

伊斯兰埃及民法典西化的成功与失败

蒋军洲

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

摘 要: 1948 年埃及民法典是在伊斯兰背景下将伊斯兰文明与西方文明融合的成功尝试, 但其效果并不完美, 它对立法技术、法律语言的使用也远不理想。以它为鉴, 我国民法典的制定一定要注意熟练应用立法技术, 精练使用语言表达, 审慎评估法律精神与制度移植的可行性。

关键词: 伊斯兰; 民法典; 西方化; 立法技术

中图分类号: DF13 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2008)01-0165-06

The Success and Failure of the Westernization of the Islamic Civil Code of Egypt

JIANG Junzhou

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005 China)

Abstract: Egyptian Civil Code of 1948 is a successful attempt of reconciliation of Islam culture and western culture on the base of Islam, but its effect is not perfect and it doesn't make sound use of techniques of law making and legal language. In the course of the constitution of the Civil Code of PRC, we must avoid the defects of Egyptian Civil Code and pay more attention to the skillful use of techniques of lawmaking, the proficiency employment of language and expression, and prudently estimate the possibility of the transplantation of legal spirits and systems.

Key words: Islam; civil code; westernization; techniques of law making

一、埃及民法典的立法背景

借助于农业文明时期其特殊的地形, 埃及得到了长期的独立和自足, 并在这个自给自足的阶段形成了世界上最早的法系, 但公元前 8 世纪, 此法系就开始崩溃。其趋向崩溃的影响因素首先是城市战争, 接着是亚述、波斯、希腊入侵者的占领, 罗马人恺撒的最后一击结束了其政治独立, 使它成为罗马的一个省, 罗马法律遂或多或少取代了其制度^[1], 最终罗马法系取代了埃及法系。640 年阿拉伯人入侵, 埃及开始先后沦为倭马亚和阿拔斯王朝的一个省; 阿拉伯人后来虽经多次更朝换代, 埃及的被统治地位却一直如旧, 且接受了伊斯兰教, 适用伊斯兰法。1517 年土耳其人入侵, 埃及又沦为奥斯曼帝国的行省, 伊斯兰法就一直适用到了甚至 19 世纪后半叶。

1798 年拿破仑一世入侵使埃及翻开了它近代史的一页, 随着西方列强逐步控制埃及的政治和财政大权, 外国侨民在埃及享有的法外治权不断扩大, 使它的统一法治不再可能。然而, 在阿拉伯人统治时期, 信奉基督教或其他宗教

的侨民并没有任何特权; 在奥斯曼帝国初期, 苏丹为促进对外贸易, 才赋予他们某些特权, 在法律上他们也受到一定保护。至穆罕默德·阿里(1769-1849) 统治时期(1805-1848), 外国侨民继续享有特权, 但受很多限制。他去世后, 埃及国势日减, 西方列强乘虚而入, 欧洲人在埃及享有的特权日益增多: 各国领事有权审理本国侨民对当地居民犯下的罪行; 当地居民和外国侨民打官司必须向有关国家的领事法院起诉, 而不是在本国法院进行。1867 年, 鼓吹司法改革的埃及外交大臣努巴尔(Nubar) 提议设立由外国法官和本国法官共同组成的混合法院, 以取代各国领事法院。该提议一开始受到外国侨民特别是法国侨民的强烈反对, 但经过几年谈判, 1875 年 6 月 28 日, 埃及和英法等十多个国家签订了一项关于设立混合法院的协议^[2], 1876 年 1 月 1 日, 此法院正式开始受理案件^[3], 它对涉及外国人利益的所有民事案件均有管辖权, 适用 1875 年法国律师曼努里(Manoury) 以法国民法典为模本制定的凡 774 条的混合民法典。在混合法院设立之后, 埃及马上开始着手建立涉及

收稿日期: 2007-10-15

作者简介: 蒋军洲(1981-), 男, 河南浚县人, 厦门大学法学院民商法专业 2006 级博士生, 《埃及民法典》中译本校对人, 研究方向: 民法学基本理论。

埃及人之间的民事和刑事纠纷的国民法院体系,该体系于1883年开始运作,适用该年以法国民法典为模板制定的凡641条的国民民法典^[4],自此,该法典的适用代替了传统的伊斯兰法。所以可以说,自混合法院设立,埃及便开始走向了以法国法为模式颁行现代法典的历程^[5]。

