



【法学研究】

## 试论欧陆法对中东伊斯兰民法现代化的影响 ——以土耳其和埃及伊斯兰民法现代化为代表

刘雁冰

(西北大学 法学院,陕西 西安 710069)

**摘 要:**为了考察影响中东国家法律现代化的因素,采用实证及比较分析的方法,研究欧陆法对土耳其和埃及法律现代化的影响,认为土耳其和埃及民法典均大量借鉴和移植了欧陆民法的制度和规定,采取本国法与外来法相结合的法律改革模式,开辟了中东国家法律现代化的独特路径。

**关键词:**欧陆法;伊斯兰法;民法现代化

**中图分类号:**D93/97 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-2731(2010)04-0155-04

现代化是近代以来波及全球的一种不可抗拒的时代潮流,它既是人类社会谋求进步的必由之路,也是世界各国文明演进的方向<sup>[1]</sup>。早在阿拉伯帝国时期,伊斯兰法在帝国版图内就一直占据有统治地位。直到15世纪,土耳其人建立了奥斯曼帝国仍以伊斯兰教为国教,实行伊斯兰教法。而在10世纪时,伊斯兰法学走入了因循守旧的死胡同,宣布伊智提哈德(即创制之门)已关闭。自此后伊斯兰法就主张教学家们不可再创制新的法律,这导致伊斯兰法的发展基本陷入停滞状态。11、12世纪后,曾经蒙昧的西欧经历了一系列的剧烈变革,城市崛起,商业复苏,以及被称为中世纪3R运动的文艺复兴、宗教改革和罗马法复兴运动使得西欧走出了天主教会的黑暗统治,重新绽放了活力。此时西欧经济迅速发展,民主与法治观念不断深入人心,军事与科技已处于当时世界领先水平,而与欧洲毗邻的奥斯曼帝国对于西欧的巨变却还茫然无知。16世纪末,奥斯曼帝国国力每况愈下,日益衰落,西方列强纷纷乘虚而入,占领帝国大片领土。至19世纪末,帝国几乎被蚕食殆尽。正是由于内外交困,为挽救大厦之将倾,帝国开始了一场向西方学习救亡图存的法律

现代化改革。

### 一、欧陆法与“坦志麦特”改革

在这次法律现代化改革中,最富有成效的就是19世纪中叶被称为“坦志麦特”的改革,这次法律改革主要是以继受法国法为主要特征。其原因可能是帝国通过巴尔干和埃及领土直接接触继而了解到了法国法,因此奥斯曼帝国法律的现代化首先表现为引入和模仿法国法。例如1850年《奥斯曼商法典》就是以《法国商法典》为蓝本的,甚至有些内容被直接照搬套用。《奥斯曼商法典》基本框架为:第一编,商事之一般规定。第一题,商人;第二题,商业账簿;第三题,公司;第四题,商事代理;第五题,陆运和水运代理;第六题,汇票。第二编,支付不能和破产。第一题,支付不能;第二题,破产;第三题,重整。这一结构与1807年的《法国商法典》相比,少了海商(原第二编)和商事法院(原第四编)这两编<sup>[2]</sup>。比较一下,我们就可以发现帝国在借鉴法国法时确实根据自己的实际国情作了取舍。

