

# 국제중재에서 미국과 일본의 증거조사절차에 관한 연구: 비교법적 관점을 중심으로

정용균

## 차 례

- I. 서론
- II. 미국과 일본의 중재 현황
- III. 보통법과 대륙법의 증거조사
- IV. 미국과 일본의 증거조사절차 비교
- V. 결론

## I. 서론

21세기에 들어서 아시아가 국제무역에서 차지하는 비중은 날로 커지고 있다. 그리고 아시아 국가들이 국제무역에서 차지하는 비중이 커질수록 아시아 국가들과 미국 및 영국, 호주 등 영미권 기업들과의 분쟁 발생가능성도 커지고 있다. 이러한 국제무역 분쟁을 해결하는 수단이 국제중재이다. 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 뉴욕협약(New York Convention)이 다수의 국가들에 의하여 채택된 이후, 국제중재는 각국에 설립된 국제중재기관<sup>1)</sup>을 중심으로 국제무역 분쟁해결의 주요한 패러다임이 되었으며, 각국은 중재법의 제정과 개정을 통하여 이러한 흐름에 동참하고 있다.<sup>2)</sup> 국제중재는 전 세계 공통적으로 활용되는 측면이 있지만, 여전히 대륙법계와 보통법계는 그 소송절차에서 확연한 차이를 보이고 있는 것도 주지의 사실이다. 즉 대륙법계는 제정법의 형태를

1) ICC 중재법원, 미국의 AAA, 싱가포르국제중재센터(SIAC), 런던국제중재법원, 우리나라의 대한상사중재원 등 전문적인 국제중재기관들이 설립되어 있다.

2) 우리나라는 1999년 말 중재법을 전면 개정하였으며, 현재 UNICITRAL 모델법을 중심으로 중재법 개정을 논의하고 있는 단계이다.

가지고 있지만 보통법계는 관례법의 형태를 가지고 있다.

국제중재가 활성화되고 있는 시점에서 보통법계 국가들과 대륙법계 국가들 소속 회사들 간의 분쟁이 발생할 경우, 양 법계의 차이로 인하여 분쟁이 복잡화되고 분쟁해결과정이 어려워질 가능성은 커지게 된다. 특히 미국과 일본은 보통법과 대륙법을 대표하는 국가들이라고 볼 때, 대륙법과 보통법계의 차이는 중요하다고 할 것이다. 매매계약서에 중재조항이 포함되어 있어서 국제상사분쟁을 중재를 통하여 해결하려고 할 때, 미국과 일본의 분쟁당사자들은 각자의 법률에 기초하여 분쟁에 임하게 된다. 이 경우 일본의 소송대리인이 보통법 심리절차에 익숙하지 않은 경우, 일본 변호사들은 어려움에 봉착하게 될 것이다. 또한 미국의 소송대리인 역시 대륙법계 소송 심리절차에 익숙하지 않은 경우, 이와 유사한 어려움에 직면하게 될 것이다. 따라서 미국과 일본간 분쟁이 발생할 경우 양 국가의 증거조사절차의 차이점과 공통점을 비교하는 것은 큰 의미가 있다고 할 것이다.

대륙법계와 보통법계의 중재절차에서의 차이는 특히 증거조사 절차에서 많은 차이를 보이고 있다. 가장 대표적인 것은 증거개시인 디스커버리 절차에 확연한 차이를 보인다는 점이다. 미국의 경우, 양 당사자가 소유하는 모든 문서를 공개한다는 취지가 있는 반면에 일본의 경우 소송 개시에 직면하여 일방 당사자가 요청하는 문서만 공개하도록 되어 있다. 그 밖에도 증언녹취의 경우는 아직 일본의 경우는 시행되고 있지 않다. 따라서 국제중재절차에 있어서 증거조사절차는 서로 공통점이 많은 한편 차이점도 많다고 할 수 있을 것이다. 본 연구는 미국과 일본의 국제중재절차에 있어서 증거조사절차에 집중하여 양국의 차이점을 비교해보는데 그 연구의 목적이 있다.

## II. 미국과 일본의 중재현황

전 세계적으로 살펴보면, 국제상거래 관련된 분쟁은 주로 국제상사중재로 해결되고 있다. 중재는 크게 보면 임의중재(ad hoc arbitration)와 기관중재로 나눌 수 있는데<sup>3)</sup>, 각국의 주요 중재기관별 국제중재사건 수는 다음과 같다.

<표1>을 살펴보면, 국제상사중재사건을 가장 많이 다루고 있는 기관은 미국 중재협회(American Arbitration Association: AAA)임을 알 수 있다. 이천년 대 십일 년간을 살펴보아도, 부동의 1위 자리를 유지하고 있다. 두 번째로 주요한 중재기관은 프랑스 파리에 위치하고 있는 국제상업회의소(ICC)에 설치되어 있는 중재법원이다. 현재 전 세계적으로 가장 신망이 두터운 중재기관이라 할 수 있다. 세 번째로는 중국에서 국제중재사건을 다루도록 설치된 CIETAC으로서 중국이 세계의 공장역할을 수행하면서 국제무역이 활성화되자 이에 비례하여 분쟁건수도 늘어난 것을 반영한 것이다. 그 다음으로는 영국의 런던중재법원이 대영제국의 위상을 반영하여 그 위치를 차지하고 있다. 국제상사중재사건 수리건수에서 1위부터 4위까지는 과거 10여 년 동안 변동이 없음을 알 수 있다.<sup>4)</sup>

<표1> 국제중재기관들의 사건수리건수

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
AAA	510	649	672	646	614	580	586	621	703	836	888
ICC	541	566	593	580	561	521	593	599	663	817	793
CIETAC	543	562	468	422	461	427	442	429	548	560	418
LCIA	87	71	88	104	87	118	133	137	213	272	237
SIAC	37	39	34	23	39	29	47	55	71	114	140
SCC	66	68	50	77	45	53	64	81	74	96	91
KCAB	40	65	47	38	46	53	47	59	47	78	52
VIAC	23	16	19	16	32	22	23	21	26	25	37
BAC	11	20	19	33	30	53	53	37	59	72	32
JCAA	8	16	8	14	15	9	11	15	12	17	26
KLRC	20	3	3	5	3	7	1	2	8	-	-

주: 中村達也(2013), p.192.

3) 임의중재는 중재기관을 거치지 않고 당사자끼리 중재절차를 정하여 행하는 중재이며 기관중재는 중재기관을 통하여 시행하는 중재이다.

4) 中村達也, “日本の國際仲裁のこれから”, 『國際商事法務』, Vol. 41, No.2, 2013, p.192.

그러나 5위부터는 이천년 대 들어서 순위에 있어서 변화가 나타나고 있음을 알 수 있다. 이천년 대 초반 하더라도, 스톡홀름상업회의소(SCC)가 5위를 점유하였으나 2010년에는 부동의 5위 자리는 싱가포르국제중재센터(SIAC)가 그 자리를 차지하고 있으며 한국의 대한상사중재원(KCAB) 역시 꾸준히 6-7 위 자리를 차지하고 있으며, 베트남의 베트남국제중재센터(VIAC)의 약진이 두드러지는데서 알 수 있듯이 아시아권 중재기관의 약진이 두드러지고 있다. 더구나 중국의 경우, 지방중재위원회 중의 하나인 북경중재위원회(BAC)의 사건수리건수는 비약적으로 증가하였다. 한편 이와는 대조적으로 일본을 대표하는 중재기관인 일본 국제상사중재협회(JCAA)의 국제중재사건 수리건수는 경제규모에 비하여 상대적으로 적은 숫자임을 알 수 있다.

그러나 1950년부터 2010년까지 60년간 일본의 국제중재사건 수리건수의 변화추이를 살펴보면, 50년대부터 70년대 초까지는 큰 변화가 없이 안정적 추세를 보이다가 70년대 중반부터 90년대까지는 그 이전과는 추세가 상향조정되었음을 알 수 있다. 그리고 이천년 대 와서는 분명히 다른 하나의 추세의 상승이 나타나고 있다. 따라서 일본의 국제중재사건수리건수는 분명히 증가하고 있음이 나타나고 있다.

일본에서 근대적 의미의 중재제도가 정착한 것은 명치시대에 민사소송법에 중재제도가 편입된 것이 그 효시이다.<sup>5)</sup> 그 이후 다양한 중재기관들이 설립되어 현재에 이르고 있다.<sup>6)</sup> 지금까지 국제적으로는 일본은 소송과 같은 대립적인 분쟁해결절차를 통하여 분쟁을 해결하는 것을 기피하고 있다는 것이 거의 공인되어 왔다.<sup>7)</sup> 학계에서는 일본의 소송기피 현상에는 화해를 모색하는 일본 고유의 문화적 특성이 내재되어 있다는 것이 정설로 내려오고 있다.<sup>8)</sup> 이러한

5) 명치기에 반포된 일본 민사소송법 제8편이 중재제도에 관한 것이다. 菊井維大, “明治期仲裁管見”, 『法律時報』, 第54卷 第8号, 1982年 5月, pp.8-15.

6) 服部 弘, “日本の 常設仲裁機關の 現状: (社)國際商事仲裁協會”, 『法律時報』, 第54卷 第8號, 1982年 5月, pp.87-90. 谷本裕範, “日本の 常設仲裁機關の 現状: (社)日本海運集會所”, 『法律時報』, 第54권 第8호, 1982年 5月, pp.90-94.

7) Kim, Chin, “The Law of the Subtle Mind: The Traditional Japanese Conception of Law,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.28, July 1979, pp.491-513.

