

제2차 한국법제연구원 부산외국어대학교 공동학술회의

이베로아메리카법의 과제와 전망

일시 : 2007년 11월 22일(목) 13:00 ~ 18:00

장소 : 부산외국어대학교 국제회의실



일 정

■ 일시 : 2007년 11월 22일 (목) 13:00~18:00

■ 장소 : 부산외국어대학교 국제회의실

■ 주제 : 이베로아메리카법의 과제와 전망

◇ 개회식: 13:00~13:30

사 회 : 조은래(부산외대 전임연구원)

개회사 : 김교숙(부산외대 비교법연구소장)

◇ 기조연설 : 13:30~14:20

발표자 : 김우성(부산외국어대학교 스페인어학과교수
·이베로아메리카연구소장)

◇ 제1주제 : 14:20~15:10

“이베로아메리카 법 문화에 대한 小考”

발표자 : 박중탁(부산외국어대학교 스페인어학과교수)

토론자 : 류시조(부산외국어대학교 법·경찰학부교수)

Coffee Break 15:10~15:30

일 정

◇ 제2주제 : 15:30~16:20

“이베로아메리카 법제의 발전과 동향”

발표자 : 이세정(한국법제연구원 부연구위원)

토론자 : 박재현(부산외국어대학교 법·경찰학부교수)

◇ 제3주제 : 16:20~17:10

“라틴아메리카 여성법의 발전방향”

발표자 : 이순주(부산외국어대학교 스페인어학과교수)

토론자 : 신옥주(한국법제연구원 부연구위원)

◇ 종합토론 : 17:10~18:00

목 차

기조연설 이베로아메리카 법의 과제와 전망

1. 이베로아메리카와 한국 9
2. 이베로아메리카의 사법개혁 10
3. 법조인의 양성과 법학교육 14

제 1 주제 이베로아메리카 법 문화에 대한 小考

1. 이상적인 헌법 만들기 19
2. 존중하지만 지키지 않는 법 20
3. 법앞에 평등하지 않다 24
4. 직업으로서의 법률가 선호사상 29

참고문헌 31

제 1 주제 토론문 33

제 2 주제 이베로아메리카법제의 발전과 동향

- . 서 언 37
- . 이베로아메리카법의 연혁 40
 1. 식민지배기(독립 전단계) 40
 2. 독립 후(19세기) 42
 3. 현대(20세기 이후) 47
- . 이베로아메리카에서의 사법제도의 발전 49
 1. 식민지배기(독립 전단계) 49
 2. 독립 후 51

· 이베로아메리카에서의 사법개혁	54
1. IV 연	54
2. 사법제도의 문제점	56
3. 사법 개혁의 추진	60
· 결 론	65
참고문헌	67
V	
제 2 주제 토론문	71
제 3 주제 라틴아메리카 여성법의 발전방향	
1. 서 론	75
2. 라틴아메리카 여성 관련법의 바탕과 역사	76
3. 라틴아메리카 여성의 법적 지위현황	77
4. 라틴아메리카 여성 관련법 개정의 최근 동향	82
참고문헌	91
제 3 주제 토론문	93

기 조 연 설

이베로아메리카 법의 과제와 전망

김 우 성

(부산외국어대학교 이베로아메리카연구소장)

1. 이베로아메리카와 한국

우리가 흔히 말하는 중남미는 지리적 위치만을 나타내는 중립적인 용어로 그 지역에 존재하는 문화적 다양성을 나타내지 못하는 단점이 있습니다. 그래서 이를 보완하기 위해 ‘라틴아메리카(Latin America)’, ‘이스빠노아메리카(Hispanomérica)’, ‘인도아메리카(Indoamérica)’, ‘이베로아메리카(Iberoamérica)’ 등의 용어가 사용됩니다. 이 중에서 ‘이베로아메리카’라는 말은 이베리아 반도의 국가인 스페인과 포르투갈이 정복하고 식민통치를 한 국가들을 일컫는 말입니다.

이들 국가들은 우리나라와는 정반대편에 위치하여, 지리적인 거리만큼이나 우리에게도 생소하고 이국적인 나라로 알려져 있습니다. 그러나 조금만 관심을 가지고 보면 우리와 많은 관련이 있는 대륙임을 알 수 있습니다. 우선, 우리나라 최초로 정부 주도하에 계획이민을 보낸 곳이 남미에 위치한 브라질, 파라과이, 아르헨티나입니다. 이직도 이들 나라에는 10만이 넘는 교민이 거주하며, 변호사, 의사 등과 같은 전문직에 종사하는 2세 전문인력들이 상당수 존재합니다. 또한 1980년대를 기점으로 라틴아메리카의 경제개방정책과 함께 우리기업의 진출이 활발해졌으며, 이 지역과의 경제교류가 증가하면서 우리나라 무역흑자의 효자노릇을 하는 지역으로 부상했습니다. 우리나라 최초로 외국과 맺은 자유무역협정(FTA)을 남미의 칠레와 체결한 것만

봐도 이 지역이 우리 경제에서 차지하는 비중을 엿볼 수 있을 것이라 생각됩니다. 현재에도 중남미의 대국인 멕시코, 그리고 남미공동시장인 Mercosur와 자유무역협정 체결을 위한 협상을 진행 중에 있습니다. 이 뿐만 아니라 미국과 가까운 멕시코와 중미지역에는 미국시장 진출을 위해 수백 개의 우리나라 전자, 봉제, 의류회사들이 진출하여 활동하고 있으며, 삼성, 엘지를 비롯한 우리나라 굴지의 대기업들도 이곳에서 다국적기업들과 치열한 경쟁을 벌이는 상황입니다.

이렇게 우리와 인적·물적 교류가 활발히 진행되고 있음에도 불구하고 우리나라에서 이 지역에 대한 연구는 아직 미흡한 상태입니다. 특히, 이 대륙의 법에 대한 연구는 거의 이루어지지 않은 것으로 알고 있습니다. 이런 점에서 볼 때 한국법제연구원과 비교법연구소, 이베로아메리카연구소가 공동으로 기획한 이번 학술대회는 우리나라에서 이베로아메리카 법에 대한 연구의 필요성을 일깨우는 좋은 기회가 될 것으로 생각합니다. 저희 이베로아메리카연구소에서도 오래 전부터 우리교민이나 기업들이 많이 진출해 있는 멕시코, 과테말라, 브라질, 파라과이, 아르헨티나, 칠레의 법 중에서 현지에서 활동하는 데 가장 필요한 법부터 우리말로 번역하려는 계획을 수립하고는 있으나 예산상의 문제로 아직 시행하지 못하는 상황입니다. 기금이 마련되면 바로 착수할 수 있도록 인적네트워크는 구성해 놓았습니다. 기업이나 정부기관의 많은 관심과 지원이 절실히 필요한 분야라고 생각합니다.

2. 이베로아메리카의 사법개혁

이베로아메리카는 1980년대부터 지난날의 기나긴 정치적 위기상황을 극복하고 민주화의 길로 들어섰습니다. 또한 경제의 개방화와 함께 국가 주도의 경제에서 민간 주도의 경제로 경제시스템이 바뀌고 있습니다. 이러한 새로운 상황에 대응하기 위해 이베로아메리카 각국

에서는 정치, 경제, 사법 분야에서 대대적인 개혁을 추진하는 중입니다. 그 중에서 특히, 사법 분야는 비효율적이고, 부패했으며, 대다수 국민들의 접근이 용하지 못한 곳으로 알려져 개혁의 일 순위 대상으로 지목되는 기관입니다.

현재 이베로아메리카에서 진행되는 사법개혁의 내용을 잘 이해하기 위해서는 이 지역의 역사적 맥락에 대한 기본적인 이해가 선행되어야 한다고 봅니다. 이베로아메리카를 3세기 동안 통치한 스페인과 포르투갈은 식민지인 이베로아메리카의 정치 및 경제적 생활을 엄격히 통제하고 규제하기 위해 본국의 법과 제도를 이식하였습니다. 이 과정에서 정복 이전에 존재했던 원주민의 법이나 제도는 식민지 사회에 맞지 않거나 미개한 것으로 간주되어 적용되지 않거나 고립된 원주민 공동체 내에서 분쟁 해결을 위한 수단으로 사용되었습니다. 식민지 사회에서는 식민지 본국인 스페인 및 포르투갈 출신의 소수자에게 모든 부나 권력이 집중되고 이들과 원주민 사이에 태어난 혼혈인이나 원주민, 흑인들은 사회의 하층민으로 부나 권리를 향유하지 못하는 상황이었습니다. 독립 후에도 이러한 식민지 시대에 구축된 사회구조는 계속되어 토지, 부, 그리고 권력이 스페인이나 포르투갈 출신의 지배계층에서 이 지역에서 태어난 그들의 후손들(끄리오요)에게 대물림되었습니다. 다시 말하면, 독립 이후 현재까지 식민지 시대의 청산 없이 그 지배체제가 계속되어 각국의 소수의 지배계층이 부와 권력을 독점하고, 대다수를 이루는 가난하고 교육 수준이 낮은 혼혈인이나 원주민들은 부나 권력으로부터 배제된 채 살아가고 있습니다.

이베로아메리카의 각국은 독립을 하면서 스페인으로부터 정치 문화적 독립을 하려는 강한 열망을 가지고 있었습니다. 그 일환으로 법률에서도 스페인 대신에 프랑스와 미국의 법제도를 많이 받아들였습니다. 그러나 자신들의 정치, 사회, 문화적 상황을 고려 않고 이를 그대로 모방한 관계로 많은 시행착오를 겪어야 했습니다. 특히 미국의

헌법제도를 본받았지만 권력의 균형과 견제라는 정치적 전통이 없는 이베로아메리카 헌법에서는 입법, 행정, 사법 간의 견제와 균형을 이루지 못하고, 식민지 전통에 따라 행정부에 권력을 집중시키는 경향을 보여 행정부를 다른 기관을 압도하는 국가권력으로 만들었습니다. 이로 인해 사법부는 행정부에 예측되는 결과를 가져왔습니다. 사법부의 행정부에 대한 예측은 법의 발전을 저해하는 요소로 작용했습니다. 20세기 내내 이베로아메리카의 몇몇 국가에서는 대법원조차도 행정부나 군사정권에 의해 간단하게 해체되거나 대체되는 비운을 겪기도 했습니다. 예를 들면 1994년에 멕시코 대통령인 세디요는 멕시코 대법원의 대법관 전원을 해임하고 대법원을 개혁했습니다.

그래서 현재에 거론되는 사법개혁에서도 사법권의 독립이 주요 이슈가 되고 있습니다. 이를 위해 이베로아메리카의 각국에서는 사법부와 관련된 모든 사항을 결정하고 집행할 ‘사법위원회(Consejo de la Judicatura)’를 설립하는 것을 골자로 하는 헌법 개정을 단행했으며, 사법부에 매년 배당되는 국가예산의 규모를 헌법에 명시하였고, 또한 법관의 임용절차나 이들에 대한 급여조건을 정한 법률을 개정하였습니다.

그리고 이 지역의 많은 국가에서 기존의 심문 중심의 형사소송법을 구술중심의 모델로 변경을 시도하여 검찰권의 강화를 피하고 있으며, 사회의 경제적 약자가 사법부에 접근하는 것이 보다 용이하도록 무료 변론제도를 강화하는 추세입니다. 이러한 사법개혁은 각국 정부의 지원뿐만 아니라 국제개발기구, 세계은행, 미주개발은행 등과 같은 국제기관의 재정적 지원 하에 이루어지고 있습니다. 특히, 마약 범죄로 인한 형사사건이 빈번히 발생하는 국가에 대해서는 형사소송제도의 개혁을 위한 미국의 지원이 절대적입니다(예: 콜롬비아, 중미)

최근까지 이베로아메리카의 정치, 경제, 사회, 문화의 역사의 거의 대부분은 다른 지역과는 달리, 사법부의 기능이 배제된 상태에서 이루어진 것이 사실입니다. 그러나 현재 진행되고 있는 사법개혁의 성과는 사법부가 이 지역의 역사에서 중요한 역할을 담당하고 있다는

것을 일깨워 주었습니다. 사법부의 결정이 이들 사회의 안정 및 경제 발전에 중요하다는 것을 인식하기 시작했습니다. 다시 말하면, 정치권의 부패를 방지하고, 인권을 효율적으로 보장하며, 갈수록 증가하는 폭력과 조직범죄를 예방하는 데 있어서 사법부의 역할이 막중해졌다는 것을 깨달은 것입니다.

이베로아메리카의 사법개혁을 추동하는 힘은 다음과 같이 크게 4가지로 나눌 수 있겠습니다. 우선, 국가주도의 경제개발 패턴에서 시장경제로 이행하고 있는 이 지역의 경제정책이 중요한 요인입니다. 공기업의 민영화와 더불어 정부의 역할이 축소되면서 경제와 관련된 분쟁들이 정부부처에서 해결되는 것이 아니라 법정에서 판결을 기다리는 경우가 일반적인 추세가 되었습니다. 시장경제에서는 법원이 부의 분배를 규제하는 법률을 효과적으로 만드는 중요한 장이 되었습니다. 따라서 법정으로 가져오는 소송의 건수가 예전에 비해 획기적으로 증가했습니다. 이러한 상황은 보다 많은 법원을 설치하고, 사법예산을 확충하며, 사법기관을 효율적으로 운영하고, 비즈니스 및 재정 관련 분야에서 우수한 법관을 양성하며, 대체분쟁해결 수단을 강구하라는 압력으로 나타나고 있습니다.

둘째는 시장경제의 도입 및 경제의 현대화와 함께 이베로아메리카 각 분야에서 진행되고 있는 민주화가 사법개혁 추진을 위한 압력으로 작용하고 있습니다. 민주화 이행의 역사는 군사독재나 권위주의 정권 시절 국민의 인권유린과 관련하여 법관들이 어떠한 태도를 취했는지를 잘 보여주었습니다. 인권유린에 맞서 법관들은 소극적이고 비효율적으로 대처했으며 권리를 보장하는 데 있어서 법관의 역할이 중요하다는 것을 인식한 이 지역의 많은 국가에서는 사법제도, 법관 임명방식 등을 개혁하려고 시도하고 있습니다. 가장 중요한 것은 사법부의 민주화입니다. 법관들이 민주적 가치에 충실하고, 단기적인 정치적 이해관계로부터 독립성을 유지하는 것이 중요하다고 봅니다.

이베로아메리카의 사법개혁을 추동하는 세 번째 요인은 범죄의 증가, 특히 조직범죄의 증가와 관련이 있습니다. 신자유주의 정책의 도입과 함께 더욱 심화된 사회 양극화로 인해 범죄가 일상화 되어버린 많은 국가에서는 치안이 국민 대다수의 가장 중요한 걱정거리 중의 하나로, 치안을 확보하지 못하면 새롭게 태동하고 있는 이 지역의 민주주의가 위태로울 수도 있다는 우려의 목소리가 높습니다. 따라서 조직범죄, 특히 마약범죄 및 부패와 관련된 범죄의 소탕은 이 지역의 민주주의를 공고히 하는 데 있어서 중요한 이슈이며, 사회질서 유지를 위해 사법부에게 중추적인 역할을 부여하는 결정적인 요인입니다.

1992년에 페루의 후지모리 대통령이 입법, 사법의 헌법적인 기능을 중단시켰는데, 그의 주된 논리 중의 하나가 사법부의 부패와 사법부가 부패를 척결할 능력이 없다는 것이었습니다. 또한 같은 해 현 베네수엘라 대통령인 차베스가 기도한 군사쿠데타에서 명분 중의 하나로 내세운 것이 대법원의 정당성 결여와 법관들의 부패 척결능력 부족을 들었습니다. 그리고 1990년대 미국이 중미에서 지원한 사법개혁의 대부분은 마약과 관련된 조직범죄를 소탕하기 위한 것이었습니다.

네 번째로 민주화와 함께 문화적 다양성이 사회적으로 인정되면서 보다 복잡한 도덕적인 분쟁들이 법원의 판단에 맡겨졌습니다. 다양성의 인정과 개인 행위에 대한 다양한 가이드라인의 수용으로 인해 표현의 자유, 원주민의 권리, 성차별, 경제발전과 환경보호, 동성애자들의 권리 등과 같은 주제들이 소송의 대상이 되었으며 사회와 문화 영역에서 법원의 존재와 중요성을 증대시키고 있습니다.

3. 법조인의 양성과 법학교육

사법개혁의 중요한 대상 중의 하나가 우수한 법조인력의 양성입니다. 이베로아메리카에서는 우리와는 달리 법대가 5-6년제이며, 소정의

교육과정을 이수하고 졸업논문을 제출하여 심사에서 통과되면 별도의 자격시험 없이 변호사 자격을 부여합니다. 나라에 따라서 조금씩 차이는 있지만 자격증을 받기 전에 6개월에서 1년 정도의 실습기간을 거치도록 하고 있습니다. 변호사 자격을 취득한 후에는 법률회사에 취업하거나 아니면 개인 사무실을 열어 변호사로서 활동하는 경우가 일반적입니다. 그러나 변호사가 전통적으로 사회에서 갖는 높은 위상으로 인해 거의 모든 대학에 법대를 설치되어 있어, 매년 사회에 진출하는 변호사의 수가 증가하여 많은 사람들이 변호사 자격증을 받고도 제대로 된 법률회사에 취업하지 못하는 경우가 많습니다. 개인 사무실을 내더라도 이 사회가 능력 위주의 사회가 아니고 개인적인 연고를 중시하는 사회이므로 배경이 막강한 경우가 아니고서는 제대로 된 소송을 수임하지 못하기 때문에, 사무실을 운영하는 경비를 버는 것도 힘들어 택시 운전사나 점원과 같은 일을 겸하는 경우가 많습니다. 또한 명성도 없고 제대로 된 교육과정도 갖추지 못한 법대에서 변호사를 양산하는 것도 한 원인으로 지적됩니다.

법관이나 검사는 법대를 졸업하고 변호사 자격을 취득한 사람으로 법률에서 정한 일정한 기간의 변호사 경력을 가진 자 중에서 선발하여 임용합니다. 종래에는 이들을 선발한 후 별도의 직무연수 없이 임용하였으나, 현재에는 많은 국가에서 사법위원회 산하에 사법연수원을 설치하여 국내의 법과대학과 연계하여 법관을 임용하기 전에 직무연수를 실시하고 있으며, 검찰의 경우에도 연수원을 별도로 설치하여 대학들과 연계하여 검사 직무연수를 실시합니다.

법과대학의 교육과정은 식민지 시대부터 내려오는 유럽식 전통을 유지하고 있으며, 우리와 같이 법전의 내용을 이해하고 암기하는 것을 위주로 교수의 강의를 중심으로 이루어집니다. 최근에는 미국의 영향으로 많은 대학에서 사례중심의 교육을 실시하기도 합니다.

제 1 주 제

이베로아메리카 법 문화에 대한 小考

박 중 탁

(부산외국어대학교 스페인어과 교수)

1. 이상적인 헌법 만들기

이베로아메리카는 19세기 초 독립 후 미국, 프랑스 그리고 스페인의 헌법에 기초하여 헌법을 만들었다. 처음부터 당시 가장 좋은 것만을 모아서 대단히 이상적인 헌법을 만든 셈이다. 독립과 혁명의 시대정신을 살리고, 공화제, 중앙집권제, 대통령중심제, 권력분립, 정치적 민주주의, 연임 금지 등을 주요 내용으로 하고 있었다. 그러나 이러한 서구형 헌법은 이베로아메리카의 특수한 상황과 역사를 반영하지 못했기 때문에 20세기에 들어서면서 지역의 관습과 문화에 맞추어 개정되었다. 대표적인 예로, 1917년에 공포된 멕시코 혁명헌법은, 신앙의 자유와 정치-종교-교육의 분리 조항, 공리를 전제로 한 사유재산권 행사의 제한과 자원의 국가귀속 원칙, 금융제도와 상거래의 개혁 등을 밝혔다. 나아가, 광범위하게 노동자의 권리를 보장하여, 일일노동시간을 8시간으로 제한하고, 미성년자의 취업을 금지하며, 임신부를 보호하고, 최저임금제도와 노조와 단체 결성의 권리, 파업권을 명시하는 등 당시 가장 진보적인 헌법으로 평가되었다.

