

## 이슬람 금융법의 수용에 대한 비교법적 고찰

손 태 우\*

### 目 次

|                  |                  |
|------------------|------------------|
| I. 서 설           | III. 이슬람 금융법의 수용 |
| II. 이슬람 금융법의 일반론 | 1. 수용방식          |
| 1. 이슬람 금융의 의의    | 2. 비교법적 고찰       |
| 2. 이슬람 금융법의 의의   | IV. 결 론          |

### I. 서 설

이슬람 금융은 이슬람법(Sharia<sup>1)</sup>: 샤리아, 이하에서는 ‘샤리아’로 표기함)의 원리를 준수하여 행하는 금융서비스 혹은 금융상품을 제공하는 금융 혹은 금융기관을 종합적으로 지칭한다. 샤리아는 1,400여년의 오랜 역사동안 무슬림의 종교활동 뿐만 아니라 상거래를 포함한 일상생활에도 큰 영향력을 미치고 있다. 그렇지만 샤리아의 법원(法源)<sup>2)</sup>

■ 투고일자 : 2023년 11월 29일, 심사일자 : 2023년 12월 19일, 게재확정일자 : 2023년 12월 22일.

\* 부산대학교 법학전문대학원 교수

- 1) 샤리아는 이슬람 성전인 꾸란에서는 단 한번만 언급되고 있지만, 시간이 지남에 따라 꾸란에서 언급되는 법규범으로 이해되고 있다. 통상 이슬람법으로 통칭되는 샤리아는 이슬람교 이전에는 낙타를 물이 있는 곳으로 이끌어주는 길로 의미되었으나, 꾸란에서는 샤리아를 인간이 따라야 할 길로 보고 있다. Raj Bhala, Islamic law(Sharia), LexisNexis, 2011, p.1441.
- 2) 샤리아의 법원(法源)은 크게 꾸란, 순나, 이즈마(Ijma), 끼야스(Qiyas) 등이 있다. 일차적 법원은 꾸란과 순나이며, 꾸란은 신이 직접 계시자 무함마드에게 계시한 것을 정리한 것이고, 순나는 예언자 무함마드가 무슬림의 행동지침을 내린 것을 정리한 것이다. 이즈마는 꾸란과 순나로도 해결되

이 되는 꾸란(Quran), 순나(Sunna) 등을 각자 다르게 해석하는 학파로 인해 모든 이슬람 지역에 통일된 샤리아 규범이 적용되지 않는 것이 현실이다. 또한 이슬람 국가가 스스로 고전적 샤리아 규범을 현대의 글로벌화 추세에 맞게 변화·적용시키고 있다. 이처럼 샤리아가 통일적으로 적용되고 있지 않는 사실에 비추어 볼 때, 과연 샤리아가 가장 세속적인 법제도라 할 수 있는 금융자본시장에도 적절한 규범 역할을 할 수 있을까라는 의문이 생긴다. 이에 많은 이슬람 국가가 운용하고 있는 이슬람 금융상품의 거래 형식과 내용이 비교적 단순했던 고전적 이슬람 계약거래와는 상당히 다르다는 이유로 국제적으로 통용되는 소위 이슬람 금융법(Islamic financial law)을 인정하지 않는 국가도 있다. 이런 입장을 취한다면 특정 국가의 이슬람 금융상품이 다른 국가가 운용하고 있는 상품과 동일 혹은 유사하여 그 법적 성질과 구조를 통일화 혹은 표준화시킬 수 있다고 하더라도 결국 이슬람 법리학(usul al-fiqh, 우술 알 피끄흐)<sup>3)</sup>에 따라 제각기 해석하게 되어 해당 금융상품을 국제적으로 통용시키는데 큰 어려움을 겪을 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위해 이슬람 금융법이라는 새로운 법체계를 만들어 이슬람 금융산업의 운영에서 발생하는 샤리아 규범에 대한 이슬람 국가 간의 차이점을 극복하여 이슬람 금융에 관한 샤리아 규범의 국제적 통일을 모색하고 있다.

새로운 법체계인 이슬람 금융법에 대해서도 이슬람 금융법이 고전적 샤리아와 많은 부분에서 이질적 요소가 많다는 이유로 하나의 법체제로 인정하지 않거나, 이슬람 금융법도 샤리아와 마찬가지로 하나의 통일된 해석체계를 가진 규범이 아니라는 이유로 독립된 법체제로 인정하지 않는 견해들도 있다.<sup>4)</sup> 그러나 이런 견해로는 이슬람 금융이 국제적 금융으로 도약할 수 없을 뿐만 아니라 무슬림 역시 서구식 금융보다 이슬람 금융을 더 선호하게 만들 수 없을 것이다. 이슬람 금융법은 샤리아 율법학자인 피끄흐학자<sup>5)</sup>의 해석론에 의해 만들어지는 것이 아니라, 시장원리와 시장참여자의 자발적 채택에 의

---

지 않는 문제를 해결하기 위한 무슬림 사회(ummah, 움마)에서의 의견일치를 말하는 것으로 이즈마(합의)가 이루어졌을 때 샤리아의 법원이 된다. 이슬람학자가 꾸란 및 순나를 통해 직접 해결할 수 없는 경우 이들 일차법원에 나와 있는 유사사건의 판단에서 보여준 법적 이유(Illa, 일라)로서 해결하는데, 이 때 사용되는 유추방법이 끼야스이다. 손태우, “샤리아(이슬람법)의 法源에 관한 연구”, 법학연구, 2013.2, 4-5면.

3) 참조 II. 2. 이슬람 금융법의 의의.

4) Jonathan Ercanbrack, “The standardization of Islamic financial law: Lawmaking in modern financial markets”, 67 Am. J. Comp. L. 825, 826 (2019).

5) 여기서 피끄흐학자는 율법학자인 율레마(ulema) 및 법학자인 푸카하(fukaha)를 포함하는 개념이다. 참조 Raj, 앞의 책(주 1), p.289.

해 운영되는 샤리아의 또다른 현대적 모습으로 보아야 할 것이다. 이러한 시각에서 이 논문은 이슬람 금융법이 개별 국가에서 어떻게 채택되고 운영되는지를 고찰하고자 한다. 그렇게 함으로써 이슬람 금융법이 해당 국가에서 어떻게 인식되고 있으며, 향후 이슬람 금융법의 표준화가 원만히 달성될 수 있는지를 알 수 있을 것이다. 또한 비교법적 고찰을 통해 이슬람 금융법의 표준화의 현실적 여건과 문제점도 파악할 수 있을 것이다. 이에 이 논문은 이러한 이슬람 금융법의 수용에 대한 비교법적 고찰을 하기 전에 먼저 이슬람 금융법의 배경이 되는 이슬람 금융과 해당 법체계를 간단히 살펴볼 것이다.

