

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(3)——

インテグラル法律事務所 弁護士 田中 民之

前回の本稿では、中東におけるシャリーアの法典化のための作業の具体的事例として、① オスマントルコの「マジャッラ」、② エジプトの「ムルシド・ル・ハイラーン」、および、③ サウジアラビアの「ハンバリー学派のマジャッラ」をご紹介してみた。

ただ、そのうちの③については、前回は標題部分の紹介しかできなかったもので、今回はまず③の紹介をもう少し続けると共に、それに引続いて、シャリーアの法典化の必要性について述べている「マジャッラ」の序文を説明し、最後に、本稿の結論部分であるシャリーアの法典化の可能性と有用性を考えてみることにしたい。

1. サウジアラビアの「ハンバリー学派のマジャッラ」(続き)

前回の本稿でマジャッラやムルシド・ル・ハイラーンをご紹介したときと同様に、このハンバリー・マジャッラについても、その中の規定を、極めて強引ではあるが日本民法の総則編、物権編、債権編に従って分類してみると共に、その中のごく僅かの規定を全くランダムに選んで、以下にご紹介してみる。以下の条文の和訳文は、私の手元にあるアラビア語の原文から取り急ぎピックアップして作ってみたもので、全体的な推敲をしていない不十分な試みであることを、再度お断りする。

(1) 民法総則的規定：

① 法解釈上の準則(法諺)および事例と説明

ハンバリー・マジャッラは、オスマントルコのマジャッラに倣って、第1巻(売買)に入る前の部分で法解釈上の準則(法諺)を列記している。その数は全部で160条に及び、マジャッラの100条よりも多い。また、第1巻以下の条文の中には、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り、その説明が「総則的」である点でも、マジャッラを踏襲している。

② 行為能力、意思表示の制限など(第13巻)、確認・認諾など(第16巻)

③ その他、売買に関する第1巻や賃貸借に関する第2巻の規定の中に、伝統的シャリーア法学の手法を踏襲して、契約一般や、条件や、ヒヤール(選択権)に関する民法

総則的規定が置かれている。

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。

「契約とは，両当事者の申込と承諾との結びつきにより，各当事者に義務を課する法律行為をいう。」（第162条）

「欺罔とは，売買の目的物には代金を増額する，または，欠陥を隠すに足りる品質が備わっている，と思わせる行為を，買主に対してすることをいう。」（第210条）

「買主は売買の目的物を特定の目的で使うという条件の付いた売買契約は有効であり，その条件には拘束力がある。例えば，1ヵ月住むという条件で建物を買う，または，特定の場所に乗って行く目的でらくだを買う，という契約は，いずれも有効であり，買主にはその目的で使用する権利があり，買主は，自分自身でそれを使うか，他人に賃貸借または使用貸借して使わせる権利がある。」（第248条）

「売買契約の両当事者は，物理的に同一のマジュリス（契約の「場」）が継続している限り，売買契約を締結するか無効とするかのヒヤール（選択権）を有する。」（第372条）

(2) 物権法的規定

- ① 物権総則的規定：侵奪，混合など（第12巻）
- ② 物権各論的規定：シュファ（先買権）（第14巻）
- ③ 担保物権的規定：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・損壊・賃貸，質物に係する罪（第6巻）

「侵奪とは，戦時に慣習として認められている場合を除き，他人の権利を何等の権利なく排除して奪うことをいい，権利を奪う者を「侵奪者」，奪われた者を「被侵奪者」，奪われた権利を「侵奪物」，その所有者を「物を侵奪された者」という。」（第1375条）

「シュファ（先買権）とは，共有者の一人がその持分を手放したときに，対価を支払ってその持分を取得する権利をいう。」（第1547条）

(3) 債権法的規定

- ① 債権（契約）総則的規定：売買一般，対価など（第1巻），賃貸借一般，マンファア（使用利益），各種のヒヤールなど（第2巻）
- ② 債権（契約）各論的規定：売買（第1巻），賃貸借（第2巻），消費貸借（第3巻），ワクフ（第4巻），贈与（第5巻），保証（第7巻），債権・債務の譲渡（第8巻），委任（第9巻），使用貸借（第10巻），寄託（第11巻），和解（第15巻），シャリカ（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，ムファーワダ，利益の分配，責任の分配など）（第17巻），ムサーカートおよびムザーラア（第18巻）

