

Genocidal Intent 개념에 대한 인식기반해석론 비판*

김 상 결**

◀ 목 차 ▶	
I. 들어가는 말: 제노사이드의 특수한 주관적 구성요건에 대한 전통적 해석론	IV. 인식기반해석론에 대한 비판
II. 의욕기반해석론(Purpose-based approach)	1. '불면증에 걸린 사령관'의 가설
III. 인식기반해석론(Knowledge-based approach)	2. 결과 또는 상황?: 인식의 객체에 대하여
	3. 왜 정범인가?: 공동범죄집단이론 및 간접정범이론과의 비교
	4. 왜 인식인가?: 종범이론과의 비교
	V. 나가는 말: 결국 종범이론의 하나인가?

I. 들어가는 말: 제노사이드의 특수한 주관적 구성요건에 대한 전통적 해석론

국제형사재판소(이하 "ICC"라 칭함)의 기본법인 로마규정 등 제노사이드의 범죄定義를 규정하고 있는 많은 국제문서들이 수정 없이 채택하고 있는 1948년 제노사이드 협약 제2조는 다음과 같

• 투고일(2016.05.20.), 심사일(2016.06.08.), 게재확정일(2016.06.10.)

* 이 지면을 빌어 소중한 코멘트를 주신 익명의 심사위원분들께 깊은 감사의 마음을 전하고자 합니다. 이 논문은 2016년도 대한국제법학회 신진학자학술대회에서 발표한 원고를 수정, 보완한 것이며, 필자의 박사학위논문의 일부를 발췌한 것이다. '비판I'과 '비판II' 전문은 <http://www.springer.com/gp/book/9789462651227>의 "Download Sample pages 2 PDF"에서 무료로 확인할 수 있다. 이 학위논문은 'A Collective Theory of Genocidal Intent'라는 제목으로 2016년 5월 네덜란드 소재 T.M.C. Asser Press에서 출간되었다. 필자는 이 박사학위논문에서 Genocidal Intent 개념에 대한 인식기반해석론을 두 섹션에 걸쳐 비판하였다. 즉, 먼저 '이 이론의 적용 결과가 야기하는 모순에 근거한 비판(비판I)'을 한 후 '이 이론에 내재하는 이론적 결함에 근거한 비판(비판II)'을 가하였다. 본 논문은 '비판I' 부분을 발췌한 것이다.

** 고려대학교 법학연구원 연구교수; Research Fellow, CILRAP.

이 규정하고 있다:1)

“제노사이드란 그 자체로서의 국가적, 종족적, 인종적 또는 종교적 집단의 전부 또는 일부를 파괴할 의도를 가지고 행해진 아래의 행위를 의미한다.

- (a) 한 집단의 구성원들을 살해하는 행위;
- (b) 한 집단의 구성원들에게 심각한 육체적 또는 정신적 위해를 가하는 행위;
- (c) 한 집단 전체 또는 일부의 물리적 파괴를 야기 시키기 위해 준비된 생활조건을 의도적으로 그 집단에게 가하는 행위;
- (d) 한 집단 안에서의 출생을 막기 위한 의도에서 준비된 조치를 가하는 행위;
- (e) 한 집단의 어린이들을 강제로 다른 집단으로 이동시키는 행위.”

위의 도입부분에서 “파괴할 의도를 가지고(with intent to destroy)”라고 규정된 부분이 바로 제노사이드의 특수한 주관적 구성요건으로서의 ‘파괴할 의도’, 즉 ‘genocidal intent’인데, 이 개념은 ‘특별고의(special intent 또는 *dolus specialis*)’ 또는 ‘특정고의(specific intent)’라는 용어로도 불린다. 이 글에서는 genocidal intent라는 용어로 통일하여 사용하기로 한다. 이 개념은 제노사이드의 특유한 주관적 요건으로서, 제노사이드 범죄정의의 ‘정수’라고도 지칭된다. 동시에 이 genocidal intent의 개념은 제노사이드의 범죄정의를 실제 사건에 해석, 적용시키는 데 있어서 많은 어려움과 혼란을 야기시켜 온 원천이었다. 첫째로, 이 주관적 요건은 한 집단의 다른 집단에 대한 대규모 범죄인 제노사이드의 수많은 범죄행위자의 주관적 상태를 표현하기에 너무 과중한 요건으로 보인다. “의도(intent)”라는 개념뿐만 아니라 “그 자체로서의 국가적, 종족적, 인종적 또는 종교적 집단의 전부 또는 일부를 파괴할”이라는 그 의도의 내용은 일반적으로 제노사이드 범죄 실행의 도구로 사용되는 수많은 보통 사람들이 가지기에는 너무 거대한 어떤 것을 함의하고 있는 것이다.

인도에 반하는 죄의 경우와 비교해 본다면, 인도에 반하는 죄의 경우에는 살해, 고문, 노예화 등 구체적 기본행위(underlying act)에 수반되는 주관적 구성요건 이외에 요구되는 주관적 요건은 이 범죄의 상황적 구성요건인 ‘민간인집단에 대한 광범위하거나 조직적인 공격’에 대한 인식(knowledge) 뿐 이다. 실제 범죄현장의 하급행위자로부터 그러한 범죄현장에서 멀리 떨어져서 전반적 상황을 통제, 조정하는 정치적/군사적 상위자에 이르기까지, 이러한 ‘인식’을 요구하는 것은 너무도 당연한 것이다. 즉, 이러한 인도에 반하는 죄의 기본적, 객관적 상황에 대한 ‘인식’조차 없

1) 로마규정 제6조; 구유고국제형사재판소규정 제4조; 르완다국제형사재판소규정 제2조; 캄보디아특별재판소규정 제4조 참조.

는 자를 처벌하는 것은 법적으로 허용되지 않는 것이다. 반면에, 르완다에서 어느 날 갑자기 머세티(machete)를 손에 들고 투치(Tutsi)족 이웃들을 도살한 평범한 후투(Hutu)족 사람들 또는 아우슈비츠에서 독가스 통을 운반했던 독일군 하급병사들에게는 제노사이드 협약과 여타 국제문서들이 규정하고 있는 genocidal intent는 자기들 스스로 가지고 있었기는커녕 들어본 적도, 상상해본 적도 없는 어떤 것일 수 있는 것이다.²⁾ 이러한 점에서, 혹자는 genocidal intent요건은 제노사이드 사건에 있어서 실제로 구체적 범죄행위를 수행하는 하급행위자들을 제노사이드 범죄로 처벌하는 것을 매우 어렵게 만들고 있다는 주장을 할 수 있는 것이다. 여기서, ICTY에서의 제노사이드 범죄에 대한 첫 번째 유죄판결(정범이 아닌 중범으로) 사건인 *Krstić* 사건 담당 항소심재판부의 견해를 살펴보기로 하자:

“제노사이드는 인류가 알고 있는 범죄 중 가장 최악의 범죄 중 하나이며, 그 심각성은 엄중한 요건인 특별고의에 반영되어 있다. 제노사이드의 유죄판결은 그 고의가 명백히 증명되었을 때만 내려질 수 있다.”³⁾

이 항소심재판부의 말은 ‘범죄 중의 범죄(crime of crimes)’라고 불리는 제노사이드의 처벌은 비교할 수 없는 범죄의 심각성과 비탄가능성을 징표하고 있는 genocidal intent 요건이 엄격하게 해석, 적용되어졌을 때만이 정당화될 수 있다는 것이다. 또한 genocidal intent 요건은 제노사이드 범죄정의의 정중앙에 위치하는 것으로 인정되고 있고, 그러한 연유에서 많은 학자들과 실무가들은 제노사이드를 ‘주관적 요건의 범죄(crime of *mens rea*)’라고 부르고 있다. 이 genocidal intent의 개념은 굉장히 규정하기 어렵고, 그 해석과 관련하여 상반된 견해들이 주장되고 있다. 더구나, 그 범죄정의 자체로부터 기인하는 주관적 측면에 대한 강한 강조는 핵심국제범죄들이 언제나 대규모의 객관적 행위와 결과 그리고 관련 상황과 맥락을 동반한다는 현실과 많이 상충된다. 이 genocidal intent의 개념과 관련하여서는 크게 두 가지 다른 해석방법론이 존재한다. 의욕기반해석론(purpose-based approach)과 인식기반해석론(knowledge-based approach)이 그 두 가지 해석론인데, 전자는 고의의 ‘의지/의욕(volition)’적 측면을, 그리고 후자는 고의의 ‘인식(cognition)’적 측면을 강조한다. 형법학자들이 얘기하는 의도적 고의와 지정고의의 분류방법과 유사하다고 볼 수 있겠다. 비록 이 두 가지 해석론은 그 강조하는 내용이 다르지만, 이들 간에는 중요한 공통점

2) 실제로 세르비아계 보스니아공화국의 수장이었던 Karadžić는 ICTY에서 (슬레브니차 학살 현장에서 실행행위를 담당했던) 자기 부하 병사들의 genocidal intent에 대하여 이러한 주장을 하였다. *Prosecutor v. Karadžić*, Transcript, at 28594 (11 June 2012): “[t]he repenting perpetrators who admitted to the killings of prisoners of war confirmed that the thought never crossed their minds of exterminating Muslims as a group.”)

3) *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-A, Judgement, 19 April 2004 (“*Krstić* Appeals Judgement”), para. 134.

이 있는데, 그것은 두 견해 모두 genocidal intent를 개인의 내심의 심정을 표상하는 주관적 구성 요건으로 본다는 것이다.

II. 의욕기반해석론(Purpose-based approach)

이 해석론은 genocidal intent 개념에서 가장 중요한 것은 내심의 '의지/의욕(volition)'이라고 한다. 일반적으로 이 해석론은 르완다국제형사재판소(이하 "ICTR"이라 함)의 첫 사건이었던 *Akayesu* 사건으로부터 유래되는 것으로 보여지고 있다. 비록 관련 국제판례들은 '의욕기반해석론' 또는 '인식기반해석론'이라는 용어를 사용하지 않지만, 학자들은 보통 구유고국제형사재판소(이하 "ICTY"라 함)와 ICTR의 판례들은 이 '의욕기반해석론'에 따른다고 한다.⁴⁾ *Akayesu* 사건 담당 일심재판부는 "제노사이드는 특별고의를 포함하고 있다는 점에서 여타 범죄와 구별된다"고 하면서 특별고의("special intent or *dolus specialis*") 개념을 제노사이드의 핵심인 genocidal intent와 동일시하고 있다.⁵⁾ 동 재판부는 또한 이 special intent는 대륙법계에 잘 알려진 개념으로서 행위자가 범죄에 대한 "명백한 고의(clear intent)"를 가지고 있을 것을 요구한다고 하면서,⁶⁾ genocidal intent 개념의 설명을 위해 계속적으로 "명백하게(clearly)"라는 수식어를 사용하고 있다.⁷⁾ 비록 "명백하게"라는 수식어는 사용하지 않았지만, ICTY의 *Jelisić* 사건 항소심재판부도 제노사이드의 '특정고의(specific intent)'는 범죄인이 "해당 집단의 전체적 또는 부분적 파괴를 성취할 것을 추구할 것"을 요한다고 한다.⁸⁾ 비슷한 맥락에서 ICTY/ICTR의 여타 판례들은 genocidal intent 개념을 설명하면서 "결과를 명백히 의도함",⁹⁾ "파괴하고자 하는 숨은 의도",¹⁰⁾ "의도의 과잉"¹¹⁾ 그리고 "파괴하고자 하는 확연적 결심"¹²⁾ 등의 표현을 사용하고 있다. 또한 '수단 다져 사태에 대한

4) 참고로 Claus Kress, "The Crime of Genocide under International Law", *International Criminal Law Review*, vol.6, 2006, pp. 492-493; Hans Vest, "A Structure-Based Concept of Genocidal Intent", *Journal of International Criminal Justice*, vol.5, 2007, p.794 (2007); Elies van Sliedregt, "Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide", 5 *Journal of International Criminal Justice*, vol.5, 2007, p.193.

