



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사학위논문

국제형사법상 “공적지위 무관련성 원칙”의
국내적 적용

- 로마규정 제27조를 중심으로 -

2015년 8월

서울대학교 대학원

법학과 국제법전공

김 준 연

국제형사법상 “공적지위 무관련성 원칙”의
국내적 적용

- 로마규정 제27조를 중심으로 -

지도교수 정 인 섭

이 논문을 법학박사학위논문으로 제출함
2015년 7월

서울대학교 대학원
법학과 국제법전공
김 준 연

김준연의 박사학위논문을 인준함
2015년 7월

위 원 장 _____ (인)

부 위 원 장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

[국문초록]

국제형사법상 “공적지위 무관련성 원칙”의 국내적 적용

- 로마규정 제27조를 중심으로 -

2002년에 대한민국이 로마규정을 비준·공포함으로써, 헌법 제6조 제1항에 의하여 국제형사법상의 공적지위 무관련성 원칙을 규정한 로마규정 제27조도 국내법으로서 효력을 가지게 되었다.

로마규정 비준 당시 우리 정부는 로마규정 제27조와 대통령 및 국회의원의 면책특권(헌법 제84조의 대통령의 불소추특권, 헌법 제44조의 국회의원의 불체포특권, 헌법 제45조의 국회의원의 면책특권) 간에 충돌문제는 없다는 입장이었다. ICC 관할범죄는 헌법 제84조에 규정된 불소추특권의 예외사유인 내란 또는 외환의 죄와 같이 취급될 수 있고, 국제평화주의나 침략전쟁 부인 등 헌법조항의 전체적인 해석으로 보아 면책특권이 중대한 국제법상의 범죄까지 보호하는 것은 아니라고 보았다. 또한 면책특권 규정이 형사책임을 종국적으로 면책시키는 것이 아니라 기소나 체포를 제한하는 신분상 특권에 불과한 점, 다른 로마규정 당사국들의 입법례 등에 비추어 볼 때 헌법상의 면책특권 규정과 상충되지 아니한다고 보았다. 따라서 대통령 및 국회의원도 ICC 관할 범죄를 범한 경우 국내적으로 처벌하거나 ICC에게 인도하는 것이 가능한 것으로 해석되었다.

그러나 로마규정 비준 당시 우리가 취한 입장에 대해서는 재검토가 필요하다. 우선 그러한 입장은 조약이 헌법보다 하위의 효력을 가지므로 헌법보다 우월할 수 없다고 보는 다수의 국제법, 헌법 학자들의 견해와 헌법재판소 및 법원의 입장과는 상당한 거리가 있다. 또한 로마규정 제27조와 국가면제 및 외교면제 간의 충돌여부도 문제됨에도 우리 정부는

로마규정 비준과정이나 이행법률 제정과정에서 이에 대한 검토나 대책 마련이 없었다. ICC의 수단 현직 대통령 알 바시르에 대한 체포영장 발부 사건에서 보듯이 ICC 출범 후 이 문제는 국제사회에서 현실적으로 논란이 되고 있다.

이 논문은 로마규정 제27조의 적용과 관련한 이와 같은 문제점들에 대한 구체적인 재검토를 통하여 바람직한 해석론 및 입법론을 제시하는 것을 목적으로 하였다. 국내법상 면책특권 향유자와 국제법상의 국가면제 또는 외교면제 향유자를 구별한 다음 각각 우리 국내 법원에서의 처벌가능성, ICC로의 인도 가능성, ICC와의 형사사법공조 방법 등을 살펴 보았다. 이를 위하여 국내외 학자들의 학설과 각국 법원 및 국제재판소들의 판례, 외국의 입법례 등을 비교·검토하였다.

그 결과 비록 국내법상의 면책특권 향유자인 대통령이나 국회의원이 비록 ICC 관할범죄를 범한 경우에도, 로마규정 제27조와 헌법 간의 해석만을 통하여 동인들을 국내 법원에서 처벌하는 것은 법리적인 측면이나 실현가능성이라는 측면에서 어렵다고 판단하였다. 우선 비교법적인 측면에서 헌법 개정을 통하여 처벌규정을 명시하거나 조약의 효력을 헌법과 같은 수준으로 인정하고 있는 일부 국가를 제외하고는 로마규정 제27조를 근거로 헌법상의 면책특권 규정을 무시하고 자국의 면책특권 향유자들을 처벌할 수 있다고 보고 있지 않다. 또한 대통령에 대하여 ICC 관할범죄를 불소추특권의 예외사유에 해당하는 내란 또는 외환의 죄에 준하여 보는 것은 죄형법정주의상 문제의 소지가 있다. 헌법재판소의 판례상 국제법 존중주의나 인권보호 등 헌법가치를 통하여 로마규정 제27조가 헌법상의 면책특권 규정을 배제할 수 있다고 보기도 어렵다.

다만 국회의원의 경우 불체포특권은 기소까지 막는 것은 아니고 국회의 동의로 체포가 가능한 점에서 로마규정 제27조와 반드시 충돌되는 것은 아니라고 볼 수 있다. 물론 다수당의 횡포 등 정치적인 이유로 형사절차 진행을 고의적으로 방해하거나 체포 동의에 대해 부결하는 경우 로마규정 제27조와 충돌될 여지는 있을 것이다. 면책특권의 대상이 되는

발언·표결 행위도 직무상의 행위를 말하는 것이지 범죄행위까지 포함하는 것은 아니므로 집단살해죄 등을 선동하는 행위를 처벌하는데 있어 별다른 문제는 없어 보인다. 결국 주로 문제되는 것은 대통령의 불소추특권인바 해석론으로는 한계가 있으므로 헌법 개정을 통하여 내란 또는 외환의 죄와 마찬가지로 불소추특권의 예외사유로 규정하는 것을 검토할 필요가 있다.

대통령이나 국회의원을 ICC로 인도하는 것 역시 헌법상의 면책특권 규정에 대한 침해여부가 문제된다. 대통령을 ICC에게 인도한다는 것은 사실상 ICC를 통한 기소 또는 처벌을 전제로 하는 것이므로 로마규정 제27조를 근거로 대통령을 ICC로 인도할 수 있다고 보면 로마규정이 헌법상의 불소추특권 보다 우월한 것으로 해석되는 결과가 될 수 있다. 국회의원의 경우 역시 국회의 동의 없이 ICC로 인도하는 것은 헌법상의 불체포특권의 침해 소지가 있다. 논란을 불식시키기 위해서는 프랑스와 같이 헌법 개정을 통하여 ICC의 관할권에 대하여 헌법적 근거를 마련하고 그 범위 내에서 면책특권이 제한됨을 규정하는 것도 하나의 좋은 방법이 될 수 있다. 국회의원의 경우 ICC 관할범죄를 범죄로 체포되는 경우 국회의 동의가 필요 없거나 국회의 동의로 석방되지 않도록 헌법 또는 국회법에 예외규정을 두는 것을 고려할 필요가 있다.

한편 로마규정 제27조를 근거로 외국의 국가원수 및 외교관의 국가면제 또는 외교면제를 배제할 수 있는가 하는 문제는 우리 국내법에서 명확한 규정이 없으므로 국제재판소들 또는 외국 국내 법원의 판례나 외국의 입법례를 참고로 할 필요가 있다. 현재까지 ICJ나 유럽인권재판소 등 국제재판소들과 각국 국내법원들은 외국의 국가원수나 외교관 등의 국가면제 또는 외교면제를 절대적으로 보장되고 있다. ICC의 등장 이후에도 이러한 기존의 국제법의 태도가 바뀌었다고 볼 증거는 없다. 따라서 외국의 국가원수나 외교관이 비록 ICC 관할범죄를 범하였다고 하더라도 우리 국내에서 국가면제나 외교면제를 배제하고 처벌할 수는 없다고 볼 것이다.

외국 국가원수나 외교관 등을 ICC에게 인도할 수 있는지에 대해서는 로마규정 제27조와 제98조 제1항 간의 적용관계가 쟁점이 되고 있다. 로마규정 제98조 제1항에서는 국가면제나 외교면제 향유자에 대하여 ICC가 인도요청을 하기 위해서는 먼저 ICC가 그 향유자의 고국으로부터 국가면제나 외교면제의 포기를 얻도록 규정하고 있다. 현재 국제법상 로마규정 당사국의 경우에는 로마규정 가입 시에 로마규정 제27조에 따라 국가면제 포기를 한 것으로 간주되므로 로마규정 제98조 제1항의 적용이 없고, 로마규정 비당사국의 경우에는 그러한 면제포기가 없으므로 제98조 제1항에 따른 면제포기가 요구된다고 해석하는 견해가 유력하다. 영국 등 일부 국가들도 이와 유사한 내용의 이행입법을 마련하고 있다. 우리 입장에서는 그러한 해석론과 입법례를 참고할 필요가 있다고 생각한다. 다만 해석론에 그치지보다는 이행입법에 규정을 마련하는 것이 절차적 명확성을 위하여 나은 방법이 될 것이다. 그리고 로마규정 제97조에 따라 사전에 ICC와 충분한 협의를 하도록 하는 내용의 규정을 함께 마련하는 것이 유용할 것으로 생각된다.

마지막으로 국내법상 면책특권이나 국가면제나 외교면제 향유자와 관련된 형사사법공조에 있어 로마규정 제27조의 적용 가능성이다. 체포·인도와 형사사법공조는 넓은 의미에서 ICC에 대한 협력이라는 점에서 공통점이 있다. 로마규정 제98조 제1항에서도 지원요청과 관련하여서 인도와 같은 취지로 규정하고 있다. 따라서 체포·인도의 해석론을 유추할 수 있을 것이다. 그러나 형사사법공조는 그 성질상 인도보다 광범위하게 인정할 필요성이 있고 최근 인권침해 범죄와 관련한 국제 형사사법공조의 경향도 이에 부합한다. ICC로부터 형사사법공조 요청이 있을 경우 가능한 한 폭넓게 인정하는 것이 타당하다.

주요어 : 로마규정 제27조, 공적지위 무관련성 원칙, 대통령의 면책특권, 국회의원의 면책특권, 국가면제, 외교면제

학 번 : 2008-30372

목 차

제1장 서론	1
제1절 문제의 제기	1
제2절 연구의 목적 및 방법	9
제2장 로마규정 제27조의 법적 성격과 국내적 적용	13
제1절 로마규정 이전의 관련 조항들	13
제2절 로마규정 제27조의 성립	21
제3절 로마규정 제27조의 법적 성격	25
제4절 로마규정 제27조의 국내적 적용	28
제3장 국내법상의 면책특권의 배제	35
제1절 총설	35
제2절 국가원수 등의 국내적 처벌	37
1. 대한민국의 경우	37
가. 대통령과 국회의원의 면책특권 규정	37
나. 로마규정 비준 당시의 논의 내용	41
2. 각국의 입법례	43
가. 입법 유형	43
나. 헌법 개정 또는 이에 준하는 국가들	45
다. 해석에 입각한 국가들	66
3. 소결	98
가. 헌법과 국제법의 관계에 따른 검토	98
나. 내란 또는 외환의 죄에의 포함 가능성	101

다. 집단살해방지협약의 유추 가능성	105
라. 대통령의 헌법준수의무 등 헌법이념	107
마. 면제와 면책의 구별	109
제3절 국가원수 등의 ICC에로의 인도	113
1. 면책특권 규정과 ICC 인도와의 관계	113
가. 관련 규정들	113
나. 정부의 입장 및 국내 학자들의 견해	116
2. 각국의 입법례	118
3. 학설 및 판례	129
4. 소 결	130
제4절 ICC와의 형사사법공조	133
1. 관련 규정	133
2. 국내법상의 면책특권과의 관계	134
3. 각국의 입법례	138
4. 판례	140
5. 소 결	143
제4장 국가면제 또는 외교면제의 배제	144
제1절 총 설	144
제2절 외국 국가원수 등의 국내적 처벌	147
1. 각국의 입법례	147
2. 학설 및 판례	148
가. 견해의 대립	148
나. 국가면제 우위의 판례	149
다. 국가면제 배제가능성이 쟁점이 된 판례	154

3. 소 결	171
제3절 외국 국가원수 등의 ICC에로의 인도	173
1. 로마규정 제27조와 제98조의 관계	173
가. 로마규정 제98조의 내용	173
나. 로마규정 제27조와 제98조의 충돌 여부	175
다. 로마규정 제27조와 제98조의 적용 범위	178
2. 각국의 입법례	180
3. 판 례	188
가. ICC의 알 바시르에 대한 체포영장 발부 사건	188
나. ICC에 대한 말라위, 차드 및 콩고의 협력의무 위반 사건	193
4. 소 결	199
가. 로마규정 당사국에 대한 관계	200
나. 로마규정 비당사국에 대한 관계	201
제4절 ICC와의 형사사법공조	205
1. 국가면제 또는 외교면제와의 관계	205
2. 각국의 입법례	206
3. 판 례	208
4. 소 결	212
제5장 결 론	214

약 어 표

[국제기구 · 국제협약]

약 어	명 칭
뉘른베르크재판소	The International Military Tribunal at Nuremberg (뉘른베르크 국제군사재판소)
로마규정	Rome Statute of the International Criminal Court(국제형사재판소에 관한 로마규정)
유엔(UN)	United Nations(국제연합)
집단살해 방지협약	Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 9 December 1948(집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약)
ICC	The International Criminal Court(국제형사재판소)
ICTR	The International Tribunal for the Prosecution of Persons responsible for Genocide and other Serious Violations of International Humanitarian Law committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens responsible for Genocide and Other such Violations committed in the Territory of neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994(르완다 국제형사재판소)
ICTY	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(구유고 국제형사재판소)
ILC	U.N. International Law Commission(유엔 국제법위원회)
IMTFE	The International Military Tribunal for the Far East 1948(동경 극동군사재판소)
SCSL	The Special Court for Sierra Leone(시에라리온 특별재판소)

[정기간행물]

약어	명칭
Afr. Hum. Rts. L.J.	African Human Rights Law Journal
Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
Am. Soc'y Int'l L. Proc.	American Society of International Law Proceedings
Am. U. Int'l L. Rev.	American University International Law Review
APYIHL	Asia-Pacific Yearbook of International Humanitarian Law
Auckland U. L. Rev.	Auckland University Law Review
Austl. Int'l L.J.	Australian International Law Journal
Cardozo J. Int'l & Comp. L.	Cardozo Journal of International and Comparative Law
Cornell Int'l L.J.	Cornell International Law Journal
Denv. J. Int'l L. & Pol'y	Denver Journal of International Law and Policy
Duke J. Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative & International Law
Eur J. Int.L L.	European Journal of International Law
Fletcher F. World Aff.	The Fletcher Forum of World Affairs
Harv. Hum. Rts. J.	Harvard Human Rights Journal
Ind. Int'l & Comp. L. Rev.	Indiana International & Comparative Law Review
J. Conflict Security Law	Journal of Conflict & Security Law
J. Int'l Crim. Just.	Journal of International Criminal Justice

Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.	Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review
Melb. J. Int'l L.	Melbourne Journal of International Law
New Eng. J. Int'l & Comp. L.	New England Journal of International and Comparative Law
Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol'y	Notre Dame Journal Of Law, Ethics & Public Policy
N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts.	New York Law School Journal of Human Rights
Santa Clara J. Int'l L.	Santa Clara Journal of International Law
Stan. J. Int'l L.	Stanford Journal of International Law
T. Marshall L. Rev.	Thurgood Marshall Law Review
Transnat'l L. & Contemp. Probs,	Transnational Law & Contemporary Problems
UNSW Law Journal	University of New South Wales Law Journal
Wash. U. Global Stud. L. Rev.	Washington University Global Studies Law Review
Whittier L. Rev	Whittier Law Review
Yale L.J	Yale Law Journal

제1장 서론

제1절 문제의 제기

공적지위 무관련성 원칙은 집단살해죄, 인도에 반한 죄 등 국제법상 중대한 범죄행위에 대하여 공적 지위를 근거로 한 일체의 감면 및 특별한 형사절차를 인정하지 않는다는 국제형사법상의 원칙이다. 이 원칙은 제2차 세계대전 직후의 뉘른베르크 국제군사재판소¹⁾ 및 동경 극동군사재판소²⁾와 그 이후의 구유고 국제형사재판소³⁾, 르완다 국제형사재판소⁴⁾, 시에라리온 특별재판소⁵⁾등 임시 국제형사재판소들(ad hoc international criminal courts)를 거쳐 상설의 국제형사재판소(The International Criminal Court, 이하 “ICC”라 한다)에 이르기까지 국제형사재판소⁶⁾들의 재판 규범으로 적용되어 왔고, 유엔(UN) 총회 결의와 유엔 국제법위원회(U.N. International Law Commission, 이하 “ILC”라 한다) 등을 통하

-
- 1) The International Military Tribunal at Nuremberg. 이하 “뉘른베르크재판소”라고 한다.
 - 2) The International Military Tribunal for the Far East 1948. 이하 “IMTFE”라고 한다.
 - 3) 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, 이하 “ICTY”라 한다.
 - 4) The International Tribunal for the Prosecution of Persons responsible for Genocide and other Serious Violations of International Humanitarian Law committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens responsible for Genocide and Other such Violations committed in the Territory of neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994, 이하 “ICTR”이라 한다.
 - 5) The Special Court for Sierra Leone, 이하 “SCSL”이라 한다.
 - 6) 상설 국제형사재판소인 ICC는 국문해석상 “국제형사재판소”로 번역이 되고 있으나 임시 국제형사재판소 등 다른 국제형사재판소들과의 용어 혼동을 피하기 위하여 상설 국제형사재판소를 지칭할 때는 “ICC”로, ICC 이외의 국제형사재판소를 지칭하거나 ICC를 포함하여 국제형사재판소를 통칭할 때는 “국제형사재판소(들)”로 표현하고자 한다.

여 국제법상의 원칙으로 확립되었다.

대한민국은 2002년에 ICC 설립을 위한 로마규정⁷⁾을 비준·공포하였고 헌법 제6조 제1항⁸⁾에 따라 공적지위 무관련성 원칙을 규정한 로마규정 제27조⁹⁾도 국내법상 효력을 가지게 되었다.¹⁰⁾ 그 결과 로마규정 제27조가 헌법상의 면책특권 조항이나 국가면제 또는 외교면제¹¹⁾ 등 국제법

7) 1998년 7월 17일 로마 외교회의에서 채택된 “국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court)”을 통상 지칭하는 것으로서 2002년 7월 1일 발효되었다. 대한민국은 2000년 3월 로마규정에 서명을 하고 2002년 11월 비준함으로써 로마규정의 83번째 당사국이 되었다. 2015년 7월 현재 로마규정의 서명국은 139개국이며 당사국은 123개국이다(<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TR&TreatyNo=XVIII-10&chapter=18&lang=en>).

8) 헌법 제6조 제1항 : 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.

9) 로마규정 제27조의 국문 및 영문은 다음과 같다.

제27조 공적 지위의 무관련성(Irrelevance of official capacity)

1. 이 규정은 공적 지위에 근거한 어떠한 차별 없이 모든 자에게 평등하게 적용되어야 한다. 특히 국가 원수 또는 정부 수반, 정부 또는 의회의 구성원, 선출된 대표자 또는 정부 공무원으로서의 공적 지위는 어떠한 경우에도 그 개인을 이 규정에 따른 형사책임으로부터 면제시켜 주지 아니하며, 또한 그 자체로서 자동적인 감형사유를 구성하지 아니한다(This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence).

2. 국내법 또는 국제법상으로 개인의 공적 지위에 따르는 면제나 특별한 절차규칙은 그 자에 대한 재판소의 관할권 행사를 방해하지 아니한다(Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person).

10) 헌법 제6조 제1항에 의하여 조약과 관습국제법은 국내법으로 변형되는 별도의 입법 절차 없이 국내법으로 적용될 수 있다는 것이 대체적인 학설과 판례의 태도이다. 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판)(박영사, 2014), p.111. ; 조용환, “국제형사재판소 규정 이행을 위한 국내법의 정비방향”, 국제인권법 제5호(2002), p.120.

11) 국제법상“면책”과 “면제”는 구별되는 개념이고 통상 “면책(imputiny)”은 실체법적으로 형사처벌로부터의 면제를, “면제(immunity)”는 절차적인 측면에서 형사관할권으로부터 면제를 의미한다. 우리 헌법상의 대통령의 불소추특권(제84조)이나 국회의원의 불체포특권(제44조)은 절차법적 개념이므로 면제에 해당한다고 볼 수 있고 국회의원의 면책특권(헌법 제45조)은 국회 밖에서의 책임을 지지 않는다는 점에서 면책에 해당한다고 볼 수 있다. 국제법상의 국가면제나 외교면제는 특정 국가의 법원이나 국제재판소로부터의 관할권 면제를 지칭한다. 로마규정 제27조는 “형사책임으로부터 면

상의 관할권¹²⁾ 면제 원칙과 충돌될 우려가 있게 되었다.¹³⁾

로마규정 제27조와 헌법상의 대통령이나 국회의원의 면책특권 조항과의 충돌가능성에 대해서는 로마규정 비준 동의 당시 국회에서 문제 제기가 있었다.¹⁴⁾ 우선 로마규정상의 범죄는 대부분 정치적 결정으로부터 촉발될 것인데 다른 당사국이 정치적 고려 하에 제소함으로써 인해 대통령이나 국회의원을 체포 및 인도해야 한다면 헌법이 대통령에게 부과한 국가의 독립과 헌법을 수호할 의무와 국회의원에게 부과한 국가이익우선 의무를 수행하는 것을 불가능하게 만든다는 점에서 헌법과 합치되지 않는다는 지적이 있었다.¹⁵⁾ 또한 로마규정의 이행을 위해서는 국내법상으

제”(제1항), “국내법 또는 국제법상으로 개인의 공적지위에 따르는 면제나 특별한 절차규칙”(제2항)라고 규정하고 있는바 실체법적 개념과 절차법적 개념을 포괄하고 있는 것으로 해석된다(자세한 내용은 제2장 제2절 참조). 이 논문에서는 편의상 각국의 국내법상의 불소추특권, 불체포특권 및 면책특권 등은 주로 “면책특권”으로, 국가면제나 외교면제 등 국제법상의 관할권 면제는 주로 “면제”라는 용어를 사용하고자 한다.

12) 구체적인 사건에서 법원이 심리와 재판할 수 있는 권한을 가지는 장소적 범위와 관련하여 국가 간에는 “재판권”이라는 용어가, 국내 법원 간에는 “관할권”이라는 용어가 주로 사용되지만 “재판관할권”이라고는 용어도 사용되는 등 용어가 엄격하게 구분되어 있는 것은 아니다. 이 논문에서는 편의상 국내 법원의 관할권 및 국가 간의 재판권 모두를 통칭하여 “관할권”이라는 용어를 사용하고자 한다(정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), op. cit., pp.227-228).

13) 이 문제는 비단 로마규정 뿐만 아니라 형사처벌과 관련된 내용을 담고 있는 다른 국제조약에 가입하는 경우에도 발생할 수 있다. 대한민국이 1951년에 비준한 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 9 December 1948, 이하 “집단살해방지협약”이라고 한다) 제4조에서도 집단살해죄 등을 범한 사람이 헌법상으로 책임 있는 통치자 또는 공무원이라 하더라도 처벌하도록 하는 내용의 공적지위 무관련성 원칙을 규정하고 있었으므로 대한민국 대통령 또는 국회의원의 면책특권과 관련하여 충돌될 소지가 있었다. 그러나 1950년에 이 협약을 비준할 때 이에 대해 검토한 흔적은 보이지 않는다(외교부 외교사료관의 외교문서공개 자료 중 “집단살해의 방지와 처벌에 관한 협약 한국가입, 1951. 12. 12. 개정에 관한 건”, 마이크로필름(1994년 공개, 롤번호 J-0007, 프레임번호0124-0206)의 원문요약 참조(http://diplomaticarchives.mofa.go.kr/dev/open_document_view.go)).

14) 로마규정은 제120조에서 일체의 유보를 금지하고 있다. 로마규정 비준 과정에서 국회 통일외교통상위원회 전문위원은 이를 지적하며 헌법상 대통령 및 국회의원의 면책특권과의 충돌로 인해 로마규정 비준하고도 이를 이행하지 못하는 상황이 될 수 있음을 지적하였다. 2002. 11. 국회 통일외교통상위원회 수석전문위원 강장석의 “국제형사재판소에 관한 로마규정 비준동의안 심사보고서”, pp.9-13.

15) Ibid., pp.11-12.

로 체포와 인도의 절차를 정하여야 하는데 이는 헌법이 보장하고 있는 대통령에 대한 불소추특권과 국회의원에 대한 불체포특권 및 면책특권을 훼손하는 법률을 제정하는 것이 되므로 위헌법률을 제정하는 결과가 된다고 보았다.¹⁶⁾

이에 대해 당시 우리 정부는 양자 간에 충돌문제는 없다는 입장이었다. 집단살해죄 등 ICC 관할범죄¹⁷⁾는 내란과 외환의 상황하의 지휘책임과 관련해서 발생할 수 있다는 점에서 헌법 제84조에 규정된 예외에 해당하고, 우리나라가 비준한 집단살해방지협약의 경우에도 통치자 여부에 관계없이 처벌하는 규정을 두고 있는데 1950년에 집단살해방지협약에 가입한 이후 이 문제는 헌법해석에 의하여 이미 해결해 온 것으로 보아야 하며, 국제평화주의 및 침략전쟁 부인 등 헌법조항을 전체적으로 해석하면 중대한 국제인도법을 위반한 ICC 관할범죄에까지 특권을 부여한 것이 아니라는 점 등을 들어 헌법과 상충되지 아니한다고 보았다.¹⁸⁾

이와 더불어 대통령의 불소추특권 및 국회의원의 불체포특권은 형사 책임을 면책시키는 것이 아니라 재중 중 형사책임 적용을 제한하는 신분상의 특권에 불과하고 헌법상의 탄핵절차를 통하여 특권을 제거할 수 있으며,¹⁹⁾ 우리와 유사한 헌법규정을 가지고 있는 대다수 국가들인 노르웨

16) Ibid., p.12.

17) 로마규정 제5조 내지 제8bis조에서는 국제공동체 전체의 관심사로서 가장 중대한 범죄인 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄를 ICC 관할범죄로 규정하고 있다. 우리 이행법률 제8조 내지 제14조에서도 대체로 이를 받아들여 처벌대상 범죄로 규정하고 있다(다만 침략범죄는 로마회의 당시 당사국들 간에 이론이 있어 로마규정에 포함되지 못하다가 비교적 최근인 2010년에 로마규정에 포함되었다. 우리 이행법률에는 아직 포함되어 있지 않다). 이 논문에서는 편의상 로마규정과 우리 이행법률에 규정된 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄를 중심으로 논의하며 위 범죄들을 통칭하여 “ICC 관할범죄”라고 지칭하고자 한다.

18) 2002. 11. 국회 통일외교통상위원회 수석전문위원 강장식의 “국제형사재판소에 관한 로마규정 비준동의안 심사보고서”, pp.10-11. ; 2002. 11. 5. 제234회 국회 제8차 통일외교통상위원회회의록, p.18.

19) 2002. 11. 5. 제234회 국회 제8차 통일외교통상위원회회의록, p.18.

이, 핀란드, 네덜란드, 스페인, 스위스 등 대륙법계 국가들이 헌법조항 개정 없이 ICC 규정을 비준하였으므로 별다른 문제가 없다는 입장이었다.²⁰⁾ 국내 국제법학자²¹⁾들이 이러한 헌법해석에 대해 의견을 같이 한다는 점도 근거로 들었다.²²⁾ 이러한 정부의 입장은 대통령 및 국회의원도 ICC 관할 범죄를 저지른 경우 국내적으로 처벌하거나 ICC에게 인도하는 것이 가능하다는 것으로 해석된다.

일부 논란은 있었으나 국회에서 정부의 입장이 받아들여져 로마규정 비준 동의안이 가결되었다.²³⁾ 그 후 로마규정의 국내 이행법률인 “국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률”(법률 제10577호, 이하 “이행법률”이라 한다)의 제정 과정에서도 공적지위 무관련성 원칙과 관련된 규정은 따로 마련되지 않았다.

한편 로마규정 제27조와 국가면제 및 외교면제 간의 충돌여부도 문제된다. 로마규정 제27조 제2항에서 국제법상의 면제나 특별한 절차규칙도 ICC의 관할권 행사를 방해하지 아니한다고 규정하고 있기 때문이다.

20) Ibid., p.19.

21) 외교통상부의 검토요청에 따라 최태현 교수는 “ICC 규정 제27조와 우리 헌법의 관련조항간의 조화문제에 관한 검토”, 김영석 교수는 “대한민국 헌법과 국제형사재판소 규정 제27조와의 부합가능성 검토”를 외교통상부에 각 제출하였고, 두 검토서는 모두 로마규정 제27조와 우리 헌법상의 대통령 및 국회의원의 면책특권 간에 충돌 문제가 없다고 보았다.

22) 2002. 11. 5. 제234회 국회 제8차 통일외교통상위원회회의록, p.19.

23) 로마규정 비준 과정에서 해석을 통한 조화를 도모하게 된 데에는 현실적인 측면들도 적지 않게 영향을 미쳤다. 우선 대통령이나 국회의원이 ICC 관할범죄를 저지를 개연성이 크지 않은 상황에서 법률적·정치적으로 매우 어려운 문제이고 국가적으로 큰 혼란이 초래될 수 있는 헌법 개정보다는 가능한 한 해석을 통한 조화를 모색할 필요성이 있었다. 또한 대한민국은 로마규정 체결 과정에서 독일, 영국, 캐나다 등과 함께 강하고 독립적인 ICC 설립을 지지한 유사입장그룹(like-minded group) 국가 중 하나로서 로마규정 체결에 적극적인 입장이었고(김영석, 국제형사재판소법강의(개정판)(법문사, 2014), p.18.), ICC 설립 이후 구성될 재판관 18인 중 아시아지역에 배정된 2명에 대한민국의 재판관이 선정되도록 할 필요성을 느끼고 있었으며(2002. 11. 5. 제234회 국회 제8차 통일외교통상위원회회의록, pp.6-22.), 일부 특정 조항에 대한 유보는 불가능한 상황이었으므로, 로마규정 제27조와 헌법상의 면책특권 조항 간의 문제를 이유로 로마규정 전체에 대한 비준을 미루기는 곤란한 측면이 있었다.

그러나 우리정부가 로마규정을 비준하거나 이행법률을 제정하는 과정에서 이 부분에 대해 검토나 토의를 한 자료는 확인되지 않는다.²⁴⁾ 현재까지 국가원수나 외교관이 비록 인도에 반한 죄 등 강행규범 위반행위를 저질렀다고 하더라도 국가면제나 외교면제 원칙에 따라 타국의 국내법원에서 관할권이 면제된다고 보는 것이 국제법상의 일반적인 태도이다.²⁵⁾ 로마규정도 이러한 점을 고려하여 ICC가 로마규정 당사국에게 국가면제나 외교면제에 관한 국제법상의 의무에 부합되지 않는 인도청구 및 지원 요청을 하여서는 아니 된다고 규정하고 있다(로마규정 제98조 제1항).

그러나 최근 ICC는 로마규정 제27조의 공적지위 무관련성 원칙을 근거로 수단 현직 대통령인 알 바시르에 대하여 집단살해 등의 혐의를 이유로 체포영장을 발부하고 로마규정 당사국을 비롯한 각국에게 체포 및 인도를 요청하였다.²⁶⁾ 이러한 ICC의 결정에 대해 아프리카연합이사회(the African Union Commission)와 일부 국가들은 국가주권 또는 관습 국제법상의 국가면제 원칙에 대한 침해라며 반발을 하였다.²⁷⁾ ICC로부터

24) 2002. 11. 국회 통일외교통상위원회 수석전문위원 강장식의 “국제형사재판소에 관한 로마규정 비준동의안 심사보고서”, 2002. 11. 5. 제234회국회 제8차 통일외교통상위원회회의록 pp.6-22, 2007. 6. 국회 법제사법위원회 수석전문위원 임인규의 “국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률안(정부) 검토보고”, 2007. 6. 29. 제268회국회(임시회) 제10차 법제사법위원회회의록, pp.7-12, 2007. 11. 20. 제269회국회(정기회) 제3차 법제사법위원회회의록(법안심사제1소위원회), pp.8-9, 2007. 11. 23. 제269회국회(정기회) 제11차 본회의회의록, pp.5-6에서도 관련 내용은 확인되지 않는다. 다만 법무부의 이행법률 제정 과정에서 최태현 교수가 로마규정 제98조와 제27조간의 충돌 문제를 제기하고 양자의 적용과 관련된 조항을 이행법률에 둘 것을 제안하였으나 채택되지 못하였다.

25) 가장 대표적인 것이 국제사법재판소(the International Court of Justice, 이하 “ICJ”라고 한다)의 콩고 외무장관 “Abdulaye Yerodia Ndombasi”에 대한 벨기에의 체포영장 발부사건{Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000(Democratic Republic of The Congo v. Belgium), Judgement of 14 February 2002. 이하 “콩고의 무장관 체포영장 사건”이라 한다} 판결이다.

26) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”), Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3, 4 March 2009 (이하 “알 바시르 사건”이라고 한다). 대한민국도 ICC로부터 알 바시르에 대한 체포영장을 2009. 3. 17., 2010. 8. 23. 두 차례에 걸쳐서 송부 받았다.

27) African Union Press Release No. 002/2012, Addis Ababa, 9 January 2012.

이미 체포영장이 발부되어 있음에도 말라위 공화국, 차드공화국 및 콩고 민주 공화국 등은 각각 자국을 방문한 알 바시르를 체포하지 않았다. 남아프리카 공화국 법원은 최근 아프리카연합(AU) 정상회의에 참석하기 위하여 남아프리카 공화국을 방문한 알 바시르에 대하여 2015년 6월 14일 출국금지 명령을 내린 바 있으나,²⁸⁾ 정작 남아프리카 공화국 정부 당국은 법원의 출국금지 명령에도 불구하고 몰래 알 바시르를 귀국하도록 해 논란을 빚었다.²⁹⁾ 이에 대해 ICC는 중대한 국제범죄에 있어 공적지위 무관련성 원칙은 기존의 국가면제 또는 외교면제 원칙보다 우월할 수 있으므로 로마규정 당사국들은 ICC에서 체포·인도 요청한 사람이 국가면제 또는 외교면제 향유자인 경우에도 ICC에게 체포·인도할 의무가 있다는 입장을 보이고 있다.³⁰⁾ 이처럼 현재 로마규정 제27조와 제98조 간의 관계에 대하여 국제적으로 논란이 되고 있다.

로마규정 비준 당시의 정부의 입장에 대해서는 다음과 같은 점에서 재검토가 필요하다고 생각한다.

첫째, 우리 정부가 로마규정 제27조와 헌법상의 면책특권 규정 간의 관계에 대하여 취한 입장이 기존의 학설 및 판례의 입장에서 받아들여지

28) 연합뉴스 2015. 6. 15. 인터넷 기사(<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/06/15/0200000000AKR20150615000300099.HTML?input=1195m>).

29) KBS 2015. 6. 25. 인터넷 기사(<http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ref=A&ncd=3102138>).

30) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-139, 12 December 2011 ; The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-140, 13 December 2011 ; The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court, ICC-02/05-01/09-195, 9 April 2014.

고 실현이 가능할지에 대한 검토가 필요하다. 우선 우리 정부의 입장은 헌법과 국제법 간의 효력 관계에 대한 기존의 학계의 일반적인 견해와 거리가 있다. 일부 학자들은 관습국제법 또는 조약 중의 일부는 헌법과 같은 효력을 가진다고 보고 있기도 하나,³¹⁾ 다수의 국제법 학자들 및 헌법 학자들은 국제법인 조약과 관습국제법의 국내법 효력에 대해서 대체로 헌법보다는 하위의 효력을 갖는다고 보고 있기 때문이다.³²⁾

또한 실무적인 측면에서도 우리 정부의 입장이 검찰이나 법원, 헌법재판소에 의해 수용될 수 있을지 검토가 필요하다. 만약 현직 대통령이나 국회의원을 상대로 ICC 관할범죄를 범한 혐의가 있다는 이유로 고소가 이루어진다면 로마규정 제27조를 근거로 수사나 재판이 진행될 수 있을 것인가? 구체적인 사건에서 그에 대한 판단은 결국은 검찰의 결정이나 법원의 판결, 헌법재판소의 결정으로 이루어질 수밖에 없다.³³⁾ 우리 헌법재판소나 법원은 조약이 헌법보다 하위의 효력을 가진다는 것을 분명히 하고 있다.³⁴⁾ 이러한 상황에서 로마규정 제27조를 근거로 헌법상 면책특권이 보장되는 대한민국의 현직 대통령이나 국회의원을 ICC 관할범죄로 국내 법원에서 처벌하거나 ICC에 인도하는 것이 과연 가능할지 의문이다. 만약 이것이 불가능하다면 로마규정 제27조가 헌법상의 면책

31) 김철수, 헌법학신론(제21전정신판)(박영사, 2013), pp.290-292.

32) 정인섭, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토”, 서울국제법연구 제22권 제1호(2015), pp.28-29. ; 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), op. cit., pp.117-127. ; 이한기, 국제법강의(신정판)(박영사, 2007), p.144. ; 김대순, 국제법론(제18판)(삼영사, 2015), pp.354-355, pp.304-305. 다만 관습국제법 중 강행규범은 헌법적 지위를 가질 수도 있다고 보고 있다. ; 정종섭, 헌법학원론(제10판)(박영사, 2015), pp.262-263. ; 허영, 한국헌법론(전정11판)(박영사, 2015), pp.184. 다만 관습국제법에 대해서는 명확한 입장을 밝히지 않고 있다(Ibid., p.190.).

33) Antonio Cassese, International Law Second Edition(Oxford University Press, 2005), p.225

34) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌바20결정, 헌법재판소 2013. 11. 29. 선고 2012헌바166결정, 헌법재판소 2004. 12. 14. 선고 2004헌마889결정. ; 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005다30184 판결, 1986. 7. 22. 선고 82다카1372 판결, 대법원 1990. 7. 24. 선고 89후1479 판결 등.

특권 조항과 상충되고 위헌의 소지가 있다는 것을 의미하게 된다.

둘째, 로마규정 제27조와 국제법상의 국가면제나 외교면제 원칙과의 적용관계에 대해 정부의 입장이 마련되어 있지 못하므로 이에 대한 대책이 필요하다. ICJ의 콩고 외무장관 체포영장 사건, ICC의 알 바시르 사건 등에서 알 수 있듯이 이 문제는 국제사회에서 현실적으로 논란이 되고 있다. ICC의 요청으로 인해 우리 정부도 외국 현직 국가원수인 알 바시르에 대한 체포·인도 문제와 당면할 가능성이 있게 되었다. 영국, 스위스, 오스트리아, 호주 등 상당수 국가들은 로마규정 비준 당시에 이러한 논란을 예상하고 로마규정 제27조와 국가면제 또는 외교면제 원칙 간의 적용관계에 대한 규정을 두고 있다. 이에 비해 우리는 로마규정의 비준 및 이행법률 제정 과정에서 명확한 입장정리나 입법조치가 이루어지지 못함으로써 불분명한 상태로 남아 있다.

로마규정 제27조의 적용과 관련한 불명확성은 ICC 관할범죄에 대하여 대한민국이 직접 관할권을 행사하거나 ICC에게 충분하고 완전한 협력을 하는데 있어 장애가 될 수 있다. 이는 대한민국이 적극적으로 ICC 설립을 주도하고 로마규정에 가입한 취지와 목적에 반하는 결과가 된다. 로마규정 비준 당시의 정부가 취한 입장이 계속 유지될 수 있을지에 대한 재검토와 더불어 ICC 설립 이후의 국제법적 경향을 반영하여 공적지위 무관련성 원칙의 국내적 적용에 대한 보다 심도 있는 검토가 필요해졌다.³⁵⁾

제2절 연구의 목적 및 방법

35) 외교통상부장관은 로마규정 비준 동의 당시 국회 질의 답변에서 로마규정과 관련하여 전문가 공청회를 개최한 사실은 없고 각 분야의 여러 가지 의견을 수렴하였다고만 진술하고 있다(2002. 11. 5. 제234회 국회 제8차 통일외교통상위원회회의록, p.11.). 향후 이에 대한 공론화와 활발한 토론의 계기가 필요할 것으로 생각된다.

이 논문은 공적지위 무관련성 원칙을 규정하고 있는 로마규정 제27조를 국내적으로 적용함에 있어 우리 헌법상의 면책특권 또는 국제법상의 국가면제, 외교면제 원칙들과 관련하여 야기되는 문제점들을 검토하고 이를 바탕으로 바람직한 해석론 및 입법론을 제시하는 것을 목적으로 한다.

로마규정 제27조 제1항에서는 공적지위(official capacity)로 “국가 원수 또는 정부 수반”, “정부 또는 의회의 구성원”, “선출된 대표자 또는 정부 공무원”을 들고 있다. 위 규정의 공적지위들은 예시적인 것들이고 위 규정의 취지가 공적지위에 따른 일체의 항변을 배척하는 것이므로 공적 지위의 내용을 일일이 명확하게 특정할 필요성은 없고 비교적 넓게 인정하더라도 문제는 없다.³⁶⁾ 따라서 로마규정 제27조의 적용 대상자는 폭넓게 인정될 것이지만 로마규정 제27조와의 적용관계는 국내법상의 면책특권이나 국제법상의 국가면제, 외교면제를 향유하는 국가원수나 의회 의원, 외교관 등과 관련하여 주로 문제가 될 것이므로 이들을 중심으로 검토하고자 한다. 이를 위하여 국내외의 관련 단행본, 논문, 정부간행물 및 법률정보 자료 등 각종 문헌과 자료를 조사하고, 다른 로마규정 당사국들의 입법례와 로마규정 비준 과정에서의 논의내용들을 비교법적으로 분석·검토함으로써 우리가 취할 바람직한 입장을 모색해 본다.

검토의 순서는, 우선 로마규정 제27조의 국제법적 성격을 살펴보고

36) Willam A. Schabas, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*(Oxford University Press, 2010), p.448 ; Otto Triffterer, “Article 27 Irrelevance of official capacity”, in Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Crime Court - Observers’ Notes, Article by Article - Second Edition*(Velag C. H. Beck, Hart Publishing, Nomos, 2008), p.789 ; Paola Gaeta, “Official capacity and Immunities”, in Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R. W. D. Jones, *The Rome Statute of The International Court : A Commenyary Volumel*(Oxford University Press, 2002), pp.990-991.

자 한다. 로마규정 제27조가 조약상의 원칙인지 아니면 관습국제법상의 원칙인지에 따라 국내법으로 적용되는 방식과 국내법상의 효력에 차이가 있을 수 있고 로마규정 비당사국에 대한 적용 여부에 있어서도 차이가 발생한다. 뉘른베르크재판소 헌장 이래 로마규정에 이르기까지 공적지위 무관련성 원칙의 성립과정과 국제법상의 의의를 살펴보고, 관습국제법상의 원칙으로 보는 입장과 조약상의 원칙으로 보는 입장을 살펴보고자 한다.

다음으로 로마규정 제27조의 구체적인 적용관계를 국내법상의 면책 특권에 대한 경우와 국제법상의 국가면제 또는 외교면제에 대한 경우로 나누어 검토하고자 한다. 국내법상의 면책특권은 주로 각국의 헌법상의 문제인데 비해 국가면제나 외교면제는 관습국제법 또는 국제조약과 관련되어 있는 측면이 많고 그 인정 근거나 역사적 배경에 있어서도 차이가 있기 때문이다.

그러나 로마규정은 당사국이 1차적으로 관할권을 행사하고 당사국이 수사 및 재판을 할 의사나 능력이 없을 때 보충적으로 ICC가 관할권을 행사하도록 하고 있다(보충성의 원칙).³⁷⁾ 또한 ICC가 관할권을 행사하는 경우에도 ICC 스스로 집행기구를 갖추고 있지 못하여 범죄인의 체포·인도, 압수수색 등 증거조사를 당사국들에게 전적으로 의존하고 있다.³⁸⁾ 당사국들은 ICC 관할범죄를 국내적으로 처벌하여야 할 의무를 부담함과 동시에 ICC가 직접 관할권을 행사하는 경우에는 ICC에게 적극 협력하여야 할 의무를 부담한다.³⁹⁾

37) 로마규정 전문 제9절 및 제1조에서 명시적으로 규정하고 있다.

38) 이러한 이유로 말미암아 로마규정 제86조에서는 당사국은 ICC 관할범죄의 수사 및 기소에 있어서 ICC에게 최대한 협력하도록 규정하고 있다.

39) 조용환, “국제형사재판소 규정 이행을 위한 국내법의 정비방향”, *op. cit.*, pp.120-122. ; Anna Triponel and Stephen Pearson, “African States and the International Criminal Court : A Silent Revolution in International Criminal Law”, *Journal of Law & Social Challenges*, spring(2010), p.68.

따라서 국내법상의 면책특권이든 국제법상의 국가면제 또는 외교면제이든 간에 로마규정 제27조가 적용되는 측면은 그 향유자들을 국내 법원에서 처벌하는 것이 가능할지, ICC에로의 인도가 가능할지, 그러한 사건에 있어서 ICC와의 형사사법공조가 제한 없이 가능할지가 주로 문제된다. 국내법상 면책특권 향유자 및 국제법상 면제 향유자에 대하여 각각 위 세 가지 측면에서 로마규정 제27조의 적용관계를 검토할 필요성이 있다.

이러한 검토를 거쳐 결론에서는 국내법상의 면책특권 향유자와 국제법상의 국가면제 또는 외교면제 향유자에 대한 로마규정 제27조의 바람직한 국내적 적용방안을 도출하고자 한다.

제2장 로마규정 제27조의 법적 성격과 국내적 적용

제1절 로마규정 이전의 관련 조항들

중대한 국제 범죄행위에 대한 개인의 형사처벌이라는 측면에서 공적 지위 무관론성 원칙과 관련된 규정이 처음 등장한 것은 제1차 세계대전 이후 영국, 프랑스, 미국, 일본 등 전승국들과 독일과의 사이에 체결된 베르사이유 조약(Treaty of Versailles by the Allied and Associated Powers and Germany)에서이다. 베르사이유 조약 제227조¹⁾에서는, “국제도덕과 조약의 신성함에 대한 중대한 범행(supreme offence against international morality and the sanctity of treaties)”을 사유로 빌헬름 2세를 연합국으로 구성하는 국제재판소에 회부할 것을 결의하였다. 베르사이유 조약 제227조는 역사상 최초로 침략전쟁(war of aggression) 행위에 대해 국가원수의 개인책임을 확립한 조약이며, 국가원수를 기소하는 역사적 기초를 수립한 것으로 평가 받는다.²⁾ 국제법상 면제를 향유하

1) 영문은 다음과 같다.

Article 227.

The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties.

A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan.

In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed.

The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex- Emperor in order that he may be put on trial.

는 국가원수도 일정한 국제법상의 범죄행위에 대하여는 국제적으로 책임을 지게 되었다.³⁾ 그러나 전승국들 간에도 이해관계가 상이하였고 빌헬름 2세에 대한 처벌은 주로 영국과 프랑스가 주장하였다. 미국과 일본은 개인에 대하여 침략전쟁을 처벌하는 국제형사법이 존재하지 않았는데 사후 협정을 통하여 빌헬름 2세 개인을 침략범죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의에 위배되며, 전승국들 재판관들로만 구성되는 재판부를 구성하여 패전국의 원수를 재판하는 것은 공정성에도 문제가 있다고 비판하였다.⁴⁾ 특히 미국의 대표는 국가원수의 공적 행위는 국가에게 귀속되는 행위로서 자국 국내에서 정치적으로 책임질 문제이지 외부의 관할권에 법적으로 기속될 문제는 아니고, 만약 그렇게 되면 주권이라는 개념을 부인하는 결과가 된다고 주장하였다.⁵⁾

베르사이유 조약에 대해서는 제2차 세계대전 이후 인권침해 범죄에 대한 처벌 과정에서 중요한 선례와 기초가 되었다고 보는 견해가 있는 반면⁶⁾, 전승국들이 국제법상의 근거 없이 사법의 형식을 빌어 이미 퇴임한 패전국의 국가원수를 정치적으로 소급처벌 하려고 한 점에서 법률상 문제가 있다고 보는 견해도 있다.⁷⁾ 베르사이유 조약은 엄밀한 의미에서 로마규정상의 공적지위 무관련성의 원칙과 같은 형사법상 면제의 배제에

2) M. Cherif Bassiouni, "World War I : The war to end all wars and the birth of a handicapped international criminal justice system", *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, Vol. 30(2001), p.268.

3) M. Cherif Bassiouni, *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*(Martinus Nijhoff Publishers, 1987), pp.103-104.

4) M. Cherif Bassiouni, "World War I : The war to end all wars and the birth of a handicapped international criminal justice system", *op. cit.*, pp.249-260.

5) *Ibid.*, p.258. ; William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court Fourth Edition*(Cambridge University Press, 2011), p.3.

6) M. Cherif Bassiouni, "World War I : The war to end all wars and the birth of a handicapped international criminal justice system", *op. cit.*, pp.290-291.

7) Simeon E. Baldwin, "Proposed Trial of the Former Kaiser", *Yale L.J.*, Vol. 29(1919), p.82.

까지 이르렀다고 보기는 어렵다. 처벌의 근거에 대한 표현문구도 국제법 내지 국내법에 대한 침해에 따른 것이 아니라 국제도덕과 조약의 신성함에 대한 중대한 범행이라는 추상적이고 비법률적인 표현으로 규정한 것에 비추어 더욱 그러하다.⁸⁾ 빌헬름 2세가 네덜란드로 망명하였고 네덜란드가 승전국들의 인도요구를 거부함으로써 실제 재판이 이루어지지도 못하였다. 규정 내용도 로마규정상의 공적지위 무관련성 원칙과는 차이가 있었다.

지금의 로마규정과 비슷한 형태의 조항이 처음 등장한 것은 제2차 세계대전 이후의 뉘른베르크재판소와 IMTFE의 설립헌장에서이다. 제2차 세계대전 중에 나치 독일에 의해 행해진 중대한 국제법위반 범죄행위를 처벌하기 위하여 1945년 설립된 뉘른베르크재판소 헌장 제7조에서는 “피고인들의 공적지위는 국가원수이든 정부부처의 책임 있는 공직자이든 간에 책임을 면제하거나 처벌을 감경시키는 것으로 고려되지 아니한다”고 규정하였다.⁹⁾ 이는 승전국이 패전국에 대하여 국가책임을 묻는 전통적 방식이 아니라 전쟁 발발 및 인권유린에 책임이 있는 패전국 개인에 대한 형사책임을 심리되었다는 점에서 국제법에서 그 전례를 찾아 볼 수 없는 새로운 시도였다.¹⁰⁾ 위 재판소는 1945년 11월부터 약 1년 동안 전

8) Matthew H. Charity, “Defying gravity: The development of standards in the International Prosecution of International Atrocity Crimes”, *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 23(2013), pp.457-464.

9) 영문은 “The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.”

10) 정인섭·정서용·이재민, *국제법판례 100선(제3판)*(박영사, 2012), p.473. ; John Q. Barrett, “Nuremberg roles of Justice Robert H. Jackson”, *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, Vol. 6(2007) ; M. Cherif Bassiouni, “Nuremberg: Forty years after the Nuremberg and Tokoyo Tribunals: The impact of the war crimes trials on international and national law”, *Am. Soc'y Int'l L. Proc.*, Vol. 80(1986) ; Hans-Peter Kaul, “Nuremberg Legacy and the International Criminal Court - Lecture in honor of Whitney R. Harris, The Former Nuremberg Prosecutor”, *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, Vol. 12(2013).

범 24명을 전쟁범죄, 인도에 반한 죄(대표적인 것이 유대인 학살이다) 등으로 기소하였고 그 중 헤르만 괴링 등 12명은 사형, 루돌프 헤스 등 3명은 종신형, 알베르트 슈페어 등 3명은 징역형을 선고받았다.¹¹⁾

이 재판은 진정한 의미의 국제형사재판의 효시로서 인류에 대한 심각한 범죄를 저지른 자에 대한 개인적 형사책임을 추궁한 선례로 남게 되었으며 이후 국제범죄 처벌의 기본원칙을 제공한 것으로 평가받고 있다.¹²⁾ 국제사회는 1946년 12월 11일 UN 총회 결의 제95(I)호로 뉘른베르크재판에 대해 만장일치로 지지를 확인하였고, ILC는 1950년에 뉘른베르크재판에서 확인된 국제법 원칙(Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal)이라는 보고서를 채택하였다. 그 보고서에는 제3원칙(*Principle III*)으로 “국가원수이든 정부부처의 책임 있는 공직자이든 간에 국제법상 범죄를 저지른 사람은 국제법상 책임을 면제받지 못한다”는 내용의 공적지위 무관련성 원칙이 포함되었다.¹³⁾

ILC는 그 후 1951년에 인류 평화와 안전에 반하는 범죄 법전 초안(Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind) 제3조에 뉘른베르크 헌장 제7조 및 뉘른베르크 제3원칙과 유사한 내용을 규정하였다.¹⁴⁾ 계속하여 1954년 위 법전 초안 제3조¹⁵⁾, 1991년 위 법전

11) International Military Tribunal, “Trial of the Major War Crimes before the International Military Tribunal, Nuremberg 14 November 1945 - 1 October 1946”, Official Document Volume 1(Official Text in the the English Language), Published at Nuremberg, Germany(1947), pp.365-367. 이 재판 이후에 1946년 12월부터 1949년 3월까지 유대인 학살에 관여한 의사, 판사, 정부 관료 등 185명에 대한 12개의 후속 재판인 제2차 뉘른베르크 전범 재판이 있었다(후속재판의 피고인, 죄명 및 재판결과는 Kevin Jon Heller, *The Nuremberg Military Tribunal and the Origins of International Criminal Law*(Oxford University Press, 2011), pp.403-464. 참조).

12) 정인섭, “국제형사재판제도의 발전”, 국제인권법 제5호(2002), p.8.

13) 영문은 “The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law.”

초안 제13조¹⁶⁾ 및 1996년 위 법전 초안 제7조¹⁷⁾에서도 유사한 내용으로 공적지위 무관련성 원칙을 규정하였다.

뉘른베르크재판소와 비슷한 무렵 일본의 전범 등을 처벌하기 위해 일본 동경에 설치된 IMTFE 헌장 제6조에서도 뉘른베르크 헌장 제7조와 유사한 규정을 두었다. IMTFE 헌장 제6조에서는 “언제든지 간에 피고인의 공적 지위 또는 피고인이 정부의 명령이나 상사의 명령에 따라 행동하였다는 사실은, 그 자체로 피고인을 재임 중의 여하한 범죄의 책임으로부터 면제시키는 데 충분하지 아니하다. 그러나 재판소가 정의(正義)에 부합한다고 결정할 경우 그러한 사정들은 처벌을 감경하는 데 고려할 수 있다”라고 규정하여¹⁸⁾ 공적지위가 전범들의 책임을 면제시켜 주지 않음을 명확히 하였다. 다만 이 재판소는 일본왕인 히로히토를 기소하지 않기로 한 정치적인 이유로 인해 국가원수를 명시적으로 언급하지는 않

14) 영문은 “The fact that a person acted as a Head of State or responsible government official does not relieve him from responsibility for committing any other offences defined in this Code.”(ILC, Yearbook of the International Law Commission(1951), Volume II, p.137).

15) 영문은 “The fact that a person acted as a Head of State or as responsible government official does not relieve him of responsibility for committing any of the offences defined in this Code.”(ILC, Yearbook of the International Law Commission(1954), Volume II, p.152).

16) 영문은 “The official position of an individual who commits a crime against the peace and security of mankind, and particularly the fact that he acts as a Head of State or Government, does not relieve him of criminal responsibility.”(ILC, Yearbook of the International Law Commission(1991), Volume II, p.95).

17) 영문은 “The official position of an individual who commits a crime against the peace and security of mankind, even if he acts as a Head of State or Government, does not relieve him of criminal responsibility or mitigate punishment.”(ILC, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries (1996), pp.26-27).

18) 영문은 “Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires”.

았다.¹⁹⁾

1948년에는 집단살해방지협약이 체결되었다. 위 협약 제4조에서도 “집단살해나 제3조에서 열거된 기타 범죄를 범한 자는, 헌법에 따른 책임 있는 통치자이거나 공직자 또는 사인(私人)이더라도 처벌을 받는다”고 규정하여²⁰⁾ 집단살해죄에 대해 공적지위와 관련 없이 누구나 예외 없이 처벌된다는 것을 강조하였다.

그 후 냉전체제의 등장으로 국제사회에서 인권침해 범죄에 대한 관심이 줄어들었다. 그러나 소련의 붕괴 이후 냉전체제가 무너지고 세계 각지에서 민족주의가 대두되고, 종족갈등, 종교갈등이 폭발하면서 국지적인 분쟁이 다수 발생하게 되었다. 그러한 가운데 해당 국가나 지역의 실질적인 권력자가 주도한 잔혹한 인권침해범죄들이 발생하게 되었다. 이는 제2차 세계대전 당시의 국제법 위반행위와는 또 다른 형태의 중대한 국제법 위반행위로 평가되었다.

1991년 이후 구유고 연방에서 발생한 대량학살, 인종청소 및 집단강간 등 인권침해 범죄는 그 대표적인 예이다. 이를 처벌하기 위한 국제사회의 노력으로 1993년 5월 유엔 안전보장이사회의 결의 제827호로 ICTY가 설치되었다.²¹⁾ ICTY 규정 제7조 제2항에서는 “피고인들의 공적 지위는 국가원수 또는 정부수반이거나 정부부처의 책임 있는 공직자이든 간에 범죄책임을 면제하거나 처벌을 감경시키지 아니한다”고 규정하였다.²²⁾ 이 규정은 뉘른베르크재판소 헌장 제7조와 매우 유사하게 규정되

19) Otto Triffterer, “Article 27 Irrelevance of official capacity”, op. cit., p.781.

20) 영문은 “Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in Article 3 shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals”.

21) Catherine Cisse, “International tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda: Some elements of comparison, The symposium: Prosecuting international crime: An inside view”, *Transnat'l L. & Contemp. Probs*, Vol. 7(1997). ; Sanja Kutnjak Ivkovic, “Justice by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *Stan. J. Int'l L.*, Vol. 37(2001).

었다. ICTY의 밀로세비치 전 세르비아 대통령에 대한 사건에서 전직 국가원수로서의 밀로세비치에 대한 국가면제 여부가 쟁점이 되었으나 재판부는 ICTY 규정 제7조 제2항의 공적지위 무관련성 원칙이 국가면제 원칙보다 우선 적용된다고 판단하였다.²³⁾

아프리카 르완다에서도 1994년 4월 장 캄반다(Jean Kambanda) 전 르완다 총리가 이끄는 후투족 정권이 약 90일 동안 소수 종족인 투치족과 일부 온건한 후투족 등 약 80만 명(주로 투치족)을 살해하는 야만적인 인권침해 사건이 발생하였다. 국제사회는 르완다 정부의 요청에 따라 1994년 11월 유엔 안전보장이사회의 결의 제955호로 ICTR을 설치하였다.²⁴⁾ ICTR 규정 제6조 제2항에서도 ICTY 규정 제7조 제2항과 동일한 내용으로 공적지위가 형사책임을 면하거나 처벌을 감경할 수 없음을 명확히 하였다. 반군에 쫓겨 국외로 달아났던 장 캄반다는 체포되어 집단학살 등 6개 항의 범죄행위로 ICTR에서 재판을 받고 종신형을 선고받았다.²⁵⁾ 이 사건에서는 장 캄반다 측에서 국가원수 면제주장을 하지 않

22) 영문은 “The official position of any accused person, whether as Head of State or Government or as a responsible Government official, shall not relieve such person of criminal responsibility nor mitigate punishment”.

23) Prosecutor v Slobodan Milosevic, “Decision on preliminary motions”, 8 November 2001, paras.26-34.

24) Timothy Gallimore, “The Legacy of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and its contributions to reconciliation in Rwanda”, New Eng. J. Int’l & Comp. L., Vol. 14(2007), pp.239-266. ; Erik Mose, “ICTR: Experiences and Challenges”, New Eng. J. Int’l & Copm. L., Vol. 12(2005), pp.1-16. ; Ines Monica Weinberg, “Ten years and counting: The development of International Law at the ICTR”, New Eng. J. Int’l & Comp. L., Vol. 12(2005), pp.69-80. ; Shawn Smith, “International Criminal Tribunal for Rwandan: An Analysis on Jurisdiction, The Note”, T. Marshall L. Rev., Vol. 23(1997), pp.231-251. ; Jamie A. Williamson, “The Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for Rwanda on War Crimes”, New Eng. J. Int’l & Comp. L., Vol. 12(2005), pp.51-67.

25) The Prosecutor v. Jean Kambanda, “Judgement and Sentence”, Case no.: ICTR 97-23-S, 4 September 1998 및 Jean Kamband(Appelant) v. The Prosecutor (Respondent), “Judgement”, Case No. ICTR 97-23-A, 19 October 2000. 이 판결은 뉘른베르크 이후 최초로 정부 수반에 대하여 국제형사재판소가 판결을 내린 사안으로서 유고의 밀로세비치가 ICTY로부터 재판을 받기 약 3년 전의 일로, 잔악한 범죄를

아 공적지위 무관련성 원칙이 쟁점이 되지 않는 것이다.

한편 1991년부터 2001년 사이 아프리카의 시에라리온 내전 과정에서 라이베리아 대통령이던 찰스 테일러(Charles Taylor)가 시에라리온의 반군단체와 공모하여 인접국인 시에라리온 민간인을 대상으로 살인, 강간, 약탈, 소년병 동원, 사지절단 등 참혹한 범죄를 저질렀다. 이로 인하여 시에라리온 민간인 약 12만명이 목숨을 잃었다. 유엔은 시에라리온 정부의 요청으로 내전기간 중 자행된 각종 비인도적 범죄에 대한 책임자 처벌을 위해 2000년 8월 유엔안전보장이사회 결의 제1315호로 특별재판소 설치를 위한 협정체결을 결의하였다. 이 결의에 따라 2002년 1월 유엔과 시에라리온 정부 간의 협정을 통하여 SCSL이 설치되었다.²⁶⁾ SCSL 규정 제6조 제2항에서도 ICTR 규정 제6조 제2항, ICTY 규정 제7조 제2항과 동일한 내용으로 공적지위가 형사책임을 면하거나 처벌을 감경할 수 없음을 명확히 규정하였다. 찰스 테일러는 2006년 3월 체포되어 재판을 받은 후 징역 50년을 선고받았다. 찰스 테일러 측은 체포영장 발부 당시 찰스 테일러가 라이베리아의 현직 대통령의 지위에 있었으므로 국가면제 원칙이 적용되며 따라서 SCSL이 체포영장을 발부하고 기소한 것은 국제법 위반이라고 주장하였다. 이에 대해 SCSL 항소부는 국가면제 원칙은 국제형사재판소에겐 적용될 수 없고 공적지위 무관련성 원칙에 의해 찰스 테일러도 당연히 처벌대상이 된다고 판단하였다.²⁷⁾

저지른 개인에 대해서는 공적지위에 근거한 면책특권을 향유할 수 없다는 원칙을 재확인한 사건으로 평가 받고 있다(Erik Mose, op. cit., p.5).

26) 정인섭, "국제형사재판제도의 발전," op. cit., p.22. ; Babafemi Akinrinade, "International humanitarian law and the conflict in Sierra Leone", Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y, Vol. 15(2001), pp.391-454. ; Abdul Tejan-Cole, "The Special Court for Sierra Leone: Conceptual concerns and alternatives", Afr. Hum. Rts. L.J., Vol. 1(2001), pp.107-126. ; Melron C. Nicol-Wilson, "Accountability for human rights abuses - The United Nations' Special Court for Sierra Leone", Austl. Int'l L.J., Vol. 2001(2001), pp. 159-176. ; Vincent O. Jalloh Nmehielle and Charles Chernor, "Legacy of the Special Court for Sierra Leone, The International Criminal Justice", Fletcher F. World Aff., Vol. 30(2006), pp.107-124.

제2절 로마규정 제27조의 성립

인류의 양심에 충격을 주는 상상하기 어려운 잔혹한 국제법상의 범죄행위를 수차례 목격하면서, 국제사회는 그러한 범죄들에 대해 직접 나서서 예외 없이 처벌함으로써 향후 그러한 범죄가 발생하는 것을 예방할 필요성을 느꼈다.²⁸⁾ 이를 위해 유엔을 중심으로 임시 국제형사재판소를 넘어 상설의 국제형사재판소(ICC) 설립을 위한 로마규정 제정 작업을 추진하였다.

로마규정 기초 당시에 공적지위가 개인의 형사책임을 면책(Impunity)하지 않는다는데 대해서는 광범위한 공감대가 형성되어 있었다. 국가원수나 정부수반의 국제법상 또는 국내법상 면제(Immunity)와 관련하여서는 국가원수나 정부수반이라고 하더라도 중대한 국제범죄에 대한 처벌원칙에는 영향이 없으므로 면제에 대해서 명시적으로 언급할 필요가 없다는 데 대한 합의가 있었다.²⁹⁾ 이러한 취지에서 ILC의 1994년 인류의 평화와 안전에 반하는 범죄 법전 초안이나 주석에서는 면제에 관해 아무런 언급을 하지 않았다.³⁰⁾ ILC의 1996년 위 법전 초안 제7조에서도 면제는 언급이 되지 않았고 다만 주석에서 가장 책임이 큰 국가원수 등이 국가주권에 의한 면제를 이유로 처벌받지 않는 것은 역설적이며, 실체법상 면책 특권이 없다면 절차상으로도 면제를 향유하지 못하는 것이 당연한 귀결이라고 설명하고 있다.³¹⁾

27) Special Court for Sierra Leone, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction, SCSL-2003-1- I, 31 May 2004.

28) 로마규정 전문(前文) 참조.

29) Otto Triffterer, "Article 27 Irrelevance of official capacity", op. cit., p.785.

30) Ibid.

31) ILC, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with

1995년 ICC 설립을 위한 임시위원회(the 1995 *AD hoc* Committee on the Establishment of an International Criminal Court)는 ILC의 1994년 위 법전 초안을 재검토한 후, 보고서에 첨부한 부속서Ⅱ의 “형법상의 일반적인 원칙과 관련한 문제들의 고려기준”에 “공적지위 무관련성”을 기재하였으며, 일부 당사국 대표들이 ICTY 규정 제7조에 주목하였고 몇몇 당사국 대표들의 최종적인 입장은 아직 정해지지 않았다고 보고서에서 언급하였다.³²⁾

1996년의 준비위원회(Preparatory Committee) 회기에서는 뉘른베르크군사재판소, IMTFE, ICTY, ICTR의 선례를 고려하여 국가원수, 정부수반, 책임 있는 정부 관료에 대한 공적지위 무관련성 조항을 포함시키기로 하는 한편 국내법 또는 국제법상의 면제사유를 배척하는 내용의 제2항(“면제. 재판소에 의해 또는 재판소의 요청에 따라 진행되는 조사 및 절차 과정에서 개인은 국제법상 또는 국내법상 근거를 불문하고 관할권으로부터의 면제에 관한 항변을 할 수 없다”)³³⁾이 새로 제안되었다.³⁴⁾ 1997년 2월의 준비위원회 회기에서는 현재의 로마규정 제27조 제1항 및 제2항의 문안과 흡사한 조항³⁵⁾이 마련되었으며 다만 주석에서 제2항은

commentaries (1996), pp.26-27.

