

# 국제형사재판소 검사의 면책증거개시의무와 면책증거해당성 판단행위

고려대학교 법학연구원 연구원 金 庠 杰

## 논문요약

근래 형사소송법 개정으로 증거개시에 관한 논의가 활발해지고 있는 상황에서 영미 법계와 대륙법계의 타협의 소산인 로마조약(Rome Statute)에 근거한 국제형사재판소(International Criminal Court)의 증거개시제도를 고찰해 보는 것은 국내 실무가들과 학자들에게 의미 있는 일이라고 생각된다. 이에 증거개시 중에서도 특히 면책증거에 대한 증거개시업무와 관련하여 최근에 발생했던 국제형사재판소의 위기를 현장에서 지켜보았던 필자의 경험을 바탕으로 그 사건을 동 재판소의 증거개시 관련 법규와 국제형사실무에 근거하여 되새김질해 보았다. 대륙법계의 예를 따라, 검사의 객관성의 원칙을 규정하고 검사에게 혐의사실뿐만 아니라 면책사실에 대한 수사무도 함께 부과하고 있는 로마조약의 법적 토대를 고려해 볼 때, 필자는 국제형사재판소 검사의 면책증거개시의무는 기존의 여타 국제형사재판기구들의 그것과는 상당히 다른 성격을 띠게 된다고 생각한다. 이러한 맥락에서 검사의 면책증거해당성 판단행위가 갖는 중요성과 그에 수반된 위험성을 실제 발생했던 사례를 통해 반추해 보는 것은 국제형사법에 관심이 있는 법률가들에게 많은 시사점을 던져줄 수 있을 것이다.

**[주제어]** 국제형사재판소, 로마조약, 증거개시, 면책증거개시, 검사의 객관성의 원칙  
International Criminal Court, Rome Statute, Disclosure, Exculpatory Evidence,  
Principle of Objectivity, Tu quoque

\* 논문접수 : 2009. 5. 18. \* 심사개시 : 2009. 6. 8. \* 게재확정 : 2009. 6. 25.

I. 서 론	III. 검사의 면책증거해당성 판단행위
II. 로마조약 제67조 제2항의 면책증거 개시 및 관련 국제형사법의 이론과 실제	1. 검사의 면책증거개시의무이행: 그 현실적 부담
1. 로마조약 제67조 제2항의 이해	2. 검사의 면책증거해당성 판단행위: 그 중요성과 잠재적 위험성
2. 검사의 재량적 면책증거해당성 판단	IV. 결 론
3. 면책증거개시 청구를 위한 변호인 의 입증책임	

## I. 서 론

국제형사재판소 검찰국(Office of the Prosecutor)의 직원들에게 2008년 6월 13일은 결코 잊을 수 없는 날이었다. 이날 오후 동 재판소의 1번 1심재판부(Trial Chamber I)는 국제형사재판소 역사상 첫 재판이 될 것으로 기대되었던 *Lubanga* 사건과 관련된 “모든 절차를 중지(stay of the proceedings)”하고 열흘 후인 6월 24일 “피고인의 석방(release of the accused)”을 안건으로 한 심리(hearing)를 개최한다는 결정을 내렸던 것이다.<sup>1)</sup> 결정문의 제목이 분명하게 말해 주듯이 이는 소추부가 한 특정 사법행위 - 즉, “면책증거개시의무의 불이행

1) *Prosecutor v. Lubanga*, 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 Conference on 10 June 2008, ICC-01/04-01/06-1401, ICC Trial Chamber I, 13 June 2008 (“*Lubanga* 13 June 2008 Decision”).

(non-disclosure of exculpatory materials)” - 의 결과이자 대가였다.<sup>2)</sup>

국제형사재판소의 조직 및 활동에 관한 기본법이라고 할 수 있는 로마조약(Rome Statute) 제54조 제1항의 (a)는 검사의 직무 수행과 관련하여 소위 객관성의 원칙(principle of objectivity)을 규정하고 있다. 이 조항은 검사의 권리와 의무에 관한 제일의 기본원칙을 규정하고 있는 것으로서, 검사에게 혐의사실(incriminating circumstances)에 대한 수사 뿐 아니라 면책사실(exonerating circumstances)에 대한 수사 양자 모두에 대한 책임을 부과 하고 있다.<sup>3)</sup> 이 객관성의 원칙은 다수 대륙법계 국가들의 형사소송법 또는 관련 법률에 규정 또는 반영되어 있으며,<sup>4)</sup> 이를 로마조약이 채용한 것이다. 즉, 로마조약은 국

---

2) 참고로, “증거개시”를 뜻하는 영문 용어는 “disclosure” 또는 “discovery (주로 미국과 캐나다에서)”이다.

3) 로마조약 제54조 제1항의 (a): “[The Prosecutor shall,] [i]n order to establish the truth, extend the investigation to cover all facts and evidence relevant to an assessment of whether there is criminal responsibility under this Statute, and, in doing so, investigate incriminating and exonerating circumstances equally[.]”

4) 다수의 유럽과 남미의 국가들이 객관성의 원칙을 인정하고 있다. 몇 가지 예를 들면, (i) 독일 형사소송법(Strafprozeßordnung, StPO), 제160조 제2항: “The public prosecution office shall ascertain not only incriminating but also exonerating circumstances, and shall ensure that such evidence is taken the loss of which is to be feared”, <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm#160> 상의 독일연방법무부 공식 영문번역본; (ii) 노르웨이 형사소송법(Act of 22 May 1981 No. 25 relating to Legal Procedure in Criminal Cases), 제226조 제3항: “If a specific person is under suspicion, the investigation shall seek to clarify both the evidence against him and the evidence in his favour.”, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> 상의 바공식 영문번역본; (iii) 스웨덴 사법절차법(The Swedish Code of Judicial Procedure, Ds 1998:65), Chapter 23, Section 4: “At the preliminary investigation, not only circumstances that are not in favour of the suspect but also circumstances in his favour shall be considered, and any evidence favourable to the suspect shall be preserved. The investigation should be conducted so that no person is unnecessarily exposed to suspicion, or put to unnecessary cost or inconvenience.”, <http://www.regeringen.se/sb/d/3926/a/27778> 상의 스웨덴 법

제형사재판소의 검사를 단순히 형사재판의 일방 당사자로 보지 않고, 대륙법계의 전통에 따라 중립적이고 객관적인 정의의 기관(organ of justice)으로 선언하고 있는 것이다.<sup>5)</sup> 본 논문의 주제인 국제형사재판소 검사의 면책증거해당성 판단행위의 근거가 되는 로마조약 제67조 제2항은 동 제54조 제1항 (a)에 명시된 검사의 객관성의 원칙이라는 토대 위에 존재하고 있다. 다시 말해, 검사는 면책증거개시의무 ‘이전에’ 면책사실에 대한 수사 의무를 지고 있으며, 이 두 가지 의무는 명

---

무부 공식 영문번역본; (iv) 콜롬비아 1991년 헌법, 제250조, 제5항: “[...] The Office of the General Prosecutor is obligated to investigate both what is beneficial and what is disadvantageous to the accused. [...]”,

<http://www.helpline.law.com/law/colombia/constitution/constitution01.php> 상의 비공식 영문번역본. 참고로, 영미법계 국가들의 경우, 검사의 면책사실에 대한 수사 의무를 규정하고 있는 입법례나 판례는 찾아 볼 수 없으며, 다만 수사 진행 중 면책증거가 수집된 경우, 그에 대한 증거개시 의무만을 인정하고 있다 (미국의 경우, 연방대법원 판례 *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 83 S.Ct. 1194 (1963); *United States v. Agurs*, 427 U.S. 97, 107, 96 S.Ct. 2392 (1976); *United States v. Bagley*, 473 U.S. 667, 105 S.Ct. 3375 (1985) 참조; 영국의 경우, Criminal Procedure and Investigations Act 1996, Chapter 25, Part 1, 3(1)(a) 참조). 다만, 영국의 최고법원인 The House of Lords는 1997년 검사측 증인의 신빙성 판단에 영향을 줄 수 있는 사안에 대한 조사의무가 검사에게 있음을 판시함으로써 제한된 범위의 객관성의 원칙을 인정하고 있는 것으로 볼 수 있다(*R. v. Brown* (Winston), [1998] A.C. 367.). 영미법계의 영향을 많이 받은 구유고국제형사재판소(ICTY)와 르완다국제형사재판소(ICTR)의 기본법(Statute와 Rules of Procedure and Evidence)들은 검사의 면책증거개시 의무만을 규정(ICTY Rules of Procedure and Evidence, Rule 68(i); ICTR Rules of Procedure and Evidence, Rule 68) 할 뿐 검사의 객관성의 원칙은 규정하지 않고 있다.

5) 권오곤, 헤이그통신 (16) 검찰의 지위, 법률신문, 2008년 8월 21일자; Giuliano Turone, Powers and duties of the Prosecutor, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Cassese, Gaeta and Jones (eds.), Oxford University Press (2002), pp. 1164-1165. 또한, 국제형사재판소 검사는 ‘유죄선고를 받은 자를 대표해’ (i) 항소를 제기하거나(로마조약 제81조 제1항의 (b)), (ii) 유죄선고 또는 형량의 개정을 청구할 수 있다(로마조약 제84조 제1항).

백히 구분되는 동시에 항상 양자가 함께 이행되어야 하는 것이다. 지금까지 국제형사실무가들과 국제학계의 관심은 면책증거의 ‘증거개시’ 측면에 경도되어 왔으나, 로마조약의 정신을 제대로 구현하기 위해서는 면책사실에 대한 수사 의무의 중요성이 다시 한 번 강조될 필요가 있다.

본 논문에서 “면책증거”라는 용어는 영문의 “exculpatory evidence” 또는 “exonerating evidence”라는 용어를 번역한 것으로서, 그 증거개시(disclosure)에 대하여는 로마조약 제67조 제2항에 관련 규정이 있다. 제67조가 피고인의 권리(Rights of the accused)를 그 제목으로 하고 있는데서 알 수 있듯이, 로마조약은 검사에게 면책증거에 대한 증거개시의무를 부과하는 동시에 이를 피고인 또는 피의자의 권리로 인정하고 있는 것이다. 제67조 제2항의 규정은 다음과 같다: “본 조약의 다른 곳에 규정되어 있는 증거개시의무에 더하여, 검사는 자신이 보유하거나 통제하고 있는 증거로서 피고인이 무죄임을 보여주거나 보일 수 있다고 믿는 증거, 피고인의 죄책을 감경시킬 수 있는 증거, 또는 검사측 증거의 신빙성에 영향을 미칠 수 있는 증거를 가능한 한 신속히 피고인 측에 증거개시 하여야 한다. 이 항의 적용에 관하여 의문이 있는 경우에는 재판부가 결정한다.”<sup>6)</sup>

여기서 주의해야 할 점은 비록 제67조 제2항이 피고인(accused)만을 언급하고 있으나, 피의자(suspect)도 면책증거개시에 관한 권리를

---

6) 로마조약 제67조 제2항: “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.”

향유하고 있다는 것이다.<sup>7)</sup> 로마조약의 규정들을 고찰하면, 국제형사재판소 사법절차상 혐의확인심리(confirmation of charges hearing)<sup>8)</sup>를 통해 본재판의 사안이 될 기소내용이 전심재판부의 결정을 통해 확인된 이후에야 피고인이라고 칭해지게 된다. 로마조약은 비록 영문으로 피의자를 뜻하는 suspect라는 용어는 사용하지 않고 있지만, 이 용어 대신 person이라는 용어를 사용하면서 피고인 개념과 피의자 개념을 명확히 구분하고 있다.<sup>9)</sup>

국제형사재판소의 실무에 있어서는 제67조 제2항에 더하여 한 가지 종류의 증거를 ‘광의의’ 면책증거개념에 포함되는 것으로 다루고 있는데, 이는 국제형사재판소 절차 및 증거 규칙(Rules of Procedure and Evidence) 제77조에 규정되어 있는 세 가지 증거 분류 중 두 번째 것인 “피의자 또는 피고인의 방어준비에 중요한 증거(evidence material to the preparation of the defence)”이다.<sup>10)</sup> 제77조는 검사가 보유 또

---

7) 국제형사재판소 절차 및 증거규칙 (Rules of Procedure and Evidence) 제 121조 제2항 참조.

8) 혐의확인심리에 관한 자세한 내용은 로마조약 제61조에 규정되어 있다.

9) 예를 들어, 로마조약 제60조 제1항: “[...] the Pre-Trial Chamber shall satisfy itself that the person has been informed of the crimes which he or she is alleged to have committed [...]”; 로마조약 제61조 제3항(a): “Within a reasonable time before the hearing, the person shall be provided with a copy of the document containing the charges on which the Prosecutor intends to bring the person to trial.” (밑줄 첨가)

10) 이와 관련하여, ICC 3번전심재판부는 다음과 같이 판시하고 있다: “The Chamber notes that rule 77 comprises material which may be of incriminatory, exculpatory or mixed nature.” (밑줄 첨가) (Prosecutor v. Bemba, Decision on the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure between the Parties, ICC Pre-Trial Chamber III, 31 July 2008 (“Bemba 31 July 2008 Decision”), para. 49). ICTY 판례는 면책증거는 항상 피의자 또는 피고인의 방어준비에 중요하다고 판시하고 있다(Prosecutor v. Delalić et al, Decision on the Request of

는 통제하고 있는 세 가지 분류의 증거물에 대한 변호인의 “친견조사·열람(inspection)” 권리를 인정하고 있는 규정으로서, 이 친견조사·열람의 개념은 또한 광의의 증거개시개념에 포함되는 것으로 볼 수 있다.

