할 수 있는 행위로 강간을 포함시키지 않았으며, ICTR의 경우에는 강간, 강제 매춘, 기타 성추행이 1949년 제네바 협약의 공통3조 위반을 구성할 수 있다고 규정하긴 했지만, 그 외의 경우에 전쟁범죄를 구성할 수 있음을 명확히 하지 않았었다.

55) ICC Office of the Prosecutor, “Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes” (2014. 6.), 3. 따라서 폭력을 동반하지 않고 성적 접촉도 없이 강요에 의해 나체로 있도록 하는 행위도 성범죄를 구성할 수 있다.

56) ICC Office of the Prosecutor, “Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes” (2014. 6.), 3.

57) ICC Office of the Prosecutor, “Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes” (2014. 6.), 3. 한편, 로마규정 제7조 3항은 ‘젠더(gender)’를 사회적 정황 내에서 남성과 여성을 의미한다고 규정하고 있다[Rome Statute, art. 7(3)].

58) Rome Statute, art. 7(1)(h)[“Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court.”].

59) Case Matrix Network, “Sexual and Gender-Based Violence Crimes: Legal Requirements” (Centre for International Law Research and Policy, 2017), 14.

60) Case Matrix Network, “Sexual and Gender-Based Violence Crimes: Legal Requirements” (Centre for International Law Research and Policy, 2017), 7.

에 반한 죄를 예로 들면, 민간인에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 살해, 절멸, 노예화, 주민의 추방 또는 강제이주, 국제법의 근본원칙을 위반한 구금 또는 기타 신체적 자유의 심각한 박탈, 고문, 강간, 성적 노예화, 강제매춘, 강제임신, 강제불임, 또는 이에 상당하는 기타 중대한 성폭력 등을 저질러야 한다.⁶¹⁾ 여기서 살인, 절멸 기타 나열된 행위가 기저행위라면, 이러한 행위가 ‘민간에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고’ 행해진다는 정황적 요건을 충족한 경우에만 인도에 반한 죄를 구성하게 된다. 이를 염두에 두면서, 로마규정에 따라 성범죄가 ICC가 관할권을 가지는 국제형사범죄를 구성하는 경우를 도표로 정리하면 다음과 같다.

[표] ICC 관할범죄와 성범죄⁶²⁾

| 국제범죄/정황적 요건 성범죄/ 기저 행위 | 집단살해죄 (ICC Art. 6) | 인도에 반하는 죄 (ICC Art. 7) | 전쟁범죄-국제전 (ICC. Art. 8(2)(b)) | 전쟁범죄-비국제전 (ICC. Art. 8(2)(e)) |
|---------------------------------|--|---------------------------|---------------------------------|----------------------------------|
| 강간 | 중대한 신체적 또는 정신적 위해를 끼치는 행위 (ICC Art. 6(b)) | √ | √ | √ |
| 성노예 | | √ | √ | √ |
| 강제 매춘 | | √ | √ | √ |
| 강제 임신 | | √ | √ | √ |
| 강제 불임 | | √ | √ | √ |
| 기타 성폭력 | | √ | √ | √ |
| 출생을 방지하기 위해 의도된 조치에 의한 집단 살해 | √ | | | |

강간, 성노예, 강제매춘, 강제임신, 강제불임 및 이에 상당하는 기타 중대한 성폭력은 인도에 반한 죄,⁶³⁾ 전쟁범죄(국제전),⁶⁴⁾ 전쟁범죄(비국제전)⁶⁵⁾를 구성할 수 있다. 집단살해죄를 구성할 수 있는 행위로서 중대한 신체적 또는 정신적 위해를 끼치는 행위에 강간이 해당할 수 있으며,⁶⁶⁾ 특정 공동체 내에서 출산을 방지할 의도로 행해진 조치를 취함으로써 집단살해죄를 구성할 수 있다.⁶⁷⁾ 아래에서는 로마규

61) Rome Statute, art. 7(1); 김영석, 『국제법』 (박영사, 2010), 233면.

62) Case Matrix Network, “Sexual and Gender-Based Violence Crimes: Legal Requirements” (Centre for International Law Research and Policy, 2017), 6.

63) Rome Statute, art. 7(1)(g).

64) Rome Statute, art. 8(2)(b)(xxii).

65) Rome Statute, art. 8(2)(e)(vi).

66) Rome Statute, art. 6(b).

정이 명시적으로 국제형사범죄를 구성할 수 범죄로 정의된 7가지 성범죄의 정의와 구성요건에 대해 살펴본다.

2) 정의(구성 요건)

가) 강간(Rape)

하나의 국제협약에서 강간이 인도에 반한 죄 뿐만 아니라 전쟁범죄(국제전과 비국제전 모두)를 구성할 수 있는 행위로 명시한 것은 로마규정이 최초이다.⁶⁸⁾ 또한 ICC 범죄구성요건(Elements of Crime)는 역사상 처음으로 인도에 반한 죄와 전쟁범죄를 구성할 수 있는 근거행위로서 강간의 정의(definition)를 제공하였다.⁶⁹⁾ ICC 범죄구성요건 상의 강간의 정의는 이전 ICTY와 ICTR의 판례에 의해 발전된 법리적 발전을 반영하고 있다. 그 주요 특징은 다음과 같다.⁷⁰⁾

첫째, 강간을 ‘피해자나 가해자의 신체 부위에의 삽입(penetration)을 유발하는 행위를 통해 사람의 신체를 침범(invasion)하는 것’으로 규정하였는데, 먼저 강간을 구성하는 행위로서 침범이라는 개념은 피해자가 여성인지 남성인지를 가리지 않고 적용될 수 있는 광의의 의미를 의도한 젠더 중립적(gender-neutral) 개념이다.⁷¹⁾ 강간의 정의로써 ‘침범(invasion)’ 개념이 처음 소개된 것은 ICTR의 *Prosecutor v. Akayesu* 사건이었는데, 해당 판결에서 재판부는 강간을 “a physical invasion of a sexual nature...”이라고 정의함으로써 강간을 남성 성기가 여성 성기로 삽입하는 것으로만 보던 좁은 의미에서 벗어나 피해자의 신체의 완전성을 침해하는 광의의 개념으로 확장한 바 있다.⁷²⁾ *Akayesu* 사건에서 ICTR 재판부는 죽어가는 여성의 성기에 나무를 삽입한 것도 강간으로 보았다.⁷³⁾ ICTY도 일반적으로 강간의 정의를 광의로 해석하였는데, *Prosecutor v. Furundzija*

67) Rome Statute, art. 6(d).

68) Dianne Luping, “Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court”, 17 Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L. 431, 459 (2009); Rome Statute, Art. 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii), 8(2)(e)(vi).

69) Dianne Luping, “Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court”, 17 Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L. 431, 473 (2009).

70) 아래 주요 특징에 대한 서술은 Dianne Luping, “Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court”, 17 Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L. 431, 474-477 (2009) 참조.

71) ICC Elements of Crimes, arts. 7(1)(g)-1 para 1, 8(2)(b)(xxii)-1 para 1, 8(2)(e)(vi)-1 para 1[“The perpetrator invaded the body of a person by conduct resulting in penetration...”].

