

국제상사중재와 미국법상 디스커버리의 교차점에 관한 연구

문 지 회* · 박 주 현** · 이 민 규***

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 배경
- III. 일방당사자만이 제1782조를 활용한 중재판정의 집행가능성
- IV. 제1782조의 적용범위에 대한 전망
- V. 결론

I. 서론

서로 다른 국가, 특히 각각 영미법과 대륙법 계통의 법체계에 속하는 당사자들과 그들의 법률대리인들 사이의 국제상사중재에서는 양쪽 모두 서로의 입장을 조율할 필요가 있다. 특히 한쪽 당사자가 미국에 소재한 경우 중재절차에 적용할 법을 놓고 이견이 발생하기 쉬운데, 증거조사만큼 영미법과 대륙법 사이의 접근방식이 확연히 대비되는 분야는 없을 것이다.¹⁾ 이는 증거조사와 관련한 영미법의 당사자주의(adversarial system)와 대륙법의 직권주의(inquisitorial system)로 설명되는 접근방식의 차이 때문이라고 볼 수 있다.²⁾ 대륙법과 달리

* SK하이닉스, 미국변호사.

** 법무법인 율촌, 변호사.

*** 법무법인 율촌, 미국변호사.

1) 정홍식, “국제중재 절차내에서 증거조사: 국제변호사협회(IBA)의 2010 증거규칙을 중심으로”, 「중재연구」 제21권 제3호, 한국중재학회, 2011, 22-23면; Sara McBreaty, *Obtaining Discovery in International Arbitration, Foreign Proceedings and International Arbitral Tribunals*, 63 The Advoc. (Texas) 46 (2013).

영미법, 그 중에서도 미국에서는 양쪽의 법률대리인들이 긴 시간에 걸쳐 엄청난 양의 증거를 요구하고 검토하기 마련이고, 실제로 재판과정의 큰 부분을 증거조사가 차지한다. 반면 대륙법계 법률대리인의 입장에서는 미국 내 소송에서의 고강도 증거조사가 다소 생소하거나 당황스러울 수 있다. 그러나 원칙적으로 국제상사중재에서 절차 등에 관한 사항은 당해 중재절차에 적용되는 법 및 당사자들의 재량에 따른 합의에 달려있기 때문에,³⁾ 당사자들의 합의가 없다면 어느 한쪽의 입장이 반드시 관철되어야 한다고 단정할 수는 없다.

물론 국제상사중재에서 증거조사를 어느 정도 통일시키려는 노력은 있다. ‘국제중재에서의 증거조사에 관한 국제변호사협회규칙’(IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration)이 그 대표적인 예이다. 그러나 동 규칙을 활용하더라도 국제상사중재에서 증거조사의 수준은 영미법 체계와 유사하게 점차 높아지는 추세이다. 이러한 상황에서 최근 일부 미국 연방순회항소법원(Federal Court of Appeals)은 연방법전 제28편 제1782조(이하 ‘제1782조’)⁴⁾에 따라 법원이 국제상사중재에서 판정부의 요청이 있는 경우 미국에 소재하는 당사자에 대해 증거조사를 판결한 사실을 주목할 필요가 있다. 국제거래에서 당사자 일방이 미국에 소재하는 사례가 매우 많을 뿐만 아니라, 우리나라 기업이

2) Peter Ashford, *Document Production in International Arbitration: A Critique From ‘Across the Pond,’* 10 Loy. U. Chi. Int’l L. Rev. 1 (2012); Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 376 (2015).

3) 정홍식, 앞의 논문, 22면.

4) 해당 조문의 전문은 아래와 같다:

“(a) The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement. The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure. A person may not be compelled to give his testimony or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege.”

미국에 자회사나 사무소를 두고 있는 경우도 상당수임을 고려하면 해당 연방순회항소법원들의 판결 내용을 면밀히 살펴볼 가치가 있다.

이 논문에서는 제1782조에 관한 주요 판례를 간단하게 정리하고, 특히 최근 서로 다른 미국 연방순회항소법원들이 내린 판결들을 중심으로 제1782조의 적용에 관한 큰 흐름을 분석한다. 그리고 미국에 자회사나 사무소를 두고 있는 우리나라 기업이 당사자인 국제상사중재에서 제1782조가 문제가 될 수 있는 경우를 설명하고, 중재절차의 상대방이 제1782조를 적용하여 수집한 증거를 이용하여 승소하고 뉴욕협약에 따라 중재판정의 집행을 구한다는 전제하에 우리나라 기업이 중재판정의 집행을 다룰 수 있는 방어 논리를 살펴본다. 마지막으로 제1782조의 적용범위에 대한 전망으로 끝맺음한다.

II. 배경

1. 미국 내 소송에서의 디스커버리

우리나라를 포함한 대륙법 계통의 국가들과는 달리, 영미법, 특히 미국에서는 디스커버리(discovery; 증거개시)의 중요성을 간과해서는 안 된다.⁵⁾ 미국 내 소송에서 증거조사는 단순히 문서제출(document production)로 끝나는 것이 아니라 서면질의(interrogatory)나 참고인 신문(deposition), 또는 자백의 요구(request for admission)등 다양한 형태를 가지며, 당사자주의의 원칙에 따라 공정함을 추구하기 위해 쌍방이 각자 서로에게 유리한 증거뿐만 아니라 불리한 증거도 제출해야 하기 때문이다.⁶⁾ 원칙적으로 미국 증거법에서 당사자들은 비밀유지특권이 없는 모든 관련 증거를 교환할 의무가 있으므로,⁷⁾ 디스커버리는 미국 소송절차의 아주 큰 부분을 차지한다. 반면 영국에서는 오히려 증거조사의 범위를 축소하고 있으므로,⁸⁾ 이를 고려하면 강도 높은 디스커버리를 요구하

5) Ashford, *supra* note 2, at 1.

6) *Id.*

7) Dominique D'Allaire and Rolf Trittmann, *Disclosure Requests in International Commercial Arbitration: Finding a Balance Not Only Between Legal Traditions But Also Between the Parties' Rights*, 22 *Am. Rev. Int'l Arb.* 119, 120-121 (2011).

8) Ashford, *supra* note 2, at 4-5.

는 법체제로 미국을 일순위로 꼽는 것은 과언이 아니며, 이것은 국내 기업들이 미국 내 소송을 부담스러워하는 가장 큰 이유이다. 왜냐하면 디스커버리 과정에서 영업비밀이 공개될 우려는 차치하더라도, 동 절차에 소모되는 비용과 시간이 매우 막대하기 때문이다.

구체적으로 미국 내 소송에서 디스커버리에 드는 비용이 전체 소송 비용의 약 50% 내지 90%에 육박한다는 조사결과가 있다.⁹⁾ 게다가 갈수록 전자증거의 양이 막대하게 늘어남에 따라 당사자들은 이전보다 간편한 방식으로 증거 제출이 가능하게 되었고 이에 따라 당사자들이 제출하는 자료의 양은 폭증하게 될 것이며, 결국 증거조사에 소요되는 비용은 더욱 증가할 것으로 보인다.¹⁰⁾ 과거 2008년에 진행된 어떤 사건에 제출된 전자증거를 모두 하드카피로 출력하여 쌓는 경우 무려 지상에서 137마일(약 220 킬로미터) 높이에 달할 정도의 분량이었다는 사례도 있다.¹¹⁾ 따라서 기업마다 보관하는 데이터의 양이 끊임없이 늘어나는 현실의 추세를 고려하면, 소송상 증거 제출과 관련된 비용 역시 폭증할 것임은 넉넉히 예상 가능하다.

