

<논문>

이슬람 후두드 형벌과 비례성의 원칙 — 절도죄의 신체절단형을 중심으로 —

김대홍*

목 차

- I. 머리말
- II. 이슬람 후두드 형벌의 특징과 제한
 - 1. 후두드 형벌의 특징
 - 2. 후두드 형벌의 제한
- III. 이슬람 후두드 절도범 처벌의 제한
 - 1. 실체법적 제한
 - 2. 절차법적 제한
 - 3. 후두드 법언에 의한 제한
- IV. 이슬람 후두드 형벌과 비례성의 원칙
- V. 맺음말

[국문 요약]

본 연구는 비례성의 관점에서 이슬람 후두드 형벌을 분석한 것이다. 그 주된 대상은 신체절단형을 규정한 절도죄에 관한 것이다. 후두드 절도의 적용에 대해서는 실체법적 측면과 절차법적 측면, 후두드 법언을 통한 제한이 있었다. 이는 신체절단형이라는 형벌의 중대성과 절도에 의한 법익의 침해 사이에 균형을 이루기 위한 것으로 비례성의 원칙을 따른 것이라고 할 수 있다. 이슬람법에서의 비례성은 실체적 요소와 절차적 요소가 결합되고, 종교적 권위에 바탕을 둔 특징을 보인다.

* 서울대학교 법과대학 박사과정 수료, Harvard-Yenching 연구소 Visiting Fellow. (dhkim@fas.harvard.edu)

[주제어] 사리아, 후두드, 비례성, 절도, 신체절단형

I. 머리말

범죄에 대한 私的 制裁가 公刑罰權으로 대체되기 시작한 것은 私的 制裁가 가지는 한계성 때문이었다. 판단의 正確性和 처벌의 比例性이라는 점에서 私的 制裁는 그 제재가 정확한 범죄자에게 적절한 정도로 이루어지지 않을 수 있다는 문제점을 드러냈다. 이에 따라 피해자나 피해자 친족의 격한 감정에서 야기될 수 있는 성급한 판단과 과도한 제재를 막기 위해서 객관적 위치의 제3자가 판단자로 등장하게 되었고, 제재 자체도 피해 정도에 상응하도록 조정되었다. 私的 制裁를 대신한 公刑罰權의 역사는 형사절차적인 면에서 公正性和 형사실체적인 면에서 適正性を 담보하기 위한 기나긴 여정의 기록이라고도 할 수 있을 것이다.

19세기 형식적 법치주의에 대한 반성으로 適正性이 죄형법정주의의 원칙으로 강조되고 있지만, 適正性 또는 比例性은 형벌이 가져야 할 가장 기본적인 덕목으로 이를 강조하는 것이 오히려 새삼스러운 것이다. ‘눈에는 눈, 이에는 이’로 표현되는 탈리오 법칙도 원초적 의미에서 比例性의 한 표현이라고 할 수 있다. 이런 점에서 도둑질한 자는 그 손을 자르도록 한 이슬람 형벌은 比例性의 원칙에서 한참 벗어나 있는 것으로 보인다. 그러나 622년 이슬람력의 시작과 함께 칼리파시대, 우마이야조, 압바스조, 오스만투르크제국을 거치면서 천년 이상을 계속 되어온 이슬람 형벌의 역사가 신체절단이라는 무자비한 극형으로 점철되어 있다는 것을 그대로 받아들이는 것에는 동의하기 힘들다. 적어도 한 왕조, 제국이 유지되기 위해서는 적절한 통치제도가 뒷받침되어야 하고 그 하나의 근간을 이루는 것이 형벌제도다. 형벌의 比例性은 특수한 시대, 지역에 국한된 것이 아니라 규범으로서의 형벌이 실효성을 가지기 위한 기본적인 요소라고 할 수 있다.

이 글에서는 절도와 관련된 신체절단이라는 이슬람 후두드 형벌을 이슬람법의 法源인 꾸란과 하디스를 중심으로 규범적 측면에서 고찰해 보고자 한다. 그것이 정말 比例性的인 원칙이 전혀 배제된 종교적 엄격성과 경직성에 나온 극형인지, 아니면 우리에게 익숙지 않은 다른 법체계에서의 比例性이 반영된 낮은 종류의 형벌인지를 살펴보는 것이다.

II. 이슬람 후두드 형벌의 특징과 제한

1. 후두드 형벌의 특징

샤리아(Sharia)로 불리는 이슬람법의 양대 法源은 꾸란(Quran)과 하디스(Hadith)이다.¹⁾ 꾸란은 대천사 가브리엘을 통해 예언자 무함마드에게 내려진 알라(하나님)의 말씀을 기록한 것으로 꾸란의 명시적·묵시적 언급이 모두 이슬람법의 절대적·우선적 法源이 된다. 하디스는 예언자 무함마드의 순나(Sunna)를 의미한다. 순나는 원래 관행이나 전승을 뜻하는데, 이슬람법의 法源으로서 순나는 예언자 무함마드의 순나에 한정되는 것으로 하디스는 곧 예언자 무함마드의 규범적 언행과 판단을 의미한다. 하디스는 꾸란의 추상성과 모호성을 보충하고 확증해 주며, 꾸란과 거의 동일한 수준의 규범적 권위를 갖는다.²⁾

절도에 대해서는 꾸란에서 명시적으로 손을 절단하도록 규정하고 있다. 그

- 1) 꾸란과 하디스 이외에 이즈마아(Ijma: 합의), 끼야스(Qiyas: 유추)도 이슬람법의 法源이 된다. 법논리적으로는 꾸란과 하디스의 1차적 法源 위에, 유추를 통한 2차적 法源의 확장, 그리고 합의를 통한 확장된 法源의 정립이라는 3단계 과정을 거치게 된다[Knut S. Vikør, *Between God and the Sultan - A History of Islamic Law*(New York: Oxford University Press, 2005), pp.31-2 참조].
- 2) 하디스는 수집과정에서 그 진위여부에 대한 논의가 계속되었다. 그것이 무함마드에 관한 진실한 기록인가에 대한 진정성 심사를 거친 하디스만이 채택되고 정리되었다. 꾸란이 유일본인 것과 달리 하디스집에 여러 異本이 존재하는 것도 이 때문이다. 대표적 하디스집에는 부카리(Bukhari)본과 무슬림(Muslim)본이 있다. 이 글에서 하디스의 인용은 부카리(Bukhari)본과 무슬림(Muslim)본의 영어번역본[*The translation of the meanings of Sahih al-Bukhari*(Medina: Dar al-Fikr, 1981; *English translation of Sahih Muslim*(Riyadh-Houston: Darussalam, 2007))]의 인용방식에 따른다.

