

# 국제중재에서의 증거 배제 사유 :

영업상/기술적 기밀성과 정치적 민감성/국가기밀성의 비교를 중심으로

변호사 임아영

\*논문접수 : 2021. 2. 6. \*심사개시 : 2021. 2. 9. \*게재확정 : 2021. 2. 23.

## 〈 목 차 〉

I. 서론	IV. 비교 검토
II. 영업상 기밀 사유	V. 결론
III. 정치적/제도적 민감성 및 국가기밀 사유	

*[I]n recent years, international arbitrations often develop into a “battle of documents.”<sup>1)</sup>*

## I. 서론

중재판정부의 증거에 대한 판단은 사실 심리 결과에 중요한 결과를 미칠 수 있다는 점에서 국제중재 절차 내에서 문서제출 절차는 상당히 중요하다.<sup>2)</sup> 상술하면, 문서

제출절차에서 각 당사자는 사건과 관련되고 결과에 중대한 영향을 미치면서 상대의 점유, 보관, 통제 하에 있는 문서 목록을 작성하여 상호 교환하고, (보통 Redfern Schedule이라고 통용되는 양식의) 문서 제출 요청 목록을 교환한 후에, 상대의 요청에 대한 답변을 작성하고, 다시 그에 대하여 재답변을 작성하여야 한다.<sup>3)</sup> 중재판정부는 위 목록을 검토한 후 당사자가 제출하지 아니하고 다뤄지고 있는 문서를 증거로서 제출할 의무가 있는지에 대한 결

1) Karl-Heinz Bockstiegel, ‘Presenting Evidence in International Arbitration’ [2001] 16(1) ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, p.7.

2) Jeffrey Commission and Rahim Moloo, Procedural Issues in International Investment Arbitration (1st edn, Oxford University Press 2018) p.113, para. 7.01.

3) 국제변호사협회(IBA) 국제중재 증거조사규칙 제3조 제3항.

정을 내린다.<sup>4)</sup> 사건 당사자의 입장에서는 상대방으로부터 최대한 중요한 문서들을 제출 받아 서증으로서 활용하고자 함과 동시에, 반대로 자신이 점유, 보관, 통제하는 중요하고 관련된 문서들을 상대방에게 제출하지 아니할 정당한 문서제출 거부사유가 있는지를 검토하게 된다.

문서제출절차의 의의는 “공개된 기록에 있지 않은” 자료들에 대한 “합리적인” 접근 기회를 제공하는 것에 있다.<sup>5)</sup> 즉 문서제출 거부 사유가 논의되는 문서들은 기본적으로 사건에 대한 관련성과 중요성이 인정되어 서증으로서의 가치가 인정되는 것들을 대상으로 한다. 그러나 영업상/기술적 기밀이나 정치적, 제도적 민감성과 같은 다른 가치들을 보호하기 위해 국제중재 절차에서의 문서제출 의무는 제한될 수 있다.<sup>6)</sup> 중재판정부는 이 두 가지 예외에 해당하고 기밀을 보

호할 강력한(compelling) 필요성이 있는 경우 증거의 제출로부터 이러한 문서를 배제하여야 한다.<sup>7)</sup>

본고에서는 위 두 가지 예외가 국제상사중재와 국제투자중재 절차에서 어떻게 해석 및 적용되고 있는지에 대해 살펴보면서 각 사유가 어떻게 다른지를 중심으로 검토해보고자 한다.<sup>8)</sup> 위 사유들은 현재 국제변호사협회의 국제중재 증거조사규칙(이하 ‘IBA 증거조사규칙’) 제9조 제2항 (e), (f)목으로 정리되어 있지만 그 전에도 다른 법리의 모습으로 존재한 적이 있다.<sup>9)</sup> 참고로 최근 2020년 12월 17일에 2020 개정 IBA 증거조사규칙이 새로 채택되었는데, 위의 증거 배제 사유들에 관해서는 제9조 제2항 본문에 ‘전부 또는 일부(in whole or in part)’라는 문언을 추가한 것 외에 달리 바뀐 내용은 없다.<sup>10)</sup>

흥미로운 것은, IBA Working Party는 증거

4) *Ibid.*, 제3조 제7항.

5) *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, 절차명령 제8호 (2009. 11. 25.), para. 1(a).

6) Richard M. Mosk and Tom Ginsburg, ‘Evidentiary Privileges in International Arbitration’ [2001] 50(2) *The International and Comparative Law Quarterly*, p.345.

7) 정홍식, ‘국제중재 절차 내에서 증거조사: 국제변호사협회(IBA)의 2010 증거규칙을 중심으로’ *仲裁研究*, 제21권 제3호 (2011) 21-54, p.48.

8) 본고에서는 변호사-의뢰인간 특권, 변호사의 직무성과물에 대한 예외 등의 특권에 대한 내용은 다루지 않으며, 위에 제시한 두 가지 예외에 대해서만 다루기로 한다. 특권 등에 관해서는 김갑유, 양성우, ‘국제중재절차에서의 서류공개 의무와 그 예외로서 변호사-고객간 특권에 관한 연구’, *법학평론* 제1권(2010. 9.) 참조.

