

I. 문제제기

1. 미국의 주법원과 연방법원의 국제·주제재판관할의 판단기준

국가법원의 재판권의 사물 즉 사항(Sache, matter)적 범위, 즉 국가법원의 사물(사항)적 재판권은 원칙적으로 무제한이다. 공간(장소)적으로 나눌 일도 없다. 즉, 국가법원의 사물적 재판관할을 국제적으로 확정할 필요도 없다. 반면에 중재인의 중재재판권이나 국제법상의 재판소의 재판권은 항상 사물(사항)적으로 제한된다. 그래서 그들의 사물(사항)적 재판권의 범위는 중요한 문제가 된다. 그리고 사물(사항)적 재판권의 범위가 주로 재판대상인 사물(사항)에 의해 확정되는 것은 자연스럽다. 물론 당사자가 누구냐에 따라 경계지어지는 부분도 있다. 예컨대 외국인 투자자 보호를 위한 국제투자중재에서 중재재판권의 범위는, 이를 근거지우는 국제조약이 정의하는 국제투자분쟁인지와, 당사자가 ‘외국인 투자자’와 ‘투자유치국’인지에 의하여 정해진다.

미국도 국제법(국제공법)적으로는 미합중국(The United States of America)만이 국가이고, 주(州) 등은 (국제법적) 국가 속의 (국제법적 국가는 아닌) 국가, 즉 분방(分邦)에 불과하다. 그러나 미국은 연방국가 중에서도 결속이 느슨한 편이어서, 연방헌법에 의하여 제약되기는 하지만 분방(分邦)(州, 속령 등)이 모종의 주권(主權)을 가진다. 그래서 미국에 존재하는 사법권(司法權)과 사법질서(司法秩序)는 기본적으로 주(州)들의 사법권(司法權)들과 사법질서(司法秩序)들이다.

미국의 무제한적인 사항적 재판권은 주법원과 연방법원 사이에서 나뉘고, 이렇게 국내적으로 나누어 가진 것은 사항적 “재판권”이라기보다 사항적 “재판관할”이라고 부르는 것이 적절하다.⁴⁾ 오로지 나만의 일이므로 아무 제약 없이 내 마음대로 할 수 있다는 주권(主權) 개념을, 그 하위개념으로서의 재판권이 어디까지 미치는지를 말하는 것이 아니라, 이 권한(재판권)을 주법원과 연방법원에 어떻게 할당할지를 말하는 것이기 때문이다. 그렇게 할당된 바는 “관할”(사물적 재판관할, 줄여서 사물관할)이라 불러야지, “재판권”(사물적 재판권)이라고 불러서는 안 된다. 주법원의 사물적 재판관할은 원칙적으로 무제한적이므로, 주법원에서 재판할 때에는 사물적 재판관할을 따지는 일이 드물다. 주법원의 사물적 재판관할이 없는 것은 사물적 재판관할이 연방법원에 전속하는 경우만이다. 한편, 연방법원의 사물적 재판관할(subject matter jurisdiction)은 애초부터 한정된다. 미국 연방헌법이 주(州)의 사물적 재판관할을 가급적 온전히 보존하고 있기 때문이다. 연방법원의 대표적인 것은 연방사법지구(聯邦司法地區, federal judicial district)별로 나뉘어 설치된 연방지방법원인데, 연방지방법원의 사물적 재판관할은 청구원인이 연방법(federal law) 문제임을 이유로 하는 연방문제관할(federal question jurisdiction)과 원피고의 주적(州籍) 내지 국적(國籍)이 상이함을 이유로 하는 다주적관할(多州籍管轄)의 두 가지이다. 다주적관할은 항상 비전속적이다. 연방문제관할도 원칙적으로 비전속적이다. 청구원인을 근거지우는 연방법이 사물적 재판관할을 연방지방법원에 전속시키는 경우는 적다.

미국에서 주법원은 국제·주제재판관할을 가져야 하며, 국제재판관할과 주제재판관할은 같은 원리에 의해 한꺼번에 규율되는 것이 보통이다. 다만, 연방법이 미국 전체의 국제재판관할을 근거지우는 국제재판관

1)* 2024. 3. 21. 국제사법판례연구회 발표용 초고입니다. 미완성 초고의 불완전함에 너그러우신 양해를 구합니다.

2) 600 U.S. 122 (2023).

3) 성균관대 법학전문대학원 교수.

4) 영어로는 재판권과 재판관할의 개념을 묶어 jurisdiction이라고 부르므로, 주법원과 연방법원 간의 분장이 사항적 재판‘관할’의 분장이라는 점이 subject matter jurisdiction이라는 모호한 용어 속에 묻히는 아쉬움이 있다. 영어의 한계이다. 그러나 원어민이 ‘모호한 중의적 단어를 쓰기를 즐기는’ 언어(문화)적 한계 때문에 개념 구별에 주의를 덜 기울이더라도, 영어권 밖의 국제사법학자는 개념 구별을 철저히 할 실익이 있다. 학자는 국경 너머 영어권의 국제사법도 사랑해야 한다. 무조건 오냐오냐 하는 맹목적 사랑이 아니라, 개념구별의 불명확은 따끔히 지적해 주는 사랑이어야 한다. 영어권도 개념구별이 절실히 필요한 때가 되면 고마워할 것이다.

할규칙을 추가적으로 두면서도 사물적 재판관할을 연방지방법원에 전속시키지 않는 경우가 있다. 그런 경우에 주법원은 (i) 연방헌법에 의하여 통제되는 주법(자신의 국제·주제재판관할법)에 따라 자신의 국제·주제재판관할을 동시에 판단하기도 하고, (ii) ‘국제’재판관할을 정하는 연방법에 의하여 미국의 ‘국제’재판관할을 판단하는 일과 주법에 따라 자신의 ‘주제’재판관할을 판단하는 일을 기준을 나누어 한꺼번에 처리하기도 한다.

연방지방법원은, 다주적관할을 행사할 때이든, 연방문제관할을 행사할 때이든, 그것이 소재한 주의 주법원과 똑같이, 똑같은 기준에 따라 국제·주제재판관할을 가져야 하는 것이 원칙이다. 그래서 마치 자신이 주법원인 것처럼 상정하고 판단하는 것이 원칙이다. 그런데 연방지방법원이 연방문제관할을 행사할 때에는 그 청구를 근거지우는 연방법이 국제재판관할에 관한 특칙을 두는 경우가 종종 있다. 그것은 그 연방법이 적용되는 사건에 적용될 국제재판관할규칙들을 남김없이 규정하는 것은 찾기 어렵고, 보통은 국제재판관할 근거를 추가할 뿐이다. 가장 흔한 특칙은 연방헌법의 적법절차(Due Process) 기준(여기에서는 제5차 개정조항)에 따라 최소접촉(minimum contacts) 유무를 판단할 때 “전국적 접촉”(national contacts)을 합산하는 것이다. 흥미롭게도 송달관할(적법한 송달은 국제재판관할을 확립시킨다)이라는 전통적 사고방식이 채용되어 ‘전국적 접촉이 충분하면 역내송달로써 미국의 국제재판관할을 확립시킬 수 있다’는 규정방식을 채택하는 일이 흔하다. 한편, 연방지방법원이 다주적관할을 행사하는 경우에도 연방민사소송규칙상의 송달에 관한 특칙이 적용됨으로써 주법원과 국제·주제재판관할법적 규율이 조금 달라지는 경우가 있지만, 그 차이는 미세하다.

미국 법률가들은 국제·주제재판관할을 국제·주제재판관할이라고 부르기를 게을리하고, 그 하위개념인 대인적 재판관할(줄여서 대인관할)(jurisdiction in personam,⁵⁾ personal jurisdiction), 대물적 재판관할(줄여서 대물관할⁶⁾)(jurisdiction in rem, in rem jurisdiction), 준대물적(準對物的) 재판관할(줄여서 준대물관할)(quasi in rem jurisdiction)만을 언급하는 습관이 있다. 그러나 그들이 이렇게 말할 때에는, 그들이 스스로 의식하지 못하더라도, 공간(장소)적(국제·주제)민사소송법에서 말하는 법역(法域)들, 즉 사법질서(司法秩序)들 간의 공간(장소)적 재판관할을, 즉 국제·주제재판관할을 이야기하고 있는 것이며, 바로 그것만을 이야기하고 있는 것이다. 미국 법률가들이 ‘미국 밖의 세계에서 국제재판관할이나 주제재판관할이라 하는 문제를 가리켜 미국에서는 대인관할, 대물관할, 준대물관할이라 한다’고 내세우며 마치 개념상 차이도 있는 것처럼 스스로의 머리를 혼탁하게 내버려두곤 한다. 그들이 이렇게 말할 때, 그들은 법적 진리에 등을 돌리고 미국의 국가적 단결에 일심을 쏟는다. 미국인들은 ‘떠나 온 바깥 세계를 백안시’하면서, 미국은 전혀 새로운 이질적 국가라는 미국예외주의(American exceptionalism)를 고집한다. 이것이 미국의 국시(國是)이자 미국인의 애국심의 핵심이다. 심지어 국제·주제사법적 논점을 검토할 때에도 이런 애국심 기제를 가동하기를 우선시켜, 애국심 속에 정신줄을 놓는다.

연방법은 연방법이 근거지우는 청구(소)에 대하여 연방법원이 연방문제관할이라는 사물적 재판관할(subject matter jurisdiction)을 가지도록 해 준다. 미국 법률가들은 이 점을 확인하는 데 치중한다. 그런데 청구를 근거지우는 연방법이 사안에 적용됨으로써, 미국의 연방법원의 사물적 재판관할이 긍정될 뿐 아니라, 미국의 국제재판관할도 긍정된다. 후자는 다름아닌 준거법소속국관할(forum legis, Statutzzuständigkeit)이다. 미국 국제사법은 준거법소속국관할을 알고 있으나, 미국 법률가들은 이 점을 잘 의식하지 못한다.⁷⁾

5) in personam은 ‘사람에 대한(대하여)’라는 뜻의 라틴어이다. in은 목적격(對格, ablative)을 받는다. 영어의 in처럼 ‘에’나 ‘에서’라고 오해해서는 안 된다. in rem jurisdiction, quasi in rem jurisdiction처럼 in personam jurisdiction이라고 말해도 된다. 그러나 언어관용상 in personam을 jurisdiction보다 앞에 놓는 일은 비교적 적다.

6) “재판”관할이라 하지 않고 그냥 “관할”이라 하면, 용어는 간명하여 좋지만, 국제·준국제(가령 주제)민사소송법상의 법역(法域)—실체법을 달리하는 법역(法域), 즉 법률저촉법상의 법역 개념과 구별하여—즉 사법질서(司法秩序) 사이의 관할이라는 의미가 용어상 열리는 단점이 있다. 왜냐하면 하나의 법역 내에서 배분(할당)되는 관할(한국 같은 단일법국가에서는 국내관할이라고 말하면 이것을 가리킴이 분명해진다)을 가리킬 때에도, 바로 그런 이유에서 “재판”관할이라 하지 않고 단순히 “관할”이라고 하기 때문이다.

7) 이 부분에서 그들은 “행동하는 양심”은 가지고 있으나, ‘의식적으로 꺼내어 쓸 수 있는 지혜’는 가지고 있지 않다. 그래서 그들은 자기 나라 살림은 그럭저럭 꾸려나갈 수 있으나, 국제무대에서 타국에게 지혜를 전파하거나 국제사법 통일조약 성안작업을 주도하는 데 어려움을 겪는다. 자신이 무엇을 잘 하는지를 설명하지 못하면서 ‘우리는 너희와 달리 특별하다’고만 하므로, 오히려 불필요한 반감을 불러오기 쉽다.

