

국제형사재판소 루방가 사건과 검사의 증거개시의무*

이 윤 제**

국 | 문 | 요 | 약

대륙법과 영미법의 조화 및 피의자, 피고인의 인권과 방어권을 보장하는 공정한 재판 과정을 통하여 형벌권을 실현함으로써 피고인에 대한 처벌의 정당성을 확보하기 위하여 마련된 ICC의 로마규정은 피의자, 피고인의 인권과 방어권, 공정한 재판의 내용과 정도에 대한 현재의 국제적 합의의 수준을 보여주고 있다. ICC는 루방가 사건을 통하여 검사의 증거개시의무가 공정한 재판, 피고인의 방어권 보장, 신속한 재판의 권리에서 도출된다는 점을 명백히 하였고, ICC 검사가 특별한 사정없이 정보제공자들과 비밀유지협약을 체결하고 정보를 수집하는 것은 권한의 남용으로 그러한 이유만으로는 증거개시를 거부할 수 없으며, 증거개시의 거부가 정당인지 판단하기 위하여 검사가 재판부에 그 자료를 재판부에 개시하여야 하고 이를 이행하지 아니하는 경우에는 재판부가 재판절차 정지, 검사의 공소제기 철회 의무의 판시, 피고인의 석방 결정이라는 다양한 고 강력한 수단을 통하여 대처할 수 있다는 것을 보여주었다.

우리 형사소송법의 증거개시제도는 공정한 재판과 피고인의 방어권 보장, 신속한 재판을 실현하기 위하여 도입되었으나 공소제기 이후의 증거개시만을 규정하고 있는 점, 증거개시거부의 사유를 추상적, 포괄적으로 규정한 점, 법원의 증거개시결정의 이행 수단이 미흡한 점 등의 문제가 있다. 입법론적으로는 공소제기 이전 단계의 증거개시도 형사소송법에 명문으로 규정하고, 증거개시 사유를 보다 구체적으로 규정하고, 특히, 증거개시결정의 불이행에 대하여 법원이 그 이행을 확보할 수 있는 다양한 조치를 도입함으로써 법원이 상황에 맞게 적절한 수단을 사용하여 증거개시를 강제할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 이러한 입법조치 이전이라도 증거개시제도의 해석에 있어서 검사의 객관적무를 증거개시제도의 해석 원리의 하나로 추가하여 강조함으로써 객관관청이며 공익의 대표자인 검사가 유죄 판결을 받기 위하여 피고인에게 불리한 증거만을 수집하고 유리한 증거는 수집하지 않거나 수집된 증거나 정보 중에서 피고인에게 유리한 내용은 이를 개시하지 않는 것이 검사의 객관적무위반이라는 점을 명백히 할 필요가 있다.

* 이 논문은 2011. 10. 31. 제3회 수원지방법원·아주대학교 공동학술세미나에서 발표했던 ‘국제형사재판소의 루방가 사건과 검사의 증거개시의무’를 수정·보완한 것이다.

** 아주대학교 법학전문대학원 부교수, 전 ICTY 항소심 재판연구원

- ❖ 주제어 : 증거개시, 증거개시의무, 무죄 증거, 로마규정, 루방가 사건, 국제형사재판소, 소년병

I. 들어가며

세계 최초의 항구적 국제형사재판기구인 국제형사재판소(International Criminal Court, 이하 “ICC”라 한다)의 설립에 관한 근거법인 로마규정(The Rome Statute of ICC)이 2002년 7월 1일부터 발효되었다.¹⁾ 이러한 과정에서 우리나라는 물론 전세계의 형사법학계에 ICC, 구유고전범재판소(International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, 이하 “ICTY”라 한다), 르완다국제형사재판소(International Criminal Tribunal for Rwanda, 이하 “ICTR”이라 한다) 등 국제형사재판기구들의 법규범과 판례에 대한 관심이 고조되었으며 국제법과 형사법의 교차영역인 국제형사법이라는 비교적 새로운 영역이 급속도로 발전하였다.²⁾ 국제형사재판기구들이 특히 절차법에서 영미법과 대륙법을 혼합한 체계를 채택함에 따라 전세계적으로 형사법의 혼합화, 세계화 현상도 기대되고 있다. 20세기 후반기에 들어 왕성해진 국제형사재판기구들의 설립의 의의에 관하여 필자는 두 가지 측면에서 접근한다. 첫째는 인권 유린의 가장 극심한 형태인 국제범죄를 처벌함으로써 정의를 실현하고 독재정권이나 交戰者들에 대한 위하효과를 통하여 장래의 인권 침해를 예방하는 것이며, 둘째는 이러한 국제형사재판기구들의 재판과정에서 피의자, 피고인에게 보장되는 인권과 방어권의 수준, 즉 적법절차의 실질적 내용에 대한 국제적 합의를 도출

1) 우리나라는 이미 2002년 11월 13일에 로마규정을 비준하였기 때문에 로마규정은 국내법과 동일한 효력을 가지고 있다. 다만, 로마규정에 따른 ICC의 관할권 행사의 보충성 원칙에 따라 당사국은 ICC의 관할대상범죄를 효과적으로 기소할 수 있는 국내장치를 갖추어야 하고, 이를 위하여 우리정부는 로마규정의 국내이행법률인 “국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률안”을 2006. 12. 29.자로 국회에 제출하였으며, 2007. 11. 23. 동 법률안은 국회에서 의결되었다.

2) 물론 이러한 국제형사법의 등장의 배경에는 국제인도법의 발전이 있었다. 국제인도법(International Humanitarian Law, IHL)은 전쟁 내지 무력충돌과 관련하여 그 교전당사자들의 전쟁방법과 수단을 제한하거나 전쟁에 의하여 영향을 받을 수 있는 사람들과 재산을 보호하기 위하여 조약과 관습에 의하여 확립된 국제적인 규범이라고 할 수 있다. 권오곤, 국제인도법의 최근 동향, 형사판례연구 12권, 박영사, 2005, 579면; 정운장, 국제인도법, 영남대학교 출판부, 1994, 45-72면.

하는 것이다.³⁾ 증거개시제도는 국제형사절차에 있어서 적법절차의 핵심적 내용이 되고 있는 무기평등의 원칙의 실현을 위한 구체적 제도의 하나로 인정되고 있다.⁴⁾ 따라서 특히 후자의 측면과 관련하여 2007년 우리나라의 개정 형사소송법에서 도입된 증거개시제도의 내용을 로마규정상의 증거개시의무, ICC의 루방가 사건의 관련 결정과 비교하는 것은 우리나라의 증거개시제도의 장단점의 이해 및 앞으로의 입법적 개선 방안 연구에 참고가 될 수 있을 것이다.

II. ICC의 재판제도 개관

ICC의 기관으로는 소장단, 재판부, 검사실, 사무국의 4개가 있고(로마규정 제34조). 재판부는 전심재판부(Pre-Trial Division), 1심 재판부(Trial Division), 항소심 재판부(Appeals Division)⁵⁾로 구성된다(로마규정 제39조). 여기서는 본 연구의 전개와 관련된 부분에 한하여 그 특징을 언급한다.

검사실(Office of the Prosecutor)은 검사(Prosecutor)와 이를 보조하는 다수의 부검사 및 수사관으로 구성되어 있다⁶⁾. 로마 규정 제54조 제1항 a호는 검사에게 중립적인 지위에서 실제적 진실 발견을 위해 유죄 및 무죄의 증거 모두를 조사하여야 할 의무를 부과하고 있는바, 우리나라 형사소송법에서는 객관의무라고 불리는 것과 내용이 유사하며 주로 대륙법계에서 강조되는 것이다.⁷⁾

3) 로마규정은 이 밖에도 증인과 피해자를 보호하는 시스템 발전에도 많은 관심을 가지고 있다. ICC에서는 피해자의 지위가 국내법 질서보다 강화되어 피해자들이 범죄에 대한 배상을 받을 권리가 인정되는 것은 물론이고 그들의 사적인 이익을 반영하기 위하여 절차에 직접 참가할 수도 있다.

4) 박병도, 국제형사절차에 있어서 적법절차, 국제법학회논문총 제55권 제1호, 2010, 154면.

5) ICC나 ICTY의 Appeals Chamber에 대하여 항소심, 상고심, 상소심 세 가지 번역이 있을 수 있다. 항소심으로 번역하는 경우에는 Appeals Chamber의 판결에 불복하여 상고를 할 수 있다는 오해를 불러일으킬 수 있으나 여기서는 일단 영어의 직역에 충실하게 항소심으로 번역한다.

6) 외교통상부에서 제공하는 조약정보에 의하면 ICC Prosecutor를 소추관이라고 번역하고, Deputy Prosecutor를 부소추관, the Office of the Prosecutor를 소추부로 번역하고 있다. 여기서는 검사, 부검사, 검사실로 번역한다. 소추관이나 소추부는 ICC의 검사가 수사까지 담당하고 있는 점에 비추어 너무 협소한 해석으로 보인다.

7) 객관의무에 관하여는 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2009, 103면 참조.

