

남아프리카 공화국의 법체계

- I. 케이프 타운과 로만-더치법
- II. 네덜란드의 케이프 통치
- III. 영국의 통치와 영국법의 영향
- IV. 흑인 전통관습법
- V. 남아공법과 인종분리정책
- VI. 민주화를 통한 법의 새로운 탄생
- VII. 결 론

서 광 옥

Core Africa Legal Consulting, 대표변호사

남아프리카공화국(The Republic of South Africa, 이하 '남아공')의 법제는 한마디로 혼합형이다. 법학자들은 남아공법을 언급할 때 '로만-더치법(Roman-Dutch Law)'이라는 용어를 사용한다. 로만-더치법이라는 말에서 남아공의 법제는 로마법과 네덜란드법이라는 두 법체계가 혼합되어 들어왔음을 추론할 수 있을 것이다. 그러면, 어떻게 로만-더치법이 남아공에 들어오게 되었을까? 또 남아공이 영국으로부터 독립하기 전 영연방 식민지

로 있었는데, 그 기간 동안 영국법이 끼친 영향들은 어떤 것일까? 이런 질문들에 대한 해답은 남아공 역사 속에서 찾아야 한다. 남아공 법제에 대한 이해를 위해 케이프 정착역사, 남아연방의 설립, 그 이후 세계적으로 지탄을 받은 인종분리정책이 남아공법에 미친 영향과 1997년 새 헌법 시행 이후에 어떤 식으로 법의 발전이 있었는지를 개략적으로 풀어서 전개해 보고자 한다.

I. 케이프 타운과 로만-더치법

남아공 법제를 이해하려면 케이프타운의 역사부터 알아야 한다. 그 이유는 현행 법들의 대부분의 근원이 케이프 역사와 관련이 있기 때문이다. 물론 그것은 유럽인들의 남아공 이민역사이므로 당연히 유럽인들의 이야기이다. 남아공 흑인들의 관점에서 본다면 각 종족들의 토속법(indigenous law)이나 전통 관습법(customary law)은 유럽인들의 케이프 정착 훨씬 이전부터 존재하였다. 그러나 문서화되지 않고 구전되어 내려오던 이들 토속법이나 관습법은 케이프를 지배한 유럽인들에 의해 문서로 남게 되었다.

그러면 어떻게 케이프타운이 설립되었을까? 유럽인으로 케이프의 희망봉(Cape of Good Hope)¹⁾을 처음으로 발견한 사람은 포르투갈의 탐험가 바돌로매 디아스(Bartholimeu Dias)로 알려져 있다. 1487년 바돌로매 디아스가 케이프를 일주하고 그곳을 폭풍의 케이프(Cape of Storms)라고 명명하였지만, 포르투갈 관리들이 왕을 기쁘게 하기 위해 이름을 새로운 희망의 개척지를 제공하는 것을 의미하는 ‘희망의 케이프(Cape of Good Hope)’로 바꾸었다고 한다.

1497~1499년 사이에 바스코 다 가마(Vasco da Gama)라는 사람이 케이프를 거쳐 인도 항해를 성공적으로 마치므로, 곧 케이프는 인도와 유럽 통상무역의 주요 항로가 되었다. 그러나, 1510년 포르투갈의 총독 프란시스코(Francisco de Almeida)와 그 일행이 인도에서 돌아오는 길에 케이프 테이블 베이(Table Bay)라는 곳에서 양식을 징발하다가 코이(Khoi)족에 의해 죽임을 당한 뒤, 케이프는 나쁜 평판을 얻게 되어 한동안 방치된 상태로 있게 된다. 그러다가 1652년 4월 6일 네덜란드 동인도회사는 얀 반 리벡(Jan van Riebeeck)을 책임자로 케이프에 파견하여 네덜란드와 인도를 항해하는 선박들의 정박소(Refreshment Station)를 설치한다. 그 목적은 동인도회사 소속 선박의 선원들에게 물과 신선한 야채를 공

1) 포르투갈어로는 “Cabo de Boa Esperanca”이다.

급하는 데 있었다. 최초의 소규모 이주는 동인도회사의 직원들로 이루어졌고, 거주지역도 테이블 마운틴(Table Mountain)이 자리잡고 있는 반도로 제한되었다. 지금으로 말하면 해외전략팀들을 남아공에 파견하여 회사직원들의 물로, 특히 양식을 지원하는 임무를 맡긴 것이다.

