

中東諸国の法律・司法制度 ——シャリーアの法典化の可能性と有用性(2)——

インテグラル法律事務所 弁護士 田中 民之

前回の本稿（本誌2015年6月号掲載）では、民事商取引の基本法である民法が未だに成文化されていないサウジアラビアのような国では、外国人、特に非ムスリムにとってはシャリーアが判り難いために、商取引の上だけではなく現地での生活上でも問題が起こり易く、そのことがWTO加盟交渉等の機会を通じて現地側の関係者に指摘されたこともあって、国王を始めとする現地政府の上層部が民法典の制定を呼びかけているのであるが、それに対してはイスラーム法学者達を中心とするいわゆるウラマー達からの抵抗が強く、そのような「呼びかけ」だけでは、法典化への動きは前進してはいないことを指摘し、その上で、シャリーアの法典化とその可能性の検討のための論点として、① 法典化の対象となる「シャリーア」の範囲、② 「法典化」という作業の具体的内容、③ シャリーアの法典化に対する反対論の根拠、④ その意見を覆すための論拠という4点を適示した。

更に前回の本稿では、①の法典化の対象については、イスラーム法学で「ムアーマラート」と呼んでいる事項から刑事事件や女性の地位などに関する家族法の分野や、更には国と国との関係を律する事項を除いたもの、要するに、日本法で言えば民法や商法が規定している事項であると結論付け、その結論に基づいて、②については、「法典化」とは既に（不文法として）存在する法律を条文化する作業であって、新たに法律を作る（立法する）作業ではないと述べ、その観点に立って、不文法の国であるアメリカで行われている同種の作業（リステイトメントとUCCの編纂作業）を説明し、リステイトメントやUCCの編纂はイスラーム法とは全く関係はないけれども、法典の編纂作業として見れば、シャリーアの法典化と同性質の作業と考え得るのではないかと、という私見を述べてみた。

今回は引き続き②について、中東の幾つかの国におけるシャリーアの法典化の具体的な事例を紹介してみる。これらの事例を見ても、その作業が新たに法律を作り出すという意味での立法作業ではなかったことは明らかであるように思われる。サウジアラビアのような国で今後進められることが期待されている作業も、このような性質の作業であることを認識すれば、現地のウラマー達の反対論も克服できるのではないだろうか。

I. 中東におけるシャリーアの法典化のための作業

繰り返しになるが、民法の法典化に反対するイスラーム法学者達の最大の論拠は、イスラームの法であるシャリーアは神が作る（或いは、作った）法であり、人が作る法ではない（人が作る法を以て神が作る法に代えることはできないし、それをしてはならない）ということであろうから、もし民法の法典化という作業が新たな法律の制定ではないということが理解されれば、反対論の最大の論拠は失われるのではないかと思われる。

そこでそのような見地から、今回は、中東諸国において行われてきたシャリーアの法典化のための作業とその成果物として、① オスマントルコの「マジャッラ」と、② エジプトの「ムルシド・ル・ハイラーン」と、③ サウジアラビアの「ハンバリー学派のマジャッラ」をご紹介してみることにしたい。これらの作業そのものの中身をお示しする能力は私にはないが、出来上がった成果物（法典や法案）を見れば、その作業が新しい法律の制定ではなく、既にあるシャリーアの法規範の編纂（条文化）であったことは明らかであるように思われるが、如何であろうか。なお、以下の説明においては、①と②については、「岩波イスラーム辞典」、「オスマン民法典（メジェッレ）研究序説」（大河原知樹・堀井聡江・磯貝健一編，東洋文庫研究部イスラーム地域研究資料室，2011年），および、「イスラーム法の『変容』」（大河原知樹・堀井聡江著，山川出版社，2014年）などの著作を、また③については，“Introduction to Middle Eastern Law”（Chibli Mallat, Oxford University Press, 2007）などの著作を参照したので、申し添える。

