

이슬람법(샤리아)의 법원성(法源性)에 관한 연구

- 비무슬림 국가인 서구 법원과 중재판정부를 중심으로 -

손 태 우*

目 次

I. 서 설	IV. 서구 중재판정부의 샤리아에 대한
II. 샤리아 일반론	입장
III. 서구 법원의 샤리아에 대한 입장	V. 결 론

I. 서 설

우리는 서구 중심의 세계관과 대륙법 및 영미법의 세계 법체계에 익숙한 나머지 이슬람 세계 뿐만 아니라 그들의 행동윤리의 토대가 되는 이슬람법(샤리아: Sharia)을 여전히 낯설게 느끼고 있다. 이슬람법은 종래 대륙법이나 영미법의 지역적인 지역법이 아니었다. 즉 이슬람 금융은 이제 이슬람 국가의 무슬림에게만 사용되는 지역적·종교적 금라 1,400여년간 무슬림의 행위양식 및 규범으로 이어 내려오고 있다. 최근 이슬람법에 적합하게 설계·운영되는 이슬람 금융이 파생상품이나 과도한 레버리지를 이용하는 서구식 금융보다 금융 안정성과 사회적 책임을 담보하여 국제적 금융으로 자리매김하고 융이 아니라, 영국, 미국 등 비무슬림 국가에서도 사용되는 국제적 금융이 된 것이다.

■ 투고일자 : 2022년 11월 29일, 심사일자 : 2022년 12월 7일, 게재확정일자 : 2022년 12월 13일.

* 부산대학교 법학전문대학원 교수

2021년 이슬람 금융개발 보고서에 의하면 2022년 샤리아 적합성 자산(Sharia-compliant assets)의 국제적 가치가 미화 3조4천억 달러에 달한다고 한다.¹⁾ 이처럼 비무슬림 국가내에서 샤리아 적합 금융서비스에 대한 수요 증가에 따라 관련 계약상 이슬람법이 어떠한 형태로든 계약 준거법으로 설정되고 있다.²⁾ 이 경우 샤리아가 해당 계약에서 다른 법규와의 충돌 즉 준거법 설정상의 법적 충돌인 국제사법 쟁점이 발생할 수 있다. 이것은 샤리아 적합 금융거래가 다양한 형태로 이루어지고 있는 현실과 더불어 계약상의 샤리아 관련용어가 지니는 모호성 때문에 더욱 그러하다. 실무적으로도 유럽과 미국 같은 비무슬림 국가의 법원은 샤리아를 종교적 출처에서 나온 규범으로 보아 그 법원성에 의문성을 가지거나, 계약의무 준거법에 관한 1980년 로마협약(1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: 여기서는 '로마협약'이라고 약칭함)³⁾상 국가법만을 준거법으로 인정하는 규정에서 샤리아를 한 국가법으로 보려고 하지 않는 경향이 많다.

이 논문은 좁게는 이슬람 금융계약시 샤리아를 준거법의 형태로 합의하는 경우에 그

1) REFINITIV, Islamic Financial Development Report 2021: Advancing Economies,

[https://www.refinitiv.com/en/resources/special-report/islamic-finance-development-report\(2022. 12. 8. 확인\).](https://www.refinitiv.com/en/resources/special-report/islamic-finance-development-report(2022. 12. 8. 확인).)

2) 이론적으로 이슬람 금융계약 당사자는 세 가지 형태의 준거법 조항을 선택할 수 있다. 첫째는 전적으로 샤리아만 적용하는 것, 둘째는 국가법제도가 샤리아에 기반을 두는지 여부에 관계없이 국가법만을 적용하는 것, 마지막으로 국가 법제도를 샤리아 원칙과 병행해서 함께 적용하는 것 등으로 나눌 수 있다. 주의할 것은 마지막 혼합 준거법 형태는 이슬람법의 구체적 원칙들이 계약에 포함되어 이들 원칙이 어느 정도 구체적으로 계약서에 확인되는 형태와는 다르다는 것이다. 국가법제도와 샤리아의 일반원칙과의 혼합법 형태는 오히려 국가법제도가 샤리아에 종속된다는 점에서 준거법의 누적적 연결방법이라고 말하는 편이 나올 것이다. 즉 계약상의 분쟁은 국가법제도로 해결되어질 수 있지만, 분쟁 적용시 양자간에 충돌이 생기는 경우에는 샤리아가 우선되는 것이다. Andreas Junius, Islamic Finance: Issues Surrounding Islamic Law as a Choice of Law Under German Conflict of Laws Principles, 7 Chi. J. Int'l L. 537, 543 (2007); 신창섭, 국제사법, 세창출판사, 2007, 103면.

3) 계약의무 준거법에 관한 1980년 로마협약은 1980년에 제정되었으나, 1991년 4월 1일부터 프랑스, 독일, 영국 등 유럽 7개국이 동 협약을 발효시킴으로써 11년 만에 협약이 발효되었다. 동 협약으로 계약상 채무의 준거법 결정에 관한 한 주요 유럽공동체 국가의 국제사법규범이 상당부분 통일되었다. 동 협약 제3조 제1항은 “계약은 당사자가 선택한 법에 의하여 규율한다”고 규정하고 있는 바, 이 때 ‘법’은 국가에서 제정한 법으로 해석하고 있으며, 소위 ‘상인법(lex mercatoria)’을 준거법으로 하는 경우에 협약상 허용되는지에 대해서는 견해가 나뉜다. 석광현, 계약상 채권관계의 준거법에 관한 유럽공동체협약(로마협약), 국제사법연구, 제3호, 1998.5., 577, 588, 591면; 로마협약은 이후 ‘계약채무의 준거법에 관한 유럽연합의회 및 Council의 Regulation No. 593/2008 (2008.06.17.)’으로 교체되었다. 참조 출처: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22cc5c49-2b36-4962-aa60-e928a52efa66.0008.02/DOC_1&format=PDF>(2022.8.2. 확인).

계약에 적용되는 법원(法源)으로 되는지 여부에 한정할 수 있지만, 넓은 의미에서 비무슬림 국가 특히 서구 국가의 법원 혹은 중재판정부가 샤리아를 관할 사건의 法源으로 인정하는지를 개괄적으로 고찰하고자 한다. 그렇게 함으로써 이들 비무슬림 국가에서도 샤리아가 충분히 그 법원성을 가질 수 있다는 것을 밝히고자 한다. 그렇게 함으로써 세계 법체계를 단순히 이분법적으로 대륙법과 영미법으로 나눌 것이 아니라 이슬람법도 당당히 그 법원성이 인정되는 세계 법체계의 한 축임을 간접적으로 확인하고자 함이다.

II. 샤리아 일반론

샤리아라는 용어는 꾸란에 단 한번만 나오지만⁴⁾, 시간이 지남에 따라 샤리아라는 용어는 꾸란에서 언급되는 법규범을 말하는 일반용어로 사용되고 있다. 보통 이슬람법으로 통칭되는 샤리아는 이슬람교 이전에는 낙타를 물이 있는 곳으로 이끌어주는 길(path)로 의미하였으나, 꾸란에는 인간이 따라야 할 길로 보고 있다.⁵⁾ 즉 샤리아는 “이슬람의 모든 종교적·예례적·윤리적 그리고 사법적 시스템을 포함하는 이슬람의 모든 법”으로 해석될 수 있다.⁶⁾ 추상적인 샤리아가 현실 세계에서 구체화될 수 있는 것은 샤리아 규범을 특정 지식으로 이끌 수 있는 법적 증거와 그러한 증거를 갖춘 집단의 숙고를 통해 이루어지거나, 아니면 적어도 그러한 지식에 관한 합리적인 가정으로 도출되기 때문이다.⁷⁾ 그러한 특정한 규범으로 도달하는데 이용되는 주요한 법원(法源)은 꾸란(Quran)과 순나(Sunna)⁸⁾이다. 그 밖에도 대부분 무슬림 학자들이 들고 있는 샤리아의 법원으로

4) 꾸란 제45장 제18절, “그런데 우리는 그대를 명령하신 길에 놓아주었다. 그러니 이것을 따르라. 지식이 없는 무리의 욕정을 따라서는 아니 된다.”

5) Raj Bhal, Islamic law(Sharia), LexisNexis, 2011, p.1441.