72) *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement(Trial Chamber I), Case No. ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), ¶688 (1998. 9. 2.); Kiran Grewal, “The Protection of Sexual Autonomy under International Criminal Law: The International Criminal Court and the Challenge of Defining Rape”, 10 J. Int’l Crim. Just. 373, 378 (2012).

73) *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement(Trial Chamber I), Case No. ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), ¶688 (1998. 9. 2.).

판결에서 남성의 성기를 피해자의 구강에 강압적으로 삽입시킨 것도 강간으로 본 것이 그 예이다.⁷⁴⁾ ICC 범죄구성요건상 정의는 이러한 규범적 발전을 반영하여, 강간을 구성하는 침범에 의해 유발되는 삽입이 피해자나 가해자의 성기뿐만 아니라 신체의 어느 부분에서나 일어날 수 있다고 보았고, 피해자의 항문이나 성기에의 삽입이 아무 물건이나 신체의 부분에 의해 일어날 수 있다고 정의하였다.⁷⁵⁾

둘째, 침범행위에 폭력(force)이 동반될 것을 필수적으로 요구하지 않으며, 침범이 “폭력의 위협 또는 강요에 의하거나(by threat of force or coercion)...[중략]... 또는 강압적인 환경을 기회로 하여 이루어진 것이거나(taking advantage of a coercive environment), 침범이 진정한 동의를 할 수 없는 사람을 대상으로 자행된 경우(the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent)”에도 강간이 될 수 있다.⁷⁶⁾ 이는 ICTY와 ICTR을 거친 강간에 관한 국제형사규범의 중요한 발전을 반영하고 있는데, 즉 침범에 있어서 강압적인 환경만 존재한다면 강간이 될 수 있으며, 피해자가 진정한 동의를 할 수 없는 상황에서는 동의가 있음을 이유로 형사 책임을 면할 수 없음을 명시한 것이다. 이는 *Akayesu* 사건에서 재판부가 성행위가 강압적인 환경(coercive circumstances)에서 이루어지는 것만으로 강간을 구성할 수 있으며, 강압적인 환경이 폭력 사용이 있는 환경임을 요구하지 않는다고 한 것을 계승한 것이다.⁷⁷⁾ *Akayesu* 판결에서 재판부는 무력분쟁 상황이나 군대의 등장은 그 자체로 본질적으로 강압적인 환경이라 하였다.⁷⁸⁾

나) 성노예(Sexual Slavery)

74) *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgement(Trial Chamber), Case No. IT-95-17/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), ¶¶174, 183 (1998, 12. 10).

75) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-1 para 1, 8(2)(b)(xxii)-1 para 1, 8(2)(e)(vi)-1 para 1[“The perpetrator invaded¹⁵ the body of a person by conduct resulting in penetration, however slight, of any part of the body of the victim or of the perpetrator with a sexual organ, or of the anal or genital opening of the victim with any object or any other part of the body.”].

76) ICC Element of Crimes, art. 7(1)(g)-1 para 2, 8(2)(b)(xxii)-1 para 2, 8(2)(e)(vi)-1 para 2[“The invasion was committed by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person, or by taking advantage of a coercive environment, or the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent.”].

77) *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement(Trial Chamber I), Case No. ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), ¶¶596, 688 (1998. 9. 2.).

78) *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement(Trial Chamber I), Case No. ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), ¶688 (1998. 9. 2.)[“[t]hreats, intimidation, extortion and other forms of duress which prey on fear or desperation may constitute coercion, and coercion may be inherent in certain circumstances, such as armed conflict or military presence.”].

무력분쟁 중 성노예는 노예화(enslavement)의 일종으로써 국제관습법상 강행규범 위반으로 여겨졌음에도 불구하고 국제인도법이나 인권법 조약, 국제재판소 규정에 성노예가 명시적으로 정의된 적은 없었다.⁷⁹⁾ 성노예를 국제형사범죄를 구성하는 범죄로 명시한 것은 국제재판소 역사상 로마규정이 최초이고, ICC 범죄구성요건은 성노예를 처음으로 정의하였다.⁸⁰⁾

ICC 범죄구성요건상 정의에 따르면, 첫째, 성노예는 가해자가 한명 이상의 사람에 대한 소유권에 부착된 어떤 또는 모든 권한을 행사하는 것을 의미한다.⁸¹⁾ 그러한 예로, 한명 이상의 사람을 매수, 매도, 임대, 교환하거나 이와 유사한 자유의 박탈을 가하는 것을 들고 있다.⁸²⁾ 둘째, 가해자는 자신이 소유권의 일부 또는 모든 권한에 부착된 권리를 행사하는 한명 이상의 사람이 하나 또는 그 이상의 성적 성질이 있는 행위(acts of a sexual nature)에 관여하도록 하여야 한다.⁸³⁾ 성적 성질이 있는 행위는 강간일 정도로 요구하지 않으므로 성적 성질이 있으면 충분하고, 그러한 행위를 하도록 강요할 정도에 이르지 않아도 그런 행위에 관여하도록 야기한 것만으로 충분하다.

다) 강제 매춘(Enforced Prostitution)

로마규정은 국제 재판소 역사상 처음으로 강제매춘이 전쟁범죄와 인도에 반한 죄를 모두 구성할 수 있는 행위임을 명시하였다.⁸⁴⁾ ICC 범죄구성요건상 정의에 따르면, 강제 매춘은 가해자가 한명 이상의 사람이 성적 성질이 있는 하나 이상의 행위에 가담하도록 야기하여야 한다.⁸⁵⁾ 가해자가 피해자로 하여금 이런 행위로 가담하도록 야기함에 있어서 폭력이 동반될 것을 요구하지 않으며, 폭력의 위협 또는 강요에 의하거나, 강압적인 환경이나 피해자가 진정한 의미의 동의를 할 수 없는 무능함을 기회로 하여 이루어진 경우에도 강제 매춘이 될 수 있다.⁸⁶⁾ 따라서 피해자에게 직접적인 실력 행사가 없었다고 할지라도 무력분쟁 상황이나 점령군의 존재와 같이 그 상황만으로 강압적인 환경에서 이루어진 매춘은 강제 매춘이 되며, 가해자는 피해자의 동의가 진정한 동의로 볼 수 없는 상황에서 동의를 이유로 강제 매춘의 형사 책임을 피할 수 없다. 성노예의 경우와 마찬가지로 피해자가 강

79) Dianne Luping, "Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court", 17 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 431, 462 (2009).

80) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-2, 8(2)(b)(xxii)-2, 8(2)(e)(vi)-2.

81) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-2 para 1, 8(2)(b)(xxii)-2 para 1, 8(2)(e)(vi)-2 para 1.

82) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-2 para 1, 8(2)(b)(xxii)-2 para 1, 8(2)(e)(vi)-2 para 1.

83) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-2 para 2, 8(2)(b)(xxii)-2 para 2, 8(2)(e)(vi)-2, para 2.

84) Dianne Luping, "Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court", 17 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 431, 463 (2009).

85) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-3 para 1, 8(2)(b)(xxii)-3 para 1, 8(2)(e)(vi)-3 para 1.

86) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-3 para 1, 8(2)(b)(xxii)-3 para 1, 8(2)(e)(vi)-3 para 1.

간을 당했음을 요구하지 않고, 성적 성질을 가진 행위에 가담된 것으로 충분하다.