《奥斯曼商法典》确认了商业利息的合法性,这大大突破了传统伊斯兰教法关于利息的禁令,此举

收稿日期:2009-12-12

作者简介:刘雁冰,女,河北安新人,西北大学博士生,从事国际法学、法史学研究。

意义重大。与此同时,在1861年和1863年奥斯曼帝国还参照法国法分别颁行了另外两部重要商事实体及程序法,即《商事程序法典》和《海商法典》。为与新制定的实体及程序法相适应,帝国随后还设立了新的世俗法院组织,与当时仍存在的沙里阿(即伊斯兰教法,下同)法院并立。也就是说,引入法国法使得帝国当时存在世俗法和伊斯兰法双重法律体系,且它们各自还有分别适用的司法体系。其后,有关民事法律的改革遭到了国内保守势力的强烈抵制,这主要是因为民法与穆斯林的宗教信仰、生活方式等息息相关,所以被誉为大陆法系民法基石之一的《法国民法典》未能引入,最后,民法改革的路径还是以折衷方案占据了主导。所谓折衷即是指坚决反对以西方世俗法取代传统伊斯兰法,主张法律改革就是要形成具有伊斯兰特征的现代民事法律体系,具体方案就是采用欧陆国家法典的形式,将传统的民事法律规则编纂成法典<sup>[3]</sup>,其产物即《马雅拉》,也有译作《奥斯曼民法典》的,它包括一个序言和十六编内容。序言介绍了各编中适用伊斯兰法的原则。第一编,买卖;第二编,租赁;第三编,担保;第四编,债务转移;第五编,抵押;第六编,信托和受托管理;第七编,赠予;第八编,非法占用和毁损;第九编,先占;第十编,共有;第十一编,代理;第十二编,清偿和债务解除;第十三编,供认;第十四编,起诉;第十五编,证据;第十六编,誓言执行和司法行政。综上所述,这部法典的内容主要涉及债务、契约、民事侵权行为及民事诉讼。这种立法体例显然与欧陆国家真正实体法意义上的民法典相去甚远。这部所谓民法典最大的特点在于尝试用欧陆国家法典的形式来对当时伊斯兰法规予以编纂,可以说这是奥斯曼帝国对于自己传统法律现代化的一种发展和探索。更值得一提的是,这种方法对后来其他伊斯兰国家法律改革产生了深远的影响,在奥斯曼帝国解体后,这部法典仍在一定时空内保有法律效力。如黎巴嫩将其沿用至1932年,叙利亚沿用至1949年,伊拉克沿用至1953年。

## 二、欧陆法对《土耳其民法典》的影响

第一次世界大战后,奥斯曼帝国解体。后来获得独立的若干伊斯兰国家继续引入和移植西方特别是欧陆国家法律制度,其中独立的土耳其是一个典型代表。1923年在凯末尔(Kemal)领导下成立了独立的土耳其共和国,自此之后开始了土耳其艰苦的脱亚入欧的变革。针对奥斯曼帝国《坦志麦特》的

改革,凯末尔认为改革不彻底。在他的领导下,土耳其完全废除了沙里阿法以及沙里阿法院,主张直接移植先进国家的法律制度。1926年,土耳其引进了当时最新的《瑞士民法典》,据此制定了自己的民法典。土耳其在移植瑞士民法的过程中,根据本国具体情况也作了一些相应的调整。

首先,从大的框架看,通常欧陆国家采取民商分立的体系,而当时瑞士却接近英美法系奉行民商合一制。土耳其最终选择了民商分立体系,只采纳了《瑞士民法典》第五编债法的总则和典型合同部分。

其次,从具体内容来看,二者相合部分高达80%,不同部分主要集中在传统伊斯兰法占主导地位的人身、信仰、家庭和继承部分。如在人身权方面,土耳其降低了瑞士民法的成年年龄及婚龄,以适应传统伊斯兰习惯法的强大势力,并采取了一些变通的措施。同样,为同伊斯兰法规保持一致,对于女性权利亦有所保留。例如,离婚后有过错方对无过错方扶养限一年及赋予生存配偶以有限继承权等内容。尽管如此,这部法典的制定颁行仍有重要意义,虽然不得不与传统伊斯兰法妥协,但是这部法典仍以一夫一妻制、男女均可提出离婚取代了传统的一夫四妻制和丈夫休妻制。这在与人身密切联系的传统民事领域可谓重要变更,也是对传统宗教势力的重大打击。随后,土耳其继续对照瑞士法制定了自己的《民事诉讼法典》,又在1927年以法国法为蓝本制定了《海商法典》。

## 三、欧陆法对《埃及民法典》的影响

埃及在历史上曾多次被包括罗马帝国、阿拉伯帝国在内的国家征服,也先后受到了多种外来法特别是罗马法、伊斯兰法律制度的影响。在被奥斯曼土耳其帝国统治期间,埃及是帝国的一个行省。18世纪末,法国占领了埃及,随即法国法就被引入了埃及。1875年和1883年埃及曾先后颁布了两部民法典,其内容都照搬了《法国民法典》。这两部民法典的最大区别在于前一部民法典适用于在埃及的外国人与埃及人之间以及外国人与外国人之间的民事纠纷,埃及称之为“混合民法典”。这与罗马法中万民法的适用颇为相似。埃及后来还为这部混合民法典建立了相配套的“混合法院”。而后一部民法典则适用于所有埃及人,同样也设立了与之相适应的法院组织。综上,在当时的埃及一共形成了三套民事法律(两部民法典及原先的沙里阿法)体系以及三套法院并立的复杂局面。应该说,这是原先伊斯兰