虽然国民民法典的适用代替传统宗教规则对埃及的法制发展而言是一个巨大的社会事件,在混合法院设立前的19世纪前3/4的时间里,埃及本身的法律体系也并非无所作为。早在1876年以前埃及就着手进行法律改革,这包括逐渐起草以及嗣后修正、补充世俗法;设立无数的相应机构执行上述法律。从当时的社会背景看,新的法律显然被视为用来补充沙里亚而不是取代它,是为了使司法管理合理化并将之统一,限制各个司法管理机构的管辖范围。但是,埃及总督实施的如上改革不是因法外治权的存在而受到西欧的影响,反而是带有明显的内发性特征,旨在加强对国家及国家管理的控制。如果非说如上改革受到了外部影响,这种影响也是来自奥斯曼。不过即使这样,奥斯曼的法律也不是被盲目复制过来,而是被改编得适用于埃及的社会环境,例如奥斯曼政府在1850年代早期要求埃及施行坦兹麦特(tanzimat)刑事立法时,埃及颁布了包括了奥斯曼法典之规定的埃及刑法典,与前者相比,它补加了两章早期埃及立法的选编^[6]。

与埃及在如上时期采用法式民法典可以对照的是,法国治下的北非国家也开始被强迫服从法国民法典;其他的阿拉伯国家,因与奥斯曼帝国的更为紧密的从属关系则没有走埃及模式,适用的是1869-1876年编纂的玛雅拉(Majallah Et Ahkam F Adliya)。该法典是奥斯曼帝国实施坦兹麦特改革的成果之一。其实,奥斯曼19世纪初实施的如上改革也导致了采用外国法典^[5],但民事领域法国民法典的引进尽管舍弃了其中的家庭法和继承法部分,仍遭到了保守集团的反对,它就只好直接以伊斯兰法为渊源编纂自己的民法典。于是,在一战末期,阿拉伯国家就可以分为如下两类:采用法国民法典的国家,如埃及、突尼斯、阿尔及利亚和摩洛哥;适用玛雅拉的国家,如叙利亚、伊拉克、巴勒斯坦和约旦^[7]。

了解了埃及采用法式民法典时其他阿拉伯国家所处的境遇后,最好再回到埃及。因为,埃及于1882年成为英属殖民地后为何没有走向普通法系值得思考。我想如下三大因素制约了英国法的影响力。首先,埃及在被英国占领前的法律背景对英国不利。1880年埃及即设立了设计新体系和制定其国民民法典的委员会;1882年英国的占领带来的政治动乱也只是导致了该委员会工作的中断,在此年末该委员会就予重建,次年其工作完成,并且其设定方案规定,新法院将认可所有既存法以及不与自己的法典相违背的法令。于是,埃及成功避免了使法律体系英国化^[8]。其次,英国对埃及国民法院的态度和该法院的人事制度对英国不利。历史资料显示,即使在1890年代至1922年英国在埃及国民法院中的影响处于鼎盛时期时,英国仍对埃及国民法院采取了疏远态度,表现为:它提议避免埃及国民法

院涉及极度敏感事项,并且它实施了一项使埃及法律体系英国化的大胆但最终流产的尝试。一战期间,威廉·布伦雅特(William Brunyate)领导的委员会试图修改埃及法律体系,提议废止领事裁判权协议书规定的外国特权而由英国负责在埃及的外国人的利益保护,统一混合法院和国民法院,大量增加英国法官的数量,将英语规定为新法院体系的主要语言,从而使英国法学的地位自然高于法国。但这一提议引发了争议,埃及的领导人惧怕该提议意在吞并埃及,遂激烈反对,1919年埃及起义爆发,英国只好放弃了该提议。在国民法院体系的人事制度上,埃及领导人企图逐步让埃及人占领法院的多数席位,也使英国人受到了限制^[8]。最后,埃及本身抵制外国势力渗透的思想阻碍了英国法发挥影响。埃及在西欧(此处指地理上的西欧,不含英国)没有强制它建立西欧式法律体系的情形下进行西欧式改革,目的就是以西欧为模式改革法律体系来抵制欧洲的直接渗透。显然,它想借子之矛攻子之盾即借用西欧的法律意识形态抵制欧洲列强对埃及的专制和压迫。而在英国占领后,埃及想走一条独立于英国的道路,使得法国法更有特殊的吸引力^[8]。