32) Otto Triffterer, “Article 27 Irrelevance of official capacity”, op. cit., p.783. ; UN, Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, General Assembly Official Records Fiftieth Session, Supplement No. 22(A/50/22), 6 September 1995, para.87 and Annex II B. 1., p.58.

33) 영문은 “Immunity. In the course of investigations or procedures performed by, or at the request of the court, no person may make a plea of immunity from jurisdiction irrespective of whether on the basis of international or national law”.

34) Otto Triffterer, “Article 27 Irrelevance of official capacity”, op. cit., p.783 ; Willam A. Schabas, The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute, op. cit., pp.446-447. ; M. Cherif Bsssiouni, The Legislative History of the International Criminal Court : An Article-by-Article Evolution of the Statute from 1994-1998, Vol. 2(Transnational Publishers, Inc., 2005), p.210.

35) 영문은 다음과 같다.

Article B e. Irrelevance of official capacity.

1. This Statute shall be applied to all persons without any discrimination

국제사법공조 등과 관련하여 더 깊은 논의가 있어야 한다고 언급하였다.³⁶⁾ 위 문안이 준비위원회에서 최종안으로 채택되었고 1998년 7월 17일 로마회의(Rome Conference)에서 제1항은 아무런 논쟁 없이, 제2항은 간단히 논의 후 현재의 로마규정 제27조가 채택되었다.³⁷⁾

로마규정 제27조 제1항에서는 국가원수, 정부수반, 의회 구성원 등 누구이든 공적지위에 따른 형사책임의 면제를 ICC에 대하여 주장할 수 없다고 규정하고 있으며, 동조 제2항에서는 국내법 또는 국제법상으로 개인의 공적 지위에 따르는 면제나 특별한 절차규칙은 ICC의 관할권 행사를 방해하지 아니한다고 규정하고 있다. 로마규정 제27조 제1항은 실체법적인 측면에서의 “면책(물적 면제)”의 배제라고 볼 수 있으며 제27조 제2항은 절차법적 측면의 “면제(인적 면제)”의 배제라고 볼 수 있다.³⁸⁾ 면제나 특별한 절차규칙에는 국내법상으로는 헌법의 규정도 포함하며³⁹⁾ 국제법상으로는 관습국제법상의 국가면제나 1961년 외교관계에

whatsoever : official capacity, either as Head of State or Government, or as a member of a Government or parliament, or as an elected representatives, or as a government official, shall in no case exempt a person from his criminal responsibility under this Statute, nor shall it [per se] constitute a ground for reduction of the sentence.

2. Any immunities or special procedural rules attached to the official capacity of a person, whether under national or international law, may not be relied upon to prevent the Court from exercising its jurisdiction in relation to that person.

36) Willam A., Schabas, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., pp.446-447.

37) Ibid.

38) Paola Gaeta, “Official Capacity and Immunities”, op. cit., p.978.; Juan Antonio Yáñez-Barnuevo and Áurea Roldán, “Spain and The Rome Statute of The International Criminal Court”, in Claus Krefß and Flavia Lattaanzi(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Vol. I : General Aspects and Constitutional Issues(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000), p.209.

39) Otto Triffterer, “Article 27 Irrelevance of official capacity”, op. cit., p.791 ; Sarah Williams and Lena Sherif, “The Arrest Warrant for President al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court”, *J. Conflict Security Law*, Vol. 14, No. 1(2009), p.77.

관한 비엔나협약에 포함된 면제와 특권에 관한 규정도 포함되는 것으로 해석된다.⁴⁰⁾

제1항은 뉘른베르크재판소 헌장, 제노사이드 협약, ICTY, ICTR 헌장 등으로부터 유래된 것이고 제2항은 로마규정에 새롭게 명시적으로 편입된 조항이다.⁴¹⁾ 그러나 로마규정 제27조 제2항도 뉘른베르크 헌장 이래 인정되어 온 공적지위 무관련성 원칙을 로마규정에서 재언급한 것이라고 보는 것이 타당하다.⁴²⁾ 이미 뉘른베르크재판 당시에도 재판부는 피고인들의 국가면제 주장에 대하여 공적지위 무관련성 원칙은 실체법적 면책을 배제하는 것뿐만 아니라 국가면제 등 절차법적 면제도 배제하는 것이라고 판단하고 있다.⁴³⁾ 1994년 및 1996년 ILC의 인류의 평화와 안전에 반하는 범죄 법전 초안도 같은 입장에서 서 있다.

그런 면에서 비록 로마규정 제27조가 이전의 공적지위 무관련성 원칙과 내용이 다소 달리 규정되었으나 실질적으로 크게 차이가 있는 것은 아니다. 공적지위 무관련성 원칙은 실체법적이든 절차법적이든 간에 일체의 형사책임의 면제를 배제하는 원칙으로서 뉘른베르크 헌장에서 성립된 이래 유엔총회 결의, 집단살해죄방지협약 등 국제협약, ICTY, ICTR, SCSL 등 각종 임시 국제형사재판소들의 설립 헌장을 거쳐서 로마규정으로 편입된 것이다.

40) Otto Triffterer, “Article 27 Irrelevance of official capacity”, op. cit., p.791.

41) Ibid. ; Eric David, “Official Capacity and Immunity of an Accused before the International Criminal Court”, in Jose Gasser Doria, Hans-Peter Gasser, M. Cherif Bassiouni, The Legal Regime of the International Criminal Court (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp.743-745.

42) Paola Gaeta, “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, J. Int Criminal Justice, Vol. 7, No. 2(2009), pp.323-324.

43) ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries(1996), commentary (3) to article 7, p.27.

제3절 로마규정 제27조의 법적 성격

상당수 학자들은 공적지위 무관련성 원칙은 뉘른베르크재판 이래 관습국제법상의 원칙으로 확립되었고 이 원칙이 로마규정으로 편입되었다고 보고 있다.⁴⁴⁾ 국제형사재판소들이 중대한 국제범죄를 처벌함에 있어 공적지위에 따른 일체의 항변을 인정하지 않는다는 원칙이 뉘른베르크현장 이래 인정되어 왔고, 유엔을 중심으로 한 국제조약 체결과정에서 수차례에 걸쳐 국제법상의 원칙으로 채택되었으며, 이에 대한 국제사회의 뚜렷한 반대가 없었으므로 관습국제법상의 원칙으로 성립되었다는 것이다.

로마규정 제정을 위한 로마회의 과정에서도 각국 대표들은 공적지위 무관련성 원칙이 관습국제법상의 원칙이라는데 대체적인 의견의 합치를 이루었다. 따라서 공적지위 무관련성 원칙을 로마규정 제27조에 포함시키는데 대해 별다른 이견이 없었다.⁴⁵⁾ ICTY 재판부도 유고 전직 대통령인 밀로세비치에 대한 판결에서 위와 같은 이유로 공적지위의 무관련성 원칙과 관련된 ICTY 규정 제7조 제2항이 관습국제법에 해당한다고 판시하였다.⁴⁶⁾ ICC 전심재판부도 말라위 공화국,⁴⁷⁾ 차드 공화국⁴⁸⁾의 알 바

44) Paola Gaeta, "Does President Al Basir Enjoy Immunity from Arrest?", *op. cit.*, pp.323-324. ; Claus Kreß, *The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute, State Sovereignty and International Criminal Law*, Fichl Publication Series ed. Morten Bergsmo and LING Yan, No.15(Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012), pp.250-254. ; 김영석, *국제형사재판소법강의(개정판)*, *op. cit.*, p.136. ; 김영석, "대한민국 헌법과 국제형사재판소 규정 제27조와의 부합가능성 검토", *op. cit.*, p.2.

45) Otto Triffterer, "Article 27 Irrelevance of official capacity", *op. cit.*, p.785.

46) *Prosecutor v Slobodan Milosevic*, "Decision on Preliminary Motions", 8 November 2001, paras.26-34.

47) *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest

시르에 대한 체포영장 협력의무 위반 사건에서 공적지위 무관련성 원칙의 성립과정에 비추어 로마규정 제27조는 관습국제법상의 원칙에 해당한다고 판시하고 있다. 이러한 점들에 비추어 로마규정 제27조가 뉘른베르크 재판 이래의 공적지위 무관련성 원칙을 규정한 것이라는 견해는 국제법상 대체적으로 받아들여지고 있다고 보겠다.

그러나 로마규정 제27조가 ICC에 대한 관계에서 뿐만 아니라 모든 국가들에게 있어서도 관습국제법상의 원칙으로서 그대로 적용될 수 있는가에 대해서는 논란이 있다. 일부 국제법 학자는 공적지위 무관련성 원칙은 국가 간의 관계에서 적용되는 원칙이 아니라 국제형사재판소의 단계에서 적용되는 관습국제법의 원칙일 뿐이며 아직 국가 관행상으로는 공고히 확립되지 못하여 상대적으로 매우 불안정한 지위에 있다고 설명하고 있다.⁴⁹⁾ 또한 공적지위 무관련성 원칙은 국가 간의 수평적 관계에서 적용되는 것이 아니고 초국가적(超國家的) 존재인 국제형사재판소와 국가라는 수직적 관계에서 형성되어 온 관습국제법상의 원칙이라고도 하고 있다.⁵⁰⁾

ICC 전심재판부도 콩고 민주공화국의 협력의무 위반 사건⁵¹⁾에서 앞의 말라위 공화국의 협력위반 사건에서 취하였던 입장을 바꾸어, 로마규정 제27조 제2항은 국가원수의 인적 국가면제에 대해 예외를 명시적으로

and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-139, 12 December 2011, para.43.

48) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-140, 13 December 2011, para.13.

49) Claus Kreß, op. cit., pp.250-254.

50) Ibid.

51) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court, ICC-02/05-01/09-195, 9 April 2014.

규정한 다자조약이므로 원칙적으로 이를 수용한 로마규정 당사국에게만 적용된다고 보았다.⁵²⁾

로마규정 제27조가 관습국제법인가 조약인가에 따라 로마규정 비당사국에게도 적용될 수 있는가 하는 점에서 차이가 발생하게 되고, 그로 인하여 로마규정 당사국이 비당사국의 면책특권 내지 국가면제 등의 향유자와 관련하여 ICC에게 협력하는데 있어서도 영향을 미치게 된다. 또한 국내법적으로 조약과 관습국제법의 효력이 상이할 경우, 로마규정 제27조와 관습국제법상의 국가면제 또는 외교면제 원칙 사이의 효력관계를 정함에 있어 영향이 있을 수 있다. 그러나 그 법적 성격이 관습국제법인가 조약인가의 개념론적 구분에 따라 로마규정 제27조의 국내적 적용관계가 일률적으로 설명되는 것은 아니다. 오히려 각국의 헌법질서 또는 헌법의 규정이 로마규정 제27조의 국내적 적용에 대하여 어떠한 입장을 취하는가가 더 중요한 문제이다.⁵³⁾ 대한민국의 경우도 관습국제법과 조약 모두 국내적 효력에 있어서 큰 차이가 없으므로 구별의 실익은 크지 않다.

기본적으로 로마규정 제27조는 관습국제법상의 원칙으로 볼 것이지만 각국 국내 법원에서 어떻게 적용되는가 하는 문제는 로마규정 당사국 별로 개별적으로 살펴볼 필요가 있다. 국제법질서를 국내법 질서로 받아들일지, 국제법과 국내법 간의 효력관계를 어떻게 설정할지는 각국의 주권사항으로 원칙적으로 그 국가의 헌법질서 속에서 해결될 문제이기 때문이다.⁵⁴⁾ 실제로 헌법체계의 차이에 따라 로마규정 제27조의 적용 형태

52) Ibid., paras.25-26.

53) 정인섭 교수는, 각국이 조약의 국내법적 효력을 어떻게 파악하느냐 하는 것은 국제법상의 문제는 아니고, 따라서 우리의 법질서 속에서 조약의 효력을 어떻게 파악할지는 헌법 제6조 제1항의 내용을 우리가 어떻게 구축하느냐의 문제라고 보고 있다. 정인섭, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토”, *op. cit.*, p.57.

54) 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), *op. cit.*, p.93. ; 김대순, *op. cit.*, pp.284-285.

도 국가별로 상당히 차이를 보이고 있다.⁵⁵⁾

제4절 로마규정 제27조의 국내적 적용

로마규정 제27조는 헌법에 의하여 체결·공포된 조약으로서 우리 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 같은 효력을 가지게 되었다. 조약이 국내법과 같은 효력을 가진다고 하여 곧바로 법원이나 수사기관이 직접 적용할 수 있는 규범이 된다고 볼 수는 없다. 이에 대해서는 통상 미국 판례법에서 발달한 조약의 자기집행성 여부가 일응의 기준이 되고 있다. 자기집행적 조약은 별도의 이행입법 없이도 바로 국내에 적용 가능하나 비자기집행적 조약은 국내법체계에서 직접 적용될 수 없으므로 추가적인 국내 이행입법이 필요하다고 본다.⁵⁶⁾ 다만 조약 등 국제법이 국내 형사 절차에서 구체적으로 어떻게 적용될 것인지는 최종적으로 법원 또는 헌법재판소의 판결 또는 결정 등 사법적 판단에 의할 수밖에 없다.⁵⁷⁾

조약과 국내적 적용과 그 효력에 대해서는 아직 충분한 판례가 형성되어 있지는 못하다. 그러나 점차 우리 법원이나 헌법재판소에서 이와 관련된 판례와 결정들이 나오고 있다.

헌법재판소는, 로마규정은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약으로서 국내법과 같은 효력을 가지므로 로마규정 제29조에서 규정하고 있는 시효적용 배제 조항이 국내에도 적용될 수 있다고 결정하였다.⁵⁸⁾ 관세법이

55) Darryl Robinson, "The Rome Statute and Its Impact on National Law", in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D. Jones(eds.), *The Rome Statute of the International Court : A Commentary*, Vol. 2(Oxford University Press, 2002), p.1850.

56) Antonio Cassese, *op. cit.*, p.227.

57) 정인섭, "조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토", *op. cit.*, pp.28-29.

58) 헌재 2004. 12. 14. 2004헌마889 결정. 다만 이 사건 심판청구 대상 행위는 로마규정의 적용 대상에 해당하지 않는다고 보았다.

나 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률의 개정 없이 조약인 마라케쉬협정에 의하여 관세범에 대한 처벌을 가중하는 것이 헌법에 위배되는지 여부와 관련하여, 적법하게 체결·공포된 조약은 국내법과 동일한 효력을 가지므로 그로 인하여 관세범위반자에 대하여 새로운 범죄를 구성하거나 처벌이 가중된다고 하여 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라거나 행위의 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라고 할 수 없다고 결정하였다.⁵⁹⁾ 소재지국으로부터의 사법절차 면제를 규정한 국제통화기금협정(Agreement of the International Monetary Fund)⁶⁰⁾ 제9조 제3항 등과 관련된 헌법소원 사건에서도, 위 조항은 국회의 동의를 얻어 체결된 것으로서 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법상 법률적 효력을 가지고, 가입국의 재판권 면제에 관한 것으로서 성질상 국내에 바로 적용될 수 있다고 판시하였다.⁶¹⁾ 대법원도 국제항공운송관련 사건 판결⁶²⁾에서 국회의 비준을 거쳐 가입한 국제항공운송협정은 국내법과 동일한 효력을 갖고 있어 국제항공운송에 관한 법률관계에 대하여 민법에 대하여 특별법으로 국내에 적용된다고 판시하였다.

다만 헌법재판소나 대법원은 비자기집행적 조약의 존재에 대해서도 인정하는 취지로 보인다.⁶³⁾ 대법원은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조 제3항이 위 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인이 효과적인 구제조치를 받을 수 있는 법적 제도 등을 확보할 것을 당사국 상호간의 국제법상 의무로 규정하고 있으나 위 규정에 의하여 별도로 개인이 위 국제규약의 당사국에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청

59) 헌법재판소 1998. 11. 26. 선고 97헌바65 결정.

60) 1945. 12. 27. 체결, 1945. 12. 27. 발효, 대한민국은 1955. 6. 20. 국회 동의, 1955. 8. 26. 발효(조약 제24호).

61) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌바20 전원재판부 결정.

62) 대법원 1986. 7. 22. 선고 82다카1372 판결.

63) 정인섭, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토”, op. cit., p.31.

구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 판시하였다.⁶⁴⁾

한편 조약이 국내적으로 직접 적용되는 경우 국내법상 효력의 단계, 즉 국내법상의 위계가 문제된다. 우리 법원과 헌법재판소는 대체로 조약이 국내법상 법률의 효력을 가진다고 보고 있으며,⁶⁵⁾ 조약이 헌법보다 우월할 수 없다는데 있어서 견해가 일치한다.⁶⁶⁾

헌법재판소는 국제통화기금협정 제9조 제3항,⁶⁷⁾ 제8항⁶⁸⁾ 및 전문기구의 특권과 면제에 관한 협약(Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies)⁶⁹⁾ 제4절 본문,⁷⁰⁾ 제19절 (a)⁷¹⁾에 대한 헌법소원 사건에서, 위 협정 및 협약의 조항들은 국내법상 법률에 준하는 효력

64) 대법원 1999.3.26. 선고 96다55877 판결[손해배상(기)].

65) 다만 예외적으로 국회의 동의를 받은 조약과 국회의 동의를 받지 않은 조약을 구별하여, 전자는 법률적 효력을 후자는 시행령의 효력을 인정한 두 건의 하급심 판결이 있다(서울 고등법원 2006. 7. 22. 선고 2006토1 결정, 서울고등법원 2013. 1. 3. 선고 2012토1 결정). 정인섭, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토”, op. cit., pp.35-36. 참조.

66) 정인섭, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토”, op. cit., pp.32-37. 다만 대법원이 이 점에 대한 입장을 명시적으로 밝힌 사례는 확인되지 않는다(Ibid., p.33. 각주 9).

67) 국제통화기금협정 제9조(지위, 면제 및 특권)

제3항(사법절차의 면제) 기금 및 소재지와 소지자의 여하를 불문하고 그 재산 및 자산은 기금이 모든 형식의 사법절차의 면제를 포기하거나 또는 계약의 조건에 의하여 그 면제를 포기한다는 것을 명시한 경우를 제외하고는 모든 형식의 사법절차에서 면제된다.

68) 제8항(직원 및 피용자의 면제와 특권) 모든 기금의 각국위원, 이사, 대리자, 직원 및 피용자는 다음의 면제 및 특권을 가진다.

(I) 공적 자격으로 행한 행위에 관하여는, 기금이 면제를 포기하였을 때를 제외하고는, 법적 절차로부터 면제된다.

69) 1947. 11. 21. 체결, 1949. 7. 10. 발효, 대한민국은 1976. 12. 16. 국회동의, 1977. 5. 13. 발효(조약 제598호).

70) 전문기구의 특권과 면제에 관한 협약

제4절 전문기구 및 그 재산과 자산은 그 소재지와 보유자의 여하에 관계없이 특정의 사건에 있어서 명시적으로 면제를 포기한 경우를 제외하고는 여하한 형태의 법적 절차로부터의 면제를 향유한다.

71) 제19절 전문기구의 직원은 다음과 같이 취급된다.

(a) 공적 자격으로 그들이 행한 구두 또는 서면의 기술 및 모든 행위에 관하여 법적 절차로부터 면제된다.

을 가지므로 위헌법률심판의 대상이 된다고 보았다.⁷²⁾ 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정 위헌확인 사건에서는, 우리 헌법은 조약에 대한 헌법의 우위를 전제로 하고 있으므로 헌법과 동일한 효력을 가지는 이른바 헌법적 조약은 인정될 수 없고, 한미무역협정의 경우 국회의 동의를 필요로 하는 우호통상항해조약의 하나로서 법률적 효력을 가지므로 헌법 침해 가능성이 없다고 판시하였다.⁷³⁾ 헌법재판소는 의료법 제5조 등 위헌확인 사건에서 대한민국이 가입하고 있는 “아시아·태평양 지역에서의 고등교육의 수학, 졸업증서 및 학위인정에 관한 지역 협약”은 법적 지위가 헌법적인 것은 아니고 법률적 효력을 갖고 있다고 보았다.⁷⁴⁾

다수의 학자들의 견해도 조약이 국내적으로 직접 적용되는 경우 헌법이 조약보다 상위규범이므로 조약이 헌법보다 우월할 수 없다는데 대체로 일치한다.⁷⁵⁾ 다만 일부 학자들은 국제인권조약의 경우 헌법과 같은 효력을 가진다고 보거나,⁷⁶⁾ 사실상 헌법적 지위를 가질 수 있다고 보고 있다.

국제인권조약이 헌법적 지위를 가진다고 보는 입장은, 헌법과 같이 근본적인 자유와 권리를 개인에게 보장하고 있는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약이나 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약

72) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌바20 전원재판부 결정. 다만 재판부는, 개별 사안에서 해당 사안이 국내법상의 불법행위를 구성하는 것인지, 또 그것이 ‘공적 행위’로 인하여 야기된 것인지, 나아가 그 경우에도 재판권의 면제대상이 될 것인지에 관해서는 법원의 해석에 의하여 결정될 문제이고, 위헌법률심판의 구체적인 대상이 되기 곤란하다는 이유로 헌법소원을 각하하였다.

73) 헌법재판소 2013. 11. 29. 선고 2012헌바166 결정.

74) 헌법재판소 2003. 4. 24. 선고 2002헌마611 결정.

75) 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), op. cit., pp.117-120. ; 정인섭, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 관례와 학설의 검토”, op. cit., p.37. ; 이한기, op. cit., p.144. ; 김대순, op. cit., pp.354-355. ; 허영, op. cit., pp.184-187. ; 정종섭, op. cit., pp.262-263. ; 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰”, 법제 제550호(2003), p.7. ; 김민서, “조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분”, 국제법학회논총 제46권 제1호(2001), pp.41-42.

76) 김철수, op. cit., pp.291-292.

등은 헌법적 차원의 성질을 가진 법규범으로 보아야 한다고 주장한다.⁷⁷⁾ 다만 헌법은 국내법 중 최고법이고 조약이 헌법보다 우월할 수 있다는 헌법조항이 없으므로 실정 헌법에 위반될 수는 없고 헌법과 조화되는 범위 내에서 보완적 효력을 가진다고 보고 있다.⁷⁸⁾

또한 국제인권조약을 직접 재판규범으로 적용하여 국내 법률이 국제인권조약과 충돌할 경우 국제인권조약의 우위를 인정하고 우리 헌법상의 국제법 존중의 원칙을 위반하였다고 보아 위헌을 선언하거나,⁷⁹⁾ 간접적으로 국제법 합치 해석의 원칙에 따라 국제인권법을 헌법의 기본권 해석의 주요 잣대로 삼는 방법이 가능하다는 주장도 있다.⁸⁰⁾ 국제사회에서 일반적으로 승인된 인권에 관한 국제관습은 우리의 관습 헌법에 해당한다고 보기도 한다.⁸¹⁾ 국제인권조약이 형식상 헌법보다 하위에 있지만 법률보다 우위에 있으므로 국내법과 국제인권조약이 직접 충돌하는 경우 우리 헌법상의 국제법 존중의 원칙에 따라 국제인권조약의 우위를 인정하거나 국제법을 헌법의 해석기준으로 이용하자는 주장도 앞의 견해와 같은 취지로 보인다.⁸²⁾ 국제인권조약은 우리 헌법에 규정하고 있는 권리에 대부분 해당하는 것이므로 헌법규범성을 갖고 있고 따라서 일반 법률에 우선하여 직접 적용하여야 한다고 보는 견해도 같은 맥락이다.⁸³⁾

그러나 판례나 다수설이 인정하고 있다시피 현행법의 해석으로는 조

77) 이명웅, “국제인권법과 헌법재판”, 저스티스 통권 제83호(2005), p.183.

78) Ibid., pp.183-184.

79) 박찬운, “국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰”, 법조 56권 6호(법조협회, 2007), pp.170-173.

80) Ibid. ; 김태천, “재판규범으로서의 국제인권법의 지위 및 제고 방안”, 한·일 심포지엄 국제인권법의 국내이행 : 현황과 과제(국가인권위원회, 2006), pp.56-73.

81) 박찬운, op. cit., pp.173-174.

82) 박선욱, “국제인권조약의 국내적 적용 - 주요국의 적용사례에 관한 비교법적 고찰”, 법학연구 제49집(2013), pp.421-422.

83) 오승진, “국제인권조약의 국내 적용과 문제점”, 국제법학회논집 제56권 제2호(2011), pp.129-130.

약이 비록 기본적 인권의 보호나 관습국제법적 성격의 내용을 담도 있다고 하더라도 헌법보다 우월하다고 볼 수는 없다. 헌법이 국내법상 최고 법이라는데 있어서 다툼이 여지가 없다. 조약에 대해서 헌법과 같거나 헌법보다 우월한 효력을 인정할 경우 조약의 개폐에 따라 헌법 개정의 결과가 발생될 수 있는데 일부 외국과 같이 헌법에 명시적인 근거규정을 두고 있지 않은 우리의 입장에서 이를 받아들이기는 어렵다. 현행 헌법 부칙 제5조⁸⁴⁾의 내용도 헌법이 조약보다 상위의 효력을 갖는 근거가 되고 있다. 헌법규정의 해석을 통한 간접적 적용이 가능하다는 주장도 헌법 해석 시 국제조약을 중요한 참고문헌 내지 자료로 활용한다는 것과 큰 차이가 있다고 보기도 어렵다.⁸⁵⁾

공적지위 무관련성 원칙 조항인 로마규정 제27조는 로마규정의 핵심 원칙⁸⁶⁾으로서 관할권 면제와 밀접한 관련이 있다. 공적지위에 따른 일체의 면제를 배제하는 취지로서 그 규정의 내용상 후속의 국내 이행 법률이 없더라도 직접 적용이 가능할 정도의 구체성과 명확성도 갖고 있다. 앞의 헌법재판소 및 대법원의 판례에 비추어 볼 때 로마규정 제27조는 국내 재판규범으로 직접 적용이 가능하다고 볼 것이다.⁸⁷⁾

로마규정 제27조가 국내적으로 적용됨에 있어 그 효력 또한 앞의 학설이나 판례에 비추어 볼 때 원칙적으로 법률로서의 효력을 가진다고 본

84) 헌법 부칙 제5조 : 이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다.

85) 정인섭, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토”, *op. cit.*, p.54.

86) ICC 전심재판부는 수단 대통령인 알 바시르에 대한 사건에서 “공적지위의 무관련성 원칙”이 로마규정의 핵심원칙임을 강조하였다(ICJ, Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000(Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment of 14 Feb. 2002).

87) 참고로 집단살해협약 제4조에 대해서 스위스 연방이사회는 위 조항이 자기집행성을 갖고 있으므로 스위스 국내에 직접 적용될 수 있다고 보았다(Michael Cottier, “The Case of Switzerland”, in Claus Kreß and Flavia Lattanzi (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Vol. I: General Aspects and Constitutional Issues(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000), p.228).

다. 비록 국제형사법상 공적지위 무관련성 원칙이 국제인권법과 밀접한 관련 속에서 관습국제법으로 발전되어 왔다고 하더라도 일반적인 조약과 달리 헌법과 같거나 헌법보다 우월한 효력을 가진다고 볼 수는 없다. 더구나 관습국제법도 일반적으로 헌법 보다 하위의 효력을 가지고, 통상 국내법상의 법률과 같은 효력을 가지는 것으로 해석되고 있는 점에서 조약과 별다른 차이는 없다.⁸⁸⁾ 그러한 점에서 로마규정 제27조가 대한민국 국내에 적용됨에 있어서 국제법상의 법적성격이 관습국제법에 해당하느냐 하는 것도 크게 중요하다고 볼 수 없다.

이러한 입장 하에서 다음 장부터 국내법상 면책특권과 국제법상의 국가면제 등과 관련하여, 각각 세 가지 측면에서 로마규정 제27조의 구체적인 적용 관계를 검토하고자 한다. 첫째는 ICC 관할범죄에 대하여 국내 법원에서 처벌할 때 국내법상 면책특권 향유자나 국제법상 면제 향유자에 대하여도 공적지위 무관련성 원칙을 적용하여 처벌할 수 있는가 하는 문제이다. 둘째는 로마규정 제27조를 근거로 우리 사법당국이나 법원의 결정으로 국내법상의 면책특권 향유자나 국제법상의 면제 향유자를 ICC에게 인도할 수 있는가 하는 문제이다. 마지막으로 ICC와의 형사사법 공조에 있어서도 로마규정 제27조를 근거로 국내법상의 면책특권이나 국제법상의 면제를 배제할 수 있는가 하는 문제이다.

88) 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), op. cit., p.127. ; 김대순, op. cit., p.304. ; 이한기, op. cit., p.144.

제3장 국내법상의 면책특권의 배제

제1절 총 설

로마규정상의 보충성의 원칙에 따라, 로마규정 당사국들이 ICC 관할 범죄를 국내 형사법에 반영하는 것은 로마규정 이행상의 주요 쟁점 중 하나가 되었다.¹⁾ 우리도 로마규정 가입 이후에 ICC 관할범죄의 국내적 처벌을 위하여 이행법률을 제정하였고 이행법률 제8조 내지 제14조에서 로마규정의 내용과 유사하게 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 사람에 대한 전쟁범죄, 재산 및 권리에 대한 전쟁범죄, 인도적 활동이나 식별표장 등에 관한 전쟁범죄, 금지된 방법에 의한 전쟁범죄 등 처벌 대상 범죄들의 내용과 각 법정형을 규정하고 있다.

그러나 대한민국을 비롯한 많은 로마규정 당사국들은 헌법에서 대통령, 국회의원, 국왕 또는 고위관리 등에 대하여 형사책임을 면제하거나 재직 중 기소되지 않는 등의 특별규정을 두고 있다. 로마규정 당사국들이 ICC 관할범죄에 대하여 1차적인 관할권을 행사하여 형사절차를 진행할 경우, ICC가 직접 관할권을 행사하는 경우와 마찬가지로 국내 법원도 로마규정 제27조의 공적지위 무관련성 원칙에 근거하여 헌법상의 면책특권을 배제하고 자국의 국가원수, 국회의원 등을 처벌할 수 있는가?

만약 처벌할 수 있다고 하면 로마규정 제27조에 대해 자국의 헌법 규정보다 우월한 효력을 부여하는 결과가 된다. 반대로 로마규정 당사국들이 국내적으로 로마규정 제27조를 적용하지 않을 경우 자국의 헌법이

1) Roy S. Lee, "States' Responses : Issues and Solutions", in Roy S. Lee, States' Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law(Transnational Publishers Inc., 2005), p.1.

우월한 결과가 되며 해당 국가의 국내에서는 면책특권 향유자들은 처벌 받지 않은 상태로 남게 된다. 후자의 경우 ICC가 보충 관할권을 행사할 수 있게 된다. 로마규정상 각국 국내에서 진정으로 관할권을 행사할 의사 또는 능력이 없다고 판단되면 보충성의 원칙에 의해 ICC가 개입할 수 있게 되는데 로마규정보다 지나치게 관대하게 처벌을 면제받도록 규정을 두는 경우 그렇게 볼 수 있기 때문이다.²⁾

다음으로 우리 정부나 국내 법원이 국내법상의 면책특권 향유자를 ICC로 인도하는 것은 가능한가? 만약 헌법상의 면책특권 규정에도 불구하고 로마규정 제27조를 근거로 대통령이나 국회의원 등 면책특권 향유자를 ICC로 인도하는 것이 가능하다고 보면 결과적으로 로마규정 제27조가 헌법상의 면책특권 규정보다 우월한 효력을 가지게 된다. 반대로 로마규정이 헌법보다 우월할 수는 없으므로 헌법상의 면책특권 향유자를 ICC로 인도하는 것이 불가능하다고 보면 결국 범죄자는 국내 법원 또는 ICC 어디에서도 처벌을 받지 않게 된다. 이는 ICC의 설립목적과 로마규정의 취지를 무의미하게 만드는 결과가 된다. 국내 법원에서 직접 ICC 관할범죄에 대해 처벌하는 경우뿐만 아니라 ICC에로의 인도에 있어서도 여전히 국내법상 면책특권 조항과 로마규정 제27조의 충돌여부가 문제되는 것이다.

이와 더불어 대통령이나 국회의원 등 면책특권 향유자를 상대로 ICC가 형사사범공조를 요청한 경우 우리 정부나 국내 법원이 공조에 협력할 수 있을지도 문제된다. 왜냐하면 압수·수색이나 관련 수사는 기소를 전제로 하는 것이고 대통령의 불소추특권에는 압수·수색 등도 금지된다고 보고 있기 때문이다.³⁾ 로마규정 제27조를 근거로 대통령이나 국

2) Paola Gaeta, "Official capacity and Immunities", op. cit., pp.997-998.

3) 김철수, op. cit., p.1478. 각주2). ; 권영성, 헌법학원론(개정판)(법문사, 2010), p.972. 각주2). ; 신동운, "국회의원의 면책특권과 그 형사법적 효과", 법학 제34권 제2호(서울대

회의원에 대한 형사사법공조도 가능하다고 보면 역시 헌법규정보다 로마 규정 제27조가 우월하다고 볼 여지가 있고, 반대로 헌법상의 면책특권 규정을 근거로 형사사법공조 요청을 거부한다면 로마규정 당사국으로서 ICC에게 최대한 협력을 할 의무를 규정한 로마규정 제86조를 위반하는 결과가 될 수 있다.

이러한 점들에서 로마규정 제27조는, 당사국들이 국내적으로 ICC 관할범죄를 처벌하거나 범죄인을 ICC에 인도하는 것을 가능하도록 헌법을 포함한 국내법상의 면책특권 규정을 개정하도록 하는 데 있어 상당히 중요한 영향을 미친다.⁴⁾ 실제로 일부 국가들은 공적지위 무관련성 원칙과의 불합치를 우려하여 헌법 개정이나 이에 준하는 조치를 취하였다. 그러나 상당수 국가들은 그러한 조치를 하지 않았다. 우리도 헌법 개정을 하지 않았고 이행법률에도 로마규정 제27조와 관련된 규정을 두지 않았다.

현재까지 이와 관련된 국내외 판례는 없다. 로마규정 당사국들의 입법례를 중심으로 논의 내용들을 비교법적으로 검토할 필요가 있다.

제2절 국가원수 등의 국내적 처벌

1. 대한민국의 경우

가. 대통령과 국회의원의 면책특권 규정

대한민국 헌법 제84조는 “대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경

학교, 1993), p.207.

4) Paola Gaeta, “Official capacity and Immunities”, op. cit., pp.997-998.

우를 제외하고는 재직 중 형사상의 소추를 받지 아니한다”라고 대통령의 불소추특권을 규정하고 있다. 헌법 제44조는 “①국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 회기 중 국회의 동의 없이 체포 또는 구금되지 아니한다. ②국회의원이 회기 전에 체포 또는 구금된 때에는 현행범인이 아닌 한 국회의 요구가 있으면 회기 중 석방된다”라고 국회의원의 불체포특권을 규정하고 있다. 헌법 제45조에서는 “국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다”라고 국회의원의 면책특권을 규정하고 있다.

대통령의 불소추특권에 관한 헌법 제84조는 대통령이라는 특수한 신분에서 따라 일반국민과 달리 대통령 개인에게 특권을 부여한 것이 아니라, 국가원수로서 외국에 대하여 국가를 대표하는 지위에 있는 대통령의 직무 수행을 보장하고 그 권위를 확보하여 국가의 체면과 권위를 유지하여야 할 실제상의 필요 때문에 재직 중 특권을 부여한 것이다.⁵⁾ 대통령을 형사소추 할 수 없다고 하는 것은 수사 및 재판 전 과정의 금지를 의미하는 것으로서 대통령에 대한 공소제기는 물론 체포, 구속, 압수, 수색 등 일련의 소추 활동이 허용되지 않는다는 것을 의미한다.⁶⁾

대통령을 상대로 내란 또는 외환의 죄 이외의 범죄사실로 수사기관에 고소가 이루어진 경우 검사는 ‘공소권없음’ 처분을 함이 상당하고⁷⁾ 설사 기소가 되더라도 형사소송법 제327조 제1호의 피고인에 대하여 관할권이 없는 때에 해당하여 법원에서 공소기각의 판결을 하게 될 것이

5) 신동운, 신형사소송법(제5판)(법문사, 2014), p.562. ; 헌재 1995. 1. 20. 94헌마246 결정.

6) 김철수, *op. cit.*, p.1478. 각주2). ; 권영성, *op. cit.*, p.972. 각주2). ; 신동운, “국회의원의 면책특권과 그 형사법적 효과”, *op. cit.*, p.207. ; 다만 정중섭 교수는 대통령의 불소추특권에 의해 금지되는 것은 법원의 재판을 전제로 하는 공소의 제기와 이와 연관된 체포·구속이므로, 내란 또는 외환의 죄에 해당하지 아니하는 죄를 범한 경우에도 수사기관이 수사는 할 수 있고 수사의 방법으로 압수·수색도 가능한 것으로 보고 있다 (정중섭, *op. cit.*, p.1227).

7) 검찰사건사무규칙(2014. 8. 7. 법무부령 제823호) 제69조(불기소처분) 제3항 제4호 “공소권없음” 중 “피의자에 관하여 관할권이 없는 경우”에 해당한다.

다. 다만 대통령이라고 하더라도 재직 중인 경우에 한하므로 재직 후에는 형사책임을 물을 수 있고, 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우에는 재직 중에도 기소가 가능하다.⁸⁾ 내란 또는 외환의 죄를 재직 중에 범한 경우뿐만 아니라 취임 이전에 범한 경우도 포함한다.⁹⁾

대법원은 국가원수였던 전직 대통령이라도 군사반란과 내란을 통하여 정권을 장악한 경우 비록 국민투표를 통한 헌법 개정을 통하여 통치를 하였다고 하더라도 군사반란과 내란행위는 헌정질서 파괴범죄로서 처벌 대상이 되고, 헌정질서를 수호하기 위한 시민들의 정당한 시위행위를 난폭하게 진압함으로써 시민들을 외포하게 한 것은 내란죄의 국헌문란에 해당한다고 보았다(다수 의견).¹⁰⁾ 또한 대한민국의 헌법질서는 국민주권의, 자유민주주의, 국민의 기본권보장, 법치주의 등을 국가의 근본이념 및 기본원리로 하고 있고, 군사반란 및 내란행위를 통하여 이를 침해하는 행위는 통치행위가 아니라 사법심사의 대상이 되는 행위로 보았다.¹¹⁾

헌법 제44조의 국회의원의 불체포특권은 국회의원의 신체의 자유를 최대한 보장함으로써 국회의원이 직무수행을 충실히 수행할 수 있도록 보장하는 제도이다. 연혁적으로 국가권력의 편파적인 형사소추로 인한 의회 의원의 신체구속 방지를 위해 마련된 제도이다. 독일의 경우 단순히 불체포특권에 그치지 아니하고 불소추특권까지 보장하고 있으나 우리

8) 김철수, *op. cit.*, pp.1478-1479.; 권영성, *op. cit.*, p.972.

9) 정중섭, *op. cit.*, p.1225.

10) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결 [반란수괴·반란모의참여·반란 중요임무종사·불법진퇴·지휘관계업무지역수소이탈·상관살해·상관살해미수·초병살해·내란수괴·내란모의참여·내란중요임무종사·내란목적살인·특정범죄가중처벌등에 관한법률위반(뇌물)].

11) *Ibid.* 다만 반대의견은 군사반란 및 내란행위는 국가의 헌정질서의 변혁을 가져온 고도의 정치적 행위이므로, 이에 대해 법적 책임을 물을 수 있을지와 그 행위가 사후에 정당화되었는지 여부는 정치적, 도덕적 문제로서 그 성격상 정치적 책임을 지지 않는 법원이 사법적으로 심사하기에는 부적합하므로 법원이 재판권을 행사할 수 없다고 보았다.

헌법은 회기 중 체포 또는 구속만 금지하고 있어 기소자체는 막을 수 없다.¹²⁾ 형사절차상 일시적으로 신체불가침의 특권일 뿐이지 형사책임 자체가 면제되는 것은 아닌 점에서 국회 내에서의 발언 및 표결에 대한 면책특권과는 성질이 다르다.¹³⁾

헌법 제45조가 보장하는 국회의원의 면책특권은 국회의원의 활동의 자유를 최대한 보장하기 위하여 국회 내에서의 직무상 표결 및 발언과 관련하여서 국회 외에서 형사처벌을 포함한 일체의 책임을 지지 않도록 한 것이다. 국회의원의 면책특권의 법적 성격에 대해서는 의원의 원내에서의 발언과 표결이 형사상 범죄에 해당하는 경우라도 국회의원의 신분을 고려하여 형사상처벌을 면제하는 인적 처벌 조각사유라고 보는 것이 다수의 견해이다.¹⁴⁾ 면책대상이 되는 행위는 직무상의 행위에 한하고 폭력행위, 공무집행방해, 명예훼손적 발언은 이에 해당하지 않는다. 그러한 경우 사법심사의 대상이 된다.¹⁵⁾ 국회법 제146조에서도 국회의원은 본회의 또는 위원회에서 다른 사람을 모욕하거나 다른 사람의 사생활에 대한 발언을 할 수 없도록 규정하고 있다.

국회 내 직무상 표결 및 발언에 대하여 고소가 이루어진다면 대통령의 경우와 마찬가지로 검찰사건사무규칙 제69조 제3항 제4호에 따른 ‘공소권없음’ 처분 또는 형사소송법 제327조 제1호의 공소기각의 판결의 대상이 된다.¹⁶⁾

12) 신동운, “국회의원의 면책특권과 그 형사법적 효과”, *op. cit.*, pp.205-206.

13) 김철수, *op. cit.*, p.1351. ; 권영성, *op. cit.*, p.948.

14) 권형준, “국회의원(國會議員)의 면책특권(免責特權)에 관한 고찰(考察)”, 법학논총, 제 24권 제4호(2007), pp17-18. ; 권영성, *op. cit.*, p.948.

15) 김철수, *op. cit.*, pp.1355-1357. ; 권영성, *op. cit.*, p.949. 다만 권영성 교수는 그러한 경우에도 국회의 권위를 존중하기 위하여 국회의 고발이 있어야 한다고 보았다(*Ibid.*, p.941).

16) 다만 견해가 통일된 것은 아니고, 형사소송법 제328조 제1항 제4호의 “공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니한 때”로 보아 공소기각 결정을 해야 한다는 견해, 형사소송법 제327조 제1호의 “피고인에 대하여

나. 로마규정 비준 당시의 논의 내용

로마규정 비준 당시 우리 정부의 입장은 로마규정 제27조와 우리 헌법이 상충되지 아니한다는 것이었다.¹⁷⁾ 헌법상의 면책특권 규정에도 불구하고 국내적으로 ICC 관할범죄에 대하여 대통령이나 국회의원을 처벌하는데 별다른 문제가 없는 것으로 해석하였다.

국회의원들은 외교통상부 장관에게 로마규정 제27조와 국내법상의 대통령 불소추특권 및 국회의원의 면책특권 간의 충돌여부와 관련하여 질의를 하였고 충돌 시 해결방안, 외국의 개헌 사례 및 한미행정협정(SOFA)와의 관련성에 대한 질문도 있었다. 국회의원들은 논의 과정에서 양자의 충돌문제를 이유로 비준을 반대하는 견해와 정부의 입장을 지지하며 비준을 찬성하는 견해로 나뉘었으나 결국은 정부의 의견을 받아들여 비준 동의안에 대해 전원 찬성 의결하였다. 찬성 의견 중에는 정치적 목적으로 집단살해죄, 인도에 반한 죄를 저지른 경우 내란·외환의 죄와 같이 헌법 제84조의 예외사유에 해당한다는 주장도 있었다.¹⁸⁾

당시 국내 일부 국제법 학자들의 견해도 대체로 대한민국 정부와 같은 입장이었다. 우선 헌법상의 면책은 그 목적에 의해 제한되므로 명시적 또는 묵시적으로 공직과 관련된 임무를 수행하는 데에만 한정된다고 해석하는 것이 타당하고 잔혹한 국제범죄는 이러한 면책부여의 목적과 범위를 벗어나는 것이므로 면책대상에 포함될 수 없다는 것이다.¹⁹⁾ 다만

관할권이 없는 때”로 보아 공소기각 판결을 해야 한다는 견해, 형사소송법 제327조 제2호의 “공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때”에 해당한다고 보아 공소기각 판결을 해야 한다는 견해, 소위 인적 처벌조각사유인 실체법에 속하는 사유이므로 실체판단인 무죄판결을 해야 한다는 견해로 나뉜다(신동운, “국회의원의 면책특권과 그 형사법적 효과”, op. cit., pp.212-213.)

17) 2002. 11. 5. 제234회 국회 제8차 통일외교통상위원회회의록, pp.10-11.

18) Ibid., p.10.

이 견해는 국내 형사절차에서도 ICC 관할범죄에 대하여 대통령의 면책 특권 등이 배제된다는 것인지 아니면 단지 ICC와의 협력관계(주로 체포 및 인도)에서 헌법상 면책 규정이 로마규정 제27조와 상충되지 않는다는 것인지는 분명하지 않다. 헌법 제84조의 “재직 중”의 표현은 대통령의 공적 행위를 의미하고 집단살해죄 등은 이에 해당하지 않으므로 형사상 면책특권을 향유할 수 없다는 견해도²⁰⁾ 비슷한 취지로 판단된다.

다음으로 로마규정 제27조는 관습국제법으로서 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법과 같은 효력을 가지고, 헌법을 포함하여 우리 국내법을 해석할 때는 국내법에 편입된 관습국제법을 비롯한 국제법에 합치하도록 해석해야 하는 의무가 있으므로 헌법 제84조를 해석할 때 로마규정 제27조의 내용에 합치하도록 해석하여야 한다는 견해가 있다.²¹⁾ 이 견해는 ICC가 관할대상 범죄로 하고 있는 집단살해 등의 금지는 국제법상 강행법규로 볼 수 있고, 헌법 제84조를 근거로 대통령이 그러한 죄를 범하였음에도 재직 중 형사소추를 받지 않는다고 해석하면 국제법상 강행법규를 위반하는 결과가 될 수 있으므로, 이를 피하기 위해서 재직 중의 대통령이라도 불소추특권을 배제하는 것이 타당하다고 보고 있다.²²⁾

헌법상의 다른 원칙과의 전체적인 해석을 통하여 양자가 상충되지 않는다고 보기도 한다. 대통령은 헌법 준수 의무가 있고, 헌법에는 여러 기본권 조항들과 국제평화주의의 기본이념, 침략전쟁 부인, 국제법질서 존중, 기본적 인권보장 등을 규정하고 있으므로 이를 통일적으로 해석하

19) 최태현, “ICC규정 제27조와 우리 헌법의 관련조항간의 조화문제에 관한 검토”, pp.1-2.

20) 김영석, 국제형사재판소법강의(개정판), op. cit., p137.

21) Ibid., p.136. ; 김영석, “대한민국 헌법과 국제형사재판소 규정 제27조와의 부합가능성 검토”, p.2.

22) 김영석, 국제형사재판소법강의(개정판), op. cit., p137. ; 김영석, “대한민국 헌법과 국제형사재판소 규정 제27조와의 부합가능성 검토”, p.3.

면 헌법조항들이 대통령에게 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 침략범죄 등을 범하였음에도 형사상 특권을 부여한 것은 아니라는 것이다.²³⁾ 다만 이 경우에도 ICC 관할범죄를 소추, 처벌하는 ICC절차와 관련하여서까지 특권을 부여한 것은 아니라고 하고 있는 점에서²⁴⁾ ICC에로의 인도에 한한 것인지 아니면 국내 형사절차에서의 처벌까지 가능하다는 것인지는 분명하지 않다.

대한민국은 1950년 10월 집단살해방지협약에 가입하였고 위 협약에서는 로마규정 제27조와 유사하게 공적지위와 관계없이 통치자까지 처벌하는 공적지위 무관련성 원칙 규정을 두고 있으므로, 국내적으로 이미 오래전부터 공적지위 무관련성 원칙과 면책특권과의 관계를 해석으로 해결해 왔다고 보기도 한다.²⁵⁾ 마지막으로 ICC 관할범죄인 집단살해죄 등은 내란과 외환의 상황에서 지휘책임과 관련하여 발생할 수 있으므로 헌법 제84조에서 규정하고 있는 면책특권의 예외에 해당한다고 보기도 한다.²⁶⁾

2. 각국의 입법례

가. 입법 유형

로마규정 제27조와 국내법상의 면책특권과의 관계에 대한 로마규정

23) 최태현, “ICC규정 제27조와 우리 헌법의 관련조항간의 조화문제에 관한 검토”, p.2. ; 김영석, 국제형사재판소법강의(개정판), op. cit., p137. ; 김영석, “대한민국 헌법과 국제형사재판소 규정 제27조와의 부합가능성 검토”, p.2.

24) 최태현, “ICC규정 제27조와 우리 헌법의 관련조항간의 조화문제에 관한 검토”, p.2.

25) 최태현, “ICC규정 제27조와 우리 헌법의 관련조항간의 조화문제에 관한 검토”, p.2. ; 김영석, “대한민국 헌법과 국제형사재판소 규정 제27조와의 부합가능성 검토”, pp.3-4. ; 김영석, 국제형사재판소법(개정판), op. cit., pp.137-138.

26) 김영석, “대한민국 헌법과 국제형사재판소 규정 제27조와의 부합가능성 검토”, p1.

당사국들의 입장은 크게 두 가지로 나뉜다. 양자의 충돌관계를 인정하고 로마규정 비준 과정에서 헌법 개정을 하거나 헌법 개정 에 준하는 절차를 취한 국가들과, 양자가 충돌하지 않는다고 보거나 충돌되더라도 해석으로써 해결가능 하므로 헌법 개정이나 이에 준하는 조치가 필요 없다고 본 국가들이다. 전체적으로 볼 때 전자 보다는 후자의 국가들이 다수이다.²⁷⁾

충돌된다는 입장에서 헌법 개정 등의 방법을 택한 프랑스, 케냐, 브라질 등도 각 개정 방식은 법적, 정치적 고려와 그 국가의 환경 또는 헌법적 전통 등 여러 요인에 따라 다르다.²⁸⁾ 헌법 개정이나 헌법 개정 에 준하는 비준절차를 통하여 로마규정 제27조에 의해 헌법상의 면책특권을 배제할 수 있도록 한 국가들이 있다(케냐, 브라질, 네덜란드²⁹⁾). 이와 달리 로마규정 제27조를 직접 헌법에 반영하지는 않았지만 ICC와의 관계에서 로마규정 제27조와 충돌되는 헌법 규정을 개정하여 로마규정과 조화를 도모한 경우도 있다. 헌법과 국제법의 효력 관계상 국내 법원에서는 로마규정 제27조가 헌법보다 우월할 수 없다고 보고 대신 국내법상 면책특권 향유자를 ICC에게 인도하는 방법을 강구하였다. 프랑스와 독일³⁰⁾이 이러한 경우에 해당한다고 볼 수 있다.

로마규정 제27조와 헌법상의 면책특권 간에 충돌되지 않는다고 보고 헌법 개정 등 입법조치를 하지 않는 국가들도 그 이유와 배경에는 여러 가지가 있다. 우선 국왕이 실질적인 권한을 행사하지 않는 경우 등과 같

27) Helen Duffy, "National Constitutional Compatibility and the International Criminal Court", *Duke J. Comp. & Int'l L.*, Vol. 11(2001), p.8.

28) *Ibid.*, pp.9-12.

29) 다만 네덜란드는 국왕에 대해서는 실제 발생가능성이 희박함을 고려하여 별다른 문제가 없는 것으로 보았다.

30) 독일도 헌법을 개정하였으나 자국민의 인도를 금지한 헌법규정의 개정인 점에서 엄밀하게 면책특권과 관련하여 개정한 것이라고 볼 수는 없다.

이 의견상 로마규정 제27조와 헌법상의 면책특권 간에 충돌이 있는 것으로 보이지만 실제로 그러한 충돌이 발생할 가능성이 거의 희박하므로 로마규정 제27조와의 충돌 가능성이 있다고 보기 어렵다는 입장이다. 노르웨이, 일본과 같은 경우이다. 다음으로 국내법상으로 면책특권 대상자에 대한 기소가 가능하거나 로마규정 제27조가 국내법보다 우선 적용될 수 있으므로 헌법 개정 없이 국내적으로도 면책특권 향유자를 처벌할 수 있고 ICC에 인도할 수도 있으므로 충돌되지 않는다고 보는 국가들이다. 영국³¹⁾, 오스트리아, 이탈리아 등이 이에 해당한다. 마지막으로 헌법 규정의 해석상 조약이나 관습국제법이 헌법보다 우월할 수 없어 국내적으로 처벌할 수 없으나 ICC에로의 인도가 해석상 가능하므로 충돌되지 않는다고 보는 국가이다. 스페인³²⁾ 등이 이에 해당한다.

나. 헌법 개정 또는 이에 준하는 국가들

(1) 케냐

케냐는 1999년 8월 로마규정에 서명을 하고 2005년 3월 로마규정을 비준하여 98번째 로마규정 당사국이 되었다. 로마규정 비준 이전에는 케냐의 국내 법원에서 집단살해죄 등 국제법상의 범죄에 대해 다루어진 적이 없었으므로 국제범죄에 대한 인식이 없었다.³³⁾ 또한 2010년 헌법 개정 이전에는 국제법에 대하여 이원론의 입장에 서 있었으므로 의회에서 이행법률을 제정하지 않으면 조약이 직접 국내적으로 효력을 가질 수 없

31) 영국은 불문법 국가이므로 헌법 개정 자체가 문제되지는 않았다. 또한 여왕에 대해서는 실제 ICC 관할범죄를 범할 발생가능성이 매우 희박함을 고려하여 별다른 문제가 없는 것으로 보았다.

32) 다만 국왕에 대해서는 헌법 규정과의 충돌 가능성이 있으나 실제 발생가능성이 희박함을 고려하여 별다른 문제가 없는 것으로 보았다.

33) Antonina Okuta, "National Legislation for Prosecution of International Crimes in Kenya", J. Int'l Crim. Just., 7(2009), p.1063.

었다.³⁴⁾ 케냐는 로마규정 이행을 위하여 2008년 국제형사법(The International Crimes Act 2008)을 제정하였고 동법은 2009년 5월 시행되었다.

2008년 국제형사법은 케냐로 하여금 집단살해죄 등 ICC 관할범죄를 국내적으로 처벌하는 한편 로마규정상 의무인 ICC와의 협력이 가능하도록 하고 있다.³⁵⁾ 동법 제6조에서는 집단살해죄, 인도에 반한 죄 등을 처벌 대상 범죄로 규정하고 있고, 제7조에서는 로마규정 제20조 내지 제33조의 일반원칙이 케냐 국내에 적용된다고 규정하고 있으며, 제8조에서는 케냐 법원의 관할권 행사 요건에 대하여 규정하고 있다. 제3부 이하에서는 체포·인도, 수사공조 등 ICC와의 협력에 대하여 규정하고 있다.

케냐에서는 로마규정 비준 이후인 2007년 12월 대통령선거 과정에서의 부정선거 의혹과 관련하여 대규모 폭력 소요사태가 발생하였다. 그 과정에서 종족갈등이 불거지면서 1,100여명이 사망하고 성폭력 범죄 등 인권에 반하는 심각한 범죄행위가 자행되었음에도 케냐 국내에서 처벌이 제대로 이루어지지 못하였다.³⁶⁾ 또한 2008년 국제형사법 제7조에서는 로마규정 제20조 내지 제33조의 대부분을 열거하면서도 로마규정 제27조를 명시하지 않았다. 이는 로마규정 제27조의 국내적 적용을 배제한 것이다.³⁷⁾ 이원론의 입장에서 서 있으면서 국제형사법에 로마규정 제27조를 규정하지 않음으로써 케냐 헌법 제14조 제1항³⁸⁾의 대통령의 면책특권 규

34) Benson Kinyua Ngure, "The Rome Statute : Its Implementation in Kenya", <http://ssrn.com/abstract=2353383>, 29 June 2011, pp.6-7.

35) *Ibid.*, p.7.

36) 이에 따라 ICC가 직접 관할권을 행사하여 현재의 케냐 대통령인 우후루 케냐타(Uhuru Muigai Kenyatta)와 부통령 윌리엄 루토(William Samoei Ruto) 등을 기소하였다. 그러나 우후루 케냐타에 대해서는 2015년 3월 증거부족으로 기소가 취소되었다.

37) Anna Triponel and Stephen Pearson, *op. cit.*, p.91.

38) 케냐의 2010년 개정 전 헌법(2001년 헌법) 제14조 제1항의 영문은 다음과 같다 :

14. (1) No criminal proceedings whatsoever shall be instituted or continued against the President while he holds office, or against any person while he is exercising the functions of the office of President.

정이 우선 적용되는 것으로 해석되었다.³⁹⁾ 따라서 케냐 대통령이 ICC 관할범죄를 범한 경우에도 케냐 국내에서는 처벌되지 못하는 결과가 되었다.

2010년에 케냐 정부는 헌법을 개정하여 케냐 정부가 비준한 조약이나 협약은 케냐 국내법으로서의 효력을 가진다고 규정함으로써(제2조 제6항)⁴⁰⁾ 일원론의 입장으로 변경하였다.⁴¹⁾ 이에 따라 국제법은 곧바로 케냐 국내법으로 적용되며 로마규정도 별도의 의회 입법 없이 곧바로 케냐의 국내법으로 적용 가능한 것으로 해석되었다.⁴²⁾

2010년 개정 헌법 제143조에서도 대통령에 대하여는 재임기간 중 형사상 소추를 하지 못하도록 대통령의 형사상 면책특권을 규정하고 있다(제1항)⁴³⁾. 그러나 같은 조항에서 케냐가 당사국인 조약에서 대통령의 형사상 면책특권을 면제를 금지하는 경우에는 그러한 범죄에 대해서는 대통령의 면제가 인정될 수 없다고 명시적으로 규정하였다(제4항)⁴⁴⁾. 이는 헌법과 국제법 간의 충돌과 관련하여, 헌법에서 명시적으로 로마규정 제27조에 부합하도록 공적지위에 따른 일체의 면제를 배제한 것이다.⁴⁵⁾

39) Antonina Okuta, *op. cit.*, p.1073.

40) 영문은 “2. (6) Any treaty or convention ratified by Kenya shall form part of the law of Kenya under this Constitution”이다.

41) Benson Kinyua Ngure, *op. cit.*, p.7. ; Tom Kabau and Chege Njoroge, “The application of international law in Kenya under the 2010 Constitution : critical issues in the harmonisation of the legal system”, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 44(2011), p.295.

42) Benson Kinyua Ngure, *op. cit.*, p.7.

43) 영문은 다음과 같다.

143. (1) Criminal proceedings shall not be instituted or continued in any court against the President or a person performing the functions of that office, during their tenure of office.

44) 영문은 다음과 같다.

143. (4) The immunity of the President under this Article shall not extend to a crime for which the President may be prosecuted under any treaty to which Kenya is party and which prohibits such immunity.

45) Tom Kabau and Chege Njoroge, *op. cit.*, p.302.

따라서 로마규정 제27조가 적용되는 범위 내에서 대통령은 헌법상의 면책특권을 향유하지 못하게 되었다.⁴⁶⁾ 헌법 개정 등을 통하여 국내적으로 ICC 관할범죄에 대하여 헌법상의 면책특권의 예외를 인정한 것이다. 그러나 의회 의원들의 특권과 면제(2010년 헌법 제117조에서 규정)의 배제에 대해서는 헌법에서 별다른 규정을 두고 있지 않다.

(2) 브라질

브라질은 2002년 6월 로마규정을 비준하여 69번째로 로마규정 당사국이 되었다. 당초 로마규정 비준과 관련된 외무장관의 보고서에서는 로마규정과 브라질 헌법 간의 충돌문제는 없다고 보았으나, 점차 자국민 인도나 면제 등과 관련하여 헌법과의 충돌여부에 대한 의문이 제기되었고, 프랑스의 경우와 같이 이행법률 제정 과정에서 헌법 개정이 필요할 수 있다고 보았다.⁴⁷⁾

브라질은 로마규정의 충실한 이행을 위하여, 로마규정 비준 전에 공부 고위관료와 저명한 시민단체 회원들이 함께 실무위원회(Working Committee)를 구성하여 이행법률 초안(the Draft Law of Brazil for the Implementation of the Rome Statute)을 마련하였다.⁴⁸⁾ 실무위원회는 브라질이 국제법과 국내법의 관계에 대해서 일원론적 입장에 있는 것을 고려하여 이행법률 초안을 새로운 단일 법률로 제정하는 한편 관련 국내법을 개정하기로 결정하였다.⁴⁹⁾

46) Ibid.

47) Christoph Grammer, "The Rome Statute as a Mainspring of International Criminal Law : The Success of the Rome Statute in Latin America and the Opposition of the USA", Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht(2004), pp.1068-1069.

48) Sylvia Helena Steiner and Tarciso Dal Majo Jardim, "Implementation of the Rome Statute in Brazil", in Roy S. Lee(eds.), States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (Transnational Publishers Inc., 2005), p.181.

브라질에서는 대통령이나 의회 의원들의 면제를 물적(material) 또는 실체법적(substantive) 면제와 형식적(formal) 면제의 두 가지로 나누어 접근하였다.⁵⁰⁾ 물적 면제는 불가침성(inviolability)으로도 불리며 의회 의원들의 발언 및 표결과 관련된 국내법상의 특권이 이에 해당한다.⁵¹⁾ 형식적 면제는 특정 절차에 의하여 피고인이 범죄행위에 대한 기소와 재판으로부터 막는 것으로서, 대통령이 재직 중에는 형사상 기소되지 않으며 형사절차의 개시를 위해서는 각 의회로부터 사전에 허가가 있어야 한다고 규정하고 있는 연방헌법 제86조 제4항⁵²⁾이 이에 해당하는 것으로 보고 있다.⁵³⁾

실무위원회의 이행법률 초안 제9조⁵⁴⁾에서는 로마규정에 따라 공직지위나 자격이 어떠한 경우에도 형사책임의 면제나 감경의 근거가 될 수 없다고 규정하였다. 대통령이라도 인도에 반한 죄와 기타 국제공동체의 가치에 저촉되는 범죄를 범한 경우 그 권한의 악용으로서 면제될 수 없다고 보았다.⁵⁵⁾ 이 초안은 정부로 송부되었으나 약 6년이 지나도록 보류

49) Ibid.

50) Ibid., p.188.

51) Ibid.

52) 영문은 다음과 같다.

Article 86. If charges against the President of the Republic are accepted by two-thirds of the Chamber of Deputies, he shall be submitted to trial before the Supreme Federal Court for common criminal offenses or before the Federal Senate for crimes of malversation.

Paragraph 4. During his term of office, the President of the Republic may not be held liable to acts outside the performance of his functions.

53) Sylvia Helena Steiner and Tarciso Dal Majo Jardim, *op. cit.*, p.189.

54) 원문은 “O exercício de cargo ou função oficial, civil ou militar, não eximirá o agente da responsabilidade penal, nem poderá, per se, constituir motivo para redução da pena(참고로 영문은 The exercise of an official function, civil or military, will not exempt the agent from criminal liability neither be a motive for reduction of punishment).”(Alberto L. Zuppi, “Swinging back and forth between Impunity and Impeachment : The struggle for Justice in Latin America and The International Criminal Court”, *Pace International Law Review*, Fall(2007), p.207. 각주(62)에서 인용).

되어 있다가 2008년 9월 수정된 초안(Draft Bill PL-4038/2008)이 룰라 대통령에 의해 하원에 제출되었으며 수정초안 제6조⁵⁶⁾에서도 이행법률 초안 제9조와 유사한 내용을 담고 있다.⁵⁷⁾

또한 2001년 수정헌법 제35호(Constitutional Amendment No. 35, 2001)을 통하여 상원 및 하원 의원들이 발언 및 표결에 대하여 민, 형사상 소송으로부터 면제되도록 규정한 연방헌법 제53조를 수정하였다. 수정 전의 연방헌법(1996년) 제53조에서는 의회 의원들을 기소하기 위해서는 사전에 의회의 승인이 있어야 하였으나⁵⁸⁾, 헌법수정 후에는 기소 이후 연방대법원이 의회에 그 사실을 통지하는 것으로 변경됨으로써 의원들의 면제와 불가침성이 보다 제한되었다.⁵⁹⁾ 헌법 제53조 제2항에서 비

55) Sylvia Helena Steiner and Tarciso Dal Majo Jardim, op. cit., pp.188-190.

56) 원문은 “Art. 6º O exercício de função política, bem como de cargo ou função pública, civil ou militar, não exclui o crime, não isenta o agente de pena, nem constitui, por si só, motivo para sua redução”이다.

57) 그러나 수정 초안은 의회에서 통과되지 못하고 현재 하원에 계류 중에 있다 {<http://www.pgaction.org/campaigns/icc/americas/brazil.htm> ; The International Criminal Court Monitor, 30 August 2005, p.6 ; Amnesty International, Brazil : Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court in National Legislation(Amnesty International Publications, United Kingdom, 2009), p.6}.

58) 관련 부분의 영문은 다음과 같다.

Article 53. The Deputies and Senators enjoy inviolability on account of their opinions, words and votes.

Paragraph 1 - From the date of the issuance of the certificate of electoral victory, the members of the National Congress may not be arrested, except in flagrante delicto of an umbailable crime, nor may they be criminally prosecuted, without prior authorization by the respective House.

59) 수정된 헌법 제53조 중 관련 부분의 영문은 다음과 같다.

Article 53. Deputies and Senators enjoy civil and criminal inviolability on account of any of their opinions, words and votes.

Paragraph 1. Deputies and Senators, from the date of issuance of the certificate of election victory, shall be tried by the Supreme Federal Court.

Paragraph 2. From the date of issuance of the certificate of election victory, the members of the National Congress may not be arrested, except in flagrante delicto of a non-bailable offense. In such case, the case records shall be sent within twenty-four hours to the respective House, which, by the vote of the majority of its members, shall decide on the arrest.

