

생활규범과 이슬람

이 원 삼

<목 차>

- I. 서론
- II. 이슬람법의 특징
- III. 규범의 종류
- IV. 형벌의 종류
- V. 범죄의 종류
- VI. 결론

I. 서론

이슬람 사회는 정교일치 사회이다. 따라서 종교와 세속적 사항들이 섞여있다. 그러므로 이 사회에서의 이슬람의 역할은 단순한 신앙체계인 종교만이 아닌 정치, 경제, 사회, 문화 등 인간생활 전반을 포함하는 생활양식이며 고도의 복합적인 문화로서 종교와 세속 쌍방을 포괄하는 신앙과 실천의 세계이다.

현대사회에서 이슬람만큼 독특한 문화와 가치체계를 갖고 있는 종교도 흔치 않다. 끊임없이 정치와 종교의 일치화를 추구하면서, 종교를 일상적

* 선문대학교 신학대학원 교수

2 比較法學 (第18輯)

인 삶 속에 완전히 동화시켜 생활의 구체적인 지침으로 발전시켜 나가고 있다. 그래서 이슬람은 더 이상 종교적 체계라기보다는 인간의 삶 속에 완전히 녹아 일상을 지배하는 문화적 체계로 이해해야 한다.

정교(政敎)를 엄격히 분리하고 있는 서구적인 사고 기준에서 이슬람을 바라볼 때 느끼게 되는 이질감이나 답답함은 이런 면에서 보면 당연한 것일지도 모른다. 매우 전근대적이고 호전적인 성격에다 자신의 이상을 실현하기 위해 수단과 방법을 가리지 않는 무모한 종교라는 선입견도 이런 배경에서 생겨나게 된다. 그러나 이슬람은 앞선 일신교의 불합리성과 집권층의 지배 이데올로기로 변질된 기존 이념을 일소하고 창시됨으로써 선협적인 우월감을 신자들에게 심어 주었고, 현재도 가장 역동적인 모습으로 확산되고 있다.

이슬람교가 정교일치로서 믿음과 행동으로 구성되어 있다는 것은 곧 샤리아(Shari'ah, 이슬람법)와 믿음으로 구성되어 있다고 할 수 있다. 그러므로 이슬람에서는 믿음과 법이 따로따로 존재하는 것이 아니라 믿음이 곧 법으로서 규범화되어 있다. 즉 믿음에 제일 중요한 경전인 꾸란과 하디스(hadith, 무함마드 언행록) 공부를 생활화하고 있고 이것이 그대로 법규범화 되고 있다. 이 법규범은 예절규범까지 포함하는 넓은 규범의 의미를 포함하고 있다. 그러므로 무슬림들은 법 공부를 따로 하는 것이 아니라 자연스런 신앙생활을 통해 그들의 규범을 익혀가고 있다. 그러므로 꾸란과 하디스 공부는 법학자들뿐만이 아닌 모든 일반 사람들에게도 필수적이다. 왜냐하면 이것은 일반적인 법의 문제가 아니라 믿음의 문제이기 때문이다. 이와같이 샤리아는 무슬림들의 모든 언행을 규범화 해내고 있어 이슬람 사회에 강한 영향을 미치고 있다.

따라서 본 논문에서는 이슬람 사회에 광범위한 영향을 미치고 있는 이슬람 법규범 중 우리에게 가장 많이 왜곡되어 알려진 이슬람 형법에 대해 논할 것이다.

II. 이슬람법의 특징

7세기 초 무함마드에 의해 처음 알려진 이슬람교는 놀라운 역동성으로 1세기도 채 안되어 아시아와 아프리카, 유럽을 잇는 광대한 영역에 뿌리를 내렸다. 이는 전 세계에서 가장 빠르게 전파된 종교 문화중의 하나로서 현재 이슬람세계에는 이슬람 기구(Organization of Islamic Conference: OIC) 소속 58개 국가(약 14-15억)가 포함되어 있다.

또한 교통통신의 발전과 더불어 여러 유럽 국가들과 많은 문화 교류가 이루어지면서 이슬람교는 유럽국가들 사이에서도 급속히 번창하기 시작하여 유럽의 제2종교로 부상하고 있다. 그 실례로 영국의 런던 한곳에만 300여 개의 이슬람 사원(모스크 혹은 마스지드로 불림)이 존재하고 있다. 이와 같이 이슬람교는 우리나라를 비롯한 동북아시아의 몇 나라 및 남미 쪽에만 잘 알려져 있지 않은 거대한 종교 문화 공동체이다.

따라서 이슬람은 글로벌화된 세계를 읽고 해결하는 열쇠의 하나로 인식되어 있지만 우리나라에서는 아직도 이슬람에 관한 편견과 오해가 일반적이다. 이는 우리가 이슬람 세계를 접할 때 국내에 관련 학문이 축적되어 있지 못한 관계로 인해 서구를 통해 이슬람 종교와 이슬람 사회의 사정을 접해왔기 때문이다.

그 결과 이슬람법(샤리아)은 간혹 해외토픽에서 간음하면 돌로 쳐 죽인 다든지 도둑질하면 손을 자른다는 등의 일반인의 호기심을 자극하는 면만 소개되어 있을 뿐, 그 법의 진면목은 전혀 알려지거나 연구되어 있지 않은 것이 우리나라의 실정이다.

이슬람법 즉 샤리아의 언어적인 정의는 두 가지로서 그 첫 번째는 마실 수 있는 물의 원천지라는 뜻이며, 두 번째는 올바른 길 혹은 똑바른 길이라는 뜻이다. 즉, 인간에게는 따라가야 할 길이 있고 그것은 인간의 개인적 사유(思惟)나 생각과는 다른 것이며 신이 계시로 정한 명령이요 진리

이고 인간은 다만 그것을 받아들여 그것에 복종해야 하는 것을 뜻한다. 신은 그러한 길을 예언자를 통해서 계시해 왔다. 따라서 인간은 단지 그것을 이해하여(이것이 후에 법학을 의미하게 될 “피끄”라는 말의 언어적 의미) 복종하는 것뿐이다.

이슬람에 있어서 신은 유일하고, 절대적이고 전지전능하신 분이며 우주의 창조주이고, 인간과 역사의 절대적 지배자이며, 동시에 인간에게 있어서 자비롭고 자애로우신 존재이다. 따라서 끊임없이 이 신에 순종하고 신의 뜻을 이루려고 행동하고 생활하는 것에서 인간의 안전이 있고 참된 실존이 있으며 내세에 있어서의 구원이 있다. 신에게는 인간 이성의 척도는 통용되지 않는다. 있는 것은 오직 신의 말씀이고 인간이 의존할 수 있는 것은 그것뿐이다. 따라서 어떠한 이유이든 이 신의 말씀을 거역하여 그의 노여움을 사는 행위는 죄이고 악이며 불의일 뿐만 아니라 어리석은 것이다.

만약 죄를 범하면(신의 명을 거역하면) 그것을 솔직하게 회개하여 속죄하고 신의 용서를 빌고 신과 화해해야 한다. 인간과 신과의 관계는 이렇게 인격적인 것이어야 하며 그것은 본래 직접적, 절대적, 무조건적인 것이다. 그 사이에 다른 사유나 동기가 들어가면 안 된다. 이슬람이란 바로 그러한 인간이 신으로의 귀의를 나타내는 것을 의미하며 샤리아란 인간이 신에게 “이슬람(복종, 귀의)”하는 신앙표출의 외적 형식이다.

그러므로 이슬람에서의 주권자(법 판단을 주는 자)는 신뿐이다. 따라서 엄밀한 의미에서 입법자란 신을 의미한다. 그 결과 신의 말씀과 신의 의지가 직접적으로 나타나는 꾸란이 당연히 제일의 법원이 된다. 여기에 순나(무함마드의 언행), 이즈마(합의)¹⁾, 끼야스(유추)²⁾(Zakī al-Din Sha'abān.

