형사정책연구 Korean Criminological Review
제21권 제4호(통권 제84호, 2010 · 겨울호)

샤리아형법의 태형에 관한 고찰
: 말레이시아와 인도네시아를 중심으로

김 용 운*

국 | 문 | 요 | 약

최근 말레이시아에서 한 여성이 음주로 샤리아를 위반하여 태형을 선고 받은 사건은 우리에게는 생소한 이슬람법에 대한 관심을 불러일으켰다. 그러나 아직도 한국에서는 이슬람은 물론 이슬람법에 대한 지식이 부족하고 기초적인 자료조차 구하기 쉽지 않다. 또한 태형은 우리나라에서는 이미 20세기 초에 사라졌으나 여전히 다수의 무슬림국가에서는 엄연한 형벌의 하나이며 특히 샤리아형법의 주요한 형벌수단이지만 이에 대한 실증적인 연구물도 찾기 어렵다.

샤리아는 이슬람을 실현하기 위한 중요한 요소 중 하나로 꾸란, 순나, 이즈마와 끼야스를 법원(法源)으로 하며, 샤리아형법인 알 우쿠밧의 형벌은 후두드, 타지르, 끼사스 등 크게 세 가지 범주로 나눌 수 있다. 후두드는 꾸란과 순나에 정해진 형벌이며 타지르는 판사가 재량으로 양형을 정할 수 있는 형벌로 대부분의 현대 무슬림국가들은 타지르에 의한 샤리아형법을 시행하고 있다.

한편, 말레이시아는 일반형법에도 태형이 성범죄와 마약, 총기범죄 등에 대한 형벌로 규정되어 있다. 이슬람법의 경우 연방헌법에 의해 입법권이 각 주정부에 위임되어 있으므로 각 주는 대부분 타지르에 의한 샤리아형법조례를 제정 ·시행 중이며 성관련 범죄와 음주 등 계율위반 행위에 대해 태형을 형벌의 하나로 규정한다. 인도네시아에서는 이슬람법의 기본법인 종교사법법은 가족, 상속, 민사영역만 규율하므로 형벌규정이 없으나 광범위한 자치권을 부여 받은 아쩨(Aceh)주는 자치법령인 까눈에 도박, 주류 판매 및 음주, 성관련 범죄와 이슬람계율 위반행위에 대해 태형을 부과한다.

일반형법은 물론 샤리아법의 태형에 대해서는 인권 측면에서 많은 논란이 있으며 특히 최근 말레이시아와 인도네시아에서 계율을 위반한 여성에 대해 태형을 집행한 사례들이 있어 비판을 받고 있다. 반면 무슬림국가의 정부와 보수적인 무슬림들은 태형은 교육 및 범죄예방 효과가 크다며 이를 옹호하기도 하다. 그러므로 태형제도를 비판하기 전에 무슬림국가들의 역사 및 사회구조와 이슬람 및 이슬람법의 전통, 그리고 국민의 법감정 등 태형을 둘러싼 환경적 요인을 먼저 이해하여야 하며 샤리아의 기본 원리와 각국의 실정법을 이슬람학 뿐만 아니라 법학적 관점에서 실증적으로 연구할 필요가 있다.

❖ 주제어 : 샤리아, 알 우쿠밧, 이슬람법, 태형

* 법무부 서기관

Ⅰ. 서 론

까르띠까 사리 데위 슈까르노(Kartika Sari Dewi Shukarno). 이런 길고 발음하기도 어려운 외국인의 이름을 기억하는 한국인은 거의 없을 것이다. 그러나 맥주 한 잔 마신 죄로 태형 6대를 선고 받은 말레이시아 여인이라고 하면 어디선가 들어 본 것 같다고 할 사람들은 꽤 있을 지도 모른다. 동남아시아의 평화로운 나라, 영어를 널리 쓴다하여 조기유학지로 각광 받는 말레이시아에서 일어난 사건이라고는 믿기지 않을 수도 있다. 그러나 말레이시아는 엄연히 이슬람국가를 자처하며 동아시아에서 이슬람법을 가장 체계적으로 시행하고 있는 나라이다.[1] 물론 다인종이 어울려 사는 말레이시아에서 비무슬림 외국인들은 이슬람법의 존재를 종종 잊고 지낼 때도 많지만 까르띠까 사건은 이슬람법에서 여성의 지위나 여성에 대한 샤리아법원의 가부장적인 태도 등 많은 논쟁거리를 던져준 사건이다.

까르띠까 사건이 세속적인 관심을 끄는 것은 무엇보다도 우리에게는 매우 생소한 태형이라는 형벌을 선고 받았기 때문일 것이다. 태형은 우리나라에서도 일제시대 초기까지 시행되었던 형벌이지만 범죄자의 인권도 보호해야할 중요한 가치로 여기는 현대사회에서는 공존하기 어려운 전근대적인 처벌방식으로 취급되고 있다. 하지만 태형은 이슬람국가인 말레이시아, 브루나이는 물론 국교가 없는 싱가포르와 인도네시아의 일부 주에서도 시행되고 있는 실정법상 형벌의 하나이다. 특히 우리가 주목해야 할 점은 일반형법에서는 범죄에 속하지 않는 음주나 금식의무 위반, 동성애 같은 계율위반 행위를 범죄로 간주하여 처벌하는 샤리아형법의 존재이다. 또한 까르띠까 사건은 범죄 아닌 범죄로 여성에게는 치명적인 형벌이 될 수 있는 태형을 선고 했다는 점과 법률상 허점 및 집행과정에서의 난맥상으로 인해 인권 측면은 물론 법리적 차원에서도 큰 논란이 되었다. 물론 생소한 종교인 이슬람은 물론 이슬람

1) 흔히 이슬람을 국교로 삼는 나라는 ‘이슬람국가(Islamic state)’라고 부르지만 무슬림이 국민의 다수를 차지하더라도 국교를 인정하지 않는 나라나 이슬람권 국가를 통칭할 때는 ‘무슬림국가(Muslim country)’라는 표현을 많이 쓴다. 말레이시아는 연방헌법 제3조 제1항에 의해 이슬람이 ‘연방의 종교(영어로는 Islam is the religion of the Federation, 말레이어로는 Islam ialah agama bagi Persekutuan)’로서의 지위를 가짐에 따라 이를 국교로 보며, 2001년 9월 29일 마하티르 전 총리가 이슬람국가임을 선언하였으나 해당 헌법 조항의 해석에 따라 이슬람국가인지 여부에 대해 정치적·법적으로 논란이 많다(Julian C H Lee, 2010; SUARAM, 2008).

법에 대한 기초적인 상식조차도 부족한 한국인들이 샤리아태형에 관련된 문제를 제대로 이해하기란 몹시 어려운 일이다. 특히 이슬람법은 아랍어를 이해하지 못하면 접근하기 어려운 분야지만 중동보다 가깝고 세계에서 가장 많은 무슬림들이 살고 있는 동남아시아의 이슬람법제도를 먼저 연구한다면 이슬람법을 더 쉽게 이해할 수 있는 경로가 될 수 있다. 따라서 본고에서는 샤리아(Shari'ah)[2] 형법과 태형의 이론적 배경을 간략하게 검토한 후 말레이시아와 인도네시아의 실정법과 실제 사례를 중심으로 고찰해보기로 한다.

Ⅱ. 샤리아의 형법과 형벌

1. 샤리아

이슬람에서 법은 아랍어로 후꿈(hukum)[3] 또는 까눈(qanun)[4]이라고 하는데 후꿈은 법의 의미 외에 결정이나 형벌이라는 의미가 있으며, 까눈은 "모든 것을 재는 도구"라는 의미로 삶의 다양한 부분을 포괄하는 법의 효력을 가지는 각각의 규칙이나 원리를 말할 때 쓰인다(Abdur Rahman, 2007). 말레이어권[5]인 말레이시아, 인도네시아와 브루나이에서는 법을 뜻하는 어휘로 후꿈과 '운당운당(udang-undang)'을 혼용하는데 후꿈은 종교적 계율이나 형벌의 의미로 많이 쓰며 운당운당은 보통 실정법

---

2) 보통 영어문헌에서는 shari'ah라고 표기하나 말레이시아와 브루나이에서는 syariah로 표기를 통일하고 있으며 인도네시아에서는 일정한 기준 없이 syariah, syar'iyah와 shariah를 혼용하고 있다. 이처럼 아랍어의 알파벳 표기는 통일되지 못한 상태로 나라나 문헌마다 차이가 크므로 본고에서는 출처 원문의 표기를 따르기로 한다. 또한 이하에서는 아랍어와 말레이어, 인도네시아어 어휘 모두 이탤릭체로 쓰기로 한다.

3) 영어문헌에서는 아랍어 발음에 충실하여 hukm이라고 쓰지만 말레이어권에서는 hukum으로 쓴다.

4) 말레이어권에서는 kanun이라고도 쓰며 유럽에서는 교회법(canon)을 뜻하는 말로도 쓰인다.

5) 말레이시아와 브루나이의 국어는 말레이어(bahasa Melayu), 인도네시아의 국어는 인도네시아어(bahasa Indonesia)이다. 말레이어는 수마트라와 말레이반도, 브루나이에서 널리 쓰이는 말레이-폴리네시아어 계통의 언어로 현대 인도네시아어의 뿌리이나 표준화된 인도네시아어와는 억양, 발음, 어휘 등에서 차이가 있으며 특히 법률용어가 많이 다르다. 본고에서는 말레이시아, 인도네시아, 브루나이를 광의의 '말레이어권'으로 부르기로 한다.

을 뜻하지만 그 구분이 명확하지는 않다.[6] 흔히 이슬람법(Islamic law)[7]과 동의어처럼 쓰이는 아랍어인 샤리아(Shari'ah)의 어원은 물의 원천지 또는 모든 무슬림들이 따라 가야할 올바른 길이라는 의미이다. 샤리아는 이슬람법의 첫 번째 원천이자 입법자인 알라가 예언자 무함마드를 통해 제정한 법규범을 말하며 이슬람법은 샤리아를 적용하여 인간이 제정한 실정법도 포함하므로 샤리아보다 더 포괄적인 개념이라고 할 수 있다(Abdur Rahman, 2007).

이슬람법의 원천을 이루는 법원(法源)은 학파[8]와 학자에 따라 차이가 있으나 일반적으로 크게 꾸란(Al-Quran), 순나(Al-Sunnah), 이즈마(Ijma), 끼야스(Qiyas) 등 네 가지를 꼽고 있다. 꾸란은 이슬람에서 예언자로 부르는 무함마드가 기원 610년부터 22년 동안 알라로부터 받은 계시를 구술하고 후계자들이 기록·편집한 경전(kitab)으로 비아랍어권에서는 흔히 '코란'이라고 부르나 원래 발음은 '꾸란'에 더 가깝다. 꾸란은 이슬람법의 가장 주요한 법원으로 내용 중 특별한 의례 관련 140문장, 가족법 관련 70문장, 민법 관련 70문장, 형법 관련 30문장, 사법 관련 20문장이 발견된다(Mahmud Saedon, 1996). 순나는 꾸란 다음 가는 법원으로 이슬람에서는 조상들로부터 전해 내려온 관행을 뜻하는 의미로 사용하다가 이후 무함마드의 관행을 지칭하는 어휘로 바뀌었으며 무함마드의 언행록을 뜻하는 하디스(hadith)[9]와 혼용하기도 한다. 이즈마는 무함마드의 교우나 이슬람학자들의 합의, 끼야스는 알라의 계시나 무함마드의 언행으로부터의 유추를 말한다(Mohamad Akram Laldin, 2006; Sobhi Rajab Mahmassani, 2009).

6) 이 밖에도 말레이시아는 영국법의 영향을 받아 법령제명에 영어에서 유래한 어휘를 발음 그대로 표기하는데 그 예로 akta(act), enakmen(enactment), ordinan(ordinance)이 있다.

7) 말레이어권에서는 hukum Islam' 또는 undang-undang Islam이라고 한다.

8) 아랍어로는 madh'hab 또는 mazhab으로 표기하며 영어로는 School of Fiqh 또는 School of Islamic Jurisprudence이다. 순니의 대표적인 이슬람법학파는 창시자의 이름을 딴 하나피(Mazhab Hanafi), 말리키(Mazhab Maliki), 샤피(Mazhab As-Shafie), 한발리(Mazhab Hanbali) 학파 등 4개를 들 수 있다(Sobhi Rajab Mahmassani, 2009). 말레이시아 등 동남아 무슬림국가들은 대부분 샤피학파를 따르며 여기에 맞게 이슬람법령을 제정하고 다른 학파의 견해는 예외적으로만 적용하고 있다.

9) 말레이시아에서는 hadis라고도 쓴다.

