

## 국제형법의 가능성과 한계

### Possibilities and limits of international criminal law

고 봉 진\*  
Ko, Bong-Jin

#### 목 차

- I. 서언(序言)
- II. 로마규정과 국제형사재판소
- III. 국제형법 운영상의 문제점
- IV. 결언(結言)

#### 국문초록

필자는 이 논문에서 국제형법 운영상의 문제점을 필자의 시각에서 다루었다. 국제형법 운영상의 문제점은 크게 3가지로 나뉘는데, 집행상의 문제점, 해석상의 문제점, ‘부정적인 니그로이즘(Negroism)’이다. 이는 국제형사재판소 재판 운영상의 문제점이 아니며, 국제정세 속에서 이루어지는 국제형법 운영상의 문제점을 말한다. 텍스트(text)는 상황(context) 속에서 해석된다는 점을 고려한다면, 국제형법 텍스트는 국제사회라는 상황의 영향을 받지 않을 수 없다.

첫째, ‘집행상의 문제점’은 몇몇 강대국들이 국제형사재판소에 가입하지 않으면서도 UN 안전보장이사회 거부권 행사를 통해 국제형법의 집행을 방해할 여지로 부터 나온다. 미국, 중국, 러시아 등 강대국들은 은연중에 자신들이 세계를 주도하고 싶은 욕구를 드러낸다. 이는 세계의 정체성을 자신들이 규정하겠다는 것에 다

논문접수일 : 2018. 03. 30.

심사완료일 : 2018. 05. 03.

게재확정일 : 2018. 05. 03.

\* 법학박사 · 제주대학교 법학전문대학원 교수

름없다. 이 경우 로마규정으로 대표되는 국제형법 또한 강대국의 이해에 맞게 활용되기를 강대국들은 원한다. 세계 정체성을 자신의 입장에서 규율하겠다는 강대국의 입장은 국제형법마저도 자신들의 규율 수단으로 전락시킬 위험이 없지 않다.

둘째, ‘운영상의 문제점’은 도덕적 논증을 사용하는 현실주의(realism), 도덕적 논증의 파당성(派黨性)에 기인한다. 국제관계에서 인권 개념은 이상주의(idealism) 전통에 속하는데, 지금껏 국제관계에서는 현실주의(realism)가 지배적이었다. 국제관계에서 힘을 바탕으로 한 현실주의(realism)는 의외로 법적 논증에서는 도덕의 힘을 빌리는 경우가 허다하다. 로마규정 제22조 제2호는 범죄 정의(定義)는 엄격히 해석되어야 한다고 규정하고 있지만, 현실 규정 해석에 있어서는 그렇지 못할 가능성이 농후하다.

셋째, ‘부정적인 니그로이즘(Negroism)’은 국제형사재판소 수사, 기소, 재판이 아프리카 국가들에 집중된 현상(現象)에 기인한다. 국제형사재판소는 수사, 기소, 재판을 전 세계 국가를 대상으로 공평하게 적용해야 ‘선별적 정의(selective justice) 실현’이라는 비판에서 자유롭게 된다. 물론 아프리카 국가에 집중된 국제형사재판소 실무가 의도적이지는 않았을 것이다. 아프리카 외 국가 범의자에 제대로 개입하지 못한 것은 국제정세를 고려하고 분쟁 우려를 고려한 결과라고 생각된다. 국제형사재판소(ICC)의 한계일 수 있지만, 이를 극복할 방안을 마련해야 한다.

세계 여러 나라가 공조해야 할 일은 점점 많아지고 있고, 이는 국제형법의 경우에도 마찬가지다. 무엇보다 로마규정을 ‘보편적 인권’을 중심으로 엄격하게 해석하는 노력을 기울여야 할 것이다. ‘보편적 인권’ 개념 또한 필자가 주장하는 ‘근본이익에 기초한 인권’ 개념이어야 한다.

**주제어** : 국제형법, 로마규정, 국제형사재판소, 해석, 보편적 인권

## Ⅰ. 서언(序言)

‘로마규정’에 의해 ‘상설’ 형사재판소인 ‘국제형사재판소(International Criminal Court, ICC)’가 설립되었다. 현재 ‘로마규정(Rome Statute)’은 국제형법의 역할

을 감당한다. 여러모로 ‘국제형사재판소’와 ‘로마규정’은 세계적 이슈를 받고 있다. 예컨대 북한 인권 상황을 국제형사재판소에 회부해 인권 유린 책임자를 처벌하도록 권고하는 ‘북한인권 결의안’은 심심찮게 언론에 거론된다. 필리핀 두테르테 대통령은 마약 거래 용의자에 대한 살인은 집단학살이나 인도에 반하는 죄나 집단학살에 해당되지 않는다고 반박하며, 로마규정 기준을 철회하고 국제형사재판소 탈퇴를 선언했다.

국제사회 평화와 안전을 위협하는 중대 범죄에 대해서는 국제형법이 정당화된다는 목소리가 높다. 아울러 피할 수 없는 대세가 되어버린 세계화에 발맞추어 국제형법의 필요성이 제기된다.<sup>1)</sup> 하지만 국제형법의 정당성과 실효성에 대한 의문도 강하다. 우선 국제형법을 집행할 국제기구 재판의 정당성을 뽑을 수 있다. 소수 약체국가에는 개입할지 몰라도 국제분쟁을 야기하거나 강대국(強大國)일 경우에는 국제형법의 잣대를 들이대는 데 한계를 드러내기 때문이다. 국제형법을 집행하는 국제기구인 국제형사재판소(ICC)가 공정성에 기초하기보다는 강대국의 입장을 대변하고, 각 국가는 실용적인 외교에 따라 견제가 불가능하다는 지적도 있다. 국가 실용주의 전략은 그 실천적 장점에도 불구하고, 현실질을 정당하게 비판하지 못하고 의도하지 않게 현실질을 정당화하는 타협 성향이 있다. 이 경우 국제형법은 몇몇 강대국의 강력한 도구로 전략할 위험이 있다. 국제기구의 집행력 결여도 문제가 된다. 국제형사재판소는 강제수사권이 없으며, 예산도 점점 줄고 있다. 또한 국제형법이 정의로운 국제사회를 만들려는 노력에서 나왔음에도, 국제형법이 과연 정의롭게 집행될 것인가에 근본 의문이 있다.

필자의 아래 논의는 국제형사재판소 형사피의자나 피고인을 변호하기 위함이 결코 아니다. 국제형사재판소를 중심으로 국제형법이 제대로 실현되기 위해서는 현실의 벽이 높다는 점을 감성적으로 말하기 위함도 아니다. 무엇을 기초로 ‘국제형법’이 성립하고, 어떻게 하면 제대로 집행될 수 있을지를 살피면서, 현실에

1) 르네 코에링 줄랭, “형법의 세계화”, in: 이브 미쇼(강주현 역), 「문화란 무엇인가(1)」, 2003, 315면 이하. 형법의 국제화가 국내법의 수정을 재촉하는 등 사정이 달라졌음을 1998년 설립된 국제형사재판소(ICC, International Criminal Court)의 예를 통해 설명한다. 형법의 국제화가 확산됨에도 형법의 적법성 원리를 어떤 경우에도 포기할 수 없으며, 형법의 적법성 원리를 바탕으로 국제 범죄가 정의되어야 함을 밝힌다(333면 이하).

접목시킬 방법을 모색하고자 함에 이 글의 목적이 있다.

