

「シャリーアと近代：オスマン民法典研究会」設立の目的

2008年6月21日(土)

大河原知樹(東北大学)

はじめに：本研究会のめざすもの

オスマン民法典のアラビア語訳の講読および翻訳

オスマン民法典の意義→堀井聡江氏の発表「メジェッレ翻訳の意義」を参照

「学際」の効果 例：歴史学+イスラム法学⇒『比較史のアジア 所有・契約・市場・公正

1. メジェッレとは何か？

1-1. 概観

1869年から76年にかけてオスマン帝国で編纂された民法典

イスラム世界「初」のまとまった民法典 ※以前にも *Metn-i Metin* の編纂作業(AH.1272)など

司法相アフメト・ジェヴデト・パシャを長とする委員会が編纂を担当 →『覚書』

家族法(身分関係法)を除く部分を、ハナフィー派の見解に依拠しつつ成文化

ジェヴデト自身の見解では「ムアーマラート」 シャリーアから *‘ibādāt, munākahāt, ‘uqūbāt* を除いた部分、独創？

オスマン帝国領内で広く使用される 例外：エジプトやチュニジア、アルジェリア

20世紀のオスマン帝国解体後もアラブ諸国の民法典となる トルコでは1926年に廃止

レバノン(-1932), シリア(-1949), イラク(-1953), ヨルダン(-1976), イスラエル(-1984)

フランス民法典との関係は？ フランス民法(1804)の影響力

商法(1850)、刑法(1858)、商事訴訟法(1861)、海商法(1863)、刑事訴訟法(1879)、民事訴訟法(1880)

エジプト民法との関係は？ 少なくとも1936年発足、何度かの改組を経て成立する現行民法(1949年)

の起草・審議過程では、カドリー・パシャ『*ムルシド・アル・ハイラーン*』
とともにメジェッレの該当条文が参照されている

⇒ アラブ諸国の現行民法に間接的に影響？

1-2. 構成 ※アラビア語版(全1851条)

大宰相アーリ・パシャへのタクリール(1286M1/ 1869Apr13) ※オスマン語原典ではマズバタ

mecelle (1285Z18/ 1869Apr1)

序章：総則(*al-qawā'id al-fiqhiya*)[第1~100条] 100条

第1章：売買(*al-buyū'*)[第101~403条] 303条 (1286Z2/ 1870Mar5)

mecelle (1286M8/ 1869Apr20)

第2章：賃約(*al-ijārāt*)[第404~611条] 208条 (-----)

mecelle (1286Za6/ 1870Feb7)

第3章：保証(*al-kafāla*)[第612~672条] 61条 (1287Ra1/ 1870Jun1)

mecelle (1287M18/ 1870Apr19)

第4章：債権譲渡(*al-ḥawāla*)[第673~700条] 28条 (-----)

mecelle (1288S25/ 1871May15)

第5章：抵当権(*al-rahn*)[第701~761条] 61条 (1288M14/ 1871Apr5)

mecelle (1288S25/ 1871May15)

第6章：寄託(*al-amānāt*)[第762~832条] 71条 (1288Z24/ 1872Mar4) *mecelle* も同じ

第7章：贈与(*al-hiba*)[第833~880条] 48条 (1289M29/ 1872Apr8) *mecelle* も同じ

第8章：侵奪及び毀滅(*al-ghaṣb wa al-itlāf*)[第881~940条] 60条 (1289R23/ 1872Jun30) *mecelle* も同じ

第9章：禁治産、強迫及び先買権(*al-ḥajr wa al-ikrāh wa al-shuf'a*)[第941~1044条] 104条 (-----)

mecelle (1290R17/ 1873Jun13)

第10章：組合(al-shirkāt) [第1045～1448条]404条 (-----)

mecelle (1291J16/ 1874Jul30)

第11章：委任(al-wakāla) [第1449～1530条]82条 (1291Ja20/ 1874Jul5) mecelle も同じ

第12章：和解及び債権放棄(al-ṣulḥ wa al-ibrā) [第1531～1571条]41条 (1291L6/ 1874Nov16) mecelle 同

第13章：承認(al-iqrār) [第1570～1612条]41条 (1293Ja9/ 1876Jun2) mecelle も同じ

第14章：訴訟(al-da'wā) [第1611～1675条]63条 (1293J9/ 1876Jul1) mecelle も同じ

第15章：証拠及び宣誓(al-bayynāt wa al-tahlīf) [第1674～1783条]108条 (1293Sh26/ 1876Sep15) mecelle 同