9) Nicolas Gregoire, *Evidentiary privileges in international arbitration: a comparative analysis under English, American, Swiss and French law* (Geneve: Schulthess, 2016), pp. 13-16.

10) 2020년 개정 사항에 관한 자세한 내용은 IBA, *Comparison of the Rules between 2010 and 2020*, at: [http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx) 참조.

조사규칙 제9조 제2항 (f)목을 처음 규칙에 삽입할 때 그 이유가 일부 정치적 기구기관에서 제9조 제2항 (e)목의 영업상, 기술적 기밀(*commercial and technical confidentiality*)만으로는 자기들 기관 내부의 기밀 자료를 다루지 못한다는 우려를 표시하였다는 데 기인한다고 설명하고 있다는 점이다.<sup>11)</sup> 즉, 당시에 (f)목을 추가한 이유는 비상업적인 기구기관에게도 서류의 기밀성을 주장함에 있어 대등한 위치(*equal footing*)를 부여하기 위함이었다는 것이다.<sup>12)</sup> 아래에서는 각 사유들에 대해 살펴보고 이에 대한 법리의 발전 방향이 IBA *working party*의 규칙 개정 취지에 부합하는지 등을 검토해보고자 한다.

## II. 영업상 기밀 사유

중재 증거에 관한 사항들은 절차로 성질이 결정되어 중재판정부의 재량에 따라 중재지법 또는 기타 절차적 규정이 적용 가능한 준거법으로서 적용되는 것이 원칙이다.<sup>13)</sup> 이에 관해 다수 국제중재 규칙에서 이에 관한 중재판정부의 재량을 인정하고

있다.<sup>14)</sup> 현재 실무적으로는 IBA 증거조사 규칙이 국제상사중재와 국제투자중재 전반에 걸쳐 국제중재 절차 내에서 증거를 채집하고 제출하는 방법을 규율하는 가이드라인으로서 널리 채택되고 있다.<sup>15)</sup>

### 1. 근거 규정

국제중재 내에서 영업상 또는 기술상의 기밀성을 이유로 증거에서 배제하는 내용을 담은 대표적인 근거 규정은 위에서 언급한 바와 같이 IBA 증거조사규칙 제9조 제2항 (e)목에서 찾아볼 수 있다.

#### ARTICLE 9

2. The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection, in whole or in part, for any of the following reasons:

[...]

(e) grounds of commercial or technical confidentiality that the Arbitral Tribunal determines to be compelling

11) IBA Working Party, *Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration*, at [http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx) p.27.

12) *Ibid.*

13) Richard M Mosk and Tom Ginsburg, *supra note 6*, p.345.

14) 예를 들어, LCIA 중재규칙(2020) 제22.1조 (vi)항 및 SIAC 중재규칙(2016) 제19.2조 참조.

15) Carolyn B. Lamm, Eckhard R. Hellbeck, Michael P. Daly, Matthew N. Drossos, 'Users' Perspectives on Challenges Facing the Institutions in a Changing World: Author Notes' [2009] 24(1) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, p.28; Jeffrey Commission and Rahim Moloo, *supra note 2*, p.121, para. 7.24.

제9조

2. 중재판정부는 일방 당사자의 요청에 따라, 또는 자신의 결정에 따라, 다음에 해당하는 이유로 문서, 진술서, 구두 증언 또는 조사의 전부 또는 일부를 증거 또는 제출로부터 제외한다.

[...]

(e) 중재판정부가 보호해야 할 강력한 필요성이 있다고 판단한 영업상 또는 기술적 기밀이 관련된 경우

그 외에도 ICDR 중재규칙(International Dispute Resolution Rules and Procedures) (2014) 제21조 제5항과 같이 명시적으로 국제중재 절차 중 문서제출절차에서 영업상 또는 기술적 기밀에 대한 보호를 규율하고 있는 중재규칙도 있다(“[t]he tribunal may condition any exchange of information subject to claims of *commercial or technical confidentiality* on appropriate measures to protect such confidentiality” / “중재판정부는 영업상 또는 기술적 기밀 주장의 대상이 되는 정보의 교환에 그러한 기밀성을 보호

하기 위한 적절한 조치를 조건으로 부과할 수 있다.”)(강조는 필자). 그러나 중재규칙에서 이를 명시적으로 규율하는 예는 위 규정 외에는 찾아보기 어렵고, 대다수의 경우 중재판정부가 중재 절차 내에서 증거의 제출 요부, 증거능력 및 증거력을 결정할 수 있다는 권한을 규정하는 데에 그친다.<sup>16)</sup>

참고로, 국제투자중재 절차 내에서의 영업상 기밀을 이유로 하여 문서 제출을 거부할 수 있는 근거로서 검토할 수 있는 법규로서 일부 국제투자협정들을 들 수 있다. 대표적인 예로 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(한-미 FTA) 제23.4조, 북미자유무역협정(NAFTA) 제2105조와 그 후속으로 체결된 미국-멕시코-캐나다 협정(USMCA) 제32.7조에서는 ‘정보의 공개’라는 표제 하에 영업상 기밀에 해당하는 정보에 대한 제출 의무의 예외를 규정한다. 다만 이러한 규정들은 피청구국/당사국 정부에서 주장할 수 있는 것처럼 규정되어 있어 투자자 측이 직접 이를 원용하여 영업상 기밀을 보호할 가능성은 낮을 것으로 판단된다.<sup>17)</sup>

16) 예를 들어, UNCITRAL 중재규칙(2010) 제27조 제4항 참조(“The arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered.”).

