

北アフリカにおける会社法 — シャリーアとの関連において (1) — イスラーム圏におけるシャリーアと世俗法

弥永 真生

1 イスラーム圏としての北アフリカ

アラブ諸国では、サウジアラビアとオマーンを除き、フランス民法典あるいはエジプト民法典¹を参考として、民法典が制定されている。また、チュニジアやモロッコなどは、旧宗主国であるフランス法の影響を強く受けている。さらに、コモン・ロー系の国々では民法典は制定されていないものの、会社法あるいは会社法を含む商法典は制定されている。

表1 イスラーム圏諸国の法系

	独立年	憲法	元宗主国	大陸法 / コモン・ロー	イスラーム学派 ²
イラン	—	1979	n/a	大陸法	シーア派
エジプト	1922	2014	英国	大陸法	ハナフィー
サウジアラビア	1932	—	n/a	—	ハンバル
チュニジア	1956	2014	フランス	大陸法	マーリク
ナイジェリア	1960	1999	英国	コモン・ロー	マーリク
パキスタン	1947	1973	英国	コモン・ロー	ハナフィー
マリ	1960	1992	フランス	大陸法	マーリク
マレーシア	1957	1957	英国	コモン・ロー	シャーフィイー
モロッコ	1956	2011	フランス	大陸法	マーリク

1 1948年エジプト民法典は、1949年シリア民法典、1953年イラク民法典及び1954年リビア民法典などの制定の際に参照されている。See e.g. Saleh (1993) p.161.

2 シーア派とスンニー派に分かれているが、スンニー派の主要な学派は4つある。その中で、ハナフィー学派が最大勢力といわれており、東地中海地域と北アフリカを中心に、中央アジア、パキスタンにおいては主流を占めている。マーリク学派も、北アフリカ、西アフリカ、UAE、クウェートなどにおいて主流であり、シャーフィイー学派は、東南アジアや東アフリカで主流を占め、イエメン、イラク中部やエジプトでも一定の勢力を有している。これに対して、ハンバル学派はサウジアラビアにおいて主流を占めるにとどまっている。

表2 イスラーム圏諸国における制定法

	民法典	会社法など
イラン	1928	1932年商法典
エジプト	1948	1999年商法典
サウジアラビア	なし	1965年会社規則
チュニジア	1957	1959年商法典
ナイジェリア	なし	1990年会社法
パキスタン	なし	1984年会社条例
マリ	1987年債務法／ 1997年統一担保法典（OHADA）など	1995年商法典／2014年統一商事会社 及び経済利益団体法（OHADA）
マレーシア	なし	1965年会社法
モロッコ	1913年債務・契約法	1996年株式会社法／1997年有限会社法

2 問題の所在

4で詳細に検討を加えるが、たとえば、現代的な株式会社がシャリーアの下で認められるのかというのは1つの重要な問題である³。また、現代的な株式会社の設立が認められるとしても、より個別具体的な問題、たとえば、優先株式は認められるのかというような問題が存在することが認識されている。

3 シャリーアと世俗法

(1) 西欧法の継受

1でみたように、イスラーム圏諸国においても、イスラーム法（シャリーア）⁴とは別に世俗法（制定法）が存在し、また、慣習（法）も重要である。そして、民法典が存在する国においては、法源として、慣習に言及されるのがふつうである⁵。

3 See e.g. Schacht (1964) p. 125-126; Kuran (2005) p. 785-786.

4 シャリーアは国家が制定するものではない。

5 たとえば、エジプト民法典1条は、法律の規定がないときは、裁判官は慣習に従って判断し、慣習もないときは、シャリーアに従って判断するとする（クウェート民法典1条2項も同旨）。これに対して、UAE民法典はエジプトのそれと比べると、シャリーアに傾斜している。すなわち、法律に定めがないときはシャリーアを適用し、シャリーアもないときは慣習によるとする（1条）。UAE民法典2条は、民法典の解釈において、イスラーム法学（*fiqh*）の原理原則に依拠しなければならないと定める。また、同3条は、明示的な規定及びイスラームのシャリーアの基本的原則に反しないように公序を適用する旨を定めている。そして、解釈について、マーリク学派またはハンバリ学派の解釈により、それらがなるときはシャーフイー学派またはハナフィー学派の解釈による。

商事法制が適切に機能するために欠かせない特徴としては、確実性、柔軟性及び实用主義などが想定できるが⁶、柔軟性や实用主義は事実上の法源である慣習によってある程度は確保できると考えられている。たとえば、11世紀におけるハナフィー学派のイスラーム法学者であった *al-Sarakhsi* は、『売買の書 (*Kitdb al-bay'*)』に、ハナフィー学派の創始者の1人である *Abu Yusuf*⁷ の「すべてのことにおいて重要なのは慣習（*'urf*）である」⁸ という法諺を収めている。また、*Mallat* は、慣習こそ決定的なものであり、「ムスリムがよいとみなすことは神の目によい」、「私の共同体は誤りには合意しない」⁹ という2つの伝承によって裏付けられて¹⁰、イスラーム法学 (*fiqh*) の書物に書かれている厳格なルールは「商人の慣習のために」¹¹ 廃棄されたと指摘している。

また、世俗法については、多かれ少なかれ、西欧法の継受がなされている。すなわち、1839年以降なされたオスマン帝国のタンジマート改革の過程で西欧的な法律が制定された。

たとえば、エジプトでは、領事裁判権廃止のため、混合裁判所が創設されたが、混合裁判所用の法典として、民法典、商法典、海商法典、民商事訴訟法典、刑法典、治罪法典が作成された。これらの法典は、フランス法に依拠したが、エジプトの実情に合わせて修正を加え、シャリーアをも取り込んだものであった¹²。1948年民法典の草案も、フランス法、比較法、エジプトの判例及びシャリーアを参照して作成されたとされている¹³。この結果、親族法、相続法などを別とすれば、シャリーアは西欧法的内容を有する制定法にとって代われ¹⁴、商事法はその典型といつてよ

6 *Mallat* (2000) p. 94.

