

국제중재 절차내에서 증거조사 :
국제변호사협회(IBA)의 2010 증거규칙을
중심으로*

Taking of Evidence in International Arbitration Procedure
- focusing on 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence
in International Arbitration

정 흥 식**
CHUNG, Hong-Sik

<목 차>

- I. 들어가며
- II. 국제중재 절차내에서 증거조사
- III. 국제변호사협회(IBA) 증거조사 규칙 개괄 및 적용범위와 적용원칙
- IV. 서증 (Documentary Evidence)
- V. 사실관계에 대한 증인
- VI. 전문가 증인
- VII. 예외사항
- VIII. 결론 및 증언녹취(Deposition)의 활용가능성에 대한 검토

주제어 : 국제중재, 증거조사, 국제변호사협회, 세계변호사협회, 증거규칙, 서증, 증인, 전문가
증인, 중재심리, 헤이그증거협약, 증언녹취

* 본고는 한국국제사법학회에서 2011년 9월 29일 개최된 정기연구회에서 발표한 내용을 정리한 것임을 밝힌다.
** 중앙대 법학전문대학원 부교수

I. 들어가며

보통법계와 대륙법계의 민사절차법은 여러 가지 면에서 많은 차이를 보이고 있는데, 그 중 소송의 해결을 위한 증거조사 절차의 차이가 가장 크다. 보통법계에서는 소위 ‘당사자주의’라고 하여 증거조사는 당사자와 소송대리인의 일이고 법원의 개입은 제한적인 경우에만 이루어진다. 반면에 대륙법계에서는 ‘직권탐지주의’라 하여 증거조사는 법원이 행하거나 또는 법원의 감독 하에 행해지는 것으로 본다.¹⁾

이러한 차이로 인하여 각기 다른 법체계에 기반을 두고 있는 당사자와 대리인들 사이에 제3국에서 국제중재를 진행할 때, 증거조사 절차 및 방식에 있어 양 당사자 사이에 이견이 발생하게 된다. 이는 실제 본안에 대한 다툼과는 별개로 당사자들과 중재판정부가 맞닥뜨리게 되는 아주 심각한 문제이다. 즉, 국제중재의 심리과정에서 실제적 진실발견에 결정적인 중요성을 가지는 증거를 소지하거나 그 통제범위 내에 두고 있는 당사자나 제3자가 중재절차에 자발적으로 협조하지 않고 증거에의 접근 자체를 불허한다면 그 중재심리의 불완전성은 가중될 것이다.

국제중재에서 가장 핵심적인 절차 중 하나는 증거조사과정이다. 국제중재절차에서 적용되어야 할 증거법칙 혹은 채증원칙은 당사자 간 합의가 없는 한 기본적으로 중재판정부가 정하도록 되어 있다. 따라서 어떤 국제중재절차에 반드시 적용하도록 되어 있는 증거법칙은 존재하지 않는다.²⁾ 그러나 실무적으로 국제중재를 다루는 중재인들이나 변호사들 사이에 가이드라인으로 인정되는 증거법칙이 존재하는데, 국제변호사협회(International Bar Association: 이하 “IBA”)가 제정한 “2010년 개정 국제중재에 있어서의 증거조사에 관한 국제변호사협회규칙”(2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. 이하 “IBA 증거규칙”이라 함)이다.

IBA 증거규칙은 저명한 국제중재 전문가들이 논의를 거쳐 가장 보편적으로 받아들여질 수 있는 증거조사 규칙을 정리한 것이다. 본고에서는 2010년 개정된 IBA 증거규칙을 중심으로 주된 내용인 서증, 사실관계에 대한 증인, 당사자나 중재판정부가 선임한 전문가 증인과 관련해 수반되는 쟁점들을 고찰해보고 그 예외사항을 검토해 보고자 한다. 그리고 보다 효과적인 국제중재를 위해 보통법계 특히 미국의 개시절차(discovery) 중 핵심적인 증거조사 방식인 증인녹취(deposition)의 활용가능성에 대해 점검해 보는 것으로 결론을 대신하고자 한다.

1) Nigel Blackaby, Constantine Partasides with Allan Redfern and Martin Hunter, 『Redfern and Hunter on International Arbitration』 5th Ed., Oxford University Press (2009), p. 385.

2) 김갑유, 양성우, “국제중재절차에서의 서류공개 의무와 그 예외로서 변호사-고객간 특권에 관한 연구” 『법학평론』 제1권, (2010. 09), 462면.

II. 국제중재 절차내에서 증거조사

1. 대륙법과 보통법 체계의 상이한 증거조사 절차 및 헤이그증거협약

대륙법계와 보통법계의 민사절차법은 많은 차이점을 보이고 있는데, 그중에서 증거조사에서처럼 영미와 대륙의 절차법 체계가 상이한 분야는 없을 것이다. 소송절차를 진행하는데 있어, 보통법계의 법원은 당사자주의(adversarial procedure)에 입각하여 각 당사자가 자신의 주장을 개진하고 그에 대한 입증을 하며 법원은 어느 주장과 입증이 옳은지를 판단하는데 그치는 것이 원칙인 반면, 대륙법계의 법원은 직권탐지주의(inquisitorial procedure)를 채택하여 당사자들의 주장을 스스로 조사하여 판단함을 원칙으로 하고 당사자들은 이러한 과정을 돕게 하고 있다.³⁾

우리 민사소송법 상 증거조사는 법관의 심증을 형성하게 하기 위하여 법정외의 절차에 따라 인적·물적의 증거자료를 오관의 작용에 의하여 지득하는 법원의 소송행위이다.⁴⁾ 나아가 법원은 당사자가 신청한 증거에 의하여 심증을 얻을 수 없거나 그 밖에 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다. 다만 우리 민사소송법은 交互訊問制와 같은 보통법계의 요소를 받아들임으로써 전통적인 대륙법계와는 차이가 있다.

1968년 헤이그국제사법회의(Hague Conference on Private International Law)에서 채택된 헤이그증거협약(Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters: 이하 “증거협약” 또는 “헤이그증거협약”로 칭함)은 증거조사에 관한 이러한 법계의 차이⁵⁾를 극복하기 위한 유효한 수단으로서 중요한 의미를 가진다. 증거협약은 1970년 독일, 노르웨이, 포르투갈, 영국과 미국 등 5개국이 서명하였으며, 덴마크, 노르웨이와 미국이 비준함으로써 1972년 10월 7일 발효하였다. 우리나라는 증거협약을 2009년 12월 14일에 비준하여, 2010년 2월 12일자로 발효하였다. 2011년 9월 현재 증거협약의 체결국 숫자는 우리나라를 비롯 미국, 중국, 영국 등을 포함하여 54개국에 이른다.⁶⁾

헤이그증거협약의 목표는 첫째, 기존의 요청서 (또는 촉탁서, letter of request) 제도를 개선하고, 둘째 영사의 권한을 확장함과 동시에 제한된 범위 내에서 수임인(commissioner)⁷⁾

3) 목영준, 「상사중재법」 박영사 (2011), 167-8면.

4) 김상원 외, 「주석 신민사소송법(V)」 (2004), 109면 (석광현, 「증거조사에 관한 국제민사소송법공조 연구」 법무부 (2007), 4-5면에서 재인용)

5) 보다 자세한 내용에 관한 우리 문헌으로는 이규호, “국제민사사법공조로서의 증거조사에 관한 비교법적 연구 - 우리나라와 미국을 중심으로” 통상법률 제56호 (2004. 4)을 참조.

6) 증거협약의 가입국 현황에 대해서는 http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=82 를 참조 (2011년 9월 8일 방문).

7) 이를 “관무관”이라고 번역하기도 한다. 유영일, “국제민사사법공조에 관한 연구” 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문 (1995), 168면. (석광현, supra note 4, 18면에서 재인용).

개념을 도입함으로써 증거조사의 수단을 확대하며, 셋째 기존의 국내법, 국내 민사소송규칙이나 양자협약 또는 다자협약 상 존재하는 것보다 호의적이고 유연한 증거조사 관행을 유지하는 것이다.⁸⁾ 그러나 보다 정확히 말하자면, 기존의 관행을 유지하면서 동시에 기존의 민사소송협약(Convention relating to Civil Procedure)⁹⁾을 개선하고 현대화하는 것을 목표로 하는 것이라고 할 수 있다.¹⁰⁾

헤이그증거협약이 민사소송협약과 달리 새로이 도입한 것은, 언어에 관한 새로운 규칙, 수령기관(또는 수신기관)인 중앙당국이라는 개념의 도입, 증인의 특권과 면책에 관한 조항, 증인의 국적에 따른 영사의 권한의 차별화, 증거조사의 기법으로서 선택에 따라 수임인의 사용을 승인한 것 등을 들 수 있다.¹¹⁾ 증거협약이 규정하는 증거조사 방법은 첫째, 요청서 방식에 의한 것과, 둘째 외교관, 영사관원 및 수임인에 의한 두 가지이다. 전자는 간접실시방식이고, 후자는 증거협약에 의하여 도입된 직접실시방식이다.¹²⁾

2. 국제중재에 있어서 증거조사: IBA 증거규칙의 이용가능성

중재라 함은 당사자 간의 합의로 당사자 간의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정, 즉 중재판정에 의하여 해결하는 절차이다.¹³⁾ 중재는 당사자의 자주적 분쟁해결절차라는 점에서 국가의 주권이 재판권에 의한 소송과는 달리 증거의 수집에 있어 한계가 있다. 따라서 제3자가 소지하고 있는 문서의 수집이나, 제3자가 관리하고 있는 현장의 검증, 제3자에 대한 증인신문 등은 그 제3자의 협력을 얻지 못하면, 중재판정부로서는 달리 강제할 방법이 없다.¹⁴⁾

그리하여 UNCITRAL 모델 중재법¹⁵⁾과 주요 국가의 국내 중재법들¹⁶⁾은 이러한 경우에 법원에 증거조사를 촉탁할 수 있도록 규정하고 있다. 문제는 국제중재의 특성상 중재지 이외의 외국에 문서 소지자나 증인인 제3자가 소재하는 경우에 그 서증이나 증언을 취득하기 위한 목적으로 중재지 법원의 협력을 활용할 수 있는가이다. 이 경우 중재지 법원에

8) 석광현, *supra* note 4, 17-8면.

9) 민사소송협약(Convention relating to Civil Procedure)은 헤이그국제사법회가 1954년 3월 1일 제정한 협약을 일컫는다.

10) 석광현, *supra* note 4, 18면.

11) 상동.

12) 두 가지 방식에 대한 보다 자세한 내용에 대해서는 석광현, *supra* note 4, 19면 이하를 참조.

13) 석광현, 「국제상사중재법연구」 박영사 (2007), 1면.

14) 「Redfern and Hunter on International Arbitration」, *supra* note 1, 368면. (하지만 미국 연방중재법(Federal Arbitration Act) 제7조에서는 중재판정부는 서면으로 제3자를 심리에 출석해 진술하도록 소환(summon)할 수 있도록 하고 있으나, 해당 제3자가 이를 거부할 경우 중재판정부는 관할 연방지방법원에 강제명령을 구할 수 밖에 없다는 점에서 마찬가지로 한계를 가진다고 할 수 있다).

15) UNCITRAL 모델 중재법, 제27조.

16) 우리나라 중재법, 제28조; 영국 중재법, 제44조; 독일 민사소송법, 제1050조; 일본 중재법, 제35조.

증거조사의 협조를 구한 이후에 그 법원이 다시 국제사법공조 또는 헤이그증거협약에 규정된 절차에 의해 외국법원에 증거조사를 촉탁하는 것은 가능할 것이다. 그러나 신속한 분쟁해결을 목적으로 하는 중재의 속성상 상기 사법공조 방식에 과도한 시간이 소요되거나 그 처리결과가 만족스럽지 못한 것이라면 이러한 논의는 공론에 그칠 것이다.¹⁷⁾

세계 주요 중재기관인 ICC, AAA의 ICDR, LCIA, SIAC의 중재규칙들과 임의중재를 위한 UNCITRAL 중재규칙을 살펴보면 국제중재절차의 매 단계마다 아주 구체적인 룰을 제공하기 보다는 큰 밑그림만 제공하고 있다.¹⁸⁾ 그 의미는 각기 특정 사건의 상황에 맞는 중재절차를 중재판정부와 당사자들이 합의하여 결정하도록 하는데 있다. 이는 불필요한 시간과 비용을 줄이고, 중재절차 진행에 뒤따르는 여러 가지 문제들의 해결을 위한 공정한 수단을 제공하는데 그 목적이 있다.¹⁹⁾

대다수 국제중재 사건의 궁극적 결론은 관련 법원칙의 적용 및 법률쟁점의 해결 보다는, 오히려 당사자 간 다툼이 있는 사실의 존부를 확정하는 절차에 달려있다고 해도 과언이 아니다. 나머지 사건은 사실확정과 법리적인 쟁점이 혼합되어 있는 경우 아니면 아주 소수의 국제중재 사건에서만 법리적인 쟁점만이 관건이 된다.²⁰⁾ 따라서 다툼있는 사실의 존부를 확정하는 것은 중재판정부의 가장 중요한 기능중 하나이다. 관련 사실의 확정은 중재판정부가 당사자나 제3자가 제시하는 문서나 구술증언들을 통해 판단하거나, 중재판정부 스스로 관련 사실의 확정을 위해 필요하다고 보는 증거수집 등의 노력을 통해서 이루어진다.²¹⁾

국제중재에서 적용되어야 할 증거법칙 혹은 채증원칙은 당사자 간의 합의가 우선하는 것이 보통이다. 즉 당사자주의와 직권탐지주의 중 어느 절차를 택할 것인가에 대한 당사자 간에 합의가 있다면 중재판정부는 이에 따라야 하나, 이러한 합의가 없으면 중재판정부의 결정에 달려있다.²²⁾ 물론 IBA 증거규칙이 당사자 합의에 의해서건 중재판정부의 결정에 의해서건 채택된다 하더라도 그 내용에 있어 중재절차 준거법의 강행규정에 반할 수는 없다. IBA 증거규칙이 실제 얼마나 빈번하게 국제중재에서 활용되고 있는지 정확히 산출할 수는 없지만, 동 규칙이 국제중재 실무에 상당한 영향을 미치고 있음은 사실이다. 실제 국제중재 실무에서는 중재판정부가 초기에 당사자들에게 절차명령(procedural order)의 일환으로 IBA 증거규칙을 증거조사에 관한 지침으로 받아들이도록 하는 것이 관행화되고 있다고 한다.²³⁾

17) 유명일, “국제중재절차 내 증거조사의 실효성 확대방안” 중재 (2007, 겨울), 15면.