전심재판부는 수사단계에서 검사의 권한 행사에 대한 적절한 통제와 제도적 뒷받침의 성격을 아울러 가지며 피의자, 피해자 등 기타 이해당사자의 이익을 적절하게 보호함으로써 공판 이전 단계에서 공정하고 능률적인 절차 진행이 가능하도록 보장하는 기능을 수행한다.⁸⁾

국제범죄를 처벌하기 위한 재판절차에 관하여 ICTY, ICTR은 초기에 당사자주의적 요소가 강하였으나 실제 운영과정에서 신속, 효율성을 중시하여 직권주의적 요소를 강화하였으며 이러한 경향은 ICC에도 반영되었다.⁹⁾ 배심제도를 두지 않았고, 전문법칙이나 간접증거의 증거능력 등에 대한 일반적인 규정을 두지 않고 있으며, 재판부의 재량에 따라 증거의 허용 여부가 결정된다. 증거는 원칙적으로 당사자들에 의해 제출되고, 재판부는 로마규정과 절차 및 증거 규칙(Rules of Procedure and Evidence)이 정한 바에 따라 증거의 관련성과 증거능력을 결정한다(로마규정 제69조 제4항). 재판부는 적극적으로 증거를 수집할 수 있는 권한을 가지고 있어서 실제적 진실 발견을 위해 필요하다고 인정되는 일체의 증거를 제출할 것을 명령할 수 있다(로마규정 제69조 제3항).¹⁰⁾

ICC는 위와 같이 증거법과 관련하여 대륙법, 직권주의적 소송구조에 가까운 태도를 취하면서도 영미법, 당사자주의 소송구조에서 발달한 증거개시제도를 도입하였다. 원래 증거개시는 당사자주의 소송구조에서 특히 중요한 쟁점이 되어왔고 직권주의 소송구조에서는 논의가 잘 되지 않았었다. 이것은 직권주의 소송구조에서는 예심판사나 검사가 수사 단계에서 피의자에게 유리, 불리한 증거를 수집하고 이를 공소제기와 함께 법원에 모두 제출하기 때문이다. 당사자주의 소송구조에서 특히 증거개시가 문제되었던 이유는 당사자주의 소송구조에서는 검사가 공소유지에 유리한, 즉 피고인에게 불리한 증거만을 법원에 제출하여 진상을 왜곡할 가능성이 있기 때문이었다.¹¹⁾ 이 점에서 초기에는 직권주의적 소송구조를 취하였다가 당사자주

8) 재판전공소사실확인제도에 대하여는 백기봉, 국제형사재판소의 형사절차제도상의 한계에 관한 검토, 서울국제법연구 제16권 제1호, 2009, 39-43면 참조.

9) 백기봉, 국제형사증거법, 박영사, 2008, 22면.

10) 이태엽, 국제형사재판에 있어 재판의 공정성에 관한 연구-대륙법과 영미법의 충돌을 중심으로-, 법조, 2007. 11. 345면.

11) William A. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals*, Cambridge University Press, 2006, p. 402.

의 요소를 강화하면서 증거개시제도를 도입한 우리나라 형사사송법과 유사한 점이 있다고 할 수 있다.

III. ICC의 루방가 사건

1. 콩고민주공화국 사태

1990년대부터 콩고민주공화국은 종족간 갈등에 기한 무력분쟁으로 많은 시민이 사망하는 무정부 상황에 처하였다. 동쪽으로 우간다, 북쪽으로 수단과 접하고 있는 Ituri 지역은 자연자원이 풍부하여 그 일대 20여 종족이 주도권 쟁탈을 위해 충돌이 잦았는데 2002년부터 2003년 사이에 Hama 족을 중심으로 하는 UPC, FPLC와 Lendu족, Ngiti족을 중심으로 구성된 FNI, FRPI 사이에 심각한 무력충돌이 발생하였다. 이 과정에서 양측은 상대방 종족을 무차별 공격하여 인도에 반하는 죄 등을 자행하였고, 15세 미만의 아동들을 군인으로 모집하여 잔혹한 행위를 하도록 시킴으로써 국제사회에 큰 충격을 주었다. UPC, FPLC는 2002년 8월 6일 Ituri 지역의 수도인 Bunia를 공격하여 비Hama족 민간인을 살해하였고, FNI, FRPI는 2003년 2월 24일 UPC, FPLC 점령지인 Ituri 지역 내 Bogoro를 공격하여 Hama족 민간인을 살해하였다. 콩고민주공화국은 2002년 4월 11일 로마규정을 비준한 로마규정의 당사국으로 2004년 4월 19일 Ituri 지역을 중심으로 한 자국의 사태를 ICC에 회부(소위 self-referral)하였고, ICC 검사는 2004년 6월 23일 위 사태에 대한 수사 개시를 결정하였다.¹²⁾ 2011년 10월 16일 현재 콩고민주공화국 사태와 관련하여 4개의 사건이 계속중에 있다.¹³⁾ 루방가 사건은 ICC 최초 사건(case)이라고 한다.¹⁴⁾

12) 백기봉, 국제형사재판소의 형사절차제도의 한계에 관한 검토, 서울국제법연구 제16권 제1호, 2009, 31-32면.

13) 로마규정은 situation과 case를 구분하고 있다. Situation 즉 상황 또는 사태라 함은 국제 사회가 관심을 가지게 만드는 형사사건이나 시간적, 장소적, 사건적 관련성을 가지고 있는 형사사건들을 말하는 것으로 이에 대하여 case 즉 사건이라 함은 이러한 situation 즉 사태가 개별적 구체적으로 ICC에 의하여 수사가 되어 재판이 진행되고 있는 것을 말한다. Case에는 피의자의 이름을 딴 사건명이 붙여진다. 하나의 사태에 하나의 사건이 있을 수도 있고 여러 개의 사건이 있을 수도

2. Lubanga 사건¹⁵⁾

ICC 검사는 피의자 루방가(Thomas Lubanga Dyilo)에 대하여 2006년 1월 12일 체포영장을 청구하였고, 이를 담당한 제1 전심재판부(Pre-trial Chamber I)는 2006년 2월 10일 체포영장을 비공개로 발부하고 콩고정부에 동인에 대한 체포, 인도를 요청하였다. 루방가는 1960년 12월 29일 Ituri 지역 Djiba 출생이며 UPC 의장 겸 FPLC의 최고사령관으로 추정되고 있다.¹⁶⁾ 2006년 3월 17일 Kinshasa에서 콩고정부에 의해 체포된 루방가는 ICC에 인도되어 같은 달 20일 위 재판부에 첫출석(first appearance)을 하였다. 이후 재판전 공소사실 확인을 위한 심리가 2006년 11월 9일부터 28일까지 있었고, 2007년 1월 29일 재판전공소사실확인결정이 있었다. 루방가에 대한 공소사실은 콩고민주공화국의 Ituri 지역에서의 분쟁에서 소년병들을 모집, 징병하여 사용함으로써 다음과 같은 두 가지의 전쟁범죄(war crimes)에 대하여 공범자(co-perpetrator)로서 책임이 있다는 것이다. 첫째, 2002년 9월 초부터 2003년 7월 2일까지 15세 미만의 아동을 FPLC에 모병하여 징집하고 그들을 적대행위에 적극적으로 이용함으로써 국제적 무력충돌에 적용되는 법과 관습에 대한 다른 중대한 위반을 하였다(로마규정 제8조 제2항 (b)(xxvi)호). 둘째, 2003년 7월 2일부터 같은 해 8월 13일까지 15세 미만의 아동을 FPLC에 모병하여 징집하고 그들을 적대

있다.

- 14) <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Situations+and+Cases/> 2011. 10. 15. 최종접속;
<http://www.lubangatrial.org/2011/08/26/long-proceedings-in-trial-of-thomas-lubanga-finally-reach-end/> 2011. 10. 15. 최종접속.
- 15) ICC의 사건 번호와 명칭은 ICC-01/04-01/06, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo이다.
<http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/democratic%20republic%20of%20the%20congo?lan=en-GB> 2011. 10. 15. 최종접속; 루방가 사건에 대한 NGO의 관찰 내용은 <http://www.lubangatrial.org/about/> 참조. 2011. 11. 30. 최종접속.
- 16) Alleged founder of Union des Patriotes Congolais (UPC) and the Forces patriotiques pour la libération du Congo (FPLC); Alleged former Commander-in-Chief of the FPLC, since September 2002 and at least until the end of 2003. Alleged president of the UPC.
<http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/democratic%20republic%20of%20the%20congo?lan=en-GB> 2011. 10. 15. 최종접속.

행위에 적극적으로 이용함으로써 비국제적 무력충돌에 적용되는 법과 관습에 대한 다른 중대한 위반을 하였다(로마규정 제8조 제2항 (e)(vii)호).¹⁷⁾¹⁸⁾ 로마규정은 국제 법상 처음으로 소년병 사용을 범죄화하였다고 한다.¹⁹⁾ 2009년 1월 26일에 제1재판부(Trial Chamber I)에서 제1심 공판이 개시되었고, 2011년 8월 26일까지의 최종변론을 마지막으로 변론이 종결되었고 2011년 12월 6일 현재 판결선고를 위하여 합의(deliberation)중에 있다.²⁰⁾

루방가 사건은 어린 소년병을 무력충돌에 사용한 것이 밝혀짐으로써 국제사회에 충격을 준 것은 물론이고, 뒤에서 보는 바와 같이 재판과정에서 검사가 비밀유지협약을 체결하고 수집한 정보에 대하여 피고인측은 물론 재판부에도 공개를 거부함으로써 검사의 증거개시의무에 관하여 국제사회에 격론을 불러일으켰다.

17) Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-803, Decision on the confirmation of charges, 29 Jan. 2006, para. 154, p. 156-157.

18) 로마규정 제8조 제2항 (b)(xxvi)호는 국제적 무력충돌의 상황에서 소년병을 사용한 경우로 첫 번째 피의사실의 ‘법과 관습에 대한 다른 중대한 위반’에서 ‘다른’은 로마규정 제8조 제2항 (a)호에서 규정하고 있는 1949년 8월 12일 체결된 제네바 협약의 중대한 위반이 아니라는 뜻이다. 로마규정 제8조 제2항 (e)(vii)호는 비국제적 무력충돌의 상황에서 소년병을 사용한 경우로 두 번째 피의사실의 ‘법과 관습에 대한 다른 중대한 위반’에서 ‘다른’은 로마규정 제8조 제2항 (c)호에서 규정하고 있는 1949년 8월 12일 체결된 4개의 제네바 협약에 공통된 제3조의 중대한 위반이 아니라는 뜻이다.