2. 샤리아형법

샤리아에서 형법은 아랍어로 '알 우쿠밧(al-'Uqubat)'이라고 하며 불법행위와 범죄를 모두 규율하는데 무슬림과 무슬림국가에 체류하는 비무슬림에게 적용되고 무슬림이 무슬림국가 밖에서 범죄를 저지르더라도 샤리아에 의해 처벌 받게 된다. 일반사법과 이슬람법이 공존하는 말레이시아와 인도네시아의 경우 무슬림에게는 이슬람법이 먼저 적용된다. 따라서 비무슬림과는 달리 무슬림들만 일반사법과 샤리아사법 양자의 적용을 받기 때문에 이중의 부담을 지운다는 비판도 있다(Abdul Hamid Haji Mohamed, 2001). 한편 이슬람법에서 중요한 역할을 담당하는 샤리아 판사인 까디(qadi)[10]는 우쿠밧 사건에서 규정된 법을 적용해야 하며 까디가 꾸란과 순나의 명령을 혼돈하여 이슬람법에 정해진 것과 다른 처벌을 부과하는 것은 금지된다(Abdur Rahman, 2007).

3. 말레이시아의 샤리아형법

말레이시아는 2009년 기준 총인구 2,865만 명이며 말레이인(58%), 중국인(25), 인도인(7%), 원주민(Orang Asli) 등 기타 인종(10%)으로 이루어진 다인종국가이다. 종교는 2000년도 기준으로 무슬림[11] 60.4%, 불교 19.2%, 기독교 9.2%, 힌두교 6.3%, 유교, 도교 및 전통 중국종교 2.6%, 기타 토속신앙, 애니미즘, 시크교 등 2.4%의 순으로 무슬림이 다수를 이루고 있다(SUARAM, 2009). 말레이시아의 이

10) 말레이어권에서는 kadi라고도 쓴다. 말레이시아와 브루나이에서는 근대적으로 샤리아사법체계를 정비하기 이전에는 샤리아법원 판사를 까디로 불렀으나 1980년대 이슬람사법제도개혁의 일환으로 일반법원과 동일하게 '판단자'라는 의미의 '하낌(hakim)'으로 통일하였다. 전통적으로 까디는 이슬람과 샤리아에 대한 지식이 풍부한 자 중에서 술탄이 임명하였으나 현대에서 와서는 샤리아법관도 일반법관과 마찬가지로 이슬람법 학위를 소지하고 실무경험을 갖춘 자 중에서 공무원신분으로 임용하고 있다.

11) 말레이시아 무슬림의 절대 다수는 말레이인으로 이들은 연방헌법 제160조 "말레이인이란 이슬람을 신봉하고, 통상 말레이어를 구사하며, 말레이관습을 따르는 사람을 의미한다"는 규정에 의해 무조건 무슬림이어야 하며 전자주민증에는 무슬림만 '이슬람'으로 종교를 표시한다. 이에 따라 말레이계 무슬림에 대해서는 개종의 자유를 인정하지 않으므로 유명한 Lina Joy 사건 등 법적 분쟁이 발생하고 있다.

슬람사법체계를 간략히 살펴보면 수도 쿠알라룸푸르(Kuala Lumpur), 행정신도시 뿌뜨라 자야(Putra Jaya), 라부안(Labuan)[12]을 관할로 하는 연방지구(Federal Territories)[13]와 13개 주(state)[14]에는 각각 샤리아상고법원(Mahkamah Rayuan Syariah), 샤리아고등법원(Mahkamah Tinggi Syariah), 샤리아하급법원(Mahkamah Rendah Syariah)이 설치되어 있다. 이슬람종교청(Jabatan Agama Islam)이 사법경찰 및 검찰의 역할을 수행하며 각 주 샤리아법에서 정한 자격기준에 따라 샤리아변호사(peguam Syarie)가 활동하고 있다.[15]

말레이시아의 샤리아법은 연방헌법(Federation Constitution)[16]에 의해 각 주에 입법권이 위임되어 있으므로 연방정부의 직할통치를 받는 연방지구는 샤리아법이 법률(act)[17]의 형식으로, 나머지 13개주는 조례(enactment)[18]로 제정·시행되고 있다.[19] 가장 대표적이자 표준 샤리아형법이라고 할 수 있는 연방지구 샤리아형법(Syariah Criminal Offences (Federal Territories) Act 1997 〔Act 559〕)[20]의 목차는 다음과 같다.77

---

12) 북보르네오의 사바(Sabah)주와 브루나이 부근에 위치한 작은 섬으로 역외금융센터로 유명하다.

13) 말레이어로 wilayah persekutuan.

14) 말레이어로 negeri는 주, 나라 등 다양한 의미로 쓰인다.

15) 각 주에서는 샤리아행정조례를 통해 대학에서 샤리아를 전공한 자 또는 관련 지식을 갖추고 시험에 합격한 자 등으로 샤리아변호사의 자격을 정하고 있다. 2002년 기준 말레이시아 각 주에 등록된 샤리아변호사는 총 600명으로 남자는 385명, 여자는 215명이며 그 중 샤리아변호사 자격증 소지자는 456명이다(Md Zawawi Bin Abu Bakar, 2003).

16) 말레이어로 Perlembagaan Persekutuan.

17) 말레이어로 akta.

18) 말레이어로 enakmen.

19) 각 주의 샤리아조례는 1980년대 연방정부가 주도하는 샤리아사법개혁의 일환으로 전국적인 표준화 차원에서 진행되었으며 이슬람법행정법, 샤리아가족법, 샤리아민사소송법, 샤리아형법, 샤리아형사소송법, 샤리아법원증명법 등으로 표준화되었다. 샤리아법의 체계화, 표준화를 통해 전근대적이던 이슬람사법이 일반법원 수준으로 향상되었으며 샤리아법원의 관할이 확장되고 그 지위가 향상되었다. 물론 각 주의 역사와 전통에 따라 많은 차이가 있으며 아직도 표준화가 미흡한 분야가 많다.

20) 말레이어로는 Akta Kesalahan Jenayah Syariah (Wilayah-wilayah Persekutuan) 1997 〔Akta 559〕. 말레이시아에서는 법전이 말레이어와 영어로 동시에 출간되고 법률용어는 영어를 더 많이 쓰는 경향이 있으므로 이해를 돕기 위해 이하에서는 법령제명을 영어로 먼저 표기하고 각주에서 말레이어 표기를 소개하기로 한다.

PART Ⅰ
PRELIMINARY

Section
1. Short title, commencement and application.
2. Interpretation.

PART Ⅱ
OFFENCES RELATING TO 'AQIDAH'[21]

3. Wrongful worship.
4. False doctrine.
5. propagation of religious doctrines, etc
6. False claim

PART Ⅲ
OFFENCES RELATING TO THE SANCTITY OF THE RELIGION OF ISLAM AND ITS INSTITUTION

7. Insulting, or bringing into contempt, etc. the religion of Islam.
8. Deriding, etc. Quranic verses of Hadith.
9. Contempt or defiance of religious authorities.
10. Defiance of Court order.
11. Religious teaching without tauliah[22].

---

21) 말레이시아에서는 'akidah'로도 쓰며 신조를 뜻하는 아랍어로 이슬람의 주요한 구성원리 중 하나이다.

22) 사전적 의미로는 임명장을 뜻하는데 개인의 이슬람강의를 허용하는 연방정부 또는 주정부 이슬람 종교청의 허가를 말하며 이를 위반하고 임의로 강의를 하면 처벌 받는다. 이는 국가가 인정하는 종파적 관점 이외의 이론을 전파하는 행위를 규제하기 위한 조치이다.

12. Opinion contrary to fatwa[23].
13. Religious publication contrary to Islamic Law.
14. Failure to perform Friday prayers[24].
15. Disrespect for Ramadhan[25].
16. Non-payment of zakat[26] or fitrah[27].
17. Instigating neglect of religious duty.
18. Gambling
19. Intoxicating drinks

PART Ⅳ
OFFENCES RELATING TO DECENCY

20. Incest.
21. Prostitution.
22. Muncikari[28].
23. Sexual intercourses out of wedlok.
24. An act preparatory to sexual intercourse out of wedlok.
25. Liwat[29].

---

23) 화트와는 통치자의 종교고문격인 무프티(Mufti)가 내리는 이슬람법에 관한 결정, 교시를 말하는데 말레이시아의 경우 연방정부와 주정부에서 임명한 무프티만이 화트와를 내놓을 권한이 있으며 국왕 또는 각 주의 술탄이 이를 승인하고 공포(warta)해야 법적 효력을 갖는다. 국교가 없는 인도네시아에서는 민간단체인 이슬람학자회의(Majelis Ulama Indonesia, MUI)가 발하는 화트와는 단지 권고일 뿐 법적 효력은 없다.
24) 금요일 기도는 ‘주마앗(Jumaat)’이라고 하며 무슬림의 중요한 의무 중 하나이다.
25) 이슬람력으로 9번째 달인 금식월을 말하며 무슬림들에게는 한 달 동안 해가 떠 있는 동안 먹고 마시는 행위와 성관계가 일체 금지된다. 아랍어로 금식은 ‘사움’이라고 하며 sawm, 또는 saum이나 saim으로 표기하고 말레이어로는 ‘뿌아사(puasa)’라고 한다.
26) 아랍어로 자카트는 희사로 번역할 수 있으며 자기 재산의 일정 비율을 가난한 계층의 사람들에게 나누어주는 것을 말하는데 무슬림들에게는 재정적인 의무로 간주된다.
27) 아랍어로 ‘피트라’는 금식월에 의무적으로 지불하는 자카트를 말한다.
28) 아랍어로 ‘문찌까리’는 성매매를 중개하는 자, 즉 포주를 뜻한다.
29) 아랍어로 ‘리왓’은 남성끼리의 동성애를 말한다.

26. Musahaqah[30].
27. Khalwat[31].
28. Male person posing as woman.
29. Indecent acts in public place.

PART V
MISCELLANEOUS OFFENCES

30. Giving false evidence, information or statement.
31. Takfir[32].
32. Destroying or defiling mosque[33], surau[34], etc.
33. Collection of zakat or fitrah without authority.
34. Illegal payment zakat or fitrah.
35. Encouraging vice.
36. Enticing a married woman.
37. Preventing married couple from cohabiting.
38. Instigating husband or wife to divorce or to neglect duties.
39. Enticing a female person.
40. Selling or giving away child to non-Muslim.
41. Qazaf[35].
42. Abuses of halal sign[36].

---

30) 아랍어로 '무사하까'는 여성끼리의 동성애를 뜻한다.
31) 아랍어로 '칼왓'은 친족이나 합법적인 부부 사이가 아닌 남녀가 한적한 장소에 둘만 있거나 몰래 숨어 있는 것을 말한다. 주이슬람종교청에서 칼왓을 단속하기 위해 종종 가택수색을 하여 물의를 빚기도 한다.
32) 무슬림이 무슬림이 아닌 것처럼 보이게 하는 행위를 말한다.
33) 모스크는 영어식 발음이고 아랍어로는 '마스짓'이며 masjid(말레이시아) 또는 mesjid(인도네시아)으로 표기한다.
34) 모스크 보다 작은 규모로 마을이나 아파트, 공공건물에 설치된 기도소. 인도네시아에서는 '무숄라(musholla)'라고 한다.
35) qadhaf라고도 쓰며 명확한 근거를 제시하지 못하면서 타인을 간음했다고 고발하는 죄를 말한다.

PART Ⅵ
ABETMENT AND ATTEMPT

43. Abetment
44. Abetment in the Federal Territories of offences outside the Federal Territories.
45. Punishment of abetment
46. Liability of abetment when a different act is done.
47. Attempt.

PART Ⅶ
GENERAL EXCEPTIONS

48. Act of Judge when acting judicially.
49. Act done pursuant to the judgement or order of a Court.
50. Act done by a person justified by law.
51. Act of child who is not baligh[37].
52. Act of person of unsound mind.
53. Act which a person is compelled to do by threats.

36) 할랄은 ‘허용된, ‘합법적인’의 의미를 가진 아랍어로 무슬림에게 허용된 음식을 뜻할 때 많이 쓴다. 말레이시아의 경우 연방지구 및 각 주 이슬람종교청에서 할랄 기준에 적합한 도축장, 식품제조사 및 요식업소의 신청에 의해 할랄 인증을 하고 아랍문자로 ‘할랄’이라고 쓰인 로고 부착을 허용한다. 이 조례에 정한 것처럼 임의로 할랄 로고를 남용하는 경우에는 처벌 받는다. 최근 무슬림국가들의 소비수준이 높아지면서 할랄 산업도 각광 받는 분야로 떠오르고 있다.