17) 예를 들어, 한-미 FTA 제11.21조 제3항(“이 절의 어떠한 규정도 피청구국이 보호정보를 공개하거나 제 23.2조(필수적 안보) 또는 제23.4조(정보 공개)에 따라 자국이 보유할 수 있는 정보를 제공하거나 접근을 허락하도록 요구하지 아니한다.” / “Nothing in this Section requires a respondent to disclose protected information or to furnish or allow access to information that it may withhold in accordance with Article 23.2

한-미 FTA 제23.4조

이 협정의 어떠한 규정도 공개되면 법 집행을 저해하거나 달리 공익에 반하게 되거나 특정한 공기업 또는 민간 기업의 정당한 상업적 이익을 저해하게 될 비밀 정보를 당사국이 제공하거나 그에 대한 접근을 허용하도록 요구하는 것으로 해석되지 아니한다.

KORUS FTA Article 23.4

Nothing in this Agreement shall be construed to require a Party to furnish or allow access to confidential information the disclosure of which would impede law enforcement or otherwise be contrary to the public interest or which would prejudice the legitimate commercial interests of particular enterprises, public or private.

2. 인정 범위

영업상 또는 기술적 기밀성을 예외적인 증거 배제 사유로 인정하는 근거는 이러한 문서의 공개로 인해 일방 당사자가 불이익을 입을 우려가 있기 때문이다. 특히 이는

분쟁 당사자 쌍방이 같은 시장 내의 경쟁 관계에 있는 경우에 특히 두드러진다.<sup>18)</sup>

당사자가 영업상, 기술적 기밀을 이유로 특정 문서를 증거로부터 배제하기 위해서는 기밀성에 대한 주장만으로는 부족하다. 당사자가 ‘영업상 기밀(business secrecy)’을 주장하고 그 밖의 다른 부가 설명이 없을 경우에는 중재판정부가 증거로부터 배제하는 예외 사유를 인정하기 어렵다.<sup>19)</sup> 특히 IBA 증거조사규칙이 직간접적으로 적용되는 중재절차에서는 이러한 배제 사유를 주장하는 당사자가 ‘보호해야 할 강력한 필요성’의 근거를 주장, 입증해야 한다.

이러한 예외 사유가 인정되는 문서들의 경우에는 거래처로부터 기밀성이 보호되어야 하는 민감한 영업상 또는 기술적 정보를 담고 있는 문서인지 여부가 중요하다. 실무적으로 거론되는 영업상 기밀 문서의 예로는 금액 산정 내역, 재무 기록, 세금 관련 기록, 제3자와의 비밀유지약정에 의하여 보호되는 문서 등이 있다.<sup>20)</sup> 기술적 기밀성이 인정되는 문서의 예로는 공식(formulas), 노하우 및 모델(models) 등이

(Essential Security) or Article 23.4 (Disclosure of Information).”)

18) Reto Marghitola, Document Production in International Arbitration, International Arbitration Law Library, Volume 33 (Kluwer Law International 2015), Chapter 5 at para. 5.11.

19) Nathan D. O'Malley, Rules of Evidence in International Arbitration: an Annotated Guide (Routledge 2012), p. 301, para. 9.84.

20) Reto Marghitola, *supra note* 18, para. 5.11.

있다.<sup>21)</sup> 이러한 예시는 한정적인 것이 아니며, 기업들이 기밀을 유지하기 위해 심도 있게 노력을 기울이는 영업 비밀 기타 영업상 정보들이 모두 해당될 수 있다.<sup>22)</sup>

위와 같은 정보가 담긴 문서의 보호 필요성에 대해서는 그 정보의 경제적 가치가 큰 경우에 그 문서를 증거에서 배제할 강력한(compelling) 필요가 있다고 보는 견해가 있다.<sup>23)</sup> 한편, 중재판정부가 판단하기에 강력한 필요성을 요구한다는 점에서 이 문언은 중재판정부에게 광범위한 재량을 부여한 것이라는 견해도 있다.<sup>24)</sup>

### III. 정치적/제도적 민감성 및 국가 기밀 사유

전통적으로 여러 국가들에서는 정부가 당사자가 된 소송에서 국가 안보, 외교 관계, 내각 문서 기타 정부 정책과 연관된 정치적으로 민감한 문서들에 대해서는 특권을 주장할 수 있도록 하고 있었는데, 이를 영국에

서는 Crown Privilege 또는 공익 면제(public interest immunity)라 하고, 미국에서는 국가 기밀 특권(States Secrets Privilege)이라고 부른다.<sup>25)</sup>

#### 1. 근거 규정

위에서 언급한 바와 같이, IBA 증거조사 규칙 제9조 제2항 (f)목에서는 이러한 문서들을 증거로부터 배제할 수 있도록 하는 근거 규정을 두고 있다. IBA Working Party는 비상업적인 기구/기관에게도 서류의 기밀성을 이유로 한 증거 배제 사유를 인정하여 대등한 위치(equal footing)를 부여하기 위함이라고 설명하고 있다.<sup>26)</sup>

#### ARTICLE 9

2. The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection, in whole or in part, for any of

21) *Ibid.*

22) Nathan O'Malley, *supra note 19*, para. 9.84.

