

# 法の近代化とイスラーム法

堀井 聡江

## Islamic Law in the Wake of Modernization

HORII, Satoe

J. F. Oberlin University, *Obirin Review of International Studies*, No. 20, 2009  
桜美林大学『国際学レビュー』第20号（2009年）

## Summary

The present paper aims to reveal some substantial changes that Islamic law (the *sharia*) has undergone since the 19th century, taking as an example the present Egyptian civil code which has influenced much upon the civil codes of many other Arab countries as an amalgam of modern law and the *sharia*. This is because this kind of modern legislations which contain some fragments of Islamic law have more often than not been discussed in terms of “reconstruction of the *sharia*.” This approach tends to highlight the efforts made to form a deliberate process of revival of Muslim legal traditions as against the past overwhelming trend of modernization, rather than why a certain part of the *sharia* must have been incorporated into a positive law, i.e. the specific reasons other than the probable necessity to legitimate the law in the name of the *sharia*. However, the modern lawgivers do not necessarily, even for the sake of argument, make a conscious effort to revive the religious law, since they tackle with their specific interests rather than the *sharia*. Also, it should be noted that even such an effort leads to a fundamental change in the *sharia* itself in a modern context.

\* \* \*

## 序論

イスラーム法（アラビア語でシャリーア）は本来、宗教による国家・社会の支配を予定するイスラームの教義に基づいて発展した独自の法である。神を立法者とする同法は、啓示およびこれに準ずる法源の解釈を通じて導き出されたが、その作業はイスラーム法学に代表される宗教諸学を司る知識人層（ウラマー）に委ねられた。ここからイスラーム法の2つの主要な特徴が導かれる。第1に、同法は学説から構成される不文法として発展した。国家は行政権者としての裁量的立法権を認められていたものの、理論上その範囲はイスラーム法の領域を侵犯しない限度に制約され、制定法そのものもイスラーム法より下位の規範と見なされた。第2に、啓示の解釈の相違から生じた法の多元化により、イスラーム法は不統一な法となり、スンナ派（イスラームの多数宗派）においては、最終的には四つの法学派（マールク派、ハナフィー派、シャーフイー派、ハンバル派）それぞれの学説によって代弁されることとなり、かつ各派の内部においても、多くの問題については学説の対立を見た。そこでは、同一の事例についても、当該ケースを判断する裁判官（カーディー。ウラマーから構成される）の学派によっても、またその裁判官が当該ケースに適用可能な学説のうちどれを選択するかによっても、複数の解決が可能であったが、それら全ての可能性がイスラーム法を構成していたのである<sup>1)</sup>。

しかし、そうしたイスラーム法のあり方は、近代に入って根本的な変容を被ることになる。それは何より、国家が定めた統一的な制定法が法を中心に位置づけられたことによる。ほとんどのイスラーム諸国では、植民地またはそれに準ずる状態のなかで、あらゆる法が近代法をモデルとした制定法にとって代わられた。これらの法がたとえある問題についてはイスラーム法に依拠することがあっても、それはその問題に関するイスラーム法を構成する学説のうちの1つを成文化したものにすぎない。換言すれば、ある制定法がいかにイスラーム法の影響を受けていようと、制定法である限り、それはイスラーム法ではあり得ないのである。

このことをあえて強調する意義は、従来の研究のなかでは、こうした多かれ少なかれイスラーム法の影響を受けた近現代の制定法とイスラーム法の区別が往々にして曖昧だからである。すなわち、中東イスラーム世界の近現代法に対するイスラーム法の影響は、19世紀に西欧の軍事的・文化的征服を背景として支配的傾向となった法の近代化に対峙するものとしての「法の再イ

スラーム化」ないし「イスラーム法の復活」という観点から分析されがちである<sup>2)</sup>。たしかに、1970年代以降顕著になった国際的なイスラーム復興の潮流のなかでは、イスラーム国家の樹立を求めるいわゆる「イスラーム原理主義」のような極端な例のみならず、例えばイスラーム銀行のように、既存の社会秩序とイスラーム法との適合性に対する意識の高まりが見られることは事実である。しかし問題は、「法の再イスラーム化」ないし「イスラーム法の復活」という観点が、イスラーム法の影響を受けた法であればイスラーム法と何らかの連続性を有するという前提を内包してしまうだけでなく、イスラーム法のある部分だけが制定法に編入されるに至った個別具体的な理由の考察を妨げることである。もとより、近現代の立法者がイスラーム法に依拠するのは、必ずしも当該の法にイスラーム的な性格を付与するためではなく、多くの場合、そこには政治的、社会的、経済的等々のより特殊な目的があるはずである。そしてその立法目的に応じて、イスラーム法は自在に切り貼りされ、単にイスラーム法の断片という以上の改変を被ることになる。要するに、近現代法に対するイスラーム法の影響は、「法のイスラーム化」や「イスラーム法の復活」だけでは割り切れない。