18) Gary B. Born, 「International Commercial Arbitration」 Vol. II, Wolters Kluwer (2009), p.1783.

19) 「Redfern and Hunter on International Arbitration」, supra note 1, 369면.

20) 상동, 384면.

21) 상동, 385면.

22) 우리나라 중재법, 제20조; UNCITRAL 모델 중재법, 제19조; 영국 중재법, 제34조 제1항; 독일 민사소송법, 제1042조; 프랑스 민사소송법, 제1460조; 일본 중재법, 제26조.

23) 김갑유, 양성우, supra note 2, 462면.

Ⅲ. 국제변호사협회(IBA) 증거조사 규칙 개괄 및 적용범위와 적용원칙

1. IBA 증거규칙의 개괄

IBA 증거규칙은 저명한 대륙법계와 보통법계를 아우르는 국제중재 전문가들이 논의를 거쳐 가장 보편적으로 받아들여질 수 있는 증거조사 규칙을 정리한 것으로, 1985년 처음 제정된 후 1999년 6월 1일 전면 개정되어 규칙으로 적용되고 있다. 그 후 10년이 지난 2009년부터 진화하고 있는 국제중재 실무를 반영하기 위한 개정작업을 시작하여 2010년 5월 29일 현재의 IBA 증거규칙²⁴⁾이 제정되었다. 그 내용은 증거조사와 관련하여 대륙법과 보통법계의 서로 다른 기준²⁵⁾을 절충한 것으로서, 각 법계에 적을 두고 있는 중재변호사들에게 수용될 수 있을 정도이다.²⁶⁾

IBA 증거규칙은 그 자체로 국제중재를 규율하지 못한다. 다만 분쟁발생 이전에 당사자 간 IBA 증거규칙의 적용합의를 한 경우는 예외이지만, 이런 경우는 극히 드물다. 그렇지만 중재판정부는 통상적으로 채증과 관련해 재량을 행사할 수 있으며 IBA 증거규칙을 당해 사건에 적용할 수 있는 권한이 있다. 다른 방법으로는 당사자들끼리 IBA 증거규칙의 적용을 중재판정부의 권고여부와 상관없이 합의할 수 있다.²⁷⁾ 이 방식은 규모가 큰 국제중재 사건에서 나타나고 있다. 하지만 만일 당사자가 IBA 증거규칙의 적용을 반대하면, 중재판정부는 곧바로 증거규칙을 채택하지 않는다. 대신 당사자들로 하여금 중재판정부가 관련 사안에 대한 결정을 내릴 때 하나의 가이드라인 또는 원칙으로 사용할 것이라고 통지한다고 한다.²⁸⁾

IBA 증거규칙은 당사자들과 그 대리인들이 각기 다른 법체계에 기반을 두고 있는 경우, 국제중재의 증거조사에 있어 효율적이고, 경제적이며 공정한 절차를 제공함을 목적으

24) 개정 IBA 증거규칙에서는 1999년 제정된 기존 IBA 규칙의 명칭에서 “commercial”이란 문구가 삭제되었다. 따라서 개정된 IBA 증거규칙은 국제상사중재 뿐 아니라 국제투자중재에도 사용될 수 있도록 하였다. 그러나 동 규칙은 국제투자중재를 위한 별도의 특별조항들을 담고 있지는 않다 (Commentary on the Revised Text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (이하, “Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence”라 칭함), 2면).

25) 같은 보통법계와 혹은 대륙법계라 하더라도 그 안에서 각국의 법제는 약간씩은 다르기 때문에 일률적으로 대륙법계와 보통법계로 양분하기는 어렵다. 왜냐하면 같은 대륙법계인 독일과 프랑스의 민사소송절차가 다른 것처럼, 미국의 민사소송절차는 영국의 그것과 다르기 때문이다. 그럼에도 불구하고 증거제시와 관련한 사안에 있어 대륙법계와 보통법계를 구분하는 일반적으로 통일된 방식이 있기는 하다. (Redfern and Hunter on International Arbitration, *supra* note 1, 385면).

26) Wendy Miles, Franz T. Schwarz, “Taking of Evidence in International Commercial Arbitration” 『International Arbitration』 (2009), 1면.

27) Gary B. Born, *supra* note 18, pp.1793-4.

28) 상동.

로 한다(IBA 증거규칙 서문²⁹⁾). 이는 중재절차에 적용되는 법규정이나 중재기관의 중재규칙 또는 임의중재에서 적용되는 중재규칙 등에 보충적으로 적용하기 위함이다 (IBA 증거규칙 서문). 즉, 당사자가 선택한 중재규칙³⁰⁾이 증거조사 절차에 대해 침묵하고 있는 경우, IBA 증거규칙이 그 간극을 채우게 된다.³¹⁾ IBA 증거규칙은 서증제출(presentation of documents), 사실관계에 대한 증인(witnesses of fact) 및 전문가증인(expert witnesses), 검증(inspections) 및 심리기일(evidentiary hearings) 각각의 룰을 제공하고 있다 (IBA 증거규칙 머리말).

2. IBA 증거규칙의 적용범위 및 적용원칙

IBA 증거규칙 제1조는 적용범위에 대해 기술하고 있는데, 주요 내용은 다음과 같다. 첫째, IBA 증거규칙은 당사자들이 이를 적용하도록 합의하거나 아니면 중재판정부가 적용하기로 결정한 경우에만 적용 가능하다. 그러나 동 규칙의 특정조항과 당사자들이나 중재판정부가 사건에 적용하기로 결정한 법률의 강행규정이 서로 상충하는 경우, 강행규정이 우선한다(제1조 제1항). 둘째, 만일 IBA 증거규칙의 특정 조항과 당사자가 선택한 중재규칙이 상충하는 경우, 일단 당사자들은 국제중재의 기본인 당사자자치 원칙에 부합하도록 그들이 선택한 방식에 의해 해결하도록 한다. 하지만 당사자 간 합의가 도출되지 않으면, 중재판정부는 IBA 증거규칙과 당사자가 선택한 중재규칙 양자 모두의 취지를 충족하기 위한 최선의 방식으로 IBA 증거규칙을 적용한다(제1조 제3항). 셋째, IBA 증거규칙의 의미에 관해 이견이 발생하거나, 혹은 IBA 증거규칙과 당사자가 선택한 중재규칙 모두가 특정 쟁점에 대해 전혀 규율하고 있지 않다면, 중재판정부는 IBA 증거규칙의 일반원칙에 따라 적절하다고 판단한 방식으로 증거조사를 진행해야 한다(제1조 제4항 & 제5항).

IBA 증거규칙에는 제2조에 새로운 규정을 추가하였는데, “증거 관련 쟁점에 대한 협의(consultation on evidentiary issues)”가 그것이다. 중재판정부는 중재절차가 시작되고 이른 시점에 당사자들과 증거조사 방식에 관해 협의해야 하고, 당사자들로 하여금 효율적이고 경제적이면서 공정한 증거조사 방식에 합의할 수 있도록 권고해야 한다(제2조 제1항). 보통 이러한 협의는 중재절차 초반부에 행해지는 중재절차 전반에 관한 협의 때 같이 이루어

29) 본고에서 인용하는 IBA 증거규칙 규정은 법무법인(유) 태평양 김갑유 변호사의 감독 하에 동 법무법인 소속 임수현 변호사와 신연수 변호사가 수행한 번역본을 많은 부분에서 참고하고 있으나, 본고에서는 문맥의 의미에 따라 일정 부분 수정된 번역을 하여 기술하고 있음을 미리 밝힌다. 국문번역본은 다음 사이트에서 찾을 수 있다. http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Projects.aspx#guidelines

30) 당사자들이 선택한 중재기관인 ICC, AAA, LCIA, ICSID의 중재규칙과 임의중재규칙인 UNCITRAL 중재규칙들을 총 망라해서 IBA 증거규칙에서는 “General Rules”라고 칭하고 있다. 하지만 본고에서는 “당사자가 선택한 중재규칙”이라고 칭한다.

31) 당사자가 선택한 증거규칙 그 자체로는 국제중재 절차내의 증거조사에 관한 모든 내용을 규율하지 못하는 것이 현실이다.

어진다. 하지만 증거관련 쟁점이 중재절차 초기에 충분히 명확해지지 않는 상황이라면, 중재판정부는 이를 연기할 수도 있다.

상기 제2조 제1항 상의 당사자 간 협의에서는 증거조사의 범위, 시기 및 방식을 대상으로 하되, 제2조 제2항은 몇 가지 예시를 열거하고 있다. 즉, 증인진술서 및 전문가³²⁾보고서 작성 및 제출; 심리기일에 이루어질 구술 증언(의 여부 및 방식); 문서제출 절차에 적용될 요건 및 형식; 중재절차 중 현출된 증거에 적용되는 비밀유지보호의 수준이 그것이다(제2조 제2항 (a)-(d)).

IV. 서증 (Documentary Evidence)

IBA 증거규칙 제3조는 문서(Documents)라는 제목 하에 문서에 관한 증거조사 절차를 규정하고 있다. 문서는 국제중재에서도 가장 확실한 증거방법이며, 중재판정부에게 실제로 증거로서의 가치가 가장 높다.³³⁾ 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 중재절차는 그 본질상 일 국가의 민사소송 절차보다 비공식적이며, 특히 구술심리기일에 출석하여 증언하는 증인에 대해 선서를 강제할 수 없다³⁴⁾는 점이다. 따라서 중재판정부는 증인의 진술보다는 서증에 좀 더 무게를 둘 수밖에 없다.³⁵⁾ 둘째, 국제중재에서는 당사자들이 자신의 준비서면(written submissions), 증인들의 서면진술서(written witness statements) 및 당사자가 선임한 전문가(party-appointed expert witnesses)의 서면보고서(expert reports)를 중재절차 초반부에 제출한다. 상기 서면들의 주장을 뒷받침하기 위해 서증이 같이 첨부되기 때문에 그 중요도를 가늠할 수 있다.³⁶⁾ 셋째, 문서를 열독(閱讀)하는 것은 증인신문을 통해 증거를 수집하는 것보다 보다 짧은 시간을 요하며 비용도 저렴하다는 점에서 서증이 가치있다고 할 것이다.³⁷⁾ 이처럼 국제중재에서 문서의 중요성은 다언을 요하지 않는다.

32) 우리 민사소송법 상으로는 이를 ‘전문가’가 아닌 ‘감정인’이라 칭하나, 국제중재에서는 당사자의 의뢰에 의하여 작성된 의견서 및 보고서도 하나의 증거자료로 수용되기 때문에 이를 통상의 감정인으로 보아서는 안 될 것이다. 이것은 사감정(私鑑定)이라 한다. 사감정을 행한 자는 감정인이라고 불리우더라도 민사소송법에서 말하는 감정인은 아니다 (전병서, 「민사소송법」 제2판, 홍문사 (2009), 363면). 따라서 본고에서는 ‘전문가’로 칭한다.

33) Gary B. Born, *supra* note 18, p.1826.

34) 우리 중재법을 비롯한 대륙법계 입법례들은 증인의 선서에 관하여 규정을 두지 않음으로써 선서를 시킬 수 없게 하였다. 하지만 영국 중재법 제38조 제5항은 중재판정부가 증인 또는 당사자로 하여금 선서를 한 후 증언하도록 하고 있음이 다르다.

35) Gary B. Born, *supra* note 18, p.1826.

36) 상동, p.1827.

37) 상동.

1. 보통법계와 대륙법계에서의 서증의 차이

보통법계에서 문서제출은 사건과 관련된 모든 문서의 제출을 의미한다. 민사소송절차에서 관련 문서제출 명령의 불이행은 상당한 제재(sanctions)가 뒤따른다. 당사자는 자신에게 유리한 문서만을 제출하도록 허용되지 않는다. 즉, 당사자는 사건과 관련되어 있고 증거법에 위배되지 않는 한, 자신 스스로 소지하고 있는 모든 문서를 제출할 의무를 갖는다. 심지어 자신에게 불리하게 작용하는 문서라 하더라도 그 의무를 면하게 되는 것은 아니다.³⁸⁾ 문서제출 시기는 보통 당사자들이 소장과 답변서를 제출하고 난 이후, 그렇지만 변론기일이 시작되기 이전에 이루어져야 한다. 미국에서는 이러한 문서제출의무를 제3자에게도 부과하고 있다.³⁹⁾ 하지만 영국에서는 1999년 새로운 민사소송규칙을 제정하였는데, 그 중 문서제출명령이 없는 한 특정되지 않은 문서의 자동제출 절차를 폐지하였다. 그 목적은 영국 민사소송 절차에서 당사자에게 부과되는 문서제출 부담을 줄이려는 것이기는 하나, 보통법계의 문서제출의 기본원칙을 바꾼 것은 아니다.⁴⁰⁾ 따라서 문서제출을 통해 증거를 수집할 수 있는 범위는 매우 포괄적이고, 그에 따른 당사자의 문서제출 의무는 상당히 엄격하다.

