

남아프리카공화국의 사법체계

심재진
(한국법제연구원)

[특집 V]

G20 정상회의의 개최를 통하여 한국에 대한 선진국과 신흥국 간의 가교역할이 기대되고 있습니다. 이에 세계의 글로벌화로 인하여 중요성이 부각되고 있는 국가들에 대한 기초법적 정보를 제공하고자 본 특집을 편성하였습니다.

I. 사법체계의 특징

1. 혼합적 법체계
2. 헌법의 최고권한성
3. 법학교육과 법조인력

II. 사법부

1. 법원인력
2. 헌법재판소
3. 대법원
4. 고등법원
5. 치안판사법원
6. 다른 중요한 하위 법원

III. 法源(Sources of Law)

I. 사법체계의 특징

1. 혼합적 법체계

남아프리카 법체계는 하나의 국가 내에 몇 가지 형태의 법체계가 함께 있기 때문에 혼합적이라고 할 수 있다. 남아프리카 보통법(common law)은 시민법 전통의 로마-네덜란드식 변형과 영국의 보통법 전통의 혼합으로 구성되어 있다. 로마-네덜란드식 보통법은 17세기 중반에 남아프리카를 식민지로 만든 네덜란드로부터 도입되었다. 후에 영국 정착자들이 영국의 보통법 전통을 소개했다. 현재 로마-네덜란드식 법

의 원리는 형사법 및 수개의 공법뿐만 아니라 계약, 불법행위(delict)와 가족법과 같은 사법분야를 지배하고 있다. 영국보통법 원리는 증거법과 수개의 다른 공법 분야를 지배한다. 이와 같은 2가지의 법적 전통 이외에 남아프리카는 추가적인 법 체계로 관습법을 갖고 있다. 남아프리카 헌법 제211조 제3항은 법원이 헌법과 특정적으로 관습법을 다루는 법률에 종속되는 것을 전제로 관습법이 적용 가능할 때 이 법을 적용하도록 명하고 있다. 아프리카의 관습법의 원리는 흑인인구, 특히 전통적(농업) 공동체에서 사는 사람들 다수의 인법(personal law)을 지배한다. 소수의 도시화된 흑인도 혼인관계와 상속과 같은 사적 생활을 관습법과 시민법 혹은 보통법의 이중 체계에 의해 규율한다. 흑인은 전체 인구의 75%를 차지한다.

2. 헌법의 최고권한성

남아프리카 법체계의 두 번째 특징은 헌법의 최고권한성의 원리이다. 의회의 최고권한성의 법적 구축을 통해 유지되었던 흑백분리 정권의 몰락과 함께 1994년에 규정된 새로운 헌법 민주주의(constitutional supremacy)는 헌법의 최고권한성의 기초 위에 세워졌다. 헌법 민주주의는 특히 헌법에 확립된 권리장전과 헌법 재판소(the Constitutional Court)에 의해 강화된다. 사법적 서열의 정점에 헌법재판소가 최고재판소로 존재한다. 헌법재판소의 관할은 헌법적 문제와 헌법적 문제와 관련된 결정과 관련된 쟁점으로 제한된다.

3. 법학교육과 법조인력

남아프리카 법체계의 세 번째 특징은 법학교육과 법조인력과 관련된다. 상세한 것은 개정 법조전문가 자격법(the Qualification of Legal Practitioners Amendment Act 78 of 1997)에 규정되어 있다. 남아프리카에서 변호사인력은 소송변호사(advocate)와 상담변호사(attorney)로 나뉘고, 한 사람이 이중으로 수행할 수 없다. 상담변호사는 법적 상담이나 조언을 구하는 고객들과 직접적인 연계를 갖고, 필요하고 효율적인 경우에는 고객을 위해 소송변호사에게 사건개요를 설명한다. 소송변호사는 고객과 직접적이거나 장기적인 관계를 맺지 못한다. 소송변호사는 규정에 의해 사건을 접수받는 것이 금지되고 상담변호사에 의해 설명된 사건만을 다룬다. 상담변호사는 회사나 법인으로 다른 사람과 협력관계를 통해 업무를 수행할 수 있지만 소송변호사는 각자가 개별적인 업무수행자로서 협력관계를 맺도록 허용되지 않는다.