이러한 이베로아메리카의 헌법은 장문으로 이루어져 있는 것이 보통이다. 가령, 미국의 헌법이 7,500여 단어인데 반해, 멕시코의 헌법은 하위 법규에 담을 세부내용까지 언급하느라 45,000 단어가 넘는다. 이것은 이베로아메리카의 법 제도가 스페인의 법 전통을 물려 받아 이른바

로마-게르만법을 따르고, 로마-게르만법은 영국과 미국의 앵글로색슨 법 제도와 달리 성문법주의를 취하고 있는 것이 그 한 이유이다. 거기에 완벽한 헌법을 만들려는 순수한 욕심이 가미되고, 심지어는 집권자들의 이해관계를 헌법에 보장해두려는 시도까지 있어왔기 때문이다.

그러나 ‘완벽하고 이상적인’ 헌법이 효과가 없었다는 것은 이베로아메리카의 사회적 낙후와 경제적 저발전에서도 확인할 수 있는 것이지만, 가깝게는 잦은 헌법 개정에서도 드러난다. 미국의 헌법이 18세기에 최초 제정된 이래 지금까지 27번 개정된 데 반해, 멕시코에서는 1917년의 헌법이 176차례의 개정과 446번의 조항 수정을 거쳤다. 이베로아메리카의 다른 나라들에서도 이러한 사정은 크게 다르지 않다. 이것은 잦은 정변 못지않게 지나치게 강력한 대통령중심제가 원인이 되는 경우가 많다. 군사쿠데타가 일어나 세상이 하루아침에 뒤바뀌는 것도 법치에 근거한 민주주의를 뒷걸음치게 만드는 것인데, 이베로아메리카의 대부분 나라에서 대통령은 다방면에 걸친 막강한 권한 외에 헌법상의 모든 권리와 보장을 중단시키는 계엄선포권을 가지도록 헌법에 보장함으로써 스스로 헌법의 안정성을 위태롭게 하고 있는 것이다. 페루 대통령에 당선된 후지모리가 92년에 친위 쿠데타를 일으켜 구정치인을 일소한다는 정치개혁을 슬로건으로 내세우고 의회와 사법부를 해산시킨 것이나, 최근에 베네수엘라의 차베스 대통령이 의회를 무력화시킨 가운데 종신집권제를 꿈꾸며 헌법을 완전히 바꾸는 작업을 하고 있는 것이 그러한 예이다.

2. 존중하지만 지키지 않는 법

이베로아메리카에는 식민지시대부터 내려오는 유명한 말이 있다. “법은 존중하지만 지키지 않는다”(La ley se acata, pero no se cumple.)는 것이다. 가령, 스페인 국왕은 원주민 인디오에 대한 강제노동을 금지하고, 흑인의 노예매매를 금지하는 칙령을 내리지만, 식민지에서는

그런 법을 따르면 경제를 운용할 수가 없다고 여겼다. 인권보다는 탐욕에 눈이 먼 이런 불복종과는 다른 경우의 불복종도 있었다. 본국이 무역을 독점하고 식민지에서 부왕청이 설치된 곳(중미에서는 멕시코)에 산업 활동에 있어 중심적 지위를 부여하다보니 온두라스나 니카라과 같은 변방은 법을 어기고서라도 광물과 염료를 개발하여 밀거래를 하지 않을 수가 없었다. 그러면서도 이들이 떳떳하였던 것은 이른바 생존권을 지키기 위한 것이었기 때문이다.

이러한 양상은 독립 후부터 오늘날에 이르기까지도 크게 달라지지 않았다. 이베로아메리카인들은 법은 남들이 지키라고 있는 것일 뿐, 언제나 자기 자신은 이런저런 사정 때문에 예외라고 여기는 경향이 있다. 아무리 벌금을 무겁게 매긴다고 해도 절대주차금지구역에 불법 주차를 한 차량이 넘쳐나고, 경고 문구를 비웃듯 쓰레기는 도처에 널려 있는 등 사소하고 일상적인 법규 위반에서부터 시작되는 준법정신의 실종은 조세 포탈, 공무원의 복지부동과 부정부패를 낳는다.

그러나 다른 한편, 법을 지키지 않는 것이 불가피한 측면도 있다. 이베로아메리카의 수많은 자영업과 영세기업들은 상당히 많은 인구의 경제활동을 지탱하지만, 등록도 하지 않고 세금도 내지 않는다. 이들은 법을 회피함으로써 국가를 상대로 도둑질을 하는 셈이고, 국가는 재원이 없어서 국가의 도움을 절실히 필요로 하는 국민에게 기본적인 복지를 제공할 수 없게 되니 결국은 가난한 이웃에게서 훔치는 격이 된다. 그러나 이렇게 된 것의 뿌리는 나쁜 법률과 잘못된 법 운용, 그리고 왜곡된 정치체도에 있다고 보아야 한다. 지나치게 까다롭고 복잡한데다가 뇌물까지 없어야 처리되는 등록 절차를 마치고 나면, 곧 이골대로 내고서는 도저히 지탱할 수 없는 중과세를 물어야 하니 기업을 할 수가 없는 것이다.

그래서, 에르난도 소또라는 페루의 경제학자는 그의 유명한 책 □□ 또 다른 사이길□□(El Otro Sendero)에서 주장하길, 이베로아메리카의 낙

후는 근본적으로 법과 규정의 과잉에 있으며, 이것들이 이베로아메리카인들의 기업의욕을 질식시키고 있다고 한다. 이베로아메리카의 빈곤은 제국주의의 희생물도 아니고 자본가의 노동착취에 있는 것도 아니며, 단지 소득의 정당한 분배라는 이름의 법과 규정들이 재화와 서비스의 교환이 이루어지게 하는 창업의 주요 장애물로 변모하였기 때문이라는 것이다. 해결책은 단 하나, 현실에 맞는 법을 만들면 된다. 그러나 이것이 어려운 이유는 유학을 다녀온 엘리트 관료들이 책상에 앉아 법을 만들기 때문이다. 그들은 국민이 법을 잘 지키지 않는 것에 대하여 법이 약하기 때문에 잘 지켜지지 않는 것이라고 진단을 내리고, 법을 완벽하게 만들려고 더욱 애를 쓴다. 처벌도 더 강화하고 빠져나갈 구멍이 없게 조항도 추가한다. 그래서 역설적이게도 법을 지키는 사람들만 갈수록 더 힘이 들게 된다. 국회의원들의 경우에도 밑에서부터의 민의를 반영하기보다는 위로부터 공천을 받기 때문에 주로 기득권자의 입장에서 법을 만든다.

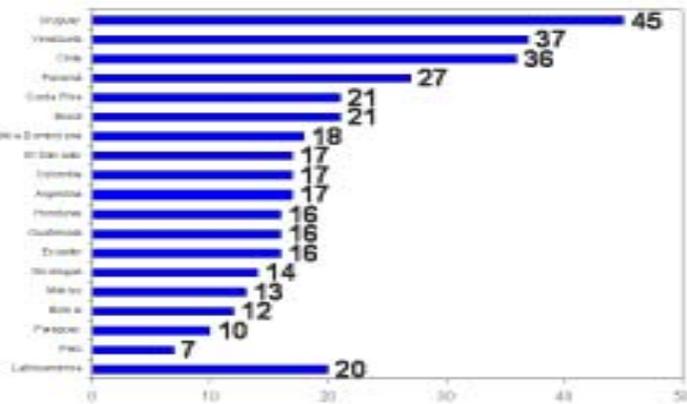
법이 지켜지지 않는 사회-경제적인 요인도 있다. 실업률이 높아 값싼 노동력이 넘쳐나는 상황에서는 최저임금제나 직원 채용에 있어 차별금지 조항을 지킬 필요가 작아진다. 가령, 멕시코에 들어온 다국적 기업들은 직원 채용 광고시 여성의 용모와 미혼 상태를 채용조건으로 내건다. 용모와 성별, 나이와 혼인상태 등에서 차별을 금지하는 멕시코 노동법의 관련 조항이 사문화되어 있기 때문이다. 이베로아메리카에만 국한된 것은 아니지만 이베로아메리카의 오랜 관행으로 굳어진 부패문화 역시 법을 무력화(無力化)시키는 주요 요인이다. 아르헨티나에서는 1999년에 정치인의 재산신고법을 제정하였지만 실효를 못 거두는 것이 그 한 예이다. 관료주의의 관행이 법의 시행을 가로막기도 하는데, 페루에서는 2002년에 공공정보 공개와 접근에 관한 법을 만들었지만 법을 강제할 수 있는 규정이 갖춰지지 않아 실효성이 없는 실정이다. 대체로 이베로아메리카의 법은 이상적일 정도로 완벽하지

만 선언적인 의미에 그치고 마는 것이, 법의 집행을 받쳐줄 각종 소송법은 미비된 경우가 많기 때문이다. 이래저래 이베로아메리카에서는 아직도 법은 존중되지만 지켜지지 않는다는

공신력을 인정받고 있는 ‘라틴바로미터’라는 비정부기구(NGO)의 2005년 설문조사에 의하면, 준법정신에 대한 질문에 이베로아메리카 인들은 평균 20%만 지키는 편이라고 답을 하고 있다. 우루과이는 45%가 법을 지킨다고 답하여 이 부문에서도 일등을 차지하였고, 베네수엘라는 37%가 그렇다고 하여 차베스로 인한 국론의 양극화에도 불구하고 비교적 사회적 안정이 유지되는 저력이 이에 있음을 짐작하게 한다. 칠레는 36%로서, 평등권을 누리는 정도는 약하지만 준법정신은 높다는 것을 보여준다. 불과 7%만이 법을 지킨다고 하여 최하위로 처진 페루는 그 정치-사회적 무질서를 여실히 반영한다. 국가가 법을 준수시킬 수 있는 권위를 가지고 있는가에 대해서 2004년에는 10점 만점에 4.5점에 그쳤으나 2005년에는 5.1점을 나타내 간신히 체면치레를 하게 되었다.

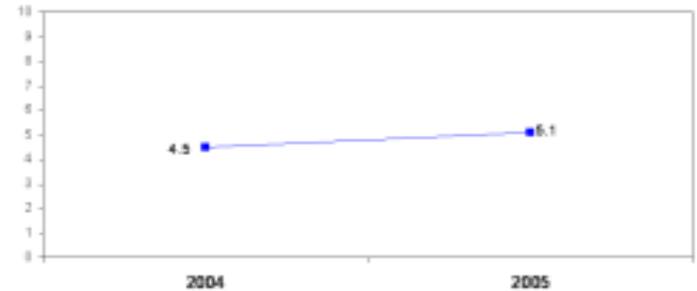
<표1> 2005년 국가별 시민의 준법정신 통계

Q : 당신은 국민들이 법을 잘 지키고 있다고 보십니까?
A : “상당히 그렇다”와“대체로 그렇다”를 합한 수치



<표2> 국가가 법을 집행할 수 있는 권위 (2004~2005기준)

Q : 1에 가까울수록 법을 집행할 수 없게 되고, 10에 가까울수록 법의 집행이 잘 이루어진다고 할 때, 당신의 국가는 어디에 위치합니까?



3. 법 앞에 평등하지 않다

이베로아메리카인들이 잘 쓰는 말 중의 하나가 “그건 옳지 않다” 혹은 “정당하지 못하다”(No es justo.)라는 말이다. 옳지 않은 일에 대해 그들은 끊임없이 항의를 하며 산다. 학생들은 “시험이 그렇게 어려운 건 옳지 않아, 그리고 선생님이 그토록 무자비하다는 것도 옳지 않아”, 서민들은, “누군 그렇게 많이 벌고 많이 써대고, 누군 아무 것도 가진 게 없다는 건 옳지 않아”, “수많은 사람이 굶어 죽는다는 건 옳지 않아” 등등의 말을 어디서나 쉽게 들을 수 있다. 기본적으로 법이 정의를 실현하는 수단이라고 할 때 이베로아메리카인들은 법이 세상의 불의를 얼마나 시정한다고 생각할까? 그들은 모든 사람이 법 앞에 평등하다고 믿을까?

‘라틴바로미터’의 2005년 설문조사에 의하면, 스페인어권 17개 국가와 포르투갈어권 브라질을 포함하여 모두 18개 국가의 사람들이 ‘법 앞에 평등한가’라는 질문에 대해 71%가 ‘전혀/거의 그렇지 않다’고 답하였다. 긍정적인 답은 26%에 지나지 않았다. 나라별로 통계수치를

들여다볼 필요도 있는데, 우루과이와 베네수엘라가 46~47%대를 나타내는 데 반해, 비교적 법치주의가 확립되어 있다고 자타가 공인하는 칠레에서는 20%에 머문다. 베네수엘라는 차베스의 포퓰리즘 정책의 효과로 빈민들이 민주주의가 개선되었다고 느끼는 비율이 높아졌기 때문이고, 칠레에서는 과거 피노체트 대통령 시절 군부독재의 만행과 과오를 단죄하지 못하는 것에 대한 불만과 함께 일반적으로 법조인에 대한 불신이 높은 탓 때문으로 보인다. 역시 7~80년대 ‘더러운 전쟁’의 수행자인 군부를 준엄한 법의 심판대 위에 세우지 못하는 데다가 사법부의 부패가 심하고, 극도의 경제적 혼란마저 겪은 아르헨티나에서도 법의 평등은 18%로 평균 이하의 수치를 보인다. 오랫동안 정치, 경제적으로 안정을 누려온 코스타리카는 36%로 비교적 높은 편이나 중미의 모범 민주주의 국가라는 명성에 비하면 그다지 만족할 만한 수준이 아니다.

사법 권력에 대한 신뢰도 면에서는 이베로아메리카 18개국 평균 31%의 신뢰도를 보여주고 있다. 역시 우루과이가 51%로 가장 높고, 니카라과에서는 불과 15%만이 사법부를 신뢰하는 것으로 나타난다. 40% 이상의 신뢰도를 보이는 나라는 우루과이를 포함하여 코스타리카, 베네수엘라, 브라질, 콜롬비아, 도미니카공화국 등 6개국으로서 다른 부문에 비해 비교적 신뢰도가 높은 편이다. 칠레에서는 일반 국민의 준법정신에 비해 법조인의 윤리성은 뒤떨어져 27%의 신뢰도를 얻고 있을 뿐이다. 칠레 사람들의 신뢰수준에 따라 직업을 나눠보면, 교회-경찰-대통령-기업인-언론인-군인-법조인-정치인-노조 순이다. 페루에서는 후지모리 대통령 시절 권력의 2인자인 몬테시노스가 판사의 대부분을 임직으로 갈아치운 뒤 사법부를 좌지우지하면서 거액의 뇌물을 받고 재판 결과도 마음대로 뒤집는 전횡을 일삼았었는데, 이제 그런 일은 사라졌지만 아직 사법부의 신뢰도는 20%에 그치고 있다.

위의 결과처럼 이베로아메리카에서 법 앞에 평등하다는 의식이 낮은 것은 한 마디로 법치국가에 이르지 못하고 있다는 증거이다. 노벨 문학상 수상자인 파블로 네루다는 “대도(大盜)는 법이 보호하고, 빵 한 조각을 훔친 자는 감옥이 보호한다”(El fuero para el gran ladrón, la cárcel para el que roba un pan.)라고 꼬집은 바 있다. 역사적으로 호족(caudillo)들이 지방의 실질적 통치자로서 전횡을 일삼은 전통 때문에 아직도 사병조직을 거느리고 관료조차 부리는 세력가들이 존재하고, 군부 쿠데타의 위협 때문에 군부에게 사실상의 면책특권을 부여한다. 덧붙여, 힘없는 시민은 가차 없는 처벌의 대상이지만 무리를 이루어 시위대랍시고 난동을 부릴 때는 공권력이 수수방관하는 것도 이베로아메리카적인 특징이다.

반면에, 인구의 대다수가 빈곤층인 이베로아메리카에서 가난한 사람들은 복지정책의 주대상도 아니고 법의 보호도 제대로 받지 못한다. 정치가 안정되지 못하고 권력과 부의 편중이 뚜렷한 곳, 즉 사회적 불평등이 심한 곳에서 이들은 고등교육을 받거나, 정규직으로 취직하거나, 재산을 형성하거나 신용대출을 받을 기회조차 없는 경우가 대부분이다. 이들은 법의 보호대상이라기보다는 법의 횡포 앞에 놓여지기 십상이어서 특히 공권력에 의한 폭력이 많은 이베로아메리카에서 이들의 인권이 침해를 입는 경우가 다반사이다. 도시의 빈민 혹은 난민으로 살아가거나 시골에서 게릴라에 포섭되거나 마약을 재배하는 이들이 범죄에 연루될 가능성은 높아지나, 이베로아메리카의 감옥에 수감된 자들의 70%가 관선 변호사의 도움조차 받지 못한 채 수형생활을 한다. 이유는 첫째, 변호사들이 관선 변호를 기피하기 때문이고, 둘째, 무성의한 변호나 변호사들간의 ‘승부조작’ 때문에 관선변호를 피의자들이 강력히 요구하질 않기 때문이다. 반면에 부자들에게는 형법 대신 민법이 적용되는 것을 보면 여기에서야말로 유전무죄, 무전

유죄이다. 그러므로 이베로아메리카에서 법 앞에 평등이 이루어지려면 단순히 사법제도의 개혁만으로는 불충분하며, 경제발전이 이루어지고 그 혜택이 골고루 분배되는 경제 정의의 실현과 더불어, 정치적 입김으로부터 벗어나 사법권의 독립과 권위가 증진되어야 하므로 결국 정치제도의 개혁과도 연관되어야 할 과제이다.

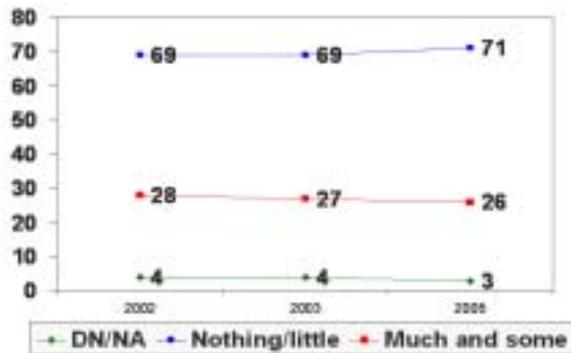
<표3> 법앞의 평등 (1996~2000기준)

Q : 당신은 모든 국민이 법앞에 평당하다고 믿는가?



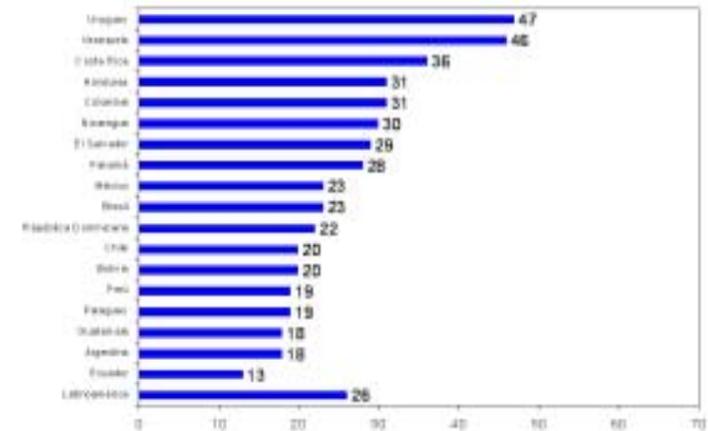
<표4> 법앞의 평등 (2002~2005기준)

Q : 당신은 모든 국민이 법앞에 평당하다고 믿는가?



<표5> 법앞의 평등 (국가별 통계 2005기준)

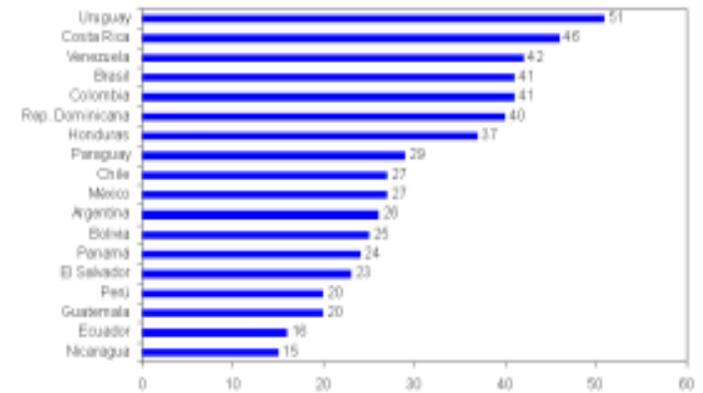
Q : 당신은 모든 국민이 법앞에 평당하다고 믿는가?



