

法律移植与法律文化变迁

——以伊斯兰法文化变迁为例

黄金兰*

任何一种法律文化在其发展过程中,都不可能完全保持其内部构成要素的一成不变,当法律与社会之间的不协调出现时,由于——一般情况下——不可能用法律来禁锢社会的发展,因而变更法律、对法律自身作一些调整就成为我们的不二选择。法律文化的这种为因应社会发展而不断调整自身的过程,就是法律文化变迁的过程。法律文化的变迁通常以两种不同的方式进行:一是依靠社会内部的力量慢慢演化,二是借助外来法律文化资源实现变迁。当一个民族或国家面临剧烈的社会变化或重大的社会转型时,往往会倾向于选择第二种方式来实现法律文化的变迁,这种方式通常借助法律移植来进行。

法律移植与法律文化变迁之间的关系,是法文化学上的一个重要问题。二者之间的关联可以简单地概括为:一方面,法律文化变迁的需要是法律移植的根本动因;另一方面,法律移植又是实现法律文化变迁的一种重要方式;再一方面,法律移植的不同模式对法律文化变迁的效果有着不同影响。为了论说的方便,本文将结合伊斯兰法文化在近现代的变迁来进行说明。

一、法律文化变迁:法律移植的根本动因

一般而言,只有当一个社会具有了法律文化变迁的需要时,才可能引发法律移植,从这一意义上讲,法律文化变迁是法律移植的根本动因。而一个社会在何种情况下会产生法律文化变迁的需要呢?通常可能有两种情形:社会内部发生剧烈变化;或者受到某种强大外在压力的影响。当然,在有些时候,这两种情形可能同时具备,伊斯兰法文化的变迁就属于此种情形。

伊斯兰法在近代以前始终以一种较为封闭和稳定的态势存在和发展着,这种发展态势基本能够适应中世纪伊斯兰世界较为平缓的社会发展状况。然而,当历史步入近现代这一特殊时期——当伊斯兰世界由于内外压力的双重作用而面临社会转型和价值观转变的迫切需要时,严格固守伊斯兰法传统的做法必须被打破,以适应这种需要。

* 厦门大学法学院讲师,法学博士。

大体说来,伊斯兰法在近现代面临着内外两方面的挑战:内部挑战来自伊斯兰社会内部,表现为僵化的伊斯兰法已不能适应日益发展的社会需要。如所知,伊斯兰法自7世纪产生以来,经由此后3个世纪教法学家的发展,到10世纪,基本形成了古典法学理论。古典法学理论的形成,一方面意味着伊斯兰教法律体系的基本成型,另一方面也意味着伊斯兰法从此走向了保守和僵化。为什么这么说呢?因为人们相信,在此前的3个世纪里,具有神圣意志的材料来源、来自先知的启示,都已经被充分地利用完,伊斯兰法的解释和发展的大业,已经由具有卓绝能力的学术大师们一劳永逸地完成了;人们也相信,“人的思想不能独立判断行为的真正价值和标准,这样的知识唯有通过神圣启示才能获得,而一件行为是善是恶,也完全是因为真主所赐予它的不同品格”;^[1]人们还相信,不是社会造就了伊斯兰法,而是伊斯兰法铸造了社会。基于这些认识,自10世纪之后,伊斯兰法的“推理大门”趋于关闭,后人所能做的,就是严格遵循业已形成的伊斯兰法传统。此后,教法学家们提出了两种理论,即公议^[2]不谬说和因袭传统说。所谓公议不谬说,是指公议一经形成,就是永无谬误的,违反公议,则被视为异端;^[3]所谓因袭传统说,是指10世纪之后的每一个伊斯兰法学家都只能接受和遵循前人所确立的学说,而不能对经典作自由的推理。正如有的学者所说,公议不谬说为伊斯兰法“日趋僵化的过程加盖了最后的封印”;^[4]而因袭传统说则意味着教法学家们创造力的终结。这两种学说的贯彻实施,“严重束缚了理性思辩和逻辑论证的发展,从理论上排除了人为立法和修订法律的权利”。^[5]然而,伊斯兰社会并不会因为伊斯兰法“推理大门”之关闭而止步不前——实际情况正是:社会依然向前发展。由此而引发的问题就是,如何协调僵化的法律和发展的社会之间的矛盾?对此,伊斯兰法以往主要通过两种方式来实现二者间的妥协:一是习惯调整,即当人们的社会习惯实际上已经突破某一法律规定时,由专司法律解释的穆夫提或大穆夫提就此发表一项“正式法律见解”(法特瓦),给予确认;二是行政调整,即由封建君主颁布政令,以行政法规和统治者的王权作为沙里亚法典的补充。^[6]然而,这两种方式却依然很难使法律真正达到与社会的协调——因为正如各国法制发展的一般规律所已然表明的一样:对社会转型的适应,最根本也是最有效的措施是立法。^[7]

