

柳橋博之著

## 『イスラーム財産法』

東京大学出版会 2012年 xxii+974ページ

たかみ ざわ おさむ  
高見澤 磨

## 序

本書は、その冒頭で示すように、「スンナ派の財産法に関する網羅的な解説書である」(i ページ)。全体で約1000ページ、注、文献目録、索引を除いても850ページほど、重量で1.3キロほどの大著である。通勤途上の時間も利用して通読するにはやや困難を伴うが、財産法を網羅的かつ体系的に整理し通覧可能とした功績は大きい。

なお、評者の専攻は中国法である。イスラーム法については、本書のほかにもまとまった著作としては、ハッラーフ [1984]、堀井 [2004] を読んだことがあるだけであり(堀井の名は本書viiページの謝辞にもある)、クルアーンについては、アラビア語の学習経験はなく、井筒俊彦訳『コーラン』(岩波文庫、1964年改版)を読んだのみである。それ以外には、たまに学会や研究会でイスラーム法関係の報告を聴く機会があったにすぎない。また、中国法において財産法を特に専門分野としていたり、宗教・民族の分野の法を専門分野としているのでもない。故に、以下に述べることは、イスラーム法についても財産法についても門外漢であるような一法学徒の読後感というほどに読まれたい。専門家による書評が望まれる。拙評執筆段階では、まだその公刊を知らない。

評者は2011年にアジア法学会なる学会の企画委員長となり、2013年が学会設立10周年にあたるため、その企画の責を負うこととなった。広義のウェスタンインパクト関連のテーマ(西洋法の継受、法整備支援、法と開発、国際人権、比較憲法、国際法な

ど)は、すでに学会として直接または間接に取り上げている。これ以外にアジアの西から東まで共通なテーマとしてはイスラーム法があるので、それを提案するために学び始めたもののひとつが本書である。

## I 本書の構成

「スンナ派の」財産法についての解説書となっていることについて、本書は特段の説明をしていない。スンナ派が立法権者としてのカリフを認めず、しかるべき法学者の助言を要するとすること [堀井 2004, 22-23]、イスラーム法は、スンナ派においては、スンナ派法学 4 学派たるハナフィー派、マリーク派、シャフィイー派、ハンバル派により7世紀から10~11世紀頃までに古典的完成をみていたこと(本書 i ページ、堀井 [2004, 55])、スンナ派のオスマン朝が近世・近代に大帝国を形成したこと [堀井 2004, 107]、などによるのであろうか。若干の説明が欲しかった。

本書の構成は、以下のとおりである。

はじめに

## 第1部 権利と人

## 第1章 権利と財産権の体系

## 第2章 人

## 第2部 物権

## 第3章 物

## 第4章 所有権

## 第5章 地役権

## 第6章 先買権

## 第3部 契約総論

## 第7章 契約の体系

## 第8章 契約の成立と無効

## 第9章 不適正な契約

## 第10章 効力未定の契約

## 第11章 拘束力を有しない契約

## 第12章 代理

## 第4部 契約各論

## 第13章 売買

## 第14章 特殊の売買

## 第15章 賃貸借

## 第16章 雇用

## 第17章 種々の労務契約

第18章	組合
第19章	匿名組合
第20章	贈与
第21章	寄託
第22章	使用貸借
第23章	消費貸借
第24章	ワクフ
第5部	債権の履行確保
第25章	強制履行
第26章	債権譲渡と債務引受
第27章	保証
第28章	質権
第29章	債権の消滅
第6部	責任
第30章	責任

上記の目次を見る限りでは、イスラーム法には我々の民法典または民法学と類似の体系がある、または、ないとしてもそのような整理が容易であるかのようであるが、実はそうではない。イスラーム法書にも一定の体系化や理論化は行われているものの、「体系的記述というにはほど遠い」(ii ページ)ものであり、著者が「西洋法の体系にある程度做った構成」(ii ページ)をとって整理を行った作業の成果である。日本民法典とはやや異なる配列ではある。人、物、契約、債権の履行確保、責任と並ぶのは、法学提要—フランス民法の流れの利用であろうか。ただし、評者はこの点についても門外漢である。また、本書には特段の説明はない。

一読したところで、初読のときから本書をこのように読めば幾分かでも腑に落ちる読み方ができたであろうと思われるのは、以下の2点である。

第1に、本書の構成は上記のように便宜的なもので、全体を通じた何か法内在的な原理が簡明に明示されているのではないということを感じておくことである。イスラーム法は学説法である。学派によっても、学派内の諸見解によっても、異なる結論があり、要件・効果を整理した結論が同じであっても説明の仕方が異なる。その幅は小さいものではない。また、なぜそうなのか、という説明もない場合があり、社会背景も推測するしかないことも多い。本書ではそのように描かれている。日本において法学教育を受けた者は、包摂作業によって抽出さ