<표6> 사법법에 대한 신뢰 (국가별 통계 2005기준)

Q : 당신은 사법부에 대해 어느 정도 신뢰를 갖고 있는가?

A : "상당히 신뢰한다"와"대체로 신뢰한다"를 합한 수치



4. 직업으로서의 법률가 선호사상

이러한 실정에 놓인 이베로아메리카에서 법률가는 가장 논란이 많은 인물 중의 하나이다. 권력의 후광을 업은 일류 직업이긴 하지만 윤리적 이중성에 대한 의심을 받고 있기도 하기 때문인데, 이 지역에서 법은 오랫동안 대학 진학 시 가장 인기 있는 전공의 자리를 차지해 왔고 현재도 어느 정도는 그런 편이다.

이 지역에서 변호사로 활동하려면 언변도 필요하지만 필력이 뛰어나야 한다. 스페인의 법 전통을 이어 받아 철저한 성문법주의를 따르고 있어서, 증언 및 진정서뿐만 아니라, 대부분의 소송 절차가 문서로 진행되기 때문에, 재판 당사자들이 판사 앞에 나와 한 마디도 하지 않은 채 많은 재판이 이루어지곤 한다. 그 결과, 필력이 좋은 것이 변호사에게 있어 매우 중요한 자질로 꼽힌다.

식민지 시대가 지난 후에도 잦은 법률분쟁을 통하여 법률가는 일종의 편의품이라기보다는 필수품의 지위를 점하게 되었다. 따라서 이 지역에서 역사적으로 정치계뿐만 아니라, 문화계의 중요한 자리마다 법률가가 포진되어 있다. 그러나 법률가에 대한 수요가 증가함에 따라 법과대학은 사실상 변호사 공장처럼 되었고, 법률시장은 포화상태에 이르렀다. 오늘날에는 이베로아메리카 지역의 변호사가 택시를 몰거나 길거리에서 사탕을 파는 일도 심심치 않게 볼 수 있다. 이러한 상황임에도 불구하고, 수용한계를 훨씬 넘어선 법률시장에 해마다 수천 명의 법률가들이 쏟아져 들어오는 실정이다.

이베로아메리카인들 사이에 이 직업의 명성이 퇴색하고 있는 것이 사실이긴 하지만, 그래도 아직까지 그 이미지는 위력적이어서 많은 부모들이 자기 자식을 법률가로 만들고 싶어 한다. 쿠바의 피델 카스트로도 법대 출신이지만, 카를로스 푸엔테스, 니콜라스 기엔, 가르시

아 마르케스, 세사르 바예호, 후안 룰포, 마리오 바르가스 요사 등 기라성 같은 이베로아메리카의 문인들이 자기가 좋아서라기보다는 가족과 사회의 압력 하에 법학을 전공했던 것이다. 이런 현상은 지금도 일어나고 있으며 앞으로도 쉽게 수그러들지 않을 전망이다.

참 고 문 헌

- 임상래 외(1998), 중남미 사회와 문화, 부산외대출판부.
- 이미숙 외(2001), 남미가 확 보인다, 학민사.
- 강석영(1996), 라틴아메리카사, 대한교과서주식회사.
- Daniel Balderston(ed.)(2000), Encyclopedia of Contemporary Latin American and Caribbean Cultures, Routledge, N.Y.
- Carrillo Flórez, Fernando(2007), Gobernabilidad y Sistemas de Justicia, http://www.iadb.org/sds/doc/sgc_Doc46-S.pdf
- Pazos, Luis(2007), Inestabilidad Constitucional, Las malas leyes latinoamericanas, <http://www.luispazos.com.mx/?cat=13>
- Nugent, Guillermo(2005), Las buenas costumbres y las malas leyes: un mundo en dos dimensiones (texto aparecido en La Trampa de la Moral Unica. Argumentos para una democracia laica, Lima, 2005. Síntesis y edición de ENVÍO) <http://222.envio.org.ni>
- Lucia Pinzón, Martha(2007), Constituciones latinoamericanas: aportes y perspectivas, http://americas.fiu.edu/Commentators/Martha_Pinzon/pinzon_94_spa.pdf.
- Alarcón, Francisco(2007), Se acata, pero no se cumple, <http://articulosfalar.blogspot.com>
- Pastor Fasquelle, Rodolfo(2007), Las renunciadas de German y Soraya: fábulas para la posteridad, <http://portal.rds.org.hn/listas/catrachos/msg11719.html>
- Informe Latinobarometro 2005 <http://www.latinobarometro.org>

(뉴욕타임스특약-박봉현기자. 2006), 글로벌 미국 대기업들 멕시코에서 고용 차별,

<http://sf.koreatimes.com/article/articleview.asp?id=353466>

국제인권연맹보고서(2005), 멕시코: 나프타(NAFTA)가 인권에 미친 영향, (기획 번역: 자유무역기업, 노동권을 밟고 서다)

<http://www.sarang.or.kr/bbs/view.php?board=hrweekly&id=125>

“이베로아메리카 법 문화에 대한 소고”에 관한 토론문

류 시 조

(부산외국어대학교 법경찰학부 교수)

이 발표문은 이베로아메리카 국가들을 중심으로 이베로아메리카 제국의 법문화의 특성을 매우 흥미롭게 소개하고 있다. 우리나라 학문의 풍토는 주로 북미대륙이나 유럽의 선진제국의 법제도나 법문화를 중심으로 소개되는 있는 현실에서, 비교적 우리나라와는 지정학적으로나 문화적으로 비교적 생경한 이베로아메리카 제국의 법문화의 특성을 소개하고 있다는 점에서 매우 흥미로운 발표라고 할 수 있다.

최근 중남미 제국과의 교역이 확대되고, 세계화와 자유무역협정 등의 영향으로 우리나라 경제적 이해관계는 비약적으로 늘어나고 있으나, 정작 이들 국가의 법제도나 법문화에 대한 관심과 이해도는 매우 낮은 수준이라는 현실을 감안하더라도 이 발표문은 우리 현실의 빈약한 문헌과 자료로 인하여 소기의 성과를 달성하는 데는 성공적이라고는 할 수 없다. 그러나 식민시대 이후 이베로아메리카제국의 법문화 현상의 공통적인 요소를 적절히 지적하고 있다. 이베로아메리카 국가들은 독립 이후 이상적인 헌법제정을 통해 건국의 기틀을 세웠으나, 현실과의 괴리감으로 인해 헌법은 명목적인 규범으로 전락하여 법에 대한 이중적 가치관을 가지게 되었음을 적절하게 지적하고 있다. 이로 인해 발표자는 ‘존중하지만 지키지 않는 법’, ‘법 앞에 평등하지 않다’, ‘직업으로서 법률가 선호사상’이라는 타이틀로 이베로아메리카 사람들의 이중적 사고를 지적하고 있다. 발표문은 이베로아메리카란

용어에서 보는 바와 같이 이베리아반도에 위치한 식민종주국인 스페인 포르투갈의 법문화가 식민지였던 이베로아메리카 국가의 법문화 형성 유지에 어떠한 영향을 미쳤는지를 매우 흥미롭게 보여 주고 있다는 점에서 이베로아메리카 법문화의 특성을 이해하는 데 어느 정도 갈증을 해소하였다고 할 수 있다.

그러나 언어와 역사적 배경, 지정학적 위치, 생태학적 환경을 달리 하는 수십 개 국가의 법문화를 이베로아메리카의 법문화라는 틀로 단순화 일반화하는 것 또한 매우 위험한 작업일 수 있다. 발표자는 이들 국가 간의 법률문화의 차이나, 법의식의 차이, 법 평등의식, 법률가에 대한 이중적 태도에 편차가 큼에도 불구하고, 이들 국가 간의 법문화의 차이에 대한 분석이 부족하거나 매우 피상적으로 보여준다는 점에서 여전히 발표자의 발표제목에서 보여 주는 바와 같은 소기의 목적을 달성하는 데는 실패하였다고 할 수 있다.

그러나 이번 발표에서는 앞으로 우리 연구자들로 하여금 이베로아메리카 법제도 및 법문화에 대한 갈증을 더욱 높혀 주고, 이들 국가에 대한 연구의 필요성과 분발을 촉구하는 계기가 된다는 점에서 만족하여야 할 것 같다. 특히 법과 문화는 매우 상관도가 높은 영역이지만, 국내의 연구풍토는 독립적이거나 서로 배척하는 듯한 학문 간의 영역 이기주의가 작용한다는 점에서 모두가 반성하여야 여지를 가지고 있다. 이러한 현실 여건에서 발표자가 법학자가 아님에도 법적 현상에 관심을 가지고, 법문화적 특성을 간결하게 지적하고 있는 점에서 학제간의 연구와 교류를 확대할 수 있는 지원과 노력을 상기시키고 있다.

이베로아메리카법제의 발전과 동향

이 세 정
(한국법제연구원 부연구위원)

제 2 주 제

. 서 언

일반적으로 ‘이베로아메리카’란 과거에 스페인의 식민지였던 19개의 독립 공화국과 포르투갈의 식민지였던 브라질을 총칭하는 용어¹⁾를 말하고, ‘이베로아메리카법’이란 이베로아메리카 제국의 법을 총칭하는 용어다.¹⁾ 이베리아 반도 2국, 즉 ‘스페인, 포르투갈’의 식민지배를 받았던 연혁상의 이유로 이베로아메리카 지역의 법을 이베로아메리카법이라고 부르는 것이다. 이베로아메리카라는 용어 외에도 이들 지역 국가의 법을 총칭하기 위하여 ‘라틴 아메리카법’, ‘중남미법’이라는 용어도 사용된다.²⁾

여기서는 이베로아메리카 제국의 법을 총칭해서 ‘이베로아메리카법’이라는 용어를 사용하기는 하나, 이베로아메리카 제국간에 공통하는 법이 존재하는 것도 아니고, 이 지역에서 법의 전면적인 통일이 이루어진 바도 없다. 그러나 이 명칭은 단순히 지역적인 관점에서 편의상 사용되는 명칭이라고 할 수는 없다. 왜냐하면 이베로아메리카제국은 과거에 스페인, 포르투갈의 식민지배를 받았고, 이를 통해서 중주국의

1) Rogelio Pérez Perdomo, Notes for a Social History of Latin American Law: The Relationship Between Legal Practices and Principles, 52 REV. COLEGIO DE ABOGADOS P.R. 1 (1991), in: Ángel R. Oquendo, LATIN AMERICAN LAW, FOUNDATION PRESS, New York, 2006, p. 66.

2) 中川和彦, 라틴아메리카법의基盤, 成城大學法學部研究叢書 7, 千倉書房, 2000, 7頁 參照.

언어 종교 가치 등을 전수받았다.³⁾ 이들 제국의 법제는 연혁상 이들의 종주국의 입법, 법문화와 전통적으로 결부되어 있으며, 더 나아가 독립 후 이베리아 2국의 식민지였던 국가들도 프랑스, 이탈리아의 입법 법문화의 영향을 강하게 받고 있기 때문이다. 이러한 연혁으로부터 이들 국가의 법제에는 어느 정도의 공통성이 인정된다.⁴⁾

비교법학상 법계론에서는 이베로아메리카법은 대륙법계, 보다 엄밀하게 말하면, 프랑스법계에 속한다고 할 수 있고, 따라서 이베로아메리카법은 이베로아메리카의 북방에 위치한 미국의 보통법계와 대비할 수 있다.⁵⁾

한편 이러한 이유로 이베로아메리카법은 유럽법의 투영(Projektion der Rechte Europas auf das einstige amerikanische Kolonialgebiet)⁶⁾에 불과하다는 견해도 있다. 하지만 이베로아메리카 제국은 독립 후, 다른 선진 제국의 입법의 영향도 받고 있다는 점에서 이러한 견해는 반드시 타당한 것으로 볼 수 없다. 이러한 다른 선진 제국의 입법의 영향으로는 다음과 같은 것을 그 예로 들 수 있다.

- i) 이베로아메리카 제국의 독립 후의 헌법에 대한 미국헌법의 영향,
- ii) 독립 후의 경제 발전, 특히 이를 위한 외자의 도입의 필요에서 19세기부터 20세기 초에 걸친 영국법제의 수용,
- iii) 미국의 자본의 이베로아메리카 진출에 수반한 몇몇 국가에서의

3) Rogelio Pérez Perdomo/Lawrence M. Friedman, Latin Legal Cultures in the Age of Globalization, Lawrence M. Friedman/Rogelio Pérez Perdomo (ed.), Legal Culture in the Age of Globalization Latin America and Latin Europe, Stanford University Press, Stanford, California, 2003, p. 1-2.

4) 中川和彦, 라텐아메리카법에서의 법의繼受의若干의考察, 라텐아메리카 레파-트, Vol. 21 No. 1, 3頁.

5) 中川和彦, 前掲論文, 3頁.

6) Friedrich Wilhelm von Rauchhaupt, Vergleich- und Angleichbarkeit der Rechte Süd- und Mittelamerikas, 20 Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht 121, 1955, S. 122; 中川和彦, 라텐아메리카법의基盤, 7-8頁..

신탁제도의 계수(특히 멕시코, 최근에는 아르헨티나),⁷⁾

- iv) 최근 미국 자본주의의 압도적인 영향으로부터 수권자본제 등 미국회사법상 제제도의 다수 국가에서의 수용,
- v) 다수 국가에서의 미국법의 영향에 의한 독점금지법의 제정,
- vi) 브라질 민법전에서의 독일법의 영향,⁸⁾
- vii) 의외의 계수의 예로서 구 소련민법을 수용한 멕시코민법상 위험물사용자책임에 관한 규정,⁹⁾
- viii) 이베로아메리카 제국 상호간의 입법의 영향.¹⁰⁾

이상에서 살펴본 것처럼, 비록 이베로아메리카 전체를 포괄적으로 지배하는 법질서는 존재하지 않고, 20개 국가는 각각 그 자신의 법체계를 갖고 있지만, 그럼에도 불구하고 이 지역의 법적 문화적 공통성은 자명한 것이다. 그것은 가톨릭의 지배, 스페인어 및 포르투갈어의 사용, 남동부 유럽의 문화와의 유사한 문화의 존재를 가져온 이베리아 반도 2국의 식민지배의 결과로부터 유래하는 것이다.¹¹⁾ 그리하여 이베로아메리카는 이베리아 반도 2국, 즉 스페인, 포르투갈의 법과 프랑스의 법을 주로 계수했지만, 그 외에도 미국, 영국, 구 소련 등의 법도 계수하고 있고, 또한 고유법으로 볼 수 있는 독특한 이베로아메리카법을 형성해 오고 있다는 점이 특기할 만하다.¹²⁾

7) 신탁제도의 계수에 대해서 보다 상세한 것은 Ruford G. Patton, Future of Trust Legislation in Latin America, 20 Tulane Law Review, 1946, p. 542; 中川和彦, 라텐아메리카에서의信託法の展開, 四宮和夫先生古稀記念論文集 民法 信託法理論の展開, 1986年, 弘文堂, 467頁 以下 參照.

8) 中川和彦, アルゼンティン, ブラジル, チリ三國における民法典編纂の素描, 海外事情, 22卷 7號, 1974年 7月, 36頁 參照.

9) 中川和彦, 라텐아메리카법에서의 법의繼受의若干의考察, 3頁.

10) 中川和彦, 라텐아메리카법의基盤, 16-17頁.

11) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., pp. 66-67.

12) 中川和彦, 라텐아메리카법에서의 법의繼受의若干의考察, 3-4頁.

이하에서는 이베로아메리카법제의 발전과 동향을 사법제도를 중심으로 살펴보고자 한다. 이를 정확하게 이해하기 위해서는 이베로아메리카법의 연혁에 대한 이해가 선행되어야 하므로 먼저 이에 대해서 개관하고자 한다.

이베로아메리카법의 연혁

이베로아메리카법의 연혁을 살펴볼 때, 당연히 신세계, 즉 아메리카 대륙의 선주민족(先住民族)의 고유한 법 내지 토착의 법을 우선 다루어야 할 것이다. 그러나 여기서는 콜롬버스(Christopher Columbus, 1451. 8. 26?~1506. 5. 21)가 신대륙을 발견하기 전 단계(pre-Columbian period)의 법은 고려하지 않는다. 왜냐하면 그 기간 동안의 그 지역에서의 법적 상황에 대한 문헌은 거의 없고, 또한 식민지화 과정을 통해서 그 문명의 대부분이 파괴되었기 때문이다.¹³⁾

따라서 이하에서는 이베로아메리카법의 연혁을 식민지배기(독립 전단계)와 독립 후(19세기), 현대(20세기 이후)로 나누어 살펴보고자 한다.

1. 식민지배기(독립 전단계)

이베리아 반도의 전제군주들은 식민지인을 기독교(가톨릭)인으로 동화시키는 것과 강력한 힘을 보유한 식민지 이주자의 권력남용으로부터 토착민을 보호하는 것을 식민지화의 목표로 삼았다. 그러나 17세기에 잉글랜드처럼 스페인, 포르투갈도 전비의 급증, 새로운 군사기술의 필요, 영토확장정책으로부터 제기된 극심한 재정적 위기에 직면했기 때문에, 그 뒤에 숨겨진 식민지화의 목표는 왕국(Crown)의 재정적 필요에 부응하기 위해서 식민지에서 발생한 세금을 징수하는 것이었다.¹⁴⁾

13) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., p. 68.

14) Douglas C. North, The Spanish Empire in America, 1963, p. 113.

이러한 목표를 달성하기 위하여 이베리아 반도의 전제군주들은 다음과 같은 여러 가지 방식으로 식민지 영토에서 적용할 수 있는 법을 정비했다.

- i) 식민지배 당시의 공식적인 법은 포르투갈의 식민지였던 브라질에서는 포르투갈 법이었고, 카스티야 왕국¹⁵⁾의 지배를 받은 스페인 식민지에서는 카스티안(Castilian)이었다.¹⁶⁾
- ii) 하지만 종주국의 법을 그대로 식민지 영토에 적용하는 것에는 한계가 있었기 때문에, 이와 같은 공식적인 종주국의 법과 기구를 적용하되, 지역적 필요와 특성에 합치하게 수정하는 경우도 있었다.¹⁷⁾
- iii) 또한 이베리아 반도의 전제군주들은 강력한 정치 및 경제조직을 발전시켜 왔던 잉카나 아즈텍과 같은 원주민의 사법적 관행의 일부를 이베로아메리카 법제에 편입시키기도 했다.¹⁸⁾
- iv) 종주국의 법제도의 채용과 지역적 필요와 특성에 합치하는 법제도의 수정에도 불구하고, 식민지 의회에 입법권을 부여했다. 이에 따라 식민지 의회는 토착민의 보호에 관한 기본적인 사항을 다루기 위하여¹⁹⁾ 특히 식민지 영토에 적용할 수 있는 입법을 개발했다.²⁰⁾

15) 15세기의 전반에 당시 아메리카대륙에 성립해 있었던 아즈텍 왕국, 잉카 제국 등은 카스티야(Castilla)인에 의해서 정복되었다. 이후 19세기 초의 독립까지 그 지역은 카스티야 왕국(카스티야 왕국은 1037년부터 1479년까지 이베리아 반도의 톨레도와 마드리드를 중심으로 발전한 기독교 왕국을 말한다. 뒤에 아라곤 왕국과 통합하여 스페인(에스파냐) 왕국이 되었다)의 지배를 받았다. http://krdic.naver.com/search.nhn?query_euckr=Castilla

16) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., p. 68.

17) Cf. C.H. Haring, op. cit., p. 5.

18) C.H. Haring, op. cit., p. 101.

19) Felip Saez Garcia, The Nature of Judicial Reform in Latin America and Some Strategic Considerations, American University International Law Review, Washington College of Law, 1998, p. 1278.

20) C.H. Haring, op. cit., pp. 102.