6) Taha Jabir Al-Alwani, Source Methodology in Islamic Jurisprudence(A New Revised English Edition by Yusuf Talal DeLorenzo · Anas S. Al-Shaikh-Ali), International Institute of Islamic Thought, 3rd ed. 2003, p.69 n.1. 출처: <https://archive.org/details/source-methodology-alwani/Source%20Methodology%20in%20Islamic%20jurisprudence_%20Usul%20al-Fiqh%20al-Islami%20%28Taha%20Jabir%20al-Alwani%29%20%5BOCR%27d%20-%20ABBY%5D/page/n1/mode/2up> (2022.7.19. 확인).

7) Ibid., p.1.

8) 순나는 예언자 무하메드의 삶을 기록한 ‘시라’와 예언자의 첫 계시에서 죽음에 이르기까지 그의 일상 발언과 이야기를 일컫는 ‘하디스’로 구성되어 있다. 무슬림은 이런 순나를 통해 그들의 믿음의 의례적·정신적 면을 알게 되고, 확립된 규범과 양식에 따라 그들의 삶의 지표로 삼는다. 손태

이즈마(Ijma)⁹⁾와 끼야스(Qiyas)¹⁰⁾가 있다.¹¹⁾

샤리아는 변화되지 않는 규범도 있지만, 구체적인 결정으로 공동체에게 가져다 줄 수 있는 상대적 선(good)과 같은 특별한 상황에 따라 해석되어지는 규범도 있다.¹²⁾ 이러한 회색지역의 규범은 이즈티하드(ijtihad)¹³⁾ 영역으로 쟁점에 대한 명확한 규범이 없을 때 정확한 의견을 도출하기 위해 법적 사유를 이용하도록 하는 것이다.¹⁴⁾ 또한 샤리아는 구체적인 행위에 적용되는 유형에 따라 나누어 본다면, 의무(obligatory)행위, 추천(recommended)행위, 단순 허가(merely permissible) 행위, 잘못된 조언(ill-advised)행위 혹은 불법(unlawful)행위 등이 있다.¹⁵⁾ 이 중에서 불법행위 유형은 이슬람 금융에서는 ‘샤리아 리스크’의 주된 원인이 된다. ‘불법’적인 용어는 서구 법조인에게는 ‘위헌적인(unconstitutional)’ 것으로 해석되어질 수도 있다.¹⁶⁾ 사실 여러 무슬림 국가들은 샤리아를 입법의 핵심 근원으로 채택하고 있다. 예컨대 사우디 아라비아의 헌법에 해당하는 정부 기본법(Saudi Arabia's Basic Law of the Government)에는 “사우디 아라비아 왕국은 이슬람을 국교로 하는 주권 아랍 이슬람국이다: 신의 책, 그의 예언자, 신의 기도와 평화의 순

우, 샤리아(이슬람법)의 法源에 관한 연구, 법학연구, 제54권 제1호, 2013.2., 26-27면.

- 9) 이즈마는 꾸란과 순나에 규정되어 있지 않는 사안을 해결할 수 있는 규범인데, 이는 이즈티하드(Ijtihad)를 통해서 무슬림 사회에서 의견일치를 보았을 때 생성된다. id., 27면.
- 10) 끼야스 역시 무즈타히드(Mujtahid)가 어떤 사안에 판단을 내릴 때 꾸란 및 순나에서 보여준 법적 이유와 동일한 경우 두 사안을 동일하게 판단할 때 사용되는 분석적 사고인 유추이다. id., 27면.
- 11) 그 밖에도 형평법상의 선호에 해당되는 ‘이스티흐산(Istihsan)’ 공익을 뜻하는 ‘이스티스라흐(Istislah)’, 기존 상태의 존중을 뜻하는 ‘이스티스하브(Istishab)’, 예언자 모하메드의 교유인 ‘사하바(Shaba)’들의 의견, 이슬람 이전의 법 등을 샤리아의 법원으로 보는 학자도 있다. Ibrahim Abdulla Al-Marzouqi, Human Rights in Islamic Law, Diane Pub Co., 2d ed. 2001, pp. 38,47,58.
- 12) Faizal Manjoo, Comment to Discussion Board: The Islamic Finance Framework, Opalesque: Islamic Finance Intelligence (Aug. 31, 2009). 출처: <<https://www.opalesque.com/OIFI119/?act=archiveOIFI&and=showArticle&iID=19>>(2022.7.19.확인).
- 13) 이즈티하드는 구체적인 法源으로부터 법적 판단을 내리기 위해 노력하는 것으로 스스로 샤리아 문제를 대해 이해하고자 하는 최고조의 분투를 말한다. 따라서 명백하고 절대적인 원전에 있는 사안에 대해서는 이즈티하드는 인정되지 않는다. 이런 이즈티하드를 할 수 있는 사람들을 무즈타히드(Mujtahid)라 부르며, 무즈타히드가 되기 위해서는 우선 아랍어에 정통해야 하며, 꾸란, 하디스, 이즈마 및 우술 알 피크(usual al figh: 법리학)에도 정통해야 한다. Raj Bhala, supra note 4, pp.314-315.
- 14) Ibrahim Abdulla Al-Marzouqi, supra note 11, p.44.
- 15) Julio C. Colón, “Choice of law and Islamic Finance”, 46 Tex. Int'l L. J. 411, 418 (2011).
- 16) See William Ballantyne, Introduction to Islamic Law and Finance, p.3 (in Chilbi Mallat ed., Islamic Law and Finance, London: Graham & Trotman,1988),

나는 이 나라의 헌법이다(. . .)"¹⁷⁾라고 규정하고 있다. 유사한 것으로 오만은 공시적인 헌법은 가지고 있지 않지만, 술탄 기본법(Basic Law of Sultanate)에 “우리 나라의 종교는 이슬람이며, 샤리아는 입법의 기초이다”라고 규정하고 있다.¹⁸⁾

한편 다른 무슬림 국가는 샤리아를 자국법 시스템에 다양한 형태로 접목시켜 샤리아의 우월적 법적 지위를 갖추고 있다. 예컨대 UAE, 수단, 예멘, 시리아, 이집트, 쿠웨이트, 이라크, 파키스탄, 이란 및 카타르는 샤리아를 법의 주된 근거로 간주한다.¹⁹⁾ 그 밖의 다른 국가들, 예컨대 말레이시아, 인도네시아, 리비아, 알제리 및 모로코도 샤리아를 매우 영향력이 있는 입법의 근거로 보고 있다.²⁰⁾

이처럼 샤리아는 이슬람 국가에서 헌법의 확고한 근원이 되거나, 일반 행위규범을 위한 선례가 되거나 민사법 해석을 위한 法源 역할을 하고 있으므로 이슬람 국가에서 명확한 법원성을 가진다.

Ⅲ. 서구 법원의 샤리아에 대한 입장

1. 샤리아 법원성을 부정하는 입장

최근에 영국법원은 샤리아가 영국에서 합법적인 준거법인지 여부를 판시하였다. Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd 사건에서 영국의 제2심 법원은 특정 계약이 샤리아 하에서 무효인지 여부를 판단하게 되었다.²¹⁾ 이 사건에서 벅심코(Beximco) 제약회사는 샤리아에 적합한 범위내에서만 은행영업을 하기로 되어 있는 샤밀(Shamil) 바레인은행과 무라바하(murabaha)계약²²⁾을 체결하였다.²³⁾ 당사자 사이에 동 계

17) 사우디 아라비아 정부기본법, 제1조.

18) 오만 술탄 기본법(Basic Law of the Sultanate of Oman), 제2조.

19) Arthur J. Gemmell, Commercial Arbitration in the Islamic Middle East, 5 Santa Clara J. Int'l L. 169, 171 (2006); 예컨대 UAE의 경우, 1985년 UAE 민사거래법(UAE Law of Civil Transactions of 1985) 시행시 일부 학자는 이를 진정한 ‘샤리아로의 실질적 회귀’로 간주했다. Faisal Kutty, Shari'a Factor in International Arbitration, 28 Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Rev. 565, 620 (2006).

20) Faisal Kutty, supra note 18, p.595; 예컨대, 리비아 민법에는 “근거 법규정이 없는 경우, 판사는 샤리아 원칙에 따라 결정해야 한다(. . .)”고 규정하고 있다. ibid.

21) Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharm. Ltd., [2004] EWCA (Civ) 19, [1], [2004] 1 W.L.R. 1784, 1787.

