

Geneva제협약에 대한 우리나라의 국내이행입법

이 용 호*

I. 서언

비록 Geneva제협약의¹⁾ 준수 및 적용을 확보하는데 많은 어려움이 수반된다고²⁾ 하더라도, 그것의 확보야 말로 인도성에 입각한 인류의 명령이며 또한 현실적으로 문명화되었음을 나타내는 징표로서, 오늘날 인류에게 부과된 절대적 명령이라고 할 것이다.

이러한 견지에서, Geneva제협약에서는 그 적용 및 준수를 확보하기 위한 다양한 실시조치를³⁾ 규정하고 있는데, 이 가운데 특히 국내이행입법의 제정은 국제법으로서의

* 嶺南大學校 法科大學 教授

1) Geneva제협약이란 1949년 8월 12일 Geneva에서 채택된 4개의 협약[육전에있어서의군대부상자및병자의상태개선에관한협약(Geneva제1협약), 해전에있어서의군대의부상자,병자및조난자의상태개선에관한협약(Geneva제2협약), 포로의대우에관한협약(Geneva제3협약), 전시에있어서의민간인의보호에관한협약(Geneva제4협약)]을 의미하는 것으로서, 이를 수정·보완하고 있는 1977년의 추가의정서와 함께 국제인도법의 한 축(Geneva법계)을 형성하고 있다. 따라서 본고에서 Geneva제협약의 의미는 상기의 4개 협약뿐만 아니라 1977년의 추가의정서상의 내용까지를 포함하는 것으로 한다.

2) “Geneva제협약이 준수되고 적용되어야 할 상황이 국가 간의 극한적 특수상황이라는 점”, “전투에서의 승리라는 눈앞의 이익을 취하고자 하는 유혹에 빠지기 용이한 상황이라는 점” 및 “중요의 대상인 적에 대한 법의 준수 내지 적용을 아예 거부하거나 무시하고자 하는 성향이 쉽게 나타날 수 있다는 점”등으로 인해, Geneva제협약의 준수 및 적용을 확보하는 데는 많은 어려움이 수반된다(정운장, 『국제인도법』, 영남대학교 출판부, 1994, 336-337면).

3) 그것은 국내적 실시조치와 국제적 실시조치로 대별된다. 먼저 전자는 Geneva제협약의 체약국이 동 제협약의 준수의 확보를 위하여 취하여야 할 조치로서, 체약국의 존중 및 실시의무, 보급 및 교육의 의무, 자격요원 및 군대 내 법률고문의 이용, 군지휘관에게 특정의 책임부과 및 국내 이행입법의 제정 등을 들 수 있으며, 이러한 조치를 통해 Geneva제협약의 국내적 이행을 돕고 있다. 또한 후자는 제3국 또는 국제적 기관의 관여에 의한 준수의 촉진조치로서, 전시복구(war

Geneva제협약이 국내사회에 효과적으로 준수되어질 수 있는 토대를 마련하는 법적 기초가 된다는 점에서 큰 의미를 가진다.

결국 Geneva제협약의 국내적 실효성을 높이기 위한 하나의 방안으로서는 개별 국가가 Geneva제협약에 대한 국내이행입법을 제정하도록 그 환경을 조성하는 것인 바, 실제로 우리나라를 포함한 93개국⁴⁾이 Geneva제협약에 대한 다양한 형태의 국내이행입법을 제정하여 시행하고 있다.

그러나 아직까지 Geneva제협약에 대한 ‘단일의 특별국내이행입법’을 제정한 국가는 20여 개국 안팎으로, 우리나라도 아직까지는 그러한 단일의 특별국내이행입법을 갖지 못하고 있는 실정이다. 그러나 Geneva제협약과 추가의정서의 체약국으로서⁴⁾, 동 제협약과 의정서의 국내적 실효성을 고양하기 위해서는, 이에 대한 단일의 특별국내이행입법의 제정이 요청되는 것이다.

따라서 본고에서는, 우리나라에서 Geneva제협약에 대한 단일의 특별국내이행입법을 제정하기 위한 하나의 사전 노력으로서, Geneva제협약의 국내이행입법에 관한 외국의 입법례를 살펴보고, 그 내용을 분석해 보고자 한다. 이는 결국 Geneva제협약에 대한 단일의 특별국내이행입법을 제정하지 못하고 있는 우리나라가 그러한 국내이행입법을 제정할 경우에 나타날 수 있는 제반 문제점을 사전에 체크해 볼 수 있는 기회이며, 궁극적으로는 우리나라가 그러한 이행입법을 제정하는데 한 발짝 나아가는 계기를 제공할 것으로 기대된다.

reprisal)와 상호주의의 인정, 이익보호국(Protecting Powers)제도의 활용, 국제적십자위원회(International Committee of the Red Cross : ICRC)의 활동, 사실조사제도의 이용 및 국가책임의 인정 등을 들 수 있으며, 이러한 국제적 실시조치와 함께 최근 국제형사재판소(International Criminal Court : ICC)가 설치·운영됨으로써 Geneva제협약의 국제적 이행을 한층 더 강화하고 있다.

- 4) 최근에 동티모르(2003.5.8)와 Marshall Islands(2004.6.1)가 가입함으로써 2004년 현재 Geneva제협약의 체약국의 수는 193개국(오늘날 UN의 회원국의 수도 191개국임)이며, 또한 1977년의 제1추가의정서와 제2추가의정서의 체약국의 수도 최근에 Tonga(2003.1.2)와 일본(2004.8.31)이 각각 가입함으로써 각각 168개국 및 163개국으로 확대되었다. 우리나라에는 Geneva제협약(1966년 8월 16일에 가입)이 1966년 9월 23일 그리고 추가의정서(1982년 1월 15일 비준)가 1982년 7월 15일부터 각각 효력을 발생하고 있다(대한적십자사, 『제네바 4개 협약과 추가의정서』, 2002).