이와 같이 강도 높은 디스커버리는 결국 소송 비용을 증가시키게 되는데, 증가된 소송 비용은 상대방으로 하여금 소송을 거치지 않고 합의로 분쟁을 해결하도록 압박하는 수단으로 활용되거나, 법률대리인이 고객에게 청구하는 비용을 증가시키는 방안으로 사용되는 등, 다양한 형태로 악용될 수 있음이 지적되기도 한다.¹²⁾ 미국의 디스커버리 제도는 이러한 비판을 수용하여 여러 번 관련 법을 개정한 바 있고 개정 후에도 여전히 많은 논란이 있다.¹³⁾

한편 일반적으로 국제상사중재에서는 미국의 디스커버리와 같은 수준으로 증거조사를 수행하지 않는다.¹⁴⁾ 중재절차에 보충적으로 적용되는 중재지법은 원칙

9) John H. Beisner, *Discovering A Better Way: The Need For Effective Civil Litigation Report*, 60 Duke L. J. 547, 549 (2010).

10) *Id.* at 564-570.

11) *In re Intel Corp. Microprocessor Antitrust Litig.*, 258 F.R.D. 280, 283 (D. Del. 2008).

12) Victor Marrero, *The Cost of Rules, The Rule of Costs*, 37 Cardozo L. Rev. 1599, 1658 (2016).

13) *Id.* at 1607 (“Commentators have repeatedly noted the persistence of unhappiness and faultfinding with federal procedures despite perennial efforts to address the problem through new rule amendments”).

14) 국제상사중재에서 증거조사는 예전부터 미국법상 디스커버리보다 영국법상 증거조사에 더 가까웠다는 의견이 있다. Javier H. Rubinstein, *International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions*, 5 Chi. J. Int'l L. 303, 304 (2004).

적으로 그 국가의 민사소송에 적용되는 법을 포함하지 않기 때문에¹⁵⁾ 중재지의 민사소송법이 중재절차에 적용되는 사례는 극히 드물다. 예를 들어 우리나라 중재법은 제20조 제1항에서 당사자들이 중재절차에 관하여 합의할 수 있다고 정하고 있고, 제2항에서 당사자들의 합의가 없는 경우에는 중재판정부가 증거능력, 증거의 관련성 및 증명력에 관하여 판단할 권한을 가진다고 정하고 있다.

한편 국제상사중재에 미국식 디스커버리를 적용할 경우 별도의 분쟁을 초래하여 막대한 시간과 비용이 추가로 소요될 수 있기 때문에 국제상사중재에 디스커버리를 적용해서는 안 된다는 확고한 견해도 존재한다.¹⁶⁾ 심지어 일부 대륙법 국가에서는 중재판정부나 상대방에게 방대한 양의 자료를 제공하는 것이 변호사법 위반 소지가 있다는 점도 지적하고 있다.¹⁷⁾ 사실 미국 내 소송과는 다르게 증거조사의 강도와 범위가 한정적이라는 점이 국제상사중재의 신속성과 비용 효율성을 극대화하는 측면도 있다. 실제로 국제상사중재에서의 증거조사는 보통 Redfern Schedule¹⁸⁾ 을 이용한 당사자들의 문서제출(document production) 정도로만 끝나는 경우가 대부분이다.

2. 제1782조의 의미 및 적용 가능성에 대한 우려

제1782조는 미국법상 디스커버리와 국제상사중재의 증거조사 사이의 교차점을 제공한다. 간단하게 설명하자면, 동 조항은 외국이나 국제재판소(foreign or international tribunal)의 요청이 있는 경우 특정인이 거주하거나 소재하고 있는 곳의 관할법원은 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)에 따라 당해 특정인의 증언이나 문서제출을 명령할 수 있다고 정한다. 즉, 이론적으로 위에서 언급한 미국 내 소송의 디스커버리 절차로서 서면질의, 참고인 신문, 자백의 요구 등이 전부 가능하다는 것이다. 문제는 해당 법안이 ‘foreign or

15) 박지원, “국제중재에 있어서의 증거조사-개정된 IBA증거규칙을 중심으로”, 『국제거래와 법』 제2권 제2호, 동아대학교 법학연구소, 2011, 101면.

16) Blackaby, *supra* note 2, at 380-381.

17) *Id.* (“[I]n some civil law countries, it may be professional malpractice for a lawyer to disclose such documents to the arbitral tribunal or to the opposing party”).

18) Redfern Schedule은 당사자들이 각각 교환하는 표로써, (i) 각 당사자가 요구하는 문서의 종류/범위, (ii) 해당 문서가 중재절차에 관련성이 있고 중요한 이유(relevant and material), (iii) 상대방이 해당 요청을 승낙/거부하는 이유, 그리고 (iv) 승낙/거부 이유에 대한 중재판정부의 결정을 포함한다. *See generally Id.* at 383-385.

international tribunal'이란 개념을 명확히 정의하고 있지 않아, 국제상사중재의 중재판정부가 이에 해당하는지 불명확하다는 점이다.

보통 제한적 증거조사를 시행하는 국제상사중재에서 미국 내 소송의 디스커버리가 적용되게 된다면 그 결과는 파격적일 것이다. 무엇보다도 특정 중재판정부가 제1782조를 근거로 미국에 소재하는 특정인의 증언이나 법인이 소유하고 있는 문서들을 미국 법원을 통하여 제출하도록 한다면, 증거조사에서 추가 절차가 생기게 되고 결국 증거조사의 소요기간과 비용이 급격하게 늘어나게 된다.¹⁹⁾

더욱이 제1782조는 외국이나 국제재판소가 단순히 '사용할'(for use) 증언이나 문서를 제출할 것을 요구하므로 그 범위가 국제상사중재의 일반적인 증거조사의 범위보다 확연하게 포괄적이라는 문제가 있다. 이와 달리 앞서 소개한 '국제중재에서의 증거조사에 관한 국제변호사협회규칙' 제3조는 각 당사자가 '의존'(on which it relies)할 문서를 제출할 것을 요구할 뿐이며,²⁰⁾ 결과적으로는 중재절차에서 요구할 수 있는 문서의 범위를 단위 문서나 특정 항목으로 제한한다.²¹⁾ 즉 이에 의할 경우 제3자가 소지하고 있는 증거에 대해 제출을 강제할 권한이 없다.²²⁾

물론 미국법상 디스커버리나 제1782조가 반드시 국제상사중재에 부정적인 영향을 미치는 것은 아니다. 중재절차의 당사자가 미국에 소재하고 있다면 증거조사를 위해 미국 법원의 공조가 필요할 수도 있다.²³⁾ 또한, 중재판정부는 당사자들을 강제할 권한이 없기에²⁴⁾ 미국 법원의 도움이 있어야 한다는 의견도 있다.²⁵⁾ 아울러 전자증거조사에 관하여 전세계적으로 가장 발달해 있는²⁶⁾ 미국법

19) Laura Emmy Malament, *Making Or Breaking Your Billion Dollar Case: U.S. Judicial Assistance to Private International Arbitration Under 28 U.S.C. § 1782(A)*, 67 Vand. L. Rev. 1213, 1231 (2014) ("Efficiency and cost-effectiveness are two principal reasons why arbitration is a popular dispute resolution mechanism. Courts undermine these virtues when they employ the broad, and often cumbersome discovery rules of the Federal Rules of Procedure").

20) International Bar Association [IBA], *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, art. 3 (May 20, 2010).

21) George M. von Mehren and Alana C. Jochum, *Is International Arbitration Becoming Too American?*, 2 Global Bus. L. Rev. 47, 54 (2011); Oleg Rivkin, *Contrasting U.S. Litigation and International Arbitration*, 40 No. 1 Litigation 59, 60 (2013).

22) 정홍식, 앞의 논문, 24면.

23) 이규호, "국제민사사법공조로서의 증거조사에 관한 비교법적 연구-우리나라와 미국을 중심으로", 「통상법률」 제56호, 법무부, 2004, 35면.

24) 석광현, 「국제민사소송법: 국제사법(절차편)」, 박영사, 2012, 528면.

