

이슬람國家의 法原理와 家族法制

崔哲榮*

차 례

- I. 이슬람敎와 이슬람國家
 - 1. 이슬람國家의 理解
 - 2. 이슬람敎理와 이슬람敎의 發展
- II. 이슬람諸國의 國家體制
 - 1. 이슬람敎理와 社會構造
 - 2. 이슬람國家의 政治體制
- III. 이슬람法의 展開
 - 1. 이슬람敎理와 이슬람의 法原理
 - 2. 이슬람法의 基本原理
 - 3. 이슬람法制의 沿革
- IV. 이슬람國家의 家族法制運用
 - 1. 이슬람國家 家族法의 特性
 - 2. 婚姻契約의 成立
 - 3. 重婚의 許容
 - 4. 服從要求權
 - 5. 離婚의 條件과 節次
- V. 이슬람國家 法制改革에 대한 展望

* 韓國法制研究院 先任研究員, 法學博士

I. 이슬람敎와 이슬람國家

1. 이슬람國家의 理解

이슬람國家에 있어 宗教와 政治, 宗教와 社會的 組織, 그리고 宗教와 法律은 전혀 분리되어 있지 않다. 社會的 組織과 法律의 基礎는 통치자와 피 지배자 그리고 사회내 존재하는 경쟁적 집단 사이의 사회적 계약에 의해 형성된 것이 아니라 神의 意志에 따라 이루어진 것이기 때문이다.

이슬람국가의 主權은 오로지 神에게 속해있다. 그리고 이슬람國家의 目標은 이슬람敎의 經典인 코란과 神法(Shariah)의 原則을 執行하는 것이며 Shariah의 履行은 인민의 社會的, 宗教的 要求를 충족시키는 환경을 自國의 管轄權내의 領域에 創設하는 것이다. 또한 統治者와 被支配者는 神의 영광을 위해 봉사하는 데 存在意味가 있으며 神의 意志와 命令은 현재와 미래의 幸福을 성취하기 위해서 반드시 履行되어야 한다. 主權이 神에게 속해있기 때문에 이슬람국가에 있어 立法節次의 民主性에 대한 가치부여는 서구에 비해 절대적이지 않다.¹⁾

과거와 다른 社會的, 道德的 秩序를 수립하고자 하는 이슬람국가들의 目的은 새로운 이슬람사회를 건설하는 것이지만 전통적인 秩序의 除去는 새로운 이슬람사회건설과정에 있어 前提條件이 아니다. 오히려 새로운 사회의 基本的 理想과 양립할 수 있거나 이에 적합하도록 수정될 수 있는 舊法制의 要素들은 새로운 秩序와 法制에 포함되어 있어야 한다는 것이 강조된다. 이슬람敎의 創始者인 마호메트는 사회적 현실을 구체화함에 있어 傳統의 重要性을 인정하였고 이슬람사회를 만들고자하는 자신의 노력에 이를 이용하였다. 그 결과 많은 오랜 慣行과 概念들이 이슬람法속에서 발견되고 있으며, 이러한 고전적 이슬람法의 요소들은 이슬람法이 현시대의 요구를 제대

1) Abdul Aziz Said, "Human Rights in Islamic Perspectives", in A. Pollis, P. Schwab, (ed.), *Human Rights Cultural and Ideological Perspectives*, (Praeger Pub.: 1979), p.87.

로 수용할 수 없다고 주장하는 批判의 根據로 언급되고 있다.²⁾

이러한 이유로 이슬람지역외의 많은 國家와 國民은 이슬람국가의 法律이 개인적 權利와 自由에 대한 존중이 없는 中世的 法制라고 이해하고 있다. 즉 이슬람法의 일부 측면은 현대적 생활양식에 적합하지 않으며, 이는 마호메트시대 아라비아의 政治的 要求에 부응하기 위해 만들어진 것으로서 20세기의 복잡한 社會體制의 要求를 충족시키기 어려운 未開의 法制라는 것이다. 이러한 西歐的 思考에 근거한 비판적인 견해는 근대 이후 많은 이슬람국가들로 하여금 이슬람法의 일부 또는 전부를 포기하도록 강요하는 결과를 가져왔다.³⁾ 그러나 최근에 들어서 이슬람국가들은 自國의 憲法, 刑法과 家族法분야 등 대외관계와 밀접하지 않은 분야의 法制에 대하여는 전통적인 이슬람法의 要素를 강조하는 法制를 마련하는 등 이슬람의 傳統 法思想을 現行法에 반영하기 위한 노력을 기울이고 있다.

따라서 이 글에서는 아직까지 우리에게 생소한 이슬람國家의 基本的인 法原理와 法制의 展開過程을 살펴본 후, 이슬람국가의 法律중에 가장 이슬람적인 傳統을 많이 반영하고 있는 家族法制를 중심으로 이슬람法制의 특징을 살펴보고자 한다.

2. 이슬람敎理와 이슬람敎의 發展

이슬람諸國 法制의 내용과 특징을 논의하기 위해서는 우선 이슬람敎의 기본적인 思想을 간략히 밝히는 것이 필요하다.

이슬람敎는 西紀 7세기경 아라비아의 豫言者 Mahomet에 의해 창시된 政敎一致의 宗教로서 唯一神 알라(Allah)에 대한 絶對的 信憑을 기초로 하여 啓示錄인 코란에⁴⁾의한 信仰과 祈禱를 중시한다.

2) Safia K. Mohsen, "Islam: The Legal Dimension", in Don Peretz et.al., *Islam: Legacy of the Past, Challenge of the Future*, (North River Press:1984), p.103.

3) Ibid., p.99.

4) Koran 또는 Qur'an은 Mahomet가 천사 가브리엘을 통해 계시를 받아 알라神의 말씀을 기록한 것이다. 全30篇 114章으로 구성되어 있으며 神의 唯一, 權威, 來世, 豫言者의 使命, 戒律 등이 기록되어 있다.

이슬람敎理의 중심은 엄격한 唯一神 思想이다. 神 또는 알라(Allah)는 至高의 存在이며 同格이 존재하지 않는다는 것이 이슬람敎에 있어 가장 중요한 敎理이다. 두번째의 중요한 교리는 마호메트를 神의 使徒로서 인정하는 것이다. 그는 최후의 豫言者 또는 保證된 예언자이다. 이슬람은 信徒에게 아랍어로 “알라 이외에는 神이 없으며 마호메트는 알라의 예언자이다”라고 읊음으로써 이 두 가지 敎理를 받아들일 것을 요구하며 이를 행함으로써 이슬람敎徒로 인정된다.⁵⁾

그외의 이슬람敎理는 예언자 마호메트의 晩年에 천사 가브리엘이 예언자에게 밝힌 알라神의 계시로서 코란에 기록되어 있다. 일생동안 예언자는 이슬람敎의 原理와 敎理를 동료와 추종자들에게 口傳으로 전했다. 10세기에 이르러서는 예언자의 암송에 대하여 몇 가지 다른 翻譯이 존재하게 되었고, 이는 현재의 코란에 혼합되어 졌다.

코란의 많은 비유와 이야기들은 舊約과 新約聖經 그리고 聖經과 관련된 문헌의 내용과 동일하거나 대응하는 것이다. 코란에는 아담, 노아, 아브라함, 요셉, 다윗, 솔로몬, 엘리야, 욥, 자차리아, 세레 요한, 마리아, 예수 등의 이야기가 담겨 있다. 그리고 최후의 심판, 부활, 천국과 지옥, 천사와 악마에 관한 코란의 일부 묘사는 유대 경전이나 크리스트敎 經典과 유사하게 생생하게 표현되어 있다.

