

국제형사법상 개인형사책임 이론에 대한 연구

국가안보전략연구원

김 상 결

필자는 실체법적 측면에서 봤을 때 제노사이드, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄 그리고 침략범죄 등 로마규정 제5조가 규정하고 있는 네 가지 핵심국제범죄의 키워드는 ‘규모(scale)’라고 생각한다. 국제사회가 로마규정 전문을 통해 규탄하는 “국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄”가 되기 위해선 국제사회의 관심과 행동을 이끌 정도의 객관적 ‘규모’(즉, 다수의 조직적 범죄자, 다수의 피해자, 광범위하고 체계적인 범죄실행 등)가 전제되어야 하며, 이러한 객관적 ‘규모’의 현상, 실제 또는 사실은 핵심국제범죄의 ‘상황적 구성요건(contextual element)’이라는 구체적 규범형식으로 표현된다.¹⁾ 한편, 핵심국제범죄의 요체로서의 ‘규모’는 또한 ‘개인형사책임(individual criminal responsibility)’ 개념의 발전으로 이어질 수밖에 없었는데, 이는 다수의 조직적 범죄자 상호간의 필연적 역할 배분을 법적으로 구분해야 할 국제형사재판의 현실적 필요성을 그 이유로 한다. 기본적으로 국가 또는 국가와 유사한 체계, 조직, 위계를 가진 단체에 의해서 저질러지는 핵심국제범죄에 있어서 행위 현장에서 범죄를 실행하는 하급자와 이를 지휘, 감독하는 중간간부, 그리고 범죄현장에서 멀리 떨어진 지휘본부에서 이 모든 작전을 고안, 계획, 지시하는 최상급자 각각의 행위에 대한 책임을 구분하지 않을 수 없는 것이다. 이러한 이유에서 국제법은 뉴렘베르그에서 시작하여 국제형사재판소에 이르기까지 그 기본규정들과 판례를 통하여 개인형사책임 이론—좀 더 구체적으로는 ‘범죄참가형태(modes of liability)’ 이론—들을 발전시켜 온 것이다.²⁾ 요컨대, 핵심국제범죄는 1인의 행위자에 의해서 저질러지는 것이 사실상 불가능하며, 다수의 행위자가 실행, 조력, 지시, 계획 등의 다양한 행위양태를 통해 합동하여 저지르는 것이므로 각자의 범죄참가형태를 구분하고 상이한 죄책을 지울 필요가 있는 것이다. 이에 대해 구유고국제형사재판소(ICTY) 항소심재판부는 다음과 같이 말하고 있다:

1) 이에 대한 좀 더 자세한 논의는, 김상결, “인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건”, 『국제법학회논총』, 제61권 제1호, pp. 71-102 (2016).

2) 국제형사법 실무와 학술서 등에서는 범죄참가형태를 지칭하는 말로 ‘modes of liability’라는 용어가 가장 많이 쓰이고, ‘modes of participation’, ‘modes of criminal responsibility’, ‘forms of participation’ 등의 용어도 사용된다.

“대부분의 경우에 있어서 [핵심국제범죄]는 한 개인의 범죄적 성향으로부터 발생하지 않으며 집단적 범죄성의 나타남을 구성한다: 이 범죄들은 흔히 어떤 공통적 범죄 디자인을 쫓아 행동하는 단체에 의해 실행된다. 비록 이 단체의 일부 구성원만이 실제 범죄 실행행위[...]를 행하였다고 하더라도 여타 단체 구성원들의 참여와 공헌은 흔히 해당 범죄 실현을 가능케 하는데 결정적 역할을 하는 것이다. 따라서 그러한 참여의 도덕적 심각성은 해당 행위를 실행한 자의 그것보다 덜하거나 다르지 않다.”³⁾

오늘날 국제형사법 학계에서 ‘개인형사책임’이라는 주제는 일반적으로 다양한 ‘범죄 참가형태(modes of liability)’ 이론들을 의미하지만, 이러한 ‘개인형사책임’ 개념의 ‘발전’ 단계 이전에 동 개념의 ‘발전’의 단계가 있었다. 국제법의 주체가 국가로 한정되어 있었던 시기에 국가의 국제법상 범죄행위에 대하여 개인의 형사책임을 인정한다는 생각은 지금처럼 자연스러운 것이 아니었다. 실제로 유럽에서 웨스트팔리아 주권 개념이 공고화된 이후 오랜 기간 동안 개인은 국제법의 주요 논의 주체가 아니었다. 이러한 상황에서 개인형사책임 개념을 국제법의 중심으로 끌어오는데 큰 공헌을 한 사람이 바로 뉴렘베르그 재판 때 영국대표단을 자문했던 캠브리지대학교 교수 Hersch Lauterpacht였다. 그는 주권국가는 자국의 국민을 자기 마음대로 죽일 수도 살릴 수도 있다는 전통적 견해를 논박하며, 그러한 행위를 한 국가는 국제법상 범죄자가 될 수 있으며 따라서 그 국가를 대표해서 행위한 개인도 국제범죄로 처벌될 수 있다고 주장하였다.⁴⁾ 여기서 ‘그 국가를 대표해서 행위한’이라는 문구가 중요한데, 국가의 정책에 따라 국가를 대표해서 행위한 경우가 아니고, 개인적인 자격으로 국제범죄를 행한 경우 그 범죄자들에게 개인형사책임을 부과한 예는 특히 19세기 초반부터 존재하였기 때문이다. 19세기 초반기 이후의 노예상인을 처벌했던 국제재판소, 해적에 대한 처벌, 그리고 일부 일탈 군인들의 전쟁범죄에 대한 처벌 등이 그 예가 될 수 있을 것이다.⁵⁾

Lauterpacht의 이러한 국제법상 개인형사책임 사상의 근거에는 국제법이 직접 개인에게 부과하는 ‘의무’ 개념이 있었다.⁶⁾ 그는 오랜 기간 국제법의 유일한 주체였던 ‘국

3) *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 191.

4) Philippe Sands, *East West Street: On the Origin of Genocide and Crimes Against Humanity* (New York: Alfred A. Knopf, 2016), p.282.

5) **ADD.** 노예상인에 대한 처벌에 대해서는 Jenny S. Martinez, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law* (New York: Oxford University Press, 2012), pp. XX-XX.

6) Raphael Lemkin이 genocide라는 범죄개념을 통해 집단의 권리를 중시했다면, Lauterpacht는 crimes against humanity라는 범죄개념을 통해 개인의 권리를 중시했다고 할 수 있는데, Lauterpacht는 Lemkin의 genocide 개념에 냉담했다. 이는 집단을 강조하는 사이 개인의 보호가 간과될 위험성에 대한 염려에 기반한 것으로 보이는데, 이러한 두 사람의 사상적 차이에 대한 면밀하면서도 가독성 높은 설명은 Philippe Sands, *East West Street: On the Origin of Genocide and Crimes Against Humanity* (New York: Alfred A. Knopf, 2016), pp. 272-283, 317-353.