筆者紹介

1960年3月京都大学法学部卒業，1960年4月～1972年7月外務省勤務（この間，中東諸国においても，研修及び勤務）。1978年3月弁護士登録（インテグラル法律事務所）。中東諸国等における渉外的契約および商事紛争に関する交渉および解決を主たる業務として，現在に至る。

1. オスマントルコの「マジャッラ」

マジャッラが制定されるに至った経緯やその全体の構成については前回の本稿において触れたので、今回は、その内容を、ごく一部ではあるがその中の幾つかの条文を示しながら、ご紹介してみることにする。なお、前回述べたとおり、このマジャッラは、オスマントルコの公式法学派であったハナフィー学派の法学者達をメンバーとする起草委員会によって編纂され、1869年から76年にかけて順次制定・公布されたものである。

日本民法を始めとする我々になじみの深い民法典（の中の財産法の部分）は、規定の対象である法律行為（法律関係の実体）を、法律行為全般に共通する総則的規定の部分と、物権法および債権法の部分の3部分に区分して、規定している。マジャッラは伝統的イスラーム法学の手法に従っているため、このような構成にはなっていないが、私達はその内容を検討して行く場合には、我々になじみ深い日本民法と比較した方が判りやすいかと思われるので、いささか強引ではあるが、マジャッラの規定を日本民法的分け方で以下のよ

うに分けて、比較してみることにする。

- ① 民法総則的規定：「序編」の冒頭の法解釈の準則を示した部分など。更に、いくつかの条文にはその条文の理解を容易にするための説明（設例）が付記されている場合があるが、その説明が「総則的」であることもある。
- ② 物権法の中の所有権と担保物権の各論的規定（不法占有、先買権、抵当などの巻）
- ③ 債権法の中の契約総論および各論的規定（売買、賃貸、保証、為替、委託、贈与、株式会社、委任、合意などの巻）
- ④ 法律関係を確定・実現するための手続法的規定（無罪判決、訴訟、借金返済などの巻）

以下、マジッラの条文の一部を上記の区分けに従ってランダムにご紹介してみる。和訳文は、マジッラ本体のアラビア語版とC.A.Hooperによる英訳文に基づいて筆者が作ったものであるが、全体を読み通して推敲したものではなく、その箇所のみを取り急ぎ訳してみた不十分な試みであることを、予めお断りしておく。なお前回の本稿でも述べたように、「シャリーアと近代」研究会によるマジッラの和訳作業が、現在進行中である。

(1) 民法総則的規定

「契約の効果は意図および意味に基づくものであり、表現や語句に基づくものではない。従って、質権の規定は買戻し特約付き売買にも適用される。」（第3条）

「必要性は他人の権利を失わせない。この原則に基づき、空腹のため他人の食べ物を食べた者は、その代金を支払わなければならない。」（第33条）

「従物は主物に従う。従って、妊娠中の動物を売却したときは、胎児も売却されたものとする。」（第47条）

「利益は不利益を伴う。すなわち、物から利益を得る者は、それに伴う不利益を負担する。」（第87条）

(2) 物権法的規定

① 所有権の各論的規定

「不法に奪取された物は、その物が存在するときは、奪取した場所でその物の所有者に返還しなければならない。物の所有者が別の場所で奪取者に会い、奪取者がその物を所持していたときは、所有者は、その物をその場所で引渡すように求めることもできる。奪取した場所での引渡しを所有者が求めたときは、奪取者は、引渡しと輸送の費用を負担しなければならない。」（第890条）

「或る者が他の者の所有物を自分の所有物であると間違えて破壊したときは、その

者は、その損害を賠償しなければならない。」(第914条)

② 担保物権の各論的規定

「質権とは、請求権を担保する目的で物を取分けて、確保しておくことをいう。その物は、質に置かれた物または質物と呼ばれる」(第701条)