독실한 이슬람敎徒들에게 코란은 모든 문제에 대한 최종적인 權威를 갖는다. 이슬람의 社會體制와 法律 그리고 이슬람政府는 코란에 근거하여 전개되어 진다. 코란은 개인과 국가 그리고 모든 社會의 行爲에 대한 상세한 原則을 포함하고 있기 때문이다. 따라서 이슬람敎도들의 슬로건은 “코란이 우리들의 憲法”이라는 것이다. 코란은 이슬람사원에 다니는 학생에게 基本的 敎科書이다. 코란을 통해서 예언자의 言語인 아랍어의 文體와 文法을 배운다. 또한 이슬람 神學敎에서 코란은 전 敎科課程의 기초이며 이슬람의 法廷에서 코란은 모든 法理論의 根本이다.⁶⁾

이슬람에 있어서 宗教는 神法(Shariah)에 따른 判斷(daynuna)行爲

5) Don Peretz, “Islamic Revival or Reaffirmation”, in Don Peretz et.al., *Islam: Legacy of the Past, Challenge of the Future*, (North River Press:1984), p.7.

6) Ibid., p.8.

이거나 코란에서 “神에 대한 宗教는 이슬람이다”(inna al-din ind Allah al-Islam)이라고⁷⁾ 밝힌 것처럼 神의 意志에 대한 服從(Islam)이다. 아랍 語로 宗教(al-din)라는 용어의 語源인 dana라는 동사는 判斷 또는 制裁를 의미한다. 따라서 모든 행위는 神에 의해 허가된 바에 따라야 한다. 예언자 마호메트가 Yathrib에서 이슬람教를 세우고 새로운 法에 의해 자신의 추종자들을 “判斷”하기 시작했을 때, 사실상 최초로 설립된 이슬람教徒의 共同體인 Yathrib의 도시 이름을 “判斷”이 내려지고 “制裁”가 부과되는 도시라는 의미의 al-Madina로 바꾼 것도 이러한 뜻에서이다.⁸⁾

Ⅱ . 이슬람諸國의 國家體制

1. 이슬람教理와 社會構造

이슬람은⁹⁾ “모든 自然的 生命은 神의 意志이며 所有이므로 코란은 모든 피조물의 궁극적인 목적이 神의 意志에 의해 만들어진대로 순응하는 것임을 분명하게 밝히고 있다”는 基本的 前提에서부터 출발한다. 무하마드 아사드에 따르면 “이슬람은 이러한 필요를 코란의 命令(ordinances)과 sunna로 서술되는 예언자 마호메트의 教訓에 의한 補充(supplement)으로 이루어진 神法(Shariah)의 手段에 의해 履行하고 있다. 신도의 견지에서 보면 코란과 수나는 개념적으로 이해할 수 있는 神의 모든 創造物에 대한 계획의 단편을 우리 인간에게 밝히는 것이다. 코란과 수나는 神이 우리 인간이 어떻게 存在하고 行爲해야 하는가를 요구하는 적극적인 指示를 포함하고 있

7) Sura 3:19

8) Fuad I. Khuri, “Sovereignty and Stratipication in Islam”, in S. Seikaly et. al.(ed.), *Quest for Understanding : Arabic and Islamic Studies*, (American University of Beirut:1991), p.205.

9) Islam은 하나님인 Allah에게 몸과 영혼을 바쳐 ‘복종’함을 의미한다. 이는 또한 무슬림(Muslim) 세계를 총체적으로 지칭한다. Muslim은 ‘복종하는 자’라는 뜻으로 이슬람教徒를 의미한다.

다”.¹⁰⁾ 이런 의미에서 이슬람은 알라(Allah)의 共同體이다. 실제에 있어서도 이슬람國家에서는 국가, 종교 그리고 신앙이 하나의 행위형태로 통합된 상태에서 公共政策이 형성된다.¹¹⁾

또한 이슬람의 전통은 社會階層化의 모델로써 종교, 종파 그리고 종교적 소수자 사이에 구분을 해왔으나 이는 이슬람사회의 수 많은 不平等 또는 社會的 階層構造의 하나에 불과한 것이다. 즉 이슬람사회에 존재하는 宗教的 差別領域의 전체가 단지 종교와 종파 그리고 종교적 다수자 또는 소수자의 區分에 의해서 이루어지는 것만은 아니라는 것이다. 이슬람 사회에서의 이러한 階層化 모델은 근본적으로 이슬람국가의 主權(sovereignty)概念에 근거해서 이루어진 것이다. 따라서 이슬람사회를 이슬람교도와 非이슬람교도라는 조건에 따라 階層을 이룬 사회로 單純化하여 이해하는 것은 잘못된 것이다.

어떤 사회가 이슬람社會이기 위해서는 두 가지의 條件을 만족시켜야 한다. 첫째, 國敎로서 이슬람을 공식적으로 認定하여야 하고 둘째, 이슬람敎徒에 의해 統治되어야 한다. 따라서 유럽에 거주하는 이슬람교도처럼 非이슬람국가에 거주하는 소수 이슬람교도들은 法律的·社會的으로 자신들이 소속해 있는 社會로부터 分離되어 고유한 文化的 領域을 이루며 생활하고 있다. 그러나 이러한 宗教的인 解釋은 모든 이슬람교도들에 의해 획일적으로 주장되는 것이 아니다. 이슬람敎徒는 지역문화와 토착적 문화, 생활방식, 사회구조 그리고 무엇보다도 分派的 親密度 등에 의해 다양화되어 있다.¹²⁾

2. 이슬람國家的 政治體制

이슬람國家 사이에는 각각 西歐的 資本主義에 근거한 自由民主主義 國家模型과 共產主義를 경제적 기초로 하는 社會主義 國家模型이라는 政治體制의 模倣이 이루어지고 있으며 계속적으로 個人的 權利와 義務 그리고 國

10) Muhammad Asad, *The Principles of State and Government in Islam*, (Univ. of California Press : 1961), pp.2-3.

11) Fuad I. Khuri, *op. cit.*, pp.205-6.

12) *Ibid.*, p.208.

家の義務와 權限 사이에 대립이 존재하고 있다. 전통적인 이슬람의 制度들은 특정한 個人的 權利를 보장하기 위한 原則과 法制가 조직화됨에 따라 그 實效性を 喪失해가고 있다. 수세기 동안 개별적인 이슬람教徒(Muslim)를 위한 法原理로서 봉사해오던 Shariah가 점차 法制의 內容에서 탈색되어가고 있는 것이다.¹³⁾

政治體制로서 民主國家模型은 이슬람政府로 하여금 傳統的 權威와 鬭爭할 것을 요구하였다. 이는 전통적으로 주장되고 수용되었던 것들을 밀어 내려는 노력을 통해서 새로운 價値와 理解 그리고 目標들을 발전시키려는 시도를 촉진해 왔다. 하지만 붕괴된 과거의 價値를 대신할 새로운 價値들은 아직 可視化되지 않고 있다. 이슬람政府는 自由主義的이거나 大衆的인 制度를 확고하게 설립하지 못하였고, 政府의 中心構造는 형식적으로 現代化되었지만 實質的으로는 政府의 조직력과 영향력이 最少化되어있는 상태이다.

