

직접적 적대행위 가담에 관한 국제인도법상 해석지침

직접적 적대행위 가담

에 관한 국제인도법상 해석지침

ICRC

0990/210T/11.2011.200



ICRC

Direct Participation in Hostilities



ICRC

국제적십자위원회 동아시아지역대표단
北京市建國門外大街9號齊家園外交公萬B2
우편번호: 100600

전화: +86 10 8532 3290 팩스: +86 10 6532 0633
이메일: bej_beijing@icrc.org 웹사이트: www.icrc.org
©국제적십자위원회, 2011년 11월



ICRC

감수 : 이화여자대학교 법학전문대학원 김영석 교수

직접적 적대행위 가담

에 관한 국제인도법상 해석지침

Nils Melzer
ICRC 법률고문

목차

머리말	4
감사의 말씀	8
개요	9
1. 해석 지침의 목적과 성격	9
2. 민간인의 적대행위 가담 문제	10
3. 주요 법률 문제	11
제1장 : ICRC의 권고사항	15
제2장 : 권고사항 및 해설	19
A. 민간인의 개념	20
I. 국제적 무력충돌 시 민간인의 개념	20
1. 민간인, 군대 및 군민병 개념의 상호 배타성	20
2. 군대	21
3. 군민병(levée en masse)	25
4. 결론	25
II. 비국제적 무력충돌 시 민간인의 개념	26
1. 민간인, 군대 그리고 조직화된 무장단체 개념의 상호 배타성	26
2. 국가 정규군	29
3. 조직화된 무장단체	30
4. 결론	34
III. 사설 기업체 및 민간고용원	35
1. 사설기업체 및 민간고용원들과 관련된 특정한 어려움	35
2. 국제적 무력충돌	36
3. 비국제적 무력충돌	37
4. 결론	37
B. 적대행위 직접 가담의 개념	39
IV. 구체적인 행위로서의 적대행위 직접 가담	40
1. 적대행위 직접 가담에 관한 개념의 기본 구성요소	40
2. 구체적 행위로 한정	41
3. 결론	42

V. 적대행위 직접 가담의 구성 요건	43
1. 피해의 임계치	44
2. 직접적인 인과관계	47
3. 교전관계	54
4. 결론	60
VI. 적대행위 직접 가담의 시작과 종료	61
1. 준비 조치	61
2. 파견과 귀환	63
3. 결론	63
C. 보호받을 권리의 상실을 규율하는 양상	64
VII. 보호 상실의 시간적 범위	65
1. 민간인	65
2. 조직화된 무장단체의 구성원	66
3. 결론	68
VIII. 의심되는 상황에서의 예방조치와 추정	69
1. 가능한 예방조치 취하기	69
2. 민간인 보호의 추정	70
3. 결론	71
IX. 직접적 공격에 있어 무력 사용의 제한	72
1. 국제인도법의 구체적 조항에 정해진 금지와 제약	72
2. 군사적 필요성과 인도주의	73
3. 결론	77
X. 민간인 보호 회복의 결과	78
1. 국내 형사소추 면책특권의 상실	78
2. 국제인도법 존중의 의무	79
3. 결론	80

머리말

민간인을 보호하는 것은 국제인도법의 주요 목표 중의 하나이다. 그 교전수칙에 따르면, 민간주민과 개별적 민간인은 교전행위의 효과로부터 일반적인 보호를 누릴 수 있다. 따라서 국제인도법은 무력충돌 당사자로 하여금, 어느 때든지 민간주민과 전투원을 구별하고 오직 군사적 목표물에만 공격을 가해야 한다는 의무를 부여하고 있다. 이는 또한 민간인이 의도적인 공격의 대상이 될 수 없음을 규정하고 있기도 하다. 같은 의미에서, 인도법은 민간인이 적의 수중에 놓이게 될 경우, 인도적인 대우를 받아야 한다고 정하고 있다. 무엇보다도 중요한 이 규칙은 각종 인도법 규정에 나타나 있는데, 고문을 비롯한 잔인하고 비인도적이며 모욕적인 처우 등과 생명을 위협하는 모든 형태의 폭력을 금지하는 규칙 등이 이에 포함된다.

오늘날에는 이상하다고 여겨질 수도 있지만, 민간인에 대한 포괄적인 보호라는 것이 항상 국제인도법의 주요 주제였던 것은 아니다. 조약 규칙만 놓고 본다면, 그 기원은 민간주민이 직접적인 적대행위의 효과로부터 광범위하게 보호되고 실질적인 전투가 단지 전투원에 의해서만 행해지던 때로 거슬러 올라가게 될 것이다. 1864년 최초의 제네바협약이 채택되었을 당시만해도 군대는 분명하게 그어진 전선이 있는 전쟁터에서만 적군을 마주했다. 따라서 당시에는 해결해야 할 고통이란 것이 군사작전이 끝난 후 부상당한 채로 누워있거나 죽어가는 수많은 군인들의 몫일 뿐이었다. 그 이후 무기개발에 기술 혁신이 이루어지면서 전신 민간인에게 엄청난 고통을 주며 대규모 사상자를 유발하기 시작하였고, 민간인 보호 또한 해결해야 할 문제로 대두되기 시작했다.

시간이 지나면서, 특히 제2차 세계대전 이후, 점차 증가하는 민간인들의 직접적인 적대행위 가담으로 야기된 결과들 또한 국제인도법의 규제 대상이 되어야만 했다. 이에 관해서는 다음 두 가지 상황이 가장 대표적이다. 첫 번째는 식민지 주민들이 자유를 찾아 싸우기 위해 만든 “비정규” 무장조직과 정부군이 전쟁을 하는 민족해방전쟁이다. 1977년 제1추가협정은 그러한 전쟁이 특정 상황 하에서는 국제적인 전쟁의 성격을 가질 수 있다는 것을 인정했다. 두 번째는 국제적 성격을 가지 않는 무력충돌로, 이는 이미 만연해 있을 뿐 아니라 오늘날 심각한

우려를 낳고 있다. 이는 대부분 정치적, 경제적 또는 다른 이유로 발발된 정부군과 비정부 무장단체 간의 전투 혹은 그러한 무장단체들 간의 전투이다. 일부 민간주민들이 효과적으로 군사화될 수 있을 뿐 아니라 민간인들이 주요 희생자가 될 수도 있는 이러한 형태의 무력충돌은 헤아릴 수 없는 인명피해, 부상 및 파괴를 지속적으로 유발한다.

국제인도법은 민간인들의 직접적인 적대행위 가담이 점점 증가하고 있는 경향에 주목해왔다. 이를 위해 여기에 적용될 기본 규칙을 제시하였는데 이는 제네바협약의 두 개 추가의정서에서 발견된다. 이들 규칙에 따르면 민간인들은 “적대행위에 직접적으로 참여하지 않는 한” 보호받을 수 있다. 적대행위 직접 가담이라는 이 개념이 뜻하는 바가 바로 이 해석 지침이 설명하고자 하는 것이다. 적대행위 직접 가담이라는 개념을 살펴봄에 있어 ICRC는 그 실질적인 적용을 둘러싼 오랜 딜레마(예를 들어, 어떤 사람이 낮에는 농사를 짓는 농부로서 보호를 받고 밤에는 공격대상이 되는 전투원이 될 수 있는가?)에 직면했을 뿐 아니라, 명확한 해석에 대한 필요성을 강조하는 최신 경향에도 귀를 기울여야 했다. 그러한 경향 중 하나는, 민간주민 속으로 적대행위가 이동하는 두드러진 현상이다. 예를 들어, 민간인과 무장 행위자가 전례 없이 섞여 있다는 것을 특징으로 하는 도시에서의 전투를 들 수 있다.

다른 한가지는 예전의 전통적인 군사적 기능을 사기업내지는 정부의 민간고용원 등 일부 민간인력을 통해 충당하는 경우가 늘어나고 있다는 점이다. 이들은 직접적인 공격으로부터 보호를 누리는 사람들과 그렇지 못한 사람들 간의 구별을 점점 더 어렵게 만들고 있다. 세 번째로 특히 걱정이 되는 현상은 민간인이나 군대 및 무장단체의 일원 할 것 없이 적대행위에 직접 가담하는 사람들이 적절하게 자신들을 민간주민들과 구별하지 못한다는 점이다.

본 해석지침은 구별의 원칙의 이행을 강화한다는 차원에서 “적대행위 직접 가담”의 개념에 대한 법적 해석을 제공한다. 민간인들에 대한 직접적 공격의 금지가 완전히 지켜지기 위해서는, 국제적 혹은 비국제적 이나에 관계 없이 무력충돌 당사자들의 군대는 민간인들과 반드시 구별되어야 하며, 직접적으로 전투에 가담하지 않는 민간인들은 개인적이거나 우발적이거나 혹은 조직되지 않은 토대 위에서 그런 행위를 한

사람들과 구별되어야 한다. 본 지침의 내용은 적대행위 직접 가담의 개념에 관련된 국제인도법의 해석에 대한 지침을 제공하여 이러한 구별이 가능하도록 하고자 한다.

그렇게 함에 있어, 본 지침은 다음 세 가지 질문을 검토하고 있다. 1) 구별의 원칙의 목적상 누가 민간인으로 여겨지는가 2) 어떤 행위가 직접적 전투행위로 간주되는가 3) 직접적 공격으로부터의 보호 상실을 규정하는 논리는 무엇인가

해석 지침에 제공된 답변들과 거기에 포함된 결과적 해석들은 국제인도법의 가장 난해하고도 여전히 미해결 상태인 문제들을 다루고 있다. ICRC는 인도적인 이유로 실질적으로 이용되고 있는 민간인 보호를 강화하기 위한 필요성과 국제인도법의 이해 증진과 그 성실한 이행에 종사하라는 국제적 사명에 바탕을 두고 직접적 전투 가담이라는 개념에 대해 심사숙고 해 보기로 했다. 이러한 상황에서 세 가지 사항이 지켜지는 것이 적절할 것이다.

첫째는 해석 지침은 단지 ICRC만의 견해를 담고 있다는 것이다. 적대행위 직접 가담이라는 개념과 관련된 국제인도법은 지난 수 년간 출중한 법률 전문가 그룹과 함께 연구되었지만(ICRC는 이들에게 정말로 커다란 감사의 빔을 지고 있다.) 이곳에 밝힌 입장은 ICRC 혼자만의 입장이라는 것이다. 둘째, 해석 지침은 ICRC의 견해를 반영하고 있기는 하지만 절대 법적 구속력을 갖는 성질의 것은 아니라는 점이다. 국가간의 합의(조약) 혹은 특정 사건에 관한 법적인 확신에 따른 국가의 실제 관행(관습법)만이 법적 효과를 가질 수 있다. 셋째, 본 지침은 법률을 개정하려는 의도를 가지고 있는 것이 아니라 현존하는 법의 테두리 안에서 적대행위 직접 가담이라는 개념의 해석을 제공하고자 하는 것이다.

이 내용은 전투 수행이라는 목적을 위한 적대행위 직접 가담의 개념을 해석하고 있다. 따라서 언제 혹은 얼마 동안 한 사람이 직접적 공격으로부터의 보호를 상실하게 되는 것인지에 대한 지침을 제공하는 것 외에는 그 사람이 적의 수중에 들게 되었을 때 적대행위 직접 가담의 결과를 해결하고자 하는 것은 아니다. 국제인도법의 다른 규칙들이 이

상황을 규율 할 것이며, 이 중에서 이미 언급된 인도적 처우의 원칙이 가장 중요하다.

불행히도 민간인들의 전투가담이 늘어나는 현 추세가 시간이 지나며 약해질 것이라 믿기에 충분한 이유가 없어 보인다. 오늘날은 그 어느 때 보다 현대 전쟁의 어렵고 복잡한 환경 속에서 어떻게 구별의 원칙이 지켜질 것인지에 관한 믿을 만한 지침에 근거하여 우발적이거나 임의적인 공격(목표)에 민간인들이 노출되는 것을 막기 위한 모든 가능한 조치가 취해져야 한다는 것은 매우 중요한 사실이다. 이 해석 지침을 제시함으로써 ICRC는 전투에 직접적으로 가담하지 않는 자들이 국제 인도법에 의해 마땅히 누릴 수 있는 인도적 보호를 받을 수 있게 하는데 기여할 수 있기를 바란다.

제이콥 켈렌버거 박사
국제적십자위원회 총재

감사의 말씀

본 해석 지침은 국제적십자위원회(ICRC)의 공식 출판물이며, 2003년부터 2008년까지 ICRC가 진행한 전문가 협의의 결과물이다.

지면에서는 그 일부밖에 언급할 수 없지만 개념 정의, 초안 작성 및 출판은 많은 사람들의 노력이 없었더라면 불가능했을 것이다. 우선 2004년부터 전문가 협의 책임자로서 본 해석 지침과 대부분의 참고문헌 및 모든 전문가협의 보고서를 집필한 ICRC 법률고문 닐스 멜처 박사에게 감사를 보낸다. 또한 개인 자격으로 전문가 협의에 참석했던 모든 전문가들에게 심심한 감사를 표하며 그들의 노력과 전문지식 그리고 경험이 없었더라면 이 과정이 성공적인 결론에 이르지 못했을 것이라 믿는다. 마지막으로 우리는 조언을 통해 해석지침의 내용에 기여하고, 전문가 회의의 조직과 후속조치 등을 지원해 주었으며, 본 해석 지침의 출판을 도와준 ICRC 동료들에게 감사를 표한다.

국제적십자위원회

2009년 2월

개요

1. 해석 지침의 목적과 성격

본 해석 지침의 목적은 적대행위 직접 가담이라는 개념에 대한 국제인도법상 해석에 있어서의 권고사항을 제공하는 데 있다. 따라서 해석 지침에 제시된 10가지 권고사항과 그에 대한 해설은 관습 혹은 조약 국제인도법의 구속적 규칙들을 변경하고자 하는 것이 아니라, 오늘날 무력충돌에서 흔히 발생하는 상황에서 현존하는 국제인도법 규칙이 어떻게 해석되어야 하는지에 관한 ICRC의 공식적 입장을 표명하고자 하는 것이다.

본 해석 지침은 가장 먼저 관습 그리고 조약 국제인도법의 규칙과 원칙을 비롯하여 필요한 경우 조약의 준비문서, 국제재판소 판례, 군사 교본 및 법적 이론의 표준적인 저서 등의 다양한 자료를 활용하고 있다. 또한, 국제인도법 상에서 적대행위 직접 가담이라는 개념을 명확히 정의하고자 하는 목적에서 ICRC와 TMC Asser 연구소에 의해 공동으로 시작된 전문가 협의 과정에서 생산된 풍부한 자료들도 활용되었다.¹ 다섯 차례의 비공식적 전문가 회의가 2003년에서 2008년 사이 헤이그 및 제네바에서 열렸고, 각각의 회의에는 학계, 군, 정부 그리고 비정부 기구 등에서 나온 40-50명의 법률 전문가들이 개인 자격으로 참석했다.²

본 해석 지침은 전문가 회의에서 논의된 사항들을 폭넓게 참고하였으나, 전문가들의 공통적 관점이나 다수의 의견이라고 하여 무조건 반영하지는 않았다. 다양하고 폭넓은 관심사를 고려하는 균형 잡히고 실용적인 해결책을 제시하고자 했으며, 동시에 국제인도법의 목적과 원칙에 합치하는 법의 명확하고 일관성 있는 해석에 중점을 두고자 했다.

궁극적으로는 중립적이고 독립적인 인도적 기관으로서 국제사회로부터 국제인도법의 증진과 보다 나은 이해를 위해 기여하라는 임무를 부여 받은 ICRC가 본 해석 지침에 대한 책임을 진다.³ 비록 법적 구속력

¹ All materials produced in the course of the expert process, such as reports, background documents etc., will be available at: www.icrc.org.

² For more information on the expert process, see the document "Overview of the ICRC's Expert Process (2003-2008)".

³ See, e.g., Art. 5 [2] (c) and (g) Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement.

을 가지는 국제인도법의 해석은 오직 자격이 있는 사법적 기구 또는 국가들에 의해서만 형성될 수 있지만 ICRC는 본 해석 지침에서 강조되는 종합적인 법적 분석과 인도적 이익과 군사적 이익 사이의 사려 깊은 균형 등을 통해 본 지침의 권고사항이 국가, 비국가 행위자, 실무자 및 학자 등에게 더욱 설득력을 가질 수 있기를 희망한다.

본 해석 지침은 10 가지 권고사항으로 이루어져 있다. 각각의 권고사항은 특정 법률 문제에 있어 국제인도법의 해석에 관한 ICRC의 입장과 각 권고사항의 근거를 설명하는 해설을 요약해서 보여주고 있다. 본문을 통틀어, 특히 전문가들 사이에 여전히 존재하는 주요 의견 차이에 대해서는, 각주를 통해 관련 논의가 기록된 전문가 회의 보고서와 배경자료 등을 소개하고 있다. 본 해석 지침의 각 단락과 권고사항은 서로 긴밀하게 연관되어 있기 때문에 전체를 읽어야 적절히 이해할 수 있다. 마찬가지로 본 해석 지침 전반에 제공된 예시들은 특정 상황이나 행위의 법적 요건에 대한 절대적인 설명이 아니며, 그 예들이 언급된 정확한 상황 속에서 일반적으로 인정되는 국제인도법의 규칙과 원칙에 따라 성실하게 해석되어야 한다. 본 해석 지침은 민간인과 전투원 구별에 대한 원칙을 설명한 것으로서, 해당 시간과 장소에서의 구체적이고 지배적인 상황에 대한 신중한 판단을 대체할 수는 없다.

마지막으로 본 해석 지침은 적대행위 직접 가담이라는 개념을 적대행위 수행의 목적을 위해서만 검토하고 있다는 것이 강조되어야 한다. 그 결론은, 자유를 박탈당한 사람들과 같이 전투행위 바깥에 있는 사람들의 지위, 권리 및 보호를 규정하는 국제인도법의 해석을 위한 근거로서 사용하기 위한 것이다. 또한 본 해석 지침이 국제인도법과만 관련이 있긴 하지만, 그 결론은 적대행위 직접 가담과 관련된 문제에 대한 다른 분야의 국제법, 예를 들어 인권법 혹은 국가간 무력 사용에 관한 법(*jus ad bellum*, 정전법) 상의 분석을 침해하지 않는다.

2. 민간인의 적대행위 가담 문제

국제인도법의 일차적 목적은 무력충돌 희생자들을 보호하고 군사적 필요성과 인도주의 사이의 균형에 근거하여 적대행위를 규율하고자 함이다. 국제인도법의 중심에는 무력충돌 당사자들을 대표하여 전투를 수행하는 군대와 적대행위에 직접 가담하지 않는다고 추정되며 따라서 군사작전으로 인한 위험으로부터 보호되어야 하는 민간인들 사이의 구

별이라는 원칙이 놓여 있다. 역사를 통틀어 민간주민은 무기, 장비, 식량 및 주거 제공이나 경제적, 행정적, 정치적 지원을 통해 항상 무력충돌 당사자들의 일반적인 전쟁 노력에 기여해 왔다. 그러나 대개 이러한 활동들은 전장과 멀리 떨어져 있었으며, 전통적으로 소수의 민간인들만이 군사작전 수행에 관여했다.

최근 수십 년 동안 이러한 경향에 엄청난 변화가 있었다. 민간주민 중심으로 하는 전투수행의 지속적인 변화는 민간인들과 무력 사용자들 사이의 혼조를 더욱 부추겼고 이는 결국 민간인들이 군사작전에 더욱 깊이 관련된 활동에 참여하도록 만들었다. 더욱 최근에는 전통적인 군대의 기능이 외부 용역을 통해 조달되는 경우가 늘어나면서 수 많은 사설 업체 계약자들, 민간인 첩보 요원 그리고 기타 민간인 정부 관료들이 현대의 무력충돌의 실상 속에 자주 등장하게 되었다. 게다가 군사작전이 전대미문의 복잡한 수준에 이르렀고 각기 다른 장소에서 다양한 인적, 기술적 자원의 조정을 필요로 하게 되었다.

이 모든 현대 전쟁의 양상은 합법적인 군사적 목표물과 직접적인 공격으로부터 보호되는 사람들 간의 구별에 대한 혼란과 모호성을 증폭시켰다. 이러한 어려움들은 무력 사용자들이 스스로를 민간주민과 구별하지 않는 곳에서 더욱 악화된다. 예를 들면, 위장 군사작전 중이라던가 낮에는 농부로 밤에는 전투원이 되는 경우이다. 결과적으로 반대편을 적절히 식별할 수 없는 군대가 민간주민과 구별되지 않는 사람들로 부터 공격당하는 위험을 무릅쓰는 일이 많아 지는 동안, 민간인들이 우발적이거나 임의적 공격의 희생자가 되기 쉽다.

3. 주요 법률 문제

이러한 경향은 민간인과 군대 사이뿐만 아니라 전투에 가담하는 민간인과 그렇지 않은 민간인 사이의 구별의 중요성을 강조하고 있다. 국제인도법 상에서 직접적인 전투가담이라는 개념이 민간인에 의해 수행되는 것이라면 군사작전으로 인해 야기되는 위험으로부터 보호가 정지되는 행위를 말한다.⁴ 가장 특징적으로는 교전행위에 직접적으로 가담하는 동안에 민간인들은 전투원과 마찬가지로 직접적 공격을 당할 수도 있다. 제네바협약 공통3조에서 나온 전투행위에 대한 직접적이고

⁴ For the purposes of this Interpretive Guidance, the phrases "direct participation in hostilities", "taking a direct part in hostilities" and "directly participating in hostilities" will be used synonymously.

적극적인 가담이라는 개념은 많은 국제인도법 조항에서 찾아볼 수 있다. 그러나 심각한 법적 결과가 초래됨에도 불구하고 협약이나 추가의 정서 모두 적대행위 직접 가담의 정의를 내리고 있지 않다. 이런 상황은 국제적 그리고 비국제적 무력충돌 시 모두 적용되는 국제인도법에 있어 세 가지 질문에 대한 해명을 요구한다.

- 누가 구별의 원칙이라는 목적에서 민간인으로 여겨지는가? 이 질문에 대한 답은 직접적으로 교전행위에 가담하지 않거나 그러한 시간 동안은 직접적 공격으로부터 보호되는 사람들을 결정한다.⁵
- 어떤 행위가 직접적 전투 가담으로 간주되는가? 이 질문에 대한 답은 직접적 공격으로부터의 민간인 보호의 정지로 이끄는 개별적 행위를 밝혀준다.⁶
- 어떤 전투 양상이 직접 공격으로부터의 보호의 상실을 결정하는가? 이 질문에 대한 답은 직접적 공격으로부터 보호 상실 기간, 의심되는 상황 속에서 주의조치와 추정, 합법적 군사 목표물에 대한 무력 사용을 규율하는 원칙들, 그리고 직접 공격으로부터의 보호 재획득의 결과 등을 설명해줄 것이다.

⁵ The status, rights, and protections of persons outside the conduct of hostilities does not depend on their qualification as civilians but on the precise personal scope of application of the provisions conferring the relevant status, rights, and protections (e.g., Arts 4 GC III, 4 GC IV, 3 GC I-IV, 75 AP I, and 4 to 6 AP II).

⁶ For the sake of simplicity, when discussing the consequences of civilian direct participation in hostilities, the Interpretive Guidance will generally refer to loss of protection against "direct attacks". Unless stated otherwise, this terminology includes also the suspension of civilian protection against other "dangers arising from military operations" (Arts 51 [1], [3] AP I and 13 [1], [3] AP II). This entails, for example, that civilians directly participating in hostilities may not only be directly attacked themselves, but also do not have to be taken into account in the proportionality assessment when military objectives in their proximity are attacked.

제1장 :

적대행위 직접 가담의 개념에 대한 국제인도법상 해석에 있어서

ICRC 권고사항

I. 국제적 무력충돌 시 민간인의 개념

국제적 무력충돌 시 구별의 원칙의 목적상, 무력충돌 당사국 군대의 구성원도 아니고 군민병(levée en masse)에 응한 자도 아니라면 모두 민간인으로 간주되고, 적대행위에 직접 가담하지 않는 한, 그 동안에는 직접적인 공격으로부터 보호받을 수 있다.

II. 비국제적 무력충돌 시 민간인의 개념

비국제적 무력충돌 시 구별의 원칙의 목적상, 모든 무력충돌 당사자의 정규군이나 조직화된 무장단체의 구성원이 아닌 모든 사람은 민간인이며, 이들은 적대행위에 직접적으로 가담하지 않는 한, 그 동안에는 직접적인 공격으로부터 보호받을 수 있다. 비국제적 무력충돌 시, 조직화된 무장단체는 비국가 무력충돌 당사자의 군대를 구성하며, 지속적으로 전투행위에 직접 가담하는(“지속적인 전투원 기능”) 개인들로만 구성되어 있다.

III. 사설 기업체 및 민간고용원

무력충돌 당사국 군대와 계약한 사설 기업체와 민간고용원들은 (상기 I 및 II 참조) 적대행위에 직접 가담하지 않는 한 직접적 공격으로부터 보호받을 수 있다. 그러나 그들의 활동이나 위치로 인해 적대행위에 직접적으로 가담하지 않는다 해도 우발적인 사망이나 부상의 위험에 노출될 위험성이 커진다.

IV. 구체적 행위로서의 적대행위 직접 가담

적대행위 직접 가담의 개념은 무력충돌 당사자들 간 적대행위의 일부로서 개인들이 행하는 구체적인 행위를 의미한다.