어쨌든 회사 소속의 직원들에 의해 시작된 농사는 비효과적이었다. 비즈니스나 선박 수리 등이 전문인 이들이 농사를 짓는 데는 경험도 지식도 부족하였다. 요구되는 물량만큼 공급하지 못하자 네덜란드 정부는 1657년 농사경험이 풍부한 베테랑 농부들을 케이프로 이주시킨다. 이들 농부들은 목축을 하고 농작물을 재배하여 고기, 우유, 야채 등을 공급하고 그 대가를 동인도회사로부터 지불받는 형태의 농산물 공급계약을 체결하였다. 이민하는 네덜란드 농부들의 입장에서 보면 유일하고 절대적인 수요자인 동인도회사만 믿고 삶의 터전을 이전하는 위험부담과 계약위반시 한달 이상 항해하여 네덜란드 본토로 가서 재판을 해야 할 상황이었다. 반면, 동인도회사 입장에서 보면 이들에게 하청을 맡기므로 비용절감과 보다 나은 서비스를 제공받게 된 것이다.

이렇게 네덜란드 동인도회사 소속 직원들과 본토에서 온 농부들에 의해 케이프 정책역사가 시작이 되었다. 바로 이들이 로만-더치법이라는 법체계를 케이프에 들여왔다. 로만-더치법은 중세 네덜란드 법학자들이 로마법을 자신들의 형편에 맞게 적용하고 재해석한 것이다. 쉽게 이야기하면 17세기와 18세기의 네덜란드 법학자들이 해석한 로마법이다. 후로티어스(Grotius), 요하네스 푸어트(Johannes Voet), 시몬 반 리우웬(Simon van Leeuwen), 요하네스 반 더 린덴(Johannes van der Linden) 등이 그 당시 유명했던 네덜란드 법학자들이다.

남아공의 코먼로(Common Law)는 바로 이런 17세기와 18세기의 로만-더치법을 근간으로 하고 있다. 어떤 특정한 문제에 대한 입법화된 법률이 없을 때 바로 코먼로가 적용된다. 일반적으로 알려진 법원칙들이 바로 코먼로이다. 예를 들어서 남아공 형법은 살인, 강도, 강간 등에 대한 특별한 규정이 없지만, 코먼로에 의해 범죄로 인정이 된다. 코먼로는 국회라는 입법기관을 통해 입법화되지 않은 법원리들이며, 이런 원리들은 바로 로마법과 서구 유럽, 특히 근세 네덜란드법 원리들을 근간으로 한 것이다. 그렇다고 모든 로만-더치법이 남아공으로 옮겨 온 것은 아니다. 뿐만 아니라 로만-더치법의 원칙들 중의 일부는 남아공 법원에 의해 폐지되기도 했는데, 간통죄가 그 예이다.²⁾ 로만-더치법을 17세기와 18세기의 네덜란드

2) *Green v Fitzgerald* 1914 AD88.

에서 적용되었던 법원칙으로만 보는 것은 좁은 견해이다. 이후 로마법을 수용했던 독일이나 프랑스 같은 나라들의 법원칙들도 법원에 의해 연구되었고 일부 원칙들은 수용이 되었으므로, 로만-더치법은 보다 넓은 의미로 해석되어야 할 것이다. 이렇게 로만-더치법은 거의 150년간 케이프 네덜란드 이민사회에 적용되었고 그 이후에도 존속하게 된다.

II. 네덜란드의 케이프 통치

점차 새로운 이주민들이 유입되면서 케이프 공동체는 성장하게 된다. 케이프의 유럽인 이주민들은 주로 독일과 네덜란드인으로 구성되었는데, 독일인의 수가 많았다고 한다. 그럼에도 불구하고 네덜란드어가 공용어로 사용되었다. 1688년 164명의 불어 사용자 이주자들이 도착하므로 또 다른 언어가 섞이게 되었다. 이들 불어 사용자들은 네덜란드에서 일어난 종교박해를 피해 케이프에 정착하러 온 프랑스와 벨기에의 위그노(Huguenots) 신도들이었다. 이들은 포도재배에 관한 기술을 들여와 케이프 포도사업의 기초를 놓는다. 아무튼 팽창하는 유럽인들의 이민사회로 인해 공급이 많아지게 되자, 케이프 식민지 총독들이 자주 케이프 시장에 공급되는 물량에 대한 이권에 개입을 한다. 이런 문제가 야기되자 1705년 일부 이주자들은 자신들을 동인도회사와는 별개의 공동체로 생각하게 되었다. 이들은 자신들을 동인도회사에서 고용되어 일하는 직원들과 구별하기 위해 자신들을 아프리카너(Afrikaner)라고 이름하였고, 네덜란드어의 변형으로 독일어와 불어 등이 혼합된 언어인 아프리칸스(Afrikaans)를 사용하기 시작하였다.