II. Geneva제협약의 국내이행입법의 의의

전술한 바와 같이 Geneva제협약의 국내이행입법이란 동 제협약의 적용 및 준수를 확보하기 위한 실시조치 중의 하나로서, 동 제협약의 실질적 국내이행을 확보하기 위해서는 반드시 필요한 조치라고 할 수 있다. 현실적으로 국제법인 Geneva제협약이 국내에 시행됨에 있어서는 다양한 어려움 - 국내법령과의 저촉, 국내법령의 미비 등 - 이 존재하게 되는 바, 이러한 충돌 내지 어려움을 어떻게 극복할 것인가 하는 문제가 발생한다. 따라서 그 어려움을 극복하는 하나의 방법으로서, Geneva제협약에 대한 국내이행입법의 제정이라는 방법을 통해, 동 제협약의 효과적 이행을 확보한다는 것이다.

전통적으로 1899년의 Hague육전협약 등 초기의 전쟁법규에는 전쟁법규를 위반한 국가에 대해서는 국가책임을 규정한 반면, 위반자 개인에 대한 처벌에는 명문의 규정을 두지 않았었다. 이러한 경향은 전쟁법규를 위반한 개인에 대한 처벌이 교전국의 국내법에 전적으로 맡겨지고 있는 관행을 반영한 결과였다.

그러나 Geneva제협약 및 제1추가정서에서는 그 위반자에 대해 교전국의 국내법의 적용이라는 종래의 관행을 그대로 따르면서도, 소위 ‘중대한 위반행위’(grave breaches)에⁵⁾ 대해서는 모든 제약국에게 처벌에 관한 형사법의 입법의무와 동시에 재

5) Geneva제협약에서는 동 협약에 대한 중대한 위반행위에 대하여 구체적으로 명시하고 있으며, 나아가 제1추가정서에서는 중대한 위반행위의 범위를 더욱 확대하고 있다.

Geneva제협약에 열거된 중대한 위반행위는 아래와 같다 ; ① 각 협약에 의하여 보호되는 사람 또는 재산에 대하여 행하여지는 아래의 행위, 즉 고의적인 살해, 고문 또는 비인도적 대우, 생물학적 실험, 신체 또는 건강에 대하여 고의적으로 큰 고통을 주거나 혹은 심한 상해를 가하는 행위(Geneva제협약 공통사항) ② 군사적 필요성에 의해서도 정당화되지 아니하는 불법적이고 자의적인 재산의 광범위한 파괴와 몰수(제1,2,4협약 공통사항) ③ 포로 또는 피보호자(민간인)을 강요하여 억류국 군대에 복무케 하는 행위 및 포로 또는 피보호자(민간인)로부터 본 협약에 규정된 공정한 정식재판을 받을 권리를 박탈하는 행위(제3,4협약 공통사항) ④ 피보호자(민간인)를 불법적으로 추방, 이송 또는 구금하는 행위와 인질로 잡는 행위(제4협약상의 사항). 나아가 제1추가정서 제11조 4항 및 제85조에서는 중대한 위반행위에 대해 추가보완하고 있는 바, 그것은 ① 소속국 이외의 당사국의 권력하에 있는 자의 신체적정신적 건강 또는 완전성을 심히 위태롭게 하며 제1항(자국민에게 적용되는 일반적으로 인정된 의료기준과 일치하지 아니하는 의료적 처리) 및 제2항(동기가 있더라도 신체절단, 의학 또는 과학실험, 본 의정서에 의해 정당화되는 경우를 제외한 이식을 위한 조직 또는 장기의 제거)의 금지를 위반하거나 제3항의 요건에 따르지 못하는 모든 고의적 작위 또는 부작위 ② 민간주민이나 민간개인을 공격의 대상으로 삼는 것, 인식된 민간주민 또는 물자에 대한 무차별공격, 인식된 위험한 물리력을 함유한 시설에 대한 공격, 무방호지대 또는 비무장지대를 공격의 대상으로 삼는 것, 전투능력 상실자를 고의적으로 공격대상으로 하는 것, 보호되는 표장을 배신적으로 사용하는 것 ③ 아래의

판관할권을 부여한다는 새로운 제도를 마련하고 있는 것이다. 즉 Geneva제협약에서는⁶⁾ 모든 체약국에게 “본 협약에 대한 중대한 위반행위를 행하였거나 또는 행할 것을 명령한 자에 대한 효과적 형벌을 정하기 위하여 필요한 입법조치를 취할 의무”를 포함하여, 혐의자에 대한 수사와 자국 법원에의 기소의무, 다른 관계 체약국에서의 재판을 위한 인도의무 및 본 협약 제규정에 위반하는 모든 행위를 억제하기 위하여 필요한 조치를 취할 의무 등을 규정하고 있다.

나아가 1977년의 제1추가의정서에서는 Geneva제협약의 위반 및 중대한 위반의 억제에 관한 Geneva제협약상의 규정이 동 의정서의 위반 및 중대한 위반의 억제에도 적용된다고 규정함(제85조 1항)과 동시에, 형사사항에 관한 제국간의 상호 원조(제88조), “Geneva제협약 및 제1추가의정서의 현저한 위반행위(serious violation)가 있을 경우 모든 체약국은 UN과 협력하여 공동적으로나 개별적으로 UN헌장에 따라 조치를 취할 것을 약정한다”라는 규정(제89조) 등을 추가적으로 명문화하고 있다(제88조).

