

## 국제형사재판소 항소심재판부의 Bemba 사건 무죄판결에 대한 비판적 분석

김 상 결\*

### 〈국문초록〉

2015년을 전후로 국제형사법 관련 전문가들과 실무종사자들 사이에 조용하게 회자되던 국제형사재판소(ICC)의 위기가 전 세계에 큰 충격을 던지며 만천하에 드러난 대표적인 경우가 2018년 6월 8일의 ICC Bemba 사건 최종 무죄판결이었다. 2008년 7월 ICC로 신병이 인도되어 2018년 6월 ICC 항소심재판부에 의한 최종 무죄판결이 날 때까지 ICC가 Bemba 사건에 쏟은 시간과 노력은 지대한 것이었기에 이 판결의 충격은 지금도 많은 국제법 전문가들 사이에 논란거리가 되고 있다. 이 논문은 (i) ‘항소심재판부 심의 관련 전통적 심의기준으로부터의 이탈’, (ii) ‘공소사실확인심리에 있어서의 전심재판부 역할에 대한 과도한 주장’, (iii) ‘지휘관책임 관련 “멀리 떨어져 있는 지휘관” 이론의 허구성’이라는 세 가지 주제를 중심으로 Bemba 사건 항소심 판결을 비판적으로 분석해 보았다. 이 논문이 담고 있는 논의의 기초가 되는 것은 ICC 등 국제형사재판기관들이 전통적으로 일관되게 견지해 온 일심재판부의 사실판단에 대한 존중 원칙이다. 이 원칙의 배경에는 수년에 걸친 긴 시간 동안 이어지는 많은 증인의 증언과 증거들에 대한 논박을 몸으로 기억하는 일심재판부는 사실판단에 있어 항소심재판부와는 비교할 수 없을 정도로 유리한 입장에 있다는 이해가 존재한다. 이러한 점에서 볼 때, Bemba 사건 항소심재판부가 뚜렷한 이유를 설명하지 않고 이러한 전통으로부터 이탈하여 새로운 항소심 심의기준을 채택한 것은 매우 자의적인 것이라고 하지 않을 수 없다.

주제어 : 국제형사재판소, Bemba, 항소심재판부, 공소사실확인, 지휘관책임

• 투고일 : 2021.3.31. / 심사일 : 2021.4.15. / 게재확정일 : 2021.4.22.

### I. 서론

1998년 채택된 로마규정(Rome Statute)은 네덜란드 헤이그에 본부를 두고 있는 국제형사재판소(이하 ‘ICC’)의 기본법으로서 “국제공동체 전체의 관심사

\* 국가안보전략연구원 연구위원, 법학박사. 前국제형사재판소 검찰부 Associate Legal Adviser

가 되는 가장 심각한 범죄(most serious crimes of concern to the international community as a whole)”의 처벌이 ICC의 설립목적임을 분명히 하고 있다.<sup>1)</sup> 여기서 ‘가장 심각한 범죄’란 ‘핵심국제범죄(core international crimes)’라고도 일컬어지는 제노사이드, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄 및 침략범죄의 네 가지를 지칭한다.<sup>2)</sup> 2002년 7월 업무를 개시한 ICC는 어느덧 20년 가까운 시간 동안 세계인들의 국제형사정의(international criminal justice) 추구 노력을 표상하는 상징물이 되어왔다. 하지만 이러한 막중한 사명 및 국제적 중요성에도 불구하고, ICC라는 조직 및 절차의 비효율성, 절차진행의 과도한 지연, 중요 사건에서 연이어 나온 무죄판결 등 실망스러운 업무 성과는 2015년을 전후로 ‘ICC의 위기’가 국제법 전문가들 사이의 주요 화두가 되게 하였다.<sup>3)</sup> 관련 전문가들과 실무종사자들 사이에서 조용하게 회자되던 ‘ICC의 위기’가 전 세계에 큰 충격을 던지며 만천하에 드러난 대표적인 경우가 바로 2018년 6월 8일의 ICC ‘Bemba 사건(Bemba case)’ 최종 무죄판결이었다.<sup>4)</sup> 2008년 7월 ICC로 신병이 인도되어 2018년 6월 ICC 항소심재판부에 의한 최종 무죄판결이 날 때까지 ICC가 Bemba 사건에 쏟은 시간과 노력은 지대한 것이었기에 이 판결의 충격은 지금도 많은 국제법 전문가들 사이에 논란거리가 되고 있다. 이 논문은 이 항소심재판부의 판결을 비판적으로 분석해 보는 것을 목적으로 한다.

## II. Bemba 사건 개요 및 항소심재판부 판결

### 1. Bemba 사건 개요

Bemba 사건은 ICC가 2004년 12월 로마규정 당사국인 중앙아프리카공화국의 회부를 받아 개시한 ‘중앙아프리카공화국 상황(Central African Republic

1) 로마규정 전문(前文)의 네 번째 단락 및 제1조.

2) 로마규정 제5조-제8조의 2.

3) ‘ICC의 위기’에 관한 상설은, 김상걸, “국제형사재판소의 최근 위기상황에 관한 연구: 절차 지연 문제를 중심으로”, 『국제법학회논총』, 제64권, 제4호(2019), pp. 41-72.

4) Marlise Simons, “International Court Throws Out War Crimes Conviction of Congolese Politician”, *The New York Times*, 9 June 2018; Stephanie van den Berg and Amedee Mwarabu, “Congolese ex-Vice President Bemba acquitted of war crimes on appeal”, *Reuters*, 9 June 2018; 연합뉴스, “ICC, 전쟁범죄 혐의로 1심서 18년형 받은 Bemba에 무죄 선고” (2018. 6. 9).

situation)’에 대한 수사의 결과물이다.<sup>5)</sup> Bemba는 중앙아프리카공화국에 인접한 콩고민주공화국의 부통령(2003-2006)을 지낸 정치인이자 기업인 그리고 군벌로서, 2002년 중앙아프리카공화국에서 내전이 발생하자 당시 중앙아프리카공화국 대통령이었던 Ange-Félix Patassé의 요청으로 2002년 10월부터 2003년 10월까지 자신의 휘하에 있던 사병집단인 Mouvement de libération du Congo (이하 ‘MLC’)를 중앙아프리카공화국으로 파견하였다.<sup>6)</sup> 이렇게 파견된 MLC 대원들은 중앙아프리카공화국 민간인들을 상대로 살해, 강간, 약탈행위를 자행했는데, 2007년 5월 정식수사를 개시한 ICC 검찰부는 이러한 범죄들에 대해 Bemba를 기소하였다. ICC의 Bemba 사건은 특히 ICC 역사상 최초로 인도에 반한 죄 및 전쟁범죄를 구성하는 강간행위에 대한 기소를 단행하여 전세계 많은 여성단체들의 지대한 관심을 모았다.<sup>7)</sup>

## 2. 일심재판부 판결

2010년 11월 시작된 Bemba 사건 일심재판은 2014년 11월까지 4년간 이어졌고, 마침내 2016년 3월 21일 Bemba사건 일심재판부는 지휘관책임(로마규정 제 28조(a)항)에 근거하여 인도에 반한 죄(로마규정 제7조)로서의 살해 및 강간

5) ICC 검찰부(Office of the Prosecutor)는 로마규정 제13조(a)항 및 (b)항에 따라 로마규정 당사국 또는 유엔안보리가 특정 ‘상황(situation)’을 회부하는 경우 그 상황에 대한 ‘예비심사(preliminary examination)’를 거쳐 정식으로 수사를 개시할 수 있다. 이에 더하여 동 규정 제13조(c)항은 개인 또는 단체의 고발 또는 신고에 따른 검찰부 수장(Prosecutor, 검사)의 직권에 의한 수사개시 가능성을 규정하고 있다. 다만, 이 경우에는 로마규정 제15조(3)항에 따라 ICC 전심재판부의 허가를 받아야만 정식수사가 개시되는데, 이는 ICC 검사의 독단을 방지하기 위한 것이다. ICC 검찰부는 특정 ‘상황’에 대한 수사를 통해 기소할 개인을 결정하고 이는 보통 피의자/피고인의 이름으로 명명되는 ‘사건(case)’을 구성한다. 이러한 절차적 요소들에 대한 설명은, 김상걸, 「국제형사재판소법 개관」, INSS 연구보고서 18-08 (서울: 국가안보전략연구원, 2018), 25-27쪽, <[http://www.inss.re.kr/contents/publications\\_rr.htm](http://www.inss.re.kr/contents/publications_rr.htm)> (검색일 2021. 3. 17).

6) 이 기간 동안 Bemba 자신은 중앙아프리카공화국으로 파견된 자기 휘하 병력으로부터 멀리 떨어져 콩고민주공화국 북부 MLC 본부에 머물렀다. *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-3343, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (“*Bemba Trial Judgment*”), 21 March 2016, para. 706.

7) Susana SáCouto and Patricia Viseur Sellers, “The Bemba Appeals Chamber Judgment: Impunity for Sexual and Gender-Based Crimes?”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 27, Issue 3 (2018-2019), pp. 599-622; Kerstin Carlson, “Bemba Acquittal Overturns Important Victory for Sexual Violence Victims”, *The Conversation*, 15 July 2018; Susana SáCouto, “The Impact of the Appeals Chamber Decision in Bemba: Impunity for Sexual and Gender-Based Crimes?”, *International Justice Monitor*, 22 June 2018.

두 개의 공소사실 그리고 전쟁범죄(로마규정 제8조)로서의 살해, 강간 및 약탈 세 개의 공소사실에 대해 유죄를 선고하고,<sup>8)</sup> 피고인 Bemba를 18년형에 처하였다.<sup>9)</sup> 이 판결은 일심재판부를 구성하는 세 명의 재판관들이 모두 찬성한 만장일치의 판결이었다. 여기서 지휘관책임에 근거했다는 것의 함의에 대해 아는 것이 중요하다. ICC Regulations of the Court, Regulation 52는 ICC 검사가 공소장에 반드시 포함시켜야 하는 항목으로 ‘사실의 기술(a statement of facts)’과 ‘법적 특정(a legal characterization of facts)’의 두 가지를 들고 있다.<sup>10)</sup> 여기서 ‘법적 특정’이라 함은 특정 ‘사실의 기술’에 법적·규범적 옷을 입히는 것으로 비유할 수 있는데, Regulations 52(c)항은 ICC 검사는 ‘사실의 기술’에 반드시 두 개의 옷을 입힐 것을 명하고 있다. 하나는 로마규정 제6조(제노사이드), 제7조(인도에 반한 죄), 제8조(전쟁범죄) 및 제8조의 2(침략범죄)가 규정하고 있는 ‘범죄(crimes)’라는 옷이고 두 번째는 로마규정 제25조(단독정범, 공동정범, 간접정범, 교사범, 방조범 등) 및 제28조(지휘관책임)가 규정하고 있는 ‘범죄참가형태(form of participation; mode of liability)’라는 옷이다. 요컨대, Regulation 52는 ICC 검사로 하여금 ‘사실(facts)’에 대한 규범적 해석을 ‘범죄’와 ‘범죄참가형태’ 두 가지로 구체화하여 공판을 통해 증명해내야 할 의무를 지우고 있는 것이다.