라) 강제 임신(Forced Pregnancy)

ICTR은 *Akayesu* 사건에서 강제임신이 특정 공동체의 민족적 구성을 바꿀 의도로 사용되는 경우에는 집단살해죄를 구성한다고 판시한 바 있었다.⁸⁷⁾ 이후 살펴볼 것지만 강제임신은 로마규정 제6조상의 집단살해죄를 구성할 수도 있다.

이에 더하여 로마규정은 국제재판소 역사상 처음으로 강제임신이 전쟁범죄와 인도에 반한 죄를 모두 구성할 수 있음을 규정하였다.⁸⁸⁾ 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄를 구성할 수 있는 행위로서 강제임신은 ICC 범죄구성요건에 의해 다음과 같이 정의되었다. 첫째, 가해자는 한명 이상의 여성을 강제적으로 임신하도록 감금해야 한다.⁸⁹⁾ 불법적 감금은 국제법규에 반하여 신체적 자유를 어떤 식으로든지 억압하는 것을 의미하며 그 억압 정도가 중대할 것을 요구하지는 않는다.⁹⁰⁾ 강제적일 것을 요구하는 것은 폭력의 행사까지 요구하는 것은 아니며 어떤 종류든 강요가 될 수 있는 행위이면 충분하다.⁹¹⁾ 강제임신은 성범죄 중 유일하게 그 범죄의 특성상 피해자가 여성일 수밖에 없다. 둘째, 가해자는 인종적 구성에 영향을 줄 의도나 국제법의 다른 중대한 위반을 범할 의도로 상기한 행위를 하여야 한다.⁹²⁾ 다른 중대한 국제법 위반은 집단살해죄, 인도에 반한죄, 전쟁범죄를 구성하는 모든 행위를 포괄한다.⁹³⁾

마) 강제 불임(Enforced Sterilization)

강제불임이 국민적·민족적·인종적·종교적 집단의 구성원을 전부 또는 일부 파괴하려는 의도를 가지고 이루어진 경우에는 집단살해죄를 구성할 수 있음은 명백하다.⁹⁴⁾ 국제재판소가 전쟁범죄와 인도에 반한 죄를 구성하는 행위로 강제불임을 명

87) *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement(Trial Chamber I), Case No. ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), ¶507 (1998. 9. 2.).

88) Dianne Luping, "Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court", 17 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 431, 464 (2009).

89) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-4 para 1, 8(2)(b)(xxii)-4 para 1, 8(2)(e)(vi)-4 para 1.

90) Dianne Luping, "Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court", 17 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 431, 479 (2009).

91) Dianne Luping, "Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court", 17 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 431, 479 (2009).

92) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-4 para 1, 8(2)(b)(xxii)-4 para 1, 8(2)(e)(vi)-4 para 1.

93) Dianne Luping, "Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court", 17 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 431, 480 (2009).

94) Rome Statute, art. 6.

시한 것은 로마규정이 최초이다. 그러나 제2차세계대전 직후 Allied Control Council Law 10에 따라 뉘른베르그의 군사재판소에서 여러 가지 인체 실험 및 의학적 기술을 한 이유로 전쟁범죄와 인도에 반한 죄로 유죄 판결을 받은 예들은 있는데, 의학적 기술에 강제 불임 기술도 포함되어 있었다.⁹⁵⁾

ICC 범죄구성요건은 강제불임이 되기 위해서는 가해자가 한명 이상의 사람의 생물학적 재생산 능력을 박탈할 것을 요구하고 있다.⁹⁶⁾ 그리고 그 박탈행위는 의학·병원의 기술로 정당화되거나 기술받는 자의 진정한 동의가 있는 경우가 아니어야 한다.⁹⁷⁾ 기만에 의해 취득된 동의는 진정한 동의로 보지 않는다.⁹⁸⁾

바) 기타 성폭력(Any Other Form of Sexual Violence)

강간이나 다른 열거된 범죄행위에 해당하지 않는 기타 성폭력도 전쟁범죄를 구성할 수 있음은 로마규정 이전에도 1949년 제4제네바협약과 1977년 제네바 협약의 추가 의정서, ICTR 규정에 언급되었었다.⁹⁹⁾ ICTY도 *Prosecutor v. Furundzija* 판결에서 “국제형사규범은 강간뿐만 아니라 실제 삽입에 이르지 않는 심각한 성추행도 처벌한다”고 판시한 바 있다.¹⁰⁰⁾

95) Dianne Luping, “Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court”, 17 Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L. 431, 464 (2009).

96) ICC Elements of Crimes, arts. 7(1)(g)-5 para 1, 8(2)(b)(xxii)-5 para 1, 8(2)(e)(vi)-5 para 1[“The perpetrator deprived one or more persons of biological reproductive capacity.”].

97) ICC Elements of Crimes, arts. 7(1)(g)-5 para 2, 8(2)(b)(xxii)-5 para 2, 8(2)(e)(vi)-5 para 2[“The conduct was neither justified by the medical or hospital treatment of the person or persons concerned nor carried out with their genuine consent.”].

98) ICC Elements of Crimes, arts. 7(1)(g)-5 n. 20, 8(2)(b)(xxii)-5, n. 20, 8(2)(e)(vi)-5 n. 20[“It is understood that “genuine consent” does not include consent obtained through deception.”].

99) International Committee of the Red Cross (ICRC), Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention), art. 27, 12 August 1949, 75 UNTS 287[“Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault.”]; International Committee of the Red Cross (ICRC), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), art. 76, 8 June 1977, 1125 UNTS 3[“Women shall be the object of special respect and shall be protected in particular against rape, forced prostitution and any other form of indecent assault.”]; International Committee of the Red Cross (ICRC), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, 1125 UNTS 609[“...(e) Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault;”]; ICTR Statute, art. 4(e)[“Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault;”].

100) *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgement(Trial Chamber), Case No. IT-95-17/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), ¶186 (1998, 12. 10)[“[Sexual assault should] embrace all serious abuses of a sexual nature inflicted upon the physical

ICC 범죄구성요건은 성폭력(sexual violence)를 다음과 같이 정의하고 있다. 첫째, 가해자가 성적 성질이 있는 행위를 한명 이상의 사람에게 범하거나, 그 사람이 성적 성질이 있는 행위에 가담하도록 해야 한다.¹⁰¹⁾ 둘째, 이에 폭력의 행사가 동반되지 않아도 폭력 행사의 위협이나 강압적인 환경이나 피해자가 진정한 동의를 할 수 없는 무능력을 기회로 이용하여 저지르면 충분하다.¹⁰²⁾ 또한, 가해자의 행위는 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄를 구성할 수 있는 다른 범죄행위와 견주어 볼 때 비슷한 정도의 상당한 중대성을 가지는 행위여야 한다.¹⁰³⁾

