

라틴아메리카의 새로운 헌정주의와 탈식민적 전회*

김은중

단독/서울대학교

김은중(2022), 라틴아메리카의 새로운 헌정주의와 탈식민적 전회, 이베로아메리카연구, 33(3), 1-30.

초록 야심차고 혁명적인 사회문화 패러다임으로 탄생한 유럽중심적 근대성은 사회적 규제의 축과 사회적 해방의 축에 작용하는 역동적인 긴장 관계에 기반을 두었다. 19세기 중반이 되면서 두 축 간의 변증법적 긴장이 점차 소멸되었고 제2차 세계대전 이후 해방의 활력이 규제에 흡수되었다. 그 결과, 사회로부터 정치가 분리되는 탈정치화 현상이 발생했다. 1970년대 이후 근대주의적 법 개념에 대한 비판으로 등장한 신헌정주의는 법이 본래 가지고 있던 해방의 잠재력을 회복하기 위한 비판적 헌정주의이다. 그러나 신헌정주의는 탈정치화된 일상적 삶을 재정치화하지 못하고 사법 시스템의 정치화를 초래한다. 라틴아메리카의 새로운 헌정주의(NCL)는 신헌정주의와 더불어, 신헌정주의를 넘어선다. NCL은 헌법의 개념을 제정권력을 제한하는 데 국한시키지 않고 민주주의 원리로 확장한다. 에콰도르와 볼리비아의 헌법은 NCL의 흐름 속에서 또 하나의 분기점을 형성하는 탈식민적 헌정주의로 나아간다. 이 과정에서 오래된 원주민의 정의와 다국민성이 중요한 정치적·법적 의제로 떠올랐다. 탈식민적인 헌정주의는, 헌법 내부와 외부에서, 자유주의적이고 유럽중심적인 법 문화에 반대되는 법과 정치를 이해하는 새로운 형식을 요구한다.

핵심어 라틴아메리카의 새로운 헌정주의, 신헌정주의, 탈식민적 헌정주의, 원주민의 정의, 다국민성

* 이 논문은 2018년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2018S1A5A2A01039561).

I. 들어가며

니체는 <차라투스트라는 이렇게 말했다>에서 인간의 정신은 세 단계로 발전한다고 말했다. 낙타에서 사자로, 사자에서 어린아이로. 중력을 견뎌내는 인간의 정신은 무거운 짐을 짊어지고 사막으로 들어가는 낙타처럼 자신의 사막으로 들어간다. 한없이 고독한 사막에서 인간의 정신은 사자로 변화한다. 자유를 쟁취하여 사막의 주인이 되고자 하는 사자는 승리를 위해 거대한 용과 필사적으로 싸운다. 용은 ‘너는 해야 한다’는 복종과 당위를 명령하는 모든 낡은 가치와 도덕, 규범과 질서의 관리자이다. 그러나 용과 싸워 승리를 쟁취한 사자의 정신은 새로운 가치를 창조하지 못한다. 니체는 새로운 가치를 창조하는 것은 어린아이의 정신이라고 말한다. 어떤 상황에서도 지치지 않고 자신만의 새로운 가치와 기준을 만들어내는 어린아이의 정신은 절대 긍정의 정신이다. 어린아이의 정신은 순진무구 그 자체이며 망각이다. 어린아이의 정신은 하나의 새로운 시작이며 시원(始原)의 운동이고 신선한 긍정이다(니체 2000, 38-41).

법사회학자 산투스(Boaventura de Sousa Santos)는 근대 법(law)도 인간의 정신처럼 세 단계로 변화했다고 말한다. 그러나 변화의 순서는 정반대이다. 어린아이에서 사자로, 사자에서 낙타로. 17-18세기에 법은 어린아이와 같았다. 새로운 자연법 이론과 자유주의 정치철학은 부르주아 사회가 출현하고 공고화되는 과정을 증언하는 가치와 신념의 장엄하고 새로운 창조물이었다. 그러나 19세기가 지나면서 법은 부정하는 사자가 되었다. 19세기의 법은 사회적 문제들이 제기되고, 신흥 사회정치 세력이 이 문제들을 의제로 밀어붙이는 요구에 맞서 저항했다. 제2차 세계대전 이후에 법은 세 번째 변화를 겪었다. 법은 저항을 포기하고 서로 다른 사회적, 정치적 힘이 부과하는 모든 범위의 가치와 신념에 유순하게 복종했다. 법은 낙타가 되었고, 복지국가라는 법이 낙타의 정신이 되는 과정의 가장 두드러진 모습이다(Santos 1987, 279-280).

16-17세기 야심차고 혁명적인 사회문화 패러다임으로 탄생한 유럽중심적 근대성은 사회적 규제의 축과 사회적 해방의 축 사이의 역동적인 긴장 관계에 기반을 두었다. 법이 낙타의 정신이 되는(camelisation) 과정은 서구 근대성을

지탱해 온 두 개의 축의 변증법적 긴장이 소멸되었음을 보여준다. 규제의 축은 규범과 제도를 통해 미래에 대한 기대가 실현될 수 있다고 주장하고, 해방의 축은 규범과 제도에 맞서고 불신함으로써 현 상태(statu quo)에 대한 의문을 제기하고 더 나은 미래로 나아가려는 일련의 희망이다. 사회적 규제가 위기에 부딪힐 때마다 새로운 형태의 사회적 해방이 출현하고, 사회적 해방은 보다 진보적인 형태의 사회적 규제가 된다. 따라서 해방은 규제의 타자이며 해방의 의지와 에너지는 역사 발전의 원동력이다. 두 축 사이의 긴장은 영원히 해소될 수 없는 것인데, 성공한 해방 투쟁은 곧바로 새로운 규제가 되고 또 다시 두 축 간에 새로운 긴장이 형성되기 때문이다. 따라서 해방 투쟁의 성공은 항상 일시적일 뿐이다(Santos 2012, 33-38).¹⁾

19세기 중반이 되면서 규제의 축과 해방의 축 간의 변증법적 긴장이 점차 소멸되었고 제2차 세계대전 이후 해방의 활력이 규제에 흡수되었다. 사회적 해방은 더 이상 사회적 규제의 변증법적 타자가 아니라 규제의 복사판이 되었다. 그 결과, 사회로부터 정치가 분리되는 탈정치화(depolicitization) 현상이 발생했다. 일상적 삶을 탈정치화하는 것이 근대 과학이라면, 사회적 갈등과 반란을 탈정치화하는 것은 법이다. 해방의 활력이 사라진 것은 규제의 승리가 아니라 위기이며, 근대성의 패러다임이 고갈되었음을 알려주는 징표이다.²⁾ 본 연구에서는 1970년대 이후 법의 영역에서 사회적 규제와 사회적 해방의 긴장 관계를 유럽

1) 근대성이 내건 약속들 중 어느 것은 지켜졌고, 어느 것은 초과된 것도 있지만, 근대성이 지키지 못했고, 지킬 수 없는 약속들로 인해서 근대성이 지킨 약속들마저 실효성이 사라지고 있다. 평등한 사회에 대한 약속, 자유와 인권 존중에 대한 약속, 칸트가 공식화한 영원한 평화에 대한 약속, 인류의 공동 이익을 위해 자연을 이용한다는 약속 등은 실현되기는커녕 점점 더 멀어지고 악화되고 있으며, 시장 근본주의가 지배하게 되면서 왜곡 현상은 더 심해지고 있다.

2) 21세기 인류는 불공평한 시대에 살고 있다. 불평등은 점점 더 커지고 있으며 전 세계 많은 사람들에게 인권은 그저 환상일 뿐이다. 정확한 통계가 없이도 굶주림이 증가하고, 환경은 더 악화되고 있으며, 고통이 지구 전체로 확산되고 있음을 알 수 있다. 기후위거나 코로나 팬데믹처럼 도처에 산재한 어마어마한 피해 앞에서 사람들은 망연자실하고 무기력함을 느낄 뿐 대안을 찾지 못한다. 우리가 감히 대안을 상상한다면, 그것은 단지 혼자만의 생각이거나 유토피아처럼 느껴질 뿐이다.

의 신헌정주의를 통해 살펴보고, 신헌정주의와 함께, 신헌정주의를 넘어서는 라틴아메리카의 새로운 헌정주의를 분석하고자 한다.

II. 신헌정주의—법치국가에서 헌정국가로³⁾

법의 영역에서 근대성의 패러다임의 고갈은 세 가지 증상(이자 주장)으로 나타난다. 첫째, 국가는 법을 독점적으로 운용하며, 법은 현실을 과학적으로 구축한다. 둘째, 법과 시민사회는 다른 영역이며, 따라서 법과 정치는 별개의 것이다. 셋째, 법은 정치적으로 합법화된 사회변혁의 원리이자 보편적 도구이다(Santos 2002, 18-19). 이러한 근대주의적 법 개념은 제2차 세계대전의 과정에서 등장한 파시즘과 나치즘으로 인해서 여지없이 무너졌다. 근대성이 제시한 꿈은 악몽이 되었고, 희망은 공포가 되었으며, 혁명은 배신당했다. 그 결과, 법의 근대주의적 주장에 대한 비판이 대두되었다. 첫째, 법은 과학적이지 않으며 국가가 독점적으로 운용해서도 안 된다. 근대주의적 법 일원론(legal monism)은 법 다원주의(legal pluralism)가 보여주는 경험과 실천의 차원을 획일화하고 말살(juricide)한다. 둘째, 법과 정치는 별개의 영역이 아니다. 가장 작은 공동체인 가정으로부터 가장 큰 공동체인 세계에 이르기까지 모두 정치의 장(場)이다. 따라서 법의 해방의 에너지를 재충전함으로써 탈정치화된 일상적 삶을 재정치화(repoliticization)해야 한다. 셋째, 법의 해방의 에너지를 국가에 의해서만 정당화될 수 있는 것으로 축소시키면 법은 사회를 변혁시킬 수 없고, 법의 해방의 에너지는 규제로 흡수되어 버린다.

신헌정주의(neoconstitucionalismo)는 1970년대 이후 근대주의적 법 개념에 대한 비판으로 등장했다.⁴⁾ 제2차 세계대전이 끝난 후 유럽 국가들은 국가독점

3) constitucionalismo는 헌정주의, 입헌주의, 헌법주의 등으로 번역된다. 이러한 표현들 중 어느 것을 사용할 것인지에 대한 합의는 아직 이루어지지 않고 있다. 이 논문에서는 헌정주의라는 용어를 사용한다.