V. 적대행위 직접 가담의 구성 요건

적대행위 직접 가담에 해당하기 위해서는 어떤 구체적인 행위가 다음의 기준에 모두 부합해야 한다.

1. 해당 행위는 무력충돌 상대방 당사자의 군사작전이나 군사적 역량에 불리하게 작용해야 하며, 그렇지 않은 경우에는 직접적 공격으로부터 보호받는 사람이나 물자에 대해 사망, 부상 혹은 파괴를 유발하고자 하는 것이어야 한다.(피해의 임계치)
2. 해당 행위와, 그 행위 자체나 그 행위가 중요한 역할을 하는 조직화된 군사작전에 의해 유발된 피해 사이에 직접적인 인과관계가 있어야 한다.(직접적 인과관계)

3. 해당 행위는 반드시 무력충돌의 한 당사자를 지원하여, 요구되는 피해의 임계치를 직접적으로 유발하면서 다른 당사자에 피해를 주기 위해 구체적으로 고안된 것이어야 한다.(교전관계)

VI. 적대행위 직접 가담의 시작과 종료

적대행위 직접 가담의 구체적 행위 실행에 대한 준비 조치는 적대행위가 실행되는 장소로의 병력 배치 및 복귀와 더불어 적대행위의 핵심적인 부분을 구성한다.

VII. 보호 상실의 시간적 범주

민간인은 적대행위 직접 가담으로 간주되는 각각의 구체적 행위가 지속되는 동안 직접적 공격으로부터의 보호를 상실한다. 반면 비국가 무력충돌 당사자인 조직화된 무장단체의 구성원들은 지속적인 전투원 기능을 수행하는 동안 민간인 자격을 상실하고 (II, 비국제적 무력충돌 시 민간인의 개념 참조) 또한 직접적 공격으로부터 보호받을 권리를 상실한다.

VIII. 의심되는 상황에서의 예방조치와 추정

한 사람이 민간인인지 아닌지를 판단하고, 만약 그러하다면 그 민간인이 직접적으로 적대행위에 가담했는지의 여부를 판단함에 있어 모든 가능한 예방조치가 취해져야 한다. 의심되는 상황에서는 그 사람이 직접적 공격으로부터 보호를 받는 것으로 추정되어야 한다.

IX. 직접적 공격에 있어 무력 사용의 제한

국제인도법에 의해 전투의 구체적 수단과 방법에 가해지는 제한 뿐만 아니라 향후 이에 적용되는 기타 국제법 분야에서 제기될 수 있는 제한들을 침해함이 없이, 직접적 공격으로부터 보호받지 못하는 사람들에게 허용될 수 있는 무력의 종류와 정도는 지배적 상황 속에서 합법적인 군사적 목적을 달성하는데 실질적으로 필요한 것을 초과해서는 안 된다.

X. 민간인 보호 회복의 결과

국제인도법은 민간인의 적대행위 직접 가담을 금지하지도 않고 우대하지도 않는다. 민간인이 적대행위 직접 가담을 중단하거나, 무력충돌 비국가 당사자에 속한 조직화된 무장단체의 구성원이 지속적 전투원 기능수행을 중단하면 그들은 직접적 공격으로부터 보호받을 수 있는 민간인 지위를 완전히 회복하게 된다. 그러나 자신들이 이미 행한 국내법과 국제법 위반 사실에 대한 기소는 피할 수 없다.

제2장 :

권고사항 및 해설

A. 민간인의 개념

구별의 원칙의 목적상, 민간인이란 전투에 직접적으로 가담하지 않거나 가담하지 않은 동안에는 직접적 공격을 면제 받을 권리를 누리는 사람들로 정의될 수 있다.⁷ 국제인도법이 직접적 공격에서 면제되는 민간인 이외의 사람들을 언급하고 있지만, 보호의 상실이나 회복 등은 적대행위 직접 가담과 비슷하지만 똑같은 필요는 없는 기준들에 의해 통제되고 있다.⁸ 적대행위 직접 가담이라는 개념 자체를 해석하기에 앞서, 국제적 그리고 비국제적 무력충돌에 적용되는 국제인도법상 민간인의 개념을 명확히 할 필요가 있다.

I. 국제적 무력충돌시 민간인의 개념

국제적 무력충돌 시 구별의 원칙의 목적상, 무력충돌 당사국 군대의 구성원도 아니고 군민병(levée en masse)에 응한 자도 아니라면 모두 민간인으로 간주되고, 적대행위에 직접 가담하지 않는 한, 그 동안에는 직접적인 공격으로부터 보호받을 수 있다.

1. 민간인, 군대 및 군민병 개념의 상호 배타성

제1추가개정서(AP I)⁹에 의하면, 국제적 무력충돌 상황에서 민간인이란 무력충돌 당사국 군대의 구성원도 아니고 군민병(levée en masse)¹⁰도 아닌 사람들이라고 자로 정의된다. 제1추가개정서 보다 앞서는 국제인도법 조약들이 명확히 민간인을 정의하고 있지는 않지만, 헤이그규칙(H IV R) 및 제네바협약(GC I-IV)에서 사용된 용어들은

⁷ Arts 51 [3] AP I; 13 [3] AP II. See also Henckaerts / Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules* (Cambridge University Press, 2005), Rule 6 [hereafter: *Customary IHL*]. Regarding the terminology of "loss of protection against direct attacks" used in the Interpretive Guidance see above N 6.

⁸ For example, medical and religious personnel of the armed forces lose their protection in case of "hostile" or "harmful" acts outside their privileged function (Arts 21 GC I, 11 [2] AP II; *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 25). Combatants *hors de combat* lose their protection if they commit a "hostile act" or "attempt to escape" (Art. 41 [2] AP I).

⁹ As of 1 November 2008, 168 States were party to AP I. At the same time, the ratification of GC I-IV was virtually universal (194 States party).

¹⁰ Art. 50 [1] AP I. According to *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 5, this definition of civilian reflects customary IHL in international armed conflict. The categories covered by Art. 4 A [1], [2] and [3] GC III are included in the general definition of armed forces in Art. 43 [1] AP I. See also Sandoz *et al.* (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Geneva: ICRC, 1987), §§ 1916 f. [hereafter: *Commentary AP*].

민간인, 군대, 군민병의 개념이 상호 배타적이며 전투 수행에 관계되거나 영향을 받은 모든 사람은 이 세 가지 범주 중 하나에 속하게 됨을 알 수 있다.¹¹ 다시 말해, 국제적 무력충돌을 다루는 모든 법률 하에서 민간인이라는 개념은 군대와 군민병의 정의 그 무엇에도 속하지 않는 것이다.¹² 군대와 군민병의 개념은 다음 장에서 보다 상세히 살펴볼 것이다.

2. 군대

a) 기본 개념

제1추가규정서에 의하면, 무력충돌 당사자의 군대는 모든 조직화된 군대, 무장단체 및 부대 등으로 구성되며 이들은 예하 부대의 전투수행에 책임을 지는 충돌당사자의 지휘통솔 아래 있다.¹³ 언뜻 보기에는 이러한 군대의 광범위하고 기능적인 개념이 기본적인 헤이그규칙이나 제네바협약에서 더욱 폭넓어 보인다. 이러한 조약들이 표면적으로 군대를 정의하고 있지는 않지만 정규군대 외에 민병대나 의용대가 정규군과 같이 인정을 받기 위해서는 다음 네 가지 요구사항을 충족시켜야 한다고 말하고 있다.¹⁴

- (a) 책임 있는 지휘자가 있을 것
- (b) 먼 거리에서도 알아볼 수 있는 고정된 식별 표지가 있을 것
- (c) 공개적으로 무기를 소지할 것

¹¹ For example, Art. 22 [2] of the Brussels Declaration (1874) and Art. 29 H IV R (1907) refer to "civilians" in contradistinction to "soldiers". Similarly, as their titles suggest, the Geneva Conventions (1949) use the generic category of "civilian persons" (GC IV) as complementary to members of the "armed forces" (GC I and GC II). Even though the scope of application of each convention does not exactly correspond to the generic categories mentioned in their respective titles, the categories of "civilian" and "armed forces" are clearly used as mutually exclusive in all four conventions. For example, GC I, GC II and GC IV refer to "civilian" wounded, sick and shipwrecked (Art. 22 [5] GC I; Art. 35 [4] GC II; Arts 20, 21, 22 GC IV) as opposed to the generic categories protected by GC I and GC II, namely the wounded, sick and shipwrecked of the "armed forces" (titles GC I and GC II). Similarly, Art. 57 GC IV refers to "military" wounded and sick as opposed to the generic category protected by GC IV, namely "civilian persons". Other provisions of the conventions also use the term "civilian" as opposed to "military" (Art. 30 [2] GC III: "military or civilian medical unit"; Art. 32 GC IV: "civilian or military agents"; Art. 144 [1] GC IV: "military and civil instruction"; Art. 93 [2] GC III: "civilian clothing", presumably as opposed to military uniform; Arts 18, 19, 20, 57 GC IV: "civilian hospitals", presumably as opposed to military hospitals; Art. 144 [2] GC IV: "civilian, military, police or other authorities") or to "combatants and non-combatants" (Art. 15 GC IV). None of these instruments suggests the existence of additional categories of persons who would qualify neither as civilians, nor as members of the armed forces or as participants in a *levée en masse*.

¹² Affirmative also *Commentary AP* (above N 10), § 1914. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) defined the concept of civilians for situations of international armed conflict as "persons who are not, or no longer, members of the armed forces" (ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-T, Judgment of 3 March 2000, § 180). For the relevant discussion during the expert meetings see: Report DPH 2005, pp. 43 f., 58, 74; Report DPH 2006, pp. 10, 12 ff., 19 ff.; Report DPH 2008, pp. 35, 37.

¹³ Art. 43 [1] AP I; *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 4.

¹⁴ Art. 1 H IV R; Arts 13 [1], [2], [3] and [6] GC I and GC II; Art. 4 A [1], [2], [3] and [6] GC III.

(d) 전쟁법 및 관습법 규칙에 맞춰 작전을 수행할 것 등이다.

하지만 엄밀히 말해 이 요구사항은 비정규군에게 전투원의 특권이나 포로 지위와 같은 체포 후 권리 부여의 조건을 구성하는 것으로 무력충돌 당사국 군대의 필수적인 구성요소는 아니다.

따라서 네 가지 요구사항을 모두 만족시키지 못한 비정규군들은 체포된 후에 전투원의 특권이나 포로 지위 등의 권리를 부여 받지 못할 수 있는 반면,¹⁵ 그러한 사람들이 군대의 범주에서 제외되거나 전투 수행의 목적상 반드시 민간인으로 분류되어야 한다는 것은 아니다.¹⁶ 반대로 단지 주민들로부터 자신들을 구별하지 못하고 공개적으로 무기를 소지하지 않았으며 또는 전쟁법이나 관습법에 따라 작전을 수행하지 않았다는 이유만으로 민간주민에 적용되는 보다 더 보호적인 법적 체제하에 비정규군을 두게 되면 구별의 원칙이라는 논리에 어긋나게 될 것이다. 따라서 헤이그 규칙과 제네바 협약 하에서도 무력충돌 당사국에 속하면서 충분한 정도의 군사적 조직임을 보여주는 무력사용자들은 그 당사국의 군대의 일부로 인정되어야 한다.¹⁷

b) 무력충돌 당사국에 “속한다”는 것의 의미와 중요성

조직화된 무장단체가 국제인도법상의 군대로서 자격을 갖추기 위해서는 반드시 무력충돌 당사국에 속해야 한다. 이 요구사항이 조직화된 반정부 운동을 포함한 비정규 민병대나 의용대에 대해서만 명확하게 명문화되어 있다 하더라도¹⁸ 조약은 무력충돌 당사국 “에 속하는” 군대를 가리키는 것이다.¹⁹ “속하다”의 의미는 조직화된 무장단체와 무력충돌 당사국 간의 사실상의 관계를 최소한 요구한다. 이 관계는 공식적으로 선언될 수도 있지만 그 단체가 어느 국가를 위해 싸우는지에 관한 암묵적 합의나 이를 명확히 드러내 줄 결정적 행위로 표현될 수도 있

¹⁵ In the ICRC's view, in international armed conflict, any person failing to qualify for prisoner-of-war status under Art. 4 GC III must be afforded the fundamental guarantees set out in Art. 75 AP I, which have attained customary nature and, subject to the nationality requirements of Art. 4 GC IV, also remains a "protected person" within the meaning of GC IV.

¹⁶ As illustrated by the treatment of spies (Arts 29-31 H IV R; Art. 46 AP I) and of other combatants failing to distinguish themselves as required by IHL (Art. 44 AP I), loss of entitlement to combatant privilege or prisoner-of-war status does not necessarily lead to loss of membership in the armed forces.

¹⁷ While the prevailing opinion during the 2006 expert meeting was supportive of this interpretation, some concerns were expressed that this approach could be misunderstood as creating a category of persons protected neither by GC III nor by GC IV (Report DPH 2006, pp. 15 f.). For the ICRC's position in this respect see, e.g., above N 15.

¹⁸ See Arts 13 [2] GC I and GC II and Art. 4 A [2] GC III.

¹⁹ See, e.g. Art. 3 H IV R; Art. 4 A [1] GC III; Art. 43 AP I.

다.²⁰ 국가책임에 관한 국제법 하에서 그 전투행위가 특정 국가에 귀속될 수 있는 것이라면, 의심의 여지 없이 조직화된 무장단체가 그 국가에 속한다고 말할 수 있다.²¹ 국가가 조직화된 무장단체의 전투행위에 책임을 지도록 하기 위해서 요구되는 통제의 정도는 국제법에 정해져 있지 않다.²² 실질적으로 조직화된 무장단체가 무력충돌 당사국에 속한다고 하기 위해서는 해당 국가를 대신해서 그리고 그 국가와의 합의 하에 교전 행위를 수행해야 한다는 것이 결정적 요소로 여겨진다.²³

국제적 무력충돌의 한 당사국에 속하지 않으면서 같은 무력충돌의 다른 당사국을 상대로 한 조직화된 무장폭력에 가담하는 단체들은 해당 무력충돌의 한 당사국의 군대 성원이라 할 수 없다. 제1추가규정의서, 헤이그규칙 혹은 제네바협약 하에서도 마찬가지다. 따라서 그들은 이 세 가지 조약 체계 하에서는 민간인이다.²⁴ 모든 무력충돌 시 충돌당사국의 군대와 민간주민을 양분하는 것에 반대하는 다른 의견이 있다. 그것은 또한 국가와 비국가적 행위자 사이의 분쟁이 아닌 국가간의 분쟁이라는 국제적 무력충돌의 정의에 모순될 수도 있다.²⁵ 보다 넓은 의미의 국제적 무력충돌 속에서 무력충돌의 한 당사자에 속하지 않은 채 전투를 수행하는 조직화된 무장단체는 폭력의 정도가 어느 선에 도달한다면 별도의 비국제적 무력충돌의 당사자로 인정될 수 있을 것이

²⁰ Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War* (Geneva: ICRC, 1960), p. 57 [hereafter: *Commentary GC III*].

²¹ See also Report DPH 2006, p. 16.

²² For the basic positions in this respect, see, most notably, ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986 (Merits), § 115; ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-A, Judgment of 15 July 1999 (Appeals Chamber), § 145; ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 27 February 2007, § 413; ILC, Report to the General Assembly on the work of its 53rd session (2001), UN Doc. A/56/10, Draft Article 8, Commentary § 5.

²³ See also below N 26.

²⁴ This was the prevailing opinion during the expert meetings (Report DPH 2006, pp. 16 ff.; Report DPH 2008, pp. 43 f.). For recent national case law reflecting this position see: Israeli High Court of Justice, *The Public Committee Against Torture et al. v. The Government of Israel et al.*, (HCJ 769/02), Judgment of 13 December 2006, § 26, where the Court held that, under IHL governing international armed conflict, independent Palestinian armed groups operating in a context of belligerent occupation necessarily qualified as civilians. With regard to the temporal scope of loss of protection for members of such groups, the Court nevertheless concluded that: "a civilian who has joined a terrorist organization which has become his 'home', and in the framework of his role in that organization he commits a chain of hostilities, with short periods of rest between them, loses his immunity from attack 'for such time' as he is committing the chain of acts. Indeed, regarding such a civilian, the rest between hostilities is nothing other than preparation for the next hostility" (*ibid.*, § 39).

²⁵ See also Report DPH 2006, pp. 16 ff., 52 f.; Report DPH 2008, pp. 43 f. For States party to Additional Protocol I, the law governing international armed conflicts also applies to armed conflicts between States and national liberation movements within the meaning of Article 1 [4] AP I.

다.²⁶ 이때에는 개인들이 민간인이냐 아니면 무력충돌 당사국 군대의 성원이나 하는 것은 비국제적 무력충돌에 적용되는 국제인도법 하에서 고려해야 할 것이다.²⁷

마지막으로, 국제적 혹은 비국제적 무력충돌로서의 자격을 얻지 못한 조직화된 무장 폭력은 그 가해자가 폭도, 테러리스트, 해적, 폭력단, 인질범 또는 기타 조직 범죄 가담자인지 여부에 상관없이 여전히 법률 집행의 문제로 남아 있음을 지적하지 않을 수 없다.²⁸

c) 구성원의 정의

국가의 정규군에 있어 개별 구성원은 일반적으로 국내법에 의해 통제 되고 제복, 휘장 및 장비 등으로 구별되는 부대에 정식으로 소속되어 있기 때문에 쉽게 식별이 가능하다. 경찰, 국경수비대 혹은 비슷한 방식으로 제복을 착용하는 기관은 국가의 군대의 일부에 편입될 경우 정규군과 동일한 규칙이 적용된다. 정식으로 구성된 군대의 구성원은 그들이 군대 내에서 개인적으로 어떤 일을 하고 어떤 기능을 담당하느냐에 관계 없이 민간인으로 볼 수 없다. 구별의 원칙에 따라 제대 또는 예비역으로 전환되어 그 구성원이 현역에서 물러나 다시 민간인의 삶으로 돌아가면 국가 정규군의 구성원 신분은 끝나고 민간인으로서 보호받을 권리가 되살아난다.

민병대나 의용대 혹은 반정부운동과 같은 무력충돌 당사자에 속한 비정규군의 구성원들의 지위 판단은 일반적으로 국내법에 의해서는 규율 되지 않고, 비국제적 무력충돌 시 조직화된 무장단체에 적용되는 것과 같은 기능적 기준이 적용되어야 신뢰성 있는 판단이 이루어 질 수 있다.²⁹

²⁶ According to *Commentary GC III* (above N 20), p. 57: "Resistance movements must be fighting on behalf of a 'Party to the conflict' in the sense of Art. 2, otherwise the provisions of Art. 3 relating to non-international conflicts are applicable, since such militias and volunteer corps are not entitled to style themselves a 'Party to the conflict' ". The *travaux préparatoires* are silent on the possible parallel existence of international and non-international aspects within the greater context of the same armed conflict. For the relevant discussion during the expert meetings, see Report DPH 2005, p. 10; Report DPH 2006, pp. 17 ff. and 53 f.; Report DPH 2008, pp. 43 f. It should be noted that "internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature" (Art. 1 [2] AP II) do not reach the threshold of "protracted armed violence", which is required for the emergence of a separate non-international armed conflict (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995, § 70).

²⁷ See below Section II.

²⁸ See Report DPH 2006, p. 16; Report DPH 2008, pp. 44, 49.

²⁹ See below Section II.3.(b) and, with regard to private contractors, Section III.2.

3. 군민병(Levée en masse)

군민병에 있어서는 모든 관련 법률들이 동일한 정의에 근거를 두고 있다. 이는 비점령 영토 내 거주민들로서 적의 접근에 따라 자발적으로 무기를 들고 미처 정규군을 편성하지 못한 채 자신들을 공격하는 이들에게 저항하는 사람들이다. 만약 무기를 공개적으로 지니고 있다면 전쟁법과 관습을 존중해야 함이 마땅하다.³⁰ 군민병에 참여한 사람들은 비록 자발적으로 활동하고 정규군으로 인정될 만큼 충분한 조직력과 지휘체계를 갖추지 못했다 하더라도 민간주민에서 제외되는 유일한 무력 행위자들이다. 단지 자발적이고 산발적이거나 비조직적인 형태로 적대행위에 직접 가담하는 다른 사람들은 모두 민간인으로 간주된다.

4. 결론

국제적 무력충돌에서 구별의 원칙의 목적에 비추어볼 때, 무력충돌 당사국 군대의 구성원도 아니면서 군민병에 참여하는 사람도 아닌 모든 사람들은 민간인이며, 따라서 그들이 직접적으로 적대행위에 가담하지 않는다면 또한 그 기간 동안은, 직접적인 공격으로부터 보호받을 권리가 있다. 무력충돌의 한 당사자에 속한 비정규적 민병대와 의용대, 조직저항운동 등 구성원들의 자격은 비국제적 무력충돌 시 조직적 무장 조직에 적용되는 동일한 기능적 기준에 근거하여 결정되어야 한다.

³⁰ Art. 2 H IV R; Art. 4 [6] GC III. See also the reference to Art. 4 [6] GC III in Art. 50 [1] AP I.

II. 비국제적 무력충돌 시 민간인의 개념

비국제적 무력충돌 시 구별의 원칙의 목적상, 모든 무력충돌 당사자의 정규군이나 조직화된 무장단체의 구성원이 아닌 모든 사람은 민간인이며, 이들은 적대행위에 직접적으로 가담하지 않는 한, 그 동안에는 직접적인 공격으로부터 보호받을 수 있다. 비국제적 무력충돌 시, 조직화된 무장단체는 비국가 무력충돌 당사자의 군대를 구성하며, 지속적으로 전투행위에 직접 가담하는(“지속적인 전투원 기능”) 개인들로만 구성되어 있다.

1. 민간인, 군대 그리고 조직화된 무장단체 개념의 상호 배타성

a) 조약법 내 분명한 정의 부족

비국제적 무력충돌을 규율하는 조약 국제인도법은 민간인, 군대 및 조직화된 무장단체와 같은 용어를 분명한 정의 없이 사용하고 있다. 따라서 이러한 개념들은 그들의 상황에 주어진 일반적인 의미에 따라 그리고 국제인도법의 목적과 의도에 맞춰 성실하게 해석되어야 한다.³¹

일반적으로 국가 정규군의 구성원들은 비국제적 무력충돌 시 민간인 자격이 없다는 것이 널리 인정된 사실이나 조약법, 국내법 적용 사례, 그리고 국제 판례 등에서는 이와 같은 사실이 조직화된 무장단체 구성원들(즉, 비국가 무력충돌 당사자의 군대)에게도 적용되는지에 대해 명백하게 설명되어 있지 않다.³² 조직화된 무장단체들이 국내법에서는 일반적으로 정규군으로 인정받지 못하기 때문에 그러한 무장단체의 구성원이라 함은 민간인이 지속적으로 적대행위에 직접적으로 가담하는 형태라 결론 내리고 싶기도 하다. 따라서 조직화된 무장단체의 구성원들은 지속적으로 적대행위에 직접적으로 가담하고 있다는 사실 때문에 구성원으로 활동하는 전 기간 동안 직접적 공격에 대한 보호의 권리를 상실하는 민간으로 간주될 수도 있다. 그러나 이러한 접근은 구별의 원칙 하에 있는 사람들의 개념을 심각하게 훼손할 우려가 있다. 왜냐하면 전 군대가 민간주민의 일부로 남게 되는 비국제적 무력충돌 당사자를 양산할 가능성이 있기 때문이다.³³ 제네바협약 공통3조 및 제2추

³¹ Art. 31 [1] Vienna Convention on the Law of Treaties.

³² See *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, p. 19.

³³ On the danger of extending the concept of direct participation in hostilities beyond specific acts, see also below Section IV.2. During the expert meetings, the approach based on continuous direct

가의정서의 표현과 논리가 나타나고 있듯이, 무력충돌 당사국의 민간인, 군대 그리고 조직화된 무장단체는 비국제적 무력충돌 시에서도 상호배타적인 범주에 놓이게 된다.

b) 제네바협약 공통3조

제네바협약 공통3조가 일반적으로 적대행위를 규율하는 것으로 여겨지지 않는다 하더라도, 그 조문의 내용은 비국제적 무력충돌 시 군대와 민간인 사이의 포괄적인 구별에 대한 어떤 결론 도출이 가능하게 한다. 가장 눈에 띄는 것은 제네바협약 공통3조가 “각 무력충돌 당사자”는 “무기를 버린 전투원 및 전투력을 상실한 자를 포함하여 적대행위에 능동적으로 참가하지 아니하는 자”를 보호해야 한다.³⁴ 따라서 국가 및 비국가 무력충돌 당사자는 모두 민간주민과 구별되는 군대를 가지고 있다.³⁵ 이러한 법 조항은 또한 그러한 군대의 구성원들이 다른 사람들과는 반대로 자신들의 전투 기능에서 벗어나거나(“무기를 버린”) 또는 전투력을 상실하게 되는 즉시 “더 이상 능동적으로 적대행위에 가담하지 않는 것”으로 간주된다. 단순의 전투 종료 만으로는 부족하다. 따라서, 제네바협약 공통3조는 무력충돌 당사자를 위해 “무기를 소지하지 않은” 개인들로 구성되는 민간인이라는 개념을 간접적으로 나타내고 있기도 하다.³⁶

c) 제2추가의정서

제2추가의정서³⁷는 적용 범위가 매우 좁고 제네바협약 공통3조와는 다른 용어를 사용하는 반면 사람들의 포괄적인 분류에 있어서는 이 둘이 대동소이하다.³⁸ 1974~1977년 개최된 외교회의에서 제2추가의정서 초안의 제25조 제1항은 군대 혹은 조직화된 무장단체의 구성원이

participation in hostilities was criticized as blurring the distinction made by IHL between loss of protection based on conduct (civilians) and on status or function (members of armed forces or organized armed groups). See Background Doc. DPH 2004, p. 36; Background Doc. DPH 2005, WS IV-V, p. 10; Report DPH 2005, pp. 44, 48, 50. See also the discussions in Report DPH 2006, pp. 20 ff.; Report DPH 2008, pp. 46 ff.