1) 이슬람 사회가 어떤 사건에 직면하여 그 시대에 있는 모든 무즈타히드(법해석가)들이 그 사건에 대한 판결에 모두 동의했을 때 그것을 합의(이즈마)에 이르렀다고 부른다. 그들의 합의는 실제 샤리아 법 판결에 근거로(법원으로) 취급된다. 그러나 이러한 합의는 무함마드 사후 시대에만 해당된다. 왜냐하면 무함마드 생존 시대에는 무함마드 혼자만이 법 제정의 원천이므로 그 당시에는 법 판결에 이견이 있을 수 없기 때문이다.

97).가 잇따르고 이러한 4개의 것이 순니 법학과 사이에 공통의 법원으로 서 인정받는다.

이슬람은 흔히 계율의 종교라고 불린다. 무슬림들의 경전 꾸란에는 신도가 개인으로써 또한 동시에 공동체의 구성원으로써 준수해야하는 행위 규범이 구체적으로 논의되어 있다. 꾸란에 기술되어 있는 종말론적인 역사관에 의하면 인간 개개인은 우주의 창조로부터 종말을 향해 일직선으로 뻗친 선상위에 각각 정해져 있는 시점에서 존재하고 있다. 우주의 종말이 언제 오는가에 대해서는 예측할 수 없고, 현세의 존재시간은 종말 후에 오는 내세에 비하면 순간이다. 그렇기 때문에 순간밖에 안 되는 인간의 삶의 기간은 무엇보다도 내세를 목표로 하는 것이 아니면 안 된다.

꾸란은 이러한 인간들이 사는 방법의 방향을 명확히 제시한다. 즉 인간은 개개인으로서 신과 마주보고, 신이 명령하는 규범을 따르는 것을 통해 내세에 있어서의 보상에 관한 존재가 된다. 다시 말해 신의 명령과 의지에 따라 생활하는 것이 종교적인 구원에 도달하는 길이다. 왜냐하면 이 세상의 창조와 종말을 피조물에 대한 신의 자비며 은혜라고 생각하고 있기 때문이다. 그러므로 꾸란이 지시하는 규범은 내세를 지향하는 것을 통해 중

2) 유추(Qiyas)란 판결을 내릴 때 원전 속에 판단이 제시되어 있지 않은 사건과 원전 속에 판단이 제시되어 있는 사건을 원전에서 제시되어 있는 판단으로써 결합하는 것(iltihāq)이며, 이 과정에서 판단의 이유를 두 사건이 공유하는 것을 의미한다.

아랍어로 끼야스(qiyās, 유추)의 뜻은 유사한 것으로 사물을 평가하는 것을 말한다. 어떤 사건에 대해서 판단이 원전에 제시되어 그 판단의 ‘이유’(illah)가 적당한 절차를 통해 알려지고, 다음으로 다른 사건 속에 원전을 갖는 사건에 포함되어 있는 이유와 같은 것이 발견되었을 때 이 ‘다른’ 사건에 대한 판단의 이유가 확인된 것이 된다. 따라서 그 이유에 있어서 양자는 같기 때문에 원전에 있는 사건과 다른 사건이 그 판단에서 균등해진다. 왜냐하면 이유가 존재하는 곳에는 판단이 존재하기 때문이다.

예를 들면, 음주는 원전에 그 판단이 확정되어 있는 사건이다. 그것은 금지(tahrim)이며 그 ‘이유’는 인간의 이성을 흐려놓아 취하게 하는 작용이기 때문이다. 따라서 이 이유를 찾아낼 수 있는 나비즈(nabīdh, 대추야자로 만든 술)는 그 판단에서 (포도)술과 같은 것으로서 그것을 마시는 것은 금지된다.

교성과 밀접하게 연결되어 있는 “종교윤리”다. 그러나 엄밀하게 보면 선악의 판단기준에 있어서 종교적 기준과 윤리적 기준은 기본적인 차이가 있다.

종교적 기준은 신앙상의 결단이나 종교의례에 관한 판단이다. 꾸란의 가장 기본적인 경고는 우주의 창조주이신 신을 믿지 않으면 안된다는 것이지만 그 믿음의 선택 문제 즉 신앙상의 결단의 문제는 어디까지나 종교적인 것이다. 따라서 유일한 절대적 인격신을 믿고 복종하는 것이 “선”이며 반대로 신을 믿지 않는 불신앙은 “악”이 된다. 이러한 선악의 판단기준에는 신과 인간과의 인격적이고 정신적인 관계를 묻고 있다. 이 관계에 있어서는 인간의 삶이나 사회와의 연결 관계가 도덕적인 영향을 받을 수 있다 할지라도 신앙, 불신앙 그 자체에 윤리적인 차원에서 선악을 판단할 요소는 없다. 또 예배, 순례, 단식 등의 종교의례도 실행하는 것이 선이며 불이행은 악이라고 하지만 이 선악관에도 윤리적 요소는 부족하다.

한편 윤리적 기준은 주로 인간의 사회생활 전반에 관한 판단이며 여러 일상적인 행위인 부채의 상환이나 상업거래의 약속내용, 결혼, 이혼, 유산 상속 등이다. 즉 인위적 판단이다. 이러한 판단은 인간과 인간과의 관계에 있어서 실현되어야 할 것들로서 직접 행위에 관한 실천적인 판단이다. 이러한 지시는 일반적으로 윤리적 도덕적인 차원으로 판단되는 것이며 종교적, 정신적인 규율과 차원이 다른 것이지만 꾸란은 일상적 사회적인 인간 관계에 관한 구체적인 판단까지도 상세하게 지시하고 규정하고 있다.

이렇게 꾸란의 지시에는 종교성과 윤리성이 섞여 있다. 이는 신앙생활과 일상생활의 구별이 이슬람에 없기 때문이다. 다시 말해서 이슬람에서는 종교적인 가치기준과 윤리적인 가치기준이 각각 구분을 가지면서도 상호간에 밀접하게 관련되어 있다.

꾸란에서는 기본적으로 인간을 영과 육으로 분리하는 사상이 보이지 않는다. 인간은 음식을 먹고 시장을 걷는 육체적인 존재인 동시에 사고나

판단을 할 수 있는 지성을 가진 종합적인 존재로 되어 있다. 그러므로 인간이 갖고 있는 영적인 차원으로서의 정신성이나 육적인 차원으로서의 동물성의 분리는 신의 의지에 반하는 것이 된다. 또 이슬람에는 기독교의 원죄 같은 관념도 안 보인다. 꾸란에도 구약성서에서 나타나는 에덴동산에서의 사건을 볼 수 있지만 전 인류의 죄가 최초의 인간 아담의 타락으로 생겼다고는 안한다. 신은 죄를 범한 아담과 그 아내를 천국의 동산에서 추방하고 지상에 떨어뜨렸지만 그 후 그들을 용서하고 허락하여 “말씀”을 주셨다고 한다. 그 “말씀”이란 종교적인 지혜나 지식, 또는 정신이나 지성을 말한다.

꾸란에서는 인간이 지상에서 신의 대리인으로 창조되어 신이 만든 모든 존재물들의 이름에 대한 가르침을 받고 피조물 안에서 제일 높은 지위를 받았다고 한다. 그러므로 인간은 신의 대리인으로서 다른 피조물이 짊어질 수 없는 큰 책임을 져야 하지만 속성상 죄를 범하기 쉽고 무지하며 약한 존재이기도 하다. 그러나 그것은 아담의 타락에 의하는 것이 아니라 인간이 원래 그렇게 창조되었다는 것이다. “신은 누구에게도 그 능력 이상의 부담을 지워 주지 않는다. 인간은 자신이 벌은 것만큼 자신의 것이 많아지고 또한 벌은 것만큼 자기를 잃어버린다.”(꾸란 2: 286) 전지전능의 신은 피조물의 능력의 범위를 파악하고 있기 때문에 인간의 능력을 넘어선 수행 불가능한 것을 주지는 않는다. 그러므로 신이 명하시는 것은 인간이 책임지고 수행하여야 하는 행위를 의미한다. 그러나 행위 수행 여부는 자율적인 규범으로 되어있다. 그렇기 때문에 인간이 신의 명령에 복종하고 하루하루를 보내는 것은 신이 내린 지시를 따라 가겠다는 자신의 결단이다. 이렇게 인간은 신의 인도를 따라가는 것을 통해서 자기를 위해 하늘에 보물을 쌓는 것이 된다.