4) 신헌정주의라는 용어는 1997년 부에노스아이레스에서 열린 제18차 세계법사회철학 대회(Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social)에서 처음으로 사용되었다. 그리

적인 법이 저지른 폐해가 재발되는 것을 막기 위해 새로운 헌법을 제정했다. 이탈리아 헌법(1947)과 독일 헌법(1949)은 파시즘 정권과 나치즘 정권이 저지른 대량 학살의 재발을 막기 위해 종교적 탄압, 소수 민족에 대한 박해, 국가가 저지르는 합헌적 독재, 인종 말살, 기본적인 인간 존엄성에 대한 침해를 금지하는 조항을 명문화했다. 오랫동안 군부 독재를 경험한 포르투갈 헌법(1976)과 스페인 헌법(1978)은 군부 독재의 재발을 방지하고 민주주의를 심화시키기 위해 공정한 보통선거, 정기적인 선거, 공적 자유의 확대, 분권화를 헌법 조항에 포함시켰다. 그러나 1980년대 이후 신자유주의 세계화가 강화되면서 사회적 국가의 토대가 약화되고 정치적, 경제적 의사결정 공간이 공적-국가적 영역(의회)에서 사적-국제적 영역(초국적 기업에 의해 통제되는 국제기구)으로 이동하면서 법의 제정(law-in-books)과 법의 적용(law-in-action) 사이에 커다란 간극이 발생했다. 그 결과, 법의 영역에 삼중의 위기가 발생했는데 첫째, 국가와 법의 불일치이고 둘째, 최고법으로서의 헌법의 위기이며 셋째, 법률 생산의 국가 독점의 위기이다(Noguera-Fernandez y Criado de Diego 2011, 17-18).

신헌정주의는 근대적 헌정주의가 부딪힌 삼중의 위기를 극복하기 위한 법 이론이다. ‘헌법은 권력이 분할되고 권리가 보호될 때 존재한다’(프랑스 인권선언문 16조). 근대 헌법에 대한 간략하지만 핵심적인 이 정의는 아직도 여전히 유효하다. 이러한 정의에 따라 근대 헌법은 크게 정부 조직에 대한 규정(la sección orgánica)과 침해할 수 없는 권리에 대한 규정(la sección dogmática)의

고 나중에 같은 주제에 관한 후속 저서에서 일련의 이론적 입장을 표명하기 위해 도입되었다. 이에 대해서는 Pozzolo(2015, 363-364) 참조할 것. 복잡하고 이질적이며 다면적이 개념인 신헌정주의는 다양한 지류에서 흘러든 물이 모이는 댐으로 이해될 수 있다. 신헌정주의는 현대 유럽 헌정주의뿐만 아니라 자연법과 실증주의를 포함하는 포괄적인 개념이다. 이 때문에 라틴아메리카에서 신헌정주의 연구에 선구적 역할을 한 미겔 카르보넬(Miguel Carbonell)은 신헌정주의를 복수형(neoconstitucionalismo(s))으로 부를 것을 제안했다(2006). 개념적 차원에서 신헌정주의(neo-constitucionalismo)의 ‘neo-’와 라틴아메리카의 새로운 헌정주의(nuevo constitucionalismo latinoamericano)의 ‘nuevo’는 동일하다. 그러나 각 제도의 현실은 기본권의 인정 등 다양한 측면에서 일치함에도 불구하고 서로 다른 맥락과 현실에 대한 반응이라는 점에서 다르다. 양자를 구분하기 위해 neo-는 ‘신-’으로, nuevo는 ‘새로운’으로 표기한다(김은중 2022, 191).

두 부분으로 구성된다. 정부 조직에 대한 규정은 ‘견제와 균형’의 원리를 바탕으로 하며, 침해할 수 없는 권리에 대한 규정은 기본적 권리 목록으로 구성된다. 근대 초기 헌법에 명시된 기본적 권리는 자유주의 전통에 뿌리를 둔 자유권(개인의 자유, 사상의 자유, 집회의 자유, 결사의 자유)이며, 19세기 중반 이후에 정치적 권리가, 20세기 두 번에 걸친 세계대전을 겪고 난 이후에 더 많은 사회적 권리의 포함과 강화가 요구되었다.⁵⁾⁶⁾

(a) 법치국가	권력분립	기본권+ 민주적 권리①+ 사회적 권리	제(諸) 헌법원리 (A)	민주주의 원리 (B)
(b) 형식적 법치국가				
(c) 실질적 법치국가				
(d) 헌정국가				
(e) 민주적 헌정국가②				

〈그림 1〉 법치국가에서 민주적 헌정국가로

법을 가진 모든 국가가 실질적 법치국가는 아니다. 마찬가지로 헌법을 가진 모든 국가가 헌정국가는 아니다. 헌법이라고 주장될 수 있는 법률 체계에는 다

5) 1910년에 시작된 멕시코 혁명은 ‘1917년 헌법’이라는 놀라운 결과를 낳았다. 증가하는 불평등과 권위주의에 맞선 노동계급의 저항으로 1917년 헌법에는 그 당시의 다른 헌법들과 달리, 식생활과 교육에 대한 권리를 포함하는 광범위하고 강력한 사회적 권리 목록이 포함되었다. 사회적 헌정주의의 선구적 위치에 있는 멕시코 헌법은 정치권력을 제한하고 기본적 권리를 보호하는 것에 국한하지 않고 모든 시민이 기본적인 재화와 서비스에 대한 권리를 가진다고 명시했다. 예를 들어, 1917년 헌법 27조에 따르면 국가 영토 내의 토지와 물은 본래 국가에 귀속된다. 즉 국가는 국가의 영토 내의 모든 자원에 대한 최종적인 권한을 가지며 그것을 국민을 위해 사용한다. 123조에는 노동자에 대한 광범위한 권리를 부여하고, 노동조합을 인정하며, 파업과 결사의 권리를 보호하고, 향후 노동법의 변화를 위해 노동관계에 대한 세부 규정을 명시했다. 또한 최대 노동 시간, 아동 노동, 임산부의 권리, 최저 임금, 휴가와 동일한 임금 및 위생적이고 편안한 노동 조건에 대한 권리도 포함한다(Gargarella 2013, 245-246). 강력하고, 광범위하며, 관대한 권리선언인 멕시코 혁명헌법은 점차 라틴아메리카 대륙 전체로 사회적 헌정주의의 흐름을 확산시켰다. 그 결과, 브라질(1937), 볼리비아(1938), 쿠바(1940), 에콰도르(1945), 아르헨티나(1949), 코스타리카(1949)에서 확장된 사회적, 경제적 권리들이 헌법에 포함되었다.

6) <그림 1>의 틀은 독일 교과서에 실린 것으로 이석민(2019, 42)에서 재인용한 것이다.

양한 전통, 양식, 개념이 포함된다. 관습법(common law)에서 비롯된 헌법과 대륙법(civil law) 전통에서 유래된 헌법이 있으며, 형식에 따라 성문법과 불문법도 존재한다. 권력분립과 기본권의 보호를 근간으로 하는 근대 초기 헌정주의는 정치적 권리가 포함되면서 민주적 헌정주의(<그림 1>의 ①에 해당)로 진화했고, 20세기 초반 이후 사회적 권리가 포함되면서 민주적 헌정주의는 사회적 헌정주의로 이행했다.⁷⁾⁸⁾ 사회민주적 법치국가(Estado social y democrático de derecho)는 자유주의적, 민주적, 사회적 권리가 포함된 실질적 법치국가(<그림 1>에서 (c)에 해당)를 가리킨다. 신헌정주의는 세계대전의 값비싼 교훈을 바탕으로 실질적 법치국가에서 헌정국가로 이행한다. 신헌정주의는 “국민의 자유와 권리가 국가 권력으로부터 침해당하지 않도록 보호하기 위하여 통치 관계를 헌법에 규정하고, 국가가 국민에게 행하는 권력 작용을 헌법에 구속되도록 하는 ‘헌법에 의한 통치’ 원리”(김철수 2009, 3. 이석민 2019, 34에서 재인용)이다.

헌법에 의한 통치에서 중요한 것은 실질적 법치국가의 법실증주의가 제(諸) 헌법원리로 확장된 것이다. <그림 1>의 (A)에 해당하는 제 헌법원리(constitutional principle)는 적어도 일곱 가지의 조건이 포함되는 ‘법질서의 합헌화’(constitucionalización del ordenamiento jurídico)을 의미한다.⁹⁾ 첫째, 헌

7) 개인적 권리의 역사는 18세기의 공민권 내지 개인적 시민권(사유재산의 자유, 신체의 자유, 계약 체결의 자유, 언론·출판의 자유, 집회·결사의 자유, 종교의 자유, 법 앞에서의 평등)에서 19세기의 정치권(선거권, 피선거권 등)으로, 그리고 20세기에는 사회적 권(교육, 사회적 서비스 등)으로 진화해온 과정이다(Marshall 1950).

8) 실질적 법치국가의 요소인 민주적 권리①과 민주주의 원리(B)는 동일하지 않다. 민주적 권리①가 ‘제도로서의 민주주의’를 의미한다면, 민주주의 원리(B)는 ‘운동으로서의 민주주의’를 의미한다. “헌정주의는 ‘제도로서의 민주주의’(정치적 기본권 및 관련 절차와 제도)를 보장하여, ‘운동으로서의 민주주의’가 실제로 구현되게 한다. 비유적으로 말하자면, 이 둘의 관계는 ‘풍력발전기’와 ‘바람’의 관계에 상응한다고 할 수 있다. 풍력발전기라는 기제는 정태적 제도다. 이것은 동태적이고 (보이지 않는) 바람을 하나의 에너지로 전환하는 역할을 한다. 마찬가지로 제도로서의 민주주의는 동태적 민주적 의사가 형성되도록 하며 이것이 민주적 헌법국가의 기본 구조를 이룬다. 따라서 헌정주의는 제도로서의 민주주의를 포함하지만, 운동으로서의 민주주의와는 구별된다”(이석민 2019, 43, 김은중 2022, 195에서 재인용).