第16章：判決(al-qadā) [第1782～1851条]68条 (1293Sh26/ 1876Sep15) mecelle も同じ

1-3. メジェッレ委員会

正式な発足日は不明 (1868年3月5日以降)

当初、ジェヴデトほか6名、後入れ替わりあり 総勢で15名が関係

1869年4月から1876年9月までにメジェッレの序章と16章を公布

1880年に業務停止 (1889年に解散)

1-4. どうやって編纂？

もとにアラビア語がある (Mardin)

例：الفقه معرفة النفس ما لها و عليها عملا / علم فقه مسائل شرعية عليه بي بيلمكر

最初の100条についてはMirkat, Eṣbah (51). Camiülfetva, Tahrir, Hayreddin Efendi, Hadisi Şerif, Mecami Şerhi (33), Bezzaziye, Tahtavi, Reddülmuhtar, Haşiyetül Mevlelalai, Sürretül fetava, Menafiüddakayik, Tenkihi Hamidi

2. メジェッレか？マジヤツラか？：原典と翻訳

2-1. オスマン語

2-2. アラビア語

1869年に序章・第1章をアラビア語訳 以降、漸次翻訳

今回の一応の底本はイスタンブル、ジャワーイブ出版からの第3版1305[1886-87] 公式訳？

ほかに Yūsuf al-Asir, Rustum Bāz, Muḥammad Sa'īd al-Maḥāsini, *Fahmī al-Ḥusayni など

*HP

2-3. その他の言語

2-3-1. 英語

C.R.Tyser, D.G.Demetriades, Ismail Haqqi Effendi 訳：キプロス (1901) 再版パキスタン、マレーシア

C.A.Hooper 訳：イエルサレム (1933) 1990年代に雑誌に再録、*HP

2-3-2. フランス語

Dem. Nicolaides 版：イスタンブル (1881) 恐らく公式訳 Young と同じ？ ナポレオン法典条項番号

ほかにギリシア語あり。ドイツ語？ブルガリア語？アルメニア語？

3. 研究会の活動について

3-1. 翻訳に用いる本の選定 (本文、注釈など)

Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (Der Saadet), 1305. (işbu mecelle adliye nazırı ve mecelle cem'iyet-i celilesi reisi devletlü Ahmed Cevdet Paşa hazretlerinin tertib ve tensiki ve maarif nezaret-i celilesi ruhsat-ı resmiyesiyle ikinci defa olarak) (オスマン語)

Açıklama Mecelle (トルコ語転写)

al-Majalla (アラビア語1)

Code civil ottoman (Constantinople), 1881 (仏語、公式、8章までしか入手せず)

The *Mejelle*, Being an English Translation of *Majallah el-Ahkam-i-Adliya and a Complete Code on Islamic Civil Law*, translated by C.R. Tyser, B.A.L. President, District Court of Kyrenia, D.G. Demetriades, Registrar, District Court of Kyrenia, Ismail Haqqi Effendi, Turkish Clerk, District Court of Kyrenia, with a foreword by Mr Justice S.A. Rahman, H. Pk. Judge, Supreme Court of Pakistan (Kuala Lumpur: The Other Press), [2001]. (英語1)

The *Majalla*, translated by C.A. Hooper, Judicial Adviser to the Government of Transjordan. (英語2) (Mesut), *Mirat-ı Mecelle* (注釈1)

Ali Haydar, *Düner'ül Hükkam Şerhu Mecellti'l Ahkam* (注釈2)

3-2. 訳す部分の選定

3-3. 今後の予定

【参考文献】 お願い：必携本・必携論文などを是非お教えください

大塚和夫、小杉泰、小松久男、東長靖、羽田正、山内昌之『岩波イスラーム辞典』岩波書店、2002.

奥田敦「イスラーム契約法の合意理論とシリア民法—中東における西欧近代法継受の再考—」『法学新報』102/11・12 (1996).

