

## 이베로아메리카법제의 발전과 동향

이 세 정\*

### < 목 차 >

- I. 서 언
- II. 이베로아메리카법의 연혁
- III. 이베로아메리카에서의 사법제도의 발전
- IV. 이베로아메리카에서의 사법개혁
- V. 결 론

### I. 서 언

일반적으로 ‘이베로아메리카’란 과거에 스페인의 식민지였던 19개의 독립 공화국과 포르투갈의 식민지였던 브라질을 총칭하는 용어를 말하고, ‘이베로아메리카법’이란 이베로아메리카 제국의 법을 총칭하는 용어다.<sup>1)</sup> 이베리아 반도 2국, 즉 ‘스페인, 포르투갈’의 식민지배를 받았던 연혁상의 이유로 이베로아메리카 지역의 법을 이베로아메리카법이라고 부르는 것

\* 한국법제연구원 부연구위원, 법학박사

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 比較法學 (第19輯)

이다. 이베로아메리카라는 용어 외에도 이들 지역 국가의 법을 총칭하기 위하여 ‘라틴아메리카법’, ‘중남미법’이라는 용어도 사용된다.<sup>2)</sup>

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 이베로아메리카 제국은 과거에 스페인, 포르투갈의 식민지배를 받았고, 이를 통해서 종주국의 언어·종교·가치 등을 전수받았다.<sup>3)</sup> 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.<sup>4)</sup>

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

한편 이러한 이유로 이베로아메리카법은 유럽법의 투영(Projektion der Rechte Europas auf das einstige amerikanische Kolonialgebiet)<sup>6)</sup>에 불

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.

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, 라틴아메리카法における法の繼受の若干の考察, 라틴아메리카·레파트, 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, 라틴아메리카법의基盤, 7-8頁..

과하다는 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 신탁제도의 계수(특히 멕시코, 최근에는 아르헨티나),<sup>7)</sup>
- iv) 최근 미국 자본주의의 압도적인 영향으로부터 수권자본제 등 미국 회사법상 제제도의 다수 국가에서의 수용,
- v) 다수 국가에서의 미국법의 영향에 의한 독점금지법의 제정,
- vi) 브라질 민법전에서의 독일법의 영향,<sup>8)</sup>
- vii) 의외의 계수의 예로서 구 소련민법을 수용한 멕시코민법상 위험물 사용자책임에 관한 규정,<sup>9)</sup>
- viii) 이베로아메리카 제국 상호간의 입법의 영향.<sup>10)</sup>

이상에서 살펴본 것처럼, 비록 이베로아메리카 전체를 포괄적으로 지배하는 법질서는 존재하지 않고, 20개 국가는 각각 그 자신의 법체계를 갖고

---

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, 라テン·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, 1986年, 弘文堂, 467頁 以下 参照.

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 参照.

9) 中川和彦, 라テン아메리카法における法の繼受の若干の考察, 3頁.

10) 中川和彦, 라テン아메리카法の基盤, 16-17頁.

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.<sup>11)</sup> 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.<sup>12)</sup>

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

## II. 이베로아메리카법의 연혁

이베로아메리카법의 연혁을 살펴볼 때, 당연히 신세계, 즉 아메리카대륙의 선주민족(先住民族)의 고유한 법 내지 토착의 법을 우선 다뤄야 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.<sup>13)</sup>

따라서 이하에서는 이베로아메리카법의 연혁을 식민지배기(독립 전단

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

12) 中川和彦, 라テン아메리카法における法の繼受の若干の考察, 3-4頁.

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

계)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.<sup>14)</sup>

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 왕국<sup>15)</sup>의 지배를 받은 스페인 식민지에 서는 카스티안(Castilian)이었다.<sup>16)</sup>

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.<sup>17)</sup>

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

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](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.

iii) 또한 이베리아 반도의 전제군주들은 강력한 정치 및 경제조직을 발전시켜 왔던 잉카나 아즈텍과 같은 원주민의 사법적 관행의 일부를 이베로아메리카 법제에 편입시키기도 했다.<sup>18)</sup>

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 위하여<sup>19)</sup> 특히 식민지 영토에 적용할 수 있는 입법을 개발했다.<sup>20)</sup>

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.<sup>21)</sup>

i) 비록 ‘인디아노스 법’이 두 가지 다른 법, 즉 포르투갈 법과 스페인법으로 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

---

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.