약이 체결되어 4천 7백만불 상당의 자산 획득이 있었으며, 계약서에는 다음과 같은 준거법 조항이 있었다: “영광된 샤리아 원칙을 준수하면서, 동 계약은 영국법에 따라 적용·해석되어 진다”²⁴⁾ 백심코 제약회사가 동 계약상 지불금액을 납부하지 못하자, 사밀은행은 계약상 미지불된 금액을 청구하게 되었다. 이에 백심코 제약회사는 동 계약에 숨겨진 리바(riba: 이자)가 포함되어 있기 때문에 동 계약은 무효라고 주장하였다. 이에 제2심 법원은 만일 ‘영광된 샤리아 원칙을 준수하면서’ 라는 문구가 유효한 준거법 조항이라면, 백심코 제약회사가 승소할 것이지만, 동 법원은 그 문구는 유효하지 않다고 판시하였다.²⁵⁾ 동 사건의 판결이유에서 로마협약²⁶⁾에 따르면 단지 하나의 법제도만이 계약에 적용되며, 선택된 법은 특정 국가법임을 요구하기 때문이라고 하였다.²⁷⁾ 법원은 양 당사자의 의도가 샤리아를 계약에 포함시키려는 것이었다면, 그들은 샤리아를 계약에 효과적으로 반영시키지 못했다고 하였다. 그 대신에 그들은 외국법 혹은 법규를 준거법으로 밝혀야 했을 것이고, 더욱이 해당 준거법이 관련 계약의 어느 부분에 구체적으로 적용되는지를 밝혀야 했다고 하였다.²⁸⁾ 해당 법원은 이러한 원칙을 엄격하게 적용

22) 무라바하는 서구에서 보통 ‘비용가산(cost-plus)방식 금융’ 계약으로, 당사자는 상대방이 보통 할부로 구매할 것이라는 약속을 받고 자산을 구매하는 것이다. 도매 계약으로써 원 구매자는 그 제품을 더 높은 가격으로 팔아서 이윤을 낸다. 이러한 형태의 거래와 전통적 모기지(mortgage)와의 차이는 대부분 은행인 원 구매자가 관련 물품이 완전히 지불될 때까지 물품의 소유권을 보유함으로써 중간자 역할을 한다. 김분태·손태우, 대표적 이슬람 금융기법인 무라바하(Murabaha)에 관한 연구, 법학연구, 제59권 제3호, 2018.8., 243면.

23) Shamil Bank, [2004] EWCA (Civ) 19, [1], [6] [2004] 1 W.L.R. 1784, 1787-89.

24) “[s]ubject to the principles of the Glorious Sharia’a, this agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England”, *ibid.*, EWCA (Civ) 19, [1], 1 W.L.R. 1787. 이슬람 원칙에 부합되는 계약으로 주장되는 계약의 분쟁에 적용되는 준거법 중 가장 선호되는 법 중의 하나가 영국법이다. 이러한 계약 중에는 아예 이슬람법을 전혀 언급되지 않는 것도 있으며, 심지어는 분쟁 발생시 당사자는 관련 계약이 샤리아상 무효라는 어떠한 주장도 하지 않겠다는 ‘샤리아 주장 포기(waiver of Sharia defense)’ 조항도 들어 있다. 이러한 계약상 내용 혹은 조항은 해당 산업에서 ‘샤리아 리스크(Sharia risk)’로 알려져 있는 것을 수정하려는 의도에서 작성된다. 이러한 샤리아 리스크의 존재에도 불구하고, 이슬람 금융에서는 계약당사자가 별도의 이슬람법에 관한 지식을 요하지 않은 채 관련 사업이 샤리아에 적합한 것으로 가정하고 자유롭게 시작하는 것이 관례이다. Kilian Bälz, Sharia Risk?: How Islamic Finance has Transformed Islamic Contract Law, Islamic Legal Studies Program, Harvard Law School (Occasional Publications 9), 2008, p. 13. 출처: <https://pil.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2019/12/Sharia_Risk_by_Kilian_Balz.pdf> (2022.7.19. 확인).

25) *Ibid.*, EWCA (Civ) 19, [55], 1 W.L.R. 1801.

26) 참조 *supra* note 3.

27) *Ibid.*, EWCA (Civ) 19, [40], 1 W.L.R. 1795-96, 1801.

하면서 “피고가 이 계약에 적용되는 샤리아의 기본원칙이 논란의 여지가 없다고 주장하는 것은 지극히 불충분하다. 그러한 기본원칙이 계약상 언급되거나 확인되지 않고 있다”고 판시하였다.²⁹⁾

사밀 은행 사건에서 샤리아가 준거법으로 되지 못한 근거로 제2심 영국법원은 소위 혼합 준거법 조항을 해당 계약에 적용하지 않았는 바, 이는 두 개 법제도로 계약을 해석할 수 없다는 점과 “계약은 당사자가 선택한 법에 하여 규율한다”는 로마협약의 규정³⁰⁾을 근거로 든다. 또한 관련분쟁 계약에서 언급된 샤리아는 당사자간의 비구속적 의사표시에 불과하다는 점을 들고 있다.³¹⁾ 해당 제2심 법원이 이러한 판결요지를 도출한 이유로 첫째, 로마협약은 샤리아와 같은 비국가법 제도를 준거법으로 고려하고 있지 않다는 점, 둘째는 비록 당사자가 샤리아의 어떤 원칙을 계약내용으로 포함시킬 의도가 있을 지라도, 어떤 원칙이 적용되어야 하는지를 규정하지 않았다는 점, 그리고 셋째는 비록 무슬림 학자 사이에는 샤리아 적용에 대한 이견이 있을지라도, 당사자들이 세속적 영국법원이 이슬람 법원칙을 판단하기를 원하지 않을 것으로 보았기 때문이다.³²⁾ 동 법원이 계약법은 국가법(national law)이어야 한다고 판시함에 있어서 그 근거로 로마협약의 제1조 제1항, 제3조 제1항 및 제3항을 근거로 하였다.³³⁾ 즉 로마협약 제1조 제1항에서 동 협약은 상이한 국가의 법률간의 선택을 수반하는 사안에 적용되는 것³⁴⁾이고, 동 협약 제3조 제1항은 계약은 당사자가 선택한 법에 의해 규율되며, 동 조 제3항에서는 당사자들이 ‘외국법(foreign law)’을 준거법으로 선택한 경우에 준거법 선택에 일정한 제한³⁵⁾을 두고 있었다.³⁶⁾

28) Ibid., EWCA (Civ) 19, [52], 1 W.L.R. 1800.

29) Ibid.

30) 로마협약, 제3조. 참조 supra note 3.

31) Shamil Bank, [2004] EWCA (Civ) 19, [54], 1 W.L.R. p.1800.

32) Ibid.

33) Shamil Bank, [2004] EWCA (Civ) 19, [40, 48], 1 W.L.R. pp.1796, 1798.

34) 로마협약 제1조 제1항: “(. . .) apply to contractual obligation in any situation involving a choice between the laws of different countries, (. . .)”.

35) 로마협약 제3조 제3항에 의하면, 당사자들이 외국법을 준거법으로 선택한 경우에 준거법 선택 외의 사안의 모든 요소들이 준거법을 선택할 당시 어느 한 국가에만 관련된 경우에는 그 국가의 강행법규의 적용을 방해하지 아니한다.

36) 위에서 언급한 로마협약은 ‘계약의무 준거법에 관한 2008년 유럽의회 및 이사회 Regulation No.593/2008(이하에서는 ‘로마I’로 약칭함)’로 대체되었는 바, 로마I에는 이전 로마협정 제1조 제1항에서의 ‘상이한 국가의 법률간의’ 선택이라는 부분은 삭제되었다[로마I, 제1조 제1항: “This

이러한 판결이유에 대해서는 대체적으로 학자들은 수긍하는 것 같다.³⁷⁾ 또한 다른 영미법 관할에서도 같은 견해를 취하고 있으며³⁸⁾, 유럽 대륙법 관할에서도 계약 준거법으로 국가법을 요구하는 듯하다.³⁹⁾ 어떤 학자는 사밀 은행 사건과 유사한 사실관계가 있다면, 일부 영미법 혹은 대륙법 국가처럼 EU 이외에서도 로마협약과 같은 계약의무에 관한 준거법에 관한 협약을 근거로 하지 않더라도 사밀 은행 판례와 같은 법적 판단을 내릴 가능성이 있다고 한다.⁴⁰⁾ 만일 중재판정부의 중재인도 위 사건처럼 혼합 준거법 조항의 사용에 대한 로마협약의 명확한 금지에 관대하게 기속된다면 결국 혼합 준거법 조항에서 샤리아를 法源으로 인정하지 않고 EU내 특정 국가법으로 판정하게 될 것이다. 만일 이렇게 된다면 사밀 은행 사건과 같이 이슬람 금융에 가장 선호되는 준거법이 영국법 혹은 웨일즈법이 되고, 결국 이들 법에 의해 이슬람 금융상품, 예컨대 무라바하 계약도 서구식 이자부 대부계약처럼 해석되는 문제점이 발생할 수 있다.