7 d.798.

8 *al-Sarakhsi* (n.d.) vol.13, p.142.

9 *al-Ghazzali* (n.d.) p.174

10 *cited in: al-Sarakhsi* (n.d.) vol.12, p.138 (*translated and cited in: Libson* (1997), p.146).

11 *Mallat* (2000) p.94-95, referring to *al-Kasani* (n.d.) p.209.

12 *See e.g. Hoyle* (1986); *Brinton* (1968) p.87 and 89.

13 *See e.g. Bechor* (2007); *Otto* (2010) p.45.

14 柳橋は以下のように指摘している。「19世紀後半以降、欧米列強の圧力の下に、イスラーム世界の多くの国や地域において法制改革が実施された。立法面では、財産法・行政法・刑法・訴訟法等に関して、多くの場合には形式と内容の両面において西欧近代法に範をとった法典編纂が行われた。組織の上でも、もっぱらこれらの新しい法律を適用する近代的な裁判所が創設された。もっともこれらの法制改革によってただちにイスラーム法が効力を失ったということではできない。…それでも、ほとんどの国や地域において、儀礼行為を別とすれば、近代における法制改革の影響をほとんど被ることのなかった領域としては、唯一家族法を挙げることができるのみである。」(柳橋 (2001) 5-6頁)。

かった。

(2) 商事法とそれ以外の法の分離

1838年に結ばれたイギリスとオスマン帝国との間の通商協定であるバルタ・リマン協定に象徴されるように、イスラーム圏諸国の通商がヨーロッパにより支配されることとなり¹⁵、当該地域は徐々にヨーロッパによる政治的支配も受けるようになった。その結果の1つが「近代化」であり、ヨーロッパの考え方や制度を模倣し、採用するというものであった。この近代化運動は家族法を除くすべての分野で、シャリーアを「驚くほどの速さと徹底さをもって放棄する」ことにつながった¹⁶。

たしかに、ナポレオンが商事法と非商事法とを分けるというフランスの発想をエジプトに持ち込み、商事上の紛争を処理するために特別裁判所の創設がなされた¹⁷ように見える。オスマン帝国が1850年にフランス商法典の大部分を取り入れたこと¹⁸も、長期にわたる複雑な世俗化の過程¹⁹の一部を成すものであり、その後の展開に重要な影響を与えた。しかし、既存のシャリーアの伝統の上に構築するのではなく、ヨーロッパに目が向けられた理由について定説はないようである²⁰。とはいえ、ヨーロッパによる通商の支配、現地の裁判所及び現地の法を避けたいというヨーロッパの商人の願望、シャリーアを用いることを義務付けることは現地の商人が、より効率的であると見られていた西欧法を用いることができるヨーロッパの取引相手との関係で不利になるという見方、紛争解決を助ける一種の慣習法としてヨーロッパの商人がフランスの商法典を用いるという実務、一定の領域における世俗法の発想と実務についてなじみがあったこと、ヨーロッパとの通商により利益を得ようとするオスマン帝国のエリートと彼らを喜ばせようとする政府の願望、及び、エジプトにおける経験から影響を受けたかもしれない、商事はたとえば道徳 (*akhlaq*) よりも宗教的な重要性が低いという見方などが²¹、この背景にあったもの

15 Feroz (2000) p.4-5.

16 Hourani (1983) p. 350.

17 Goldberg (1999).

18 Starr (1992), p.29; Anderson (1976) p.15ff. Anderson は、商事法及び刑事法の改革活動の初期の段階においても、態度の根本的変化がつきものであったとして (p.38)、商事法及び刑事法の改革が重要であったとしている。See also Castro (1985).

19 e.g. Asad (2003) Chapter 7.

20 Asad (2003) p. 212. See also El-Gamal (2003) p.111.

21 Brown (1995). とりわけ、商事法の分離については、たとえば、Goldberg (1999) 参照。

と推測される。

商取引につきシャリーアが有する意義は、イスラーム圏諸国の間でも異なり、たとえば、*Shaaban* は、1999年時点であるが、3つのカテゴリーに分けることができるとしていた²²。第1のカテゴリーは、レバノン、シリア及びエジプトのように広く西欧の法系（フランス法）に従っている国²³、第2のカテゴリーは法典をもっているものの、それらは主としてシャリーアに基づくものである国であり、サウジアラビア、オマーン及びイエメンがこれに属するとしていた²⁴。第3のカテゴリーは中間的な国であり、商事法は西欧化されているものの、「契約の締結にはシャリーアが適用され、商事でない利息付きの貸し付けが禁止され、契約の効力を修正する付款が認められている」国である。これには、イラク、ヨルダン及びリビアが属するとされ、これらの国々の民事法は、第1の類型に属する国の民事法よりもシャリーアに従っていると指摘されていた²⁵。たとえば、チュニジアやモロッコのような北アフリカの国々は第1のカテゴリーに属すると考えられる。

たしかに、民事法と商事法を厳格に峻別することはできない。たとえ、商事法典と民事法典とが分かれており、非商事法のみをシャリーアに従ったものとするとしても、商事法をその環境から完全に切り離すことはできないからである。すなわち、民事法が基本法（一般法）であると位置付けると、商事法は民事法に規定を追加したり、修正を加えたものとして制定され、結局、シャリーアの影響²⁶から自由ではあり得ない²⁷。

22 *Shaaban* (1999) p.160-163.

