

5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건에 대한 국제형사재판소(ICC) 및 국내법원에서의 제소 가능성*

김 재 윤**

목차

I. 들어가는 말	IV. 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건의 국내법원에서의 제소 가능성
II. 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건의 실태	V. 맺는 말
III. 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건의 국제형사재판소 (ICC)에서의 제소 가능성	

Ⅰ 국문초록 Ⅰ

5·18민주화운동 당시 발생하였던 국가폭력에 대한 국가 차원의 조사는 여러 차례 진행되어 왔다. 하지만 그 동안의 조사는 계엄군의 과잉진압 및 발포, 헬기사격 등에 대한 진실에 초점이 맞추어졌을 뿐 당시 계엄군에 의해 자행된 여성에 대한 성폭력 사건에 대해서는 진상조사가 제대로 이루어지지 못하였다.

* 본 논문은 김재윤·김정호, “5·18민주화운동 당시 중대한 인권침해사건의 국내법적 쟁점 연구(5·18민주화운동 진상규명조사위원회, 2020.11.)” 연구에 부분적으로 기초하고 있다.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사
논문접수일 : 2023. 7. 5., 심사개시일 : 2023. 8. 10., 게재확정일 : 2023. 8. 18.

이러한 상황에서 지난 2018년 5월 한겨레신문, 연합뉴스, SBS방송 등 언론에서 성폭력 피해 여성의 용기 있는 증언이 보도되면서 사회적으로 문제의 심각성을 인식하게 되는 계기가 마련되었다. 이를 계기로 국방부, 국가인권위원회, 여성가족부 세 기관은 2018년 6월 「5·18 계엄군 등 성폭력 공동조사단」을 출범시켜 조사한 결과, 당시 계엄군에 의한 성폭행 피해내용 총 17건을 제외하고 성추행 등 여성인권침해행위를 다수 발견했다. 그리고 2020년 1월 출범한 5·18민주화운동 진상규명조사위원회는 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건을 5·18진상규명법 제3조 제1호에서 규정하고 있는 “그 밖의 중대한 인권침해사건”에 포함시켜 조사1과에서 조사업무를 수행하고 있다. 2023년 5월 8일 진상조사위원회는 최근 계엄군 성폭력 사건 총 51건을 조사 대상으로 정해 그중 24건에 대한 조사를 마무리했다고 밝혔다. 진상조사위원회에 따르면 전체 성폭행 피해자들 가운데 최소 2명은 미성년 여고생으로 드러났으며, 최소 2회 이상 집단 성폭행도 발생한 것으로 나타났다고 한다. 피해자들 중 회복을 위해 정신병원에 입원했거나 관련 치료를 받은 이들도 무려 7명에 달했으며, 피해자들 가운데 일부는 극단적 선택으로 스스로 목숨을 끊은 것으로 조사됐다.

특히 공동조사단의 조사결과가 발표되고 국민들로부터 성폭력 직접 행위자는 물론이고 관련 부대 지휘관을 특정하여 형사처벌을 해야 한다는 목소리가 높았다. 이러한 요구는 진상조사위원회의 조사결과가 최종적으로 발표된 이후에 더욱 높아질 것으로 예상된다. 이러한 성폭력 가해자의 형사처벌의 문제와 관련하여 현재시점에서 볼 때 공소시효가 완성이 되어 더 이상 공소권이 없어 형사처벌이 불가능하다. 이에 일부에서는 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건은 「국제형사재판소에 관한 로마규정」 제7조에서 규정하고 있는 ‘인도에 반한 죄’에 해당하므로 국제형사재판소(ICC)에 제소할 수 있다는 견해가 제시되고 있다. 또한 ICC에 제소가 어렵다고 하더라도 1980년 당시 국제범죄에 해당하는 ‘인도에 반한 죄’의 가벌성을 ‘일반적으로 승인된 국제법규’, 즉 국제(형사)관습법을 근거로 하여 국내법원에 성폭력 가해자들을 기소하여 처벌할 수 있다는 견해도 제시되고 있다.

따라서 본 논문에서는 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건과 관련하여 우선 공동조사단의 계엄군에 의한 여성 성폭력 조사결과를 간략히 살펴보고, 공동조사단 및 진상조사위원회의 조사결과 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건의 실체가 밝혀져 그 직접 행위자 및 관련 계엄군 지휘책임자가 특정되었을 경우 이들을 국제형사재판소(ICC)에 제소할 가능성이 있는지 여부, 그리고 이것이 어렵다면 국내법원에 제소하여 형사처벌을 할 가능성이 있는지 여부를 검토하였다.

결론적으로, 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건과 관련하여 일부 언론과 연구자의 견해와 달리 향후 진상조사위원회의 조사결과 위 사건의 실체가 밝혀져 그 직접 행위자 및 관련 책임자가 특정될지라도 국제형사재판소, 유엔 산하 특별형사재판소 또는 혼합재판소에 제소할 가능성은 사실상·법률상 실현가능성이 없으며, 그렇다고 하여 국제형사범죄법 제9조 제2항 제6호를 근거로 또는 헌정범죄시효법에 “반인도적 범죄행위”를 신설하고 그 공소시효를 배제하는 법률개정을 통해 국내법원에 제소하여 형사처벌을 받게 할 가능성 역시 국제형사범죄법의 시간적 관할권의 제약과 진정 소급입법에 해당되어 불가능함이 도출되었다.

주제어 : 국가폭력, 로마규정, 국제형사재판소, 5·18민주화운동, 계엄군에 의한 성폭행, 공소시효

I. 들어가는 말

5·18민주화운동 당시 발생하였던 국가폭력에 대한 국가 차원의 조사는 여러 차례 진행되어 왔다.¹⁾ 하지만 그 동안의 조사는 계엄군

1) 그 동안 ① 5·18광주민주화운동 진상조사 특별위원회(1988.6월~1989.12월), ② 5·18민주화운동 관련 검찰수사(1995, 1996), ③ 진실·화해를 위한 과거사정리위원회(2005.12월~2006.6월), ④ 국방부 과거사진상규명위원회(2005.5월~2007.12월), ⑤ 5·18민주화운동 헬기사격 및 전투기출격대기 관련 국방부 특별조사위원

의 과잉진압 및 발포, 헬기사격 등에 대한 진실에 초점이 맞추어졌을 뿐 당시 계엄군에 의해 자행된 여성에 대한 성폭력 사건에 대해서는 진상조사가 제대로 이루어지지 못하였다. 특히 5·18 여성단체에서는 1989년 광주 청문회 과정에서 여성의 성고문, 성폭력에 대한 진실을 밝혀줄 것을 요청하였지만 다른 문제에 가려져 제대로 조사되지 못하였다.

이러한 상황에서 지난 2018년 5월 한겨레신문, 연합뉴스, SBS방송 등 언론에서 성폭력 피해 여성의 용기 있는 증언이 보도되면서 사회적으로 문제의 심각성을 인식하게 되는 계기가 마련되었다.²⁾ 이를 계기로 국방부, 국가인권위원회, 여성가족부 세 기관은 2018.6.8. 「5·18 계엄군 등 성폭력 공동조사단(이하 ‘공동조사단’이라 함)」을 출범시켰고 2018.6.8.(금)~10.31.(수)까지 조사활동을 한 결과 중복 사례를 제외하고 당시 계엄군에 의한 성폭행 피해내용 총 17건과 이외 연행·구금된 피해자 및 일반시민에 대한 성추행, 성고문 등 여성 인권침해행위를 다수 발견했다고 밝혔다.³⁾⁴⁾ 나아가 “1980년 광주 5·18민주화운동 당시 국가권력에 의한 반민주적 또는 반인권적 행위에 따른 인권유린과 폭력·학살·암매장 사건 등을 조사하여 왜곡

회(2017.9월~2018.2월), ⑥ 5·18민주화운동 진상규명을 위한 특별법에 따른 5·18 민주화운동 진상규명진상조사위원회(2020.5월~현재)의 조사가 진행되었다.

2) 대표적으로 정대하, “지울 수 없는 5월... 60여일 고문 뒤 석방 전날 성폭행”, 한겨레 2018.5.10.자 기사

<https://www.hani.co.kr/arti/area/area_general/843982.html>, 검색일: 2023. 6. 30.

그것이 알고 싶다, “잔혹한 충성 제1부-비둘기와 물빼기”, SBS 2018.5.12.자 방송 <<https://programs.sbs.co.kr/culture/unansweredquestions/vod/4020/22000274543>>, 검색일: 2023. 6. 30.

3) 여성가족부 2018.10.31.일자 정책뉴스

<http://www.mogef.go.kr/nw/enw/nw_enw_s001d.do;jsessionid=XOL3b7Qrdg+j0-QWYjdxTNYR.mogef11?mid=mda700&cbtSn=706641>, 검색일: 2023. 6. 30.

4) 이에 대해 자세한 설명으로는 아래 II. 부분 참조.

되거나 은폐된 진실을 규명함으로써 국민통합에 기여함을 목적”으로 2018.3.13. 제정된 「5·18민주화운동 진상규명을 위한 특별법(이하 ‘5·18진상규명법’이라 함)」을 개정하여 진상규명의 범위에 성폭력 사건에 대한 내용을 명시하려는 최경환 의원 개정안(2018년 5월 11일 제안), 김상희 의원 개정안(2018년 7월 12일 제안)이 발의되었으나 입법화되지는 못하였다. 하지만 5·18민주화운동 진상규명조사위원회(이하 ‘진상조사위원회’라 함)는 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건을 5·18진상규명법 제3조 제1호에서 규정하고 있는 “그 밖의 중대한 인권침해사건”에 포함시켜 조사1과에서 조사업무를 수행하고 있다. 2023년 5월 8일 진상조사위원회는 최근 계엄군 성폭력 사건 총 51건을 조사 대상으로 정해 그중 24건에 대한 조사를 마무리했다고 밝혔다.⁵⁾ 진상조사위원회에 따르면 전체 성폭행 피해자들 가운데 최소 2명은 미성년 여고생으로 드러났으며, 최소 2회 이상 집단 성폭행도 발생한 것으로 나타났다고 한다. 피해자들 중 회복을 위해 정신병원에 입원했거나 관련 치료를 받은 이들도 무려 7명에 달했으며, 피해자들 가운데 일부는 극단적 선택으로 스스로 목숨을 끊은 것으로 조사됐다.⁶⁾

특히 공동조사단의 조사결과가 발표되고 국민들로부터 성폭력 직접 행위자는 물론이고 관련 부대 지휘관을 특정하여 형사처벌을 해야 한다는 목소리가 높았다.⁷⁾ 이러한 요구는 진상조사위원회의 조

5) 조사대상 51건은 지난 2018년 5·18 계엄군 등 성폭력 공동조사단 등이 조사한 내용 17건, 광주시 보상심의자료에서 추려낸 26건, 자체 제보를 받은 8건을 합친 수다.

6) 5·18민주화운동진상조사위원회, 2022하반기 조사활동보고서, 2022.12, 69-72면 참조.

7) 박준배, “5·18 당시 여성 피해 258명…“고문·성폭행 진상규명·책임자 처벌” 촉구”, 뉴스1 2018.6.4.자 기사.

<https://m.news1.kr/articles/?3335503#_enliple>, 검색일: 2023. 6. 30.

사결과가 최종적으로 발표된 이후에 더욱 높아질 것으로 예상된다. 이러한 성폭력 가해자의 형사처벌의 문제와 관련하여 행위 당시인 1980년 「형법」 제297조의 강간죄 법정형은 3년 이상의 유기징역, 「형법」 제301조의 강간치사상죄 법정형은 무기 또는 5년 이상의 유기징역으로 공소시효는 각각 7년, 10년이다. 따라서 5·18 내란 사건의 공소시효 기산일을 비상계엄 해제일인 1981년 1월 24일 24:00이라고 보더라도 이미 현재시점에서 볼 때 공소시효가 완성이 되어 더 이상 공소권이 없어 형사처벌이 불가능하다. 이에 일부에서는 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건은 「국제형사재판소에 관한 로마규정(이하 ‘로마규정’이라 함)」 제7조에서 규정하고 있는 ‘인도에 반한 죄’에 해당하므로 국제형사재판소(ICC)에 제소할 수 있다는 견해가 제시되고 있다.⁸⁾ 또한 ICC에 제소가 어렵다고 하더라도 1980년 당시 국제범죄에 해당하는 ‘인도에 반한 죄’의 가벌성을 ‘일반적으로 승인된 국제법규’, 즉 국제(형사)관습법을 근거로 하여 국내법원에 성폭력 가해자들을 기소하여 처벌할 수 있다는 견해도 제시되고 있다.⁹⁾

따라서 이하에서는 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건과 관련하여 우선 공동조사단의 계엄군에 의한 여성 성폭력 조사결과를 간략히 살펴보고, 공동조사단 및 진상조사위원회의 조사결과 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건의 실체가 밝혀져 그 직접 행위자 및 관련 계엄군 지휘책임자가 특정되었을 경우 이들을 국제형사재판소에 제소할 가능성이 있는지 여부, 그리고 이것이 어렵다면 국내법원에 제소하여 형사처벌을 할 가능성이 있는지 여부를 검토하고자 한다.

8) 대표적으로 조시현, “5·18항쟁의 국제법적인 성격과 책임자처벌 문제”, 2018 국가폭력 트라우마 국제회의 자료집, 2018, 44면 이하 참조.

9) 대표적으로 박경규, “국제범죄로서 광주사태 진압행위에 대한 소추 가능성”, 5·18민주화운동 진상규명을 위한 과제와 쟁점 자료집, 2017, 221면 이하 참조.

Ⅱ. 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건의 실태

앞서 언급한 바와 같이 2018.6.8. 출범한 공동조사단의 조사결과 성폭행과 관련하여 피해 접수 면담, 광주광역시 보상심의자료 검토, 5·18관련 문헌자료 분석 등을 종합해볼 때 중복사례를 제외하고 계엄군의 진압, 작전, 수사 등 모든 활동과정에서 발생한 여성에 대한 성폭력 피해 내용은 총 17건으로 조사되었다. 피해 시기는 시민군이 조직화되기 전인 5·18민주화운동 초반(5.19~21)경 대다수 발생했고, 피해 장소는 초반에 광주시내에서 다수 발생하였고 중후반(5.23~26)경에는 광주시 외곽지역에서 발행한 것으로 밝혀졌다. 이는 당시 계엄군의 이동경로와 유사하다. 그리고 피해자 나이는 10대에서 30대가 대부분이었으며, 직업은 학생(고등학생/대학생), 주부, 생업 종사 등 다양했다. 또한 피해자 대다수는 총으로 생명을 위협당하는 상황에서 군복을 착용한 다수(2명 이상)의 군인들로부터 성폭행 피해를 입었다고 진술했으며, 40여 년이 지난 지금까지도 피해의 기억 속에 갇혀 살아왔고 제대로 치유 받지 못한 채 당시의 트라우마로 고통을 호소하였다. 특히 계엄군을 비롯하여 경찰 등에 의해 연행·구금된 여성 피해자의 경우 수사과정에서 성고문을 비롯한 각종 폭력행위에 노출되어 있었다. 이외 민주화운동에 앞장섰던 시위대, 상무대 등에 연행·구금된 피해자뿐만 아니라 학생, 임산부 등 일반시민을 대상으로 한 성추행, 구타 등 여성인권침해행위가 다수 발생했던 것으로 확인되었다.¹⁰⁾

10) 김철홍, “5·18항쟁과 계엄군 등 여성 성폭력”, 2019 5·18연구소 월례집담회1 자료집, 2019, 5면.