2. 샤리아 법원성을 인정하는 견해 (사밀 은행 판결에 대한 비판)

사밀 은행 사건에서 본 이슬람 금융계약의 혼합 준거법 조항의 핵심 내용은 특정 국가법이 샤리아에 종속 혹은 적합하도록 적용되어야 하는 것이다. 이러한 내용을 실질 계약에 두 개의 법제도가 적용되는 것과 동일시 시킬 수 없다. 사밀 은행 사건의 항소

Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to contractual obligations in civil and commercial matters. (. . .)]. 그러나 로마 제3조 제3항의 본문인 “준거법으로 선택된 국가 이외 국가에 준거법 선택당시 상황과 관련된 모든 다른 요소가 존재하는 경우, 당사자의 선택이 계약에서 의해 훼손되어질 수 없는 그 다른 국가의 법 규정의 적용을 침해할 수 없다” 규정(로마 제3조 제3항: “Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.”)은 Shamil 은행 사건과 같은 판결요지를 내릴 수 있다. 또한 로마 제3조 제1항은 이전 로마협정 제3조 제1항과 동일하게 “계약은 당사자가 선택한 법에 의하여 규율한다”고 규정[로마 제3조 제1항: “A contract shall be governed by the law chosen by the parties. (. . .)”.] 되어 있다. 따라서 단일 ‘법’제도가 계약법의 해석기준이 되어야 하는 로마는 여전히 국가법이 샤리아에 종속되어야 하는 이슬람 금융의 준거법 조항과 긴장관계를 유지하게 된다.

37) Jason Chuah, Recent Case, Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco, 10 J. Int'l Mar. L. 125, 126 (2004).

38) Ibid.

39) Council Regulation 593/2008, Rome I, art 1 (1), 2008 O.J. (L177) 6,10 (EC). 출처:

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593>>(2022.7.18. 확인).

40) Jason Chuah, supra note 37, p.126.

인들은 샤리아 적용을 이슬람 금융의 상관습법 적용으로 다루어져야 하며, 항고법원은 무라바하 계약과 관련된 샤리아 원칙을 적용해야 한다고 주장하였다.⁴¹⁾ 그럼에도 불구하고 항고법원은 여전히 샤리아를 적용함에 있어서 보다 더 구체성을 요구함으로써 그 주장을 거부하였다.⁴²⁾ 그러나 금융산업 관행에서 이러한 계약 내용은 흠결보충(gap-filler) 조항으로 간주되고 있는 바, 특히 영미법 및 대륙법 관할 내에서 이슬람 금융사업의 계약 내용이 구체적으로 정의되어 있지 않는 점에서 더욱 그러하다. 리바, 무라바하 및 가라르 같은 샤리아 용어들은 많은 비무슬림 국가의 법제도에서 낯선 것들이다. 더구나 많은 이슬람 국가도 이슬람 금융상품의 개발과 혁신을 피하고 있지만, 이들 이슬람 금융상품을 성문화시키지 않고 있다는 점도 주목할 만하다. 더구나 이들 이슬람 금융상품에 분쟁이 발생할 때 해당 금융상품 개발자와 무슬림 이용자는 해당 금융상품이 당연히 샤리아에 적합한 상품일 것이라고 미리 염두에 두고 있다.

위에서 언급한 사실들을 고려하면 사밀 은행 사건의 담당 법원이 내린 법적 이유는 적절하지 않음을 알 수 있다. 당사자의 채무를 판단함에 있어서 법원은 당사자의 의도와 계약 내용에 관한 당사자 이해를 살펴보아야 할 것이다. 당사자의 의도를 해석함에 있어서 사밀 은행의 항고법원은 당사자의 이전 협상, 이슬람 금융산업의 일반적 관행 혹은 이슬람 은행절차를 사용하기로 한 당사자의 동기에 대해서 검토하지 않았다. 대신에 동 항고법원은 영국법이 요구하는 것처럼 달성하고자 하는 상업적 목표에 비추어 계약을 해석하려 하였다.⁴³⁾ 그렇게 함에 있어서 동 항고법원은 백심코 제약회사의 목적은 단지 이슬람 용어로 쓰여진 계약을 통해 영업자본을 획득하는 것이라고 설명하였다.⁴⁴⁾ 이러한 해석은 백심코 제약회사가 이슬람법의 복잡성을 숙지하고 있었다고 추측된다. 그럼에도 불구하고 항고법원은 결과적으로 “영광된 샤리아 원칙에 입각하여”라는 문구를 고려하지 않은 채, 사밀 은행은 여전히 영국 고객에게는 ‘이슬람 은행’으로 남겨두었다.⁴⁵⁾

동 항고법원이 이슬람 금융상 무라바하 계약의 상업적 목적에 관해 언급하지 않는 채 판결을 내렸기 때문에, 본질적으로 해당 판결내용에는 어떠한 이슬람법도 적용함이

41) Shamil Bank, [2004] EWCA (Civ) 19, [49]-[50], 1 W.L.R. pp.1798-99.

42) Ibid., p.[52], 1 W.L.R. p.1800.

43) Shamil Bank, [2004] EWCA (Civ) 19, [48], 1 W.L.R. pp.1798.

44) Ibid., p.[60], 1 W.L.R. p.1802.

45) Ibid., p.[52], 1 W.L.R. p.1800.

없이 무라바하 계약의 내용을 판시하였다. 만일 항고법원이 무라바하 계약에 명확한 독립된 샤리아 원칙을 채택하지 아니하고, 대신에 해당 혼합 준거법 조항을 관련 금융거래가 샤리아에 적합한 것임을 확인하는 일반적으로 통용되는 이슬람 금융계약상의 한 조항으로 해석할 수도 있었을 것이다. 또한 만일 한 당사자가 하나의 이슬람 은행임을 주장하고 다른 당사자는 전통적 서구 금융기관이라기보다 샤리아에 맞는 사업을 진행하는 것으로 선택하였다면, 사밀 은행의 항고법원이 샤리아 적합 금융거래에서 각 당사자가 “계약의 형태 (. . .) 혹은 계약 유효성에 대한 샤리아의 영향에 무관심”했다고 판결을 내린 것은 논리적으로도 맞지 않다.⁴⁶⁾

IV. 서구 중재판정부의 샤리아에 대한 입장

1. 샤리아 법원성을 부정하는 입장

영미법 국가의 판사와 중재인은 샤리아의 준거법으로써의 법원성 유무에 대한 논란을 사밀 은행 사건처럼 이슬람 금융계약에만 한정시키고 있지 않다. 이전 사례를 살펴보면 이들 중재인은 이슬람법이 복잡한 상업거래 분쟁에 이용될 정도로 정치한 것임을 인정하는 것 자체를 부인했던 적이 있었다. *Petroleum Development (Trucial Coasts) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi* 사건에서 중재인인 에스퀴스(Asquith)경은 아부다비에서 체결한 계약 분쟁에 이슬람법을 근거한 아부다비법을 해당 계약에 적용해야 한다는 점은 인정하였지만, 다음과 같은 이유로 아부다비법을 적용하지 아니하였다.⁴⁷⁾ 그는 “이런 매우 원시적인 지역에서 현대 상업적 도구의 해석에 적용되는 법원칙이 있다는 것은 공상에 지나지 않을 것이다”라고 그 이유를 설명하였다.⁴⁸⁾ 그는 또한 아부다비의 지도자를 “꾸란의 도움을 받은 완전 재량형태의 정의”를 관리하는 절대 군주로 묘사하였다.⁴⁹⁾ 결과적으로 그는 준거법 쟁점을 분석한 후에 아부다비법 대신으로 영국법을 해당 계약의 준거

46) Ibid., p.[60], 1 W.L.R. p.1802.