5) *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998, para. 498.

6) *Ibid.*, para. 518.

7) *Ibid.*, para. 498 ("clearly seeks to produce the act") and para. 520 ("clear intent to destroy").

8) *Prosecutor v. Jelisić*, IT-95-10-A, Judgement, 5 July 2001, para. 46 ("seeks to achieve the destruction").

9) *Prosecutor v. Rutaganza*, ICTR-96-3-T, Judgement and Sentence, 6 December 1999 ("*Rutaganza* Trial Judgement"), para. 58 ("clearly intended the result").

10) *Ibid.*, para. 59 ("ulterior purpose to destroy").

11) *Prosecutor v. Stakić*, IT-97-24-T, Judgement, 31 July 2003, para. 520 ("surplus of intent").

국제조사위원회(International Commission of Inquiry on Darfur)는 자신의 보고서에서 ‘의식적으로 의욕하다(consciously desired)’라는 문구로 genocidal intent 개념을 설명하는데,¹³⁾ 이 문구는 원래 ICTY 검찰부가 처음 사용한 것이다.¹⁴⁾ Kai Ambos는 이러한 ‘의욕기반해석론’의 핵심적 내용을 ‘가장 강한 형태의 의욕(volitional element in its most intensive form)’이라고 요약하고 있다.¹⁵⁾ 필자가 보기에 이 ‘의욕기반해석론’에 따른 genocidal intent 개념에는 주로 어떤 감정, 열정, 열망 그리고 격렬함의 뉘앙스가 동반되는 것 같다. 다시 말해, ‘의욕기반해석론’의 지지자들은 일반적으로 genocidal intent를 격렬한 내심의 의욕 상태로 이해하는 것으로 보인다. 어쨌든 ‘의욕기반이론’에 따르면 genocidal intent는 그 입증이 아주 어려운 구성요건이 된다.

III. 인식기반해석론(Knowledge-based approach)

이에 반하여 인식기반해석론은 고의의 ‘인식적 측면(cognition)’을 강조함으로써 genocidal intent의 입증을 상대적으로 쉽게 만드는 결과를 야기한다. 상급행위자에 대해서는 의욕기반해석론과 인식기반해석론 사이에 차이가 없다. 인식기반해석론도 상급자에 대해서는 ‘의욕’을 그 요건으로 요구한다. 하지만 두 해석론은 중·하급행위자에 대하여 차이가 나는데, 인식기반해석론은 그들에 대해서는 ‘인식’만으로도 genocidal intent 요건을 충족시키는 것으로 봐야 한다고 주장한다.¹⁶⁾ 이러한 주장이 최종적으로 의미하는 바는 ‘인식’의 입증만으로 중·하위 행위자를 제노사이드의 (종범이 아닌) 정범으로 처벌할 수 있다는 것이다.¹⁷⁾ 이러한 면에서 이 genocidal intent에 대한 인식기반해석론은 범죄정의 자체의 확장이라는 방법을 통해 제노사이드의 (정범)처벌범위를 넓히고 있는 것인데, 이러한 접근법은 국제형사법이 죄형법정주의 등 일반형사법 기본원칙에

12) *Prosecutor v. Jelisić*, IT-95-10-T, Judgement, 14 December 1999, para. 107 (“affirmed resolve to destroy”).

13) International Commission of Inquiry on Darfur, Established Pursuant to Resolution 1564 (2004), Report to the United Nations Secretary-General, 25 January 2005 (“Darfur Report”), para. 491.

14) *Prosecutor v. Jelisić and Česić*, IT-95-10-PT, Prosecutor’s Pre-Trial Brief, 19 November 1998, para. 3.1; *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-PT, Prosecutor’s Pre-Trial Brief pursuant to Rule 65 ter (E) (i), 25 February 2000, para. 90; *Prosecutor v. Sikirica et al.*, IT-95-8-PT, Prosecutor’s Second Revised Pre-Trial Brief, 13 October 2000, para. 141.

15) Kai Ambos, “What Does ‘Intent to Destroy’ in Genocide Mean?”, *International Review of Red Cross*, vol.91, no.876, 2009, p.838.

16) Christian Tams et al, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Commentary* (Munich: C.H.Beck · Hart · Nomos, 2014), p.141.

17) 이와 비슷한 견해는 Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, 4 ed. (Oxford: Hart Publishing, 2010), p.48.

충실한지에 대한 심각한 의심을 불러 일으킬 수 있는 여지를 열어두고 있다고 보인다. 이에 관련한 Darryl Robinson의 생각은 다음과 같다.

“국제형사법이 스스로 이러한 기본원칙을 잘 준수하고 있다고 주장되고 있지만, 최근의 연구물들은 특정 분야들에 있어서—특히 ‘공동범죄집단’이론에 대하여—이러한 주장에 대한 의구심을 드러내고 있다. [...] 국제형사법이 기본[형사법]원칙들을 준수하고 있는지에 대한 심각한 우려가 제기될 수 있는 여타 분야로는 광범위한 범죄참가형태 이론들, 범죄정의의 확대[해석], 그리고 피고인의 방어기제에 대한 무관심 등을 들 수 있다.”¹⁸⁾

이 인식기반해석론의 등장은 국제형사법의 규범적 작동에 대한 확장적 접근법의 일환으로 생각해 볼 수 있다. 이 접근법은 국제인권법 분야에서 발전한 “피해자 중심의 목적론적 추론”을 적용하여 ICTY와 ICTR의 활동 초기에 특히 결정적 역할을 했다.¹⁹⁾ Robinson이 설명하고 있는 것처럼, 이 확장적 접근법은 이후 죄형법정주의 등 국내형사법 상의 형법기본원칙의 국제형사법에의 적용을 강조하는 제한적 접근법론자들의 비판을 받았으며,²⁰⁾ 이 제한적 접근론 역시 국내형사법과 국제형사법의 차이를 강조하는 국제적 접근법론자들의 비판을 받았다.²¹⁾ 요컨대, genocidal intent 개념에 대한 인식기반해석론은 “제노사이드 관련 규범을 그 규범이 최대한의 효과를 발휘하도록”²²⁾ 넓고 관용적으로 해석하는 추세에 발맞추어 등장하였다고 보여진다.

일반적으로 Alexander Greenawalt의 1999년 논문을 인식기반해석론의 시작으로 보고 있지만,²³⁾ 이미 1993년 M. Cherif Bassiouni는 제노사이드의 다섯 가지 기본행위(underlying act)를 실행한 자들에게 적용할 수 있는 인식기반의 genocidal intent 개념을 제안한 바 있다.²⁴⁾ 2년 후인

18) Darryl Robinson, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, *Leiden Journal of International Law*, vol.21, issue 4, 2008, p.927. (밑줄 첨가).

19) 참고로 Darryl Robinson, “A Cosmopolitan Liberal Account of International Criminal Law”, *Leiden Journal of International Law*, vol.26, issue 1, 2013, p.127; Elies van Sliedregt, “The Curious Case of International Criminal Liability”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.10, no.5, 2012, p.1186 (“[Cassese] believed that the rudimentary character of international criminal law allowed for progress and a certain flexibility with regard to the principle of legality.”).

20) 예를 들어, Kai Ambos, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.5, no.1, 2007, pp. 173-174 (공동범죄집단이론과 형사법상 책임원칙의 충돌에 대해 논함).

21) David Luban, “Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law”, in S. Besson and J. Tasioulas(eds.), *The Philosophy of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), p.569; Mark Osiel, *Making Sense of Mass Atrocity* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p.118 *et seq*

22) Darfur Report, *supra* note 13, para. 494.

23) Alexander Greenawalt, “Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation”, *Columbia Law Review*, vol.99, 1999, pp. 2259-2294.

1995년에는 국제형사재판소 설립을 위한 임시위원회(*Ad Hoc Committee*) 회의에서도 역시 하급 행위자들에 대해서는 인식을 제노사이드의 주관적 구성요건으로 봐야 한다는 주장이 제기되었다.²⁵⁾ 이러한 주장들은 모두 상급자와 하급자를 구분하고, 하급자에 대해서는 ‘인식(knowledge)’의 입증만으로도 제노사이드의 유죄를 인정하고자 한다. 유엔국제법위원회는 이에서 한걸음 더 나아가서 “제노사이드의 범죄정의는 [하급행위자에게] 범죄행위의 최종 목표에 대한 어느 정도의 인식을 요구한다”라고 말함으로써, ‘인식’에 범죄구성요건의 지위를 부여하고 있는 듯한 조금은 과격하게 들리는 의견을 표명하였다.²⁶⁾ 이러한 모든 견해들은 사실 *genocidal intent* 요건을 너무 엄격하게 해석하는 것은 중·하급 행위자로 하여금 제노사이드의 처벌범위로부터 너무 쉽게 벗어날 수 있는 길을 열어줄 수 있다는 오래된 염려를 반영하는 것으로서, 그러한 염려는 제노사이드 협약 제정을 위한 협의시 소련 대표의 다음과 같은 언급에 잘 나타나 있다:

“어떤 집단의 전부 또는 일부를 파괴하고자 하는 고의를 가지고 있지 않았음에 기대어, 제노사이드 관련 범죄행위를 수행한 자들은 어떤 경우에는 자신들이 사실 제노사이드의 유죄가 아니라고 주장할 수 있을 것이다. 마찬가지로 그들은 자신들이 상급자의 명령을 수행했을 뿐이며 그러한 명령을 수행하는 것 이외에는 다른 방법이 없었다고 주장할 수 있는 것이다.”²⁷⁾

이러한 배경 하에서, 1999년 Greenawalt는 정교한 인식기반해석론을 제안하게 되는데, 이 기념비적인 논문은 국제형사법학계의 우수한 학자들로부터 많은 호응과 찬사를 받게 된다. Greenawalt가 주장하는 요지는 “특정상황에서는 제노사이드의 정범책임은 비록 개인적으로 특정한 제노사이드의 의욕을 가지고 있지 않았지만 자신들이 하는 행위의 결과를 인식한 상태에서 제노사이드의 기본행위를 저지른 자들에게 확대 적용되어야 한다”라는 것이다.²⁸⁾ 즉 하급행위자

24) M. Cherif Bassiouni, “Article 19: Genocide”, in M. Cherif Bassiouni(ed.), *Commentaries on the International Law Commission’s 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind* (Paris: International Association of Penal Law, 1993), pp. 235-236. Bassiouni는 비슷한 주장을 1996년에 한 번 더 반복하였다: M.C. Bassiouni and P. Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (New York: Transnational Publishers, 1996), p.529.

25) U.N. G.A. Rep. of the Ad Hoc Comm. on the Establishment of the Int’l Criminal Court, para. 62, U.N. Doc. A/50/22, GAOR, 50th Sess., Supp. No.22 (6 September 1995).

26) Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eight Session, May 6-July 26, 1996, at 45, U.N. Doc. A/51/10. (밑줄 첨가).

27) U.N. GAOR, 6th Comm., 3d Sess., 73d mtg. at 96, U.N. Doc. A/C.6/SR.73 (13 October 1948).

28) Greenawalt, *supra* note 23, p.2259 (“in defined situations, principal culpability for genocide should extend to those who may personally lack a specific genocidal purpose, but who commit genocidal acts while understanding the consequences of their actions.”).