아래에서는 우선 면책증거개시제도에 대한 제반 국제형사법의 이론과 실재를 국제형사재판소(ICC), 구유고국제형사재판소(이하 ‘ICTY’라 칭함), 르완다국제형사재판소(이하 ‘ICTR’이라 칭함) 그리고 시에라리온 특별재판소(이하 ‘SCSL’이라 칭함)의 판례들을 통해 살펴보고(Part II), 그 후에 본 논문의 주제인 면책증거개시를 위한 검사의 면책증거 해당성 판단행위에 대해 고찰해 보기로 한다(Part III).

## II. 로마조약 제67조 제2항의 면책증거개시 및 관련 국제형사법의 이론과 실제

### 1. 로마조약 제67조 제2항의 이해

#### 가. 면책증거개시의 절차적 중요성

국제형사재판기구들(ICTY, ICTR 및 SCSL) 및 유럽인권재판소(ECHR)의 판례들은 면책증거개시는 형사사법 절차의 공정성 확보를 위한 기본 요건으로서 절차적 공정성과 관련된 여하한 결정에 있어서도 최우선적 고려사항임을 판시하고 있다.<sup>11)</sup> 즉, 검사가 피의자 또는

---

the Accused Hazim Delić pursuant to Rule 68 for Exculpatory Information, ICTY Trial Chamber, 24 June 1997, para. 14).

11) 예컨대, *Prosecutor v. Blaskić*, Judgement, IT-97-24-A, ICTY Appeals Chamber, 22 March 2006, para. 188; *Prosecutor v. Krstić*, Judgement, IT-89-33-A, ICTY Appeals Chamber, 19 April 2004 (“*Krstić Appeals Judgement*”), para. 180.

피고인에게 유리한 증거를 보유 또는 통제하고 있는 경우, 무기평등의 원칙(principle of equality of arms)은 검사로 하여금 반드시 해당 증거를 증거개시 할 것을 요구한다. 때로는 중요한 공적 이익을 위해 특정 증거자료를 피의자 또는 피고인에게 공개하지 않는 것이 필요한 경우도 있을 수 있겠지만, 이러한 경우에도 만약 그 증거자료의 비공개가 피의자 또는 피고인이 자신의 혐의 없음을 입증할 기회를 부정하는 것이 된다면 그 공적 이익은 배제되어야만 한다는 것이다.<sup>12)</sup> 이러한 중요성 때문에 국제형사재판소 검찰국 실무에 있어서 면책증거개시 관련 업무는 전체 업무에서 상당한 비중을 차지하고 있다. 그곳 실무에 있어서는 면책증거를 “펙소”(PEXO - “potentially exculpatory evidence”의 줄임말)라 지칭하는데, 아마도 검찰국 직원들이 평상시 업무를 하면서 가장 자주 사용하는 법률용어 중의 하나일 것이다.

## 나. 면책증거의 분류

로마조약 제67조 제2항은 검사에게 재판 및 양형(sentencing)과 관련하여 피의자 또는 피고인에게 ‘유리한’ 모든 증거를 증거개시하여야 할 의무가 있음을 선언하고 있는 것으로 이해할 수 있다.<sup>13)</sup> 위에서

---

12) *Lubanga* 13 June 2008 Decision, *supra* note 1, p. 35에 인용되어 있는 이하 ECHR와 ICTY 판례 참조: *Jespers v Belgium*, no. 8403/78, Commission’s report of 14 December 1981, DR 27, para. 58; *Prosecutor v. Bradanin et al.*, Public Version of the Confidential Decision on the Alleged Illegality of Rule 70 of 6 May 2002, IT-99-36-T, ICTY Trial Chamber, 23 May 2002, para. 19.

13) *Prosecutor v. Kondewa*, Decision on Motion to Compel the Production of Exculpatory Witness Statement, Witness Summaries and Materials Pursuant to Rule 68, SCSL-04-14-T, SCSL Trial Chamber, 8 July 2004, para. 24: “Still guided by the “plain meaning rule” and the doctrine that the law is what it says it is, the Chamber holds the view that under Rule 68 of the Rules, whether in its original form or

설명한 제67조 제2항의 세 가지 증거분류를 기초로 면책증거개시의 객체가 되는 증거 분류를 상설해 보면 아래와 같다.

i) 피의자 또는 피고인이 무죄임을 보여주거나 보일 수 있다고 검사  
사가 생각하는 증거

- 범죄구성요건(elements of crimes) 해당성을 조각하는 경향의 증거
- 범죄참가형태구성요건(elements of modes of criminal liability) 해당성을 조각하는 경향의 증거
- 위 두 가지 범주 외에 무죄를 추론케 하는 경향의 증거

ii) 피의자 또는 피고인의 죄책을 감경시킬 수 있는 증거

- 로마조약 제31조의 형사책임조각사유(grounds for excluding criminal responsibility)에 해당하는 증거
- 로마조약 제31조의 형사책임조각사유에 해당될 정도는 아니지만, 상당한 정도로 감소된 책임능력을 보여주는 증거<sup>14)</sup>
- 피의자 또는 피고인의 범죄행위 이후의 행위에 관한 증거, 특별히 범죄피해자에 대한 사후 보상노력 또는 재판소의 활동에 협력한 행위에 대한 증거<sup>15)</sup>
- 위 세 가지 범주 외에 죄책을 감경시킬 수 있는 증거

iii) 검사측 증거의 신빙성에 영향을 미칠 수 있는 증거

- 검사측 증인의 신빙성에 부정적 영향을 미칠 수 있는 증거<sup>16)</sup>

---

its twice amended form, exculpatory evidence is simply evidence favourable to the accused [...]”. 참고로, SCSL 절차 및 증거규칙 제68조(Rule 68)는 로마조약 제67조 제2항과 같은 내용을 규정하고 있다.

14) ICC 절차 및 증거 규칙 제145조 2항(a)(i) 참조.

15) ICC 절차 및 증거 규칙 제145조 2항(a)(ii) 참조.

- 검사측 여타 증거물의 신빙성에 부정적 영향을 미칠 수 있는 증거<sup>17)</sup>

- 
- 16) 예를 들어, (i) 위증의 전력, (ii) 전과기록 특히, 피고인의 정직성에 관련된 범죄의 기록(사기, 위증, 사법방해죄 등), (iii) 증언 내용에 대하여 제3자로부터 지도를 받은 사실, (iv) 증언의 대가로 받은 물적 보상, (v) 증인의 기억력에 문제를 제기하는 정신과 치료기록, (vi) 이전에 피의자의 신분으로 검찰수사관의 심문을 받은 적이 있는 사실 등. ICTY판례는 검사측과 우호적인 협약을 맺거나 우대조치를 받았는지의 여부도 검사측 증인의 신뢰성과 관련하여 면책증거개시의 대상이라고 평결하였다 (*Prosecutor v. Halilović*, Decision on Defence Motion for Identification of Suspects and other Categories Among its Proposed Witnesses, IT-01-48-PT, ICTY Trial Chamber, 14 November 2003, p. 3). 한편, SCSL판례는 검사가 자기 증인에게 금전을 지급한 기록도 검사측 증인의 신뢰성과 관련하여 면책증거개시의 대상이 된다고 판시하였다 (*Prosecutor v. Brima et al*, Decision on Kanu Motion to Disclose Prosecution Material and/or Other Information Pertaining to Rewards to Prosecution Trial Witnesses and Brima's Motion in Support, SCSL-04-16-T, SCSL Trial Chamber, 16 March 2005, p. 2.).
- 17) 예를 들어, (i) “증거의 획득, 보관, 인계 기록”(chain of custody)에 문제가 있는 사실, (ii) 불법적 증거 수색·압수의 사실, (iii) 권위 있는 전문가에 의해 비판 받은 NGO작성의 현지상황보고서, (iv) 증거문서의 최초 작성자가 신원미상인 사실 등. ICTY재판부는 검사가 특정 면책증거를 증거개시할 때, 해당 증거의 “출처의 진정성(authenticity)”을 보여주는 정보 또는 자료가 있을 경우 이 또한 면책증거개시의 대상이 된다고 결정하였다(*Prosecutor v. Blaskić*, Decision on the Defence Motion for Reconsideration of the Ruling to Exclude from Evidence Authentic and Exculpatory Documentary Evidence, IT-95-14-T, ICTY Trial Chamber, 30 January 1998, para. 15: “[I]n respect of Rule 68 regarding exculpatory evidence, it is reasonable to hold that in transmitting material of this kind the Prosecution must also include any information going to the authenticity of a document so as to enable the Defence to make full use of it. Indeed, if there is other material which tends to establish the authenticity of the document, such other material itself becomes an integral part of the exculpatory evidence as being beneficial to the accused. Moreover, if the Prosecution possesses evidence which tends to suggest that some

## 다. ‘혐의 사실을 입증하는 증거의不在’와 면책증거해당성

무엇이 면책증거의 범주에 포함되는지의 여부와 관련하여 한 가지 기억해야할 것은 ‘혐의 사실을 입증하는 증거의不在’의 사실은 로마 조약 제67조 제2항의 면책증거 개념에 포함되지 않는 것으로 다루어 진다는 것이다. 따라서 변호인 측은 검사의 면책증거개시의무를 원용하여 검사로 하여금 그가 입증책임을 지는 특정 논점에 대한 증거(예를 들어, 특정 범죄구성요건을 충족하는 증거)를 가지고 있지 않음을 인정하도록 강제하지 못한다. ‘혐의 사실을 입증하는 증거의不在’여부는 어디까지나 재판과정에서 재판부가 결정해야할 사안이기 때문이다. ICTY *Blaskić* 사건의 본안재판 개시 전에 변호인 측은 기소장상의 몇 가지 이슈들에 대하여 검사가 여하한 증거도 가지고 있지 않음을 인정할 것을 요구하며, ‘혐의 사실을 입증하는 증거의不在’는 ICTY 절차 및 증거규칙 제68조 상의 면책증거를 구성한다고 주장하였다. 재판부는 이러한 변호인의 주장을 기각하며 다음과 같이 판시하였다: “혐의 사실을 입증하는 증거의 부존재 여부는 오직 본안재판과정에서만 다루어 질 수 있다. 그러한 부존재가 면책증거의 성질을 가지는지의 여부에 대한 평가는 오직 재판이 시작된 이후에만 가능한 것이다.”<sup>18)</sup>

---

specific material being ruled on by it may not be authentic, the Prosecutor would, of course, be obliged to transmit such evidence as exculpatory evidence.”).

- 18) J. Jones and S. Powles, *International Criminal Practice*, Oxford University Press (2003), p. 663에 인용되어 있는 *Prosecutor v. Blaskić*, Decision on the Production of Discovery Materials, IT-95-14-PT, ICTY Trial Chamber, 27 January 1997, para. 25. 하지만, 이 책에서 저자들은 ICTY에 “재판전 사건개요서(pre-trial brief)” 제출 제도가 도입됨에 따라 어느 정도 변호인 측이 검사에게 특정 혐의

## 2. 검사의 재량적 면책증거해당성 판단

ICTY, ICTR 그리고 SCSL의 판례들은 일관되게 면책증거해당 여부를 결정은 검사의 권한임을 판시하고 있다.<sup>19)</sup> 검사가 그 권한을 남용하지 않는 한, 재판부는 검사의 재량적 면책증거해당성 판단행위에 개입하지 않는다.<sup>20)</sup> 다시 말해, 오직 검사만이 면책증거에 해당하는 증거를 찾아내는 일에 대한 책임을 지며<sup>21)</sup> 어떤 증거물이 면책증거개

---

에 대한 증거를 가지고 있지 않음을 인정할 것을 강제할 수 여지가 생겼음을 지적하고 있다. 또한 이러한 문제는 최대한 빨리 재판부에게 통지 되는 것이 공정하고 신속한 재판을 담보하는데 도움이 될 것임을 말하고 있다. 참고로, ICC의 경우 pre-trial brief에 관련된 규정이 없으나, *Lubanga* 사건에서 담당 재판부는 검사에게 일종의 pre-trial brief의 제출을 명령하였다(*Prosecutor v. Lubanga*, Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial, ICC-01/04-01/06-1019, ICC Trial Chamber, 9 November 2007 (“*Lubanga* 9 November 2007 Decision”), p. 14: “the prosecution shall serve a document which explains its case by reference to the witnesses it intends to call and the other evidence it intends to rely upon. Furthermore, this document shall explain how the evidence relates to the charges. This document will be referred to as the “summary of presentation of evidence.”).