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

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.<sup>22)</sup>

## 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.<sup>23)</sup> 19세기 초 이베로아메리카의 대부분은 이베리아 반도 2국의 식민지 배로부터 독립했다.<sup>24)</sup>

독립 후 이베로아메리카는 국가의 형성, 헌법 및 법률의 제정, 특권의 제거 등의 도전에 직면하게 되었다.<sup>25)</sup> 유럽인을 조상으로 한 이베로아메리카 지역의 엘리트들은 유럽을 참고 대상으로서 관찰했고, 유럽의 정치적 및 법률적 연구<sup>26)</sup>에 큰 관심을 가졌다. 이베로아메리카에서 가장 활동적이고 잘 알려졌던 저자들은(Picón Salas와 같은 법률가들) 그들의 사명

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

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

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.

을 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.<sup>27)</sup>

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.<sup>28)</sup>

결과적으로 유럽적 모델은 이 기간 동안 사회적 현상을 도외시하고 무차별적으로 수용되었다고 할 수 있다. 즉 법과 사회적 실제(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.<sup>29)</sup>

그리하여 이 시기에 다수의 헌법이 제정되었다. 이 때 큰 영향을 미친 것은 당시 그 지역에서도 유포되어 있었던 프랑스의 ‘인간과 시민의 권리 선언’(1789)과 ‘미합중국헌법’(1788년)이었다. 이것은 앞서 언급한 것처럼

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

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

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



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’]<sup>30)</sup>을 모범으로 하여 제정되었다.<sup>31)</sup> 그리하여 대부분의 신생 이베로아메리카 정부의 헌법은 엄격한 권력분립의 원칙을 채택했으며,<sup>32)</sup> 이 때문에 이베로아메리카 제국의 헌법은 근대헌법의 기본원리인 국민주권, 권력분립, 기본적 인권 등을 초기부터 갖출 수 있었다.<sup>33)</sup>

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.<sup>34)</sup>

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 Bonaparte)를 스페인 왕으로 임명한 것에 대해 스페인 국민은 왕권을 회복하기 위한 독립전쟁을 일으켰는데, 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, 라틴아메리카法の基盤, 17頁 參考.

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

33) 中川和彦, 라틴아메리카法の基盤, 17頁.

34) G. 안드라-데, 村江四郎共 譯, 라틴·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 베네주엘라는 그 독립 후 현재까지 20여 개의 헌법을 가지고 있다. 이러한 개폐는 그 국가의 정권교체와 관련된다. 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 성과로

### 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.<sup>35)</sup>

사법(私法)과 형법에서는 전통적인 스페인법이 계속적으로 효력을 발했고, 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.<sup>36)</sup>

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 입법이었다던 프랑스법에서 찾았던 것이다.<sup>37)</sup>

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.<sup>38)</sup>

---

서 제정된 것으로, 혁명의 이념을 구체화했다. 中川和彦, 라틴아메리카法の基盤, 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, 라틴아메리카法の基盤, 20頁 脚註 (1) 參照.

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

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.

### 3) 근대화의 진행

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

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

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,<sup>41)</sup> 실증주의자들은 근대화를 옹호했고, 19세기 초에 유행했던 계몽주의, 교회와 가톨릭 사상을 일반적으로 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.<sup>42)</sup>

### 3. 현대(20세기 이후)

경제공황 및 제1·2차 세계대전 후 이베로아메리카 지역에서는 일반적

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.

으로 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.<sup>43)</sup>

한편 국가주도의 산업화 정책과 공적 지출은 비효율·부채·부패 등을 양산했고, 인플레이·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.<sup>44)</sup>

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.<sup>45)</sup>

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

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.<sup>47)</sup>

오래된 갈등과 제한이 상당부분 사라졌음에도 불구하고, '법의 지배' 또

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.

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

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

는 ‘인권의식’은 미약한 상태로 머물렀다. 비록 군사독재는 사라졌지만, 그들은 여전히 잠재적 위협으로 작용했다. 민주주의와 법치주의를 구현하고자 했던 국가들에서조차 정치세력 및 군부세력의 권력의 남용은 계속적으로 행해졌다.<sup>48)</sup>

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 국가들에서조차 일반적인 것이었다. 사회적 관행과 법적 원칙의 관계는 19세기에서의 경우와는 다른 이유에서기는 하나 여전히 문제가 있었다.<sup>49)</sup> 몇몇 학자들은 사회적 실제와 법적 원칙의 거리는 이베로아메리카 법 문화의 특징이라고 주장하기도 한다.<sup>50)</sup>

### III. 이베로아메리카에서의 사법제도의 발전

#### 1. 식민지배기(독립 전단계)

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

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.