「賃貸借契約の要素は，両当事者，二つの対価（目的物と賃料），および，契約文言，の5つである。」（第530条）

「土地を掘削する目的で人を雇った者が，契約時に見られたものと違う岩または鉱物に突き当たり，それ以上掘れなくなったときは，労働者は，解除または完成のいずれかのヒヤール（選択権）を持つ。」（第375条）

「サダカ（自発的喜捨）とは，次の世界へ与えること（すなわち，神に近づくこと）のみを目的とする贈与である。」（第865条）

「債務負担契約は，債務を負担する旨の意図の表明，例えば，私が保証人だ，責任者だ，債務者だ，約束した，支払者だ，保証した，この債務を負担している，あなたの彼に対する債権は私が負担している，代金は私が払う，などの言明により成立する。」（第1069条）

「シャリカ（組合）とは，2人またはそれ以上の人が権利の取得または財物の処分を目的として作る共同体であって，財物のシャリカと契約のシャリカとがある。」（第1771条）

「ムダーラバ（出資者と営業者との協業契約）においては，出資者が営業者に資本を現実に提供することは条件ではなく，支払いを約束するだけで十分である。例えば，営業者の手元に現金で預託されているか，アリーヤ（使用貸借）か，ガスブがなされていれば，ムダーラバ契約は成立する。」（第1856条）

(4) 手続法的規定

裁判（第19巻）、告訴（第20巻）、および、証言および供述（第21巻）

「訴えは、その根拠となる事項が訴状の中に十分に示されていないならば、取り上げられることはなく、相手方はそれに答える必要はない。」（第2020条）

このハンバリー・マジッラは全部で2382条からなっており、条文数だけでいうとオスマントルコのマジッラ（全1851条）よりも大部である。上記でお示ししたのはその中の僅か13条で、全体の100分の1にも及ばないが、それでも、「シャリーアといえども、こんな形で条文化されていれば、理解はできそうだ」という印象はお持ち頂けたのではないだろうか。私が本稿で指摘したいと思っているシャリーアの法典化の「有用性」の根拠は、将にその点にある。

2. シャリーアの法典化に対する反対論とその具体的根拠

それでは次に、本稿の結論部分であるシャリーアの法典化の可能性と有用性を考える前提として、サウジアラビアなどの国で見られるシャリーアの法典化に対する反対論の根拠は何であるかを考えてみよう。

サウジアラビアにおける民法典制定への具体的な動きはアブダッラー前国王の時代に始まったものであるが、現地からの報道は、ウラマー達は「当然のことながら」これに反対しているといった種類のもものが殆どで、反対論の具体的（あるいは理論的）根拠を必ずしも明確に示してはいない。従ってその根拠は推測せざるを得ないのであるが、恐らくは、イスラーム法（シャリーア）は主権者たる「アッラー」の命令に基礎を置くもので、「人間」の命令に基づいて作られた世俗法をもってこれに代えることはできない、という、いわゆるサラフィー主義（イスラームの初期世代（アラビア語で「サラフ」という）における原則や精神への回帰をめざす思想潮流。岩波イスラーム辞典による）的な考え方に従ったものであろうと思われる。しかしそのような反対論は、実は内容が空虚なのである。本来考えるべきことは、シャリーアを法典化することがアッラーの命令に反するか否かであって、シャリーアを世俗法で置き換えることが許されるか否かではない。その意味でこの反対論は本来の論点からかけ離れていると言わざるを得ないのである。

なお、一般にサウジアラビアはワッハーブ派の国であると考えられているが、同国にはワッハーブ派が属していると言われるスンニー派の中のハンバリー学派の人達だけではなく、例えば西部地区にはハナフィー学派に属する人達もおり、また東部地区にはシーア派の人達もいるのであって、決して単純ではない。更に「ワッハーブ派」という呼称には「狂信的」といった否定的なニュアンスの付きまとうことが多く、そのためかサウジアラビア