꾸란에는 서구사상에서 하는 것과 같은 영과 육을 분리하는 사상이 없어 일반적으로 이슬람에는 “성과 속”의 구별이 없다고 자주 말한다. 그러

므로 “카이사르의 것은 카이사르에게”라는 입장으로 신앙생활과 일상생활을 구별한다고 하면 이슬람에는 이러한 구별의 방법이 없다고 할 수 있다.

그러나 이슬람에도 이슬람식의 성과 속의 구별은 있다. 그것은 신의 명령에 굴복하고 일상생활을 하는 것을 성으로 하고, 신에 반하는 생활을 보내는 것을 속으로 하는 것이다. 즉 육체를 천한 것으로 보지 않고 인간의 일상생활에서 신앙생활을 분리하지 않는다. 사회 안에서 신의 지시에 따라 인간적인 보통의 생활을 하는 것이 그대로의 신앙생활이며 세상을 버리고 출가를 하거나 금욕적인 수행을 하는 것이 종교적으로 평가되지는 않는다. 그러므로 이슬람에서는 인간적인 생애, 즉 일상생활 자체가 문제가 된다.

이러한 꾸란의 행위규범이 “법”으로 집대성되는 것이 이슬람법, 샤리아이다. 샤리아는 원칙적으로 이슬람 공동체인 움마의 이념에 관한 것이며 대인관계에 대한 법적규범이 중심이 되어 있어 개인으로서의 인간의 생애에 관한 윤리규범도 혼재되어 있다. 그러므로 샤리아에서 “법과 윤리”를 엄격하게 구별하는 것은 어렵다. 왜냐하면 이슬람의 “법과 윤리”는 신의 말씀인 꾸란이라는 동일한 근거를 가지기 때문이다. 즉 입법자는 신이며 신은 인간이 가야할 옳은 길을 인도하기 위해 법과 윤리를 준 것이다. 그것은 신이 인간에게 준 경고인 동시에 자비라고도 생각할 수 있다.

꾸란 자체가 내세를 목표로 살아가는 것을 지시한다고 하면 샤리아는 꾸란의 지시에 따라 현세에 있어서 인간의 행위규범을 구체적으로 정한 것이라고 할 수 있다. 샤리아에서는 공동체의 성원으로 생애에 관한 규범이 중심이 되지만 그것을 받아드리는 결단은 개개인에게 맡기고 있다. 인간이 하나의 개인으로서 내세에서 받을 보상은 공동체의 일원으로 현세에서의 삶에 따라 판단된다. 즉 이것은 종말론과 내세에서의 보상의 판단이라는 차원으로 내세를 목표로 한 꾸란의 종교적인 지시와 현세의 행위에

관한 샤리아의 법적인 규범이 연결되게 된다. 이러한 연결성의 관점에서 보면 샤리아는 “법”인 동시에 “윤리”이기도 하다. 즉 샤리아는 신자들에게 있어서는 “실정법”인 동시에 종교적인 신의 법으로 ‘도덕율’이다. 이슬람법 샤리아에서 다루고 있는 인간 행위의 구분을 보면 이것을 명확히 알 수 있다.

이슬람법은 인간의 행동을 5가지로 구분해 놓고 있다. 행위에 태만하면 벌 받는 것(의무), 의무는 아니지만 실행이 요구되는 것(장려), 실행, 불실행이 개인의 선택에 위탁되는 것(허용), 금지된 것은 아니지만 되도록 실행하지 말 것을 요구하는 것(기피), 행위를 실행하면 벌을 받는 것(금지)이 바로 그것이다.

의무와 금지는 공통으로 위반자를 벌한다는 점에서 실정법의 규정에 가깝고 장려와 기피는 강제하지 않는다는 점에서 윤리 규범에 가깝다. 허용은 주로 식사나 생리 현상에 관한 행위로서 인간의 자연적 행위를 말하고 법적으로나 윤리적으로 중립이고 무가치다. 인간 행위에 대한 샤리아의 규정은 이렇게 5가지의 범주의 어느 것에 의해서 구분된다. 실정법에서 정의의 이념은 민의를 따라 합리적으로 실행 가능한 형식으로 구체화하는데 반해서 샤리아는 신의 뜻을 나타내는 법원 즉 꾸란, 하디스, 합의 그리고 유추라는 논리적인 방법에 의해서 연역되는 이념적인 행위규범이다.

이렇게 샤리아에는 법적판단의 대상이 되는 행위뿐만 아니라 윤리적판단의 대상이 되는 행위 및 가치중립적인 행위도 포함되어 있어 이것들이 복잡하게 연결되어 법적판단이 전개된다. 이것은 샤리아가 인간생활의 여러 면을 대상으로 하고 있다는 것을 의미한다. 샤리아는 공동체 움마의 일원으로서의 인간들의 사회적 생활에 관한 것이지만 동시에 개인적인 생애도 통제한다. 즉 샤리아는 인간생활의 공사 여러 면에 포괄적으로 관련된 “신의 의사”이다. 바로 이 점에서 “법과 윤리”의 불가분의 관계를 볼 수가

있고 이것이 바로 이슬람이 계율의 종교라고 하는 점이다.

따라서 지금도 이슬람권에서는 이슬람법이 사회를 지배하고 있다고 해도 과언이 아니다. 설사 이슬람법이 모든 무슬림 국가들의 실제생활 모두를 규제하지는 않는다 해도 이념적으로는 무슬림들의 생활 전반을 규제하는 종교적 규범이다.

샤리아의 목적은 인간의 언행에 대해 규범을 적용시키는 것이다. 이슬람에서 하나님께서 이러한 규범을 제정한 목적은 인간들의 복리를 위한 것이다. 이 복리란 인간들을 위해 이익(利益)을 초래하는 것 또는 인간들로부터 해를 제거하는 것 중 어느 한쪽이다. 그러므로 복리는 이슬람에서 죄를 처벌하게 하는 기본 원칙 중 하나이다. 샤리아에서 복리는 꾸란과 순나(하디스, 무함마드 언행록)에 기초한 행위이다. 그러므로 이슬람의 모든 규범은 인간의 복리를 담고 있으며, 샤리아의 현안은 아직 발견되지 않고 숨겨져 있는 이 진정한 복리를 실천하는 것이다(Muhammad Abu Zahrah, 1997: 31-33).

이슬람에서 유의하는 복리는 다섯 가지이다. 즉 종교, 생명, 이성, 명예, 재산 보존에 관한 것으로 압축할 수 있다. 인간의 생활에서 이 다섯 가지가 인간 복리의 가장 기본이므로 인간들이 평화와 안전과 만족을 느낄 수 있도록 이러한 사항들이 보존되어야 한다는 것이다. 그러므로 종교의 보존을 위해 종교 말살을 위한 도전행위를 금지했고 생명의 보존을 위해 살인과 인간 육체에 대한 상해를 금지했으며, 이성을 보존하기 위해 음주와 환각을 금지했으며, 명예를 보존하기 위해 간음과 순결에 대한 중상모략을 금지했으며, 재산을 보존하기 위해 절도와 약탈을 금지했다. 이와 같이 복리에 대한 모든 침해는 범죄로 간주되며, 이슬람은 이러한 범죄에 대해 형벌을 가하고 있다.

