

국제중재에서의 전자증거개시

-전자증거개시를 규율하는 규정의 제정을 중심으로-

Electronic Discovery in International Arbitration
-Focusing on the Establishment of Rules Regarding Electronic Discovery-

안 정 혜*
Jeong-Hye Ahn

〈목 차〉

- I. 서설
- II. 전자증거개시의 특징
- III. 국제중재규칙들의 전자증거개시 관련 규정
- IV. 전자증거개시에 관한 적극적인 규정 제정 및 개발
- V. 결어

주제어 : 국제중재, 국제중재규칙, 증거개시, 전자증거개시, 전자적 자료

I. 서설

증거개시(discovery) 제도는 영미법계 국가의 소송절차의 특징 중 하나로, 소송 당사자 또는 소송당사자가 되려고 하는 자가 상대방이나 제3자로부터 소송과 관련된 사실관계나 증거자료를 수집하기 위하여 이용하는 변론전 절차를 의미한다. 각종 중재절차규칙은 이러한 증거개시 제도를 두어 중재 당사자들이 증거자료를 수집하도록 하고 있다.¹⁾

증거개시의 대상은 대체로 서류, 즉 종이에 인쇄된 인쇄물이었으나, 근래에는 이메일을 통한 교신, 워드프로세서를 이용한 문서의 작성, 전자적인 형태의 백업데이터보존 등 전자적 자료(electronically stored information, “ESI”)가 널리 사용됨에 따라, 전자적 자료를 대상으로 하는 전자증거개시(electronic discovery 또는 e-discovery)²⁾ 절차의 중요성이 점차 강조되기에 이르렀다. 이러한 변화에 부응하여 여러 국제중재기관은 전자증거개시에 관한 규정을 신설하였고 일부 중재기관은 전자증거개시 관련 규정 필요 여부 및 그 내용에 관한 연구에 박차를 가하고 있다.

이하에서는 전자증거개시가 전통적인 증거개시와 다른 점에 대하여 간략히 살펴보고, 여러 국제중재규칙에서 전자증거개시에 관하여 어떤 규정을 두고 있는지 살펴본 뒤, 전자증거개시에 대하여 특별한 규정이 필요한지, 필요하다면 어떠한 형식으로 규정을 마련하고 이러한 규정에는 내용을 담아야 할 것인지 살펴보기로 한다.

II. 전자증거개시의 특징

전통적인 증거개시절차가 주로 종이에 인쇄된 문서를 대상으로 하는 반면, 전자증거개시는 전자적 자료(ESI)를 그 대상으로 한다는 점에 차이가 있다. 전자증거개시의 특수성

- 1) 단, 국제중재규칙에서 정하는 증거개시제도는 영미법계의 증거개시제도와 동일한 것은 아니며, 증거개시제도를 두고 있지 아니한 대륙법계 국가에서도 쉽게 사용할 수 있도록 증거개시의 범위를 비교적 한정하고 있다.
- 2) discovery 의무는 소송에서 사용되는 개념으로서, 중재절차의 경우 disclosure 절차만이 존재할 뿐이라고 보는 견해도 있다. David Howell, “Developments in Electronic Disclosure in International Arbitration”, *Dispute Resolution International*, October 2009, pp.158-159. 이밖에, 미국중재협회(American Arbitration Association, 이하 “AAA”)의 국제중재절차에서의 정보개시 및 교환에 대한 국제분쟁해결센터 기준(International Centre for Dispute Resolution (ICDR) Guidelines for Information Disclosure and Exchange in International Arbitration Proceedings, 이하 “ICDR guidelines”)은 “discovery”라는 용어 대신 “exchange of information”이라는 용어를 사용하고 있음을 지적하면서, 이러한 용어 선택은 discovery 절차 수용을 꺼리는 대륙법계 법률가들이 ICDR Guidelines을 보다 쉽게 받아들일도록 하기 위한 것이라고 보는 견해도 제시되고 있다. Martin F. Gusy, Martin H. Illmer, “The ICDR Guidelines for Arbitrators concerning Exchanges of Information - A German/American Introduction in Light of International Practice”, *International Arbitration Law Review*, 2008, p. 197.

은 결국 전자적 자료의 특수성으로 인한 것인바, 전자적 자료의 특징과 그로 인하여 발생하는 전자증거개시의 특수성은 다음과 같다.

1. 전자적 자료(ESI)의 특징

(1) 방대한 분량

전자적 자료가 전통적인 증거개시 대상인 인쇄물과 가장 두드러지게 다른 점은, 이를 보관하는데 추가적인 공간이나 비용이 거의 필요하지 않아 방대한 분량의 자료를 쉽게 보관할 수 있다는 것이다. 이 때문에 전자적 자료를 생성·이용하는 담당자들은 전자적 자료를 삭제하거나 폐기할 필요성을 잘 느끼지 못하며, 기존의 자료를 지우지 않고 계속하여 컴퓨터 하드 등에 보관할 뿐만 아니라 불의의 사고에 대비하여 백업 자료까지 보존하여 두는 경향이 있다.

이밖에, 전자문서 제시에 관한 모범 관행, 권고 및 원칙에 대한 Sedona 원칙(The Sedona Principles: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production)³⁾은 전자적 자료의 특징으로 아래 (2) 내지 (7)의 여섯 가지 점을 들고 있다.

(2) 복구 가능성

전자적 자료를 완전히 폐기하는 것은 어려우며, 전자적 자료 자체를 삭제하더라도 해당 자료는 저장 매체에 보존되어 있다. 가령, 컴퓨터 파일이 삭제되더라도 해당 정보는 하드 드라이브에 저장되어 있으며 이는 나중에 복구될 수 있다. 또한 전자적 자료가 저장되어 있던 매체(가령 컴퓨터 하드 드라이브)를 포맷하거나 물리적으로 훼손하더라도 전자적 자료가 반드시 완전히 폐기되는 것은 아니므로 정보의 전부 또는 일부를 복구하는 것이 가능한 경우도 있다.

(3) 취약성(위조, 변조, 훼손의 용이성)

전자적 자료는 계속하여 편집, 수정될 수 있다. 나아가 이러한 전자정보는 인위적으로 조작하지 않더라도 자동 백업 시스템 등을 통하여 자동적으로 변환될 수 있으며, 단순히 파일을 열거나 이동하는 것만으로도 생성 정보 등이 변경될 수 있다.

(4) 전자적 자료 자체에 대한 정보(metadata)의 존재

전자적 자료는 “메타데이터(metadata)”라고 불리는 숨겨진 정보를 포함하고 있다. 이러

3) http://www.thesedonaconference.org/content/miscFiles/TSC_PRINCP_2nd_ed_607.pdf, 10 June 2010.

한 메타데이터는 전자문서를 인쇄하는 경우 표시되지는 않으나, 전자문서 자체에 대한 정보, 가령 작성자, 작성일, 수정일 등의 정보를 포함하고 있다.

(5) 잠재성

전자정보에 접근하기 위해서는 적절한 하드웨어 및 소프트웨어가 필요하다. 가령 파일을 생성하기 위해서는 특정한 운영 체제가 필요하며, 이러한 운영 체제는 시간이 지나면 사용되지 않으므로 해당 운영 체제하에서 작성된 파일에 대한 접근이 힘들어질 수 있다.

(6) 공유가능성

전자정보는 이메일이나 인터넷 등의 매체를 통해 공유될 수 있으므로, 여러 장소에 동시에 존재할 수 있고, 작성자 외의 사람이 비교적 쉽게 입수할 수 있다.

(7) 검색가능성

전자정보는 키워드 검색 등을 통하여 경우에 따라서는 종이에 인쇄된 전통적인 의미의 문서보다 효율적으로 검색할 수 있다.

2. 전자적 자료(ESI)의 특징으로 인하여 발생하는 전자증거개시의 특수성

전자적 자료의 위와 같은 특징으로 인하여, 전자증거개시는 주로 인쇄물을 대상으로 하는 기존의 전통적인 증거개시와 비교하여 다음과 같은 특징을 가진다.

(1) 증거개시에 소요되는 시간과 비용의 증가

전자적 자료의 방대한 분량과 복구가능성으로 인하여, 전자증거개시는 전통적인 증거개시보다 매우 방대한 분량의 자료를 대상으로 하며, 때로는 현존하는 자료 외에 이미 폐기되어 기술적인 복구가 필요한 자료까지 대상으로 하게 된다. 더구나, 전자적 자료가 인덱스 작업이 되어 있지 않은 상태로 저장되어 있는 경우에는 방대한 자료 중에 당사자가 원하는 특정 자료를 찾아내는 일은 결코 쉽지 않다. 이는 전자증거개시절차에서 많은 시간과 비용이 소모되는 원인이 되고 있다.