가 그 집단적 공격행위의 목적 또는 명백한 결과가 한 집단의 전체 또는 일부의 파괴라는 것을 알았다면 genocidal intent 요건이 충족된 것으로 보아 그 하급행위자를 제노사이드의 정범으로 처벌하자는 것이다.²⁹⁾ Greenawalt가 말하는 ‘인식’은 파괴라는 결과에 대한 인식을 말하는 것으로 보이는데, 그는 인식기반해석론은 “개인들로 하여금 행위를 하게 하는 특정 이유 대신에 제노사이드 범죄행위의 파괴적 결과를 강조한다”라고 부연한다.³⁰⁾ “특정 상황에서는(in defined situations)”이라는 조건이 붙기는 했지만,³¹⁾ 필자는 Greenawalt의 이러한 제안이 ‘범죄 중의 범죄(crime of crimes)’라고 불리는 제노사이드의 정범처벌범위를 상당히 넓혀버리는 아주 대담한 주장이라고 생각한다. 이 genocidal intent에 대한 인식기반해석론을 적용하면, 제노사이드를 기소하는 경우에 검사는 굳이 ‘공동범죄집단’이론과 같이 넓은 정범적용범위를 갖는 범죄참가형태이론을 굳이 사용할 필요가 없어진다. 왜냐하면 범죄참가형태이론을 따지기 이전에 이미 확장된 범죄정의 및 범죄구성요건이 그러한 효과를 내어주기 때문이다.

현재 이 인식기반해석론은 많은 학자들이 지지하는 다수설 내지 통설의 지위를 향유하고 있다. 그들 중 Hans Vest는 제반폭력상황이 야기하는 파괴적 결과에 대한 범죄행위자의 인식이 ‘실제적 확실성(practical certainty)’의 정도에 이르렀을 때 그 범죄행위자의 인식기반 genocidal intent가 성립된다고 한다.³²⁾ Vest의 주장은 ‘실제적 확실성’보다 낮은 수준의 ‘개연성/가능성’의 인식만으로 성립되는 미필적 고의는 인식기반 genocidal intent 개념을 충족시킬 수 없다는 결론과 연결된다. 이와는 반대로 Claus Kress는 파괴적 결과에 대한 미필적 고의만으로도 인식기반 genocidal intent가 성립된다고 주장한다.³³⁾ 한편, Kai Ambos는 또 다른 유형의 인식기반해석론을 주장하는데, 그는 ‘인식(knowledge)’의 대상을 파괴적 결과가 아닌 제노사이드가 저질러지고 있는 제반의 폭력적 상황으로 본다.³⁴⁾ 여기서의 ‘인식’은 로마규정 제7조 제1항이 규정하고 있는 인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건인 민간인집단에 대한 광범위하거나 조직적인 ‘공격’에 대한

29) *Ibid.*, p.2288.

30) *Ibid.*

31) 그러나 Greenawalt는 자신의 논문에서 이 ‘특정 조건’이 무엇인지 더 이상 설명하지 않는다.

32) Vest, *supra* note 4, p.793.

33) Claus Kress, “The Darfur Report and Genocidal Intent”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.3, 2005, p.577. Kress는 스페인의 유명한 여성 형법학자인 Alicia Gil Gil도 파괴적 결과에 대한 미필적 고의만으로 genocidal intent의 성립을 인정한다고 한다. *Ibid.*, at 567. Otto Triffterer도 Kress와 비슷한 견해를 피력한 바 있다. Otto Triffterer, “Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such”, *Leiden Journal of International Law*, vol.14, 2001, p.399 (“[*dolus eventualis* [...] is sufficient to [...] have [...] the particular ‘intent to destroy [...]’].”). 미필적 고의로 genocidal intent를 인정하는 견해에 대한 비판은, Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p.31.

34) Ambos, *supra* note 15, p.858. 또한 Ambos, *supra* note 33, p.31.

인식(“with knowledge of the attack”)과 그 맥락을 같이 하는 것으로 보인다. 요컨대, Ambos는 하급행위자의 경우에는 ‘제노사이드의 제반폭력상황(genocidal context)’에 대한 ‘인식’의 입증만으로 genocidal intent 요건을 충족시킬 수 있다고 한다.³⁵⁾

그렇다면 Greenawalt가 genocidal intent 개념에 대한 인식기반해석론을 제안하는 이유는 무엇인가? 비록 Greenawalt 역시 의욕기반해석론에 입각한 genocidal intent 개념의 엄격한 해석이 하급행위자들에게 제노사이드의 처벌 범위로부터 벗어날 수 있는 기회를 제공해 줄 수 있다는 염려를 공유했지만,³⁶⁾ 그로 하여금 인식기반해석론을 제안하게 한 주된 이유는 다른 데 있는 것으로 생각된다. 다시 말해 필자의 생각에는 Greenawalt는 ICTR 판례들이 실제법적으로는 의욕기반의 엄격한 genocidal intent 개념을 주장하면서, 실제 적용에 있어서는 genocidal intent를 제노사이드의 전반적 상황/맥락으로부터 쉽게 추정해 버리는 이율배반적 행위를 두고 볼 수 없었던 것 같다. 특히 그는 다음과 같은 Akayesu 일심재판부 판례를 비판적으로 인용하고 있다.

“[Genocidal intent는] 조직적으로 한 집단에 대하여 행해진 여타의 범죄행위들로부터 추론할 수 있는데, 이 때 그 여타의 범죄행위들이 범죄인 자신이 범한 것인지 타인들이 범한 것인지는 문제되지 않는다.”³⁷⁾

ICTY와 ICTR의 후속 판례들은 대체로 이 견해를 채택, 적용하고 있는데,³⁸⁾ 당연히 피고인들은 어떻게 자신들의 내심의 의사를 다른 사람들의 행위로부터 추론할 수 있는지 항변하였다.³⁹⁾ 같은 맥락에서, Greenawalt는 단순히 “행위자가 제노사이드의 전반적 폭력 상황에 참여하였다는 사실로부터”⁴⁰⁾ 제노사이드의 핵심구성요건인 genocidal intent를 추정하는 판례들의 행태가 불만스러웠던 것으로 보인다. 주관적 구성요건으로 표상되는 개인 내심의 주관적 상태를 그러한 전반적 상황—특히 르완다 제노사이드의 경우와 같이 시간적 또는 지리적으로 광범위한 영역에서 발생하는 전반적 상황—으로부터 추론하는 행위는 분명 문제가 있어 보인다.⁴¹⁾ 결국 Greenawalt는 그

35) Ambos, *supra* note 33, p.31.

36) Greenawalt, *supra* note 23, p.2281.

37) *Ibid.*, p.2282.

38) 일례로 *Krstić Appeals Judgement*, *supra* note 3, para. 33; *Prosecutor v. Gacumbitsi*, ICTR-2001-64-A, Judgement, 7 July 2006, para. 44.

39) 이에 대한 자세한 토론은, Sangkul Kim, *A Collective Theory of Genocidal Intent* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2016), Sect.5.1.2 (이 섹션은 제목은 ‘Inferring My Intent from Acts of Others?’).

40) Greenawalt, *supra* note 23, p.2282.

41) ICTY 항소심재판부는 개인의 주관적 내심의 상태를 추론을 통해 입증하는 것에 대해 조심스러운 접근을 하고 있다. 즉, 항소심재판부는 그러한 추론은 ‘유일하게 합리적인 추론(only reasonable inference)’인 경우에만 허용된다고 한다. *Krstić Appeals Judgement*, *supra* note 3, para. 41과 거기에 인용된 source들 참조.

러한 추론행위는 과연 피고인 개개인과 관련하여, 판례가 실체법적으로 주장하는 의욕기반 genocidal intent가 실질적으로 작동, 적용되고 있는지 의문을 가지게 한다고 말한다.⁴²⁾

이러한 맥락에서 주목할 만한 점이 있는데, 그것은 Greenawalt가 주장하고 있는 인식기반해석론의 의도한 또는 의도하지 않은 적용결과가 바로 그러한 판례들의 전반적 폭력상황으로부터의 (의문 스텐) 추론행위를 정당화시켜 준다는 것이다. 이는 전반적 폭력상황과 짝지어질 수 있는 주관적 요건은 '의욕'이 아닌 '인식'이기 때문이다.⁴³⁾ Greenawalt는 판례들이 의욕기반 genocidal intent의 높은 증명수준에 맞추기 위해 관련증거들을 '특별고의의 개념' 안으로 "쥐어짜 넣고 있다"고 비판하는데,⁴⁴⁾ 인식기반해석론을 적용할 경우 판례는 이러한 비판으로부터 자유로워질 수 있는 것이다. 즉, 인식기반해석론에 의거하여 해석된 genocidal intent는 이미 그 개념범위가 '의욕'에서 '인식'의 수준으로 넓어졌으므로 관련증거들은 판례들이 굳이 쥐어짜지 않아도 genocidal intent라는 '특별고의의 개념' 안으로 쉽게 들어갈 수 있게 되는 것이다. 이러한 면을 고려할 때 인식기반해석론은 의심스러운 실무행위를 정당화시켜주기 위해 범죄정의 자체를 확대시켜 버리는 바람직하지 못한 실례라고 비판받을 수 있다. 이러한 비판과 궤를 같이 하면서, Christian Tams는 하급행위자가 상급자의 제노사이드에 대한 의욕을 공유하지 않는다는 사실은 genocidal intent 요건의 수준을 인식으로 낮출 것을 반드시 요구하는 것은 아니라고 한다.⁴⁵⁾ 비록 국제형사법학계의 지도적 위치의 학자들의 많은 숫자가 지지하고 있다고는 하지만, genocidal intent 개념에 대한 인식기반해석론을 선뜻 받아들이기에는 뭔가 의심스럽다. 이에 대하여 아래에서 보는 바와 같이 좀 더 심층적인 고려가 필요하다.

42) Greenawalt, *supra* note 23, p.2266 (“[...] begs the question as to whether the specific intent standard does any work at the individual level.”).

43) 로마규정과 ICC범죄구성요건집은 객관적 구성요건으로서 '행위(conduct)', '결과(consequence)' 그리고 '상황(circumstance)'의 세 가지를 상정하고, 여기에 고의(intent) 또는 인식(knowledge)의 두 가지 주관적 요건을 대응시킨다. 로마규정상 '상황'에 대해 행위자가 가질 수 있는 주관적 요건은 '인식'뿐이다. 로마규정 제30조 참조. 또한 김상걸, “인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건”, 『국제법학회논총』, 제61권 제1호(2016), p.75, 각주 12 참조.

44) Greenawalt, *supra* note 23, p.2281 (“[t]he danger of adhering to a specific intent standard in such situations is not merely that culpable perpetrators will escape liability for genocide, but perhaps more ominously that the evidentiary problems will compel courts to squeeze ambiguous fact patterns into the specific intent paradigm.”).

45) Tams et al, *supra* note 16, p.147.

IV. 인식기반해석론에 대한 비판

1. '불면증에 걸린 사령관'의 가설

위에서 상술한 genocidal intent 개념에 대한 의욕기반해석론과 인식기반해석론에 대한 설명에 기초하여 다음과 같은 가설적 상황을 고려해 보자.

한 나이든 여성이 어떤 민병대 사령관 A를 찾아왔다. 그녀의 방문 목적은 인근에 사는 한 종족집단을 파괴하는 내용의 계약을 체결하기 위해서였다. 그 계약은 체결되었고, A는 그 계약상 의무들을 충실히 이행하였으며, 결국에는 그 종족집단의 과반에 육박하는 수만 명의 사람들이 살육 당했다. 관련 사실은 제노사이드의 모든 객관적 구성요건을 만족시키고 있지만, A는 그 종족집단의 파괴를 의욕하지는 않았다. 오히려 그는 자신이 지휘하는 민병대가 면밀하게 세운 계획 하에 수행된 참살작전의 파괴적 결과에 대해 매우 염려하였다. A는 문제의 계약을 체결한 날 그 여성이 한 말을 잊지 못한다. “나는 이 종족집단을 파괴하고자 하는 명백한 의도를 가지고 있습니다.” 그 말을 듣는 순간 A는 그 여자에게 당장이라도 총을 겨누고 싶었으나, 계약의 댓가로 제시된 금액이 너무도 엄청났으므로 그냥 껍 참고 말았다. 그 참혹한 살육작전이 시행된 기간 동안 A는 면밀한 작전계획을 세웠고, 검토했으며 최종적으로 그 시행을 승인했다. 하지만 매일 그에게 보고되는 참혹한 살육의 결과에 A는 깊은 회한을 느끼며 괴로워했다. A는 자신이 하고 있는 일에 대한 혐오감과 역겨움에 자주 불면증에 시달렸다. 그렇게 잠 못 드는 시간들은 그에게 그 다음 날의 작전계획을 더욱 세세하게 다듬을 여분의 시간을 선사하였다. 꽤 오랜 시간이 흐른 후, 국제형사재판소 검찰부는 A를 제노사이드로 기소하였다. 이제 재판관인 당신은 A에게 제노사이드 정범의 유죄판결을 내릴 것인가?