25) 전정원, "국제상사중재에서 증거조사에 대한 법원의 지위에 관한 고찰", 「상사판례연구」

상 디스커버리를 참고할 필요도 있다.²⁷⁾ 즉, 영미법과 대륙법은 단지 증거조사에 관한 관점 또는 접근방식에 있어 차이가 있을 뿐, 양측의 제도 모두 장점과 단점이 있다.²⁸⁾ 하지만 앞서 설명했듯이, 국제상사중재에서는 증거조사는 일반적으로 미국법의 디스커버리와 상당히 다르다는 사실은 분명하다. 따라서 국제상사중재에 제1782조를 무조건 도입 또는 적용하는 것은 문제를 초래할 수도 있다.

미국에 자회사나 사무소를 두고 있는 우리나라 기업 입장에서 제1782조가 실제로 문제가 될 소지가 있을까? 결론부터 이야기하자면, 그렇다. 구체적으로는 다음과 같은 사례를 생각해 볼 수 있다. 국내에 본사를 두고 미국에는 해외 사무소를 두고 있는 A라는 우리나라 기업과 미국에 자회사나 해외 사무소를 두고 있지 않은 B라는 다른 기업 사이의 국제상사중재를 가정해보자. B가 국제상사중재의 기본 틀 안에서 A를 상대로 Redfern Schedule에 따라 문서제출을 요청한다면, 미국법상 디스커버리에 비해 수집할 수 있는 증거의 내용 및 형식이 제한적일 뿐만 아니라, 서면질의나 참고인 신문 등 보다 강제적인 증거조사를 진행할 수 없다. 따라서 B가 얻을 수 있는 증거의 형태나 내용은 판정부의 재량에 따라 결정되며 어느 정도는 A의 자발적인 제출 여부에 달려있다.

그러나 B가 제1782조를 적용할 것을 요청하고 중재판정부와 법원의 승인을 받아 A에 대해 강제적인 증거조사를 진행한다면, 기존의 국제상사중재에서 A가 제출을 거부하거나 제출할 의무가 없어서 상대방 및 중재판정부가 확보할 수 없는 증거를 수령할 수 있는 가능성이 생긴다. 특히 B는 A가 연관된 미국 내 소송에서 제출한 자료 중 당해 중재절차에서 자신이 활용(“for use”)할 수 있다고 자체적으로 판단하는 자료를 모두 요청할 수도 있다.²⁹⁾ 예컨대, 아래에서 다룰 *Intel v. Advanced Micro Devices* 사건에서도 중재절차의 일방당사자가 자신과 무관한 Intel이 연관된 미국 내 공정거래 소송에 제출한 자료를 요청하였다. 즉 B는 자료요청을 위해 일반적인 국제상사중재의 증거조사와 제1782조 모두를 활용할 수 있다. 이와 반대로, B는 미국에 자회사 또는 해외 사무소

제32권 제2호, 한국상사판례학회, 2019, 298면.

26) 김도훈, “국제상사중재에서의 전자적 자료에 대한 증거조사에 관한 고찰 - 개정 국제중재에서의 증거조사에 관한 국제변호사협회 규칙에 관한 검토를 중심으로”, 『법조』 제60권 제4호, 법조협회, 2011, 205-206면.

27) Ashford, *supra* note 2, at 9.

28) *Id.* at 1-2.

29) 또한 A의 미국 사무소를 통해 A의 내부 시스템으로 연결된 본사 자료를 요청할 수도 있다.

를 두고 있지 않기 때문에 제1782조 조문의 “the district in which a person resides or is found” 요건을 충족시키지 못하므로 미국 법원은 B의 증거에 대해 강제로 제출하라고 명할 수 없다. 결국 A가 제1782조를 통하여 얻을 수 있는 실익은 없다.

이와 같이 제 1782조의 적용 여부에 따라 국제소송 대비 국제상사중재가 제공하는 형평성이 악화되는 상황을 초래할 수 있으며, 이와 더불어 제1782조에 따라 증거조사 기간과 비용이 증가되어 효율성마저 감소할 수 있다. 또한, 국제상사중재의 승패는 법리보다 증거에 따라 갈리는 경우가 많으므로³⁰⁾ 앞선 시나리오에서는 분쟁 측면에서 B가 절대적으로 유리할 수밖에 없다.

해외에서 진행되는 사업의 규모 및 빈도가 큰 우리나라 기업이라면 대부분 미국에 자회사나 해외 사무소를 두고 있을 것이다. 특히 대기업이라면 더욱 그렇다. 반면 해외 사업의 규모가 클수록 외국 기업과 분쟁이 발생할 위험성 역시 필연적으로 증가한다. 그러므로 미국에 자회사나 사무소를 두고 있는 우리나라 기업은 중재절차의 상대방이 미국 내에서 제1782조의 적용을 요청할 가능성이 있다는 점을 항상 인지하고 있어야 한다. 특히 앞서 언급한 바와 같이 국제상사중재의 승패는 증거에 의해 결정되는 경향이 있으므로 제1782조를 활용하여 확보한 증거 덕분에 중재절차에서 승소하고, 승소판정의 집행을 우리나라 혹은 다른 국가에서 구할 수 있다는 점은 전략적인 측면에서 대단한 가치를 지니고 있다. 나아가 외국의 법원과는 달리 국제상사중재의 중재판정은 뉴욕협약에 따라 국내에서 간편하게 집행을 신청할 수 있다. 따라서 국제상사중재의 결과에 큰 영향을 끼칠 수 있는 제1782조는 우리나라 기업들에게 중요한 고려대상일 수 밖에 없다.

아래에서는 미국 내에서 제1782조의 최근 판결내용 및 추세를 바탕으로 왜 위의 경우가 실제로 발생할 우려가 증가하고 있는지 살펴본다.

3. 제1782조의 적용과 관련된 미국 법원의 판결 추세

이러한 위험성이 이전까지 크게 부각되지 않은 이유는 무엇일까?

30) Blackaby, *supra* note 2, at 375 (“[I]t is reasonable to assume that the eventual outcomes in the majority of international arbitrations (perhaps 60-70 per cent) usually turn on the facts rather than on the application of the relevant principles of law”).

그 이유는 과거 미국에서는 제1782조의 적용범위에 중재판정부는 포함하지 않았던 것으로 해석하였기 때문이었을 것으로 추정된다.³¹⁾ 구체적으로, 제1782조의 적용범위에 관하여 미국 법원의 입장은 투자중재 판정부에는 대체로 제1782조를 적용할 수 있지만, 국제상사중재의 경우에는 적용할 수 없다는 것이었다.³²⁾

특히 뉴욕을 포함하고 있어 우리나라 기업에게 가장 중요한 행정 구역을 담당하고 있는 제2연방순회항소법원은 *NBC v. Bear Stearns* 판결³³⁾을 통해 진작 제1782조가 국제상사중재에 적용되는 것을 배척하였다.³⁴⁾ 이 사건은 1999년 미국의 방송사인 *National Broadcasting Company, Inc.*(“NBC”)가 멕시코 방송사인 *Azteca S.A. de CV* (“Azteca”)를 상대로 스톡옵션을 행사하는 도중에 발생한 분쟁으로, NBC는 국제 상공 회의소(International Chamber of Commerce, “ICC”)에 중재를 신청하면서 개시되었다. 중재절차가 시작되기 전 NBC는 뉴욕 남부 연방지방법원에 Azteca의 IPO를 지원한 6개의 금융기관에 대해 소환장을 발급하도록 요구하였고 연방지방법원은 NBC의 요청을 기각하였다. NBC는 항소하였지만 제2연방순회항소법원은 NBC의 항소를 배척하고 연방지방법원의 원심을 유지하였다. 항소를 배척한 사유로 제2연방순회항소법원은 제1782조 상 “tribunal”의 정의가 불분명하며 제1782조의 입법연혁을 비출 때, 국제상사중재는 언급 자체가 되지 않았음을 지적하면서 “tribunal”은 정부의 권한(authority)을 부여받은 재판부만이 해당한다고 판시하였다. 결국, 제2연방순회항소법원은 ICC는 정부의 권한을 받는 재판부가 아닌 국제상사중재 재판부로서 제1782조의 적용범위에 포함되지 않는다고 판시하였다.