19) Gerhard Werle, Principles of International Criminal Law, T·M·C·Asser Press, 2005, p. 331; 소년병의 사용에 관한 국제법의 변천과 국제형사재판기구들의 입법례에 대하여는 Ilias Bantekas, International Criminal Law, Hart Publishing Ltd, 2010, p. 156-157 참조.

20) <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/press%20releases/trial%20chamber%20i%20to%20deliberate%20on%20the%20case%20against%20thomas%20lubanga%20dyilo> 2011. 12. 6. 최종접속.

IV. ICC 검사의 증거개시의무

1. 입법배경과 취지

유엔은 변호인의 역할에 관한 기본 원칙 제21조에서 변호인이 그들의 의뢰인에게 효과적인 법률적 도움을 줄 수 있도록 담당 기관은 그것이 보유 또는 관리하고 있는 관련 정보, 파일과 서류들에 대하여 변호인이 접근할 수 있도록 보장할 의무가 있다고 규정하였다.²¹⁾ 유럽인권법원은 검사가 피고인에게 유리하거나 불리한 모든 중요한 증거를 피고인측²²⁾에 개시하는 것이 재판의 공정성에 의해 요구된다는 취지의 결정을 하였다.²³⁾ ICTY의 제1심법원은 피고인이 그의 방어를 준비할 수 있는 적절한 시간을 가질 권리가 있다는 점과 관련하여 피고인이 증인을 신문할 수 있는 권리는 단지 피고인이 재판에서 증인을 처음 보고 심문하는 것 이상의 내용을 요구한다고 하였다.²⁴⁾ 1994년 유엔 국제법위원회(ILC)는 ICC의 재판규정에 재판의 변론이 종결되기 전에 검사가 접근할 수 있는 무죄의 증거는 피고인도 접근할 수 있어야 하며 이러한 규정의 적용이나 그러한 증거의 증거능력에 의문이 있는 경우에는 제1심 법원이 결정하도록 규정할 것을 제안하였다.²⁵⁾ 1996년 ICC 준비위원회(Preparatory Committee)는 공정한 재판을 위하여 무죄의 증거를 포함하여 검사의 완전한 증거개시(full disclosure of evidence)가 필요하다고 하였다.²⁶⁾

21) Basic Principles on the Role of Lawyers, Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 at 118 (1990).

22) 영어의 defendant 또는 the accused는 우리 법체계에서 피의자, 피고인을 포함하고, the defence는 피의자, 피고인, 그 변호인을 포함한다. 본고에서는 defendant 또는 the accused를 전심재판 단계에서는 피의자, 제1심 단계부터는 피고인으로 지칭한다. 다만, 피고인측이라고 할 때는 피의자, 그 변호인과 피고인, 그 변호인을 모두 포함하는 의미로 사용하되, 특히 필요한 경우에는 피의자와 그 변호인을 피의자측이라고 특정을 하였다. 물론 피고인이라고 지칭할 때에도 그 취지에 비추어 피의자를 포함하는 경우가 있다.

23) Edwards v. United Kingdom, Series A, No. 247B, 16 December 1992.

24) Delalić et al. (IT-94-21), Decision on the Defence Motion to Compel the Discovery of Identity and Location of Witnesses, 18 March 1997.

25) 1994 ILC Draft Statute, p. 115.

26) 1996 Preparatory Committee I, para 274, p. 58.

ICC의 검사가 보유하고 있는 인력, 재정, 다른 나라와 국제기구로부터 받는 협력에 비추어 피의자, 피고인, 변호인보다 증거수집능력에 있어서 매우 우월한 지위에 있음을 부정할 수 없다. 이러한 검사와 피고인측의 증거수집능력의 불균형은 ICTY, ICTR, ICC 등의 국제형사재판기구는 물론이고 국내의 형사법원들에 있어서도 마찬가지이다. ICC는 공정한 재판의 이념에 비추어 ICC 내의 재판절차에 있어서 무기평등의 원칙의 실현을 위하여 영미법에서 발전한 증거개시제도를 도입하였다. 이에 의하면 검사와 피고인측은 재판 전까지 수집한 자료로서 재판에서 증거로 사용하고자 하는 것은 재판 개시 전에 반대편 당사자와 재판부에 원칙적으로 모두 개시하도록 하였다. 반대당사자로 하여금 충분한 방어 기회의 기회를 가질 수 있도록 보장함으로써 법정에서의 공정한 경쟁을 통하여 실체적 진실의 발견이 가능하도록 도모한 것이다.²⁷⁾ 로마규정은 피의자, 피고인의 권리를 규정하고 있는 제67조 제1항에 검사의 증거개시의무를 명시적으로 설명하지 않고 제67조 제2항에 검사의 의무로서 따로 규정하고 있으나, 그럼에도 불구하고 검사의 증거개시의무에 대한 피의자, 피고인의 권리는 제67조 제1항의 공정한 심리(fair hearing)에 관한 권리 속에 포함된 것으로 해석된다.²⁸⁾ 증거개시제도에 있어서 검사는 물론 자기부죄거부특권이 적용되지 않는 범위 내에서는 피의자, 피고인도 마찬가지로 증거개시의무를 부담하고 있으나 이에 대하여는 본 연구에서는 상설하지 않기로 한다.

2. 재판전공소사실확인절차²⁹⁾

검사는 재판전공소사실확인절차에서 사용하고자 하는 증거를 미리 피의자에게 통지·개시하여야 한다.³⁰⁾ 로마규정 제61조 제3항에 의하면 피의자는 심리기일 전

27) 백기봉, 국제형사재판소의 형사절차제도상의 한계에 관한 검토, 서울국제법연구 제16권 제1호, 2009, 44면.

28) Otto Trifflerer(ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H.Beck·Hart·Nomos, 2008, p. 1270.

29) 증거개시의무의 대상은 재판전공소사실확인절차와 제1심 절차가 특별히 다르지 않기 때문에 여기서는 재판전공소사실확인절차에 특유한 규정들만 살펴본다.

30) 재판전공소사실확인제도에 대하여는 백기봉, 국제형사재판소의 형사절차제도상의 한계에 관한 검토, 서울국제법연구 제16권 제1호, 2009, 39-43면 참조.

합리적인 기간 내에 검사가 그를 재판에 회부하려는 공소사실을 기재한 문서의 사본을 제공받고, 검사가 심리에서 근거로 삼고자 하는 증거를 통지받으며, 전심재판 부는 기일에서의 심리를 목적으로 정보의 공개에 관하여 명령을 내릴 수 있다. 절차 및 증거 규칙 제76조는 검사가 피의자측에 검사가 재판에서 증인으로 신청하려고 하는 증인의 이름과 그들의 진술서를 제공하도록 하고 있다. 이에 대하여는 증인보호와 관련된 예외가 있다(절차 및 증거 규칙 제76조 참조).

3. 증거개시의 대상

재판전공소사실확인절차에서 개시되지 않은 증거와 이후에 그 수집된 증거는 재판절차에서 개시되어야 하며, 첫 공판 기일 전에 모든 증거개시가 이루어지는 것이 원칙이다. 로마규정 제67조 제2항은 로마규정에 정한 다른 공개에 추가하여, 검사는 자신이 보유하고 있거나 통제하고 있는 증거로서 피고인이 무죄임을 보여주거나 보일 수 있다고 믿는 증거, 피고인의 죄를 감정시킬 수 있는 증거, 또는 검사측 증거의 신빙성에 영향을 미칠 수 있는 증거를 가능한 한 신속히 피고인측에 공개하며 이 조항의 적용에 관하여 의문이 있는 경우 재판소가 결정한다고 규정하고 있다. 절차 및 증거 규칙 제77조는 ‘검사의 보유 및 관리에 있는 자료의 조사’에 관한 규정으로 로마규정과 동 규칙 제81조, 제82조에 규정된 증거개시제한의 제약 내에서 피고인측의 준비에 중요한 것이거나 검사가 재판전공소사실확인절차나 재판에서 증거로 사용하려고 하는 것으로서 피고인으로부터 취득하였거나 그에게 속해 있었거나 또는 그랬을 것으로 보이는 책, 서류, 사진 그리고 기타 유체물이 검사의 보유나 관리에 있다면 검사는 이에 대하여 피고인측의 조사를 허용하여야 한다고 규정하고 있다.³¹⁾ 여기서 피고인측의 준비에 중요한 것(material to the preparation of the defence)이라고 할 때 ‘중요한’의 의미에 대하여 항소심 법원은 피고인측의 방어에

31) 이에 반하여 피고인측의 증거개시의무는 절차 및 증거 규칙 제78조에서 피고인측이 재판전공소사실확인절차나 재판에서 증거로 사용하려고 하는 것으로서 피고인측의 보유나 관리에 있는 책, 서류, 사진 그리고 기타 유체물에 대하여 피고인측의 조사를 허용하여야 한다고 규정하고 있다. 검사의 증거개시의무와 달리 피고인측은 검사측의 준비에 중요한 증거에 대한 증거개시의무를 부담하고 있지 않고 있다. 피고인의 자기부죄거부특권으로 인하여 피고인측은 자신의 방어를 위한 증거에 대하여만 개시의무를 지는 것이다.