공동조사단의 조사 결과 성폭행 피해자 중 다수는 총(일부는 착검 상태)으로 생명을 위협당하는 상황에서 군복을 입은 2인 이상의 군인들로부터 성폭행을 당했다고 진술하였으며, 그밖에도 여고생이 강제로 군용트럭에 태워져 가는 모습, 사망한 여성의 유방 및 성기가 훼손된 모습에 대한 목격자의 진술을 확인하였다. 특히 사망한 여성의 유방 및 성기 훼손과 관련하여 1980년 6월 20일 광주지검 공안과에서 작성한 검시 조서에 따르면 “스씨가 가슴이 날카로운 것에 찢린 ‘좌유방부 자창’에 골반부와 대퇴부에 여러 발의 총탄이 관통했다”고 기록하고 있다(아래 [그림 1] 참조). 전문가들은 “계엄군은 대검으로 스씨의 젖가슴을 찢렸고, 실신했거나 죽은 상태의 스씨의 성기 쪽에 집중적인 총격을 가한 것으로 보인다.”라고 말했다. 여성 가슴과 성기를 난자하는 행위 등은 전쟁 때 진압군이 피지배 여성들의 전의를 꺾기 위한 전형적 ‘과시적 성폭력’으로 분석된다.¹¹⁾

성폭력 피해자들은 공통적으로 사건 직후 우울증, 학업 및 생업 중단, 부부관계 문제 등이 발생하였고, 그로 인해 경력단절, 가정불화, 경제적 어려움을 겪고 있었음을 진술하였다. 그리고 오랜 기간 정신과 치료 과정에서도 성폭력 피해에 대해서는 언급할 수 없었고, 가족들에게조차 말할 수 없었거나 침묵을 강요받았다고 하였다. 40여 년이 지난 지금까지도 군복, 군화를 보거나 사건장소, 5·18과 관련된 이야기만 들어도 그 날의 사건이 떠올라 괴로운 트라우마 증상 호소하였다.¹²⁾

11) 정대하, “5·18 때 계엄군, 여성 3~4명 산으로 끌고가 집단 성폭행”, 한겨레 2018.5.10.자 기사

〈https://www.hani.co.kr/arti/area/area_general/843982.html〉, 검색일: 2023. 6. 30.

12) 김철홍, 앞의 논문, 6-7면.

5.18 관련 사망자 검시 내용					
순번 : 51					
사망자 인적사항	본적	광주 서구 동림동 424		직업	무직
	주소	광주 서구 삼촌동 32-1(9/4)		연령	61. 5.20(19세)
	성명	[REDACTED]		성별	여
사망 일시	장소	1980. 5.22. 장소 불상			
검시 일시	장소	1980. 5.28. 상무관			
사인	사인범	영 - 76 중상 및 자상			
	부위 및 사인	(좌뒀방부 지창) 2.우측흉부, 학와골, 좌측복반부 테외부 관통총상 좌전상인 윗쪽부 관통총상			
	검시자 (검사)	광주지검검찰청 검사 김기훈			
참여인	의사	박규호, 신영호	간검찰관	영의민 이수	
	경찰관	손영박 영호	간외관	대외부 동철	
비고				사진	
					

출처: 한겨레 2018.5.10.자 기사

[그림 1] 1980년 6월 20일 광주지검 공안과 작성 시체에 대한 검시 조사

이러한 공동조사단의 계엄군에 의한 여성 성폭력에 대한 공동조사는 비록 5개월이라는 매우 짧은 시간상 제약에도 불구하고 그 동안 논의의 범주에서 소외되어 왔던 5·18민주화운동 당시 계엄군이 일반시민에게 자행한 성폭력 등 인권유린의 국가폭력에 대해 국가

차원에서 진상규명을 한 첫 번째 시도라는 점에서 의의가 매우 크다고 본다. 특히 5·18민주화운동 당시 계엄군이 자국민을 상대로 전시에나 있을 법한 성폭행이라는 인권유린의 국가폭력을 자행한 점, 시위에 참여했던 여성들뿐만 아니라 일반 여성들조차 국가폭력에 적나라하게 노출되어 있었음을 확인하게 된 점은 커다란 수확이라고 판단된다.

그러나 공동조사단의 이러한 조사의 성과에도 불과하고 성폭력 신고 접수와 피해자에 대한 면담, 가해자 및 가해부대 조사에 있어 다음과 같은 한계를 보였다. 즉 한편으로, 계엄군에 의한 여성 성폭력은 계엄군 소속 부대원의 개인적 일탈이 아닌 40여 년 전 12·12 군사반란과 5·18 내란의 소용돌이 속에서 자행된 국가폭력의 성격을 갖는 범죄로서 사안의 중대성, 피해의 심각성, 오랜 세월의 경과, 성폭력의 경우 피해자가 피해사실을 드러내기 어려운 특수성 등이 존재하기 때문에 성폭력 신고 12건 중 목격담과 공동조사단의 요청 신고를 제외하면 자발적 신고는 7건 밖에 안 되는 한계를 보였다. 현재 진행 중인 진상조사위원회의 활동과 관련하여 이러한 한계를 극복하고 성폭력 사건 관련 신고 활성화를 위해서는 피해 접수에 대한 적극적인 홍보와 더불어, 5·18 당시 남성위주의 위계적 사회질서 속의 성폭력 피해에 대한 우리사회의 인식을 개선하는 작업을 병행할 필요가 있다고 본다. 그리고 진상조사위원회 차원에서 피해자 면담을 진행함에 있어 피해자들은 피해조사 과정에서 재트라우마를 겪으며 심적 불안정 상태를 자주 노출하였기 때문에 예컨대 광주트라우마 센터 등 피해자가 선호하는 편안한 공간을 활용하는 등 피해조사 과정의 재트라우마를 예방하기 위한 안정적 조사환경의 마련이 필요하다고 본다.

다른 한편으로, 가해자 및 가해부대 조사와 관련하여 가해자(군)

및 성폭력 사건의 특수성으로 인해 객관적 증거를 찾기가 어려웠고, 사건 발생 후 40여 년의 시간이라는 긴 시간의 경과로 인하여 정확한 사실관계 확인을 위한 자료 및 진술 확보의 한계가 발생하였다. 보다 구체적으로 합동참모본부 계엄과 계엄군 작전 상황일지 확인 결과 비고란에 “유언비어: 婦女子의 乳房을 도려냈다”라고 명시한 자료를 제외하고 다른 관련 자료를 발견하지 못하였다. 따라서 진상조사위원회는 아직 실체를 드러내지 않고 있는 ‘505보안부대 일지’ 등 5·18 당시 성폭력 관련 계엄군의 의해 생성한 문서를 확보하여 면밀히 살펴볼 필요가 있다. 그리고 공동조사단의 조사 활동의 시간적 한계와 동행명령, 압수수색 영장청구 등과 같은 조사권한의 한계, 그리고 사건별 피해 장소에 대한 세부 병력 배치현황 등 자료가 확인되지 않아 가해자 및 가해부대를 구체적으로 특정하지 못하는 한계를 보였다. 이에 따라 진상조사위원회는 시위진압 및 외곽봉쇄 작전에 투입된 부대의 장병에 대한 면담 조사를 실시하였고, 5·18민주화운동 당시 연행·구금·수사 과정에서 발생한 성폭력 사건과 관련하여 해당 수사기관의 수사관에 대한 진술 조사를 실시하였다.¹³⁾

또한 공동조사단은 계엄군 중 소수 5·18관련 “양심고백” 인원에 대한 면담을 실시하였으나, 오랜 시간에 의한 작전상황(계엄군의 가급 부대의 일자별 이동 동선, 병력 배치 등)에 대한 기억의 부재로 피해 내용과 부합된 내용을 확인하는데 제한이 있었다. 이러한 문제를 해소하기 위해서는 진상조사위원회의 조사시 실제 병력을 지휘한 간부급 이상의 양심고백 인원을 최대한 많이 확보하는 것이 우선되어야 할 것으로 판단된다.¹⁴⁾

13) 5·18민주화운동진상조사위원회, 앞의 보고서, 70면.

14) 김철홍, 앞의 논문, 11-12면.

Ⅲ. 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건의 국제형사재판소(ICC)에의 제소 가능성

1. 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건이 로마규정상 ‘인도에 반한 죄’에 해당하는지 여부

5·18민주화운동 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건을 국제형사재판소(ICC)에 제소하기 위해서는 로마규정의 관할대상 범인의 하나인 ‘인도에 반한 죄’에 해당하여야 한다. 로마규정 제7조는 ‘인도에 반한 죄’를 규정하면서 제1항 제(사)호에서 ‘강간’과 ‘이에 상당하는 기타 중대한 성폭력’을 가벌적인 행위로 규정하고 있다.¹⁵⁾

로마규정 제7조에서 규정하고 있는 인도에 반한 죄는 세 가지 주

15) 로마규정 제7조(인도에 반한 죄)

1. 이 규정의 목적상 “인도에 반한 죄”라 함은 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 범하여진 다음의 행위를 말한다. (강조는 인용자)

가. 살해

나. 절멸

다. 노예화

라. 주민의 추방 또는 강제이주

마. 국제법의 근본원칙을 위반한 구금 또는 신체적 자유의 다른 심각한 박탈

바. 고문

사. 강간, 성적 노예화, 강제매춘, 강제임신, 강제불임, 또는 이에 상당하는 기타 중대한 성폭력 (강조는 인용자)

아. 이 항에 규정된 어떠한 행위나 재판소 관할범죄와 관련하여, 정치적·인종적·국민적·민족적·문화적 및 종교적 사유, 제3항에 정의된 성별 또는 국제법상 허용되지 않는 것으로 보편적으로 인정되는 다른 사유에 근거하여 어떠한 동일시될 수 있는 집단이나 집합체에 대한 박해

자. 사람들의 강제실종

차. 인종차별범죄

카. 신체 또는 정신적·육체적 건강에 대하여 중대한 고통이나 심각한 피해를 고의적으로 야기하는 유사한 성격의 다른 비인도적 행위

요 요건으로 구성된다. 첫 번째 요건은 상황적 요건(contextual element)으로, 제7조 제1항에서 제시되어 있는 바와 같이 ‘민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격’이 있어야 한다는 것이다. 이때 ‘광범위한 공격’이란 다수의 희생자를 목표로 집단적으로 수행된 반복적이고 대규모적인 행동을 의미하고, ‘체계적인 공격’이란 공동의 정책적 기반 위에서 조직화되고 규칙적인 패턴을 따르는 공격을 의미한다.¹⁶⁾ 양자는 표현상 구분되는 것처럼 보이지만, 실제로 양자의 성격을 분리시키는 어렵다. 왜냐하면 다수의 민간인을 목표로 한 일련의 공격은 통상 일정한 계획 아래 일정 규모 이상의 조직에 의하여 체계적으로 수행될 가능성이 크기 때문이다. 범행은 개별 희생자를 대상으로 단일의 비인도적 행위를 통하여도 성립될 수 있으나, 그것은 동일한 성격의 민간인 집단을 공격하려는 국가 또는 조직의 정책적인 수행의 일부일 것이 요구된다.¹⁷⁾ 두 번째 요건은 실체적 요건(material elements)으로, 제7조 제1항에서 명확하게 열거되어 있는 절멸, 노예화 등 개별적 행위가 행해져야 한다는 것이다. 세 번째 요건은 정신적 요건(mental element)으로, 로마규정 제30조¹⁸⁾에 일반적으로 규정 되어 있듯이, 범인은 상황적 요건을 포함하여 실체적

16) Prosecutor v. Akayesu, Judgment, ICTR-96-4-T(1998. 9. 2.), para. 520.

17) Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law, Oxford University Press, 2001, pp.96-97.

18) 로마규정 제30조(주관적 요소)

1. 달리 규정되지 않는 한, 사람은 고의와 인식을 가지고 범죄의 객관적 요소를 범한 경우에만 재판소 관할범죄에 대하여 형사책임을 지며 처벌을 받는다.
2. 이 조의 목적상 다음의 경우 고의를 가진 것이다.
 - 가. 행위와 관련하여, 사람이 그 행위에 관여하려고 의도한 경우
 - 나. 결과와 관련하여, 사람이 그 결과를 야기하려고 의도하였거나 또는 사건의 통상적인 경과에 따라 그러한 결과가 발생할 것을 알고 있는 경우
3. 이 조의 목적상 “인식”이라 함은 어떠한 상황이 존재한다는 것 또는 사건의 통상적인 경과에 따라 어떠한 결과가 발생할 것이라는 것을 알고 있음을 말한다. “인식하다” 및 “인식하고서”는 이에 따라 해석된다.

요건에 대한 고의 또는 인식을 가지고 있어야 한다는 것이다. 이 세 가지 요건이 모두 충족되어야 비로소 인도에 반한 죄가 성립된다. 따라서 로마규정 제7조상의 ‘인도에 반한 죄’에 해당하려면 다음과 같은 요건들을 충족하여야 한다. 그것은 ① 무력충돌과의 무관련성, ② 공격이 광범위하거나 체계적일 것, ③ 국가 또는 조직의 정책으로서 자행될 것, ④ 민간인 집단에 대해 이루어진 공격일 것, ⑤ 그러한 공격에 대한 인식이 있을 것, ⑥ 제7조 제1항에 열거된 가별적인 행위에 해당할 것 등이다.¹⁹⁾

5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건이 로마규정 제7조의 인도에 반한 죄의 성립요건을 충족하는지 여부를 살펴보면 다음과 같다. 우선 공동조사단과 진상조사위원회의 조사결과에 따르면 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건은 5·18민주화운동 초기단계인 1980.5.19~21경 다수 발생하였는데, 이는 계엄군과의 무력충돌과 무관인 민간인 주민들인 여성들을 대상으로 계엄군이라는 군대에 의해 대부분 계엄 초기단계인 1980.5.19~21에 걸쳐 행해진 것으로, 광주지역이라는 광범위한 지역에서 최소 수십여 명의 민간인 여성을 대상으로 이루어졌기에 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격에 해당한다. 이에 계엄군의 이러한 행위는 ‘인도에 반하는 죄’의 구체적 유형 가운데 로마규정 제7조 제1항 제(사)호의 ‘강간’ 또는 ‘이에 상당하는 기타 중대한 성폭력’에 해당한다(로마규정 제7조의 ①, ②, ④, ⑥의 요건 충족).

나아가 5·18 내란 사건 항소심판결에 의하면 12·12 군사반란 이후 전두환 등 신군부 세력은 비상계엄해제와 전두환 퇴진을 요구하는 대학가의 시위를 강력히 제압하고, 비상계엄을 전국적으로 확대

19) 최태현, “북한에서 인권의 중대한 위반을 행한 개인에 대한 형사책임의 추궁”, 법학논총 제34집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2017, 236면.