1658년 말라시아, 인도, 케냐로부터 노예들이 유입되어 농업중심인 케이프 이민사회에 아주 중요한 노동력이 되었다. 이들 노예들은 수적으로도 유럽 이민자들보다 많았다. 1717년 자유 노예수입이 공식적인 정책으로 채택되었고, 이로 인해 노동력 증대와 생산량 확대를 가져왔다. 생산량 증가는 케이프 이민자들에게 부를 가져다 주었다. 조야한 움막들이 점차적으로 사라지고 실용적이고 웅장한 유럽풍의 저택들이 들어서기 시작하였다. 포도재배 및 곡물농장을 경영하는 백인들이 주로 모여 있는 케이프 타운과 서부 케이프는 재정적으로 안정되어 갔다.

그런데 곡물 재배와 포도주 생산을 위해서는 경작기구라는 생산 제반 시설과 기계, 그리고 노예라는 생산 직원들을 구매해야 했기 때문에 큰 자본 없이 소규모 자본으로 케이프에 이주한 사람들은 어려움이 많았다. 이들은 아프리카에서 쉽게 할 수 있는 밀렵이나 상아사냥, 코이족과의 물물교환, 아니면 케이프라는 도시를

벗어나 비어 있는 내륙지방으로 들어가 가축 사육 등의 다른 생계수단을 찾아 나섰다.

케이프 식민지의 급속한 팽창은 케이프 내륙지역에 살고 있었던 코이(Khoi)족과 산(San)족들의 생활터전을 위협했다. 코이족들은 처음에는 백인들에게 우호적 태도를 유지하면 물물교환 및 코이족 여자와 백인의 혼인을 권장하였다. 그러나 점차 백인들의 수가 증가하고 간혹 백인들이 자신들을 공격하는 일이 일어나자 물물교환을 거절하고 백인들과의 접촉을 피하였다. 결국 자신들의 땅과 생계수단을 지키고자 백인들과 싸웠지만 대부분 전멸하거나 내륙으로 이동해야 했다. 이들은 수도 적은데다가 백인들의 우세한 무기를 당해내지 못했고, 각각 다른 독립적 추장제 사회를 이루고 있어서 연합하지도 못했다.

코이족과는 달리 산족은 사냥을 하는 사람들이라서 케이프 정착자들과의 무역에 연류되지 않았다. 이들은 바로 영화 부시맨에 나오는 종족들인데, 산족을 부시맨(Bush man)이라고도 한다. 이들 산족이 거주하는 지역에서 생산되는 빨간색의 루이보스차(Rooibos tea)는 남아공이 세계적으로 수출하는 효자 수출품 중의 하나이다. 루이보스는 붉은 숲(red bush)이라는 뜻의 아프리카산으로, 남아공 웨스턴 케이프(Western Cape)주의 시더백(Cederberg) 지역에서 생산되는 세계에서 유일한 차품종이다. 루이보스차뿐만 아니라 산족들은 약초를 잘 활용하였는데, 우리나라에도 관절염 등에 좋다고 소개되어 있는 악마의 발톱(devil's claw)은 사실 나무 뿌리의 일종이다.

자연을 배경으로 하여 먹고 살고 있던 부시맨들은 자신들의 사냥지대를 점령하는 백인들을 좋아할 리가 없었다. 이들은 아주 격렬하게 저항하였지만, 대부분 동인도회사의 원정대에 의해 죽거나 사로잡혀 케이프의 노예로 전락하게 된다. 지금 생존해 있는 부시맨들은 특별보호구역 안에서 생활을 하고 있다. 현대화된 사회에 흡수된 사람들도 있지만 아직도 전통생활풍습을 유지하고 있는 사람들은 이 특별구역 안에서 생활하면서 남아공의 주요 관광상품 중의 하나로 관광수입을 올려 주고 있다.

그런데, 케이프 식민지에서 노예들의 수가 증가하고, 흑인과 백인 사이에서 태어난 혼혈인들이 증가하면서 인종문제들이 대두되기 시작하였다. 당시 식민지에서의 백인 남자들의 수가 백인 여자들의 수보다 훨씬 많아 다른 인종 사람들과의 성관계가 매우 보편적이었다. 이로 인해 많은 혼혈아들이 생겨나게 되었다. 이들 혼혈인들과 자유흑인들은 초기에는 완전한 시민권을 누렸다. 그러나 백인사회 내에서 성의 균형이 이루어지게 되자, 백인 여자들은 자신들의 아이들이 혼혈아들이나 다른 유색인종들의 아이들과 동등한 권리를 누리는 것을 부인하고, 엘리트 의식을 심었다.