如果说伊斯兰法与伊斯兰社会之间的这种不协调在前近代社会体现得不是很明显的话,那么可以说,自近代以来,这种脱节随着伊斯兰社会资本主义经济因素的发展,以及相

[1] [英]诺·库尔森:《伊斯兰教法律史》,吴云贵译,中国社会科学出版社1986年版,第67页。

[2] 公议是伊斯兰法四大渊源之一,其在伊斯兰法中的地位仅次于《古兰经》和圣训,是居于第三位的法律渊源。在古典法学理论中,公议指的是某一世代有资格的法律学者们的一致意见;而在教法学家沙斐仪看来,公议则指整个穆斯林社团的一致意见,既包括法学家,也包括一般社会成员。公议的作用在于,它保证了《古兰经》和作为神圣启示记录的各种各样的圣训汇集的可信性,类比方法的有效性,以及整个法律结构的权威性。详可参阅同注1引书,第45、60页。

[3] 同注1引书,第62页。

[4] 同注1引书,第62页。

[5] 吴云贵:《伊斯兰教法概略》,中国社会科学出版社1993年版,第214页。

[6] 同注5引书,第214页。

[7] 梅因曾作出如下论断:“关于使‘法律’和社会协调的媒介……据我看来,这些手段有三:即‘法律拟制’、‘衡平’和立法。……立法是适应社会转型的根本手段”。见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第15-17页。

应之社会结构、生活方式、价值观念的转变,就已然成为了一种显而易见的现象。它主要体现为如下几个方面:其一,传统伊斯兰法对于一些急需调整的新的社会关系显得无能为力。这一点在民商事领域最为明显,在传统伊斯兰教法中,根本不包括银行、公司、股票、信贷、合同等反映现代资本主义商业活动的内容,而这些内容却是一个商品化日益明显之社会所必须具有的。其二,传统伊斯兰法的许多规定在日益发展的社会面前越加显示出其僵化性和不合理性。这一点在继承法和瓦克夫制度里尤为突出。以继承法为例,按照逊尼派继承法的继承原则,在分配遗产时,遗产的 $\frac{2}{3}$ 适用法定继承,另外 $\frac{1}{3}$ 适用遗嘱继承,分配给远亲、亡人的生前好友、乃至非亲非故的“外人”。很显然,这种继承原则的僵化规定损害了死者直系血亲的权益,因为他们只能分得遗产的 $\frac{2}{3}$ ——更严重的问题是,在商品经济中(尤其是涉外领域),这种做法明显地与私有制的基本理念相悖;同时,这种制度还存在一些其他固有缺陷和不合理之处,如父系男系亲属的优先权、祖父的特殊地位、女性亲属没有同等的继承权、不承认代位继承原则等,这些都不能保障法定继承人的合法权益。因此,进入近代以后,随着原始大家庭的解体和新的以父母、子女为基础的核心小家庭的普遍出现,伊斯兰法传统的继承制度的僵化性和不合理性越来越暴露无遗。其三,传统伊斯兰法中的许多规定与人们正在发生转变的观念相冲突。这在刑法领域体现最为明显。传统伊斯兰刑法中有许多规定是非常残忍的,因而也是违反人道原则的,如《古兰经》规定,对偷盗者可以削手,对通奸者可以石块击毙。这种严重违反人道原则的刑罚与人们正在发生转变的观念也存在剧烈的冲突。此外,传统伊斯兰法中的国家最高首领(哈里发)所享有的广泛任意裁判权(塔吉尔^[8]),也与商品经济所要求的有限政府理念相悖,等等。

伊斯兰法所面临的外部挑战则表现为西方殖民主义所带来的一系列影响。自19世纪初,广大伊斯兰世界,包括西亚、北非、南亚和东南亚,相继成为欧洲列强的殖民地。殖民主义给伊斯兰世界的社会、经济和人们的思想观念都带来了巨大影响:它一方面瓦解了伊斯兰世界传统的国家结构和社会结构;另一方面也给伊斯兰原有的自然经济造成毁灭性的打击;尤为重要,它还给穆斯林的思想价值观念造成巨大冲击——随着西方以个人主义为基础的生活方式和以基督教伦理为基础的人文主义在伊斯兰世界的渗透和传播,穆斯林的生活习惯和价值观念客观上已经发生了某些转变。殖民主义所带来的这些影响,形成了一股对伊斯兰传统法律文化的巨大瓦解力量,从而从外部引发了伊斯兰法文化的变迁。^[9]需说明的是,在所有的压力中,导致伊斯兰法文化变迁的最直接因素是治外法权制度的实施。就像在其他殖民地一样,西方殖民者以某些借口(在阿拉伯地区是以伊斯兰法违反人道主义原则)为由,通过治外法权制度的实施在伊斯兰世界强制推行西方法律。根据这项制度,西方国家可以将他们本国的法律适用于居住在伊斯兰国家的侨民,随后又扩大适用于欧洲人与穆斯林商人之间的特定纠纷。治外法权制度所产