の人々は一般に、自分達をワッハーブ派とは呼ばないようである。本稿でもワッハーブ派（あるいはワッハーブ主義）という用語は避けて、サラフィー主義という用語を使うことにする。

サラフィー主義は、あらゆる問題をイスラームの基本であるクルアーンとスンナに立ち戻って考えよ、という（その点においては正当な）考え方に立つものであるから、ムスリムとしてはこれを頭から否定することは難しいのであろうが、サラフィー主義の信奉者の多くは、その点で思考を停止してしまっているように思われる（勉強不足の思い付き発言を許して頂ければ、ムスリム同胞団のイデオログであったサイド・クトゥブの「世界ジャーヒリーヤ論」なども、そのような思考停止の産物のように見受けられる）。

シャリーアの法典化の問題についても、サラフィー主義者たちは同じような思考停止状態に陥っているように思われる。そもそもサラフの世代にはイスラーム法学はまだ生まれていなかったのであり、その結果、イスラームの法たるシャリーアが何であるかは、(クルアーンとスンナによって示された僅かな部分を除けば) まだ確定的には示されていなかったと考えるべきではないだろうか。イスラーム法学（およびシャリーア）は、預言者ムハンマドの没後3世紀にも及ぶ時間をかけて、ムスリム（の中のウラマー）達が、時にはその当時の権力者からの圧力に命を懸けて抵抗しながら、築いてきたものである。それを無視して単純にサラフの時代へ戻れと主張することは、多くのウラマー達のイジュティハード（法解釈上の努力）をないがしろにするものであろう。

このように考えて行けば、問題とすべき論点は、神の法を人間の法に代えることが許されるかというような（神学論争的な）ことではなく、より実体的（実務的）な問題、すなわち、シャリーアはイスラーム法学者の教科書の中にしか存在しない（その結果、ウラマー達にしか理解あるいは捕捉し得ない）ものなのか、それとも、ムスリムであれば誰でも（場合によっては非ムスリムであっても）知ることができるものなのか、もしシャリーアを法典化することがシャリーアの理解（捕捉）を容易にするのなら、そうすることは許されるのか、時間と手間をかけてまでシャリーアを法典化すべき必要性が果たしてあるのか、といったことであることが判ってくる筈である。サウジアラビアのウラマー達の反対論には、このような実体的（実務的）な問題の指摘が欠けているように見受けられるのである。

これに対して19世紀後半にマジッラを作ったオスマントルコのウラマー達は、このような問題点を十分認識しており、しかもそのことを、スルタンに提出したマジッラの序文の中で説明していたのである。この点を次にお示ししてみよう。

3. シャリーアの法典化の必要性（マジッラの序文の説明）

前回の本稿で述べたとおり、マジッラは、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・公布された同国の民法典であるが、マジッラの制定に至った経緯と、起草委員会が直面した問題点や注意を払った点などが、その冒頭で「序文」の形で述べられている。本稿の論究の参考になる点も多いので、以下その大要をご紹介します。なお以下において「」（かぎカッコ）で括った部分の和訳文は、マジッラ本体のアラビア語版と C. A. Hooper による英訳文とに基づいて筆者が作ってみたものであるが、訳語の選択等を含め、十分に推敲したものではないことをお断りしておく。

この序文は、当時（19世紀半ば）のオスマントルコ（以下、「オスマン帝国」という）においては、いわゆる民事・商事の紛争はシャリーア裁判所と商事裁判所で管轄しており、シャリーア裁判所はシャリーアを、商事裁判所は（制定法である）商法を、それぞれ準拠法（裁判規範）として裁判していた。しかし商事裁判所の場合には、商法に規定のない事項については、外国の法律を適用するわけにはいかないし、そうかといって（商事裁判所の裁判官はイスラーム法学者ではないから）シャリーアによるわけにもいかないのが、大変困った状況が起きていた。この序文はそのことを先ず指摘した上で、シャリーアは無尽蔵な知の宝庫であるから、これに頼れば問題解決への道は開ける筈である（その意味で、シャリーア裁判所は商事裁判所のぶつかった問題に直面はしていない）と述べる。しかし実はそれが思うほどには容易でないのである。というのは、オスマン帝国はスンニー派の国であり、法学派としてはハナフィー学派が多数を占める国であるが、この学派は、例えば同じスンニー派のシャーフイー学派に比べると、多数の法学者の様々な意見が錯綜しており、それに加えて、イスラーム法学のもう一つの基礎である「慣習」も時代の変遷とともに変わって行くので、問題解決への道を見出すことは必ずしも容易ではないからである。

