

천안함 침몰과 연평도 포격 그리고 국제형사법원

문규석*

목 차

- I. 서론
- II. 천안함 침몰과 연평도 포격에 대한 개괄적 고찰
- III. 천안함 침몰과 연평도 포격에 대한 국제법적 평가

- IV. ICC 검찰관의 수사권 행사 및 관련자에 대한 체포영장의 발행 여부
- V. 결론

I. 서론

지난 2010년 3월 26일 백령도 서남방 2.5km 떨어진 지점에서 대한민국의 해군의 초계함(PCC-772 천안: 이하 천안함)이 침몰하는 사건이 발생하였다. 이 사건으로 천안함은 크게 두 조각으로 대파되었다. 그 배에 타고 있었던 승조원 104명 중에서 58명은 다행스럽게 구조되었으나 40명은 사망했고 나머지 6명은 실종되었다. 이 사건은 대한민국의 모든 국민들에게 큰 충격이었다. 더 큰 충격은 천안함이 왜 침몰했는지에 관하여 명확한 대답을 침몰한 당시에 말할 수 없었다. 물론 개연성의 측면에서 북한이 개입되었다고 추정할 수 있었다. 문제는 그 어떤 추정으로 천안함의 침몰을 북한으로 몰고 갈 수 없었다. 그래서 정부당국은 천안함 침몰 원인을 명확히 규명하기 위하여 민간인, 군인 및 4개국 대표(미국, 영국, 스웨덴, 호주)의 전문가로 구성된 민·군합동조사단을 조직하였다.¹⁾ 민·군합동조사단은 다각적으로 조사한 후 동년 5월

20일에 북한(조선민주주의 인민공화국)의 어뢰 공격으로 침몰하였다고 발표했다. 민·군합동조사단의 발표로 국내 및 국제적으로 여러 가지의 움직임이 있었다.

먼저 국내적으로 사고 원인에 대하여 민·군합동조사단의 발표 전후로 다양한 견해가 있었다. 그 주된 견해는 어뢰설, 기뢰설, 내부폭발설, 피로파괴설, 좌초설 등이다. 민·군합동조사단의 발표로 크게 보수진영과 진보진영으로 나누어서 상당한 혼란도 있었다. 국제적으로는 북한을 두둔하는 국가와 그렇지 아니하는 국가 간의 견해 차이도 있었다. 그러나 민·군합동조사단의 조사 결과는 미국, 유럽연합, 일본, 인도 등 여러 국가들의 지지를 얻어서 UN의 안보리의 안건으로 회부되었다. 그런데 안보리에서 진행된 토의와 표결에서 중국의 반대로 안보리 결의를 채택하지 못하고 북한의 천안함 공격을 규탄하는 내용의 의장성명서가 채택하여 2010년 7월 9일에 발표되었다.²⁾

* 아시아사회과학연구원 선임 연구위원

1) 민·군합동조사단은 한국측 민간 전문가 27명(국회추천 전문위원 3명)과 군 전문가 22명으로 총 49명, 외국은 미국 15명, 호주 3명, 영국 2명, 스웨덴 4명 등으로 4개국 전문가 총 24명으로 구성되었다. 이들은 과학수사, 폭발·유형분석, 선체구조/관리, 정보분석의 4개 분과로 나누어 조사하였다. 대한민국 정부, 『천안함 피격사건 백서』, 2011. 3. pp.113-114.

2) S/Prst/2010/13(2010. 7. 9); 그 주된 내용은 다음과 같다:

- ① 천안함 침몰의 책임이 북한에게 있다는 결론을 내린 민·군합동조사단의 조사결과에 비추어 깊은 우려를 표명한다.
- ② 천안함 침몰을 초래한 공격을 규탄한다. 한국에 대한 차후의 적대행위를 방지하는 것이 중요하다는 것을 강조한다.
- ③ 한국이 보여준 절제력을 환영하고 한반도의 평화와 안정을 유지하는 것이 중요하다는 것을 강조한다.
- ④ 정전협정의 준수를 요청하고 무력충돌을 피하고 확대되는 것을 방지할 목적으로 한반도에 관한 주요 문제의 해결을 가능한 조기에 적절한 채널을 통하여 직접대화를 재개하는 것을 권장한다.

천안함 사건으로부터 약 8개월이 지난 2010년 11월 23일 오후 2시 30분경에 북한은 갑자기 연평도에 170여발을 포격하였다. 이 포격은 1950년 6월 25일에 시작된 남북한 간의 무력충돌이 1953년 7월 27일에 체결된 정전협정으로 종결된 이후에 최초로 대한민국의 영토와 1700여명의 민간인들이 살고 지역을 향한 무력공격이었다. 이 포격으로 해병대원 2명이 전사하고 민간인도 2명이 사망하였다. 물론 우리 군도 북한의 포격에 대응하여 자위권 차원에서 80여발 발사했다.

연평도 사건이 발생한 후 정확히 13일째인 2010년 12월 6일 국제형사법원(International Criminal Court: 이하 ICC)은 홈페이지의 언론 보도문을 통해서 연평도 포격과 천안함 침몰 사건에 대하여 전쟁범죄에 해당하는지 여부를 평가하기 위한 예시심사(preliminary examination)를 개시하였다고 발표했다.³⁾ 따라서 본 논문은 천안함의 침몰과 연평도 사건을 포괄적인 하나의 사건으로 보고,⁴⁾ 이 사건이 ICC에서 심층 조사, 분석, 평가된 이후에 북한이 전쟁범죄를 위반하였는가? 위반하였다면, 북한에서 그 전쟁범죄의 책임을 담당할 가능성이 있는 사람(김정일 국방위원장)에게 과연 수단의 대통령 오마르 알 바쉬르(Omar Al Bashir)와 같이 체포영장이 발행될 수 있는가?⁵⁾ 발행할 수 있다면, 그 근거는 무엇인가? 반대로 발행될 수 없다면, 그 이유가 무엇인가에 대하여 연구하고자 한다.

본 논문에서 논의를 전개하기 위하여 우선적으로 천안함 침몰과 연평도 포격에 대한 사실관계를 명확하게 확정하여야 한다. 그 이후에야 비로소

이들 사건에 적용될 법을 구체적으로 찾아낼 수 있기 때문이다. 또한 본 논문의 연구 범위와 관련하여 ICC에서 북한당국의 최고 책임자에게 책임이 있고, 그 책임자를 체포하기 위한 체포영장을 ICC가 발행되었다고 하여도 구체적으로 기소 및 재판 절차를 진행하기 위하여 그 책임자를 ICC의 본부가 있는 헤이그로의 이송과 관련된 문제는 제외하고자 한다. 그 이유는 실사 체포영장이 발행되었다고 하여도 북한의 경우는 구유고 대통령 슬로보단 밀라세비치처럼 후임 대통령에 의한 특별한 조치로 헤이그로 이송될 가능성이 거의 없다고 판단되기 때문이다.⁶⁾ 또한 수단대통령과 같이 현직에 있는 상태 또는 그 이상의 권력을 행사하고 있는 살아있는 권력자에게 북한당국이 그 어떤 조치도 취할 수 없다고 판단하기 때문이다.⁷⁾ 그러므로 II에서 천안함 침몰과 연평도 포격에 대하여 개괄적으로 고찰하고자 한다. III에서 이들 사건이 대하여 국제법적 측면의 법적 평가를 내리고자 한다. IV에서 이들 사건에 대한 국제법적 평가에 따라서 ICC 검찰관의 수사권 행사 및 관련자에 대한 체포영장 발행 여부에 대하여 살펴보고자 한다. 그리고 마지막으로 V에서 본 논문의 결론을 도출하고자 한다.

II. 천안함 침몰과 연평도 포격에 대한 개괄적 고찰

3) ICC Press Releases: ICC Prosecutor: alleged war crimes in the territory of the Republic of Korea under preliminary examination(ICC-CPI-20101206-PR608). <http://www.icc-cpi.int> (방문일자 2011. 4. 13).

4) 두 사건을 하나의 사건으로 본 이유는 가해자가 동일하게 북한이라는 점, 두 개의 사건이 모두 전쟁범죄에 관련이 된다는 점, ICC에서 두 개의 사건을 동시에 조사하고 있다는 점 등이 있기 때문이다.

5) ICC 검찰관은 2008년 7월 14일에 수단 대통령 오마르 알 바쉬르(Omar Al Bashir)에게 집단살해죄, 인도에 반한 범죄 및 전쟁범죄로 체포영장 발행을 요청하였다. Situation in Darfur, Sudan in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir("Omar Al Bashir"), (No.:ICC-02/05/01/09), 2009. 3. 4, pp.1-8 참조.

6) 슬로보단 밀라세비치 구 유고 연방대통령은 1999년 5월 24일 체포영장(인터폴이 발행한 체포영장 번호: Control No. A-518/7-1999)이 발행되어 각국 정부에 전달되었다. 그의 후임 대통령으로 코스투니차가 2000년 10월 7일 취임한 하였다. 코스투니차는 국내정세를 관망하다가 2001년 3월 4일에 경찰 특공대를 투입시켜 밀라세비치를 강제로 연행해서 곧장 ICTY로 이송했다. 그 후에 밀라세비치는 ICTY에서 재판이 진행되는 과정 속에서 2006년 3월 11일 네덜란드 헤이그에 있는 구치소에서 심장마비로 사망했다.

7) 수단대통령은 안보리 결의(UN Doc. S/Res/1593(2005))로 2005년 3월 31일에 수사가 개시된 이후에 2008년 7월 14일에 수단 대통령 오마르 알 바쉬르에게 체포영장이 발행되었다. 그는 현재(2011. 4. 13)도 수단의 현직 대통령임으로 ICC로 이송되는 것은 현실적으로 불가능하다.

1. 천안함 침몰

백령도에 인근 해역에서 천안함이 침몰한 사건이 발생한 직후에 침몰 원인이 정확히 무엇인지 몰랐던 우리의 정부당국은 철저한 진상조사를 위하여 민·군합동조사단을 조직하였다. 동 조사단은 다각적으로 심층적인 조사와 필요한 증거를 수집한 이후에 천안함 침몰 사건에 대하여 동년 5월 20일 다음과 같이 발표하였다. 즉 천안함은 가스 터빈실 좌현 하단부에서 감응 어뢰의 강력한 수중 폭발에 의해 선체가 절단되어 침몰한 것으로 판단된다는 것이다.⁸⁾ 이와 같은 사실을 입증하기 위하여 침몰해역에서 어뢰로 확증할 수 있는 결정적 증거물로 어뢰의 추진동력부인 프로펠러를 포함한 추진 모터와 조종장치 등을 제시하였다. 또한 이 증거물은 북한이 해외로 수출할 목적으로 배포한 어뢰 소개 자료의 설계도에 명시된 크기와 형태가 일치했으며 추진부 뒷부분 안쪽에 “1번”이라는 한글 표기는 우리(관계당국)가 확보하고 있는 북한의 어뢰 표기방법과도 일치한다는 것이다.