「売買契約の中に黙示的に含まれている事項は、質権においても含まれているものとする。従って、土地に質権が設定されたときは、明示的に規定されていなくても、その土地の上の樹木とその果実、および、耕作物もその質権の対象となるものとする。」(第711条)

(3) 債権法的規定

③ 債権総論的規定

「契約とは、両当事者が特定の事項につき自分を拘束し、それを行う旨約することをいう。契約は申込と承諾から成る。」(第103条)

「締結された売買とは、契約として成立している売買をいい、有効、取消可能、執行可能、条件付き成立に分かれる。」(第106条)

「売買は目的物の観点から4つに分かれる。第1は代金を得て物を売る売買である。これが最もよく知られた売買であり、一般的売買と呼ばれる。第2はサラフ(金銭と金銭との交換。すなわち、両替)である。第3はムカーヤダ売買(物と物との交換)であり、第4はサラム(代金を前払いし、目的物を将来受取る形の売買)である。」(第120条)

「存在しない物の売買は無効である。従って、全く木に現れていない果実の売買は無効である。」(第205条)

④ 債権各論的規定

「買戻し特約付き売買においては、売主は、代金を返還して目的物を取戻すことができ、同様に買主は、目的物を返還して代金の返還を求めることができる。」(第396条)

「賃貸借契約においては、マンファア(目的物の使用利益)が紛争の発生を排除する程度まで明確に示されていなければならない。」(第451条)

「住宅、店舗、または、乳母の賃貸借の場合のマンファア(目的物の使用利益)は、賃貸借期間によって示されているものとする。」(第452条)

「保証は、或ることの請求についてのズィンマ(債務負担責任)に別のズィンマを加えて、すなわち、或る者のズィンマに別の者のズィンマを加えて、その権利が行われるべきことを義務づけるという契約である。」(第612条)

(4) 手続法的規定

「人は自分自身がなした認諾に拘束される。」(第79条)

「認諾とは、当事者の一方が相手方当事者の権利を認めることをいう。認諾をする者を認諾者、認諾の利益を受ける者を被認諾者、認諾の対象たる権利を認諾の対象という。」(第1572条)

「人は、第79条に基づいて、自分の認諾に拘束される。ただし、裁判所によって認諾が虚偽であると判断された場合には、認諾は拘束力を失う。(以下例示説明が続くが、長いのでその趣旨だけをお示ししてみる：物の正当な所有者であるAが、その物をCから買って占有しているBを訴えた裁判で、その物の正当な所有者はCであるとのBの主張(認諾)を裁判所は認めず、Aが勝訴したとする。この場合のBの主張(認諾)は、裁判所により否定されたのであるから、その後はBを拘束しない。従ってBはCを訴えて、「Cはその物の正当な所有者ではなかった」と主張することができる)」(第1587条)

上記の規定に目を通されて、どのような印象をお持ちになっただろうか。バラバラの規定からランダムに選んで示されても、よく判らないというのが正直なところかもしれないが、シャリーアの第一次的法源であるといわれているコーランの章句やハディースの文言(これもまたランダムになるが、下記に挙げてみる)に比べれば、マジッラの規定は、「じっくり読めば、理解はできる」とお感じになるのではないだろうか。

「…男児には女兒の2人分と同額。もし女兒2人以上の時は、遺産の3分の2を受け。もし女兒1人の時は、2分の1を受け。…」(コーラン婦人章第11節の中の相続分に関する定め。日本イスラーム教会の和訳文による)

「…我々がジャムウのなつめやし…を収穫して、その2サーウを他のなつめやし1サーウの値で売っていたとき、預言者は『2サーウ対1サーウの割合でも、2ディルハム対1ディルハムの割合でも売るな』と言った。」(牧野信也訳「ハディース」上巻 p.545, 中央公論社)