序文は先ず上記の事実を指摘し、それに続いてシャリーアの法典化の意義について、次のように論を進めて行く。

「従って、イスラーム法学における民事上の義務について、相反する意見を避け、承認された意見のみを含むような著作物があつたならば、シャリーア裁判所の裁判官のみならず、その他の裁判所の裁判官や政府の行政官たちもそれを勉強し、各自の仕事にそれを生かせる筈である。…（そのような観点に立って立法府の中に法律家委員会が設置されたが、その努力は結実しないままに現在に至った）…このような性格の著作物を作るようにとのスルタンの命令に従って、我々は（ハナフィー学派の考え方に従って資料を収集し、それを法典の形に整理して）、序篇（Introduction）および第1篇（Book I）が完結した時点で、そのコピーを大宰相（Grand Vizier）と主だったイスラーム法学者達に（送付し、彼らの意見に照らして然るべき修正を加えた上で）、修正したコピーを大宰相に提出した。…

「序篇をお読み頂ければ判るように、その第2部は、Ibn Nujaim（西暦16世紀のイスラーム法学者）とその弟子である法学者達が集めた法諺から成っている。法諺は、そのみではシャリーア裁判官の判断基準としては不十分であるが、（それ以上の明白な根拠がないときには問題解決の手段となり、証拠と合わせて結論を導くための）方法論を提供してくれる（イスラーム法学上の有用な成果物である）。…

「（条件付きの売買については、イスラーム法学者の意見は様々に分かれている。例えば、売買の目的物について売主が特典を持ちうる期間は、マーリキー学派によれば限定的であるが、ハンバリー学派は無期限である）…（この点については、）ハナフィー学派は中道をとる、条件を、有効なもの、取消し得るもの、無効なもの、の3種に分ける（当事者の一方にとっては有用であるが、他方にとってはどうしてもよい条件は取消し得るものであり、何れの当事者にも何の利益も齎さない条件は無効であり、それ以外の条件は有効である）…そこで我々は売買篇の第1章の第4編の中に、条件は取消し得るが、契約は取消し得ない旨の規定を置いた。（同趣旨の規定は、他の箇所にも置かれている）…

「第197条および第205条によれば、存在しない物の売買は無効である。しかし、バラやアルティチョークのような花や野菜や果物は、完熟した物がひとまとめで売られ、次に完熟するであろう物もまとめて売られるのが通常である。Shaibaani（西暦8～9世紀のイスラーム法学者。ハナフィー学派の創始者の一人と言われる）は、まだ存在しない物と既に存在する物とをまとめて売るという形の売買を有効と認めて（おり、その意見に従う法学者は多い。…そこで第207条の規定を置いた。）…

序文の紹介が長くなってしまったことをお許し頂きたいが、この序文は二つの重要な点を明らかにしているように思われる。一つはマジッラ編纂の目的であって、それは、「イスラーム法学における民事上の義務についての著作物」を作って、「シャリーア裁判所の裁判官のみならず、その他の裁判所の裁判官や政府の行政官たち」にもそれを勉強させ、「各自の仕事にそれを生かす」ことである。ここでは「著作物（アラビア語の訳文では「キターブ」）（本）という単語を使っている）」と呼んでいるが、それが「マジッラ」という民法典として結実したのである。