이와 같이 민·군합동조사단의 발표가 확정된 사실이라는 전제 하에서 볼 때 천안함이 침몰(爆枕)되었다는 것은 천안함이 북한의 어뢰공격에 의하여 폭발되어 바다 속으로 가라앉았다는 것을 의미한다. 따라서 북한의 어뢰 공격에 의한 수중폭발로 선체가 절단되어 가라앉았으므로 어뢰 공격의 측면을 강조하면 격침이 되고, 폭발의 측면을 강조하면, 폭침이 되었다고 말할 수 있다. 제기되는 문제는 상당수의 국민들이 위와 같은 민·군합동조사단의 발표를 신뢰하지 못한다는 사실이다. 그로 인하여 천안함 침몰의 원인에 대하여 어뢰설, 기뢰설, 내부폭발설, 피로파괴설, 좌초설 등이 다양하게 제기되었다.⁹⁾

우리 당국의 주장에 반하여 북한 당국은 ① 국방위원회 대변인의 성명을 통하여 아무런 물증도

없이 천안함 침몰사건을 우리와 억지로 연계시키다가 끝끝내 침몰원인이 우리의 어뢰공격에 있는 것처럼 날조된 합동조사 결과라고 발표하면서, 천안함의 침몰사건이 모종의 조치, 군사적 목적을 추구하기 위해 역적패당이 꾸며낸 의도적이고 강도적인 모략극, 날조극이라고 밖에 달리 볼 수 없다는 것이다.¹⁰⁾ ② 조평통(조국평화통일위원회)도 피뢰패당이 미일 상전과 공모 결탁하여 우리의 존엄을 헐뜯고 제재 책동에 계속 매달리며 공화국을 모해압살하기 위해 조작한 또 하나의 특대 형 모략 극이라고 하였다.¹¹⁾ ③ 2011년 2월 8-9일에 열린 남북 고위급 군사회담 개최를 위한 판문점 실무회담에서 북한측 대표단은 “천안함 사건은 북한과 무관하다. 미국의 조종 하에 남측의 대북 대결 정책을 합리화하기 위한 특대 형 모략 극이다”고 했다.¹²⁾ ④ 2010년 6월 8일에 북한의 상임 UN대표가 안보리 의장에게 보낸 편지에서도 동일하게 민·군합동조사단의 결과를 전체적으로 거절하면서 객관적이고 과학적인 군사적 분석과 천안함 사건을 둘러싼 환경은 순수하게 미국의 정치·군사적 목적을 위하여 조작된 시나리오라는 견해를 제시했다.¹³⁾

천안함 사건에 대한 민·군합동조사단의 발표를 국내적인 측면에서 신뢰하지 못한 분들도 있고 또 북한 당국도 특대 형 모략으로 보고 있다. 그럼에도 불구하고 본 글은 민·군합동조사단의 견해를 확정된 사실로 전제하고자 한다. 그 이유는 ① 본 논문의 전개를 위해서 우선적으로 사실관계를 명확히 확정하는 것이 기본전제이기 때문이다. ② 민·군합동조사단의 발표는 대한민국의 공식적인 견해이기 때문이다. 실제로 대한민국 정부는 사건이 발생한지 정확히 1년 된 날에 대한민국 정부의 이름으로 천안함 피격사건 백서를 발행하였다.¹⁴⁾ ③ 국제법상 주체는 국가이고 국가는 그 국가의

8) 대한민국 정부, 상계서, p.292; 중앙일보, 2010. 5. 21, 제43판, pp.1-6; S/2010/281(4 June 2010), pp.2-9.

9) 천안함 사건이 발생한지 1년이 지난 현재에도 침몰 원인에 대하여 여전히 논란 가운데에 있다. 중앙일보, 2011. 3. 22, 제43판, p.6.

10) 통일부, 주간 북한동향, 2010. 5.17 - 5. 23, 제996호, p.8.

11) 통일부, 상계 자료, p.9.

12) 중앙일보, 2011. 2. 10, 제43판, p.2.

13) 2010년 6월 8일에 북한 상임 UN대표가 안보리 의장에게 보낸 편지(S/2010/294, 8 June 2010)의 1면.

14) 각주 1번 참조.

공식적인 견해를 근거로 외교활동 또는 국가 간의 국제협력을 위한 여러 가지 제반 활동을 수행하기 때문이다.¹⁵⁾ ④ 북한의 공격행위로 입증하기 위하여 침몰해역에서 어뢰의 추진 동력부인 프로펠러를 포함한 추진모터와 조종 장치 등이 제시되었고, 또 추진체 뒷부분 안쪽에 써진 “1번”이라는 한글 표기는 연평도에 떨어진 불발탄에서 동일하게 쓰인 숫자가 나타났기 때문이다.¹⁶⁾

민·군합동조사단의 발표를 확정된 사실로 전제한 것에 대하여 만약에 그 책임의 주체가 북한이 아니라고 한다면, 본 논문의 논의는 당장이라도 중단되어야 한다. 그 이유는 잘못된 사실을 확정된 사실로 간주하고 특정한 법을 구체적으로 적용한다는 것은 더 큰 오류로 확대되기 때문이다.

2. 연평도 포격

2010년 11월 23일 오후 2시 30분경에 북한은 남한의 연평도를 향하여 170여발을 두 차례에 걸쳐서 포격하였다. 이러한 포격은 1953년 7월 27일에 남북한 간에 체결된 정전협정 이후에 최초의 무력 행사였다. 이 포격으로 해병대원 2명(문광옥 일병, 서정우 하사)이 전사하고 민간인도 2명이 사망하였다. 이외에 19명(민간인 3명과 해병대원 16명)이 중경상을 입었고, 주택 화재로 1채가 전소되고 21채가 반소되었으며, 산불이 10곳에 발생하였다.¹⁷⁾ 우리 군도 북한의 포격에 대응하여 자위권 차원에서 80여발을 발사했으나 북한의 정확한 피해 상황에 대하여 북한당국은 아무런 보도를 하지 않았다.

연평도 포격에 대한 북한당국의 주요 발표는 자위조치라고 발표했다. 즉 인민군 최고사령부는 “그 무슨 ‘호국’이라는 북침전쟁연습을 벌려놓고 조선

반도의 정세를 긴장 격화시키고 있는 남 괴뢰들이 우리의 거듭되는 경고에도 불구하고, 11월 23일 13시부터 북 서해 연평도 일대의 우리 측 영해에 포사격을 가하는 무모한 군사적 도발을 감행하였다. 조국의 신성한 영해를 지키고 있는 우리 혁명무력은 괴뢰들의 군사적 도발에 즉시적이고 강력한 물리적 타격으로 대응하는 단호한 군사적 조치를 취하였다. 앞으로도 우리 혁명무력은 남조선 괴뢰들이 감히 우리 조국의 영해를 0.001mm라도 침범한다면 주저 않고 무자비한 군사적 대응타격을 계속 가하게 될 것”이라고 거친 표현으로 발표하였다.¹⁸⁾ 그 외에 북한 외무성 대변인 담화와 인민군 관문 점대표부 대미통지문 및 조평통 대변인 성명도 모두 위와 같이 남한이 도발하였으므로 그 도발에 대하여 자위조치를 취했다는 입장을 취하고 있다.¹⁹⁾ 따라서 우리의 입장에서 볼 때 남한 당국이 북방한계선(Northern Limited Line: 이하 NLL) 이남에서 통상적으로 행해왔던 훈련을 빌미로 연평도에 포격한 것은 북한의 철저한 계획 하에 실시되었다고 보는 것이 지배적인 견해이다.²⁰⁾

3. 이들 사건에 대한 행위의 결과와 ICC 검찰부에 대한 예비심사 의뢰

북한은 왜 천안함에 대하여 어뢰로 공격하였는가? 왜 연평도를 향하여 포격을 가했는가? 남한의 서해에서 발생한 이들 사건에 대하여 다양한 원인과 분석이 제시될 수 있다. 중요한 사실은 천안함 침몰 사건과 연평도 포격 사건이 어떠한 원인에 의해서 발생했는가의 문제가 아니라 행위의 결과에 대한 법적 평가와 그 법적 평가에 따른 법적 책임의 문제가 있다. 말하자면, 이들 사건에 대한 법적 평가는 그 사건의 원인에 있는 것이 아니라 행위의 결과이다. 설사 북한 당국이 이들 행위의 정당성에 대하여 그 어떤 주장을 공식적으로 발표했다

15) 실제로 2010년 6월 4일에 한국의 상임 UN대표가 UN안보리 의장에서 보낸 편지와 그 편지에 첨부된 자료는 민·군합동조사단이 발표한 내용을 영문으로 번역하여 보낸 자료와 동일하다(S/2010/281, 4 June 2010). 따라서 민·군합동조사단의 발표는 한국의 공식적인 견해이고, 그 견해를 근거로 안보리에서 외교활동을 수행한 결과 안보리에서 안보리 의장성명(S/Prst/2010/13, 9 July 2010)이 발표되었다.

16) 중앙일보, 2010. 11. 27, 제43판, p.1.

17) 그 외에 연평도 기지국 5개 중 3개가 파손되었다. 행정안전부, 일일 재난 위기 상황보고, 2010. 11. 24, 오전 6시 현재, p.1.

18) 통일부, 주간 북한동향, 2010. 11. 22- 11. 28, 제1023호, p.10.

19) 통일부, 상계 자료, pp.10-12 참조.

20) 한국국방연구원의 동북아안보정세분석: 박대광, “북한의 서해 무력도발 : 배경, 전략적 계산, 결과”, 2010. 12. 23, pp.1-4 참조.

고 하더라도 그들의 공격행위가 위법성을 경감할만한 사유가 발생하지 않는 이상 그들에 대한 법적 책임은 결코 경감되지 않는다. 왜냐하면 남한 당국은 북한을 향하여 그 어떤 무력을 행사하지 않았기 때문이다. 반대로 북한의 어뢰 공격으로 천안함이 침몰했고, 46명의 병사들은 사망하였다. 마찬가지로 우리 군 당국은 우리의 관할에 해당하는 백령도 인근 해역의 NLL 이남 지역에 특정한 범위를 설정하고 그 범위의 바다를 향하여 통상적인 훈련 차원으로 포사격을 했어도 북한의 군사시설과 민간 주민들을 향하여 포격을 하지 않았다. 반대로 북한은 연평도에 설치된 군 시설과 민간인 거주지역을 향하여 170여발의 포격하여 군인 2명과 민간인 2명이 사망했고, 그 외에 위에서 언급한 바와 같은 부상자와 재산적 피해도 발생하였다.