37) 아랍어로 ‘성숙한’의 의미로 이슬람법에서 사춘기에 도달한 나이를 뜻하며 이 법에서 말하는 미성숙 아동은 한국 소년법의 형사미성년자에 해당하는 용어이다. 슬랑오르 샤리아형사소송조례 제2조 규정에 따르면 10세 이상 16세 미만은 처벌 가능하므로 이 규정에서 말하는 미성숙 아동은 10세 미만인 자라고 본다.

PART Ⅷ
GENERAL MATTERS

54. Appointment of rehabilitation centre of approved home.
55. Power of Court to commit convicted person to an approved rehabilitation centre.
56. Power of Court to commit female offender to an approved home.
57. Repeal.
58. Amendment of section 164 of the Enactment.
SCHEDULE

4. 인도네시아 아쩨의 샤리아형법

인도네시아는 말레이시아와는 달리 이슬람을 국교로 인정하지 않지만 총인구의 88.2%, 약 1억 8천 9백만 명이 이슬람을 믿는 세계 최대의 무슬림국가이다(Nadirsyah Hosen, 2007). 따라서 무슬림들의 생활을 규율하는 이슬람사법의 기본법인 종교사법에 관한 법률(Undang-Undang No 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama)[38]을 1989년 제정하여 시행하고 있다. 그러나 이 법은 샤리아에 의거한 가족, 상속과 민사에 관한 사항만 규율하므로 형벌규정은 존재하지 않으나 예외적으로 수마트라 북부의 아쩨(Aceh)주는 특별자치주로서의 지위를 인정받아 독자적인 샤리아형법을 시행하고 있다. 아쩨주는 무슬림인구가 97.3%에 달하며 13세기에 동남아시에서 가장 먼저 이슬람왕국이 세워졌던 곳으로 이슬람에 대한 자부심이 강한 지역으로 유명한데 1945년 인도네시아 독립 이후 줄곧 자치권 획득을 위해 투쟁해 왔다. 1998년 5월 수하르또(Suharto) 정권 붕괴 이후 인도네시아정부는 아쩨의 샤리아 자치권을 점차 확대하여 갈등을 해결하기 위해 노력하였으며 2004년 12월 쓰나미 재난을 계기로 극적인 화해 국면을 맞게 된다. 국제사회의 후원 속에 정부와

38) 이하 '종교사법법'이라 한다. 2006년도에 법률 제3호로 대폭 개정하여 아쩨 샤리아법원에 특별법원의 지위를 부여하는 등 관할권을 확장하고 조직·행정·재정에 대한 종교장관의 간섭을 배제하여 종교법원의 사법부로서의 위상을 높였다.

자유아쩨운동(Gerakan Aceh Merdeka, GAM)[39)]은 협상을 거쳐 2005년 8월 15일 헬싱키에서 양해각서에 서명함으로써 비로소 아쩨는 평화를 되찾았다. 이어 2006년 아쩨통치에 관한 법률(Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 2006 Tentang Pemerintahan Aceh)[40)] 통과로 높은 수준의 자치와 샤리아를 전면 시행할 수 있는 특수한 지위를 획득하기에 이른다(Aris Ananta & Lee Poh Onn, 2007).

아쩨주의 샤리아사법체계를 살펴보면 다른 지방에 설치된 종교사법법에 의한 종교법원(Pengadilan Agama) 대신 특별법원으로서의 지위를 가지는 샤리아법원(Makahmah Syar'iyah)이 시·군별로 설치되어 있다. 샤리아법원은 2001년 제정된 다루살람 아쩨 낭그로에주로서 아째특별지역주를 위한 특별자치에 관한 법률(Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh sebagai Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam)[41)]에 의해 처음 설치되었고 현재의 샤리아법원 체계는 2006년도 제정된 아쩨통치법 제130조에 의해 확립되었다. 또한 2006년 개정된 종교사법법 제3A조에 샤리아법원이 종교법원은 물론 일반법원에 대해서도 특별법원의 지위를 가진다는 규정이 신설되어 광범위한 관할권을 부여하였다. 주도인 반다 아쩨(Banda Aceh)에 설치된 아쩨샤리아법원(Makahmah Syar'iyah Aceh)이 항소법원의 역할을 하며 결혼, 이혼 등 일부 사건에 대해서는 대법원이 최종심을 맡는다. 아쩨주에는 아직 단일한 샤리아형법은 없으며 법률에 의해 위임 받아 까눈(qanun)이라는 다음과 같은 개별 조례의 형식으로 제정·시행되고 있다.

① 아키다, 이바다[42)] 및 이슬람의 숭고함 영역에서 샤리아 이슬람 집행에 관한 까눈(Qanun Nomor 11 Tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syari’at Islam Bidang Aqidah, Ibadah dan Syi’ar Islam)

② 주류에 관한 까눈(Qanun Nomor 12 Tahun 2003 tentang Minuman Khamar

39) 아쩨의 지도자인 하산 디 띠로(Hasan di Tiro)가 1976~1977년 사이에 독립투쟁 조직한 무장단체이다(Neta S. Pane, 2001).

40) 이하 ‘아쩨통치법’이라 한다.

41) 이하 ‘아쩨자치법’이라 한다.

42) 종교적 ‘의례’를 뜻하는 아랍어이다.

dan Sejenisnya)

③ 도박에 관한 까눈(Qanun Nomor 13 Tahun 2003 tentang Maisir (Perjudian)

④ 칼왓/머숨에 관한 까눈(Qanun Nomor 14 Tahun 2003 tentang Khalwat/ Mesum)[43)]

한편 2009년 9월 14일 아쩨주의회(Dewan Perwakilan Rakyat Aceh, DPRA)는 단일한 샤리아형사법 제정을 명분으로 형법 및 형사소송법에 관한 까눈(Qanun Tentang Hukum Jinayat dan Hukum Acara) 법안을 통과시켰으나 간통죄에 대한 투석형(hukum rajam)[44)]이 규정되어 있어 각계각층의 반발과 국제여론의 악화를 야기하여 주지사가 서명을 거부하고 재의를 요구하는 등 파문을 일으킨 바 있다.[45)]

5. 형벌

가. 종류

일반적으로 샤리아에서 형벌은 다음과 같이 크게 세 가지 범주로 나눈다.

1) 후두드

이슬람법에서 후두드(Hudud)[46)]는 알라에 의해 정해진 꾸란이나 예언자 무함마드의 순나에 언급되어 정해진 형벌을 뜻한다. 꾸란에 형벌이 구체적으로 언급되어 있는 범죄는 살인(Qatl), 노상강도(Qat'al-Tariqh)[47)], 절도(Sariqah), 간통(Zina), 허

43) 머숨(meseum)은 '불결한', '추잡한', '도덕에 어긋나는'을 뜻하는 자카르타 방언으로 역시 부도덕한 남녀관계를 지칭한다.

44) rajm 또는 rejam이라고도 쓴다.

45) 아쩨 지방일간지 Harian Aceh 인터넷판, 2009. 9.15.

46) 아랍어로 단수는 핫드(hadd)인데 인용한 문헌들에서는 단수, 복수를 혼용하고 있으나 아랍어에 익숙지 않은 독자의 혼돈을 피하기 위해 '후두드'로 통일하여 쓰기로 한다.

47) 이슬람법 문헌에는 강도를 뜻하는 여러 가지 어휘가 혼용되고 있다. 강도는 al-Hirabah, 큰 절도를 al-Sariqah al-Kubra, 노상강도를 Qat'al-Tariqh 또는 hirabah라고 구분하기도 하나, 하나피 학파의 이맘 아부 하니파에 따르면 hirabah는 대로(고속도로, al-Tariqh)에서 일어난 강도만을 말하며 도시나 마을에서 일어난 사건은 제외한다고 한다(Mohamed S. El-Awa, 2003).

위 간통고발 또는 중상(Qadhaf)[48]이다. 꾸란에 언급되어 있지 않더라도 순나에 의해 정해졌다고 보는 후두드도 있는데 각 범죄에 대한 후두드 형벌은 다음과 같다 (Mohamed S. El-Awa, 2003; Mohammad Shabbir, 2003; Abdur Rahman, 2007).

① 강도 또는 노상강도 : 사형, 발목 절단과 반대편 팔 절단 또는 죄질에 따른 추방(nafi)
② 절도 : 손목 절단
③ 간통 : 기혼자는 투석형, 미혼자는 태형 100대
④ 허위 간통 고발 또는 중상(qadhf) : 태형 80대
⑤ 배교(murtad) : 사형
⑥ 주취 또는 음주(syurb al-khamr) : 태형 80대[49]

한편 꾸란에 명확하게 계시되어 있지 않은 음주와 배교는 제외하고 절도, 강도, 간통 및 중상 등 4개 범죄로 국한하는 학자도 있다. 음주를 제외하는 이유는 꾸란에서는 음주를 돼지고기를 먹는 것이나 이자를 받는 것과 같이 금지된 것으로 계시하였지만 형벌은 언급되어 있지 않고 순나에만 처벌이 정해져 있기 때문이다 (Mohamed S. El-Awa, 2003).

후두드로 정해진 형벌도 범죄의 정황이나 피해자의 용서 등 여러 가지 조건에 의해 타지르로 처벌할 수 있는 여지가 있으며 이 문제에 대해서는 학파나 학자에 따라 관점이 매우 다르다. 예를 들어 간통죄의 경우 하나피학파의 창시자인 이맘 아부 하니파(Imam Abu Hanifa, 699~767)는 남성이 삽입하지 않고 여성의 신체 다른 부위만을 만지는 방법으로 욕구를 충족한 경우에는 후두드를 적용하지 않고 타지르로 처벌할 수 있다고 본다. 그러나 다른 학파의 이맘 말리크(Imam Malik, 713~795), 이맘 샤피(Imam Shafi'ee, 767~819) 등은 삽입 여부에 상관없이 무조건 후두드로 처벌해야 한다고 주장한다(Mohammad Shabbir, 2002). 또한 후두드형벌이 혹독한 만큼 판결에 신중해야 하므로 판사는 반드시 범죄사실에 대해 분명한 심증을

48) 각주 35번 참조. 말레이시아에서는 qazaf라고도 쓴다..
49) 샤피학파는 음주죄에 대해 태형 40대로 주장한다.

가져야 하며 조금이라도 의심이 있다면 후두드는 피해야 한다고 강조한다(Abdur Rahman, 2007).

2) 타지르

타지르(Ta'azir)[50]는 꾸란이나 하디스에 형벌이 특정되어 있지 않아 판사의 지혜에 근거하여 내리는 형벌을 뜻한다(Mohammad Shabbir, 2002). 후두드로 정해진 범죄 외에는 타지르의 범주에 속하며 타지르 원칙 하에서 실정법에 규정된 형벌은 태형, 구금, 벌금, 경고나 교육 등이다. 일반적으로 서구법체계를 도입한 현대 무슬림국가들의 샤리아형법은 대부분 타지르형벌에 기반하고 있으며 예외적으로 후두드를 적용하기도 하는데 이는 말레이시아와 인도네시아도 마찬가지이다.

3) 끼사스

보복법이라고도 하는 끼사스(Qisas)는 고의적인 살인죄 또는 살인 및 상해에 대한 "평등의 법(Law of Equality)"이나 "동등한 보복"이라는 의미를 가진다(Mohamed S. El-Awa, 2003). 배상금에 해당하는 디야(diyah)[51]도 끼사스의 범주에서 논의된다. 끼사스에 처할 경우 고의로 살인을 범한 범죄자의 사형을 피해자 가족이 직접 집행할 수 있으며 용서할 경우에는 배상금을 받을 수 있다. 끼사스형벌을 정한 이유는 이슬람 이전 시대와 같은 무한보복으로 인한 무질서와 혼란을 방지하기 위한 것으로 이슬람법에서는 끼사스로 처벌하거나 가해자를 용서하기 위한 요건을 매우 까다롭게 정하고 있다.

나. 후두드 논쟁

이슬람의 가장 중요한 기본원리인 샤리아를 전면 시행하는 것을 이상으로 삼는 보수적인 무슬림들은 후두드와 끼사스 형벌을 전면 도입해야 한다고 주장하며 실제로 사우디아라비아, 이란 등 일부 이슬람국가들은 이를 실현하고 있다.[52] 그러나 다

50) ta'zirat, ta'zir 또는 takzir라고도 표기한다.
51) 복수는 diyat라고 쓰는데 본고에서는 말레이시아에서 통용되는 diat로 표기를 통일한다.