것이 그들의 죄에 대한 대가이며 알라가 보인 징벌로 되어 있다. 이렇게 꾸란과 순나에 직접적으로 명시되어 있는 고정형 형벌을 이슬람법에서는 후두드(Hudud) 형벌이라고 한다. 후두드 형벌의 대상이 되는 범죄는 이슬람 법학파마다 조금씩 차이가 있지만, 일반적으로 간통, 간통무고, 절도, 강도, 음주를 들고 있다.³⁾⁴⁾ 간통에 대해서는 채찍질 100대, 간통무고에 대해서는 채찍질 80대, 절도에 대해서는 손절단, 강도에 대해서는 사형·십자형·수족절단·추방, 음주에 대해서는 채찍질 40대 또는 80대가 형벌로 주어진다.⁵⁾ 간통, 간통무고, 절도, 강도에 대한 형벌은 각각 꾸란 제24장 2절, 제24장 4절, 제5장 38절, 제5장 33절에 규정되어 있고, 음주에 대해서는 꾸란 제5장 90절에 그 금지가, 하디스에 그 위반에 대한 형벌이 규정되어 있다.⁶⁾

하디스에서는 후두드 형벌의 공정한 집행을 강조하고 있다. 명문가의 부인

-
- 3) 무슬림의 대다수가 속하는 전통 순니(Sunni)의 4대 법학파에는 하나피(Hanafi)학파, 말리키(Maliki)학파, 사피이(Shafii)학파, 한발리(Hanbali)학파가 있다. 각 학파 명칭은 그 권위자의 이름을 따른 것이다. 무함마드 시대의 전승을 중시할 것이냐 아니면 당대의 관행을 중시할 것이냐의 논쟁에서 분기하기 시작한 각 학파는 각각 다른 지역적 기반을 중심으로 교유의 범이론을 발전시켰다. 무슬림의 다른 분파인 쉬아(Shia) 역시 나름대로의 법학파를 형성하고 법이론을 발전시켰다(자세한 내용에 대해서는 Knut S. Vikør, 앞의 책, Chapter 6. 'The Four Schools of Law' 참조).
- 4) 이슬람 법학파에 따라서는 살인이나 背敎를 후두드에 포함시키기도 한다. 하디스의 후두드에 관한 장에 살인과 背敎에 대한 내용이 있고, 이들 범죄의 처벌이 일부 후두드 범죄처럼 死刑으로 연결되기 때문이다. 그렇지만 다수의 법학자들은 다섯 범죄에 제한한다(Knut S. Vikør, 앞의 책, pp.283-4 참조).
- 5) 범죄의 경중에 따라 채찍질의 대수뿐만 아니라 강도에도 차이가 있다. 간통의 채찍질은 간통무고보다 고통스럽고, 간통무고는 음주보다 고통스러워야 한다. 음주의 경우에는 가죽 끈이 아닌 나무줄기나 천으로 된 끈으로도 집행이 가능하다. 범죄자가 극도로 쇠약해져 있는 경우에는 정해진 채찍질의 대수를 줄일 수는 없지만, 집행을 가볍게 할 수는 있다. 극단적인 경우에는 50개나 100개의 나무줄기 봉치로도 집행이 가능한데, 모든 나무줄기가 범죄자에게 접촉될 수 있다면 100대의 집행을 위해 한 번이나 두 번의 타격으로도 충분하다. 채찍질할 때 집행자는 겨드랑이가 보일 정도로 자신의 머리위로 손을 들어 올릴 수 없다. 이와 같은 제한은 채찍질이 치명적이지 않도록 하기 위한 조치이다[Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law - Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*(New York: Cambridge University Press, 2005), pp.35-6; Arif Ali Khan, *Foundation of Islamic Law*(New Delhi: Pentagon Press, 2007), p.339 참조].
- 6) Bukhari: Volume 8, Book 81, Number 767, 770.

이 절도죄를 저지른 것으로 처벌받게 되자 무함마드와 친분이 있는 사람을 그에게 보내어 처벌을 피할 수 있도록 청탁을 시도한다. 이에 무함마드는 부유한 자들의 절도는 용서가 되면서 가난한 자들의 절도만 처벌을 받는다면 결국 나라가 정도에서 벗어나 타락하고 말 것이라고 경고하면서 자신의 딸 파티마가 절도를 행했다라도 기어코 손을 자르게 했을 것이라고 단호하게 대처한다.⁷⁾

후두드 범죄는 인간의 권리가 아닌 알라의 권위와 권리에 대한 범죄로 여겨진다. 이슬람법에서 형사법 개념은 서구의 형사법 개념과 일치하지 않는데, 이슬람법에서 公·私法の 구분이 서구법과 다르기 때문이다. 이슬람법에서는 국가와 개인, 개인과 개인의 관계가 아니라, 알라와 개인, 개인과 개인의 관계로 公·私法을 구분한다.⁸⁾ 알라와 개인과의 관계만을 公法의 영역으로 보기 때문에 살인이나 상해와 같은 대부분의 범죄가 私法 영역에 속하게 된다.⁹⁾ 公法 영역은 후두드와 같이 알라의 권리나 알라와 공공의 법익이 공존하는 부분이 해당된다. 간통이나 절도보다 무거운 범죄가 많음에도 후두드가 몇몇 범죄에 제한된 것도 알라의 선택이며, 따라서 이슬람법에서 후두드는 일반적인 범죄와는 다른 분류에 속하게 된다.¹⁰⁾

알라와 인간의 관계에서 파악되는 후두드의 특징은 후두드에 관한 맹세에서도 나타난다. 하디스에 의하면 무슬림은 간통무고나 절도와 같은 후두드 범죄를 범하지 않을 것을 알라 앞에 맹세하고 그 맹세의 의무를 지킬 것이 요구된다. 맹세를 지킨 자에게는 내세에서 알라의 보상이 있을 것이다. 후두드를 범한 자는 현세에서의 처벌을 통해서 속죄와 정화가 이루어진다.¹¹⁾ 후두드의 처벌이 내세에서의 구원으로 연결되는 것으로 종교상의 범죄(sin)와 실정법상의 범죄

7) Bukhari: Volume 8, Book 81, Number 778, 779.