23) Reto Marghitola, *supra note 18*, para. 5.11.

24) Marieke van Hooijdonk and Yves Henrinckx, 'The Impact of the IBA Guidelines and Rules on the search for the Truth in Arbitration (21 March 2019), in Luc Demeyere (ed.), *Do arbitral awards reveal the truth?* (Wolters Kluwer 2019), 93-120, p.14.

25) Audley Sheppard, 'The Approach of Investment Treaty Tribunals to Evidentiary Privileges' [2016], 31(3) *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, p. 682.

26) IBA Working Party, *supra note 11*.

the following reasons:

[...]

(f) grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as a secret by a government or a public international institution) that the Arbitral Tribunal determines to be compelling

제9조

2. 중재판정부는 일방 당사자의 요청에 따라, 또는 자신의 결정에 따라, 다음에 해당하는 이유로 문서, 진술서, 구두 증언 또는 조사의 전부 또는 일부를 증거 또는 제출로부터 제외한다.

[...]

(f) 중재판정부가 보호해야 할 강력한 필요성이 있다고 판단한 특별한 정치적 또는 제도적 민감성(정부 또는 공적 국제기관에 의하여 기밀로 분류된 증거 포함)이 있는 경우

이와 관련하여 필수불가결한 안보 이익 또는 공공의 이익을 위하여, 정치적 민감

성 내지 국가 기밀을 담은 문서를 국제중재 절차에서 보호하려는 근거 규정을 국제투자협정에 직접 명시하는 추세를 찾아볼 수 있다. 대표적인 예로 한-미 FTA(제11.21조 제3항 및 제23.2조, 제23.4조), NAFTA(제2102조 및 제2105조), USMCA(제14.D.8조 제3항 및 제32.2조, 제32.7조) 등에서는 필수적 안보 이익에 해당하거나 기타 공공 이익에 해당하여 민감한 문서들의 공개에 대한 예외를 규정하고 있다.<sup>27)</sup>

2. 인정 범위

중재판정부가 특정 문서의 정치적 또는 제도적 민감성을 판단함에 있어 독립적인 판단을 할 수 있다는 점은 널리 받아들여지고 있다.<sup>28)</sup> 즉 일방 당사자인 국가 또는 투자유치국의 국내법에서 민감하다고 규정한 사실은 중재 절차에서 고려될 수는 있으나 그 자체로 증거 배제를 허용하는 근거로 받아들여지지 않는 아니한다.

다만 국내법에서 핵심적인 국가 안보 기밀로 규정되어 있는 문서에 대해서는 통상 정치적 민감성이 인정되고 있다.<sup>29)</sup> 이 점에 주목하여 일각에서는 정치적/제도적 민

27) 그 밖에도 CAFTA-DR FTA(2004) 제10.21조 제3항, 중국-호주 FTA(2015) 제9.17조 제4항, 미국-우루과이 BIT(2005) 제18조, 제19조 등이 유사한 문언을 규정하고 있다.

28) Reto Marghitola, *supra note* 18, para. 5.11.

29) 일례로, *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada (UPS v. Canada)*, UNCITRAL, Decision of the Tribunal Relating to Canada's Claim of Cabinet Privilege, 8 October 2004, para. 9.

감성 내에서도 핵심 국가 이익에 관련된 문서들과 여타의 문서들을 구분하여, 전자는 그 자체로 보호 필요성이 강력하고 별도의 이익 형량 과정이 필요하지 않은 반면, 그 외의 문서들은 강력한 보호 필요성을 입증해야 한다는 견해가 있다.<sup>30)</sup> 또한 이 점에서 IBA 증거조사규칙 상의 정치적 또는 제도적 민감성은 국가 기밀보다는 범위가 넓은 것으로 해석되고 있다.<sup>31)</sup>

국제투자협정중재에서는 피청구국이 문서제출절차에서 자국법에 따른 기밀 정보 내지 정치적, 제도적 민감성을 이유로 들어 문서제출의무가 없다는 중재판정부의 결정을 받고자 노력하는 경우를 종종 볼 수 있다.<sup>32)</sup> 그러나 국내법은 그 자체로 정치적, 제도적 민감성의 지표나 근거가 되기 어렵다.<sup>33)</sup> *Biwater Gauff v. Tanzania* 사건에서는 피청구국 탄자니아 정부가 탄자니아 헌법 제54조 제4항(대통령이 내각으로부터 받았거나 받을 수 있는 조언과 관련된 정보의 누설의 금지) 및 1967년 증거법 제132조(영국법상 “Crown Privilege”

를 성문화한 것으로 평가됨)를 근거로 하여 문서제출요청 대상이 된 문서들 중 일부에 대한 제출을 다투었는데, 중재판정부는 피청구국으로 하여금 자국 국내법을 근거로 문서제출의무를 배제할 수 있게 한다면 이는 (i) (조약법에 관한 비엔나 협약 제27조에 규정된) 국내법을 근거로 국제법상의 의무를 불이행할 수 있게 하는 결과를 낳으며, (ii) 국제중재 절차상 당사자 간의 불균형이 발생하게 되고, (iii) 탄자니아 헌법상의 “법원(any court)”에는 ICSID 협약에 따라 구성된 중재판정부가 해당되지 않는다고 판단했다.<sup>34)</sup> 결론적으로 중재판정부는 피청구국이 원용한 탄자니아 헌법 및 국내법을 적용하지 않고, IBA 제9조 제2항(f)목을 적용하여 문서 제출 요부를 판단하였다.<sup>35)</sup>