ICC가 다루는 핵심국제범죄들은 기본적으로 국가 또는 그에 준하는 단체가 저지르는 집단범죄로서 ICC는 범죄에 참가한 수많은 사람들 중 가장 책임이 있는 수뇌부 소수에 대한 수사 및 기소를 수행한다. 따라서, ICC에서 재판받는 피고인들은 대부분 실제 범죄현장에서 멀리 떨어진 곳에서 범죄를 계획하고 주도하게 되는데, 바로 이점 때문에 ICC 및 여타 국제형사재판에서는 발생한 범죄와 고위층 피고인들을 규범적으로 연결시키는 역할을 하는 ‘범죄참가형태’가 검사와 변호인 사이에 치열한 공방이 오가는 매우 중요한 논점이 된다.<sup>11)</sup>

8) *Bemba Trial Judgment*, *supra* note 6.

9) *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-3399, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 21 June 2016.

10) 영미법의 영향력을 강하게 받은 舊유고국제형사재판소(ICTY)와 르완다국제형사재판소(ICTR)에서는 공소장을 지칭할 때 ‘indictment’라는 용어를 사용했으나, ICC에서는 ‘document containing the charges’라는 용어를 사용한다. 실무에서는 약어로 ‘DCC’라고 부르기도 한다.

11) 범죄참가형태에 대한 상설은, 김상걸, “국제법상 ‘범죄의 집단성’과 ‘처벌의 개인성’의 포섭과 통합: 개인형사책임 개념의 도입과 범죄참가형태의 정교화”, 『국제법학회논총』, 제64권, 제1호(2019), pp. 9-40; 박미경, “국제형사재판소(ICC)규정 제25조 제3항에서의 공범의 개념”, 『국제법평론』, 제43호(2016), pp. 79-99; 강성영, “국제형사재판소의 전시 성폭력범죄의 처벌과 개인의 형사책임형태에 관한 고찰”, 『국제법학회논총』, 제65권, 제4호(2020), pp. 31-64.

Bemba 사건 일심재판부는 로마규정 제25조 및 제28조에 규정되어 있는 여러 범죄참가형태 중 검사의 공소장에 기재된 제28조(a)항 상의 지휘관책임(command responsibility)의 입증을 인정하고 이를 근거로 기소된 범죄들에 대한 유죄판결을 내렸다. 하지만 아래에서 자세히 살펴보는 바와 같이, 이후 Bemba 사건 항소심재판부는 바로 이 지휘관책임이라는 범죄참가형태를 문제 삼아 피고인에 대한 최종 무죄판결을 내리게 된다.

### 3. 항소심재판부 판결

2018년 6월 8일 Bemba 사건 항소심재판부는 5명의 재판관 중 2명이 반대의견을 표명한 가운데 3명의 다수의견<sup>12)</sup>을 통해 일심재판부의 5개 공소사실에 대한 유죄판결을 모두 뒤집고(reverse) 피고인에게 무죄를 선고하였다. 이는 2년전 일심재판부의 유죄판결이 재판관 3인의 만장일치 판결이었던 것과 대조된다. 또한, Bemba 사건 항소심재판부를 구성하는 5명의 재판관들은 그야말로 “분열된 재판부(divided Chamber)”<sup>13)</sup>의 모습을 보여주고 있는데, 다수의견 3명 중 2명 재판관은 피고인의 무죄를,<sup>14)</sup> 다수의견 3명 중 1명은 무죄판결에 동의하면서도 다른 일심재판부가 행하는 “새로운 재판(new trial)”을,<sup>15)</sup> 반대의견을 낸 2명은 일심재판부 유죄판결의 인정을 주장하였다.<sup>16)</sup> 이 항소심재판부의 최종 무죄판결은 즉시 국제적으로 많은 논란을 야기하였고 다수의 학자와 실무자들은 강한 불만을 표명하였다.<sup>17)</sup> ICC 검찰부 수장인 Fatou Bensouda 검사

12) *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-3636-Red, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Combo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute” (“*Bemba Appeals Judgment*”), 8 June 2018.

13) 이 “분열된 재판부”라는 표현의 출처는 아래 각주 18의 ICC 검사의 성명서이다.

14) 이 두 명의 재판관은 다수의견과는 별도로 34쪽 분량의 ‘개별의견(Separate Opinion)’을 개진하였다. *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-3636-Anx2, Separate Opinion: Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison (“*Bemba Separate Opinion*”), 8 June 2018.

15) *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-3636-Anx3, Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osuji, 14 June 2018. 로마규정 제83조(2)항은 항소심재판부에게 원래 일심재판을 수행했던 재판부가 아닌 “다른 일심재판부(different Trial Chamber)”에 의한 “새로운 재판(new trial)”을 명령할 수 있는 권한을 부여하고 있다.

16) *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-3636-Anx1-Red, Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański (“*Bemba Dissenting Opinion*”), 8 June 2018.

17) Alex Whiting, *Appeals Judges Turn the ICC on its Head with Bemba Decision*, 14 June 2018; Leila N. Sadat, *Fiddling While Rome Burns? The Appeals Chamber’s*

는 이례적으로 동 판결의 함의에 대한 염려를 표명하는 성명서를 발표하기도 하였다.<sup>18)</sup>

다수의견이 피고인 Bemba의 최종 무죄판결을 내린 이유는 크게 다음의 두 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 항소심판결문 para. 116에 열거된 행위들과 관련해서는, 일심재판부의 유죄선고는 로마규정 제74조(2)항이 규정하는 일심재판부의 판단 범위, 즉, 전심재판부가 확인한 “공소사실(charges)에 기술되어 있는 사실과 정황(facts and circumstances)”<sup>19)</sup>를 “넘어서는(exceeded)” 실수를 저질렀다.<sup>20)</sup> 따라서, 항소심판결문 para. 116에 열거된 행위 관련 일심재판부의 유죄판결은 무의미하다. 둘째, 항소심판결문 para. 116에 열거된 행위들 이외의 행위들(즉 제74조(2)항의 판단범위를 넘어서지 않고 일심재판부의 판단대상이 되는 행위들)과 관련해서는, 일심재판부는 로마규정 제28조(a)항 상 범죄참가 형태인 ‘지휘관책임’ 범리의 구성요건 중 하나인 피고인이 부하들의 범죄를 방지하거나 처벌하기 위해 “필수적이고 합리적인 모든 조치들을 취하는데 실패”했어야 한다는 요건이 입증되었다고 판단하는 실수를 저질렀다.<sup>21)</sup>

요컨대, 항소심재판부 다수의견이 주장하는 바는 (i) 항소심판결문 para. 116에 열거된 행위들 “이외의 행위들”만이 항소심재판부의 심의 대상으로 남게 되고,<sup>22)</sup> (ii) 이 행위들과 관련해서 일심재판부는 제28조(a)항 상 “필수적이고 합리적인 모든 조치들을 취하는데 실패”했어야 한다는 구성요건 관련 사실판단에 있어 실수를 저질렀기 때문에, (iii) 피고인의 항소심판결문 para. 116에

---

*Curious Decision in Prosecutor v. Bemba*, EJIL Talk!, 12 June 2018; Diane Marie Amann, *In Bemba and Beyond, Crimes Adjudged to Commit Themselves*, EJIL Talk!, 13 June 2018; Miles Jackson, *Commanders' Motivation in Bemba*, EJIL Talk!, 15 June 2018; Miles Jackson, *Geographical Remoteness in Bemba*, EJIL Talk!, 20 July 2018; Jeniffer Trahan, *Bemba Acquittal Rests on Erroneous Application of Appellate Review Standard*, *Opinio Juris*, 25 June 2018; Alexander Heinze, *Some Reflection on the Bemba Appeals Chamber Judgment*, *Opinio Juris*, 18 June 2018.

18) Statement of ICC Prosecutor, Fotou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, 13 June 2018, at <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-OTP-stat>. (2021. 3. 19 방문)

19) 로마규정 제74조(2)항: “The Trial Chamber’s decision shall be based on its evaluation of the evidence and the entire proceedings. The decision shall not exceed the facts and circumstances described in the charges and any amendment to the charges. The Court may base its decision only on evidence submitted and discussed before it at the trial.” (밑줄 첨가).

20) *Bemba Appeals Judgment*, *supra* note 12, para. 196.

21) *Ibid.*, para. 196.

22) 이렇게 심의대상으로 남게 된 행위들은 1건의 살해, 20명에 대한 강간 그리고 5건의 약탈이다. *Ibid.*, paras. 118-119.

열거된 행위들 “이외의 행위들” 관련 “형사책임(criminal liability)”은 “소멸(extinguish[...])”되므로, (iv) 일심재판부의 유죄판결을 뒤집고 무죄를 선고한다는 것이다.<sup>23)</sup>

항소심재판부 다수의견이 주장하는 바는 이 사건의 공소장에 적시된 범죄참가형태인 ‘지휘관책임(command responsibility, 제28조)’의 구성요건 중 하나인 ‘지휘관인 피고인이 부하들의 범죄를 방지하거나 처벌하기 위해 필수적이고 합리적인 모든 조치를 취하는데 실패했을 것’이라는 요건이 입증되었다는 일심재판부의 사실판단이 틀렸으므로, 앞에서 언급한 Regulation 52 상 ‘사실의 기술’에 대한 ‘법적 특정’ 두 가지 중 두 번째 것인 범죄참가형태가 입증되지 않았고, 따라서 피고인의 형사책임을 인정할 수 없다는 것이다.