그렇다고 해서 성폭력이 강간과 같이 신체적 침범, 삽입이나 접촉을 요구하는 것은 아니다. ICTR 규정이 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 행위로 강간 이외의 기타 성폭력을 명시적으로 포함시키고 있지 않았지만, *Akayesu* 판결에서 재판부는 성폭력은 인도에 반한 죄를 구성하는 다른 비인도적 행위(other inhumane acts)를 구성한다고 보았고, 피고인이 부하들로 하여금 여성들의 옷을 벗겨서 공공 장소에서 대중 앞에서 나체로 체조를 하도록 한 것도 이러한 다른 비인도적 행위를 구성한다고 판결한 바 있다.¹⁰⁴⁾ ICTY의 경우, *Furundzija* 판결에서 실제 신체적 삽입에 이르지 않은 성추행도 처벌의 대상이 된다고 보았고,¹⁰⁵⁾ *Prosecutor v. Todorovic* 판결은 음경을 물어뜯거나 음부를 걷어차는 행위도 성추행을 구성한다고 판시하였다.¹⁰⁶⁾ *Prosecutor v. Kvočka* 판결에서 ICTY 재판부는 성폭력은 강간보다 넓은 개념으로, 강제 불임에 이르지 않는 정도의 성기 손상, 성노예에 이르지 않는 정도의 강제 결혼, 강제 낙태와 성적 학대도 성폭행을 구성할 수 있다고 판시하였다.¹⁰⁷⁾

사) 출생을 방지하기 위해 의도된 조치에 의한 집단살해죄(Genocide by Imposing Measures Intended to Prevent Births within the Group)

101) ICC Elements of Crimes, arts. 7(1)(g)-6 para 1, 8(2)(b)(xxii)-6 para 1, 8(2)(e)(vi)-6 para 1[“The perpetrator committed an act of a sexual nature against one or more persons or caused such person or persons to engage in an act of a sexual nature...”].

102) ICC Elements of Crimes, art. 7(1)(g)-6 para 1, 8(2)(b)(xxii)-6 para 1, 8(2)(e)(vi)-6 para 1[“...by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment or such person’s or persons’ incapacity to give genuine consent.”].

103) ICC Elements of Crimes, arts. 7(1)(g)-6 para 2, 8(2)(b)(xxii)-6 para 2, 8(2)(e)(vi)-6 para 2.

104) *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement(Trial Chamber I), Case No. ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), ¶¶688, 692-694 (1998. 9. 2.).

105) *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgement(Trial Chamber), Case No. IT-95-17/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), ¶186 (1998, 12. 10).

106) *Prosecutor v. Stevan Todorovic*, Sentencing Judgement(Trial Chamber), Case No. IT-95-9/1-S, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), ¶¶ 38, 66 (2001. 7. 31.).

107) *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.*, Judgement(Trial Chamber), Case No. IT-98-30/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), ¶180 (2001. 11. 2.).

로마규정 제6조 제(d)항은 “집단 내 출생을 방지하기 위해 의도된 조치를 취함”으로써 집단살해죄를 범할 수 있음을 명시적으로 규정하고 있다. 이는 로마규정에서 새롭게 등장한 것은 아니며 ICTY와 ICTR 규정에서 이미 명시적으로 포함하고 있었던 것을 계승한 것이다. 대표적인 판례로, ICTR 재판부는 *Akayesu* 사건에서 강간이 여성을 임신시키거나 출산을 못하게 함으로써 인종 구성을 변화시키는데 체계적으로 사용될 수 있다고 판시한 바 있다.¹⁰⁸⁾

ICC 범죄구성요건에 따르면, 가해자는 한명 이상의 사람에게 특정 조치를 취해야 하는데, 조치의 대상이 된 사람은 특정 국민적·민족적·인종적·종교적 집단에 속해야 한다.¹⁰⁹⁾ 가해자는 그러한 집단의 구성원을 전부 또는 일부를 파괴하려는 의도를 가지고 그 집단 내 출산을 방지할 의도로 해당 조치를 취해야 한다.¹¹⁰⁾

나. 소추관의 수사 및 기소 단계의 실무 정책의 발전

국제형사재판소가 설립된 후 ICC 소추관이 처음으로 기소한 사건은 콩고민주공화국(Democratic Republic of Congo, DRC) 반군 지도자였던 Thomas Lubanga에 대한 기소였다. 당시 Lubanga가 이끄는 반군 병사들에 의해 집단적이고 광범위한 강간 등 성폭행 범죄가 자행되었다는 증언과 증거가 무수히 많았음에도 불구하고 소추관은 Lubanga를 소년병 관련된 범죄로만 기소하였고 성범죄를 독립범죄로 하여 기소하지 않았다.¹¹¹⁾ 비록 소추관이 소년병이 관련된 성범죄를 다루기는 하였지만, 성범죄를 독립범죄로 기소하지 않음으로써 이러한 소추관의 소추 전략은 국제적인 비난을 받았고, Lubanga 반군에 의해 성범죄의 대상이 되었다고 주장되어지는 10만 명이 넘는 피해자의 목소리가 외면됨에 따라 재판의 정당성을 실추시켰다는 평가를 받았다.¹¹²⁾

Lubanga 이후 ICC 검사는 성범죄를 근거로 적극적으로 기소를 하기 시작했는데, ICC 첫 소추관이었던 Luis Moreno Ocampo가 9년의 임기(2003~2012) 동안 다룬 16개의 사건에서 11개가 성범죄 및 성차별범죄와 관련이 있었다.¹¹³⁾ 성범죄

108) *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement(Trial Chamber I), Case No. ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), ¶507 (1998. 9. 2.).

109) ICC Elements of Crimes, art. 6(d) paras 1-2.

110) ICC Elements of Crimes, art. 6(d) paras 3-4.

111) ICC Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Confirmation of Charges”, Case No. ICC-01/04-01/06 (2007. 1. 29.) 참조; Sarah T. Deutch, “Putting the Spotlight on the Terminator: How the ICC Prosecution on Bosco Ntaganda Could Reduce Sexual Violence during Conflict”, 22 *Wm. & Mary J. Women & L.* 655, 673 (2016).

112) Sarah T. Deutch, “Putting the Spotlight on the Terminator: How the ICC Prosecution on Bosco Ntaganda Could Reduce Sexual Violence during Conflict”, 22 *Wm. & Mary J. Women & L.* 655, 674 (2016).

113) Jessica Lynn Corsi, “Managing Violence”: Can the International Criminal Court Prevent Sexual Violence in Conflict?, in Martha Minow et al. eds., *The First Global Prosecutor: Promise and Constraints* (University of Michigan Press, 2015), 321.

를 혐의 사실로 하여 소추관이 체포영장을 발부를 청구한 것을 제외하고, ICC 역사상 처음으로 성범죄로 기소된 사건은 DRC 반군 지도자였던 Germain Katanga를 대상으로 한 것이었다. ICC 소추관은 Katanga의 병사들이 저지른 살인 등의 다른 범죄행위와 함께 Bogoro 지역에서 일어난 강간과 성노예를 근거로 Katanga를 기소하였다.¹¹⁴⁾ 그러나 재판부는 2014년 3월, Katanga의 살인, 민간인 공격, 재물 파괴 및 약탈을 근거로 인도에 반한 죄와 전쟁범죄에 대한 유죄판결을 내리면서, 성범죄에 대해서는 무죄 선고를 하였다.¹¹⁵⁾ 이는 재판부가 Katanga의 병사들이 저지른 다른 범죄들은 Katanga가 가담한 인종학살적 공동의 목적(common purpose)에 포함되었지만, 강간 등 성범죄는 그렇지 않다고 보았기 때문이었다.¹¹⁶⁾ 재판부가 Katanga의 범죄적 공동의 목적에 강간이 포함되지 않았다고 본 것은 성범죄를 전쟁의 어쩔 수 없는 부수물로 보는 전통적 시각에 근거한 것으로, 성범죄가 애초에 살인이나 다른 행위와 마찬가지로 적군의 점령지를 효과적으로 파괴하고 점령하게 위한 전쟁 수단으로 보지 못한 것으로 보인다. 이는 무력분쟁 시 자행된 성범죄에 대한 불처벌의 관행을 깨고자 했던 국제형사규범의 발전의 후퇴를 의미한다는 비난을 받았으며, 재판부가 무죄 판결을 선고한데는 소추부에서 충분한 증거를 제출하지 못했던 것도 원인으로 작용했다는 비판이 있었다.¹¹⁷⁾ 이에 더하여 ICC 소추부에서 제1심 재판부의 결정에 대해 항소하지 않기로 결정함에 따라 소추부에 대한 비판의 목소리는 더 높아졌다.¹¹⁸⁾