8) 일본에서 중재인은 분쟁을 화해나 조정으로 해결할 권한을 가지고 있다고 생각되고

현상은 이천년 대 초에 개정된 일본 신중재법에서 중재관정을 내리기 전에 중재인은 먼저 조정이나 알선을 촉구하도록 명문화하고 있는 데서도 나타나고 있다.<sup>9)</sup> 또한 최근의 자료는 일본도 변모하고 있음을 보여주고 있다.<sup>10)</sup> 김진현·정용균(2011)에 의하면, 미국은 법조계가 법원의 기능을 소용만을 담당하는 단순한 기관에서 다양한 분쟁해결수단을 갖추고 국민의 다양한 요구에 부응하여 다양한 분쟁해결수단을 제공하는 멀티도어코트하우스(multi door courthouse)의 개념으로 변화했음을 알 수 있다.<sup>11)</sup> 미국의 경우에는 중재이외에도 조정, 간이배심심리(Summary Jury Trial), 사적판결(Rent A Judge), 조기중립평가(ENE), 조정-중재(Med-Arb)<sup>12)</sup> 등 소송의 다양한 분쟁해결수단이 사용되고 있다.<sup>13)</sup>

일본의 대표적인 국제중재기관으로는 크게 국제상사중재사건을 담당하는 일본 국제상사중재협회(JCAA)와 국제해사중재사건을 담당하는 해운집회소의 두 기관이 있다.<sup>14)</sup> 그러나 최근에는 일본 내에서도 홍콩국제중재센터(HKCIAC)나 싱가포르국제중재센터(SIAC)와 같은 세계적 수준의 국제중재센

---

있다. 이에 대해서는 다음의 자료들을 참고하시오. Nishikawa, Rieko, "Judges and ADR in Japan," *Journal of International Arbitration*, Vol.18, No.3, 2001, pp.361-369. 内ヶ崎 善英 譯, "米国における仲裁プラクティス", 小島武司, 「各國仲裁の法とプラクティス」, 中央大學 日本比較法研究所, 1992年, p.63. Parker, B. Richard, "Law and Language in Japan and in the United States," *Osaka University Law Review*, Vol.34, 1987, pp.47-71.

9) Sato, Yasunobu, "The New Arbitration Law in Japan: Will It Cause Changes in Japanese Conciliatory Arbitration Practices?," *Journal of International Arbitration*, Vol.22, No.2, 2005, pp.141-148.

10) 中村達也, "仲裁機關から見たわが国の國際仲裁の活性化について", 「自由와 正義」, 日本辯護士聯合會, 2008(坪城20年), 9. pp.31-37.

11) 김진현·정용균, "미국의 사법형 ADR제도와 그 함의에 대한 연구", 「중재연구」, 제21권 제3호, 2011년 12월, pp.55-87.

12) 정용균, "미국의 조정-중재(Med-Arb)제도에 대한 연구", 「중재연구」, 한국중재학회, 제24권 제1호, 2014년 3월, pp.85-109.

13) 이태영, 「중재합의의 법적 구조에 관한 연구」, 고려대학교 석사학위논문, 2008.p.6.

14) 服部 弘, "日本の 常設仲裁機關の 現状: (社)國際商事仲裁協會", 「法律時報」, 第54卷 第8號, 1982年 5月, pp.87-90. 谷本裕範, "日本の 常設仲裁機關の 現状: (社)日本海運集會所", 「法律時報」, 第54권 第8호, 1982年 5月, pp.90-94.

터를 설립하자는 의견도 대두되고 있다.<sup>15)</sup> 일본은 국내 분쟁사건의 경우도 일찍부터 다양한 ADR 수단이 활용되어 왔으며, 이 두 기관 외에 국내분쟁사건을 담당하는 다양한 ADR 기관이 존재한다. 예를 들어 건설공사분쟁심사회, 공해등조정위원회, 교통사고분쟁처리센터 등이 활동하고 있다. 이들 기관 중에서는 중재라는 명칭이 조직체 이름에 들어가 있지는 않지만 실제적으로 중재절차를 거쳐서 분쟁을 해결하고 있다.

### Ⅲ. 보통법과 대륙법의 증거조사

#### 1. 보통법과 대륙법의 전통

국제무역에 관련하여 분쟁이 발생할 경우, 분쟁당사자들이 반드시 동일계 국가 출신이라는 것이 보장되지는 않는다. 따라서 상당한 경우, 서로 다른 국가 출신의 사업가들이 분쟁당사자가 될 확률도 높은 것이다. 오늘날 미국이나 아시아대륙이 국제무역에서 중요한 역할을 수행하면서부터, 미국이나 영국 등 보통법계 국가들과 동북아시아 국가들 간에 국제통상 및 무역이 활발하게 되면서 더욱 충돌가능성은 커지고 있다고 할 것이다.<sup>16)</sup> 특히 문제가 되는 경우는 대륙법계 국가와 보통법계 국가가 서로 충돌하는 경우이다. 보통법과 대륙법의 구분은 그 기원이 유럽대륙 내에서의 구분이다. 즉 대륙법이란 영국이라는 섬에서 볼 때는 유럽 대륙에 속하는 프랑스나 독일의 제정법 계통을 의미하

15) 신뢰성 면이나 이용도 면에서 세계적 수준에 이르는 국제중재센터의 설립근거로는 첫째, 국제분쟁이 발생할 경우 일본기업들이 시간이나 비용을 절감하기 위함이고, 둘째, 일본이 국제금융 및 물류거점으로 자리 잡기 위함이고, 궁극적으로는 일본의 국제사회에서의 위상을 제고하는 데 있어서 필요하다는 견해가 제시되고 있다. 桑田和弥, “ユーザーの立場のから見た国際仲裁制度について”, 『自由와 正義』, 日本辯護士聯合會, 2008(坪城20年), 9月号. p.28.

16) 아시아의 대표적 공업국인 일본은 1980년대 이후 본격적으로 미국을 비롯한 전 세계로 전자제품 및 자동차를 수출함에 따라서, 대륙법계 국가인 일본과 보통법계 국가인 미국과의 법적 충돌은 불가피한 현상이라고 할 수 있다. 이러한 충돌현상은 90년대 이후 대륙법계 국가인 대한민국이 미국을 비롯한 전 세계로 수출을 증대시킴에 따라서 동일한 현상이 나타나고 있다.

였다. 이와는 반대로 보통법이란 영국에서 시행된 판례법에 그 기원을 두고 있다. 오늘날에는 미국에서의 판례 축적이 더 많아짐에 따라서 오히려 미국 보통법의 중요성이 더 부각되고 있다. 로마제국이 점령했던 라틴계 지역에서 시행되었던 로마법에서 기원한 대륙법에서는 법관의 역할이 증시되었다. 이와는 대조적으로 영국이나 미국에서는 평민들이 배심원이 되어서 그들이 재판을 주도하였다.

보통법 절차의 핵심은 당사자주의(adversary procedure)에 있다. 당사자주의란 사건 당사자들이 사건을 제시할 책임이 있고 법관은 상대적으로 수동적 위치에 놓이게 됨을 의미한다.<sup>17)</sup> 이와는 대조적으로 대륙법계 절차의 핵심은 직권탐지주의(inquisitional procedure)에 있다. 대륙법계 절차에서 법관은 심리절차에 있어서 상당한 권한을 가지며, 당사자들 간의 분쟁을 주도적으로 이끌어 나갈 능동적 권한을 가지고 있다.<sup>18)</sup> Varcauterren(2012)에 의하면, 이러한 대륙법계와 보통법계의 차이는 진실을 조사하는 방법에 대하여 서로 다른 견해를 가지기 때문이다. 즉 보통법계에서는 당사자들이 공동으로 증거수집의 책임이 있고 증거수집에 공동으로 노력한 결과, 사건의 쟁점에 대하여 일종의 객관적 진리에 도달한다는 견해이다. 이와는 대조적으로 대륙법계 전통에서는 당사자들은 오직 자기편 주장에 대한 증거만 수집할 책임이 있고 각각의 주장에 대한 상대적 진리 추구에 노력한다는 것이다.<sup>19)</sup>

보통법 절차에서 당사자주의는 법절차 모든 부문에 구현되어 있다. 즉 분쟁의 통지, 사실의 확정, 적용할 법의 특징은 공적인 절차가 아니라 주로 사적인 절차를 통해서 이루어진 다는 것이다. 다시 말해서 피고에게 통지하는 것은 원고의 책임이며 각 당사자는 상대방 당사자가 기존의 모든 주장과 그 본질, 구체수단에 대한 지식을 가지도록 보장해야 한다. 이러한 절차 진행에는 법원이나 재판부의 사법적 직원의 재판권을 거칠 필요가 없다. 법원은 오직 당사자들 간에 분쟁이 발생할 경우에만 절차에 개입한다.

이러한 보통법의 심리절차는 중재절차에도 반영되어, 보통법에서의 중재절

17) Varcauterren, Laurent, "The Taking of Documentary Evidence in International Arbitration," *American Review of International Arbitration*, Vol.23, 2012, p.343.

18) Varcauterren, 위의 논문, p.343.

19) Varcauterren, 위의 논문, p.344.

차는 중재인의 역할이 수동적이고 각 당사자가 사건을 제시하는 것을 반영한다. 즉 사실의 증명은 전적으로 당사자들의 책임이다. 증인들 역시 당사자들이 선정하며 어떤 증인이 출석할 것인가에 대해서도, 증인들이 출석하는 순서와 증인에 대한 질문도 전적으로 당사자들이 결정한다.<sup>20)</sup> 전문가 증인(expert witness)의 선택도 당사자 몫이다. 당사자들은 법정에서 서증과 구두변론을 통해서 자신의 주장을 입증하며 사건의 사실적 법적 구조를 제시한다. 중재인은 자신의 사적인 믿음이나 지식에 기초하지 않고 오직 제시된 증거에 기초해서 판결이나 판정을 내린다.<sup>21)</sup>

한편 대륙법계에서는 사실의 확정, 그리고 당사자들 간의 쟁점은 보통법계에 비하여 상대적으로 분산되어 있다. 원고는 사건을 개시할 책임이 있지만, 중재판정부 앞에 필요한 쟁점이 놓여지도록 조력하는 것은 사실인정자(fact-finder)인 법관의 책임이다. 보통법과는 달리, 대륙법에서의 피고에 대한 통지는 일반적으로 중재판정부의 담당직원이 수행한다. 중재판정부를 구성하는 중재인은 당사자들과 절차를 전개해나갈 책임을 공유한다. 대륙법계에서는 심리절차(hearing)와 중간절차(interlocutory matter) 간에 명확한 구분이 없다. 사실의 증명수단을 모으는 것은 중재인과 당사자들의 공동노력에 의한 것이다. 증인들이 필요한지 아닌지, 어떤 증인이 출두해야 하는지, 어떤 서증을 제출하는지에 대하여 누가 결정할 것인가에 대하여 당사자들의 도움을 받아서 중재인이 주도권을 갖는다. 증거가 제시되는 순서는 중재판정부가 결정할 역할이다. 증인은 원고나 피고 자신을 위한 증인이라기보다는 중재판정부의 증인으로 출두한다. 당사자들은 공동책임을 지고 보충적 질문을 할 수도 있다. 전문가증인은 보통 중재판정부가 선택하여 지명한다. 당사자들 역시 자신들만의 전문가증인을 선정할 수 있다.<sup>22)</sup>

20) Garnett Richard, Henry Gabriel, Jeff Waincymer and Judd Epstein, *A Practical Guide to International Commercial Arbitration*, Oceana Publications Inc. 2000, p.53.

