

● 借鉴篇

奥托曼土耳其法律文化的近、现代化

——法律改革、法律移植与制度变迁

肖光辉

(上海政法学院, 上海 201701)

摘要: 近代以来, 奥托曼帝国迫于西方的压力, 加上帝国内部的腐朽, 不得不进行一系列的改革。本文首先介绍了奥托曼法律的固有传统; 其次, 对改革所依据的历史背景与改革进程做了分析; 第三, 文章就法律改革所涉及的主要内容做了比较全面的介绍; 最后, 文章就奥托曼土耳其移植外国法的问题谈了自己的看法。

关键词: 传统文化; 现代化; 法律移植; 奥托曼; 土耳其

中图分类号: DF41 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-4525(2005)03-131-08

奥托曼^①帝国自18世纪后逐渐衰落下来, 各地的民族独立运动的兴起与西方列强的压力迫使其进行一系列的改革, 以图振兴帝国。第一次世界大战的失败, 彻底地瓦解了这个帝国, 新的土耳其共和国得以诞生。穆斯塔法·基马尔^②采取一系列西化手段, 最终实现政教分离, 使土耳其变成了一个世俗的共和国。基马尔与当时的孙中山、列宁并立为世界著名的改革家。土耳其是最为西化的穆斯林国家, 它的西方化、世俗化的运动为我们研究穆斯林国家移植域外政治法律制度提供了一个典型的范例。

一、奥托曼土耳其的固有“法统”

奥托曼帝国实行的是政教合一的制度, 他们打着伊斯兰的旗子对内统治, 对外征战。因此, 古兰经是其法律的主要渊源, 哈乃斐被钦定为官方学派。

从理论上来说, 旧时代的哈里发必须服从神圣法典, 并且可以由于其违反神圣法典而将其废黜, 但由于没有制度保证, 所以无法执行。而奥托曼则不仅明确规定, 而且坚决执行。在奥托曼时代, 《谢里阿特》(seriat) 是伊斯兰的神圣法典。伊斯兰宗教首领则是谢伊赫 (seyh, 总法典官), 其法官是卡迪 (kadi)。卡迪是由苏丹来任命的, 并且卡迪要遵循苏丹的指令, 这不仅说明当时司法与行政是不分的, 而且说明苏丹拥有立法权 (尽管在理论上这是与伊斯兰教法相冲突的), 我们从其不断地发布行政命令 (卡奴) 可以看出这一点。这种行政命令在一定的程度上弥补了僵化的伊斯兰法。^③

二、改革的历史背景及其进程

土耳其的改革应该分两个层面来叙述, 一是苏丹及其政府的改革, 二是奥托曼帝国灭亡后, 基马尔作为共和国的领导人, 所进行的一系列改革。

(一) 苏丹政府的改革

奥托曼帝国发展到十八、九世纪已日益衰落, 被西方称之为“近东病夫”。为了挽救垂死的帝国, 政府被迫进行了一系列的改革。尽管这些改革与基马尔的改革相比只是蜻蜓点水, 而且相当缓慢, 但

收稿日期: 2005-04-20

作者简介: 肖光辉, 上海政法学院副教授, 法学博士。

是它毕竟进行了改革，并为基马尔的改革奠定了基础。

奥托曼时期的西方化背景在很大程度上是与两个方面紧密相联的，一是与所谓巴尔干的“东方问题”有关，说的彻底一点，就是与西方插手奥托曼帝国及其相互之间瓜分奥托曼有关。由于他们的压力迫使奥托曼政府进行一系列西方化的改革，这当然在一定的程度上受到西方的鼓励，而且其本身的腐败本也促使他们进行改革。尽管这些问题复杂，但是意图还是比较清楚的。二是企图防止民族主义运动的兴起与宗教的冲突。奥托曼是一个庞大的帝国，境内有多种民族、宗教、语言，许多民族不满于帝国的腐败与无能，纷纷要求独立，为了保证帝国的统一，在采取军事手段的同时，必须进行内政的改革，这也是他们改革的一个重要原因。