법학학사(LLB)는 소송변호사와 상담변호사의 업무를 수행하는 것에 대한 인정(admission)과 등록(enrollment)에 대한 일반적 자격요건이 된다. 소송변호사로 활동하기를 희망하는 사람은 소송변호사협회(Bar Association)의 회원으로 현재 실제 업무종사자의 견습생으로 일정기간의 훈련을 거쳐서 변호사협회의 회원이 되어야 한다. 견습을 마친 견습생은 전국 소송변호사시험위원회에서 주관하는 실무중심의 전국 소송변호사시험을 통과하여야 한다. 법학학사는 현재 업무를 수행하는 상담변호사에게서 후보상담변호사로 일정기간 인턴 과정을 거쳐야만 상담변호사로 인정될 수 있다. 실제의 법적 훈련과정이나 공동체 서비스에 참여하면 이 기간을 줄일 수 있다. 이 이후 후보상담변호사는 관련 지방 상담변호사협회가 주관하는 직업시험에 응시한다.

II. 사법부

헌법 제166조는 법원들을 규정하고 있다. 헌법재판소, 대법원(the Supreme Court of Appeal), 고등법원(the High Courts), 치안관사법원(the Magistrates' Courts), 고등법원이나 치안관사법원과 유사한 지위의 법원을 포함하여 의회의 법률에 의해 인정되거나 설립된 다른 법원 등이 바로 그 법원들이다.

세 가지 형태의 분할이 이 법원들과 이 법원에서 일하는 사법관료(judicial officers)들을 특징짓는다. 첫째로 상급법원들(판사들에 의해 주재되는 헌법재판소, 대법원, 고등법원 등)과 치안관사가 주재하는 하급법원을 구별하는 위계적 분할이 있다. 광범위한 다수의 법원과 사법관료들이 후자인 하급법원에 포함되어 있고, 가장 심각하고 복잡한 문제에 대한 관할은 전자의 법원에 맡겨져 있다. 또한 판사들과 치안관사들은 서로 다른 법적 규정에 기초하여, 그리고 다른 기구들에 의해 임명되고 규율되어 단일한 사법집단(judicial corps)을 구성하지 않는다. 각각의 범주 내에서 또한 위계적 분할이 있는데, 각 범주에서 더 높은 위계의 법원은 더 오래 근무하고 더 능력 있는 판사와 치안관사들에 의해 주재된다. 또한 열거된 상급법원은 헌법 제173조에 의거해 자신의 절차를 규율하고, 위법을 시정하고 권리를 보호하기 위해 필요한 명령을 내리고 보통법(common law)을 발전시킬 '고유의 권한(inherent power)'을 갖고 있지만, 모든 다른 법원의 관할과 힘은 법률에 의한 특정한 수권에 달려 있다.

둘째로 지역적 분할이 있다. 헌법재판소와 대법원은 국가 전체를 관할권으로 하지만, 14개의 고등법원은 지역적으로 관할이 제한되어 있다. 치안관사법원은

유사하게 치안판사관할(magisterial)이라고 알려진, 구획된 특정의 지역에 대해 관할권을 행사한다.

법원들 사이에 제한된 정도나마 기능적 분할이 있는 것이 세 번째 특징이다. 법원구조는 상급법원의 경우에는 행정법과 헌법의 문제를 포함하여 민사적 문제는 물론 형사적 문제까지 모두 판단하는 일반적 관할의 법원이 지배하는 전형적인 보통법적 특징을 모든 수준에서 보이지만, 특별법원도 존재한다. 이것들 중에 가장 중요한 것은 시민법 체계(civil law systems)의 유사한 것과 마찬가지로 오직 헌법적 문제에만 관할권을 갖고 이러한 문제에 대해서 최종적 권위를 행사하는 헌법재판소이다. 토지분쟁법원, 노동법원, 이혼법원, 평등법원, 아동법원 등이 특별법원으로 존재한다.