하고, 국회를 해산시키고 비상대책기구를 설치하는 것을 시국수습 방안으로 정리하였다.²⁰⁾ 그리고 시위진압에 군이 동원되는 사태가 올 것에 대비하여 공수여단의 배치를 조정하는 등 미리 준비조치를 취하였다.²¹⁾ 군대조직은 국가조직의 일부에 해당하고, 국가조직의 일부를 책임지고 있는 자들이 사전에 시위대를 강경진압하기로 결의하였으므로 시민군이 포함된 민간인 주민에 대한 공격이 ‘정책(policy)’으로 존재하여야 한다는 요건도 충족한다(로마규정 제7조 ③의 요건 충족).

그리고 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건은 계엄군 소속 개별 군인이 그러한 행위를 함에 있어 성폭력 사건의 통상적인 경과에 따라 그 결과가 발생할 것이라는 것을 분명히 인식한 상태에서 행하여졌음을 충분히 인정할 수 있으므로, 로마규정 제30조의 주관적 요소인 고의도 충족된다(로마규정 제7조의 ⑤의 요건 및 로마규정 제30조의 요건 충족).

요컨대 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건은 로마규정 제7조에서 규정하고 있는 ‘인도에 반하는 죄’로서의 ‘강간’ 또는 ‘이에 상당하는 기타 중대한 성폭력’의 구성요건을 충족한다.

2. ICC의 관할권 행사 메커니즘

가. ICC의 형사절차 개시 메커니즘(triggering mechanism)

계엄군에 의한 여성 성폭력 사건이 인도에 반한 죄를 규정하고 있는 로마규정이 적용될 가능성이 충분히 존재함을 전제로 할 때 이러한 국제범죄가 ICC에 소추되기 위해서는 소추부(the office of the

20) 서울고등법원 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결 25면.

21) 서울고등법원 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결 26면.

prosecutor : OTP)가 일정한 사태(situation)²²⁾에 대하여 예비조사(preliminary examination)를 수행한 결과, 수사를 개시할 의무가 있다고 판단하면 정식으로 수사를 개시하고 그 수사 결과에 따라 소추 여부를 결정하는 일련의 과정을 거쳐야 한다.

소추관이 예비조사를 거쳐 수사개시 권한을 발동하는 경로는 크게 세 가지로 구분되는데, ① 소추관의 직권에 의한 수사개시, ② 당사국에 의한 사태의 회부, ③ 유엔 안전보장이사회의 유엔헌장 제7조에 의한 회부가 있다.²³⁾

(1) 소추관의 직권에 의한 수사개시

로마규정 제15조 제1항에서는 소추관이 재판소의 관할범죄에 관하여 지득한 정보에 근거하여 독자적으로 수사를 개시할 수 있는 권한을 부여하고 있다.²⁴⁾ 로마규정 제15조 제2항~제6항에 의하면 소추관은 ICC 관할범죄에 관한 정보를 접수하면 관련 국가, 유엔의 기관, 정부간 또는 비정부간 기구 또는 기타 신뢰할 만한 출처로부터 추가정보를 구하는 등 접수된 정보의 중대성을 분석하는 예비조사를 거치고, 예비조사 후 수사를 진행할 합리적 근거가 존재하지 않는다고 판단하면 정보를 제공한 자에게 이 사실을 통보하여 절차를 중단한다. 반면에 수사를 진행할 합리적 근거가 존재한다고 판단되

22) ‘사태(situation)’란 ‘사건(case)’보다 폭넓은 개념으로 소추관의 예비조사 대상이 되는 시적·영역적 범위 내의 일련의 상황을 의미한다. 소추관이 해당 ‘사태’에 대하여 예비조사를 진행함에 따라 구체 적으로 특정되는 개별 사안(event)이 ‘사건(case)’을 구성하게 된다.

23) 이하의 논의는 박경규, 앞의 논문, 245-247면; 홍진영, “국제형사재판 메커니즘을 통한 북한 체제불법 관련 범죄의 처벌 가능성에 관한 검토”, 저스티스 통권 제 161호, 2017, 341-434면 참조.

24) 로마규정 제15조(소추관)

1. 소추관은 재판소 관할범죄에 관한 정보에 근거하여 독자적으로 수사를 개시할 수 있다.

면 전심재판부에 수사개시를 허가해줄 것을 요청하고, 전심재판부의 수사개시 허가결정이 있으면 공식적으로 수사를 개시한다.

ICC 설립 초기에는 위 조항에 근거한 수사권의 발동이 잘 이루어지지 않았다. 그러나 소추관은 2014년에 유럽 헌법·인권·공익변호사 센터(the European Center for Constitutional and Human Rights and Public Interest Lawyers)의 위 제15조에 따른 통보(communication)에 따라 영국군의 이라크전 당시 민간인에 대한 전쟁범죄 혐의에 대하여 예비조사를 개시하였음을 밝힌 바 있다.²⁵⁾

(2) 당사국에 의한 사태의 회부

로마규정 제14조 제1항은 당사국에게 재판소 관할범죄가 범하여진 것으로 보이는 사태를 수사하도록 소추관에게 요청할 권한을 부여하고 있다.²⁶⁾ 이는 당사국에 의한 회부가 로마회의에서 논의되었을 때에는 한 당사국이 다른 당사국을 상대로 하여 회부하는 모습을 상정한 것이다.²⁷⁾ 하지만 어느 한 국가가 자국의 중대한 이익이 관계되지 않은 한 국제적 이타주의를 발휘하여 외교적 충돌과 비난을 감수하고 타 국가를 대상으로 국제범죄에 관한 문제 제기를 한다는 것은 예상하기 어렵다. 이에 따라 위 조항은 크게 실효성 없을 것으로 보이나, 그와 같은 예전과는 달리 위 조항을 마련할 당시에 상정

25) The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities 2014, 2 December 2014, para. 42.

26) 로마규정 제14조(당사국에 의한 사태의 회부)

1. 당사국은 재판소 관할권에 속하는 하나 또는 그 이상의 범죄의 범행에 대하여 1인 또는 그 이상의 특정인이 책임이 있는지 여부를 결정하기 위하여 그러한 범죄가 범하여진 것으로 보이는 사태를 수사하도록 소추관에게 요청하여, 재판소 관할권에 속하는 하나 또는 그 이상의 범죄가 범하여진 것으로 보이는 사태를 소추관에게 회부할 수 있다.

27) Beth Van Schaack and Ronald C. Slye, *International Criminal Law: The Essentials*, Aspen Publishers, 2009, p.56.

하지 않았던 당사국의 자기 회부(self-referral)에 활발히 사용되고 있다. 예컨대 ICC가 수사를 개시한 첫 번째 사태였던 콩고 민주공화국 사태를 비롯하여, 우간다, 중앙 아프리카공화국 등의 사태가 당사국이 자국의 반군 지도자들을 국제형사재판소의 재판에 회부하는 데 위 조항을 활용한 대표적인 예이다.

(3) 유엔 안전보장이사회의 유엔헌장 제7조에 의한 회부

로마규정 제13조 제(나)항은 유엔 안전보장이사회로 하여금 유엔 헌장 제7장에 의거하여 ICC에 사태를 회부할 수 있도록 하고 있다.²⁸⁾ 문언의 해석상 위 조항에 의거하여 당사국에서 발생한 사태를 회부하는 것도 가능하지만, 현재까지 유엔 안전보장이사회는 비당사국인 수단 사태(2005년 5월), 리비아 사태(2011년 2월)의 회부만을 결의하였다. 유엔 안전보장이사회의 사태 회부를 통하여 소추관이 예비조사를 개시하는 경우에도 로마규정 제17조에 따른 재판 적격성 요건이 갖추어져야 소추가 가능하다. 유엔 안전보장이사회가 ICC에 회부하기로 결의한 사태가 유엔헌장 제39조²⁹⁾에서 언급하고 있는 “평화에 대한 위협, 평화의 파괴 또는 침략행위”에 해당하는지에 대해서는 기본적으로 유엔 안전보장이사회의 결단이 존중되겠지만, 유엔 안전보장이사회가 위 조항의 실제적 한계를 넘어서 회부 권한을 행사하는 경우까지 용인되는 것은 아니다.

28) 로마규정 제13조(관할권의 행사) 재판소는 다음의 경우 이 규정이 정한 바에 따라 제5조에 규정된 범죄에 대하여 관할권을 행사할 수 있다.

나. 1개 또는 그 이상의 범죄가 범하여진 것으로 보이는 사태가 국제연합헌장 제7장에 따라 행동하는 안전보장이사회에 의하여 소추관에게 회부된 경우

29) 유엔헌장 제39조 안전보장이사회는 평화에 대한 위협, 평화의 파괴 또는 침략행위의 존재를 결정하고, 국제평화와 안전을 유지하거나 이를 회복하기 위하여 권고하거나, 또는 제41조 및 제42조에 따라 어떠한 조치를 취할 것인지를 결정한다.

나. 소추부의 수사개시 결정을 위한 법적 요건으로 ICC 관할권의 존재

ICC가 관할권 행사를 위해서는 로마규정 제53조 제1항 제(가)호에 따른 물적·시간적 관할 요건과 당사국 관련 관할 요건이 모두 갖추어져야 한다.³⁰⁾ 예비조사 단계에서는 앞서 언급한 것처럼 소추부가 직접 수집한 정보가 아니라 외부에서 소극적으로 입수한 정보에 근거할 수밖에 없는 한계가 있으므로, 관할권 존재에 대하여는 ‘합리적 근거에 따른 믿음(reasonable basis to believe)’이라는 매우 낮은 수준의 증명만 있어도 충분하다. 예컨대 유엔이나 명망있는 비정부기구 등 신뢰성 있는 기관에서 발행한 보고서에 기재된 내용을 바탕으로 이 단계에서 관할권 존재에 대한 판단을 할 수 있다. 다만 위 단계에서의 판단은 추후 수사 단계에서 획득된 증거에 의하여 재검증되어야 한다.³¹⁾

(1) 물적 관할(subject-matter jurisdiction)

ICC의 관할대상 범죄는 로마규정 제5조에 규정된 바와 같이 제노사이드 범죄(the crime of genocide), 인도에 반한 죄(crimes against humanity), 전쟁범죄(war crimes) 그리고 침략범죄(the crime of aggression)이다. 다만 침략범죄에 대해서는 캄팔라 회의에서 채택된 로마규정 개정안에 대하여 30번째 당사국의 비준이 이루어진 때로부터 1년 후에 ICC가 관할권을 행사할 수 있으며, 그 시점은 빨라도 2017년

30) 로마규정 제53조(수사의 개시)

1. 소추관은 자신에게 이용 가능한 정보를 평가한 후, 이 규정에 따른 절차를 진행할 합리적 근거가 없다고 판단하지 않는 한 수사를 개시하여야 한다. 수사 개시 여부를 결정함에 있어 소추관은 다음을 고려한다.
 - 가. 소추관에게 이용 가능한 정보가 재판소 관할범죄가 범하여졌거나 범하여지고 있다고 믿을 만한 합리적 근거를 제공하는지 여부

31) Report on Preliminary Examination Activities 2016, para 11.

이전일 수는 없다.

(2) 시간적 관할(temporal jurisdiction)

ICC의 시간적 관할은 로마규정 발효일인 2002. 7. 1. 이후에 발생한 범죄를 대상으로 한다(로마규정 제24조 제1항. 단 침략범죄의 경우에는 별도의 시간적 관할이 적용된다). 한편, 로마규정 제11조 제2항은 로마규정 발효 후에 당사국이 되는 국가의 경우 당해 국가에서의 로마규정 발효 시점 이후에 범하여진 범죄에 대해서만 관할권을 행사할 수 있도록 하고 있다.³²⁾ 예컨대 우리나라의 경우 2002. 11. 18. 로마규정의 당사국이 되었고 로마규정은 2003년 2월 1일부로 발효되었으므로 ICC는 우리나라와 관련하여 2003년 2월 1일 이후에 범하여진 범죄에 대하여만 관할권을 행사할 수 있다.

예외적으로 당사국에 대한 로마규정 발효 이전에 발생한 관할범죄에 대해서도 로마규정 제12조 제3항에 따라 해당국이 ICC에 대한 관할권 수락 선언을 하는 경우에는 관할권을 행사할 수 있다. 하지만 이 경우에도 로마규정 최초 발효 시점 이후에 발생한 관할범죄에 대하여만 그 관할권 수락의 효력이 미칠 뿐 그 이전에 발생한 관할범죄에 대해서는 ICC가 관할권을 행사할 수 없다. 유엔 안전보장이 사회에 의하여 사태가 회부된 경우에도 로마규정 최초 발효시점 이후에만 시간적 관할권이 미치는 것은 마찬가지이다. 예컨대 강제실종으로 인한 ‘인도에 반한 죄’ 등과 같은 계속범(continuing crimes)의 경우 시간적 관할을 어떻게 적용할지에 관하여는 논란이 있을 수 있

32) 로마규정 제11조(시간적 관할권)

1. 재판소는 이 규정의 발효 후에 범하여진 범죄에 대하여만 관할권을 가진다.
2. 어느 국가가 이 규정의 발효 후에 규정의 당사국이 되는 경우, 그 국가가 제 12조 제3항에 따른 선언을 하지 않는 한, 재판소는 이 규정이 당해 국가에 대하여 발효된 이후에 범하여진 범죄에 대하여만 관할권을 행사할 수 있다.

다. 이와 관련하여 로마규정 범죄구성요건(elements of crimes)에서는 강제실종과 관련한 ‘광범위하거나 체계적인(widespread or systematic)’ 공격이 로마규정 발효시점 이후에 개시되었을 것을 요구함으로써 이 문제를 해결하고 있다.

(3) 영역 또는 인적 관할(territorial or personal jurisdiction)

당사국에 의한 회부 또는 소추관의 직권에 의한 수사 개시 여부가 고려될 경우 그 요건으로 범죄발생지국(범죄행위가 발생한 영역국 또는 선박 및 항공기의 등록국)이나 범죄혐의자의 국적국 중 최소 1 개국이 로마규정의 당사국이거나(로마규정 제12조 제2항), 비당사국이지만 ICC의 관할권을 수락한다는 선언을 하였을 것(로마규정 제12조 제3항)이 요구된다. 당사국의 경우 로마규정 제12조 제1항에 따라 가입과 동시에 재판소의 관할권을 수락한 것으로 간주되므로 별도의 관할권 수락 선언이 필요하지 않다.³³⁾ 그리고 당사국이라 하더라도 로마규정 최초 발효 이후 시점에 로마규정에 가입한 당사국의 경우에는 제12조 제3항을 원용하여 로마규정 최초 발효시점부터 해당 당사국에 대한 발효시점 사이 기간의 관할범죄에 대한 관할권

33) 로마규정 제12조(관할권 행사의 전제조건)

1. 이 규정의 당사국이 된 국가는 이에 의하여 제5조에 규정된 범죄에 대하여 재판소의 관할권을 수락한다.
2. 제13조 가호 또는 다호의 경우, 다음 중 1개국 또는 그 이상의 국가가 이 규정의 당사국이거나 또는 제3항에 따라 재판소의 관할권을 수락하였다면 재판소는 관할권을 행사할 수 있다.
 - 가. 당해 행위가 발생한 영역국, 또는 범죄가 선박이나 항공기에서 범하여진 경우에는 그 선박이나 항공기의 등록국
 - 나. 그 범죄 혐의자의 국적국
3. 제2항에 따라 이 규정의 당사국이 아닌 국가의 수락이 요구되는 경우, 그 국가는 사무국장에게 제출되는 선언에 의하여 당해 범죄에 대한 재판소의 관할권 행사를 수락할 수 있다. 그 수락국은 제9부에 따라 어떠한 지체나 예외도 없이 재판소와 협력한다.