II. 미국 대인관할법의 기초사상의 발달사: 현존관할과 동의관할의 기복 있는 퇴락과 사안근접성의 느린 부상

1. 전통적 현존관할

대륙법계에서는 초국가적 권력을 가상(假想)하여 그 관점을 빌려 공간(장소)적으로 적절한 법역에 국제재판관할을 인정하는 사고방식이 통설이다. 이것이 관할배분사상(관할배분설)이다.⁹⁾ 한국 국제사법 제2조 제1항에 명시된 “국제재판관할 배분의 이념”이 바로 그것이다. 그러나 영미법계에게는 관할배분사상이 낯설다. 오히려 강력한 중앙집권적 영토국가를 세운 정치적 배경 하에서 영토주권을 중시하여, 국제재판관할을 영토국가의 영토주권의 일부로서의 재판권(司法主權)에서 도출하려 하는 것이 전통적 태도이다. 국가재판권의 영토적 효력범위의 문제와 국제재판관할 문제를 기본적으로 혼동한다.

그래서 역내적 재판관할(intraterritorial jurisdiction)과 역외적 재판관할(extraterritorial jurisdiction)을 단절시켜 생각하는 경향이 있다, 역내적 재판관할은 당연히 하여 아무런 제약도 알지 못하는 것이 전통적 태도이다. 부동산은 움직일 수 없으므로, 부동산에 관한 대물소권은 국제재판관할국이 일국에 한정되고 고정된다. 그래서 이 소권은 “지역적 소권”(local action)이라고 부른다.¹⁰⁾ 반면에 대인소권은 “일시적(스쳐 지나가는) 소권”(transitory action)으로서 사람(피고)을 따라다닌다고 관념된다.¹¹⁾ 그래서 피고는 자신의 소재지이면 어디에서든 피소될 수 있다.¹²⁾ 그래서 피고에 대한 일시적 현존관할까지도 주저없이 인정하는 것이 기본적 태도이다.¹³⁾ 역내적 재판관할은 아무리 원피고간 이익형량을 훼손하더라도 개의치 않는다. 한편, 역외적 재판관할은 기본적으로 경원시하되, 재판관할을 영토 밖으로 확대시키는 시도를 조금씩 늘려 오고 있다. 역내관할만 인정하는 것이 영미법계의 기본태도였지만, 역외관할도 제한적으로 인정하는 방향으로 발달해 오고 있다.¹⁴⁾ 후자의 개혁은 제정법규로 이루어지는 것이 보통이다. 미국에서는 그런 제정법규를 장완법규(長腕法規, long-arm statutes)로, 이에 따라 역외로 미치는 재판관할을 장완관할(長腕管轄, long-arm jurisdiction)¹⁵⁾이라고 부른다.

2. 전통적 동의관할

19세기 들어 회사제도의 이용이 늘면서, 자연인에 대하여 발달된 전통적 현존관할규칙을 법인 또는 비법인단체라고 하는, “법에 의하여 창조된 인위적 사람”에게 어떻게 “적응”시킬지의 문제가 떠올랐다.¹⁶⁾ 회사들은 타주로 대리인과 상품을 보내면서도, 외국법인이라 하여 그 타주의 대인관할을 피하거나 그 타주에의

8) 600 U.S. 122 (2023).

9) 일본의 국제사법 내지 국제민사소송법 문헌이 일본 학설만 소개한 것만 본 연구자에게는, 일본에서 관할배분설로 불리우는 학설이 곧 관할배분설인 것처럼 여겨질 수도 있겠다. 일본 학계의 기본 임무는 일본 국제재판관할법의 해석과 입법에 힘쓰는 것이므로, 자국 학설에 각별한 주의를 기울일 만하다. 한국 학계가 일본에서 관할배분설이라고 불리우는 학설을 주시하는 것도 좋다. 그러나 마치 그것이 전부인 것처럼, 즉 세계적 국제사법 학설사에서 말하는 관할배분사상과 같은 것처럼 오해해서는 곤란하다.

10) *Mallory v. Norfolk Southern Railway Co.*, 600 U.S. ____ (2023), Gorsuch 대법관 의견, II, para. 2(3 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 117-118, 294 (1768)을 인용).

11) *Mallory*, Gorsuch 대법관 의견, II, para. 2(3 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 294 (1768)을 인용).

12) *Mallory*, Gorsuch 대법관 의견, II, para. 2(Story, op. cit., §538, p. 450을 인용).

13) *Mallory*, Gorsuch 대법관 의견, II, para. 2(J. Story, Commentaries on the Conflict of Laws §539, pp. 450-451 (1834)와 *United States v. Union Pacific R. Co.*, 98 U.S. 567, 602-603 (1879)를 인용).

14) Joseph Lookofsky & Ketilbjørn Hertz, Transnational Litigation and Commercial Arbitration: An Analysis of American, European and International Law (4th ed., Djøf, 2017), p. ***.

15) 중국에서는 長臂管轄로 번역. 이 번역어는 참고할 만하다. 다만 장완관할이라 하면 완력(腕力)을 멀리까지 행사한다는 어감이 드러나므로, 장완관할로 번역어를 달리해 보았다. 국가법원의 재판권은 강제적 재판권이고, 국제재판관할법은 모두 강행법규이므로, 장비관할이라는 무색무취(無色無臭)한 용어보다 장완관할이 낫지 않은가 싶다.

16) *Mallory*, Gorsuch 대법관 의견, II, para. 5.

소재를 부정하곤 했다.¹⁷⁾

그래서 역외 법인이 역내에서 활동하는 혜택을 입는 조건으로 대인적 재판관할에 대한 동의를 요구하는 주 제정법규들이 나오게 되었다. 그것은 4가지로 나뉜다. 첫째는 내주(內州) 원고의 청구에 응소한다는 동의를 요구하는 법규이다.¹⁸⁾ 둘째는 법정지주 내에서 발생한 소송원인에 대하여 응소한다는 동의를 요구하는 법규이다.¹⁹⁾ 셋째는 일반관할에 필적하는 동의를 요구하는 법규이다.²⁰⁾ 넷째는 철도회사나 보험회사와 같이 일정 범위의 법인에게만 일반관할에 필적하는 동의를 요구하는 법규이다.²¹⁾

3. 동의관할의 광범위한 응용: 제정법규의 폭주, 이를 용인하는 판례, 제1차 저촉법 제록

4. 제2차 저촉법 제록

5. Stone 연방대법원장의 International Shoe 의견

International Shoe Co. v. Washington²²⁾에서 Stone 연방대법원장은 우선 현존관할 외의 대인적 국제·주제재판관할에 대하여 연방헌법 제14차 개정조항의 적법절차조항을 원용하여 (절차적 공정성을 위한) “최소접촉”(minimum contacts)과 합리성(공정성)(에 비추어 본 종합판단) 기준에 의한 2단계 심사를 확립시켰다.²³⁾ 피고가 법정지 내에 “현존”하지 않더라도, 피고로 하여금 법정지에서 실체재판을 받도록 하는 것이 “공정한 조치와 상당한 정의라는 전통적 관념”(traditional notions of fair play and substantial justice)에 “어긋나지 않을”(does not offend) 만큼 “그가” 법정지와 “어느 정도의 최소접촉”(certain minimum contacts)을 가지면 괜찮다는 것이다.²⁴⁾

피고는 “활동”에 의해서도 “현존”한다고 말할 수 있지만,²⁵⁾ 활동지관할은 전통적인 역내관할(즉 현존관할)이 아니므로, International Shoe 판결이 실시한 ‘현존관할 외의 대인적 국제·주제재판관할’에 대한 적법절차 심사가 적용된다고 설시했다.

6. Lowenfeld의 보수적 유연성 지향과 제3차 대외관계법 제록(再錄) 제421조

7. Scalia 연방대법관의 복고적 연원주의(originalism)

8. Epstein의 계약주의적(contractarian) 개혁론

17) Mallory, Gorsuch 대법관 의견, II, para. 5.

18) Mallory, Gorsuch 대법관 의견, II, para. 6. 그 예로 N. Y. Code Proc. §427 (1849); 1866 Wis. Laws ch. 1, §86.1; Md Ann. Code, Art. 26, §211 (1868); N. C. Gen. Stat., ch. 17, §82 (1873)을 든다(뉴욕, 위스콘신, 메릴랜드, 노스캐롤라이나).

19) Mallory, Gorsuch 대법관 의견, II, para. 6. 그 예로 Iowa Code, ch. 101, §1705 (1851); 1874 Tex. Gen. Laws p. 107; 1881 Mich. Pub. Acts p. 348을 든다(아이오와, 텍사스, 미시간).

20) Mallory, Gorsuch 대법관 의견, II, para. 6. 그 예로 Act of Feb. 22, 1867, 14 Stat. 404; 1889 Nev. Stats. p. 47; S. C. Rev. Stat., Tit. 7, ch. 45, §1466 (1894); Conn. Gen. Stat. §3931 (1895)를 든다(네바다, 사우스캐롤라이나, 코네티컷).

21) Mallory, Gorsuch 대법관 의견, II, para. 6. 그 예로 1827 Va. Acts ch. 74, p. 77; 1841 Pa. Laws p. 29; 1854 Ohio Laws p. 91; Ill. Comp. Stat., ch. 112, §68 (1855); Ark. Stat., ch. 76; §3561 (1873); Mo. Rev. Stat., ch. 119, Art. 4, §6013을 든다(버지니아, 펜실베이니아, 오하이오, 일리노이, 아칸소, 미주리).

22) 326 US 310 (1945).

23) International Shoe 판결에서 최소접촉(minimum contacts)과 공정성 내지 합리성의 2분지 기준을 처음으로 본격적으로 실시할 때, Stone 대법원장은 이런 새로운 법리 정립이 가져오는 충격을 최소화하고자 애쓴 것 같다. 그가 작성한 판결의견에는 다음과 같은 수사학(rhetoric)이 담겨 있다. 첫째, 이 기준이 “전통적 공정성 관념”(traditional notions of fair play)이라고 말하여, 이 기준이 낮은 것이 아니라고 역설한다. 전통적이고 소박한 기준이므로, 적법절차라는 전통적 기준의 일내용으로 보기에 어색할 것이 없다는 것이다. 둘째, 실제로는 ‘최소한의 실질적 접촉’ 기준을 요구하면서도, “최소접촉”(minimum contacts)을 요구한다고 말했다. 주의 국제·주제재판관할 행사를 최소한으로만 심사하는 것처럼 말했다. 물론 주의 권력(연방헌법의 제약 하의 주권)에 유념하여 조심스럽게 통제하겠다는 다짐을 이런 완곡어법 속에 담았을 수도 있다.

24) 326 US at 316.