23 この類型には、クウェートなども属する。

24 この類型には、イラン、パキスタン及びアフガニスタンなどが属する。

25 *Comair-Obeid* (1996) p. 119.

26 両角は、「私生活ではイスラームの教えを遵守して生活するが、公的な場面（政治、経済、法律制度、等）では別、という二元的な選択肢は、現実にはその採用を余儀なくされるとはいえ、少なくとも理論上は、容認できるものではない。実際、トルコ共和国が採用したシャリーアの廃止・西欧近代法の全面的継受という選択肢は、イスラームとの訣別（＝世俗主義の採用）とセットになって初めて可能な道であった。また、イスラーム復興運動（いわゆる「原理主義」）のスローガンの一つとして、必ずイスラーム法の復活（と近代に導入された西欧型の法典の廃止）が唱えられるのも、このためである。」と指摘する（両角（2004）466-467頁）。

27 たとえば、UAEは、商取引法（1993年連邦法第18号）と民事取引法（1985年連邦法第5号）とを分離している国であるが、立法の欠缺がある場合の補充の方法（1条）、解釈（2条）、公序（3条）などの民事取引法の規定は、商取引にも適用されることが前提になっている。また、民事取引法が定める契約の通則、財産法、担保法などはシャリーアに基づいているが、これらは商取引にも適用されるものである。

とはいえ、サーベイした先行研究からは、商事法に関する限り、西欧法を継受する過程において、シャリーアとの抵触が問題視されることは、ほとんど、みられなかったようである。

(3) 法（立法）の源泉条項

シャリーアは国家を超越した規範と考えられており、憲法にも優越すると解されている。したがって、制定法であっても、イスラームの教えに反するものであれば、それは無効であると考えるのが論理的帰結である。また、憲法において、シャリーアが優先する旨を明示的に定めていることも少なくない²⁸。1970年代以降に、活発化したイスラーム復興運動は、シャリーアの復活を主要な目的の1つとしており²⁹、たとえば、エジプトでは、1971年改正により、憲法の2条に、「イスラームのシャリーアの諸原則は、立法の主要な源泉の一つである」³⁰、³¹という規定（法（立法）の

28 サウジアラビアの1992年憲法（統治基本法）（英訳<https://www.constituteproject.org/constitution/Saudi_Arabia_2013.pdf?lang=en>から重訳）は、「統治体制の権威はコーランと預言者の言行（スンナ）に由来し、コーランとスンナは、本法その他の王国のすべての法令を支配する」（7条）、「コーランとスンナの教義及びそれらと整合する為政者の公布した法令に基づき、裁判所は、法廷に提訴されたすべての訴訟について、シャリーアを適用する」（48条）などと定めている。

29 たとえば、小杉（1994）241-268頁参照。

30 このような条項を初めて設けたのは1950年シリア憲法であり、「イスラーム法学（*fiqh*）は立法の唯一の主要な源泉の一つである」と定めていたが、1958年憲法ではシャリーアを法源としては言及せず、その後、1973年憲法（及び2012年憲法）3条は、「イスラーム法学は立法の主要な源泉の一つである」（英訳<<http://www.sana.sy/eng/337/2012/02/23/401178.htm>>から重訳）と定めている。また、カタール1972年暫定憲法7条は「イスラームのシャリーアは立法の唯一の主要な源泉の一つである」と定めていたが、現在の2004年憲法1条は、「イスラームのシャリーアは立法の主要な源泉の一つである」（英訳<<http://english.mofa.gov.qa/details.cfm?id=80>>から重訳）と定めている。1962年クウェート憲法2条（英訳<http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181003>）、1971年 UAE 憲法7条（英訳<https://www.constituteproject.org/constitution/United_Arab_Emirates_2009.pdf?lang=en>）及び2002年バーレーン憲法2条（英訳<http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=189442>）なども、「イスラームのシャリーアは立法の主要な源泉の一つである」と定めている。ただし、2005年イラク憲法2条1項は、「イスラームは国家の公式の宗教であり、立法の主要な源泉の一つである」と定めつつ、A.として、確立したイスラームの規定に反する立法をしてはならないと定めている（英訳<http://www.iraqinationality.gov.iq/attach/iraqi_constitution.pdf>から重訳）。「立法の唯一の主要な源泉の一つである」という定めを設けることは、アメリカ合衆国の占領下にあったため阻止されたようである（See Interview by Wolf Blitzer with Zalmay Khalilzad, United States ambassador in Iraq (August 14, 2005) <<http://transcripts.cnn.com/TRANSCRIPTS/0512/11/e.01.html>>）。

31 1973年スーダン憲法9条は、イスラームのシャリーアと慣習（*urf*）の2つのみが立法の主要な源泉であると定めていたが（英訳<<http://www.righttononviolence.org/mecf/1975-amendment-the-permanent-constitution-of-sudan-as-amended-1975/>>）、1998年憲法65条は、イ

源泉条項)が追加され、1980年改正により、「主要な源泉」に定冠詞が付され、「イスラームのシャリーアの諸原則は、立法の唯一の主要な源泉の一つである」³²とされた³³。もっとも、この1980年改正によりシャリーアに反する(と考えられる)既存の法規定が当然にすべて無効になったと解されているわけではなく、憲法2条の1980年改正は遡及効を有しないという根拠に基づき、最高憲法裁判所の1985年5月4日判決は³⁴、遅延利息の支払義務を定めた民法226条は利息を禁止するシャリーアに反し違憲・無効であるという主張を退けた³⁵。