### III. 항소심재판부 다수의견에 대한 비판

#### 1. 항소심재판부 심의 관련 전통적 심의기준으로부터의 이탈

다수의견에 대한 첫 번째 비판점은 일심재판부의 사실판단에 대한 항소심 ‘심의기준(standard of review)’에 관한 것이다. 기존 ICC 항소심재판부 및 舊 유고국제형사재판소(이하 ‘ICTY’), 르완다국제형사재판소(이하 ‘ICTR’) 등 임시 국제형사법원들의 항소심재판부들은 오랜 기간 동안 사실판단과 관련해서는 일심재판부의 판단을 존중하는 태도를 일관되게 유지해왔다. ICTY와 ICTR의 항소심재판부는 증인을 직접 대면하는 일심재판부가 증언 및 증거들의 신뢰도를 판단하는 데 있어 항소심재판부보다 유리한 입장에 있음을 강조하면서, 일심재판부의 사실판단에 대한 ‘존중 원칙(deferential approach)’을 적용해왔다.<sup>24)</sup> ICC 항소심재판부도 Lubanga 사건 판결에서 이 ‘존중 원칙’을 ICC에서도 적용하는 것이 적합하다고 언급하였다.<sup>25)</sup> 이는 특히 재판의 규모(증인의 숫자, 제출되는 증거의 숫자 등)와 소요되는 시간 등이 일반적인 국내형사재판과는

23) *Ibid.*, para. 198.

24) *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Case No. IT-95-16-A, Appeal Judgment, 23 October 2001, paras. 31-32.

25) *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06 A 5, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction (“*Lubanga Appeals Judgment*”), 1 December 2014, para. 27.

비교조차 할 수 없을 정도로 많은 국제형사재판의 특징을 고려할 때 매우 타당한 것이다. 로마규정 제74조(2)항은 일심재판부의 판결과 관련해 다음과 같은 기준을 규정하고 있다.

“일심재판부의 결정은 증거와 전체 [공판]절차에 대한 동 재판부의 평가에 근거하여 내려져야 한다. 그 결정은 [공소장에 기재된] 공소사실[...]에 적시된 사실과 정황을 넘어서서는 안된다. [재판부]는 재판이 속개되는 동안 자신 앞에서 제출되고 논의된 증거만을 결정의 근거로 삼을 수 있다.”

여기서 제74조(2)항이 강조하고 있는 일심재판부의 판단 근거로서의 “증거와 전체 [공판]절차”란 일심재판부 앞에서 오랜 기간 동안 진행되는 여러 증인들에 대한 수많은 주심문, 반대심문 동안의 질문과 대답, 증인의 표정과 억양, 끊임없이 계속되는 소송당사자들의 반박 및 이의제기, 실체법·절차법·증거법적 다양한 논박을 포함하는 것으로서 이 모든 것을 기억하고 그 중요성을 평가하고 본안판결의 근거로 삼을 수 있는 위치에 있는 것은 일심재판부가 유일하다. 즉, 수년의 기간에 걸쳐 모든 증인의 증언을 청취하고 재판절차의 곱이 곱이 마다의 어려움과 문제점들을 피부로 알고 있는 일심재판부만이 제출된 증거 및 공판절차 전체의 맥락을 고려하여 관련 사실판단을 내릴 수 있는 가장 적합한 위치에 있는 것이다. 사실판단과 관련한 Bemba 사건 일심재판부의 독보적 위치와 자격은 5년이 넘는 기간 동안 77명의 증인의 증언과 733건의 증거를 검토했던 사실을 통해서도 여실히 드러난다. ICC, ICTY, ICTR 등의 항소심재판부는 아주 예외적인 경우에 한해 ‘사실심’의 역할을 수행하였는데, 여기서 예외적인 경우라 함은 항소를 제기하는 당사자가 일심재판부의 사실판단이 증거에 기반한 합리적인 결정이 아님을 입증한 경우를 말한다.<sup>26)</sup> 이와 관련해, 보즈와

26) *Bemba Dissenting Opinion*, *supra* note 16, para. 12 (“To succeed with an allegation of a factual error, the appellant must show that the impugned finding is one that no reasonable trial chamber would have made.”). ICTY 항소심재판부는 일심재판에 적용되는 검사의 입증책임과 항소심재판에 적용되는 항소인의 입증책임을 구분한다. 즉, 일심재판 동안에는 무죄추정의 원칙이 적용되어 검사가 피고인의 유죄를 ‘합리적 의심이 없는’ 증명기준의 정도까지 입증하여야 하지만, 항소를 제기한 피고인에게는 더 이상 무죄추정의 원칙이 적용되지 않고, 동 피고인은 자신이 주장하는 항소이유(법률, 사실, 또는 절차상 실수)에 대한 입증책임을 부담한다는 것이다. *Prosecutor v. Delić*, IT-04-83-A, Decision on the Outcome of the Proceedings, 29 June 2010, para. 14. 하지만, Bemba 사건 다수의견은 이러한 항소심재판의 전통적 기준에 부합하지 않아 보이는 입장을 표명하고 있다. 즉, 피고인은 사실판단의 실수를 입증할 의무가 없고 의심의 원천만 특정하면 항소심재판부는 독립적으로 일심재판부의 사실판단을 검증할 의무를 지게 된다는 것이다.

나 출신 Sanji Mmasenono Monageng 재판관과 폴란드 출신 Piotr Hofmański 2명의 재판관이 쓴 Bemba 사건 항소심 반대의견은 다음과 같이 자세한 설명을 하고 있다:

“[일심재판부의 사실판단을 존중하는 전통적 심의기준은] 일심재판부와 항소심재판부의 상이한 역할을 인정한다. [...] 일심재판부는 항소심재판부보다 증거의 신뢰성을 평가하는 데 있어 유리한 입장에 있다. 일심재판부는 증언하는 증인을 관찰할 수 있을 뿐 아니라 [...] 재판기간 동안 당사자들에 의해 제출된 증거 전체에 노출됨을 통해 이익을 얻는다. [...] 증거에의 노출은 국제[형사]재판소들이 재판하는 사건의 성격을 고려했을 때 특별히 더 중요하다. 그러한 재판소들에서 다루는 사건들은 매우 방대하다. [...] 항소심재판부가 단지 재판 기록을 읽는 것만으로 일심재판부와 같은 수준의 사건에 대한 익숙함을 획득하는 것은 있을 법하지 않은 일이다.”<sup>27)</sup>

실제로, Bemba 사건 항소심 반대의견은 사실상 다수의견 재판관들이 실제 증거에 대한 심의에 임한 정도는 매우 한정적임을 지적하였다.<sup>28)</sup> 반면에, 다수의견은 사실에 관한 일심재판부의 판단을 존중해온 국제재판소들의 전통과는 전혀 다른 새로운 ‘심의기준’을 주장하였다. 즉, 다수의견은 기존의 국제판례 등에 대한 인용(citation)이 전무한 상태로, 오랜 기간 동안 지켜져 온 ‘존중 원칙’에 대한 접근은 “극도의 조심성을 가지고(with extreme caution)” 행해져야 한다고 일방적으로 주장한다.<sup>29)</sup> 다수의견은 기존 ICC 항소심재판부들이 견지해온 항소심재판부는 일심재판부의 사실판단이 관련 증거로부터 어떻게 도출되었는지 분간할 수 없을 때에만 사실판단에 개입한다는 원칙<sup>30)</sup>을 정면으로

*Bemba Appeals Judgment*, *supra* note 12, para. 66. Bemba 사건 반대의견은 다수의견의 이러한 입장에 대해, 다수의견이 일심재판에 적용되는 입증책임과 항소심에 적용되는 항소이유 설명책임을 혼동하고 있다고 지적한다. *Bemba Dissenting Opinion*, *supra* note 16, para. 16.

27) *Bemba Dissenting Opinion*, *supra* note 16, paras. 6-7. 두 재판관은 또한 일심재판부는 증거 상호간 모순을 해결하고 여러 증거들간 맥락을 그릴 수 있는 위치에 있으므로 증거의 신뢰성과 증명력을 평가하는 데 있어 매우 유리한 위치에 있음을 언급하고 있다. *Ibid.*, para. 15.

28) *Ibid.*, para. 8 (“At least in the present case, it appears that the Majority’s review of evidence was, in fact, very limited.”).

29) *Bemba Appeals Judgment*, *supra* note 12, para. 38.

30) *Lubanga Appeals Judgment*, *supra* note 25, para. 21; *Prosecutor v. Ngudjolo*, ICC-01/04-02/12 A, Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Trial

반박하였다. 즉, 그렇게 ‘분간할 수 없을 때’만 개입할 수 있는 것이 아니고 개입하지 않는 것이 “오심(miscarriage of justice)”을 야기할 수 있을 때는 언제든 일심재판부의 사실판단에 개입할 수 있다고 주장하였다.<sup>31)</sup> 다수의견이 이렇게 새롭고 급진적인 주장의 근거로 내세운 것은 로마규정이 ‘존중 원칙’ 개념을 규정하고 있지 않는 상태에서 항소심재판부가 동 원칙의 적용을 통해 스스로의 권한을 제약해서 “정의의 이익(interest of justice)”에 반하는 결과가 야기되어서는 안된다는 것이었다.<sup>32)</sup> 하지만 이렇게 로마규정에 ‘존중 원칙’ 적용에 대한 조항이 없으므로 ICC에서 이를 적용하기 힘들다는 주장은 상당히 좌위적인 인상을 풍기는데, 그 주된 이유는 로마규정상 ICC가 적용할 수 있는 법적 근거에는 로마규정 뿐 아니라 여타 관련 조약, 국제법 원칙 및 규범, 각국 국내법으로부터 도출되는 법의 일반원칙 등이 포함되기 때문이다.<sup>33)</sup>

요컨대, Bemba 사건 항소심재판부 다수의견은 로마규정 제66조(3)항이 규정하고 있는 유죄판결의 증명기준(standard of proof)이 ‘합리적인 의심이 없는(beyond reasonable doubt)’임을 이유로,<sup>34)</sup> 항소심재판부가 일심재판부의 사실판단 중 “합리적으로 의심이 갈 수 있는 것”을 발견하면 항소심재판부는 그 사실판단을 반드시 “뒤집어야(overturn)”한다고 주장하였다.<sup>35)</sup> 하지만, 반대의견은 이러한 주장은 항소심재판부는 발견한 실수가 일심재판부의 관련 결정에 “중대한 영향(materially affected)”을 끼친 경우에만 동 결정을 파기할 수 있다고 규정하고 있는 로마규정 제83조(2)항에 위배된다고 지적한다.<sup>36)</sup> 또한 반대의견은 로마규정상 ‘합리적인 의심 없는’이라는 증명기준을 직접적으로 적용하

---

Chamber II entitled “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, 7 April 2015, para. 22.