(2) 증거가치의 담보 곤란

전자적 자료의 취약성 및 공유가능성으로 인하여, 전자적 자료는 보존 및 제출 과정에서 쉽게 변경·훼손·위조·변조될 수 있다. 즉, 전자문서는 전통적인 인쇄문서보다 조작하거나 손상시키는 것이 용이하며 이를 적발하기가 쉽지 않다. 또한 원본과 동일한 내용으로

쉽게 복제할 수 있기 때문에 원본과 복제본의 구별이 곤란하며, 이를 뒤집어 생각하면 특정인이 전자적 자료를 작성하였다는 것도 입증하기가 쉽지 않다. 또한 여러 장소에 존재하는 다수의 사람이 쉽게 공유할 수 있기 때문에 전자적 자료의 조작이나 손상·변경은 더욱 손쉽게 이루어질 수 있다. 요컨대, 전자적 자료는 증거로서의 가치를 가지기 위한 진정성, 무결성, 신뢰성 및 원본성을 유지하고 보증하기가 곤란한 특성을 가지고 있다.

이러한 문제점을 극복하기 위해서는 전자적 자료 자체에 대한 정보, 즉 메타데이터를 보존하고 그 내용을 확인할 필요가 있으나, 메타데이터는 전자문서를 단순히 인쇄하는 때에는 드러나지 않고 이를 조사하는 데 기술적 지식과 장비가 요구될 뿐 아니라, 메타데이터 자체에 대한 조작이나 변조 가능성도 완전히 배제할 수는 없으므로 메타데이터를 활용한다고 하여 전자적 자료의 증거가치를 손쉽게 담보할 수 있는 것은 아니다.

(3) 제출 형태의 다양성

전통적인 문서는 그 원본이나 사본을 인쇄 또는 필사된 상태로 제시함으로써 쉽게 제출할 수 있고, 이러한 제출 형태에 대하여 당사자가 이의를 제기하는 일은 흔치 않다. 그러나 전자적 자료는 디지털 형태로 저장되어 육안으로 식별할 수 없기 때문에, 이를 제출하기 위해서는 지면에 인쇄하여 인쇄물 형태로 만드는 방법을 우선 고려할 수 있다.

또한 전자적 형태를 그대로 유지한 채 자료를 제출하는 것도 가능한바, 이 경우에는 어떤 매체를 이용하여 제출할 것인지(작성자 또는 보관자의 컴퓨터나 PDA 등 전자적 자료가 보관된 매체를 그대로 제출할 것인지 혹은 전자적 자료를 디스켓이나 USB 등 별도의 매체에 저장하여 제출할 것인지), 어떤 형식의 파일로 제출할 것인지(word나 excel 등 원본 파일을 그대로 제출할 것인지 또는 이를 가공하여 변경이 곤란한 pdf나 tiff 등의 형태로 제출할 것인지) 등의 문제가 남는다.

이러한 제출 방법들은 각각 장단점이 있어 어느 한 방법도 완벽하다고 보기 어려울 뿐만 아니라 제출 비용 및 제출된 자료의 조사 방법 등에 차이가 있으므로, 당사자들 사이에 전자적 자료의 제출 형태에 대하여 이견이 발생할 수 있다.

(4) 증거개시 대상의 제한 가능성

전자적 자료가 인덱스 작업을 거쳐 저장된 경우, 또는 키워드 검색이 가능한 포맷으로 저장되어 있는 경우에는, 적절한 검색 방법을 지정함으로써 증거개시의 대상이 되는 자료를 제한할 수 있다. 전통적인 문서의 경우, 작성자나 내용, 취지, 작성 목적 등을 추상적으로 지정하여 특정할 수밖에 없고, 특히 문서 내용 등을 지정하는 경우에는 그 범위가 불분명하여 증거의 개시를 요구하는 당사자와 증거를 개시하는 당사자 사이에 다툼이 발생할 가능성이 있다. 그러나 검색 가능한 형태의 전자적 자료의 경우, 키워드 검색 방법

및 자료가 보관된 매체의 범위를 지정함으로써 증거개시 대상이 되는 자료의 범위를 비교적 객관적으로 특정할 수 있다. 전자적 자료의 이러한 특징은, 방대한 분량으로 인한 문제점을 해결하는 단서가 될 수 있다는 점에서 적극적으로 고려될 필요가 있다.

Ⅲ. 국제중재규칙상의 전자증거개시 관련 규정

1. ICDR guidelines

미국중재협회(American Arbitration Association, 이하 “AAA”)는 2007년 인쇄자료 및 전자 자료의 교환에 관한 태스크포스 팀을 조직하였고, 2008년 5월 전자증거개시에 관한 내용이 포함된, 국제중재절차에서의 정보개시 및 교환에 대한 국제분쟁해결센터 기준 {International Centre for Dispute Resolution (ICDR) Guidelines for Information Disclosure and Exchange in International Arbitration Proceedings, 이하 “ICDR guidelines”}을 제정하였다. 위 기준은 당사자들이 서면으로 달리 합의하지 않는 한, 2008. 5. 31. 이후 개시된 중재절차 또는 그 이전에 개시되었더라도 중재판정부의 재량에 의하여 위 기준을 채택한 국제중재 절차에 적용된다{ICDR Guidelines 서장(Introduction)}.

ICDR Guidelines는 전자증거개시에 관하여 단 한 조항의 규정을 두고 있는바, 전자문서(electronic document)를 개시하는 당사자는, 중재판정부가 다른 형태의 제출을 명하지 않는 한, 이를 종이에 인쇄하는 등 가장 편리하고 경제적인 형태로 제출하여야 하고, 전자 문서에 대한 개시요구는 가능한 한 경제적으로 조사할 수 있도록 좁은 범위로 한정되어야 하며, 중재판정부는 검사 기타 다른 조사의 제한 방법을 지시할 수 있다(ICDR guidelines 제4조).

위 조항은 주로 전자문서의 제출 형태에 대하여 규율하면서 중재판정부의 권한을 일견 확대하고 있는 것으로 보이나, 중재판정부가 메타데이터의 제출이나 삭제된 정보의 복구를 명할 권한을 부여하고 있지 않은바, 향후 진행될 중재절차에서 중재판정부들이 메타데이터나 삭제된 정보도 “전자문서”에 포함되는 것으로 판단할지는 두고 보아야 할 문제이다. 그러나 위 조항이 전자적 “정보(information)”나 “자료(data)”가 아닌 전자 “문서(document)”를 대상으로 하고 있는 것은 중재판정부가 ICDR Guidelines에 따른 증거개시 대상을 가급적 좁게 규정하려는 시도인 것으로 해석될 수 있다.⁴⁾

또한 위 조항은 전자문서의 제출이나 조사에 대해서만 규율하고 있을 뿐, (i) 전자적 자료의 보존이나 폐기의 제한, 또는 이에 대한 제재 등은 전혀 언급하지 아니하여 증거개시

4) Martin F. Gusy, Martin H. Illmer, op. cit., p. 200.

의 대상이 되는 자료의 증거가치를 확보하는 것에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 아니며, (ii) 증거개시의 범위를 제한하기 위한 구체적인 내용, 가령 작성일자나 보관자에 따라 전자문서를 증거개시 범위에서 제외한다거나, 당사자들이 개시대상 전자문서의 범위를 좁히기 위하여 적용할 키워드나 소프트웨어 도구, 포맷 등에 대해서도 아무런 규정을 두고 있지 않다.

AAA의 태스크포스팀은 ICDR Guidelines에 이와 같이 간략한 규정만을 둔 이유에 관하여, 만일 보다 자세한 규정을 개발한다면, 전자증거개시와 관련된 쟁점들이 다른 전통적인 증거개시요구에서 발생한 유사한 쟁점들과 다르게 취급되어야 하는지 여부에 대하여 논쟁을 야기할 수 있기 때문이라고 밝히고 있다.⁵⁾

2. CIArb Protocol for E-Disclosure in Arbitration

Chartered Institute of Arbitrators(CIArb)는 2008년 10월, 중재에서의 전자증거개시를 위한 의정서(Protocol for E-Disclosure in Arbitration, 이하 “CIArb Protocol”)에서 14개 조항에 걸쳐 전자문서의 개시 요구, 개시 명령, 개시 방법, 절차 및 비용 등에 관하여 ICDR guidelines보다 상세한 규정을 제정하였다. 다만, CIArb Protocol은 이 의정서가 모든 중재 사건에 적용하기 위한 것은 아니며, 전자문서가 증거개시 대상이 될 가능성이 있는 사건으로서 증거개시의 시간과 비용이 문제가 될 수 있는 사건에 대해서만 적용하기 위한 것이라고 밝히고 있다. 즉, 당사자들은 CIArb Protocol과 다른 내용의 합의를 할 수 있고, CIArb Protocol은 전자정보의 증거개시에 관하여 발생할 수 있는 쟁점들에 대하여 익숙하지 않은 중재인, 당사자 및 대리인들에게 유용한 체크리스트를 제공하는 역할을 하는 것이다(CIArb Protocol, 중재절차에서의 전자증거개시를 위한 CIArb Protocol의 목적(Purpose of CIArb Protocol for E-disclosure in Arbitration)).