Genocidal intent 요건과 관련지어 생각해 보면, 의욕의 강도·치열성에 강조점을 두는 기존의 의욕기반해석론자들은 A의 내심이 '가장 강한 형태의 의욕(volitional element in its most intensive form)⁴⁶⁾의 정도에 이르지 않았으므로 A는 제노사이드의 정범으로 처벌할 수 없다고 주장할 것이다. 한편, 상급자에게는 의욕기반이론을 적용하고, 중, 하급자에게는 인식기반이론을 적용하자고 주장하는 인식기반해석론을 적용하면 상당히 이상한 결과가 도출되게 된다. 즉 사령관인 A는 그의 내심이 '가장 강한 형태의 의욕'의 정도에 이르지 않았으므로 무죄가 되는 반면에, 그의 중, 하급 부하들은 파괴적 결과, 제반 폭력적 상황 등에 대한 그들 자신의 인식이 존재했음에 근거하여 제노사이드의 정범으로 처벌될 확률이 매우 높은 것이다. 즉 인식기반해석론의 적용은 실제에 있어 매우 이상하고 모순된 결과를 야기하는 것이다. 아래에서 이러한 모순된 결과의

46) 위의 각주 15 참조.

근저에 있는 문제들을 상세히 검토해 본다.

2. 결과 또는 상황?: 인식의 객체에 대하여

Kai Ambos 버전의 인식기반해석론은 하급행위자에 대한 genocidal intent 요건은 하급행위자의 '제노사이드의 전반적 폭력상황(genocidal context)'에 대한 인식을 입증함으로써 충족될 수 있다고 한다.⁴⁷⁾ 조금 뒤 살펴보겠지만, Ambos는 이러한 주장을 하면서 '파괴의 결과'는 '인식'의 객체가 될 수 없다고 한다. 이러한 점에서 Ambos의 인식기반해석론은 여타 Alexander Greenawalt, Hans Vest 그리고 Claus Kress의 인식기반해석론과는 이론적으로 다른 내용을 가지고 있다고 볼 수 있다. 왜냐하면 이 세 학자의 인식기반해석론은 인식의 객체로서 '(파괴의) 결과(consequence)'를 강조하는 반면, Ambos는 오직 '(전반적) 상황(circumstance)'만이 인식의 객체가 될 수 있다고 보기 때문이다. 비록 Kress의 인식기반해석론도 (파괴의 결과에 대한 미필적 고의와 함께) 전반적 상황에 대한 인식을 그 이론의 일부로 제시하기는 하지만 Ambos의 해석론은 오로지 전반적 상황만을 그 인식의 객체로 제시하고 있다. Ambos는 이렇게 주장하는 이유를 하급행위자에게 한 '집단의 파괴'라는 결과는 '미래의 사건'이고 미래에 발생할 어떤 것은 '인식'의 객체가 될 수 없고 오직 '바람 또는 욕구(hope or desire)'의 객체가 될 수 있기 때문이라고 설명한다.⁴⁸⁾

하지만 필자의 생각에는 인식기반해석론의 '인식'을 미래에 발생할 결과로서의 한 집단의 파괴와 연관시키는 것은 아무런 문제가 없다고 보인다. 왜냐하면 주관적 요건으로서의 '인식(indirect intent/*dolus indirectus*/*dolus directus* in the second degree/oblique intent/knowingly)'은 언제나 '예견(foresight)'이라는 개념형식을 통해 작동함으로써 항상 미래에 발생할 결과를 향해 있기 때문이다.⁴⁹⁾ 그러므로 그 발생시점을 이유로 '한 집단의 파괴'라는 결과를 '인식'의 객체가 될 수 있는 대상범위에서 제외할 이유는 없다고 생각된다.⁵⁰⁾ 더구나 실제로 있어서 '파괴의 결과'와 '제노사이드

47) Ambos, *supra* note 33, p.31.

48) Ambos, *supra* note 15, p.858; Ambos, *supra* note 33, pp. 30 and 32.

49) 필자가 이해하고 제안한 '의도적 고의(direct intent/*dolus directus*/*dolus directus* in the first degree/purposely), '지정 고의(indirect intent/*dolus indirectus*/*dolus directus* in the second degree/oblique intent/knowingly),' 그리고 '미필적 고의(*dolus eventualis*/(advertent) recklessness)'의 세 가지 주관적 요건 관련 개념 구조는, Kim, *supra* note 39, Sect.2.5의 도입부에 있는 도표 참조. 한편, Ambos가 생각하는 '인식(knowledge)'과 '예견(foresight/foreseeability)'의 개념에 대해서는, Ambos, *supra* note 20, pp. 174-175.

50) 이스라엘의 형법학자인 Gabriel Hallevy의 견해는 언뜻 보기에 Ambos의 생각과 비슷해 보인다. 하지만 자세히 들여다 보면 Hallevy의 견해는 필자의 주장을 지지하고 있다. Ambos와 마찬가지로 Hallevy는 '인식(cognition/knowledge)'은 과거 또는 현재에 발생한 일에만 연관되어 질 수 있고, 미래에 발생할 사건은 '인식'의 대상이 될 수 없다고 한다. 하지만 Hallevy는 '미래에 발생할 사건(the occurrence in the future)'과 '미래에 어떤 사건이 발생할 가능성(possibility of the occurrence in the future)'을 구분하면서, 후자를 '현실의

드의 전반적 상황 양자는 사실적으로 구분하는 것이 거의 불가능할 정도로 상당부분 겹치는 것이라는 점을 고려할 때, Ambos가 주장하는 것과 같이 ‘전반적 상황’만이 (‘파괴의 결과’와 구분하여) ‘인식’의 객체가 될 수 있다고 주장하는 것은 설득력이 떨어진다. 즉, ‘제노사이드의 전반적 상황’ 그 자체는 필연적으로 수많은 크고 작은 규모의 ‘파괴의 결과’의 집적에 다름 아닌 것이다. 즉 관념적으로는 둘을 분리할 수 있을지 모르나, 사실적으로는 그러한 분리는 불가능하다 할 것이다.

여기에서 슬레브니짜 제노사이드를 다룬 ICTY의 *Krstić* 사건을 살펴보기로 하자. 이 사건에서 재판부는 상급행위자의 genocidal intent에 대하여 인식을 그 판단기준으로 적용함으로써 변형된 형태의 인식기반해석을 하고 있다. 어쨌든 *Krstić* 일심재판부는 한 사단의 사령관이었던 피고인 *Krstić*의 genocidal intent를 인정하면서 그를 제노사이드의 정범으로 판단하였다. 즉 피고인은 슬레브니짜에서 보스니아계 무슬림 남성들을 학살한 사건이 슬레브니짜의 보스니아계 무슬림 집단의 “소멸로 이어질 것(would lead to the annihilation)”을 ‘인식’하고 있었다는 것을 그의 genocidal intent 성립의 근거로 본 것이다.⁵¹⁾ 여기서 ‘소멸로 이어질 것’이라는 문구는 미래에 발생할 결과를 말하며, 이는 *Krstić* 일심재판부는 미래에 발생할 ‘파괴의 결과’를 ‘인식’의 객체로 취급하고 있다는 것을 보여주고 있다.⁵²⁾ 마찬가지로 ICTY의 *Blagojević and Jokić* 일심재판부가 인식기반해석론을 인정하지 않으면서 설명한 내용을 보면 동 재판부는 이 해석론 상의 ‘인식’의 대상을 미래에 발생할 ‘파괴의 결과’로 이해하고 있음을 알 수 있다.

“범죄자가 자기가 저지르는 기본범죄가 필연적으로 또는 개연적으로 그 집단의 파괴로 귀결될 것이라는 점을 단순히 인식했다는 것으로는 충분하지 않다. 그러한 [...] 파괴는 반드시 기본범죄의 목적이어야 하는 것이다.”⁵³⁾

이러한 이유로 필자는 ‘인식’의 객체를 제노사이드의 전반적 상황에 국한시키는 Kai Ambos의

사건(an event in the present)로 분류하고 있는 것이다. 따라서 그는 ‘어떠한 결과가 미래에 발생할 가능성’은 ‘인식’의 대상이 될 수 있다고 한다. Gabriel Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems* (Heidelberg: Springer, 2014), pp. 37-38.

51) *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-T, Judgement, 2 August 2001 (“*Krstić* Trial Judgement”), para. 644 (“[...] awareness that such killings would lead to the annihilation of the entire Bosnian Muslim community at Srebrenica.”).

52) 또한 *Ibid.*, para. 634 (“[...] was aware of the fatal impact that the killing of the men would have on the ability of the Bosnian Muslim community of Srebrenica to survive[...].”).

53) *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, IT-02-60-T, Judgement, 17 January 2005 (“*Blagojević and Jokić* Trial Judgement”), para. 656 (“It is not sufficient that the perpetrator simply knew that the underlying crime would inevitably or likely result in the destruction of the group. The destruction [...] must be the aim of the underlying crime(s).”).

genocidal intent에 대한 인식기반해석론은 맞지 않다고 생각한다.

3. 왜 정범인가?: 공동범죄집단이론 및 간접정범이론과의 비교

앞서 언급했듯이, genocidal intent 개념에 대한 인식기반해석론 적용의 가장 중요한 법적효과는 하급행위자들을 정범으로 분류, 처벌하게 한다는 것이다. 필자가 보기에는 이처럼 중요한 논점에 대한 학자들의 토론을 거의 찾아보기 어렵다는 점이 매우 기이한데, 어쨌든 제노사이드의 정범과 종범 구분에 대하여 ICTY의 *Stakić* 일심재판부는 다음과 같은 견해를 표명하고 있다:

“대부분의 경우, 제노사이드의 정범은 최고위급에서 제노사이드를 저지르고자 하는 계획을 고안하고 그 실행을 위한 중요단계를 취한 자들일 것이다. [제노사이드의] 정범은 핵심조정역할을 맡고 그의 범죄참여의 성격이 지휘부급에서 극도로 중요한 것 이어야 한다.”⁵⁴⁾

Kai Ambos는 하급행위자의 genocidal intent에 대한 인식기반해석론을 주장하면서, 그들은 “제노사이드를 실행하기 위한 계획의 직접적 집행자(direct executors of the genocidal plan)”이므로 “정범으로(as principals)” 처벌되어야 한다고 한다.⁵⁵⁾ 이러한 견해는 정범-종범 구분에 관한 ‘객관적 접근법’을 적용한 결과로 보인다.⁵⁶⁾ 한편, Ambos는 또한 그러한 하급행위자들은 “이차적 참여자일 뿐이며 따라서 더 정확히는 조력자”라고 보는데, 그 이유는 그들이 “제노사이드를 저지르고자 하는 계획수립에 관여하지 않았고, 오직 그 실행을 위한 단순한 도구로 사용”되었기 때문이라고 한다.⁵⁷⁾ 하지만 이 견해는 하급행위자들을 정범으로 처벌하여야 한다는 이전 주장과 모순

54) *Prosecutor v. Stakić*, IT-97-24-T, Decision on Rule 98 bis Motion for Judgement of Acquittal, 31 October 2002, para. 50 (“[I]n most cases, the principal perpetrator of genocide are those who devise the genocidal plan at the highest level and take the major steps to put it into effect. The principal perpetrator is the one who fulfills ‘a key co-ordinating role’ and whose ‘participation is of an extremely significant nature and at the leadership level.’”). 또한 *Krstić* Trial Judgement, *supra* note 51, para. 642; *Blagojević and Jokić* Trial Judgement, *supra* note 53, para. 776.