21) Garnett, Gabriel, Waincymer and Epstein, 위의 책, p.53.

22) Garnett, Gabriel, Waincymer and Epstein, 위의 책, p.54.



## 2. 보통법과 대륙법의 증거조사

대부분의 중재규칙에는 만약 당사자들 중 일방이 요청하거나 중재판정부 자체가 요청하면 심리가 열린다. 그러나 만약 모든 관련 당사자들이 어떤 심리절차도 필요없다고 하는 데 동의하면 그때는 중재는 오직 문서 만에 의하여 시행된다. 관련 증거를 제출하는 것은 당사자들의 몫이다. 그리고 중재판정부는 무엇이 일어났는지를 가능한 정확히 결정하기 위하여 제시된 증거에 의하여 자신을 만족시켜야 한다. 사실을 인정(fact-finding)하기 위하여 제시된 증거는 (1) 이미 존재하는 문서와 증인이 작성한 진술서, (2) 일반인이나 전문가 증인의 증언 (3) 현장검증(site inspection)이나 중재인들 면전에서 수행된 실험을 통하여 제시된다.<sup>23)</sup>

### (1) 서증

증거수단으로 문서를 사용하는 것에 관해서는 당사자 자치에 맡겨지거나 중재판정부의 재량에 맡겨지고 있다. 완전한 보통법 증거개시절차(discovery)는 국제상사중재에서 드물고, 제한된 범위 내에서 증거조사를 개시하는 제한된 디스커버리(limited discovery)를 수행하는 경우가 일반적이다.<sup>24)</sup> 따라서 국제중재에서 중재판정부는 어떤 증거를 심리할 것인지 결정하는 것에 대하여 폭넓은 재량권을 행사한다.<sup>25)</sup> 즉 당사자 일방이 어떤 문서를 요청하면 중재판정부는 중재판정부나 상대방 당사자에게 그 문서를 제출하도록 재량권을 행사할 수 있다. 그러나 중재판정부는 일반적인 경우, 제3자가 가지고 있는 문서들에 대하여 강제적으로 문서제출을 요구할 수는 없다. 미국의 일부 관할에서는 제3자에 대한 문서제출이 정당한 것으로 간주되지만 일반적으로는 제3자가 자

23) Garnett, Gabriel, Waincymer and Epstein, 위의 책, p.73.

24) Rutledge, B. Peter, "Discovery, Judicial Assistance and Arbitration: A New Tool for Cases Involving U.S. Entities?" *Journal of International Arbitration*, Vol.25, No.1, 2008, p.171.

25) Mehren, von, M. George and Claudia T. Salomon, "Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide," *Journal of International Arbitration*, Vol.20, No.3, 2003, p.285.

발적으로 공개하지 않는 문서를 얻는 방법은 중재판정부에 조력하는 관할구역의 법원의 명령이 있어야 한다.<sup>26)</sup>

일반적으로 대륙법계에서는 각 당사자들은 자신들이 활용할 문서 리스트를 중재판정부에 제출하고 요청이 있으면 중재판정부에 그러한 문서를 제출할 (produce) 책임이 있다. 그러나 상대방 당사자에게 문서리스트에 나타나 있지 않은 어떤 문서를 공개하라고 강제하는 것은 드문 경우이고, 설령 공개가 허용된다 하더라도 그 특정문서가 특정된 경우라야 한다. 그 문서는 일반적으로 상대방 당사자나 그 소송대리인에게 제공되기 보다는 중재판정부에 조사를 위하여 제공된다. 한편 보통법계에서는 공판 전에 당사자들이 모든 관련 문서들을 전부 교환하는 것을 원칙으로 하고 있다. 이는 공판 자체에서, 각각의 당사자가 자신의 주장을 개발하고, 정당하지 않게 놀라는 것을 방지하기 위한 것이다.<sup>27)</sup> 북미에서 문서제출은 공판 전 모든 관련 사실의 상호 인지의 목표를 가지고 있다. 즉 각 당사자가 관련 문서들 모두를 공개한다. 구술심리 이전에 상대방 당사자가 요청하는 문서는 조사될 수 있고 당사자 일방은 구술심리 때에 의존하려고 선택한 서류들을 제출한다.

보통법계에서는 문서제출은 사건과 관련된 모든 문서의 제출을 의미한다. 당사자는 자신에게 유리한 문서만 제출하도록 허용되지 않는다. 즉 모든 당사자들은 사건과 관련되어 있고, 정보 자체가 특권에 의하여 공개되지 않도록 보호되지 않는 한, 자신들이 소지하고 있는 모든 문서를 제출할 의무를 갖는다.<sup>28)</sup> 심지어 자신에게 불리한 작용을 할 수 있는 문서라도 제출해야 한다.<sup>29)</sup> 한편 대륙법계에서는 당사자는 자신이 구하는 청구취지에 필요한 모든 사실을 소송개시 시점이나 그 이후 곧바로 제출한다. 예컨대 독일에서는 상대방과 다투는 사실의 존부에 필요한 증거만 제출하면 된다. 원칙적으로 당사자는 자신의 준비서면의 주장을 증명할 수 있는 증거자료에 해당하는 문서만 제출하면

26) Garnett, Gabriel, Waincymer and Epstein, 앞의 책, p.74.

27) Garnett, Gabriel, Waincymer and Epstein, 위의 책, p.74.

28) Cremades, M. Bernardo, "Managing Discovery in International Arbitration," *Journal of Dispute Resolution*, Vol.57, November 2002-January 2003, p.72.

29) 정홍식, "국제중재절차 내에서 증거조사: 국제변호사협회(IBA)의 증거규칙을 중심으로", 「중재연구」, 제21권 제3호, 2011년 12월, p.29.

된다. 그리고 다툼의 대상이 되는 특정사실의 존부를 증명하는데 필요한 증거를 상대방 당사자가 소지하고 있다면 상대방으로 하여금 그 문서의 제출을 명할 것을 법원에 신청할 수 있다. 제3자에 대한 문서제출과 관련해서 종래 대륙법계에서는 이를 반드시 허용하지 않았으나 최근 이러한 경향은 변모하고 있다. 예컨대 독일에서는 다툼의 대상이 되는 사실의 존부를 확정하는데 관련 있는 문서를 제3자가 소지한 경우, 법원은 이 문서의 제출명령 여부를 재량 하에 결정하도록 하고 있다.<sup>30)</sup>

## (2) 증인

사실(fact)은 증인의 증언에 의하여도 확립될 수 있다. 증인은 두 종류로 구분하는데 하나는 특정사실에 대하여 정보를 가지고 있는 사람들과 다른 하나는 전문가 정보를 제공하는 증인이다. 당사자들 간에 합의가 없으면 중재판정부나 의장중재인이 증인의 증언을 심리할 것인지 여부에 대하여 절차적 명령을 내린다. 보통 당사자 일방이 요청하면, 증거를 확보하기 위하여 증인들에 대한 심리가 개시된다. 증인의 증언을 통하여 증거를 확보하는 방법은 법 전통에 따라서 다를 수 있다. 보통법계에서는 증인의 선택과 증인의 준비는 당사자들의 일이다. 당사자들은 누구를 증인으로 소환할 것인지 정한다. 이때 소송대리인과의 면담을 통해서 증인을 준비하는 것은 허용된다. 한편 대륙법계에서는 증인은 당사자의 증인으로 보기 보다는 중재판정부의 증인으로 보는 경향이 강하다. 중재판정부는 당사자들과 상의하여 어떤 증인이 필요한지에 대하여 결정한다. 그리고 나서 중재판정부는 증인에 대하여 심문을 시행한다.<sup>31)</sup>

중재절차에서 일반적으로 증인들은 맹세(swear)하거나 그들이 진실을 말할 것을 확약(affirm) 한다. 증인의 증언에 대해서는 초록이 만들어지거나 혹은 중재인이 증인의 진술을 메모한다. 또한 심리는 양 당사자들 앞에서 시행되며 증인들은 당사자 일방만 청취하지 않는다. 그리고 증인들은 그들이 소환될 때가 아니면 proof taking 때 참석하지 않는다. 증인들이 중재판정부에 출석하는 순서는 중재판정부가 결정한다. 일반적으로 원고의 증인이 먼저 나오고 나중

30) 정홍식, 위의 논문, p.29.

31) Garnett, Gabriel, Waincymer and Epstein, 앞의 책, p.75.

에 피고의 증인이 뒤에 나온다. 그 후에 반증이 제시된다.

중재합의에 반대되는 의사표시가 있지 않는 한, 중재인은 중재합의하에서 심리를 진행할 목적으로 서약(oath)이나 확약을 진행시키거나 선서진술서(affidavit)를 취한다. 그러나 중재인이 증인을 선서시킬 수 있는지에 대해서는 국가마다 다르다.<sup>32)</sup> 교호신문(cross-examination) 권은 국제상사중재에서 아주 잘 확립되고는 있지만 결코 일반적이지는 않다는 견해도 있다. 예를 들어 대륙법계 국가의 경우 교호신문은 중재인들이나 변호사들에게는 일반적이지 않다. 그러나 국제중재인들은 미국 법정에서는 받아들여질 정도로 어느 정도의 공격적인 교호신문을 감내하고 있다.<sup>33)</sup>

### (3) 신청 증인의 사전면담

당사자나 대리인이 자신이 신청한 증인을 심리기일 이전에 사전면담하고 변론준비에 활용하는 것에 대하여 대륙법계 국가에서는 허용하지 않는다. 그러나 실제에 있어서는 대부분의 대륙법계 국가에서도 자신이 신청하는 사실관계 증인인 경우 사전 접촉 및 증인신문 사항에 대하여 협의가 이루어지고 있다.<sup>34)</sup> 보통 대륙법계 국가에서는 증인이 기일에 출석하면 재판장이 주된 신문의 역할을 하고 보통의 경우 재판장의 신문이 끝난 다음 양측 대리인들이 출석한 증인에 대하여 추가적인 신문을 하게 된다. 반면 보통법계 국가에서는 기일에 증인이 출석하여 진술하기 이전에 소송대리인은 증인을 사전에 면담하는 것이 허용된다. 소송대리인이 기일에 진술될 증인의 명확한 본질을 사전에 파악하는 것은 변론을 위한 중요한 준비과정으로 인식되고 있다.<sup>35)</sup> 보통법계 국가에서는 증인진술서가 제출되면, 해당증인을 신청하는 당사자의 주신문은 증인진술서로 대체하는 것이 최근의 관행이다. 변론기일에는 주신문은 생략되고

32) 예를 들어 네덜란드 민사소송법 104조 1항이나 영국중재법 38조 5항을 참조. 그러나 프랑스나 스웨덴에서는 중재인들이 증인들로부터 서약(oath)을 받을 권리가 수권되지 않고 있다. Garnett, Gabriel, Waincymer and Epstein, 위의 책, p.76.