따라서 법적인 측면에서 평가해야 할 사항은 다음과 같다. ① 이들 사건이 누구의 관할영역에서 발생했는가? ② 이들의 행위는 합법적인 행위인가? 위법한 행위라면, 어떠한 법을 구체적으로 위반했는가? ③ 위법한 행위의 결과로 ICC 검찰관은 이들 사건에 대하여 형사관할권(수사권)을 행사할 수 있는가? ④ 북한 당국이 위법행위를 행했다면, 북한 당국자 중에 누가 그에 대한 법적 책임을 담당해야 하는가? ⑤ ICC 검찰부가 수사권을 행사할 수 있다면, 북한당국의 최고책임자에게 개인의 형사책임을 추궁하기 위하여 체포영장을 발행할 수 있는가? 반대로 체포영장을 발행할 수 없다면, 그 이유는 무엇인가? 마지막으로 ⑥ 북한당국의 최고책임자에게 개인의 형사책임을 추궁하기 위하여 체포영장이 발행될 수 있다면, ICC는 북한당국의 최고책임자를 ICC로 이송 받을 수 있는가 등이다.

III. 천안함 침몰과 연평도 포격에 대한 국제법적 평가

1. 이들 사건이 누구의 관할영역에서 발생했는가?

지난 2010년 3월 26일에 천안함이 침몰한 지역은 백령도 서남방 2.5Km 떨어진 지점이다. 이 지역은 1953년 7월 27일 이후로 남한 당국이 관할해 오고 있는 지역이다. 정확히 말한다면, 남한당국의 영역임과 동시에 남한 당국의 관할지역이다. 반면에 북한은 특정한 범위로 NLL은 현재의 NLL 이남에 설치되어야 한다고 강력하고 주장하고 있다.²¹⁾ 그러나 남북기본합의서²²⁾ 제11조도 “남과 북의 불가침 경계선과 구역은 1953년 7월 27일자 군사정전에 관한 협정에 규정된 군사분계선과 지금까지 쌍방이 관할하여 온 구역으로 한다”고 규정되어 있으므로 이 지역이 남한의 관할지역임을 명확하게 확인해 주고 있다. 물론 북한당국의 입장을 수용하여 현재의 NLL은 분쟁상태에 있다고 해도 남북한 간에 협의를 통하여 새로운 NLL이 확정되기 이전까지는 현재의 NLL은 효력이 있다.²³⁾ 동일하게 연평도도 약 1700여명의 남한 주민이 살고 있는 남한의 영토이다. 따라서 이들 두 사건이 발생한 지역은 모두 남한의 관할지역임과 동시에 남한의 영역이다.

2. 이들의 행위가 위법한 행위라면, 어떠한 법을 구체적으로 위반했는가?

1) 천안함 침몰 사건

천안함 침몰 사건은 북한의 주장처럼 특대 형

- 21) 정전협정 당시에 동해의 NLL은 섬이 없기 때문에 쉽게 합의에 도달했다. 반면에 서해는 많은 도서로 인하여 쉽게 합의할 수 없었다. 따라서 유엔군은 서해에 NLL을 일방적으로 선언하였다. NLL에 관하여 다음의 논문 참조. 김명기, “서해 5도의 법적 지위”, 『국제법학회논총』, 제23권 1·2호 (통권 제43·44호), 1978. 12, pp. 323-337; 김정건, “서해 5도 주변 수역의 법적 지위”, 『국제법학회논총』, 제33권 2호 (통권 제64호), 1988. 12, pp.135-154; 이장희, “제2차 남북 정상회담 이후 서해 북방한계선(NLL)의 국제법적 검토”, 『인권과 정의』, 통권 375호, 2007. 11, pp.6-23.
- 22) 1991년 12월 13일 서명되어 1992년 2월 19일에 대통령의 명령(1992년 2월 17일에 공고된 제118호, 관보 제12060호)으로 발효된 남북기본합의서의 정확한 명칭은 남북사이의 화해와 불가침 및 교류, 협력에 관한 합의서이다. 이하에서 약칭으로 남북기본합의서로 사용하고자 한다.
- 23) 남북기본합의서 제2장 남북불가침 관련 부속합의서 제10조 참조.

모략 극인가? 민·군합동조사단이 발표한 사항은 남한 당국의 견해이고, 그 견해를 확정된 사실로 간주한다면, 의문의 여지가 없이 북한당국이 은밀하게 소형 잠수함으로 남한의 관할지역을 침범하여 어뢰를 발사하고 북한으로 복귀한 것으로 판단된다. 또한 이때 당시에 천안함은 북한을 향하여 공격조치를 취하지도 않았고 통상적인 초계활동을 행하고 있는 중이었다. 따라서 천안함 사건은 정전상태에서 북한의 소형 잠수함이 은밀하게 남한의 영역을 침범한 이후에 초계활동을 수행하고 있는 천안함을 향하여 어뢰로 공격하였으므로 명백하게 북한이 위법한 행위를 하였다. 따라서 구체적으로 위반한 규정을 제시하면, 다음과 같다.

(1) 정전협정 제2조 12항 위반

북한은 1953년 7월 27일에 남북한 간에 체결한 정전협정 제2조 12항을 위반하였다. 즉 북한은 동정전협정의 효력이 발생하는 시점(1953년 7월 28일 10시) 이후부터 일체의 적대행위를 완전히 정지할 것을 명령하고 이를 보장한다는 규정을 위반하였다.

(2) 남북기본합의서 제4조, 제5조 및 제9조 위반

천안함 침몰 사건은 남북기본합의서 제4조, 제5조 및 제9조를 위반하였다. 먼저 제5조는 “현 정전상태를 남북사이의 공고한 평화 상태로 전환시키기 위하여 공동으로 노력하며 이러한 평화 상태가 이룩될 때까지 현 군사정전협정을 준수 한다”고 규정되어 있다. 그럼에도 불구하고 북한당국은 군사정전협정에서 금지하고 있는 적대행위를 실제로 행하였다. 동일하게 제9조에서 “상대방에 대하여 무력을 사용하지 않으며...”로 규정되어 있음에도 불구하고 우리 측에 대하여 무력을 행사하였다. 말하자면, 남북기본합의서에 사용된 무력의 의미가 (아래에 기술된) UN헌장 제2조 4항에서 사용된 무력의 의미와 동일하게 해석한다면, 천안함에 대한 공격행위는 명백히 동 합의서 제9조를 위반하였다. 다만, 원칙적인 측면에서 볼 때 천안함 침몰 사건이 남북기본합의서 제4조에 규정된 상대방

을 ‘파괴·전복하려는 일체 행위’로 볼 것인가에 대하여 논란의 여지가 있다. 따라서 북한의 행위가 상대방을 파괴·전복하려는 일체의 행위에 포함될 수 있는지 여부에 대하여 살펴보고자 한다.

먼저 부정적인 측면의 근거를 제시하면, 두 가지가 있다. ① 통상적인 의미로 상대방을 ‘파괴·전복하려는 행위’는 특정한 내용의 무력행사가 1회성이 아니라 계속적으로 상대방 국가의 체제 또는 정치적 독립의 적극적인 침해와 연계된다는 점이다. ② 북한의 어뢰 공격은 실제적으로 단 1회성으로 끝났다는 점이다. 반대로 긍정적인 측면의 근거를 제시하면, 세 가지가 있다. ① 배수량 1220톤에 해당하는 중소형 군함을 은밀하게 공격하여 파괴하였다는 사실은 남한의 모든 국민들에게 큰 충격이므로 상대방을 파괴·전복하려는 행위로 해석할 수 있다는 점이다. 즉 정확히 표현해서 상대방을 파괴하려는 행위로 해석된다는 점이다. ② 상대방을 파괴·전복하려는 일체의 행위가 구체적으로 어떠한 행위인지에 관하여 남북기본합의서 제1장 남북화해 관련 부속합의서 제15조, 제16조 및 제17조에 명확하게 정립되어 있다. 즉 상대방에 대한 테러, 포섭, 납치, 살상을 비롯한 직접 또는 간접, 폭력 또는 비폭력 수단에 의한 모든 형태의 파괴·전복 행위(제15조), 선전선동행위(제16조), 그리고 상대측 지역 및 해외에서 상대방의 체제와 법질서에 대한 파괴·전복을 목적으로 하는 테러 단체인 조직을 결성 또는 지원 비호하는 하는 행위(제17조) 등을 의미한다고 규정되어 있다. 이러한 의미의 관점에서 본다면, 동 부속합의서 제15조에 해당하는 행위로서 파괴행위로 볼 수 있다. ③ 비록 1회성으로 끝난 폭력적 행위가 파괴·전복하려는 행위로 볼 것인지 여부에 대하여 의문을 제기된다 할지라도 파괴 행위 자체는 1회성으로도 충분하고 또 연평도 포격 사건과 포괄적으로 연계시켜 본다면, 상대방을 파괴하려는 행위로 볼 수 있다는 점이다. 그러므로 천안함 침몰 사건은 상대방을 파괴하려는 행위이므로 남북기본합의서 제4조도 위반하였다.

(3) UN헌장 제2조 4항 위반

북한은 1992년 9월 18일에 남한과 동시에 유엔에 가입한 유엔회원국이다. 동 조항에서 모든 회원국은 그 국제관계에 있어서 다른 국가의 영토보전이나 정치적 독립에 대하여 또는 UN의 목적과 양립하지 아니하는 어떠한 기타 방식으로든 무력의 위협이나 무력행위를 삼가도록 규정하고 있다. 여기서 무력행사(use of forces)는 기동력을 지니면서 군사적인 힘으로 표출되는 다양한 형태의 군사활동으로 볼 수 있다.²⁴⁾ 따라서 북한은 소형 잠수함에서 발사한 어뢰로 천안함을 공격하여 침몰시켰으므로 북한은 UN헌장 제2조 4항을 위반하였다.

2) 연평도 포격 사건

북한당국은 위에서 살펴본 바와 같이 남한 당국이 통상적으로 NLL 이남 지역을 향하여 행해오던 ‘호국’이라는 군사훈련을 빌미삼아 연평도에 포격한 것을 자위권 조치라고 주장하고 있다. 그 주된 이유는 특정한 범위로 현재의 NLL 이남이 북한의 관할지역인데, 바로 그 지역에서 훈련했다는 것은 북한의 관할권을 침범한 것이라는 주장이다. 설사 북한의 주장과 같이 NLL에 대하여 남북한 간에 분쟁 상태에 있다고 하여도 남북기본합의서 제11조와 제2장 남북불가침 관련 부속합의서 제10조에 의하여 현재는 여전히 남한의 관할지역이고, 남한의 관할지역을 향하여 포격 훈련을 한 것은 합법적인 행위이다. 이에 반하여 북한은 북한의 관할지역에서 훈련하였으므로 자위권 조치의 측면에서 연평도를 향하여 포격하였다고 주장한 것은 자위의 개념이 무엇인지도 모르고 있다. 즉 자위권의 행사는 UN헌장 제51조에 따르면, UN회원국인 특정국가에 대하여 무력공격이 발생한 경우에 안보리가 국제평화와 안전을 유지하기 위하여 필요한 조치를 취할 때까지 취할 수 있는 조치이다. 더군다나 자위조치를 취할 때에는 국제관습법 상 비례

성의 원칙과 필요성의 원칙도 충족이 되어야 한다. 말하자면, 비례성의 원칙의 측면에서 볼 때 우리 측이 바다를 향해서 포격훈련을 하였으므로 북한이 자위조치를 취한다고 한다면, 북한도 바다를 향해서 포격해야 했다. 또한 바다를 향해서 포격했다는 사실은 우리의 군사시설과 민간인들을 향하여 군사적인 대응조치를 취할 필요성 자체가 존재하지도 않는다. 그럼에도 불구하고 북한 당국은 군 시설과 민간인이 거주하는 지역을 향하여 무차별로 포격하였으므로 명백히 국제법을 위반하였다.²⁵⁾ 따라서 구체적으로 위반한 규정을 제시하면, 다음과 같다.