- 19) *Prosecutor v. Seselj*, Order regarding Disclosure of Material pursuant to Rule 68(I) of the Rules of Procedure and Evidence, IT-03-67-PT, ICTY The Pre-Trial Judge, 9 July 2007; *Prosecutor v. Rutaganda*, Decision on the Urgent Defence Motion for Disclosure and Admission of Additional Evidence and Scheduling Order, ICTR-96-3-A, ICTR Appeals Chamber, 12 December 2002.
- 20) *Prosecutor v. Bagilishema*, Decision on the Motion for a Review of the Decision by the President of the Appeals Chamber [...], ICTR-95-1A-A, ICTR Appeals Chamber, 6 February 2002.
- 21) *Prosecutor v. Milutinović et al*, Decision on Cross-Motions in relation to Evidence of Zoran Lilic, IT-05-87-T, ICTY Trial Chamber, 27 April 2007 (“*Milutinović* Decision”), para. 9; *Prosecutor v. Brđjanin*,

시 요건을 충족하는지에 대한 판단은 검사의 재량에 속한다는 것이다.<sup>22)</sup> 이와 관련하여 로마조약은 일종의 규범적 완충장치를 마련하고 있다. 바로 제67조 제2항 두 번째 문장이 그것인데 “제2항의 적용에 관하여 의심이 있을 때에는, 재판부가 결정하여야 한다”라고 규정하고 있는 것이다. 하지만 이 문장을 제대로 이해하기 위해서는 국제형사재판소 절차 및 증거 규칙 제83조를 참조할 필요가 있다. 제83조는 “제67조 제2항이 규정하는 결정을 얻기 위해서 검사는 가능한 한 신속히 해당 재판부에 재판부와 검사만이 참석하는 심리(hearing on an *ex parte* basis)의 개최를 요청할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이 규정은 요청 ‘할 수 있다’(‘may’ request)라는 표현을 씀으로써 검사에게 일종의 권한을 부여하고 있는 것으로 해석 되는데, 면책증거해당여부 등에 관하여 의문(doubt)이 있을 시 언제든지 재판부의 결정을 받을 수 있게 하여 검사가 면책증거해당성 판단과 관련된 모든 위험을 스스로 감수하지 않아도 되게 하는 효과가 있다고 보여진다.

여러 국제형사재판기구들은 또한 검사가 면책증거해당성 여부를 결정하는데 있어 피의자 또는 피고인과 협의해야할 의무는 없다고 함으로써 검사의 재량권을 한 단계 더 보장하는 판결들을 내놓았다.<sup>23)</sup>

---

Decision on “Motion for Relief from Rule 68 Violations by the Prosecutor and for Sanctions to be Imposed pursuant to Rule 68bis and Motion for Adjournment While Matters Affecting Justice and a Fair Trial can be Resolved, IT-99-36-T, ICTY Trial Chamber, 30 October 2002 (“*Brdjanin Decision*”), para. 23.

22) *Prosecutor v. Kordić* Appeals Judgement, IT-95-14/2-A, ICTY Appeals Chamber, 17 December 2004, para. 183; *Prosecutor v. Blaskić*, Appeals Judgement, IT-95-14-A, ICTY Appeals Chamber, 29 July 2004, para. 264.

23) *Ibid.*

ICTY의 *Blagojević* 사건의 1심재판부는 검사의 면책증거개시의무가 변호인에 의하여 악용될 수 있음을 고려하면서 변호인은 검사의 면책 증거개시의무를 원용하여 자신이 수행하여야 할 수사<sup>24)</sup>와 증거수집을 검사로 하여금 대신하도록 강제할 수 없다고 판시하였다.<sup>25)</sup> 동 재판부는 또한 검사의 면책증거개시의무는 혹시라도 변호인의 방어행위에 도움이 될 지도 모르는 검사 보유의 ‘모든’ 증거를 받을 수 있는 권리를 변호인에게 부여하는 것으로 해석될 수 없음을 명백히 하였다.<sup>26)</sup>

하지만, 여기서 말하는 검사의 재량권은 어디까지나 ‘재판부’의 종국적 면책증거해당성 판단 및 결정권에 대한 종속적 재량권임을 기억하여야 한다. 로마조약 제64조 제2항은 공정한 재판과 피고인의 권리 보장에 관한 중국적 책임을 1심재판부에 부여하고 있는 것이다.<sup>27)</sup> 이에 대하여 *Lubanga* 1심재판부는 다음과 같이 언급하고 있다: “비록

---

24) 국제형사실무에 있어서는 변호인의 ‘방어’를 위한 변호인 자신의 증거수집행위를 지칭할 때 “수사(investigation)”라는 용어를 쓴다.

25) 이 판결의 기본정신은 상당부분 국제형사재판소에서 계속 적용되어질 것으로 생각되나, 국제형사재판소의 검사는 ICTY의 경우와는 달리 로마조약 제54조 제1항 상의 면책사실에 대한 수사의무를 지므로 앞으로 어떠한 방향으로 관련 판례가 발전해 나아갈지 지켜볼 필요가 있다.

26) *Prosecutor v. Blagojević et al*, Joint Decision on Motions Related to Production of Evidence, IT-02-60-PT, ICTY Trial Chamber, 12 December 2002, para. 26: “Obligation to disclose exculpatory evidence is not intended to serve as means through which the Prosecution is forced to replace the Defence in conducting investigations or gathering material that may assist the Defence. Rule 68 also does not translate into a right for the Defence to receive all of the Prosecution’s evidence that could be useful in the defence against charges in the indictment.”

27) 로마조약 제64조 제2항: “The Trial Chamber shall ensure that a trial is fair and expeditious and is conducted with full respect for the rights of the accused and due regard for the protection of victims and witnesses.”

검사는 관련 절차의 첫 단계로서 제67조 제2항 관련 면책증거로서의 가치와 영향에 관한 초기적 결정을 내려야 하지만 [...], 일단 그 단계가 지나서 해당 증거가 잠재적으로 면책적 영향력을 가지고 있는 것으로 인정된 뒤에는 오직 재판부만이 예외적 상황에 따른 증거개시 불가 여부에 대한 결정을 내릴 수 있다.”<sup>28)</sup>

### 3. 면책증거개시 청구를 위한 변호인의 입증책임

여러 국제형사재판기구들의 판례는 변호인이 검사의 면책증거개시 의무 위반을 주장하기 위해서는 문제의 특정 면책증거가 검사의 보유 하에 있음과 “추정적으로 일단 인정할 수 있는 정도로 동 증거물의 면책적 성격(a *prima facie* case that would make probable the exculpatory nature)”을 입증을 하여야 한다고 말하고 있다.<sup>29)</sup> 이러한 “추정적으로 일단 인정되는 정도의 입증”이 없을 경우 변호인의 면책 증거개시 청구는 인용되지 않는다.<sup>30)</sup> 또한, 동 증거개시 청구시 변호

---

28) Lubanga 13 June 2008 Decision, *supra* note 1, para. 88: “Although the prosecution, as a first stage in this procedure, must make the initial decision as to the exculpatory value or effect of any piece of evidence under Article 67(2) [...], once this threshold is passed and it is accepted that the material has, potentially, an exculpatory effect, only the Chamber can make a decision on non-disclosure if exceptional circumstances so require.”

29) *Milutinović* Decision, *supra* note 21, para. 9; *Brdjanin* Decision, *supra* note 21, para. 23. ICTY의 항소심재판부는 *Krstić* 사건에서 검사의 면책증거개시 의무 불이행으로 피고인이 심각한 불이익(material prejudice)을 보았는지의 여부를 증명하는 것은 변호인의 책임이라고 결정하였다 (*Krstić Appeals Judgement*, *supra* note 11, para. 153).

30) *Prosecutor v. Blaskić*, Decision on the Defence Motion for ‘Sanctions for Prosecutor’s repeated Violations of Rule 68 of the Rules of Procedure and Evidence’, ICTY Trial Chamber, 29 April 1998, para. 14.

인은 검사의 보유 또는 통제 하에 있는 해당 증거개시청구 목적물을 특정하여야 한다.<sup>31)</sup> 근래에 SCSL 재판관들은 여기서 한걸음 더 나아가 면책증거개시 청구를 하는 변호인은 “추정적으로 일단 인정되는 정도(a *prima facie* case)”로 (i) 청구목적물의 면책증거해당성, (ii) 청구목적물이 사건에서 차지하는 중요성, (iii) 청구목적물이 검사의 보유 또는 통제 하에 있다는 사실, 및 (iv) 검사가 청구목적물의 증거개시의무를 이행하지 않았다는 사실을 입증하여야 한다고 판시하였다.<sup>32)</sup>

### Ⅲ. 검사의 면책증거해당성 판단행위

#### 1. 검사의 면책증거개시의무이행: 그 현실적 부담

검사의 면책증거개시 실무에 대해 말해 보자면, 각 국제형사재판기관의 검찰국들은 엄청난 시간과 인력을 증거개시 그 중에서도 면책증거개시를 위해 쏟아 붓고 있는 형편이다. 국제형사재판소의 본재판전 각종 심리 또는 절차진행회의 관련 scheduling order들과 속기록(transcript)들을 살펴보면 거의 대부분의 심리들이 증거개시 그중에서도 면책증거개시를 그 주요 안건으로 다루고 있음을 알 수 있다. 우선 검찰국 스스로에게 방대한 양의 증거자료 속에서 면책증거에 해당하는 자료들을 찾아내어 변호인에게 인도해야 할 법적 의무는 크나큰

---

31) *Prosecutor v. Sesay et al*, Decision on Defence Motion for Disclosure pursuant to Rule 66 and 68 of the Rules, SCSL-2004-15-T, SCSL Trial Chamber, 9 July 2004, para. 43.

32) *Prosecutor v. Sesay et al*, Decision on Sesay Motion Seeking Disclosure of the Relationship Between Governmental Agencies of the United States of America and the Office of the Prosecutor, SCSL-04-15-T, SCSL Trial Chamber, 2 May 2005, para. 36.

부담으로 다가오게 된다. 때로는 현실적으로 수집된 모든 잠재적 증거자료를 읽는 것은 불가능하기 때문에 우선적으로는 전자증거시스템(electronic evidence management system)을 이용하여 잠재적인 면책 증거를 검색해 낼 수 있는 주제어(keywords)들을 데이터베이스에 실행시킴으로써 걸러지는 증거자료에 한하여 면책증거해당성을 결정하기 위한 검토·분석을 행하게 된다.<sup>33)</sup> 이러한 전자기술의 도움을 받더라도 여전히 면책증거개시업무는 검찰국 입장에서는 많은 시간과 인력을 요하는 힘든 작업으로 남아 있다.<sup>34)</sup>

---

33) 일례로 검색을 위한 주제어(keywords) 관련 언급은 다음의 결정문에서 찾아볼 수 있다 - *Lubanga* 9 November 2007 Decision, supra note 18, p. 6: “The prosecution explained its attempts to put electronically stored material into categories from which it could search, and submitted that keyword searching was an extremely important and efficient tool in light of the volume of material. It further requested that the defence contribute to the search of materials by providing keywords or criteria which would assist the prosecution in searching the documents by eliminating items irrelevant to the defence position. The prosecution also accepted its obligation to search for exculpatory materials irrespective of any defence input.” 또한 *Lubanga* 사건 2007년 10월 1일 심리 속기록 ICC-01/04-01/06-T-52-ENG (<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc354143.PDF>), pp. 23-24 참조. 데이터베이스를 통한 검색이 불가능한 증거자료(unsearchable materials) - 예를 들어 手記 편지, 手記 일기, 手記 회의록 등 - 는 모두 다 읽는 수밖에 없다. 참고로, 현재 국제형사재판소가 수사 또는 재판 중인 사건 모두는 아직도 컴퓨터 보다는 손으로 주로 문서를 작성하는 아프리카 국가들과 관련된 것들이다.

34) ICTY의 경우 검사의 증거개시업무 이행의 일부로서 변호인에게 엄청난 양의 문서가 입력되어 있는 전자증거개시시스템(Electronic Disclosure Suite (EDS))라는 데이터베이스에 들어갈 수 있는 아이디어와 패스워드를 제공하고 변호인이 스스로 그 데이터베이스를 검색하여 자기가 필요로 하는 증거를 찾아 열람 및 인쇄할 수 있도록 한다. 이 시스템과 관련하여 ICTY 검찰국의 Chief of Prosecutions였던 Gavin Ruxton은 다음과 같이 말하였다: “An enormous amount of energy is dedicated to the disclosure of exculpatory information in big cases. This is documented in the final reports at the end of the prosecution’s case in the

이러한 심각한 어려움을 예방하는 방법에 대한 필자의 개인적 견해는 다음의 두 가지로 말할 수 있다. 첫째, 해당 사건에 대한 철저한 사전 분석을 바탕으로 수사의 초기 단계부터 관련 중요 법적 이슈들에 대한 전략적 결정을 확실히 함으로써<sup>35)</sup> 수사관들이 현장에서 증거 수집을 할 때에 증거자료의 사건 관련성 및 중요성에 대한 판단을 최대한 신속, 정확하게 할 수 있게 하는 것이다. 둘째로, 현장에서의 취사선택 과정을 거쳐 최종적으로 검찰국의 “보유 또는 통제 하에 들어온(in the Prosecutor’s possession or control)” 증거들에 대한 즉각적

---

Milosevic trial. The ICTY is now moving to an Electronic Disclosure Suite, an open book approach. With this format, defence counsels can access both the general collection of materials and a second collection that is specifically developed for their case. It is all done over the Internet.” (Report of the Proceedings, Colloquium of Prosecutors of International Criminal Tribunals on “The Challenges of International Criminal Justice” (2004), p. 12). ICTY와 ICTR의 항소심재판부(Appeals Chamber)는 검사가 전자증거개시시스템(EDS)을 통하여 자기의 증거파일의 상당부분을 변호인에게 전자검색이 가능한 형태로 제공한 사실만으로는 검사의 면책증거개시의무가 이행되었다고 볼 수 없으며, 검사는 면책증거를 찾기 위해 적극적으로 자기가 보유하고 있는 증거들을 리뷰하고, 발견시 변호인에게 고지할 의무가 있다고 판시하였다. (*Prosecutor v. Karemera et al*, Decision on Interlocutory Appeal Regarding the Role of the Prosecutor’s Electronic Disclosure Suite in Discharging Disclosure Obligations, ICTR-98-44-AR73.7, ICTR Appeals Chamber, 30 June 2006; *Prosecutor v. Bralo*, Decision on Motions for Access to Ex-Parte Portions of the Record on Appeal and for Disclosure of Mitigating Material, IT-95-17-A, ICTY Appeals Chamber, 30 August 2006, para. 35).