특별법원의 인력충원은 복잡한 패턴을 보여 준다. 특별법원은 특별 지명절차를 모두 갖고 있지만, 어떤 법원은 별도의 법원인력이 없고 근무시간의 대부분을 일반법원이나 치안판사법원의 판사 등이 주재한다. 다른 법원은 완전히 자율적인 인력(예를 들어, 이혼법원)을 갖거나 적어도 다른 법원에 관여하지 않으나(예를 들어, 항소노동법원) 복귀할 수도 있는 인력에 의해 주재된다. 그러나 다른 법원(헌법재판소 등)은 부분적으로는 보통의 사법체계에서 충원하고 부분적으로는 외부에서 충원하는 성원구조를 갖는다. 어떤 경우에는 다시 성원들은 오직 시간제로 법원에서 주재한다(예를 들어, 관습법원).

이 특별법원의 수와 중요성은 1994년 이래 증가해 왔고 이것은 관할권 경계에 대한 긴장과 법적 문제의 분류와 관련한 경쟁으로 이어졌다. 특히 새로운 법원들은 법의 특별영역에 새로운 기풍을 주입하려는 목적으로 만들어졌기 때문에 더욱 그렇다. 특별법원이 증가했음에도 불구하고, 특히 이 법원과 일반 관할의 법원 사이의 인력의 이동의 면에서 전체의 법원구조는 보통법체계의 그것으로 남아 있다.

1. 법원인력(Judicial Officers)

두 가지 범주의 법원인력, 즉 판사와 치안판사가 있다. 판사는 상급법원에서 주재하고, 치안판사는 하급법원에서 사건을 다룬다. 판사는 수에서 상대적으로 적고, 경험 있는 일반 실무가(practice practitioners) 중에서 지명되는 것이 규칙이고 꽤 많은 수의 치안판사가 있는데, 이들은 대부분 국가에 의해 고용된 검사 중에서 채용되고 일반의 법적 실무에 대해 자격을 갖출 필요가 없다. 따라서 판사들은 치안판사보다 법적으로, 그리고 사회적으로 훨씬 더 높은 지위를 갖는다.

1994년 이후의 헌법적 제도에서 판사들은 사법행정위원회(Judicial Service Commission)의 개입으로 지명된다. 이 기구는 특정 법원에서 공석이 생기면 이 공석에 대해 공고를 하고 지원자를 공개해 공공의 평가를 듣고 후보자에 대한 공적 면접을 수행하고 임명권한이 있는 대통령에게 추천한다. 사법부의 수장(the Chief Justice)¹⁾이 사법행정위원회를 주재하고 각각이 독립적인 관련 이해집단을 대표하도록 하기 위해 광범위한 범위의 위원을 둔다.

사법행정위원회가 판사의 임명에 관여하는 것은 사법부의 1994년 이후 변화에 필수적인 역할을 했다. 이 임명절차의 투명성 및 대통령의 권한제한과 완전히 행정부의 권한인 1994년 이전의 비밀스런 절차가 대비되어 더 광범위한 범위의 후보자들에게 이 분야를 개방하게 되었을 뿐만 아니라 인종적 혹은 성적 다양성을 위해 상대적으로 소장에 해당하는 실무가를 임명했음에도 불구하고 사법부의 정통성이 지켜지고 사법부는 흑백분리시대에 대부분의 남아프리카 사람들 사이에서 공유되었던 오명으로부터 벗어나게 되었다. 이러한 변화의 다른 알려진 사례는 법관임명에 대한 소송변호사의 비공식적인 독점이 깨졌다는 것이다. 1994년 이후의 많은 법관은 상담변호사 계층으로부터 임명되었다.

