

이슬람 法 샤리아(Shari'a)의 내용과 法源에 對한 小考

우 덕 찬

<목 차>

- I. 들어가는 말
- II. 내용
- III. 샤리아의 법원
 - 1. 쿠란(Qur'an)
 - 2. 순나(Sunna)
 - 3. 이지마(ijma)와 키야스(kiyas)
- IV. 끝맺는 말

I. 들어가는 말

이슬람법이란 세계의 아랍인 사이에 성립된 것으로 이슬람에 기초해 발전한 종교법이라는 데에 그 특색이 있다. 또한 교조 무함마드(Muhammad)의 이름과 관련해서 무함마드법이라고도 칭해지기도 하고 이슬람으로 개종한 위구르족의 호칭인 한역 회골(回鶻), 회홀(回紇)과 관련해서 이 종교를 회회교(回回教), 회교(回教)라는 것에 근거해서 회교법

* 부산외대 중앙아시아과 교수

이라고도 한다. 더욱이 유럽인들이 이슬람교도들을 샤라센이라고 불렀기 때문에 샤라센법이라고도 불리고 이슬람교도를 무슬림이라 하기 때문에 무슬림법이라 하기도 한다¹⁾.

이슬람의 규범(規範)인 이슬람법, 즉 샤리아(Shari'a)는 법을 결정하는 권위를 가진 유일신 알라(Allah)가 그의 예언자 무함마드를 통해 계시한 쿠란(Qur'an)과 그의 언행(Sunna)을 이슬람공동체(Ummah) 내에 사회 규범으로 정립함으로써, 비로소 법으로서의 효력을 발휘하게 되었다. 아랍어 샤리아는 신의 법칙을 따르는 길'을 의미한다. 쿠란에는 '인간이 따라야 할 길(道)', 즉 샤리아가 있다고 하였으며, 이 말은 신이 계시(啓示)하고 정한 진리, 샤리아(shara'a)로 정의되고 있다. 샤리아는 '인간의 올바른 삶의 방법'을 말하며, 이것은 특수한 사람에 한정되지 않고 무슬림 개개인의 종교적 생활뿐만 아니라 일반인의 현세의 생활까지도 구체적으로 규제하여 공동체 성원 모두에게 균등하게 적용되는 규범이다. 따라서 이슬람 법이란, 유일한 절대자인 알라의 신의를 존립의 기초로 하고, 그 신력을 구속력으로 해서 법률, 도덕, 종교를 미분화상태에 두면서 혼연일체로 통합한 일종의 특수한 사회규율이라 정의할 수 있는데, 본고에서는 이슬람 법의 주요내용과 그 법원에 대해 간략히 살펴보고자 한다.

II. 내용

샤리아는 무슬림들의 종교적 생활뿐만 아니라 현세적 생활을 구체적으로 규제하는 성법이다. 샤리아의 내용은 정결, 참회, 예배, 회사, 금식, 순례, 장례 등에 관한 '의례적 규범', 즉 이바다트(ibadat)에서부터 혼례, 이혼, 부모자식간의 관계, 상속, 노예, 자유인, 계약, 매매, 서언(誓言), 증언,

1) 島田正郎 著(禹惠燦外 共譯), 아시아 법사, 서경문화사, 2000, 298쪽.

와크프(waqf)²⁾, 소송, 재판, 비무슬림의 권리 및 의무, 범죄, 형벌, 전쟁 등 공사(公私) 양법(兩法)에 걸친 '법적 규범'도 포함한다. 따라서 샤리아는 특수한 사람에게 한정되는 것이 아니라 미성년자 등을 제외한 원칙적인 공동체의 구성원 모두에게 똑같이 적용되는 규범(規範)이다. 이슬람공동체, 움마(Ummah)는 이와 같은 샤리아 이념의 지상적(地上的) 표현으로서의 의미를 갖는다. 샤리아는 본질적으로는 무슬림이 당연히 지켜야 하는 '도덕적 의무'이지만, 현세적(現世的)인 공동체의 질서유지를 위하여 실정법으로서 규제할 필요가 있었기에 실정법적(實定法的)인 내용이 포함되어 있다. 이슬람의 정치에 대한 지향은 샤리아의 실정법적 성격과 그 포괄성에서 유래한다. 샤리아의 기본이 되는 쿠란의 규범 가운데 의례나 개인생활에 관한 부분은 구체적으로 상세하게 해석할 필요는 없다. 하지만 그 이외의 분야에서는 일반적 원칙이나 기본원리를 말하는 데 그쳐서 구체성이 부족하다. 따라서 이 부분에 관한 샤리아의 실제적 적용은 환경이나 사회적 이익 변화에 따라 여러 가지로 해석되는 다양성을 지니고 있다. 다만 현실적 의미를 갖고 있었던 것은 가족법적 측면이 주종을 이루고 있었다.