35) 이러한 전략적 결정과정을 지칭하여, 실무에서는 ‘Case theory’ 또는 ‘Case design’을 만든다고 말한다. 국제형사재판소 검찰국에서는 수사개시 이전 그리고 수사개시 초반에 거쳐 분석 단계(analysis stage)를 거치게 되는데, 이 시기에 당해 사건 관련 기소 및 수사 목표를 과감하고 명확하게 결정할 필요가 있다. 필자는 분석단계의 역량 강화는 검찰국의 효율적 사법활동을 위한 필수요건이라고 생각한다.

분석, 검토 및 분류 업무의 강화이다.<sup>36)</sup> 법률적 검토 기능의 강화를 위해서는 우선 혐의사실에 관련된 법적 이슈들과 면책증거개시에 관련된 면책증거해당성 판단 기준의 정립이 ‘선행’되어야 함은 물론이다.<sup>37)</sup>

## 2. 검사의 면책증거해당성 판단행위: 그 중요성과 잠재적 위험성

### 가. 그 판단행위의 신중성의 요구

로마조약 제67조 제2항의 문구들 즉, 무죄임을 보여주거나 보일 ‘수 있는’(shows or tend to show); 죄책을 감경시킬 ‘수 있는’([tend] to mitigate); 그리고 검사측 증거의 신빙성에 영향을 끼칠 ‘수 있는’(may affect)을 보면 마치 검사로 하여금 조금이라도 면책적 성격을 띠는 것 같이 보이는 증거는 무조건 모두 변호인에게 증거개시 할 것을 요구하는 듯한 인상을 받는다. 이러한 해석의 적절성 여부를 검토해 보기 위해서는 국제형사재판의 특색인 사건의 방대성을 먼저 고려해야만 한다. 이러한 사건의 방대성은 국제형사재판소의 세 가지 관할범

---

36) 로마조약 제67조 제2항의 규정 - “in the Prosecutor’s possession or control” - 에 따라 이러한 ‘보유 또는 통제’가 개시된 시점부터 검사의 면책증거개시의무는 발생되게 되는 것이다. 즉각적 검토 분석 기능이 강화되면 이러한 과정을 거치지 않은 증거자료들이 쌓이지 않게 되므로 위에서 말한 전자증거시스템에서의 주제어를 통한 검색의 실행은 상당 부분 필요치 않게 될 것이다.

37) S. Zappala, “The Prosecutor’s Duty to Disclose Exculpatory Materials and the Recent Amendment to Rule 68 ICTY RPE”, *Journal of International Criminal Justice* (2004), 620-630, pp. 5-7: “If the Prosecutor has a duty to search for exculpatory evidence, then he or she should have a very clear view of and knowledge about what might be exculpatory and what is not. Moreover, it is implied that the Prosecutor must keep detailed records of all potentially exculpatory evidence.”

죄(집단살해죄, 인도에 반한 죄 그리고 전쟁범죄)<sup>38)</sup>가 공통적으로 ‘상황적 구성요건(contextual elements)’<sup>39)</sup>을 그 범죄구성요건의 일부로 요구하고 있는 데에서 우선적으로 기인한다. 즉, 인도에 반하는 죄의 경우를 본다면 검사는 로마조약 제7조 제1항에 규정되어 있는 구체적 범죄행위유형에 대한 증거와 함께 반드시 “민간인집단에 대한 광범위 하거나 조직적인 공격(widespread or systematic attack directed against a civilian population)”의 존재라는 상황적 구성요건에 대한 증거를 수집해야만 하며, 전쟁범죄의 경우 제8조 제2항에 규정되어 있는 구체적 범죄행위유형에 대한 증거와 함께 “국제적 분쟁(international armed conflict)” 또는 “비국제적 분쟁(non-international armed conflict)”의 입증을 준비해야 하는 것이다. 이러한 상황적 구성요건을 충족시키기 위한 수사 활동과 증거수집은 우선적으로 수많은 잠재적 증거개시 목적물을 만들어 낼 수밖에 없는 것이다. 여기서 말하는 증거개시 목적물의 범주에는 면책증거뿐 아니라 혐의 사실에 대한 증거(incriminating evidence)들도 포함되며, 대부분의 국제형사재판 담당 변호인들은 검사로부터의 증거개시를 통해 넘겨받은 엄청난 양의 문서더미 속에서 질식할 수밖에 없는 것이 그 현실이다.

검찰국 내에 방대한 전자증거데이터베이스 형태로 존재하는 사건과

---

38) 침략범죄(crime of aggression)는 아직 관련 범죄정의와 관할권행사조건이 확정되지 아니하였으므로 여기에 언급하지 않았다. 로마조약 제5조 제2항 참조: “The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression once a provision is adopted in accordance with articles 121 and 123 defining the crime and setting out the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction with respect to this crime. Such a provision shall be consistent with the relevant provisions of the Charter of the United Nations.”

39) 국제형사재판소 관할 범죄들은 객관적 구성요건, 주관적 구성요건에 더하여 상황적 구성요건의 충족을 요구한다. 이 상황적 구성요건의 개념은 객관적 구성요건의 한 요소인 “상황(circumstance)”과 구별되어야 한다.

일에서 면책증거를 찾기 위한 업무를 시작하기 전에 검사는 면책증거 해당성 판단의 기준이 되는 항목들을 결정하게 되며, 이 항목들이 앞서 언급한 면책증거자료검색을 위한 “주제어(keywords)” 목록 작성의 기초가 된다. 이 면책증거해당 항목의 범위가 좁으나, 넓으나에 따라서 검사의 면책증거개시 관련 업무량과 궁극적으로 변호인이 인도받게 될 증거(사본)의 양은 많은 차이가 나게 된다. 실무에 있어서 하나의 면책증거해당성판단 기준 항목이 갖는 중요성은 매우 크다. 즉, 검사는 하나하나의 항목 결정에 최대한의 정확성을 기해야 하는데, 이는 조심성 없이 잘못 결정된 항목 하나가 잠재적으로 야기 시킬 수 있는 절차적 위험성과 소송경제에의 악영향이 너무 크기 때문이다. 이러한 위험성은 잘못 결정된 면책증거해당성 판단기준에 해당되어 증거개시의 목적물이 된 증거가 로마조약 제54조 제3항의 (e)에 의거하여 ‘기밀을 조건으로’ 획득한 증거일 경우에 더욱 커지게 된다. 즉, 이러한 경우 검사는 사실은 면책증거에 해당하지 않는(따라서 증거개시하지 않아도 될) “문서나 정보(documents or information)”<sup>40)</sup>를 증거개시하기 위해 당해 정보제공자(일반적으로, 유엔, 여타 국제기구 또는 NGO들)에게 이전에 양자 간에 합의했던 “기밀 조건(condition of confidentiality)”<sup>41)</sup>의 해제를 요구하여야 하며 이를 위한 절차는 너무나 복잡하고 많은 시간을 요하게 되는 것이다. 한편, 면책증거개시의 목적물로 분류된 증거가 국제형사재판소 절차 및 증거규칙 제81조 제2항과 제4항에 의거한 증거개시 전 “내용삭제(redaction)”의 대상이 되는 정보를 포함하고 있을 경우에는, 검사가 잘못 결정한 면책증거 해당성 판단기준항목은(내용삭제를 위해 허비되는 검찰국 자신의 시간과 인력은 차치하고) 삭제 내용 하나 하나를 면밀히 검토하고 그

---

40) 로마조약 제54조 제3항의 (c) 참조.

41) 로마조약 제54조 제3항의 (c) 참조.

허용 여부를 결정하여야 할 재판부의 업무량에도 매우 부정적인 영향을 끼치게 된다. 이에 더하여, 검사의 틀린 면책증거해당성 판단기준에 해당되어 증거개시된 수많은 증거자료들을 읽고 검토 했으나 아무것도 건지지 못하는 변호인 측의 억울한 입장은 더 설명할 필요도 없을 것이다. 다시 한 번 강조하지만, 검사의 신중하고 정확한 면책증거해당성 판단 기준 정립은 그렇지 않아도 방대한 업무량이 요구되는 국제형사재판의 소송 경제와 신속한 절차 진행 그리고 피의자 또는 피고인의 권리보장을 위해 반드시 선행되어야 할 필수 조건이다.<sup>42)</sup> ‘정확한’ 면책증거해당성 판단 기준 정립을 위한 한 가지 쉬운 결정기준은 언제나 특정 잠재적 면책사유를 인정(admission of fact) 하는 것이 “검사의 재판상 입증·주장할 바(prosecution case)”에 부정적 영향을 미칠 것인지 아닌지를 생각해 보는 것이다. 다시 말하면, 그 잠재적 면책사유를 인정하는 것이 검사의 재판상 입증·주장할 바와 관련하여 전혀 문제가 될 것이 없다면 그 면책사유는 진정한 면책사유가 아닐 가능성이 크며 따라서 면책증거해당성 판단의 기준이 되어서는 안 되는 것이다. 이와 관련하여, *Lubanga* 1심재판부는 특정 사실에 대한 면책증거해당성 판단시 고려 사항으로 다음과 같은 기준들을 언급하고 있다: 특정 사실이 (i) 혐의 또는 공소사실(charges)과 관련이 있는지의 여부; (ii) 검사의 재판상 입증·주장할 바에 대한 잠재적 반박이 되는지의 여부; (iii) 피의자 또는 피고인의 재판 전략(line

---

42) S. Zappala, The Prosecutor's Duty to Disclose Exculpatory Materials and the Recent Amendment to Rule 68 ICTY RPE, *Journal of International Criminal Justice* (2004), 620-630, pp. 6-7: “[T]he core of the [Prosecution's duty to disclose exculpatory evidence] does not lie in the disclosure of material *per se*, but rather in the duty of the Prosecutor to enable the defence to effectively use those materials to prepare its case.”

of defence)을 잠재적으로 옹호하는 지의 여부; (iv) 재판상 중요 이슈 (live issue)와의 관련 여부; 또는 (v) 피의자 또는 피고인의 방어를 결정적으로 도와줄 수 있는지의 여부가 그것들이다.<sup>43)</sup>

검사의 면책증거해당성 판단행위의 중요성과 잠재적 위협에 대한 실례는 *Lubanga* 사건에서 찾아볼 수 있다. 이 사건에서 검사는 면책 증거개시 초기에 상당히 넓은 면책증거해당 기준을 업무에 적용하였다. 하지만, 그렇게 적용된 기준항목들 중 추후에 면책증거해당성을 충족하지 않는 것으로 판명된 한 가지 때문에 절차진행에 엄청난 부담을 야기 시킨 사례가 있었다. 아래에서 자세히 살펴보기로 한다.

#### 나. 사례연구

검사가 수천 건의 잠재적 증거자료들을 가지고 있다고 하더라도 만약 그 모든 자료들에 대해 아무런 증거개시 관련 제약이 없다면, 비록 관련 업무량은 많을지언정 검사가 증거개시할 필요가 있다고 판단하는 것들은 언제나 변호인 측에 증거개시할 수 있을 것이다. 하지만 앞서 언급했던 로마조약 제54조 제3항의 (e)를 원용하여 증거제공자로부터 받은 자료는 그 증거제공자의 동의가 없는 한, 검사의 재량으로 증거개시를 할 수 없게 된다. 바로 이 규정과 로마조약 제67조 제2항 간의 상호작용이 *Lubanga* 사건에서 한동안 국제형사재판소 검찰국을 매우 심각한 궁지로 몰아넣었던 것이다.<sup>44)</sup> 다시 말해, 그 사건에

---

43) *Lubanga* 사건 2008년 1월 18일 구두결정(oral decision) 속기록, ICC-01/04-01/06-T-71-ENG,

(<http://www2.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc409172.PDF>), pp. 8 - 10 .