关于首次改革的时间，学者们观点并不一致。奥托曼因其地理位置的关系一直与西方保持着接触，一般认为塞利姆苏丹三世 (Sultan Selim III 1789-1807) 是西化进程的开端。^①事实上，在此之前，内部的腐化已促使他们进行过一些改革，但其着眼点不在西方，而是消除内部的腐败，给体制注入一些新的机制。但自与西方接触，并经过一些耻辱条约的签订以后，他们才被迫进行改革。由于战争的失败，促使他们首先考虑到要学习西方军事技术，包括军事学校的设置，聘请外籍教官，改着西方军服等等。土耳其的改革在整个奥托曼帝国时期都是以军事为主的，由于近卫军 (Janissary) 制度已严重不适于时代，其军人也缺乏战斗力，而当时最主要的敌人是俄罗斯。俄国的彼得大帝改革后，迅速崛起，严重威胁到土耳其，尤其是其想控制黑海的野心令奥托曼帝国不安。因此，迫使塞利姆加紧军事现代化步伐。塞利姆在身为王储时即与路易十六有过书信交往，他身边也聚集了一批对欧洲事务感兴趣的人。他上任苏丹后，也着意保持与法国的友好关系。事实上，法国对土耳其的影响是自始至终的，这不仅表现在奥托曼最早与法有所交往、期望法国能帮助他们抵御俄国，而且后来在基马尔时代，法国仍有较大影响，因为法国大革命实行政教分离、“唯俗论”，^②这对于不想让宗教过分干预政治的基马尔来说是相当值得学习的。

塞利姆死后的马哈默德二世 (Manmut II) 继续进行“新制度” (Nizami—I.cedid) 的改革，通过军事整顿、废除近卫军，同时按西方模式建立了一套新的官僚体制。乌莱玛 (ulema) 的权力也有所收缩。但是其成绩并不显著，而且改革并未涉及经济、教育等诸多领域。俄国的威胁与埃及阿里 (Ali) 的叛乱，始终困扰着他，这样不仅促使他把主要精力放在军事改制与中央集权上，而且因与俄国的关系，始终与英国保持联系，英国也积极鼓动其改革，奋发图强。这也是促进苏丹统治者改革的动因之一。

马哈默德去世后，他的长子阿布杜尔美斯德 (Abdumecit) 继位 (1839—1861)。中央集权进一步加强，现代化改革按着原来的途径继续进行。这段时期在土耳其历史上称为“坦泽麦特” (Tamzimat) 时代，坦泽麦特意为“改革”。当时埃及帕夏 (pasha) 阿里又挑起战事，并打败了奥托曼帝国。为了摆脱危机，同时“取悦西方”，在英国的支持下，颁布了著名的“花厅御诏 (HATT—I Serifi of Gulhane, 其意为玫瑰花园的崇高法令)，这也是土耳其历史上“坦泽麦特”的改革文告中的第一条法令。^③这个法令全由雷什德帕夏起草，以新苏丹的名义颁布。它包含了四个方面的含义。^④其宗旨也不外以下两个方面。一是争取西方的支持，二是希望阻止民族主义分裂与基督教社团的分裂 (这恰恰是俄国加以干预的借口)。^⑤“坦泽麦特”因为改革而遭到各种评论，保守者大加批评，激进者还认为改革速度太慢。这里我们不拟对此作各种评价，但是可以肯定的是如果没有这一历史时期，以后的土耳其就不可能如此迅速地现代化。

阿布杜尔哈密德二世 (Abulhamit II) (1878—1909) 在位期间继续改革，军事、教育、铁路、电报都有所发展与兴办，并于 1876 年 12 月 23 日颁布了奥托曼帝国的第一部宪法。尽管议员并非选举而是由政府任命的，但它却为以后的宪法活动提供了经验。这部宪法是在阿布杜尔哈密德的同意下制定的，但却未见他有什么诚意，宪法也赋予苏丹以极大的权限。最后是以放逐坚持宪法的米德哈特与议会处于休会状态为告终。苏丹后期的专制、对进步书籍与杂志的禁锢，遭到了人们的反对。青年土耳其党与苏丹同党的叛逃者是苏丹政府的积极反对者，随着陆军的参与，苏丹被迫恢复宪法，尽管如此，苏丹仍被废黜。随后的执政者是青年土耳其党，尽管其在专制方面一直为人所诟病、但它在西方

化进程方面都有所加强。不仅政党、议会有所加强与恢复，而且在财经、法律、教育文化领域也逐步改革，大量聘用欧洲顾问，世俗主义越来越强。⁹

（二）基马尔的改革

青年土耳其党人将土耳其拖入了第一次世界大战，使本来就痛苦不堪的土耳其更是雪上加霜，似乎有即将被列强瓜分完毕的危险。色佛尔（Sevres）条约的签定，增加了人们的愤恨，在与希腊的斗争中，一个完全崭新的土耳其国家诞生了，并与西方列强签订了平等的洛桑（lausanne）条约以取代色佛尔条约，基马尔成了共和国的第一任总统。