이러한 비판 속에서, ICC 소추부는 2014년 ‘성범죄 및 성차별 범죄에 관한 정책 보고서’를 발표하였는데, 이 보고서에서 소추부는 수사 및 기소의 전 단계에서 성범죄 및 성차별 범죄를 우선하여 특별히 다룰 것임을 선언하였다.¹¹⁹⁾ 이 보고서는 소추관의 수사 및 기소 관행이 구조적, 사회적, 실행적으로 성범죄 및 성차별범죄의 근절과 예방에 미칠 영향을 인지하고 있음을 보여주었고, 소추부의 수사 및 기소 전 단계에서 성범죄에 대한 철저한 대응을 선언하였다는 점에서 그 자체로 역사적인 의미가 있다고 평가받고 있다.¹²⁰⁾

114) Sarah T. Deutch, “Putting the Spotlight on the Terminator: How the ICC Prosecution on Bosco Ntaganda Could Reduce Sexual Violence during Conflict”, 22 Wm. & Mary J. Women & L. 655, 674 (2016).

115) International Criminal Court, “The Prosecutor v. Germain Katanga”(Case Information Sheet), <https://www.icc-cpi.int/drc/katanga/Documents/katangaEng.pdf> (updated: 2017. 3. 27.).

116) Sarah Schwartz, “Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law”, 40 U.N.S.W.L.J. 57, 57 (2017).

117) Sarah Schwartz, “Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law”, 40 U.N.S.W.L.J. 57, 81-85 (2017).

118) “International Criminal Law - Sexual and Gender-Based Crimes - ICC Outlines Policies to Improve Prosecutorial Outcomes - The Office of the Prosecutor of the ICC, Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes”, 128 Harv. L. Rev. 793, 793 (2014),

119) ICC Office of the Prosecutor, “Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes” (2014. 6.), 5.

120) “International Criminal Law - Sexual and Gender-Based Crimes - ICC Outlines Policies

이 정책보고서에서 소추부는 예비심사, 수사, 기소의 전 단계에서 성범죄 및 성차별범죄에 대해서는 특별한 주의를 기울임을 강조하였고, 젠더적 인식에 바탕을 두어서 이러한 범죄들이 양성 불평등과 특정 상황에서 성역할을 형성하는 다양한 상황들과 어떻게 관련있는지를 검토한다고 하였다.¹²¹⁾ 또한 성범죄 및 성차별범죄 수사 및 기소에 따르는 특별한 장애가 있음을 지적하였는데, 즉 사회, 문화, 종교적 이유로 피해를 알리기를 꺼려하는 경향이 있으며, 피해자에 대한 낙인 효과, 국내 수사의 한계, 시간의 경과에 따라 증거가 쉽게 소실되는 점, 국가 차원에서 필요한 후원의 부족 등을 지적하면서도, 소추부가 이러한 어려움을 수사 첫 단계부터 인지하고 있음을 강조하였다.¹²²⁾ 이에 더하여, 성범죄 및 성차별범죄의 피해자와 증인 보호의 중요성을 강조하였고, 성적 성질을 가진 범죄를 기소함에 있어서 강간 등의 독립된 성범죄 뿐만 아니라 고문이나 박해와 같은 성적 성질이 없는 다른 범죄로도 함께 소추할 수 있음을 분명히 하였다.¹²³⁾ 더불어, 가능한 모든 책임자에게 형사책임을 추궁하기 위하여 로마규정이 허용하는 모든 책임 유형을 고려할 것임을 분명히 하였고, 구형을 함에 있어서도 피해자 및 가족과 공동체에 미친 영향과 범죄의 중대성을 고려하겠다고 하였다.¹²⁴⁾ 피해자 보상의 문제에서도 성인지적 접근을 반영할 것을 분명히 하였으며, 성범죄 및 성차별범죄의 효과적인 수사 및 기소를 위해 국가들의 협조와 다양한 국제·국내 기구, 시민사회와의 네트워크와 협력의 필요성을 강조하였고, 직원과 전문가 교육등의 중요성도 강조하였다.¹²⁵⁾ 마지막으로, 이러한 정책이 잘 시행되는지 정기적으로 모니터할 것임을 밝혔다.¹²⁶⁾

실제 이 보고서를 발표한 지 2년 후 ICC 소추부는 *Bemba* 사건에서 성범죄에 대한 첫 유죄 판결을 이끌어 냈다.¹²⁷⁾ 또한, 2014년 6월, *Bosco Ntaganda*에 대하여 콩고민주공화국 사태 관련 강간과 성노예화 혐의로 재판전공소사실확인결정 (Decision on the confirmation of charges)을 이끌어내서 현재 재판 진행 중이며,¹²⁸⁾ *Laurent Gbagbo*에 대하여 코트디부아르(Côte d'Ivoire) 사태 관련하여 강

to Improve PROsecutorial Outcomes - The Office of the Prosecutor of the ICC, Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes”, 128 Harv. L. Rev. 793, 794, 800 (2014).

121) ICC Office of the Prosecutor, “Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes” (2014. 6.), 5.

122) ICC Office of the Prosecutor, “Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes” (2014. 6.), 5.

123) ICC Office of the Prosecutor, “Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes” (2014. 6.), 6.

124) ICC Office of the Prosecutor, “Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes” (2014. 6.), 6-7.

125) ICC Office of the Prosecutor, “Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes” (2014. 6.), 7.

126) ICC Office of the Prosecutor, “Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes” (2014. 6.), 8.

127) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute(Trial Chamber III), Case No. ICC-01/05-01/18-3343, International Criminal Court(ICC), ¶752 (2016. 3. 21.).

128) Sarah Schwartz, “Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying

간 혐의로 재판전공소사실확인결정(Decision on the confirmation of charges)을 이끌어내서 현재 재판 진행 중이다.¹²⁹⁾ 특히 *Ntaganda* 사건의 경우 재판소 역사상 성노예화에 대한 첫 기소 사건인점에 비추어 볼 때, 향후 재판부에서 성노예화에 대한 첫 유죄 판결이 선고될지 여부를 두고 국제사회가 주목하고 있다.