가’ 개념 이전에 국가를 이루는 원천인 ‘사람(men)’에 주목하면서, 추상적 실체인 국가의 국제법상 권리와 의무는 바로 ‘사람(men)’의 권리와 의무임을 주장하였다.⁷⁾ 이러한 맥락에서 Lauterpacht는 유엔헌장 상의 기본가치인 ‘기본적 인간 권리(fundamental human rights)’ 개념과 뉴렘베르그 헌장 상의 기본가치인 ‘기본적 인간 의무(fundamental human duties)’ 개념 양자 모두가 국제법의 기본원칙임을 주장했다.⁸⁾ 그는 국제법으로서의 전쟁법(law of warfare)은 추상적 개념으로서의 독일이 아니라 독일 정부 구성원, 점령지에서 정부기능을 행했던 독일 개인들, 독일 장교들과 독일 병사들에게 적용되며,⁹⁾ 세계평화의 수호를 통한 국제법의 미래가 “개인국제책임 원칙(the principle of individual international responsibility)”의 광범위한 적용에 달려있다고 주장하였다.¹⁰⁾ Lauterpacht의 이러한 사상은 뉴렘베르그 판결문으로 이어졌는데, 동 판결문은 “뉴렘베르그 헌장의 핵심은 개인이 개별 국가가 부과하는 국내적 의무를 넘어서는 국제적 의무를 지고 있다는 것이다(the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual state)”라고 선언하였다.¹¹⁾ 뉴렘베르그 재판 종료 후 1950년 유엔국제법위원회가 유엔총회의 요청에 따라 뉴렘베르그 헌장과 판결문으로부터 도출해낸 국제법 원칙들로서 국제관습법으로 인정받고 있는 7개항의 ‘뉴렘베르그 원칙(Nuremberg Principles)’¹²⁾ 중 제2원칙은 국제법상 범죄를 구성하는 행위를 한 사람은 그의 국적국법에 그 행위에 대한 처벌 법규가 없더라도 국제법상 책임을 면치 못한다는 것인데,

- 7) Sir Hersch Lauterpacht, “Draft Nuremberg Speeches”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol.1, 2012, pp.62-63. 이 문서는 뉴렘베르그 재판에서 영국 chief prosecutor였던 Hartley Shawcross가 행했던 final speech를 출간한 것인데, 이 speech는 Lauterpacht가 쓴 것이었다.
- 8) Sir Hersch Lauterpacht, “Draft Nuremberg Speeches”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol.1, 2012, pp.63.
- 9) Hersch Lauterpacht, “The Law of Nations and the Punishment of War Crimes”, *British Yearbook of International Law*, vol.21, 1944, p.64.
- 10) Sir Hersch Lauterpacht, “Draft Nuremberg Speeches”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol.1, 2012, pp.63.
- 11) Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945-1 October 1946, Published at Nurember, Germany, 1947, Volume 1, Official Text in the English Language, Official Documents, p. 223.
- 12) Report of the International Law Commission on its Second Session, 5 June to 29 June 1950, Official Records of the General Assembly, Fifth session, Supplement No. 12, UN Doc. A/1316, paras. 95-127. 뉴렘베르그 원칙의 중요성과 관습법적 성격은 1990년대 초반 ‘구유고국제형사재판소 규정(ICTY Statute)’과 ‘르완다국제형사재판소 규정(ICTY Statute)’를 이어 ‘국제형사재판소 로마규정(Rome Statute)’에 이르기까지의 일련의 성문화 과정에서 잘 드러나는데, 뉴렘베르그 원칙상의 7개 항목 모두가 아래 표와 같이 1998년 로마규정에 성문화되었다.

뉴렘베르그 원칙	로마규정
제1원칙(개인형사책임 원칙)	제25조
제2원칙(국제법상 책임의 국내법 우선원칙)	제5조- 제8조의2
제3원칙(국가원수 등 공적지위에 의한 면책 배제의 원칙)	제27조
제4원칙(상급자 명령에 따른 면책 배제의 원칙)	제33조
제5원칙(공정한 재판을 받을 원칙)	제21조, 제22조, 제66조, 제67조
제6원칙(국제범죄의 종류)	제5조- 제8조의2
제7원칙(정범 이외의 범죄참가자의 처벌 원칙)	제25조

이 제2원칙의 배경에는 여기 인용한 뉴렘베르그 판결문의 내용이 있었고, 또한 이 판결문 내용의 배경에는 Lauterpacht의 국제법상 개인의 의무 사상이 있었던 것으로 보인다.¹³⁾

조약에 국제법상 개인형사책임 개념이 등장한 첫 번째 예는¹⁴⁾ 제1차 세계대전 종전 후 체결된 1919년 베르사이유 조약 제7편(Part VII)이었다.¹⁵⁾ 동 조약의 협의시 미국과 일본 대표단은 국제법상 개인형사책임의 추궁이 가능한지에 대한 의문을 표시하였지만, 대다수의 국가들은 침략범죄에 대해서는 분명하지 않지만, 전쟁법 등에 대해서는 국제형사법이 존재함을 확신하였다.¹⁶⁾ 같은 맥락에서 베르사이유 조약 제7편 채택의 기초작업이었던 전문위원회의 보고서는 “개인책임(Personal Responsibility)”이라는 제목의 Chapter III에서 1차 대전 중 “전쟁법(laws and customs of war)” 및 “인도의 법(laws of humanity)”에 위반하는 범죄를 범한 “모든 사람(all persons)”이 형사소추의 대상이 됨을 선언하고 있다.¹⁷⁾ 이러한 과정을 통해 채택된 베르사이유 조약 제7편 제227조는 “국제도덕과 조약의 신성함에 반하는 최고 범죄(a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties)”로 독일황제를 소추하는 한편, 제228조는 “전쟁 법규 및 관습(the laws and customs of war)”에 위반한 전쟁범죄를 저지른 여타 행위자의 개인형사책임을 인정하고 있었다.¹⁸⁾ 그러나 제227조가 재판을 위해 독

13) 제2원칙의 원문은 다음과 같다: “The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law.”