III. 우리나라의 국내입법

우리나라 헌법 제6조 1항에서는 “헌법에 의해서 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 갖는다”라고 규정하고 있다. 따라서 외견상 우리나라가 가입하고 있는 국제인도법상의 제조약은 별도의 국내입법조치 없이도 바로 국내에 적용될 수 있는 것처럼 보인다⁷⁾. 그러나 실제 적용에 있어서는 법률의 저촉⁸⁾

행위를 고의적으로 행하는 것, 즉 자국주민을 피점령지역으로 그리고 피점령지역의 주민을 피점령지역의 내외부로 추방 또는 이송하는 것, 포로 또는 민간인의 송환에 있어서 부당한 지체, 인간의 존엄에 대한 모욕을 포함한 비인도적이고 품위를 저하시키는 관행, 역사적 기념물·예술 작품·예배장소를 공격의 대상으로 삼는 것, 공정한 정식의 재판을 받을 권리를 박탈하는 것 등이다.

- 6) 1949년의 Geneva 제1협약 제49조, 제2협약 제50조, 제3협약 제129조, 제4협약 제146조 참조.
- 7) 국제법(특히 조약)의 국내적 효력에 관한 논의는 별론으로 하더라도, 우리나라 헌법 제6조 1항에 대한 통설적 입장은 국제법은 헌법보다는 하위이나 법률과 동일한 효력을 갖는다는 것이다.
- 8) Geneva제협약과 국내법의 내용이 상호 충돌하는 경우는 여러 곳에서 발견되어지는데, 여기서는 Geneva제협약상의 ‘중대한 위반’을 범한 자의 처벌과 관련한 충돌의 경우를 소개하고자 한다. 즉 Geneva제협약에 의하면 포로의 경우 군사법원에 원칙적으로 그 관할권이 있는 것으로 되어 있고(Geneva제3협약 제84조), 사실상 전쟁범죄를 범한 자에 대한 체포·증거수집 등 수사 절차는 군에 의해 수행될 수밖에 없지만, 우리나라 헌법 제27조 제2항에 의하면 “민간인은 비

등 많은 어려움을 수반하고 있다⁹⁾.

결국 우리나라에 있어서 국제인도법의 실효적 이행을 위해서는 국내이행입법의 제정이 요청된다고 하겠는데, 이에 따라 우리나라는 국제인도법의 이행과 관련한 5개의 국내이행입법 내지 규칙을 제정 또는 삽입하고 있다. 즉 그것은 헌법¹⁰⁾ 및 군형법¹¹⁾을 비롯하여 ‘지뢰를포함한특정재래식무기의사용과이전의규제에관한법’(Law on the Regulation of the Use and Transfer of Certain Conventional Weapons including Mines), ‘화학무기의금지를위한특정화학제의생산·수출·수입의통제에관한법’(Act on the control of Production, Export, Import, ect. of Specific Chemicals for the Prohibition of Chemical Weapons), ‘국내적십자의설치에관한법’(Law of Incorporation of the Republic of Korea National Red Cross) 등이다¹²⁾.

상계업이 선포된 경우나 법률이 정하는 범죄 등 예외적인 경우를 제외하고 군사법원의 재판을 받지 않는다”라고 규정하고 있다. 따라서 전쟁범죄자는 신분이 어떠한가에 의하여 적용되는 실체법의 적용에 차이가 있을 수 있게 되고, 재판절차도 군사법원 또는 일반법원에 의하여 별개로 처벌될 수밖에 없다는 문제가 발생하게 된다(김진섭, “국제인도법의 국내이행을 위한 법제정비 방안”, 『인도법논총』, 제21호, 대한적십자사 인도법연구소, 2001, 89-90면).

- 9) Geneva제협약이 국내에서 법률과 동등한 효력을 갖는다고 하더라도, 실제로 Geneva제협약을 국내법률로 적용함에는 커다란 어려움이 있다. Geneva제협약은 당사국이 일정한 조치를 취하여야 할 의무에 관한 규정과 전쟁참가자 등이 일정한 행위를 하지 말도록 금지하는 규정으로 구성되어 있을 뿐, 그 의무의 준수를 보장 또는 강제하기 위한 규정이나 의무위반자에 대한 직접적 처벌규정은 결여하고 있다. 즉 Geneva제협약을 국내에서 강행할 수단을 갖지 못한다는 것이다(위의 논문, 94면).
- 10) 헌법상 국제인도법의 이행과 관련한 규정으로서는 제6조(조약의 국내적 효력, 외국인), 제27조(재판을 받을 권리, 민간인의 군사재판 금지, 신속한 재판 및 공개재판의 권리), 제60조(상호원조 또는 안전보장중요한 국제조직·우호통상항해주권의 제약강화·국가나 국민에 중요한 재정적 부담 또는 입법사항에 관한 조약에 대한 국회의 동의 및 선전포고·국군의 해외파견·외국 군대의 국내주둔 등에 대한 국회의 동의), 제73조(대통령의 조약비준, 외교사절의 파견, 전쟁의 선포 및 평화조약의 체결), 제89조(조약법률안 등에 대한 국무회의의 심의), 제110조(군법회의)이다.
- 11) 군형법상 국제인도법의 이행과 관련한 규정으로서는 약탈, 약탈로 인한 치사상 및 강간에 관한 제82조, 제83조 및 제84조이다. 동 제82조에서 “전투지역 또는 점령지역에서 군의 위력 또는 전투의 공포를 이용하여 주민의 재물을 약취한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다. 전투지역에서 전사자 또는 전상병자의 의류 기타의 재물을 약취한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.” 동 제83조에서 “전조의 죄를 범하여 사람을 살상하거나 치사한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다. 전조의 죄를 범하여 사람을 상해하거나 치사한 자는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.” 제84조에서 “전투지역 또는 점령지역에서 부녀를 강간한 자는 사형에 처한다. 전항의 죄에 대한 공소에는 고소를 요하지 아니한다”라고 각각 규정하고 있다.
- 12) 그밖에도 우리나라는 2000년 3월 8일 ICC규정에 서명하고, 그 비준을 위하여 준비작업으로 ICC의 국내이행입법 정비방안을 추진한 바 있었는데, ① 헌법에 대해서는 국가원수, 국회의원 등도 공격 지위를 이용해 ICC규정에 따른 형사책임으로부터 면책될 수 없다는 ICC규정 제27조가 우리 헌법이 대통령에 대해 보장하고 있는 면책특권과의 상충여부, ② 형법에 대해서는,