³⁴ Art. 3 GC I-IV.

³⁵ According to *Commentary GC III* (above N 20), p. 37: "Speaking generally, it must be recognized that the conflicts referred to in Art. 3 are armed conflicts, with 'armed forces' on either side engaged in 'hostilities' - conflicts, in short, which are in many respects similar to an international war [...]"

³⁶ According to Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (Geneva: ICRC, 1958), p. 40: "Article 3 has an extremely wide field of application and covers members of the armed forces as well as persons who do not take part in the hostilities. In this instance, however, the Article naturally applies first and foremost to civilians - that is to people who do not bear arms".

³⁷ As of 1 November 2008, 164 States were party to AP II.

³⁸ For the high threshold of application of Additional Protocol II, see Art. 1 [1] AP II.

아닌 사람”을 포함하는 민간인의 개념을 정의하고 있다.³⁹ 비록 이 초안의 조항이 의정서를 “간소화”하려는 마지막 순간의 노력에 의해 적대행위에 관한 대부분의 다른 조항들과 함께 폐기되기는 했지만, 최종 법안 역시 원래부터 제안되었던 민간인의 개념을 지속적으로 반영하고 있다. 의정서에 의하면, “군대”, “반정부군”, “기타 조직화된 무장단체”는 “지속적이고 집중적인 군사 활동을 실행할” 기능과 능력을 가지고 있다.⁴⁰ 반면 “민간주민과 개개 민간인들은 직접적으로 적대행위에 가담하지 않으면, 그리고 가담하지 않은 기간 동안에는, 이러한 군사력에 의해 시행되는 군사작전으로부터 이로 인해 야기되는 위험에 대해 일반적인 보호를 향유할 수 있다.”⁴¹

d) 용어의 조화

제2추가 의정서에 “군대”라는 용어는 국가 정규군에 한정된다. 반면 비국가 당사자의 군대는 “반정부군” 또는 “기타 조직화된 무장단체”로 해석된다. 한편 제네바협약 공통3조에서의 “군대”의 개념은 제1추가 의정서 제1조 제1항에 병치되어 있는 세 범주를 모두 포함하는데, 곧 국가 정규군, 반정부군 및 기타 조직화된 무장단체가 그것이다. 따라서 국제적 무력충돌 상황과 유사하게 비국제적 무력충돌 시 민간인이라는 개념은 “군대”(제네바협약 공통3조) 또는 제2추가 의정서에 나오는 대로 국가의 “정규군”, “반정부군” 그리고 “기타 조직화된 무장단체”의 개념 정의에 의해 부정적으로 한정되어 지는 것이 된다.⁴² 본 해석 지침의 목적에 있어 비국제적 무력충돌 당사국의 군대는 “국가 정규군”이라 할 수 있으며, 반면 비국가 충돌당사자의 군대는 “조직화된 무장단체”로 묘사된다.⁴³ 다른 방식으로 설명되지 않으면, “조직화된 무장

³⁹ Draft Art. 25 [1] AP II was adopted by consensus in the Third Committee on 4 April 1975 (O.R., Vol. XV, p. 320, CDDH/215/Rev.1). See also the ICRC's Commentary (October 1973) on the original version of Art. 25 [1] of the Draft of AP II submitted to the Diplomatic Conference of 1974 to 1977: "[...] sont considérés comme civils tous les êtres humains qui se trouvent sur le territoire d'une Partie contractante où se déroule un conflit armé au sens de l'article premier et qui ne font pas partie des forces armées ou groupes armés".

⁴⁰ Art. 1 [1] AP II.

⁴¹ Art. 13 [1] and [3] AP I. This interpretation is further supported by the respective contexts in which the Protocol refers to "civilians" (Arts 13, 14, 17 AP II) and the "civilian population" (title Part IV AP II; Arts 5 [1] (b) and (e), 13, 14, 15, 17 and 18 AP II).

⁴² Affirmative ICTY, *Prosecutor v. Martić*, Case No. IT-95-11-A, Judgment of 8 October 2008, §§ 300-302. This was the prevailing view also during the expert meetings (see Report DPH 2005, pp. 43 f.; Report DPH 2006, pp. 20 ff.; Report DPH 2008, pp. 46 ff.).

⁴³ Note that the concept of organized armed group is also used in IHL governing international armed conflict to describe organized armed actors other than the regular armed forces which operate under a command responsible to a party to the conflict and, therefore, qualify as part of the armed forces of that party (Art. 43 [1] AP I; see above Section I).

단체”라는 개념은 “반정부군” 및 “기타 조직화된 무장단체”를 모두 포함한다. (제2추가개정서 제1조 제1항)

2. 국가 정규군

a) 기본 개념

두 개의 추가개정서의 체결당사국들이 국제적 그리고 비국제적 무력충돌 상황 속에서 국가 정규군에 대한 분명한 정의를 원했으리라 가정할 만한 근거는 없다. 제2추가개정서 준비작업 시 기록에 의하면, 제2추가개정서 제1조 제1항의 체결당사국의 군대라는 개념은 반드시 국내법에서 규정하는 군대로서 자격을 가질 필요는 없는 무장 행위자, 예를 들어 국가 경호대, 세관, 경찰 처럼 그렇게 하고자 한다면 사실상 군대의 역할을 할 수 있는 이들도 포함되도록 충분히 포괄적이다.⁴⁴ 따라서 제1추가개정서 상의 군대라는 개념에 비교하여 제2추가개정서 상의 국가 정규군이라는 것은 정규군과 기타 무장단체 혹은 국가에 보고할 의무가 있는 지휘계통 하에 조직된 부대 등을 포함하는 것이다.⁴⁵

b) 구성원의 결정

최소한 정규군에 있어 국가 정규군의 구성원 자격은 국내법으로 정의되며 군복, 표식 및 장비로 구별되는 영속적 부대로의 정식 편입을 통해 표출된다. 이는 경비군, 국경수비대 혹은 기타 유사한 제복을 착용하는 무장한 공권력이 군대에 편입될 때에도 동일하게 적용된다. 정식으로 구성된 군대의 구성원은 군대 내에서 자신들의 기능이나 개별적인 행위에 관계 없이 민간인이 될 수 없다. 구별의 원칙에 있어 국가 정규군의 구성원 자격을 상실하면 민간인으로서 보호받을 권리는 되살아 난다. 군 구성원이 현역으로서 역할을 종료하고 민간인의 삶으로 되돌아 왔을 때 역할로부터 완전히 벗어났느냐 혹은 잠정적으로 활동

⁴⁴ See *Commentary AP* (above N 10), § 4462: "The term 'armed forces' of the High Contracting Party should be understood in the broadest sense. In fact, this term was chosen in preference to others suggested such as, for example, 'regular armed forces', in order to cover all the armed forces, including those not included in the definition of the army in the national legislation of some countries (national guard, customs, police forces or any other similar force)", referring to O.R., Vol. X, p. 94, CDDH//1238/Rev.1. On the potential qualification of police forces as part of the armed forces of a party to the conflict, see also the discussion in Report DPH 2005, p. 11; Report DPH 2006, pp. 43, 52 f.; Report DPH 2008, pp. 54, 64, 68.

⁴⁵ According to Bothe et al., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1982), p. 672, the terms "organized" and "under responsible command" in Art. 1 [1] AP II "inferentially [...] recognize the essential conditions prescribed under art. 43 of Protocol I: that the armed force be linked to one of the parties to the conflict; that they be organized; and that they be under responsible command".

을 중단한 예비역이나에 관계없이 민간인으로 취급된다. 국제적 무력 충돌에서처럼 민병대, 의용군 또는 불법적 무장단체와 같은 비정규군의 구성원 자격은 국내법의 적용을 받지 않으며 단지 비국제적 무력 충돌의 조직화된 무장단체에 적용되는 실질적 기준과 같은 것에 근거하여 상황에 따라 정의될 수 있다.⁴⁶

3. 조직화된 무장단체

a) 기본 개념

비국가 무력충돌 당사자에 속한 조직화된 무장단체에는 반정부군과 기타 무장단체가 포함된다. 반정부군은 본질적으로는 정부로부터 돌아선 국가 정규군의 일부를 구성한다.⁴⁷ 기타 조직화된 무장단체는 주로 민간주민들로부터 구성원을 모집하지만, 비록 국가 정규군과 같은 수준의 수단, 강도 및 발전 정도를 늘 보여주진 못한다 해도 무력충돌 당사자를 대표하여 적대행위를 수행할 만큼 충분한 정도로 군사적 조직을 발전시킨다.

두 가지 경우에 있어, 민간주민의 보호를 위해 비국가적 무력충돌 당사자(예를 들어, 반란군, 저항군 또는 분리독립운동 등)를 그 군대와(다시 말해 조직화된 무장단체)와 구별하는 것은 매우 중요하다.⁴⁸ 무력충돌 당사국과 함께 비국제적 무력충돌 당사자는 민간주민으로 전투력과 정치적/인도적 진영과 같은 지원대로 구성된다. 그러나 조직화된 무장단체라는 용어는 오로지 비국가적 충돌당사자의 무장 혹은 군사 진영에만 해당되는 말이다. 기능적 측면에서 군대를 뜻한다. 이러한 구별은 비국가 무력충돌 당사자와의 연계 또는 그에 대한 지원과 반대로 조직화된 무장단체에서 구성원 자격을 결정하는 데 있어 중요하다.

b) 구성원 자격의 결정

반정부군 : 반정부군의 구성원들이 더 이상 국가 정규군의 구성원이 아니라 하더라도, 그들이 정부에 반대했다는 이유만으로 민간인이 되는 것은 아니다. 최소한 자신들이 전에 속했던 국가 정규군의 구조 하에서 조직된 상태라면, 이 구조는 반정부군 내에서도 개별적인 구성원

⁴⁶ See above Section I.2.(c) and below Section II.3.(b).

⁴⁷ See *Commentary AP* (above N 10), § 4460.

⁴⁸ Although Art. 1 AP II refers to armed conflicts "between" State armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups, the actual parties to such a conflict are, of course, the High Contracting Party and the opposing non-State party, and not their respective armed forces.

자격을 결정하게 된다.

기타 조직화된 무장단체 : 사실상 반정부군 구성원 자격보다 더욱 정의하기 어려운 것은 조직화된 무장단체 구성원들의 자격이다. 이렇게 비정규적으로 구성된 단체의 구성원 자격은 국내법상 아무런 근거를 찾을 수 없다. 소속된 단체 내에서 맡은 특정 기능 보다 편입행위에 의해 구성되는 경우도 드물고 제복, 식별 표식 또는 신분증 등을 통해 나타나지도 않는다. 조직화된 무장단체가 활동하는 문화적, 정치적, 군사적 상황의 다양성이라는 측면에서 볼 때 국제인도법이라는 의미 속에서의 “구성원 자격”에 반드시 준할 필요가 없는 그러한 단체와의 연계는 다양한 수준으로 표출될 것이다. 한 사례에서, 연계라는 것이 한 편으로는 개인의 선택일 수도 있고 다른 한편으로는 비자발적인 모집에 의한 것일 수도 있다. 또 다른 한편으로는 보다 전통적 개념의 씨족 내지는 가족 관계에서 기인할 수도 있다.⁴⁹ 실질적으로, 대부분의 조직화된 무장단체가 갖는 비공식적이고 은밀한 구조와 탄력적 성격의 구성원 자격은 무력충돌의 비국가적 당사자와 그 군대 사이의 구별을 어렵게 만든다.

위에서 보여졌듯이, 비국제적 무력충돌을 규율하는 국제인도법에서 조직화된 무장단체의 개념은 엄격한 기능적 측면에서 비정규군에 해당된다. 구별의 원칙의 실용적 목적에 있어 그러한 단체의 구성원 자격은 추상적인 연계, 가족관계 혹은 오류, 임의성 혹은 남용에 취약한 기타 기준에 기댈 수 없다. 대신, 구성원 자격은 개인이 맡은 지속적인 기능이 전체적으로 단체에 의해 집단적으로 행해지는 기능, 다시 말해 비국가적 무력충돌 당사자를 대표하여 수행하는 적대행위와 상통하고 있는지의 여부에 달려 있는 것이다.⁵⁰ 결과적으로 국제인도법 하에서 조직화된 무장단체 내의 개별적 구성원 자격을 결정하는 기준은 적대행위에 대한 직접적 가담을 조장하는 단체 내에서 해당 개인이 지속적인 기능을 담당하고 있는지의 여부이다.(이하 “지속적 전투원 기능”)⁵¹ 지속적 전투원 기능이라 함은 법에 따라 전투원의 특권을 향유하는 것을 내포하고 있지는 않다.⁵² 그것보다도, 이 기능은 비국가적 무력충돌 당

⁴⁹ Background Doc. DPH 2005, WS IV-V, P. 15.

⁵⁰ On the collective or individual nature of continuous combat function, see Report DPH 2008, pp. 55 ff.

⁵¹ On the qualification of conduct as direct participation in hostilities, see below Section V.

⁵² Combatant privilege, namely the right to directly participate in hostilities with immunity from domestic prosecution for lawful acts of war, is afforded only to members of the armed forces of parties to an

사자의 조직화된 전투세력과 단지 자발적이고 산발적으로 비조직적인 토대에서 전투행위에 가담하거나 정치적, 행정적 혹은 기타 비전투원 기능을 수행하는 민간인들과의 구별을 위한 것이다.⁵³

지속적인 전투원 기능은 비국가적 무력충돌 당사자의 군대로 활동하는 조직화된 무장단체에 상당 기간 지속적으로 소속되어 있음을 뜻한다. 따라서 자신의 지속적 기능이 전투행위에 대한 직접적 가담이라고 간주할 수 있는 행위나 작전의 준비, 실행 혹은 지휘와 관련되어 있는 개인은 지속적인 전투원 기능을 맡고 있는 것이다. 그러한 교전 시 무장단체를 대신하여 지속적이고 직접적으로 적대행위에 가담하기 위해 그 단체에 의해 모집되어 훈련을 받고 무장하게 된 개인은 실질적 적대행위를 처음으로 수행하기 이전부터 지속적인 전투원 기능을 맡고 있는 것으로 간주된다. 이 사례는 일정 기간 동안 기본 훈련을 받았거나 현역으로 있다가 무장단체를 떠나 민간인의 삶으로 돌아간 예비역에 비견되는 사람들과는 구별되어야 한다. 그러한 “예비역”들은 다시 현역과 같은 의무를 다하기 위해 소집되기 전까지는 민간인이다.⁵⁴

조직화된 무장단체를 따라다니거나 지원하지만 그 기능이 적대행위 직접 가담과 관련이 없는 개인은 국제인도법상 무장단체의 일원이 아니다. 대신 그들은 지원 기능을 맡은 민간인으로 정규군을 수행하는 사설업체나 민간인 직원들과 유사한 신분을 유지한다.⁵⁵ 따라서 모집자, 훈련자 및 재정후원자 그리고 선동자들은 비국가적 무력충돌 당사자들의 일반적인 전쟁 노력에 지속적으로 기여한다고 볼 수 있다. 그러나 적대행위에 대한 직접적 가담으로 간주되는 기능이 추가되지 않는다면 그들은 무력충돌 당사자에 속한 조직화된 무장단체의 일원이 아닌 것

international armed conflict (except medical and religious personnel), as well as to participants in a *levée en masse* (Arts 1 and 2 H IV R; Art. 43 [1] AP I). Although all privileged combatants have a right to directly participate in hostilities, they do not necessarily have a function requiring them to do so (e.g. cooks, administrative personnel). Conversely, individuals who assume continuous combat function outside the privileged categories of persons, as well as in non-international armed conflict, are not entitled to combatant privilege under IHL (see also below Section X).

⁵³ During the expert meetings, the prevailing view was that persons cease to be civilians within the meaning of IHL for as long as they continuously assume a function involving direct participation in hostilities (“continuous combat function”) for an organized armed group belonging to a party to a non-international armed conflict (Expert Paper DPH 2004 (Prof. M. Bothe); Report DPH 2005, pp. 43 f., 48 ff., 53 ff., 63 ff., 82 f.; Report DPH 2006, pp. 9 ff., 20 ff., 29-32, 66 f.; Report DPH 2008, pp. 46-60).

⁵⁴ See also above Sections I.2.(c) and II.2.(b) and, more generally, below Section VII.2.

⁵⁵ See below Section III.

이다.⁵⁶ 구체적인 군사작전 외적인 무기 및 기타 장비의 구매, 밀수, 생산 및 유지보수 등에 종사하거나 전술적인 성질 보다는 정보의 수집 등에 기능이 한정되는 사람들의 경우도 마찬가지이다.⁵⁷ 비록 그러한 사람들이 조직화된 무장단체를 수행하면서 무력충돌 당사자에게 실질적인 지원을 제공한다 하더라도 그들은 지속적인 전투원 기능을 수행하는 것이 아니며 구별의 원칙에 있어서도 조직화된 무장단체의 일원으로 간주될 수 없다.⁵⁸ 민간인으로서 그들은, 그들의 행위나 위치가 우발적인 사망이나 부상에 쉽게 노출될 수 있긴 하지만, 직접적으로 적대행위에 가담하지 않는 한 직접적인 공격으로부터의 보호를 향유한다.

실제로 구별의 원칙은 실용적으로 활용 가능한 정보에 근거해서 적용되어야 하며 합리적으로 지배적인 상황에서 의존할만한 것으로 간주될 수 있다. 지속적인 전투원 기능은 제복을 착용하고 식별 표식을 사용하거나 특정 무기를 지님으로써 공개적으로 표현될 수 있다. 그러나 그것은 결정적인 행위에 근거해 규정될 수도 있는데, 예를 들면, 전투행위가 특정한 작전 기간 동안에만 수행되는 자발적이고, 산발적이거나 임시적인 역할이라기 보다 지속적인 기능을 구성하고 있음을 나타내는 정황 속에서 어떤 사람이 조직화된 무장단체를 지원하여 반복적으로 전투행위에 직접 가담해온 경우이다. 특정 상황 속에서 구별의 원칙을 이행하는데 적용되는 기준이 무엇이든 그들은 반드시 비국가적 무력충돌 당사자의 군대 구성원들과 직접적으로 전투행위에 가담하지 않거나 더 이상 가담하지 못하는, 혹은 한다 하더라도 단지 자발적이고, 산발적이거나 비조직적인 바탕 위에 전투행위를 하는 민간인들은 구별되어야 한다.⁵⁹ 앞으로 보여지겠지만, 결정은 모든 가능한 예방조치가 필요하며 의심이 가는 경우에는 보호를 추정해야 한다.⁶⁰

⁵⁶ Regarding the qualification of recruiting and training, financing and propaganda as direct participation in hostilities, see below Sections V.2.(a) and (b); VI.1.

⁵⁷ Regarding the qualification as direct participation in hostilities of purchasing, smuggling, transporting, manufacturing and maintaining of weapons, explosives and equipment, as well as of collecting and providing intelligence, see below Sections V.1.(a); V.2.(a), (b) and (g); VI.1.

⁵⁸ Obviously, such lack of "membership" does not exclude that civilian supporters of organized armed groups may incur criminal responsibility for their activities under national and, in the case of international crimes, also international law. See below Section X.

⁵⁹ See also Report DPH 2006, pp. 25 ff.; Report DPH 2008, pp. 49-57.

⁶⁰ See below Section VIII.

4. 결론

비국제적 무력충돌에서 구별의 원칙의 목적에 있어, 무력충돌 당사국 정규군이나 조직화된 무장단체의 성원이 아닌 모든 사람들은 민간인이며, 따라서, 그들이 직접적으로 전투행위에 가담하지 않는 한 직접적 공격으로부터 보호를 누릴 수 있다. 비국제적 무력충돌 시에는 조직화된 무장단체가 비국가적 무력충돌 당사자의 군대를 구성하며, 이 군대는 직접적으로 적대행위에 가담하는 것을 자신의 지속적인 기능으로 하는 사람들만으로 구성되어야 한다. (“지속적인 전투원 기능”)

III. 사설 기업체 및 민간고용원

무력충돌 당사국 군대와 계약한 사설 기업체와 민간고용원들은 (상기 I 및 II 참조) 적대행위에 직접 가담하지 않는 한 직접적 공격으로부터 보호받을 수 있다. 그러나 그들의 활동이나 위치로 인해 적대행위에 직접적으로 가담하지 않는다 해도 우발적인 사망이나 부상의 위험에 노출될 위험성이 커진다.

1. 사설 기업체 및 민간고용원들과 관련된 특정한 어려움

최근 몇 십 년 사이, 무력충돌 당사자들은 전통적으로 군 인력이 당당 해오던 다양한 기능들에 대해 점점 더 많은 사설 업체들과 민간인들을 고용해 왔다.⁶¹ 일반적으로 말해서, 국제인도법상 무력충돌 당사자의 사설 기업체와 고용원들은 민간인이다. 그리고 그들이 직접적으로 적대행위에 가담하느냐의 여부는 여타 다른 민간인들에게 적용되는 것과 같은 기준에 근거한다.⁶² 그러한 인원들의 특별한 역할은 많은 사설 업체들과 민간고용원들이 갖는 군대와 적대행위에 대한 지리적 그리고 조직적 근접성에 대해 특별한 배려와 충분한 고려를 바탕으로 이러한 결정이 내려져야 한다는 것을 요구한다.

민간인과 군대의 구성원 사이의 구별의 목적에 있어, 국내법과 국제법이 일치할 수 없다는 것도 기억해야 한다. 국내법에 따라 군대의 구성원 자격이라는 것이 행정, 사법 및 기타 적대행위에 있어 구별의 원칙에 관계없는 여타의 중요성을 가질 수도 있다. 국제인도법 하에서는, 군대의 구성원 자격을 갖는다는 것의 주요 결과는 민간인 범주에서 제외됨을 뜻하며, 국제적 무력충돌에서는 무력충돌 당사자를 대신하여 적대행위에 직접적으로 가담할 권리(전투원의 특권)를 말한다. 민간인과 군대의 개념이 적대행위 수행의 목적을 위해 정의되는 경우, 관련 기준은 국제인도법으로부터 도출되어야 한다.⁶³

⁶¹ This trend led to an initiative by the Swiss government, in cooperation with the ICRC, to address the issue of private military and security companies. This initiative resulted in the 'Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies During Armed Conflict' of 17 September 2008, agreed upon by 17 participating States.

⁶² On the concept of civilian, see above Sections I and II. On the concept of direct participation in hostilities, see below Sections IV to VI.

⁶³ See Report DPH 2005, pp. 74 f.

현재 무력충돌 시 활발하게 활동하는 사설 업체와 민간고용원들의 대다수는 국가 정규군에 소속되어 있지 않았고 무력충돌 당사자들을 대표하여 적대행위에 직접적으로 가담하도록 하지 않는 기능을 수행한다(지속적인 전투원 기능이 없음).⁶⁴ 그리하여 국제인도법에서 이들은 일반적으로 민간인으로 정의된다.⁶⁵ 이들이 직접적 공격으로부터 보호받을 권리를 향유한다고 하지만 군대 및 기타 군사적 목적과의 밀접한 관계를 갖는 특성으로 인해 다른 민간인들 보다 우발적 사망이나 부상의 위험 등 군사작전으로 인한 위험에 노출될 가능성이 크다.⁶⁶

그러나 경우에 따라서는 이러한 사설 업체들의 역할이 민간인 또는 군사적 특성을 갖는지를 결정하기가 매우 어렵다. 예를 들어, 적의 공격으로부터 군 인력 및 기타 군사적 목표물의 방어하는 것(적대행위 직접 가담)과 같은 인원과 물자를 적대행위와 관련이 없는 범 죄나 폭력으로 부터 지키는 것(법 집행/ 정당방위 내지는 긴급피난) 사이의 차이는 매우 적다고 할 수 있다. 예방조치와 의심이 가는 경우의 추정에 관한 국제인도법의 일반적 규칙을 준수하는 것은 이러한 맥락에서 특히 중요하다.⁶⁷

2. 국제적 무력충돌

군대를 수행하도록 공식적으로 승인을 받고 체포 시 전쟁포로의 지위를 누릴 수 있는 사람들을 포함한 민간인들은 결코 무력충돌 당사자를 대신해서 적대행위에 직접적으로 가담하지 못했다.⁶⁸ 그들이 군대에 소속되지 않는 한 사설업체와 민간고용원들은 단지 군대를 수행하거나/ 또는 전통적으로 군 인력들이 수행하는 적대행위 이외의 기능을 수행한다는 이유만으로 민간인 자격을 상실하는 것은 아니다. 그러한 인력들이 무력충돌 당사국의 분명한 또는 암묵적인 승인 없이 직접적으로 적대행위에 가담하는 경우, 민간인 신분을 유지하되 적대행위에 가담

⁶⁴ On the concept of continuous combat function, see above Section II.3.(b).

⁶⁵ Report DPH 2005, p. 80.

⁶⁶ Report DPH 2006, pp. 34 f.