31) *Bemba Appeals Judgment*, *supra* note 12, para. 40.

32) *Ibid.*, para. 40.

33) 로마규정 제21조(“적용법”) 참조.

34) 관련 국제판례들은 일반적으로 ‘합리적 의심이 없는’이라는 증명기준은 피고인의 유죄 말고는 제출된 증거가 설명하는 다른 합리적 결론이 없을 경우 충족된다고 한다. *Prosecutor v. Milosević*, Case No. IT-98-29/1-A, Judgement (“*Milosević Appeals Judgment*”), 12 November 2009, para. 20 (“the standard of proof [of beyond reasonable doubt] requires a finder of fact to be satisfied that there is no reasonable explanation of the evidence other than the guilt of the accused.”).

35) *Bemba Appeals Judgment*, *supra* note 12, para. 46 (“[W]hen the Appeals Chamber is able to identify findings that can reasonably be called into doubt, it must overturn them.”). 이는 일심재판부의 사실판단들을 항소심재판부의 사실판단들로 대체하고 말고의 문제가 아니고, 단지 ‘합리적인 의심이 없는’이라는 증명기준의 적용 결과일 뿐이라고 한다. *Ibid.*

36) *Bemba Dissenting Opinion*, *supra* note 16, para. 11.

는 것은 일심재판부이고 항소심재판부는 이 기준을 간접적으로 적용할 뿐이라고 지적한다.<sup>37)</sup> 만약 그렇지 않고 항소심재판부 ‘합리적 의심 없는’ 기준을 직접 적용하게 되면, 이는 ‘새로운 사실심(trial *de novo*)’이 되어 기본적으로 ‘수정적(corrective)’ 성격을 갖는 항소심의 본질에 어긋나게 된다. 진정 일심재판부의 크고 작은 사실판단의 경중을 따지지 않고 사소한 사실판단의 실수까지도 자동적으로 원심파기로 이어진다고 주장하는 것은 현실과 매우 동떨어진 일방적 주장이라고 아니할 수 없다.

Bemba 사건 항소심 반대의견은 기존의 ICC 항소심재판부 또는 ICTY, ICTR 등 지금까지 존재했던 어떤 국제형사법원 항소심재판부도 다수의견과 같은 일심재판부 사실판단 관련 ‘심의기준’을 적용한 곳이 없었음을 강조하면서,<sup>38)</sup> 다수의견의 입장은 기존의 관행으로부터의 “중대하고 설명되지 않은 이탈(significant and unexplained departure)”라고 비판하였다.<sup>39)</sup> 반대의견은 다수의견이 이렇게 중대한 전통적 ‘심의기준’을 변경하면서 아무런 이유를 설명하지도 기존 판례 등 권위를 인용하지도 않고 있음을 강하게 지적한다.<sup>40)</sup> 이러한 비판의 핵심은 항소심재판부는 법적 예견가능성과 판결의 공정성을 담보하기 위해 기존의 법원칙과 판례 등을 “가볍게 변경해서는 안된다”는 것이다.<sup>41)</sup> 또한, 반대의견은 다수의견이 새롭게 주장하고 있는 항소심에서의 사실심의 기준을 “심각한 의심의 기준(serious doubt standard)”이라고 지칭하였다.<sup>42)</sup> 이 기준에 따르면 반대의견의 존재는 거의 자동적으로 “심각한 의심”의 존재를 의미하므로 반대의견이 존재하는 일심재판부의 사실판단은 모두 항소심에서 견지되기 힘들 것이고, 이는 일심판결이 만장일치일 필요는 없다고 규정하는 로마규정 제74조(5)항과 조화되기 힘든 주장이라고 비판하였다.<sup>43)</sup>

## 2. 공소사실확인심리에 있어서의 전심재판부의 역할에 대한 과도한 주장

로마규정 제61조에 의거하여 ICC 전심재판부가 행하는 공소사실확인심리

37) *Ibid.*, para. 14.

38) *Ibid.*, paras. 2-3.

39) Summary of the Appeal Judgment in the case The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Combo, Read by Presiding Judge Christine Van den Wyngaert, The Hague, 8 June 2018, para. 36.

40) *Bemba* Dissenting Opinion, *supra* note 16, para. 5

41) *Ibid.*, para. 5.

42) *Ibid.*, para. 13.

43) *Ibid.*, para. 13.

(confirmation of the charges hearing)는 ICTY 등의 임시 국제형사법원들에는 존재하지 않던 ICC에 특유한 절차이다. 공소사실확인심리의 기능은 로마규정상 공소사실확인심리의 증명기준인 “[피의자]가 범죄를 저질렀다고 믿을 만한 상당한 근거(substantial grounds to believe that the person committed the crime charged)”를 제공하는 “충분한 증거(sufficient evidence)”가 존재하는지 확인하고,<sup>44)</sup> 그것이 확인된 경우 그 피의자를 일심재판으로 넘기는 것이다.<sup>45)</sup> 이 절차의 도입 취지 중 하나는 재판 전 또는 재판이 진행되는 동안 수년간 수감되기 쉬운 국제범죄의 피의자의 입장을 생각할 때, 관련 증거가 그의 범죄를 일심재판으로 넘길만한 것인지에 대한 최소한의 사전 확인 절차를 두자는 것이었다.<sup>46)</sup> 따라서, 공소사실확인심리를 통한 전심재판부의 기능은 “문지기 기능(gatekeeper function)” 또는 “여과 기능(filter function)”이라고 표현할 수 있다.<sup>47)</sup> ICC 항소심재판부도 공소사실확인심리는 “일심재판으로 가야할 사건[···]과 가지 말아야 할 사건을 분리하기 위해 존재한다”고 언급하였다.<sup>48)</sup> 지금까지 ICC에서의 공소사실확인심리들은 길어야 1주일을 넘지 않았고, 증인의 증언도 거의 듣지 않았다.<sup>49)</sup> 전심재판부들은 이 절차가 ‘소재판(mini-trial)’이 아님을 거듭 주장하였다.

Bemba 사건에서 검사의 공소장 상 다섯 개의 ‘공소사실(charges)’은 ‘인도에 반한 죄를 구성하는 강간’, ‘전쟁범죄를 구성하는 강간’, ‘전쟁범죄를 구성하는 살해’, ‘인도에 반한 죄를 구성하는 살해’, ‘전쟁범죄를 구성하는 약탈’인데, 이 각각은 ‘포괄적’ 방식으로 기술되어 있다.<sup>50)</sup> 예를 들어, ‘인도에 반한 죄를 구성하는 강간’이라는 공소사실은 공소장에 다음과 같이 기술되어 있다:

44) 로마규정 제61조(5)항 및 제61조(7)항 두부(頭部).

45) 로마규정 제61조(7)(a)항의 다음과 같은 문구는 공소사실 확인의 목적이 피의자를 재판으로 넘기는 것임을 분명히 규정하고 있다: “Confirm the charges [···] and commit the person to a Trial Chamber for trial on the charges as confirmed.”

46) Whiting, *supra* note 17.

47) William Schabas et al., “Article 61”, in Triffterer/Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Munich: C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016), p. 1487.

48) *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10 OA 4, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled “Decision on the confirmation of charges”, 30 May 2012, para. 39.

49) 로마규정 제61조(5)항은 공소사실확인심리를 위해 “검사는 서류 또는 요약된 증거에 의지할 수 있으며 [···] 증인을 부를 필요는 없다”고 규정한다.

50) Bemba 사건 다수의견과 소수의견은 ‘포괄적’이라는 개념을 표현하는 형용사로 ‘broad’를 사용한다(예를 들어, “in broad general terms”, “broad parameters of a case”, “in a broad manner”, “a broadly defined case”, “formulated broadly” 등).

“2002년 10월 26일경부터 2003년 3월 15일경까지, 장-피에르 뱌바는 로마규정 제7조(g)항 및 제28조(a)항 위반하여 중앙아프리카공화국 내의 민간인 남자, 여자 그리고 아동들에 대한 강간행위를 통해 인도에 반한 죄를 저질렀다. 중앙아프리카공화국 내의 민간인 남자, 여자 그리고 아동들은 [다음 사람들을] 포함하는데, [동시에] 그들에게만 국한되지 않는다[.]”<sup>51)</sup>

이 포괄적 기술 바로 다음에는 14명의 피해자와 그들이 강간당한 날짜 및 장소가 적시되어 있다. 여기서 “[다음 사람들을] 포함하는데, [동시에 그들에게만 국한되지 않는다(include, but are not limited to)]”라는 문구는 공소장에 적시된 14명의 피해자에 대한 강간은 ‘인도에 반한 죄를 구성하는 강간’이라는 ‘공소사실’을 보여주는 예시임을 징표 한다.<sup>52)</sup> 전심재판부는 공소장 상의 이러한 포괄적 방식의 ‘공소사실’ 기술을 받아들였고 동 재판부의 공소사실확인결정문 상 ‘확인된 공소사실(confirmed charges)’도 마찬가지로 다음과 같이 포괄적으로 표현되었으며,<sup>53)</sup> 일심재판부의 유죄판결도 거의 비슷한 형태로 기술되

51) *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-395-Anx3, Public Redacted Version of the Amended Document Containing the Charges, 30 March 2009, pp. 33-34.