이처럼 우리나라는 1949년의 Geneva제협약의 국내적 이행과 관련한 단일의 특별 국내이행입법을 제정하고 있지는 않으며, 다만 형법과 군형법에 그 이행을 위한 부분적 규정을¹³⁾ 그리고 국방부훈령에 관련 이행규칙을 가지고 있을 뿐이다.

ICC관할범죄(제노사이드범죄, 인도에 반하는 범죄, 전쟁범죄 및 침략범죄)를 우리 형법이 명시적으로 수용할 필요성이 있는지 여부, ③ 범죄인인도법 및 국제형사사법공조법에 대해서는, ICC규정 제9부에 규정된 범죄인 인수와 사법공조 조항들과 우리 관련 법령간의 상충여부, ④ 군형법에 대해서는, 전쟁범죄를 우리 군형법에 명시적으로 수용할 필요성 여부, ⑤ 국가안보와 관련된 비밀정보의 제공과 관련된 국내법령에 대해서는, ICC가 국가안보 관련 정보를 당사국에 요구할 수 있는 조항(제72조)에 의거해 상기 정보제공을 요청할 경우, 이에 대응할 수 있는 국내법령의 정비방안, ⑥ 형사소송법에 대해서는, ICC의 절차, 증거규칙과 우리 형사소송법의 상이점 등에 관한 검토가 있었다(김진섭, 앞의 논문, 92-92면). 이러한 ICC규정에 대한 이행입법의 마련과 관련하여 아직까지 논란이 되고 있는 쟁점으로는 ① 보편적 관할권의 인정문제 ② 범죄구성요건화의 문제 ③ 범죄의 법정형의 결정과 관련한 문제 ④ 미수 및 예비음모의 가벌성 문제 ⑤ 시효의 문제 ⑥ 사법방해죄의 문제 ⑦ ICC의 수사와 재판에 대한 협력의무에 관한 이행입법의 문제 등이다(한택근, “각국의 현황과 전망 : 실질적 이행입법 - 한국”, 2003년 ICC전망에 관한 세미나 주제 발표문, 39-41면).

- 13) Geneva제협약 및 추가의정서상의 ‘중대한 위반행위’에 관한 규정을 국내에 이행하기 위한 규정으로 우리나라 형법과 군형법상의 일부 조항을 예로 드는 경우가 있다. 즉 Geneva제협약(제1협약 제50조, 제2협약 제51조, 제3협약 제130조 및 제4협약 제147조)상의 “고의적인 살인, 신체 또는 건강을 고의로 크게 해치거나 고통을 주는 고문이나 비인도적인 대우(생물학적 실험 포함)”에 대해서는 형법 제250조~제265조(살인, 상해, 폭행), 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 및 3조(폭행, 집단폭행), 형법 제125조(폭행 및 가혹행위), 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 2(체포와 구금 등의 가중처벌), 형법 제273조(학대 등) 및 군형법 제84조(전지강간) 등의 규정에 의해서 처벌한다는 것이다. 그밖에도 ① Geneva제1협약 제50조와 제2협약 제51조상의 “군사상의 필요로서 정당화되지 아니하며 불법적이고 고의적인 재산의 광범위한 파괴 또는 몰수”를 범한 경우에는 형법 제366조~제369조(재물손괴), 형법 제164조~제167조(방화), 형법 제172조(폭발성물건파열), 형법 제177조~제179조(일수), 형법 제185조~제188조(교통방해 등) 및 군형법 제82조~제83조(약탈) ② Geneva제3협약 제130조와 제4협약 제147조상의 “적군의 군대에 복무하도록 포로, 피보호자를 강요하는 것”을 범한 경우에는 형법 제123조(직권남용), 제324조(강요), 제281조(체포, 감금) ③ Geneva제3협약 제130조와 제4협약 제147조상의 “공정한 정규재판을 받을 권리를 박탈하는 것”을 범한 경우에는 형법 제123조(직권남용), 제276조~제282조(체포, 감금) ④ Geneva제4협약 제147조상의 “피보호자를 불법으로 추방, 이송 또는 구금하는 것”을 범한 경우에는 형법 제123조(직권남용), 제124조(불법체포, 감금), 형법 제276조~제282조(체포, 감금) ⑤ Geneva제4협약 제147조상의 “인질로 잡는 것”을 범한 경우에는 형법 제276조~제282조(체포, 감금), 제287조~제291조(약취, 유인), 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조 2(약취유인의 가중처벌) 등으로 처벌한다는 것이다. 또한 제1추가의정서상의 피보호자에 대하여 자국의 의료적 기준에서 벗어난 의료적 처치를 하여 정신적·육체적 완전성을 위태롭게 하는 행위, 전쟁법규상 정당화되지 않는 공격에 의하여 살상에 이르게 하는 행위, 역사적 기념물·예배장소 등을 공격하는 행위 및 Geneva제협약상 이미 중대한 위반행위로 규정되어 있는 행위 등 중대한 위반행위와 관련해서, 비의학적 의료처치 등은 사안에 따라 상해 또는 폭행으로, 정당화되지 않는 공격에 의한 살상 및 파괴행위는 살인·상해·손괴로, 그 공격방법에 따라 형법상 폭발물에 관한 죄·방화에 관한 죄·일수에 관한 죄 등으로 의제하는 등 제1의정서상의 중대한 위반행위에 대해서도 구체적인 사정에 따라 일반처벌규정을 적용할 수는 있을 것이다(김진섭, 앞의 논문, 102-103면).