## II. 로마규정과 국제형사재판소

국제형사재판소는 ‘국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court)’에 성립되었다. 로마규정은 1998년 7월 17일 로마에서 채택되었고, 2002년 7월 1일 66개국이 비준함으로써 발효되었다(발효 요건은 60개국 비준이었다). 한국은 2000년 3월 8일에 서명하고, 2002년 11월 8일 국회에서 비준했다.<sup>2)</sup> 로마규정에 의해 국제형사재판소는 2002년 7월 1일부터 집단학살(genocide), 반인도적 범죄(crimes against humanity), 전쟁범죄(war crimes)에 대한 재판 관할권을 행사한다. 국제형사재판소 소재지는 네덜란드 헤이그에 있다(로마규정 제3조). 국제형사재판소가 최초로 다룬 사건은 콩고 무장단체 리더인 토마스 루방가 다일로(Thomas Lubanga Dyilo) 사건이다.<sup>3)</sup> 전 세계를 관할권으로 두는 상설 국제형사재판소가 생기기 전에는, 특정 지역에서 일어난 학살, 전쟁범죄, 반인도적 행위를 다루는 임시 국제형사재판소가 UN에 의해 개설되었다. ‘구 유고슬라비아 국제전범재판소(International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY)’가 대표적인 임시 국제형사재판소였다.<sup>4)</sup>

---

2) 뿐만 아니라 한국은 2011년 4월 12일에 ‘국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률’을 제정·시행하였다. 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌로 집단살해죄(제8조), 인도에 반한 죄(제9조), 사람에 대한 전쟁범죄(제10조), 재산 및 권리에 대한 전쟁범죄(제11조), 인도적 활동이나 식별표장 등에 관한 전쟁범죄(제12조), 금지된 방법에 대한 전쟁범죄(제13조), 금지된 무기를 사용한 전쟁범죄(제15조) 등을 다루고 있다.

3) 토마스 루방가 다일로(Thomas Lubanga Dyilo)는 우간다의 지원을 받는 ‘콩고 애국 조직’(UPC)의 창설자이자, 리더이다. 그는 수많은 시민에 대한 인권 침해와 유엔 평화유지군의 살해에 관여했다. 국제형사재판소의 체포영장에 따라 체포되었으며, 국제형사재판소에서 재판을 받은 최초의 인물이다.

4) ‘구 유고슬라비아 국제전범재판소(ICTY)’는 보스니아 내전 당시 구 유고연방에서 자행된 고문, 강간, 대량학살, 인종청소 등을 단죄하기 위해 1993년 5월에 유엔 안전보장이사회의 결의에 따라 설립되었다. 2001년 7월 밀로셰비치(Slobodan Milošević) 유고 대통령을 전쟁범죄 혐의로 재판하여 국가원수를 처음으로 재판대에 올렸다. 보스니아 내전 전범 90명에게 유죄 판결을 내리고 24년 만에 2017년 12월 21일 공식 해체되었다. ‘구 유고슬라비아 국제전범재

국제형사재판소 관할권은 국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄에 한정되며, 집단살해죄(The crime of genocide), 인도에 반한 죄(crimes against humanity), 전쟁범죄(war crimes), 침략범죄(The crime of aggression)에 대해 관할권을 가진다(로마규정 제5조). 개인(자연인)만 처벌하며 국가책임은 묻지 않는다(제25조). 누구도 로마규정이 발효하기 전의 행위에 대하여 로마규정에 따른 형사책임을 지지 않으나(제14조), 재판소의 관할범죄에 대하여는 어떠한 시효도 적용되지 않는다(제29조).

## 1. 관할권과 범죄 정의(定義)

로마규정 제6조는 ‘집단살해죄’를, 제7조는 ‘인도에 관한 죄’를, 제8조는 ‘전쟁범죄’를, 제8조의2는 ‘침략범죄’를 상세하게 규정하고 있다.<sup>5)</sup> ‘집단살해죄(The crime of genocide)’는 국민적, 민족적, 인종적 또는 종교적 집단의 전부 또는 일부를 그 자체로서 파괴할 의도를 가지고 집단 구성원 살해, 집단 구성원에 대한 중대한 신체적 또는 정신적 위해의 야기, 전부 또는 부분적인 육체적 파괴를 초래할 목적으로 계산된 생활조건을 집단에게 고의적으로 부과, 집단내의 출생을 방지하기 위하여 의도된 조치의 부과, 집단의 아동을 타집단으로 강제 이주하는 행위를 말한다(로마규정 제6조). ‘인도에 관한 죄(crimes against humanity)’는 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 범하여진 살해, 절멸, 노예화, 주민의 추방 또는 강제이주, 국제법의 근본원칙을 위반한 구금 또는 신체적 자유의 다른 심각한 박탈, 고문, 강간, 성적 노예화, 강제매춘, 강제임신, 강제불임, 또는 이에 상당하는 기타 중대한 성폭력, 집단이나 집합체에 대한 박해, 사람들의 강제실종, 인종차별범죄, 신체

판소(ICTY)’는 르완다 국제형사재판소(ICTR), 캄보디아 크메르루주 유엔특별재판소(ECCC), 시에라리온(Sierra Leone) 특별재판소 등 뒤이은 국제전범재판소의 선례가 되었다. ‘구 유고슬라비아 국제전범재판소(ICTY)’의 경험은 1998년 국제형사재판소(ICC)를 설립하기 위한 로마규정을 가능하게 했고, ICTY의 공식 해체는 ICC의 보편적 관할권을 강화시켰다.

5) ‘국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court)’ 전문은 <http://www.law.go.kr/trtyInfoP.do?mode=4&trtySeq=2176>에서 볼 수 있다. ‘Rome Statute’ 영문은 [http://legal.un.org/icc/statute/99\\_corr/cstatute.htm](http://legal.un.org/icc/statute/99_corr/cstatute.htm)에서 볼 수 있다.

또는 정신적·육체적 건강에 대하여 중대한 고통이나 심각한 피해를 고의적으로 야기하는 유사한 성격의 다른 비인도적 행위를 말한다(로마규정 제7조).<sup>6)</sup> ‘전쟁범죄(war crimes)’는 로마규정 제8조가 규정하고 있는데 가장 상세하게 규정하고 있다.<sup>7)</sup> ‘침략범죄(The crime of aggression)’는 로마규정 제8조의2로 신설된 조항이다. 원래 로마규정 제5조에 관할권 대상으로 명시되어 있었지만 그 내용에 대해 합의되지 않아 내용 명시를 미루었다. 신설된 제8조의2 제2항에 따르면, ‘침략범죄’는 한 국가에 의한 다른 국가의 주권, 영토보전 또는 정치적 독립에 대한 또는 국제연합 헌장과 일치하지 않는 그 밖의 방식에 의한 무력의 행사를 말한다.<sup>8)</sup>

(앞에서 서술한 바대로) 로마규정은 제6조에서 제8조의2에서 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄에 대해 상세하게 규정하고 있다. 로마규정은 어떤 행위가 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄에 해당하는지 여부를 해석함에 있어 엄격하게 해석해야 하고, 유추에 의해 확장해서는 안 됨을 명문으로 규정하였다(로마규정 제22조 제2호).