但19世纪晚期埃及弃英投法并未使前述法式民法典取得永久地位,阿拉伯国家民族主义情绪的苏醒以及一战刺激的泛阿拉伯运动,导致了文化领域重视阿拉伯遗产的呼声高涨,在20世纪20年代,阿拉伯人民努力争取以现代模式重申其古老的价值观^[7]。因此伊斯兰法研究经历了一次真正的复兴。经过一系列的研究和探索,终于在1933年,桑胡里(Sanhuri)在埃及国民法院50周年纪念大会上提交的一篇论文中,提出重订埃及民法典的愿望。他建议以伊斯兰法、老民法典颁布以来的埃及法院决议以及现代西方民法典为渊源来改革埃及民法典。经由他主持的包括西方法学家和埃及法学家组成的各委员会和分委员会数年的不断工作,新民法典终于1948年颁布,取代了混合民法典和国民民法典,于1949年10月15日生效^[7]。正如被评论的那样,新民法典不仅是重订,而且是高度的折衷,体现了现代西方立法中的最好因素,并考虑了伊斯兰法的原则。正因是西方文明与伊斯兰文明的融合,它迅速引起了其他阿拉伯国家的注意和继受,叙利亚、伊拉克和利比亚就曾请桑胡里以该新民法典为蓝本为它们起草新民法典^[7]。当然,受它影响还有阿尔及利亚、约旦和索马里。事实上,其他国家对它的继受被视为双重正当化了,因为阿拉伯国家的主导社会条件是相同的,它们共享伊斯兰法传统,有着共同的历史背景。

二、埃及民法典西方化追求中的伊斯兰胎记

(一)与玛雅拉不同的一种路径

1948年埃及民法典是伊斯兰文明与西方文明的融合,那么如何理解它的这种融合,它的西方化努力成功与否?这就不得不谈及玛雅拉。因为玛雅拉是奥斯曼以法国民法典为师遭拒后的选择,它与埃及民法典反映了伊斯兰文明应对西方文明的两种截然不同的路径。从内容安排上看,玛雅拉分为序部和16编,其中序部分为两题:穆罕默德法

学的概念与分类;穆罕默德法学的格言。其法律委员会报告称,按照穆罕默德法学,宗教知识中有关世俗事务的部分可以分为三类:处理婚姻问题的,调整一般交易的,以及刑法;所有文明国家的立法都再现了这三大类,而调整一般交易的部分被称作民法典。按玛雅拉序部中之规定,古老的穆罕默德法学家将合同分为两类,婚姻是一类,其他合同是另一类。此分类根据的宗教原则是,宗教法的感知部分与来世有关、部分与现世生活有关,就后者而言,人们可以辨别出如下两个主导性的神圣目的:在上帝的最后审判之前人类通过不断的繁殖得以永存,以及被分配的个人生活空间的维护,其中前者依赖于性结合,后者依赖于辛勤的合作和服务的交换,因为人不能以己之力维持生存。因此,性的结合以及人与人之间的交易就成为需要调整的两大重要事项,而需要以刑罚强制执行的规范则是刑法^[9]。此种观念和规定将世俗生活三分并仅将交易生活视为民法典调整的对象,让人十分难解。难解的原因在于它虽然将世俗生活三分,但仍将婚姻和交易都归位于合同。如果按其思路推理,将都体现神圣目的婚姻与交易均交由民法典规制似乎是水到渠成之事,但事实上它做出了与之不同的选择,而它做出如此选择似乎只有一种可能:婚姻对伊斯兰信徒而言是一个十分特殊的领域,所以玛雅拉暂予回避;否则其报告委员会的声称与其穆罕默德的法学思想就会产生难以调和的冲突。然而,如果我的前述推理有相当的说服力,那么玛雅拉是否仅因婚姻法的特殊性而回避它就成为不得回避的问题。因为,伊斯兰民事交易规则同样有着特殊性,但它仍以法典的形式编纂了起来。目前我尚未找到对它的合理解释,但很有可能这不过是一个条件反射性的社会学事件,因为,在西方列强的入侵与殖民大背景下,交易规则是阿拉伯世界遭遇西方文明后最急需予以明确或改动的领域,婚姻部分对此种遭遇的反应则相对缓慢。可以佐证的是在商事交易领域,奥斯曼帝国颁布了法国模式的1850年商法典,1864年海商法典^[5];在较晚近的1917年它才制定了家庭权利法。

如上为玛雅拉在西方化的压力下在民法领域所作的努力,现在来谈埃及。埃及民法典共分三个部分,其中序编是一般规定,第一编是债或对人权,第二编是物权¹,从总体结构上看,埃及民法典把人格法淹没在了其序编之中,而主要处理债法和物权法。尽管如此,家庭法以及遗嘱继承和无遗嘱继承是否由该法典调整仍是一个容易使人得出错误结论的地方,因为该法典确实于序编第二章中的自然人一节提到了婚姻,于第二编物权的所有权取得一章规定了遗产的继承与清算、以及遗嘱,但与之相关的身份法方面的内容确实并不适用埃及民法典,这正如其第875条、第899条、第915条所明确规定的那样;在埃及,有关个人身份问题的争议仍主要适用穆斯林哈乃斐学派的著作,如果案件发生在两名同一宗教信仰但非穆斯林公民之间,则按相应的教派适用基督教或犹太教的教会法;当然,立法也采用了穆斯林法学家诸学派的改革意见,这即是采纳带有伊斯兰教义色彩的、规定个人身份事项的特别法规以及其他