眞田芳憲、松村明 (編著)『イスラーム身分関係法』中央大学出版部、2000.

白井正博「近代国家の法とイスラーム」板垣雄三、湯川武 (編)『イスラーム国家の理念と現実』(講座イスラーム世界 5), 栄光教育文化研究所, 1995.

田中英夫『英米法辞典』東京大学出版会, 1991.

中田考『イスラーム私法・公法概説：財産法編』日本サウディアラビア協会, 2007.

中田考 (監修) 松山洋平 (著)『イスラーム私法・公法概説 公法編』日本サウディアラビア協会, 2008.

ハッラーク、ワーイル (奥田敦訳)『イジュティハードの門は閉じたのか』慶應義塾大学出版会, 2003.

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

堀井聡江『イスラーム法通史』山川出版社, 2004.

両角吉晃「エジプト民法典小史」『東京大学法科大学院ローレビュー』2 (2007).

柳橋博之『イスラーム財産法の成立と変容』創文社, 1998.

柳橋博之『イスラーム家族法：婚姻・親子・親族』創文社, 2001.

Khadduri, Majid and Herbert J. Liebesny (eds.), *Law in the Middle East*, vol.I Origin and Development of Islamic Law (Washington, D.C.: The Middle East Institute), 1955.

Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law* (Oxford: Clarendon Paperbacks),

Erdem, Sami “Türkçede *Mecelle* Literatürü” *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, Cilt 3, Sayı 5 (2005) s.673-722.

İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, Tarih Araştırma Merkezi, *Ahmed Cevdet Paşa Semineri 27-28 Mayıs 1985* (Edebiyat Fakültesi Basımevi), 1986.

Kaşıkçı, Osman, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları), 1997.

Mardin, Ebül'ula, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa* (İstanbul: Cumhuriyet Matbaası), 1946.

【問題点の検討】

第6条

原典(オス語): قديم قدمى اوزره ترك اولنور.

原典(トル語転写): Kadim kıdemi üzerine terk olunur.

翻訳(アラ語 1): القديم يترك على قدمه.

翻訳(アラ語 2 注釈付): (يعني كالطريق و المجرى و المسيل تترك على حالها القديم ما لم يقم دليل على خلافه).

翻訳(アラ語 3, 仏語対照): Art. 6 Laisser les choses anciennes dans leur état.

القديم يترك على قدمه.

翻訳(仏語, 公式): Art 6 Ce qui existe de temps immémorial doit être respecté.

翻訳(英語 1): 6. What is from time immemorial will be kept in its ancient state. (See Art. 1224)

翻訳(英語 2): Article 6. Things which have been in existence from time immemorial shall be left as they were.

■ El kadimu yütrekü ala kıdemihi izil aslu iptau makan ala makan. (Hayreddin efendi)

القديم يُترك على قدمه اذ الاصل ابقاء ما كان على ما كان (خير الدين افندي في الحيطان)

参考 1 (オス語):

(6 ماده)

قديم قدمى اوزره ترك اولنور.

(القديم يترك على قدمه) اذا الاصل ابقاء ما كان على ما كان (خير الدين افندي في فصل الحيطان) و ليس لاحد من الشركاء في النهر ان يشق منه نهرا او ينصب عليه رحي او دالية كناعورة او جسر او قنطرة او يوسع فم النهر او يقسم بالايام و الحال انه قد كانت القسمة بالكوى بكسر الكاف جمع كوة بفتحها الثقب لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق (در المختار في الشرب ملخصا) ما كان قديما يترك على حاله ولا يتغير الا بحجة (خانيه في الشرب)

参考 2 (オス語、トル語転写):

6. Madde

[Kadim] yani Şer‘i şerife muvafık olarak şey, hilafına huccet olmadıkça [kıdemi üzerine terk] ve ibka [olunur.] Çünkü nasa hüsn-i zann edilerek kadimin ol vechile vaz‘ı, vech-i şer‘i üzere olduğuna ve binaenaleyh hakk onda zahir olduğuna hükmediliyor. (Hayriyye, fi’l-hitan)

Bu madde Mecami’de “El-kadimü yütrakü ala kıdemihi” diye mezkür olan kaidenin tercümesi olup “Yübka’l-kadim ala kıdemihi” ve “ma kane kadimen yütrakü ala halihı ve la yeteğayyeru illa bi-huccetin” diye mastur olan kaideler dahi bu manadadır.