대부분의 서구 학자들은 샤리아가 매우 보수적이고 폐쇄적이며 경직되어 있고 냉혹하다고 규정한다. 그 근거로 샤리아는 발전의 과정을 거부하

고 있으며, 각 시대에 새롭게 생기는 현상을 그 시대의 정신으로 치유하고 있지 않다고 비판한다. 그러나 무슬림들은 샤리아에 변화가 없는 것이 바로 샤리아의 영원성과 완벽성을 증명하는 것이라고 주장한다. 그렇다면 어떻게 전혀 변화가 없는 샤리아가 13세기 동안 다양하게 변화하고 발전한 많은 사회 문제에 대응할 수 있었겠는가? 낙타를 타고 다니던 시대의 논리를 지금의 컴퓨터 시대에 그대로 적용할 수 있을까? 이것은 불가능한 것이 아닌가?

무슬림들은 하나님의 말씀이 완전한 것이기 때문에 영원하고 보편적이며 변화를 허용하지 않는다고 주장한다. 이것은 이슬람 신앙을 유지하는 기본 사상이지만, 이것만을 주장하는 일부 무슬림들의 무지로 인해 발생하는 결과는 위의 서구 학자들 견해처럼 너무나 부정적이다. 그러나 샤리아에는 인간 사회가 발전하고 시간과 공간이 변함에 따라 샤리아가 이 변화에 적용한 유연성과 확장성에 대한 법칙이 있다.

샤리아에서는 꾸란과 순나를 통해 하나님이 직접 허용하거나 금기한 계시들에 대해 어떠한 변화도 허용하지 않고 있다. 반면에 하나님은 종교 수행을 하는 그의 종복들에게 사랑과 편리함을 줄 뿐만 아니라 고통을 부정하고 있다. 이 샤리아 정신이 13세기 동안 이슬람 세계에서 있었던 법 제정과 판결, 법령의 기본 요소다. 이 기간 동안 샤리아의 운영 과정에는 수많은 사상 종족 문화 등등과의 접촉이 이루어졌고 그 시대에 새롭게 발생하는 문제점을 나름대로 치유해 왔다. 샤리아의 기본이 되는 이들 종교적 구절이 이슬람 공동체를 바르게 이끄는 등불이 되었다. 즉 샤리아의 구절은 각 시대마다 새롭게 발생하는 문제와 여러 종류의 환경에 확장 응용되어 그 시대의 문제들을 치유하고 그 환경에 응용될 수 있는 유연성을 갖추고 있다.

규범을 제시한 꾸란 구절들을 자세히 살펴보면 종교 의례와 가족 관계 및 유산 문제 등에 관해서는 상세히 설명하고 있는 것을 알 수 있다. 왜냐

하면 이러한 주제들은 믿음에 관련된 문제이지 이성에 관련된 문제가 아니며, 주위 환경이 바뀔에 따라 달라지는 것이 아니기 때문이다. 반면에 다른 주제들은 극히 드문 경우만을 제외하고는 일반 법칙과 기본 원리만을 기술하고 상세하고 세부적인 설명은 제시하지 않고 있다. 왜냐하면 이러한 주제들은 주위 환경이 바뀔에 따라 변화하기 때문이다. 따라서 꾸란은 각 시대 상황에 맞는 유연성을 주기 위해 일반적인 법칙과 기본 원리만을 제시하여 그 시대의 복리에 맞는 규범을 제정할 수 있도록 하고 있다.

그러나 그 시대의 복리에 맞는 규범을 제정할 수 있는 유연성은 인간의 창조적 해석을 필요로 하며 이 인간의 창조적 해석은 가변적이고 역사적이다. 즉 유한한 인간의 해석인 이상 이들로로부터 나오는 결론은 필연적으로 역사적, 문화적 제약 하에 있다. 또한 인간이므로 해석의 과정에 과오를 범할 수도 있다. 그러나 이슬람에서는 그러한 과오도 주관적인 의도가 옳으면 용인된다. 그러므로 샤리아의 현 실태를 절대화하여 고정시키는 것은 잘못이다.

왜냐하면 이념으로서의 샤리아 그 자체는 부정할 수 없지만 인간이 신의 권위 아래 샤리아의 현 실태를 개변하는 것은 당연한 것이기 때문이다. 이것이 바로 샤리아의 영원성과 유연성이다. 이것은 신의 명령을 임의적으로 바꾸는 것이 아니라 어디까지나 신의 명령을 대하는 인간의 넓은 해석이나 현실에 적합하지 않는 해석을 바꾸는 것이다. 왜냐하면 인간의 궁극적인 기준 또는 판단의 최종적인 기준은 신 그 자체이기 때문이다.

III. 규범의 종류

꾸란에 언급된 규범의 종류는 세 가지가 있다.

첫째, 신조 규범(Ahkām I'tiqādiyah). 이것은 하나님에 대한 믿음 및 천

사, 성경, 예언자들, 최후의 심판일 등에 대한 무슬림들의 믿음과 관련된 것이다.

둘째, 예절 규범(Aḥkām Khalqiyah). 이것은 의무 이행자(mukallaf)가 덕을 쌓고 악을 멀리 하는 것들과 관련된다.

셋째, 행동 규범(Aḥkām 'Amaliyah). 이것은 의무 이행자가 행하는 언행 계약 등의 행동과 관련 있는 것으로서, 이 세번째 종류가 피끄 꾸란이며 이것이 법리학('ilm uṣūl al-fiqh)의 목표이다.

법리학의 주된 목표인 행동 규범은 다시 두 종류로 정리될 수 있다.

첫번째는 Aḥkām 'Ibadat로서 예배, 단식, 자카트, 순례, 선언과 같이 하나님과 인간과의 관계를 정립한 것이다.

두번째는 Aḥkām al-Mu'āmalat로서 이는 계약, 행동, 범죄, 형벌과 같이 인간 상호간의 관계—개인적 또는 집단적—를 정립한 것으로 'ibadat를 제외한 모든 것을 의미한다.

즉 피끄(이슬람 법학)에서 'ibadat를 제외한 규범들을 법학 전문 용어로 Aḥkām al-mu'āmalat라고 부르지만 현대 전문 용어에서는 이 Aḥkām al-mu'āmalat를 주제별로 다시 세분해 다음과 같이 여러 종류로 나누는 것이 일반적인 경향이다.

1. aḥkām al-aḥwāl al-shakṣīyah(신분법에 관한 규범): 가정에 대한 것으로서 가정의 구성이나 친족 관계 및 가족 관계와 관련 있다. 이 주제에 대한 언급은 꾸란에 70절 정도 담겨 있다.

2. al-aḥkām al-madaniyah(민법에 관한 규범): 이것은 개인의 임대차·매매 등의 상행위와 관련된 것으로서 개인의 재산과 권리 등에 관한 주제를 다루고 있으며, 이 주제에 대한 언급은 꾸란에 70절 정도 수록되어 있다.

3. al-aḥkām al-jinā'iyah(형법에 관한 규범): 이것은 의무 이행자의 범죄와 형벌에 대해 다루고 있는 것으로 인간의 생명·재산·권리를 보호하

는 목적이며, 피해자·가해자·공동체와의 관계를 다루고 있다. 이 주제에 대해서는 꾸란에 30절 정도 언급되어 있다.

4. aḥkām al-murāfa'at(형사소송법에 관한 규범): 이것은 판결과 증언에 관한 것으로, 인간들 사이에 정의를 실현하기 위한 제도 정비를 목적으로 하고 있다. 이 주제에 대해 언급한 꾸란 절은 13절 정도가 있다.

5. al-aḥkām al-dustūriyah(헌법에 관한 규범): 이것은 통치 제도와 그 원리에 대한 것으로 통치자와 국민들과의 관계 정립과 개인과 집단 간의 권리문제 정립을 목적으로 한다. 이 주제에 대한 언급은 꾸란에 10절 정도가 있다.