本稿では、以上の例証として、主として2つの理由から現行エジプト民法典（1949年施行）をとりあげる。第1に、エジプトは中東イスラーム世界における法の近代化の先駆的存在であり、同法典もアラブ諸国の民法典に広い範囲で影響を与えている。第2に、同法典は後述のように、20以上の近代民法典（草案も含む）を参考にしているという点で比較法的にも興味深い。その中心的起草者であったアブダッラッザーク・アッ＝サンフーリー（1971没）は、イスラーム法についても大幅な依拠を強調しており、従来の研究のなかではそれが無批判に受け入れられていたことである<sup>3)</sup>。それは何より、欧米の研究者の多くは同法典そのものを含む法律資料を読みこなすことなく、一般論だけを展開していたからである。この問題については、ようやく最近、Bechor による現行エジプト法典の研究<sup>4)</sup> によって克服された。彼の研究は、後述のように同法典によるイスラーム法の借用のいくつかの例についても批判的な分析を示しているだけでなく、同法典に関する最も重要な資料である、現行民法典の編纂録（al-Qānūn al-Madani）と、サンフーリー自身による同法典の注釈（al-Waṣīṭ）を用いただけでも価値があるといえる。ただし逆に、この研究は実質的にはほとんどこの2つの資料に依存し、全体として「そのまま」の感否めないだけでなく、またサンフーリーの作品としての現行エジプト民法典の考察というその目的からいってやむを得ないが、これらの資料

において雄弁に語られるサンフーリーの立法論を示すにとどまり、イスラーム法に由来する個々の制度についても、同法典に先立つ歴史的考察を欠く。本稿では、この点について若干補足しながら、現行エジプト民法典とイスラーム法との関係が実は希薄であることを示したい。その前に、まずは同法典の立法史について概観しておかねばならない。

## 1. エジプト民法典の歴史

エジプト民法の歴史は、ナポレオンのエジプト遠征を機に、オスマン朝(1299-1922)の宗主権の下、この地で半独立的な支配を固めたムハンマド・アリー朝(1805-1953)が行った近代的法改革に遡る。1870年代から本格化したこの改革は、当時のエジプトにおけるイギリスの政治的覇権の強化をよそに、概ねフランスの影響下におかれた。まず、司法制度の近代化によって、民事・商事事件に関して2種類の裁判所が創設される。その1つである混合裁判所(1874-75)は、当事者に外国人を含む争訟、他方の国民裁判所(1884)はエジプト人同士の争訟を管轄した。これに伴い、これらの裁判所が適用する諸法がフランス法をモデルに制定されることになった。混合裁判所民法典(1876)および同法典をモデルとする国民裁判所民法典(1883)もその1つである。フランス法継受の主たる理由の1つは、当時、エジプト在住の外国人の4/5を占めたギリシア人、フランス人およびイタリア人のあいだで、フランス法が共通の法となっていたからであるという<sup>5)</sup>。なお、このような法と司法の近代化の結果、従来エジプトで通用していたイスラーム法は大幅に後退し、イスラーム法を適用するシャリーア裁判所の管轄は、最終的にはムスリムたるエジプト人同士、または宗派の異なる非ムスリムのエジプト人同士の身分関係法(ここでは家族法・相続法の総称として用いる)に関する訴訟に限定されることになった。他方、宗派を同じくするエジプト人非ムスリム同士の身分関係訴訟については、異教徒の法的自治を認めるイスラーム法の伝統に従い、各宗派ごとの法廷(いわゆるミッラ法廷)が管轄した。さらに、在留外国人については、混合裁判所の管轄に含まれない事項に関して領事裁判権が認められていた。このように、エジプトでは近代化政策の結果、司法機関の多元化が生じたが、大まかにいえば、近代的な制定法の下で、固有の法であるイスラーム法が限定的に存続するといった、法の二重構造ができあがったのである。その間、エジプトは1881年からイギリスに軍事占領され、1914年からその保護国となるが、1936年に完全独立を果たした。その際に決

定された混合裁判所の廃止（1949）に合わせて、以後国民裁判所が適用すべき新たな統一的諸法の編纂が進められた。現行エジプト民法典もその1つである<sup>6)</sup>。