Paragraph 3. Upon receiving an accusation against a Senator or Deputy, for an

보석(非 保釋) 범죄에 대해서는 의회 의원들이라도 현행범으로 체포될 수 있고 그러한 비 보석 범죄에 집단살해죄나 인도에 반한 죄 등이 해당 된다는데 대해 실무위원회의 견해가 일치되었다.⁶⁰⁾ 다만 이러한 기소나 체포는 의원들의 재임기간 동안, 기소를 유예할 권한을 가진 소속 상원 또는 하원의 다수결로 승인, 취소 또는 연기될 수 있도록 하고 있다.⁶¹⁾ 그러나 로마규정의 관점에서 보면 의원들에 대한 기소와 재판이 연기되는 것은 그 국가가 진정으로 수사나 기소를 할 의지가 없는 것으로 간주될 수 있어 ICC의 보충권 행사가 인정될 여지가 있다고 보고 있다.⁶²⁾

2004년 12월에는 수정헌법 제45호로 헌법 제5조 제4항을 개정하여 ICC의 관할권을 인정하였다.⁶³⁾ 이처럼 브라질은 헌법 개정 및 이행입법 마련을 통하여 ICC 관할범죄에 대해서 국가원수 등의 면책특권을 배제하려는 노력을 기울이고 있다.

(3) 네덜란드

offense committed after the issuance of the certificate of election victory, the Supreme Federal Court shall inform the respective House, which, by the initiative of a political party therein represented and by the vote of the majority of those House members, may, until such time as a final decision is issued, stay consideration of the action.

Paragraph 8. The immunities of Deputies and Senators shall be maintained during a state of siege and may only be suspended by the vote of two thirds of the members of the respective House, in the case of acts committed outside the premises of Congress, which are not compatible with the implementation of such measure.”

60) Sylvia Helena Steiner and Tarciso Dal Majo Jardim, *op. cit.*, p.190.

61) *Ibid.*

62) *Ibid.*

63) 제5조 제4항의 원문 및 영문은 다음과 같다.

Articles 5

Paragraph 4. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão(Brazil accepts the jurisdiction of an International Criminal Court to whose creation it has expressed its adhesion).

네덜란드는 2002년 헌법 제93조⁶⁴⁾에서 조약의 조항이나 국제기구의 결의가 그 내용상 모든 사람에 대한 구속력을 가지는 경우에는 국내적 효력을 갖는 것으로 규정하고 있다. 헌법 제94조⁶⁵⁾에서는 그러한 조약은 모든 네덜란드 법률에 우선하는 효력이 있는 것으로 규정하고 있다. 또한 헌법 제120조⁶⁶⁾에서는 재판소가 조약의 합헌성 여부를 심사할 수 없도록 규정하였다. 위 헌법규정들에 따라 네덜란드에 대해 직접 효력이 있는 조약의 경우 자동적으로 네덜란드 국내법으로 수용되며 헌법을 포함하여 네덜란드의 모든 법률보다 우선한다.⁶⁷⁾ 네덜란드 헌법 제91조 제3항⁶⁸⁾에 따라 의회는 헌법과 충돌되거나 모순되는 조약에 대해서도 개헌에 필요한 다수결을 통하여 조약을 비준 동의할 수 있다.⁶⁹⁾

네덜란드는 2001년 7월 당사국들 중 37번째로 로마규정을 비준하였

64) 영문은 다음과 같다.

Article 93

Provisions of treaties and of resolutions by international institutions which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published.

65) 영문은 다음과 같다.

Article 94

Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions.

66) 영문은 다음과 같다.

Article 120

The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts.

67) 김대순, *op. cit.*, p.331. ; 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), *op. cit.*, p.109. ; Evert A., Alkema, "Netherlands", in Dinah Shelton(eds.), *International Law and Domestic Legal System : Incorporation, Transformation, and Persuasion*(Oxford University Press, 2011), p.409.

68) 영문은 다음과 같다.

Article 91

3. Any provisions of a treaty that conflict with the Constitution or which lead to conflicts with it may be approved by the Houses of the States General only if at least two-thirds of the votes cast are in favour.

69) 김대순, *op. cit.*, p.332. ; 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), *op. cit.*, p.109.; Evert A., Alkema, *op. cit.*, p.408.

다. 로마규정의 이행을 위하여 세 가지 방향으로 추진하였는데 첫째는 로마규정의 비준, 둘째는 ICC와의 협력에 관한 법률 제정, 셋째는 국내 수준에서 ICC 관할범죄를 처벌하는 법률의 제정이었다.⁷⁰⁾ 로마규정의 이행법률 제정에는 상당한 시간이 소요되었는데 정치적인 이유보다는 사안의 복잡성과 헌법과의 쟁점으로 인하여 지연되었다.⁷¹⁾

로마규정 제27조가 네덜란드 헌법상의 국왕의 불가침권을 규정한 헌법 제42조 제2항⁷²⁾과 관련하여 논란을 야기하였으며 정부 각료, 의회 의원들의 공적행위에 대한 면책특권을 규정한 헌법 제71조⁷³⁾와의 충돌여부도 문제가 되었다. 네덜란드 정부는 우선 헌법 제42조 제2항과 로마규정 제27조는 충돌하지 않는다고 판단하였다.⁷⁴⁾ 네덜란드 헌법상 국왕은 실질적인 권한을 행사하지 못하고 각료들이 국왕의 행위에 대하여 책임을 지므로 국왕은 실질적으로 ICC 관할범죄를 범할 수 없다고 보았기 때문이다.⁷⁵⁾ 국가평의회(the Council of State)도 네덜란드 헌법 체계상 국왕은 정치적인 국가원수로 간주되지 않으므로 로마규정 제27조와 헌법 제42조 제2항이 상충되지 않는다고 결론을 내렸다.⁷⁶⁾

70) Göran Sluiter, "The Netherlands", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), p.203.

71) Ibid., p.204.

72) 영문은 다음과 같다.

Article 42

2. The Ministers, and not the King, shall be responsible for acts of government.

73) 영문은 다음과 같다.

Article 71

Members of the States General, Ministers, State Secretaries and other persons taking part in deliberations may not be prosecuted or otherwise held liable in law for anything they say during the sittings of the States General or of its committees or for anything they submit to them in writing.

74) Göran Sluiter, "Implementation of the ICC Statute in the Dutch Legal Order", *J. Int'l Criminal Justice*(2004), pp.159-160.

75) Ibid.

다만 헌법 제71조의 경우 네덜란드 정부는 이 조항이 ICC에 대해서는 적용되지 않으므로 더 이상 절대적인 조항이 아닌 것으로 보았다.⁷⁷⁾ 그러나 국가평의회(The Council of State)는 정부의 입장과 달리, 로마규정에 대해 헌법 개정과 같은 다수결로 의회의 승인을 얻도록 권고하였다.⁷⁸⁾ 정부는 이 권고에 따라 헌법 제91조 제3항에 의거, 로마규정 비준 법률을 헌법 개정의 경우와 같이 상하 양원의 2/3 이상의 다수결로 승인을 얻음으로써 헌법 개정 없이 로마규정 제27조가 헌법 제71조 보다 우월한 효력을 갖도록 하였다.⁷⁹⁾ 이에 따라 의회의원들과 각료들이 ICC 관할범죄를 저지른 경우 네덜란드 국내 법원에서 처벌받을 수 있게 되었다.⁸⁰⁾

(4) 프랑스

프랑스는 1946년 헌법 이전에는 국제법과 국내법의 관계에 대해 이원론적 입장을 취하고 있었으나, 1946년 헌법에서 일원론적 입장을 취하여 조약은 공포와 동시에 국내법과 같은 효력을 갖고(제26조), 조약이 법률보다 우위의 효력을 갖는다고(헌법 제28조) 규정하였다.⁸¹⁾ 현재의 프

76) Ibid., p.160.

77) Ibid.

78) Ibid.; ILA, Toronto Conference(2006), International criminal Court, Second Report by Göran Sluiter, p.4.

79) Göran Sluiter, "Implementation of the ICC Statute in the Dutch Legal Order", op. cit., p.160.

80) Ibid. 그러나 헌법 개정이 이루어지지 않았기 때문에 이러한 특별한 절차를 통해 비준법률이 제정되었다 하더라도 국내 절차에서 공무원들의 면책특권을 배제하지는 않으므로 형사처벌을 위해서는 관련 개인이 공직에서 물러남으로써 국내절차상의 면책특권을 포기하든지 아니면 현직에 있으면서 기소를 위해 ICC에게 인도되든지 하여야 한다고 보는 견해도 있다(Harry Verweij and Martijn Groenleer, "The Netherlands' Legislative Measures to Implement the ICC Statute", in Roy S. Lee(eds.), States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (Transnational Publishers Inc., 2005), p.97).

랑스 헌법인 1958년 제5공화국 헌법 제55조⁸²⁾도 적법하게 비준되거나 승인된 조약 및 협약은, 상대국이 적용한다는 조건으로, 공포 시부터 프랑스 국내 법률보다 우월한 효력을 갖는 것으로 규정하고 있다.⁸³⁾ 프랑스는 1998년 7월 로마규정에 서명하였고 2000년 3월 의회의 비준동의를 거쳐 2000년 6월 로마규정을 공포하였다. 헌법 제55조에 따라 프랑스 법원은 프랑스 국내법과 상충되더라도 로마규정에 근거하여 재판하는 것이 가능하게 되었다.⁸⁴⁾

그러나 로마규정 가입과정에서 로마규정 제27조의 공적지위 무관련성 원칙과 헌법 제26조의 의회 의원의 면책특권, 헌법 제68조의 대통령의 면책특권 간의 충돌 문제가 제기되었다. 제5공화국 헌법 제26조에서 의회 의원은 직무 수행 중 행한 견해의 표명이나 표결과 관련하여 소추·수색·구금·체포 또는 재판을 받지 아니하고(제1항), 현행범이거나 최종판결이 선고된 경우 외에는 의원이 소속된 의회 사무국의 동의 없이는 범죄 또는 위법행위로 체포되거나 자유를 박탈, 제한 받지 아니한다(제2항)고 규정하고 있다. 같은 헌법 제68조에서는 대통령은 반역죄를 제외하고는 임무수행과 관련된 행위에 대하여 책임을 지지 않고 기소 시에는 제67조에서 규정하고 있는 최고사법재판소(High Court of Justice)에 기소

81) Gerald L. Neuman, “The Brakes that Failed: Constitutional Restriction of International Agreements in France”, *Cornell International Law Journal* Vol. 45(2012), p.263.

82) 원문은 다음과 같다.

Article 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie.

83) Malcolm N. Shaw, *International Law*, Seventh edition(Cambridge University Press, 2014), p.125.

84) Olivier Barrat, “Ratification and Adaptation : The French Perspective”, in Roy S. Lee(eds.), *States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law*(Transnational Publishers Inc., 2005), pp.60-61.

하도록 규정하였다.⁸⁵⁾ 헌법 제68-1조에서는 정부 구성원의 직무수행상의 형사책임 역시 헌법 제67조의 최고사법재판소에서 재판하는 것으로 규정하고 있다.

프랑스 정부는 로마규정에 서명한 후 헌법 제54조⁸⁶⁾에 근거하여 헌법위원회(Conseil Constitutionnel)에 로마규정 제27조를 비롯한 일부 규정들에 대하여 헌법합치여부를 문의하였다. 이에 대해 프랑스 헌법위원회는 우선 프랑스 헌법이 보장하고 있는 인권보호와 국민주권주의, 국제법 존중의무, 국제기구에 관한 조약 및 협정 관련 규정, 비준 또는 승인된 조약이 의회 제정 법률보다 우월한 효력을 가지도록 한 규정 등에 비추어 로마규정에의 가입은 프랑스의 주권이라는 측면에서 문제가 없다는 견해를 밝혔다.⁸⁷⁾ 로마규정은 국제사회의 평화와 안전을 촉진하고 국제법상의 일반원칙 존중을 강화하며 국제사회에 가장 심각하고 중대한 범죄를 저지른 자에 대한 처벌을 통하여 인류공통의 기본적인 인권보장을 목적으로 하고 있기 때문이다.⁸⁸⁾ 또한 로마규정 가입으로부터 비롯된 의

85) 헌법 제67조와 제68조는 2007년에 전면적으로 개정되었다. 현행 헌법 제67조는 공화국 대통령은 대통령으로써 행한 행동에 책임을 지지 않으며(제1항), 임기 중 프랑스의 어떤 관할권과 행정권에 대해서도 증언하거나, 소송, 증인신문행위, 예심 또는 소추의 대상이 되지 않고 임기 중 모든 시효기간 또는 소권상실 기간은 정지되며(제2항), 공화국 대통령에 대해 정지된 소송과 절차는 공화국 대통령 임기만료 한 달 후부터 재개되도록 규정하고 있다(제3항). 제68조는 대통령이 명백히 임무를 위반한 경우에 양원합동회의에서 고등재판소를 구성하여 대통령을 탄핵하는 내용의 대통령 탄핵절차에 관하여 규정하고 있다.

86) 헌법 제54조 : 공화국 대통령 · 수상 · 양원 중 한 원의 의장 · 60인의 국민의회 의원 · 60인의 상원의원이 청구하여 헌법재판소가 특정한 국제협약이 헌법에 위배되는 조항을 포함한다고 선언하면, 당해 국제협약의 비준 또는 승인은 헌법 개정 이후에만 허가될 수 있다(원문은 Article 54. Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution).

87) Conseil Constitutionnel, decision No. 98-408 DC, Jan. 22, 1999, paras.8-13.

88) Ibid.

무는 다른 국가들에 의해 이행되는지 여부와 관계없이 모든 당사국들이 의무로서 이행을 하여야 하므로 프랑스 헌법 제55조에 규정된 호혜성의 요건은 이 경우 적용되지 않는다고 보았다.⁸⁹⁾ 그러나 로마규정의 내용 중 특정 조항이 프랑스 헌법과 충돌하거나 프랑스 헌법에서 보장하는 권리와 자유를 침해하는 경우에는 로마규정의 비준 또는 승인을 위해서는 헌법 개정이 필요하다고 보았다.⁹⁰⁾

헌법위원회는 로마규정 제27조는 형사책임에 관하여 특별한 규정을 두고 있는 프랑스 헌법 제26조, 제68조, 제68-1조와 충돌되므로 로마규정 비준 이전에 헌법 개정이 필요하다고 판단하였다.⁹¹⁾ 헌법 제26조, 제68조, 제68-1조는 특정한 공적 지위를 갖고 있는 사람들의 형사책임에 대하여 이익을 부여하고 있는 조항들로서 로마규정 제27조와 부합하지 않고, 더구나 헌법 제68조의 국가원수의 형사책임에는 국가원수의 공적 임무 수행 행위뿐만 아니라 기타 행위도 포함된다고 보았다.⁹²⁾

이러한 충돌문제를 해결하기 위하여 두 개의 방법이 고려되었다. 하나는 로마규정 전부를 프랑스 헌법규정으로 편입하는 방법이고 다른 하나는 헌법과의 충돌에도 불구하고 의회가 로마규정을 비준 동의하는 것이 가능하도록 헌법에 추가 규정을 삽입하는 방법이다.⁹³⁾ 전자는 로마규정의 조항들에게 프랑스 헌법 조항으로서의 효력을 부여할 수 있는데 비해 로마규정이 폐기되거나 개정될 경우 프랑스 헌법을 개정하여야 하는 문제가 있었다.⁹⁴⁾ 결국 후자의 방법을 택하여 헌법 제53-2조⁹⁵⁾를 새로

89) Ibid., para.13.

90) Ibid.

91) Ibid., para.17.; Olivier Barrat, op. cit., pp.58-59.; Gerald L. Neuman, op. cit., pp.323-324. ; ICRC, "Issues raised regarding the Rome Statute of the ICC by national Constitutional Courts, Supreme Courts and Councils of State"(2010.1.), p.1.

92) Les Cahiers du Conseil Constitutionnel Cahier n° 7, Commentaire de la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999.

93) Olivier Barrat, op. cit., p.61. ; Gerald L. Neuman, op. cit., p.325.

추가하여 ICC 관할권을 프랑스가 인정한다고 규정하였다.⁹⁶⁾ 그 후 2007년에는 대통령의 형사책임도 헌법 제53-2조의 유보 하에서 면책되는 것으로 헌법 제67조를 개정하였다. 이로써 로마규정은 프랑스법 체계 내에서 헌법적 지위 내지 최소한 헌법적 보장을 받은 것으로 평가받고 있다.⁹⁷⁾

그러나 프랑스 헌법이 국내적으로 최고법이고 로마규정이 프랑스 헌법보다 우월할 수는 없으므로, 프랑스 사법당국이 스스로 국내에서 수사, 재판을 진행하는 경우에는 여전히 프랑스 헌법상의 면책특권 규정이나 특별절차를 따라야 한다고 보고 있다.⁹⁸⁾ 따라서 ICC 관할범죄를 범한 범죄혐의자가 프랑스 국내법에 따라 면책특권을 향유하는 프랑스 시민인 경우 프랑스 국내 법원으로서의 범죄혐의자를 ICC로 인도하는 것 이외에는 선택의 여지가 없는 것으로 보고 있다.⁹⁹⁾

(5) 독일

독일연방기본법 제25조¹⁰⁰⁾에서는 “국제법의 일반규칙”(관습국제법)은 독일에 직접 적용되고 법률에 우선한다는 것을 명시적으로 규정하고 있

94) Olivier Barrat, op. cit., p.61.

95) 제53-2조 : 공화국은 1998년 7월 18일에 체결된 조약에 따라 국제형사재판소(ICC)의 관할권을 인정할 수 있다(원문은 Article 53-2. La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998).

96) Olivier Barrat, op. cit., pp.60-61.

97) Antonio Cassese, op. cit., p.228.

98) Olivier Barrat, op. cit., p.63.

99) Ibid.

100) 원문은 다음과 같다.

Art 25 :

Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.

다. 같은 법 제59조 제2항에서는 연방의 입법사항에 관계되는 조약은 하원 혹은 상·하원의 동의를 거치도록 하고 있으며 그러한 동의는 연방법률의 형식(동의법률, 변형법률, 조약법률 혹은 비준법률 등 여러 가지로 명칭으로 지칭된다. 이하 “비준법률”이라 한다)으로 이루어지도록 규정하고 있다.¹⁰¹⁾ 비준된 조약은 국내법 체계상 법률의 효력을 가지므로¹⁰²⁾ 헌법재판소의 위헌심판 대상이 되며 헌법재판소는 헌법위반을 이유로 조약의 무효를 선언할 수 있다.¹⁰³⁾

독일은 ICC 설립에 매우 적극적인 입장이었으며 로마규정 제정 과정에도 적극적으로 참여하였다.¹⁰⁴⁾ 1998년 12월 10일 로마규정에 서명하였고 2000년 12월 10일 로마규정을 비준하였다.¹⁰⁵⁾ 그러나 비록 핵심범죄들에 대한 로마규정상의 처벌규정들이 관습국제법으로 인식되었지만 그러한 규정들이 독일 국내법 질서의 일부로 직접 적용될 수 있다고 보지는 않았다.¹⁰⁶⁾ 독일연방기본법 제25조에 비추어 볼 때 관습국제법이라고 하더라도 독일연방기본법보다는 하위의 효력을 가지므로 독일의 형사법으로 적용되기 위해서는 독일연방기본법 제103조 제2항¹⁰⁷⁾에 따른 죄

101) 김대순, op. cit., pp.319-322. ; Malcolm N. Shaw, op. cit., pp.123-124.

102) Hans-Peter Folz, “Germany”, in Dinah Shelton(eds.), International Law and Domestic Legal System : Incorporation, Transformation, and Persuasion(Oxford University Press, 2011), p.242.

103) 김대순, op. cit., p.323.

104) Hans-Peter Kaul, “Germany : Method and Techniques used to deal with Constitutional, Sovereignty and Criminal Law Issues”, in Roy S. Lee(eds.), States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (Transnational Publishers Inc., 2005), p.65. ; Helmut Satzger, “German Criminal Law and the Rome Statute - A Critical Analysis of the New German Code of Crimes against International Law”, International Criminal Law Review 2(2002), p.262.

105) 독일은 1948년 12월 10일의 세계인권선언 기념일을 기념하기 위하여 로마규정의 서명, 비준일을 12월 10일로 선택하였다(Hans-Peter Kaul, “Germany : Method and Techniques used to deal with Constitutional, Sovereignty and Criminal Law Issues”, op. cit., p.65).

106) Helmut Satzger, op. cit., p.264.

형법정주의 원칙에 부합하여야 하고, 로마규정의 내용만으로 죄형법정주의 원칙의 요건을 구비하였다고 보기 어려웠기 때문이다.¹⁰⁸⁾ 따라서 로마규정이 독일 내에서 적용되기 위해서는 독일연방기본법 제59조 제2항에 따라 국내법률 제정의 절차를 거쳐야 하였다.¹⁰⁹⁾

이에 따라 독일은 로마규정 가입 및 이행을 위하여 네 가지 조치를 취하였다. 우선 로마규정 서명일로부터 비준일 사이 동안 로마규정 비준 법률을 제정¹¹⁰⁾하고, 로마규정과의 충돌우려가 있는 독일연방기본법 제16조(자국민 인도금지 규정)을 개정¹¹¹⁾함으로써 로마규정 비준의 장애물을 제거하였다.¹¹²⁾ 로마규정 비준 이후에는 국제형법¹¹³⁾을 제정하여 ICC 관할범죄를 독일 국내에서 처벌할 수 있는 근거를 마련하였고, 로마규정 상의 ICC에 대한 협력의무 이행을 위하여 ICC와의 협력법¹¹⁴⁾을 제정하

107) 원문은 다음과 같다.

Art 103 :

(2) Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

108) Helmut Satzger, op. cit., p.264.

109) Ibid., pp.264-265.

110) Gesetz zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 Teil II, at 1393(2000).

111) Gesetz zur Änderung des Grundgesetz(Artickel 16) vom 29. November 2000 Teil I, at 1633(2000). 원문은 다음과 같다.

Art 16 :

(1) Die deutsche Staatsangehörigkeit darf nicht entzogen werden. Der Verlust der Staatsangehörigkeit darf nur auf Grund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird.

(2) Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden. Durch Gesetz kann eine abweichende Regelung für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof getroffen werden, soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind.

112) Hans-Peter Kaul, "Germany : Method and Techniques used to deal with Constitutional, Sovereignty and Criminal Law Issues", op. cit., p.80.

113) Völkerstrafgesetzbuch(VStGB) vom 26. Juni 2002 Teil I, at 2254(2002).

114) Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshofs vom 26. Juni 2002 Teil I, at 2144(2002).

였다. 국제형법과 ICC와의 협력법은 독일 의회에서 만장일치로 채택되었으며 로마규정 발효 직전인 2002년 6월 발효되었다.¹¹⁵⁾ 국제형법에서는 보충성의 원칙에 따라 독일이 국제법을 위반한 범죄인을 기소할 능력이 있고 기소할 의사도 가지고 있다는 것을 보여 주기 위하여 로마규정의 핵심범죄들에 대하여 상세히 규정하고 있다.¹¹⁶⁾

그런데 연방기본법 제46조¹¹⁷⁾에서는 연방의회 의원들에 대한 형사상 면책특권을 규정하고 있다. 연방의회 의원은 명예훼손 행위가 아닌 이상 의회에서의 표결, 발언, 논쟁과 관련하여 국회 밖에서 책임지지 않으며(동조 제1항), 현행범 또는 그 직후가 아닌 이상 의회의 허가 없이 형사 처벌을 위한 소환 또는 체포가 허용되지 아니하고(동조 제2항), 의회의 허가가 없으면 신체의 자유에 대한 여타의 제한 또는 기소를 당하지 아니하며(동조 제3항), 의회의 요구가 있으면 의원에 대한 형사절차 또는 구금절차가 정지된다(동조 제4항). 독일연방기본법 제60조 제4항¹¹⁸⁾에서

115) Hans-Peter Kaul,, "Germany : Method and Techniques used to deal with Constitutional, Sovereignty and Criminal Law Issues", op. cit., pp.65-66.

116) 최태현, "ICC규정 이행입법안 연구 -독일 및 스위스의 경우를 중심으로", 법학논총 제23권 제2호(2006), p.245.

117) 원문은 다음과 같다.

Art 46

- (1) Ein Abgeordneter darf zu keiner Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen einer Äußerung, die er im Bundestage oder in einem seiner Ausschüsse getan hat, gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb des Bundestages zur Verantwortung gezogen werden. Dies gilt nicht für verleumderische Beleidigungen.
- (2) Wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung darf ein Abgeordneter nur mit Genehmigung des Bundestages zur Verantwortung gezogen oder verhaftet werden, es sei denn, daß er bei Begehung der Tat oder im Laufe des folgenden Tages festgenommen wird.
- (3) Die Genehmigung des Bundestages ist ferner bei jeder anderen Beschränkung der persönlichen Freiheit eines Abgeordneten oder zur Einleitung eines Verfahrens gegen einen Abgeordneten gemäß Artikel 18 erforderlich.
- (4) Jedes Strafverfahren und jedes Verfahren gemäß Artikel 18 gegen einen Abgeordneten, jede Haft und jede sonstige Beschränkung seiner persönlichen Freiheit sind auf Verlangen des Bundestages auszusetzen.

는 연방대통령에 대하여도 연방의원의 면책특권을 규정한 제46조 제2항 내지 제4항을 적절히 준용하도록 규정하고 있다.

이에 따라 국제법상 핵심범죄(core crimes)를 범한 독일의 연방대통령 또는 연방의원에게 독일연방기본법 제60조나 제42조가 적용되지 않을 수 있는가 하는 의문이 제기되었다. 독일연방기본법 제25조상 관습국제법의 원칙들은 독일 헌법보다 우월하지는 못하고, 다만 국제법의 원칙과 국내법의 원칙 간에 최대한 조화를 이루도록 하는 것이 해석상의 원칙으로 받아들여지고 있다.¹¹⁹⁾ 헌법 제46조 제2항의 불체포특권 조항이 문언 및 목적상 명백하게 그 적용 영역에 제한을 두고 있지 않으므로 국제법상의 범죄라고 하여 예외를 인정할 수 없고, 따라서 독일연방기본법의 불체포특권 조항이 관습국제법보다 우월하다고 보고 있다.¹²⁰⁾ ICC가 관할권을 행사하는 경우에는 독일연방기본법 제24조 제1항¹²¹⁾에 의하여 ICC에게 관할권이 이양되었다고 보므로 로마규정 제27조가 독일연방기본법상의 면책특권 조항보다 우선 적용된다고 볼 수도 있지만, 독일 국내법원에서 국제법상 핵심범죄를 처벌할 경우에는 이와 다르다는 것이다.¹²²⁾

그러나 실제로 로마규정 비준 당시 독일 정부 내외에서는 로마규정의 적용 및 이행과 관련하여 독일연방기본법 및 독일 주권과 로마규정과

118) 원문은 다음과 같다.

Art 60

(4) Die Absätze 2 bis 4 des Artikels 46 finden auf den Bundespräsidenten entsprechende Anwendung.

119) Frank Jarasch and Claus Kreß, "The Rome Statute and The German Legal Order", in Claus Kreß and Flavia Lattaanzi(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Vol. I : General Aspects and Constitutional Issues(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000), pp.108-109.

120) Ibid., p.109.

121) 원문은 "Art 24 (1) Der Bund kann durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen".

122) Frank Jarasch and Claus Kreß, op. cit., pp.109-110.

의 충돌 또는 침해 문제에 대한 논란과 우려는 그다지 제기되지 않았다.¹²³⁾ 그 이유는 첫째, 독일의 관련 부처 장관들은 모두 ICC 규정 비준 이전에는 ICC의 관할권과 로마규정상의 협력의무가 독일에 대해 부과되지 않으리라고 생각하였다.¹²⁴⁾ 유엔안전보장이사회의 결의에 의해 모든 유엔회원국을 구속하는 ICTY나 ICTR과는 달리 로마규정은 유엔의 통상적인 조약채택 관행에 따르고 있기 때문에 독일은 적절한 시기에 주권을 행사하여 로마규정 가입여부를 결정할 수 있다고 생각하였다.¹²⁵⁾ 독일법의 원칙상 새로운 조약에 대한 자발적인 동의나 승인은 주권에 대한 위반이나 침해가 되지 않는다고 보았다.¹²⁶⁾ 둘째, 독일의 로마규정 가입을 위한 내부적인 논의과정에서 로마규정의 보충성의 원칙이 중요한 요소로 고려되었고 보충성의 원칙은 독일의 로마규정 지지의 불가결한 전제조건이었다.¹²⁷⁾ 만약 ICC 관할권이 독일의 형사재판 관할권보다 우월하거나 같다고 했다면 독일은 로마규정 가입에 반대하였을 가능성도 있었다.¹²⁸⁾

(6) 핀란드

핀란드도 전통적으로 국내법과 국제법과의 관계에 대해 이원론적 입장에 서 있다.¹²⁹⁾ 국제법과 국내법은 별개의 법체계로 여겨지므로 국내

123) Hans-Peter Kaul, "Germany : Method and Techniques used to deal with Constitutional, Sovereignty and Criminal Law Issues", *op. cit.*, p.65., pp.69-70.

124) *Ibid.*, p.70.

125) *Ibid.*

126) *Ibid.*

127) *Ibid.*

128) *Ibids.* pp.70-72.

129) Risto Eerola and Asko Välimaa, "Finland", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement*(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), p.71.

법상 효력을 부여하는 절차를 거치지 않으면 국제법 규정이 국내법 체계의 일부가 될 수 없다.¹³⁰⁾

핀란드는 헌법 제113조¹³¹⁾에서 대통령이 반역죄 또는 인도에 반한 죄를 저지른 경우 국회에 사안을 회부하고, 국회에서 3/4 이상의 동의를 얻을 경우 검찰총장이 대통령을 탄핵재판소에 기소를 하도록 규정하고 있다. 재판기간 동안에는 대통령직을 수행하지 못하며, 위와 같은 경우 외에는 대통령의 공적행위에 대해서 기소할 수 없도록 하고 있다.

로마규정 비준 과정에서 핀란드 정부는 로마규정 제27조와 헌법 제113조가 충돌된다고 생각하였다.¹³²⁾ 집단살해죄와 인도에 반한 죄는 헌법 제113조의 내용에 포함되어 있다고 볼 수 있으나 전쟁범죄는 그러하지 않다고 보았기 때문이다.¹³³⁾ 그러나 핀란드 헌법위원회(The Constitutional Law Committee)는 정부입장과 달리 헌법 제113조에서 규정하고 있는 인도에 반한 죄에는 로마규정 제6조 내지 제8조의 범죄가 모두 포함되는 개념이므로 양자는 충돌되지 않는다는 입장을 취하였다.¹³⁴⁾

핀란드 헌법상 공적지위에 따른 특별한 절차규정을 두고 있는 경우들이 있는데(대통령에 대한 헌법 제113조 규정, 각료들에 대한 헌법 제

130) Ibid., p.72.

131) 영문은 다음과 같다.

The Constitution of Finland Section113-Criminaliability of the President of the Republic ; If the Chancellor of Justice, the Ombudsman or the Government deem that the President of the Republic is guilty of treason or high treason, or a crime against humanity, the matter shall be communicated to the Parliament. In this event, if the Parliament, by three fourths of the votes cast, decides that charges are to be brought, the Prosecutor-General shall prosecute the President in the High Court of Impeachment and the President shall abstain from office forth education of the proceedings. In other cases, no charges shall be brought for the official acts of the President.(<http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/national-implementing-legislation-database/>)

132) Risto Eerola and Asko Välimaa, op. cit., p.76.

133) Ibid.

134) Ibid.

114조 및 제115조, 의원들에 대한 헌법 제30조 규정) 그러한 규정들이 로마규정 제27조 제2항과 충돌되는지 여부도 문제가 되었다.¹³⁵⁾ 핀란드 정부는 그러한 규정들이 로마규정 제27조 제2항과 충돌된다고 본데 비해 헌법위원회는 헌법상의 위 규정들은 핀란드 국내법원에서만 적용되는 것이므로 로마규정과 충돌되지 않는다고 보았다.¹³⁶⁾

다만 핀란드 정부 및 헌법위원회 모두 핀란드 국민을 외국에 범죄인 인도 하지 못하도록 규정한 헌법 제9조 제3항은 로마규정의 인도 관련 규정과 충돌될 여지가 있다고 보았다.¹³⁷⁾ 그 외 ICC와의 협력에 관한 일부 규정들이 핀란드 헌법과 불일치할 여지가 있다고 보아 핀란드는 의회에서 2/3 이상의 다수결의 방식인 특별 절차를 통하여 이행법률을 제정함으로써 헌법 개정 없이 로마규정 상의 의무를 따르는 것을 가능하도록 하였다.¹³⁸⁾

한편 헌법 제116조에서는 고의와 중대한 과실로 직무에 본질에 위반되는 명백한 불법행위의 경우에만 정부 관료에게 책임을 묻는 결정을 할 수 있도록 규정하고 있는데 이 규정이 로마규정 제27조 제1항과 충돌하는가 하는가가 논란이 되었다.¹³⁹⁾ 핀란드 정부는 양자가 충돌한다고 본데 비해 핀란드 헌법위원회는 ICC 관할범죄는 그 성질상 심각한 범죄행위에 한하므로 위 헌법 규정과 로마규정 제27조 제1항과의 충돌은 없다고 보았다.¹⁴⁰⁾

135) Ibid., p.77.

136) Ibid. ; ILA, Toronto Conference(2006) International Criminal Court, Second Report by Professor Göran Sluiter, Co-rapporteur, p.4.에서도 핀란드가 이러한 입장에 있다고 기술하고 있다.

137) Risto Eerola and Asko Välimaa, op. cit., p.77.

138) Ibid., pp.78-79.

139) Ibid., pp.76-77.

140) Ibid., p.77.

다. 해석에 입각한 국가들

(1) 영국

영국은 전통적으로 관습국제법과 조약 간에 국내적 효력을 가지는 절차에 있어 차이를 두고 있다. 관습국제법은 보통법(Common Law)의 일부를 구성하며 바로 국내법으로서의 효력을 갖는데 비해¹⁴¹⁾ 조약은 의회가 법 제정을 통하여 국내적 효력을 부여하는 변형절차를 거쳐야 국내적으로 적용이 가능하다.¹⁴²⁾ 그러나 최근에는 Regina v. Jones(Margaret) and Others 사건 판결¹⁴³⁾에서 알 수 있듯이 형사처벌과 관련하여서는 관습국제법이라도 직접 국내적으로 적용될 수는 없고 국제법상의 범죄에 대하여 국내적으로 처벌하기 위해서는 의회가 제정한 법률제정이 필요하다고 보고 있다.¹⁴⁴⁾ 따라서 형사처벌 조항과 관련하여서는 조약과 관습국제법을 구별할 실익은 크지 않다.

조약은 의회 제정법을 통하여만 국내법적 효력을 가질 수 있다는 원칙이 확립되어 있으므로 조약이 의회 제정법과 모순될 경우 조약이 제정법에 우월할 수는 없다.¹⁴⁵⁾ 자기집행적 조약과 비자기집행적 조약의 구

141) 다만 의회의 법률 및 선례와 상충되지 않아야 한다. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law Seventh Edition*(Oxford University Press, 2008), p.41.

142) 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), op. cit., p.95-96. ; Ian Brownlie, op. cit., p.45. ; Stephen C. Neff, "United Kingdom", in Dinah Shelton(eds.), *International Law and Domestic Legal System : Incorporation, Transformation, and Persuasion*, pp.622-626. ; Martin Dixon, *Textbook on International Law, Seventh Edition*(Oxford University Press, 2011), p.100. ; Malcolm N. Shaw, op. cit., pp.101-113.

143) House of Lords, Regina v. Jones(Margaret) and Others, 2006 UKHL 16. 이 사건에서는 침략범죄가 관습국제법상의 범죄라면 별도의 국내 법률 제정 없이도 영국 법원에서 이를 근거로 처벌할 수 있는가가 쟁점이 되었으나, 영국 귀족원은 범죄에 대한 형사처벌은 국회의 입법을 통해서만 가능하므로 별도의 국내 입법없이 관습국제법이 그대로 영국법상의 형사처벌 근거 규정이 될 수 없다고 보았다(paras.27-29).

144) 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), op. cit., p.95. ; Malcolm N. Shaw, op. cit., p.105.

145) 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), op. cit., p.96. ; Ian Brownlie, op. cit.,

별은 없으며 조약의 국내 이행을 위해서 이행법률의 제정이 필요하다는 측면에서 영국법상 조약은 모두 비자기집행적이라고 할 수 있다.¹⁴⁶⁾ 다만 조약의 이행을 위한 제정법이 명확하다면 그 제정법에 따르고, 제정법의 문언이 명확하지 않거나 모호할 경우 가급적 영국의 국제의무와 일치하도록 조약을 해석하며 조약에 관한 비엔나협약 상의 해석원칙도 해석기준이 된다.¹⁴⁷⁾

영국은 2001년 10월 로마규정을 비준하였다. 그러나 성문헌법을 가지지 않은 관계로 로마규정 가입 과정에서 많은 성문법 국가들이 맞닥뜨린 헌법과의 충돌 문제는 크게 논란이 되지 않았다.¹⁴⁸⁾ 다만 로마규정의 국내 이행을 위하여 2001년 단일 법률인 국제형사재판소법(The International Criminal Court Act 2001)을 제정하여 집단학살죄 등 ICC 관할범죄를 국내적으로 처벌할 수 있도록 하였고 ICC의 범죄인 체포·인도 요청, 사범공조 요청 등과 관련한 내용을 규정하였다.¹⁴⁹⁾ 국가면제 및 외교면제와 관련하여 로마규정 제27조의 공적지위 무관련성 규정이 문제가 될 수 있다고 보고 국제형사재판소법 제23조에서 ICC 관할범죄에 대한 국가면제 및 외교면제의 적용 관계 규정을 두었다.¹⁵⁰⁾ 그러나 위 조항은 문맥상 ICC와의 인도협력 관계에 적용되는 조항으로서 국내에서의 처벌 절차에

p.45.

146) Stephen C. Neff, *op. cit.*, p.622.

147) 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), *op. cit.*, p.97. ; Malcolm N. Shaw, *op. cit.*, p.111.

148) Elizabeth Wilmshurst, "Implementation of the ICC Statute in the United Kingdom", in Roy S. Lee(eds.), *States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law* (Transnational Publishers Inc., 2005), p.147 ; Peter Lewis, "The United Kingdom", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement*(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), p.459.

149) Elizabeth Wilmshurst, *op. cit.*, pp.147-148.

150) *Ibid.*, pp.156-157. ; Peter Lewis, *op. cit.*, p.463.

는 영향을 주지 않는 것으로 해석된다.¹⁵¹⁾

여왕의 경우 관련 장관들의 충고 없이 공적지위에 따른 행위를 할 수 없어 여왕이 향유하는 면제를 배제할 필요가 없으므로 이에 관해 따로 규정을 두지 않았다.¹⁵²⁾ 영국은 권리장전(The Bill of Rights 1689)에서 언론의 자유와 의회에서 진행된 토론이나 절차에 대해서는 의회를 벗어난 곳에서 책임을 묻거나 재판을 받지 아니한다며 의원들의 면책특권을 규정하고 있다.¹⁵³⁾ 그러나 다른 국가와 달리 영국 의회 의원, 고위 공직자 등의 면제에 관해서는 국제형사재판소법에 어떠한 조항도 두지 않았다. 왜냐하면 영국법은 원칙적으로 불문법 국가로서 영국법상 의회의원, 공직자에 관한 형사면제 규정 자체가 없으므로 형사면제 배제 여부에 대한 논의가 불필요하였기 때문이다.¹⁵⁴⁾ 다만 국내법원에서 의회 내에서의 발언에 대해 범죄혐의가 문제될 경우 권리장전이 형사절차 진행의 장애가 될 수 있다고 보고 있다.¹⁵⁵⁾ 정부 공무원들은(persons in the service of the Crown)은 국제형사재판소법 제78조¹⁵⁶⁾에 비추어 일반 국민들과 마찬가지로 국내 법원에서 처벌 가능하다고 보고 있다.¹⁵⁷⁾

151) Elizabeth Wilmshurst, op. cit., p.156.

152) Ibid., p.157.

153) English Bill of Rights 1689(An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown) ;

That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament.

154) Elizabeth Wilmshurst, op. cit., p.157.

155) Ibid.

156) The International Criminal Court Act 2001

78. Crown application

This Act binds the Crown and applies to persons in the public service of the Crown, and property held for the purpose of the public service of the Crown, as it applies to other persons and property.

157) Elizabeth Wilmshurst, op. cit., p.157. ; ILA, Rio De Janeiro Conference(2008), International Criminal Court, Third Report by Göran Sluiter & William Schabas, p.3.

(2) 오스트리아

오스트리아에서는 조약이 비준되면 오스트리아 국내법의 일부로 간주되어 국내적 효력을 갖게 되나 구체적으로 어떤 조항이 자기집행적 조항으로서 직접 적용될 수 있는 것인지, 어느 범위에서 입법이 필요한지는 개별적인 검토가 필요하다고 보고 있다.¹⁵⁸⁾ 한편 오스트리아 헌법 제 9조¹⁵⁹⁾에 의하여 국제법상 승인된 원칙들 즉 관습국제법은 오스트리아 국내법으로서의 효력을 갖는다.

로마규정 비준 당시에 로마규정 제27조가 오스트리아 헌법상의 대통령 및 의회 의원들의 면책특권 규정과 양립할 수 있는지에 대하여 검토가 있었다. 검토 결과 양자는 충돌되지 않는 것으로 결론이 내려져서 헌법 개정 등 별다른 조치 없이 로마규정에 대한 비준이 이루어졌다.

우선 로마규정 제27조 제1항의 내용은 1945년 뉘른베르크재판소 헌장 및 그 이후의 집단살해방지협약, ICTY 및 ICTR 헌장에도 규정되는 등 관습국제법의 효력을 갖게 된 것으로서, 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄를 국제형사재판소들에서 재판할 때 면책이 인정되지 않는다는 것이 국제법상 확립된 원칙이라고 보았다.¹⁶⁰⁾ 또한 오스트리아에서 관습

158) Irene Gartner, "Implementation of the ICC Statute in Austria", in Claus Kreß and Flavia Lattanzi (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Vol. I: General Aspects and Constitutional Issues(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000), p.52.

159) 영문은 다음과 같다.

Article 9 [International Law, Transfer of Powers]

(1) The generally recognized rules of international law are regarded as integral parts of federal law.

(2) Legislation or a treaty requiring sanction in accordance with Article 50 (1) can transfer specific federal competencies to intergovernmental organizations and their authorities and can within the framework of international law regulate the activity of foreign states' agents inside Austria as well as the activity of Austrian agents abroad.

160) Irene Gartner, "Implementation of the ICC Statute in Austria", op. cit., pp.57-58.

국제법의 국내적 효력에 대한 지배적인 견해는 관습국제법이 실질적으로 유사한 국내법에 상응하는 효력을 가진다고 보고 있으므로, 헌법에 규정된 면책특권과 관련된 로마규정 제27조 제1항도 헌법적 수준의 효력을 갖게 된다고 보았다.¹⁶¹⁾ 로마규정 제27조 제1항이 오스트리아 국내에서 헌법적 효력을 갖게 됨으로써 면책특권과의 충돌문제가 발생하거나 헌법 개정의 필요성은 생기지 않는 것으로 보았다.¹⁶²⁾

다만 오스트리아가 1958년에 집단살해방지협약을 비준할 때에는 공격지위 무관련성 원칙을 규정한 위 협약 제4조가 오스트리아 헌법에 대한 수정으로 인식되었고 그에 따라 1964년 3월 헌법에 의해 의회의 다수결로 승인이 이루어졌다.¹⁶³⁾ 이에 비추어 로마규정 제27조 제1항도 그러한 조치를 취하여야 할 필요가 있다고 생각이 될 수 있으나, 로마규정 제27조 제1항은 이전의 집단살해방지협약 제4조와 달리 이미 관습국제법으로 성립되었으므로 그러한 절차는 불필요하다고 보았다.¹⁶⁴⁾ 이러한 견해에서도 로마규정 제27조 제1항이 위 협약 제4조와 같이 의회의 다수결로 승인을 받는다면 ICC로부터의 인도요청에 대해서 오스트리아 헌법상의 면책특권을 주장할 수 없다는 점을 명확히 할 수 있다는 점에서 의의가 있다고 보고 있다.¹⁶⁵⁾

또한 오스트리아의 현행 헌법인 1945년 헌법 제63조 제1항¹⁶⁶⁾에서

161) Ibid., p.58.

162) Ibid.

163) Ibid.

164) Ibid.

165) Ibid.

166) 영문은 다음과 같다.

Art 64

1. All the Federal President's responsibilities, should he be prevented from their discharge, pass in the first instance to the Federal Chancellor. A sojourn in another member state of the European Union is not deemed to be an impediment. If the impediment lasts longer than twenty days or if pursuant to Art 60 para 6 the Federal President is prevented from the discharge of his

대통령은 의회의 동의가 있어야만 기소가 가능한 것으로 규정하고 있다. 면책특권이 절대적인 것은 아니고 의회에 의하여 배제될 수 있으므로 ICC로부터 대통령에 대한 인도요청이 있을 경우 의회가 면책특권을 배제하여야만 하고 따라서 로마규정 제27조와 헌법 간에 충돌은 없다고 해석되었다.¹⁶⁷⁾ 다만 의회가 대통령의 면책특권을 배제하지 않을 경우 로마규정 제89조 제1항의 위반이 되어 로마규정 제87조 제7항의 상황에 놓일 수 있다고 보았다.¹⁶⁸⁾

한편 오스트리아 헌법 제57조 제1항¹⁶⁹⁾과 제96조 제1항¹⁷⁰⁾에서는 연방의회 의원과 주의회 의원의 의회 내 표결과 발언에 대하여 형사적, 민사적 및 행정적으로 절대적인 면책특권을 부여하고 있다.¹⁷¹⁾ 헌법 제57조 제2항¹⁷²⁾에서는 연방의회 의원에 대하여 현행범을 제외하고는 의회

office, the President, the Second President, and the Third President of the National Council acting as a committee shall undertake the responsibilities of the Federal President. The same holds good if the position of the Federal President is continuously in abeyance.

167) Irene Gartner, "Implementation of the ICC Statute in Austria", op. cit., pp.56-57.

168) Ibid., p.57.

169) 영문은 다음과 같다.

Article 57 [Indemnity, Immunity]

(1) The members of the House of Representatives may never be made responsible for votes cast in the exercise of their function and only by the House of Representatives on the grounds of oral or written utterances made in the course of their function.

170) 영문은 다음과 같다.

Article 96 [Immunity]

(1) The members of a State Parliament enjoy the same immunity as the members of the House of Representatives, the provisions of Article 57 apply analogously.

171) Irene Gartner, "Implementation of the ICC Statute in Austria", op. cit., p.57.

172) 영문은 다음과 같다.

Article 57 [Indemnity, Immunity]

(2) The members of the House of Representatives may, on the ground of a criminal offence -- except for apprehension in flagrante delicto -- be arrested only with the consent of the House of Representatives. Searches of the home of House of Representatives members likewise require the House of

의 동의가 있어야만 기소가 될 수 있도록 규정하고 있다. 이 경우는 의회에 의하여 면책특권이 포기될 수 있으므로 로마규정과 충돌된다고까지 보지는 않는다.¹⁷³⁾ 결국 헌법과의 충돌문제는 헌법 제57조 제1항과 제96조 제1항에 한하여 발생하게 되고 다만 의회 의원들이 집단살해죄를 공공연히 선동하는 경우 외에는 의회 의원들의 발언이 ICC 관할범죄에 해당될 가능성은 희박하므로 실제로 이러한 범죄가 발생할 가능성은 매우 적다고 보고 있다.¹⁷⁴⁾

(3) 이탈리아

이탈리아는 1999년 7월 로마규정 비준법률인 법률 제232호로써 로마규정의 비준 및 국내적 적용을 승인하였다.¹⁷⁵⁾ 그러나 이탈리아에서는 로마규정의 많은 조항들이 비자기집행적 조약에 해당하고 로마규정에서 당사국에게 특정한 이행입법 의무를 부과하고 있으므로 비준법률 이외에 로마규정의 충실하고 효과적인 이행을 위한 보충입법이 필수적인 것으로 여겨졌다.¹⁷⁶⁾ 보충입법은 첫째 로마규정 제5조 내지 제8조의 범죄를 국내 법체계에 반영하기 위하여 필요하고, 둘째 로마규정 제88조에서 ICC와의 협력을 위하여 모든 국내법 절차를 마련하도록 규정하고 있으므로 이러한 의무 이행을 위하여 필요하다고 보았다.¹⁷⁷⁾

이탈리아는 헌법 개정이 없더라도 이탈리아의 헌법에 따라 로마규정

Representatives' consent.

173) Irene Gartner, "Implementation of the ICC Statute in Austria", iop. cit., p.57.

174) Ibid.

175) Paolo Benvenuti, "Italy, Implementation of the ICC Statute in National Legislation, Constitutional Aspects", in Claus Kreß and Flavia Lattanzi (eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. I : General Aspects and Constitutional Issues(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000), p.123.

176) Ibid., pp.123-124.

177) Ibid., p.124.

제27조의 공적지위 무관련성 원칙을 다른 국제법 원칙에 우선하여 이탈리아 국내에서 적용할 수 있다고 보았다. 이탈리아 헌법 제11조¹⁷⁸⁾는 국가 간의 평화 및 정의를 위해 활동하는 국제기구와의 협력이 가능하도록 하기 위해 이탈리아의 주권을 제한할 수 있도록 하고 있는 조항으로서, 헌법 제11조에 의하여 로마규정 가입과 동시에 ICC의 기본원칙들과 관련 규정들이 이탈리아 국내법으로 자동 편입된 것으로 해석되었다.¹⁷⁹⁾ 이탈리아 헌법재판소에 의하면 헌법 제11조는 이탈리아가 EC(European Community)에 가입하는 것을 정당화 해주는 근거가 된 조항으로서 이탈리아 헌법상의 근본원칙이나 불가침의 인권이 존중되는 이상 EC에 의한 이탈리아의 주권제한이 수용될 수 있다는 것인데, ICC의 목적상 ICC도 헌법 제11조가 예정하고 있는 그러한 국제기구의 개념에 해당한다고 보았다.¹⁸⁰⁾

이탈리아 헌법에서는 대통령과 의회 의원에 대하여 면책특권을 규정하고 있다. 헌법 제90조¹⁸¹⁾에서는 대통령은 반역죄와 헌법에 반하는 죄

178) 영문은 다음과 같다.

Constitution of The Italian Republic(1947년) Art. 11 : Italy rejects war as an instrument of aggression against the freedom of other peoples and as a means for the settlement of international disputes. Italy agrees, on conditions of equality with other States, to the limitations of sovereignty that may be necessary to a world order ensuring peace and justice among the Nations. Italy promotes and encourages international organisations furthering such ends.

179) Flavia Lattanzi, "The International Criminal Court and National Jurisdictions", in Mauro Politi and Giuseppe Nesi(eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : A challenge to impunity*(Ashgate & Dartmouth, 2001), p.190. 각주25.

180) Paolo Benvenuti, *op. cit.*, p.129.

181) 영문은 다음과 같다.

Art. 90

The President of the Republic is not responsible for the actions performed in the exercise of presidential duties, except in the case of high treason or violation of the Constitution.

In such cases, the President may be impeached by Parliament in joint session, with an absolute majority of its members.

의 경우 외에는 임무 수행 과정에서의 행위에 대하여 책임을 지지 않는다고 규정하고 있다. 헌법 제68조¹⁸²⁾에서는 의회 의원은 직무 수행 과정에서의 의견 표현이나 표결에 대하여 기소되지 않는다고 규정하고 있다. 헌법 제96조¹⁸³⁾에서는 수상과 각료에 대하여는 의회의 승인에 따라 형사 책임을 지도록 하고 있다. 이러한 헌법상의 면책특권이나 특별한 절차규정과 로마규정 제27조가 충돌되는가가 논란이 될 수 있다.

그러나 로마규정 제27조와 관련된 원칙들은 헌법상의 원칙으로 인정되므로 헌법상의 면책특권 규정보다 우월할 수 있다고 보고 있다.¹⁸⁴⁾ 헌법상의 면책특권 규정이 이탈리아 헌법상의 핵심 원칙은 아닌 것으로 해석되기 때문이다.¹⁸⁵⁾ 또한 헌법 제10조¹⁸⁶⁾에 의해 관습국제법상의 면제

182) 영문은 다음과 같다.

Art. 68

Members of Parliament cannot be held accountable for the opinions expressed or votes cast in the performance of their function.

In default of the authorisation of his House, no Member of Parliament may be submitted to personal or home search, nor may he be arrested or otherwise deprived of his personal freedom, nor held in detention, except when a final court sentence is enforced, or when the Member is apprehended in the act of committing an offence for which arrest *flagrante delicto* is mandatory.

Such an authorization shall also be required in order to monitor a Member of Parliament's conversations or communications, or to seize such member's mail.

183) 영문은 다음과 같다.

Art. 96

The President of the Council of Ministers and the Ministers, even if they resign from office, are subject to normal justice for crimes committed in the exercise of their duties, provided authorisation is given by the Senate of the Republic or the Chamber of Deputies, in accordance with the norms established by Constitutional Law.

184) Roberto Bellelli, "Italian Implementation of the Rome Statute and Related Constitutional Issues", in Roy S. Lee(eds.), *States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law* (Transnational Publishers Inc., 2005), p.228.

185) Paolo Benvenuti, *op. cit.*, p.134.

186) 영문은 다음과 같다.

Constitution of The Italian Republic(1947년) Art. 10

The Italian legal system conforms to the generally recognised principles of international law.

원칙이 이탈리아 국내법상으로도 효력을 가지나 로마규정에서 정하고 있는 범죄들은 불가침의 인권을 규정한 이탈리아 헌법 제2조¹⁸⁷⁾에 해당하므로¹⁸⁸⁾, 헌법 제2조에 따른 로마규정 제27조 제2항이 헌법 제10조에 따른 일반적인 관습법상의 면제원칙보다 우월하다고 본다.¹⁸⁹⁾ 로마규정상 범죄행위는 항상 이탈리아 헌법의 기본원칙에 대한 위반행위가 되므로 반역죄와 함께, 대통령의 광범위한 면제에 대한 헌법적 제한인 “헌법 침해 범죄”에 해당된다고 본다.¹⁹⁰⁾

로마규정 제27조 제2항의 헌법합치성의 주장은 국제법상 국제범죄에 대한 국가원수 및 정부수반의 면제 배제에 관한 국가들의 관행에도 근거를 찾을 수 있다고 본다.¹⁹¹⁾ 베르사이유 조약, 뉘른베르크 헌장, 제노사이드 협약, ICTY 규정, ICTR 규정 및 ILC 규정에 의해 국제법상 범죄에는 면제가 적용되지 않고, 이탈리아 헌법 제10조에 의해 일반적으로 승인된 국제법은 자동적으로 국내법으로 편입되므로, 국제범죄에 면제가 적용되지 않는다는 원칙은 이탈리아 헌법 수준에서 기본적인 원칙이 된다는 것이다.¹⁹²⁾ 결론적으로 ICC 과할범죄와 관련하여는 이탈리아 헌법 제2조, 제10조, 제11조에 포함된 기본원칙들을 통하여 국내법상이든 국제법상이든 관계없이 국내법원에서 면책특권이나 면제가 인정될 수 없고, 따라서 이탈리아는 로마규정 제27조 제1항 및 동조 제2항의 의무를 완전

187) 영문은 다음과 같다.

Constitution of The Italian Republic(1947년) Art. 2

The Republic recognises and guarantees the inviolable rights of the person, both as an individual and in the social groups where human personality is expressed. The Republic expects that the fundamental duties of political, economic and social solidarity be fulfilled.

188) Roberto Bellelli, op. cit., p.229.

189) Ibid.

190) Ibid., pp.229-230.

191) Ibid., p.230.

192) Ibid.

히 이행할 수 있다고 본다.¹⁹³⁾

(4) 스페인

스페인은 로마회의에서 로마규정이 채택된 직후인 1998년 7월 로마규정에 서명하였다.¹⁹⁴⁾ 2000년 10월 1978년 스페인 헌법 제93조¹⁹⁵⁾에 따라 로마규정 비준법률(the Organic Law 6/2000)을 통과시켰다.¹⁹⁶⁾ 스페인은 헌법 제96조¹⁹⁷⁾에서 조약의 국내적 효력에 대해서 일원론의 입장을 취하고 있으므로 비준과 공포 등 절차를 거쳐 로마규정은 스페인 국내법으로서의 효력을 갖게 되었고, 이에 따라 로마규정이 자기집행적 조약에 해당하는 경우 직접 스페인의 사법부와 행정부의 규범으로 적용되게 되었다.¹⁹⁸⁾

헌법 제96조에 비추어 로마규정이 폐기되지 않은 이상 로마규정의

193) Ibid.

194) Juan Antonio Yáñez-Barnuevo and Áurea Roldán, op. cit., p.197.

195) 영문으로는 스페인 헌법 제93조는 다음과 같다.

Article 93 :

By means of an organic law, authorisation may be granted for concluding treaties by which powers derived from the Constitution shall be vested in an international organisation or institution. It is incumbent on the Cortes Generales or the Government, as the case may be, to guarantee compliance with these treaties and with the resolutions emanating from the international and supranational organisations in which the powers have been vested.

196) Héctor Olásolo, "Spain", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), p.345.

197) 영문으로는 스페인 헌법 제96조는 다음과 같다.

Article 96 :

1. Validly concluded international treaties, once officially published in Spain, shall form part of the internal legal order. Their provisions may only be repealed, amended or suspended in the manner provided in the treaties themselves or in accordance with the general rules of international law.
2. The same procedure shall be used for denouncing international treaties and agreements as that, provided in Article 94, for entering into them.

198) Héctor Olásolo, op. cit., p.345.

조항을 침해하거나 수정 또는 연기하는 후속 국내 법률은 가능하지 않다.¹⁹⁹⁾ 로마규정의 이행을 위하여 2003년 12월 ICC와의 협력에 관한 법률(the Organic Law 18/2003 of 10 December 2003 on the Cooperation with the ICC, 이하 “OLCICC”라고 한다)을 제정하였는데 ICTY 및 ICTR과의 협력법(the Organic Law 15/1994 of 1 June 1994 and 4/1998 of 1 July 1998 on Cooperation with the ICTY and ICTR)을 가능한 한 많이 참조하였다.²⁰⁰⁾

스페인의 헌법 제95조²⁰¹⁾에서는 조약의 조항이 헌법과 충돌되는 경우에는 조약체결 전에 헌법을 개정하도록 규정하고 있다. 또한 정부나 양원 중 어느 의회라도 조약과 헌법간의 충돌 여부를 확인하기 위하여 헌법재판소에 자문을 구할 수 있도록 규정하고 있다.

스페인은 헌법 제56조²⁰²⁾ 제3항에서 스페인 국왕에 대한 불가침권 및 면책특권을 규정하고 있다. 그러나 국왕의 면책특권이 로마규정 제27조와 양립 불가능한 예외 규정으로 해석되지는 않았다.²⁰³⁾ 왜냐하면 스

199) Ibid.

200) Ibid., pp.346-348.

201) 영문은 다음과 같다.

Article 95 :

1. The conclusion of any international treaty containing stipulations contrary to the Constitution shall require prior Constitutional amendment.
2. The Government, or either of the Houses may request the Constitutional Court to declare whether or not there is a contradiction.

202) 영문은 다음과 같다.

Art. 56 :

1. The King is the Head of State, the symbol of its unity and permanence. He arbitrates and moderates the regular functioning of the institutions, assumes the highest representation of the Spanish State in international relations, especially with those nations belonging to the same historic community, and exercises the functions expressly conferred on him by the Constitution and the law.
2. His title is King of Spain, and he may use the other titles appertaining to the Crown.
3. The person of the King is inviolable and cannot be held accountable. His acts shall always be countersigned as provided for in Art. 64 and shall be invalid without such countersignature, except as provided for in Art. 65.2.

페인은 입헌군주국으로서 국왕의 모든 권한은 헌법의 결정에 따르며 책임 있는 정부 각료의 부대 서명이 있어야 하기 때문이다.²⁰⁴⁾ 과거에는 국왕이 통치자로서 부대 서명 기관과 함께 책임을 공유한데 비해 오늘날의 근대 헌법에 있어서는 부대 서명은 입헌군주인 국가원수가 독자적으로 결정할 권한이 결여되어 있음을 보여주는 것으로 이해되고 있다.²⁰⁵⁾ ICC의 관할권은 국가기관의 통상적인 활동과 관련된 사건들을 대상으로 하는 것이 아니고 로마규정에 포함된 범죄들을 국왕이 저지른다는 것은 현실적으로 일어나기 어려운 가정으로서 그러한 일이 발생한다면 국가기관의 기능을 위해 부여된 특권 또는 면제를 포함하여 헌법 질서의 실질적 침해 내지 붕괴를 의미하는 것이다.²⁰⁶⁾

로마규정 제27조와 국내법상의 의회 의원, 대통령 및 고위공직자 등의 면책특권과의 관계도 문제되었다. 우선 1978년 스페인 헌법 제71조에서는 의회 의원들의 의회 내 발언에 대한 면책특권(제1항), 회기 기간 중 현행범인을 제외하고는 체포되지 않고 의회의 사전 승인이 없이 기소되지 않을 권리(제2항), 상하원 의원들의 형사사건은 대법원의 형사부에서만 취급하도록 한 절차특칙(제3항)을 규정하고 있다.²⁰⁷⁾

의회 내 발언의 면책특권은 직무 수행을 위한 발언에 대해서는 절대

203) Juan Antonio Yáñez-Barnuevo and Áurea Roldán, *op. cit.*, p.212.

204) *Ibid.*

205) *Ibid.*

206) *Ibid.*

207) 영문은 다음과 같다.

Art. 71.:

1. Deputies and senators shall enjoy inviolability for opinions expressed in the exercise of their functions.
2. During their terms of office, deputies and senators shall also enjoy immunity and may only be arrested in flagrante delicto. They may not be indicted or prosecuted without the previous authorization by the respective chamber.
3. The Criminal Division of the Supreme Court shall be competent to deal with any case concerning deputies or senators.

적으로 책임을 묻지 않는 실체법상의 특권으로서 직접적으로 로마규정 제6조의 집단학살죄를 선동하는 경우 외에는 로마규정과 충돌될 여지가 많지 않다고 보고 있다.²⁰⁸⁾ 그러한 경우에도 헌법과 로마규정 간에 반드시 충돌이 있다고 할 수는 없는데 왜냐하면 사법적 책임이 실현되지 않는다고 하더라도 이것이 의원에 의한 그러한 종류의 행위가 자유롭게 행해질 수 있다는 것을 의미하지는 않기 때문이다.²⁰⁹⁾ 헌법에 따라 양원 의장은 의회 기능을 수행함에 있어 의원들의 언어적 공격행위를 방지하고 금지함으로써 헌법상의 원칙과 가치가 존중되도록 할 의무가 있다.²¹⁰⁾

의원들의 임기 중 불체포특권도 역사적 연혁과 기능에 비추어 볼 때 다른 국가권력, 특히 행정부로부터 의회의 활동을 보호하기 위하여 의회 의원 개인이 아니라 의회 자체에 부여된 특권으로서, 국가기관들 간의 권한 견제와 관련된 것이 아닌 외부의 ICC에 대한 관계에서는 주장할 수 없다고 보고 있다.²¹¹⁾ 의회의 승인이 없이는 소속 의원에 대한 기소를 금지하고 있는 헌법 규정도 로마규정과의 관계에서는 상대적인 장애물에 불과한 것으로 보고 있다.²¹²⁾ 로마규정 제27조 제2항은 국내적 절차에서 공적지위에 따른 면제 또는 특별한 절차규칙까지 금지하는 것은 아니고, ICC가 그러한 사람들에 대하여 관할권을 행사하는 경우에 그러한 면제나 절차규칙이 방해가 되는 것을 배제하는 것이기 때문이다.²¹³⁾ 다만 의회는 로마규정에 구속되므로 ICC가 관할범죄에 대하여 스페인 의원을 상대로 절차 진행을 위한 요청을 하는 경우 이에 대해 승인할 의

208) Juan Antonio Yáñez-Barnuevo and Áurea Roldán, *op. cit.*, p.210.

209) *Ibid.*

210) *Ibid.*

211) *Ibid.*, pp.210-211.

212) *Ibid.*, p.211.

213) *Ibid.*

무를 지게 된다.²¹⁴⁾

의원들이 대법원에서만 재판을 받도록 규정한 헌법 제71조 제3항도 해석상 로마규정과 불일치한다고 보지 않고 있다.²¹⁵⁾ 이는 관할권의 분배에 관한 문제로서 헌법 제93조가 국제기구에 권한을 이양하는 것을 허용한다고 본다면, 대법원이 효과적으로 기능하기 어려운 의원들과 관련된 사건에서는 국내 법원의 권한이 ICC와 같은 국제재판소로 위임되었다고 인정하는 것이 논리적이라는 것이다.²¹⁶⁾

헌법 제102조²¹⁷⁾에서는 대통령과 정부 각료들에 대하여 대법원의 형사부에서만 취급하도록 특별한 형사 절차 규정을 두고 있다. 이러한 규정도 의회 의원들의 경우와 마찬가지로 로마규정과 충돌하지 않는 것으로 해석된다.²¹⁸⁾ 헌법 제102조 제2항에서 규정하고 있는 범죄행위는 ICC의 관할범죄들에는 포함되지 않고 그 목적도 상이하므로, 공직자들에 대한 기소를 위해 특별한 요건을 정하고 있는 헌법 제102조 제2항이 ICC의 관할권 행사를 방해하는 것으로 해석되지는 않는다.²¹⁹⁾

결국 스페인의 경우 국왕은 ICC 관할범죄를 저지를 수 있는 실질적

214) Ibid.

215) Ibid.

216) Ibid.

217) 영문은 다음과 같다.

Article 102 :

1. The President and other members of the Government shall be held criminally liable, should the occasion arise, before the Criminal Section of the Supreme Court.
2. If the charge is of treason or of any offence against the security of the State committed in the exercise of their office, it may only be brought on the initiative of one quarter of the members of Congress and with the approval of the absolute majority thereof.
3. The Royal prerogative of pardon shall not be applicable in any of the cases provided for under the present article.

218) Juan Antonio Yáñez-Barnuevo and Áurea Roldán, *op. cit.*, p.213.

219) Ibid.

인 권한이 없으므로 국내적이든 ICC가 관할권을 행사하는 경우이든 별 다른 문제가 없다고 보고 있다. 의회의원이나 대통령 또는 정부 각료들의 경우에도 원칙적으로 국내 법원에서는 헌법상의 면책특권 또는 특별한 절차규정을 향유하는 것으로 해석된다. 다만 ICC에 대하여는 국내법상의 면책특권이나 특별한 절차규정을 주장할 수 없으므로 ICC가 관할권을 행사하는 경우에는 ICC에로의 인도를 막지 못하는 것으로 보고 있다.