55) Ambos, *supra* note 15, p.847.

56) 독일에서의 세 가지 정범-종범 구분 이론—즉, 객관적 접근법, 주관적 접근법, 그리고 Roxin의 지배이론—에 대한 간략한 설명은, George Fletcher, “New Court, Old Dogmatik”, *Journal of International Criminal Justice* vol.9, 2011, pp. 189-190. ICTY와 ICTR에서 적용된 정범-종범 구분 기준에 대하여는, Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part* (Oxford: Oxford University Press, 2013), pp. 134-135.

57) Ambos, *supra* note 15, p.847. 또한 Ambos, *supra* note 33, p.29.

되게 들린다. 하급행위자들을 ‘이차적 참여자’, ‘조력자’, ‘단순한 도구’ 등으로 분류하는 것은 정범-종범 구분에 관한 ‘주관적 접근법’이나 ‘지배이론’을 따른 것으로 보이는데, 이는 ‘객관적 접근법’에 따라 하급행위자를 정범으로 처벌하여야 한다는 이전 견해와 상충된다. 다시 말해, Ambos는 정범-종범 구분에 관한 세 가지 접근법을 모두 동시에 적용하고 있는 것 같이 보인다. 필자는 Ambos의 예에서 보듯이 인식기반해석론은 최소한 정범-종범 구분과 관련해서는 모든 것을 뒤죽박죽으로 만들어 버린다고 생각한다. 이러한 점에서 인식기반해석론은 ‘공동범죄집단(Joint Criminal Enterprise)’이론을 연상시키는데, 이 이론은 과도하게 넓은 정범적용범위 때문에 많은 비판을 받고 있는 이론으로서 심지어 혹자들은 그 약어인 JCE가 “Just Convict Everybody”의 줄임말이라고 비아냥거리고 있다.⁵⁸⁾ 그러나 심지어는 이렇듯 때로는 조롱의 대상인 JCE이론도 인식기반해석론보다는 낫다고 생각되는데, 그 이유는 JCE이론은 최소한 ‘고의(intent)’ 개념에 기반하여 그 정범성을 인정하기 때문이다.⁵⁹⁾ 따라서 의욕에 기반한 ‘고의’ 개념이 JCE의 중요요소라고 볼 수 있는데, 이것이 바로 JCE이론을 종범이론이 아닌 정범이론으로 만드는 근거인 것이다. 이와 관련하여 ICTY의 *Ojdanić* 항소심재판부는 다음과 같이 말하고 있다.

“공동범죄집단의 목적을 단순히 인식하고 있는 것이 아니라 공유하는 참가자는 [그 집단에 의해서] 계획된 범죄의 종범으로 볼 수 없다는 검사의 주장은 맞다. 따라서 본 재판부는 공동범죄집단을 [ICTY]규정 제7조(1)항 상의 ‘정범실행(commission)’ 형식의 일종으로 판단한다.”⁶⁰⁾

따라서 굳이 둘만을 비교해보자면 JCE이론은 인식기반해석론보다 ‘죄책의 공정한 표현/부과의 원칙(principle of fair labeling)’ 및 피고인의 권리보장에 더욱 충실한 이론으로 생각된다. 그 이유를 정리해 보자면 다음과 같다. (i) JCE이론은 정범성립을 위해 ‘의욕기반고의(purpose-based intention)’를 요구한다, (ii) JCE이론은 정범성립범위에 그 한계를 두고 있다(즉 일반적으로 상급행위자들인 JCE의 구성원만이 정범이 될 수 있다). 대조적으로 인식기반해석론에는 그러한 정범성립범위에 대한 제한·통제기제가 전혀 존재하지 않는다. 즉 정범책임의 적용범위는 하급행위자라는 이름을 통해 사실상 무제한적으로 넓어지며, genocidal intent 인정요건으로 동이론이 제시

58) 일례로, Jens David Ohlin, “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.5, 2007, pp. 85-88.

59) 관련 판례는 그 ‘의도’로서 ‘[그 구성원들이] 공유하는 고의(shared intent)’ 또는 ‘공동 목적을 위한 고의(intent to further the common purpose)’를 언급한다.

60) *Prosecutor v. Milutinović et al*, IT-99-37-AR72, Decision on Dragoljub Ojdanić’s Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise, 21 May 2003, para. 20.

하고 있는 ‘과괴적 결과’ 또는 ‘제노사이드의 전반적 폭력상황’에 대한 인식은 예를 들어, 사실상 르완다 또는 슬레브니짜에 거주했던 모든 사람들에게 어렵지 않게 인정될 수 있는 그 입증이 상당히 쉬운 것이기 때문이다. 즉 그러한 ‘인식’은 거의 자동적으로 추정되게 되는 것이다. 이러한 방식으로 인식기반해석론은 genocidal intent 개념의 해석을 통하여 JCE 보다 악화된 형태의 정범이론을 제노사이드의 범죄정의 안으로 도입시키고 있다고 볼 수 있다.

요약컨대, 많은 학자들이 간과하고 있지만,⁶¹⁾ 인식기반해석론의 주된 법적효과는 genocidal intent 개념의 범위를 확대함으로써 하급행위자의 정범처벌을 용이하게 만드는 것이다. 결과적으로 재판부는 굳이 JCE 등의 확장적 정범이론을 적용할 필요없이 인식기반해석론을 통하여 하급행위자를 정범으로 판정할 수 있는 것이다. 앞서 잠시 언급했듯이, Greenawalt와 Kress는 재판부들이 길어로는 그 입증이 까다로운 의욕기반 genocidal intent 개념을 주장하면서, 뒤로는 불명확한 증거들을 이 개념 안으로 “쥐어짜 넣고 있다”는 비판을 가하고 있는데,⁶²⁾ 인식기반해석론은 더 이상 그렇게 “증거법적 뒷문(evidentiary backdoor)”을 통한 쥐어짜의 필요성으로부터 재판부들을 자유롭게 할 것이다. 결국 genocidal intent 개념에 대한 인식기반해석론은 마치 매우 편리한 정범이론을 제노사이드의 범죄정의 안에 장착하는 것과 마찬가지로의 효과를 나타내게 되는 것이다.

제노사이드라는 용어를 창시했고 제노사이드협약의 제정을 위해 UN에서 단독으로 전방위 로비를 펼쳤던 전설적 법률가인 Raphael Lemkin도 제노사이드의 하급행위자들이 ‘상급자명령면책이론(plea of superior orders)’을 원용하여 제노사이드의 처벌범위로부터 빠져나가는 것을 염려했던 것은 사실이다.⁶³⁾ 그러나 그가 인식기반해석론 같은 광범위한 정범이론을 지지했을 것으로

61) 이 중대한 학문적 간과의 예외는 다음과 같다: Nina Jørgensen, “The Definition of Genocide: Joining the Dots in the Light of Recent Practice”, *International Criminal Law Review*, vol.1, 2001, p.293; Bantekas, *supra* note 17, pp. 48 and 209; Tams et al, *supra* note 16, p.145.

62) Kress, *supra* note 33, p.571-572; Kress, *supra* note 4, p.494; Harmen G. van der Wilt, “Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction: reflection on the van Anraat Case”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.4, 2006, p.242; Mathilde K. van Haren, “The Report of the International Commission of Inquiry on Darfur & Genocidal Intent – A Critical Analysis”, *Netherlands International Law Review*, vol.53, 2006, pp. 223-224.

63) Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace, 1944), p.93 (“In order to prevent the invocation of the plea of superior orders, the liability of persons who order genocide practices, as well as persons who execute such orders, should be provided expressly by the criminal codes of the respective countries.”). 하지만 상급자명령면책이론은 오직 그 명령이 ‘명백하게 불법적이지 않은 경우’에만 원용할 수 있다는 로마규정 제33조로 인하여 Lemkin의 이러한 걱정은 더 이상 유효하지 않다. 즉 동 규정 제33조(2)항은 제노사이드를 저지르라는 명령은 항상 “명백히 불법적(manifestly unlawful)”이라고 선언하고 있는 것이다. 다시 말해, 로마규정상 상급자명령면책이론은 제노사이드에 대해서는 적용될 수 없는 것이다.

는 생각되지 않는다. 왜 하급행위자들을 꼭 중범이 아닌 정범으로 처벌하여야 하는가?⁶⁴ 하급행위자들은 중범으로 처벌하는 것으로 충분하지 않을까?⁶⁵ 우리나라의 형법학자들은 형량 때문이라도 정범으로 처벌할 필요가 있는 것은 아닌지 의문을 제기할 수 있을 것이다. 하지만, 중범의 형을 필요적으로 감면하는 우리나라를 포함한 많은 대륙국가의 형법과는 달리 ICC, ICTY, ICTR 등 국제형사재판소 관련 법률에는 그러한 필요적 감면규정이 존재하지 않으므로 형량에 대한 염려 때문에 하급행위자들을 정범으로 판결할 필요는 없다고 하겠다. 피고인이 정범이건 중범이건 ICC등의 재판부는 형량에 대한 폭넓은 재량권을 가지는 것이다. 실제로 시에라레온특별재판소(SCSL)는 전직 라에베리아 대통령 찰스 테일러를 중범으로 판시하면서도 징역 50년이란 상대적으로 중한 형을 내린 적이 있다.

일반국내범죄와 관련하여서는 중범은 대체로 해당범죄의 객관적 구성요건을 직접 수행하지는 않을 것이다. 따라서 이러한 국내법상의 중범개념은 제노사이드의 경우에 직접 적용되기는 쉽지 않을 것인데, 그것은 제노사이드로 기소된 하급행위자들은 대부분 자신이 제노사이드의 객관적 구성요건—즉 5개의 기본행위—들을 수행한 자들일 것이기 때문이다. 그렇게 객관적 요건을 실행한 자들을 중범이라고 판결하는 것은 대부분의 국내법률가들에게 이상하게 들릴 것인데, 특히 정범-중범 구분에 대한 ‘객관적 접근법’을 고수하는 영미법계 법률가들에게 더욱 그러할 것이다.⁶⁶

반대로 그러한 하급행위자들을 정범으로 판결하는 것에 대한 어려운 점들을 살펴보면, 일단 제노사이드 범죄정의 자체가 상급자의 주관적 요건(즉, 의욕기반 *genocidal intent*)과 하급자의 행위(다섯 가지 기본행위들)의 조합으로 구성되어 있는 것을 볼 수 있다.⁶⁷ 이러한 면에서 인식기반해

64) 비슷한 견해는, Larry May, *Genocide: A Normative Account* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p.126 (“My view is that Greenawalt supplies too meager an intent requirement for such an important crime as genocide.”); Guénaél Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals* (Oxford: Oxford University Press, 2005), pp. 214-215 (indicating that, in view of the status of genocide as being “located at the top of the hierarchy of international crimes”, one should be cautious not to succumb to the temptation to extend the scope of its application).

65) 비슷한 견해는, Jørgensen, *supra* note 61, p.313. 이와 관련하여 비록 필자는 동의하지 않지만 ICC재판관인 Christine van den Wyngaert의 견해는 특이하다. 그녀는 “사실, 나는 중범과 정범 사이에 그 비난가능성 (blameworthiness)과 관련하여 아무런 내재적 차이를 발견할 수 없다”고 말한다. *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, 18 December 2012, para. 24. Wyngaert재판관은 정범-중범 구별과 관련하여 ‘객관적 접근법’—한마디로, 정범은 실행행위자라는 견해—을 따르고 있는데, 이 구별방법은 ‘개인적 행위의 층’과 ‘집단적 상황의 층’의 중층구조로 이루어진 핵심국제범죄에는 적합하지 않은 정범-중범 구별방법이라고 생각된다. 제노사이드 범죄개념의 중층구조에 대한 더욱 상세한 설명은, Kim, *supra* note 39, Sect.3.1.