이슬람세계에서의 환경변화는 傳統的 制度의 構造를 瓦解시키고 있으며 個人的 權利를 억누르고 있는 低開發의 부정적인 條件들과 좀더 높은 水準의 물질적 成長의 약속은 공존하고 있다. 전통적인 價値와 새로운 概念 그리고 外國資本에 의한 開發의 同時的 存在가 현대화 및 개발문제의 基礎로 놓여져 있다. 이슬람國家들은 공업혁명의 달성을 한 세대안에 이루려고 노력하고 있으나 이 과정에서 이슬람國家의 國民들은 疏外되고 있으며 이들은 變革과 現狀의 維持 사이에서 변혁을 선택하도록 강요되고 있다. 현대는 이슬람世界 최대의 變革期이다. 새로운 思想의 壓力은 폭발적이지만 과거의 傳統을 버리지 않으려는 勢力도 광범위하게 存在한다. 社會와 社會構成員의 잠재력은 發展過程을 통해 顯示化되어졌고 이는 目標가 있는 과정이었다. 사실 發展過程이 계획되는 경우 항상 유토피아가 제시되어 왔다. 사람의 경험으로부터 추출되어진 유토피아는 바람직한 社會의 靑寫眞으로서 일반화되어졌다. 그러나 사람의 經驗은 계속해서 확대되기 때문에 유토피아가 變化하는 것은 당연하다. 결국 理論과 實際, 思考와 經驗 사이의 긴장을 어떻게 처리하느냐에 따라 꿈을 살아움직이도록 할 수도 있고 악몽으로 머

13) Abdul Aziz Said, "Human Rights in Islamic Perspectives", in A.Pollis, P.Schwab, (ed.), *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives*, (Praeger Pub.:1979), p.88.

무르도록 할 수도 있는 것이다.¹⁴⁾

대체로 이슬람국가는 神政(theocracy)과 民主政(democracy)의 요소를 합친 國家形態를 갖고 있다. 이슬람국가에서 國家의 主權은 神에게 양도되고 政府는 神의 宗主權하에 代理攝政權者(Caliphate)의 地位만을 획득한다. 代理攝政의 權限은 어떤 개인이나 공동체에 속하는 것이 아니고 神을 믿고 善行을 행하는 사람들에게 있다. 個人的 目標은 神에게 禮拜드리는 것이기 때문에 조직화된 信徒들의 共同體는 統治組織(政府)의 設立을 요구하게 된다. 따라서 政府의 合法性은 이슬람教徒들 사이에 辯護人(Shurah)을 통해 神을 예배하는 것을 保障할 수 있는 능력에 달려 있다.

國家가 神의 主權原則에 기초하고 있는 한도내에서 이슬람국가는 神政國家이지만 神은 代理攝政權을 聖職者에게 委任하지 않았으며 代理攝政權은 덕망있는 信徒에게 주어진다. 즉 이슬람국가는 統治權이 一般意志(general will)의 형태인 信徒들의 協議體로 부터 유래하기 때문에 民主政이다. 그러나 國家의 法律을 바꾸는 人民의 權利는 제한되어 있다. Shariah, Sunna, Ijma, 그리고 Ijtihad¹⁵⁾ 共同體의 生活을 神法에 일치하도록 보장하고 立法, 司法, 行政的인 改革으로부터 保護한다. 이슬람국가가 단순히 法을 유지하고 외부로부터 自國의 領域을 保護하기 위해 존재하는 것은 아니다. 이슬람국가는 社會正義와 公共의 善을 달성하기 위해 노력하고 있다. 國家의 生存可能性은 個人과 政府간의 關係에 있어 均衡을 유지하고 政府가 절대적인 存在가 되지 않도록 보증하며 共同體의 利益을 위협하는 個人的 自由를 防止하는 能力에 의존한다. 만약 Shariah가 이슬람國家의 存在理由(raison d'être)라는 견해를 받아들인다면 人間의 尊嚴性을 昂揚하고 人間의 幸福追求를 가로막는 현실을 완화하는 것이 이슬람國家의 義務라는 주장도 받아들여야 한다.¹⁶⁾

그러나 실제에 있어서 이슬람의 法理論은 국가에 대한 個人的 權利를 보호하기 위한 적절한 장치를 마련하고 있지 못하다. 현대의 터키는 국가의 世俗化(secularization)를 통한 個人的 自由의 保障制度를 확립함으

14) Ibid., p.89.

15) 이 論文 Ⅲ의 2. 이슬람法의 基本原理 參照.

16) Abdul Aziz Said, *op. cit.*, p.87.

로서 이 문제를 해결하고 있다. 반대로 파키스탄은 원천적으로 이슬람法淵源의 自由主義的 解釋을 통해 個人的 權利體系를 확립하려고 노력하고 있다. 다른 대부분 국가들은 西歐的 個人權 개념을 채택해 왔으며 단지 사우디아라비아 만이 Shariah를 전적으로 적용하여 이슬람적인 法原則을 고수하고 있다. 즉 사우디아라비아에서는 西紀 7세기 이후 계속하여 Shariah가 아무런 간섭없이 적용되고 있으며 개인의 권리는 이슬람의 價値範圍내에서 향유되고 일반적인 敎理의 밖에 존재하는 것은 용납되지 않는다. 개인은 자신의 권리를 原이슬람法에 서술되어진 내용에 대해 이슬람 根本主義者(fundamentalist)가 행한 해석에 따라 인정되는 만큼만 향유할 수 있다.¹⁷⁾

Ⅲ. 이슬람法의 展開

1. 이슬람敎理와 이슬람의 法原理

神은 이슬람의 세계의 중심이다. 따라서 인간이 지켜야할 제1의 法은 神法이며 국가의 法律이 아니다. 神法은 예언자 마호메트와 다른 예언자들의 예언 그리고 神의 啓示에 따른 律法學者들의 합치된 意見에 의해 인간에게 밝혀 진다. 이슬람국가에서 法은 國家權威의 道具가 아니며 法은 권력자나 신도단체에게 平等하게 적용되고 국가지도자의 合法性은 神法에 대한 존중에 의존한다. 따라서 어떤 國家가 이슬람國家로서의 憲法을 갖고 있지 않거나 그 國家의 法體系가 Shariah로 알려진 傳統的 이슬람法에 따르는 것을 지향하지 않는다고해서 이슬람적 요소를 過小評價해서는 안된다. 반대로 그 國家와 法體系가 공공연하게 이슬람적 요소들을 確認하고 있다고 해서 이슬람적 요소를 過大評價해서도 안된다. 특히 社會的, 政治的 態度(attitudes)와 價値(values)가 공표된 政策이나 공식적인 法原則에 우월

17) Ibid., p.88 : 코란에 대하여 保守的인 解釋을 하는 이슬람 根本主義者는 이슬람 原理主義者라고도 한다.