44) 2004년 6월 콩고민주공화국 상황(situation)에 대한 수사개시를 선언한 이래, 검찰국은 콩고민주공화국에 파견된 UN평화유지기구(MONUC) 및 여타 NGO들로부터 그들이 이미 수집, 작성해 놓은 많은 자료들을 로마조약 제54조 제3항의 (e)에 의거하여 인도받게 되었는데, 이렇게 인도

서 검찰국은 “증거제공자와 면책증거개시의무 사이에서”<sup>45)</sup> 자칫 수년 동안 엄청난 재원과 인력을 투자하여 수사한 사건을 재판도 시작해보지 못하고 놓칠 뻔 했던 것이다.<sup>46)</sup> 그런데, 필자가 아쉬운 점은 인류 최초의 영속적 국제형사재판소의 성공을 기원하는 수많은 사람들에게 충격을 안겼던 그 상황이 상당 부분 검사가 자초한 것이라는 것이다. 그와 관련된 중요한 논점은 두 가지로 말할 수 있는데, 첫째, 검사의 제54조 제3항의 (e) 해석 및 적용 관련 문제점, 그리고 둘째로, 면책증거해당성 판단기준 관련 문제점이 그것들이다. 여기서는 이 논문의 주제인 후자에 집중하여 살펴보기로 한다.

2007년 하반기부터 국제형사재판소의 *Lubanga* 1심재판부는 ‘피해자 또는 증인 보호’<sup>47)</sup> 또는 ‘진행 중인 수사를 방해할 수 있음’<sup>48)</sup>을 이유로 검찰국이 자체 판단에 의해 면책증거로 분류한 증거들에 행한 예비적 삭제(redaction)내용들을 허용할지의 여부를 면책증거개시 전

---

반게 된 자료들은 법적으로 제67조 제2항이 규정하는 “검사가 보유 또는 통제하는 증거(evidence in the Prosecutor’s possession or control)”로 분류되어 검사의 면책증거개시의 잠재적 대상이 되게 되었던 것이다.

45) *Lubanga* 사건의 담당 부장검사(Senior Trial Lawyer)였던 Ekkehard Withopf는 2008년 3월 13일 심리에서 담당 1심재판부에게 다음과 같이 말하고 있다: “[...] [W]hat you are addressing, Mr. President, your Honours, is exactly the dilemma between Article 54(3)(e) and Article 67(2), and this is of course something that is of huge concern not only for the Defence and the Chamber but also for the Office of the Prosecutor.” (밑줄 첨가) (*Lubanga* 사건 2008년 3월 13일 심리 속기록, ICC-01/04-01/06-T-79-ENG, (<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc458789.PDF>), p. 7.)

46) 참고로 *Lubanga* 사건은 2009년 1월 26일 1심재판을 개시하여 2009년 4월 현재 진행 중에 있다.

47) 로마조약 제68조 제5항; 국제형사재판소 절차 및 증거 규칙 제81조 제4항.

48) 국제형사재판소 절차 및 증거 규칙 제81조 제2항.

에 결정해야만 하게 되었다. 그를 위해 재판부는 검사가 제출한 그러한 예비적 삭제가 포함된 많은 잠재적 면책증거들을 하나하나 검토해야만 하게 되었던 것이다.<sup>49)</sup> 그러던 중 동 재판부는 검사가 면책증거에 해당한다고 판단하여 증거개시를 위해, 증인의 이름, 주소 등에 대해 증인보호 등의 목적으로 내용삭제를 행한 ‘증인조서의 발췌초록(excerpt)’들의 ‘상당한 수가(quite a large body of excerpts)’ 재판부가 판단하기에는 면책증거에 해당하는 정보를 전혀 포함하지 않고 있는 것을 발견하게 되었다.<sup>50)</sup> 앞서 언급했듯이, 이는 그렇지 않아도 심각한 문제로 대두되고 있던 소송경제에 밀접히 관련된 이슈였는데, 왜냐하면 해당 증거가 면책사실을 포함하고 있지 않다면 애당초 증거개시의 필요가 없는 것이고, 따라서 먼저는 검사가 많은 시간과 인력을 동원하여 그 증거물을 다시 세세히 검토하면서 삭제하여야 할 내용을 찾는 일을 하지 않아도 되었던 것이다.<sup>51)</sup> 또한 재판부가 검사에

---

49) 이는 국제형사재판소의 관례법이 이러한 증거개시 대상 증거물의 내용에 대한 삭제는 해당 재판부의 검토 및 승인을 받아야만 한다고 말하고 있음에 따른 것이다. (*Prosecutor v. Lubanga*, Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Statute, ICC-01/04-01/06-108, ICC Pre-Trial Chamber, 19 May 2006, para. 29; *Prosecutor v. Lubanga*, Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81 (2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence”, ICC-01/04-01/06-568, ICC Appeals Chamber, 13 October 2006 (“*Lubanga* 13 October 2006 Judgment”), page 2 and para. 37).

50) *Lubanga* 사건 2008년 1월 10일 절차진행회의(status conference) 속기록, ICC-01/04-01/06-T-69-ENG

(<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc403551.PDF>) (“*Lubanga* 2008년 1월 10일 속기록”), p. 58, line 24-p. 59, line 5.

51) 이러한 내용삭제(redaction)에 관련된 일은 국제형사재판소 검찰국

의해 시행된 삭제행위의 적절성을 하나하나 검토·판단할 일은 더욱 없을 것이기 때문이다.<sup>52)</sup>

재판부의 발견에 대해 자세히 살펴보면, 우선 *Lubanga* 사건에서 검사가 기소한 범죄는 오직 한 가지 범죄유형으로서 로마조약 제8조 제2항 (b)(xxvi)와 (e)(vii)가 규정하고 있는 소년병 모집 및 사용죄이다.<sup>53)</sup> 그런데, 검사로부터 면책증거에 해당한다고 제출된 증인조서발

---

*Lubanga* Trial Team의 실무에서 매우 큰 비중을 차지하는 아주 고된 일이었다.

52) 이 판단은 단순히 재판관들의 사무실에서 재판부 재판관들과 재판연구관들의 업무로 끝나지 않고, 대부분의 경우 재판부와 검사만이 참석하는 (*ex parte*) 별도의 심리를 개최해 개개의 삭제항목의 적절성여부를 하나하나 검사에게 질문하고 토의하는 등 매우 많은 시간과 노력을 요하는 과정을 거치게 된다. 이와 관련하여 국제형사재판소 항소재판부는 다음과 같이 판시하였다: “In evaluating an application for non-disclosure of the identity of witnesses or of portions of witness statements, a Pre-Trial Chamber must take into account all relevant factors, and carefully appraise the Prosecutor’s request on a case-by-case basis.” (*Lubanga* 13 October 2006 Judgment, *supra* note 49, para. 36). 실제로 *Lubanga* 사건에서 검사가 행한 내용삭제(redaction)에 대한 면밀한 검토가 행해진 심리의 일례는 다음의 결정문의 설명에서 찾아볼 수 있다: Prosecutor v. Lubanga, Reasons for Oral Decision lifting the stay of proceedings, ICC-01/04-01/06-1644, ICC Trial Chamber, 23 January 2009, para. 22: “On 29 October 2008, the Trial Chamber held an *ex parte* status conference at which it confirmed that the 93 items each fall either within Article 67(2) of the Statute or Rule 77 of the Rules. The Chamber conducted an annex by annex review of each of these 93 items with the prosecution in order to elicit further information on the proposed methods for disclosure to the defence, and the justification for the prosecution’s proposals. As part of this exercise, the Trial Chamber requested the prosecution, in certain instances, to revert to the information provider in order to obtain accurate, up-to-date information, and, where appropriate the prosecution was itself asked to provide the Trial Chamber with further information.”

53) *Prosecutor v. Lubanga*, Amended Document Containing the Charges,

체초록들이 담고 있는 내용들은 피고인인 *Lubanga*가 지휘했던 민병대(UPC/FPLC)와 맞서 싸운 무장단체(FNI/FRPI) 및 콩고민주공화국 이투리 지역 내에 존재했던 여타 다른 민병대들도 소년병을 모집하고 사용했음을 보여주는 내용들이었다.<sup>54)</sup> 이는 국제형사법상 “*Tu quoque defence*”라고 지칭되는 것으로서, 타인도 똑같은 범죄를 저질렀다는 사실을 내가 저지른 그 범죄에 대한 형사적 방어수단으로 사용하는 것을 말한다. 라틴어인 “*Tu quoque*”는 “you did it too”라고 번역할 수 있는 것으로서 제2차 세계대전 직후의 뉴른베르크(Nuremberg) 재판 때에 피고인 *Karl Doenitz*가 방어수단으로 사용한 것을 시작으로 ICTY에서 재판받았던 *Kupreskić* 등 다수의 피고인들이 이를 원용하였다.<sup>55)</sup> 하지만 이들 재판소들은 모두 이 방어수단을 인정하지 않고 있다.<sup>56)</sup> 문제는 이러한 *Tu quoque* 관련 사실(즉, 분쟁

---

23 December 2008.

- 54) 현재 국제형사재판소가 다루고 있는 콩고민주공화국 사건들을 모두 이투리 지역을 그 지리적 배경으로 하고 있다.
- 55) 국제형사재판에 있어 “*Tu quoque*” 방어수단에 대한 자세한 논문, Sienho Yee, *The Tu Quoque Argument as a Defence to International Crimes, Prosecution or Punishment*, 3 *Chinese Journal of International Law* (2004), pp. 87-133 참조.
- 56) ICTY의 *Kupreskić* 사건 1심재판부는 다음과 같이 판시하였다: “진실로 그러한 재판상 방어기제를 인정하는 국가관행(state practice)이나 권위 있는 저술가(publicists)들을 찾아 볼 수 없다. [...] *tu quoque*의 주장은 원칙적으로 틀린 것이다.” (*Prosecutor v. Kupreskić*, Trial Judgement, IT-95-16, ICTY Trial Chamber, 14 January 2000, paras. 516-517) 이 1심재판부의 판결은 동 사건의 항소심 재판부에 의해서도 인정되었다. (*Prosecutor v. Kupreskić*, Appeals Judgement, IT-95-16-A, ICTY Appeals Chamber, 23 October 2001, para. 25) 이에 더하여 ICTY의 여타 판례들도 일관되게 *Tu quoque* 방어수단의 정당성을 인정하지 않고 있다: “무력분쟁의 일방당사자가 상대방의 민간인들을 공격한 사실은 그 상대방이 그 일방당사자의 민간인들에게 한 공격행위를 정당화할 수 없다.” (*Prosecutor v. Limaj et al*, IT-03-66, ICTY Trial Judgement, 30 November 2005, para. 193); “본 재판소의 판례는 *tu quoque*를 유효한

상대방 또는 여타 무장단체들도 소년병을 사용하였다는 사실)은 콩고 민주공화국에서는 빈번하게 일어나는 일이었고, 따라서 검찰국 보유 하에 있던 매우 ‘많은 수’의 증거들이 이 같은 내용을 포함하고 있었다는 점이다. 2009년 2월 4일 현재, 이렇듯 사실은 면책증거해당성 판단의 기준이 될 수 없는 *Tu quoque*사유를 유일한 증거개시이유로 하여 무려 43명의 증인들 관련 증인조서발취초록들과 150건의 증거자료들(그 중 상당수는 제54조 제3항에 의거하여 기밀을 조건으로 제공된 문서들)이 변호인 측에 면책증거(좀 더 정확히 말하면 절차 및 증거 규칙 제77조를 포함하는 ‘광의의’ 면책증거)로 분류되어 증거개시 되었으며,<sup>57)</sup> 이를 위해 투자된 소송경제 관련 비용은 재판부를 포함한 모든 당사자들에게 아무 실익 없이 큰 부담을 지워 왔던 것이다.

이에 재판부는 2008년 1월 10일 절차진행회의(status conference)에서 검사에게 다른 무력단체도 또한 소년병을 사용했다는 사실이 어떻게 피고인의 혐의를 제거 또는 감소시킬 수 있는지 묻게 된다.<sup>58)</sup> 이

---

방어수단으로 인정치 않고 있다.” (*Prosecutor v. Delić*, Decision adopting Guidance on the Admission and Presentation of Evidence and Conduct of Counsel in Court, IT-04-83, ICTY Trial Chamber, 24 July 2007, para. 9); “그러나, 대부분의 문제들은 관련성이 없으며 자주 *tu quoque* 방어에 집중하고 있다.” (*Prosecutor v. Prilić et al*, Decision on the Mode of Interrogating Witnesses, IT-04-74, ICTY Trial Chamber, 10 May 2007, para. 10).

57) 증인 43명의 수치와 관련해서는, *Lubanga* 사건 2008년 11월 25일 절차진행회의(status conference) 속기록, ICC-01/04-01/06-T-99-ENG (<http://145.7.218.139/iccdocs/doc/doc600549.pdf>), p. 28 참조; 150건의 증거자료 관련 수치는 동 속기록 p. 29 및 *Prosecutor v. Lubanga*, Prosecution’s Request for Non-Disclosure of Information in the Statements of Five Individuals providing Rule 77 Information and Request for an Order on Sufficiency of Admissions Regarding Undisputed Facts, ICC-01/04-01/06-1664, 4 February 2009 (“*Lubanga* 4 February 2009 Request”), para. 4 참조.