[8] 塔吉尔即沙里亚法赋予君主的酌定惩罚权,依据这项权利,君主完全可以任意决定在每一桩案件里什么样的行为构成犯罪,以及给予什么样的惩罚,详可参阅注1引书,第108-109页。

[9] 针对西方在武力、技术和文化方面对伊斯兰构成的挑战,汤因比也曾指出,“在这个强大的敌人面前,伊斯兰再一次面对西方而无路可退了。参见[英]汤因比:《文明经受着考验》,沈辉等译,浙江人民出版社1988年版,第157页。

生的后果是,不仅严重破坏了伊斯兰世界的国家主权和民族尊严,同时,作为一种客观上更能适应商事交往的法律,欧洲法律也越来越受到追求效率的商人们的青睐,从而在伊斯兰社会内部形成了一股对伊斯兰法的瓦解力量。

面对内外两方面的双重挑战——即一方面伊斯兰法的传统发展模式已经不能适应现代社会的急剧变化;另一方面,西方列强的入侵客观上又使它不得不尽快按照殖民者的意愿进行法律变革——传统的伊斯兰法已经处于一种困境之中,这种困境使得伊斯兰国家开始意识到必须对传统法律进行改革,而改革,就伊斯兰法自身而言,也就是传统沙里亚法的变迁,即人们必须放弃传统沙里亚法中的某些行为模式和观念系统,接受一些与之不同的新的行为模式和观念系统。在本文看来,伊斯兰法这种变迁的需要,是伊斯兰世界选择借用西方法律资源、移植西方法律的根本动因——因为倘若伊斯兰世界依然像中世纪那样平稳发展,倘若没有外在压力的影响,倘若伊斯兰法没有变迁的需要,那么,较为保守的伊斯兰世界一般是不会选择借用西方法律资源、移植外部(西方)法律的。从这一意义上讲,我们可以说,法律文化变迁是法律移植的根本动因。

二、法律移植:法律文化变迁的重要方式

如前述,法律文化的变迁,通常是以两种方式来实现:一是依靠自身力量慢慢演进;二是借助外来法律文化资源,通过法律移植的方式来实现——我们不妨将前一种方式的法律文化变迁称为演进型的法律文化变迁,而将后一种方式的法律文化变迁称为移植型的法律文化变迁。这两种方式的法律文化变迁具有各自不同的特点。演进型的法律文化变迁,首先要求一种法律文化的韧性较强。所谓文化的韧性,是指一种文化在其自身所能容许限度内的伸缩度,也即一种文化在保持其基本属性不变的前提下为适应社会发展而不断对自身作某些调适和改变的能力。一般而言,一种文化的韧性越强,则其对社会发展的适应能力越强;反之,一种文化的韧性越弱,其对社会发展的适应能力也相应地越弱。除了对法律文化自身的韧性要求较高外,演进型的法律文化变迁还具有另外一个特点,即它通常需要经历一段较长的时间,因为既然是演进,其过程则往往会是漫长的。演进型法律文化变迁的这一特点,决定了其只能适用于一个发展较为平缓的社会——对于一个面临急剧变化或重大转型的社会而言,是基本不能适用的。

移植型法律文化变迁,也具有两个方面的特点。首先,这种形式的法律文化变迁,通常要求一种法律文化具有较强的开放性。所谓文化的开放性,是指一种文化对他种文化的包容性,也即一种文化对其他文化有益成份的接纳、吸收能力。一般而言,一种文化的开放性越强,其对他种文化的接纳和吸收能力就越强;反之,开放性越弱,则接纳、吸收能力也就越弱。由于移植型法律文化变迁是借助外来法律文化资源来实现法律文化变迁的,因而它必然要求本土法律文化对外来法律资源具有较强的接纳和吸收能力,也即较强的开放性。其次,相对于演进型的法律文化变迁而言,移植型法律文化变迁,通常历时较短。这一特点决定了移植型变迁不仅可以适用于一个发展平缓的社会,而且可以适用于一个发生急剧变化或面临重大转型的社会——对于处于这样一个社会中的法律文化来说,采取移植的方式来实现自身的变迁,往往可能是一种捷径。