(5) 노르웨이

노르웨이는 전통적으로 국내법과 국제법과의 관계에 대해 이원론적 입장에서 있으므로 국제법상의 법적 의무가 국내에 적용될 수 있기 위해서는 이행입법이 필요하다고 보고 있다.²²⁰⁾ 특히 죄형법정주의 원칙을 확실히 보장하기 위해서는 특정한 국내법의 개정이 필요할 수 있는데, ICC의 요청이 노르웨이 형사절차법상의 개인의 권리보호 원칙을 벗어나는 경우 이에 해당할 수 있다고 보았다.²²¹⁾ 로마규정의 경우 대부분 ICC에게만 적용될 성격의 조항들이므로 노르웨이 국내법 개정의 필요성은 적으나 ICC의 요청에 따른 협력과 관련한 일부 조항들은 노르웨이 국내법 개정 등 국내 입법조치가 필요하다고 보았다.²²²⁾

로마규정은 조약의 비준 전에 필요한 이행법률의 채택이 있어야 한다는 전통적인 방식에서 벗어나 예외적으로 필요한 입법 조치 없이 비준되었다.²²³⁾ 정부가 의회에 제출한 로마규정 비준 동의 요청서에 헌법과

220) Rolf Einar Fife, "Norway", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), p.282.

221) Ibid.

222) Ibid.

관련된 문제들을 포함하여 로마규정에 대한 광범위한 분석과 검토가 포함되어 있었고, 이미 이전에 의회에서 두 개의 임시 국제형사재판소들인 ICTY 및 ICTR과 관련된 이행법률에 대한 검토와 채택이 있었던 점이 주요 원인으로 작용하였다.²²⁴⁾

의회는 “로마규정 비준 동의에 관한 외교관계에 관한 상임위원회 {The Standing Committee on Foreign Affairs concerning consent to the Ratification of the Statute of 17 July 1998 of the ICC(the Rome Statute)}”는, 로마규정에 의해 설립될 ICC는 당사국 국내 법원보다 우선하지 않고, 당사국이 관할권을 고의로 행사하지 않거나 행사할 수 없는 경우에 수사, 기소 및 재판을 진행하게 된다는 점에서 로마규정과 노르웨이 헌법 간에 충돌은 없다고 보았다.²²⁵⁾

노르웨이는 2000년 2월 로마규정을 비준하였다. 국내 이행법률{Act of No.65 15 June 2001 Relating to the Implementation of the Statute of the ICC of July 1998(The Rome Statute) in Norweign Law}은 2001년 6월 제정되었다. 이행법률에서는 ICC로부터 범죄인 인도요청 및 기타의 지원요청이 있는 경우 동법에 따라 절차를 진행하도록 규정하고 있다.

노르웨이 정부는 로마규정 비준 과정에서 노르웨이 헌법 제5조²²⁶⁾에서 규정하고 있는 국왕의 면책특권과의 관계에 대한 논의가 있었으나 로마규정 비준에 별다른 장애가 된다고는 생각하지 않았다.²²⁷⁾ 로마규정

223) Ibid.

224) Ibid.

225) Ibid., p.293.

226) 영문은 다음과 같다.

Article 5

The King's person is sacred; he cannot be censured or accused. The responsibility rests with his Council.

227) Rolf Einar Fife, op. cit., pp.289-290.

제27조는 ICC의 재판규범으로서 적용되는 것이지 당사국들에게 직접 국내적인 처벌 의무를 부과하는 것은 아니므로 노르웨이 국왕은 여전히 국내 법원에서 면책특권을 향유하고, 로마규정 제27조를 근거로 국왕을 국내 법원에 기소할 수는 없다고 보았다.²²⁸⁾ 로마규정 비준이 있었다고 하여 상황이 달라진 것은 아니라는 것이다.²²⁹⁾

(6) 스웨덴

스웨덴은 2001년 6월 로마규정을 비준하여 로마규정의 36번째 당사국이 되었다. 스웨덴에서도 국가원수인 국왕의 면책특권과 로마규정 제27조의 공적지위 무관련성 원칙간의 충돌여부가 문제되었다. 스웨덴 국왕은 수백 년 동안 공적, 사적 행위에 대해 절대적인 형사 면책특권을 누리고 있었고 이러한 특권은 1974년 헌법(the Instrument of Government) 제5장 제7조²³⁰⁾에 규정되어 있다. 그러나 외형상 면책특권과 로마규정이 충돌될 수 있는 것처럼 보이나 스웨덴 국왕은 헌법상 국정권한이 없어 ICC 관할범죄를 범하는 것은 불가능하므로 헌법 개정이 없더라도 로마규정 비준에 장애가 될 수 없다고 보았다.²³¹⁾

같은 헌법 제12장 제3조 내지 제8조에서는 스웨덴의 의회(Riksdag) 의원, 장관, 최고재판소 판사들도 헌법상 면책특권을 향유하고, 장관이나 판사들의 공적임무 수행 중의 범죄행위에 대해서는 특정 기관에 의해서

228) Ibid., p.291.

229) Ibid.

230) 영문은 다음과 같다.

Art. 7. The King cannot be prosecuted for his actions. Neither can a Regent be prosecuted for his actions as Head of State.

231) Hakan Friman, "Political and Legal Considerations in Sweden relating to the Rome Statute for the International Criminal Court", in Roy S. Lee(eds.), States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law(Transnational Publishers Inc., 2005), p.129.

만 절차가 개시될 수 있으며, 최고재판소에서 재판을 받도록 규정하고 있다.²³²⁾ 로마규정 비준과정에서 그러한 면책특권과 공적지위 무관련성 원칙과의 관계가 문제되었다. 현직 의회 의원들에 대해서는 형사절차 개시 전에 의회의 특권 포기가 있으면 형사절차가 가능하고(헌법 제4장 제8조²³³⁾), 다른 면책특권자들의 경우에도 특권의 포기가 가능한 것으로 해석됨으로써 로마규정상의 의무와 양립 가능한 것으로 생각되어졌다.²³⁴⁾

한편 스웨덴의 경우 로마규정을 비준하는 과정에서, 국내법상 면책특권을 향유하고 있고 헌법상 기소와 재판에 대하여 특별한 권한이 규정된 국가공무원들에 대해 ICC의 조사와 기소를 받아들임으로써 스웨덴이 사법권을 ICC에게 이전하게 되는 것이 아닌가 하는 점이 고려되었다. 권한이전에 관한 헌법상의 원칙상 헌법 개정 없이는 헌법에 직접 규정되지 않은 권한의 이전에 한정되고(헌법 제10장 제5조), 면책특권이 포기된 사건에 대하여 기소하고 재판할 스웨덴 법원의 권한은 명시적으로 헌법에 규정되어 있으므로 이러한 권한은 이전될 수 없기 때문이다.

이에 따라 스웨덴 정부가 ICC의 협력요청을 이행하지 못하게 되는 상황을 피하기 위해서 헌법 개정이 반드시 필요하다는 견해가 있었다.²³⁵⁾ 그러나 의회 위원들의 다수는 로마규정 비준 과정에서 이러한 점이 로마규정 비준에 장애가 된다고 생각하지는 않았다.²³⁶⁾ 비록 이론상

232) Ibid.

233) 영문은 다음과 같다.

Art. 8. No person may take legal action against a person who holds a mandate as a member of the Riksdag, or who has held such a mandate, deprive him of liberty, or restrict his movements within the Realm on account of an act or statement made in the exercise of his mandate, unless the Riksdag has given its consent thereto in a decision in which at least five sixths of those voting concur.

234) Hakan Friman, "op. cit., pp.129-130.

235) Ibid., p.130.

국왕과 의회의원 등의 면책특권과 로마규정 제27조의 상충가능성이 존재하나 이는 로마규정 비준 이후에 해결할 수 있는 문제로 보았다.²³⁷⁾

(7) 스위스

스위스는 국제법에 대하여 일원론의 입장을 취하고 있으며, 비준·공포된 조약은 원칙적으로 국내법보다 우위의 효력을 가진다고 보고 있다.²³⁸⁾ 스위스 연방 헌법(1998년)에서는 국제조약의 비준에 관한 결정이 필수적 국민투표²³⁹⁾의 대상이 되는 경우에는 연방의회는 해당 조약의 시행과 관련한 헌법 개정을 그 비준 여부 결정에 포함시킬 수 있고(제141a조 제1항), 임의적 국민투표²⁴⁰⁾의 대상인 경우 연방의회는 해당 조약의 시행과 관련한 법률개정을 그 비준 여부 결정에 포함시킬 수 있도록(제141a조 제2항) 규정하고 있다.

로마규정의 가입 및 이행법률의 제정은 헌법의 규정에 따라 연방의회의 동의 절차를 거쳐 이루어졌다. 다만 ICC 가입이 헌법 제140조의 필수적 국민투표를 요구하는 초국가적 공동체 가입에 해당하는지 여부에 대해 일부 논란이 있었으나, 연방내각 및 연방의회 모두 ICC가 입법 권한을 가진 기구가 아니며 제한된 범죄에 대한 처벌권한을 가진 국제기구인 점에서 초국가적 공동체가 아니라고 보아 필요적 국민투표의 대상은

236) Ibid.

237) ILA, Toronto Conference(2006) International Criminal Court, Second Report by Professor Göran Sluiter, Co-rapporteur, pp.3-4. 그러나 현재까지 헌법 개정은 이루어지지 않았다.

238) Michael Cottier, op. cit., p.221.

239) 스위스 헌법 제140조에서는 집단적 안전보장기구 또는 초국가적 공동체 가입은 필수적 국민투표 사안으로 규정하고 있다(동조 제1항 b.호).

240) 스위스 헌법 제141조에서는 유효기간이 한정되지 아니하고 폐지의 통고가 정해지지 아니한 조약, 국제기구에의 가입과 관련된 조약, 중요한 법률 규정을 포함하고 있거나 그 시행에 연방법의 제정이 필요한 조약은 임의적 국민투표 사안으로 규정하고 있다(동조 제1항 d.호).

아니라고 보았다.²⁴¹⁾

스위스는 1998년 7월 로마규정에 서명을 하였고 2001년 6월 의회에서 로마규정 비준 동의를 하면서 관련 이행법률들인 “2001년 6월 22일 ICC에 관한 로마규정의 승인 법률”²⁴²⁾, “2001년 6월 22일 형법 및 균형법 수정 연방법률”²⁴³⁾, “2001년 6월 22일 ICC와의 협력에 관한 연방법률”²⁴⁴⁾을 공포하였다. 2001년 10월에 유엔사무총장에게 비준서가 기탁되어 43번째 로마규정 당사국이 되었으며, “2001년 6월 22일 형법 및 균형법 수정 연방법률”과 “2001년 6월 22일 ICC와의 협력에 관한 연방법률”은 로마규정 발효일인 2002년 7월 1일 시행되었다.²⁴⁵⁾

로마규정 비준 당시에 연방의회 의원, 연방내각 각료 및 연방내각사무처 처장의 의회 및 소속기관에서의 발언에 대해 면책규정을 두고 있는 연방헌법 제162조와²⁴⁶⁾ 로마규정 제27조와의 충돌여부에 대해 논란이 있

241) Michael Cottier, op. cit., pp.222-223. ; Jürg Lindemann and Olivier Thormann, “Switzerland”, in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.426-427.

242) 영문으로 Federal Decree on the approval of the Rome Statute of the International Criminal Court of 22 June 2001.

243) 영문으로 Federal Law amending the Criminal Code and the Military Criminal Code(infringement of provisions on the administration of justice in International Court) of 22 June 2001.

244) 영문으로 Federal Law on cooperation with the International Criminal Court of 22 June 2001.

245) Jürg Lindemann and Olivier Thormann, op. cit., p.429.

246) 연방헌법 제162조에서는 연방의회 의원, 연방내각 각료 및 연방내각사무처의 처장은 양 의회 및 그 소속기관에서의 발언에 대하여 사법적 책임을 지지 않는다고 규정하고 있다(제1항). 면책특권의 유형 및 대상자의 확대에 관하여는 법률로 정할 수 있도록 하고 있다(제2항). 해당 헌법조항의 영문은 다음과 같다.

Art. 162 Immunity

1. The members of the Federal Assembly and the Federal Council as well as the Federal Chancellor may not be held liable for statements that they make in the Assembly or in its organs.
2. The law may provide for further forms of immunity and extend its scope to include other persons.

었다. 그러나 2000년에 스위스가 비준한 집단살해방지협약 제4조의 경우 연방의회 의원, 연방이사회 구성원, 연방내각 각료 등에 대하여 국내법상 면책특권을 규정한 연방헌법 제162조 제1항을 국제법에 부합하도록 해석하지 않은 이상 양자는 충돌될 여지가 있었다고 본데 비해 로마규정 제27조는 이와 다른 것으로 보았다.²⁴⁷⁾ 집단살해방지협약은 스위스에 대해 국내적으로 집단살해죄를 처벌할 의무를 부과하고 있는데 비해, 로마규정은 국제법상의 범죄를 국내적으로 처벌할 의무까지 직접 부과하는 것은 아니고 범죄인 인도 및 사법공조와 관련하여 ICC에게 협력할 의무를 부과하고 있다는 것이다.²⁴⁸⁾

그러나 로마규정과 관계없이 스위스는 관습국제법이나 강행규범 등 국제형사법상의 원칙을 따를 의무가 있고, 따라서 집단살해죄나 인도에 반한 죄, 전쟁범죄 등 국제법상의 중대범죄를 범한 사람에 대하여는 헌법 제162조 제1항이 적용되지 않는다고 해석되었다.²⁴⁹⁾ 그 후 2010년 6월 형법을 개정하여(시행은 2011년 1월 1일) 로마규정 제5조 내지 제8조와 관련된 집단살해죄, 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄를 스위스 형법 제264조 내지 제264J조에 규정함으로써 스위스 국내법으로도 실체법적 근거를 마련하였다.²⁵⁰⁾

(8) 호주

호주는 1998년 12월 로마규정에 서명하였고 2002년 7월 로마규정을 비준하였다. 호주는 국제법에 대하여 이원론적 입장을 취하고 있으므로

247) Michael Cottier, op. cit., p.242.

248) Ibid.

249) Ibid, pp.243-244..

250) 다만 집단살해죄는 집단살해방지협약 가입 시인 2000년 3월 스위스 형법 제264조에 먼저 편입되었고, 그 후 2010년 6월 스위스 형법에 로마규정이 반영되면서 나머지 죄와 함께 개정되었다.

국내 이행 입법을 통한 변형절차 없이는 조약이 곧바로 호주 국내에 적용될 수 없고 따라서 조약의 적용을 위해서는 연방법률로 이행법률의 제정이 필요하였다.²⁵¹⁾ 따라서 로마규정의 이행을 위하여 2002년 국제형사재판소법(the International Criminal Court Act 2002)과 ICC와의 협력법(ICC Cooperation Act)을 제정하였다.

호주에서도 로마규정 비준 과정에서 로마규정 제27조의 공적지위 무관련성 원칙과 호주 헌법 제49조²⁵²⁾에서 규정하고 있는 의회 의원들의 면책특권과 관련하여 충돌여부가 논란이 되었다.²⁵³⁾ 국제사면위원회(Amnesty International)나 국제인권감시기구(Human Rights Watch)는 “조약에 관한 의회합동 위원회(the Parliamentary Joint Standing Committee on Treaties, 이하 JSCOT라고 한다)”에게, 로마규정 제27조와 관련하여 공적지위에 따른 국내법상의 면책특권 또는 외국국가면제법, 외교특권면제법상의 면제의 적용을 배제하는 규정을 둘 것을 권고하였다.²⁵⁴⁾ 이에 따라 JSCOT는 최종보고서에서 법무부장관(the Attorney General)에게 로마규정 제27조에 따른 의무를 로마규정 이행법률에 명확

251) Gillian Triggs, “Implementation of the Rome Statute for the International Criminal Court : A Quiet Revolution in Australian Law”, Sydney Law Review Vol 25:507(2003), pp.516-517. ; Pauline Collins, “What is good for the Goose should be good for the Gander : The Operation of The Rome Statute in The Australian Context”, UNSW Law Journal, Vol.32(1)(2009), p.106.

252) 원문은 다음과 같다.

Commonwealth of Australia Constitution Act 49.

The powers, privileges, and immunities of the Senate and of the House of Representatives, and of the members and the committees of each House, shall be such as are declared by the Parliament, and until declared shall be those of the Commons House of Parliament of the United Kingdom, and of its members and committees, at the establishment of the Commonwealth.

253) Helen Brady, “Australia”, in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.7-8.

254) Ibid., p.8.

히 규정할 필요가 있다고 권고하였으나 최종 법률에 포함되지 않았다.²⁵⁵⁾ 관습국제법에 따라 ICC는 공적지위와 관계없이 국제범죄를 저지른 개인을 처벌할 수 있으므로 로마규정 제27조의 내용을 이행법률에 반복적으로 규정할 필요가 없다는 법무부의 의견이 반영되었다.²⁵⁶⁾

따라서 로마규정 제27조와 관련된 별도의 규정을 두지 않더라도 ICC 및 국내 법원 모두에 있어서 범죄인의 공적지위가 기소에 장애가 되지 않는다고 해석되고 있다.²⁵⁷⁾ 다만 로마규정 제27조 및 제98조의 적용과 관련하여서는 논란이 있었고 ICC와의 협력법에서 이에 관한 절차 규정을 두고 있다.

(9) 폴란드

폴란드는 로마규정 비준시 로마규정 제27조의 공적지위 무관련성 원칙이 1997년 10월 새로 시행된 헌법 조항들과 충돌하는지 여부가 정부 내에서뿐만 아니라 의회의 법률 비준 동의 과정에서 논란이 되었다.²⁵⁸⁾

다수의 견해는 폴란드 헌법상의 면책특권 규정들이²⁵⁹⁾ 로마규정 제27조와 불일치하므로 헌법 개정이 필요하다는 의견이었다.²⁶⁰⁾ 이 문제는 로마규정의 보충성의 원칙과 연관 지어 논의되었다. 즉 폴란드 헌법상의

255) Ibid.

256) Ibid.

257) Ibid.

258) Beata Ziorkiewicz. "Poland", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), p.295.

259) 1997년 폴란드 헌법 제105조에는 의원들은 직무 활동과 관련하여 책임을 지지 않도록 규정하고 있고, 헌법 제145조에서는 대통령에 대한 기소는 국회 2/3 이상의 결의가 있어야 가능하도록 규정하고 있으며, 헌법 제156조에서는 정부각료에 대해, 제181조에서는 판사에 대해 특별한 절차규정을 두는 등 다양한 면책 또는 특별절차 규정을 두고 있다.

260) Beata Ziorkiewicz. op. cit., p.297.

면책특권 규정이나 특정 기관의 동의를 필요하도록 한 규정으로 인해 면책특권 향유자를 ICC에게 인도하는 것에 문제가 있고 폴란드 국내 법원 또는 동등한 다른 사법기관에서 처벌하는 것도 불가능하므로, 이러한 상황에 처하는 경우는 로마규정 제17조에서 규정하고 있는 진정한 처벌의 사가 없는 경우에 해당하여 ICC의 보충적 관할권의 대상이 될 수 있다는 것이다.²⁶¹⁾

그럼에도 폴란드 정부는 로마규정 이행을 위한 헌법 개정의 필요성은 필요불가결한 것이 아니라는 입장을 취하였다.²⁶²⁾ 헌법으로 보호받는 형사상 면책특권은 헌법상 부여된 기능을 수행하는 것을 가능하도록 하기 위하여 개인에게 부여된 것이고 오직 국내법에서만 적용되므로, 관습국제법에서 비롯된 개인의 형사책임을 헌법상의 면책특권 규정으로 배제할 수는 없다고 보았다.²⁶³⁾ 뉘른베르크 원칙과 그 이후의 국제법상 관행에 비추어 심각하고 중대한 국제법상의 범죄 행위자에 대한 책임은 구속력이 있는 관습국제법을 형성하였다고 보았다.²⁶⁴⁾

이러한 국제법의 우위는 헌법에도 규정되어 있는데 국제법 존중 의무를 규정하고 있는 헌법 제9조, 국제법상의 범죄를 저지른 경우에는 죄형법정주의의 예외로서 처벌하도록 규정하고 있는 헌법 제42조 후문이어이 해당한다고 보았다.²⁶⁵⁾ 또한 새로 제정된 1997년 헌법 제241조 제2항에서는 각료이사회로 하여금 헌법 시행 2년 내에 헌법과 부합하지 않는 조항을 포함하고 있는 국제조약을 국회에 제출하도록 하였음에도, 공적지위 무관련성 원칙 규정을 포함하고 있는 집단살해방지협약을 제출하

261) Ibid., pp.298-299.

262) Ibid., p.299.

263) Ibid.

264) Ibid.

265) Ibid.

지 않은 점에서, 폴란드 정부는 그러한 조약들과 헌법 간에 조화로운 해석이 가능하다고 본 것으로 추정된다.²⁶⁶⁾

폴란드 정부는 로마규정 기준을 위하여 헌법 개정이 필요하지 않다는 내용으로 비준법률을 국회에 제출하였고, 폴란드 국회에서는 장기간 폭넓은 검토와 전문가 의견을 고려한 후 정부의 주장을 채택하였다.²⁶⁷⁾ 이러한 채택에는 실질적인 이유뿐만 아니라 당시 개정된 폴란드 헌법이 공산주의 패망 이후 처음으로 마련된 헌법이기 때문에 로마규정 기준으로 인하여 개헌문제가 다시 불거지는 것이 바람직스럽지 않다는 정치적이며 실용적인 이유도 작용하였다.²⁶⁸⁾

(10) 남아프리카 공화국

남아프리카 공화국은 1998년 7월 로마규정에 서명하였다.²⁶⁹⁾ 남아프리카 공화국은 국제법에 대하여 이원론적 입장을 취하고 있으므로 비준된 조약이 국내적으로 효력을 가지기 위해서는 의회의 이행입법 제정이 있어야 한다.²⁷⁰⁾ 따라서 2000년 11월 로마규정을 비준한 후 의회는 2002년에 로마규정 이행법률(the Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act 27 of 2002)을 제정하였다.²⁷¹⁾

남아프리카 공화국에서는 로마규정 제27조와 헌법과의 충돌여부는

266) Ibid.

267) Ibid.

268) Ibid., p.300.

269) Sivuyile Maqungo, "Implementation the ICC Statute in South Africa", in Claus Kreß and Flavia Lattanzi (eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. I: General Aspects and Constitutional Issues(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000), p.183.

270) Ibid.

271) Hennie Strydom, "South Africa's Implementation of the Rome Statute", in Roy S. Lee(eds.), States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law(Transnational Publishers Inc., 2005), p.105.

문제되지 않았다.²⁷²⁾ 왜냐하면 남아프리카 공화국은 헌법에 국가원수에 대하여 면책특권을 인정하는 규정을 두지 않고 있고 자국민 인도 금지 규정도 없기 때문이다.²⁷³⁾

로마규정 이행법률 제4조 제2항²⁷⁴⁾에서는 “관습 또는 협약상의 국제법을 포함한 다른 법률에서 달리 정하고 있다고 하더라도, 그 사람이 정부 수반 또는 정부나 의회의 구성원, 정부 공무원 대표였거나 대표인 사실, 정부나 상사의 명백한 불법 명령에 복종하여야 할 의무가 있는 정보요원 또는 군인인 사실이 범죄에 대한 항변, 감경사유가 될 수 없다”고 규정하여 공적지위에 따른 면제를 일체 인정하지 않음을 명확히 하였다.²⁷⁵⁾

“다른 법률에서 달리 정하고 있다고 하더라도”의 문구는 1981년 외국국가면제법(the Foreign States Immunities Act 87 of 1981)상의 국가원수, 고위관리의 면제를 의미하는 것으로 동법에 규정된 면제는 ICC 관할범죄에 적용되지 않게 되었다.²⁷⁶⁾ 로마규정 이행법률을 통하여 남아

272) Sivuyile Maqungo, “Implementation the ICC Statute in South Africa”, op. cit., p.192.

273) Ibid.

274) 영문은 다음과 같다.

4.(1) Despite anything to the contrary in any other law of the Republic, any person who commits a crime, is guilty of an offence and is liable on conviction to a fine or imprisonment, including imprisonment for life, or such imprisonment without the option of a fine, or both a fine and such imprisonment.

(2) Despite any other law to the contrary, including customary and conventional international law, the fact a person-

(a) is or was a head of State or government, a member of a government or parliament, an elected representative or a government official : or

(b) being a member of a security service or armed force, was under a legal obligation to obey a manifestly unlawful order of a government or superior,

is neither -

(i) a defence to a crime; nor

(ii) a ground for any possible reduction of sentence once a person has been convicted of a crime.

275) Hennie Strydom, op. cit., p.107.

프리카 공화국은 ICJ의 콩고외무장관 체포영장 사건으로 야기된 정부 공무원 등의 면제와 관련된 불확실성으로부터 자유롭게 되었다는 평가를 받았다.²⁷⁷⁾

다만 로마규정 이행법률 제5조 1항²⁷⁸⁾에 따라 기소는 단지 검찰총장(National Director of Public Prosecution, NDPP)의 동의하에서만 가능하다.²⁷⁹⁾ 만약 검찰총장이 기소를 하지 않기로 결정하는 경우 동법 제5조 제5항²⁸⁰⁾에 따라 검찰총장은 충분한 이유를 중앙기구(the Central Authority)²⁸¹⁾에 제공하여야 하고, 중앙기구는 이유와 함께 ICC 사무국에 그 사실을 통보하여야 한다.

(11) 아르헨티나

아르헨티나의 경우 헌법 제53조, 제59조, 제60조에서 대통령, 부통령,

276) Ibid.

277) Ibid. pp.107-108. ; ILC도 남아프리카 공화국의 입장에 대해, 정부 관료들의 면제보다 로마규정 제27조를 우위에 둔 것으로서 ICJ의 콩고외무장관 체포영장 사건을 따르지 않은 유일한 사례로 평가하고 있다. ILC, Rio De Janeiro Conference(2008), International Criminal Court, Third Report by Göran Sluiter & William Schabas, p.12.

278) 영문은 다음과 같다.

5.(1) No prosecution may be instituted against a person accused of having committed a crime without the consent of the National Director.

279) Ibid., p.108.

280) 영문은 다음과 같다.

5.(5) If the National Director, for any reason, declines to prosecute a person under this section, he or she must provide the Central Authority with the full reasons for his or her decision and the Central Authority must forward that decision, together with the reasons, to the Registrar of the Court.

281) 중앙기구(the Central Authority)는 “사법 및 헌법개발부의 장(the Director-General of the Department of Justice and Constitutional Development)”이 담당하고 있으며 남아프리카 공화국과 ICC 간의 협력과 관련하여 공식적인 창구역할을 맡고 있다 {Hennie Strydom, op. cit., p.108. ; Sivuyile Maqungo, “South Africa”, in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), p.334.}

장관, 국회의원, 최고재판소 판사 및 옴브즈만의 직위박탈을 위해서는 미국의 탄핵과 유사한 “juicio politico”라는 헌법상의 특별절차를 따르도록 하고 있다.²⁸²⁾ 이러한 특별절차는 하원(Chamber of Deputies)의 소추와 상원(Senate)의 2/3 이상 다수의 결정으로 이루어진다.²⁸³⁾ 위 절차는 직위 박탈 이전에는 형사절차의 개시를 막는 것으로서 직위가 박탈되기까지 체포로부터도 보호되는 것으로 해석되고 있다.²⁸⁴⁾

의회의원들은 헌법 제69조에 따라 중대 범죄의 현행범인 경우가 아니면 선출 이후부터 체포로부터 면제되고, 의회의원들을 구금하기 위해서는 헌법 제70조에 따라 소속 기관 투표에서 2/3 이상의 찬성이 필요하다.²⁸⁵⁾ 이러한 절차를 “desafuero”라고 부르고 있다.²⁸⁶⁾ 그러나 이 절차는 실제적 또는 인적 면제를 수반하는 것이 아니어서 사직, 임기만료 또는 해임이 되면 더 이상 수사나 재판 절차의 장애가 없다고 보고 있다.²⁸⁷⁾

특별절차인 “juicio politico”와 “desafuero”는 비록 특정 공무원들에 대한 형사절차의 전제조건이 되는 특별한 절차이지만, 의회가 형사절차의

282) Silvia A. Fernandez de Gurmendi, “Argentina’s Draft Law to Implement the Rome Statute”, in Roy S.Lee, States’ Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (Transnational Publishers Inc., 2005), p.167. ; Silvia A. Fernandez de Gurmendi and Jose Luis Fernandez Valoni, “Argentina”, in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005). p.4.

283) Silvia A. Fernandez de Gurmendi and Jose Luis Fernandez Valoni, op. cit., p.4.

284) Silvia Fernandez de Gurmendi, op. cit., p.167. ; Silvia A. Fernandez de Gurmendi and Jose Luis Fernandez Valoni, op. cit., p.5.

285) Silvia Fernandez de Gurmendi, op. cit., p.167. ; Silvia A. Fernandez de Gurmendi and Jose Luis Fernandez Valoni, op. cit., p.5.

286) Ibid.

287) Silvia Fernandez de Gurmendi, op. cit., p.168. ; Silvia A. Fernandez de Gurmendi and Jose Luis Fernandez Valoni, op. cit., p.5.

개시 또는 ICC에 대한 의무이행을 위하여 그러한 공무원들의 면책특권을 즉시 제거시키면 로마규정상의 의무이행이 가능하므로 그 절차 자체로 로마규정과 양립 불가능한 것으로 해석되지는 않았다.²⁸⁸⁾

다만 의회 의원들이 입법활동 과정에서 한 의견이나 연설에 대해서는 헌법상 유일하게 형사상 면책특권(실체적 면제)이 인정되므로 비록 명예훼손, 범죄선동 등에 해당하더라도 의회의원들이 임기가 종료된 이후까지 면책이 가능한 것으로 해석되고 있다.²⁸⁹⁾ 비록 의회가 헌법 제66조에 따라 해임 등 징계권을 가지고 있지만 그러한 조치가 면제의 포기나 로마규정상의 보충성의 요건을 충족하는 것에 해당하지는 않는다고 보고 있다.²⁹⁰⁾

따라서 의회 의원들의 발언, 표결에 관한 면책특권은 로마규정 제27조 및 제25조 제3항과 불일치 될 수 있는 것으로 해석되었다.²⁹¹⁾ 그러나 아르헨티나는 조약의 효력과 관련하여 구체적 사건에서 조약으로 인하여 권리가 침해되었다는 개인의 주장이 법정에서 제기되어야 비로소 사법부가 개입한다는 점에서는 미국식 모델에 가깝고, 따라서 로마규정 체결 이전에 미리 헌법상의 충돌을 고려하거나 대법원, 기타 특별한 기관에 자문을 구할 필요는 없었다.²⁹²⁾

(12) 일본

일본 헌법에는 국제법 또는 국제조약의 국내법적 지위에 관하여 명

288) Ibid.

289) Silvia Fernandez de Gurmendi, op. cit., p.168. ; Silvia A. Fernandez de Gurmendi and Jose Luis Fernandez Valoni, op. cit., p.5.

290) Silvia Fernandez de Gurmendi, op. cit., p.168. ; Silvia A. Fernandez de Gurmendi and Jose Luis Fernandez Valoni, op. cit., p.5.

291) Silvia Fernandez de Gurmendi, op. cit., p.168. ; Silvia A. Fernandez de Gurmendi and Jose Luis Fernandez Valoni, op. cit., pp.5-6.

292) Silvia A. Fernandez de Gurmendi and Jose Luis Fernandez Valoni, op. cit., p.3.

시적인 규정을 두고 있지 않다.²⁹³⁾ 다만 헌법 제98조 제2항에서 “일본이 체결한 조약 및 확립된 국제법규는 이것을 성실하게 준수할 것을 필요로 한다”라고만 규정하고 있다. 일본은 헌법 제98조 제2항의 의미를 조약과 관습국제법이 국내 법률보다 우위의 효력을 지니는 것으로 해석하고 있다.²⁹⁴⁾ 국제법은 국내적 입법조치 없이 직접 국내적 효력을 가진다고 보고 있으나 실제에 있어서 일본의 법원들은 국내법이 국제법과 충돌된다는 해석을 피함으로써 국내법의 효력을 가급적 유지시키려는 태도를 보이고 있다.²⁹⁵⁾

일본은 로마규정의 가입 이전에 로마규정의 내용, 목적, 파급효과, 국내법과의 일치여부 등을 전반적으로 검토하였으나 서명 마지막 날인 2000년 12월 31일까지 서명하지 않았다. 왜냐하면 로마규정의 모든 법적 의무에 대한 평가가 어려웠고 그에 따라 시의적절한 국내입법이 필요한지에 대한 결정을 내리기가 어려웠기 때문이다.²⁹⁶⁾ 특히 집단살해방지협약에 가입하고 있지 않은 상황에서 집단살해죄의 선동행위가 광범위한 언론의 자유 및 의회 의원들의 면책특권과 충돌될 가능성을 우려하였다.²⁹⁷⁾ 또한 미국과의 관계도 고려하였다. 미국이 로마규정에 가입하지 않는 상황에서 일본의 방위와 밀접하게 관련된 미군을 고려한 정치적인 이유로 로마규정에 대한 가입이 지연되었다.²⁹⁸⁾ 로마규정이 발효된 지 5

293) 히가시자와 야스시, “재판규범으로서의 국제인권법 - 사법에 의한 국제인권법의 실현을 향하여 -”, 한·일 심포지엄 국제인권법의 국내이행 : 현황과 과제(국가인권위원회, 2006), p.89.

294) 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), op. cit., p.129.

295) Ibid.

296) Naoko Saiki, “Japan’s View on the International Criminal Court and Some of its Issues of Implementation”, in Roy S.Lee, States’ Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law(Transnational Publishers Inc., 2005), p.259.

297) ILA, Toronto Conference(2006), International Criminal Court, Second Report by Professor Göran Sluiter, p.2.

298) Kanako Takayama, Participation in the ICC and the National Criminal Law of

년이 지난 2007년에 일본은 로마규정을 비준하였다. 이와 더불어 국제형사재판소에 대한 협력 등에 관한 법률을 제정하였다.

일본에서는 통상 조약을 국내의 법률보다 우위에 있다고 보므로 조약 비준 이전에 관련 국내 법률을 개정하는 것이 보통이었다.²⁹⁹⁾ 그러나 로마규정을 비준함에 있어서는 일본 형법이나 형사소송법 등 국내법은 개정하지 않았고, 국내 형사법에 집단살해죄 등 ICC 관할 범죄에 대한 처벌 규정을 마련하지도 않았다.³⁰⁰⁾ 로마규정에서 ICC 관할범죄를 국내법으로 처벌하도록 의무를 부과하고 있지 않은 점은 있지만 일본 정부는 국제인권 관련 조약에서의 경우와 마찬가지로 국내적으로 로마규정을 이행하는데 있어 소극적인 입장을 취하고 있다.³⁰¹⁾

국가원수와 관련하여서는 헌법 제1장에서 국가 및 국민 통합의 상징으로 일본왕을 규정하고 매우 제한적인 권한을 부여하고 있고, 헌법 제4조에서는 일본왕은 헌법에 따라 부여된 사항에 대해서만 국사를 수행하고 내각에 관여할 권한이 없음을 명시하고 있다. 제7항에서 부여하고 있는 권한도 명목적인 것이고 의회의 권고와 승인 하에서 수행하도록 하고 있다. 결국 일본왕의 역할이 헌법과 법률에 따른 비정치적, 상징적 행위에 불과하므로 일본이 로마규정을 승인하는데 장애물이 되지는 않을 것으로 예상하였다.³⁰²⁾

일본의 경우 로마규정 제27조의 적용과 관련된 헌법상의 면책특권 규정은 제50조와 제51조이다. 제50조는 회기 중 의원에 대한 체포금지, 제51조는 의회 내에서의 발언에 대한 면책특권을 규정하고 있다. 의회법

Japan, Japanese Yearbook of International Law, Vol. 51(2008), pp.384-387.

299) Kanako Takayama, op. cit., p.388

300) Ibid., p.385.

301) Ibid., pp.391-393.

302) Naoko Saiki, op. cit., p.259.

제4장에서는 헌법 제50조의 예외를 허락하는 조건을 규정하고 있고 특히 의회법 제33조, 제34조에서는 소속 의회로부터 동의를 있으면 의원이라도 체포가 허용된다고 규정하고 있다. 발언, 토론 및 표결과 관련하여서는 양원 모두에서 면책특권이 인정되며 명시적으로 예외사항을 규정한 조항은 없다.³⁰³⁾ 현재로서는 로마규정 제27조와 위 헌법상의 면책특권 규정들 간의 적용관계에 대한 일본 정부의 명확한 입장은 알기 어렵다.

3. 소 결

가. 헌법과 국제법의 관계에 따른 검토

로마규정 제27조의 국내적 효력은 해당 국가의 헌법 질서와 그 국가가 로마규정을 실제 국내적으로 적용하는 방식 속에서 파악할 필요가 있다. 앞에서 살펴보았듯이 로마규정 당사국들은 헌법적 전통과 정치적 상황 등에 따라 국제법의 국내 적용에 대한 입장이 제각각이고 자국의 헌법적 질서 속에서 법리적 측면과 정치현실 등을 고려하여 로마규정 제27조와 국내법상의 면책특권과의 관계를 정하고 있음을 알 수 있다.

외국의 입법례에서 보았듯이 헌법과 국제법 간의 효력에 있어 헌법이 우위에 있다고 보는 국가들은 대체로 국내 형사절차에서 로마규정 제27조를 근거로 대통령의 면책특권을 배제할 수는 없다고 해석하고 있다. 프랑스나 독일의 경우가 그 대표적이다. 프랑스나 독일 모두 조약의 효력을 헌법보다 하위에 있다고 보고 결국 국내적으로 로마규정 제27조를 근거로 헌법상의 면책특권을 배제할 수는 없다고 보았다. 물론 헌법 개정 없이도 국내적으로 대통령이나 의회 의원을 처벌할 수 있다고 해석하

303) Ibid., pp.269-270.

는 국가들도 있지만, 오스트리아나 이탈리아의 예에서 알 수 있듯이 그러한 국가들은 이미 헌법 해석상으로 조약이나 관습국제법에 헌법 수준의 효력을 부여할 수 있는 나름의 근거를 갖고 있음을 알 수 있다.

더구나 우리의 경우 앞에서 살펴보았듯이 헌법과 국제법의 관계에 있어서 헌법이 조약이나 관습국제법보다 우위에 있고, 조약이 헌법에 위반되는 경우 위헌법률심사의 대상이 된다는 것이 현재까지 판례상 확립된 입장이고 다수 학자들의 견해이다. 이러한 상황에 비추어 볼 때 우리 검찰이나 법원이 헌법상의 면책특권 규정을 무시하고 로마규정 제27조를 적용하여 대통령을 기소하거나 처벌한다는 것은 생각하기 어렵다.

우리 헌법의 해석상 대통령은 헌법 제84조에서 예외사유로 명시하고 있는 내란 및 외환의 죄를 제외하고는 원칙적으로 재직 중 일체의 범죄 행위에 대해서 기소로부터 면제된다고 볼 수밖에 없다. 비록 집단살해죄 등 중대한 국제범죄 행위를 범한 경우라고 하더라도 국내법체계의 위계상 명시적인 규정이 없이 해석만으로 로마규정 제27조가 헌법상의 대통령의 면책특권 규정보다 우월하다고 보기는 어렵다.

국회의원의 불체포특권의 경우 다른 로마규정 당사국들도 로마규정 제27조와 충돌여지가 적다고 보는 경우가 많다. 의회의 동의가 있으면 체포가 가능하다고 규정하고 있으므로 동의가 크게 어렵지 않다고 보거나, 로마규정 비준 동의를 통하여 이미 체포에 동의를 한 것으로 볼 수 있다는 것이다. 스페인의 경우와 같이 의회 의원들의 불체포특권의 역사적 근거가 퇴색되었고 불체포특권은 국가기관들 간의 견제관계의 취지도 있으므로 국제형사재판소들에 대한 관계에서 주장할 수 없다고 보기도 한다.

우리의 경우 국회의원의 불체포특권이 기소까지 막는 것은 아니고 다만 신체의 체포·구속을 제한하는데 그친다는 점에서 원칙적으로 로마

규정 제27조와 양립불가능하다고 생각되지 않는다. 다만 다수당의 횡포나 정치적인 이유로 부당하게 장기간 국회가 체포에 동의를 하지 않거나 석방을 함으로써 사실상 형사절차가 진행되지 못하는 결과가 초래될 수 있다. 그러한 경우에는 로마규정 제27조에 배치되는 결과가 될 수 있고 ICC의 보충권 행사의 요건이 될 수 있을 것이다.

국회의원의 면책특권의 경우에도 외국의 다수 입법체가 로마규정 제27조와 충돌될 여지는 적다고 보고 있다. 국회의원의 면책특권으로 보호되는 발언·표결의 자유는 직무상의 것을 말하므로 범죄행위는 이에 해당하지 않고 국회의원이 의회활동으로 ICC 관할범죄를 저지를 소지가 크지 않기 때문이다. 다만 헌법 제45조에서 규정하고 있는 면책특권에 대해서 직무상 행한 발언을 넓게 해석하여 비인도적 범죄를 저지른 경우에도 형사처벌이 불가능하다고 보는 견해가 있다.³⁰⁴⁾ 그러나 우리의 경우에도 국회의원의 발언이 직무행위와 관련 없는 범죄행위에 대하여는 면책특권이 적용되지 않는다는 것이 통상적인 견해이다.³⁰⁵⁾

로마규정 제33조 제2항에서는 로마규정상 의 집단살해죄, 인도에 반한 범죄에 대한 명령은 명백한 불법이라고 명시하고 있고, 대한민국의 이행법률 제4조 제2항에서도 같은 취지의 규정을 두고 있다. 국회법 제146조도 “의원은 본회의 또는 위원회에서 다른 사람을 모욕하거나 다른 사람의 사생활에 대한 발언을 할 수 없다”고 규정하고 있다. 이에 비추어 볼 때 국회 내의 발언 행위가 집단살해죄나 인도에 반한 죄를 선동하거나 사주하는 행위에 해당할 경우 명백한 불법행위로서 직무행위와의 관련성을 부인하는 것이 타당하다.

304) 조용환, “국제형사재판소 규정 이행을 위한 국내법의 정비방향”, *op. cit.*, p.128.

305) 김철수, *op. cit.*, pp.1355-1356. ; 권영성, *op. cit.*, p.941. ; 정종섭, *op. cit.*, p.1185.

나. 내란 또는 외환의 죄에의 포함 가능성

헌법 제84조에서 기재하고 있는 내란 또는 외환의 죄는 형법 제87조 내지 제101조에서 규정하고 있는 형법상의 내란죄 및 외환죄 등을 의미한다고 보고 있다.³⁰⁶⁾ 내란죄와 외환죄 모두 국가의 존립 내지 안전을 보호 법익으로 하는 범죄인 점에서 공통적이고, 다만 내란죄는 국가의 내부적 안전이나 질서에 대한 공격인데 비해 외환죄는 외부적 안전이나 질서에 대한 공격이라는 점에서 차이가 있다.³⁰⁷⁾ 내란의 죄와 외환의 죄 모두 로마법의 “preduellio(반역죄)”에서 유래한 것으로서³⁰⁸⁾ 내란의 죄에는 영국 보통법상의 “treason(반역)”이 이에 해당하며³⁰⁹⁾ 외환의 죄에는 동양 고율(古律)의 모반죄(謀叛罪)가 이에 해당한다.³¹⁰⁾

이에 비해 ICC 관할범죄인 집단살해죄, 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄 등은 그 보호법익과 역사적 배경을 달리 하고 있고 우리 형법상의 범죄들의 구성요건과 상당한 차이가 있다. 그러한 이유로 우리 이행법률에서는 로마규정의 국내적 이행을 위하여 다시 집단살해죄 등의 개념, 구성요건 및 법정형을 각각 명시하고 있다.

우선 집단살해죄는 국민적, 민족적, 인종적 또는 종교적 집단의 전부 또는 일부를 그 자체로서 파괴할 의도를 가지고 집단 구성원의 살해, 집단 구성원에 대한 중대한 신체적 또는 정신적 위해의 야기, 강제이주 등의 행위를 하는 것을 말한다. 독일 나찌정권이 약 600만명의 유대인을 대량학살 했던 잔혹한 역사적 경험에 따라 제2차 세계대전 후인 1947년

306) 정중섭, *op. cit.*, p.1225. ; 박찬주, “대통령의 불소추특권에 관한 몇 가지 문제”, 법조, Vol.639(2009), p.32.

307) 이재상, *형법각론(제9판)*(박영사, 2014), pp.673-675, pp.683. ; 박재윤, 주석 *형법[각칙(1)](제4판)*(한국사법행정학회, 2006), p.41, p.83.

308) 이재상, *형법각론(제9판)*, *op. cit.*, p.674, p.684.

309) 박재윤, *op. cit.*, p.52.

310) *Ibid.*, p.83.

11월 유엔총회 결의 제96(1)에서 국제법상의 범죄로 선언되었다.³¹¹⁾ 그 후 1948년에 집단살해방지협약을 거쳐 로마규정 제6조에 규정되었다.³¹²⁾

인도에 반한 죄는 민간인 주민에 대하여 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 살해, 절멸, 노예화, 추방, 강제이주, 고문, 강간, 박해, 기타 비인도적 행위를 하는 것을 말한다. 인도에 반한 죄는 1915년경 터키의 아르메니아인 학살행위에 대해 프랑스, 영국 및 러시아 정부가 “인도와 문명에 반하는 범죄(crimes against humanity and civilization)”라고 비난하며 관계자에 대한 개인적 책임을 주장한 데서 비롯되었다.³¹³⁾ 그 후 제2차 세계대전 후의 뉘른베르크재판소 헌장, IMTFE 헌장, ICTY 헌장, ICTR 헌장 등을 거쳐 로마규정 제7조에 규정되었다.³¹⁴⁾

전쟁범죄는 제2차 세계대전 이후의 제네바 협약에 근거한 것으로 국제적 또는 국내적 무력분쟁에서 국제인도법을 심각하게 위반하는 행위를 가리키며, 국가 간의 무력충돌 또는 비국제적 무력충돌 과정에서의 군대 구성원 또는 민간인 등의 국제인도법 위반 행위를 처벌하고 있다.³¹⁵⁾ 침략범죄는 전쟁을 국가정책 수단으로 여기던 이전의 생각들을 폐기하고 그 책임을 묻기 위한 취지로 제1차 세계대전 이후 국제연맹의 시기에 본격적으로 등장한 개념이다.³¹⁶⁾ 로마규정 제정 당시에 개념정의에 합의를 이루지 못하여 규정을 두지 못하고 있다가 2010년 우간다의 캄팔라에서 개최된 재검토회의에서 관련 조항이 채택되었다.³¹⁷⁾

311) 김영석, 국제형사재판소법 강의(개정판), op. cit., pp.47-48.

312) Ibid., p.47.

313) 정인섭, “국제법상 인도에 반하는 죄와 이근안·수지 김 사건”, 법학 제43권 제1호 (서울대학교, 2002), p.164.

314) 김영석, 국제형사재판소법 강의(개정판), op. cit., pp.50-54.

315) 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), op. cit., p.921-922. ; 김영석, 국제형사재판소법 강의(개정판), op. cit., pp.65-66.

316) 김영석, 국제형사재판소법 강의(개정판), op. cit., p.77.

이처럼 내란 또는 외환의 죄와 ICC 관할범죄 간에는 보호법익, 구성요건 및 성립 배경 등에 큰 차이가 있음을 알 수 있는데 이를 무시하고 ICC 관할범죄를 내란 또는 외환죄에 포함시킬 수 있다거나 이에 준한다고 해석하는 것은 타당하지 못하다. 현실적으로도 만약 ICC 관할범죄를 범하였다는 이유로 현직 대통령에 대하여 고소가 이루어진 경우, 헌법 제84조의 불소추특권의 예외사유에 해당한다고 해석하고 이를 근거로 수사나 재판을 진행할 수 있을 것으로 생각되지는 않는다. 물론 집단살해죄 등이 내란죄 또는 외환죄의 상황에서 발생되면 내란 또는 외환의 죄와 법률상 경합관계가 될 수 있으므로 관련 사건으로 함께 재판을 받을 수 있고, 그에 따라 헌법 제84조에서 규정하고 있는 불소추특권의 예외가 적용될 수는 있을 것이다. 그러나 반드시 내란죄 또는 외환죄의 상황에 수반하여 집단살해죄 등이 발생한다고 볼 수는 없다.

형법상의 내란 또는 외환죄가 아니라도 보호법익이 동일한 이상 특별법에서 정하고 있는 동종의 범죄행위도 헌법 제84조에 해당한다는 견해가 있다.³¹⁸⁾ 비록 내란 또는 외환죄에는 해당하지 않더라도 대통령이 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 하는 경우 재직 중이라도 소추가 가능하고 다만 일반 국가보안법위반 사건보다는 훨씬 내란 또는 외환의 죄에 가까운 범죄행위에 국한하여야 한다고 보고 있다.³¹⁹⁾ 그러나 집단살해죄 등을 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동에 해당한다고 보기는 어렵다.

또한 죄형법정주의와 관련하여도 문제가 있다. 우리 헌법 제12조 제1항에서는 적법절차 및 죄형법정주의를 헌법상의 원칙으로 규정하고 있

317) 최태현, “ICC규정 침략범죄 관련 조항의 채택과 함의”, 서울국제법연구 제17권 (2010), pp.116-117.

318) 정중섭, *op. cit.*, p.1225.

319) 박찬주, *op. cit.*, pp.33-34.

다. 죄형법정주의에는 성문 법률주의, 명확성의 원칙 및 유추해석의 금지 등이 포함된다.³²⁰⁾ 유추해석의 금지 원칙과 관련하여 확장해석이 논란이 된다. 현재 확장해석은 허용되지만 유추해석은 금지된다는 것이 일반적인 견해이나, 형벌법규는 엄격하게 해석하여야 한다는 점에서 확장해석이든 유추해석이든 법률상의 가능한 의미를 벗어날 경우 유추라고 보는 것이 타당하다.³²¹⁾

헌법재판소는 불기소처분 취소사건³²²⁾에서, 공소시효 제도의 실질은 국가형벌권의 소멸이라는 점에서 형의 시효와 마찬가지로 실체법적 성격을 갖고 있는 것이어서 그 예외로서 시효가 정지되는 경우는 특별히 법률로서 명문의 규정을 둔 경우에 한하여야 한다고 보았다. 따라서 법률에 명문으로 규정되어 있지 아니함에도 다른 제도에 관한 규정을 유추적용하여 공소시효의 정지를 인정하는 것은 피의자의 법적 지위의 안정을 법률상 근거 없이 침해하는 것이 되며, 나아가서는 헌법상의 적법절차주의, 죄형법정주의에 반하여 기소되고 처벌받는 결과도 생길 수 있다고 보았다. 이에 따라 재정신청이 있을 때 공소시효의 진행을 정지하도록 규정하고 있는 형사소송법 제262조의 2를 유추해석 하여 헌법소원이 심판에 회부된 경우도 공소시효가 정지된다고 인정하는 것은 허용되지 않는다고 결정하였다.

대법원도 공직선거 및 선거부정방지법 위반 사건에서, “자수”에는 범행이 발각되고 지명수배된 후의 자진출두도 포함하는 것으로 해석하고 있는 것이 단어의 관용적 용례인데, 공직선거법상의 “자수”를 범행발각 이전에 자수한 경우로 한정하는 풀이는 언어의 가능한 범위를 넘어 “자

320) 정종섭, *op. cit.*, p.507. ; 김철수, *op. cit.*, p.579, p.606. ; 권영성, *op. cit.*, pp.419-423. ; 허영, *op. cit.*, p.373.

321) 이재상·장영민·강동범, *형법총론(제8판)*(박영사, 2015), pp.28-29.

322) 헌법재판소 1993. 9. 27. 선고 92헌마284 결정.

수”의 범위를 형면제사유에 대한 제한적 유추를 통하여 실정법 이상으로 처벌범위를 확대한 것으로서 유추해석금지 원칙에 위반된다고 판시하고 있다.³²³⁾

ICC 관할범죄를 반역죄와 연결하여 해석하는 외국의 입법례는 찾아보기 어렵다. 앞에서 보았듯이 핀란드에서는 헌법 제113조에서 대통령의 면책특권의 예외로서 “인도에 반한 죄”를 규정하고 있음에도 불구하고 ICC 관할범죄 중 “전쟁범죄”가 헌법상의 면책특권의 예외사유인 “인도에 반한 죄”에 포함될 수 있는지가 논란이 되었다.

이러한 우리의 판례와 외국의 입법례 등에 비추어 볼 때 집단살해죄 등 ICC 관할범죄를 현재 우리 헌법 제84조에서 규정하고 있는 대통령의 불소추특권의 예외인 내란 또는 외환의 죄에 포함되는 것으로 해석하는 것은 타당하지 않다고 생각된다.

다. 집단살해방지협약의 유추 가능성

집단살해방지협약 제4조를 근거로 로마규정 제27조가 우리 헌법상의 면책특권 규정과 상충되지 않게 해석되어 왔다고 보는 것도 무리라고 생각된다. 이 협약 제4조에서 공적지위 무관련성 원칙을 규정하고 있고 대한민국이 오래 전에 위 협약에 가입한 것은 사실이다.

위 협약 제4조의 규정 내용을 엄밀하게 보면 로마규정 제27조와는 다소 차이가 있다. 위 협약 제4조에서는 “국가원수(heads of state)” 대신 “헌법상의 책임 있는 통치권자(constitutionally responsible rulers)를

323) 대법원 1997. 3. 20. 선고 96도1167 전원합의체판결. 다만 이 사건에서 “자수”를 범행발각 전으로 제한한 것은 조항의 입법취지와 목적, 다른 처벌규정과의 체계적 관련성에 의하여 내재적으로 한계 지워져 있는 것을 풀이함으로써 범행발각 전의 자진출두로 제한한 것에 불과하여, 다수의견이 주장하는 것처럼 제한적 유추해석이 아니라 목적론적 축소해석에 불과하므로 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반되지 아니한다는 반대의견이 있었다.

열거하고 있다. 이는 위 협약의 기초 당시 국내적으로 헌법의 개정에 대한 어려움과 자국 국가원수인 국왕 등에게 위 협약이 적용되는 것을 두려워한 일부 국가대표들로 인한 것이다.³²⁴⁾ 엄격한 법적용보다는 협약 발효를 위한 비준국의 증대가 현실적으로 필요하였다.³²⁵⁾ 위와 같은 사정에 비추어 볼 때 대한민국을 비롯하여 위 협약 당사국들이 모두, 집단살해범죄의 경우 위 협약으로 인하여 자국의 헌법상의 면책특권 규정이 배제될 것이라는 것을 명확히 인식하였다고 보기는 어렵다.

또한 우리는 기존의 형사법으로 집단살해죄의 처벌이 가능하다는 이유로 위 협약 제5조³²⁶⁾에 따른 형사처벌 규정을 따로 마련하지 않았다.³²⁷⁾ 집단살해죄와 형법상의 살인죄, 가혹행위 등은 구성요건에 있어 상당한 차이가 있고 실제 국내적으로 집단살해방지협약을 적용하여 처벌한 사례도 보이지 않는다. 국제적으로도 협약에 따른 국제형사재판소 설립을 통하여 집단살해죄의 처벌을 의도하였으나 국제사회의 의지부족으로 재판소 설립이 이루어지지 못하였다.³²⁸⁾ 이에 비해 로마규정에 따라 설립된 ICC는 집단살해죄를 직접 처벌할 수 있으며 당사국들의 협력의 무도 발생하고 있다. 우리를 비롯한 상당수의 로마규정 당사국들이 집단살해죄를 포함하여 ICC 관할범죄를 국내법으로 규정하였다. 이렇듯 범죄행위자에 대한 처벌의 실행이라는 측면에서 양자는 차이가 있다.

324) Paola Gaeta, *The UN Genocide Convention—A Commentary*(Oxford University Press, 2013), pp.320-321.

325) *Ibid.*, p.321

326) 제5조 : 체결국은 각국의 헌법에 따라서 본 협약의 규정을 실시하고, 특히 집단살해 또는 제3조에 열거된 기타 행위에 대하여 죄가 있는 자에 대해 유효한 형벌을 마련하기 위하여 필요한 법률을 제정한다(Article 5. The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or any of the other acts enumerated in Article 3).

327) 서철원, “집단살해방지협약”, *국제인권법* 제1호(1996), pp.10-11.

328) *Ibid.*, p.6.

로마규정 제27조와 관련하여 집단살해방지협약을 고려한 국가는 오스트리아이다. 오스트리아는 이미 집단살해방지협약에 가입할 때 헌법과의 충돌가능성을 고려하여 헌법 수정에 필요한 다수결로 집단살해방지협약을 비준 동의하였다. 로마규정 가입 시에도 제27조의 공적지위 무관련성 원칙이 논란이 되었으나 공적지위 무관련성 원칙을 관습국제법으로 봄으로써 충돌여부가 없다고 보았다. 오스트리아는 관습국제법을 관련 국내법 규정의 단계에 따라 헌법에 준하여 해석될 수도 있다고 보고 있으므로 로마규정 제27조가 헌법의 효력을 가지는 것으로 해석할 수 있었다. 그러나 우리는 오스트리아의 경우와 다르다. 집단살해방지협약에 대해 특별히 다른 의결절차를 거쳐 비준한 사실이 없고, 비록 관습국제법이라고 하더라도 국내적으로 헌법보다 하위의 효력을 가진다고 해석되고 있기 때문이다. 따라서 오스트리아의 입법례를 참고할 수는 없다.

반면 2000년 스위스가 집단살해방지협약을 비준할 때 스위스의 연방이사회는, 공적지위 무관련성 원칙과 관련된 집단살해방지협약 제4조는 자기집행성을 갖추고 있으나 집단살해죄를 규정하고 있는 협약 제2조와 제3조는 제5조에 비추어 볼 때 처벌기준에 대한 명확한 기준을 갖고 있지 못하여 자기집행성이 결여되어 있고, 집단살해죄와 일반 형법상의 살인죄 등과는 범죄구성 요건 등에 있어 차이가 있으므로, 별다른 입법조치 없이 집단살해방지협약이 그대로 국내로 적용되지는 못한다고 보았다.³²⁹⁾

라. 대통령의 헌법준수의무 등 헌법이념

헌법상 대통령의 헌법준수 의무, 국제평화주의의 기본이념, 침략전쟁

329) Michael Cottier, op. cit., p.228.

부인, 국제법질서 존중, 기본적 인권보장 등은 통상 선언적이며 추상적 성격의 규정으로 해석되고 있다. 그러한 규정들과 연계되어 로마규정 제 27조가 헌법상 규정된 대통령의 형사상 면책특권을 배제할 수 있다고 보기도 어렵다. 추상적인 헌법상의 이념이나 원칙들은 형사절차에 있어 재판규범의 해석에 참고가 될 수는 있으나 직접 재판규범으로 적용될 수는 없기 때문이다.

국제평화주의와 관련하여 헌법재판소는 2007년 전시증원연습 등 위헌확인 사건에서,³³⁰⁾ 헌법 전문 및 제1장 총강에 나타난 평화에 관한 규정에 의하면 우리 헌법은 침략적 전쟁을 부인하고 조국의 평화적 통일을 지향하며 항구적인 세계평화의 유지에 노력하여야 함을 이념 내지 목적으로 삼고 있음은 분명하고, 따라서 국가는 국민이 전쟁과 테러 등 무력행위로부터 자유로운 평화 속에서 생활을 영위하면서 인간의 존엄과 가치를 지키고 헌법상 보장된 기본권을 최대한 누릴 수 있도록 노력하여야 할 책무가 있음은 부인할 수 없다고 보았다. 그러나 평화주의가 헌법적 이념 또는 목적이라고 하여 이것으로부터 국민 개인의 평화적 생존권이 바로 도출될 수 있는 것은 아니고, 청구인들이 평화적 생존권이란 이름으로 주장하고 있는 평화란 헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념에 지나지 아니하므로 헌법상 보장된 기본권이라고 할 수 없다고 결정하였다.

또한 남북교류협력에 관한 법률이 헌법에 위반되는지 여부와 관련된 사건³³¹⁾에서, 평화적 통일을 민족적 사명으로 규정한 헌법 전문, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립·추진하도록 규정한 헌법 제4조, 대통령의 평화적 통일을 위한 성실의무를 규정한 헌법 제66조

330) 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌마369 결정. 다만 평화적 생존권을 인정하는 취지의 재판관 조대현, 목영준, 송두환의 별개의견이 있었다.

331) 헌법재판소 2000. 7. 20. 선고 98헌바63 결정.

제3항, 대통령의 취임선서 중 평화적 통일직무를 규정한 헌법 제69조, 통일에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있도록 규정한 헌법 제72조 등 헌법상의 여러 통일관련 조항들은 정부가 통일을 위하여 노력할 의무가 있다는 것을 선언한 것이기는 하지만, 그러한 규정들로부터 국민 개개인의 통일에 대한 기본권 특히 국가기관에 대하여 구체적인 행위를 요구하거나 일정한 행동을 할 수 있는 권리가 도출되는 것으로 볼 수는 없으며 청구인의 주장을 받아들이지 않았다.

이러한 헌법재판소의 관례에 비추어 볼 때 대통령의 헌법준수 의무, 국제평화주의, 국제법질서 존중 및 기본적 인권보장 등 헌법상의 가치나 원리를 근거로 헌법상 명시적으로 규정된 대통령의 불소추특권을 배제하기는 어렵고, 현실적으로 수사 및 재판실무에서도 수용되지 않을 것으로 보인다.

마. 면제와 면책의 구별

헌법 제84조에서 규정하고 있는 대통령의 불소추특권이 면책을 의미하는 것은 아니고 재직 중에 일시적으로 소추를 제한하는 의미이며, 퇴임이후 처벌받을 가능성이 있다는 점에서 로마규정 제27조와 상충되지 않는다고 볼 여지가 있다.³³²⁾ 특히 로마규정 제27조 제1항에서 배제되는 면책은 실체법적 면책을 의미하는데³³³⁾ 대통령의 불소추특권은 그러한 면책까지 의미하는 것은 아니기 때문이다. 또한 헌법 제44조에서 규정하고 있는 국회의원 불체포특권 역시 회기 중 체포, 구금 등 인신구속에

332) 2002. 11. 국회 통일외교통상위원회 수석전문위원 강장석의 “국제형사재판소에 관한 로마규정 비준동의안 심사보고서”, pp.10-11. ; 2002. 11. 5. 제234회 국회 제8차 통일외교통상위원회회의록, p.18.

333) Paola Gaeta, “Official Capacity and Immunities”, op. cit., p.978.

대한 특칙을 규정한 것에 불과하므로 로마규정 제27조와 상치되지 않는다고 볼 수도 있다.

그러나 뉘른베르크 재판 이래 실체법적 면책과 절차법적 면제는 불가분의 관계에 있고 면제가 인정되는 범위 내에서 사실상 면책의 효과가 발생하는 결과가 될 수 있다고 보고 있다.³³⁴⁾ 절차적인 이유로 부당하게 또한 불필요하게 장기간 관할권을 가진 법정에서 기소나 재판이 이루어지지 못하게 되면 결국 범죄자가 처벌되지 않는 것과 큰 차이가 없기 때문이다. 이러한 측면에서 로마규정 제27조 제2항에서 이전의 임시 국제형사재판소들의 헌장에서 명확하게 규정하고 있지 않았던 면제나 특별한 절차규칙을 명시적으로 규정한 것이다. ICJ의 콩고외무장관 체포영장 사건에서 “Van Den Wyngaert” 판사도 실체법적 면책의 예외를 인정하지 않는 것은 절차적인 면제를 인정하지 않는 것과 불가분의 관계를 갖고 있다고 언급하고 있다.³³⁵⁾

특히 대통령의 불소추특권은 기소 자체뿐만 아니라 기소와 연관된 수사 단계까지 폭넓게 금지하는 효과가 있다.³³⁶⁾ 형사사범에 영향을 끼칠 수 있는 막강한 권력을 갖고 있는 대통령이 탄핵을 통하여 직무가 배제되지 않는 이상, 증거 인멸이나 책임회피를 시도하더라도 이를 제지할 마땅한 방법이 없을 것이다. 따라서 대통령의 불소추특권은 로마규정 제27조와 상충될 가능성이 크다고 본다. 우리의 유사한 내용의 대통령의 면책특권을 규정하고 있는 프랑스도 이를 염려하여 헌법을 개정하였다.

한편 국회의원의 불체포특권과 관련된 국가들의 태도는 의회 의원들

334) ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries(1996), commentary (3) to article 7, p.27.

335) ICJ, Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000(Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment of 14 Feb. 2002. Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaert, para.32

336) 신동운, “국회의원의 면책특권과 그 형사법적 효과”, op. cit. p.207.

의 불체포특권을 사실상 인정하지 않는 영국³³⁷⁾ 등 영미법계 국가들과 비교적 강하게 보장하고 있는 독일 등 대륙법계 국가로 나뉜다.³³⁸⁾ 우리의 경우 대륙법계 국가로서 비교적 강하게 불체포특권을 보장하고 있는데 소위 방탄국회라고 하여 이를 남용되는 경우가 상당수 있어서 국회의원의 불체포특권에 대한 국민들의 비판이 있어 왔다.³³⁹⁾ ICC 관할범죄와 관련하여서도 불체포특권이 남용될 경우 로마규정 제27조와 충돌될 소지가 있다.

로마규정 체계상 공적지위 무관련성 원칙과 국내법상의 면책특권간의 충돌여부는 궁극적으로 로마규정 제87조 제7항, 제119조 등에 따라 ICC가 판단하게 될 것이다. 이와 관련해서는 절차의 지연이 로마규정 제27조 위반이 되는지가 논란이 된 ICC의 케냐 부통령 윌리엄 루토의 출석연기 사건³⁴⁰⁾이 있었다.

케냐 상황(Situation in the Republic of Kenya)으로 재판³⁴¹⁾ 중인 윌리엄 루토가 2013년 3월 케냐 선거에서 부통령으로 당선되자 2013년 6월

337) 영국의 경우 의회주권과 의원내각제로 이루어져 있어서 행정권에 의한 침해 가능성이 적고 사법기관인 귀족원도 의회의 한 구성부분인 점 등이 고려된 것이다(이중수, “국회의원의 특권 폐지를 둘러싼 논의에 대한 비판적 검토 : 면책특권과 불체포특권을 중심으로”, 의정연구 제39권(한국의회발전연구회, 2013), pp.11-12.)

338) Ibid., p.11.