伊斯兰教法^[5]。简言之,在埃及,民事案件的适用渊源是埃及民法典与其他身份立法、法律著作的双重体制。可见,玛雅拉和埃及民法典这两种不同的西化路径都证明了徐国栋教授的观察,伊斯兰世界制定民法典的模式显著特征是将人身关系确切地说是身份关系和财产关系分别立法^[10]。

二者虽然如上述均不处理身份法,在债与合同法方面的西化程度却截然不同。玛雅拉有使用借贷的规定,但没有消费借贷,因为宗教法禁止有息借贷,而无息借贷被视为期望返还的赠与,基于同样的理由射幸合同也没有规定^[9]。按非洲传统的观念,接受约束、替某个陌生人干活以求挣得一份工资的契约概念是不可想象的,劳动不只是一种谋生之道,而且是在同自然力量的一致中建立的一种生活方式^[11],所以玛雅拉当然地不包括雇佣合同。另外,玛雅拉还规定了一种特殊的合伙,伊斯兰教法律称为穆达拉巴赫,据之一个合伙人承诺提供资金其他合伙人承诺提供技能和劳务,在穆罕默德法中它有很大的重要性,因为它是为了绕过利息禁令而采取的一种变通手段,由于利息已包括在利润之中,所以既满足了双方的经济利益,又符合拘泥形式的伊斯兰法的要求^[12]。与之相似的是附买回权的买卖,此种买卖在奥斯曼非常流行,因为它同样可以规避高利贷禁止^[9],这都是对伊斯兰法禁利规则巧妙规避的习惯的吸收。埃及民法典虽也有附买回权买卖的规定,但其意图是在宣告此类交易无效(第465条)。至此,我们完全可以认定玛雅拉与埃及民法典在同样号称人类交易的领域的不同了,前者是对伊斯兰传统的维护,编纂目的在于实现宗教法的世俗化,主要内容是伊斯兰的债法,而埃及民法典明显是引进西方价值观的努力。

(二)埃及民法典吸收伊斯兰法及其宽容和爱的精神的尝试

埃及民法典虽大部分内容取自西方,走了一条与玛雅拉不同的道路,却没有因此完全抛弃伊斯兰法的规定。无论其具体制度的设计,还是它体现的宽容与爱的精神,都与伊斯兰法的团体法本位相关。

1. 伊斯兰法被明确或隐含规定为法律渊源或被转化为法律规定。埃及民法典自旧的民法典起就主动或被动地走一条西方化的道路,但它从来没有宣称完全西化背离母体,这正如它在法典的第1条就开明宗义地讲,如果没有可以适用的法律规定,法官就应根据习惯裁判,如果没有相应的习惯,则根据伊斯兰沙里亚的原则裁判。如此规定显然有着如下两方面的意义,首先是习惯的引入,如果此等习惯是伊斯兰习惯,那么它就是比较精明地选择了优先适用习惯对难以施行或不便实行的伊斯兰法的巧妙规避或具体化;其次,将伊斯兰沙里亚原则做为法律渊源,体现了它对传统宗教规则的固守,从而有利于社会的渐进式进化而不是突然革命而带来强烈反弹。

如果仔细分析埃及民法典的条文,我们还会发现它隐含将伊斯兰法列为渊源的良苦用心。最能体现上述思想的莫属其第10条至第28条规定的冲突规则了。粗看起来,这些规定非常类似于大多数民法法系国家的规定,而与伊

斯兰冲突法无视国家边界的立场和不重视国籍与住所等联结点的观念相违背,我们知道后者仅关注法律主体的不同,即穆斯林还是非穆斯林,对穆斯林,伊斯兰法是身份法,对非穆斯林,伊斯兰法是属地法,只要某人旅行或居住在伊斯兰领土内即予适用,但其个人身份和宗教事务除外,在这些事项上伊斯兰法仍坚持身份法,允许他们相对的立法和司法自治。比如,在结婚、离婚和继承事项上,埃及民法典规定的联结点是具有民法法系意味的有关当事人的国籍,但依此适用埃及法,会产生到底什么是埃及法的疑问,因为在身份事项上,埃及的身份法是多元主义的,并没有一个适用于所有埃及人的身份法典,宗教信仰不同,会导致适用不同的身份法典,所以这些冲突规则隐含地将伊斯兰埃及的穆斯林身份法和其他宗教信仰的身份法引入了民法典之内,其中第10、14、20条的规定是十分恰当的例子^[4]。相似的是第28条关于公共政策保留的规定,该条并没有给出公共政策的定义,所以在一个宗教信仰复杂多样的国家,何谓公共政策就值得考量,有学者通过埃及的相关判例研究认为,公共政策在埃及的现实生活中被分为一般公共政策和伊斯兰公共政策^[13],如果真的如此,该规定就同样为宗教法的适用留下了空间。