本文认为,伊斯兰法文化是一种韧性较弱的法文化。这主要是因为:首先,传统伊斯兰法所调整的社会关系较为单一。正如有学者所指出的,“(作为伊斯兰世界根本法之)《古兰经》的基本目的,不在于规范人与人之间、而在于规范人与他的创造者之间的相互关系”,^[10]在这一根本宗旨的指导下,伊斯兰法经典的内容,只涉及三个方面的法律规定,即宗教礼仪制度、民事法律和刑法,具体说来,大体包括:契约、遗产、婚姻、家庭、刑法、对不信者作战、对非信徒的基本态度、以及关于可食之物、宰杀、作证、法律程序、法律证据、释放奴隶等问题——应该说,这种较为简约的法律规定虽然基本可以满足中世纪较为简单的穆斯林生活和社会实践的需要,但却不能很好地适应一个商品化不断增强、社会关系日趋复杂的社会。尤其是对于一些随着商业贸易的发展而出现的新的商事法律关系,如银行、公司、股票、信贷等,传统的伊斯兰法根本就不能对之进行规范和调整;并且,由于传统沙里亚法中根本就不存在与之对应的法律规定,因而也不可能从中演绎、推导出相应的规定。其次,传统伊斯兰法的原则性和体系性较差。一般而言,一种法律的规定越是原则和体系化,其发展的空间就越大;相反,一种法律的规定越是烦琐和不成体系,其发展的空间也就越小。伊斯兰法恰恰是一套烦琐的和不成体系的法律规定,这一点我们从该法的最重要的两大渊源——《古兰经》和圣训——就可以看出。《古兰经》是先知穆罕默德在创立伊斯兰教和创建统一的阿拉伯国家的过程中,为解决穆斯林日常生活中所遇到的实际问题而以真主的名义陆续颁发的一系列宗教、道德和法律规范的复合体;经文内容是穆罕默德根据自己的创教活动和军事政治需要,针对一事情、一个问题,口述一节或数节启示,由他的门弟子记载在石片、树皮和骨片上,或者默记和背诵下来的;^[11]其中的绝大部分内容都只是针对具体问题而采取的就事论事的解决办法,而非为全面解决某一普遍性的问题而作的尝试,如关于结婚和离婚的规定,只是为了对此前的妇女地位作一定的改善,而绝非为创制婚姻家庭法的一个全新结构^[12]——对于这样一种经典文献,其中的法律规范之原则性和体系性如何便可想而知。至于圣训,则是流传下来的先知穆罕默德生前的言行汇集,是一种由一些“偶然的、互无关联的个别题目和判例”^[13]组成的汇集,这种汇集的原则性和体系性如何亦可想而知。传统伊斯兰法的这种就事论事、不成体系的特点,使得其自身的原则性、伸缩性较差,因而对社会发展的适应能力亦较差。再次,传统伊斯兰法的伦理性过强。作为传统伊斯兰法之最重要渊源的《古兰经》,从其性质上看,与其说它是一部教法,不如说是一套伦理准则。“《古兰经》作为一部宗教典籍,其根本宗旨是为了规范穆斯林信仰者个人与真主之间的理想关系。这就决定了它的立法与宗教神学有着极为密切的亲缘关系,其基调是宗教伦理性质的,因而不同于一般的社会立法。这种立法的出发点,不是要回答合法或非合法的,而是以宗教道德为尺度,规定善恶、是非、美丑的标准。”^[14]《古兰经》的伦理性我们还可以从经文的内容编排看出,在长达600多节的经文中,真正涉及法律题材的只有80余节。这样一套伦理性极强的法律体系,面对一

[10] 同注1引书,第4页。

[11] 参见于可主编:《世界三大宗教及其流派》,湖南人民出版社1988年版,第426页。

[12] 同注1引书,第4、5、6页。

[13] 同注1引书,第34页。

[14] 同注5引书,第16页。

个越来越世俗化、现代化以及一定程度上西方化的社会,其适应性及韧性亦是非常弱的。

鉴于传统伊斯兰法在现代化进程中所表现出来的韧性较弱这一特点,因此可以说,演进型的变迁方式基本不适合于伊斯兰世界中大多数国家的法律文化变迁;同时,由于演进型变迁方式一般历时较长,通常只适用于发展较为平缓的社会,这也决定了这种变迁方式对于近现代的大多数伊斯兰国家并不适用,因为在这样一个由传统到现代的急剧转型期(特别需要注意的是还必须应对西方文化的挑战和全球一体化的挑战),这些国家根本就没有足够的时间来等待从本土法律中生发出相应的法律秩序。^[15]