25) 326 US at 321. ***확인요***

가. Epstein의 견해

계약 사안에 적용되는 대인관할규칙은 계약당사자들이 “명시적으로 교섭했더라면 합의했을” 만한 것이어야 한다.²⁶⁾

당사자와의 “관련”(connections)이 관할근거가 되어야 한다고 주장함.²⁷⁾ 계약체결시 쌍방의 “현존”지가 가장 자연스러운 관할국이라고 함.²⁸⁾ 그러나 사안의 관할법적 본거(jurisdictional seat of res as legal relationship)의 개념 즉 사안근접성까지 완전히 나아가지는 못함. 당사자관련성에 머무르는 경향이 있다.²⁹⁾ 다만 행동지관할의 형태로나마 사안근접성 개념에 근접하는 모습도 보여준다: “계약체결시에 거래를 규율하는 것이 (추정적 구속력을 가지기 충분하게) 합당했던 유일한 주/국가는 모든 관련 행동(all the relevant actions) 이 벌어진 주/국가이다.”³⁰⁾; International Shoe v. Washington 사건이 [계약상 의무에 관한 것이었다면,] “워싱턴 거래”(Washington transactions)를 워싱턴 법원에서 재판받도록 요구하는 것은 매우 정당했을 것이다³¹⁾; International Shoe에서 워싱턴주가 어느 법역에서 “소송”(suits)의 기초사실이 “일어났는지”(arise)를 불문하고 일반관할을 행사하려 한 것이 아니었으므로, 워싱턴주의 재판관할은 꽤 정당했다고 할 만하다.³²⁾

단순한 현존관할은 전면 부정.³³⁾ 특히 실체관계 성립당시(“사전적” 상황에서)—계약 사안에서는 계약체결시³⁴⁾—양 당사자 어느 쪽도 거주하지 않았고 사안 발생 후 일방이 이주한 국가의 관할은 부당하다. 그곳이 피고의 이주국이든 원고의 이주국이든 다를 것이 없다.³⁵⁾ 근거: 당사자들의 필요에 재판역무를 제공하고자 경쟁하는 주권국가들 중에서, 쌍방이 둘 다 “관련”(connections)을 가지지 않은 국가를 법정지로 선택하는 일은 상상하기 어렵다. 당사자들은 그들에게 편한 나라를 선택하고자 할 것이다. 그래서 단순한 현존관할은 추정적 당사자의사에 맞지 않는다.³⁶⁾

그러면서도 한편으로는 권력(power)에 초점을 두는 접근(Pennoyer v. Neff의 Justice Field의 의견을 예로 들)을 멀리하고 절차의 통지(notice)에 초점을 맞추자고 한다. “Mullane v. Central Hanover Bank 판결과 같은 선상에서 적절한 통지[를 요구하는 것]으로 충분해야 한다…….”³⁷⁾

그런데 갑자기 Epstein은 조세권과 영토국가의 역내 조세권 독점이 인정된다는 점과,³⁸⁾ “큰 권력은 항상 작은 권력을 내포한다”는 논리를 내세워,³⁹⁾ 기업의 역내활동을 허용하는 조건으로 역내사건에 대한 재판관할에 대한 동의를 요구하는 것이 정당하다고 말한다. 즉, 전세계에서 발생하는 사건에 대한 재판관할에 동의하라고 요구하는 예는 없지 않느냐 라고 말한다.⁴⁰⁾

나. 비판

(1) 관할합의를 하거나 추정적 관할합의에 의지하는 것이 정상이라는 생각의 문제점

26) Epstein, op. cit., p. 15.

27) Epstein, op. cit., p. 15.

28) Epstein, op. cit., p. 16.

29) Epstein, op. cit., p. 15.

30) Epstein, op. cit., p. 16.

31) Epstein, op. cit., p. 17.

32) Epstein, op. cit., p. 17.

33) Epstein, op. cit., p. 15.

34) Epstein, op. cit., p. 16.

35) Epstein, op. cit., p. 15.

36) Epstein, op. cit., p. 16.

37) Epstein, op. cit., p. 16.

38) Epstein, op. cit., p. 17.

39) Epstein, op. cit., p. 17.

40) Epstein, op. cit., p. 18.

국제재판관할합의에 관해서는 favor negotiorum을 적용하기 조심스럽다. 계약 사안에서도 마찬가지이다. 즉, 계약사건에서도, 국제재판관할합의를 체결하는 것이 정상이고 불체결하는 것이 비정상이라고 할 수 없다. Epstein도 계약을 체결하면서 하자담보(warranty)를 약속하는 것이 보통인지 아닌지를 분야별로(의료계약과 표준적 물품의 매매를 구별) 구별한다.⁴¹⁾ 그러나 급부의 계약합치성은 계약상 채무(급부의무)의 내용을 구체화하는 것이어서 계약관련성이 높지만, 계약사건에 대한 국제재판관할은 계약상 의무의 내용을 넘어서는 않는다.

(2) 동의관할 강제의 문제점

조세권에 견주어 관할동의의 역내활동의 조건으로서 요구하는 것이 정당함을 입증하려 하는 시도는 설득력이 약하다. 사실 Epstein은 이 점을 거의 자인하는 셈이라고 할 수 있다. 그는 역내 조세권에서 ‘역내적 사건’에 대한 관할동의의 강제의 정당성을 끌어내려 할 뿐이다. 섭외적 사건에 대한 관할동의의 강제도 정당하다는 주장은 시도하지 못하고 있다.

“강한 권력이 약한 권력을 항상 내포한다”는 논변에도 동의할 수 없다. 동일한 사항에 대한 동일한 내용의 규율이라면 이렇게 말할 수 있다. 예컨대 동종거래에 관하여, 조세를 중과할 권한은 조세를 약하게 부과할 권한을 내포한다. 그러나 조세권과 역내활동 금지권은 규율의 대상도 내용도 다르다. 그러므로 전자에서 후자가 도출되지 않는다. 예컨대 살인범을 처벌할 권한으로부터 계약사건의 국제재판관할이 도출되지 않는다. 또 다른 예로, 반인권적 학살범을 (범죄지를 불문하고) 처벌할 국제형사재판관할로부터 외국 지식재산권의 침해에 대하여 재판할 국제민사재판관할이 도출되지 않는다.

III. ‘법적으로 강제된 동의’ 내지 ‘간주된 동의’ 관할에 관한 기존 판례

국제·주제재판관할이 있어야 송달이 적법하다. 물론 송달시에 국제·주제재판관할사유가 창설될 수도 있지만, 그렇게 되어야 송달이 적법한 것이다. 국제·주제재판관할법이 추상적으로 어떤 근거로 국제·주제재판관할이 인정된다고 정하더라도, 구체적 소송에서 국제·주제재판관할이 확립(establish)되는 것은 적법한 송달을 함으로써 이루어진다. 역내 송달수령 대리인의 임명이 있고, 그 대리인에게 적법한 송달이 이루어짐으로써, ‘간주된 현존’ 관할이 확립된다. 그런데 법정지 영토 내에서 송달이 실행됨으로써 국제·주제재판관할이 확립되는 외형적 장면에 초점을 맞추기를 좋아하는 영미인들의 현실주의적 관점 때문인지, 영미권에서는 당사자나 사안과 법정지 간의 일정한 영토적 접촉(넓은 의미에서 영토적 접촉은 법역과의 속인적 접촉을 포함한다)이라는 관할근거(관할기초, 관할사유)가 국제·주제재판관할의 근거라는 생각이 통설이 되는 데 오랜 세월이 걸렸다.

역내 송달수령 대리인의 임명을 요구하는 제정법규도 ‘간주된 (역내)현존’ 관할을 행사하는 구체적 방법을 정하는 것이다.⁴²⁾ 그래서 일정한 범위의 소송에 대한 국제·주제재판관할에 대하여 사전에 포괄적으로 동의하는 것과 마찬가지로 기능을 한다. 관할근거가 ‘간주된 현존’ 관할과 ‘법률상 요구된 동의’ 관할로 다를 뿐이다. 두 관할법리는 역사적으로도 연관되어 발달했고, 기능도 비슷하다. 주 입법부가 역내 송달수령인 임명을 요구하는 법규를 둘지, 일정 범위에서 관할에 동의할 것을 요구하는 법규를 둘지도 기능상 별 차이가 없다. 그래서 아래에서는 두 종류의 법규를 편의상 묶어, 주 제정법규가 어떤 관할확대를 시도해 왔고, 그것에 대한 적법절차 심사가 어떻게 이루어져 있는지 살펴본다.

1. Old Wayne Mu. Life Assn. of Indianapolis v. McDonough⁴³⁾

41) Epstein, op. cit., pp. 11-12.

42) Mallory 판결에서 Gorsuch 대법관은 “간주된 현존에 동의하고 그곳에서 송달을 받을 것을 동의”(agree[] to be present and accept service of process there)라고 표현함. Gorsuch 대법관 의견, IV-A, para. 2.

43) 204 U.S. 8 (1907).

가. 사실관계와 연방대법원의 판단

펜실바니아주 제정법규는 보험회사의 주내 영업을 위해서는 송달수령 대리인 지정과 그에 대한 역내송달의 유효성에 일률적으로 동의하는 서류를 제출할 것을 요구했다. 그런데 인디애나주 보험회사는 그런 서류를 제출하지 않고 펜실바니아주에서 펜실바니아주 시민과 보험계약을 체결했다. 보험수익자도 펜실바니아주 시민이었다.

연방대법원은 다음의 이유로 적법절차기준에 따라 주재판관할을 부정했다. 인디애나주 보험회사는 펜실바니아주법이 요구하는 서류를 제출하지 않았다. 그래서 펜실바니아주의 주재판관할이 미칠 것이라는 점이 “통지”되지 않았다. 따라서 주재판관할을 그 보험회사에까지 미치게 하는 것은 적법절차에 위반된다.

나. 평가

이 사건의 결론은 다소 의아하게 느껴진다. 펜실바니아주 제정법규는, 차량 운행시에 관할동의를 간주하는 것처럼, 송달수령 대리인 지정 없이 주내 영업을 하면 그 주의 주재판관할에 동의한 것으로 간주한다고 규정도 둘 수 있었다. 그런 규정에 따라 주재판관할을 행사하면서 적법절차 심사를 할 수 있다. 간주된 동의는 강제된 동의와 크게 다른 것은 아니므로, 법적으로 광범위하게 강제된 관할동의가 적법절차기준에 부합할 수 있는 범위에 대체로 준하여, 간주된 관할동의도 적법절차기준에 부합할 여지가 없지 않다. 그러나 펜실바니아주는 그런 입법을 하지 않았다. 그리고 연방대법원은 역내거래로써 주재판관할이 미칠 것이라는 “실제적 법적 통지”(actual legal notice)가 있었느냐를 각별히 중시했다.

2. Pennsylvania Fire Ins. Co. of Philadelphia v. Gold Issue Mining & Milling Co.⁴⁴⁾

가. 사실관계와 절차

Gold Issue Mining & Milling Co. (“Gold Issue Mining”)는 Pennsylvania Fire에 화재보험을 들었다. Pennsylvania Fire의 설립준거법은 펜실바니아주법이고, Gold Issue Mining의 본거지는 Arizona에 있다. 보험계약 체결지와 부보위험의 소재지(사고발생지)는 콜로라도주이다. 그런데 벼락으로 인한 화재(보험사고)가 발생하자, Gold Issue Mining은 미주리주에서 보험금 청구의 소를 제기했다.

당사자들이나 사안과 미주리주는 아무 관계가 없었다. 그러나 미주리주는 그 주에서 일체의 영업활동을 하고자 하는 외국 또는 타주의 보험회사에 대하여, 미주리주 공무원을 송달수령 대리인으로 임명하고 여하한 소송에서든 그에게 실행된 송달의 유효성을 인정할 것을 요구하는 제정법규를 가지고 있었다. 그리고 Pennsylvania Fire는 그 법규가 요구하는 동의를 했다.

미주리주 대법원(Supreme Court)은 이 동의와 이에 따라 행해진 역내송달을 근거로 미주리주의 주재판관할을 긍정했다.⁴⁵⁾ 적법절차 기준에도 합치한다고 판단했는데, 그 논거는 두 가지였다. 첫째, “일시적 소소권(transitory actions)의 영국에서의 유래, 성장 및 역사”와 미국에서 그것이 “수입, 채택 및 확장”된 역사이다. 역사적 뿌리가 깊다는 것이다.⁴⁶⁾ 둘째, 법인에 대한 동의요구는 자연인에 대한 현존관할에 대응하는 기능을 한다는 점이다.⁴⁷⁾

나. 연방대법원의 판단

44) 243 U.S. 93 (1917)

45) Gold Issue Min. & Milling Co. v. Pennsylvania Fire Ins. Co. of Phila., 267 Mo. 524, 184 S. W. 1001 (1916).