将伊斯兰法的规定转化为世俗法规定的例子不胜枚举,但我还是愿意将其中有特色的规定加以分析而透露出立法者是在是否将它们纳入民法典时的矛盾与徘徊。首先是附买回权的买卖。国民民法典第338条规定它是有效的买卖,埃及民法典虽然在名义上也将它列为特种买卖的一种类型,但它只用一个条文(第465条)来调整该买卖,并且规定它无效。这明显是一个重大的改变,其原因被认为是附买回权的买卖常被用做迂回的方式实施属于小农或小土地主的小块土地的占有性抵押,结果在大多数案件中他们的所有权被以较低的价格剥夺^[14],无疑此种立场所体现的精神是扶持弱者。其次是先买权。哈乃斐学派主张先买权是一种广泛的权利,不仅共有人而且邻居都可以行使之,玛雅拉就是采纳了哈乃斐的如此主张;不过,沙菲仪等学派将该权利限制为只有共有人行使。研究法典编纂的委员会对埃及民法典是否包括它也曾有争议,大多数人反对它,认为它限制了合同自由^[15],但它最终被规定进了埃及民法典,只是它受到了很大修改且受到严格限制。再次,我想提起的是租赁。具有租赁和合伙双重特征的农用地和林地的短期分益租赁,明显来自沙里亚,但它并没有特别需要我们关注的地方,提及它也就足够了;需要花些笔墨的是瓦克夫财产的租赁。混合法院曾认为瓦克夫租赁不同于一般租赁,因为瓦克夫起源于穆斯林法,因此适用沙里亚的相关规则;国民法院则认为二者没有什么不同,因此一体适用国民民法典的规则。这两种立场的法律效果有着重大区别,根据沙里亚如果租金不充分,瓦克夫财产租赁无效,而根据国民民法典当事人的协议通常都有效。埃及民法典立法时,宪法法院的法官在呈交给法典委员会的一份备忘录中曾建议不规定特别的瓦克夫财产租赁类型,但法典委员会和立法最终依循了混合法院的实践,坚持了沙里亚的立场(第

631条)^[14]。

2. 埃及民法典体现的沙里亚宽容与爱的精神。非洲人的传统观念是团体本位的,因此,集体优先于个人,义务先于权利,埃及也不例外。这种团体本位的思想对埃及民法典产生了深远影响。先说该法典规定的权利不得滥用。埃及民法典于其序编第5条张扬了此种如何处理好个人利益与他人利益的精神,正如它规定的那样,如果行使权利的目的仅仅是为造成他人损害;或所欲取得的利益与因此造成他人的损害相比微不足道并毫不相称;或所追求实现的利益是非法的,都将被认为是非法行使权利。所以行使其合法权利的人如果造成了他人损害就应承担损害赔偿(第4条)。如果说权利不得滥用是伊斯兰提倡相互尊重谴责损人利己的立场有着密切联系^[16],体现公平交易、等价交换、诚信履行的第129条第1、3款、第148条第1款就是直接来源于《古兰经》的经文(参见《古兰经》第55章第7-9节、第16章第91节的规定)^[17]。事实上,埃及民法典不仅体现了伊斯兰法中的互利互惠、反对投机、严禁垄断、凭约守信的诚信公平的经济伦理观^[18],而且体现了宽容与仁爱的精神,不但该法典不厌其烦地规定债务宽限期是贴切的例子,而且其第147条第2款尤值得提起。它规定,如因意外事件导致合同债务的履行虽非不能,但将使债务人承受重大损失之沉重负担,法官可根据具体情况,在平衡当事人双方利益之后,将该沉重债务减轻至合理的程度。任何另外的约定,均属无效。这与通常认为的合同的效力相当于当事人间的法律,仅有当事人的合意才能变更合同十分不同,明显它来自于古兰经的教义,如其第2章第278节、第280节鼓励债权人放弃余欠的债务;如果债务人是窘迫的,债权人应给予宽限,或将债务人所欠的施舍给他^[17]。所以,埃及民法典的这些条文虽然与某些西方民法典的规定相雷同,比如权利不得滥用被德国、意大利和瑞士所采,但它们对埃及却有着特别重要的意义。