58) *Lubanga* 2008년 1월 10일 속기록, *supra note* 50, p. 59, line 6 - p. 59,

질문에 대한 검사의 답변은 다음과 같이 요약할 수 있다: (i) 검찰국은 증거개시 초기부터 “그 범위가 넓게 기술되어 있는(broadly phrased)” 제67조 제2항 규정 및 *Tu quoque* 방어의 적절성 여부에 대한 [ICTY 등 여타 국제재판소의 판례는 있지만] 국제형사재판소 자체의 판례는 아직 나오지 않았음을 고려하여 관련 면책증거해당성 판단에 있어 매우 “자유로운 입장(liberal approach)”을 취해 왔음 [그래서 *Tu quoque*를 면책증거해당 사유에 포함시켰음]; (ii) [이 절차진행회의가 진행되고 있는 2008년 1월 10일 현재] 검찰국 내부적으로는 [초기의 입장을 변경하여] *Tu quoque* 방어 수단을 정당한 면책사유로서 인정하지 않는 입장을 가지고 있음; (iii) 검찰국은 이미 변호인 측에 자신은 더 이상 *Tu quoque* 방어가 면책사유가 아니라고 생각함을 고지했으며, *Tu quoque* 관련 사실을 포함하고 있는 증거를 계속 면책증거로서 증거개시 하여야 하는지의 여부에 대해 문의하였음; (iv) 이 문의에 대해 변호인 측은 *Tu quoque* 자체가 면책사유가 되건 안 되건 관련 정보는 절차 및 증거규칙 제77조 상의 “피고인의 방어준비에 중요한” 증거에 해당되어 증거개시 대상이 된다는 답변을 해왔음; (v) 이에 검찰국은 제67조 제2항의 면책증거로 분류하여 증거개시 해왔던 과거와 달리 절차 및 증거규칙 제77조의 제목 하에 *Tu quoque* 관련 정보들을 계속 증거개시하고 있음.<sup>59)</sup> 이에 재판부는 변호인에게 *Tu quoque* 관련 증거가 절차 및 증거규칙 제77조에 해당한

---

line 12: “PRESIDING JUDGE FULFORD: [...] Now, could you briefly explain how that could amount to exculpatory material? How can the defendant be less guilty or be - or not be guilty at all, I’m not sure whether there’s a concept of being less guilty, but you understand what I mean. How can the defendant avoid criminal responsibility because others may have been using child soldiers in a relevant place or a relevant time? How does the argument work?”

59) *Ibid.*, p. 59, line 13 - p. 60, line 9.

다고 생각하는 이유가 무엇인지 물었고, 변호인 측은 콩고민주공화국 이투리 지역 내의 소년병 사용 현상에 관한 일반적 배경지식을 얻기 위해 관련 증거를 절차 및 증거규칙 제77조 분류 하에 계속 증거개시해 줄 것을 요구하였다고 답변하면서 *Tu quoque* 관련 정보 그 자체는 피고인을 면책시키는 사유에는 해당하지 않는 것으로 보임을 인정하였다.<sup>60)</sup> 그러한 문답이 있는 지 1주일 후 2008년 1월 18일, 1심재판부는 *Lubanga* 사건에서 *Tu quoque* 관련 사실, 즉 콩고민주공화국 이투리 지역 내의 여타 무장단체들도 소년병을 사용하였다는 사실은 정당한 면책사유가 될 수 없음을 이유로 검사는 그러한 특정 사실과 관련된 증거들에 대해 더 이상 증거개시를 하지 않아도 됨을 결정하였다.<sup>61)</sup> 그러나, 1심재판부의 이러한 결정은 2008년 7월 항소심재판부에 의해서 뒤집히게 되는데,<sup>62)</sup> 항소심 재판부는 콩고민주공화국 내에서의 일반적 소년병사용에 관한 사실들은 절차 및 증거규칙 제77조의 ‘피고인의 방어에 중요한 증거’에 해당되어 검사는 여전히 증거개시의무를 진다고 판시한 것이다.<sup>63)</sup> 하지만, 그 이후에도 소년병사용에 관한 일반적 사실들과 관련한 *Tu quoque* 이슈는 계속 논의의 대상이 되었다.<sup>64)</sup> 2009년 2월초까지 *Tu quoque* 관련 사실들을 증거 및 절차

60) *Ibid.*, p. 61, line 17 - p. 62, line 15.

61) *Lubanga* 사건 2008년 1월 18일 구두결정(oral decision) 속기록, ICC-01/04-01/06-T-71-EG,

(<http://www2.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc409172.PDF>), pp. 8 - 10 .

62) 국제형사재판에 있어서는 재판 전 여러 가지 절차적 이슈들에 대한 1심 재판부(국제형사재판소의 경우 전심재판부 포함)의 결정에 대한 항소가 가능한데 통상적으로 이를 Interlocutory Appeal이라고 부른다.

63) *Prosecutor v. Lubanga*, Judgement on the appeal of Mr. Lubanga Dyilo against the Oral Decision of Trial Chamber I of 18 January 2008, ICC-01/04-01/06-1433, ICC Appeals Chamber, 11 July 2008, pp. 56-82.

64) *Lubanga* 사건 2008년 11월 25일 절차진행회의(status conference) 속기록,

규칙 제77조에 의거하여 계속 증거개시 하던 검찰국은 결국 2009년 2월 4일 재판부에 다음과 같은 서면청구를 하게 된다: “검찰국은 더 이상 절차 및 증거규칙 제77조에 의거하여 *Tu quoque* 관련 증거들을 계속 증거개시할 필요가 없음을 재판부가 명령해 주실 것을 요청합니다. 검찰국은 이미 관련 사실을 재판상 인정(admission of fact)할 것임을 제안한 바 있고 또한 15세 이하 소년병들이 여타 다른 무력집단에 의해서도 모집되고 사용되었다는 사실을 다투지 않겠다고 말한바 있습니다. [...] *Tu quoque* 관련 사유는 더 이상 이 재판의 논점이 아닙니다.”<sup>65)</sup> 웬지 검찰 측의 어투가 상당히 급박하게 느껴진다. 이러한 검찰 측의 태도는 앞서 2008년 3월 피고인 측이 2008년 1월 18일자 1심재판부의 결정(즉, 검찰국은 더 이상 *Tu quoque* 관련 사실에 대한 증거개시 의무가 없다는 결정)에 대해 항소를 제기했을 때 보인 태도와는 사뭇 다른 모습인데, 그때 검사는 이 논점에 관련된 피고인의 항소이유가 *Tu quoque* 관련 사실이 제67조 제2항 상의 면책증거에 해당하느냐의 여부를 다투는 것이 아니라 오직 절차 및 증거규칙 제77조의 범위에 대한 해석에 관련 된 것이므로 이 이슈에 대한 피고인

---

ICC-01/04-01/06-T-99-ENG (<http://145.7.218.139/iccdocs/doc/doc600549.pdf>), pp. 27-36; Prosecutor v. Lubanga, Prosecution’s Request for Non-Disclosure of the Identity of Twenty-Five Individuals providing *Tu Quoque* Information, ICC-01/04-01/06-1552, 10 December 2008; Prosecutor v. Lubanga, Prosecution’s Request for Non-Disclosure of Information in the Statements of Fifteen Individuals providing *Tu Quoque* Information, ICC-01/04-01/06-1574-Anx1, 24 December 2008; Prosecutor v. Lubanga, Prosecution’s Clarification to the ‘Prosecution’s Clarifications to the ‘Prosecution’s Request for Non-Disclosure of the Identity of Twenty-Five Individuals providing *Tu Quoque* Information’ filed on 19 December 2008, ICC-01/04-01/06-1650-Anx, 26 January 2009 참조.

65) *Lubanga* 4 February 2009 Request, *supra* note 57, paras. 4-5.

의 항소에 반대하지 않는다고 상당히 여유 있는 태도를 보였던 것이다.<sup>66)</sup> 다시 2009년 2월 4일자 검찰측 서면청구로 돌아가 보면 검찰국의 절박해 보이는 언급은 계속 이어지는데, 이를 살펴보면 결국 *Lubanga* 사건과의 관계에서 동전의 앞뒤면 같은 사건인 *Katanga and Ngudjolo* 사건으로부터 파생된 업무부담이 결국 이런 일종의 항복선언을 낳게 된 것으로 생각된다. 이 2009년 2월 4일자 서면청구에 서야 비로소 검사는 *Katanga and Ngudjolo* 사건에서 새로이 계속 수집되고 있는 증거자료들(특히, 증인조서들) 중에서 증거 및 절차규칙 제77조에 해당하는 *Tu quoque* 사실을 포함하고 있는 것들을 “찾고 locate)” “증거개시(disclose)”하거나 또는 “내용삭제를 재판부에 청구하는(seek redactions)” 업무를 위해 허비되는 검찰국 인력(prosecution resources) 및 사실은 할 필요가 없는 그러한 내용삭제 리뷰를 위해 썩여질 재판부 인력(judicial resources)에 대한 염려를 내비치고 있는데,<sup>67)</sup> 이는 만시지탄의 감이 있다 하겠다. 좀 더 자세히 설명하자면, *Katanga and Ngudjolo* 사건은 *Lubanga*가 이끌던 무력단체(UPC/FPLC)와 대적해서 싸웠던 FNI/FRPI라는 무장조직의 두 사령관을 기소한 사건이었다. 그런데, 그 사건은, 사실상 수사가 종료된 *Lubanga* 사건과 달리 최소한 2009년 2월 4일 현재 아직도 수사가 계속 중이었고 수사관들이 현지에서 계속 증인조서와 여타 증거자료들을 수집해서 국제형사재판소 본부로 가지고 오는 상황이었다. 그런데, 이렇게 수집되는 증거들은 모두 로마조약 제67조 제2항과 증거 및 절차규칙 제77조가 공히 규정하는 “검사가 보유하거나 통제하고

---

66) *Prosecutor v. Lubanga*, Prosecution’s Response to Defence Document in Support of Appeal against Oral Decision of Trial Chamber I rendered on 18 January 2008, ICC-01/04-01/06-1243, 28 March 2008, paras. 31–33.

67) *Lubanga* 4 February 2009 Request, *supra* note 57, paras. 4–5.

있는(in the Prosecutor's possession or control)" 증거에 해당되게 되어 *Lubanga* 사건 담당 검찰팀 입장에서는 그 증거자료들이 입수되는 데로 '계속' 분석·검토해서 지속적으로 면책증거해당성 여부를 판단해야할 의무를 지는 것이고, 이 의무를 이행하기 위해 필요한 많은 시간과 인력은 실제 재판을 진행 중인 그 팀에게 감당키 어려운 부담으로 느껴졌던 것이다.<sup>68)</sup>

요약하면, 이러한 검찰국의 업무수행방식은 참으로 아쉬운 점이 많다 하겠다. 그들은 이미 최소한 2008년 1월 10일 현재 *Tu quoque* 관련 사실이 면책증거 사유가 아님을 알았고,<sup>69)</sup> 비록 변호인 측이 로마조약 제67조 제2항 대신에 절차 및 증거규칙 제77조를 인용하여 관련 증거의 계속적인 증거개시를 요구하였으나, 이에 대해 별다른 이의를 제기하지 않고 그 요구를 그대로 들어주었다. 하지만, 실제 증거개시 의무수행에 있어서 특정 증거가 전자의 규정(로마조약 제67조 제2항)에 해당되는지 후자의 규정(절차 및 증거규칙 제77조)에 해당하는지의 여부는 '실무상' 동 증거가 변호인 측에 사본제공의 형태로 넘어간

---

68) 검사의 관련 발언 원문은 다음에서 찾아볼 수 있다, *Lubanga* 4 February 2009 Request, *supra* note 57, paras. 5: "The *tu quoque* matters are no longer in dispute. It thus seems unnecessary to continue to spend judicial resources on reviewing requests for redactions to statements that continue to be taken in, at least, the investigation in *The Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, and to continue to spend prosecution resources on the continual effort to locate and disclose or seek redactions to newly-located or newly-received documents whose only value is that they provide information about matters that are not in dispute." (밑줄 첨가) 참고로 *Katanga and Ngudjolo* 재판은 2009년 9월 24일 개시될 예정이다.

69) *Lubanga* 2008년 1월 10일 속기록, *supra* note 50, p. 59, line 13 - p. 60, line 9.

다는 점에 있어서는 아무런 차이가 없는 것이다.<sup>70)</sup> 다시 말해, 위에서 설명했던 것처럼 면책증거개시 전 반드시 거쳐야 하는 (i) 일반적 리뷰·검토(주제어를 사용한 검색 포함); (ii) 증거가 제54조 제3항의 (e)에 근거해 수집된 경우에는 증거제공자어의 기밀조건해제 청구 관련 업무; 그리고 (iii) 절차 및 증거 규칙 제81조 제2항 및 제4항하의 ‘증인 보호’ 또는 ‘계속되는 수사’ 관련 내용삭제 업무는 로마조약 제67조 제2항이 증거개시 근거규정이건 절차 및 증거규칙 제77조가 그것이던 하등의 차이가 없이 동일한 것이고, 이러한 점에서 2008년 3월 피고인이 제기한 항소에 대해 반대하지 않는다는 의견을 피력한 것은 검찰국의 단견과 현실인식의 문제점을 여실히 보여주는 대목이라 지적하지 않을 수 없는 것이다.