CIArb Protocol의 규정 내용을 살펴보면, 우선 가급적 중재 절차의 초기 단계, 늦어도 preliminary meeting 이전에 당사자들과 중재판정부가 전자증거개시에 대하여 논의하도록 정하고 있으며(CIArb Protocol 제1조-제3조), 중재 당사자 간의 전자문서 개시 요구에 대해서도 아래 4.에서 언급한 IBA Rules와 유사하게 관련성 및 중대성을 요구하고 있다(CIArb Protocol 제4조). 또한, CIArb Protocol은 중재판정부의 개시명령과 관련하여, 합리적으로 접근 가능한 정보를 대상으로 하여야 하며 특별한 이유가 없는 한 삭제되거나 손상된 정보 또는 일상적인 사업 수행 과정에서 자동적으로 폐기된 정보 등에 대하여 복구를 명하지 않도록 정하고, 나아가 전자문서의 제출과 관련하여서도 전자정보가 통상 보존

5) John Beechey, “The ICDR Guidelines for Information Exchanges in International Arbitration: An Important Addition to the Arbitral Toolkit”, *Dispute Resolution Journal*, August 2008, p. 88.

되는 형태 또는 합리적으로 사용 가능한 형태에 의하여야 한다고 규정하면서(CI Arb Protocol 제7조), 메타데이터의 개시는 메타데이터의 관련성 및 중요성이 메타데이터 제출 비용을 상회하는 경우에만 가능하도록 명시하고 있다(CI Arb Protocol 제8조). 이밖에, CI Arb Protocol은 증거개시의 구체적인 절차나 비용의 부담에 대해서도 비교적 상세히 규정하고(CI Arb Protocol 제10조-제13조), 일방 당사자가 CI Arb Protocol에 따른 증거개시 합의 또는 중재판정부의 증거개시 명령을 준수하지 않는 때에는 중재판정부가 불리한 추정을 할 수 있는 것으로 정하고 있다(CI Arb Protocol 제14조).

3. CPR Protocol

CPR(International Institute for Conflict Prevention & Resolution)은 2008년 12월, 상사중재에서의 문서 개시 및 증인 제시에 관한 의정서(Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration, 이하 “CPR Protocol”)를 제정하였다. CPR Protocol은 (i) 중재판정부가 전자정보의 개시 요구에 대응하기 위한 일반 원칙을 정립하는 것을 돕고 (ii) 당사자들에게 전자증거개시에 관한 방식들(Modes of Disclosure of Electronic Information)을 제시하여 이 중 하나를 선택할 수 있도록 하는 것을 목적으로 하고 있다(CPR Protocol, 서문(Preamble) 제1조). 중재판정부나 당사자들은 CPR Protocol의 내용에 반드시 구속되는 것은 아니나, 중재판정부 또는 중재인은 중재 절차를 조직하고 관리함에 있어 CPR Protocol을 이용하도록 권장된다(CPR Protocol, 서문(Preamble) 제2조, 제3조).

CPR Protocol의 Schedule 2는 각 당사자의 주장을 뒷받침하는 전자정보의 사본만을 증거개시 대상으로 하는 Mode A부터 증거개시를 거부할 수 있는 특권의 대상이 되지 않는 정보로서 어느 당사자의 주장 또는 방어와 관련이 있는 것이라면 증거개시의 대상이 될 수 있다고 하는 Mode D에 이르기까지 네 단계의 mode를 제시하고 있으며, 당사자들은 이들 mode 중 하나를 선택할 수 있다. 당사자들이 Mode B 내지 Mode D를 선택한 경우에는 중재판정부와 중재 절차 일정에 대한 협의를 하기 전에, 전자적 자료의 개시를 위한 양식 및 일정에 대하여 먼저 협의하여야 한다.

4. IBA Rules

국제상사중재에서 절차에 관한 규칙으로 광범위하게 이용되고 있는 국제상사중재에서의 증거 채택에 관한 IBA 규정(IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, 이하 “IBA Rules”)은 정의규정에서 “문서(Document)”란 종이에

인쇄된 문서 이외에 청각 또는 시각적 기록 및 기타 모든 기계적 또는 전자적 정보 저장 수단을 이용한 모든 종류의 문서를 포함하는 것이라고 하여 전자문서가 IBA Rules의 규율 범위에 포함된다는 점을 명백하게 하고 있다(IBA Rules 제1조). 그러나 IBA Rules는 전자증거개시에 대하여 명시적으로 별도의 규정을 두고 있지는 않으며, 문서의 개시 형태에 대해서도 원본의 내용과 일치하는 사본을 제출하도록 규정하는 등(IBA Rules 제3.11조) 종이에 인쇄된 문서 위주로 증거개시 절차를 규정하고 있다.

그러나 IBA(International Bar Association)의 2008년, 2009년 연례회의(annual conference)에서는 전자증거개시에 관하여 다양한 의견들이 개진되었으며, IBA가 이러한 의견들을 취합하여 IBA Rules와 함께 적용될 수 있는 의정서(protocol) 또는 지침(guidelines)을 제정하거나, 또는 IBA Rules 자체를 수정할 수도 있을 것이다.⁶⁾

5. ICC Rules

ICC 중재규칙(International Chamber of Commerce Rules of Arbitration, 이하 “ICC Rules”)은 전자정보개시에 관하여 아직 특별한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 ICC는 2008년, 국제중재에서의 전자정보개시를 위한 특별위원회(Working Party on Techniques for Production of Electronic Information in International Arbitration)를 조직하여 전자정보개시에 관한 검토를 계속해오고 있는바,⁷⁾ 이러한 연구 결과가 축적되면 장차 이를 반영하여 ICC Rules가 개정되거나 ICC 국제중재절차에 적용되는 다른 규칙(Rules)이나 지침(Guidelines)등이 제정될 가능성도 있을 것으로 예상된다.

6. 대한상사중재원 국제중재규칙

대한상사중재원 국제중재규칙(The Rules of International Arbitration for the Korean Commercial Arbitration Board)은 전자정보개시에 대하여 별도의 규정을 두고 있지 않으며, 다만 당사자들이 달리 서면으로 합의하지 않는 한, 중재판정부는 절차 진행 중 언제라도 당사자들에게 문서, 서증 또는 기타 증거(documents, exhibits or other evidence)를 제출하도록 명할 수 있는 것으로 규정하고 있다(대한상사중재원 국제중재규칙 제22조 제1항 제1호).

“문서(document)”에 전자문서가 포함되는 것으로 정의하고 있는 IBA Rules와 달리 위 규칙은 이러한 정의규정조차 두고 있지 않으므로, 위 규정이 전자적 자료에도 적용될 수 있을지 여부는 분명하지 않다. 그러나 전자적 자료가 비록 “문서”에 해당하지 않더라도

6) David Howell, op. cit., p.155.

7) <http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/index.html?id=23620>.

위 규칙에서 정하는 “중재판정부가 필요하거나 적절하다고 판단하는 다른 증거(other evidence it deems necessary or appropriate)”에는 해당될 수 있을 것이므로 위 규칙에 의하더라도 전자증거개시의 가능성이 반드시 부인되는 것은 아니다.

다만, 위 규칙은 전자적 자료의 보존, 제출 형태, 제출 범위의 제한, 제출 및 조사비용 부담 등에 대하여 전혀 규정하고 있지 아니하므로, 실제로 위 규칙에 따른 국제중재절차에서 전자증거개시가 이루어지는 경우 중재판정부나 당사자들이 어려움을 겪을 가능성이 높다.

IV. 전자증거개시에 관한 적극적인 규정 제정 및 개발

1. 전자증거개시에 관한 적극적인 규정의 도입에 대한 논의

전자증거개시에 대해서 별도의 독립적인 규정을 신설할 것인지, 신설한다면 어느 정도로 구체적이고 상세하게 규정할 것인지, 규정의 형식은 어떻게 할 것인지에 대해서는 여러 견해가 대립하고 있다. 위에서 살펴본 국제중재규칙들의 내용을 살펴보더라도, 전자증거개시에 대하여 아무런 별도의 규정을 두지 않은 예(ICC Rules, IBA Rules, 대한상사중재원 국제중재규칙)도 있고, 전자증거개시에 대하여 상세하게 규정하는 것이 오히려 바람직하지 않다는 고려하에 최소한의 규정만을 신설한 예(ICDR guidelines)도 있으며, 전자증거개시에 관하여 비교적 상세한 규정을 두거나(CIArb Protocol), 여러 개의 옵션을 주고 당사자들이 이 중 하나를 선택하도록 하는 예(CPR Protocol)도 있어 이런 다양한 견해들을 구체화하고 있다.