66) 영미법계에서의 정범-중범 구분 기준에 대하여는, K.J.M. Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity* (Oxford: Oxford University Press, 1991), pp. 27-28; Sliedregt, *supra* note 19, 2012, p.1183; Neha Jain, “Individual Responsibility for Mass Atrocity: In Search of a Concept of Perpetration”, *American Journal of Comparative Law*, vol.61, 2013, p.838.

석론은 하급행위자들에게 제노사이드의 정범책임을 너무 쉽게 인정하는 가혹한 이론이라고 말해 질 수 있을 것이다.

필자가 생각하기에 하급행위자의 정범성과 중범성 관련 딜레마는 제노사이드의 실제법적 구조의 특이성—즉, 그 핵심 주관적 요건인 genocidal intent가 ‘집단적 상황의 층’에 존재하고 있는 것에 기인한다고 보여진다.⁶⁸⁾ 제노사이드의 이러한 특이한 개념구조가 함의하고 있는 것은 제노사이드의 제반폭력상황의 의인화(personification)이다.⁶⁹⁾ 핵심국제범죄, 특히 제노사이드가 징표하는 심대한 폭력상황은 자주 그 자신의 독자적 생명력을 지니며 그 어떤 개인이나 집단의 통제로부터도 벗어나 있을 수 있는 것이다.⁷⁰⁾ 이러한 의인화는 ‘집단적 상황의 층’에 존재하는 ‘집단적 genocidal intent’를 매개로 이루어지는데, 이렇게 의인화된 제노사이드의 제반폭력상황은 하급행위자들을 제노사이드의 도구로 사용하는 것이다.⁷¹⁾ 이러한 측면을 고려할 때, 제노사이드의 범죄정의는 그 안에 ‘간접정범(perpetration by means, indirect perpetration 또는 perpetrator behind the perpetrator)’과 비슷한 범죄참가형태이론을 포함하고 있다고도 말할 수 있다.⁷²⁾ 이 간

67) Kress, *supra* note 4, p.496 (“an *actus reus* list formulated from the perspective of the subordinate level with what is typically a leadership standard of *mens rea*”). 마찬가지로 Kai Ambos도 “하급자의 행위와 상급자의 생각은 서로 보충적이다”라고 말한다. Ambos, *supra* note 33, p.30.

68) 제노사이드 범죄개념의 중층구조 즉, 그 ‘집단적 상황의 층’과 ‘개인적 행위의 층’에 대한 더욱 상세한 설명은, Kim, *supra* note 39, Sect.3.1.; 김상걸, “인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건”, 『국제법학회논총』, 제61권 제1호(2016), pp. 74-78.

69) 이 주장과 연결될 수 있는 판례는, *Krstić Appeals Judgement*, *supra* note 3, para. 34 (“The inference that a particular atrocity was motivated by genocidal intent may be drawn, moreover, even where the individuals to whom the intent is attributable are not precisely identified.”); *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, para.994 (“[n]one of the [co-perpetrators] exercises, individually, control over the crime as a shoe but, instead, the control over the crime falls in the hands of a collective as such.”).

70) Osiel, *supra* note 21, p.xi (Osiel states that “mass atrocity’s far-reaching scope often lies beyond anyone’s complete control or contemplation.”). Osiel는 또한 유명한 홀로코스트 학자인 John Larchs를 인용하고 있는데, Lachs는 “[i]t is difficult to accept that often there is no person or no group that planned or caused it all[.]”라고 말했다. *Ibid*, at 26.

71) ‘제노사이드의 제반 폭력상황의 의인화’와 관련하여서 생각해 볼 수 있는 것은 여타 핵심국제범죄와는 달리 판례들은 제노사이드에 관해 ‘제노사이드가 발생했다(occurred)’라는 표현을 쓰곤 하는 점을 참조할 수 있겠다. 예를 들어, *Prosecutor v. Karemera et al.*, ICTR-98-44-AR73(C), Decision on Prosecutor’s Interlocutory Appeal of Decision on Judicial Notice, 16 June 2006, paras. 34-36. ‘저질러진다(committed)’는 표현이 객체성을 강조하는 것이라면, ‘발생했다’라는 표현은 주체성을 강조하는 것으로 생각된다. 즉 제노사이드가 발생했다는 것은 제노사이드라는 개념에 어떤 주체성을 부여하는 것이고 이러한 주체성은 ‘제노사이드의 제반 폭력상황의 의인화’ 개념과 연결될 수 있는 것이다.

72) 간접정범(Perpetration by means) 이론에 대해서는, Florian Jessberger and Julia Geneuss, “On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir*: German Doctrine in the Hague?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.6, p.853; Héctor Olásolo and Ana Pérez Cepeda, “The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case”, *International Criminal Law Review*, vol.4,

접정범이론은 로마규정 제25조(3)(a)항에 규정되어 있는 세 가지 범죄참가형태 중 하나로 다음의 문구가 이에 해당한다: “[c]ommit [...] a crime [...] through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible.” 여기서 “regardless of” 이후부분에서 보듯이 범행의 도구로서 물리적으로 직접 범행을 수행한 자가 형법상 책임이 있는지의 여부는 그 뒤에서 그를 사용/통제하여 범행을 저지른 진짜 범죄자의 죄책성립여부와 무관하다. 필자가 생각하기에 이러한 간접범이론의 개념구조는 제노사이드에도 그대로 적용될 수 있다고 보이는데, 제노사이드의 경우에는 의인화된 제반폭력상황은 독점적으로 자기에게만 속하는 ‘집단적 genocidal intent’의 권위에 의지하여 모든 것을 결정/통제하고 범행을 지휘하는 것이다.⁷³⁾

이러한 시나리오 하에서는 하급행위자들이 제노사이드의 기본행위실행을 통해 그 객관적 요건들을 충족시켰음에도 불구하고, 그들을 정범이 아닌 중범으로 보는 것이 별로 불합리하지 않다고 생각된다. 이러한 면을 고려할 때, 제노사이드는 오직 지도자급의 사람만이 정범이 될 수 있는 ‘지도자범죄(leadership crime)’에 매우 가까운 개념이라고 할 수 있다.⁷⁴⁾ 이러한 점에서 정범-중범 구분이론들 중 ‘주관설’이나 ‘지배이론’이 제노사이드에 적합한 이론들이라고 생각된다. 독일 판례인 *Stashchynsky* 사건에서 KGB 요원인 피고인은 두 건의 정치적 암살을 자행하였는데 ‘주관설’을 적용한 법원에 의해 중범으로 처벌되었다.⁷⁵⁾ 심지어, 저명한 비교형사법학자인 George Fletcher는 ‘지배이론’을 적용하여 팔레스타인의 자살폭탄테러범도 중범으로 분류되어야 한다고 주장한다.⁷⁶⁾ 그러므로 정범-중범 구분에 관한 ‘주관설’이나 ‘지배이론’을 적용할 경우 제노사이드의 하급행위자들을 중범으로 보는 것은 합리적인 것으로 생각된다. 다시 말해, 제노사이드의 기본행위수행 그 자체의 심각성에도 불구하고 제노사이드의 특이한 실체법적 구조는 하급 기본행위수행자들을 중범으로 볼 것을 강요하고 있는 듯하다.

간접정범이 도구로 사용되는 자의 유·무죄 여부에 큰 의미를 두지 않는 것처럼 제노사이드에 있어서 하급행위자의 genocidal intent를 논하는 것 자체가 어찌면 생경한 일인지도 모르겠다. 제노사이드와 간접정범에 있어서 하급행위자들은 언제나 대체가능한 존재이며, 법은 이 하급행위

2004, 489 *et seq*; Osiel, *supra* note 61, p. 91 *et seq* 또한 George Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p.639.

73) 이와 관련한 좀 더 자세한 논의는, Kim, *supra* note 39, Sect.4.2.2.5 (entitled, “A Hypothetical Consideration of the Ultimate Mastermind’s Genocidal Intent”).

74) 또한 위의 각주 54 참조. ‘지도자범죄’로서의 제노사이드에 대한 더 상세한 서술은, Kim, *supra* note 39, Sect.4.2.3.

75) Fletcher, *supra* note 72, pp. 657-659. *Stashchynsky* 판결을 극단적 형식의 ‘주관설’이라고 비판하는 견해는, Jens David Ohlin, “Searching for the Hinterman: In Praise of Subjective Theories of Imputation”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.12, 2014, p.334.

76) Fletcher, *supra* note 56, pp. 189-190.

자들의 죄책여부에는 별 관심이 없음을 선언하고 있는 것 같다. 즉 간접정범과 관련하여서는 로마규정 제25조(3)(a)항의 “[하급행위자]의 형사상 책임 여부와 상관없이(“regardless of whether that other person is criminally responsible”)”라는 문구를 통하여 명시적으로 그러한 선언이 이루어지고 있으며, 제노사이드와 관련하여서는 그 특유한 상급자의 의욕기반 genocidal intent를 규정하고 있는 그 범죄정의를 통하여서 암묵적으로 하급행위자의 죄책여부에 대한 무관심을 얘기하고 있다고 생각된다. 요컨대, 제노사이드의 하급행위자들을 정범으로 분류해야 할 필요는 그 어디에서도 찾아보기 힘든 것으로 보인다.

4. 왜 인식인가?: 종범이론과의 비교

이하에서는 인식기반해석론을 적용하여 하급행위자들에게 정범책임을 부과하는 것의 문제점을 ‘제노사이드의 종범(aiding and abetting genocide)’과의 비교를 통해 살펴보기로 한다. ICTY와 ICTR의 판례는 제노사이드의 종범의 주관적 구성요건을 ‘인식(knowledge)’—더 정확히는 ‘제노사이드의 정범의 genocidal intent에 대한 인식’—이라고 한다.⁷⁷⁾ 즉, 인식의 객체문제를 잠시 제쳐 놓는다면, genocidal intent에 대한 인식기반해석론과 ‘제노사이드의 종범’이론은 ‘인식’이라는 같은 요건을 통해 너무도 상반된 결론—즉 전자는 정범 인정, 후자는 종범 인정—에 도달하고 있는 것이다. 심지어는 ‘제노사이드의 종범’도 의욕기반 genocidal intent를 가지고 있어야만 한다는 견해들이 있는 것을 고려할 때,⁷⁸⁾ 인식기반해석론이 ‘인식’이라는 요건이 만족되기만 하면 정범책임을 인정하자고 주장하는 것은 분명 매우 과격한 접근법이라 할 것이다.

이러한 맥락에서 인식기반해석론이 하급행위자의 정범책임을 인정하는 것을 옹호하면서 할 수 있는 변론은 앞서 잠시 언급했듯이 그들이 일반범죄의 종범과는 달리 대체로 범죄의 객관적 요건을 직접 실행하였다는 점 정도일 것이다. 하지만 문제는 제노사이드의 다섯 가지 기본행위 중 ‘객관적 요건의 실행(performing *actus reus*)’과 ‘조력행위의 실행(performing aiding or abetting)’이 분명히 구분되어 질 수 있는 것은 첫 번째 기본행위인 ‘살해에 의한 제노사이드’가 유일하다는 점이다. 즉 나머지 네 개의 기본행위들에 있어서는 ‘객관적 요건의 실행’과 ‘조력행위의 실행’을 구분하기가 매우 애매한데, 예를 들어 로마규정 제6조(c)항에 규정된 ‘한 집단의 물리적 파괴를 가

77) *Krstić Appeals Judgement*, *supra* note 3, para. 140; *Prosecutor v. Ntakirutimana*, ICTR-96-10-A & ICTR-96-17-A, Judgement, 13 December 2004, para. 501; *Prosecutor v. Seromba*, ICTR-2001-66-A, Judgement, 12 March 2008, para. 56.