## II. 이슬람 금융법의 일반론

### 1. 이슬람 금융의 의의

이슬람 금융은 19세기 말 서구 열강의 식민지였던 중동 아랍국가에서 시행되었던 서구식 이자부 금융제도가 샤리아 원칙인 이자(Riba: 리바)지급 금지의 원칙에 부합되지 않았기 때문에 이슬람 율법학자들이 샤리아에 적합한 금융시스템을 이론적으로 제시하였고 이를 현실 금융시스템에서 반영시킨 금융이다.<sup>6)</sup> 이슬람 금융의 시초는 1975년 설립된 이슬람 상업은행인 두바이 이슬람은행(Dubai Islamic Bank)으로 보고 있다.<sup>7)</sup> 이들 이슬람 금융기관은 서구식 금융과 같은 일반적 대출 형태로 자금을 공급하는 것이 아니라, 상호출자 및 이익손실 공유를 통한 사업형태로 필요한 자금을 공급한다. 즉 이슬람 금융은 이자 지급을 대신하여 물건의 매매, 합자형태의 공동사업, 임대업 등 적극적 경제활동을 통해 발생하는 수익(이윤)을 배분하는 구조를 취하고 있다.<sup>8)</sup> 이처럼 이슬람 금

6) A.L.M. Abdul Gafoor, Interest-free commercial banking, A.S. Noordeen, 2010, p.38.

7) Michal J.T. McMillen, "Islamic banking: Some distinguishing regulatory considerations", SPG Int'l L., Practicum, vol.28, 2015, p.31.

8) 이슬람 금융의 영역은 학자들마다 분류하는 방법이 다르나, UN 경제사회이사회의 보고서에 의하면 이슬람 금융기법을 크게 지분계약(Equity instruments)과 대부계약(Debt instruments)로 구분하고 있으며, 전자에는 무다라바(Mudaraba)와 무샤라카(Musharaka)를 후자에는 무라바하(Murabaha), 바이 살람(Bai Salam), 이스티스나, 까르드 알 하산(Qard Al-hasan), 이자라(Ijarah)를 열거하고 있다. Economic and Social Council, Treatment of Islamic financial instruments under the United Nations Model

용은 샤리아에 입각하여 사회적·경제적 정의를 실현시키기 위한 금융으로 세계 금융 위기 이후 주목받기 시작하여, 지금은 세계 19억 무슬림뿐만 아니라 비무슬림도 이슬람 금융을 이용하고 있다. 국제통화기금(IMF)에 의하면 14개 이상의 국가가 이슬람 금융산업을 그들의 주요 산업으로 관리하고 있으며<sup>9)</sup>, 세계 360여개 금융기관이 샤리아에 적합한 금융서비스인 이슬람 금융을 제공하고 있다.<sup>10)</sup> 이처럼 이슬람 금융이 급속히 발전된 배경에는 해당 산업을 위한 국제표준제정기관 역할을 한 이슬람 금융기관 회계감사기구(Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions: 이하에서는 'AAOIFI'로 약칭함)<sup>11)</sup>의 설립을 들 수 있다. AAOIFI는 이슬람 금융산업이 글로벌 경제에 통합될 수 있도록 회계 및 감사표준을 제정·발전시키는 것이 그 목적이었지만, 곧 이슬람 금융기관을 위한 지배구조 및 샤리아 표준으로 그 범위를 확장하고 있다.

## 2. 이슬람 금융법의 의의

이슬람 금융법은 자국 내 이슬람 금융 관련법을 수정하고 이슬람 금융을 이용하려는 국제사회에 전파할 수 있도록 만든 일종의 혼합법 형태의 모델법이다.<sup>12)</sup> 이슬람 금융법에는 경제 관련의 샤리아 규범, 영국법, 국제금융서비스법 그리고 AAOIFI와 같은 이슬람 금융표준 등이 포함된다. 따라서 이슬람 금융법은 이슬람 금융산업을 국내에서 이용하게 하고 또한 규제하도록 만들어진 개별 국가의 금융법과는 구별되어야 한다.<sup>13)</sup>

---

Double Taxation between Developed and Developing Countries, E/C.18/2006/9, p.3.

9) Ghiath Shabsigh et al., Ensuring Financial Stability in Countries with Islamic Banking, IMF Country Report No. 17/145, 2017.1.5., p.1.

10) Joseph DiVanna & James King, "The Banker's Top Islamic Financial Institutions Ranking: A Bump on a Path of Progress", The Banker (Nov.2, 2015), <https://www.thebanker.com/World/The-Banker-s-Top-Islamic-Financial-Institutions-ranking-a-bump-on-a-path-of-progress>(검색일2023.4.19.).

11) AAOIFI는 1991년 이슬람 금융기관 · 산업을 위한 회계, 재무, 경영, 샤리아 등의 기준을 설정하고 시행하는 것을 주된 목적으로 바레인에 설립된 비영리 국제기구이다. AAOIFI가 제시한 표준 기준은 이슬람 금융을 시행하려는 자에게 일종의 지침 역할을 하지만, 그 자체에 강제력은 없다. AAOIFI는 2023년 9월 기준으로 45개국의 중앙은행, 규제기관, 금융기관, 회계법인, 로펌 등 많은 회원에 의해 지지받고 있으며, 회계, 감사, 지배구조, 윤리 및 샤리아 기준 등 100 여 개의 기준을 발행해 오고 있다. <http://aaoifi.com/about-aaoifi/?lang=en>(검색일2023.9.24).

12) Jonathan, 앞의 논문, p.827.

13) 예컨대, 말레이시아의 이슬람 금융법은 말레이시아 코먼로, 금융서비스법, 피프츠 및 중앙은행이 발간한 이슬람 표준 등으로 구성된다. 물론 말레이시아와 같은 개별 국가의 이슬람 금융법도 시장원리에 의해 국제금융시장에서 사용된다면 넓은 의미의 이슬람 금융법에 포함될 수 있다.