だが、この新たな民法典の編纂は難航し、1936年には外国人を含めて9名から成る第一次編纂委員会と、同じく11名から成る第二次編纂委員会が立て続けに設置されたが、前者は3カ月、後者は1年半で解散させられ、その間に完成した草案はわずかであった。エジプト法務省は、その理由を両委員会における人選に対する不満や委員相互の不信による内部対立に帰しているが、後述のように、恐らくは民法典の編纂方針も対立の一因となったと考えられる。いずれにせよ、法務省の提言により、いっそ2名の傑出した法律家に編纂を委ねることになり、1938年、当時混合裁判所裁判官であったサンフリーと、彼のフランス留学時代の師であるリヨン大学教授ランベールが選任された。この第三次編纂委員会によってようやく完成した準備草案は、1942年から3年間にわたる国民投票を経て、1945年、サンフリーを長とする修正委員会による改訂の後、同年末に内閣の承認を得て議会に付託された。下院での約半年にわたる審議の後、草案は民法委員会（上院の特別委員会）、次いで上院における審議のなかで修正を受け、その審議のため下院で再審議された。こうして1948年7月に公布されるに至った現行民法典は、混合裁判所廃止と同日の1949年10月15日、ようやく施行された<sup>7)</sup>。

このように、現行民法典の実質的な起草者はサンフリーである。彼は、同法典について前述の注釈のほか、多数の論文を書いている。なお、彼は第一次編纂委員会にも、当時はカイロ大学法学部教授の資格で参画しているが、その前後における複数の論文の中で、新民法典の編纂にあたっては、単に国民裁判所民法典を改正するのではなく、実質的に新しい民法典を作るべきである旨を強調している。このことは、新民法の編纂方針についてこれら2つの立場の対立があったことを示唆している。

## 2. 現行エジプト民法典の特徴

さて、以上のような経緯で制定されたエジプト民法典は、一方では極めて20世紀的な民法典である。そもそも市民社会の法として登場した民法は、当初は所有権の絶対性や契約自由の原則を中心とする、個人の権利や法律行為の保護に彩られていた。そうした19世紀的民法の典型が、人権宣言の精神に基づくコード・シヴィル（1804）である。しかし、公の利益に基づく個人の

権利の制限や、経済的・社会的弱者の保護を目的とする国家の介入が期待されるようになった20世紀においては、立法のうえでもかかる考慮が反映されるようになる。サンフーリーはこうした流れを非常に強く意識していた。前述のように、彼は旧民法の全面改正の必要性を強力に主張していたが、その主たる理由の1つは、旧民法である国民裁判所民法が、それ自体改正を要するところのコード・シヴィルの影響を強く受けているため、今日のさまざまな社会的要請に応えられないということである。彼はそのために、現行民法の資料として、コード・シヴィル以降の法の社会化を反映する民法典を中心に、20以上の外国法を参照している<sup>8)</sup>。

しかし他方で、サンフーリーは、現行民法とイスラーム法の連続性も強調している。そもそも彼が旧民法を批判した理由のなかには、旧民法が、混合裁判所民法にしても、国民裁判所民法にしても、イスラーム法を僅かしか採り入れていないことが含まれており、彼はそれに対して、現行法がイスラーム法から多くのものを採り入れたと主張している<sup>9)</sup>。これを表にすると、以下ようになる。

新たに導入（または旧民法を修正／補足）	客観主義、権利濫用の法理、弁識能力を欠く者の責任、不予見理論、債務引受、契約締結の場合、ワクフ（寄進）地の賃貸借、永代賃貸借、農地の賃貸借、賃借地上の作物の滅失、賃貸借の解除
旧民法を継承	死の病、不当利得、実見選択権、時効期間、上階・下階や共有の塀、当事者能力、贈与とその撤回、先買権、債務弁済後の相続許可の原則

しかし、これらを個別に見てゆくと、多くの場合についてはイスラーム法への依拠がかなり怪しいことがわかる。例えば、債務引受（ハワーラ）はイスラーム法から新たに導入されたというものの、サンフーリーはイスラーム法と同じくこの制度を認めるドイツその他のゲルマン諸国の民法典をモデルとして条文を定めたことを明らかにしているので、エジプト民法典における債務引受の実質的法源はこれらの外国法ということになる<sup>10)</sup>。もう1つ、旧民法から継承されたイスラーム法の制度から例を挙げるなら、贈与の撤回が制限される条件についても、サンフーリーは「イスラーム法に類似する外国法の規定」をモデルにしている<sup>11)</sup>。

では、なぜこのように実際には外国法から借用した規定について、わざわざイスラーム法から採ったと主張せねばならないのか。その理由として、Bechor は、前述のように旧民法と大きく性格を異にする現行民法典の草案に