관련된 모든 것이라고 판시하였다.³²⁾

로마규정 제67조 제2항의 검사의 증거개시의무는 전심재판 단계와 제1심 재판 단계 모두에 적용된다. 따라서 검사는 현실적으로 가능한 한도에서 신속히 증거를 개시할 것이 요구되며 개시를 해야 할 증거인지 여부에 대한 결정, 즉 증거의 성질의 결정은 재판의 진행단계에 따라 전심재판부가 될 수도 있고 제1심 재판부가 될 수도 있을 것이다.³³⁾

4. 증거개시의무 해태의 효과

증거개시제도에 의하면 제때에 개시하지 않은 증거는 이후의 재판절차에서 증거로 사용할 수 없거나 혹은 사용할 수 있더라도 그 전에 반대당사자에 의한 준비를 위하여 소송지휘권에 의하여 재판절차가 연기될 수 있다. 로마규정 제69조 제4항은 재판부가 그러한 증거의 증거능력을 판단하여 증거로 채택하지 않을 수 있도록 하고 있다. 증거개시에 위반하여 제출되었음에도 불구하고 그 흠결을 간과하고 채택된 증거를 사용하여 이루어진 결정, 판결은 그 흠결의 정도에 따라 항소 또는 재심의 사유가 될 수 있다. 당사자가 증거개시의무에 위배되었음을 알면서도 이를 의도적으로 감추거나 재판부의 증거개시명령에 따르지 않는 경우에 사안의 심각성에 따라 로마 규정 제70조에 의한 사법방해죄, 제71조에 의한 재판소에서의 부정행위에 대한 제재에 해당될 수 있다는 견해가 있다.³⁴⁾ 이러한 로마규정상 조치뿐만 아니라, 뒤에 보는 바와 같이 제1심 재판부는 만약 검사가 보유하는 무죄 관련 자료를 제시하지 아니하고 그것이 재판부의 유무죄의 결정에 중대한 영향을 미칠 수 있는 경우라면 검사는 제시하지 않은 무죄 관련 자료가 중대한 영향을 미치는 혐의사실

32) The wording of Rule 77 of the Rules of Procedure and Evidence, however, does not suggest that the term "material to the preparation of defence" should be construed as narrowly as the Trial Chamber did. Rather, the term should be understood as referring to all objects that are relevant for the preparation of the defence. ICC-01/04-01/06-T-93-ENG ET WT 11-07-2008 1-11 NB T OA11, ICC-01/04-01/06, Appeals Chamber 11 July 2008, p. 10, 11.

33) Otto Triffler(ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H.Beck·Hart·Nomos, 2008, p. 1271.

34) 백기봉, *국제형사증거법*, 박영사, 2008, 103-147면.

에 대하여 공소를 철회할 의무가 있다고 하였다.³⁵⁾

V. 루방가 사건에서 검사의 증거개시의무와 관련된 쟁점

1. 전심재판

전심재판부는 피의자측이 피의사실의 상세한 목록과 증거의 목록의 통지를 검사로부터 받은 시기, 검사가 재판전공소사실확인절차에서 사용하려는 증거의 일부에 대하여 피의자측이 현재 접근이 불가능한 점, 재판전공소사실확인절차의 심리를 준비와 관련하여 특히 피의자측이 정당한 권리를 행사할 수 있도록 심리기일이 연장 변경되어야 한다는 점 등을 이유로 심리기일의 연기를 2006년 9월 20일 결정하였다.³⁶⁾ 한편, 전심재판부는 2007년 1월 29일 재판전공소사실확인 결정에서 재판전공소사실확인 심리기일전의 검사의 증거개시의무에 관하여 검사는 오직 피의자의 무죄를 입증할 수 있는 다량의 증거와 피의자측의 방어준비에 중요한 증거들을 피의자측에 개시할 의무를 진다고 판시하였다.³⁷⁾

2. 제1심 재판 절차

로마규정 제54조 제3항 (e)호의 약정에 따라 검사가 입수한 피고인의 무죄 관련 증거(potentially exculpatory evidence)³⁸⁾에 대한 제1심 재판부의 제출명령을 검사가 거부하자, 제1심 재판부가 이에 대응하여 공판진행을 정지시키고 피고인의 석방을 명령함으로써 국제사회에서 큰 화제가 되었다.

35) Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial, 9 November 2007, para. 28.

36) Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the postponement of the confirmation hearing, 20 Sep. 2006.

37) Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-803, Decision on the confirmation of charges, 29 Jan. 2006, para. 154, p. 156.

38) 소위 ‘무죄 관련 증거(potentially exculpatory evidence)’의 구체적 의미에 관하여는 뒤에서 다룬다.

정보제공자와의 비밀유지 약정에 의해 검사가 취득한 증거의 개시 문제는 2007년 9월 11일 검사에 의해 처음 제기되었다.³⁹⁾ 2007년 9월 11일 검사는 제1심 재판부에 제출한 공판일자, 절차에서 사용될 언어, 증거개시, 전자법정의 규약 등 조기에 결정되어야 할 주제들에 관한 신청에서 검사가 그 동안 개시한 증거들을 열거하면서 로마규정 제54조 제3항 (e)호의 비밀약정에 의해 취득한 증거들에 대하여는 그 개시에 필요한 증거제공자들의 동의를 얻는 것이 쉽지 않으며 많은 시간이 걸리고 있다고 주장하였다.⁴⁰⁾⁴¹⁾

ICC 검사는 수사과정에서 UN과 NGO들로부터 ‘기밀로 유지할 것을 조건으로, 새로운 증거 생산의 목적만을 위하여’ 사용하겠다는 전제하에 문서자료들을 수집하였고, 로마 규정 제54조 제3항 (e)호에 근거하여 그 정보제공자가 동의하지 아니하는 한 절차의 어느 단계에서도 이를 공개하지 아니하기로 합의하였다. 이 자료들은 루방가 외의 다른 가담자들의 주도적 역할, 루방가의 음주, 마리화나 흡연 등으로 인한 정신적 피해상태, UPC/FPLC에 대한 루방가의 불완전한 통제권, 소년병의 자발적 또는 부모 동의에 따른 UPC/FPLC 참여 등에 관한 보고서, 증인진술서, 편지, 도표 등이었다고 한다.⁴²⁾ 이와 같이 입수한 자료 중 상당수가 로마 규정 제67조 제2

39) Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreement and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conferences on 10 June 2008, para. 3; Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-951, Prosecution's submission regarding the subjects that require early determination: trial date, languages to be used in the proceedings, disclosure and e-court protocol, 11 September 2007.

40) Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-951, Prosecution's submission regarding the subjects that require early determination: trial date, languages to be used in the proceedings, disclosure and e-court protocol, 11 September 2007, para. 25.

41) 검사는 이 신청에서 로마규정 제67조 제2항과 절차 및 증거 규칙 제77조에 의해 피고인측의 조사를 위해 개시 또는 제공된 자료가 재판부에게 제공될 필요는 없으나 피고인측이 재량에 의해 이를 재판부에 제공할 수 있다고 하면서 검사는 재판부에 증거의 목록만을 제공하고 증거의 원본은 자신들이 보관하면서 재판부의 요청이 있을 때에는 그 원본을 사안에 따라 재판부에 제공하겠다고 주장하였다. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-951, Prosecution's submission regarding the subjects that require early determination: trial date, languages to be used in the proceedings, disclosure and e-court protocol, 11 September 2007, para. 36-37.

42) Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreement and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conferences

항의 무죄 관련 자료⁴³⁾에 해당되어 피고인측에 개시되었어야 한다는 주장에도 불구하고 검사는 로마 규정 제54조 제3항 (e)호를 근거로 위 자료들을 피고인측은 물론이고 재판부에도 제공하지 아니하였다.⁴⁴⁾

2007년 11월 9일 제1심 재판부는 증거개시의 시기와 방법 및 공판 일자에 관한 결정에서 검사가 비밀로 유지하기로 하는 협약을 체결하고 피고인의 무죄와 관련될 수 있는 증거들을 제공받는 순간부터 검사는 공정한 재판이 지체없이 이루어질 수 있도록 그러한 비밀유지협약을 적절한 시기에 제거해야 할 의무를 진다고 하였다. 일반적으로 검사가 그러한 비밀유지의 약정을 배제하여 달라는 요청을 정보제공자들에게 뒤늦게 하는 것은 피고인의 신속한 재판을 받을 권리와 방어준비에 필요한 적절한 시간과 자원(time and facilities)을 제공받을 수 있는 권리를 침해하는 것이기 때문에 허용될 수 없다고 판단한 것이다. 제1심 재판부는 이 결정에서 검사로 하여금 2007년 12월 14일 16:00까지 무죄 관련 증거를 포함한 모든 증거를 제출하도록 명령하였으며, 만약 검사가 보유하는 무죄 관련 자료를 제시하지 아니하고 그것이 재판부의 유무죄의 결정에 중대한 영향을 미칠 수 있는 경우라면 검사는 제시하지 않은 무죄 관련 자료가 중대한 영향을 미치는 혐의사실에 대하여 공소를 철회할 의무가 있다고 하였다.⁴⁵⁾

검사는 비밀유지협약에 의해 취득된 약 744개의 서류중에서 2007년 9월 11일 현재 약 120개의 서류를 개시하였다고 주장하였으며 잠재적으로 무죄와 관련될 수 있는 자료들에 대하여 비밀유지철회에 대한 동의를 받지 못하는 경우에는 그와 같은

on 10 June 2008, 13 June 2008, para. 21, 22.