실무적으로 중재판정부가 피청구국의 정치적 또는 제도적 민감성 주장을 받아들이지 않은 예로는, 공개적으로 접근 가능한 문서 내지 의견서의 초안,<sup>36)</sup> 국제 조약 초안에 관하여 당사국들 간에 회람된 연

30) Christina L. Beharry, ‘Objections to Request for Documents in International Arbitration: Emerging Practices from NAFTA Chapter 11’ [2012] 27(1) ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, p. 57.

31) Reto Marghitola, *supra note* 18, para. 5.11.

32) Christoph H. Schreuer and others, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press 2009), p.658.

33) 추가로 *Philip Morris Asia Limited v. Australia*, UNCITRAL, 절차명령 제12호(2014. 11. 14.) para. 4.6. 참조.

34) *Biwater Gauff v. Tanzania*, ICSID Case NO. ARB/05/22, 절차명령 제2호(2006. 5. 24.), p.8.

35) *Ibid.*, p.9.



락, 해석, 입장 표명, 의견을 담은 문서들,<sup>37)</sup> 다른 경로를 통해 공개적으로 접근 가능하게끔 할 수 있는 문서들,<sup>38)</sup> 작성 시로부터 상당한 기간(5년 이상)이 지나서 공개해도 큰 피해가 없다고 판단되는 문서들이<sup>39)</sup> 있다.

다만 마지막 예시인 ‘문서 작성 시로부터 상당한 기간이 경과되었다는 사실’에 관해서는, 이를 민감성 유무 판단 시 고려 요소라고 본 중재판정(*UPS v. Canada, Pope & Talbot v. Canada*)들이 있는가 하면,<sup>40)</sup> 반대로 시간의 경과를 국가 안보 우려를 치유할 수 있는 사유가 되지 않는다며 고려 요소로 인정하지 않은 중재판정(*Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*)도 있어 주의를 요한다.<sup>41)</sup>

## IV. 비교 검토

### 1. 공통점

IBA 증거조사규칙 상의 영업상/기술적 기밀과 정치적/제도적 민감성의 공통점은, “중재판정부가 보호해야 할 강력한 필요성이 있다고 판단”하는 것이 전제되어야 한다는 점이다. 이로부터 도출되는 구체적인 공통점은, 첫째 비공개 보호 필요성에 대한 중재판정부의 재량이 인정된다는 것과 둘째 다른 (변호사-의뢰인간 특권, 변호사의 직무성과물로 인한 특권 등) 소위 절대적인 성격의 특권과 달리 위의 예외 사유들은 비공개 보호 필요성이 공개 필요성에 비하여 강력할 것이 요구되는 등 비교 형량을 거쳐 결정되는 상대적인 성격을 지닌다는 점이다.<sup>42)</sup>

셋째, 제3자의 이익이 고려될 수 있다는 점에서도 위 두 예외 사유는 공통점을 갖는다. 영업상/기술적 기밀 사유의 경우 제3

36) *Vito G Gallo v. Canada*, UNCITRAL, 절차명령 제3호(2009. 4. 8.), para. 57

37) *Canfor Corp v. United States of America*, UNCITRAL, 절차명령 제5호(2004. 5. 28.), para. 22.

38) *Merrill & Ring Forestry v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Decision on Production of Documents in Respect of Which Cabinet Privilege Has Been Invoked (2008. 9. 3.), para. 24.

39) *UPS v. Canada*, *supra* note 29, para. 9.

40) *UPS v. Canada*, *supra* note 29, para. 12; *Pope & Talbot v Canada*, UNCITRAL, Decision by the Tribunal (2000. 9. 6.), para. 1.4.

41) *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*, ICSID Case No. ARB/16/16, 절차명령 제4호(2018. 11. 3.), para. 44.

42) *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, 절차명령 제13호 (2012. 7. 11.), para. 22.

자에 대한 의무(기밀유지의무 등)은 고려되는 것이 일반적이며,<sup>43)</sup> 정치적/제도적 민감성의 경우에도 *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada* 사건에서 제3자의 비밀 정보가 포함된 문서들에 관하여 중재판정부가 특별한 경우를 제외하고는 제3자의 합리적인 기대는 보호 받아야 한다는 취지의 판단을 내린 바 있다.<sup>44)</sup>

## 2. 차이점

영업상/기술적 기밀과 정치적/제도적 민감성의 가장 큰 차이점은, 후자의 경우 오직 국가만이 주장, 입증할 수 있다는 데에 있다. *Philip Morris v. Australia* 사건에서 중재판정부가 IBA 증거조사규칙 제9조 제2항 (b)목(법적·윤리적 규정에 따른 법률적 장애·특권)과 (f)목을 대조하면서 사기업과 국가 사이의 분쟁에 있어서 (b)목의 경우 당사자 쌍방이 원용할 수 있지만 (f)목의 경우 일방 당사자(국가)만이 원용할 수 있기 때문에 (f)목을 적용함에 있어 일방 당사자를 불리하게 하는 방식으로 해석·적용하면 안 된다고 지적한 것도 이에 기인한

다.<sup>45)</sup> 이러한 지적은 (e)목과 (f)목의 대조에서도 유효하다.