対して予想される抵抗を封じるため、イスラーム法を錦の御旗に用いたと推察している<sup>12)</sup>。そのような例の1つとして、彼は同法典における不予見理論（我が国にいう事情変更の原則）の採用を挙げている。この法則は、個人が任意に締結した契約が尊重されるべきことから、当事者による契約の無条件な遵守を義務づける契約自由の原則の修正原理にあたり、契約の時点で予見できなかったような不測の事態の発生により、一方の当事者による契約履行が困難となり、履行を強いればその当事者にとって過度な負担となる場合には、契約内容を修正して負担を軽減するか、場合によっては契約履行の免除が認められるとするものである。不予見理論は、フランスにおいては行政法において発展し、コード・シヴィルを補完する民事法の原則として確立されたが、エジプトにおいてはコード・シヴィルの影響が強い旧民法の下、判例上一貫してその適用が否定されてきた。これに対し、現行エジプト民法は、契約自由の原則を確認する一方、同じ条文のなかで予見不可能性の法理も採用している<sup>13)</sup>。しかし、同条の草案に対しては、とくに上院の民法委員会において、契約自由の原則に対する司法介入の強化に対する懸念から大きな反対があった。というのも、債務不履行の理由が予見不可能な事情にあたるか否か、あたるとしてどの程度まで履行内容を軽減するかは、裁判所の判断に委ねられるからである。また、かかる原則が容認されると、債務者が債務逃れのためにこれを悪用し、紛争が多発するという懸念も見られた。サンフーリーはこれに対し、不予見理論の根拠として、これを認めた旧民法時代のエジプトの若干の判例のほか、イスラーム法を援用しているが、それは新しい原則の導入に対するこうした反対を見越してのことではないか、というのである<sup>14)</sup>。

こうした意図によるイスラーム法の援用は、無論十分に考えられる。しかし、このことは現行エジプト民法典におけるイスラーム法に由来する規定の全てにあてはまるわけではない。そもそも、イスラーム法をどれだけ制定法、とくに民法典に編入するかは、よりデリケートな問題であり、イスラーム法に由来すると説明できる要素が多ければ多いほどよいというものでもない。次節ではその要因について論じることにする。

### 3. イスラーム法と制定法

#### 3.1. イスラーム法の地位

まず考察すべきは、制定法に対するイスラーム法それ自体の位置づけの問題である。前述のように、エジプトでは19世紀における法の近代化を通じて、



制定法の領域とイスラーム法の領域という法の二重構造が生まれた。このような法の二重構造は、無論エジプトに限らず、植民地期に法の近代化を経験したアジア・アフリカ諸国に概ねあてはまるものである。この二重構造においては、多くの場合は宗主国の法の影響を受けた制定法が法の中心となり、固有法の領域は二次的なものになる。そして独立後に国民的な法の一元化が達成されると、固有法は完全に「法」としての地位を失い、ただ実社会で存続する限りにおいて、慣習として位置づけられる。エジプトにおけるイスラーム法も、身分関係事項については、1920年に制定法が導入されるまで法としての地位を保っていたが、制定法の支配下におかれたその他の領域では、法の欠陥を埋めるか、または法の解釈に必要な限度で考慮される要素となった。

そのことを示す例として、ムザーラアに関する例を挙げよう。ムザーラアは、穀物等の農作物についての分益小作契約であるが、イスラーム法においては無効説と有効説があり、有効説の中でも有効とされる形式が限定されていたが、実務上は広く認められていた<sup>15)</sup>。エジプトの旧民法典もムザーラア契約を典型契約の1つに採り入れたが、現行民法典はより詳しい規定を補充している。なかでムザーラア契約の性質を定義した第620条は、これを賃貸借の一種とし、原則として賃貸借の規定を準用するものとする。しかし、準備草案の段階では、この条文にはさらに補足があり、賃貸借の規定で準用し得るものがなかった場合には、イスラーム法を適用すべき旨が明記されていた<sup>16)</sup>。しかし、上院の民法委員会は、この文言が不要であるとして削除した。その理由は、要はイスラーム法が今日では慣習であるところ、慣習が法の欠陥時に補足的に考慮されることは一般原則から導かれるので、わざわざ明記する必要もないということである<sup>17)</sup>。ここには、制定法との関係ではもはや慣習に過ぎないはずのイスラーム法への特別な言及が、同法を制定法の枠外におけるもう1つの法として、あるいは制定法を拘束する規範として承認することになる、という懸念が看守されよう。近代以降の制定法中心主義の下では、立法者が必要以上にこの過去の法的伝統の尊重を示すことは、むしろ危険視されかねないのである。同時に、制定法中心主義を貫くなら、立法者がイスラーム法から何かを借用したとしても、その部分はもはや制定法の一規定であって、裁判所はその解釈にあたって必ずしも過去のイスラーム法の学説を参照する義務を負わず、制定法上の準則や規範に則すべきであることになる<sup>18)</sup>。この立場からすれば、制定法がある制度についてイスラーム法を採り入れたとき、それは非イスラーム法が法源とされた場合と同様に、むしろそ