법의 경직성; 둘째, 헌법에 의한 법률의 통제; 셋째, 헌법의 구속력; 넷째, 헌법 조항의 ‘과잉 해석’(sobreinterpretación); 다섯째, 재판관에 의한 헌법 조항의 직접적 적용; 여섯째, 통상적 법률에 따른 해석; 일곱째, 정치적 관계에서 헌법의 직접적 영향력이다(Guastini 2003, 49-57. Alterio 2014, 233에서 재인용). 실질적 법치국가에서 헌정국가로의 이행을 의미하는 제 헌법원리는 단순히 선언적이거나 희망적인 선언이 아니라 법률 소송에 의해 권리를 행사할 수 있는 최고의 규범적 효력이다. 동시에 국가의 권력 작용이 헌법에 구속되게 함으로써 개인의 권리가 침해받지 않도록 한다. 헌법의 구속력은 법과 도덕의 결합을 통한 헌법 조항의 과잉 해석에 근거하며, 헌법 조항의 과잉 해석에 의해 헌법은 정의의 내용을 실증하는 가치 그 자체가 된다(Alterio 2014, 234).¹⁰⁾ 헌법 조항

9) 법질서의 합헌화란 법이 헌법에 의해 ‘깊이 스며들고’(impregnado), ‘가득 채워지고’(saturado), ‘적셔지는’(embebido) 과정을 의미한다. 다시 말해, 법의 모든 영역(입법, 판례, 교리, 정치적 행위자의 행동 등)에 헌법이 침투하여 제약하게 된다(Comanducci 2010, 173).

10) 신헌정주의가 복잡하고 이질적이며 다면적인 것은 제(諸) 헌법원리와 관련된다. 헌법 해석과 관련된 원리에는 다음과 같은 사항들이 포함된다. (a)헌법은 개방적이고 유연하다. 왜냐하면 헌법은 해야 할 것과 하지 말아야 할 것을 규정하는 규범들, 의무적이고 기술(記述)적이며 목적론적인 법규들을 통합하고 있으며, 법률적 관점에서 볼 때 규범들과 법규들은 잡아 늘일 수 있고 넓게 확산되기 때문이다. (b)헌법은 실질적이다. 헌법은 법률적으로 범위가 다른 규범들로 구성되어 있음에도 불구하고 법률적으로 구속력을 가진다. 헌법에 대한 해석이 잡아 늘일 수 있고 넓게 확산된다고 해도 규범적 힘을 손상시키지 않고 오히려 최적화된 해석을 하라는 명령이기 때문이다. 이런 관점에서 보면 헌법의 범위가 미치지 못하는 사회적 현상은 없으며 합헌화될 수 없는 법적 문제도 없다. (c)다양한 모델을 통해 구체화되는 효과적인 사법적 통제 및 보호 시스템으로 인해 헌법적 보장이 강화된다. 이전의 헌정주의가 견지했던 소극적 통제와 최소주의 입장과 달리 신헌정주의는 개방적이고 원리주의적인 헌법의 이념에 상응하여 법리적으로 최대주의 이념을 받아들인다. 법리적 최대주의는 자기 억제 원칙에 의해 제한되지 않고 헌법의 명령이 최대한으로 최적화되고 의무의 완전성을 수용한다. 따라서 헌법의 법리는 창조적이고 변증법적이며, 공식적으로는 다양하고 통시적으로는 변화한다. 헌법은 살아 움직인다. (d)헌법에 대한 해석은 심사숙고(ponderación)를 원칙으로 한다. 이것은 모든 경우에 상충하는 의무가 균형을 이루고 그들 사이의 최적화 지점을 발견하는 논리적 작업이다. 이렇게 함으로써 사실과 해석의 규범에 포섭이 있을 뿐만 아니라 해석자의 완전성, 합리화 및 정당화가 존재하는 논증적 모델을 제시한다. 심사숙고는 위계화하지 않고 현존하는 상태에서 비교하고 최적화한다. 또한 해당 범위를 엄격하게 제한하지 않고 모범적인 유연한 논쟁을 제시한다. (e)법의

의 과잉 해석은 사법부의 비중이 강화됨을 뜻한다. 요컨대, 신헌정주의는 이데올로기적이고 정치적인 운동을 포함하는 일련의 교리이며, 그 목적은 헌법의 중심성을 정당화하기 위한 것이다.

신헌정주의는 법이 본래 가지고 있던 해방의 잠재력, 즉 확장되고 유연한 법 개념을 회복하기 위한 비판적 헌정주의이다. 그러나 신헌정주의는 법과 도덕의 결합이 아니라, 양자 세계대전의 비극이 가르쳐준 값비싼 교훈의 결과물로서 ‘법과 정치 제도의 사법적 재건’(refundación jurídica del derecho y de las instituciones políticas)이라는 반론에 부딪혔다. 이 반론에 따르면, 헌법의 경직성과 법질서의 합헌화는 헌정법치국가(Estado constitucional de derecho)의 새로운 실증주의 법 모델이다. 즉 신헌정주의는 헌정국가를 지향하는 것이 아니라 헌정법치국가를 지향한다는 것이며, 신헌정주의가 헌법 이론이 아니라 법 이론이라는 비판이다. 이 비판에 따르면, 신헌정주의는 법치국가와 단절하지 않고 헌정국가로 전환을 모색한다(Viciano Pastor y Martínez Dalmau 2010, 17). 신헌정주의는 법을 만드는 형식적 절차뿐만 아니라 법의 규범적 내용에서도 법 그 자체에 복종한다. 이러한 종속은 정치적(외부적) 정당성의 원천에서 법적(내적) 정당성의 원천으로 변형된 윤리적·정치적 원리를 엄격한 헌법에 통

합헌화는 헌법이 법의 모든 수준에 스며들어 있고 법의 유효성과 해석의 매개변수로 존재하는 것을 의미한다. 그 결과, 권리들이 법률 체계에 포함된다. 이것은 기본적인 권리들이 객관적 차원을 가지며, 그 덕분에 기본적인 권리들은 법률 체계에 정보를 제공하고 공권력의 실천을 조건 짓는 구조의 기본적인 구성 요소로 작용한다. (f)권리의 명의(titularidad)의 확대와 권리의 증가라는 이중 과정에 의한 헌법 교의 부분이 발전하고 확대된다. 특정 상황의 집단, 길드, 사회 집단, 마을에게 권리의 명의를 인정함으로써 권리가 다양화되었다. 동시에 과학기술이 발전됨에 따라 인간의 특정한 국면을 보호하려는 관심과 이미 존재하는 권리에 대한 새로운 형태의 공격이 나타난다. (g)헌법은 모든 권리를 평등하게 인정한다. 이것은 모든 권리를 국가 권력에 대항하는 개인적 권리에 초점을 맞추는 자유주의적 헌정주의의 가장 강력한 교리와 단절하는 것을 의미한다. (h)법과 권리를 실현하는 것은 공권력이다. 이것은 세 가지 차원에서 결정적인 정치적 행위자로서 국가를 재건하는 것을 의미한다. 국가적 차원에서 다양한 정책을 추진하고 그것을 실천할 수 있는 조건을 만들고, 국가 안에서는 국가 활동을 감시하고 권력의 남용을 저지하고, 국가를 넘어서서 시민 사회에 민주적 공간 개발을 유도하는 것이다(Villabellá Armengol 2010, 51-54). 헌법 해석과 헌법원리에 대해서는 다음을 참조하라. Prieto Sanchi (1991); Pozzolo (1998); Martínez Dalmau(2016).

합하는 것이다. 따라서 법은 존재(ser)를 규제할 뿐만 아니라 존재의 당위(deber ser)까지도 규제한다. 다시 말해, 법은 인간의 행동을 규제할 뿐만 아니라, 기본적 권리의 보장에 있어서 긍정적인 것과 부정적인 것의 선택도 법의 내적 원리로 투영된다(Ferrajoli 2013, 23-39).

확장되고 유연한 법 개념은 법실증주의에 대한 비판을 통해서 법의 역할과 법의 유효성의 조건뿐만 아니라, 사법권의 역할과 민주주의의 본질에까지 영향을 미치는 혁명적인 패러다임의 전환이다. 특히 재판관의 새로운 역할과 관련하여, 헌법에 복종한다는 것은 기본적 권리를 침해할 수 있는 법률 및 기타 정치권력 행위의 위헌성을 판단함으로써, 입법자(국회의원)에 맞서서 재판관(판사)을 기본적 권리의 보장자로 만드는 것이다. 이것은 단지 기본권을 보호하기 위한 것만이 아니라 그러한 권한을 판사에게 맡긴다는 신헌정주의의 핵심적인 특징 중의 하나이다. 이러한 관점에서 보면 현행 헌법과 그것을 바탕으로 만들어진 헌정국가는 여전히 법실증주의에서 벗어나지 못하고 있다.

앞에서 언급한 것처럼, 근대성의 패러다임의 고갈은 사회적 해방의 에너지가 사회적 규제에 흡수되었기 때문이며, 그로 인해 사회로부터 정치가 분리되는 탈정치화 현상이 발생한다. 탈정치화 현상은 민주주의와 국가 권력의 역할뿐만 아니라 법의 영역에도 영향을 미친다. 법원의 판결이 차지하는 비중이 높아지는 것은 이 때문이다. 미시적 소송에 중점을 둔 법원은 사회적 갈등을 개인화하고 신자유주의 세계화의 현실에서 권력이 약화된 국가를 대신하여 정당성을 부여받음으로써 사회적 소요를 통제하고 공적인 삶을 탈정치화한다. 정치적 갈등의 사법화(la judicialización de los conflictos políticos)는 탈정치화된 일상적 삶의 재정치가 아니라 사법 시스템의 정치화(la politización del sistema judicial)이다.¹¹⁾ 정치체제의 정당성이 사법적 정의로 이동하고 법원의 정치적

11) 사법부의 활동이 그 자체로 좋고 나쁜 것은 아니다. 사법부 활동에 대한 평가는 최종적으로 그것이 보여주는 정치적 성향에 달려 있다. 시장에 의해 움직이고 민간부문이 지배하는 신자유주의 세계화의 현실에서 사회적이고 경제적인 삶에 대한 사법부의 규제는 민주주의를 강화하고 시민에게 더 많은 권력을 부여하고 사회정의를 달성할 수 있다. 물론 이것은 동원된 사회 집단이 사법적 활동을 재조정할 수 있을 만큼 충분한 힘을 가질 때 가능하다.

역할이 증가하면서 사법부와 국가의 다른 권력 간의 충돌 범위가 커지고 위기도 증가하는 것은 정치의 사법화, 사법의 정치화의 결과이다. 이러한 현상은 라틴아메리카뿐만 아니라 전 세계적으로 동일하다.