다시 말해 두 가지 증거 배제 사유의 가장 근본적인 차이점은 당사자 쌍방이 모두 원용할 수 있는지 여부에 있고, 이는 국제 중재 절차에서의 당사자를 동등하게 대우해야 한다는 대원칙과 연관된다.<sup>46)</sup> 이는 *Biwater Gauff v. Tanzania* 사건에서 중재판정부가 피청구국 정부가 국내법에 지정할 정치적 민감성을 그대로 받아들일 경우 중재절차에서 당사자 간 불균형이 생긴다고 지적한 것과 일맥상통한다.<sup>47)</sup>

이로 인해 파생되는 또 다른 차이점은 중재판정부가 구체적인 사건에서 국가인 일방 당사자가 정치적, 제도적 민감성 내지 국가 기밀을 사유로 특정 문서가 증거로부터 배제되어야 한다고 주장할 경우에 그 국가가 형량을 제대로 하였는지(또는 신의성실의 원칙에 위반되는 주장을 하는지)에 대한 심사를 한다는 점이다.<sup>48)</sup> 이를 **Balancing test**라고도 하는데, 예를 들어 만일 국가가 정치적, 제도적 민감성을 주장함에 있어 일관성이 없거나 선별적으로 문

43) Nathan O'Malley, *supra note* 19, p. 302, para. 9.86.

44) *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*, *supra note* 41, para. 50.

45) *Philip Morris Asia Limited v. Australia*, *supra note* 33, para. 4.6.

46) Jeffrey Commission and Rahim Moloo, *supra note* 2, p. 125, para. 7.34.

47) *Biwater Gauff v. Tanzania*, *supra note* 34, p.8.

48) *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*, *supra note* 41, para. 38.

서를 골라 증거로부터 배제될 것을 주장한다면—국가 기밀을 근거로 증거 배제를 주장하면서 동일하게 국가 기밀로 지정된 다른 문서를 서면에서 인용하는 경우 등—중재판정부는 이러한 주장을 기각할 가능성이 높다.<sup>49)</sup>

영업상/기술적 기밀	정치/제도적 민감성
중재판정부의 재량	
강력한(Compelling) 보호 필요성	
제3자 이익의 고려	
국가사인 원용 가능	국가 원용 가능
-	국가의 형량 판단 (Balancing Test)

최근 *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada* 사건에서 위와 같은 심사가 어떻게 이루어지는지를 살펴볼 수 있다. 이 사건은 캐나다-이집트 BIT(1996)에 근거하여 이집트 투자자가 캐나다 통신 기업에 투자하였는데 캐나다 정부가 통신 산업에서 공정한 경쟁이 가능한 규제 환경을 구축하지 못했다는 이유로 ICSID에 회부된 중재 사건이다. 동 사건의 문서제출절차에서 캐나다 정부는 제출 요청을 받은 문서들 중 일부에 대해서는 국가 안보를 이유로 제출 의무를 다투었다. 캐나다 정부는 우선 국가 안보를 이유로 삼은 정보를 선별한 과

정을 설명하고 “신의성실에 입각하여 상당한 주의(due diligence)를 다하였다”는 점과 “가능한 한 최대한 많은 정보를 공개하기 위해 노력하였다는 점”을 호소하였다.<sup>50)</sup>

또한 (i)자국 안보에 대한 우려와 청구인의 문서 공개에 대한 이익을 형량하였을 때 후자는 순수한 경제적 이익으로서 인권 등에 비해 본질적으로 중요성이 떨어지고, (ii)문제된 문서들을 공개한다고 하여 청구인의 본 중재에서의 입장이 유리해진다고 보기 어려우며, (iii)국가 안보를 이유로 삼은 문서의 범위가 제한적이기 때문에 청구인의 공정한 재판을 받을 권리에 침해됨이 없고, (iv)현재까지 이와 관련하여 피청구국이 문서 중 민감한 부분을 삭제(redact)하고 제공한 것 이상의 내용을 공개할 경우 문서의 내용에 대한 추측이 가능해져서 국가 안보에 위협이 된다는 점을 강조했다.<sup>51)</sup>

이에 중재판정부는 피청구국 정부가 선별적으로 증거를 배제하려고 하는 등의 신의성실에 반하는 행동을 한 근거를 찾아볼 수 없으며, 특히 정부가 문서제출 요청에 상응하는 문서를 235건이나 제출했다는 점에 주목했다. 그 중 피청구국 정부가

49) Nathan O'Malley, *supra* note 19, p.310, para. 9.100.

50) *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*, *supra* note 41, para. 25.

51) *Ibid.*, para. 26.