수락 선언을 하는 것이 가능하다.

한편 ICC는 자연인에 대해서만 관할권을 가지는데(로마규정 제25 제1항), 범행당시 적어도 18세 이상인 자연인이어야 한다(로마규정 제26조). 국가수반 또는 정부수반, 정부 또는 의회의 구성원, 선출된 대표자 또는 정부 공무원이라는 공적 지위는 어떠한 경우에도 ICC 규정에 의한 개인의 형사책임을 면제시키지 않고, 그러한 지위가 감형사유를 구성하지도 않는다(로마규정 제27조 제1항). 개별 국가법 또는 국제법에서 개인의 공적 지위를 이유로 형사책임면제(immunities)나 특별한 형사절차규칙을 인정하고 있을지라도 그러한 규정은 공적 지위를 가진 자에 대한 ICC의 관할권 행사를 방해하지 않는다(로마규정 제27조 제2항).

3. 특별형사재판소의 관할권 행사 메커니즘

가. 유엔 특별형사재판소(ad hoc tribunal)의 관할권 행사 메커니즘

넓은 의미의 국제형사재판소는 국제범죄를 처벌하기 위해 설치된 재판소를 통칭하는데 대표적인 것인 ICC이다. 그러나 그밖에도 유엔 산하의 특별형사재판소와 혼합재판소가 있다. 이 가운데 유엔 산하의 특별형사재판소(UN ad hoc tribunal)란 특정 국가에서 발생한 국제범죄를 소추하기 위해 UN 산하의 독립된 형사사법기구로 설치되는 한시적 재판소를 의미한다. 상설 국제형사재판소(ICC)와 유엔 산하 특별형사재판소는 국제기구로 설치된다는 점에서 공통점을 가진다. 그러나 ICC는 유엔 산하 기구가 아닌 독립된 국제사법기관인데 반해, 유엔 산하 특별형사재판소는 유엔 산하 기구이고 단지 직무수행에서만 독립적으로 활동할 뿐이다. ICC와 유엔 산하 특별형사재판소는 독립된 기구이든, 유엔 산하 기구이든 국제기관으로 설

치되고, 형사법적 성격의 국제법에 속하는 독자적인 근거규범에 따라 형사절차를 진행한다. 다만 양자의 차이점은 유엔 산하 특별형사재판소는 특정 국가와 관련된 특정 사태에서 발생한 국제범죄에 대해서만 관할권을 가지고 존속 기한이 한시적인데 반해, ICC는 상설 재판소로 관할권이 특정 국가에서 발생한 국제범죄로 한정되지 않는다는 점이다. 지금까지 설치된 유엔 산하 특별형사재판소로는 ‘구 유고슬로비아 국제형사재판소(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia : ICTY)’와 ‘르완다 국제형사재판소(International Criminal Tribunal for Rwanda : ICTR)’가 있다.³⁴⁾

(1) ICTY

ICTY는 유엔헌장 제7장에 근거하여 유엔 안전보장이사회 결의 제827호에 따른 강제조치의 일환으로 1993년 5월 25일 유엔 기관으로 설립되어 2017년 12월 31일부로 모든 1심 재판을 마치고 해산하였다. 위 재판소의 설립은 유엔헌장 제7장이 국제형사법정을 창설하는 데에 원용된 최초의 사례이다. 위 재판소의 관할권은 1991년 1월 1일 이후 구 유고슬라비아연방공화국(특히 보스니아 및 헤르체고비나) 영토 내에서 발생한 집단살해죄(제노사이드), 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄에 미친다.³⁵⁾

ICTY의 설립취지는 크게 다섯 가지로 언급할 수 있다. 첫째, 불처벌(impunity)에서 책임으로의 전환으로, 국제인도법의 중대한 위반에 책임 있는 자는 국가원수를 비롯한 누구라도 처벌받지 않는다는 관행을 종식하고 행위책임을 묻는다. 둘째, 피해자들을 위한 정의의 구현으로, 가혹하고 중대한 인권침해를 겪은 피해자를 위한 정의의

34) 박경규, 앞의 논문, 226-227면.

35) 홍진영, 앞의 논문, 355면.

구현에 조금이라도 기여한다. 셋째, 재발방지로, 국제사회가 국제인도법에 대한 중대한 위반을 좌시하지 않을 것임을 천명함으로써 향후 동일한 범죄에 대한 억제 및 예방효과를 가져온다. 넷째, 평화의 재건으로, 국제인도법의 중대한 위반자들에 대한 책임을 물음으로써 과거를 청산하고 정의를 구현하여 해당지역의 평화 재건에 기여한다. 마지막으로, 국제법 발전에의 기여 및 법치의 강화로, 개인의 형사책임에 대한 명백한 규범을 마련함으로써 국제법의 미비점을 보완하고 나아가 재판을 통한 처벌을 집행하여 국제사회의 법치를 강화한다.³⁶⁾

ICTY는 국가가 아닌 개인만을 처벌한다. 조직, 정당, 행정기관 등은 처벌의 대상이 아니다. 그러나 가해자나 피해자의 국적과 관계없이 국제범죄를 저지른 모든 자연인이 대상이다. 정부의 공적 지위, 상급자의 지휘에 따른 복종은 면책사유가 되지 아니한다. 사형을 제외한 모든 구금형을 부과할 수 있다.³⁷⁾

ICTY는 관할범죄에 대하여 우선적 관할권을 가진다(ICTY 규정 제9조 제2항³⁸⁾). 보다 구체적으로 ICTY 절차 및 증거규칙 제9조에 의하면, ① 국내법원에서 수사되고 있거나 형사절차가 진행되고 있는 사안(즉 국제형사범죄가 아닌) 보통의 범죄(ordinary crime)로 다루어지고 있는 경우, ② 국내 절차에 불편부당성이나 독립성이 결여되어 있거나, 당해 수사 또는 절차가 피고인을 국제형사법에 따른 책임으로부터 회피시키기 위한 목적으로 진행되고 있거나 기소가 부실한 경우, ③ 쟁점이 ICTY에서 진행 중인 수사 또는 기소와 관련

36) 한희원, 국제인권법원론 -이론(Theory)과 케이스(cases)-, 삼영사, 2012, 609-610면.

37) 한희원, 위의 책, 610면.

38) “ICTY는 국내 법원에 우선한다. 절차의 단계를 불문하고, ICTY는 본 규정 및 ICTY 절차 및 증거규칙에 의하여 국내법원에 ICTY에 대한 이송 요청을 할 수 있다.”

한 중대한 사실적·법적 문제를 포함하고 있거나 밀접한 관련이 있는 경우에 소추관은 ICTY의 제1심 재판부에 당해 국내 법원에 대한 이송 요청을 하여줄 것을 신청할 수 있다.³⁹⁾

ICTY는 국제인도법, 국제형사재판소송절차법 등 실체법 및 절차법에 있어서 국제관습법 형성에 크게 기여한 것으로 평가되고 있다. 또한 ICC, 시에라리온 혼합재판소, 캄보디아 혼합재판소 등 다수의 국제재판소에 선례를 제공하였다.

ICTY는 전직 국가원수, 총리, 군 사령관, 지방 행정장관, 정당 소속 국회의원을 비롯한 고위공직자 및 민병대 지도자 등 상당수의 피의자를 체포하여 재판에 회부하였다. 재판결과 유고슬라비아 전 대통령이었던 슬로보단 밀로세비치는 2006년 3월 11일 옥중에서 사망했다. 핀란드, 오스트리아, 노르웨이, 독일, 스페인 등이 교도소 시설을 제공했고, 16명이 상기 국가에서 복역 중이다.⁴⁰⁾

(2) ICTR

ICTY와 마찬가지로 ICTR 또한 유엔헌장 제7장에 근거하여 유엔 안전보장이사회 결의 제955호에 따른 강제조치의 일환으로 1994년 11월 8일 유엔 기관으로 설립되어 2015년 12월 31일부로 공식적인 활동을 마쳤다. 위 재판소는 1994년 1월 1일부터 12월 31일 사이에 르완다 내에서 또는 그 주변국가 영토 내에서 르완다 국민을 대상으로 발생한 집단살해죄(제노사이드), 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄를 다루기 위해 설립된 국제재판소로, 전원 국제재판관으로 구성되어 유엔의 예산으로 운영하였다. ICTR의 관할과 국내법원 관할 사이의 관계 및 이송 관련 절차는 ICTY의 경우와 대체로 같다.⁴¹⁾

39) 홍진영, 앞의 논문, 355면.

40) 한희원, 앞의 책, 611면.

ICTR은 1997년 1월 첫 번째 사건의 재판을 개시한 이래 총리, 장관, 지방의 행정장관을 비롯한 고위공무원, 군 사령관 및 장교, 언론인, 의사, 목사 등 다양한 지위의 피의자들을 체포하여 총 96명의 개인을 기소했다. ICTR은 재판 결과 61명에게 유죄판결을 내렸다. 특히 ICTR은 1998년 9월 4일 르완다 사태 당시 50만 명의 투치족을 학살한 혐의로 기소된 장 캄반다 전 르완다 총리⁴²⁾에 대해 최고 형량인 종신형을 선고했다.⁴³⁾

나. 혼합재판소(hybrid or mixed tribunal)의 관할권 행사 메커니즘

ICTY와 ICTR의 설립 이후 국제사회는 이와 다른 새로운 유형의 재판소들, 즉 ‘혼합재판소’라고 불리는 재판소들을 창설하기 시작하였다. 이때 혼합재판소란 특정 국가의 국제범죄를 처벌하기 위해 그 국가의 사법제도 내에 설치된 특별한 재판소 또는 재판부를 의미한다. 혼합재판소는 범죄가 발생한 당해 국가(host state)에 재판소가 위치한다는 점, 국내 사법 인력과 국제 사법 인력이 상호 협력하여 일을 한다는 점, 적용법규의 경우 실체법과 관련하여 국제범죄를 처벌하기 위한 재판소 혹은 재판부이기 때문에 국제형법을 적용하는 것이 일반적이지만 절차법과 관련하여 해당 국가의 절차법을 따르거나 해당국가의 절차법과 국제형사절차법을 혼합적으로 적용한다는 점 등에서 기존의 ICTY와 ICTR와 그 성격을 달리 한다.⁴⁴⁾

혼합재판소는 크게 두 가지 유형으로 구분할 수 있는데, 첫째는

41) 홍진영, 앞의 논문, 356면.

42) 캄반다는 1997년 케냐 나이로비에서 체포되었다. 그는 1994년 4월 7일 당시 르완다 대통령 쥐베날 하비아리마나의 비행기가 격추된 뒤, 소수족인 투치족의 소행으로 몰고 투치족에 대한 대량 인종학살을 시작했다.

43) 한희원, 앞의 책, 613면.

44) 박경규, 앞의 논문, 227-228면; 홍진영, 앞의 논문, 356-357면.

‘국제화된 국내재판소(Internationalized Domestic Courts)’ 유형이고, 둘째는 ‘국내화된 국제재판소(Domesticated International Courts)’ 유형이다. 첫 번째 유형에 해당하는 재판소로는 동티모르 특별패널과 코소보 혼합패널을, 두 번째 유형에 해당하는 재판소로는 시에라리온, 캄보디아 및 레바논 특별재판소를 예로 들 수 있다.⁴⁵⁾

혼합재판소와 관련하여 주목할 사항은 혼합재판소는 과도행정권 또는 해당 국가와 유엔 등의 협정에 기해서 설치되기 때문에 관할범죄에 대한 시간적 제한이 없다는 점이다. 따라서 내전 등으로 해당 국가가 사실상 정부기능을 상실한 경우가 아니고, 해당 국가가 로마규정 비당사국이며, 해당 범죄가 로마규정 발효일인 2002년 7월 1일 이전에 범해진 국제범죄인 경우⁴⁶⁾ 유엔이 재정적 부담과 해당 국가와의 마찰을 최소화하면서도 효율적으로 국제범죄를 소추할 수 있는 방안은 해당 국가와의 협정을 통해 혼합재판소를 설치하는 것이다. 이러한 이유로 비록 상설 국제형사재판소로 ICC가 설립되어 활동하고 있지만, ICC가 관할권을 가지지 않는 분야에서 혼합재판소는 ICC의 역할을 보완하는 임무를 수행하고 있다.⁴⁷⁾

45) 이들 혼합재판소에 대한 상세한 설명으로는 박경규, 앞의 논문, 253-256면; 홍진영, 357-259면 참조.

46) 2002년 7월 1일 이전에 범해진 국제범죄의 경우 유엔은 로마규정 제11조 제1항에 기해 ICC에 사안을 회부할 수 없다.

47) 장석영·조정현, “국제형사법원의 변화 추세와 전망: 임시재판소(ad hoc tribunals)와 혼합재판소(hybrid courts)를 중심으로”, 경희법학 제50권 제3호, 2015, 215면 이하 참조.

4. 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건의 국제형사재판소의 제소 가능성 검토

가. ICC 관할권 행사의 가능성

(1) 우선적 관할과 보충적 관할

국제형사범죄를 구성하는 행위는 당해 범죄인의 국적국 또는 행위지국에서도 범죄를 구성하는 경우가 대부분이다. 이와 같이 국제형사법원과 국내형사법원 사이에서 관할이 경합할 때 관할권을 배분하는 방법으로는 기본적으로 우선적 관할의 유형과 보충적 관할의 유형이라는 두 가지 유형이 존재한다.

첫 번째 유형은 우선적 관할 유형(이른바 ‘뉘른베르크 모델’)으로, 국제형사법정(즉 ICC)에서 최상급 범죄자에 대하여 우선적으로 관할권을 갖되, 국내법정에서는 중하급 범죄자에 대한 관할권을 행사하도록 하는 방법이다. 뉘른베르크 전범재판 당시, 뉘른베르크 국제전범재판소(International Military Tribunal at Nuremberg)에서는 헤르만 괴링(Hermann Göring)을 비롯한 나치의 최고위급 지도자 24명에 대하여만 재판이 이루어졌고, 나머지 전범들에 대하여는 독일 및 연합국의 국내법원에서 재판이 이루어졌다. 이와 같은 모델은 앞서 살펴본 ICTY와 ICTR에서도 이어졌다. 이와 같은 모델을 선택하는 데에는 다음과 같은 상황이 있을 수 있다. 첫째, 정권 차원에서 또는 정권의 묵인 하에 광범위한 불법이 저질러지고 사법부도 정권으로부터 독립되어 있지 않아서 정권의 교체가 이루어지지 않고서는 소추와 처벌이 불가능한 경우이다. 둘째, 그러한 정권 차원의 불법이 있을 후 정권이 교체되기는 하였지만 아직까지 사회의 통합이 이루어지지 않아 이전 정권의 영향 하에서 저질러진 불법에 대한 소추와

처벌이 정치 세력 일방의 타방에 대한 보복으로 간주됨으로써 오히려 사회의 분열이 초래되는 경우이다. 셋째, 아예 국가의 사법기능 자체가 완전히 붕괴되어 재판을 통한 정의의 실현이 불가능한 경우이다. 이와 같은 상황 속에서는 국내 정치세력과 독립되어 있고 공정성을 유지할 수 있는 국제재판소가 주도하여 국제형사범죄의 최고 책임자들을 처벌하는 것이 정의의 관념에 부합한다.