이슬람 금융법의 태생적 연유로 그 표준화가 필요한 바, 이는 신생 법체계로 출발한 이슬람 금융법체계를 표준화하여 개별 국가와 법원이 이슬람 금융거래 시 표준화된 규범을 적용하고자 함이다. 그러나 이슬람 금융법의 표준화 시도는 전통적 샤리아 해석방법론인 이슬람 법리학과의 충돌이 불가피하였다. 이슬람 법리학은 기본적으로 샤리아가 정제되고 명확한 진술로 이루어진 법이 아닌 까닭에 피끄흐학자들이 최선의 노력(ijtihad: 이즈티하드)으로 꾸란, 순나, 이즈마(Ijma) 그리고 끼야스(Qiyas)와 같은 신성한 法源으로부터 神法을 발견하는 것이다. 따라서 현실 세계에 적용되는 샤리아는 결국 이들 피끄흐학자의 종교적 권위와 해박함에 달려 있을 뿐만 아니라 그들이 속한 학파에 따라 해석에 차이가 발생한다.<sup>14)</sup> 또한 이들 학자는 현대 시장의 다양성과 복잡성에 대처할 수 있는 현대적 의미의 샤리아 필요성 때문에 종래 피끄흐를 재해석하고 있다. 이들은 현대 금융시장에 필요한 규범도 이런 사고 틀을 통해서 시장에 맞은 규범을 제공할 수 있다고 믿고 있다. 그러나 이들 역시 그들이 속한 학파에 따라 샤리아를 재해석하고 있기 때문에 이슬람 금융법의 표준화 취지에 맞지 않을 뿐만 아니라, 이슬람 금융법의 표준화는 이러한 이슬람 법리학에 의해 이루어지는 것이 아니라 금융시장 원리와 동 시장참여자의 강한 요구에 의해 만들어지고 있으며 또한 만들어져야 할 것이다. 왜냐하면 다양한 이슬람 금융거래에 대한 샤리아의 적합성 여부는 샤리아 학파에 따라 이론적으로 달라질 수 있지만, 이슬람 금융시장에서는 이러한 법이론적 논쟁보다 시장원리에 따라 금융거래에 대한 샤리아 적합성을 판단하고 있기 때문이다. 예컨대 개별 국가의 상사법은 상거래의 특성상 내용이 상호 유사해지는 경향이 있을 뿐만 아니라 기존 내용간의 차이점도 줄어들고 있다. 이것은 상거래의 투명성, 안정성 및 예측가능성에서 비롯된 것으로 국제적으로 인정된 상거래 규범은 직접적으로 특정 국가와 연관되지 않고 중립적인 형태로 되어 있다. 이처럼 상거래에 대한 각 국가의 법적 차이를 줄이려는 시장원리는 그 거래가 서구식 거래이든 이슬람식 거래이든 관계없이 강하게 작동되고 있다. 또한 AAOIFI와 같은 표준설립기관이 이슬람 금융상품 표준을 만들 때 그와 관련된 이론적 차이를 충분히 고려해서 만들고 있다.

유의할 사항은 이슬람 금융법의 표준화는 단순히 관련 규범 내용의 통일화 혹은 표준화를 말하는 것이 아니라 오히려 시장참여자로 하여금 해당 규범을 통일적으로 적용시키는 것이 더 중요하다. 왜냐하면 표준화된 법내용을 적용·해석할 때는 언어, 의사

14) Jonathan, 앞의 논문, pp.30-32.

전달방식 혹은 해석방법론에 따라 각각 다르게 적용될 수 있기 때문이다. 즉 이슬람 금융법의 표준화는 자체 규범 내용의 표준화만으로는 높은 수준의 표준화를 이루 수 없고, 관련 표준을 실행시킬 수 있는 금융기관 및 정부기관 등 자치법제도를 가진 단체 혹은 기관의 표준화 노력이 필요하다. 만일 표준규범이 자치 법제도 내의 기존 규범과 충돌되거나 법적·규제적 흠결을 발생시킨다면, 자치 법제도 상호간의 소통을 통해 충돌과 흠결을 방지하려는 노력 또한 필요하다.

### Ⅲ. 이슬람 금융법의 수용

#### 1. 수용방식

시장 참여자가 이슬람 금융법을 수용하는 대표적인 방법은 표준계약서식을 통한 것이다. 표준계약서식은 ‘모델계약양식(a model contract form)’과 ‘부종계약 혹은 부합계약(a contract of adhesion)형식’이 있다. 전자는 법실무가와 계약당사자인 기업가가 계약 초안을 작성하기 위해 거래 상황과 필요성에 따라 만들어진 일종의 계약 견본이다. 후자는 계약 당사자 중 한 명이 제안하고 다른 상대방은 관련 계약을 그대로 수용할지 아니면 거절할 지만을 결정하는 최종적인 계약형태이다. 모델계약과 부종계약은 때론 ‘표준문안(boilerplate)’ 조항으로 알려져 있는 표준 용어 및 조건을 포함하고 있다. 이것은 대부분 계약에서 사용되어지는 일반적 내용으로 이미 상관습 혹은 실무에서 체득한 법적 경험이나 법원의 판례에서 검증된 내용들이다. 계약당사자는 자신이 사용할 표준계약서식에 AAOIFI 표준과 같은 표준 용어 및 조건을 삽입함으로써 그것과 관련된 향후 분쟁을 사전에 예방하고자 한다. 이러한 관행은 계약당사자가 속해 있는 관련 시장에 한정되지 않고 국제거래에서도 이루어진다.<sup>15)</sup> 그러나 특히 국제거래에서 이들 용어나 조건이 당사자가 속한 법관할권마다 다르게 해석된다면 이슬람 금융법의 내용으로 되기는 어려울 것이다. 이는 투자가는 투자리스크를 회피하기 위해 관련 계약내용과 친숙한 상관행과 그러한 내용으로 구성된 표준계약서식을 선호하는 이유이기도 한다.

15) Ewan McKendrick, "Harmonisation of European Contract Law: The State We Are in", p.5 (in Stefan Vogenauer & Stephen Weatherill eds., The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice, Hart Publishing, 2006).

시장 참여자가 이슬람 금융법을 수용하는 또다른 방법으로는 AAOIFI와 같은 이슬람 금융법 표준제정기구에서 만든 표준 내용을 자치 법제도내로 수용하는 방법이다. 예컨대 AAOIFI는 수쿠크 발행 형태에 따라 16개 표준을 제공하고 있으므로 수쿠크 발행을 원하는 기업이나 국가가 해당 표준을 수용함으로써 관련 이슬람 금융법이 확대 적용된다. 물론 수쿠크 발행이 거래의 자산, 위험 및 신용구조에 따라 구조화되어 있기 때문에 매 거래마다 수쿠크 발행 형태가 동일하지 않을 수 있다는 점과 수쿠크 문서가 국제사채 발행에 사용되는 문서와 유사하여 샤리아 적합성에 문제일 수 있다는 비판이 있다. 그러나 비록 은행간 시장인 수쿠크 도매시장에서는 전반적으로 수쿠크 표준화가 잘 이루어지지 않지만, 수쿠크에 대한 투자자의 선호도 및 관련 산업의 상관행 덕분에 표준화 부족에서 오는 법적 차이는 최소화되고 있다. 한편 대고객 시장인 수쿠크 소매시장은 관련 거래량이 적고, 개인 고객을 기반으로 하기 때문에 상관행에 따라 계약을 체결하지 않고 부종계약형태를 취하고 있다. 이는 관련 계약이 전형적으로 규격화된 법형식으로 되어 있기 때문에 내용을 쉽게 만들 수 있도록 하는 표준화가 적극적으로 이루어진다.

## 2. 비교법적 고찰

### (1) UAE

UAE는 7개 에미레이트(emirates, 토후국)<sup>16)</sup>으로 구성된 연방제 국가로 연방법제, 토후국의 지방법제 및 금융자유구역과 같은 특수 구역의 법제로 이루어진 혼합법제를 갖고 있다. UAE내 샤리아의 지위에 관해서는 우선 UAE 헌법에 의하면 샤리아는 “UAE 연방의 주요 法源 가운데 하나(a main source of legislation in the Union)”라고<sup>17)</sup> 규정하고 있다. 이것은 샤리아가 UAE 헌법상 주요한 지위를 가지지만, 여타 法源과의 관계를 명확하게 표현하고 있지 않다. 그러나 1985년 UAE 민사거래에 관한 법(Federal UAE Law No.5 of 1985 concerning the issuance of the civil transactions law 이하에서는 ‘UAE 연방민법’으로 약칭함) 제2조는 샤리아에 관한 위 헌법과는 다른 입장을 취하고 있다. 즉, “이슬람 법학

16) Emirate는 무슬림 세계에서 군주 혹은 고위 관료(추장)로 칭하는 에미르(emir)에 의해 통치되는 영역을 말한다. 7개 에미레이트(토후국)는 아부다비, 두바이, 샤르자, 아지만, 움알쿠와인, 라스알카이마, 푸자이라 등이다. <https://en.wikipedia.org/wiki/Emirate>(검색일2023.12.17).