다. 판례에 의한 법리 발전: *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* 판결(2016) 중심으로

2016년 3월 21일, ICC 제3재판부(Trial Chamber III)는 *Jean-Pierre Bemba Gombo*(이하 ‘*Bemba*’라 한다)에 대하여 살인과 강간에 기한 인도에 반한 죄와, 살인과 강간, 약탈에 기한 전쟁범죄에 상급자로서 책임이 있다고 보아 유죄를 선고하였다.¹³⁰⁾ 이는 ICC 설립 이래 처음으로 성범죄로 유죄 판결이 선고된 것으로서, 판결문에서 강간의 정의와 구성요건, 개인의 형사 책임 여부를 판단하기 위한 법리 영역에서 중요한 법해석을 제공하고 있다.

Bemba 판결에서 재판부는 크게 세 가지의 판단을 순차적으로 하였다. 첫째, *Bemba*가 이끌던 반군 단체인 콩고해방운동(Movement for the Liberation of the Congo, 이하 ‘MLC’라 한다)에 의해 자행된 각종 행위가 기저행위, 즉 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 살인과 강간과, 전쟁범죄를 구성할 수 있는 살인과 강간, 약탈에 해당함을 판단하였다. 둘째, MLC의 기저행위를 전쟁범죄와 인도에 반한 죄로 격상시켜주는 정황적 요건이 충족되었음을 판단하였다. 마지막으로, 직접 범죄행위를 수행한 자가 아닌 피고인 *Bemba*가 로마규정상 제28조 제(a)항에 따른 상급자 책임(commander responsibility) 규정에 따라 상급자로서 개인적으로 해당 범죄에 책임 있음을 판단하였다. 이 중 성범죄와 관련하여 특히 중요성을 가지는 것은 첫 번째 판단을 함에 있어서 ‘강간’의 정의에 대한 해석과, 세 번째 판단을 함에 있어서 부하 병사들이 저지른 강간에 대한 지도자가 책임이 있다고 보면서, 강간이 단순히 통제되지 않은 병사들이 저지른 기회주의적 범죄가 아닌 전쟁의 수단으로써 사용되었음을 선언한 것이다.

Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law”, 40 U. N.S.W.L.J. 57, 88 (2017); International Criminal Court, “The Prosecutor v. Bosco Ntaganda”(Case Information Sheet), <https://www.icc-cpi.int/drc/ntaganda/Documents/ntagandaEng.pdf> (updated: 2017. 1.).

129) Sarah Schwartz, “Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law”, 40 U. N.S.W.L.J. 57, 88 (2017); International Criminal Court, The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, <https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude/Documents/gbagbo-goudeEng.pdf> (updated: 2016. 1.).

130) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute(Trial Chamber III), Case No. ICC-01/05-01/18-3343, International Criminal Court(ICC), ¶752 (2016. 3. 21.).

1) “강간”의 정의: 성인지적 관점의 반영 및 피해자 중심적 접근

재판부는 ICC 범죄구성요건의 강간의 정의를 적용함에 있어서 크게 네 가지의 중요한 해석을 하였다.

첫째, ICC 범죄구성요건상의 젠더 중립적인 광의의 정의를 확인하였다. 즉 강간은 피해자나 가해자의 신체의 일부 부위에의 삽입을 유발하는 행위를 통해 사람의 신체를 침범하는 것으로서, 강간을 구성하는 침범에 의해 유발되는 삽입이 피해자나 가해자의 성기뿐만 아니라 신체의 어느 부분에서나 일어날 수 있다고 보았고, 피해자의 항문이나 성기에의 삽입이 아무 물건이나 신체의 부분에 의해 일어날 수 있다고 정의하였다.¹³¹⁾ 다만 강간이 다른 기타 성폭력과 구별되는 특징은, 피해자나 가해자의 신체의 일부에의 ‘삽입(penetration)’이라는 결과를 낳는 침범행위라는데 있음을 확인하였다.¹³²⁾ 따라서 실제 삽입에 이르지 않은 중대한 성추행은 기타 성폭력을 구성할 수는 있어도 강간은 될 수 없다.

둘째, 강간을 구성하는 침범행위는 다음의 네 가지 중 하나의 상황에서 일어나야 하는데, (i) 폭력이나, (ii) 폭력의 위협 또는 강요, (iii) 강압적인 환경을 기회로 하여 이루어진 것이거나, (iv) 침범이 진정한 동의를 할 수 없는 사람을 대상으로 자행된 경우여야 함을 확인하였다.¹³³⁾ 즉 강간에 폭력이나 위협이 필수적이지 않고 강압적인 환경이 있으면 충분하며, 진정한 동의를 할 수 없는 사람을 대상으로 한 경우에는 어떤 다른 상황도 요구하지 않음을 명확히 하였다.

셋째, 강간이 되기 위해서는 상기한 네 가지 환경적 요건중 하나를 충족하는 것으로 충분하며, 소추부가 피해자의 동의가 부존재 함을 합리적인 의심의 여지없이 증명할 필요는 없다고 하면서, 동의를 부존재는 강간의 요건이 아님을 명확히 하였다.¹³⁴⁾ 재판부는 입법자가 ‘동의’의 부존재를 강간의 정의에 명시적으로 언급하지 않은 것은 의도적인 것으로서, 동의를 부존재를 요구함으로써 소추 과정에서 발생하는 사실상 장애를 고려한 것이라고 보았다.¹³⁵⁾ 이로써 상기한 네 가지 요건 중 하나를 충족하는 것을 곧 피해자 동의가 부존재함을 의미하는 것으로 간주된다고 보았다.

131) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute(Trial Chamber III), Case No. ICC-01/05-01/18-3343, International Criminal Court(ICC), ¶99 (2016. 3. 21.).

132) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute(Trial Chamber III), Case No. ICC-01/05-01/18-3343, International Criminal Court(ICC), ¶99 (2016. 3. 21.).

133) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute(Trial Chamber III), Case No. ICC-01/05-01/18-3343, International Criminal Court(ICC), ¶102 (2016. 3. 21.).

134) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute(Trial Chamber III), Case No. ICC-01/05-01/18-3343, International Criminal Court(ICC), ¶¶105-106 (2016. 3. 21.).

135) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute(Trial Chamber III), Case No. ICC-01/05-01/18-3343, International Criminal Court(ICC), ¶105 (2016. 3. 21.); Clay Anthony, p. 415.

마지막으로, 재판부는 강간을 구성하는 강압적인 환경을 충족시키는 경우를 확장하였다. 즉 민간인들 사이에 군대의 존재와 같은 상황뿐만 아니라 가해자가 강압적인 환경을 조성하는 것에 이바지 하는 요소들의 예를 들었는데, 즉 범죄에 동원된 사람 수, 전투 상황 동안이나 직후에 강간이 범해졌는지 여부, 강간 외의 다른 범죄가 동반되었는지 여부가 고려될 수 있다고 하였다.¹³⁶⁾ 이러한 접근은 국제형사법에서 새롭게 제시된 것으로써, 국제형사범죄가 일어나는 대부분의 상황이 이미 강압적인 환경을 충족시키는 경우가 많음을 고려할 때 보다 피해자 중심적인 접근이라 할 수 있다.¹³⁷⁾

2) 지도자 책임 추궁을 위한 법리: 성범죄가 전쟁의 수단으로써 공동 계획에 포함되는가?