1685년 초 케이프 총독은 유럽인과 자유노예들과의 결혼을 금지시켰다. 이로 인해 혼혈아들은 백인사회에서 격리되어 점차 열등한 위치에 있게 되었다. 이들은 케이프 외곽지대에 혼혈인들의 집단거주지역을 형성하였다. 이와 동시에 코이산족으로 자유 유색인종들도 점차로 법적 권리를 상실하여 노예와 비슷한 지위로 격하되었다. 또한 케이프 외곽지역에서는 백인 이주자들이 노동력을 얻고자 동부 지역에 거주하고 있던 코사(Xhosa)족들을 습격하여 노예로 만드는 불법적 활동이 계속되었다. 그때부터 백인들에 대한 흑인들의 생존투쟁과 인권투쟁이 시작된 것이다. 이런 투쟁의 결과인지 남아공 최초 흑인대통령을 역임한 넬슨 만델라(Nelson Mandela) 대통령과 그의 후계자로서 2대와 3대 대통령을 지낸 타보 음베키(Thabo Mbeki) 대통령 모두 인종적으로는 코사출신이다.

Ⅲ. 영국의 통치와 영국법의 영향

영국의 케이프 점령은 1795년 6월 11일 그들이 테이블 베이(Table Bay)에 도착하면서 시작된다. 네덜란드 동인도회사와 교섭이 있었으나 실패하자 같은 해 8월 케이프타운을 공격하여 점령하게 된다. 그러다가, 1803년부터 1806년까지 아미앵 조약(The Treaty of Amiens)에 의해 케이프는 다시 네덜란드 통치하에 있게 되었으나 1806년 영국의 급습으로 다시 영국의 점령하에 있게 된다.

1807년 영국에서 노예매매가 폐지되자 케이프 내에서도 노예해방운동들이 선교사들을 중심으로 진행되었다. 결국 케이프 총독이었던 부커(Bourke)는 1828년 법령 제 50조(Ordinance No. 50)를 제정하였는데, 그 법령에 의해 케이프 내의 코이족이나 자유 유색인종들에게 백인들과 동등한 법적 권리가 부여되었다. 이 법령의 제정으로 인해 코이족 노동력은 비싸지게 되었고 구하기도 힘들어졌다. 결국 노예해방은 1834년에 성취되었다. 그러나 노예해방 사상은 유럽인들을 중심으로 인종적 특권을 누리던 당시 케이프 사회 형태에는 적합하지 않았다. 그 결과 갈등이 계속되었고, 1836년 결국 네덜란드 후예인 보어(Boer)인들은 노예해방에 대해 불만을 품고 케이프 식민지를 이탈하여 남아공 내륙지방으로 대이동을 시작한다.³⁾ 내륙으로 이주한 이들은 케이프에서 적용되었던 로만-더치법을 그대로 가지고 내륙으로 들어 갔다.

3) 이를 '그레이트 트렉'(Great Trek : 보어인들의 대이동)이라고 한다.

영국이 케이프를 점령한 1806년 현지에서 사용되고 있던 로만-더치법을 폐지하지 않았다. 비록 영국정부가 로만-더치법을 폐지하지 않았지만, 이후 남아공법제는 영국법의 영향을 받게 된다. 그래서 많은 학자들이 남아공 법률 체계를 영국법과 근세 로만-더치법과 다른 방법으로 발전하였다. 그러므로 두 법체계는 근본적으로 다르다. 그럼에도 불구하고 로만-더치법이 시행되고 있었던 남아공에 영국법은 판례(case law) 등과 같은 선례(precedent)와 입법제정(legislation)을 통해 그 영향력을 행사하였다.

영국이 케이프를 통치하기 시작하면서 먼저 법정 언어가 네덜란드어에서 영어로 바뀌었고, 영국의 형사소송법, 민사소송법, 증거법과 배심원제도 등이 입법제정을 통해 남아공 법체계의 일부가 되었다. 또한 법률전문가들의 구성도 영국제도에 맞추어 법정 변호인(advocate)과 일반 법률업무를 담당하는 변호사(attorney)⁴⁾로 구분하였다. 게다가 로만-더치법은 19세기 근대화된 사회에서 발생하는 모든 문제들을 해결하는 데 잘 맞지 않았다. 이로 인해 그 당시 상황에 맞는 새로운 법률 제정이 필요하였고, 새롭게 만들어지는 법률들의 대부분은 영국법령을 기초로 만들어졌다. 예를 들어, 파산법(Insolvency Act)과 같은 법률은 영국 파산법과 상당 부분 유사하다. 그 중에서 영국 헌법은 많은 부분에서 그 영향을 끼쳤다. 남아연방의 헌법뿐만 아니라 영국으로부터 독립이후의 1961년과 1983년의 남아공 헌법은 영국헌법을 근간으로 하여 정부조직 및 기능을 규정하였다.