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

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.<sup>52)</sup>

#### 1) 의회

종주국은 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.<sup>53)</sup>

ii) 의회는 식민지 영토에 적용할 수 있는 특별규정을 발령할 수 있는 입법권한을 보유했다.<sup>54)</sup>

iii) 카스티야 의회에 이어, 식민지 의회는 (스페인) 제국의 제2의 행정 기구이기도 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.<sup>55)</sup>

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

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

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

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

## 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. 아우덴시아는 총독과 지방행정관<sup>56)</sup>의 절대적인 권력을 감독하는 데 중요한 역할을 수행했다.<sup>57)</sup>

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

애초에 아우덴시아는 이베리아 반도 출신의 레트라도스들로만 구성되었다. 하지만 후기에는 식민지 영토에서 태어나서 이베리아 반도에서 교육받은 법관들도 구성되었다.<sup>59)</sup>

## 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 아우덴시아(Audiencia)에 의한 재심사의 대상이 된 것으로 보

---

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.

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

인다.<sup>60)</sup>

#### 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·군사기능과 마찬가지로 입법·행정·사법 기능의 혼합기능을 수행했다. 하지만 알칼데의 경우에는 주로 사법적 기능만을 수행했던 것으로 보인다.<sup>61)</sup>

## 2. 독립 후

비록 기술적으로는 대륙법계에 속하나, 이베로아메리카의 사법제도에 서는 보통법적 영향도 찾아볼 수 있다. 즉 사법심사, 필요에 의한 배심원 제의 이용 등과 같은 몇몇 특수한 제도는 미국의 모델을 모범으로 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 형성되는데 영향을 미쳤다.<sup>62)</sup>

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

앞서 언급한 것처럼, 모든 신생 이베로아메리카 국가의 헌법은 엄격한

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

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

62) Linn Hambergren, Fifteen Years of Judicial Reform in Latin America: Where We Are and Why We Havent Made More Progress, pp. 5-6, <http://www.pogar.org/publications/judiciary/linn2/latin.pdf>



권력분립의 원칙을 채택했다. 그러나 실제에 있어서는 입법부·행정부·사법부 사이에서 효율적인 견제와 균형이 이루어지지 않았고,<sup>63)</sup> 행정부가 입법부와 사법부에 비해서 우월적인 권력을 보유했다. 즉 행정부는 입법부, 사법부, 공식 종교인 가톨릭을 넘어서는 지배적 역할을 수행함으로써 개인의 자유의 범위를 제한했다.<sup>64)</sup>

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.<sup>65)</sup> 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, 고등법원판사들은 대개 정권이 바뀔 때마다 교체되어 신분이 보장되지 않았다.<sup>66)</sup> 이것은 새롭게 형성된 국가에서의 실질적인 힘의 균형을 반영한 것이었다.<sup>67)</sup>

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.<sup>68)</sup>

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.  
 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.

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. ...”<sup>69)</sup> 따라서 사안을 판단함에 있어서 판사들은 현행 법률 규정, 몇몇 예외적인 상황에서는 관행에 의한 엄격한 제한 하에 놓였다.<sup>70)</sup>

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

이와 같은 사법부의 지위의 격하는 특히 i) 개인적 및 사회적 권리의 효율적 보호, ii) 행정부·입법부·사법부의 삼권의 헌법적 경계의 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,<sup>73)</sup> 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,<sup>74)</sup> 이베로아메리카의 사법부는 그의 헌법적 심사를 형식적인 실정법의 해석

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.

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.