또한 1999년 루이지애나, 미시시피와 텍사스주를 포함하는 제5연방순회항소법원도 *Republic of Kazakhstan v. Biedermann International* 사건³⁵⁾에서 동일

31) Malament, *supra* note 19, at 1218.

32) Margaret Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* 125 (2017).

33) *National Broadcasting Company, Inc. and NBC Europe, Inc. v. Bear Stearns & Co., Inc.*, 165 F.3d 184 (2d Cir. 1999).

34) 하지만 1964년 제1782조 개정의 주축이었던 Hans Smit의 의견은 국제상사중재의 판정부도 제1782조의 적용범위에 포함된다는 것이었다. Arthur W. Rovine, *Section 1782 and International Arbitral Tribunals: Some Key Considerations in Key Cases*, 23 *Am. Rev. Int'l Arb.* 461 (2012); Thurston K. Cromwell, *Role of Federal Courts in Assisting International Arbitration - National Broadcasting Co. V. Bear Stearns & (and) Co., The*, 1 *J. Disp. Resol.* 177, 181-182 (2000).

한 이슈를 다루었다. 제5연방순회항소법원은 미국 연방중재법(Federal Act of Arbitration)에 따라 국내중재에 허용되는 디스커버리 범위보다 더 넓은 범위의 디스커버리를 국제상사중재에 허용할 리가 없다며 제1782조는 국제상사중재 재판부에 적용되지 않는다고 판시하였다. 추가로 제1782조를 적용할 경우 신속성, 경제성, 그리고 효율성이라는 중재의 장점을 해칠 수 있다고 판시하였다.

그러나 2004년 미국 연방대법원은 *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices* 사건³⁶⁾에서 제1782조의 조문의 “foreign or international tribunal”의 범위를 확장 해석하며 동조의 해석에 있어 새로운 패러다임을 제시하였다.

구체적으로 위 사건의 원고인 *Advanced Micro Devices*(“AMD”)는 피고인 Intel이 경쟁사인 AMD와 거래를 하지 않을 것을 조건으로 PC 제조회사들에 리베이트(rebate)를 제공함으로써 시장지배적 지위를 남용하였다고 주장하며 Intel을 유럽연합 집행위원회(European Union의 행정부인 European Commission, “EC”)의 공정경쟁 감독총국(Directorate-General for Competition)에 공정거래법 위반을 사유로 제소하였다. 당해 소송에서 AMD는 제1782조에 근거하여 Intel이 미국 내 공정거래 소송에서 제출한 이 사안과 관련이 있는 사건 문서를 추가로 확보하기 위해 증거개시명령을 캘리포니아 지방법원에 신청하였다. 캘리포니아 지방법원은 AMD의 요청을 기각하였으나 제3연방순회항소법원은 원심을 파기하면서 AMD의 요청을 인용할지는 지방법원 재량에 달려있다고 하였다. 그리고 연방대법원은 제3연방순회항소법원의 판결을 확정하면서 제1782조에서 정의하는 “foreign or international tribunal”는 사법부(judicial body)만을 의미하는 것은 아니라고 판단하였다.

구체적으로 위 사건에서 연방대법원은 제1782조의 “tribunal”은 단순히 법원만이 아닌 행정부 및 준사법부 등 최초 판결을 내리는 모든 의사 결정자(first-instance decision maker)를 포함한다고 판시하였는데, 그 근거로 미국 법원이 해외 행정부 및 준사법부에 대해 사법공조를 제공할 수 있도록 1964년 미국 의회가 관련 조문의 용어를 “judicial proceeding”에서 “international tribunal”로 개정하였다는 점을 근거로 실시하였다.³⁷⁾ 한편, 유럽연합집행위원회는 EU의 행정부로서 사실관계를 확인 및 검토한 후 complaint를 기각할지 또

35) *Republic of Kazakhstan v. Biedermann Intern.*, 168 F.3d 880 (5th Cir. 1999).

36) *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004).

37) *Id.* at 243.

는 유럽 반독점법에 따라 벌금을 부과할지를 판단하며 이에 대한 결론은 유럽 사법재판소의 재검토를 받는다. 따라서, 미국 연방대법원은 유럽연합집행위원회가 행정부임과 동시에 1심 판결을 내리는 의사 결정자로서 제1782조 상의 “tribunal”에 해당한다고 판단한 것이다.

또한 연방대법원은 제1782조는 연방지방법원에게 해외 또는 국제재판소에 사법공조를 제공할 의무를 부여한 조항이 아니라 연방지방법원이 사법공조를 할지 여부를 결정할 재량을 부여한(“authorizes, but does not require, a federal district court to provide judicial assistance to foreign or international tribunals”)³⁸⁾ 조항이라고 판단하였다. 하지만 연방대법원은 “foreign or international tribunal”이라는 개념이 위에서 언급한 공정경쟁감독총국을 포함하는 것은 자명하나, 국제상사중재의 판정부를 포함하는지에 대해서는 판단하지 않았다. 결국 제1782조에 근거한 요청을 법원이 해외 또는 국제재판소에 사법공조를 제공할 것인지 여부는 하급법원에 맡긴다는 결론이었다.³⁹⁾

이와 같이 연방대법원이 제1782조가 국제상사중재의 판정부를 포함하는지에 관하여 명확히 판단하지 않은 결과, 이후 Intel 사건을 어떻게 해석해야 하는지에 대해 각 연방순회항소법원, 나아가서는 연방지방법원마다 의견이 첨예하게 갈려왔다.⁴⁰⁾ 우선 Intel 이후에도 제2연방순회항소법원의 입장은 제1782조를 국제중재 절차에 적용할 수 없다는 견해를 유지하고 있는 것으로 보이며, 제5연방순회항소법원 역시 동일하다.⁴¹⁾ 그러나 최근 제2 및 제5연방순회항소법원을 제외한 다른 구역의 연방법원들은 제1782조의 적용범위를 확장하려는 경향을 보이고 있다.

예를 들어 미시간과 오하이오주 등을 포함하는 제6연방순회항소법원은 *Abdul Latif Jameel Transportation Company v. FedEx Corporation* 사건⁴²⁾에

38) *Id.* at 247.

39) *Id.* at 265 (“[W]e leave it to the courts below to assure an airing adequate to determine what, if any, assistance is appropriate”).

40) Moses, *supra* note 32, at 124.

41) Julia Sherman, *Section 1782 Discovery: California District Court Follows Sixth and Fourth Circuits in Holding Statute Applies to Private Arbitral Tribunals*, Kluwer Arbitration Blog (Apr. 20, 2020), <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/20/section-1782-discovery-california-district-court-follows-sixth-and-fourth-circuits-in-holding-statute-applies-to-private-arbitral-tribunals>.

42) *Abdul Latif Jameel Transportation Company Limited v. FedEx Corporation*, 939 F.3d

서 두바이국제금융센터-잉글랜드 국제상업중재(Dubai International Financial Centre-London Court of International Arbitration) 관정부는 영국중재법(UK Arbitration Act of 1996)으로부터 국가의 권한을 부여받았으므로 동 관정부는 제1782조에서 정의하는 “foreign or international tribunal”에 해당한다고 판시하였다. 특히 미국 연방중재법과 영국중재법은 그 체계와 내용이 매우 유사한 점을 고려하면, 미국과 마찬가지로 영국법상 해당 중재재판부는 명백하게 국가로부터 권한을 부여받은 것이라고 판단하였다.⁴³⁾ 추가적으로 제6연방순회항소법원은 연방대법원이 Intel 판례에서 명시한 바와 같이 국제상사중재에 미국의 디스커버리를 허용하는 것은 중재의 기본취지에 어긋난다고 볼 수 있으나, 1964년 미 의회가 제1782조 원문에서 “judicial proceeding”을 “international tribunal”로 개정했다는 뜻은 국제상사중재의 관정부를 포함한 모든 중재판정부가 제1782조의 적용범위에 포함된다는 것을 뜻한다고 판결했다.⁴⁴⁾

또한 매릴랜드와 노스 캐롤라이나 및 버지니아주 등을 포함하는 제4연방순회항소법원도 *Servotronics, Inc. v. The Boeing Company* 사건⁴⁵⁾에서 제6연방순회항소법원에 이어 제1782조를 넓게 적용하는 최근 흐름에 합류하였다. 이 사건은 미국 최대 항공기 제조업체 중 하나인 보잉의 항공기 테스트 과정에서 발생한 화재에 대한 것인데, 보잉은 부품업체인 *Servotronics*로부터 공급받은 벨브를 항공기에 설치한 영국의 롤스로이스로부터 이 사건 화재에 대한 손해배상을 받았다. 이후 롤스로이스는 *Servotronics*를 상대로 면책(indemnification)을 청구하였으나 거절당하자 대신 중재절차를 시작하였다. *Servotronics*는 동 중재절차에서 사우스 캐롤라이나 연방지방법원에 제1782조에 의거하여 보잉직원 3명의 증언을 받을 수 있도록 요청하였으나 기각당했고, 이에 제4연방순회항소법원에 항소하였다.