인종, 다종교 국가인 말레이시아와 인도네시아에서는 손목 절단형이나 투석형 등 후두드와 끼사스 형벌을 시행하려는 시도가 몇 차례 있었지만 숱한 정치·종교적 논란을 불러일으킨 채 실제로 이를 실행에 옮기지 못하고 있다. 말레이시아의 경우 가장 보수적인 지역인 끌란딴(Kelantan)주가 1993년 11월 25일 후두드 시행을 위한샤리아형법조례(Enakmen Undang-undang Kanun Jenayah Syariah 1993 (Hukum Hudud))를 주의회에서 통과시켰으나 연방정부의 반대로 발효되지 못했으며, 2003년 9월 25일 떠렁가누(Terengganu)주도 샤리아형법조례(Enakmen Kesalahan Jenayah Syariah (Hudud Dan Qisas) Terengganu)를 공포하였으나 연방정부와 NGO들의 반대에 부딪혔다.[53] 인도네시아의 아쩨주 역시 2009년 9월 투석형 등 후두드형벌을 규정한 까눈을 제정하려다가 중앙정부와 시민단체의 큰 반발에 야기한 바 있다.

Ⅲ. 태형

1. 일반형법의 태형

중동 일부 이슬람국가들처럼 샤리아를 전면 시행하는 나라에서는 이슬람사법체계로 일원화되어 있지만 샤리아와 일반사법체계가 병존하는 동남아시아의 무슬림 국가들은 일반형법과 이슬람형법이 동시에 시행되고 있다. 따라서 태형이 일반적인 형벌인 나라도 있지만 이슬람법에서만 인정되는 곳도 있다.

가. 말레이시아

말레이시아 일반형법의 형벌은 사형, 구금형, 태형, 벌금형 등 네 가지가 있다. 그

52) 최근 이란, 소말리아 등에서 간통죄를 저지른 자에 대해 투석형이나 살인죄를 저지른 자에 대해 끼사스를 적용하여 피해자의 가족이 교수형을 직접 집행한 사례가 외신을 통해 보도된 바 있다.

53) 마하티르 총리 집권시의 연방정부는 후두드형벌을 포함한 샤리아형법이 시행될 경우 말레이시아의 경제를 지탱하는 중국계 자본이 이탈하고 외국인 투자가 줄어들 것을 우려하였다.

중 태형은 영어법전에는 whipping[54], 말레이어법전에는 스밧(sebat)으로 명시되어 있으며 흔히 등나무를 매로 사용한다 하여 로딴(rotan)[55]이라고도 한다. 말레이시아의 일반형벌법령에 정해진 태형은 크게 다음 두 가지로 나눌 수 있다.

1) 일반형법

일반 형사범의 경우 다음 네 가지 경우에 태형을 단독 또는 징역형과 벌금형에 병과할 수 있다.

① 형법(Penal Code)[56] 제376조 강간죄(횟수 규정 없음)
② 위험약물법(Dangerous Drugs Act 1953)[57] 제39A조[58] (제1호 위반은 3대 이상 9대 이하, 제2호 위반은 10대 이상)
③ 총기법(Fire Arms Act 1971)[59] 제8조 금지총기 소지죄(6대 이하)
④ 이민법(Immigration Act 2002)[60] 제56조 불법이민(6대 이하)

2) 행형규칙

교도소규칙(Peraturan-Peraturan Penjara 2000) 〔P.U (A) 325/2000〕 123(b)조에 규정된 도주하거나 도주를 시도한 수용자에 대해서는 태형에 처할 수 있다.

나. 인도네시아

인도네시아 형법에 규정된 형벌은 사형, 구금형[61], 벌금형 등 세 가지로 나눌 수

54) 영어로 lash 또는 canning, 인도네시아어로는 cambuk이라고도 하며 채찍질로 해석할 수도 있으나 양국 모두 동일하게 로딴(등나무)을 매로 사용하므로 일반적으로 통용되는 '태형'으로 번역하기로 한다.
55) 영어로는 rattan
56) Kanun Keseksaan (Akta 574)
57) Akta Dadah Berbhaya 1953
58) 이 규정은 가중처벌 조항으로 각 호에서는 마약의 종류와 양에 따라 형량을 달리 규정하고 있다.
59) Akata Senjata Api 1971
60) Akta Imigresen 2002

있으며 태형은 포함되어 있지 않다. 이슬람법의 경우에도 기본법인 종교사법에 관한 법률(Undang-Undang Peradilan Agama)[62]은 가족, 상속과 민사에 관한 사항만 규정하고 있으므로 형벌규정은 존재하지 않는다.

2. 샤리아형법의 태형

가. 말레이시아

1) 연방지구 샤리아형법

무슬림을 대상으로 하는 말레이시아 연방지구샤리아형법에서 태형을 법정형의 하나로 정하고 있는 범죄들은 다음과 같다.

① 연방지구에서 유효한 이슬람법이나 화트와와 배치되는 교리 전파(제4조)
② 근친상간(제20조)
③ 매춘 여성 및 부인 또는 여성아동에게 매춘을 시킨 자(제21조)
④ 포주(제22조)
⑤ 합법적인 부인이 아닌 여자와 성관계를 한 남자 및 합법적인 남편이 아닌 남자와 성관계를 한 여자(제23조)
⑥ 남자끼리의 동성애(제25조)
⑦ 여자끼리의 동성애(제26조)
⑧ 칼왓[63](제27조)

위에 열거한 죄명에서 알 수 있듯이 연방지구 샤리아형법에서는 태형을 정부의

61) 형법전 제10조에 규정된 구금형은 pidana penjara과 pidana kurungan 두 가지로 구분하고 있는데 전자는 종신 또는 최소 1일부터 최대 15년으로 정해진 기간 동안이며 가중하는 경우에도 20년을 초과하지 못한다. 후자는 최소 1일, 최대 1년간 구금할 수 있고 가중되는 경우에도 1년 4월을 초과할 수 없으며 양자 모두 노역의 의무가 있다.

62) 이하 '종교사법법'이라 한다. 인도네시아에서 모든 법령은 인도네시아어로만 공포, 출간되므로 법령제명과 용어를 모두 인도네시아어로만 표기하기로 한다.

63) 각주 31번 참조.

방침에 반하는 교리를 전파하는 행위를 제외하고는 모두 성관련 위반행위에 대한 형벌로 활용하고 있음을 알 수 있다. 또한 태형은 구금 또는 벌금형과 병과 할 수 있도록 규정되어 있고 선고 가능한 형량은 이상의 모든 죄목에 대하여 6대 이하이며 대상의 예외규정은 없다.

2) 슬랑오르주의 샤리아형법

수도 쿠알라룸푸르를 둘러싸고 있는 슬랑오르(Selangor)주의 샤리아형법조례(Syariah Criminal Offences Enactment (Selangor) 1995)[64]에는 다음과 같은 죄에 대한 형벌로써 태형을 규정하고 있다.

① 포주(제24조)
② 혼외성관계(제25조)
③ 자연법에 반하는 (비정상적인)성관계(제28조)

3) 빠항주의 샤리아형법

말레이반도 동부 빠항(Pahang)주의 경우 빠항 말레이 전통관습 및 이슬람종교행정조례(Pahang Islamic Religious Administration and Malay Traditional Practices Enactment 1982)[65]에 태형이 규정되어 있다. 이 법의 음주죄에 대한 태형 조항은 1987년 개정시 신설되었으며 유죄가 인정되는 자에 대해서는 벌금 5,000링깃 또는 최고 3년의 구금 또는 6대의 태형에 처하거나 병과할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 2005년 6월 빠항의 샤리아법원이 2명의 음주한 남성 무슬림 형제에 대해 태형을 선고한 적 있으나 집행 여부가 확인되지 않으며[66], 90년대 초 끌란딴(Kelantan)주에서 음주 남성에 대해 태형을 집행한 것이 마지막일 정도로 음주한 무슬림에 대한 태형집행은 남녀 불문하고 매우 드문 일임을 알 수 있다.[67]

---

64) Enakmen Jenayah Syariah (Negeri Selangor) 1995 〔Enakmen 9/1995〕
65) Enakmen Pentadbiran Agama Islam dan Adat Resam Melayu Pahang 1982.
66) 말레이시아 영자 일간지 New Straits Times, 2009. 7.23.
67) 싱가포르 영자 일간지 The Straits Times, 2009. 7.24.

나. 인도네시아 아쩨

아쩨에 거주하는 무슬림이 샤리아를 위반한 범죄에 대한 형벌은 개별 까눈마다 규정되어 있으며 크게 후두드와 타지르로 구분한다. 2009년도에 아쩨주의회에서 통과된 형법에 관한 까눈(Qanun Aceh tentang Hukum Jinayat) 제정안 제6조 제2항에서는 타지르에 따라 판사가 처할 수 있는 형벌(Uqubat Tazir)을 다음 6가지로 일목요연하게 정리하고 있다.

a. 태형
b. 벌금
c. 징역
d. 특정물품의 압수
e. 허가 및 권리의 박탈
f. 보상

도박에 관한 까눈에 의한 도박죄의 경우 공중 앞에서 태형 최소 6대, 최대 12대이며(제23조), 샤리아형법제정안에 규정된 가장 가벼운 범죄인 주류 제공 또는 판매가 태형 최대 20대(제13조), 아동에 대한 이크틸라스(ikhtilath)[68]는 최대 160대(법안 제23조)에 처할 수 있다. 아쩨주의 샤리아형법제정안에서 가장 문제가 되었던 것은 제5부 간음죄 조항에서 정한 후두드로 미혼인 경우 태형 100대, 기혼인 경우 투석에 의한 사형(제24조 제1항), 타지르형을 내릴 경우 최대 징역 40개월에 처할 수 있는(제24조 제2항) 규정들이었다.

3. 태형의 집행

가. 말레이시아

말레이시아에서 태형의 집행절차와 방법은 일반형사범의 경우 형사소송법

68) 친족이 아닌 남녀가 함께 섞여 있는 것

(Criminal Procedure Code) 〔Act 593〕[69], 아동법(Child Act 2001)[70], 도주죄를 범한 교도소 수용자의 경우 교도소규칙, 샤리아형사범의 경우는 각 주의 샤리아형사소송조례에 각각 구체적으로 규정되어 있다.

1) 형사소송법

가) 집행장소

태형만 선고 받은 경우에는 치안판사(Magistrate)[71]가 정한 장소에서 집행하며 구금형을 함께 선고 받은 경우에는 교도소에서 집행한다(제286조). 실무상으로는 태형만을 선고 받더라도 교도소에 구금하여 교도관이 집행하고 있다.

나) 집행시기

태형이 구금형에 병과 되었을 경우 선고일로부터 7일이 지나기 전까지 집행할 수 없으며, 구금이 14일까지 연장되는 경우 14일이 경과하기 전까지 집행할 수 없다. 또한 상소한 경우 상소법원(the appellate court)[72]에 의해 형이 확정되기 전까지 태형을 집행할 수 없으며, 상기 기간이 경과하거나 상소법원에 의해 형이 확정된 경우 즉시 태형을 집행해야 한다(제287조).

다) 집행방법

법률에 따라 태형은 상한선이 정해져 있기도 하고 없는 경우도 있으므로 판사는 태형의 횟수를 정하여 선고한다. 다만 태형은 단독형은 물론 병합의 경우에도 성인의 경우 24대, 청소년범죄자[73]의 경우에는 10대를 초과할 수 없다(제288조 제1항 및 제5항). 집행에 사용되는 매(rotan)는 직경이 1/2인치를 넘을 수 없으며(제2항),

69) Kanun Prosedur Jenayah. 〔Akta 293〕
70) Akta Kanak-kanak 〔Akta 611〕
71) Majistret
72) Mahkamah Rayuan
73) 말레이어로 pesalah muda, 영어로는 youthful offender인데 법령에 따라 범죄자 또는 위반자로 의역하였다. 형사소송법 제1조 개념규정에 의하면 18세 이상 21세 미만으로 유죄가 인정되어 구금형 또는 벌금형을 받을 수 있는 자를 말하나, 연방지구와 슬랑오르주의 샤리아형사소송법에는 10세 이상, 16세 미만인 자로 규정되어 있어 차이가 있다.

형법 제403조, 제404조, 제407조, 제408조, 제409조 및 제420조에 규정된 횡령, 배임 등 경제사범의 경우는 학교체벌의 방식으로 부드러운 매를 사용한다(제4항). 교도소에 구금된 일반형사범의 경우 간부 교도관이 판결 내용을 간략히 낭독한 후 집행관에게 명령을 내려 집행한다. 집행시 피집행자를 세운 채로 형틀에 묶고 양쪽에서 두 명의 직원들이 붙잡아 움직일 수 없게 한 후 둔부만 노출하여 로딴으로 때리는 방식으로 집행하는데 강도가 매우 세고 심한 상처를 남긴다.