반면, 대륙법계에서 당사자는 자신이 구하는 청구취지에 필요한 모든 사실을 소송개시 시점이나 그 이후 곧바로 제출한다. 예컨대, 독일에서는 상대방과 다툼이 되는 사실의 존부에 필요한 증거만 제출하면 된다. 대륙법계에서 문서제출에 따른 당사자의 의무부담은 보통법계보다 완화되어 있다. 원칙적으로 당사자는 자신의 준비서면의 주장을 증명할 수 있는 증거자료에 해당하는 문서만 제출하면 된다.⁴¹⁾ 그리고 다툼이 되는 특정 사실의 존부를 증명하는데 필요한 증거가 상대방이 소지하고 있다면, 상대방으로 하여금 그 문서의 제출을 명할 것을 법원에 신청할 수 있다. 그러나 그러한 신청은 보통의 경우 소지한 당사자가 제출의무를 부담하는 때로 한정하며,⁴²⁾ 제출을 요청받은 문서는 표시나 취지에 의하여 반드시 특정되어야 한다. 제3자에 대한 문서제출과 관련해서 종래 대륙법계에서는 이를 반드시 허용하지는 않았으나, 최근 이러한 경향은 변모하고 있다. 예컨대, 독일에서는 다툼이 되는 사실의 존부를 확정하는데 관련 있는 문서를 제3자가 소지한 경우, 법원은 이의 제출명령 여부를 재량 하에 결정하도록 하고 있다.⁴³⁾

38) Miles & Schwarz, *supra* note 26, p. 2.

39) Federal Rules of Civil Procedure, Rule 34(c).

40) Miles & Schwarz, *supra* note 26, p. 2.

41) 상동.

42) 우리 민사소송법 제343조 후단이 이를 규정하고 있으며, 우리 민사소송법에서는 증거의 구조적 편재를 시정하는 수단으로서 점차 이러한 문서제출명령의 중요성이 커지고 있다. (전병서, *supra* note 33, 375면).

43) Miles & Schwarz, *supra* note 26, 2면.

2. IBA 증거규칙에서의 서증

최근 국제중재 실무에서는 문서제출을 둘러싼 보통법계와 대륙법계의 차이점을 절충하는 방향으로 나아가고 있다. IBA 증거규칙은 제3조에서 문서제출에 대한 세부적인 규칙을 담고 있다. 제3조는 문서를 4개의 그룹으로 나눈다. 첫째, 당사자 스스로 소지하고 있는 문서의 제출이다. 둘째, 당사자가 서증으로 사용하고자 하는 문서가 있지만 자신 스스로가 소지하고 있지 않고 상대방이 소지하고 있는 경우이다. 셋째, 두 번째 그룹의 경우 제3자가 소지하고 있는 경우이다. 넷째, 어떠한 당사자도 중재판정부에 서증으로서 제출하려고 하지 않으나, 중재판정부가 판단할 때 사건과 관련이 있고 중요한 것으로 간주하는 문서이다.⁴⁴⁾

(1) 당사자 스스로 소지하고 있는 문서의 제출

각기 당사자는 스스로 소지하고 있고 주장의 근거로 삼고자 하는 문서를 중재판정부 및 상대방에게 제출해야 한다(제3조 제1항). 이는 보통법계와 대륙법계에서 인정되는 일반 원칙이다.⁴⁵⁾ 제3조 제1항은 이러한 문서제출이 “중재판정부가 정한 기간 내에” 이루어지도록 하고 있다. IBA 증거규칙은 여러 가지 상황에서 시한과 관련해 당사자들과 중재판정부에 최대한 융통성을 보장하려고 한다. 따라서 여러 가지 상황에서 중재판정부는 당사자들과 협의해 시한을 정하도록 하고 있다.⁴⁶⁾

(2) 상대 당사자가 소지하고 있는 문서의 제출명령 신청

IBA 증거규칙 상 원칙적으로 당사자는 상대 당사자에게 문서의 제출을 요청할 수 있다. 이 경우 일정요건을 갖추어야 한다. 첫째 요건은 요청하는 문서각각을 특정할 수 있을 정도의 충분한 설명을 하거나, 또는 존재할 것이라고 합리적으로 판단되는 좁은 범주(categories)의 문서에 대해 충분히 구체적인 설명(내용에 대한 설명을 포함하여)을 포함해야 한다(제3조 제3항 (a)).⁴⁷⁾ 이 첫 번째 요건은 보통법계와 대륙법계 차이에 대한 타협을 이룬 것으로 보고 있다. 전자의 개별문서를 특정하는 것은 간명하다. 하지만 후자의 범주(categories) 문서를 요청하는 경우는 추가 논의가 필요하다. IBA 증거규칙의 논의과정에서 범주에 의한 문서제출은 자칫 보통법계에서처럼 너무 포괄적이고 광범위한 개시

44) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, 6면.

45) UNCITRAL Model Law, Article 23; ICC's 2012 Rules of Arbitration, Article 25(2); AAA ICDR Arbitration Rules, Article 19.2; ICSID Arbitration Rules, Rule 33; LCIA Rules, Article 15.6; HKIAC Rules, Article 23.2.

46) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, 6면.

47) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, 9면.

(discovery)를 허용할 수 있다는 우려가 있었다. 그러나 범주에 포함되는 문서는 사건에 관련성이 있고 그 결과에 중대한 영향을 미칠 수 있지만, 전자의 경우처럼 개별 문서를 특정하기 어려운 것들로 제한하고 있다. 가령, 합작계약 상 계약해제를 둘러싼 분쟁에서, 일방 당사자는 다음의 내용들을 충분히 알 수 있다. (i) 계약해제 통지가 특정 날짜에 이루어졌고, (ii) 상대 당사자의 이사회에서 해제통지 바로 직전에 계약해제 여부에 대한 결정을 했음에 틀림이 없고, (iii) 이사회 결정을 위해 준비되었음에 틀림없는 특정 문서가 존재하고 있고, 그리고 (iv) 그 결정에 관한 이사회 의사록이 채택되었음에 틀림없음이 그것이다. 요청 당사자는 문서가 작성된 날짜나 작성자를 특정할 수는 없으나, 요청하는 좁은 범주의 문서에 대해 상기와 같이 충분히 구체적인 설명을 할 수 있고, 해당 문서가 작성된 대략의 기간을 제시할 수 있다.⁴⁸⁾ 이 상황은 제3조 제3항(a)(ii)에서 허용하는 좁은 범주의 특정 문서에 해당된다.

IBA 증거규칙은 소위 e-discovery에 관한 내용을 추가하여, 전자문서의 경우 요청하는 서류를 효과적이고 경제적인 방법으로 검색할 수 있도록 특정과일명, 검색조건, 검색자(작성자 내지 보관자) 또는 기타 검색수단을 명시할 것을 중재판정부가 명령할 수 있도록 규정하고 있다(제3조 제3항 (a)).

둘째 요건은 요청하는 문서가 어떻게 사건에 관련된(relevant) 것인지와 사건 결과에 중대한(material) 영향을 미치는지 여부에 대해 기술하여야 한다(제3조 제3항 (b)). 각기 다른 법제에 기반을 둔 법률가들은 사건과 관련성(relevancy)이 있는 문서의 제출에는 익숙한 편이다. 그러나 요청 문서가 사건 결과에 중대한 영향을 미쳐야 한다는 요건은 요청당사자에게 상당한 입증부담을 안겨줄 수 있다. 특히 이 요건은 미국 영국을 비롯한 보통법계 민사소송절차와 커다란 차이를 보여주고 있다. 왜냐하면 보통법계 국가에서 문서제출의 요건은 사건과의 관련성(relevancy)만을 요구하는 경우가 대부분이기 때문이다. 이 요건의 추가로 중재판정부는 비록 그 문서가 사건과 명백한 관련성을 가지고 있다고 해도, 사건 결과에 중대한 영향을 미치지 않는다고 판단되면 문서요청을 기각할 수도 있다.⁴⁹⁾

셋째 요건은 요청하는 당사자가 요청 문서를 소지하고 있지 않거나 혹은 요청 당사자가 그러한 문서를 제출하는 것이 불합리한지에 대한 이유를 명시해야 한다(제3조 제3항 (c)). 넷째 요건은 요청하는 문서가 상대 당사자의 점유, 보관 또는 통제 아래에 있을 것이라고 추정되는 이유를 기술해야 한다(제3조 제3항 (d)). 넷째 요건의 대상은 당사자 또는 당사자의 임직원들 및 이사들의 파일 또는 기록 보관소에 있는 문서뿐만 아니라 당사자의 ‘통제(control)’ 아래에 존재하는 모든 문서까지 확대된다.⁵⁰⁾ 여기에서 통제라는 개념은 단지 기술적으로만 접근해 해석할 것이 아니라, 실질적으로 통제하고 있는지 여부가

48) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, 9면.

49) 「Redfern and Hunter on International Arbitration」, *supra* note 1, p.394.

50) Gary B. Born, *supra* note 18, p.1899.

때문에 좀 더 넓게 해석되고 적용되어야 한다.⁵¹⁾ 그렇다고 현재 존재하지 않는 문서에 대해 문서를 작성해서까지 제출하도록 하는 것은 아니다.

상대 당사자는 제3조 제3항 상의 네 가지 요건을 모두 갖추지 못한 문서제출 요청의 전부 또는 일부에 대해 이의를 제기하거나, 또는 제9조 제2항에 규정된 예외 사유에 해당되는 경우 이의를 제기할 수 있다(제3조 제5항). 만일 이의가 제기되면, 중재판정부는 이의사유를 해소시킬 수 있도록 당사자들 간 상호 협의를 촉구할 수 있다(제3조 제6항). 왜냐하면 당사자 간 협의가 어떤 경우에는 효율적인 해결방안을 도출할 수도 있기 때문이다. 그리고 당사자들 간 합의에 의해 문서제출의 범위를 줄일 수 있고, 합의가 도출되지 않는 최소범위의 문서만 남기게 된다.⁵²⁾

그러나 당사자 간에 협의가 이루어지지 않으면 일방 당사자는 중재판정부로 하여금 이의에 대한 결정을 요청할 수 있다.⁵³⁾ 이에 중재판정부는 당사자들과의 사건관리회의(case management meeting)을 통해 다툼이 있는 문서에 대한 타협을 도출해 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 타협이 이루어지지 않으면 중재판정부는 상기 미팅을 심리로 전환해 양측의 주장을 들어볼 수 있다. 그리고 최종적으로 중재판정부는 문서제출 요청과 이의신청에 대해 판정해야 한다.⁵⁴⁾ 판정근거는 (i) 요청당사자가 증명하고자 하는 쟁점들이 사건과 관련성이 있고 그 결과에 중대한 영향을 미치며, (ii) 제9조 제2항에 규정된 이의(예외) 사유 중 어떤 이유에도 해당되지 않으며, 그리고 (iii) 제3조 제3항의 요건을 충족하였다⁵⁵⁾고 결정하면, 중재판정부는 요청 대상문서를 소유, 보관 또는 통제하고 있는 당사자로 하여금 이를 제출하도록 명령할 수 있다(제3조 제7항). 물론 이 세 가지 요건 중 어느 하나라도 충족이 되지 않으면 문서제출 요청은 기각될 수 있다.

이러한 IBA 규정은 과도한 문서제출로 인해 발생하는 절차의 지연과 추가비용을 줄일 수 있으며, 핵심적인 문서들만 교환할 수 있도록 한다는 점에서 효과적이라 평가된다. 그리고 양 당사자 대리인들과의 협의를 통해 제출문서의 상당 분량을 줄일 수 있다.⁵⁶⁾

간혹 이의제기의 사유가 특권(privilege)이나 비밀정보(confidentiality)를 근거로 하는 경우, 중재판정부는 이의의 타당성을 결정하기 전에 대상문서를 먼저 검토할 수도 있다. 그

51) 상동.

52) 「Redfern and Hunter on International Arbitration」, *supra* note 1, p.395.

53) 당사자들 간 문서제출 요청에 대한 다툼에서는 여러 가지 문서에 대하여 여러 가지 사유로 이의를 제기하므로 당사자 간의 다툼내역을 일목요연하게 정리하고 중재판정부가 적절한 판단을 하는 것이 필요하다. 이때 실무에서는 레드fern 스케줄(Redfern Schedule)이라고 불리는 양식을 흔히 사용한다. 이는 영국의 유명한 중재인인 Alan Redfern이 고안한 표 형식의 서류양식으로, 첫 번째 줄에는 요청하는 서류의 내용을 기록하고, 다음 줄에는 서류요청 당사자의 요청 근거를, 그 다음 줄에는 서류요청에 대해 이의를 제기한 당사자의 이의내용을 각각 기록한 다음, 맨 마지막 줄에 중재판정부의 판단을 기록하도록 되어 있다 (김갑유, 양성우, *supra* note 2, 464).

54) 「Redfern and Hunter on International Arbitration」, *supra* note 1, p.395.

55) 여기 세 번째 요건은 이번 개정 IBA 증거규칙에 새롭게 추가되었다.

56) 「Redfern and Hunter on International Arbitration」, *supra* note 1, p.395.

러나 가급적 중재판정부는 그러한 대상 문서를 검토하지 않는 것이 바람직하다. 왜냐하면 중재판정부의 대상 문서 검토 후 이의를 받아들여 문서제출 요청을 기각해도, 중재판정부는 이미 문서를 보았으므로 심증형성에 이용되지 않을까 하는 우려가 있기 때문이다.⁵⁷⁾ 만일 중재판정부가 대상 문서를 검토하지 않기로 결정하면, 중재판정부는 당사자와 협의하여 외부의 중립적인 (그리고 비밀유지의무를 지는) 전문가를 선임하여 해당 문서를 검토하고 이의 사유의 타당성에 대해 보고하도록 할 수 있다(제3조 제8항). 만일 중재판정부가 이의를 받아들여 문서제출 요청을 기각하는 범위 내에서, 전문가는 검토한 문서의 내용을 중재판정부와 당사자들에게 비밀유지를 해야 한다. 반대로 중재판정부가 이의를 배척한다면, 요청받은 당사자는 대상 문서를 요청 당사자에게 제공하여야 한다.