二つ目はマジッラ編纂の方法（手法）である。その方法とは、できる限り相反する意見を避け、承認された意見のみを取り上げて行くというやり方であった。この点は、スンニー派の4大法学派の中では比較的穏健（中庸）と言われているハナフィー学派に依ったから比較的楽であったとも、色々な学説が錯綜するハナフィー学派だけに大変だったとも言えそうであるが、いずれにせよ担当者の苦勞が推し量られるところである。

それはともかく、ここで指摘しておきたいのは、上記の序文でも明確に示されている通り、マジッラの起草者達が精魂を傾けたのは、イスラーム法学の成果の中から、中道を行き、かつ、イスラーム法学を学んだことのない人たちにも理解できる、シャリーアの原則を示すことであって、新しい法律を作るとか、人間の法を神の法に置き換える、などというような意識は彼らの頭の中には全くなかったということである。この点だけから見ても、先に述べたサラフィー主義的な見地からの批判が的外れであることは、少なくともマジッラに関しては、そして恐らくは「ムルシド・ル・ハイラーン」や「ハンバリー・マジッラ」に関しても、明らかである。

もっとも、サラフィー主義的批判者たちは、自分たちが反対しているのは（エジプト民法のような）外国（すなわち西洋諸国）の民法に倣った民法であって、シャリーアやシャリーア法学に基づく民法ではない（そのような民法の制定に反対しているわけではない）というのかもしれないが、それならそれで、その反対の論拠を明確にすると共に、それに代わる自分たちの民法草案なり、その骨子なりを提示するべきであろう。ちなみに、現行のエジプト民法はフランス民法に倣ったものであるが、その起草者であるサンフリー博士は、エジプトの現状に即して必要かつ可能な限り、シャリーアの規範も同民法に取り込んだと国民議会で説明し、自らが書いた教科書の中でもその趣旨の解説をしている。そしてそのエジプト民法は、その後制定されたシリア、イラク、リビア、クウェート、イエメン、UAE等のアラブ諸国の民法の母法になっている。しかし、それに対するサラフィー主義者たちからの的確かつ有効な反論は、未だに示されていないように思われる。

4. シャリーアの法典化の可能性と有用性

序論的部分が長くなってしまったが、本稿の結論部分を述べさせて頂くことにしたい。

先ずシャリーアの法典化の可能性であるが、それは以下の二つの意味において可能である。第一に、(非ムスリムである筆者が述べても説得力を欠くから結論だけ述べさせて頂くが)ここで言うシャリーアの法典化は、神の法を人の法で置き換えることではなく、ウラマーと呼ばれる人以外の人には判り難いシャリーアを判り易くするための作業であるから、イスラームの教えに反するものではなく、許されるものである。

第二に、ムスリムはスンニー派とシーア派に分かれており、イスラーム法学者も、スンニー派の4大法学派をはじめ幾つかの学派に分かれており、更に、同じ法学派の学者の間でも問題によっては意見が分かれていることが多いことは事実であるが、そのように法律学者の意見が様々に分かれていることは何もイスラーム法に限ったことではないのであって、それを以て一つの民法典を取りまとめることが不可能であることの根拠とすることは正しくない。すべての法学派の意見を取りまとめることは不可能であるとしても、何れかの法学派の考え方に基づく法典を作ることが可能であることは、マジッラやムルシド・

ル・ハイラーンやハンバリー・マジッラによって、既に立証されているのである。

次にシャリーアの法典化の有用性（あるいは必要性）については、前述したマジッラの序文で十分立証済みではないだろうか。19世紀後半のオスマントルコのイスラーム法学者たちが指摘した事実は、21世紀に入ったサウジアラビアでも、残念なことに、殆どそのまま当てはまるのである。「イスラーム法学における民事上の義務についての著作物」を作って、「シャリーア裁判所の裁判官のみならず、その他の裁判所の裁判官や政府の行政官たち」にもそれを勉強させ、「各自の仕事にそれを生かす」ことは、アブダッラー前国王が大号令をかけたサウジアラビアの司法制度改革の基本的目的と殆どそのまま一致している。マジッラがオスマントルコの法律となってから100年以上の期間が経過したことを考えると、シャリーアの法典化の有用性（あるいは必要性）は、その時以上に高まっていると言わざるを得ない。その点でもサラフィー主義者たちの反対論には根拠がないのである。