128건을 일부 삭제하여 제공하고 그 중 27건에 대해서만 국가 안보를 주장하고 있으며, 각 정보에 대해 왜 국가 안보에 저해되는지를 자세히 설명하고 있다는 점도 고려했다.<sup>52)</sup> 반면 문서 작성 시로부터 상당한 기간이 도과되었다는 주장에는 근거가 없으며 이를 고려 요소로 받아들이지 않았다.<sup>53)</sup>

여기에서 실무적으로 주목할 것은 중재판정부에서 정치적, 제도적 민감성 유무를 판단함에 있어 피청구국 정부가 상당한 주의(due diligence)를 다하였는지를 중점적으로 고려한다는 데에 있다. 즉 영업상, 기술적 기밀 여부가 비밀유지약정의 유무 또는 그 기밀이 유출되었을 때의 경제적 변화에 집중하는데 반해, 정치적, 제도적 민감성은 그 정보 자체의 성질뿐만 아니라 정부가 이를 선정할 때 어떤 기준으로 어떻게 선별하였는지, 다른 자료들을 얼마나 제공하였는지, 민감한 내용만을 일부 삭제하고 다른 내용은 제공하였는지, 공개 시 어떤 이익이 어떻게 침해되는지를 최대한 자세하게 설명할 것을 요구한다는 점이다.

## V. 결 론

앞서 살펴본 영업상, 기술적 기밀과 정치적, 제도적 민감성은 두 가지 측면에서 국제중재 절차 내에서 동등함/대등함을 이루고자 하는 노력과 결부되어 있다. 첫째는 최초에 IBA Working Party에서 IBA 증거조사규칙에 정치적, 제도적 민감성을 명문화하고자 한 취지는 비상업적인 국제기구·기관들이 이를 활용하여 기업 등의 기밀 주장과 대등한 발판을 마련해주기 위함이었다. 둘째는 IBA 증거조사규칙이 적용되는 국제중재 사건에 국가 정부 또는 공공기관 등이 당사자로 등장하면서, 이러한 경우에 정치적, 제도적 민감성을 일방 당사자만 원용할 수 있다는 점과 이를 원용하는 국가·공공기관의 주장을 액면 그대로 받아들일 경우 자기 판단으로(self-judging) 불리한 증거를 배제하게 해 주는 근거로 오남용될 우려가 있다는 점이 지적되었다.

초기에 IBA Working Party에서 고민하던 맥락과는 사뭇 다른 국면에서 당사자를 동등하게 대우해야 한다는 원칙이 등장하는 것은 흥미롭다고 할 수 있다. 또한 정치적, 제도적 민감성 판단에 있어서 피청구국 정부가 제대로 형량을 하였는지를 심사하는 Balancing Test 과정은 현실적으로 타당한

52) *Ibid.*, paras. 38, 43.

53) *Ibid.*, para. 44.

방향이지만 자칫 잘못 적용될 경우에 중재 절차 내에서의 피청구국의 행태에 관한 판단에 그칠 수도 있다는 점에서 실제 사건

에서는 여전히 다양한 논의의 가능성이 남아 있는 지점이라고 할 것이다.

## 참 고 문 헌

### 국내문헌 - 논문

정홍식, '국제중재 절차 내에서 증거조사: 국제변호사협회(IBA)의 2010 증거규칙을 중심으로' 仲裁研究, 제21권 제3호 (2011) 21-54면.

### 외국문헌 - 단행본

COMMISSION, Jeffery and MOLOO, Rahim. *Procedural Issues in International Investment Arbitration* (1st edn, Oxford University Press 2018).

GREGOIRE, Nicolas. *Evidentiary privileges in international arbitration: a comparative analysis under English, American, Swiss and French law*. (Genève: Schulthess, 2016)

KHODYKIN, Roman and MULCAHY, Carol. *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1st edn, Oxford University Press 2019)

MARGHITOLA, Reto. *Document Production in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 33 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015)

O'MALLEY Nathan D., *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide* (Routledge 2012)

SCHREUER, Christoph H. MALINTOPPI, Loretta. REINISCH, August. SINCLAIR, Anthony. *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press 2009)

### 외국문헌 - 논문

BEHARRY, Christina L. 'Objections to Requests for Documents in International Arbitration: Emerging Practices from NAFTA Chapter 11' [2012] 27(1) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz 'Presenting Evidence in International Arbitration' [2001] 16(1) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*

LAMM, Carolyn B. HELLBECK, Eckhard R. DALY, Michael P. DROSSOS, Matthew N. 'Users' Perspectives on Challenges Facing the Institutions in a Changing World: Author Notes' [2009] 24(1) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*

LEW, Julian D M. Document Production and Legal Privilege in International Commercial Arbitration. in, *Practising Virtue: Inside International Arbitration* (Oxford Scholarship Online 2016)

MOSK, Richard M and GINSBURG, Tom. 'Evidentiary Privileges in International Arbitration' [2001] 50(2) *The International and Comparative Law Quarterly*

POLASEK, Martina. 'Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania (ICSID Case No. ARB/05/22) Introductory Note to Three Procedural Orders' [2007] 22(1) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*

SHEPPARD, Audley. 'The Approach of Investment Treaty Tribunals to Evidentiary Privileges' [2016] 31(3) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*

VAN HOOIJDONK, Marieke and HERINCKX, Yves, The Impact of the IBA Guidelines and Rules on the Search for the Truth in Arbitration (March 21, 2019). Luc Demeyere (ed.), Do arbitral awards reveal the truth? (Wolters Kluwer 2019), pp. 93~120; ISBN 978-94-03-00767-0, at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3362748> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3362748>

## 판결례

*Biwater v. Tanzania Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 2 (24 May 2006).