(3) 제3자가 소지하고 있는 문서의 제출명령 신청

IBA 증거규칙 제3조 제9항은 당사자가 아닌 제3자가 소지하고 있는 문서를 제공받기 원하나, 그 해당자로부터 자체적으로 문서를 제출받을 수 없는 경우의 절차를 규정하고 있다. 일방당사자는 중재판정부가 정한 기간 내에 제3자로부터 요청대상 문서를 제출받기 위하여 법적으로 이용할 수 있는 모든 조치를 중재판정부가 취할 것을 요청하거나⁵⁸⁾, 또는 스스로 그러한 조치를 취하기 위하여 중재판정부에게 허가(leave)를 요청할 수 있다. 요청 당사자는 중재판정부 및 상대 당사자들에게 서면요청서를 제출하여야 한다(제3조 제9항).

중재판정부는 아래 3가지 요건을 모두 충족하게 되면 재량에 따라 적절하다고 판단되는 조치를 취하거나, 또는 요청당사자로 하여금 그러한 조치를 취하도록 승인하거나, 또는 상대방들로 하여금 그러한 조치를 취하도록 명령하여야 한다. 첫째 요건은 요청문서가 사건에 관련성이 있고, 그 결과에 중요한 영향을 미쳐야 하며, 둘째 요건은 제3조 제3항이 적용되는 사안인 경우 그 네 가지 요건이 모두 충족되었고, 셋째 요건은 제9조 제2항에 규정된 이의(예외) 사유 중 어디에도 해당되지 않는다고 결정해야 한다. 그러나 세 가지 요건 중 어느 하나라도 충족되지 않으면 중재판정부는 제3자에 대한 문서제출을 허용하지 않게 된다.

(4) 중재판정부 스스로 판단에 따른 문서의 제출명령

몇몇 국제중재 기관의 중재규칙은 중재판정부로 하여금 다툼이 되는 사실의 존부를 확정하기 위해 스스로 모든 가능한 수단을 취하도록 하고 있음을 감안하여⁵⁹⁾, 중재판정부는

57) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, pp.10-11.

58) 법적으로 취할 수 있는 조치의 예로서는 미국 연방중재제출법⁷의 내용을 들 수 있다. ⁷조에 따르면 중재판정부는 제3자를 심리기일에 출석하도록 소환하면서 사건에 중대한 영향을 미칠 수 있을 것으로 간주되는 문서를 소지하고 출석할 것을 명령할 수 있다 (미국 연방중재제출법⁷에 관한 상세한 내용은 Gary B. Born, *supra* note 18, pp. 1926-32를 참조).

59) ICC's 2012 Rules of Arbitration, Art. 25(1); LCIA Rules, Art. 22.1(c).

아직 증거로서 제출되지 않은 문서에 대해 어느 당사자에게라도 해당 문서의 제출을 명령할 수 있다. 또한 중재판정부는 제3자로부터 문서를 제출받기 위하여 당사자로 하여금 적절하다고 판단되는 조치를 취하도록 할 것을 요청하거나⁶⁰⁾, 중재판정부 스스로 적절한 조치를 취할 수도 있다(제3조 제10항). 그렇지만 문서제출을 요청받은 당사자는 제9조 제2항에 규정된 이유를 들어 동 요청서에 대해 이의를 제기할 수 있다.

3. 서증에 대한 비밀유지의무

IBA 증거규칙에 기해 제출되는 문서에 대한 비밀유지의무를 어느 범위까지 지을 것이냐는 계속 논쟁이 되고 있다. 특히 지적재산권 분쟁에 관한 중재에서는 특히 그렇다. 제3조 제13항은 당사자와 제3자가 제출한 문서에 대해 중재판정부와 타방 당사자에게 비밀유지의무를 부과하고 있다. 제출된 문서는 오직 중재와 관련해서만 이용될 수 있다. 그러나, IBA 증거규칙은 구두진술과 같이 문서가 아닌 증거에 대해서는 비밀유지의무를 부과하고 있지는 않다.⁶¹⁾ 더욱이, 당사자들이 선택한 중재규칙에는 비밀유지 요건을 담고 있는 경우가 있기 때문에, IBA 증거규칙 상의 비밀유지의무는 중재 관련 기타 모든 비밀유지의무에 영향을 미치지 않는다고(제3조 제13항). 따라서 당사자들은 그들이 선택한 중재규칙 상의 비밀유지 조항에 따라 어느 정도 수준의 비밀유지의무가 제출된 문서에 적용되는지 판단해야 한다.⁶²⁾

비밀유지의무와 관련해 동조에서는 예외상황을 제시하고 있다. 즉, 일방당사자가 자신의 법적의무를 이행하거나 법적권리를 보호하거나, 또는 법원이나 기타 사법당국에 의한 법적절차를 통해 판정을 집행하거나 판정에 이의를 제기하기 위해 문서를 공개하여야 하는 경우에는 예외로 한다(제3조 제13항).

4. 문서제출명령에 불응하는 경우 중재판정부의 추론

만일 관련 당사자가 적시에 이의를 제기하지 아니한 상태에서 문서제출 요청서 상의 문서를 제출하지 않거나, 또는 중재판정부가 제출할 것을 명한 문서를 제출하지 않는 경우가 있다. 이때 중재판정부는 만족할만한 해명을 듣지 못하면 해당 문서가 그 당사자한테 불리하게 작용하는 것이라고 추론할 수 있다(제9조 제5항). 예컨대, 만일 분쟁 발생 이

60) 중재판정부 스스로가 아닌 당사자로 하여금 제3자로부터 문서제출을 위해 적절한 조치를 취하도록 하게 되는 상황은, 특정 국가 내에 대상 문서와 당사자가 같이 소재하고 있는 경우일 것이다.

61) 물론 구두진술을 녹음해 만든 초록은 문서로 간주해 비밀유지의무의 적용대상이 된다 (Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, 13면).

62) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, 13면.

전에 만들어진 회사의 합리적인 문서보관규칙에 따라 해당 문서가 분쟁 이전에 폐기되었다면, 대부분의 중재판정부는 이러한 설명이 합리적인 사유로서 판단할 수 있다. 그러나 분쟁이 발생하고 난후 새로운 문서보관규칙을 제정하여 그 규칙에 따라 곧바로 문서를 폐기하였다고 설명한다면, 중재판정부는 부정적인 입장을 취할 것임에 틀림없다.

5. 중재지의 국내 중재법이 문서제출에 미치는 영향

중재지의 국내법은 문서제출에 있어 중대한 영향을 미친다. 중재지에 대한 합의는 중재가 열릴 장소에 대한 합의를 의미하나, 중재에 적용될 절차법에 대한 별도의 합의가 없다면 중재지의 절차법에 따라서 중재를 진행하자는 합의까지 포함하는 것으로 해석된다.⁶³⁾ 중재의 절차법인 중재지법에 따라 규율되어야 하는 절차적인 요소에는 중재인의 독립의무, 중재인의 권리 및 의무, 중재절차 내에서 당사자들에게 반드시 보장되어야 하는 절차적 권리, 증거조사 및 채택방식, 판정문의 형식 및 교부 등이 포함된다.⁶⁴⁾

중재규칙에 대한 합의는 특정한 중재규칙에 따라 중재를 진행하고자 하는 당사자들의 합의로서, 당해 규칙의 내용과 동일한 내용의 합의를 당사자들이 별도 체결한 것이다. 따라서 만일 중재지법에 따라 규율되어야 하는 절차적인 사항들이 당사자들이 합의한 중재규칙에 포함되어 있다면 중재지법보다 당사자들이 선택한 중재규칙의 해당 규정이 우선한다.⁶⁵⁾ 실제로 중재지법에 따라 결정되어야 하는 것으로 언급된 요소들 중 독립성을 가진 중재인의 선임, 중재인의 권리 및 의무, 판정문의 작성 등과 같은 사항은 ICC 중재규칙에 별도로 규정되어 있으며, 이 규칙에 따라 절차를 진행하고 있다.⁶⁶⁾

반면, 당사자가 선택한 중재규칙에 없는 규정이 중재지법에 있는 경우도 있다. 예컨대 영국이 중재지여서 영국의 중재법이 적용된다고 가정하자. 영국 중재법에 따르면 중재절차에서 당사자는 심리기일에 출석하는 증인으로 하여금 문서를 제출하게 하기 위해 영국 법원의 민사소송 절차를 원용할 수 있도록 하고 있다.⁶⁷⁾ 이러한 절차는 오직 중재판정부의 허락 혹은 당사자 간의 합의에 의해서만 이루어질 수 있다.⁶⁸⁾ 하지만 영국법원의 민사소송 절차에 따라 문서의 제출이 이루어지기 위해서는 해당 증인이 영국 영토 내에 있어야 하고, 그리고 중재절차가 영국, 웨일즈 또는 북아일랜드에서 진행되고 있어야⁶⁹⁾ 하는

63) Gary B. Born, *supra* note 18, p.1915 (그러나, 우리나라가 중재지인 국제중재의 경우 우리 중재법이 적용되기 때문에 당사자간의 중재에 적용될 절차법에 대한 합의는 허용되지 않다는 점에서 다른 나라의 경우와는 다르다고 할 수 있다).

64) 상동.

65) 김갑유, 양성우, *supra* note 2, 492면.

66) 상동.

67) 영국 중재법, 제43조 제1항.

68) 상동, 제43조 제2항.

69) 상동, 제43조 제3항.

제한을 두고 있다. 당사자들이 선택한 중재규칙에 이러한 내용의 규정이 없다면 당사자는 영국 중재법에 따라 문서제출을 강제할 수 있다. 따라서 중재 당사자는 중재지의 중재법을 면밀히 검토하여 증거조사와 관련해 IBA 증거규칙과 당사자가 선택한 중재규칙 이외의 별도 규정이 없는지 확인해야 한다.

한편 UNCITRAL 모델 중재법 제27조에서는 중재판정부나 중재판정부의 승인을 받은 당사자는 해당 국가의 관할법원에 증거조사 협조를 요청할 수 있다. 협조를 요청받은 법원은 그 권한 범위 내에서 증거조사의 규칙에 따라 그러한 요청에 응할 수 있다.⁷⁰⁾ 우리나라도 UNCITRAL 모델 중재법 제27조의 내용을 받아들여서 약간의 추가보완을 하였다.⁷¹⁾

V. 사실관계에 대한 증인

사실관계에 대한 증인의 역할은 중재판정부가 실제적 진실을 발견하는데 서증을 보충하는데 있다. 불법행위에 관련된 사건과 달리 상사사건의 경우 대부분의 증인은 거래 한쪽 당사자와 관계가 있는 것이 보통이다. 때문에 증인은 사건의 결과에 직간접적인 이해관계를 갖는다. 그래서 대부분의 중재판정부는 서증과 비교해 볼 때 사실관계의 증인에 대한 진술에 대해 상대적으로 덜 신뢰하는 경향이 있다. 물론 진술하는 증인이 반대신문을 거치거나 진술내용에 부합하는 문서를 같이 수반하여 진술하는 경우는 신뢰도가 조금은 올라갈 수 있다.⁷²⁾ 아래에서는 사실관계의 증인이 제출하는 서면 증인진술서(written witness statement)와 심리기일에 출석해 진술하는 구술증언에 대해 살펴보겠다.

1. 증인진술서

최근 보통법계에서는 증인진술서(written witness statement)⁷³⁾가 증거방법으로 채택되고 있지만, 아직 모든 보통법계 국가에서 사용되는 것은 아니다. 반면, 대륙법계에서 증인진술서는 실무적으로 통용되지 않는 것이 보통이다.⁷⁴⁾⁷⁵⁾

70) UNCITRAL 모델 중재법, 제27조.

71) 우리나라 중재법 제28조 상 증거조사에 관한 법원의 협조에 관한 자세한 내용은, 석광현, *supra* note 13, 447-50면을 참조 (중재법 제28조는 중재판정부가 중재지 소재 법원에게 증거조사에 관한 협력을 신청하는 경우에만 적용되고 외국법원에는 미치지 아니한다).

72) 「Redfern and Hunter on International Arbitration」, *supra* note 1, p. 401.

73) 증인진술서(written witness statement)는 보통법계에서 사용되고 있는 affidavits에 대응하는 개념이라고 할 수 있다 (Gary B. Born, *supra* note 18, p. 1828).

74) 하지만 우리나라 민사소송법에는 증인진술서 제출에 의한 증인조사방식을 인정하고 있다 (민사소송법 79조).

75) 이러한 이유로 UNCITRAL 중재규칙을 채택할 때 대륙법계 대표자들은 증인진술서를 명시적으로 절차에 넣

증인진술서(written witness statement)를 둘러싼 대륙법계와 보통법계 간극에 대해 IBA 증거규칙은 절충적 입장을 띠고 있다. 중재판정부는 각 당사자에게 주장의 근거가 되는 증인진술서를 중재판정부와 상대 당사자들에게 제출할 것을 명령할 수 있다(제4조 제4항). 중재판정부는 당사자들과 협의하여 증인진술서가 필요한지 여부를 결정하고 제출일정을 정하게 된다. 증인진술서가 제출되면 상대 당사자는 심문기일에 증인이 진술하고자 하는 증언내용을 사전에 알게 된다. 이는 상대 당사자로 하여금 해당 증인에 대한 반대신문 준비와 더불어 자신이 제기할 쟁점과 자신의 증인을 미리 선별할 수 있게 하는 장점이 있다.⁷⁶⁾ 중재판정부 또한 증인진술서의 사전 검토를 통해 증인의 진술내용을 잘 이해할 수 있으며, 심리기일에 증인을 상대로 보다 정확한 신문문을 할 수 있게 된다. 이러한 이유로 증인진술서는 심리기일을 단축할 수 있는 장점이 있다.⁷⁷⁾ 따라서 시간과 비용을 줄이기 위해 증인의 출석을 당사자나 중재판정부가 요청하지 않는 한, 증인은 출석할 필요가 없다(제8조 제1항). 제출된 증인진술서의 내용에 대해 당사자 간 다툼이 없거나 상대 당사자가 이를 중요하게 여기지 않는다면 해당 증인은 출석할 필요가 없음을 중재판정부와 양 당사자가 합의하는 것이다.⁷⁸⁾

IBA 증거규칙 제4조 제5항은 증인진술서에 담길 내용을 규정 한다: (a) 증인의 성명 및 주소, 증인과 당사자들 간 현재 및 과거 관계, 증인의 배경이나 자격사항, 교육 및 경험이 분쟁이나 진술서의 내용에 관련이 있는 범위 내에서 기술; (b) 사실에 대한 완전하고 상세한 기술 및 사실의 토대가 된 정보의 출처 (진술내용의 근거가 되는 문서가 미리 제출되지 아니하였다면 여기서 같이 제출되어야 한다); (c) 증인진술서가 맨 처음 작성되었을 때의 언어 및 심리기일 시 증인이 사용할 언어; (d) 증인진술서에는 진실만을 증언하고 있다는 확약; (e) 증인의 서명, 서명일 그리고 서명장소.