제4연방순회항소법원은 연방지방법원의 원심을 뒤집으면서 제1782조가 “in any judicial proceeding pending in any court in a foreign country”에서 “in a proceeding in a foreign or international tribunal”으로 개정된 사실을 고려하면⁴⁶⁾ 법원뿐만이 아니라 영국 중재재판부와 같은 준사법(quasi-judicial) 기관도

710 (6th Cir. 2019).

43) *Id.* at 723.

44) *Id.* at 725.

45) *Servotronics, Inc. v. The Boeing Company*, 954 F.3d 209 (4th Cir. 2020).

46) 이 논리는 위 Abdul Jameel 사건과 동일하다.

제1782조의 적용범위에 포함된다고 판단하였다.⁴⁷⁾ 나아가, 미국 중재판정부와 마찬가지로 영국 중재판정부도 정부의 권한 일부를 부여받은 준사법기관이라는 점에서 과거 Intel 사건에서 제1782상 “foreign or international tribunal”이 국제상사중재 판정부를 포함하지 않다고 판시한 사실과도 상충되지 않는다고 보면서 사우스 캐롤라이나 연방지방법원은 제1782조에 따라 Servotronics의 요청을 받아들일 수 있다고 판시하였다. 이에 대하여 보잉은 마지막까지 미국의 디스커버리 제도를 중재에 편입시키는 것은 중재의 취지에 반대된다고 주장하였으나, 제4연방순회항소법원은 연방지방법원이 단지 중재재판부의 역할을 대신 수행하여 증거조사를 할 뿐이며, 미국식 디스커버리보다 비교적 좁은 범위 내에서 이루어진다고 하였다.

반면 최근 뉴욕이 있는 제2연방순회항소법원은 제1782조를 국제상사중재에 적용할 수 없다는 견해를 다시 확인하였다.⁴⁸⁾ NBC 사건으로부터 20년이 지난 2019년, 제2연방순회항소법원은 *In re Application of Hanwei Guo for an Order to Take Discovery for Use in a Foreign Proceeding Pursuant to 28 U.S.C. § 1782* (“in re Guo”) 사건에서 제1782조의 적용범위를 다시 다뤘다.

원고인 Guo는 중국 음악 스트리밍 관련 업체들(“Ocean Entities”)에 2600만 달러를 투자하였으나 Ocean Entities 관계자들의 기망(fraud) 행위 등에 의해 Ocean Entities 주식을 실제 가치보다 낮게 매각하였다며 중국국제경제무역중재위원회(China International Economic and Trade Arbitration Commission, “CIETAC”)에 중재를 신청하였다. 이후, 원고는 Tencent가 Ocean Entities를 인수하면서 보험업자로 고용했던 4명의 IB(Investment Banker)를 대상으로 디스커버리를 요구하는 신청서를 뉴욕 남부 연방지방법원에 제출하였다. 해당 연방지방법원은 이미 제1782조의 적용범위에 관하여 NBC 사건에서 다른 바 있으며 이는 제2연방순회항소법원의 구속력이 있는 선례라며 원고의 요청을 거부하였다. 원고는 연방대법원의 Intel 사건을 제시하면서 항소함에 따라 In re Guo 사건의 핵심은 CIETAC이 정부의 권한을 부여받은 재판부인지 여부가 되었다.

결론적으로 제2연방순회항소법원은 아래 3가지 근거를 제시하며 CIETAC은 정부로부터 수권을 받은 준사법기관이 아닌 국제상사중재 판정부에 불과하다고

47) *Servotronics*, *supra* note 45. at 213.

48) *In re Application and Petition of Hanwei Guo*, No. 19-781, 2020 WL 3816098 (2nd Cir. 2020).

하면서 제1782조의 적용대상이 아니라고 결정 내렸다. 구체적으로 첫째, CIETAC은 중국 정부와 독립된 형태로 운영되고 있으며, 둘째, 중국이 CIETAC의 판결내용을 집행한다는 사실만으로는 CIETAC이 제1782조에서 요구되는 정부로부터 수권을 받은 준사법기관이라고 볼 수 없으며, 마지막으로 CIETAC의 관할권은 정부가 아닌 피고와 원고의 합의로부터 유래한다는 이유였다. 2020년에는 제3연방순회항소법원의 일부인 델라웨어 연방지방법원 역시 같은 취지의 판결을 내린 바 있다.⁴⁹⁾

결론적으로 앞서 살펴본 바와 같이 현재 미국에서는 제1782조의 적용범위에 국제상사중재의 중재판정부를 포함하는 연방법원도 있고, 적용하지 않는 법원도 있으며 아예 선례가 없는 법원도 있는 것으로 보인다. 즉 국제상사중재에서 제1782조가 활용될지는 제1782조 활용요청이 미국 어느 행정 구역에서 접수되느냐에 따라 결과가 달라질 것으로 보인다. 이러한 상황은 미국 전역에서 사업 활동을 영위하는 우리나라 기업에게 언제 어떤 방식으로 막대한 소송비용이 지출되는 디스커버리에 연루될지 예측할 수 없다는 부담을 주게 된다.

Ⅲ. 일방 당사자만이 제1782조를 활용한 중재판정의 집행가능성

앞서 가정한 사례와 같이 중재절차의 상대방이 우리나라 기업의 미국 자회사나 미국 사무소를 상대로 중재절차에서 제1782조를 적용할 것을 요청하고, 중재판정부와 미국 법원이 이를 수용하여 미국에 소재한 우리나라 기업의 자회사나 사무소에 대한 광범위한 디스커버리를 강제한다면 우리나라 기업 입장에서는 상당한 부담이 된다. 하지만, 만약 당해 중재판정의 집행을 뉴욕협약체결국⁵⁰⁾에서 집행하고자 하는 경우 뉴욕협약에 따라 중재판정의 집행을 다투어 볼 수 있다. 뉴욕협약은 중재판정의 집행거부 사유를 구체적으로 열거하고 있는데, 아래에서 항을 나누어 살펴본다.

49) *In re Application of EWE Gasspeicher GmbH*, 19-mc-109-RGA, 2020 WL 1272612 (D. Del. 2020).

50) 뉴욕협약의 총 164개 협약국 명단은 우리나라뿐만 아니라 미국, 중국, 일본, 러시아 등 사실상 전 세계 모든 경제 대국을 포함하므로, 몇몇 국가를 제외하고는 우리나라와 교역을 하는 거의 모든 나라에 적용된다.

1. 중재절차의 하자(뉴욕협약 제5조 제1항 d호)⁵¹⁾

뉴욕협약은 중재절차가 당사자 간의 합의와 합치하지 아니하거나, 또는 이러한 합의가 없는 경우에는 중재가 행해진 국가의 법과 합치하지 아니하는 경우에 판정의 피원용 당사자의 요청에 따라서 집행법원에 집행이 거부될 수 있다.