⁶⁷ See below Section VIII.

⁶⁸ Of the categories of persons entitled to prisoner-of-war status under Art. 4 [1] to [6] GC III, those described in Art. 4 [4] GC III (civilians accompanying the armed forces) and Art. 4 [5] GC III (civilian crew members of the merchant marine or civil aircraft) are civilians (Art. 50 [1] AP I). As any other civilians, they are excluded from the categories entitled to combatant privilege, namely members of the armed forces and participants in a *levée en masse* (Art. 43 [1] and [2], 50 [1] AP I; Arts 1 and 2 H IV R) and, therefore, do not have a right to directly participate in hostilities with immunity from domestic prosecution. See also below Section X, as well as the brief discussion in Report DPH 2006, pp. 35 f.

하는 동안 직접적 공격으로부터 보호받을 권리를 상실하게 된다.⁶⁹

국내법상 정식적 절차를 통해 또는 사실상 지속적인 전투원 기능이 주어진 것에 의해 무력충돌 당사자 군대에 완전히 편입된 사설업체와 민간고용원들에 대해 각기 다른 결론이 도출되어야 한다.⁷⁰ 국제인도법 하에서 그러한 인원은 충돌당사자로부터 부여된 지휘권 하에 놓인 조직화된 군대, 무장단체 또는 부대의 구성원이 될 것이며, 구별의 원칙에 있어 더 이상 민간인의 자격을 유지할 수 없을 것이다.⁷¹

3. 비국제적 무력충돌

위와 같은 의견은 약간의 수정만 거치면 비국제적 무력충돌에도 적용된다. 따라서 사설 업체가 비국가 무력충돌 당사자에 속한 조직화된 무장단체를 위해 지속적인 전투원 기능을 수행하는 동안에는 그 단체의 구성원이 되는 것이다.⁷² 이론적으로 사설 군사업체는 비국제적 무력충돌의 독립적인 비국가적 당사자로서까지 될 수 있다.⁷³ 그러나 국가 정규군의 구성원도 아니면서 무장단체의 구성원도 아닌 사설업체와 민간고용원들은 반드시 민간인으로 간주되어야 하고, 이런 맥락에서 직접적으로 적대행위에 가담하지 않는 한 직접적 공격으로부터 보호되어야 한다.

4. 결론

국제인도법의 틀 안에서 무력충돌 당사자의 사설업체와 민간고용원들이 민간인 자격을 인정 받느냐의 여부와 그들이 직접적으로 적대행위에 가담하는지의 여부는 여타 다른 민간인들에게도 적용되는 동일한 기준에 좌우된다. 그러한 사람들이 군대와 적대행위에 대해 가지고 있는 지리적/조직적 근접성은 특별한 배려를 두고 이러한 결정을 내릴

⁶⁹ Report DPH 2005, p. 82.

⁷⁰ On the concept of continuous combat function, see above Section II.3.(b). On the subsidiary functional determination of membership specifically in international armed conflict, see above Section I.3.(c).

⁷¹ The prevailing view expressed during the expert meetings was that, for the purposes of the conduct of hostilities, private contractors and employees authorized by a State to directly participate in hostilities on its behalf would cease to be civilians and become members of its armed forces under IHL, regardless of formal incorporation. It was noted that, from the historical *letters of marque and reprisal* issued to privateers to the modern combatant privilege, direct participation in hostilities with the authority of a State has always been regarded as legitimate and, as such, exempt from domestic prosecution. See Report DPH 2003, pp. 4 f.; Report DPH 2004, pp. 11 ff., 14; Expert Paper DPH 2004 (Prof. M. Schmitt), pp. 8 ff.; Report DPH 2005, pp. 74 ff. and 80 f.; Background Doc. DPH 2005, WS VIII-IX, p. 17.

⁷² See Report DPH 2005, pp. 81 f.

⁷³ *Ibid.*

것을 요구한다. 민간인 자격을 부여 받은 사람들은 그들의 활동이나 위치로 인해 우발적인 사망과 부상의 위험에 쉽게 노출될 수 있다고 해도 직접적으로 적대행위에 가담하지 않는 한 직접적 공격으로부터 보호받을 수 있다. 이것이 적대행위 이외의 목적에 있어 국내법이 사설 업체와 민간고용원들을 국제인도법과는 다르게 규제할 가능성까지 배제하지는 못한다.

B. 적대행위 직접 가담의 개념

조약 국제인도법은 적대행위에 대한 직접적 가담을 정의하고 있지 않으며, 국내법 적용이나 국제법리학 또한 명확한 해석을 내리고 있지 않다. 따라서 적대행위 직접 가담이라는 개념은 그 상황 속에서 구성하는 용어의 일반적 의미에 맞춰 국제인도법의 목표와 목적을 고려하여 해석되어야 한다.⁷⁴

조약법이 적대행위를 언급하는 경우에 그 개념은 본질적으로 국제적 혹은 비국제적 무력충돌과 연결되어 있다.⁷⁵ 따라서 적대행위 직접 가담의 개념은 폭동, 고립되고 산발적인 폭력행위 및 기타 유사한 성질을 갖는 것 등 무력충돌 이외의 상황에서 발생하는 행위와는 관련이 있을 수 없다.⁷⁶ 게다가 무력충돌 중이라도 모든 행위가 적대행위의 일부를 구성하는 것은 아니다.⁷⁷ 이 장에서는 특정행위가 집적적인 적대행위 가담으로 간주되는지 여부와 어떻게 그렇게 간주할 수 있는지를 결정하는 기준을 밝히고자 한다.

실질적으로 다양한 형태와 강도 그리고 다양한 지리적, 문화적, 정치적, 군사적 맥락 속에서 민간주민들은 적대행위에 가담하게 된다. 그리하여 어떤 특정행위를 직접적인 적대행위로 간주할 수 있는지를 결정함에 있어 연관된 시기와 장소에서 나타나는 환경에 대한 충분한 고려가 이루어져야 한다.⁷⁸ 그럼에도 불구하고, 각각의 사례를 둘러싼 정황의 중요성은 적대행위 직접 가담이라는 것이 국제인도법의 기본원칙을 반영하여 이론적으로 건전하고 일관성 있게 해석되어야 하는 매우 엄격한 법리적 개념이라는 사실에 반드시 주목해야 한다.

⁷⁴ Art. 31 [1] Vienna Convention on the Law of Treaties.

⁷⁵ The concept of hostilities is frequently used in treaties regulating situations of international and non-international armed conflict, for example in the following contexts: opening of hostilities, conduct of hostilities, acts of hostility, persons (not) taking part in hostilities, effects of hostilities, suspension of hostilities, end of hostilities. See Title and Art. 1 H III; Title Section II H IV R; Art. 3 [1] GC I-IV; Art. 17 GC I; Art. 33 GC II; Title Section II and Arts 21 [3], 67, 118, 119 GC III; Arts 49 [2], 130, 133, 134, 135 GC IV; Arts 33, 34, 40, 43 [2], 45, 47, 51 [3], 59, 60 AP I and Title Part IV, Section I AP I; Arts 4 and 13 [3] AP II; Arts 3 [1] - [3] and 4 ERW Protocol.

⁷⁶ According to Art. 1 [2] AP II, such situations do not constitute armed conflicts.

⁷⁷ In fact, armed conflict can arise without any occurrence of hostilities, namely through a declaration of war or the occupation of territory without armed resistance (Art. 2 GC I-IV). Furthermore, considerable portions of IHL deal with issues other than the conduct of hostilities, most notably the exercise of power and authority over persons and territory in the hands of a party to the conflict. See also Report DPH 2005, pp. 13, 18 f.

⁷⁸ See also below Section VIII. See further: Report DPH 2006, pp. 25 ff., 70 ff.

IV. 구체적 행위로서의 적대행위 직접 가담

적대행위 직접 가담의 개념은 무력충돌 당사자들 간 적대행위의 일부로서 개인들이 행하는 구체적인 행위를 의미한다.

1. 적대행위 직접 가담에 관한 개념의 기본 구성요소

적대행위 직접 가담의 개념은 본질적으로 두 가지 요소로 구성된다. 다시 말해 “적대행위”의 그것과 “직접적 가담”의 그것이다.⁷⁹ “적대행위”의 개념이 적에게 상해를 가하는 수단과 방법으로 무력충돌 당사자가 채택하는 (총체적인) 수단과 관계가 있다면⁸⁰, 적대행위 “가담”은 이러한 적대행위에 대한 사람들의 (개인적) 개입과 관련이 있다.⁸¹ 그러한 개입의 질과 정도에 따라 적대행위에 대한 개인의 가담은 “직접적” 혹은 “간접적”으로 묘사될 수 있다. 적대행위 직접 가담은 제네바 제협약의 공통 제3조에서 언급된 “적대행위에 능동적으로 가담하지 않는”이라는 문구로부터 진화되었다. 제네바협약과 추가의정서의 영문 텍스트에서 “active(능동적인)”⁸²와 “direct(직접적인)”⁸³이라는 단어가 사용되고 있지만, 동등한 정보인 불어 원문에서 같은 뜻으로 일관되게 사용하는 “participant directement(직접적으로 참여하다.)”이라는 문구는 “direct”와 “active”가 적대행위에 대한 개인적 가담의 성질과 정도가 동일함을 나타내고 있다.⁸⁴ 더군다나 적대행위에 직접적으로 가담한다는 개념이 제1, 제2 추가의정서에도 같은 뜻으로 사용되고 있기

⁷⁹ Report DPH 2005, p. 17; Background Doc. DPH 2005, WS II-III, p. 2.

⁸⁰ See Art. 22 H IV R (Section II on “Hostilities”). Treaty law does not establish uniform terminology for the conduct of hostilities but refers, apart from “hostilities”, also to “warfare” (Title Part III, Section I and Art. 35 [1] AP I), “military operations” (Art. 53 GC IV; Art. 51 [1] AP I; Art. 13 [1] AP II), or simply “operations” (Art. 48 AP I).

⁸¹ See Arts 43 [2] AP I; 45 [1] and [3] AP I; 51 [3] AP I; 67 [1] (e) AP I; 13 [3] AP II.

⁸² Art. 3 GC I-IV.

⁸³ Arts 51 [3] AP I; 43 [2] AP I; 67 [1] (e) AP I and 13 [3] AP II.

⁸⁴ This was the prevailing view also during the expert meetings (Report DPH 2005, p. 29; Report DPH 2006, p. 62). The International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) affirmed the synonymous meaning of the notions of “active” and “direct” participation in hostilities: ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment of 2 September 1998, § 629. At first sight, it may appear that the Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court (ICC) implied a distinction between the terms “active” and “direct” in the context of the recruitment of children when it explained that: “The words ‘using’ and ‘participate’ have been adopted in order to cover both direct participation in combat and also active participation in military activities linked to combat”. Strictly speaking, however, the Committee made a distinction between “combat” and “military activities linked to combat”, not between “active” and “direct” participation.

때문에 국제적/비국제적 무력충돌에서 같은 방식으로 해석되어야 한다.⁸⁵

2. 구체적 행위로 한정

조약 국제인도법은 적대행위의 일부를 구성하는 개인의 행위는 그 개인이 민간인이냐 군대의 구성원이냐에 관계 없이 직접적인 적대행위 가담으로 서술하고 있다.⁸⁶ 개인들이 자발적이고 산발적으로 또는 비조직화된 형태로 가담하는지, 아니면 무력충돌 당사자에 속한 조직화된 군대 혹은 무장단체를 위해 수행하는 지속적인 기능의 일부로 적대행위에 직접적으로 가담하는지 여부는 민간인 지위에 매우 결정적 요소이긴 하지만 적대행위 직접 가담을 구성하는 행위의 범주에는 별다른 영향을 주지 않는다. 이는 적대행위 직접 가담이 한 사람의 지위, 기능 또는 소속에 관련된 것이 아니라 그들이 구체적인 적대행위에 가담했는지 여부와 관련이 있음을 설명하고 있다.⁸⁷ 본질적으로 적대행위의 개념은 직접적으로 교전행위에 가담하는 개인들에 의해 행해진 모든 적대행위의 총계로 묘사될 수도 있을 것이다.⁸⁸

민간인들이 끊임없이 반복적으로 적대행위에 가담하는 경우에 그러한 각각의 적대행위를 직접적인 교전행위 가담일 뿐 아니라 그들이 미래에도 불특정된 적대행위를 수행할 의도를 가지고 있는 것으로 간주하고자 할 수도 있다.⁸⁹ 그러나 적대행위 직접 가담이라는 개념을 구체적인 행위 범주를 벗어나는 데 까지 확장하는 것은 국제인도법에 명시

⁸⁵ This was the prevailing view also during the expert meetings (Background Doc. DPH 2004, p. 30; Report DPH 2004, pp. 15 ff.; Report DPH 2005, p. 13). Of course, this does not exclude that some of the consequences, particularly with regard to immunity from prosecution for having directly participated in hostilities, may be regulated differently for the various categories of persons involved in international and non-international armed conflicts.

⁸⁶ See Arts 43 [2] AP I; 51 [3] AP I; 67 [1] (e) AP I; 13 [3] AP II.

⁸⁷ This was the prevailing view also during the expert meetings (see Report DPH 2004, pp. 24 f.; Report DPH 2005, pp. 17-24; Report DPH 2006, pp. 37 f.; Report DPH 2008, pp. 33 ff.).

⁸⁸ For purposes of this Interpretive Guidance, the notion of "hostile" act refers to a specific act qualifying as direct participation in hostilities. According to *Commentary AP* (above N 10), § 1943, "It seems that the word 'hostilities' covers not only the time that the civilian actually makes use of a weapon, but also, for example, the time that he is carrying it, as well as situations in which he undertakes hostile acts without using a weapon". Verri, *Dictionary of the International Law of Armed Conflict* (Geneva: ICRC, 1992), p. 57, defines hostilities as: "acts of violence by a belligerent against an enemy in order to put an end to his resistance and impose obedience", and Salmon, *Dictionnaire de droit international public* (Bruxelles: Bruylant, 2001), p. 550 (*hostilités*): "Ensemble des actes offensifs ou défensifs et des opérations militaires accomplis par un belligérant dans le cadre d'un conflit armé". See also the use of the term "hostile act" in Arts 41 [2] and 42 [2] AP I. On the meaning and interrelation of the notions of "hostilities" and "hostile acts", see further: Report DPH 2004, pp. 24 f.; Report DPH 2005, pp. 17-24; Report DPH 2006, pp. 37 f.

⁸⁹ Report DPH 2006, pp. 28 f.; Report DPH 2008, pp. 35-40. For a similar argument made in recent domestic case law, see: Israel HCI, *PCATI v. Israel*, above N 24, § 39.

된 일시적이고 행위에 근거한 (직접적인 적대행위 가담으로 인한) 보호의 상실과 지속적이고 지위나 기능에 근거한(전투원 지위 혹은 지속적인 전투원 기능으로 인한) 보호의 상실 사이의 구별을 흐리게 할 수 있다.⁹⁰ 실제로 민간인에 대한 그리고 국가 정규군 구성원이나 조직화된 무장단체의 성원에 대한 보호의 상실을 규제하는 국제인도법의 별개의 체제를 혼동하는 것은 대처할 수 없는 증거의 문제를 야기할 것이다. 적대행위를 수행하는 사람들은 이미 구체적인 적대행위(적대행위 직접 가담)에 개입하는 민간인과 그렇지 않은 민간인을 구별해야 하는 까다로운 임무에 봉착해 있다. 또한 이러한 민간인들을 조직화된 무장단체의 구성원(지속적인 전투원 기능)과 국가 정규군 구성원들과 구별해야 한다. 작전 수행이라는 현실에서, 충분한 정도의 확신을 가지고 현재 적대행위를 준비하거나 수행하고 있지 않은 민간인들이 그 이전에 지속적이고 반복적인 형태로 적대행위에 가담해왔었는지 여부와 또 다시 그렇게 할 의도가 있는지의 여부를 판단하기는 거의 불가능하다. 지속적인 보호의 상실을 그런 추측성의 기준에 근거하는 것은 민간인에 대한 잘못된 혹은 임의적 공격으로 이어질 수 있고 이는 국제인도법의 핵심이라 할 민간인에 대한 보호를 약화시키는 것이다.⁹¹ 결과적으로 국제인도법의 목적과 의도에 따라서 적대행위 직접 가담의 개념은 구체적인 적대행위에 한정하여 해석되어야 한다.⁹²

3. 결론

적대행위 직접 가담의 개념은 무력충돌 당사자 사이의 교전행위의 일부로서 개인들에 의해 행해지는 구체적인 적대행위를 일컫는다. 이는 국제적 그리고 비국제적 무력충돌 상황에서 같은 의미로 해석되어야 한다. “직접적”과 “능동적”이라는 조약 용어는 성질과 정도에 있어 개인의 직접적 적대행위 가담에 대해 같은 의미를 가진다.

⁹⁰ See also above, Section II.3. On the distinct temporal scopes of the loss of protection for organized armed actors and civilians, see below Section VII.

⁹¹ Report DPH 2008, pp. 36-42.

⁹² This also was the prevailing view during the expert meetings (see Report DPH 2006, p. 38).

V. 적대행위 직접 가담의 구성 요건

적대행위 직접 가담에 해당하기 위해서는 어떤 구체적인 행위가 다음의 기준에 모두 부합해야 한다.

1. 해당 행위는 무력충돌 상대편 당사자의 군사작전이나 군사적 역량에 불리하게 작용해야 하며, 그렇지 않은 경우에는 직접적 공격으로부터 보호받는 사람이나 물자에 대해 사망, 부상 혹은 파괴를 유발하고자 하는 것이어야 한다.(피해의 임계치)
2. 해당 행위와, 그 행위 자체나 그 행위가 중요한 역할을 하는 조직화된 군사작전에 의해 유발된 피해 사이에 직접적인 인과관계가 있어야 한다.(직접적 인과관계)
3. 해당 행위는 반드시 무력충돌의 한 당사자를 지원하여, 요구되는 피해의 임계치를 직접적으로 유발하면서 다른 당사자에 피해를 주기 위해 구체적으로 고안된 것이어야 한다.(교전관계)

적대행위 직접 가담으로 간주되는 행위는 다음의 요구사항을 모두 충족시켜야 한다. (1) 그 행위로부터 유발될 가능성이 있는 피해에 관한 임계치, (2) 행위와 예상 피해 사이의 직접적 인과 관계, (3) 무력충돌 당사자들 간에 수행되는 활동과 적대행위 사이의 교전관계⁹³ 이러한 요소들이 아주 밀접하게 연관되어 있고 겹치는 부분이 있다 하더라도 이들 각각은 여기서 따로따로 다루기로 한다.

⁹³ On the cumulative nature of these requirements, see also Report DPH 2006, pp. 40 f., 43 ff., 49 f.

1. 피해의 임계치

요구되는 피해의 임계치에 이르기 위해서는 하나의 구체적 행위가 무력충돌 당사자의 군사적 역량이나 군사작전에 불리한 영향을 미칠 가능성이 있어야 하며, 그렇지 않으면 직접적인 공격으로부터 보호되는 사람이나 물자에 대해 사망, 부상 또는 파괴를 유발하는 것이어야 한다.

하나의 구체적인 행위로 적대행위 직접 가담으로 인정되기 위해서는 그 행위로부터 유발될 가능성이 있는 피해가 어떤 임계치에 도달해야 한다.⁹⁴ 이러한 임계치는 구체적인 군사적 성질의 피해를 일으키거나 직접적 공격으로부터 보호받는 사람이나 물자의 사망, 상해 혹은 파괴를 유발함으로써 다다를 수 있다. 어떤 행위가 적대행위 직접 가담으로 인정받기 위해 임계치에 다다른 피해의 구체화가 요구되지는 않지만 최소한 그 행위가 그러한 피해를 야기할 수 있다는 객관적 가능성은 필요로 한다. 그리하여, 관련된 임계치의 정의는 반드시 “가능성 있는” 피해, 다시 말해, 지배적인 상황 속에서 어떤 행위로부터 야기될 수 있을 것이라 합리적으로 예상되는 피해에 근거를 두고 이루어져야 한다.⁹⁵

a) 무력충돌 한 당사자의 군사작전 또는 군사적 역량에 대한 타격

한 행위가 구체적인 군사적 성질의 피해를 유발할 것으로 예상될 때, 임계치의 요건은 양적인 중요성을 떠나 일반적으로 충족되는 것으로 본다. 이런 상황에서, 군사적 피해는 군인의 사망, 부상 혹은 군사물자의 파괴 유발뿐 아니라,⁹⁶ 근본적으로 무력충돌 일방 당사자의 군사작전이나 군사적 역량에 불리한 영향을 준 모든 결과를 아우르는 것이어야 한다.⁹⁷

예를 들어, 군인들을 죽이고 그들에게 상해를 가하는 것과 군사물자에

⁹⁴ Background Doc. DPH 2004, pp. 27 f.; Background Doc. DPH 2005, WS II-III, p. 6.

⁹⁵ Background Doc. DPH 2004, p. 25; Report DPH 2005, p. 33.

⁹⁶ The use of weapons or other means to commit acts of violence against human and material enemy forces is probably the most uncontroversial example of direct participation in hostilities (*Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 6, p. 22).

⁹⁷ During the expert meetings, there was wide agreement that the causation of military harm as part of the hostilities did not necessarily presuppose the use of armed force or the causation of death, injury or destruction (Report DPH 2005, p. 14), but essentially included “all acts that adversely affect or aim to adversely affect the enemy’s pursuance of its military objective or goal” (Report DPH 2005, pp. 22 f., 31). The concerns expressed by some experts that the criterion of “adversely affecting” military operations or military capacity was too wide and vague and could be misunderstood to authorize the killing of civilians without any military necessity are addressed below in Section IX (see Report DPH 2006, pp. 41 f.).

물리적 혹은 기능적 손실을 가하는 것 외에 무력충돌 당사자의 군사작전이나 군사적 역량은 파괴행위 및 기타 파견, 운송 및 통신을 제한하거나 방해하는 무력/비무력 행위에 의해 불리한 타격을 입을 수 있다. 또한 타격을 입은 적의 군인과 군사물자를 포획하거나 영토에 대한 통제를 확립하고 행사함으로써 불리한 타격을 입힐 수도 있다. 예를 들면, 적군이 특정 물자, 장비 및 영토를 군사적으로 이용할 수 없게 하거나⁹⁸ 체포한 적군의 병사들을 (그들에 대해 권한을 행사하는 것과 달리) 강제적으로 석방되지 못하도록 하는 것,⁹⁹ 적군이 매설한 지뢰를 제거하는 것¹⁰⁰ 등은 요구되는 피해의 임계치에 도달하는 것이다. 군사 컴퓨터 네트워크를 이용한 전파 방해 또한 이러한 피해의 임계치에 도달할 수 있다. 컴퓨터 네트워크를 통한 공격(CNA)을 통해서나 혹은 컴퓨터 네트워크 장악(CNE)¹⁰¹ 그리고 적군의 상층 지휘부를 도청하거나¹⁰² 전술적인 공격 목표물에 대한 정보를 전달하는 것을 통해서 이루어 질 수 있다.¹⁰³ 동시에, 민간인의 행위는 단지 적에게 긍정적 영향을 주지 않았다는 이유만으로 무력충돌 당사자의 군사작전이나 군사적 역량에 불리한 타격을 가하는 것으로 해석될 수는 없다. 따라서 민간인이 정보원, 경찰병 또는 망보는 사람이 되어 무력충돌 당사자와 협력하는 것을 거절하는 것은 거절의 동기에 관계없이 여기서 요구되는 피해의 임계치에 도달한 것으로 볼 수 없다.

⁹⁸ Report DPH 2005, pp. 11, 29.

⁹⁹ The prevailing view during the expert meetings was that guarding captured military personnel was a clear case of direct participation in hostilities (Background Doc. DPH 2004, pp. 9; Report DPH 2005, pp. 15 f.). Nevertheless, to the extent practically possible, the guarding of captured military personnel as a means of preventing their liberation by the enemy should be distinguished from the exercise of administrative, judicial and disciplinary authority over them while in the power of a party to the conflict, including in case of riots or escapes, which are not part of a hostile military operation. This nuanced distinction was not discussed during the expert meetings. See also the discussion on "exercise of power or authority over persons or territory", below NN 163-165 and accompanying text.

¹⁰⁰ Report DPH 2005, p. 31.

¹⁰¹ CNA have been tentatively defined as "operations to disrupt, deny, degrade, or destroy information resident in computers and computer networks, or the computer and networks themselves" (Background Doc. DPH 2003, pp. 15 ff., with references) and may be conducted over long distances through radio waves or international communication networks. While they may not involve direct physical damage, the resulting system malfunctions can be devastating. CNE, namely "the ability to gain access to information hosted on information systems and the ability to make use of the system itself" (ibid., with references), though not of a direct destructive nature, could have equally significant military implications. During the expert meetings, CNA causing military harm to the adversary in a situation of armed conflict were clearly regarded as part of the hostilities (Report DPH 2005, p. 14).

¹⁰² See Report DPH 2005, p. 29.