8) Bernard G. Weiss, *The spirit of Islamic law* (Athens: University of Georgia Press, 2006), pp.182-3.

9) 살인과 상해의 처벌도 꾸란에 규정되어 있지만, 후두드 범죄로 분류되지 않는 이유이다. 후두드 범죄에 대해서는 공공의 법익에 대한 침해라는 요건이 추가된다(Rudolph Peters, 앞의 책, pp.53-4 참조).

10) Knut S. Vikør, 앞의 책, p.284.

11) Bukhari: Volume 8, Book 81, Number 793.

(crime)를 구분하지 않는 이슬람법의 특징이 나타나는 부분이다.¹²⁾

알라에 대한 범죄인 후두드 범죄의 경우에는 소송절차의 진행에서도 통상의 범죄와 차이를 보인다. 통상의 범죄는 개인과 개인의 관계인 私法 영역에 속하는 것으로 보기 때문에 재판구조 역시 피해자의 가해자에 대한 소송의 형태를 띠게 된다. 이것은 범죄의 처벌이 公刑罰權의 집행으로 이루어지는 경우에도 동일하며, 대부분에 있어 벌금도 국가가 아닌 피해자에게 지급되는 것이 된다. 샤리아 法院에서는 민사와 형사절차의 구분이 없으며, 따라서 계약위반이나 살인사건이 모두 유사한 절차를 따르게 된다.¹³⁾

그렇지만, 후두드 범죄의 경우에는 소송절차의 진행이 샤리아 法院의 재판관의 주도로 이루어진다. 후두드 범죄의 처벌은 미리 정해져 있는 고정형 형벌에 따르고, 인간에 대한 범죄와 달리 면제될 수도 없다. 후두드 형벌은 알라에 의해 정해진 것으로 불변의 것이다. 따라서 후두드 요건에 충족되면 법관의 재량이 개입할 여지가 없게 된다. 절도와 같이 개인적 법익에 대한 침해의 성격을 동시에 갖는 후두드의 경우에도 그 처벌은 공공의 법익을 위한 것이 된다. 이에 따라 후두드 형사절차가 진행되면 피해자의 宥恕나 피해자와 합의는 통상의 범죄와 달리 가해자의 처벌에 아무런 영향을 미칠 수 없다.¹⁴⁾

2. 후두드 형벌의 제한

후두드에는 ‘抑止’의 의미가 담겨 있다. 사람들로 하여금 범죄의 길에 들어서는 것을 막는다는 의미가 있는 것이다.¹⁵⁾ 따라서 후두드 형벌의 집행은 일반

12) 여기에 대해서는 실제로 죄악으로부터의 속죄나 정화는 부차적으로 중요하고, 형벌의 威嚇性을 통한 일반예방적 효과가 후두드의 주된 목적이었다는 견해가 있다. 죄악으로부터 정화되어 구원받을 수 없는 非무슬림에게도 후두드가 적용되었다는 점을 근거로 든다(Rudolph Peters, 앞의 책, pp.53-4 참조).

13) Knut S. Vikør, 앞의 책, pp.3-4.

14) Rudolph Peters, 앞의 책, p.54.

15) Arif Ali Khan, 앞의 책, p.331.

예방적 효과를 극대화하기 위해 공개적으로 시행하도록 되어 있다. 신체절단과 같은 후두드 형벌은 死刑보다도 중한 것으로 여겨진다. 死刑은 그 刑의 집행과 함께 범죄자가 세상에서 사라지면 사람들의 기억 속에서도 사라지게 되지만, 손을 절단당한 절도범은 그를 보는 사람들에게 후두드 형벌의 준엄함을 언제나 상기시키기 때문이다.¹⁶⁾

이처럼 후두드 형벌의 집행은 의도적으로 威嚇의 효과를 극대화하기 위한 것이었다. 현대의 관점에서 보았을 때 후두드 형벌은 매우 비인도적인 것이지만, 이슬람 초창기에도 후두드 형벌은 지나치게 잔혹한 것으로 여겨졌다. 그렇지만 꾸란에 명시된 후두드 형벌 자체는 수정불가의 것이었기 때문에 일단 유죄판결이 내려지면 재판관은 정해진 형벌을 부과하는 것 이외에 다른 여지가 없었다. 따라서 후두드의 적용 자체를 제한하려는 법이론적 시도가 계속되었다.

이러한 내용은 간통무고의 처벌에 함축되어 있는 꾸란의 의미를 따르는 것으로 볼 수도 있다. 꾸란의 간통무고에 대한 구절(제24장 4절)은 간통에 대한 구절(제24장 2절) 다음에 이어지는 것으로 간통죄의 처벌보다는 간통무고에 대한 경고의 의미가 더 강한 것으로 해석된다. 꾸란에는 누구든지 간통을 고소하거나 고발하기 위해서는 네 명의 증인을 필요로 하고, 만약 네 명의 증인을 확보하지 못하면 도리어 간통무고로 처벌받는 것을 명시하고 있다(제24장 4절). 두 명의 증인이면 충분한 통상의 범죄에서보다 엄격한 증거를 요구하는 것으로 간통무고의 처벌은 곧 간통죄 처벌의 제한을 의미하게 된다.