れた総論・総則の原理から学ぶことに慣れているので、規範の無関連な東には苦手意識をもつかもしれない(169ページ参照)。スンナ派である以上は、スンナ派各学派の唱えることの(ある学派ひとつを選ぶのではなく)いずれかの規範を守ることが求められる。この幅を理解することが本書を読むことである。ただし、日本においても、立法論的には各種の意見があり、すでに法典があっても各種の解釈がある。そこまで思いをいたせば、本書の分量は読了の妨げとはならない。

貸貸借と雇用とは併せて賃約と呼ばれることを示しつつ(429, 489ページ)、第15章で貸貸借、第16章で雇用と分けて議論しているが、これなどは、西洋法の体系に合わせなくともよかったのではないか、と思われる。むしろこれがまとめて議論されることの意味をより展開してもよかった。

第2に、イスラーム財産法は、基本的に商人の法(382~383ページ)であり、都市での商売や都市間を結ぶ隊商の暮らしを想像しつつ、そこでトラブルを回避したり、トラブルが起こったときに解決したりするときにありうるルールや作法を思い浮かべながら本書と対することである。このように読めば、より収まりをつけながら読み進めることができる。より価値あるものにみせようとする売り手と真価を見抜こうとする買い手との駆け引きはあるべきことであって、積極的にだまして利益を得ることが許されない。このあたりの線の引き方が学説の幅なのかもしれない。「商人の慣行」も重要であり、索引には2カ所がとられている(360ページの瑕疵担保責任。目的物の価値の減少を招く事由はすべて瑕疵にあたり、買主には追認または解除の選択権が与えられる。565ページの匿名組合において組合員からの明示的許可や包括的許可がなくとも営業者が行うことができる購入や売却などの行為)。自力救済は認められずカーディに請求すること、破産手続きがとられても債務は消滅しないこと(669ページ)などもあらかじめ頭にいれて読めば、それぞれの学派の説を吟味しながら読むことができる。

注は参考文献を示すために用いられ、派生的な議論に言及するためには用いられてはいない。議論は本文において展開されている。本文では議論の幹のみ簡易に示すという構成にはなっていない。本文がその分複雑になる場合もあるが、参考文献を確認す

る場合以外には、注を見る必要がなく、本書の厚さは苦にならない。

## II 反対給付の物語

本書を通読して感じられた第1の点は、イスラーム財産法が基本的には反対給付の物語として組み立てられていることである。日本で民法を学んだ者はここから違和感を抱き始めることになる。日本流（あるいはフランス流とまで言っていいかどうかはわからない）意思主義のもとでは、反対給付または対価は必ずしも必要ではない。当事者の意思の合致があれば、なしで済みますことに特段の不都合はない。仮に問題があれば、公序良俗違反、不当利得、不法原因給付などの法理で処理すればよい。他方、商人間の取引を前提とする財産法の場合には、反対給付や対価がない、あるいはその処理があいまいである、ということであれば、そこには何か不都合の匂いをかぎとつても不思議ではない。また、意思主義的ではないもうひとつの面として法書に示される典型契約のみ合法であるということも紹介されている（170, 246ページ）。ただし、なぜ非典型契約が認められないのか（そのことは、典型契約に附せられる条項の性質の議論が重要となることとの前提となるはずである）については説明がない。

ハナフィー派法学者マルギーナのリバーに対する「有償契約において、一方当事者によって請求される、それに対応する反対給付が約定されていない剰余」という定義（237ページ。また、235～246ページのリバーについての説明全体にも反対給付の物語を読み取ることができる）、危険を負担することと利益を得ることとの対価性（危険負担に関して。358ページ）などの説明に典型的に表れている。これらは英米法のConsideration（約因）とも通ずるものを感じる。門外漢の思いつきである。

サラムについては、初出と思われる199ページにおいては説明はなく、この部分については索引にもない（こうした本書の難点については、次のIIIを参照されたい）。ただし、396～413ページに詳細に論じられている。買主が契約の場の散会前に代金を支払い、売主が後の引き渡しを約する前払い型の取引である。この時点だけを見ると、目的物は引き渡されていないので、反対給付の物語からはずれてい

る。これと231ページの説明（この部分も索引からははずれている）とを併せて読むと、代金を元手にして、売り手は商売その他の算段を立てて実行し、それにより目的物を入手して引き渡すという状況が想定されている。利息付き消費貸借が禁止される中での、融資の一方法として位置づけられている。あるとき払いの消費貸借よりは融資がしやすい（消費貸借につき625～636ページ）。

贈与については、597ページにおいて「対価が与えられない限り贈与者は贈与の目的物に対してより強い権利を有する」という預言者の言葉を引いて、贈与者の解除権留保を説明したうえで、負担付贈与（受贈者に対価または報償の給付義務を課す贈与）の法的性質についての各学派の説明が紹介される（600～605ページ）。さらに605～608ページにおいて特殊の贈与としてサダカが紹介されている。喜捨ではあるが、これも神からの報償があるものとして説明される。

和解契約も有償契約として認識され（200ページ）、「紛争を終結させるため、または紛争の発生を防ぐため、対価を得て権利を移転したり訴えを放棄したりすること」という定義を引いて説明している（781ページ）。