最後にもう一つだけ思い付き発言を許して頂きたい。それは、シャリーアの法典化（という形での民法の制定作業）に対する反対論と中東のイスラーム社会の現在の混乱状態との間には、根元的には共通するものがあるのではないかということである。現在の中東の混乱状態の発生原因を突き詰めて考えてみると、結局は、イスラーム社会における人民統治の理論が明らかに示されていないことに行き着くように思われる（シーア派は、ホメイニの理論と彼が導いたイスラーム革命によって、或いは統治の一つの形を示したと言えるかもしれない。しかしムスリムの9割を占めるスンニー派は、未だに自分たちの統治理論を示し得ていない）。イスラームの統治理論もシャリーアに基づくべきものであろうから、民法の制定作業と同様にその問題も、イスラーム法学者たち（ウラマーと呼ばれる人たちの担当分野に属するであろうが、彼らは、民事取引の基本である民法典の制定をしてこなかったのと同様に、イスラームの統治の基本となる理論の構築をしてこなかったのであり、そのことが現在の混乱状態の根本的原因を作っているのではないだろうか。

イスラーム社会は、預言者ムハンマドとその後の4人の正統カリフと呼ばれる人たちの時代の後には、さまざまな権力者たちが、きちんとした統治理論がないままに、人民を統治してきたように思われる。そしてその間イスラーム法学者たちは、個々の王朝や統治者の統治の仕方やその結果については、それを批判したり改革を求めたりすることはしてきたし、また、この世界は「ダール・ル・イスラーム（イスラームの家）」と「ダール・ル・ハルブ（争いの家）」からなる（が、いずれはダール・ル・イスラームで統一される）という、ヨーロッパの法理論でいうと国際法に相当するような分野の理論は構築したが、肝心の人民の統治についての理論は構築してこなかったように思われるのである。

最近「カリフ制」や「カリフ論」がイスラームの統治の理論であると説明されることが多いが、その内容を見てみると、カリフとなる者の資格（成人、ムスリム、男性、クライシュ族出身、公正、など）やウンマ（ムスリム共同体）による選出とバイア（臣従の誓

い)などの要件が羅列されているだけで、我々が知っているような、三権（立法・行政・司法）の分立、議会制民主主義、憲法による基本的人権の保障、司法権の独立などの、人間の社会の中で権力者と被統治者の間で起こり得べき問題を想定し、それに対処できるだけの仕組みを備えた統治の理論、と並べて比較検討できるまでのものではないようである。

シャリーアは神が個々の人間に与えた命令であるから、そこから人民の統治という人間と人間との関係を律する規則を抽出することは難しいのかもしれない。しかし、マジッラの序文が述べているように、シャリーアはすべての知識の宝庫なのであるから、そこから統治のための理論を抽出できないわけではないであろう。イスラーム法学者たちがその努力をしないのは、(中世や近世であればともかく、現代では) 上述した欧米の統治理論に勝る理論を示すことが難しい(示したとしても、欧米の垂流であるとの非難を受けかねない) ことにあるのではないだろうか。そう考えると、ISなどと呼ばれる理不尽な集団の権力の行使がイスラーム社会のみならず非イスラーム社会からも非難されながら放置されている現状の背後に、国王から民法の制定を求められながら、それに対して理由にならない理由を示して反対しているサウジアラビアのウラマーたちの態度が透けて見える気がする。

そのような見地に立って、いわば議論のための議論をすると、サウジアラビアのウラマーたちが民法の法典化に真剣に取り組むようになったならば、アラブ諸国やその他のイスラーム国のイスラーム法学者たちも、イスラームの統治論をもっと真剣に考えるようになり、ISなどの無法者集団に対して、真のシャリーアに基づく統治とは何かを示して、より毅然たる態度をとるようになるかもしれない。その意味から言っても、サウジアラビアにおける民法典制定作業の速やかな進展が望まれる、というのが、本稿の結論である。

* 本稿の内容は執筆者の個人的見解であり、中東協力センターとしての見解でないことをお断りします。