이슬람 법학자들은 꾸란과 하디스의 의미를 살려서 간통의 증인에 대해 요건을 더 추가했다. 간통의 증인이 되기 위해서는 정직성에 대한 명망이 있어야 하며, 실제 간통 현장을 목격했어야 했다.¹⁷⁾ 자백의 경우에도 자백이 온전한 정신상태에서 자발적으로 이루어진 것인지 확인하고, 자백 내용에 대해서 엄격하게 해석하도록 했다.¹⁸⁾ 이와 같이 절차적 측면에서 증언이나 자백에 대해 보다

16) Hisham M. Ramadan, "On Islamic Punishment", *Understanding Islamic Law - From Classical To Contemporary* (Oxford: AltaMira Press, 2006), p.55.

17) Knut S. Vikør, 앞의 책, pp.284-5.

엄격한 기준을 적용하였을 뿐만 아니라, 실제적 측면에서도 후두드 범죄의 요건을 엄격하게 규정하려고 노력하였다. 가장 두드러진 측면은 후두드 범죄 자체를 아주 좁게 정의함으로써 포섭되는 범죄의 유형을 최소화한 것이다.¹⁹⁾ 범죄행위가 협박이나 강요에 의한 것일 때에도 후두드 형벌을 제한하였다. 후두드는 사람들이 범죄의 길로 들어서는 것을 막는 것인데, 범죄의 길로 들어서는 것은 당연히 자유의지에 따른 것이어야 하기 때문이다.²⁰⁾ ‘의심스러울 때는 후두드의 적용을 피하라’고 한 후두드 法言도 널리 활용되어 후두드 형벌을 제한하는데 중요한 역할을 하였다.

이슬람 법학자들은 후두드의 극형을 회피하기 위한 자신들의 역설적인 노력을 후두드 형벌이 알라의 요구라는 사실의 결과로 받아들이기도 한다.²¹⁾ 알라는 부족하지 않은 고귀한 존재이기 때문에 모든 그의 요구가 반드시 충족될 필요는 없다. 여기에서 신의 요구가 인간의 것과는 다른 점이 나타나는데, 인간의 요구는 주장하는 자에 의해서 면제되지 않는 이상 반드시 실행되어야 하는 것을 원칙으로 하기 때문이다.²²⁾

후두드 중에서도 특히 절도와 간통에 대해서는 이를 과장된 수사학적 수단으로 보기도 한다. 절도죄의 처벌에 대해서 꾸란에는 단지 ‘손’으로만 되어 있

18) Maiz라는 자가 무함마드에게 자신의 간통사실을 자백하고 처벌을 구하는 내용의 하디스에 대한 자백에 대한 엄격한 채택과정이 잘 나타나 있다. Maiz가 무함마드에게 간통 사실을 참회하려고 했을 때, 무함마드는 세 번을 물리친 후에 네 번째에야 그의 참회를 경청했다. 무함마드는 우선 그가 정상인지, 아니면 음주하지 않았는지 다른 사람에게 그의 숨냄새를 맡아 보게 하고 나서 그가 단지 키스하거나 추파를 보낸 것은 아닌지 우회적으로 물었다. 그가 단순히 키스하거나 추파를 보낸 것이 아니라고 대답하자, 그에게 다시 한번 직설적으로 간통의 의미에 대해 물어면서 간통사실을 재차 확인했다(Bukhari : Volume 8, Book 82, Number 813; Muslim : Volume 4, Book 29, Number 4431, 4432).

19) Rudolph Peters, 앞의 책, p.54.

20) Rudolph Peters, 앞의 책, pp.23-4.

21) Rudolph Peters, 앞의 책, p.55.

22) 물론 인간의 요구에 대해서도 그 면제가 권장된다. 즉, 피해자가 범죄자를宥恕할 것이 장려된다. 이는 범죄에 대한 속죄와 宥恕가 내세에서의 구원으로 연결되기 때문이다. 이 역시 종교적 의미에서의 범죄(sin)와 실정법상의 범죄(crime)를 구분하지 않는 이슬람법의 특징이 반영되는 부분이다.

다. 이슬람 법학자들은 이를 오른손을 의미하는 것으로 해석했다. 범죄가 반복 될 경우에는 다음에는 왼발을 절단하고 그 다음에는 왼손, 오른발을 절단한다. 그러나, 이러한 논의는 실제 처벌의 집행을 위한 것이라기보다는 형벌의 단계적 제한을 위한 이론적 논의로 대중에게는 경고의 의미를 갖는 것으로 본다.²³⁾ 절도나 간통은 실제로 후두드의 고정형 형벌로 처벌되기보다는 재판관의 재량적 판단에 따라 처벌받은 것이 보통이었다.²⁴⁾

Ⅲ. 이슬람 후두드 절도범 처벌의 제한

1. 실체법적 제한

후두드의 주된 목적은 인간의 본성에 역행하는 행위를 억지함으로써 공공의 법익을 보호하기 위한 것이다. 사인간의 법익침해와 그 조정에 관한 것이 아니라, 그 처벌이 알라의 요구에서 비롯하는 것이기 때문이다. 이와 같은 후두드 범죄로서의 절도죄의 성격은 횡령죄와의 비교에서 명확해 진다. 이슬람법에서 절도는 재물 자체뿐만 아니라 공공의 법익에 대한 침해를 의미하는 것으로 본다. 사회 전체에 불안과 불신을 조장하며 사람들을 경계하도록 하기 때문이다. 반면에 횡령으로 인한 법익의 침해는 재물 자체와 피해자와 가해자 사이의 신뢰관계에 제한되는 것으로 본다. 따라서 횡령죄는 절도죄보다 경한 것으로 취급되며, 절도죄만이 후두드 범죄의 범위에 포함되는 것이다.²⁵⁾

23) 이슬람 법학파에 따라서는 왼발 이후는 특정하지 않고 감금으로 대체하기도 한다. 손발에 장애가 있는 경우에도 감금으로 대체된다[Knut S. Vikør, 앞의 책, p.283; Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*(New York: Oxford University Press, 1982), p.180 참조]