这种父权主义-利他主义的立场据说是埃及民法典的主起草人桑胡里所追求的理想,而且是受到了社会法学的影响。从社会法学重视法律的目的来看,它恰将伊斯兰的伦理规范和团体本位引入到了民法典之中。桑胡里追求民法典不仅在私人维度上调整私人间的法律关系而且创造宽广的社会和教育秩序。为实现此目的,他依循了法国法的基本观念,认为法律是可为最大多数的人接近的科学,所以法典对伊斯兰传统的吸收至关重要。我们知道伊斯兰对交易规则的劝导同样是父权式的干预;与此可比的是,混合民法典和国民民法典就反对法院干预合同自治和以公平原则作为制定法的补充而适用,它们复制了法国民法典个人主义的思想,坚持自由主义和自由放任的立场;但新民法典放弃了个人主义的路径,参照了欧洲法从20世纪初进行的社会学改革,宣称自由主义的信条不适合埃及社会,认为它将加剧社会分化、恣意横行和对弱者的剥削^[19]。

三、埃及民法典的成败与启示

埃及民法典将西方法典的先进规定和伊斯兰规则融合规定本身,就代表了它一定程度上的成功。而在编排结构

上,它不是对模本编排模式进行单纯模仿,则给我们上了最新的一课。埃及曾有混合民法典和国民民法典,前者的总体编排是一个序编和四个正编即财产、债、各种合同、债权人的权利;后者的总体编排与混合民法典基本类似,区别在于取消了序编^[10]。新的埃及民法典则分为三大部分:序编,一般规定;第一编,债或对人权;第二编,物权;虽然从译本不能明确得出此等安排,但至少可以从据说结构编排几乎完全遵从埃及民法典的1971年苏丹民法典,看出埃及民法典除序编以外的内在逻辑:债的一般规定,有名合同,主物权,从物权或担保物权^[20],而由上实在看不出它与老的民法典有何渊源。这委实让中国民法典在走新人文主义的道路还是物文主义道路的争辩中,主倡物文主义者以我国自清末以来即继受德国法为论据,显得多么的脆弱和不堪一击!

就它以法国民法典为蓝本而言,其结构安排是一个极大的创新,它区分债法与物权法并将债法前置显然是受到了德国法的影响。而在更细层次的划分上,债法领域的有名合同被区分为移转所有权的合同、有关物之使用的合同、提供服务的合同、射幸合同、保证五大类,是一个有学术气味的立法实践,反映了法学家引领法典制定不是不可能。此外,它在物权法领域对物权的区分也很有新意。它将物权区分为主物权和从物权或担保物权,而主物权包括由所有权派生的权利:用益权、使用权与居住权、永佃权、地役权,从物权被理解为担保物权,这与法国不明确区分物权和债权不同,与德国法中将从物权分为担保物权与用益物权也不同,但它明显是对前二者的融合。首先它在分类顺序上坚持了法国民法典的安排,后者在第二卷“财产及对所有权的各种限制”列明了所有权及其改定的各种形式,在第三卷“取得财产的各种方法中”规定了质押、优先权及抵押权;其次,它借德国区分物权和债权、主物权和从物权以及用益

物权和担保物权的理论整理了法国民法典中的如上内容。但埃及民法典成为不少国家民法典的蓝本并不能说明它编排模式的先进。它之所以被借鉴,很大程度上是因为它谨慎考虑了埃及当时的政治、社会和法律气候^[21],是将伊斯兰文明与西方文明融合的成功尝试。它虽然号称借鉴了法德意等20个国家的民法典,在内容的系统安排上却远未达到我们预期的水平,这不但表现为它没能较好地利用章下可细分为节,节下可细分为目的立法技术,而且表现为其各部分的比例安排极度不均衡,例如其债法十分庞大,物权法很容易被视为附庸。在具体制度的设计上,其条文还经常出现无谓的重复,让人忍无可忍,正如其第187、197条是对180条的复述,第445条与第453条的区分让人觉得拖沓至极。

在对西方文明的吸收上,埃及民法典对西方价值观的引入向来是在社会本位的基础上进行的,这种对个人主义思想的过分抑制,无疑不利于社会的快速发展。但它采用的西方性的、个人主义式的有息借贷后来却被宪法修改,使它和沙里亚的关系发生了冲突^[22];引进的类似性质的投机性合同如保险合同同样面临着到底适用沙里亚还是制定法,甚或修改制定法以符合沙里亚规定的问题^[23]。而谈到埃及民法典与沙里亚的冲突,还可以举出其土地制度的例子,虽然该法典有对土地的明确规定,但因传统的伊斯兰法影响,1804年法国民法典式的规定过于古老以及政府的干预主义,使它对改革土地法影响有限^[24]。于是如上事实表明,它将两种不同文明融合之尝试如果偏离了伊斯兰精神,其效果就不完美,且会带来西方式法典在一个宗教信仰十分强烈的国家其实效到底如何的问题。所以,反观我国,在民法典的制定过程中,熟练应用立法技术妥善安排体系章节、精练使用语言表达、审慎评估法律精神与制度移植的可行性,就成为至关重要的课题。