따라서 제1782조에 따라 미국식 디스커버리가 실시된 국제상사중재에서 만약 집행의 피원용 당사자(중재판정의 패소자)가 중재절차가 당사자간 합의하지 않은 방식으로 증거조사가 이루어졌다고 주장하는 경우에, 집행법원은 뉴욕협약 제5조 제1항 d호를 고려하여 이를 받아들여 집행거부를 할 가능성이 있다. 이 조항은 뉴욕협약 내용 중에서 가장 많이 다투어지는 사유로,⁵²⁾ 가정한 사례와 같은 상황에 놓인 우리나라 기업 입장에서는 동 사유를 주목할만한 가치가 있다. 참고로 중재절차의 하자를 근거로 하는 집행거부 주장은 반드시 중재판정 취소의 소 등을 먼저 시도했어야 할 수 있는 것은 아니다.⁵³⁾

구체적으로 앞서 살펴보았듯이 미국법상 디스커버리는 다른 나라 또는 일반적인 국제 상사중재에서의 증거조사보다 매우 강도 높고 광범위하게 진행되는 데, 당사자간 사전에 증거조사의 방식에 관련하여 명확한 합의가 없음에도 불구하고 제1782조를 통하여 일방 당사자에게만 미국법상 디스커버리가 실시되어 그에게 과중한 부담이 부과된 경우에 패소 당사자는 중재절차에 하자가 있음을 주장하여 중재판정의 집행이 거부되어야 한다는 주장을 제기해 볼 수 있을 것이다.

2. 집행국의 공공질서 위반(뉴욕협약 제5조 제2항 b호)⁵⁴⁾

뉴욕협약 제5조 제2항 b호는 중재판정이 집행국의 공공질서에 반하는 경우 집행이 거부될 수 있음을 규정하고 있다. 따라서 제1782조를 통하여 미국법상

51) “The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement or the parties, or failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place.”

52) 석광현, 앞의 책, 549면.

53) 석광현, 앞의 책, 550면.

54) “The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.”

디스커버리가 실시된 국제상사중재에서 만약 집행의 피원용 당사자(중재판정의 패소자)가 이와 같은 방식은 집행국의 공공질서에 반하며 집행이 거부되어야 한다고 주장해볼 여지가 있다. 예를 들면, 가정된 사례와 같은 상황에서 승소자가 중재판정을 우리나라에서 집행을 구하는 경우, 패소한 우리나라 기업은 해당 중재판정이 일방 당사자만의 과도한 부담을 부과하고 실질적으로 집행지인 우리나라 법상 절차적 기본원칙(무기대등의 원칙 또는 무기평등의 원칙 등)을 침해한 채 내려진 것으로, 곧 절차적 공서위반이라⁵⁵⁾는 주장을 고려할 수 있을 것이다.

다만 현실적으로 동 규정이 용이하게 인정되는 것은 아니다. 가령 우리나라 대법원도 “뉴욕협약 제5조 제2항 b호에 의하면 중재판정의 승인이나 집행을 그 국가의 공공의 질서에 반하는 경우에는 집행국 법원은 중재판정의 승인과 집행을 거부할 수 있게 규정하고 있는바, 이는 중재판정이나 승인이 집행국의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서를 보호하려는데 그 취지가 있다 할 것이므로 그 판단에 있어서는 국내적인 사정뿐만 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 함께 고려하여 제한적으로 해석하여야 할 것이다”라고 판시(대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결)하면서, 공서위반을 사유로 한 외국 중재판정의 집행 거부는 매우 엄격한 조건 아래 허용하고 있다.

하지만 경우에 따라 국내법상 증거조사와 달리 당사자 일방에게만 가혹하리 만큼 불리한 결과로 증거조사가 진행되어 대한민국의 사회통념상 도저히 용납하기 어려운 결과를 초래한다면 집행이 거부될 가능성도 상존한다고 판단된다.

실제로 외국중재판정의 승인 및 집행 사례는 아니지만 과도한 배상을 명한 외국판결의 국내 집행절차에서 외국판결의 배상액을 비례의 원칙에 따라 감액한 사례에서,⁵⁶⁾ 우리나라 법원은 “외국판결의 승인 여부를 판단함에 있어서는 우리나라 실질사법적 정의의 보호측면에서, 집행될 내용 및 당해 사안과 우리나라와의 관련성 등으로부터 보아 당해 외국판결의 집행을 용인하는 것이 우리나라의 사회통념 내지 법감정상 도저히 참을 수 없는 가혹한 결과를 가져오지는 않는지 여부 등 제반 요소를 참작하고 이들과 함께 민사소송법 제477조 제1

55) 석광현, 앞의 책, 554면.

56) 외국 중재판정에 대한 승인거부사유로서의 공서(‘공공의 질서’)와 외국판결에 대한 승인요건으로서의 공서(‘선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서’)는 양자의 표현의 차이에도 불구하고 그 내용에 있어서 차이가 있다고 보지 않는 것이 일반적이다.

항 이 규정하는 실질심사 금지의 원칙을 관철하여 국가간 파행적 법률관계의 발생을 억제하고 법적 안정성을 기함으로써 외국판결의 존중이라는 승인제도 본래의 취지를 살린다는 측면을 상호 비교형량하여 구체적, 개별적으로 타당한 결론을 도출함이 상당하다”고 하면서, 비례의 원칙에 비추어 손해와 배상액 간의 합리적 관련성을 판단하여 미국 미네소타 주 법원이 선고한 미화 50만 달러의 배상액 중 절반만의 집행을 허가한 경우(서울지방법원 동부지원 1995. 2. 19. 선고 93가합19069 판결)⁵⁷⁾가 있었다.

정리하면 제1782조를 통하여 미국법상 디스커버리가 적용된 국제중재판정이 뉴욕협약에 따라 미국 외 다른 나라에서 집행신청되는 경우, 패소 당사자는 뉴욕협약상의 집행거부 사유를 활용하여 당사자간 사전 합의가 없음에도 불구하고 미국법상 디스커버리를 거친 중재판정은 중재절차에 하자가 있는 것(뉴욕협약 제5조 제1항 d호)이거나 집행국의 공공질서에 위반되어 집행되어서는 안된다(뉴욕협약 제5조 제2항 b호)고 주장해볼 수 있을 것으로 보인다. 결국 제1782조의 적용범위 확장은 이를 적용한 중재판정의 집행 가능성을 불확실하게 만들 가능성이 있다고 판단된다. 한편 현실적으로 우리나라 기업은 이러한 가능성을 활용하여 혹여 상대방에게만 유리하게 제1782조가 활용됨에 따라 광범위한 디스커버리를 통하여 막대한 소송비용을 부담하였음에도 불구하고 끝내 패소한 중재판정을 집행단계에서 다투어 볼 여지가 있다.

IV. 제1782조의 적용범위에 대한 전망

앞서 정리한 바와 같이 제 1782조의 적용범위와 관련하여 아직 미국 내 연방 순회항소법원들 사이에 통일된 입장은 없다. 그렇다면 앞으로 제1782조의 적용 범위는 어떻게 정리될 것인가. 전통적으로 워싱턴 D.C. 연방순회항소법원과 함께 가장 주요 법원으로 분류되는 제2연방순회항소법원은⁵⁸⁾ 제1782조를 국제상

57) 이 판결은 그 후 서울고등법원 1996. 9. 18. 선고 95나14840 판결을 거쳐 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다47517 판결에 의하여 확정되었다.

58) Michael E. Solimine, *Judicial Stratification and the Reputations of the United States Courts of Appeal*, 32 Fla. St. U. L. Rev. 1331, 1341 (2005) (“Over much of the twentieth century, the conventional wisdom has ranked the Second and District of

사중재의 관정부에 적용할 수 없다는 기존 입장을 변함없이 유지하고 있으나, 미국 연방대법원이 구체적인 판결을 내리지 않는 한, 미국의 모든 주가 제1782조의 적용범위와 관련하여 통일된 해석을 할 가능성은 낮아보인다.