17) UAE 연방헌법, 제7조.

(fiqh)의 규칙 및 원칙은 (UAE 연방민법) 규정들의 이해, 의미 및 해석에 필요한 것이다.”<sup>18)</sup> 이 규정은 샤리아의 역할을 法源의 하나에서 민사법 해석의 法源으로 상향시키고 있다. 나아가 동 법 제27조는 “전조 조항에서 구체화하고 있는 법 조항들이 샤리아, 공공질서 혹은 도덕 (. . .)에 반한다면 적용될 수 없다”고 규정함으로써 샤리아의 지위를 더욱 공고히 하고 있다.<sup>19)</sup> 이들 규정은 샤리아의 헌법상 지위와 샤리아를 적용하는 법원의 해석 방법론<sup>20)</sup>과 잠재적으로 상충될 수 있기에 때문에 샤리아의 법적 지위를 불확실하게 만든다.<sup>21)</sup> 나아가 UAE 수정민법 제1조에서 샤리아는 상법<sup>22)</sup>에 적용되지 않는다는 규정을 만들어 그러한 불확실성을 심화시키고 있다. 한편 실무에서는 두바이 파기원(Dubai Court of Cassation)뿐만 아니라 UAE 최고법원인 연방대법원이 일반적으로 샤리아에 위배

18) UAE 연방민법, 제2조.

19) UAE 연방민법, 제27조.

20) 대표적으로 다나 가스(Dana Gas) 사건을 들 수 있다. 동 사건에서 다나 가스는 7억불 상당의 무다라바 수쿠크를 발행하였는데, 동 수쿠크 구조가 전형적 무다라바 수쿠크와 달리 투자자에게 사업 운영과 관계없이 고정된 이윤을 보장하는 것이었다. 해당 법원은 비록 동 수쿠크 발행이 이슬람 자본시장의 시장관행을 반영하고 있지만, 수쿠크 소지자가 무다리브(Mudarib 투자대리인)에게 투자금 전액의 상환을 요구할 수 있다는 점에서 UAE 민법에 위반된다고 하여 다나 가스의 주장을 받아 주었다. 이 사건으로 UAE 중앙은행은 동 법원 판결로 인한 투자자의 우려를 없애기 위해 AAOIFI 샤리아 표준을 채택하였지만, 법원이 동 표준에 구속되지 않기 때문에 투자자의 우려를 모두 불식시키는데는 한계가 있다. 또한 동 표준 자체도 수쿠크 발행을 통해 자본을 유치하려는 금융시장의 관행과 일치하지 않는 면도 있다. Dana Gas, Dana Gas Outlines Broad Terms for Sukuk Discussions (June 13, 2017), <https://adxservices.adx.ae/WebServices/DataServices/contentDownload.aspx?doc=953294>(검색일2023.11.24).

21) UAE 연방대법원은 샤리아를 法源으로 할 것인지 여부는 전적으로 연방입법부의 정책에 따를 사안이라고 하면서도 다른 한편으로 샤리아에 위반하는 법률은 모두 위헌이라는 이슬람 학파의 견해를 따르고 있는 것 같다. 그러면서도 연방대법원은 위헌심판 대상법률이 UAE 연방헌법과 충돌된다는 사실을 입증할 수 있는 증거가 상당하더라도 실제로 해당 법률을 위헌이라고 판단하는데 상당히 꺼리고 있다. 특히 해당 사건이 민법 및 상법에 관한 사건에서는 더욱 그러하다. 참조 김규진, “UAE 계약법에서의 샤리아의 지위·계약 준수와 사정 변경에 대한 샤리아 상의 비서구적 시각을 중심으로-”, 비교법학, 제28권 제1호, 2021.2., 448면.

22) 이때 상법은 UAE 연방상법[원 법명은 ‘1993년 연방법 제18호에 의해 제정된 UAE 상사거래 법전 (Federal law No. 18 of 1993, the Commercial Transactions Law)’임]으로 UAE 연방민법의 특별법적 지위를 가진다. 동법 제2조에 따르면 상거래에 적용될 규칙은 기본적으로 당사자 간 합의에 따라 정하며, 그러한 합의가 없는 경우에 동법 혹은 기타 상사법 규정이, 그러한 규정이 없는 경우에는 상거래 관행이, 그리고 상관행이 없는 경우에는 민법 규정이 적용된다. 이는 상법과 관련된 사안에는 샤리아를 적용하지 않으려는 의도로 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 동법 제2조 제3항에는 당사자 간의 합의나 상거래 관행이 공공질서나 도덕, 윤리에 반할 경우에는 적용되지 않는다고 규정하고 있다.

되는 것으로 보이는 상관행을 인정함으로써 동 연방민법 제2조를 따르지 않는다.<sup>23)</sup> 이들 법원은 주기적으로 이자 규정을 상법에 따라 합법적인 것으로 판시하였다.<sup>24)</sup> 다만 법원은 종교적으로 민감하여 직접적으로 이자의 합법성을 인정하지 않고 이자부과를 지연보상의 의미로 해석하는 것 같다.

UAE 법원은 다양한 사례에서 자국의 민상법이 샤리아의 영향을 받거나 샤리아가 이들 법의 해석 역할을 한다는 규정과는 다른 방향으로 가고 있다. 비록 UAE 연방상법은 상사가 이슬람 금융 혹은 전통적 거래와 관련되는지의 여부와 상관없이 상사에 적용되는 법이지만, 다나 가스 채무불이행 사건<sup>25)</sup>은 이슬람 금융법<sup>26)</sup>과 샤리아 규범이 반영된 UAE 민법 사이에 법적 흠결이 있음을 보여준다. UAE 정부가 자국의 법원과 자치적 금융기관의 규제법적 흠결 차이를 극복하기 위해서는 법원과 금융기관이 AAOIFI 표준에 따라 해석·적용하도록 하는 입법을 제정해야 할 것이다. 물론 이러한 방법이 이슬람 금융법의 표준화를 고도화시키는 방법이겠지만, 반사적 결과로 해당 표준화가 서구식 금융관행과 유사한 형태로 갈 가능성도 배제할 수 없다.