46) 267 Mo. at 578-586; 184 S. W. at 1013-1016(Mallory, Gorsuch 대법관 의견, III-A, para. 4에서 재인용).

47) 267 Mo. at 576 184 S. W. at 1013(Mallory, Gorsuch 대법관 의견, III-A, para. 4에서 재인용).

연방대법원도 Holmes 대법관이 작성한 만장일치의 의견에서, 제정법규로 요구된 ‘역내송달에 대한 동의’를 이유로 하는 미주리주의 주재재판관할이 적법절차기준에 합치한다고 판단했다.

다. 평가

이 판결이 나온 때는 현존관할에 대한 의존도가 높고, 일반관할과 특별관할이 분화되지 않고 모든 관할이 일반관할의 효력을 가졌으며, 적법절차 분석이 본격적으로 발달하기 전이었다. 그러므로 국제 및 주제적 교통이 훨씬 확대된 오늘날의 상황에서도 적법절차 분석의 결론이 똑같아야 하는 것은 아니다. 거래현실과 법현실을 고려하여 갱신된 이익형량을 하는 것은 지극히 정상적이다.

이것은 윤리, 정치 또는 입법적으로 아직 실현되지 않은 법정책—민간의 정치적 의지(民意) 포함—을 개입시켜, 연방대법원이 새로운 문화와 정치적 풍향에 맞게 새로운 헌법적 기본권을 사법(司法)적으로 창설하는 것과는 전혀 다른 문제이다. 물론 기본권에 관한 헌법도 해석에 의하여 발달하고 변화할 수 있다. 그러나 미국 연방헌법은 다른 나라의 헌법과 달리 기본권조항에 관하여 열거주의를 취한다(연방헌법 수정 제10조). 그래서 기본권조항의 추상적 개념의 내용이 시대적 환경에 맞게 재해석되는 것은 ‘연방헌법 제개정 권력의 연방사법(司法)적 찬탈’이라고 비판받고 있다.⁴⁸⁾ Gorsuch 대법관을 비롯하여 현 연방대법원의 보수주의자 대법관들의 상당수가 이런 문제의식을 가지고 있는 것은 이해할 수 있다. 실로 사생활의 자유(불가침)를, 그리고 이것을 명목으로 내세워 낙태자유와 동성애자유를 사법(司法)적으로 창설할 때 적법절차조항이 논거부족을 메우는 수사학적 근거로서 곁들여졌던 흑역사가 있었다. 헌법해석과 윤리, 정치, 정책형성 간의 경계가 흐려지는 일이, 연방헌법(연방헌법 수정 제10조)의 적법절차조항을 해석한다는 명목으로 연방대법원에 의하여 종종 벌어졌다. 이런 변화가 정치적으로, 윤리적으로 어떻게 평가되어야 하는지와 별도로, 미국의 실정헌법상의 권력분립에 합치하고 헌법방법론적으로 타당했는지는 진지하게 되돌아볼 필요가 있다.⁴⁹⁾ 그리고 인적 구성 면에서 미국식 보수주의(토착민을 몰아낸 이주민들이 그들이 가지고 온 유대-기독교 전통을 지키려 하는 보수주의)가 지배하게 된 오늘날의 연방대법원에서, 진보파가 연방대법원을 지배한 시대에 벌어졌던 적법절차조항의 남용을 대대적으로 반성하는 역풍이 부는 것도 어느 정도는 이해할 수 있다. 그러나 다른 분야에서 적법절차조항이 남용된 흑역사가 있고, 연방대법원이 이를 반성할 필요가 크다 하여, 그런 분위기의 파급효과(spillover effect)가 적법절차조항의 지극히 정상적인 적용에까지 미쳐, 국제·주제재판관할의 적정성 심사까지 위축시켜서는 곤란하다.

적법절차조항에 근거하여 국제·주제재판관할의 적정성의 한계를 심사하고, 이렇게 하기 위하여 최소접촉과 합리성(공정성) 기준을 발달시킨 것은 적법절차조항의 일내용으로 귀속시키기에 무리가 없다. 국제·주제재판관할은 “절차”(process)의 문제임에 아무런 의심이 없다. 또, 국가재판권은 강제적 재판권이며, 국제·주제재판관할법은 강행법규이다. 그래서 이런 강제적 권한이 행사되는 강제적 절차가 ‘법적으로 적절’(due)해야 한다는 요구는 자연스럽다. 그리고 바로 그 요구의 핵심적 부분이 연방헌법의 적법절차조항에 들어가 연방헌법상 기본권으로 자리매김되었다.

보험계약 분야에서 보험회사에 대한 관할법적 보호를 약화하는 쪽으로 입법적 개혁이 시도될 여지도 있고, 그런 입법이 적법절차기준을 통과할 가능성도 있다. 가령 보험회사에게 일반관할에 대응하는 범위에서 대인관할에 동의할 것을 요구하는 제정법규는 ‘국제’재판관할에 관한 동의는 아니고 ‘주제’재판관할에 관한 동의만을 뜻한다고 해석할 여지가 있다. 나아가 연방입법으로 보험회사의 경우에는 전국적 접촉(national contacts)을 통산하여 ‘국제’재판관할이 적법절차기준에 합치하는지 판단하도록 하고, ‘주제’재판관할만 법정지와의 접촉을 놓고 판단하도록 할 수도 있다.

3. Hess v. Pawloski⁵⁰⁾

48) 물론 다른 한편에서는, 그렇게라도 하지 않으면 반개혁적인 주들에서 헌법해석상 개혁을 기대하기 어려워 곤란해지므로 교육정책으로 해석에 의한 헌법변경(헌법변천)에 의존해야 한다고 하면서, 이런 논의조차 없이 헌법변경을 감행해 온 역사를 정당화하려는 시도도 있다.

49) 결론을 뒤집어야 한다는 것이 아니다. 그러므로 미국 연방대법원 앞에서 거칠게 시위하는 진보파가 위 서술을 필자의 정치적 발언을 하는 것으로 오해해서는 곤란하다.

가. 적용된 주재정법규와 연방대법원의 판단

일국의 자동차전용도로(고속도로, highway)에서 자동차를 주행했으면 그 도로상의 교통사고에 대한 재판관할에 동의한 것으로 간주하는 제정법규가 관할기초가 되었다. 연방대법원은 이것이 연방헌법의 적법절차 기준에도 합치한다고 판시했다.

나. 평가

연방대법원은 행동지관할을 정하고 그것이 정당하다고 하는 대신, ‘행동지가 될 곳의 재판관할에 대한 동의를 의제’하고 이것이 정당하다고 했다. 사안근접성 관념, 즉 재판관할법상의 본거 관념으로 직진하지 못하고 불필요하게 우회한다. 동의를 의제 자체는, 동의가 의제되는 사안의 범위와 그런 사안에 대한 특별관할의 정당성을 조금도 더해지지 못한다. 불필요하게 ‘동의를 의제’라는 논리에 의지할 뿐이다. 사안근접성 개념에 아주 근접하고도 그런 줄을 간과한 결과, 무리한 관할근거를 불필요하게 강구하고 말았다.

IV. 퇴행적 관할의 강력한 재생시도로서의 Burnham과 Mallory 판결

1. Burnham v. Superior Court⁵¹⁾

가. 사실관계와 절차

Dennis Burnham(夫)과 Francie Burnham(妻)은 부부로서 뉴저지(New Jersey)에서 두 자녀를 두고 함께 살아왔다. 그들은 별거하고, 妻가 두 자녀와 함께 살고, 향후 이혼한다는 사적(私的) 합의를 했다. 이에 따라 妻는 두 자녀와 함께 캘리포니아주로 이주했다. 그런데 그 후 夫는, 위 합의와 무관한 내용으로, 뉴저지 주 법원에 이혼소장을 제출했다. 이어 妻는 위 합의에 따른 이혼을 구하는 내용으로 캘리포니아 법원에 이혼소장을 제출했다. 그 후 夫는 사업차 캘리포니아주를 방문하면서 자녀와의 면접교통도 가졌는데, 그 때 그곳에서 妻의 이혼소장을 직접 송달받았다. 夫는 특별출석(special appearance)⁵²⁾하여 대인적 재판관할을 다투었다.⁵³⁾ 그러나 사실심법원과 상소법원은 캘리포니아주의 대인적 재판관할을 긍정했다.⁵⁴⁾

나. 연방대법원의 판단

놀랍게도 연방대법원은 만장일치로 이 판단을 지지했다. 다만 일치된 판지를 담은 다수의견을 내놓지는 못했다. Scalia 대법관의 의견이 4표(Rhenquist, Kennedy, White 대법관 동의), Brennan 대법관의 의견이 3표를 얻고(O'Connor, Marshall, Blackmun 대법관 동의), White 대법관과 Stevens 대법관이 각기 별개의견을 썼다. 결국 Scalia 대법관의 의견이 복수의견(plurality opinion)⁵⁵⁾의 지위에 올랐다. 그런데 Scalia 대법

50) 274 US 352 (1927).

51) 495 U.S. 604 (1990).

52) 특별출석하여 본안변론 없이 국제·주재재판관할을 다투는 것은, 한국 국제재판관할법 하에서 본안변론 전이나 그와 동시에 국제재판관할을 다투는 것에 기능적으로 대응된다. 그런데 특별출석한 피고는 본안변론을 아예 하지 않고 국제재판관할을 다투는 변론만 해야 한다. 만약 국제·주재재판관할이 인정될 경우를 가정하여 본안변론을 동시에 또는 추후에 했다가는, 그의 출석은 특별출석이 아니게 되고, 복종관할의 일종인 출석관할이 성립한다. 어쨌든 본안변론을 했으면 본안재판을 받겠다는 의사로 출석하여 국제·주재재판관할에 복종한 것이라고 이론구성되기 때문이다. 즉, 미국에서는 응소관할을 출석관할 개념으로 설명하는 것이 보통이고, 출석관할은 복종관할(본안재판을 받기 위하여 국제재판관할에 복종했으므로 국제재판관할이 있다는 이론)의 일종이기 때문에, 출석 자체가 특별한 목적에 한정된 것이어야 한다. 즉, 출석관할 성립을 막으려면, 출석 자체가 오로지 재판관할을 다투기 위한 것이어야, 즉 특별“출석”이어야 한다.

53) 피고는 자신에 대한 송달이 자신에 대하여 적법절차에 맞는 주재재판관할 없이 행해졌음을 이유로 그 송달의 취소를 구했다.

54) 이상의 사실관계 요약은 William M. Richman, William L. Reynolds & Christopher A. Whytock, Understanding Conflict of Laws (4th ed., LexisNexis, 2013), pp. 72-73의 도움을 받았다.