注释:

¹ 如果埃及民法典的英译本做到了对其所译母本的“信”,从该译本是看不出该法典存在笔者说的第一编债或对人权、第二编物权的明显逻辑的,所以笔者对如上逻辑区分的抽象,完全依赖了英译本“信”译的假定,以及据此认为该法典的立法技术蹩脚的看法。在此笔者还要借机感谢徐国栋教授对本文提出的建设性意见,此等意见无疑使本文减少了不必要的疏漏和错误。同样感谢埃及民法典中译本译者黄文煌慷慨地让我使用其译本未刊稿。

^④埃及民法典第10条的规定为:在任何具体的诉讼中发生法律冲突时,为确定所应适用的法律,有关法律关系性质的识别适用埃及的法律。其第14条的规定为:在以上两条规定的情形,如缔结婚姻时配偶一方为埃及公民,仅适用埃及的法律,但有关结婚能力的规定除外。其第20条的规定为:活人之间的合同的形式适用合同缔结地法,也可适用此等合同实体内容的准据法,还可适用当事人共同的住所地法或共同的本国法。

参考文献:

- [1] [美]约翰·H·威格摩尔,何勤华,李秀清,郭光东,等译.世界法系概览·上册[M].上海:上海人民出版社,2004.36、37.
- [2] 杨灏城.埃及近代史[M].北京:中国社会科学出版社,1985.164、165、163、166.
- [3] 夏新华.论埃及混合法庭的历史地位[J].西亚非洲,2004,(2):65.
- [4] Jasper Y. Brinton. The Closing of the Mixed Courts [J]. 44 Am. J. Int'l L. 303, 1950, p. 309.
- [5] [捷]维克托·纳普,高绍光,夏登峻,等译.各国法律制度概况[M].北京:法律出版社,2002.385、1446、1446、390.
- [6] Rudolph Peters. The Legal History of Ottoman Egypt [J]. 6 Islamic L. & Soc'y 129, 1999, pp. 131- 132.
- [7] Gamal Moursi Badr. The New Egyptian Civil Code and the Unification of the Laws of the Arab Countries[J]. 30 Tul. L. Rev. 299, 1955- 1956, p. 300, p. 301, p. 301, pp. 302- 303.
- [8] Nathan J. Brown. Law and Imperialism: Egypt in Comparative Perspective [J]. 29 Law & Soc'y Rev. 103, 1995, p. 109, pp. 110- 112, pp. 115- 116.

[9] Roland K. Wilson. Modern Ottoman Law [J]. 8 J. Soc. Comp. Legis. n. s. 41, 1907, pp. 43– 44, p. 46, p. 47.

[10] 徐国栋. 非洲各国法律演变过程中的外来法与本土法——固有法、伊斯兰法和西方法的双重或三重变奏[A]. 何勤华. 法的移植与法的本土化[C]. 北京: 法律出版社, 2001. 204, 202、203.

[11] [法]勒内·达维德. 漆竹生译. 当代主要法律体系[M]. 上海: 上海译文出版社, 1984. 523.

[12] 吴云贵. 伊斯兰教法概略[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1993. 179.

[13] Maurits S. Berger. Conflicts Law and Public Policy in Egyptian Family Law: Islamic Law Through the Backdoor[J]. 50 Am. J. Comp. L. 555, 2002, p. 593.

[14] Farhat J. Ziadeh. Law of Property in Egypt: Real Rights[J]. 26 Am. J. Comp. L. 239, 1977– 1978, p. 247, p. 249.

[15] Farhat J. Ziadeh. Land Law and Economic Development in Arab Countries [J]. The American Journal of Comparative Law, Vol. 33, No. 1. (Winter, 1985), p. 100.

[16] 冯怀信. 伊斯兰法的道德价值及其现代启示[J]. 中国穆斯林, 2001, (6): 6.

[17] 马坚译. 古兰经[Z]. 北京: 中国社会科学出版社, 1981. 414、208, 33、34.

[18] 努尔曼·马贤, 伊卜拉欣·马效智. 伊斯兰伦理学[M]. 北京: 宗教文化出版社, 2005. 296– 298.