하거나 이를 支配하는 곳에서는 이러한 評價가 의미가 있다.¹⁸⁾

이러한 맥락에서 Khalid M. Ishaque는 “이슬람교도들이 주장하는 生命을 保護받을 權利는 사실 殺人을 禁止하고 生命을 침해할 수 없다는 神의 命令이며, 自由의 權利는 不法的인 奴隸化行爲를 하지 않을 義務이고, 裁判을 받을 權利는 지배자가 裁判制度을 確立할 義務이다. 또한 經濟的 權利라는 것은 생계수단을 확보하고 빈민을 원조할 義務이며 表現의 自由라는 것은 眞實을 말할 義務를 말한다”고 한다.¹⁹⁾ 결국 權利라는 것은 다른 사람의 義務가 아니라 權利를 갖고 있다고 주장하는 사람의 義務이다.²⁰⁾ 다른 宗教와 마찬가지로 이슬람教의 敎理는 종교적 原理와 法規範 사이에 갈등을 초래하기도하고 兩者를 화해시킬 수도 있는 解釋의 敏感性(susceptibility)을 갖고 있다. 이슬람社會에서는 宗教的 行動의 基準이 사회를 지배하고 있기 때문에 政治的 問題와 宗教的 問題를 확연히 구분하기 어렵다. 이슬람교는 역사적으로 광범위한 異見과 競爭的 法學派들로 인해 分權化된 종교였으며 이슬람의 法的 傳統은 논쟁의 문화였다고 말해진다.²¹⁾ 個人의 權利라는 思想은 최근야야 法的 移植作業이 시작되었으며 이를 前近代的 이슬람法原理의 토대내에 수용하기 위해서는 많은 調整作業이 이루어져야 한다. 이 과정에서 이슬람의 道德的 價値나 理想的 規範과 이슬람教의 實定法 및 法制度 사이의 差異를 간과해서는 안된다. 이슬람國家의 政府는 自國民 이슬람教徒에게 이슬람교도에 대한 權利을 부정하는 法律과 政策을 無批判的으로 받아들일 것을 요구하고 있지만 이슬람교도들은 個人의 權利를 무시하는 政策에 대한 當局者들의 修辭(rhetoric)와 이슬람의 合理化에 대해 회의

18) Abdullahi Ahmed An-Na'im, "Islam, Islamic Law and the Dilemma of Cultural Legitimacy for Universal Human Rights", in Claude E. Welch, Virginia A. Leary, (ed.), *Asian Perspectives on Human Rights*, (Westview Press: 1990), p.31.

19) Khalid M. Ishaque, "Human Rights in Islamic Law", *Review of the International Commission of Jurists*, Vol.12., (1974), p.32.

20) Donnelly, J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, (Cornell Univ. Press:1989), p.51.

21) Ann Elizabeth Mayer, *Islam and Human Rights*, (Westview Press:1991), p. x iii.

적이다.²²⁾

따라서 비록 정부당국자들은 個人的 權利에 대한 그들의 反對立場이 이슬람교적 權威에 의해 정당화된다고 주장하지만 이슬람교도들은 이를 政府 政策合法化를 위한 宗教的 情緒에의 호소로 간주하고 있다.

2. 이슬람法の 基本原理

이슬람法에 있어서 Shariah의 概念은 매우 중요하다.²³⁾ 예언자 마호메트는 Shariah라는 보편적인 法の 通路를 인류에게 보여주었다. Shariah는 예언자에 의해 공표되었지만 神의 啓示에 근거한 것이다.²⁴⁾ 인종, 국경, 언어, 지리적 형태의 엄격한 限界에 비교하여 Shariah는 이상적 이슬람공동체의 政治體制에 관한 많은 戒律을 포함하고 있다. 個人 相互間, 個人과 神과의 관계를 조직하고 규율했던 Shariah의 法原則은 개인에 의해 구성된 政治的 共同體로서 umma에²⁵⁾ 의해 달성되었다. umma내에서는 정치적, 사회적, 종교적 영역의 구분이 모호하였기 때문에 일반적으로 현대의 法制度에 의해 규율되는 것보다 훨씬 넓은 범위의 人間行爲를 Shariah가 규율할 수 있었다. 이런 이유로 서구의 학자들에게 이슬람의 法律은 지나치게 세밀하게 日常의 모든 行爲까지 統制하는 것으로 인식되기도 한다.²⁶⁾

Shariah는 公的, 私的, 社會的, 國家的, 그리고 國際的 行爲에 대한 많은 原則을 내용으로 하고 있다. 이 원칙들은 이 세상에 있어 全 人類의 삶을 위한 行爲를 支配한다. Shariah는 특정한 시대를 위해 特殊化된 것이 아니라 모든 시대의 모든 분야에 적용되는 완전한 科學(Science)이다. 이는 改正되거나 修正될 수 없다. Shariah는 세계와 모든 만물의 창조자이며 완전

22) Ibid., p. x iv.

23) Shariah는 Hadith(說教集)와 마호메트의 決定, 法官(Ulama)의 일치된 意見(Ijma) 그리고 특정한 문제에 대한 法官들의 諮問(Ijtihad)으로 부터 유래되는 憲法的 根本概念이다.

24) M. B. Hooker, (ed.), *Laws of South-East Asia*, (Butterworth:1986), p.4.

25) umma는 개인의 政治的 共同體였을 뿐만 아니라 알라神과 알라神의 메신저 마호메트에 의해 계시된 理想에 대하여 共同的 믿음을 갖는 사람들의 宗教的 共同體였다.

26) Safia K. Mohsen, *op. cit.*, p.101.

한 존재인 神에 의해 주어졌기 때문이다. Shariah에 의해 규정된 모든 原則은 인간이 만든 社會의 上位에 존재하는 것이며 영원한 것이고 모든 새로운 상황에 적용될 수 있다. Shariah의 體系는 성스러운 원칙에 근거한 것이다. Shariah는 權利에 대하여 二重的 保護를 제공한다. 즉 Shariah의 支配는 타인에 대한 不法行爲의 防止를 위한 것 일 뿐만 아니라 內面的 良心을 통해 다른 體制보다 심오해질 수 있도록 하는 기능을 한다. 다른 個人의 權利에 대한 危害 및 侵犯은 實定法의 違反일 뿐만 아니라 神法이 禁하는 罪惡을 행하는 것이다.²⁷⁾

Shariah를 이슬람전통의 歷史的 形成物로 간주하게 되면 이슬람敎의 女性 및 非이슬람敎徒에 대한 差別 그리고 宗教와 信仰의 自由에 관한 이슬람敎의 制限이 갖는 불합리에 직면하게 된다. 그러나 불행하게도 이 문제에 대한 대부분의 현대적인 이슬람著作들은²⁸⁾ Shariah의 原則이 포함하고 있는 問題點에 대한 어떠한 언급도 하고 있지않다.

마호메트가 죽고 이슬람제국이 다양한 文化와 社會體制를 통해 확대된 이후 코란에 의해 해결되지 않는 문제들이 제기되었다. 이러한 문제들에 대한 指針(Guidence)으로서 코란에 이어 두번째의 가장 무게있는 權威의 根據는 Hadith에서 모색되었다. Hadith는 마호메트의 行蹟과 설교로서 그의 동료와 추종자들이 전하는 것이다. 이는 6권의 책으로 集成되었으며 이슬람의 普通法인 수나(Sunna)를 형성하였다. 수나는 약 2세기 동안 진실한 이슬람法의 法源으로 인정되었다. Sunna를 따르는 신도들을 수니(Sunni)파 이슬람교도라고 하며 오늘날 이슬람교도의 약 90%를 차지하고 있다. 나머지 10%는 시아(Shiite)파 이슬람교도라고 하며 이들은 이란에 밀집되어 있다.²⁹⁾ 현실에 있어 자신의 理念과 法理를 국가구조, 중앙정부

27) Abdul Aziz Said, op. cit., p.89.

28) 예컨대 Ali Abedl Wahid Wafi, "Human Rights in Islam", *Islamic Quarterly*, Vol.11, (1967), p.64; Isma'il al-Faruqi, "Islam and Human rights", *Islamic Quarterly*, Vol. 27, (1983), p.12; Riffat Hassan's, "On Human Rights and the Qur'anic Perspectives", *Journal of Ecumenical Studies*, Vol.19, (1982), p.51 등 參照.

29) Don Peretz, op. cit., p.11.

그리고 지배체제에 적용하는 Sunni派가 中心的 地位를 차지하고 있으며, 투쟁적 理念과 國家構造를 거부하고 있는 Shia派는 주변적 위치를 차지하고 있다.