## (2) 말레이시아

말레이시아는 대부분 무슬림인 다민족국가로 13개 주와 3개 연방영역으로 구성되어 있다. 말레이시아는 대다수 이슬람 국가와 마찬가지로 일반법원과 더불어 샤리아법원을 가지고 있다. 또한 말레이시아는 식민지 지배국가이었던 영국의 코먼로를 계수하였지만, 코먼로와 이슬람 법원칙이 혼합된 이른바 ‘앵글로-무슬림(Anglo-Muslim)’ 법체계를 가지고 있다.<sup>27)</sup> 중요한 점은 말레이시아가 샤리아의 역할과 효력에 관해 명확하게 헌법과 법률에 규정하고 있다는 점<sup>28)</sup>에서 대다수 이슬람 국가와 구별된다.

23) 참조 F.S.C. decision No. 591/2012; F.S.C. decision Nos. 436/24 & 440/24 of Oct. 11, 2005 (U.A.E.).

24) UAE 연방상법, 제76조~제79조. 이자율은 12%까지 동법 제76조에 따라 합법적인 것으로 인정한다.

25) 참조 주석 20).

26) 여기서 이슬람 금융법은 시장관행을 반영한 무다라바 수쿠크 발행과 관련된 법이다.

27) Tamir Moustafa, “Judging in God’s Name: State Power, Secularism, and the Politics of Islamic Law in Malaysia”, 3 Oxford J.L. & Religion 152, 157 (2014).

28) 말레이시아 헌법 제121조는 연방관할과 샤리아법원 관할을 명확히 구별하고 있으며, 동법 제74조는 의회가 소위 연방리스트(Federal List)에 나열되어 있는 사안에 관련법을 제정할 수 있다고 한다. 그리고 동법 9번 스케줄(Ninth Schedule)에 있는 민법, 형법 및 절차법에 관한 연방법원의 관할권은 금융 및 계약법을 포함한 광범위한 민사법 내용을 포함하고 있다. 이는 이슬람 금융분쟁

말레이시아 법원은 과거 이슬람 금융사건<sup>29)</sup>에 대해 보수적인 샤리아의 입장을 취함으로써 말레이시아 이슬람 금융법의 유효성을 저해시키고 결국 이슬람 금융 산업을 위축시키는 결과를 초래하였다.<sup>30)</sup> 이에 말레이시아 정부는 말레이시아 중앙은행의 국립샤리아자문위원회(National Shariah Advisory Council of Bank Negara Malaysia 이하에서는 'SAC'로 약칭함)<sup>31)</sup>에게 효과적인 사법적 권위를 부여하여 이슬람 금융시스템을 관장하게 하였고,<sup>32)</sup> 판례 상호간 충돌을 예방하기 위해 2009년 중앙은행법을 적극적으로 시행하도록 하였다. 관련 규정에는 법원이 이슬람 금융법에 관한 지침과 SAC 제56조1항의 규정에 구속된다고 한다. 즉 “어떠한 법원 혹은 중재인 앞에서 진행되는 이슬람 금융거래 관련 절차에서 제기된 샤리아 문제에 관한 한 법원과 중재인은 (a) 샤리아 자문위원회의 발행된 규칙(지침)을 고려하거나 혹은 (b) 샤리아 자문위원회에 해당 질문에 대한 답변을 구하여야 한다.”<sup>33)</sup>

나아가 SAC 제57조는 “이 장(Part)하에서 언급된 것에 따라 제55조에 따른 이슬람 금융기관 및 제56조의 언급된 것에 따른 법원 혹은 중재인은 샤리아 자문위원회에서 내린 어떠한 판정에도 구속된다”<sup>34)</sup>고 규정하고 있다. 샤리아와 관련된 문제와 얽힌 분쟁은

---

에 비록 샤리아 내용이 포함되어 있을지라도 세속적인 민사법원이 관할권을 가지는 것을 의미한다. 참조 말레이시아 헌법(Constitution of Malaysia 1957). [https://www.jac.gov.my/spk/images/stories/10akta/perlembagaan\\_persekutuan/federal\\_constitution.pdf](https://www.jac.gov.my/spk/images/stories/10akta/perlembagaan_persekutuan/federal_constitution.pdf)(검색일 2023.11.20)

29) 예컨대 1958년 말레이시아 중앙은행법에서 말레이시아 법원은 이슬람 금융과 관련된 법적 절차에서 말레이시아 중앙은행의 국립샤리아자문위원회(National Shariah Advisory Council of Bank Negara Malaysia 이하에서는 'SAC'로 약칭함)의 결정을 고려하거나 SAC와 상의할 수 있는 선택권을 가진다고 하였다. 이에 말레이시아 법원은 이러한 SAC 지침의 선택적·비구속적 특성으로 인해 샤리아 해석과 관련된 많은 소송에서 SAC 지침과 무관하게 독자적으로 판단을 내렸다. 그러한 소송은 주로 채무불이행자가 채무불이행을 근거로 관련 계약이 샤리아에 위반하였기에 무효라고 주장하는 이슬람 금융거래 사건들이었다. Zulkifli Hasan & Mehmet Asutay, “An Analysis of the Courts' Decisions on Islamic Finance Disputes”, 3 ISRA Int'l J. Islamic Fin. 41, 45 (2011).

30) Barry Rider, “The Virtue of Certainty”, 30 Company Law 225, 225 (2009).

31) SAC는 2009년 말레이시아 중앙은행법(Central Bank of Malaysia Act 2009)으로 대체된 1958년 말레이시아 중앙은행법(Central Bank of Malaysia Act 1958)에서 도입되었다. Central Bank of Malaysia Act 1958, No. 519, art. 16b(1) (2009년 폐지).

32) 2009년 말레이시아 중앙은행법 제56조 및 제57조에 관한 합헌성이 Mohd Alias Ibrahim v. RHB Bank Bhd [2011] 4 CLJ 654에서 다투었다. 동 법원은 해당 법이 오히려 법리적인 논거를 가지고 있다고 보아 합헌으로 보았다. Jonathan, 앞의 논문, p.854.

33) 2009년 중앙은행법(Central Bank Act 2009, No. 701) 제56조.

34) Central Bank Act 2009, No. 701, art. 57.

SAC에 의해 결정되고, 법원은 그러한 SAC 결정에 구속된다는 것이다. 이후에 내린 법원 판결문에는 BBA<sup>35)</sup>, 바이아 알-다인<sup>36)</sup> 및 무라바하<sup>37)</sup>와 같은 논쟁대상인 계약의 유효성과 이행가능성을 해결하기 위해 SAC의 판단 혹은 SAC의 샤리아 지침<sup>38)</sup>을 언급하고 있다.<sup>39)</sup> 따라서 말레이시아는 입법을 통해 법원과 이슬람 금융기관이 SAC에서 만든 표준 규범에 따라 해석·적용하게 이슬람 금융법의 표준화를 이루었다.