55) 다수의견은 못 되지만 결론이 일치하는 소수의견을 합쳐 결론을 좌우한 의견을 말한다. 비교다수의견 또는 결합다수의견 정도

관의 복수의견과 Brennan 대법관의 의견은 논거를 크게 달리했다.⁵⁶⁾

Scalia 대법관의 비교다수의견은 다음의 논거를 제시했다. 현존관할은 보통법의 전통에 속한다. 미국법은 “혈통”(pedigree)상 보통법에 속한다. 연방헌법에 적법절차조항을 도입하는 과정의 기록을 보면, 현존관할을 전면 금지하거나 제한하려는 입법의회(헌법개정의회)가 간취되는 자료가 전혀 없다. 오히려 현존관할의 정당성을 당연시하는 가운데 적법절차조항이 신설되었다고 해석된다. 그러므로 적법절차조항에 근거하는 International Shoe 판례, 즉 ‘전통적인 절차적 공정성 관념을 위한 최소접촉’론으로써 현존관할을 통제할 여지는 전혀 없다. 관할기초로 삼아진 현존이 아무리 일시적이라도 상관없다. 헌법도 법이며, 법규의 해석은 전통적 기초나 입법연혁에서 간취되는 실마리 없이는 불가하다(역사적 해석의 각별한 중시). 적법절차조항도 마찬가지이다. 일시적 현존관할이 법현실 속에서 어떻게 기능하는지를 보고 비로소 제한의 필요를 느껴, 그 도구로서 적법절차조항을 활용하는 것은 불가하다. 결국 International Shoe 판례는 ‘법정지에 거주하지도 현존하지도 않는 피고’에 대한 대인적 재판관할을 통제할 뿐이다. Shaffer v. Heitner⁵⁷⁾ 판결은 역내적 재판관할을 포함하여 모든 형태의 국제·주제재판관할이 International Shoe 기준에 맞아야 한다고 실시했는데, 이 판지는 부당하다. 이상이 Scalia의 논지의 주요 내용이다.

Brennan 대법관은 다음과 같은 판지를 제시했다. 대인관할이 영토적 접촉에 집착하는 것은 잘못이다. 대인적 재판관할에 관한 적법절차의 통제의 주된 기능은 피고에게 방어 기회의 기회를 적절히 보장하는 데 있다. 캘리포니아주는 피고와 이혼사건에게 아주 낮은 곳이 아니며, 피고에 대하여 적절한 통지가 이루어졌다. 그래서 피고에 대한 캘리포니아주의 대인적 재판관할은 적절하다.

다. 평가

Scalia는 본원주의(originalism)의 신봉자이며, 그의 본원주의는 입법연혁의 각별한 중시, 즉 역사적 입법 의사를 벗어나는 해석의 극렬한 기피로 특징지어진다. Bork의 본원주의가 ‘해석의 한계에 유념’하여 권위적 법해석자의 자기절제 요청에 충실하고 법해석의 정도(正道)를 걸으려 한 것과 대조된다. Scalia는 성문헌법 및 제정법규의 역사적 해석을 유독 강조하고, 보통법의 유산을 화석화시켜 보존하려 하는 형태로 전통주의를 극단화했다. 그러면서 이런 두 태도의 결합을 본원주의라고 부르며 전면에 내세웠다. 법해석은 어디까지나 법규를 해석하는 것이지 법규를 뛰어넘어 자유롭게 법을 창조하는 것이 아니라는 Bork의 본원주의였다. Bork의 본원주의에는 특이한 것이 없다. 사법(司法)적 법형성의 과도한 폭주를 반성하고 법해석의 본연의 임무로 돌아가자는 것이 Bork의 본원주의였다. 이와 달리 Scalia는 본원주의라는 온건한 이름 속에, 역사적 해석의 극단적 강조와 보통법적 유산의 화석화를 담았다. Scalia는 본원주의와 해석포기를 혼동했다. 이렇게 Scalia는 본원주의를 희화화했다.

Burnham 판결이 일시적 현존관할을 아주 긍정적인 것으로 평가하여 적법절차심사를 쉽게 통과시킨 것은 역사적 관점에서도 납득하기 어렵다. 일시적 현재지에서의 송달관할, 즉 송달실행시의 일시적 현존을 관할 기초로 하는 대인적 재판관할이라는 전통적 법리는 국제·주제교통이 활발한 현대의 상황을 전제로 발달된 것이 아니다. 일시적 현존관할은 전통적 법리이지만, 현대적 상황 하에서 일시적 현존관할이 가지는 막강한 위력은 전통적인 것이 아니다. 그런 법현실은 구대륙에서 특정한 주로 이주하여 그 안에서만 살다시피했던 과거에는 존재한 일이 없다. 이런 현대적 상황 앞에서 일시적 현존관할이 철완을 휘두를 수 있도록 태연자약하게 백지수표를 주는 것은, 오히려 이 법리가 과거에 경험하지 못했던 형태로 이 법리를 강화하는 기능을 한다.⁵⁸⁾ 캘리포니아주가 그렇게 했다면 연방대법원은 적법절차 심사로써 이를 억제했어야 한다. ‘연방헌

로 의역 가능. 다수가 지지한 결론에 이르는 의견 중 가장 많은 지지를 받은 의견이 Scalia의 의견이므로, Scalia의 의견이 복수의견에 해당한다.

56) Richman, Reynolds & Whytock, op. cit., p. 73.

57) 433 U.S. 186 (1977).

58) Shaffer v. Heitner 판결(준대물관할도 최소접촉기준과 합리성의 기준에 따르게 함)은 대물관할이라는 “옛 [소송]형식의 영속화”(perpetuation of ancient forms)만으로도, 준대물소송이라는 새로운 절차의 채택에 따라 정당화될 수 없게 될 수 있다고 판단했다. Richman, Reynolds & Whytock, op. cit., p. 74는 이 부분을 방론(傍論)으로 파악한다. 이 논리를 조금 확대하면, 전통적 역내관할의 논리를 고착화시켜 현대적 법현실의 배경에 그대로 가져옴에 의해서도 적법절차 기준을 위반할 수 있다는 이야기가 된다. 즉, 전통적 역내관할이라 해도, 그것을 현대에 그대로 적용했다가는, 그것이 전통적으로 가지지 못했던 막강한 위력을

법에 명시되지 않은 기본권은 주헌법에 미루어진다’는 취지의 연방헌법 제10차 개정조항을 무시하고 적법 절차조항을 활용하여 연방헌법에 신중 기본권을 추가하기를 주저하지 않았던 Brennan 대법관이 유독 국제·주제재판관할에 대한 적법절차 심사의 유연화, 약화에 앞장선 것도 어색하게 여겨진다.

더구나 Scalia와 Brennan 대법관은 이혼사건에 대한 대인적 재판관할의 특징을 공통적으로 간과했다. 혼인해소사건 자체로 범위를 좁혀놓고 보면, 누가 원고, 누가 피고로 되느냐는 덜 중요하다. 이 점에서 재산관계의 쟁송과 다르다. 일방 배우자의 주소(내지 거소)는, 쌍방 배우자의 주소(내지 거소)만큼 유력한 관할기초는 아니지만, 상당히 유력한 관할기초로 평가받을 여지가 있다. 법정지에 주소(내지 거소)를 둔 배우자가 이혼소송의 원고뿐이라 하여 곧바로 백안시할 일은 아니다. 미국에서도 이혼사건에 대한 재판관할을 대물관할로 구성하고 쌍방 또는 일방 배우자의 주소를 연결점으로 삼는 주법들⁵⁹⁾은 바로 이렇게 한다. 혼인관계를 부동산, 선박, 파산재단처럼 대물관할로 규율하는 점에서는 어색하지만, 누가 원고이고 피고인지에 얽매이지 않고 양 배우자의 주소(내지 거소)를 대등하게 존중하여 ‘연결점 형태’의 관할기초로 삼는 점은 주목할 만하다. 그런데 Scalia와 Brennan은 오히려 이혼소송을 재산관계 소송과 똑같이 보고, ‘스스로 캘리포니아 소송의 당사자가 되고자 하지 않는 피고를 캘리포니아의 대인적 재판관할에 강제로 복종시키는 것이 적법절차에 맞느냐’라고 문제제기하는 획일적 태도에 머물렀다. 여기에서도 미국의 적법절차심사는 청구권기초에 어울리는 관할기준을 연결점 형태로 구체화하는 데 실패했다. 주법이 그런 관할기준을 가시화하지 못했더라도, 적법절차조항에 근거하는 심사(평가)기준만이라도 그런 형태를 띌 수 있었으나, 그렇게 하지 못했다. 그러면서도 Scalia와 Brennan 대법관은 상식적으로 캘리포니아주 법원의 주제재판관할을 긍정할 필요를 느꼈던 것 같다. 그런 결론에 이르기 위해 Scalia 대법관은 보통법의 전통을 현대적 상황에서도 그대로 고집하여 원래 모습보다도 강화시키는 무리수를 두고 말았으며, Brennan 대법관은 국제·주제재판관할의 요건과 송달법의 요건을 혼동하여 현존관할에서 관할기초의 요소에 주목하지 못하고 ‘송달이 관할을 성립시킨다’고 여기는 전통적 착각을 되살리는 무리수를 두고 말았다.

2. Mallory v. Norfolk Southern Railway Co.⁶⁰⁾

가. 사실관계와 절차

Robert Mallory는 Norfolk Southern Railway(이하 Norfolk Southern)의 화물차 기술자로 오하이오주와 버지니아주에서 순차로 일했다. 그는 철도차량에 석면(asbestos)을 뿌리고, 도장(塗裝) 작업장(paint shop)에서 화학물질을 다루고, 철도차량의 내장(內裝)(그는 여기에 발암물질이 있었다고 주장)을 부수는 일을 했다. 그는 퇴직 후 펜실바니아주로 옮겨 살다가, 버지니아주로 돌아갔다. 그는 암 진단을 받고, 사용자의 산업재해배상책임을 정하는 연방사용자배상책임법(Federal Employers’ Liability Act)⁶¹⁾을 근거법규로 Norfolk Southern을 펜실바니아주 법원에 제소했다.⁶²⁾

Norfolk Southern의 설립지와 본점소재지는 모두 버지니아주이다.⁶³⁾ 소제기시에 Mallory도 버지니아주에 거주한다. Mallory가 발암물질에 노출된 장소는 그가 일한 오하이오주와 버지니아주이다. Norfolk Southern은 이 점들을 들어, 펜실바니아주 법원의 주제재판관할을 다툰다. 연방헌법 제14차 개정조항에 위반된다고 주장한다.⁶⁴⁾

현대의 환경 속에서 가지게 된다. 바로 그렇기 때문에, 국제·주제재판관할에 대한 적법절차 심사가 “전통적”인 관념에 근거함(International Shoe, ** U.S. at *** (per Stone, CJ))에도 불구하고, 과거의 전통적 역내관할의 일부가 적법절차 심사에 의하여 통제될 수 있다. 그러나 Burnham에서 Scalia 대법관은 정반대의 입장을 고집했다. 전통적인 제도는, 그것을 개혁하겠다는 입법 의사를 분명히 한 개혁이 개입하지 않는 한, 영속적으로 정당하다는 것이다. 법의 기능에 착안하는 접근도, 법이 평가의 기능을 함도 도의시하는 맹목적 전통주의이다.

59) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결에서 유념된 미주리주법도 그랬다.

60) 600 U.S. ____ (2023).

61) 45 U.S.C. §51-60.

62) 이상 Gorsuch 대법관 의견, I, para. 1-2.

63) 본진 소제기후 Norfolk Southern은 본점(headquarter)을 조지아주로 옮겼다. Gorsuch 대법관 의견, I, para. 3에 붙은 주 2.

64) 이상 Gorsuch 대법관 의견, I, para. 3.

Norfolk Southern이 펜실바니아주와 맺은 접촉은 다음과 같다. 펜실바니아주에서 대규모의 사업활동을 한다. 펜실바니아주 제정법규는 타주 또는 외국의 회사가 그 주에서 영업활동을 하려면 펜실바니아주의 공적 장부에 등록하도록 요구하는데,⁶⁵⁾ Norfolk Southern도 이에 따라 등록했다. 펜실바니아주 제정법규⁶⁶⁾는 이와 같은 ‘외국회사의 등록’⁶⁷⁾도 일반관할의 기초의 하나로 규정한다.⁶⁸⁾ Mallory는 Norfolk Southern이 펜실바니아 외국회사법에 따라 등록함으로써 펜실바니아주의 일반관할에 동의한 것이라고 주장한다. 그러나 동의관할은 별도로 규정되어 있다.⁶⁹⁾ 그러므로 외국회사의 등록이 관할근거가 되는 것은 관할에 대한 실제의 동의가 아니라, ‘동의의 간주’로서이다.