라) 태형 선고의 제한 및 중지

태형은 여성과 사형을 선고 받은 자, 50세 이상인 자에 대해서는 선고할 수 없다(제289조). 태형집행시 의무관이 수형자의 건강상태 확인을 위해 배석하고 수형자가 건강함을 확인해야 하며(제290조 제1항), 집행 중에도 태형을 집행하기에 건강하지 않다는 의무관의 의견이 있으면 집행을 중지해야 한다(제2항). 한편 청소년범죄자는 의무관 배석 없이 집행 할 수 있으나 이 경우 법원이 수형자가 건강하다는 의견을 제시해야 한다(제3항).

2) 아동법

소년사법 및 아동보호의 기본법인 아동법 제92조는 아동의 보호를 위해 형벌 중 특히 태형의 집행방법을 별도로 규정하고 있는데 그 구체적인 조항은 다음과 같다.

① 태형집행 전에 의무관은 아동이 집행에 적합한 건강상태인지를 검사해야 한다.
② 집행관은 아동의 피부가 찢기지 않도록 머리 위로 손을 들지 않고 보통 힘으로 가벼운 로딴을 사용해야 한다.
③ 매질을 가한 후 매를 당기지 말고 위로 들어 올려야 한다.
④ 태형은 얼굴, 머리, 가슴과 치부를 제외한 어떤 신체 부위에도 가할 수 있다.
⑤ 대상아동은 옷을 입어야 한다.
⑥ 태형집행 중에 남은 태형을 집행하기에 적합하지 않다고 의무관이 판단할 경우 태형집행은 중지되어야 한다.

이상의 규정에서 알 수 있듯이 성인은 하의를 벗기고 집행하는데 비해 아동은 옷을 입으며 피부에 상처를 남기지 않도록 매질방법을 제한하는 내용이 성인형사법의 태형집행과 다른 점이다.

3) 교도소규칙

교도소규칙 제131조부터 제134조까지 태형에 관해 규정하고 있다. 형사소송법상 태형집행 절차와 방법과 큰 차이가 없으나 수형자의 둔부에 행해진다고 매질의 부위가 특정되어 있고, 매는 성인의 경우 직경이 1.25cm를 넘지 않아야 하며 청소년 수용자에게는 더 가벼운 매를 사용하도록 규정되어 있는 점이 다르다. 또한 수용자에 대한 태형은 교도소 내에서 집행하며 태형을 결정 받은 후부터 24시간 내에 집행하되 분할해서 집행할 수 없도록 되어 있다.

4) 슬랑오르 샤리아형사소송조례

샤리아형법상 태형의 집행에 대해서는 연방지구 샤리아형사소송법(Syariah Criminal Procedure (Federal Territories) Act 1997 〔Act 559〕)[74]처럼 구체적인 절차의 명문규정이 없는 경우도 있는데 비교적 상세한 규정을 두고 있는 슬랑오르샤리아형사소송조례(Syariah Criminal Procedure Enactment (Selangor) 2003)[75] 제125조 및 제126조를 통해 샤리아태형 집행의 절차와 방법에 대해 살펴보기로 한다.

가) 태형의 집행도구

태형의 도구는 손잡이가 없는 로딴(등나무)이나 나뭇가지로 마디나 관절이 없어야 하며, 길이는 1.22미터이고 두께는 1.25센티미터를 넘지 않아야 한다.

나) 검진 및 집행연기

태형을 집행하기 전에 의무관이 검진을 해야 하며, 위반자가 임신 중일 경우에는

74) Akta Prosedur Jenayah Syariah (Wilayah-wilayah Persekutuan) 1997. 〔Akta 560〕
75) Enakmen Tatacara Jenayah Syariah (Negeri Selangor) 2003

출산 또는 유산 후 2개월 뒤로 집행을 연기해야 한다.

다) 집행장소

집행은 법원 또는 주정부에 의해 정해진 장소에서 하되 의무관 앞에서 실시하여야 한다.

라) 집행자

태형의 집행자는 정의롭고 성숙한 자로 임명하여야 한다.

마) 집행방법

집행자는 통상적인 힘으로 태형도구를 사용하여야 하며 수형자의 피부에 상처를 입히지 않도록 머리 이상 그 손을 들어 올리지 않아야 한다. 또한 태형을 한 대 때린 후 태형도구를 위로 들어 올려야 하며 내리지 말아야 한다. 태형은 얼굴, 머리, 배, 가슴 또는 은밀한 부위를 제외하고 신체 전체에 가한다.

말레이시아에서 샤리아태형의 경우 실제 집행장면은 공개된 적 없으나 2009년 4월 23일 총리부 소속의 이슬람발전청(Jabatan Kemajuan Islam Malaysia, JAKIM)[76]이 개최한 "샤리아범죄에 대한 태형" 세미나에서 시연한 내용을 보면 남성에 대한 샤리아태형은 일반형사범의 태형과 동일하게 형틀에 고정시키는 방식으로 집행한다는 것을 알 수 있다. 지난 2010년 2월 내무부에서 최초로 여성에 대해 샤리아태형을 집행한 후 공개한 재연장면을 보면 판결내용 낭독 등 절차는 형법상 태형과 동일하나 이슬람식으로 신체를 완전히 가린 옷[77]을 입고 의자에 앉힌 채 등을 때리는 형식으로 집행하며 남성에 비해 강도는 약한 편이다.[78]

76) JAKIM은 이슬람사법 및 이슬람 진흥을 총괄하며 1980년대 샤리아사법개혁을 주도하였다.

77) 이슬람식 복장이라 함은 남자는 긴팔 상의와 긴 바지, 여성은 머리를 가리는 뚜둥(tudung)을 쓰고 바주 꾸룽(baju kurung)이라는 원피스 형태의 긴 옷으로 얼굴을 제외한 신체(aurat)를 완전히 가리는 것을 말한다. 무슬림여성의 머리에 쓰는 스카프를 인도네시아에서는 질밥(jilbab)이라고 하며 지역이나 신조에 따라서는 눈을 제외한 얼굴까지 가리기도 한다. 말레이시아 끌란딴에서는 무슬림의 이슬람식 복장 착용을 자치규칙으로 정해 의무화하고 있고, 인도네시아 아쩨주에서도 신체굴곡이 드러나는 옷을 입은 여성을 단속하고 있다.

78) 까르띠까 사건에서 알 수 있듯이 말레이시아에서는 여성에 대한 태형을 집행한 전례가 없고 관련

바) 피집행자

수형자는 이슬람법(hukum Syarak)79)에 맞는 옷을 입어야 하며, 남자는 서서, 여자는 앉은 자세에서 집행한다. 만약 의무관이 수형자가 더 이상 태형을 받아들일 수 없는 상태라고 인정하면 남은 태형을 집행할 수 있도록 몸이 건강해질 때까지 집행을 연기한다. 만약 수형자가 태형만을 선고 받은 경우에는 태형이 집행될 때까지 구금한다.

사) 노령자

수형자가 고령 또는 병약 기타 사유로 인해 태형의 전부 또는 일부를 집행할 수 없다고 의무관이 판단하면 법원은 합리적이라고 생각되는 방식으로 형벌을 집행할 수 있도록 명령할 수 있다. 통상 50세를 노령자의 기준으로 보며 이는 다른 주의 샤리아형법조례들도 마찬가지이다.

아) 집행시기

구금형에 대한 부가형으로 태형을 선고 받은 피고인이 항소했을 경우에는 항소법원이 인정한 경우에만 이를 집행할 수 있으며 이 인정명령을 접수한 후에 즉시 형을 집행해야 한다.

나. 인도네시아

아쩨에서 태형의 집행은 2001년 아쩨자치법 제정으로 샤리아법원이 설치되고 자치조례인 까눈 제정이 허용된 이후인 2004년부터 시작되었다. 아쩨의 경우 주류에 관한 까눈 제8장 “우쿠밧의 집행”에 태형의 집행방법이 매우 구체적으로 규정되어 있는데 관련 조항을 살펴보면 다음과 같다.

규정도 없어 이슬람사법당국과 교정당국이 서로 집행의 책임을 미루는 등 혼선을 빚기도 했다. 유투브(www.youtube,com)에 말레이어로 태형을 뜻하는 'hukuman sebat(태형)'을 쳐보면 과거 말레이시아의 교도소에서 촬영된 실제 태형집행 장면과 최근 내무부가 까장여자교도소에서 공개한 샤리아 위반 여성에 대한 태형집행의 재연, 2009년 4월 JAKIM 주최의 세미나에서 시연한 샤리아 태형의 모의집행 장면이 담긴 동영상들을 찾아 볼 수 있다.

79) 후꿈 샤락. 이슬람법과 동의어로 자주 쓰이는 어휘이다.

① 집행관 : 일반공소관검사[80]에 의해 지명된 자가 태형을 집행한다(제31조 제1항).
② 집행장소 : 태형은 지명된 일반공소관검사와 의사가 참석하고 많은 사람이 볼 수 있는 장소에서 집행한다(제33조 제1항).
③ 도구 : 매질은 0.75 입방센티미터, 둘레 1센티미터, 길이 1미터로 끝이 갈라지지 않은 등나무로 한다(제33조 제2항).
④ 부위 : 매질은 성기, 가슴, 무릎, 얼굴 및 머리를 제외한 신체에 한다(제33조 제3항).
⑤ 강도 : 매질이나 타격은 상처를 입지 않을 정도로 한다(제33조 제4항).
⑥ 자세 : 남자는 신체를 가리는 얇은 옷을 입고 지주 없이 선 채로 묶지 않고 집행한다. 다만 여자는 머리부터 덮은 옷을 입고 앉은 채로 집행한다(제33조 제5항).
⑦ 임부 : 임신한 여성에 대한 매질은 출산 60일 이후에 행한다.
⑧ 집행연기 : 집행 중에 의사의 소견에 의한 수형자를 위험하게 할 사항이 발생할 때에 잔여분의 집행은 가능할 때까지 연기한다(제34조).

실제 집행장면을 보면 태형을 받는 자는 흰색 이슬람식 복장을 하되 얼굴은 노출하며 집행자도 온 몸을 가리는 이슬람식 복장은 물론 두건으로 얼굴까지 가리고 이슬람사원 앞에 모인 대중이 보는 가운데 종교의식처럼 집행하는 점이 특이하다. 매질의 강도는 말레이시아의 일반형법상 태형에 비해 현저히 약한 편으로 공개적인 형벌집행을 통해 무슬림들의 계율위반을 예방하려는 교육적 효과에 치중하고 있음을 알 수 있다.[81]

다. 양국의 제도 비교

이상의 법조항 및 실제 집행장면으로 미루어 볼 때 말레이시아의 형법상 태형은

80) 인도네시아어로 jaksa penuntut umum이며 형사소송법(Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana)상 공소를 제기하고 유지하는 검사를 말한다. 아쩨 샤리아형법의 특징 중 하나가 샤리아검사와 이슬람사법경찰이 별도로 있는 말레이시아와는 달리 일반검사와 사법경찰이 샤리아법을 집행한다는 점이다.
81) 유투브에서 인도네시아어로 “cambuk di aceh(아쩨에서 태형)”라고 검색어를 쳐보면 아쩨의 실제 공개 태형집행 장면을 촬영한 동영상들을 볼 수 있다.

남자의 경우 매우 강도 높게, 신체 부위에 직접 가하지만 샤리아태형의 경우는 비교적 가볍게 집행한다는 점에서 계율위반에 대한 경각심을 일깨우는 교육적 효과를 강조한다는 것을 알 수 있다. 또한 말레이시아는 일반형법과 샤리아형법상 태형 모두 철저히 비공개로 교도소 내에서 집행하지만 아쩨는 대중 앞에서 집행한다는 것이 큰 차이점이다.

여성에 대한 태형은 말레이시아에서는 2010년 2월 이전에는 일반형사범은 물론 샤리아형법 위반 여성에 대해서도 집행한 전례가 없었기 때문에 절차에 대한 세부 규정이 없었으며 최근 내무부에서 공개한 집행 내용을 보면 아쩨의 방식과 거의 유사하지만 비공개라는 점이 다르다. 또한 말레이시아와는 달리 아쩨는 공개적인 태형집행을 통해 일반예방적 효과를 주요 목적으로 삼고 있는 것으로 보이며 양국 모두 샤리아태형은 이슬람 원리에 충실한 교육적 형벌임을 강조하고 있다.