法与后来外来法即法国法相折衷调和的产物,也是外国将领事裁判权强加给埃及的结果。

1882年英国开始了对埃及的统治,但是先前移植法国法的内容并没有被取代。1922年埃及获得独立,并于1948年制定了具有深远影响,也是埃及法律现代化典型代表的《埃及民法典》。这部法典的创新之处主要有:

第一,从这部法典大的结构体例上看,它虽然仍是以《法国民法典》为蓝本的,但是还是有许多创新的。法典一共包括一个序编和两个正编。序编的第一章是有关法律在时空上的冲突,将国际私法规则融入其中;第二章是包括自然人和法人在内的民事主体;第三章是物与财产的分类。接下来,第一编是债务,包括债的一般规定与有名合同;第二编是物权(包括主物权和担保物权)。综上,对这一编排处理,我们可以看出这部法典从体例上已超越了当时的法国民法典,法典起草人显然吸收了当时的一些新民法潮流,借鉴了《德国民法典》、《意大利民法典》和《日本民法典》等的有益经验。例如区分债法与物权并将债法前置,显然是受到了《德国民法典》的影响<sup>[4]</sup>,而在第一编第二分编中对有名合同给予了详细的列举、划分。在第二编物权中,少有地将物权分为主物权与从物权(即担保物权),这与传统主要将物权划分作自物权(即所有权)与他物权有很大不同,也与法国民法典不明确区别物权与债权,及德国民法典将从物权分为担保物权和用益物权的体例不同,应可理解为这是埃及在本土法律资源的基础上综合吸收欧陆法体例的创新之举。

第二,在具体制度和内容上,这部法典表现出不同于先前对欧陆法典的照搬套用,而是根据国家法律文化和本土资源来进行整合。例如,法典明确宣布伊斯兰法是法律渊源,又规定无成文法和习惯法可依时,法院可“适用伊斯兰法的原则”。这就表明,这部法典在前两部法典的基础上又新增加了许多传统伊斯兰法的内容。在尊重自己本土法律资源的同时,法典并没有因循守旧,而是有许多突破和创新之举。例如,法典确认了诸如有息贷款、射幸、保险合同等与传统伊斯兰法相悖的制度,还创造性地运用了无因得利这一制度。所谓无因得利是指任何有识别能力的人,无正当理由使自己得利并造成了他人损害的情形。为此,他要在得利的范围内,对他人因财产减少引起的损害承担责任(第179条)。这一规定也是创造性地结合了欧陆民法中不当得利与无因管理的规定。

如果将这部民法典与前文的《马雅拉》相对比,我们可以发现宥于传统伊斯兰法规则的限制,两部法典均选择不处理与人身密切相关的身份法以避免造成法律适用中的混乱。二者均采取将身份关系和财产关系分别立法的方式,但是在债与合同方面,1948年《埃及民法典》较《马雅拉》继受欧陆法的程度更深。例如《马雅拉》仅有使用借贷的规定,没有消费借贷,这主要是因为伊斯兰教法明确禁止有息借贷,而无息借贷被视为期望返还的赠予。基于同样的理由,射幸合同也没有规定<sup>[5]</sup>。此外,我们在二者对比中还可以看到《马雅拉》始终回避利息问题,但因为现实经济生活的需要而采取了迂回的规避伊斯兰教法的方式来达到目的。例如,《马雅拉》中有一类特殊合伙,是由一个合伙人承诺提供资金而其他合伙人承诺提供技能和劳务。又如,附买回权的交易同样可以规避利息禁令。综上,《马雅拉》毕竟只是对传统伊斯兰法规则的法典编纂,而1948年《埃及民法典》则是移植西方欧陆法的探索与尝试。

1948年《埃及民法典》在非洲——西亚伊斯兰世界中有巨大的影响,它成为主要阿拉伯国家民法典的蓝本,其影响范围包括叙利亚(1949)、伊拉克(1951)、利比亚(1954)、卡塔尔(1971)、索马里(1973)、阿尔及尔(1975)、约旦(1976)、苏丹(1971、1984)、科威特(1980)、阿联酋(1985)等10个国家<sup>[6]</sup>。虽然有法学家认为它成为不少国家民法典蓝本并不能说明它的先进。但它之所以被广泛借鉴,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,是将伊斯兰文明与西方文明融合的成功尝试<sup>[7]</sup>。