하지만 미국 연방대법원은 제1782조의 적용범위를 확장할 가능성이 높아보인다. 미국 법원으로서 제1782조를 보다 광범위하게 적용하는 것이 미국의 국익을 증진하는 것이라고 인식할 여지가 있기 때문이다. 현실적으로 국제상사중재의 준거법으로 미국법이 적용되는 사례가 증가하고 있는 것이 사실이며, 이에 발맞추어 절차법으로 국제상사중재에서 미국식 디스커버리가 적용되는 것이 상대적으로 미국 국적의 당사자에게 유리할 가능성이 높기 때문이다.⁵⁹⁾

결국 장차 미국 연방대법원이 미국법의 영향력을 확대하려는 취지로 제1782조의 적용범위를 넓혀 국제상사중재에서도 제1782조 적용을 통한 미국법상 디스커버리를 실시할 수 있도록 명시적으로 인정하지 않을지 조심스레 추측해본다. 미국은 과거 해외부패방지법(Foreign Corrupt Practices Act)의 적용과 같이 미국 영토 밖의 경우라도 자국에 영향을 미치게 되는 결과를 초래하는 일부 예외적 경우에는 미국 영토 밖에서도 해외부패방지법이 적용될 수 있다고 해석해 온 사례가 있다.⁶⁰⁾

이와 같이 미국은 자국의 이익 또는 자국의 입법 목적을 달성하기 위하여 법령의 적용대상과 범위를 충분히 확장해 온 전례가 있음을 고려하면, 미국 연방대법원이 국제상사중재에 제1782조를 적용할 수 있다고 결정할 가능성은 충분히 존재한다고 사료된다. 미국 연방대법원이 국제상사중재의 기본 틀과 원칙을 명확하게 이해하지 못하고⁶¹⁾ 미국 영토 내에서는 당연히 미국 증거법을 적용해

Columbia Circuits highest with regard to prestige and influence”).

59) 만약 이와 같은 기초 아래 실제로 미국 연방대법원이 제1782조가 국제상사중재에도 적용된다고 명확히 판시한다면 더욱 파장이 클 것이다. 앞서 살펴본 Intel 판결에서 다수의견을 지지하였던 故 Ruth Bader Ginsburg 대법관이 최근 세상을 떠남에 따라서 Intel 판결 당시의 대법관들 가운데 현직인 대법관은 이제 Steven Breyer 대법관과 Clarence Thomas 대법관, 단 2명밖에 남지 않게 되었다. 최근 미국 우선주의를 천명하면서 미국 사회를 전체적으로 보수화되고 있는 미국 사회의 분위기를 고려하면, 제1782조의 적용범위와 관련하여 미국 대법원이 과거와 달리 좀 더 제1782조의 적용범위의 확장을 명시하는 판결을 내릴 가능성이 있다. 게다가 최근 도널드 트럼프 미국 대통령의 공화당이 장악하고 있는 상원은 최근 보수성향의 Amy Coney Barrett을 故 Ruth Bader Ginsburg 대법관의 후임 대법관으로 선임 및 통과시켜 현재 연방대법원의 보수성향은 더욱 짙어진 것으로 평가되고 있는 점을 고려하면 더욱 그러하다.

60) *United States v Conti*, 864 F3d 63, 89 (2d Cir 2017) (“so-called cross-border prosecutions have become more common”).

야 자국의 이익에 부합한다고 볼 수 있기 때문에 더욱 그렇다.

V. 결론

국제상사중재에서 증거조사가 점진적으로 미국화(Americanize)되고 있다는 우려의 목소리가 커지고 있다.⁶²⁾ 이러한 추세에 따라 국제상사중재에서 미국법상 디스커버리가 실시된다면 중재절차에 소요되는 기간과 비용이 막대하게 증가하여 소송에 비해 상대적으로 적은 비용과 기간이 소요된다는 국제상사중재의 장점이 퇴색될 우려가 있다. 실제로 일각에서는 국제상사중재에 소요되는 기간과 비용은 국내 소송의 그것을 이미 추월했다는 의견도 제기되고 있다.⁶³⁾ 특히 상대적으로 국내 소송이 신속하게 진행된다고 평가되는 우리나라의 경우에는 더욱 그럴 수 있다.

그런 점에서 제1782조의 적용범위에 관한 미국 연방대법원의 판결 동향에 대하여 주목하고 있을 필요가 있다. 미국 내에서 제1782조의 적용범위를 국제상사중재까지 확장하자는 견해가 지속적으로 제기되고 이에 대하여 연방대법원이 판결로 이를 확인해준다면, 미국과 관련된 국제중재절차를 앞두고 있는 당사자는 증거조사에 있어 과거보다 부담이 대폭 증가할 것이다. 게다가 본인은 미국법상 디스커버리에 익숙하지 않은 반면 상대방은 상대적으로 이에 익숙한 미국 기업(또는 사람)이라면 더욱 그러하다.

한편 만약 제1782조를 통한 증거조사 절차의 심화가 한쪽 당사자에게만 적용되어 일방 당사자에게만 강도 높은 증거조사를 실시하며 내려진 중재판정은 절차적 공정성에 관한 하자가 존재한다고 문제 될 가능성도 있다. 제1782조가 적

61) 미국 연방대법원은 과거에 중재적격성(arbitrability)과 같은 국제중재의 기본원칙의 개념도 정확하게 이해하지 못한 적 있다. 구체적으로는, 중재적격성이란 중재합의의 존재여부와 중재합의의 범위라는 두 가지 개념으로 구분되는데, 미국 대법원은 이 두 가지를 혼동하여 사용하였다. Steven H. Reisberg, *The Rules Governing Who Decides Jurisdictional Issues: First Options v. Kaplan Revisited*, 20 Am. Rev. Int'l Arb. 159, 176 (2009).

62) von Mehren and Jochum, *supra* note 21.

63) Robert C. Bird, *Enforcement of Annulled Arbitration Awards: A Company Perspective and Evaluation of a "New" New York Convention*, 37 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 1013, 1018-1019 (2011).

용된 중재판정 폐소 당사자는 중재절차에 하자가 있음을 들어 중재지에서 취소 소송을 제기하거나 집행지에서 집행거부를 주장할 가능성이 있다. 구체적으로, 당사자가 사전에 합의하지 않았음에도 불구하고 제1782조를 통하여 미국식 증거조사 절차를 거친 중재판정은 최종적으로 집행완료되기까지 행여 취소 또는 집행이 거부될지 모르는 불안한 상황에 있는 것으로 보인다. 결국 이것은 양 당사자의 손해로 귀결될 것이다.

결국 현상황을 고려하면, 미국과 관련한 사업을 추진하는 당사자는 중재합의에 상대방과 증거조사의 방식을 미리 정해 두는 것이 좋을 것으로 보인다. 특히 현재와 같이 미국 연방법 제1782조의 적용범위에 대하여 각 주별로 상이한 해석을 하는 상황을 고려하면 더욱 그러하다.

한편 동시에 미국 연방대법원의 제1782조의 적용범위에 관한 새로운 해석에 주목하고 있을 필요가 있다. 증거조사가 국제상사중재에서 가지는 중요성을 고려하면, 제1782조의 적용여부는 미국 관련한 국제상사중재에서 승패를 가를 수도 있는 매우 파격적인 결정이 될 것이기 때문이다.

투고일 : 2020.10.30. / 심사완료일 : 2020.12.8. / 게재확정일 : 2020.12.23.