339) 특히 2003년에는 2002년에 실시된 대통령선거와 관련된 불법정치자금 수수 등 사건에서 100억대의 불법적 대선자금을 모금한 국회의원과 뇌물수수 등 비리혐의를 받는 여야 국회의원들을 사전심사도 없이 무기명비밀투표를 실시하여 체포동의안을 모두 부결시킨 사례가 있었다. 이로 인하여 대하여 국회의원의 불체포특권이 국민들로부터 강한 비판과 지탄을 받게 되었다(이희훈, “국회의원의 불체포특권에 대한 헌법적 고찰”, 세계헌법연구 제18권 제2호(한국학회, 2012), pp.222-223).

340) Decision on Mr. Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial, No: ICC-01/09-01/11, 18 June 2013.

341) 아프리카 케냐공화국의 2007년 대통령 선거 과정에서 발생한 살인 등 인권침해 범죄와 관련하여 윌리엄 루토 및 조슈아 상(Joshua Arap Sang, Head of operations at Kass FM in Nairobi)은 로마규정 제7조의 살인, 집단강제이주, 박해 등 인도에 반한 죄의 배후 공범 또는 직접 범행자로 기소되었다(The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang (Trial), ICC-01/09-01/11).

ICC 재판부의 다수 의견으로 윌리엄 루토의 재판에 출석할 의무에 대해서 광범위하게 면제해 주는 결정을 하였다. 이러한 재판부의 결정은 선례가 없는 것으로서 항소심 재판이 상당히 지연되는 결과를 초래하였다.

이에 대해서는 국제범죄에 있어 가장 책임이 있는 개인을 신분이나 직위에 관계없이 처벌하는 것을 목적으로 하고 있는 ICC가 윌리엄 루토의 공적 지위를 근거로 특별한 취급을 해 준 선례를 만든 것이라는 비판이 있었다.³⁴²⁾ 로마규정 제63조 제1항의 피고인의 재판출석 의무, 로마규정 제27조의 공적지위의 무관련성 원칙 및 모든 사람들이 로마규정에 따라 평등하게 취급하여야 할 의무를 의도적으로 회피하였다는 것이다.³⁴³⁾ 그러나 재판부는 단지 윌리엄 루토로 하여금 케냐의 부통령으로서 필수적인 기능들을 수행하는 것을 허용하기 위해 계속출석 의무를 면제해 주는 것만으로는 로마규정 제27조의 목적상 위 규정을 침해하였다거나 전적으로 무효화시킨 것은 아니라고 보았다.³⁴⁴⁾

위 결정의 취지를 볼 때 일정기간 동안의 국회의원의 불체포특권의 행사가 로마규정 제27조와 충돌하는지 여부는 그 사유의 정당성과 지연기간이 합리적인 범위내인가 여부 등에 의하여 결정될 것이다. 따라서 국회의 다수당이 비인도적 범죄를 저지른 국회의원을 보호하기 위하여 국회의결을 방해하거나 부당하게 석방시킴으로써 사실상 상당기간 처벌이 이루어지지 못하는 경우³⁴⁵⁾에는 로마규정 제27조를 침해하는 결과가

342) Thomas Obel Hansen, "Caressing the Big Fish: A Critique of Icc Trial Chamber V(a)'S Decision to Grant Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial Case Comment," *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, Vol.22(2013). p.33.

343) *Ibid.*

344) Decision on Mr. Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial, No: ICC-01/09-01/11, 18 June 2013, paras.42-43. 이 사건을 계기로 2013년 당사국 총회에서 절차 규칙을 개정하여 대통령 등의 경우 공무집행과 관련하여 출석연기가 가능하도록 하였다(ICC 절차규칙 134quarter).

345) 불체포특권이 남용되더라도 기소는 가능할 것이나, 불구속 상태에서 기소될 경우 재판기간에 제한이 없어 재판이 공전되거나 장기간 지체될 우려가 크고 특히 정치적

될 것이다.³⁴⁶⁾ 그러한 결과를 방지하기 ICC 관할범죄에 대하여는 사전에 국회의 동의를 필요하지 않도록 하거나 일정기간 국회의 동의를 없으면 절차 진행이 가능하도록 입법조치를 하는 것이 논란의 소지를 없애는 방법이 될 것이다.

제3절 국가원수 등의 ICC에로의 인도

1. 면책특권 규정과 ICC 인도와의 관계

가. 관련 규정들

뉘른베르크재판소나 IMTFE는 연합국의 전쟁승리로 인하여 독일과 일본 당국으로부터 전범들에 대한 신병인도를 조건 없이 받을 수 있었으므로 범죄인 체포·인도가 크게 문제되지 않았고 참고인, 증거서류 등 증거확보에 어려움이 없었다.³⁴⁷⁾ 연합국 점령지역 내에 있는 관련 범죄자들은 신속히 체포되었으므로 재판소에 의해 이미 신병이 확보된 것으로 간주될 정도였다.³⁴⁸⁾

그러나 ICC는 ICTY, ICTR과 마찬가지로 스스로의 집행력과 경찰력을 갖고 있지 못하고 있어 범죄인 체포·인도와 증거조사에 있어 각국 정부 등 외부에 의존할 수밖에 없다. 특히 ICC는 국가들 간의 다조조약

으로 논란이 있거나 정치세력 간에 이해관계가 다를 경우 더욱 그러할 것이다.

346) 조용환, “국제형사재판소 규정 이행을 위한 국내법의 정비방향”, *op. cit.*, p.128.

347) Roland Bank, “Cooperation with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the Production of Evidence”, in J. A. Frowein and R. Wolfrum(eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*(Kluwer Law International, 2000), p.234.

348) Green-Jan Alexander Knoops, *Surrendering to International Criminal Courts : Contemporary Practice and Procedures*(Transnational Publisher, Inc., 2002), p.1.

의 형태로 설립되었고 ICC의 재판절차는 피고인의 출석을 원칙으로 하고 있으므로 체포영장의 집행과 범죄인 인도 등에 있어 당사국들의 시의 적절하고 충분한 협력에 전적으로 의존하고 있다.³⁴⁹⁾ 관련국이 자국 국내에 있는 범죄인을 ICC에게 인도하지 않을 경우 ICC가 범죄인에 대한 신병을 확보할 수가 없으므로 사실상 절차를 진행할 수 없다.³⁵⁰⁾ 이를 위하여 로마규정 제9부(제86조 내지 제102조)에서는 “국제적 협력과 사법공조”라는 제목으로 각 당사국과 ICC 간의 협력관계를 규정하고 있다.

우리 이행법률 제19조에서는 대한민국과 ICC 간의 인도³⁵¹⁾에 관하여는 원칙적으로 범죄인인도법을 준용하고 로마규정에 범죄인인도법과 다른 규정이 있는 경우에는 로마규정에 따르도록 규정하고 있다. 따라서 대한민국의 대통령이나 국회의원을 ICC가 인도 요청하는 경우 범죄인인도법이 우선적으로 적용되고 로마규정에 범죄인인도법과 다른 규정이 있을 경우 로마규정이 적용될 것이다. 다만 ICC에 대한 인도(surrender)는 국가 간의 범죄인인도(extradition)와 용어에서 구별될 뿐만 아니라 그 내용에 있어서도 차이가 있으므로 국가 간의 범죄인인도의 법리가 그대로 적용될 수는 없다.³⁵²⁾

349) Hans-Peter Kaul, “The International Criminal Court - Its relationship to domestic jurisdictions”, in Carsten Stahn and Göran Sluiter(eds.), *The Emerging Practice of The International Criminal Court*(Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp.34-35.

350) Otto Triffterer, “Article 27 Irrelevance of official capacity, op. cit., p.792.

351) ICC에 대한 범죄인 인도의 개념과 관련하여 로마규정 제정 과정에서 “surrender”, “extradition”, “transfer”간에 어떠한 용어를 사용할지 논란이 있었다. ICTY 규정에서 편의적으로 “surrender”라는 용어를 사용하였고 ICTR, ICC는 이러한 예를 따랐다. 이는 국가 간의 범죄인 인도와 국가와 국제형사재판소간의 인도를 구분하는 의미를 가지고 있다. 국가 간의 수평적 관계가 아니라 국제형사재판소와 국가 간의 수직적 의미의 관계를 강조하는 측면이 있다. 그러나 용어들 간에 개념상 본질적인 차이가 있는 것은 아니다(Darryl Robinson, op. cit., p.1852 ; Geert-Jan Alexander Knoops, op. cit., pp.12-13).

352) Göran Sluiter, “The Surrender of War Criminals to the International Criminal Court”, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 25(2003), pp.607-609. ; 이행법률에 대한 국회 법사위 심의과정에서 국회 수석전문위원 임인규는 “ICC로의 범죄인 인

범죄인인도법에서는 절대적 인도거절 사유, 정치범 불인도 원칙, 임의적 인도거절 사유를 규정하고 있다. 범죄인인도법상 정치적 성격을 지닌 범죄이거나 이와 관련된 범죄의 경우에 범죄인을 인도하여서는 아니된다(동법 제8조). 절대적 거절 사유이다. 다만 다자간 조약에 따라 대한민국이 범죄인에 대하여 관할권을 행사하거나 범죄인을 인도할 의무를 부담하고 있는 범죄에 대해서는 그러하지 아니하다(동조 제3호). 로마규정은 다자간 조약에 해당하고, 로마규정에 따라 대한민국이 ICC의 체포·인도 요청에 협력할 의무가 있으므로 비록 정치적 성격이 있다 하더라도 ICC의 인도 요청에 대한 거절사유는 되지 못한다고 볼 것이다. 또한 범죄인 인도 관련 협약³⁵³⁾에서 인도에 반한 범죄나 전쟁범죄는 정치범죄에서 제외하고 있으므로 ICC 관할범죄는 원칙적으로 정치범죄에 해당하지 않을 것이다.

범죄인인도법상 그 대상이 대한민국 국민인 경우 임의적 거절 사유가 된다(제9조 제1호). 그러나 ICC에 대한 인도의무는 국가 간의 범죄인 인도와는 달리 국제공동체에 대한 중대한 범죄혐의자에 대한 국제형사재판소로의 인도라는 점에서 기존의 범죄인인도와는 다른 개념으로 볼 수 있으므로 범죄인인도법상의 자국민 인도 거절사유의 적용이 없다고 보는 것이 타당하다.³⁵⁴⁾ 대통령과 국회의원의 경우에도 마찬가지로 대한민국

도는 독특한 성격을 가진 것으로서 기존의 국가 간 범죄인 인도 제도와 차이를 보이고 있으므로 현행 범죄인인도법을 우리나라와 ICC간의 범죄인 인도에 준용할 때에는 이러한 차이점에 대해 보다 세심한 검토가 필요하다”는 의견을 밝혔다(2007. 6. 국회 법제사법위원회 수석전문위원 임인규의 “국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률안(정부) 검토보고”, pp.32-34, 2007. 6. 29. 제268회국회(임시회) 제10차 법제사법위원회회의록, p.7.). 스위스, 오스트리아, 폴란드 등 다수의 로마규정 당사국들도 국가 간의 범죄인 인도와 ICC에 대한 인도를 개념상 구분하고 있다. 우리 국제법 학자 중에도 ICC에로의 인도를 범죄인 인도와 구별하기 위하여 “인도” 대신 “인계”라는 용어를 사용하기도 한다(최태현, “ICC규정 이행입법안 연구 -독일 및 스위스의 경우를 중심으로”, op. cit., p.245).

353) 1975년 10월 15일 유럽범죄인인도협약 추가의정서(Additional Protocol to the European Convention on Extradition, ETS No. 86) 제1조.

국민이라는 이유로 ICC의 체포·인도 요청을 거부하지는 못할 것이다.

통상 국가 간의 범죄인 인도 조약에서는 요청국과 피요청국 모두 범죄가 성립될 것을 요구하는 쌍방가벌성의 원칙이 적용된다. 쌍방가벌성은 추상적 쌍방가벌성과 구체적 쌍방가벌성으로 구분된다. 추상적 쌍방가벌성은 범죄구성요건이 일치하거나 중요 부분의 범죄가 일치되면 가벌성을 인정하는 것이고 구체적 쌍방가벌성의 경우는 범죄구성요건 뿐만 아니라 위법성 조각사유, 책임 조각 사유, 소추조건 등까지 갖추어야 쌍방가벌성을 인정하는 것이다. ICC 관할범죄에 대해서는 이행법률에서 범죄로 규정하고 있으므로 추상적 쌍방가벌성 요건을 갖춘 것으로 해석된다. 원칙적으로 인도에 반하는 범죄와 전쟁범죄 등 반인륜적 범죄에 대해서는 구체적 쌍방가벌성의 원칙이 적용되지 않는다고 보는 것이 국제법의 경향이다.³⁵⁵⁾

그러나 대한민국 대통령과 국회의원의 ICC에로의 인도 문제는 헌법상의 면책특권 규정과 로마규정 제27조의 공적지위 무관련성 규정 간의 해석과 관련하여 문제된다. 우선 헌법상의 대통령과 국회의원의 면책특권 규정이 단순히 국내 형사절차에서 기소되거나 체포를 막는 것에 한한다고 볼 것인지 아니면 ICC나 외국의 관할권 행사도 거부할 수 있는 사유가 되는지가 문제된다. 헌법상의 불소추특권이나 불체포특권이 우선한다고 보면 ICC로부터의 체포·인도 요청도 거부할 수 있게 된다.³⁵⁵⁻¹⁾

나. 정부의 입장 및 국내 학자들의 견해

로마규정 비준할 당시 정부와 국회에서 이 문제는 중요한 쟁점 중

354) 김현진, “국제형사재판소 규정의 국내이행법에 대한 검토”, 청구법학 제25권(2005), pp.219-221.

355) 채정석, “국제형사재판소와 범죄인인도”, 법조 제47권(법조협회, 1998), p.16.

355-1) 다만 1969년 조약법에 관한 비엔나협약 제27조상 ICC나 다른 당사국에 대한 관계에서는 불이행을 정당화하지 못하여 국제법상 책임문제가 논란이 될 수 있다.

하나로 논의되었다. 당시 우리 정부는 해석상 로마규정 제27조는 우리 헌법상의 면책특권 규정과 상충되지 않으며, 현실적으로 국가원수를 ICC로 인도하기 위해서는 헌법상의 탄핵절차를 거쳐야 할 것이고 탄핵절차에 의해서 헌법상 형사특권의 보호막이 제거될 것이므로 그 이후에 벌어지는 ICC 절차와 헌법상의 형사특권 규정은 문제가 되지 않는다고 보았다.³⁵⁶⁾

이에 대해 국회 전문위원은 다른 로마규정 당사국이 정치적 고려 하에 제소한 사건으로 인해 우리 대통령이나 국회의원이 체포·인도된다면 헌법이 대통령에게 부과한 국가의 독립과 헌법 수호 의무, 국회의원에게 부과한 국가이익우선 의무의 수행이 불가능해진다고 보았다.³⁵⁷⁾ 또한 로마규정의 이행을 위해 국내법으로 대통령과 국회의원을 체포·인도하는 절차를 규정할 경우 위헌법률이 된다고 보았다.³⁵⁸⁾

국내 학자들의 견해는 여러 가지로 나뉘고 있다. 우선 헌법에 규정된 형사상 특권은 국내 사법절차에 한정된다고 보므로 ICC 절차에는 적용되지 않는다고 보는 견해가 있다.³⁵⁹⁾ 다만 현실적으로 ICC로의 인도를 실현하기 위해서는 탄핵절차 또는 국회동의 절차를 이용할 수 있을 것이라고 하고 있다.³⁶⁰⁾ ICC의 기소나 인도요청으로 대통령의 직무권한이 자동적으로 정지되는 제도가 없는 한 현직 대통령은 자신의 권한행사를 통하여 수사기관의 강제인도를 저지시킬 수 있기 때문에 현직 대통령을 재판소로 인도할 방법은 없다고 보기도 한다.³⁶¹⁾ 재직 중인 대통령을 체포

356) 2002. 11. 5. 제234회 국회 제8차 통일외교통상위원회회의록, pp.18-19.

357) 2002. 11. 국회 통일외교통상위원회, “국제형사재판소에 관한 로마규정 비준동의안 심사보고서”, pp.10-13.

358) Ibid.

359) 최태현, “ICC규정 제27조와 우리 헌법의 관련조항간의 조화문제에 관한 검토”, p.2.

360) Ibid.

361) 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), op. cit., p.939.

하여 인도하는 것이 이론적으로는 가능하나 현실적으로 가능하지 않을 것이므로 대통령을 현직에서 물러나게 하는 방법을 강구할 필요가 있고, ICC로부터 인도요청을 받은 현직 대통령이 스스로 사임하지 않을 경우 국회의 탄핵소추와 헌법재판소의 탄핵결정을 통해 대통령을 파면할 수밖에 없으며, 장기적으로 헌법을 개정하는 기회가 있으면 이러한 내용을 반영하여 제도의 개선 또는 보완을 하여야 한다는 견해도 있다.³⁶²⁾

국회의원의 체포·인도의 경우 국회의 다수당이 비인도적 범죄로 체포 및 인도요청을 받은 국회의원을 ICC에게 인도하지 않기 위하여 국회의결을 방해하거나 석방결의를 통과시키는 경우 국회의원의 체포·인도가 사실상 불가능하다는 주장도 있다.³⁶³⁾

로마규정 당사국들 중 우리와 같은 대륙법계 국가들인 프랑스, 독일 등 일부 국가들에게 있어서도 이 문제가 로마규정 비준 과정에서 중요한 논점 중 하나가 되었다. 면책특권을 규정하고 있는 헌법의 개정 여부가 논란이 된 것이다. 이에 비해 영국, 호주 등 영미법계 국가들은 상대적으로 헌법 개정 문제로부터 자유로운 입장이었으므로 논란이 덜 하였다.

2. 각국의 입법례

(1) 프랑스

헌법 제26조에서는 의회 의원의 발언·표결에 대한 면책특권과(제1항) 불체포특권(제2항)을 규정하고 있다. 같은 헌법 제68조에서는 대통령의 불소추특권을 규정하고 있고 예외적으로 기소될 경우 헌법 제67조에서 규정하고 있는 최고사법재판소에만 기소된다고 규정하고 있다. 헌법

362) 조용환, “국제형사재판소 규정 이행을 위한 국내법의 정비방향”, *op. cit.*, pp.126-127

363) *Ibid.*, pp.127-128.

제68-1조에서는 정부 구성원의 직무수행상의 형사책임 역시 최고사법재판소에서만 재판하는 것으로 규정하고 있다.

프랑스 헌법위원회는 대통령의 재임기간 중의 행위뿐만 아니라 그 이전의 행위에 대해서도 최고사법재판소에서만 기소를 하여야 하고, 대통령과 정부 공무원은 최고사법재판소 이외의 “다른 일체의 법원”에서 재판 받은 것은 허용되지 않는다고 해석하고 있다.³⁶⁴⁾ “다른 일체의 법원”에는 국내 법원뿐만 아니라 국제재판소도 포함되는 것으로 해석되었다.³⁶⁵⁾ 따라서 로마규정 제27조를 근거로 대통령 또는 의회 의원을 ICC로 인도할 수 있는가가 문제되었다.

프랑스는 로마규정 비준 당시 헌법 제53-2조를 새로 추가하여 ICC의 관할권을 헌법상 받아들임으로써 자국민을 ICC에게 인도할 수 있게 되었다. 2007년에는 대통령의 형사책임도 헌법 제53-2조의 유보 하에서 면책되는 것으로 헌법 제67조를 개정하였다. 프랑스 국내법상 면책특권 향유자들인 대통령, 정부 구성원, 의회 의원에 대하여 ICC가 인도를 요청할 때 프랑스 정부는 로마규정 제27조에 따라 협력할 의무를 지게 되었다.³⁶⁶⁾ ICC 관할범죄의 혐의가 있더라도 헌법상의 면책특권으로 인해 프랑스 법원은 국내법상 면책특권을 향유하는 사람에 대한 형사절차를 진행할 수 없으므로 범죄인을 ICC에게 인도하는 방법 외에 선택의 여지가 없다고 보고 있다.³⁶⁷⁾ ICC와의 협력을 위하여 2002년 2월 프랑스 형사소송법을 개정하여 제627조 내지 제627-20조에서 ICC와의 협력절차에 관

364) Conseil Constitutionnel, decision No. 98-408 DC, Jan. 22, 1999, cons. 12. ; Gerald L. Neuman, “The Brakes that Failed: Constitutional Restriction of International Agreements in France”, p.323.

365) Conseil Constitutionnel, decision No. 98-408 DC, Jan. 22, 1999, cons. 16. ; Gerald L. Neuman, op. cit., p.323.

366) Olivier Barrat, op. cit., p.61.

367) Ibid., p.63.

한 규정을 신설하였다.

(2) 독일

독일은 로마규정 비준 과정에서 의회 의원들의 의회 내에서의 발언 및 표결의 자유, 불체포특권 등을 규정한 독일연방기본법 제46조와 대통령의 불체포특권 등을 규정한 독일연방기본법 제60조가 로마규정 제27조를 비준하는 데 있어 방해가 되는 것이 아닌지 의문이 있었다.³⁶⁸⁾ 특히 대통령과 의회 의원을 국내법상 면책특권에도 불구하고 ICC에 인도할 수 있는지가 논란이 되었다.

우선 자국민 인도를 금지하고 있는 독일연방기본법 조항이 문제되었다. 독일은 로마규정에 가입하면서 국내적으로는 로마규정 이행을 위하여 ICC와의 협력법을 제정하였고, 자국민의 범죄인 인도를 금지하고 있는 독일연방기본법 제16조 제2항을 개정하여 독일 국민이라도 ICC에 인도할 수 있도록 하였다.³⁶⁹⁾ 과거의 독일연방기본법 제16조 제2항에서는 독일 국민을 외국 법원에 인도하는 것을 금지하고 있었고, 독일 헌법 재판소는 어떠한 경우라도 독일 당국이 국민을 외국의 관할권(foreign jurisdiction)으로 인도하는 것은 금지된다고 판단하였다.³⁷⁰⁾ 외국의 관할권에는 다른 국가의 법원뿐만 아니라 비국가 기관 즉 국제형사재판소도 포함하는 개념으로 해석될 여지가 있었다.³⁷¹⁾ 이에 따라 ICC, ICTR 및 ICTY의 국제형사재판소들, 유럽연합재판소들로 독일 국민의 인도가 가

368) Frank Jarasch and Claus Kreß, op. cit., p.105.

369) 최태현, “ICC규정 이행입법안 연구 -독일 및 스위스의 경우를 중심으로”, op. cit., p.245. ; 조상제, 국제조약의 국내이행 형사특별법: 독일 국제형법전의 입법과정과 내용(한국형사정책연구원, 2008), pp.41-46. ; Hans-Peter Kaul, “Germany : Method and Techniques used to deal with Constitutional, Sovereignty and Criminal Law Issues”, op. cit., pp.65-66.

370) Frank Jarasch and Claus Kreß, op. cit., p.100.

371) Ibid.

능하도록 하기 위하여 2000년 10월 28일 의회에서 만장일치로 헌법을 개정하였다.³⁷²⁾

그 외의 문제들은 국제기구에 대해 주권이양이 가능하도록 규정한 독일연방기본법 제24조³⁷³⁾와 관습국제법에 대하여 법률보다 우월한 효력을 부여하고 있는 독일연방기본법 제25조의 해석을 통하여 해결할 수 있다고 보았다.³⁷⁴⁾ ICC는 독일연방기본법 제24조 제1항에 의하여 독일 주권의 일부 이양을 부여 받은 국제기구이므로 로마규정 제27조가 독일연방기본법 제46조나 제60조와 양립가능하고, 그 경우 독일연방기본법 제46조와 제60조가 독일연방기본법상의 핵심원칙이 아닌 이상 관습국제법인 로마규정 제27조가 독일연방기본법 제46조나 제60조보다 우월한 효력

372) Hans-Peter Kaul, "Germany : Methods and Techniques used to deal with Constitutional, Sovereignty and Criminal Law Issues", op. cit., p.74. 그러나 ICC는 국제적인 사법기관으로서 일반적인 국가와 달리 높은 수준의 기준과 공정성을 갖추고 있으므로 ICC에의 인도(surrender)와 개별 국가에 대한 범죄인인도(extradition)는 차이가 있다고 보는 견해도 있다(Michael Cottier, op. cit., pp.239-241. ; Jürg Lindemann and Olivier Thormann, op. cit., p.428).

373) 독일연방기본법 제24조에서는 연방은 법률로써 국제기구에 주권을 이양할 수 있으며(제1항), 연방은 평화수호를 위하여 상호집단안전보장체제에 가입할 수 있고 이 경우 연방은 유럽 내 및 세계 각국 간 지속적인 평화 보장을 위하여 연방에게 부여될 주권제한에 동의하며(제2항), 국가 간 분쟁을 해결하기 위하여 연방은 일반적, 포괄적, 강제적인 국제중재관할권에 관한 협정에 동의하도록(제3항) 규정하고 있다. 원문은 다음과 같다.

Art 24

- (1) Der Bund kann durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen.
- (1a) Soweit die Länder für die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben zuständig sind, können sie mit Zustimmung der Bundesregierung Hoheitsrechte auf grenznachbarschaftliche Einrichtungen übertragen.
- (2) Der Bund kann sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen; er wird hierbei in die Beschränkungen seiner Hoheitsrechte einwilligen, die eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeiführen und sichern.
- (3) Zur Regelung zwischenstaatlicher Streitigkeiten wird der Bund Vereinbarungen über eine allgemeine, umfassende, obligatorische, internationale Schiedsgerichtsbarkeit beitreten.

374) Frank Jarasch and Claus Kreß, op. cit., pp.105-110.

을 가질 수 있다고 보았다.³⁷⁵⁾

독일연방기본법 제46조 제2항에 규정된 불체포특권이 독일연방기본법상의 기본 원칙에 해당하는지와 관련하여, 이 특권은 독일연방기본법상의 인권보장 조항이나 민주주의와 같은 본질적인 원칙이라기보다는 국가기관의 필수적인 요소라고 보았다.³⁷⁶⁾ 의원들의 불체포특권은 주로 집행권력의 부당한 간섭으로부터 의원들을 보호하기 위해 발달한 제도이나 법치주의의 확립으로써 그 의미는 크게 감소되어 현재는 입법기능의 적절한 보호라는 취지로 바뀌었기 때문이다.³⁷⁷⁾

한편 독일의회가 독일연방기본법 제46조 제2항 또는 제60조 제4항의 불체포특권을 배제시킬 수 있으므로 로마규정 제27조가 위 조항들과 양립가능하다는 주장도 있을 수 있으나, 그 경우 ICC로부터 인도 요청이 있기 전에 독일에서의 국내 절차가 먼저 이루어져야 한다는 것을 의미하게 되므로 ICC에 대한 신속하고 충분한 협력을 요구하는 로마규정 제27조, 제86조 내지 제88조의 취지에 부합하지 않는다고 보고 있다.³⁷⁸⁾

ICC와의 협력법에서는 연방의회 의원의 ICC에로의 인도와 관련하여 일부 규정을 두고 있다. ICC와의 협력법 제70조³⁷⁹⁾에서는 ICC로부터

375) Ibid., pp.105-106.

376) Ibid., pp.106-107.

377) Ibid.

378) Ibid., p.106. 한편 의회 의원들의 국회 내 발언에 대한 면책특권을 규정하고 있는 독일연방기본법 제46조 제1항의 경우 의회에 의해 면책특권이 포기될 수 없다고 보고 있다(Ibid., 각주 43).

379) 원문은 다음과 같다.

§ 70 Benachrichtigung

(Zu Artikel 27 des Römischen Statuts)

Richtet sich ein Ersuchen des Gerichtshofes um Überstellung oder sonstige Rechtshilfe gegen ein Mitglied des Deutschen Bundestages oder ein Gesetzgebungsorgan eines Landes oder auf Ermittlungshandlungen in deren Räumen, so unterrichtet das Bundesministerium der Justiz oder die sonst nach § 68 Abs. 1 zuständige Stelle den Präsidenten der Körperschaft, welcher der Betroffene angehört oder die von der erbetenen Ermittlungshandlung betroffen wird, über den Eingang des Ersuchens. Durch geeignete Maßnahmen ist

독일 연방의회 의원 등에 대해서 인도(surrender) 요청이 있는 경우 법무장관은 소속기관의 장에게 통보하여야 하고 그 통보로 인하여 ICC에 대한 소송절차의 이행이나 인도절차가 위태롭게 되지 않도록 적절한 조치를 취하도록 규정하고 있다. ICC가 관할권을 행사하는 경우 독일연방기본법 제46조 제2항 및 제60조 제4항보다 로마규정 제27조가 우선 적용되는 점에서, 독일 연방의회 의원 등에 대하여 ICC로부터 인도요청이 있는 경우 독일정부는 적절한 국내 절차를 거친 후 ICC의 요청에 협력하여야 한다.³⁸⁰⁾ 대통령에 대해서는 ICC와의 협력법에서 명시적인 규정을 두고 있지 않다.

(3) 네덜란드

네덜란드의 경우 로마규정 비준 과정에서 논란이 된 것은, 국왕이 로마규정의 범죄를 저지른 혐의를 받게 된다면 비록 왕실의 특권이 계속 존재한다고 하더라도 국내에서의 절차 제기 없이 국왕이 ICC로 인도될 수 있다는 점이였다.³⁸¹⁾ 이것은 네덜란드 법원이 관할권을 행사하지 않고 대신 ICC가 바로 관할권을 행사하는 것이 되므로 사실상 로마규정의 보충성의 원칙이 적용되지 않는 것을 의미하게 된다.³⁸²⁾ 그럼에도 로마

sicherzustellen, dass die Durchführung des Verfahrens vor dem Gerichtshof oder des Überstellungsverfahrens infolge der Unterrichtung nicht gefährdet wird.

380) 이와 달리 독일의 주권을 국제기구에 일부 이양할 수 있도록 규정한 독일연방기본법 제24조는 대통령, 연방의회 의원들에게 면책특권을 부여하고 있는 독일연방기본법의 조항들과 동일한 헌법상의 지위를 갖지만, 상충되는 경우 특별법 우선의 원칙에 따라 제24조가 우선 적용됨으로써 독일의 국제의무를 존중하는 방향으로 해결하는 것이 타당한 것으로 해석하는 견해도 있다(최태현, “ICC규정 이행입법안 연구 -독일 및 스위스의 경우를 중심으로”, op. cit., p.255. ; Steffen Wirth, “International Criminal Law in Germany Case Law and Legislation”, at 3rd Annual War Crimes Conference, Ottawa, 22-23 April 2002. hosted by the Canadian Department of Justice(Crimes against Humanity and War Crimes Section), p.15).

381) Harry Verweij and Martijn Groenleer, op. cit., p.85.

382) Ibid.

규정 비준법률은 네덜란드 의회에서 만장일치로 채택되었고 로마규정 발효 3년만인 2001년 7월 시행되었다.³⁸³⁾ 또한 로마규정 제9부와 10부의 협력의무를 이행하기 위하여 네덜란드는 이행법률을 제정하였다.³⁸⁴⁾

네덜란드 헌법상 국가원수와 정치인들의 헌법상 면책특권은 상하 양원의 2/3 이상의 찬성을 요하는 특별한 입법절차로써 배제될 수 있고 로마규정 비준법률도 그러한 절차를 통해 승인되었다. 그 결과 고위공직자들의 헌법상 면책특권이 ICC에 대한 인도를 막는 근거가 될 수 없게 되었다. 형사처벌을 위해서는 관련 개인이 공직에서 물러남으로써 국내절차상의 면책특권을 포기하든지 아니면 현직에 있으면서 기소를 위해 ICC에게 인도되든지 하여야 한다고 보고 있다.³⁸⁵⁾

(4) 스위스

스위스 연방헌법 제25조 제1항에서는 스위스 국민은 외국에 추방되지 않고 본인의 동의가 있을 때만 외국 당국에 범죄인 인도될 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 스위스 정부 관료나 의회 의원들을 ICC로 인도하는 것이 헌법 제25조 제1항의 위반이 아닌가가 논란이 될 수 있다. ICC에 대한 인도와 범죄인 인도는 용어부터 다르고 인도의 이유와 근거도 상이하므로 헌법 제25조 제1항은 로마규정과 충돌되지 않으며 ICC와의 관계에서는 적용될 수 없다는 견해가 유력하다.³⁸⁶⁾ 위와 같은 이유로 2000년 11월 연방이사회가 연방의회에 보낸 서한(Message)에서도 향후 스위스 시민을 ICC로 인도하는데 있어 헌법 제25조는 장애가 되지 않으므로 헌법 개정은 필요하지 않다고 주장되었다.³⁸⁷⁾ 연방의회도 논란 끝

383) Ibid.

384) Ibid., p.87.

385) Ibid., p.97.

386) Michael Cottier, op. cit., pp.239-241. ; Jürg Lindemann and Olivier Thormann, op. cit., p.428.

에 절대 다수로 헌법 개정은 필요하지 않다고 결정하였다.³⁸⁸⁾

또한 로마규정 비준으로 인해 국내법상 면책특권 향유자라고 하더라도 로마규정 제27조에 근거하여 ICC에게 인도할 의무가 있다고 보고 있다.³⁸⁹⁾ 로마규정을 비준함으로써 스위스는 범죄인 인도 등에 있어 ICC에게 협력할 국제법상 의무를 지게 되었고, 로마규정 제27조에 의하여 스위스 국내법상 공적지위에 따른 면책특권을 향유하는 사람도 인도 대상에 포함된다고 해석되기 때문이다.³⁹⁰⁾

헌법 제162조 제1항과 로마규정 제27조와의 양립가능성은 의회에서 의 발언의 방식으로 이루어진 국제법상의 범죄 행위에 대해 ICC로 범죄인을 인도하고 사법지원을 제공하는 문제와 관련하여서 발생하는데, 로마규정 비준 동의를 통하여 연방 의회는 헌법 제162조를 로마규정에 부합하도록 해석하는데 대해 동의한 것으로 간주된다.³⁹¹⁾

(5) 오스트리아

오스트리아는 ICC로의 인도와 관련하여 헌법적 지위를 가지는 오스트리아 범죄인인도 및 형사사법공조법(Federal Act of 4th Dec. 1979 on Extradition and Mutual Assistance in Criminal Matters) 제12조 제1항에서 오스트리아 국민을 인도하는 것을 금지하고 있다. 따라서 위 조항과 로마규정 제89조 제1항의 충돌여부가 문제가 되었다.³⁹²⁾ 그러나 위 범죄인인도 및 형사사법공조법 제12조 제1항에서 금지하고 있는 인도는 다른 외국에 대한 범죄인인도를 금지하는 취지이지 초국가적 존재인

387) Jürg Lindemann and Olivier Thormann, *op. cit.*, pp.427-428.

388) *Ibid.*, p.428.

389) Michael Cottier, *op. cit.*, pp.242-244.

390) *Ibid.*, pp.242-243..

391) *Ibid.*, p.244..

392) Irene Gartner, "Implementation of the ICC Statute in Austria", *op. cit.*, p.59.

ICC에게 인도하는 것을 금지하는 것은 아닌 것으로 해석하고 있다.³⁹³⁾ 이미 임시 국제형사재판소들에 대한 협력과 관련한 법률 제5조에 의해 임시 국제형사재판소들에 대한 인도는 범죄인 인도와 다른 것으로서 오스트리아 국민이라고 하여 인도가 방해받지 않는다고 인정되었다.³⁹⁴⁾ 따라서 스위스와 마찬가지로 자국민 인도 금지 규정은 ICC로의 인도에는 적용되지 않는다고 보아 별다른 입법조치를 하지 않았다.

앞에서 보았듯이³⁹⁵⁾ 오스트리아의 경우 대통령, 의회 의원들에게도 로마규정 제27조 제1항이 적용된다고 보므로 ICC로의 인도가 가능한 것으로 해석되고 있다. 그럼에도 법적 명확성을 위하여 오스트리아 의회는 로마규정 제89조를 헌법적 조항으로서의 효력을 갖추는데 필요한 다수결의 요건을 갖추어 승인함으로써 ICC로의 인도가 가능함을 명확히 하였다.³⁹⁶⁾

(6) 노르웨이

노르웨이는 로마규정 제9부에서 규정하고 있는 ICC에 대한 협력의 무와 관련하여 국가원수인 국왕을 ICC에게 인도할 경우 헌법 제5조와 로마규정 제27조의 충돌문제가 제기된다고 보았다.³⁹⁷⁾ 국왕이 탄핵 또는 기소 될 수 없다는 헌법 제5조의 규정 내용은 외국 법원에 대한 인도로부터의 보호도 포함하는 것으로 해석되기 때문이다.³⁹⁸⁾

물론 노르웨이 국왕은 매우 제한된 권한만 행사하고 국가의 정책 집행은 연립내각에 맡겨져 있으므로 국왕이 ICC의 관할범죄로 기소된다는

393) Ibid.

394) Ibid., p.61.

395) 제3장 제2절의 “2. 다.(2)오스트리아” 항 참조.

396) Irene Gartner, “Implementation of the ICC Statute in Austria”, op. cit., p.61.

397) Rolf Einar Fife, op. cit., p.291.

398) Ibid.

것은 매우 비현실적이라고 보았다.³⁹⁹⁾ 그러나 노르웨이 헌법에 반하는 내용이 조약에 수반되는 경우 노르웨이의 국익에 반하므로 노르웨이법이 될 수 없다는 것이 조약에 관한 노르웨이의 전통적인 이론이다.⁴⁰⁰⁾ 따라서 헌법 제5조가 로마규정의 비준에 장애가 될 수 있다고 보았다.⁴⁰¹⁾

이 점에 대해 노르웨이 정부는 전통적인 이론이 이 경우에는 적용될 수 없다고 보았다. 국제기구가 미래에 행할 결정이 헌법과 충돌될 가능성이 있다고 하더라도, 국제기구에 권한을 부여하는 것은 다른 문제로 보았다.⁴⁰²⁾ 해당 조약에 헌법 조항과 관련하여 국제기구의 권한이 제한된다는 규정이 포함되어 있지 않거나, 국제기구에 독립적인 결정 권한을 부여하는 조약에 가입할 때마다 헌법을 개정하지 않는 이상, 국제기구의 결정이 노르웨이 헌법과 충돌되는 내용을 포함할 위험성은 항상 있다고 보았다.⁴⁰³⁾ 유엔안전보장이사회도 노르웨이의 헌법과 충돌되는 결정을 할 수 있는 광범위한 권한을 갖고 있지만 그것이 노르웨이가 유엔에 가입하는 것을 막을 사유는 되지 않았다는 것이다.⁴⁰⁴⁾ 비록 향후 ICC의 결정이 노르웨이 헌법 내용과 충돌될 경우 노르웨이 당국이 그러한 ICC의 결정을 이행하지 못할 가능성이 있다고 하더라도 그러한 가설을 근거로 노르웨이 헌법이 조약가입의 장애가 된다고 할 수는 없고 로마규정의 가입을 위해서 헌법을 개정하여야 한다는 주장도 적절치 않다고 보았다.⁴⁰⁵⁾

또한 헌법 규정도 시대적 상황의 변화에 따라 해석이 바뀔 수 있으

399) Ibid.

400) Ibid.

401) Ibid.

402) Ibid., pp.291-292.

403) Ibid., p.292.

404) Ibid.

405) Ibid., pp.292-293.

며, 뉘른베르크 재판 이후에 가장 심각한 국제범죄에 대해서는 국가원수도 형사면제를 향유하지 못하는 방향으로 국제법이 발전해 나가고 있으므로 헌법 제5조가 로마규정 가입에 장애가 되지는 않는다고 보았다. 결국 노르웨이 정부는 로마규정과 헌법간의 충돌 문제에 대해 가설적이고 법이론적인 측면보다는 현실적이고 실리적인 측면에서 양자는 별다른 문제가 없다고 보았고 설혹 다소 문제가 되더라도 로마규정에의 가입을 방해할 정도는 되지 않는다고 생각하였다.

(7) 일본

일본도 도망범죄인인도법 제2조 제9호에서는 자국민의 해외인도 금지 규정을 두고 있으나, 동조 본문에서는 관련 조약에 별도의 규정이 있는 때에는 제9호는 적용되지 않는다고 규정하고 있다.⁴⁰⁶⁾ 로마규정은 도망범죄인인도법에서 정하고 있는 자국민 인도금지의 예외인 위 관련 조약에 해당한다고 보고 있다.⁴⁰⁷⁾

국제형사재판소에 대한 협력 등에 관한 법률 제19조 제2항 제6호에도 인도 대상이 일본 국민인 경우에는 인도에서 제외하도록 규정하고 있다. 그러나 동법에서는 이에 대한 예외로서 국제조약을 명시하고 있지 않다. 국내법상 면책특권 향유자인 의회 의원이 회기 중에 ICC로 인도가 될 수 있는지가 문제될 수 있다.⁴⁰⁸⁾ 국제형사재판소에 대한 협력 등에

406) 원문은 다음과 같다.

(引渡に關する制限)

제二條 左の各号の一に該當する場合には、逃亡犯罪人を引き渡してはならない。但し、第三号、第四号、第八号又は第九号に該當する場合において、引渡條約に別段の定があるときは、この限りでない。

九 逃亡犯罪人が日本國民であるとき。

407) Naoko Saiki, op. cit., pp.272-273.

408) Kyo Arai · Akira Mayama · Osamu Yoshida, "Japan's Accession to the ICC Statute and the ICC Cooperation Law", Japanese Yearbook of International Law, Vol.51(2008), p.375.

관한 법률에서는 이에 대해 아무런 규정을 두지 않고 있고, 현재로서 일본 정부의 명확한 입장도 알기 어렵다.

다만 일본에서는 ICC에 대한 인도나 사법공조는 “수평적”인 국가간의 범죄인 인도와 달리 “수직적”인 관계로 보고 도망범죄인인도법이나 사법공조법과 별도로 국제형사재판소에 대한 협력 등에 관한 법률을 제정하였다.⁴⁰⁹⁾ 또한 헌법 제32조의 재판을 받을 권리의 “법원”에 ICC가 포함되지 않으므로 ICC에 의한 재판이 헌법 제32조를 침해하는 것은 아니라고 보고 있다.⁴¹⁰⁾ 그리고 일본 정부는 수차례 ICC 발전과 국제공동체의 발전에 기여하겠다는 의사를 표명해 왔다.⁴¹¹⁾ 이러한 점에서 의회 의원을 ICC로 인도하는 것이 크게 문제가 되지 않은 것으로 보고 있는 것이 아닌 가 생각된다.

3. 학설 및 판례

로마규정 제27조 제2항에서 배제하고 있는 국내법상의 면제나 특별한 절차규칙에는 헌법으로 규정한 것도 포함되고 당사국은 로마규정을 비준함과 동시에 이를 배제하는데 동의한 것으로 간주되므로 국내법상의 사유를 ICC에게 주장할 수 없다고 보는 견해가 있다.⁴¹²⁾ 이 견해는 ICC의 형사절차에서 헌법상의 면책특권을 항변으로 주장할 수 없을 뿐만 아니라 ICC로부터 체포·인도 요청이 있을 경우에 이에 협력할 의무도 있

409) Ibid.

410) Ibid., pp.377-378.

411) Ibid., pp.382.

412) Sarah Williams and Lena Sherif, op. cit., pp.77-78. ; Willam A. Schabas, The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute, op. cit., pp.446-447.; Eric David, op. cit., pp.743-745. ; Gerhard Werle and Florian Jessberger, Principles of International Criminal Law, Third Edition(Oxford University Press, 2014), pp.278-279.

다고 본다. 이러한 견해에 따를 경우 ICC가 대한민국 대통령과 국회의원에 대해서 형사절차를 진행하는 경우 그 절차에서 헌법상의 면책특권을 항변으로 주장할 수 없을 뿐만 아니라, ICC로부터 동인들에 대한 체포·인도의 요청이 있을 경우에 이에 대해 협력의무도 있게 된다.

헌법에 규정되어 있는 형사상 면책특권은 국내 사법절차에서의 특권일 뿐 외국 당국이나 ICC에 의한 수사나 재판 절차에 있어서 적용되지 않고, 현실적으로 국가원수를 ICC에 인도하는 방법으로 헌법상의 탄핵절차나 국회의 동의절차를 이용할 수 있다고 보는 견해도 있다.⁴¹³⁾ 이렇게 해석할 경우 탄핵절차나 국회동의 절차를 통하여 대통령이나 국회의원을 ICC로 인도할 수 있는 결과가 된다.

현재까지 이와 직접 관련된 국내외 판례는 보이지 않는다. 로마규정 체제가 출발하지 크게 오래되지 않은 사정도 있지만 자국의 현직 국가원수 등을 ICC로 인도하는 것은 법과 정치 현실상 쉽지 않게 때문이다. 다만 2007년 대통령 선거 당시 유혈사태 과정에서 인도에 반한 죄를 범한 혐의를 받고 있는 케냐의 우후루 케냐타 대통령은 ICC로부터 소환결정⁴¹⁴⁾을 받아 현직 대통령의 신분으로서는 처음으로 2014년 10월 ICC 법정에서 자진 출석한 바 있다.

4. 소 결

프랑스는 헌법 해석상 국내적으로 로마규정 제27조가 대통령 등의 면책특권보다 우위의 효력을 가질 수는 없다고 보고 그 대신 로마규정상

413) 최태현, “ICC 규정 제27조와 우리 헌법의 관련조항간의 조화문제에 관한 검토”, p.2.

414) Decision on the Prosecutor 's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, ICC-01/09-02/11, 8 March 2011.

의 의무를 이행하는 방법으로 대통령 등 면책특권 대상자를 ICC에게 인도하는 방안을 모색하였다. 그 과정에서 국제기구에 주권을 이양할 수 있는 헌법적 근거 없이 현직 대통령을 ICC에게 인도하는 것은 주권침해 등의 소지가 있다고 보고 이러한 논란을 해소하는 방법으로 헌법 제 53-2조를 신설하는 방법을 택하였다. 독일과 스위스 역시 국내적 처벌보다는 ICC에로의 인도의 방식을 택하였지만 주권이양이 가능하도록 이미 헌법에 관련 규정을 두고 있었으므로 로마규정 제27조가 헌법상의 면책특권 규정과 충돌되지 않는다고 해석하고 있다.

헌법 개정 등 입법조치를 하지 않은 경우에도 국내법상의 면책특권 향유자를 ICC에게 인도하는 것이 가능하다고 보는 것이 상당수 로마규정 당사국들의 입장이다.⁴¹⁵⁾ 다만 그 근거에 대해서는 국내 법원에서 처벌하는 것이 불가능할 경우 ICC에게 인도하는 방법 이외에 대안이 없다는 현실적인 인식에서 비롯된 경우도 있고 ICC에 대한 인도는 통상의 국가 간의 범죄인 인도와 성격이 다르므로 국내법상의 면책특권 규정이 장애가 될 수 없다는 견해도 있다.⁴¹⁶⁾ 또한 이미 로마규정 비준 과정에서 의회에서 헌법 개정의 요건을 갖추어 로마규정에 대한 승인이 있었으므로 재차 의회의 동의나 헌법 개정이 필요 없다고 보기도 한다.⁴¹⁷⁾

이와 관련하여 우리의 이행법률에서는 간단한 몇 개의 조항만을 두고 있다. 범죄인인도법을 준용하고 범죄인인도법에 규정이 없는 경우 로마규정에 따르도록 하고 있다. 따라서 국내법상 명시적인 규정이 없이 현직 대통령이나 국회의원을 해석을 통하여 ICC에게 인도할 수 있을지 의문이다. 우리 헌법에는 자국민 인도나 국제형사재판소 등 국제기구에

415) 스위스, 오스트리아 등

416) Michael Cottier, *op. cit.*, pp.239-241. ; Jürg Lindemann and Olivier Thormann, "Switzerland", *op. cit.*, p.428.

417) 네덜란드의 로마규정 비준 사례.

대한 주권이양 등에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않고 있고 그러한 쟁점들과 관련하여 충분한 검토도 이루어지지 못하였다.

ICC로부터 대한민국의 대통령과 국회의원에 대한 체포·인도 요청이 있을 경우 국내 법원과 검찰을 통하여 절차가 집행될 것이다. 인신보호 원칙상 범죄인의 신병과 관련하여서는 엄격한 법적절차가 요구되고 있다. 더구나 대한민국 내에서 정치적·사회적으로 큰 혼란을 야기할 수 있는 대통령과 국회의원의 ICC에로의 인도에 대해, 정부 당국이나 법원이 국내법상의 명확한 근거 없이 헌법상의 면책특권 규정을 무시하고 인도 결정을 내릴 것으로 기대하기는 어렵다.

대통령을 ICC에게 인도한다는 것은 사실상 ICC를 통한 기소 또는 처벌을 전제로 하는 것이므로, 로마규정 제27조를 근거로 국내 절차를 통하여 대통령을 ICC로 인도할 수 있다고 보면 로마규정이 우리 정부와 법원에게 있어 헌법보다 우월한 것으로 해석되는 결과가 된다. 국회의원의 경우 ICC에로의 인도를 위해서는 자발적으로 출석하지 않는 이상 체포가 필요한데, 국회의 동의 없이 체포하여 ICC로 인도를 할 수 있다고 해석하는 것 역시 로마규정을 헌법상의 불체포특권 규정보다 우월한 것으로 보는 결과가 된다. 기존의 헌법과 국제법의 관계에 대한 국내 학자들의 견해와 판례에 비추어 볼 때 이러한 결과는 수긍하기 어렵다.

탄핵절차를 거쳐 ICC에게 인도하는 것도 어려움이 있다. 대통령이 헌법질서를 문란케 하고 국민들의 인권보호 의무를 저버린 경우 헌법수호자의 지위를 스스로 부정하고 헌법질서와 기본권을 침해한 것이므로 더 이상 대통령의 특권을 인정할 여지는 없다.⁴¹⁸⁾ 따라서 탄핵의 대상이 될 수 있다. 그러나 탄핵은 형사처벌과는 별도의 헌법상 제도이고 그 요건과 절차를 헌법에서 엄격하게 정하고 있다. 물론 ICC의 인도청구 이

418) 정종섭, op. cit., p1225.

유가 국내법상 탄핵사유에 해당할 경우 별도의 탄핵절차를 진행하는 것은 가능할 것이다. 그러나 ICC의 인도청구 요청 자체를 바로 탄핵사유에 해당한다고 보기는 어렵다. 또한 헌법 제84조에서 내란 또는 외환의 죄의 경우 대통령의 불소추특권의 예외를 인정한 이유는 국회의 탄핵소추와 헌법재판소의 탄핵결정까지 거쳐 대통령을 파면한 후 형사처벌 하는 경우 시간이 많이 소요되고 그 동안 헌법질서가 매우 위태로워질 우려가 있음을 감안한 규정이다.⁴¹⁹⁾

결국 현재의 국내법 체계로는 현직 대통령을 국내 법원에서 처벌하기도 어렵고 ICC에로의 인도도 어렵다고 볼 수밖에 없다. 따라서 프랑스와 같이 헌법 개정을 통하여 ICC의 관할권에 대하여 헌법적 근거를 마련하고 그 범위 내에서 면책특권이 제한됨을 규정하는 것도 하나의 좋은 방법이 될 수 있다. 다만 헌법 규정에서 직접 대통령의 불소추특권의 예외사유로 ICC 관할범죄를 추가하는 경우에는 국내적으로 처벌 가능할 뿐만 아니라 ICC에로의 인도도 가능한 것으로 해석될 것이므로, 별도로 ICC의 관할권에 대하여 헌법 규정을 둘 필요는 없을 것으로 생각된다.

국회의원의 경우에도 ICC로의 신속한 인도가 가능하도록 하는 것이 바람직하다. ICC 관할범죄를 범한 때에는 국회의 동의가 필요 없도록 하거나 부당한 장기지연 등 일정한 경우에는 동의를 생략할 수 있도록 헌법 또는 국회법에 명시적으로 규정을 둘 필요가 있다.

제4절 ICC와의 형사사법공조

1. 관련 규정

419) 정종섭, op. cit., p.1225.

ICC로부터 대통령이나 국회의원에 대한 사법공조요청을 받는 경우 국내법상의 면책특권을 근거로 이를 거부할 수 있는가, 아니면 로마규정 제27조에 근거하여 헌법상의 면책특권을 배제하고 이에 협력하여야 하는가? 이는 ICC와의 형사사법공조에 있어서의 로마규정 제27조와 국내법상의 면책특권 규정간의 적용 관계이다.

로마규정은 제93조에서 “기타 형태의 협력”이라는 제목으로 로마규정 당사국들은 국내법상의 절차에 따라 수사 또는 기소와 관련하여 ICC의 요청에 따른 지원을 제공하도록 규정하고 있다. 구체적인 지원 내용은 사람의 신원과 소재지 파악, 선서된 증언을 포함한 증거의 수집과 재판소에 필요한 감정인의 의견 및 보고서를 포함한 증거의 제출, 수사 또는 기소 중인 자의 신문, 매장장소의 발굴과 조사를 포함하여 장소나 현장 조사, 수색 및 압수의 집행, 피해자 또는 증인의 보호 및 증거보전, 기타 ICC 관할범죄의 수사 및 기소를 용이하게 하기 위한 것으로서 피요청국의 법에 금지되지 아니한 기타 형태의 지원 등이다. 다만 로마규정 제93조 제4항에서는 “국가안보”와 관련된 문서의 제출 또는 증거의 공개와 관련된 공조요청을 거절할 수 있도록 규정하고 있다.

대한민국의 대통령 또는 국회의원에 대하여 ICC로부터 수사공조요청이 있을 경우에 대통령이나 국회의원의 면책특권을 피요청국의 법에 금지된 사유로 보아 공조요청을 거절할 수 있다고 볼 수 있는가? 국내법상의 이유로는 ICC의 공조요청을 거절할 수 없다고 보는 견해⁴²⁰⁾가 있는바 대통령, 국회의원의 면책특권도 ICC에게 주장할 수 없는 국내법상의 공조거절 사유에 해당한다고 볼 것인가?

2. 국내법상의 면책특권과의 관계

420) 김영석, “국제형사재판소 관할범죄의 처벌등에 관한 법률(안)에 관한 공청회 의견”, 법무부 국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률안 공청회 자료(2004), p.29.

로마규정 제93조에서는 로마규정 당사국들에게 ICC에 대하여 다양하고 광범위한 지원과 협력을 하도록 규정하고 있다. 이러한 규정의 이유는 ICC가 당사국의 협력을 필수적으로 요구하는 체제인 관계에서 비롯된 것이다.⁴²¹⁾ 당사국에게 부과된 일반적인 지원협력 의무도 범죄인인도 의무와 유사한 구도이나 다음과 같은 세 가지의 예외사유의 경우를 제외하고는 ICC에게 협력하여야 한다는 점에서 범죄인 인도 보다 충실한 협력의무가 부과되어 있다.⁴²²⁾

첫째는 국가안보와 관련된 경우(제93조 제4항)이고, 둘째는 로마규정 제93조 제1항에서 명시적으로 규정되지 않은 지원협력 중 피요청국의 법에 의하여 금지된 경우(제93조 제1항 (1)호)이며, 셋째는 제93조 제1항에 따라 요청된 특별한 지원조치의 이행이 피요청국에게 일반적으로 적용되는 근본적인 법원칙상 금지되는 경우(제93조 제3항)이다. 다만 세 번째의 경우는 일방적인 거절사유라기 보다는 당사국과 ICC간의 상호 협의를 거친 후 그러한 특별한 조치의 이행이 그 국가의 법적용의 근본 원칙을 침해한다는 것이 입증되지 않은 이상 당사국은 협력하여야 한다고 해석되고 있다.⁴²³⁾

우리 이행법률 제20조에서는 ICC의 형사사건 수사 또는 재판과 관련하여 ICC의 요청에 따라 실시하는 공조는 국제형사사법공조법을 준용하고, 로마규정에 국제형사사법공조법과 다른 규정이 있는 경우에는 로마규정에 따르도록 하고 있다. 국제형사공조법 제6조(공조의 제한)에서는 일정한 경우 공조를 하지 아니할 수 있도록 규정하고 있다. 대한민국

421) Claus Kreß and Kimberly Prost, "Article 93 Other forms of Cooperation", in Otto Triffterer, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court(Verlag C. H. Beck, Hart Publishing, Nomos, 2008), p.1572.

422) Ibid.

423) Ibid.

의 주권, 국가안전보장, 안녕질서 또는 미풍양속을 해칠 우려가 있는 경우(동조 제1호), 공조범죄가 정치적 성격을 지닌 범죄이거나 공조요청이 정치적 성격을 지닌 다른 범죄에 대한 수사 또는 재판을 할 목적으로 한 것이라고 인정되는 경우에 공조를 거절할 수 있다(동조 제3호).

대통령이나 국회의원에 대하여 ICC로부터 사범공조가 요청되는 사건은 우리의 입장에서는 정치범죄와 관련된 사건일 가능성이 많을 것이고 특히 그러한 사람들이 현직에 재직 중인 경우 국가주권 및 국가안전보장과 밀접하게 관련된 문제라고 볼 여지도 있다. 그렇다면 이를 이유로 ICC의 사범공조요청을 거절할 수 있다고 볼 것인가? 주권, 국가안전보장, 안녕질서 또는 미풍양속과 관련된 공조거절 사유는 기본적으로 국가 간의 관계에서 주권평등의 원칙에 기초하여 상대국의 주권을 고려한 데에서 비롯된 것이다. 그러나 ICC와 국가 간의 사범공조는 국가들 간의 사범공조와는 성격이 다르고 특히 ICC는 국가를 초월하여 국제사회가 나서서 중대한 국제법상 범죄를 국제적으로 처벌하려는 것을 목적으로 하고 있으므로 국가 간의 관계에서 비롯된 위와 같은 사유가 ICC에 대한 공조거절 사유로 될 수는 없다고 본다.

정치범죄라는 이유로 공조를 거절하는 것은 국제범죄의 처벌 필요성에 비추어 바람직스럽지 않으므로 이를 제한하려는 경향이 대두되고 있고 특히 집단살해죄, 전쟁범죄 및 인도에 반한 죄, 테러행위 등은 정치범죄에서 제외시키는 것이 추세이다.⁴²⁴⁾ 따라서 대통령, 국회의원 등 면책특권 향유자들이 ICC 관할범죄를 저지른 경우 정치범죄라는 이유로 공조를 거절할 수는 없다.

한편 공조요청 관련 범죄가 대한민국의 법률에 의하여는 범죄를 구성하지 아니하거나 공소를 제기할 수 없는 범죄인 경우에도 공조를 거절

424) Ibid., pp.35-36. ; 백진현·조균석, “국제형사사범공조에 관한 연구”, 한국형사정책연구원 연구총서 10호(한국형사정책연구원, 1992), p.24.

할 수 있다(동조 제4호). 이는 국제형사사법공조에 있어서 구체적 쌍방가별주의의 입장에 따른 것이다.⁴²⁵⁾ 구체적 쌍방가별주의 입장을 취할 경우 문제된 행위가 양 국가에서 구체적으로 동일한 범죄로 처벌될 수 있을 뿐만 아니라 소송법적으로도 소추가능성이 있어야 사법공조의 대상이 된다.⁴²⁶⁾ 그러나 범죄의 국제화현상이 심화되면서 범죄에 대한 효과적인 예방과 처벌을 위해 쌍방가별성은 완화되는 추세에 있다.⁴²⁷⁾

한편 범죄인 인도에 있어서 자국민의 인도여부에 대해 논란이 있는 것과는 달리 형사사법공조에 있어서는 자국민이 이해관계자인 경우에도 예외 없이 공조를 인정하고 있다. 사법공조를 가능한 한 넓게 인정하는 것이 현재 국제형사사법공조의 이념이고, 자국민에 대한 증거의 수집을 허용하는 것이 자국민에게 도움이 될 수도 있으므로 공조 대상 관련자의 국적을 문제 삼지 않는 것이 일반적이다.⁴²⁸⁾ 따라서 대통령, 국회의원들이 자국민인지 여부는 원칙적으로 사법공조에 영향을 미치지 않을 것이다.

대통령이 민·형사사건의 증인으로 출석하여야 할 필요가 있을 경우 재직 중인 대통령이라도 법원에 출석하여야 하며 대통령이 이를 거부하는 경우 강제구인을 할 수 있다고 보는 견해가 있다.⁴²⁹⁾ 이에 비해 대통령은 형사피고인으로서 뿐만 아니라 증인으로서도 구인당하지 않는 것

425) 법무부, 형사사법공조실무(성진사, 2013), p.9., pp.18-19. 쌍방가별성의 정도를 어느 수준까지 요구하느냐의 차이에 따라 추상적 쌍방가별주의와 구체적 쌍방가별주의로 나뉜다. 추상적 쌍방가별주의는 쌍방의 국가에서 형벌법규가 추상적으로 동일하거나 유사하면 쌍방가별성을 인정하는 입장이고 구체적 가별주의는 범죄의 구성요건 뿐만 아니라 위법성, 책임성 조각사유, 소추조건 등도 함께 고려하여야 한다는 입장이다.

426) 森下 忠, 國際刑事司法共助の 理論(成文堂, 1983), p.82(법무부, 형사사법공조실무, op. cit., p.9.에서 재인용)

427) 법무부, 형사사법공조실무, op. cit., p.10. ; 백진현·조균석, op. cit., p.20. ; 정동기, 형사사법공조의 기본원칙, 저스티스(한국법학원) 29권 1호(1996), pp.57-58.

428) 김주덕, “국제형사사법공조”, 형사정책연구 2권(한국형사정책연구원, 1990), pp.222-223.

429) 정종섭, op. cit., p.1224.

이 원칙이라고 보는 견해도 있다.⁴³⁰⁾ 프랑스 헌법 제67조 제2항에서는 대통령은 어떠한 경우에도 증인으로 소환되거나 증인신문의 대상이 되지 않는다고 규정하고 있다. 우리 헌법은 이에 대해 따로 규정을 두고 있지 않다. 현실적인 실현가능성을 떠나 로마규정 및 형사사법공조 제도의 취지에 비추어 볼 때 전자의 견해가 타당하다고 생각한다.

3. 각국의 입법례

로마규정 당사국들 중에는 ICC와의 형사사법공조에 대하여 체포·인도 규정과 함께 이행법률에 규정을 두고 있는 국가들이 적지 않다.

독일의 경우 ICC와의 협력법 제70조에서 독일 연방의회 의원 등에 대해서 상호지원(mutual assistance) 요청이 있을 경우에는 법무부장은 소속기관의 장에게 통보하여야 하고 그 통보로 인하여 ICC에 대한 소송절차의 이행이나 인도절차가 위태롭게 되지 않도록 적절한 조치를 취하도록 규정함으로써 ICC에 대한 협력이 이루어지도록 하고 있다.

스위스는 ICC와의 협력에 관한 연방법률 제4조에서, ICC로부터 협력 요청을 이행하는데 있어 로마규정 제93조 제3항과 같이 스위스의 근본적인 법원칙과의 충돌이 야기되거나, 로마규정 제72조 및 제93조 제4항과 같이 국가안보 이익에 영향을 미치는 등의 사정이 발생하는 경우 중앙기구(The Central Authority)⁴³¹⁾가 ICC와 상의를 하도록 규정하고 있다.⁴³²⁾ 스위스는 로마규정 기준을 통하여 ICC에게 인도 및 수사공조의

430) 권영성, op. cit., P.972.

431) ICC와의 협력에 관한 연방법률 제3조에 따라 연방법무부(The Federal Office of Justice)가 운영하는 기구로서, ICC로부터 요청을 접수하고 협력여부를 결정하며 관계 부처에 필요한 조치를 명령하는 등 ICC와의 협력관계 업무를 관장하는 기구이다.

432) 해당 조항의 영문은 다음과 같다.

Art. 4 Consultations

The Central Authority shall conduct consultations as indicated in article 97 of the

의무를 지게 되었으므로 스위스 국내법상의 면책특권 규정을 ICC에게 주장할 수 없다고 본다.⁴³³⁾ 따라서 의회 의원 등과 관련하여 ICC의 사법 공조요청이 있을 경우 위 법률 제4조에서 정한 사유에 해당하지 않는 이상 원칙적으로 ICC에게 협력할 의무가 있다.

오스트리아의 경우 원칙적으로 로마규정 제93조에 근거하여 형사사법 공조에 관한 국내절차에 따라 ICC에게 지원협력을 한다.⁴³⁴⁾ ICC와의 협력에 관한 법률(Act on Cooperation with the International criminal Court, Federal Law Gazzette I, Nr.135/2002)에서 관련 규정을 두고 있다. 이 법률 제9조 제1항에서는 스위스의 경우와 마찬가지로 ICC의 협력 요청을 이행하는 것이 오스트리아의 근본적인 법원칙상 금지되는 경우(제1호)와 국가안보를 침해하는 경우(제2호) 등의 경우 ICC와 상의하도록 규정하고 있다.⁴³⁵⁾ 또한 국내 법률에 따라 사법공조를 제공하도록 규정한

Statute, in particular when the execution of a request:

- a. would conflict with an existing fundamental legal principle (art. 93 para. 3 of the Statute);
- b. would prejudice national security interests (art. 72 and art. 93 para. 4 of the Statute);
- c. would interfere with an ongoing investigation or prosecution of a different case (art. 94 para. 1 of the Statute);
- d. could violate State or diplomatic immunity (art. 98 in connection with art. 27 of the Statute).

433) Michael Cottier, *op. cit.*, pp.242-244.

434) Irene Gartner, "Austria", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), p.44.

435) 해당 조항의 영문은 다음과 같다.

9. Obligation to consult, and rejection of requests from the International Criminal Court

1. Matters arising shall be resolved through consultations with the International Criminal Court, in particular where the execution of a request from the International Criminal Court would:

- (1) run counter to a fundamental legal principle (article 93(3) of the Statute);
- (2) prejudice national security (articles 72 and 93(4) of the Statute)

ICC와의 협력에 관한 법률 제14조 제1항을 해석함에 있어서 공조거절 사유인 쌍방가별성의 원칙이나 정치범죄 또는 군사범죄의 예외는 인정되지 않는다고 보고 있다.⁴³⁶⁾ 국내법상 면책특권 향유자와 관련하여서는 따로 규정을 두고 있지는 않다. 그러나 체포·인도의 경우와 마찬가지로 오스트리아는 로마규정 제27조에 대해 국내법상의 면책특권 규정보다 우월한 효력을 인정하고 있으므로 위와 같은 공조거절 사유가 없는 이상 ICC에 대해 협력할 의무가 인정될 것이다.

영국은 국제형사재판소법 제27조 이하에서 인도 이외의 여러 가지 지원협력에 대한 구체적인 규정을 두고 있으며 동법 제39조에서는 국가안보와 관련되는 자료는 제출을 하지 못하도록 규정하고 있다. 호주도 국제형사재판소법 제4부 이하에서 ICC와의 형사사법공조와 관련하여 비교적 상세한 규정을 두고 있으며 제51조에서 역시 국가안보와 관련된 경우 공조 요청을 거절할 수 있도록 규정하고 있다. 영국과 호주는 로마규정 제27조에 따라 국내법상의 면책특권 향유자도 국내적으로 처벌이 가능하다고 보고 있으므로 면책특권을 이유로 ICC의 사법공조 요청을 거절할 수 없다고 본다.