スラーム法、レファレンダムによる国の合意、憲法及び慣習は立法の源泉であるとし、これら基本となるものに反する立法をしてはならないと定めた(英訳<<http://www.righttononviolence.org/mecf/28031998-new-constitutional-document-the-constitution-of-the-republic-of-sudan/>>)。これに対して、2005年暫定憲法5条1項は、北部の州との関係でのみ、イスラームのシャリーアと人々の合意を立法の源泉とすると定めている(英訳<http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=241714>に拠る)。

32 イエメンの1970年憲法3条は、「イスラームのシャリーアはすべての立法の唯一の源泉である」と定め、これは、1991年憲法(英訳<https://www.constituteproject.org/constitution/Yemen_2001.pdf?lang=en>)でも踏襲されている。また、1979年イラン憲法(英訳<https://www.constituteproject.org/constitution/Yemen_2001.pdf?lang=en>)4条は、憲法その他すべての法令はイスラームの規準に基づかなければならず、イスラームの規準との適合性の判断は監督者評議会の委員であるイスラーム法学者(fuqaha')が行う旨を定めている。

33 なお、この文言は、2012年憲法においても維持され、2014年憲法(英訳<https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf?lang=en>)でも維持されている。ただし、2012年憲法では、219条として、「イスラームのシャリーアの原則には、真正性が確立された啓示的法源、法源学及びイスラーム法学の原則ならびにスニー派の学派で有効とみなされる法源を含む」(竹村(2014b)の訳に拠る)という規定が設けられたが(See e.g. Lombardi/Brown (2012)), 2014年憲法ではこのような規定は設けられなかった。また、2012年憲法では4条として国内のイスラーム最高学府としてのアズハル(*Al-Azhar*)についての規定が設けられ(いわゆるスクーク法案との関連で、これが問題となったことにつき、Parolin (2013); Lotfy (2013); Wharton (2013) p.35など参照。See also “Al-Azhar Asserts Role, Clashes with the Brotherhood”, *Egypt Independent*, 29 March 2013 <http://www.egyptindependent.com/news/al-azhar-asserts-role-clashes-brotherhood?utm_source=dvur.it&utm_medium=twitter>; “Egypt’s President Signs Islamic Bonds Bill into Law”, *Ahramonline*, 9 May 2013 <<http://english.ahram.org.eg/News/71025.aspx>>), イスラームのシャリーアに関するアズハルへの諮問義務が定められたが、2014年憲法では、アズハルについては7条が規定し、諮問義務は定められていない。2012年憲法については、竹村(2014a,b)が詳しい。

34 Supreme Constitutional Court (Egypt): Shari'a and Riba: Decision in Case no. 20 of Judicial Year no. 1, *Arab Law Quarterly*, vol.1, no.1 (1985): 100-107. For details, see e.g. Habachy (1986); Gabr (1996); Lombardi (2006).

35 ただし、最高憲法裁判所は、この修正後の条項により、立法部は、過去になされた立法からイスラーム法の諸原則に反する準則を除去することにより法文を純化する政治的責任を負うと指摘していた。

また、この判決後、人民議会の宗教・社会事情及びワクフ委員会は以下のような意見を述べた。改正後憲法2条の下では、法的安定性、蓄積された司法判断、社会的条件に配慮しながら、シャリーアの諸原則に反する部分を改正していくことが求められる。そして、

また、クウェートでも、付利を認める商法典100条及び113条の規定は憲法2条に違反するとして、無効の宣言を求める訴え（憲法裁判所1992年第8号）が提起されたが、憲法裁判所は³⁶、1992年11月28日に、その請求を棄却した³⁷。憲法裁判所は、法（立法）の源泉条項である憲法2条の創設の際の立法趣意書³⁸をふまえて、2条によれば、シャリーアは法源の1つであって、唯一の法源ではないとした³⁹。

なお、エジプト以外の北アフリカ諸国⁴⁰においては、法（立法）の源泉条項は一般的ではない⁴¹。たとえば、チュニジアでは、2014年憲法に至る過程で法（立法）の源泉条項を入れることが検討されたものの、そのような規定は設けられなかった⁴²。2011年モロッコ憲法⁴³はイスラーム教を国教と定めるものの（3条）、法（立法）の源泉条項は設けられていない。1989年アルジェリア憲法⁴⁴もイスラーム教を国教と定め（2条）、法（立法）の源泉条項は設けられていない。もっとも、1991年モー

民法典は、その大部分はシャリーアに起源を有するから、シャリーアに反する条文を改正すれば十分である（Hill (1998) p.213-214）。

36 なお、2条を前提としても、2条の要求をみたしていると立法者が判断したことについての訴訟を取り上げる義務も権限も裁判所にはないというのが指導的な学者たちの見解であったため、憲法裁判所は、門前払いをするのが一般的であった（Hussain (2010) p.138）。なお、やや古い文献であるが、憲法裁判所は、1973年6月4日から1996年までの間に13件についてのみ、判断を下したと指摘しているものがある（al-Hamidah (1997) p.74）。

37 Hussain (2010) p.297-298; Ballantyne (2006) p.152-154.

38 立法趣意書は、立法府と執行府はイスラーム法学（*fiqh*）から直接に導くことができないルールに従って社会を統制することができるとし、イスラーム法学と必ずしも首尾一貫しない法を制定できることを示唆していた。Hussain は、立法趣意書は、2条は、「立法者に、イスラームの司法的立法では無効とされるような他の立法の源泉をそこに含めることができるようなイスラームの枠組みを与えた。この場合、それが法の規定を環境の発展の必要性と両立するように改善または発展させるためによいであろう」という立場をとっていると評価している（Hussain (2010) p.138）。