이와 같이 이베리아 군주들이 그들의 식민지에서 적용하기 위해서 포르투갈 법과 카스티야를 채용하거나 수정한 법의 명칭을 ‘인디아노스 법’(Indianos law)이라고 불렀다. ‘인디아노스 법’은 다음과 같은 특징을 갖고 있다.²¹⁾

- i) 비록 ‘인디아노스 법’이 두 가지 다른 법, 즉 포르투갈 법과 스페인 법으로 구성되어 있지만, 그 기본적인 구조는 모두 후기 중세로마법에서 유래된 것이고, 자연법의 영향을 받은 유럽법이라는 점,
- ii) ‘인디아노스 법’은 유럽에서 이미 존재했던 출생 및 직업의 차이에 따른 계급사회를 압도하는 인종의 차이에 입각한 (유럽인, 토착원주민, 아프리카인, 메스티조) 계급사회에서 운용되었다는 점.

이와 같은 ‘인디아노스 법’은 여러 가지 결함을 가지고 있었는데, 그 대부분의 결함은 식민지민이 그것에 복종하지 않는 경우가 많았다는 점에서 기인했다. 이것은 부분적으로 식민지 법률이 지역 사업의 정당한 이익과 충돌했고, 게다가 종종 토착민의 생활조건에 대한 현실적인 이해를 제대로 반영하지 못하는 등 법률이 식민지의 상황을 정확하게 반영하지 못하여 그 상황에 합치하지 않았기 때문이다.²²⁾

2. 독립 후(19세기)

(1) 독립국가의 형성

19세기 초 미국의 독립, 프랑스 혁명, 스페인의 부르봉(Bourbon) 왕가의 몰락 등은 이베로아메리카 사회의 내적 성숙 및 독립에 영향을 미쳤다.²³⁾ 19세기 초 이베로아메리카의 대부분은 이베리아 반도 2국

21) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., p. 68.

22) C.H. Haring, op. cit., p. 114.

23) Douglas C. North, op. cit., p. 103.

의 식민지배로부터 독립했다.²⁴⁾

독립 후 이베로아메리카는 국가의 형성, 헌법 및 법률의 제정, 특권의 제거 등의 도전에 직면하게 되었다.²⁵⁾ 유럽인을 조상으로 한 이베로아메리카 지역의 엘리트들은 유럽을 참고 대상으로서 관찰했고, 유럽의 정치적 및 법률적 연구²⁶⁾에 큰 관심을 가졌다. 이베로아메리카에서 가장 활동적이고 잘 알려졌던 저자들은(Picón Salas와 같은 법률가들) 그들의 사명을 매우 고급스러운 유럽적 사고를 이베로아메리카의 환경에 수용하는 것으로 간주했다. 그들은 이베로아메리카에서 지식과 이러한 관념의 유포를 새로운 국가의 건설과 글로벌 경제 체계로의 효과적 편입을 위해서 필요한 것으로 간주했다.²⁷⁾

이베로아메리카는 유럽법을 수용했으나, 단순히 유럽과 전혀 이질적인 국가들(예를 들면, 일본이나 우리나라)처럼 받아들인 것은 아니다. 그러나 이베로아메리카의 다양하고 불안정한 사회적 상황을 법제도에 반영하지 못했다. 법적 구조물은 도시 엘리트들에게는 중요했지만, 대중에게는 상당한 거리감이 있었다. 게다가 매우 제한된 소수의 법률가들만이 법적으로 훈련되었고, 그들 중의 대부분은 수도 또는 대도시에 거주했다.²⁸⁾

결과적으로 유럽적 모델은 이 기간 동안 사회적 현상을 도외시키고

24) 콜롬비아, 페루, 볼리비아 등에서는 군주제를 선호하는 경향도 존재했지만, 브라질, 멕시코 등에서는 일반적으로 공화주의 정신이 우세했다. Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., pp. 69-70.

25) 이러한 임무는 법학과 정치학의 발전을 요구했다. 이들 학문의 불가해한 비밀에 능수능란했던 법률가들은 국가경영에서 필수불가결한 존재였다. Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., p. 73.

26) 19세기에 유럽 국가들 사이에서는 법학 연구가 활발하게 이루어졌고, 그들의 법은 국경을 초월하여 영향을 미쳤다. 이와 동시에 유럽 국가들 사이의 사회적 문화적 차이는 보다 현저해졌다. 그러나 이들 국가는 유사한 법적 기본구조를 가지고 있었다. 사비니(Savigny)의 표현을 빌리면, 법률 지식 그 자체는 사람들의 정신의 일부이거나 또는 그 산물이라는 사실에도 불구하고, 이러한 수렴은 법적 지식의 교환을 용이하게 했다. Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., p. 71.

27) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., p. 72.

28) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., pp. 72-73.

무차별적으로 수용되었다고 할 수 있다. 즉 법과 사회적 실재(현실)의 간격이 크게 벌어졌다.

(2) 헌법의 제정

독립 후 20년 동안 이베로아메리카의 법률가들은 ‘국가의 조직’을 중요하게 연구했고, 이베로아메리카 법에 유럽 헌법적 텍스트 또는 법전을 구체화하려는 경향이 있었다. 그 당시 이베로아메리카법은 앞서 언급한 것처럼 유럽법에 맞을 내렸음에도 불구하고 이러한 과정은 창의적인 것이었는데, 왜냐하면 그것은 개별 국가의 상황에 맞게 법률 문구를 재단하는 것이었기 때문이다.²⁹⁾

그리하여 이 시기에 다수의 헌법이 제정되었다. 이 때 큰 영향을 미친 것은 당시 그 지역에서도 유포되어 있었던 프랑스의 ‘인간과 시민의 권리선언’(1789)과 ‘미합중국헌법’(1788년)이었다. 이것은 앞서 언급한 것처럼 미국의 독립이나 프랑스의 정치사상이 이베로아메리카의 독립에 큰 자극원이 되었기 때문이다.

이베로아메리카에서 새롭게 건국된 독립 국가의 헌법전은 대개 진보적 내용의 헌법으로 알려진 스페인의 1812년 헌법[소위 ‘카디스(Cádiz) 헌법’]³⁰⁾을 모범으로 하여 제정되었다.³¹⁾ 그리하여 대부분의 신생 이베로아메리카 정부의 헌법은 엄격한 권력분립의 원칙을 채택했으며,³²⁾ 이

29) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit. p. 72.

30) 카디스(Cádiz) 헌법은 스페인 역사상 최초의 근대적 의미의 입헌주의적 헌법이라 할 수 있다. 스페인의 수도 마드리드를 정복한 프랑스의 나폴레옹 황제가 1808년 스페인 왕 Fernando 7세를 퇴위시키고, 자신의 동생인 José Bonaparte를 스페인 왕으로 임명한 것에 대해 스페인 국민은 왕권을 회복하기 위한 독립전쟁을 일으켰지만, 이들 세력이 중심이 되어 1810. 9. Cádiz라는 지중해 연안 도시에서 국회를 소집하고, 이 국회에서 국민주권을 선포하고 이에 근거하여 1812. 3. 12. 신헌법을 제정 공포했는데, 이것이 바로 Cádiz 헌법이다. 김영철, 스페인 헌법재판제도에 관한 연구, 법대논총, 제2집, 건국대학교 법과대학, 1991, 101쪽.

31) 中川和彦, 라텐아메리카법의基盤, 17頁 參考.

32) Alejandro M. Garro, op. cit., p. 462; Felip Saez Garcia, op. cit., p. 1282.

때문에 이베로아메리카 제국의 헌법은 근대헌법의 기본원리인 국민주권, 권력분립, 기본적 인권 등을 초기부터 갖출 수 있었다.³³⁾

그러나 이러한 헌법의 내용이 독립 당시부터 현재에 이르기까지 이베로아메리카 제국에서 실현되고 있다고는 말할 수 없다. 오히려 많은 경우 헌법은 이들 국가의 입법자의 원망(願望), 정치이념을 밝힌 것에 불과했다고 할 수 있다.³⁴⁾

(3) 법제 정비

독립 후 이베로아메리카 제국은 입법사업에 착수하여 19세기 말까지 법전을 거의 정비했다. 법전을 편찬할 때 기초로 했던 것은 독립 전부터 시행했던 법령이었고, 식민지배 당시 본국의 법제였다.³⁵⁾

사법(私法)과 형법에서는 전통적인 스페인법이 계속적으로 효력을 발휘했고, 이 지역에 맞게 수정된 스페인 법이 대부분의 국가에서 법률 실무를 지도했다. 스페인 형법전과 스페인 민법전 법안이 볼리비아, 코스타 리카 등의 초기 법전 성문화에 영향을 미쳤다.³⁶⁾

33) 中川和彦, 라텐아메리카법의基盤, 17頁.

34) G. 안드라-데, 村江四郎共 譯, 라텐 아메리카-その政治と社會, 東京大學出版會, 1971, 56頁. 이러한 사정은 이들 제국에서 신헌법의 제정이 빈발했음에도 불구하고, 신구헌법의 내용에 큰 차이가 없다는 것에서도 알 수 있다. 현행의 대부분의 헌법은 20년 내에 제정된 것이다. 극단적인 예로서 베네수엘라는 그 독립 후 현재까지 20여 개의 헌법을 가지고 있다. 이러한 개폐는 그 국가의 정권교체와 관련된 것이다. 그러나 그 내용에는 큰 차이가 없다. 이것은 이베로아메리카에 빈발한 정권교체가 사회질서의 변혁을 의미하는 것이 아니고, 신헌법의 제정이 신정권합법화의 수단이 되었기 때문이다. 20세기에 들어서 이베로아메리카의 헌법의 발전은 새로운 단계에 접어들었다고 할 수 있다. 그 대표적인 예는 멕시코의 1917년 헌법이다. 이 헌법은 19세기 말부터 30년간에 걸친 티아스의 독재정치에 대한 혁명의 성과로서 제정된 것으로, 혁명의 이념을 구체화했다. 中川和彦, 라텐아메리카법의基盤, 成城大學法學部研究叢書 7, 千倉書房, 2000, 17頁. 이베로아메리카 제국의 헌법에 대해서 보다 상세한 것은 Albert S. Golbert & Jenny Nun, Latin American Laws and Institutions, 1982, N. 6. (Praeger), p. 35 et seq. 참조.

35) 프랑스법전을 계수한 것으로는 볼리비아 1830년 법전, 도미니카공화국 1884년 법전이 있다. 中川和彦, 라텐아메리카법의基盤, 20頁 脚註 (1) 参照.

36) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., pp. 69-70.

하지만 스페인으로부터 독립한 라틴아메리카제국의 법제, 특히 사법(私法)의 부문에 강한 영향을 미쳤던 것은 나폴레옹법전이라고 할 수 있다. 지역법과의 조정을 위해서 스페인 민법전이 1888년에 비로소 제정되었기 때문에 이베로아메리카 제국은 그 모범을 당시의 세계의 대표적 입법이었던 프랑스법에서 찾았던 것이다.³⁷⁾

또한 법, 특히 국제법에 대한 방대한 양의 선진적 이론적 연구가 보급되었다. ‘Jeremy Bentham’, ‘Benjamin Constant’, ‘Emerich de Vattel’, ‘Jean Jacques Burlamaqui’ 등이 이 지역의 법학 발전에 중요한 영향을 미쳤다.³⁸⁾

(3) 근대화의 진행

1860-1870년대에 이베로아메리카 지역에서는 근대화가 상당히 진전되었다. 이러한 발전은 국제적 경제 체제의 재편과 유럽에서의 이베로아메리카의 상품의 수요의 증가로 인한 것이었다.³⁹⁾

또한 이 지역에서 자유주의 경제적 사고가 유행했고, 이는 노예해방, 토지 및 그 밖의 재산권의 사유화에 기여했다. 그와 동시에 실증주의적 사상도 이베로아메리카에 널리 유포되었다.⁴⁰⁾

이베로아메리카 지역의 식민지배 권력으로서 스페인과 포르투갈은 이베리아 반도와 그 식민지에서 종교적인 정통성을 유지하는 것에 우선권을 두었고, 독립과 함께 이베로아메리카 엘리트들도 역시 사회 통제 수단으로서의 종교의 가치를 인식하고 있었고, 따라서 종교적 정통성의 유지를 고수하고자 했지만,⁴¹⁾ 실증주의자들은 근대화를 옹호했고, 19세기 초에 유행했던 계몽주의, 교회와 가톨릭 사상을 일반

적으로 비판했다. 거의 대부분의 이베로아메리카 국가에서는 교회(가톨릭)와의 갈등의 골이 깊어졌다.

아르헨티나, 멕시코, 브라질 등에서 근대적 법전이 제정되었고, 그 밖의 국가들은 진보적 수단을 구체화하기 위해서 그들의 법을 수정했다. 사법(私法)에서 대부분의 주석가들은 프랑스 스타일로 법전에 주석을 달았다는 점이 특기할 만하다.⁴²⁾

3. 현대(20세기 이후)

경제공황 및 제1 2차 세계대전 후 이베로아메리카 지역에서는 일반적으로 지식의 분야에서, 그리고 특히 법의 분야에서 유럽과 미국의 영향이 강화되어, 유럽법과 미국법이 신속하게 번역되었고 열렬하게 논쟁되었다. 또한 국가적 간섭의 증대와 성문화 경향으로 행정법이 흥수를 이루었다.⁴³⁾

한편 국가주도의 산업화 정책과 공적 지출은 비효율 부채 부패 등을 양산했고, 인플레이션 평가절하 엄격한 재정정책은 특히 대학 연구소 도서관 도서 판매 등에 타격을 입혔다. 이러한 위기가 법과 법적 사고에 어떠한 영향을 미치고 있는가를 정확하게 평가하기는 어렵다. 그럼에도 불구하고 많은 사람들은 이러한 위기를 인류의 생존에 대한 위협 또는 적어도 평화로운 사회적 공존에 대한 위협으로서 인식했다.⁴⁴⁾

현대 이베로아메리카 지역은 그 동안 도시화 산업화되었고, 농업생산으로부터 기업적 생산으로 변형되어 왔다. 비록 근대화의 속도가 나라마다 상이했음에도 불구하고 20세기 이후 이베로아메리카에서 19세기적 산물은 명백하게, 그리고 영구적으로 사라졌다.⁴⁵⁾

37) Jorge Barrera Graf, *El Derecho Mercantil en la América Latina*, 1963, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 26.

38) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., pp. 69-70.

39) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., p. 70.

40) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., p. 70.

41) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., p. 72.

42) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., p. 70.

43) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., pp. 70-71.

44) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., pp. 71.

45) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., p. 74.

매스 커뮤니케이션과 최신 기술의 발전은 실질적인 국가 공간을 창출했다. 게다가 전문적인 군대와 관료들은 국가적 차원에서 정치권력의 행사를 가능하게 했다.⁴⁶⁾

하지만 이베로아메리카 지역은 유럽이나 북미가 누렸던 근대화의 수혜를 누리지 못했다. 사회적 및 경제적 혜택으로부터의 배제는 다양한 문제를 가져 왔다. 예를 들면, 새로운 도시 거주자들의 다수는 불법건물과 황폐한 건물에서 거주했고, 노동법의 효과적인 보호를 받지 못한 채로 일했다.⁴⁷⁾

오래된 갈등과 제한이 상당부분 사라졌음에도 불구하고, ‘법의 지배’ 또는 ‘인권의식’은 미약한 상태로 머물렀다. 비록 군사독제는 사라졌지만, 그들은 여전히 잠재적 위협으로 작용했다. 민주주의와 법치주의를 구현하고자 했던 국가들에서 조차 정치세력 및 군부세력의 권력의 남용은 계속적으로 행해졌다.⁴⁸⁾

많은 국가들은 헌법적 기본권을 보호하기 위해서 사법적 메커니즘을 수립해 왔다. 개인들은 이러한 권리의 침해에 이의를 제기하고자 했고, 때때로 심지어 초국가적 법원에 이의를 제기하고자 했다. 수많은 사회적 불평등이 존재했음에도 불구하고 단지 법원에 이의를 제기하고자 하는 사람들을 위한 보호만을 제공하는 상황이 발생했다. 사법부에 대한 정치적 간섭은 심지어 사법부의 독립에 대한 공식적인 보장을 채용하고 있는 국가들에서 조차 일반적인 것이었다. 사회적 관행과 법적 원칙의 관계는 19세기에서의 경우와는 다른 이유에서기는 하나 여전히 문제가 있었다.⁴⁹⁾ 몇몇 학자들은 사회적 실재와 법적 원칙의 거리는 이베로아메리카 법 문화의 특징이라고 주장하기도 한다.⁵⁰⁾

46) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., p. 74.

47) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., p. 74.

48) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit., p. 74-75.

49) Rogelio Pérez Perdomo, op. cit. p. 75.

50) Kenneth Karst/Keith Rosenn, Law and development in Latin America: A Case Book, 1975.

이베로아메리카에서의 사법제도의 발전

1. 식민지배기(독립 전 단계)

이베로아메리카의 사법적 기구의 구조의 기원은 15세기의 이베리아 반도 2국과 그 식민지 영토에 설치된 식민지 사법적 기구로 거슬러 올라갈 수 있다.⁵¹⁾

식민지에서의 사법부는 그 기능, 관할권, 임명의 형식, 자격 요건의 점에서 큰 차이를 갖고 있는 세 개의 구조, 즉 의회, 아우디엔시아(Audiencia), 알칼데(Alcalde)로 구성되어 있었다.⁵²⁾

(1) 의회

중주국은 신세계가 스스로 통치할 수 있는 기회를 거의 부여하지 않았다. 모든 결정은 식민지 의회의 자문을 통하여 이베리아 전제군주들이 내렸다. 식민지 의회는 다음과 같은 특징을 가진 기구였다.

- i) 의회는 식민지에 관한 모든 행정적 및 정치적 문제에 대해서 군주에게 자문을 해 주는 일종의 자문기관이었다. 이처럼 의회가 자문기관의 역할을 수행했던 것은 최종적인 결정권한은 절대적으로 왕권이 보유했기 때문이다.⁵³⁾
- ii) 의회는 식민지 영토에 적용할 수 있는 특별규정을 발령할 수 있는 입법권한을 보유했다.⁵⁴⁾
- iii) 카스티야 의회에 이어, 식민지 의회는 (스페인) 제국의 제2의 행

51) See Elena Merino-Blanco, The Spanish Legal System, 1996, at 15.

52) Felip Saez Garcia, op. cit., p. 1276.

53) C.H. Haring, op. cit., p. 120.

54) Felip Saez Garcia, op. cit., p. 1276.

정기구이기도 했다.

- iv) 하지만 의회는 근대적 의미에서의 의회와는 달리 절대적 사법권 역시 보유했다. 그리하여 의회는 공적 및 사적 분쟁에 관해서 판단했다.
- v) 행정기관, 입법부, 상고법원으로서 직무를 수행했던 의회의 구성원은 대개 레트라도스(letrados)라 불리는 법률전문가였고, 이들은 왕에 의해서 임명되었다.⁵⁵⁾

(2) 아우덴시아

아우덴시아(Audiencia)는 ‘고등사법재판소’로서 1511년 (현) 도미니코 공화국의 수도인 산토 도밍고(Santo Domingo)에 처음 설치되었고, 1787년 페루의 쿠스코(Cuzco)에 설치될 때까지 총 13개가 식민지 영토에 설치되었다. 아우디엔시아는 총독과 지방행정관⁵⁶⁾의 절대적인 권력을 감독하는 데 중요한 역할을 수행했다.⁵⁷⁾

또한 아우덴시아는 식민지인의 법률 서비스에의 접근의 향상, 권리 보호의 촉진에 관한 책임을 졌다.⁵⁸⁾

애초에 아우디엔시아는 이베리아 반도 출신의 레트라도스들로만 구

55) Richard Konetzke, *América Latina II. La Época Colonial* (Siglo XXI ed.), 1995, p. 136; Felip Saez Garcia, *op. cit.*, p. 1276.

56) 전제군주와 의회의 의사는 식민지 이주자 또는 원주민의 필요와 무관하게 전제군주의 대리인으로서 행동하고 왕의 정책을 수행하는 것에 주요한 책임을 지는 총독, 지방장관(provincial governor)에 의해서 신세계에서 실현되었다. Luz E. Nagle, *Evolution of the Colombian Judiciary and the Constitutional Court*, 6 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 62, 63, 1995. 총독도 식민지에서 고등법원의 임무를 수행했고, 재정적 및 정치적 위기의 시기에 그들은 사법적 권한과 마찬가지로 최고의 집행권을 보유했다. 이것을 통해서 식민지 확장 초기부터 집행권과 사법권의 관계가 명확하게 분리되지 않았다는 것을 알 수 있다. Luz E. Nagle, *Judicial Reform in Latin America*, 30 *Cal. W. Int'l L.J.* 345, *California Western School of Law*, 2000, p. 3.