가) Bemba 판결 이전의 실행

국제형사법에서 범죄(crimes)와 책임의 형식(mode of liabilities)을 구분하고 있으므로, 국제형사법의 판결 구조는 범죄가 성립되었다고 결정한 이후에 피고인을 상대로 책임 형식을 따진다. 국제형사재판이 대부분 지도자의 처벌을 겨냥하고 있는 만큼, 직접 강간 등 기저행위를 저지르지 않은 지도자로 하여금 부하의 행위에 대한 책임을 지게 하기 위한 법리가 발달해 왔다. ICTY를 예로 들면, 행위자가 아닌 지도자를 처벌하기 위하여 ‘상급자 책임(superior responsibility)’과 ‘공동범죄 집단(joint criminal enterprise)’의 두 가지 법리가 사용되었다.¹³⁸⁾ ‘상급자 책임’은 행위자인 부하 병사에 대해 실효적 지배를 행사하는 상급자가 부하의 행위를 알았거나 알았어야 함에도 불구하고 부하의 범죄행위에 대한 감독책임을 다하지 못했음 이유로 책임을 지우는 것으로, 핵심적 비난가능성이 지도자의 감독책임에 있다고 보는 것이 전통적 견해였다. 반면에 공동범죄집단은 공동목적을 공유하면서 그 목적을 실현하기 위해 각자 서로 다른 방식으로 함께 행위하는 개인들에게 그 실행과정에서 발생한 각 범죄행위에 대해 책임을 지우는 이론으로, 지도자도 공동목적을 공유하고 그 목적 실현을 위해 어떤 식으로든지 기여했음을 이유로 책임을 지우는 것이다. 상급자 책임이라는 규범적 근거가 있음에도 공동범죄집단 법리가 추가로 필요했던 이유에는 현실적인 이유도 있었다. 즉 상급자 책임 법리에

136) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute(Trial Chamber III), Case No. ICC-01/05-01/18-3343, International Criminal Court(ICC), ¶104 (2016. 3. 21.).

137) Igor Vuletic, “Rape as a War Crime with a Special Reference to Croatian Criminal Law”, 2017 Jura: A Pecs Tudományegyetem Allam-és Jogtudományi Karának tudományos lapja 173, 175 (2017).

138) 이에 대한 설명은 Sarah Schwartz, “Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law”, 40 U.N.S.W.L.J. 57, 65-68 (2017) 참조.

따라 상급자가 책임을 지기 위해서는 행위자인 부하가 상급자의 실효적 지배하에 있었음이 증명되어야 하는데, 현대의 게릴라전과 같이 지휘체계가 불분명한 경우 실효적 지배의 입증이 힘든 경우가 많았기 때문이다. 둘째는 법리적인 이유인데, 설사 실효적인 지배가 입증되는 경우라 할지라도 상급자 책임은 상급자가 부하의 행위를 알았거나 알았어야 함에도 불구하고 부하의 범죄행위에 대한 감독책임을 다하지 못했다는 것에 책임의 근거가 있기 때문에 부하의 행위 자체에 대한 기여를 한 것으로 처벌받는 것이 아니라는데 이론의 한계가 있었다.

이러한 이유로 ICTY에서 부하 병사가 저지른 성범죄에 기여한 지도자의 책임을 판단함에 있어서 공동범죄집단 법리가 종종 사용되었다. 공동범죄집단에는 세 가지 유형이 있는데, 제1유형은 공동목적 범위 내에서 발생한 범죄를, 제2유형은 제1유형의 변종으로써 집단 수용소에서 일어난 범죄를, 제3유형은 공동목적 범위 밖에서 발생하였지만 공동목적의 실행에 있어서 자연적이고 예상 가능한 결과로서 발생한 범죄에 대한 책임을 부여하기 위해 사용되었다.¹³⁹⁾ 문제는, 재판부는 정치적·군사적 지도자가 형성한 인종학살이나 강제이주 등의 공동의 계획에 살인이나 기타 다른 범죄는 포괄되는 것으로 보아 공동범죄집단 제1유형에 따라 처벌한데 반해서, 성범죄에 대해서는 유독 공동 계획의 범위 밖에서 발생하였지만 공동 목적 실행에 있어서 자연적이고 예상 가능한 결과로서 발생한 범죄로 보아 공동범죄집단 제3유형에 따라 처벌하는 경향을 보였다.¹⁴⁰⁾ 이는 결국 성범죄가 공동 계획에 이바지하기 위한 전쟁 수단으로 저질러졌다고 보는 것이 아니라 공동 계획에 예정되어 있지 않던 범죄로, 통제되지 않은 병사들이 혼란스러운 기회를 빌어 개인적으로 저지른 범죄로 보는 것으로 볼 수 있어 전통적인 규범의 입장에 머물러 있음을 보여준다.¹⁴¹⁾

문제는, ICTY와는 달리 ICC는 로마규정 제28조에서 상급자 책임에 관한 규정을 두고 있고 제25조에서 공동 목적에 근거한 책임 법리으로써 세 유형을 제시하고 있

139) 설일영, ““공동범죄집단”(Joint Criminal Enterprise) 법리 연구: ICTY 판례를 중심으로“, 인도법 논총 제30권 (2010), 23, 26-27.

140) Sarah Schwartz, “Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law”, 40 U.N.S.W.L.J. 57, 68-72 (2017); *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević*, Judgement(Appeals Chamber), Case No. IT-05-87/1-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), ¶¶926, 929 (2014. 1. 27.); *Prosecutor v. Prlić et al.*, Judgment Volume 4 of 6(Trial Chamber III), Case No. IT-04-74-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), ¶¶65, 72, 166, 288, 450, 586, 644, 853, 922, 1021 (2013. 5. 29.).

141) 물론 이러한 경향에 반대되는 판결이 없었던 것은 아니다. 그 예로, *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.*, Judgement(Appeal Chamber), Case No. IT-98-30/1-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), ¶86 (2005. 2. 28.); *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Judgement(Trial Chamber I), Case No. IT-00-39-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), ¶¶800, 1098, 1105, 1100-1118, 1150 (2006. 9. 27.); *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Judgement(Appeal Chamber), Case No. IT-00-39-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), ¶163 (2009. 3. 17.) 참조. 그러나 *Kvočka* 판결은 성범죄가 다른 범죄적 목적에 포괄되는지에 대해 간접적인 표현이 그쳤고, *Krajišnik* 판결의 경우 항소재판부가 1심재판부의 유죄확정을 뒤엎는 결정을 내림에 따라 선례적 가치를 크게 인정받지 못했다.

는데, 이는 이전 공동범죄집단의 법리와 구별된다. 구체적인 내용은 각각 차이가 있지만, 로마규정 제25조가 공동범죄집단과 구별되는 결정적인 차이 중 하나는 로마규정 제25조상의 책임의 세 유형 모두 공동 계획의 구성원이 문제되는 범죄의 발생을 의도하였거나 공동 계획의 실행의 결과로서 해당 범죄가 발생할 것에 대해 사실상 확신할 것을 요구하고 있다는 데 있다.¹⁴²⁾ 즉 로마규정 제25조는 이전 ICTY가 기뒀던 공동범죄집단 이론과 달리, 성범죄가 공동 목적 범위 밖의 범죄로 여겨질 경우 제25조에 따른 책임 추궁을 어렵게 만들어 놓았다. 이는 *Katanga* 사건에서 재판부가 다른 범죄(살인이나 약탈)에 대해서는 유죄 선고를 내린데 반해 강간에 대해서만 무죄 선고를 내린 주요 이유가 되었는데, 즉 재판부는 기존에 국제 재판소들의 경향을 그대로 계승하여 다른 범죄와 달리 강간은 공동 목적을 구성하는 범죄로 보지 않았고, 이는 현 로마규정 항에서는 공동 목적에 따라 행동하는 행위자들이 강간의 발생을 최소한 확신하였다고 믿을만한 충분한 증거가 없다고 판단하도록 만들었다.¹⁴³⁾ 이러한 배경을 바탕으로, *Bemba* 사건에서 재판부가 *Bemba*에게 부하 병사들이 저지른 강간에 대한 책임을 묻기 위하여 어떻게 법리를 구성할지 여부가 중요해졌다.