債権譲渡についても債務への引き当てとして認識されていることが704ページ以下で解説されている。

上記は、本書に触れられることの一部であって、さらに多くの点について反対給付の物語が展開されている。

このことは貨幣論の観点からも興味深い。235～236ページのリバーの説明においては、金と金、銀と銀、小麦と小麦、大麦と大麦、ナツメヤシの実とナツメヤシの実、塩と塩の交換は質と量とにおいて同等でなければならず、そこに差がある場合には、増加分（リバー）であり、剰余のリバーは禁止されると説明する。しばしば、利息の禁止や不当利得法理として理解される。ここにも反対給付の物語をみることができる。これと金・銀を特殊な貨幣的物質とする見方とが結びつく金・銀の加工賃はとれないこととなる（239ページ）。含有金属の価値よりも貨幣の名目額を重視する立場とは対立するものである（この種の議論につき393ページ参照）。小麦以下の4種につき著者は240ページで分益小作契約（土地提供者と労働提供者との間で収穫を分配する契

約。合法性につき学派間で争いがある。504～513ページ)を禁止したときに金・銀に関する法理を援用したのではないかとする。金・銀以外の小麦以下のものも准貨幣として説明することも可能なように思われる。ただし、門外漢の思いつきである。333ページに示す銅貨が通貨とみなされなくなった場合の想定も(少額取引をどのように行っていたのかを含めて)興味深い。

### Ⅲ イスラーム法の概念について

イスラーム法の概念について門外漢は戸惑うことが多い。カタカナ書きやローマナイズされた記載を見てもその内容がわからないことが多い。評者が属する法制史学会の『法制史研究』は、毎号その分量の半分ほどが文献目録と書評である。東洋法制史の研究者がイスラーム法も担当するのが例である。編集委員の中にイスラーム法研究者がいればよいが、そうでなければ、目録作りや書評対象論文およびその評者選定に難儀することになる。本書vページでは、「初出の際に説明を加えている」とするが必ずしもそのようになっていない。この点が改善されて、IおよびIIにおいて触れたような物語として読めば、読み進めやすいものとなったはずである。この点は惜しまれる。そのいくつかの例を挙げる。

サダカの初出は72ページであるが、その説明は605ページにある。索引からはこの情報は得られない。射倖性も初出は125ページであるが、説明は203ページである(ただし、この情報は索引から得られる。目的物が取得することができるか否かわからない物である場合を指し、契約の無効をもたらす)。イステイフサーンは初出が65ページ、説明は275ページ(「具体的に何を指すのかは明らかではないが」とするが、侵奪者による奴隷解放に関する議論において、推奨される行為はできる限り有効とみる法理であろうか)。ムジュタヒドも143ページが初出だが説明がなく、索引にとられているのもこのみである(イジュタヒドも索引にない。解釈行為たるイジュタヒドを行う人というほどに理解しておく)。マスハラは252ページに出るが、直接の説明はない。契約当事者一方の契約の本旨にしたがった利益またはそれを示す条項であるらしいことが文意から推察されるのであり、索引にもとられていない。

これらのことは、イスラーム法の基本的なことがらの既習者にとっては問題ないかもしれない。そこまで学習が到達していない読者としてはやや難儀した。初出時の定義や参照箇所の提示などがより懇切丁寧であれば、事典的な利用も可能となるであろう(ただし、まずは通読することが望ましい)。しかし、これだけの分量を整理することは大変なことであり、このことが本書の価値を本質的に下げることではない。

### Ⅳ その他

些末なことではあるが気になった点が2, 3ある。

出資者と経営者とが分離される匿名組合の説明で、「必要経費は、まず利潤から差し引かれる」(580ページ)とある。ここにいう利潤とは、売上額から仕入額を差し引いた粗利益のようなものを利潤と呼び、必要経費はそこから差し引かれ、不足分は匿名組合財産から差し引かれるの意であろう。

例えがやや唐突なものもある。分割を説明する際に「羊羹一棹」を分ける場合を挙げる(117ページ)。これは日本人にわかりやすくするための例であり和菓子としての羊羹だろうか。ハルワ(ハルヴァ)と呼ばれる西アジア・北アフリカの菓子であろうか。停止条件の例として桜が咲いたら車で飛鳥山に行くという決意と車のエンジンをかけるタイミングとを挙げる(221ページ)。東京大学の本郷キャンパスからは花見の場所の候補ではあるが、これもやや唐突である。あるいは著者の演習では、羊羹状の菓子を食べつつ議論したり、花見に行ったりするのもかもしれないが、7～11世紀の西アジアを無理矢理想像しながら読み進める者にとっては余計なところで「何故」という疑問を発する力を用いてしまう。

### 文献リスト

ハッラーフ、アブドル=ワッハーブ 1984.『イスラームの法——法源と理論——』中村廣治郎訳 東京大学出版会。

堀井聡江 2004.『イスラーム法通史』山川出版社。

(東京大学東洋文化研究所教授)