43) 이 사안과 관련하여 검사와 피고인측에서 사용하고 있는 무죄 관련 자료의 의미는 로마규정 제67조 제2항의 무죄 자료(exculpatory material)로서 ① 피고인의 무죄를 보여주거나 보여줄 수 있는 자료, ② 피고인의 죄질을 경감시켜 주는 자료, ③ 검사측 증인의 신빙성에 영향을 줄 수 있는 증거가 포함된다. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreement and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conferences on 10 June 2008, 13 June 2008, para. 59.

44) 백기봉, 국제형사재판소의 형사절차제도상의 한계에 관한 검토, 서울국제법연구 제16권 제1호, 2009, 44-45면.

45) Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial, 9 November 2007, para. 19, 25, 28.

내용이나 유사한 내용을 담고 있는 대체 정보를 제공할 것이라고 제의하였다.⁴⁶⁾ 검사가 개시를 못한 자료들의 대체물을 실제로 피고인측에 제공하기도 하였으나 피고인측은 이에 만족하지 아니하였다.⁴⁷⁾

이에 대하여 제1심 재판부는 먼저 검사가 로마규정 제54조 제3항 (e)호의 비밀유지협약을 올바르게 체결하였는지에 대하여 검토하였다. 제1심재판부는 쟁점이 된 증거개시의 문제는 검사가 증거를 수집한 방식의 직접적인 결과라고 보았다. 검사는 매우 제한된 예외적인 경우에만 위 규정에 의거하여 재판의 어떤 단계에서도 증거개시를 거부할 수 있는 자료를 획득할 수 있을 뿐이며 이러한 제한된 경우라는 것은 검사가 새로운 증거를 생산하기 위한 목적만을 위하여 비밀을 유지한다는 약속하에서 서류나 증거를 받을 수 있는 상황을 말한다. 즉, 검사는 그러한 자료들로 인하여 다른 증거를 발견할 수 있는 기회를 갖기 위한 목적으로만 비밀유지협약에 의해 자료를 획득할 수 있다고 한다.⁴⁸⁾ 재판부는 검사가 로마규정 제54조 제3항 (e)호를 부당하게 넓게 해석하였고 가능한 한 예외적인 경우에만 적용하지 아니하고 부적절한 경우에조차 일상적으로 적용하였다고 판단하였다. 재판부는 비록 문제가 된 서류들을 분석할 수 있는 충분한 정보를 제공받지 못했음에도 불구하고⁴⁹⁾ 검사

46) Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial, 9 November 2007, para. 6.

47) 이러한 대체 자료의 제공에 대하여 피고인측은 충분히 유사한 자료가 아니며, 피고인이 무죄자료의 전체를 받을 수 있는 권리는 근본적 권리로서 비밀유지협약에 의한 침해는 정당화될 수 없다고 주장하였다. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreement and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conferences on 10 June 2008, 13 June 2008 para. 42, 43.

48) Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreement and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conferences on 10 June 2008, 13 June 2008 para. 71.

49) 해당 자료가 무죄증거로서 피고인의 방어권 행사에 중요한 것이므로 개시되어야 하는지, 어떠한 방법으로 개시되는 것이 바람직한지 등을 재판부가 판단하기 위해서는 적어도 해당 자료에 대한 재판부의 충분하고 계속적인 접근, 검토가 보장되어야 한다. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreement and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conferences on 10 June 2008, 13 June 2008, para. 92.

가 처음부터 로마규정 제54조 제3항 (e)호를 이용하여 나중에 재판에 사용될 증거를 찾아내기 위하여 비밀유지협약을 조건으로 광범위한 자료를 수집한 것은 명백하다고 판단하였다. 재판부는 검사가 정보제공자들로부터 동의를 받아 결국 그러한 자료들을 재판에 사용할 것으로 보았으며 이것은 로마규정 제54조 제3항 (e)호가 재판에서 증거로 사용하지 않고 새로운 증거를 찾는 실마리로 사용하기 위하여 자료를 수집할 수 있도록 한 입법목적에 정면으로 배치된다고 하였다.⁵⁰⁾ 결국 검사가 로마규정 제67조 제2항의 무죄 증거에 해당되는 문서 자료를 피고인측에 개시하지 않는다면 이는 로마규정 제54조 제3항 (e)호를 남용한 것으로 공정한 재판을 받을 피고인의 권리를 침해한 것이라고 하면서 제1심 재판부나 항소심 재판부의 다른 결정이 있을 때까지 재판절차의 진행을 정지시켰다.⁵¹⁾

위 결정 이후 제1심 재판부는 2008. 7. 2. 루방가의 석방을 명하는 결정을 하였다. 이에 대하여 검찰이 항소를 하면서 로마규정 제82조 제3항⁵²⁾과 증거 및 절차 규칙 제156조 제5항⁵³⁾에 근거하여 ‘1심결정의 정지적 효력’을 신청하였고, 항소심 재판부는 로마규정 제82조 제3항과 증거 및 절차 규칙 제156조 제5항에 따른 신청에 대한 결정은 항소심 재판부의 재량에 속하는 사항으로, 공소사실 범죄의 중대성, 피고인의 출석 가능성, 재판절차의 정지 결정에 대하여 항소가 계류 중인 점 등 제반 사정을 고려할 때 정지적 효력을 부여함이 상당하다고 하면서 그 신청을 인용함으로써 루방가는 석방되지 못하고 계속하여 구금되었다.⁵⁴⁾

한편 검사는 위와 같이 항소한 이후에 UN 등 자료 제공자들과 합의하여 개시되

50) Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreement and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conferences on 10 June 2008, 13 June 2008 para. 72, 73.

51) 백기봉, 국제형사증거법, 박영사, 2008, 138면; Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreement and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conferences on 10 June 2008, 13 June 2008 para. 94.

52) 항소는 항소심재판부가 요청을 받아 절차 및 증거 규칙에 따라 그와 같이 명령하지 않는 한 그 자체로 정지적 효력을 가지지 아니한다.

53) 항소를 신청하는 경우에, 항소 당사자는 항소에 의해 로마규정 제82조 제3항에 따른 정지적 효력을 신청할 수 있다.

54) 백기봉, 국제형사증거법, 박영사, 2008, 138면

지 않았던 모든 문서들을 공판 기간 동안 계속 재판부에 제공하기로 하였고, 결국 재판절차의 진행을 정지시켰던 장애사유들이 해소되면 원심재판부가 그 정지를 해제할 수 있다는 항소심 재판부의 결정⁵⁵⁾에 따라 제1심재판부는 2008년 11월 18일 정지결정을 해제하고 문제되었던 모든 증거의 개시를 검찰에 명하였다. 검찰은 이 명령을 이행하였고 이후에 재판은 정상적으로 진행되었다.⁵⁶⁾

VI. 우리나라 검사의 증거개시의무와 ICC의 증거개시제도의 비교

1. 우리나라의 형사소송법상 증거개시제도의 도입

2007년 형사소송법 개정전에는 피고인은 형사소송규칙 제30조 제1항⁵⁷⁾에 의해서 변호인은 형사소송법 제35조⁵⁸⁾에 의해서 소송계속 중의 관계 서류 또는 증거물을 열람하거나 등사할 수 있었다. 이 규정의 해석에 있어서 공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등에 대하여 열람, 등사권을 인정할 수 있는지 여부에 대하여 이 론이 있었으나 검사가 일반 사건의 경우에 수사기록 일체를 공소장과 함께 법원에 제출하던 실무 관행으로 인하여 공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등에 대한 열람, 등사의 문제는 국가보안법위반 등의 일부 특수한 사건의 경우 외에는 특별히 제기되지 않았었다.⁵⁹⁾ 그러나, 공판중심주의 강화를 위하여 공소장일본주의⁶⁰⁾ 및

55) 항소심은 제1심 재판부의 결정에는 아무런 오류가 없다고 판시하였다.

ICC-01/04-01/06-T-94-ENG ET WT 21-10-2008 1-18 NB T OA12 OA13, Appeals Chamber 21 October 2008, p. 4.

56) 백기봉, 국제형사재판소의 형사절차제도상의 한계에 관한 검토, 서울국제법연구 제16권 제1호, 2009, 46면.

57) 2007년 10월 29일 개정전의 형사소송규칙 제30조 (피고인의 소송관계서류 열람등) ① 피고인은 소송계속중의 관계서류 또는 증거물을 열람 또는 등사할 수 있다.

58) 2007년 6월 1일 개정전의 형사소송법 제35조 (서류, 증거물의 열람등본) 변호인은 소송계속중의 관계서류 또는 증거물을 열람 또는 등사 할 수 있다.

59) 이완규, 개정 형사소송법상 증거개시 제도, 숭실대학교 법학논총 제18집, 2007, 8면.

60) 형사소송법 제118조 (공소장의 첨부서류) ① 공소장에는, 공소제기전에 변호인이 선임되거나 보조인의 신고가 있는 경우 그 변호인선임서 또는 보조인신고서를, 공소제기전에 특별대리인의 선임이

증거분리제출제도가 실제로 이행됨에 따라 검사가 증거조사 단계에서 비로소 증거서류를 법원에 제출하게 되었다. 이에 따라 공소제기 후 검사가 보관하고 있는 증거의 개시 문제가 현실화되었고 2007년 형사소송법 개정에서 증거개시제도를 도입하게 되었다.⁶¹⁾ 이러한 입법 연혁에 비추어 2007년 개정에 의해 도입된 공소제기 이후에 검사가 보관하고 있는 서류등에 대한 열람, 등사권이 당사자주의, 공판중심주의가 강화된 우리나라 형사소송법에서의 증거개시제도로써 의미를 갖는다고 할 것이다.⁶²⁾ 2007년 개정 형사소송법은 변호인과 피고인의 열람, 등사권을 형사소송법에 함께 규정하면서⁶³⁾, 공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사라는 제목의 제266조의3에서 “피고인 또는 변호인은 검사에게 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건(이하 "서류등"이라 한다)의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 다음 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있다.”라고 규정하였다.⁶⁴⁾ 법무부와 법원행정처는 신설된 제266조의3과 관련된 개정 배경에 대하여 무기평등의 원칙에 따라 피고인의 방어권을 충실히 보장하고 신속한

있는 경우 그 특별대리인 선일결정등본을, 공소제기당시 피고인이 구속되어 있거나, 체포 또는 구속된 후 석방된 경우 체포영장, 긴급체포서, 구속영장 기타 구속에 관한 서류를 각 첨부하여야 한다.