이하에서는 전자증거개시에 관한 별도의 규정을 도입하는 것이 필요한지 여부에 대하여 살펴보고, 만일 이런 규정이 필요하다면 어떠한 형식으로 제정하는 것이 바람직하며 어떤 내용을 포함하여야 할 것인지에 대하여 논의하기로 한다.

2. 전자증거개시에 관한 적극적인 규정의 필요성

(1) 전자증거개시 관련 규정의 필요성에 대한 의문

전자증거개시에 대한 별도의 규정을 도입할 필요가 있는지 여부를 검토할 때 가장 먼저 제기될 수 있는 의문은, 과연 기존의 증거개시 관련 규정이 전자증거개시에는 적용될 수 없는 것인지, 즉, 기존 규정을 적용함으로써 전자증거개시 절차를 진행할 수 있다면 굳이 시간과 비용을 들여 별도의 규정을 제정할 필요가 있겠는지 하는 문제일 것이다.

전자증거개시에 대하여 명시적인 규정을 두고 있지 아니한 국제중재규칙들을 살펴보다도, IBA Rules처럼 정의규정에 전자문서 등에 대한 내용을 포함시킴으로써 전자증거개시에 해당 규정이 적용된다는 점을 명백히 할 수 있고, 대한상사중재원 국제중재규칙과 같이 이와 같은 정의규정마저도 없는 경우라 하더라도, 전자적 자료가 “증거”에 해당하는 경우에는 증거개시절차 또는 유사한 관련 규정을 적용하는 것이 충분히 가능하므로, 위와 같은 의문은 타당한 면이 있다.

그러나 다음과 같은 점을 감안할 때, 국제중재규칙에서 전자증거개시에 관하여 별도의 규정을 두는 것이 바람직하다.

1) 전자증거개시 범위의 제한을 통한 시간과 비용의 절감

중재절차에서는 통상 일정한 단계가 지나면 더 이상 상대방에게 증거개시를 요구할 수 없기 때문에 중재 당사자들이나 대리인들은 광범위한 증거개시를 요구하고자 하는 유혹에 빠지기 쉽다. 또한 증거개시에 많은 비용과 시간이 소모되는 경향이 있으므로, 상대방에게 광범위한 증거개시를 요구함으로써 압박을 가하거나 중재절차의 지연을 시도할 수 있다는 전략적인 이점 역시 무시하기 어렵다.⁸⁾

그러나 당사자들이나 대리인들이 이와 같은 전략을 고수하는 경우 결과적으로 쌍방 당사자의 증거개시비용이 모두 증가하게 될 것이며, 증거개시절차의 지연으로 인하여 중재절차가 지연될 위험이 있고, 이러한 절차의 지연은 다시 비용의 증가로 이어지게 될 것이다. 당사자들, 특히 영미법계 당사자들이 소송절차 대신 중재절차를 선택하는 주요한 이유 중 하나는 중재절차의 경우 소송절차보다 증거개시 비용이 적게 든다는 것인데,⁹⁾ 증거개시절차가 중재절차에서 가장 비용을 많이 소모하며 특히 전자적 자료의 증거개시의 경우 더욱 그러하다는 점¹⁰⁾을 감안하면, 전자증거개시에 소요되는 비용을 절감하지 못하는 경우 중재절차 자체가 당사자들로부터 외면 받을 위험이 있다.

그런데 위에서 서술한 바와 같이, 전자증거개시에 많은 시간과 비용이 소비되는 주된 이유는 증거개시 대상인 전자적 자료의 분량이 지나치게 방대하다는 데 있으며, 결국 증거개시 대상이 되는 자료를 적절한 범위에서 제한하지 않는 한, 증거개시 시간 및 비용을 절약하기 어렵다. 기존의 국제중재규칙에서도 증거개시 대상이 되는 자료는 분쟁의 내용과 관련이 있고(relevant) 중대할(material) 것을 요구하는 등 어느 정도 제한을 두고 있기는 하나(IBA Rules 제3.3조), 전자적 자료의 경우 워낙 분량이 방대한데다가 분쟁과의 관련성 및 중대성이 인정되는 자료만 추리더라도 그 양이 방대할 수 있으므로 이러한 제한

8) Alain Frécon, “Delaying Tactics in Arbitration”, *Dispute Resolution Journal*, November 2004., pp. 43-44.

9) John H. Henn, “Where Should You Litigate Your Business Dispute? In an Arbitration Or Through the Courts?”, *Dispute Resolution Journal*, August 2004, p. 36.

10) Zela G. Claiborne, “Constructing a Fair, Efficient, and Cost-Effective Arbitration”, *Alternatives to the High Cost of Litigation*, August 2008, pp. 187-188.

만으로는 충분히 합리적인 분량으로 개시대상 자료의 양을 줄이기 어렵다.

따라서 전자적 자료 고유의 특성을 감안하여, 아래에서 살펴보는 바와 같이 증거의 제출 형태나 키워드 검색 등을 통한 제출 범위의 객관적 제한을 시도하고 이러한 시도가 효율적으로 이루어질 수 있도록 당사자들이 사전 회의 전에 전자적 증거의 개시에 관하여 미리 협의하는 절차를 마련함으로써 중재절차의 효율성을 높이고 시간과 비용을 절약하며 나아가 중재절차의 이용자를 늘려 국제중재를 활성화하는 효과를 기대할 수 있다.

2) 절차 초기단계에서부터 주의 환기

전자증거개시에 대한 별도 규정이 필요한지 여부와 관련하여 제기될 수 있는 또 하나의 의문점은, 전자증거개시에 대한 규정, 특히 중재절차 초기단계에서 전자증거개시에 관하여 당사자들이 협의를 하도록 하는 규정이 존재한다고 하여 이후 증거개시절차에서 당사자들 사이에 전자증거개시에 관한 이견이 발생하거나 분쟁이 생기는 것을 막을 수 있겠는가 하는 점이다.

전자증거개시에 관한 규정을 아무리 상세하게 정비하여 둔다 하더라도, 향후 중재절차가 진행됨에 따라 당사자들이 미처 생각하지 못했던 새로운 문제가 발생할 수 있고, 증거개시의 세부적인 사항에 대하여 당사자들 사이에 예상치 못했던 이견이 발생할 수도 있으므로, 위와 같은 문제 제기도 전혀 일리가 없는 것은 아니다.

그러나 중재절차 초기 단계에서 당사자들이 가급적 전자증거개시에 관하여 협의하도록 유도하는 것은 가능하면 초기 단계부터 당사자들이 전자적 자료의 개시 범위에 대해 어느 정도가 적정인지 고려하는 기회를 제공한다.¹¹⁾ 당사자들이 이렇게 일찍부터 전자적 자료의 개시에 대해 심사숙고 한다면 전자증거개시의 내용이나 범위를 예측하는데 도움이 될 것이고, 이후 실제로 증거개시가 이루어지는 경우 절차가 보다 효율적으로 진행되어 결국 시간과 비용이 절약될 것이다.

또한 절차 초기에 전자증거개시에 대하여 협의하게 되면, 당사자들은 초기 단계에서부터 증거개시 대상이 될 가능성이 있는 자료의 보존에 주의를 기울일 것이고, 특히 일상적인 업무수행 또는 자료 정리 과정에서 전자적 자료를 폐기하거나 삭제하지 않도록 보다 유의하게 될 것이다.¹²⁾ 그 결과 후에 증거로 개시하여야 하는 자료가 삭제됨으로 인하여 당사자들 사이에 다툼이 발생할 가능성이 낮아진다. 뿐만 아니라, 전자증거개시에 대하여 협의를 거쳤음에도 불구하고 일방 당사자가 자료를 삭제한 경우에는 중재판정부가 자료를 삭제한 당사자에 대하여 불리한 추정을 하거나 기타 제재를 가하는 데 부담이 줄어들 것이다. 그리고 향후에 당사자들이 증거개시와 관련하여 절차적 방어권을 충분히 보호받지

11) Joel Greer, "Practical Considerations Regarding Certain Aspects of Electronic Discovery", *International Arbitration Law Review*, 2009, p. 13.

12) Joel Greer, *op. cit.*, p. 14.

못했다거나 일방 당사자를 불리하게 취급하였다는 문제를 제기할 위험도 축소될 것이므로, 중재판정의 집행가능성을 높이는 데도 도움이 될 것이다.