78) Mettraux, *supra* note 64, pp. 212–215; Paul Mysliwiec, “Accomplice to Genocide Liability: The Case for a Purpose *Mens Rea* Standard”, *Chicago Journal of International Law*, vol.10, 2009, 405–412.

저오기 위해 고안된 삶의 조건을 의도적으로 부과하는 행위와 관련하여 그 '객관적 요건 실행행위'와 '조력행위'는 매우 구분하기 곤란한 것이다. 그것은 왜냐하면 제6조(c)항의 '객관적 요건 실행행위'는 의, 식, 주, 위생, 의료 등 삶의 전 영역에 관련될 수 있는 것으로서 특정하는 것이 거의 불가능할 정도로 그 범위가 너무 넓기 때문이다.⁷⁹⁾ 또한 제6조(b)항에 규정되어 있는 기본행위인 '심각한 육체적 또는 정신적 위해를 발생시키는 행위'의 경우는 한 걸음 더 나아간다고 볼 수 있는데, 판례는 이 기본행위를 다음과 같이 설명한다: "고문, 비인간적 또는 모멸적인 취급, 강간을 포함한 성적 폭력, 폭행을 수반한 심문, 살인의 협박, 그리고 건강을 해치는 위해 또는 신체 절단 또는 심각한 부상을 일으키는 행위 [...] 그러한 위해의 결과는 영속적이거나 치유 불가능할 것일 필요는 없다 [...]".⁸⁰⁾ 만일 검사가 '한 집단의 어린이들을 다른 집단으로 강제로 이송시키는 행위'(제6조(e)항)를 통해 제노사이드를 기소를 했다면, 당신은 재판관으로서 이 기본행위의 '객관적 요건을 실행한 자'와 단순히 '조력행위만을 실행한 자'를 어떻게 구분하겠는가? 오직 버스운전기사만을 '객관적 요건을 실행한 자'로 취급해야 할 것인가?⁸¹⁾

이렇게 애매모호한 상황에 대하여 genocidal intent에 대한 인식기반해석론을 적용하는 것은 정범-중범 구분에 대한 본질적인 규범적 토대를 흔들어버릴 위험성이 있는 것이다. 좀 더 구체적으로 말하자면, 이렇게 '객관적 요건의 실행행위'와 '조력행위'를 구분하는 것이 매우 어려운 범죄인 제노사이드에 대하여 하급행위자를 정범 또는 중범으로 처벌하는 데 있어서 같은 주관적 요건('인식')을 요구하는 것은 '죄책의 공정한 표현/부과의 원칙(principle of fair labeling)' 및 피고인의 권리를 침해할 소지가 너무도 다분한 것이다.⁸²⁾ 이러한 바람직하지 못한 결과에 대해 (비록 다른 맥락에서였지만) 잘 표현한 언급은 Jens David Ohlin에게서 찾아볼 수 있는데, 그는 다음과 같이 말하였다: "단순히 상급행위자들의 죄책을 하급행위자들의 죄책과 같은 범주 안에 포함시킴으로써, 하급행위자들의 죄책은 부풀려지고 암묵적으로 상급행위자들의 죄책은 줄어든다."⁸³⁾ 이

79) 일례로 Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR-95-1-T, Judgement, 21 May 1999, paras. 115-116 ("[...] this concept [...] include[s] circumstances which will lead to a slow death, for example, lack of proper housing, clothing, hygiene and medical care or excessive work or physical exertion[,] [...] methods of destruction which do not immediately lead to the death of members of the group [such as] rape, the starving of a group of people, reducing required medical services below a minimum, and withholding sufficient living accommodation [...].").

80) Prosecutor v. Brčkanin, IT-99-36-T, Judgement, 1 September 2004, para.690.

81) 참고로 Rutaganza Trial Judgement, *supra* note 9, para. 53 (이 기본행위의 의미에 대해 다음과 같이 설명하고 있다: "aimed at sanctioning not only any direct act of forcible physical transfer, but also any acts of threats or trauma which would lead to the forcible transfer of children from one group to another group.").

82) 국제형사법에 있어서 '죄책의 공정한 표현/부과의 원칙(principle of fair labeling)'의 중요성이 갈수록 중요시 되는 추세에 대한 설명은, Sliedregt, *supra* note 19, pp. 1182-83.

러한 맥락에서, 인식기반해석론 적용의 결과인 상급행위자와 하급행위자를 같은 죄책인 '정범'의 범주에 함께 포함시켜버리는 것의 걱정스러운 함의는 '하급행위자들의 죄책을 부풀리는 효과' 뿐 아니라 '상급행위자들의 죄책을 줄이는 효과' 둘 다를 수반하는 것이다.

결과적으로 인식기반해석론의 중국은 국제형사법의 추세인 정범-종범 구분에 대한 '규범적 접근론'에 위반하는 것인데, 이러한 '규범적 접근론'은 '죄책의 공정한 표현/부과의 원칙(principle of fair labeling)'에 충실한 것으로서 특히 '정범'의 지위에 특별한 의미를 부여하는 것이다.⁸⁴⁾ 그리고 앞서 '불면증에 걸린 사령관'의 가설을 가지고 설명했듯이, 인식기반해석론을 통한 genocidal intent 유무의 판단은 완전히 상식에 어긋나는 결과—상급자는 무죄, 하급자는 정범으로 유죄—를 가져오게 되는 것으로 그 실효성 및 정당성이 극히 의심되는 접근법인 것이다.

또 한 가지 genocidal intent 개념에 대한 인식기반해석론과 연결하여 살펴보아야 할 것은 로마 규정 제25조(3)(c)항에서 '종범(aiding, abetting otherwise assisting)'의 주관적 요건으로 규정되어 있는 "[f]or the purpose of facilitating the commission of [...] a crime"이라는 문구인데, 이 문구는 종범성립을 위하여 '의욕(purpose)'을 그 주관적 구성요건을 규정함으로써 정범이론인 인식기반해석론보다 엄격한 수준의 입증을 요하는 외관을 가지고 있다.⁸⁵⁾ 더구나 William Schabas는 제 25조(3)(c)항의 '의욕'을 '특별고의(specific intent)'의 일종으로 보기 때문에,⁸⁶⁾ 그의 견해에 따르면 제노사이드의 정범은 (인식기반해석론에 따라) '인식'을 그 성립요건으로 하는 반면, 제노사

83) Jens David Ohlin, "Joint Intentions to Commit International Crimes", *Chicago Journal of International Law*, vol.11, 2011, p.752.

84) 참고로 Sliedregt, *supra* note 19, pp. 1184-85. 정범-종범 구분에 대한 '규범적 접근법'(주로 대륙법계)과 '자연적 접근법'(주로 영미법계)에 대한 설명은, Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp. 71-73. '정범'의 지위에 특별한 의미를 부여하는 국제형사법의 추세를 보여주는 예로 생각할 수 있는 것은 (i) 원래는 영미법상 종범이론이었던 공동범죄 집단(Joint Criminal Enterprise)의 정범이론화; (ii) ICTY 규정 제7조(1)항과 ICTR 규정 제6조(1)항의 일원적 범죄참가형태 규정방식으로부터 ICC 로마규정 제25조(3)(a)-(d)항의 다원적·계층적 범죄참가형태 규정방식로의 변천 등을 들 수 있겠다.

85) Ambos, *supra* note 56, pp. 165-166 ("it is clear that purpose generally implies a specific subjective requirement which goes, in its volitional dimension, beyond mere knowledge."). 또한 Kai Ambos, "Article 25: Individual Criminal Responsibility", in O. Triffterer(ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article* (Munich: C.H.Beck · Hart · Nomos, 2008), p.757 ("The formula [of "for the purpose of facilitating"], therefore, ignores the [...] jurisprudence of the ICTY and ICTR, since this jurisprudence holds that the aider and abettor must only know that his or her acts will assist the principal in the commission of an offence. [...] In conclusion, the formulation confirms the general assessment that subparagraph (c) provides for a relatively low objective but relatively high subjective threshold (in any case higher than the ordinary mens rea requirement according to article 30).").

86) William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford: Oxford University Press, 2010), pp. 435-436.

이드의 중범은 ‘특별고의’를 그 요건으로 한다는 매우 불합리한 결론에 이르게 된다. 여기서, Kai Ambos의 최근 견해를 참조할 필요가 있는데, 이는 다음과 같다:

“이 높은 기준[--즉 제25조(3)(c)항에 규정된 ‘의욕’은 [중범의] 공헌행위와 범죄실행 사이의 관계(facilitation)에만 적용된다는 것을 아는 것이 중요하다. 추가적인 주관적 요건, 예를 들면 제6조의 ‘과괴할 의도’에 대해서 말하자면, 중범은 정범의 특별고의를 인식하는 것으로 충분하고 그 자신이 그러한 고의를 소유할 필요는 없는 것이다.”⁸⁷⁾

즉 Ambos는 제25조(3)(c)항의 ‘의욕’이란 어디까지나 정범의 범행을 용이하게 해주는 중범 자신의 행위(facilitating)에 관련된 것이라고 한다. 이 견해는 제25조(3)(c)항의 ‘의욕’의 객체를 명확하게 하고 있는데, 관련 문구(“[f]or the purpose of facilitating the commission”)에서 보듯이 ‘의욕’의 지향점은 정범의 범죄가 아니라 중범 자신의 조력행위(conduct of facilitation)인 것이다.⁸⁸⁾ 그 자신이 genocidal intent 개념에 대한 인식기반해석론을 주장하는 Ambos의 제25조(3)(c)항의 해석과 인식기반해석론을 함께 적용해 보면 다음과 같은데, 상급행위자의 의욕기반 genocidal intent에 대한 인식만 있는 하급행위자는 인식기반해석론에 의해서 정범으로 규정될 것인 반면, 동일한 인식과 자신의 조력행위에 대한 의욕을 가지고 있는 자는 중범이 될 것이다. 이러한 결론도 상식과 맞지 않는 것이다. 여기서 혹자는 이 두 사람은 제노사이드의 객관적 요건 실행 여부를 가지고 구분할 수 있는 것이 아닌가 하는 의문을 가질 수도 있을 테지만, 앞에서 설명했듯이 ‘살해(genocide by killing)’를 제외한 나머지 네 가지 제노사이드의 기본행위와 관련해서는 ‘객관적 요건 실행행위(performing *actus reus*)’와 단순한 ‘조력행위(performing aiding or abetting)’를 구분하기가 매우 모호하기 때문에 그러한 의문은 이 토론에 아무런 도움이 되지 않는다 할 것이다. 필자가 보기에, 인식기반해석론은 ‘인식’이라는 매우 낮은 수준의 주관적 요건을 제노사이드의 정범이라는 가장 중한 죄책의 요건으로 삼음으로써 같은 ‘인식’을 그 요건으로 하고 있는 중범이론과 무질서하게 섞여버렸고 큰 규범적 혼란을 야기하고 있는 것으로 생각된다.

여기서 ICC의 *Al Bashir* 사건 담당 전심재판부의 관련 견해를 살펴보자:

“이러한 점에서, [로마규정] 제6조의 제노사이드의 범죄정의와 범죄구성요건집의 문리적 해석은 오직 genocidal intent를 가지고 행위한 자들만이 제25조(3)(a)항에 따

87) Ambos, *supra* note 56, p.166.

88) 참고로 A. P. Simester & G. R. Sullivan, *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine* (Oxford: Hart Publishing, 2010), p.220 (In England and Wales, “[i]t is the assistance or the encouragement, not the ultimate crime, that must be intended by [a secondary party].”).