47) 참조 *Arbitration Between Petroleum Dev. (Trucial Coasts) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*, 1 Int'l & Comp. L. Q. 247, 250-51 (Sept. 1951).

48) Ibid.

49) Arthur J. Gemmell, *supra* note 19, p.179.

법으로 채택하였다.⁵⁰⁾ 또한 *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd* 사건의 중재인은 위에서 인용한 중재사건의 에스퀴스 중재인이 내린 중재판정과 동일한 의견을 내리면서 이슬람법의 부적절성에 대해서 명확히 진술하였다.⁵¹⁾ 그는 계약상 이슬람법이 적용되어야 하지만, 동 법은 “이런 특별한 계약을 해석하는데 충분할 정도의 어떠한 원칙을 포함”하고 있지 않다고 진술하였다.⁵²⁾ 이처럼 위 사건들의 중재인은 이슬람법을 매우 무시하는 일반적인 발언을 하는 것 이외에 해당 계약에 이슬람법이 적용되지 말아야 하는 법리적 판단을 하지 않았다. 이는 이들 중재인이 이슬람 계약법에 관한 많은 문헌과 연구가 있다는 사실을 간과한 채, 피상적으로 이슬람법이 종교법에 지나지 않는다는 편견에서 그러한 판정을 내렸기 때문이다.⁵³⁾

한편 샤리아의 법원성을 인정하는 것이 특정 종교에 대한 국가인증을 금지하는 미국 수정헌법 제1조에 위반될 수 있다고 보는 미국 학자가 있다. 중재 관점에서 본다면 중재판정의 승인·집행이 집행 법원에서 공공정책 근거로 그 승인·집행이 저지될 수 있다는 것이다.⁵⁴⁾ 미국 수정헌법 제1조가 중재판정의 집행에 대항하는 근거로 쓸 수 있는 것은 다음의 사건에서 이미 예측된 일이다. 앤 하버(Ann Arbor)에 있는 토마스 모어(Thomas More) 법률센터는 금융기관에 대한 연방 긴급구제에 대항하는 연방 소송에 관여하였다. “기독교인의 종교적 자유의 옹호 및 증진에 기여하는” 것으로 자평하는 동 센터는 AIG에 연방 기금전용은 국교설립 금지조항(Establishment Clause)에 반하는 바, 이는 해당 기금이 샤리아 적합 금융상품에 사용되기 때문이라고 주장하였다.⁵⁵⁾ 이것은 “기독교인, 유대교인 및 이슬람법에 따르지 않거나 복종하지 않는 자에 대한 비호의적이고 적대적인 메시지를 전달한다”고 주장하였다.⁵⁶⁾ 위 사건의 관할 법원인 미시간 동부지역 법원은 피고인 티모씨 가이드너(Timothy Geithner)의 소 각하요청(motion to dismiss)을 부인함으로써 샤리아의 미국 수정헌법 제1조 위반여부를 본안으로 채택하게 되었다.⁵⁷⁾

50) 참조 *Arbitration Between Petroleum Dev. (Trucial Coasts) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*, 1 Int'l & Comp. L. Q. 247, 251 (Sept. 1951).

51) *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd*, 20 I. L. R. 534 (1953).

52) Ibid.

53) Faisal Kutty, *supra* note 19, p.591.

54) Julio C. Colon, *supra* note 15, p.427.

55) Ibid.

56) Ibid.

57) *Murray v. Geithner*, 624 F.Supp. 2d 667, 667 (E.D. Mich. 2009).

2. 샤리아 법원성을 인정하는 입장

위에서 본 사밀 은행 사건과 다르게 이슬람 금융의 분쟁해결방법으로 중재 제도가 선호될 뿐만 아니라, 해당 중재합의에 혼합 준거법 조항을 삽입하는 것이 선호되고 그 법원성을 인정하는 것이 일반적인 관행이다.⁵⁸⁾ 이러한 관행은 사밀 은행의 판결과 반대되는 것으로 적어도 법원이 아닌 중재판정부의 중재인은 혼합 준거법 조항에서 샤리아의 법원성 역할을 인정하고 있다. 또한 영국의 무슬림 중재판정부(Muslim Arbitral Tribunal: MAT)는 이슬람 분쟁해결에서 준거법 원칙의 또다른 예시를 보여준다. MAT가 비록 가족법 중재로 널리 알려져 있지만, 상업 및 채무 분쟁을 포함한 넓은 범위의 중재영역을 다룬다.⁵⁹⁾ 동 중재판정부의 절차 규칙에 따르면, MAT는 “중재판정은 (. . .) 영국법, 웨일즈법 및 알려진 학파에 의한 해석된 이슬람 성법에 고려해서 내려진다”.⁶⁰⁾ 그러나 MAT의 최우선 목표는 꾸란 명령과 예언자의 관행에 입각해서 판단을 내리는 것이다.⁶¹⁾ 이러한 MAT의 목표에 입각해서 중재판정부에 적어도 “이슬람 성법의 학자” 한 명 및 “영국 및 웨일즈 변호사” 한명을 포함시켜야 한다고 규정하고 있다.⁶²⁾ 이처럼 MAT는 2007년 설립 이래 이슬람 성법인 샤리아에 따라 분쟁을 해결할 수 있는 대체적인 분쟁해결수단으로 무슬림 뿐만 아니라 비무슬림도 점차적으로 많이 이용하고 있다.⁶³⁾

역사적으로 보면 중재판정부는 상사중재에 샤리아 규범을 적용하는 것에 부정적인 입장이었지만, 사밀 은행 사건 이전에는 서구 중재판정부는 혼합 준거법의 적용에 대해 부정적이지 않았다. 예컨대, *State of Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co.* 중재사건에서 중재인은 사우디 아라비아법을 사건 관할의 일반원칙으로 받아들였다.⁶⁴⁾ 이 사건에

58) Muhammed Al-Bashir · Muhammed Al-Amine, *Istisna' and Its Application in Islamic Banking*, 16 Arab L. Q. 22, 36 (2001); Shaistah Akhtar, *Arbitration in the Islamic Middle East: Challenges and the Way Ahead*, in *The International Comparative legal Guide to: International Arbitration 2008*, Global Legal Group, 2008. p.11. 출처: <https://jenner.com/system/assets/publications/691/original/IA08_Chapter_53_USA.pdf?1313746131>(2022.7.18. 확인).

59) 출처: <<http://www.matribunal.com/commercial-and-debt-disputes.php>>(2022.8.1. 확인).

60) Procedure Rules of the Muslim Arbitration Tribunal, Rule 8(2),

출처: <<http://www.matribunal.com/rules.php>>(2022.8.1. 확인).

61) Ibid., Rule 1(1).

62) Ibid., Rule 10.

63) 출처: <<http://www.matribunal.com/history.php>>(2022.8.1. 확인).

64) *Saudi Arabia v. Arabian Am. Oil Co. (ARAMCO)*, reprinted in 27 I.L.R. 117, 169 (1958).