원고는 피고가 펜실바니아주에서 대규모의 사업활동에 종사함으로써 그 주에 “현존”한다는 주장도 한다. 피고의 역내활동은 “정규적”(regular)이고 “체계적”(systematic)이며 “상당한”(extensive) 수준에 이른다고 주장한다.⁷⁰⁾

펜실바니아주 사실심 법원은 이런 ‘간주된 동의’ 관할이 적법절차 심사를 통과한다고 보아 용인했다. Norfolk Southern은 이 판단이 적법절차조항에 어긋나고, 펜실바니아주의 산업재해보상법제가 휴면적 통상조항(dormant Commerce Clause)에 관한 연방대법원 판례에 어긋난다는⁷¹⁾ 두 가지 이유를 들어, 주 대법원에 상고했다. 펜실바니아주 대법원(Supreme Court)은 전자의 상고이유에 대해서만 판단하여 상고를 인용했다. 즉, 등록된 타주·외국회사의 지위와 이에 따르는 혜택의 대가로 일반관할에 따르도록 하는 것은 적법절차 위반이라고 판단했다. 이에 대하여 원고는 적법절차조항의 해석, 적용이 잘못되었다고 주장하면서 연방대법원에 상고했다.

나. 고어서치 대법관의 다수의견: 토마스, 알리토, 소토마요르, 잭슨 대법관이 동의한 부분(Part I, III-B)

다수의견은 다음과 같은 이유로, 이 사건의 ‘간주된 동의’ 관할이 적법절차조항 위반이 아니라고 판단했다. Pennsylvania Fire 판결은 바로 이 사건처럼 ‘외국·타주회사 등록으로써 일반관할에 대한 동의가 간주되는지’를 다루었고, 이를 긍정했다. 그러므로 펜실바니아주 법원은 선례구속성의 원칙에 따라 Pennsylvania Fire의 판지에 엄격히 따라야 한다. 최소접촉과 합리성(공정성) 기준의 충족 없이 피소가 강제될 수 없다는 법리를 적법절차조항으로부터 끌어낸 International Shoe, Shaffer v. Heitner 등의 일련의 판례가 있지만, 이렇게 상충하는 판례와 Pennsylvania Fire 판례의 관계를 정리할 권한은 연방대법원만 가진다. 주법원은 연방대법원의 상충하는 판례들의 관계를 밝히려고 스스로 고민할 필요가 없다. 당면한 문제상황에 그대로 들어맞는 선례가 있으면, 오로지 그 선례만 보고 그것만 따라야 한다. 선례구속성 원칙이 이렇게 요구한다는 점은 Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.⁷²⁾ 판결이 분명히 설시한 대로이다.

65) 15 Pa. Cons. Stat. §411(a): “Registration required.--Except as provided in section 401 (relating to application of chapter) or subsection (g), a foreign filing association or foreign limited liability partnership may not do business in this Commonwealth until it registers with the department under this chapter.” 이 등록의무를 불이행하면 펜실바니아주에서 소송을 진행(maintain an action or proceeding)할 수 없다. 15 Pa. Cons. Stat. §411(b)(“Penalty for failure to register.--A foreign filing association or foreign limited liability partnership doing business in this Commonwealth may not maintain an action or proceeding in this Commonwealth unless it is registered to do business under this chapter.”).

66) Statutes of Pennsylvania, Consolidated Statutes, Title 42, Chapter 53(표제: Bases of Jurisdiction and Interstate and International Procedure)(§§5301-5337)은 펜실바니아주의 성문의 국제·주제재관할법규들을—보통법상의 전통적인 것부터 제정법규로써 비로소 만든 것까지—모아 놓고 있다.

67) “qualification as a foreign corporation under the laws of this Commonwealth”, 42 Pa. Cons. Stat. §5301(a)(2)(i) 후단.

68) 42 Pa. Cons. Stat. §5301(a)(2)(i), (b).

69) 42 Pa. Cons. Stat. §5301(a)(1)(iii)(자연인에 대한 동의관할), (2)(ii)(회사에 대한 동의관할), (3)(ii)(조합, 유한채무조합(limited partnerships), 조합들의 사단(partnership associations), 전문직 사단(professional associations), 비법인사단, 기타 유사한 단체에 대한 동의관할).

70) 이상 Gorsuch 대법관 의견, I, para. 4.

71) Gorsuch 대법관 의견, I, para. 6에 붙은 주 3.

72) 490 U.S. 477, 484 (1989)(“If a precedent of this Court has direct application in a case, yet appears to rest on reasons rejected in some other line of decisions, the Court of Appeals should follow the case which directly controls, leaving to this Court the prerogative of overruling its own decisions.”). Gorsuch 대법관 의견, III, para. 4는 이 문장에서 Court of Appeals만 언급한 것을 “하급심 법원(a lower court)” 전체에 일반화하여 따옴표로 인용했다. 연방법원이 주법원을 가리켜 “하급심 법원”이라고 부른 것이 눈길을 끈다.

다. 고어서치 대법관의 복수의견: 토마스, 소토마요르, 잭슨 대법관이 동의한 부분(Part II, III-A, IV)

(1) 미국에서 현존관할과 법률상 요구되는 동의에 근거하는 관할의 전통적 뿌리(Part II)

고어서치 대법관의 이 부분 의견은 아래와 같다.

국제·주체재판관할에 대한 적법절차 심사는 “적법절차에 대한 본래적이고 역사적인 이해”에 근거해야 한다.⁷³⁾ 그런데 현존관할은 영미법계의 전통에 깊게 뿌리내려 있고, 관할에 대한 동의를 요구하는 법규들은 법인에 관하여 현존관할을 보충하는 기능을 하기 위하여 등장한 것인데 일반관할에 대응하는 범위에서 동의를 요구하는 법규조차도 전통적으로 적법절차에 부합하는 것으로 여겨져 왔다.

영미법계는 전통적으로 역내적 재판관할(intraterritorial jurisdiction)에 대하여 아무런 제약도 알지 못했다.⁷⁴⁾ 그래서 아무리 일시적인 현재지라도 현존관할(현재지관할)을 인정하기를 주저하지 않았다.⁷⁵⁾ 즉, 자연인에 대한 일시적 현존관할(소위 tag jurisdiction)은 아무 제약도 받지 않는다. 지금도 그렇다. *Burnham v. Superior Court of California*⁷⁶⁾ 판결은 만장일치의 결론으로 이 점을 분명히 했다.⁷⁷⁾

외국 또는 타주의 법인에 대하여 관할에 대한 동의를 요구하는 법규들은 현존관할이 법인에 대하여 충분히 잘 기능하기 어려운 한계를 메우는 역할을 한다. 타주 또는 외국의 법인의 경우에는 현존관할에 기대는 데 어려움이 있어, 19세기부터 타주 또는 외국의 법인에 대하여 관할에 대한 동의를 요구하는 제정법규들이 4가지 형태(내주 원고의 청구에 한정, 내주에서 발생한 소송원인에 한정, 일반관할에 필적, 철도회사, 보험회사 등에 대해서만 일반관할에 필적)로 나타났다.⁷⁸⁾ 이 법규들에 대한 법원의 반응도 그다지 부정적이지 않았다. 첫째, 이 법규들을 좁게 해석하는 주도 있었지만, 그렇지 않은 주도 있었다. 둘째, 그 중 일반관할에 대응하는 범위로 동의할 것을 요구하는 법규조차도 적법절차초항에 위반된다는 판결례를 찾을 수 없다. 오히려 적법절차 기준에 합치한다고 추정한 판례들이 약간 있다.⁷⁹⁾

(2) *Pennsylvania Fire* 판례는 정당하며 확립된 판례임

Pennsylvania Fire 사건에서 실시한 대로, 피고 회사가 주 제정법규에 따라 실제로 역내 송달수령 대리인을 임명하고 그에 대한 송달의 유효성에 동의한 경우에는 역내송달로써 역내의 ‘간주된 현존’ 관할이 확정되며, 이는 적법절차기준에 합치한다.⁸⁰⁾ 이런 관할은 영국법과 미국법의 역사에 뿌리를 두고 있다.⁸¹⁾ 또, 법인에 대한 ‘간주된 현존’ 관할은 자연인에 대한 현존관할에 대응되는 유효적절한 방법이고, 그 외 다른 방법을 생각하기 어렵다.⁸²⁾ 그래서 *Pennsylvania Fire* 판결문을 만장일치로 쓴 *Holmes* 대법관이 실시한 대로, 이런 관할사유의 적법절차 합치성은 “의심이 없다.”⁸³⁾ 그리고 역내 송달수령 대리인 임명을 요구하는 제정법규에도 불구하고 그 임명을 하지 않으면 이 관할근거를 피할 수 있으므로, 무리한 것도 아니다. *Pennsylvania Fire* 판결 전에 *Learned Hand* 판사와 *Benjamin Cardozo* 판사도 같은 해석을 했다.⁸⁴⁾

73) Gorsuch 대법관 의견, II, para. 6에 붙은 주 4(“original and historic understanding of due process”).

74) Gorsuch 대법관 의견, II, para. 2(J. Story, Commentaries on the Conflict of Laws §539, pp. 450-451 (1834)와 *United States v. Union Pacific R. Co.*, 98 U.S. 567, 602-603 (1879)를 인용).

75) Gorsuch 대법관 의견, II, para. 2(Story, op. cit., §538, p. 450을 인용).

76) 495 U.S. 604 (1990).

77) 이상 Gorsuch 대법관 의견, II, para. 4.

78) 이상 Gorsuch 대법관 의견, II, para. 6.

79) Gorsuch 대법관 의견, II, para. 6에 붙은 주 4. *Camden Rolling mill Co. v. Swede Iron Co.*, 32 N. J. L. 15, 17-18 (1866); *Sawyer v. North Am. Life Ins. Co.*, 46 Vt. 697, 706-707 (1874)을 인용.

80) Gorsuch 의견, III-A, para. 3.

81) Gorsuch 의견, III-A, para. 4.

82) Gorsuch 의견, III-A, para. 4.

83) Gorsuch 의견, III-A, para. 5(*Pennsylvania Fire*, 243 U.S. at 95를 인용).

84) Gorsuch 대법관 의견, III-A, para. 6. *Smolik v. Philadelphia & Reading Coal & Iron Co.*, 222 F. 148, 150-151 (SDNY 1915) (Hand, J.); *Bagdon v. Philadelphia & Reading Coal & Iron Co.*, 217 N.Y. 432, 436-437, 111 N.E. 1075, 1076-1077 (1916)

Pennsylvania Fire가 일회적인 판례인 것도 아니다. 이 판결 뒤에도 동지(同旨)의 연방대법원 판례가 이어졌다.⁸⁵⁾

(3) International Shoe와 Pennsylvania Fire 판례의 구별(IV)

International Shoe 판례는 현존관할을 다루지 않으므로 이 판례에 비추어 Pennsylvania Fire 판례를 재고할 여지가 없다고 간단히 단정했다. Shaffer v. Heitner 판례가 역내관할에 대해서도 적법절차조항이 두루 적용된다고 했던 것은 비중있게 다루어지지 못했다.

라. 잭슨 대법관의 별개의견

잭슨 대법관은 International Shoe 판례의 중요성을 강조한다. 그러면서도 대인관할의 요건은 “포기”할 수 있는 개인적 권리라고 판단한 Insurance Corp. of Ireland v. Compagnie des Buaxites de Guinee⁸⁶⁾ 판결을 중시했다. 이 사건에서 타주회사인 Norfolk Southern은 펜실바니아주에서 타주회사로 등록함으로써 국제재판관할법적 특권을 “포기”한 것으로 의미부여했다. Gorsuch 대법관의 복수의견과 결론을 뒷받침하는 추가적 근거로 삼았다.