の制度についてはイスラーム法が排除されることを意味する。近現代の立法に対するイスラーム法の影響を「法の再イスラーム化」ないし「イスラーム法の復活」とする観点は、以上の点からも失当である。

### 3. 2. 身分関係法との関係

さらに、とくに民法典に関しては、イスラーム法の編入が必ずしも歓迎されない要因として、身分関係法との関係を考慮せねばならない。前述のように、法の近代化は身分関係法以外の分野に及び、身分関係法だけがイスラーム法固有の領域に残された。とはいえ、この身分関係（フランス語の *statut personnel* のアラビア語訳）という概念自体がイスラーム法にはなく、民法のなかで身分関係法と財産法を区別するという近代法のシステムに由来するものである。この用語の定着に一役買ったと言われているのが、混合・国民裁判所諸法の制定に携わり、その間に法務大臣を務めたこともあるムハンマド・カドリー・パシャ（1886没）が著した『身分関係法』である。同書はオスマン朝において公式の法学派とされたハナフィー派の学説を中心に、身分関係に関するイスラーム法の規定を取捨選択し、条文形式で表したものであり、正式に法として施行されたことはないが、一般に「カドリー・パシャ法典」として知られている。ちなみにカドリー・パシャは、財産法に関する後述の『ムルシド』のほか、ワクフについても同趣旨の書を著しており、全部で三部作となるが、いずれもイスラーム法、とくにハナフィー派の学説に近代法的な表現を与える試みであった。とはいえ、ハナフィー派の学説といっても不統一であり、多くの問題については学説が対立しているため、そのうちどれを条文にするかについては、今の時代に最も適合すると判断される学説を「選択」（タハイユル）するという方法論が採られている。

ところで、「カドリー・パシャ法典」は婚姻、離婚および婚姻解消、後見と禁治産、贈与、遺贈、失踪者、相続の問題を扱っているので、同書の定義によればこれらの事項が身分関係ということになる。国民裁判所の管轄を定めた同裁判所構成法第16条も、「ワクフの本旨、婚姻ならびに婚資や扶養費等に関する問題、贈与、遺贈、相続等」、つまり概ね「カドリー・パシャ法典」と同様の事項を身分関係事項として定義し、同裁判所の管轄外においていた。しかし実際には、国民裁判所が身分関係事項の判断に及んだケースが少なからずあり、両裁判所の管轄争いはかなり激しいものであった。それは明らかに国民裁判所の側にあって、我々こそが現行司法制度の中心であり、やがて実現さるべき統一的司法の担い手である、という強い自負の下、自らの管轄

を広く解釈するという傾向があったからである。この観点をつきつめると、イスラーム法の領域に残された身分関係事項をも国民裁判所の適用法、とくに民法典に編入すべきである、という結論になろう。サンフーリー自身も、新民法の編纂にあたっては、一般に近代民法がそうであるように、身分関係法を編入すべきであると強く主張していた<sup>19)</sup>。当時、身分関係法はすでに成文化されていたが、それは1920年以降に若干の問題について個別に出された数条の法律から成る不完全な立法であり、法の欠陥により裁判所がイスラーム法に依拠すべき余地を大に残すものであった。このように身分関係法の制定が不完全に終わり、かつその時期も他の領域に比べて大幅に遅れた理由は、まさに上述のような制定法によるイスラーム法の排除に対する抵抗であった。

現行民法典への身分関係法の編入の是非は、しばしば異教徒の法管轄の問題との関連でも論じられている。この文脈における対立は、要はイスラーム共同体の法的伝統に従って身分関係については各宗教共同体ごとに規律すべきと考えるか、あるいは国民国家の枠組においては、身分関係といえども宗教の相違を問わず一元的な法に服せしめるべきであるかと考えるかに尽きる。後者の立場についていえば、異教徒に法的自治を認めるイスラーム的伝統が外国人支配を招いたというナショナリズム的な主張も見られるが、それとともに司法の多元化に伴う法的実務の混乱という実務的観点から法管轄の一元化を求める声もあった。とりわけミッラ裁判所の混乱した状況は、シャリーア裁判所およびミッラ裁判所を廃止した1955年法律462号の主要な根拠とされた<sup>20)</sup>。

しかし、現行エジプト民法典への身分関係法の編入は、結局実現しなかった。その理由については、サンフーリー自身は明らかにしていない。しかし、身分関係事項においては、現行民法典編纂の時点ですでに一連の制定法が導入されていたとはいえ、それらの法はごく一部の問題のみを規定した不完全な立法に留まり、かつその導入時期も1920年まで遅れた理由そのものが、イスラーム法のほとんど最後の牙城を侵食することへの強い抵抗であったことに鑑みれば、新たな民法典が身分関係法を網羅的に規定することはむしろ敬遠されたのであろう。