2. エジプトの「ムルシド・ル・ハイラーン」

エジプトはオスマントルコの統治下にあった国であるが、ナポレオンに率いられたフランス軍に占領された(1798~1801年)結果その統治から離れ、その後はその際にオスマントルコが派遣したムハンマド・アリーとその一族が半独立的に治めるようになったという歴史を辿った。オスマントルコの法であるマジッラはそのため、エジプトでは法とし

て適用されることにはならなかった。しかしそのエジプトでも、民法（の中の特に財産法）に相当する法律を制定することの必要性は夙に感じられており、そのための幾つかの試みがなされてきた。「ムルシド・ル・ハイラーン」（直訳すると「迷える者のための手引き」といったところか。以下「ムルシド」と略称する）はその中の最も重要な成果物の一つで、エジプトのみならず他のアラブ諸国やイスラーム諸国に対しても影響力のあったものであるので、ここで取り上げてみることにする。

この著作物の作者はムハンマド・カドリー（1821～1888）というエジプトの法学者である。彼は伝統的なイスラーム法学の教育は受けておらず、外国語の専門家として育った人であるが、エジプトの裁判所や外務省などで勤務した後、国民裁判所（エジプト国民相互間の争訟を管轄する裁判所）開設準備の一環として、ナポレオン法典をアラビア語に翻訳するなどの仕事をし、それらの個人的経験を通じて、イスラーム法やヨーロッパ大陸法にも通暁していったようである。晩年には司法大臣や文部大臣を務めたエジプトの大物政治家の一人である（以上の略歴は岩波イスラーム辞典によった）。

このムルシドもマジッラと同じく、ハナフィー法学派の考えに従って纏められたもので、その内容を、分類し難い部分もあるが敢えて日本民法の物権編、債権編に倣って分類してみると、以下のように区分けできるとと思われる（以下の区分けおよび構成に際しては、「イスラーム 知の遺産」柳橋博之編、2014年、東京大学出版会、の中の、第7章「ムハンマド・カドリー『ムルシド・アル＝ハイラーン』堀井聡江著」を参照した）。

(1) 物権法的規定

- ① 物：物の種類；所有権；使用利益の所有権；居住権；地役権
- ② 所有権の取得原因：契約；贈与；遺贈；相続
- ③ 先買権：定義・原因・行使；発生・不発生；請求；効果；失効・無効
- ④ 質権：定義；効果；債務の清算

(2) 債権総論的規定

- ① 債権一般：債権の種類；弁済・相殺・免除・更改
- ② 契約一般：定義と要件；条件；選択権

(3) 債権各論的規定

- ① 売買：要件；当事者；効力；引渡し；代金の支払；建物および植栽；瑕疵
- ② 賃貸借：駄獣；雇用；家屋および店舗；土地；ワクフ；永代賃貸借；地上権
- ③ 分益小作・果樹栽培
- ④ 組合：総則；組合財産の処分；組合財産の修繕

- ⑤ 使用貸借・消費貸借
- ⑥ 寄託
- ⑦ 保証
- ⑧ 債権債務の譲渡
- ⑨ 委任
- ⑩ 和解

ムルシドについても、マジッラに倣って、ごく僅かではあるが幾つかの規定をランダムに選んで、以下に列挙してみる。この訳文もアラビア語の原文から直接作ったものであるが、全体的な推敲をしたものではなく、取り上げた条文のみを取り急ぎ訳してみた不十分な試みであることを、ここでもお断りしなければならない。また、私の手元にあるムルシドは1891年に出版されたもので、条文数は全部で941条であるが、上記した参考文献（「ムハンマド・カドリー『ムルシド・アル＝ハイラーン』堀井聡江著」）では（恐らくは改定・追加された条文があって）総条文数は1049条となっている。以下に例示した条文の番号は私の手元のものの番号であるから、参考文献に記載されている条文番号とは食違いがあると思われる。この点もお許しを頂きたい。