Ⅳ. 여성에 대한 태형

1. 말레이시아의 사례

가. 까르띠까 사건

까르띠까 사리 데위 슈까르노는 시간제 모델이자 말레이계 싱가포르인과 결혼하여 2명의 자녀를 둔 말레이계 무슬림 여성이다. 그녀는 2008년 7월 12일 새벽 1시 20분경 말레이시아 빠항(Pahang)주 동해안에 위치한 휴양지 체라팅(Cherating)의 한 리조트 바에서 맥주를 마시다가 주이슬람종교청의 불시단속에 적발되었다.[82] 그녀는 빠항주의 샤리아법에 의해 기소되었으며 2009년 7월 20일 꾸안딴샤리아고등법원(Mahkamah Tinggi Syariah Kuantan)[83]으로부터 벌금 5,000링깃과 함께 태형 6대를 선고 받는다. 여성에 대해 태형을 선고 할 수 없는 일반형법과는 달리 연방지

82) 이슬람종교청은 말레이어로 Jabatan Agama Islam이라고 하며 연방지구 및 각 주정부 소속기관으로 이슬람법 관할에서 이슬람 진흥업무는 물론 사법경찰 및 검찰의 역할을 수행한다.

83) 꾸안딴은 말레이반도 동해안에 위치한 빠항주의 주도이다.

구의 샤리아형법과 빠항, 뻐를리스, 끌란딴주의 샤리아형법조례에서는 태형이 남녀 구분 없는 보편적인 형벌로 규정되어 있기 때문이다. 한편 8월 18일 꾸안딴샤리아 고등법원은 샤리아검사(pendakwa Syarie)의 청구에 의해 까르띠까를 슬랑오르주의 까장여자교도소(Penjara Wanita Kajang)에 8월 24일부터 7일간 구금하여 태형을 집행하라는 명령을 내렸으며 구금 7일 이내에 여성교도관에 의해 태형을 집행하며 집행 즉시 석방하라는 2건의 다른 청구도 승인하였다.[84)]

그러나 이 판결이 국내외에 큰 파장을 일으키는 등 예기치 못한 상황 전개에 따라 2009년 8월 24일 태형 집행을 위해 까르띠까를 태운 호송차량이 교도소로 이동 중에 갑자기 집행연기가 통보되었다. 이 과정에서 집행을 강행하려는 주이슬람종교청과 여성에 대한 태형을 집행할 전문인력이 없다며 집행을 꺼리는 연방정부 사이에 갈등이 표출되었다. 당시 샤리아고등법원 판사는 라마단 금식월을 존중하기 위해 집행을 연기했다고 밝혔으나 주이슬람청 샤리아검사장[85)]은 샤리아법원으로부터 집행연기에 대한 어떠한 통보도 받지 못했다고 주장했다. 집행 당일 까르띠까의 자택에서 차량으로 500m 가량 이동한 상태에서 동행하던 주이슬람종교청 공무원이 한 통의 전화를 받은 후 갑자기 상부로부터 지시로 집행을 연기한다고만 말해 까르띠까가 경위를 의심하여 경찰에 신고하는 해프닝도 벌어졌다.[86)] 주샤리아법원에서 선고한 태형은 샤리아고등법원이 발부한 집행영장(warrant)[87)]에 의해 주이슬람청 샤리아검사의 지휘를 받아 내무부 소속 교도소에서 집행하도록 되어 있어 연방정부의 협조 없이는 주샤리아법에 의한 형벌의 집행이 불가능하다. 연일 사태가 확대되자 총리까지 나서서 까르띠까는 아직 항소할 수 있다고 진화하고 나섰으나 항소기간이 이미 만료되어 주이슬람의 최고책임자인 술탄(sultan)[88)]의 사면권 행사 외에는

84) 말레이시아 영자 일간지 The Star, 2009. 8.19.

85) 말레이로는 Ketua pendakwa Syarie.

86) 말레이시아 말레이어 일간지 Berita Harian, 2009. 8.25.

87) 말레이어로 waran.

88) 말레이반도의 9개주에는 통치자인 술탄이 현존하며 이들이 모인 통치자회의(Majilis Raja-Raja)에서 5년 임기의 국왕(Yang Di-Pertuan Agung)을 선출하며 연방헌법에 의해 각 주의 이슬람에 대한 최종적인 책임을 진다. 페낭, 멀라까, 사바, 사라왁 등 4개주는 역사적인 이유로 술탄이 없고 국왕이 임명한 통치자(Yang di-Pertua Negeri)만 있으며 이들은 통치자회의에 참석권은 있으나 국왕선출권 및 피선출권이 없고 이들 4개주에서 이슬람의 최고 책임자는 국왕이다. 인도네시아도 족자카르타, 발리 등에 술탄이나 라자(Raja)가 현존하지만 통치권이 없는 상징적 존재에 불과하다.

구제방법이 없어 사회적 논란만 가중되었다.[89] 결국 국내외 여론을 감안하여 빠항주의 왕세자 Tengku Mahkota Tengku Abdullah Sultan Ahmad Shah[90]가 2010년 3월 3일 까르띠까를 직접 면담한 후 4월 1일 샤리아형사소송조례(Pahang Syariah Criminal Procedure Enactment 2002)[91]에 규정된 술탄의 고유한 특권에 의거, 까르띠까가 초범이며 여성임을 감안하여 태형 선고를 취소하고 사회봉사로 대체하기로 결정하면서 수개월에 걸친 논란은 종식되었다.[92]

나. 논쟁

이 판결은 말레이시아는 물론 한국 등 해외언론에서도 크게 다루면서 논란을 불러 일으켰다.[93] 말레이시아에서는 음주로 적발된 남자 무슬림조차도 태형을 선고받은 사례가 드물며 여성에 대해서는 어떠한 범죄로도 태형이 선고되거나 집행된 적이 없었으므로 특히 여성계에 큰 충격을 주었다. 선고 직후 까르띠까는 항소를 포기하고 다른 무슬림들에게 교훈을 주기 위해 조속히 공개적으로 태형을 집행해달라고 요청하였으나 샤리아법원의 입장을 옹호하며 집행을 찬성하는 측과 이를 반대하는 세력 간의 논쟁이 격화되면서 파문이 확산되기에 이른다.

샤리아는 물론 일반형법에 규정된 모든 태형을 반인권적 형벌로 보고 즉각적인 폐지를 주장하는 변호사협회(The Malaysian Bar Council)나 인권단체는 물론 그동안 이슬람법과 이슬람법원에 대한 직접적인 언급을 삼가던 무슬림여성들조차도 비판의 목소리를 높였다는 점은 주목할 만한 변화였다. 여성·가족사회개발부 장관인 샤리잣 압둘 잘릴(Shahrizat Abdul Jalil, 여성)은 이 사건으로 여성들이 소외감을 느끼고 국가 이미지와 이슬람법의 권위가 손상되는데 유감을 표명하여 과도한 형벌 선고로 논란을 일으킨 주이슬람사법당국을 간접적으로 비판한 바 있다.[94] 여

89) Berita Harian 및 Utusan Malaysia, 2009. 8.26.

90) 빠항의 왕세자는 현 술탄의 넷째 아들로 주이슬람 최고기구인 말레이전통 및 이슬람종교회의 의장(Majlis Ugama Islam Dan Adat Resam Melayu Pahang)을 맡고 있다.

91) 말레이어로 Enakmen Tatacara Jenayah Syariah (Negeri Pahang) 2002.

92) 술탄의 사면에 따라 빠항주 말레이전통 및 이슬람종교회의에서 발송한 문서에 따르면 까르띠까는 2010년 4월 2일부터 빠항주 꾸안딴에 소재한 아동복지시설에서 3주간 사회봉사를 수행하도록 되어 있다(말레이시아 영자 일간지 The Star, 2010. 4. 2.).

93) 조선닷컴, 2009. 8.24.

성인권운동 연대인 The Joint Action Group for Gender Equality(JAG)을 대표하는 여성무슬림 NGO인 Sisters In Islam은 여성에 대한 태형 선고가 인권침해라며 판결의 재검토와 집행연기를 촉구하였고, 공립 말라야대학교 총학생회의 무슬림여학생들이 까르띠까를 위로 방문하였다. 또한 말레이계무슬림의 대변지로 보수성향의 Utusan Malaysia(말레이어 일간지)에 "여성은 하찮게 여겨진다고 느낀다"는 제목으로 이슬람법과 이슬람법원이 공평하지 못하다고 비판하는 비교적 과격한 여성독자의 독자투고가 실리기까지 했다.[95] 반면 신성한 이슬람법에 간섭하는 것은 부당하다며 샤리아변호사회(Persatuan Peguam Syarie Malaysia) 등 보수적인 무슬림단체들이 여성단체들을 경찰에 고발하였고, 2009년 10월에는 태형에 대한 편견을 바로잡기 위한 세미나가 빠항이슬람종교청 주관으로 열리기도 했다.

한편 까르띠까 사건이 진행되던 와중에 내무부장관은 2010년 2월 9일 성적 일탈로 샤리아법을 위반한 여성 3명에 대해 까장여성교도소에서 연방지구 샤리아형법 제23조 제2항[96]에 의거 최초로 태형을 집행했다고 발표하고 집행장면을 대역으로 재연한 장면을 언론에 공개하였다.[97] 이어 부총리는 샤리아법원의 여성에 대한 태형 선고는 합법적이며 각 주의 이슬람사법당국은 이를 국내외적으로 적극 설득해야 한다는 취지의 발언을 했다. 이러한 정부의 조치와 입장은 까르띠까 사건으로 실정법에 규정된 여성에 대한 태형이 부당한 것처럼 여겨지는 사태를 막고 태형이 샤리아에 의한 정당한 형벌임을 대내외적으로 부각시키려는 의도로 보인다.[98]

94) 말레이시아 말레이어 일간지 Berita Harian 및 Utusan Malaysia, 2009. 8.26.

95) "Wanita rasa diremehkan", Utusan Malaysia, 2009. 8.29.

96) 연방지구 샤리아형법 제23조 제2항의 규정은 다음과 같다. "합법적인 남편이 아닌 남자와 성관계를 한 여성은 유죄가 인정되면 5천 링깃을 초과하지 않는 벌금 또는 3년을 초과하지 않는 구금 또는 6대를 초과하지 않는 태형에 처하거나 또는 이상의 형벌들을 병과할 수 있다." 이는 후두드형벌에 해당하는 간통을 타지르로 처벌하도록 규정한 예이다.

97) Berita Harian, 2010. 2.18. 당시 내무부장관은 특히 여성에 대해서는 샤리아법의 태형이 교육적 형벌임을 강조하였다.

98) The Star 2010. 2.19.

2. 인도네시아의 사례

인도네시아에서 샤리아를 가장 엄격하게 시행하고 있는 아쩨는 2006년 자치권을 획득하고 샤리아가 전면 시행된 이래 날로 샤리아법이 강화되는 경향이 있으며 여성에 대한 태형 선고가 늘고 있어 국내외의 주목을 받고 있다. 여성에 대한 태형 집행 사례로는 2010년 8월 6일 아쩨주의 삐디 자야(Pidie Jaya)에서 간통죄(mesum)를 범한 Zuraida binti Bagindo Ilyas(30세)는 이슬람사원 앞에서 공개적으로 상대방 남자와 함께 8대의 태형을 집행당했으며[99], 같은 해 10월 1일에는 아쩨 버사르(Aceh Besar)에서 수백 명의 군중이 지켜보는 가운데 라마단 기간의 낮에 밥을 판 죄로 Murni binti Amris(27세)와 Rukiah binti Abdullah(22세)에 대해 각각 3대와 2대의 태형을 역시 이슬람사원 앞에서 집행하였다.[100]

Ⅴ. 비판적 검토

1. 이슬람과 이슬람법의 측면

태형은 이슬람법에서 가장 근본적인 법원으로 간주하는 꾸란과 순나에 근거한 형벌이라는 점에서 무슬림들에게는 타협의 여지가 적다. 이슬람법학자들은 꾸란의 계시에 근거하여 이슬람에서 모든 법의 원천은 알라이고 알라 혼자만이 결정할 수 있다고 본다(Imran Ahsan Khan Nyazee, 1994). 또한 이슬람법은 알라가 창조한 모든 관점과 분야를 포괄하는 완전한 법으로 특정 시점이나 일시적인 시기에 국한되지 않으므로 모든 시대에 적합하다고 한다. 따라서 이슬람법학에서는 이슬람법과 모든

---

99) 인도네시아 인도네시아어 일간지 TEMPO Interaktif 인터넷판, 2010. 8. 6. 적용죄목은 칼왓/머순에 관한 까눈 위반으로 최대 9대, 최소 3대의 태형이 규정되어 있다

100) 인도네시아 인도네시아어 일간지 KOMPAS 인터넷판, 2010.10. 2.. 이슬람력으로 9월에 해당하는 라마단월 기간은 금식월로 무슬림들은 해가 떠 있는 동안 음식을 섭취하거나 팔 수 없다. 이들에 대해 적용된 죄목은 아키다, 이바다 및 이슬람의 숭고함 영역에서 샤리아 이슬람 집행에 관한 까눈 제22조 제1항 위반이다.