14) 비록 조약의 형식은 아니었지만, 1919년 베르사이유 조약 이전에 국제법상 개인형사책임을 인정한 중요한 예는 1915년부터 1917년까지 터키가 150만명에 이르는 아르메니아인들을 학살한 사건(통칭 “Armenian Genocide”)에 대하여 학살 초기였던 1915년 5월 프랑스, 영국, 러시아가 합동하여 발표한 성명이었다. 원문은 다음과 같다: “In view of those new crimes of Turkey against humanity and civilization, the Allied governments announce publicly to the Sublime-Porte that they will hold personally responsible [for] these crimes[:] all members of the Ottoman government and those of their agents who are implicated in such massacres.” http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current_category.7/affirmation_detail.html

15) 제227조부터 230조까지의 네 개 조항으로 이루어진 매우 짧은 길이의 제7편의 내용은 마치 압축해 놓은 국제형사재판소 로마규정 같은 느낌을 주는데, 그 안에는 국제범죄개념, 범죄인인도 및 증거인도 등 형사사법공조, 그리고 변호인의 조력을 받을 권리 등 피고인의 방어권 등을 지시하는 문구들이 존재한다.

16) 미국 대표단은 “전쟁법(laws and customs of war)” 및 “인도의 법 또는 원칙(laws or principles of humanity)”에 대한 위반행위를 범죄로 만들고, 그에 대한 처벌을 규정한 “국제 규정 또는 조약(international statute or conventions)”의 존재를 알지 못한다고 주장하였다. M. Adatci, “Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties: Report Presented to the Preliminary Peace Conference”, March 29, 1919, *American Journal of International Law*, vol.14, 1920, p.146. 미국의 의심이 국제법상 개인형사책임 개념 그 자체에 대한 것이었던 반면, 일본의 의심은 조금 다른 내용을 가졌는데, 일본은 국제법상 개인형사책임 개념에 대해서는 동의하면서도, 과연 전승국이 패전국의 구성원을 재판하는 것이 타당한지와 패전국 최고위급들을 일종의 부작위 책임인 ‘지휘관 책임(command responsibility)’ 논리에 근거하여 처벌하는 것이 적절한지 의문을 표시하였다. *Ibid.*, pp. 151-152.

17) M. Adatci, “Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties: Report Presented to the Preliminary Peace Conference”, March 29, 1919, *American Journal of International Law*, vol.14, 1920, p.117.

18) 제228조의 원문은 다음과 같다: “The German Government recognises the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in

일황제에게 은신처를 제공하고 있던 네덜란드 정부로 하여금 ‘독일 황제 (“ex-Emperor”))를 인도하게 하는 것에 대한 내용을 포함하고 있었지만 결국 네덜란드는 독일 황제가 정치범이라는 이유로 이를 이행하지 않았고, 독일 황제에 대한 개인형사책임의 추궁은 실현되지 못했다. 전승국에 의한 여타 행위자의 처벌도 독일이 그 행위자들의 인도를 완강히 거부하는 바람에 흐지부지되고 말았다.¹⁹⁾ 하지만 Gerhard Werle와 Florian Jessberger의 평가와 같이 베르사이유 조약은 국제법상 개인형사책임 개념이 조약에 의해 사상 처음으로 명시적으로 인정된 의의가 있다고 할 것이다.²⁰⁾

이러한 ‘발전’의 단계를 거쳐 국제법상 개인형사책임 개념의 본격적 ‘발전’은 제2차 세계대전 종전 직후의 뉴렘베르그 재판부터라고 할 수 있는데, 국제법상 개인형사책임 개념은 이 재판을 통해 국제법의 일부로서 확고히 자리매김하게 된다. 뉴렘베르그 판결문은 “국제법상 범죄는 사람에게 의해 저질러지며 추상적 단체에 의해 저질러지지 않고, 국제법은 그러한 범죄를 저지른 개인을 처벌함을 통해서만 강행되어질 수 있다”²¹⁾고 언명함으로써 이후 개인형사책임 개념 발전의 토대를 놓았다. 유엔국제법위원회 ‘뉴렘베르그 원칙(Nuremberg Principles)’의 제1원칙은 “누구든 국제법상 범죄를 구성하는 행위를 한 자는 책임을 지며 처벌 받는다”²²⁾라고 선언함으로써 국제범죄에 대한 개인형사책임의 개념을 인정하는 한편, 제2원칙은 여기서의 개인형사책임이란 “국제법상의 책임(responsibility under international law)”임을 명확히 하고 있다.²³⁾ 실제로 뉴렘베르그 헌장의 모든 조항들은 개인형사책임 개념의 구현을 위한 것이고, 한편

violation of the laws and customs of war.”

19) 전승국들은 대신 독일 자신에 의한 전범재판에 마지못해 동의했으며, 라이프찌히에 위치한 독일최고 재판소(Reichsgericht)는 독일 국내형법에 의거하여 13건의 재판을 진행했지만 보여주기식 재판이었던 것으로 평가되고 있다. Gerhard Werle and Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2014), pp.3-4.

20) Gerhard Werle and Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2014), p.4.

21) 국제형사법 학자들의 글에 자주 인용되고 있는 문구로서 그 원문은 다음과 같다: “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.” The Trial of Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany, Part 22, at 447, as cited by Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 128. ICTY 항소심 재판부도 힘 있는 언어로 국제법상 형사책임의 토대는 “개인책임의 원칙(the principle of personal culpability)”이어야 함을 선언하였다. *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 186 참조.

여기서 뉴렘베르그 판결문의 “국제법상 범죄는 사람에게 의해서 저질러지며 추상적 단체에 의해 저질러지지 않”는다는 문구와 관련하여 한 가지 살펴볼 필요가 있는 것은 ICTY규정 제6조와 로마규정 제 25조(1)항인데 두 조항 모두 각각의 재판소가 “자연인(natural persons)”에 대하여 관할권을 가짐을 규정하고 있다. 따라서, ICTY와 ICC는 법인에 대해서는 관할권을 행사할 수 없다. 지난 10여년간 학계에서는 “corporate liability”라는 용어를 사용하면서 심각한 인권침해 행위에 연관된 법인의 경우 국제형사관할권 행사의 대상으로 삼아야 한다는 주장들이 제기되고 있다. 최근의 관련 논문은 Harmen van der Wilt, “Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring Possibilities”, *Chinese Journal of International Law*, vol.12, issue 1, 2013, pp.43-77.

22) 제1원칙의 원문은 다음과 같다: “Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefore and liable to punishment.”

23) 제2원칙의 원문은 앞의 각주 XX.