(1) 物権法的規定

「物とは必要なときのために保存しておけるもののことであり、不動産と動産の2種類から成る。」（第1条）

「所有権の取得原因は、売買、贈与、遺贈、遺言のような、所有者から他の者へアイン（物自体、物の本質的部分）を移転する契約、ならびに、無主物の先占およびシュファ（先買権の行使による取得）である。」（第72条）

(2) 債権総論的規定

「契約とは、両当事者の一方の申込とその相手方の承諾とが合致することによる意思の一致の効果として示されるものである。」（第168条）

「停止条件とは、将来の責任が特定の形の将来の出来事に基づいている場合をいい、解除条件とは、責任の将来が将来の出来事の発生に係わっている（？）場合をいう」（第221条）（？）

(3) 債権各論的規定

「売買とは、物の所有者が対価を以てその物を買主の所有物とするという契約である」（第249条）

「賃貸借とは、賃貸人が賃借人に対して、賃貸物のマンファア（使用利益）を一定の条件と賃料に基づいて与えるという契約である。」（第470条）

「消費貸借とは、或る者が他の者に対して消費物として認識されている物を与え、相手方がその物のマンファア（使用利益）を使用し消費した上で、別の同種の物を返還するという契約である。」（第686条）

「質権設定契約とは、或る財物を担保権者または管財人の占有下に置き、その物の全部または一部を債務の弁済に充てることを認めるという契約である。」（第859条）

このムルシドとマジャツラとを比較することは、対象事項に差があるので単純にはできないが、条文数だけで見るとムルシドはマジャツラの約半分であり、規定の文言そのものも、ムルシドの方がマジャツラよりもコンパクトで簡明であるとの感がある。マジャツラが夫々に一家言あるイスラーム法学者達から成る起草委員会の審議を経たのに対して、ムルシドは、イスラーム法学者ではないが裁判実務の経験の豊富なカドリーが、マジャツラを参照しながら1人で作ったことなどが影響したのであろうか。

いずれにせよ、これら二つの法典と法典案について共通して言えることは、その中の規定が（ハナフィー学派という一法学派の立場に立ったものではあるけれども）シャリーアという既に存在する法を取りまとめたものであって、新しい法を作ったものでないことと、それが（伝統的シャリーア法学の説明に比較すれば、遥かに）簡明に纏められていることであるように思われるが、どうであろうか。

それを別にしてもムルシドは、第二次世界大戦後に制定されたエジプトの現行民法にも影響を与えた存在であり、サウジアラビアなどまだ民法を持たない国における今後の民法の制定作業にも大きな影響力を持つように思われる。

3. サウジアラビアの「ハンバリー学派のマジャツラ」

すでに何度か述べたように、サウジアラビアのような未だに民法に相当する制定法を持たない国では、「イスラームの法は神が作ったシャリーアであり、それに代わる法を人が作ることは許されない」ということを主たる論拠とする、主としてウラマーと呼ばれる人達からの反対が根強く、そのために国王以下の国の首脳部の民法制定への意向がなかなか国民の間に浸透して行かないのが現状である。しかしそのような強い反対論が存在するサウジアラビアにおいても、個人の著作ではあるが、「民法典草案」が実は既に存在しているのである。今回はその事実をご紹介して終わることとしたい。

イスラームの聖地であるメッカとマディーナを含むヒジャーズ地方は、現在はサウジアラビア王国の一部であるが、第一次世界大戦の終了時まではオスマントルコの一部であっ

た。従って、その当時はマジッラがその地方の民法であった。ただし、マジッラは前述したようにハナフィー学派の考え方に基づいて作られていたから、シャーフィイー学派が多数を占めるヒジャーズでは、使い勝手が悪かったかもしれない。それはともかく、サウド家に征服されて（1924年。サウジアラビアの建国はその後の1932年）その領土の一部になったヒジャーズ地方でも、当然のことながらマジッラは法律としての地位を失い、サウド家の宗派であるハンバリー派（の中でも急進派と言われるワッハーブ派）の解釈に基づくシャリーアが適用されることになった。しかし、既にマジッラを知って、それに馴染んでいたヒジャーズの法律家達は、オスマントルコのマジッラに代わる、サウド家の（すなわちハンバリー派の）マジッラを作る必要性を感じたのではないかと思われる。