오늘날 이슬람국가의 憲法과 法律 그리고 法學理論은 거의 Hadith로부터 추출되어 진다. 그러나 이슬람諸國의 확대속에서 Hadith는 점증하는 法律的 需要를 충족시키기에는 부적절하게 되었다. 따라서 부가적인 原則들이 자신이 갖고 있는 權利 概念에 근거하여 행동하는 법률가들에 의해 만들어 졌다. 法律家들은 그와같은 부가적인 원칙에 대해 종종 類推에 근거한 그들 자신의 “개인적인 判斷” 또는 “신중한 個人的 意見”이라는 용어를 사용한다. 이러한 형태의 法學理論 展開는 매우 자유로우며 主題 中心的이기 때문에 많은 宗教的, 法的 論爭을 발생시키고 있다.

이슬람法의 기본적 유산은 Shariah法院과 함께 병렬적으로 기능하는 一般法院과 一般法의 형태로 남아 있다. 전통적인 이슬람의 法理는 코란, 하디스에 기록된 수나(sunna) 그리고 法律家의 合意(ijma)에 근거한 演繹的 推論(qiyas)을 法律의 基礎로서 승인하고 있다. Shariah는 神의 意志에 근거한 것이기 때문에 神의 啓示와 人間의 理性 사이에 끊임없는 긴장이 존재한다. 이론적으로 理性은 항상 神의 啓示에 종속된다. 세월이 지남에 따라 이슬람의 法學者들은 啓示의 진정한 意味를 발견하기 위한 복잡한 기술을 발전시켰으며 그 결과 神의 啓示를 실질적인 문제에 적용할 수 있게 되었다. 神의 啓示를 발견하는 가장 중요한 방법은 演繹的 推論(qiyas)이다. 이는 法規定이 반드시 코란 또는 수나로부터 類推되어야 한다는 原則이다.³⁰⁾

이러한 原則의 體系와 神學的 解釋이 합쳐져서 Shariah 또는 聖스런 法의 끈은 길을 형성한다. 이를 다루는 宗教法廷을 Shariah法院이라고 부른다. 法的 解釋의 편찬물은 종교적, 정치적, 민사적 그리고 結婚과 離婚, 相續과 入養을 포함한 가족 생활의 모든 측면을 규율하는 것이다. 이슬람 思想과 法解釋의 다양한 학파는 모로코에서 인도에 이르는 이슬람의 다양한 社會的 體制에 대처해 나가고 있다.³¹⁾

30) M. B. Hooker, (ed.), *op. cit.*, p.4.

31) Don Peretz, *op. cit.*, pp.11-12.

이슬람의 주요 敎派의 하나인 수니(sunni)파는 인간 사회에 대한 Shariah의 原理는 코란속에 배타적이고 광범위하게 포함되어 있다는 信念을 갖고 있다. 이것이 Bernard Lewis가 말하는 이슬람의 普遍性(universality)과³²⁾ Jansen이 말하는 이슬람의 完全性(totality)³³⁾이다. 더우기 宗教的 法制는 직접적으로 코란으로부터 나오거나 “先例”, “類推”, “合意”의 기초에 근거한 Sunna로부터 간접적으로 도출될 수 있다. Sunna는 예언자와 그 동료들의 일생을 포함하고 있다.³⁴⁾

3. 이슬람法制的 沿革

약 100년 전까지만 해도 이슬람法은 중동에 있어 주된 立法의 淵源(main source of legislation)이었다.³⁵⁾ 그러나 근대에 이르러 중동지역의 이슬람國家들이 法令을 서구적 가치기준에 따라 改正하기 시작하면서 당시의 法令이 갖고 있던 이슬람적인 妥當根據는 탈색되어버리고 서구적인 法制 특히 나폴레옹法典의 체제로 변화되었다. 法令 改正의 첫번째 대상은 복잡한 현대사회에 적용하기에 거주장스럽다고 여겨지는 憲法, 行政法, 刑法 등의 분야였다. 특히 商法에 있어서 고리대금과 투기적 계약에 대한 이슬람적 禁止는 현대적 경제생활의 특성을 갖는 去來 形態에 대한 지나친 제한으로서 간주되었다. 오토만(Ottoman)帝國은 대부분 나폴레옹法典을 모방한 商法典을 1850년에 제정하였다. 그리고 이 새로운 法典을 적용하기 위해 외국인과 관련된 사건을 管轄하는 混合法院(mixed courts)과 오토만帝國民 만이 關係 當事者인 경우에 당해 事件을 管轄하는 일반법원(nizami courts)이 설립되었다. 아직까지 中東의 대다수 국가에 적용되는 이슬람法은 사람의 身分과 家事에 관련된 분야 뿐이며, 이 분야에서도 근본적인 변

32) B. Lewis, "The Return of Islam" in M. Curtis, (ed.), *Religion and Politics in the Middle East*, (Boulder pub.:1981), pp.9-20.

33) G.h.Jansen, *Militants Islam*, (New York:1979), p.17.

34) Fuad I. Khuri, op. cit., p.206.

35) 法의 淵源이라는 용어는 法의 存在形式, 法의 妥當根據, 法이 만들어지게 된 經驗的 社會現實, 法의 認識資料 등 다의적으로 쓰이는 용어이지만 여기에서는 法의 妥當根據 또는 存在根據라는 의미로 사용한다.

화를 겪고 있는 튀니지같은 국가에서는 이슬람法은 단지 상징적인 意味만을 갖는다.

그러나 Shariah는 사회적 相互生活 關係를 規律하는 積極적인 指針으로서 이슬람사회의 背景으로 남아 있다.³⁶⁾ 사우디아라비아를 위시한 몇몇 국가는 이슬람法을 自國 法制의 주된 淵源으로 삼고 있다. 사우디아라비아의 刑法은 이슬람法의 현대적 적용을 기대하는 중동지역의 다른 국가들에게 고무적인 자극을 주고 있다. 또한 서구와 서구의 法制度를 포함한 制度一般에 대한 理想的 葛藤과 이슬람사회에서 積증하는 犯罪에 대한 우려가 동기가 되어 이란, 리비아, 이집트 등의 국가는 주요 法制의 改正에 있어서 전통적인 이슬람의 敎理를 더욱 많이 반영할 것을 요구받고 있다. 이란에서는 이러한 法改正要求가 성공적으로 받아들여졌으며 이집트에서도 주요 法制의 淵源을 이슬람法으로 하자는 改正要求가 받아들여진 바 있다.³⁷⁾

IV. 이슬람國家의 家族法制運用

1. 이슬람國家 家族法의 特性

이슬람은 家族을 社會秩序의 中心에 위치시켰다. 가족은 새로운 이슬람 敎徒를 생산해내는 “工場(factory)”이며 기본적인 이슬람의 價値와 敎訓이 전달되는 訓練所이다.³⁸⁾ 男性과 女性의 自由와 自意에 의한 契約的 關係의 기초위에 세워진 가족은 한편으로는 個人的 自由의 象徴이며 다른 한편으로는 社會的 統合의 象徴이다. 이슬람은 가족을 個人的 善意에 남겨진 매우 중요한 制度라고 강조하면서도 家族關係, 즉 家族 構成員의 權利와 義務 그리고 家庭이 형성되는 節次에 대한 세부적인 사항까지 이슬람法에 의하여 광범위하게 規制하고 있다.

36) Safia K. Mohsen, *op. cit.*, p.99.

37) *Ibid.*, p.100.

38) *Ibid.*, p.118.