나) *Bemba* 판결과 합의

현 로마규정에서 책임의 형식에 관한 규정은 크게 제25조에 따라 범죄의 정범 내지 공범으로써 범죄에 가담한 책임을 지는 것과, 제28조에 따라 상급자로서 군 지휘관 또는 민간인 상급자가 하급자의 범죄를 방지하지 않았거나 필요한 합리적인 조치를 취하지 않은 경우에 책임을 부담하는 것으로 나누어진다.¹⁴⁴⁾ *Bemba* 사건에서 재판부는 사실 명시적으로 강간이 로마규정 제25조에서 말하는 공동 목적 범위 내에 포함될 수 있는지 여부를 다루지 못했다. ICC 소추관이 처음에는 *Bemba*를 로마규정 제25조 제3항 제(a)호에 근거하여 기소하려고 하였으나, 전심 재판부가 강간이 *Bemba*가 공유한 공동 계획에 포섭된다고 여길만한 충분한 근거를 수립할만한 증거가 불충분하다고 보았고, 소추관은 결국 *Bemba*에 대하여 제28

142) Rome Statute, art. 25; Sarah Schwartz, "Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law", 40 U.N.S.W.L.J. 57, 79 (2017).

143) Sarah Schwartz, "Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law", 40 U.N.S.W.L.J. 57, 81 (2017); *Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute (Trial Chamber II), Case No. ICC-01/04-01/07-3436-tENG, International Criminal Court (ICC), ¶¶1233-1234, 1663-1664 (2014. 3. 7.). 재판부가 이렇게밖에 판단할 수 없었던 이유에는 소추관이 충분한 증거를 제시하지 못했던 책임에도 기인하였음을 염두에 둘 필요가 있다 [Sarah Schwartz, "Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law", 40 U.N.S.W.L.J. 57, 81 (2017)].

144) 이윤제, "ICC 형사절차 실무 및 주요 수사, 재판 사례 분석" [정책용역보고서], 대검찰청 (2010), II-4-(4), II-4-(5).

조의 상급자 책임을 바탕으로 기소하였기 때문이다.¹⁴⁵⁾ 그럼에도 불구하고 *Bemba* 판결문에서 재판부는 강간에 대한 지도자의 책임을 추궁함에 있어서 크게 두 가지 중요한 해석을 제공하였다.

첫째, 상급자 책임을 지도자의 부하 병사에 대한 감독의무의 소홀이라는 감독 책임으로만 보던 전통적 관점을 반박하고, 상급자 책임도 다른 정범이나 공범과 마찬가지로, 부하 병사들이 저지른 범죄 행위 자체에 대한 책임을 부담하는 것으로 보았다.¹⁴⁶⁾ 즉 재판부는 로마규정 제28조의 상급자 책임은 제25조에 따라 범죄의 정범 내지 공범으로써 범죄에 가담한 책임을 지는 것보다 더 낮은 정도의 책임을 부담하는 것이 아니며, 부하가 저지른 그 범죄에 대한 책임이 전가된다는 점에서 동등하다고 본 것이다.¹⁴⁷⁾

둘째, 재판부는 전시 성범죄는 특정한 군사적, 정치적 목적을 가진 전투 수단으로써 임시적이고 고립되어 우연한 기회에 저질러지는 범죄가 아님을 강조하였다.¹⁴⁸⁾ 이로써 비록 *Bemba* 사건에서 직접 다뤄지지 않았지만, 미래에 ICC 재판부가 제25조 제(a)항 내지 (c)항에서 따라 강간이 공동의 목적에 포함되는 범죄인지 여부를 판단해야 하는 경우에 성범죄는 군사적, 정치적 목적을 위해 사용되는 전쟁 수단이라는 *Bemba* 판결문이 좋은 선례가 될 수 있게 되었다.

4. 평가 및 결론

지금까지 지난 15~20년간 무력분쟁 시 자행된 성범죄 및 성차별범죄에 대한 국제형사규범 형성과 발전 과정을 살펴보았다. 20세기 초까지만 해도 전쟁의 어쩔 수 없는 부산물으로써 목인과 용인의 영역이었던 전시 성폭력이 해당 영역에서의 국제형사법의 발전과 UN 내 여성과 평화, 안보 영역에서의 규범적 발전에 힘입어 급진적인 변화를 보이기 시작했다. 21세기에 들어서면서부터 국제법은 더 이상 전시 성폭력을 용인의 영역이나 부수적인 범죄로써 경시하지 않으며, 오히려 핵심 범죄로서 우선적으로 처벌하고 근절해야 할 범죄로 보고 있다. 성범죄는 전쟁 무기이자 수단으로 사용되고 있음이 확인되었고, 책임자에 대한 형사 책임 추구를 위하여 해당 영역에서 국제형사규범이 급진적으로 발전하였다. 먼저 입법적으로는

145) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Confirmation of Charges(Pre-Trial Chamber II), Case No. ICC-01/05-01/08-425, International Criminal Court, ¶¶372, 374, 401 (2009. 6. 15.).

146) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute(Trial Chamber III), Case No. ICC-01/05-01/18-3343, International Criminal Court(ICC), ¶¶171-172 (2016. 3. 21.).

147) Sarah Schwartz, "Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law", 40 U.N.S.W.L.J. 57, 83 (2017).

148) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute(Trial Chamber III), Case No. ICC-01/05-01/18-3343, International Criminal Court(ICC), ¶685 (2016. 3. 21.).

광범위하고 다양한 유형의 성범죄가 명시적으로 집단학살, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄를 구성할 수 있는 범죄로 규정되었다. 성범죄에 대한 수사와 기소의 효율성도 증대되었는데, ICC 소추관은 정책적으로 성범죄와 성차별범죄를 특별히 우선하여 수사하고 기소하고 있다. 판례에 의한 법리적 해석도 발전하여, 강간의 정의에 성인지적 관점이 반영되고 있고, 전시 상황이라는 특수한 상황에서 보다 피해자 중심적인 접근에 기초한 정의가 발전하였다. 또한 상급자에 대한 책임 유형을 판단함에 있어서도 전쟁 중 성범죄가 인종학살적 공동 목적과 계획에 이미 포괄되는 것으로 보는 해석이 나오고 있다. 이러한 규범적 변화가 궁극적으로 무력분쟁 시 성폭력에 대한 불처벌의 관행을 종식시키고, 더 나아가서는 성폭력을 근절하고 예방함에 기여하기를 기대해 본다.