それに答えたのがサウジアラビアの裁判官であった Ahmad ibn‘Abdallah al-Qari（1891～1940。以下，“al-Qari”という）であった。前述した Mallat の “Introduction to Middle Eastern Law” によれば、al-Qari はヒジャーズの法律家の家庭に生まれ、メッカの伝統的なイスラーム法学校でハナフィー学派の法学を学んだという典型的なウラマーであるが、サウド家の征服後の1926年にヒジャーズ地方の港町であるジェッダの裁判所に裁判官として任官し、その後も職業裁判官としてのキャリアを積み重ね、最後は最高司法会議（シャリーアの裁判所制度を採用していたために二審制で「最高裁判所」という名の裁判所が存在しなかった当時のサウジアラビアにおける最高位の裁判・司法機関）のメンバーにまでなった人である。

そのal-Qariは、ハンバリー学派の6種類の主要文献に基づいて、全部で2382条から成る民法草案（以下、「サウジ・マジッラ」という）を作った。作成時期は、Mallatは1930年代の末としている。印刷物として出版されたのは、Mallatによれば1980年である（私の手元にあるものは、2012年の出版である）。

今回はサウジ・マジッラを条文までご紹介する余裕はないので、その標題部分のみを、以下の通り、規定の順序に従ってそのまま列挙してみることにする。以下の訳語もアラビア語の原文から取り急ぎ直接作ってみたもので、全体的な推敲をしていない不十分な試みであることを、再度お断りしておく。

第1巻：売買（売買一般、条件、対価、各種のヒヤール（選択権）、各種の売買）

第2巻：賃貸借（賃貸借一般、条件、当事者の義務、マンファア（使用利益）、賃借料、各種のヒヤール、賃借権の担保）

第3巻：消費貸借（消費貸借一般、条件、法的問題）

第4巻：ワクフ（ワクフの要件、条件、管財人およびその権利、無効）

第5巻：贈与（贈与契約、条件、贈与の対象物、父から息子への贈与、病者の贈与）

第6巻：質権（質権設定契約、有効要件、条件、無効、質物の分割、担保権者の権利、

担保物の処分，担保物の損壊・賃貸，質物に係る罪)

第7巻：保証（保証契約，有効要件，保証人の権利・義務，保証人の免責）

第8巻：債権・債務の譲渡（譲渡契約，有効要件）

第9巻：委任（委任契約，有効要件，条件，無効，売買の委任，裁判の委任）

第10巻：使用貸借（使用貸借契約，有効要件，条件，担保，借地上の植栽）

第11巻：寄託（有効要件，条件，取消，無効，寄託物の保全）

第12巻：侵奪（侵奪物の返還，侵奪者による処分，不動産の侵奪，侵奪の罪，混合）

第13巻：行為能力，意思表示の制限（制限行為能力者の処分行為，保護者）

第14巻：シュフア（先買権）（各種のシュフア，シュフアの処分）

第15巻：和解（確認のための和解，免除のための和解，隣人間の和解）

第16巻：確認・認諾（認諾の条件，病者の認諾）

第17巻：組合（所有のための組合，組合契約の条件，ムダーラバ，ウジューフ，アブダー
ン，ムファーワダ，利益の分配，責任の分配）

第18巻：ムサーカートおよびムザーラア（定義，ムガーラサ）

第19巻：裁判（判決一般，不在者に対する判決，裁判官の資格要件）

第20巻：告訴（告訴の有効要件，反論，請求，答弁，防御）

第21巻：証言および供述（宣誓の資格，条件，原告・被告のための証言，宣誓供実，証
言の衝突，偽証，自白）