특히 상기 국방부훈령은 군대 내에서의 전쟁법의 준수 및 보장과 관련한 규칙으로서, 1985년 5월 18일 국방부훈령 제391호인 “전쟁법준수보장을위한규정”이란 명칭으로 만들어졌고, 1996년 10월 10일 국방부훈령 제546으로 개정된 바 있다. 동 규정에서는 군대 내에서 전쟁법의¹⁴⁾ 준수를 보장하기 위하여 수립되는 계획에 있어서 정책 지침을 제공하고 책임을 분장함을 목적으로 함을 명시하고 있고(동 규정 제1조, 제2조), 나아가 대한민국 국군은 전쟁법과 동 법하에서의 대한민국 정부의 의무를 준수하며 또한 전쟁법 위반을 억제하기 위한 계획을 수립·시행하는 정책을 천명하고(동 규정 제4조), 아울러 합동참모의장·정보본부장·인사국장·정책기획관·공보관·법무관리관·각군 참모총장의 책임분장을 규정하고 있는 바, 특히 각군 참모총장으로 하여금 전쟁법의 준수를 보장하기 위하여 이 규정에 부합되는 각군의 계획과 정책을 수립, 발전시키도록 하고 있다(동 규정 제5조).

나아가 동 국방부훈령 제5조와 1991년 1월 1일의 군사규칙(Military Regulation) 제187호의 제5조 1항에서는 “모든 군대 요원은 전쟁법에 관한 훈련을 받아야 함”을 천명하고 있으며, 또한 1988년 12월 5일의 UN명령/합동군명령(United Nations Command/Combined Force Command) 각서 제525-8에서는 “UN명령/합동군명령의 통제하에 있는 그리고 지원하는 모든 군대구성원은 전쟁법에 관한 훈련을 받아야 하고 그러한 법을 준수하여야 한다”고 규정하고 있다¹⁵⁾.

이상에서 살펴 본 것처럼, 우리나라는 1949년의 Geneva제협약의 국내적 이행과 관련해서는 형법과 군형법상에 부분적 규정을 그리고 국방부훈령, 군사규칙, UN명령/합동군명령 각서 등을 가지고 있을 뿐이다. 더욱이 상기의 형법 및 군형법상의 규정으로써 Geneva제협약상의 중대한 위반행위를 처벌한다는 것은, 국내형사법규정(형법, 군형법, 기타 특별가중처벌규정)과 Geneva제협약이 갖는 구성요건에 있어서 큰 차이로 인해¹⁶⁾, 그 실효성이 완화될 수밖에 없음은 명백하다.

이처럼 우리나라에는 Geneva제협약에 대한 단일의 특별국내이행입법이 제정되지

14) 동 규정 제3조에서는 전쟁법을 무력충돌행위와 관련된 모든 국제법 중에서 대한민국이 당사자로서 가입한 국제조약과 협정 및 일반적으로 승인된 국제관습법으로 정의하고 있다.

15) <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf>

16) 예컨대 생물학적 실험의 경우를 사안에 따라 폭행상해 또는 학대 등으로, 군대복무의 강제를 직권남용이나 강요로 의제하여 처벌한다고 할 때, 이것이 현 구성요건의 해석상 불가능하지는 않다고 하더라도 어색하다는 느낌을 지울 수는 없다. 물론 Geneva제협약의 위반행위가 현실적으로 발생되었을 때 처벌규정의 부재로 인한 처벌불능의 사태는 생기지 않으리라고 보지만, 처벌규정상 Geneva제협약의 위반행위의 중요성이 전혀 고려되지 않고 있다는 점이 문제로 대두된다(김진섭, 앞의 논문, 102면).

않았음에도 불구하고, 현재 그 이행입법의 제정을 위한 움직임이 활발히 일어나고 있으며 특히 지난 2002년 10월 17일 대통령령 제42호에 의해 “국제인도법 한국위원회”(The Korean National Committee for International Humanitarian Law)¹⁷⁾ 설립되어 활동을 하고 있다는 점은 높이 평가되며, 나아가 Geneva제협약에 대한 단일의 특별국내이행입법을 제정하는데도 큰 힘이 될 것으로 판단된다.

나아가 국제인도법의 보급과 이행을 감시하고 조정하고, 인도법조약의 비준과 관련한 문제에 조언을 하고, 국제인도법의 이행을 위한 국내입법을 재검토하고 그 조치를 제안하고, 교육기관과 군대 및 공중에 국제인도법을 장려하고, 다른 나라의 국제인도법 국가위원회와 ICRC 및 국제기구와 정보를 교환하고 협력하는 등의 다양한 역할을 띠고 있는 국제인도법 한국위원회의 설립은 우리나라에 있어서의 국제인도법의 발달에 큰 전기가 될 것으로 믿어 의심하지 않는다.

IV. 우리나라의 Geneva제협약에 대한 국내이행입법안의 검토

1. 개설

우리나라는 아직까지 Geneva제협약에 대한 단일의 특별국내이행입법을 제정하지 않은 상태에 있으며, 단지 형법과 군형법상에 부분적 규정을 그리고 국방부훈령, 군사규칙, UN명령/합동군명령 각서 등에 의해 Geneva제협약의 국내 이행을 돕고 있는데 지나지 않음은 앞서 지적한 바와 같다.