(1) 정전협정 제2조 12항 위반

연평도 포격은 천안함 사건과 동일하게 북한은 1953년 7월 27일에 남북한 간에 체결한 정전협정 제2조 12항을 위반하였다. 즉 북한은 동 정전협정의 효력이 발생하는 시점(1953년 7월 28일 10시) 이후부터 일체의 적대행위를 완전히 정지할 것을 명령하고 이를 보장한다는 규정을 위반하였다.

(2) 남북기본합의서 제4조, 제5조 및 제9조 위반

연평도 포격은 천안함 침몰 사건과 동일하게 남북기본합의서 제5조와 제9조를 위반하였다. 또한 연평도 포격도 동 합의서 제1장 남북화해 관련 부속합의서 제15조에 정립된 의미로 상대방을 파괴·전복하려는 일체의 행위를 해석한다면, 동 합의서 제4조에서 금지하고 있는 상대방을 파괴하는 행위이므로 동 합의서 제4조도 위반하였다.

25) 북한은 국제법상 국가임에 틀림이 없다. 그 근거는 ① 국가만이 가입할 수 있는 유엔의 회원국이라는 점(UN헌장 제4조), ② 중국과 러시아를 비롯한 여러 국가들로부터 국가승인을 받았다는 점, ③ 국가승인을 받은 국가들과 여러 가지 국제조약도 체결하였다는 점 등이다. 다만, 남북한 간의 관계는 정전협정의 지배를 받고 있다. 또한 남북기본합의서에 의하여 ‘잠정적으로 형성되는 특수 관계’로 규정되어 있다(남북기본합의서 전문). 즉 대외적으로 주권국가간의 관계이나 민족 내부적으로 잠정적으로 특수 관계라는 2원적 법구조를 지니고 있다.

24) 문규석, “국제법상 정보전에 관한 연구”, 『국제법학회논총』, 제48권 제1호(통권 제95호), 2003. 6, pp.173-176 참조.

(3) UN헌장 제2조 4항 위반

연평도 포격은 천안함 침몰 사건과 동일하게 유엔헌장 제2조 4항에서 규정된 무력행사 금지의 원칙을 위반하였다. 그 이유는 170여발의 포격은 명백히 기동력을 지니면서 군사적인 힘으로 표출되는 다양한 형태의 군사 활동으로 정의되는 무력행사(use of forces)로 볼 수 있기 때문이다.

(4) 로마규정²⁶⁾ 제8조 위반

연평도 포격은 로마규정 제8조에 해당하는 전쟁범죄에 관한 규정을 위반하였다. 동 조항에 따르면, 전쟁범죄는, 큰 카테고리로 말한다면, ㉠ 계획이나 정책의 일부 또는 범죄의 대규모 실행의 일부로서 행해진 범죄, ㉡ 제네바 협정 및 제네바협정과 관련된 규정의 중대한 위반, ㉢ 확립된 국제법의 체제상 국제무력충돌에 있어서 적용되는 법과 관습의 중대한 위반, ㉣ 비국제적 무력충돌에 있어서 제네바협약의 공통 3조의 위반(적용되는 경우와 적용되지 아니한 경우가 있다²⁷⁾), ㉤ 비국제적 무력충돌에 있어서 적용되는 법과 관습의 중대한 위반(적용되는 경우와 적용되지 아니한 경우가 있다) 등을 의미한다. 여기서 연평도 포격은 확립된 국제법의 체제상 국제무력충돌에 있어서 적용되는 법과 관습의 중대한 위반으로서 민간인 주민 자체 또는 적대행위에 직접 참여하지 아니하는 민간인 개인에 대한 고의적 공격(로마규정 제8조 2항 (b) (i)에 해당한다. 그 근거는 민간인 거주시설에 대한 무차별 포격으로 2명의 민간인이 사망했고, 이미 위에서 언급한 바와 같이 부상자들과 여러 채의 주택이 파괴되었기 때문이다.

3) 위반의 결과로 ICC 검찰부는 이들 사건에 대하여 수사권을 행사할 수 있는가?

천안함 침몰 사건과 연평도 포격 사건이 발생한 이후에 아마도 반인도범죄조사위원회의 도희윤 대표와 뉴욕에서 활동 중인 탈북자 선교회의 마영애 대표가 ICC 검찰부에 이들 사건에 대한 예비심사를 의뢰하는 통지문을 보냈던 것 같다.²⁸⁾ 이러한 통지문으로 ICC 검찰관은 이들 사건에 대하여 예비심사²⁹⁾(또는 제1차적 수사권)를 행사할 수 있다. 즉 검찰관은 수집 또는 접수된 정보를 근거로 자료조사, 분석 및 평가 작업을 수행하여 수사를 진행할만한 합리적인 근거가 있는지 여부를 판단한다.³⁰⁾ 검찰관은 수사를 진행할만한 합리적인 근거가 있다고 판단하면, 통상적으로 형사관할권(수사권)을 행사할 국가에게 수사개시를 통지한다.³¹⁾ 반면에 그 통지를 받은 국가는 1개월 이내에 당해 국가에서 수사하고 있거나 또는 수사하였음을 ICC에게 통지한다.³²⁾ 이와 같은 일련의 수사절차가 진행되기 위해서 ICC 검찰관이 선행적으로 검토하고 있는 사항은 ICC가 천안함 사건과 연평도 포격 사건에 대하여 수사권을 행사할 수 있는지 여부이다.

로마규정에 따르면, 원칙적인 측면에서 형사관할권은 속인주의와 속지주의가 인정되고 있다.³³⁾ 즉 로마규정 당사국의 영역에서 발생한 사건과 당사국의 국민이 자행한 범죄에 대하여 형사관할권(수사권)을 행사할 수 있다. 예외적으로 수단 다푸르 사건과 같이 안보리의 결의로 ICC 검찰관에게 의뢰된 경우에 ICC 검찰관은 해당 국가에게 형사

28) 중앙일보, 2010. 12. 8, 제43판, p.6

29) 여기서 예비심사(preliminary examination)는 검찰관의 인지와 여러 국가, 국제기구 및 NGO에서 제공한 정보 및 접수된 자료의 조사, 분석, 평가 작업, 추가로 제공된 자료와 요청된 자료의 조사, 분석 및 평가 작업을 의미한다. 간단히 말한다면, 전심재판부(pre-trial division)로부터 수사허가요청이 허용되기 이전에 검찰관이 보충적 관할권의 행사 여부를 결정하기 위한 일체의 수사 활동을 의미한다. 필자는 예비심사를 제1차적 수사권 행사라고 부르고 있다. 그 이유는 검찰관의 수사권은 이원적 구조로 이루어져 있기 때문이다. 자세한 것은 다음의 자료 참조. 문규석, "국제형사법원에서 검찰관의 수사권 행사", 『외법논집』, 제28집, 2007. 11, pp.409-418; 따라서 본 논문에서 예비심사는 제1차적 수사권의 행사라는 표현과 혼용하여 사용하고자 한다.

30) 로마규정 제15조 2항 및 제53조 1항 참조.

31) 로마규정 제18조 1항, 2항.

32) 로마규정 제18조 2항.

33) 로마규정 제12조 2항 (a), (b).

26) ICC 설립을 위한 규정은 'Rome Statue of the International Criminal Court'이므로 이하에서 로마규정이라고 한다.

27) 폭동이나 국지적이고 산발적인 폭력행위 또는 이와 유사한 성격의 다른 행위와 같은 국내적 소모나 긴장상태에서 비국제적 무력충돌로 볼 수 없으므로 제8조 2항 ㉠과 ㉡는 적용되지 않는다.

관할권을 행사할 수 있다(로마규정 제13조 (b)). 따라서 ICC 검찰관은 다음과 같은 이유로 한국에 대하여 형사관할권(수사권)을 행사할 수 있다.

① 한국은 로마규정을 2000년 3월 8일에 서명하고 2002년 11월 13일에 비준하여 2003년 2월 1일에 발효하였다(조약 제1619호). ② 천안함 침몰 사건과 연평도 포격사건은 ICC 당사국인 한국의 영역에서 발생하였다. ③ 시간적으로도 이들 사건은 로마규정이 발효된 2002년 7월 1일 이후에 발생하였다(로마규정 제12조 1항 참조). ④ 연평도 포격 사건은 민간인들에 대한 무차별적인 포격이었으므로 ICC의 물적 관할범죄인 전쟁범죄(제8조 2항 (b)(i))를 위반하였다.

4) 북한 당국이 위반하였다면, 누가 그에 대한 법적 책임을 담당해야 하는가?

로마규정에서 규정되고 있는 책임의 주체 또는 피소의 대상은 법인격체가 아니라 자연인이다. 그 자연인이 그 어떤 지위를 누리고 있는지 여부를 떠나서 자연인이 형사책임을 부담하도록 규정하고 있다.³⁴⁾ 그렇다면, 북한당국이 위법한 행위를 했다면, 누가 그에 대한 법적 책임을 부담해야 하는가?