우리의 경우도 국회에서 이행법률을 심의하는 과정에서 ICC 관할범죄에 대하여는 사법공조의 예외를 최소화하여 국제형사사법공조법 제6조에 규정되어 있는 공조 제한사유 중 국가안보의 경우만 인정하여야 한다는 일부 국회의원의 의견이 있었다.⁴³⁷⁾

4. 판 례

436) Irene Gartner, "Austria", op, cit., p.44.

437) 제268회국회(임시회) 제10차 법제사법위원회회의록, pp.10-11.

국제형사재판소들이 각국에 대하여 자료제출 명령(subpoena duces tecum)과 증인소환 명령(subpoena ad testificandum)을 할 수 있는 권한과 관련하여 논란이 된 대표적인 사건이 ICTY의 Prosecutor v. Tihomir Blaskic 사건이다.⁴³⁸⁾ 특히 국가안전 보장과 관련하여 ICTY 권한의 한계와 각국의 협력의무의 정도에 대한 원칙을 판결한 점에서 중요한 의의가 있다.⁴³⁹⁾

이 사건은 ICTY의 “McDonald” 판사가 “Tihomir Blaskic”에 대한 사건과 관련하여 크로아티아 정부와 크로아티아 국방장관인 “Gojko Susak”에게 증인 소환 및 자료제출 명령을 발부한데 대해 크로아티아 정부가 이의를 제기하면서 시작되었다. “McDonald” 판사는 “Lasva Valley” 지역의 “Ahmici” 등 여러 마을의 민간인에 대한 공격 및 학살과 관련하여 크로아티아 정부와 국방장관 “Susak”에게, “Tihomir Blaskic”이 크로아티아 국방장관에게 보낸 메모와 서신들, 크로아티아 국방장관 등이 “Tihomir Blaskic”에게 하달한 명령들에 관한 자료제출을 명하였다.⁴⁴⁰⁾ 이에 대해 크로아티아 정부는 주권국가에 대한 자료제출 명령은 있을 수 없고, 국제의무 이행의 수단의 선택은 크로아티아의 재량에 달려 있으며, 국가안보상 정보를 유지할 근거가 있다며 일부 자료만 제출하였다.⁴⁴¹⁾ ICTY 제2재판부는 1997년 7월 18일 결정(“Subpoena Decision”)⁴⁴²⁾에서 “McDonald” 판사의 자료제출 명령을 지지하였다. 이

438) Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement on The Request of The Republic of Croatia for Review of The Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, Case No. IT-95-14-108bis, 29 October 1997. ; Roland Bank, op. cit., p.235.

439) Roland Bank, op. cit., 235.

440) Ibid., p.236.

441) Ibid.

442) Prosecutor v. Tihomir Blackic, Decision on the objection of the Republic of Croatia to the issuance of subpoenae duces tecum, Case No. IT-95-14-PT, T.Ch. II, 18 July 1997(“Subpoena Decision”).

에 크로아티아 정부는 항소하였다.

ICTY 항소부는, ICTY는 국가들과 공적 자격이 아닌 사적 자격으로서의 개인에 대해서는 구속력 있는 명령을 할 권한이 있고, 국가들은 안보상의 이유로 자료제출을 거부할 수 없으며, 다만 개인에 대해서는 자료제출 거부에 대한 제재가 가능하나 국가에 대해서는 불가능하다고 판단하였다.⁴⁴³⁾ 항소부는 우선 ICTY가 개인에 대해서만 관할권을 가지므로 각국에 대한 관할권 행사의 권한이 결여되어 있다는 크로아티아의 주장은 전적으로 잘못된 것이라고 보았다.⁴⁴⁴⁾ 집행기관을 보유하지 않은 ICTY로서는 각국의 협력에 의존할 수밖에 없고 각국은 ICTY 규정 제 29조와 유엔결의에 따라 ICTY에 협력할 의무가 있다고 판단하였다.⁴⁴⁵⁾ 따라서 각국에 대하여 구속력 있는 명령이나 요청을 할 권한이 있다고 판단하였다.⁴⁴⁶⁾ 다만 국가로부터 자발적인 협력이 가능하면 먼저 협력절차를 진행하는 것이 상당하고 그러한 협력이 이루어지지 못하는 경우 강제적인 명령을 발부하는 것이 타당하다고 보았다.⁴⁴⁷⁾ 자발적인 협력의 요건은 ICTY의 모든 사건에서 일관되게 요구된 것은 아니며 “Kordic”과 “Cerkez” 사건⁴⁴⁸⁾에서는 서류를 얻기 위한 자발적인 협력 노력이 있었는지와 관계없이 강제적인 서류제출 명령을 인정하였다.⁴⁴⁹⁾

다만 ICTY 항소부는 국가와는 달리 공무원들은 국가의 기관에 불

443) Roland Bank, op. cit., p.238.

444) Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement on The Request of The Republic of Croatia for Review of The Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, Case No. IT-95-14-108bis, 29 October 1997, para.26.

445) Ibid.

446) Ibid. para.28.

447) Ibid. para.31.

448) Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, Order to the Federation of Bosnia and Herzegovina for the Production of Documents of The Decision of Trial Chamber of 4 February 1999.

449) Roland Bank, op. cit., p.241.

과하고 공무원들이 국가를 위하여 행한 공적행위는 물적 면제를 향유하므로 이들에 대한 명령은 인정될 수 없다고 판단하였다.⁴⁵⁰⁾ 이러한 물적 면제는 18세기 및 19세부터 관습국제법으로 인정되어 오고 있으며 프랑스가 the Rainbow Warrior 사건⁴⁵¹⁾에서 취한 입장과 이스라엘 대법원의 아이히만(Eichmann) 사건 판결⁴⁵²⁾도 이와 같다고 하였다.⁴⁵³⁾ 따라서 크로아티아 국방장관에게 직접 자료제출을 명령하는 것은 불가능하다고 보았다.

5. 소 결

범죄의 국제화가 심화되면서 국제법상 중대한 국제범죄에 대한 국제형사사법 공조의 범위에 넓어지고 있고, 특히 인권침해 범죄와 관련하여서는 예외 없이 공조를 인정하려는 경향이 강하게 대두되고 있다. 외국 의 입법례와 위 판례에 비추어 볼 때 로마규정 당사국들은 로마규정에 규정된 예외 사유를 제외하고는 자국의 국내법상 면책특권 향유자와 관련된 사건이라고 하더라도 ICC로부터 공조요청이 있을 경우 원칙적으로 이를 거부할 수 없다고 보는 것이 타당하다.

다만 수사공조의 내용에는 단순한 자료제출로부터 증인신문, 압수·수색 등 강제력이 사용되는 경우까지 포함되므로 그러한 실질적인 내용도 반영되어야 할 것이다. 비교적 경미한 수사공조 요청에는 면책특권과 관련되더라도 폭넓게 수사공조를 인정하는 반면 실질적인 수사 특히 강제수사에 해당하는 경우에는 체포·인도에 준하여 생각할 필요가 있다.

450) Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Judgement on The Request of The Republic of Croatia for Review of The Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, Case No. IT-95-14-108bis, 29 October 1997, para.38.

451) Ibid.(각주 51.참조).

452) Ibid.(각주 52.참조).

453) Ibid.

제4장 국가면제 또는 외교면제의 배제

제1절 총 설

우리의 로마규정 이행법률 제3조에서는 외국인이 대한민국 영역 안에서 집단살해죄 등을 범하거나(제1항), 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 집단살해죄 등을 범하거나(제4항), 집단살해죄 등을 범한 후 대한민국 영역 안에 있을 경우(제5항) 그 외국인에게도 이행법률이 적용된다고 규정하고 있다. 따라서 외국의 국가원수나 외교사절 등도 ICC 관할범죄를 범한 경우에는 대한민국 영역 안에서 우리 형사절차에 따라 처벌될 가능성이 있게 되었다.

그러나 관습국제법 또는 조약으로 국가면제 또는 외교면제 원칙이 확립되어 있고 각국 국내 법원에서도 위 원칙이 인정되고 있다. 우리 헌법이나 법률에서는 이에 관해 따로 규정을 두고 있지는 않다. 그러나 외교면제의 경우 1961년 외교관계에 관한 비엔나 협약 등 국제조약으로 규정되어 있고, 국가면제 또는 외교면제가 관습국제법상 인정된다는 데 대해서는 학자들의 의견이 일치하고 있으며 판례도 이를 인정하고 있다.¹⁾

국가면제 또는 외교면제가 국제법상의 원칙인 점에서 헌법상의 면책특권 규정과는 차이가 있다. 로마규정 제27조와 헌법상의 면책특권과의 관계가 조약 또는 관습국제법과 헌법간의 충돌문제라면, 로마규정 제27조와 국가면제 또는 외교면제의 적용관계는 원칙적으로 조약 내지 관습국제법 상호간의 충돌문제라고 볼 수 있다. 따라서 적용의 양상과 법리

1) 정인섭, 신 국제법강의-이론과 사례(제5판), op. cit., pp.226-227, pp.434-435. ; 김대순, op. cit., pp.566-567, pp.608-609, p.661, pp.686-693. ; 대법원 1975. 5. 23. 선고 74마 281결정, 1998. 12. 17. 선고 97다39216 판결 등. 다만 현재까지의 판례는 주로 민사 사건에 관한 판례이며 형사 사건에 관한 판례는 아직까지 없다.

적 근거에 있어 차이가 있을 수밖에 없다.

현재까지 각국 국내 법원에서 로마규정 제27조의 적용과 직접 관련 된 판례는 보이지 않는다. 다만 ICJ와 일부 국가의 국내 법원에서 고문 등 국제법상 범죄행위에 대하여 국가면제 또는 외교면제를 배제할 수 있는지가 논란이 된 판례들은 있었다. 그러한 판례들을 보면 일부 예외는 있으나 각국 국내 법원에서 국가면제나 외교면제 원칙이 비교적 확고히 지켜지고 있음을 알 수 있다. 그러한 판례들은 향후 로마규정 제27조와 국가면제나 외교면제의 적용관계를 판단하는데 있어 도움이 될 수 있으므로 함께 검토할 필요가 있다.

만약 국내적으로 국가면제나 외교면제 원칙으로 인해 ICC 관할범죄를 저지른 외국의 국가원수나 외교관 등을 처벌하기 어려운 경우 ICC로 인도하는 방법을 중요하게 고려할 수밖에 없다. 로마규정 제27조 제2항은 로마규정 당사국의 경우 별다른 면제의 포기가 없어도 ICC가 관할권을 행사할 수 있음을 명시적으로 인정한 것으로서 국가면제나 외교면제의 배제조항에 해당하는 것으로 해석되고 있다.²⁾ 여기에는 1961년 외교관계에 관한 비엔나협약에 포함된 면제와 특권에 관한 규정도 포함된다.³⁾ 로마규정 당사국은 관습국제법상의 국가면제 등을 이유로 ICC의 절차를 방해하지 못하고 범죄인 개인뿐만 아니라 관련국도 ICC에게 위와 같은 면제를 주장할 수 없다.⁴⁾

한편 로마규정 제98조 제1항에서는 “재판소가 먼저 제3국으로부터 면제의 포기를 위한 협력을 얻을 수 없는 한 재판소는 피요청국이 제3국의 사람 또는 재산에 대하여 국가면제 또는 외교면제에 관한 국제법상의 의무에 부합되지 않게 행동하도록 하는 인도청구 또는 지원요청을 진행

2) Sarah Williams and Lena Sherif, *op. cit.*, p.77.

3) Otto Triffterer, "Article 27 Irrelevance of official capacity", *op. cit.*, p.791.

4) *Ibid.*

시켜서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 로마규정 제98조 제1항만 보면 인도와 관련하여 기존의 국가면제나 외교면제 원칙이 로마규정 제27조의 공적지위 무관련성 원칙보다 우선하는 것처럼 해석될 여지가 있다. 로마규정 제27조 제2항과 제98조 제1항 간에 해석상 충돌되는 것이 아닌가 하는 의문이 발생한다.

마지막으로 외국의 국가원수나 외교관에 대하여 ICC로부터 형사사법공조 요청이 있는 경우 로마규정 제27조 제2항을 근거로 제한 없이 협력을 하여야 하는가의 문제가 있다. 로마규정 제98조 제1항에서는 인도뿐만 아니라 형사사법공조에 해당하는 “지원요청”에 대해서도 ICC가 해당국가로부터 먼저 국가면제 또는 외교면제에 대한 포기를 얻어야 절차를 진행할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 중대한 국제범죄에 대해서는 기존의 형사사법공조의 예외사유를 제한하고 국가 간에 적극적으로 협력하여야 한다는 입장이 점차 대두되고 있다.⁵⁾ 이러한 국제법적 경향과 로마규정 제27조 제2항, 제98조 제1항을 어떻게 조화시켜 나갈지도 중요하다.

우리 국내법이나 이행법률에서는 이러한 점들에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 현재로서는 해석으로 해결할 수밖에 없다. 그러나 앞에서 보았듯이 로마규정 비준 과정에서 이러한 문제들에 대하여 논의가 이루어지지 못하였고, 이행법률 제정과정에서 일부 국제법 학자의 문제 제기가 있었으나 입법과정에서 받아들여지지 않았다. 이에 비해 영국, 호주, 스위스 등 외국의 경우에는 비교적 활발한 논의를 거쳐 이행입법으로 준비를 한 국가들도 적지 않다. 현재 우리 입장에서는 이러한 외국의 입법례들을 살펴보고 관련 판례들을 검토하는 것이 도움이 될 것이다.

5) Joon Gyu Kim & Cheol-kyu Hwang, *New Initiatives on International Cooperation in Criminal Justice*(Seoul National University Press, 2012), p.55.

제2절 외국 국가원수 등의 국내적 처벌

1. 각국의 입법례

남아프리카 공화국은 로마규정 이행법률 제4조 제2항에서 외국국가 면제법상의 외국의 국가원수, 고위관리 등도 ICC 관할범죄에 대해서는 남아프리카 공화국 국내 법원에서 형사처벌이 면제 또는 감경되지 않도록 규정하고 있다.⁶⁾ 다만 기소는 검찰총장의 동의하에서만 가능하다.⁷⁾ 남아프리카 공화국의 이러한 입법례는 ICJ의 콩고외무장관 체포영장 사건의 판결을 따르지 않은 유일한 예외로 평가받고 있다.⁸⁾

그러나 대부분의 로마규정 당사국들은 대한민국과 마찬가지로 이행법률에 이에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않다. 영국, 호주, 오스트리아 등은 국가면제 또는 외교면제와 관련하여 이행법률에 규정을 두고 있

6) 동법 제4조 제1항 및 제2항의 영문은 다음과 같다.

4. (1) Despite anything to the contrary in any other law of the Republic, any person who commits a crime, is guilty of an offence and is liable on conviction to a fine or imprisonment, including imprisonment for life, or such imprisonment without the option of a fine, or both a fine and such imprisonment.
- (2) Despite any other law to the contrary, including customary and conventional international law, the fact that a person -
- (a) is or was a head of State or government, a member of a government or parliament, an elected representative or a government official; or
- (b) being a member of a security service or armed force, was under a legal obligation to obey a manifestly unlawful order of a government or superior, is neither -
- (i) a defence to a crime; nor
- (ii) a ground for any possible reduction of sentence once a person has been convicted of a crime.

7) 해당 조항의 영문은 다음과 같다.

5. (1) No prosecution may be instituted against a person accused of having committed a crime without the consent of the National Director.

8) ILA, Rio De Janeiro Conference(2008), International Criminal Court, Third Report by Göran Sluiter & William Schabas, p.12.

지만 주로 ICC로의 인도 등 협력에 관하여 규정을 두고 있다. 국내 형사 절차에서 ICC 관할범죄를 범한 외국의 국가원수 또는 외교관을 로마규정 제27조의 공적지위 무관련성 원칙을 근거로 처벌할 수 있는지가 해석상 논란이 될 수밖에 없다.

2. 학설 및 판례

가. 견해의 대립

20세기 들어 잔혹하고 심각한 대규모의 인권침해 범죄가 수차례 발생함에 따라 로마규정 제정 이전부터 그러한 범죄에 대하여는 전통적인 국가면제 또는 외교면제 원칙을 배제하고 각국 국내에서도 처벌하여야 한다는 국제법상의 경향이 대두되었다. 이 문제는 강행규범 위반 범죄에 대한 각국의 보편적 관할권 인정 여부와도 연관되어 논의되었다. 인류의 보편적 가치인 인권을 심각하고 중대하게 침해하는 강행규범 위반행위에 대해서는 면제 등 일체의 예외를 인정하지 않아야 한다는 것이다.⁹⁾ 그러나 이러한 주장은 아직 국제재판소들이나 각국 법원에 의해 받아들여지지 않고 있고 강행규범과 관련된 판례에서도 전통적인 국가면제 또는 외교면제 원칙이 유지되고 있다.

우선 ICJ는 콩고외무장관 체포영장 사건 등에 있어서 외국의 국가원수 또는 외교관은 관습국제법상의 국가면제 또는 외교면제에 의하여 외국 법원의 관할권으로부터 면제된다는 것이 국제법상 확립된 원칙이라고 보고 있다. 프랑스 대법원도 같은 취지의 판결을 한 바 있다. 미국에서는

9) Beth Stephen, "Abusing the Authority of the State : Denying Foreign Official Immunity for Egregious Human Rights Abuses", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 44(2013), p.1183. ; Beth Stephen, "The Mordern Common Law of Foreign Official Immunity", *Fordham Law Review*, Vol. 79(2011), p.2718.

파나마의 실질적 지도자인 노리에가에 대하여 형사처벌을 하였으나 중대한 범죄에 대한 국가면제 원칙의 예외를 인정한 것은 아니고 노리에가를 국가원수로 인정하지 않음으로써 국가면제의 향유자가 아니라고 보았다.

SCSL도 공적지위 무관련성 원칙의 국내 적용과 직접 관련된 사안은 아니지만, 현직 대통령에 대한 재판 과정에서 국제형사재판소들과 국내 법원 간에는 차이가 있고 국제형사재판소들의 경우 현직 대통령의 면제권을 배제할 수 있다는 판결을 한 바 있다.

아래에서는 ICJ, 프랑스, 미국, SCSL의 관련 판례를 살펴보고자 한다. 명확한 입법례가 없는 상태에서 위 판례들의 판결이유와 이와 관련된 논의들은 우리에게도 도움이 될 것이다.

나. 국가면제 우위의 판례

(1) 프랑스의 가다피 사건

프랑스 대법원(the Cour de Cassation)은 리비아(정식 명칭은 the Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya)의 지도자 무아마르 가다피(Mouammar Ghaddafi)에 대한 사건에서 국가면제 원칙을 근거로 가다피에 대해 형사 관할권을 면제하였다.

이 사건은 1989년 9월 UTA 항공사 소속의 DC-10 비행기가 테네레 사막에서 폭파되어 프랑스 국민이 포함된 승객 156명과 승무원 15명이 사망한 사건에서 비롯되었다. 중죄법원(the Cour d'Assises)은 리비아의 비밀요원 6명에 대해서 권력재판으로 테러범죄를 구성하는 살인, 항공기 폭파범행에 대해 유죄를 선고하였다. 이 판결에 근거하여 비정부단체(NGO)와 피해자의 친척들이 위 행위에 리비아 정부가 관여되었다고 주장하며 리비아 지도자 가다피에 대하여 형사절차 개시를 요청하였다. 이

고소에 따라 파리 지방법원 예심판사(juge d'instruction of the Tribunal de Grande Instance of Paris)는 가다피가 위 테러행위에 공모하여 살인과 항공기 폭파를 하였다고 기소하였고 검사(Prosecutor)는 국가원수의 면제 원칙을 근거로 대법원에 모든 절차의 무효를 주장하는 상고를 하였다.

2001년 3월 대법원은 테러행위와 연관된 살인죄로 기소된 가다피에 대해 최종 판결을 선고하였다. 3쪽의 간결한 이유를 기재한 결정으로 국가면제 항변을 받아들여 이 사건에 대한 프랑스 법원의 관할권을 부인하였다.¹⁰⁾ 이 판결에 대해서는 몇 가지 비판이 있었다.

우선 가다피가 국가면제를 향유하는 국가원수로 보기에는 증거가 부족하다는 비판이었다.¹¹⁾ 가다피는 “9월 1일 혁명의 지도자(Leader of the Revolution of 1st September)”라고 명명된 것이 사실이나, 리비아 헌법 제23조 규정상 전쟁을 선언하고 조약을 체결할 공식적인 권한은 집단최고기구인 혁명평의회(Revolutionary Command Council)에 속해 있으며, 외교사절에 대한 신임장 제정은 총인민회의(General People's Congress) 의장에게 위임되어 있다는 것이다.¹²⁾ 통상 국가원수는 1명의 개인인 경우가 많지만 사회주의 헌법이나 스위스처럼 공동 또는 집단적 국가원수도 가능하고 가다피는 공식적으로는 아니지만 실질상의 국가원수로 평가 받을 수 있다.¹³⁾ 리비아 정치에 있어서 가다피의 실질적인 영향력뿐만

10) Salvatore Zappala, “Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation”, Eur J Int Law, Vol. 12, No. 3(2001), pp.595-596.

11) Ibid., p.596.

12) Ibid.

13) 국가원수나 정부수반의 판단에 있어서는 명목상의 지위뿐만 아니라 사실상의 정치적 권한행사 여부, 국가를 대표하는 활동 등 실질적인 면도 고려하여야 한다(Willam A. Schabas, The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute, op. cit., pp.447-448.).

아니라 일반적으로 국가원수에게 부여된 권한들을 가다피가 행사하고 있었기 때문이다.¹⁴⁾ 따라서 가다피가 국가원수로서의 근거가 부족하다는 비판은 타당하다고 보기 어렵다.

다음으로 공적지위 무관련성 원칙을 적용하지 않는데 대한 비판이 있었다. 국제관습법상의 중대범죄에 대해서는 국가면제의 예외로서 공적지위 무관련성 원칙이 인정되고 있고, 이는 베르사이유 조약 제227조, 뉘른베르크재판소 헌장 제7조 및 유엔의 뉘른베르크 원칙 결의, 1948년 제노사이드 협약, ICTY 규정 제7조, ICTR 규정 제6조 및 ICC 규정 제27조에도 포함되었음에도 프랑스 대법원이 공적지위 무관련성 원칙의 관습법적 성격을 부인하였다는 것이다.¹⁵⁾

이에 대해 프랑스 대법원은 당사국을 구속하는 국제법상의 반대 규정이 없는 이상 지금도 관습국제법상 현직 외국 국가원수에 대하여 형사관할권을 행사하는 것은 금지되어 있다고 판결하였다. 인적 국가면제는 국가원수가 대외관계에서 국가를 대표하는 경우에 적용되고 사적행위이든 공적행위이든 간에 그로 인하여 국가원수가 외국의 형사, 민사절차에서 폭넓게 면제를 받을 권리를 부여받는다고 보았다.¹⁶⁾

(2) 미국의 노리에가 사건

미국 법원에서 파나마의 실질적인 지도자인 노리에가에 대하여 국가원수로서의 면제를 부인하고 미국 국내 형사절차에 따라 처벌한 사례이다. 이 사건은 파나마의 실질적인 지도자인 노리에가가 미국의 군사작전으로 체포되어 국제 마약 밀매 등 혐의로 남플로리다 연방지방법원 (United States District Court of the Southern District of Florida)¹⁷⁾과

14) Salvatore Zappala, op. cit., pp.596-597.

15) Ibid., pp.600-602.

16) Ibid., pp.597-599.

제11연방항소법원(United States Court of Appeals, Eleventh Circuit)¹⁸⁾에서 재판을 받은 사건이다. 이 사건에서 노리에가 측은 국가원수로서의 관할권 면제를 주장하였으나 재판부들은 이를 배척하였다. 그러나 국가면제의 원칙 자체를 부인한 것은 아니고 프랑스 대법원과 마찬가지로 국내 법원에서의 국가원수의 면제는 인정된다고 보면서도 다만 노리에가가 국가면제를 향유하는 국가원수에 해당하지 않는다고 보았다.

이 사건은 주권 국가인 외국의 실질적인 최고 지도자가 미국의 법원에서 구속 재판을 받은 첫 사례이며¹⁹⁾, 미국의 형사사건에서 국가면제와 관련하여 논의된 유일한 사건이다.²⁰⁾ 당시 재판부는 참고할 만한 국가면제 관련 형사판결 선례가 없어서 민사사건인 Republic of Philippines v. Marcos 사건²¹⁾과 Kadic v. Karadzic 사건²²⁾을 참조하였다. 그 이후 반대로 민사사건인 Roxas v. Marcos 사건²³⁾, Flatow v. Iran사건²⁴⁾, Lafontant v. Aristide사건²⁵⁾에서는 노리에가 사건을 참조하는 등 국가면

17) United States District Court., S.D. Florida , United States of America, Plaintiff, v. Manuel Antonio Noriega, et al., Defendants., No. 88-79-CR, 746 F. Supp. 1506 (1990), 8 June 1990.

18) United States Court of Appeals, The Eleventh Circuit, United States of America, Plaintiff-Appellee, v. Manuel Antonio Noriega, Defendant-Appellant, No.08-11021.

19) United States District Court., S.D. Florida , United States of America, Plaintiff, v. Manuel Antonio Noriega, et al., Defendants., No. 88-79-CR, 746 F. Supp. 1506 (1990), 8 June 1990., “II. Sovereign Immunity, A. Head of State Immunity Omnibus Order”.

20) Amber Fitzgerald, “The Pinochet Case: Head of State Immunity within the United States”, Whittier L. Rev., Vol. 22(2000), pp.1016-1017.

21) United States Court of Appeals, Nine Circuit, 862 F.2d 1355 57 - The Republic of The Philippines v. Marcos, No. 86-6091.

22) Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232, 248(2d Cir.1995).

23) The Supreme Court of The State of Hawaii, Roger Roxas and The Golden Budha Corporation, v. Ferdinand E. Marcos and Imelda Marcos, No. 20606.

24) United States District Court, District of Columbia, Stephen M. Flatow v. The Islamic Republic of Iran, No.97-396(RCL).

25) United States District Court, EDNY, Lafontant v. Aristide, 844 F. Supp. 128.

제 사건은 민사 및 형사 양 사건에서 상호 영향을 미치고 있다.²⁶⁾

이 사건에서 남플로리다 연방지방법원은 국가원수가 적어도 재임 기간 중의 공적인 행위에 대하여 외국의 법원으로부터 재판을 받지 않는다는 국가원수의 면제 원칙은 관습국제법상 인정된다고 보았다. 다만 노리에가는 파나마 헌법 및 미국에 의하여 국가원수로 결코 인정된 없으므로 국가원수로의 면제를 인정받을 수 없다고 판시하였다.²⁷⁾ 노리에가는 법적인 근거를 떠나 자신이 파나마를 실제로 통치하고 있는 사실상의 지도자이므로 국가면제를 향유한다고 주장하였다. 이에 대해 재판부는 사실상 통치권이 있다는 것이 곧바로 국가면제를 향유할 수 있다는 것을 의미하지는 않고, 노리에가는 정통성이 있는 파나마의 합법적인 지도자가 아니며, 권력의 근거나 통치의 성질을 무시하고 국가면제를 부여하는 것은 불법적인 정권장악에 혜택을 주는 것이 되므로 적절하지 않다고 보았다.²⁸⁾

항소심인 제11연방항소법원도 1심 판결을 지지하였다. 일찍이 미국 대법원은 *The Schooner Exchange v. McFaddon* 사건 판결²⁹⁾에서, 외국과의 교섭 과정에서의 공동이익과 선의를 위해 인정한 인적 관할권 면제가 국가면제 원칙(“*Doe & Schooner Exchange* 원칙”)으로 발전하여 미

26) United States District Court., S.D. Florida , United States of America, Plaintiff, v. Manuel Antonio Noriega, et al., Defendants., No. 88-79-CR, 746 F. Supp. 1506 (1990), 8 June 1990., “II. Sovereign Immunity, A. Head of State Immunity Omnibus Order“.

27) United States District Court., S.D. Florida , United States of America, Plaintiff, v. Manuel Antonio Noriega, et al., Defendants., No. 88-79-CR, 746 F. Supp. 1506 (1990), 8 June 1990., “II. Sovereign Immunity , A. Head of State Immunity”.

28) Ibid. ; 국가 원수 또는 정부 수반의 지위가 그 국가의 법률에 따라 부여되거나 적어도 국제사회에서 광범위하게 그러한 지위를 가졌다고 인식되는 것이 중요하다(Otto Triffterer, “Article 27 Irrelevance of official capacity”, op. cit., p.788.).

29) *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 136, 3 L.Ed. 287 (1812).*The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 136, 3 L.Ed. 287 (1812).

국을 포함한 세계 각국에서 적용된다고 판시한 바 있다.³⁰⁾ 그러나 제11 연방항소법원은 노리에가가 국가원수라는 증거가 부족하고 노리에가의 범행은 개인적인 치부와 관련되어 있으므로 사실상의 국가원수로서의 국가면제를 인정하지 아니한 1심 판결에는 오류가 없다고 보았다.³¹⁾

미국 법원의 판결 취지상 국가면제 원칙은 형사사건에서 여전히 인정되고 있는 것으로 판단된다. 형사사건과 서로 영향을 주고받고 있는 민사사건에 있어서도 인권침해 관련 사안이라 하더라도 외국국가면제법에 따라 국가면제 원칙은 원칙적으로 인정되고 있다.

다. 국가면제 배제가능성이 쟁점이 된 판례

(1) 영국 법원의 피노체트 사건 등

영국 법원의 피노체트 사건³²⁾은 국내 법원이 전직 국가원수에 대하여 국제 범죄혐의를 이유로 국가면제를 부인한 첫 번째 사례이다.³³⁾ 전직 국가원수의 재직 중 사적행위에 관해서는 면제를 주장할 수 없다고 보는데 있어 견해가 일치하고 있었으나 공무수행의 일환으로 저지른 범죄행위에 대해서까지 면제를 주장할 수 있는가가 논란이 되어 왔는데 이 사건은 최초로 형사사건에서 그러한 문제에 대해 판결이 내려진 사안이

30) 다만 국가면제의 절차와 관련하여 재판 관련 국가들이 국가면제를 얻기 위하여 미국 국무부에 국가면제에 대한 승인을 구하게 되면서, 법무부가 미국 국무부에게 해당 법원의 사건과 관련하여 국가면제에 대한 의견을 조언해 줄 것을 요청하는 절차가 일반화 되었다. 법원에서는 재판 과정에서 국가원수의 면제여부가 쟁점이 되는 경우 국무부와 의견 불일치를 일치시키기 위해 일단 관할권 행사에 대한 판단을 연기하고 있고 관행적으로 국무부의 견해를 결정적인 것으로 받아들이고 있다(최태현, “국제법 위반행위에 대한 국가면제의 제한”, 국제법학회논총, 제51권 제2호(2006), p.31).

31) Ibid.

32) Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex Parte Pinochet Ugarte(No.3) - [1992] 2 W.L.R. 82, U.K., 24 March 1999.

33) 정인섭·정서용·이재민, op. cit., pp.127-131.

다.³⁴⁾

1998년 10월 영국에 일시 체류 중인 칠레의 전 국가원수인 피노체트가 런던에서 스페인 판사가 발부한 영장에 의하여 영국 런던에서 메트로폴리탄 경찰에 의해 체포되었다. 스페인 판사는 직전에 피노체트가 국가원수 재직 시 칠레인 및 스페인인을 포함한 수천 명의 사람들을 납치, 고문, 살해하였다는 혐의로 범죄인 인도를 요청하는 체포영장을 발부하였고 영국법원에서 위 영장에 근거하여 피노체트를 체포하였다. 이에 따라 영국에서 피노체트에 대한 범죄인 인도 심리가 열리게 되었다. 영국법원에서 피노체트는 자신의 국가원수 시절에 행한 공적 행위에 대해 국가면제를 주장하였고 전직 국가원수인 피노체트가 영국 법원의 관할권으로부터 면제되는가가 재판의 쟁점이 되었다. 결론적으로 재판부는 피노체트의 국가면제를 배척하고 스페인에게 범죄인 인도를 하기로 결정하였다. 다만 피노체트의 건강상태를 이유로 실제로 스페인에 인도되지는 않았고 나중에 칠레로 보내졌고 피노체트는 2006년에 칠레에서 사망하였다.

당초 런던지방법원(The divisional court in London)은 피노체트는 영국법원의 관할로부터 국가면제를 향유한다는 이유로 영장을 기각하였으나, 귀족원(the House of Lords)은 재판관 6:1의 다수 의견으로 고문방지협약이 영국법으로 편입된 이후인 1988년 이후의 고문행위에 대해서 피노체트의 국가면제 주장을 배척하였다.³⁵⁾ 피노체트에 대한 면제의 거부는 칠레의 고문방지협약 비준의 결과였다. 칠레의 동 협약 비준은 칠레에 의한 고문의 위법화를 사실상 수락한 것으로 볼 수 있고 또한 고문

34) 최태현, “피노체트사건에 대한 국제법적 평가”, 국제법학회논문총 제48권 제1호(2003), p.290.

35) Ingrid Wuerth, “Pinochet’s Legacy Reassessed”, Am. J. Int’l L. Vol. 106(2012), p.735.

행위는 국가원수의 공적 행위로 볼 수 없다는 것이 그 주된 이유였다.

이 판결은 전직 국가원수가 국제범죄를 행한 경우 그 범죄가 비록 그의 재직 중에 범하여졌더라도 형사상 국가면제가 인정되지 않는다는 점을 명확하게 보여주었다. 전직 국가원수는 그가 재직 중에 행한 공적 (official) 행위와 관련하여서는 면제를 향유할 수 있지만 그러한 행위가 국제범죄에 해당하는 경우에는 그러한 권한남용은 국가 원수의 적법한 기능의 범위에 포함될 수 없으므로 어떠한 보호도 받을 수 없다는 것이다.

피노체트가 고문행위 당시 국가원수였긴 하지만, 국제법은 고문행위를 적법한 국가행위의 범주밖에 있는 것으로 보고 있으므로 그의 행위는 사적인 행위에 불과한 것으로 여겨졌다. 더욱이 영국 귀족원은 국가원수 면제는 국가원수의 정통성에 근거하는 것이므로 피노체트의 집권 방식을 이유로 그는 국가원수의 인적 면제도 주장할 수 없다고 보았다. 피노체트는 군사쿠데타라는 비합법적인 방식으로 권력을 획득했으므로 그의 행위는 칠레국민으로부터 부여 받은 권한에서 유래되지 않았으므로 국가원수로서의 인적 면제를 주장할 수 없다고 보았다.³⁶⁾

이 판결은 영국 법원의 입장에서 전직 대통령에 대한 국가면제 여부가 쟁점이 되었고 결과적으로 국가면제를 부인하는 결론을 내렸지만 영국과 칠레 모두 당사국인 고문방지협약에 따른 보편적 관할권의 적용과 영국 국가면제법의 해석 및 적용의 결과로 그러한 결과에 이른 것이다. 이 판결에 대해서는 국가면제 원칙이 인권침해 행위의 경우에는 적용되지 않는다는 예외를 인정하기 시작하였다는 견해가 주장되었다.³⁷⁾

이러한 입장에서는 강행규범인 국제 인권규범 위반의 경우 외국 법

36) 최태현, “국제법 위반행위에 대한 국가면제의 제한”, *op. cit.*, p.28.

37) Ingrid Wuerth, “Pinochet’s Legacy Reassessed”, *op. cit.*, pp.736-737. ; 최태현, “피노체트사건에 대한 국제법적 평가”, *op. cit.*, pp.290-293.

원에서의 국가면제를 실질적으로 포기하였다고 보거나, 강행규범은 다른 국제법 원칙보다 우월하고 따라서 강행규범 위반 사건에 있어서는 국가면제 원칙이 인정될 수 없다거나, 고문과 같이 국제법상 금지되는 행위는 국가면제를 향유하는 공적 행위로 인정될 수 없다고 보는데 그 근거를 모두 피노체트 사건에서 찾고 있다.³⁸⁾ 뉘른베르크 원칙 이래 ICTY, ICTR 및 ICC에 이르기까지 중대한 국제법상의 범죄를 저지른 자는 국가면제의 항변을 제기할 수 없고 이에 따라 국가원수가 향유하는 국가면제의 성립여부도 공무의 적법성이 요구된다는 것이 관습국제법으로 확립되었다는 점을 확인한 판결로 보기도 한다.³⁹⁾

그러나 이 사건 이후 영국 법원은 전통적인 국가면제 원칙을 고수하는 입장을 보이고 있다. 비록 민사사건이지만 영국인 론 조운스(Ron Jones)가 사우디아라비아 여행 중 사우디아라비아 공무원들에 의해 체포되어 고문을 받았다고 주장한 Jones v. Saudi Arabia 사건⁴⁰⁾에서 영국 대법원은 다수 의견으로 국가면제의 원칙은 국제법상 불가침의 원칙이며 민사절차에서 이를 배제할 근거가 없다고 판결하였다. 이 판결에 대해서는 관할권 면제는 합법적 공적행위를 보호하기 위한 것인데 고문을 그러한 행위와 혼동한 잘못이 있고, 면제보다 상위의 규범인 고문금지라는 강행법규의 적용을 회피하기 위하여 민사상 면제와 형사상 면제를 과도하게 구분함으로써 중대한 인권침해에 대한 보상목적인 민사구제를 무시하는 결과를 초래하였으며, 면제를 제한하려는 국제형사재판소들의 판례법(case law)의 발전 및 변화의 정도를 과소평가하였다는 비판이 있다.⁴¹⁾

38) Ingrid Wuerth, "Pinochet's Legacy Reassessed", op. cit., pp.736-737.

39) 최태현, "피노체트사건에 대한 국제법적 평가", op. cit., pp.290-293.

40) House of Lords, Jones v. Saudi Arabia, [2006] UKHL 26, 14 June 2006.

41) Stacy Humes-Schulz, "Limiting Sovereign Immunity in The Age of Human Rights", Harvard Human Rights Journal, Winter(2008), p.107.

이 사건 외에도 유럽인권재판소의 “알 아드사니” 사건{자세한 내용은 뒤의 (4)항 참조}과 관련하여 영국 국내 법원은 고문행위와 관련된 손해배상사건에서 국가면제를 인정하고 있다. 현재 영국 법원이 형사사건에서 중대한 국제법 위반범죄라고 하여 국가면제를 배제하고 외국 법원이나 ICC에게 신병을 인도할 수 있다는 입장에 있다고 보기는 어렵다.

(2) ICJ의 콩고외무장관 체포영장 사건

ICJ의 콩고외무장관 체포영장 사건⁴²⁾에서는 외국의 현직 외무장관에 대한 체포영장의 발부가 국제법 위반을 구성하는지 여부와 관련하여, 중대한 국제법 위반 범죄에 대한 국가면제 배제 가능성이 심하게 다투어졌다.

2000년 당시 콩고 외무장관으로 재직 중이던 “Abdulaye Yerodia Ndombasi”(이하 “Yerodia”라고 한다)는 1998년 8월 일련의 종족 간 차별조장 발언을 통해 종족 간 분쟁을 촉발하는 등 콩고 내전 악화에 중요한 역할을 한 혐의를 받았다. 벨기에⁴³⁾는 과거 자국 식민지였던 아프리카 국가들에서 발생하는 전쟁범죄 및 집단학살 등을 방지하기 위한 조치를 취하지 못하였다는 판단 아래 벨기에 국내법으로 장소와 국적을 불문하고 전쟁범죄, 인도에 반한 범죄, 집단학살 등에 대해 벨기에 법원이 관할권을 갖는다고 규정하였다.⁴⁴⁾

콩고 내전시 심각한 인권침해를 당한 피해자는 Yerodia를 벨기에 법원에 제소하였고 이 사건을 담당할 벨기에 판사는 Yerodia의 행위가 국

42) ICJ, Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000(Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment of 14 Feb. 2002.

43) 참고로 벨기에는 1998년 9월 10일 로마규정에 서명을 하였고 2000년 6월 28일 비준서를 기탁하였다.

44) Amanda Nelson, “Democratic Republic of Congo v. Belgium: The International Court’s Consideration of Immunity of Foreign Ministers from Criminal Prosecution in Foreign States UN Report”, N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts., Vol. 19(2003), pp.859-860.

제인권법의 중대한 침해에 대한 처벌을 규정하는 벨기에 국내법을 위반하였음을 이유로 2000년 4월 11일 동인에 대하여 체포영장을 발부하였다. 이 체포영장은 콩고 정부에도 전달되었으며 인터폴에도 동인의 신상 정보와 함께 통보되었다. 이에 대하여 콩고 정부는 당시 현직 외무장관인 Yerodia에 대한 벨기에 정부의 체포영장의 발부는 1961년 외교관계에 관한 비엔나 협약(the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961)의 위반임을 주장하며 ICJ에 제소하였다.⁴⁵⁾

콩고 정부는 외무장관은 재임기간 동안 다른 나라의 형사절차로부터 침해 받지 않고 국가면제를 향유할 권리는 절대적인 것이며 이에 대한 예외는 있을 수 없고, 외무장관에게 부여된 국가면제는 취임 전의 행위를 포함하여 모든 행위를 포함하며 공적행위인지 여부와 관계없다고 주장하였다.⁴⁶⁾ 콩고 정부도 뉘른베르크 및 동경 국제군사재판소에서 비롯된 공적지위 무관련성 원칙, 즉 피고인이 공적지위를 이유로 국내법원 또는 국제재판소로부터 형사책임을 면제받거나 감경받을 수 없다는 원칙은 인정하였다. 그러나 면제(immunity)는 면책(impunity)과는 다른 개념으로 비록 국가면제가 특정 법원 또는 특정 기간에 대한 기소를 막는다고 하더라도 국가면제에 구속을 받지 않는 다른 법원에 의해서나 또는 더 이상 국가면제를 고려할 필요가 없을 시점에 처벌될 수 있으므로 문제가 없다고 보았다.⁴⁷⁾

이에 비해 벨기에 정부는, 현직 외무장관은 일반적으로 다른 국가의 법원으로부터 국가면제를 향유하지만 그러한 국가면제는 그들의 공적 임무 수행과정의 행위에만 적용되며 사적 행위나 공적 임무 수행과 관련이

45) 정인섭 · 정서용 · 이재민, op. cit., p.213.

46) ICJ, Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000(Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment of 14 Feb. 2002, para.47.

47) Ibid., para.48.

없는 다른 행위에 대해서는 적용되지 아니한다고 주장하였다.⁴⁸⁾ 더 나아가 Yerodia는 범죄행위를 범하였다고 주장된 시기에 국가면제를 향유할 외무장관 지위에 있지 않았으며 공적지위로 인한 행위라고 볼 증거가 없다고 주장하였다. 체포영장은 Yerodia에게 개인적으로 발부되었다는 것이다.⁴⁹⁾

ICJ는 재판관 13:3의 다수 의견으로, Yerodia에 대한 벨기에 정부의 2000년 4월 11일자 체포영장 발부와 국제적 회람은, 국제법상 헌직 콩고 외무장관이 향유하는 형사관할권으로부터의 면제(immunity from criminal jurisdiction)와 불가침권(inviolability)의 침해로서 콩고 정부에 대한 법적 의무 위반이 된다고 판결하였다.⁵⁰⁾ ICJ는 국제법상 외교관이나 영사와 마찬가지로 국가원수, 외무장관과 같은 국가 고위 관료는 외국의 관할권으로부터 면, 형사상 면제를 향유한다는 것은 국제법으로 확립되어 있음을 인정하였다.⁵¹⁾ 통상적으로 외무장관은 국가의 외교행위를 담당하고 국제회의에 참석하며 국가원수 또는 정부수반과 같이 그 직위에 있다는 사실만으로 국제법상 국가를 대표하는 것으로 인정되고, 그와 같은 기능에 비추어 외무장관은 재직기간 동안 내내 외국으로부터 형사관할권 면제 및 불가침특권을 향유한다고 보았다.⁵²⁾ 공적 권한으로 행한 행위와 사적 자격으로 행한 행위 간에, 직위 취임하기 전에 행한 행위와 재직 중에 행한 행위 간에 차이가 있을 수 없고 타국 당국의 어떠한 행위로부터도 보호되어야 한다고 보았다.⁵³⁾

48) Ibid., para.49.

49) Ibid., para.50.

50) ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000(Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment of 14 Feb. 2002., p.33.

51) ICJ, Case Concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000(Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment of 14 Feb. 2002, para.51.

52) Ibid., paras.53-54.

다만 ICJ는 현직 외무장관이 향유하는 관할권 면제(immunity from jurisdiction)가 범죄의 중대성과 관계없이 모든 범죄에 대하여 면책(impunity)을 인정하는 것은 아니라는 것을 강조하였다.⁵⁴⁾ 형사재판 관할권으로부터의 면제와 개인의 형사책임은 별개의 개념이라는 것이다. 성질상 관할권면제는 절차법상 문제이고 형사책임은 실체법상의 문제라는 것이다. 관할권 면제는 특정 기간 또는 특정 범죄에 대해서 기소되는 것을 막아 줄 수 있지만 모든 형사책임을 면제해 줄 수는 없다는 것이다. 이와 더불어 ICJ는 국제법상 향유하는 면제는 일정한 경우 예외가 인정된다는 부수의견(obiter dictum)⁵⁵⁾을 밝혔다. 첫째 국제법에 따라 인정되는 국가면제는 범죄자의 고국에서 범죄자를 처벌하는 경우 형사절차의 배제사유가 되지 못하므로 그 경우 국내법에 따라 재판이 가능하고, 둘째 당사국은 언제든지 국가면제를 포기할 수 있으며, 셋째 고위 공직자가 일단 직위에서 물러난 경우 그 공직 전후에 행한 행위 또는 공직수행 중 행한 사적 행위에 대하여는 처벌이 가능하고, 넷째 현직 외무장관이라도 관할권을 가지는 일정한 국제재판소에 의한 기소는 가능하다고 하면서 ICTY, ICTR, ICC(로마규정 제27조 제2항) 규정을 예로 들었다.

이 판결은 최근의 국제형사재판소들의 국가면제 배제 경향과 달리 종전의 각 국가의 주권기능을 보호하려는 입장에서 서 있는 판결로 평가되며, ICC 등 국제형사재판소들이 개인의 형사책임 원칙을 확립해 나가려는 노력들을 원점으로 돌리는 것이 아닌가 하는 우려를 받았다.⁵⁶⁾ 반면 부수의견에서 상세한 근거나 설명 없이 국제형사재판소들의 재판에는 국

53) Ibid., para.55.

54) Ibid., para.60.

55) Ibid., para.61.

56) David S. Koller, "Immunities of foreign ministers: paragraph 61 of the Yerodia Judgement as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court", Am. U. Int'l L. Rev., Vol. 20(2004), p.42.

가면제가 제한될 수 있는 듯한 언급을 함으로써 국가면제의 적용과 관련하여 큰 논란을 불러 일으켰다.⁵⁷⁾ 중대한 인권침해 범죄에 대한 국제적인 처벌을 강조하는 입장에서는 ICJ가 부수의견에서 전통적인 국가면제 원칙과 별도로 국제법상의 국가면제 예외 원칙을 인정한 것으로 해석하는 반면, 전통적인 국가주권 원칙을 고수하려는 입장에서는 ICJ의 위 판결은 국내 법원에서의 국가면제 원칙을 확고히 인정한 판결로 보고 있다.

다수 의견에 대해서 “Oda” 판사, “Al-Khasawneh” 판사, “Van Den Wyngaert” 판사의 반대의견이 있었다. “Al-Khasawneh” 판사는 중대한 국제범죄에 효과적으로 대처하기 위해서는 국제사회의 중대한 이익과 가치를 반영하는 강행규범과 같은 상위의 규범이 면제의 원칙과 충돌될 경우 그 규범이 우월하다고 보아야 하고, 그렇게 해석하는 것이 주권평등의 원칙으로 표현되는 기존의 국가면제의 개념을 제한하는 방향으로 확고하게 움직이는 있는 최근의 경향과 부합한다고 하였다.⁵⁸⁾ 오늘날 중대한 범죄를 저지른 경우에 면제를 제한하려는 각국 국내 법원들이 점차 나오고 있고, 국가면제나 외교면제 원칙보다 우월하는 상위의 규범을 위해서는 개인의 형사책임을 보다 제한하는 방향으로 나가는 것이 타당하다는 것이다.⁵⁹⁾

“Van Den Wyngaert” 판사는, 다수의견은 최근 국제형사법에서 대두되고 있는 전쟁범죄, 인도에 반하는 범죄와 관련된 상위규범과, 뉘른베르크 원칙, 집단살해금지협약 제4조, 유엔결의 등을 통하여 인정된 중대한 국제법상의 범죄에 대한 개인책임의 원칙(the principle of individual accountability)을 무시하였다고 보았다.⁶⁰⁾ 전쟁범죄나 인도에 반하는 범

57) Sarah Williams and Lena Sherif, op. cit., pp.75-76.

58) Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh, para.7.

59) Ibid., para.8.

60) Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaert, para.27.

죄 등 강행규범 위반 범죄에 대하여는 개인책임의 원칙이 국가면제의 원칙보다 우월하여야 한다는 것이다.⁶¹⁾

또한 콩고정부는 공적지위 무관련성 원칙과 관련된 뉘른베르크 제3 원칙과 위 원칙에서 유래된 집단살해방지협약 제4조, 1996년 ILC의 인류의 평화와 안전에 반하는 범죄 법전 초안, 임시 국제형사재판소들의 규정들, ICC의 관련 규정 등은 재판소가 적용하는 실체법적 규정이고 외무장관에 대한 관할권 면제에 관한 규정이 아니라고 주장하고 있으나 이는 타당하지 않다고 보았다.⁶²⁾ 뉘른베르크 제3원칙의 핵심은 개인과 국가책임의 귀속에 관한 것으로서, 중대한 국제법상의 범죄에 대하여는 국내법상의 것이든 국제법상의 것이든 면제가 범죄의 수사과 기소를 막지 못한다는 취지에 있다고 보았다.⁶³⁾ 1996년 ILC의 인류의 평화와 안전에 반하는 범죄 법전 초안 제7조도 국내 법원과 국제재판소 모두 적용할 의도였으며, 실체법적 면책의 예외를 인정하지 않는 것은 절차적인 면제를 인정하지 않는 것과 불가분의 관계를 갖고 있음을 언급하고 있다는 것이다.⁶⁴⁾

ICTY나 ICTR은 해당 사건과 관련이 있는 경우에만 관할권을 가지고 ICC는 보충성의 원칙에 의하여 관할권 행사가 제한되는 등 국제형사재판소들은 관할권 행사, 대상범죄가 매우 제한적이므로 국내적 처벌이 중요하다고 보았다.⁶⁵⁾ 결론적으로 “Van Den Wyngaert” 판사는 헌직 외

61) Ibid., para.28.

62) Ibid., paras.29-30.

63) Ibid., para.31.

64) Ibid., para.32

65) Ibid., para.37. ; 로마규정의 보충성의 원칙은 ICC의 한계로 지적되고 있으며 그런 점에서 ICC 설립 이후에도 각국이 국내적으로 핵심범죄에 대해 면제권을 배제하고 처벌하는 것이 중요하다는 주장이 제기되고 있다(Steffen Wirth, “Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgement in the Congo v. Belgium Case”, *European Journal of International Law* 13(2002), p.893).

무장관이 외국의 국내 법원에서 면제를 향유하더라도 전쟁범죄나 인도에 반한 죄를 저지른 경우에는 그러하지 않다고 보았다.⁶⁶⁾

(3) SCSL의 찰스 테일러 사건

SCSL의 라이베리아 전 대통령인 찰스 테일러 사건⁶⁷⁾에서도 공적지위 무관련성 원칙의 적용과 관련하여 논란이 있었다. SCSL은 2003년 3월 라이베리아 대통령인 찰스 테일러에 대해서 인도에 반한 죄, 제네바 협약에 반하는 중대 범죄 등 17개 혐의로 기소하고 체포영장을 발부하였으며⁶⁸⁾, 2003년 6월 찰스 테일러가 방문예정인 가나(Ghana)에 체포영장을 송부하였다. 이에 대해 찰스 테일러 측은 2003년 7월 SCSL의 항소부(The Appeals Chamber)에 국가원수의 면책특권을 주장하면서 기소 및 체포영장 발부 당시 찰스 테일러는 현직 대통령의 직위에 있으므로 찰스 테일러에 대한 기소를 파기하고 체포 및 구금영장의 무효를 선언해 달라고 항변을 제출하였다(찰스 테일러는 다음 달인 2003년 8월 대통령직에서 물러났다). 이에 항소부에서 공적지위 무관련성 원칙이 문제되었다.

찰스 테일러 측은 국가원수에 대한 인적 국가면제 원칙이 국제형사재판소에 있어서는 적용되지 않을 수 있으나 SCSL은 그러한 국제형사재판소가 아니고, SCSL이 제3국에 대하여 체포영장의 집행을 요구하는 것은 제3국의 주권에 대한 침해로써 국제법상 인정되지 않는다고 주장하였다.⁶⁹⁾ 그 근거로 ICJ의 콩고외무장관 체포영장 사건을 원용하면서 기

66) Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaert, para.38.

67) Special Court for Sierra Leone, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction, SCSL-2003-1- I , 31 May 2004.

68) Special Court for Sierra Leone, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Indictment, SCSL-03-1, 3 March 2003.

69) Special Court for Sierra Leone, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction, SCSL-2003-1- I , 31 May 2004, paras.6-7.

소 당시 찰스 테일러는 라이베리아의 국가원수이므로 이 사건에서 절대적으로 면제된다고 주장하였다.⁷⁰⁾ SCSL은 ICJ의 콩고외무장관 체포영장 사건에서 언급된 국제형사재판소에 해당하지 않으며 뉘른베르크재판소나 IMTFE, ICTY, ICTR과도 성격이 다르다는 것이다.⁷¹⁾

항소부는 찰스 테일러 측의 처음의 주장에 대해서 SCSL이 국제형사재판소로서의 성격을 갖고 있고 ICJ의 콩고외무장관 체포영장 사건에서 국가면제를 배제할 수 있는 국제형사재판소로 예시한 국제형사재판소에 해당한다고 결정하였다.⁷²⁾ 다음으로 공적지위 무관련성 원칙과 관련된 SCSL규정 제6조 제2항은, ICTY 규정 제7조 제2항, ICTR 규정 제6조 제2항, ICC 규정 제27조 제2항과 실질적으로 같은 내용이고, 유엔총회 결의 제177(II)호에 따라 ILC가 마련한 뉘른베르크 제3원칙이 되어 1950년 12월 유엔총회에서 승인됨으로써 국제법상의 원칙으로 확고히 성립되었다고 보았다.⁷³⁾

다만 ICJ의 콩고외무장관 체포영장 사건에서 보듯이 각국의 입법례나 국내 법원의 판례 등 국가관행에 비추어 볼 때 국내 법원의 절차에서는 비록 현직 국가원수가 전쟁범죄나 인도에 반한 죄를 저지른 경우에도 관습국제법상 인정되는 국가면제 원칙의 예외를 인정할 수는 없다고 보았다.⁷⁴⁾ 그러나 국내 법원과 국제재판소 간의 차이점에 비추어, 주권평등

70) Ibid.

71) Ibid., paras.14-15.

72) Claus Kreß and Kimberly Prost, “Article 98 Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender”, in Otto Triffterer, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court(Verlag C. H. Beck, Hart Publishing, Nomos, 2008), pp.1609-1610 ; Sarah Williams and Lena Sherif, op. cit., p.76.

73) Special Court for Sierra Leone, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction, paras. 43-47. 다만 “that principle became firmly established”(para. 47.) 라고만 되어 있어 관습국제법의 성격까지 갖는다고 본 것인지는 불분명하다.

74) Ibid., paras. 49-50.

원칙에 근거하여 한 국가가 다른 국가의 행위에 대해서 관할권을 행사하지 못한다는 국가면제의 원칙은 국제사회로부터 권한을 위임받은 국제형사재판소들에게는 적용이 없다고 보았다.⁷⁵⁾

(4) 기타 판례(민사사건에서의 국제면제 우위 판례들)

비록 민사사건들이지만 중대한 인권침해 범죄와 관련하여 국가면제 원칙의 배제여부가 논란이 되었던 사건들이 있다. 바로 ICJ의 독일과 이탈리아 간의 관할권 면제사건⁷⁶⁾과 유럽인권재판소의 알 아드사니(Al-Adsani) 사건⁷⁷⁾이다. 이 사건들은 손해배상청구 등 민사사건으로서 형사사건과 직접 관련되지는 않았으나 판결 이유 중에 형사사건과 관련된 언급도 상당히 포함되어 있는 점에서 참고가 될 수 있다.

우선 ICJ의 독일과 이탈리아간의 관할권 면제사건은 제2차 세계대전 과정에서 전쟁범죄 및 인도에 반하는 범죄로 피해를 입은 이탈리아 국민이 독일을 상대로 손해배상을 청구한 것과 관련된 사건이다. 이탈리아인 페리니(Ferrini)는 2차 대전 중 독일군에 의해 체포되어 독일에서 종전 시까지 강제노역에 종사한 데 대해 1998년 이탈리아 법원에 손해배상청구소송을 제기하였다. 이탈리아 하급심 법원에서는 국가면제를 이유로 청구를 받아들이지 않았으나 2004년 3월 이탈리아 대법원(Court of Cassation)은 국제범죄의 경우에는 국가면제가 적용되지 않는다는 이유로 관할권을 행사할 수 있다고 판시하였다.⁷⁸⁾ 위 사건에서 이탈리아 대

75) Ibid., paras. 51-55.

76) ICJ, Jurisdiction Immunities of the state(Germany v. Italy : Greece Intervening), 3 Feb 2012.

77) European Court of Human Rights, Case of Al-Adsani v. The United Kingdom (Application no. 35763/97), 21 November 2001.

78) Ferrini v. Germany, Case No. 5044/4, IDLC 19 (IT 2004), Appeal Decision, 11 Mar. 2004).

법원은 소위 규범의 계층이론을 지지하여 국제법 규범 간에는 서로 연계 또는 보완 관계에 있으므로 체계적 해석(systemic interpretation)을 통하여 국제법상의 국가면제 원칙도 국제법상의 강행규범 및 국제범죄의 개념과 연계하여 해석되어야 하고 강행규범은 국가면제 규범보다 상위에 있다고 하였다.⁷⁹⁾

독일은 이탈리아 대법원의 판결이 관할권 면제에 관한 국제법 위반이라며 ICJ에 제소하였다.⁸⁰⁾ 이에 대해 이탈리아는 무력충돌 과정의 심각한 국제인도법 위반행위에 대하여는 관할권 면제가 인정될 수 없다고 주장하였다.⁸¹⁾ 이에 대해 ICJ는 심각한 국제인권법 위반의 경우에도 면제는 부인당하지 아니한다고 판시하였다.⁸²⁾

ICJ는 비록 점령지에서 민간인을 살해하거나 강제노동에 종사하도록 한 것이 강행규범을 위반한 것이라고 하여도 강행규범과 국가면제 사이에는 충돌이 존재하지 않는다고 하면서 독일의 관할권 면제를 인정하였다.⁸³⁾ 무력충돌과 관련하여 점령지역의 주민들에 대한 살해, 거주민들 및 전쟁포로의 강제노동 이주를 금지시키는 법원칙은 강행규범이지만 그러한 원칙들과 국가면제 원칙들은 별개의 원칙들로서 서로 간에 충돌은 발생하지 않는다는 것이다.⁸⁴⁾ 국가면제에 관한 원칙은 절차적인 성격의

79) Rosanne Van Alebeek, "Immunity and Human Rights - A Bifurcated Approach International Human Rights Law, Foreign Sovereign Immunity, and National Courts", Am. Soc'y Int'l L. Proc., Vol. 104(2010), p.68.

80) Ferrini v. Germany, Case No. 5044/4, IDLC 19 (IT 2004), Appeal Decision, 11 Mar. 2004).

81) Ibid.

82) Ibid.

83) 오승진, "외교문제에 대한 사법부의 역할 ; 외교문제에 대한 최근 판례의 분석 -헌재와 대법원의 강제징용 및 위안부 피해자 관련 최근 판례를 중심으로", 서울국제법연구, 제20권 제2호(2013), p.19. ; Jurisdiction Immunities of the State(Germany v. Italy : Greece intervening), 3 February 2012 Judgement, paras. 52-53.

84) Jurisdiction Immunities of the State(Gernamy v. Italy : Greece intervening), 3 February 2012 Judgement, para. 93.

것으로서 한 국가의 법원이 다른 국가에 대하여 관할권을 행사할 수 있는지 여부를 결정하는 데 한정되며 절차에 회부된 행위가 적법한가 또는 부적법한가에 대한 문제와 관련이 없다고 보았다.⁸⁵⁾ 따라서 ICJ는 관습 국제법에 따라 국가면제를 인정하는 것이 강행규범 위반으로 발생한 상황의 적법성을 인정한다거나 그러한 상황을 도와주는 것이 아니며 ILC의 국가책임법 초안 제41조에 반하는 것도 아니라고 판시하였다.⁸⁶⁾

또한 비록 직접적인 충돌을 초래하지 않더라도 강행규범의 지위를 가지지 않는 규범의 적용이 강행규범의 실행을 방해하는 결과를 초래하는 경우 비강행규범을 적용할 수 없다는 이탈리아의 주장에 대해서 ICJ는 근거가 없다고 판단하였다.⁸⁷⁾ 강행규범에 대한 침해는 물론 허용되지 않지만, 관할권의 영역과 범위를 결정하는 원칙과 그에 따라 관할권이 언제 행사되는지를 결정하는 것이 강행규범의 지위를 가지는 실체법을 침해하는 것은 아니라는 것이다.⁸⁸⁾ 이 사건은 주권에 기반을 둔 외국 법원에서의 전통적인 국가면제 원칙과, 국제인권법에 기반을 둔 중대한 인권침해 범죄에 대해 책임을 요구하는 압력이 서로 충돌한 사안으로 평가된다.⁸⁹⁾

유럽인권재판소의 알 아드사니 사건은 고문행위와 관련된 손해배상 사건에서 국가면제가 적용될 수 있는지가 문제되었다. 영국과 쿠웨이트 이중 국적자인 슬레이만 알 아드사니(Sulaiman Al-Adsani)는 쿠웨이트에서 그곳 정부군에 피랍되어 고문을 당하였고 그로 인하여 신체적 및 정신적 피해를 입었다는 이유로 쿠웨이트 정부를 상대로 영국 법원에 손

85) Ibid., para.93.

86) Ibid.

87) Ibid., paras.95-97.

88) Ibid.

89) Ingrid Wuerth, "International Law in Domestic Courts and the Jurisdictional Immunities of the State Case Commentary", Melb. J. Int'l L., Vol. 13(2012), p.159.

해배상청구소송을 제기하였다.⁹⁰⁾ 영국 법원은 국제법의 원칙상 고문에 대해서는 국가면제가 인정될 수 없다는 알 아드사니의 주장에 대하여, 국제법은 국내법에 흠결이 있거나 애매할 경우에 적용되는 것인데 1978년 영국 국가면제법 제21조는 국가면제에 대하여 명확한 규정을 두고 있고, 동법상 쿠웨이트의 국가면제는 인정된다고 판결하였다.⁹¹⁾ 이에 대해 알 아드사니는 영국 법원이 고문행위에 대하여도 국가면제의 법리를 적용함으로써 유럽인권협약 제3조의 고문을 받지 않을 권리와 제6조의 공정한 재판을 받을 권리를 침해당하였다고 주장하며 1997년 4월 이 사건을 유럽인권재판소에 제소하였다.⁹²⁾

유럽인권재판소의 재판과정에서 영국 정부는 영국의 1978년 국가면제법은 바젤협약(the Basle Convention)⁹³⁾을 반영한 것으로서 국제법상의 원칙에 기초하고 있고 국가면제에 관한 관습국제법이 바뀌었다고 볼 아무런 증거가 없다고 주장하였다.⁹⁴⁾ 이에 대해 알 아드사니는 이미 영국 귀족원의 피노체트 사건에서 국제법상 고문금지원칙이 강행규범으로 승인되었으므로 고문은 국제법상의 범죄에 해당하고, 고문범죄에 대한 민사소송 절차에서 국가면제는 장애가 되지 못한다고 주장하였다.⁹⁵⁾

2001년 11월 재판부는 재판관 9:8이라는 근소한 차이로, 영국 법원의 판결이 청구인에 대한 유럽인권협약상의 권리를 침해하지 않았다고 판결하였다. 다수 의견은 국가면제는 대등자는 대등자에 대하여 지배권을 행사할 수 없다(*par in parem non habit imperium*)는 원칙에서 발전

90) European Court of Human Rights, Case of Al-Adsani v. The United Kingdom (Application no. 35763/97), 21 November 2001, para. 14.

91) Ibid., paras. 15-19

92) Ibid., para. 3.

93) 유럽평의회 1972년 국가면제에 관한 유럽협약(일명 바젤협약)은 1976년 6월 11일 발효하였다. Ibid., para. 22.

94) Ibid., para.50.

95) Ibid., para.51.

된 것으로서 한 국가의 민사절차에서 이를 인정하는 것은 국제예양과 국가 간의 우호증진에 부합하는 것으로 보았다.⁹⁶⁾ 다수 의견도 고문금지가 민주사회의 기본적인 가치로서 예외가 인정되지 않는 절대적인 권리이며 세계인권선언(the Universal Declaration of Human Rights) 제5조, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(the International Covenant on Civil and Political Rights) 제7조 등 각종 인권협약에도 금지규정이 있으며, ICTY의 푸룬자(Furundzija) 사건⁹⁷⁾ 및 피노체트 사건 등 형사책임과 관련된 사건에서 국가면제가 배제된 경우가 있다는 것은 인정하였다.⁹⁸⁾ 그리고 고문금지가 국제법상 강행규범의 성격을 갖고 있다는 점도 인정하였다. 그러나 이 사건이 고문혐의를 받는 개인의 형사책임과 관련된 피노체트 사건과 달리 민사 배상책임 사건이며 민사절차에서 국가면제가 배제된다고 볼 수 있는 근거는 없다고 판시하였다.⁹⁹⁾

또한 다수 의견은 국가면제가 배제된 피노체트 사건에 대해서도 언급하였는데, 영국 법원에서 재판할 당시 당사자인 피노체트가 영국 영토 내에 실질적으로 소재하였고, 영국과 칠레 양국이 당사국이었던 고문방지협약 및 1988년 영국 형사소송법 제134조(Section 134 of the Criminal Justice Act 1988)에 의하여 영국 이외의 지역에서 발생한 고문행위에 대하여도 영국 법원이 관할권을 가지게 됨으로써 피노체트에 대한 인도 결정이 가능하였던 것으로 보았다. 비록 고문금지의 중요성에 대한 인식은 점점 증가하고 있지만 법정지 밖에서 행해진 고문행위에 대한 민사절차에서 국가가 국가면제를 향유하지 못한다는 원칙은 아직 국제적으로 받아들여지고 있지는 않다고 판단하였다.¹⁰⁰⁾

96) Ibid., para.54.

