

伊斯兰教 法律史

〔英〕诺·库尔森著 吴云贵译

中国社会科学出版社

63585

伊斯兰教法律史

〔英〕诺·库尔森 著

吴云贵 译

中国社会科学出版社

责任编辑：黄燕生

责任校对：易小放

封面设计：式 一

版式设计：王丹丹

伊斯兰教法律史

yisilanjiao falushi

•
中国社会科学出版社出版

新华书店北京发行所发行

卢龙印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 7.25印张 159千字

1986年8月第1版 1986年8月第1次印刷

印数1—6,500册

统一书号：6190·029 定价：1.25元

内 容 简 介

阿拉伯伊斯兰教法为世界五大法系之一。本书概略地介绍了伊斯兰教法产生、发展、沿革的历史过程。全书共分三大部分、十四章。第一部分从分析《古兰经》的立法入手，介绍了伊斯兰教法的产生、早期学派的形成。第二部分介绍了中世纪伊斯兰教的法律学说，包括伊斯兰教各派的法律体系、它们之间的联系与分歧、因袭与改革；教法与政权、社会的关系等。第三部分介绍了近现代伊斯兰教法，包括西方法律学说对伊斯兰教法的影响，教法传统的继承与改革等。

译者序

四年前，译者在伦敦大学亚非学院进修时，才开始涉足宗教法学这一陌生领域，希望借此机会掌握些基本知识，为研究工作打下一个良好的基础。归国以后，原想写本小册子，介绍一点关于教法的常识。及至动笔时，才觉腹中空空，困难重重，一时竟不知如何是好。后来偶然升起一个念头：与其硬着头皮写下去，倒不如选本好的原著，原原本本翻译过来，作为读者的参考书。其结果就是现在与读者见面的这本小书。下面介绍一点有关背景的知识，供缺少这方面知识的读者阅读本书时参考。

(一)

在伊斯兰教里，教法和教法学是一对既有联系又有区别的概念。教法的专称“沙里亚”，原指“通向水源地之路”，泛指“行为”、“道路”，进入法律成文期以后又称“沙里亚法典”，意为“安拉”降示的神圣命令的总和，即一个虔诚的穆斯林在宗教上、道德上和法律上应当遵行的一整套义务制度。因此，又称“神圣法律”或“启示法律”。这种法律自天而降的神话，赋予教法至高无上的地位；它是无始无终、永无谬误、亘古长存的。它的神圣性和永恒性，完全排除了人为立法和修改法律权利的问题，不准

对教法本身的历史进行考察。所以，长期以来，教法的起源和发展在传统穆斯林历史科学里是块空白，一块无人开发的荒漠。而教法学则稍有不同，它是在教法发展到一定阶段时产生的一门学科。按照传统穆斯林学者的解释，教法学是了解神圣命令的学问，它的对象是研究和正确理解四个法学基本原理，故又称法理学。这四个法学原理中，《古兰经》和圣训为立法的基本渊源，法学家以此为依据的类比判断为法律推理的基本方法，而某一世代权威法学家们就某一问题逐渐形成的协商意见即公议，则是核准法律推理是否有效的根本依据。教法学不排斥法学家个人的活动，但是这种思维活动仅限于逻辑论证，既不涉及历史分析，又不受社会实践的检验。因此，严格说来，传统教法学不属于法制史的范畴。

然而，人类历史总是不断前进的，用神话解释历史的时代毕竟已经过去了。现代研究揭示：伊斯兰教法，就其主体部分而言，是在古代阿拉伯部落习惯和倭马亚王朝（661—750）行政法规和民俗习惯的基础上发展而成的。它的初生、发展和定型，是个复杂的历史过程，约经历了三个世纪之久，到十世纪古典法学理论形成才臻于完善。

教法实际上是由早期和中世纪的法学家们根据社会生活的需要，在继承、修改习惯法的基础上，以神启的名义加以规定和编纂的。传统上，伊斯兰法典只包括宗教礼仪制度、民事法律规定和刑法三大类内容。第一类中未收入信仰表白，这部分内容因过于复杂，后来发展为一门独立的学科，即教义学或证主学。沙里亚法典的编排次序，通常前五章为宗教礼仪规定，以下的次序是：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

的规定。如果按性质划分，通常可分为五类规范：（1）义务性的行为；（2）可嘉的行为；（3）无关重要的行为；（4）受谴责的行为；（5）禁止和受惩罚的行为。但是，哪些行为归哪一类，法学家们众说纷纭，没有固定的标准。上述内容中，关于家庭关系和财产关系的规定，经典里论述得比较集中、比较明确，同穆斯林个人日常生活关系也更为密切，它们构成伊斯兰教法的本体部分，经过一定的修改沿用至今。其他方面的内容，经典里涉及不多，进入近代以后又多为现代世俗法律所取代，但在传统派宗教学者们看来，它们同样是无所不包的穆斯林“生活法典”的重要组成部分。