## 2. 아프리카 국가에 집중됨

국제형사재판소 홈페이지(<https://www.icc-cpi.int/#>) ‘Situations and cases’를 보면, 예비조사(preliminary Examinations)와 조사를 마쳤거나 진행 중인(Situations under investigation) 국가 명단이 나온다. 예비조사 단계인 국가에는 아프카니스탄, 콜롬비아, 가봉, 기니(Guinea), 이라크, 나이지리아, 팔레스타인, 필리핀, 우크라이나, 베네수엘라 10개국이다. 조사를 마쳤거나 진행 중인 국가에는 우간다, 콩고, 수단, 중앙아프리카공화국(2건), 케냐, 리비아, 코트디부아르(Cote d'Ivoire), 말리, 조지아(Georgia), 부룬디(Burundi) 10개국이다.

6) ‘인도에 관한 죄’에 대한 상세한 설명은 김상걸, “인도에 관한 죄의 구성요건과 유형에 대한 고찰”, 「국제법평론」 제47호, 국제법평론회, 2017, 117면 이하.

7) ‘전쟁범죄’에 대한 상세한 설명은 유영근, “국제형사재판소의 전쟁범죄 규정과 그 의의”, 「통일과평화」 제4집 제2호, 서울대 통일평화연구원, 2012, 87면 이하.

8) ‘침략범죄’에 대한 상세한 설명은 이진국, “국제형법상 침략범죄 구성요건의 신설과 전망”, 「형사정책연구」 제93호, 2013, 331면 이하.

조사를 마쳤거나 진행 중인 국가 명단을 보면 조지아(Georgia)를 제외한 9개국이 아프리카 대륙에 있다. 이런 이유로 ‘아프리카 전담 형사재판소’라는 비판이 제기되었고, 실제로 아프리카 54개국 연합체인 아프리카연합(AU)은 공개적으로 반기를 들었다. 아프리카연합(AU)은 현직 케냐 대통령인 우후루 케냐타에 대한 ICC 재판을 유보해야 한다며 유엔 안전보장이사회에 공식 요청했다. 케냐타는 AU 회의에서 “ICC는 정의의 보루가 아닌 제국주의 권력의 장난감으로 전락했다”, “아프리카 사람들은 2류 인간이 아니다”라며 국제형사재판소를 비난했다.<sup>9)</sup> 케냐는 현직 대통령으로는 처음으로 ICC 법정에서 출동했지만, ICC는 현직 대통령 신분을 고려해 기소를 취소했다. 아프리카 국가인 부룬디, 남아프리카 공화국, 감비아(Gambia)는 국제형사재판소가 아프리카 이외 다른 나라들의 전쟁범죄를 목살하고 있다고 비난하면서 국제형사재판소를 탈퇴했다.



위 지도는 국제형사재판소 홈페이지에 있는 지도이다. 검은 색은 조사를 마

9) 2013. 10. 13일자 경향신문 ‘국제형사재판소에 반기 든 아프리카’; “122개국이 로마규정을 비준했으나, 재판소 설립 이래 지금까지 15년간 기소됐거나 공식 조사를 받은 사람은 모두 아프리카인이었다. 기소자 수는 수단과 케냐가 각각 7명, 콩고민주공화국 6명, 우간다 5명, 리비아·코트디부아르 각각 3명, 중앙아프리카공화국 1명 등이다.”

쳤거나 진행 중에 있는(Situations under investigation) 국가 10개국과 예비조사(preliminary Examinations) 중인 국가 10개국이 표시되어 있다. 한 눈에 보기에 아프리카 대륙에 집중되어 있음을 알 수 있다.

### 3. 강대국에는 적용한 예가 없음

아프리카 국가에 주로 국제형사재판소 수사와 재판이 진행되었지만, 강대국에는 국제형사재판소 수사와 재판이 진행된 예가 없다.<sup>10)</sup> 로마규정 서명과 비준을 마친 가입국은 120개국이 넘지만 미국, 러시아, 중국, 일본, 이스라엘 등은 아직 비준하지 않았다. 미국은 해외 주둔 미군의 면책특권 등을 주장하며 로마규정 서명마저 철회하였다. 미국은 자국민을 국제형사재판소에 인도하지 않는다는 2국간 면책 협정(BIA: Bilateral Immunity Agreement)의 체결을 추진하고, 유엔 안전보장이사회 결의를 통해 평화 유지군(PKO)에 대한 소추 면책을 인정하는 결의를 주도했다. 뿐만 아니라 미국은 미국 국민에 대해 ICC로부터의 소추면책을 주는 미국군인보호법(ASPA: American Servicemembers' Protection Act)을 제정했다.<sup>11)</sup>

중국과 러시아도 미국과 마찬가지로 이유에서 로마규정에 가입하지 않았다. 중국과 러시아는 각각 티베트와 체첸에 대한 자국의 강압정책이 국제형사재판소의 심판 대상이 되는 것을 우려했다. 러시아는 유엔의 크림 점령 비난 결의에 2016년에 국제형사재판소 가입을 철회했다. 러시아는 2002년 로마규정에 서명했지만 지금까지 비준하지 않고 있다, 이번에 가입 철회 의사를 공식적으로 밝힌 것이다. 러시아 외무부는 국제형사재판소가 독립적이지 않으며 국제 정의를 실현하는 기구로 존중받지 못했다고 밝혔다.<sup>12)</sup>

10) 2013. 10. 13일자 경향신문 '국제형사재판소에 반기 든 아프리카'; "이라크와 아프가니스탄에서 벌어진 미군의 학살 범죄는 거론조차 된 적 없다. 미국은 로마규정을 비준하지 않았기 때문이다. 미국은 이 재판소가 '미군 면책권'을 주지 않으면 로마규정을 비준할 수 없다고 못박은 바 있다. ... 이 때문에 설립 취지에도 '아프리카만 단죄하는 재판소'란 비아냥을 듣고 있고, 결국 아프리카 대륙 차원의 '비토'를 당하게 됐다."

11) 위키백과 '국제형사재판소' 참조.

12) 2016. 11. 16일자 중앙일보 '러시아, 유엔의 크림 점령 비난 결의에 국제형사재판소 탈퇴'



미국, 중국, 러시아는 국제형사재판소에 일부러 가입하지 않았지만, 국제사회에서 실질적인 힘을 발휘할 수 있는 유엔 안전보장이사회에는 가입되어 있다. 이로써 국제사회에 엄청난 힘을 발휘한다. 국제 정세가 강대국에 의해 움직이는 현실과 규범적인 인권 상황이 괴리되는 것을 확인할 수 있다. ‘북한 인권 결의안’이 한 예이다. 북한은 로마규정 비가입국가이다. 로마규정 비가입국에 대해서는 유엔 안보리가 수사를 요구해야 국제형사재판소에 관할권이 생긴다. 유엔 총회는 ‘북한인권 결의안’에 안전보장이사회가 북한 인권 상황을 국제형사재판소(ICC)에 회부해 인권유린 책임자를 처벌하도록 권고하는 내용을 담았다. 하지만 국제형사재판소에 회부하는 권한이 안전보장이사회에 있어 국제형사재판소에 회부할 가능성은 희박하다. 의제 채택은 안보리 상임이사국 5개국의 거부권이 적용되지 않지만(15개 이사국 중 9개국 이상이 찬성하면 의제로 채택된다), 상임이사국 5개국 중 중국과 러시아가 결의안에 반대하면 국제형사재판소 회부가 무산된다.