既然演进型变迁对于大多数伊斯兰国家并不合适,那么,要想实现传统法律文化的转型,这些伊斯兰国家就必须选择另外一种方式,也即借助外来法律文化资源,通过法律移植来实现法律文化的变迁。如前述,移植型的变迁方式,要求一种法律文化必须具有开放性。笔者以为,伊斯兰法是一种具有一定开放性的法律文化。这一点我们从伊斯兰法的发展历程便可以看出。事实上,伊斯兰教在创教之初,就吸收了犹太教和基督教中的许多因素,如《古兰经》中规定,先知穆罕默德只是作为真主安拉的数位使者之一,在他之前,真主还曾派遣数位使者下凡,这些使者就是见诸于《圣经》中的亚当、挪亚、亚伯拉罕、摩西、耶稣基督;又如,《古兰经》中关于末日审判的规定——当世界末日来临之时,死者均将复活,并逐一凭今世之所为而或赏或罚:虔诚信奉安拉为一神并作善事者将永居天国,不信者和作恶者将堕入火狱饱受烤炙之苦——亦是《圣经》中有关末日审判的翻版;再如,穆斯林和犹太人之间有着许多共同的习俗和禁忌:男孩必须受割礼(只是两种割礼在时间上存在差异,犹太人行之于诞生后,穆斯林则行之于7至10岁之间);禁食猪肉;严禁制作神像,并严禁为有生命者(人或动物)绘制图像,以免授偶像崇拜以任何口实;关于禁酒的规定,等等。^[16]除在创教之初对其他宗教因素的吸取外,伊斯兰法在其最初几个世纪的发展中,还曾大量采用当地习惯法的有关规定,尤其在伊斯兰教对外扩张的过程中,吸收了许多外来的法律概念和法律制度。这种对外来法的吸收在倭马亚王朝时期体现得尤为明显,如伊斯兰教里非穆斯林属民的法律地位,就是东罗马帝国非公民团体法律地位的照搬;又如,伊斯兰行政管理体制中的市场检察官制度就是来自拜占庭的行政制度;再如,传统伊斯兰法中一项非常重要的制度——瓦克夫制度——亦主要来源于拜占庭的慈善事业。^[17]此外,即便是在“推理大门关闭”之后,伊斯兰法也不乏对其所处的社会内部其他法律元素的吸收,如前文所述的当人们的社会习惯实际上已经突破某一法律规定时,由专司法律解释的穆夫提或大穆夫提就此发表一项“正式法律见解”(法特瓦),给予确认,从而将其纳入现有的法律体系之中。伊斯兰法发展史上对外来法律元素及本社会内部其他法律元素不断吸收的历程,使得这一法律文化具有了一种较为开放的特性,这一特性的存在,为伊斯兰法在近现代对其他法律文化优秀元素的借鉴提供了可能。

[15] 当然,伊斯兰世界,也有极少数国家选择以自然演进的方式来实现传统法律文化的变迁,如沙特阿拉伯、也门、以及波斯湾沿岸的一些小国,在这些国家,传统伊斯兰法至今仍是根本大法;但即使在那些国家,也不乏对西方法律的少量采纳。

[16] 参见[苏]谢·亚·托卡列夫:《世界各民族历史上的宗教》,魏庆征译,中国社会科学出版社1985年版,第593-595页。

[17] 参见注1引书,第17、18页。

我们大体可以说,近代以来,伊斯兰法文化的变迁主要是通过法律移植的方式来实现的。伊斯兰国家移植西方法律主要采取两种模式:一为替代性移植,二为补充性移植。在这里,所谓替代性法律移植,是指用移植来的外来法律全面取代本国相应的固有法之法律移植模式,这种移植模式的特点是,在通过移植引进某一外来法律的同时,将本国的相关领域的固有法律予以废弃。而所谓补充性法律移植,是指以移植而来的外来法律补充固有法之不足的法律移植模式,这种移植模式的特点在于,并不以外来法全面取代固有法,而只是以移植的方式借用某些外来法的资源,同时对固有法作一定程度的修改,以实现二者之间的相互妥协与融合。这两种模式的法律移植在伊斯兰社会的法律改革中都可以寻见,只是它们存在于不同的国家或者同一国家的不同法律部门中。

替代性法律移植普遍存在于奥斯曼帝国“坦志麦特”改革和一战后土耳其凯末尔改革中,这两次改革具有一个共同的特征,即都是以移植来的外来法律全面取代本国的固有法律。“坦志麦特”改革发生于1839-1876年间,在这次改革中,土耳其全面移植了欧洲国家的法律,并同时几乎废弃了所有传统的伊斯兰法:1850年颁布的《商法典》,是对《法国商法典》部分内容的直接翻译,法典的颁行,以法律条文的形式承认了商业利息的合法性,从而在伊斯兰国家首次突破了传统伊斯兰法关于禁止获取利息的规定;1858年又颁布了《奥斯曼刑法典》,其内容也主要是仿效《法国刑法典》,同时废除了沙里亚法的几乎全部固定刑罚(对叛教者处以死刑除外);1861和1863年相继出台的《商业程序法典》和《海商法》,也都是法国法的直接照搬;为了保证这些法律的实施,土耳其还成立了现代世俗法院(尼扎米亚法庭),该法院可以管辖除穆斯林私人身份案件之外的全部民事案件,而这些案件此前都是由沙里亚法院行使管辖权的。^[18]在“坦志麦特”改革中,通过对西方法律的全面移植和引进,大大削弱了伊斯兰传统法文化的统治地位,尤其在商法和刑法领域,完全以外来的世俗法律替代了传统的伊斯兰教法。这一改革尽管未能使土耳其奥斯曼帝国免遭灭亡的命运,但由此而引发的法律改革却对伊斯兰世界产生了深远的影响,使传统伊斯兰法的改革大门被打开,自此以后,改革的洪流源源不断地涌入伊斯兰社会,从而为伊斯兰法的变迁和现代化开辟了道路。