으로는 개인형사책임의 개념으로부터 잉태된 조항들이었다고도 말할 수 있다. 동 헌장에서 좀 더 명시적으로 개인형사책임 개념을 규정하고 있는 조항들을 꼽아본다면 제1조(“유럽 주축국의 전쟁 범죄자들에 대한 공정하고 신속한 재판을 위해 국제군사법원이 설립되어야 한다.”)와 제6조(“재판소는 [...] 개인으로서 또는 조직의 구성원으로서 [...] 다음과 같은 범죄를 저지른 사람들을 재판하고 처벌하는 권능을 가진다. 다음 행위들 [...]은 재판소의 관할권 안의 범죄들이며, 그에 대해서는 개인책임이 있어야 한다.”)를 들 수 있겠다.²⁴⁾ 제1조의 “범죄자들(criminals)”라는 단어와 제6조의 “사람들(persons)”이라는 단어는 비록 ICTY규정 제7조나 로마규정 제25조처럼 명시적으로 ‘개인(individual)’이라는 용어를 사용하지는 않았지만 이들 단어들이 개인형사책임 개념을 지시하고 있음은 의심의 여지가 없다.²⁵⁾ 시간이 흘러가면서 1990년대 초중반의 ICTY규정, ICTR규정 그리고 1998년 로마규정에 이르면서 개인형사책임의 원칙은 더욱 더 분명하게 규정되게 된다.²⁶⁾

뉴렘베르그 이전 발견되었고 뉴렘베르그 이후 발전되기 시작한 국제법상 개인형사책임의 개념은 특히 1990년대 이후 ICTY, ICTR 그리고 ICC의 규정(statute)과 판례들을 통해 지속적으로 실제 사건에 적용되어 왔는데, 구체적으로는 핵심국제범죄라는 일반 국내범죄와는 전혀 다른 현상에 다양한 형태로 실행/가담/참여하는 각각의 개인에게 자신의 죄책에 상응하는 책임을 지우기 위한 이론들로 가다듬어져 갔다. 그러한 범죄참가의 다양한 형태를 인정한 최초의 규정은 1945년부터 1946년까지 진행된 뉴렘베르그 국제군사법원에 의한 재판 이후 미국, 영국, 프랑스, 소련 각국의 독일 점령구역에서의 나치전범들에 대한 “후속 재판(subsequent proceedings)”의 기본법이었던 Control Council Law No. 10에서 찾아볼 수 있는데,²⁷⁾ 동 법 제2조(2)항은 핵심국제범죄에 있어서의 “정범(principal)”과 “종범(accessory)”을 구분하고 있는 것이다.²⁸⁾ 이 조

24) 이에 더하여 범죄집단의 구성원이었다는 사실만으로 “개인(individual)”을 처벌할 수 있다는, 매우 논란 많은 조항인 뉴렘베르그 헌장 제10조 참조. 같은 시기 극동국제군사법원(International Military Tribunal for the Far East) 헌장의 개인형사책임 관련 규정은 동 헌장 제5조 참조.

25) 유엔 국제법위원회는 ‘뉴렘베르그 원칙’ 중 제1원칙을 뉴렘베르그 판결문과 뉴렘베르그 헌장 제1조만으로부터 도출해내었다. 동 위원회는 국제법이 국내법을 중간에 거치지 않고 개인에게 직접 의무를 부과할 수 있다는 “일반적 규칙(general rule)”이 제1원칙의 배경이라고 설명하면서, 뉴렘베르그 판결문의 다음과 같은 언명을 인용하고 있다: “국제법이 개인과 국가에게 의무와 책임을 부과할 수 있다는 것은 오랜 기간동안 인정되어져 왔다.” Report of the International Law Commission on its Second Session, 5 June to 29 June 1950, Official Records of the General Assembly, Fifth session, Supplement No. 12, UN Doc. A/1316, paras. 98-99.

26) ICTY규정 제7조(1)항(“A person ... shall be individually responsible for the crime.”); ICTR규정 제6조(1)항(“A person ... shall be individually responsible for the crime.”); 로마규정 제25조(2)항(“A person ... shall be individually responsible and liable for punishment ...”).

27) Control Council Law No. 10, 20 December 1945, Control Council for Germany, Official Gazette, 31 January 1946. 뉴렘베르그 국제군사법원의 재판 후, 미국, 영국, 프랑스, 소련은 각자의 독일 점령구역에서 ‘후속 재판’을 진행하였는데, 이 중에서도 미국 점령지에서 행해진 12건의 재판이 유명한데 관련 기록도 매우 잘 보존되어 있다. 이 12건의 재판에 대한 상세한 분석은, Kevin Jon Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2011) 참조. 유럽의 후속 재판들 보다는 덜 알려져 있으나, 2차 대전 종전 후 아시아-태평양 지역에서도 미국, 영국, 호주, 중국, 필리핀 등에 의한 후속 재판이 행해졌던 바, ‘지휘관 책임’이론을 대표하는 재판으로 유명한 Yamashita 재판이 그 일례이다.

항은 훗날 ICTY 등 여러 국제형사재판소들이 발전시켜 나아갈 각종 범죄참가형태 이론들의 맹아라고 평할 수 있겠다.

먼저 범죄참가형태 개념의 실무적 의의를 살펴보자. 국제형사재판소 실무세칙 정도로 번역될 수 있는 ICC Regulations of the Court, Reg. 52는 기소장(document containing the charges)²⁹⁾에 반드시 포함되어야 하는 내용으로서 “공소사실(a statement of the facts)”과 “[공소]사실에 대한 법적 특정(a legal characterisation of the facts)”을 규정하고 있다.³⁰⁾ 즉, ICC검사는 하나의 공소사실을 분석하여 두 가지 “법적 특정”을 기소장에 반드시 기재하여야 하는데, 하나는 로마규정 제6조로부터 제8조의2까지 규정된 네 가지 범죄 중 하나를 특정하는 것이고, 다른 하나는 로마규정 제25조와 제28조에 규정되어 있는 여러 개인형사책임 이론들(다른 말로 하면 ‘범죄참가형태’들) 중 하나를 특정하는 것이다.³¹⁾ 특히 Reg. 52는 범죄 특정의 경우와는 달리 범죄참가형태의 특정에 대하여는 “정확한(precise)” 특정을 요구하고 있는데, 이는 범죄참가형태 특정의 중요성과 어려움을 동시에 암시하는 것으로 생각된다.

국내형사법에서의 경우와 마찬가지로 국제형사법에 있어서의 유죄판결은 피고인의 죄책(criminal responsibility, criminal liability 또는 culpability)를 확정하게 되는데, 이 죄책의 판단은 범죄에 대한 판단과 범죄참가형태에 대한 판단의 두 부분으로 구성된다.

28) 제2조(2)항은 다음과 같다:

“Any person without regard to nationality or the capacity in which he acted, is deemed to have committed a crime as defined in paragraph 1 of this Article, if he was (a) a principal or (b) was an accessory to the commission of any such crime or ordered or abetted the same or (c) took a consenting part therein or (d) was connected with plans or enterprises involving its commission or (e) was a member of any organization or group connected with the commission of any such crime or (f) with reference to paragraph 1(a) if he held a high political, civil or military (including General Staff) position in Germany or in one of its Allies, co-belligerents or satellites or held high position in the financial, industrial or economic life of any such country.”