39 憲法裁判所は、2009年10月28日判決（*Al-Nashi v. Dashti*）において、非イスラーム的であると考えられる法律を無効と判断しなかった（Goldemziel (2013) p.30-31）。

40 オランダの政府政策のための学術会議（WRR）の調査によると、ムスリム人口が多い国でも、サブサハラアフリカ諸国の憲法には、国教条項も法（立法）の源泉条項も設けられていない（Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (2006) p.232）。たとえば、ナイジェリアにおける議論については、Ebeku (2012) 参照。

41 See e.g. Le Roy (2012) p.114-116.

42 See Longo (2013) p.26-31. イスラーム主義政党的創始者である *Ennahda, Rachid al-Ghannoushi* は、チュニジアが立法の源泉条項を採用しなかった理由を説明するにあたって、悪いモデルとしてのアフガニスタンに言及しつつ、アフガニスタンの保守勢力がこの条項の名を汚したと指摘した。さらに、*Ennahda* は、国教条項のみを含めることによって、チュニジアは同様の变化の過程にある国々のモデル、リビア、そして、「立法の源泉」条項を削除する可能性は低いがエジプトの参考となることを希望すると述べた（Stilt (2013)）。

43 英訳 <https://www.constituteproject.org/constitution/Morocco_2011.pdf?lang=en>。

44 英訳 <https://www.constituteproject.org/constitution/Algeria_2008.pdf?lang=en>。

リタニア憲法⁴⁵の前文は、イスラームの基本原則は唯一の法源であると規定している。

（4）イスラーム復興運動の商事法への影響

イランにおいてすら、いわゆるイスラーム革命後、民法典の規定のうち、第2編に含まれている「消費貸借契約」に関する規定の中の653条（利息を認めた規定）は削除されたが、それ以外には影響は認められない。民法典との関連でさえ、そうであれば、商事法、とりわけ、会社をめぐる法制との関係ではなおさらであり、調査した限りにおいては、シャリーアの復活という観点から、現代的な会社を認めないという方向の改正がなされたという事例は見当たらなかった。

まず、たとえば、イラン商法典も株式会社を認めている（1条）。スーダンでは、1985年にイスラム・クーデターが起き、さまざまなイスラーム的な立法がなされたが、1925年会社法⁴⁶は株式会社を認めていたし（4条）、2015年会社法も認めている。同様に、イラクにおいては、2005年にイスラーム主義者が政権を獲得した後も、会社法（1997年法律第21号）は株式会社や有限会社を認めている（8条3項）。しかも、シャリーアが民事には適用されることを前提として、民法典を制定していない数少ない国の1つであるサウジアラビアにおいてすら、商事紛争の解決は、シャリーア裁判所ではなく、国王の下にある苦情処理庁（*Diwan Al Mazalem*）（統治基本法53条）⁴⁷が取り扱うこととされていた（苦情処理庁法 [1982年5月10日 [17/7/1402H] 勅令 M/51, 8条、1987年6月23日 (26/10/1407H) の閣議決定241⁴⁸]）⁴⁹。そして、そこ

45 英訳<https://www.constituteproject.org/constitution/Mauritania_2012.pdf>。

46 また、1984年に制定された1948年エジプト民法典及び商法典をほぼ踏襲した取引法は、会社の法人格を定める17条及び23条を含め、そのまま施行されている。

47 紛争解決のために準司法的作用を担当する委員会等が設けられており、そのような委員会としては、商工業省の流通証券局、サウジアラビア通貨庁の銀行紛争委員会、資本市場庁の証券紛争解決委員会、サウジアラビア総合投資院の投資紛争調整委員会などがある。

48 <<http://mci.gov.sa/en/LawsRegulations/SystemsAndRegulations/LawofCommercialCourt/Pages/22-4.aspx>>

49 2007年10月1日 (19/9/1428 H) 勅令 M/78（英訳<<https://www.nazaha.gov.sa/en/Library/Document/Regulations/Documents/LawOfTheJudiciary-LawOfTheBoardOfGrievances.pdf>>）により、苦情処理庁の管轄から除外され、一般裁判所に設けられる商事部が商事関係の紛争を取り扱うものとされた（手続法34条）。もともと、「商業、交通、労働関連の係争を専轄とする裁判所の設置が閣議で決定されているが（ヒジュラ歴1401年（西暦1981年）の閣議決定167）、右閣議決定は未だ履行されておらず、右履行までの間は、商業関連の係争については、苦情処理庁が扱うこととされている（ヒジュラ歴1407年（西暦1987年）の閣議決定241）。なお、恐らく同趣旨のものとして、2003年1月20日の閣議は、「商業裁判所」の設置

では、主として世俗法が適用されてきており、たとえば、会社規則（1965年7月22日 [22/3/1385H] 勅令 M/6）は有限責任を認めてきたし（48条）、閣僚評議会における承認（2015年11月9日 [27/1/1437H] 閣議決定30）を経て制定され、2015年12月4日（22/2/1437H）に官報（*Umm Al Qura*）で公布された（新）会社規則（2015年11月10日 [28/1/1437H] 勅令 M/3）⁵⁰も株式会社や有限会社を認めている。