그러나 Geneva제협약을 준수적용하여야 함은 인도성에 입각한 인류의 명령이며 또한 문명성을 나타내는 징표라는 측면에서, Geneva제협약에 대한 실효적인 국내이행 그 또한 인류에게 내려진 하나의 절대적 명령이라고 할 것이다. 나아가 Geneva제협약(제1협약 제49조, 제2협약 제50조, 제3협약 제129조, 제4협약 제146조)에서 각 체약국으로 하여금 “중대한 위반행위를 범하였거나 또는 범할 것을 명령한 자들에 대한 유효한 형벌을 과하기 위하여 필요한 입법조치를 취할 것”을, 그리고 제1추가정의서 제80조 1항에서 각 체약국 및 충돌당사국으로 하여금 “자국의무의 이행을 위해 지체 없

17) 동 위원회의 구성원은 외교통상부, 교육인적자원부, 법무부, 국방부, 문화재국, 대한적십자사 및 학계의 대표로 구성되고 있다. 동 위원회의 의장은 외교통상부 장관이다.

이 필요한 모든 조치를 취할 것”을 의무로 부담시키고 있는 바, 이러한 규정에 비추어 Geneva제협약의 체약국은 국내이행입법을 제정할 의무가 존재한다고 볼 수 있다.

이상과 같은 점에 비추어, Geneva제협약과 추가의정서의 체약국으로서 우리나라도 동 제협약 또는 의정서에 대한 단일의 국내이행입법의 제정을 통해 국제인도법의 효과적 적용과 준수를 확보할 필요성이 명백히 존재한다고 할 것이다.

따라서 이하에서는 우리나라가 국제인도법의 효과적 적용과 준수의 확보를 위해, 특히 단일의 국내이행입법의 제정을 위한 여러 측면을 하나씩 살펴보고자 한다. 여기에는 이행입법을 어떠한 형태로 제정할 것이며, 만약 형태가 정해진다면 어떠한 내용을 그 이행입법에 담을 것인가 하는 문제가 핵심적 사항이 될 것이다.

2. 이행입법의 형태

비록 우리나라의 헌법 제6조에 의하여 특별한 입법조치 없이도 국제조약이 국내법률과 동일한 효력을 갖는다고는 하지만, 조약의 위반자에 대한 법적 제재조치가 없는 상황에서 그 조약이 국내에 효과적으로 시행되고 있다고 보기는 어렵다. 따라서 어떠한 형태로든 그 이행에 관한 입법이 수반되어야 효과적이고 실효적인 이행이 가능하다고 할 수 있다.

1) 국내법에 규정하는 방법

국내법에 규정하는 방법으로는 헌법에 규정하는 방법, 형법에 규정하는 방법, 군형법에 규정하는 방법 등을 생각해 볼 수 있다. 그러나 이러한 방법은 전시에¹⁸⁾ 발생한 비인도적인 전쟁범죄를 범한 자를 평시에 적용될 것을 전제로 하여 제정된 법령으로 처벌하여야 한다는 점에서 다소 무리가 수반될 수 있다.

특히 일반 형법에 삽입하는 방법은 형법이 모든 국민에게 일반적으로 적용되는 법률로서 국제인도법에 대한 인식을 전반적으로 향상시키는 이점이 있으나, 형법은 그 개정절차에 오랜 시일을 요하기 때문에 국제인도법의 발전적 변경상황을 적절하게 반영할 수 없다는 단점이 있다. 또한 국제인도법의 중대한 위반행위에 대한 처벌규정은 일반적으로 형법규정에 대한 예외 또는 가중처벌규정적 성격을 가지므로, 결과적으로

18) Geneva제협약의 적용상황은 체약당사국간의 전쟁 기타 국제적 무력충돌의 경우와 국내적 무력충돌의 경우에 적용된다(Geneva제협약 공통 제2조 1항, 공통 제3조 1항).

형법규정에 특별규정을 많이 삽입하는 꼴이 되어 타당하지 않으며, 나아가 형법은 실체법이므로 국제인도법상의 절차적 보호규정을 반영할 수 없는 단점을 가지기도 한다는 것이다.

또한 균형법에 삽입하는 방법은 중대한 위반행위에 대한 처벌규정을 규정화한다는 점에서 타당하고, Geneva제협약을 위반할 가능성이 가장 높은 사람이 군인이라는 점을 고려하면, 군법교육을 통하여 Geneva제협약의 규정을 적절히 교육보급할 수 있게 만들 수 있는 장점이 있으나, Geneva제협약의 절차적 보호규정을 반영할 수 없고, Geneva제협약이 군인 등에만 적용되는 것이라는 일반인의 오해를 불러일으킬 가능성이 있다는 단점이 있다¹⁹⁾.

결국 국제인도법이 주로 전시에 발생하는 특수한 상황을 전제로 하고 있다는 점, 실체법뿐 아니라 절차법을 포함하고 있는 점, 피적용자를 군인뿐 아니라 내외국인 모두를 전제로 하고 있다는 점등 국내법과는 타당기반이 다르다는 점을 고려할 때, 국내법에 규정하는 방법은 다소의 문제점이 노출된다고 할 수 있다.

2) 단일의 특별국내이행입법을 제정하는 방법

단일의 특별국내이행입법을 제정하는 방법은 국제인도법의 중요성을 인식시킬 수 있음은 물론 일반 국민들로 하여금 국제인도법에 대한 인식과 그 준수의를 고양할 수 있는 계기가 된다는 점에서 큰 장점을 가진다고 하겠다. 또한 Geneva제협약상의 중대한 위반행위 및 기타 위반행위의 유형이 매우 다양하다는 점에서, 이러한 단일의 이행입법이 더 타당하다고 판단된다.