早在独立之前，基马尔在安纳托利亚（Anatolia）的一系列活动就为以后的独立奠定了基础，如大国民会议（Grand National Assembly）的组成，宪法起草委员会的创立与土耳其人民党成立。独立后，基马尔政府在移植西方文化方面进行了大量的改革。如废除苏丹与哈里发、实行政教分离、颁行宪法，移植西方法律，甚至成立了反对党，后来基马尔将他的政治思想表述为“六大”主义，即共和主义、民族主义、平民主义、国家主义、世俗主义与改革主义，借以表明与奥托曼帝国各个时期所主张的奥托曼主义、泛伊斯兰主义、突厥主义的差异，显示出基马尔改革的大方向。这就是要发展民族经济、实现国家的和平、学习西方的文化与政治制度，以期建立一个“文明社会”。

同奥托曼时代的改革一样，基马尔的改革也不是一帆风顺的，也遭到了许多人的反对，甚至发生阴谋危害基马尔的事件。托钵僧的活动、进步共和党的抗议、库尔德民族主义的活动都说明了改革的艰难。事实上，前述改革的背景在某种程度上已经回答了这个问题。他的各项改革都是为了整个土耳其民族，如其不然，他尽可以在登上总统的宝座后不废除与传统相关一切事宜，更不用将多党制作为实验品。不错，他是凭个人威望连任的，他表面上看来是一个“独裁者”，但是在刚刚获得独立的一个国家当中不加强中央集权作为过渡，那么其所取得的成果将会毁于一旦，事实证明，他的许多改革，为以后的土耳其西方化与世俗化作出了杰出的贡献。

三、法律改革所涉及的几个主要方面

土耳其自十八世纪向西方学习以来，进行了一系列的改革，包括社会生活的诸多方面。从法律层面上看，主要包括宪法、行政法、民法、刑法、司法制度等方面。

（一）宪法

宪法规定国家的根本政治制度。1839年的花厅御诏与1856年的伊斯拉哈特（Islahat）的法令拉开了宪法变革的序幕，花厅御诏中宣布的原则有保障帝国臣民的生命、名誉及财产，对刑事被告人给予公平和公开的审判，一切人不论宗教信仰如何在法律面前一律平等。¹⁰伊斯拉哈特是苏丹以帝国诏书形式于1856年2月18日颁布的又一项改革敕令。从表面上看，法令重申了1839年的敕令，并且明确而具体地规定：所有奥托曼臣民，无论宗教，一律平等。¹¹实际上它是列强控制奥斯曼土耳其的一个重要的工具，它给西方以极大的优惠，使得土耳其逐步地变成了一个半殖民地社会。但是我们也应该看到其重要的一面，即这些法令首次中断帝国的专制与绝对主义者的政治传统，为以后的宪政活动迈出了重要的一步。¹²

1876年阿布杜尔哈密德二世颁布的奥托曼宪法是土耳其历史上第一部宪法。当时阿布杜尔哈密德为了上台，应付官僚改革，被迫答应制订宪法。改革派第一次试图从宪法机制上去控制苏丹。宪法设立了一个议会（General Assembly），它由两院即参议院与众议院组成。参议员由苏丹任命，终身任职。众议员根据其财产状况通过间接选举任命。事实上，两院权限有权，最终决定权仍操纵在苏丹手里。尽管如此，苏丹仍感到不便，于是在1878年解散了众议院，这样尽管宪法没有完全明确被废除，可事实上已不起作用了。这部宪法抄自1831年的比利时宪法，它兼有自由主义、君主制的特征，同时又具有用法语写成的这样一些优点，但它仅适合比利时，“把它改为土耳其宪法，难免离题，”因为“它和土耳其的情况无关，终于也是行不通的。”¹³1876年宪法于1908年在青年土耳其党人的压迫下被迫恢复，1909年作了适当的修改与补充，增强了议会的权力，缩小了苏丹的权力，但在整个青年土