¹⁰³ During the expert meetings, the example was given of a civilian woman who repeatedly peeked into a building where troops had taken cover in order to indicate their position to the attacking enemy forces. The decisive criterion for the qualification of her conduct as direct participation in hostilities was held to be the importance of the transmitted information for the direct causation of harm and, thus, for the execution of a concrete military operation. See Report DPH 2004, p. 5.

b) 직접적 공격으로부터 보호되는 사람들의 사망과 부상 혹은 물자의 파괴 유발

무력충돌 당사자의 군사작전이나 군사적 역량에 불리한 타격을 입힐 가능성이 없다 해도 특정 행위들은 적대행위의 일부를 구성한다. 그러한 군사적 피해가 없는 상태에서는 구체적 행위가 최소한 사망, 부상 또는 파괴를 야기할 가능성이 있어야 한다.¹⁰⁴ 군사적 피해가 없는 상황에서 적대행위 직접 가담으로 인정될 수 있는 행위 가운데 가장 논란이 적은 예로는 민간인 및 민간물자에 직접적으로 가해진 공격이다.¹⁰⁵ 국제인도법에서 공격이란 “공세이든 방어든 적에 대해 행해진 폭력 행위”로 정의된다.¹⁰⁶ “적에 대한”이라는 문구는 목표물을 구체화하지 않지만 공격의 교전관계는 구체화하여,¹⁰⁷ 특별히 민간인이나 민간물자를 겨냥한 폭력행위도 적대행위 직접 가담으로 간주한다.¹⁰⁸ 예를 들어, 저격수가 민간인을 공격하는 것,¹⁰⁹ 민간인 마을 또는 도시 주거지역에 폭탄을 투하하거나 포격을 가하는 것은¹¹⁰ 직접적 공격으로부터 보호받는 사람들의 사망과 부상 또는 물자의 파괴를 야기할 수 있으므로 무력충돌 상대 당사자에게 가해진 군사적 피해에 관계 없이 직접적인 적대행위 가담으로 인정된다.

군사적 성질의 피해를 일으키지도 않고 사람의 사망과 부상 혹은 물자의 파괴도 야기하지 않는 행위는 적대행위로 인정되기 위해 필요한 “전투”¹¹¹ 또는 “적에게 상해를 입히는”¹¹² 수단이나 방법의 사용과 동일시 될 수 없다. 예를 들면, 울타리나 바리케이드의 설치, 전력, 수도 또

¹⁰⁴ During the expert meetings, it was held that the required threshold of harm would clearly be met where an act can reasonably be expected to cause material damage to objects or persons, namely death, injury or destruction (Report DPH 2005, pp. 30 f.; Background Doc. DPH 2004, pp. 5 f., 9 f., 28).

¹⁰⁵ Accordingly, Section III of the Hague Regulations (entitled “Hostilities”) prohibits the “attack or bombardment, by whatever means, of towns, villages, dwellings, or buildings which are undefended” (Art. 25 H IV R).

¹⁰⁶ Article 49 [1] AP I. Attacks within the meaning of IHL (Art. 49 [1] AP I) should not be confused with attacks as understood in the context of crimes against humanity (see below N 167), or with armed attacks within the meaning of the *jus ad bellum*, both of which are beyond the scope of this study.

¹⁰⁷ On belligerent nexus, see below Section V.3. For the relevant discussions on Draft Art. 44 AP I during the Diplomatic Conference of 1974-77, see CDDH/III/SR.11, pp. 93 f.

¹⁰⁸ Needless to say, such attacks are invariably prohibited under IHL governing both international and non-international armed conflict. See, for example, Arts 48 AP I, 51 AP I, 13 AP II; *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 1.

¹⁰⁹ For the qualification of sniping as an attack within the meaning of IHL, see, e.g. ICTY, *Prosecutor v. Galic*, Case No. Case No. IT-98-29-T, Judgment of 5 December 2003, § 27 in conjunction with § 52.

¹¹⁰ ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case No. IT-01-42-T, Judgment of 31 January 2005, §§ 282 f. in conjunction with § 289.

¹¹¹ Art. 35 [1] AP I.

¹¹² Art. 22 H IV R (Section II on Hostilities).

는 식량 공급 방해, 차량과 연료의 수용, 컴퓨터 네트워크의 조작, 그리고 인원의 체포 또는 추방은 공공 안전, 보건 및 상업에 심각한 영향을 줄 수 있으며 국제인도법으로 금지될 수 있다. 그러나 이들은 불리한 군사적 영향이 없는 상태에서는 적대행위 직접 가담으로 인정되기 위해 필요한 종류와 정도를 갖춘 피해를 유발하지 못할 것이다.

c) 요약

적대행위 직접 가담으로 인정받기 위해 요구되는 피해의 임계치에 도달하는 구체적 행위에 있어, 그것은 무력충돌 당사자의 군사작전이나 군사적 역량에 불리한 타격을 가할 수 있어야 한다. 군사적 피해가 없는 상황에서는 어떤 행위가 직접적 공격으로부터 보호받는 사람의 사망이나 부상 그리고 물자의 파괴를 야기할 수 있는 경우에 임계치에 도달할 수 있다. 두 가지 경우 모두, 피해의 임계치에 도달하는 행위들은 그 행위들이 직접적 인과 관계 및 교전관계의 요구사항을 추가적으로 충족시키면 적대행위 직접 가담으로 간주될 수 있다. 직접적 인과관계에 대한 요건을 충족시키기 위해서는 구체적인 행위나 그 행위가 주요 부분을 구성하는 군사작전과 이로 인해 야기될 것으로 예상되는 피해 사이에 직접적인 인과관계가 있어야 한다.

2. 직접적인 인과관계

직접적인 인과관계가 충족되기 위해서는 구체적 행위와 그 행위 또는 그 행위가 핵심을 구성하는 군사작전으로 인해 야기될 가능성이 있는 피해 사이에 직접적인 관계가 있어야 한다.

a) 적대행위 수행, 일반적인 전쟁 노력 및 전쟁을 지속시키는 활동

조약상 적대행위 “직접적” 가담이라는 용어는 직접적인 공격으로부터의 보호를 상실하게 되는 민간인들의 행위를 설명하는데, 이는 보호의 상실로 이어지지 않는 적대행위에 대한 “간접적인” 가담도 있을 수 있음을 암시한다. 실제로 한 사람의 적대행위에 대한 직접적인 가담과 간접적인 가담 사이의 구별은 적대행위의 상대방 당사자의 집단적 수준에서 보면, 적대행위와 일반적인 전쟁 노력의 일부이거나 전쟁을 지속시키기 위한 활동이라는 성격을 띠는 기타 활동 사이의 구별이라고 할 수 있다.¹¹³

¹¹³ According to *Commentary AP* (above N 10), § 1679, “to restrict this concept [i.e. of “direct participation

일반적으로 말해서 실질적인 적대행위의 수행을 넘어서는 일반적인 전쟁 노력은 적군의 군사적 패배에 객관적으로 기여하는 모든 활동을 포함하고 있다고 말할 수 있다.(예를 들어, 무기와 군사장비의 설계, 생산 및 군사작전 이외의 상황에서도 이용되는 선적, 도로, 항만, 공항, 다리, 철도 및 기타 기간시설의 건설 또는 수리) 한편, 전쟁 지속을 위한 활동은 추가적으로 일반적인 전쟁 노력을 지원하는 정치, 경제 또는 미디어 활동 등이 포함된다.(예를 들어 정치적 선동, 재정적 거래, 농산물 또는 비군수물자의 생산 등)

인정하건대, 일반적 전쟁노력이나 전쟁지원을 위한 활동 모두 궁극적으로 적대행위 직접 가담으로 인정될 만큼의 임계치에 다다른 피해를 유발할 수 있다. 재정, 식량 및 거처를 군대에 제공하고 무기와 탄약을 생산하는 등의 이러한 활동 중 일부는 적군에게 피해를 주는데 필수적일 수 있다. 그러나, 필요한 피해를 초래하도록, 다시 말해 그러한 피해의 실현을 유발하도록 고안된 적대행위의 수행과는 달리 일반적인 전쟁 노력과 전쟁 지속 활동에는 단지 그러한 피해를 유발할 능력을 유지하고 기르는데 필요한 활동도 포함될 수 있다.¹¹⁴

b) 직접적 / 간접적 인과관계

어느 특정 행위가 “간접적”이기 보다는 “직접적”인 적대행위 가담으로 인정되기 위해서는 반드시 그 행위와 그로 인한 피해 사이에 충분히 밀접한 인과관계가 있어야 한다.¹¹⁵ “피해와의 간접적인 인과관계”¹¹⁶ 또는 “실질적으로 피해를 용이하게 한”¹¹⁷이라는 기준은 너무 광범위하다. 그

in hostilities"] to combat and to active military operations would be too narrow, while extending it to the entire war effort would be too broad, as in modern warfare the whole population participates in the war effort to some extent, albeit indirectly. The population cannot on this ground be considered to be combatants [...]. Similarly *ibid.*, Commentary Art. 51 AP I, § 1945. Affirmative also ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case No. IT-01-42-A, Judgment of 17 July 2008, §§ 175-176. See also the distinction between "taking part in hostilities" and "work of a military character" in Art. 15 [1] (b) GC IV. The position reflected in the Commentary corresponds to the prevailing opinion expressed during the expert meetings (Report DPH 2005, p. 21).

¹¹⁴ According to *Commentary AP* (above N 10), § 1944, "[...] 'direct' participation means acts of war which by their nature or purpose are likely to cause actual harm to the personnel and equipment of the enemy armed forces". Affirmative also ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, *Appeal*, (above N 16), § 178. During the expert meetings, it was emphasized that "direct participation" in hostilities is neither synonymous with "involvement in" or "contribution to" hostilities, nor with "preparing" or "enabling" someone else to directly participate in hostilities, but essentially means that an individual is personally "taking part in the ongoing exercise of harming the enemy" (Report DPH 2004, p. 10) and personally carrying out hostile acts which are "part of" the hostilities (Report DPH 2005, pp. 21, 27, 30, 34).

¹¹⁵ According to *Commentary AP* (above N 10), § 4787: "The term 'direct participation in hostilities' [...] implies that there is a sufficient causal relationship between the act of participation and its immediate consequences". See also Report DPH 2005, pp. 30, 34 ff.

¹¹⁶ Report DPH 2005, p. 28.

¹¹⁷ Background Doc. DPH 2004, p. 27; Report DPH 2005, pp. 28, 34.

리하면 전체적인 전쟁 노력을 적대행위 직접 가담의 범주에 끌어넣게 되고 그러면 다수의 민간주민이 직접적인 공격으로부터 보호받을 권리를 상실하게 된다.¹¹⁸ 그것보다는 적대행위에 대한 직접적 가담과 간접적 가담 사이의 구별을 피해의 직접적인 원인과 간접적 원인 사이의 구별로 해석하여야 한다.¹¹⁹

현재 상황에서 직접적인 원인은 문제의 피해가 하나의 인과적 단계에서 유발되어야만 함을 뜻하는 것으로 이해되어야 한다. 그리하여 단지 적군에게 피해를 주기 위한 한 당사자의 역량을 기르거나 유지하기 위한 개별적 행위, 또는 간접적으로 피해를 유발하는 행위는 적대행위 직접 가담의 범주에 포함되어서는 안 된다. 예를 들어, 무력충돌 한 당사자에게 경제적 제재를 가하고, 재정적 자산을 몰수하는 것¹²⁰ 또는 반대편에게 물자와 서비스를 제공하는 것(전기, 연료, 건설자재, 자원, 재정서비스 등)¹²¹ 등은 잠재적으로 매우 중요하지만, 군사적 역량이나 작전에 간접적인 영향만을 줄 뿐이다. 간접적 가담의 다른 예로는 과학적 연구와 설계¹²² 및 무기와 장비의 생산¹²³ 과 운송¹²⁴ 등을 들 수 있는데, 이는 피해의 임계치를 직접적으로 유발하기 위해 고안된 특정 군사작전의 핵심적인 부분으로서 수행되지 않을 때이다. 마찬가지로, 군 인력의 모집과 훈련은 무력충돌 당사자의 군사적 역량에 결정적이지만, 적에게 가해진 피해와의 인과관계는 간접적이라 할 수 있다.¹²⁵

¹¹⁸ See also Background Doc. DPH 2004, pp. 27 f.; Report DPH 2004, pp. 11, 25; Report DPH 2005, pp. 28, 34.

¹¹⁹ According to *Commentary AP* (above N 10), § 1679: "Direct participation in hostilities implies a direct causal relationship between the activity engaged in and the harm done to the enemy at the time and the place where the activity takes place".

¹²⁰ Background Doc. DPH 2004, pp. 9 f.; Report DPH 2005, pp. 14 f.

¹²¹ Background Doc. DPH 2004, pp. 14 f.

¹²² Although, during the expert meetings, civilian scientists and weapons experts were generally regarded as protected against direct attack, some doubts were expressed as to whether this assessment could be upheld in extreme situations, namely where the expertise of a particular civilian was of very exceptional and potentially decisive value for the outcome of an armed conflict, such as the case of nuclear weapons experts during the Second World War (Report DPH 2006, pp. 48 f.).

¹²³ During the expert meetings, there was general agreement that civilian workers in an ammunitions factory are merely building up the capacity of a party to a conflict to harm its adversary, but do not directly cause harm themselves. Therefore, unlike civilians actually using the produced ammunition to cause harm to the adversary, such factory workers cannot be regarded as directly participating in hostilities (see Report DPH 2003, p. 2; Report DPH 2004, pp. 6 f.; Report DPH 2005, pp. 15, 21, 28 f., 34, 38; Report DPH 2006, pp. 48 ff., 60; Report DPH 2008, p. 63). The experts remained divided, however, as to whether the construction of improvised explosive devices (IED) or missiles by non-State actors could in certain circumstances exceed mere capacity-building and, in contrast to industrial weapons production, could become a measure preparatory to a concrete military operation (see Report DPH 2006, pp. 48 f., 60).

¹²⁴ On the example of a civilian driver of an ammunition truck, see below Section V.2.(e).

¹²⁵ Report DPH 2004, p. 10; Report DPH 2005, pp. 35 f. For dissenting views, see: Report DPH 2006, pp. 26,

단지 어떤 사람이 특별히 미리 결정된 적대행위의 수행을 위해 모집되고 훈련된 경우 그러한 활동들이 그 행위의 핵심적 부분으로 인정될 수 있고 그래야 적대행위 직접 가담으로 인정될 수 있다.¹²⁶

게다가 직접 인과관계의 요건을 충족시키기 위해서 그 행위가 피해를 유발하는데 필수적인 행위이어야 할 필요도 없고 그것으로 충분하지도 않다.¹²⁷ 예를 들어, 무기 자금을 대거나 무기를 생산하는 것과 식량을 군대에 제공하는 것은 필수적일 수 있지만 차후 발생한 피해를 유발하는데 직접적 원인이 될 수는 없다. 한편, 매복작전 시 몇몇 보초 중 하나로 복무하는 사람은 그의 역할이 피해를 유발하는 데 필수적이지 않았다 하더라도 직접적인 적대행위 가담으로 볼 수 있다. 마지막으로, 그 행위와 결과가 사건의 연속적인 인과 고리로 연결되어 있는 것은 충분하지 않다. 예를 들어, 공장에서 가공할 파괴력을 가진 폭발장치를 조립하고 비축하는 것이나 그 부품을 구매하고 밀거래 하는 것은 사건의 연속적인 인과 고리를 통해 야기된 피해와 연결되어 있기는 하나 그러한 장치를 매설하고 폭발시키는 행위와는 달리 피해를 직접적으로 야기했다고 보기는 어렵다.

c) 합동 군사작전에서의 직접적인 인과관계

피해의 직접적인 원인의 요구 기준에는 현대 군사작전의 집단적 성질과 복잡성이 고려되어야 한다. 예를 들어, 무인전투기로 자행된 공격에는 전투기를 원격 조종하는 컴퓨터 전문가, 공격목표를 비추는 사람, 항공기 승무원, 명령을 전달하는 무선송수신 기사 및 지휘관 등 동시에 여러 명의 사람들이 개입될 수 있다.¹²⁸ 이 모든 사람들이 그 작전에 핵심을 이루고 적대행위에 직접적으로 가담한다고 할 수 있지만, 그 중 단지 일부만이 단독으로 피해의 임계치를 직접적으로 유발했다 할 수 있는 행위를 수행하는 것이다. 직접적인 원인의 기준은 따라서 다른 행위와 결합해서만 피해를 야기하는 행위를 포함하는 것으로 해석되어야 한다. 보다 정확히 말하면, 특정행위가 피해 임계치를 직접적으로 유발하지 않는 경우에 직접적인 인과관계의 요건은 행위가 구체적이고 조정된 전술적 작전의 핵심부를 구성하는 경우 충족될 수 있

65; Report DPH 2008, p. 51, 53 ff.

¹²⁶ See below Sections V.2.(c) and VI.1.

¹²⁷ For the discussion during the expert meetings on "but for"-causation (i.e. the harm in question would not occur "but for" the act), see Report DPH 2004, pp. 11, 25; Report DPH 2005, pp. 28, 34.

¹²⁸ Report DPH 2005, p. 35.

을 것이다.¹²⁹ 그러한 행위의 예로는, 공격목표의 선별과 표시,¹³⁰ 전술적 정보 분석 및 이를 공격부대에 전달¹³¹, 특정 군사작전을 수행하기 위한 부대에 주어지는 지시와 지원¹³² 등이 포함된다.

d) 인과적, 시간적, 지리적 근접성

직접적 인과관계의 요건은 인과적 근접성의 정도와 관련이 있다. 이는 시간적 또는 지리적 근접성과 같은 지표적 요소와 혼동되어서는 안 된다. 예를 들어, 무력충돌 당사자들이 시간차(즉, 시간적으로 떨어진) 방식의 무기를 통해 교전행위를 수행하는 것은 매우 일반적이다. 예를 들면, 지뢰, 부비트랩 그리고 타이머로 조종하는 장치 및 원격조종 미사일(지리적으로 떨어진 곳), 무인 전투기 및 컴퓨터 네트워크 공격 등이다. 이러한 수단의 사용과 뒤따르는 피해 사이의 인과 관계는 여전히 시간적 또는 지리적 근접성에 관계 없이 직접적이다. 반대로 전투 병력을 위한 식량을 운반하고 준비하는 것이 교전과 같은 장소 같은 시간에 이루어질 수 있지만 그러한 지원 활동과 적군에 대한 피해의 인과치 유발 사이의 인과적 관계는 간접적이다. 따라서 유발된 피해에 대한 시간적 또는 지리적 근접성이 특정 행위가 적대행위 직접 가담에 해당된다는 것을 나타내는 반면 이러한 사실들은 직접적인 인과관계가 없이는 충분하지 않을 것이다.¹³³ 앞서 언급되었듯이, 요구되는 피해가 아직 실현되지 않은 경우, 직접적 인과관계의 요소들은 반드시 구체적인 행위나 작전으로부터 직접적으로 도출될 것으로 합리적으로 예상되는 피해(“예상” 피해)와의 관련성에 근거해 결정되어야 한다.¹³⁴

e) 사례

탄약을 실은 트럭 운전 : 최전선의 발사지점으로 민간인 트럭기사가 탄약을 운반하는 것은 현재 진행 중인 전투작전의 핵심부로 여겨져야만 하며 적대행위 직접 가담으로 간주되어야 한다.¹³⁵ 반면, 탄약을 공

¹²⁹ Report DPH 2004, p. 5; Report DPH 2005, pp. 35 f.

¹³⁰ Background Doc. DPH 2004, pp. 13; Report DPH 2004, p. 11, 25; Report DPH 2005, p. 31

¹³¹ Report DPH 2005, pp. 28, 31. See also the example provided in N 103, which was described as the equivalent of a “fire control system”.

¹³² Report DPH 2004, p. 10; Report DPH 2005, pp. 33, 35 f.

¹³³ Report DPH 2005, p. 35.

¹³⁴ See above Section V.1.

¹³⁵ Background Doc. DPH 2004, p. 28; Report DPH 2006, p. 48. A similar reasoning was recently adopted in domestic jurisprudence with regard to “driving a vehicle containing two surface-to-air missiles in both temporal and spatial proximity to both ongoing combat operations” (U.S. Military Commission, *USA v. Salim Ahmed Hamdan*, 19 December 2007, p. 6) and “driving the ammunition to the place from which it will be used for the purposes of hostilities” (Israel HCJ, *PCATI v. Israel*, above N 24, § 35).

장에서 무력충돌 지역에 있는 창고로 보내기 위해 항구로 운반하는 것은 구체적인 군사작전에 그 탄약을 사용하는 것으로부터 너무 멀리 떨어져 있어 그로 인해 직접적으로 피해를 유발한다고 보기 어렵다. 비록 탄약 트럭이 합법적인 군사 목표물이라고 하지만 트럭 운전은 직접적인 적대행위 가담으로 볼 수 없으며 민간인 운전기사가 직접적 공격으로부터 보호받을 권리 또한 박탈할 수 없다.¹³⁶ 따라서, 비례성 심사 시 트럭에 대한 모든 공격이 민간인인 기사의 죽음을 유발할 수 있음을 반드시 고려해야 한다.¹³⁷

자발적인 인간 방패 : 직접적 공격으로부터 보호받을 권리가 있는 사람으로서의 자신들의 존재를 이용해 군사 목표물의 방패가 되려 하는 민간인(자발적 인간 방패)에게도 같은 논리가 적용된다. 민간인들이 자발적이고 고의적으로 무력충돌 당사자들의 군사작전에 대한 물리적 방해물을 형성하기 위해 자신을 활용하는 경우에 그들은 직접적 적대행위로 가담으로 인정되는 데 필요한 피해의 임계치를 직접적으로 유발할 수도 있을 것이다.¹³⁸ 이러한 시나리오에는 특히 도시와 같은 곳에서의 육상 작전 시 특히 관련이 있을 수 있는데, 자신들이 지원하는 전투 인원을 민간인들이 물리적으로 보호하고자 한다거나 적군의 보병부대의 움직임을 저지하고자 할 때이다.¹³⁹

정반대로 대포나 공중 폭격 등의 더욱 강력한 무기를 사용하는 작전에서는 자발적 인간 방패의 존재가 종종 방패로 둘러 싸인 군사목표물을 가려내고 파괴하는 공격자의 능력에 전혀 불리한 영향을 갖지 못하는 경우가 많다. 그대신 목표물 주변의 민간인들의 존재가 오히려 공격자의 손상에 대한 비례성 심사의 척도를 이동시킬 수 있으며, 결국 예상되는 우발적 피해가 예측되는 군사적 이익과 비교할 때 과도한 것으로 간주될 개연성을 높일 수 있다.¹⁴⁰ 자발적 인간 방패가 실질적으로 군

¹³⁶ Report DPH 2006, p. 48.

¹³⁷ See also Report DPH 2005, pp. 32 f. Although it was recognized during the expert meetings that a civilian driver of an ammunition truck may have to face the risk of being mistaken for a member of the armed forces, it was also widely agreed that any civilian known to be present in a military objective had to be taken into account in the proportionality equation, unless and for such time as he or she directly participated in hostilities (Report DPH 2006, pp. 72 f.).

¹³⁸ This view was generally shared during the expert meetings (Report DPH 2006, pp. 44 ff.; Report DPH 2008, pp. 70 ff.).

¹³⁹ During the expert meetings, this scenario was illustrated by the concrete example of a woman who shielded two fighters with her billowing robe, allowing them to shoot at their adversary from behind her (Report DPH 2004, pp. 6 f.).

¹⁴⁰ See Art. 51 [5] (a) AP I and, for the customary nature of this rule in international and non-international

사작전에 물리적이기 보다는 법적인 장애물로 여겨진다는 사실은 그들이 직접적 공격으로부터 보호되는 것으로 인정된다는, 다시 말해 그들의 행위가 직접적 적대행위의 가담에 해당되지 않는다는 것을 나타낸다. 사실, 자발적 인간 방패의 존재가 결국 공격자의 작전의 취소나 유예로 이어진다 하더라도 그들의 행위와 그로 인한 유발 피해 사이의 인과적 관계는 여전히 간접적이다.¹⁴¹ 상황에 따라서는 자발적 인간 방패 활동이 요구되는 피해의 임계치에 다다랐는지 여부도 역시 의문시 될 수 있다.

어떤 민간인들이 자발적이고 고의적으로 직접적 공격으로부터 보호받을 권리를 남용하여 군사적 목표물을 보호하는 것이 보호의 상실을 수반하지도 않고, 방패에 둘러싸인 목표물의 직접적 공격에 대한 그들의 법적 책임도 수반하지 않는다.¹⁴² 그럼에도 불구하고, 그들이 자발적으로 합법적인 군사 목표물 주변에 존재하는 것은 자발적 인간 방패가 특별히 군사작전의 위험성에 노출되고 그렇기 때문에 그런 목표물에 대한 공격이 있는 동안 우발적 사망이나 부상으로 고통 받을 위험도 함께 높아진다.¹⁴³

f) 요약

문제의 구체적인 행위 또는 그러한 행위가 핵심 요소가되는 구체적이고 조정된 군사작전이 하나의 인과 단계에서 합리적으로 임계치에 다른 피해를 유발할 것으로 기대된다면 직접적인 인과관계의 요건은 충족된다. 그러나, 직접적 인과관계의 요건을 충족시키고 피해의 임계치에 다다른 행위 초차 교전관계라는 제3의 요건을 추가적으로 충족시켜야만 적대행위 직접 가담으로 간주될 수 있다.

armed conflict, *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 14. For the relevant discussion during the expert meetings, see Report DPH 2004, pp. 6 f.; Report DPH 2006, pp. 44 ff.; Report DPH 2008, p. 70.

¹⁴¹ While there was general agreement during the expert meetings that involuntary human shields could not be regarded as directly participating in hostilities, the experts were unable to agree on the circumstances in which acting as a voluntary human shield would, or would not, amount to direct participation in hostilities. For an overview of the various positions, see Report DPH 2004, p. 6; Report DPH 2006, pp. 44 ff.; Report DPH 2008, pp. 70 ff.