증인진술서가 선서에 의할 것을 요구하는지 여부는 중재실무와 법체계마다 상이하다. 많은 대륙법계에서는 선서를 통한 진술은 오직 법관 앞이거나 공증인 앞에서만 하도록 되어 있다. 때문에 이러한 방식이 아닌 상태에서 만들어진 선서진술서(sworn affidavits)는 대륙법계에서는 유효하게 인정되지 않는다. 결론적으로 국제중재에서는 선서에 의한 증인진술서를 요구하지 않는다. IBA 증거규칙에서도 증인진술서가 선서(oath)에 의할 것을 요구하지 않고 있으며, 증인이 진실만을 증언하고 있다는 확약으로 족하다(제8조 제4항).

증인의 서면진술서가 언제 제출되어야 하는지는 중재판정부가 판단한다(제4조 제4항). 보통 실무에서는 양 당사자가 자신이 채택한 증인의 진술서를 동시에 교환하도록 하던지 아니면 순차적으로 교환하도록 선택을 한다.⁷⁹⁾ 그리고 맨 처음 교환한 증인진술서 이후,

는 것을 반대하였다고 한다 (Gary B. Born, *supra* note 18, p. 1829). 그러나 UNCITRAL 중재규칙 (2010 revision) 제27조 제2항에서는 증인의 진술은 서명된 서면으로 제출할 수 있도록 하고 있다.

76) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, 16면.

77) 상동.

78) AAA ICDR Arbitration Rules, Article 20.5; LCIA Rules, Article 20.3 동지.

당사자는 (기존에 증인으로 지명되지 아니한 자들의 진술서를 포함하여) 수정되거나 추가된 증인진술서를 제출할 수는 있다. 그러나, 수정 또는 추가 진술서의 내용은 오직 상대방이 기존에 제출한 증인진술서, 전문가보고서 또는 준비서면에 담겨있는 내용에 대응하는 것으로 한정한다(제4조 제6항).

증인진술서에 대한 IBA 규칙은 오랜 기간에 걸쳐 국제 중재인들과 국제중재기관 규칙⁸⁰⁾에 의해 정립된 절차를 명문화 한 것이다. 주신문내용에 해당되는 증인진술서를 서면으로 심리기일 이전에 제출하는 것은 이제 통상적인 관행이 되어 왔다.⁸¹⁾ 증인진술서가 제출되면 각 당사자는 상대 당사자의 증인들 중 누가 심리기일에 출석해야 하는지를 중재판정부에 알린다. 그리고 중재판정부는 당사자들이 지정하지 않은 증인들 중 필요하다면 어떤 증인이 기일에 출석해야 하는지 당사자에게 통보한다. 어떤 당사자도 출석을 요청하지 않은 증인을 중재판정부가 출석요청 하는 것은 드물지만 그래도 가끔은 발생한다고 한다.⁸²⁾

2. 신청증인의 사전면담 허용여부를 둘러싼 쟁점

(1) 대륙법계와 보통법계의 차이

당사자나 대리인이 자신이 신청한 증인을 심리기일 이전에 사전면담하고 변론준비에 활용하는 것은 대륙법계와 보통법계가 차이를 보이고 있다.⁸³⁾ 많은 대륙법계 국가에서는 소송대리인이 증인을 사전에 면담한 후 변론준비 하는 것을 허용하지 않는다. 대륙법계 국가의 변호사윤리장전은 변호사로 하여금 기일 이전에 증인에게 연락을 취해 증인내용에 대해 파악하는 것을 금하고 있다.⁸⁴⁾ 그러나 이는 원론적인 이야기일 뿐 실제로 대부분의 대륙법계 국가에서도 자신이 신청하는 사실관계 증인의 경우 사전접촉 및 증인신문 사항에 대한 협의가 이루어지고 있다. 보통 대륙법계에서는 증인이 기일에 출석하면 재판장이 주된 신문역할을 담당하고 증인의 신뢰도(credibility)를 테스트한다. 그리고 증인으로부터 사건판단에 영향을 줄 수 있는 실체적 진실을 파악하려고 한다. 보통 재판장의 신문이 끝난 다음 양측의 대리인들은 출석한 증인에 대해 추가적인 신문을 하게 된다.⁸⁵⁾ 그리고 대륙법계에서는 증인의 진술보다는 오히려 서증을 더 신뢰하는 편이다.

79) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, p. 17.

80) 이와 유사한 증인진술서에 관한 절차를 담고 있는 규칙은 LCIA Rules, Art. 20 에서 찾아볼 수 있다.

81) 「Redfern and Hunter on International Arbitration」, *supra* note 1, p. 402.

82) 상동.

83) 당사자나 대리인이 증인을 심리기일 이전에 사전면담하고 변론준비에 활용하는 것에 대한 대륙법계와 보통법계의 차이점에 대한 자세한 설명에 대해서는 Gary B. Born, *supra* note 18, pp. 2308-11을 참조.

84) Gary B. Born, *supra* note 18, p. 2310 (그러나, 많은 대륙법계의 변호사윤리장전은 사전 증인신문을 금하는 것이 국제중재에는 적용되지 않는다고 기술하고 있다).

85) Miles & Schwarz, *supra* note 26, 3면.

반면, 보통법계에서는 기일에 증인이 출석해 진술하기 이전에 소송대리인은 증인을 사전에 면밀히 인터뷰하는 것이 허용된다. 물론 그 과정에서 증인에게 진술할 내용을 지도(coach)해서는 아니 된다. 소송대리인이 기일에 진술할 증인의 명확한 본질을 사전에 파악하는 것은 변론을 위한 중요한 준비과정으로서 인식되고 있다. 그리고 보통법계 대리인은 증인진술서를 작성하는데 도움을 주는 것은 흔한 일로서 통용되고 있다.⁸⁶⁾ 만일 증인진술서가 제출되면 해당 증인을 신청하는 당사자의 주신문(direct examination or examination-in-chief)은 증인진술서로 대체하는 것이 최근 관행이다. 변론기일에는 주신문은 생략하고, 상대 당사자 측에서 강도 높은 반대신문(cross-examination)을 진행한다.⁸⁷⁾

중재판정부와 당사자 대리인들은 사전 증인면담을 통한 변론준비에 관한 이러한 입장 차이를 인식하고 이에 잘 대응하는 것이 중요하다. 일반적으로 중재판정부가 한쪽 당사자의 대리인이 증인 사전면담에 대한 법률적·윤리적 제약이 있다는 이유만으로 양쪽 당사자 모두에게 증인의 사전면담을 불허하는 것은 적절하지 못하다. 왜냐하면 당사자는 이러한 법률적·윤리적 제약에서 자유로운(즉 그러한 규칙이나 윤리장전이 없는) 공동대리인(co-counsel)을 자유로이 선임할 수 있기 때문이다.⁸⁸⁾

(2) 국제중재실무와 관련 IBA 증거규칙

증인의 사전면담 허용여부와 관련해서 국제중재 실무는 이를 허용하고 있고 구술증언을 하기 이전에 당사자가 변론준비에 활용하도록 하고 있다. 일례로 런던국제중재법원(LCIA) 규칙에 따르면, 당사자 또는 그 대리인은 증인의 증언을 서면으로 제출하거나, 구술증인으로 제시하기 위한 목적으로 해당 증인을 면담할 수 있도록 하고 있다. 하지만, 중재 절차법의 강행규정에 반하지 않는 범위 내로 제한하고 있다.⁸⁹⁾ IBA 중재규칙 또한 이를 허용하고 있다(제4조 제3항). 그러나 실무상의 몇 가지 제한이 있다. 예컨대, 증인진술서를 변호사가 대신 작성해서는 아니 된다. 또 하나는 변호사가 면담하는 증인으로 하여금 진실이 아닌 내용을 진실인 것처럼 진술하라고 해서도 아니 된다.

중재심리 초반부터 한쪽 당사자의 부적절한 증인면담이나 그로 인한 변론준비에 대해 상대 당사자가 이의를 제기할 수 있다. 그러나 IBA 증거규칙이나 국제중재의 실무흐름에 비추어, 중재판정부는 부적절한 증인면담에 관한 주장 때문에 관련 증인진술을 기록으로부터 삭제하거나 별다른 제재조치(sanctions)를 가하는 것은 어려워 보인다. 대신 중재판정부는 그러한 주장에 대해서 관련 증인진술의 신빙성이나 증거력을 감안하여 판단하면 될 것이다.

86) Gary B. Born, *supra* note 18, pp. 2308-9.

87) Miles & Schwarz, *supra* note 26, 4면 (물론 반대신문 이후 원래 당사자 측의 재주신문(re-examination)이 뒤따르게 된다).

88) Gary B. Born, *supra* note 18, p. 2310.

89) LCIA Rules, Art. 20.6.

3. 심리기일 시 구두진술 절차

(1) 보통법계와 대륙법계의 차이

대륙법계에서 소송대리인은 신청할 증인을 준비서면에 지정하여 신청하고, 증인이 반드시 필요하다고 인정한 때에 재판장은 증인의 출석을 명령하게 되면 증인은 기일에 출석하여 증언해야 한다. 한편, 보통법계에서 증인은 지정된 기일에 출석해 증인 스스로 경험한 것을 구두로 진술하는 것이 보통이다. 그리고 증인신문은 교호신문⁹⁰⁾의 방식을 택하며, 법관은 증인신문에 있어 주된 역할을 담당하지는 않는다.⁹¹⁾ 물론 쌍방의 신문이 끝나면 법관이 보충신문을 하기도 한다.

대부분의 대륙법계 법률가들은 증인을 신청한 당사자가 아닌 상대 당사자의 반대신문에 익숙하지 않다.⁹²⁾ 또한 대륙법계의 법률가들은 반대신문을 행하는 테크닉이 부족하고 별도의 교육을 받지 않기 때문에, 국제중재에서 반대신문을 해야 하는 경우가 발생하면 보통법계의 법률가들보다 불리한 입장에 처하게 될 것이다.⁹³⁾ 반면, 보통법계의 법률가들은 대륙법계 출신의 중재인이 증인에게 직권신문을 하는 것에 익숙하지 않아 당황하기도 한다. 또한 반대로 대륙법계 법률가들 입장에서 볼 때, 당사자주의에 익숙한 보통법계 출신의 중재인이 심리과정에서 증인이나 전문가에 대해 별다른 신문을 하지 않는 것을 보게 되면 상당히 의아해 하기도 한다.

(2) 국제중재실무와 관련 IBA 증거규칙

실제 국제중재 절차에서 중재판정부는 증인에 대해 당사자들의 반대신문과 재주신문⁹⁴⁾을 허용하는 것이 보통이다. 그리고 중재판정부 스스로도 증인을 신문하기도 한다.⁹⁵⁾ 이러한 실무관행을 반영하여 IBA 증거규칙에서 서면 증인진술서를 제출한 모든 증인은 당사자들이 달리 합의하지 않는 한, 반드시 심리기일에 출석해 증언해야 한다. 그러나 만일 증인이 타당한 이유없이 심리기일에 출석하지 아니하는 경우, 중재판정부는 예외적인 상황에서 달리 결정하지 아니하는 한, 해당 증인이 제출한 증인진술서의 내용을 무시하여야 한다(제4조 제7항). 그러나 당사자와 중재판정부가 증인진술서를 제출한 증인의 출석이 불

90) 교호신문방식에서 증인신문은 신청을 한 당사자가 우선 신문한다. 이를 주신문(direct examination or examination-in-chief)이라고 한다. 주신문이 끝나면 상대방이 반대신문(cross-examination)을 한다. 나아가 원래 당사자는 재주신문(re-direct examination) 할 수 있는 기회를 갖는다.

91) Miles & Schwarz, *supra* note 26, 3면.

92) 우리 민사소송법은 1961년 법원에 의한 직권신문제를 폐지하고, 교호신문제를 채택하여 당사자주의를 보다 철저하게 도모하고 있다. 다만, 소액사건의 경우에는 교호신문의 방식에 의하지 않고, 판사가 증인을 신문한다(소액사건심판법, 제10조 제2항), 전병서, *supra* note 33, 358면.

93) Miles & Schwarz, *supra* note 26, 4면.

94) 재주신문을 허용하는 때는, 특히 서면 증인진술서가 제출되어 이를 주신문을 대체하는 경우이다.

95) Miles & Schwarz, *supra* note 26, 4면.

필요하다고 합의한다면, 그러한 합의가 증인진술서 내용에 대해 동의한 것으로 간주되지는 않는다(제4조 제8항). 한편, 증인진술서를 제출하지 아니한 증인이라 하더라도 각 당사자와 중재판정부로부터 출석을 요청받은 증인은 증언을 위해 심리기일에 출석하여야 한다(제8조 제1항).

원래 사실관계에 대한 증인의 채택은 당사자들의 책임이다. 당사자들은 자신이 채택할 증인과 그들이 진술할 쟁점을 선택해야 한다. 그러나 이번 개정 IBA 증거규칙에서는 어느 당사자도 채택하지 않은 특정 증인에 대해 중재판정부가 출석을 요청할 수 있도록 하고 있다(제8조 제1항). 그런 경우 중재판정부는 당사자로 하여금 특정된 증인이 심리기일에 출석할 수 있도록 최선의 노력을 하도록 명령할 수 있다. 다만 그러한 요청을 받은 당사자는 제9조 제2항에 규정된 이유 중 어느 하나를 근거로 이의를 제기할 수는 있다(제4조 제10항).