6. al-aḥkām al-duwaliyah(국제법에 관한 규범): 이것은 이슬람 국가와 비이슬람 국가와의 관계, 이슬람 국가에서 비무슬림 문제 등을 다루었다. 전쟁 또는 평화시 이슬람 국가와 비이슬람 국가와의 관계를 정립시키고 이슬람 국가 안에서 비무슬림들과의 관계를 정립하는 것이 목적이다. 꾸란에는 이 주제에 대해 25절 정도 수록되어 있다.

7. al-aḥkām al-iqtisādiyyah wa al-mālīyah(재정법에 관한 규범): 이것은 빈자들의 권리 및 지하 자원 등에 관련된 것으로서 빈자와 부자, 국가와 개인 간의 재산 관계 정립을 목적으로 한다. 이 주제에 대해 언급한 꾸란 절은 10절 정도이다.

IV. 형벌의 종류

벌은 죄를 행했을 때 내려지는 것으로서 금기 사항의 추종을 막고 의무 사항의 훼손을 막기 위한 수단이다. 샤리아에서 금기와 의무 사항은 두 가지 목적, 즉 정의 실천과 인간 복리 보전을 추구하기 위한 것이다.

샤리아에서 정의의 개념은 매우 넓게 쓰이고 있으나 판결에서는 세 가

지 원칙에 의거해서 이행된다. 첫번째는 응보형의 원칙으로서 이는 피해자가 가해자에게 불법적으로 당한 행위만큼의 대가를 지불하는 것이다. “누구든지 너희들에게 불법을 행하면 너희들은 상대에게 그만큼 응징을 하여라.”(꾸란 2: 194)

두번째 원칙은 이스티흐산(Istihsān)으로서 이것의 언어적 의미는 어떤 것을 좋게 한다는 의미로서 판결 시 인간들이 알고 있는 건전한 인간의 본성(al-fītrah al-salimah)으로 행동하는 것을 의미한다. 이것은 “그는 바른 행실을 권하고 추한 행실을 금하고.”(꾸란 7: 157)라는 기본 원칙에서 연유한 것으로서 판결 시 지나치게 고정되고 획일적인 원칙만을 고집하여 인간들에게 불편함이나 고통을 주지 말고 인간들의 복리를 증진시키기 위한 여러 원칙들을 유연하게 선택하라는 것을 의미한다. 단 이때 주의해야 할 점은 건전한 인간의 본성을 기초로 하여야한다. 즉 어떤 개인의 또는 집단의 이익만을 위한 그러한 의도로 이것을 시행해서는 않된다는 것이다.

세번째 원칙은 ithār 원칙으로서 이는 응보형의 원칙이 적용되는 상황에서 그의 권리를 좀더 큰 선을 위해 포기하는 것을 의미한다(al-Ṣādiq al-mahdi. 1987: 33-34). 이것은 “용서도 잘 하고 화해도 잘 하는 자에게는 알라로부터 보상 있으리라.”(꾸란 42: 40)는 가르침에서 연유한 것으로 피해자가 가해자에게 불법적으로 당한 행위만큼의 대가를 지불할 수 있는 권리가 있는 상황이지만 피해자에게 은혜를 베풀어 그의 권리를 포기하는 것 즉 용서해주는 것을 의미한다.

모든 판결은 위의 세 가지 원칙에 의해 이루어지며 죄에 대한 형벌은 세 종류가 있다. 첫 번째는 고정 형(hudūd, 固定刑)이고 두 번째는 동형동태 형(qiṣaṣ 同形同態刑)이며 세 번째는 교정 형(ta'azir, 矯正刑)이다.

고정형은 입법자가 원전에 규정해 놓은 형벌로서 간음죄, 중상 모략죄, 절도죄, 강도죄, 음주죄, 종교 말살죄, 흉폭한 불법 행위의 일곱 가지가 여

기에 해당된다. 그러나 학자들 간에 이론이 있어 일부 학자들은 음주, 종교 말살, 흉폭한 행위를 고정형에서 제외시키는 학자들도 있다. 동형동태 형은 고정 형과 마찬가지로 입법자의 원전에 규정되어 있으며, 살인과 상해에 관한 것이 여기에 해당된다.

고정형의 특징은 형벌이 범죄와 닮은꼴이 아니라는 것이다. 즉 동형동태의 법칙처럼 살인자에게는 사형, 손 절단 범죄에는 손 절단처럼 형벌과 범죄가 같은 형태와 정도로 나타나는 것이 아니다. 예를 들어 간음죄에는 채찍질, 절도자에게는 손 절단 등으로서 간음과 채찍질, 절도와 손 절단 등은 같은 형태와 정도가 아니다. 즉 고정형은 입법자에 의해 원전에 형벌이 규정되어 있다. 왜냐하면 이 형벌은 매우 극단적이고 강력한 처벌이기 때문이다. 그러므로 샤리아에서 이 판결을 내릴 때에는 어떠한 의문점도 제기되지 않은 명확한 판단을 의무화해 매우 세부적인 조건들을 설정해 놓고 있다(al-Sadiq al-Mahdi, 1987: 39). 이들 조건을 충족시키지 못할 때는 고정형 판결을 내리지 않으며 그 근거는 ‘의문점이 있으면 고정 형을 삼가라’는 하디스에 근거를 두고 있다.

동형동태 형의 특징은 형벌과 범죄가 닮은꼴이라는 것이다. 즉 불법적인 살인자에게는 사형, 손 절단 범죄자에게는 손 절단처럼 동형동태의 처벌, 즉 범죄와 같은 형태와 정도로 처리된다. 또한 동형동태 형은 고정 형과 마찬가지로 매우 세부적인 조건이 설정되어 있으며, 만일 이들 조건을 충족시키지 못할 때는 판결을 내리지 않는다.

“믿는자들아, 너희들에게는 살해에 대한 응징이 정해졌다. 자유인에는 자유인, 노예에는 노예, 부인에는 부인으로. 그러나 그(가해자)에게 (피해자의) 형제로부터 경감 신청이 있을 경우 (가해자는) 성의를 가지고 보상하라.”(꾸란 2: 178) 이 구절에는 동형동태 형의 처벌이 규정되어 있지만 디야를 지불하는 것도 가능하게 되어 있다.

디야란 범죄자의 처벌 대신 보상금의 지불을 뜻한다. “실수로 믿는 사

람들을 살해한 자는 믿는 노예 한 명을 해방시켜 주고 유족들에게 보상하라.”(꾸란 4: 92) 즉 디야는 주로 과실 치사에 적용되며, 그 밖에도 가해자의 동형동태 처벌 대신 디야 지불에 피해자 측이 동의하면 가능하다. 또한 동형동태의 죄이지만 판결을 내리는 데 있어 세부적인 조건들을 일부 충족시키지 못해 그 형을 확정하지 못하고 있을 때도 가능하다(al-Ṣadiq al-Mahdi. 1987: 106). 이 때의 디야 값은 살인·상해의 정도에 따라 다르지만 반드시 디야가 사태수습의 수단이 되는 것은 아니다. 왜냐하면 피해자 측의 권리에 속하는 것이 있는 반면에 공공의 권리나 국가의 권리에 속하는 것 즉 하나님의 권리에 속하는 것이 있기 때문이다. 피해자 측의 권리에 속하는 것은 양자 간 합의를 보면 되지만, 사회 공공질서 안녕 등 국가의 권리에 속하는 것 즉 하나님의 권리에 속하는 것은 디야가 불가능하다. 따라서 모든 동형동태가 양자 간의 합의로 디야를 지불함으로써 해결되는 것은 아니다.

세번째 형벌의 종류는 교정 형이다. 교정의 언어적 의미는 지원하다, 지지하다, 교양시키다, 고치다 라는 뜻으로 형벌 분야에서는 범죄자의 교도 권리를 지원하는 것을 의미한다.