형벌은 분리될 수 없으며 그 일부만 받아들이고 일부는 거부하는 것도 있을 수 없다고 한다(Mahmud Saedon, 1996).

그럼에도 불구하고 실제로는 이슬람의 각 그룹[101)]이나 학파, 지역이나 전통, 식민지경험 등 다양한 요인에 의해 이슬람법이 제정·적용되고 있다. 즉 말레이시아에서는 다종교, 다인종 국가의 특성상 당장 실현이 어려운 후두드의 적용은 보류하고 샤리아판사의 재량이 허용되는 타지르를 적용한 샤리아형법을 우선 시행하는 경향이 있다. 인도네시아는 기본적으로 샤리아형법은 인정하지 않되 예외적으로 지역적 특성에 따라 예외적으로만 인정함으로써 종교를 둘러싼 갈등을 최소화하려는 노력을 하고 있다. 따라서 말레이시아와 인도네시아는 물론 대부분의 무슬림국가에서 샤리아형법의 전면적인 시행을 둘러싸고 원칙을 앞세우는 보수세력과 현실과 타협하려는 실용주의세력 간의 갈등이 끊이지 않으며 이는 극단적인 대립까지도 야기하고 있는 실정이다. 말레이시아에서는 보수성향이 강한 끌란딴과 떠렁가누에서 후두드가 포함된 이슬람형법을 실현하려는 노력이 계속 되고 있으며, 샤리아를 옹호하는 정부와 무슬림지식인들의 발언권도 날로 강화되는 추세이다.[102)] 반면 까르띠까 사건을 계기로 여성과 태형에 대한 보수적인 이슬람세력의 태도를 비판하는 목소리가 비무슬림 뿐만 아니라 무슬림사회 안에서도 분출되기도 했다. 한편, 인도네시아의 아쩨는 오랜 세월에 걸친 독립투쟁을 거치면서 정부에 의해 박해 받고 인권이 유린되는 지역으로 알려지면서 서방지식인과 인권단체들의 많은 지지와 후원을 받았으나 최근 엄격한 샤리아형법 시행과 특히 여성에 대한 태형집행으로 서방세계는 물론 국내 시민사회로부터도 많은 비판을 받고 있다. 또한 인도네시아는 1945년 독립 당시 기본법(Undang-Undang Dasar, 헌법) 제정안에서 많은 논란 끝에 채택되지 않았던 샤리아를 다시 삽입하려는 무슬림세력들의 노력이 계속되고 있으며 이는 이슬람국가 건설과 샤리아의 전면 시행을 주장하는 제마 이슬라미야

---

101) 이슬람은 예언자 무함마드의 후계자로 누구를 인정하는지에 따라 순니(Sunni)와 쉬아(Shyiah)로 나뉜다. 말레이시아, 인도네시아, 브루나이, 태국, 필리핀 등 동남아시아 대부분의 무슬림들은 순니파이며 말레이시아의 경우 쉬아파 교리를 전파하는 것 자체를 금기시한다.

102) 말레이시아는 말레이계 무슬림(UMNO), 중국계(MCA), 인도계(MIC)를 대변하는 여 3당이 연합한 BN(Barisan Nasional) 정권이 1958년 독립 이래 계속 집권하고 있다. 따라서 정부여당은 인종 및 종교 간의 세력균형을 유지하고 급진 이슬람세력의 발호는 견제하면서도 국민의 다수를 차지하는 말레이계 무슬림들의 이익을 우선 고려하는 입장을 취하고 있다.

(Jemaah Islamiya)[103] 같은 극단적인 무장세력의 등장으로까지 이어졌다.

2. 법리적 측면

가. 과잉형벌

말레이시아 형법 제376조 강간죄는 횟수규정 자체가 없으며 위험약물법 제39A조 제2호 위반은 10대 이상으로 과도한 형벌이라는 비판이 제기되는데 비해 연방지구 및 각 주의 샤리아형법은 태형을 6대 이하로 규정하고 있다. 이는 타지르형벌만 규정한 각주의 샤리아형법은 비교적 가벼운 범죄인 계율위반 행위가 주류를 이루고 있기 때문이다. 반면 끌란딴과 떠렁가누의 후두드 형벌조례는 꾸란과 순나의 형벌을 그대로 따름으로써 가혹한 형벌규정이라는 비판을 받은 바 있다.

아쩨의 경우도 후두드를 적용한 샤리아형법제정안에 주류 제공 또는 판매가 태형 최대 20대, 아동 관련 죄는 최대 160대, 간음죄를 범한 미혼자는 100대로 규정하고 있어 말레이시아 샤리아태형의 최고 6대에 비하면 매우 무겁다. 물론 후두드의 경우 꾸란에 형벌이 정해져 있는 범죄로 임의로 변경이 불가능하다는 점을 감안하더라도 주류판매 같은 가벼운 범죄에 대해서도 지나치게 형량이 높게 규정되어 있는 셈이다.

나. 태형선고자의 구금

말레이시아의 슬랑오르샤리아형사소송조례에는 태형만을 선고 받은 경우에는 교

103) 흔히 JI로 줄여 부른다. 1990년대 초 아부 바까르 바쉬르(Abu Bakar Bashir) 등이 창설하였으며 말레이시아, 인도네시아, 브루나이, 싱가포르, 태국과 필리핀 남부에 걸친 이슬람국가 건설을 목표로 하고 알 카에다와도 연관되어 있는 것으로 추정된다. 2002년과 2005년 발리, 2003년 자카르타 미국계 호텔, 2004년 주자카르타 호주대사관, 2009년 자카르타의 2개 미국계호텔을 목표로 폭탄테러를 저지르는 등 인도네시아 내 거의 모든 테러활동과 연관되어 있다. 말레이시아와 싱가포르에도 영향을 미치고 있는데 이들 두 국가는 JI 관련자에 대해 국내보안법(Internal Security Act)를 적용하여 재판 없이 구금하고 있는 반면 인도네시아는 JI 지도자이자 테러 배후인 바쉬르를 여러 차례 체포하고도 발리폭탄테러 처벌을 위한 특별법의 위헌판결, 일부 무슬림세력의 압력 등 요인으로 결국 경미한 처벌에 그친 사례가 있다. 바쉬르는 2010년 8월 9일 대통령 암살모의와 관련하여 인도네시아 공안당국에 의해 다시 체포되었다.

도소에 구금하여 태형을 집행한다고 규정하고 있어 단독형인 태형이 더 중한 처벌인 구금형을 수반하는 문제가 발생한다. 다른 주의 샤리아형사소송조례도 마찬가지 사정이어서 샤리아검사는 샤리아판사로부터 구금영장을 발부받아 태형을 집행하고 있는데 이에 불복한 피고인들이 제기한 여러 건의 소송이 현재 빠항주의 꾸안딴샤리아고등법원에 제기되어 있는 상태이다(Mahamad Naser bin Disa, 2009). 인도네시아 아쩨의 샤리아태형은 공개적인 장소에서 집행하도록 규정하고 있고 실제로 공개집행을 하고 있으므로 이러한 구금의 문제는 발생하지 않는다.

다. 연방정부 교도소의 태형 집행

까르띠까 사건에서도 드러났듯이 말레이시아 연방헌법에 의해 샤리아법의 입법권은 각 주에 위임되어 있지만 샤리아태형의 집행은 연방정부 교도소가 집행하는데 따른 논란도 끊이지 않고 있다. 현재 교정행정은 교도소법(Prison Act 1995 〔Act 537〕)[104)]에 의해 연방정부가 주관하고 있으며 주정부 산하에는 어떠한 구금시설도 없기 때문에 현실적으로도 태형은 연방정부의 교도소에서 집행할 수밖에 없다. 따라서 각 주가 샤리아형사소송조례에서 집행방법 등을 상세히 규정하더라도 결국은 교정청에서 정하는 방식에 따라 태형을 집행할 수밖에 없는 모순도 발생한다. 또한 연방정부로서는 주샤리아법원이 선고한 태형을 모두 도맡아 집행해야 하므로 정치·사회적 부담을 모두 질 수밖에 없는 구조이기도 하다. 사실 말레이반도의 일개 주에서 일어난 사소한 샤리아재판이 누구도 예기치 못한 국제적인 사건으로 확대된 데에는 이러한 태형집행의 이중적 구조가 한 몫을 하였다.

라. 입법상 미비

아직도 말레이시아 일부 주의 샤리아형사법조례에는 구체적인 태형집행의 절차와 방법이 규정되어 있지 않아 논란이 되고 있다. 이는 특히 여성에 대한 샤리아태형의 집행절차가 미비하여 혼선을 빚은 빠항주의 사례에서 크게 문제시되었으며, 뻐를리스(Perlis)주도 2006년 5월 샤리아형사절차조례(Enakmen Tatacara Jenaya Syariah

---

104) Akta Penjara 1995 〔Akta 537〕

2006)를 마련하고도 시행하지 못하다가 2010년 4월 22일에야 공포하기도 했다.

마. 모호한 규정

말레이시아 각 주의 샤리아형사소송조례에는 모호한 규정도 많이 지적되고 있는데 슬랑오르샤리아형사소송조례를 예로 들어 살펴보면 우선 제125조 제2항에는 태형의 도구인 로딴은 마디나 관절이 없는 나뭇가지여야 한다고 규정하고 있으나 그러나 사실상 마디나 관절이 없는 등나무는 없으므로 현실과 동떨어진 규정이다. 또한 동조례 제126조에는 "즉시 집행하여야 한다"고 하는데 그 기준이 명확하지 않으며, 제125조 제3항 (d)호에는 집행관은 "정의로워야 한다(adil)"고 규정하고 있지만 이 또한 너무 추상적인 개념이다. 한편 동조례 제125조 제3항 (h)호에 피집행자의 복장은 '후꿈 샤락'에 따라야 한다고 되어 있으나 이 또한 지나치게 광범위하고 모호한 규정이라는 비판이 제기되고 있다(Mahamad Naser bin Disa, 2009).

3. 인권적 관점

가. 인권규약 위배 여부

태형은 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights 1948) 제5조 "어느 누구도 고문이나, 잔혹하거나, 비인도적이거나, 모욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다"에 위배된다는 견해가 있다. 국제사회 일각에서는 말레이시아의 많은 법률, 특히 이슬람법(hukum Syarak)이 세계인권선언의 원칙들을 지키지 않는다고 비판한다. 그 외 시민·정치적 권리에 관한 국제 규약(International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR 1969), 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: CAT 1984)에 비추어 볼 때 말레이시아의 태형은 '고문' 또는 '잔인한 비인도적 또는 굴욕적인 처벌'이라는 비판도 있다(Mahamad Naser bin Disa, 2009). 물론 말레이시아는 위 협약들을 아직 비준하지 않고 있다. 이러한 국제인권단체들의 비판이 아니더라도 말레이시아에서 일반형사범에 대한 태형은

집행과정에서 신체에 상해를 가할 수 있고 육체적 고통을 남긴다는 점, 아쩨처럼 대중 앞에서 집행하는 경우 극도의 수치심을 안기므로 정신적 고통을 극대화한다는 점에서 태형은 근본적으로는 근대 인권사상에 부합하지 않는 부분이 있다. 더군다나 반사회적인 범죄가 아닌 음주나 금식 위반 같은 종교계율 위반 행위에 대해 신체에 직접 고통을 가하는 태형을 부과하는 것은 과도한 형벌로 비판 받을 소지가 많다.

나. 아동인권의 침해

슬랑오르샤리아형사소송조례에는 미성년자이자 명백한 아동연령인 만 10세 이상 16세 미만인 소년에 대해 태형을 면제하는 조항이 없다.105) 따라서 말레이시아가 비준한 바 있는 아동의 권리에 관한 협약(United Nations Convention on the Rights of the Child, UNCRC) 제37조 (a) "어떠한 아동도 고문 또는 기타 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 아니한다..." 및 제39조 "당사국은 모든 형태의 유기, 착취, 학대, 또는 고문이나 기타 모든 형태의 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 대우나 처벌, 또는 무력분쟁으로 인하여 희생이 된 아동의 신체적·심리적 회복 및 사회복귀를 촉진시키기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다"는 조항을 준수하지 않는다는 비판도 제기된다(Mahamad Naser bin Disa, 2009).

다. 사회적 약자와 태형

태형이 사회적 약자에게만 엄격하게 적용된다는 비판도 있다. 특히 말레이시아에서 가장 취약한 사회적 약자그룹이라고 할 수 있는 불법이민자에 대한 태형집행이 대표적인 사례이다. 말레이시아는 외국인근로자가 약 2백만 명에 달하는데 내무부에 따르면 2002년도 이민법 개정으로 태형을 도입한 이래 2008년까지 교정청(Department of Prison)106)에 의해 34,923명의 불법이민자들에 대한 태형이 집행되었다.107) 이는 형벌법령상 강간, 마약과 불법 총기소지 등 강력범에만 대해서만 태

105) 다만 동조례의 제128조에 청소년범죄자는 구금형에 처할 수 없다는 규정은 있다.