Kadim, 166. maddede ta‘rif olunduğu üzere oldur ki, evvelini bilen kimse olmaya.

Bina‘en ala-zalılık, bir hanenin yağmur suları ez-kadim komşusunun hanesine akmakta olduğu

halde komşusu “bundan sonra akıtmam’ diyemeyeceği gibi, bir menzilin çıkabı ez-kadim bir kimsenin arasına akagelmışken o kimesne menzil sahibini bi-gayr-ı vech-i şer’i icradan men’ edemez. Nitekim, bir tarikde olan hanelerin damlaları, ez-kadim ol tarike munsab ve oradan alt tarafda vaki bir arsaya cari ola gelirken arsa sahibi, arsasındaki mesil-i kadimi sedd edemez. (Nukul-i Ali Efendi fi’l-hitan.) Vakı’a bu misalde arsa sahibi, mutazarrır oluyor ise de haneler ashabı ol arsadaki mesil yahut hakk-ı mesil-i kadimleri evvelce vücuh-ı sahihden bir vech ile temellük etmiş olmaları cihetiyle vech-i şer’i ile olmak üzere hükmolunup, binaenaleyh haneler ashabının mesil-i kadimlerinde tasarrufları kendi mülklerinde tasarruf olup 1197. madde hükmünce “hiç bir kimse kendi mülkünde tasarruftan men’ olunamaz.”

Kezalik, mevkuf bir dükkanın cihet-i uhraya vakf olan bir arsada ez-kadim tariki var iken ol arsa mütevellisi tarik-i mezkuru sedd ve hakk-ı mürur sahibini mururdan men’ edemeyeceği gibi vakfiyesi mevcut olmayıp, vakıfın ettiği şurutu ve tahsis eylediği masarifi dahi ma’lum olmayan evkaf-ı kadimden biri ne yolda amel ve sarf olunagelmış ise onun üzerine ibka ve o vechile amel olunur. (Hindiyye, fi’l-vakf)

Kezalik, tevliyet ve ğallesi vakıfın evladına ve evlad-ı evladına meşruta bir vakf-ı kadimin tevliyet ve ğallasine vakıfın evlad-ı evladından olamak üzere Amr ve Bekir kadimden beri mutasarrıflar iken, Amr Bekir’e “vakıfın evlad-ı evladından olduğunu isbat ile ve illa tevliyet ve ğalleden sana hisse vermem” diye masraf-ı kadimi tağyire kadir olmaz. (Cedide.)

Amma 1224. maddede zikrolunduğu üzere şer’-i şerife muhalif olan kadime i’tibar yoktur. Yani Fi’l-asl na-meşru’ olarak yapılmış olan şey, kadim olsa dahi ibka olunmayıp, zarar-ı fahiş olduğunda, 7. ve 27. maddeler ahkâmınca izale olunur. Şüyle ki, mesela: Bir hanenin çıkabı ez-kadim tarik-i amma cari olarak marreye zarar-ı olsa kıdemine bakılmayıp ref’ ettirilir. (Nukul-i Ali Efendi fi’l-hitan)

第 7 条

原典(オス語): ضرر قديم اولماز

原典(トル語転写): Zarar kadim olmaz

翻訳(アラ語 1): الضرر لا يكون قديماً.

翻訳(アラ語 2 注釈付): الضرر لا يكون قديماً. (يعني لا يعتبر القدم فيما ضرره فاحش كما لو كان مجرى فنر في الطريق العام فيمتنع ضرره و لو كان قديماً)

翻訳(アラ語 3 注釈付, 仏語対照): Art. 7 Le dommage n'est jamais ancien (c.à.d. qu'on doit toujours le réparer).

الضرر لا يكون قديماً. (اي ان صاحبه يؤمر برفعه فلا يعتبر قدمه)

翻訳(仏語、公式): Art 7 L'ancienneté ne peut consacrer un état nuisible.