만일 일방 당사자에 의해 출석을 요청받은 증인이 이를 거부하면, 그 당사자는 중재판정부가 정한 기간 내에 전술한 자의 증언을 얻기 위해 법적으로 이용할 수 있는 모든 조치를 취할 것을 중재판정부에 요청하거나, 또는 스스로 그러한 조치를 취하기 위해 중재판정부에게 허가(leave)를 요청할 수 있다(제4조 제9항 1문).⁹⁶⁾ 이에 대해 중재판정부는 만일 증인의 증언이 해당 사건에 관련성을 지니고 그 결과에 중대성을 지닌다고 판단할 경우⁹⁷⁾, 중재판정부 스스로 적절하다고 판단하는 조치를 취하거나, 또는 요청당사자로 하여금 그러한 조치를 취하도록 승인하거나, 또는 상대 당사자로 하여금 그러한 조치를 취하도록 명령하여야 한다(제4조 제9항 3문).

한편, IBA 증거규칙에 따르면 중재판정부의 권한은 ‘법적으로 취할 수 있는 모든 조치’ 범위 내로 한정될 수 밖에 없다(제4조 제9항). 간혹 중재판정부는 증인의 출석을 요청하는 당사자가 증인과 같은 국가에 소재하고 있고 해당 국가의 언어를 구사할 수 있고 현지 대리인이 있다면, 그 당사자로 하여금 법원에 협조를 구하는 조치를 취하도록 한다.⁹⁸⁾ 또는 중재판정부는 정당한 사유가 아닌 이유로 증인의 출석이나 요청된 증거의 제출을 하지 않는 것에 대해 부정적인 추론을 통해 강제할 수도 있을 것이다.

상기와 같이 증인의 출석을 강제해야 하는 경우, 당사자는 중재지(seat of arbitration)의 중재절차법을 면밀히 살펴보아야 한다. UNCITRAL 모델 중재법 제27조를 살펴보면, 중재판정부나 중재판정부의 승인을 받은 당사자는 해당국가의 관할 법원에 증인으로 하여금 심리기일에 출석을 명할 것을 요청하도록 하고 있다. 따라서 우리나라를 비롯하여 많은 나라들이 UNCITRAL 모델 중재법을 자국의 중재법으로 채택한 나라에서 중재가 진행되

96) 제3자로부터 문서제출과 관련해 IBA 증거규칙 제3조 제9항 상의 논의를 참조.

97) 물론 중재판정부는 재량에 의해서 판단해야 하기 때문에 반대의 경우로 판단한다면, 당사자의 요청을 거절해야 한다.

98) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, p. 18.

는 경우, 그리고 해당 증인이 그 나라에 소재하고 있다면 법원의 협조를 구해 증인의 출석과 진술을 얻어낼 수는 있다. 한편, 상기 IV. 5에서 살펴본 대로 영국중재법 상 중재절차에서 당사자는 심리기일에 증인의 출석을 위해 영국법원의 민사소송 절차를 원용할 수 있도록 하고 있다.

그러나, 국제중재의 특성상 해당 증인이 중재지 이외의 국가에 소재하고 있는 경우가 있을 텐데, 그 경우에는 어떻게 하느냐가 문제이다. 앞서 살펴본 것처럼 헤이그 증거협약은 체약국의 사법당국(judicial authority)이 다른 체약국의 사법당국에 증거조사와 관련한 협조를 구할 수 있도록 하고 있다. 그러나 중재판정부는 여기에서 말하는 사법당국은 아니다. 따라서 중재판정부가 외국의 사법당국에 증거조사와 관련된 요청은 헤이그 증거협약의 범위가 아니다. 그리고 앞서 살펴본 대로 UNCITRAL 모델 중재법 제27조 상 중재판정부가 증거조사와 관련해 법원에 협조를 구하도록 허용하는 것도 해당 중재지 영토 내에 서임을 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 헤이그 증거협약의 많은 체약국들은 다른 체약국이 중재지인 중재판정부에게 협약에 기한 협조를 제공하고 있다.⁹⁹⁾ 또한 몇몇 국가들의 중재법에서는 다른 나라에 중재지를 두고 있는 중재판정부에 증거조사와 관련해 협조를 하도록 하고 있다.¹⁰⁰⁾

VI. 전문가 증인

국제중재사건은 기술적 혹은 비즈니스 상 아주 복잡한 사안, 예컨대 건설, 엔지니어링, 석유 및 천연가스, 회계등과 관련한 분쟁들이 많다. 이러한 경우, 중재판정부는 종종 전문가 증인(expert witness)의 진술을 들어야 할 필요가 있다. 전문가 증인은 각 당사자가 선임하거나 중재판정부가 선임할 수도 있고, 각 당사자나 중재판정부 모두가 선임할 수도 있다.

UNCITRAL 모델 중재법은 중재판정부가 선임한 전문가에 관한 규정을 두고 있다.¹⁰¹⁾ 모델법을 수용한 국가들이 많기 때문에 많은 국가의 중재절차법은 중재판정부가 선임한 전문가 규정을 두고 있다고 할 수 있다. 그리고 다수 국제중재기관의 중재규칙 또한 이러한 규정을 두고 있다.¹⁰²⁾

99) 「Redfern and Hunter on International Arbitration」, *supra* note 1, p. 405.

100) 대표적인 나라들이 영국, 뉴질랜드 그리고 미국이다. 이 나라들의 관련 법제에 대해서는 Gary B. Born, *supra* note 18, pp. 1938-9 참조.

101) UNCITRAL 모델 중재법 (2006 amendments), Art. 26.

102) UNCITRAL 중재규칙, Art. 29; ICC 2012 Rules of Arbitration, Art. 25(4); ICDR 중재규칙, Art. 22; LCIA 중재규칙, Art. 21.

1. 당사자가 선임한 전문가

(1) 전문가(experts)에 대한 보통법계와 대륙법계의 차이

보통법계에서는 당사자가 사실관계 증인이 증언하는 것과 유사한 방식으로 당사자가 선임한 전문가(party-appointed expert)로 하여금 증언하도록 한다. 당사자가 선임한 전문가라 하더라도 그 전문가의 역할은 특정 쟁점에 대해 객관적이고 중립적인 증언을 한다고 간주하기 때문에 그 전문가는 선임한 당사자와는 독립적이어야 한다. 그렇기 때문에 보통법계의 당사자 대리인이 자신이 선임한 전문가가 특정 쟁점에 대한 전문가적 소견을 밝히는 보고서 작성에 사실관계 증인에서와 같이 관여하지는 않는다. 왜냐하면 대리인이 전문가 보고서 작성에 관여했다면, 독립적인 전문가의 신뢰도는 상당히 훼손될 것이기 때문이다. 그럼에도 불구하고, 독립적 전문가의 역할은 자신을 선임한 당사자가 본안에 대한 주장을 펼치는데 협력하는 것이라고 인식되고 있다.¹⁰³⁾

반면, 대륙법계에서는 전문가를 임명하는 것은 법관이 하는 것으로 법관의 사건판단에 도움을 주기 위한 자문역할을 수행하는 것이다. 따라서 보통법계와 같이 각 당사자가 전문가를 선임하는 것과는 완전히 다르다고 할 수 있다. 대륙법계에서 법원이 선임하는 전문가의 역할은 다름이 되는 사실의 준비를 확정하는 법관의 역할과 어느 정도 유사하다고 할 수 있다. 대륙법계에서도 당사자는 자신이 전문가를 선임하여 증언하도록 할 수는 있으나, 법관이 임명한 전문가가 증언하는 내용과 비교할 때 신뢰도에 있어 비중이 적다고 할 수 있다.¹⁰⁴⁾

(2) 국제중재의 관행과 관련 IBA 증거규칙

국제중재에서는 전문가의 활용과 관련해 당사자가 선임하거나 혹은 중재판정부가 선임하는 두 가지 형태가 모두 활용되고 있다. IBA 증거규칙 상 당사자가 선임한 전문가의 증언에 의존하고자 하는 당사자는 중재판정부가 정한 기간 내에 그 전문가 및 증언의 주제에 대해 상대방에게 밝혀야 한다. 그리고 지정된 전문가는 전문가보고서(expert report)를 제출해야 한다(제5조 제1항). IBA 증거규칙 제5조 제2항은 전문가보고서에 포함되어야 할 세세한 내용에 대해 기술하고 있다. 그 중 가장 중요한 내용은 전문가보고서의 결론에 도달하는데 사용된 방법, 증거 및 정보에 관련된 사안이다(제5조 제2항(e)). 이는 상대방 당사자로 하여금 전문가보고서를 평가하기 위한 의미 있는 기초정보가 되기 때문이다.¹⁰⁵⁾

당사자가 선임한 전문가는 보고서에 표현된 의견의 진정성에 대한 확약을 해야 하는데(제5조 제2항(g)), 이 문구는 사실관계의 증인에게 요구하는 것과 조금 다르다. 전문가보고

103) Miles & Schwarz, *supra* note 26, 4면.

104) 상동.

105) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, p.19.

서는 사실에 대한 진술뿐만 아니라 전문가로서 자신의 의견과 견해를 담고 있기 때문이다.

전문가는 당사자 및 그들의 대리인들 그리고 중재판정부와 갖고 있는 현재 또는 과거(존재 시) 관계에 대해 고지해야 한다(제5조 제2항(a)). 그리고 전문가는 자신이 당사자 및 그들의 법률대리인 그리고 중재판정부와의 독립성(independence)에 관해 진술해야 한다(제5조 제2항(c)). 예컨대, 당사자가 선임한 전문가 자신은 분쟁의 결과에 어떠한 재정적인 이해관계가 없다는 것을 밝히거나, 자신이 정직하고 솔직한 의견개진을 방해할 어떠한 사유도 없음을 밝혀야 한다.¹⁰⁶⁾ 그러나 전문가는 자신을 선임한 당사자로부터 보수를 받는다 하더라도, 그것 자체가 전문가의 독립성을 훼손하지는 않는다고 보고 있다.¹⁰⁷⁾

만일 전문가보고서를 2인 이상이 작성하여 서명한 경우, 전문가보고서의 전체 또는 특정 부분을 각 작성자에게 귀속시킨다(제5조 제2항(i)). 예컨대, 당사자가 하나의 기관을 전문가로서 선임하여 그 기관의 여러 명이 보고서를 작성했을 때의 경우를 상정할 수 있다. 각각의 작성자를 특정하는 이유는 전체 작성자 중 어느 작성자가 심리기일에 출석해야 하는지 그리고 신문내용을 준비하는데 있어서 당사자에게 도움을 주기 위해서이다.¹⁰⁸⁾

중재판정부는 양측 당사자들이 선임한 전문가들로 하여금 사전 회의를 갖고 협의하도록 명할 수 있다. 이 회의에서 당사자가 선임한 전문가들은 특정 쟁점에 대해서 합의에 도달하도록 노력해야 하고, 합의에 도달한 쟁점사안과 그렇지 못한 나머지 쟁점부분 및 그 이유를 서면으로 제출해야 한다(제5조 제4항). 이러한 실무관행은 중재절차 진행의 효율성을 기할 수 있다. 같은 분야에 종사하는 전문가들은 서로에 대해서 안면이 있을 수도 있고, 그들이 합의점에 이를 수 있는 결론과 그렇지 않은 다른 결론들에 대한 이유를 신속히 파악할 수 있기 때문이다. 따라서 자신들의 전문가보고서를 작성하기 이전에 쌍방간 회의를 갖도록 함으로써, 좀 더 효율적으로 그들이 합의점에 이를 수 있는 쟁점과 그렇지 않은 쟁점을 선별하여 후자에 집중해서 보고서를 작성할 수 있다. 나아가 당사자들과 중재판정부도 심리에서는 당사자가 선임한 전문가들 사이에 서로 이견이 있어 다툼이 되는 사안에만 집중할 수 있는 장점이 있다.¹⁰⁹⁾

당사자가 선임한 전문가 또한 사실관계 증인과 마찬가지로 당사자 혹은 중재판정부의 요청에 의해 심리에 출석해 증언해야 한다(제8조 제1항). 그러나 당사자가 선임한 전문가가 타당한 이유없이 심리기일에 출석하지 않는 경우, 중재판정부가 특별히 달리 결정하지 아니하는 한, 해당 전문가가 작성한 보고서를 무시해야 한다(제5조 제5항). 반대로 중재판정부가 달리 결정하는 상황이 있다면, 전문가가 기일에 출석하지 않아도 보고서를 승인할 수는 있다. 만일 당사자나 중재판정부가 IBA 증거규칙 제8조 제1항에 따라 전문가의 출

106) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence. p.19.

107) 상동.

108) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, pp. 19-20.

109) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, p.20.

석을 요청하지 않는 경우, 해당 전문가가 기 제출한 보고서 내용의 정확성 여부에 대해 동의한 것으로 간주되어서는 아니된다(제5조 제6항).