52) Bemba 사건 반대의견도 이와 같은 견해를 피력하였다. *Bemba Dissenting Opinion*, *supra* note 16, para. 30. 여기서 필자가 ‘공소사실을 증명하는’이라는 표현 대신 ‘공소사실을 보여주는’이라는 표현을 쓴 이유는 ‘증명’은 ICC 일심재판의 증명기준인 ‘합리적 의심이 없는’ 개념과 연결되는 경향이 있기 때문이다. ICC에서 일심재판 전에 ‘항소심재판부(Pre-Trial Chamber)’가 주관하는 ‘공소사실확인심리(confirmation of charges hearing)’에서 공소장상 공소사실을 확인하는 것에 적용되는 증명기준은 ‘합리적 의심이 없는’ 보다 낮은 수준의 증명기준인 ‘[피의자가 범죄를 저질렀다고 믿을 만한] 상당한 근거가 있는(substantial grounds to believe)’이다. 로마규정 제61조(7)항 참조. 한편, 그보다 앞선 수사단계에서 체포영장 발부시 적용되는 증명기준은 ‘상당한 근거가 있는’ 보다 낮은 수준의 ‘[피의자가 범죄를 저질렀다고 믿을 만한] 합리적 근거가 있는(reasonable grounds to believe)’이다. 로마규정 제58조(1)(a)항 참조.

53) Bemba 사건 일심재판부 역시 전심재판부가 공소사실확인 결정문에 적용한 ‘공소사실’ 기술 방식을 포괄적인 것이라고 설명하였다. *Bemba Trial Judgment*, *supra* note 6, para. 42 (“[...] the Pre-Trial Chamber ‘in particular, [drew] attention to’ certain events and evidence, but did not limit the charges to those particular events or that particular evidence. Rather the Pre-Trial Chamber broadly defined the temporal and geographical scope of the alleged attack on the civilian population and the alleged armed conflict on CAR territory from on or about 26 October 2002 to 15 March 2003.”). 한 가지 기억할 것은 비록 구속력 있는 문서는 아니지만 ICC 재판부 실무와 관련하여 매우 의미 있는 ‘재판부실무지침(Chambers Practice Manual)’은 공소사실을 어떤 방식으로 기술할지는 전적으로 검사의 권한이며, 전심재판부는 공소사실확인결정문을 작성할 때 동 재판부가 확인한 공소사실에 대해서는 검사가 기술한 공소사실을 “글자 그대로(verbatim)” 써야 한다고 한다. *International Criminal Court, Chambers Practice Manual (“Chambers Practice Manual”)*, 2019, paras. 38 and 61. 그리고 이렇게 전심재판부가 확인한 “공소사실의 기술

었다.<sup>54)</sup> 공소사실확인결정문은 전심재판부에 의해 ‘확인된 공소사실’들을 다음과 같이 기술한다:

“이상과 같은 이유로 [전심]재판부는 [...]

d) 장-피에르 뱌바 고펜가 [로마]규정 제28조(a)항 상 다음과 같은 공소사실에 대해 형사적으로 책임이 있음을 확인한다:

- (i) [로마]규정 제7조(1)(a)항 상 인도에 반한 죄를 구성하는 살해;
- (ii) [로마]규정 제7조(1)(g)항 상 인도에 반한 죄를 구성하는 강간;
- (iii) [로마]규정 제8조(2)(c)(i)항 상 전쟁범죄를 구성하는 살해;
- (iv) [로마]규정 제8조(2)(e)(vi)항 상 전쟁범죄를 구성하는 강간;
- (v) [로마]규정 제8조(2)(e)(v)항 상 전쟁범죄를 구성하는 약탈<sup>55)</sup>

이러한 포괄적 방식의 공소장 상 ‘공소사실’ 기술 및 그것을 그대로 받아들인 공소사실확인결정(전심재판부) 그리고 일심재판 유죄판결(일심재판부)은 검찰부, 전심재판부 그리고 일심재판부 모두 피고인 Bemba가 “기소되고, 유죄판결을 받은 것은 2002년 10월 26일부터 2003년 3월 15일까지 중앙아프리카공화국 영토에서 MLC 군인들이 실행한 [일반적·포괄적인] 살해, 강간 및 약탈 범 죄<sup>56)</sup>였고, 특정 피해자에 대한 구체적 행위들은 단지 예시 내지 “부수적 사실(subsidiary fact)” 또는 “증거(evidence)”에 불과한 것으로 이해했다는 것을 징표 한다.<sup>57)</sup> Bemba 사건 항소심 심리에서 ICC 검찰부는 일심재판부의 유죄판결의 근거가 된 구체적 사실, 즉 3건의 살해, 28명에 대한 강간 그리고 25명의 개인 및 6개 단체에 대한 약탈은 “증거의 문제(matters of evidence)”로 봐야 한다는 의견을 개진하였다.<sup>58)</sup> 환언하면, 검찰부는 로마규정 제74조(2)항이 규

---

(the description of the [...] charges)”은 일심재판부를 구속하며, 공소사실의 형태(명확성, 구체성 등)에 대한 모든 논의는 전심재판부의 공소사실확인 결정시 종결되며, 이와 관련한 어떤 이슈도 일심재판부가 다룰 수 없다고 한다. *Ibid.*, paras. 57-59.

54) *Bemba Trial Judgment*, *supra* note 6, para. 752.

55) *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, pp. 184-185.

56) *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-T-372-Red3-ENG CT2 WT, Appeals Hearing Transcript, 9 January 2018 (“*Bemba* Transcript”), p. 52, line 24 to p. 53, line 1.

57) *Ibid.*, p. 53, line 8.

정하고 있는 일심재판부의 핵심적 판단 대상으로서 ‘중요사실(material fact)’을 구성하는 “공소사실에 기술되어 있는 사실과 정황(facts and circumstances described in the charges)”은 “포괄적으로 기술(broadly set out)”되어 있는 “2002년 10월 26일부터 2003년 3월 15일 사이에 중앙아프리카공화국 내에서 MLC 군인들이 저지른 살해, 강간 및 약탈” 범죄라고 주장한 것이다.<sup>59)</sup>

결정적으로 항소심재판부 다수의견은 바로 이 점에 대해 동의하지 않았다. 다수의견은 ‘공소사실’ 및 유죄판결의 기술이 Bemba 사건 공소장, 전심재판부 공소사실확인결정문, 일심재판부 판결문과 같이 포괄적으로 기술되어서는 일심재판부의 판단 범위를 확정하는 제74조(2)항의 의미 있는 적용이 불가능하다고 한다.<sup>60)</sup> 기본적으로 다수의견은 로마규정 제74조(2)항의 “공소사실에 기술되어 있는 사실과 정황”이라는 문구와 Regulations of the Court, Reg. 52(b)항상의 “사실의 기술(a statement of the facts)”을 같은 것으로 보는 전제하에 ‘공소사실(charges)’의 개념을 구성하는 규범적 요소와 사실적 요소 중 사실적 요소에 방점을 두는 해석을 하고 있는 것으로 보인다. 이는 특히 다수의견이 검사가 전심재판부가 확인한 공소사실과 관련된 범죄행위를 공소사실확인심리 이후 추가할 때는 ‘공소사실의 개정(amendment to the charges)’이 필요하다고 보는 견해로부터도 유추할 수 있다.<sup>61)</sup> 하지만, 이러한 다수의견의 주장은 항소심재판부 반대의견이 말하고 있는 것과 같이,<sup>62)</sup> 로마규정 제74조(2)항의 취지가 일심재판부로 하여금 검사가 설정하는 사건의 범위 내에서만 사실판단을 하라는 것뿐만 아니라 간과한 해석으로 보인다. 로마규정 교섭기록을 보아도 제72조(2)항의 취지는 “재판소는 공소장 [...]에 포함되어 있지 않는 사실에 대해서는 판단할 수 없다”는 것이었다.<sup>63)</sup> 즉, 제74조(2)항은 일심재판부의 판단범위를 정하는 기능을 하는<sup>64)</sup> 것일 뿐 ‘공소사실’이 자세히 기술되어 있는 정도에 대해서는 별 관심이 없는 것이다. 즉 제74조(2)항 상 일심재판부의 판단대상이 되

58) *Ibid.*, p. 53, lines 5-6 (“As a matter of evidence, these convictions are based on three killings: the rape of 28 persons and the pillaging of 25 individual victims and six groups or institutions.”). 국제형사재판 절차에서 ‘증거의 문제’로 취급된다고 함은 공소장에 적시될 필요가 없음을 함의한다. *Prosecutor v. Blaskić*, Case No. IT-95-14-A, Judgement (“*Blaskić Appeals Judgement*”), 29 July 2004, para. 219 (“[...] matters of evidence, and [therefore] need not be pleaded [...]”).

59) *Bemba Transcript*, *supra* note 56, p. 53, lines 2-4, p. 54, from line 21 to p. 55, line 9.

60) *Bemba Appeals Judgment*, *supra* note 12, para. 110.

61) *Ibid.*, para. 115.

62) *Bemba Dissenting Opinion*, *supra* note 16, para. 20.

63) *Ibid.*, para. 24.

64) *Ibid.*, para. 20.

는 ‘공소사실’을 포괄적으로 설정할지 세부적으로 설정할지에 대한 결정권은 검사에게 있다는 것이다.

기본적으로 전심재판부의 핵심적 역할인 공소사실확인(confirmation of charges)에 있어서 ‘공소사실’은 규범적 요소와 사실적 요소가 결합된 어떤 것으로 이해할 수 있다.<sup>65)</sup> 전심재판부가 행하는 공소사실확인심리를 규정하는 로마규정 제61조, 특히 동 심리에 있어서 검사의 역할을 규정하는 제61조(5)항과 전심재판부의 역할을 규정하는 제61조(7)항을 자세히 살펴보면 동 조 상의 ‘공소사실’ 개념은 규범적 요소와 사실적 요소 중 규범적 요소를 더욱 강조하고 있는 것으로 생각된다. 그 이유는 이 두 조항 모두 “피의자가 기소대상인 범죄를 저질렀다고 믿을 만한 상당한 근거”라는 문구를 포함하고 있기 때문인데, 여기서 “기소대상인 범죄(crimes charged)”란 사실적 요소보다는 규범적 요소를 강조하는 성격의 것으로 볼 수 있다. 이는 제61조(5)항이 추가적으로 규정하고 있는, “검사는 서면증거 또는 약식증거에 의존할 수 있으며 재판에서 증언할 것으로 예상되는 증인을 소환할 필요는 없다”라는 문구로부터도 확인할 수 있다. 즉, 로마규정은 전심재판부가 행하는 사실판단은 증거에 대한 면밀한 검토를 필요로 하지 않는다는 것을 명확히 하고 있는 것이며, 이는 공소장 상에 수록된 사실 하나하나에 대한 평가가 중요한 것이 아니고 피의자가 “기소대상인 범죄”를 저질렀다는 “상당한 근거”가 존재하는지의 여부에 대한 어느 정도 유연한 판단이 공소사실확인절차의 취지임을 말하고 있는 것이다. ICC 재판관들이 스스로 제정한 ‘재판부실무지침(Chambers Practice Manual)’도 일심재판에서만 온전히 검증될 수 있는 증거의 증명력 등에 대한 사전판단을 최소화하기 위해 전심재판부는 공소사실확인결정문에 증거 등에 대한 최소한의 논의만 수록하여야 한다고 한다.<sup>66)</sup> 항소심재판부 반대의견은 이러한 취지를 다음과 같이 설명한다:

“전심재판부는 재판을 할 사건이 존재하는지를 결정하는 것을 임무로 하며 [...] 사실적 공소사실 전체를 확인하거나 명확히 하는 것은 [그 임무가] 아니다. 이를 위해 전심재판부는 검사가 가져온 공소사실의 성격에 따라 기소대상

65) Otto Triffterer and Alejandro Kiss, “Article 74”, in Triffterer/Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Munich: C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016), p. 1842 (“The facts and circumstances (cause) and their legal characterization (nature) compose the charges (content).”). ‘공소사실’ 개념에 대한 ICC 재판부의 설명은, *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 7 March 2014, para. 1485.