#### 4. 테러범죄와 마약범죄는 관할권에 포함시키지 않음

현대사회에서 테러범죄와 마약범죄는 국제적으로 공조해야 할 일도 많고 국제적으로 대처해야 할 필요성이 강한 국제범죄임에는 틀림없다. 테러범죄와 마약범죄를 국제형사재판소의 관할권에 포함시킬지 여부는 초미의 관심사였다. 특히 2001년 9.11 테러 이후 테러범에 대한 국제사회의 공동대응 필요성이 제기되면서, ‘국제형법’으로 규율하자는 목소리가 컸다. 다른 한편에서는 위험사회의 위험을 전세계차원에서 공동으로 대처할 강력한 형법의 필요성이 제기되기도 한다.

테러범죄와 마약범죄가 국제적으로 중대한 범죄라고 하더라도 이를 규율하는 국제형법이 기능적으로 효율적인 형법이 되면 안 된다. 기능(Funktion)은 정당성을 보장하지도, 능력을 보장하지도 않는다. 기능에 지향된 국제형법은 국제질서를 안정화시키는 기능을 추구한다고 하지만, 오히려 국제질서를 불안정하게 할 수 있다. 현재는 이런 우려를 할 단계는 물론 아니다. 테러범죄와 마약범죄를 로마규정이 다루지 않기 때문이다. 국제형사재판소가 이를 다룰 만큼 예산이 많거나, 수사력을 갖추고 있는 것도 아니다. ‘상징형법’으로 대표되는 형법의 실

효성 판단의 경우, 국제형법의 실효성은 국제형법을 집행할 국제기구의 집행력의 결여로 인해 의문을 불러일으킨다.

테러범죄의 정의에 대해 각국은 합의에 이르지 못했고, 마약범죄는 국제형사재판소의 업무 부담을 가중시킬 것이 우려되어 관할권에 포함되지 않았다. 다만 테러범죄와 마약범죄를 국제형사재판소의 관할권에 포함시킬지 여부를 고려하도록 권고하는 결의안이 통과되었다.

### Ⅲ. 국제형법 운영상의 문제점

필자는 이하에서 국제형법 운영상의 문제점을 필자의 시각에서 다루었다. 국제형법 운영상의 문제점은 크게 3가지로 나뉘는데, 집행상의 문제점, 해석상의 문제점, ‘부정적인 니그로이즘(Negroism)’이다. 이는 국제형사재판소 재판 운영상의 문제점은 결코 아니다. 세계 여러 분쟁을 둘러싼 국제정세 속에서 이루어지는 국제형법 운영상의 문제점을 지적한 것이다.

첫째, ‘집행상의 문제점’은 몇몇 강대국들이 국제형사재판소에 가입하지 않으면서도 UN 안전보장이사회 거부권 행사를 통해 국제형법의 집행을 방해할 여지로부터 나온다. 둘째, ‘운영상의 문제점’은 도덕적 논증을 사용하는 현실주의(realism), 도덕적 논증의 파당성(派黨性)에 기인한다. 셋째, ‘부정적인 니그로이즘(Negroism)’은 국제형사재판소 수사, 기소, 재판이 아프리카 국가들에 집중된 현상(現象)에 기인한다.

#### 1. 집행상의 문제점

미국, 중국, 러시아 등 강대국들은 스스로는 국제형사재판소에 가입하지 않으면서도 UC 안전보장이사회 거부권의 행사로 영향력을 미친다. 미국, 중국, 러시아 등 강대국들은 은연중에 자신들이 세계를 주도하고 싶은 욕구를 드러낸다. 이는 세계의 정체성을 자신들이 규정하겠다는 것에 다름없다. 이 경우 로마규정으로 대표되는 국제형법 또한 강대국의 이해에 맞게 활용되기를 강대국들은 원

한다.

정체성을 말하기 위해서는, 우선 누구의 정체성인가를 명확하게 밝혀야 한다. 예를 들어 세계의 많은 문화는 매우 다양하며 서로 다르기 때문에, 하나의 정체성을 말하기는 불가능하다. 한 개인의 정체성, 지역의 정체성, 국가나 민족의 정체성을 말하는 것은 가능할지 모르나, 이 모두를 아우르는 전체의 정체성을 말하기는 어렵다. 단지 부분의 정체성만이 있을 뿐이다. 정체성이 적용되는 영역을 제한해서 설정해야 한다. 예컨대 한 국가 내부에서 서로 다른 문화집단이 충돌하는 경우에는 ‘정체성과 통합’ 문제가 제기되는 반면에, 국제 사회에서는 통합은 문제되지 않는다. 세계질서는 각국의 정체성을 인정해 주는 데서 성립하지, 강대국의 질서로 인한 통합으로 성립하지 않는다. 하지만 현실에서는 정체성의 억압과 대립, 갈등이 증폭되며 서로가 서로를 통합하려 한다. 어떤 한 문화(예컨대 지금의 미국 문화나 서양 중심의 세계관)를 세계를 이끄는 주도문화로 본다면, 다른 사회의 정체성(예컨대 이슬람 문화)는 억압당하는 입장이 된다. 세계사회의 거짓 정체성을 통해 세계질서를 세우고, 이를 강대국의 정체성을 보호하고 강요하는 수단으로 사용된다면, 이는 다른 사회의 정체성을 무너뜨릴 뿐만 아니라 세계사회와 세계질서의 정체성 또한 무너뜨린다. 국제사회에서 전체는 정체성을 가질 수 없으며, 오직 부분만이 정체성을 가진다. 세계질서는 각 부분사회의 정체성을 서로 인정하는데 있지, 부분을 전체의 시각에서 통합하고 규제하려는 전체성(totality)에 있지 않다.

강대국(強大國)은 자국의 시각에서 세계를 규율하고 통합하려 하고, 약소국(弱小國)은 자국의 이익을 추구하면서도 많은 경우 강대국의 논리에 실용적으로 대응한다. 강대국은 자신의 기준으로 세계를 규율하려 하고, 약소국은 실용주의 노선에 따라 타협한다. 강대국은 약소국의 시각과는 다르게 세계를 바라보며, 세계를 규율하려고 노력한다. 동물 세계를 지배하는 규칙은 누가 먹고 먹히느냐에 있는 반면에, 인간 세계를 지배하는 규칙은 누가 규율하고 누가 규율받을 것인가에 있다. 세계 정체성을 자신의 입장에서 규율하겠다는 강대국의 입장은 국제형법마저도 자신들의 규율수단으로 전락시킬 위험이 없지 않다. 법규범은 사회를 반영한다. 우리나라 형법이 한국 사회의 형법이듯, 국제형법은 국제사회의 형법이다. 국제형법을 분석할 때는 국제사회에 대한 분석을 전제로 해야

한다. 텍스트(text)는 그것이 만들어진 상황(context) 속에 있다는 것, 즉 상호 텍스트 의존성(intertextuality)이 존재한다.<sup>13)</sup>

## 2. 해석상의 문제점

### 가. 도덕적 논증을 사용하는 현실주의(realism)

로마규정 제22조 제2호는 “범죄의 정의는 엄격히 해석되어야 하며 유추에 의하여 확장되어서는 아니된다. 범죄의 정의가 분명하지 않은 경우, 정의는 수사·기소 또는 유죄판결을 받는 자에게 유리하게 해석되어야 한다”고 규정하고 있다. 로마규정이 이런 명시적인 규정을 로마규정 내에 규정한 것은 로마규정(Rome Statute)이 범죄로 규정한 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄를 해석함에 있어 국제사회의 역학 관계 등에 따라 왜곡될 여지가 있음을 역설적으로 말해준다.