고전적인 형태에서 샤리아는 두 가지 주요한 측면에서 서구의 법체계와 다르다. 첫째로 샤리아는 신(神)과 인간 자신의 의식으로서 인간관계를 통제하기 때문에, 그 범위는 대단히 광범위하다. 일상적인 기도, 자카트, 단식 및 성지순례와 같은 종교적 의식(儀式)의 실행은 샤리아 법의 필수 불가결한 요소이며, 항상 법적 교범(教範)의 출발점이 된다. 샤리아는 또한 신의 명령전체이지만, 모든 법규가 동등하게 절대적인 것은 아니고,

2) 재산법과 관련해서 이슬람법에 와크프라는 독특한 제도가 있었다. 와크프란 원물을 보유하는 중에 용익권이 있는 물건이고, 동시에 그 수익은 허락된 선한 목적을 위해 사용됨을 조건으로 해서, 소유주가 그 처분권을 포기한 물건이다. 즉, 원물은 구속되어 소유자가 마음대로 사용할 수 없고 그 용익권은 제3자를 위해서 이용되는 것이다. 이 제도는 원래는 이슬람의 자선적, 종교적인 동기에서 나왔는데, 학교나 병원 등 그 유지 목적 때문에 토지를 기부하는데서 생겼다.

4 比較法學 (第18輯)

대개 다섯 개의 범주(al-ahkam al-khamsa)로 나누어진다. 첫째 ‘강제적 의무 행위’(fard)로 인간이 반드시 하지 않으면 안 되는 행위로, 이것을 행하면 내세에서 신으로부터 상을 받고 게을리 하면 가혹한 벌을 받는다. 둘째 ‘칭찬해야 할 행위’(mandub)로 행하면 상을 받지만 게을리 해도 벌은 받지 않는다. 셋째 ‘허락된 행위’(mubah)로 해도 하지 않아도 상벌이 없는 행위를 말한다. 넷째 ‘혐오해야 하는 행위’(makruh)로 해도 벌은 받지만 하지 않으면 상을 받는다. 다섯째 ‘금지된 행위’(haram)로 행하면 벌을 받고, 피하면 상을 받는다. 샤리아는 단순한 법체계가 아니라 개인 및 공공 모두를 포함하는 복합적인 ‘행위의 장전(章典)’이라 할 수 있다.

샤리아와 서구 법체계간의 두 번째 특징적인 구별은 신성한 의지(意志)의 표현으로서 법의 이슬람 적 개념이다. 632년 예언자 무함마드가 죽음으로써 그 이후 신성한 계시는 그치고 영구 불멸한 것이 되었기에, 인간에 대한 신성한 의지의 전달은 중단되었다. 이러한 근원에 대한 해설과정과 확대가 중세의 법 안내서에서 교의(教義)로 구체화되어 완성되었기에 샤리아 법은 경직적이고 정적(靜的)인 제도가 되었다. 사회로부터 성장하고 사회 환경의 변화와 함께 변화하는 세속적인 법제도와는 다르게 샤리아 법은 하나님, 즉 알라의 사회를 강요한다. 이슬람법 체계에 있어서 법을 형성하고 만드는 것은 사회가 아니라, 법이 사회를 앞장서고 통제하는 것이다.