### (3) 영국

영국법원은 샤리아 원칙 혹은 AAOIFI 샤리아 표준을 고려함이 없이 이슬람 금융거래의 계약 조항에 효력을 인정하는 객관적 해석방법을 채택하고 있다. 즉 영국법하에서는

- 
- 35) BBA는 바이아 알-이나아(bay' al-'inah)으로도 불리는 것으로, 매도인이 매수인이 원하는 물품을 매수인과의 상호 합의된 이윤을 포함시켜서 인도하고 매수인은 해당 물품대금을 후불로 지불하는 계약이다. 바이아 알-이나아는 매도인이 특정 자산을 고정금액에 일정 이윤을 붙인 금액을 신용으로 매수인에게 판매하고, 매도인은 즉시 현금으로 고정된 가격으로 해당 자산을 재구매하는 계약이다. 이러한 판매와 재구매에 따라서 매도인은 해당 자산의 소유권을 가지게 되며, 매수인은 필요로 하는 현금을 가지게 된다. 또한 매수인은, 해당 자산의 원구매가격과 이윤을 후불로 지불할 가진다. 대부분 이슬람 학자들은 위 두 계약이 동일 자산에 서로 다른 금액을 부과하여 그 차액을 획득하는 것으로 이는 리바와 같은 것으로 보아 허용하고 있지 않다. 2003년에서 2009년까지 이슬람 금융관련 소송의 90%가 BBA 구조와 관련되어 있었다. See Zulkifli Hasan & Mehmet Asutay, 앞의 논문, p.46.
- 36) 바이아 알-다인(bay' al-dayn)은 후불지불계약에서 상품 및 서비스거래에서 발생하는 채무(부채)를 매매(sale of debt)하는 것을 말한다. 이것은 말레이시아 단기금융시장에서 이슬람 증권, 채무증권 그리고 다양한 금융 상품을 판매할 때 사용되는 개념이다. 김병호, “샤리아 위원회의 구조 및 Bai' al-'inah와 Bai al-dayn이 말레이시아 이슬람 금융에 미친 영향”, 한국이슬람학회논총, 제25-3집, 2015, 69면.
- 37) 무라바하는 “비용 가산 금융(cost-plus financing)” 또는 “상품의 금융 재판매(financing resale of goods)”로도 불리며, 관련 당사자가 목적물의 구매가격에 약정한 이윤을 포함시켜서 상품거래를 한다. 관련 당사자는 목적물의 재판매에 따른 구매가격의 인상을 미리 알고 있을 뿐만 아니라, 재구매에 대한 지불을 일시불 혹은 할부금으로 할지를 계약에 명시한다. 이처럼 무라바하는 관련 당사자의 상호 신뢰를 바탕으로 목적물의 구매와 재판매가 투명하고 공개적으로 진행된다. Institution of Islamic bank and insurance, <[http://www.islamic-banking.com/glossary\\_M.aspx](http://www.islamic-banking.com/glossary_M.aspx)>(검색일2017.12.12).
- 38) SAC는 다음과 같은 바이나 알-이나아에 관한 파트와는 선언하였다: “Islamic Interbank Money Market에서의 바이나 알-이나아 거래는 다음 조건하에서 허용된다. 즉 바이나 알-이나아는 사피학 파에 의해 받아 줄 수 있는 메카니즘에 엄격히 따라야 하고, 거래되는 자산은 ribawa item이 아니어야 한다.” 참조 김병호, 앞의 논문, 72-73면.
- 39) 참조 Bank Islam Malaysia Bhd v. Lim Kok Hoe [2009] 6 CLJ 22; CIMB Islamic Bank Bhd v. LCL Corp. Bhd [2011] 7 CLJ 594.

이슬람 금융법이 법원의 자체적 해석을 요함이 없이 그대로 적용하기 때문에 해석상 흠결이 존재하지 않는다. 그러나 영국법원이 판결을 함에 있어서 이슬람 금융거래에 대한 샤리아 해석을 하지 않기 때문에 해당 거래의 샤리아 적합성 혹은 신뢰성을 가지지 못하는 단점이 있다.<sup>40)</sup>

계약당사자는 장래 분쟁을 원활하게 해결하기 위해 미리 준거법과 재판관할권을 확정하려고 한다. 영국 및 뉴욕과 같은 관할권에 속해 있는 법은 종종 국제거래계약에서 준거법으로 선택되는 바, 이는 동 관할권이 상거래 혹은 금융계약에서 오는 갈등에서 발생하는 쟁점들을 다루는 정치한 판례법을 상당히 가지고 있기 때문이다. 이것이 당사자들에게 큰 법적 확신을 줄 뿐만 아니라 분쟁해결을 위한 공인된 법정지 역할을 한다. 또한 이슬람 금융거래, 특히 도매거래와 국제거래에서 종종 영국법이 준거법으로 인용되는 이유이기도 하다.

아래에서 검토할 사례에서 채무불이행자는 해당 계약이 샤리아에 위반되었기 때문에 유효하지 않았다고 주장하였다. 영국법은 이러한 주장을 받아주려고 하지 않는 바, 그 중요한 이유로 영국법이 이슬람 국제금융계약의 준거법으로 되는 것이 해당 산업의 관행으로 보기 때문이다. 그러나 이러한 관행으로 이슬람 금융거래에 샤리아 전통성을 인정하거나 적용시키는 것을 완전히 배제시킬 수는 없다. 예컨대 이슬람 금융의 표준화는 영국법원에서 샤리아의 전통성을 지지하는 역할을 한다.

비무슬림 국가의 법원에서 첫 번째로 다루었던 이슬람 금융분쟁은 *Islamic Investment Co. v. Symphony Gems N.V.* 사건이다.<sup>41)</sup> 동 사건은 이슬람 금융산업에 중요한 의미를 주는 사건으로 영국법원은 관련 당사자가 해당 산업에서 이자금지의 원칙과 같은 샤리아의 일반원칙을 위반하였을지라도 당사자계약을 유효한 것으로 보았기 때문이다. 동 사건에서 “샤리아에 따른” 무라바하 금융계약은 영국법을 준거법으로 삼았다. 동 법원은 당사자의 계약을 인정하고, 무라바하 계약의 샤리아 적합성에 관해서는 판단하지 않았다. 그렇다고 해서 이슬람 금융산업에서의 금융적·법적 관행이 의문시되거나 위협에 빠지는는 않았다. 또한 *Shamil Bank v. Beximco Pharmaceuticals Ltd.* 사건<sup>42)</sup>은 영국판례법에서 상당히 중요한 사건으로, 다시 한번 영국법원은 샤리아에 기반해서 관련 사건을

40) See Jonathan Ercanbrack, “The regulation of Islamic finance in the United Kingdom”, 13 *Ecclesiastical L. J.* 69 (2011).

41) [2002] ALL ER (D) 171.

42) [2004] EWCA (Civ) 19.