두 번째 유형은 ICC와 같이 국제형사법정에서 보충적 관할을 행사하도록 하는 방법이다. 로마규정 전문(preamble)은 당사국 각국이 자국의 관할이 미치는 국제형사범죄에 대하여 관할권을 행사할 의무를 명시하고 있고, 당사국 각국에서 수사 또는 재판 절차를 진행 중인 경우에는 ICC에서 관할권을 행사할 수 없도록 하고 있다. 이를 ‘보충성의 원칙(the principle of complementarity)’이라 한다. 그러나 당사국에서 ICC 관할 국제형사범죄에 대하여 수사 및 기소를 할 의사가 없거나(unwilling) 능력이 부재(unable)한 경우이거나 당사국이 소송을 진행하더라도 그 소송이 국제범죄자의 처벌을 회피하기 위한 위장소송인 경우에는 위와 같은 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정하여, ICC에서 관할권을 행사할 수 있도록 하고 있다.

생각건대 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건을 ICC에 제소하기 위해서는 우선적으로 ICC가 우선적 관할권을 행사할 수 있는 요건을 충족하여야 하는데, ① 우리나라 사법부가 정권으로부터 독립되어 있지 않아서 정권의 교체가 이루어지지 않고서는 소추와 처벌이 불가능한 경우가 아니며, ② 정권이 교체되었지만 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건과 관련된 가해자를 소추하고 처벌하는 것이 정치 세력 일방의 타방에 대한 보복으로 간주되지 아니하며, ③ 아예 국가의 사법기능 자체가 완전히 붕괴되어 재판을 통한 정의의 실현을 불가능한 경우도 아니다. 다음으로, ICC가 보충적 관

할권을 행사할 가능성과 관련하여 이를 위해서는 당사국인 우리나라에서 ICC 관할 국제형사범죄로서 ‘인도에 반한 죄’에 해당하는 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건에 대하여 수사 및 기소를 할 의사나 능력이 부재한 경우에 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정할 수 있으나 우리나라의 수사기관과 사법부가 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건의 가해자에 대해 수사 및 기소를 할 의사나 능력이 부재하다고 볼 수 없다. 따라서 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건에 대해서는 보충성의 원칙에 의해 ICC가 아닌 우리나라 사법부에 우선적이 관할권이 인정된다.

요컨대 ICC가 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건에 대해 우선적 관할권 내지 보충적 관할권을 행사할 가능성은 전혀 없다.

(2) 시간적 관할

앞서 언급한 바와 같이 ICC의 시간적 관할은 로마규정 발효일인 2002년 7월 1일 이후에 발생한 범죄를 대상으로 하며, 로마규정 발효 후에 당사국이 되는 국가의 경우 당해 국가에서의 로마규정 발효 시점 이후에 범하여진 범죄에 대해서만 관할권을 행사할 수 있도록 하고 있다(로마규정 제11조 제2항). 우리나라의 경우 2002년 11월 18일 로마규정의 당사국이 되었고 로마규정은 2003년 2월 1일부로 발효되었으므로 ICC는 우리나라와 관련하여 2003년 2월 1일 이후에 범하여진 범죄에 대하여만 관할권을 행사할 수 있을 뿐이다. 다만 예외적으로 당사국에 대한 로마규정 발효 이전에 발생한 관할범죄에 대해서도 로마규정 제12조 제3항에 따라 우리나라가 ICC에 대한 관할권 수락 선언을 하는 경우에는 관할권을 행사할 수 있다. 하지만 이 경우에도 로마규정 최초 발효 시점인 2002년 7월 1일 이후에 발생한 관할범죄에 대하여만 그 관할권 수락의 효력이 미칠 뿐

그 이전에 발생한 관할범죄에 대해서는 ICC가 관할권을 행사할 수 없다.

요컨대 1980년 5월 19일~26일 사이에 대부분 발생한 것으로 조사되는 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건은 ICC의 시간적 관할의 대상이 아니므로 ICC를 통해서 소추하는 것은 불가능하다.

(3) 소결

결국 우리나라가 로마규정의 당사국이고 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건이 로마규정 제7조 제1항 제(사)호의 ‘강간’ 또는 ‘이에 상당하는 기타 중대한 성폭력’에 해당하는 ‘인도에 반한 죄’의 구성요건을 충족할지라도 ICC가 위 사건에 대해 우선적 관할권 내지 보충적 관할권을 행사할 가능성은 없다. 뿐만 아니라 위 사건은 1980년에 발생했고 로마규정 제11조 제1항에 의하면 ICC는 로마규정 최초 발효시점인 2002년 7월 1일 이후에 범해진 국제범죄에 대해서만 시간적 관할권을 행사할 수 있기 때문에 위 사건을 ICC를 통해서 소추하는 것 역시 불가능하다.

나. 특별형사재판소 설치 가능성

유엔헌장 제7장 제39조에 의하면 유엔 안전보장이사회는 평화에 대한 위협, 평화의 파괴 또는 침략행위의 존재를 결정하고, 국제평화와 안전을 유지하거나 이를 회복하기 위하여 권고하거나 또는 헌장 제41조 및 제42조에 따라 어떠한 조치를 취할 것인지를 결정할 수 있다.⁴⁸⁾ 유엔헌장 제7장에 근거하여 유엔 안전보장이사회는 결

48) 유엔헌장 제41조 안전보장이사회는 그의 결정을 집행하기 위하여 병력의 사용을 수반하지 아니하는 어떠한 조치를 취하여야 할 것인지를 결정할 수 있으며, 또한 국제연합회원국에 대하여 그러한 조치를 적용하도록 요청할 수 있다. 이 조치는 경제관계 및 철도·항해·항공·우편전신·무선통신 및 다른 교통통신수단

의를 통해 유엔 안전보장이사회 산하에 독립된 형사재판기구로서 한시적 특별형사재판소를 설립할 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 지금까지 설치된 유엔 산하 특별형사재판소로는 1993년의 ICTY와 1994년의 ICTR이 있다.

이러한 특별형사재판소로서 ICTY와 ICTR은 2002년 7월 1일부터 발효된 로마규정이 규범력을 갖기 이전에 설치된 것일 뿐만 아니라 그 설치의 근거가 되는 유엔헌장 제7장은 어떠한 시간적 제한을 두고 있지 않기 때문에 로마규정의 시간적 관할의 한계를 극복하고 로마규정 발효시점 이전의 범죄까지도 특별형사재판소에서 다룰 수 있는 장점을 가진다.

그러나 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건을 유엔 산하 특별형사재판소를 설치하여 이를 소추하는 것은 이론상 불가능한 것은 아니지만 다음과 같은 이유에서 사실상·법률상 실현가능성이 없다.

첫째, 지금까지 유엔 산하에 설치된 특별형사재판소인 ICTY와 ICTR은 ICC가 설립 이전에 유엔이 국제범죄를 소추하기 위해 선택한 차선의 방안이었고, 2002년 7월 1일 ICC가 공식적으로 출범한 이후에 유엔이 특별형사재판소를 설치한 사례는 뿐만 아니라 실제로 ICC는 특별형사재판소를 설립하는데 소극적이다.

둘째, 특별형사재판소를 설치하는 경우 이러한 재판소는 유엔 산하의 기구이어서 재판소 운영 경비를 전적으로 유엔이 부담해야 하

의 전부 또는 일부의 중단과 외교관계의 단절을 포함할 수 있다.

유엔헌장 제42조 안전보장이사회는 제41조에 규정된 조치가 불충분한 것으로 인정하거나 또는 불충분한 것으로 판명되었다고 인정하는 경우에는, 국제평화와 안전의 유지 또는 회복에 필요한 공군·해군 또는 육군에 의한 조치를 취할 수 있다. 그러한 조치는 국제연합회원국의 공군·해군 또는 육군에 의한 시위·봉쇄 및 다른 작전을 포함할 수 있다.

는데, 이는 유엔에 큰 경제적 부담이 되기 때문에 유엔은 특별형사재판소 설치에 소극적이다. 이러한 재정적 부담의 이유에서 유엔은 최근 로마규정 비당사국에서 범해진 국제범죄이지만 2002년 7월 1일 이전에 범해진 국제범죄이기 때문에 ICC의 시간적 관할권에 포함되지 않아 로마규정 제13조 제(나)호에 기해 사태를 ICC에 회부할 수 없는 경우에 특별형사재판소를 설치하기 보다는 혼합재판소를 설치하는 것을 선호하고 있다.⁴⁹⁾

셋째, 유엔 산하 특별형사재판소는 주로 해당 국가에서 내전이 발생하였고, 이 과정에서 국제범죄가 범해졌는데 해당 국가가 내전으로 인해 사실상 사법기능을 제대로 수행할 수 없는 경우에 설치된다는 점이다. 실제로 ICTY와 ICTR은 각각 내전으로 인해 자국의 사법기능이 제대로 수행될 수 없었던 구 유고슬로비아 지역과 르완다에서 범해진 국제범죄를 소추하기 위해 설치되었다. 이와 관련하여 5·18민주화운동이 발생한 이후 전두환 정권과 노태우 정권이 권력을 잡고 있던 시기에는 특별형사재판소가 설치될 여지가 있었지만, 현재 우리나라의 사법기능은 정상적으로 작동되고 있으므로 특별형사재판소가 설치될 수 있는 실질적 이유도 인정되기 어렵다.

마지막으로, 유엔 산하 특별형사재판소가 설치되기 위해서는 무엇보다 유엔 안전보장이사회 상임이사국인 5개 국가(프랑스, 러시아, 영국, 미국, 중국)의 만장일치에 의한 결의가 있어야 하는데, 만장일치 결의가 성사될 수 있을지 상당한 의문이다.

결국 이상과 같은 다섯 가지 이유에서 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건에 대해 관할권을 가질 수 있는 유엔 산하 특별형사재판소를 설치하여 이 사건을 소추하는 것은 사실상 불가능하고,

49) 이러한 UN의 경향에 대한 상세한 설명으로는 장석영·조정현, 앞의 논문, 2015, 209-211면 참조.

법률상으로도 어렵다고 본다.⁵⁰⁾

다. 혼합재판소 설치 가능성

혼합재판소 역시 유엔 산하 특별형사재판소와 마찬가지로 과도행정권 또는 해당 국가와 유엔 등의 협정에 기해서 설치되기 때문에 관할범죄에 대한 로마규정에 따른 시간적 제한이 없다는 장점이 있다. 이에 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건을 해결하기 위해 유엔 산하 특별형사재판소의 설치와 그에 따른 제소가 불가능하다면 유엔과의 협정을 통해 혼합재판소를 설치하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 그러나 이 역시 다음과 같은 이유에서 실현가능성이 매우 낮다고 본다.

첫째, 지금까지 설치된 혼합재판소로 동티모르 특별패널, 코소보 혼합패널, 시에라리온 특별재판소, 캄보디아 특별재판소 및 레바논 특별재판소를 보면 이들은 대부분 과도행정부에 설치된 경우가 아니라면 이른바 제3세계 국가에서 범해진 국제범죄를 대상으로 설치되었다. 그리고 이러한 경향은 앞으로도 유지될 것으로 보인다. 이처럼 혼합재판소가 대부분 제3세계 국가를 대상으로 설치되고 있는 이유는 국제범죄가 주로 정치적·경제적 상황이 불안정한 제3세계 국가에서 범해지고, 이들 국가가 혼합재판소 설치를 원하는 경우가 많기 때문이다. 하지만 현재 우리나라의 경우 정치적·경제적 상황이 불안정한 제3세계라고 볼 수 없어 유엔은 우리나라에 혼합재판소를 설치하는 데 소극적일 수밖에 없다고 본다.

둘째, 현실적인 이유에서 유엔은 2002년 ICC 설립 이후에 재정적 부담 등의 이유로 유엔 산하 특별형사재판소 또는 혼합재판소의 설치에 소극적 경향을 보이고 있다. 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성

50) 박경규, 앞의 논문, 251-253면.

폭력 사건은 이른바 제3세계 국가에서 범해진 국제범죄도 아닐 뿐만 아니라, 불충분해 보일지라도 이미 우리나라에서 5·18 내란 사건에 대해 유죄판결을 내린 바 있어 유엔과 국제사회가 이 사건에 대해 커다란 관심을 보이기는 어렵다고 본다.

셋째, 혼합재판소가 설치되기 위해서는 유엔과 해당국이 협정을 전제로 하는데, 우리나라 정부가 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건을 국제사회에 호소함과 아울러 유엔을 설득하여 혼합재판소를 설치할 것을 적극적으로 요구할 것을 기대하기는 매우 어렵다고 본다. 특히 집권 여당이 혼합재판소 설치에 긍정적일지라도 다른 정당의 반대를 무릅쓰고 혼합재판소 설치를 강력히 추진할 수 있는 정당이 있을지 의문스럽기 때문이다.

결국 이상과 같은 세 가지 이유에서 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건에 대해 유엔과 협정을 통해 우리나라에 혼합재판소를 설치하여 이 사건을 소추할 가능성 역시 매우 낮다고 보다.⁵¹⁾

IV. 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건의 국내법원에서의 제소 가능성

1. 국내법원 제소의 이론적 한계

5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건에 대해 ICC나 유엔 산하 특별형사재판소 및 혼합재판소에 제소가 불가능하다면 국내법원에 로마규정의 이행법률로 2007년 12월 21일에 제정된 「국제형사

51) 박경규, 앞의 논문, 257-258면.

재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률(이하 ‘국제형사범죄법’이라 함) 제9조 제2항 제6호에서 규정하고 인도에 반한 죄로 공소제기할 수 없는가라는 의문이 제기된다.⁵²⁾ 이러한 국내법원에서의 제소 가능성과 관련하여 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건은 1980년 5월에 발생한 것으로 행위시에는 국제형사범죄법이 제정되어 있지 않아 이 법률을 근거로 처벌하는 것은 소급효금지원칙에 반하는 것이 아니라 하는 문제와 앞서 언급한 바와 같이 행위 당시 「형법」과 「형사소송법」에 의하면 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건의 죄명으로 특정될 수 있는 강간죄와 강간치사상죄의 공소시효는 7년, 10년으로 이미 공소시효가 완성되었음도 불구하고 이에 대해 공소제기가 가능한지의 문제가 해소되어야 한다.