마. 알리토 대법관의 별개의견

알리토 대법관은 펜실바니아주 외국·타주회사 등록 요건(요구)를 “재판관할에 대한 복종 요건”(submission-to-jurisdiction)으로 풀이하고, 이런 요구는 International Shoe 판례가 말하는 “fair play and substantial justice”의 기준에 어긋날 가능성이 있다고 보았다.⁸⁷⁾ 이 기준에 어긋나는지는 사안근접성 여하에 좌우될 수 있다. 즉, 법정지와 “아무런 진정한 관련이 없는”(with no real connection) 소송이라면 헌법에 위반될 수 있다는 것이다.⁸⁸⁾ 그런데 이 점을 가장 효과적으로 통제할 수 있는 연방헌법 조문은 적법절차조항보다 ‘휴면적 통상조항’(dormant Commerce Clause)이라고 보았다.

통상조항은 연방의회에 주제 또는 국제통상에 관하여 입법권을 부여한다. 그런데 연방의회가 입법을 아직 안 했어도, 연방의회가 입법을 할 수 있는 영역인 주제 또는 국제통상을 방해하면 통상조항에 위반된다는 것이 ‘휴면적 통상조항’의 법리이다.

Norfolk Southern은 주 대법원에서 휴면적 통상조항을 원용했는데, 주 대법원이 이를 다루지 않은 채 Norfolk Southern(피고) 승소판결을 내렸다. 그러므로 이제 연방대법원이 적법절차 심사만을 가지고 원고의 상고를 인용하고 국제·주제재판관할 판단을 끝맺을 것이 아니라, 펜실바니아주 대법원의 판결을 취소하고 사건을 그 법원에 환송하여 휴면적 통상조항 위반 여부의 변론, 심리, 판단을 할 수 있게 해야 한다는 것이다.⁸⁹⁾

바. 배럿 대법관의 반대의견: 로버츠 대법원장, 카간, 케버나 대법관 동의

배럿 대법관은 국제·주제재판관할에 관한 적법절차심사가 오랜 전통으로 자리잡았음을 강조한다. 단순히 법정지 주 내에서 영업활동을 한다는 이유로 일반관할을 인정하는 것은 적법절차조항에 의하여

(Cardozo, J.)를 인용.

85) Gorsuch 대법관 의견, III-A, para. 6. 그 예로 Louisville & Nashville R. Co. v. Chatters, 279 U.S. 320, 325-326 (1929); Neirbo Co. v. Bethlehem Shipbuilding Corp., 308 U.S. 165, 175 (1939)를 든다. 아울러 Robert Michell Furniture Co. v. Selden Breck Constr. Co., 257 U.S. 213, 215-216 (1921)과 Wuchter v. Pizzutti, 276 U.S. 13, 20 (1928)도 참조지시한다.

86) 405 U.S. 694, 706 (1982)

87) Alito 대법관 별개의견, para. 3.

88) Alito 대법관 별개의견, para. 3.

89) Alito 대법관 별개의견, para. 3.

불허된다 이렇게 실시한 지 75년이 되었다. 1945년의 *International Shoe* 판결부터 2014년의 *Daimler AG v. Bauman*⁹⁰⁾ 판결까지 이어지고 있다.⁹¹⁾ *BNSF R. Co. v. Tyrrell*⁹²⁾에서도 같은 입장이 일관되었다. 그 사안은 이 사건과 아주 비슷하다. 피고와의 관련성도 없고(설립지도 아니고 본점도 아니며) 사안근접성도 없음(행동지도, 피해발생지도 아님)에도 불구하고 몬타나주 법원이 BNSF 철도에 대하여 일반관할을 행사하려 했다. 연방대법원은 적법절차 위반을 이유로 이를 불허했다.⁹³⁾

그런데 이제 연방대법원은 이 확립된 원칙의 우회로를 열어 한다. 주내에서 영업활동을 하려면 등록하도록 요구하고 그것이 여하한 사건에 대한 충분한 관할근거가 된다고 정하기만 하면 된다. 그 결과, 판례상 불허되는 ‘단순한 영업활동에 기한 일반관할’은 ‘묵시적 ‘동의’”(implied ‘consent’) 관할의 이름으로 적법절차조항을 통과하게 될 것이다. 사안근접성은 불필요해질 것이다.⁹⁴⁾

연방대법원의 이 사건 의견이 영토적 접촉에 초점을 맞추지 않고 동의에 초점을 맞추는 것은 초점이 빗나간 것이다.⁹⁵⁾ 동의에 근거하여 사안근접성 없는 사건에 대해 일반관할(에 필적하는 관할)을 행사하는 것은 합리성 기준에도 전혀 맞지 않는다.⁹⁶⁾

사. 평가

(1) 다수의견이 선례구속성 원칙을 특정 선례의 맹종의무로 곡해한 문제점

만약 주 대법원이, 상충하는 연방대법원 판례 중에서 유독 *Pennsylvania Fire* 판결만 단편적으로 맹종했다면, 원고가 아닌 피고가 연방대법원에 상고하게 되었을 것이고, 연방대법원은 *Pennsylvania Fire* 판결이 *International Shoe* 판결 이래의 주류적 판례에도 불구하고 선례로서의 가치를 유지하는지, 어느 정도까지 유지하는지 밝혀야 했을 것이다. 그런데 주 대법원이 연방대법원의 최종적 유권해석에 앞서 이 논점에 관한 유권해석을 했다. 이것은 잘못이 아니다. 오히려 법해석에 종사할 의무를 다한 것이다. 연방헌법은 연방법원만이 독점하는 법이 아니라 “그 땅(나라)의 법”(the law of the land)을 구성하며, 주법원도 연방헌법을 해석할 권한을 가지기 때문이다. 연방헌법의 ‘최종적’ 해석권한을 연방대법원이 가진다 하여, 그 권한에 복종하는 하위의 법원들이 연방헌법의 해석권한을 전혀 가지지 못한다고 단정해서는 안 된다. 연방지방법원, 연방항소법원만이 아니라, 주법원도 마찬가지이다. 연방헌법의 기본권조항을 해석할 사물적 재판권(내지 재판관할)이 연방법원에 의하여 독점된다고 할 근거는 없다. 다수의견은 주법원이 연방헌법의 기본권조항을 ‘적용’할 사물적 재판권(내지 재판관할)을 가지는 것은 긍정하면서(그래서 *Pennsylvania Fire*가 판시한 대로 적법절차조항을 적용하라고 한다), 연방헌법의 기본권조항을 ‘해석’할 권한은 일체 부정한다. ‘하급심 수준에서 해석’할 권한마저도 일체 부정한다. 그러나 불분명한 것을 밝히는 것이 해석이다. 적용해야 할 법규범이 불분명할 때에는 항상 해석이 필요하다. 불분명함을 해소하려는 노력조차도 해서는 안 된다는 것은 사법(司法)작용에 수반되는 법해석기능의 정신분열적 형해화이다.

다수의견은 “직접 적용되는”(has direct application) 선례가 있으면 그것을 해석해서는 안 되고 단순히 적용해야 한다고 말한다. 그러나 어떤 사례도 완전히 동일하기 어렵다. 어느 선례가 지금 이 사안에 “직접 적용되는” 선례라는 말도, 그 선례를 그대로 적용하는 것만으로 법의 해석·적용의 직무를 다하게 될 정도로 명쾌한 선례라는 뜻일 뿐이다. 그런데 그 선례와 지금 이 사안에서, 제기된 문제와 문제상황이 똑같더라도, 그 선례의 선례로서의 가치가 명쾌하지 않을 수 있다. 특히 그 선례가 다른 선례들과 상충하거나 긴장관계에 있는 판지를 담고 있어 그 선례의 현재적 의미가 불분명한 경우가 있다. 그런 경우에는 그 선례의 현재적 의미, 즉 현재 시점에서의 선례적 가치를 밝혀야 한다. 이렇게 하려면 상충하거나 긴장관계에 있는 다른

90) 571 U.S. 117 (2014).

91) Barrett 대법관 의견, para. 2.

92) 581 U.S. ___, 137 S. Ct. 1549 (2017)

93) Barrett 대법관 별개의견, I-B.

94) 이상 Barrett 대법관 의견, para. 3.

95) Barrett 대법관 별개의견, II-A.

96) Barrett 대법관 별개의견, II-B, para. 1.

선례들을 함께 고려하여, 지금 이 사건에 적용되어야 할 판례의 내용이 무엇인지를 해석해야 한다. 이처럼 법을 적용하기 전에 해석하는 일은 아주 자주 문제되며, 법해석은 법적용과 함께 사법(司法)작용의 일부이다. 현대에는 법의 해석과 적용의 권한이 ‘법관 겸 판사’에게 함께 귀속한다. 주법원이 연방헌법의 기본권조항을 적용할 때에도 단순히 적용만 하면 되는 경우는 오히려 드물 것이며, 크건 작건 해석작업도 해야 하는 경우가 다반사일 것이다. 연방헌법의 기본권조항의 (적어도) 대부분은 기계적 법규가 아니기 때문이다. 그런데 다수의견은 당면한 사안에 “직접 적용되는” 연방대법원 선례가 있는 한, 주법원으로부터 연방헌법의 해석권한을 일체 부정하고, 연방헌법에 관한 한 주법원은 판사(magistrate)일 뿐 법관이 아니라고 말한 셈이다. 연방대법원은 주법원으로부터 연방헌법 해석권한을 부당하게 박탈했다. 주(州)의—제한된 것이기는 하지만—주권(主權)을 그토록 강조하는 보수주의적 연방대법관이 왜 갑자기 태도를 돌변하여 주(州)의 사법권을 이렇게 제한시키는 연방헌법 유월적 권한찬탈을 감행하는지 이해할 수 없다.

다수의견이 이런 명백한 오류에 빠진 이유는 무엇일까? 다수의견의 오류의 근원까지 파헤쳐 그 오류를 벗어날 길을 소상히 밝혀주기란 쉽지 않다. 다만 오류의 원인을 추측해 볼 수는 있다. 추측컨대, 대전제인 규범이 소전제에 적용되어 결론에 이르는 과정, 즉 규범적 삼단논법의 본질을 오해하여, 그것이 명실상부한 연역법(deduction)이라고 오해한 것이 아닌가 한다. 규범적 삼단논법이 연역법이라면, 대전제(Pennsylvania Fire의 판지)를 소전제(Mallory 사건에서 ‘간주된 동의’ 관할을 인정하는 것이 적법절차심사를 통과하는가)에 그대로 기계적으로 적용하기만 하면 될 것이다. 주법원이 스스로 적용하기 전에, 이미 논리필연적으로 이 ‘적용’은 주어져 있을 것이다. 그러나 법철학자 켈젠(Hans Kelsen)이 밝힌 대로, 규범적 삼단논법은 그런 논리필연적 연역법이 아니다. 혹여 다른 고려가 개입되어 결론을 달리해야 하지 않는가(즉 대전제라고 여긴 그 규범의 기계적 연역적 적용, 즉 그 규범으로부터의 연역만으로는 불충분하지 않은가)를 성찰하는 작업이 크든작든 항상 수반된다. 단순한 사건에 대한 법적용도 기계가 하지 않고 ‘생각하고 느끼는’ 인간(판사)이 하는 것은 바로 그 때문이다. 다수의견은 이 점을 간과하고, ‘연방대법원 선례가 명쾌하면 연방항소법원, 연방지방법원, 주법원 등의 하급법원 눈감고 확일적으로 일처리하는 기계여야 한다, 그 이상의 일을 하려 하면 연방대법원의 권한의 찬탈로서 위법하다’고 말한 셈이 되고 말았다.