106) 말레이어로 Jabatan Penjara이다. 내무부(Kermenterian Dalam Negeri) 소속이며 교정과 소년보호 행정을 총괄하고 있다.

107) 말레이시아 영어 일간지 New Straits Times, 2009. 7. 6. 이민청의 공식통계에 따르면 말레이시아

형에 처해지는데 비해 불법이민은 행정범이라는 점에서 형평이 맞지 않아 형벌과잉이라는 비판을 면하기 어렵다.[108] 또한 말레이시아의 불법이민자들은 주로 인도네시아, 미얀마, 방글라데시, 네팔 등 저개발국 출신으로 자국정부로부터의 보호도 크게 기대하기 어려운 점을 감안하면 명백한 형벌적용의 차별이라고 볼 수 있다.

또한 까르띠까 사건 당시 한 무슬림여성이 독자투고에서 지적했듯이 고위층이나 남성들은 법적용을 이리저리 피해 가는데 비해 방어능력이 미약한 힘없는 서민과 여성에게만 샤리아법원이 지나치게 엄격하게 법을 적용해 태형이라는 무거운 형벌을 내린다는 정서가 있다.[109] 인도네시아에서도 비록 무슬림이 금식해야 하는 라마단 기간이지만 생계를 위해 식사를 판매한 서민층 여인들에게 공개태형까지 선고하는 것은 가혹하다는 여론도 있다.

Ⅴ. 맺음말

13세기 동남아시아에 본격적으로 이슬람이 전래되고 각 지역을 할거하던 군주(raja)들이 이슬람을 받아들이면서 비로소 통치수단으로서의 법에 눈을 뜨게 되었다. 그들은 샤리아를 기반으로 한 엄격한 법치를 통해 근대적인 통치체계를 갖추었으므로 이슬람은 매우 혁신적인 문명의 역할을 한 셈이다. 그러나 마치 투석형이나 손목절단형이 샤리아의 전부인양 받아들여지는 현대사회에서 이슬람법은 반문명적이고 반인권적이며 구시대적인 제도로 인식되고 있다. 따라서 무슬림국가들은 서구법체계를 도입하여 샤리아를 제도적으로 실현하는 동시에 보편적인 인권과 여성의 지위 등 기본권까지도 보장해야 하는 과제를 안게 되었다. 또한 무슬림국가들은 샤리아의 원칙을 지켜야 한다는 보수적인 무슬림들의 요구는 물론 태형을 반대하는 인권단체와 국제사회로부터의 강력한 비판을 동시에 받고 있는 실정이다. 그러므로 이

의 외국인근로자는 2007년 11월 기준 2,106.116명이다(SUARAM, 2008).

108) 물론 말레이시아는 인구나 경제규모에 비해 지나치게 많은 외국인근로자와 불법체류자 때문에 강력범죄나 국부유출 등 심각한 사회문제가 유발되고 있다. 따라서 불법체류를 강력하게 단속하기 위한 정책적 필요에 의해 이민법에 태형을 도입했다고 한다.

109) “Wanita rasa diremehkan”, Utusan Malaysia, 2009. 8.29.

슬람법의 태형은 단순한 처벌방식의 문제가 아니라 최근 무슬림국가들이 당면한 첨예한 사회문제를 구조적으로 이해할 수 있는 키워드임을 알 수 있다.

한편 이슬람권의 샤리아나 태형은 늘 외신의 관심을 끄는 소재임에는 틀림없으나 이슬람법에 대한 체계적인 지식 없이 사건을 다루다보니 흥미 위주로 흘러 본질적인 문제를 간과하고 있는 것이 사실이다. 그러나 앞서 살펴본 대로 무슬림국가들은 샤리아태형이 교육적 형벌임을 강조하고 샤리아형벌에 대한 비판은 편견에 불과하며 서구중심주의의 산물이라고 반박하고 있다. 한편 샤리아와 근대 실정법 사이에서 조화를 추구하던 말레이시아와 인도네시아가 여성에 대한 태형의 집행을 강행하는 등 '사법의 이슬람화'가 가속화되는 경향은 우리나라를 비롯한 서방세계의 많은 우려를 낳고 있기도 하다. 그러므로 무슬림국가들의 사회구조 및 이슬람법 전통과 국민의 법감정 등 태형을 둘러싼 환경적 요인을 먼저 이해해야 한다는 측면에서 본고는 말레이시아와 인도네시아의 법령과 실제 사례를 통해 샤리아형법의 태형을 살펴보고자 하였다.

한국에서는 이슬람법 자체가 매우 생소한 분야로 관련 문헌이나 기초적인 자료조차도 구하기가 쉽지 않고 연구자도 많지 않다. 따라서 굳이 문화상대주의를 논하지 않더라도 이슬람법이든 태형이든 이를 비판하기 전에 이론적 기초와 실태를 파악하는 것이 우선이다. 한편 최근 샤리아원칙에 기반하는 이슬람금융(Islamic finance & banking)이 새로운 분야로 국내에서도 각광 받고 있지만 이슬람이나 이슬람법의 기초부터 차근차근하게 접근하는 자세가 아쉬운 상황이다.[110] 이슬람권과 교류의 역사가 깊은 서구에서는 이슬람법 연구가 활발하지만 한국은 아직도 걸음마도 떼지 못한 단계로 학문적 관점에서 제대로 된 비평도 할 수 없는 입장이기 때문이다. 언어적 한계 또한 이슬람법 연구를 어렵게 하는 주요 요인인데 말레이시아와 인도네시아는 해독이 용이한 영어와 현지어로 번역된 이슬람법 문헌이 풍부하고 학문적 연구가 활발하므로 이슬람법 연구를 위한 우회경로로 활용할 가치가 높다. 이슬람권인 중동, 중앙아시아 및 동·서남아시아로의 진출과 시장 확보는 물론 법무행정 발전과 국가안보를 위해서도 이슬람법 연구가 시급한 과제이므로 이에 대한 학계의 많은 관심과 국가적 지원이 절실하다고 하겠다.

110) 말레이시아와 인도네시아의 대학에서는 이슬람금융은 이슬람법학의 한 분야이며 최근 발표되는 다수의 법학논문이 이슬람금융을 주제로 다루고 있다.

참고문헌

1. 영어문헌

Abdur Rahman I. Doi., 2007, Syari'ah : The Islamic Law, Kuala Lumpur : A.S. Noorden.

Aris Ananta & Lee Poh Onn (ed)., 2007, Aceh : A New Dawn, Singapore : Institute of South East Asian Studies.

Imran Ahsan Khan Nyazee., 1994, Theories of Islamic Law; Methodology of Ijtihad, Islamabad : International Institute of Islamic Thought. (Malaysia edition, The Other Press, 2002.).

Julian C H Lee., 2010, Islamization and Activism in Malaysia, Singapore : Institute of Southeast Asian Studies.

Mohamad Akram Laldin., 2006, Islamic Law; An Introduction, Kuala Lumpur : Research Centre, International Islamic University Malaysia.

Mohammad Shabbir., 2003, Outlines of Criminal Law and Justice in Islam, Petaling Jaya : International Law Book Services..

Nadirsyah Hosen., 2007, Shari'a & Constitutional Reform in Indonesia, Singapore : Institute of Southeast Asian Studies.

SUARAM., 2008, Malaysia Human Rights Report 2007 : Civil and Political Rights, Kuala Lumpur : SUARAM Komunikasi.

SUARAM., 2009, Malaysia Human Rights Report 2008 : Civil and Political Rights, Kuala Lumpur : SUARAM Komunikasi.

2. 말레이어문헌

Abdul Hamid Haji Mohamed., 2001, "Perkembangan Terkini Mahkamah Syariah di Malaysia(Ulasan)", Sistem Kehakiman Islam, IKIM.

Mahmud Saedon bin Awang Othman., 1996, Perlaksanaan dan Pentadibiran Undang-Undang Islam di Negara Brunei Darussalam : Satu Tinjauan, Brunei Darussalam : Dewan Bahasa dan Pustaka Brunei.

Mahammad Naser bin Disa, Pelaksanaan Hukuman Sebat dalam Kes Jenayah Syariah: Masalah dan Penyelesaian, Seminar Hukuman Sebat Jenayah Syariah, Jabatan Islam Malaysia, 2009.4.23.

Md Zawawi Bin Abu Bakar., 2003, “Isu-isu Peguam Syarie di Malaysia”, Jurnal Syariah, 11 (2).

Mohamed S. El-Awa., 2003, Hukuman dalam Undang-Undang Islam: Satu Kajian Perbandingan, Khidmat Terjemahan Nusantara (trans), Ampang: Dewan Bahasa dan Pustaka, 2003. (English edition - Punishment in Islamic Law : A Comparative Study, Indiana : American Trust publication)

Sobhi Rajab Mahmssani., 2009, Falsafah Perundangan Islam, Mufliha Wijayati, MSI (trans), Kuala Lumpur : Al-Hidyah Publication, 2009. (Arabic edition - Sobhi Rajab Mahmssani., 1952, Falsafat al-Tashri’ fi’l-Islam, Beirut; English edition - trans. by Farhat J. Ziadeh., 1961, The Philosophy of Jurisprudence in Islam, Leiden.)

3. 인도네시아어 문헌

Mohammad Daud Ali., 2004, Hukum Islam, Jakarta : PT Rajawli Pers.

Neta S. Pane., 2001, Sejarah dan Kekuatan Gerakan Aceh Merdeka : Solusi, Harapan, dan Impian, Jakarta: PT Gramedia.

A Study on the Whipping Punishment of *Shari'ah* Criminal Law

Kim, Yong-Woon*

A recent case that a woman was sentenced to whipping punishment for breach of *Shari'ah* by drinking in Malaysia has brought Islamic law that is still unfamiliar to us to our attention. However, there is a lack of knowledge about Islamic law as well as Islam in Korea, and it is not easy to find basic materials about them. While whipping punishment is a premodern punishment that disappeared in the early 20th century in Korea, it is one of admitted punishments in many Muslim countries, and is especially used as main punishment in *Shari'ah* criminal law.

Shari'ah is one of important elements to realize Islam and has *Quran, Sunnah*, *Ijma* and *Qiyas* as sources of law. *Shari'ah* criminal law is called as '*al-Uqubat*' and punishments of *Shari'ah* can be divided into three categories in a broad sense such as *hudud*, *ta'azir* and *qisas*. *Hudud* is a punishment set by *Quran* and *Sunnah*, and *ta'azir* is a punishment whose examination of an offence may be determined at the discretion of a *hakim*. Most modern Muslim countries are implementing *Shari'ah* criminal law by *ta'azir.*

Meanwhile, whipping punishment is stipulated as a necessary punishment against sex offenses, firearms and narcotic crimes in criminal law in Malaysia. In relation to Islamic law, as legislative power is delegated to state governments by the Federal Constitution of Malaysia most of them have enacted and are implementing criminal offences enactments of *Shari'ah* criminal law by *ta'azir*, and whipping punishment is stipulated as one of main punishments against breach of religious precepts such as sex offences and drinking etc. The Religious

* Deputy Director, Ministry of Justice

Judicial Matters Law that is the basic law of *Shari'ah* in Indonesia only regulates family, inheritance and civil areas but has no regulations about punishment. However the state of Aceh that is vested with a broad right of autonomy stipulates whipping as punishment against gambling, sales of liquor, drinking, sex offences and breach of Islam percepts in *qanun*, which is its autonomous enactments.

In relation to whipping punishment in *Shari'ah* as well as general criminal law, there have been a lot of disputes in the aspect of human rights, and especially Malaysia and Indonesia have been heavily criticized for having exercised whipping against women who breached religious precepts. Meanwhile, the governments and conservative Muslims in Muslim countries advocate whipping punishment arguing that it is effective for education and prevention of crimes. Therefore, this paper emphasizes that we need to first understand environmental factors surrounding whipping punishment such as history and social structures of Muslim countries, tradition of Islamic law and people's feeling toward laws etc. before criticizing *Shari'ah* punishments. In addition, it is necessary to study basic principles of *Shari'ah* and positive laws of Muslim countries empirically from a jurisprudential point of view as well as from a Islamic point of view.

❖ Key words : Shari ‘ah, al-uqubat, Islamic law, whipping punishment

논문투고일 : 2010. 11. 28. / 심사완료일 : 2010. 12. 18. / 게재확정일 : 2010. 12. 20.