로마규정에 규정된 ‘범죄 해당 여부’를 해석함에 있어 가장 중요한 이념적 토대는 ‘인권’이다.<sup>14)</sup> 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄에 의해 인간의 ‘근본이익(basic interests)’은 심각하게 침해된다. 하지만 필자가 보기에 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄에 해당되는지 여부를 해석함에 있어, ‘근본이익으로서 인권’이 아닌 ‘형이상학적 도덕, 인간존엄, 세계사회의 정체성, 도덕과 연관된 인권’ 관점이 작용할 여지가 크다. 국제관계에서 인권 개념은 이상주의(idealism) 전통에 속하는데, 지금까지 국제관계에서는 현실주의(realism)가 지배적이었다.<sup>15)</sup> 국제관계에서 힘을 바탕으로 한 현실주의(realism)는 의외로 법적 논증에서는 도덕의 힘을 빌리는 경우가 허다하다. 로마규정 제22조 제2호는 범죄 정의(定義)는 엄격히 해석되어야 한다고 규정하고 있지만, 현실 규정

---

13) 에드워드 W. 사이드(박흥규 역), 「오리엔탈리즘」, 교보문고, 2007, 36면.

14) “우리 시대는 세계화의 수많은 도전에 직면해 있습니다. 그것이 국제법이든 국제 법질서 및 평화 질서에 관한 것이든, 세계적인 경제질서와 사회질서 혹은 서로 다른 문화와 종교들의 공동생활에 관한 것이든 간에, 정의는 이런 수많은 과제들에 정당성을 부여하는 결정적인 기준입니다.” 오트프리트 회페(박종대 역), 「정의」, 이제이북스, 2004, 한국어판 서문.

15) 마이클 프리먼(김철효 역), 「인권: 이론과 실천」, 아르케, 2006, 177면.

해석에 있어서는 그렇지 못할 가능성이 농후하다.<sup>16)</sup>

#### 나. 도덕적 논증의 파당성(派黨性)

일면(一面) 국제형법을 근거짓고 형성할 때 가치나 도덕에 대해 논의하는 것은 긍정적으로 보인다. 하지만 형법을 집행하는 권력이 가짜 가치와 가짜 도덕을 형법을 통해 실현할 위험도 적지 않다. 이런 현상은 ‘테러와의 전쟁에 투입된 국제형법’에서 볼 수 있는데, 여기서 선과 악은 매우 정확하게 나누어진다. 선/악의 기준으로 우선 나뉜 후, 법/불법의 기준은 뒤따른다.<sup>17)</sup> 이런 우려를 감안한다면 로마규정이 테러범죄를 관할권의 대상으로 규율하지 않은 것은 잘못된 결정이 아니다. 테러범죄는 국제형사재판소 관할권이 적용되는 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄와는 차이가 있다. 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄는 좌우의 대립에 따라 다르게 판단할 여지가 많은 범죄인 반면에, 테러범죄는 좌우의 대립보다는 종교와 문명 간의 대립이 심하게 표출된다. 테러범죄에 대해 국제형법으로 대응하는 것은 국제사회에 더 큰 문제를 초래할 수 있다.

국제질서는 보편적인 핵심인권이 침해되지 않는 한, 각국 문화의 다양함에 근거를 두어야 한다. 국제질서를 형성하는 길은 모호하게 말하면, 다른 것은 다르게, 같은 것은 같게 다루는데 있다. 도덕과 가치로 무장한 논증을 통해 로마규정이 규율한 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄를 해석하게 되면, 다양성의 차이를 공통성의 침해로 간주할 여지가 생긴다. (여기서 필자는 매우 조심스럽다. 필자는 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄를 저지른 사람을 두둔할 생각은 전혀 없다.) 정당한 국제질서는 가치나 도덕과 연관된 국제형법을 통해서 형성되는 것이 아니다. 국제형법의 과제는 문화 간의 차

16) 국제형법이 국제사회에서 지배적인 역할을 수행하는 몇몇 국가가 이를 따르는 국가를 지배하고, 이를 따르지 않는 국가를 배제하는 수단으로 만들어지고 운영되지 않을까 하는 의문을 배제하기 어렵다. 더 이상 형사정책의 한계로서 형법이 아니라, 형사정책의 수단으로서 형법이 이야기되고, 더 이상 형법원칙이 원칙으로서 역할을 감당하지 못하는 현실을 볼 때, 이러한 우려는 설득력을 더 갖는다.

17) 위르겐 하버마스, *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp, 1999, S. 217 ff.

이가 없는 영역에는 강한 형법을 형성하고, 이를 지속적으로 안정화시키는데 있다. 문화 간의 차이가 크게 존재하는 영역에 국제형법이 투입되거나, 문화 간의 차이가 없는 영역을 국제형법이 안정화시키지 못할 때 국제형법은 그 타당성을 상실한다.

‘인간존엄’으로 ‘국제형법’을 근거지우는 시도도 비슷한 비판을 받는다. 이에 따르면 인간존엄은 문화 차이를 뛰어넘는 보편적 원칙으로, 국제형법을 근거짓는 기초가 된다. 일면(一面) 인간존엄을 통해 공통점을 찾기는 쉬워 보이며, 인간존엄 원칙을 기초로 국제형법을 근거지는 것이 유일한 통로로 보이기까지 한다. 인간존엄 개념이 우리에게 주는 느낌 또한 환상적이어서, 국제형법을 통해 인간존엄을 꼭 지켜야 할 것 같은 감정을 유발시킨다. 하지만 유심히 살펴보면, 인간존엄 개념만큼 막연하고 불특정한 개념은 없으며, 인간존엄 개념을 통해 공통점을 찾기가 쉬지 않다. 사람에 따라, 문화에 따라, 종교에 따라 인간존엄침해에 대한 해석이 다르다. 특히 이러한 차이는 인간존엄을 가치 개념으로 바라볼 때 더 확장된다. 사람은 그 사회의 가치관을 따르고 있을 뿐 아니라, 많은 경우는 사회의 가치관과 다른 고유한 가치관을 가지고 있기도 하다. 이 때문에 같은 문화권이나 같은 종교를 가진 사람과도 인간존엄 침해 여부에 대해 합의가 어렵다. 사회가 시간이 지남에 따라 세속화, 다원화, 복잡화되어, 같은 문화권 내에서도 평가가 다를 수 있다. 다른 문화권이나 다른 종교를 가진 사람과 이야기할 때는 사정은 훨씬 복잡해진다. 가치 개념으로 인간존엄 개념을 근거짓는다면 국제형법을 근거지울 공통점을 이끌어 내기가 매우 어렵다. 인간존엄 개념의 불특정성과 모호성을 생각할 때, 인간존엄 ‘개념’이 가지는 매력에도 불구하고 국제형법의 기준으로는 타당하지 않다.

필자는 국제형법에 규정된 범죄를 해석함에 있어, 그 배경으로 ‘근본이익과 연관된 인권’을 기초로 삼아야 한다고 본다.<sup>18)</sup> 세계사회의 정체성, 인간존엄, 심지어 도덕과 연관된 인권으로 국제형법을 근거짓고 형성하려는 견해들은 보

18) ‘근본이익과 연관된 인권’을 배경으로 국제형법을 바라보자는 주장은 국제사회의 현실과는 거리가 있다. 물론 필자가 전개하는 이론적인 논증의 한계를 인정할 수밖에 없다. 그럼에도 의미가 없는 작업이 아니라고 생각되는 것은, 이를 통해 국제형법을 현실에서 국제정치의 수단으로 사용하려는 (규범을 권력 하에 두려는) 시도를 제한할 수 있는 근거점을 제공할 수 있기 때문이다.