¹⁴² See also Art. 51 [7] and [8] AP I, according to which any violation of the prohibition on using civilians as human shields does not release the attacker from his obligations with respect to the civilian population and individual civilians, including the obligation to take the required precautionary measures.

¹⁴³ See Report DPH 2004, p. 7; Report DPH 2008, pp. 71 f.

3. 교전관계

교전관계의 요건을 충족시키기 위해서는 무력충돌의 한 당사자를 지원하여 상대방에게 피해를 주는 피해의 임계치를 직접적으로 유발하도록 구체적으로 계획되어야 한다.

a) 기본 개념

직접적으로 무력충돌 당사자의 군사작전이나 군사적 역량에 불리한 타격을 가하거나 직접적인 공격으로부터 보호되는 사람이나 물자에 직접적으로 사망, 부상 또는 파괴를 유발하는 모든 행위가 반드시 적대행위 직접 가담으로 간주되는 것은 아니다. 주지하듯이 적대행위 직접 가담의 개념은 적대행위의 핵심을 이루는 무력충돌 양 당사자간에 행해지는 교전행위와 매우 밀접하게 연관된 구체적인 행위들에 한정된다.¹⁴⁴ 조약 국제인도법은 적대행위라는 용어를 “적에게 상해를 가하는”¹⁴⁵ 수단과 방법 그리고 “적군에 대해”¹⁴⁶ 가해지는 개별적 공격이라 설명하고 있다. 다시 말해, 적대행위 직접 가담으로 간주되기 위해서는 어떤 행위가 객관적으로 처음 두 가지 조건을 만족시키는 피해를 유발할 가능성이 있어야 할 뿐 아니라 한 무력충돌 당사자를 지원하여 적에게 피해를 주기 위해 구체적으로 고안된 것이어야만 한다.(교전관계)¹⁴⁷

반대로, 무력충돌 당사자에게 해를 주기 위해 고안된 것이 아니고, 다른 당사자를 지원하여 그렇게 하도록 고안된 것이 아닌 무장폭력은 어떤 형태든 이러한 당사자들 사이에 벌어지고 있는 적대행위예의 “가담”으로 볼 수 없다.¹⁴⁸ 그러한 폭력이 별개의 무력충돌을 일으키는데

¹⁴⁴ See above Section IV.

¹⁴⁵ See Art. 22 H IV R (Section II on “Hostilities”).

¹⁴⁶ See, most notably, the definition of “attacks” as acts of violence “against the adversary...” (Art. 49 [1] AP I). Report DPH 2005, pp. 22 f., 26, 40; Report DPH 2006, pp. 50 ff.

¹⁴⁷ The requirement of belligerent nexus is conceived more narrowly than the general nexus requirement developed in the jurisprudence of the ICTY and the ICTR as a precondition for the qualification of an act as a war crime (see: ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Case No. IT-96-23, Judgment of 12 June 2002 (Appeals Chamber), § 58; ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3, Judgment of 26 May 2003 (Appeals Chamber), § 570). While the general nexus requirement refers to the relation between an act and a situation of armed conflict as a whole, the requirement of belligerent nexus refers to the relation between an act and the conduct of hostilities between the parties to an armed conflict. During the expert meetings, it was generally agreed that no conduct lacking a sufficient nexus to the hostilities could qualify as direct participation in such hostilities. See Report, DPH 2005, p. 25 and, more generally, Background Doc. DPH 2004, pp. 25 f.; Report DPH 2004, pp. 10, 25; Background Doc. DPH 2005, WS II-III, p. 8; Report DPH 2005, pp. 9 f., 22 ff., 27, 34.

¹⁴⁸ Report DPH 2006, pp. 51 f.

필요한 임계치에 다르지 않는다면, 그것은 비교전적 성질을 유지하고, 법 집행 조치를 통해 해결되어야 한다.¹⁴⁹

b) 교전관계 및 주관적 의도

교전관계는 주관적 의도¹⁵⁰와 적대적 의도¹⁵¹ 같은 개념들과 구별되어야 한다. 주관적 또는 적대적 의도는 관련된 사람의 정신 상태와 관련이 있는 반면, 교전관계는 그 행위의 객관적 목적과 관련이 있다. 그 목적은 행위나 작전의 기획에 표현되어 있고 모든 가담자들의 마음에 의존하지 않는다.¹⁵² 그 행위가 하나의 객관적인 기준에만 연결되었다면, 교전관계는 일반적으로 개인의 좋고 싫음과 같은 사실이나 수행의 책임을 지는 사람들의 정신적 능력이나 의지에 영향을 받지 않는다. 따라서 강제로 적대행위에 직접 가담하게 된 민간인¹⁵³이나 법적인 모집 명령에 못 미치는 아동들¹⁵⁴ 조차도 직접적인 공격으로부터 보호받을 권리를 상실할 수 있다.

예외적인 상황에서만 민간인의 정신 상태가 그들이 저지른 행위의 교

¹⁴⁹ The same applies, for example, to armed violence carried out by independent armed groups in international armed conflict (see also above, NN 24-27 and accompanying text). During the expert meetings there was general agreement regarding the importance of distinguishing, in contexts of armed conflict, between law enforcement operations and the conduct of hostilities. See Report DPH 2005, pp. 10 f.; Report DPH 2006, pp. 52 f.; Report DPH 2008, p. 49, 54, 62 ff.

¹⁵⁰ During the expert meetings, there was almost unanimous agreement that the subjective motives driving a civilian to carry out a specific act cannot be reliably determined during the conduct of military operations and, therefore, cannot serve as a clear and operable criterion for "split second" targeting decisions. See Report DPH 2005, pp. 9, 26, 34, 66 f.; Report DPH 2006, pp. 50 f.; Report DPH 2008, p. 66.

¹⁵¹ During the expert meetings, there was agreement that hostile intent is not a term of IHL, but a technical term used in rules of engagement (ROE) drafted under national law. ROE constitute national command and control instruments designed to provide guidance to armed personnel as to their conduct in specific contexts. As such, ROE do not necessarily reflect the precise content of IHL and cannot be used to define the concept of direct participation in hostilities. For example, particular ROE may for political or operational reasons prohibit the use of lethal force in response to certain activities, even though they amount to direct participation in hostilities under IHL. Conversely, ROE may contain rules on the use of lethal force in individual self-defence against violent acts that do not amount to direct participation in hostilities. Therefore, it was generally regarded as unhelpful, confusing or even dangerous to refer to hostile intent for the purpose of defining direct participation in hostilities. See Report DPH 2005, p. 37.

¹⁵² Report DPH 2005, pp. 22 f., 26, 40; Report DPH 2006, pp. 50 f.

¹⁵³ It should be noted, however, that civilians protected under the Fourth Geneva Convention may not be compelled to do work "directly related to the conduct of military operations" or to serve in the armed or auxiliary forces of the enemy (Arts 40 [2] and 51 [1] GC IV), and that civilian medical and religious personnel may not be compelled to carry out tasks which are not compatible with their humanitarian mission (Art. 15 [3] AP I; Art. 9 [1] AP II).

¹⁵⁴ Therefore, all parties to an armed conflict are obliged to do everything feasible to ensure that children below the age of 15 years do not directly participate in hostilities and, in particular, to refrain from recruiting them into their armed forces or organized armed groups (Arts 77 [2] AP I; 4 [3] (c) AP II; Customary IHL, above N 7, Vol. I, Rule 137). Of course, as soon as children regain protection against direct attack, they also regain the special protection afforded to children under IHL (Arts 77 [3] AP I; 4 [3] (d) AP II).

전관계에 의문을 제기할 수 있다. 눈에 띄는 것으로는 민간인들이 적대행위 수행에 있어 자신들의 역할을 전혀 모르는 경우(예를 들어, 원격 조종 폭탄을 운반하고 있음을 모르는 운전기사 등) 또는 신체적 활동의 자유를 완전히 박탈당한 경우(예를 들어 근거리 전투에서 비자발적으로 인간방패로서 암호를 강요당할 때) 이러한 상황이 발생할 수 있다. 그러한 극단적인 환경에서는 민간인들이 의미 있는 활동을 수행하고 있는 것(다시 말해 뭔가 하고 있는 것)으로 간주되지 않으며, 따라서 그들이 중요한 역할을 하는 군사작전에서 교전관계에도 불구하고 직접적 공격으로부터 보호된다. 그 결과 이러한 민간인들은 그들에게 우발적인 피해를 유발할 수도 있는 군사작전 중에 비례성 심사에서 고려대상이 되어야 한다.

c) 교전관계의 실질적 연관성

무력충돌 중의 많은 활동들이 상당한 수준의 피해를 유발함에도 불구하고 교전관계가 충분하지 못하다. 예를 들어, 일반적인 은행강도 사건에서 경찰과 인질범 사이의 총격전,¹⁵⁵ 무력충돌과 무관하게 벌어지는 폭력 범죄 및 사적으로 이용하기 위해 군사장비를 훔치는 행위¹⁵⁶는 피해의 임계치를 유발할 수 있지만, 이는 상대방에게 해를 가하여 무력충돌 한 당사자를 지원하기 위해 특별히 고안된 것이 아니다. 무력충돌 당사자의 군사작전은 전략적으로 중요한 지역으로 연결된 도로가 대규모 난민이나 기타 피난 중인 민간인들에 의해 막혀버리면 직접적으로 불리한 피해를 입을 수 있는 것과 유사하다. 그러나 이러한 민간인들의 행위는 한 상대방에게 해를 가해 다른 무력충돌 당사자를 지원하겠다는 의도로 고안된 것이 아니므로, 교전관계가 충분하지 못하다. 물론 민간인들이 정부군의 도착을 지연시켜 반란군의 철수를 용이하게 하기 위해 도로를 점령한 경우라면 (혹은 반대의 경우) 이러한 분석은 바뀌어야 할 것이다. 적대행위 직접 가담으로 간주되는 활동과 그렇지 않은 활동을 구별할 때, 교전관계라는 기준은 다음 네 가지 상황에서 특히 중요하다.

개인적 정당방위 : 개인의 정당방위 또는 국제인도법에서 금지한 폭력에 대한 다른 사람들의 방어에 있어 피해의 인과관계는 교전관계가 부

¹⁵⁵ See also Report DPH 2005, pp. 9, 11.

¹⁵⁶ Report DPH 2004, p. 25.

족하다.¹⁵⁷ 예를 들어, 습격을 위해 돌아다니는 전투원들이 불법적 공격이나 약탈, 강간, 살해로부터 자신들을 방어하는 민간인들이 무력을 사용하는 것이 피해의 임계치를 유발할 수 있다 하더라도 그 목적은 분명히 어느 한편의 무력충돌 당사자를 지원하기 위한 것이 아니다. 금지된 폭력으로부터의 개인적 정당방위로 인해 직접적 공격으로부터의 보호를 상실하게 되면 앞선 불법적인 공격을 합법화 시키는 이상한 결과를 낳게 된다. 따라서, 그러한 상황에서 필요하고 적절한 무력의 사용은 적대행위 직접 가담으로 간주될 수 없다.¹⁵⁸

사람 또는 영토에 대한 권력 또는 권한의 행사 : 국제인도법은 적대행위 수행과 사람이나 영토에 대한 권력 또는 권한의 행사를 기본적으로 구별하고 있다. 그 결과, 국제인도법 상의 의미로 자신들의 “수중”¹⁵⁹ 또는 “권력”¹⁶⁰ 내에 들어온 민간인이 사람이나 물자에 대해 사망, 부상 또는 파괴를 유발하는 것은 적대행위의 한 부분을 구성하지 않는다.

예를 들어, 무력충돌 지역에서 폭동 및 기타 형태의 민간 소요사태¹⁶¹를 진압하고 약탈을 예방하거나 법 질서를 유지하기 위해 민간 당국이 무력을 사용하는 것은 사망, 부상 및 파괴를 야기할 수도 있지만 일반적으로 그것은 무력충돌 당사자들 사이에 수행되는 적대행위의 한 부분을 구성하지는 않는다.¹⁶² 마찬가지로, 군인이 한번 체포되면(그리하여 전투수행을 못하게 되면), 폭동의 진압과 탈출의 방지¹⁶³ 또는 사형의 합법적 집행¹⁶⁴은 무력충돌 반대편 당사자에게 직접적으로 군사적 피해를 주기 위해 고안된 것이 아니며 따라서 교전관계가 존재하지 않는다.¹⁶⁵

한 무력충돌 당사자를 대표하여 행정권, 사법권 또는 징계권의 합법적 행사뿐 아니라 전쟁 범죄 또는 적대행위 수행 이외의 국제인도법 위

¹⁵⁷ This was also the prevailing opinion during the expert meetings (see Report DPH 2003, p. 6; Background Doc. DPH 2004, pp. 14, 31 f.).

¹⁵⁸ The use of force by individuals in defence of self or others is an issue distinct from the use of force by States in self-defence against an armed attack, which is governed by the *jus ad bellum* and is beyond the scope of this study.

¹⁵⁹ E.g. Art. 4 GC IV.

¹⁶⁰ E.g. Art. 5 GC III; Art. 75 [1] AP I.

¹⁶¹ On the belligerent nexus of civil unrest, see below N 169 and accompanying text.

¹⁶² Treaty IHL expressly confirms the law enforcement role, for example, of occupying powers (Art. 43 H IV R) and States party to a non-international armed conflict (Art. 3 [1] AP II).

¹⁶³ E.g. Art. 42 GC III.

¹⁶⁴ E.g. Arts 100 and 101 GC III.

¹⁶⁵ See also above N 99 and accompanying text.

반을 자행하는 것도 적대행위 직접 가담이라는 개념에서 제외된다. 따라서 집단 처벌, 인질행위 그리고 신체적으로 구속당한 사람들에 대한 부당한 처우와 약식처형 등이 국제인도법에 의해 예외 없이 금지되기는 하지만 적대행위 수행의 일부가 되지는 않는다.¹⁶⁶ 그러한 행위는 국내적 또는 국제적 범죄를 구성할 수도 있고, 그러한 행위의 가해자들에 대해서는 자신 또는 다른 이들의 방어나 법 집행을 위해 합법적 무력사용이 허용될 수도 있다.¹⁶⁷ 그러나 국제인도법적 의미에서 직접적 공격에 대한 보호의 상실은 범죄 행위에 대한 처벌이 아니라 적대행위 수행에서 군사적 필요성의 결과이다.¹⁶⁸

민간 소요사태 : 무력충돌 중에는 정치적 시위, 폭동 및 다른 형태의 민간 소요사태가 종종 고도의 폭력사태로 나타나며 때로는 군사력에 의해 대응하게 된다. 사실 민간 소요사태는 사망, 부상 및 파괴로 이어질 수 있고 궁극적으로 정치적 압력, 경제적 불안정, 파괴 및 무질서 등을 통해 한 무력충돌 당사자의 영토적 권한을 침해하고 다른 무력충돌 당사자의 일반적 전쟁노력에 이득을 줄 수도 있다. 따라서 특별히 무력충돌의 한 당사자를 지원하기 위한 적대행위 직접 가담을 국가 혹은 점령 당국에 대한 불만 표출을 목적으로 하는 폭력적 형태의 민간 소요사태와 구별하는 것이 중요하다.¹⁶⁹

민간인들간의 폭력 : 적대행위 수행의 일부가 되기 위해서는 민간인이 다른 민간인에 대해 무력을 사용하는 것은 그것이 만연해있다 하더라도 다른 편과의 군사적 분쟁 속에서 무력충돌의 한 당사자를 지원하기 위한 것이어야만 한다.¹⁷⁰ 이는 민간인이 단지 폭력적 범죄를 저질러 법과 질서를 파괴함으로써 어떤 이득을 취하고자 하는 경우라면 해당사항이 없을 것이다.¹⁷¹ 민간인들 간의 폭력이 현재 무력충돌의 기저를 이

¹⁶⁶ See, for example, Arts 3 GC I-IV; 32 GC IV; 75 [2] AP I. For the divergence of opinions expressed during the expert meetings on the qualification of hostage-taking as direct participation in hostilities, see Report DPH 2004, p. 4; Report DPH 2005, p. 11; Report DPH 2006, pp. 43 f.; Report DPH 2008, pp. 67 ff.

¹⁶⁷ The concept of "attack" in the context of crimes against humanity does not necessarily denote conduct amounting to direct participation in hostilities under IHL. As explained by the ICTY "[t]he term 'attack' in the context of a crime against humanity carries a slightly different meaning than in the laws of war. [It] is not limited to the conduct of hostilities. It may also encompass situations of mistreatment of persons taking no active part in hostilities, such as someone in detention" (ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Case No. IT-96-23, Judgment of 22 February 2001 (Trial Chamber), § 416, confirmed by the Appeals Chamber in its Judgment in the same case of 12 June 2002, § 89). See also Report DPH 2006, pp. 42 f.

¹⁶⁸ For the relevant discussion during the expert meetings, see Report DPH 2008, pp. 63-65.

¹⁶⁹ See also Report DPH 2004, p. 4; Report DPH 2008, p. 67.

¹⁷⁰ See also Report DPH 2004, p. 4; Report DPH 2005, pp. 8, 11.

¹⁷¹ With regard to the existence of a general nexus between civilian violence and the surrounding armed

루는 동일한 정치적 논쟁이나 인종적 갈등에 의해 촉발된 경우 그리고 그것이 특정한 군사적 성질의 피해를 유발한 경우에는 교전관계가 있을 수도 있다.

d) 교전관계의 실질적 판단

한 행위의 교전관계를 판단하는 일은 상당한 실질적 어려움을 부과할 수 있다. 예를 들어, 많은 무력충돌에서 폭력단과 해적들은, 무력충돌과 관련이 없거나 무력충돌 때문에 가능하게 된 폭력범죄와 교전행위 사이의 구별이 어려운 회색지대에서 활동한다. 이러한 결정은 결정을 내리도록 명을 받은 사람에게 합리적 수준에서 활용 가능한 정보를 바탕으로 이루어져야 한다. 그러나 그것들이 항상 객관적으로 검증 가능한 사실들로부터 추론될 수 있는 것이어야 한다.¹⁷² 실질적으로, 관련된 시간과 장소에서 지배적인 환경과 더불어 민간인의 적대행위 수행이 다른 무력충돌 당사자에게 피해의 임계치를 직접적으로 유발함으로써 한 당사자를 지원하기 위해 고안된 행위로 여겨질 수 있는지가 결정적인 질문이어야 한다. 교전관계의 결정이 민간인이 직접적 공격으로부터 보호를 상실하게 되는 결과를 초래할 수도 있기 때문에, 잘못된 또는 임의적인 공격을 피할 수 있도록 모든 가능한 예방조치가 취해져야 하며, 의심이 되는 상황에서는 그 대상자가 직접적 공격으로부터 보호되는 것으로 추정되어야 한다.¹⁷³

e) 요약

교전관계의 요건을 충족시키기 위해서는 한 행위가 무력충돌의 한 당사자를 지원하여 다른 당사자에게 피해를 주는 피해의 임계치를 유발하기 위해 구체적으로 고안된 것이어야 한다. 일반적 규칙으로는 (a) 개별적인 정당방위 또는 국제인도법이 금지하는 폭력으로부터 다른 사람을 방어하는 상황에서 유발된 피해, (b) 사람들이나 영토에 대해 권력이나 권한을 행사하는 데서 유발된 피해, (c) 민간인들 간의 폭력 사태가 적대행위 직접 가담으로 인정받기 위해 요구되는 교전관계가 부족할 때 유발되는 피해 등이 있다.

conflict, a similar conclusion was reached in ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda* (above N 147), § 570.

¹⁷² Report DPH 2005, pp. 9 f., 22, 26, 28, 34, 40.

¹⁷³ See below Section VIII.

4. 결론

피해의 임계치에 대한 세 가지 요구조건은 모두 함께 적용되어 직접적 인과관계와 교전관계는 직접적 적대행위로 간주되는 활동들과, 무력충돌 상황에서 일어났다 해도 적대행위 수행의 일부로 간주되지 않는 행위들 사이의 구별이 가능하게 해주며 이로 인해 직접적 공격으로부터 보호될 권리를 상실하지 않도록 한다.¹⁷⁴ 그러나 어느 구체적 행위가 직접적 적대행위로 간주되는 경우라 하더라도 대응 시 사용된 무력의 종류와 정도가 국제인도법 규칙과 원칙 및 기타 국제법에 부합해야 한다.¹⁷⁵

¹⁷⁴ The use of force in response to activities not fulfilling these requirements must be governed by the standards of law enforcement and of individual self-defence, taking into account the threat to be addressed and the nature of the surrounding circumstances.

¹⁷⁵ See below Section IX.

VI. 적대행위 직접 가담의 시작과 종료

적대행위 직접 가담의 구체적 행위 실행에 대한 준비 조치는 적대행위가 실행되는 장소로의 병력 배치 및 복귀와 더불어 적대행위의 핵심적인 부분을 구성한다.

민간인은 적대행위에 직접적으로 가담하면 그 기간 동안 직접적 공격으로부터 보호받을 권리를 상실하기 때문에, 적대행위 직접 가담으로 간주되는 구체적 행위의 시작과 종료는 최대한 신중하게 결정되어야 한다.¹⁷⁶ 의심의 여지 없이 적대행위 직접 가담의 개념은 피해의 임계치에 대한 세 가지 기준, 직접적 인과관계 및 교전관계를 모두 충족시키는 구체적 행위가 직접적으로 수행되는 상황을 포함한다. 또한 그러한 행위의 실행을 준비하는 단계를 포함하여 이와 더불어 그러한 구체적 인 행위나 작전의 핵심적인 일부로서 그 것이 실행되는 장소로의 파견 및 귀환을 포함한다.¹⁷⁷

1. 준비 조치

준비 조치가 적대행위 직접 가담으로 간주되는냐는 추상적인 용어로는 완전히 묘사될 수 없는 수 많은 상황적 사실에 근거한다.¹⁷⁸ 결정적으로, 적대행위 직접 가담으로 간주되는 준비조치는 조약 국제인도법이 “공격을 준비하는 군사작전”으로 설명하는 것과 상통한다.¹⁷⁹ 그들은 특정한 군사적 성질을 지니며, 그러한 행위의 핵심을 구성하는 구체적 인 교전행위의 실행과 밀접하게 관련되어 있다. 반대로 구체적이지 않은 작전의 일반적인 캠페인 준비는 직접적 적대행위 가담으로 인정되지 않는다. 적대행위에 대한 직접적 가담과 간접적 가담 사이의 구별과 유사하게 구체적인 적대행위를 수행할 것을 목적으로 하는 준비 조치가 적대행위 직접 가담으로 인정된다고 말할 수 있다. 반면 구체적이지 않은 적대행위 수행을 위해 일반적인 역량을 구축하는 것을 목적

¹⁷⁶ See also the discussion in Report DPH 2006, pp. 54-63. On the temporal scope of the loss of protection, see below Section VII.

¹⁷⁷ See also the related discussion on direct causation in collective operations, above Section V.2. (c).

¹⁷⁸ For the relevant discussions during the expert meetings, see: Background Doc. DPH 2004, pp. 7, 10, 13, 21; Background Doc. DPH 2005, WS VI-VII, p. 10; Report DPH 2005, p. 19; Report DPH 2006, pp. 56-63. Regarding the distinction of preparatory measures, deployments and withdrawals entailing loss of protection against direct attack from preparations, attempts and other forms of involvement entailing criminal responsibility, see Report DPH 2006, pp. 57 ff.

¹⁷⁹ Art. 44 [3] AP I.

으로 하는 준비 조치는 그렇지 않다.¹⁸⁰

준비조치가 구체적인 적대행위 직전에 일어나거나 (시간적 근접성) 지리적으로 가까운 곳에서 일어났다는 것, 또는 그것이 적대행위 시행에 필수불가결하다는 것은 그것이 직접적 적대행위 가담으로 인정되는데 필요도 없고 충분하지도 않다. 예를 들어, 교전 장소에서 군사적 목표물에 직접적인 타격을 가하기 위해 전투기에 폭탄을 적재하는 것은 구체적인 적대행위에 대한 준비 조치를 구성하며, 적대행위 직접 가담으로 인정된다. 그 작전이 그 다음날까지 시행되지 않고, 그 목표물이 작전 수행 시에만 정해지며, 준비조치와 공격행위가 벌어지는 장소 사이의 거리가 멀다 해도 마찬가지다. 반대로 구체적이지 않지만 미래에 사용하기 위해 무력충돌 지역 어딘가에 있는 다른 창고로 운반하기 위해 비행기에 폭탄을 적재한다거나 그 폭탄을 공장에서 공항 창고로 운반하는 행위는 단지 간접적인 준비행위로 인정되는 일반적 준비조치를 구성한다.

이와 유사하게 구체적인 교전행위의 시행을 목적으로 행해졌다면 다음의 모든 행위는 적대행위 직접 가담으로 간주되는 준비 조치를 구성할 것이 거의 분명하다. 장치, 지시 그리고 인력의 수송, 정보 수집 및 무기와 장비의 준비, 운반 및 배치 등이다. 직접적 공격으로부터 보호받을 권리의 상실을 유도하지 않는 일반적 준비의 예로는 보통 무기의 구매, 생산, 거래 및 은폐, 그리고 일반적인 인력 모집 및 훈련, 군에 대한 재정적, 행정적 또는 정치적 지원 등이 포함될 것이다.¹⁸¹ 이러한 예시들은 원칙을 설명하고 있을 뿐이라는 것이 다시 한번 언급되어야 한다. 이는 실질적인 상황에서 그리고 행위가 일어난 시간과 장소에서 지배적인 전체 정황에 대한 상세한 조사를 대신할 수는 없다는 사실에 근거를 두고 있다.¹⁸²

¹⁸⁰ See above, N 114 and accompanying text, as well as Section V.2.(b).