[19] Guy Bechor. “To Hold the Hand of the Weak”: The Emergence of Contractual Justice in the Egyptian Civil Law[J]. 8 Islamic L. & Soc’y 179, 2001, pp. 182– 184.

[20] Zaki Mustafa. Opting Out of Common Law: Recent Developments in the Legal System of the Sudan [J]. Journal of African Law, Vol. 17, No. 2. (Summer, 1973), p. 136.

[21] Nabil Saleh. Civil Codes of Arab Countries: The Sanhuri Codes [J]. Arab Law Quarterly, Vol. 8, No. 2. (1993), p. 161.

[22] Saba Halachy. Commentary on the Decision of the Supreme Court of Egypt Given on 4 May 1985 concerning the Legitimacy of Interest and the Constitutionality of Article 226 of the New Egyptian Civil Code of 1948 [J]. Arab Law Quarterly, Vol. 1, No. 2 (Feb., 1986), pp. 239– 241.

[23] Rudolph Peters. Divine Law or Man Made Law? Egypt and the Application of the Shari’a [J]. Arab Law Quarterly, Vol. 3, No. 3. (Aug., 1988), p. 237.

[24] David F. Forte. Egyptian Land Law: An Evaluation [J]. The American Journal of Comparative Law, Vol. 26, No. 2. (Spring, 1978), pp. 273– 275.

(上接第 156 页)

用演绎法,则必由一定义出发,此定义也,即体现吾人所假定为君主制的特殊性质,而逻辑的发展其所包含者。设取前法,则其归纳,必须充分的扩延而详审;若取后法,则其含于定义中的假定须正确,而其演绎亦必为严格的。”^[5]也就是说,归纳法必须完全占有个案的基础上才可能找到其内部的规律性东西,反之,获得的结论就不可避免地带有偏颇的色彩。同样,演绎法的出发点所借助的定义必须是正确的,否则,得出的结论必然是荒谬的。此外,李大钊指出了运用这两种方法的时候应该注意的问题,“归纳之行也,必须别于演绎;而演绎之行也,亦必须别于归纳。理想的与经验的,除非他们相遇于一定的联合点——根本的实在,必不许相与结合。”^[5]言下之意,李大钊认为两者一旦混用,得出的结果就不那么令人信服。然后用孟德斯鸠的例子说明两者混用的后果。孟德斯鸠之所以没能最终得到法律精神的统一性规则,因为他“即不自守于归纳,又不能自循于演绎,只是由一程叙通过到别一程叙,或把一个程叙同别一个程叙以不合法的办法混杂起来”,他最终得到的结论必然显得有些牵强,以致受到别人的诟病。因为他自信他的抽象中

包含了人类立法的整个经验,他还把“很狭隘的经验的统合,提到几乎和必然的真理平列的地位”^[5]。比如,他把法国君主的特殊性视为君主制的属性,把东方的专制看作专制制度的普遍属性,把罗马共和制当作共和制的普遍属性等。孟德斯鸠的教训也给我们研究法律史学提供警醒作用。

此外,唯物史观是其科学方法的又一主要内容。李大钊把唯物史观既当作历史观,又视为方法论。他明确指出:“从来的史学家,欲单从社会的上层说明社会的变革(历史),而不顾社会的基址;那样的方法不能真正理解历史。”^[2]只有对历史作唯物的解释,才可能真正了解历史。鉴于本文第一部分对其唯物史观已作论述,故不再展开。

在法律史领域,李大钊尽管没有留下如其《史学要论》一样具有重要影响的宏篇巨制,但其关于法律史学的精妙观点随处可见于他的史学与政论著作及文章之中。在中国近代法律史学科草创阶段的 20 世纪初,这些具有开拓性的观点的提出,无疑对中国近代法律史学科的创立与发展都具有深远的影响,我们今天之所以能在该领域取得如此大的进步,不得不感谢李大钊为此做出的铺垫性工作。

参考文献:

[1] 郭湛波. 近五十年中国思想史[M]. 上海: 上海古籍出版社, 2005. 108.

[2] 李守常. 史学要论[M]. 石家庄: 河北教育出版社, 2000. 126, 126– 127, 128, 132– 133, 140, 140, 137– 138, 4, 13, 22, 23– 24, 24, 25, 32, 33, 5.

[3] 丘汉平. 新的法律观[A]. 丘汉平法学文集[C]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 22.

[4] 刘广安. 中国法史学基础问题反思[J]. 政法论坛, 2006, (1): 28.

[5] 李大钊文集• 第 4 卷[C]. 北京: 人民出版社, 1999. 266, 267, 266, 266, 270, 270, 271.