또한 사법행정위원회는 법관의 면직 가능성의 면에서 판사의 독립성을 보호하는 데 중심적인 역할을 한다. 헌법 제177조는, 판사는 사법행정위원회가 장애가 있거나 극히 무능력하거나 비위가 있다고 보고 국회가 그 판사가 2/3의 찬성으로 채택된 결의에 의해 판사가 면직되기를 요구할 때에만 면직될 수 있다고 규정한다.

헌법상의 특별규정의 적용을 받는 헌법재판소의 임기를 제외하고는 판사의 임기는 제한되지 않는다. 유사한 방식으로 판사의 보수와 고용조건법(the Judges' Remuneration and Conditions of Employment Act 47 of 2001)은 모든 판사의 면직에 대해 규율한다. 이 법은 판사들의 정년을 70세로 하며, 최소 15년을 복무한 판사에 대해서는 월급 전액을 계속해서 지급받는다. 또한 정년은 최소복무기간인 15년을 채우기 위해 75세까지 연장될 수 있다. 이러한 후한 퇴직조건에 대한 대가로 판사들은 임시 공석을 채우거나 조사위원회의 주재와 같은 다른 형태의 적절한 공적 서비스를 제공하도록 요청받을 수 있다. 더 나아가 헌법은 제176조에서 판사의 급여와 수당 등은 축소될 수 없다고 정하고 있다.

치안판사는 2000년대 초반까지만 해도 다른 공무원과 같이 장관의 행정적·징

1) 2001년의 헌법개정으로 헌법재판소장이 사법부의 Chief Justice가 된다. 대법원의 수장은 대법원장(the President of the Supreme Court of Appeal)으로 불린다.

계적 권한의 행사 대상이 되는 통상의 공무원으로 취급되었다. 또한 치안판사들은 판사와 달리 특히 중요한 행정적(governmental) 기능을 수행하는 농촌지역에서 행정적 책임이 맡겨진다. 그러나 1993년에 치안판사법원법(the Magistrates' Court Act 90 of 1993)이 제정되어 치안판사의 임명과 징계 등은 변화를 맞이한다. 이 법에 의하면 법무부는 치안판사의 임명과 경력관리에 궁극적으로 책임이 있다. 그러나 법무부는 이 기능을 수행하면 이 법에 의해 만들어진 치안판사위원회와 협의해야 한다. 이것은 임명과 승진 그리고 배치전환과 징계가 편견이나 특혜 없이 이루어지도록 보장하는 것을 목적으로 하였다. 치안판사위원회와의 협의 후에 만들어진 규정을 통해서 법무부에 의해 행정적인 업무들이 배정되면 치안판사들은 과거와 같이 적어도 몇몇 행정적인 업무를 수행하도록 요청받을 수 있다. 치안판사위원회의 구성은 사법행정위원회의 그것과 가깝게 바뀌었다.

2. 헌법재판소

헌법재판소는 모든 헌법적 문제에서 최고법원이다. 그것은 전형적으로 고등법원에서 시작하고 대법원을 거쳐서 진행되는 헌법소송에서 최종적인 상고(appellate) 법원으로 주요하게 기능한다. 그러나 예외적인 경우에는 직접적 접근이 허용되고, 국회의원과 지방의회 혹은 대통령, 혹은 지방자치단체장은 추상적 위헌심사(abstract review proceedings)를 제기할 수 있다. 고등법원과 대법원은 확장된 헌법적 관할과 책임을 갖고 있지만, 모든 무효 명령(every order of validity)은 헌법재판소가 확인해 주어야 효력을 갖기 때문에 오직 헌법재판소만이 국회나 지방의회가 제정한 법률을 무효로 할 수 있는 권한을 갖고 있다. 헌법재판소는 정치적으로 민감한 문제가 흑백분리제도와 연계되어 오명이 있는 판사들에 의해 다루어지지 않도록 하기 위하여 새롭게 창설된 것이다. 그러나 최종 사법권이 영구히 분할되는 문제는 논쟁거리로 남아 있다.