선례를 통한 영국법의 영향을 보면, 판결에서 종종 영국법 원칙들이 인용되었는데, 계약법과 불법행위법에서 특히 그러하였다. 이러한 이유들은 많은 판사들과 변호인들이 옥스퍼드나 캠브리지 같은 영국 대학교에서 초기 법학교육을 받았기 때문이다. 이들에게 영국법은 아주 익숙하였다. 이들은 라틴어나 네덜란드 고어로 작성된 로만-더치법에 대한 해석서보다는 자신들에게 익숙한 영국 법학서들이나 논문들을 의지하는 경향이 많았다. 이런 결과로 해서 케이프의 로만-더치법은 점차적으로 강한 영국법의 영향을 입게 되었다. 영국법의 영향을 입은 케이프의 법체계는 곧이어 영국의 식민지가 된 나탈공화국과 그 이후 19세기 중반 보어인들이 내륙에 세운 트란스발(Transvaal) 공화국과 오렌지 프리 공화국(the Orange Free State)에도 적용이 되었다.

1910년 영국은 케이프(Cape), 나탈(Natal), 오렌지 프리 스테이트(Orange Free State), 트란스발(Transvaal)을 남아연방(Union of South Africa)으로 통합한다. 남아연방은 영국 국회법에 의해 건립되었고, 하나의 중앙정부와 최고항소

4) 영국에서는 advocate를 barrister 라고 부르고, attorney를 solicitor라고 부른다.

법원(Appellate Division of Supreme Court)을 두게 된다. 선결주의(doctrine of precedent) 원칙에 따라 최고항소법원의 결정은 모든 법원에 구속력을 갖게 되므로 통합된 남아연방의 법집행에 일관성을 제공하였다. 영국은 또한 레소토, 스와질랜드, 짐바브웨와 보츠나와 등을 영연방 식민지로 병합하는데, 이로 인해 이들 나라에 적용되고 있었던 로만-더치법 또한 영국법의 영향을 받게 된다.

남아연방이 설립된 후 영국법의 영향에 대해 남아공 법학자들은 현대주의자들(modernists)과 순수주의자들(purists)로 나뉜다. 현대주의자들은 로만-더치법을 존중하였고, 이를 남아공 코먼로의 근간으로 간주하였다. 이들은 코먼로가 현대 남아공 사회에 맞도록 법을 발전 및 수정해야 한다고 생각하였다. 따라서 로만-더치법을 현대화하기 위해 영국법을 수용하였다. 이들은 이런 자신들의 사상을 ‘남아공 법학지’ (South African Law Journal : SALJ)를 통해 표방하였다.

반면, 순수주의자들은 현대주의자들을 로만-더치법을 훼손하는 것으로 생각하고, 가능하면 영국법의 영향에서 벗어나 순수 로만-더치법을 고수하고자 노력하였다. 이러한 주장은 자신들의 법학지인 ‘최근 로만-더치법 논문집’ (THRHR)⁵⁾을 통해 주장되었다.

오늘날 현대주의자들과 순수주의자들의 이러한 논쟁은 종결되었고, 일반적으로 영국법이 남아공 법률의 특정부분에 지속적인 영향을 끼친 것으로 받아들이고 있다. 이제 ‘남아공 법학지’ (SALJ)나 ‘최근 로만-더치법 논문집’ (THRHR)은 더 이상 어떤 특정 사상이나 특정 집단을 대변하지 않는다. 최근 남아공 법학자들 사이에서 일어나는 논쟁은 인종분리정책이 남아공 법체계에 어떤 영향을 끼쳤느냐 하는 것이다.

IV. 흑인 전통관습법

대다수 남아공 사람들은 유럽에서 이주해 오지 않았다. 현지인들은 오래 전부터 다양한 종족과 언어를 가지고 남아공에 두루 거주하고 있었다. 영국은 그들의 남아공 점령기간 동안 토착인 행정조직(Native Administration)이라는 제도를 만들어, 토착민들이 결혼이나 상속과 같은 특정 분야에 대해 그들의 전통 관습법을 적용하도록 하였다. 다만 중한 범죄 등에 대해서는 독점적 관할권을 행사하였다. 관습과 관련된 분쟁은 해당인의 추장이나 족장에게 먼저 문제를 상정하도록 하였

5) Tydskir vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg.