이슬람은 家族의 重要性을 강조하는 과정에서 가족에게 많은 權利와 特權을 부여하였다. 그 特權중의 하나는 自治의 手段이지만 自治라는 것은 국가로부터의 干涉에서 벗어난 自治가 아니라 좀더 커다란 血族單位인 部族이나 氏族社會로부터의 自治를 의미하는 것이었다.

그리고 이러한 重要性을 갖는 家族關係를 규율하는 家族法은 아직까지 거의 대부분의 이슬람國家에서 적용되는 이슬람의 法律이다. 그러나 근대 이후 個人의 地位와 家族法에 관련된 法制改革은 이슬람사회에 혼란을 가져왔다. 그 이유의 하나는 改革이라는 用語에 대한 合意가 이루어져 있지 않기 때문이다. 즉 이슬람法이 여성을 남성보다 下位의 存在로 간주하고 있다는 믿음을 갖고 있는 사람들은 改革이 이슬람전통에 기반을 둔 家族法을 서구적인 一般 法律로 대체함을 의미하는 것으로 받아 들였다. 그러나 다른 일부 이슬람教徒는 이슬람法이 모든 시대와 장소에 적합한 것이며, 이슬람法이 다른 서구의 一般 法律보다 여성을 더욱 보호하고 존중한다는 전제하에 主要 法制의 變化에 대한 必要性을 부정하고 있다. 이 부류의 사람들은 이슬람法이 필요하다고 생각되는 어떠한 變化도 수용할 수 있을 만큼 탄력성을 갖고 있다고 주장한다. 따라서 여성에 대한 平等은 解釋의 問題이며 이슬람法の 엄격한 原則에 관한 문제는 아니라고 한다. 이슬람法の 유연성은 튀니지의 個人의 地位와 家族에 관한 法律에 의해서 확인된 바 있다. 튀니지의 立法者들은 이슬람法の 핵심적 요소를 保持하면서 이슬람法律家들의 다양한 解釋을 통하여 서구의 法制와 유사한 效力을 갖도록 이슬람法制의 問題를 해결하였다.

이슬람국가에 있어서 婚姻과 離婚에 관한 法制는 서구의 당해 法制와 비교하여 여러가지 측면에서 상이함이 발견된다.

2. 婚姻契約의 成立

이슬람法에 따르면 婚姻은 일방 당사자의 請約과 타방 당사자의 承諾으로 시작되는 남성과 여성 사이의 民事的 契約이다.³⁹⁾ 婚姻은 적정한 연령과

39) R. David, John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, (Stevens & Sons:1978), p.433.

건전한 사고를 갖고 있는 남녀 사이에만締結된다. 만약 그들이親族關係에 있다면 그 관계가法律에 의해서禁止되지 않는 범위내이어야 한다. 정신적으로 불완전한 사람과 아직 혼인연령에 다다르지 않은 사람은 그後見人の許可에 의해서만婚姻할 수 있다. 婚姻契約의效力發生을 위한前提條件으로는 2인의 신뢰할 수 있는證人이 요구된다. 이슬람에서는婚姻契約을形式的契約('aqd shakli)이 아닌合意契約('uqud al taradi)으로 간주한다.⁴⁰⁾ 따라서婚姻契約의效力發生을 위해 어떠한文書나登錄을 필요로 하지 않는다. 일부 국가에서는 아직까지契約의自發性和非形式的性格을 인정하고 있다. 이러한 양상은 대체로文盲率이 높은 중동의非都市地域과部族的性格이 강한地域에서 이루어지고 있다. 대부분의 이슬람국가는不文契約(unwritten contracts)의法律的 및宗教的效力을 인정하고 있지만 등록된書類가 없는婚姻契約에 대하여는相續 및離婚慰藉料 등과 같은 다른法律的 관련事項의移行을 어렵게 하고 있다. 따라서 튀니지의法律은 당사자간의合意는證人이 있는 경우라도契約의移行에權限을 갖는公務員에 의해 등록이 행해지지 않았거나,法律의規定에 따라立證되지 않는 한 유효한法律文書로 인정하지 않는다. 튀니지의法制는婚姻契約의登錄을 위한 기초적 조건으로서當事者間の意思의不一致가 존재하지 않을 것을 요구하고 있지만, 이러한 요구의 주된目的是重婚禁止原則을 회피하는 것을防止하는 데 있다.

婚姻契約이效力을 갖기 위해서는 일정액의 돈(지참금:mahr)을 신랑측이 신부측에게 지불해야만 한다. 지참금의 일부는婚姻契約에署名할 때 전달되어야 하며 이를先金(muqaddam)이라고 부른다. 지참금의 나머지 부분은 남편이死亡하거나離婚을 하게되면 지급해야 한다.先金뿐만 아니라 지참금의總額은 양 당사자 또는 그 친척의協商力에 따라 매번 달라진다. 그러나 이슬람法에 의하면 지참금의 총액은 신부의 가족이 갖는社會的地位를 고려하여 신부에게 적절한 정도이어야 한다. 지참금은 신부의賣買價格이 아니라 신부의個人的財産이 되는強制的贈物로 이해된다. 지참금의 일부는 통상적으로 신부의 예복비용과 살림장만비용에 충당된다.⁴¹⁾

40) Safia K. Mohsen, *op. cit.*, p.121.

41) *Ibid.*, p.122.

3. 重婚의 許容

重婚은 이슬람 家族法에 있어 가장 논란이 많은 부분일 것이다. 이슬람 法을 비난하는 사람들은 重婚을 허용하는 것이 이슬람사회에 있어 女性의 낮은 地位를 상징하는 것이라고 지적하고 現代의 生活關係에 맞는 世俗法을 요구하는 기초로 삼고있다. 이슬람사회에서 重婚의 禁止 또는 制限은 女權 運動家들의 주된 鬭爭目標가 되어 있다.

그러나 대부분의 이슬람 法律家들은 이슬람 法上 重婚이 논쟁의 여지없는 男性의 權利라고 주장하고 있으며, 婚姻契約에 單婚을 條件으로하고 있다고 하더라도 重婚은 계약에 의해 배제될 수 없는 强行規範이라고 한다. 이슬람 法律家들의 강력한 重婚에 대한 지지에도 불구하고 重婚權에 대해 制限을 가하려는 압력은 최근 이슬람국가에서 점차 강력해지고 있다.⁴²⁾

이러한 움직임의 가장 커다란 성공은 최근 튀니지에서 重婚을 不法化함으로써 이루어 졌다. 튀니지의 法制는 이슬람 法 전체를 지배하는 原則으로서 “公共의 利益” 理念을 언급함으로써 重婚의 禁止를 정당화하였다. 즉 이슬람은 이슬람教 以前 時代(pre-Islam era)의 政治·社會的 條件이라는 특수상황하에서 重婚을 許容한 것이지 權利를 부여한 것이 아니라는 것이다. 또 다른 견지에서 이슬람教 以前 時代의 戰爭으로 인해 많은 수의 남성이 사망하였고, 그 결과 많은 여성들이 자신들을 부양할 수 있는 남성없이 잔존하게 되어 重婚이 認定되었으나, 重婚의 合法性을 정당화하는 이슬람教 以前 社會의 이러한 상황이 현재의 튀니지에는 더 이상 존재하지 않으며, 더우기 重婚은 經濟的 發展과 관련된 國家의 政策과 相反되기 때문에 重婚은 公共의 利益에 상반된다는 論理를 전개하고 있다.⁴³⁾

重婚을 분명하게 그리고 無條件的으로 禁止하는 튀니지의 法制는 현대 이슬람 法制 중에서 독특한 것이다. 다른 이슬람국가의 法制는 단지 重婚의 權利를 제한하는 데 그치고 있다. 모로코의 法律은 重婚을 許容하지만 重婚이 첫번째 婦人에 대하여 不公正한 苦痛을 주는 경우에는 重婚을 禁止하고

42) R. David, John E.C. Brierley, *op.cit.*, p.433.