III. 라틴아메리카의 새로운 헌정주의—헌정국가에서 민주적 헌정국가로

헌정주의는 언제나 특정한 정치적·사회적 위기와 관련되어 있다. 즉 새로운 헌법의 제정은 사회가 겪고 있는 위기 상황을 해결하기 위한 제도적 규범이다. 유럽의 신헌정주의가 그랬던 것처럼, 라틴아메리카의 새로운 헌정주의(nuevo constitucionalismo latinoamericano, 이하 NCL)는 두 가지 역사적 위기의 산물이다.¹²⁾ 첫 번째는 정치적 위기로, 1960-1980년대 중반까지 라틴아메리카 국가 대부분이 경험했던 군부독재이다. 군부독재는 라틴아메리카 헌정주의에 커다란 영향을 미쳤다. 1980년대에 군부 정권이 막을 내린 후, 많은 라틴아메리카 국가는 새로운 정치 세력에게 정당성을 부여하고 민주주의의 개방을 제도화하기 위해 새로운 헌법을 제정했다. 여기서 주목해야 할 것은 1980년대 정치적 민주화가 두 번째 위기인 신자유주의 경제개혁과 동시에 진행되었다는 것이다. 정치개혁과 더불어 진행된 신자유주의 구조 조정 프로그램은 사회적 안 전망이 없는 국가에 심각한 경제적, 사회적 위기를 초래했다.¹³⁾ 이런 맥락에서

12) NCL이 언제부터 시작되었으며 NCL의 범위를 어떻게 한정할 것인지 하는 문제는 간단하지 않다. 일반적으로 NCL은 1980년대 이후 라틴아메리카의 많은 국가에서 진행된 제헌과정의 공통된 경향성을 보이는 새로운 흐름을 가리킨다. NCL이라는 용어는 스페인의 연구자들인 비시아노 파스토르(Roberto Viciano Pastor), 마르티네스 달마우(Rubén Martínez Dalmau), 크리아도(Marcos Criado), 멘데스(Josefina Méndez)에 의해 처음으로 사용되었다(Lascarro-Castellar *et al.* 2021, 64).

13) 1980년대 이후 라틴아메리카는 신자유주의 강령을 추종했으며, 일반적으로 국가 억압 체제 경제는 기존의 노동조합 같은 생산 조직의 해체, 임금 삭감, 노동자가 투쟁을 통해 얻은 노동권의 제거, 기본적인 시위권, 헌법에 명시된 당국에 대한 청원권을 제거하고 자유로운 수입과 자유로운 기업을 선호했다. 이 모든 것은 가장 보호받지 못하는 계층에 대한 보호를 등한시하고 특권층에 대한 배려였으며, 시민의 항의와 요구를 묵살하고 불평등한 체제를 유지하기 위해 무력을 사용하고 더 많은 사람을 배제했다. 국가의 통치는 단순해지고 가혹했으며 민주적이지 못했다. 그 결과 사회는

NCL은 신자유주의 정책으로 인한 사회적 불평등과 이로 인한 특정한 사회적 집단, 특히 원주민의 정치적·사회적 주변화와 관련이 있다. NCL은 국가와 정당이 정당성을 상실하고, 사회운동이 정치권력과 시민 사이의 연결고리 역할을 하는 특권적 행위자로 자리 잡으면서 모든 사람을 위한 인권을 옹호하고 주장하는 역사적 맥락에서 출현했다.

이런 정치적·경제적 상황에서 1990년대 이후 콜롬비아(1991), 베네수엘라(1999), 에콰도르(2008), 볼리비아(2009)의 새로운 헌법 제정은 국제적 관심의 대상이 되었다.¹⁴⁾ 새로운 헌법의 개혁 과정과 혁신적 내용은 이들 국가에서 논란을 불러일으켰고 권력 구조와 정치 체제를 변화시켰다. 새로운 헌법은 새로운 제도(베네수엘라의 제4의 권력 또는 시민권력, 에콰도르의 시민참여와 사회적 통제를 위한 행정 조직 등)를 신설했고, 직접 민주주의와 심의 민주주의를 위한 더 많은 요소를 포함했으며, 사회적이고 집단적인 권리를 확대했을 뿐만 아니라, 국가의 개념(볼리비아와 에콰도르의 다국민국가)도 변화시켰다. 더욱이 다문화적 헌정주의의 틀 안에서 다원적인 법적 질서의 수립은 새로운 도전을 초래했다. NCL은 이러한 변화를 가리키는 용어로 등장했다.

앞에서 언급한 것처럼(주 4), 용어의 유사성에도 불구하고 NCL은 신헌정주의와 더불어(with), 신헌정주의를 넘어선다(beyond). 신헌정주의처럼 NCL의

더욱 허약해지고 내부 갈등이 지속되었으며 국제인권선언이 장려하는 정의롭고 연대하며 서로를 존중하는 공존으로 나아가지 못했다.

- 14) 1810년부터 2015년까지 라틴아메리카 18개 국가에서 국가 당 평균 10.8개의 헌법이 제정되었고 총 195개의 헌법이 만들어졌다. 1789년에서 2015년 사이에 16개국에서 52개의 헌법이 채택된 서유럽의 국가당 평균 3.2개의 3배 이상이다. 특히 20세기 100년 동안 155회 헌법이 교체되었는데 이는 연간 1.53회의 비율이다. 도미니카 공화국은 34번, 베네수엘라는 26번 헌법을 제정했고, 에콰도르의 2008년 헌법은 20번째 헌법이었다. 1980년대 이후 헌법 제정은 다소 줄어들었고, 그 결과 1978년부터 2017년까지 18번 헌법이 제정되었다. 1970년대 후반부터 1990년대 초반까지 진행된 선거 민주주의의 확대 이후 헌법 제정과 개정은 다소 감소했다. 그러나 1978년 이후 대부분의 국가는 새 헌법을 제정했으며 모든 국가에서 이전 헌법의 틀을 수정했다(Albert *et al.*, 2019; Negretto & Couso 2018; Negretto 2012). 라틴아메리카 헌법 제정과 개정 에 관해서는 다음의 사이트를 참조하라. Las Constituciones Latinoamericanas, vid. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, <http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispano_americanas/catalogo_paises/>.

목적도 규범적인 헌정국가를 구성하는 것이다. 즉 신헌정주의와 마찬가지로 NCL의 주된 목적은 법질서의 합헌화이다. 그러나 이와 동시에 NCL은 헌법의 개념을 제정권력(el poder constituido, 구성된 힘)을 제한하는 데 국한시키지 않고 민주주의 원리(<그림 1>의 B)로 확장한다. 민주주의 원리는 헌법의 민주적 정당성(legitimidad democrática)이며 정치적 차원이다. 헌정주의가 국민이 공권력을 결정하고 제한하는 매커니즘이라면, 헌정주의의 첫 번째 명제는 국민의 제헌권력(el poder constituyente, 구성하는 힘)의 의지가 충실하게 이전되는 것을 보장해야 하고, 국민 주권의 직접적인 행사를 통해 헌법 규범을 만들거나 바꿀 수 있다는 것을 보장하는 것이다. 요컨대, 헌법의 효율성은 법질서의 합헌화를 바탕으로 하지만, 법질서의 합헌화는 제헌권력이 주권을 가진 국민에게 있으며 국민의 의지를 반영하는 것이고, 헌법은 제헌권력의 결과물이라는 사실에 근거한다.

제헌권력은 헌정국가에서 민주적 헌정국가로 이행하는(<그림 1>에서 (d)에서 (e)로) 요소이며, 헌정주의와 민주주의를 연관시키는 연결고리이다. 이런 맥락에서 제헌권력에 대해서 말하는 것은 민주주의에 대해서 말하는 것이다. 근대에 들어와 이 두 개념은 자주 연관되었으며 20세기에 이러한 연관 관계가 강화되는 과정에서 점점 더 중첩되었다. 법 이론의 관점에서 보면 “제헌권력은 헌법 규범을 생산하는 원천이다. 즉 헌법을 만드는 권력이며, 그러므로 국가 권력을 조직하는 기본 규범을 만드는 권력이다. 달리 말하자면, 새로운 공동체 내에서 법적 관계를 규제하기 위해 새로운 법적 장치를 수립하는 권력이다”(Negri 1999, 2). 그러나 제헌권력은 이미 확립된 헌정권력(poder constitucional)이나 제정권력과 다르다. “제헌권력은 합헌화되는 것을 거부한다. (...) 제헌권력에 숨겨진 힘은 규범의 위계적 체제에 완전히 통합되는 것을 거부하며 (...) 제헌권력은 항상 법과 거리가 멀다”(Negri 1999, 1). 헌법 규범을 생산하는 원천인 제헌권력은 무로부터 창출된 새로운 정치질서를 가리키며 미국독립혁명과 프랑스혁명이 좋은 본보기이다. 미국 헌법(1787)은 미국 독립선언문(1776)을 토대로 만들어졌으며, 프랑스 헌법(1791)의 토대는 중요한 근대적 법률 문서로 인

정받는 ‘인간과 시민의 권리 선언문’(la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789)이었다. 무로부터 창출된 새로운 정치질서인 제헌권력은 시간적으로 전능하고(all-powerful) 공간적으로 광대하다(expansive). 그러나 제헌권력이 구체적인 실효성을 갖기 위해서는 법 생산의 규범으로 환원되어야 하며 이미 구성된 제정권력에 편입되어야 한다. 법 이론과 헌정주의는 제헌권력을 제한하고 통제하면서, 그것의 파괴적이고 창조적인 힘들을 순화시키고, 그것을 체제의 메커니즘으로 편입시키려고 시도한다. 이것이 제헌권력의 역설이다. 제헌권력은 “기존의 어떠한 평형이라도, 그리고 어떠한 가능한 연속성이라도 파열시키고 깨뜨리고 중지시키며 어지럽히는 힘”(Negri 1999, 10)이지만, 그것의 전능성과 확장성은 기존의 질서, 제정권력으로 통합되어야 하는 것이다. 이것은 앞에서 언급한 사회적 해방의 축이 사회적 규제의 축으로 흡수되는 것을 의미한다.