29) ICTY나 ICTR 등 여타 국제형사재판소들에서도 기소장이 이 두가지를 반드시 기재하였다. 한편, 기존 ICTY와 ICTR에서는 기소장을 지칭하는 용어로 ‘indictment’를 사용하였으나, ICC에서는 ‘indictment’가 영미법계를 대표하는 느낌이 있다고 하여 이 용어 대신 ‘document containing the charges’라는 말을 사용하며, ICC 직원들은 짧게 줄여서 DCC라고 칭한다.

30) Reg. 52의 전문은 다음과 같다:

“Regulation 52[.] Document containing the charges

The document containing the charges referred to in article 61 shall include:

- (a) The full name of the person and any other relevant identifying information;
- (b) A statement of the facts, including the time and place of the alleged crimes, which provides a sufficient legal and factual basis to bring the person or persons to trial, including relevant facts for the exercise of jurisdiction by the Court;
- (c) A legal characterisation of the facts to accord both with the crimes under articles 6, 7 or 8 and the precise form of participation under articles 25 and 28.”

31) 실제에 있어서 같은 공소사실에 대하여 하나 이상의 범죄를 특정하거나, 하나 이상의 범죄참가형태를 특정하여 기소장에 기재하는 것도 가능하다. 이는 경합범(cumulative charging 또는 cumulative conviction)이라는 주제로 이어지는 것인데 이곳에서는 더 자세히 논하지는 않겠다. 다만 한 가지 기억할 것은 특히 범죄참가형태를 한 개 이상 기소장에 기재하는 것은 피고인의 방어권 보장 측면에서 논란이 되곤 한다. 즉, 검사가 하나의 범죄참가형태를 특정하여야 피고인이 그에 대한 방어전략을 효율적으로 짤 수 있다는 의미에서 그러하다.

다. 많은 수의 범죄가 단독범에 의해 행해지고 합동범의 경우에도 그 숫자가 많지 않은 국내범죄의 경우와 달리, 국가 또는 그에 버금가는 규모와 조직을 가진 단체에 의해 저질러지며, 핵심참가자들은 보통 실제 범죄현장에서 멀리 떨어져 범죄행위 자체의 실행이 아닌 계획하고 명령, 지시하는 최고위급 인사들인 핵심국제범죄의 경우에는 특히 범죄참가형태에 대한 판단은 피고인의 죄책 결정에 있어 상대적으로 큰 중요성을 지니게 된다.³²⁾ 실제로 국제형사재판소 검찰부의 실무에 있어서 ‘Trial Team’이라고 불리는 송무팀이 가중 신중하게 접근하는 일이 해당 피고인에게 적용할 범죄참가형태를 선택하는 것이다. 한편, 실무적으로 국제형사재판소 검사의 입장에서 생각해 보면, 그는 유죄판결을 도출해 내기 위해 네 가지의 종류의 구성요건을 입증해야만 하는데, 객관적 범죄구성요건, 주관적 범죄구성요건, 객관적 범죄참가형태 구성요건, 주관적 범죄참가형태 구성요건이 그 네 가지이다. 즉, 범죄의 경우와 마찬가지로 범죄참가형태도 구성요건을 가지며 검사는 그에 대한 입증책임을 지는 것이다. 예를 들어, 검사가 어떤 피고인을 로마규정 제6조(a)항 ‘살해에 의한 제노사이드’로 기소하면서, 이 범죄에 피고인이 동 규정 제25조(3)(a)항의 세 가지 항목 중 두 번째 것인 ‘공동정범(co-perpetration 또는 joint perpetration이라 칭해짐)’으로 참여하였다고 기소장에 기재하였다면, 검사는 제6조(a)항 관련 객관적 및 주관적 구성요건 뿐 아니라 제25조(3)(a)항 두 번째 항목을 입증하기 위한 객관적 및 주관적 구성요건도 입증하여야 하는 것이다.³³⁾

ICTY와 ICTR의 경우에는 범죄구성요건 및 범죄참가형태 구성요건 양자 모두 판례를 통해 정립하였다. 때로는 재판부간 엇갈린 견해가 존재했기에 이러한 두 가지 구성요건의 정립과정은 여러 가지 시행착오와 어려움들로 점철되어 있었다. ICC의 경우에는 상황이 좀 호전되었는데, 이는 로마규정 제9조에 의거하여 ICC 당사국 총회가 채택한 공식 범죄구성요건집이 존재하기 때문이다. 따라서 ICC의 검사와 재판관은 특정 범죄와 관련하여 그 구성요건이 무엇인지 고민할 필요가 없어진 것이다. 한편 ICC 당사국 총회는 범죄참가형태와 관련해서는 그 구성요건집을 채택하지 않고 ICC 재판부가 재판을 진행해 나가면서 판례를 통해 관련 구성요건을 정립해 나가도록 하였다. 이러한 사정을 배경으로 ICC에서는 범죄참가형태의 정의와 구성요건에 대하여 많은 논의가 오가고 있으며, 학자들도 이 주제에 깊은 관심을 보여 왔다.

범죄참가형태 결정의 의의는 두 가지로 볼 수 있는데, 첫째는 범죄인의 정확한 ‘죄책’ 정도를 규범적으로 선언하는 것이며, 둘째는 결정된 범죄참가형태를 통해 표상되는 ‘죄책’이 양형에 반영될 수 있다는 것이다. 여기서 ‘죄책’은 영어로 ‘criminal

32) “those bearing greatest responsibility” (SCSL Statute, Art. 1); “the most senior leaders suspected of being most responsible for” (UNSCresolution 1534 (2004))

33) 이러한 입증은 주로 두 가지 종류의 증거에 의존하게 되는데, 국제형사법 실무상 범죄 관련 증거를 ‘범죄 기반 증거(crime-based evidence)’, 그리고 범죄참가형태 관련 증거를 ‘연결증거(linkage evidence)’라고 부른다. 후자는 범죄와 피고인 개인을 연결시켜주는 증거라는 의미를 내포하고 있다.