교정 형 및 동형동태 형과 대조적 성격인 교정 형은 꾸란과 순나에 그 형벌이 확정되어 있지 않은 모든 죄에 적용된다. 따라서 교정 형은 샤리아의 확장성과 유동성에 맞춰 시간과 장소에 따라 그 사회의 상황에 맞게 다른 판단을 내린다. 교정형의 권리를 맡게 된 자들은 피끄(이슬람 법학) 학자들이며, 그 범위는 종교 개인 재산 등을 지키고 이슬람 사회의 질서와 인간의 복리를 위해 모든 시대와 장소에 존재하는 사회의 해악적인 범죄와 새로운 범죄에까지 이르고 있다(Muḥammad Sa'īd al-'Ashmāwī. 1992: 111).

따라서 양적으로는 바로 이 부분이 교정 형이나 동형동태 형보다 훨씬 많은 부분을 차지한다. 또한 이 교정 형은 교정 형과 동형동태 형의 사건

에도 적용된다. 즉 고정 형 또는 동형동태 형의 범죄이지만 의문점이 발견되어 형을 선고 못하는 상황이며 무죄로도 선고할 수 없을 경우에는 이 교정 형을 적용시켜 형을 확정짓는다.

그러므로 이슬람법의 판결은 두 가지이다. 첫째는 시간과 장소의 변화에 관계없이 변하지 않는 것이다. 즉 금기와 의무로 정한 것 등으로 이것은 하나님의 권리에 속한 것이기 때문에 시간과 장소가 변화된다고 해서 변화 되는 것이 아니다. 그러므로 이 권리에 대한 침범은 바로 고정 형과 동형동태 형의 범죄에 관한 것이다.

두번째는 시간과 장소의 변화에 따라 그 환경에 맞는 복리를 추구함으로써 변화하는 교정 형 범죄에 관한 것이다(Taufiq 'ali Wahbah, 1980: 42). 따라서 고정 형과 교정 형의 가장 큰 차이점은, 고정 형이 하나님의 능력으로 정해져 그 형량에 의심의 여지가 없는 반면에, 교정 형은 인간의 능력으로 정해지기 때문에 그 판결에 의문이 제기될 수도 있다('Atiyah Mushrifah, 1966: 149).

V. 범죄의 종류

범죄라는 단어와 그 파생어들은 꾸란에서 예순여섯 번 사용되었다 (Mu'jam Alfaz al-Quran al-Karim.: 196-199). 샤리아에서 말하는 죄의 정의는 하나님이 금지한 것에 대한 행동, 즉 불법적인 행동의 이행 또는 하나님의 명령에 대한 거부를 의미한다. 그러므로 샤리아에서 말하는 죄는 행위가 될 수도 있고 행위에 대한 거부도 포함된다. 그러나 이 두 가지는 공히 샤리아에서 명하는 것에 대한 위반을 의미한다.

피크 학자들은 하나님의 권리에 대한 침해 또는 인간 권리에 대한 침해 여부에 따라 죄를 네 가지로 나누고 있다. 첫째는 하나님의 권리에 관련된

죄이며 둘째는 인간의 권리에 관련된 죄이고 셋째는 하나님의 권리와 인간 권리에 같이 관련되어 있으나 인간 권리에 관한 것이 더 많은 죄이며 마지막으로 넷째는 하나님의 권리와 인간 권리에 같이 관련되어 있으나 하나님에 관한 것이 더 많은 죄이다.

하나님의 권리란 사회의 권리이며 공공의 복리를 위해 그 규범이 정해진 것이고 특정 개인의 이익을 위한 것이 아님을 의미한다. 즉 인간들의 행위에서 그 목적이 사회의 일반적인 복리에 관한 것이라면 그 판단은 순수한 하나님의 권리(haqq allah)이다. 따라서 이는 공공질서에 관한 것이며 특정 개인의 이익을 목적으로 한 것이 아니기 때문에 인류 전체의 주인과 관계가 있다. 그러므로 이 권리는 인간이 선택할 여지가 없으며 그 집행은 권력 소유자인 정부의 몫이다.

피고 학자들이 순수하게 하나님의 권리에 속하는 것으로 분류한 것으로는 다음과 같은 것이 있다.

(1) 예배·단식·자카트·순례와 같이 하나님에 대한 순수한 의례 행위 및 이런 것의 기초가 되는 신앙과 이슬람으로의 귀의 행위가 이 범주에 들어간다. 왜냐하면 이러한 의례 행위와 그 기초가 되는 것의 목적은 종교를 유지하는 것이고, 이것은 사회 질서 유지에 불가피하기 때문이며, 이런 의례 행위를 정한 지혜는 그런 것들이 개개인의 이익뿐 아니라 사회 일반의 이익을 위한 것이기 때문이다.

(2) 단식 후에 하는 사다까처럼 부담의 의미를 갖는 의례 행위. 이것은 가난한 사람이나 궁핍자에게 사다까를 함으로써 하나님과 가까이한다는 의미로 하는 의례 행위이다. 그러나 이것은 순수한 의례 행위는 아니다. 이것에는 자신의 생명을 존속시키기 위해 각 개인이 치러야 할 세(稅)의 의미도 있기 때문이다. 이것이 바로 사다까에 부담의 의미가 있다는 이유이다. 그러므로 여기에는 각각의 개인 자신만을 위한 의무뿐만 아니라 타인, 즉 보호받아야만 하는 자들을 위한 부분도 있다. 만일 이것이 순수한

의례 행위라면 누구도 자신을 위한 의무를 대신할 수 없으며 자카트 제1의 종류, 즉 순수한 의례 행위에 속한 것으로서 판단했을 것이며 이 종류의 것이라고 판단하지 않았을 것이다. 왜냐하면 자카트는 자신의 재산 존속과 유지를 위한 세의 의미를 가진 의례 행위이기 때문이다. 그러므로 다수의 무즈타히드들 견해에 따르면 유아나 정신병자처럼 무능력자의 재산에 대한 자카트도 의무로 되어 있다. 만일 순수한 의례 행위라면 그것은 정상의 성인에게만 의무로 되었을 것이다.

(3) 농지에 부과하는 세금. 이것은 아샤리야('ashariyah) 땅인지 카라지야(kharājīyah) 땅³⁾인지에 상관없이, 또는 아샤리야 땅에 부과한 것이 10분의 1인지 20분의 1인지 또는 카라지야에 부과된 것이 현금 내의 카라지 땅(kharāj wazīfah)인지, 아니면 현물 내 카라지(kharāj muqāsamah)인지는 상관이 없다. 왜냐하면 이 세의 목적은 토지 소유자의 손에 존속하고 그 생산의 결과를 올리기 위해 필요한 공공의 복리를 위해 사용한 것에 있기 때문이다. 예를 들어 관계나 배수 시설 정비, 교량 건설, 길을 평탄하게 하고 그 파손을 막고 가난한 사람이나 결핍자를 돕는 것 등은 공공의 복리와 사회의 안전을 위해 필요하다.

이미 법리론 학자들은 아샤리야 땅의 세금에 대해서는 의례 행위의 의미를 가진 부담이라고 하고, 카라지야 땅의 세금에 대해서는 형벌의 의미를 가진 부담이라고 한다. 그들이 부담이라고 하는 이유는 어떤 것의 부담이라는 것이 그것을 존속하게 하기 때문이다. 그 세금에 의거해서 땅은 파괴자가 아닌 그것에 맞는 사람의 손으로 계속하게 되는 것이다. 아샤리야 땅의 세금에는 의례 행위의 의미가 있다는 것의 이유도 확실하다. 왜냐하

3) 아샤리야란 우슈르('ushr)에서 파생된 말로서 우슈르란 10분의 1을 의미한다. 아샤리야 땅이란 무슬림이 소유하는 땅으로 수확의 10분의 1(단, 인공 관개로 생긴 땅인 경우에는 20분의 1)을 세금으로 지불하는 것을 말한다. 이 땅의 종류에는 세 가지가 있다(Fuād 'Abd al-Munā'im Ahmad, 1985: 105). 카라지야 땅은 수확의 거의 반값의 땅값을 내는 비무슬림이 소유하는 토지를 말한다.