또한 검찰국이 2009년 2월 4일자 서면요청에서 *Katanga and Ngudjolo* 사건에서 계속 수집되어 오는 증거들에 대한 *Tu quoque* 관련 증거 확인·검토를 위한 업무적 부담을 새삼스레 언급한 것도 이해할 수 없는 대목이다. 그것은 이미 2008년 5월 28일 검찰국이 *Lubanga* 사건 관련 절차진행회의에서 *Lubanga* 사건과 *Katanga and Ngudjolo* 사건 둘 다 포함되는 “DRC (Democratic republic of Congo) 상황 관련 사건파일(DRC collection)”에 대한 ‘계속적’ 면책증거개시 의무를 쉽게 인정하는 다음과 같은 발언을 자발적으로 한 적이 있기 때문이다: “변호인 측에서 면책증거개시가 언제 종료될 것인

---

70) 필자는 *Lubanga* 사건에서 절차 및 증거규칙 제77조 관련 증거개시의 ‘방식’, 즉, 동 조항 상의 ‘친견조사·열람(inspection)’ 개념을 ‘사전 친견조사·열람(pre-inspection)’ 개념으로 변형시켜 로마조약 제67조 제2항에 의거한 일반적 면책증거개시 방식과 동일하게 증거물의 사본을 제공하고 있는 ‘방식’에 대해 상당한 의구심을 가지고 있으나, 본 논문에서는 논의치 않기로 한다. “사전 친견조사·열람(inspection)” 개념에 대하여는, *Lubanga* 사건 2006년 6월 23일 절차진행회의(status conference) 속기록, ICC-01/04-01/06-T-9-EN (<http://www.icc-qi.int/iccdcs/doc/doc215761HF>), pp 49-50 참조.

지에 대해 질문을 제기 했는데, 저는 먼저 [면책증거개시]의무는 [재판종료 후 항소심 단계에서도 소멸되지 않는] 계속적 의무라는 점을 강조하고 싶습니다. [...] DRC 상황 관련 수사는 계속되고 있으며, 물론 증거자료들은 [계속 검찰국의 보유 하에] 들어오고 있습니다. 그 증거자료들은 검찰국의 보유 하에 들어오는 데로 검토될 것이고, 만약 제67조 제2항의 기준에 해당하게 되면 증거개시 될 것입니다.”<sup>71)</sup> 검찰국 *Lubanga* 팀은 이미 이 때 *Katanga and Ngudjolo* 사건에 대한 수사가 계속될 것임을 알고 있었고 그로부터 파생되는 계속적 면책증거개시의무를 상당히 여유 있게 인정하고 있는 것이다. 이는 2009년 2월 4일과는 정반대의 태도라고 할 수 있는 것으로, 이미 2008년 1월부터 “상당한 수(quite a large body of excerpts)”의 증인 조서 관련 *Tu quoque* 이슈가 문제되어 왔음을 생각하면 다시 한번 검찰국의 단견을 지적하지 않을 수 없다.

또 다른 사건기록인 2008년 3월 28일자 검찰측 제출 문서를 참조해 보면,<sup>72)</sup> 검찰 측은 애초부터 면책증거해당성 판단기준 설정에 있어

---

71) *Lubanga* 사건 2008년 5월 28일 절차진행회의(status conference) 속기록, ICC-01/04-01/06-T-88-ENG (<http://145.7.218.139/iccdocs/doc/doc493150.PDF>), p. 49: “Finally my learned friend from the Defence has raised the question as to when the disclosure of potentially exculpatory evidence will be completed. First of all, I want to say that the obligation is an ongoing obligation [...] Investigation into the DRC situation continues, and of course materials come in. Such materials will be reviewed and are reviewed contemporaneously and are disclosed in the event they meet the criteria of Article 67(2).” 면책증거개시의무를 재판이 끝난 후 항소심 단계까지도 지속되는 계속적 의무(continuing obligation)라고 판시하는 ICTY 판례와 관련하여서는, *Prosecutor v. Brdanin, Decision on Appellant’s Motion for Disclosure Pursuant to Rule 68 and Motion for an Order to the Registrar to Disclose Certain Materials*, IT-99-36-A, ICTY Appeals Chamber, 7 December 2004, p. 3 참조.

72) *Prosecutor v. Lubanga*, Prosecution’s submission on undisclosed

요구되는 주의의무를 다하지 못한 것으로 보여진다. 이 문서에서 검찰 측은 자신이 증거개시업무를 시작할 때부터 면책증거해당성 판단 기준으로서 사용한 것들 중 “피고인의 유, 무죄 판단에 중대한 영향을 미치지 않는 항목들”과 “피고인의 유, 무죄 판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 항목들”을 열거하고 있는데, 전자에 해당하는 것으로서 다음의 것들을 말하고 있다.<sup>73)</sup>

- (i) 자발성(voluntariness): 소년병들이 피고인의 무장단체(UPC/FPLC)에 자발적으로 가입했다는 정보.<sup>74)</sup>
- (ii) *Tu quoque* 사유: 피고인의 무장단체(UPC/FPLC)와 맞서 싸웠던 교전 상대방인 렌두 종족 및 콩고민주공화국 이투리 지역 내의 여타 민병대도 소년병을 모집, 사용하였음을 보여주는 정보.<sup>75)</sup>
- (iii) 소년병사유(child soldiers): 피고인의 무장단체(UPC/FPLC)에 나이가 15세 이상 되는 소년병들이 있었던 정보 등.<sup>76)</sup>
- (iv) 피고인의 선한 행위(benevolent acts by Thomas Lubanga Dyilo): 피고인이 콩고민주공화국 이투리 지역에서 일하는 NGO들에게 안전을 보장해준 정보 등.<sup>77)</sup>

---

documents containing potentially exculpatory information,  
ICC-01/04-01/06-1248, 28 March 2008, paras. 10-17.

73) “피고인의 유, 무죄 판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 항목으로는 (i) 위법성 및 책임조각사유 관련 정보; (ii) 피고인의 소년병 무장해제 및 석방 행위 관련 정보; (iii) 피고인이 그의 무장단체를 충분히 지휘 통제할 권한이 충분치 못했음을 보여주는 정보; 그리고 (iv) 우간다 및 르완다 정부가 피고인과 그 무장단체를 통제했음을 보여주는 정보를 열거하고 있다(*Ibid.*, paras. 18-26).

74) *Ibid.*, para. 10. 참고로 소년병 모집의 강제성 여부는 동 범죄의 구성요건과 아무런 관련이 없다.

75) *Ibid.*

76) *Ibid.*, para. 13. 참고로 소년병이 15세 미만일 경우에만 동 범죄의 구성요건에 해당되게 된다.

77) *Ibid.*, para. 14.

- (v) 기타면책사유(other potentially exculpatory information): 피고인의 무장단체(UPC/FPLC)를 이투리 지역의 평화를 추구하는 정치적 단체로 분류하는 정보, 또는 UPC를 모든 종족들에게 그 가입이 열려있는 단체로 표현하는 정보.<sup>78)</sup>
- (vi) 절차 및 증거규칙 제77조에 해당하는 사실(information falling within the scope of Rule 77): 이투리 지역의 무장단체들에 대한 우간다, 르완다, 또는 콩고민주공화국 정부의 지원을 보여주는 정보(재정지원, 활동지원, 군사훈련지원, 무기지원 등) 및 이투리 지역의 자연자원 수탈과 관련한 우간다, 르완다 또는 콩고민주공화국 정부의 역할과 관계된 정보.<sup>79)</sup>

이러한 사유들을 자세히 살펴보면, 적어도 필자의 기준으로는 이들 모두는 면책증거해당성판단과 전혀 관련이 없는 것들로 생각된다. (vi)번 항목 상의 우간다 또는 르완다 정부의 이투리 지역 무장단체 지원 관련 항목은 범죄구성요건 중 하나인 국제적 분쟁과 비국제적 분쟁의 분류에 관한 것으로 ‘오히려’ 면책증거가 아니라 혐의를 입증하는 증거(*incriminating evidence*)에 해당한다고 보여진다. 요컨대, 위에 열거된 항목들은 검사에게 요구되는 신중하고 정확한 면책증거해당성 판단 관련 주의의무를 심각히 위반하는 것으로 보여지며, 그에 대하여 검찰국이 지불한 대가는 이미 앞에서 언급한 바와 같다.<sup>80)</sup> 추측컨대, 면책증거개시 관련 이슈들이 일반적으로 국제형사재판에 있어서 모든 변호인들이 자주 공격하는 절차적 이슈라는 점에서 혹시라도 검찰국이 그렇게 익히 예상되는 변호인들의 면책증거개시 관련 불

---

78) *Ibid.*, para. 15.

79) *Ibid.*, para. 17.

80) *Lubanga* 13 June 2008 Decision, *supra* note 1 참조.

만·공격 등을 증거개시 되는 면책증거의 양(量)으로 예방 하고자 한 것은 아닌지 의문을 갖게 된다. 이와 관련하여 국제형사재판소 중앙 아프리카공화국 상황의 *Bemba* 사건을 담당하고 있는 3번 진심재판부는 다음과 같이 판시하고 있다: “피의자 또는 피고인의 권리 보장과 재판부의 업무 수행 양자 모두를 위해 가장 중요한 요소는 검사가 최대한 많은 양의 증거를 증거개시 하는 것이 아니라, 관련 증거가 혐의를 입증하는 증거이든 면책증거이든 간에, ‘당해 사건과 진정으로 관련성이 있는 (of true relevance to the case)’ 증거를 증거개시 하는 데에 있다. 당해 사건 관련 유용성을 이해하기 어렵거나 불가능한 많은 양의 증거를 개시 하는 것은 단지 피의자 또는 피고인으로 하여금 자기의 권리를 진정으로 행사할 수 없게 만들 뿐이고, 사법절차의 진행을 지체시키는데 도움을 줄 따름이다. 사건과 진정으로 관련성이 있는 증거의 증거개시란, 해당 증거가 혐의를 입증하는 증거이든 면책증거이든 간에, 증거개시 이전에 검사가 각각의 증거자료들에 대해 깊은 분석을 행할 것을 전제로 한다.”<sup>81)</sup>

---

81) *Bemba* 31 July 2008 Decision, *supra* note 10, paras. 67-68: “67. In the Chamber’s opinion, the most important factor in both safeguarding the rights of the defence and enabling the Chamber to exercise its functions is not for the Prosecutor to disclose the greatest volume of evidence, but to disclose the evidence which is of true relevance to the case, whether that evidence be incriminating or exculpatory. In fact, disclosure of a considerable volume of evidence for which it is difficult or impossible to comprehend the usefulness for the case merely puts the defence in a position where it cannot genuinely exercise its rights, and serves to hold back the proceedings. 68. The Chamber considers that disclosure of truly relevant evidence presupposes an in-depth analysis by the Prosecutor of each piece of evidence prior to its disclosure, whether that evidence is incriminating or exculpatory.”

## IV. 결론

검사의 면책증거개시의무에 관한 ICTY와 ICTR의 해당 규정들<sup>82)</sup>과 로마조약 제67조 제2항의 문장표현(wording)은 거의 동일하다. 그래서 많은 국제형사실무가들이 양자의 의미는 거의 같은 것으로 이해하고 있다. 그러나 필자는 로마조약 제67조 제2항의 진정한 의미는 동 조항을 제54조 제1항의 (a)와 함께 읽을 때에만이 이해되어지는 것이라고 생각한다.<sup>83)</sup> 중요한 점은 이렇게 읽는 제67조 제2항은 ICTY와 ICTR의 관련 규정과는 상당히 다른 의미를 띠게 된다는 점이다. 필자는 국제형사재판 실무가들이 오랫동안 영미법계의 영향을 강하게 받았던 ICTY와 ICTR의 업무수행방식에 너무 익숙해져 있다고 생각한다.<sup>84)</sup> 서문에서 언급했듯이, 로마조약은 ICTY와 ICTR의 경우와는 달리 대륙법계의 예를 따라 국제형사재판소 검사에게 형사소송의 일방당사자가 아닌 독립된 정의의 도구로서의 정체성을 부여하고, 그의 가장 중요한 책무로서 혐의입증사실과 면책사실 양자 모두를 “공평하게(equally)” 수사할 의무를 부여하고 있다. 여기에 조약에 관한 해석의 기본원칙인 비엔나 조약 제31조 하의 해석원칙들 중 가장 우선시 되는 문리적 해석을 적용해 보자면, 검사는 혐의입증사실과 면책사실 양자에 대해 “그 양, 수 또는 크기에 있어서 동일하게, 또는 그 중요성에 있어서 동일하게 그리고 똑같은 취급을 해야 할 가

---

82) ICTY 증거 및 절차규칙 제68조(i)(Rule 68(i)); ICTR 증거 및 절차규칙 제68조(Rule 68).