2009년 4월에 개정된 북한 헌법에 따르면, 국방위원회 위원장은 북한의 최고 령도자(영도자)(제100조), 즉 국가원수에 해당한다. 또한 국방위원회는 국가주권의 최고국방지도기관이다(제106조). 따라서 일반적으로 알려진 여러 국가의 헌법체제와 달리 북한의 최고통수권자 또는 통치행위에 대하여 전반적으로 책임을 지고 있는 실권자는 국방위원회 위원장이다. 그 근거는 다음과 같다. ① 국방위원회의 위원장은 북한의 최고 영도자(제100조)임과 동시에 북한의 전반적 무력의 최고사령관이 되며 국가의 일체 무력을 지휘 통솔하고 있다(제102조). ② 그의 권한은 국가의 전반 사업을 지도하고, 국방위원회사업을 직접 지도하며, 국방부문의 중요간부를 임명 또는 해임할 권한이 있다(103조

1-3항). ③ 다른 나라와 맺은 중요조약을 비준 또는 폐기할 권한도 있다(103조 4항). ④ 나라의 비상사태와 전시상태, 동원령을 선포할 권한도 있다. ⑤ 명령을 발할 권한도 있다(제104조). ⑥ 국방위원회는 다음과 같은 임무와 권한이 있다. 즉 국가의 중요정책을 수립, 국가의 전반적 무력과 국방건설사업 지도, 국방위원회 위원장 명령, 국방위원회 결정, 지시집행정형을 감독하고 대책을 세우며, 심지어 국방위원회 위원장 명령, 국방위원회 결정, 지시에 어긋나는 국가기관의 결정, 지시를 폐지할 수 있다(제109조). 따라서 북한의 김정일 국방위원장은 남한의 대통령 이상의 권력자로서 군사부분, 외교문제, 국내문제 등 전반에 대하여 실질적인 명령권자임과 동시에 책임자로 볼 수 있다. 그러므로 북한 헌법의 관점으로 볼 때 천안함 침몰과 연평도 포격은 국방위원장의 지시 또는 명령 하에 발생했다고 볼 수 있다. 그렇지 않다고 주장한다면, 적어도 최고 권력이 3대째 세습이 진행되고 있는 현실에서 국방위원장의 묵인방조가 없는 상태에서 절대적으로 천안함 침몰 사건과 연평도 포격 사건이 일어날 수 없다고 생각한다.³⁵⁾

5) 평가

특정한 사건이 발생하였다면, 그 사건에 대하여 국제법적으로 평가할 수 있는 주요 핵심 사안은 다음과 같다. 어느 나라 사람이 어떤 범죄행위를 행하였는가? 어느 나라에서 그 사람이 그 범죄행위를 행하였는가? 구체적으로 어떠한 법을 위반하였는가? 특정한 행위를 행하도록 야기했던 그 어떤 사유가 있다면, 그 사유로 인하여 자행된 행위가 정당한 행위 또는 합법적인 행위라고 주장할 수 있는가? 특정한 법을 위반하였다면, 그 행위자를 처벌할 수 있는가? 처벌할 수 있다면, 어디에서 어떤 법을 근거로 형사절차를 진행할 것인가? 반대로 처벌할 수 없다고 한다면, 왜 처벌할 수 없는가? 위와 같은 사안으로 발생한 사건을 평가할 수 있다.

34) 로마규정 제25조 및 제27조.

35) 로마규정 제28조 참조.

문제는 천안함 침몰 사건과 연평도 포격 사건은 북한의 군대가 남한을 상대로 행하였으므로 개인의 행위가 아니라 국가의 행위이라는 사실이다. 또한 남한의 군함이 초계활동 중에 북한의 소형 잠수함에 의하여 어뢰 공격을 받았다는 점과 남한의 군 당국은 남한의 관할지역 내에서 사격훈련을 했다는 점에서 북한은 그 어떤 정당방위 또는 자위권 행사라고 주장할 수 없다. 따라서 전체적인 측면에서 이들 사건에 대한 행위의 책임은 북한에게 있다. 반대로 북한은 사인이 아니라 추상적으로 존재하는 실체인 국가라는 법인격체이기 때문에 법 인격체에게 형벌을 가할 수 없고, 민사책임만을 추궁할 수 있다. 반면에 특정한 국제법을 위반한 개인에게 개인의 형사책임을 추궁할 수 있도록 국제조약에서 규정하고 있으므로 그 국가 내에서 그 어떤 지위를 누리고 있다할지라도 개인의 형사책임을 근거로 처벌할 수 있다.³⁶⁾ 그러므로 이들 사건에 대한 확정된 사실을 근거로 위반된 법을 구체적으로 열거해 본다면, 다음과 같다.

① 천안함 사건은, 남한당국의 발표를 확정된 사실로 본다면, 정전협정 제2조 12항, 남북기본합의서 제4조, 제5조, 제9조, 그리고 UN헌장 제2조 4항을 위반하였다. ② 연평도 포격 사건도 동일하게 정전협정 제2조 12항, 남북기본합의서 제4조, 제5조 및 제9조, 그리고 UN헌장 제2조 4항을 위반하였다. 또한 전쟁범죄에 해당하는 로마규정 제8조 2항 (b) (i)를 위반하였다.

위와 관련하여 제기되는 문제는 다음과 같다. 첫째, 연평도 포격 사건은 명백히 전쟁범죄에 포함될 수 있으나 천안함 침몰 사건이 로마규정의 관할범죄에 포함될 수 있는지 여부이다. 일단 천안함 사건에 적용할 수 있는 여러 국제조약을 검토해 보면, 잠수함 및 독가스에 관한 5개국 선언과³⁷⁾ 잠수함의 전투행위에 관한 의정서는³⁸⁾ 적용할 수 없었다. 그 주된 이유는 동선언과 동의정서는, 북한에게 효력이 있는지 여부를 떠나서, 잠수

함으로 상선에 대하여 무경고 공격 금지(동선언 제1조)와 상선의 승객과 선원을 대피함이 없이 상선을 침몰시킬 수 없다는 것을 주된 내용으로 하기 때문이다. 물론 천안함 사건과 연평도 포격 사건에 대하여 침략죄의 적용도 불가능하였다. 그 이유는 침략죄가 ICC의 물적 관할범외인 것은 사실(로마규정 제5조 1항 (d))이나 현재(2011. 4. 13)는 죄형법정주의의 원칙상 적용할 조약이 발효되지 않았기 때문이다. 또한 1974년에 UN총회에서 채택된 침략에 관한 결의는 구속력이 있다고 말할 수 없기 때문이다. 더군다나 정전상태에서 기습공격의 형태로 무력을 행사한 사실을 두고 침략행위로 보기에는 무리가 있다.

둘째, 남북기본합의서가 발효되어 법적 효력이 있는지 여부이다. 남북기본합의서 제25조는 남북이 각기 발효에 필요한 절차를 거쳐 그 문본을 서로 교환한 날로부터 효력이 발생한다고 규정되어 있다. 그런데 남북기본합의서는 2003년 6월 30일에 4대의 남북경협합의서가 국회의 비준동의를 얻었던 것과 달리 발효를 위하여 필요한 절차를 이행하지 못하였다.³⁹⁾ 즉 남한의 법에 따른 발효 절차와 같은 국회의 동의를 아니라 대통령의 명령(1992년 2월 17일에 공고된 명령 제118호, 판보 제12060호)이었다. 따라서 법적인 문서가 법적인 문서로 존재하기 위해서 반드시 이행해야 할 절차를 이행하지 않았기 때문에 정부당국의 견해에 따르면 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 갖고 있다.⁴⁰⁾ 물론 법적 효력 유무를 떠나서 남북기본합의서 위반의 문제를 가지고 ICC에서 북한의 책임을 추궁할 수도 없다.

39) 이장희, 유하영, 문규석, 『남북합의 문서의 법적 쟁점과 정책과제』, 아시아사회과학연구원, 2007, p.181 참조; 4대의 남북경협합의서는 남북사이의 투자보장에 관한 합의서, 남북사이의 청산결제에 관한 합의서, 남북사이의 상사분쟁 해결절차에 관한 합의서, 남북사이의 소득에 대한 이중과세방지합의서 등이다.

40) 남북기본합의서에 대한 법무부의 공식 입장은 다음과 같다. "남북기본합의서는 헌법 제60조 1항 소정의 조약이 아니라 남북 사이에 성의 있는 이행을 약속하고 있는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 갖는 것입니다(남북합의서 전문도 같은 취지)..."; 1997년 1월 16일 현재 89헌마240 사건 결정문 일부 참조. 이장희, 유하영, 문규석, 상게서, p.116.

36) 로마규정 제25조 및 제27조.

37) 동 선언은 1922년 2월 6일 워싱턴에서 채택되었다.

38) 동 의정서는 1936년 11월 6일 서명되고 당일에 발효되었다.

그렇다면, 천안함 사건이 ICC 관할범죄에 포함될 수 있는 조항은 없는가? 검토해 볼 수 있는 조항은 로마규정 제8조 2항 (b) (xi)이다. 즉 적대국 국가나 군대에 속한 개인을 배신적으로 살해하거나 부상시키는 행위(killing or wounding treacherously individuals belonging to the hostile nation or army)로 포함되는지 여부이다. 여기서 가장 큰 논란의 핵심은 북한이 소형 잠수함으로 은밀하게 천안함에게 어뢰를 발사하여 침몰시킨 행위가 동 조항에서 말하는 배신적 행위인지 여부이다. 배신적 행위에 대하여 제네바 협약 제1 추가의정서 제37조에 참조할 수 있는 내용이 규정되어 있다. 그 의미는 적으로 하여금 그가 무력충돌 시 적용 가능한 국제법 규칙하의 보호를 부여받을 권리가 있거나 의무가 있다고 믿게 할 적의 신념을 유발하게 하는 행위로서 그러한 신념을 배신할 목적의 행위를 뜻한다. 구체적으로 예시된 배신행위는 다음과 같다. ① 금지된 배신적 행위의 예는 정전이나 항복의 기치 하에서 협상할 것처럼 위장하는 것, ② 상처나 병으로 인하여 무능력한 것처럼 위장하는 것, ③ 민간인이나 비전투원의 지원인 것처럼 위장하는 것, ④ 국제연합 또는 중립국, 비전쟁 당사국의 부호, 표창, 제복을 사용함으로써 피 보호 자격으로 위장하는 것 등이다.⁴¹⁾

따라서 천안함 사건도 적대국 국가나 군대에 속한 개인을 배신적으로 살해하거나 부상시키는 행위로 포함될 수 없으므로 로마규정 제8조의 전쟁범죄를 위반하지 않았다. 따라서 천안함 사건에서 가장 중대한 법 위반은 정전협정과 UN헌장 제2조 4항의 위반으로 볼 수 있다. 그렇다면, 위에서 설명한 바와 같이 천안함 침몰 사건과 연평도 포격 사건의 결과로 위반된 법 규정을 근거로 ICC 검찰부가 수사권을 행사할 수 있는가? 행사할 수 있다면, 진행 중에 있는 예비심사(제1차적 수사권의 행사)의 결과로 관련자에게 체포영장을 발행할 수 있는가?