凯末尔改革则发生于第一次世界大战之后,这次改革同样是以西方法律全面取代本国固有法律。第一次世界大战之后的土耳其是在奥斯曼帝国的废墟上建立起来的,作为这样一个新兴国家的领袖,凯末尔认为,尽可能地西方化、全面移植西方法律来取代土耳其的固有法律,是土耳其对抗西方的唯一道路。在这种思想的指导下,凯末尔在土耳其兴起了一场全面而彻底的改革,从而使奥斯曼帝国和伊斯兰的几乎全部法律遗产都遭致废弃:1924年,哈里发职位被废除,这一职位曾作为伊斯兰的政治和宗教最高权威而由苏丹沿袭了好几个世纪;1923-1924年期间,卡迪法庭也被废除,这曾是伊斯兰法最重要的司法机关和整个“法律制度的中枢”;1925年,穆斯林的宗教组织塔里卡也被强行解散,其集会地点德克和宗教学校马德拉萨也被迫关闭。与此同时,西方法文化中的许多制度和观念被移植到土耳其;1926年,一部全面效仿瑞士民法的民法典获得通过,该法典的作用是直接取代沙里亚法;同年,又颁布了一部以意大利刑法为蓝本的《刑事法》;1928年,一部

[18] 关于“坦志麦特”改革,详可参阅注1引书,第124、125页;另可参阅注5引书,第218页。

全面模仿德国法律的《刑事诉讼程序法典》又被公布;同年修改宪法,将“土耳其国家的宗教是伊斯兰教”这一条款予以删除,从而使伊斯兰教丧失了其在穆斯林世界中的国教地位;1937年又进一步修改宪法,增加“政权归还俗人主义”即现世主义这一条款,该条款的实施使得土耳其由一个带有神权色彩的政教合一的国家转变为一个纯粹的世俗主义国家;1938年出台一项法律,禁止组织以宗教、教派或塔里卡为基础的团体,禁止政党利用宗教谋求政治目标;1949年修改刑法,规定凡违反“政权归还俗人主义”这一宪法原则者,将给予刑罚处罚,同时规定禁止反对现世主义的宣传。^[19]通过凯末尔改革,土耳其基本放弃了伊斯兰法的传统,取而代之的则是源自西方的世俗主义法律。这一改革的最终效果如何,我们暂且不论,然而,客观事实却是,在这一改革过程中,通过对西方法的移植,引入了大量与传统伊斯兰法截然不同的新的法律元素,使原已处于僵化的伊斯兰法获得了一次变迁的机会,从而迈出了伊斯兰法现代化的第一步。

当然,除土耳其之外,替代性法律移植模式也出现于其他一些伊斯兰国家的特定法律部门中,其中主要是刑法、商法、民法和程序法领域。埃及自1875年(此时埃及虽名义上仍隶属于奥斯曼帝国,但已获得司法独立)起,不仅直接采纳了法国的《刑法典》《商法典》和《海商法典》,还仿照《拿破仑法典》,相继于1833和1875年制定了两分别适用于埃及国民法院以及埃及人和外国人的混合法院的《埃及民法典》,还建立了独立于宗教法院的现代世俗法院制度。继埃及之后,大部分中东地区的刑法、商法及有关诉讼程序法都几乎全盘西化了。在北非,阿尔及利亚自1850年沦为法国殖民地后,直接适用法国《刑法典》和《民法典》,伊斯兰教法被降格为私法,仅适用于有关穆斯林私人身份的案件;摩洛哥于1954年以法国刑法为蓝本制定了一部《刑事法典》,在这部法典中,摩洛哥几乎将传统的伊斯兰刑法全部抛弃,只保留了其中的私通罪;之后,突尼斯也以法国法律为基础,制定了《商法典》《民商程序法典》(1960)和《海商法典》(1962)。^[20]

补充性法律移植见诸于一些伊斯兰国家的特定法律部门中,在时间上也较前一种模式的法律移植稍晚。这种移植模式的一个重要特点是,并不以移植而来的外来法律全面取代本国固有法律,而是力图寻求二者之间的某种妥协,从而使外来法律起到补充本国固有法之不足的作用。埃及在20世纪对西方民法的移植就具有这一特点。1948年,埃及颁布了一部民法典,这一法典的颁布,改变了伊斯兰国家以往那种不加区别地全面采纳欧洲法律的做法,因而可以被看作是“传统伊斯兰教制度与西方制度妥协的尝试”。^[21]这部民法典是伊斯兰教法律原则与欧洲法律的糅合,这一点我们从法典的渊源就可以看出,它是埃及1875和1833年两部民法典、其他一些欧洲国家如联邦德国、意大利和日本等国的法律原则、以及沙里亚本身的法律原则的汇集。尽管这些渊源在法典中所占的比重各不相同,因为沿用传统沙里亚法的部分甚少,而3/4以上内容直接仿效1875和1833年两部埃及民法典;但这却不能改变法典本身的糅合特性,因为一方面,源自外国的法律规定是

[19] 关于凯末尔改革,详可参阅[英]J·G·H·詹森:《战斗的伊斯兰》,高晓译,商务印书馆1983年版,第134-144页;注1引书,第125页;以及[美]J·S·亨廷顿:《文明的冲突与世界秩序的重建》,周琪等译,新华出版社2002年版,第153-160页。