신헌정주의는 제헌권력, 민주주의, 자본주의를 포함한 정치철학에 대한 논의를 제쳐두고 거의 전적으로 법률이론에 집중되어 있다. 다시 말하자면, 신헌정주의는 민주주의에 대해 사유하지 않고 민주주의를 흡수해버린다(Lascarro Castellar 2012, 62). NCL은 법 개념으로서의 제헌권력에서 정치적 장치로서의 제헌권력으로 나아간다. 즉 제헌권력에 숨겨진 파괴적이고 창조적인 힘을 회복함으로써 탈정치화된 일상적 삶의 재정치화를 시도한다.

1980년대 이후 하나의 흐름을 형성한 NCL은 동질적이지 않으며 사회 개혁의 강도와 그 이면의 이데올로기적 개념은 해당 국가에 따라 달라진다. NCL이 진행된 모든 곳에는 생활 조건과 시민들의 정치적 참여를 개선하려는 본질적이고 공통적인 의도가 있으며, 그중에서도 가장 핵심적인 요소는 진전된 참여 민주주의를 통해 활성화된 제헌권력이다. 제헌권력에는 다음과 같은 사항들이 포함된다. 첫째, 광범위한 사회적 권리가 포함된다. 교육, 보건, 연금 같은 전통적인 사회적 권리에 확장되고 세분화된 권리들이 포함됨으로써 사회적 헌정주의가 강화되었다. 여기에는 이전에는 인정받지 못했던 사회적 집단들(노인, 어린이, 경제적인 취약 집단 등)의 권리가 포함된다.¹⁵⁾ 둘째, 사회적 권리의 확장

은 권리에 대한 새로운 접근 방식을 의미한다. 예전에는 인정되지 않았거나 다른 권리에 포함되어 있던 권리들이 인정되고, 더 나아가 권리들이 서로 단절되고 독립된 것이 아니라 상호 연관되고 상호의존적인 전체로 인식된다. 또한 새로운 헌법에 포함된 경제적, 사회적, 문화적 권리들은 기본권과 구별 없이 평등한 위계질서, 권리들 간의 분리불가능성, 동등한 정당성을 인정받는다.¹⁶⁾ 셋째, 참여민주주의의 활성화이다. 보다 안정적이고 강화된 민주주의를 달성하기 위해 정치적으로 더 활발하고 참여적인 사회를 만들기 위해 지역, 국가, 대륙의 수준에서 다양한 참여 수단이 법제화된다. 어떤 경우에는 대의 민주주의보다 참여 민주주의가 우선시된다.¹⁷⁾ 새로운 헌법은 대의제와 민주주의를 조화시키기 위한 방법으로 정치적 소환 제도를 포함시킨다.¹⁸⁾ 또 다른 민주적 참여

15) 볼리비아 헌법(2009)에는 사회 집단(아동, 청소년, 청장년, 제58-61조), 가족(62-66조), 노인(67-69조), 장애(70-72조), 자유를 박탈당한 사람(73-74조), 원주민(30-32조), 사용자 및 소비자(75-76조)의 권리를 세분한다. 또한 경제, 환경(33조 및 34조), 건강 및 사회 보장(35-45조), 노동(46-55조), 재산(56조 및 57조), 섹스와 출산(66조); 교육(77-90조), 문화(98-102조), 스포츠(104-105조), 커뮤니케이션(106-107조)에 관한 권리도 포함된다. 에콰도르 헌법(2008) 2절에는 살림(buen vivir)의 권리(2장, 물과 음식, 건강한 환경, 통신 및 정보, 문화와 과학, 교육, 주택 및 주거, 건강, 노동 및 사회 보장), 우선적으로 돌봐야 할 사람과 집단의 권리(3장, 성인과 노인, 청소년, 임산부, 어린이, 청소년, 장애인, 치명적인 질병을 가진 사람, 자유를 박탈당한 사람, 사용자 및 소비자), 공동체, 마을, 국민의 권리(4장), 참여의 권리(5장), 자유(6장), 자연의 권리(7장)가 포함된다. 베네수엘라 헌법(1999)은 의무, 인권 및 보장을 언급하는 3절에서 국적과 시민권(2장), 민권(3장), 정치적 권리 및 국민투표(4장), 5장 사회 및 가족(5장), 6장 문화 및 교육(6장), 경제(7장), 원주민(8장), 환경(9장), 의무(10장)를 명시하고 있다(김은중 2022, 203).

16) 가장 적절한 사례는 에콰도르 헌법(2008)에서 기본권과 인권에 대한 기존의 개념을 대체한 것이다. 대체된 개념에 따르면 헌법에 명시된 권리(2절)에는 우선순위가 없이 알파벳 순서로 나열(Agua y alimentación, Ambiente sano, Comunicación e Información, Cultura y ciencia, Educación, Hábitat y vivienda, Salud, Trabajo y seguridad social....)되어 있다(김은중 2022, 204).

17) 볼리비아 헌법 제7조는 주권이 직접적이고 위임된 방식으로 행사된다고 명시하고 있다. 이것은 대의의 방식보다 직접적 방식을 우선시하고, 대표자를 위임자로 대체한다는 점에서 주목을 끈다.

18) 베네수엘라 72조; 에콰도르(1998) 109조-113조; 에콰도르(2008) 61조 6항; 볼리비아 240조 1항. 제한적이지만 공직자에 대한 소환투표가 포함된 것은 콜롬비아 헌법(1991)이었다. 대통령을 포함한 모든 공직자에게 최초로 확대 적용된 것은 베네수엘라 헌법(1999)이었다. 에콰도르 헌법(1998)은 소환의 대상을 시장, 지사, 하원의원으로 한정

방식으로 레퍼런덤(referendum), 플레비시트(plebiscito), 대중협의(consultas populares), 타운홀 미팅(cabildo abierto), 시민 법안 발의권(iniciativa legislativa) 제도를 포함한다.¹⁹⁾ 시민참여 메커니즘은 베네수엘라 헌법(1999) 62조에 잘 나타난다. “공공 관리의 육성, 집행 및 통제에 대한 국민의 참여로 개별적 또는 집단적으로 완전한 발전을 보장하는 주도적 역할을 달성하는 데 필요한 수단이며, 이러한 참여를 보장할 국가의 의무이다.”²⁰⁾ 시민참여 메커니즘은 구속력 있는 새로운 형식의 참여를 통해 제정권력에 대한 정당성과 통제의 메커니즘을 확립하는 것이다. 참여민주주의는 민주주의의 정당성과 발전을 위한 보편적 요소이고, 종국적으로 대의민주주의를 대체하지는 않으며, 정당이 누려온 오래된 특권을 제한한다. 넷째, 소수 원주민의 권리 인정을 들 수 있다. 전통적으로 차별받은 집단인 원주민과 아프리카계 흑인의 권리를 인정한다. 새로운 헌법은 국민 통합이 문화적 동질화를 통해 이루어지는 것이 아니라 모든 형태의 차이를 인정하고 다원주의에 동등한 가치를 부여함으로써 이루어지는 것임을 명시하고 있다. 종족적, 문화적 다양성에 대한 인정은 종교적 다양성과 평등성의 인정과 병행한다.²¹⁾ 이들의 정치적 대표자를 선출하는 특별행정구역을 설

했으며, 에콰도르 헌법(2008)부터 소환의 대상이 대통령을 포함한 모든 선출직 공직자에게 적용되었다. 라틴아메리카에서 국민소환투표가 실제로 맨 처음 실시된 것은 베네수엘라였다(2004년 8월 15일).

- 19) 레퍼런덤은 헌법 개정과 관련된 사안의 국민투표를 의미하고, 대중협의는 시민참여를 위한 메커니즘으로 참여 민주주의의 가장 광범위한 형식 중 하나이다(콜롬비아 103조, 374조; 베네수엘라 71조, 73조; 볼리비아 11조; 에콰도르 104조). 플레비시트는 정권이나 지도자의 재신임을 위해 권력자가 회부하는 국민투표를 가리킨다. 타운홀 미팅은 중요한 결정을 내리기 위해 시민을 소집하는 정치 활동이다(볼리비아 11조; 콜롬비아 103조; 에콰도르 100조, 베네수엘라 70조)(김은중 2022, 205).
- 20) 시민참여 메커니즘은 콜롬비아 헌법(1991 4절 1장)에서는 ‘민주적 참여 형식’(formas de participación democrática), 에콰도르 헌법(1998, 1조)에서는 ‘참여 정부’(gobierno participativo), 베네수엘라 헌법(1999, 전문, 6조, 18조, 55조, 62조)과 볼리비아 헌법(2009, 11조)에서는 ‘참여 민주주의’(democracia participativa), 에콰도르 헌법(2008, 4절 1장)에서는 ‘민주주의 참여’(participación en democracia)로 명시하고 있다(김은중 2022, 205).
- 21) 에콰도르 헌법 57조는 20개 이상의 원주민 집단의 권리를 인정한다. 볼리비아 헌법 30조 2항은 18개의 원주민의 권리를 명시하고 있다.

정하고 원주민 언어를 공용어로 채택하며 이들이 거주하는 지역에서 발생하는 분쟁을 해결하기 위해 그들의 세계관에 따라 사법권과 자치권을 인정한다.²²⁾ 다섯째, 환경에 대한 권리, 특히 원주민의 자치권과 시민권과 관련된 환경에 대한 권리가 인정된다. 에콰도르 헌법에 포함된 ‘물에 대한 권리’는²³⁾ 이전 헌법에서 인정되지 않은 권리이며 자연(Pachamama)을 법률적 주체로 인정한 것은 매우 혁신적이다.²⁴⁾ 여섯째, 새로운 헌법은 지방분권화를 명시한다. 연방 모델을 채택하거나 행정 분권을 통해 권력의 영토 분배를 지향한다. 일반적으로 원주민 사회에 자율성을 부여하고 국가를 다문화적 국가(el Estado multicultural), 다국민국가(el Estado plurinacional)로 규정한다(Ramírez-Nárdiz 2016, 356-358; Uprimny 2011, 1589-1592).²⁵⁾

IV. 탈식민적 헌정주의—원주민의 정의와 다국민성

유럽의 신헌정주의와 NCL의 공통적인 문제의식은 ‘법이 다시 사회적 해방의 축이 될 수 있는가?’하는 것이다. 신헌정주의의 ‘신(neo)-’은 제2차 세계대전에서 자행된 잔학 행위를 예방하지 못했고, 그럼에도 여전히 근대 서구의 지배적인 헌정주의에 의해 설계된 틀 안에 갇혀 있던 기존의 헌정주의를 넘어서려는 의지의 표현이었다. 이 때문에 신헌정주의는 제(諸) 헌법원리가 정의에 기반을 두어야 한다는 데 동의하고, 이를 위해 원칙적으로 법과 도덕의 연관성을 부정하지 않으며, 국민의 기본권을 공권력이 침해할 수 없는 최종적 경계로 간주한다(Alterio 2014, 234-236). 신헌정주의의 근간이 되는 헌법의 경직성(rigidez)은 다수결에 의해서 기본권을 침해할 수 없다는 헌법의 원리이다. 그리고 기본권 보호를 위해 수정하기 까다로운 다양한 수단이 제 헌법원리에 포

22) 볼리비아 헌법 2조, 에콰도르 헌법 57조, 베네수엘라 헌법 119조.