66) Chambers Practice Manual, *supra* note 53, para. 63.

인 범죄를 포괄적인 방식으로 확인할 수 있다.”<sup>67)</sup>

다수의견은 ICTY, ICTR, ICC 등 국제형사재판기관들이 전통적으로 인정해 온 또 하나의 중요한 실무적 원칙을 무시하고 있다. 그것은 검사는 해당 사안의 성격에 따라 사건과 공소사실을 넓게 혹은 좁게 형성할 재량권을 가진다는 것이다. ICC ‘재판부실무지침’도 “무엇을 공소사실로 할지 그리고 공소사실을 어떻게 기술할지에 대한 결정은 전적으로 검사의 책임영역 안에 있다”고 명시하고 있다.<sup>68)</sup> 기본적으로 검사는 사건의 핵심인 ‘중요사실(material facts)’은 공소장에 반드시 기재하여야 하지만 그러한 ‘중요사실’을 입증하는 증거들은 기재할 필요가 없다.<sup>69)</sup> 주의할 점은 ‘중요사실’이 어느 정도의 구체성을 띠어야 하는지는 것은 검사가 구성하는 해당 사건의 성격에 따라 개별 사건별로 달라질 수 있다는 것이다.<sup>70)</sup> 이와 관련해, ICTY의 항소심재판부는 아래와 같이 말하고 있다:

“검사가 [...] 사실을 공소장에 기재할 때 요구되는 구체성의 정도를 결정하는 결정적 요소는 기소되는 범죄행위의 성격이다. 피해자의 신원, 피고인이 책임을 부담한다고 주장되어 지는 사건의 [발생]장소와 일자, 그리고 그 사건의 묘사 등의 사실들이 [공소장에 반드시 기재되어야 하는] 중요성[을 띠는지에 대한 판단은] 피고인이 그 사건[현장]에 얼마나 가까이 있었는지, 즉 검사에 의해 특정된 책임 형태에 필수적으로 의존할 수밖에 없다.”<sup>71)</sup>

예를 들어, 검사가 (i) 피고인이 직접 몸으로 실행한 범죄행위에 대해 단독 정범의 범죄참가형태를 원용하는 경우, (ii) 범죄현장으로부터 상당한 거리에 떨어져 있었던 피고인에 대해 방조범을 원용하는 경우, 그리고 (iii) Bemba 사건의 경우처럼 범죄현장으로부터 매우 먼 외국에 있던 피고인에 대해 지휘관

67) *Bemba Dissenting Opinion*, *supra* note 16, para. 21.

68) *Chambers Practice Manual*, *supra* note 53, para. 38.

69) 다만 관련 증거들은 증거개시 절차를 통해 반드시 재판시작 전 피고인에게 전달되어야 할 것이다. ICC에서의 증거개시에 대한 상설은, 김상걸, “국제형사재판소 검사의 면책증거개시의무와 면책증거해당성 판단행위”, 『법조』, 제637호 (2009), pp. 108-153.

70) 이점에 대한 개관은, Triffterer and Kiss, *supra* note 65, pp. 1842-1844.

71) *Blaskić Appeals Judgement*, *supra* note 58, para. 210; *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25, Decision on Preliminary Motion on Form of Amended Indictment, 11 February 2000, para. 18; *Prosecutor v. Brđanin and Talić*, Case No. IT-99-36-T, Decision on Objections by Radoslav Brđanin to the Form of the Amended Indictment, 23 February 2001, para. 13. 한편, ICC ‘재판부실무지침’도 유사한 내용을 명시하고 있다. *Chambers Practice Manual*, *supra* note 53, para. 38.

책임을 원용하는 경우 등 이 세 가지 각각의 경우에 검사가 공소장에 관련 공소사실을 기재할 때 요구되는 구체성의 정도는 달라진다는 것이다. 당연히 (i)의 경우에는 피해자의 신원, 범행장소와 일시, 범행현장의 세세한 주변정황 등이 공소장에 자세히 기재되어야 하지만, (iii)의 경우에는 범죄를 저지른 집단, 피해자가 속하는 집단 그리고 관련 장소, 일자 등이 비교적 추상적으로 기술되어도 된다는 것이다. ICTY의 Krnojelac 사건 일심재판부는 (iii)의 경우 즉 지휘관책임이라는 범죄참가형태가 원용되는 경우에는, 해당 범죄를 저지른 부하들 개개인의 신원을 알 수 없는 경우 그 ‘부류(category)’나 ‘무리(group)’ 정도만 공소장에 특정해도 충분하다고 한다.<sup>72)</sup> 이는 합리적인 견해로 보이는데, 그 이유는 지휘관책임의 경우 구체적 범죄실행 보다도 관련 지휘관이 부하들의 범행을 막을 수 있는 능력이 있었는지, 그러한 능력이 있었음에도 불구하고 그 범행을 막지 못한 사실이 있는지 등이 논의의 핵심이기 때문이다.<sup>73)</sup> Bemba 사건 항소심재판부 다수의견이 공소장 상 사실 기술의 구체성 정도가 개개 사건의 성격에 따라 차이가 날 수 있다는 이러한 전통적 실무원칙에 대한 고려 없이 획일적으로 전심재판부의 공소사실확인 및 공소장에 구체적 행위에 대한 기술이 필요하다고 한 것은 균형 잡힌 접근법으로 보기 힘들다고 할 것이다.

### 3. 지휘관책임 관련 ‘멀리 떨어져 있는 지휘관’ 이론의 허구성

앞서 설명했듯이, ICC 검사가 재판을 통해 입증해야 할 핵심적 대상은 공소장에 기재한 ‘범죄’와 ‘범죄참가형태’이다. ICC 항소심재판부는 ICTY, ICTR 등에서 확립된 원칙에 따라 “합리적 의심이 없는”이라는 증명기준은 일심판결문에 포함된 개개의 모든 사실에 적용되는 것이 아니고 오직 유죄판결의 근거가 되는 ‘범죄’ 구성요건 및 ‘범죄참가형태’ 구성요건을 구성하는 사실의 입증에만 적용되는 것이라고 한다.<sup>74)</sup> 환언하면, 검사가 아무리 ‘범죄’

72) *Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25, Decision on the Defence Preliminary Motion on the Form of the Indictment, 24 February 1999, para. 46.

73) *Bemba* Dissenting Opinion, *supra* note 16, para. 27.

74) *Lubanga* Appeals Judgment, *supra* note 25, para. 22. 같은 취지를 말하고 있는 ICTY 항소심재판부 판례로는, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, Case No. IT-02-60-A, Judgement (“*Blagojević and Jokić* Appeals Judgement”), 9 May 2007, para. 226 (검사가 특정 범죄의 구성요건과 그 범죄와 연관되어 기소장에 기재한 범죄참가형태의 구성요건을 모두 ‘합리적 의심이 없는’ 증명기준에 충족시킬 정도로 입증한 경우에만 일심재판부는 그 범죄에 대한 유죄판결을 내릴 수 있다); *Prosecutor v. Mrkšić and Sljivančanin*, Case No. IT-95-13/1-A, Judgement, 5 May 2009, para. 217; *Milosević* Appeals

구성요건을 완벽히 증명하였다고 하더라도 ‘범죄참가형태’의 입증 없이는 유죄판결이 있을 수 없다는 것이다. 이는 국제형사재판에 있어서 ‘범죄참가형태’의 중요성을 잘 말해주고 있는데, Bemba 사건 항소심재판에 있어서도 역시 이 ‘범죄참가형태’가 사건 자체의 운명을 결정짓는 열쇠가 되었다. 즉, 피고인 Bemba에 대한 공소장에 기재된 5개 범죄 공소사실 모두에 대해 적용된 범죄참가형태는 로마규정 제28조(a)항 상의 ‘지휘관책임’이었는데, Bemba 사건 항소심재판부는 이 범죄참가형태 구성요건 중 하나가 일심재판에서 입증되지 않았음을 이유로 피고인에 대한 최종 무죄판결을 내린 것이었다.

로마규정 제28조(a)항이 규정하고 있는 ‘지휘관책임’이라는 범죄참가형태는 로마규정 제25조(3)(b)항이 규정하고 있는 ‘교사범’과 비교된다.<sup>75)</sup> 후자는 작위에 근거한 범죄참가형태인데 반해, 전자는 부작위에 근거한 범죄참가형태이다. 즉, ‘교사범’은 ‘명령(ordering)’, ‘요청(soliciting)’, ‘유인(inducing)’ 등 작위를 통한 범죄참가형태인 반면, ‘지휘관책임’은 지휘관으로서 반드시 했어야 할 행위를 하지 않았다는 부작위에 대해 개인형사책임을 묻는 것이다. 제28조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“제28조. 지휘관과 여타 상급자의 책임

본 재판소 관할권에 속하는 범죄들에 관한 본 [로마]규정 상 여타 형사책임 근거에 더하여:

(a) 군사지휘관[...]은 그의 실효적 지휘 및 통제 [...] 하의 군대가 그 군대에 대한 실효적 통제를 적절히 행사하는데 실패한 결과로 저지른 본 재판소 관할권에 속하는 범죄들에 대해 [아래 두 가지 조건이 만족될 경우] 형사책임을 진다:

(i) 군사지휘관[...]이 그 군대가 범죄를 저지르고 있거나 범죄를 저지르기 직전에 있다는 것을 알았거나, 당시 관련 상황으로 인해, 알았어야 하는 경우; 그리고

(ii) 군사지휘관[...]이 범죄 실행을 방지 또는 억제하거나 수사와 기소를 위해 관계 기관에 동 사안을 회부하기 위해 자신이 자기고 있는 권한 상 모든

Judgement, *supra* note 34, para. 20.