편적 효력을 일방적으로 주장한다. 가치, 도덕이나 정체성을 형성하는 규칙과 관련하여 국제형법을 보게 되면, 자신과 주장이나 이해를 같이하는 사람들끼리 뭉쳐서 파벌을 형성하는 성향을 띤다. 이 견해들은 타당성에 이르는 상호 승인의 절차를 거치지 않았다는 공통점이 있다.

반면에 ‘근본이익과 연관된 인권’으로 국제형법을 근거지우는 시도는 국제형법에 규정된 범죄를 해석할 때 적용 영역을 핵심 영역으로 축소시킨다. 가치는 모든 사람과 모든 문화에 보편적이지 않고, 각각의 사람과 각각의 문화에 달려 있다. 가치와는 대조적으로, 근본이익은 문화와 상관없이 모두에게 보편적이다. 물론 어떤 가치와 도덕은 보편적 타당성을 지니고 있다. 하지만 형법의 최후수단성(ultima ratio)을 생각해 볼 때, 가치나 도덕이 국제형법 해석의 기초가 될 수 없음은 자명해 보인다. 이는 구제법과 형법을 비교함으로써 알 수 있다. 즉 정당한 국제질서와 관련하여 구제법과 형법을 구별해야 한다. 구제법을 통해 우리는 어려운 이웃을 도와야 한다는 도덕이나 가치를 실현할 수 있다. 가난한 국가의 굶고 있는 사람을 도와야 한다는 보편적 가치를 국제 구제법을 통해 증진시킬 수 있다. 이 경우 더 나은 국제질서를 위해 부국(富國)의 도움을 강제하는 것은 오히려 필요할지 모르겠다. 하지만 국제형법은 구제법과 매우 다르다. 모든 사람과 모든 문화에 타당한 보편성을 따져야 할 뿐 아니라, 가장 강력한 도구라는 형법의 성질을 염두에 두어야 한다.

하지만 ‘근본이익과 연관된 인권’이라고 하더라도 국제형법의 운영에서 왜곡될 여지가 여전히 많다. 인권 기준마저 그런 비난을 받는다. 진보든 보수든, 강대국이든 후진국이든 모든 인간과 국가에 필요한 것이 인권임에도 그렇다.<sup>19)</sup> 인권의 잣대 자체가 강대국에게는 가지 않고, 약소국에게만 갈 때 국제형법의 운영은 왜곡된다.

### 3. 부정적인 니그로이즘(Negroism)

로마규정은 그 대상을 개인(자연인)으로 한정하였다. 그 국가는 대상이 아니

19) 조효제, 「인권의 풍경」, 교양인, 2008, 17면.

다. 하지만 조사를 받고 재판을 받는 개인이 속한 국가는 의도하지 않게 ‘국제 형법 심판국’이라는 딱지를 받는다. 공교롭게도 이 딱지는 아프리카 대륙에 집중되어 있다. 아프리카 국가들에 편중된 국제형사재판소 재판은 로마규정을 해석함에 있어 전세계를 대상으로 적용하지 않고 임의로 적용하지 않았나 하는 의심을 갖게 한다. 새로운 오리엔탈리즘인 ‘니그로이즘(Negroism)’이 등장할지도 모른다.<sup>20)</sup> ‘오리엔탈리즘’은 잘못된 기준을 통해 이루어졌지만, 부정적 의미의 ‘니그로이즘’은 국제형법을 통해 이루어진다.

국제형사재판소 재판이 아프리카 국가에 집중되었다고 해서, 이를 ‘오리엔탈리즘’과 연관시키는 것은 무리가 있다. ‘오리엔탈리즘’은 서양이 ‘의도적으로’ 동양에 부정적인 낙인을 찍음으로써 자신의 정체성을 드러내는 방법인 반면에, 필자가 말하는 부정적 의미의 ‘니그로이즘’은 로마규정이 규율한 범죄를 저지른 자를 징벌하는 과정에서 ‘부수적으로’ 생기기 때문이다. 의도적으로 아프리카 국가들을 대상으로 했다고 보기 어렵다. 그럼에도 현상적으로 (앞의 지도에서도 볼 수 있듯이) 아프리카 국가들은 낙인을 찍히듯 두드러진다. 로마규정이 개인(자연인)을 처벌대상으로 함에도, 국가 전체가 부정적인 시각, 나아가서는 부정적인 정체성을 얻게 된다.

‘오리엔탈리즘’은 ‘동양’과 ‘서양’이라고 하는 것 사이에서 만들어지는 존재론적이자 인식론적인 구별에 근거한 하나의 사고방식으로, 동양을 지배하고 재구성하며 억압하기 위한 서양의 방식이었다.<sup>21)</sup> ‘오리엔탈리즘’이 서양이 강자의 입장에서 동양을 지배하던 시대에 만들어진 담론이고 지식체계였다.<sup>22)</sup> 이 지식체계는 식민 지배를 정당화하는 논리로 이용되었다. ‘오리엔탈리즘’을 통해 서

20) 사전을 살펴보니, ‘니그로이즘(Negroism)’은 긍정적인 의미가 있다. ‘범니그로이즘(Pan-Negroism)’은 19세기 말에 일어나서 1920년대에 가장 성하였던 흑인국제주의를 뜻한다. 역사적으로는 미국에서의 흑인운동의 국제판으로 전개된 것으로, 미국과 서인도제도·아프리카 및 기타 지역 흑인들의 국제적 연대와 인종적 복권(復權)을 주장하였다. ‘두산백과’ 참조

21) 에드워드 W. 사이드(박홍규 역), *전계서*(주13), 16면, 18면.

22) “오리엔탈리즘이 제도의 면에서도, 내용의 면에서도 급속하게 진전된 시대는 유럽의 엄청난 팽창의 시대와 완전히 일치한다. 곧 1815년부터 1924년까지 유럽이 직접 지배한 식민지 영토는 지구 표면의 거의 35퍼센트에서 85퍼센트까지 확대되었다. 모든 대륙이 영향을 받았으나, 특히 그 영향이 현저했던 곳은 아프리카와 아시아였다.” 에드워드 W. 사이드(박홍규 역), *전계서*(주13), 82-83면.



양은 동양에 대한 우월성을 주장했다. 동양은 자신의 이미지나 정체성을 스스로 대변하지 못하고 ‘오리엔탈리즘’이라는 매체를 통해 서양이 대변했다.<sup>23)</sup> 동양은 관찰되었고, 있는 그대로의 동양이 아니라 동양화된 동양이었다.<sup>24)</sup> 서양은 어디까지나 행위자이고 동양은 수동적인 반응자였다. 서양은 동양의 모든 측면에 관한 관찰자, 재판관, 배심원이었다.<sup>25)</sup>

(앞서 언급한 바대로) ‘오리엔탈리즘’과 필자가 말하는 ‘니그로이즘’은 같은 선상에서 판단할 문제는 아니다. 하지만 국제형사재판의 현상(現象)을 두고 볼 때는 그냥 지나칠 문제는 아닌 것 같다. 조사를 마쳤거나 진행 중인 10개국 중에 9개국이 아프리카 국가이고, ‘아프리카 전담 형사재판소’라는 비아냥 속에 아프리카연합(AU)은 2013년 정상회의에서 공개적으로 반기를 들었다. 아프리카 국가인 부룬디, 남아프리카 공화국, 감비아(Gambia)는 국제형사재판소를 탈퇴했다. 아프리카 다수 국가는 국제형사재판소에서 집단 탈퇴하는 방안을 추진하고 있다. 아프리카 43개국이 국제형사재판소에 가입할 때, 아프리카 국가들은 ‘침략범죄(crime of aggression)’에 매력을 느꼈다.<sup>26)</sup> 그들 나라 모두는 서양의 식민지가 되었던 국가들이다.<sup>27)</sup> 하지만 ‘침략범죄’는 로마규범에 관할권에 명시되기는 했지만, 조문으로 규정된 것은 최근의 일이다.