고, 항소할 경우 일반관사들이 주재하는 토착인 항소법원(Native Appeal Court)에 가도록 하였다. 현재 남아공은 아직도 이런 관습법들을 인정하고 있으므로, 복수법체계(plural legal system)라고 할 수 있다.

토속법이나 전통 관습법은 일반적으로 다음과 같은 특징을 가지고 있다. 첫째, 관습법의 대부분이 구전되어오는 것으로 문서화되지 않았다는 것이다. 둘째, 이들 법은 종족마다 그리고 종족이 같더라도 지역에 따라 차이가 있다는 것이다. 셋째, 국가와 개인사이의 관계를 규율하기 보다는 주로 개인과 개인 사이의 분쟁을 규율하고 있다. 넷째, 관습법은 개인중심의 서구화된 법률들과는 다르게 단체나 집단 중심의 제도라는 것이다.

초기 케이프 식민정부는 이런 토속법들을 무시하였다. 그러다가 케이프, 나탈, 오렌지 프리 스테이트와 트란스발 공화국 등이 설립되면서 입법을 통해 토속법들을 인정하기 시작하였다. 남아연방이 설립된 후 통일적으로 토속법과 전통관습법의 적용을 인정하기 위하여 흑인행정법⁶⁾을 제정하였다. 1980년대 대부분의 전통 관습법에 의해 세워진 법원들은 폐지되었고 관할권은 일반법원에 이양되었다. 그러나 족장이나 추장들이 각 부족과 마을에 대해 행사할 수 있는 특별법원제도는 유지하였다.

종합해 보면, 남아공의 법률제도는 영국법의 영향을 받은 서구화된 로마-디치법을 갖고 있을 뿐만 아니라 아프리카인들의 전통관습법 또한 존재하는 이원적 형태를 취하고 있다. 이러한 법률체제는 남아공의 이웃나라인 스와질랜드, 레소토, 보츠나와, 짐바브웨, 나미비아 등도 취하고 있다.

V. 남아공법과 인종분리정책

인종분리정책(아파테이트 : Apartheid)은 앞에서 살펴본 바와 같이 케이프 식민지에 그 기원을 두고 있다. 그러다 1948년 국민당(National party)이 정권을 잡고 이를 국가정책으로 채택하고, 이런 정책을 수행하기 위해 다수의 인종분리에 관한 법률들을 제정하였다. 예를 들면, 인구등록법⁷⁾이나 집단지역법⁸⁾ 등이다. 이러한 법률들은 각 법원명령을 통해 집행되었고, 경찰 등과 같은 국가조직을 통해

6) Black Administration Act of 1927.

7) Population Registration Act 30 of 1950.

8) Group Area Act 41 of 1950.

시행되었다. 법이 특정 정치집단의 사상을 실행하는 도구로 이용된 것이다.

인종분리정책 가운데 중요한 부분의 하나는 흑인다수거주지역을 중심으로 남아공 영토를 분할하여 독립국가로 만들었는데, 트란스카이(Transkei), 보푸타츠와나(Bophuthatswana), 벤다(Venda), 시스카이(Ciskei) 등이다. 남아공법에 의하면 새롭게 독립된 TBVC⁹⁾ 거주민들은 남아공 시민으로서의 자격을 상실하게 되었다. 백인남아공 영토 안에 거주하는 TBVC 시민들이나 백인이 아닌 유색인종은 비백인 지역으로 이주를 해야 했다. 전 국토에서 경작하기 좋은 대부분의 토지가 백인들에게 독점적으로 분배되었고, 유색인종이나 흑인들은 몇 세대에 걸쳐 경작하고 이룬 삶의 터전에서 쓸모없이 버려져 있는 광야지대로 강제이주를 해야 했다. 절대 다수의 사람들이 시민권뿐만 아니라 기본적 인권마저 상실하게 되었다. 공공시설도 인종그룹에 따라 분리 설치되었고, 인종그룹이 다른 사람들 사이의 결혼도 불법화되었다.

1950년부터 시작된 인종분리정책에 대한 강한 반발과 저항으로 정부에 강력한 권한과 힘을 실어주는 법령들이 입법화되었다. 이런 법령들에 기초하여 인종분리정책에 반대하는 사람은 누구든 체포, 구속, 감금 등을 할 수 있게 되었다. 그런데, 인종분리에 관한 법률들은 국회라는 입법조직을 통과한 법률들이다. 이것은 로마-디치법을 근간으로 하는 코먼로나 영국법의 일부가 아니다. 그러므로 인종분리법은 코먼로나 영국법으로부터 구별해야 한다. 영국법이나 로마-디치법은 동등성, 공정성, 정당성이 인정된 법체계이다. 예를 들면, 로마법은 공공시설을 사용할 수 없거나 사용하는 데 방해를 받은 사람에게 소송을 제기할 수 있도록 하고 있다. 소송을 통해 인간으로서 누려야 할 존엄성에 대한 손상에 대해 금전적 배상을 청구할 수 있었다.