57) Felip Saez Garcia, *op. cit.*, p. 1276.

58) C.H. Haring, *op. cit.*, p. 120.

성되었다. 하지만 후기에는 식민지 영토에서 태어나서 이베리아 반도에서 교육받은 법관들로도 구성되었다.⁵⁹⁾

(3) 알칼데

알칼데(Alcalde)는 인민 선거 및 정부 또는 시당국의 지명의 결합방식에 의해서 지명된 시의 시민재판관(lay judge)을 말한다. 엘카이드의 기능 및 역할에 대한 기록은 다른 법원에 대한 것들과 마찬가지로 많지 않지만, 알칼데가 그 시의 경계 안에서 보통의 민사 및 형사재판을 수행했고, 그의 결정이 아우디엔시아(Audiencia)에 의한 재심사의 대상이 된 것으로 보인다.⁶⁰⁾

(4) 소결

이상에서 살펴본 바에 의하면 의회와 아우디엔시아, 엘카이드는 모두 사법적 기능을 수행했다. 다만, 의회와 아우디엔시아는 순수한 사법적 기능을 넘어서는 입법 행정에 관한 강력한 권한을 보유했다는 것을 알 수 있다. 즉 의회와 아우디엔시아는 몇몇 특수한 성직 군사 기능과 마찬가지로 입법 행정 사법 기능의 혼합기능을 수행했다. 하지만 알칼데의 경우에는 주로 사법적 기능만을 수행했던 것으로 보인다.⁶¹⁾

2. 독립 후

비록 기술적으로는 대륙법계에 속하나, 이베로아메리카의 사법제도에서는 보통법적 영향도 찾아볼 수 있다. 즉 사법심사, 필요에 의한 배심원제의 이용 등과 같은 몇몇 특수한 제도는 미국의 모델을 모범

59) Felip Saez Garcia, *op. cit.*, p. 1276.

60) Felip Saez Garcia, *op. cit.*, p. 1277.

61) Felip Saez Garcia, *op. cit.*, p. 1277.

으로 한 것이다. 또한 독립 후 거의 20년 동안 이베로아메리카는 지속적인 유럽적 영향으로부터 벗어났고, 법관의 탈전문가화, 특수한 법관양성 프로그램의 개발 등과 같은 독특한 특성을 추가했다. 이러한 혼합적 특성과 역사적 사회적 환경은 이베로아메리카에서 독특한 유형의 사법제도가 형성되는 데 영향을 미쳤다.⁶²⁾

이하에서는 이와 같은 이베로아메리카의 사법제도의 특성을 권력분립의 원칙에 비추어 살펴보고자 한다.

앞서 언급한 것처럼, 모든 신생 이베로아메리카 국가의 헌법은 엄격한 권력분립의 원칙을 채택했다. 그러나 실제에 있어서는 입법부 행정부 사법부 사이에서 효율적인 견제와 균형이 이루어지지 않았고,⁶³⁾ 행정부가 입법부와 사법부에 비해서 우월적인 권력을 보유했다. 즉 행정부는 입법부, 사법부, 공식 종교인 가톨릭을 넘어서는 지배적 역할을 수행함으로써 개인의 자유의 범위를 제한했다.⁶⁴⁾

입법부 집행부 사법부간의 권한의 적절한 균형에 관한 주된 관심사는 특히 의회와 행정부 사이의 권력의 균형에 집중되었고, 사법부는 그러한 관심사에서 그다지 중요한 역할을 담당하지 못했다. 즉 이베로아메리카 국가들에서 사법부는 대의민주제의 삼부(집행부, 입법부, 사법부) 사이에서 동등한 부분을 점하고 있지 않았다.⁶⁵⁾ 사법부는 정치적 및 경제적 엘리트의 분쟁에서 불모로서 사용되었고, 법원은 개인인 대통령 또는 정당에 대한 충성도에 따라 정치적 지명에 따라 구성되어져 왔다. 비록 고등법원판사들은 하급법원판사를 임명했지만,

62) Linn Hamnergren, *Fifteen Years of Judicial Reform in Latin America: Where We Are and Why We Haven't Made More Progress*, pp. 5-6, <http://www.pogar.org/publications/judiciary/linn2/latin.pdf>

63) Douglas C. North, op. cit., p. 116. 이것은 대개 개인화된 권력관계와 강력한 행정적 관료제에 기인한 것이었다. Felip Saez Garcia, op. cit., p. 1283.

64) Alejandro M. Garro, *On Some Practical Implications of the Diversity of Legal Cultures for Lawyering in the Americas*, 64 *Rev. Jur. U.P.R.*, 1995, at 462; Felip Saez Garcia, op. cit., p. 1282.

65) Felip Saez Garcia, op. cit., p. 1287.

고등법원판사들은 대개 정권이 바뀔 때마다 교체되어 신분이 보장되지 않았다.⁶⁶⁾ 이것은 새롭게 형성된 국가에서의 실질적인 힘의 균형을 반영한 것이었다.⁶⁷⁾

따라서 사법부는 식민지 시대의 경우보다 더 제한적인 역할 및 기능을 수행할 수밖에 없었다. 즉 사법적 기능을 담당했던 기관들이 광범위한 입법권을 보유했던 과거의 경험과는 달리, 독립 후의 사법부는 법령을 제정할 수 없었고, 공무원의 행위의 적법성을 심사하거나 또는 반항하는 공무원을 추방하는 것을 그들의 주요한 법적 임무로 수행했다.⁶⁸⁾

이와 같이 입법의 영역에서 사법적 간섭을 배제하기 위해서 몇 가지 한계가 정해졌다. 즉 “법관은 법률을 제정하거나 또는 미래의 사건에 적용할 수 있는 규칙을 만들 수 없다. 법관은 법률의 무효에 대해서 의문을 제기할 수 없고, 법률의 의미를 수정할 수 없다. 사법의 기능은 법을 사실에 적용하고 그 결과를 선언하는 것이다.”⁶⁹⁾ 따라서 사안을 판단함에 있어서 판사들은 현행 법률 규정, 몇몇 예외적인 상황에서는 관행에 의한 엄격한 제한 하에 놓였다.⁷⁰⁾

이와 같은 권력분립의 원칙의 비정상적 구체화는 사법의 기능을 “한정적인, 기계적이고 창조적이지 않은 어떤 것으로” 격하시켰다.⁷¹⁾ 이것은 식민지 시대의 사법적 기능을 수행했던 기관이 정부의 각종 문제를 다뤘고, 중심적인 역할을 했던 것과는 매우 대조적이다.⁷²⁾

이와 같은 사법부의 지위의 격하는 특히 i) 개인적 및 사회적 권리의 효율적 보호, ii) 행정부 입법부 사법부의 삼권의 헌법적 경계의

66) Luz Estella Nagle, op. cit., p. 5.

67) Felip Saez Garcia, op. cit., p. 1287.

68) John H. Merryman, *The French Deviation*, 44 *Am. J. Comp. L.*, 1996, p. 111.

69) John H. Merryman, op. cit., p. 111.

70) Felip Saez Garcia, op. cit., p. 1284.

71) John H. Merryman, op. cit., p. 116.

72) Felip Saez Garcia, op. cit., p. 1284.

보증이라는 두 가지 영역에 부정적인 영향을 미쳤다.

한편으로 이러한 사법부의 지위의 격하는 극단적인 사법적 간섭으로부터 행정부와 입법부 양자를 보호한다는 측면에서 기인한 것이라고 볼 수도 있지만,⁷³⁾ 다른 한편으로는 사법부의 자기자제(self-restraint)의 결과에 의해서 기인한 것이라고 볼 수도 있었다. 1803년 미 연방대법원에 의해서 수립된 ‘사법심사의 원칙’(the doctrine of judicial review)과 달리,⁷⁴⁾ 이베로아메리카의 사법부는 그의 헌법적 심사를 형식적인 실정법의 해석으로 제한했다. 자기자제에 의해서 헌법 규정과의 형식적 조화의 여부 문제로 심사의 범위를 제한함으로써, 사법부는 그의 활동범위가 다른 부(입법부, 집행부)의 영역을 넘어서는 것을 제한했다. 따라서 사법부는 군부 및 정치적 세력과 같은 주요한 정치적 기관과 비교할 때 방어적 역할을 주로 수행했다고 볼 수 있다.⁷⁵⁾

이베로아메리카에서의 사법개혁

1. 서 언

1980년대 후반부터 이베로아메리카 국가들은 국가의 경제에 대한 간섭을 줄이고, ^{IV} 금융, 공공서비스(특히 전력, 운수, 통신), 연금 등을 비롯한 다수의 분야를 민간에 위탁하고, 외국에 국내 시장을 개방하기 위한 개혁을 추진해 왔다. 대부분의 이베로아메리카 국가에서 추

73) Elliot E. Slotnick, op. cit., p. 77.

74) 사법부의 임무는 법의 집행을 심사하는 것이라고 판시한 *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60, 1803 참조; 미국의 사법부의 권력은 정부의 모든 행위를 심사하는 것이라고 언급하고 있는 Billups P. Perry, *The Judicial Power: The Cement That Holds the Republic Together*, 71 *Judicature*, 1987, p. 66도 참조.

75) Felip Saez Garcia, op. cit., p. 1287. 한편 19세기 동안 대부분의 유럽국가들의 사법부는 그들의 조직 및 사법 절차의 실질적인 개혁을 경험했다. 이러한 개혁은 권력분립의 원칙으로부터 파생된 사법부의 격화된 역할에 대한 반작용으로서 그리고 자유주의적 및 민주주의적 원칙에 대해 사법부의 책임을 보증하기 위한 수단으로서 행해진 것이었다. T.D. Fergus et al., *European History*, 1995, 278-290.

진된 정책개혁의 주요 목표는 높은 인플레이션, 장기간의 재정 적자, 대외무역적자, 과도한 채무 등 경제적 위기를 극복하고 거시경제의 안정을 획득하기 위한 것이었다.⁷⁶⁾

이러한 목적에 비추어 보면, 개혁 정책들은 상당한 성공을 거두었다고 볼 수 있다. 예컨대, 아르헨티나에서 연간 인플레이션률은 1987-1991년 동안 609%(1990년에는 2314%)였는데, 1994년에는 3.7%까지 하락했고, 페루에서 연간 인플레이션률은 1990년 7482%에서 1994년 15%로 하락했다.⁷⁷⁾

하지만 이베로아메리카에서 추진된 일련의 개혁의 긍정적인 성과에도 불구하고, 개혁의 견고화 및 성장의 안정성은 여전히 불확실한 상태에 있고,⁷⁸⁾ 여전히 시장이 충분하게 기능하지 못하다는 문제점이 있는데, 이러한 문제점의 가장 큰 원인 중의 하나로 사법제도가 제대로 기능하고 있지 못하다는 점이 지적되고 있다.⁷⁹⁾ 즉 이베로아메리카의 정치적 경제적 사회적 문화적 역사는 사법제도가 제대로 기능하지 않은 상태에서 이루어져 왔고,⁸⁰⁾ 이것은 최근 행해진 각종 개

76) Hugo Eyzaguirre, *Institutions and Economic Development: Judicial Reform in Latin America*, Inter-American Development Bank, 1996. 2, p. 1.

77) Hugo Eyzaguirre, op. cit., p. 1.

78) Hugo Eyzaguirre, op. cit., p. 1.

79) 예를 들면, 계약이행이 사법제도에서 충분하게 보증되지 못하는 상황에서 기업은 가장 유리한 조건을 제시하는 상대와 계약을 체결할 수 없다. 그 계약이 불이행될 가능성을 고려하면, 보다 불리한 조건 하에서도 다른 기업과의 계약을 염두에 두게 된다. 이것에 의해서 시장이 충분하게 기능하지 못하는 상황이 발생한다. 이것은 새로운 기업의 발전이나 중소기업의 참가를 특히 불리하게 하는 요인이 될 것이다. 이에 수반하여, 그러한 활동에 관한 규율과 규제자의 역할이 중요하고, 또한 사법제도의 중요성에 대한 인식이 확산되었다. 細野昭雄, *ラテンアメリカにおける改革と制度の構築 : 主要國の比較分析*, pp. 14-15, <http://www.rieb.kobe-u.ac.jp/~nisijima/ERCh3.pdf>

80) Jorge Correa Sutil, *Access to Justice and Judicial Reforms in Latin America any Hope of Equality?*, p. 4. <http://islandia.law.yale.edu/sela/jcorre.pdf>

예를 들면, 아르헨티나, 브라질, 칠레는 1970년대와 1980년대에 군사독재에 시달렸다. 이들 정부는 인권을 침해한 것으로 악명이 높았다. 각각의 나라에서 수 천만 명의 사람들이 초사법적(超司法的)으로 처형되었다. 그 중 다수는 시신이나 사망지에 대한 정보 없이 실종되었다. 수 천만 명이 고문을 당했고, 재판 없이 수감되었

혁의 성과의 극대화를 저해하는 중요한 원인으로 작용했다.

이하에서는 이와 같은 이베로아메리카의 사법제도의 문제점에 대해서 보다 구체적으로 살펴보고자 한다.

2. 사법제도의 문제점

이베로아메리카의 사법제도에서는 특히 i) 사법절차의 비효율성 (inefficiency), iii) 사법적 결정의 불확정성(uncertainty), iii) 사법 서비스에의 접근의 불평등성(unequality)이라는 문제점을 찾아 볼 수 있다.⁸¹⁾

(1) 절차의 비효율성

다른 나라들의 사법제도와 비교할 때 이베로아메리카에는 사법제도가 제대로 작동하고 있지 않다는 인식이 존재한다. 예를 들면, 페루에서 사법 절차에 참여한 적이 있는 대중과 피해자 양자를 조사해 본 결과 사법부는 가장 비효율적인 공적 기구의 하나라는 결과가 나왔다. 사법부는 정세기관, 대통령, 군부, 내각, 중앙은행, 의회 및 검찰총장 보다 낮은 등급에 해당했다.⁸²⁾

이러한 비효율성은 먼저 재판 절차에 장시간이 소요된다는 점에서 찾아볼 수 있다. 그 예로 다음과 같은 세 국가의 사례를 들 수 있다.

i) 볼리비아에서는 3심제로 운영되는 보통재판절차는 2,616일이 소요되고(민사소송법에 규정되어 있는 것보다 6배나 더 길다), 제1심에서는 519일이 소요되는데, 이것은 민사소송법에 규정되어 있는 것보다 10배나 더 길다.⁸³⁾

다. Rogelio Pérez Perdomo/Lawrence M. Friedman, op. cit., p. 2.

81) Hugo Eyzaguirre, op. cit., p. 2.

82) Instituto Apoyo, "Evaluaci? del Sistema Judicial", Lima, 1993; Hugo Eyzaguirre, op. cit., p. 4.

83) World Bank, Bolivia. Judicial Reform Project, Staff Appraisal Report No. 13052-BO, 1994.

ii) 베네수엘라에서는 형사사건의 수사단계가 평균 286일이 소요되는데 이것은 법에 규정되어 있는 것보다 11배 더 긴 시간이다. 법원에서의 선고단계에 도달하기 위해서는 평균 758일이 소요된다. 민사사건의 경우에는 조사단계가 완료될 때까지 평균 190일이 소요되고(법에 규정된 것보다 거의 3배), 판결에 이르기까지는 302일이 소요된다(법에 규정된 것보다 5배 이상).⁸⁴⁾

iii) 에쿠아도르에서 1993년에 대법원에 계류되어 있는 소송건수는 12,000건이었고, 그 중 7,000건은 민사재판부에 계류되어 있었다. 당시 에쿠아도르의 법원에 계류되어 있는 총 소송건수는 500,022건으로 추정되었다.⁸⁵⁾

다음으로 법률서비스의 질을 고려해 볼 때 이용자가 지출하는 비용이 과다하다는 것 역시 이러한 비효율성을 나타낸다. 이러한 비용은 재판절차와 관련되는 직접 비용과 변호사 수입료 등을 포함한다. 교통비, 숙박비, 복사비 등과 같은 간접비용은 포함되지 않은 것이다.⁸⁶⁾

이와 같이 장시간과 고비용은 계약의 장애 및 범죄행위의 증가를 초래하고,⁸⁷⁾ 이베로아메리카의 경제에 낭비적인 요소로서 부정적 영향을 미칠 수밖에 없다.⁸⁸⁾

(2) 판결의 불확실성

이베로아메리카에서의 사법부의 결정은 지나치게 모순된 것이 많고, 불확실하다는 문제점을 가지고 있다는 것이 일반적인 견해이다.⁸⁹⁾

84) World Bank, Venezuela. Judicial Infrastructure Project, Staff Appraisal Report No. 10635-VE, 1992.

85) World Bank, Ecuador. Judicial Sector Assessment, Report No. 12777-EC, 1994.

86) Hugo Eyzaguirre, op. cit., p. 5.

87) Hugo Eyzaguirre, op. cit., pp. 7-8.

88) Hugo Eyzaguirre, op. cit., p. 7.

89) Hugo Eyzaguirre, op. cit., p. 6.

특히 아래의 <표 1>과 같은 페루에서의 사법부의 신뢰도에 대한 한 조사에서는 판사 및 사법부에 대한 신뢰도가 상당히 낮고, 특히 사법 절차에 참여했던 사람들의 경우에 판사 및 사법부에 대한 신뢰도가 대체로 낮다는 것을 알 수 있다.

<표 1> 페루에서의 사법부에 대한 신뢰도에 대한 조사

	그다지 신뢰하지 않음		전혀 신뢰하지 않음	
	판사	사법부	판사	사법부
여론	49%	40%	24%	32%
재판 절차에 참여한 적이 있는 '피해자'	44%	32%	26%	44%

출처 : Instituto Apoyo, "Evaluaci? del Sistema Judicial", Lima, 1993.

이와 같은 판결의 불확실성은 특히 다양한 계약관계(특히 보다 복잡한 계약관계)의 성립을 제한하고, 시장의 확대를 제한하며, 결과적으로 경쟁 및 특수화를 통한 적극적인 효과를 제한한다. 이러한 상황은 또한 경제활동의 비효율성을 초래한다.⁹⁰⁾

(3) 접근의 불평등성

앞서 언급한 것처럼 이베로아메리카에서는 법률 서비스의 이용에 고비용이 소요되기 때문에 국민의 대부분은 사실상 법률서비스에서 배제되고 있다. 이러한 상황은 특히 자기표현에 대한 금지와 법률원 조제도의 결함 때문에 발생하는 것이다.⁹¹⁾ 게다가 사법적 인프라는 매우 중앙집권화되어 있고, 법률서비스의 질이 지역마다 상이하다는 문제점이 있다. 이러한 방식으로도 인구의 일부는 법률서비스의 공급

90) Hugo Eyzaguirre, op. cit., pp. 7-8.

91) World Bank, Ecuador. Judicial Sector Assessment, Report No. 12777-EC, at 24-27.

에서 차별을 받고 있다.⁹²⁾

이와 같은 법률서비스에의 접근에서의 불평등은 이베로아메리카 국가들이 오늘날 직면하고 있는 경제적 불균형의 심각한 문제를 극복하는 데 기여하지 못한다.⁹³⁾

(4) 소 결

사법제도는 법률의 해석, 분쟁해결 및 사회통제와 같은 일련의 생동감 있는 기능을 수행한다.⁹⁴⁾ 또한 사법제도는 일반적으로 재산권의 보호나 계약의 이행과 관련이 있고, 공정하고 효율적인 사법제도는 시장경제가 충분히 기능하기 위한 필수적인 조건을 제공하는 데 기여한다.⁹⁵⁾

사법제도가 적절하게 작동되지 않는다면, 전체 제도의 틀은 약화될 것이다. 이와 마찬가지로 사법제도가 제대로 성과를 내지 못한다면 다른 제도적 틀을 향상시키고자 하는 시도하는 일련의 개혁은 제한적인 영향만을 미칠 수밖에 없을 것이다. 이러한 맥락에서 여러 가지 제도 개혁 프로그램 중에서도 사법개혁이 확실히 우선되어야 한다.⁹⁶⁾

또한 사법제도가 시민의 필요나 기대에 부응하는 역할을 수행하지 못하면, 일련의 부정적인 사회적 정치적 경제적 결과들이 발생하게 되고, 종종 대안적 메커니즘이나 관행의 창출을 촉진하기 쉽다.⁹⁷⁾ 즉 불완전한 사법제도는 고액의 거래비용을 유발하고,⁹⁸⁾ 불완전한 사법제도를 통해서 내려진 결정은 권리의 비효율적인 분배를 초래할 수 있고, 타인의 권리를 침해할 수 있으며, 더 나아가서는 경제활동의 발

92) Cf. Hugo Eyzaguirre, op. cit., p. 6.