②공소장에는 제1항에 규정한 서류외에 사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 아니된다.

61) 새로 쓰는 증거조사, 법원행정처, 2007, 30면.

62) William A. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals*, Cambridge University Press, 2006, p. 402; 개정법은 이 제도를 서류등의 열람·등사로 표현하고 있음에도 다수의 학자들이 증거개시(Discovery)라는 표현을 선호하고 있으며 이것이 학술용어로 정착되었다고 한다. 심희기, 개정형사소송법의 증거개시 조항에 대한 비판적 고찰, 형사법연구 제20권 제4호, 2008, 312면.

63) 제35조(서류·증거물의 열람·등사) ①피고인과 변호인은 소송계속 중의 관계 서류 또는 증거물을 열람하거나 등사할 수 있다.

64) 제266조의3(공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사) ①피고인 또는 변호인은 검사에게 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건(이하 "서류등"이라 한다)의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 다음 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있다. 다만, 피고인에게 변호인이 있는 경우에는 피고인은 열람만을 신청할 수 있다.

1. 검사가 증거로 신청할 서류등

2. 검사가 증인으로 신청할 사람의 성명·사건과의 관계 등을 기재한 서면 또는 그 사람이 공판기일 전에 행한 진술을 기재한 서류등

3. 제1호 또는 제2호의 서면 또는 서류등의 증명력과 관련된 서류등

4. 피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상 주장과 관련된 서류등(관련 형사재판확정기록, 불기소처분기록 등을 포함한다)

재판이 가능하도록 하기 위하여 공소제기 후 증거조사 전에 검사가 보관하고 있는 사건 관련 서류나 물건을 피고인측에서 열람, 등사할 수 있는 증거개시(Discovery) 제도를 도입하였다고 설명하고 있다.⁶⁵⁾

2. 우리나라와 ICC의 증거개시제도 비교

가. 증거개시제도의 근거와 성격

ICC와 우리나라의 증거개시제도는 모두 공정한 재판의 이념, 피의자, 피고인의 방어권 보장과 신속한 재판을 받은 권리에 근거하는 것으로 보는 점에서 큰 차이가 없는 것으로 보인다. 그러나 ICC와 우리나라 증거개시제도의 해석에 있어서 영미법 계에서 발달한 증거개시제도와 달리 대륙법계에서 강조되고 있는 검사의 객관의무를 강조할 필요가 있다.⁶⁶⁾ 검사의 객관의무는 대륙법의 직권주의적 전통을 배경으로 형사재판에서 검사가 단순히 피고인에 반대 당사자로서 피고인의 유죄만을 입증하기 위하여 존재하는 것이 아니며, 검사가 형사사건에서 적법절차를 준수하면서 피고인의 유·무죄 여부를 입증하기 위한 증거를 모두 수집한 뒤 합리적 의심의 여지가 없는 유죄의 확신을 가진 경우에 기소를 하여 피고인으로 하여금 적절한 형벌을 받을 수 있도록 해야 하는 객관적인 관청이라는 취지이다. 따라서 검사가 기소여부, 적절한 구형량을 결정하고, 법원이 기소된 피고인의 혐의에 대하여 정당한 판단을 하고 타당한 형량을 결정할 수 있도록 하기 위하여 피고인에게 유리한 무죄 관련 증거, 양형 자료들까지 수집해야 하는 것, 이렇게 하여 수집된 피고인에게 유리한 증거들이 유죄의 증거와 함께 법원에 제출되도록 하는 것은 검사의 객관의무에서도 출될 수 있다.⁶⁷⁾ 뿐만 아니라 한 걸음 더 나아가 공익의 대표자로서 피고인의 이

65) 개정 형사소송법, 법무부, 2007, 167면; 새로운 형사재판의 이해, 법원행정처, 2007, 48면; 신동운 교수는 공판준비절차의 실효성 확보를 통한 집중심리제도의 실현도 증거개시제도 도입의 배경중의 하나로 설명하고 있다. 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2011, 707면.

66) 로마규정상 검사의 객관의무에 관하여는 로마 규정 제54조 제1항 a호 참조; 우리나라 검사의 객관의무에 관하여는 검찰실무 I, 사법연수원, 2007, 24-25면.

67) 검찰청법 제4조 제1항은 검사는 공익의 대표자로서 범죄수사·공소제기와 그 유지에 관한 사항 및 법원에 대한 법령의 정당한 적용의 청구 등의 직무와 권한을 가진다고 규정하고, 같은 조 제2항은 검사는 그 직무를 수행함에 있어 그 부여된 권한을 남용하여서는 아니된다고 규정하고 있을

익을 옹호할 의무가 있는 객관관청인 검사가 피의자, 피고인이 이러한 증거들을 이용하여 자신을 방어할 수 있는 정당한 기회를 가질 수 있도록 이들에게 적절히 증거를 개시하여야 하는 의무를 진다는 결론 또한 도출될 수 있다. 증거개시제도의 해석에 있어서 검사의 객관의무를 강조하는 것은 다음과 같은 장점이 있다.

로마규정은 검사에게 증거개시의무를 지우는 형태로 규정되어 있으나 우리나라는 피고인측에 증거개시신청권을 인정하는 방식으로 규정하였다. 물론 ICC의 규정 형식에도 불구하고 해석상 피고인측의 증거개시신청권이 인정될 것이다.⁶⁸⁾ 사건으로는 우리나라에서 증거개시제도를 도입하면서 검사의 증거개시의무를 먼저 규정하고, 이에 대응하여 피고인측에 증거개시신청권을 인정하는 형식으로 입법하는 것이 더 바람직했을 것으로 보인다. 즉, 우리나라의 증거개시제도에 있어서 공정한 재판 이념, 피고인의 방어권과 신속한 재판을 받을 권리와 함께 검사의 객관의무도 중요한 해석의 기준으로 삼자는 것이다. 증거개시제도를 피고인측의 증거개시신청권의 측면에서만 이해한다면 검사가 증거개시제도에 규정된 현행법의 내용만을 이행하면 공정한 재판의 이념과 방어권의 보장, 신속한 재판에 관한 검사의 의무를 모두 이행하는 것으로 오해하거나 그러한 경향을 조장할 우려가 있다. 검사의 객관의무를 강조함으로써 피고인이나 변호인이 증거개시신청을 하지 않는 경우에도 검사 스스로 피고인에게 유리한 증거를 개시하도록 의무를 부과할 수 있다. 또한 이러한 객관의무의 강조는 개정법에 규정된 광범위한 증거개시의 거부 및 제한 사유를 보다 제한적으로 해석하는데 도움이 되며, 개정법의 가장 큰 문제점으로 지적되고 있는 법원의 증거개시결정에 대한 이행 확보 수단의 미비에 대한 실질적인 대책이 될 수 있다.

따라서 검사에게 직접적으로 적용되는 법적 의무인 객관의무를 검사의 증거개시

뿐만 아니라, 형사소송법 제424조는 검사는 피고인을 위하여 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 검사는 피고인의 이익을 위하여 항소할 수 있다고 해석되므로 검사는 공익의 대표자로서 실제적 진실에 입각한 국가 형벌권의 실현을 위하여 공소제기와 유지를 할 의무뿐만 아니라 그 과정에서 피고인의 정당한 이익을 옹호하여야 할 의무를 진다고 할 것이고, 따라서 검사가 수사 및 공판과정에서 피고인에게 유리한 증거를 발견하게 되었다면 피고인의 이익을 위하여 이를 법원에 제출하여야 한다. 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결.

68) Alexander Zahar & Goran Sluiter, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, p. 374; 한편, 피고인측의 증거개시 요구권을 명문으로 규정하는 것이 바람직하다는 견해에 대하여는 백기봉, *국제형사증거법*, 박영사, 2008, 127면.

의무의 해석 원칙의 하나로 강조하는 것은 검사로 하여금 적법절차의 내용으로서 증거개시의 철저한 이행을 요구함으로써 피의자, 피고인의 방어권을 더욱 실질적으로 보장하는 방안이 될 수 있다.⁶⁹⁾

나. 증거개시의 거부 및 제한

개정법은 새로 도입된 증거개시제도⁷⁰⁾에서 피고인이나 변호인의 증거개시신청에 대하여 검사가 증거개시를 거부하고 제한할 수 있는 광범위한 사유를 규정하고 있다는 비판이 있다.⁷¹⁾ ICC에서 증거개시의 거부사유로 직접적으로 규정된 것으로 앞에서 본 로마규정 제54조 제3항 (e)호의 비밀유지협약에 의해 취득한 문서 또는 정보와 절차 및 증거 규칙 제81조 제1항에서 규정하고 있는 수사 또는 재판 준비와 관련하여 작성된 보고서, 메모 등 소위 ‘내부문서’이다. 그러나, 이러한 거부사유 이외에도 로마규정 제54조 (f)호에서 검사가 정보의 비밀, 개인의 보호 또는 증거의 보전을 확보하기 위하여 필요한 조치를 취하거나 또는 필요한 조치가 취해지도록 요청할 수 있다고 규정하는 등 로마규정은 여러 곳에서 간접적으로 증거개시를 제한할 수 있는 근거를 마련해 놓고 있다.⁷²⁾ 한편, 절차 및 증거 규칙 제81조 제2항은 로마규정에 따라 개시되어야 하는 검사가 보유 또는 지배하는 자료 또는 정보에 관하여 그 개시로 인하여 현재 또는 장래의 수사에 지장을 가져올 경우에는 검사가 그 자료나 정보가 피고인측에 개시되어야 하는지에 대하여 재판부에 판단을 요청할

69) The application of the rule is furthermore entirely based on the expectation that the prosecution will fulfil its obligation in good faith. Alexander Zahar & Goran Sluiter, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, p. 375.