responsibility’ 또는 ‘criminal liability’라고 말할 수도 있고, ‘culpability’라고 지칭할 수도 있는데, 이 개념은 (i) 피고인을 형법적 의미에서 비난할 수 있는지,³⁴⁾ 그리고 (ii) 만약 비난할 수 있다면, 그 사람의 형법상 책임의 ‘정도(degree)’는 얼마나 되는지 라는 두 가지 질문을 던진다. 세계 각국의 형사법들이 서로에게 많은 영향을 주고받으며 점점 많은 공통분모를 소유하게 된 현실에서 그 현실적 효용성이 줄어들고 있는 것만,³⁵⁾ 개인형사책임 개념에 대한 세계 각국의 접근법은 크게 다음과 같은 두 가지로 분류할 수 있다. 첫째는 미국, 프랑스, 이태리처럼 개인형사책임의 존재를 인정할 수 있는 최소경계선을 설정해 놓고 일단 그 선을 넘은 이상 더 이상 개인형사책임의 정도에 대해서는 논하지 않는 ‘일원화 모델(unitary model)’이고,³⁶⁾ 둘째는 스페인, 독일, 한국과 같이 개인형사책임의 존재가 인정된 후 이를 계량화하여 그 정도를 정하는 ‘차별화 모델(differentiated model)’이다.³⁷⁾ 전자는 여러 명의 범죄참여자들 각자가 독립된 범죄를 저지른다는 견해로부터 출발하며(“a plurality of persons implies a plurality of offences”), 후자는 여러 명의 범죄참여자들이 하나의 범죄에 참여한다는 이해를 근거로 한다(“a multitude of persons and one single offence”).³⁸⁾ 따라서 엄밀히 말하자면 어떤 사람의 형법상 책임의 ‘정도(degree)’를 묻는 것은 ‘차별화 모델’과 연결된다고 하겠다. 이 차별화 모델은 지금까지 여러 국제형사재판소들이 채택, 적용하여 온 국제형사법에 있어서 주된 개인형사책임 설명 방법이었으며,³⁹⁾ 정범과 종범 등 여러 종류의 죄책을 구분하여 각자의 죄책을 정확히 표현하고 선언한다.⁴⁰⁾ 비록

34) 이러한 형법상 비난 가능성 결정에 있어서 ‘주관적 범죄구성요건(*mens rea*)’의 존부는 특히 결정적인 역할을 하게 되는데, 바로 이러한 연유에서 주관적 요건의 정의 및 종류를 설명하는 미국 모범형법전(Model Penal Code)의 §2.02는 ‘주관적 요건’이라는 개념을 ‘culpability’라는 용어로 지칭하고 있다.

35) lies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (New York: Oxford University Press, 2012), p.73.

36) 하지만 이러한 ‘일원화 모델’ 국가들에서도 판사는 양형 단계에서 개인의 범죄참여 ‘정도’를 고려할 수 있다. A. Cassese et al., *Cassese’s International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), p.162. 미국의 경우 일반적으로 배심원에 의한 유무죄 결정 단계와 판사에 의한 양형 결정 단계는 분리되어 있으며, 유무죄 결정 단계에서는 ‘당사자주의(adversarial system)’에 따른 절차를, 양형 결정 단계에서는 ‘직권주의(inquisitorial system)’에 따른 절차를 밟게 된다.

37) ‘일원화 모델’ 및 ‘차별화 모델’에 대한 설명은, Gerhard Werle and Bolis Burghardt, “Establishing Degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute”, in Elies van Sliedregt and Sergey Vasiliev(eds.), *Pluralism in International Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2014), pp.302-303; Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (New York: Oxford University Press, 2012), pp.65-67.

38) Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (New York: Oxford University Press, 2012), p.66.

39) 수년전 캐나다 British Columbia 대학교 James G. Stewart 교수가 국제형사법 분야에서 지금까지 통용되어 왔던 ‘차별화 모델’을 비판하면서 ‘일원화 모델’의 적용을 주장한 이래, 국제형사법 학자들 사이에 이 두 가지 모델에 대한 논의가 꽤 진행되어 왔다. Stewart는 개인의 범죄참여정도를 양형단계에서 고려하면 충분하다고 한다. James G. Stewart, “The End of “Modes of Liability” for International Crimes“, *Leiden Journal of International Law*, vol.25, issue.1, 2012, pp. 165-219.

40) 이러한 의미에서 ‘차별화 모델’은 범죄자에게 꼬리표처럼 붙는 규범적 범죄표현이 그 사람의 범법정도를 정확하게 표현하는 공정한 것이어야 한다는 ‘공정한 꼬리표의 원칙(principle of fair labelling)’과 상통하는 부분이 있다. 관련 국제 판례는 *Prosecutor v. Krnojelac*, IT-97-25-T, Trial Chamber Judgment, 15 March 2002, para. 173 (“the Trial Chamber has a discretion to choose which is the most appropriate head of responsibility under which to attach criminal responsibility to the accused.”); *Prosecutor v. Stakić*, IT-97-24-T, Judgment, 31 March 2003, para. 463 (“[...] the Trial Chamber has entered a

ICTY, ICTR, ICC 등의 규정 등 적용법규에 예를 들어 독일이나 한국 형법의 경우처럼 상대적으로 낮은 죄책을 표상하는 ‘중범’의 경우 ‘정범’보다 낮은 형을 적용한다는 필요적 감면 규정은 없으나, 실제로 여러 국제재판소들의 판례들은 정범이 아닌 다른 형식으로 범죄에 참여한 자들에 대하여는 상대적으로 정범보다 낮은 형을 부과하고 있다.⁴¹⁾

국제형사재판소들이 따르고 있는 ‘차별화 모델’의 핵심은 개인의 범죄참여 정도에 따라 ‘정범(principal)’과 ‘중범(accessory 또는 accomplice)’을 구분한다는 것인데, 이러한 구분을 위한 접근법에는 ‘자연주의적 접근법(naturalistic approach)’과 ‘규범적 접근법(normative approach)’의 두 가지가 있다. ‘자연주의 접근법’은 영미법계 국가들이 주로 채택하고 있는 접근법으로서 실제 범죄현장에서 자신의 몸으로 직접 범죄를 저지른 자를 ‘정범’으로 분류하며, ‘규범적 접근법’은 대륙법계 국가들이 주로 채택하고 있는데 범죄를 실제 자기 몸으로 실행했는지의 여부가 아니라 규범적으로 각 범죄참여자의 책임 정도를 따져 비록 범죄를 직접 행하지는 않았다 하더라도 범죄 실현에 가장 결정적 영향력을 행사한 사람이 ‘정범’이라고 한다.⁴²⁾ 양 접근법간의 이러한 차이를 고려할 때, 국가나 조직의 최상위자를 처벌하는 것을 주업무로 하는 국제형사재판에 있어서는 ‘규범적 접근법’이 그들을 ‘중범’이 아닌 ‘정범’으로 분류함으로써 형사판결의 stigmatization효과 및 expressive효과를 극대화할 수 있는 더욱 적합한 접근법으로 생각된다.