97) Prosecutor v. Furundzija , case no. IT-95-17/I-T, 10 December 1998.

98) European Court of Human Rights, Case of Al-Adsani v. The United Kingdom (Application no. 35763/97), 21 November 2001., paras..59-60.

99) Ibid., para.61.

이에 대해서는 “Rozakis” 판사, “Caflsch” 판사, “Wildhaber” 판사, “Costa” 판사, “Cabral Barreto” 판사, “Vaji” 판사, “Ferrari Bravo” 판사, “Loucaides” 판사 등이 반대의견을 제시하였다. 다수의견이 고문금지를 강행규범이라고 보면서도 민사절차에서 적용될 수 없다고 본 것은 근본적인 문제가 있다고 보았다. 이러한 반대의견을 제시한 판사들에 따르면 강행규범이 다른 국제법상의 원칙보다 우월하므로 다른 원칙과 충돌할 때 다른 원칙을 무효화시키고, 강행규범에 반하는 결과를 금지하는 효과가 있다고 판단하였다.¹⁰¹⁾ 따라서 강행규범인 고문금지 원칙을 위반한 혐의를 받고 있는 쿠웨이트가 그 보다 낮은 단계의 규범인 국가면제 원칙에 의존하여 책임을 회피할 수는 없다고 보았다.¹⁰²⁾ 강행규범과 다른 규범과의 효력의 우열은 절차의 성질에 따라 결정되는 것이 아니라 규범간의 서열에 따라 결정되는 것이므로 형사절차와 민사절차 간에 본질적인 차이도 없다고 보았다.¹⁰³⁾ 따라서 반대의견은 영국 법원이 쿠웨이트의 국가면제를 인정하여 알 아드사니의 청구를 받아들이지 않은 것은 유럽인권협약 제6조 제1항의 위반이 된다고 보았다.¹⁰⁴⁾

3. 소 결

1980년대 후반과 1990년대에 국제인권법을 위반하는 행위에 대해서 외국법원에서의 국가면제를 부인하는 주장이 대두된 것은 사실이다.¹⁰⁵⁾

100) Ibid., paras.63-66.

101) Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caflsch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vaji , para.1.

102) Ibid., para.3.

103) Ibid., para.4.

104) Ibid.

105) Ingrid Wuerth, “Pinochet’s Legacy Reassessed”, op. cit., pp.736-737..

그러한 주장은 1990년대 후반 임시 국제형사재판소들과 ICC 신설 등 개인에 대한 형사책임을 실효적으로 집행하기 위한 기구를 만들려는 국제법상의 큰 흐름과 맞물려 있다. 규범단계설(the normative hierarchy theory)을 근거로 강행규범은 다른 국제법 원칙보다 우월하고 따라서 강행규범 위반 사건에 있어서는 국가면제 원칙이 인정될 수 없다는 주장도 여기에 포함된다.¹⁰⁶⁾

그러나 ICC 설립 이후 현재까지도 외국의 국가원수 등에 대하여 국가면제를 배제하고 직접 관할권을 행사할 수 있도록 국내 법률을 마련하고 있는 국가는 남아프리카 공화국 이외에는 보이지 않는다. 대부분의 국가들은 해석론에 맡겨 놓고 있으며 ICC 관할범죄라 하더라도 기존의 관습국제법상의 국가면제 또는 외교면제 원칙의 예외를 인정하고 있지는 않다.¹⁰⁷⁾ 프랑스, 미국 등 외국 국내 법원들의 판례와 ICJ, 유럽인권재판소 등 국제재판소들의 판례를 보더라도 국내 법원에서 관습국제법상의 국가면제 또는 외교면제 원칙은 확립되어 있고 이에 대한 예외가 인정되지 않고 있다.

우리의 경우 국가면제 또는 외교면제와 관련된 대법원과 하급심 판례들은 주로 민사 또는 상사 분쟁과 관련된 내용이고 현재까지 형사사건이 문제된 경우는 없다. 현재의 국제법의 태도에 비추어 볼 때 집단살해죄 등 ICC 관할범죄 행위라고 하더라도 국내적으로 국가면제나 외교면제를 배제하고 처벌하기는 어렵다고 판단된다. 남아프리카 공화국과 같이 명시적인 규정을 두는 것도 입법론으로 가능하나 대다수 국가들의 태도와 관련 판례들에 비추어 볼 때 그럴 필요성은 커 보이지 않는다. 그러한 점에서 외국 국가원수나 외교관의 경우 ICC에로의 인도가 매우 중

106) Ibid.

107) Gerhard Werle and Florian Jessberger, *op. cit.*, p.278.

요하다.

한편 국가면제의 판단에 있어 국가원수에 대한 개념이 명확하지 않고 정치적인 측면도 상당부분 고려가 되고 있다는 점을 유의할 필요가 있다. 프랑스의 가디피 사건과 미국의 노리에가 사건을 보면 국가면제 원칙을 인정하는 점에서 양국 법원의 태도가 일치하나 정작 가디피나 노리에가를 국가원수로 인정하는지에 대한 판단과 그로 인한 재판결과는 정반대였다. 양국 법원의 판례들에 비추어 볼 때 국민의 합의를 통하여 합법적으로 통치권을 부여받지 않은 정치체제의 경우 그 국가나 사회의 지도자가 국가원수나 정부수반으로 인정되지 못할 가능성이 상당히 있다. 향후 혹시 북한정권과 관련하여 ICC 관할범죄에 대한 처벌문제가 제기될 경우 국가면제 원칙의 인정여부 뿐만 아니라 국가면제 향유자에 해당하는지 여부에 대해서도 법리적으로 논란이 될 수 있을 것으로 보인다.

제3절 외국 국가원수 등의 ICC에로의 인도

1. 로마규정 제27조와 제98조의 관계

가. 로마규정 제98조의 내용

로마규정 제98조는 로마규정 제정 후에 가장 많은 논란을 야기하고 있는 조항 중 하나이고 특히 제27조의 공적지위 무관련성 원칙과 관련하여 논란이 되고 있다. 그러나 정작 ILC의 인류 평화와 안전에 반하는 범죄 법전 초안이나 로마규정 준비위원회의 초안에는 내용이 없다가 로마 회의에 와서야 고안된 규정이며, 로마회의에서도 대부분의 협상 참가자

들이 정치적으로 예민하게 생각하지 않아서 규정 제정에 많은 시간이 소요되지 않았다.¹⁰⁸⁾

로마회의에서 싱가포르의 대표가 인도(surrender)에 관한 규정에 피요청국이 ICC의 협조 요청을 따르는 것이 국가면제 또는 외교면제에 따른 의무 또는 제3국의 재산권과 관련한 국제법상의 의무와 불일치하는 경우 재판소는 추가로 제3국의 국가면제 포기를 얻어야만 한다는 내용이 포함되어야 한다고 제안하였고, 이에 따라 실무그룹에서 초안을 마련하였다.¹⁰⁹⁾

이 조항의 의미를 추론할 수 있는 공식적인 회의 자료는 남아있지 않고, 심지어 로마규정 제9부의 중요 내용에 대한 설명에서 언급도 되지 않는 등 형식적인 논의만 있었던 것으로 추측되고 있다.¹¹⁰⁾ 회의과정에서 국제법의 발전에 따라 로마규정 제5조의 범죄에 대하여는 국가면제가 배제되거나 적어도 축소되어야 한다는 일부 국가 대표들의 의견 제시가 있었으나, 다른 일부 국가대표들의 반대와 논의시간 부족으로 인하여 ICC의 관할권과 충돌 가능성이 있는 국가면제 등에 관한 내용들이 그대로 로마규정 제98조에 포함되게 되었다.¹¹¹⁾

제98조 제1항의 국가면제 또는 외교면제에 관한 국제법상의 의무는 관습국제법이나 법의 일반원칙에 따른 국제법상의 의무를 말하고 제98조 제2항에서 규정하고 있는 국제협정 상의 의무는 포함하지 않는다고 해석

108) Willam A. Schabas, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p.1037 ; Claus Kreß and Kimberly Prost, "Article 98 Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender", op. cit., p.1604.

109) Willam A. Schabas, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p.1038.

110) Ibid.

111) Claus Kreß and Kimberly Prost, "Article 98 Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender", op. cit., p.1603.

된다. 만약 그것까지 포함하게 되면 제98조 제2항은 불필요하게 되기 때문이다.¹¹²⁾

제98조 제2항은 자국의 군인 등이 로마규정 당사국인 주둔국에서 ICC 관할 범죄에 대한 혐의를 받게 될 경우 로마규정 제12조에 따라 ICC가 자국민에 대한 관할권을 행사할 것을 염려한 미국의 주장이 반영된 것이다.¹¹³⁾ 미국은 주둔군지위협정의 관행이 로마규정의 인도 조항에 반영되어야 한다고 주장하였다.¹¹⁴⁾ 대부분의 국가들이 미국의 염려를 이해하는 입장에서 별다른 문제의식 없이 외교관과 유사한 면제를 규정한 주둔군지위협정이 로마규정에서도 인정될 수 있다고 받아들인 것으로 추측되고 있다.¹¹⁵⁾

나. 로마규정 제27조와 제98조의 충돌 여부

로마규정 제27조의 공적지위 무관련성 규정과 제98조의 인도 등과 관련한 협력 규정과의 관계에 대해서는 서로 상반된 견해가 있다. 양자는 서로 별개의 조문으로서 그 적용 측면이 다르므로 서로 충돌이 되지 않는다고 보는 견해¹¹⁶⁾와 양자가 충돌이 되므로 충돌문제를 해결하여야

112) Willam A. Schabas, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p.1040.

113) Eric David, op. cit., p.750.

114) David Scheffer, "Article 98(2) of the Rome Statute: America's Original Intent", *J Int'l Crim. Just.*, Vol. 3(2005), p.339 ; 김영석, *국제형사재판소법 강의(개정판)*, op. cit., p.221.

115) Willam A. Schabas, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p.1043 ; Claus Kreß and Kimberly Prost, "Article 98 Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender", op. cit., p.1604.

116) Willam A.Schabas, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p.452. ; Willam A. Schabas, *An Introduction to International Criminal Court*, op. cit., p.247.

한다는 견해¹¹⁷⁾이다. 이러한 논란은 로마규정 제정 당시에 제27조와 제 98조가 각각 다른 위원회에 의해 초안이 되었고 당시 서로간의 일관성에 대하여 깊은 고려가 없었기 때문에 비롯된 것이다.¹¹⁸⁾ 로마규정 기초위원회 의장이었던 바시우니(Bassiouni) 교수는 향후 양 조문의 해석상 충돌이 커질 가능성이 있고 이를 막기 위해서는 양 조문을 같은 조문으로 편입하였어야 하는데 이를 간과하였다고 하고 있다.¹¹⁹⁾

양자의 충돌이 없다고 보는 견해는 로마규정 제27조는 원칙적으로 ICC가 관할권을 행사할 때 ICC 재판부 앞에서 적용되는 조항인 반면에 로마규정 제98조 제1항은 ICC에 대한 각국의 협력의무와 관련하여 각국에게 적용되는 규정이므로 양 조항은 양립 불가능하거나 불일치하지 않는다고 본다.¹²⁰⁾ 각국이 제98조를 이유로 협력을 거부하더라도 제27조를 부인하는 것이 되는 것은 아니며 다만 각국의 협력거부로 인해 ICC의 절차가 더 이상 진행되지 않을 뿐이라고 보는 것이다. 로마규정 당사국은 제98조 제1항의 문제가 있다고 생각될 경우 이를 다루면서 절차의 중지를 요청하여야 하고, 절차 및 증거규칙(Rules of Procedure and Evidence) 제195조 제1항¹²¹⁾에 따라 ICC에게 그에 관한 정보를 제공하

117) Paola Gaeta, "Official capacity and Immunities", op. cit., pp.993-994 ; Dapo Akande, "Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and Its Impact on Al Bashir's Immunities", J. Int'l Crim. Just., Vol. 7(2009), p.337.

118) David Scheffer, op. cit., p.337. ; Per Saland, "International Criminal Law Principles", in Roy S. Lee(eds.), The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results(Kluwer Law International, 2002), p.202 각주 25.

119) M. Cherif Bssiouni, The Legislative History of the International Criminal Court : Introduction, Analysis, and Integrated Text, Vol. 1(Transnational Publishers, Inc., 2005), p.85.

120) Willam A.Schabas, The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute, op. cit., p.452. ; Willam A. Schabas, An Introduction to International Criminal Court, op. cit., p.247.

121) 원문(영어)은 다음과 같다.

Rule 195 Provision of information

1. When a requested State notifies the Court that a request for surrender or

면 된다는 것이다.¹²²⁾ 당사국으로부터 제98조의 문제가 있다고 다투어지면 그에 대한 결정은 ICC가 하여야 하고, 만약 제98조가 적용된다고 결론을 내리면 ICC는 제3국으로부터 포기를 얻을 책임이 있는데 로마규정 당사국의 경우 ICC에 대한 협력의무가 있으므로 로마규정 당사국으로부터 면제의 포기를 받는 것은 크게 어렵지 않을 것이라고 하고 있다.¹²³⁾

그러나 이 견해에 의할 경우 ICC가 해당국가로부터 국가면제 또는 외교적 면제에 대한 포기 등을 받거나 로마규정 당사국들의 자발적인 협조가 없는 이상 결국 ICC의 목적이 실질적으로 달성될 수 없게 되는 결과가 초래된다. ICC는 독립된 집행기구가 없으므로 해당국가가 자국의 국가면제 대상자에 대하여 국가면제를 포기하거나 자발적으로 ICC에 인도하거나 범죄인 개인이 자발적으로 출석하지 않는 이상 ICC가 국가면제 대상자에 대한 신병을 확보할 수 없게 되어 제27조는 실질적으로 의미가 없어지게 된다.¹²⁴⁾ 제27조가 적용될 수 있는 사실상 유일한 경우는 국가면제를 향유하는 개인 스스로 자발적으로 ICC에 출석하는 경우뿐이나 그러한 가능성은 높지 않다.¹²⁵⁾

로마규정 제27조는 ICC의 재판규범일 뿐만 아니라 각국이 ICC의 요청을 받고 범죄인 체포 및 인도 과정에서 ICC에게 협력할 때도 적용되는 원칙이라고 봄이 타당하다.¹²⁶⁾ 그렇게 해석하는 것이 제27조 제1항의

assistance raises a problem of execution in respect of article 98, the requested State shall provide any information relevant to assist the Court in the application of article 98. Any concerned third State or sending State may provide additional information to assist the Court.

122) Willam A.Schabas, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p.1039.

123) Ibid.

124) Paola Gaeta, "Official capacity and Immunities", op. cit., pp.993-994 ; Dapo Akande, "Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and Its Impact on Al Bashir's Immunities", op. cit., p.337.

125) Ibid.

126) Ibid, p.338.

의미를 살리는 것이 되고 조약 해석의 효율성이라는 측면에서도 바람직하다.¹²⁷⁾

따라서 로마규정 제27조와 제98조 제1항은 실질적으로 상호 충돌 내지 불합치 된다고 생각한다. 로마규정 제27조와 제98조의 적용에 관한 조화로운 해석을 모색할 필요가 있다.

다. 로마규정 제27조와 제98조의 적용 범위

제98조 제1항에서 규정하고 있는 “제3국”의 의미에 대해서, 로마규정 비당사국으로 한정하여 해석하는 견해와 피요청국 이외의 모든 국가로 해석하는 견해로 나뉜다.¹²⁸⁾ 후자의 경우 로마규정 당사국이든 비당사국이든 구별을 하지 않고 모두 포함하는 것으로 해석한다.¹²⁹⁾

이러한 해석의 차이는 로마규정 제27조와 제98조의 적용범위와 관련되어 있다. 제98조 제1항에 규정된 제3국의 범위를 피요청국 이외의 로마규정 당사국 전부로 확대하면 ICC에 대한 인도 및 사법공조 협력에 있어 로마규정 제27조의 적용범위가 상대적으로 제한되며, 반대로 제3국을 로마규정 비당사국으로 한정하면 로마규정 제27조의 적용범위가 상대적으로 넓어지는 결과가 된다.

제3국을 로마규정 비당사국으로 한정하여 해석하는 견해¹³⁰⁾는 로마규정 당사국들 상호간에는 ICC의 요청이 있을 경우 로마규정 제27조에

127) Ibid.

128) Dapo Akande, “International Law Immunities and the International Criminal Court”, Am. J. Int’l L., Vol. 98, No. 3(2004), p.422.

129) Claus Kreß and Kimberly Prost, “Article 98 Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender”, op. cit., p.1606.

130) Dapo Akande, “Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and Its Impact on Al Bashir’s Immunities”, op. cit., pp.339-342. ; Eric David, op. cit., p.750.

의하여 국가면제가 배제되므로 로마규정 제98조 제1항의 내용을 원용할 수 없고 따라서 ICC는 체포 및 인도를 자유롭게 진행해 나갈 수 있게 된다. 조약은 당사국이 아닌 제3의 국가들에게 의무를 지을 수 없고 로마규정도 조약인 이상 로마규정 제27조를 근거로 로마규정의 당사국이 아닌 국가들에게 속하는 국가면제 권리를 배제시킬 수는 없다고 본다. 로마규정 제98조는 로마규정 당사국들이 비당사국들에 대해서 지는 기존의 국가면제 의무는 여전히 인정됨을 밝힌 것이다.¹³¹⁾ 이러한 견해는 영국, 말타, 아일랜드, 사모아 등의 국내 입법례에 의해서 지지되고 있고, 캐나다의 범죄인인도법 제6조의1도 같은 입장을 취하고 있는 것으로 평가받고 있다.¹³²⁾

이에 비하여 피요청국이 아닌 이상 로마규정 당사국도 로마규정 제98조 제1항의 제3국에 포함된다고 해석하는 견해는 로마규정의 문언상의 표현을 중시하고 있다. 이 견해에 의하면 로마규정 제9부의 제87조 제5항 등을 보면 로마규정 기초자들이 비당사국에 대해서는 명시적으로 조약의 비당사국을 기재하고 있는데 비해 이 조문에서는 제3국으로 기재하고 있는 점에서, 조약법에 관한 비엔나협약 제2조 제1(h)항의 제3국의 의미(“조약의 당사국이 아닌 국가”)와 달리 사용한 것으로 본다. 또한 현실적으로 외교공관의 불가침성이 제98조 제1항의 논쟁에 중심에 있고, 외교공관의 불가침성이 당사국 및 비당사국 양자 모두에 대하여 인도요청의 실행에 대한 장애가 된다는 것이 널리 인식되고 있으므로 제3국은 피요청국 이외의 국가를 의미한다고 본다.¹³³⁾ 다만 로마규정 당사국인

131) Jessica Needham, "Protection or Prosecution for Omar Al Bashir - The Changing State of Immunity in International Criminal Law," *Auckland U. L. Rev.*, Vol. 17 (2011), p.237.

132) Dapo Akande, "Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and Its Impact on Al Bashir's Immunities", *op. cit.*, p.339.

133) Claus Kreß and Kimberly Prost, "Article 98 Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender", *op. cit.*, p.1606.

제3국은 로마규정 제27조를 받아들임으로써 국제법상의 면제를 포기한 것으로 해석되므로 제27조와 제98조간에 충돌이 발생하지 않고 따라서 제98조에 의한 면제의 포기를 따로 선언할 필요가 없다고 본다.¹³⁴⁾

ICC는 범죄인의 체포 및 인도에 있어 전적으로 피요청국의 협력을 바탕으로 하고 있으므로 ICC가 사전에 제3국으로부터 국가면제 포기를 얻을 수 없어 절차를 진행할 수 없다면 제27조는 그 의미가 크게 줄어들 것이다. 제27조의 입법취지를 살리고 위 조문에 실질적인 효력을 부여한다는 측면에서도 제3국을 로마규정 비당사국으로 해석하는 것이 타당하다.¹³⁵⁾

그러나 제3국을 로마규정 비당사국에 한한다고 보는 견해뿐만 아니라 로마규정 당사국을 포함한다고 보는 견해도 로마규정 당사국들은 로마규정 가입을 통하여 국가면제를 포기하였다고 간주되어 ICC가 따로 해당국으로부터 제98조의 면제 포기를 얻을 필요가 없다고 보고 있으므로, 두 견해의 실질적인 차이는 크지 않다.

2. 각국의 입법례

스위스는 ICC와의 협력에 관한 연방법률 제4조 및 제6조에서 국가면제 또는 외교면제와 관련된 규정을 두고 있다. 위 법률 제6조 제1항에서는 연방 법무경찰부(the Department of Justice and Police)의 신청에 따라 ICC의 요청을 집행하는 과정에서 발생된 로마규정 제27조 및 제98조와 관련된 문제에 대해서 연방이사회가 결정을 하고, 같은 조 제2항에서는 연방이사회가 결정에 따라 법무경찰부 등 행정부처는 체포를 명하거나 금지조치를 할 수 있도록 규정하고 있다.¹³⁶⁾

134) Ibid., pp.1607-1608.

135) Paola Gaeta, "Official Capacity and Immunities", op. cit., pp.994-995.

136) 해당 조항의 영문은 다음과 같다.

동법 제6조는 해석상으로 로마규정 당사국 국민에게 한하여 적용이 된다고 보고 있다.¹³⁷⁾ 따라서 스위스 연방이사회는 로마규정 당사국의 현직 국가원수 또는 외교사절에 대하여 ICC에로의 인도를 결정할 수 있고 그 경우 법무경찰부 등 행정당국은 그들을 체포하거나 기타 금지조치를 취할 수 있다.¹³⁸⁾ 다만 동법 제4조 “d”호에서는 중앙기구는 ICC 요청에 따른 집행이 로마규정 제27조 및 제98조상의 국가면제나 외교면제를 침해할 가능성이 있는 경우 로마규정 제97조에 따라 ICC와 협의하도록 규정하고 있다. ICC와 협의를 이루어지지 못할 경우 결국 제6조에 따라 연방이사회가 인도여부를 결정하게 될 것이다.¹³⁹⁾

오스트리아도 ICC와의 협력에 관한 법률 제9조 제1항에서 스위스와 유사한 내용으로 규정하고 있다. ICC의 협력요청과 관련하여 국가면제, 외교면제와 충돌되는 경우에 ICC와 상의를 하도록 규정하고 있다. 이러한 협의는 문제에 대한 다른 방법이나 조건을 부과하는 것이 가능한지 검토하는 과정으로서 만약 협의를 통해서도 문제가 해결되지 않으면 법무부장관이 ICC의 협조요청을 거절하도록 하고 있다.¹⁴⁰⁾ 만약 로마규정

Art. 6 Immunities

1. On application by the Federal Department of Justice and Police (Department), the Federal Council shall decide on questions of immunity relating to article 98 in conjunction with article 27 of the Statute which arise in the course of the execution of requests.
2. Where paragraph 1 applies, the Department may order arrest or other preventive measures.

137) 최태현, “ICC규정 이행입법안 연구 -독일 및 스위스의 경우를 중심으로”, op. cit., p.259.

138) Ibid.

139) Jürg Lindemann and Olivier Thormann, op. cit., p.440.

140) 해당 조항의 영문은 다음과 같다.

9. Obligation to consult, and rejection of requests from the International Criminal Court

1. Matters arising shall be resolved through consultations with the International Criminal Court, in particular where the execution of a request from the International Criminal Court would:

제98조의 상황이 발생하면 ICC는 즉시 오스트리아에 통보를 하여야 하고 ICC가 제3국으로부터 인도 절차에 관한 동의를 얻으면 인도 절차가 진행되나 그렇지 못하면 ICC는 인도요청을 철회하여야 한다고 보고 있다.¹⁴¹⁾

스페인은 OLCICC 제15조 내지 제17조에서 ICC로부터 요청받은 사람에 대한 인도 거부사유로 사람의 오인, 필요한 서류의 결여, 죄형법정주의 위배 등 매우 한정적으로 규정하고 있으므로 면제는 인도 거부 사유가 되지 못한다고 보고 있다.¹⁴²⁾

네덜란드는 외국 공무원들의 면제도 ICC의 관할권 행사를 막지는 못한다고 보고 있다. 로마규정 제89조 제1항에서 당사국들은 로마규정 제9부와 국내법 절차에 따라 ICC의 체포·인도 요청에 따라야 한다고 규정하고 있으므로 네덜란드 국내법 하에서의 면제에도 불구하고 ICC의 요청이 있는 경우 로마규정 제9부에 따라 네덜란드 영토 내에 거주하는 외국 공무원들을 체포하여 ICC에게 인도하여야 한다고 보고 있다.¹⁴³⁾ 그러나 ICC는 로마규정 제98조에 따라 제3국으로부터 먼저 면제에 대한 포기를 얻어야 절차를 진행할 수 있다. 로마규정 당사국들은 자동적으로

(4) conflict with international obligations whereby the consent of a sending State is required to surrender a person of that State to the Court (article 98(2) of the Statute).

3. If a matter cannot be resolved through consultations, the International Criminal Court shall be requested to amend its request. If such an amendment by the International Criminal Court cannot be considered, the request shall be rejected.

4. Any such refusal, in the cases referred to in paragraph 1, sub-paragraphs 2 to 4 above, shall be decided on by the Federal Minister of Justice with the consent of the Federal Minister of Foreign Affairs. The case in paragraph 1, sub-paragraph 2, further requires the consent of the competent federal minister. The International Criminal Court shall be informed of any refusal of a request and the grounds thereof.

141) Irene Gartner, "Austria", op. cit., p.40.

142) Héctor Olásolo, op. cit., pp.366-368.

143) Harry Verweij and Martijn Groenleer, op. cit., p.97.

또는 ICC의 요청에 따라 면제 포기를 한 것으로 간주되고, 다만 사안의 적격성 또는 네덜란드 당국이 관할권을 행사하여 기소하기로 한 경우에는 달리 결정할 수 있다.¹⁴⁴⁾

이탈리아는 ICC에로의 인도와 관련하여 국가 간의 범죄인 인도와 마찬가지로 외국인이든 내국인이든 정치범에 대한 불인도 여부가 논란이 되었으나, ICC에 대한 인도는 다른 국가에 대한 범죄인 인도와 성격이 상이하고 ICC는 이탈리아가 권한을 이양한 국제기구이므로 통상의 범죄인 인도와 같이 취급하여서는 안 된다는 견해가 유력하다.¹⁴⁵⁾

영국은 로마규정의 이행 및 ICC와의 협력을 위해서 2001년 국제형사재판소법 및 국제형사재판소법규칙을 제정하였다.¹⁴⁶⁾ 국제형사재판소법 제23조 제1항과 국제형사재판소법규칙 제27조에서 로마규정 당사국과 관련하여 국가면제나 외교면제는 ICC로부터 인도요청 된 개인에 대한 체포 및 인도를 막지 못한다고 규정하였다. 로마규정 비당사국의 경우 외무장관(The Secretary of State) 또는 총독(Governor)의 증명을 통하여 인도요청 된 개인에 대하여 국가면제나 외교면제가 포기된 것으로 인정되는 때에만 동법에 따른 체포 또는 인도절차가 진행될 수 있다고 규정하고 있다(국제형사재판소법 제23조 제2항). 다만 특별한 경우 외무장관은 ICC 및 관련 국가와 협의한 후에 동조 제1항, 제2항의 예외가 없었으면 국가면제 또는 외교면제로 인하여 적용되지 못하였을 동법에 따른 절차를 해당 개인에게 적용되지 않도록 명령을 할 수 있다고 규정하고 있다(동조 제4항). 한편 동조 제5항에서는 유엔안전보장이사회가 사태를 회부한 경우 필요한 경우 동조 제1항 내지 제3항의 당사국 또는 국가면제 포기 요건을 생략하고 절차를 진행할 수 있도록 규정하고 있다.¹⁴⁷⁾

144) Ibid., p.98.

145) Paolo Benvenuti, op. cit., pp.132-133.

146) Elizabeth Wilmschurst, op. cit., pp.147-148.

국제형사재판소법 제23조는 첫째, 면제가 ICC로부터의 인도요청과 관련하여서만 배제될 수 있다는 것을 명백히 한 것이다. 영국 국제형사

147) 2001년 국제형사재판소법 제23조의 원문은 다음과 같다.

23. Provisions as to state or diplomatic immunity

- (1) Any state or diplomatic immunity attaching to a person by reason of a connection with a state party to the ICC Statute does not prevent proceedings under this Part in relation to that person.
- (2) Where—
 - (a) state or diplomatic immunity attaches to a person by reason of a connection with a state other than a state party to the ICC Statute, and
 - (b) waiver of that immunity is obtained by the ICC in relation to a request for that person's surrender,the waiver shall be treated as extending to proceedings under this Part in connection with that request.
- (3) A certificate by the Secretary of State—
 - (a) that a state is or is not a party to the ICC Statute, or
 - (b) that there has been such a waiver as is mentioned in subsection (2),is conclusive evidence of that fact for the purposes of this Part.
- (4) The Secretary of State may in any particular case, after consultation with the ICC and the state concerned, direct that proceedings (or further proceedings) under this Part which, but for subsection (1) or (2), would be prevented by state or diplomatic immunity attaching to a person shall not be taken against that person.
- (5) The power conferred by section 1 of the United Nations Act 1946(c. 45) (power to give effect by Order in Council to measures not involving the use of armed force) includes power to make in relation to any proceedings such provision corresponding to the provision made by this section in relation to the proceedings, but with the omission—
 - (a) in subsection (1), of the words “by reason of a connection with a state party to the ICC Statute”, and
 - (b) of subsections (2) and (3),as appears to Her Majesty to be necessary or expedient in consequence of such a referral as is mentioned in article 13(b) (referral by the United Nations Security Council).
- (6) In this section “state or diplomatic immunity” means any privilege or immunity attaching to a person, by reason of the status of that person or another as head of state, or as representative, official or agent of a state, under—
 - (a) the Diplomatic Privileges Act 1964 (c. 81), the Consular Relations Act 1968 (c.18), the International Organisations Act 1968 (c.48) or the State Immunity Act 1978 (c.33),
 - (b) any other legislative provision made for the purpose of implementing an international obligation, or
 - (c) any rule of law derived from customary international law.

재판소법 제5부에 규정된 ICC 범죄에 대한 국내 기소로부터의 면제는 아무런 변경이 이루어지지 않았다. 둘째, 이 법률은 로마규정 당사국과 비당사국의 경우를 구별하고 있다. 로마규정 당사국은 로마규정 제27조를 받아들임으로써 그 국가의 국가원수나 공직자 등에 대한 면제가 ICC에서의 절차나 ICC로의 체포나 인도를 방해하지 않는데 이미 동의한 것으로 보고 있다.¹⁴⁸⁾ 로마규정 비당사국은 로마규정 제27조를 받아들이지 않았으므로 영국은 그 국가의 대표기관 등의 불가침권을 침해하지 않을 국제법상 의무를 진다. 만약 비당사국이 ICC에게 면제포기 의사를 표시하면 국내 법원에 의해 ICC에로의 인도를 위한 관할권 행사가 허용되는 것으로 취급될 수 있다.¹⁴⁹⁾ 한편 동조 제5항은 유엔안전보장이사회가 유엔헌장 제7장에 근거하여 회부한 사건에 대해서는 로마규정 비당사국을 포함하여 국가면제를 배제할 수 있도록 하기 위한 규정이다.¹⁵⁰⁾

호주의 경우 로마규정 제27조 및 제98조의 적용과 관련하여 논란이 있었다. 호주 법무부는 공적지위를 가진 사람을 ICC에게 체포·인도하는데 있어서는 로마규정 제98조의 제한이 있다는 입장이었다.¹⁵¹⁾ 호주의 ICC와의 협력법(ICC Cooperation Act 2002) 제12조¹⁵²⁾에서는 ICC의 인

148) Elizabeth Wilmschurst, op. cit., p.156.

149) Ibid., pp.156-157. ; International Criminal Court Act 2001 Explanatory Notes, paras.46-48.

150) International Criminal Court Act 2001 Explanatory Notes, para.49.

151) Helen Brady, op. cit., p.8.

152) 원문은 다음과 같다.

12. Request that may raise problems relating to Australia's international obligations to a foreign country
 - (1) This section applies where the Attorney-General consults with the ICC because the execution of a request for cooperation may raise problems relating to Australia's obligations to a foreign country under international law or international agreements as mentioned in article 98 of the Statute.
 - (2) If, after the consultation, the Attorney-General is satisfied that the execution of the request would not conflict with any of those obligations, the Attorney-General must sign a certificate stating that the execution of the request does not conflict with any of those obligations.

도 등 협력요청에 대한 이행이 로마규정 제98조 및 외국 국가면제법(the Foreign States Immunity Act 1985), 외교 특권 및 면제법(the Diplomatic Privileges and Immunities Act 1961)에 따른 국제법 또는 국제협정상의 의무와 충돌될 경우에 대해 절차규정을 두고 있다.¹⁵³⁾ 그러한 경우 호주 법무부장은 ICC와 상의를 하여야 하고 상의 결과 충돌이 없다면 법무부장은 이를 확인하여야 하고 충돌이 있을 경우 외국이 면제를 포기하거나 필요한 동의를 할 때까지 ICC 요청에 대한 이행을 연기하여야 한다.¹⁵⁴⁾ 만약 ICC와 호주 간에 이견이 있을 경우에는 호주가 관련 국제법 및 국제협약에 따라 최종 결정을 하게 된다.¹⁵⁵⁾

캐나다는 ICC에로의 체포 및 인도와 관련하여 캐나다 범죄인인도법(the Extradition Act (1999))을 개정하였다. 기존의 캐나다 범죄인인도법에 제6조의¹⁵⁶⁾을 추가하여 ICC 또는 유엔안전보장이사회의 결의로 설립된 국제형사재판소로부터 인도를 요청 받은 범죄인의 경우 보통법 또는 실정법상의 면제 주장을 하지 못하도록 규정하였다. 추가된 이 조항은 면제 향유자에 대한 인도와 관련한 유일한 입법 조항으로서 캐나다 국내법원에서 이 문제와 관련된 소송을 방지함으로써 캐나다 국내법원과

(3) A certificate signed under subsection (2) is conclusive evidence of the matters stated in the certificate.

(4) If, after the consultation, the Attorney-General is not satisfied as mentioned in subsection (2), the Attorney-General must postpone the execution of the request unless and until the foreign country has made the necessary waiver or given the necessary consent.

153) Helen Brady, op. cit., pp.18-19.

154) Ibid., p.19.

155) Ibid.

156) 원문은 다음과 같다.

6.1 Despite any other Act or law, no person who is the subject of a request for surrender by the international Criminal Court or by any international criminal tribunal that is established by resolution of the Security Council of the United Nations and whose name appears in the schedule, may claim immunity under common law or by statute from arrest or extradition under this Act.

ICC 간에 국제법해석에 대한 이견으로 발생될 수 있는 충돌을 제거하기 위하여 추가되었다.¹⁵⁷⁾

캐나다는 만약 로마규정 제98조의 적용과 관련한 문제가 발생하면 로마규정 제97조에 따라 ICC가 결정을 하게 될 것으로 보고 있다.¹⁵⁸⁾ 캐나다는 전직 외교관이나 국가원수는 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄에 대해서는 물적 면제를 향유하지 못하며, 인적 면제를 향유하는 현직 외교관 또는 국가원수도 해당 국가가 로마규정 당사국이거나 유엔안전보장이사회가 사태회부를 한 경우에는 면제권이 배제되거나 궁극적인 판단은 ICC에게 맡겨져 있다고 보고 있다.¹⁵⁹⁾ 결국 캐나다는 입법으로 이러한 쟁점들을 직접 해결하려고 하기 보다는 단지 이러한 면제에 관한 쟁점들이 캐나다 법원이 ICC에게 범죄인을 인도하는 것에 대한 장애가 되지 못하다고만 규정함으로써 이러한 쟁점들이 로마규정과 국제법에 따라 ICC에 의해 해결될 것으로 보고 있다.¹⁶⁰⁾

일본은 국제형사재판소에 대한 협력 등에 관한 법률 제19조 제2항 제2호에서 범죄행위가 일본국의 법령에 의하여 처벌되지 않는 경우를 인도의 예외사유로 규정하고 있다. 또한 제20조 제1항 제3호에서는 ICC의 인도청구에 응하는 것이 로마규정 제98조에서 규정하는 국제법에 기한 의무 또는 국제약속에 기한 의무에 반하는 것이 되는 때에는 인도하지 않을 수 있도록 규정하고 있다.

157) Kimberly Prost and Darryl Robinson, "Canada", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.61-62.

158) Ibid., p.62.

159) Ibid.

160) Robert Hage, "Implementing the Rome Statute : Canada's Experience", in Roy S. Lee(eds.), *States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law*(Transnational Publishers Inc., 2005), pp.53-54.

우리의 이행법률에서는 이에 대해서 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 로마규정 제27조와 제98조간의 관계에 대한 국제법상의 논의와 외국의 입법례를 참고할 수밖에 없다.

3. 판례

가. ICC의 알 바시르에 대한 체포영장 발부 사건

ICC가 로마규정 비당사국인 수단의 현직 대통령 오마르 알 바시르(Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 이하 알 바시르)에 대하여 체포영장을 발부한 사건으로 각국의 ICC에 대한 협력의무와 관련하여 국제적으로 상당한 논란이 있었다.

1989년 6월 수단의 정권을 장악하고 1993년 10월 대통령에 취임하여 현재 대통령직에 있는 알 바시르는, 수단 다푸르 지역에 거주하고 있던 “Fur”, “Zagawa”, “Masalit” 종족들이 자신의 권력에 위협이 된다고 생각하고 민병대와 연합하여 2003년 8월부터 2004년 3월 사이에 위 3개 종족에 대하여 살인, 강간, 고문, 박해, 약탈, 파괴, 강제이주 등 인도에 관한 죄를 범하였다는 혐의를 받았다. 2004년 10월 다푸르 상황에 대한 국제조사위원회(International Commission of Inquiry on Darfur, Sudan)가 다푸르에서 자행되고 있는 인도에 반한 죄 등에 대한 보고서를 작성하여 2005년 1월 유엔 사무총장에게 제출하였다. 유엔안전보장이사회는 2005년 3월 결의 1593호를 통해 수단 다푸르 상황을 ICC에 회부하였고 ICC 검사는 2005년 6월 동 상황에 대한 조사개시를 결정하였다. ICC 검사는 로마규정 제27조의 공적지위 무관련성 원칙에 근거하여 2008년 7월 알 바시르를 정부군과 민병대에 의해 자행된 집단살해죄와 인도에 관한

범죄 등의 총지휘책임자로 보고 체포영장을 청구하였다.

전심재판부는 검사가 청구한 알 바시르에 대한 체포영장을 검토한 후 알 바시르는 총체적으로 대상 종족 집단에 대한 파괴 의도를 가졌던 것인지에 대한 증거가 부족하다는 이유로 집단살해 혐의는 제외하고 그 이외의 살인, 고문, 강간, 추방 등 인권침해 범죄 혐의에 대해서는 로마 규정 제25조 제3항(a)에 따른 전쟁범죄 및 인도에 반한 죄의 간접 가해자 또는 간접 공범으로 인정되고 로마규정 제58조 제1항(b)에 따라 체포영장 발부가 필요한 것으로 보인다고 결정하고 2009년 3월 체포영장을 발부하였다.¹⁶¹⁾ 그 후 2010년 7월 추가 혐의로 한차례 더 체포영장이 발부되어¹⁶²⁾ 총 두 차례 체포영장이 발부되었다. 그러나 수단 정부 등 아프리카 국가들의 협조거부로 체포영장은 현재 집행이 되지 못하고 있다.¹⁶³⁾

이 사건은 로마규정 비당사국인 수단의 현직 대통령에 대하여 ICC가 관할권을 행사할 수 있는가 하는 문제와 ICC가 발부한 체포영장에 수단이나 기타 다른 국가들이 협조할 의무가 있는지가 주로 논란이 되었다.¹⁶⁴⁾ 알 바시르에 대한 전심재판부의 체포영장 발부의 유효성은 수단이 로마규정 비당사국인 까닭으로 인해 크게 문제되었다. 국제조약인 로마규정에 가입하지 않은 국가에 대하여 조약인 로마규정을 적용할 수 있는가가 논란이 된 것이다.

체포영장의 유효성에 대해서는 이를 인정하는 견해와 부정하는 견

161) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir("Omar Al Bashir"), Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3, 4 March 2009.

162) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir("Omar Al Bashir"), Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 12 July 2010.

163) Sarah Williams and Lena Sherif, *op. cit.*, p.73.

164) *Ibid.*

해로 나뉘었다. 인정하는 견해는 ICC 전심재판부의 입장과 비슷하게 유엔안전보장이사회의 결의와 유엔헌장을 주된 근거로 하는 견해와¹⁶⁵⁾ 로마규정 제27조를 관습국제법상의 원칙으로 보는 견해¹⁶⁶⁾로 나뉜다. 유효성을 부인하는 입장은 기본적으로 로마규정을 조약에 해당하므로 조약법상의 원칙이 지켜져야 하고 전심재판부 결정과 같이 유엔안전보장이사회의 결의로 사태회부가 있었다고 하더라도 조약의 성질이 바뀔 수는 없다고 보았다.¹⁶⁷⁾

다음으로 수단이나 다른 국가들이 ICC의 체포영장 발부에 구속되거나 즉 ICC의 체포·인도 요청에 응하여야 하는가가 문제되었다. 그 중에서 관련 당사국인 수단의 협력의무와 관련하여 ICC 전심재판부는 로마규정 제27조를 적용한 ICC의 결정은 수단에 대하여 효력을 가진다고 보았다. 유엔안전보장이사회의 사태회부 결정은 유엔헌장 제7장¹⁶⁸⁾ 및 유

165) Dapo Akande, “Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and Its Impact on Al Bashir’s Immunities”, *op. cit.*, p.333. Abstract, pp.340-341.

166) Paola Gaeta, “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, *op. cit.*, pp.323-324.

167) Willam A. Schabas, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, *op. cit.*, pp.449-452.

168) 해당 조항들의 영문은 다음과 같다.

Chapter VII Action with Respect to Threats to The Peace, Breaches of The Peace, and Acts of Aggression

Article 39

The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security.

Article 41

The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations.

Article 42

Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41

엔헌장 제25조¹⁶⁹⁾에 근거한 것이고 유엔헌장의 구속력에 의하여 유엔안전보장이사회의 결정은 다른 국제법상의 의무보다 우선하므로, 로마규정 당사국뿐만 아니라 모든 유엔회원국들은 유엔안전보장이사회가 ICC에게 부여한 관할권을 법적으로 수용하고 ICC의 결정을 받아들여야만 한다는 것이다.¹⁷⁰⁾ 특히 수단은 ICC에게 전적으로 협조하여야 한다고 하고 있는 유엔안전보장이사회 결의 제1593호와 유엔헌장 제25조에 따라 로마규정 당사국에 준하는 지위를 가지므로 ICC가 발부한 체포영장에 구속된다고 보았다.¹⁷¹⁾

한편 이 사건에서 ICC 전심재판부와 학자들은 로마규정 당사국들은 당연히 ICC가 자국의 국가원수에 대해 발부한 체포영장에 협력하여야 한다고 보고 있다. 그 근거로는 로마규정 당사국의 경우 로마규정 가입을 통하여 제27조 제2항의 공적지위 무관련성 원칙을 받아들인 것이고 따라서 그 한도 내에서 국가면제에 대한 포기를 하였다고 본다.¹⁷²⁾ 특히 로마규정은 유보를 금지하고 있기 때문이다.

수단이 로마규정 비당사국인 관계로 인해, 알 바시르에 대한 체포영장 발부사건은 순수하게 로마규정 제27조의 적용문제 뿐만 아니라 유엔안전보장이사회의 결의 및 사태회부의 효력도 주된 쟁점이 되었다. 다수의 학자들은 범죄지이자 알 바시르의 국적국인 수단에 대해서는 대체로

would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations.

169) 해당 조항의 영문은 다음과 같다.

Article 25

The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter.

170) Dapo Akande, "Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and Its Impact on Al Bashir's Immunities", op. cit., pp.341.

171) Ibid., pp.341-342.

172) Sarah Williams and Lena Sherif, op. cit., pp.77-78.

전심재판부의 결정과 같이 ICC에 대한 협력의무를 인정하고 있다.¹⁷³⁾ 유엔안전보장이사회의 사태회부 결정은 유엔 회원국들이 유엔안전보장이사회의 결정을 현장에 따라 수락하고 이행할 것에 대해 동의한 것에 근거한 것이므로 유엔회원국들은 유엔안전보장이사회가 ICC에게 부여한 권한권을 법적으로 수용하여야 하고 ICC의 결정도 받아들여야만 한다는 것이다.¹⁷⁴⁾ 특히 유엔안전보장이사회 결의 제1593호는 수단이 ICC에게 전적으로 협조하여야 한다고 하고 있으므로 유엔안전보장이사회 결의 제1593호와 유엔헌장 제25조에 따라 수단은 로마규정 당사국과 유사한 지위를 갖게 된다고 보기도 한다.¹⁷⁵⁾

로마규정도 조약인 이상 수단과 같은 비당사국에 대해서 로마규정 자체로 협력의무를 인정할 수는 없으나, 수단도 유엔회원국인 만큼 유엔헌장과 유엔안전보장이사회의 결의에 근거하여 협력의무를 부과하는 것은 수긍할 수 있다. ICC의 설립 목적과 설립경위에 비추어 볼 때 로마규정을 순수한 다자조약의 성격만 갖는다고 보기는 어렵다. 국제평화와 보편적 인권에 대한 중대한 위협이 존재하는 경우에는 ICC를 통하여 유엔이 개입할 필요가 있으며 유엔안전보장이사회의 사태회부가 바로 그러한 방법이 될 것이다. 로마규정 비당사국인 북한과 관련된 사건이 향후 유엔안전보장이사회의 결의를 통해 ICC에게 회부된다면 유엔안전보장이사회의 결의 내용과 유엔헌장의 내용이 북한 당국의 국제법상 의무를 판단하는데 있어 중요한 기준이 될 것이다.

173) Dapo Akande, “Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and Its Impact on Al Bashir’s Immunities”, *op. cit.*, pp.341-342. ; Sarah Williams and Lena Sherif, *op. cit.*, p.84.

174) Dapo Akande, “Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and Its Impact on Al Bashir’s Immunities”, *op. cit.*, pp.341.

175) *Ibid.*, pp.341-342.

나. ICC에 대한 말라위, 차드 및 콩고의 협력의무 위반 사건

이 사건은 ICC 전심재판부가 발부한 수단 대통령 알 바시르에 대한 체포영장을 송부 받은 말라위 공화국¹⁷⁶⁾, 차드 공화국¹⁷⁷⁾, 콩고 민주 공화국¹⁷⁸⁾이 각각 알 바시르가 자국을 방문하였음에도 체포영장을 집행하지 않음으로써 로마 당사국으로서 체포·인도 의무를 위반하였는지 여부가 쟁점이 된 사건들이다.

ICC 사무국은 알 바시르에 대한 전심재판부의 체포영장 발부에 따라 2009년 3월과 2010년 7월 두 차례에 걸쳐서 로마규정의 모든 당사국들에게 알 바시르에 대한 체포 및 인도를 요청하였다.¹⁷⁹⁾ 말라위 공화국, 차드 공화국, 콩고 민주공화국 등은 ICC로부터 체포영장을 송부 받았음에도 그 이후 자국을 방문한 알 바시르를 체포하지 않았다. 이에 대해서 ICC는 위 국가들이 로마규정 당사국임에도 ICC의 체포·인도 요청을 거부한 것은 로마규정 제86에서 규정하고 있는 충분한 협력의무를 위반한 것이라고 판단하였다.¹⁸⁰⁾

176) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-139, 12 December 2011.

177) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-140, 13 December 2011.

178) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court, ICC-02/05-01/09-195, 9 April 2014.

179) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-139, 12 December 2011, para. 4.

말라위 정부는 알 바시르는 현직 대통령으로서 국제법상 확립된 원칙인 국가면제 원칙 및 말라위 국내법인 면책특권법(Immunities and Privileges Act of Malawi)상으로 체포 및 기소가 면제된다고 주장하였다.¹⁸¹⁾ 또한 말라위 공화국은 아프리카연합 회원국으로서 로마규정 비당사국의 현직 국가원수 및 정부수반에 대한 기소와 관련하여 ICC에 대한 협력의무가 없다는 입장을 취하고 있는 아프리카연합과 전적으로 입장을 같이 하고 있다고 변호하였다.¹⁸²⁾

이에 대해서 ICC 제1전심재판부는, 말라위 공화국이 특정 사안에서 면제가 적용 가능한지를 결정할 수 있는 유일한 유권기관인 ICC의 권한을 존중하지 않았다고 보았다. 로마규정 제119조에서 ICC의 사법적 기능에 관한 모든 분쟁은 ICC가 결정하도록 규정하고 있고, 절차 및 증거에 관한 규칙 제195조에서도 피요청국이 로마규정 제98조의 적용과 관련하여 문제가 있어 ICC에게 통보하는 경우 ICC에게 도움이 되는 정보를 제공하도록 규정하고 있음에도 말라위 공화국은 이를 이행하지 않았다는 것이다.¹⁸³⁾ ICC에 대한 협력의무 여부는 다른 국제기구인 아프리카연합

180) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-139, 12 December 2011, para.10. ; The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-140, 13 December 2011. ; The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court, ICC-02/05-01/09-195, 9 April 2014., para.16.

181) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court, ICC-02/05-01/09-195, 9 April 2014., para. 13.

182) Ibid.

183) Ibid., paras. 10-11.

이 판단할 문제가 아니고 ICC가 결정할 문제라는 것이다.

ICC 전심재판부는 말라위 공화국이 국내법을 이유로 국제형사재판소에 대한 협력의무를 거부하는 것도 비엔나협약 상 인정될 수 없다고 하였다.¹⁸⁴⁾ 또한 국가면제 원칙이 국제형사재판소에서 전·현직 국가원수에 대한 기소를 방해할 수 없다는 것이 국제법상 원칙으로서 확립된 이상 비록 로마규정 제27조 제2항과 로마규정 제98조 제1항이 원천적으로 긴장관계에 있고 ICC가 국가원수에 대한 체포를 위해 각국에 협력을 요청할 때 국가면제가 문제되지만, 말라위 공화국이나 아프리카연합이 ICC에 대한 협력의무를 이행하지 않는 것을 정당화하기 위하여 로마규정 제98조 제1항에 의존할 수는 없다고 보았다.¹⁸⁵⁾ 로마규정을 비준한 모든 국가들은 ICC에게 가장 중대한 국제법상 범죄에 대한 관할권을 실효한 것인데 정작 그러한 범죄로 기소되는 국가원수의 인도를 로마규정 당사국이 거절하는 것은 명백히 일관성이 결여된 것이고 그것을 정당화하기 위하여 로마규정 제98조 제1항을 이용하는 것은 로마규정의 목적에 반한다는 것이다.¹⁸⁶⁾ 이에 따라 제1전심재판부는 로마규정 제87조 제7항에 따라 말라위 공화국을 유엔안전보장이사회 및 당사국총회에 회부한다고 결정하였다.¹⁸⁷⁾

차드 공화국(The Republic of Chad)¹⁸⁸⁾ 사건의 경우도 말라위 정부와 마찬가지로 차드 공화국을 방문한 알 바시르에 대해 차드 공화국이 ICC의 체포, 인도 협력요청을 이행하지 않아 같은 문제가 발생하였다. 이에 대해서 2011년 12월 ICC 제1전심재판부는 전날의 말라위 정부에

184) Ibid., paras. 19-21.

185) Ibid., para. 37.

186) Ibid., paras. 38-41.

187) Ibid., paras. 44-47.

188) Chad는 2006년 11월 1일 로마규정 비준서를 기탁하였다.

대한 결정을 참조하여 차드 정부도 말라위 정부와 마찬가지로 로마규정 제86조에 규정하고 있는 충분한 협력의무를 이행하지 않았고, 로마규정 제119조에서 규정하고 있는 면책특권에 대한 적용여부를 결정할 권한을 가진 유일한 기구인 ICC를 존중하지 않았다고 결정하였다.¹⁸⁹⁾ 그리고 차드 공화국의 경우에도 로마규정 제98조 제1항은 ICC 협력요청을 거절할 정당화하는 근거가 될 수 없다고 판단하였다.

콩고 민주공화국은 자국을 방문한 알 바시르를 체포하여 ICC에게 인도하지 않은 사유에 대해서 콩고 민주공화국은 로마규정의 당사국이자 아프리카연합의 회원국인 이중적인 지위로 인하여 복잡하고 애매한 입장에 있었고, 알 바시르가 콩고 공화국의 요청으로 방문한 것이 아니라 지역 기구의 초청으로 방문한 것이며 시간적인 촉박으로 인해 ICC와 상의할 시간이 없었다고 주장하였다.¹⁹⁰⁾ 또한 로마규정 제27조에 의해 국가원수인 알 바시르의 국가면제가 효력이 없다고 하더라도 아프리카연합의 국가원수 및 정부수반은 재임 기간 중 국제법정이나 재판소에 출석을 요구 받지 않는다는 아프리카연합의 결정¹⁹¹⁾에 따라 알 바시르는 국가면제를 유효하게 보유하고 있다고 주장하였다.¹⁹²⁾

189) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-140, 13 December 2011.

190) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court, ICC-02/05-01/09-195, 9 April 2014., paras. 11-12.

191) ICC-02/05-01/09-190-AnxII-tENG, 2013. 10. 12., p.7.("Indeed, at the Extraordinary Session of the African Union Conference held on 12 October 2013, the pan-African organisation decided that: "To safeguard the constitutional order, stability and integrity of member states, no serving AU Head of State or Government or anybody acting or entitled to act in such a capacity, shall be required to appear before any international court or tribunal during their term of office" .)

192) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation

이에 대해 ICC 제2전심재판부는 이미 2009년, 2010년에 제1전심재판부의 체포·인도 요청이 있었으므로 시간이 촉박하였다는 주장은 설득력이 없고¹⁹³⁾ 콩고 정부는 로마규정 제98조 제1항과 관련된 사항을 판단하는데 필요한 정보를 제공하지도 않는 등 로마규정에 따른 협력의무를 일체 이행하지 않음으로써¹⁹⁴⁾ 알 바시르에게 국가면제 적용 여부를 결정할 수 있는 권한을 가진 유일한 기구인 ICC를 무시하였다고 보았다.¹⁹⁵⁾ 또한 ICC의 체포·인도 요청에 응할 경우 아프리카연합의 결정으로부터 발생하는 국제법상 의무에 일치하지 않은 행동을 하는 상황에 놓이게 된다는 콩고 정부의 주장도 받아들이지 않았다.¹⁹⁶⁾

이 사건에서 ICC 제2전심재판부는 로마규정도 국제법상의 다조조약에 해당하므로 로마규정 당사국이 아닌 국가에 대해 로마규정 제27조 제2항을 적용할 수는 없다는 점은 인정하였다. 그러나 알 바시르에 대한 체포영장 사건은 유엔안전보장이사회 결의 제1593호로 사태회부가 된 것이고 위 결의 내용에 수단 정부의 ICC에 대한 협력은 ICC의 절차를 방해하는 어떠한 장애물도 제거하는 것을 포함하고 있다고 보았다.¹⁹⁷⁾ 이로 인하여 수단 정부는 국가면제를 묵시적으로 포기한 것이며 수단 정부가 알 바시르에게 부여된 국가원수로서의 국제법상의 면제를 묵시적으로 포기한 이상 콩고 민주공화국과 수단 간의 관계에서도 아무런 장애도 존재하지 않는다는 것이다.¹⁹⁸⁾

of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court, ICC-02/05-01/09-195, 9 April 2014, para.19.

193) Ibid., para.14

194) Ibid., para.15

195) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court, ICC-02/05-01/09-195, 9 April 2014., para.16

196) Ibid., para.28.

197) Ibid., para.29.

또한 아프리카연합의 국가원수 및 정부수반은 재임 기간 중 국제법 정이나 재판소에 출석을 요구 받지 않는다는 아프리카연합의 결정과 ICC에 대한 협력의무 간에도 의무의 충돌이 발생하지 않는다고 보았다. 유엔헌장 제103조에서 유엔회원국의 유엔헌장 하에서의 의무와 다른 국제협약상의 의무가 충돌하는 경우에는 유엔헌장상의 의무가 우월하다고 규정하고 있고 유엔헌장 제7장에 따라 유엔안정보장이사회가 유엔결의를 통하여 알 바시르에 대한 면제를 묵시적으로 배제하였음을 고려하면, 콩고 민주공화국은 아프리카연합의 결정을 포함하여 유엔안정보장이사회의 결의에 반대되는 여하한 의무를 주장할 수 없다고 판단하였다.¹⁹⁹⁾ 이러한 이유로 로마규정 제87조 제7항에 따라 콩고 민주공화국을 당사국총회 및 유엔안정보장이사회에 사안회부 하였다.²⁰⁰⁾

위의 말라위 공화국, 차드 공화국에 대한 ICC 전심재판부 결정에 대해 2012년 1월 아프리카연합이사회(the African Union Commission)은 강하게 유감을 표명하였다.²⁰¹⁾ 아프리카연합이사회는 ICC 전심재판부의 위 두 결정은 인적 면제와 관련된 관습국제법의 변형을 초래하고 로마규정 제98조를 의미 없는 불필요한 규정으로 만들며 아프리카연합의 가입 당사국인 차드공화국과 말라위공화국이 따라야 할 아프리카연합의 결정과 방침을 무시하게 된다고 하였다.²⁰²⁾

아프리카연합이사회는 로마규정 제27조는 형사법의 일반원칙으로서 ICC와 피고인의 관계에 적용되는 것이지 ICC와 당사국간의 관계는 로마규정 제98조 제1항이 적용된다고 주장하였다.²⁰³⁾ 일반적으로 국제법상의

198) Ibid., para.29.

199) Ibid., paras.30-31.

200) Ibid., paras.33-34.

201) African Union Press Release N° 002/2012, Addis Ababa, 9 January 2012.

202) Ibid., p.1

203) Ibid., p.2.

국가면제가 외국의 국내법원뿐만 아니라 국제형사재판소들에도 적용되며, 당사국들은 제3국에 대한 관계에서 국제법상의 의무가 아닌 것을 재판소 설립을 통하여 약정할 수는 없다고 하였다.²⁰⁴⁾ 로마규정 당사국이 아닌 국가들에게 국제법상 부여된 국가면제를 로마규정이 배제할 수 없음이 인정되어 로마규정 제98조 제1항이 편입되었고, 이런 점에서 외국의 국내 형사관할권으로부터 고위 관료들이 향유하는 인적 국가면제는 절대적인 것이고 국제범죄를 저지른 경우에도 적용되며 이는 ICJ의 콩고 의무장관 체포영장 사건에서 확인되었다는 것이다.²⁰⁵⁾

유엔안전보장이사회가 알 바시르의 국가면제를 배제하지도 않았다고 보았다. 그러한 배제는 명시적으로(explicit) 이루어져야 하는데 유엔안전보장이사회는 ICC에게 상황(situation)에 대한 사태회부를 하거나 당사국에게 협력을 요청하였을 뿐이므로 국제법상 부여된 국가면제를 배제한 것으로 보기도 어렵다는 것이다.²⁰⁶⁾ 아프리카연합뿐만 아니라 유엔안전보장이사회 상임이사국인 러시아도 ICC의 이러한 결정을 위협한 선례라고 반대하고 있고²⁰⁷⁾ 중국도 반대 입장을 취하고 있다.²⁰⁸⁾ 남아프리카공화국, 아랍연맹(Arab League) 국가들도 알 바시르에 대한 기소를 반대하고 있고 그 중 다수의 국가들이 로마규정의 당사국들이 실정이다.²⁰⁹⁾

4. 소 결

204) Ibid.

205) Ibid.

206) Ibid.

207) Mary Margaret Penrose, "The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity under International Law", Santa Clara J. Int'l L., Vol. 7(2010), p.139.

208) 자세한 내용은 Song Jian-Qiang, "Article 13(b): Internationally Left Unresolved by the Rome Statute - An on-the-Spot Focus on Darfur's Situation", APYIHL, Vol. 3(2007), pp.285-288.

209) Sarah Williams and Lena Sherif, op. cit., pp.83-84.

가. 로마규정 당사국에 대한 관계

현재 국제법상 로마규정 당사국간에는 로마규정에 가입함으로써 로마규정 제27조에 따라 국가면제 포기를 한 것으로 간주되므로 ICC 관할 범죄에 대하여 공적지위에 따른 국가면제를 주장할 수 없다는 견해가 유력하다.²¹⁰⁾ 영국을 비롯한 일부 국가들도 이러한 견해에 입각하여 국내 이행법률을 마련하였다. 이 경우 로마규정 제98조가 적용되지 않으므로 ICC가 해당 국가로부터 국가면제나 외교면제의 포기를 받지 않더라도 대한민국은 로마규정 제27조에 근거하여 외국 국가원수 등을 ICC로 인도하는 것이 가능해진다.

범죄자의 예외 없는 처벌이라는 ICC의 설립 목적과, 로마규정 제27조를 포함하여 로마규정 내용에 대해서 일체의 유보가 허용되지 않고, 이러한 사정을 알면서 당사국들이 로마규정에 가입한 점 등에 비추어 이러한 견해는 타당하다. 따라서 우리의 경우에도 이와 관련한 현안이 생길 경우 앞의 해석론을 참고할 필요가 있으며, 나아가 절차적인 명확성을 위하여 영국 등 외국의 입법례와 같이 이를 이행법률에 명시적으로 규정하는 것을 검토할 필요가 있다고 생각한다.²¹¹⁾

다만 그러한 경우에도 인도요청 대상자의 고국과 외교적 마찰이 있을 수 있으므로 ICC와 사전에 충분히 협의하는 것이 중요할 것으로 생각된다.²¹²⁾ 로마규정 체계상 ICC가 로마규정을 최종적으로 유권 해석할

210) Willam A. Schabas, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p.1040 ; Gerhard Werle and Florian Jessberger, op. cit., pp.278-279.

211) 최태현, “ICC규정 이행입법안 연구 -독일 및 스위스의 경우를 중심으로”, op. cit., p.267.

212) Ibid.

수 있는 권한을 가지는 것을 원칙으로 하고 있고 이러한 유권해석의 대표적인 예가 국제법상 국가면제 및 외교면제의 허용 여부와 관련된 것이다.²¹³⁾ 로마규정 제97조에서도 당사국이 ICC로부터 요청 받은 사안에 관하여 요청의 이행을 방해하거나 저지시킬 수 있는 문제점을 확인하는 경우 지체 없이 재판소와 협의하도록 규정하고 있다.

ICC 전심재판부도 수단 대통령 알 바시르에 대한 말라위 공화국, 콩고 민주공화국의 협력의무 위반 사건에서 특정 사안에서 면제가 적용 가능한지를 결정할 수 있는 유일한 유권기관은 ICC라고 하고 있다.²¹⁴⁾ 스위스, 오스트리아, 호주 등은 국내 입법으로 이에 관한 명시적인 규정을 두고 있다.

나. 로마규정 비당사국에 대한 관계

ICC의 알 바시르에 대한 체포·인도 요청 사건에서 보았듯이 로마규정 비당사국 국가원수의 ICC에로의 인도가 현재 국제문제화 되어 있다. 우리도 로마규정 당사국으로서 ICC로부터 알 바시르에 대한 체포영장을 송부 받은 상태이다.²¹⁵⁾ 만약 알 바시르가 대한민국을 방문하거나 영토를 경유하게 될 경우 체포영장을 집행하여 ICC로 인도하여야 하는

213) 최태현, “ ICC규정 이행입법안 연구 -독일 및 스위스의 경우를 중심으로”, op. cit., pp.252-253. ; Steffen Wirth, “International Criminal Law in Germany. Case Law and Legislation”, op. cit., p.12.

214) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-139, 12 December 2011, paras.10-11 ; The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al-Bashir’s Arrest and Surrender to the Court, ICC-02/05-01/09-195, 9 April 2014, para.16.

215) p.6의 각주 26)참조. 알 바시르는 위와 같이 대한민국이 체포영장을 송부받기 이전에는 대한민국을 방문한 적이 있으나 체포영장 송부 이후에는 방문한 적이 없다.

문제가 발생하게 된다.

로마규정 비당사국의 경우에는 로마규정 당사국과는 다른 접근이 필요하다. 왜냐하면 로마규정 비당사국의 경우 로마규정에 구속된다고 볼 수 없고 로마규정 가입을 통한 국가면제 포기도 간주될 수 없기 때문이다.²¹⁶⁾ 수단의 알 바시르에 대한 체포영장 집행과 관련하여도 로마규정 당사국들이 이를 집행하여야 하는가와 관련하여 견해가 갈리고 있다.

첫째, 유엔안전보장이사회가 사태회부를 한 경우 로마규정 당사국들이 제98조 제1항을 근거로 하여 ICC의 체포나 인도 요청을 거부할 수는 없다고 보는 견해이다.²¹⁷⁾ 로마규정 제98조 제1항의 제3국은 해석상 로마규정 비당사국인 경우를 말하고, 로마규정 비당사국인 제3국에 대해서는 원칙적으로 주권면제 포기가 있어야 한다고 본다.²¹⁸⁾ 그러나 유엔안전보장이사회의 사태회부의 경우 로마규정 비당사국도 로마규정 당사국에 준하는 지위를 갖게 되어 제98조 제1항의 제3국에 해당하지 아니하므로 로마규정 제27조가 적용되어 피요청국인 로마규정 당사국은 제98조 제1항의 주권면제 원칙을 주장할 수 없다고 본다.²¹⁹⁾ 로마규정 제13조 (b)항에 따라 유엔안전보장이사회가 사태회부를 한 경우에는 유엔헌장 제25조, 제103조 및 로마규정 제27조가 결합하여 국가면제에 관한 제98조를 배제시킬 수 있다는 견해²²⁰⁾도 이와 유사하다.

둘째, 중대한 인권침해범죄에 대하여 국내법상 또는 국제법상의 국가면제를 배제하는 관습국제법이 성립되어 있으므로 ICC가 로마규정 비당사국인 수단의 대통령 알 바시르에 대하여 체포영장을 발부할 수는 있

216) Gerhard Werle and Florian Jessberger, *op. cit.*, p279.

217) Dapo Akande, “Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and Its Impact on Al Bashir’s Immunities”, *op. cit.*, p.342.

218) *Ibid.*

219) *Ibid.*

220) Eric David, *op. cit.*, p.752.