[참고문헌]

- 석광현, 「국제민사소송법: 국제사법(절차편)」, 박영사, 2012.
- 김도훈, “국제상사중재에서의 전자적 자료에 대한 증거조사에 관한 고찰 - 개정 국제중재에서의 증거조사에 관한 국제변호사협회 규칙에 관한 검토를 중심으로”, 「법조」 제60권 제4호, 법조협회, 2011.
- 박지원, “국제중재에 있어서의 증거조사-개정된 IBA 증거규칙을 중심으로”, 「국제거래와 법」 제2권 제2호, 동아대학교 법학연구소, 2011.
- 이규호, “국제민사사법공조로서의 증거조사에 관한 비교법적 연구-우리나라와 미국을 중심으로”, 「통상법률」 제56호, 법무부, 2004.
- 전정원, “국제상사중재에서 증거조사에 대한 법원의 지원에 관한 고찰”, 「상사판례연구」 제32권 제2호, 한국상사판례학회, 2019.
- 정홍식, “국제중재 절차내에서 증거조사: 국제변호사협회(IBA)의 2010 증거규칙을 중심으로”, 「중재연구」 제21권 제3호, 한국중재학회, 2011.
- Peter Ashford, *Document Production in International Arbitration: A Critique From ‘Across the Pond,’* 10 Loy. U. Chi. Int’l L. Rev. 1, 2012.
- John H. Beisner, *Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform*, 60 Duke L.J. 547, 2010.
- Robert C. Bird, *Enforcement of Annulled Arbitration Awards: A Company Perspective and Evaluation of a “New” New York Convention*, 37 N.C. J. Int’l L. & Com. Reg. 1013, 2011.
- Nigel Blackaby, et al, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2015.
- Thurston K. Cromwell, *Role of Federal Courts in Assisting International Arbitration - National Broadcasting Co. V. Bear Stearns & (and) Co., The*, 1 J. Disp. Resol. 177, 2000.
- Dominique D’Allaire and Rolf Trittman, *Disclosure Requests in International Commercial Arbitration: Finding a Balance Not Only Between Legal Traditions But Also Between the Parties’ Rights*, 22 Am. Rev. Int’l Arb. 119, 2011.
- Laura Emmy Malament, *Making Or Breaking Your Billion Dollar Case: U.S. Judicial Assistance to Private International Arbitration Under 28 U.S.C. § 1782(A)*, 67 Vand. L. Rev. 1213, 2014.

- Victor Marrero, *The Cost of Rules, The Rule of Costs*, 37 *Cardozo L. Rev.* 1599, 2016.
- Sara McBreaty, *Obtaining Discovery in International Arbitration, Foreign Proceedings and International Arbitral Tribunals*, 63 *The Advoc. (Texas)* 46, 2013.
- George M. von Mehren and Alana C. Jochum, *Is International Arbitration Becoming too American?*, 2 *Global Bus. L. Rev.* 47, 2011.
- Margaret Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 2017.
- Steven H. Reisberg, *The Rules Governing Who Decides Jurisdictional Issues: First Options v. Kaplan Revisited*, 20 *Am. Rev. Int'l Arb.* 159, 2009.
- Oleg Rivkin, *Contrasting U.S. Litigation and International Arbitration*, 40 *No. 1 Litigation* 59, 2013.
- Arthur W. Rovine, *Section 1782 and International Arbitral Tribunals: Some Key Considerations in Key Cases*, 23 *Am. Rev. Int'l Arb.* 461, 2012.
- Javier H. Rubinstein, *International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions*, 5 *Chi. J. Int'l L.* 303, 2004.
- Michael E. Solimine, *Judicial Stratification and Reputations of the United States Court of Appeals*, 32 *Fla. St. U. L. Rev.* 1331, 2005.
- Maurice M. Suh and Diana I. Trembly, *Section 1782 Discovery in International Arbitration: Factors to Consider in Light of U.S. Case Law*, 66 *APR Disp. Reso. J.* 72, 2011.

[국문초록]

국제상사중재와 미국법상 디스커버리의 교차점에 관한 연구

문 지 회* · 박 주 현** · 이 민 규***

국내 기업이라면 미국 내 소송은 꺼려질 수밖에 없다. 왜냐하면 통상 미국 내 소송은 미국법상 증거개시(디스커버리)에 막대한 비용과 시간이 소요되기 때문이다. 미국 내 소송에서 디스커버리에 대한 부담을 피하고자 미국 관련 거래에서 발생하는 분쟁의 해결을 미국 국내 법원이 아니라 국제상사중재를 통하여 해결하려는 이유가 바로 여기에 있다고 해도 과언이 아니다.

한편 미국 연방법전 제28편 제1782조는 국제상사중재에서 당사자가 중재판정부와 관할 내 미국 법원의 승인을 받으면 미국에 소재하고 있는 특정인을 상대로 미국 법원의 도움을 받아 미국법상 디스커버리를 가능하게 허용하고 있다. 즉 제1782조는 미국 내 소송의 디스커버리와 국제상사중재상 증거조사를 이어주는 다리의 역할을 한다. 이 논문은 바로 이 부분을 다룬다.

구체적으로 이 논문은 제1782조가 국내 기업에 적용될 수 있는 사례를 제시하고, 미국에서 논점이 되었던 제1782조 관련 과거 및 최신 주요판결을 정리한다. 정리한 내용을 바탕으로 국제상사중재에서 제1782조의 적용 여부는 각 연방순회항소법원마다 다르므로, 국내 기업이 소재한 지역에 따라 적용여부가 달라질 가능성이 있다고 분석한다.

한편 우리나라 기업이 상대방만이 제1782조를 활용하여 수집한 증거를 이용하여 최종적으로 패소한 중재절차에서 상대방의 중재판정 집행신청이 들어올 경우, 뉴욕협약상 집행거부사유를 활용하여 중재판정의 집행을 다룰 방어 논리를 제시한다. 마지막으로는 점차 자국 우선주위를 내세우며 보수화하고 있는 미국 사회의 분위기를 고려하면, 미국 연방대법원 입장에서는 미국과 관련된 국제상사중재에서 미국 연방법인 제1782조를 적용하는 것이 자국의 이익 증진에 부합한다고 판단할 여지가 다분하기에 장차 제1782조가 국제상사중재에도

* SK하이닉스, 미국변호사.

** 법무법인 율촌, 변호사.

*** 법무법인 율촌, 미국변호사.

56 영남법학 제51호 (2020.12.)

적용될 수 있다고 확인할 가능성이 높다는 결론으로 끝맺음한다.

주제어 : 디스커버리, 제1782조, 뉴욕협약, 사법공조, 증거조사

[Abstract]

On the Crossroads Between International Commercial Arbitration and U.S.-Style Discovery

Ji Hyou Moon* · Joo Hyun Park** · Min Kyu Lee***

Any Korean company is bound to be wary of being embroiled in a litigation in the U.S. This is largely attributable to their concern that litigating in the U.S. could be costly and time-consuming. Indeed, uneasiness surrounding discovery in the U.S. may very well be one of the reasons why international commercial arbitration is celebrated as a method for resolving disputes involving transactions with U.S. parties.

But against this backdrop, 28 U.S.C. § 1782 may allow a party in an international commercial arbitration to conduct U.S.-style discovery on a party residing in the U.S. with the help of a U.S. court with jurisdiction if the tribunal and the court both approve the request. In that sense, Section 1782 provides a point of intersection between discovery as it is practiced in the U.S. and document production in international commercial arbitration, which is what this paper addresses.

Specifically, this paper starts out by offering a hypothetical situation in which Section 1782 could apply to Korean companies, and then summarizes notable U.S. case law on Section 1782. Afterwards, this paper concludes that since the applicability of Section 1782 in international commercial arbitration varies with the concerned federal court of appeals, its applicability depends on which federal district of the U.S. a Korean company is located in.

Next, under the premise that the counterparty in an international commercial arbitration prevails against a Korean company by relying on evidence collected

* SK hynix Legal Counsel, J.D.

** Yulchon LLC Associate, J.D.

*** Yulchon LLC Foreign Attorney, J.D.

pursuant to Section 1782 and seeks to enforce the arbitral award, this paper offers lines of defense for Korean companies to contest the enforcement of the award by utilizing grounds for refusal of enforcement under the New York Convention. Finally, this paper ends on the note that in light of how the U.S. is growing increasingly conservative and prioritizing its own interests, there is a substantial likelihood that the Supreme Court of the U.S. would confirm that Article 1782 also applies to international commercial arbitration since it very likely might deem the application of Article 1782, as U.S. federal law, in international commercial arbitration to enhance the state interest of the U.S.

Key words : Discovery, Section 1782, New York Convention, Judicial assistance, Document production