[20] 参见注5引书,第219、220、224、225页。

[21] 同注1引书,第126页。

按照符合沙里亚法律学说的原则筛选出来的;另一方面,法典明确肯定沙里亚法作为该法的渊源,在《民法典》第1款中就明文规定,凡是本法典未予特别规定的事情,法庭应遵照习惯法、伊斯兰教法的原则或自然公断的原则来处理——这意味着,法庭在审理案件时,可以将沙里亚法作为一种当然的法律渊源予以适用,这就为法庭更广泛地引用沙里亚法开了方便之门;再一方面,《民法典》还保留了前两部民法典中源自沙里亚法典的一系列规定,有些原封不动地予以了保留,有些则经过一定的修改后进行保留。

继埃及之后,一些中东国家,如叙利亚、利比亚、伊拉克和约旦,他们在二战之后的法制改革也基本采用埃及式的立场和方式来对待西方法律,也即在保留伊斯兰法基本原则和制度的前提下,通过移植引进西方法律来补充固有法之不足,同时,对移植对象的选择也始终贯彻伊斯兰法基本原则,按照沙里亚法律学说的原则来对外国法进行筛选。埃及式的补充性法律移植模式代表了二战后伊斯兰国家法律移植的基本倾向。这种模式的法律移植使得这些伊斯兰国家的传统法律文化以一种创造性的方式变迁着:它并不抛弃传统,而是在传统依然能够容许的限度内,将外来法律作为一种可以利用的资源,寻求一种适当的方式实现二者之间的妥协与融合,并在妥协与融合的过程中达致传统法律文化的变迁。

这样,通过移植西方法律、充分借用外来法律文化资源,伊斯兰法从整体上完成了某种形式的变迁:自19世纪下半叶以来,传统形式的纯粹沙里亚法,一般仅在中东地区的家庭法领域(如继承、瓦克夫制度、赠与等)残存着,在其他地区和其他领域,源自西方的法律制度和原则正源源不断地被注入,无论这种注入是以全面照搬的形式,还是以一种有选择的创造性形式,这些来自外部的法律文化资源都为传统伊斯兰法的变迁提供了新的元素和新的可能性。

三、法律移植的模式影响法律文化变迁的效果

尽管前述替代性法律移植与补充性法律移植都是法律文化变迁的一种方式,然而,二者对于法律文化变迁的效果却有着不同的意义。对于移植模式对文化变迁的意义,我们还以伊斯兰法文化的变迁为例来进行说明:

替代性法律移植虽然可以从立法上全面废弃本国的固有法律,从而在较短的时间内实现传统法律文化的变迁,然而,从长远来看,这种移植模式并不一定可取。因为这种模式所实现的法律文化变迁是以全面抛弃相关领域之传统为代价的,而完全舍弃传统是不可能真正实现法律文化变迁的,即使能够变迁也将带来很多负面影响——至少,就像历史所一次次表明的那样,没有或不顾及传统的改革本身就很难成为传统,而只能再一次成为被改革的对象。同时,一国虽然可以废弃其固有法律,却不能废弃其文化传统和文化氛围,^[22]因此,无论多么大规模的引进,移植而来的法律对于本土文化氛围来说都是外来

[22] 从符号学、哲学解释学的角度看,只要一个国家或一个民族还保有自己的语言、自己的文字,那么,她就必定会或多或少地保有自己的文化传统和文化氛围,就不可能被完全异化(如西化)。可参见周赞:“民族国家法律的本土性和国际性”,载谢晖、陈金钊主持:《民间法》(第五卷),山东人民出版社2005年版。

的,二者之间的排异在所难免。从一定意义上讲,这种排异的性质、程度和最终的处理结果将对一国法律文化变迁的方向产生实质性的影响。

补充性法律移植由于能够兼顾到本国的固有法传统,并力图在外来法和固有法之间达成某种妥协,因而更易于融入本国的固有文化中。同时,由于这种模式的法律移植是以渐变和局部变化的方式来实现法律文化变迁,因而也更符合社会成员的心理需求——任何社会主体都具有一种追求安定的心理情结,这就为外来法律在事实上成为社会成员的行为标准和价值准则提供了条件。而一种法律文化变迁的最终效果如何,很大程度上取决于主体的行为模式和思想观念是否真正发生了转变。