헌법재판소는 11명의 재판관으로 구성되는데, 이들 중 1명은 재판소장이고, 다른 1명은 부소장이다. 실무적으로는 하나의 사건에 실제로 11명의 재판관은 모두 모든 개별 사건을 심리한다. 그러나 헌법은 하나의 사건에 8명이 심리하도록 하고 있다. 헌법은 헌법재판소 재판관 중 적어도 4명이 법원에서 근무하고 있는 판사들 중에서 임명되어야 한다고 규정한다. 헌법재판소의 모든 재판관들은 특별절차에 의해 임명되는데, 이 절차에서는 다른 판사들이 임명될 때보다 국회가 더 직접적으로 관여하고 대통령이 더 큰 권한을 행사한다. 재판관이 헌법재판소에 임명될 때 대통령은 사법행정위원회의 권고에 따르도록 요구받지는 않지만 위원회가 제

안한 후보자들 중에서 선택하는 것이 허용된다. 헌법재판소장과 부소장이 임명될 때 대통령은 위원회와 단순히 협의하도록 요구된다. 대통령은 또한 국회에서 대표성이 있는 정당들의 대표와 협의하도록 요구받는다. 대통령은 임시로 재판관대리(acting Judges)를 임명할 수 있다. 헌법재판소 재판관들은 12년의 임기이지만, 연임이 가능하지 않고 70세에 달하면 퇴직하여야 한다.

3. 대법원

대법원은 모든 비헌법적 문제에 대해서 최고법원이다. 대법원은 전적으로 항소법원으로서만 기능해서 고등법원을 통해서 혹은 비슷한 권한의 특별법원을 거쳐야만 대법원의 심리를 받을 수 있다. 대법원은 노동분쟁과 같이 그 관할이 명시적으로 제외되는 경우를 제외하고는 민사, 형사, 행정, 헌법적이거나 관계없이 모든 문제와 관련하여 사실의 문제와 법의 문제 모두에 대한 결정에 대한 상고를 심리하는 일반적 관할권을 갖는다. 대법원에의 상고는 자동적인 권리가 아니다. 모든 경우에 상고에 대한 허가는 하급법원(the Court a quo)이나 대법원으로부터 주어져야 한다. 대법원은 자주 2번째 단계의 상고법원으로서 기능한다. 왜냐하면 치안판사나 고등법원의 단독심 결정에 대한 항소는 고등법원에서 심리되기 때문이다.

대법원은 대법원장과 부대법원장을 둔다. 이들은 대통령이 사법행정위원회와의 협의를 마친 후에 임명한다. 이들 이외에 대법원은 17명의 대법관이 있다. 이들은 위원회의 권고에 따라 헌법재판소 이외에서 법관의 임명절차와 같은 절차에 의해 임명된다. 임시적인 공석이 나면 법무장관이 대법원장과 협의한 후 재판관대리를 임명한다. 대법관의 임기에 대해서는 제한이 없으나 70세의 정년은 적용된다.

대법관들은 결코 전원이 함께 심리에 참여하지 않는다. 규정상 대법관 5명이 특정한 상고사건을 심리하는 재판부를 구성한다. 이 때문에 동시에 한 개 이상의 재판부가 구성되는 것이 가능하다. 대법원장은 대법관들에게 업무를 나누고 각각의 사건에 대한 재판부의 규칙(constitution)을 정한다. 이것은 대법관의 개별적인 경험과 관심에 근거를 두어 행해진다. 그러나 대법원은 소부로 구성되지 않는다. 모든 대법관은 원칙적으로 모든 형태의 사건을 심리하는 일반법관(generalist)이다. 그러나 이러한 운영방식은 상충되는 판결이 각기 다르게 구성된 재판부에서 내려질 수 있는 위험이 있다. 이것은 실제로 발생했다는데, 이러한 상황이 최고법원의 결정인 경우 만족스럽지 않다(unsatisfactory). 그러나 대법원이 처리하는 업

무의 양 때문에 다른 형태의 운영은 불가능하다. 대법원은 매년 240개의 사건을 처리하고 이 수의 두 배 가량의 사건에 대해 상고허가를 내린다.