그러나 단일의 특별이행입법을 제정하는데는 입법절차에 따른 긴 시간을 필요로 하며, 특히 부처간의 이해관계 내지 중점이 다른 경우에는, 그 입법 자체가 어렵다는 단점이 있다.

결국 이러한 사정을 감안하더라도, Geneva제협약의 제규정을 전반적으로 규범화할 수 있는 단일의 특별국내이행입법의 제정이 타당한 방법이라고 판단된다.

3. 이행입법의 내용

만약 단일의 특별국내이행입법을 제정한다면, 어떠한 내용을 어느 정도의 내용으로

19) 김진섭, 앞의 논문, 106면.

포함할 것인가 하는 문제가 있다. 왜냐하면 그 특별이행입법 속에는 국내법과 저촉되는 내용이 포함되어질 수 있으며 또한 저촉되지 않더라도 타당성 있는 적절한 내용으로 입법이 이루어질 필요성이 있기 때문이다. 아무튼 이러한 문제는 입법 기술적 문제로서, 외국의 입법사례를 참고하며 나아가 유관 부처간의 의견을 최대한 반영하면서 조화롭게 결정되어야 할 것으로 생각된다. 따라서 본 보고서에서는 Geneva제협약에 대한 단일의 이행입법을 이미 제정한 국가의 사례를 기초로, 제정될 이행입법에 포함되어야 할 내용의 골격을 제시하는 것으로 대신하고자 한다. 아울러 쟁점이 되고 있는 몇 가지 측면에 관해 부언하고자 한다.

먼저 각국의 Geneva제협약에 대한 특별국내이행입법에서 일반적으로 담고 있는 내용으로서는 그 법의 명칭, 적용범위, 발효요건, 해석, 자국 형법의 적용문제, 중대한 위반에 대한 처벌문제, 국외에서 저지른 범죄에 대한 처리, 관할법원, 협약 적용의 증명서, 재판의 형태, 군사법원의 관할권, 소송정보의 통지의무, 소송대리인에 관한 사항, 항소, 감형요소, 적십자표장 등의 남용금지, 단체에 의한 적십자표장 등의 남용금지, 적십자표장 등의 사용에 대한 면책조항, 범죄사실의 인지, 규칙의 제정, 법령의 폐지, 전쟁포로에 관한 규칙 등을 포함한다. 이에 관해서는 첨부된 부록 (2), 오스트레일리아의 이행입법을 참조할 수 있다.

다음으로 국내이행입법과 관련하여 쟁점이 되는 내용으로는 Geneva제협약 및 추가의정서상의 중대한 위반행위만을 구성요건으로 하여 처벌규정을 명문화할 것인가의 여부, 보편적 관할권의 인정 여부, 해석문제, 법정형의 문제 및 형벌로서 사형문제, 전쟁범죄를 범한 우리 군대구성원과 민간인간의 처벌상의 균형문제, 내외국인 사이의 처벌상의 균형문제, 관할권의 차이로 인하여 발생할 수 있는 문제 및 기소편의주의의 예외문제 등을 포함할 수 있을 것이다. 이하에서는 몇몇 경우에 관해 부언하고자 한다.

① 특별국내이행입법에서 처벌할 위반행위의 범위를 어떻게 정할 것인가 하는 문제가 있다. 이는 Geneva제협약 및 추가의정서상의 ‘중대한 위반행위’에만 한정할 것인가, 아니면 기타의 위반행위까지 포함할 것인가의 문제이다. Geneva제협약에서 중요한 위반행위로 정의하고 있는 것은 물론 기타의 위반행위에 관해서도 입법화하는 것이 요구된다고 하겠다.

② 보편적 관할권의 인정여부이다. 현재 우리나라 형법은 내국인과 대한민국의 영역 내에서 죄를 범한 외국인에게 적용되고, 대한민국의 영역 외에서 내란죄·외환죄·국기에 관한 죄·통화에 관한 죄·유가증권 등에 관한 죄·문서에 관한 죄·인장에 관한 죄를 범한

경우에는 외국인에게도 적용하도록 하고 있다. 나아가 외국인이 상술한 죄 이외의 죄를 대한민국의 영역 외에서 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 범한 경우에도 적용되 다만 행위지의 법률에 의해 죄를 구성하지 아니하는 경우에는 예외로 하고 있다²⁰⁾.

따라서 특별국내이행입법을 마련함에 있어 그 법의 적용범위를 외국인이 대한민국의 영역 외에서 범한 경우까지 미치게 하는 보편적 관할권을 인정할 것인가에 대한 논란이 있다.

③ 용어에 대한 해석문제이다. 즉 ‘중대한 위반행위’에 해당하는 행위유형을 비롯하여 Geneva제협약상의 각종 용어를 그대로 특별국내이행입법에 번역하여 사용하는 경우에는 그러한 용어에 대한 명확한 정의 내지 해석이 필요하다는 것이다.

④ 법정형의 문제이다. Geneva제협약상의 중대한 위반행위에 대해, 이들 범죄의 법정형을 정함에 있어서 어느 정도의 법정형으로 규정할 것인지 또한 이들 범죄의 법정형을 일률적으로 정할 것인지 아니면 범죄유형에 따라 정할 것인지 논란이 된다. 그리고 법정형으로 사형을 채용할 것인가 하는 문제도 논란이 될 수 있다. 나아가 Geneva제협약상의 중대한 위반행위에 해당하면, 심지어 그 미수 또는 예비·음모죄까지 처벌할 것인가의 여부도 논란이 된다.

⑤ 시효문제이다. 시효를 인정할 것인가 여부도 논란이 되고 있다.