70) 제266조의3 ②검사는 국가안보, 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련 사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유 등 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하지 아니할 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한할 수 있다.

71) 손우태, 형사소송법상 증거개시제도, *외법논집* 제34권 제1호, 2010, 211, 216면.

72) 유사한 내용의 규정으로 로마규정 제57조 제3항 (c)호는 전심재판부가 피해자, 증인의 보호와 사생활보호, 체포된 자 또는 소환에 응하여 출석한 자의 보호, 국가 안보 정보의 보호 등의 조치를 취할 수 있다고 규정하고, 동 규정 제64조 제6항 (c)호는 재판부가 비밀정보의 보호조치를 취할 수 있다고 규정하고, 동 규정 제72조는 국가안전정보의 보호를 위하여 국가는 검사, 피고인측, 전심재판부, 재판부 등과 협의하여 여러 조치를 취할 수 있다고 규정하고, 동 규정 제93조 제8항은 재판소는 제공된 문서, 정보의 보안을 보장해야 하는 등의 조치를 취한다고 규정하고 있다.

수 있다고 규정하고 있다. ICC가 증거개시의 거부 사유로서 규정하고 있는 비밀협약에 의해 취득한 문서 또는 정보, 그리고 내부문서는 그 규정의 내용이 비교적 구체적이라고 할 수 있지만, 증거개시에 있어서 제한 조치를 취할 수 있는 사유는 우리나라의 형사소송법과 마찬가지로 매우 추상적이라고 할 수 있다. ICC의 규정의 장점은 증거개시 거부 사유를 제한적, 구체적으로 규정하면서 대신, 증거개시의 제한에 관하여는 그 범위나 증거개시의 시기, 방법 등 필요한 조치의 내용을 재판부가 사안을 고려하여 적절하게 선택할 수 있도록 포괄적으로 규정하고 있다는 점에 있다.⁷³⁾

루방가 사건에서 ICC 검사는 유엔과 NGO 등으로부터 비밀로 유지할 것을 이유로 수집한 자료들에 대하여 피고인측은 물론 재판부에도 그 개시를 거부하고 문제가 된 서류가 아닌 다른 대체 서류들을 제공하였다. 재판부는 이에 대하여 그 비밀유지협약의 체결은 예외적인 경우에만 허용되고 재판에서 증거로 사용하기 위하여 그러한 협약에 의하여 문서나 정보를 수집하는 것은 허용되지 않는다고 판단하였다. 우리 형사소송법상 검사가 위와 같은 내용의 비밀협약을 체결하여 정보를 수집할 수 있는지, 이러한 비밀협약을 이유로 그 정보에 대한 증거개시를 거부할 수 있는지는 명확하지 않으나 국가나 국제기구가 아닌私人과 특별한 사유 없이 비밀유지협약을 체결한 뒤 이를 이유로 그에 대한 증거개시를 거부하는 것은 부당하다고 할 것이다. 다만, 비밀유지협약에 의하여 수집된 자료의 성격상 국가안보, 증거인멸의 우려, 증인보호의 필요성, 다른 수사의 방해, 기타 상당한 사유에 비추어 증거개시의 거부나 제한을 할 수 있는 경우라고 인정된다면 그 협약 자체의 취지에 비추어 나중에 이를 법원에 제출하여 증거로 사용하는 것은 타당하지 않을 것이다. 또한 검사가 증거개시신청에 대하여 자료의 접근을 거부하거나 그 개시의 범위를 제한한 뒤에 재판이 상당히 진행되고 나서 비밀유지협약이 철회되었다는 이유로 피고인측에서 준비할 수 있는 시간을 주지 않고 이를 증거로 제출하는 것은 허용되지 않는다

73) ICC에서는 증거개시의 제한의 방법으로 증거에 대한 편집(redaction)이 인정되고 있다. 백기봉, 국제형사중거법, 박영사, 2008, 133면; 우리나라의 증거개시제도에 있어서도 증거개시와 관련하여 다양한 제한 조치를 취할 수 있는 법적 근거가 마련되어 있다. 즉 형사소송법 제266조의4 제2항 단서는 법원의 열람, 등사 결정에서 열람 또는 등사의 시기·방법을 지정하거나 조건·의무를 부과할 수 있도록 규정하고 있다.

고 할 것이다.

그리고, 검사가 보유하고 있는 자료 속에 피고인측에 유리한 증거, 피고인측이 재판을 준비하는데 있어서 필요한 것이 있다면 국가안보 등 증거개시 거부나 제한의 취지를 해하지 않는 범위내에서 피고인이 필요한 내용을 알 수 있는 대체적인 수단을 피고인측에 제공함으로써 피고인측의 방어준비에 협력하여야 할 것이다. 개정 형사소송법의 증거개시제도에 이러한 의무가 명문으로 규정되어 있지는 않지만 이러한 해석은 앞서 본 바와 같이 검사의 법적 의무인 객관의무에서 도출될 수 있다고 생각된다.

다. 증거개시의 해태에 대한 제재

우리형사소송법은 법원의 증거개시결정을 검사가 이행하지 아니하는 경우에 그 증거를 법원에 제출할 수 없도록 하여 증거능력을 부정하는 정도에 그치고 있다.⁷⁴⁾ 검사가 피고인측은 물론 법원에까지 증거개시를 하지 않으려고 하는 자료라면 나중에 그것을 증거로 제출할 가능성도 별로 없다고 보아야 하기 때문에 이러한 규정은 실효성이 없어 보인다. 실제로 2009년 1월 용산재개발현장에서 발생한 화재참사사건의 재판⁷⁵⁾ 과정에서 변호인들이 검사가 증거로 제출하지 않고 있던 부분의 열람, 등사를 신청하였으나 검사는 이 사건의 쟁점과 무관하다는 이유로 열람, 등사를 거부하였고 법원의 증거개시결정이 있는 뒤에도 검사는 이를 이행하지 않았다고 한다.⁷⁶⁾

루방가 사건에서 ICC의 제1심재판부는 검사의 증거개시불이행에 대하여 재판절차의 정지, 검사의 공소제기의 철회 의무 판시, 피고인의 석방 결정이라는 강력한 수단을 사용하였고, 결국 ICC 검사는 정보제공자들과 협의하여 비밀유지약정을 철회하고 이를 모두 피고인측에 제공하였다. 우리법의 해석론으로도 검사가 증거개시

74) 형사소송법 제266조의4 (법원의 열람·등사에 관한 결정) ⑤ 검사는 제2항의 열람·등사 또는 서면의 교부에 관한 법원의 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류등에 대한 증거신청을 할 수 없다.

75) 2009고합153, 168, 247 특수공무집행치사 등

76) 이호중, 검사의 증거개시의무와 수사기록 열람·등사의 거부에 대한 규제방안, 형사법연구 제21권 제2호, 2009, 196-197면.

결정을 이행하지 않으면 형사소송법 제327조 제2호에 규정하고 있는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하여 공소기각의 판결을 할 수 있다는 견해도 있으나 형식재판인 공소기각 판결의 사유를 한정하여 규정하고 있는 취지 및 법문의 규정 내용에 비추어 동의하기 어렵다.⁷⁷⁾ 법원이 공판절차를 정지⁷⁸⁾ 시키고 피고인측에 소송준비를 할 수 있는 충분한 시간을 허용하는 등 소송지휘권을 행사하여 간접적으로 검사의 증거개시의 이행을 촉구할 수는 있지만 이러한 방법의 실효성이 크다고 보기는 어려울 것이다. 결국 로마규정이나 외국의 입법례를 참고하여 법원이 증거개시결정의 불이행의 이유와 증거의 내용, 중요성 등 개별적 사안에 비추어 적절한 방법의 조치를 선택하여 사용할 수 있도록 법원에 다양한 이행확보 수단을 부여하는 입법 조치를 취하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 예를 들어 형사소송법 제266조의4 제5항을 개정하여, 법원의 증거개시결정에 대하여 검사가 정당한 사유 없이 이를 이행하지 않는 경우에 법원이 공정한 재판의 이념, 범죄의 중대성, 증거개시결정에 대하여 불이행하고 있는 증거의 가치, 검사가 개시할 다른 증거, 검사의 증거개시불이행 사유 등을 고려하여 첫째, 공소의 전부 또는 일부 기각 판결, 둘째, 피고인에 대한 구속취소, 셋째, 해당 증인 및 서류등에 대한 증거배제, 넷째, 피고인의 방어준비에 필요한 기간 동안 공판절차의 정지⁷⁹⁾를 할 수 있고, 공소를 일부 기각하는 경우와 둘째부터 넷째까지의 조치간에는 병합결정이 가능하다고 규정하는 방안이 있을 수 있다.

77) 새로운 형사재판의 이해, 법원행정처, 2007, 56면; 이호중, 검사의 증거개시의무와 수사기록 열람·등사의 거부에 대한 규제방안, 형사법연구 제21권 제2호, 2009, 220-224면.