23) 에콰도르 헌법 15조, 32조, 413조.

24) 에콰도르 헌법 전문(前文), 71조. 헌법은 자연에 대한 권리를 공식적이고 법적인 주체로 규정하고 있지만, 이 인정의 의미는 아직 명확하지 않다.

25) NCL에 포함된 광범위한 권리 조항의 범주에 대해서는 김은중(2022, 203-206)을 참조하라.

함되었다. 그러나 유럽의 신헌정주의의 딜레마는 아프리카 대륙의 많은 국가들이 여전히 식민지 지배하에 있는 상황에서 식민지 문제에 거의 관심을 기울이지 않았다는 것이다. 이 지점에서 NCL은 신헌정주의의 흐름과 확연히 갈라지는 또 다른 분기점을 보여준다.

라틴아메리카의 새로운 헌정주의의 ‘새로운(nuevo)’는 근대 서구의 지배적인 헌정주의와 ‘다른’(otro) 헌정주의를 표방한다. NCL중에서 에콰도르와 볼리비아에 주목하는 것은 이 때문이다. 1990년대 이후 에콰도르와 볼리비아의 사회적, 정치적, 문화적 삶의 중심을 차지한 것은 정치적 변화와 새로운 헌법의 제정이었다. 이것은 국가를 변화시키기 위해 민주적인 방식으로 국가 권력을 장악하고 새로운 헌법 제정을 통해 이러한 변화를 승인하는 절차였다. 이 과정에서 오래된 원주민의 정의(justicia indígena)와 다국민성(plurinacionalidad)이 중요한 정치적·법적 의제로 떠올랐다. 원주민의 정의와 다국민성은 에콰도르와 볼리비아의 정치적 이행 과정의 모순을 가장 잘 드러내는 문제 중 하나이다. 원주민의 정의는 새로운 것도 아니고 구축해야 할 어떤 것도 아니다. 국가가 인정하든 안 하든 간에 그것은 이미 존재하는 것으로 공동체 생활의 일부였고 지금도 마찬가지이다. 원주민의 정의와 달리 다국민성은 국가 재건 프로젝트이다. 에콰도르와 볼리비아의 헌법은 NCL의 흐름 속에서 또 하나의 분기점을 형성하는 다국민적 헌정주의(constitucionalismo plurinacional)로 규정될 수 있다.²⁶⁾

26) NCL은 원주민과 국가의 관계에 있어서 서구의 지배적 헌정주의인 자유주의 패러다임에 기반을 둔 다문화적(multicultural) 헌정주의(1982-1988)에서 복수문화적(pluricultural) 헌정주의(1989-2005)로, 그 다음에는 다국민적(plurinacional) 헌정주의(2006-2008)로 이행한다. 다문화적 헌정주의처럼 복수문화적 헌정주의도 문화적 정체성과 다양성에 대한 개인과 집단의 권리를 보장한다. 여기서 한 걸음 더 나아가 복수문화적 헌정주의는 국민을 구성하는 다종족/다문화적 특성을 바탕으로 국가의 성격을 재규정한다. 다원주의와 문화적 다양성은 헌법의 제 원리(principios constitucionales)가 되어 원주민의 권리뿐만 아니라 아프리카계 후손들과 다른 집단의 권리에 대한 인정이 가능하게 되었다. 이러한 변화를 가능하게 만든 또 다른 요인은 1989년 국제적으로 공표된 ‘독립국가의 원주민과 부족민에 관한 국제노동기구 협약 169’(el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes)이다. 원주민의 권리에는 원주민 언어의 공용화, 상호문화적 이중 언어 교육, 토지에 관한 권리, 원주민협의체, 새로운 형태

다국민적 헌정주의는 19세기 자유주의 국가와 20세기 사회주의 국가의 토대에 대해 의문을 제기하는 데 그치지 않고 식민지배 법(el derecho colonial)을 직접적으로 문제 삼는다. 다국민적 헌정주의가 문제 삼는 식민지배 법은 식민 본토와 식민지를 분리시키는 ‘거대한 단층선’(línea abismal)이다. 앞에서 언급한 것처럼, 야심차고 혁명적인 사회정치적 패러다임으로 탄생한 서구 근대성은 사회적 규제의 축과 사회적 해방의 축의 이분법으로 구성된다. 실질적인 문제와 절차의 측면에서 모든 갈등은 이 이분법에서 비롯된다. 다국민적 헌정주의는 사회적 규제와 사회적 해방의 이분법 아래에 존재하는 보이지 않는 거대한 단층선에 주목한다. 이 보이지 않는 거대한 단층선은 식민 본토와 식민지를 근본적으로 분리시킨다. “근대 서구의 사유는 거대한 단층선의 사유이다. 거대한 단층선은 보이는 것과 보이지 않는 것을 구분하며, 보이지 않는 것은 보이는 것의 토대를 이룬다. 거대한 단층선은 세계를 두 개의 영역, 즉 단층선의 이쪽 영역과 저쪽 영역으로 나누는 보이지 않는 선이다. 단층선의 저쪽은 현실성을 상실하고 존재하지 않는 것, 실제로 있지도 않은 것이 된다. 거대한 단층선의 이분법적 사유의 근본적인 특징은 단층선의 양쪽이 공존할 수 없다는 것이다. 단층선의 이쪽만이 실재하는 현실의 영역이고, 단층선의 저쪽은 비존재, 비가시성, 비변증법적 부재의 영역이다”(Santos 2016, 118).

거대한 단층선은 식민 본토 사회와 식민지 사회를 근본적으로 분리하며, 이것이 15세기 이후 서구 근대 세계의 본질적인 특징이다. 식민 본토 세계는 완전한 인간인 ‘우리’(us)의 세계이며 동등성과 상호성에 기반을 둔다. ‘우리’ 세계에도 긴장과 배제를 만들어내는 차이와 권력의 불평등이 존재한다. 그러나 동등성과 상호성에 대해 근본적인 의문이 제기되지는 않는다. 이런 이유 때문에 ‘우리’ 세계에는 거대한 단층선으로 분리되는 배제는 없다. ‘우리’ 세계의 배제는 자유주의 국가, 법치국가, 인권, 민주주의 같은 서구 근대성이 개발한 메커

의 원주민의 참여 등이 포함된다. 복수문화적 헌정주의의 가장 중요한 혁신은 국가법의 동일성 혹은 법 일원론과 단절하는 법 다원론(pluralismo jurídico)을 공식화한 것이다(Yrigoyen Fajardo 2011, 139-142).

니즘에 의해 관리될 뿐만 아니라, 사회적 규제와 사회적 해방 사이의 긴장에 의해 관리된다. 사회적 해방을 위한 투쟁은 항상 현재의 사회적 규제가 만들어내는 사회적 배제에 맞서는 투쟁이며, 현재의 사회적 규제보다 새롭고 덜 배제된 새로운 형태의 사회적 규제에 대체하는 것을 목표로 한다. 식민 본토의 세계와 달리 식민지 세계는 ‘그들’(them)의 세계이며, 완전한 인간이 아닌 ‘그들’의 세계는 동등성과 상호성을 상상할 수 없는 세계이다. ‘그들’의 세계에 존재하는 배제는 역설적이다. 거대한 단층선으로 인해 ‘그들’이 포함된다는 것은 상상할 수 없으며, 그렇기 때문에 ‘그들’의 배제는 마치 존재하지 않는 것처럼 보인다. ‘그들’은 거대한 단층선의 반대편에 있다. ‘그들’의 세계는 사회적 규제와 사회적 해방 사이의 긴장이나, 그것과 관련된 메커니즘으로 관리될 수 없다. ‘그들’의 세계에서 자유주의 국가, 인권, 민주주의 같은 메커니즘은 속임수일 뿐이다. 거대한 단층선의 저쪽에 있는 ‘그들’의 세계에서 배제는 폭력과 전유(appropriation)를 통해 관리된다. 생명과 자원의 전유는 거의 언제나 폭력적이며, 직접적이건 간접적이건 폭력은 전유를 목적으로 한다(Santos 2018, 21).

배제의 메커니즘은 점차적으로 진화해왔지만, 거대한 단층선 저쪽의 ‘그들’의 세계를 지배하는 배제는 역사적 식민주의의 메커니즘, 즉 해방 없는 폭력적 규제의 메커니즘과 구조적으로 유사하다. 규제와 해방의 이분법은 사회계약으로 성립된 식민 본토에 적용될 뿐이며 식민지에는 적용되지 않는다. 식민지에 적용되는 이분법은 ‘전유와 폭력의 이분법’이다. 근대적 헌정주의의 역사에서 헌법이 무엇인지, 무엇이 될 수 있는지를 규정한 것은 헤게모니를 장악한 식민 본토인 근대 서구 유럽이었다. 지배적인 서구의 헌법 규범에 들어맞지 않는 개념들, 경험들, 실천들은 은폐되었고, 다른 형식들과 다른 경험들은 가치가 없는 것으로 취급되었다. 근대 서구 비판 이론은 모든 사회에 어느 정도의 배제가 존재한다는 것을 인정했지만 식민 본토와 식민지를 질적으로 분리하는 거대한 단층선에 의한 배제에 대해서는 전혀 알지 못했다.