으로 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.<sup>75)</sup>

#### IV. 이베로아메리카에서의 사법개혁

##### 1. 서 언

1980년대 후반부터 이베로아메리카 국가들은 국가의 경제에 대한 간섭을 줄이고, 금융, 공공서비스(특히 전력, 운수, 통신), 연금 등을 비롯한 다수의 분야를 민간에 위탁하고, 외국에 국내 시장을 개방하기 위한 개혁을 추진해 왔다. 대부분의 이베로아메리카 국가에서 추진된 정책개혁의 주요 목표는 높은 인플레이션, 장기간의 재정 적자, 대외무역적자, 과도한 채무 등 경제적 위기를 극복하고 거시경제의 안정을 획득하기 위한 것이었다.<sup>76)</sup>

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,

75) Felip Saez Garcia, op. cit., p. 1287. 한편 19세기 동안 대부분의 유럽국가들의 사법부는 그들의 조직 및 사법 절차의 실질적인 개혁을 경험했다. 이러한 개혁은 권력 분립의 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.

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

페루에서 연간 인플레이션률은 1990년 7482%에서 1994년 15%로 하락했다.<sup>77)</sup>

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

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

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

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

79) 예를 들면, 계약이행이 사법제도에서 충분히 보장되지 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 충분히 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, 라틴아메리카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 수감되었다. Rogelio Pérez Perdomo/Lawrence M. Friedman, op. cit., p. 2.

## 2. 사법제도의 문제점

이베로아메리카의 사법제도에서는 특히 i) 사법절차의 비효율성(inefficiency),  
iii) 사법적 결정의 불확정성(uncertainty), iii) 사법 서비스에의 접근의 불  
평등성(unequality)이라는 문제점을 찾아 볼 수 있다.<sup>81)</sup>

### 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 징세기  
관, 대통령, 군부, 내각, 중앙은행, 의회 및 검찰총장 보다 낮은 등급에 해  
당했다.<sup>82)</sup>

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

i) 볼리비아에서는 3심제로 운영되는 보통재판절차는 2,616일이 소요되  
고(민사소송법에 규정되어 있는 것보다 6배나 더 길다), 제1심에서는 519  
일이 소요되는데, 이것은 민사소송법에 규정되어 있는 것보다 10배나 더  
길다.<sup>83)</sup>

ii) 베네수엘라에서는 형사사건의 수사단계가 평균 286일이 소요되는데  
이것은 법에 규정되어 있는 것보다 11배 더 긴 시간이다. 법원에서의 선고  
단계에 도달하기 위해서는 평균 758일이 소요된다. 민사사건의 경우에는

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.

조사단계가 완료될 때까지 평균 190일이 소요되고(법에 규정된 것보다 거의 3배), 판결에 이르기까지는 302일이 소요된다(법에 규정된 것보다 5배 이상).<sup>84)</sup>

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.<sup>85)</sup>

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.<sup>86)</sup>

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

## 2) 판결의 불확실성

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

특히 아래의 <표 1>과 같은 페루에서의 사법부의 신뢰도에 대한 한 조사에서는 판사 및 사법부에 대한 신뢰도가 상당히 낮고, 특히 사법절차에 참여했던 사람들의 경우에 판사 및 사법부에 대한 신뢰도가 대체로 낮다

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.

는 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.<sup>90)</sup>

### 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 법률원조제도의 결함 때문에 발생하는 것이다.<sup>91)</sup> 게다가 사법적 인프라는 매우 중앙집권화되어 있고, 법률서비스의 질이 지역마다 상이하다는 문제점이 있다. 이러한 방식으로도 인구의 일부는 법률서비스의 공급에서 차별을 받고 있다.<sup>92)</sup>

이와 같은 법률서비스에의 접근에서의 불평등은 이베로아메리카

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

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

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

국가들이 오늘날 직면하고 있는 경제적 불균형의 심각한 문제를 극복하는 데 기여하지 못한다.<sup>93)</sup>

#### 4) 소 결

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

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.<sup>96)</sup>

또한 사법제도가 시민의 필요나 기대에 부응하는 역할을 수행하지 못하면, 일련의 부정적인 사회적·정치적·경제적 결과들이 발생하게 되고, 종종 대안적 메커니즘이나 관행의 창출을 촉진하기 쉽다.<sup>97)</sup> 즉 불완전한 사법제도는 고액의 거래비용을 유발하고,<sup>98)</sup> 불완전한 사법제도를 통해서 내려진 결정은 권리의 비효율적인 분배를 초래할 수 있고, 타인의 권리를 침해할 수 있으며, 더 나아가서는 경제활동의 발전을 심각하게 제약하고, 시장, 경쟁, 혁신의 확대를 제한할 수 있는 불안정한 환경을 유발할 것이다. 따라서 사법제도의 개혁은 경제성장 가능성에 중요한 영향을 미칠 수 있을 것이다.<sup>99)</sup>

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

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

95) Hugo Eyzaguirre, op. cit.2, p. 17; 細野昭雄, 前掲論文, 14頁.