43) Safia K. Mohsen, *op.cit.*, pp.123-4.

있다. 모로코의 法律은 婚姻의 效力發生要件으로서 새로운 부인이 婚姻前에 상대방이 既婚인 사실을 알고 있을 것을 요구하고 있다. 이라크의 法律도 또한 남성이 제2, 제3의 부인을 얻기 위해서는 法院의 許諾을 받을 것을 요구하고 있다. 法院은 그 남자가 한 사람 이상의 부인을 부양할 수 있는 能力을 證明하고 추가로 부인을 얻어야 하는 확실한 事由를 제시하지 않는 한 許可를 하지 않는다. 이러한 條件을 違反한 남자에 대해서는 1년 이내의 懲役に 처하도록 하고 있다. 이집트에서는 重婚을 제한하려는 수많은 집단의 노력에도 불구하고 重婚의 合法性에 중대한 制限을 가하는 立法을 制定하지는 못하였다. 15년간의 論爭을 거쳐 새로운 身分法과 家族法이 1980년 4월에 制定되었으나 논쟁의 초점이 된 문제에 대한 改正은 매우 미미하였다. 重婚과 관련하여 도입된 유일한 條件은 첫번째 부인이 새로운 結婚에 대한 사실을 알고 있어야 하며, 만약 첫번째 부인이 원한다면 離婚할 수 있는 權利가 부여된다는 것이다.⁴⁴⁾

그러나 離婚한 부인에 대한 慰藉料가 1년간의 부양에 필요한 금액을 넘지 않도록 하고 있다는 점을 고려하면, 매우 소수의 여성만이 현실적인 選擇方法으로 이 規定에 의한 離婚을 선택할 수 있을 것으로 생각된다.

4. 服從要求權

婚姻契約의 결과로 부여되는 또 하나의 權利는 habs라고하는 服從을 요구할 權利이며 이는 남편에게만 부여되어 있다. “habs”라는 단어는 “監禁”을 의미하며 남편이 부인을 家庭內에 머무르도록 할 수 있는 權利를 포함하고 있다. habs의 權利는 “여성은 중대한 罪를 범하지 않는 한 집밖으로 나가서는 안된다”는 코란의 구절에 근거를 두고 있다. 여성은 자신의 가장 가까운 친척 특히 부모를 방문하는 경우에만 남편의 許可없이 집밖으로 나갈 수 있다. 부모 이외의 친척은 이러한 保護 範圍內에 들어가지 못하며 여성은 남편의 許諾없이 1년에 1번만 이들을 방문 할 수 있다. 그러나 이러한 訪問에는 숙박이 포함되어 있지 않다. 만약 1박 이상의 滯留를 계획하는 경우에는 부모를 방문하더라도 남편의 許諾을 받아야 한다. 또한 habs權은 남

44) Ibid., p.124.

편에게 자신의 부인이 일 또는 학업을 위해서 집밖에 나가는 것을 막을 수 있는 權利를 부여하고 있다. 대부분의 이슬람法律家에 따르면 여성이 남편의 許可없이 일터 또는 학교에 가는 것은 남편이 갖고 있는 habs의 權利를 侵害하는 것이 된다. 남편의 權利를 침해한 여성은 不服從을 행한 것으로 간주되며, 남편에게 財政的 支援을 요구할 수 없다.⁴⁵⁾

그러나 다른 한편의 法律家들은 부인에 대한 남편의 habs權을 여성이 직업을 갖기 위해 장기간 집을 떠나야만 하는 경우와 같이, 직접적인 마찰에 대하여만 행사할 수 있는 권리로 制限하고 있다. habs權에 대한 이러한 再定義는 일부 이슬람국가에서 진행되고 있는 여성의 勞動力에 대한 要求와 必要를 수용하기 위한 것이다. 이집트에서는 근로여성의 문제와 관련있는 身分法과 家族法 改正案을 입법하기 위한 위원회가 1967년에 설립된 바 있다. 이 위원회에서 草案한 法律의 제85조는 “부인은 必要에 의한 경우 그리고 慣習에 의하여 許容되는 경우 주택밖으로 나갈 수 있다. . . . 婚姻契約의 條件으로서 주택밖으로의 外出을 명시한 경우 勤勞를 위한 외출은 habs權을 侵害한 것으로 간주되지 않는다.”고 규정하였다.⁴⁶⁾

5. 離婚의 條件과 節次

이슬람의 家族法에 있어 또 다른 論爭點의 하나는 남성과 여성에게 각각 다른 離婚의 條件과 節次이다. 이슬람法에 의하면 남성은 신뢰할 수 있는 證人의 참석하에 단지 “나는 당신과 離婚한다”라는 離婚文句를 宣言함으로써 婚姻關係를 解消하는 것이 허용된다. 남편에 의한 離婚은 어떠한 사유도 필요로 하지 않는다. 부인과 이혼한 남편은 idda라고 하는 離婚後 3개월간의 기간내에 남편의 자격으로 단지 그 부인과 다시 同居함으로써 離婚의 進

45) Ibid, p.125.

46) 이 法規定은 일반적인 경우 여성이 주택내에 머무르고 있어야 하며 勤勞를 위한 外出은 原則이라기보다 例外的인 경우임을 명백히 하고 있다. 더우기 여성의 外出이 婚姻契約에 포함되어 있었다고 하더라도 남편은 여성의 외출로 인하여 자신이 불필요한 고통을 받아야 하는 경우 當該 條件을 破棄하고 부인이 근로하기 위해 나가는 것을 禁止할 수 있다. 그리고 불필요한 고통의 내용이 무엇인가 하는 判斷 또한 남편에게 맡겨져 있다; Ibid., p.125.

行節次를 停止시킬 수 있다. 이러한 경우 새로운 婚姻契約을 할 필요는 없다.⁴⁷⁾ 만약 이 기간 동안 남편이 부인과 다시 同居하지 않으면 남편은 새로운 婚姻契約없이 그 부인과 婚姻關係를 계속할 수 없다. 또한 남편이 idda 기간 동안의 一時的인 離婚인 rafi가 아닌 완전한 離婚 즉 bain을 3번 이상 행한 경우 그는 그의 부인과 다시 婚姻할 수 없다.

여성은 離婚과 관련하여 남성과 동일한 權利를 갖고 있지 못하다. 여성은 離婚을 위한 설득력있는 事由를 제시하고 法院의 判決을 얻지 아니하면 남편과 離婚할 수 없다. 이슬람법에 의하면 여성이 먼저 離婚을 제기할 수 있는 事由로 첫째, 남편이 부인을 扶養할 能力이 없거나 扶養을 拒否하는 경우 둘째, 남편의 치료 불가능한 疾病. 질병은 肉體的인 疾病뿐만 아니라 精神的인 疾病도 포함한다. 셋째, 남편에 의해 발생한 社會的 不便, 이는 대체적으로 여성이 적응할 수 없는 과도한 負擔을 남편이 부인에게 賦課하는 것을 의미한다. 넷째, 합리적 이유없이 남편이 1년 이상 不在하는 경우 다섯째, 남편이 3년 이상의 懲役을 받은 경우 등 다섯 가지 경우를 인정하고 있다.