국제형사재판소는 수사, 기소, 재판을 전 세계 국가를 대상으로 공평하게 적용해야 ‘선별적 정의(selective justice) 실현’이라는 비판에서 자유롭게 된다. 물론 아프리카 국가에 집중된 국제형사재판소 실무가 의도적이지는 않았을 것이다. 아프리카 외 국가 범죄자에 제대로 개입하지 못한 것은 국제정세를 고려하고 분쟁 우려를 고려한 결과라고 생각된다. 국제형사재판소(ICC)의 한계일 수 있지만, 이를 극복할 방안을 마련해야 한다.

23) 에드워드 W. 사이드는 ‘루이 보나파르트의 브뤼메르 18일’에서 “그들은 스스로 자신을 대변할 수 없고 다른 누군가에 의해 대변되어야 한다”는 마르크스의 말을 인용한다. 에드워드 W. 사이드(박홍규 역), 전계서(주13), 51면.

24) 에드워드 W. 사이드(박홍규 역), 전계서(주13), 190면, 192면.

25) 에드워드 W. 사이드(박홍규 역), 전계서(주13), 199면.

26) 양철준, “아프리카 국가들의 국제형사재판소 탈퇴 움직임”, EMERiCs, 대외 경제정책연구원(KIEP), 2면.

27) 서양의 침략범죄는 시간이 지나 거론조차 되지 않고, 아프리카 내전은 비난받는 게 현실이다. 침략범죄 처벌에 ‘소급효’가 있다면 서양 국가와 일본은 제1순위 대상 국가가 된다.

#### IV. 결론(結言)

‘인도에 반한 죄(crimes against humanity)’가 최초로 정립된 ‘뉘른베르크 전범 재판’ 이후 ‘구 유고슬라비아 국제전범재판소(ICTY)’, 르완다 국제형사재판소(ICTR), 캄보디아 크메르루주 유엔특별재판소(ECCC), 시에라리온(Sierra Leone) 특별재판소 등 임시로 설치된 유엔 특별재판소는 그 시대의 사명을 다했다. 이런 노력의 결실로 상설 재판소인 ‘국제형사재판소’가 설립되었고, 형사 사법에서 ‘보편적 정의(universal justice)’를 실현할 기구로 자리매김했다. 로마규정은 서문에서 국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄를 범한 자들이 처벌받지 않는 상태를 종식시키고, 이를 통하여 그러한 범죄의 예방에 기여하고자 한다는 원대한 목표를 설정했다.

필자는 앞에서 국제형법 운영상의 문제점을 집행상의 문제점, 해석상의 문제점, ‘부정적인 니그로이즘(Negroism)’ 3가지로 짚어보았다. 이는 국제형사재판소 재판 운영상의 문제점이 아니며, 국제정세 속에서 이루어지는 국제형법 운영상의 문제점을 말한다. 텍스트(text)는 상황(context) 속에서 해석된다는 점을 고려한다면, 국제형법 텍스트는 국제사회라는 상황의 영향을 받지 않을 수 없다.

필자는 ‘국제형법의 가능성과 한계’를 살펴보면, 국제형법의 존재에 반대하는 것은 아니다. 다만 국제형법의 효력에 문제가 있음을 지적한다. 현재 강대국 중심의 국제 질서를 고려해 볼 때, 국제형법이 편중되게 집행될 가능성이 있다. 국제형법이 집행되는 가운데 국제형법의 내용도 왜곡될 여지가 있다. 국제형법을 보편형법으로 고려한다고 해도 보편성 기준 자체가 강대국의 이해에 따라 달라진다. 아프리카 국가에 집중되는 수사, 기소, 재판의 편파성을 우선적으로 극복해야 한다. 필자의 생각에는 실무와 법 해석에 문제가 있는 것은 국제관계의 역학 관계에서 기인한다.

국제형법이 제대로 집행되기 위해서는 개별 국가보다 UN 등 세계기구가 우위에 있어야 한다. 서열상의 우위뿐만 아니라 실제 힘에 있어서도 그래야 한다. 하지만 오늘날 국제 사회는 그렇지 않다.<sup>28)</sup> 강대국끼리 서로를 견제할 뿐 강대국을 견제하는 국제기구는 거의 없다. 세계 시민단체가 그 역할을 수행할 뿐이

다. 국제형사재판소(ICC)도 과연 독자적인 기구로 강대국의 이해관계를 배제할 수 있을지 의문이다. IMF, 세계은행, WTO가 세계 부자 나라의 의도대로 움직이는 것과 비슷한 맥락이다.<sup>29)</sup>

국가 주권과 국제 형사 재판권 간의 충돌도 해결하지 못한 문제이다. 최고의 권위가 주권 국가에 있는 세계에서 보편적 인권이란 위선에 불과한 지도 모르겠다.<sup>30)</sup> 인권은 보편을 계속 지향하지만, 국가 체계는 오랜 동안 소멸하지 않을 것이다.<sup>31)</sup> 국제형법이 제대로 존립하려면 국가들이 국제형법을 자국의 법보다 상위법으로 인정하고 따라야 한다.<sup>32)</sup>

아직 국제형법을 실현할 때가 되지 않은 것은 아닐까? 칸트가 말하는 ‘세계 공화국’이 도래한다면 국제형법의 내용을 불평부당하게 해석하고 제대로 실행할 수 있지 않을까? 홉스의 세계관과 칸트의 세계관이 충돌하지만 (필자가 보기에) 홉스의 세계관이 여전히 국제질서의 현실이다. 칸트의 세계관이 그나마 실현되고 있는 곳은 유럽이다. 칸트는 여러 국가로 나뉘어 있는 세계가 하나의 세계 공화국으로 통합되기는 어렵다고 보고 다양한 수준의 연맹과 연합을 제안했다.<sup>33)</sup> 제레미 리프킨(Jeremy Rifkin)은 이를 ‘유러피언 드림’에서 그리고 있다. 하지만 미완성된 ‘유러피언 드림’일 뿐 전 세계 차원의 꿈은 아직 아니다.<sup>34)</sup> 그러

28) “국제법은 전통적으로 국제평화의 유지를 목표로 국가 간의 관계를 규제하는 데 관심을 기울여왔다. 이 기획에서 가장 주요한 사고는 국가주권, 즉 국가는 다른 국가의 내정을 간섭할 수 없다는 것이었다. UN은 국제법에 인권 개념을 도입하면서도 이러한 주권 개념에는 수정을 가하지 않았다. 국제무대에서 국가와 여타 행위자들은 항상 자신의 이익과 원칙을 실현하려고 한다. 따라서 국제법 체계는 이들 행위자들에 의해 강한 정치적 압력을 받을 수밖에 없다. 그리하여 UN의 인권에 대한 이행방식은 고도로 정치화되었으며, 그 결과 특정 인권문제에만 선별적으로 관심을 갖거나 인권문제를 놓고 정치적 흥정을 하거나 혹은 문제 해결에 능장을 부리는 등의 모습을 보이게 되었다.” 마이클 프리먼(김철효 역), 전제서(주), 15면.