IV. ICC 검찰관의 수사권 행사 및 관련자에 대한 체포영장 발행여부

1. 현재의 상황 및 제1차적 수사권의 행사의 성격

ICC는 모든 인류를 위한 보편적 정의의 성취, 국제형사범죄자에⁴²⁾ 대한 처벌 확보, 조직적 폭력으로 야기된 국제분쟁의 종결에 기여, 국제임시재판소의 결함의 구제, 국내재판소에 대한 보완 및 미래의 국제형사범죄의 방지 등을 목적으로 1998년 7월 17일에 국제형사법원 설립을 위한 로마규정이 채택되어 2002년 7월 1일에 발효되었다.⁴³⁾ 현재(2011. 4. 15)는 139개국 이 로마규정에 서명했으며 114개국 당사국이다. ICC에서 진행 중인 상황과 사건은 6개(콩고, 중앙아프리카 공화국, 우간다, 수단, 케냐, 리비아)이다.⁴⁴⁾

이미 앞에서 언급한 바와 같이 연평도 포격 사건이 발생한 이후 13일째인 2010년 12월 6일 ICC 검찰부는 언론보도문을 통해서 천안함 침몰과 연평도 포격 사건을 ICC관할에 해당하는 전쟁범죄에 포함되는지 여부를 평가하기 위하여 예비심사(제1차적 수사권 행사)를 개시하였다고 발표했다. 그 이후로 이들 사건에 대한 제1차적 수사권 행사의 진행 상황이 어떻게 진행되고 있는지 명확히 알 수 없다. 다만, ICC는 통지문을 통해서 제1차적 수사권의 행사가 진행되고 있고, 수사가 끝난 이후에 차후에 그 결과는 통지문을 보낸 사람과 단체 그리고 경우에 따라서 웹사이트에 그 결과를 공개하고 있다. 그렇다면, 예비심사 또는 제1차적 수사권의 행사는 어떠한 법적 성격을 지니고 있는가?

검찰관이 독자적으로 행사하고 있는 제1차적

41) 1949년 제네바 협약 제1 추가 의정서 제37조 1항; Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law* (Oxford : Oxford University Press, 2001), p.173 참조.

42) 본 논문에서 국제형사범죄는 ICC관할권에 해당하는 범죄를 의미한다. 문규석, "국제범죄 개념의 이론론적 분류에 관한 연구", 『외법논집』, 제7집, 1999. 12, pp.537-586 참조.

43) <http://untreaty.un.org/cod/icc/general/overview.htm> (검색일: 2011. 4. 13).

44) http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and_Cases/Situations

수사권은 검찰관의 인지, 여러 국가 및 NGO에서 제공한 정보 및 접수된 자료의 조사, 분석, 평가 작업, 추가로 제공된 자료와 요청된 자료의 조사, 분석 및 평가 작업을 의미한다. 간단히 말하면, 전심재판부로부터 수사허가요청이 허용되기 이전에 검찰관이 보충적 관할권의 행사여부를 결정하기 위한 일체의 수사 활동으로서 예비심사를 의미한다.⁴⁵⁾ 따라서 제1차적 수사권의 행사는 다음과 같은 성격을 지니고 있다. ① 순수한 예비심사의 의미를 지니고 있다. 즉 ICC에서 법적으로 검토할 기본적인 기초적인 사항(즉 합리적 근거 유무)에 대하여 검토한다는 의미가 있다. 예를 들면, 이들 사건이 ICC 관할범죄인가? 관할권은 성립될 수 있는가? 보충적 관할권을 행사할 수 있는가? 재판적격성은 존재하는가? 관련자에게 소환장 또는 체포영장을 발행할 수 있는가? 범죄의 중대성과 사법정의를 존재하는가? 소환장 또는 체포영장을 발행하기에 충분한 증거는 존재하는가? 기타 등등의 문제를 검토할 것이다. ② 관련자를 ICC로 이송해 오기 위하여 발행하는 소환장 또는 체포영장의 발행하기 위한 증거조사의 성격을 지니고 있다. 예를 들면, 수단대통령에게 체포영장을 발행하기 위하여 ICC 검찰부는 국제조사위원가 수집한 2500개의 자료를 입수하여 조사하였다.⁴⁶⁾ ③ ICC는 보충성의 원칙을 근거로 활동하고 있으므로 보충적 관할권 행사 여부에 대한 조사를 의미한다.⁴⁷⁾ 예를 들면, 검찰부는 수단정부가 제공한 자료(수단의 사법체제, 사법행정, 전문가 면담, 국내 소송절차 및 기타)를 철저히 분석한 이후에 수단의 법집행당국이 자국의 현직 대통령인 오마르 알바시르에게 자국의 법을 집행할 수 없다는 현실을 인식한 이후에 체포영장을 발행하였던 것이다. 그 이유는 수단 대통령인 Omar Al Bashir는 수단의 법률상 그리고 사실상 대통령이고 ICC 관할범죄

의 발생과 밀접한 관련이 있는 2003년 3월부터 2008년 7월 14일까지 수단군의 최고사령관이었으며, 그러한 지위에서 그는 반란군 진압활동의 계획 및 그 이행을 다른 고위 수단 정치·군사지도자들과 공모하여 핵심적인 역할을 담당하였기 때문이다.⁴⁸⁾ 그렇다면, ICC의 검찰부가 위의 두 사건을 포괄적인 하나의 사건으로 보고 진행되는 예비심사(제1차적 수사권 행사)에 관한 주요 내용과 절차는 무엇인가?

2. 검찰관의 제1차적 수사권 행사에 관한 주요 내용과 절차

형사소송법상 수사는 범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소의 제기와 유지여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보존하는 수사기관의 활동을 말한다.⁴⁹⁾ 간단히 표현해서, 범죄행위의 유무에 관한 사실 확인과 범인의 체포 및 증거의 수집을 위한 수사기관의 일체의 활동을 의미한다. 이러한 의미의 수사는 일반적으로 범죄행위가 은밀하게 행해지고 있으므로 범죄 행위자가 누구인가? 그 사람의 인적 사항은 무엇인가? 그 사람이 그 범죄를 자행하였다는 증거가 있는가? 체포할 수 있는가? 체포한 이후에 그 범죄 사실을 입증할 수 있는가? 공소를 제기하여 그 범죄자를 처벌할 수 있는가에 관한 모든 문제를 해결하는 것이 수사임과 동시에 수사기관의 활동이다. 문제는 천안함 침몰과 연평도 포격 사건이 ICC에서 수사권을 행사할 수 있는가? 행사할 수 있다면, 검찰부에서 관련자에게 체포영장을 발행하기 위하여 예비심사(제1차적 수사권 행사)시에 제기되는 주요 내용은 무엇인가?

먼저 검찰부가 수사권을 행사할 수 있는 상황은 세 가지가 있다. ① 이번 사건과 같이 개인 또는 특정한 단체가 ICC 검찰부에 통지문(communications)을 보낸 경우이다.⁵⁰⁾ ② 자국 내에서 발생한

45) 문규석, *supra note* 29, p.413.

46) The Office of the Prosecutor, Background Situation in the Central African Republic, (ICC-OTP-BN-20070522-220-A_EN) 2007. 5. 22, pp.17-20.

47) 보충적 관할권의 행사에 관하여 자세한 것은 필자의 논문 참조. 문규석, "국제형사재판소의 보충적 관할권의 행사에 관한 연구", 『인도법논총』, 제26호(2006), pp.279-316.

48) Situation in Darfur, Sudan in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir("Omar Al Bashir"), (No.:ICC-02/05/01/09), 2009. 3. 4, pp.6-7.

49) 이재상, 『형사소송법』, 박영사, 2007, p.175.

사건에 대하여 해당 국가가 검찰부에게 그 사건을 회부하는 경우이다.⁵¹⁾ ③ 안전보장이사회(이하 안보리)가 결의를 통해서 ICC 검찰부에게 회부하는 경우이다.⁵²⁾ 천안함 침몰 사건과 연평도 포격 사건은 이미 앞에서 언급한 바와 같이 반인도범죄조사위원회의 도희운 대표와 뉴욕에서 활동 중인 탈북자 선교회의 마영에 대표가 ICC 검찰부에 통지문을 보낸 것으로 보인다. 통지문을 전달받은 ICC 검찰관은 이들 사건의 조사와 관련하여 다음과 같은 절차로 진행될 것으로 보인다.⁵³⁾

① 검찰관은 수집 또는 접수된 정보를 근거로 자료조사, 분석 및 평가 작업을 수행하여 수사를 진행할만한 합리적인 근거가 있는지 여부를 판단한다.⁵⁴⁾

② 수사를 진행할만한 합리적인 근거가 있다고 판단하면 통상적으로 형사관할권을 행사할 국가에게 수사개시를 통지한다.⁵⁵⁾

③ 통지를 받은 국가는 1개월 이내에 당해 국가에서 수사하고 있거나 또는 수사하였음을 ICC에게 통지한다.⁵⁶⁾

④ 통지를 받은 국가는 형사절차가 진행되고 있는지 여부에 관하여 검찰관에게 통지하거나 또는 당해 사건의 수사에 관한 정보를 제공하면서 그 답변의 연기를 요청할 수 있다.⁵⁷⁾ 반면에 검찰관은 전심재판부(pre-trial chamber)에게 서면으로 제2차적 수사권의 행사에 관한 신청서를 제출하고 그 신청서에 신청의 근거를 기재하여야 한다.⁵⁸⁾ 아울러 검찰관은 전심재판부에게 신청서를 제출하였다는 사실을 해당 국가에게 서면으로 통지하고 그 통지의 내용에 신청의 근거에 관한 요약이 포함되어 있어야 한다.⁵⁹⁾

⑤ 신청서를 받은 전심재판부는 그 신청서의 검토, 연기를 요청한 국가가 제출한 의견의 검토, 청문 및 소송절차를 위하여 적절한 조치를 취할 수 있다.⁶⁰⁾ 수사(제2차적 수사권의 행사)를 허가하기로 결정하면, 그 결정과 그 근거는 가능한 빨리 검찰관과 수사의 연기를 요청한 국가에게 통지한다.⁶¹⁾

⑥ 당해 국가가 수사를 개시하고 있다고 통지하거나 또는 수사권의 행사가 보류된 6개월 후 또는 의사부재와 능력부재에 근거한 중대한 사정변경이 있는 때에는 검찰관에 의하여 재검토 되고 재검토가 된 이후에 수사허가신청서를 전심재판부에 제출할 수 있다.⁶²⁾

⑦ 당해 국가가 수행하고 있는 수사를 존중하고 있는 동안에 검찰관은 당해국가에게 형사절차 진행 상황에 관한 정보요청권이 있다.⁶³⁾ 또한 전심재판부의 수사허가 결정이 계류 중 또는 검찰관이 수사를 보류한 경우에 검찰관은 당해 사건에 대한 결정적 증거확보에 관한 조치를 취하기 위한 허가를 전심재판부에 요청할 수 있다.⁶⁴⁾

⑧ 검찰관은 회부된 사건에 대하여 기소할 충분한 근거가 없다고 결정하는 경우에 그 이유를 전심재판부, 회부한 국가, 안보리 및 정보를 제공한 자들에게 통지한다.⁶⁵⁾ 반면에 새로운 사실이나 정보를 근거로 수사 또는 기소의 개시 여부에 관한 결정을 언제든지 재고할 수 있다.⁶⁶⁾ 따라서 검찰관은 인지된 사건 또는 회부된 사건에 대하여 제1차적 수사권을 행사하였으나 제공된 정보가 합리적인 근거를 구성하지 아니한 경우에 스스로 그 수사권의 행사를 중지할 수 있다.