財政的 窮乏에 근거한 離婚의 경우를 제외하고는 法院에 의한 離婚은 항상 절대적이다. 離婚이 남성 또는 여성의 누구에 의해 시작되었건 간에 여성은 이론적으로 再婚禁止期間에 대한 慰藉料를 請求할 수 있으나 현실적으로는 그렇지 못하다. 많은 경우에 남편은 離婚을 許容하는 條件으로 여성의 慰藉料請求權을 포기하도록 강요한다. 더우기 여성이 離婚의 적절한 事由를 갖지 못하여 法院에 의한 離婚을 피하는 경우 離婚을 하기위해 자신 또는 자신의 부모가 일정액의 金錢을 남편에게 지급하기도 한다.⁴⁸⁾

離婚에 있어 이와 같은 남성과 여성의 差別을 正當化하기 위해서 일부 이슬람法律家들은 남성과 여성의 氣質的 差異를 언급한다. 이들에 의하면

47) idda는 離婚한 여성이 다른 남자와 婚姻할 수 없는 기간이다. 이 기간을 둔 주된 목적은 여성이 아이를 출산하는 경우 親生子關係의 確認을 명백히 하기위한 것이다. 이에 비하면 동일한 취지임에도 불구하고 우리나라에서 法律에 의해 여성의 再婚禁止期間을 6개월로 규정한 것(民法제811조)은 여성에게 불필요하게 장기간 동안 再婚을 못하게 함으로써 여성에게 差別的인 離婚制度를 운영하고 있다는 비난을 받을 소지가 있다.

48) Ibid., p.126.

여성은 어머니로서의 役割本性에 의하여 남성에 비해 더욱 감성적이며, 따라서 합리적인 決定을 할 수 있는 能力이 부족하다고 한다. 결국 여성의 일시적인 충동에 의한 決定에 家庭의 安定性을 맡기는 것은 전체 婚姻制度를 훼손하는 것이라고 주장한다. 이들은 또한 法官에게 離婚에 관한 決定을 할 수 있는 權限을 부여하는 것은 家族의 秘密을 공공연하게 노출하는 것으로 믿고 있다. 또한 남편의 權利가 아무런 統제도 받고 있지 않는 것 같지만, 사실은 많은 사회적, 실제적 고려사항이 남편의 權利에 엄격한 制限으로 부과되고 있다고 주장한다.

여성의 權利를 옹호하는 측에서는 이러한 주장을 받아들이지 않는다. 이들의 주장은 첫째, 남성 또는 여성의 어느 性이 다른 性에 비해 더 感性的이라는 어떠한 證據도 없으며 둘째, 家族의 秘密이 공공에 노출된다는 것이 남편이 離婚을 위해 法院에 갈 필요가 없다는 주된 이유라면, 여성이 離婚을 위해 法院에 가는 경우에는 家族의 秘密이 公共에게 露出되지 않는다는 주장은 非論理的이라는 것이다.

이집트의 改正 家族法은 남성과 여성의 離婚節次라는 측면에서 거의 변화가 없다. 離婚은 아직까지 남성의 절대적인 權利이며 남성의 恣意에 따라 行使되고 法制에 의한 形式的 干與는 거의 없다. 새로운 法律에 의해 부과된 사항은 부인이 남편에 의해서이든 法院에 의해서이든 離婚訴訟에 관한 사실을 通知받아야 한다는 것이다.⁴⁹⁾

장기간의 離婚節次가 여성들의 주된 불만사항이었음에도 불구하고 절차의 迅速性을 확보하기 위한 어떠한 措置도 취해지지 않았다. 그 결과 離婚에 10년이 걸리던 舊法制가 아직까지 效力을 유지하고 있다. 이 기간동안 여성은 結婚을 할 수도 없고, 어느 정도 安定性을 제공할 수 있는 다른 婚姻契約의 當事者를 모색할 수도 없으며, 더우기 남편으로부터 扶養받을 權利를 행사할 수도 없는 공중에 뜬 상태에 놓여져 있게 된다. 더우기 새로운 法律이 調停委員會制度를 도입함으로써 離婚의 節次가 복잡해져 離婚에 이르는 期間이 도리어 지연될 가능성도 있다.

49) Ibid., p.127.

V. 이슬람國家 法制改革에 대한 展望

이상은 이슬람國家 家族法의 몇몇 측면에 불과하다. 근본적으로 이슬람 法의 기본원리인 Shariah 원칙이 여성과 남성을 不平等하게 대우하고 있으며, 이러한 불평등한 대우와 남편에게 주어진 *habs* 권은 최근 여성노동력의 社會參與와 보다 높은 수준의 移轉의 自由를 요구하는 이슬람國家의 開發 政策에 장애로 등장하고 있다. 그러나 더욱 중요한 것은 Shariah가 公式的인 法體系를 이루고 있지않은 나라에서도 Shariah가 이슬람教徒들의 구체적인 態度나 意思決定에 극단적인 영향을 미친다는 사실이다. 다시 말하면, 이상과 같은 Shariah의 측면들이 이슬람教徒인 立法者, 政策決定者, 그리고 行政公務員에 의해 그들의 文化的 傳統의 일부로서 주장되는 한 그 國家에서 Shariah가 憲法이나 그의 다른 法體系의 公式的인 基礎를 구성하고 있는가와는 상관없이 주요한 이슬람國家에 있어 個人的 權利에 대한 심각하게 否定的인 結果만을 기대할 수 있으리라는 것이다.⁵⁰⁾

그러나 이러한 答보적인 이슬람原則에 대하여 비난을 가하는 것은 近視眼的인 것이다. 이슬람法은 특징적으로 새로운 思想의 도입에 대하여 고도의 유연성을 보이고 있다. 튀니지의 法制는 家族法의 改正을 통해서 이와같은 이슬람法의 유연성을 실증적으로 보여주고 있다. 이슬람사회에서 女性의 地位는 비록 불평등한 것이기는 하지만 이는 法律規定의 結果라기보다 일반적으로 이슬람教와 관련된 오랜 傳統의 產物이다. 그리고 이슬람法은 항상 포괄적이어 왔다. 이슬람사회에서의 法制改革過程은 남성과 여성 사이의 형식적 측면에 있어서 불평등을 변화시킬 수 있었지만 이슬람사회에 있어서 실질적인 男女平等은 이슬람教信者들의 意識變化에 의해서만 확보될 수 있을 것이다. 家族法에 있어서 이슬람女性에 대한 差別은 Shariah가 공식적인 國家의 法體系를 구성하지 않는 나라에서조차 이슬람教徒들의 個

50) Abdullahi Ahmed An-Na'im, *op.cit.*, p.31.

人的인 規範을 이루고 있기 때문에 현재에도 이슬람世界에서 강제되고 있다.⁵¹⁾ 이슬람의 規範은 공식적인 法的 또는 政策的 次元에서보다 비공식적이고 거의 잠재의식적 心理次元에서 더욱 영향력을 미쳐왔다는 점을 유의해야한다. 물론 이것이 이슬람國家에서 法制改革이 무의미하다는 것은 아니다. 단지 法制의 改革만으로는 불충분하다는 것이다. 궁극적으로는 法制의 改革이 갖는 실질적 그리고 상징적 價値 외에도 여성의 새로운 役割을 지원할 수 있는 價値를 설립하는 실효적인 자세의 변화가 있어야 한다. 그리고 그러한 자세의 변화가 분명해지기까지는 法制의 改革에도 불구하고 이슬람 여성의 전통적 역할이 현대적인 역할로 變化될 수 없을 것이다.

51) Herbert Liebesny, The Law of the Near and Middle East, (State Univ. of New York Press:1975), p.56.