29) “부자 나라들이 가진 막강한 영향력보다 더 중요한 것은, 바로 그 영향력을 발휘해 자기들이 원하는 대로 세계 경제의 규칙을 만들고자 하는 부자 나라들의 의도이다. ... 그렇지만 개발도상국들의 정책 형성에 있어 보다 중요한 역할을 하는 것은 내가 ‘사악한 삼총사’라고 부르는 다자적 기구들, 즉 IMF, 세계은행, WTO이다.” 장하준(이순희 역), 「나쁜 사마리아인들」, 부키, 2007, 58면.

30) 제레미 리프킨(이원기 역), 「유러피언 드림」, 민음사, 2005, 381면.

31) 조효제, 전제서(주19), 29면.

32) 스테판 에셀(임희근 역), 「참여하라」, 이루, 2012, 52-53면.

33) 신진욱, 「시민」, 책세상, 2009, 100면.

34) 홉스적인 세계관을 대신해 칸트적인 세계관이 영향력을 발휘하기 위해서는 주권의 주체인

면 세계 공화국이 도래하지 않았다고 해서 국제형법의 ‘가능성’을 손 놓고 있어야만 하는가? 국제형법의 ‘한계’ 때문에 국제형법의 ‘가능성’을 포기해야 하는가?

세계 여러 국가들이 서로 공조해야 할 일은 점점 많아지고, 이는 국제형법의 경우도 마찬가지다. 국제형사재판소의 역할은 점점 더 중요해진다. 주권 국가와 국제형법의 상충이 여전히 국제형법을 제대로 운영할 수 있는 기반 자체가 약하지만, 그래도 방법이 없는 것은 아니다. 무엇보다 로마규정을 ‘보편적 인권’을 중심으로 엄격하게 해석하는 노력을 기울려야 한다.<sup>35)</sup> 로마규정의 집행에 있어서도 ‘보편적으로’ 행해져야 한다.

## 참고문헌

- 김상걸, “인도에 관한 죄의 구성요건과 유형에 대한 고찰”, 「국제법평론」 제47호, 국제법평론회, 2017.
- 신진욱, 「시민」, 책세상, 2009.
- 양철준, “아프리카 국가들의 국제형사재판소 탈퇴 움직임”, EMERiCs, 대외 경제정책연구원(KIEP), 2016.
- 유영근, “국제형사재판소의 전쟁범죄 규정과 그 의의”, 「통일과평화」 제4집 제2호, 서울대 통일평화연구원, 2012.

---

국가가 국제법을 최고의 법원으로 삼는 세계국가에 주권을 넘겨주어야 한다. 하지만 어느 국가도 국민국가의 주권을 선불리 포기하지 않는다. 따라서 우선되어야 할 것은 세계정부의 토대를 마련하는 것이다. 세계정부의 토대가 갖추어지기 전에는 국민국가는 여전히 힘을 발휘해야 하며(할 일이 너무나 많다. 세계화가 됨으로 해서 국가의 과제가 어려워질 뿐이다), 형성되는 세계정부와 협력하여 과제를 수행해야 한다. 제러미 리프킨이 주장하는 ‘유러피언 드림’ 또한 유럽의 민족국가와 EU가 협력해서 이루어내야 할 과제이다.

- 35) ‘유러피언 드림’을 실현하기 위해서는 새로운 인권 개념이 필요한데, ‘보편적 인권’ 개념이다. ‘보편적 인권’ 개념은 시민권을 뛰어넘는 인권 개념, 탈영도화된 인권 개념이다. 제러미 리프킨은 유러피언 드림의 성공은 문화의 정체성, 보편적 인권, 통치체제라는 이 3자 사이의 관계를 대립되지 않고 상호 보완적으로 이끌 수 있는 능력에 달려 있다고 말한다. 필자가 보기에 가장 큰 문제는 소수 문화의 정체성과 보편적 인권을 보장할 수 있는 통치체제가 마련되어 있지 않다는 점이다. 저자의 지적처럼, 최고의 권위가 주권 국가에 있는 세계에서는 보편적 인권이란 위선에 불과할지 모른다. 국민국가에서 세계정부로 통치체제의 모습이 변화된다고 하더라도, 현재로서는 아직 도래하지 않은 꿈에 지나지 않는다.

이진국, “국제형법상 침략범죄 구성요건의 신설과 전망”, 「형사정책연구」 제93호, 2013.

조효제, 「인권의 풍경」, 교양인, 2008.

마이클 프리먼(김철효 역), 「인권: 이론과 실천」, 아르케, 2006.

위르겐 하버마스, *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp, 1999.

오프리트 회페(박종대 역), 「정의」, 이제이북스, 2004.

르네 코에링 줄랭, “형법의 세계화”, in: 이브 미쇼(강주현 역), 「문화란 무엇인가(1)」, 2003.

제러미 리프킨(이원기 역), 「유러피언 드림」, 민음사, 2005.

에드워드 W. 사이드(박홍규 역), 「오리엔탈리즘」, 교보문고, 2007.

[Abstract]

## Possibilities and limits of international criminal law

Ko, Bong-Jin

*Professor, Jeju National University Law School*

In this paper, I have discussed the problems of the operation of the International Criminal Law in my view. There are three major problems in the operation of the International Criminal Law: enforcement problems, interpretation problems, and ‘negative Negroism’. This is not a problem in the operation of the International Criminal Court, but also a problem in the international criminal law operation in the international situation. Considering that text is interpreted in context, international criminal texts must be influenced by the situation of the international community.

First, ‘executive problems’ stem from the possibility that some of the world’s great powers do not join the International Criminal Court, but they hinder the execution of international criminal law through the veto of the UN Security Council. The United States, China, Russia and other great powers reveal their desire to lead the world. It is nothing more than to define the identity of the world. In this case, the powerful countries want the international criminal law, which is represented by the Rome statute, to be used in accordance with the interests of the great powers.

Second, ‘operational problems’ are caused by realism, which uses moral arguments, and ‘partiality’ of moral arguments. The concept of human rights belongs to the idealism tradition, but realism has dominated international relations. Realism based on strength in international relations is unexpectedly borrowing the power of morality in legal argument. Article 22(2) of the Rome Statute states that criminal definition should be strictly interpreted, but it is unlikely to be true in interpreting realistic regulations.

Third, ‘negative Negroism’ is caused by the fact that the investigation, prosecution and trial of International Criminal Court are concentrated in African countries. The International Criminal Court is free from the criticism of ‘selective justice’ to be applied equally to all the countries of the world for investigations, prosecutions and trials. Of course, the practice of the International Criminal Court concentrated in the African countries would not have been intentional. The failure to properly intervene in non-African country criminals is considered to be due to considering the international situation and considering the concerns of disputes. It may be the limit of the International Criminal Court, but it must be overcome.

More and more countries are working together to do international criminal law. Above all, we must make efforts to strictly interpret the Roman rule centered on ‘universal human rights’. The concept of ‘universal human rights’ should also be the concept of ‘rights based on fundamental

interests’.

**Key words** : International Criminal Law, Roma Statute, International Criminal Court(ICC), Interpretation, Universal human rights