서 그리스 운송회사인 오나시스(Onassis)는 사우디 아라비아로부터 석유 운송에 관한 준 독점권을 받았다.⁶⁵⁾ 아라비아 미국석유회사(ARAMCO)는 석유양해계약에서 석유수송 방법에 관한 독자적 결정권을 가지고 있다는 이유에서 이에 항의하였다.⁶⁶⁾ 이 사건은 제네바에서 중재로 진행되었으며, 중재판정부는 사우디 아라비아법을 준거법으로 인정하였다.⁶⁷⁾ ARAMCO의 명확한 권한이 있음에도 불구하고 중재인은 ARAMCO의 권리는 “사우디 아라비아에서 시행되고 있는 법에 의해 의문의 여지없는 방법으로 확보되어 있지 않으며 (. . .) (사우디 법은) 법의 일반원칙, 석유사업에서의 관습 및 관행 그리고 순수법학의 개념에 의해 해석되어지거나 보충되어야 한다”고 판정하였다.⁶⁸⁾

또한 Sanghi Polyesters Ltd. (India) v. The International Investor KCFC (Kuwait) 사건에서 당사자는 이스티나(istina) 계약의 분쟁당사자이었다.⁶⁹⁾ 당사자는 해당 분쟁을 ICC 중재법원의 중재로 맡겼고, 변호사이자 샤리아 학자인 사미르 사레(Samir Saleh)를 중재인으로 선임하였다.⁷⁰⁾ 관련 계약은 아래와 같은 준거법 조항이 있었다: 어떠한 분쟁도 “샤리아에 불일치되지 않는 한 영국법에 의해 해결되며, 양자 충돌시 샤리아가 우선한다”.⁷¹⁾ 위 중재절차에서의 핵심 쟁점은 해당 계약에 샤리아가 적용되어 관련 계약이 무효화되어서, 결국 피신청인이 투자자본의 회수를 하지 못하는가이었다.⁷²⁾ 이후 중재판정에 불복한 당사자는 영국법원에 중재판정의 취소 소송을 제기하였으며, 담당판사는 영국법과 웨일즈법에 관한 쟁점은 없으며, 유일한 쟁점은 해당 계약이 샤리아 하에서 주장한 대

65) George Sayen, *Arbitration, Conciliation, and Islamic Legal Tradition in Saudi Arabia*, 9 U. Pa. J. Int'l Bus. L. 211, 214 (1987).

66) Ibid.

67) Ibid.

68) Arthur J. Gemmell, *supra* note 19, p.179.

69) Sanghi Polyesters Ltd. (India) v. The International Investor KCFC (Kuwait), [2000] 1 Lloyd's Rep. 480, 480 (2000). 이스티나는 당사자가 계약에서 정해진 대로 물품을 생산하고 다른 당사자가 구매하는 일종의 위탁생산계약이다. 동 계약은 샤리아상 일반적으로 인정되는 계약이지만, 당사자가 아직 소유하고 있지 않거나 누구의 소유물인지 확실하지 않는 물품을 판매하는 것을 금지하는 이슬람법 때문에 동 계약의 합법성에 대한 이슬람 학자간의 논란이 계속되고 있다. 참조 Muhammed Al-Bashir · Muhammed Al-Amine, *supra* note 58.

70) Alan Redfern et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 4th ed., 2004, p.115.

71) Any dispute should be “governed by the Law of England except to the extent it may conflict with Islamic Shari'ah, which shall prevail.” *ibid*.

72) Sanghi Polyesters Ltd. (India) v. The International Investor KCFC (Kuwait), [2000] 1 Lloyd's Rep. 480.

로 무효인지 여부이었다.⁷³⁾ 판사는 이에 대해 중재판정에 중대한 하자나 부정의가 없다고 판시하고 동 중재판정을 인정하였다.⁷⁴⁾

미국은 종교적 중재사건에 대해 대부분 경우 샤리아의 법원성을 부정하지 않는다. 또한 미국 법원은 중재가 종교법원에서 진행되고 종교법에 따른다는 중재합의의 유효성을 인정하고 있다. 예컨대 미국 법원은 미국 기독교인 화해기관(U.S. Institute for Christian Conciliation) 앞에서 중재하려는 중재합의의 유효성을 자주 인정하고 있는 바, 이러한 중재합의는 다음과 같은 전형적 문구를 가지고 있다: “이 계약에서 발생하거나 연관된 어떠한 주장 혹은 분쟁은 성경에 근거를 둔 조정(mediation)에 의해 해결된다”.⁷⁵⁾ 한 사례를 들면, 앤코르 프로덕션(Encore Production)는 프라미스 키퍼(Promise Keeper)를 상대로 프라미스 키퍼 컨퍼런스를 위한 제작 서비스를 위한 용역제공계약에 관한 분쟁으로 소를 제기하였다.⁷⁶⁾ 동 계약에서는 “기독교인 화해를 위한 기독교인 화해기관의 절차규칙(Rules of Procedure for Christian Conciliation of the Institute for Christian Conciliation)에 따라서” 중재가 이루어지며, 그 규칙에는 “성서인 성경이 화해절차의 모든 면을 관장하는 최고의 권위가 될 것이다”고 규정하고 있다.⁷⁷⁾ 앤코르 프로덕션은 종교적 분쟁해결은 수정헌법 제1조에 위반되었기에 해당 중재판정에 이의를 제기하였다.⁷⁸⁾ 해당 사건의 법원은 중재판정은 세속적인 계약 권리이며, 중재판정의 집행을 위해 중립적이고 비종교적 원칙이 요구되는 바, 이는 중재조항 그 자체를 해석함에 있어서는 종교적 원칙에 문의하거나 확인되길 요청받지 않기 때문이라고 판시하였다.⁷⁹⁾

또한 미국의 주법원은 논쟁되는 가족법 사안임에도 불구하고 샤리아 중재판정부 앞에서 중재하도록 하는 중재합의를 강제하는 것을 막을 수 없다고 판시하였다. *Jabri v. Qaddura* 사건에서 텍사스주 고등법원은 이혼에서 여성을 위한 중재합의를 강제시켰다.⁸⁰⁾ 아내 자브리(Jabri)는 이슬람법에서 ‘이연 마흐르(deferred mahr)’로 알려져 있는 지참금 이행을 요구하였다.⁸¹⁾ 이러한 약정에 의하면 지참금에 대해서는 동의하였으나 이혼

73) Ibid.

74) Ibid.

75) Julio C. Colon, *supra* note 15, p.428.

76) *Encore Prods., Inc. v. Promise Keepers*, 53 F. Supp. 2d 1101, 1102 (D. Colo. 1999).

77) Ibid., pp.1106, 1111.

78) Ibid., p.1112.

79) Ibid.

80) *Jabri v. Qaddura*, 108 S. W. 3d 404, 413 (Tex. App.--Fort Worth 2003, no pet).

이 이루어지지 않는 한 그 지불이 연기되는 것이었다.⁸²⁾ 자브리는 부부의 주택 가치의 절반과 그녀의 지참금 4만불을 소유해야 한다고 주장하였다.⁸³⁾ 이혼절차 동안 당사자들은 텍사스 이슬람 중재판정부에 해당 분쟁을 회부하였지만, 중재 심리과정에서 중재인의 권한 범위에 관한 분쟁이 발생하였다.⁸⁴⁾ 이에 자브리 남편은 관련 중재사건을 텍사스 지방법원에 소송을 제기하자, 자브리는 해당 지방법원에 소송 중지 및 중재 이행의 방소항변을 제기하였지만, 동 법원은 이를 각하시켰다.⁸⁵⁾ 그러나 관련 고등법원은 중재 합의가 유효하지 않았다고 판단한 지방법원의 재량권이 남용되었다고 판시하였다. 이는 고등법원이 중재는 주와 연방법에서 매우 선호되고 있으며, 그러한 당사자 간의 의문사항은 중재를 선호함으로써 해결되어야 한다고 하였다.⁸⁶⁾ 또한 해당 고등법원은 이슬람 중재판정부 앞에서 아동의 후견인 제도, 아동 양육, 재산분할 및 보호 명령에 관한 쟁점을 중재하기로 하는 것을 방지할 수 있는 어떠한 공공정책에 관해서는 언급하지 않았다.⁸⁷⁾

이슬람 중재판정의 승인은 미국 법정에서는 상대적으로 논쟁거리가 되지 않는다.

놀라운 것은 미국 법원이 이슬람법을 적용하는 것을 법원의 관할권 일탈로 보지 않는다는 것이다. 예컨대, National Group for Communications & Computers v. Lucent Technologies International 사건에서 내셔널 그룹(National Group)은 루센트 테크나로지(Lucent Technologies) 상대로 미국 지방법원에 계약위반으로 소를 제기하였다.⁸⁸⁾ 사우디아라비아 국영기업인 내셔널 그룹은 사우디아라비아 전역에 긴급 및 지불 전화를 디자인, 제작 및 설치를 하기 위한 수백만 달러의 프로젝트에 루센트 테크나로지가 지원해 주기로 하는 계약을 체결하였다.⁸⁹⁾ 그러나 루센트 테크나로지가 자신의 하청계약을 취소하게 되자, 내셔널 그룹은 통신계약을 이행하기 위해 특별히 설립되었던 프로젝트 부서(Project Department)를 청산해야만 했다.⁹⁰⁾ 이에 내셔널 그룹은 실손해와 기대손해를

81) Ibid., pp.406-07.