그런데 인종분리법들이 입법화되면서 남아공 전체법률이 악법으로 여겨지게 되었다. 법의 정당성 또한 위협을 받게 되었다. 법학교육을 받지 않은 일반인들에게 코먼로와 입법화된 법률들이 어떤 차이점을 갖는지는 중요하지 않다. 인종분리법들이 집행되는 현실 속에서 일반인들의 눈에 비치는 법은 하나의 억압의 수단이요 불평등하고 공정하지 못한 것이다. 오히려 법을 인종분리정책을 실행하고

9) 네 개의 나라를 줄여서 TBVC 라고 부른다. 1996년 최종 헌법이 시행되면서 TBVC에 거주했던 흑인들이나 유색인종들의 시민권은 다시 회복이 되었다.

이익집단을 보호하는 강력한 도구로 여기게 된다.

인종분리정책과 관련된 법률에 대해서 남아공 법학자들 사이에서 실증주의자들과 반실증주의자들로 나뉘게 된다. 실증주의자들은 법을 정치나 경제로부터 분리된 것으로 보고, 법을 있는 그대로 해석하고 적용하고자 하였다. 이런 학자들은 법률자체가 옳은 것인지 정당한 것인지에 대해서는 묻지 않았다. 이들은 판사의 법 적용이 절대적으로 객관적이며 편견없이 공정하다고 보았다. 반면 반실증주의자들은 법을 사회와 정치적 환경의 소산물로 보았다. 이들에게 가장 중요한 질문은 법이 옳고 공정하냐 하는 것이었다. 그들은 판사의 절대적 객관성을 믿지 않았고, 판사의 판결 또한 판사의 정치적 배경과 감정적인 상황에 영향을 받는 것으로 해석하였다. 반실증주의자들의 견지에서 보면, 실증주의자들은 인종분리정책을 방관하거나 옹호하는 사람들이다. 그래서 그들은 심지어 법률을 해석하고 집행하는 판사들의 자진 사퇴를 주장하였다.

반실증주의자들이 바로 인종분리정책을 반대하는 인권법률가들이다. 입법을 위해 정치인들의 자문역할을 하고, 입법한 후에는 입법한 법률을 해석하고 집행하는 것도 모두 법률가들의 일이다. 이런 법률가들이 인종분리정책이 시행되었던 때 어떻게 비추어졌을까? 넬슨 만델라 대통령도 이런 불의한 법률가들 사이에서 인권변호사로서 투쟁을 하였다.

VI. 민주화를 통한 법의 새로운 탄생

인종분리정책이 시행되는 동안 사람들은 법을 신뢰하지 않았기 때문에 많은 문제들이 야기되었다. 인종분리정책에 대한 저항으로 사보타지가 정당화되었고, 민주투사들에 대한 불법적 고문 등이 행하여졌다. 사람들이 법제도에 대한 신념을 갖지 않으면 법과 질서는 잘 유지되지 않는다. 많은 사람들이 백인권력에 의해 목숨을 잃었고, 흑인들 사이에도 불의가 자행되어 민주화정부가 수립된 후 이런 불의를 제거하고자 진실화해위원회가 설립되었고, 방대한 결과보고서가 작성되었다. 이를 통해 과거 자행되었던 불의에 대한 처벌 및 용서, 그리고 새로운 출발을 하는 계기를 마련하였다.

1990년 2월 넬슨 만델라를 석방한 백인정부는 새로운 변화를 위해 흑인 민주화투사들 및 다양한 인종대표들과 협상을 시작하였다. 그 결과로 1993년 임시헌법¹⁰⁾이 제정되었다. 인종분리정책과 관련된 법률들이 폐지되었고, 권리장전(Bill of Right)을 명시한 임시헌법이 만들어졌다. 1994년 흑인들에게 처음으로 투표권이 부여된 민주적 선거가 치루어졌고, 넬슨 만델라가 남아공 최초 흑인대통령으로

선출되었다. 이어 1997년 최종 헌법¹⁰⁾이 시행되었다. 이로 인해 남아공은 인권보장을 공식적으로 명문화한 헌법을 가지게 되었다. 인권보장을 헌법에 명시한 것은 남아공 법체계에 많은 변화를 가져왔다. 입법화된 법률이나 입법화되지 않은 코먼로 등의 법원리들이 헌법에 명시된 인권보장 원리에 비추어 재해석되었다. 국회의 절대적 권리가 최고법인 헌법으로 옮겨지게 되었다. 사형제도 폐지, 평등권 보장 차원에서의 동성애자들의 법적 지위 향상과 결혼 허용, 여성의 법적 지위 향상 등 지난 1997년 이후 많은 법원칙들이 권리장전에 기초하여 헌법적 재해석이 되었다.