24) 절취행위가 후두드 절도의 요건을 충족하지 못한 경우에 완전히 처벌에서 제외되는 것은 아니다. 재판관의 판단과 재량에 따른 처벌가능성은 여전히 남아 있다. 이와 같이 재판관의 재량에 따른 형벌을 타지르(Tazir)라고 한다. 타지르의 중요한 기능은 후두드에 포섭되지 않은 범죄행위에 대한 처벌근거를 마련하는 것이다. 재판관의 재량에 따른 처벌이기 때문에 재량권 남용과 그 제한에 관한 문제가 계속 제기되었다(Rudolph Peters, 앞의 책, pp.65-7 참조)

이러한 후두드 절도에 대해서도 실체법적 측면과 절차법적 측면에서 그 제한을 위한 법이론적 시도가 계속되었다. 특히 절도에 대해서는 실체법적 측면에서의 제한이 두드러진다. 우선 하디스에서 재물의 가치에 대해 여러 번 언급한 내용을 찾을 수 있다. 하디스에 의하면 재물은 4분의1 디나르(약 1.06g의 金) 이상의 가치를 지닌 것이거나,²⁶⁾ 3 디르함(약 8.91g의 銀) 이상의 가치를 지닌 것이어야 한다.²⁷⁾ 재물의 가치는 방패나 투구의 가격에 비유되기도 한다.²⁸⁾ 절도가 공범의 형태로 이루어진 경우에는 공범의 수로 나눈 재물의 가치가 앞서 언급한 가치 이상이 되어야 한다.²⁹⁾

재물은 일정한 가치 이상을 지닌 것을 뿐만 아니라 정당하게 소유될 수 있는 것이어야 한다. 따라서 무슬림이 소유할 수 없는 돼지고기나 포도주는 후두드 절도의 대상에서 제외된다. 다만, 돼지고기나 포도주를 非무슬림으로부터 절취하였을 때는 처벌이 가능하다. 소유의 대상이 되지 않는 자유인도 제외된다.³⁰⁾ 이슬람법에서 소유자가 없는 것으로 보는 나무, 풀, 물고기, 새에 대해서도 문 짝으로 가공된 나무와 같이 새로운 소유권의 취득이 없는 이상 처벌에서 제외된다. 이와 유사하게 아직 수확되지 않은 나무의 과실도 대상에서 제외된다. 그 신성함으로 꾸란과 하디스집도 제외된다.³¹⁾

후두드 절도에는 ‘隱密하게’ 절취한다는 의미가 담겨있다. 은밀하게 절취한다는 것은 피해자가 자신의 재물이 절취당하고 있음을 인식하지 못하도록 하는 것이다. 주간절도의 경우에는 절도행위가 기수에 이를 때까지, 야간절도의 경우에는 절도행위가 착수에 이를 때까지 이러한 상태가 계속되어야 한다.³²⁾ 은밀하게 절취해야 하기 때문에 타인에 의해 간수되고 있는 재물만이 절도의

25) Hisham M. Ramadan, 앞의 논문, p.49.

26) Bukhari : Volume 8, Book 81, Number 780, 781, 782.

27) Bukhari : Volume 8, Book 81, Number 787, 788, 789, 790.

28) Bukhari : Volume 8, Book 81, Number 783, 785, 786, 791.

29) Joseph Schacht, 앞의 책, p.333.

30) Rudolph Peters, 앞의 책, p.56.

31) Joseph Schacht, 앞의 책, pp.179-80.

32) Arif Ali Khan, 앞의 책, p.332.

대상이 된다. 이는 재물의 간수에 대한 개인의 책임을 강조하기 위한 것이기도 하다. 따라서 재물이 적절한 장소에서 보관되고 있지 않은 때에는 후두드의 대상에서 제외된다. 이 경우에는 재물이 보관되고 있는 장소와 재물의 성격이 동시에 고려된다. 마구간의 경우 가축을 거두어 두는 곳이지 금이나 보석을 보관하기에 적합한 장소는 아니다. 마찬가지로 모스크 앞에 놓아둔 당나귀도 대상에서 제외된다.³³⁾

타인에 의해 관리되고 있는 장소에서의 절취는 주거침입의 개념을 포함한다. 시장과 같은 공개된 장소는 타인에 의해 관리되고 있는 장소에 해당하지 않는다. 주거침입의 개념이 포함되기 때문에 절도범이 창문으로 손을 뻗어서 집안의 재물을 절취하는 것도 제외된다. 절도범이 관리되는 장소에 직접 들어가서 재물을 취거해야 한다. 따라서 집밖에서 기다리는 공범에게 집안의 공범이 재물을 던져 준 경우에도 후두드 처벌에서 제외된다. 공범 중 어느 누구도 직접 집안에서 재물을 가져나온 것으로 볼 수 없기 때문이다.³⁴⁾ 그렇지만, 공범이 모두 관리되는 장소에 들어간 경우에는 공범 중의 일부만 재물을 취거했어도 후두드의 처벌을 받게 된다.³⁵⁾ 절취자는 절취물에 대해 어떠한 권리도 주장할 수 없어야 한다. 따라서 공동소유의 대상이 된 재물은 제외된다. 자신이 보관하고 있는 재물도 당연히 횡령의 대상이지 절도의 대상은 아니다.³⁶⁾

2. 절차법적 제한

간통죄에 있어서만큼은 아니지만, 절도죄에 대해서도 후두드 형벌의 절차법적 제한이 적용된다. 후두드 절도는 은밀하게 이루어져야 할 것을 실제적 요건으로 하지만, 역설적으로 두 명의 목격자와 그들의 증언을 절차적 요건으로 한다.

33) Rudolph Peters, 앞의 책, p.56.

34) Knut S. Vikør, 앞의 책, p.285.

35) Arif Ali Khan, 앞의 책, p.333.

36) Joseph Schacht, 앞의 책, p.180.