“개인형사책임”이라는 제목 하에 규정되어 있는 ICTY규정 제7조(1)항은 ICTR규정 제6조(1)항과 동일하며, 범죄참가형태 이론이 대륙법계 만큼 정치하지 않은 영미법계 영향을 많이 받은 아래와 같은 형태를 취하고 있다:

“Article 7[.] Individual Criminal Responsibility

A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in article 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.”

이 규정은 ‘계획(planning)’, ‘교사(instigating)’, ‘명령(ordering)’, ‘저지름(committing)’,

conviction under the head of responsibility which better characterises the criminal conduct of the accused.”).

41) 대표적인 예외는 시에라리온특별재판소(SCSL)가 前라이베리아 대통령 찰스 테일러를 인도에 반한죄와 전쟁범죄의 ‘중범(aiding and abetting)’으로 유죄판결을 내리면서 50년형이라는 국제형사실무에 있어서는 상당히 높은 형을 선고 받았다.

42) lies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (New York: Oxford University Press, 2012), pp.71-72.

‘방조(aiding and abetting)’ 등 ICTY에서의 개인형사책임의 근거가 되는 다섯 가지 행위양태를 규정하고 있는데, ICTY와 ICTR의 판례들은 이 규정이 정범과 중범을 구분하고 있는 것으로 해석하여 왔으며 이 다섯 가지 중 ‘저지름(committing)’이 정범을 구성하는 행위양태로 본다. 여기서 ‘committing’이라는 단어는 ‘perpetrate’라는 단어와 같은 의미로서 국제형사실무와 학술논의에서는 두 단어를 혼용하는데, 국어로 번역하기가 쉽지 않지만 필자는 ‘저지름’이라고 번역해 보았다. 번역을 어떻게 하던 간에 국제형사법에서 통용되는 ‘저지름’ 개념의 핵심적 효과는 ‘정범’으로서의 책임을 진다는 의미이다. 그런데, 국가 또는 그에 버금가는 단체가 범행 주체이고 그러한 집단의 최상급자를 주된 소추대상으로 하는 국제형사법에서는 일반 국내형법에서는 너무나 자연스러운 실제 자기 자신이 직접 방아쇠를 당기는 자를 ‘정범’으로 본다는 원칙은 거의 의미가 없게 된다. 이러한 맥락에서 국제형사법은 실제 범죄행위를 행하지 않고 하급자들을 조종하여 국제범죄를 범하는 최상급자를 ‘정범’으로 판단할 이론적 근거를 놓고 많은 고민과 토론을 이어올 수밖에 없었던 것이다. 이러한 의미에서 국제법상 개인형사책임 이론, 다른 말로 범죄참가형태 이론은 핵심국제범죄 자체에 대한 이론 체계보다 더욱 더 중요하고 흥미로운 분야라고도 말할 수 있다.⁴³⁾

수많은 판례를 생산해 내며 현대 국제형사법의 토대를 놓은 ICTY의 재판관들이 이처럼 범죄현장에서 멀리 떨어져 있는 최상위자를 ‘정범’으로 구성하기 위해 활용한 이론이 바로 ‘공동범죄집단(joint criminal enterprise, 이하 JCE)’ 이론이다. 이 이론은 ICTY활동 초기 동 재판소의 첫 사건이었던 Tadić case 항소심재판부의 판결문에서 유래한 것으로서,⁴⁴⁾ 이후 ICTY 실제 사건들에서 적극 활용되었다. 반면에 ICTR에서는 JCE이론이 그다지 많이 사용되지 않았는데 2005년 말에 가서야 JCE를 활용한 첫 사건이 나왔다.⁴⁵⁾ Tadic 항소심 재판부는 ICTY규정 제7조(1)항 안에 JCE이론이 암시되어 있으며, 이 이론은 국제관습법상 인정되는 것이라고 하였는데, 다시 한 번 강조하지만 ICTY에서의 JCE는 ‘정범(principal)’이론(좀 더 구체적으로는 ‘공동정범(co-perpetration, joint perpetration 또는 joint commission)’ 이론)이다. 필자가 JCE에 대해 읽어본 판결문이나 학자들의 설명 중 가장 쉽고 간결하게 JCE의 핵심을 말하는 것은 ICTY와 ICTR에서 재판연구관으로 일했던 Alexander Zahar와 암스테르담 대학교 교수인 Goran Sluiter의 설명인데 다음과 같다:

43) Alexander Zahar and Goran Sluiter, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), p.221. 이 책에서 저자들이 예를 든 보스니아 세르비아계 지도자 중 최고위층의 한 사람이었던 Momčilo Krajišnik에 대한 ICTY 1심판결문을 보면 피고인의 개인형사책임 판단에 대한 부분이 범죄성립 판단에 대한 부분의 두 배 분량임을 볼 수 있다. Prosecutor v. Krajišnik, IT-00-39-T, Judgment, 27 September 2006, pp. 255-406. 범죄에 대한 부분은 50페이지인데 반해 개인형사책임에 대한 부분은 100페이지이다.

44) Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, paras.188 and 226. Tadić 사건 항소심재판부는 ‘joint criminal enterprise’, ‘common purpose’ 그리고 ‘criminal enterprise’라는 용어들을 혼용하면서 같은 의미로 사용하였다.

45) ICTY 검찰부와 ICTR 검찰부 사이의 협력 부족 등 ICTR에서 JCE의 활용이 적었던 전반적인 맥락에 대한 설명은 Alexander Zahar and Goran Sluiter, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp.222-223.

“예를 들어 ICTR의 Ntakirutimana 일심재판부가 실제로 활용했던 ‘저지름(commission)’의 한 가지 개념에 의하면 Ntakirutimana는 1994년 4월 16일에 있었던 무고네로 경기장 학살의 와중에 단지 한 건의 살인만을 저질렀을 뿐이다. 반면에 JCE가 가능케 하는 느슨한 개념의 ‘저지름(commission)’에 따르면, 소수의 추가적 구성요건의 증명만 더한다면, 그는 수백 건의 살인과 뿐 아니라 학살의 와중에 지질러진 여타 범죄들도 ‘저지름’ 것으로 볼 수 있는 것이다. 따라서 JCE는 개인형사책임의 ‘확장기제(multiplier)’로서 기능하는 것이다.”⁴⁶⁾