もともとイスラーム法は、私的な性格が強いものである。たしかに、前近代においてはイスラーム法は法として機能していたわけだが、それは国家が制定した法ではなく、第一義的には私的領域における生活の指針である。というのも、イスラーム法の目的は、信者が宗教的に正しい生活を送るための

ものであるから、儀礼行為のように、いわゆる法律行為にあたらぬものに関する規範を含んでおり、こうした規範は、国家の命令として存在しなくても、ムスリムであれば遵守すべき性格のものである。たしかに、カーディーの存在によって公権力による強制が予定されている規定もあるが、それは私人がそれを要求するときのこと。換言すれば、伝統的なイスラームの裁判所の主たる目的は、私人間に紛争が発生したときにこれを解決することである。刑事事件についても、シャリーア法廷の制度的な枠組のなかでは、犯罪の被害者側や目撃者などの告発がなければ立件できない。

こうしたイスラーム法の私的な性格は、法の近代化を通じて一層強調されるようになったと考えられる。つまり一方では、新たに立法者となった国家が、生活の様々な側面を国家の法によって規定していくのに対して、イスラーム法に服する領域は、国家の介入が制限されるような、プライベートな領域として強く意識されるようになる。とくに身分関係事項がイスラーム法の領域として残されたのは、ここに1つの理由があるだろう。つまりこれらは相続や婚姻その他の家族生活に関わる問題であり、きわめて私的な領域であるわけである。ここではイスラーム法が国家の規制を排除する1つの砦とされた。しかし前述のように、エジプトでは1920年から、イスラーム法に基づく一連の身分関係法が制定されることになるが、しかしこれらの法律は、とくに家族法に関する限り、女性の地位向上を目的とした特定のいくつかの問題に関する規定だけで、換言すると沢山の問題をあえて規定しないままに残した。

要するに、民法典の編纂の上で、イスラーム法に属するとされるもの、とくに身分関係事項のようなものをどこまで規定するかは、政策的な判断の問題となる、ということである。ここでは贈与の例を取り上げる。贈与は先ほど見たように、国民裁判所構成法の文言からすれば身分関係事項に含まれているが、やはり判例のなかでは、国民・シャリーア裁判所のなかでしばしば管轄が争われる問題の1つであった。なぜなら贈与は、しばしば家族・親族間で行われるという意味では身分関係に含まれ得るが（これは後でみるように特殊エジプト的解釈であるが）、財産行為という側面もあり、その財産行為という側面に関わる紛争であるならば民法典で解決すべきである、という解釈も成り立つからである。その点、現行民法典は、贈与を明確に財産契約と位置づけ、契約各論のなかで非常に詳しい規定を置いている。サンフーリーによれば、その目的は贈与が「無償行為とはいえども、およそ契約であれば備えるべき安定性と両当事者に対する拘束力を獲得」<sup>21)</sup> することであるが、

換言すれば贈与を民法上の1つの契約として規制することに他ならない。たとえば、とくに不動産の贈与は公官庁が作成した文書で行わなければならないこと（第488条）はそうした規制の典型例といえる。

しかし、元来イスラーム法に属するとされる事項をこのように民法典で規定することには、抵抗もあった。例えば、贈与の撤回に関する規定は、前述のようにサンフーリーがイスラーム法に仮託しつつ、実質的には外国法を参考に規定したものであるが、これらの規定の草案が検討されたとき、上院の民法委員会では、そのメンバーであった破毀院の陪席裁判官から、削除の提案がなされた。その根拠は、この時点でまだ改正されていなかった旧国民裁判所構成法第16条である。すなわち、同条によれば贈与は「身分関係事項」であり、ゆえにイスラーム法に照らして判断されるべき問題であるから、民法典で規定すべきでないという趣旨である。しかし、この提案は、エジプトにおいては贈与と身分関係事項は無関係であるとの反論によって却下された<sup>22)</sup>。しかしこれは、実は反論として正しくはない。なぜなら、これに先立つ1934年の破毀院判例によれば、贈与は性質としては財産行為であるが、エジプトの立法者は、贈与が宗教的な要素を含むため、あえてこれを身分関係に含めたとされているからである<sup>23)</sup>。ちなみに、エジプトで最高裁判所にあたる破毀院が創設されたのは、民事についてはようやく1931年のことである。最高裁判所の不在は、裁判所の間で、同じ論点に関して相矛盾する判決の対立を生む原因となっていたが、破毀院創設とともにそうした論点を含む事件が集中的に寄せられた模様で、リーディング・ケースとなるような判決が次々に出されたが、1934年判決もその1つである。

#### 4. イスラーム法固有の制度の変化

他方、現行エジプト民法においては、必ずしも形ばかりではなく、実際にイスラーム法から借用された制度も存在する。ただしこれらは、民法典に託された政策的な目的に応じて、本来のイスラーム法におけるあり方からは随分乖離していることに注意しなければならない。