지만, 수단과 분쟁관련국 이외의 국가들에게 이에 대한 협력의무는 없다고 보는 견해이다.²²¹⁾ ICC가 현직 국가원수인 알 바시르에 대하여 체포 영장을 발부한 것은 국가면제에 관한 국제법원칙을 위반한 것은 아니나 수단의 국가면제 포기가 없는 상태에서 ICC가 각국에 대하여 알 바시르 인도를 요청하는 것은 로마규정 제98조 제1항에 반하는 것으로서 권한유월(*ultra vires*)이라고 본다.²²²⁾ 비록 ICC가 집행권한이 결여되었다고 하더라도 그것을 논리적 근거로 관습국제법상의 국가면제 원칙을 무시하고 국내 사법당국이 대신 실행할 수 있는 권한을 갖는다고 볼 수는 없다고 본다.²²³⁾ 이 사건에서 ICC가 수단 정부로부터 알 바시르에 대한 주권면제 포기를 얻지 못하였으므로 ICC는 알 바시르에 대항 체포 및 인도 요청을 진행할 권한이 없고 따라서 로마규정 당사국들은 ICC의 요청을 실행할 의무가 없으며 합법적으로도 거부할 수 있다는 것이다.²²⁴⁾

이 사건이 유엔헌장 제7장에 따른 유엔 안전보장이사회의 결정으로 ICC에게 사태회부 되었다 하더라도 마찬가지로 보고 있다. 유엔안전보장이사회의 사태회부는 로마규정의 ICC 관할권 행사의 요건일 뿐 그 자체로 ICC가 ICTY나 ICTR과 같이 유엔의 보조기구(*subsidiary organs*)가 된다거나 ICC의 요청이 유엔헌장 제7장의 유엔안전보장이사회의 구속력 있는 결정에 속하는 것은 아니라고 본다.²²⁵⁾

셋째, 로마규정 당사국의 경우 ICC와 협의 등을 통하여 이 문제를 결정하여야 한다는 견해이다.²²⁶⁾ 로마규정 제97조에 따라 사전에 ICC와

221) Paola Gaeta, "Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?", *op. cit.*, pp.315-316., p.329.

222) *Ibid.*

223) *Ibid.*, p.325.

224) *Ibid.*, p.329.

225) *Ibid.*, pp.329-330.

226) Sarah Williams and Lena Sherif, *op. cit.*, p.86.

협의를 할 수 있고 이를 통하여 국가면제에 관한 관습국제법과의 불일치를 막을 수도 있다고 본다.²²⁷⁾ 특히 피요청국이 국내 이행입법을 마련하고 있다면 피요청국의 국내 법원에서 알 바시르에 대한 국가면제가 논란이 될 여지가 있는데 피요청국이 ICC 전심재판부와 다른 견해를 가질 수 있으므로 그 경우 피요청국에서는 ICC에게 의무의 충돌문제를 협의할 필요가 있다고 본다.²²⁸⁾ 이 경우 ICC 전심재판부가 로마규정 제98조에서 규정된 조건들을 적용할지를 결정하게 될 텐데 그러한 전심재판부의 결정이 관련국들을 구속하는지는 명확하지 않다고 보고 있다.²²⁹⁾

넷째, 알 바시르에 대한 집단살해 혐의가 인정되면 집단살해금지협약의 당사국들은 집단살해금지협약²³⁰⁾에 근거하여 알 바시르를 체포할 의무를 지게 될 가능성이 있다는 견해가 있다.²³¹⁾ 이 견해는 보스니아 집단살해금지협약 사건(Bosnian Genocide Convention Case)²³²⁾에서 ICJ가 집단살해협약은 집단살해 범죄를 저지른 개인에 대한 체포를 비롯하여 권한 있는 국제형사재판소에 협력할 의무를 포함하고 있다고 판결한 것을 근거로 하고 있다.²³³⁾ ICJ에 따르면 ICTY와 같이 유엔헌장 제7장

227) Ibid.

228) Ibid., pp.86-87.

229) Ibid.

230) 집단살해방지협약 제7조는 다음과 같이 당사국의 범죄인 인도 의무를 규정하고 있다(영문).

Art. 7.

Genocide and the other acts enumerated in Article 3 shall not be considered as political crimes for the purpose of extradition.

The Contracting Parties pledge themselves in such cases to grant extradition in accordance with their laws and treaties in force.

231) Dapo Akande, "Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and Its Impact on Al Bashir's Immunities", op. cit., p.349.

232) ICJ, Case concerning The Application of The Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide(Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 26 February 2007.

233) Dapo Akande, "Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and Its Impact on Al Bashir's Immunities", op. cit., p.349.

에 따라 유엔안전보장이사회의 결의에 의하여 설립된 국제형사재판소나 유엔안전보장이사회의 사태회부에 따라 ICC가 재판을 하는 경우 집단살해금지협약상의 관할권이 있는 재판소로 볼 수 있다는 것이다.²³⁴⁾

알 바시르에 사건에 대한 위와 같은 견해들에 대한 검토는 우리 입장에서 알 바시르에 대한 체포영장의 집행문제 해결에 참고가 될 것이다. 이 문제는 로마규정 제27조와 제98조 상호간의 적용 문제로서 당사국 국내에서 해결할 수 있는 사안으로 보이지는 않는다. 이 문제에 대해서는 ICC의 판단을 존중할 필요가 있고 따라서 이러한 문제가 발생할 경우 사전에 ICC와 충분한 협의를 거쳐서 결정하는 것이 타당하다고 생각한다. ICC와의 협의에 관하여는 절차 및 증거규칙 제195조 제1항에 규정을 두고 있으므로 이를 참고할 필요가 있다.²³⁵⁾

제4절 ICC와의 형사사법공조

1. 국가면제 또는 외교면제와의 관계

외국의 국가원수나 외교관에 대하여 ICC로부터 형사사법공조 요청이 있을 경우 국가면제나 외교면제 원칙을 근거로 형사사법공조 요청을 거절할 수 있는가? 1961년 외교관계에 관한 비엔나 협약 제31조 제2항에서는 “외교관은 증인으로서 증언을 행할 의무를 지지 아니한다.”고 규정하고 있다. 위 비엔나 협약 규정에 따라 원칙적으로 외교관은 접수국 내에서 형사·민사·행정 재판과 관련하여 증언할 의무가 없다.²³⁶⁾ 그러나

234) Ibid.

235) 다만 절차 및 증거규칙은 ICC가 로마규정을 적용할 때 연계하여 적용되는 로마규정의 하위 규칙일 뿐이므로, 각국 국내의 형사절차 원칙이나 법률체계에 직접 영향을 미치지 못한다(절차 및 증거규칙 p.1의 Explanatory note 참조)

로마규정 제27조를 근거로 이를 배제할 수 있는가가 문제된다.

로마규정 제98조 제1항에서는 범죄인 인도의 경우와 마찬가지로 ICC가 먼저 제3국으로부터 면제의 포기를 위한 협력을 얻을 수 없는 한 피요청국에게 제3국의 사람 또는 재산에 대하여 국가면제 또는 외교면제에 관한 국제법상의 의무에 부합되지 않게 행동하도록 하는 지원요청을 진행하지 못하도록 규정하고 있다. 범죄인 인도의 경우와 마찬가지로 ICC와의 형사사법 공조에 있어서 로마규정 제27조와 제98조 제1항의 적용관계가 문제된다. 이와 관련하여 로마규정 가입 당시에 정부와 국회에서 별다른 논의가 이루어지지 않는 않았다. 외국의 입법례와 판례를 살펴볼 필요가 있다.

2. 각국의 입법례

대부분의 국가들은 ICC와의 협력에 관한 법률에서 체포·인도뿐만 아니라 형사사법공조에 대해서도 함께 규정하고 있다. 스위스는 ICC로부터의 사법공조 요청이 스위스의 국제법 의무와 상충하는 경우에는 인도의 경우와 같은 절차가 적용된다고 보고 있다.²³⁷⁾ 이러한 경우 중앙기구는 법무부에 통보를 하고 법무부는 연방이사회의 결정을 요청하며 연방이사회는 최종적으로 ICC의 요청을 거절할 것인지를 결정하게 된다.²³⁸⁾

스페인의 OLCICC 제20조 제3항²³⁹⁾에서는 인도 이외에 ICC의 사법

236) 오윤경 외 외교통상부 직원, 개정판 21세기 현대 국제법 질서 - 외교실무가들이 본 이론과 실제(박영사, 2001), p.92.

237) Jürg Lindemann and Olivier Thormann, op. cit., p447.

238) Ibid.

239) 원문은 다음과 같다.

Artículo 20. De otras formas de cooperacion con la Corte.

3. Cualquier otra dificultad en el cumplimiento de la solicitud será objeto de consultas por el Ministerio de Justicia con la Corte.

공조 요청에 대해 이행하는데 문제가 있는 경우 법무부장관은 ICC에게 그러한 사정을 통보하여야 하는데 사람이나 재산과 관련한 국가면제나 외교면제의 존재가 그러한 통보 사유에 포함된다고 보고 있다.²⁴⁰⁾ 법무부장관은 ICC가 제3국으로부터 면제 포기 협력을 얻는데 도움이 되는 정보도 제공할 수 있다.²⁴¹⁾

호주는 국제형사재판소법 제4부 이하에서 ICC와의 형사사법공조와 관련하여 비교적 상세한 규정을 두고 있다. 동법 제62조에서는 로마규정 제98조 제1항과 관련하여 규정을 두고 있다. 동법 제62조에 의하면 공조 요청 대상이 다른 국가나 국제기구와 관련된 경우 법무부장관은 ICC로 하여금 조치를 할 수 있도록 ICC에게 통보하도록 하고 있다.

케냐는 국제형사법에서 형사사법공조와 관련한 비교적 상세한 규정을 두고 있다. 동법 제27조에서는 원칙적으로 면제나 특별한 절차를 이유로 ICC로부터의 범죄인 인도나 사법공조 요청을 거절하거나 부당하게 지연하지 못하도록 규정하고 있다. 동법 제115조에서는 호주의 경우와 유사하게 로마규정 제98조 제1항과 관련하여, ICC로부터의 공조 요청이 다른 국가 내지 국제기구와 관련되어 이행상 문제가 있을 경우에는 법무부장관은 ICC에게 통보하여야 하고, ICC로부터 그에 대한 권고가 오기 전까지 절차를 연기할 수 있으며, ICC로부터 절차를 계속 진행하도록 권고가 있는 경우에는 더 이상 공조 요청을 거절하거나 지연하지 못하도록 규정하고 있다.

일본은 국제형사재판소에 대한 협력 등에 관한 법률에 이와 관련된 규정을 두었다. 동법 제6조 제1항 제2호에서 ICC의 협력청구에 응하는 것에 의하여 로마규정 제98조 제1항에 규정하는 국제법에 기한 의무에

240) Héctor Olásolo, op. cit., p.375.

241) *Ibids.*, pp.375-376.

반하는 것이 되는 때는 사법공조를 하지 않을 수 있도록 규정하고 있다.

3. 판례

국제형사사법공조와 관련하여 국가면제나 외교면제가 쟁점 중 하나로 논란이 된 사건으로는 ICJ의 *Djibouti v. France* 사건²⁴²⁾이 있다. 이 사건은 아프리카 지부티의 법무부 기술고문으로 파견되었다가 지부티에서 의문의 사망을 한 프랑스 판사 “Bernard Borrel”의 사망사건에 대한 수사 및 재판과 관련하여 지부티와 프랑스 당국 간의 사법공조가 문제된 사건이다.²⁴³⁾

지부티 사법부는 이 사건을 “Bernard Borrel” 판사의 개인적인 한 자살로 결론을 내린데 비해 프랑스 치안판사들은 “Bernard Borrel” 판사의 아내, 지부티 대통령궁 안보담당 부관, 지부티 주재 예멘대사 직원 등의 진술을 근거로 “Bernard Borrel” 판사가 지부티 당국에 의해 살해당하였을 가능성을 제기하였다. 지부티 법률고문으로 지부티 당국의 기밀 문서에 접근할 수 있었던 “Bernard Borrel” 판사가 지부티의 대통령(사건 당시 지부티 비서실 관료)인 “Ismaël Omar Guelleh”를 포함한 지부티 고위관료, 프랑스 고위 관료의 뇌물수수 목록을 발견하게 되자, “Ismaël Omar Guelleh” 등에 의해 암살되었을 가능성이 있다는 것이었다. 이에 따라 프랑스 치안판사들은 현직 지부티 대통령인 “Ismaël Omar Guelleh”, 지부티 검찰총장인 “Djama Souleiman Ali”와 국가안보국장인 “Hassan Said Khaireh”에게 증인소환장을 발부하는 등 수사를

242) ICJ, Case concerning certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters(*Djibouti v. France*), Judgement of 4 June 2008.

243) 박병도, “국제형사사법공조사건의 국제법적 쟁점”, 국제법평론 통권 31호(2010), pp.106-108.

진행하였다.

지부티 정부는 프랑스가 지부티 국가원수 및 지부티의 고위 공무원들에게 증인소환장(witness summonses)을 발부한 것은 국제적으로 보호되는 사람들의 자유, 명예에 대한 공격을 방지하여야 할 관습법 및 일반 국제법상의 원칙에 따른 의무를 위반한 것이라고 주장하였다.²⁴⁴⁾ 우선 2005년 5월 프랑스를 공식 방문 중이던 지부티 현직 대통령인 “Ismaël Omar Guelleh”에게 프랑스 치안판사가 판사 사무실로 출두하라는 증인소환장을 팩스로 송부한 것은 프랑스 형사법에 따른 절차로서도 부적법 할뿐 아니라 외교관계에 관한 비엔나협약 제29조에 비추어 보더라도 지부티 국가원수에 대한 면제, 명예 및 위엄에 대한 침해로서 프랑스가 국제법상의 책임을 져야 한다고 주장하였다.²⁴⁵⁾

이에 대해 프랑스 정부는 외국의 국가원수가 향유하는 관할권 면제는 제한 없이 완전하게 보장되고 있다고 하면서 위 증인소환장 발부는 통상적인 증인소환(summon as a ordinary witness)으로서 외국의 국가원수 면제에 대한 침해가 되지 않는다고 주장하였다.²⁴⁶⁾ 통상적인 증인은 단순히 판사의 진실발견에 도움이 되는 진술을 청취하기 위한 경우로서 공범의 혐의가 있는 보조증인으로서의 소환(summon as a témoin assisté)의 경우와는 다르다는 것이다.²⁴⁷⁾ 프랑스는 지부티 국가원수에 대한 증인소환은 전혀 의무 부담이 없는 순수한 초청(purely an invitation)의 성격이라는 입장이었다.²⁴⁸⁾

ICJ는 이 사건에서, 콩고외무장관 체포영장 사건에서 판시한 바와

244) ICJ, Djibouti v. France, para.157.

245) Ibid., paras.162-165.

246) Ibid., para.166.

247) Ibid.

248) Ibid., para.168.

같이 국가원수 등 고위 공무원들이 다른 국가의 민·형사 관할권으로부터 완전한 면제를 향유한다는 것이 국제법상 공고히 확립되어 있음을 재확인하였다.²⁴⁹⁾ 다만 이 사건에서 지부티 대통령에게 발부된 증인소환장은 단지 증언을 위한 초청의 성격에 불과하여 자유롭게 이를 받아들이거나 거부할 수 있으므로 국가원수가 향유하는 형사면제권에 대한 침해에 해당하지 않는다고 판시하였다.²⁵⁰⁾ 그러나 프랑스 형사소송법에 규정된 절차에 따르지 않고 팩스로 증인 소환장을 송부하여 급박하게 출석요청을 한 것은 국가원수에 대한 예우를 존중하지 못한 행위라고 판단하였다.²⁵¹⁾

또한 2007년 2월 프랑스 치안판사가 지부티 대통령에게 발부한 증인소환장도 지부티의 국가원수 면제에 대한 침해가 되는 것이 아닌지 논란이 되었다. 프랑스 정부는 2007년 2월의 증인소환장은 프랑스 형사소송법 제656조에 규정된 절차에 따라 서면으로 증언요청(invitation to testify)을 한 것으로서 국가원수의 국가면제에 대한 침해가 아니라고 주장하였다.²⁵²⁾ ICJ는 프랑스 정부의 주장을 받아들여 위 증인소환장은 프랑스 형사소송법상의 절차를 통하여 지부티 정부에 전달된 것으로서 지부티 국가원수에게 증언에 대한 동의를 명백히 구했다는 점에서 지부티 국가원수의 형사상 면제를 침해하는 것은 아니라고 판결하였다.²⁵³⁾

2004년 12월과 2005년 10월 프랑스 치안판사에 의해 발부된 지부티 검찰총장 “Djama Souleiman Ali”와 국가안보국장 “Hassan Said Khaireh”에 대한 보조증인으로서의 소환(summon as témoins assistés)

249) Ibid., para.170.

250) Ibid., para.171.

251) Ibid., para.172

252) Ibid., para.178.

253) Ibid., para.179.

이 관습국제법상의 국가면제에 대한 침해인지 여부도 논란이 되었다. 지부터 정부는 이러한 증인소환은 1961년 외교관계에 관한 비엔나 협약에 규정된 외교특권 및 면제 규정과 1973년 외교관을 포함한 국제적으로 보호되는 인물들에 대한 범죄의 예방 및 처벌에 관한 협약상의 원칙을 위반하였다고 주장하였다.²⁵⁴⁾ ICJ는 프랑스 형사소송법 제113의 2조에 따라 법적 보조증인으로 소환되는 경우 법관 앞에 출석할 의무가 있고, 체포영장 발부를 통하여 법집행기관에 의해 출석이 강제될 수 있다는 점을 주목하였다.²⁵⁵⁾

지부터 정부는 처음에는 검찰총장과 국가안보국장이 형사관할권으로부터 인적 면제와 불가침성을 향유한다고 주장하다가 구두변론 과정에서 주장을 바꾸어 직무상 면제 또는 물적 면제를 향유한다고 주장하였다.²⁵⁶⁾ 국가기관으로서 수행한 행위에 대해 개인의 형사상 책임을 물을 수 없는 것이 국제법의 원칙이며 그러한 국제법의 원칙이 이 사건의 검찰총장과 국가안보국장에게 적용된다는 데 대해 의심할 여지가 없다는 것이다.²⁵⁷⁾

이에 대해 프랑스 정부는 직무상 국가면제는 절대적인 것이 아니며 당해 공무원이 국가 대표로서 외국의 형사관할권으로부터 면제를 향유하는가는 그 외국의 사법기관이 사안별로 판단할 문제이고, 지부터 검찰총장과 국가안보국장이 프랑스의 형사법원으로부터 면제를 향유한 적이 없었다고 주장하였다.²⁵⁸⁾

ICJ는 프랑스가 발부한 보조증인 소환장의 대상인 위 공무원들의

254) Ibid., para.181.

255) Ibid., para.184.

256) Ibid., para.185.

257) Ibid.

258) Ibid., para.189.

행위가 국가기관으로서의 직무범위 내의 행위라는 점이 구체적으로 입증되지 못하였다고 판시하였다.²⁵⁹⁾ 또한 국제법상 위 공무원들이 인적 면제를 향유하는 공무원들에 해당한다고 볼 아무런 근거가 없고 1961년 외교관계에 관한 비엔나협약 상의 외교관에 해당하지도 아니며 1969년의 특별사절에 관한 협약도 적용될 수 없다고 보았다.²⁶⁰⁾ 자국의 공무원에 대해 면제권을 주장하려면 상대국가의 관련 기관에 통지를 하고 외국 사법당국에 국제법상 국가가 책임을 부담하는 국가기관의 행위임을 알려 외국 법원으로부터 면제권을 보장받아야 함에도 불구하고 지부티는 위 공무원들과 관련하여 프랑스에 그러한 조치를 한 사실이 없으므로 지부티 정부의 주장은 받아들일 수 없다고 판시하였다.²⁶¹⁾

이러한 ICJ의 판결에 대해 내부적으로도 이견이 있었다. “Koroma” 판사는 별개의견에서 지부티 대통령에 대한 2건의 증인소환장의 발부는 다수 의견과 같이 단순히 외국 국가원수에 대한 예우 위반이 아니라 법적절차를 포함하여 외국의 국가원수가 향유하는 불가침의 면제에 대한 침해에 해당한다고 주장하였다.²⁶²⁾

4. 소 결

범죄의 국제화가 심화되면서 국제법상 중대한 국제범죄에 대한 국제형사사법 공조의 범위에 넓어지고 있고, 특히 인권침해 범죄와 관련하여서는 예외 없이 공조를 인정하려는 경향이 강하게 대두되고 있다. 그러나 위에서 본 ICJ의 판례 있어서도 알 수 있듯이 국제법상 공무원들의

259) Ibid., para.191.

260) Ibid., para.194.

261) Ibid., paras.195-197.

262) Separate Opinion of Judge Koroma, paras.12-13.

공적행위 등 물적 면제가 인정되는 사안에 있어서는 관습국제법상 사법 공조 요청도 제한된다고 보고 있다. 로마규정 제98조 제1항도 같은 취지라고 볼 것이다.

인도의 경우에 준하여 로마규정 당사국들 간에는 로마규정 가입과 동시에 면제의 포기가 있었다고 간주할 경우 로마규정 당사국 간의 사법공조는 별다른 문제가 없다고 볼 수 있다. 이러한 경우에도 제3국이 로마규정 비당사국인 때에는 역시 ICC가 제3국으로부터 면제의 포기를 얻어야 ICC에게 제3국과 관련된 공조요청을 이행할 수 있는지가 논란이 될 것이다. 논란이 있을 경우 인도의 경우에 준하여 판단하면 될 것으로 생각된다.

제5장 결 론

지금까지 로마규정 제27조를 중심으로 국제형사법상의 공적지위 무관련성 원칙의 국내적 적용관계를 살펴보았다. 특히 로마규정 제27조와 우리 헌법상의 대통령과 국회의원의 면책특권과의 관계, 로마규정 제27조와 외국 국가원수나 외교관 등의 국가면제 또는 외교면제와의 관계를 살펴보았다. 각각의 경우에 있어 우리 국내 법원에서의 처벌가능성, ICC로의 인도 가능성 및 ICC와의 형사사법공조 관계를 검토하였다.

우리 정부는 로마규정 비준 및 이행법률 제정과정에서 로마규정 제27조와 헌법상의 대통령 또는 국회의원의 면책특권 규정은 상치되지 않고 해석상 조화가 가능하다고 보았다. 대통령이나 국회의원이 ICC 관할범죄를 범한 경우 국내 형사절차에서도 처벌할 수 있고 ICC로의 인도도 가능한 것으로 해석하였다. 이에 따라 헌법을 개정하는 등 특별한 입법 조치를 하지 않았고 이행법률에서도 로마규정 제27조의 적용과 관련하여 별도의 규정을 두지 않았다.

실제로 현직 대통령이나 국회의원이 ICC 관할범죄를 범할 개연성이 희박한데 로마규정 제27조의 문제로 로마규정에 대한 비준 자체를 미룰 수 없다는 현실적인 사정과, 헌법 개정이 매우 어려운 상황에서 헌법과 국제법과의 조화로운 해석을 도모함으로써 문제해결을 시도하였다는 점에서 이러한 입장은 수긍할 수 있다. 그러나 다른 로마규정 당사국들의 사례나 헌법과 국제법과의 관계에 대한 우리의 판례 및 학계의 다수 견해에 비추어 볼 때 이러한 정부 입장에 대해서는 보다 심도 있는 검토가 필요하다.

우선 비교법적인 측면에서 볼 때 헌법에 대해 조약이나 관습국제법보다 우위의 효력을 인정하고 있는 로마규정 당사국들의 경우 ICC 관할

범죄 혐의가 있다고 하더라도 헌법 개정 없이 자국의 국가원수를 국내 법원에서 처벌할 수 있다고 보지는 않는다. 로마규정 제27조가 국내에서 헌법보다 우월한 효력을 가질 수는 없기 때문이다. 그러한 이유로 직접 국내에서 처벌을 할 수 있도록 하거나(브라질이나 케냐) ICC로 인도가 가능하도록(프랑스) 헌법 개정을 하였다. 해석으로 해결하고 있는 국가들 중 상당수는 이미 헌법 해석상 조약이나 관습국제법에 대해 헌법과 같은 수준의 효력이 인정 가능하거나 ICC로의 인도에 문제가 없다는 입장이었다. 우리의 경우 헌법이 조약이나 관습국제법보다 우위에 있고, 조약이 헌법에 위반되는 경우 위헌법률심사의 대상이 된다는 것이 헌법재판소 및 법원의 판례상 확립되어 있고 국제법과 헌법 학계의 다수 견해이다. 이러한 상황에서 헌법상의 불소추특권 규정을 무시하고 로마규정 제27조를 적용하여 대통령을 기소하거나 처벌하기는 어렵다.

다음으로 집단살해죄 등 ICC 관할범죄가 헌법상의 내란 또는 외환의 죄에 포함될 수 있을지도 의문이다. 내란 또는 외환의 죄는 범의과 연혁적인 측면에서 ICC 관할범죄와는 이질적인 범죄이다. 범죄구성요건 등에 있어서도 상당한 차이가 있다. ICC 관할범죄를 내란 또는 외환의 죄에 포함하여 대통령을 처벌할 수 있다고 보는 것은 죄형법정주의 특히 유추해석의 금지에 위반될 소지도 있다.

또한 국제법 존중주의나 국제평화주의, 인권보호 등이 헌법상의 중요한 원칙 내지 가치이기는 하나 이를 근거로 대통령의 불소추특권을 배제하기도 어렵다. 헌법 또는 국제법 학자들, 법원 또는 헌법재판소 모두 헌법상의 추상적 규범이 구체적인 사건에서 직접 적용되기는 어렵다고 보고 있다. 면책과 면제를 구별함으로써 양자의 충돌을 회피할 수 있다는 견해도 있으나 공적지위 무관련성 원칙이 종국적인 형사책임의 면책뿐만 아니라 일체의 관할권 면제나 특별한 절차규정을 배제하고 있는 점

에서 수궁하기 어렵다. 더구나 대통령의 불소추특권은 기소뿐만 아니라 체포·구속·압수·수색 등도 허용되지 않는다고 보고 있는 점에서 결국 대통령의 불소추특권이 면책이 아닌 면제에 해당한다고 하더라도 로마규정 제27조와 충돌될 가능성이 크다.

따라서 논란을 불식시키기 위해서는 헌법 개정을 통하여, 핀란드의 경우와 같이 직접 헌법에 내란 또는 외환의 죄 이외에 ICC 관할범죄도 대통령의 불소추특권의 예외사유로 규정하는 것을 고려할 필요가 있다. 실제 대통령이 이러한 범죄를 범할 개연성이 희박하다고 하더라도 헌법에 명시적인 규정을 둬으로써 이에 대한 관심과 주의를 촉구할 수 있고 국제사회에 ICC 관할범죄에 대한 우리의 처벌의지를 보여주는 기대효과도 있을 것이다.

국회의원의 불체포특권과 면책특권의 경우는 대통령의 불소추특권과는 다소 차이가 있다. 다른 로마규정 당사국들에게서도 보았듯이 국회의원의 불체포특권의 경우 기소까지 막는 것은 아니므로 로마규정 제27조와 반드시 충돌되는 것은 아니라고 본다. 다만 다수당의 횡포 등 정치적인 이유로 형사절차의 진행이 부당하게 장기간 지체될 경우 로마규정 제27조의 취지에 반하게 된다. 따라서 헌법이나 국회법에서 ICC 관할범죄와 관련하여 국회의 동의에 대한 예외 규정을 두거나, 절차가 부당하게 지연될 경우 동의절차를 생략할 수 있도록 하는 등의 입법마련을 고려할 필요가 있다고 생각한다.

국회 내에서의 발언·표결에 관한 면책특권의 경우에도 로마규정 제27조와의 충돌여부는 크게 문제되지 않을 것으로 본다. 주로 논란이 될 수 있는 것이 집단살해죄 등의 선동 발언일 것으로 보이는데 학설 및 판례상 국회의원의 발언·표결 상의 면책특권은 직무상의 발언에 한하고 범죄행위는 포함하지 않는 것으로 보고 있다. 집단살해죄 등의 선동행위

는 명백한 범죄행위이므로 직무행위로 인정되지 않을 것이다.

국내적인 처벌뿐만 아니라 ICC의 요청에 따라 대통령이나 국회의원을 ICC로 인도하는 것 역시 헌법상의 면책특권을 침해할 소지가 크다. 이에 따라 프랑스는 헌법 개정 등을 통하여 헌법적 근거를 마련하였다. 네덜란드의 경우에도 헌법 개정에 준하는 절차를 거쳐 로마규정을 비준함으로써 헌법과의 충돌 논란을 사전에 차단하였다. 스위스, 오스트리아 등 해석에 맡겨 놓고 있는 국가들은 이미 국제기구에 주권을 이양할 수 있는 헌법규정이나 헌법적 관행 등 그 근거를 갖고 있다.

이에 비해 우리는 이행법률에서 범죄인인도법을 준용하고 범죄인인도법에 규정이 없는 경우 로마규정에 따르도록 하고 있을 뿐이다. 헌법상의 근거 없이 현직 대통령이나 국회의원을 조약과 국내법의 해석을 통하여 ICC에게 인도하기는 어렵다고 본다. 대통령을 ICC에게 인도한다는 것은 사실상 ICC를 통한 기소 또는 처벌을 전제로 하는 것이다. 로마규정을 근거로 국내 절차에서 대통령을 ICC로 인도할 수 있다고 보면, 로마규정이 우리 정부와 법원에게 있어 헌법 규정보다 우월하게 적용되는 결과가 된다. 헌법상의 불체포특권 규정에 따른 국회의 동의 절차 없이 국회의원을 체포하여 ICC로 인도를 할 수 있다고 해석하는 것 역시 마찬가지이다. 우리 사범당국과 법원이 위헌적인 조약을 적용하고 집행하는 것이 된다. 이는 헌법과 국제법의 효력관계에 대한 현재의 확립된 견해에 비추어 볼 때 타당하지 못하다.

이러한 논란을 불식시키기 위해서는 프랑스와 같이 헌법 개정을 통하여 ICC의 관할권에 대하여 헌법적 근거를 마련하고 ICC가 관할권을 행사하는 범위 내에서는 면책특권이 제한되도록 하는 것도 하나의 방법이 될 것이다. 다만 핀란드의 예처럼 헌법에 대통령의 불소추특권의 예외사유로 ICC 관할범죄를 명시하는 경우에는 ICC로의 인도도 가능한 것

으로 해석될 것이므로 별도로 ICC의 관할권에 대하여 헌법 규정을 들 필요는 없을 것으로 생각된다.

다음으로 로마규정 제27조와 국제법상의 국가면제 또는 외교면제 원칙의 적용 문제이다. 이 부분은 우리가 로마규정을 비준할 때 제대로 검토되지 못하였다. ICC 출범 이후 알 바시르 사건에서 보다시피 실제 국제사회에서 이 문제가 상당히 논란이 되고 있다.

국내 법원에서 외국의 국가원수나 외교관이 기소되지 않는다는 국가면제 또는 외교면제 원칙은 국제법적으로 확립되어 있고 현재까지 각국의 국내 법원에서도 원칙적으로 지켜지고 있음을 알 수 있다. 로마규정 발효 이후에도 이러한 국제법의 태도가 바뀌었다고 볼 증거는 없다. 따라서 외국의 국가원수나 외교관이 비록 ICC 관할범죄를 범하였다고 하더라도 우리 국내에서 국가면제나 외교면제를 배제하고 처벌할 수는 없다고 본다.

그러면 외국 국가원수나 외교관을 ICC로 인도할 수 있는가가 문제 되는데 로마규정 제27조와 제98조 간의 적용관계가 주된 쟁점이 되고 있다. 로마규정 제98조 제1항에서는 국가면제나 외교면제 향유자에 대하여 ICC가 인도요청을 하기 위해서는 먼저 ICC가 그 향유자의 고국으로부터 국가면제나 외교면제의 포기를 얻도록 규정하고 있기 때문이다.

이와 관련하여 현재로서는 로마규정 당사국과 비당사국을 구별하는 견해가 유력하다. 로마규정 당사국의 경우에는 로마규정 가입 시에 로마규정 제27조에 따라 국가면제를 포기한 것으로 간주되므로 로마규정 제98조 제1항의 적용이 없고, 로마규정 비당사국의 경우에는 그러한 면제 포기가 간주되지 않으므로 로마규정 제98조 제1항에 따른 면제포기가 요구된다고 해석하고 있다. 영국 등 일부 국가들은 이와 비슷한 내용의 이행입법을 마련하고 있다. 범죄자의 예외 없는 처벌이라는 ICC의 설립 목

적과, 로마규정 제27조에 대해 일체의 유보가 허용되지 않는다는 사정을 알면서도 당사국들이 로마규정에 가입한 점 등에 비추어 이러한 견해는 타당하다. 따라서 우리의 경우에도 이러한 해석론을 참고할 필요가 있으며 나아가 절차적인 명확성을 위하여 이를 입법화 하는 것도 고려할 필요가 있다. 다만 인도요청 대상자의 고국과 외교적 마찰이 있을 수 있으므로 ICC와 사전에 충분히 협의하는 것이 중요할 것이다.

한편 ICC의 알 바시르 사건에서 보듯이 유엔안전보장이사회의 결의를 통하여 ICC에게 사태회부를 한 경우에는 로마규정 비당사국 국가원수에 대하여도 로마규정 당사국들의 인도 의무가 있는지가 다투어지고 있다. 이에 대해서는 아직 국제사회에서 논란이 있다. 이 문제는 무엇보다 로마규정 제27조와 제98조 상호간의 해석 및 적용의 문제이므로 ICC의 판단을 존중할 필요가 있다. 따라서 사전에 ICC와 충분한 협의를 거쳐서 결정하는 것이 타당하다고 생각한다.

마지막으로 국내법상의 면책특권 향유자나 국가면제 또는 외교면제 향유자와 관련된 증거조사나 압수·수색 등 형사사법공조의 문제이다. 로마규정 제98조 제1항에서 인도와 함께 형사사법공조에 대하여도 규정을 두고 있으므로 체포·인도의 해석론을 유추할 수 있을 것이다. 다만 중대한 국제범죄에 대하여 가능한 한 광범위하게 형사사법공조를 인정하려는 것이 현재 국제법의 추세이고, 국내법상의 면책특권이나 국가면제 또는 외교면제가 로마규정상 공조 예외사유로 명시되어 있지 않은 점에서 원칙적으로 ICC의 사법공조 요청에 협력할 의무가 있다고 보는 것이 타당하다.

이상에서 로마규정 제27조를 중심으로 국제형사법상의 공적지위 무관련성 원칙의 국내적 적용에 대해서 살펴보았다. 로마규정 비준 당시의 정부 입장에 대한 재검토와 더불어 로마규정 발효 이후 새롭게 대두되고

있는 국제법상의 쟁점들을 살펴보고 외국의 입법례, 국내외 판례 및 학술들을 토대로 로마규정 제27조의 충실한 이행을 위한 해석론과 입법론을 제시하여 보았다.

로마규정의 제정과 ICC의 설립은 보편적 인권의 국제적 보호라는 측면에서 획기적인 계기가 되고 있고 그 중심에는 로마규정 제27조의 공적지위 무관련성 원칙이 자리 잡고 있다. 그러한 점에서 로마규정 제27조를 국내적으로 어떻게 잘 적용하느냐 하는 것은 매우 중요하다. 로마규정 제27조의 충실한 이행은 우리가 국제사회의 책임 있는 일원으로서 로마규정 체제의 성공과 ICC의 설립목적 달성을 이루는데 기여할 뿐만 아니라 나아가 보편적 인권과 정의가 존중되고 보호되는 국제공동체를 만들어 나가는데 일조하는 길이 될 것이다.

[참고 문헌]

I. 단행본

- 권영성, 헌법학원론(개정판), 법문사, 2010.
- 김대순, 국제법론(제18판), 삼영사, 2015.
- 김영석, 국제형사재판소법강의(개정판), 법문사, 2014.
- 김철수, 헌법학신론(제21전정신판), 박영사, 2013.
- 법무부, 범죄인인도 실무, 성진사, 2014.
- 법무부, 형사사법공조실무, 성진사, 2013.
- 박재윤, 주석 형법[각칙(1)](제4판)(한국사법행정학회), 2006.
- 백진현 · 조균석, “국제형사사법공조에 관한 연구”, 한국형사정책연구원 연구총서 10호(한국형사정책연구원), 1992.
- 신동운, 신형사소송법, 제5판, 법문사, 2014.
- 오윤경 외 외교통상부 직원, 21세기 현대 국제법 질서 : 외교실무가들이 본 이론과 실제, 개정판, 박영사, 2001.
- 이재상, 형법각론(제9판), 박영사, 2013.
- _____, 신형사소송법(제9판), 박영사, 2012.
- 이재상 · 장영민 · 강동범, 형법총론(제8판), 박영사, 2015.
- 이한기, 국제법강의(신정판), 박영사, 2007.
- 정인섭 · 정서용 · 이재민, 국제법판례 100선(제3판), 박영사, 2012.
- 정인섭, 신 국제법강의 - 이론과 사례(제5판), 박영사, 2014.

- 정종섭, 헌법학원론(제10판), 박영사, 2015.
- 조상제, 국제조약의 국내이행 형사특별법: 독일 국제형법전의 입법과정과 내용, 한국형사정책연구원, 2008.
- 허영, 한국헌법론(전정11판), 박영사, 2015.
- Kim, Joon Gyu & Hwang, Cheol-kyu, New Initiatives on International Cooperation in Criminal Justice(Seoul National University Press), 2012.
- Amnesty International, Brazil : Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court in National Legislation(Amnesty International Publications, United Kingdom), 2009.
- Bassiouni, M. Cherif, A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal(Martinus Nijhoff Publishers), 1987.
- _____, The Legislative History of the International Criminal Court : Introduction, Analysis, and Integrated Text, Vol. 1(Transnational Publishers Inc.), 2005.
- _____, The Legislative History of the International Criminal Court : An Article-by-Article Evolution of the Statute from 1994-1998, Vol. 2(Transnational Publishers, Inc.), 2005.
- Brownlie, Ian, Principles of Public International Law, Seventh Edition(Oxford University Press), 2008.
- Cassese, Antonio, International Law, Second Edition(Oxford University Press), 2005.
- Dixon, Martin, Textbook on International Law, Seventh Edition(Oxford University Press), 2011.

- Gaeta, Paola, *The UN Genocide Convention—A Commentary*(Oxford University Press), 2013.
- Heller, Kevin Jon, *The Nuremberg Military Tribunal and the Origins of International Criminal Law*(Oxford University Press), 2011.
- Knoops, Green-Jan Alexander *Surrendering to International Criminal Courts : Contemporary Practice and Procedures*(Transnational Publisher, Inc.), 2002.
- Kreß, Claus, *The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute, State Sovereignty and International Criminal Law*, Fichl Publication Series ed. Morten Bergsmo and LING Yan, No.15(Torkel Opsahl Academic EPublisher), 2012.
- Schabas, Willam A., *An Introduction to International Criminal Court*, Fourth Edition(Cambridge University Press), 2011.
- _____, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*(Oxford University Press), 2010.
- Shaw, Malcolm N., *International Law*, Seventh edition(Cambridge University Press), 2014.
- Werle, Gerhard and Jessberger, Florian, *Principles of International Criminal Law*, Third Edition(Oxford University Press), 2014.

II. 논문

- 권형준, "국회의원(國會議員)의 면책특권(免責特權)에 관한 고찰(考察)", 법학논총 제24권 제4호(2007).
- 김민서, "조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분", 국제법학회논총 제46권 제1호(2001).
- 김영석, "국제형사재판소 관할범죄의 처벌등에 관한 법률(안)에 관한 공청회 의견", 법무부 국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률안 공청회 자료(2004).
- 김주덕, "국제형사사법공조", 형사정책연구 제2권(한국형사정책연구원, 1990).
- 김태천, "재판규범으로서의 국제인권법의 지위 및 제고 방안", 한·일 심포지엄 국제인권법의 국내이행 : 현황과 과제(국가인권위원회, 2006).
- 김현진, "국제형사재판소 규정의 국내이행법에 대한 검토", 청주법학 제25권(2005).
- 박병도, "국제형사사법공조사건의 국제법적 쟁점", 국제법평론 통권 제31호(2010).
- 박선욱, "국제인권조약의 국내적 적용 : 주요국의 적용사례에 관한 비교법적 고찰", 법학연구 제49집(2013).
- 박찬운, "국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰", 법조 제56권 제6호(법조협회, 2007).
- 박찬주, "대통령의 불소추특권에 관한 몇 가지 문제", 법조, Vol. 639(2009).
- 서철원, "집단살해방지협약", 국제인권법 제1호(1996).
- 신동운, "국회의원의 면책특권과 그 형사법적 효과", 법학 제34권 제2호(서울대학교, 1993).

- 오승진, “국제인권조약의 국내 적용과 문제점”, 국제법학회논집 제56권 제2호(2011.6.)
- _____, “외교문제에 대한 사법부의 역할 : 외교문제에 대한 최근 판례의 분석 -헌재와 대법원의 강제징용 및 위안부 피해자 관련 최근 판례를 중심으로”, 서울국제법연구 제20권 제2호(2013).
- 이명웅, “국제인권법과 헌법재판”, 저스티스 통권 제83호(2005).
- 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰”, 법제 제550호(2003).
- 이종수, “국회의원의 특권 폐지를 둘러싼 논의에 대한 비판적 검토 : 면책특권과 불체포특권을 중심으로”, 의정연구 제39권(한국의회발전연구회, 2013).
- 이희훈, “국회의원의 불체포특권에 대한 헌법적 고찰”, 세계헌법연구 제18권 제2호(한국학회, 2012).
- 정동기, “형사사법공조의 기본원칙”, 저스티스 제29권 제1호(한국법학원, 1996).
- 정인섭, “국제형사재판제도의 발전,” 국제인권법 제5호(2002).
- _____, “국제법상 인도에 반하는 죄와 이근안·수지 김 사건”, 서울대학교 법학, 제43권 제1호(2002)
- _____, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토”, 서울국제법연구 제22권 제1호(2015).
- 조용환, “국제형사재판소 규정 이행을 위한 국내법의 정비방향”, 국제인권법 제5호(2002).
- _____, “조약의 국내법 수용에 관한 비판적 검토”, 법과 사회 제34권(2008).
- 주진열, “조약의 자기집행성 판단기준에 관한 미국연방법원의 법리: 한국 법원에 대한 시사점”, 세계헌법연구 제11권 제2호(2005).

- 채정석, “국제형사재판소와 범죄인인도”, 법조 제47권(법조협회, 1998).
- 최태현, “국제법 위반행위에 대한 국가면제의 제한”, 국제법학회논총 제 51권 제2호(2006).
- _____, “ICC규정 이행입법안 연구 -독일 및 스위스의 경우를 중심으로”, 법학논총 제23권 제2호(2006).
- _____, “ICC규정 침략범죄관련 조항의 채택과 함의”, 서울국제법연구 제17권(2010).
- _____, “피노체트사건에 대한 국제법적 평가”, 국제법학회논총 제48권 제1호(2003).
- 히가시자와, 야스시, “재판규범으로서의 국제인권법 - 사법에 의한 국제 인권법의 실현을 향하여 -”, 한·일 심포지엄 국제인권법의 국내 이행 : 현황과 과제(국가인권위원회, 2006).
- Akande, Dapo, “Legal nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir’s Immunities”, J. Int’l Crim. Just., Vol. 7(2009).
- _____, “International Law Immunities and the International Criminal Court”, Am. J. Int’l L., Vol. 98, No. 3(2004).
- Akinrinade, Babafemi, “International Humanitarian Law and the conflict in Sierra Leone”, Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y, Vol. 15(2001).
- Alkema, Evert A., “Netherlands”, in Dinah Shelton(eds.), International Law and Domestic Legal System : Incorporation, Transformation, and Persuasion(Oxford University Press, 2011), pp.407-428.
- Alebeek, Rosanne Van, “Immunity and Human Rights - A Bifurcated Approach International Human Rights Law, Foreign

Sovereign Immunity, and National Courts”, *Am. Soc’y Int’l L. Proc.*, Vol. 104(2010).

Arai, Kyo · Mayama, Akira · Yoshida, Osamu, “Japan’s Accession to the ICC Statute and the ICC Cooperation Law”, *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 51(2008).

Baldwin, Simeon E., “Proposed Trial of the Former Kaiser”, *Yale L.J.*, Vol. 29(1919).

Bank, Roland, “Cooperation with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the Production of Evidence”, in J. A. Frowein and R. Wolfrum(eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*(Kluwer Law International, 2000).

Barrett, John Q., “Nuremberg Roles of Justice Robert H. Jackson”, *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, Vol. 6(2007).

Barrat, Olivier, “Ratification and Adaptation : The French Perspective”, in Roy S. Lee(eds.), *States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law*(Transnational Publishers Inc., 2005), pp.57-64.

Bassiouni, M. Cherif, “Nuremberg: Forty years after the Nuremberg and Tokoyo Tribunals: The Impact of the War Crimes Trials on International and National Law”, *Am. Soc’y Int’l L. Proc.*, Vol. 80(1986).

_____, “World War I : The war to end all wars and the birth of a handicapped International Criminal Justice System”, *Denv. J. Int’l L. & Pol’y*, Vol. 30(2001).

Bellelli, Roberto, “Italian Implementation of the Rome Statute and Related Constitutional Issues”, in Roy S. Lee(eds.), *States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law* (Transnational Publishers Inc., 2005), pp.215-246.

- Benvenuti, Paolo, "Italy, Implementation of the ICC Statute in National Legislation, Constitutional Aspects", in Claus Kreß and Flavia Lattanzi (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. I : General Aspects and Constitutional Issues*(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000), pp.123-137.
- Brady, Helen, "Australia", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement*(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.7-30.
- Charity, Matthew H., "Defying gravity: The development of standards in the International Prosecution of International Atrocity Crimes", *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 23(2013).
- Cisse, Catherine, "International Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda: Some elements of comparison", *Transnat'l L. & Contemp. Probs*, Vol. 7(1997).
- Collins, Pauline, "What is Good for the Goose should be good for the Gander : he Operation of The Rome Statute in The Australian Context", *UNSW Law Journal*, Vol.32(1)(2009).
- Cottier, Michael, "The Case of Switzerland", in Claus Kreß and Flavia Lattanzi (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. I : General Aspects and Constitutional Issues*(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000), pp.219-246.
- David, Eric, "Official capacity and Immunity of an accused before the International Criminal Court", in Jose Gasser Doria, Hans-Peter Gasser, M. Cherif Bassiouni, *The Legal Regime of the International Criminal Court*(Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp.743-756.
- Dubinsky, Paul R., "United States", in Dinah Shelton(eds.),

International Law and Domestic Legal System : Incorporation, Transformation, and Persuasion(Oxford University Press, 2011), pp.631-659.

Duffy, Helen, “National Constitutional Compatibility and the International Criminal Court”, *Duke J. Comp. & Int'l L.*, Vol. 11(2001).

Eerola, Risto and Välimaa, Asko, “Finland”, in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement*(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.71-90.

Fernandez de Gurmendi, Silvia A., “Argentina’s Draft Law to Implement the Rome Statute”, in Roy S. Lee(eds.), *States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law*(Transnational Publishers Inc., 2005), pp.165-178.

Fernandez de Gurmendi, Silvia A. and Fernandez Valoni, Jose Luis, “Argentina”, in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement*(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.3-6.

Fife, Rolf Einar “Norway”, in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement*(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.281-294.

Fitzgerald, Amber, “The Pinochet Case: Head of State Immunity within the United States”, *Whittier L. Rev.*, Vol. 22(2000).

Folz, Hans-Peter, “Germany”, in Dinah Shelton(eds.), *International Law and Domestic Legal System : Incorporation,*

Transformation, and Persuasion(Oxford University Press, 2011), pp.240-248.

Friman, Hakan, "Political and Legal Considerations in Sweden relating to the Rome Statute for the International Criminal Court", in Roy S. Lee(eds.), States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law(Transnational Publishers Inc., 2005), pp.121-146.

Gaeta, Paola, "Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?", J. Int'l Crim. Just., Vol. 7, No. 2(2009).

_____, "Official Capacity and Immunities", in Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D Jones, The Rome Statute of The International Court : A Commenyary Vol. 1(Oxford University Press, 2002), pp.975-1002.

Gallimore, Timothy, "The Legacy of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and its contributions to reconciliation in Rwanda", New Eng. J. Int'l & Comp. L., Vol. 14(2007).

Gartner, Irene, "Austria", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.31-51.

_____, "Implementation of the ICC Statute in Austria", in Claus Kreß and Flavia Lattanzi (eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. I : General Aspects and Constitutional Issues(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000), pp.51-63.

Grammer, Christoph, "The Rome Statute as a Mainspring of International Criminal Law : The Success of the Rome Statute in Latin America and the Opposition of the USA",

Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht(2004).

Hage, Robert, "Implementing the Rome Statute : Canada's Experience", in Roy S. Lee(eds.), States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (Transnational Publishers Inc., 2005), pp.47-55.

Hansen, Thomas Obel, "Caressing the Big Fish: A critique of Icc Trial Chamber V(a)'s Decision to grant Ruto's request for excusal from continuous presence at Trial", *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, Vol. 22(2013).

Humes-Schulz, Stacy, "Limiting Sovereign Immunity in The Age of Human Rights", *Harv. Hum. Rts. J.*, Winter(2008).

Ivkovic, Sanja Kutnjak, "Justice by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Stan. J. Int'l L.*, Vol. 37(2001).

Jarasch, Frank and Kreß, Claus, "The Rome Statute and The German Legal Order", in Kreß, Claus and Lattaanzi, Flavia(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Vol. I : General Aspects and Constitutional Issues(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000), pp.91-112.

Jian-Qiang, Song, "Article 13(b): Internationally Left Unresolved by the Rome Statute - An on-the-Spot Focus on Darfur's Situation", *APYIHL*, Vol. 3(2007).

Kabau, Tom and Njoroge, Chege, "The application of international law in Kenya under the 2010 Constitution : critical issues in the harmonisation of the legal system", *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 44(2011).

Kaul, Hans-Peter, "Germany : Method and Techniques used to deal with Constitutional, Sovereignty and Criminal Law Issues", in

- Roy S. Lee(eds.), States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law(Transnational Publishers Inc., 2005), pp.65-81.
- _____, “Nuremberg Legacy and the International Criminal Court – Lecture in Honor of Whitney R. Harris, The Former Nuremberg Prosecutor”, Wash. U. Global Stud. L. Rev., Vol. 12(2013).
- _____, “The International Criminal Court – Its relationship to domestic jurisdictions”, in Carsten Stahn and Göran Sluiter(eds.), The Emerging Practice of The International Criminal Court(Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp.31-38.
- Koller, David S., “Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgement as It Pertains to the Security Council and the International Criminal Court”, Am. U. Int’l L. Rev., Vol. 20(2004).
- Kreß, Claus and MacLean, Jan, “Germany”, in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.65-81.
- Kreß, Claus and Prost, Kimberly, “Article 93 Other forms of Cooperation”, in Otto Triffterer, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court(Verlag C. H. Beck, Hart Publishing, Nomos, 2008), pp.1569-1588.
- _____, “Article 98 Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender”, in Otto Triffterer, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court(Verlag C. H. Beck, Hart Publishing, Nomos, 2008), pp.1601-1619.
- Lattanzi, Flavia, “The International Criminal Court and National Jurisdictions”, in Mauro Politi and Giuseppe Nesi(eds.), The

Rome Statute of the International Criminal Court : A challenge to impunity(Ashgate & Dartmouth, 2001).

Lee, Roy S., "States' Responses : Issues and Solutions", in Roy S. Lee, States' Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (Transnational Publishers Inc., 2005), pp.1-46.

Lewis, Peter, "The United Kingdom", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.459-468.

Lindemann, Jürg and Thormann, Olivier, "Switzerland", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.425-458.

Maqungo, Sivuyile, "Implementation the ICC Statute in South Africa", in Claus Kreß and Flavia Lattanzi (eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. I : General Aspects and Constitutional Issues(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000), pp.183-195.

_____, "South Africa", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.331-343.

Mose, Erik, "ICTR: Experiences and Challenges", New Eng. J. Int'l & Copm. L., Vol. 12(2005).

Needham, Jessica, "Protection or Prosecution for Omar Al Bashir – The Changing State of Immunity in International Criminal Law", Auckland U. L. Rev., Vol. 17(2011).

- Neff, Stephen C., "United Kingdom", in Dinah Shelton(eds.), *International Law and Domestic Legal System : Incorporation, Transformation, and Persuasion*(Oxford University Press, 2011), pp.620-630.
- Nelson, Amanda, "Democratic Republic of Congo v. Belgium: The International Court's Consideration of Immunity of Foreign Ministers from Criminal Prosecution in Foreign States UN Report", *N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts.*, Vol. 19(2003).
- Neuman, Gerald L., "The Brakes that Failed: Constitutional Restriction of International Agreements in France", *Cornell Int'l L.J.*, Vol. 45(2012).
- Nicol-Wilson, Melron C., "Accountability for human rights abuses - The United Nations' Special Court for Sierra Leone", *Austl. Int'l L.J.*, Vol. 2001(2001).
- Nmehielle, Vincent O. Jalloh and Chernor, Charles, "Legacy of the Special Court for Sierra Leone, The International Criminal Justice", *Fletcher F. World Aff.*, Vol. 30(2006).
- Okuta, Antonina, "National Legislation for Prosecution of International Crimes in Kenya", *J. Int'l Crim. Just.*, 7(2009).
- Olásolo, Héctor, "Spain", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement*(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.345-380.
- Penrose, Mary Margaret, "The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity under International Law", *Santa Clara J. Int'l L.*, Vol. 7(2010).
- Prost, Kimberly and Robinson, Darryl, "Canada", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The*

Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.53-69.

Robinson, Darryl, "The Rome Statute and its Impact on National Law", in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D. Jones(eds.), The Rome Statute of the International Court : A Commentary, Vol. II (Oxford University Press, 2002), pp.1849-1870.

Saiki, Naoko, "Japan's View on the International Criminal Court and Some of its Issues of Implementation ", in Roy S. Lee, States' Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law (Transnational Publishers Inc., 2005), pp.259-273.

Saland, Per, "International Criminal Law Principles", in Roy S. Lee(eds.), The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results(Kluwer Law International, 2002), pp.189-216.

Satzger, Helmut, "German Criminal Law and the Rome Statute - A Critical Analysis of the New German Code of Crimes against International Law", International Criminal Law Review 2(2002).

Scheffer, David, "Article 98(2) of the Rome Statute: America's Original Intent", J. Int'l Crim. Just., Vol. 3(2005).

Sluiter, Göran, "The Netherlands", in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.203-233.

_____, "The Surrender of War Criminals to the International Criminal Court", Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Rev., Vol. 25(2003).

- _____, “Implementation of the ICC Statute in the Dutch Legal Order”, *J. Int’l Crim. Just.*, 2(2004).
- Smith, Shawn, “International Criminal Tribunal for Rwanda: An Analysis on Jurisdiction”, *T. Marshall L. Rev.*, Vol. 23(1997).
- Steiner, Sylvia Helena and Jardim, Tarciso Dal Majo, “Implementation of the Rome Statute in Brazil”, in Roy S. Lee(eds.), *States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law* (Transnational Publishers Inc., 2005), pp.179–214.
- Stephen, Beth, “Abusing the Authority of the State : Denying Foreign Official Immunity for Egregious Human Rights Abuses”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 44(2013).
- _____, “The Mordern Common Law of Foreign Official Immunity”, *Fordham Law Review*, Vol. 79(2011).
- Strydom, Hennie, “South Africa’s Implemtation of the Rome Statute”, in Roy S. Lee(eds.), *States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law*(Transnational Publishers Inc., 2005), pp.105–120.
- Takayama, Kanako, *Participation in the ICC and the National Criminal Law of Japan*, *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 51(2008).
- Tejan-Cole, Abdul , “The Special Court for Sierra Leone: Conceptual Concerns and Alternatives”, *Afr. Hum. Rts. L.J.*, Vol. 1(2001).
- Triffterer, Otto, “Article 27 Irrelevance of official capacity”, in Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Crime Court - Observers’ Notes, Article by Article*(Velag C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos, 2008), pp.779–793.

- _____, “Legal and Political Implications of Domestic Ratification and Implementation Process”, in Kreß, Claus and Lattaanzi, Flavia(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Vol. I : General Aspects and Constitutional Issues(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000), pp.1-28.
- Triggs, Gillian, “Implementation of the Rome Statute for the International Criminal Court : A Quiet Revolution in Australian Law”, *Sydney Law Review*, Vol. 25(2003).
- Triponel, Anna and Pearson, Stephen, “African States and the International Criminal Court : A Silent Revolution in International Criminal Law”, *Journal of Law & Social Challenges*, spring(2010).
- Verweij, Harry and Groenleer, Martijn, “The Netherlands’ Legislative Measures to Implement the ICC Statute”, in Roy S. Lee(eds.), *States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law* (Transnational Publishers Inc., 2005), pp.83-103.
- Weinberg, Ines Monica, “Ten Years and Counting: The Development of International Law at the ICTR”, *New Eng. J. Int’l & Comp. L.*, Vol. 12(2005).
- Williams, Sarah and Sherif, Lena, “The Arrest Warrant for President al-Bashir: Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court”, *J. Conflict Security Law*, Vol. 14, No. 1(2009).
- Williamson, Jamie A., “The Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for Rwanda on War Crimes”, *New Eng. J. Int’l & Comp. L.*, Vol. 12(2005).
- Wilmshurst, Elizabeth, “Implementation of the ICC Statute in the United Kingdom”, in Roy S. Lee(eds.), *States Responses to Issues arising from the ICC Statute : Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law* (Transnational Publishers Inc., 2005), pp.147-163.

- Wirth, Steffen, “International Criminal Law in Germany Case Law and Legislation”, in *Combating International Crimes Domestically*, 3rd Annual War Crimes Conference(Ottawa, 22-23 April 2002).
- _____, “Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgement in the Congo v. Belgium Case”, *Eur J. Int.L L.*, Vol. 13(2002).
- Wuerth, Ingrid, “Pinochet’s Legacy Reassessed”, *Am. J. Int’l L.*, Vol. 106(2012).
- _____, “International Law in Domestic Courts and the Jurisdictional Immunities of the State Case Commentary”, *Melb. J. Int’l L.*, Vol. 13(2012).
- Yáñez-Barnuevo, Juan Antonio and Roldán, Áurea, “Spain and The Rome Statute of The International Criminal Court”, in Kreß, Claus and Lattaanzi, Flavia(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. I : General Aspects and Constitutional Issues*(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2000), pp.197-217.
- Zappala, Salvatore, “Do Heads of State in office enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French Cour de Cassation”, *Eur. J. Int’l L.*, Vol. 12, No. 3(2001).
- Ziorkiewicz, Beata, “Poland”, in Claus Kreß, Bruce Broomhall, Flavia Lattanzi, Valeria Santori(eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. II : Constitutional Issues, Cooperation and Enforcement*(Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2005), pp.295-308.
- Zuppi, Alberto L., “Swinging back and forth between Impunity and Impeachment : The struggle for Justice in Latin America and The International Criminal Court”, *Pace International Law Review*, Fall(2007).

[Abstract]

Application of the “Principle of Irrelevance of Official Capacity” to the Korean Legal System, in relation to Article 27 of the Rome Statute of the International Criminal Court

JUN YEON KIM
International Law
The Graduate School
Seoul National University

With the Republic of Korea’s ratification and promulgation of the Rome Statute of the International Criminal Court (hereinafter ‘Rome Statute’) in 2002, Article 27 of the Rome Statute was incorporated in the Korean legal system, taking effect as a domestic law by Article 6, paragraph 1 of the Constitution of the Republic of Korea. At the time of the ratification, the Korean government held the view that no conflict existed between Article 27 and the immunity of the president (head of state) in Article 84 of, or of the members of the National Assembly in Article 44 or 45 of the Constitution, respectively. The crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court (hereinafter ‘ICC’) were construed similarly to the crimes of treason or insurrection which are exceptions to the immunity from indictment in Article 84 of the Constitution. Also, the protection of the immunities did not seem to be extended to the most serious international crimes in light of the overall interpretation of the Constitution regarding international pacifism and the denial of war of aggression. The Korean government also deemed that the immunity

mentioned in the Constitution was a mere privilege of a specific status which could limit the indictment or arrest for crimes, rather than an ultimate exemption from criminal responsibility of impunity and that Article 27 of the Rome Statute did not conflict with the immunity in the Constitution, considering legislation implementations of other States. Thus, it was implied that if the president or the members of the National Assembly committed the crimes under the Rome Statute, they may be arrested or prosecuted in the Korean national court or be surrendered to the ICC.

However, the Korean government's stance at the time of the ratification is in need of further examination. First of all, this position contradicts with the dominant opinions of international law scholars, constitutional law scholars and the Supreme court or Constitutional Court, which argue that the Constitution supersedes international treaties. Also, the government could have faced problems concerning the relationship between Article 27 of Rome Statute and state immunity or diplomatic immunity, as shown in the case of the ICC's Warrant of Arrest for the incumbent Sudanese president, Al-Bashir, which sparked a heated debate in the international community. However, the Korean government did not consider the issue deeply at the time of the ratification. As a result, it lost the opportunity to seek solutions to those possible problems.

In this dissertation, I intend to provide a reasonable interpretation and appropriate legislative measures regarding this issue by thoroughly reviewing the application of Article 27 of the Rome Statute to the Korean legal system and the problems pertaining to immunity and the stance of the Korean government. After differentiating those enjoying the immunity in the Constitution from those enjoying the state immunity or diplomatic immunity in

international law, I examined whether those persons may be punishable in the national court, whether they can be surrendered to the ICC and the ways of cooperation with the ICC concerning criminal matters. To achieve this end, I conducted a comparative study into the academic opinions of domestic and international scholars, the jurisprudence of national and international courts, and legislations of other states.

The study led to the conclusion that it is difficult to envisage, in law and in practice, to punish the president in the national court for his(or her) commitment of the crimes under the jurisdiction of the ICC, in terms of Article 27 of the Rome Statute and the Constitution. First of all, in the perspective of comparative law, except for some states that stipulate provisions for penalty through constitutional amendments or states that recognize the effects of the treaty to the level of the constitution, it is impossible to punish persons enjoying the immunity in the Constitution on the grounds of Article 27 of the Rome Statute while disregarding the privileges and immunities provided in the Constitution. In addition, identifying the crimes of the ICC and the treason or insurrection in the Constitution that are exceptions to the immunities raises a problem as to the principle of *nulla poena sine lege*. In terms of the respect of international law or the respect for human rights, the jurisprudence of the Constitutional Court hardly supports the presumption that Article 27 of the Rome Statute prevails the immunity clause in the Constitution.

On the other hand, the immunity of the members of the National Assembly in Article 44 of the Constitution does not necessarily conflict with Article 27 of Rome Statute for two reasons - (1) the immunity from the arrest clause does not impede prosecution and (2) an arrest is possible with the consent of the National Assembly. Of

course, conflict may arise when the proceedings are willfully impeded or the request of the ICC is rejected due to the tyranny of the majority or other political reasons. The meaning of the relevant clause(Article 45) in the Constitution only applies to opinions officially expressed or votes cast in their official capacity and not to crimes. Thus, any criminal acts including the incitement of genocide can be punished. The major problem, therefore, lies in the immunity from the indictment of the president to which an interpretative solution is hardly conceivable. Accordingly, it is necessary to examine the ruling of serious international crimes as exception to the immunity through an amendment of the Constitution, similar to the ways treason and insurrection are treated.

The surrender of the president or members of the National Assembly to the ICC is problematic as it can also infringe the privileges and immunities provided in the Constitution. Since surrendering the president to the ICC presupposes de facto indictment or punishment of the president by the ICC, the surrender of the president according to Article 27 of the Rome Statute may assume the interpretation that the Rome Statute takes priority over the Constitution, particularly the clause of immunity from indictment. Similarly, the surrender of members of the National Assembly to the ICC without the consent of the National Assembly may infringe the immunities of the Constitution. This can be resolved by providing constitutional grounds for the jurisdiction of the ICC and limiting the immunity within the range of the ICC jurisdiction. Regarding cases where members of the National Assembly are arrested under the Rome Statute, there is a need to consider introducing an exceptional regulation that requires consent of the National Assembly and prohibits members of the National Assembly from being released.

This can be done through amendments of the Constitution or the National Assembly Act.

On the other hand, regarding the question as to whether the head of a foreign state or diplomats can be exempted from immunities of the Constitution on the basis of Article 27, it is necessary to consult the jurisprudence of international courts or national courts of foreign states as there are no clear provisions in the national law of Korea. Currently, international courts like the International Court of Justice or the European Court of Human Rights and national courts of foreign states are in favor of absolute protection of the state immunity or diplomatic immunity of the heads of foreign states or diplomats. Even after the establishment of the ICC, there is no evidence that this attitude of international law has changed. Accordingly, punishing a head of state or diplomats in a domestic court, disregarding the state immunity or diplomatic immunity, seems impossible even when they commit serious international crimes under the jurisdiction of the ICC.

Surrendering the heads of foreign states or diplomats to the ICC involves an issue regarding the application of Article 27 and Article 98(1) of the Rome Statute. Article 98(1) requires the ICC to first obtain the cooperation of a State that is under the obligation with respect to the State or diplomatic immunity of a person for the waiver of the immunity prior to a request for surrender. Currently, it is the dominant understanding of international law that the prior waiver of the state immunity under Article 98(1) is required only for non-Member States and not for State Parties as they are considered to have waived the state immunity in accordance with Article 27 of the Rome Statute at the time of ratifying the treaty. To address the issue, a number of State Parties such as the United Kingdom have

enacted implementing legislations. The Korean government may as well refer to such understanding and the examples of legislations in other states. In the meantime, the legislative action to stipulate specific provisions, including a provision requiring prior consultation with the ICC according to Article 97 of the Rome Statute, is better for procedural clarity than a mere interpretative approach.

Finally, this dissertation considers the possibility of applying Article 27 of the Rome Statute to other forms of cooperation in relation to the persons enjoying either the Constitutional immunity, the state immunity or diplomatic immunity. The arrest/surrender of a person and other forms of cooperation in criminal matters have one thing in common; in a broad sense, they are both in cooperation with the ICC. Article 98(1) also sets forth the request of cooperation in a similar way to surrender, upon which an interpretation of arrest and surrender may be analogized. However, other forms of cooperation with the ICC must be promoted more broadly than surrender does. Hence, if the ICC makes a request of cooperation, it would be reasonable to fully approve it.

keywords: Article 27 of the Rome Statute, irrelevance of official capacity, immunity of the president, members of the National Assembly, the Constitution, ICC, Domestic Court, state immunity, diplomatic immunity

student number : 2008-30372