78) 공판절차의 정지는 주로 피고인의 방어권을 보장하기 위하여 인정되는 제도이다. 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2011, 884면.

79) 공판절차의 정지사유가 된다는 점을 입법론적으로 명백히 할 필요가 있다.

VIII. 결론

대륙법과 영미법의 조화 및 피의자, 피고인의 인권과 방어권을 보장하는 공정한 재판 과정을 통하여 형벌권을 실현함으로써 피고인에 대한 처벌의 정당성을 확보하기 위하여 마련된 ICC의 로마규정은 피의자, 피고인의 인권과 방어권, 공정한 재판의 내용과 정도에 대한 현재의 국제적 합의 수준을 보여주고 있다. 특히 증거법과 관련하여 대륙법, 직권주의적 요소가 강한 ICC의 형사절차에서 영미법에서 발달한 증거개시제도를 도입하였기 때문에 처음에는 직권주의적 소송구조에서 출발하여 당사자주의적 요소를 계속 강화하면서 최근 증거개시제도를 도입한 우리나라에 입법적 참고가 될 만하다. ICC는 루방가 사건을 통하여 검사의 증거개시의무가 공정한 재판, 피고인의 방어권 보장, 신속한 재판의 권리에서 도출된다는 점을 명백히 하였고, ICC 검사가 특별한 사정없이 정보제공자들과 비밀유지협약을 체결하고 정보를 수집하는 것은 권한의 남용으로 그러한 이유만으로는 증거개시를 거부할 수 없으며, 증거개시의 거부가 정당인지 판단하기 위하여 검사가 재판부에 그 자료를 재판부에 개시하여야 하고 이를 이행하지 아니하는 경우에는 재판부가 재판절차 정지, 검사의 공소제기 철회 의무의 판시, 피고인의 석방 결정이라는 다양하고 강력한 수단을 통하여 대처할 수 있다는 것을 보여주었다. 수년간에 걸쳐 수많은 피의자, 피해자가 관련된 대규모의 전쟁범죄와 인권유린을 처벌하기 마련된 국제형사재판과 국내의 형사절차를 단순비교하여 각 제도의 장단점을 논하는 것은 무리가 있을 수도 있으나 로마규정과 ICC의 결정에서 나타난 공정한 재판의 원칙에 대한 확신과 이에 따른 증거개시제도의 운용은 2007년에 증거개시제도를 도입한 우리나라의 법제도 운영에 참고할 필요가 있다.

우리 형사소송법의 증거개시제도는 공정한 재판과 피고인의 방어권 보장, 신속한 재판을 실현하기 위하여 도입되었으나 공소제기 이후의 증거개시만을 규정하고 있는 점⁸⁰⁾, 증거개시거부의 사유를 추상적, 포괄적으로 규정한 점, 법원의 증거개시결

80) 앞에서 본 바와 같이 ICC에서는 재판전공소사실확인절차 단계에서부터 검사의 증거개시의무가 인정된다. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008 2nd ed, p. 408; 물론 우리나라에서도 공공기관의 정보공개에 관한 법률과 헌법재판소의 결정에 따라 수사 단계에서 피의자, 변호인에게 증거개시신청권이 인정되고 있다. 구속적부심사건 피의자의 변호인

정의 이행 수단이 미흡한 점 등의 문제가 있다. 입법론적으로는 공소제기 이전 단계의 증거개시도 형사소송법에 명문으로 규정하고, 증거개시 사유를 보다 구체적으로 규정하고, 특히, 증거개시결정의 불이행에 대하여 법원이 그 이행을 확보할 수 있는 다양한 조치를 도입함으로써 법원이 상황에 맞게 적절한 수단을 사용하여 증거개시를 강제할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 이러한 입법조치 이전이라도 증거개시제도의 해석에 있어서 검사의 객관의무를 증거개시제도의 해석 원리의 하나로 추가하여 강조함으로써 객관관청이며 공익의 대표자인 검사가 유죄 판결을 받기 위하여 피고인에게 불리한 증거만을 수집하고 유리한 증거는 수집하지 않거나 수집된 증거나 정보 중에서 피고인에게 유리한 내용은 이를 개시하지 않는 것이 검사의 객관의무위반이라는 점을 명백히 할 필요가 있다. 증거개시가 단지 피고인, 변호인의 증거개시신청에 대응하는 의무가 아니라 검사의 존재 가치에서 도출되는 의무로서 피고인측의 증거개시의 신청 여부 전에 이미 존재하고, 피고인측의 증거개시신청권의 범위보다 넓은 내용을 가진다는 점이 주지되어야 한다. 검사들이 증거개시제도가 형사절차 게임(game)화의 한 표현이 아니고 검사의 지위에서 나오는 직업 윤리이며 법적 의무라는 점을 확신시키는 것이 이 증거개시제도의 바람직한 운용을 위해서 반드시 필요하다.

에게 수사기록 중 고소장과 피의자신문조서의 내용을 알 권리 및 그 서류들을 열람·등사할 권리가 인정되며 피의자의 변호인에게 고소장과 피의자신문조서에 대한 열람 및 등사를 거부한 경찰서장의 정보비공개결정은 변호인의 피구속자를 조력할 권리 및 알 권리를 침해하여 헌법에 위반된다고 결정한 헌법재판소 전원재판부 2003. 3. 27.자 2000헌마474 결정 참조.

참고 문헌

1. 국내문헌

〈단행본〉

- 개정 형사소송법, 법무부, 2007
검찰실무 I, 사법연수원, 2007
백기봉, 국제형사증거법, 박영사, 2008
새로 쓰는 증거조사, 법원행정처, 2007
새로운 형사재판의 이해, 법원행정처, 2007
신동운, 신형사소송법, 법문사, 2011
이재상, 신형사소송법, 박영사, 2009
정운장, 국제인도법, 영남대학교 출판부, 1994

〈논문〉

- 권오곤, 국제인도법의 최근 동향, 형사판례연구 12권, 박영사, 2005
김영석, 국제형사재판소법강의, 법문사, 2003
박병도, 국제형사절차에 있어서 적법절차, 국제법학회논문총 제55권 제1호, 2010
백기봉, 국제형사재판소의 형사절차제도상의 한계에 관한 검토, 서울국제법연구 제16권 제1호, 2009
손우태, 형사소송법상 증거개시제도, 외법논집 제34권 제1호, 2010,
심희기, 개정형사소송법의 증거개시 조항에 대한 비판적 고찰, 형사법연구 제20권 제4호, 2008
이완규, 개정 형사소송법상 증거개시 제도, 숭실대학교 법학논총 제18집, 2007
이호중, 검사의 증거개시의무와 수사기록 열람·등사의 거부에 대한 규제방안, 형사법연구 제21권 제2호, 2009

II. 외국문헌

Alexander Zahar & Goran Sluiter, International Criminal Law, Oxford University Press, 2008

Antonio Cassese, International Criminal Law, Oxford University Press, 2008 2nd ed.

Gerhard Werle, Principles of International Criminal Law, T·M·C·Asser Press, 2005

Ilias Bantekas, International Criminal Law, Hart Publishing Ltd, 2010

Ilias Bantekas and Susan Nash, International Criminal Law, Routledge-Cavendish, 2007

Otto Triffterer(ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, C.H.Beck·Hart·Nomos, 2008

William A. Schabas, The UN International Criminal Tribunals, Cambridge University Press, 2006

Lubanga Case of ICC and Prosecutor's Obligation to Disclose Evidence

Lee, Yun Je*

The International Criminal Court Statute was signed on 17 July 1998 which is the first permanent international criminal tribunal in the history. The ICC Statute Article 67(2) provides for the Prosecutor's duty to disclose evidence to defence. It reads as follows: in addition to any other disclosure provided for in this Statute, the Prosecutor shall, as soon as practicable, disclose to the defence evidence in the Prosecutor's possession or control which he or she believes shows or tends to show the innocence of the accused, or to mitigate the guilt of the accused, or which may affect the credibility of prosecution evidence. In case of doubt as to the application of this paragraph, the Court shall decide. Along with the Prosecutor's duty, ICC Statute provides that the Prosecutor may agree not to disclose, at any stage of the proceedings, documents or information that the Prosecutor obtains on the condition of confidentiality and solely for the purpose of generating new evidence, unless the provider of the information consents(Article 54(3)(e)). In the Lubanga case, the Trial Chamber I ruled that the Prosecutor abused the confidentiality agreement and had been under an obligation to act in a timely manner to lift the agreement in order to ensure a fair trial without undue delay. The Chamber decided, among others, that the Prosecutor would be under an obligation to withdraw any charges which the non-disclosed exculpatory material impacts upon, if the Prosecutor had in his possession any exculpatory material which he was unable to disclose and which might materially impact on the Court's determination of guilt or innocence.

*Associate Professor, School of Law Ajou University

The Korean Criminal Procedure Law was amended to introduce discovery system into Korea in 2007. In my opinion, it is really important to emphasize the prosecutor's duty of objectiveness. The prosecutor shall, in order to establish the truth, extend the investigation to cover all facts and evidence relevant to an assessment of whether there is criminal responsibility and, in doing so, investigate incriminating and exonerating circumstances equally, and after all produce all relevant evidence to the defence in timely manner including potentially exculpatory evidence. I believe that the prosecution will fulfil its obligations under the newly introduced discovery system more and better in good faith when it recognize its duty of objectiveness.

❖ Key Word : Discovery, Disclosure of Evidence, Exculpatory Evidence, Rome Statute, Lubanga Case, ICC, Child Soldier