3) 예측가능성 확대 및 판단 기준의 제공

전자증거개시에 대한 규정을 마련하여 당사자들이 그 채택 여부를 결정할 수 있도록 하거나, 전자증거개시에 관한 옵션을 제시하여 당사자들이 이들 중 적절한 것을 선택할 수 있도록 하더라도, 이것만으로는 당사자들이 중재 합의시 자신들의 선택 결과를 예측하기 어려우며, 나아가 전자증거개시에 대하여 상세한 규정을 제공함으로써 오히려 중재인들이 증거개시 관련 특정 규정에 의하여 방해받을 수 있다는 의문이 제기될 가능성도 있다.¹³⁾

그러나 위에서 살펴본 바와 같이 전자적 자료의 경우 전통적인 인쇄 문서와 비교할 때 분량, 보존방법, 폐기 가능성, 증거개시 비용 등에 관하여 여러 가지 차이점이 존재하며 이러한 차이점은 중재절차 및 증거개시절차에서 충분히 고려할 가치가 있는 사항들이다. 따라서 기존의 증거개시절차에 관한 규정만으로는 규율하기 어렵거나 합리적인 결론을 도출하기 곤란한 영역이 존재할 수밖에 없으며, 이러한 문제에 대하여 적극적으로 대처하는 규정을 두는 것은 중재인의 부담을 덜고 당사자들이 이러한 규정의 적용 결과를 완벽하게 예측하도록 해주지는 못한다 하더라도 최소한 당사자들의 예측가능성을 높이는데 기여함으로써 긍정적인 효과를 기대할 수 있다.

뿐만 아니라, 중재인이나 당사자들 중에는 전자적 자료의 사용 또는 개시절차에 익숙하지 않은 사람도 다수 있을 것인바, 이러한 경우 만연히 전자증거개시 절차 진행을 당사자의 합의에만 맡기거나 중재인이 기존의 증거개시관련 규정을 응용하여 절차 명령(procedural order)을 내리도록 하는 것은 중재인이나 당사자에게 모두 부담이 될 수 있다. 당사자들이 전자증거개시에 관한 규정을 채택하거나 전자증거개시 관련 옵션 중 하나를 선택하는 경우와 비교할 때, 당사자들이 자신들의 선택의 결과를 잘 알지 못한다고 하여 증거개시절차에 관한 결정을 처음부터 당사자들의 합의에 맡기거나 중재인이 결정하도록 하는 것이 과연 더 나은 결과를 이끌어낼 수 있는지 의문이다.

이러한 점들을 종합하여 볼 때, 전자증거개시에 관하여 비교적 풍부한 경험을 가진 전문가들이 실제 절차 진행과 관련하여 발생할 수 있는 여러 가지 문제점들을 고려하여 합리적인 규정을 제정하고, 중재인들이나 당사자들이 이를 이용하도록 하는 것이 보다 합리적이고 효율적인 방안이라 할 것이다. 더구나 이런 규정들이 반드시 당사자를 구속하는 것이 아니고 당사자들은 중재합의를 체결할 때 어떤 중재규칙을 따를 것인지 선택할 수 있으며 절차에 관한 사항도 합의할 수 있으므로, 전자증거개시에 관한 규정을 신설하는

13) Jonathan L. Frank, Julie Bédard, "Electronic Discovery in International Arbitration: Where Neither the IBA Rules Nor U.S. Litigation Principles Are Enough", *Dispute Resolution Journal*, November 2007, pp.71-72.

것은 당사자들에게 이로움을 줄 수 있을지언정 어떤 해로움도 끼치지 않는다.

4) 전자증거개시 관련 규정 제정의 비용과 효과

전자증거개시 관련 규정의 필요성에 대하여 제기될 수 있는 또 하나의 의문은, 실제로 국제중재 절차에서 전자적 자료에 대한 증거개시가 항상 문제되는 것은 아니며 오히려 이러한 사건이 소수에 지나지 않는데, 구태여 시간과 노력을 투자하여 전자증거개시에 대한 규정을 별도로 제정할 필요가 있을까 하는 점이다.¹⁴⁾

그러나 현재까지 국제중재에서 전자적 자료에 대한 증거개시가 크게 문제되지 않았다고 하여 앞으로도 계속 그러하리라고 보기는 어렵다. 기업들이 이용하는 전자적 정보의 양은 최근 수년 동안의 추세만 보더라도 폭발적으로 증가하고 있는바, 미국의 경우 1,000대 기업에서 사용하는 디지털 정보의 양은 2004년에서 2007년까지의 기간 동안 190 테라바이트(terabyte)에서 1,000 테라바이트로 증가하였고, 같은 기간 동안 미국의 9,000개 중간 규모 회사들의 디지털정보 사용량은 2 테라바이트에서 100 테라바이트로 증가하였다. 전세계적으로 사용된 정보의 양을 추산하여 볼 때, 2003년에는 약 5 엑사바이트(exabyte) 정도였으나, 2006년에는 161 엑사바이트로 증가하였고, 2007년에는 약 255 엑사바이트를 초과할 것으로 추정된다.¹⁵⁾ 더구나 이러한 자료들의 양을 감안해 볼 때 전자적 자료를 일일이 출력하여 인쇄하면 그 분량이 지나치게 많으므로,¹⁶⁾ 전자적 자료의 이용이 급증함과 비례하여 인쇄 문서에 대한 의존도는 점점 줄어들 것으로 예상된다. 따라서 국제상사중재절차에 있어서 전자증거개시가 필수불가결한 절차가 되는 날이 머지않아 올 것이며, 이러한 상황에 미리 대비하지 않으면 중재절차를 이용하는 당사자들이 큰 불편을 겪게 될 것이고, 중재인들 역시 따라야 할 규칙이나 참고할 만한 지침 또는 선례 없이 새로운 상황에 대처하여야 하는 어려운 입장에 처하게 될 것이다.

즉, 비록 아직 전자적 자료의 실제 사용량에 비하여 국제중재에서의 전자증거개시에 대한 수요가 덜 두드러지기는 하나, 이러한 필요성은 계속하여 존재하고 있으며 앞으로도 줄어들지 않을 것이므로,¹⁷⁾ 현재 상황에서 전자증거개시에 대한 규정을 준비하여 두는 것은 이러한 규정을 제정하는데 들이는 수고에 값하고도 남음이 있을 것이다.

14) David Howell, *op. cit.*, p.158.

15) Shira A. Scheindlin, Daniel J. Capra & The Sedona Conference, *Electronic Discovery and Digital Evidence*, West Group, 2009, p.3.

16) 1 exabyte = 2^{10} petabytes = 2^{20} terabytes = 2^{30} gigabytes 에 해당한다. 1 gigabyte의 MS word 문서를 종이로 인쇄하는 경우 약 50,000 페이지정도의 출력물이 된다.

17) Joel Greer, *op. cit.*, p. 11.

3. 전자증거개시에 관한 규정의 형식

위에서 살펴본 바와 같이 전자증거개시에 관하여 적극적인 규정을 제정하는 것이 필요 한바, 그렇다면 이러한 규정을 어떤 형식으로 작성하는 것이 바람직한지가 문제된다.

(1) 규칙(Rules)과 지침(Guidelines) 또는 의정서(Protocol)

여러 국제중재기관은 국제중재절차에 관한 규칙(Rules)을 제정하여, 당사자들이 해당 중재기관을 이용하여 중재절차를 진행하는 경우 그러한 규칙(Rules)에 따라 중재절차가 진행되도록 하고 있다. 또한 특정한 중재기관의 중재에 의하지 않는 ad-hoc 절차를 이용하는 당사자들이 선택할 수 있는 UNCITRAL Arbitration Rules와 같은 규칙도 있다. 당사자들이 중재합의를 하는 경우 어떠한 규칙에 따라 중재절차를 진행할지 또는 어떠한 중재기관의 중재절차에 따를지를 지정하는 것이 통상이므로 이러한 규칙(Rules)은 대체로 중재 합의 이후 당사자들을 구속하게 된다.