⑥ 그밖에도 전쟁범죄를 범한 우리 군대구성원과 민간인간의 처벌상의 균형문제, 내·외국인 사이의 처벌상의 균형문제, 관할권의 차이로 인하여 발생할 수 있는 문제 및 기소편의주의의 예외 문제 등이 있다.

결국 효과적인 단일의 국내이행입법을 제정하기 위해서는, 국내이행입법의 필요성 내지 당위성을 널리 홍보하고 교육하는 일에서부터 국내입법화를 위한 시민단체의 결성, 국제적 협력의 확대·강화 등의 사전적 역할이 전제되어야 할 것이다.

20) 즉 외국인이 대한민국 영역 외에서 Geneva제협약상의 중대한 위반행위를 범한 경우, 그것이 대한민국이나 대한민국 국민에 대한 것이 아닌 경우에는 우리나라 형법이 적용되지 않으므로 우리나라는 관할권을 갖지 않는다. 또한 대한민국이나 대한민국 국민에 대한 범죄라고 하더라도 그것이 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 경우에는 우리나라 형법이 적용되지 않게 된다.

V. 결어

전쟁이라는 특수 상황으로 인하여, 전쟁법규의 준수 및 적용을 확보하는데는 많은 어려움이 수반되는 현실에 직면해 있다.

그럼에도 불구하고 모든 무력충돌에서 전쟁법규 특히 Geneva제협약을 준수적용하여야 함은 야만성을 벗어 던진 문명성 내지 선진성의 징표로서 인류에게 부과된 절대적 명령이라고 할 것이다.

그렇다면 어떻게 Geneva제협약의 효과적인 준수 및 적용을 확보할 것인가? 이에 관한 최선의 길은 인류가 ‘인류 선’에 기초하여 Geneva제협약을 스스로 준수할 수 있는 방안을 두루 모색하는 것인 바, 이를 위해서는 지난 포클랜드전(영국과 아르헨티나)의 경우처럼 특정의 무력충돌에서 Geneva제협약이 준수되어지는(그렇지 않으면 적어도 Geneva제협약상의 하나의 조항이라도 준수되어지는) 선례를 하나씩 점진적으로 쌓아 가는 노력을 당장 기울려야 할 것이다. 동시에 차선의 방안으로서 Geneva제협약에서 규정하고 있는 특유한 실시조치를 통해 동 제협약의 효과적인 준수 및 적용을 확보해 나아가야 할 것이다.

이러한 다양한 노력 가운데 특히 Geneva제협약에 대한 단일의 특별국내이행입법의 제정은 국제법으로서의 Geneva제협약이 국내사회에 효과적으로 준수되어질 수 있는 토대를 제공하는 것으로서, Geneva제협약의 이행을 완성한다는 점에서 큰 의미를 갖는다고 하겠다. 이러한 측면에서, 오늘날 다수의 국가가 Geneva제협약에 대한 국내이행입법을 제정하여, Geneva제협약에 대한 이행을 담보하고 있으며, 심지어 이러한 입법추세는 일반화되어 가는 경향을 보이고 있다²¹⁾.

따라서 문명성과 선진화를 추구하는 우리나라로서도, Geneva제협약과 추가의정서의 체결국으로서, 동 제협약 및 의정서에 대한 단일의 국내이행입법을 제정할 기로에 있

21) 최근에 국내적 이행의 중요성이 더욱 강조되는 경향을 보이고 있는데, 그것은 2000년 4월 3일에 태국의 방콕에서 'ICRC 동아시아 지역대표단'의 주최로 개최된 '국제인도법의 이행에 관한 원탁회의'(Round-Table on International Humanitarian Law Implementation)에서 잘 나타나고 있다. 즉 동 회의에서 ICRC는 Geneva제협약 및 추가의정서의 중대한 위반과 관련, 각 당사국은 전범의 수사기소 또는 타국에 대한 전범행위의 방지·억제 및 형사소송시 해당국가에 대한 지원의 필요성 역설하였고, 전쟁범죄의 경우 범행장소·범법자 여부를 불문하고 범죄를 처벌하는 보편적 관할권 규정이 필요함을 역설한 바 있다(『인도법논총』, 제21호, 2001, 217-218면).

음은 명백하다고 판단된다. 나아가 Geneva제협약의 중요성을 국민들에게 인식시킬 수 있음은 물론 Geneva제협약에 대한 인식과 그 준수의지를 고양할 수 있는 장점을 가진 단일의 특별국내이행입법을 제정하는 방향으로 실마리를 풀어 가는 것이 훨씬 타당한 방침이라고 생각된다.

그러나 단일의 특별이행입법을 제정하는데는 입법절차에 따른 긴 시간을 필요로 하며, 특히 부처간의 이해관계 내지 중점이 다른 경우에는, 그 입법 자체가 어렵다는 단점이 있다.

결국 제정된 법률이 실효성을 가질 수 있도록, 외국의 입법사례와 관련 부처의 충분한 협력을 바탕으로 단일의 특별국내이행입법을 제정하는 것이 필요하다고 본다. 이에 관한 내용을 어떻게 할 것인가에 관해서는 입법 기술상의 문제이므로 여기서는 별론으로 하고자 한다.

아무튼 우리나라는 Geneva제협약에 대한 단일의 특별국내이행입법이 제정되지 않은 상태에 있음에도 불구하고, 현재 그 이행입법의 제정을 위한 움직임이 활발히 일어나고 있으며, 특히 지난 2002년 10월 17일 대통령령 제42호에 의해 “국제인도법 한국위원회”(The Korean National Committee for International Humanitarian Law)가 설립되어 활동을 하고 있다는 점은 높이 평가되는 것으로서, 나아가 Geneva제협약에 대한 단일의 특별국내이행입법의 제정은 물론 국제인도법의 큰 발전에 큰 힘이 될 것으로 기대한다.