역사적으로 볼 때, 샤리아는 여러 가지 요소가 조합되어 온 것이기 때문에, 흔히 서구에서 생각하는 넓은 일반적 원칙에 입각한 시스템이라기보다는 오히려 교훈의 집합체라고 할 수 있다. 바로 그것은 따르는 사람들에게 대해서는 비판이 용납되지 않는 천래의 지혜로서 받아들여져야만 한다. 이런 점에서 이슬람법은 예언서에 기초한 종교에서 생긴 성스러운 법의 전형이라 할 수 있다. 한편 샤리아의 정확한 용어를 확인하는 과학인 이슬람법학을 휘크(fikh)라고 부른다. 휘크는 지식이라는 뜻으로 법체의 체계

적 인식이라는 의미로 해석된다. 즉 다시 말하면, 앞서 언급한 ‘다섯 개의 범주’에 관한 법을 준수해야 할 의무가 있는 사람들의 행위에 대해 알라가 정한 여러 가지 규율에 대한 지식을 의미한다. 이상의 지식은 쿠란, 하디스 및 그 안에 포함되어 있는 여러 가지 법에 관해 필요한 이해를 할 수 있는 것에 대해서 법학자들이 들고 있는 의논(議論) 등에서 얻을 수 있는데, 이슬람법학이란 이들 법적 의논에서 도출된 규율의 체계이다. 이슬람 법체계는 신분법, 재산법, 계약법, 혼인법, 상속법, 노예법, 형법, 소송법, 조직법 등으로 대별할 수 있다.

III. 샤리아의 법원

1. 쿠란(Qur'an)

예언자 무함마드가 알라의 사도로서 활동한 2, 3년간, 천사 가브리엘을 매개로 하여 유일신 알라에게서 단편적, 간헐적으로 받은 천계의 말을 쿠란이라 하고 그것이 집록된 것을 쿠란이라고도 부른다. 쿠란은 어원상 ‘읽는 것’, ‘암송하는 것’을 의미하지만 신학적으로 말하면 구체화된 ‘신의 말씀’이다. 보통 알 키타브 al-Kitāb(The book)이라고 일컬어지는데 ‘성서’라는 의미로 키타브 알 무깟다스 Kitāb al-Muqaddas라고도 하며 가장 널리 불리는 명칭은 al-Qur'an al-Karim(고귀한 쿠란)이다. 기독교 전통에서는 신의 말씀이 ‘육신화’되었음(요한 1:1)을 믿는데 무슬림들은 신의 말씀이 ‘쿠란이 되어 내려왔다’고 믿는다. 또한 기독교의 성경이 여러 다른 시대, 다른 장소에서, 다른 사람들에 의해 다른 언어들로 오랜 기간 쓰여진 것의 결집인데 비해 쿠란은 한 장소에서 한 인물에 의해 비교적 짧은 기간(610-632)동안 계시되어 완성되었다³⁾.

따라서 쿠란은 이슬람의 경전인 동시에 이슬람법의 법원이 되기 때문

에 신수법사상을 보이는 것이라고 할 수 있다. 쿠란이 오늘날의 정본 형태를 가지게 된 것은 예언자 무함마드가 죽은 뒤의 일이다. 전승에 의하면 쿠란의 결집(結集)은 2번 이루어졌다고 한다. 첫 번째는 초대 할리파 아브바크르(Abu Bakr; 573-634) 때로, 계속된 전쟁에서 쿠란을 기억하는 사람이 많이 전사해 쿠란의 소실을 염려하여 결집하였다고 한다. 두 번째는 3대 할리파 오스만(Othman; ?-656)때인데, 쿠란 본문의 차이가 병사들 사이에 대립을 가져와 정본 확립을 위해 다시 결집 작업을 하고 이본(異本)을 태워버렸다고 한다. 이들 전승에는 제각기 비판이 가해지고 있으나, 이러한 경로를 밟아 오늘날 전해오는 오스만본(本)이 성립된 것이다⁴⁾. 절대적인 권위의 쿠란이 성립된 후에는 한 단어라도 변개(變改)를 허용하지 않았고 알라의 뜻에 반한다고 외국어로 번역도 못하게 하였다⁵⁾. 용어는 메카의 방언으로 통일되었고 모두 114장, 10만어, 33만자로 이루어졌고 장은 다시 절로 나뉘어졌다. 장은 계시의 연대순이 아니라 첫 장(al-Fatiha 개경장)만을 제외하고는 장단의 길이에 따라 배열되어 가장 긴 장(제2장-286절임)부터 점점 짧은 장의 순(103장부터는 단지 3~6절임)으로 되어있다. 따라서 전체적으로 체계적이나 연대적으로 정리되어 있는 것이 아니다. 또한 예언자 무함마드가 수시로 받은 계시만을 집록한 것이기 때문에 동시대에 조차 법의 규준으로서의 불충분함을 내재하고 있었다. 한편 쿠란은 후대의 무슬림들의 법 생활의 적용원리가 되기가 어려웠기 때문에, 무함마드의 언행인 순나(Sunna)와 조직적인 이슬람법학이 쿠란과 더불어 처음부터 이슬람법을 구성하고 있었다고 할 수 있다⁶⁾