4. 고등법원

현재 남아프리카를 통틀어 14개의 지역 고등법원이 있다. 고등법원은 제1심법원과 항소법원으로 기능한다. ‘고유의’ 관할을 갖는 것에 의해, (노동법원이나 토지분쟁법원의 전속적 관할 안에 속하는 문제와 관련한 사건에서와 같이) 고등법원의 관할로부터 명시적으로 배제되는 것이거나 법률적으로 무효인 명령에 대한 헌법재판소의 확인의 필요가 아니면 어떤 문제이든지 심리하고 어떤 명령이든지 내릴 수 있다. 따라서 고등법원은 고전적인 보통법 형태로 원칙적으로 헌법적인 것은 물론 민사적, 형사적, 행정적 분쟁에 대해 판단하는 일반관할의 법원이다.

고등법원은 (문제의 형태, 추구되는 명령의 가치, 정도나 성격 때문에) 치안판사법원의 관할 밖에 있는 문제나 상급법원의 관여를 정당하게 만들 만큼 충분히 복잡하거나 중요한 것으로 간주되는 문제에 대해 제1심 법원으로 기능한다. 특정 사건을 심리하는 재판부의 크기나 구성은 관련 지역의 재판장에 의해 결정되고, 그 사건의 복잡성이나 중요성을 반영한다. 이 사건을 결정하는 데 2명 이상의 판사가 배당되면, ‘전원재판부(full bench)’에서 심리된다고 말한다. 재판부의 크기는 중요하다. 왜냐하면 그것은 판사들이 선례에 구속되는 정도뿐만 아니라 결정에 대한 항소가 대법원으로 직접 가야 하는지 아니면 고등법원 내에서 심리되어야 하는지에 영향을 미친다. 단독심 판사는 선례구속의 원칙에 대해 거의 재량이 없고, 단독심에 대한 항소는 관련 고등법원의 전원재판부에 의해 심리된다.

단독심 판사의 결정에 대해 항소하거나 치안판사법원의 결정에 대해 항소하거나 재검토하기 위해서는 항상 전원재판부가 구성되어야 한다. 전원재판부는 고등법원 단독심의 결정에 대해 항소할 때는 3명의 재판관으로, 치안판사의 결정이 검토될 때는 2명으로 구성된다.

5. 치안판사법원

민사 혹은 형사 사건의 압도적 다수는 치안판사법원에서 결정되는데, 이 법원은 남아프리카공화국 전체를 통틀어 250여 개 이상이 있다. 치안판사법원의 권한은 특히 치안판사법원법(the Magistrates' Courts Act 32 of 1944)에 의해 부여된 것들로 제한된다. 따라서 치안판사법원은 제한된 관할권을 갖고 많은 문제들은

치안판사법원보다 상급법원에서 소제기가 되어야 한다. 치안판사법원이 행정법의 문제를 결정할 수 없고, 법률의 헌법적합상이나 대통령의 행위에 대해 조사하거나 판단하도록 허용되지 않기 때문에 아주 제한된 헌법상 관할권을 갖는다는 점을 주목하는 것은 특별히 중요하다.