(2) Gorsuch 대법관의 복수의견이 무제한적 현존관할을 절대시한 문제점

Gorsuch 대법관 스스로도 인정하듯이, 전통적 현존관할은 두 가지 점에서 무제한적이다. 첫째, 일시적 현존에 근거해도 무방하다. 둘째, 일반관할과 특별관할의 구별도 알지 못하고, 일반관할처럼 기능한다.

이런 전통적 현존관할의 행동반경은 좁아져 왔다. 먼저, 연방대법원은 International Shoe 판결에서 적법절차조항의 해석론으로 최소접촉과 합리성(공정성) 기준을 확립시켰고, 그 타당범위를 확대해 왔다. 또, Helicopteros 판결 이래 일반관할과 특별관할을 준별하여 왔다. 이렇게 적법절차 심사의 내용이 발달함에 따라, 현존관할도 다음의 두 질문을 받게 되었다. 첫째, 일시적 현존관할은 항상 허용되는가? 아니면 적법절차조항의 제한을 받는 부분이 있는가? 둘째, 현존관할이 근거지우는 관할은 일반관할인지 특별관할인가?

그러나 Gorsuch 대법관은 연방대법원 판례 내에서 현존관할이 받는 이런 도전, 압박 내지 제한으로부터 눈을 돌리고, “일시적 소에 적용되는 이 [전통적] 규칙은 자연인에 대해서는 오늘날에도 여전히 적용된다”라고 확일적으로 단언한다.⁹⁷⁾

(3) International Shoe와 Shaffer v. Heitner 판례가 원칙이고 Burnham은 한정적 예외임을 간과한 문제점

Gorsuch 대법관의 복수의견은 자신의 의견이 Shaffer v. Heitner에 정면으로 충돌한다는 점을 회피하고, Shaffer v. Heitner 최소접촉 분석의 초기 판례인 International Shoe 판결이 현존관할을 다루지 않은 것에만 집중했다.

자신의 복수의견을 뒷받침하는 판례의 인용도 편파적이다. 역내관할도 적법절차 기준에 따라야 하는지에 관해서는 이를 폭넓게 전면적으로 긍정한 Shaffer v. Heitner 판결이 있다. 그 후 실제의 현존에 근거하는

97) Gorsuch 대법관 의견, II, para. 4.

현존관할에 한정하여 이 한도에서만 Shaffer v. Heitner와 어긋나게 실시한 Burnham 판결이 있다. Burnham에서 Scalia 대법관의 복수의견은, 실제의 현존에 근거하는 관할의 역사가 깊고, 적법절차조항의 신설시 이것에 대한 의문제기가 전혀 없음을 근거로 들어, 이것을 극력 옹호했다. Burnham에서 Brennan 대법관의 의견(4인)은 이익형량을 이유로 ‘실제적 현존’ 관할의 정당성을 지지했다. 결국, Shaffer v. Heitner 판례와 Burnham 판례는 대등하게 충돌하는 것이라고 하기 어렵다. Shaffer 판례는 역내관할에도 적법절차 심사가 두루 적용된다는 원칙을 실시했다. Burnham 판례는 ‘실제의 현존’ 관할에 한정하여 적법절차 심사에서 면제된다고 실시했을 뿐이다. 판례의 상충은 ‘실제의 현존관할’에 한정되어 있고, 이것은 원칙(Shaffer v. Heitner)과 적용제외(Burnham)의 관계로 정리되어 있다. 그런데 Gorsuch 대법관은 ‘실제의 현존’ 관할이라는, 영미법에서 가장 원초적인 관할근거를 보존시킨 Burnham 판결을—International Shoe와 그 후속 판례들이 무색할 정도로—전면에 내세우고, 거의 사장되다시피 한 Pennsylvania Fire 판례를 되살려 한 쌍을 이루게 했다. 이런 식으로 역내적 재판관할에 광범위한 면죄부를 주는 식으로 적법절차분석이 정리된다면, 주제정법규는 막강한 행동반경을 얻게 될 것이고, ‘목적’을 쫓고 민병대를 세워 영주의 성이나 도시를 방어했던’ 시대의 국제·주제재판관할 법리를 현대의 환경에서 재현시키게 될 것이다. 왜곡적으로 살던 시대에는 ‘우리 도시 안에서 면죄부를 준다’고 해도 국제·주제적 법적 안정성을 해치는 일이 적었을 것이지만, 국제·주제거래가 고도화된 현대에는 ‘역내적 재판관할에 면죄부를 줌’으로써 역외적 재판관할에 관한 통제장치가 사실상 무력화되고 그것과의 균형이 깨어지는 점이 적지 않을 것이다.

(4) 잭슨 대법관이 “포기” 개념을 내세워 동의, 동의강제, 동의간주, 현존간주의 구별을 뭉뚱그린 문제점

잭슨 대법관의 별개의견은 대인적 재판관할법상의 특권이 “포기”될 수 있다는 추상적이고 막연한 논리를 내세워, 관할근거로서 동의, 동의강제, 동의간주, 현존간주 등을 구별할 실익이 없는 것처럼 실시했다. 그러나 관할근거의 유형구분은 적법절차 심사라는 까다로운 작업을 하는 데 유용할 수 있고, 그 유용함을 입증해 왔다.

“포기”를 국제재판관할근거에 관한 상위개념으로 내세우면 충분하고 관할근거를 세분할 필요가 없다는 생각은 보통법 전통 내에서도 독자적 견해에 불과하다. 이렇게 하면, 현존, 복종, 동의를 3개 관할법리로 삼는 영미법계의 전통은 무너지게 된다. 잭슨 대법관이 옳다면, 영미법계는 그 동안 어리석은 3분법에 매달려온 것이 된다.

물론 관할법상의 특권은 포기할 수도 있는 것이라는 점을 환기하여 논의에 숨통을 틔우는 것은 유익할 것이다. 이 점도 고려하면서, 동의, 동의강제, 동의간주, 현존, 현존간주 등이 관할근거로서 얼마나 적절한 것인지를—미국에서는 주입법론적으로, 주의 법정정책적으로, 적법절차기준의 내용으로서, 또 연방입법론으로서—끈기있게 숙고하는 것이 영미법계의 무거운 과제일 것이다. ‘포기가능성이 명쾌한 답을 주므로 이 과제는 그리 무거운 것이 아니다’라고 여길 일은 아니다.

(5) 배릿 대법관의 사안근접성에 대한 초점의 타당성

배릿 대법관의 반대의견이 사안근접성에 초점을 맞추어 동의 등의 전통적 관할사유를 현대적 상황 속에서 재평가하려 하는 것은 전적으로 타당하며, 미국 판례의 전체적 흐름에도 맞는다. 전통적 관할사유는 지극히 정적인 사회, 한 번 이곳으로 이주하면 이곳으로 생활환경을 한정하여 줄곧 살아가는 사회환경에 어울린다. 그것을 현대에 그대로 옮겨놓으면, 그 법리가 원래 잘 작동하던 모습을 보존하는 것이 아니라, 그 법리를 과잉관할이라는 괴물로 만들게 된다.

국경의 자기옹위적, 자기분리적 위력(합의)이 약화된 현대에 자기옹위적, 자기분리적 관할사상을 되살림으로써, 과거에도 존재한 적이 없었던 강력한 국경장벽을 창출하게 된다. 이것은 복고주의적 역사만들기이다. 복고가 단순한 복구에 그치지 않고 과거의 것을 한층 강화하는 일은 여기에서도 반복된다.

IV. 미국 국제·주제재판관할법은 어디로 가는가?

미국에서 직접관할규칙은 거의 주법으로 만들어진 다. 현존관할, 복종관할, 동의관할 등의 전통적 관할규칙들은 보통법으로 남아 있기도 하고, 성문화되기도 한다. 역외적으로 국제재판관할을 확대하는 역외관할확대법규(長腕法規, long-arm statutes)도 있고, 역내관할을 비정상적으로 활성화하여 역외적 재판관할 확대를 대신하는 법규도 있는데, 그것들은 주의회의 제정법규로 혁신한 것이다.

미국 연방대법원은 국제·주제재판관할도 연방헌법 제5차 내지 제14차 개정조항의 적법절차(Due Process)조항에 합치해야 한다는 판례를 발달시켰다. “절차”적 “공정”을 위하여 “최소접촉”을 요구한다. 이런 이론적 틀 속에서, 주법원의 국제·주제재판관할 확대의 한계를 분야 및 사안유형별로 구체화하여 왔다. 적법절차 분석은 미국의 국제·주제재판관할법을 재판권적 사고방식에서 탈피시켜 합리화하는 데 기여했다.

그럼에도 불구하고 일시적 현존, 간주된 현존, 간주된 동의라는, 한국법에 낯선 이상한 관할근거도 일각에서 명맥을 유지하여 왔다. 그 주된 근거는 전통적 법리라는 것이다. 특히 일시적 현존을 이유로 하는 관할은 Burnham 판결에서 연방대법원에 의하여 승인되어(본원주의자 겸 전통주의자 Scalia 대법관의 다수의견) 당당히 명맥을 유지하고 있다.

그렇지만 간주된 현존이나 간주된 동의라는 관할기초는 전통적인 관할기초가 아니다. Burnham 판결이 일시적 현존을 이유로 하는 관할규칙을 적법절차 심사대상에서 제외한 것은, ‘연방헌법에 적법절차조항을 두기 전에 이미 확립되어 있었던 전통적 관할규칙은 연방헌법의 입법자가 적법절차조항으로써 폐지시키려는 입법의사를 가졌다고 해석하기 어렵다’는 논리에 근거했다. ‘간주된 현존’관할이나 ‘간주된 동의’관할처럼 주제(州際)적 교통의 확대에 따라 임기응변적으로 만들어진 관할규칙들은 전통적 관할규칙이 아니므로, Burnham 판결처럼 온존시키기 어렵다. Mallory 사건을 다룬 연방대법원에 기대되었던 것은 바로 이 점을 분명히 하고 우선 재판대상이 된 ‘간주된 동의’관할에 대해 적법절차 심사를 본격적으로 들이대는 것이었다.

그러나 연방대법원의 Mallory 판결은 거꾸로 ‘간주된 동의’관할을 정치철학적으로 매우 모범적이고 당당한 관할사유로 내세우고 말았다. 어떻게 이런 일이 이루어졌는가?

자유주의 정치철학자들은 근원적 주권자인 국민의 자발적 동의로 정부가 구성되었다고 설명한다. 그런데 여기에서 말하는 동의는 추상적 의미의 국민이 하는 것이고, 이론적으로 동의한 것으로 간주된다는 것이지, 개개인의 실제적 동의를 말하는 것이 아니다.⁹⁸⁾ 요컨대 국민주권이론이 말하는 동의는 ‘간주된 동의’이다.

Scalia의 정통적 후계자들이 아니냐 라는 질시의 눈초리를 받아 온 연방대법관들은, Scalia가 Burnham에서 보여준 ‘본원주의와 전통주의의 결합’ 대신에, ‘국가는 국민의 추상적 동의에 따라 재판한다’는 국민주권론의 정치철학에 착안했다. 관념적인 동의만으로 민주정체의 권위가 뒷받침되듯이, 간주된 동의만으로도 국제·주제재판관할이 근거지워진다고 여겼다. 학부 수준의 아마추어적 정치철학이 법학에, 국제·주제사법에 과잉 개입하여 교양과목 보고서 수준의(혹은 유토피아 문학 수준의) ‘사고실험’을 하는 일이 벌어졌다.

98) Ivan Szelenyi, Foundations of Modern Social Theory (SOCY 151), Fall 2009, Open Yale Course, Lecture 5.