가. 소급효금지원칙 위배 여부

5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건은 1980년 5월에 발생한 것으로 행위시에는 이러한 인도에 반한 죄로서 국제범죄를 처벌한다는 명문의 규정이 없었음에도 불구하고 2007년에 제정된 국제형사범죄법을 근거로 처벌하는 것이 소급효금지원칙에 반하는가라는 문제는 이미 제2차 세계대전 전범재판에서부터 제기되었다. 이와 관련하여 뉘른베르크 국제군사재판소는 범행 당시에 국제범죄를 처벌한다는 명문 규정이 없었는지라도 국제범죄의 가벌성은 국제관습법으로 인정되었기에 소급처벌이 아니라고 보았다.⁵³⁾ 그 근거로 국

52) 국제형사범죄법 제9조(인도에 반한 죄) ② 민간인 주민을 공격하려는 국가 또는 단체·기관의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

6. 강간, 성적 노예화, 강제매춘, 강제입신, 강제불임 또는 이와 유사한 중대한 성적 폭력 행위

53) 뉘른베르크 재판은 제2차 세계대전이 끝나고 나치 독일의 전쟁범죄자들과 유대

제범죄의 가벌성이 국제관습법화 되었다는 것과 실질적 죄형법정주의가 제시되었다.⁵⁴⁾ 보다 구체적으로 전자와 관련하여 제2차 세계대전 전범자들을 처벌하기 위해 국제군사재판소(International Military Tribunal)와 극동군사재판소(International Military Tribunal for the Far East)가 설치되었었는데, ‘국제군사재판소 헌장(Charter of the IMT)’과 ‘극동군사재판소 헌장(Charter of the IMTFE)’은 평화에 반하는 범죄, 전쟁범죄 및 인도에 반한 죄를 국제범죄로 규정하였다. 그밖에도 위와 같은 헌장과 뉘른베르크 원칙들 이외에 2차대전을 전후하여 1948년 12월 9일 유엔총회에서는 제노사이드 조약이 통과되었고, 1949년 12월 12일에 통과된 4개 제네바협약과 1977년 6월 18일에 통과된 제 I 부속의정서 및 제 II 부속의정서는 기존에 존재하였던 무장충돌에 관한 법을 더욱 구체화하는 등 제노사이드와 전쟁범죄에 관한 국제조약들이 제정되거나 개정되었다. 이러한 과정을 거치면서 2차 대전 이후에는 국제범죄의 가벌성이 국제관습화 되었고, ICTY는 뉘른베르크 국제군사재판을 통해서 이미 인도에 반한 죄의 가벌성은 국제관습법으로 인정되었음을 판시하였다.⁵⁵⁾

인 학살 관련자들을 상대로 연합국 측이 벌인 국제 군사재판이다. 독일 뉘른베르크에서 열려 이런 이름이 붙었다. 1945년 11월 20일에 시작되어 1946년 10월 2일 종결된 이 전범재판은 200여 명의 증인과 403회의 공판을 거쳐 24명의 피고인 중 22명에게 교수형(12명), 종신형(3명), 유기징역형(4명), 무죄(3명)를 선고했다. 뉘른베르크 재판 이후 유엔총회는 재판과정에서 등장한 기준을 ‘뉘른베르크 원칙(Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal)’으로 확정하였다. 뉘른베르크 원칙은 모두 7가지 원칙으로 구성되어 있는데, 제1원칙은 “국제법상 범죄를 구성하는 행위를 저지른 자는 처벌되어야 한다.”, 제2원칙은 “국제법상 범죄를 구성하는 행위를 저지른 자는 국내법이 그 행위에 대해 형벌을 부과하지 않는다는 사정에 기하여 국제법상 책임을 면할 수 없다.”이다. 이에 대한 상세한 설명으로는 이재승, 국가범죄, 엘피, 2010, 62-63면 참조.

54) 이에 대해 상세한 설명으로는 이윤제, “일본군 ‘위안부’에 대한 국제범죄와 죄형법정주의”, 일감법학 제38호, 2017.10, 117-128면 참조.

한편 후자와 관련하여 죄형법정주의를 형식적 의미가 아닌 실질적 의미로 이해하면 죄형법정주의는 국가마다 형사가벌성이 달라질 수 있는 범죄(예컨대, 경미한 범죄나 행정행법상 범죄)에서 큰 의미를 가질 뿐, 자연법상의 범죄 또는 모든 국가에서 의문의 여지없이 형사범죄로 인정되고 있는 범죄의 경우 범죄와 형벌은 성문의 ‘법률’에 규정되어야 한다는 법률주의 요건은 완화되고, 실질적 정의의 요청이 보다 더 강조되는 것으로 이해될 수 있다고 한다.⁵⁶⁾ 뉘른베르크 국제군사재판소의 판례가 2차 대전 전범자들의 국제범죄 범행 당시 비록 국제범죄를 형사처벌하는 명문의 성문법 규정이 없었다고 하더라도 피고인들이 자신의 행위의 가벌성을 인식하였음을 충분히 인정할 수 있으므로 2차 대전 전범자들을 뉘른베르크 국제군사재판소 현장 규정을 근거로 국제범죄자로 처벌하는 것이 죄형법정주의에 반하지 않는다고 판시한 것은 이러한 사고에 기초한 것으로 이해될 수 있다.⁵⁷⁾

우리나라에서도 이러한 두 가지 근거를 바탕으로 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건을 2007년에 제정된 국제형사범죄법을 근거로 형사처벌하는 것이 소급효금지원칙에 반하지 아니한다는 견해가 제시되고 있다. 즉 집단살해죄, 전쟁범죄, 인도에 반하는 죄와 같은 국제범죄의 가벌성은 “헌법에 의하여 체결 공포된 조약과 일반

55) ICTY, Prosecutor vs Dusko Tadic, Trial Judgment, 7 may 1997, para. 620.

56) Kai Ambos, Internationales Strafrecht, 4. Aufl., 2014, S. 107 f. Ambos 교수는 죄형법정주의를 이와 같이 이해하는 것은 죄형법정주의 원칙을 형식적으로 이해하는 것을 탈피하여 죄형법정주의를 규범적으로 충진하면서 죄형법정주의를 실질적 정의의 요청으로 만드는 것이라고 표현하고 있다. 또한 Ambos 교수는 국제형법에서의 죄형법정주의를 실질적으로 이해할 필요성을 강조하면서도 이러한 정의의 요청을 무제한적으로 강조할 수 없겠지만 개별 국가의 성문법에 의해 도출되는 법의 일반원칙에 의해 국제범죄의 가벌성이 긍정되어야 한다고 주장하고 있다.

57) 박경규, 앞의 논문, 263면.

적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”라고 규정하고 있는 우리나라 헌법 제6조 제1항에 의해 ‘일반적으로 승인된 국제법규’로서 국제관습법의 지위를 가지며, 로마규정의 이행법률로 2007년에 제정된 국제형사범죄법은 이미 1980년 5월 계엄군에 의한 인도에 반한 죄라는 범행을 행할 당시에 이미 국제관습법으로 인정되고 있었던 국제범죄의 가벌성을 확인한 데에 불과한 것으로, 국제범죄의 가벌성을 사후 입법을 통해 새롭게 창설하는 것이 아니기 때문에 소급효금지원칙에 반하지 아니한다는 견해가 제시되고 있다.⁵⁸⁾

그러나 이러한 견해는 다음과 같은 이유에서 설득력이 다소 약하다고 본다. 우선, 뉘른베르크 재판 이후 국제법에서 인정되고 있는 국제(형사)관습법을 통한 국제범죄의 가벌성 인정의 문제는 집단살해죄, 전쟁범죄, 인도에 반한 죄에 관한 명문의 성문법이 없던 시기에 차선책으로 국제(형사)관습법을 형사처벌의 근거로 원용한 것으로 이미 이들의 처벌을 위한 명문의 국제성문법인 로마규정이 제정된 이후에도 이러한 국제(형사)관습법을 처벌 근거로 원용하는 것은 타당하지 않다고 본다. 둘째, 2007년에 제정된 국제형사범죄법은 로마규정의 이행법률로 로마규정 제11조 제1항은 시간적 관할권과 관련하여 “재판소는 이 규정의 발효 후에 범하여진 범죄에 대하여만 관할권을 가진다.”라고 규정하고 있을 뿐 소급처벌의 규정을 별도로 두고 있지 않다. 또한 국제형사범죄법 제1조는 로마규정에 따른 국제형사재판소의 (물적·시간적·인적) 관할 범죄를 처벌함을 목적으로 하고 있기 때문에 그 시간적 적용범위는 국제형사범죄법이 제정·시행된 2002년 7월 1일 이후에 발생한 국제범죄만을 관할할 수 있

58) 박경규, 앞의 논문, 264면.

는 것으로 보아야 한다. 만일 위 사건을 국내법원이 아닌 앞서 언급한 ICC에 소추하더라도 우리나라의 경우 2002년 11월 18일 로마규정의 당사국이 되었고 로마규정은 2003년 2월 1일부로 발효되었으므로, ICC는 우리나라에서 발생한 국제범죄와 관련하여 2003년 2월 1일 이후에 범하여진 범죄에 대하여만 관할권을 행사할 수 있을 뿐이다.⁵⁹⁾ 넷째, 국제(형사)관습법을 근거로 국제형사범죄법의 시간적 관할에 포괄되지 않는 1980년 5월 계엄군에 의해 발생한 인도에 반한 죄에 대한 형사처벌을 인정할지라도 이러한 국제(형사)관습법은 최소한 ICTY와 ICTR의 설립 무렵(ICTY : 1993년 5월 25일 설립, ICTR : 1994년 11월 8일)부터 무력충돌과의 관련성 없는 인도에 반한 죄의 처벌의 근거로 그 지위를 획득해 왔다고 볼 수 있으므로,⁶⁰⁾ 그 이전인 1980년 5월에 발생한 인도에 반한 죄를 처벌하기 위한 근거로 사용할 수 없다. 마지막으로, 1980년 5월 계엄군에 의한 인도에 반한 죄에 대한 형사처벌의 필요성과 당위성이 아무리 크다고 할지라도 소급효금지원칙이 적용되어 현행법인 국제형사범죄법으로 처벌할 수 없으므로 이 문제를 극복하기 위해 국제(형사)관습법을 근거로 처벌할 수 있다는 견해는 죄형법정주의의 또 다른 원칙인 관습형법금지의 원칙에 정면으로 반할 위험성이 있다. 주지하듯이 관습형법금지의 원칙은 관습법을 근거로 일정한 행위를 범죄로 인정

59) 같은 이유에서 1947년 3월 1일 경찰의 발포사건을 기점으로 하여, 경찰, 서북청년단의 탄압에 대한 저항과 단선, 단정 반대를 기치로 1948년 4월 3일 남로당 제주도당 무장대가 무장봉기한 이래 1954년 9월 21일 한라산 금족지역이 전면 개방될 때까지 제주도에서 발생한 무장대와 토벌대간의 무력충돌과 토벌대의 진압과정에서 약 25,000~30,000여 명의 주민들이 희생당한 사건인 ‘제주4·3사건’에 대해서도 국제형사재판소 및 국내법원에서 집단살해죄, 인도에 반한 죄 등으로 다룰 수 없다고 본다. 같은 취지로 여경수, “국제인권법에 비추어 본 제주 4·3특별법의 과제”, 민주법학 제72호, 2020.3, 94면.

60) 홍진영, 앞의 논문, 369면.

하거나 법률에 규정되어 있어 있지 않은 형벌의 부과를 금지함을 의미한다. 때문에 1980년 5월 행위 당시 처벌을 위한 명시적인 법률이 없다고 하여 뉘른베르크 재판 이후 국제법에서 인정되고 있는 국제(형사)관습법을 처벌근거로 찾는 것은 관습형법금지의 원칙에 반할 소지가 크다. 지금까지 우리나라 국내법원이 적지 않은 판결에서 헌법 제6조 제1항에 따라 국제관습법을 인정하여 국내법적 효력을 공정한 것은 정치범불인도의 원칙,⁶¹⁾ 제한적 주권면제론의 인정,⁶²⁾ 속지주의 법리⁶³⁾ 등이지 형사재판에서 피고인에게 불리하게 작용되는 국제(형사)관습법을 인정할 바 없는 것도 바로 이러한 이유라고 본다.

나. 공소시효 배제의 국제법 일반원칙에 해당 여부

한편 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭행 사건이 발행한 1980년 5월 당시 「형법」과 「형사소송법」에 의하면 강간죄와 강간치사상죄의 공소시효는 7년, 10년으로 현재 공소시효가 완성되었음은 분명하다. 그럼에도 불구하고 국제범죄에서 공소시효적용을 배제하는 국제관습법은 아직까지 존재하지 않지만, 집단살해죄, 전쟁범죄, 인도에 반한 죄, 고문과 같은 중대한 인권침해범죄⁶⁴⁾에 대해서는 공소

61) 대법원 1984. 5. 22. 선고 84도39 판결 : “본국에서 정치범죄를 범하고 소추를 면하기 위하여 다른 국가로 피난해오는 경우에는 이른바 정치범 불인도의 원칙에 의하여 보호를 받을 수 있으며 이는 국제법상 확립된 원칙이라 할 것이다.”

62) 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 판결 : “국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이다.”

63) 서울행정법원 1998. 10. 29. 선고 98구6561 판결 : “헌 국제법 질서상 각국의 법령은 그 영역 내의 모든 사람에게 적용될 뿐이고 다른 국가의 영역까지 적용, 집행될 수 없다는 소위 속지주의 법리가 일반적으로 승인된 국제법규로 공인되고 있는 점 등에 비추어 산업재해보상보험법 제5조의 '사업 또는 사업장'이란 대한민국 영역 내에서 소재하거나 영위되는 것을 의미한다 할 것이고, 따라서 국내 사업 또는 사업장에 소속되어 있으면서 해외 사업장(해외 지점, 공사현장, 현지법인 등)에 일정기간 출장하여 업무를 수행하는 해외출장자를 제외한 이른바 해외파견자는 산업재해보상보험법에 의한 보상을 받을 수 없다 할 것이다.”

시효의 적용을 배제하는 것이 국제법의 일반원칙이며, 우리 판례가 “국제범죄에서는 공소시효 적용이 배제된다는 것이 국제관습법으로 되었다.”⁶⁵⁾라고 판시하고 있으므로,⁶⁶⁾ 위 사건의 관련자들을 검찰이 다시 공소제기를 하더라도 공소시효에 관한 규정을 위반하는 것이 아니라는 견해가 제시되고 있다.⁶⁷⁾

그러나 이러한 견해 역시 다음과 같은 두 가지 이유에서 설득력이 약하다고 본다. 하나는, 로마규정 제29조는 “재판소의 관할범죄에 대하여는 어떠한 시효도 적용되지 아니한다.”라고 규정하고 있고, 그 이행법률인 국제형사범죄법 제6조도 “집단살해죄등에 대하여는 「형사소송법」 제249조부터 제253조까지 및 「군사법원법」 제291조부터 제295조까지의 규정에 따른 공소시효와 「형법」 제77조부터 제80조까지의 규정에 따른 형의 시효에 관한 규정을 적용하지 아니한다.”라고 규정함으로써 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 침략범죄와 전

64) 1990년 7월 10일부터 우리나라에서 발효되기 시작한 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)」 제7조는 “어느 누구도 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다. 특히, 누구든지 자신의 자유로운 동의 없이 의학적 또는 과학적 실험을 받지 아니한다.”고 규정하고 있다.