*Canfor Corp v United States of America*, UNCITRAL, Procedural Order No. 5 (28 May 2004).

*Elliott Associates L.P. v. Republic of Korea*, PCA Case No. 2018-51, Procedural Order No. 16 (7 August 2020).

*Glamis Gold Ltd v United States of America*, UNCITRAL, Decision on Request for Production of Documents and Challenges to Assertions of Privilege (21 April 2006).

*Global Telecom Holding S.A.E. v Canada*, ICSID Case No. ARB.16/16, Procedural Order No 4 Decision on the Claimant's Objections to the Respondent's Claims of Privilege (3 November 2018).

*Merrill & Ring Forestry v Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Decision on Production of Documents in Respect of Which Cabinet Privilege Has Been Invoked (3 September 2008).

*Philip Morris Asia Limited v Australia*, UNCITRAL, Procedural Order 12 Regarding the Parties' Privilege Claims (14 November 2014).

*Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, Decision on Cabinet Confidence (6 September 2000).

*United Parcel Service of America, Inc v Government of Canada*, UNCITRAL, Decision of the Tribunal Relating to Canada's Claim of Cabinet Privilege (8 October 2004).

*Vito G Gallo v Government of Canada*, UNCITRAL, Procedural Order No 3 (8 April 2009).

*William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc v Government of Canada*, UNCITRAL, Procedural Order No 8 (25 November 2009)

*William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc v Government of Canada*, UNCITRAL, Procedural Order No 13 (11 July 2012).

*Jardine Lloyd Thompson Canada v Western Oil Sands Inc* [2005] AJ No. 943 (19 July 2005) (Alberta Court of Queen's Bench Judicial District of Calgary)

## 국제협정

Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America (signed 5 August 2004, entered into force 1 January 2009) ('CAFTA-DR') art. 10.21.3

Free Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of the People's Republic of China (signed 17 June 2015, entered into force 20 December 2015) art. 9.17.4

Free Trade Agreement between the United States and the Republic of Korea (signed 30 June 2007, entered into force 15 March 2012, amended as of 1 January 2019) ('KORUS FTA') art. 11.21.3

North American Free Trade Agreement (signed 17 December 1992, entered into force 1 January 1994) ('NAFTA') arts 2102, 2105

Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (signed 4 November 2005, entered into force 31 October 2006) ('US-Uruguay BIT') art 18

United States-Mexico-Canada Agreement (signed 30 November 2018 and 10 December 2019, entered into force on July 1, 2020) ('USMCA') arts 14.D.8, 32.2, and 32.7



[국문초록]

**국제중재에서의 증거 배제 사유 :**  
**영업상/기술적 기밀성과 정치적 민감성/국가기밀성의 비교를 중심으로**

국제중재에서의 문서제출절차의 목적은 분쟁 당사자들에게 공개된 기록 외의 관련되고 중요한 문서들을 입수할 합리적인 기회를 제공하기 위한 것이다. 그러나 이에 따른 문서제출의무는 절대적인 것은 아니다. 제출 요청된 문서 중에는 그 관련성 및 중요성에도 불구하고 증거로서의 가치보다 더 중요한 가치를 보호하기 위해 증거능력이 배제되기도 한다.

본 논문에서는 국제중재절차에서 위와 같은 예외 사유에 해당하는 상업적 기밀성과 정치적 민감성/국가 기밀성을 비교하여 분석하고자 한다. 두 가지 사유 모두 IBA 증거규칙에 확립되어 있지만 IBA 증거규칙이 도입되기 이전에도 다양한 형식으로 존재하여 적용된 바 있다. 두 가지 사유는 증거능력을 배제하는 사유라는 공통점을 갖고 있으나, 각기 다른 가치를 보호하기 위해 도입되었다는 차이를 가진다.

**주제어**

국제중재, 국제상사중재, 국제투자협정중재, 국제투자중재, 증거조사, 문서제출요청, IBA 증거규칙, 증거거부특권, 기밀성, 정치적 민감성

[ABSTRACT]

**Documents Excluded from Evidence:  
Comparing the Grounds for Commercial Confidentiality and Political  
Sensitivity/State Secrecy**

The purpose of document production in international arbitration is to provide the disputing parties with a reasonable opportunity to obtain relevant and material documents beyond those on the public record. However, the obligation to produce documents is not absolute. Some documents, despite their relevance and materiality, may be excluded from evidence to protect certain interests that outweigh the probative value of the evidence.

This article will provide a comparison between the grounds of commercial confidentiality and political sensitivity/state secrecy in international arbitration proceedings. Both grounds are now well-established in the IBA Rules but had existed before the IBA Rules in various forms. They share similarities as grounds to exclude a document from being admissible as evidence, but also seeks to protect different interests.

**Keywords**

International arbitration, International commercial arbitration, Investment Treaty Arbitration, International investment arbitration, Document Production, Request to produce documents, IBA Rules on the Taking of Evidence, Grounds to exclude from evidence, Commercial confidentiality, Political Sensitivity