반면, 지침(Guidelines)이나 의정서(Protocol)의 경우 원칙적으로 당사자들을 구속하는 것은 아니며 당사자들이 중재합의시에 이러한 지침(Guidelines)이나 의정서(Protocol)의 적용 여부까지 지정하는 사례는 흔하지 않다. 이러한 지침 및 의정서는 당사자들이 따르고 복종하여야 하는 규범이라기보다는 당사자들에게 참고가 되거나 안내 역할을 하는 자료에 해당한다.¹⁸⁾

그런데, 전자증거개시에 관한 규정은 비록 앞으로 그 사용 범위가 점차 확대될 것으로 보이는 하나, 모든 중재절차에서 공통적으로 사용되는 내용은 아니므로 중재 절차 전반을 규율하는 규칙(Rules)에 이를 포함시키는 것보다는, 전자증거개시가 문제되는 절차에서만 당사자들이 선택적으로 이를 사용할 수 있도록 하는 것이 보다 효율적일 것이다.¹⁹⁾

또한 위에서 살펴본 바와 같이 전자증거개시 관련 규정은 속히 제정되어야 할 필요가 있을 뿐만 아니라, 당사자들에게 유용한 기준을 제시하기 위해서는 기술적인 내용이나 절차 진행에 대한 상세한 내용을 포함할 수밖에 없고, 이러한 내용이 담긴 규정은 그 분량이 적지 않을 것이다. 더구나 정보기술이 빠른 속도로 발전함에 따라 이러한 규정이 향후 개정되거나 수정되어야 하는 상황도 충분히 발생할 수 있다. 따라서 이러한 세부적인 내용을 모두 당사자들을 구속하고 개정에 있어서도 많은 시간과 복잡한 절차를 거쳐야 하는 규칙(Rules)에 일일이 규정하는 것은 필요하지도 적절하지도 않을 것이다.

18) 다만, AAA International Arbitration Rules Article 1.1이나 대한상사중재원 중재규칙 제3조 제1항과 같이 당사자들이 임의로 내용을 수정할 수 있도록 명시하고 있는 규칙(Rules)도 있으며, ICDR Guidelines와 같이 당사자들이 별도로 합의하지 않는 한 중재절차에 적용되도록 하는 지침(Guidelines)도 존재하므로, 당사자에 대한 구속력기준이 항상 절대적으로 타당한 것은 아니다.

19) David Howell, *op. cit.*, p.155.

뿐만 아니라 규칙(Rules)은 증거개시절차 이외에도 중재절차에 대한 전반적인 내용을 모두 망라하는 것이 통상이므로, 특정 절차에 대하여 지나치게 상세하고 방대한 규정을 추가하는 것은 규칙(Rules)의 규정 체계상으로도 맞지 않는 일이다.

그러므로 전자증거개시에 대한 세부적인 내용은 규칙(Rules)보다는 지침(Guidelines)이나 의정서(Protocol)에 규정하는 것이 보다 타당할 것으로 생각된다. 다만, 규칙(Rules)에서도 전자증거개시 또는 전자적 자료에 대한 언급을 전혀 두지 않는 것보다는, 정의규정 또는 증거개시절차 규정 등 적절한 곳에서 이에 대하여 최소한의 언급을 하여 돕으로써, 당사자들에게 전자증거개시에 대한 주의를 환기시켜 지침(Guidelines) 또는 의정서(Protocol)의 채택을 적극적으로 고려하도록 하며, 이러한 지침(Guidelines) 또는 의정서(Protocol)가 당해 규칙(Rules)과 함께 또는 규칙(Rules)을 보조하여 적용될 수 있다는 점을 분명히 하는 것이 보다 바람직할 것이다.

(2) 전자증거개시에 대한 옵션의 제공

전자증거개시에 관한 세부적인 규정을 지침(Guidelines) 또는 의정서(Protocol)에 규정하는 경우에도, 한 가지 내용의 규정을 두고 당사자들이 해당 지침(Guidelines) 또는 의정서(Protocol)의 전부 또는 일부 적용 여부를 선택하도록 하거나, 혹은 전자증거개시 절차에 대한 여러 가지 옵션을 제공하여 마치 메뉴를 고르듯이 당사자들이 적절한 옵션을 선택할 수 있도록 하는 방안이 있을 수 있다.

두 가지 방안은 각각 장단점이 있어 어느 한쪽이 반드시 더 우수하다고 단언하기는 어려우나, 여러 가지 옵션을 제시하는 형식으로 규정을 제정하는 경우, 상대적으로 내용이 장황하게 될 뿐 아니라, 다양한 옵션을 제시한다 하더라도 그 중 하나가 반드시 당사자의 의사에 꼭 합치하리라는 보장도 없기 때문에 결국 당사자들이 합의에 의하여 규정 내용을 일부 가감할 필요성이 남는다는 점에서 본질적인 차이가 없고, 이 경우 여러 가지 옵션이 제시되어 있는 것보다 하나의 규정 체계로 구성되어 있는 편이 오히려 당사자들의 가감 작업에 보다 편리할 수 있다. 따라서 여러 옵션을 제공하여 고르게 하는 방법보다는 하나의 규정을 제시하고 당사자들이 이 중 일부 또는 전부를 채택하도록 하는 방법이 보다 간명할 것으로 보인다.

4. 전자증거개시에 관한 규정의 내용

전자증거개시절차에 어떤 내용이 포함되어야 할 것인지에 대해서는 하나의 완전한 정답이 존재한다고 보기 어렵다. 그러나 아래와 같은 내용은 기본적으로 반드시 고려되어야 할 것이다.

(1) 전자적 자료의 제출 형태

전자적 자료는 다양한 형태로 제출될 수 있으며, 제출 형태를 지정하거나 제한하는 것에 따라 증거개시 및 그 이후의 증거조사에 소비되는 시간과 비용, 노력이 현저하게 늘어나거나 줄어들 수 있다는 점을 감안하면 전자적 자료의 제출 형태는 전자증거개시 관련 규정에 반드시 포함되어야 하는 내용이다. 실제로 단 한 개 조문으로 가장 간단한 형태의 전자증거개시 규정을 두고 있는 ICDR Guidelines의 경우에도 전자문서의 제출 형태에 대해서는 언급하고 있다.

규정상 전자문서 제출 형태를 한 가지로 확정할 수는 없겠으나, 기본적으로 당사자들의 합의에 의한 형태로 제출하도록 정하거나, 합의가 이루어지지 않는 경우 해당 전자적 자료를 통상 보관하는 방법에 의하거나 증거개시 당사자가 중재절차 개시 시점이나 증거개시 시점 또는 기타 당사자들이 합의한 시점을 기준으로 해당 자료를 보관하여 온 방법에 의하여 제출하도록 함이 바람직할 것이다. 이는 (i) 중재절차에서는 당사자 자치의 원칙이 우선되므로 당사자 간에 합의가 있는 경우 이를 가장 우선한다는 점, (ii) 해당 자료를 통상 보관하는 방법 또는 당사자가 이를 보관하고 있는 방법이 일반적으로 해당 자료를 보관하는 가장 경제적인 방법일 가능성이 높다는 점을 감안한 것이다.

또한 전자적 자료의 경우 종이에 인쇄된 일반적인 문서와 달리 원본과 사본을 구별하기 어렵고 계속하여 편집 또는 수정이 가능하며, 전송 및 복사도 용이하여 동일한 자료 또는 실질적으로 동일한 내용의 자료가 다수 존재할 수 있다. 이와 같이 동일하거나 유사한 자료를 모두 제출하도록 하는 것은 증거개시를 하는 당사자 입장에서도 부담이 될 뿐 아니라 그 상대방 입장에서도 증거를 조사하고 검토하는데 드는 시간과 노력을 낭비하게 된다. 따라서 이와 같은 경우에는 필요에 따라 최초 작성된 문서, 또는 증거개시시점이나 중재신청 시점 또는 당사자 간에 합의된 적절한 시점을 기준으로 최후에 수정 및 저장된 문서를 제출하도록 하고 그 이외의 동일하거나 유사한 자료는 제출이 불필요한 형태의 자료로 간주함이 타당할 것이다.²⁰⁾

이밖에 특정 전자적 자료를 제출하는 경우에도 이를 MS word나 excel 등 원래의 파일 형식을 그대로 유지한 채 native format으로 제출할 것인지 또는 pdf나 tiff와 같이 가공이 어려운 형태로 포맷을 변경하여 제출할 것인지가 문제된다. 전자의 경우, 용량이 작고 증거를 개시하는 당사자 입장에서 파일 변환을 할 필요가 없으며, 증거개시의 상대방은 키워드 검색 등을 통해 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 있고, 메타데이터가 그대로 남아 있으므로 자료 자체에 대한 정보를 얻을 수단이 남아 있어 원본성, 진정성, 무결성, 신뢰성 등을 보다 쉽게 확보할 수 있다는 장점이 있다. 반면 후자의 경우 일단 파일을 변환하면 그 이후에 함부로 자료를 조작하거나 변경하기 어려우므로 그런 점에서는 전자적 자료의 취

20) 이와 같이 개시된 다른 자료와 동일하거나 실질적으로 같은 내용의 자료는 사건과의 관련성(relevancy)이나 중요성(materiality)이 없다고 보아 증거개시 대상에서 제외할 수도 있을 것이다.