¹⁸¹ On the qualification of such activities as direct participation in hostilities see also above Section V.2.(a) (b).

¹⁸² During the expert meetings, it was emphasized that the distinction between preparatory measures that do and, respectively, do not qualify as direct participation in hostilities should be made with utmost care so as to ensure that loss of civilian protection would not be triggered by acts too remote from the actual fighting. In order for the word "direct" in the phrase direct participation in hostilities to retain any meaning, civilians should be liable to direct attack exclusively during recognizable and proximate preparations, such as the loading of a gun, and during deployments in the framework of a specific military operation (Report DPH 2006, pp. 55, 60 f.).

2. 파견과 귀환

적대행위 직접 가담의 구체적 행위의 시행이 앞선 지리적 파견을 필요로 하는 경우, 그러한 파견은 이미 문제가 되는 행위의 핵심을 이루고 있다.¹⁸³ 마찬가지로, 적대행위의 시행으로부터 귀환하는 것이 작전 수행에 핵심을 구성하는 한 그것은 군사적 퇴각을 구성하며 항복이나 전투능력을 상실하게 되는 것과 혼동되어서는 안 된다.¹⁸⁴ 적대행위 직접 가담으로 간주되는 파견은 파견되는 개인이 구체적인 작전을 수행할 목적으로 신체적 이동이 일어나면 시작된다. 사용하던 무기나 장비를 내려놓거나 또는 저장하거나 숨기는 등 그 작전과 구별되는 행위를 재개하여 문제의 개인이 물리적으로 작전과 분리되면 구체적인 적대행위로부터의 귀환은 종료된다.

특정 개인이 구체적인 적대행위 시행에 대한 파견이나 그로부터의 귀환에 연관이 되어있느냐의 여부는 다양한 상황적 사실에 달려있는데, 이는 추상적인 용어로는 설명될 수 없다. 결정적 기준은 파견 및 귀환 모두 적대행위 직접 가담으로 간주되는 구체적 행위의 핵심으로서 수행되어야 한다는 것이다. 그러한 결정은 반드시 지배적 상황에 대한 합리적인 평가에 기반하여 조심스럽게 행해져야 한다.¹⁸⁵ 컴퓨터 망 공격 또는 원격 조종 무기 체계 등 적대행위수행이 지리적 이동을 요구하지 않는 경우 적대행위 직접 가담의 지속 기간은 그 행위의 직접적 수행 및 그 행위를 핵심을 구성하는 준비조치에 국한될 것이다.

3. 결론

준비 조치와 지리적 이동 또는 퇴각이 적대행위 직접 가담으로 간주되는 구체적 행위의 핵심을 이루는 경우, 그들은 그 직접적 수행 단계를 넘어선 행위나 작전의 시작과 종료를 확장시킨다.

¹⁸³ See *Commentary AP* (above N 10), §§ 1679, 1943, 4788, which recalls that several delegations to the Diplomatic Conference of 1974-77 had indicated that the concept of hostilities included preparations for combat and return from combat. In their responses to the 2004 Questionnaire, a majority of experts considered that deployment to the geographic location of a hostile act should already qualify as direct participation in hostilities and, though more hesitantly, tended towards the same conclusion with regard to the return from that location. See Background Doc. DPH 2004, pp. 7 (I, 1.3.), 10 (I, 2.4.), 13 (I, 3.4.), 20 (I, 6.4.). See also Report DPH 2005, pp. 65 f.

¹⁸⁴ While this was also the prevailing opinion during the expert meetings (see Report DPH 2005, p. 66) some experts feared that the continued loss of protection after the execution of a specific hostile act invited arbitrary and unnecessary targeting (Report DPH 2006, pp. 56 f., 61 ff.).

¹⁸⁵ See Report DPH 2005, p. 66; Report DPH 2006, p. 55.

C. 보호받을 권리의 상실을 규율하는 양상

관습 국제인도법 및 조약 국제인도법 하에서, 민간인이 직접적으로 적대행위에 가담하거나 국가 정규군 또는 무력충돌 당사자에 속한 조직화된 무장단체의 일원이 됨으로써 민간인 자격을 잃게 되면 보호받을 권리를 상실하게 된다.¹⁸⁶ 관련된 개인들에 대한 심각한 결과를 고려하여 본 장에서는 국제인도법 하에서 그러한 보호의 상실을 규율하는 구체적인 양상을 명확히 설명하고자 한다. 다음의 절에서는 직접적 공격으로부터의 보호 상실의 시간적 범주를 살펴보고(VII), 의심이 되는 상황의 예방조치와 추정(VIII), 합법적인 군사적 목표물에 대한 무력 사용을 규율하는 규칙과 원칙(IX), 그리고 직접적 공격으로부터의 보호를 재획득하는 결과(X)를 살펴볼 것이다.

해석지침의 목적에 맞게 이 장은 우선적으로 (민간인의) 적대행위 직접 가담의 경우 보호의 상실을 고찰하는데 중점을 둘 것이다. 하지만 지속적인 전투 기능 (조직화된 무장단체의 일원)의 경우도 고찰 대상이 되는데 후자의 개념이 적대행위 직접 가담의 개념과 본질적으로 연관이 있기 때문이다.¹⁸⁷ 국내법에 근거하여 이루어지는 정식 모집, 편입, 소집해제 또는 퇴역과 같은 적대행위 직접 가담과 관계가 없는 기준들에 크게 의존하는 국가 정규군의 구성원 자격의 경우에 있어 그것은 보호 권리의 상실을 전혀 언급하지 않거나 하더라도 미미한 수준일 것이다.¹⁸⁸ 국제인도법에 다른 조항이 없는 경우, 이하의 섹션 VII부터 X까지 도출된 결론을 필요한 부분에 한하여 국가 정규군의 구성원들에게도 적용하는 것을 배제하지 않는다.

¹⁸⁶ Regarding the terminology of "loss of protection against direct attacks" used in the Interpretive Guidance see above N 6.

¹⁸⁷ On the concept of continuous combat function, see above Section II.3.(b).

¹⁸⁸ On the applicability of the criterion of continuous combat function for the determination of membership in irregularly constituted militia, volunteer corps and resistance movements belonging to States, see above Section I.3.(c).

VII. 보호 상실의 시간적 범주

민간인은 적대행위 직접 가담으로 간주되는 각각의 구체적 행위가 지속되는 동안 직접적 공격으로부터의 보호를 상실한다. 반면 비국가 무력충돌 당사자인 조직화된 무장단체의 구성원들은 지속적인 전투원 기능을 수행하는 동안 민간인 자격을 상실하고 (II, 비국제적 무력충돌 시 민간인의 개념 참조) 또한 직접적 공격으로부터 보호받을 권리를 상실한다.

1. 민간인

국제적/비국제적 무력충돌에 적용되는 조약 및 관습 국제인도법에 의하면 민간인은 적대행위에 직접적으로 가담하지 않는 한 직접적 공격으로부터 보호받을 권리를 누린다.¹⁸⁹ 직접적으로 적대행위에 가담하는 민간인들은 계속해서 민간주민의 일부가 되지만, 직접적 공격으로부터 보호받을 권리는 일시적으로 중단된다. “하지 않는 한 그리고 그 동안”이란 용어가 그러한 보호의 중단이 정확하게 해당 민간인의 적대행위 직접 가담 동안만 지속된다는 것을 명확히 설명한다.¹⁹⁰ 이는 필연적으로 민간인이 적대행위에 직접 가담하는 간격에 맞추어 직접적 공격으로부터 보호받을 권리를 상실하고 재획득하는 것을 수반한다. (소위 민간인 보호의 “회전문”)

민간인 보호의 “회전문”은 국제인도법의 핵심이지 기능저하가 아니다. 이는 당시 군사적 위협을 표방하지 않는 민간인에 대한 공격을 예방한다. 무력충돌 당사자를 대표하여 적대행위를 수행하는 것을 지속적인 기능으로 하는 조직화된 무장단체의 구성원과 반대로 개별적 민간인의 행동은 지속적으로 변화하는 다양한 상황에 좌우되기 때문에 예측하기가 쉽지 않다. 한 민간인이, 자발적이든 압력에 못 이겨서든, 반복적으로 적대행위에 직접 가담해왔다는 사실조차도 미래에도 그럴 것이라는 신뢰할 만한 예측이 불가능하다.¹⁹¹ 적대행위 직접 가담의 개념이 구체

¹⁸⁹ Arts 51 [3] AP I; 13 [3] AP II; *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 6. The customary nature of this rule was affirmed also in ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-A, Judgment of 29 July 2004, § 157, with references to earlier case law. For recent domestic jurisprudence expressly accepting the customary nature of Art. 51 [3] AP I, including the phrase “for such time as” see: Israel H CJ, *PCATI v. Israel*, above N 24, § 30

¹⁹⁰ On the beginning and end of direct participation in hostilities see above Section VI

¹⁹¹ Regarding the practical impossibility of reliably predicting the future conduct of a civilian, see also Report DPH 2006, pp. 66 ff.

적인 적대적 행위와 관련이 있기 때문에 국제인도법은 한 개인의 적대 행위 가담이 종료될 때 마다 직접적 공격으로부터 보호받을 민간인의 권리를 되살리고 있다.¹⁹² 문제의 민간인이 적대행위 직접 가담의 구체적 행위에 또 다시 가담할 때까지 그들에 대한 무력의 사용은 법 집행 기준이나 개인적 정당방위에 부합해야 한다.

보호의 회전문 메커니즘이 반대편 군대나 조직화된 무장단체로 하여금 민간인의 직접적인 적대행위 가담에 효과적으로 대응하는 것을 더욱 어렵게 할지라도, 민간주민을 잘못된 또는 임의의 공격으로부터 보호하는 것은 반드시 필요하며, 그러한 행위가 단지 우발적이고 비조직화된 산발적 형태로 행해지는 한 이는 군대나 무장단체 모두로부터 받아들여져야 한다.

2. 조직화된 무장단체의 구성원

비국가적 무력충돌 당사자에 속한 조직화된 무장단체의 구성원들은 그들의 지속적인 전투원 기능에 따라 구성원으로 남아 있는 한 민간인 자격을 상실한다.¹⁹³ 따라서 공식적으로 그들은 적대행위에 직접적으로 가담하지 않는 한” 민간인에게 제공되는 보호의 혜택을 누릴 수 없다. 사실 보호의 상실을 구체적인 적대행위의 지속 기간 동안만으로 한정하는 것은 우발적이고, 산발적이며 비조직화된 민간인들의 적대행위에 대응하기 위해 고안된 것으로 조직화된 무장단체에는 적용될 수 없다. 이는 지속적으로 공격을 당하는 국가 정규군의 구성원들과 비교하여 그러한 무장단체 구성원들에게 엄청난 군사작전 상의 이득을 제공할 수 있기 때문이다. 이러한 불균형은 조직화된 무장단체가 낮에는 농부로 일하고 밤에는 전투원이 되는 상황을 더욱 조장하게 될 것이다. 장기적으로 불이익을 당한 당사자는 국제인도법이 적대행위 수행을 만족스럽게 통제할 수 있다는 확신을 잃게 될 것이고, 이는 국제인도법을

¹⁹² According to *Commentary AP* (above N 10), § 4789: "If a civilian participates directly in hostilities, it is clear that he will not enjoy any protection against attacks for as long as his participation lasts. Thereafter, as he no longer presents any danger for the adversary, he may not be attacked". See also the description of direct participation in hostilities as potentially "intermittent and discontinuous" in ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Appeal, (above N 16), § 178. Although, during the expert meetings, the mechanism of the revolving door of protection gave rise to some controversy, the prevailing view was that, under the texts of Art. 3 [1] GC I-IV and the Additional Protocols, continuous loss of civilian protection could not be based on recurrent acts by individual civilians, but exclusively on the concept of membership in State armed forces or in an organized armed group belonging to a non-State party to the conflict. See Report DPH 2004, pp. 22 f.; Report DPH 2005, pp. 63 f.; Report DPH 2006, pp. 64-68; Report DPH 2008, pp. 33-44.

¹⁹³ On the mutual exclusivity of the concepts of civilian and organized armed group, see above Section II.1. On the concept of continuous combat function, see above Section II.3.(b).

지나치게 자유롭게 해석하거나 국제인도법이 지지하는 보호에 대한 전면적인 부정에 이르기까지 하는 심각한 결과를 가져올 것이다.¹⁹⁴

대신에 개인이 우발적이고, 산발적이며 비조직화된 적대행위 직접 가담을 넘어서 무력충돌 한 당사자에 속하는 조직화된 무장단체의 구성원이 되는 경우, 그러한 무장단체의 구성원 신분을 유지하는 한 국제인도법은 직접적 공격으로부터 보호받을 권리를 박탈한다.¹⁹⁵ 다시 말해, 보호의 “회전문”이 구성원 자격에 근거에 작동하기 시작하는 것이다.¹⁹⁶ 앞서 언급했듯이, 조직화된 무장단체의 구성원 자격은 민간인이 사실상 그 무장단체를 위해 지속적인 전투원 기능을 수행하기 시작하는 순간에 시작된다.¹⁹⁷ 조직화된 무장단체로부터 이탈하는 것은 굳이 공개적으로 천명할 필요는 없다. 그것은, 무장단체로부터 물리적 거리를 유지하는 것이나 민간인의 삶으로 돌아가는 것 또는 전적으로 비전투적인 기능의 재개(예를 들어, 정치적 또는 행정적 활동)와 같이 종합적인 행위로 표현될 수 있다. 실질적으로 지속적인 전투원 기능의 수행 또는 이탈은 정치적, 문화적 그리고 군사적 맥락에 따라 변화하는 기준에 의존한다.¹⁹⁸ 따라서 그 결정은 신의성실하게 지배적 상황에 대한 합리적 평가를 바탕으로, 불확실한 상황에서는 민간인 보호를 추정하여 이루어져야 한다.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Report DPH 2005, p. 49; Report DPH 2006, p. 65.

¹⁹⁵ According to *Commentary AP* (above N 10), § 4789: “Those who belong to armed forces or armed groups may be attacked at any time”. See also Expert Paper DPH 2004 (Prof. M. Bothe). Protection against direct attack is restored where members of armed groups fall *hors de combat* as a result of capture, surrender, wounds or any other cause (Art. 3 [1] GC I-IV. See also Art. 41 AP I).

¹⁹⁶ During the expert meetings, this widely supported compromise was described as a “functional membership approach”. For an overview of the discussions, see Report DPH 2003, p. 7; Background Doc. DPH 2004, pp. 34 ff.; Report DPH 2004, pp. 22 f.; Report DPH 2005, pp. 49, 59-65; 82 ff.; Report DPH 2006, pp. 29 ff., 65 f.

¹⁹⁷ See above Section II.3. See also Report DPH 2005, p. 59.

¹⁹⁸ See also above Section II.3. During the expert meetings, it was emphasized that the question of whether affirmative disengagement had taken place must be determined based on the concrete circumstances (Report DPH 2005, p. 63). On the precautions and presumptions to be observed in situations of doubt, see below Section VIII.

¹⁹⁹ During the expert meetings, it was repeatedly pointed out that, while the “revolving door” of protection was part of the rule on civilian direct participation in hostilities expressed in Arts 51 [3] AP I and 13 [3] AP II, the practical distinction between members of organized armed groups and civilians was very difficult. During reactive operations carried out in response to an attack, the operating forces often lacked sufficient intelligence and had to rely on assumptions that were made based on individual conduct. Therefore, such operations would generally be restricted to the duration of the concrete hostile acts to which they responded. Conversely, *proactive* operations initiated by the armed forces based on solid intelligence regarding the function of a person within an organized armed group could also be carried out at a moment when the targeted persons were not directly participating in hostilities (see Report DPH 2006, pp. 56 f.).

3. 결론

관습 및 조약 국제인도법 하에서, 직접적으로 적대행위에 가담하는 민간인과 무력충돌 당사자에 속한 조직화된 무장단체를 위해 지속적인 전투원 기능을 수행하는 민간인은 직접적 공격으로부터 보호받을 권리를 상실한다. 보호 상실의 시간적 범주에 관해서는 민간인과 조직화된 무장단체 인원 사이의 명확한 구별이 이루어져야 한다. 민간인은 적대행위 직접 가담으로 간주되는 구체적 행위가 지속되는 동안 보호를 상실하는 반면, 무력충돌 당사자에 속한 조직화된 무장단체의 인원들은 더 이상 민간인이 아니기 때문에 그 구성원 자격이 지속되는 동안에는, 다시 말해 지속적인 전투원 기능을 수행하는 한, 직접적 공격으로부터 보호받을 자격을 상실한다.

VIII. 의심되는 상황에서의 예방조치와 추경

한 사람이 민간인인지 아닌지를 판단하고, 만약 그러하다면 그 민간인이 직접적으로 적대행위에 가담했는지의 여부를 판단함에 있어 모든 가능한 예방조치가 취해져야 한다. 의심되는 상황에서는 그 사람이 직접적 공격으로부터 보호를 받는 것으로 추정되어야 한다.

민간인들의 적대행위 직접 가담이 다양한 수준으로 이루어짐에 따라 야기되는 실질적인 주요 문제점 중의 하나는 적군의 신원에 대한 의심에 관한 문제이다. 예를 들어, 많은 대 게릴라 작전에서 군대는 적대적 태도를 취하는 개인들과 끊임없이 맞붙게 된다. 이러한 군대에 있어 어려움은 무력충돌 당사자에 속한 조직화된 무장단체의 구성원과 우발적이고, 산발적이며, 비조직적으로 적대행위에 가담하는 민간인들과, 적에게 지원을 제공하거나 제공하지 않을 수 있는 민간인 그리고 그 당시 적대행위에 직접 가담하지 않는 민간인들을 구별하는 것이다. 실수로 또는 임의로 보호받을 권리가 있는 민간인을 공격하는 것을 피하기 위해, 취해져야 할 예방조치 및 의심되는 상황에서 지켜져야 하는 가징들에 대한 명확한 해석이 있어야 한다.

1. 가능한 예방조치 취하기

모든 공격에 앞서, 공격대상이 되는 개인이 합법적인 군사적 목표물이 되는지를 가능하기 위한 가능한 모든 예방조치가 취해져야 한다.²⁰⁰ 공격이 일단 시작되고 나서, 목표물이 합법적인 군사적 목표물이 아니라는 것이 밝혀진다면 책임자들은 반드시 공격을 취하하거나 중단해야 한다.²⁰¹ 공격 전이나 공격 중에는, 목표로 하는 사람이 민간인인지의 여부와, 만약 그러하다면 그 사람들이 적대행위에 직접적으로 가담하는지 여부를 판단하기 위해 가능한 모든 조치가 취해져야 한다.

목표로 하는 사람이 민간인 보호의 자격을 가졌음이 명백해지면, 그 즉시 책임자들은 공격개시를 제지하거나, 이미 시작되었다면 그것을 취하하고 중단시켜야 한다. 이러한 결정은 구체적 상황에서 합리적으

²⁰⁰ Art. 57 [2] (a) (i) AP I. According to *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 16, this rule has attained customary nature in both international and non-international armed conflict.

²⁰¹ Art. 57 [2] (b) AP I. According to *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 19, this rule has attained customary nature in both international and non-international armed conflict.

로 활용 가능하다고 할 수 있는 모든 정보를 고려하여 신의성실하게 이루어져야 한다.²⁰² 조약 국제인도법에 언급되어 있듯이, “가능한 예방 조치는 실질적이거나, 인도적/군사적 고려를 포함하여 당시 지배적인 모든 정황을 고려한 실질적으로 가능한 예방조치이다.”²⁰³ 이에 덧붙여, 전투원 자격을 상실하게 된 민간인에 대한 직접적 공격은 취소되거나 중단되어야 한다.²⁰⁴

2. 민간인 보호의 추정

구별의 원칙의 목적으로 국제인도법은 두 가지 보편적인 범주의 사람들을 구별하는데, 바로 무력충돌 당사자의 정규군 구성원과 민간인이다. 국가 정규군 또는 조직화된 무장단체의 구성원들(의무요원 및 종교요원 제외)은 항복하거나 전투기능을 상실하지 않는 한 일반적으로 합법적인 군사적 목표물로 간주된다. 민간인들은, 직접적으로 적대행위에 가담하지 않는 한, 일반적으로 직접적 공격으로부터 보호된다. 각 범주에서 예외에 대한 요구조건이 충족될 때까지 일반적인 규칙이 적용된다.

결과적으로 특정 민간인의 행위가 적대행위 직접 가담으로 인정되는 지가 확실치 않은 경우에는 민간인 보호에 대한 일반적인 규칙이 적용되며 그 행위는 적대행위 직접 가담으로 간주되지 않는다고 추정되어야 한다.²⁰⁵ 민간인 보호의 추정은, 한층 강력한 이유로, 한 사람이 무력충돌 당사자에 속하는 조직화된 무장단체의 일원이 되었느냐가 확실하지 않은 경우에도 적용된다.²⁰⁶ 확실히, 공격 목표물 결정에 적용되는 의심의 기준은 형사소송에 적용되는 엄격한 수준의 것이 아니라, 그

²⁰² Report DPH 2006, p. 70 ff.

²⁰³ Arts 3 [4] CCW Protocol II (1980); 1 [5] CCW Protocol III (1980); 3 [10] CCW Amended Protocol II (1996). See also the French text of Art. 57 AP I (“faire tout ce qui est pratiquement possible”).

²⁰⁴ Apart from the determination as to whether a civilian is directly participating in hostilities, the principle of precaution in attack also requires that all feasible precautions be taken to avoid and in any event minimize incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects. It also obliges those responsible to refrain from launching, to cancel or suspend attacks that are likely to result in incidental harm that would be “excessive” compared to the anticipated military advantage (see Art. 57 [2] (a) (ii); Art. 57 [2] (a) (iii) and Art. 57 [2] (b) AP I and, with regard to the customary nature of these rules in both international and non-international armed conflict, *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rules 17, 18 and 19).

²⁰⁵ During the expert meetings, it was agreed that, in case of doubt as to whether a civilian constituted a legitimate military target, that civilian had to be presumed to be protected against direct attack (Report DPH 2005, pp. 44 f., 67 f.; Report DPH 2006, p. 70 ff.).

²⁰⁶ For situations of international armed conflict, this principle has been codified in Art. 50 [1] AP I. With regard to non-international armed conflicts, see also *Commentary AP* (above N 10), § 4789, which states that, “in case of doubt regarding the status of an individual, he is presumed to be a civilian”.

상황에서 합리적으로 확인될 수 있는 확실성의 정도를 반영해야 한다. 실질적으로, 이러한 결정은, 그 중에서도, 의사결정권자들이 활용할 수 있는 정보, 상황의 긴급성 그리고 잘못된 결정 때문에 직접적 공격으로부터 보호되어야 할 사람이나 물자 혹은 군대에 야기될 수도 있는 피해를 고려해야 한다.

민간인 보호의 추정은 적대행위 직접 가담으로 분명히 간주되지 않더라도 공공 안전, 법과 질서에 중대한 위협을 가하는 행위를 하는 민간인에 대해 군대를 사용하는 것을 배제하지 않는다. 하지만 그런 경우 무력의 사용은 반드시 법 집행 기준, 개인의 정당방위를 기준으로 이루어져야 하고 제기될 수 있는 위협과 주변 상황의 속성을 고려해야 한다.²⁰⁷

3. 결론

실질적으로 민간인의 적대행위 직접 가담은 구별의 원칙을 이행함에 있어 심각한 혼란과 불확실성을 수반한다. 실수로 또는 임의로 직접적 공격으로부터 보호받는 민간인을 공격 목표로 삼게 되는 것을 피하기 위해서는, 어떤 사람이 민간인인지 그리고 그렇다면 그 사람이 직접적으로 적대행위에 가담하고 있는지 여부를 판단함에 있어 모든 가능한 주의가 기울여져야 한다. 의심이 가는 경우, 문제의 사람은 직접적 공격으로부터 보호를 받는 것으로 추정되어야 한다.

²⁰⁷ See also Report DPH 2005, pp. 11 f.

IX. 직접적 공격에 있어 무력 사용의 제한

국제인도법에 의해 전투의 구체적 수단과 방법에 가해지는 제한 뿐만 아니라 향후 이에 적용되는 기타 국제법 분야에서 제기될 수 있는 제한들을 침해함이 없이, 직접적 공격으로부터 보호받지 못하는 사람들에게 허용될 수 있는 무력의 종류와 정도는 지배적 상황 속에서 합법적인 군사적 목적을 달성하는데 실질적으로 필요한 것을 초과해서는 안 된다.

직접적인 공격으로부터의 보호 상실은 그것이 (민간인의) 적대행위 직접 가담 때문이건 또는 (조직화된 무장단체 일원의) 지속적인 전투원 기능 수행때문이건, 그 사람이 법 테두리 밖에 놓이게 된다는 뜻은 아니다. “전투원이 적에게 해를 가하기 위해 수단을 선택하는 것이 무제한적인 것은 아니다”는 것이 관습 및 조약 국제인도법의 기본 원칙이다.²⁰⁸ 실제로, 구체적인 국제인도법 조항에 근거하든 아니면 전체적인 국제인도법의 기본 원칙에 근거하든 또는 기타 다른 분야의 국제법에 근거하든지 간에 합법적인 군사 목표물에 대한 직접적 공격 조차도 법적 제약을 받는다.