당사자가 선임한 전문가가 심리기일에 증언할 때 사전에 제출된 보고서 범위 이외의 새로운 의견을 제시한다면 어떻게 처리할지 문제된다. 엄격히 처리한다면 전문가의 새로운 의견은 증거능력을 상실한다. 왜냐하면 당사자가 선임한 전문가보고서는 상호간 교환되어 심리기일에 어떠한 진술이 있게 될 것인지 서로 간에 인지하고 있는 상태이기 때문이다. 그러나 실제 실무에서 중재판정부는 새로운 전문가 의견제시를 허용은 하되, 상대 당사자에게 새로운 의견에 대한 답변서를 제출할 수 있는 충분한 시간을 부여하는 조건에 한한다.¹¹⁰⁾

2. 중재판정부가 선임한 전문가

IBA 증거규칙 제6조는 중재판정부가 선임하는 전문가에 대해 규율하고 있다. 제6조는 중재판정부가 전문가를 선임하는 과정에 당사자들이 상당부분 관여한다는 것을 일반원칙으로 하고 있다. 중재판정부는 전문가를 선임하기 이전에 당사자들과 협의를 거치도록 하고 있고, 그 전문가를 위하여 심리개요서(terms of reference)를 작성해야 한다(제6조 제1항). 중재판정부가 전문가를 선임하는 과정에서 당사자들은 해당 전문가의 자격 및 독립성에 이의가 있다면 이를 중재판정부에 알려야 하고, 중재판정부는 이러한 이의를 인용할지 여부에 대해 즉시 결정하여야 한다(제6조 제2항). 중재판정부가 전문가를 선정할 때 당사자들과 협의를 거치면 시간이 지체될 수는 있다. 그러나 다른 한편 당사자들의 관여로 인해 선정된 전문가의 보고서에 대한 당사자들의 반대의견을 줄일 수 있는 효과도 있다.¹¹¹⁾ 예컨대, 중재판정부는 다수의 전문가 후보자(혹은 후보기관) 명단을 작성해 당사자들에 제공하고 양 당사자들로 하여금 전문가를 확정하도록 요청할 수 있다. 만일 당사자들이 전문가를 확정하지 못하면 중재판정부가 선정하게 된다.

일단 전문가가 선정된 이후의 절차에 대한 주요 내용은, 첫째 선임된 전문가가 의견을 내오기 이전에 필요한 사건과 관련된 모든 사실관계 및 정보를 수집하는 과정에 당사자들이 관여할 수 있다는 점과, 둘째 전문가가 내놓은 보고서의 의견에 대해 당사자들이 반박할 수 있는 기회를 갖는다는 점이다. 따라서 당사자들과 그들 대리인들은 중재판정부가 선임한 전문가가 얻게 되는 모든 정보와 아울러 조사하는 모든 사안들에 참관할 권리를 갖는다(제6조 제3항). 그리고 해당 전문가가 제출하는 보고서에 담겨야 하는 내용들은 당사자가 선임한 전문가보고서의 내용과 거의 동일하다(제6조 제4항). 당사자들은 중재판정

110) 「Redfern and Hunter on International Arbitration」, *supra* note 1, p.409.

111) 「Redfern and Hunter on International Arbitration」, *supra* note 1, p.408.

부가 선임한 전문가가 검토한 모든 문서를 재차 검토할 권리가 있고, 중재판정부가 정한 기간 내에 그 전문가의 보고서에 대해 반박할 기회를 갖는다(제6조 제5항). 당사자가 행하는 반박은 준비서면, 증인진술서 혹은 당사자가 선임한 전문가 보고서 제출하는 형식으로 이루어질 수 있다.

중재판정부가 선임한 전문가는 다른 전문가와 마찬가지로 심리기일에 출석해야 하고, 당사자나 당사자가 선임한 전문가는 중재판정부가 선임한 전문가가 작성한 보고서에서 제기된 쟁점에 대해 질의할 기회를 갖게 된다(제6조 제6항). 그러나 질의의 범위는 당사자가 선임한 전문가보고서 상의 쟁점들과, IBA 증거규칙 제6조 제5항에 기재 당사자들이 행한 반박의 내용으로 한정한다(제6조 제6항). 그 이유는 중재판정부가 선임한 전문가가 어떤 내용에 대해 질의를 받을지 미리 알 수 있도록 하여 자신의 답변을 준비하도록 하기 위함이다. 만일 그렇지 않고 중재판정부가 선임한 전문가가 새로운 쟁점에 대해서 질의를 받는다면 그에 대해 숙고할 시간을 주기위해 정회를 해야 하기 때문이다.¹¹²⁾ 이러한 상황을 피하기 위해 중재판정부가 선임한 전문가에 대한 질의범위를 한정하게 된 것이다.

중재판정부가 선임한 전문가는 사건과 관련해 자신의 보고서 작성을 위해 필요한 모든 정보에 접근해야 하기 때문에, 당사자들에게 모든 관련성 있고 중대한 정보를 제공할 것을 요청할 수 있다(제6조 제3항). 물론 당사자들은 이러한 요청에 대해 제9조 제2항에 기재 이의를 제기할 수 있다. 이러한 요청의 관련성, 중대성 또는 적합성에 대해서는 제3조 제5항 내지 제8항에 규정된 방식에 따라 중재판정부가 결정해야 한다(제6조 제3항). 마지막으로 유의해야 할 사안은 사건의 모든 쟁점을 최종 결정하는 것은 중재판정부이지 중재판정부가 선임한 전문가가 아니라는 점이다(제6조 제7항).

VII. 예외사항

중재판정부는 증거로서 사용하고자 하는 문서, 증인진술서, 구술증언 또는 조사가 IBA 증거규칙 제9조 제2항에서 규율하고 있는 예외사유에 해당되면 상기 증거의 제출을 배제할 수 있다. 그 각각의 예외사유는 다음과 같다(제9조 제2항). 첫째, 해당 증거가 사건과의 충분한 관련성이 없거나 결과에 무관한 경우이다(제9조 제2항(a)). 사건과의 관련성과 결과에 중대한 영향을 미쳐야 하는 요건은 IBA 증거규칙의 기본전제가 되는 것이기에 이에 부합하지 않는 것을 예외로서 배제하는 것은 당연하다.

둘째, 중재판정부가 정한 법률적 혹은 윤리적 규정하에서 법적인 제한이 있거나 특권(privilege)¹¹³⁾이 있는 경우이다(제9조 제2항(b)). 여기에서 특권은 변호사-의뢰인간의 특권

112) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, pp.21-2.

(attorney-client privilege), 변호사의 비밀유지의무(professional secrecy), 또는 합의(settlement)를 위한 쌍방간 협상은 만일 협상이 결렬되어 중재절차가 계속되어도 협상과정에서 논의되었던 내용이 일방 당사자에게 불리한 증거로 채택되지 않는다는 이른바, 'without prejudice privilege' 혹은 'settlement privilege'가 있다.¹¹⁴⁾ 헤이그 증거협약¹¹⁵⁾과 ALI/UNIDROIT가 제정한 국제민사소송원칙(Principles of Transnational Civil Procedure)¹¹⁶⁾에서는 이러한 특권을 어느 정도 인정하고 있다. 그러나 UNCITRAL 모델 중재법과 각국의 중재법에는 이러한 특권의 인정여부에 대해 침묵하고 있다. 또한 다수의 국제적인 중재규칙들(UNCITRAL, ICC, LCIA, ICSID 등)도 특권에 대해서는 아무런 언급이 없다. 예외적으로 미국중재협회(AAA) 국제분쟁해결센터(ICDR) 규칙만이 문서제출에 반대하는 사유로서 특권을 인정하고 있다.¹¹⁷⁾

IBA 개정 증거규칙이 성안되는 과정에서 개정위원회는 국제중재에서 이러한 특권들은 인정되어야 한다는 인식이 있었다. 따라서 IBA 증거규칙 제9조 제3항은 이러한 특권의 인정여부를 결정하는데 구속력이 없는 가이드라인을 제공하고 있다.

원칙적으로 특권의 인정여부는 최종적으로 중재판정부의 재량에 맡기고 있다. 그럼에도 불구하고 각 당사자들이 서로 다른 법률적·윤리적 체계에만 익숙해 있는 상황이라면 중재판정부는 제9조 제3항에 적시되어 있는 다음 5가지 요인들을 고려해 특권의 인정여부를 판단하도록 하고 있다. ① 보통법 체계의 변호사-의뢰인 특권과 아올러 대륙법 체계의 의뢰인에 대한 변호사의 비밀유지의무(the duty of professional secrecy)를 고려하도록 하고 있다(제9조 제3항(a)). ② 합의를 위한 협상 내용에 대해서는 차후 증거로 삼지않아야 할 기밀성을 고려하도록 하고 있다(제9조 제3항(b)). ③ 특권 사유가 발생했다고 주장되는 시점에 당사자들과 그들의 대리인들이 특권으로 인해 해당 정보가 외부로 노출되지 않으리라고 믿고 있었는지 여부이다(제9조 제3항(c)). ④ 특권에 대해 사전동의나 사전·유 방식

113) 특권이란 민·형사 소송이나 기타 분쟁해결절차 또는 징계절차 등에서 특정한 문서나 정보의 공개를 거부하거나, 다른 사람이 공개하지 못하도록 할 수 있는 권리를 말한다. 이는 분쟁대상인 사실관계를 밝히는데 필요한 정보를 현출시켜서 얻는 이익보다 당사자들 간의 특정관계를 유지하도록 촉진해야 할 사회적 중요성 또는 프라이버시를 보호하여야 한다는 필요성이 더 클 경우, 그에 해당하는 비밀을 보호해 주어야 한다는 기본 취지를 가지고 있다. 이러한 privilege는 각 나라마다 사법제도의 기본 틀에 맞추어 독자적인 형태로 발전해 왔으며, 강제적 증거개시절차인 디스커버리가 인정되는 국제중재절차에서도 개시대상인 증거의 범위를 제한하는 수단으로 작용할 수 있다는 점에는 의문이 없다. 다만, 다양한 나라의 당사자들 간에 발생한 분쟁을 해결해야 하는 국제중재 절차에서 강제적으로 적용할 수 있는 privilege 규칙이란 존재하지 않으므로 여러 법체계에서 인정되는 상이한 privilege 이론들을 적절하게 조화하여 적용해야 할 필요성이 있다 (김갑유, 양성우, *supra* note 2, 465면).

114) Gary B. Born, *supra* note 18, p. 1910.

115) 헤이그 증거협약 제11조 (요청서를 집행함에 있어 관계자는 증거제출을 거부할 특권이나 의무가 있는 경우, 증거제출을 거절할 수 있다).

116) 국제민사소송원칙은 각각의 법계마다 민사소송절차가 커다란 차이가 있기 때문에 국제상거래에 적용될 민사소송절차를 조화하기 위한 노력의 일환으로 미국법률협회(American Law Institute)와 UNIDROIT가 공동으로 작업하여 2004년 최종안이 채택되었다 (국제민사소송원칙 제18조에도 이러한 특권을 인정하고 있다).

117) AAA ICDR Rules, Art. 20(6).

으로 사포기(waiver)가 있었는지 여부를 고려하도록 하고 있다(제9조 제3항(d)). ⑤ 당사자들이 상이한 법규정·윤리적 규칙의 적용을 받는 경우, 당사자들간 공정성 및 평등성을 유지하기 위한 필요성을 고려하도록 하고 있다(제9조 제3항(e)). 이러한 필요성은 양 당사자의 법체계가 특권에 대한 인식이 상이한 경우에 주로 발생한다. 예컨대, 일방당사자가 속해있는 법체계에서는 합의를 위한 협상 내용에 대해 차후에 증거로 삼지 않는 것을 인정하는 반면에, 상대방사자가 속한 법체계는 그렇지 않은 경우이다. 또한 한쪽은 변호사-의뢰인 특권은 사내변호사로까지 확대되는 반면에 다른 한쪽은 그렇지 않은 경우이다.¹¹⁸⁾ 이럴 경우, 각 당사자에게 다른 룰을 적용하는 경우 불공정성을 야기할 수 있기 때문이다.¹¹⁹⁾¹²⁰⁾

셋째, 문서제출이나 증명을 하는데 있어 부당하게 부담을 지게 되는 경우이다(제9조 제2항(c)). 예컨대, IBA 증거규칙 제3조 제3항(a)(i)하에 명확히 특정된 문서로서 사건에 관련성 및 결과에 중대성이 확인되었다 하더라도 문서의 양이 엄청나게 많아서 제출해야 하는 당사자가 부당한 부담을 지는 경우이다.

넷째, 분실 또는 파손 발생의 가능성에 대한 상당한 소명이 이루어진 문서의 경우이다(제9조 제2항(d)). 그러나 문서의 분실의 경우 이를 입증하는 것은 불가능하기 때문에 합리적인 개연성에 의해 분실이 발생하였음을 보여주어야 한다.

다섯째, 중재판정부가 판단하기에 영업상 혹은 기술적 기밀보호의 필요성이 강력하게(compelling) 대두되는 경우이다(제9조 제2항(e)). 여섯째, 중재판정부가 판단하기에 정치적으로 혹은 제도적으로 민감한(정부 또는 공적 국제기관에 의하여 기밀로 분류된 증거포함) 내용이기때문에 기밀보호의 필요성이 강력하게(compelling) 대두되는 경우이다(제9조 제2항(f)). 이 두 가지 예외에는 보호하고자 하는 사안이 서로 연관되어 있다. IBA 증거규칙 제3조 문서제출과 관련한 규정에는 어느 국가의 법제에 따르면 제출을 불허할 유형의 문서도 제출하도록 하고 있다. 그러나 IBA 증거규칙은 일부 문서는 영업상 또는 기술적으로 보호되어야 할 필요성을 감안하고 있다. 이 두 가지 예외에 대해서 중재판정부는 재량에 의해 판단하고 있지만, 그 증거의 제출을 배제하기 위해서는 그에 대한 강력한(compelling) 필요성이 존재해야 한다.¹²¹⁾

118) 보통법상 사내변호사가 내부적으로 작성한 법률의견서 또는 질의서에 대한 답변, 사내변호사가 참석하여 법률적인 의견을 개진한 회의의 회의록 등도 영미법상 변호사-의뢰인 간 특권의 보호대상에 포함된다. 반면, 대부분의 대륙법계 국가들 및 일부 보통법계 국가들 중에서는 사내변호사와 외부변호사의 지위를 구분함으로써, 사내변호사가 참여한 문서는 변호사-의뢰인 특권의 보호대상에 배제하는 경향을 보이고 있다 (김갑유, 양성우, *supra* note 2, 470, 477-83을 참조).

119) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, p. 25.