その典型例として、先買権（シュフア）が挙げられる。先買権とは、イスラーム法のなかでも定義が分かれているが、オスマン朝の影響によりエジプトでも公式の法学派とされたハナフィー派の学説に従えば、土地が売却され、ある者がこれを購入したとき、その土地の共有者またはその土地に隣接する土地の所有者が、その代金と同じ額を支払えば、たとえ買主の意に反しても、

その土地を優先取得することができる権利である。ハナフィー派によれば、売却地の地役権者なども場合によっては先買権を有する。旧民法における先買権関連条文はわずかであったが、これらはハナフィー派の定義にほぼ忠実であった。しかし、やがてこれらの条文の不備が判明したため、先買権という特別法が制定され、旧民法の条文は失効した（混合裁判所につき1900年、国民裁判所につき1901年）。この先買権法は、イスラーム法の先買権制度に大幅な改変を加え、新たな先買権者を追加した。すなわち、自己の土地に他人のための用益物権を設定した土地所有者（虚有権者）およびその用益物権の保有者である。これによると、虚有権者が自己の名目的な土地所有権を第三者に売却した場合は用益物権の保有者が、または用益物権の保有者が用益物権を第三者に売却した場合は虚有権者が、先買権によってそれぞれ虚有権ないし用益物権を優先取得できる。現行民法典はこの規定を含めて先買権法がもたらした制度の改変を踏襲しただけでなく、さらに土地の永代賃貸借（ヒクル）における賃貸人（やはり虚有権者と呼ばれる）と賃借人についても先買権を付与した。つまり虚有権者が土地を他人に売却した場合、永代賃借人が先買権により土地を優先取得でき、ぎゃくに永代賃借人が永代賃貸借権を他人に売却したときには、永代賃借人がこれを優先取得できる。以上のようにイスラーム法には見られない、新たな種類の先買権の創出は、「完全所有権の復活」または「所有権の再統合」という立法趣旨により正当化されている。この立法趣旨が意味するところは、先買権法の文脈にあっては、エジプトの土地の大半を占める農地のほとんどの国有化を基礎とするムハンマド・アリーの近代化政策が転換を迫られ、なし崩し的に私的土地所有が解禁された過程の最終段階における、法的には用益権者とされた私人への完全所有権の付与であったと考えられる。これに対して、現行民法典の文脈にいう「完全所有権の復活」ないし「所有権の再統合」は、すでに所与のものとなった近代的土地所有権に対する桎梏と受け止められた永代賃貸借関係をできる限り解消し、ひいてはこの種の賃貸借の温床となったワクフ（寄進）地の私有化を進めることであった<sup>24)</sup>。

こうして見ると、先買権そのものはイスラーム法に由来するとしても、エジプト民法典における先買権はもはやイスラーム法上の制度とは言い難い。これほど極端ではないにせよ、類似の例として、やはりイスラーム法固有の「死の病」の制度を挙げよう。死の病とは、ある者の死亡の直接の原因となった事由の発生から死亡までの状態を指す（例えば病死の場合、その病の致命的な発症から死亡まで、刑死の場合は死刑宣告からその執行まで）。こうして



死亡した者の財産は、死の病の開始のときから遡及的に死亡後の財産として扱われ、相続やその前提となる債務返済の引き当てと見なされるため、被相続人が死の病の間に行った法律行為は事後的に制限されることになる。例えば、被相続人が死の病の間に贈与等の利他行為を行った場合は遺贈に準じ、イスラーム法による遺贈の制限に従って、特定の相続人に対するものであれば、他の相続人の追認なくば無効とされ、第三者に対するものであれば、相続人の追認がない限り、全財産の1/3以内でのみ有効とされる。この点、現行民法典第477条は、相続人に対する利他的行為であっても、1/3の範囲内であれば有効であるとする。これは1946年に遺贈に関する法律が制定され、政策的な配慮から、イスラーム法とは異なり、相続人に対する遺贈を第三者に対する遺贈と同じ条件で認めたためである<sup>25)</sup>。