판단하지 않다는 것을 확인시켰다. 동 사건에서 관련 금융계약의 준거법은 “영광된 샤리아의 원칙에 입각하여 이 계약은 영국법에 의해 해석되어지고 적용되어 진다”<sup>43)</sup>고 규정되어 있었다. 동 사건은 영국법이 이슬람 금융계약분쟁을 다루는데 있어서 두 가지 중요한 원칙을 제시한다. 첫째, 상인법(*lex mercatoria*)과 같은 일련의 원칙 혹은 비국가법(*nonstate law*)에 의해 규율되는 계약은 영국법하에서 허용되지 않는다. 이것은 당시 영국이 EU 회원국이었으며, EU협약인 ‘계약의무 준거법에 관한 1980년 로마협약(1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation)’은 계약의 준거법으로 비국가법(*nonstate law*)의 사용을 금하고 있기 때문이다.<sup>44)</sup> 둘째 AAOIFI 샤리아표준과 같은 이슬람 규범 혹은 원칙은 영국법에 의해 규율되는 계약에 포함되어질 수 있다. 이러한 규범들은 영국법의 법해석 방법론에 따라 해석되어질 수 있다. 만일 그러한 규범들이 시장 이용자에 의해 이슬람 금융계약에 일상적으로 포함되어진다면, 채무불이행자가 반박 논거로 사용하는 샤리아 적합성에 따른 계약 무효 주장을 줄일 수 있을 것이다. 이처럼 AAOIFI 샤리아 표준과 같은 이슬람 금융법이 영국법원과 같은 입법 권한자로부터 권한이 주어질 때 이슬람 금융법이 높은 수준에서 수용될 수 있음을 보여준다.

## IV. 결 론

이슬람 금융은 서구식 금융에 샤리아가 추구하는 사회적·경제적 정의를 실현시키기 위해 만든 국제적 대안금융이다. 그러나 개별 국가가 이슬람 금융 산업을 운영하면서 발생하는 샤리아 규범의 해석 차이를 극복하고 이슬람 금융이 글로벌 사회에서 수용될 수 있는 독자적 법체계 구축이 필요함에 따라 이슬람 금융법이 등장하였다. 이슬람 금융법은 단순히 이슬람 금융에 적용되는 샤리아 규범이 아니라 개별 국가의 이슬람 금융 관련 규제법에 수정을 가하고 이슬람 금융을 이용하기를 원하는 국제사회에 계수시킬 수 있는 일종의 혼합법

형태의 모델법이다. 그렇지만 신생 법체계인 이슬람 금융법이 무슬림 국가를 위시한 비무슬림 국가에서 개별 국가의 사정에 따라 다르게 수용·적용되고 있다. 본 논문은

43) Id. [1].

44) Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 1980 O.J.(L.266) 1.

이러한 이슬람 금융법의 수용에 대한 비교법적 고찰을 통해 이슬람 금융법이 독자적인 법체계로서 그 기능을 원만히 수행하기 위해서는 그 표준화가 필요불가결함을 확인하고자 한다.

이슬람 금융법의 주된 특징 중의 하나는 소위 이슬람 법리학을 통해 샤리아를 해석 하듯이 이슬람 금융법을 동 법리학으로 해석하거나 규범화시킬 수 없다는 것이다. 즉 이슬람 금융법은 피그호학자의 법리학에 따라 정해지는 것이 아니라 시장원리와 시장 참여자의 강한 욕구에 의해 생성되고 해석된다. 이러한 시장원리와 시장질서에 입각해서 전통적 샤리아에 반하거나 반할 수 있는 금융거래도 샤리아 적합성으로 인정될 수 있다. 또한 이슬람 금융법의 바람직한 수용을 위해서는 단순히 관련 규범을 내용적으로 통일시키는 것이 아니라 오히려 그러한 규범을 실행시킬 수 있는 금융기관 및 정부 기관 등 자치 법제도를 가진 단체 혹은 기관이 해당 규범을 통일되게 적용하는 것이 필요하다. 이처럼 자치 법단체 혹은 기관이 이슬람 금융법을 적극적으로 이행할 때 개별 국가의 이슬람 금융법제에서 오는 법적 차이점을 최소화시킬 것이다.

이 논문에서 살펴 본 이슬람 금융법의 수용에 관한 비교법적 고찰에서 우선 UAE는 자국 법원과 자치적 금융기관과의 규제법적 적용 차이가 발생하는데 대해서는 입법을 통해 이러한 흠결을 적극적으로 메우는 것이 필요함을 설명하였다. 이에 비해 말레이시아는 이슬람 금융법을 국가주도, 상의 하달식의 접근방식에 따라 이상적인 표준화된 이슬람 금융법제를 만들었다. 말레이시아의 이슬람 금융법이 국가 중심 모델임에도 불구하고 법제도와 시장원리의 상호작용에 의해 진행된 혼합법체계하에서도 글로벌 금융시장의 수요를 반영한 법규범으로 만들었다. 이에 비해 비무슬림 국가인 영국은 샤리아 원칙 혹은 AAOIFI 샤리아 표준을 고려하지 않고 이슬람 금융거래의 계약 조항을 객관적 해석방법으로 그 효력을 인정하고 있다. 이를 다르게 말하면 영국 법원은 시장 이용자에 의해 AAOIFI 샤리아 표준과 같은 이슬람 금융법이 상관행적으로 이슬람 금융계약에 포함되어진다면 해당 계약의 샤리아 적합성을 묻지 않고 관련 계약의 이슬람 금융법 규범을 적용한다는 점이다. 즉 AAOIFI 샤리아 표준과 같은 이슬람 금융법이 영국법원과 같은 입법 권한자로부터 권한이 주어질 때 이슬람 금융법이 높은 수준에서 수용될 수 있음을 보여준다. 또한 이슬람 금융법의 수용은 좁게는 거래 당사자가 사용하는 표준계약서식에 AAOIFI 표준과 같은 표준 용어 및 조건을 삽입함으로써 당사자가 속한 법관할권에서 초래되는 법규범 차이를 없애 줌으로써 향후의 분쟁을 예방할 수 있을 뿐

#### 이슬람 금융법의 수용에 대한 비교법적 고찰

만 아니라 이슬람 금융법을 실무적으로 정착시킬 수 있다. 그와 더불어 이슬람 금융법의 원활한 수용을 위해서는 이슬람 금융법의 표준화가 이루어지도록 선도적·실질적 역할을 하는 AAOIFI와 같은 국제적 표준설립기관의 활동이 필요하다.

## 참 고 문 헌

### 국내문헌

- 김규진, “UAE 계약법에서의 샤리아의 지위-계약 준수와 사정 변경에 대한 샤리아 상의 비서구적 시각을 중심으로-”, 비교법학, 제28권 제1호, 2021.2.
- 김병호, “샤리아 위원회의 구조 및 Bai’ al-‘inah와 Bai al-dayn이 말레이시아 이슬람 금융에 미친 영향”, 한국이슬람학회논총, 제25-3집, 2015.
- 손태우, “샤리아(이슬람법)의 法源에 관한 연구”, 법학연구, 2013.2,