33) Buhler and Dorjan, Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration—Novel or Tested Standards? *Journal of International Arbitration*, Vol.17, No.3, 2000, p.26.

34) 정홍식, 앞의 논문, p.38.

35) 정홍식, 위의 논문, p.39.

상대 당사자 측에서 강도 높은 반대신문을 진행한다.<sup>36)</sup>

#### (4) 심리기일의 구두진술 절차

보통법계 국가에서는 증인은 지정된 기일에 출석하여 증인 스스로 자신의 경험을 구두로 진술하는 것이 보통이다. 이러한 전통은 보통법이 태동한 영국의 역사에서 찾아볼 수 있다. 12-13세기 영국 보통법 법정에서는 일반 시민들이 민사사건과 형사사건의 판결에 배심원으로 참가하였다.<sup>37)</sup> 소송당사자들은 판사와 배심원들 면전에 출석하여 자신의 주장을 제시하였다. 이때 당사자들은 사건과 관련 있다고 생각하는 어떤 것도 사실인정자(fact-finder)에게 제시하도록 되어 있었다. 이때 판사는 오직 법정에 제시된 증거에 의해서만 판결을 내리도록 되어 있었기 때문에 증거는 당사자 양측의 신문에 의하여 검증 절차를 거쳐야 되었다.<sup>38)</sup> 따라서 증인신문은 교호신문의 방식을 채택하고 법관은 증인신문에 주된 역할을 담당하지 않는다. 이에 반하여 대륙법계에서는 증인이 반드시 필요하다고 인정될 때에 재판장은 증인의 출석을 명령하게 되면 증인이 기일에 출석하여 증언한다. 대부분의 대륙법계 국가에서는 법률가들은 증인을 신청할 당사자가 아닌 상대방 당사자의 반대신문에 익숙하지 않다. 또한 대륙법계 소송대리인은 반대신문을 행하는 테크닉이 부족하고 별도의 교육을 받지 않기 때문에 국제중재에서 반대신문을 해야 하는 경우가 발생하면 보통법계 법률가보다도 불리한 입장에 처하게 된다.<sup>39)</sup>

#### (5) 전문가 심리절차

많은 경우 당사자들이나 중재판정부가 중재절차 중에 제시된 쟁점에 대하여 전문가의 정보가 받을 필요가 있게 된다. 대부분의 국제중재기관의 중재규칙에서는 중재인들이 자신들만의 전문가증인을 지명할 수 있도록 하고 있다.<sup>40)</sup>

36) 정홍식, 위의 논문, p.39.

37) Ward, K. Roger, "The Flexibility of Evidentiary Rules in International Trade Dispute Arbitration," *Journal of International Arbitration*, Vol.13, No.3, 1996, p.7.

38) Ward, 위의 논문, p.7.

39) 정홍식, 위의 논문, p.40.

40) Uncitral Model Law, 26조, AAA 중재규칙 22조, ICC 중재규칙 20조 4항, LCIA 중

당사자들도 자신들이 선호하는 그들 자신의 전문가를 지정하거나 중재판정부로 하여금 전문가증인을 선정하도록 하는 것이 자유이다. 중재판정부가 자신들 스스로 전문가증인을 선정하는 방법은 다양한데 중재기관이 특정분야의 전문가 명단을 가직 있어서 이 명부에서 한 명 이상의 전문가를 소환할 수도 있다. 한편 어떤 중재판정부는 당사자들에게 전문가 리스트를 제공하고 당사자들이 어떤 특정의 전문가를 선호하게 하거나 특정 전문가를 제척하도록 할 권리를 행사할 수도 있다.<sup>41)</sup> 보통법계에서는 당사자가 사실관계 증인이 증언하는 것과 마찬가지로 당사자가 선임한 전문가(party-appointed expert)로 하여금 증언하게 한다. 예를 들어서 미국의 경우 당사자는 심문 전에 서면제출 단계에서 전문가 의견서를 제출하도록 되어 있다.<sup>42)</sup> 이때 당사자가 선임한 전문가라고 하더라도 그 전문가의 역할은 특정 쟁점에 대하여 객관적이고 중립적인 증언을 한다고 간주된다. 따라서 그 전문가는 자신을 선임한 당사자와는 독립적이어야 한다.<sup>43)</sup> 그 반면 Rubino-Sammartano(1987)의 견해에 의하면, 대륙법계에서는 전문가를 임명하는 것은 법관이 하는 것으로 법관의 사건판단에 도움을 주기 위한 자문역할을 수행하는 것이다.<sup>44)</sup> 따라서 보통법계와 대륙법계에서의 전문가 역할은 상당히 다르다고 할 수 있다.

---

재규칙 21조 1항(a).

41) Garnett, Gabriel, Waincymer and Epstein, 앞의 책, p.77.

42) Donovan, D. Francis, David W. Rivkin, and 手塚裕之, “米国における國際仲裁の實務”, 『法律ひろば』, 2004.4, p.18.

43) 대륙법계 중재인들은 당사자가 선임한 전문가는 자신을 선임한 당사자가 본안에 대하여 주장한 것을 지지할 것으로 보아서 전문가증인에 큰 비중을 두지 않는다는 견해도 있다. Mehren, von, M. George and Claudia T. Salomon, “Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide,” *Journal of International Arbitration*, Vol.20, No.3, 2003, p.290.

44) Rubino-Sammartano, Mauro, “Rules of Evidence in International Arbitration: A Need for Discipline and Harmonization,” *Journal of International Arbitration*, Vol.4, No.2, 1987, p.88.

## Ⅳ. 미국과 일본의 증거조사절차 비교

### 1. 디스커버리(Discovery)

미국과 일본은 증거조사 개시절차인 디스커버리 면에 있어서 내용면에서 차이를 보일 가능성이 있다고 해석된다. 즉 미국과 일본은 양국이 모두 중재절차에 있어서 제한적인 디스커버리를 한다는 점에서는 유사하나 양자 간 미묘한 차이가 있다고 할 것이다. 미국에 있어서 디스커버리 즉 증거개시는 민사소송절차와 중재절차는 많은 차이를 보이고 있다. 즉 민사소송절차가 폭넓은 디스커버리를 수행하는 반면에, 중재절차는 ‘제한된 범위에서의 디스커버리’(limited discovery)가 수행되고 있다는 점이다.<sup>45)</sup> 미국 연방중재법에서는 심리절차에서 증거개시를 할 수 있도록 규정하고 있으나 디스커버리의 방법에 대해서는 침묵하고 있다. 민사소송사건에서 실시되는 통상적인 보통법상의 디스커버리는 여러 영역에 걸쳐서 상당히 광범위한 증거조사 실시를 의미한다. 미국 연방민사소송규칙(FRCP)에서는 소송관계자가 사건마다 임의적으로 디스커버리 절차를 정하지 않고, 법률 규칙에 의하여 디스커버리의 구체적 절차를 세밀하게 규정하고 있다.<sup>46)</sup> 특히 연방민사소송규칙 제26조는 당사자들에게 자동적인 정보 공개의무를 부여하고 있다. 연방민사소송규칙 제26조에 의하면, “당사자 일방은 디스커버리 요청이 오는 것을 기다리지 않고, 상대방 당사자에게 (1) 조사할 수 있는 정보를 가질 가능성이 높은 사람의 성명, 주소, 전화번호, (2) 정보를 공개하는 당사자가 자신을 변호하거나 자신의 주장을 뒷받침하기 위하여 보유하고 있는 모든 문서들에 대한 복사본, (3) 정보 공개권이 주장하는 각 손해유형별 손해액, (4) 판결로 인한 배상액을 보전하기 위

45) Braslow, T. Norman, “Contractual Stipulation for Judicial Review and Discovery in United States and Japan Arbitration Contracts,” *Seattle University Law Review*, Vol.27, Winter 2004, p.678.

46) 연방민사소송규칙은 디스커버리를 하기 위한 도구로서 녹취증언(deposition), 심문(interrogatory), 문서 제출요구서(request to produce), 법리 조사요구서(request to inspect premises), 수리요구서(request for admissions)와 같이 정형화되어 있는 디스커버리 절차를 갖추고 있다.

하여 보험계약이 있는 경우 모든 보험계약의 내용을 스스로 제공해야한다. 동 조항은 디스커버리를 시작하기 전에 당사자 스스로가 사건 관련 정보를 제공해야할 의무를 부여한다는 점에서 미국 민사소송에서 증거조사는 그 범위와 깊이가 상당하다고 해석된다.<sup>47)</sup> 그러나 미국 연방민사소송규칙은 국제상사중재에서 시행되는 중재심리절차에 적용되지 않는다.

앞에서 지적한 바와 같이, 미국 연방중재법의 경우 심리절차에서 디스커버리를 할 수 있도록 규정하고 있으나 디스커버리의 방법에 대해서는 침묵하고 있다.<sup>48)</sup> 중재에 있어서의 디스커버리 방법과 절차에 대해 언급하고 있는 미국 중재협회(AAA) 상사중재규칙이나 기타 중재규칙 등 민간중재규칙에는 연방 민사소송규칙상 정형화되어 있는 용어들이 거의 나타나고 있지 않다.<sup>49)</sup> 디스커버리의 범위는 선택한 중재규칙에 따라 매우 다양하다. 미국중재협회(AAA)는 다양한 디스커버리규칙을 가지고 있다.<sup>50)</sup>

이처럼 미국에서의 디스커버리가 폭넓은 문서 공개를 의미하는 반면에 일본에서의 증거개시는 대륙법계 일반적인 전통을 따른다고 해석된다. 일반적으로 대륙법계에서는 보통법계에서 의미하는 것과 동일한 디스커버리 절차가 없다. Braslow(2004)에 의하면, 일본 중재법 하에서는 디스커버리는 매우 제한적이고 중재인과 법원의 허가에 의해서만 이루어진다.<sup>51)</sup> 일본 신중재법 제35조에 의하면, 증인의 증언을 확보하거나 서류를 얻기 위해서는 당사자들은 먼저 중재판정부로부터 허가를 얻어야 한다.<sup>52)</sup> 만약 중재판정부가 그러한 정보가 본

47) 정용균, 「미국 연방중재법에 관한 연구」, 강원대학교 석사학위논문, 2012, p.59.