두 가지 형태의 치안판사법원이 있다. 첫째로 지역법원(District Courts)은 남아프리카 공화국의 243개 지역 각각에 존재한다. 법원은 지역의 중심부에 위치하지만 크기가 크고 인구가 적은 지역에서 재판은 지역의 다른 곳에서 주기적으로 열린다. 치안판사의 수는 지역에 따라 다른데, 주로 각 지역에서 발생하는 사건의 수와 함께 간다. 치안판사법원은 민사는 물론 형사관할을 갖는데, 두 관할 모두 소송물(subject matter)과 허용되는 명령의 정도에 대해 제한이 있다. 둘째로 지방법원(Regional Courts)은 1956년부터 존재한 것인데, 형사관할만을 갖고 있다. 각각의 지방법원은 수개의 지역법원을 포괄하는 영역에 대해 관할권이 있고 지방법원장이 그 수장이 된다. 지방법원은 반역죄 혐의와 관련된 것을 제외하고 모든 형사 문제를 심리하고, 여전히 제한은 있지만 높은 정도의 형벌을 부과할 수 있다. 따라서 지방법원은 근속이 오래되고 지역법원을 주재하는 사람들보다 더 높은 최소법적자격을 갖는 치안판사들로 구성된다.

두 가지 형태의 치안판사법원은 오직 제1심법원으로 기능하고, 소재 지역별로 행사되는 고등법원의 감독을 받는다. 이 감독은 두 가지 방법(avenues)을 통해 이루어진다. 그 방법은 당사자 제기 일반 항소 및 행정소송(review proceedings)과 형사 사건에서 특정 범주의 지역법원의 결정에 대한 자동적 의무 심사(the automatic mandatory review)이다. 고등법원에서의 지위와는 대조적으로 당사자들은 치안판사법원의 결정에 대해 항상 항소할 권리를 갖고, 따라서 항소허가를 얻을 필요가 없다.

6. 다른 중요한 하위 법원

다른 중요한 하위법원으로 노동법원, 토지분쟁법원, 이혼법원, 소액사건법원, 관습법원, 평등법원, 아동법원 등이 있다. 노동법원은 고등법원과 동일한 지위를 갖는다. 노동법원은 근로자와 사용자 사이의 노동분쟁에 관련된 문제들을 다룬다. 토지분쟁법원은 1994년부터 시작된 토지개혁정책과 관련된 법률로부터 발생하는 분쟁들을 다룬다. 토지분쟁법원은 고등법원과 동등한 지위를 갖는다. 이혼법원은 고등법원과 경합관할권(concurrent jurisdiction)을 갖고 있다. 이혼법원은 고등법원보다 더 싸고 신속하다. 항소는 고등법원에 하고, 민사적 문제에서 치

안판사의 판결에 대한 항소인 것처럼 처리된다. 소액사건법원은 소송비용을 낮추기 위해 법정 대리가 허용되지 않고, 이 법원은 직권으로 더 적극적으로 심리할 수 있도록 하고 있다. 소액사건재판의 결정은 최종적이고 상급법원에 항소가 허용되지 않는다. 그러나 고등법원은 제한된 사유로 소액사건법원의 절차를 심사할 수 있다. 관습법원은 토착민에 대한 관습법에 따라 몇몇의 민사적 분쟁과 몇몇의 형사적 범죄들을 다룬다. 이 법원은 농촌지역에서 가장 중요한 분쟁해결기관이다. 그 이유는 공식적인 법정 대리를 배제한 비공식적 절차를 사용하기 때문이다. 평등법원은 불공정한 차별이나 괴롭힘을 당했다고 하는 경우 신속히 분쟁을 처리하기 위해 설치되었다. 금지되는 차별 사유는 인종, 성, 임신, 결혼여부, 피부색, 성적 지향성, 연령, 장애, 종교, 양심 및 신념, 문화, 언어, 출생, 국적, HIV 감염 여부, 경제적·사회적 지위, 가족 책임과 지위 등이다.

Ⅲ. 法源(Sources of Law)

헌법은 남아프리카법의 법원의 구체적 목록을 포함하지 않지만 그것들의 대부분을 언급하고 인정한다. 헌법은 법률은 물론 헌법 자체를 언급할 뿐만 아니라 법원 결정(선례)의 역할을 포함하여 보통법, 관습법을 언급한다. 또한 헌법은 외국법은 물론 공적 국제법(public international law)을 승인한다. 그러나 관습과 법학자의 권위 있는 저술(doctrinal writings)은 언급되지 않는다.