83) ICTY나 ICTR 관련법에는 로마조약 제54조 제1항의 (a)에 대응하는 규정이 없음을 이미 앞에서 언급한 바 있다 (supra note 4 참조).

84) 실제로 많은 국제형사재판소 직원들은 ICTY나 ICTR에서의 근무경험을 가지고 있다.

치가 있음을 인정하고”<sup>85)</sup> 수사에 침해야 하는 것이다. 국제형사재판소 검사의 이러한 ‘공평’ 수사의무는 (*Lubanga* 사건에서 상당부분 그러했던 것처럼) 이미 일방에 치우친 수사를 행하여 많은 수의 증거자료를 수집해 놓은 후 거기서 관련어 검색 등을 통해 걸러진 증거자료들에 대한 부주의하고 부정확한 면책증거해당성 판단행위를 통해서는 이행·충족될 수 없는 것이다. 필자는 ICTY의 경우처럼 전자증거개시시스템에 접근할 수 있는 ID와 패스워드를 변호인에게 제공한다든지, 관련어 검색을 통해 걸러진 증거자료만을 검토 분석한다든지 하는 전례는 로마조약 제54조 제1항하의 검사의 공평수사의무에 비추어 더 이상 국제형사재판소에는 적용되기 힘든 업무수행방식이라고 생각한다. 다른 말로 하면, 제54조 제1항의 (a)가 요구하는 것은 검사의 신중하고 정확한 면책증거해당성 판단행위에 근거하여 면책증거가 찾아졌을 경우에는 그것을 증거개시 하는 것만으로는 로마조약상 검사의 의무를 다하는 것이 될 수 없으며, 그 찾아진 면책증거를 출발점으로 하여 혐의를 입증하기 위해 그렇게 하는 것처럼 직접적 수사행위를 수행하라는 것이다. 혹자는 이 시점에서 현실적으로 이럴 경우 검찰국의 한정된 자원이 이러한 무거운 법적 요구를 감당할 수 있을 것인지 이의를 제기할 수 있을 것이다. 하지만 검찰국 내부의 인력 및 조직 운영에 대한 고려가 검찰국 업무수행의 기본원칙인 로마조약 제54조 제1항을 사문화시키는 상황을 허락해서는 안 될 것이다.<sup>86)</sup> 이

---

85) Cambridge Advanced Learner’s Dictionary (3rd Edition, Cambridge University Press)는 “equal”을 다음과 같이 정의하고 있다: “the same in amount, number or size, or the same in importance and deserving the same treatment.”

86) (약간은 다른 컨텍스트에서) 필자와 비슷한 논지를 피력하고 있는 판례는 다음 결정문에서 찾아볼 수 있다: *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Prosecutor’s application for leave to appeal Pre-Trial Chamber III’s decision on disclosure, ICC-01/05-01/08-75, ICC Pre-Trial

러한 면에서, 면책증거에 대한 수사의무가 없는 ICTY나 ICTR에서는 검사의 면책증거해당성 판단행위가 어느 정도 자유롭게 그리고 포괄적으로 행해질 수 있었는지도 모르겠다. 하지만, 검사의 직무수행과 관련한 객관성의 원칙을 명확히 규정함으로써 검사에게 면책사실에 대한 수사의무를 부과하고 있는 국제형사재판소에 있어서는 검사의 면책증거해당성 판단행위는 해당 사건의 수사전략수립 및 수사행위 전반에 중대한 영향을 미칠 수 있는 상당한 위험성을 내포하는 작업으로 그 성격이 바뀌게 되므로 그 판단은 매우 신중하게 행해져야 할 것이다.

---

Chamber, 25 August 2008, paras. 64-65: “64. The Prosecutor raises the argument of time and resources available to his office which applies both to the ‘fairness tenet’ and ‘expeditiousness tenet’ of the first requirement of article 82(1)(d) of the Statute. 65. The Single Judge acknowledges that the analysis to be conducted may possibly involve additional time and resources - an argument which the Single Judge can neither dismiss nor accept on the basis of pure assumptions. In any event, the internal organization of the Prosecutor’s office can only have a limited bearing on legal considerations and the efficient organization of the confirmation of the charges hearing.” (밑줄 첨가). 이에 더하여, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Decision on the “Prosecution’s Application for Leave to Appeal the ‘Order concerning the Presentation of Incriminating Evidence and the E-Court Protocol’” and the “Prosecution’s Second Application for Extension of Time Limit Pursuant to Regulation 35 to Submit a Table of Incriminating Evidence and related material in compliance with Trial Chamber II ‘Order concerning the Presentation of Incriminating Evidence and the E-Court Protocol’”, ICC-01/04-01/07-1088, ICC Trial Chamber, 1 May 2009, para. 36의 검찰국 업무량(workload) 관련 논의 참조.

## [참고문헌]

### 1. 국내문헌

권오근, 헤이그통신 (16): 검찰의 지위, 법률신문, 2008년 8월 21일자.

김영석, 국제형사재판소법강의, 법문사(2003).

백기봉, 국제형사증거법, 박영사(2008).

### 2. 해외문헌

Giuliano Turone, Powers and duties of the Prosecutor, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Cassese, Gaeta and Jones (eds.), Oxford University Press (2002).

J. Jones and S. Powles, *International Criminal Practice*, Oxford University Press (2003).

S. Zappala, "The Prosecutor's Duty to Disclose Exculpatory Materials and the Recent Amendment to Rule 68 ICTY RPE", *Journal of International Criminal Justice* (2004).

Sienho Yee, *The Tu Quoque Argument as a Defence to International Crimes, Prosecution or Punishment*, 3 *Chinese Journal of International Law* (2004).

Report of the Proceedings, *Colloquium of Prosecutors of International Criminal Tribunals on "The Challenges of International Criminal Justice"* (2004).

### 3. 해외법령, 판례 및 사건기록

독일 형사소송법 (Strafprozeßordnung, StPO), 제160조 제2항.

노르웨이 형사소송법 (Act of 22 May 1981 No. 25), 제226조 제3항.

스웨덴 사법절차법 (Ds 1998:65), Chapter 23, Section 4.

콜롬비아 1991년 헌법, 제250조, 제5항.

영국 Criminal Procedure and Investigations Act 1996, Chapter 25, Part 1, 3(1) (a).

영국 House of Lords, *R. v. Brown (Winston)*, [1998] A.C. 367.

미국 *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 83 S.Ct. 1194 (1963).  
미국 *United States v. Agurs*, 427 U.S. 97, 107, 96 S.Ct. 2392 (1976).  
미국 *United States v. Bagley*, 473 U.S. 667, 105 S.Ct. 3375 (1985).

[ICC]

*Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-108, 19 May 2006.  
*Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-568, 13 October 2006.  
*Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1019, 9 November 2007.  
*Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1243, 28 March 2008.  
*Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1248, 28 March 2008.  
*Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1401, 13 June 2008.  
*Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1433, 11 July 2008.  
*Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1552, 10 December 2008.  
*Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1573, 23 December 2008.  
*Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1574-Anx1, 24 December 2008.  
*Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1644, 23 January 2009.  
*Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1664, 4 February 2009.  
*Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1650-Anx, 26 January 2009.  
*Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, ICC-01/04-01/07-1088, 1 May 2009.  
*Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-55, 31 July 2008.  
*Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-75, 25 August 2008.  
*Lubanga* 사건 2006년 6월 23일 절차진행회의 속기록,  
ICC-01/04-01/06-T-9-ENG.  
*Lubanga* 사건 2007년 10월 1일 심리 속기록 ICC-01/04-01/06-T-52-ENG.  
*Lubanga* 사건 2008년 1월 10일 절차진행회의 속기록  
ICC-01/04-01/06-T-69-ENG.  
*Lubanga* 사건 2008년 1월 18일 구두결정 속기록  
ICC-01/04-01/06-T-71-ENG.  
*Lubanga* 사건 2008년 3월 13일 심리 속기록, ICC-01/04-01/06-T-79-ENG.  
*Lubanga* 사건 2008년 5월 28일 절차진행회의 속기록  
ICC-01/04-01/06-T-88-ENG.

Lubanga 사건 2008년 11월 25일 절차진행회의 속기록  
ICC-01/04-01/06-T-99-ENG.

(ICTY)

*Prosecutor v. Delalić et al*, Decision on the Request of the Accused Hazim Delić pursuant to Rule 68 for Exculpatory Information, T.Ch., 24 June 1997.

*Prosecutor v. Blaskić*, Decision on the Defence Motion for Reconsideration of the Ruling to Exclude from Evidence Authentic and Exculpatory Documentary Evidence, IT-95-14-T, T.Ch., 30 January 1998.

*Prosecutor v. Blaskić*, Decision on the Defence Motion for ‘Sanctions for Prosecutor’s repeated Violations of Rule 68 of the Rules of Procedure and Evidence’, T.Ch., 29 April 1998.

*Prosecutor v. Kupreskić*, Trial Judgement, IT-95-16, T.Ch., 14 January 2000.

*Prosecutor v. Kupreskić*, Appeals Judgement, IT-95-16-A, App.Ch., 23 October 2001.

*Prosecutor v. Brdjanin*, Decision on “Motion for Relief from Rule 68 Violations by the Prosecutor and for Sanctions to be Imposed pursuant to Rule 68bis and Motion for Adjournment While Matters Affecting Justice and a Fair Trial can be Resolved, IT-99-36-T, T.Ch., 30 October 2002.

*Prosecutor v. Blagojević et al*, Joint Decision on Motions Related to Production of Evidence, IT-02-60-PT, T.Ch., 12 December 2002.

*Prosecutor v. Halilović*, Decision on Defence Motion for Identification of Suspects and other Categories Among its Proposed Witnesses, IT-01-48-PT, T.Ch., 14 November 2003.

*Prosecutor v. Krstić*, Judgement, IT-89-33-A, App.Ch., 19 April 2004.

*Prosecutor v. Blaskić*, Appeals Judgement, IT-95-14-A, App.Ch., 29 July 2004.

*Prosecutor v. Brdanin*, Decision on Appellant’s Motion for Disclosure

- Pursuant to Rule 68 and Motion for an Order to the Registrar to Disclose Certain Materials*, IT-99-36-A, Appeals Chamber, 7 December 2004.
- Prosecutor v. Kordić*, Appeals Judgement, IT-95-14/2-A, App.Ch., 17 December 2004.
- Prosecutor v. Limaj et al*, IT-03-66, ICTY Trial Judgement, 30 November 2005.
- Prosecutor v. Blaskić*, Judgement, IT-97-24-A, App.Ch., 22 March 2006.
- Prosecutor v. Bralo*, Decision on Motions for Access to Ex-Parte Portions of the Record on Appeal and for Disclosure of Mitigating Material, IT-95-17-A, App.Ch., 30 August 2006.
- Prosecutor v. Milutinović et al*, Decision on Cross-Motions in relation to Evidence of Zoran Lilic, IT-05-87-T, T.Ch., 27 April 2007.
- Prosecutor v. Prilić et al*, Decision on the Mode of Interrogating Witnesses, IT-04-74, T.Ch., 10 May 2007.
- Prosecutor v. Seselj*, Order regarding Disclosure of Material pursuant to Rule 68(I) of the Rules of Procedure and Evidence, IT-03-67-PT, ICTY The Pre-Trial Judge, 9 July 2007.
- Prosecutor v. Delić*, Decision adopting Guidance on the Admission and Presentation of Evidence and Conduct of Counsel in Court, IT-04-83, T.Ch., 24 July 2007.

[ICTR]

- Prosecutor v. Bagilishema*, Decision on the Motion for a Review of the Decision by the President of the Appeals Chamber [...], ICTR-95-1A-A, App.Ch., 6 February 2002.
- Prosecutor v. Rutaganda*, Decision on the Urgent Defence Motion for Disclosure and Admission of Additional Evidence and Scheduling Order, ICTR-96-3-A, App.Ch., 12 December 2002.
- Prosecutor v. Karemera et al*, Decision on Interlocutory Appeal Regarding the Role of the Prosecutor's Electronic Disclosure Suite in Discharging

Disclosure Obligations, ICTR-98-44-AR73.7, App. Ch. , 30 June 2006.

[SCSL]

*Prosecutor v. Kondewa*, Decision on Motion to Compel the Production of Exculpatory Witness Statement, Witness Summaries and Materials Pursuant to Rule 68, SCSL-04-14-T, T. Ch. , 8 July 2004.

*Prosecutor v. Sesay et al*, Decision on Defence Motion for Disclosure pursuant to Rule 66 and 68 of the Rules, SCSL-2004-15-T, T. Ch. , 9 July 2004.

*Prosecutor v. Brima et al*, Decision on Kanu Motion to Disclose Prosecution Material and/or Other Information Pertaining to Rewards to Prosecution Trial Witnesses and Brima's Motion in Support, SCSL-04-16-T, T. Ch. , 16 March 2005.

*Prosecutor v. Sesay et al*, Decision on Sesay Motion Seeking Disclosure of the Relationship Between Governmental Agencies of the United States of America and the Office of the Prosecutor, SCSL-04-15-T, T. Ch. , 2 May 2005.