実際、エジプトの民法典を起草した *al-Sunhuri* の実用主義的アプローチは、シャリーアは全体として再導入することはできず、現在のイスラーム社会の必要に強く適応させることなく適用することはできないという見解を前提としていたと指摘されている⁵¹。もっとも、エジプトでは、1975年には、司法省により設立された委員会が主要法典の起草作業を開始し、1978年にその作業が人民議会の特別委員会に引き継がれ、1982年7月1日には商法典（776条）などの草案が提出された⁵²。しかし、これらの草案をふまえた法改正に向けた審議はなされなかった⁵³。これにはいくつかの背景があったようであるが、たとえば、*Peters* は、政府が反政府イスラーム勢力に対する宥和政策を中止したことに加え、法のイスラーム化が、対外関係、とりわけ経済関係、なかでもアメリカとの関係に悪影響を及ぼすことが懸念されたことなどを挙げている⁵⁴。*Peters* が紹介するところによると、商法典の草案作成にあたっては、商法典が取り扱っている多くのトピックについてシャリーアは何も言っておらず、既存のエジプトの法典は制定から100年近く経過しているものであるため、最近立法されたアラブ諸国の法典から委員会は示唆を得たとされている⁵⁵。

また、アブダビの連邦最高裁判所の憲法部は、1981年6月28日判決（憲法解釈要請第14/9号。 *Junatta Bank* 事件）⁵⁶において、UAE の経済的存在及び人々の厚生と便

までの間は、苦情処理庁が商業関連の係争を扱う旨決定している。但し実体上は、上記のように、商業、交通、労働関連の係争は、関連省庁の管轄する委員会で処理されている。」（在サウジアラビア日本国大使館「政治>サウジアラビアの内政>サウジ司法制度」<http://www.ksa.emb-japan.go.jp/j/political/government/affairs_gaiyo4.htm>（last accessed February 1, 2016））と指摘されており、引用者も調査を行ったが、商事部はまだ現実には設置されていないようである。

50 公布日の150日後 [2016年5月2日] に施行。

51 An-Na'im (2008) p.17-18.

52 この草案の内容については断片的に紹介されているものの、草案の現物またはその翻訳を入手することができておらず、今後の調査対象である。

53 See Hill (1998) p.210-211; Peters (1988) p.236-239.

54 Peters (1988) p.239.

55 Peters (1988) p.238.

56 al-Owais (1989) p.334-344; Tamimi (2002).

益のために現在の銀行が必要であることを考慮に入れ、銀行業との関係で単利を徴求することを許容する必要性があるから、銀行及び金融システムを維持する必要性がなくなるまでは、利息を徴求することを禁止することは考えるべきではないと判示した。同様に、アブダビ連邦最高裁判所の1983年9月6日判決（民事上訴事件第17/5号。Baruda Bank 事件）⁵⁷は、シャリーアは利息を禁止しているが、同時に、「必要がないときには禁止されることを必要性は許容する」⁵⁸というシャリーアの原則の適用により禁止には例外があるとした。そして、そして、イスラーム法学は、社会にとって大きな利益が生ずるときにはルールに対する例外を認めているとした。この原則に基づいて、シャリーアは現存しないものの売買は無効であるというルールの例外としてサラーム (*salam*)⁵⁹の売買及びイスティスナ (*istisna'*)⁶⁰を認めると指摘した。このように考えると、単利を徴求することは、人々の必要性、要求及び利益に照らして、禁止の例外にあたる应考虑すべきであるとした。さらに、裁判所は、裁判官は当事者の意思を尊重しなければならず、例外的な状況における場合を除き、当事者の合意を無視してはならないから、裁判所は、利率が法定の上限利率を超えとか、法が禁止している重利の場合でない限り、利息を払うという当事者の合意を無視することはできないと判示した。以上に加えて、この事案における利息（遅延利息）は損害賠償にあたるとした。さらに、他の事案において、UAEの最高裁判所は、民事取引法714条は利息を禁止しているが、民事取引法は商取引には適用がなく、銀行が利息を徴求するのは商取引法の下で認められていると判示した^{61, 62}。

このように商事と民事とを分け⁶³、あるいは、必要性に着目して、シャリーアの

57 al-Owais (1989) p.344-345. See also Saad (1986) p.18-28 (cited in: Majid/Majid (2003) p.192).

58 See, e.g. al-Qaradawi (2000) p.29. For details, see, e.g. al-Mutairi (1997) p.57-59.

59 将来、目的物を引き渡すことを約して、代金を受け取る契約。

60 相手方のために物を製造して引き渡す契約。For details, see, e.g. Bank Negara Malaysia (2014).

61 reported in: *Middle East Executive Reports*, March 1999, p. 5.

62 UAEでは、前掲連邦最高裁判所憲法部1981年6月28日判決は、立法の源泉条項の遡及効を認めず、利息を認める法律は1978年より前に制定されていることを理由に、当該法令を無効としなかったが、すべての新しい政府の行為及び新しい法律との関係では、裁判所はシャリーアの一般原則と整合しないと認めたときは、それを無効なものとして取り扱わなければならないと宣言した (al-Muhairi (1996) p. 235-237. See also al-Owais (1989) p.334-344; Tamimi (2002) p.50-51)。そのこともあって、その後は、ある法令が法（立法）の源泉条項に違反するかどうかを裁判所が審査することが実務となっている (al-Muhairi (1996) p.239-243. See also Eltom (2009) p.5)。

63 なお、1985年民事取引法が制定された際に、当初は、「この法律はUAE内における民事取引に関して効力を有する」とのみ規定されていた（1条）。しかし、その714条が利息を