이미 앞에서 설명된 바 있는 헌법과 법률을 제외하면 법원(sources)은 보통법과 선례 그리고 관습법, 관습, 국제법 등이다. 남아프리카에서 보통법은 서부유럽에 그 역사적 뿌리를 갖고 있는 성문화되지 않은 법률을 말한다. 이는 로마-네덜란드법, 영국보통법, 남아프리카 선례를 말한다. 선례구속의 원칙은 영국보통법의 전통을 따르는 것으로 이전의 법원의 결정이 이후의 결정의 이유가 된다는 것이다. 그 방식은 '구속적(binding)'일 수도 있고 '설득적(persuasive)'일 수도 있다. 그러나 흑백분리정권의 몰락과 함께 1994년 이 선례구속의 원칙이 필요하지에 대해서 문제가 제기되었으나 헌법재판소는 선례는 여전히 구속적이라고 밝힌 바 있다. 로마-네덜란드법은 아직도 법원에 의해서 검토되고 적용된다. 관습법은 헌법(제211조)에 의해 그 법적인 근거를 갖고 있는데, 특히 토착 원주민의 문화적 전통에 그 뿌리가 있고 남아프리카에서 흑인 종족에게 적용된 법이나 관습을 말한다. 관습법은 보통법에 비해 훨씬 좁은 범위에 적용되어, 가족, 재산과 상속 문제에 한정한다. 또한 관습법은 개별성보다 연대성에 초점을 두며, 실제의 사회적 관행에

대해 더 포용적이다. 관습법과 구별하여 관습, 즉 사회적 혹은 상업적 관행에 대해 법원은 법적으로 구속적이라고 결정할 수 있다. 법적 규율이 되기 위해서 관습은 그것이 구속적이라는 믿음 아래 일반적으로 준수되어야 한다.

단순히 선례뿐만 아니라 여러 법원(source) 모두 ‘구속적인 것’과 ‘설득적인 것’으로 나뉜다. 더 큰 권위를 갖는 법원에 의해 무효로 되지 않는 한 구속적인 법원은 그것이 적용될 수 있을 때 법원(court)이 효력을 주어야 하는 것이다. 따라서 헌법도 구속적이고, 법률, 보통법(그러나 모든 선례가 그런 것은 아니다), 관습법, 관습 그리고 어떠한 경우에는 공적인 국제법도 구속적이다. 외국의 법적 원리와 법학자의 저술은 몇몇의 선례와 마찬가지로 설득적인 법원(source)이다. 이것들은 법적 문제를 어떤 하나의 방식보다 다른 방식으로 법적 문제를 결정하도록 설득할 수 있지만 법원(courts)이 그렇게 하도록 강제할 수 없다. 명백하게도 구속적 법원과 설득적인 법원이 충돌할 때는 전자가 효력이 있다. 보통법의 경우에서와 같이 법원(courts)이 구속력 있는 법원(source)을 변화시킬 수 있는 권한을 갖고 그렇게 하는 것이 적절하다고 설득되는 경우에는 예외적으로 후자가 효력이 있다.

또한 충돌할 때 어떤 규정이 적용되어야 하는지를 결정하는 구속력 있는 법원의 서열이 있다. 이 서열의 맨 위에는 헌법이 있는데, 헌법 제2조에는 헌법이 공화국의 최고법이고 헌법과 일치하지 않는 법이나 행위는 무효이고, 헌법에 의해 부과된 의무는 이행되어야 한다고 규정한다. 법률이 두번째이고 보통법과 관습법이 서열상 세번째가 된다. 마지막으로 관습은 다른 어떤 법원(sources)과 충돌되지 않는 경우에만 법원(courts)을 구속한다.