3) 손주영, “이슬람의 종파발전사/ 정통할리파시대와 무슬림군의 1차 정복“ 중동연구 제17권, 한국외국어대학교 중동연구소, 1998, 25쪽.

4) 하지만 당시에는 아랍어 표기법이 매우 불완전하여 동일한 텍스트에 대해서도 여러 가지로 읽는 방법이 다르게 나타났다. 그 동안 모음부호와 그 밖의 부호가 여러 가지로 고안되어 10세기 초부터 서서히 통일되어 읽는 방법이 공인되었다.

5) 근세에 이르러 선교를 위해 타 언어로의 번역이 허용되고 있는데 그래도 그것은 어디까지나 의미상의 번역에 지나지 않는다.

2. 순나(Sunna)

이슬람법의 두 번째 대표적 법원은 쿠란에 명시되지 않은 예언자 무함마드 가르침인 '순나'이다. 순나는 예언자의 가르침과 그의 업적을 집대성(集大成)한 것이다. 순나는 개념(概念)을 예증하기 위하여 하디스(hadith)라 불리는 구전(口傳)과 일화(逸話)를 포함하고 있다. 쿠란은 인간의 행위와 인간관계에 관하여 상세한 모든 정보를 갖고 있지 않을 수도 있지만, 순나는 쿠란보다 더 상세한 정보를 제공한다. 일반적인 아랍어 의미로 순나는 '길' 또는 '생활방식'으로 표현되고, 이슬람에서는 '무슬림의 생활양식' 또는 '예언자 무함마드의 언행의 기록'을 지칭 한다⁷⁾. 오늘날 이슬람법의 전통이론은 순나를 '예언자의 모범행위로 규정하고 있다. 순나는 그 내용에서 볼 때, 다음과 같은 세 가지로 나누어진다. 첫째는 무함마드가 어떤 행위를 명령하고 금지하고 혹은 허용하기 위해 한 말로 '순나 알-까울'(Sunna al-Qaul)이라 하고 둘째 무함마드가 실제로 행한 행위로 '순나 알-필'(Sunna al-Fil), 마지막 셋째는 무함마드의 면전에서 행해진 말에 대해 그가 목인한 것으로 '순나 알-따그리르'(Sunna al-Tagrir)'이다. 바로 이러한 것들을 집록한 것이 언행록 하디스(hadith)이다. 하디스는 무함마드의 생존 시부터 쓰여 졌는데 그 대부분이 기록되지 않고 암기에 의해 보존되었다. 무함마드의 사후 하디스는 그의 교우들에 의하여 보존 확산되었고, 이를 배운 자들이 하디스를 수집하여 보급하여 갔다. 교우들이 사라지자 하디스를 알고 있는 자가 학생들에게 가르치는 식으로 전달되었다. 그리고 마지막 단계에는 정부 보호 하에 체계적으로 수집, 보존되어 영구적 형태로 보존되어가기 시작했다⁸⁾. 이처럼 순나는 이슬람의 불문의

6) 島田正郎, 앞의 책, 308쪽.

7) Hughes, Thomas Patrick, Dictionary of Islam, New Dehli: Cosmo Publications, 1977, p.p. 552-554.

8) 송경근, "이슬람의 종파발전사/압바시아조와 세계종교로서의 이슬람" 중동연구, 제 17권, 한국외국어대학교 중동연구소, 1998, 74쪽.

관습법규라 할 수 있는데, 60만개의 순나 가운데서 진정으로 인정받고 있는 것은 7000개에 이르고 있다.