75) 지휘관책임에 대한 상설은, 김기준, 국제형사법 (서울: 박영사, 2017), pp. 231-261.

필요하고 합리적 조치들을 행하는데 실패한 경우”

이러한 로마규정 제28조(a)항 상의 지휘관책임 정의 규정으로부터 도출되는 그 입증을 위한 구성요건은 (i) 실효적 통제에 기반한 지휘관-부하 관계, (ii) 주관적 요건으로서 부하들의 범죄행위를 알았거나 알았어야 했다는 사실, (iii) 방지, 억제, 수사, 기소를 위해 필요하고 합리적인 조치들을 취하는데 실패한 사실의 세 가지이다.<sup>76)</sup> Bemba 사건 항소심재판부 다수의견은 일심재판부의 지휘관책임 관련 판단 중 첫 번째 및 두 번째 요건에 대한 판단은 문제 삼지 않고, 세 번째 요건 즉, 피고인이 부하들의 방지, 억제, 수사, 기소를 위해 필요하고 합리적인 조치들을 취하는데 실패했다는 판단을 문제 삼아 최종 무죄판결을 내렸다. 즉, 다수의견은 로마규정 제28조(a)항이 규정하고 있는 지휘관책임과 관련하여, 일심재판부는 Bemba가 부하들의 범죄를 방지하거나 처벌하기 위해 “필수적이고 합리적인 모든 조치들을 취하는데 실패”하였다고 판결하는 실수를 저질렀다고 한다.<sup>77)</sup> Bemba는 콩고민주공화국에 있었고, 그 수하의 민병대인 MLC 대원들은 중앙아프리카로 파견되어 있었기에 Bemba는 “멀리 떨어져 있는 지휘관(remote commander)”이었고, 자기 부하들을 통제하는 데 있어서 많은 어려움이 있을 수밖에 없었다는 것이다.

다수의견은 Bemba가 MLC 내에 범죄조사위원회를 구성하는 등의 조치를 한 것은 MLC의 대외적 이미지를 치장하기 위한 ‘동기(motive)’에서였다는 일심재판부의 판단을 문제 삼아, 항소심재판부가 직접 제28조의 ‘지휘관책임’의 “필수적이고 합리적인 조치” 요건 관련 사실판단에 나서면서 갑자기 “멀리 떨어져 있는 지휘관”이라는 생소한 개념을 들고 나오고 있다. Bemba가 위성전화를 가지고 있었으며, 통신센터를 통해 부하들과 연락을 주고받았고, 가장 중요하게는 범죄조사위원회 구성 관련 증인에게 뇌물을 주는 등 사법절차방해죄로 ICC에서 별도의 유죄판결을 받은 사실 등은 전혀 고려되지 않았다. “멀리 떨어져 있는 지휘관”을 범죄현장과 연결시켜 그에게 책임을 물으려는 취지의 ‘범죄참가형태’이론이 오히려 그를 범죄현장으로부터 단절시켜 면책을 부여하는 효과를 나타낸 기이한 경우라고 하겠다.

76) 이에 더하여 지휘관의 실패와 부하들의 범죄 사이의 인과관계도 지휘관책임 성립을 위한 요건으로 거론되어 왔으나 이와 관련해서는 학설상 많은 혼란이 있고 관련 국제판례도 뚜렷한 답을 주지 못하고 있다. *Bemba Separate Opinion*, *supra* note 14, paras. 51-56; Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), pp. 375-377.

77) *Bemba Appeals Judgment*, *supra* note 12, para. 194.

다수의견은 피고인 Bemba가 ‘필요하고 합리적인 조치를 취하는데 실패’하였는지의 문제를 논하면서, 일심재판부가 다루었던 다음과 같은 세세한 사실에 대해 하나하나 자신 나름의 반박을 이어나가고 있다.<sup>78)</sup> 그것들을 일별하면 다음과 같은데, 일심재판부는 다음과 같은 실수를 저질렀다는 것이다: (i) 군대를 외국으로 파견한 ‘멀리 떨어져 있는 지휘관’으로서 부하들의 범죄를 수사, 기소하는데 있어 피고인이 직면했을 한계들에 대해 적절한 평가를 하지 못한 실수,<sup>79)</sup> (ii) 피고인이 부하들의 범죄에 대한 수사를 위해 중앙아프리카공화국 당국에 편지를 보냈다고 주장하는 것을 다루지 않은 실수,<sup>80)</sup> (iii) 피고인이 취한 일부 조치들은 범죄에 대한 진정한 처벌을 위해서가 아니라 자신 휘하의 군대의 평판을 위한 동기에서 비롯된 것이라는 판단에 과도한 중요성을 부과하는 실수,<sup>81)</sup> (iv) 피고인이 자신의 군대의 여타 지휘관들에게 범죄 수사 및 기소를 위한 적절한 권한을 주는데 실패했다고 판단하는 실수,<sup>82)</sup> (v) 저질러진 범죄의 대략적인 숫자에 대한 판단 없이 피고인이 필요하고 합리적인 조치를 취했는지에 대한 판단을 하는 실수,<sup>83)</sup> (vi) 민간인들과의 접촉을 피하기 위해 자신의 군대를 재배치하는 것이 피고인이 취할 수 있었던 조치에 포함된다고 판단하는 실수.<sup>84)</sup>

다수의견이 이렇게 일심재판부의 개개의 사실판단에 대해 ‘단편적인 (piecemeal)’ 접근법을 취하는 것은 마치 항소심재판부 앞에서 ‘새로운 사실심 (trial *de novo*)’을 행하는 듯한 인상을 주고 있다.<sup>85)</sup> ICTY 및 ICTR 판례의 확고한 입장은 항소심재판부는 사실판단과 관련해서는 “일심재판부의 사실판단을 가볍게 건드려서는 안된다”는 것이며,<sup>86)</sup> 항소심 절차는 기본적으로 실수

78) *Ibid.*, paras. 171-193.

79) *Ibid.*, paras. 171-173.

80) *Ibid.*, paras. 174-175.

81) *Ibid.*, paras. 176-179.

82) *Ibid.*, para. 182.

83) *Ibid.*, paras. 183-184.

84) *Ibid.*, paras. 185-188.

85) 이 논점에 대한 상설은, Aniel de Beer and Martha Bradley, “Appellate Deference Versus the *De Novo* Analysis of Evidence: The Decision of the Appeals Chamber in *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*”, in T. D. Gill et al. (eds.), *Yearbook of International Humanitarian Law 2019*, pp. 154-185.

86) *Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-A, Judgement (“*Halilović* Appeals Judgement”), 16 October 2007, para. 10; *Prosecutor v. Blagojević and Jokić* Appeals Judgement, *supra* note 74, para. 9; *Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29-A, Judgement, 30 November 2006, para. 9; *Prosecutor v. Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A-A, Judgement (“*Bagilishema* Appeals Judgement”), 3 July 2002, para. 11; *Prosecutor v.*

를 바로잡는 “수정적(corrective)” 성격의 것이며,<sup>87)</sup> ‘새로운 사실심’이어서는 안된다는 것이다.<sup>88)</sup> ICC 첫 번째 사건인 Lubanga 사건 항소심판결문도 같은 입장을 천명하면서, 기본적으로 일심재판부의 사실판단을 존중하는 항소심재판부의 관련 ‘심의기준(standard of review)’을 다음과 같이 말하고 있다:

“[일심재판부의] 사실판단의 실수가 의심될 때, 항소심재판부는 해당 판단이 합리적인 일심재판부가 합리적 의심 없이 만족할 정도의 판단이었는지를 결정한다. 항소심재판부는 자신이 [일심재판부와] 같은 사실판단에 이르렀을 것인지를 결정하기 위하여 [관련] 증거에 대한 새로운 심사에 임해서는 안된다.”<sup>89)</sup>

또한, 일심재판부는 개개의 증거 또는 사실에 대해 ‘합리적 의심이 없는’ 증명기준을 ‘단편적으로’ 적용해서는 안되며 재판기간 동안 제출된 ‘증거 전체(entire body of evidence)’<sup>90)</sup>에 비추어 개별 증거들의 증명력을 판단하는 ‘전체적 접근법(holistic approach)’를 적용하여야 한다.<sup>91)</sup> Bemba 사건 항소심재판부의 지휘판책임 관련 증거들에 대한 접근은 이렇게 ‘증거 전체’를 충분히 숙지하고 이에 기반하여 개별 증거들을 평가할 수 있는 가장 적합한 자격을 가지고 있는 Bemba 사건 일심재판부의 사실판단을 너무도 쉽게 무시하고 ‘새로운 사실심’을 행하는 것 같은 강한 인상을 주고 있다. 문제는 다수의견이 행한 이러한 ‘새로운 사실심’도 항소심 재판부 반대의견이 지적하듯이 “[전체]증거의 작은 일부분(a small fraction of the evidence)”에 국한되어 행해졌다는 것이고,<sup>92)</sup> 이는 4년간에 걸친 일심재판 전체를 숙지하고 있는 일심재판부의 사실판단을 대체할 만한 것이 전혀 되지 못한다는 것이다. 일심재판부의 사실판단 중 “합리적으로 의심이 갈 수 있는 것”을 발견하면 항소심재판부는 그 사실판

*Musema*, Case No. ICTR-96-13-A, Judgement, 16 November 2001, para. 18.

87) *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Judgement, 25 February 2004, para. 5 (“The appeals procedure [...] is corrective and does not give rise to *de novo* review of the case.”); *Bemba* Dissenting Opinion, *supra* note 16, paras. 9 and 14.

88) *Lubanga* Appeals Judgment, *supra* note 25, para. 27; *Blaskić* Appeals Judgement, *supra* note 58, para. 13; *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-A, Judgement, 3 April 2007, para. 15; *Bagilishema* Appeals Judgement, *supra* note 86, para. 11.