두 명의 증언은 서로 일치해야 하고, 직접 절취행위를 목격한 것이어야 한다.³⁷⁾ 절도죄의 처벌에 필요한 증인의 수는 두 명으로 간통죄의 처벌에 필요한 증인의 수보다는 적다. 그렇지만, 증인 두 명이 있다고 해서 언제나 유죄판결이 가능한 것은 아니다. 한 절도에 대해 네 명의 증인이 있는 경우 두 명의 증언은 일치하지만, 다른 두 명의 증언이 사실관계에 있어 차이를 보일 때 유죄판결이 가능하기에 대해서 의문이 생길 수 있다. 두 명의 증인이 있으므로 처벌이 가능하다고 할 수도 있겠지만, 증인들의 증언이 일치하지 않는다는 사실 자체가 증언의 신빙성에 의문을 제기하는 것이다. 따라서 이 경우에는 ‘의심스러운 때는 후두드의 적용을 피하라’고 한 후두드 法言에 따라 유죄판결을 내릴 수 없게 된다.³⁸⁾

증인은 법률적으로나 도덕적으로나 증언이 강요되지 않는다. 증언은 반드시 명확해야 하며, 목격된 행위 자체의 위법성이 표현되어 있어야 한다. 따라서 절도에 대한 증언에서 단순히 ‘가져갔다’라는 식의 표현으로는 부족하고 ‘절취’나 ‘절도’를 의미하는 말이 사용되어야 한다. 자백 역시 증언과 마찬가지로 명확해야 하며, 자백된 행위 자체의 위법성이 표현되어야 한다. 피고인 스스로 자백 내용의 사실적 의미와 법률적 의미를 잘 알고 있어야 한다. 오직 재판관 앞에서의 자백만이 유효해서 법정 밖에서 범죄사실을 인정하는 취지의 자백은 후두드 재판에서는 결정적이지 못하다.³⁹⁾ 이에 더해서 재판관은 피고인에게 스스로의 자백을 철회할 수 있음을 조언해 주어야 한다. 형벌의 집행이 있는 순간까지 자백의 철회는 유죄판결을 무효로 할 수 있기 때문이다. 증언 역시 형벌의 집행전까지 유효하게 철회될 수 있다. 이와 같은 자백이나 증언의 자유로운 철회는 후두드 재판의 선고를 流動的인 것으로 만들었다.⁴⁰⁾

37) Knut S. Vikør, 앞의 책, p.285.

38) Intisar A. Rabb, “Islamic Legal Maxims as Substantive Canons of Construction: Hudūd-Avoidance in Cases of Doubt”, *Islamic Law and Society*(Leiden: Brill, 2010), p.83.

39) 이는 무함마드에게 후두드 범죄를 참회하려는 자가 있을 때 무함마드가 그가 정상적 정신 상태에서 자발적으로 자백하는 것인가를 확인한 하디스에 근거한다(Bukhari: Volume 8, Book 82, Number 806, 810, 814; Muslim: Volume 4, Book 29, Number 4420, 4431, 4432).

40) Rudolph Peters, 앞의 책, pp.13-4.

정황증거의 경우 그 자체만으로는 후두드 재판에서 유죄판결을 내리기 위한 충분한 근거가 되지 않는다. 반면에 후두드 절도가 아닌 통상의 절도의 경우에는 엄격한 증거법이 적용되지 않기 때문에 정황증거도 허용되고, 피고인의 평판이나 명망에 근거한 추정도 가능하다. 절취물이 피고인의 집에서 발견되었다는 사실에 기초하여 절도의 유죄판결을 내릴 수도 있고, 범죄 혐의를 부인하더라도 다른 공범이 자백하고 그와 친분이 있었다는 것이 증언되면 역시 유죄판결 받을 수 있다. 그렇지만, 이와 같은 정황증거나 평판에 근거한 판단은 후두드 재판에서는 허용되지 않는다.⁴¹⁾

3. 후두드 法言에 의한 제한

‘의심스러울 때는 후두드의 적용을 피하라’고 한 후두드 法言은 우리에게 ‘in dubio pro reo’의 원칙을 연상시키지만 보다 다양한 형태로 활용되어 후두드 형벌의 제한원칙으로 널리 적용되었다.⁴²⁾ 위에서도 언급되었듯이, 절도죄에 관한 증인 네 명중 두 명의 증언이 일치하지만 다른 두 명의 증언과는 차이가 있을 때, 후두드 절도에 두 명의 증인이면 충분하다는 규정에도 불구하고 이 法言에 따라 후두드 형벌로 처벌할 수 없게 된다. 이와 같이 증언의 신빙성이나 증거의 증명력에 의문이 가는 때에 이 후두드 法言이 적용되어 피고인은 처벌을 피할 수가 있었다.

이 후두드 法言이 보다 적극적으로 활용된 것은 서구 형사법의 착오이론과 관계된 부분이다. 우선 ‘의심스러울 때’라는 것은 사실관계나 법률관계에 있어 명확하지 않은 애매한 부분이 있는 경우를 의미한다. 서구 형사법의 사실의 착오와 법률의 착오를 모두 포함하는 것으로 사실의 착오는 행위의 대상에 관한 착오를 주로 의미하고, 법률의 착오는 행위의 허용여부에 관한 착오를 의미한다.

41) Rudolph Peters, 앞의 책, pp.15-6.

42) 이 法言은 무함마드의 어록에서 기원한 것으로 되어 있지만, 이슬람 초창기에 유행하던 익명의 法言에서 기원을 찾기도 한다. 자세한 내용에 대해서는 Intisar A. Rabb, 앞의 논문 참조

다. 예를 들어 맹인 남성이 자신의 침대에 있는 여성을 노예로 오해하고 성관계를 맺은 경우는 사실의 착오에 관한 것이다. 법률의 착오는 법률의 본질적 내용이나 세부적 내용에 관해서 모두 가능하다. 음주의 허용여부에 관한 착오는 법률의 본질적 내용에 관한 착오의 예이고 치료목적의 음주는 세부적 내용에 관한 착오이다. 법률의 본질적 내용에 관한 착오는 非무슬림에게만 허용된다. 이와 같은 사례들에서 후두드 法言이 적용되어 행위자는 후두드 처벌을 피할 수 있게 된다.⁴³⁾