82) Mona Siddiqui, Mahr: Legal Obligation or Rightful Demand?, 6 J. Islamic Stud. 14, 20 (1995).

83) Jabri v. Qaddura, 108 S. W. 3d 406-07.

84) Ibid., p.408.

85) Ibid., p.409.

86) Ibid., pp.410, 413.

87) Ibid.

88) National Group for Communications & Computers v. Lucent Technologies International, 331 F. Supp. 2d 290, 292 (D.N.J. 2004).

89) Ibid.

보상받기 위해 루센트 테크나로지를 상대로 소송을 제기하였다.⁹¹⁾ 내셔널 그룹과 루센트 테크나로지는 사우디 아라비아법을 계약 분쟁의 준거법으로 동의하였다.⁹²⁾ 해당 지방법원은 동 사건을 판단하기 위해 준거법인 사우디 아라비아법이 어떻게 원고의 프로젝트 부서의 손실에 대한 주장을 판단할 지를 결정해야 한다는 것을 인지하였고, 이에 동 법원은 샤리아 원칙을 분석하였다.⁹³⁾ 해당 사건의 판결이유에서 동 법원은 “사우디 아라비아의 기본 규정(Basic Regulation of the Kingdom of Saudi Arabia)”의 특정 규정을 인용하고 있는 바, 그 중에는 “법원은 법원에 제소된 사건을 계약상의 샤리아 원칙을 꾸란, 순나 및 꾸란 혹은 순나에 반하지 않는 것으로 통치자에 의해 발행된 규정을 비추어 적용해야 한다”는 제48조가 있었다.⁹⁴⁾ 지방법원은 샤리아가 이슬람의 ‘신법’이라고 이해하고 있다고 진술하면서, 분쟁을 판단함에 있어서 사우디 아라비아 판사는 “그의 법적 판단을 내리는데 꾸란, 순나 및 피끄에 의존할 것”라고 하였다.⁹⁵⁾ 사건의 본안에 대해서 해당 지방법원은 사우디 아라비아법하에서 기대손실을 루센트 테크나로지부터 받을 수 있는지를 검토하였다. 이를 위해 동 지방법원은 양 당사자로부터 전문가 증언을 들었으며, 이슬람법하에서의 손해에 관한 자체 조사를 하였다.⁹⁶⁾ 동 지방법원은 “예언자 무하메드의 여러 차례 역사적 (. . .) 진술들은 이 쟁점에 유익하다”고 말하면서, 다음과 같은 예언자 무하메드의 가르치 거래 금지에 관한 진술을 언급하였다: “바다에서 고기를 사지 말거라. 그것은 가라르이니라. 예언자는 자궁에 있는 것, 젖통의 내용물, 도망치고 있는 노예의 매매를 금지하였다. (. . .) 신의 예언자는 종말의 교미 매매를 금지하였다. 음식을 사는 사람은 그가 무게를 잰 후에야 그것을 매매해야 한다.”⁹⁷⁾ 결국 지방법원은 피고 승소로 분쟁을 해결하였는 바, 사우디 아라비아법, 즉 샤리아에서 기대손실은 가라르의 한 형태로 보았기 때문이다.⁹⁸⁾ 동 지방법원은 원고의 프로젝트 부서 평가에 근거한 기대손실을 보상하는 것은 “바다에 있는 물고기에 가치를 부여하거나 무

90) Ibid.

91) Ibid., p.298.

92) Ibid., p.293.

93) Ibid., p.293-94.

94) Nat'l Group, 331 F. Supp. 2d p.294.

95) Ibid., p.295.

96) Ibid., p.297-300.

97) Ibid., p.296.

98) Ibid., p.297.

계를 달지 않고 음식을 구매하는 것과 동일한 것"이라고 판시하였다.⁹⁹⁾ 나아가 "장부가 격은 이슬람법에서 규정하고 있는 것처럼 실손해의 정확한 묘사를 제공하지 않은 회계 관행(accounting convention)"이라고 판시하였다.¹⁰⁰⁾ 이 사건 원고는 해당 부분에 대해 항소를 하지 않았기 때문에 위 판결은 확정되었다. 물론 이 사건 판사의 이슬람법 원용에 대해 미국 수정헌법 제1조를 위반했다고 비판하는 견해는 여전히 존재한다.¹⁰¹⁾ 따라서 미국 중재에서 샤리아가 중재판정의 법원성을 가지고 있으며, 미국 법원은 공공정책을 이유로 이러한 중재판정의 승인·집행을 방해하지 않는다는 것이다.

V. 결 론

오일머니를 중심으로 한 이슬람 금융산업의 급속한 발전은 이슬람 금융 뿐만 아니라 이슬람 금융의 근간을 이루는 샤리아에 대한 관심과 연구가 커지고 있다. 특히 영국 등을 위시한 비무슬림 국가에서도 이슬람 금융분야의 사업활동이 점차 확대되고 있는 점에서도 더욱 그러하다. 문제는 샤리아가 국제거래계약, 특히 이슬람 금융계약에서 어떠한 형태로 계약 준거법으로 설정되는지에 따라 법적 충돌인 국제사법 문제가 발생된다는 점이다. 이슬람 금융실무에서는 해당 금융거래에서 발생하는 분쟁을 해결하는 방법으로 국제중재가 널리 이용되고 있을 뿐만 아니라, 해당 분쟁해결 준거법으로 특정 서구 국가법과 샤리아를 함께 적용하는 소위 혼합 준거법 조항이 사용되고 있다. 그러나 영국 및 미국 같은 비무슬림 국가의 법원은 샤리아를 종교적 출처에서 나온 종교규범으로 인식하여 그 법원성을 의심하거나, 로마협약상 국가법만을 준거법으로 인정한다는 규정에 따라 샤리아를 국가법의 하나로 인정하지 않는 경향이 많다. 대표적인 예가 영국의 사밀 은행 사건으로 해당 사건에서 샤리아가 준거법으로 되지 못한 이유는 로마협약에 따라 계약준거법은 국가법이어야 하며, 계약을 해석할 때 오직 하나의 법으로만 해야 하는데, 샤리아는 이 국가법에 해당되지 않는다는 것이었다. 그러나 이 혼합 준거법 조항은 특정 국가법이 샤리아에 종속 혹은 부합하도록 적용하는 것을 말하는 것으로

99) Ibid., p.301.

100) Ibid.

101) Julio C. Colon, *supra* note 15, p.430.

해당 계약에 두 개의 상반된 법제도가 적용하는 것을 의미하는 것은 아니다. 또한 해당 계약에서 샤리아의 역할은 이슬람 금융계약의 내용을 메우는 흠결보충 기능을 하는 상관습법으로 해석함으로써 샤리아의 법원성을 인정해야 할 것이다.

한편 샤리아의 법원성에 대한 서구 중재판정부의 입장은 서구 법원의 입장과는 사뭇 다르다. 물론 일부 서구 중재판정부는 샤리아를 일개 종교법에 지나지 않아 국제상거래와 같은 복잡하고 정교한 계약에 합당한 내용을 제공할 수 있는 규범으로 보지 않거나, 샤리아에 입각한 중재판정을 승인·집행하는 것은 미국 수정헌법 제1조의 국교설립 금지조항과 같은 공공정책에 반하는 것으로 보고 있다. 그러나 역사적으로 보면 서구 중재판정부는 위 혼합 준거법 조항을 채택하는데 부정적인 입장은 아니었다. 특히 미국은 종교적 중재사건에 대해 대부분 샤리아의 법원성을 인정하고 있으며, 미국 법원은 중재가 종교법원에서 진행되고 종교법에 따른다는 중재합의의 유효성을 인정하고 있다. 나아가 미국 법원은 해당 법원에서 샤리아를 적용하는 것이 관할권의 일탈하거나 남용으로 보고 있지 않다는 점이다.