耳其党人统治期间这部宪法并未实施。这在土耳其宪法史上称为第二个时期。

第三个时期是民族解放的运动时期与共和时期。1921年1月20日大国民会议通过了一部名为基本组织法的临时宪法，全文只有23个条款。1924年4月20日通过了土耳其共和国第一部宪法，它是多数主义与卢梭主义为基础的，而不是基于一个复杂的控制与平衡系统的自由主义民主。宪法赋予立法机关很大的权限，因为它直接代表了广大人民的意志。这部宪法在1928年修改时，废除了原来的关于“伊斯兰教为国教”的规定。该宪法明显地受到1875年法国宪法与1921年波兰宪法的影响，经过七次修改，分别被1961年与1982年宪法所取代。^⑤

与宪法改革同时进行的还有政党制度与选举制度的改革。

1876年宪法规定议会中的参议员由苏丹指定，众议员以有限选举权和间接选举为根据。具体选举的过程，1876年10月28日有一敕令专门规定之。1877年根据宪法起草了选举法，但是直到1908年革命后，该草案方才生效。生效的法案对1876年的敕令作了一些改进，但仍然保留了有限选举和选举人团制度等办法。^⑥安卡拉政府实行的是大国民议会的一院制，而基马尔从来也未设想有第二院，所以在选举上是保守的。直接的选举法，直到1946年才通过。^⑦

政党政治在土耳其一直到二十世纪的四五十年代才成熟。尽管其最初开端可以追溯到十九世纪中叶，^⑧但是始终没有一个政治组织能与执政的党派相抗衡，充其量也不过是“非法组织”。在青年土耳其党人执政时，统一进步委员会（Committee of Union and Progress, CUP）是唯一合法的党，基马尔时代共和人民党是唯一的合法党。不是说他们执政时，没有反对派，而是说反对组织一般未取得合法地位。尽管基马尔政府曾经作过二次多党试验，但都未获成功。

（二）行政法

行政法是调整行政活动的法律规范，涉及的领域比较广泛，这里仅仅就改革比较突出的行政机构进行阐述。苏丹是奥托曼帝国的权力中心，他任免一切高官，如大维齐（宰相）、帕夏等。马哈默德与坦泽麦特时期，行政管理也有进一步西化的倾向，他们开始移植西方的行政管理制度。

在中央，管理体制开始理性化与专业化，西方式的部与局开始逐步确立，权力的重心也从宫廷移至政府（Porte）。在各部当中，外交部最为重要，雷什德（Resit）帕夏及其学生阿里（Ali）帕夏与富阿特（Fuat）帕夏，在整个坦泽麦特时期先后被任命为外交大臣共达13次之多。他们不仅负责外交事务，而且承担着内部改革的重要任务，诸如行政管理、司法、教育等。

一些专门的顾问团体与委员会随着社会经济的发展也在各部成立起来。他们帮助决策与立法。司法委员会（Supreme Council for Judicial Regulations）被赋予了具有议会性质的一项新的特权。^⑨当然这个委员会并没有培养出议会，控制政府的权力也非常有限。这个委员会的两项主要功能是讨论与准备新的立法，同时管理行政上诉。随着时代的发展，它越发显得不合乎时代的要求，加上老一代改革领导人雷什德帕夏与新一代领导人阿里帕夏、富阿特帕夏（两人均为雷什德的学生）的观点有分歧，因此这个委员会分裂为两个部分。司法功能继续保留在该委员会，立法功能授予一个新的团体，即最高改革委员会（Meclis-i Alii Tamzimat），主席为第二代领导人富阿特帕夏。这个变化尽管减少了两者的磨擦，但仍未解决委员会工作量过大的问题。因此1860年，这二个部分又统一起来。但是这个统一体被划分为三个部分，一为立法，二为行政调查，三为上诉法庭。1867年在法国的压力下又分裂为二个部分，一为国务委员会，它具有立法功能，二为独立的上诉法庭。二者的一个重要差别为前者是代表机关（尽管成员不是选举，而是从省督推举的名单中任命的）。^⑩

在地方，19世纪40年代中央加强集权，处处控制与牵制省督，甚至任命直接对奥托曼政府负责的官员来代替省督。他们还派出各种审查委员，代表中央监督地方政府。但是十九世纪五十年代以后，帝国意识到加化中央集权，强化省级政权对于省级政府的有效管理是有害的，所以1858的又恢复省级政府管理权。1864年有关地方政府的等级系统与划分的一项新法律被介绍。地方上包括省、县、区、乡村社团与自然村。而这种划分很大程度上是基于法国的模式。