VII. 결론

남아공 법제를 로만-더치법으로만 이해하는 것은 옳지 않다. 로만-더치법은 남아공 법률제도의 일부이지 전체는 아니다. 로만-더치법은 17세기와 18세기 네덜란드에 적용되었던 것으로 아직까지 남아공에 일부가 남아 있다. 순수 로만-더치법은 남아공에서 발전되면서 채택이 되었다. 영국 식민지하에 있으면서 영국법 또한 그 영향력을 행사하였다. 그뿐 아니라 토속법이나 전통 관습법이 남아공 법률제도 안에서 인정이 되면서 적용이 되고 있다. 그러므로 남아공의 법률체계를 전체적으로 이야기할 때 이런 다양한 법제가 혼합되어 있고 복수체제를 유지하는 ‘남아공법’(South African Law)이라고 불러야 할 것 같다.

이런 혼합된 다양한 법률제도로 인해 통일된 남아공 법개념을 설정하기가 어렵기 때문에, 법제를 종합적으로 볼 필요가 있다. 그러면서도 이런 다양한 법은 남아공 헌법의 원칙에 부합되어서 존재해야 한다. 예를 들어서, 전통 관습법 또한 헌법적 테스트를 받았다. 음템부민사사건¹²⁾에서 법원은 전통관습법에 따르면 여자들은 망자가 유언 없이 사망한 경우 상속에서 제외되는데, 이는 합헌이라고 판

10) Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993('interim Constitution').

11) Constitution of the Republic of South Africa 1996.

12) Mthembu v Letsela and another 1997 2 SA 936(T).

결하였다. 그 이유로 남성은 상속재산으로부터 혜택을 받을 뿐만 아니라 망자의 배우자를 비롯하여 가족들의 생계 유지, 주거 제공 등의 의무를 동시에 상속하므로, 이는 불평등한 차별대우에 해당하지 않는다고 판시하였다.

또한 다양한 법률제도가 공존하기 때문에 다양성을 인정하는 시야에서 법을 이해해야 한다. 대륙법 체계에 익숙한 사람에게 남아공법은 낯설지 않을 것이다. 이는 로만-더치법을 근간으로 하고 있기 때문이다. 그러면서도 케이스 로(case law) 같은 영국법 원리와 흑인 전통관습법도 이해해야 하기 때문에 다소 혼잡스러울 수 있다. 일전에 최고항소법원은 이슬람 관습에 의한 결혼은 무효라고 판결¹³⁾하였는데, 그 이유로 이슬람결혼이 일부다처제를 채택하고 있기 때문이라고 하였다. 그러나 1993년 헌법이 시행된 후 헌법재판소는 항소법원의 판결을 취소하고 일부일처제라는 일반 결혼의 가치를 다른 문화의 그룹가치에 동일하게 적용시키는 것은 인권(Human Right) 보장을 명시한 새 헌법정신에 맞지 않는다고 위헌 판결¹⁴⁾을 내렸다.

남아공을 다채로운 색깔의 무지개 나라로 명명한 데스몬드 투투(Desmond Tutu) 대주교의 말처럼 다양한 법체계는 남아공 역사의 산물이고, 그 역사는 이미 새로운 장을 열고 새로운 법이야기들을 쓰고 있다.

[참고문헌(WORK CITED)]

1. BBC Great South Afaricans(Penguin, Johannesburg 2004).
2. Bekker JC(editor) et al Introduction to Legal Pluralism in South Africa(LexisNexis Butterworths, Durban 2003).
3. Francois du Bois et al Wille's principles of South African Law(Juta, Cape Town 2007).
4. Kleyn D & Viljoen F History of Southern Africa(Juta, Cape Town 1998).
5. Omer-Cooper J D History of Southern Africa(Heinemann, Portsmouth 1994).
6. Thomas Ph. J et al The historical foundations of South African private law(Butterworths, Durban 2000).

13) Ismail V Ismail 1983 1 SA 1006(A).

14) Ryland V Edros 1996 4 A11 SA 557(C).