65) 서울고법 2006.2.14. 선고 2005나27906 판결 : “국제형사재판소는 고문 등 범죄에 대하여는 그 공소시효 적용을 배제하고 있으며(구 유고슬라비아와 르완다 지역의 인권침해 사건을 재판하고 있는 국제형사재판소(ICTY와 ICTR)가 인권침해 범죄자들에 대한 형사재판을 하면서 견지한 원칙이다), 유엔 인권이사회는 각국의 군사정권 아래에서 저질러진 시민적·정치적 권리의 중대한 침해에 대하여는 필요한 최장기간 동안 기소가 이루어져야 한다고 권고하는 등 반인도적 범죄, 전쟁범죄나 고문과 같은 중대한 인권침해에 관하여는 공소시효의 적용을 배제하는 것이 국제법의 일반원칙이다.”

66) 그러나 위의 판결에서 보듯이 우리 판례는 “국제형사재판소는 고문 등 범죄에 대하여는 그 공소시효 적용을 배제하고 있으며”, “반인도적 범죄, 전쟁범죄나 고문과 같은 중대한 인권침해에 관하여는 공소시효의 적용을 배제하는 것이 국제법의 일반원칙”라고만 판시하고 있을 뿐 공소시효 배제가 국제관습법이라고 판시하고 있지는 않다.

67) 박경규, 앞의 논문, 267면.

쟁범죄에는 공소시효가 적용되지 아니함을 명확히 하고 있다. 그러나 로마규정이나 국제형사범죄 어디에도 이러한 공소시효 배제가 로마규정과 국제형사범죄법 발효 이전의 국제범죄에까지 소급하여 적용된다는 소급적용의 규정은 찾아볼 수 없다. 이는 로마규정과 국제형사범죄의 공소시효 배제의 효력 역시 로마규정과 국제형사범죄법 발효 이후부터 적용됨을 의미한다. 따라서 이러한 명문의 규정과 달리 로마규정 이전의 공소시효 배제에 관한 국제법의 일반원칙을 근거로 이미 공소시효가 완성된 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건의 관련자를 공소제기할 수 있다는 견해는 문언의 가능한 해석의 범위를 넘어서는 것이다.

다른 하나는, 이미 공소시효가 완성된 범죄에 대해 사후 입법에 해당하는 국제형사범죄를 적용하고, 공소시효 배제와 관련하여 소급적용에 대한 명문의 규정이 없음에도 불구하고 (유추)해석을 통해 공소시효 배제를 인정하는 것은 진정소급효를 인정하는 것으로 소급효금지원칙에 정면으로 반한다. 헌법재판소는 헌정질서 파괴범죄행위에 대한 공소시효 정지를 규정한 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법(이하 '5·18특별법'이라 함)」 제2조⁶⁸⁾의 위헌제청과 관련하여, “진정소급입법이라 하더라도 기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 적어 개인의 신뢰이익을 관철하는 것이 객관적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다. 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우로는 일반적으로 국민

68) 5·18민주화운동등에관한특별법 제2조(공소시효의 정지) 1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법」 제2조의 헌정질서 파괴범죄행위에 대하여 해당 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지의 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.

이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선 하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우를 들 수 있다.”⁶⁹⁾고 판시하여, 공소시효에 관한 부진소급입법은 원칙적으로 정당화되고, 진정소급입법도 예외적으로 허용될 수 있다는 태도를 취하고 있다. 그러나 헌법재판소는 공소시효 정지에 관한 내용을 규정하고 있는 5·18특별법 제2조를 전제로 하여 이러한 입법이 진정소급입법에 해당할 경우 그 위헌 여부를 판단한 것으로 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건에 대한 적용법률인 국제형사범죄법에는 5·18특별법 제2조와 같은 공소시효 정지 규정이 존재하지 않음에도 불구하고 인도에 반한 죄에 대한 공소시효 배제라는 국제법상 일반원칙과 위 헌법재판소 결정을 근거로 공소시효가 배제된다고 볼 수 없다. 더 나아가 헌법재판소 결정과 같이 비록 진정소급입법, 즉 이미 완성된 공소시효를 사후 입법을 통해 배제시켜 처벌하는 것이 예외적으로 허용될 수 있다는 입장을 따르더라도 헌법재판소가 제시한 진정소급입법의 예외적 허용요건인 공소시효 완성으로 인한 행위자의 법적 지위에 대한 신뢰이익이나 법적 안정성을 중대한 공익과 비교형량을 해 볼 경우, 위 사건이 행위자의 신뢰이익이나 법적 안정성을 물리치고도 남을 만큼 월등히 중대한 공익이 있을지 의문이다. 왜냐하면 헌법재판소가 5·18특별법 제2조가 비록 진정소급효에 해당할지라도 신뢰이익이나 법적 안정성보다 중대한 공익을 더 높이 평가하여 합헌 결정을 내린 이유는 심판 대상의 사건의 죄명이 군사반란죄나 내란죄인 헌정질서 파

69) 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 전원재판부 결정.

괴범죄로서 이러한 헌정질서 파괴범죄는 “우리 헌법질서의 근간을 이루고 있는 자유민주적 기본질서를 파괴하였고, 그로 인하여 우리의 민주주의가 장기간 후퇴한 것은 말할 것도 없고, 많은 국민의 그 생명과 신체가 침해되었으며, 전국민의 자유가 장기간 억압되는 등 국민에게 끼친 고통과 해악이 너무도 심대”하기 때문이다. 그러나 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건은 비록 인도에 반한 죄에 해당할지라도 헌정질서 파괴범죄와 같이 자유민주주의적 기본질서를 파괴하였다고 보기 어렵기 때문에 진정소급효가 예외적으로 인정될 수 있는 요건으로 신뢰이익이나 법적 안정성보다 중대한 공익이 더 높게 평가될 수 있을지 의문이다.

다. 소결

결국 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건은 시간적 관할의 한계로 인해 ICC나 유엔 산하 특별형사재판소 및 혼합재판소에 제소가 불가능하며, 일부 견해와 달리 국내법원에 국제형사범죄법 제9조 제2항 제6호에서 규정하고 인도에 반한 죄로 공소제기하는 것도 불가능하다고 본다. 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건은 1980년 5월에 발생한 것으로 행위시에는 국제형사범죄법이 제정되어 있지 않아 이 법률을 근거로 처벌하는 것은 소급효금지원칙에 정면으로 반하는 것이다. 위 사건의 죄명인 강간죄와 강간치사상죄의 공소시효도 이미 완성되었음에도 불구하고 인도에 반한 죄에 대한 공소시효 배제라는 국제법상 일반원칙을 근거로 국제형사범죄법을 적용하여 그 행위자를 처벌하는 것은 진정소급입법에 해당한다. 비록 헌법재판소 결정과 같이 진정소급입법임에도 불구하고 예외적으로 허용될 수 있다는 입장을 취하더라도 그 예외적 허용 요건인 신뢰이익이나 법적 안정성보다 중대한 공익이 더 높게 평가될 수

있다고 보기 어렵기 때문이다.

2. 법률개정을 통한 국내법원에서의 제소 시도와 한계

앞서 언급한 바와 같이 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건에 대해 국내법원에 국제형사범죄법 제9조 제2항 제6호에서 규정하고 인도에 반한 죄로 공소제기하는 것이 불가능하다면 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법(이하 ‘헌정범죄시효법’이라 함)」을 개정하여 인도에 반한 죄를 새롭게 추가하고 그 공소시효를 배제함으로써 국내법원에서의 제소를 가능케 하는 방법을 시도해 볼 수 있다. 실제로 2020년 6월 29일 이형석의원(더불어민주당)은 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법 일부개정법률안(이하 ‘이형석의원안’이라 함)」을 대표발의하였는데, 이 법률안의 주요 내용과 그 문제점을 아래에서 살펴보고자 한다.

가. 이형석의원안의 주요내용

(1) 제안이유

이형석의원안은 그 제안이유를 다음과 같이 제시하고 있다. 즉 1998년 ‘국제형사재판소에 관한 로마규정’이 제정된 이후, 각국은 반인륜범죄 및 반인도범죄행위 등에 대하여 공소시효를 배제하는 쪽으로 법령을 개정 중에 있으며, 우리나라 역시 존엄과 가치를 존중하고 국제사회의 정의를 실현하기 위하여 ‘국제형사재판소에 관한 로마규정’에 따른 국제형사범죄법을 제정하여 시행하고 있다. 또한 2018년 8월 헌법재판소는 민간인 집단 희생사건, 국가권력이 저지른 중대한 인권침해나 조작의혹사건의 경우 국가손해배상 청구 소멸시효에 관한 일반규정을 그대로 적용하는 것은 위헌이라고 결정하였

다.⁷⁰⁾ 이에 이 법의 제명 및 법령에 “반인도적 범죄행위”를 추가하여 해당행위에 대한 공소시효를 배제하도록 함으로써, 국제사회 기준에 맞춰 헌법상 자유민주적 기본질서를 수호하기 위한 것이다.

(2) 주요내용

이형석의원안은 범명을 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법」에서 「헌정질서 파괴범죄 및 반인도적 범죄행위의 공소시효 등에 관한 특례법」으로 변경하고 동 특례법 제1조 중 “헌정질서 파괴범죄”를 “헌정질서 파괴범죄와 인간의 존엄을 해하는 반인도적 범죄행위”로 변경하고, 제2조 제2호를 신설하여 “반인도적 범죄행위란 국가 또는 단체·기관이 광범위하고 체계적인 공격으로 민간인을 살해, 상해, 감금, 고문, 강간 및 강제추행하는 행위를 말한다.”라고 하여 반인도적 범죄행위의 개념을 정의하고 있다. 그리고 공소시효의 적용 배제를 규정하고 있는 동 특례법 제2조 제1호를 “제2조의 헌정질서 파괴범죄와 반인도적 범죄행위”로 개정하여 반인도적 범죄행위에 대해서도 헌정질서 파괴범죄와 마찬가지로 공소시효의 적용을 배제하고 있다.

나. 이형석의원안의 문제점

이형석의원안은 로마규정 제7조와 국제형사범죄법 제9조에서 규정하고 있는 인도에 반한 죄의 개념을 바탕으로 반인도적 범죄행위

70) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바148 등 결정 : “일반적인 국가배상청구권에 적용되는 소멸시효 기산점과 시효기간에 합리적 이유가 인정된다 하더라도, 과거사정리법 제2조 제1항 제3호에 규정된 ‘민간인 집단희생사건’, 제4호에 규정된 ‘중대한 인권침해·조작의혹사건’의 특수성을 고려하지 아니한 채 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항의 ‘객관적 기산점’이 그대로 적용되도록 규정하는 것은 국가배상청구권에 관한 입법형성의 한계를 이탈한 것이다.”

의 개념을 규정하고 그 공소시효를 배제하고 있다. 이러한 입법 의도는 5·18민주화운동 당시 계엄군에 의해 행해진 민간인 살해, 상해, 감금, 고문, 강간 및 강제추행 행위에 대해 처벌의 근거를 마련하고자 하는데 있다고 보여진다. 그렇지 않다면 이미 국제형사법죄법 제9조에서 인도에 반한 죄를 규정하고 동법 제6조에 의해 공소시효가 배제되기 때문에 별도로 이와 같은 개정안을 제안할 이유가 없기 때문이다.

그러나 이형석의원안은 새롭게 도입한 반인도적 범죄행위의 공소시효 배제가 법률안의 개정 이후 시점부터 적용되는 것인지 아니면 개정 이전 이미 공소시효가 완성된 반인도적 범죄행위에 대해서도 적용되는지에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그렇기 때문에 일반적인 해석에 따르면 이형석의원안의 반인도적 범죄행위에 대해 공소시효 배제의 효력은 개정 이후부터 적용될 수밖에 없고, 그렇다면 법률안이 의도한 5·18민주화운동 당시 계엄군에 의해 행해진 반인도적 범죄행위에 대해서는 여전히 공소제기할 수 없는 한계를 가질 수밖에 없다.

이러한 문제점을 해소하기 위해 1995년 헌정범죄시효법에 헌정질서 파괴범죄를 규정하면서 동시에 5·18특별법 제2조를 규정하여 “1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법」 제2조의 헌정질서 파괴범죄행위에 대하여 해당 범죄행위의 종료일부부터 1993년 2월 24일까지의 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.”라는 규정을 둔 것처럼 5·18특별법 제2조에 대해 “1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법」 제2조의 헌정질서 파괴범죄행위와 반인도적 범죄행위에 대하여 해당 범죄행위의 종료일부부터 1993년 2월 24일까지의 기

간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다.”로 개정할 필요가 있다. 또한 종전의 5·18특별법에서의 헌정질서 파괴범죄는 군사반란죄, 내란죄의 범행종료시점을 계엄해제일로보아 아직 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서 사후 입법을 통해 이를 정지시킨 부진정소급입법에 해당하여 소급효금지원칙에 위배되지 않지만, 앞서 언급한 바와 같이 살해, 상해, 감금, 고문, 강간 및 강제추행의 죄의 공소시효는 이미 완성되었기 때문에 진정소급입법에 해당한다. 이러한 문제를 해결하기 위해 5·18특별법 부칙에 공소시효의 배제에 관한 적용례와 관련하여 “제2조의 개정규정은 이 법 시행 당시 공소시효가 완성된 범죄에 대하여도 적용한다.”라는 규정을 신설하는 방안을 고려할 수 있다.

그러나 이형석의원안을 보완하는 하는 이러한 법률안은 다음과 같이 진정소급효를 부인하는 최근 개정법률과 대법원 판례의 태도에 비추어 볼 때 진정소급효를 갖는 법률안으로 소급효금지원칙에 정면으로 위배되어 위헌 시비가 첨예하게 다투어질 것으로 예상된다.

(1) 진정소급효를 부인하는 대표적인 최근 개정법률

(가) 형사소송법

형사소송법은 2015년 7월 31일 개정(법률 제13454호)을 통해 “사람을 살해한 범죄(중범은 제외한다)로 사형에 해당하는 범죄에 대하여는 제249조부터 제253조까지에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다.”(제253조의2)고 규정하여 살인죄에 대해 공소시효의 적용을 배제하였다.

또한 소급효금지원칙과 관련하여 형사소송법 부칙(법률 제13454호) 제2조(공소시효의 적용 배제에 관한 경과조치)에서 “제253조의2의 개정규정은 이 법 시행 전에 범한 범죄로 아직 공소시효가 완성

되지 아니한 범죄에 대하여도 적용한다.”고 규정하여 부진정소급효를 분명히 하였다.

(나) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」은 2012년 12월 18일 개정(법률 제11556호)을 통해 “13세 미만의 사람 및 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대한 강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행, 강간등 상해·치상, 강간등 살인·치사”를 범한 경우(동법 제21조 제3항)뿐만 아니라 형법 제301조의2의 강간등 살인, 성폭력특별법 제9조 제1항의 강간등 살인·치사, 아동·청소년성보호법 제10조 제1항의 강간등 살인·치사, 균형법 제92조의8의 강간등 살인의 경우(동법 제21조 제4항)에도 공소시효를 배제하였다.