（三）民、商法

民法，是最为基本的法律之一，正如伯纳德·刘易斯所说，土耳其“十九世纪最重要的法律改革，

大概就是被称作梅杰勒 (Mecelle) 的新民法的颁布”^⑧这也是首次使伊斯兰法法典化的最早尝试。1870—1877年间, 一个范围广泛的法律得以重述, 但家庭法与继承法除外 (家庭法直到1917年才以法令的形式得以颁布, 也仅实施二年)。“梅杰勒模仿了西方起草法律的技术”,^⑨来源于法国的商业法典同土耳其分散的私法之间存在严重的差异, 为了解决差异, “梅杰勒”就显示出极端的重要。商法与民法之间关系的密切是众所周知的, 所以民法法典化是解决问题的第一步。^⑩必须指出的是, 这些法律是以沙里亚法为基础的, 与其说是一部新法典, 不如说是土耳其的法律汇编。不过它在土耳其法制史上的重要性是不可忽视的, 这些法规一直援用到共和国时代的新民法实施时为止。^⑪土耳其共和国成立后, 法律的世俗化、西方化是改革的重要任务之一。一整套法律被介绍或翻译过来, 有的稍加改造就加以适用。民法典是参照瑞士的民法与债务法制定的, 其目的即是要使土耳其的生活与家庭完全改变, 以符合市民社会的普通实践, 而要实现这一目的最为重要的一关, 即是以民法典取代梅杰勒。

商法也是很早就列为改革的一个领域, 由于与外国的商贸往来存在许多不便, 原有的伊斯兰法是根本无法调整日益发达的商业与海事贸易, 因而这种改革就显得尤为迫切。1840年为调整商业活动, 奥托曼政府成立了商业部, 成立了解决商业纠纷的临时法庭, 并参照法国模式制定新的商业规范。由于商业法规中的许多条款, 如合伙人、破产、汇票等全都来自法国, 与原有的伊斯兰规范格格不入, 引起了伊斯兰学家们的愤怒, 乌莱玛指责这些新法不符合伊斯兰精神, 应停止使用, 著名的改革家雷什德也因此免了职。雷什德时期起草的商业法终于在1850年颁布, 此项法律运用于全国各商业法庭, “它的颁布, 也是第一次正式承认土耳其可以有一个独立于乌莱玛之外的法律及司法系统借以处理不在谢里阿特范畴以内的各项事务。”^⑫如果说1840年的刑法仍未突破伊斯兰教法的框架的话, 那么商业及商业法庭则有了一套不属于乌莱玛管理的法律规范, 这无疑对以后的各项法律起了积极推动作用。1860年各商业法庭又并入混合法庭 (1847年成立了民事与刑法混合法庭, 欧洲人与奥托曼法官各占一半, 证据与开庭规则均以西方法律为准)。1861与1863年各制定两部法律, 即商业法庭程序法与海商法。前者基于法国模式, 后者折衷了法国, 比利时与普鲁土法修订而成, 1926年的商法典是参照了法国与意大利的商业法制定的。

(四) 刑法

古老的伊斯兰法对于犯罪的处罚依据的是“古兰经”及先知的默示等。奥托曼帝国掌握着教育与司法大权的乌莱玛可以决定对犯罪人实施何种程度的处罚。早在马哈默德改革之前, 奥托曼就曾经颁布过法律叫卡依 (kanun), 不过伯纳德则认为它不是法规, 而是一种法律汇编。1840年5月颁布了一项新的刑事法律, 取名“塞扎·卡依纳梅锡” (Ceza Kanunnamesi), 虽然这项法律受到法国法律的影响, 但制定者仍不愿突破也不想对卡依有所突破, 而是尽量将法律限制在沙里亚范围之内, 也即是说沙里亚法的大框架未改变。不过这里有两点应给予足够的重视, 它为后来的法律变革作了准备, 即所有奥托曼人在法律面前一律平等 (而平等原则在花厅御诏中即曾予以规定, 这大概首次在刑法中运用一作者)。二是有一个专门负责起草工作的团体, 它起草一个包括前言与14个条款的法规。^⑬这部法律适用于帝国的所有臣民, 尽管这个法规尚很粗糙, 但它结束了独断, 使沙里亚与习惯法得以合并。1851年, 一个世俗的刑法典被引进, 它首次使用公众起诉犯罪者, 1858年又引进一部法典, 这部法典基本上是根据1810年法国刑法典制定的, 并被认为是土耳其基本法, 虽然后来受意大利与德国法典的影响曾作过修订, 但它一直使用到了1926年。应该注意的是在法典翻译过程中, 塞进了一些穆斯林的基本原则, 使其伊斯兰化了。土耳其共和国成立后, 便以1889年意大利刑法为基础于1926年制定了一部新的刑法典。