93) Hugo Eyzaguirre, op. cit., p. 8.

94) Linn Hammergren, op. cit., p. 2.

95) Hugo Eyzaguirre, op. cit.2, p. 17;

96) Hugo Eyzaguirre, op. cit., p. 4.

97) Linn Hammergren, op. cit., p. 2.

98) Hugo Eyzaguirre, op. cit., p. 17.

전을 심각하게 제약하고, 시장, 경쟁, 혁신의 확대를 제한할 수 있는 불안정한 환경을 유발할 것이다. 따라서 사법제도의 개혁은 경제성장 가능성에 중요한 영향을 미칠 수 있을 것이다.⁹⁹⁾

이상에서 살펴본 것처럼 이베로아메리카에서는 사법제도가 원활하게 기능하고 있지 않고, 중요한 결함을 가지고 있으며, 또한 사법부의 성과가 경제에 중요한 영향을 미칠 수 있다는 것도 알 수 있다. 이러한 점으로부터 특히 1980년대 이후 이 지역에서의 사법 기구가 수행하는 현재의 역할이 이상적이지 않고, 경제발전과 자유시장경제는 개인의 자유와 재산권이 존중되고, 그러한 권리에 대한 침해의 구제가 공정하고 공평한 법원에서 이루어진 사회에서만 번영할 수 있다는 인식이 지배적이었다.¹⁰⁰⁾ 또한 이 지역 국가들도 사법제도가 가장 우선적으로 개혁되어야 할 영역이라는 점을 인식해 왔다.¹⁰¹⁾

3. 사법 개혁의 추진

이상에서 살펴본 바와 같은 문제의식에 입각하여 1980년대 초반부터 이베로아메리카의 국가들은 정부, 시민사회단체,¹⁰²⁾ 여러 외부의

99) Hugo Eyzaguirre, op. cit., p. 1-2.

100) 사인과 마찬가지로 국외 및 국내 투자자들은 사법부가 문제를 보다 효율적이고 공정하게 처리하는 나라에서 계약을 체결하고자 하기 때문이다. Luz Estella Nagle, op. cit., p. 349.

101) Christina Biebesheimer, Justice Reform in Latin American and the Caribbean: the IDB Perspective, n: Pila Domingo and Rachel Sieder (ed.), Rule of Law in Latin America : The International Promotion of Judicial Reform, Institute of Latin American Studies University of London, 2001, p. 100. 이베로아메리카에서의 사법 부문의 역할이 뒤쳐져 있다는 것에 관한 보다 상세한 통계 및 조사항료는 Christina Biebesheimer, op. cit., p. 99 참조.

102) 1960년대 중반까지 이베로 아메리카에서 NGO의 활동은 자선이나 복지부문으로 제한되어 있었다. 1970년대부터 정치적인 측면에도 영향력을 미치기 시작했고, 사법개혁과정에서 중요한 역할을 담당하고 있다. Maria Dakolias, Legal and Judicial Reform: The Role of Civil Society in the Reform Process, in: Pila Domingo and Rachel Sieder (ed.), Rule of Law in Latin America : The International Promotion of Judicial Reform, Institute of Latin American Studies University of London, 2001, p. 85

지원 기관들이 이베로아메리카의 사법부문 기구를 개혁하고자 전 지역적인 노력을 펼쳐왔다.¹⁰³⁾

먼저 정부 차원에서 경제활동을 규율하는 다수의 법률이나 규칙의 제정을 통해서 시장경제화에 대응한 법제를 정비해 왔고, 법관의 급여의 조정, 각종 분쟁조정기구의 설치 등 사법제도의 개혁을 추진해 왔다.¹⁰⁴⁾ 또한 거의 대부분의 이베로아메리카 국가들은 수준 높은 법률가를 양성하고자 다양한 법률가양성학교를 설립하여 운영 중이고, 아래의 <표 2>, <표 3>, <표 4>, <표 5>에서 알 수 있는 것처럼 법학과 학생, 법관, 변호사, 대형 법률 사무소(Law Firm)의 수도 꾸준히 증가하고 있다.

<표 2> 주요 이베로아메리카 국가의 법학과 학생 수

국가명	법학과 학생 수	인구 10,000명당 법학과 학생 수 추정치
아르헨티나 1970	29,045	124
아르헨티나 1998	163,881	453
브라질 1961	23,519	33
브라질 1994	190,712	122
칠레 1965	2,284	19
칠레 2000	24,478	39
콜롬비아 1965	5,274	29
콜롬비아 2001	66,976	155
코스타 리카 1965	328	22
코스타 리카 1994	4,262	125
멕시코 1965	16,808	42

이하 참조.

103) Linn Hammergren, op. cit., p. 1.

104)

멕시코 2000	188,422	193
페루 1965	4,624	40
페루 2000	41,192	152
베네주엘라 1965	6,766	78
베네주엘라 2000	40,000	160

출처 : Rogelio Pérez Perdomo/Lawrence M. Friedman, op. cit., p. 8.

<표 3> 주요 이베로아메리카 국가의 법관의 수

국가명	법관의 수	인구 10,000명당 법관의 수
아르헨티나(c rdo) 1971	167	8.0
아르헨티나(c rdo) 1996	447	11.9
아르헨티나 1996	4,030	10.9
브라질 1970	3,624	3.9
브라질 1991	8,050	5.5
콜롬비아 1970	2,724	12.8
콜롬비아 1990	4,800	16.0
콜롬비아 1999	3,272	8.9
코스타 리카 1970	148	8.6
코스타 리카 2000	567	16.2
멕시코(연방) 1970	77	0.2
멕시코(연방) 1999	366	0.4
멕시코(주) 2000	3,677	3.7
베네주엘라 1971	783	7.3
베네주엘라 2000	1,772	7.5

출처 : Rogelio Pérez Perdomo/Lawrence M. Friedman, op. cit., p. 13.

<표 4> 주요 이베로아메리카 국가의 변호사의 수

국가명	변호사의 수	인구 10,000명당 변호사의 수
브라질 1970	37,710	41
브라질 1991	148,671	101
칠레 1970	4,306	44
칠레 `2000	11,400	75
코스타 리카 1970	968	57
코스타 리카 2000	10,800	309
멕시코 `1960	8,426	24
멕시코 1998	200,000	208
베네주엘라 1971	8,102	76
베네주엘라 2001	82,939	337

출처 : Rogelio Pérez Perdomo/Lawrence M. Friedman, op. cit., p. 10.

<표 5> 주요 이베로아메리카 국가의 대형 법률 사무소의 수

국가명	100인 이상	50-99인
아르헨티나	2	7
브라질	4	4
칠레	0	1
멕시코	1	4
페루	0	1
베네주엘라	0	2

출처 : Rogelio Pérez Perdomo/Lawrence M. Friedman, op. cit., p. 11.

다음으로 이베로아메리카의 사법개혁과 관련하여 다음과 같은 여러 국제기구들이 중요한 역할을 해 오고 있다.

i) 국제개발처(Agency for International Development; AID)는 1985년부터 1995년 사이에 특히 중앙 아메리카에 사법제도를 개혁하는 데 2억 달러 이상을 기부했다.

ii) 세계은행(World Bank)은 1998년에 특히 베네주엘라와 볼리비아에서의 사법개혁을 위해서 9천만 달러를 지원하는 것을 승인했다. 세계은행에 의해서 지원된 베네주엘라에서의 사법개혁프로그램 중에는 법관들이 격월로 세미나를 개최하는 프로그램이 있었다. 이 세미나에서 법관들은 사법분야에서의 문제를 논의하고 그 해결책을 찾는 것에 주력했다. 일반적인 개혁이 외부자에 의해서 고안되는 것과는 달리 이 프로그램에서는 법관들이 직접 베네주엘라의 사법개혁에 주요한 역할을 담당해야 한다고 여겼다는 점이 이 프로그램의 주요 특징이라 할 수 있다.¹⁰⁵⁾

iii) 지역개발은행으로서 미주개발은행(Inter-American Development Bank; IADB) 역시 이 지역에서의 사법개혁에 중요한 역할을 수행하고 있으며,¹⁰⁶⁾ 1998년에 1억 3천만 달러의 사법개혁 관련 프로젝트를 승인했다.¹⁰⁷⁾

iv) 미국국제개발처(United States Agency for International Development; USAID)도 사법 체계의 강화와 인권의 보장을 목표로 20년 이상 이베로아메리카에서의 사법개혁을 지원하고 있고, 1999년 말에는 약 3억 달러를 사법개혁 및 정치개혁을 위해서 제공했다.¹⁰⁸⁾

105) Hugo Eyzaguirre, op. cit., p. 17.

106) Christina Biebesheimer, op. cit., p. 99.

107) Jorge Correa Sutil, Access to Justice and Judicial Reforms in Latin America any Hope of Equality?, pp. 3-4. <http://islandia.law.yale.edu/sela/jcorre.pdf>

108) Margaret J. Sales, USAID's Support of Justice Reform in Latin America, in: Pila

이러한 정부조직 및 비정부조직, 외국에서의 수백만 달러의 지원 및 각종 사법개혁 프로젝트에의 원조와 더불어 이베로아메리카의 사법제도는 지속적으로 변모하고 있다.¹⁰⁹⁾ 다만, 법관 인사의 투명성 확보, 법조윤리의 제고, 열악한 인프라 개선 등 여전히 해결해야 할 과제들이 존재하는 것이 현실이다.¹¹⁰⁾ 이러한 과제들을 해결하여 사법제도가 원활하게 기능한다면, 이들 국가에서 최근에 성취한 경제성장과 사회의 안정은 견고화될 수 있을 것이다.¹¹¹⁾

결론

이상에서 이베로아메리카법의 연혁과 사법제도의 발전 및 사법개혁에 대해서 살펴보았다. 역사적으로 볼 때 유럽과 이베로아메리카는 항상 깊은 상호 유대관계를 공유해 왔고, 이베로아메리카 국가들은 지속적으로 유럽을 모델로서 관찰하여 유럽법을 수용했다. 하지만 독립 후 이베로아메리카법은 여러 선진 제국의 입법의 영향도 받고 있고, 고유법으로 볼 수 있는 독특한 이베로아메리카법을 형성하고 있기 때문에 이베로아메리카법을 단순한 유럽법의 확장으로 볼 수는 없다.

그 동안 이베로아메리카의 법학자 사이에서는 대륙법계의 연역법이 법적 사고방법으로 지배적이었지만, 최근 보통법계의 귀납법이 침투하고 있다. 또한 미국의 영향 하에서 ‘법의 지배’ 또는 ‘법치국가’의 사고가 강해지고 있고, 사법권의 우위를 주장하는 목소리가 이베로아메리카에서도 높아지고 있다.¹¹²⁾

이베로아메리카에서의 사법제도의 기원은 15세기의 식민지배기에

Domingo and Rachel Sieder (ed.), Rule of Law in Latin America : The International Promotion of Judicial Reform, Institute of Latin American Studies University of London, 2001, p. 47.

109) Linn Hammergren, op. cit., p. 23.

110)

111) Hugo Eyzaguirre, op. cit., p. 17.

112) 中川和彦, 前掲論文, 3頁.

존재했던 사법제도로 거슬러 올라 갈 수 있다. 하지만 식민지배기의 사법제도는 엄격한 권력분립 없이 운영되었다. 독립 후 이베로아메리카 국가들은 엄격한 권력분립의 원칙을 채용한 헌법에 따라 형식적으로는 입법권 행정권 사법권을 엄격하게 분리하였으나, 실질적으로는 행정권이 강한 권력을 보유하고, 사법권은 현저하게 약화되었다.

사적 부문의 발전을 촉진하고, 사회를 안정시키고, 경제를 성장시키기 위해서는 잘 작동하는 법제도와 사법제도를 필요로 하나,¹¹³⁾ 이베로아메리카에서의 사법제도에서는 사법절차의 비효율성, 사법적 결정의 불확정성, 사법 서비스에의 접근의 불평등성이라는 문제점이 야기되었고, 이러한 사법제도의 역기능은 1980년대 이후 추진된 일련의 개혁의 성과를 극대화하는 데 장애요인으로 작용했다. 이러한 장애요인을 제거하고자 이베로아메리카 제국은 사법개혁을 추진해 오고 있다. 이러한 사법개혁은 서서히 긍정적인 성과를 나타내고 있으나, 여전히 해결해야 할 과제들이 존재하는 것이 현실이다. 향후 이베로아메리카 제국에서의 사법개혁이 어떻게 추진되는지를 계속적으로 지켜볼 필요가 있을 것이다.

113) Maria Dkolia, The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean-Elements of Reform, World Bank, 1996.

참 고 문 헌

- 김영철, 스페인 헌법재판제도에 관한 연구, 법대논총, 제2집, 건국대학교 법과대학, 1991.
- 中川和彦, 라テン아메리카法の基盤, 成城大學法學部研究叢書 7, 千倉書房, 2000.
- 中川和彦, 라テン아메리카法における法の繼受の若干の考察, 라テン아메리카 레포트, Vol. 21 No. 1.
- 中川和彦, 라텐 아메리카における信託法の展開, 四宮和夫先生古稀記念論文集 民法 信託法理論の展開, 弘文堂, 1986.
- 中川和彦, アルゼンティン, 브라질, 칠리三國における民法典編纂の素描, 海外事情, 22卷 7號, 1974. 7.
- G. 안드라-데, 村江四郎共 譯, 라텐 아메리카-その政治と社會, 東京大學出版會, 1971.
- Alejandro M. Garro, On Some Practical Implications of the Diversity of Legal Cultures for Lawyering in the Americas, 64 Rev. Jur. U.P.R., 1995.
- Billups P. Perry, The Judicial Power: The Cement That Holds the Republic Together, 71 Judicature, 1987.
- Brian M. Fagan, The Aztecs, 1984; Luz Estella Nagle, Judicial Reform in Latin America, 30 Cal. W. Int'l L.J. 345, California Western School of Law, 2000.
- Christina Biebesheimer, Justice Reform in Latin American and the Caribbean: the IDB Perspective, n: Pila Domingo and Rachel

- Sieder (ed.), *Rule of Law in Latin America : The International Promotion of Judicial Reform*, Institute of Latin American Studies University of London, 2001.
- C.H. Haring, *The Spanish Empire in America*, 1963.
- Douglas C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* 1990.
- Elena Merino-Blanco, *The Spanish Legal System*, 1996.
- Elliot E. Slotnick, *The Place of Judicial Review in the American Tradition: The Emergence of an Eclectic Power*, 1987.
- Felip Saez Garcia, *The Nature of Judicial Reform in Latin America and Some Strategic Considerations*, *American University International Law Review*, Washington College of Law, 1998.
- Friedrich Wilhelm von Rauchhaupt, *Vergleich- und Angleichbarkeit der Rechte Süd- und Mittelamerikas*, 20 *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* 121, 1955.
- Hugo Eyzaguirre, *Institutions and Economic Development: Judicial Reform in Latin America*, Inter-American Development Bank, 1996. 2.
- Instituto Apoyo, "Evaluaci? del Sistema Judicial", Lima, 1993.
- John Henry Merryman, *The French Deviation*, 44 *Am. J. Comp. L.*, 1996.
- Kenneth Karst/Keith Rosenn, *Law and development in Latin America: A Case Book*, 1975.
- Luz Estella Nagle, *Judicial Reform in Latin America*, 30 *Cal. W. Int'l*

- L.J.* 345, *California Western School of Law*, 2000.
- Margaret J. Sales, *USAID's Support of Justice Reform in Latin America*, in: Pila Domingo and Rachel Sieder (ed.), *Rule of Law in Latin America : The International Promotion of Judicial Reform*, Institute of Latin American Studies University of London, 2001.
- Maria Dkolia, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean-Elements of Reform*, World Bank, 1996.
- Richard Konetzke, *America Latina II. La Epoca Colonial (Siglo XXI ed.)*, 1995.
- Rogelio Pérez Perdomo, *Notes for a Social History of Latin American Law: The Relationship Between Legal Practices and Principles*, 52 *REV. COLEGIO DE ABOGADOS P.R.* 1 (1991), in: Ángel R. Oquendo, *LATIN AMERICAN LAW*, New York, FOUNDATION PRESS, 2006.
- Rogelio Pérez Perdomo/Lawrence M. Friedman, *Latin Legal Cultures in the Age of Globalization*, Lawrence M. Friedman/Rogelio Pérez Perdomo (ed.), *Legal Culture in the Age of Globalization Latin America and Latin Euope*, Stanford University Press, Stanford, California, 2003.
- Ruford G. Patton, *Future of Trust Legislation in Latin America*, 20 *Tulane Law Review*.
- T.D. Fergus et al., *European History*, 1995.
- T. Leigh Anenson, *For Whom the Bell Tolls... Judicial Selection by Election in Latin America*, 4 *Sw. J.L. & Trade Am.* 261, 291, 1997.

World Bank, Bolivia. Judicial Reform Project, Staff Appraisal Report No. 13052-BO, 1994.

World Bank, Bolivia. Judicial Reform Project, Staff Appraisal Report No. 13052-BO, 1994.

World Bank, Ecuador. Judicial Sector Assessment, Report No. 12777-EC, 1994.

細野昭雄, ラテンアメリカにおける改革と制度の構築 : 主要國の比較分析, <http://www.rieb.kobe-u.ac.jp/~nisijima/ERCh3.pdf>

Jorge Correa Sutil, Access to Justice and Judicial Reforms in Latin America any Hope of Equality?, <http://islandia.law.yale.edu/sela/jcorre.pdf>

Linn Hammergren, Fifteen Years of Judicial Reform in Latin America: Where We Are and Why We Haven't Made More Progress, <http://www.pogar.org/publications/judiciary/linn2/latin.pdf>

http://krdic.naver.com/search.nhn?query_euckr=Castilla

“이베로아메리카법제의 발전과 동향”에 관한 토론문

박 재 현

(부산외국어대학교 법과대학 교수)

토론을 맡은 박 재현입니다.

이세정 박사님을 공법학회에서 박사논문 발표할 때 만나고 다시 부산에서 뵈게 되니 영광입니다. 발표 감사합니다.

박사님의 발표를 듣고 이베로아메리카에서는 법치가 아닌 인치를 한다는 것을 알게 되었습니다. 이베로아메리카에서는 사법권의 독립이 필요하다는 것을 알게 되었습니다.

이베로아메리카에서는 스페인, 포르투갈의 법과 프랑스의 법을 주로 계수했지만, 그 외에도 미국, 영국 등의 법도 계수했다고 하셨는데 이에 관한 질문을 하고 싶습니다. 즉 우리나라는 원칙적으로 일원적 재판구조입니다. 1심에서는 행정법원이 있지만 2심과 3심에는 행정법원이 없고 2심과 3심은 일반 법원에서 행정사건도 재판하고 있습니다. 미국의 경우도 일원적 재판구조입니다. 즉 일반법원에서 행정사건도 재판하고 있습니다.

그러나 프랑스는 다릅니다. 프랑스는 이원적 재판구조를 취하고 있습니다. 즉 행정법원과 사법법원이 각각 3심으로 구성되어 있습니다. 예를 들어 행정법원의 경우 1심으로는 Tribunal administratif(지방행정법원), 2심으로는 Cour administrative d'appel(행정항소법원), 그리고 종심으로는 Conseil d'Etat(공세이테따)가 있습니다. 그래서 행정법원과 사법법원 사이에 권한의 충돌이 있을 때 이에 대한 해결법원으로

Tribunal des Conflits(권한쟁의재판소)가 있습니다.