른 정범이 될 수 있음을 명확히 하고 있다. 제반적 상황/공격의 제노사이드적 성격을 인식하기만 하고 genocidal intent를 공유하지 않은 자들은 종범의 죄책을 질 수 있을 뿐인 것이다.”⁸⁹⁾

하지만 이러한 입장은 인식기반해석론을 적용할 경우 전혀 실제적 의미가 없어지는데, 왜냐하면 인식기반해석론의 적용은 “genocidal intent”에 대한 인식과 “제반적 상황/공격의 제노사이드적 성격[에 대한] 인식”의 두 가지 개념을 동일하게 만들어 버리고, 이는 또한 이 판결 인용문의 주제인 제노사이드의 정범과 종범을 구분할 수 없게 만드는 것이다. 여기서 우리는 과연 인식기반해석론이 제노사이드의 정범과 종범의 구분을 인정하는지 묻지 않을 수 없다. 다시 말해, 인식기반해석론을 적용할 경우, 제노사이드에 기반한 개인형사책임이라는 영역 안에 아직도 종범의 공간이 남아 있는 것인지 의심할 수밖에 없다. 그것은 인식기반해석론의 적용이 제노사이드의 정범이 차지하는 영역을 너무나도 넓혀버렸기 때문이다.⁹⁰⁾

V. 나가는 말: 결국 종범이론의 하나인가?

실무에 있어서 국제재판관들은 인식기반해석론자들이 주장하는 짝—즉 상급행위자에게는 의욕기반 genocidal intent를 적용하고, 하급행위자들에게는 인식기반 genocidal intent를 적용하는 것—과는 반대로 움직일 공산이 크다고 생각된다. 즉 하급행위자들이 개인적으로 의욕기반 genocidal intent를 가지고 있었다는 것이 명백하게 증명되지 않는 한 재판관들은 하급행위자들을 제노사이드의 정범으로 판정하는 것을 매우 꺼릴 가능성이 크다.⁹¹⁾ 이는 특히 제노사이드라는 범죄의 엄청난 심각성을 고려할 때 더욱 그러하다 할 것이다. 그러한 실례—즉 국제재판관들이 인식기반해석론과 반대의 행태로 판결한 예—는 ICTY의 *Popović et al* 사건에서 찾을 수 있는데, 이 사건에서 재판부는 의욕기반해석론에 따라 중하급 장교였던 Drago Nikolić에 대한 제노사이드

89) *Prosecutor v. Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, p.49, footnote 154.

90) 이와 관련하여 James G. Stewart는 범죄참가책임이라는 관념 안에서 종범은 정범을 뺀 나머지라고 한다. James G. Stewart, “Complicity”, in M. Dubber & T. Hornle(eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p.536 (“complicity is the remainder of responsibility by participation left over once perpetration is subtracted. [...] the meaning we attach to [complicity] is inexorably bound up in our definition of perpetration [...]”).

91) 참고로 Bantekas, *supra* note 17, p.209 (“[t]he ICTY has generally been reluctant to convict lower-ranking personnel of genocide, despite the large number of victims in particular cases.”).

드의 정범성을 부인하였다. 대신 Nikolić는 제노사이드의 중범(aiding and abetting genocide)으로 처벌받았는데 그 주관적 근거는 그의 ‘인식’이었다. 우리는 이 판결문에서 고위급 장교였던 다른 두 피고인(Popović와 Beara)과 관련하여서는 의욕기반 genocidal intent의 추론을 가능하게 하는 상당한 양의 증거들을 찾아볼 수 있다. 한편, 재판부는 Nikolić가 ‘상급자들의 genocidal intent’, ‘파괴적 결과’ 그리고 ‘제노사이드의 전반적 폭력상황’ 등에 대한 확실한 인식을 가지고 있었음을 보여주는 많은 증거들을 적시하고 있다. 하지만 동 재판부는 그러한 확실한 인식 관련 증거들을 ‘제노사이드의 중범’ 성립 관련 주관적 요건으로서의 ‘인식’을 입증하는 증거들로 다루었을 뿐, 인식기반해석론에 따른 정범의 증거로 보지는 않았다. 이와 관련하여 동 재판부는 다음과 같이 말하고 있다.

“그렇지만 주된 이슈는 [Nikolić가 행한] 그러한 행위들을 그가 가지고 있던 다른 이들의 genocidal intent에 대한 인식과 함께 고려했을 때, Nikolić가 그러한 genocidal intent를 인식했을 뿐 아니라 공유했다는 것을 [충분히 입증하고 있는가 하는 점이다]. 본 재판부는 제노사이드의 심각성은 엄격한 [genocidal intent] 요건에 반영되어 있음을 상기한다. 이러한 맥락에서 특별고의[즉 genocidal intent]의 높은 증명기준은 제노사이드의 유죄판결이 가볍게 내려지는 것을 방지하고 있다고 할 수 있다.”⁹²⁾

결국 재판부는 Nikolić가 다른 상급행위자들의 genocidal intent에 대한 인식을 가지고 있었음에 근거하여 그를 제노사이드의 중범으로 판정하였다.⁹³⁾ 즉 genocidal intent 개념에 대한 인식기반해석론이 ‘계급이 낮을수록 낮은 수준의 주관적 요건을’ 이라는 공식을 제시하고 있지만, Nikolić의 예는 국제재판관들이 그러한 공식을 따를 의사가 없음을 보여주고 있다. 따라서 (상급행위자에 대해서는 인식기반해석론과 의욕기반해석론 모두 의욕기반 genocidal intent의 적용을 주장하므로) 이 Nikolić의 예는 도대체 인식기반해석론이 더 이상 존재할 이유가 있는지를 묻고 있다고 할 수 있다. 다른 말로 하자면, 인식기반해석론이 하고 있는 또는 할 수 있는 역할이 과연 있느냐는 것이다. 인식기반이론의 하급행위자에게는 낮은 수준의 주관적 요건을 적용하지는 주장은 어디까지나 낮은 수준의 개인형사책임(예를 들어 중범책임)을 부과할 때만이 말이 된다고 할 것이다. 상대적으로 낮은 수준의 주관적 요건을 하급행위자에게 적용하면서 정범인 상급행위자와 같은 수준의 책임을 묻는 것은 상식적이지 않다. 더구나 관련 범죄가 ‘범죄 중의 범죄’라는 제노사이드인 경우에는 더더욱 그러하다. 결론적으로 Nikolić의 예는 기존의 인식기반해석론자들

92) *Prosecutor v. Popović et al*, IT-05-88-T, Judgement, 10 June 2010, para. 1408.

93) *Ibid*, para. 1415.

에게 일종의 경종을 울리는 것이라고 생각된다. 인식기반해석론은 쓸모없는 탁상공론에 지나지 않는 것은 아닐까 심히 의심된다 하겠다.⁹⁴⁾

94) 추가적으로, 인식기반해석론에 내재하고 있는 이론적 결함에 대한 상술은 Kim, *supra* note 39, Sect.2.5.

◀ 국문초록 ▶

핵심국제범죄로서의 제노사이드는 집단에 의한 집단에 대한 범죄라는 그 내재적, 본질적 집단성에 반하여 순수하게 개인적 관점에서 규정된 범죄정의를 가지고 있다. 이러한 ‘내재적 집단성’과 ‘범죄정의의 개인성’의 부조화 내지 충돌은 실제 이 범죄정의 및 범죄구성요건을 해석, 적용하는데 있어서 많은 혼란과 어려움을 야기하여 왔다. 이러한 논란의 중심에 자리잡고 있는 것이 제노사이드 범죄定義의 핵심으로 꼽히는 특별한 주관적구성요건-즉, “과괴할 의도(intent to destroy)”-인데, 주로 ‘genocidal intent’라고 통칭되어 왔다.

지금까지 국제판례와 학자들은 이 genocidal intent를 일반국내범죄의 주관적 요건과 같이 개인의 내심 안에 존재하는 것으로 이해해 왔다. 이렇게 개인적 관점에서 genocidal intent를 해석하는 견해에는 두 가지가 있다. 국제판례가 채택하고 있는 의도기반해석론과 학계의 통설인 인식기반해석론이 그 둘인데, 이 논문에서 필자는 국제형사법학계의 많은 주도적 학자들이 지지하고 있는 인식기반해석론을 비판해보고자 하였다.

그 비판의 핵심은 인식기반해석론을 적용한 결과가 야기하는 모순이다. 즉, 인식기반해석론은 genocidal intent 개념을 ‘의욕’을 넘어 ‘인식’까지 확대해석함으로써 정범의 성립범위를 지나치게 확장하고 있다는 것이다. 이는 국제형사법에 있어서 갈수록 그 중요성이 강조되고 있는 ‘죄책의 공정한 표현/부과의 원칙(principle of fair labeling)’ 및 피고인의 권리보장에 정면으로 위배되는 것으로서, 상급행위자와 하급행위자를 같은 죄책의 범주 안에 포함시킴으로써 죄책의 왜곡을 초래하는 것이다.

인식기반해석론은 상급행위자들의 경우에는 ‘의욕’의 입증으로 그리고 중·하급행위자들의 경우에는 ‘인식’의 입증으로 제노사이드의 정범성립을 인정하자고 한다. 즉 ‘인식’은 ‘의욕’보다 입증정도가 낮다는 측면에서 보자면, 지위와 계급이 낮을수록 정범성립이 쉬워진다는 결과가 초래되는 것이다. 그러나 실제 법적용에 있어서 국제재판관들은 ‘범죄 중의 범죄(crime of crimes)’라고 불리는 제노사이드의 정범성을 고려할 때, 오히려 지위와 계급이 낮은 사람들의 경우에는 더욱 높은 수준의 주관적 요건을 적용할 가능성이 훨씬 높다고 하겠다. 이러한 면을 생각할 때, 인식기반해석론은 과연 그 실체가 무엇인지, 존재가치가 무엇인지, 다만 이론을 위한 이론일 뿐인 것은 아닌지 심히 의심스럽고 생각된다.

◀ 주 제 어 ▶

제노사이드, 파괴의 의도, 의욕기반해석론, 인식기반해석론, 국제형사재판소

◀ ABSTRACT ▶

A Critique of the Knowledge-Based Approach to Genocidal Intent

KIM Sangkul

In the crime definition of genocide, there is no sign of collectivity, which is clearly contradictory to the inherently collective nature of genocide. That is, the definition of genocide as currently provided in the Genocide Convention and the Statutes of international courts has counterintuitive implications. This conflict between the individualistic definition of genocide and the fundamentally collective nature of genocide has been the source of confusions and difficulties in applying the definition of genocide to actual cases. Unfortunately, the extent of such confusion as a matter of substantive analysis has been pervasive in the relevant international jurisprudence. At the center of such confusion, there exist the element of “with intent to destroy”—i.e., the genocidal intent element.

As is the case of ordinary domestic crimes, international judges and scholars have thus far understood that genocidal intent is a *mens rea*, which exists within a inner state of mind of the accused. There are two differing views of such individualistic approaches to interpreting genocidal intent: ‘purpose-based approach’ and ‘knowledge-based approach’. In general, it is said that international case law has adopted the former, while scholars in the field of international criminal law have supported the latter. In this article, the author tries to criticize the latter—i.e., the knowledge-based approach to interpreting the genocidal intent element.

In particular, the author places emphasis on the counterintuitive result of applying the knowledge-based theory. That is, by lowering the threshold of genocidal intent from ‘desire’ to ‘knowledge’, the knowledge-based theory overly extends the applicable scope of the principal liability of genocide. Such extension causes a distortion of criminal liability by including high-level actors and subordinate actors in the same category of liability, which clearly deviates from the principle of fair labeling and the protection of the rights of the accused.

◀ Key words ▶

Genocide, Genocidal intent, Purpose-based approach, Knowledge-based approach,
International Criminal Court