四、土耳其移植法律的两个问题

正如科库里克 (kocourek) 所言, 像土耳其那样大规模继受外国法在近现代除日本与中国之外, 别无它例。^⑭茨威格特与克茨也对土耳其饶有兴趣, 认为它是研究继受法领域中最为值得注意的一个国家。^⑮

如上所述土耳其自十八世纪末十九世纪即进行改革,无论是塞利姆、马哈默德还是阿布杜尔哈米德始终未停止过改革的步骤。尽管有时还出现倒退现象,如哈米德的专制,但是他仍然在一些领域进行改革,原因正如上述所阐明的那样,总不外乎外来压力,或迎合西方,收回治外法权以及对付日益分裂的民族主义,重现帝国的雄风。共和国成立后,又进行了大规模的借鉴法律的活动,在短短的五六年里确立起一个比较完整的法律体系,同时在社会、经济、政治、文化各领域展开了改革,最终使土耳其走上了现代化、世俗化的道路。尽管如此,但是我们可以说土耳其已经完全现代化了吗?基马尔主义完全实现了吗?移植的西方法完全适应土耳其吗?对于诸如此类的问题我们可以作许多的设问,我想不是一二句话就能解释清楚的,这里我想与论题相关的问题作一粗浅的分析。

(一) 利用“集权”进行改革

在土耳其,集中权力是保障改革积极推进的一个重要方面。法律移植是社会变动的一个环节,没有强有力的权力保证,实在难以实现,当然改革转换之后权力的分配不在讨论之列。土耳其改革,自十八世纪就已经开始,十九世纪全面铺开,“坦泽麦特”涉及军事、政治、经济、文化生活等诸多方面,但却没有取得完全的成功,一个重要原因就是缺乏集权以保障改革,西方的剥削,民族主义的分裂、经济文化的落后,使得奥托曼无法建立起集权统治。马哈默德不可谓不改革,但其权力受到各方面的牵制,尤其是宗教势力的干扰。阿布杜尔哈米德有了一定的权力,甚至被称“专制”,但其权力仍然受到限制,并且他的权力并不是完全用来保障改革的。所以这里还有一个权力的意向与用途问题。

基马尔之所以在很短时间里能够大规模地进行改革,因为他大权在握,并且这种大权是用来保障改革的。比如,乌莱玛是伊斯兰神圣法典的代言人,在奥托曼帝国时权力很大,苏丹政府的权力往往受其牵制。到基马尔改革时其权力仍然很大。基马尔废除苏丹制与哈里发后,对宗教也进行了改革,沙里亚法庭最终被废除,随之他们的教育与法律上的特权才被迫交出。1928年修改宪法时,又取消了“伊斯兰教为国教”的条文。这样通过了一系列措施将土耳其从宗教迷雾中解放出来,使其世俗化。他从人们生活的起居习惯到国家政治法律制度都进行了前所未有的变革,成功地实现了新旧制度的转换。当然不能说有了集权,各项改革就能成功,这只不过是一个前提条件之一。如果这种权力不是被用来保障改革,而是阻碍改革,那就正好印证了弗罗因德的观点:影响移植的最重要因素就是政治权力。

(二) 确定目标,持之以恒

土耳其学习的一切东西都是西方的,当然法律制度也不例外。而土耳其传统上是穆斯林国家,穆斯林人口占绝大多数,应该说在制度上与观念上与西方相悖,但法律的移植却在这块土地上却得到了很好的适应,这确实引起了比较法学家的关注。许多人对此分析与探索期望能得到令人信服的解释。我觉得答案可能有很多,除上述“集权”之外,第二个方面就是,确定目标,持之以恒。