면 이 땅에서 얻어지는 자카트는 정해진 자카트의 용도에 따라 사용되기 때문이다. 그러나 카라지야 땅의 세금에는 형벌의 의미가 있다는 이유는 확실하지 않다. 왜냐하면 카라지야는 공공 복리를 위해 사용할 목적으로 비무슬림 손에 남은 농지에 우마르 이븐 캣따브가 부과한 세금이고, 아샤리아는 공공 복리를 위해 사용할 목적으로 무슬림이 소유한 토지에 하나님께서 부과하신 세금에 대한 것이기 때문이다. 우마르와 유명한 사하바 간에 이 과세에 대해 내린 견해에서는 그것에 형벌의 의미가 있다고 이해할 순 없다.

(4) 지하드를 통해 얻은 전리품이나 토지에서 발견된 보석과 광물에 부과되는 세금. 입법자는 전리품의 5분의 4가 획득자의 것이며, 5분의 1은 공공 복리를 위한 것이라고 했다. “내가 얻은 전리품은 어떤 것이라도 5분의 1은 하나님, 예언자, 근친자, 고아, 궁핍자 및 여행자의 것이라는 것을 깨달아야 한다.”(꾸란 8: 41) 또한 땅에서 발견된 광물이나 보석의 5분의 4는 발견자의 몫이고, 나머지 5분의 1은 공공 복리를 위한 것이라는 점도 밝히고 있다.

(5) 여러 가지 종류의 완전한 형벌. 이것은 간음에 대한 형, 절도에 대한 형, 하나님과 그 예언자에게 도전하고 토지에 대해 부정행위를 하는 범죄인에 대한 형 등이 있다. 이것은 사회 전체의 복리를 위한 것이다.

(6) 어떤 종류의 불완전한 형벌. 즉 살인자에게 상속권을 부정하는 것은 불완전한 형벌이다. 왜냐하면 살인자에게 육체적인 벌을 주거나 재산상 손해를 주는 것이 아니라 소극적인 형벌이기 때문이다. 이것이 하나님의 권리라는 것은 그 중에 피해자에 대한 이익이 없기 때문이다.

(7) 의례 행위의 의미를 가진 형벌. 예를 들어 선언을 안 한 사람에게 대한 속죄, 라마단 달에 고의로 단식을 안 한 사람에게 대한 속죄, 실수로 사람을 죽인 사람, 또는 자히르에 의해서 부인을 이혼시킨 사람의 속죄 등이 죄로 취급되는 이유는 이러한 행위에 대한 대가가 요구되어 있기 때문이

다. 이것을 속죄, 즉 죄에 대한 속죄라고 부른다. 이 속죄 행위 중에서 의례 행위의 의미가 있는 것은 단식, 사다까 및 노예의 해방 등이다. 왜냐하면 이러한 행위는 의례 행위를 포함하고 있기 때문이다.

이상과 같은 종류는 순수한 하나님의 권리이다. 따라서 이것은 인간들의 일반적 복리를 실현하기 위해 정해졌기 때문에 이것에 대해 인간들에게 선택권이 없으며, 또한 인간들 스스로 제거할 수도 없다. 왜냐하면 인간이 제거할 수 있는 것은 자기 권리밖에 없기 때문이다. 인간들은 예배, 단식, 순례, 자카트, 의무적인 사다까나 세금 및 전술한 형벌을 피할 순 없다. 그것은 인간의 권리가 아니기 때문이다.

반면에 인간의 권리란 개인의 권리로서 있는 것, 그리고 그 규범이 특히 개인의 이익을 위해 정해진 것을 의미한다. 즉 그 목적이 특정 인간의 이익에 관련된 것이라면, 그 판단은 순수하게 그 사람의 것이고 그 집행에 대해 그가 선택권을 갖고 있다.

순수하게 인간의 권리로서 존재하는 것은 예를 들어 재산을 파손한 자에게 동일한 것 또는 그것과 동등한 가격의 물건으로 돌려받는 것 등은 순수하게 그 재산 소유권(피해자)의 권리이다. 따라서 피해자가 원한다면 돌려받은 것을 다시 돌려줄 수도 있고 아니면 그 권리를 포기할 수도 있다. 담보품의 취득은 순수하게 담보권자의 권리이다. 채무의 청구는 순수하게 채권자의 권리이다. 입법자는 이러한 권리를 그 소유자에게 인정한 것이다. 그들에게는 원한다면 그 권리를 줄 뿐만 아니라 또한 그들이 원한다면 포기하거나 청구를 단념할 수 있는 선택권이 있다. 왜냐하면 모든 인간에게는 자신의 권리를 자유롭게 행사할 권리가 있기 때문이다.

그러나 만일 그 목적이 사회와 개인 쌍방의 이익이지만 사회의 복리가 더 많은 것이라면, 그것에 대해서는 하나님의 권리가 지배적이고 그것에 대한 판단은 순수하게 하나님의 권리로 된 판단과 같다. 그러나 인간의 이익이 더 큰 것이면, 그것에 대한 인간의 권리(haqq al-mukallaf)가 지배

적이기 때문에 그것에 대한 판단은 순수하게 인간의 권리로 된 판단과 같다.

두 개의 권리를 공유하지만 하나님의 권리가 지배적인 것은 (간음의) 중상에 대한 형벌이다. 왜냐하면 그것은 인간의 순결을 지키고 상호간의 적대 관계와 살생을 막는다는 점에서 공공의 복리를 실현하는 하나님의 권리에 속하기 때문이다. 반면에 중상을 당한 정숙한 아내의 순결을 회복하고 그녀의 고귀함과 정숙함을 공시한다는 점에서 그것은 그녀에게 한정된 이익을 실현하는 것이기 때문에 개인의 권리에 속한다. 그러나 전자의 관점이 그것에 대한 형벌을 판단할 경우 더욱 명백해진다. 따라서 그것에 대해서는 하나님의 권리가 지배적이기 때문에 중상을 당한 여자가 중상에 대한 형벌을 포기할 수 없다. 왜냐하면 그녀는 하나님의 권리가 지배적인 형벌을 하나님을 대신해서 그녀가 포기할 수 없기 때문이다. 그러므로 그녀는 자기 손으로 형벌을 집행할 수도 없다. 왜냐하면 순수하게 하나님의 권리에 속한 형벌 및 하나님의 권리가 지배적인 형벌을 집행하는 것은 정 부뿐이므로 피해자가 자기 손으로 그것을 할 수 없기 때문이다.

두 개의 권리를 공유하지만 인간의 권리가 지배적인 것은 고의적으로 저지른 살인자에 대한 동형동태 형벌이 대표적이다. 이 범죄에 대한 동형 동태는 피해자의 생명을 가해자 자기 자신의 생명으로 대신 한다는 점에서 공공의 복리를 실현하고 있지만 피해자 가족의 분노와 원한을 풀다는 점에서는 특정 복리를 실현하고 있다. 그러나 후자의 관점이 지배적이기 때문에 인간의 권리가 지배적으로 된 것이다. 그러므로 피해자의 보호자들이 죄를 사면해 주고 처벌을 중지할 수도 있다. 그러나 피해자에 대한 처벌 중지는 피해자 근친자의 요청이 있을 때만 가능하다.

그러므로 꾸란에 정해져 있는 고정 형 중에는 첫째, 순수하게 하나님의 권리에 속하는 것으로서 간음죄, 절도죄, 사회에 대해 반항하고 지상에 재앙을 가져오게 하는 죄(소란죄)가 있고, 둘째 인간과 하나님이 권리를 공

유하면서도 하나님의 권리가 지배적인 정속한 부인에 대한 중상 죄가 있다. 이러한 범죄에 대해서는 피해자가 범죄자를 사면해 준다거나 자기 스스로 형의 집행을 할 순 없다. 왜냐하면 이 범죄는 하나님의 권리가 지배적인 범죄이므로 하나님의 권리를 인간이 폐기할 수 없고 그것을 집행하는 것은 공권력, 즉 정부이기 때문이다.