48) 안병희, 「중재법원과 국가법원과의 상관관계에 관한 연구」, 연세대학교 박사학위논문, 2001, p.37.

49) Christie, Chris, Jr, "Preparing for and Prevailing at an Arbitration Hearing," *American Journal of Trial Advocacy*, 32, (2008), p.284.

50) 예를 들어, 미국중재협회 상사중재규칙에는 '문서와 기타 정보 제출'이 나와 있으며, '출석요구 받은 증인의 확인'에서 디스커버리의 범위를 제공하고 있다. 대규모 복잡한 상사분쟁에 대해서는 디스커버리의 범위가 보다 넓어져서 중재인은 선서증언을 명령할 수 있다. 미국중재협회의 전미고용분쟁해결규칙에는 디스커버리에 선서증언, 신문을 포함해서 중재인이 필요하다고 생각하는 다양한 디스커버리가 사용된다. 정용균(2012), p.60.

51) Braslow, 앞의 논문, p.673.

52) 일본 신중재법 제35조.



안과 관련성이 있고 필요하다고 결정하면 중재인이나 당사자 일방은 관할 지방법원에 신청을 해야만 하고, 그 때 법원은 디스커버리를 행한다. 이때 판사나 중재인은 증인에 대하여 심문할 수 있으며 증거를 조사할 수 있다. 그러나 당사자들에게 대해서는 조사할 수 없다.<sup>53)</sup> 정홍식(2011)에 의하면, 상대방 당사자에게 문서리스트에 나타나 있지 않은 어떤 문서를 공개하라고 강제하는 것은 드문 경우이고, 설령 공개가 허용된다 하더라도 그 문서가 특정된 경우라야 한다. 더구나 그 문서는 보통법에서 일반적으로 상대방 당사자나 그 소송대리인에게 제공되는 경우와는 달리 중재판정부에 조사를 위하여 제공된다고 볼 수 있다.<sup>54)</sup>

## 2. 전문증거(Hear-Say Evidence)

미국과 일본의 상사중재절차에서 전문증거의 채택여부는 동일하게 나타난다. 미국의 모든 중재법에 의하면, 중재인이 당사자들이 제공한 사실의 사건 관련성과 증거능력을 결정해야 하고, 통상적인 증거규칙은 적용되지 않는다.<sup>55)</sup> 미국중재협회(AAA)의 상사중재규칙에 의하면, “중재인은 제공된 증거의 증거능력, 관련성, 중요성에 관하여 결정해야만 한다. 그리고 증거 자체가 반복적이거나 사건과 관련이 없다고 판단되면 그러한 증거는 배제할 수 있다.”<sup>56)</sup> 그러나 연방중재법에 의하면, 중재인은 증거를 함부로 배척하지 못한다. 만일 근거 없이 증거를 받아들이지 않을 경우, 중재판정이 취소된다.<sup>57)</sup> 따라서 미국의 중재인들은 법원이 감히 채택하고자 시도하지 못하는 사실들을 중

53) 당사자에 대한 심문은 중재심리절차에서 행해진다고 보아 법원에서 당사자를 심문하는 것은 불필요하다는 견해이다. Kondo, Masaaki, T. Goto, K. Uchibori, H. Maeda and T. Kataoka, *Arbitration Law in Japan*, Shojihomu, Japan, 2004, p.186.

54) Garnett, Gabriel, Waincymer and Epstein, 앞의 책, p.74.

55) 이 조항은 일본 신중재법과 유사하다. 일본 신중재법에 의하면, “당사자들의 반대적인 합의가 없는 한, 중재판정부의 권한은 증거의 증거능력, 조사의 필요성, 증거의 중요성을 결정하는 것을 포함한다. Braslow, 위의 논문, p.677.

56) Christie, 앞의 논문, p.277.

57) 연방중재법 제10조

거로 인정하는 경향을 보이고 있다는 견해가 제시되고 있다.<sup>58)</sup> 이처럼 증거규칙을 느슨하게 규정한 이유는 중재심리를 보다 활성화시키고, 중재인들이 사건에 대한 일반적 감각을 얻도록 하기 위하여, 당사자들이 형식적인 증거 규칙에 얽매이지 않고 증거를 제출하도록 하기 위함이다. 그러므로 미국에서 중재를 하는 경우, 중재인들은 일반적으로는 채택할 수 없는 것으로 알려진 종류의 증거도 채택될 수 있으며, 심지어 비윤리적이라고 생각되는 것들도 증거에 포함할 수 있다는 견해도 제시되고 있다.<sup>59)</sup>

예를 들어 일반적으로 민사소송에서는 전문사실(傳聞事實, hearsay)은 증거로 채택되지 않는다.<sup>60)</sup> 미국 민사소송절차의 경우, 전문은 현장증언에 비하여 신뢰성이 약하다고 생각되기 때문에 증거로 채택하고 있지 않다.<sup>61)</sup> 그러나 미국의 판례법에 의하면, 중재인들은 전문증거를 해당 사건의 실질적 증거로서 채택할 수 있다.<sup>62)</sup> 한편 만약 전문증거를 받아들여지게 되면, 그 증거의 신뢰성의 부족으로 인하여, 중재판정의 사실적 기초를 형성하는 기본전제가 신뢰할 수 없는 결과를 초래할 수 있다. 전문증거는 그 속성상 그 진술을 행한 사람을 상대방 당사자가 반대신문을 할 수 없기 때문에, 이 전문증거에 이의를 제기하기 어렵다.<sup>63)</sup> 이처럼 전문증거가 증거능력이 취약함에도 불구하고 중재인들은

58) Braslow, 앞의 논문, p.677.

59) Braslow, 위의 논문, p.678.

60) “전문이란 문체된 사안을 증명하기 위하여 제공된 법정 외 진술이다”. 실질적으로는 듣는(hear) 것을 말해서(say) 전달되는 진술형태를 의미한다.

61) 미 연방증거규칙(2011)에서는 전문사실이 증거로 채택되지 않는 근거로 네 가지 위험을 들고 있다. 첫 번째 위험은 ‘착오의 위험’이다. 착오의 위험이란 특정의 사람을 다른 사람으로 잘못 오인하는 등 자신이 묘사하고 있는 것을 잘못 인식하고 있는 경우이다. 두 번째 위험은 ‘기억실패의 위험’이다. 기억실패의 위험이란 전문의 전달자가 자신이 관찰한 사건을 기억해내는 데 오류가 발생하는 경우이다. 세 번째 위험은 ‘부정직의 위험’이다. 부정직의 위험이란 전문의 전달자가 의도적으로 진실을 왜곡할 위험이다. 네 번째 위험은 ‘모호한 진술’의 위험이다. 모호한 진술의 위험이란 전문의 전달자가 말을 잘못하거나 전달자의 말이 잘못 이해되어서 발생하는 위험이다. 위에서 언급한 네 가지 위험으로 인하여 민사소송의 경우, 일반적으로 전문사실은 증거로 채택되지 않고 있다. 미 연방중재규칙 8장 3절, 정용균(2012), 앞의 논문, p.65.

62) Braslow, 앞의 논문, p.678.

63) 정용균(2012), 앞의 논문, p.66.

그들이 적합하다고 판단하는 바에 따라 심리를 진행하고, 어떤 증거라도 조사의 필요성과 증거능력, 증거의 중요도를 결정할 재량권을 가지고 있다.

한편 일본의 경우 전문증거가 중재절차가 진행되는 과정에서 증거로 채택될 수 있는가가 문제이다. 이 점에 관해서 일본 신중재법에서는 중재절차를 결정하는 데 있어서 최우선 결정기준으로서 당사자자치의 원칙(Principle Party Autonomy)을 명문화하고 있다.<sup>64)</sup> 즉 일본 신중재법 제26조에 의하면, 중재판정부가 따라야 하는 중재절차의 준칙은, 당사자가 합의에 의해 정한 것에 의한다. 그리고 동 조 제3항에 의하면, 제1항의 합의가 없는 경우에 있어서 중재판정부의 권한에는, 증거에 관해 증거로서의 허용성, 조사의 필요성 및 증명력에 관한 판단을 할 권한이 포함된다고 되어 있다.<sup>65)</sup> 따라서 일본 신중재법 제26조 3항에는 중재판정부가 증거의 채택여부를 결정할 수 있는 재량권을 허용되고 있다. 따라서 당사자들이 전문증거를 증거로 허용할 것인지에 대하여 사전에 합의하거나, 중재판정부가 설령 증거력이 상대적으로 취약한 전문증거라고 할지라도 증거능력이 있다고 해석한다면 전문증거라도 증거로 채택될 수 있다고 해석해야 할 것이라도 사료된다. 그렇게 본다면, 미국이나 일본이나 전문증거의 채택은 가능하다고 해석된다.

### 3. 일방적 의사소통(Ex Parte Communication)

미국과 일본은 일방적 의사소통을 허용할 것인지에 관하여 약간의 차이를 보이고 있다. 미국은 과거 일방적 의사소통을 어느 정도 허용하여 왔으나 현재는 금지하는 추세를 보이고 있다. 중재에 관한 상위법이라 할 수 있는 연방중재법은 중재절차에서 일방적 의사소통<sup>66)</sup>을 금지할 것인지 여부에 대하여 침

64) 중재절차는 중재합의가 유효한 경우 개시되므로, 일종의 계약이 선행되어야 한다. 계약에는 당사자 자치의 원칙이 적용된다. 사실 일본 뿐 만이 아니라 분쟁해결수단으로 중재가 시행되는 모든 국가에서 중재란 중재합의가 선행되어야 하며, 중재합의란 사인간의 임의적 계약에 의한 것이다. 따라서 당사자자치주의는 중재의 초석이라고 해석할 수 있다.