伊斯兰文化与西方文化是完全不同的。当时奥托曼政府既想学习西方的先进的军事与科学,当然不能也无法排斥法律文化的进入。作为上层建筑的意识形态是随着军事、科学及现代教育的传播而进入的。由于西方意识形态的传播,作为上层建筑的法律制度也自然被介绍进来。固然,制度的改革不是一帆风顺的,与本国的法律传统愈近,改革的难度就愈大;离传统愈远,改革相对来说就比较容易。事实证明,婚姻、继承、家庭法方面的改革,难度很大,因为这是“最为敏感的领域”。^①所谓敏感领域意谓着与穆斯林的日常生活休戚相关,也是宗教的根本精神所在。如有改动,则是对信仰的动摇,因而严加控制。1917年家庭法的颁布对妇女来说是一大福音,它对以往民事法作了修订,做出了一些有利妇女的决定,如“允许他们在婚书上加进和坚持某些条件,包括离婚与坚持一夫一妻制原则”。^②尽管如此,一夫多妻制仍然盛行,休妻也仍然是丈夫的权利。这样情形一直保持到1926年(但是,即便是新民法规定一夫多妻制为非法,但仍然有不少地方并不遵守它)。

这里,我们还必须看到文化的可变性。一项法律制度原本与已有的文化并不相融,然而经过了一段时间后,法律制度却变成了该国的法律文化的一个组成部分。“费兹帽”的变化足以说明这个问题。这里我不想说帽子本身,而是想通过费兹帽命运的变化来解释法律制度与文化传统的可变性。费兹帽对土耳其人来说也是一个舶来品,是马哈默德改革时引进的,并不是土生土长的。引进时遭到人

们的强烈反对,但是经过一个世纪的适应,却变成了穆斯林人的象征。基马尔改革的理由是,这顶帽子由于象征着穆斯林及给人们带来的不便,因此成了取缔对象。但有趣的是它同引进时一样遭到了反对。可见制度不是一成不变的,是可以移植的。一项制度从不适应到适应需要一个过程。一项制度走进了人们的日常生活,就成了他们文化的一部分。

也许有人认为我上面的论述存在矛盾的现象。一方面,认为本土的“资源”得到了相当程度的保留;另一方面,又认为外来制度经过一定时期的运用能被本国的继受,成为本土文化的一个组成部分。按此推理,即使在“最为敏感的领域”也一定会为外来文化所代替的。确实如此。这里我将两种似乎矛盾的现象放在一起,意在说明文化在土耳其法律移植中的次要地位;否则,我们将无法解释土耳其移植外来法是现象。这种情形也体现了法律移植与法律文化问题的复杂性,这也恰恰是土耳其的“迷人”之处,惟其如此,才引起了比较法学家的关注。基马尔通过“集权”将这种冲突容纳到了土耳其能够接受的范围之内,使得文化因素“退居”到了一个比较次要的地位上。这里有一个时间纬度的问题。如果在苏丹时期的改革我们还能说文化在改革中的重要作用,那么在基马耳时代就另当别论了。基马耳大胆而快速的移植西方的法律制度同时又能保持社会的稳定是无法用文化来对其进行解释的。当然,完全忽略文化不顾是不可能的,基马尔共和国成立后,就未急于废除苏丹,即便在废除苏丹之后又过一年才将哈里发制度废除,原因即在人们对传统的“依恋与忠诚。”

制度的适应不适应最终往往是由文化因素决定的,这一点在土耳其似乎是一个例外,这里文化已不再是一个决定性因素。奥托曼的改革是点滴的,渐进的,给人的感觉是传统文化太强。如果真是如此,那么基马尔闪电式的、急风暴雨式的改革,使许多复杂的社会现象很快得以改变,又作如何解释?基马尔的改革所以比较成功,原因除上述有强权保障之外,我认为还有一个条件是持之以恒,并有使制度生效的法律来保障。尽管土耳其有倒退甚至向伊斯兰复兴的可能,但起码现在看来仍然是一个世俗的共和国,其领导人也经常表示它是一个西方国家,是通向东方的一座桥梁,但是他们的领导人甚至包括基马尔都不否认自己的穆斯林身份,这种现象似乎向人们表明,他是现代的又是传统的、本土的。不过这种本土的色彩并不浓厚,并未因此而改变土耳其的现代化,世俗的基马尔主义的根本方向也得以遵守。从现有材料看,也许并不如亨廷顿所说的那样徬徨于西方与穆斯林之间,^⑨因为他们正在积极调整法律以努力使自己达到加入欧盟所需要的基本条件,而且他们也被列为欧盟的成员国待入国。土耳其法律的近代化,给我们留下了许多值得思考的空间,任何具有悠久历史文化传统的国家与民族在借鉴外来法律的时候都可以从这里找到自己所需要的东西。