또한 그 중에는 셋째로, 인간과 하나님이 권리를 공유하면서도 인간의 권리가 지배적인 동형동태 형이 있다. 이 경우는 피해자가 살해자를 사면해 줄 수 있고 살해자에 대한 처벌 판결이 나온 경우에는 그 판결을 스스로 집행할 수 있다. 하나님은 말씀하셨다. “믿는자들이여, 죄인에 대해서는 너희들에게 동형동태 형이 정해져 있다. 자유인에는 자유인, 노예에는 노예, 여자에는 여자. 하지만 그의 형제로부터 사면을 받았다면 선의로서 그것에 따라 보상할 의무가 있다.”(꾸란 2: 178).

위와같이 피끄 학자들이 인간들의 행위를 순수하게 하나님의 권리로 있는 것, 순수하게 인간의 권리로 있는 것 및 쌍방의 권리로 갖는 것 중에 하나님의 권리가 지배적인 것 또는 인간의 권리가 지배적인 것으로 나누고 있는 것은 판단을 내릴 때 계시나 인간의 이성을 어느 정도 적용시켜야 하는가를 기준하기 위한 구분 방법 때문이다.

VI. 결론

이상의 것을 종합해 보면 다음 두 가지 사안을 정리할 수 있다. 첫째 모든 샤리아에서 정해진 고정 형에는 하나님의 권리 즉 사회의 권리가 있다. 그러나 이 권리는 순수하게 하나님의 권리일 때도 있고 동시에 인간의 권리일 때도 있으며 이 두 권리가 동시에 작용될 때도 하나님의 권리가 더 중요한 경우와 그렇지 않은 경우가 있다.

둘째 고의의 살인자에 대한 동형동태 형 및 간음이 확정된 부인에 대한 형벌에서 이슬람법과 일반 실정법에 기초한 형법 이론에는 다른 면이 있다. 고의의 살인자에 대한 동형동태 형에 대해 이슬람법은 그 형벌을 피해자, 즉 피해자의 보호자에 속한 권리로 보고 있다. 물론 그 중에 하나님의 권리 즉 사회의 권리가 있지만 피해자의 권리가 더 중시된다. 그러므로 처벌의 판단을 청구하는 권리를 피해자에게 주고 처벌의 판단이 확정된 경우에도 인정을 베풀 수 있는 권리 및 자기 스스로 그것을 집행할 권리를 피해자에게 준다. 그러므로 이 동형동태는 고소 있어야 가능하다. 왜냐하면 그 형벌은 피해자에게 우선적인 권리가 있다는 원칙을 근본으로 했기 때문이다. 그러나 고정 형 중 순결에 대한 중상모략, 절도는 고발에 기초하지 않는다(al-Imām al-Shaikh Maḥmūd Shaltūt. 1960: 309). 즉 고발이나 고소가 없어도 정부가 처벌한다. 왜냐하면 이 범죄에 대한 권리는 하나님의 권리가기 때문이다.

그러나 피해자가 사면을 베풀었을 경우에도 정부가 가해자 및 다른 사람에게 대한 억지 효과로서 정당한 것이라고 생각하는 형벌을 가해자에게 줄 수 있는 것은 살해자에 대해서는 하나님에게도 권리가 있다는 생각을 기본으로 하기 때문이다. 왜냐하면 쌍방의 권리 소유자 가운데 하나인 인간이 그 권리를 포기하였어도 또 하나의 권리인 하나님의 권리가 무효로 되지는 않기 때문이다.

그러나 실정법에서는 이 범죄에 대한 형벌이 순수하게 사회의 권리가기 때문에 살인자에 대한 기소는 검찰 당국의 권한에 속한다. 그러므로 피해자가 사면을 하거나 형의 집행을 행하는 것은 불가능하며 이러한 집행의 권리는 공권력에 속한다.

간음이 확정된 부인에 대한 형벌에 대해 이슬람법은 이 형벌을 하나님, 즉 사회의 권리로 취급해 간음을 했던 여자의 기소는 검찰 당국의 권한이며 판결의 집행은 사법 당국의 권한이 된다. 그러므로 그 남편이나 남편

외의 어떤 사람도 그녀에 대한 기소를 중지하거나 판결이 내린 후 그 집행을 중지할 수 없다. 반면에 실정법에서 기소할 수 있는 주체는 남편만이 가능하고, 남편은 아내에 대한 기소의 절차를 취소하고 판결이 내린 후에도 아내와 같이 살기를 바란다면 그 판결의 집행을 중지할 수 있다. 즉 친고죄이지만 이슬람법에서는 친고죄가 아니다. 왜냐하면 성에 관한 문제는 하나님의 권리이기 때문이다.

동형동태는 판결에서 판사의 지식이 첨가되거나 고정 형은 불가능하다. 왜냐하면 동형동태 형과 관련된 범죄는 인간의 권리가 우선적인 것들이지만 고정 형에 대한 것은 하나님의 권리에 관한 것들이기 때문에 인간의 이성이 작용될 여지가 없으며 단지 하나님의 명령을 이해(이것이 곧 법학이다)하고 복종할 뿐이기 때문이다. 이와같이 무슬림들의 궁극적인 기준 또는 판단의 최종적인 기준은 신의 명령이다. 이러한 현상은 이슬람의 의미가 인간이 신으로의 귀의를 나타내는 것을 의미하며 샤리아는 인간이 신에게 “이슬람(복종, 귀의)”하는 신앙표출의 외적 형식이기 때문이다.

따라서 무슬림들 특히 법학자들과 재판관의 직무는 법의 요청 즉 하나님의 명령을 기본으로 법 판단을 도출해 내는 것에 한정되어 있지 법 자체를 판단하는 것이 아니다. 이와같은 논리와 원칙은 실정법도 마찬가지이다. 실정법의 일반 원칙은 법률이 명백하면 아무리 재판관의 개인적인 의견으로 그 조문이 부당하다 해도 그것을 해석하거나 법의 정신에 의거해 그 조문을 바꿀 수 없다. 왜냐하면 이러한 경우에 중시되는 것은 입법자이기 때문이다. 그러나 실정법의 입법자는 국회 즉 인간인데 반하여 이슬람법의 입법자는 하나님이라는 차이가 있다.

참고문헌

- Qur'an
- Ḥadīth
- al-Imām al-Shaikh Maḥmūd Shaltūt. 1960. al-Islām 'Aqīdah wa Sharī'ah. Maṭba'ah Dar al-Qalam. Cairo.
- al-Ṣādiq al-Mahdī. 1987. al-'Uqūbāt al-Shar'iyah wa Mauqī'hā min al-Niẓām al-Ijtimā'i al-Islāmī. al-Zahrā Lili'lām al-'Arabi. Cairo.
- 'Aṭiyah Mushrifah. 1966. al-Qaḍā' fi al-Islām. Sharikah al-Sharq al-Awusaṭ
- Muḥammad Abu Zahrah. 1997. Uṣūl al-Fiqh. Dar al-Fikr al-'Arabi. Cairo.
- Muḥammad Sa'id al-'Ashmāwī. 1992. Uṣūl al-Sharī'ah. al-Maktabah al-Thaqāfiyah. Beirut.
- Mu'jam Alfāz al-Quran al-Karīm. Isdār Mujamma'a al-Lughah al-'Arabiyah.
- Taufiq 'Ali Wahbah. 1980. al-Jarāim wa al-'Uqūbāt fi al-Sharī'ah al-Islāmiyah. Maṭābi' Dar 'Akāz. Jedda.
- Zakī al-Din Sha'abān. Uṣūl al-Fiqh al-Islāmī. Dār al-Kitāb al-Jāmi'i. Cairo.