절도에 관해서는 주로 소유권에 관해 명확하지 않거나 애매한 부분이 있을 때 이 法言이 적용된다. 병사가 아직 전리품이 분배되기 전에 자신의 몫에 해당하는 부분을 가져갔을 때, 절도에는 해당하지만 후두드 형벌로 처벌되지는 않는다. 우선 병사에게는 전리품의 일정 부분을 분배받을 수 있는 권리가 인정된다. 그렇지만 전리품이 분배되기 전까지는 기다려야 한다는 공공의 이해와 궁극적으로 전리품의 일정부분을 병사 자신이 소유할 수 있다는 개인적 이해 사이에서 소유권에 관해 명확하지 않은 부분이 발생하기 때문에 후두드 처벌을 피하게 되는 것이다.⁴⁴⁾ 자신의 자녀의 재물을 절취한 자도 후두드의 처벌을 받지 않는다. ‘너와 너의 재산은 너의 父에게 속한다’라고 한 무함마드의 어록이 있기 때문에 父의 자녀의 재물에 관한 소유자로서의 지위에 애매한 부분이 발생하기 때문이다.⁴⁵⁾ 물과 같이 소유권의 대상이 되지 않고 누구나 자유롭게 이용할 수 있던 대상도 물통에 담겨진 물과 같이 소유권에 애매한 부분이 발생하면 이 法言이 적용된다.⁴⁶⁾

결국 ‘의심스러울 때’라는 것은 사실관계와 법률관계에 명확하지 않은 부분이 있어 행위자의 착오에 정당한 이유가 있는 경우를 의미한다고 할 수 있다. 일정한 경우에는 착오가 추정되기도 한다. 자녀의 재물 절취 사례에서와 같이

43) Rudolph Peters, 앞의 책, pp.21-2.

44) Intisar A. Rabb, 앞의 논문, p.105.

45) Intisar A. Rabb, 앞의 논문, p.107.

46) Intisar A. Rabb, 앞의 논문, p.109.

사실관계나 법률관계의 애매성이 꾸란이나 하디스에 근거한 경우에는 착오가 추정되어 피고인은 자신의 행위가 착오로 인한 것이라는 것을 적극적으로 주장할 필요가 없다.⁴⁷⁾

IV. 이슬람 후두드 형벌과 비례성의 원칙

比例성의 원칙은 꾸란의 여러 구절에서 언급된 것으로 되어 있다.⁴⁸⁾ 사실 比例성의 원칙은 이슬람법에서 가장 논란의 여지가 많은 부분 중의 하나로 논란의 중심에는 신체절단형과 같은 후두드 형벌이 자리잡고 있다. 그렇지만, 지금까지 살펴 본 절도죄의 사례와 같이 후두드의 요건을 모두 충족시키는 경우는 극히 예외적이기 때문에 후두드 형벌은 이를 직접 적용해서 범죄자를 처벌하기 위한 것이라기보다는 형벌의 威嚇的 효과를 통한 일반예방적 목적이 더 강한 것이라고 할 수 있다. 후두드 형벌의 엄격한 요건은 범죄자에게 관대한 처벌을 위한 것이라기보다는 재판관에게 실제 사례의 범의침해 정도나 여러 정황을 고려해서 적절한 형벌권의 선택을 주기 위한 배려로 볼 수도 있다.⁴⁹⁾ 따라서 신체절단이라는 잔혹성의 문제는 계속 남지만, 후두드 절도에서 比例성의 원칙이 전혀 도외시되었다고 할 수는 없다.

그렇지만, 이슬람 형벌에서 比例성의 원칙은 우리에게 낯선 몇가지 특징이 있다. 우선 이슬람 형벌에서의 比例성은 실체적 측면과 절차적 측면이 결합되어서 나타난다. 절도죄의 경우 실체적 측면에서는 재물의 범위와 절도의 행위 태양을 좁게 정의함으로써 후두드 절도에 포섭되는 절도의 대상을 최소화했다. 이 점은 단순절도, 야간주거침입절도, 특수절도로 형량이 가중되는 우리의 형법체계와도 유사하다. 절차적 측면에서는 두 명의 증인을 확보하지 못하거나

47) Rudolph Peters, 앞의 책, pp.22-3.

48) 꾸란 제2장 194절, 제5장 45절 등(Hisham M. Ramadan, 앞의 논문, p.48 참조).

49) Knut S. Vikør, 앞의 책, p.286.

증인들 사이의 증언이 일치하지 않을 경우 후두드 절도로 처벌할 수 없도록 했다. 자백이나 증언이 철회된 경우에도 마찬가지이다. 그렇지만 이러한 경우에 바로 무죄판결이 내려지는 것이 아니라, 재판관의 재량에 따른 처벌의 가능성이 여전히 남아 있다. 즉, 정황증거등에 의해 범죄혐의가 충분하면 여전히 처벌 받을 수 있는 것이다. 다만, 후두드의 중한 형벌이 아닌 타지르(Tazir)의 경한 형벌이 적용될 뿐이다.⁵⁰⁾ 절차적 측면에서의 증거법이 실제적 측면과 결합되어 나타나는 이슬람 형벌의 比例性의 원칙은 형벌법규의 적용과 양형단계에서 실제적 요소만을 고려하는 서구의 형사법 체계와는 분명히 구분되는 것이다.⁵¹⁾

후두드 절도 자체에서 比例性의 원칙이 지켜지고 있다고 해도 다른 범죄와의 비교에서 여전히 比例性의 원칙에 관한 의문이 남는다. 절도죄의 처벌이 횡령죄보다 중하다는 것은 쉽게 수긍할 수 있지만, 살인이나 상해보다도 중한 범죄로 취급된다는 것은 이해하기 힘들기 때문이다. 여기에 대해서는 이슬람법에서 比例性의 원칙을 보는 관점이 서구법과는 다르다는 견해가 제시되고 있다. 서구 형사법에서는 금지규범의 위반으로 발생한 법익침해를 제한된 관점에서 접근하는 것으로 본다. 반면에 이슬람법에서는 다섯 가지 주된 보호법익, 즉 생명, 재산, 명예, 종교, 이성에 대한 어떠한 침해도 포함할 수 있도록 법익침해의 범위를 확장시키는 것으로 본다. 예를 들어 절도죄의 경우 침해되는 보호법익은 소유권이나 점유권에 한정되는 것이 아니라, 재산권의 보호에 대한 사회 전체의 신뢰와 평온으로 확장된다.⁵²⁾ 따라서 절도죄는 서구 형사법체계에서보다 훨씬 더 중한 범죄로 취급되고, 이러한 평온을 침해하는 정도의 절도만이 후두드의 처벌을 받게 되는 것이다. 이러한 확장적 해석은 후두드 범죄에서 두드러지는데, 이것은 후두드 범죄가 알라의 선택에 따른 알라의 권리에 대한 범죄라고 보기 때문이다. 종교성에 바탕을 둔 이슬람법의 특성이 반영되는 부분이다.