翻訳(英語 1): 7. Damage does not become of time immemorial. (See Art. 1209, 1214)

翻訳(英語 2): Article 7. Injury cannot exist from time immemorial.

■ La zarara vela zırare filislam. (Hadisi Şerif)

لا ضرر ولا ضرار في الاسلام (در المختار في باب ما يحدث في الطريق)

参考 1 (オス語):

(7 ماده)

ضرر قديم اولماز.

و ان كان يضر بالعامه لا يجوز لاحدائه لقوله عليه السلام لا ضرر و لا ضرار في الاسلام (در المختار في باب ما يحدث في الطريق) و في حاشية البحر من القضاء للشيخ خير الدين لا فرق بين القديم و الحادث حيث

كانت العلة الضرر البين لوجودها (من تنقيح الحامدى فى الحيطان) بالوعة قديمة لرجل على نهر الشفة يدخل فى سكة غير نافذة قال ابو بكر البلخى لا عبرة للقديم و الحادث فى هذا و يؤمر برفعه فان لم يرفع الامر الى صاحب الحسبة ليأمره بالرفع (من فصول العمادى فى فصل الرابع و الثلثين)

参考(オス語、トル語転写):

7. Madde

[Zarar] olan şeye kadim hükmü verilip de bulunduğ u hal üzere ibka olunamaz.

Bina'en-ala-zalik 1214. maddede zikrolunduğ u üzere tarik-i amm üzerinde alçak çıkıntılar ve şehnişinler ve kariz ve oluk gibi marreye zarar-ı fahiş olam şeyler kadim olsa bile ref' ettirilir.

Nitekim; bir kimsenin nehrü'ş-suf'a yani ammenin su içtikleri nehrin üzerinde bi'r-i balu'ası yani necaset lağımı bulunsa yani lağım-ı mezkur suya kadşmen akagelse kıdemine bakılmayıp, ref' ettirilir. (Haniyye).

Bu madde altıncı maddeyi takyid ve tahsis ediyor ise de, ş u madde dahi mutlak değildir.

Çünkü 1224. maddede zikrolunduğ u vechile hakk-ı mürur ve hakk-ı mecra ve hakk-ı mesilde kıdeme i'tibar olunacağından mesela: Bir kimsenin öikabı "ez-kadim" bi-hakkın diğ er kimsnenin arasından akagelmışken bundan sonra akıtımm" diyemez. Ve o kimse "çıkabın arsamdan akması bana zarardır, zarar ise kadim olmaz" iddi'asında bulunamaz, zira ol kimsenin mezkur hakk-ı mesili, 1166. madde gibi vech-i ş er'i ile ve bi-hakkın olmak üzere hükmolur. Ve o kimsneden zarar izale edilsin diye ol kimse kendi hakk-ı sarihinden mahrum edilmek suretiyle mutazarrır etmek caiz olmaz.

Fakat bir kimsenin karızı ez-kadim tarik-i amma akagelse ve ammenin ş ürb ve ist'imale mahsus nehrin üzerine balu'ası bulunsa bunun vech-i ş er'i ile ve bi-hakkın olması mümkün değildir. Çünkü tarik-i amm alınıp, satılmaz ve taksim olunamaz. Ve ammeye aid suda bir şahsın ammeye muzırr olacak surette hususi bir hakkı bulunamaz. Zarar, bin olduğ u yani ol zararın bi-hakkın olmasına asla ihtimal bulunmadığ ı takdirde hadis olduğ u halde ref' lazım geleceğ i gibi kadim olsa dahi ref' olunur. Nitekim, bir kimsenin kenifi, mizabı, zallesı tarik-i amma iş ra' ve ihrac edilmiş olur ise - kadim olsa bile – ref' ettirilir. (Hızanetü'r-Rivayat)

Tafsilat-ı salifeden anlaşılır ki, kadim olan şeyin ba'is olduğ u zarar, ammeye aid olur ise o kadimin ref'i lazım gelir. Ve bunda ş u maddenin hükmü icra olunur. Amma kadim olan şeyin müstelzim olduğ u zarar, ammeye aid olmayıp şahsa mahsus ise kadimin kıdemi üzere ibkası icab eder. Ve bunda altıncı maddenin hükmü icra olunur.