例外を認めることが、商事法との関連では、裁判上も行われている。

Bibliography

- al-Kasani, 'Ala' al-Din (n.d.), *Bada'e' al-sana'e' fi tartib al-shara'e'*, vol.5, Dar al-Kitab al-Arabi (1402H/1982)
- al-Ghazzali, Imam Abu Hamid (n.d.), *al-Mustasfa min 'ilm al-isul*, vol.1, Mu'assasat al-Risālah (1417H/1997)
- al-Hamidah, K. (1997), *Constitutional Court of Kuwait: A Comparative Study* (unpublished LLM thesis, Harvard Law School)
- al-Owais, H.R. (1989), *The Role of the Supreme Court in the Constitutional System of the United Arab Emirates: a Comparative Study* (unpublished Ph.D. dissertation, University of Durham)
- al-Qaradawi, Y. (2000), *Taysir al-Fiqh al-Muslim al-Mu'asira fi Daw al-Quran wa-al-Sunnah*, Mu'assasat al-Risālah
- al-Muhairi, B.S.B.A. (1996), The Position of Shari'a Within the UAE Constitution and the Federal Supreme Court's Application of the Constitutional Clause Concerning Shari'a, *Arab Law Quarterly*, vol.11, no.3: 219-244
- al-Mutairi, M.Z. (1997), *Necessity in Islamic Law* (unpublished Ph.D. dissertation, University of Edinburgh)
<<https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/1842/7384/1/510056.pdf>>
- al-Sarakhsi, Muhammad ibn Ahmad (n.d.), *Kitab al-Mabsut*, vol. 12, Dar al- Ma'rifah (1406H/1986)
- al-Sarakhsi, Muhammad ibn Ahmad (n.d.), *Kitab al-Mabsut*, vol. 13, Dar al- Ma'rifah (1406H/1986)
- Anderson, N. (1976), *Law Reform in the Muslim World*, The Athena Press
- An-Na'im, A.A. (2008), *Islam and the Secular State. Negotiating the Future of Shari'a*, Harvard University Press
- Asad, T. (2003), *Formations of the Secular: Christianity, Islam, Modernity*, Stanford University Press
- Ballantyne, W.M.(1985), The States of the GCC: Sources of Law, the Shari'a and the Extent to Which It Applies, *Arab Law Quarterly*, vol. 1, no. 1: 3-18
- Ballantyne, W.M. (2006), Commercial Law. The conflict in Sharia and secular law public policy, In: Behdad, S./Nomani, F. (eds.), *Islam and the Everyday World: Public Policy Dilemmas*, Routledge: 141-164
- Bank Negara Malaysia (2014), Istisna' Concept Paper <http://www.bnm.gov.my/documents/conceptpaper/Istisna_CP.pdf>
- Bechor, G. (2007), *The Sanhūrī Code, and the emergence of modern Arab civil law (1932 to 1949)*,

徴求することを禁止しているため、銀行が利息をとって貸付けを行うことは許されないのではないかという懸念が生じ、1987年連邦法第1号により、1条は、「この法律はUAE内における民事取引に関して効力を有するが、商取引は連邦商法典が制定されるまで、有効な法令により規律され続ける」と改められた。

そして、現在では、1993年商取引法の76条、77条、88条及び409条から、商行為及び銀行取引において、利息を徴求することが認められることは明らかになっている。

Brill

- Brinton, J.Y. (1968), *The Mixed Courts of Egypt*, revised edition (Yale University Press)
- Brown, N.J. (1995), Law and Imperialism: Egypt in Comparative Perspective, *Law & Society Review*, vol.29, no.1: 103-126
- Castro, F. (1985), La codificazione del diritto privato negli stati arabi contemporanei, *Rivista di diritto civile*, 1985 (vol.31, n.4), parte I: 387-447
- Comair-Obeid, Nayla (1996), *The Law of Business Contracts in the Arab Middle East*, Springer
- Ebeku, K.S.A. (2012), The Limited Applicability of Shari'ah under the Constitution of Nigeria, in: Grote, R./Röder, T.J. (eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Oxford University Press:89-108
- El-Gamal, M.A. (2003), "Interest" and the Paradox of Contemporary Islamic Law and Finance, *Fordham International Law Journal*, vol.27, no.1: 108-149, p 111.
- Eltom, O. A.(2009), *The Emirates Law in Practice: Case Law Study, 100 Legal Issues; with a special focus on the Emirate of Dubai*, Future Book Shop
- Feroz, A. (2000), Ottoman Perceptions of the Capitulations 1800-1914, *Journal of Islamic Studies*, vol.11, no.1: 1-20, especially, pp 4-5.
- Foster, N.H.D. (2006), *Islamic Commercial Law: An Overview (I)*, InDret 4/2006 <http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=910&pdf=384_en.pdf>
- Foster, N.H.D. (2007), Islamic Finance Law as an Emergent Legal System, *Arab Law Quarterly*, vol.21, no.2: 170-188
- Gabr, H.A.,L. (1996), The Interpretation of Article Two of the Egyptian Constitution by the Supreme Constitutional Court, in: Boyle, K./ Sherif, A.O., *Human Rights and Democracy-The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, Kluwer Law International: 217-227
- Goldberg, J. (1999), On the Origins of *Majalis al-Tujjar* in Mid-Nineteenth Century Egypt, *Islamic Law and Society*, vol.6, no.2: 193-223
- Goldenziel, J. (2013), Veiled Political Questions: Islamic Dress, Constitutionalism, and the Ascendance of Courts, *American Journal of Comparative Law*, vol.61, no.1: 1-50
- Habachy, S. (1986), Commentary on the Decision of the Supreme Court of Egypt Given on 4 May 1985 concerning the Legitimacy of Interest and the Constitutionality of Article 226 of the New Egyptian Civil Code of 1948, *Arab Law Quarterly*, vol. 1, no. 2: 239-241
- Hamoudi, H.A.(2010), The Death of Islamic Law, *Georgia Journal of International & Comparative Law*, vol.38, no.2/3: 293-337
- Hill, E. (1988), Al-Sanhuri and Islamic Law: The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of 'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, Egyptian Jurist and Scholar, 1895-1971, *Arab Law Quarterly*, vol.3, no.1: 33-64; no.2: 182-218
- Hourani, A. (1983), *Arabic Thought in the Liberal Age 1798-1939*, Cambridge University Press
- Hoyle, M.S.W. (1986), The Structure and Laws of the Mixed Courts of Egypt, *Arab Law Quarterly*, vol.1, no.3: 327-345
- Hussain, M.S. (2010), A Critical Study of Constitutional and Judicial Development in Kuwait (unpublished Ph.D. dissertation, University of Newcastle Upon Tyne) <<http://www.academia>