89) *Lubanga* Appeals Judgment, *supra* note 25, para. 27.

90) *Halilović* Appeals Judgement, *supra* note 86, para. 119.

91) *Lubanga* Appeals Judgment, *supra* note 25, para. 22 (“[...] the Trial Chamber is required to carry out a holistic evaluation and weighing of all the evidence taken together in relation to the fact at issue.”).

92) *Bemba* Dissenting Opinion, *supra* note 16, para. 47.

단을 반드시 “뒤집어야(overturn)”한다는 새로운 항소심 심의기준<sup>93)</sup>을 채택한 다수의견에 대해 반대의견은 다음과 같이 뼈있는 비판을 가하고 있다: “[다수의견]의 한정된 증거 검증을 고려할 때, 다수의견이 일심재판부의 사실판단 및 종합적인 결론에 대해 의심을 가졌다는 것은 아마도 놀라운 일이 되지 못할 것이다.”<sup>94)</sup>

#### IV. 결론

이상과 같은 이유로 ICC Bemba 사건 항소심 최종 무죄판결은 일심재판부의 사실판단에 관한 독보적으로 유리한 지위를 전적으로 무시한 매우 아쉬운 판례라고 하겠다. 여러 국제형사재판기관들이 수년에 걸친 긴 시간 동안 이어지는 많은 증인의 증언과 증거들에 대한 논박을 몸으로 기억하는 일심재판부의 사실판단을 존중해 온 매우 합리적인 전통은 ICC에서도 반드시 이어져야 할 것이다. 아울러 ICC에 특유한 전심재판부와 동 재판부가 행하는 공소사실 확인심리의 임무와 역할에 대한 보다 명확한 이해가 요구된다. 또한 금번 Bemba 사건 항소심 판결을 통해 검사의 공소사실 선택 및 해당 사건에 최적화된 공소사실 기술 재량권에 대한 존중 필요성도 새삼 부각되었다고 볼 수 있다. 이러한 고려에서 볼 때, 동 판결은 세계적 인권 고양의 교두보로서 핵심 국제범죄에 대한 불처벌의 관행을 종식시키는 엄중한 책무를 부여받은 ICC의 역사에 있어 매우 중요한 반면교사가 될 것이다.

93) 위 각주 35 및 관련 본문 참조.

94) *Bemba Dissenting Opinion*, *supra* note 16, para. 47.

[참고문헌]

- 강성영, “국제형사재판소의 전시 성폭력범죄의 처벌과 개인의 형사책임형태에 관한 고찰”, 『국제법학회논총』, 제65권, 제4호(2020).
- 김기준, 국제형사법 (서울: 박영사, 2017).
- 김상걸, “국제형사재판소의 최근 위기상황에 관한 연구: 절차지연 문제를 중심으로”, 『국제법학회논총』, 제64권, 제4호 (2019).
- \_\_\_\_\_, “국제법상 ‘범죄의 집단성’과 ‘처벌의 개인성’의 포섭과 통합: 개인형사책임 개념의 도입과 범죄참가형태의 정교화”, 『국제법학회논총』, 제64권, 제1호 (2019).
- \_\_\_\_\_, 「국제형사재판소법 개관」, INSS 연구보고서 18-08 (서울: 국가안보전략연구원, 2018).
- \_\_\_\_\_, “국제형사재판소 검사의 면책증거개시의무와 면책증거해당성 판단행위”, 『법조』, 제637호 (2009).
- 박미경, “국제형사재판소(ICC)규정 제25조 제3항에서의 공범의 개념”, 『국제법평론』, 제43호 (2016).
- 연합뉴스, “ICC, 전쟁범죄 혐의로 1심서 18년형 받은 Bemba에 무죄 선고” (2018. 6. 9).
- Amann, Diane Marie. *In Bemba and Beyond, Crimes Adjudged to Commit Themselves*, EJIL Talk!, 13 June 2018.
- Cryer, Robert. et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019).
- de Beer, Aniel. and Bradley, Martha. “Appellate Deference Versus the *De Novo* Analysis of Evidence: The Decision of the Appeals Chamber in *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*”, in T. D. Gill et al. (eds.), *Yearbook of International Humanitarian Law 2019*.
- Heinze, Alexander. *Some Reflection on the Bemba Appeals Chamber Judgment*, *Opinio Juris*, 18 June 2018.
- Jackson, Miles. *Geographical Remoteness in Bemba*, EJIL Talk!, 20 July 2018;
- \_\_\_\_\_. *Commanders’ Motivation in Bemba*, EJIL Talk!, 15 June 2018.
- Carlson, Kerstin. “Bemba Acquittal Overturns Important Victory for Sexual Violence Victims”, *The Conversation*, 15 July 2018.

- SáCouto, Susana. “The Impact of the Appeals Chamber Decision in Bemba: Impunity for Sexual and Gender-Based Crimes?”, *International Justice Monitor*, 22 June 2018.
- SáCouto, Susana. and Sellers, Patricia Viseur. “The Bemba Appeals Chamber Judgment: Impunity for Sexual and Gender-Based Crimes?”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 27, Issue 3 (2018-2019).
- Sadat, Leila N. *Fiddling While Rome Burns? The Appeals Chamber’s Curious Decision in Prosecutor v. Bemba*, EJIL Talk!, 12 June 2018
- Schabas, William. et al., “Article 61”, in Triffterer/Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Munich: C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016).
- Simons, Marlise. “International Court Throws Out War Crimes Conviction of Congolese Politician”, *The New York Times*, 9 June 2018.
- Trahan, Jeniffer. Bemba Acquittal Rests on Erroneous Application of Appellate Review Standard, *Opino Juris*, 25 June 2018.
- Triffterer, Otto and Kiss, Alejandro. “Article 74”, in Triffterer/Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Munich: C.H.Beck, Hart, Nomos, 2016).
- Van den Berg, Stephanie. and Mwarabu, Amedee. “Congolese ex-Vice President Bemba acquitted of war crimes on appeal”, *Reuters*, 9 June 2018.
- Whiting, Alex. *Appeals Judges Turn the ICC on its Head with Bemba Decision*, 14 June 2018.
- Statement of ICC Prosecutor, Fotou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, 13 June 2018,
- Summary of the Appeal Judgment in the case The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Combo, Read by Presiding Judge Christine Van den Wyngaert, The Hague, 8 June 2018.
- Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-3636-Red, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Combo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute” (“Bemba Appeals Judgment”), 8 June 2018.

- Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-3636-Anx1-Red, Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański, 8 June 2018.
- Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-3636-Anx2, Separate Opinion: Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison, 8 June 2018.
- Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-3636-Anx3, Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osuji, 14 June 2018.
- Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-3399, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 21 June 2016.
- Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-3343, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016.
- Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Combo, 15 June 2009.
- Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-395-Anx3, Public Redacted Version of the Amended Document Containing the Charges, 30 March 2009.
- Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-T-372-Red3-ENG CT2 WT, Appeals Hearing Transcript, 9 January 2018.
- Prosecutor v. Ngudjolo*, ICC-01/04-02/12 A, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Trial Chamber II entitled "Judgment pursuant to article 74 of the Statute", 7 April 2015.
- Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06 A 5, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014.
- Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 7 March 2014.
- Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10 OA 4, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled "Decision on the confirmation of charges", 30 May 2012.
- Prosecutor v. Delić*, IT-04-83-A, Decision on the Outcome of the Proceedings, 29 June 2010.
- Prosecutor v. Milosević*, Case No. IT-98-29/1-A, Judgement, 12 November 2009.

*Prosecutor v. Mrkšić and Sljivančanin*, Case No. IT-95-13/1-A, Judgement, 5 May 2009.

*Prosecutor v. Halilović*, Case No. IT-01-48-A, Judgement, 16 October 2007.

*Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, Case No. IT-02-60-A, Judgement, 9 May 2007.

*Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-A, Judgement, 3 April 2007.

*Prosecutor v. Galić*, Case No. IT-98-29-A, Judgement, 30 November 2006.

*Prosecutor v. Blaskić*, Case No. IT-95-14-A, Judgement, 29 July 2004.

*Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Judgement, 25 February 2004.

*Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Case No. IT-95-16-A, Appeal Judgment, 23 October 2001.

*Prosecutor v. Brđanin and Talić*, Case No. IT-99-36-T, Decision on Objections by Radoslav Brđanin to the Form of the Amended Indictment, 23 February 2001.

*Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25, Decision on Preliminary Motion on Form of Amended Indictment, 11 February 2000.

*Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-97-25, Decision on the Defence Preliminary Motion on the Form of the Indictment, 24 February 1999.

*Prosecutor v. Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A-A, Judgement, 3 July 2002.

*Prosecutor v. Musema*, Case No. ICTR-96-13-A, Judgement, 16 November 2001.

International Criminal Court, Chambers Practice Manual, 2019.

[Abstract]

## A Critical Review of the ICC Appeals Chamber's Acquittal Decision in the Bemba Case

Sangkul Kim\*

The acquittal judgment rendered by the ICC Appeals Chamber in Bemba on 8 June 2018 shocked many experts in the field of international criminal law. Since the ICC has invested enormous time and resources on this case from the arrest of the accused in July 2008 to the final appellate judgment in June 2018, this result was severely disappointing to those followed the trial for such a long time. This paper critically analyzes the Appeals Chamber's acquittal decision centering upon the three issues of (i) 'departure from the traditional appellate standards of review', (ii) 'excessive arguments for the role of the Pre-Trial Chamber in the confirmation of the charges proceedings', (iii) 'the fallacy of the "remote commander" theory in respect of the command responsibility doctrine'. The basis of the discussions contained in this paper is the 'deferential approach' for the fact-findings of the Trial Chamber, which has traditionally been consistently applied by international criminal courts and tribunals. Behind this approach is the understanding that the Trial Chamber, which were extensively exposed to witnesses' testimonies and various arguments about evidence over many years, has an unparalleled advantage over the Appeals Chamber in terms of fact-findings. In this regard, we might quite convincingly argue that it was very arbitrary for the Appeals Chamber in the Bemba case to deviate from the well-grounded tradition of the 'deferential approach' and adopt a new criteria for appellate review without explaining the obvious reasons.

Keywords : International Criminal Court, Bemba, Appeals Chamber,  
Confirmation of Charges, Command Responsibility

---

\* Research Fellow, Institute for National Security Strategy