65) Kondo, Masaaki, Goto, Uchibori, Maeda and Kataoka, 앞의 책, p.119.

66) 양당사자 모두와 공평하게 의사소통을 하는 것이 아니라, 어느 일방 당사자와만의 의사소통을 하는 것이다. 즉 쌍방심리주의에 반대되는 개념이다.

묵하고 있다. 그러나 실무적으로는 미국에서 중재인들이 당사자 일방과 일방적 의사소통(ex parte communication)하는 것이 허용되고 있는데, 이러한 일방 당사자와의 일방적 의사소통은 미 민사소송절차에서는 절대적으로 금지하고 있는 것이다.<sup>67)</sup> 사실 중재심리에 일방적 의사소통을 허용하게 되면, 중재심리가 불공정하게 진행되는 결과를 초래할 수도 있다. 그러나 미국 판례법에 의하면, 중재심리의 경우 일방적 의사소통은 중재판정 취소의 사유가 되지 못한다.<sup>68)</sup> 또한 제3자와의 일방적 의사소통도 중재에서 위반행위로 간주되지 않으며, 비록 일방적 의사소통에서 획득한 정보가 중재인의 의사결정에 큰 영향을 주었다고 하더라도, 이는 중재판정 취소의 사유가 되지 않는다.<sup>69)</sup>

그러나 Meyerson and Townsend(2004)에 의하면, 2004년에 제정된, 개정 중재인윤리강령(Revised Code of Ethics)에서는, 중재인과 당사자 간에 허용될 수 있는 의사소통에 제한을 가하고 있다.<sup>70)</sup> 그리고 중재판정부가 3인으로 구성되는 경우에는 당사자가 지명한 중재인과 중재판정부의 의장 중재인 간의 의사소통에 대하여 새로운 가이드라인을 설정하였다.<sup>71)</sup> 즉 1977년의 중재인 윤리강령에는 없었지만 2004년의 개정중재인윤리강령에 새롭게 들어온 조항은 장래에 중재인으로 선정될 사람과 당사자가 중재인 선정과 관련하여 일방적 의사소통을 할 수 있도록 허용하고 있다. 그러나 이 경우에 사건 본안에 대해서는 논의하지 못하도록 금지하고 있다. 단지 예외적으로 비중립적(Canon X) 중재인의 경우에는 사건의 본안에 대하여 제3자에게 알리지 않고 일방적 의사소통하는 것을 제한적인 범위 내에서 허용하고 있다.<sup>72)</sup> 일방적 의사소통

67) 정용균(2012), p.66.

68) 미국 판례법에서는 당사자 일방과의 일방적인 의사소통은 중재판정 취소의 이유가 되지 못한다. *Barcume v. City of Flint*, 12, F. Supp. 2d 549, 555-558, Braslow, 앞의 논문, pp.679-680.

69) Braslow, 위의 논문, p.680.

70) Meyerson, Bruce and John M. Townsend, "Revised Code of Ethics For Commercial Arbitrators Explained," *Dispute Resolution Journal*, February-April, 2004, p.15.

71) 정용균(2012), p.66.

72) Canon X 중재인은 처음부터 중립성을 지키지 않아도 된다고 선포된 중재인을 의미함. 정용균(2012), p.67.

내용은, (1) 당사자, 변호사, 증인의 신원에 관한 사항, (2) 사건에 대한 전반적인 개요, (3) 사건에 대한 중재인의 적합성으로 한정되고 있다. 또한 비중립 중재인과 중립 중재인 사이의 의사소통에는 새로운 제한이 가해졌다.<sup>73)</sup> 또한 비중립 중재인 일방이 중립중재인과 서면으로 의사소통한다면, 그 중재인은 동시에 서면 의사소통 문서 복사본을 다른 비중립 중재인에게 제공하도록 하고 있다.<sup>74)</sup> 따라서 만약 당사자들이 중재합의를 할 때, 미국중재협회의 중재 규칙을 당사자 간의 중재규칙으로 합의한다면 일방적 의사소통은 금지될 것으로 보인다.

일본의 경우, 신중재법 제32조 제3항에 의하면, 중재판정부는 문서를 조사하거나 증인의 증언을 청취하려고 한다면, 그 시간과 장소에 대하여 모든 당사자들에게 상당한 기간을 두고서 통지해야 한다고 되어 있어서 당사자 일방과의 편파적인 의사소통을 금지하는 면을 함축한다고 볼 수도 있다. 그러나 동조 제5항에 대한 해석에 따라서는 달리 해석할 수도 있다. 동조 제5항에 의하면, 중재판정부는 중재판정의 기초가 되는 전문가보고서나 기타 증거 내용을 당사자들에게 제공해야 할 의무가 있다고 명시하고 있다.<sup>75)</sup> 외관상으로는 동 조항은 일방적 의사소통을 금지하고 있는 것처럼 보일수 있으나, Braslaw(2004)는, 동 조항이 모든 당사자들에게 동시에 제공되어야 한다는 것을 내포하지는 않는다고 보아서, 당사자 일방과의 의사소통을 배제하지 않는다는 견해를 제시하고 있다.<sup>76)</sup> 따라서 Braslaw(2004)의 견해를 받아들여서, 일본의 중재법과 미국의 중재동향을 비교한다면, 미국에서는 최근 개정된 중재인 윤리강령을 통하여 당사자 일방과의 의사소통은 제한을 가하는 반면, 일본의 경우에는 중재법 상으로는 제한이 없다는 결론에 도달하게 된다. 이렇게 해석한다면, 미국과 일본은 일방적 의사소통 문제에 있어서 다른 견해를 취하고 있다고 평가할 수 있다.

73) 2004년 개정중재인윤리강령은 “다른 비중립중재인이 없는 사이에, 비중립중재인 일방이, 중재에서 발생하거나 발생할 것으로 예측되는 사안에 대하여, 중립 중재인과 구두로 의사소통하는 것”을 금지하고 있다.Meyerson and Townsend, 앞의 논문, pp.15-16.

74) Meyerson and Townsend, 위의 논문, pp.15-16.

75) Kondo, Masaaki, Goto, Uchibori, Maeda and Kataoka, 앞의 책, p.169.

76) Braslaw, 앞의 논문, p.680.

#### 4. 교호신문 (Cross-Examination)

미국과 일본은 교호신문에 있어서 케를 달리하고 있으며, 이는 대륙법과 보통법의 차이에서 기원한 것이다. 미국의 경우 교호신문권은 미합중국헌법수정 6조에 나타나 있는 소위 대면조항(Confrontation Clause)에 까지 거슬러 올라간다고 볼 수 있다. 이 조항에 의하면, 모든 형사소추에 있어서 피고인은 자기에게 불리한 증인과 대면할 권리를 가진다고 되어 있다.<sup>77)</sup> 따라서 형사사건의 경우, 피고인은 자신에게 불리한 증언을 하는 증인을 반대신문할 권리를 가진다.<sup>78)</sup> 민사사건의 경우에도, 이러한 교호신문의 권리가 폭넓게 보장되고 있다. 따라서 형사소송 뿐 만 아니라 민사소송에서는 교호신문은 폭넓게 받아들여지고 있다. 미 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence)에 의하면, 교호신문은 증언의 의미와 한계를 검증하는 데 있어서 매우 중요하게 생각되는 매카니즘이다. 또한 교호신문은 증인의 지식, 능력, 진실성을 검증하는 데 있어서도 매우 중요한 절차여서 교호신문권은 소송 당사자에게는 기본적인 권리에 속한다. 이와 함께 피고인과 피고인 측 증인, 역시 교호신문의 대상이 된다.<sup>79)</sup>

그러나 연방중재법 제10조에 의하면, 중재인들이 관련 증거를 채택하는 것을 거부할 때에는 중재판정취소의 사유가 되기 때문에, 중재인들은 다양한 종류의 증거들을 받아들일 동기가 존재한다고 볼 수 있다.<sup>80)</sup> 만약 중재인이 자기의 판단으로 어느 당사자의 증인에 대한 반대신문 신청을 받아들이지 않게

77) 堀江慎司, “証人審問權の本質について:アメリカにおける議論を中心に(一)”, 『法學論叢』, 京都大學校 法學會, 第141卷 제1号, 1997年 4月, p.4.

78) 대면조항의 기원은 멀리 성경 사도행전에 까지 거슬러 올라간다. 사도행전에 나타나 있는 로마법에 의하면, 피고가 원고들 앞에서 변명할 기회를 가지기 전에는 원고에게 피고를 내어줄 수 없다. 「사도행전」 25장 16절. 그러나 그 기원으로 보통 16세기 후반부터 17세기 전반에 걸쳐 있었던 영국 윌터 랄레이경 반역죄재판에 그 기원을 두고 있다고 말해진다. 재판과정에서 국왕 제임스 1세의 정적이었던 피고 랄레이경의 공범이 재판에 불출석한 채로, 랄레이경에게 불리한 공술을 하였고, 이에 대하여 랄레이경은 공술자를 자기면전에 데려오도록 강하게 요구하였다. 堀江慎司, “証人審問權の本質について:アメリカにおける議論を中心に(一)”, 『法學論叢』, 京都大學校 法學會, 第141卷 제1号, 1997年 4月, p.5.

79) 미 연방증거규칙 제6장 69절

80) 정용균(2012), p.68.

되면, 이는 연방중재법 상의 가능한 모든 증거는 받아들여져야 한다는 입장과 상충될 수 있다는 견해가 제시되고 있다.<sup>81)</sup> 따라서 연방중재법의 입법취지에서 보면 교호신문은 허용될 필요가 있다. 그러나 이처럼 교호신문을 허용하게 되면, 디스커버리의 범위가 커지게 되어서 그만큼 비용이 늘어나게 된다. 이는 중재절차의 기본 목표를 거스르는 것이 되어서 양자 간의 조화가 필요하다.