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

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

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



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.<sup>100)</sup> 또한 이 지역 국가들도 사법제도가 가장 우선적으로 개혁되어야 할 영역이라는 점을 인식해 왔다.<sup>101)</sup>

### 3. 사법개혁의 추진

이상에서 살펴본 바와 같은 문제의식에 입각하여 1980년대 초반부터 이베로아메리카의 국가들은 정부, 시민사회단체,<sup>102)</sup> 여러 외부의 지원 기관들이 이베로아메리카의 사법부문 기구를 개혁하고자 전 지역적인 노력

- 
- 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*, 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. 100. 이베로아메리카에서의 사법 부문의 역할이 뒤쳐져 있다는 것에 관한 보다 상세한 통계 및 조사자료는 Christina Biebesheimer, *op. cit.*, p. 99 참조.  
 102) 1960년대 중반까지 이베로 아메리카에서 NGO의 활동은 자선이나 복지부문에로 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 이하 참조.

을 펼쳐왔다.<sup>103)</sup>

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.<sup>104)</sup> 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
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.

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

104) 細野昭雄, 前掲論文, 15頁 參照.

<표 3> 주요 이베로아메리카 국가의 법관의 수

국가명	법관의 수	인구 10,000명당 법관의 수
아르헨티나(córdoba) 1971	167	8.0
아르헨티나(córdoba) 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.<sup>105)</sup>

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

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.<sup>108)</sup>

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 Domingo and Rachel Sieder (ed.), Rule of Law in Latin America : The

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

## V. 결 론

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 높아

---

International Promotion of Judicial Reform, Institute of Latin American Studies  
University of London, 2001, p. 47.

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

110) 細野昭雄, 前掲論文, 15頁 參照.

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

지고 있다.<sup>112)</sup>

이베로아메리카에서의 사법제도의 기원은 15세기의 식민지배기에 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,<sup>113)</sup> 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.

## 참고문헌

김영철, 스페인 헌법재판제도에 관한 연구, 법대논총, 제2집, 건국대학교 법과대학, 1991.

112) 中川和彦, 前掲論文, 3頁.

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

- 中川和彦, ラテンアメリカ法の基盤, 成城大學法學部研究叢書 7, 千倉書房, 2000.
- 中川和彦, ラテンアメリカ法における法の繼受の若干の考察, ラテンアメリカ・レポート, Vol. 21 No. 1.
- 中川和彦, ラテン・アメリカ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, 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巻 7號, 1974. 7.
- G. アンドラーデ, 村江四郎共 譯, ラテン・アメリカ-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 Spanisch 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 Dkolias, *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, Staaff Appraisal Report No. 13052-BO*, 1994.
- World Bank, *Bolivia. Judicial Reform Project, Staaff 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](http://krdic.naver.com/search.nhn?query_euckr=Castilla)

**Abstract**

Development and Trends of the Ibero-American  
Legislative System

Se Jeong, Yi

Ibero-America, in general, is a term that refers to 19 independent republics(in Latin America) and Brazil which were former colonies of Spain and Portugal respectively. Due to the historical background of being colonized by the two countries of the Iberian Peninsula, Spain and Portugal, law among countries in the Ibero-America region is called the Ibero-American law. Latin-American law" and "Central and South American law" are also used as general terms to describe these countries' law.

Although there had been no common laws or unification among the countries of Ibero-America, the Ibero-American legislative system should not simply be viewed as a regional term for convenience; all countries of Ibero-America were colonized by Spain or Portugal, and through colonization they shared language, religion, value, culture, lawmaking, legal culture. They were not only influenced by suzerain countries but were also strongly influenced by French and Italian laws and legal culture, which created some commonality among these countries. To be precise, the Ibero-American law has been subjected to Continental-law(especially French-law), and thus, it is comparable to North American Common law.

This article examines the development and trends of the Ibero-American legislative system with reference to the judicial system and judicial reform. This article first describes the Ibero-American law in terms of significance, special features, and history for an accurate understanding of the Ibero-American judicial system; and the deals with the development of the judicial system and judicial reform.

Key Words : Ibero-American law, Latin-American law, Central and South American law, Judicial system, Judicial reform