권한쟁의재판소에서 해결하는 권한쟁의를 살펴보면 첫째 적극적 권한쟁의가 있습니다. 적극적 권한쟁의는 사법권한의 남용으로부터 행정기관을 보호하기 위한 것으로 원고가 사법법원에 소송을 제기하고 사법법원이 자기의 관할에 속한다고 했는데 이에 대해 행정기관이 이의제기하는 것입니다. 둘째 소극적 권한쟁의가 있습니다. 소송인이 일반사법법원에 소송을 제기했으나 사법법원 판사는 그 쟁송이 행정판사에게 속한다고 생각하여 그 사건이 자기의 관할에 속하지 않는다고 선언합니다. 이에 소송인은 행정법원에 소송을 제기했으나, 행정법원은 그 쟁송은 일반사법법원에 속한다고 생각하여 그 사건이 자기의 관할에 속하지 않는다고 선언하는 경우입니다. 이 경우 소송인은 재판거부(déni de justice)의 피해자가 됩니다. 이 경우 권한쟁의재판소는 문제를 해결할 수 있습니다.

여기에서 이베로아메리카에서는 어떤 재판구조를 취하고 있는지 알고 싶습니다.

두번째 질문으로는 이베로아메리카에서는 사법권이 약해서 이에 대한 개혁을 추진하고 있는데 사법개혁의 문제점과 이에 대한 개선방안을 알고 싶습니다. 감사합니다.

제 3 주 제

라틴아메리카 여성법의 발전방향

이 순 주

(부산외대 스페인어학과 교수)

1. 서 론

라틴아메리카의 여성권리에는 전통적으로 가톨릭의 영향과 ‘마치스모’라는 사회문화가 지배적으로 영향을 주어왔다. 예를 들면, 이혼의 금지, 낙태의 지속적인 금지 등은 가톨릭의 영향이 법의 틀을 구성하는 매우 중요한 요소로 영향을 주어 온 사례로 볼 수 있다. 라틴아메리카의 여성권리 관련법은 역사적으로 여성의 권리보다는 여성의 역할에 중점을 둔 것이었고, 최근 성공적으로 수립된 법안수립의 배경에는 여성의 전통적인 역할을 보다 더 잘 수행하기 위해 필요한 조건들에 해당하는 법안들이 많다.(Blofield and Haas, 2005)

그러나 최근 1995년 제4차 세계여성회의 이후 전 세계적인 흐름으로 등장한 양성평등의 주류화는 라틴아메리카에서도 예외 없이 나타나고 있다. 이러한 흐름은 우선, 1980년대 민주화 과정에서 여성들의 역할이 증대되었고 이 과정에서 분출되기 시작한 여성들의 권리에 대한 지속적인 사회적 요구가 존재가 그 바탕을 이룬다. 또한 수차례의 국제회의와 미주 국가 간 회의 등을 통해 ‘인권’으로서의 여성 권리인식이 확대되고 구체적인 행동강령 등을 통해 여성들의 요구를 구체적으로 이행할 수 있는 당위성과 명분을 확보할 수 있었기 때문이다. 이 글에서는 이를 위해 라틴아메리카지역의 독립초기 여성관련법의 특징, 현대사회에서의 라틴아메리카 여성관련법 현황, 그리고 최근에 나타나고 있는 변화들을 중심으로 살펴보고자 한다.

2. 라틴아메리카 여성 관련법의 바탕과 역사

라틴아메리카의 ‘정복’은 기존 원주민사회의 법적 틀을 포함한 모든 관습들을 변경시키는 역사적으로 매우 중요한 사건이었다. 스페인 정복자들이 라틴아메리카에 처음 들어온 시기에는 급격하게 여성배우자가 바뀌기도 했고, 원주민 사회내의 젊은 남성의 부족으로 인해 일부 다처제가 일반적인 결혼 형태였다. 그러나 가톨릭교회의 교리에 따라 일부다처제가 폐지됨으로 인해 많은 원주민 여성들은 보호받지 못한 채로 남게 되었고 그들 중 상당수는 정복자의 첩으로 전락하는 경우가 많았다. 식민시대의 여성들은 스페인 왕실이 만든 원주민 보호법이 있었음에도 불구하고 중노동에 시달리는 노예와 같은 지위를 면할 수 없었다. 특히 ‘엔꼬미엔다’라는 대농장제는 원주민 여성들이 정복자인 남성 정착자들에 대해 예속적인 관계를 형성하게 만들었고, 이러한 상황은 식민시대의 여성과 남성의 관계 뿐 만 아니라 여성과 사회의 관계를 형성하는 토대가 되었다.

독립이후의 라틴아메리카 공화국들의 헌법은 프랑스의 나폴레옹법(code Napoleon)과 미국헌법을 혼합하여 만들어졌다. 나폴레옹법은 이론상으로는 ‘평등’을 옹호하고 있으나 실제 여성에게 적용했을 때는 그렇지 못했다. 나폴레옹 법에 근거한 가부장적 시민법이나 노동법에서는 여성들을 열등하고, 허약하며 보호를 받아야 하는 존재로서, 아내와 어머니의 존재는 항상 그들의 남편의 권위에 예속된 존재로 규정되었다. 독립한 공화국의 헌법에서는 여성에게 투표권을 부여하지 않았고, 민법에서는 결혼한 여성이 자신들의 재산을 가질 수 없도록 하였으며, 노동을 하고자 할 때는 남편의 허가가 있어야만 가능하도록 했다. 자녀에 대해서도 남편과 공동으로 친권을 가질 수 없었으며 상속도 장자에게만 이루어지는 것이 불문율이었다. 이러한 법은 여성

들을 보호하기 위한 것으로 되어있지만, 실제로는 여성들의 무능함을 전제로 한 것이었다.(FAO)

라틴아메리카 여성들은 관습에 기초한 이러한 차별적인 남성과 여성의 법적 지위는 개인에게만 영향을 주는 것이 아니라 국가 전체의 발전에도 저해가 된다는 주장을 지속적으로 해온 결과 일부 국가들에서는 이러한 여성들의 견해가 받아들여지기도 했다.

3. 라틴아메리카 여성의 법적 지위현황

(1) 헌법상의 지위

일반적으로 헌법은 목적법의 성격이 강하므로 개인들 간의 구체적인 관계나 개인과 재산의 관계 등을 구체적으로 다루지 않는다. 따라서 헌법상에서는 두드러진 차별은 찾아보기가 힘들다. 라틴아메리카 모든 국가의 헌법에서는 ‘성별, 인종 및 사회적 지위와 무관하게 모든 시민은 평등하다’고 규정하고 있으며, 일부 국가에서는 구체적으로 성별간의 평등을 언급할 뿐만 아니라 ‘남성과 여성은 동등한 개인적, 사회적 권리를 갖는다’고 명시하고 있다.¹⁾ 아르헨티나의 헌법에서는 평등권에 대해 여성과 남성을 별도로 언급하지 않고 있으며, 정치적 권리에서만 남성(varones)과 여성(mujeres)을 언급하고 있다.²⁾

1) 예를 들면, 멕시코의 경우 헌법 제 4조에 ‘El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia’라고 명시했다. 칠레에서는 헌법 제 19조 2항에서 ‘Hombres y mujeres son iguales ante la ley’, 콜롬비아에서는 헌법 제 43조에 ‘La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación.’라고 명시하고 있다.

2) 헌법 제16조 ‘Igualdad de todos los habitantes ante la ley’, 헌법 제37조 “La Igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos....”

(2) 민법에서의 여성지위

라틴아메리카에서 결혼 후 남편의 권한(potestad marital)은 자녀에 대한 친권(patria potestas)과 함께 여성이 남성에게 예속되는 법적 근거였다. 특히 “potestad marital”은 결혼한 남성에게 부인과 부인의 재산에 대한 권리를 부여하고³⁾ 여성은 결혼과 동시에 법적인 권한을 상실하게 되는 것을 의미한다. 따라서 많은 라틴아메리카 여성들은 남편에게 복종해야만 하고, 남편이 선택하는 곳에서만 살아야 하며, 가정을 벗어나 일을 하고자 할 때도 부인이 자녀나 가사를 제대로 돌보지 않는다고 여겨진다면 언제라도 그 일을 포기하도록 할 수 있었다. 이러한 남편의 법적 권한은 다양했다. 예를 들면, 엘살바도르에서는 1983년 민법에서는 남편이 모든 가정사를 결정하고, 법적으로 자녀를 대표하며, 주거지를 선택할 권한을 가지고 있었다.(FIO 2004, 201) 결혼한 여성은 주거지를 선택할 권리가 없었는데, 니카라과에서는 아내를 반드시 남편과 함께 살아야만 했고, 파나마와 파라과이에서는 주거지를 선택에 합의하지 못하는 경우 남편의 선택이 우선하도록 되어 있었으며, 도미니카공화국에서도 남편이 주거지를 선택하도록 되어 있었다. 노동에 대한 권리가 제한되어있던 국가도 많다. 볼리비아, 파테말라, 멕시코, 파라과이 등에서 여성들을 남편의 동의 없이는 노동을 할 수 없었다. 멕시코의 경우 모든 주에서 금지되어 있는 것은 아니었다⁴⁾. 자녀에 대한 친권은 자녀에 대한 의무보다도 권리의 측면에서 규정되어온 경향이 크다.

친권은 아버지에게만 주어지거나, 재산 등록자에게 우선권을 주거나 혹은 자녀들의 교육에 대한 결정권을 부친에게 부여함으로써 여성의

3) 아르헨티나에서는 최근에 개정된 민법에서도 결혼기간 동안 형성된 재산의 출처를 증명하기 곤란한 경우에는 남편에게 등록되어 관리되도록 하고 있다. (Artículo 1276CC)

4) 멕시코 시티, 파바스꼬, 미초아칸, 과나화또, 오아하까, 누에바 레온, 소노라, 아구아스 칼리엔테스, 두랑고.

남편에 대한 예속을 강화한다. 라틴아메리카의 민법에서는 친권에 관해서는 각 국가들마다 약간의 차이를 보인다. 이는 양친모두에게 동등하게 부여하는 경우와 부친에게 우선권을 주는 경우로 나뉠 수 있다. 브라질, 콜롬비아, 코스타리카, 쿠바, 에콰도르, 과테말라, 온두라스, 멕시코, 니카라과, 파나마, 페루, 우루과이 그리고 베네수엘라는 양친 모두에게 동등하게 부여하는 사례들이다. 반면, 칠레, 엘살바도르, 도미니카 공화국, 파라과이 등은 부친에게 우선권을 부여해 왔다.(FAO)

법적 결혼을 제외한 사실혼 관계는 식민시대부터 인정되지 않았던 것이다. 이는 가톨릭적 전통과 함께 식민지 내에서의 원주민과 백인들의 사실혼 관계를 모두 인정할 경우에 생길 혼란을 용인할 수 없었기 때문이다. 따라서 전통적으로 법적인 결혼만 혼인관계로 인정하고 나머지의 관계는 인정하지 않았기 때문에 이러한 상황에 처한 여성들은 아무런 법적인 보호도 받을 수 없었다. 최근에는 쿠바, 에콰도르, 온두라스, 멕시코, 파나마, 니카라과, 페루 등 이러한 사실혼 관계가 결혼과 마찬가지로 인정이 되는 국가가 증가하고 있으나 사실혼 관계가 해소되는 경우 법적인 보호장치가 매우 취약하여 여성들에게 불리하다. 이러한 상황은 라틴아메리카에서 빈곤상태의 편모가정 비율이 높은 배경이 되어 왔다.

(3) 노동법에서의 여성지위

라틴아메리카에서 노동법은 도시지역 노조가 활성화되면서 만들어지기 시작했다. 20세기 중반까지 라틴아메리카에는 도시보다 농촌지역인구가 더 많았고, 주요산업은 농업이었다. 라틴아메리카에서는 도시와 농촌의 노동법에 차이가 있는데, 그러한 차이의 이유 중 하나는 오랫동안 이 지역사회에서 지배계급이었던 대농장주들의 영향력이 컸기 때문이다.

쿠바와 니카라과에서는 농촌의 여성과 남성노동자들의 구체적인 특정을 인정하려고 노력했지만 별 성과를 거두지 못했고, 그 외 국가들에서는 여성들은 예외 없이 차별을 받았다. 특히 농촌여성들은 주로 두 가지 측면에서 차별을 받았다. 하나는 여성노동자들이 법적인 계약서를 작성하지 못한 채 노동을 하기 때문에 법적 보호를 받지 못하는 것이고, 또 다른 이유는 노동법이 여성들의 현실을 제대로 반영하지 못했기 때문이었다.

라틴아메리카에서 여성들은 노동의 기회를 양적으로나 질적으로 제한받아왔다. 여성의 노동의 기회를 제한해 온 것은 가부장적 이데올로기였다. 여성들이 신체적으로나 정신적으로 약하기 때문에 남성의 보호를 필요로 한다는 인식은 여성들이 노동을 선택할 수 있는 자유를 제한했다. 앞서 언급한 바와 같이 결혼한 여성들의 경우-볼리비아, 과테말라, 멕시코 일부 주, 파라과이- 가정에 소홀한 경우 언제라도 남편의 요구에 따라 노동을 포기하도록 할 수 있었기 때문이었다. 이러한 남편의 권한이 하나의 관습으로서 실제로 도시보다는 농촌지역에서 여성의 노동기회를 제한하고 있다.

또한 여성보호의 명목으로 일부 국가에서는 위험하거나 건강에 치명적으로 해로울 수 있는 특정직종과 야간시간대의 노동을 금지하고 있기도 하다. 그러나 여성들은 이러한 금지의 혜택을 받기보다는 오히려 보호받지 못하는 노동을 하게 된다. 즉, 금지된 불법노동활동으로 낮은 임금을 받고 사회보장혜택도 받지 못한다는 것이다.

출산과 모성보호법은 각국마다 해석과 기준들이 다양하다. 라틴아메리카 모든 국가는 모성보호에 관한 법 내용을 가지고 있다. 일부 국가에서는 출산을 여성의 사회적 의무로 규정해 왔고, 이러한 인식의 틀 속에서 여성의 사회적 기능이라는 측면이 강조되어 모성보호법이 변화되어왔다. 어떤 국가들에서는 성별에 기초한 노동분업을 제도화 하고 모성을 직접적으로 재생산과 연결시켜 왔는데, 이는 전통적

으로 재생산의 기능에 대한 책임을 사회나 부부 모두에게 있는 것이 아니라 전적으로 여성에게만 두고 있는 이유이기도 하다. 이러한 모성에 관한 시각은 가족 내의 권력구조를 고착시킬 뿐 아니라 가족과 사회 내에서의 여성의 지위를 할당한다. 모성보호와 관련한 법률들은 고용주들이 여성노동자를 고용하는데 있어서 부담으로 작용하기도 한다.

특히 모성보호법은 여성들에게 어머니로서의 능력에 대해 특별한 특권을 부여하는 것이다. 라틴아메리카 국가들의 가장 일반적인 모성보호법 형태는 산전, 산후휴가권,⁵⁾ 해당 휴가기간 동안의 완전임금보장, 고용주의 해당노동자에 대한 재취업보장의무, 노동시간중 수유권, 육아를 위한 적절한 수유시설에 대한 권리 등이다.

그러나 이러한 특권들은 고용계약서를 통해 고용된 도시지역 공식부문의 여성노동자들만이 누릴 수 있으며, 상당수의 도시지역 비공식부문 여성노동자나 농촌지역 여성노동자들은 이러한 특권을 누리지 못하고 있다.

쿠바는 유일하게 모성을 사회적 기능으로 인식하고 국가가 가족, 모성, 결혼을 보호한다⁶⁾고 헌법에 명시하고 있다. 공식노동계약이 없어도 일하는 어머니가 보호받을 수 있도록 하고 있다. 또한 국가가 출산과 육아, 노인보호 등을 위한 시설을 설립하고 운영함으로써 노동자 가족의 활동을 보장하고 있다.⁷⁾

5) 라틴아메리카에서는 주로 주(week)단위로 휴가기간을 설정하는 경향이 많다.

6) artículo 35o.- El Estado protege a la familia, la maternidad y el matrimonio.

7) artículo 44o.- La mujer y el hombre gozan de iguales derechos en lo económico, político, cultural, social y familiar. El Estado garantiza que se ofrezcan a la mujer las mismas oportunidades y posibilidades que al hombre, a fin de lograr su plena participación en el desarrollo del país. El Estado organiza instituciones tales como círculos infantiles, seminternados e internados escolares, casas de atención a ancianos y servicios que facilitan a la familia trabajadora el desempeño de sus responsabilidades. Al velar por su salud y por una sana descendencia, el Estado concede a la mujer trabajadora licencia retribuida por maternidad, antes y después del parto, y opciones laborales temporales compatibles con su función materna.

4. 라틴아메리카 여성 관련법 개정의 최근 동향

라틴아메리카의 각 국가들은 최소 10여년 이상 외형상의 민주주의를 유지해 오고 있다. 이러한 민주주의에 대한 관심은 제도나 형식에서 벗어나 실질적인 내용으로 옮겨가고 있다. 이러한 내용의 변화는 라틴아메리카 각 국가들이 체결한 국제적 협약에 대한 이행에 힘입은 바가 크다고 할 수 있다.

(1) 국제적 협약의 이행을 통한 여성권리강화

라틴아메리카의 여성권리를 보호하기 위한 법들은 국제적, 지역적 협약들을 통해 발전해 가고 있다.

라틴아메리카에서는 대륙전체 차원에서 이미 OAS(Organization of American States)와 그 전신이었던 CIA(Conferencia Internacional Americana)는 미주 대륙내에서의 여성권리 증진과 보호를 주요 의제로 삼아 왔다. 1928년 쿠바의 아바나에서 개최된 제6차 미주국가회의에서는 미주여성위원회(Comisión Interamericana de Mujeres, CIM)가 창설되었다. 이는 각국에서의 발전과정에 여성을 온전히 포함시키고, 여성에 대한 차별을 제거하기 위한 전략들을 수립하고 권고하기 위한 목적으로 수립된 최초의 정부간 협의기구였다. 이 위원회는 미주국가들에서의 여성권리보호를 위한 초기 기준들을 수립하기 위해 매우 활발하게 활동하였다. 이러한 노력들은 ‘여성의 국적에 관한 미주회의(1933년 우루과이 몬테비데오)’, ‘여성의 정치적 권리 인정(1948년, 콜롬비아 보고타)’과 ‘여성의 시민권 인정(1948년, 콜롬비아 보고타)’ 등을 이끌어냈다. 또한 ‘여성에 대한 폭력 근절, 처벌, 예방을 위한 미주회의’의 전문작성과 편집에도 CIM이 결정적인 역할을 수행했다.

여성권리보호와 증진에 대한 기준을 강화하기 위해 미주국가기구 총회에서 ‘여성에 대한 폭력근절, 처벌 및 예방에 관한 미주협약’인

벨렘 도 빠라 협약(Convención Belém do Pará)을 채택했다. 이 의정서는 1995년 3월에 발효되었는데, 이 협약의 제 10조에 의거하여 협약 가입국들은 여성폭력에 대한 제반 현황을 미주국가기구에 제출하고 이에 대한 대책 등을 논의, 수립해오고 있다.

<표 1> 미주국가기구 내 주요 협약에 대한 비준현황

국가명	CADH ⁸⁾		PROT. SAN SALVADOR ⁹⁾	CONV BELEM DO PARÁ ¹⁰⁾
	비준	의회승인	비준	비준
Argentina	84년 9월 5일	84년 9월 5일	03년10월23일	96년 7월 5일
Bolivia	79년 7월19일	93년 7월27일	-	94년12월 5일
Colombia	73년 7월31일	85년 6월21일	97년12월23일	96년11월15일
Costa Rica	70년 4월 8일	80년 7월 2일	99년11월16일	95년 7월12일
Ecuador	77년12월28일	84년 7월24일	93년 3월25일	95년 9월15일
El Salvador	78년 6월23일	95년 6월 6일	95년 6월 6일	96년 1월26일
Guatemala	78년 5월25일	87년 3월 9일	00년10월 6일	95년 4월 4일
Honduras	77년 9월 8일	81년 9월 9일	-	95년 7월12일
México	81년 3월24일	98년12월16일	96년 4월16일	98년11월12일
Nicaragua	79년 9월25일	91년 2월12일	-	95년12월12일
Panamá	78년 6월22일	90년 5월 9일	93년 2월18일	95년 7월12일
Paraguay	89년 8월24일	93년 3월26일	97년 6월 3일	95년10월18일
Perú	78년 7월28일	81년 1월21일	95년 6월 4일	96년 6월 4일
Venezuela	77년 8월 9일	81년 6월24일	-	95년 2월 3일

출처: (FIO 2004, 56)에서 재인용

- 8) 인권에 관한 아메리카 협약(Convención Americana sobre Derechos Humanos)로서 코스타리카 산호세 협정이라고도 한다. 1969년 11월 22일 인권에 관한 미주간 특별회의에서 채택되었고, 1978년 7월 18일에 발효되었다.
- 9) 산살바도르 의정서(Protocolo de San Salvador). 경제, 사회, 문화권에 관한 미주인권 협약에 대한 부가의정서다. 1988년 11월 17일 산살바도르에서 채택되고, 1999년 11월 17일에 발효되었다.
- 10) 벨렘 도 빠라 협약(Convención Belém do Pará). 여성에 대한 폭력근절, 처벌 및 예방을 위한 미주국가간 협약으로 1994년 6월 9일 브라질의 벨렘 도 빠라에서 채택되었고, 1995년 3월 5일에 발효했다.