한편 일본의 경우 교호신문(cross-examination)은 신중재법에 명시적으로 규정되어 있지 않다. 전술한 바와 같이, 일본 신중재법에서 증인 신문에 관한 조항은 제35조의 증거수집에 관한 법원의 조력 조항이다. 동 조항에는 교호신문권에 대하여 명시적 조항이 없다. 더구나 일본은 대륙법계 국가이기 때문에 민사소송절차에서 교호신문을 하는 경우가 드물다고 할 수 있다. 왜냐하면, 보통법계 국가에서는 당사자를 대리하는 변호사가 절차 진행의 주도권을 가지므로 상대방 증인에 대해서도 신문을 하는 것이 절차상 보장되어 있지만, 보통법계 국가와는 달리, 대륙법계 국가에서는 판사가 법정에서 주도권을 가지고 있으며, 판사가 증인신문의 허용여부를 결정하기 때문이다. 일본의 민사소송절차에는 교호신문이 허용되지 않지만 국제중재의 경우는 다르다고 할 수 있다. 谷口安平(1997)에 의하면, 일본 역시 국제중재의 소송화와 국제화를 피하기 어려운 실정이다. 따라서 일본의 중재절차 특히 증거조사절차에 대하여 당사자 합의가 있거나 국제중재의 관행에 따르면 교호신문은 허용될 것으로 전망된다.<sup>82)</sup>

## 5. 전자적 증거(e-Evidence)

미국 연방중재법의 경우, 제정 자체가 이메일 인터넷 등 전자매체가 출현하

81) “법원은 일관성 있게 증거의 필요여부에 대한 유일한 권한은 중재인이 가지고 있다는 견해를 제시하고 있다. 그러나 중재인이 그 증거를 실제로 심리하지 않고, 어떠한 방법으로 결론에 도달하는지에 대해서는 설명이 없는 실정이다” Braslow, 앞의 논문, p.681.

82) 중재와 소송이 서로 대립하는 당사자를 전제로 한다는 점에서 소송과 중재는 공통점이 있다. 또한 판사와 중재인이 당사자의 주장을 듣고 판결이나 판정을 내린다는 공통점이 있다. 谷口安平, “國制商事仲裁の訴訟化と國際化”, 「法學論叢」, 京都大學 法學會, 第140卷 제5.6号, 1997年 3月, p.7.

기 이전에 제정되었기 때문에 당연히 연방중재법에서는 전자적 증거의 채택여부에 대하여 판단할 조문이 없다. 그러나 2006년 미국 연방민사소송규칙이 개정되어 전자적 개시가 가능하게 되었다.<sup>83)</sup> 영국의 민사소송규칙 역시 개정되어 ‘문서’를 정보가 저장되는 모든 매체를 의미하게 되었다.<sup>84)</sup> 한편 최근 미국의 민간중재규칙에서는 당사자 합의가 있으면 전자적 증거를 받아들이는 것으로 해석할 수 있다. 예를 들어 미국중재협회(AAA) ICDR에서는 문서 및 전자적 증거에 관련한 취급에 관한 것으로서 문서 및 전자자료의 교환에 대한 태스크 포스가 설립되어 2008년 5월에 국제중재절차에 있어서의 정보개시 및 교환에 관한 가이드라인이 만들어졌다.<sup>85)</sup> 전자적 증거에 관해서는 제정법에 이를 허용할 공간을 마련한 일본이 앞서 있다고 볼 수 있다. 즉 일본의 경우 제정법상 전자적 증거의 제시가 허용되어 있다고 해석된다. 일본 신중재법 제32조(심리의 방법) 제4항에서는 당사자는, 주장서면, 증거서류 그 외의 기록을 중재판정부에 제공한 때는, 다른 당사자가 그 내용을 알 수 있도록 조치를 취해야 한다고 되어 있다. 小島武司·高桑昭(2007)는 신중재법 제32조 제4항을 주석하면서 주장서면, 증거서류 그 외의 기록을 팩시밀리나 전자 메일 등의 전자적 기록을 포함하는 것으로 해석하고 있다.<sup>86)</sup> 따라서 일본 신중재법에서는 전자적 증거도 중재판정부의 재량에 의하여 받아들여질 수 있다고 해석된다. 최근 개정된 IBA 증거규칙에서는 문서가 전자적 형태를 가질 수 있도록 허용하고 있다.<sup>87)</sup> 따라서 세계적 추세는 전자문서를 문서의 일종으로 인정하는 방향으로 가고 있으며 미국과 일본은 이러한 추세에 따르고 있음을 알 수 있다.

## 6. 증언녹취(Deposition)

증언녹취는 당사자나 증인이 선서를 한 상태에서 상대방 당사자의 대리인이

83) Varcauterer, 앞의 논문, p.361.

84) Varcauterer, 위의 논문, p.361.

85) 金子宏直, “仲裁手續における電子的証據への對應”, 『仲裁とADR』, Vol.8, 2012, p.138.

86) 小島武司·高桑昭 編 『注釋と論點: 仲裁法』, 青林書院, 2007.

87) Varcauterer, 앞의 논문, p.363.



구두로 질문을 하고 그에 대한 답변을 듣는 절차이다. 모든 질문과 답변은 녹취 후 초록(transcript)으로 만들어 이를 재판부에 제출하면 증언녹취는 하나의 적법한 증거가 되고 증언녹취 대상자(deponent)는 이때 진술한 내용을 차후에 변론기일 증언 시 변경할 수 없다. 미국 연방증거법에 따르면 반복한 진술은 증거로 인정되지 않는다. 증언녹취는 보통 변론기일(trial) 훨씬 이전에 시행이 되며 법관은 증언녹취에 참석하지 않는다. 증언녹취 대상자의 대리인은 참석하여 증거법이 허용된 범위 내에서 상대방 질문에 대한 이의를 제기할 수 있으며 반대신문도 할 수 있다.<sup>88)</sup> 증언녹취는 미국의 국내중재에서는 빈번하게 이용되고 있으나 국제중재에서는 잘 이용되지 않는다. 국제중재판정부는 증언녹취명령을 잘 내리지 않는데 이는 증언녹취대상자에게 불편을 야기할 뿐만 아니라 절차상 불공정을 야기할 소지가 있기 때문이다. 예를 들어 당사자 일방의 대리인은 증언녹취에 익숙하고 숙련된 반면에 다른 당사자의 대리인은 증언녹취에 익숙하지 않은 경우 불공정이 발생하게 된다.<sup>89)</sup>

일본의 경우 아직 증언녹취는 증거로 받아들여지지 않고 있다. 이는 중재절차 뿐만 아니라 민사소송절차에서도 아직 받아들여지지 않는 증거의 유형이다. 그러나 최근 三木浩一·山本和彦(2012)는 미국의 증언녹취제도를 모범으로 하여 일본 민사소송절차에 증언녹취제도의 도입을 제안하고 있다. 도입 이유는 소송의 초기단계에서 당사자들이 사실이나 증거를 공유함으로써 쟁점정리가 보다 실효성을 거두기 위함이다.<sup>90)</sup> 현재 국제중재규칙상 명시적으로 증언녹취를 명시적으로 불허하거나 허용하고 있지는 않다. IBA증거규칙 역시 증언녹취 가능성을 완전히 배제하고 있지 않기 때문에 증언녹취의 사용가능성은 국제중재판정부의 재량에 달린 사안이다.

실무적으로 규모가 큰 국제중재사건은 심리기일이 보통 1-2주 혹은 예외적으로 한 달 가량 연속해서 잡히는 것이 보통이다. 따라서 양측 대리인 당사자 증인들 전문가들 중재인들의 모든 일정을 감안하여 1-2주 일정을 잡는 것은 어려운 실정이다. 설령 기일을 잡았다고 하더라도 기일 내에 중재판정부가 모

88) 정홍식, 앞의 논문, p.50.

89) 정홍식, 위의 논문, p.50.

90) 三木浩一·山本和彦, “證言錄取制度”, 『Jurist』, 有非閣, 2012년 12월, pp.132-138.

든 증언과 진술을 다 들어보고 종료하기가 어려운 실정이다. 더구나 당사자와 대리인 증인 중재인이 모두 다른 국가 소속일 경우 더욱 그러할 것이다. 이러한 상황에서 녹취증언은 여러 가지 면에서 장점이 있을 수 있다. 정홍식(2011)은 증언녹취가 중재판정부 참석 없이 심리기일 이전에 수행할 수 있기 때문에 중재판정부의 참석으로 인해 야기되는 시간의 지연과 비용을 줄일 수 있다고 본다. 또한 심리기일에 장시간이 소요되는 반대신문이 필수적이라면 사전의 녹취증언은 시간을 줄이는데 매우 효과적일 것으로 보고 있다. 즉 모든 주신문 반대신문 제주신문 그리고 모든 답변이 서면으로 기록되기 때문에 중재판정부가 심리기일 이전에 이 내용을 검토할 수 있어서 심리기일에서는 핵심적인 쟁점만을 진술할 증인들과 전문가만 출석해 신문에 응하도록 하는 장점이 있다.<sup>91)</sup>

## V. 결 론

현재 전 세계는 국제무역과 국제통상이 활성화되고 있는 세계화 시대에 진입해 있다. 20세기말의 다자간 통상협상의 결과 전 세계적 무역규범이라고 할 수 있는 WTO가 출범하였으며, WTO가 국제간 모든 통상 분쟁을 다 해결할 수 없게 되자 국가 간 쌍무무역협정인 FTA가 활성화되고 있다. 우리나라 역시 전 세계 45개국 이상의 국가들과 FTA를 체결해오고 있다. 이 과정에서 관세 인하 결과 국제무역 규모는 더욱 늘어날 것으로 예상된다. 그러나 국제무역 규모와 그 빈도가 늘어날수록 무역 분쟁 역시 늘어나는 것은 불가피하다. 따라서 어떻게 하면 무역 분쟁을 신속하게 해결할 것인가가 문제가 될 것이다. 국제중재는 국제간 발생하는 무역 분쟁을 해결할 수 있는 패러다임으로 각광받고 있음은 주지의 사실이다.

국제중재를 활성화하는데 하나의 걸림돌은 각국의 법계가 크게 유럽대륙의 독일 프랑스 일본 등 대륙법계와 영국 미국 호주 등의 보통법계로 나누어짐에 따라서 국제중재절차 역시 세부적 측면에서 차이점이 있다는 것이다. 이러한

91) 정홍식, 앞의 논문, p.51.