전유와 폭력에 맞서는 투쟁은 식민지의 사회적 규제로부터 완전한 해방(liberation)을 위한 투쟁이다. 식민 본토의 사회적 해방(emancipation)을 위한

투쟁과 달리, 식민지의 해방을 위한 투쟁은 더 나은, 더 포용적인 식민적 규제를 목표로 하지 않는다.²⁷⁾ 식민지의 해방 투쟁의 목표는 식민적 규제를 제거하는 것이다. 이런 맥락에서 에콰도르(2008)와 볼리비아(2009) 헌법에서 가장 강도 높게 표현된 다국민적 헌정주의는 서구의 지배적인 헌정주의와 ‘다른’ 헌정주의, 즉 탈식민적 헌정주의로 규정될 수 있다. 탈식민적인 다국민적 헌정주의는, 헌법 내부와 외부에서, 자유주의적이고 유럽중심적인 법률 문화에 반대되는 법과 정치를 이해하는 새로운 형식을 요구한다.

다국민적 헌정주의 프로젝트에서 원주민의 정의가 중요한 의제로 떠오른 이유는 첫째, 원주민의 정의가 거대한 단층선에 의해 분리된 근대 국가와 법의 모순적인 특성을 드러내기 때문이다. 사회의 불평등한 권력 관계를 고착시키는 효과적인 방법은 국가는 주권을 갖는 합법적인 존재이며, 국가의 법은 독립적이고 보편적이기 때문에 불평등은 존재하지 않는다고 믿게 만드는 것이다. 둘째, 원주민의 투쟁이 다른 사회적 투쟁과 달리 근대 식민 국가의 법적이고 정치적인 토대 전체를 위협하는 역사적 우선성과 문화적 자율성을 주장하기 때문이다. 이 때문에 원주민 투쟁은 사회 변혁의 과정을 급진화할 잠재력을 가진다(Santos 2012a, 12). 특히 이러한 가능성은 제한 과정에서 더 뚜렷해진다. 제한 과정에서 논의의 주도권을 갖는 주체는 국가와 법을 지배하는 엘리트 지배 계층이었다. 수 세기 동안 엘리트 지배 계층이 장악해온 정치적 상상의 헤게모니가 종언을 고하는 상황에서도 거대한 단층선은 견고하게 유지되고 있다. 단층선의 이쪽에는 문제를 제기하고 비판할 수 있는 엘리트 지배 계층이, 단층선의 저쪽에는 그런 권리를 갖지 못하는 사람들이 존재한다. 단층선의 저쪽에 있는 사람들이 보이지 않기 때문에 거대한 단층선도 존재하지 않는 것이 된다. 따라서 사회적 배제도 고통도 존재하지 않으며, 궁극적으로는 아무런 제한도 존재하지 않는 것이 된다. 따라서 단층선을 넘어 헤게모니에 도전할 수 있는 사람

27) emancipation과 liberation은 모두 ‘해방’으로 번역된다. emancipation이 거대한 단층선이 존재하지 않는 식민 본토에 적용된다면, liberation은 거대한 단층선이 존재하는 식민지에 적용된다. 해방철학자 엔리케 두셀이 라틴아메리카의 해방철학을 filosofía de la liberación으로 명명한 것은 이 때문이다.

들은 항상 단층선의 저쪽에서 투명인간으로 살고 있는 사회적 집단이다. 이런 맥락에서 에콰도르와 볼리비아 헌법이 근대 국가와 근대 법의 패러다임을 변혁시킬 수 있는 배아(胚芽)를 품고 있으며 정치적, 사회적, 경제적, 문화적 차원에서 국가 재건을 시도하고 있다고 해도 놀라운 일이 아니다. 요컨대, 원주민의 정의가 존재한다는 것과 그것의 정당성에 대한 인정은 단지 국가의 문화적 다양성을 인정하거나, 멀리 떨어진 지역 공동체 내부의 작은 갈등을 해결하고 인적, 물적 자원의 부족으로 국가가 해결할 수 없는 공동체의 평화를 보장하는 서류에 불과한 것이 아니라, 지난 200년 동안의 개발 과정을 설계했던 유럽과의 식민 지배 관계를 단절하는 두 번째 독립을 의미한다.

원주민의 정의가 두 번째 독립을 의미한다면, 다국민성은 두 번째 건국 프로젝트이다. 국가의 형식과 경계를 규정하는 근대 서구 헌정주의는 하나의 국민, 하나의 법을 기반으로 하는 하나의 국가를 상정한다. 국민국가의 국민은 동일한 지정학적 공간에 속하고, 단일한 문화를 공유하는 개인들의 집합으로 규정된다. 그러나 단일한 국민국가는 동일한 지정학적 영토에 공존했던 민족, 마을, 문화, 정체성을 하나로 단순화시키고 마치 그것들이 존재하지 않는 것처럼 단일문화(monoculture)로 만들어진 것이다. 따라서 국민국가가 포용성과 동질성의 허구적 서사로 포장된다고 해도 수많은 배제를 은폐하고 있다.

다국민국가의 국민은 개인의 집합일 뿐만 아니라, 여러 가지 다른 형태로 국가 내 영토에 소속된 사회적 집단이다. 다시 말해, 국가의 구성원은 ‘시민으로서의 국민’(una nación cívica)이면서, 동일한 문화와 상징, 동일한 혈통, 토지와 영토와 관계 맺는 동일한 방식에 기반을 둔 사회적 집단으로서의 ‘종족문화적 국민’(una nación etnocultural)이다. 다국민국가는 다양한 개념의 국민이 존재하고 그들이 동일한 국가에 공존하는 것을 의미한다. 예를 들어, 에콰도르와 볼리비아에는 케추아(quechua) 국민, 아이마라(aymara) 국민, 과라니(guaraní) 국민이 에콰도르 국민, 볼리비아 국민으로 함께 존재한다. 에콰도르와 볼리비아에서 다국민성이 사회적 통일성과 응집력을 약화시킨다는 주장이 끊임없이 제기되었다. 그러나 이러한 주장과는 반대로 원주민 집단을 폭력적으로 배제한

것은 오히려 사회적 통일성과 응집력을 강화한다는 명분하에 실시된 국가 프로젝트였다. 배제되었던 원주민, 아프리카계 흑인 후손들이 기나긴 투쟁과 엄청난 고통을 겪으면서 얻고자 한 것은 독립이 아니라 역설적으로 다국민국가에 포함되는 것이다.

다국민적 헌정주의는 법 다원주의(el pluralismo jurídico)를 근간으로 한다. 법 다원주의는 문화적 다양성을 넘어서서 원주민의 자결권(autodeterminación)이나 자유로운 결정권(libre determinación)을 헌법에 명시한다.²⁸⁾ 다국민국가는 국민의 다양성, 동등한 존엄성, 상호문화성, 평등한 법 다원주의 모델에 기초한 새로운 권력 조직의 원칙을 인정한다. 특히 원주민의 법과 정의에 대한 조항이 거의 포함되지 않았던 이전의 헌법과 달리 볼리비아와 에콰도르의 새로운 헌법은 원주민의 사법 기능을 명시적으로 인정한다.²⁹⁾ 권리에 대한 정의, 민주주의와 공공기관의 구성, 권력 행사 형식도 다원화된다. 예를 들어, 볼리비아 헌법은 다양한 형식의 정치적 참여를 인정한다. 여기에는 선거와 할당제 같은 고전적인 대의 형식이 포함되고, 대중협의, 국민투표 같은 직접 참여 방식도 포함될 뿐만 아니라, 원주민이 자신의 법과 절차에 따라 대표자를 선출하고 권한을 행사하는 공동체 민주주의(la democracia comunitaria)같은 새로운 형식도 인정된다.³⁰⁾³¹⁾

V. 나가며

헌법이 논쟁적인 용어인 것은 서로 다르고 심지어 모순적인 의미까지 내포하는 복합적 실체이기 때문이다. 헌법의 기원, 헌법에 대한 이해, 헌법이 만들

28) 볼리비아 헌법(2009) 190조; 에콰도르 헌법(2008) 171조.

29) 에콰도르 헌법(2008) 56조-60조; 볼리비아 헌법(2009) 30조.

30) 에콰도르 헌법(2008) 83조, 171조, 257조; 볼리비아 헌법(2009) 179조 2항.

31) “볼리비아와 에콰도르에서 채택된 걸출한 헌법들은 인간의 삶을 조절하는 기본 바탕으로서 진보적인 헌법을 작성하는 솜씨가 결코 역사 속에 사장되지 않았음을 보여준다”(하비 2014, 412)는 사실에도 불구하고 해결해야 할 과제도 남아 있다. 이에 대해서는 김은중(2022, 206-210)을 참조하라.

어진 환경, 헌법 해석에 내재된 잠재성, 헌법의 현실적인 유용성, 그리고 헌법을 둘러싼 문제들은 여전히 논란의 대상이다. 이 때문에 헌법의 의미는 헌법에 대해 논쟁을 벌이는 사회적 행위자에 의존할 뿐만 아니라, 특정 맥락에서 만들어지고 선포되는 헌법의 권력 관계에 크게 의존한다. 이것은 헌법을 둘러싼 논쟁에서 지배적인 사회적, 정치적 주체의 세계관을 포함한 정치적, 이론적, 인식론적 입장이 커다란 비중을 차지하는 것을 의미한다.

서구 근대 헤게모니 프로젝트에서 헌법은 특정한 공동체의 사회적 삶에서 정치적, 법적 합의를 수립하고 규제하는 기본적 요소들의 집합이며, 서구 근대성의 특권적이고 법적인 정치 단위인 국민국가와 동일시된다. 근대 국가는 제도와 법을 통해 사회적 변혁을 위한 정상적인 수단과 비정상적인 수단, 정상적인 목적과 비정상적인 목적을 결정하는 배타적 권한을 가지며 다양하게 분산되어 있던 법을 유일하고 단일한 국가의 법으로 축소했다. 이런 맥락에서 헌법은 법적인 것과 정치적인 것의 이원론적 조합이다. 이 때문에 헌법은 정치와 법의 관계를 인식할 수 있는 특권적인 장소이다. 다시 말해, 헌법은 특정한 공동체가 집단적 삶을 유지하는 법적, 정치적 토대이다.