#### 四、中东伊斯兰国家法律现代化变革的评析

中东伊斯兰国家移植欧陆法所进行的法律变革是这些国家现代化过程中非常重要的环节。因为伊斯兰国家的特有国情使得这场法律变革呈现出不同的特点。

第一,这些伊斯兰国家由于所处地理位置及传统宗教势力强弱不同等原因,不同国家接受欧陆法既有先后的差别,也有程度的不同。总的说来,土耳其开始得最早,接受欧陆法的程度也最深,从前文的《土耳其民法典》中我们可以看到,在最为敏感的身份法领域(包括婚姻、家庭、继承等),土耳其民法已有大的突破,明确废除一夫多妻制及男女不平等的法律规定,沉重打击了国内的保守宗教势力。

第二,这些国家移植欧陆法所选择的路径是不同的。一般说来,初期接触欧陆法时,因为救亡图存的强大压力所致,“师夷长技以制夷”成为紧迫的任务,因此在对西方法律文化缺少足够理解的情况下,对欧陆法全盘移植,照搬照抄。到了后期,特别是第一次世界大战后,这些国家的态度有所改变,少了些盲目,多了些审慎,尽量在不违背伊斯兰基本教义与精神的前提下进行引入。立法者们也都意识到,要让新法有生命力在适用过程中能得到大众接受,将伊斯兰法与外来法相结合才是法律改革的基本方向。

第三,这些国家移植欧陆法主要还是采取自上而下由中央政府立法的方式来进行的。众所周知,传统伊斯兰法主要是以四大教法学家们创制法律这种形式存在的,因此伊斯兰法亦称“法学家法”。这一改革方式与之前形成了鲜明对比,土耳其就是一个典型代表。那么,这种自上而下的法律变革方式固然可以起到事半功倍的效果,但是一个不容忽视的缺陷在于,对于底层民众的长期传统习惯考虑不足,容易造成思想上和法律适用上的混乱,有违变革的初衷。

第四,这些国家移植欧陆法的具体制度、内容因不同部门法而异。总的说来,限制伊斯兰法的适用范围而扩大欧陆法的适用是一个主要趋势。但是,大多数中东伊斯兰国家对于传统的涉及穆斯林信仰、家庭等方面的私法规范的改革仍有所保留,即使在传统伊斯兰法的影响有下降趋势的情况下,亦是如此。容易移植且易被接受的部门法通常是距离伊斯兰核心教义较远的法律内容。例如商法、海商法,

及不含身份法的民法及一些程序法。较难移植且不易被接受的部门法,包括宪法、刑法及与人身密切相关的身份法、婚姻、家庭、继承法等。

综上所述,中东各国的现代化道路仍十分艰难,甚至还会出现反复,如近些年在中东地区出现的伊斯兰复兴思潮就是集中表现。但是,在法律现代化这条道路上,许多中东伊斯兰国家的实践证明,要全盘移植以欧陆法为代表的西方法是十分困难的,而坚持走回头路重新恢复以前的伊斯兰教法更是不可取的。可以预见,在今后一个相当长的时期内,这些中东伊斯兰国家还将会继续采取本土法与外来法相结合的法律改革模式,而本土法与外来法此消彼长,互相较量,又互相渗透、影响的格局也将一直持续。

### 参考文献:

- [1] 王铁铮. 世界现代化历程: 中东卷[M]. 南京: 江苏人民出版社, 2010.
- [2] 法国商法典[M]. 金邦贵, 译. 北京: 中国法制出版社, 2000: 1.
- [3] 高鸿钧. 伊斯兰法: 传统与现代化[M]. 修订版. 北京: 清华大学出版社, 2004: 211.
- [4] 蒋军洲. 伊斯兰埃及民法典西化的成功与失败[J]. 河北法学, 2008, (1): 169.
- [5] ROLAND K W. modern Ottoman Law[J]. 8J. Soc. Comp. Legis. n. s, 1907, (41): 47.
- [6] 徐国栋. 1948年《埃及民法典》——浴水中的婴儿[J]. 法律科学, 2008, (1): 25.
- [7] SALEH N. Civil Codes of Arab Countries: the Sanhuri Codes[J]. Arab Law Quarterly, 1993, 8(2): 161.

[责任编辑 霍 丽]

## Effect of continental laws on modernization of Islamic civil law in countries of Middle East

LIU Yan-bing

(School of Law, Northwest University, Xi'an 710069, China)

**Abstract:** In order to investigate the effect factors on the modernization of Islamic civil law in countries of Middle East through comparative analysis of the representative researches, it is concluded that Civil Code of Turkey and Egypt transplanted the European civil law systems and regulations and adopted the legal reform mode of combination of Middle East native law and Continental law, which are unique approaches on the modernization of civil law in countries of Middle East.

**Key words:** continental laws; Islamic laws; modernization of civil law