- edu/1921861/A_critical_study_of_constitutional_and_judicial_development_in_Kuwait>
- Kuran, Timur (2005), The Absence of the Corporation in Islamic Law: Origins and Persistence, *American Journal of Comparative Law*, vol.53, no. 4: 785–834
- Le Roy, Th. (2012), Constitutionalism in the Maghreb: Between French Heritage and Islamic concept, in: Grote, R./Röder, T.J. (eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Oxford University Press: 109–120
- Libson, G (1997), On the Development of Custom as a Source of Law in Islamic Law, *Islamic Law and Society*, vol.4, no.2: 131–155
- Lotfy, A. (2013), Egypt amending sovereign sukuk bill after controversy <<http://www.reuters.com/article/egypt-sukuk-controversy-idUSL6N0AK9J9201301115>>
- Lombardi, C.B. (2006), *State Law as Islamic Law in Modern Egypt: The Incorporation of the Shari'a into Egyptian Constitutional Law*, Brill
- Lombardi, C./ Brown, N. (2012), Islam in Egypt's new constitution, in: *The Battle for Egypt's Constitution* (2013) <http://pomeps.org/wp-content/uploads/2013/01/POMEPS_BriefBooklet17_Egypt_web.pdf>: 33–37
- Longo, P. (2013), *Islamic Constitutionalism and Constitutional Politics in Post-Revolutionary Tunisia*, UNILU Center for Comparative Constitutional Law and Religion Working Paper Series WP 03/13
- Majid S./Majid, F. (2003), Application of Islamic Law in the Middle East—Interest and Islamic Banking, *International Construction Law Review*, vol.20, no.1: 177–196
- Mallat, C. (2000), Commercial Law in the Middle East: Between Classical Transactions and Modern Business, *American Journal of Comparative Law*, vol.48, no.1: 81–141
- Mallat, C. (2003), From Islamic to Middle Eastern Law, *American Journal of Comparative Law*, vol.51, no.4: 699–750
- Otto, J.M. (2010), Introduction: investigating the role of sharia in national law, in: Otto, J.M. (ed.), *Sharia Incorporated*, Leiden University Press
- Parolin, G. (2013), *(Re)Arrangement of State/Islam Relations in Egypt's Constitutional Transition*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13–15 <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2263239_code419245.pdf?abstractid=2251346&mirid=1>
- Peters, R. (1988), Divine Law or Man-Made Law? Egypt and the Application of the Shari'a, *Arab Law Quarterly*, vol.3, no.3: 231–253
- Saad, A.M. (1986), Delay Interests, Comparative Study with Islamic Law (cited in: Majid S./Majid, F. (2003))
- Saleh, N. (1993) Civil Code of Arab Countries: The Sanhuri Codes, *Arab Law Quarterly*, vol.8, no.2: 161–167
- Schacht, J. (1964) *An Introduction to Islamic Law* (Clarendon Press)
- Shaaban, H.S.(1999), Commercial Transactions in the Middle East: What Law Governs?, *Law and Policy in International Business*, vol.31, no.1: 157–172
- Starr, J.(1992), *Law as Metaphor: From Islamic Courts to the Palace of Justice*, State University of New York Press
- Stigall, D.E. (2006), Iraqi Civil Law: Its Sources, Substance, and Sundering, *Journal of Transnational*

Law and Policy, vol.16, no.1: 1-72

Stilt, K. (2013), Chapter 10 – Constitutional Islam. Genealogies, transmissions and meanings, in: Edwards, B.T. (ed.), *On the Ground. New directions in Middle East and North African studies* <<http://ontheground.qatar.northwestern.edu/uncategorized/chapter-10-constitutional-islam-genealogies-transmissions-and-meanings/>>

Tamimi, H. (2002), Interest under the UAE Law as Applied by the Courts in Abu Dhabi, *Arab Law Quarterly*, vol.17, no.1: 50-52

Vogel, F.E. (2000), *Islamic Law and Legal System: Studies of Saudi Arabia*, Brill

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (2006), *Dynamism in Islamic Activism. Reference Points for Democratization and Human Rights*, Amsterdam University Press

Wharton, A. (2013), The Growth of Islamic Finance in Egypt a Hostage to Political and Economic Stability, *NEWHORIZON*, no.187: 33-35

小杉泰 (1994), 『現代中東とイスラーム政治』(昭和堂)

竹村和朗 (2014a), 「エジプト2012年憲法の読解. 過去憲法との比較考察 (上)」アジア・アフリカ言語文化研究87号: 103-240

竹村和朗 (2014b), 「エジプト2012年憲法の読解. 過去憲法との比較考察 (下)」アジア・アフリカ言語文化研究88号: 91-284

両角吉晃 (2004), 「イスラーム法」北村一郎編『アクセスガイド外国法』(東京大学出版会)

両角吉晃 (2007), 「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 卷: 151-164

柳橋博之 (2001), 『イスラーム家族法』(創文社)

この研究は JSPS 科学研究費補助金 (課題番号15K12975) を得て行っている研究の成果の一部である。

(ビジネス科学研究科教授)