## 5. 結びに代えてー「イスラーム法」そのものの問題点

このように、現行エジプト民法典におけるイスラーム法への依拠は、形だけの場合もあり得るし、またはそうでなくても、特定の政策的な目的による場合もあり、とくに後者の場合、イスラーム法の原型は失われがちである。かつ、こうしたことは別に、最後にもう1つ、イスラーム法を援用したというときのイスラーム法がそもそもイスラーム法とはいえない、という根本的な問題を考えねばならない。これまで見てきた例の中では、若干の例外もあるが、イスラーム法上の典拠として出されているのは、前述したカドリー・パシャの『ムルシド』や、あるいはオスマン朝において財産法に関するハナフィー派の学説を取捨選択して編纂された民法典『メジェッレ』である。1つだけ例を挙げると、不予見理論の典拠は、『ムルシド』第306条「契約の効果はその両当事者に及び、両者のみを拘束する。拘束力ある契約は、契約の取消が認められる状況における両当事者の合意によってのみ許される」とされている。しかし、たしかにイスラーム法のなかには、一見すると近代法の諸原則を髣髴させる規定が見られるが、厳密には全く一致するということはほとんどない。一致するとすれば、それはイスラーム法のなかに近代的原则を読み込む解釈の姿勢に由来するといえる。特に『ムルシド』のこの条文から不予見理論の全てをくみ出すことは到底不可能である。

また、解釈の問題はさておき、『ムルシド』を含むカドリー・パシャの作品や『メジェッレ』そのものが、イスラーム法のほんの一部を切り貼りしたものに過ぎない点に注意しなければならない。しかしながら、例えば『メジェッ

レ』がしばしば「イスラーム債権法」と呼ばれるように、この種のものがいつの間にかイスラーム法そのものと同一視され、そこに示された唯一の解釈を通じて標準化された「イスラーム法」と化するという現象こそ、法の近代化によりイスラーム法が被った影響というより変質のなかで最大のものではなからうか。

(2008年10月4日脱稿)

## 注

- 1) かかるイスラーム法の歴史的・規範的特徴については、堀井聡江『イスラーム法通史』（山川出版社、2004）、7-9、114-18、158-61参照。
- 2) 例えば Arabi, Oussama, *Studies in Modern Islamic Law and Jurisprudence*, Studies in Modern Islamic Law and Jurisprudence 21 (The Hague, London, New York: Kluwer Law International, 2001)、192参照。
- 3) 例えば Hill, Enid, *Al-Sanhuri and Islamic Law* (Cairo: The American Univ. Press, 1987)。
- 4) Bechor, Guy, *The Sanhuri's Code, and the Emergence of Modern Arab Civil Law* (Leiden, Boston: Brill, 2007)。
- 5) Sanhūrī, ‘Abd al-Razzāq al-, “Wujūb tanqīḥ al-qānūn al-madani al-Miṣrī wa-‘alā ayy asās yakūnu hadha al-tanqīḥ,” *Majallat al-Qānūn wa-al-Iqtisād* 6/1 (January 1936), 3-144, 14.
- 6) 以上、エジプトにおける法の近代化の概要については、堀井『通史』、210-14参照。
- 7) al-Hukūmat al-Miṣriyya: Wizārat al-‘Adl, *al-Qānūn al-madani: Majmū‘at al-a-māl al-takhḍīriyya*, 7vols. (Cairo: Maṭba‘at Dār al-Kutub al-‘Arabī, n.d.), I, 6-9.
- 8) *Ibid.*, 13-18, 29-30.
- 9) *Ibid.*, 20-22.
- 10) *Ibid.*, 21.
- 11) *Ibid.*, IV, 242.
- 12) Bechor, *Sanhuri's Code*, 173.
- 13) 第147条1項「契約は両当事者の法である。よって契約の縮減や変更は、両当事者の合意または法が定める理由に基づいてのみ認められる」。同第2項「ただし、普遍的な例外的事態が発生し、これらの事態が予測不可能であって、かつその結果、契約上の債務の履行が不可能でなくとも、債務者にとって甚大な損害を被る程度の負担となるとき、裁判官は状況に照らして、両当事者の利益を衡量したうえで、負担となる債務を相当な程度に軽減することができる。以上に反するあらゆる合意は無効である」。
- 14) Bechor, *Sanhuri's Code*, 175-83.
- 15) 堀井『通史』、183-86。
- 16) 準備草案第830条「特段の合意または慣習が存在しないとき、賃貸借に適用される諸規定をムザーラ契約に準用するものとする。適用すべき規定が存在しない場合には、以下の条文に反しない限り、イスラームのシャリーアの諸規定が及ぶ」。
- 17) *al-Qānūn al-madani*, IV, 27-29.
- 18) この立場を表した判例について、堀井『通史』、215参照。



- 19) Sanhūrī, “Wujūb,” 59-60.
- 20) *al-Muḥāmāh al-sha’iyya*, 26/1-3, 166-67.
- 21) *al-Qānūn al-madani*, IV, 242.
- 22) *Ibid.*, 284.
- 23) *al-Muḥāmāh*, 15/3, 90.
- 24) 以上につき、詳しくは拙稿「エジプトにおける先買権と土地所有権」『アジア経済』第48巻第6号（2007）、42-62参照。
- 25) 堀井『通史』、225-56。