在伊斯兰法的变迁中,我们可以较明显地看到两种不同的法律移植模式对变迁效果所产生的不同影响——伊斯兰原教旨主义的出现及其在不同伊斯兰国家的严重程度可以较好地说明这一点。伊斯兰原教旨主义^[23]是伴随着伊斯兰国家的普遍现代化和某些伊斯兰国家的全面西方化而不断壮大的一股宗教和社会思潮。其基本宗旨是要求恢复伊斯兰教的正统教义,主张把《古兰经》当作超越时空的、永恒的、绝对的真理,排斥对经典作种种自由的或现代主义的解释,反对现代主义、自由主义和世俗主义。其基本口号为“伊斯兰化”,即要求以伊斯兰教教义作为社会、群体和个人行为的最高准则,并提倡“宗教政治化,政治宗教化”。伊斯兰原教旨主义的出现有着深刻的政治、社会和文化背景,然而,在所有构成这一背景的因素中,文化因素居于非常重要的地位,主要体现为广大穆斯林的伊斯兰文化认同感的丧失。随着伊斯兰世界的现代化尤其是少数伊斯兰国家的全面西方化,穆斯林的文化认同感逐渐趋于弱化,民众文化认同感丧失的一个必然结果就是重新寻找认同,而寻找的方向通常会人们以往的历程,寻找的结果也往往就是从前的认同纽带——很显然,穆斯林以往的认同纽带也就是伊斯兰传统。

伊斯兰原教旨主义构成伊斯兰法的变迁和现代化的一股反叛势力,这股势力的强大程度在不同的伊斯兰国家有着不同的表现。在土耳其,这一势力非常强大。在土耳其的现代化道路上,伊斯兰原教旨主义始终作为一股对现代化的反叛势力而存在,这使得土耳其传统伊斯兰法的变迁举步维艰——土耳其法文化的变迁过程,与其说是伊斯兰法的现代化过程,不如说是现代化与反现代化两种张力相互作用的过程。土耳其传统法文化变迁过程的这一特点与其在法制改革中全面抛弃传统的做法有着非常密切的关联。前文已经述及,土耳其近现代的法律文化变迁是以替代性的法律移植模式来实现的,由于这种变迁完全舍弃了伊斯兰法的传统,从而导致民众的伊斯兰文化认同感丧失,用亨廷顿的话讲,就是土耳其成了一个“无所适从的国家”。^[24]民众的这种无所适从感是土耳其伊斯兰原教旨主义势力强大的一个极为重要的原因。这股势力已经构成土耳其法制现代化的严

[23] 须说明的是,伊斯兰原教旨主义并不是近代特有的现象,在伊斯兰教史上,要求恢复伊斯兰教的正统教义、回到“纯洁的伊斯兰教”的思想和运动从未间断过,每当社会生活发生巨大变化或重大历史转折时期,当传统社会的平衡被打破、各种社会矛盾激化、社会成员感到无力承受或无法理解种种压力时,通常都会出现一种“恢复正统教义”、“纯洁信仰”、“回到《古兰经》去”的呼声,并掀起一场净化社会、清除一切外来影响或异端思潮的运动(详可参阅陈麟书主编:《宗教观的历史·理论·现实》,四川大学出版社,1996年版,第532-533页)。然而,近现代伊斯兰世界的原教旨主义,其强度和深度,是以往任何时代都无法比拟的。

[24] [美]S·亨廷顿:注19引书,第146页。

重阻碍,因为他们坚信伊斯兰教是一种完美无缺的、自足的文化体系,它不需要任何来自外部的补充和发展,而只需要激发其内在的精神和潜力;^[25]原教旨主义者的这种信念必然促使他们满足于自身的文化体系,将其看作一种完全封闭和自足的系统,因而拒绝对任何外来文化因素的吸收,也拒绝任何形式的法律移植——在一个优秀文化因素共享的时代,法律移植被普遍运用于各国的法制现代化过程中,那种盲目的、不作任何区分的拒绝移植的原教旨主义只能阻碍其法律文化的现代化进程。总之,我们可以这样说,土耳其全面抛弃传统之法律文化变迁方式,并没有使土耳其的法律文化变迁取得良好的效果,其法制现代化之路走得并不顺畅,因为在这条路上,总是伴随着原教旨主义的逆反势力。

在其他伊斯兰国家,尽管原教旨主义也存在,但其严重程度较之于土耳其而言,却要弱得多。这在很大程度上应当归功于这些国家在法制现代化进程中所采取的补充性法律移植模式——尽管这些国家的法律文化变迁也舍弃了本国的一些传统,但这种舍弃却不是全面的和彻底的,而只限于某些领域并且也只是在一定程度上舍弃;尽管这些国家的法律文化变迁也是通过借助外来法律文化资源的方式来实现的,但这种借用却并不是盲目的,而是有选择性的,在选择的过程中始终贯彻固有法的某些原则和精神。这种变迁并没有导致民众文化认同感的丧失:一方面,他们认同的纽带并没有全部灭失,因为他们的很多传统还保留着;另一方面,选择性的移植使得他们在外来法中同样可以找到认同的纽带,因为外来法是按照传统法中的某些原则筛选出来的。民众文化认同感的依然存在,导致这些伊斯兰国家的原教旨主义失去了主体基础——至少,在没有其他外部压力的情况下,它不能像土耳其的原教旨主义那样形成很大的势力。而原教旨主义势力相对较弱这一特点,使得这些国家的法律文化变迁不存在强大的反叛势力,因而其变迁效果较好,其法制现代化之路也比较顺利。

(责任编辑:刘馨)

[25] 参见注5引书,第298页。