⑨ 전심재판부가 수사(제2차적 수사권의 행사)를 허용하는 경우에 검찰관은 언제든지 체포영장과 소환장의 발부를 요청할 수 있다.⁶⁷⁾ 피의자에 대

50) 로마규정 제15조 1항과 2항에 따라서 검찰관이 적절한 방식으로 수사(예비수사)를 개시하는 경우이다.

51) 로마규정 제14조.

52) 로마규정 제16조 참조; 2005년 3월 31일에 채택된 수단의 Dafur에 관한 UN Doc. S/Res/1593(2005) 참조.

53) 문규석, *supra note* 29, pp.403-405.

54) 로마규정 제15조 2항, 3항 및 제53조 1항 참조.

55) 로마규정 제18조 1항, 2항.

56) 로마규정 제18조 2항.

57) 소송절차와 증거규칙 제53조.

58) 소송절차와 증거규칙 제54조 1항.

59) 소송절차와 증거규칙 제54조 2항.

60) 소송절차와 증거규칙 제55조 1, 2항.

61) 소송절차와 증거규칙 제55조 3항.

62) 소송절차와 증거규칙 제56조 1항.

63) 로마규정 제18조 5항 및 제19조 11항.

64) 로마규정 제18조 6항.

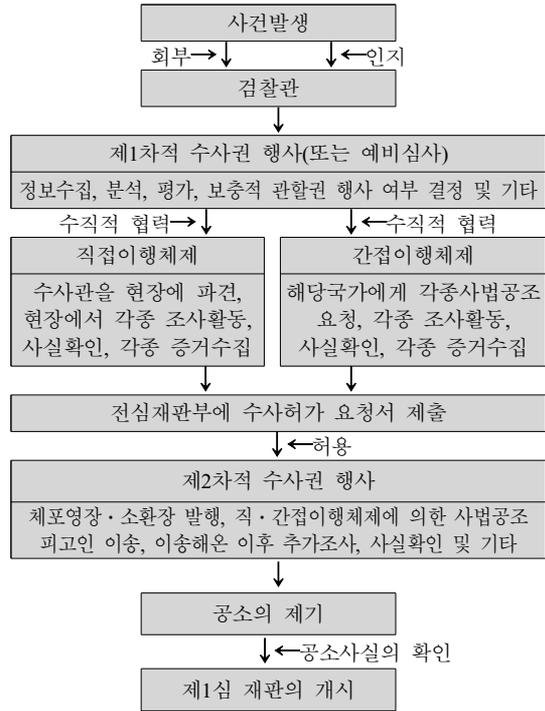
65) 로마규정 제15조 6항 및 제53조 2항.

66) 로마규정 제53조 4항.

하여 신문, 증인 및 피해자에게 출석을 요청하여 조사신문하는 것도 가능하다. 따라서 이들에 관한 주요 내용은 【표 1】 과 같다.

그러므로 ICC 검찰관은 통지문을 보낸 개인 또는 단체가 보낸 자료, 우리 당국에게 요청한 자료 및 기타 수집할 수 있는 자료를 근거로 다음과 같은 사항을 조사할 것이다(로마규정 제15조).⁶⁷⁾ 즉 ① 수사를 진행할만한 합리적인 근거가 있는지 여부를 결정하기 위하여 제공된 자료(정보)를 분석한다. ② 이용 가능한 정보를 근거로 그 범죄행위가 ICC 관할범위인지 여부를 확인한다. ③ 범죄의 중대성과 보충적 관할권의 행사 여부와 관련된 필요 조건의 견지에 재판허용성(또는 재판적격성)을 고려한다. ④ 그리고 이들이 긍정적이라고 판단된다면, 사법이익(interest of justice)에 대한 고려를 한다. 결론적으로 천안함 침몰과 연평도 사건이 ICC 당사국인 한국에서 발생했다는 점, 연평도 사건은 ICC관할범죄에 포함될 수 있다는 점, 이 사건들이 로마규정이 발효된 이후에 발생했다는 점, 북한의 무력행사로 사망자가 발생했다는 점 등을 근거로 수사를 진행할만한 합리적인 근거가 있다고 한편 생각할 수 있다. 문제는 제2차적 수사권의 행사, 즉 전심재판부의 허가를 받아서 북한의 관련자들에게 체포영장을 발행할 수 있는지 여부이다.

【표 1】 검찰관의 수사권 행사에 관한 절차도



* 출처: 문규석, "국제형사법원에서 검찰관의 수사권 행사", 『외법논집』, 제28집, 2007. 11, p.417.

3 북한의 관련자들에게 체포영장을 발행할 수 있는가?

ICC 검찰부는 일차적으로 통지문(communications)을 보낸 단체가 제공한 자료와 한국 정부에게 요청한 자료, UN안보리에 한국 정부가 제출한 자료 및 기타 수집할 수 있는 자료를 근거로 위에서 언급한 사항들을 조사할 것이다. 물론 보충적 관할권의 행사 유무를 파악하기 위하여 사건이 발생한 한국과 북한 간의 관계와 법적 현실 등에 대하여 조사할 것이다. 그리고 그 결과를 ICC 웹사이트에 이라크에서 있었던 상황과⁶⁹⁾ 같이 공개적으로 발표를 하

67) 로마규정 제58조 1항.

68) 이라크 사태에 관한 통지문 참조. The Office of the Prosecutor, The Hague, 9 February 2006, pp.1-2.

69) ICC 검찰부는 이라크에서 있었던 상황과 관련하여 240개의 통지문을 받았고, 그 예비심사(제1차적 수사권의 행사)의 결과를 웹사이트에 공개한 적이 있다. International Criminal Court(The Office of the Prosecutor),

거나 또는 비공개로 통지문을 보낸 개인이나 단체에게 그 결과를 통보할 것이다. 그렇다면, ICC 검찰부는 예비심사(제1차적 수사권)의 행사로 북한의 관련자들에게 체포영장을 발행할 수 있는가?

필자의 견해는 부정적으로 생각한다. 그 근거는 다음과 같다. ① 천안함 침몰 사건은 ICC 관할범죄에 포함될 것인지 여부에 대하여 적용될 구체적인 조항을 찾아보기 어렵다는 점이다. 즉 전쟁범죄, 인도에 반한 범죄 및 집단살해죄를 범한 것으로 보기 어렵다. ② 연평도 포격 사건은 전쟁범죄에 포함될 수 있으나 범죄의 중대성의 측면에서 부정적인 견해를 표명할 것으로 예상되기 때문이다. 즉 로마규정 제53조에 규정된 범죄의 중대성의 측면을 범죄 피해자의 숫자로 한정한다면, 적어도 수백 명 또는 수천 명 또는 그 이상의 다수의 피해자가 관련되어 있어야 하기 때문이다.⁷⁰⁾ 반면에 연평도 포격 사건은 민간인 2명의 사망자와 3명의 부상자 및 주택 파괴에 따른 손해로 나타났다. ③ 사법정의의 측면은 범죄의 중대성과 연계되어 있으므로 마찬가지로 범죄의 중대성의 측면을 피해자의 숫자로 한정하여 고려한다면, 중립적인 입장에 있는 ICC의 검찰부의 입장에서 북한의 관련자들에게 체포영장을 발행할 정도는 아니라고 판단할 것이기 때문이다. ④ ICC의 검찰부는 남북 간에 체결된 정전협정을 위반했다는 근거로 ICC관할범죄를 자행하였다고 주장할 수 없고, 전심재판부도 정전협정 위반을 근거로 북한의 관련자들에게 체포영장을 발행할 수 없기 때문이다. ⑤ UN헌장 제2조 4항을 위반한 것으로 평가되는 무력행사가 구체적으로 ICC 관할범죄에 포함되어야 ICC는 형사관할권을 행사할 수 있기 때문이다. ⑥ 남북기본합의서는 법적 관점에서 볼 때 효력이 발생한 것인지 여부에 대하여 논란이 있다.⁷¹⁾ 설사 효력이 발생했다고 하여도 그 남북

기본합의서 위반을 근거로 ICC에서 관할권을 행사할 수 없다. 그 이유는 남북기본합의서는 ICC 관할범죄를 성문화한 내용이 규정되어 있지 않음과 동시에 위반자에 대한 관할권의 행사를 ICC에 위임한다는 규정이 없기 때문이다. ⑦ 한국 정부와 국민 모두는 천안함 침몰과 연평도 포격으로 심리적으로 커다란 충격을 받은 것은 사실이나 이러한 심리적 충격은 ICC 관할범죄의 중대성의 측면에서 적극적인 고려의 대상에 포함되지 않는 것으로 이해된다.

그러므로 사건의 발생지가 한국의 영역이고 또 한국은 ICC의 당사국이기 때문에 인적 관할권은 성립된다고 하여도 물적 관할권에 결함이 있고, 또 범죄의 중대성의 측면에서 고려의 대상이 아니라고 판단되므로 이들 사건들은 예비심사(제1차적 수사권의 행사)로 종결될 것으로 판단된다.

4. 평가

검찰부는 이들 사건에 대한 수집된 자료와 추가적 필요한 자료를 통지문을 보낸 단체, 남북한 당국, UN 및 심지어 주변 국가들에게 요청하여 면밀히 조사할 것이다. 그리고 그 결과를 차후에 발표할 것이다. 개인적인 견해를 근거로 볼 때 검찰부가 발표할 내용은 두 가지로 집약될 것으로 예상된다. 첫째, ICC 검찰부는 현 단계에서 체포영장을 발행할 수 있을 정도의 사안이 아니므로 수사(제2차적 수사권의 행사)를 개시하도록 전심재판부에 허가를 요청할 필요성이 충족되지 않았다는 것이다. 둘째, 예비심사(제1차적 수사권의 행사)의 결과로 수사(제2차적 수사권의 행사)를 허가해 주도록 전심재판부에 요청하고, 그 결과는 전심재판부가 동 사건의 관계자들에게 체포영장이나 소환장을 발행하는 형태로 나타날 것이다. 이중에서 천안함 침몰과 연평도 포격 사건은 앞에서 언급한 바와 같이 첫 번째 사항으로 결론이 날 것으로 예상된다. 물론 예비심사가 통과되지 아니한 경우에 한국 정부는 이에 대하여 추가정보를 제공하면서 이의제기 형태의 공문을 보낼 수 있다. 반대로 예비심사가 통과할 경우에 북한당국도 이의제기를 할

Communication concerning the situation in Iraq, 2006. 2. 9, pp.1-10.