즉 JCE 이론이 가능케 하는 것은 개인형사책임의 확장이며, 이 이론은 일정 객관적, 주관적 요건 하에 이러한 확장을 허락한다. 요컨대, 그러한 요건이 만족될 경우, 공동범죄집단인 JCE의 구성원은 역시 같은 JCE의 구성원인 타인이 저지른 범죄에 대하여도 ‘정범’ (좀 더 구체적으로는 ‘공동정범’)으로서의 책임을 진다는 것이 JCE 이론의 요체이다.⁴⁷⁾ 이러한 확장의 전제조건이 되는 JCE의 핵심적 구성요건은 두 개의 객관적 요건—즉, ‘국제범죄와 관련된 공동목적(common purpose, common plan 또는 common design)의 존재’ 및 ‘공동목적 실현에의 참가/공헌(participation/contribution)’--과 한 개의 주관적 요건—즉, ‘공동목적 실현을 향한 고의’--라고 말할 수 있는데,⁴⁸⁾ 이 중에서도 특히 이 주관적 요건—흔히 “공유하는 고의(shared intent)”라고 불림—이 JCE 책임을 ‘방조범(aiding and abetting)’책임이 아닌 ‘정범(principal 또는 perpetrator)’책임으로 분류하게 되는 가장 중요한 근거이다.⁴⁹⁾ 국제형사법상 ‘방조범’책임의 주관적 구성요건은 ‘인식(knowledge)’이면 충분한데, 이러한 인식의 수준을 넘어 JCE의 ‘공동계획’ 실현에의 고의를 가지고 있는 자에게 ‘방조범’책임을 지우는 것은 불충분하다는 의미이다.⁵⁰⁾ 여기서 공동목적에 포함된 범죄에 대한 고의를 공유함에 근거한 JCE책임은 특히 ‘JCE1’책임이라고 불리며, 공동목적에 포함되지 않은 범죄를 여타 JCE구성원이 저질렀지만 그것이 예견가능할 경우(foreseeable)’에는 확장된 JCE개념인 ‘JCE3’에 근거하여 ‘정범’의 죄책을 질 수 있다. 특히 이 ‘JCE3’책임 미국의 Pinkerton

46) Alexander Zahar and Goran Sluiter, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp.222-223. 필자가 독자들의 편의를 위해 직역이 아닌 의역하였다.

47) *Prosecutor v. Krnojelac*, IT-97-25-T, Decision on Form of Second Amended Indictment, 11 May 2000, para.15 (“The law is that, where two or more persons carry out a joint criminal enterprise, each is responsible for the acts of the other or others in carrying out that enterprise.”).

48) *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, paras.227-228.

49) *Prosecutor v. Milutinović et al*, IT-99-37-AR72, Decision on Dragoljub Ojdanić’s Motion Challenging Jurisdiction - Joint Criminal Enterprise, 21 May 2003, para. 20. 국제형사법상 방조범(aiding and abetting) 책임의 주관적 구성요건은 일반적으로 ‘인식(knowledge)’이면 충분하다.

50) ‘정범(principal)’이론인 JCE 책임과 ‘정범 이외의 관여자(accessory)’이론인 ‘방조(aiding and abetting)’ 책임을 비교해보면, ICTY의 판례는 객관적 구성요건 측면에서는 방조책임에 대하여 더 높은 수준을 요구하며, 주관적 구성요건 측면에서는 JCE에 대하여 더 높은 수준을 요구한다. *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para.229 참조.

liability이론으로부터 유래한 것으로서 형법의 기본원칙에 위배되는 과도한 개인형사책임이라는 비판을 받아왔다.

한편, ICC의 경우를 살펴보면 동 재판소의 기본법인 로마규정 제25조 및 제28조가 개인형사책임에 대한 규정들이다. 이 중 제28조는 ‘지휘관책임(command responsibility)’라는 국제형사법에 특유한 부작위에 의한 개인형사책임을 규정하고 있으며, ICTY규정 제7조(1)항에 대응하는 일반적 개인형사책임에 대한 내용은 제25조가 규정하고 있다. 제25조는 다음과 같다:

“Article 25[.] Individual Criminal Responsibility

1. The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute.

2. A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute.

3. In accordance with this Statute, a person as an individual, jointly with others and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with others or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;

(b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;

(c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission; [...]

(d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be

intentional and shall either:

(i) Be made with the aim of further the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or

(ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime; [...]

보다시피 로마규정 제25조(3)항의 범죄참가형태 규정은 ICTY 제7조(1)항의 경우보다 훨씬 더 자세한 내용을 담고 있으며, 대륙법계 국가들과 영미법계 국가들의 적절한 타협의 산물로 이해되어지고 있다. 제25조(3)(a)-(c)항 중에서 (a)항은 ‘정범(principal 또는 perpetrator)’의 범죄참가형태를, 그리고 (b)항과 (c)항은 ‘정범 이외의 관여자(accessory)’의 범죄참가형태를 규정하고 있다. (a)항의 ‘정범’형태를 좀 더 자세히 살펴보면 세 가지 ‘정범’형태를 발견할 수 있는데, ‘단독정범(individual perpetration)’, ‘공동정범(joint perpetration 또는 co-perpetration)’, 그리고 ‘간접정범(indirect perpetration)’이 그 세 가지이다. 제25조가 규정하고 있는 ‘정범 이외의 관여자’에는 세 가지 형태가 있는데, 제25조(3)(b)항이 규정하고 있는 교사범, (c)항의 방조범, 그리고 (d)항의 ‘공동목적(common purpose)’에의 공헌 책임이 그 셋이다. “여타 그 외의 방법으로 공헌하는 (in any other way contributes to)”라는 문구가 암시하듯이 (d)항은 (a)-(c)항에 해당하지 않는 여타의 경우를 대비하기 위한 것으로, 혹자는 ICTY의 JCE 책임을 규정한 것이라고도 주장하기도 하며, 그 정체가 명확하지 않은 면이 있으나 ICC의 실무에서 거의 사용되고 있지 않다.

ICC의 재판 실무에서 가장 많이 활용되고 있는 범죄참가형태는 제25조(3)(a)의 두 번째 항목인 ‘공동정범’이론인데, ICC의 판례들은 ‘공동정범’ 구성을 위해 ICTY가 활용했던 JCE 이론 대신 독일형사법에서 유래한 ‘행위지배이론(control theory)’을 제25조(3)(a)의 두 번째 항목 즉, “다른 사람과 함께 ... 범죄를 저지름(commits ... jointly with others)”이라는 문구의 해석론으로서 채택하고 있다. 이 공동정범 해석론은 JCE에 비해 객관적 구성요건을 중시하는 것으로서 최소한도의 공헌 내지 범죄참여행위를 요구하는 JCE에 비해 강도가 높은 “필수불가결한 공헌(essential contribution)”이 있을 경우에만 ‘정범’으로 인정할 수 있다고 한다. 즉 ICC가 적용하고 있는 ‘행위지배이론’은 JCE 이론에 비해 주관적 구성요건의 요구수준은 낮추고 객관적 구성요건의 요구수준은 높인 것으로 볼 수 있다.

(계속)