1. 국제인도법의 구체적 조항에 정해진 금지와 제약

무력충돌 상황에서 수행되는 모든 군사작전은 적대행위 수행을 통제한 관습 및 조약 국제인도법의 조항에 부합해야 한다.²⁰⁹ 구별, 예방 조치, 비례의 원칙 및 구명의 거부와 배신행위의 금지 등으로부터 나온 규칙들이 이에 포함된다. 또한 과도한 상해나 불필요한 고통을 야기하는 속성을 지닌 전투 방법과 수단 및 무기의 사용금지과 제약도 이에 포함된다.²¹⁰ 그러나 특정 무기 및 수단의 사용금지 및 제약과 별개로, 국제인도법에는 합법적인 군사적 목표물에 사용 가능한 무력의 중

²⁰⁸ Article 22 H IV R. See also Article 35 [1] AP I: "In any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods and means of warfare is not unlimited".

²⁰⁹ See also Report DPH 2006, p. 76; Report DPH 2008, pp. 24, 29 ff.

²¹⁰ See, for example, the prohibitions or restrictions imposed on the use of poison (Art. 23 [1] (a) H IV R; 1925 Geneva Protocol prohibiting asphyxiating, poisonous or other gases and analogous liquids, materials or devices), expanding bullets (1899 Hague Declaration IV/3) and certain other weapons (CCW-Convention and Protocols of 1980, 1995 and 1996, Ottawa Convention on Anti-Personnel Mines of 1997, Convention on Cluster Munitions of 2008), as well as the prohibition of methods involving the denial of quarter (Art. 40 AP I; Art. 23 [1] (d) H IV R) and the resort to treachery or perfidy (Art. 23 [1] (b) H IV R; Art. 37 AP I). See also Report DPH 2006, p. 76; Report DPH 2008, pp. 18 ff.

류와 정도를 명확하게 규정하고 있는 조항이 없다. 대신, 국제인도법은 단지 직접적으로 적대행위에 가담하는 민간인을 포함한 특정 범주의 사람들에게 직접적 “공격”, 다시 말해, “그것이 공격이든 방어든 상대방에 행하는 폭력 행위”로 부터의 보호를 제공하는 것을 금지하고 있다.²¹¹ 분명히 밝히지만, 특정 범주의 사람들이 공격 혹은 방어를 위한 폭력 행위로부터 보호되지 않는다는 사실이 곧 그러한 사람들을 충분한 고려 없이 죽일 법적 권리가 있음을 의미하는 것은 아니다. 동시에, 제한 없는 죽일 “권리”가 없다는 것이 상황에 관계없이 죽이기 보다는 체포해야 한다는 법적 의무를 지우는 것은 아니다.

2. 군사적 필요성과 인도주의²¹²

분명한 규율의 부재 속에서, 합법적인 군사적 목표물에 대한 공격 시 허용되는 무력의 종류와 정도는 무엇보다도 군사적 필요성과 인도의 기본 원칙에 근거하여 결정되어야 한다. 이는 국제인도법의 전체 규범적인 틀의 기저를 이루며 이 원칙들에 따라 국제인도법의 규칙들이 해석되어야 한다.²¹³ 군사적 필요성과 인도주의의 고려는 국제인도법의 특정 조항들을 폄하하지도, 무시하지도 않으며, 오히려 이러한 조항들에 의해 세워진 척도에 따라 전투원들의 권리와 의무를 해석하는데 있어 지침을 제공한다.²¹⁴ 오늘날 군사적 필요성의 원칙은 일반적으로 “무력충돌의 합법적 목적을 달성하는데, 다시 말해 최소한의 인명 및 자원의 희생으로 가능한 한 빠른 시일 내에 적군으로부터 완전한 혹은 부분적인 항복을 받아내는 데 필요한 정도와 종류의 무력을 사용하되, 그렇지 않으면 무력충돌법에 의해 금지되는 것”으로 인식되고 있다.²¹⁵

²¹¹ Article 49 [1] AP I.

²¹² During the expert meetings, Section IX.2. of the Interpretive Guidance remained highly controversial. While one group of experts held that the use of lethal force against persons not entitled to protection against direct attack is permissible only where capture is not possible, another group of experts insisted that, under IHL, there is no legal obligation to capture rather than kill. Throughout the discussions, however, it was neither claimed that there was an obligation to assume increased risks in order to protect the life of an adversary not entitled to protection against direct attack, nor that such a person could lawfully be killed in a situation where there manifestly is no military necessity to do so. For an overview of the relevant discussions see Report DPH 2004, pp. 17 ff.; Report DPH 2005, pp. 31 f., 44. ff., 50, 56 f., 67; Report DPH 2006, pp. 74-79; Report DPH 2008, pp. 7-32.

²¹³ See, most notably: *Commentary AP* (above N 10), § 1389.

²¹⁴ Report DPH 2008, pp. 7 f., 19 f. See also the statement of Lauterpacht that “the law on these subjects [i.e. on the conduct of hostilities] must be shaped – so far as it can be shaped at all – by reference not to existing law but to more compelling considerations of humanity, of the survival of civilisation, and of the sanctity of the individual human being” (cited in: *Commentary AP* (above N 10), § 1394).

²¹⁵ United Kingdom: Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford: OUP, 2004), Section 2.2 (Military Necessity). Similar interpretations are provided in numerous other contemporary military manuals and glossaries. See, for example, NATO: *Glossary of Terms and Definitions* (AAP-6V), p. 2-M-

군사적 필요성의 원칙을 보완하고 이에 내포되어 있는 것이 인도의 원칙이다. 이는 “합법적인 군사적 목적을 달성하는데 실질적으로 필요하지 않은 고통, 상해 또는 파괴를 야기하는 것을 금지한다.”²¹⁶ 더불어, 군사적 필요성과 인도의 원칙은 국제인도법이 명확하게 금지하고 있지 않은 것부터 지배적 정황 속에서 합법적인 군사적 목적 달성을 위해 실질적으로 필요한 것에 이르기까지 허용 가능한 군사적 활동의 총계를 감소시킨다.²¹⁷

각각의 상황에서 사용되는 무력의 정확한 양을 어렵짐작으로 판단하는 것이 불가능한 반면 인도적 고려는, 국제인도법의 특정 조항에 의해 만들어진 척도 내에서, 지배적 정황 속에서 합법적인 군사적 목적을 달성하는데 필요한 것보다 더 많은 사망, 부상 또는 파괴가 일어나지 않는 것을 요구한다.²¹⁸ 어떤 종류와 어떤 정도의 무력이 특정 군사적 목표물에 대한 공격 시 필요한 것이라고 간주되는가 하는 것은 다양한 작전상의 그리고 상황적 환경에 근거한 복잡한 조사과정을 수반한다. 그 목적은, 경직되고 또는 비현실적인 기준에 의한 군사 지휘관의 판단을 대신을 할 수 없다; 오히려 그것은, 상황에 대한 자신의 조사에 근거해 전투의 수단과 방법을 선택하는데 대한 지침을 제공함으로써 실수, 임의성 그리고 오남용을 막기 위한 것이다.²¹⁹

5; United States: Department of the Army, *Field Manual 27-10* (1956), § 3; US Department of the Navy, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M/MCWP 5-12-1/COMDTPUB P5800.7A (2007), § 5.3.1, p. 5-2.; France: Ministry of Defence, *Manuel de Droit des Conflits Armés* (2001), pp. 86 f.; Germany: Federal Ministry of Defence, *Triservice Manual ZDv 15/2: Humanitarian Law in Armed Conflicts* (August 1992) § 130; Switzerland: Swiss Army, *Regulations 51.007/IV, Bases légales du comportement à l'engagement* (2005), § 160. Historically, the modern concept of military necessity has been strongly influenced by the definition provided in Art. 14 of the "Lieber Code" (United States: *Adjutant General's Office*, *General Orders No. 100*, 24 April 1863).

²¹⁶ United Kingdom, *Manual of the Law of Armed Conflict* (above N 215), Section 2.4 (Humanity). Although no longer in force, see also the formulation provided in: United States: Department of the Air Force, *Air Force Pamphlet, AFP 110-31* (1976), § 1-3 (2), p. 1-6. Thus, as far as they aim to limit death, injury or destruction to what is actually necessary for legitimate military purposes, the principles of military necessity and of humanity do not oppose, but mutually reinforce, each other. Only once military action can reasonably be regarded as necessary for the accomplishment of a legitimate military purpose, do the principles of military necessity and humanity become opposing considerations which must be balanced against each other as expressed in the specific provisions of IHL.

²¹⁷ See *Commentary AP* (above N 10), § 1395. See also the determination of the International Court of Justice that the prohibition on the use of means and methods of warfare of a nature to cause unnecessary suffering to combatants constitutes an intransgressible principle of international customary law and a cardinal principle of IHL, which outlaws the causation of "harm greater than that unavoidable to achieve legitimate military objectives". See ICJ, *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 July 1996, § 78.

²¹⁸ See also the Declaration of St. Petersburg (1868), which states: "That the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy; That for this purpose it is sufficient to disable [original French version: *mettre hors de combat*] the greatest possible number of men".

²¹⁹ It has long been recognized that matters not expressly regulated in treaty IHL should not, "for want of a

장비를 갖추고 잘 조직된 군대나 무장단체 사이의 고전적인 대규모의 충돌 속에서, 군사적 필요성과 인도의 원칙은 국제인도법의 특정 조항에 의해 이미 요구되고 있는 것을 벗어나 합법적인 군사적 목표물에 대해 무력을 사용하는 것을 제한하지는 않을 것이다. 제약 기능의 실질적 중요성은 자신들의 군사작전이 수행되고 있는 상황과 장소를 통제하는 무력충돌 당사자들의 능력과 함께 증대될 것이다. 그리고 평시 치안유지활동과 비교되는 상황 속에서 특정 개인들에 대해 군대가 작전을 수행하는 경우에는 그 중요성이 보다 결정적일 수 있다. 실제로 그러한 고려는, 점령지에서나 비국제적 무력충돌 시와 같이 무력충돌 당사자가 효과적인 영토 통제권을 행사하고 있는 경우 특히 중요성이 있을 수 있다.²²⁰

예를 들어, 음식점에 앉아 무전기나 휴대전화를 이용하여 공군 공격기에 전술적 공격 정보를 송신하는 비무장 민간인은 직접적으로 적대행위에 가담하는 것으로 간주해야 할 것이다. 그러나 문제의 음식점이 상대방에 의해 통제되는 지역 내에 위치하고 있다면, 작전 수행 중인 군대나 주변의 민간주민들에게 추가적 위협을 가하지 않고 체포나 기타 치명적이지 않은 수단을 통해 그 민간인에 의해 가해진 군사적 위협이 중화될 수도 있다. 유사한 경우로, 국제인도법 하에서는 조직화된 무장단체의 반란군 지도자는 단지 그가 정부가 통제하는 영토 내에 사는 친지를 방문하기 위해 무기, 제복 및 식별 표지 등을 착용하지 않았다는 이유만으로도 민간인으로서 보호받을 권리를 재획득하게 되지는 않을 것이다. 그럼에도 불구하고, 상황에 따라 정부의 군대 또는 경찰

written provision, be left to the arbitrary judgment of the military commanders" (Preamble H II; Preamble H IV) but that, in the words of the famous Martens Clause, "civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience" (Art. 1 [2] AP I). First adopted in the Preamble of Hague Convention II (1899) and reaffirmed in subsequent treaties and jurisprudence for more than a century, the Martens Clause continues to serve as a constant reminder that, in situations of armed conflict, a particular conduct is not necessarily lawful simply because it is not expressly prohibited or otherwise regulated in treaty law. See, e.g., Preambles H IV R (1907), AP II (1977), CCW (1980); Arts 63 GC I, 62 GC II, 142 GC III, 158 GC IV (1949); ICJ, *Nuclear Weapons AO* (above N 217), § 78; ICTY, *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Case No. IT-95-16-T-14, Judgment of January 2000, § 525). For the discussion on the Martens Clause during the expert meetings, see Report DPH 2008, pp. 22 f).

²²⁰ For recent national case law reflecting this position see: Israel HCJ, *PCATI v. Israel*, above N 24, § 40, where the Court held that "a civilian taking a direct part in hostilities cannot be attacked at such time as he is doing so, if a less harmful means can be employed. [...] Arrest, investigation, and trial are not means which can always be used. At times the possibility does not exist whatsoever; at times it involves a risk so great to the lives of the soldiers, that it is not required [...]. It might actually be particularly practical under the conditions of belligerent occupation, in which the army controls the area in which the operation takes place, and in which arrest, investigation, and trial are at times realizable possibilities [...]. Of course, given the circumstances of a certain case, that possibility might not exist. At times, its harm to nearby innocent civilians might be greater than that caused by refraining from it. In that state of affairs, it should not be used".

은 치명적인 무력을 사용하지 않고도 그 지휘관을 체포할 수 있을 것이다. 더 나아가, 반란군을 지원할 목적으로 정부의 지상군부대의 통행을 막기 위해 일부러 다리에 모인 다수의 비무장 민간인들은 직접적으로 적대행위에 가담하는 것으로 간주되어야만 할지도 모른다. 그러나 대부분의 경우, 군대는 그러한 민간인들에게 직접적인 군사적 공격 보다 덜 위험한 수단을 통해 이들이 구성한 물리적 장애물을 제거하는 것이 합리적으로 가능할 것이다.

요컨대, 작전수행 중인 군대가 상대편을 생포하기 위해 자신들이나 민간주민들에 대한 추가적 위험을 무릅쓰도록 요구되기는 어려운 반면, 분명하게 치명적 무력사용의 필요성이 없는 경우 상대편을 죽이거나 또는 상대편에게 항복할 기회를 주지 않는 것은 인도주의의 기본 개념을 무시하는 것이다.²²¹ 그런 상황 속에서 군사적 필요성과 인도주의 원칙은 합법적인 군사적 목표물에 대한 허용가능한 무력의 종류와 정도를 결정하는데 중요한 역할을 한다. 마지막으로, 이 해석 지침은 국제인도법의 분석과 해석에 관한 것으로서 그 결론이 국제인권법 또는 국가간 무력사용을 규율하는 법(*jus ad bellum*)과 같은 기타 국제법 체계 하에서 제기될 수 있는 무력 사용에 관한 추가적 제한을 침해하지 않는다.²²²

²²¹ It is in this sense that Pictet's famous statement should be understood that "[i]f we can put a soldier out of action by capturing him, we should not wound him; if we can obtain the same result by wounding him, we must not kill him. If there are two means to achieve the same military advantage, we must choose the one which causes the lesser evil". See Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law* (Dordrecht, Nijhoff 1985), pp. 75 f. During the expert meetings, it was generally recognized that the approach proposed by Pictet is unlikely to be operable in classic battlefield situations involving large-scale confrontations (Report DPH 2006, pp. 75 f., 78) and that armed forces operating in situations of armed conflict, even if equipped with sophisticated weaponry and means of observation, may not always have the means or opportunity to capture rather than kill (Report DPH 2006, p. 63).

²²² According to Art. 51 [1] AP I the rule expressed in Art. 51 [3] AP I is "additional to other applicable rules of international law". Similarly, Art. 49 [4] AP I recalls that the provisions of Section I AP I (Arts 48-67) are "additional to the rules concerning humanitarian protection contained [...] in other international agreements binding upon the High Contracting Parties, as well as to other rules of international law relating to the protection of civilians [...] against the effects of hostilities". While these provisions refer primarily to sources of IHL other than AP I itself, they also aim to include "instruments of more general applicability that continue to apply wholly or partially in a situation of armed conflict" (see *Commentary AP* (above N 10), §§ 128-131), such as "the regional and universal Conventions and Covenants relating to the protection of human rights" (*ibid.*, Commentary Art. 49 AP I, § 1901) and other applicable treaties, which "can have a positive influence on the fate of the civilian population in time of armed conflict" (*ibid.*, Commentary Art. 51 [1] AP I, § 1937). During the expert meetings, some experts suggested that the arguments made in Section IX should be based on the human right to life. The prevailing view was, however, that the Interpretive Guidance should not examine the impact of human rights law on the kind and degree of force permissible under IHL. Instead, a general savings clause should clarify that the text of the Interpretive Guidance was drafted without prejudice to the applicability of other legal norms, such as human rights law (Report DPH 2006, pp. 78 f.; Report DPH 2008, p. 21 f.).

3. 결론

무력충돌 상황에서 직접적 공격으로부터의 보호받을 권리를 향유하지 못하는 사람에 대한 무력의 사용 조차도 여전히 법적인 제한을 받는다. 구체적인 전투 수단이나 방법에 대해 국제인도법이 부과한 제한과 더불어 기타 국제인도법 하에서 제기될 수 있는 추가적 제한들을 침해 없이, 직접적인 공격으로부터 보호받을 권리가 없는 사람들에게 허용될 수 있는 무력의 종류와 정도는 지배적 상황 하에서 합법적인 군사적 목적을 달성하는데 실질적으로 필요한 정도를 초과해서는 안 된다.

X. 민간인 보호 회복의 결과

국제인도법은 민간인의 적대행위 직접 가담을 금지하지도 않고 우대하지도 않는다. 민간인이 적대행위 직접 가담을 중단하거나, 무력충돌 비국가 당사자에 속한 조직화된 무장단체의 구성원이 지속적인 전투원 기능수행을 중단하면 그들은 직접적 공격으로부터 보호받을 수 있는 민간인 지위를 완전히 회복하게 된다. 그러나 자신들이 이미 행한 국내법과 국제법 위반 사실에 대한 기소는 피할 수 없다.

1. 국내 형사소추 면책특권의 상실

국제인도법은 국제적 무력충돌 당사자의 군대 구성원과 군민병에 가담하는 사람들에 대해서만 적대행위에 직접적으로 가담할 수 있는 “권리”를 명시하고 있다.²²³ 그 권리는 국제인도법에 금지하는 행위를 수행할 권리가 있음을 의미하지는 않고, 단지 무력충돌 당사자의 국내 형법상 범죄 구성 요건을 충족시킬 수 있는 것이라 해도 그 행위에 대해 형사소추를 받지 않는 면책특권(소위 전투원 특권)을 지닌 전투원에 대한 규정일 뿐이다.²²⁴ 민간인이 적대행위에 직접 가담할 수 있는 권리가 국제인도법에 명시되어 있지 않음이 그러한 가담을 국제적으로 금지한다는 의미는 아니다. 실제 엄밀한 의미로, 민간인의 적대행위 직접 가담은 국제인도법에 의해 금지되거나,²²⁵ 과거 또는 현존하는 국제형사재판소들의 규정에서 범죄화 되어 있지 않다.²²⁶ 그러나 민간인은 – 제네바 제3협약 제4조 제4항 및 제5항 하에서 전쟁포로 지위를 누리는 사람들에 포함되어 – 전투원 특권을 누릴 수 없기 때문에, 국제인도법을 존중하면서 적대행위에 직접적으로 가담하는데 대한 합법적인 전쟁 행위에 있어 국내 형사소추로부터의 면책특권을 누릴 수 없

²²³ Art. 43 [2] AP I (except medical and religious personnel); Arts 1 and 2 H IV R.

²²⁴ Conversely, combatant privilege provides no immunity from prosecution under international or national criminal law for violations of IHL.

²²⁵ This was also the prevailing view during the expert meetings (see Report DPH 2006, p. 81). The experts also agreed that the legality or illegality of an act under national or international law is irrelevant for its qualification as direct participation in hostilities (Background Doc. DPH 2004, p. 26; Report DPH 2004, p. 17; Report DPH 2005, p. 9; Report DPH 2006, p. 50).

²²⁶ Neither the statutes of the Military Tribunals that followed the Second World War (i.e. the International Military Tribunal in Nuremberg and the International Military Tribunal for the Far East in Tokyo), nor the current statutes of the ICTY, the ICTR, the ICC and the Special Court for Sierra Leone (SCSL) penalize civilian direct participation in hostilities as such.

다.²²⁷ 결과적으로, 적대행위에 직접적으로 가담한 민간인과 비국제적 무력충돌 당사자에 속한 조직화된 무장단체의 구성원은²²⁸ 그들의 활동, 구성원 자격에 따라 기소되고 처벌을 받을 것이며 그들이 유발한 피해는 국내법에 의해 처벌될 것이다(예를 들어, 반역죄, 방화 및 살인 등).²²⁹

2. 국제인도법 준종의 의무

개별적 민간인들조차도 국제인도법을 위반하고 전쟁범죄를 저지를 수 있다는 점은 제2차 세계대전 이후 국제군사재판소²³⁰ 그리고 ICTY 및 ICTR의 판례에 의해 지속적으로 확인되고 있다. 국제인도법 하에서 그들의 관련성을 결정짓는 것은 행위의 특징과 무력충돌과의 관계이지 위반자의 지위가 아니다.²³¹ 직접적으로 적대행위에 가담하는 민간인도 적대행위 수행에 관한 것을 포함하여 국제인도법 규칙을 존중해야 한다는 것에는 의심의 여지가 없다. 또한 국가 정규군이나 조직화된 무장단체의 구성원과 마찬가지로 전쟁 범죄에 대해서도 책임을 져야 한다. 예를 들어, 민간인이 직접적인 공격으로부터 보호되어야 하는 사람과 물자에 직접적인 적대행위를 하고 전투력을 상실한 상대방의 구명요청을 거부하거나 배신적 행위를 통해 상대방을 체포하고 상해를 입히거나 살해하는 것은 모두 국제인도법 위반이다.

실제로 배신행위의 금지는 특히 흥미로운데, 직접적으로 적대행위에 가담하는 민간인들은 종종 공개적으로 무기를 휴대하지 않거나 민간주민과 자신들을 굳이 구별하지 않기 때문이다. 민간인이 상대방을 체포

²²⁷ The Martens Clause (above N 219) expresses a compromise formulated after the States participating in the 1899 Peace Conference had been unable to agree on whether civilians taking up arms against an established occupying power should be treated as privileged combatants or as *franc-tireurs* subject to execution. Since then, States have successively extended the combatant privilege to participants in a *levée en masse*, militias and volunteer corps (H IV R, 1907), organized resistance movements (GC I-III, 1949) and certain national liberation movements (AP I, 1977). As far as civilians are concerned, however, IHL still neither prohibits their direct participation in hostilities, nor affords them immunity from domestic prosecution.

²²⁸ Obviously, where Additional Protocol I is applicable, members of the armed forces of national liberation movements within the meaning of Article 1 [4] AP I would benefit from combatant privilege and, thus, from immunity against prosecution for lawful acts of war, even though the movements to which they belong are non-State parties to an armed conflict.

²²⁹ See also Background Doc. DPH 2004, p. 26; Report DPH 2004, p. 17; Report DPH 2005, p. 9; Report DPH 2006, pp. 80 f.

²³⁰ See above N 226.

²³¹ For the nexus criterion as established by the ICTY and the ICTR see, most notably, ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Interlocutory Appeal (above N 26), §§ 67, 70; ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.* (above N 147), §§ 55 ff.; ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda* (above N 147), §§ 569 f.

하고, 부상을 입히고 죽일 때, 그리고 그러는 동안 상대방이 자신들을 직접적 공격으로부터 보호받는 민간인으로 생각하게끔 하기 위해 자신들과 다른 민간주민들을 구별 짓지 않으면 이는 배신행위로서 관습 및 조약 국제인도법 위반이다.²³²

3. 결론

최종적으로 분석하자면, 국제인도법은 민간인의 직접적인 적대행위 가담을 금지하지도 우대하지도 않는다. 따라서, 민간인이 적대행위에 직접적으로 가담하는 것을 중단하거나, 개개인이 지속적인 전투원 기능으로부터 이탈하여 조직화된 무장단체 구성원 자격을 상실하면, 그들은 직접 공격으로부터 보호받는 민간인 지위를 회복할 수 있다. 그러나 이들은 전투원 특권이 없는 상태에서 직접적으로 적대행위에 가담하거나 무장단체의 구성원 자격을 가졌던 때 저지른 행위에 대해 국내 형법상의 형사 소추를 면제받을 수는 없다. 게다가 국가 정규군 또는 무력충돌 당사자에 속한 조직화된 무장단체의 구성원들과 마찬가지로, 적대행위에 직접 가담하는 민간인들은 개별적으로 전쟁 범죄 및 기타 국제형사위반에 대한 책임을 져야 한다.

²³² Arts 23 [1] (b) H IV R; 37 [1] AP I (international armed conflict). For the customary nature of this rule in non-international armed conflict, see *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 65. Under the ICC statute, the treacherous killing or wounding of "individuals belonging to the hostile nation or army" (international armed conflict: Art. 8 [2] (b) (xi)) or of a "combatant adversary" (non-international armed conflict: Art. 8 [2] (e) (ix)) is a war crime.

임무

국제적십자위원회(이하 ICRC)는 공정하고 중립적이며 독립적인 기관으로서 전쟁과 내전으로 인한 희생자들의 생명과 존엄성을 보호하고 그들에게 지원을 제공하는 인도적 임무를 수행하고 있다. ICRC는 분쟁 발생 시, 국제적십자적신월운동의 구호활동을 지휘하고 조정한다. 또한 고통을 예방하기 위해 국제인도법과 보편적인 인도주의 원칙을 보급하고 강화하는데 노력하고 있다. ICRC는 1863년에 설립되었으며, 국제적십자적신월운동의 모체이다.