약성을 어느 정도 극복한다고 볼 수 있으나, pdf나 tiff 파일의 경우에도 이를 편집하는 소프트웨어가 존재하며, 무엇보다 파일 변환 과정에서 메타데이터가 손실되어 증거가치를 담보하는 것이 심히 곤란하게 되고 키워드를 이용한 검색 작업이 어렵게 된다는 점에서 불편한 점이 있다.

또한 이메일이나 온라인상의 정보처럼 접근하기 쉬운 정보를 우선적으로 개시 대상으로 하고, 당사자의 컴퓨터나 당사자 모회사의 서버 등에 저장된 데이터, 손상된 데이터나 백업 데이터, 증거 가치에 다름이 없는 자료에 대한 메타데이터 등을 후순위로 고려할 필요가 있을 것이며, 특히 증거개시 요구가 일방 당사자에게 부당하게 큰 어려움(hardship)을 주는 경우, 증거개시 허용 여부를 보다 신중하게 판단하여 반드시 증거개시가 필요하다고 인정되는 경우에 한하여 이를 허용할 필요가 있다.²¹⁾

(2) 전자증거개시를 위한 당사자 간 협의 절차

CIArb Protocol이나 CPR Protocol과 같이 당사자들이 가급적 중재절차 초기 단계에서 전자증거개시에 관하여 협의를 하도록 하는 것은 여러 모로 바람직하다. 특히 CIArb Protocol과 같이 당사자들이 전자적 자료의 제출 범위나 방법 뿐 아니라 이러한 자료의 보존에 대해서도 협의를 하도록 하는 경우(CIArb Protocol 제1조), 위 IV. 2. (1) 2)에서 서술한 바와 같이 증거개시절차의 효율성을 높이고 당사자 간의 향후 분쟁을 막는 긍정적인 결과를 낳을 수 있다.

(3) 키워드 검색

단순히 작성자나 작성일자, 작성내용 등만으로 당사자들이 필요로 하는 전자적 자료를 추출하기는 매우 곤란하다. 따라서 당사자들이 증거개시 요청 및 답변 단계에서 가령, 상대방에게 키워드 검색의 결과물을 요구하고 이러한 요구를 받은 당사자는 키워드를 수정하거나 고급검색을 하여 그 결과물을 제공할 것을 제안하는 등의 방법으로 당사자들이 협상을 통해 필요한 자료를 효율적으로 취할 수 있도록 하는 것은 매우 유용할 것이다. 다만, 이와 같이 당사자들이 키워드 검색에 관하여 협상하도록 유도하는 것이 현실적이지 않을 수 있다는 점 및 키워드 검색의 결과물은 검색의 목적과 관계없는 자료인 경우가 많고 키워드 검색을 하더라도 항상 필요한 자료가 전부 검색되는 것은 아니라는 점을 감안할 때 중재절차에서 키워드 검색을 도입하는 것이 타당한지 여부에 대해 의문이 제기될 여지는 있다.

그러나 키워드 검색이 원래 불완전한 검색 수단임을 인정하고, 당사자 또는 대리인들이 특정 키워드를 포함함 자료 외에 불필요한 키워드를 제외하는 자료를 검색하는 등 여러

21) Jonathan L. Frank, Julie Bédard, *op. cit.*, p.72.

가지 키워드를 다양한 방법으로 이용하여 검색을 함으로써 가급적 오류를 줄여나갈 수 있다. 또한 이미 키워드 검색은 보편적으로 사용되고 있으며 중재절차에서도 널리 활용되고 있는 것이 현실인 만큼, 당사자들이 따로 협상을 하지 않더라도 이미 당사자들 및 대리인은 상대방이 제공한 자료에 대하여 키워드 검색을 시도하는 일이 많다. 그러므로 이러한 검색을 증거개시과정에서 상대방과 협상을 해 가며 시도한다고 하여 당사자에게 더 불리한 결과를 초래하는 것은 아니다. 더구나, 키워드 검색은 쌍방 당사자가 모두 사용할 수 있는 것이고 당사자들이 필요로 하는 자료 또는 당사자들에게 중요한 자료는 서로 중복되는 경우가 많을 것이므로 당사자들이 서로 자신이 검색에 사용하는 키워드를 공개한다면 보다 나은 검색 결과를 얻을 수 있을 것이다.²²⁾

(4) 증거개시 비용의 부담

증거개시절차에서 비용의 부담은 언제나 큰 문제가 된다.²³⁾ 종래의 전통적인 증거개시 절차에서는 증거를 개시하는 당사자가 증거개시비용을 부담하였고, 전자문서 개시에 관한 Sedona 원칙(The Sedona Principles for Electronic Document Production, “Sedona Principle”) 제13조도 원칙적으로 전자정보를 개시하는 당사자가 비용을 부담하는 것으로 규정하고 있다. 그러나 많은 국제중재규칙은 중재인이 당사자들 사이의 비용분담을 달리 정할 수 있는 규정을 두고 있는바(가령, ICDR guidelines 제8조 a항), 전자증거개시 관련 규정에서도 이와 같은 내용을 명시하여 당사자들 사이에서 비용 부담이 합리적으로 이루어지도록 배려할 필요가 있다.

나아가, 전자증거의 경우 그 개시를 요구하는 것은 용이하나 이를 수집, 개시, 보존하는 데는 막대한 비용이 소요될 수 있다는 점을 고려하면, 비용을 적절하게 분담하려는 노력 뿐 아니라 애초에 불필요한 비용 부담 자체를 줄이도록 하는 노력이 필요할 것이다. 따라서 당사자들은 위 (1) 내지 (3)에서 다룬 증거개시 비용 절감 방법에 적극적으로 협조하여야 할 것이며, 이를 고의로 위반하거나, 혹은 비용 절감 노력을 현저히 게을리 하는 경우에는 그러한 당사자가 자신의 행위로 인하여 증가한 비용을 지불하게 함으로써 증거개시 비용을 적절하게 배분하여 전체적으로 당사자들이 증거개시과정을 보다 효율적이고 압축적으로 진행하는 데 적극적으로 협조하도록 권장하여야 할 것이다.

(5) 증거개시를 요청한 당사자의 직접 조사 가능성

증거개시절차에서는 원칙적으로 해당 증거를 보유하고 있는 당사자가 증거를 조사하고

22) Joel Greer, *op. cit.*, p. 16

23) Deborah Rothman, Thomas J. Brewer, “Survey: Difficult Arbitration E-Discovery Process Questions Suggest Increasingly Complex Future Problems on Cost, Scope”, *Alternatives to the High Cost of Litigation*, October 2009, pp.152-153.

수집하여 게시하여야 할 것이나, 경우에 따라서는 증거개시를 요구한 상대방 당사자가 직접 증거의 소재지에서 증거를 조사하거나 수집하는 것이 허용될 수 있을 것이다. 가령, ICDR guidelines 제5조는 정당한 이유가 있으면 중재판정부가 당사자에게 관련사항이나 목적물에 대한 조사를 수인하도록 명할 수 있는데, 이러한 규정은 전자적 자료의 경우에도 적용할 수 있을 것이다. 또한 Sedona Principle 제2조도 같은 취지의 규정을 두고 있다.

위와 같이 상대방 당사자가 보유한 증거를 직접 조사하는 것은 제한된 범위 내에서만 인정되어야 할 것이나, 이는 앞서 언급한 증거개시비용의 부담을 합리적으로 배분하는데 기여할 수 있고, 증거를 보유한 당사자가 관련 정보를 파기하거나 증거를 게시하기에 충분한 기술적 능력을 가지고 있지 못할 수도 있으므로, 적어도 증거개시를 요구한 당사자에 의한 증거의 조사를 전면적으로 부인하거나 지나치게 제한하여서는 안 될 것이다.

(6) 전자정보 파기에 대한 제재

전자적 자료의 경우 당사자들이 고의로 이를 파기하지 않더라도, 일상적인 백업 테이프 재활용이나 이메일의 삭제, 컴퓨터의 자동적인 작동에 의한 문서의 변환 등에 의하여 정보가 삭제되거나 변질될 가능성이 항상 존재한다. 따라서 전자증거개시에 대해서는, 증거의 “파기”에 해당하는 행위의 범위나 기준을 보다 세심하게 결정하여야 할 것이며, 특히 일상적이고 기계적으로 이루어지는 전자정보의 삭제나 변환에 대해서는 당사자가 중재절차의 어떤 단계에서부터 이를 방지할 의무를 부담하는지 명시하는 것이 바람직하다. 이와 관련하여, Sedona Principle 제5조 및 제14조는, 당사자에게 합리적이고 신의칙에 기한 정보 보존 의무가 주어지나 당사자가 잠재적으로 관련성 있는 모든 정보를 보존한다고 볼 수 없고, 당사자들에게 증거 보존에 대한 명시적인 의무가 있고 이를 명시적으로 위반했을 때만 증거의 파기로 보아야 할 것이라고 정하고 있다.