### 외국문헌

- A.L.M. Abdul Gafoor, Interest-free commercial banking, A.S. Noordeen, 2010
- Economic and Social Council, Treatment of Islamic financial instruments under the United Nations Model Double Taxation between Developed and Developing Countries, E/C.18/2006/9
- Ghiath Shabsigh et al., Ensuring Financial Stability in Countries with Islamic Banking, IMF Country Report No. 17/145, 2017.1.5.
- Raj Bhala, Islamic law(Sharia), LexisNexis, 2011
- Barry Rider, “The Virtue of Certainty”, 30 Company Law 225 (2009)
- Dana Gas, Dana Gas Outlines Broad Terms for Sukuk Discussions (June 13, 2017), <https://adxservices.adx.ae/WebServices/DataServices/contentDownload.aspx?doc=953294>(검색일2023.11.24)
- Ewan McKendrick, “Harmonisation of European Contract Law: The State We Are in” (in Stefan Vogenauer & Stephen Weatherill eds., The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice, Hart Publishing, 2006)
- Jonathan Ercanbrack, “The regulation of Islamic finance in the United Kingdom”, 13 Ecclesiastical L. J. 69 (2011)

- Jonathan Ercanbrack, "The standardization of Islamic financial law: Lawmaking in modern financial markets", 67 Am. J. Comp. L. 825 (2019)
- Joseph DiVanna & James King, "The Banker's Top Islamic Financial Institutions Ranking: A Bump on a Path of Progress", The Banker (Nov.2, 2015)
- Michal J.T. McMillen, "Islamic banking: Some distinguishing regulatory considerations", SPG Int'l L., Practicum, vol.28, 2015
- Tamir Moustafa, "Judging in God's Name: State Power, Secularism, and the Politics of Islamic Law in Malaysia", 3 Oxford J.L. & Religion 152 (2014)
- Zulkifli Hasan & Mehmet Asutay, "An Analysis of the Courts' Decisions on Islamic Finance Disputes", 3 ISRA Int'l J. Islamic Fin. 41 (2011)

<국문초록>

이슬람 금융은 이슬람법(Sharia)의 원리를 준수하여 행하는 금융서비스 혹은 금융상품을 제공하는 금융 혹은 금융기관을 종합적으로 지칭한다. 그러나 개별 국가가 이슬람 금융 산업을 운영하면서 발생하는 샤리아 규범의 해석 차이를 극복하고 이슬람 금융이 글로벌 사회에서 수용될 수 있는 독자적 법체계 구축이 필요함에 따라 이슬람 금융법이 등장하였다. 이슬람 금융법은 단순히 이슬람 금융에 적용되는 샤리아 규범이 아니라 개별 국가의 이슬람 금융관련 규제법에 수정을 가하고 이슬람 금융을 이용하기를 원하는 국제사회에 계수시킬 수 있는 일종의 혼합법 형태의 모델법이다. 그렇지만 신생 법체계인 이슬람 금융법이 무슬림 국가를 위시한 비무슬림 국가에서 개별 국가의 사정에 따라 다르게 수용·적용되고 있다.

이슬람 금융법은 피끄흐학자의 법리학에 따라 정해지는 것이 아니라 시장원리와 시장참여자의 강한 욕구에 의해 생성되고 해석된다. 이러한 시장원리와 시장질서에 입각해서 전통적 샤리아에 반하거나 반할 수 있는 금융거래도 샤리아 적합성으로 인정될 수 있다. 또한 이슬람 금융법의 바람직한 수용을 위해서는 단순히 관련 규범을 내용적으로 통일시키는 것이 아니라 오히려 그러한 규범을 실행시킬 수 있는 금융기관 및 정부기관 등 자치 법제도를 가진 단체 혹은 기관이 해당 규범을 통일되게 적용하는 것이 필요하다.

이슬람 금융법의 수용에 관한 비교법적 고찰에서 우선 UAE는 자국 법원과 자치적 금융기관과의 규제법적 적용 차이가 발생하는데 대해서는 입법을 통해 이러한 흠결을 적극적으로 메우는 것이 필요함을 설명하였다. 이에 비해 말레이시아는 이슬람 금융법을 국가주도, 상의 하달식의 접근방식에 따라 이상적인 표준화된 이슬람 금융법제를 만들었다. 말레이시아의 이슬람 금융법이 국가 중심 모델임에도 불구하고 법제도와 시장원리의 상호작용에 의해 진행된 혼합법 체계하에서도 글로벌 금융시장의 수요를 반영한 법규범으로 만들었다. 이에 비해 비무슬림 국가인 영국은 샤리아 원칙 혹은 AAOIFI 샤리아 표준을 고려하지 않고 이슬람 금융거래의 계약 조항을 객관적 해석방법으로 그 효력을 인정하고 있다. 그리고 이슬람 금융법의 수용은 좁게는 거래 당사자가 사용하는 표준계약서식에 AAOIFI 표준과 같은 표준 용어 및 조건을 삽입함으로써 당사자가 속한 법관할권에서 초래되는 법규범 차이를 없애 좁으로써 향후의 분쟁을 예방할 수 있을 뿐

#### 이슬람 금융법의 수용에 대한 비교법적 고찰

만 아니라 이슬람 금융법을 실무적으로 정착시킬 수 있다. 그와 더불어 이슬람 금융법의 원활한 수용을 위해서는 이슬람 금융법의 표준화가 이루어지도록 선도적·실질적 역할을 하는 AAOIFI와 같은 국제적 표준설립기관의 활동이 필요하다.

주제어 : 이슬람 금융법, 이슬람법, 샤리아, 이슬람금융기관회계감사기구, 아랍에미레이트, 말레이시아, 영국법

<Abstract>

## A comparative law study on the introduction of Islamic Financial Law

*Sohn, Tae Woo\**

Islamic finance is an international alternative finance which has grown rapidly over the decades. Islamic finance law (IFL) has been brought in an emergent legal system by reintroducing of Sharia-complaint transaction in secular legal system especially financial one. The characteristics of IFL contributes to the development of private Islamic legal standards and integrating IFL as an emergent legal architecture within the global economy. Contrary to the tradition Islamic methodology (usual al-fiqh), IFL contributes to reduce greatly the role of jurist in developing the relevant law because of the demand of the market, market forces and financial practices, even though fundamental theoretical differences about the interpretation of the Sharia remain in Islamic financial markets.

The particular composition of IFL varies according to the adapted countries' legal system that has chosen to facilitate and regulate the Islamic financial industry as well as the method of introducing IFL. For example, a UAE court is unlikely to deal with an Islamic finance dispute in a manner that is different than conventional finance. It is opposed to the UAE commercial and civil codes which is influenced by or reserves an interpretation role for the Sharia. The IFL in Malaysia represents a nation-led, top-down approach to its adaption. These kinds of national top-heavy roles in the introduction process of IFL have developed a specialized legal and regulatory system for Islamic finance. On the other hand, English courts' objective interpretation approach gives effect to the contractual provisions of Islamic financial transactions without considering Sharia. However, it means that Islamic standards, such as the AAOIFI standard,

---

\* Professor, School of Law, Pusan National University.

incorporated in the widely used contract form can be easily adapted in the court without the consideration of Sharia's compatibility. Therefore, for the successful introduction of IFL, it is necessary for an self-implemental institutions to adapt the norms of IFL enthusiastically in their legal system as well as the standardization of IFL.

Keywords : Islamic financial law, Islamic law, Sharia, AAOIFI, UAE, Malaysia, English law