70) 상계자료, p.8 참조.

71) 특히 남북기본합의서는 UN 사무국에 등록을 하지 않았기 때문에 국제사법법원(International Court of Justice: ICJ)이 포함된 UN의 어떠한 기관에 대하여 그 합의를 원용할 수 없다. UN헌장 제102조 2항.

수 있다고 얼핏 생각할 수 있다. 문제는 북한은 현재 ICC당사국이 아니므로 이의제기를 할 수 없으나 당해 사건에 한하여 관할권을 수락한다는 선언서를 기탁한다면, 이의제기가 가능하다(로마규정 제12조 3항)고 본다. 따라서 한국의 입장에서 이들 사건을 그 어떤 충격으로 받아들인다고 하여도 북한의 관련자들을 ICC를 통해서 처벌할 가능성은 현 단계에서 어렵다고 생각한다.

V. 결론

필자는 천안함 침몰 사건과 연평도 포격 사건이 발생된 이후에 ICC 검찰관에 의해서 개시된 예비심사가 앞으로 어떠한 결과로 나올 것인지와 관련하여 앞에서 서술한 바와 같이 분석해 보았다. 그 결과, 현재 상태에서는 ICC 검찰관은 예비심사 이후의 단계를 진행할 수 없다는 결론에 도달했다. 그 근본 이유는 천안함 사건의 경우에 로마규정에 적용될 규정을 찾아볼 수 없었기 때문이다. 연평도 포격 사건은 로마규정 제8조 2항 (b) (i)에 적용될 수 있었으나 범죄의 중대성의 측면에서 고려의 대상이 아니라고 판단되었기 때문이다. 따라서 현재 상태에서 ICC 검찰관은 예비심사를 종결하면서 차후에 추가적인 정보가 있다면, 그 정보를 제공해 달라고 요청할 것이다. 물론 ICC 검찰관은 그 추가적인 정보를 근거로 또는 독자적으로 수집된 정보를 근거로 차후에 다시 예비심사를 개시할 수 있다. 그 이유는 두 가지이다. 하나는 북한에 의해서 자행된 범죄행위가 한국의 영역에서 발생한 경우에 그 범죄행위가 ICC 관할범죄라면, 한국은 ICC 당사국이므로 ICC가 관할권을 행사할 수 있기 때문이다. 다른 하나는 전쟁범죄와 인도에 반한 범죄는 시효가 적용되지 않기 때문이다.⁷²⁾

그러므로 본 사건과 관련하여 다음과 같은 견해를 제시하고 싶다. 첫째, 국민의 한 사람으로서 이들 사건을 바라볼 때 법적으로 엄밀하게 처리할 수 없다는 사실에 대하여 안타까움이 있다. 둘째, 이들 사건을 군사정전위원회에서 다룬다고 하여도 양측의 입장이 팽팽히 대립될 수밖에 없는 현실이 답답할 뿐이다. 실제로 2011년 2월 8-9일에 열린 남북 고위급 군사회담 개최를 위한 판문점 실무회담에서 북한 대표단은 천안함 사건은 북한과 무관하다면서 철저히 부인함과 동시에 모략 극이라고 주장했었다. 다만, 연평도 포격 사건과 관련하여 민간인이 사망한 사실에 대하여 유감만을 표명했던 것으로 알고 있다. 셋째, 앞으로 이들과 같은 사건이 발생한 경우에 언제든 ICC가 개입할 가능성이 열려 있다는 점과 북한의 최고책임자도 ICC에서 처벌받을 가능성이 있다는 점을 북한당국은 유의하여 그 어떤 문제든지 간에 무력이 아니라 정치·외교적으로 해결했으면 한다는 바램이다. 넷째, 현재와 같은 남북한 간의 현실을 타개하는 근본적인 방식은, 각 사람마다 견해의 차이가 있겠으나, 개인적으로 볼 때 가능한 빨리 현재의 정전협정 체제를 종결하고 평화조약을 체결하는 것이 바람직하다고 생각한다. 다섯째, 이유야 어찌하던 간에 남한의 입장에서 북한을 품어주어야 하는 대상으로 인식한 이후에 포용할 수 있는 범주에서 북한에 대한 모든 정책이 수립되고 또 집행되어야 한다고 생각한다. 마지막으로, 이들 사건을 결코 잊지 말고 정신적인 측면뿐만 아니라 군사적인 측면에서도 유비무환의 자세가 점검되는 계기가 되었으면 한다는 바램이다.

주제어	천안함, 연평도, 국제형사법원, 국제형사재판소, 예비심사, 정전협정, 로마규정, 한국, 북한, 검찰관, 체포영장, 수사
-----	--

*논문접수: 2011.4.13 *논문심사: 2011.5.06 *게재확정: 2011.5.13

72) Convention on the Non-applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, New York, 26 Nov. 1968, Christine Van den Wyngaert, International Criminal Law: A collection of International and European Instruments, 2nd ed., (The

Hague/London/Boston, kluwer Law International, 2000), pp.399-401 참조.

■ 참고문헌 ■

1. 국문자료

- 김명기, “서해 5도의 법적 지위”, 『국제법학회논총』, 제23권 1·2호(통권 제43·44호), 1978. 12.
- 김정건, “서해 5도 주변 수역의 법적 지위”, 『국제법학회논총』, 제33권 2호(통권 제64호), 1988. 12.
- 대한민국 정부, 『천안함 피격사건 백서』, 2011. 3.
- 문규석, “국제범죄 개념의 이원론적 분류에 관한 연구”, 『외법논집』, 제7집, 1999. 12.
- 문규석, “국제법상 정보전에 관한 연구”, 『국제법학회논총』, 제48권 제1호(통권 제95호), 2003. 6.
- 문규석, “국제형사재판소의 보충적 관할권의 행사에 관한 연구”, 『인도법논총』, 제26호, 2006.
- 문규석, “국제형사법원에서 검찰관의 수사권 행사”, 『외법논집』, 제28집, 2007. 11.
- 박대광, “북한의 서해 무력도발 : 배경, 전략적 계산, 결과”, 2010. 12. 23, pp.1-4 참조. (국방연구원, 동북아안보정세 분석: <http://www.kida.re.kr/nasa/report/reportView.asp?d=295>).
- 이장희, “제2차 남북정상회담 이후 서해 북방한계선(NLL)의 국제법적 검토”, 『인권과 정의』, 통권 375호, 2007. 11.
- 이장희, 유하영, 문규석, 『남북합의 문서의 법적 쟁점과 정책과제』, 아시아사회과학연구원, 2007.
- 이재상, 『형사소송법』, 박영사, 2007.

2. 영문자료

- UN Doc. S/Res/1593(2005).
S/Prst/2010/13(2010. 7. 9).
S/2010/281(4 June 2010).
(S/2010/294, 8 June 2010).

ICC Press Releases: ICC Prosecutor: alleged war crimes in the territory of the Republic of Korea under preliminary examination(ICC-CPI-20101206-PR608).

Situation in Dafur, Sudan in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir("Omar Al Bashir"), (No.:ICC-02/05/01/09), 2009. 3. 4.

The Office of the Prosecutor, The Hague, 9 February 2006.

0. International Criminal Court(The Office of the Prosecutor), Communication concerning the situation in Iraq, 2006. 2. 9.

The Office of the Prosecutor, Background Situation in the Central African Republic, ICC-OTP-BN-20070522-220- A_EN) 2007. 5. 22.

Christine Van den Wyngaert, International Criminal Law: A collection of International and European Instruments, 2nd ed., (The Hague/London/Boston, kluwer Law International, 2000).

3. 기타 자료

통일부, 주간 북한동향, 2010. 5.17 - 5. 23, 제996호.

통일부, 주간 북한동향, 2010. 11. 22- 11. 28, 제1023호.

행정안전부, 일일 재난 위기 상황보고, 2010. 11. 24.
슬로보단 밀라셰비치 구 유고 연방대통령은 1999년 5월 24일 체포영장(인터폴이 발행한 체포영장 번호: Control No. A-518/7-1999)

ICC 설립을 위한 규정(Rome Statue of the International Criminal Court)

남북기본합의서 및 부속서

[http:// www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).

<http://untreaty.un.org/cod/icc/general/overview.htm>

http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and_Case

s/Situations

중앙일보, 2010. 5. 21, 제43판.

중앙일보, 2011, 2. 10, 제43판.

중앙일보, 2010. 12. 8, 제43판.

Abstract

The Sinking of Cheonan Warship, Shelling of Yeonpyeong Island and International Criminal Court

Moon, Kyu-Seok

There was an accident sinking of the Republic of Korea(ROK) Navy Ship called Cheonan(PCC-772, 1,200ton corvette) on 26 March 2010 in the territorial waters of the ROK 2.5km off the south-western coast of Baekryong Island, which resulted in the death of 46 military persons. Korea Government organized the Joint Civilian-Military Investigation Group of the ROK with the participation of international experts from 4 countries(Australia, Sweden, UK, and USA), because of not knowing the reasons why Cheonan Navy Ship was sinking at that time. Based on material evidence obtained through scientific and objective investigation, it was determined that the sinking of Cheonan Navy Ship was caused by an underwater explosion by a torpedo made in North Korea after 55 days from the day occurred the accident. Of course, Democratic People's Republic of Korea(DPRK) totally rejected the investigation result and contended that the incident is a fabricated scenario, purely for the political and military purposes of the USA.

There was an another accident on 23 November 2010 since the sinking of Cheonan Navy Ship. So called, DPRK fired on the Yeonpyeong Island about 170 shells without any lawful reasons. The Result was killed 2 marines and civilian of ROK respectively and injury of many others.

The Office of the Prosecutor has received communications from a NGO(Non-Governmental Organization) alleging that DPRK forces committed war crimes in the territory of the ROK. Prosecutor of ICC(International Criminal Court), Luis Mereno-Ocampo, confirmed that the Office has opened a preliminary examination to evaluate if two incidents constituted war crimes under the jurisdiction of the Court.

The author has examined whether the Prosecutor of ICC will request the issuance of a warrant for the arrest of the person responsible for war crimes. The Prosecutor of ICC has a right to do preliminary examination because ROK is a state party of ICC, and two accidents had occurred in the territory of ROK. But, after deep researching this topic, I can not apply the accident sinking of Cheonan Navy Ship on Rome Statue of international Criminal Court because this accident is not war crimes or crimes against humanity. The shelling of Yeonpyeong Island is not also satisfied with the requirement assessing gravity which importantly considers the number of victims of particularly serious crimes such as killing. Therefore, the Prosecutor of ICC can arrive a conclusion that the Rome Statute requirements to seek authorization to initiate an investigation in the accidents have not been satisfied at this stage.

Key Words

Cheonan, Yeonpyeong, ICC, International Criminal Court, ROK, DPRK, Preliminary Examination, Rome Statue, Prosecutor, Arrest Warrant, Investigation