<표 2> 라틴아메리카 주요국의 여성관련 국제협약 이행정도(%)¹¹⁾

국가명	1995	2000	2003
Argentina	-	75.9%	-
Bolivia	51.7%	58.8%	60.0%
Brazil	68.9%	-	-
Chile	68.4%	74.0%	75.2%
Colombia	58.2%	68.0%	-
Costa Rica	70.9%	74.0%	-
Ecuador	56.2%	58.5%	-
El Salvador	58.4%	66.2%	68.2%
Guatemala	-	51.8%	-
Honduras	55.1%	59.6%	64.1%
Mexico	66.0%	65.7%	65.5%
Nicaragua	59.6%	50.4%	56.1%
Panama	64.1%	70.8%	68.2%
Paraguay	51.3%	64.9%	68.9%
Peru	57.9%	65.8%	65.9%
Dominica Republic	71.1%	72.6%	72.0%
Uruguay	-	-	-
Venezuela	60.5%	65.0%	66.0%
평 균	61.2%	60.4%	66.4%

자료 : (Valdes E; Muñoz B; Donoso O(eds.) 2004, 14)

11) 이러한 이행에 관한 비교는 3가지 항목 여성의 정치참여, 경제적 자립과 빈곤, 여성의 보건 및 성적, 재생산권리의 3가지 항목에서 나타난 결과를 통합한 것이다.(Valdes E; Muñoz B; Donoso O(eds.) 2004).

국제적, 지역적 협약의 체결은 협약당사국 정부가 협약을 이행하기 위한 기구를 설치하고 법적인 제도를 마련하도록 강제하는 경향을 가진다. 특히 최근의 라틴아메리카 각국에서 여성인권보장을 위한 기구 설치 및 제도적 발전도 상당부분 이러한 국제협약의 체결과 그 이행의 국가적 책임에 기인하는 바가 크다고 볼 수 있기 때문이다.

라틴아메리카 각국에서는 대통령 직속기구나, 행정부 혹은 외교부 산하에 여성정책전담기구가 설립되어있으며 이러한 기구들을 통해 법개정을 위한 준비와 여성정책을 수립하기도 한다. 칠레의 SERNAM (Servicio Nacional de la Mujer)은 외교부 소속으로 있다가 법적 근거를 통해 독립적인 여성정책전담기구로 승격된 사례다. SERNAM를 법에 근거하여 설립했다는 점은 칠레 국가구조내에서 이 기구를 영구적인 부분으로 만들 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 보다 더 보수적인 정부가 권력을 잡게 되지 않는 한 이 기구의 역할을 축소시키는 것은 매우 어려운 일이다. 그러한 예를 들자면, 아르헨티나의 경우 Consejo Nacional de la Mujer는 대통령령에 의해 만들어 졌다. 까를로스 메넴 대통령의 여성권리에 대한 지지는 이 기구가 광범위한 권한과 넉넉한 자금조달이 가능하도록 만들었다. 1995년 북경세계여성대회 즈음, 아르헨티나에서 여성권리에 대한 논쟁이 발생했을 때, 메넴대통령은 보수세력 편에서 급작스럽게 위원회의 활동을 축소시키고 예산도 감축시킨바 있다. 마찬가지로 베네수엘라에는 여성관련 정부기구는 행정령에 의해 만들어졌고, 훨씬 더 불안정성을 가지고 있었으며, 일부의 경우 다양한 정당의 새정부들에 의해 폐쇄되기까지 한 바 있다. (Friedman 2000, 58-62) 그럼에도 불구하고 이러한 여성정책전담기구의 설치하는 라틴아메리카 국가들의 각국 여성권리증진을 위한 국제적 협정의 이행에 있어 매우 중요한 역할을 수행하고 있다.

FIO(Federación Iberoamericana de Ombudsman)에 따르면, 라틴아메리카 국가들에게 개선권고가 많이 이루어지는 분야는 ‘인권’으로서의 여

성권리에 초점을 맞추어 1) 가족관계, 2) 성 착취 및 폭력 3) 정치참여 4) 교육이 중심이 되어오고 있다. 가족관계와 관련한 여성권리는 민법에서의 양성모두에게 평등한 권리를 누릴수 있는 법적보장이 중심이 되고 있다. 성착취 및 양성 폭력근절에 대한 내용은 가족 내의 폭력, 사회에서의 폭력을 모두 포함하고 있으며 라틴아메리카에서는 매우 심각한 문제로 인식이 되어오고 있는 분야다. 여성에 대한 교육기회의 평등은 비교적 긍정적인 변화를 보이고 있는 분야에 해당된다.

(2) 정치적 권리의 확대-여성할당제

여성의 정치적 권리의 보장은 라틴아메리카에서 매우 빠르게 변화하고 있는 부분이다. 라틴아메리카에서는 여성에게 투표권을 부여함으로써 정치적 권리를 처음으로 인정한 것이 1929년 에콰도르에서다. 이후 1931년에 칠레와 우루과이에서 인정되었으며, 가장 늦게 이루어진 국가는 파라과이와 엘살바도르인데, 30여년 후인 1961년에 인정되었다.(Peschard, 173) 라틴아메리카의 모든 헌법상에서 시민의 법적권리를 명시하고 있지만, 여성들의 법적권리를 구체적으로 명시하고 있는 국가는 콜롬비아, 에콰도르, 니카라과, 아르헨티나에 그치고 있다.

현재 라틴아메리카에서 여성의 정치적 권리는 빠르게 증진되고 있다. 이는 여성할당제 도입의 결과라고 할 수 있는데, 여성할당제가 실시되고 있는 국가는 현재 12개 국가이며 아르헨티나(Ley 24012 / Decreto 379/93)에서 가장 먼저 도입되었다. 아르헨티나에서는 1991년 여성할당제를 도입한 이후 첫 총선에서 상원에는 34.72%, 하원에는 29.5%의 여성이 진출했다.

<표 3> 라틴아메리카 여성할당법 현황

Tabla 17. Leyes de cuotas y composición por género de las Cámaras de Diputados en 12 países de América Latina

País	Año de la reforma	Cuota mínima por ley	Ubicación específica en la lista	Tipo de listas
Argentina	1991	30%	Si	Cerrada
Costa Rica	1997/2000	40%	Si	Cerrada
Perú	1997	25%	No	Abierta
Rep. Dominicana	1997	25%	No	Cerrada
México	1996	30%	No	Cerrada
Ecuador	1997	20%	Si	Abierta
	2000	30%		
Bolivia	1997	30%	Si	Cerrada
Colombia*	2000	30%	No	Cerrada
Panamá	1997	30%	No	Abierta
Venezuela**	1997	30%	No	Cerrada
Brasil	1997	30%	No	Abierta
Paraguay	1996	20%	Si	Cerrada

*La disposición de cuotas se refiere a cargos administrativos
 ** La cuota fue rescindida posteriormente

Fuertes: Adaptado de Mela Hurt y Mari Jónas. 2000. Cuotas y mujeres en América Latina; "Leyes de cuotas". Comisión Interamericana de Mujeres - Organización de Estados Americanos; (Internet): <http://www.oas.org/CIM/panista/leyesdecuotas.htm>

이러한 여성할당제도 각 국가마다 시행되고 있는 방식이 다르다. 할당비율도 다르고, 선거 시에만 할당제를 실시하는 국가도 있고, 공무원의 비율에도 할당제를 실시하는 경우도 있다. 또, 실제로는 선거에서 정당들의 후보명부에서 여성들의 순서를 정해두지 않은 경우-페루, 도미니카 공화국, 멕시코, 콜롬비아, 파나마, 베네수엘라, 브라질-, 할당비율만 맞추고 여성들의 순위를 뒤에 둬서 실제 여성들의 의회 진출비율을 높이는 효과가 적은 경우도 있다.

그럼에도 불구하고 위의 표에서 보는 바와 같이 현재 라틴아메리카에서 여성할당제를 실시하고 있는 국가는 총 12개 국가이며 칠레에서도 이를 검토 중이다. 이러한 여성할당제는 여성들의 요구에 따라 지속적으로 보완되고 향후 더 많은 국가에서 채택하게 될 것으로 보인다.

(3) 새로운 양성평등의 법적 시도- 베네수엘라의 볼리바리안 헌법¹²⁾

최근 국내에서도 많은 관심을 받고 있는 베네수엘라의 볼리바리안 헌법은 많은 다양한 평가를 받고 있다. 양성평등의 측면에서 “남녀평등 대헌법(non-sexist Magna Carta)”으로 불리울 정도로 여성들의 사회적 요구를 수용하고 있다. 우선 헌법에 사용되는 모든 인칭에서 남성형과 여성형을 동시에 사용하고 있다.¹³⁾ 이러한 사례는 라틴아메리카에서 최초다. 노동이나 모든 사회적 활동에 있어 남녀 차별을 금지하고 있으며, 제75조에서 제77조까지는 ‘가족의 민주화’를 비롯한 여성의 재생산의 권리를 규정하고 있다. 또한, 임신과 출산 등 재생산에 대한 국가의 책임을 명시하고 있는데, 차베스 정권이 추진하고 있는 사회복지 프로그램인 ‘미션(misión)’과 같은 구체적인 정책과 연동되어 출산 및 양육을 사회화하고 있다.(전소희, 정주연 2007)

제86조는 공공서비스의 보편성과 국가의 책임을 명시하고 있으며, 제88조는 “국가는 가사 노동을 잉여가치를 창출하고 사회복지와 부를 생산하는 경제 활동으로 인정”하도록 규정하고 있다. 또한 “주부는 법에 규정된 바에 따라 사회복지를 보장받을 권리를 지닌다”고 보장하고 있다.¹⁴⁾

12) 베네수엘라는 1999년 12월에 공포된 베네수엘라의 새헌법을 통해 국가명을 ‘베네수엘라 공화국’에서 ‘베네수엘라 볼리바르 공화국’으로 변경했다. 이는 베네수엘라의 독립영웅 시몬 볼리바르(Simón Bolívar)를 기리고 그의 정신을 이어 받았다는 의미가 담겨있으며 베네수엘라 헌법은 “Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”라고 한다. 이 헌법의 내용은 사회주의적 성향이 매우 강한 것으로 평가되고 있는데, 일부 조항들은 기존의 사회주의적 내용과도 상당히 다른 측면들을 가지고 있어 많은 관심을 끌고 있다. 2007년 12월 초 집권자(우고 차베스, Hugo Chávez)의 장기집권의도화 함께 사회주의적 성격이 강화되는 내용들을 골자로 한 개헌에 관한 국민투표가 부결되었다.

13) 예를 들면 los venezolanos y venezolanas, Presidente o Presidenta, Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva 등과 같이 사용하고 있다.

14) Artículo 88. El Estado garantizará la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo. El Estado reconocerá el trabajo del hogar como actividad

이 헌법은 그 자체로서도 의미가 있지만, 무엇보다도 이후 관련 법 제정 혹은 개정을 통해 여성들이 실질적인 혜택을 얻을 수 있게끔 했다는 데 더 큰 의미가 있다. 예컨대, 헌법을 기반으로 여성 관련 정책을 집행할 수 있는 기구를 만든다던가, 가사노동의 가치를 인정하여 전업 주부에서 임금을 지급한다던가, 아니면 빈민 여성들에게 실질적인 사회적, 경제적 지원을 주거나 낙태를 합법화¹⁵⁾하는 등, 현재 진행 중인 여성 관련 각종 개혁의 물꼬를 텃다. 또한, 성차별적이지 않은 언어로 작성된 것도 상징적인 의미를 지닌다. 헌법으로 말미암아 이후 모든 공식 정부 문서나 규정, 법령도 이런 표기법을 따르기 시작했다는 것이다.(전소희, 정주연, 2007/6/13) 이러한 헌법이 제대로 이행되기 위해서는 아직 많은 한계가 존재하지만 양성평등이 최대한 보장되도록 한 선도적 사례라는 점에서는 라틴아메리카 내에서의 여성관련법의 발전 방향을 제시하는 것이라고도 볼 수 있을 것이다.

5. 결 론

한국과 마찬가지로 라틴아메리카의 여성관련 법은 1990년대 이후 급속도로 진화하고 있다. 라틴아메리카의 경우 UN뿐만 아니라 미주국가기구(OAS)에서 주관하는 정기, 비정기 회의를 통해 여성권리보호를 위한 새로운 협정들을 지속적으로 만들어내고 그에 따른 행동강령들을 이행하고 있다. 이러한 역내국제기구를 통한 여성권리보호에 대한 노력은 꾸준히 그 성과를 보이고 있다.

이러한 성과들은 이미 다양한 여성의 인권, 사회권, 경제권, 문화권을 보호하고 보장하는 것 뿐만 아니라 여성할당제의 확대를 통해 정

책결정과정에 직접적으로 참여하는 기회가 점차 증대되고 있는 추세다. 이미 니카라과, 파나마, 칠레 그리고 올해(2007) 아르헨티나에서도 여성대통령이 등장하고 여성할당제를 채택한 국가들에서 여성들의 의회진출이 괄목할 만큼 증대하고 있다. 라틴아메리카 지역에 존재하는 국가 수는 총 33개국이나 되고, 각국의 정치, 사회적 특성이나 경제규모도 다르다. 각 국가의 실질적인 여성의 지위는 많은 편차를 보이고 있지만, 앞서 언급한 다양한 국제협약과 각 국의 여성정책전담기구 그리고 여성운동 등을 통해 여성관련법과 제도는 실제로 많은 변화를 보이고 있다. 이러한 법, 제도의 변화는 실제 라틴아메리카 사회의 여성지위향상을 이끄는 매우 중요한 요인 중 하나가 될 것이다.

económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social. Las amas de casa tienen derecho a la seguridad social de conformidad con la ley.

15) 낙태 합법화의 법적 근거는 헌법 제76조에 근거하고 있다. Artículo 76. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho.

참 고 문 헌

Blofield, Merike H. and Liesel Haas(2005) Defining a Democracy: Reforming the Laws on Women's Rights in Chile, 1990-2002. Latin American Politics and Society, Vol.47. No.3.pp.35-68

FAO(Food and Agriculture Organization of the United Nations)(1994) "The Legal Status of Rural Women in 19 Latin American Countries" <http://www.fao.org/docrep/U5615E/u5615e02.htm>

FIO(2004), Derechos de la Mujer: II Informe sobre derechos humanos, Federación Iberoamericana de Ombudsmán.

Fridman, Elisabeth J.(2000) Unfinished Transitions: Women and the Gendered Development of Democracy in Venezuela, 1936-1996. University Park, Penn.: The Pennsylvania State University Press.

Peschard., Joaquin(2002) "El sistema de cuotas en América Latina.: Panorama general" http://www.idea.int/publications/wip/upload/chapter_04a-CS-LatinAmerica.pdf

Valdes, E., B. Muñoz y O. Donoso(eds.)(2004), 1995-2003: Have Women Progressed? Latin American Index of Fulfilled Commitment, FLACSO/UNIFEM

전소희, 정주연(2007) 차베스의 '볼리바리아 헌법'과 여성:(2) 베네수엘라 혁명, 여성에게도 혁명인가?, <http://www.newscham.net/news/view.php?board=news&nid=41315>

라틴아메리카 각국 헌법

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1999.html>

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Argentina/argen94.html>

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Chile/chile05.html>

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/ElSal/ElSal83.html>

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Mexico/mexico2004.html>

-

“라틴아메리카 여성법의 발전방향”에 관한 토론문

신 옥 주

(한국법제연구원 부연구위원)

· 종합적 검토

토론문은 라틴아메리카 여러나라들의 여성에 관한 전통적인 사고 및 이를 바탕으로한 법체들을 소개하고 있다. 라틴아메리카의 여성법제의 특징이 여성의 권리보장의 측면보다는 ‘마치스모’라는 남성우월주의에 입각하여 여성의 전통적인 역할을 고착시키는 역할을 하는 것에 중점을 두고 있음을 밝히고 있다. 그러나 다른 한편으로는 이러한 비현대적인 여성법제가 1980년 민주화과정을 통하여 그 방향의 수정이 불가피해졌고, 특히 1995년 제4차 북경여성세계대회와 1995년 3월에 발효된 미주국가총회에서 채택한 ‘여성에 대한 폭력근절, 처벌 및 예방에 관한 미주협약’인 발렘 도 빠라 협약(Convencion Belem do Para)협약에 의해 그의 현대화가 가속화 되고 있다는 점을 논하고 있다.

· 쟁점별 토론

1. 헌법의 규정

독립 후 다수의 국가들은 진보적 내용의 헌법으로 알려진 1812년 스페인의 카티즈(Cadiz) 헌법을 모범으로 하여 헌법을 제정하였다. 이로 인해 대부분의 신생 라틴국가들은 처음부터 권력분립, 국민주권,

기본적 인권 등을 갖추고 있었다. 또한 모든 국가들은 헌법에서 일반적 평등권을 규정하고 있고, 멕시코의 헌법은 남녀동권에 대한 명시적 규정을 두고 있다.

2. 라틴아메리카 여성들의 법률상 지위

(1) 민법상의 지위

하위법인 민법의 경우 결혼한 남성에게 부인과 부인의 재산에 대한 권리를 부여하고, 남편은 자녀에 대한 친권을 행사한다. 남편에게 혼인 후 거주지에 대한 결정권이 있으며, 아내의 가사이외의 노동에 남편의 동의가 필요하다. 또한 법적인 혼인만 혼인으로 인정하는 전통으로 인해 사실혼 관계의 해소시 사실혼관계에 있었던 여성의 보호가 법적으로 매우 취약하다.

먼저 이와 같은 민법상의 규정들이 여전히 유효한 것인지 묻고 싶고, 만일 그렇다면 헌법에 전면적 배치되는 위 규정들에 대해 정부와 여성단체의 어떠한 개정의 움직임이 있는지 알고자 한다.

만일 위의 규정들이 이미 개정되었다면 개정민법이 어떠한 내용을 담고 있는지를 알고자 한다.

(2) 노동법상의 지위

라틴아메리카의 노동법들은 대농장주들의 영향력으로 인해 도시와 농촌의 노동법에 차이가 있다고 하는데 이는 두 종류의 노동법이 존재한다는 것인지 알고자 한다.

도시와 농촌의 노동법의 차이에 대해 알고자 한다.

보통 여성의 보호를 위한 규정들로 이해되는 모성의 보호, 여성의 야간노동 및 특정직종금지등이 악용되어 여성의노동이 불법노동이 되게 하고 이로 인해 저임금 사회보장혜택에서 제외시키는 결과를

②

③

빛게 한다고 하는데, 그러다면 여성의 생물학적 특성에 기인하는 이러한 보호를 어떻게 실현할 수 있을 것인가.

(3) 베네주엘라의 불리마리안 헌법

“남녀평등 대헌법(non-sex Magna Carta)”로 불리는 베네주엘라의 헌법은 여성들의 많은 사회적 요구를 수용하고 있는데 특히 법 제88조는 주부들에게 사회복지를 보장하고 있다.

일견 여성을 위한 규정으로 비춰지는 동 규정이 사실상 근로 여성을 차별하지는 않는지 알고 싶다.

저소득층의 여성들은 불법노동도 감수하며 노동을 해야만 하는 현실에서 ㉠ 규정의 수혜자가 중산층이상의 여성들이 아닌지 알고 싶다.

②