이처럼 서구 중재판정부와는 달리 서구 법원은 아직까지 샤리아의 법원성에 대해 소극적인 입장을 취하고 있다. 이는 로마협약에 따라 하나의 국가법만이 계약 준거법으로 될 수 있다는 전통적인 견해에 따른 입장이다. 그러나 당사자가 계약을 해석함에 있어서는 당사자의 의도 및 관련된 거래 관행이 중요한 요소임은 의문의 여지가 없다. 이슬람 상거래, 특히 이슬람 금융거래에서 당사자는 해당 계약이 샤리아에 부합하거나 적합해야 하는 점을 이미 알고 있거나 알고 있어야 하는 것이 상관행으로 정착되어 있다. 따라서 샤리아가 관련 이슬람 계약에서 명백하게 배제되지 않는 한, 해당 계약에서 샤리아는 그 법원성을 인정받아야 할 것이다. 예컨대 혼합 준거법 조항에서도 샤리아를 배제하기 보다는 최대한 당사자가 선택한 국가법에 따라 분쟁을 해결하고, 샤리아 원칙은 법 흠결 발생시에 적용되는 상관습법으로 보아야 할 것이다. 따라서 샤리아를 다문적이 없는 비무슬림 국가의 판사는 배정받은 이슬람 금융사건에서 샤리아 적합 금융거래의 상업적 목적을 정확하게 판단하기 위해서는 이슬람 금융분야의 상관행을 분석함으로써 당사자의 계약상 의도를 파악해야 할 것이다. 또한 이들 판사는 샤리아를 적용한 미국 판사처럼 샤리아 전문가를 이용함으로써 샤리아와 관련된 쟁점을 판시할 수 있기 때문에 샤리아의 법원성을 어렵지 않게 찾을 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

석광현, 계약상 채권관계의 준거법에 관한 유럽공동체협약(로마협약), 국제사법 연구, 제3호, 1998.5.

손태우, 샤리아(이슬람법)의 法源에 관한 연구, 법학연구, 제54권 제1호, 2013.2,
신창섭, 국제사법, 세창출판사, 2007.

Alan Redfern et al., Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, 4th ed., 2004.

Andreas Junius, Islamic Finance: Issues Surrounding Islamic Law as a Choice of Law Under German Conflict of Laws Principles, 7 Chi. J. Int'l L. 537 (2007).

Arthur J. Gemmell, Commercial Arbitration in the Islamic Middle East, 5 Santa Clara J. Int'l L. 169 (2006).

Chilbi Mallat ed., Islamic Law and Finance, London: Graham & Trotman, 1988.

Faisal Kutty, Shari'a Factor in International Arbitration, 28 Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Rev. 565 (2006).

Faizal Manjoo, Comment to Discussion Board: The Islamic Finance Framework, Opalesque: Islamic Finance Intelligence (Aug. 31, 2009)

Ibrahim Abdulla Al-Marzouqi, Human Rights in Islamic Law, Diane Pub Co., 2d ed. 2001

Jason Chuah, Recent Case, Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco, 10 J. Int'l Mar. L. 125 (2004).

Julio C. Colón, "Choice of law and Islamic Finance", 46 Tex. Int'l L. J. 411 (2011)

Kilian Bälz, Sharia Risk?: How Islamic Finance has Transformed Islamic Contract Law, Islamic Legal Studies Program, Harvard Law School (Occasional Publications 9), 2008.

Mona Siddiqui, Mahr: Legal Obligation or Rightful Demand?, 6 J. Islamic Stud. 14 (1995).

Muhammed Al-Bashir · Muhammed Al-Amine, Istisna' and Its Application in Islamic Banking, 16 Arab L. Q. 22 (2001).

REFINITIV, Islamic Financial Development Report 2021: Advancing Economies.

Raj Bhala, Islamic law(Sharia), LexisNexis, 2011

해운통상법연구 제13권 제1호 (통권 제18호)

Shaistah Akhtar, Arbitration in the Islamic Middle East: Challenges and the Way Ahead, in The International Comparative legal Guide to: International Arbitration 2008, Global Legal Group, 2008.

Taha Jabir Al-Alwani, Source Methodology in Islamic Jurisprudence(A New Revised English Edition by Yusuf Talal DeLorenzo · Anas S. Al-Shaikh-Ali), International Institute of Islamic Thought, 3rd ed. 2003.

<국문초록>

오일머니를 중심으로 한 이슬람 금융산업의 급속한 발전은 이슬람 금융 뿐만 아니라 이슬람 금융의 근간을 이루는 샤리아에 대한 관심과 연구가 커지고 있다. 문제는 샤리아가 국제거래계약, 특히 이슬람 금융계약에서 어떠한 형태로 계약 준거법으로 설정되는지에 따라 법적 충돌인 국제사법 문제가 발생된다는 점이다. 이슬람 금융실무에서는 해당 금융거래에서 발생하는 분쟁을 해결하는 방법으로 국제중재가 널리 이용되고 있을 뿐만 아니라, 해당 분쟁해결 준거법으로 특정 서구 국가법과 샤리아를 함께 적용하는 소위 혼합 준거법 조항이 사용되고 있다. 그러나 영국 및 미국 같은 비무슬림 국가의 법원은 샤리아를 종교적 출처에서 나온 종교규범으로 인식하여 그 법원성을 의심하거나, 로마협약상 국가법만을 준거법으로 인정한다는 규정에 따라 샤리아를 국가법의 하나로 인정하지 않는 경향이 많다. 그러나 이 혼합 준거법 조항은 특정 국가법이 샤리아에 종속 혹은 부합하도록 적용하는 것을 말하는 것으로 해당 계약에 두 개의 상반된 법제도가 적용하는 것을 의미하는 것은 아니다. 또한 해당 계약에서 샤리아의 역할은 이슬람 금융계약의 내용을 메우는 흠결보충 기능을 하는 상관습법으로 해석함으로써 샤리아의 법원성을 인정해야 할 것이다.

한편 샤리아의 법원성에 대한 서구 중재판정부의 입장은 서구 법원의 입장과는 사뭇 다르다. 역사적으로 보면 서구 중재판정부는 위 혼합 준거법 조항을 채택하는데 부정적인 입장은 아니었다. 특히 미국은 종교적 중재사건에 대해 대부분 샤리아의 법원성을 인정하고 있으며, 미국 법원은 중재가 종교법원에서 진행되고 종교법에 따른다는 중재 합의의 유효성을 인정하고 있다. 나아가 미국 법원은 해당 법원에서 샤리아를 적용하는 것이 관할권의 일탈하거나 남용으로 보고 있지 않다는 점이다.

따라서 샤리아를 다룬 적이 없는 비무슬림 국가의 판사는 배정받은 이슬람 금융사건에서 샤리아 적합 금융거래의 상업적 목적을 정확하게 판단하기 위해서는 이슬람 금융분야의 상관행을 분석함으로써 당사자의 계약상 의도를 파악해야 할 것이다. 또한 이들 판사는 샤리아를 적용한 미국 판사처럼 샤리아 전문가를 이용함으로써 샤리아와 관련된 쟁점을 판시할 수 있기 때문에 샤리아의 법원성을 어렵지 않게 찾을 수 있을 것이다.

주제어 : 이슬람법, 샤리아, 이슬람 금융, 법원성, 준거법, 꾸란, 사밀은행 사건, 혼합 준거법 조항, 이슬람 중재

<Abstract>

The study on the source of law of Islamic law (Sharia)
- focusing on the western courts and arbitral tribunals in non-Muslim
countries-

*Sohn, Tae Woo**

Thanks to the rapid growth of Islamic finance on both international and Muslim countries levels, the number of disputes that implicate Islamic law(Sharia) also arise even though the primary law of the contract is that of a common law or civil law. If Western judges and arbitrators do not understand the reasoning of Islamic commercial contract, especially Islamic finance in incorporating Sharia law, they would miss the real intentions of the contract parties in the Islamic commercial contract as well as missing opportunities to use the huge oil money capital in Islamic finance. By studying the reasoning of the English court in *Shamil Bank v. Beximco Pharmaceuticals* as well as other perceived difficulties in applying Islamic law in common law and civil law courts, the decision in *Shamil Bank* case is not consistent with the intentions of the parties or the commercial goals of Islamic finance.

Compared to the Western judges position about the source of law in Sharia, international commercial arbitrators show a consistent reliance on the use of national laws coupled with Sharia. Also, there are cases showing that U.S. courts and European arbitrators are willing to use Islamic law as the source of law in their cases. It is not unreasonable for a Western court to judge a Sharia related case by using Sharia as the source of law if he or she selected a Sharia legal expert for the interpretation of Sharia principles.

Keywords : Islamic law, Sharia, Islamic finance, Source of law, Governing law, Quran, *Shamil bank case*, Combined law clause, Islamic arbitration

* Professor, School of Law, Pusan National University.