가장 훌륭한 하디스로 인정되는 것은 첫 번째가 부하리(Al-Bukhari: 870년 사망)의 하디스이며 두 번째가 무슬림(Muslim: 875년 사망)의 하디스이다. 부하리의 하디스가 가장 권위가 있는 것은 다음과 같은 이유이다. 첫째, 다른 하디스집이 부하리의 기록방법을 따르는 점, 둘째, 그의 기록방법이 비평적이어서 전언자가 모두가 믿을 만한 사람이 아닐 때, 이스나드(isnad)⁹⁾의 계보 상 뒤에 나온 전언자가 앞에 나온 전언자를 직접 만나지 않았을 때는 하디스로 수록하지 않았다는 점, 셋째, 그는 하디스 수집에 예리하고 총명하였다는 점, 넷째, 그의 하디스는 쿠란을 설명하기 위한 이슬람의 가르침의 제 2원천으로 여겼다는 점을 들고 있다¹⁰⁾.

3. 이지마(ijma)와 키야스(kiyas)

쿠란과 하디스가 이슬람공동체에서 일어나는 모든 문제에 대해 해답을 제시할 수 없었고 불변의 쿠란과 엄선된 하디스만으로는 이슬람공동체의 활동과 무슬림들의 일상생활을 포함한 모든 영역을 관할하는 데는 한계가 있었다. 따라서 이슬람법학자들이 어떤 사건의 법률적용에 대해 이슬람 신앙에 어긋나지 않은가 검증과정을 거친 후에 만장일치의 의견일치에 도달하면 이것을 이지마라 했다. 이지마는 샤리아의 세 번째 법원이지만, 사실상의 권위는 쿠란이나 하디스 보다 높다고 할 수 있다.

이즈마는 원래 아랍어로 ‘집합’을 의미하는데 이슬람 법학파¹¹⁾들의 법

9) 이스나드는 아랍어로 연결고리를 지칭한다. 이슬람법학자들은 하디스를 인용하는 사람으로부터 예언자에게 이르는 전달자의 계보를 순서대로 계열화하는 작업을 했는데 전달자가 믿을 만 한지를 조사하는 이스나드와 그 내용이 과연 예언자의 언행 인지를 가리는 마튼(matn:내용)이라는 기준을 만들었다.

10) 공일주, 아랍문화의 이해, 대한교과서주식회사, 1996, 125-126쪽.

11) 이슬람의 4대 법학파는 다음과 같다. 첫 번째는 메디나의 말리크 이븐 아나스 (MALIK IBN ANAS 795년 죽음)가 창립한 말리키파이다. 가장 오래 된 법학파이

이론은 이즈마에 의해 이루어지며 ‘모든 무슬림들의 합의’와 상세한 문제들에 대한 ‘학자들 사이의 합의’로 크게 나누어진다. ‘모든 무슬림들의 합의’는 이슬람 사회전체의 여론을 대표한다는 장점과 구체적인 성격이 결여되었다는 단점을 갖고 있는 반면, 학자들의 합의는 지리적인 차이를 가진 학파들이 그들의 지역적 특색을 나타낸다는 단점을 갖고 있으나 구체적이고 상세하며 다른 학파의 교리가 존재함을 인정하는 관용성도 가지고 있다. ‘모든 무슬림들의 합의’는 무슬림 사회 구성원 전체가 합의한 여론이라는 점에서 무오성(無誤性)으로 받아들여지는데 반해 ‘학자들의 합의’가 전자처럼 그렇게 받아들여지는 지는 명확하지 않다. 원래 ‘학자들의 합의’는 익명으로 되어있다. 즉, 그것은 한 학파의 학자들 전체의 견해이지 대표적 학자 1인의 개인적 교리가 아니라는 점을 설명한다. 이러한 합의는 이슬람법의 실제 판례로서 쿠란과 순나 두 실질적 법원의 정확성을 보장하고 정확한 해석을 결정한다.