50) 상당 부분은 배상책임의 문제만으로 남기도 한다(Joseph Schacht, 앞의 책, p.180; Knut S. Vikør, 앞의 책, p.286 참조).

51) Hisham M. Ramadan, 앞의 논문, p.45.

52) Hisham M. Ramadan, 앞의 논문, p.49.

V. 맺음말

이 글은 정말 절도범의 손을 잘랐을까하는 호기심에서 출발하여 이슬람 후두드 형벌을 比例性的의 관점에서 분석한 것이다. 후두드 형벌이론은 역설적으로 그 제한을 위한 이론이었다고 할 수 있다. 신체절단이라는 잔혹성의 문제는 여전히 남지만, 이슬람 법학자들은 나름대로의 比例性的의 원칙을 발전시켜서 예외적인 경우에만 후두드 형벌이 적용되도록 법이론을 다듬었다. 즉, 엄격한 실체법적 요건과 절차법적 요건이 동시에 충족되어야지만 후두드 형벌로 처벌할 수 있었다. 그것은 꾸란의 절대적 권위를 따르면서 샤리아의 이상을 실현하기 위한 노력으로 평가할 수도 있고, 종교적 경직성과 엄격성을 우회하면서 형벌의 규범력을 확보하기 위한 노력으로 평가할 수도 있을 것이다.

■ 참고문헌

1. 원전 자료

『코란(꾸란)』, 김용선 역주, 명문당, 2008.

The Message of THE QURAN, translated and explained by Muhammad Asad, Bristol: The Book Foundation, 2008.

The Sublime Quran, translated by Laleh Bakhtiar, Chicago: Kazi Publications, 2007.

Interpretation of the meanings of the Noble Qur'an, with comments from Tafsir At-Tabari, Tafsir al-Qurtubi, and Tafsir Ibn Kathir and ahadith from Sahih al-Bukhari, Sahih Muslim and other ahadith books, Riyadh: Darussalam, 2000.

The translation of the meanings of Ṣaḥīḥ al-Bukhārī, translated by Muḥammad Muhsin Khan, Medina: Dar al-Fikr, 1981.

Ṣaḥīḥ Muslim by Imām Muslim, translated by 'Abdul Ḥamīd Siddīqī, Delhi India: Adam Publishers, 1996.

English translation of Sahîb Muslim, compiled by Abul Hussain Muslim bin Hajjaj, ahâdith edited and referenced by Hâfîz Abu Tâhir Zubair ‘Ali Za’i, translated by Nasiruddin al-Khattab, edited by Huda Khattab, final review by Abu Khaliyl, Riyadh-Houston : Darussalam, 2007.

2. 인터넷 자료

<http://www.usc.edu/schools/college/crcc/engagement/resources/> (최종접속 : 2010년 3월 31일)

<http://www.searchtruth.com/> (최종접속 : 2010년 3월 31일)

3. 국문 문헌

손주영, 『이슬람 : 교리, 사상 역사』, 일조각, 2007.

이원삼, 『이슬람법사상』, 아카넷, 2002.

이재상, 『형법총론』, 박영사, 2008.

_____, 『형법각론』, 박영사, 2009.

_____, 『(신)형사소송법』, 박영사, 2007.

4. 영문 문헌

Arif Ali Khan, *Foundation of Islamic Law*, New Delhi : Pentagon Press, 2007.

Bernard G. Weiss, *The spirit of Islamic law*, Athens : University of Georgia Press, 2006.

Herbert J. Liebesny, *The Law of the Near and Middle East : Readings, Cases, and Materials*, Albany : State University of New York Press, 1975.

Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, New York : Oxford University Press, 1982.

Knut S. Vikør, *Between God and the Sultan—A History of Islamic Law*, New York : Oxford University Press, 2005.

Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law—Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*, New York : Cambridge University Press, 2005.

Wael B. Hallaq, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2005.

Hisham M. Ramadan, “On Islamic Punishment”, *Understanding Islamic Law—From Classical To*

Contemporary, Oxford : AltaMira Press, 2006.

Intisar A. Rabb, “Islamic Legal Maxims as Substantive Canons of Construction : Hudūd-Avoidance in Cases of Doubt”, *Islamic Law and Society*, Leiden : Brill, 2010.

<Abstract>

The Principle of Proportionality in *Hudud* Theft

Kim, Dae-Hong*

The principle of proportionality is one of the most essential factors for dispensing criminal justice in a society. Islamic law recognizes the principle of proportionality, even in the punishment of amputation for those who commit *Hudud* theft. Islamic jurists narrowed down the definition of *Hudud* theft so that the severity of the punishment would reflect the degree of harm caused by the crime. In addition to this, they developed strict requirements for *Hudud* theft in the rules of evidence. The combination of substantial and procedural proportionality is a distinctive characteristic of Islamic law. It is the result of Islamic jurists' efforts to dispense criminal justice without damaging religious authority.

[Key Words] *Sharia*, *Hudud*, Proportionality, Theft, Amputation

접수일 : 2010. 4. 1, 심사일 : 2010. 4. 5~4.12, 게재확정일 : 2010. 4.20

* LL.D.Candidate, College of Law, Seoul National University. Visiting Fellow at Harvard-Yenching Institute.
(dhkim@fas.harvard.edu)