보통법과 대륙법 간의 차이는 특히 증거조사절차에서 많은 차이점을 보이고 있다. 국제중재가 활성화되고 있는 시점에서 보통법계 국가들과 대륙법계 국가들 소속 회사들 간의 분쟁이 발생할 경우, 양 법계의 차이로 인하여 분쟁이 복잡화되고 분쟁해결과정이 어려워질 가능성은 커지게 된다. 특히 미국과 일본은 보통법과 대륙법을 대표하는 국가로서 그 차이점이 명확하게 나타나고 있다. 본 연구 결과, 중재절차에서의 증거조사는 미국의 민사소송절차에서의 디스커버리 정도의 수준은 요구하지 않고 제한된 범위 내에서의 증거개시라는 점이 제시되고 있다. 또한 교호신문의 경우도 대륙법에서는 인정되지 않은 절차이며 보통법에서 주로 인정되는 절차이다. 따라서 미국의 중재절차에서 교호신문은 당연한 절차이나 일본의 중재절차에서는 인정되기 어려운 절차이다. 그러나 일본 역시 국제중재절차의 소송화 및 국제화가 진행되는 만큼 국제적으로 널리 인정되어온 교호신문이 인정될 여지가 있다고 해석된다. 한편 녹취 증언은 아직 일본 민사소송절차에서 조차도 채택되지 않는 절차이나 미국에서는 민사소송절차나 중재절차에서 인정되는 절차이다. 일방당사자와의 의사소통 역시 미국에서는 인정되나 대륙법 국가인 일본에서는 인정되지 않음을 알 수 있다. 이처럼 대륙법계 국가들과 보통법계 국가들은 증거조사절차에서 많은 차이점을 보이고 있음을 알 수 있다.

이러한 사실은 한·미FTA 등 활발하게 46개국 이상과 FTA를 체결하고 있는 우리나라에 시사하는 바가 크다고 할 것이다. 최근 세계변호사협회(IBA)는 중재에서의 증거규칙을 개정하였다. 중재에서 IBA 증거규칙은 보통법과 대륙법의 장점을 절충한 증거규칙이라고 할 수 있다. 이처럼 대륙법과 보통법의 융합이라는 추세는 이미 1980년에 UN통일매매법이 제정과 함께 시작되었다. UNCITRAL이 UN통일매매법을 제정한 것은 대륙법과 보통법의 장점을 취합하여 통일된 계약법의 제정함으로써 국제무역을 원활하게 하자는 것이었다. IBA 증거규칙 역시 통일된 증거규칙의 시행을 통하여 국제중재를 원활하게 하자는 것이며 이러한 통일된 증거규칙의 시행으로 말미암아 대륙법계 국가와 보통법계 국가 간의 간극을 줄어든다. 이미 우리나라는 대륙법계 국가임에도 불구하고 교호신문제도가 확립되어 있는 등 대륙법과 보통법의 절충을 시도하고 있는 측면을 보이고 있다. 국제무역이 국가발전에 중요한 역할을 담

당해은 우리나라로서는 이러한 국제적 추세에 발맞추어 중재법 및 민사소송법 개정이 이루어져야할 것이다. 이와 아울러 법학전문대학원 교육 등에서도 새로운 교과과정 설립을 통하여 보통법계 국가들의 증거조사 절차 등을 교육시킴으로서 법률시장 개방에 대비해야할 필요성이 있다고 할 것이다.

## 인 용 문 헌

- 김갑유. 『중재실무강의』. 박영사, 2012.
- 김진현·정용균. 「미국의 사법형 ADR제도와 그 함의에 대한 연구」. 『중재연구』 21.3 (2011): 55-87.
- 안병희. 「중재법원과 국가법원과의 상관관계에 관한 연구」. 연세대학교 박사학위논문. 2001.
- 이원호. 「중재에 있어서 증거조사」. 『중재』 (1995년 겨울): 24-30.
- 이태영. 「중재합의의 법적 구조에 관한 연구」. 고려대학교 석사학위논문. 2008.
- 정용균. 「미국 연방중재법에 관한 연구」. 강원대학교 석사학위논문. 2012.
- 정용균. 「미국의 조정-중재(Med-Arb)제도에 대한 연구」. 『중재연구』 24.1 (2014): 85-109.
- 정홍식. 「국제중재절차 내에서 증거조사: 국제변호사협회(IBA)의 증거규칙을 중심으로」. 『중재연구』 「 21.3 (2011): 21-54.
- 谷口安平. 「國制商事仲裁の訴訟化と國際化」. 『法學論叢』 1405.6 (1997): 1-15.
- 谷本裕範. 「日本の常設仲裁機關の現状: (社)日本海運集會所」. 『法律時報』 54.8 (1982): 90-94.
- 菊井維大. 「明治期仲裁管見」. 『法律時報』 54.8 (1982): 8-15.
- 堀江愼司. 「証人審問權の本質について:アメリカにおける議論を中心に(一)」. 『法學論叢』 141.1 (1997): 1-27.
- 金子宏直. 「仲裁手續における電子的證據への對應」. 『仲裁とADR』 8 (2012): 137-42.
- 內ヶ崎 善英 譯. 「米国における仲裁プラクティス」. 小島武司. 『各國仲裁の法とプラクティス』. 中央大學 日本比較法研究所, 1992. 53-80.
- 三木浩一·山本和彦. 「證言錄取制度」. 『Jurist』. 有非閣, 2012. 132-38.
- 桑田和弥. 「ユーザーの立場のから見た國際仲裁制度について」. 『自由와 正義』 9 (2008): 25-30.

- 小島武司・高桑昭 編. 『注釋と論点: 仲裁法』. 青林書院, 2007.
- 中村達也. 「仲裁機關から見たわが国の國際仲裁の活性化について」. 『自由と正義』 9 (2008): 31-37.
- 中村達也. 「日本の國際仲裁のこれから」. 『國際商事法務』 41.2 (2013): 191-98.
- 服部 弘. 「日本の常設仲裁機關の現状: (社)國際商事仲裁協會」. 『法律時報』 54.8 (1982): 87-90.
- Donovan, D. Francis, David W. Rivkin, and 手塚裕之. 「米国における國際仲裁の實務」. 『法律ひろば』 (2004): 12-20.
- Braslow, T. Norman. “Contractual Stipulation for Judicial Review and Discovery in United States and Japan Arbitration Contracts.” *Seattle University Law Review* 27 (2004): 659-720.
- Buhler and Dorjan. “Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration—Novel or Tested Standards?” *Journal of International Arbitration* 17.3 (2000).
- Christie, Chris, Jr. “Preparing for and Prevailing at an Arbitration Hearing.” *American Journal of Trial Advocacy* 32 (2008): 265-96.
- Cremades, M. Bernardo. “Managing Discovery in International Arbitration.” *Journal of Dispute Resolution* 57 (2002-2003): 72-77.
- Garnett Richard, Henry Gabriel, Jeff Waincymer and Judd Epstein. *A Practical Guide to International Commercial Arbitration*. Oceana Publications, 2000.
- IBA. “IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.” 2010.
- Kim, Chin, “The Law of the Subtle Mind: The Traditional Japanese Conception of Law,” *International and Comparative Law Quarterly* 8 (1979): 491-513.
- Kim, Chin-Hyon and Yongkyun Chung. “Legal Culture and Commercial Arbitration in United States and Japan.” *Journal of Arbitration*

- Studies* 23.3, (2013): 185–212.
- Kondo, Masaaki, T. Goto, K. Uchibori, H. Maeda and T. Kataoka. *Arbitration Law in Japan*. Shojihomu, JP, 2004.
- Mehren, von, M. George and Claudia T. Salomon. “Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide.” *Journal of International Arbitration* 20.3 (2003): 285–94.
- Meyerson, Bruce and John M. Townsend. “Revised Code of Ethics For Commercial Arbitrators Explained.” *Dispute Resolution Journal* (2004): 10–16.
- Nishikawa, Rieko. “Judges and ADR in Japan.” *Journal of International Arbitration* 18.3 (2001): 361–69.
- Parker, B. Richard. “Law and Language in Japan and in the United States.” *Osaka University Law Review* 34 (1987): 47–71.
- Rubino–Sammartano, Mauro. “Rules of Evidence in International Arbitration: A Need for Discipline and Harmonization.” *Journal of International Arbitration* 4.2 (1987): 87–91.
- Rutledge, B. Peter. “Discovery, Judicial Assistance and Arbitration: A New Tool for Cases Involving U.S. Entities?” *Journal of International Arbitration* 25.1 (2008): 171–80.
- Sato, Yasunobu. “The New Arbitration Law in Japan: Will It Cause Changes in Japanese Conciliatory Arbitration Practices?” *Journal of International Arbitration* 22.2 (2005): 141–48.
- Varcauteran, Laurent. “The Taking of Documentary Evidence in International Arbitration.” *American Review of International Arbitration* 23 (2012): 341–65.
- Ward, K. Roger. “The Flexibility of Evidentiary Rules in International Trade Dispute Arbitration.” *Journal of International Arbitration* 13.3 (1996): 5–19.

Abstract

## **A Study of the Procedures of Evidence in International Arbitration of United States and Japan in the Perspective of Comparative Law**

Chung, Yongkyun

This study investigates and compares the procedures of evidence of United States and Japan in the perspective of international commercial arbitration. First, we show that the main currents of arbitration of United States and Japan. In United States, the concepts of court changes into multi-door courthouse and there are diverse kinds of ADR including arbitration. On the other hand, in Japanese society, there are cultural roots of ADR, such as harmony in rural society. Second, we compare pros and cons of common law system and civil law system, since United States belongs to the category of common law system and Japan belongs to the category of civil law system. Third, we compare the common elements and differences among the laws and practices of the procedures of evidence in international arbitration between United States and Japan.

The evidence presented in the arbitration tribunal consists of documents, testimony of witnesses and experts, and site experiment etc. The main difference among United States and Japan originated from the fact that discovery plays an important role in United States. In contrast, there is no discovery type of evidence-gathering process in Japan. Second, hear-say evidence can be accepted in both countries, United States and Japan. Third, the deposition is accepted even in law system United States, But, the deposition is not permitted in Japan as yet. Although, there are



differences in the practices of common law counsel and civil law counsel, there is a tendency of narrowing the gap between two traditions of law system. The IBA rules of evidence shed a light on this issue.

**Key Words: international arbitration, evidentiary rule, United States, Japan, Discovery**

**국제중재, 증거조사절차, 미국, 일본, 디스커버리**

논문접수일: 2014.05.23

심사완료일: 2014.06.16

게재확정일: 2014.06.21

저 자: 정 용 균

소 속: 국립강원대학교 경영대학 국제무역학과

주 소: 200-701 강원도 춘천시 강원대학길 1 강원대학교 경영대학 국제무역학과

이메일: ykchung@kangwon.ac.kr