注:

① 在中文译著中有称为奥斯曼的,有称为奥托曼的,也有译为鄂斯曼的,英语译为 Ottman 而此名称则派生于奥斯曼 (Osman, or Othman) See: The Middle east and north Africa. Eupopa publications Limited 1964.p589

② Mustafa Kemal Atatürk 是其全称, Atatürk 是其姓, kemal 有译为凯未尔的,又译为基马尔的,本文从基马尔。

③ 高鸿钧.伊斯兰法:传统与现代化[M].社会科学文献出版社,1996.74.

④ J·Z·Erik, Turkey: a modern history, Lond, 1996, P23.60-62.

⑤ ⑦⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒[英]伯纳德·刘易斯.现代土耳其的兴起[M].范中廉译,商务印书馆,1982.61,74. 114.124.382.383.399.400.129.129-130.122.

⑥ 帕夏在土耳其语中意为高官。

⑦ 保护苏丹臣民的生命、荣誉、财产;以常规的税收代替农业税收;改革军事;一体保障苏丹的信仰各种宗教的臣民。

⑧ 俄国借口保护东正教加以干预。土耳其历史上的东正教与天主教一直争夺势力范围,其东方问题也与宗教有关。参见 Turkey: a modern history. pp53-54.

⑨ 戴维森.从瓦解到新生[M].第134页。

⑩ Tugrul Ansay, Don Wallace, Jr. Introduction to Turkish law kluwer law and taxation publishers, Third Edition 1987 PP. 23—24

⑮ W.J.WONNSEN and J.A.DE MOOR: European Expansion and Law Oxford 1992 P51

⑰ 伯纳德·刘易斯.现代土耳其的兴起[M].第399页。这里可能与一党执政有关。由于政党政治的不成熟,所以权力没有划分,也因此基马尔政府被一些人认为是专制政府。

⑲ 由七人组成,是由马哈默德设立的,在坦泽麦特时代是一个至关重要的机关。

⑳㉑ W.J. Mommsen and J· A.DE MOOR: European expansion and law, oxford 1992 P.48 note13.49

㉓ 伯纳德·刘易斯.现代土耳其的兴起[M].第116页,同时参看 European Expansion and law. P.46

㉕㉖ W· J Mommsen and J.A De moor, European expansion and law P55

㉙ 塞缪尔·亨廷顿.文明的冲突与世界秩序的重建[M].新华出版社,1999,159.

(责任编辑:丁亚秋)



(上接第32页)与地位,决定着法能否具有持久的生命力。

法的生命源于法的社会性,在于法的实践。法的实践存在于立法、司法、执法与守法的全过程。只有在这些过程中坚持人的中心地位,以维护人的自由、解放与发展为己任,法才能在社会中获得生命。

法的生命在于法的发展。从根本上说,社会与人的发展决定法律的发展。然而,社会的发展、人的发展与法律的发展是互动的,法律一方面要及时自变以满足社会的需求,另一方面也能引导和促进社会与人的自由解放与全面发展。

法的价值在于法的社会性;法的效力不仅在于强制,更大程度上根植于人的内心;法的作用在于协调人们相互之间的利益关系,维护人的平等、自由解放和人权,保障人的全面发展。

从本质上说,法应该是“属人”的,它应该是维护人的自由、解放与发展的工具和重要保障力量。这是法的实践性和发展性的必然要求。

注:

① [美]本杰明·内森·卡多佐著:《法律的生长》,刘培峰、刘骁军译,贵州人民出版社2003年版,第37页。

②③④《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第72、129页。《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版。《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第452页,第467页,第443页。

⑤ 梁治平:《法律的文化解释》[C],北京:三联书店,1998年版,第126页。

⑥ 参见[德]鲁道夫·冯·耶林著,胡宝海译:《为权利而斗争》,载梁慧星主编:《为权利而斗争》[M],北京:中国法制出版社,2000年版,第3、8-12、18-26页。

⑦ 参见马长山:《国家、市民社会与法治》,北京:商务印书馆,2002年版,第26-40、62-100、127-146、182-201页。

⑧ 参见马长山:《法律的“人本精神”与依法治理》[J],载《法制与社会发展》2004年第4期。

(责任编辑:陈晓敏)