한편 키야스는 아랍어로 ‘비교하다’를 뜻하나 이슬람법에서는 쿠란, 순나, 이즈마 다음의 제4의 법원을 형성하고 있다. 실제적으로 이 용어는 유대민족의 구약성서 주석 상의 용어 ‘헤게스’(Heggish, Heggesh), 아랍어 호끄쉬(Hgsh)에서 유래되었다. 이것은 ‘기초적이고 공통적인 것에 대한

고 이성을 배척하고 주로 하디스 내용에 의존하여 보수적으로 법을 해석하였다. 아프리카지역에서 성행한 학파이다. 두 번째는 하나피파로 아부 하니파(ABU HANIFAH 767년 죽음)에 의해 창립되었다. 법은 불변이 아니라는 명제 하에 법해석에 있어 가장 융통성을 보이는 학파이다. 오스만제국의 공식 법학파가 되었고 아라비아반도를 제외한 서남아시아와 인도에서 널리 퍼졌다. 셋째는 샤피파로 말리크 이븐 아나스의 제자 이븐 이드리스 알 샤피(IDRIS AL-SHAFI 820년 죽음)에 의해 창립되었고 법적 선례나 상황보다 하디스의 지침을 중요시하며 말리키파와 하나피파의 중간적 견해를 따른다. 이파는 동남아시아 중앙아시아에서 지배적인 학파이다. 마지막은 한발리파로 바그다드 출신이며 이븐 이드리스 알-샤피의 제자 아흐마드 이븐 한발(AHMAD IBN HANBALI 855년 죽음)에 의해 창립되었는데 언급한 세파의 변혁적 해석을 강력히 거부하며 무함마드 통치시대의 순수한 이슬람으로 돌아갈 것을 주장했다. 현재 사우디아라비아에서 지배적 위치를 차지하고 있는 학파이다.

유추'라는 의미에서 이슬람법의 법 용어 '유추'와 같은 의미를 갖는다. 키야스는 이슬람법학에서 "어떤 하나의 규범을 뿌리에서 가지로 옮기는 것이다"라고 정의하고 있다. 즉 다시 말하면 쿠란이나 하디스에 명문으로 규정되어 있지는 않지만, 어떤 유사한 상황이 발생한 경우 명확한 규정으로부터 유추해서 판정을 내리는 방법을 말한다. 따라서 키야스의 권위는 이지마에 의해 지탱될 뿐이어서 그만큼 중요하다고 할 수는 없다.

IV. 끝맺는 말

이슬람법이란 7세기 중반에 알라의 계시를 받은 무함마드가 알라의 예언자로서 이슬람사회의 정치적 지배자, 법률적 권위자가 되면서 이슬람신앙에 기초해서 재래 관습을 개혁한 것이다. 아랍민족의 피에 의한 부족공동체의 관념을 이슬람 공동체의 연대의식으로 고양시키고 알라 앞에 모든 인간은 평등하다는 근본사상 아래 사람들의 행위의 규범을 지시한 것이라고 할 수 있다. 다시 말해 무함마드의 입법은 새로운 법의 창시가 아니라, 재래 관습의 개혁이었다는 점에서 하나의 중요한 특색을 발견 할 수 있다. 중요한 점은 첫째 여성의 지위의 향상이다. 이슬람 이전의 아랍부족사회에서는 강력한 부권아래 가족은 남자만으로 구성되고 여성은 인격을 가지지 못하고 매매혼이 행해지고 있었다. 그러나 이슬람법에서는 혼인은 계약혼이 되고 또 사처제(四妻制)에 의해 무제한의 다처는 금지되었다. 게다가 여성은 상속권, 재산처분권을 부여받게 되었고, 이혼 후의 재산적 보충도 얻을 수 있게 되었다. 둘째는 부족제 사회에서 살인에 대해 그 피해자에게 의무 지어져 있던 피로 복수하는 것(血讐)은 피의 대가를 지불하는 형태로 완화되었으며 셋째로는 노예제가 완화된 점을 지적할 수 있다. 이처럼 이슬람법의 내용은 당시로서는 상당히 합법적으로 정비된 것이

라고 할 수 있다. 이는 항상 무슬림에 대해서는 속인법주의를, 비 무슬림에 대해서는 속지법주의를 취했으며 또한 판도의 확대와 시대의 추이에 따라 다른 종류의 문화의 뿌리를 내린 영역을 지배한 경우에는 그 지역의 관습법을 존중하는 유연한 태도를 취했다.