이러한 점을 감안할 때, 실제로 증거의 파기가 문제될 수 있는 상황에서는 (i) 전자증거개시 관련 규정에서 증거보존의무의 발생시점, 증거보존의 범위, 증거파기 방지의무 등 증거파기에 대한 구체적인 규정을 두거나, (ii) 당사자들이 절차 초기단계에 전자증거개시와 관련하여 협의하도록 하면서 이때 증거의 보존 및 그 파기에 관한 문제를 함께 다루도록 권장함으로써 분쟁발생의 위험을 줄일 수 있을 것이다. 또한 이러한 규정을 둬으로써 중재인들에 대해서는 증거 파기 여부의 판단과 관련하여 일상적인 정보 삭제인지 등의 여부를 고려하도록 주의를 환기하고, 당사자들에 대해서는 전자적 자료의 파기에 따르는 불리한 효과에 관한 지침을 줄 수 있을 것으로 예상된다.²⁴⁾

한편, 중재당사자가 고의로 증거를 파기한 경우에는 중재인이 해당 당사자에 대하여 불리한 추정을 할 수 있고, 증거개시절차에 관한 비용 부담과 관련하여 특히 추가적으로 발

24) Jonathan L. Frank, Julie Bédard, *op. cit.*, p.72.

생한 비용을 부담하게 하는 방법으로 간접적인 제재를 가할 수 있을 것이다. 다만, 다른 증거의 경우와 마찬가지로 단지 전자적 증거를 파괴하였다는 이유만으로 해당 당사자에게 불리한 결정을 내리거나 해당 당사자에게 금전적 제재를 가한다거나, 파괴된 관련 정보에 대한 증인의 증언을 불허하는 것은 너무나 극단적인 선택이 될 것이다.²⁵⁾

V. 결어

전자문서 기타 전자적 자료의 광범위한 사용은 이미 거스를 수 없는 대세이며 이러한 경향은 점점 더 심화될 것으로 보인다. 따라서 국제중재절차에 있어서 전자적 자료의 증거로서의 영향력 및 비중 또한 점점 높아질 것이며, 전자증거에 대해서는 기존의 전통적인 증거개시절차에 관한 규정만으로는 해결할 수 없는 영역이 존재한다.

이 때문에 이미 여러 국제중재규칙에서는 전자증거개시에 대한 규정을 두고 있는바, ICDR guidelines는 전자증거개시에 대하여 상세하게 규정하는 것이 오히려 바람직하지 않다는 고려 하에 최소한의 규정만을 신설하였고, CIArb Protocol은 전자증거개시에 관하여 비교적 상세한 규정을 두고 있으며, CPR Protocol은 여러 개의 옵션을 주고 당사자들이 이 중 하나를 선택하도록 하고 있다. 반면, ICC Rules, IBA Rules, 대한상사중재원 국제중재규칙과 같이 전자증거개시에 대하여 아무런 규정을 두지 않은 규칙들도 적지 않다.

그러나 전자증거개시는 당사자들이나 대리인들, 중재인들에게 비교적 낯선 분야이고, 이를 방만하게 진행하는 경우 중재절차에 소요되는 시간과 비용이 크게 증가할 수 있으며, 앞으로 전자적 자료가 증거에서 차지하는 비중은 급속도로 높아질 것으로 예상되므로, 전자증거개시 절차가 합리적인 범위 내에서 효율적으로 진행될 수 있도록 관련 규정을 제정, 정비하여 적극적으로 대처하는 것이 바람직하다.

이러한 규정은 신속히 제정될 필요가 있으며, 기술적인 내용을 많이 포함할 수밖에 없고, 정보기술의 발전에 따라 향후 수정되어야 할 가능성이 높으므로 체계상 지침(Guidelines)이나 의정서(Protocol)를 신설 또는 수정하는 형태로 만들어지는 것이 적절하다. 이러한 지침이나 의정서에는 전자적 자료의 제출 형태, 당사자들의 협의 절차, 비용 부담, 키워드 검색 여부, 당사자의 직접 조사 가능성, 전자정보 파기에 대한 제재 등 전자증거개시를 효율적으로 진행하기 위한 내용을 상세하게 규정하여 국제중재절차를 이용하고자 하는 당사자나 대리인 및 중재인들이 활용할 수 있도록 하여야 할 것이다.

또한 국제중재 관련 규칙(Rules)에서는 비록 전자증거개시에 대하여 상세한 규정을 포

25) Irene C. Warshauer, "Electronic Discovery in Arbitration: Privilege Issue and Spoliation of Evidence", *Dispute Resolution Journal*, November 2006, p.14.

합시킬 필요는 없겠으나, 전자증거개시에 대하여 규칙이 적용될 수 있음을 분명히 하고, 중재인과 당사자 및 대리인들에게 전자증거개시가 향후 중재절차에서 쟁점이 될 수 있다는 점 및 이러한 경우 위와 같은 지침(Guidelines)이나 의정서(Protocol)를 이용할 수 있다는 점에 대하여 주의를 환기시킬 수 있도록 전자증거개시에 관한 간략한 규정을 두는 것이 바람직할 것이다.

참 고 문 헌

- Beechey, John, "The ICDR Guidelines for Information Exchanges in International Arbitration: An Important Addition to the Arbitral Toolkit", *Dispute Resolution Journal*, 2008.
- Claiborne, Zela G., "Constructing a Fair, Efficient, and Cost-Effective Arbitration", *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 2008.
- Frank, Jonathan L., Bédard, Julie, "Electronic Discovery in International Arbitration: Where Neither the IBA Rules Nor U.S. Litigation Principles Are Enough", *Dispute Resolution Journal*, 2007.
- Frécon, Alain, "Delaying Tactics in Arbitration", *Dispute Resolution Journal*, 2004.
- Greer, Joel, "Practical Considerations Regarding Certain Aspects of Electronic Discovery", *International Arbitration Law Review*, 2009.
- Gusy, Martin F., Illmer, Martin H., "The ICDR Guidelines for Arbitrators concerning Exchanges of Information - A German/American Introduction in Light of International Practice", *International Arbitration Law Review*, 2008.
- Henn, John H., "Where Should You Litigate Your Business Dispute? In an Arbitration Or Through the Courts?", *Dispute Resolution Journal*, 2004.
- Howell, David, "Developments in Electronic Disclosure in International Arbitration", *Dispute Resolution International*, 2009.
- Rothman, Deborah, Brewer, Thomas J., "Survey: Difficult Arbitration E-Discovery Process Questions Suggest Increasingly Complex Future Problems on Cost, Scope", *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 2009.
- Warshauer, Irene C., "Electronic Discovery in Arbitration: Privilege Issue and Spoliation of Evidence", *Dispute Resolution Journal*, 2006.
- Scheidlin, Shira A., Capra, Daniel J., The Sedona Conference, *Electronic Discovery and*

Digital Evidence, West Group, 2009.

http://www.thesedonaconference.org/content/miscFiles/TSC_PRINCP_2nd_ed_607.pdf, 10 June 2010

<http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/index.html?id=23620>, 10 June 2010

ABSTRACT

Electronic Discovery in International Arbitration

-Focusing on the Establishment of Rules Regarding Electronic Discovery-

Jeong-Hye Ahn

Electronic discovery refers to the discovery of electronically stored information. The differences between producing paper documents and electronic information can be categorized into seven groups: massive volume, persistence, dynamic and changeable contents, metadata, environment-dependence, dispersion and searchability.

Since these differences make the discovery more expensive and less expeditious, it is necessary to limit the scope of discovery. Accordingly, a number of arbitration institutions have already introduced rules, guidelines or protocols on electronic discovery. ICDR guidelines take a minimal approach and address only the proper form of electronic document. CIArb Protocol is intended to act as a checklist for discovery of electronic data. CPR Protocol offers four modes of discovery of electronic documents ranging from minimal to extensive among which the parties may choose the way of electronic discovery. IBA Rules on Evidence and ICC Rules are silent on the issue of electronic discovery, however, working parties of the ICC are considering updates to the rules to deal with electronic discovery.

It is disputed whether rules, guidelines or protocols on electronic discovery is necessary or appropriate. Although some have suggested that existing rules can make adequate provision for electronic discovery, it is more desirable to prepare new rules, guidelines or protocols to make arbitrators and counsels be familiar with electronic discovery process, to provide an adequate standard for electronic discovery and to limit the time and cost of electronic discovery. Such rules on electronic discovery should include provisions regarding the form of electronic document production, conference between parties regarding electronic discovery, keyword search, bearing the expenses to reduce disputes over electronic discovery.

Key Words : International Arbitration, Rules on International Arbitration, Discovery, Electronic Discovery (E-Discovery), Electronically Stored Information (ESI)