또한 소급효금지원칙과 관련하여 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 부칙(법률 제11556호) 제3조(공소시효 진행에 관한 적용례)에서 “이 법 시행 전 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 제21조의 개정규정을 적용한다.”고 규정하여 부진정소급효를 분명히 하였다.

(2) 진정소급효를 부인하는 대표적인 최근 대법원 판례⁷¹⁾

본 판례의 사실관계는 다음과 같다. 즉 피고인에 대하여 2014. 2. 12. 공소가 제기되었는데, 공소사실 중 2006. 5.경 장애인 준강간의 점(이하 ‘이 사건 장애인 준강간의 점’이라 한다)에 대한 적용법조는 구 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」(2010. 4. 15. 법률 제10258호 「성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률」로 개정되기 전의 것) 제8조, 구 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정

71) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도1362, 2015전도19 판결

되기 전의 것) 제297조로서 그 법정형이 3년 이상의 유기징역이므로, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 의하여 그 공소 시효는 7년이다.⁷²⁾ 한편 2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정·공포된 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘법률 제10258호 성폭력처벌법’이라 한다)은 미성년자에 대한 성폭력범죄와 관련한 공소시효 정지·연장조항을 신설하면서(제20조 제1항, 제2항) 그 부칙 제3조에서 “이 법 시행 전 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 제20조를 적용한다.”고 규정한 반면, 2011. 11. 17. 법률 제11088호로 개정되어 2011. 11. 17. 시행된 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘이 사건 법률’이라 한다)은 제20조 제3항에서 “13세 미만의 여자 및 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자에 대하여 형법 제297조(강간) 또는 제299조(준강간, 준강제추행)(준강간에 한정한다)의 죄를 범한 경우에는 제1항과 제2항에도 불구하고 형사소송법 제249조부터 제 253조까지 및 군사법원법 제291조부터 제295조까지에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다.”고 규정하여 공소시효 배제조항을 신설하면서도 이에 대하여는 법률 제10258호 성폭력처벌법 부칙 제3조와 같은 경과규정을 두지 아니하였다.

이 사안에서 대법원은 이 사건 법률에서 13세 미만의 여자 및 장애인 여자에 대한 성폭행의 경우 공소시효 배제 규정을 신설하면서도 법률 제10258호 성폭력처벌법 부칙 제3조와 같이 “아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에도 적용한다.”라는 취지의 경과규정을 두

72) 따라서 행위시 법률에 따르면 피고인의 장애인 준강간죄에 대한 공소시효는 2013. 5.경에 완성된다. 이에 검찰이 2014. 2. 12. 공소를 제기하였을 경우 법원 형사소송법 제326조 제3호에서 규정하고 있는 “공소의 시효가 완성되었을 때”에 해당되어 면소의 판결을 선고하여야 한다.

지 아니하였다면 이를 소급하여 적용할 수 없다고 판시하였다. 보다 구체적으로 대법원은 “2011. 11. 17. 법률 제11088호로 개정되어 2011. 11. 17. 시행된 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘이 사건 법률’이라 한다)을 통하여 피고인에게 불리한 내용의 공소시효 배제조항을 신설하면서 신법을 적용하도록 하는 경과규정을 두지 아니한 경우 그 공소시효 배제조항의 시적 적용 범위에 관하여는 보편타당한 일반원칙이 존재하지 아니하므로 각국의 현실과 사정에 따라 그 적용 범위를 달리 규율할 수 있는데, 2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정된 형사소송법이 종전의 공소시효 기간을 연장하면서도 그 부칙 제3조에서 “이 법 시행 전에 범한 죄에 대하여는 종전의 규정을 적용한다.”고 규정함으로써 소급효를 인정하지 아니한다는 원칙을 밝힌 점, 특별법에 소급적용에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에는 일반법에 규정된 경과규정이 적용되어야 하는 점 등에 비추어 공소시효가 피고인에게 불리하게 변경되는 경우에는 피고인에게 유리한 종전 규정을 적용하여야 하고, 이 사건 법률에는 소급적용에 관한 명시적인 경과규정이 없어 이 사건 장애인 준강간의 점에 대하여는 이 사건 법률 제20조 제3항을 소급하여 적용할 수 없으므로 그 범행에 대한 공소가 범죄행위 종료일부터 7년이 경과한 후에 제기되어 공소시효가 완성되었다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 면소를 선고한 원심의 판단은 정당하다.”고 판시함으로써 진정소급효를 부인하고 있다.

다. 소결

결국 5·18민주화운동 당시 계엄군에 의해 행해진 반인도적 범죄행위를 국내법원에 제소하기 위해 헌정질서시효법을 개정하여 반인도적 범죄행위와 그에 대한 공소시효 배제를 위한 규정을 신설하고,

5·18특별법에 반인도적 범죄행위에 대해 헌정질서 파괴범죄와 같이 공소시효 정지 규정을 신설하고, 그 부칙에서 “이미 공소시효가 완성된 범죄에 대하여도 적용한다.”는 취지의 내용을 신설하라고 하여도 이는 진정소급입법에 해당하는 것으로 진정소급효를 부인하는 최근 형사소송법 및 성폭력처벌법의 개정과 대법원 판례의 태도에 비추어 볼 때 소급효금지원칙에 정면으로 위배되어 위헌 시비에서 자유로울 수 없다고 본다.

V. 맺는 말

이상의 논의 결과 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건과 관련하여 일부 언론⁷³⁾과 연구자의 견해와 달리 향후 진상조사위원회 의 조사결과 위 사건의 실체가 밝혀져 그 직접 행위자 및 관련 책임자가 특정될지라도 국제형사재판소(ICC), 유엔 산하 특별형사재판소 또는 혼합재판소에 제소할 가능성은 사실상·법률상 실현가능성이 없으며, 그렇다고 하여 국제형사범죄법 제9조 제2항 제6호를 근거로 또는 헌정범죄시효법에 “반인도적 범죄행위”를 신설하고 그 공소시효를 배제하는 법률개정을 통해 국내법원에 제소하여 형사처벌을 받게 할 가능성 역시 국제형사범죄법의 시간적 관할권의 제약과 진정소급입법에 해당되어 불가능함을 살펴보았다.⁷⁴⁾

73) 대표적으로 “시사기획 창 : 5·18 40주년 특집 ‘인도에 반한 죄’”(KBS NEWS, 2020.5.16.일자 기사).

74) 물론 이러한 결론과 달리 실제로 진상조사위원회의 조사결과에 따라 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건과 관련된 행위자가 특정될 경우 이들을 검찰에 고발하고 검찰이 이들에 대해 공소제기를 할 경우 다양한 관점에서 법리논쟁이 벌어질 가능성은 여전히 남아 있다.

그러나 국제인도법과 현행 국내법률로 5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건의 행위자를 형사처벌하는 것이 불가능하다는 결론은 과거청산의 다섯 가지 모델 가운데 가해자의 형사처벌에 집중하는 이른바 ‘정의 모델(Justice Model)’의 관점에서만 바라본 것으로, 위 사건은 진상조사위원회의 공식적이고 철저한 조사활동을 통해 5·18 당시 계엄군에 의해 자행된 여성 성폭력 사건의 실제적 진실을 밝혀내고 화해를 추구하는 데 역점을 두는 ‘진실화해 모델(Truth-Reconciliation)’의 관점에서 접근하는 것이 보다 타당하다고 본다.⁷⁵⁾ 이러한 진실화해 모델에 따라 계엄군에 의한 성폭력의 실제적 진실을 밝혀내고, 제도 개혁을 권고하고, 40여 년이 지난 현재까지도 피해 기억 속에 갇혀 제대로 치유받지 못한 채 고통을 겪고 있는 피해자에게 피해의 내용에 대해 충분한 조력을 받은 상태에서 진술한 기회를 부여하고, 이들의 사회적 명예를 회복시키고, 합당한 배상을 제공할 필요가 있다.

이러한 진실화해 모델에 따른 구체적 이행 내용과 관하여 최근 관련 법률의 개정을 통한 진전이 있었다. 즉 성폭력 피해자에 대한 합당한 배상과 관련하여 종전 「5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률(이하 ‘5·18보상법’이라 함)」의 적용 대상자는 사망자, 행방 불명자 및 상이자로 한정되어 있어 그동안 5·18민주화운동과 관련하여 질병을 앓거나 그 후유증으로 사망한 사람, 5·18민주화운동과 관련하여 성폭력 피해를 입은 사람, 수배·연행 또는 구금된 사람, 공소기각·유죄판결·면소판결 받은 사람, 해직 또는 학사징계를 받은 사람 등은 합당한 보상을 받을 수 없었다. 이에 5·18보상법은 2021

75) 이행기 정의의 실현을 위한 과거청산의 5가지 방식, 즉 ‘정의 모델’, ‘진실화해 모델’, ‘혼합 모델’, ‘망각 모델’ 및 ‘신원(伸冤) 모델’에 대한 상세한 설명으로는 이재승, 앞의 책, 31-37면 참조.

년 6월 9일 일부개정을 통해 앞서 언급한 피해자들을 포함시켰다.⁷⁶⁾ 그리고 5·18보상법은 2022년 12월 27일 일부개정을 통해 제8조 제2항에 따라 보상금등의 신청 기간을 2023년 7월 1일부터 2023년 12월 31일까지로 하여 성폭력 피해자들에게 보상금 등을 신청할 수 있는 기회를 부여하였다.

76) 5·18보상법 제2조 2. “관련자”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람 중 제4조에 따른 5·18민주화운동관련자보상심의위원회에서 심의·결정된 사람을 말한다.

- 가. 5·18민주화운동과 관련하여 사망하거나 행방불명된 사람
- 나. 5·18민주화운동과 관련하여 상이(傷痍)를 입은 사람
- 다. 5·18민주화운동과 관련하여 대통령령으로 정하는 질병을 앓거나 그 후유증으로 사망한 것으로 인정되는 사람
- 라. 5·18민주화운동과 관련하여 성폭력 피해를 입은 사람
- 마. 5·18민주화운동과 관련하여 수배·연행 또는 구금된 사람
- 바. 5·18민주화운동과 관련하여 공소기각·유죄판결·면소판결·해직 또는 학사징계를 받은 사람

참고문헌

- 김철홍, “5·18항쟁과 계엄군 등 여성 성폭력”, 2019 5·18연구소 월례집담회 1 자료집, 2019.
- 박경규, “국제범죄로서 광주사태 진압행위에 대한 소추 가능성”, 5·18민주화운동 진상규명을 위한 과제와 쟁점 자료집, 2017.
- 여경수, “국제인권법에 비추어 본 제주4·3특별법의 과제”, 「민주법학」 제72호, 2020.3.
- 이윤제, “일본군 ‘위안부’에 대한 국제범죄와 죄형법정주의”, 「일감법학」 제38호, 2017.10.
- 이재승, 국가범죄, 엘피, 2010.
- 장석영·조정현, “국제형사법원의 변화 추세와 전망: 임시재판소(ad hoc tribunals)와 혼합재판소 (hybrid courts)를 중심으로”, 「경희법학」 제50권 제3호, 2015.
- 조시현, “5·18항쟁의 국제법적인 성격과 책임자처벌 문제”, 2018 국가폭력 트라우마 국제회의 자료집, 2018.
- 최태현, “북한에서 인권의 중대한 위반을 행한 개인에 대한 형사책임의 추궁”, 「법학논총」 제34집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2017.
- 한희원, 국제인권법원론 -이론(Theory)과 케이스(cases)-, 삼영사, 2012.
- 홍진영, “국제형사재판 메커니즘을 통한 북한 체제불법 관련 범죄의 처벌 가능성에 관한 검토”, 「저스티스」 통권 제161호, 2017.
- Ambos, Kai, Internationales Strafrecht, 4. Aufl., 2014.
- Kittichaisaree, Kriangsak, International Criminal Law, Oxford University Press, 2001.
- Van Schaack, Beth and Slye, Ronald C., International Criminal Law: The Essentials, Aspen Publishers, 2009.
- 5·18민주화운동진상조사위원회, 2022하반기 조사활동보고서, 2022.12.

5·18 당시 계엄군에 의한 여성 성폭력 사건에 대한 국제형사재판소(ICC) 및 국내법원에서의 제소 가능성 93

The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities
2014, 2 December 2014.

<Abstract>

The Possibility of Prosecution to the International Criminal Court and Domestic Courts for the Case of Sexual Violence against Women by Martial Law Forces during the May 18 Democratization Movement

Kim, Jae-Yoon*

State-level investigations into state violence that occurred during the May 18 Democratization Movement were conducted several times. So far, the investigation has focused on the truth about excessive suppression, firing and shooting from helicopters by martial law forces. However, the fact-finding of the case of sexual violence against women committed by martial law troops at that time was not properly investigated. In this situation, courageous testimonies of women victims of sexual violence were reported in the media, including the Hankyoreh Newspaper, Yonhap News and SBS Broadcasting in May 2018. As a result, society became aware of the seriousness of the problem.

The Ministry of National Defense, the National Human Rights Commission of Korea, and the Ministry of Gender Equality and Family launched the “Joint Investigation Team for Sexual Violence by the May 18 Martial Law Forces” in June 2018. As a result of the investigation, a number of violations of women's human rights, such as sexual harassment, were found, including 17 cases of sexual assault by martial law troops at the time. And the May 18 Democratization Movement Truth Committee,

* Professor, Law School of Konkuk University, Ph.D. in Law.

which was launched in January 2020, is closely investigating cases of sexual violence against women by martial law forces. According to the May 18 committee's investigation results, at least two of the victims of sexual assault were revealed to be high school girls, and it was found that group sexual assault occurred at least twice.

In particular, after the results of the investigation by the Joint Investigation Team were announced in 2018, the public demanded that not only the direct perpetrators of sexual violence, but also the commanders of related units be identified and punished criminally. It is expected that the demand for such criminal punishment for those involved will increase even more after the results of the investigation by the May 18 committee are finally announced.

In this regard, the statute of limitations has been completed at the present time. Therefore, there is no longer a right to prosecute, and criminal punishment is impossible. On the other hand, some have suggested that cases of sexual violence against women by martial law forces can be prosecuted at the International Criminal Court(ICC) because they fall under Article 7 of the Rome Statute of the International Criminal Court. In addition, even if it is difficult to prosecute the ICC, there is a view that the perpetrators of sexual violence can be prosecuted and punished in domestic courts based on the criminality of 'crime against humanity', which was an international crime in 1980, based on customary international law.

Therefore, in this paper, first, in relation to the case of sexual violence against women by martial law troops at the time of the May 18, the results of the Joint Investigation Team's investigation of sexual violence against women by martial law troops were briefly reviewed(Ⅱ). Second, as a result of the investigation by the Joint Investigation Team and the May 18 committee, if the substantive true of the case of sexual violence against women by martial law forces was revealed, and the direct perpetrators and related martial law commanders were identified, the possibility of prosecuting them to the International Criminal Court was reviewed(Ⅲ).

Thirdly, if criminal punishment through the International Criminal Court is difficult for the relevant person, the possibility of prosecuting them in a domestic court and punishing them was reviewed(IV).

Key Words : state violence, rome statute, international criminal court, the May 18 democratization movement, sexual violence against women by martial law troops, statute of limitations