120) 디스커버리(discovery)의 예외로서 특권(privilege)의 세 가지 유형인 변호사-의뢰인간 특권(attorney-client privilege), 변호사의 직무성과물에 대한 예외(work-product doctrine), 그리고 합의를 위한 협의(settlement communications)에 대한 보다 자세한 설명과 아울러 국제중재에서 특권의 예외적용에 대한 근거에 대한 보다 상세한 내용은 김갑유, 양성우, *supra* note 2 전체 글을 참조. 여기에서는 지면의 제한관계 상 특권에 관한 내용은 다음 기회에 상세히 전개하고자 한다.

일곱째는 앞의 내용들을 포괄하는 조항으로서 중재판정부로 하여금 절차적 경제성(procedural economy), 비례성(proportionality), 공정성(fairness) 또는 평등성(equality)을 확보하도록 하고 있다(제9조 제2항(g)). 예컨대, 어느 한쪽 법체계에서는 특권의 일부로서 간주되는 문서가 다른 쪽의 법체계에서는 그렇지 않은 것으로 간주되는 상황이 있을 수 있다. 만일 이러한 상황이 사건 진행에 커다란 불공정성을 야기한다면, 중재판정부는 특권에 해당되지 않는 문서도 제출을 불허할 수도 있다.¹²²⁾

마지막으로 만일 일방당사자가 중재판정부가 요청한 문서나 증언 등 기타 관련 증거의 제시를 해태한 경우, 중재판정부는 해당 당사자에 대해 부정적인 추론을 야기할 수 있다(제9조 제5항 및 제6항). 그리고 중재판정부는 증거조사 과정에서 신의칙을 위반한 당사자에게 중재비용의 부과나 그 밖에 증거규칙 상 허용되는 방식으로 제재를 가할 수 있다(제9조 제7항).

VIII. 결론 및 증언녹취(deposition)의 활용가능성에 대한 검토

지금까지 국제중재 절차내에서 증거조사와 관련해 IBA 증거규칙의 규정을 중심으로 주요사안들을 살펴보았다. IBA 증거규칙이 채택이 되느냐 여부는 일단 당사자 합의에 달려 있다. 물론 당사자 합의가 없는 경우 중재판정부의 재량에 의해 IBA 증거규칙을 채택할 수 있으나, 일방 당사자가 이를 반대하는 경우 (물론 예외적이겠지만) 중재판정부가 IBA 증거규칙의 채택을 강행하기는 어려울 것이다. 그럼에도 불구하고 여러 국제중재 전문변호사들의 표현을 빌리자면 IBA 증거규칙이 실제 국제중재에서 활용되는 빈도는 상당히 높다고 한다.

만일 IBA 증거규칙이 어떤 이유에서건 실제 사건에 적용되지 않는 경우라면 결국 당사자들이 합의하는 바에 따라 혹은 중재판정부의 재량에 의해 대부분의 증거조사가 이루어질 것이다. 이 경우 중재인 각각이 다른 법체계에 기반을 두고 있다면 선호하는 증거조사 방법이 다를 수 있는데, 이에 대한 합의를 하는 것은 쉽지 않아 보인다. 결국 다수 중재인이 선호하는 방식으로 따를 수 밖에 없을 텐데, 당사자들이 각기 다른 법계에 기반을 두고 있는 상황에서 중재판정부가 어느 한쪽 법계와 유사한 증거조사 절차를 따르게 되면 중재절차의 공정성을 훼손하게 될 것이다.

이런 점에서 IBA 증거규칙은 양 당사자가 다른 법계에 기반을 두고 있는 국제중재에서 효과적인 증거조사 규정으로 기능할 수 있다. IBA 증거규칙이 보통법계와 대륙법계 차이

121) Commentary for 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, p.26.

122) 상동.

의 거리간극의 중간지점으로만 보기는 어렵다. 오히려 IBA 증거규칙은 이도저도 아닌 형태로 보이거나 유연하고, 효율적이며 국제적으로 중립적인 규정으로서 판단된다. IBA 증거규칙이 가지고 있는 장점이 있다면 이를 대한상사중재원의 국제중재규칙이나 우리나라 민사소송절차에도 일부 받아들일 여지는 있는지 연구가 필요해 보인다.

IBA 증거규칙은 주로 미국 민사소송에서 실시되는 증언녹취(deposition) 절차를 담고 있지 아니하다. 증언녹취가 국제중재에서 활용될 수 있는지 여부를 검토하는 것으로 결론으로 대신하고자 한다. 증언녹취(deposition)은 당사자나 증인(전문가를 포함한)이 선서를 한 상태에서 상대 당사자 대리인이 구두로 질문을 하고 그에 대한 답변을 듣는 절차이다. 모든 질문과 답변은 녹취 후 전체를 초록(transcript)으로 만들어 이를 재판부에 제출하면 이는 하나의 적법한 증거가 되고, 증언녹취 대상자(deponent)는 이때 진술한 내용을 차후 변론기일 증언 시 반복할 수 없다.¹²³⁾ 증언녹취는 보통 변론기일(trial) 훨씬 이전에 시행이 되며, 법관은 증언녹취에 참석하지 않는다. 증언녹취 대상자의 대리인은 당연히 참석하여 증거법에서 허용된 범위 내에서 상대방 질문에 대한 이의(objection)를 제기할 수 있으며, 반대신문도 할 수 있다.

증언녹취는 미국 내 국내중재에서는 빈번하게 이용되고 있으나, 국제중재에서는 잘 이용되지 않는다.¹²⁴⁾ 국제중재 판정부는 증언녹취 명령을 잘 내리지 않는다. 왜냐하면 증언녹취 대상자에게 불편함과 아울러 절차상 불공정성을 야기할 소지가 있기 때문이다.¹²⁵⁾ 현재 국제중재를 규율하는 법제나 중재규칙 상 증언녹취를 명시적으로 허용하고 있지는 않다. 그렇다고 명시적으로 불허하고 있는 것도 아니다. IBA 증거규칙 또한 증언녹취의 가능성을 완전히 배제하고 있지는 않기 때문에 중재판정부의 재량 범위 내에 속한다고 할 수 있다.

규모가 큰 국제중재 사건에서 심리기일은 보통 1-2주 혹은 아주 예외적으로 한 달 가량 연속해서 잡히는 것이 보통이다. 따라서 양측의 당사자와 대리인들, 증인들, 선임된 전문가들, 그리고 중요하게는 중재인들 모두의 일정을 감안해 1-2주의 기간을 잡는 것이 아주 어려운 실정이다. 설령 기일을 잡았다고 하더라도 기일 내에 당사자들이 의도한 증인과 전문가신문 그리고 자신들의 주장을 펼치는데 충분한 시간확보가 어렵다고 한다. 때문에 중재판정부는 기일 내에 모든 진술과 주장을 다 들어보지 못하고 종료하는 경우가 종종 있다. 그러나 관련 당사자들이나 증인, 전문가, 중재인이 각기 다른 국적이나 거주지를 가지고 있음을 감안할 때, 추가 기일을 잡는 것도 그리 쉬운 것은 아닐 것이다.

이러한 상황을 고려할 때 국제중재에서 증언녹취 활용은 다음의 장점을 가져올 수 있

123) 미국 연방증거법에 따르면 반복한 진술은 증거로 인정되지 않는다.

124) Gary B. Born, *supra* note 18, p. 1903.

125) 상동, p. 1904 (절차상 불공정성을 야기하는 상황은 한쪽 대리인은 증언녹취에 아주 익숙하고 숙련된 반면, 다른쪽 대리인은 그 반대인 경우일 것이다).

다. 첫째, 증언녹취는 중재판정부 참석 없이 심리기일 이전에 수행할 수 있기 때문에 중재판정부의 참석으로부터 야기되는 시간의 지연과 상당한 비용을 줄일 수 있다.¹²⁶⁾ 둘째, 심리기일 때 장시간의 반대신문이 필수적이라고 한다면, 사전의 증언녹취는 아주 효과적인 메카니즘으로서 기능할 수 있을 것이다. 셋째, 증언녹취는 당사자들로 하여금 보다 정확하고 효과적인 반대신문이 가능하도록 할 수 있다. 이는 심리기일 때 반대신문을 하는 경우 시간에 쫓기거나 혹은 중재판정부의 명령으로 인해 의도한 반대신문을 다 하지 못하고 끝나는 경우보다는 나올 수 있다. 넷째, 모든 주신문, 반대신문, 재주신문 그리고 모든 답변이 서면으로 기록되기 때문에 중재판정부가 심리기일 이전에 이 내용을 검토할 수 있다. 따라서 심리기일 때에는 핵심적인 쟁점만을 진술할 증인들과 전문가들만 출석해 신문에 응하도록 하는 방안이 합리적일 것이다.

한편, 증언녹취의 효용성은 당사자가 선서를 한 후 응하는 것이고 추후 진술내용을 반복하게 되면 반복한 내용은 증거로서 채택되지 않는다는 점이 국제중재에서 확보되어야 하는데, 이점에 있어 앞으로 추가적인 논의와 연구가 필요하다. 또한 증언녹취는 이에 익숙하지 않은 대륙법계 변호사들에게 아주 불리하게 작용하기 때문에 반대가 뒤따를 것으로 예상된다. 하지만 대륙법계 변호사들이 주 대리인으로 역할을 해도, 증언녹취 부분을 담당할 보통법계 출신의 경험 많은 변호사를 공동대리인(co-counsel)으로 선임하여 대응하는 방법을 고려해 볼 수 있다. 그리고 미국식의 증언녹취가 비판받는 점은, 너무 과도하게 많은 질문들을 오랜 시간동안 대상자에게 함으로써 대상자가 너무 많은 고초를 겪게 한다는 점이다. 이에 대해서는 각 당사자가 요청할 수 있는 증언녹취의 수를 합리적인 범위 내에서 제한할 수 있을 것이다. 그리고 IBA 증거규칙의 기본 전제가 되는 사건과의 관련성과 아울러 그 결과에 중대한 영향을 미칠 수 있는 질문으로 그 범위를 한정할 수 있을 것이다. 그렇지만 증언녹취 때 중재판정부가 참석하지 않는 상황에서, 질문내용이 사건과의 관련성이나 중대성을 갖느냐에 대해 양측이 대립할 때 누가 즉각적인 판정을 해주느냐의 문제는 있을 것이다. 아무튼 증언녹취가 국제중재에 효과적으로 활용될 수 있느냐 여부는 앞으로 많은 논의와 연구가 필요할 것으로 보인다.

126) 물론 증언녹취를 하는데 들어가는 변호사비가 소모되겠지만, 어차피 심리기일에 중재판정부 앞에서 증인신문을 해야 하는 것을 감안한다면 그 차이는 그리 크지 않을 것이다.

참 고 문 헌

[국내문헌]

- 김갑유, 양성우, “국제중재절차에서의 서류공개의무와 그 예외로서 변호사-고객간 특권에 관한 연구” 『법학평론』 제1권, (2010. 09),
- 김상원 외, 『주석新民사소송법(V)』 (2004)
- 목영준, 『상사중재법』 박영사 (2011)
- 석광현, 『국제상사중재법연구』 박영사 (2007)
- 석광현, 『증거조사에 관한 국제민사소송법공조 연구』 법무부 (2007)
- 유영일, “국제민사사법공조에 관한 연구” 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문 (1995)
- 유영일, “국제중재절차 내 증거조사의 실효성 확대방안” 중재 (2007, 겨울)
- 이규호, “국제민사사법공조로서의 증거조사에 관한 비교법적 연구 - 우리나라와 미국을 중심으로” 통상법률 제56호 (2004. 4)
- 전병서, 『민사소송법』 제2판, 홍문사 (2009)

[해외문헌]

- Blackaby, Nigel, Constantine Partasides with Allan Redfern and Martin Hunter, 『Redfern and Hunter on International Arbitration』 5th Ed., Oxford University Press (2009)
- Born, Gary B. 『International Commercial Arbitration』 Vol. II, Wolters Kluwer (2009)
- Miles, Wendy, Franz T. Schwarz, “Taking of Evidence in International Commercial Arbitration” 『International Arbitration』 (2009)
- Commentary on the Revised Text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

[참고사이트]

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=82

http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Projects.aspx#guidelines

ABSTRACT

Taking of Evidence in International Arbitration Procedure - focusing on 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration

Hong-Sik Chung

International commercial arbitration has established itself as the primary dispute resolution mechanism for international business transactions. Certainly, there are commonly-accepted standards that have evolved to reflect an internationally-harmonized approach to issues relating to the taking of evidence. This is reflected in International Bar Association("IBA") Rules for Taking of Evidence in International Evidence("IBA Rules"). This IBA Rules were revised in 2010.

Designed to assist parties in determining what procedures to use in their particular case, IBA Rules present some of the methods for conducting international arbitration proceedings. Parties and arbitral tribunals may adopt IBA Rules in whole or in part - at the time of drafting the arbitration clause in a contract or once an arbitration commences - or they may use them as guidelines. They supplement applicable national laws and institutional or ad hoc rules. The IBA Rules were an ambitious undertaking, designed to overcome fundamental cultural differences relating to the taking of evidence under different national court systems. While it is difficult to assess how frequently the IBA Rules are actually adopted by parties, it is fair to say that they have had a considerable influence on the practice of taking evidence in international arbitration.

This article mainly describes the essential provisions of IBA Rules, as revised in 2010, including but not limited to production of document, witnesses of fact, party-appointed experts, and tribunal-appointed experts. It also provides a comparison of relevant procedural rules of civil law and common law systems to each of the above mentioned provisions. It is important for arbitration practitioners to understand the differences in the taking of evidence under civil law and common law systems, respectively.

This article will be helpful for practitioners and academics not only to understand the revised IBA Rules themselves but also to prepare for, and adequately deal with, the

frictions that may arise as a result of the differences in approach for taking evidences. Indeed, so prepared, the arbitration practitioner will be able to anticipate the expectations, perceptions and the conduct of the parties, their counsel and the tribunal members.

Key Words : International Arbitration, Taking of Evidence, International Bar Association, IBA Rules of Evidence, Documentary Evidence, Witness, Expert Witness, Arbitration Hearing, Hague Convention on Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, Deposition