NCL이 비교헌법 연구에서 관심의 대상이 되는 이유는 대부분의 비교헌법 연구에서 크게 관심을 갖지 않는 사회적 권리, 소수 원주민과 그들의 문화와 전통에 대한 인정, 환경 보호, 참여 민주주의 같은 문제에 대해 가장 전위적인 위치에 있기 때문이다. 이런 긍정적인 시각과 달리, 사회를 변혁하려는 의지, 특히 전통적으로 차별받거나 불이익을 받는 사회 집단의 생활 조건을 개선하고 시민의 정치적 참여와 이들의 이데올로기적 입장을 활성화하려는 새로운 헌정주의의 의의는 인구의 상당 부분이 빈곤하고 사회적으로 주변화되는 국가의 사회적 발전을 위해 새로운 헌법 제정을 지지하는 사람들과 새로운 헌법 제정을 포퓰리즘의 거짓된 약속으로 간주하는 사람들 사이에 논쟁거리가 되고 있다. 이러한 엇갈린 시각에도 불구하고, 새로운 헌정주의는 정치적 의사 결정에 시민 참여를 늘리고, 대의제 모델을 개선하며, 민주주의를 심화하는 것을 목적으로 하는 여러 장치를 헌법에 통합함으로써 참여 민주주의를 만들기 위한 확고한 약

속이다.

사회정치적 패러다임인 서구 근대성은 사회적 규제와 사회적 해방의 이분법으로 구성된다. 실질적인 문제와 절차의 측면에서 모든 갈등은 이 이분법에서 비롯된다. NCL의 흐름에서 또 다른 분기점을 형성하는 에콰도르와 볼리비아 헌법은 사회적 규제와 사회적 해방의 이분법 아래에는 보이지 않는 또 하나의 이분법, 즉 전유와 폭력의 이분법이 존재한다는 사실을 보여준다. 이 보이지 않는 이분법은 지배적인 서구 헌정주의에 들어맞지 않는 개념들, 경험들, 실천들은 은폐되고, 다른 형식들, 다른 경험들은 가치가 없는 것으로 취급한다. 근대 법의 패러다임은 라틴아메리카 국가들의 독립 이후에도 서구 지배자들이 식민지를 바라보던 방식 그대로 남아 있다. 제2차 세계대전이 끝나고 유엔에서 만들어진 세계질서조차도 유럽 역사에 보편적 가치를 부여하는 원칙들과 권리장전에 기반을 둔 것이다. 신자유주의 세계화는 사회적 투쟁의 진전과 후퇴에도 불구하고 자본주의적이고 식민적인 모델에 의문을 제기하지 않았다. 중립을 주장하는 근대 법은 항상 자연과 사람을 길들이는 것을 지향하는 과학과 함께 유지되었고, 직선적 진보의 방향성은 침식을 겪지 않았다.

국가, 법, 헌법의 강력한 상호연결은 지배적인 서구 근대 프로젝트에 의해 만들어진 경제적, 사회적, 정치적 구조의 중심축이다. 따라서 오늘날 국가에 대해 사유한다는 것은, 한편으로는 중립적이고 기술적으로 우월하다고 여겨지는 국가와 법에 의한 지배가 은폐하고 있는 피지배자들에 대해 사유하는 것을 의미한다. 다른 한편으로는, 국가와 법의 구조적 폭력을 경험했고, 다양한 형태의 억압에 맞서 정치적 투쟁을 지속해온 사람들의 실재적 경험과 지식을 바탕으로 만들어진 광범위한 법적 다원주의가 제시하는 대안에 대해 사유하는 것이다. 그리고 규제와 해방 사이에 퇴행적인 융합이 발생하지 않도록, 규제의 복사판이 아니라 규제의 타자로서 해방을 새롭게 발명하는 것이다. 오늘날 서구 근대 헤게모니 프로젝트는 근대성이 부딪힌 문제를 풀 수 있는 해답의 일부분이 아니라 문제의 일부분이다. 즉 근대적 인식론의 변혁이 없이는 문제가 해결될 수 없다. 따라서 패러다임의 이행은 인식론적 차원과 실천적 차원에서 동시에 이

루어져야 한다. 다시 말하자면, 새로운 인식론과 새로운 정치가 요구되는 것이 아니라, 인식론과 정치의 새로운 관계가 요구된다.

참고문헌

- 김은중(2022), 「라틴아메리카의 새로운 헌정주의」, 『스페인라틴아메리카연구』, Vol. 15, No. 2, pp. 183-215.
- 김철수(2009), 『헌법학(상)』, 서울: 박영사.
- 니체, 프리드리히(2000), 『차라투스트라는 이렇게 말했다』, 정동호 옮김, 서울: 책세상.
- 이석민(2019), 「헌법국가란 무엇인가—독일적 개념의 연원과 한국적 수용 가능성」, 『법학논고』, Vol. 67, pp. 31-73.
- 하비, 데이비드(2014), 『자본의 17가지 모순: 이 시대 자본주의의 위기와 대안』, 황성원 옮김, 서울: 동녘.
- Albert, Richard, Carlos Bernal & Juliano Zaiden Benvindo(eds.)(2019), *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, Oxford: Hart Publishing.
- Alterio, Ana Micaela(2014), "Corriente del constitucionalismo contemporáneo a debate", *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, No. 8, pp. 227-306.
- Carbonell, Miguel(ed.)(2006), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.
- Comanducci, Paolo(2010), "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo(eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, Luigi(2013), *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid: Editorial Trotta.
- Gargarell, Roberto(2013), "Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, Vol. 3, No. 4, pp. 245-257.
- Guastini, Riccardo(2003), "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano," en Carbonell, Miguel(ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- Lascarro-Castellar, Carlos *et al.*(2021), "Constitucionalismo desde una lectura

- decolonial: algunos rasgos descollantes”, en Rodríguez-Serpa, Ferney (comp.), *Dialéctica constitucional*, Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.
- Lascarro-Castellar, Carlos(2012), “De la hegemonía (neo) constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *jurid. Manizales*, Vol. 9, No., 2, pp. 58-69.
- Marshall, Thomas Humphrey(1950), *Citizenship and Social Class and Other Essays*, UK; Cambridge University Press.
- Martinez Dalmau, Rubén(2016), “Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos,” *IUS Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla A.C.*, No. 37, pp. 129-154.
- Negretto, Gabriel(2012), “Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America”, *Law & Society Review*, Vol. 46, No. 4, pp. 749-779.
- Negretto, Gabriel y Javier Couso(2018), *Constitution-Building Processes in Latin America*, International IDEA Discussion Paper 3/2018.
- Negri, Antonio(1999), *Insurgencias : constituent power and the modern state*, Minneapolis · London: University of Minnesota Press.
- Noguera-Fernandez, Albert(2012), “What do we mean when we talk about ‘Critical Constitutionalism’? Some Reflections on the New Latin American Constitutions”, en Nolte, Detlef y Schilling-Vaca Flor, Almut (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Farnham: Ashgate.
- Noguera-Fernandez, Albert y Criado de Diego, Marcos(2011), “La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 13, No. 1, pp. 15-49.
- Pozzolo, Susana(2015), “Apuntes sobre neoconstitucionalismo”, Jorge Fabra y Álvaro Núñez(coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pozzolo, Susana(1998), “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Daxa 21-II*, No. 21, pp. 339-353.
- Prieto Sanchí, Luis(1991), “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista*

- del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 9, pp. 175-198.
- Ramírez-Nárdiz, Alfredo(2016), “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático?”, *Vniversitas*, No. 132, pp. 349-388.
- Santos, Boaventura de Sousa(2018), *The End of the Cognitive Empire: the Coming of Age of Epistemologies of the South*, Durham and London: Duke University Press.
- Santos, Boaventura de Sousa(2016), *Epistemologies of the South: Justice against Epistemicide*, London and New York: Routledge.
- Santos, Boaventura de Sousa(2012a), “Cuando los Excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, in Santos, Boaventura de Sousa y Exeni Rodríguez, José Luis (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Quito: Edición AbyaYala, pp. 11-48.
- Santos, Boaventura de Sousa(2012b), *Derecho y emancipación*, Quito: Corte Constitucional de Ecuador.
- Santos, Boaventura de Sousa(2010), *Refundación del Estado en América Latina.: Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima: Siglo del Hombre.
- Santos, Boaventura de Sousa(2007), “La reinención del Estado y el Estado plurinacional”, *OSAL*, No. 22, pp. 25-46.
- Santos, Boaventura de Sousa(2002), *Toward a new legal common sense : law, globalization, and emancipation*, NY : Cambridge University Press.
- Santos, Boaventura de Sousa(1987), “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”, *Journal of Law and Society*, Vol. 14, No. 3, pp. 279-302.
- Santos, Boaventura de Sousa y Grijalva Jiménez, Agustín(2012), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito: Edición Abya Yala.
- Uprimny, Rodrigo(2011), “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, *Texas Law Review*, Vol. 89, pp. 1587-1609.
- Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén(2010), “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito: Corte Constitucional del Ecuador, pp. 13-43.

- Villabella Armengol, Carlos Manuel(2010), “Constitución y democracia en el Nuevo Constitución Latinoamericana”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, No. 25, pp. 49-76.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel (2011), “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en César Rodríguez Garavito (org.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo xxi*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 139-159.

김은중

서울대학교
ocpaz@daum.net

논문투고일: 2022년 11월 27일
심사완료일: 2022년 12월 22일
게재확정일: 2022년 12월 24일

Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano and the Decolonial Turn

Eun-Joong, Kim

Seoul National University

Kim, Eun-Joong(2022), “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano and the Decolonial Turn”, *Revista Asiática de Estudios Iberoamericanos*, 33(3), 1-30.

Abstract Eurocentric modernity, which was born as an ambitious and revolutionary social and cultural paradigm, was based on a dynamic tension between the axis of social regulation and the axis of social liberation. By the middle of the 19th century, the dialectical tension between the two axes was gradually dissipated, and the vitality of liberation after World War II was absorbed into regulation. As a result, a phenomenon of depoliticization occurred, in which politics was separated from society. Neo-constitutionalism, which emerged as a critique of the modernist concept of law after the 1970s, is a critical constitutionalism aimed at restoring the liberating potential originally possessed by the law. However, neoconstitutionalism fails to repoliticize depoliticized everyday life and leads to politicization of the judicial system. The New Constitutionalism of Latin America (NCL) goes beyond neoconstitutionalism with neoconstitutionalism. The NCL extends the concept of constitution to democratic principles, not limited to limiting constituted power. The constitutions of Ecuador and Bolivia move towards decolonial constitutionalism, forming another turning point in the flow of the NCL. In this process, long-standing indigenous justice and plurinationality emerged as important political and legal agendas. Decolonial constitutionalism demands a new form of understanding law and politics, both within and outside the constitution, as opposed to a liberal, Eurocentric legal culture.

Key words nuevo constitucionalismo latinoamericano, neoconstitucionalismo, decolonial constitutionalism, indigenous justice, plurinationality