伊斯兰教法以教义学为基础，基本上是属于宗教伦理性质的。它以神的意志的形式，规定了一个穆斯林持身律己的根本行为准则，因此常被称为“私法”。但是，教法既是历史上伊斯兰国家最有影响的一部成文法，作为统治者意志的体现，自然也涉及伊斯兰国家的政治、经济、思想文化生活各个领域，产生了十分广泛的影响。这种重要性，这里无需多加解释，只要我们有兴趣浏览一下伊斯兰国家宗教学者们的著作，“沙里亚”一词就会立即跃然于纸上，几乎随处可见。而伊斯兰教法的现实影响，随着几年前伊朗“伊斯兰革命”的胜利和原教旨主义思潮的勃兴，则早已引起人们的关注。所以很显然，如果我们不了解教法，要想知道伊斯兰教，可以说是相当困难的，甚至是完全不可能的。

如果打个形象的比喻，我们不妨把经注学看作一座塔的塔基，圣训学是塔身，而塔尖则是教法学，传统伊斯兰教学就是按照这种“三级结构”的蓝图构筑起来的。所以，教法学的研究，不论是在东方穆斯林学者，还是西方资产阶级学

者中间，都引起了高度的重视。

(二)

由于历史的原因，西方学者在伊斯兰教研究领域起步较早，并且取得了一定的成绩，因此我们在借鉴这方面研究成果时，多取自他们的著作。在西方，伊斯兰教法的现代研究，大致始自十九世纪下半叶，它同西方殖民主义的扩张政策不无联系。事实上，正是帝国主义的殖民政策刺激了“东方学”在西方的勃兴，造就了一批“东方通”，为他们长期在国外学习考察提供了方便和可能，同时也为他们的著作开辟了销路。这是首先应当了解的历史背景。自然，我们不应一概而论。如果把他们的所有著作不加分析地一律归结为殖民主义文化侵略的产物而予以否定，那也是有失公道的。

在西方，教法学的研究大致可划分为两个时期：本世纪三十年代之前为开拓时期；三十年代之后为全面深入时期。难度最大的问题，是教法的起源和发展问题。这有两方面的原因。首先，从技术方法上看，教法研究涉及广泛而复杂的内容，时间跨度大，上下一千三百余年；其次，这是一个新开拓的领域。中世纪穆斯林学者们留下来的，除了大量未系统整理过的原始资料外，可资借鉴的学术成果甚少，研究者几乎是在一片黑暗中摸索。因此，早期的研究大多是描述性的，一般是在向西方读者介绍伊斯兰教常识时，顺便论及教法问题，学术专著很少。

今天，在西方国家的出版物中，三十年代以前的书大多绝版了，只是在少数学术价值较高的著作后面的资料索引中，偶尔还能见到这些早期开拓者的名字。其中贡献最大

的，当推匈牙利籍犹太学者伊格纳兹·戈德齐赫（1850—1921）。戈德齐赫自幼熟悉基督教和犹太教经典，青年时代留学德国莱比锡大学和柏林大学，后来赴当时欧洲最负盛名的荷兰来顿伊斯兰研究院进修，从此研究兴趣转向伊斯兰教。1873年，赴开罗旅行，被破例接纳为爱资哈尔大学第一个非穆斯林学生。次年，在奥地利帝国研究院学报上发表了一篇学术论文，轰动整个欧洲，被誉为伊斯兰教现代研究的奠基人之一。他的代表作是在1910年用德文发表的原准备赴美讲学用的六篇讲稿，题为《伊斯兰教神学和法学导论》。著作发表后，引起热烈反响，相继被译为俄文（1911）、匈牙利文（1912）、法文（1920）、阿拉伯文（1946）、希伯来文（1951）和英文（1981）。戈德齐赫的另一名著，是以研究和考证圣训传说为内容的二卷本《穆斯林研究》。在法学领域，他的贡献是在分析、研究阿拉伯文原始资料基础上，对教法的起源和发展作了首次严肃的探索，从而为后世学者的深入研究廓清了道路，奠定了基础。他的学术成就，代表了本世纪三十年代西方学术界的认识水平。

（三）

二次世界大战以后，国际形势发生了根本性的变化，一批传统上信奉伊斯兰教的西亚、北非国家，相继摆脱了殖民主义的统治，赢得了独立。这些新近独立的伊斯兰国家，在新国家的建设中大多珍视自己的宗教文化遗产，有些仍以伊斯兰教为国教，有些甚至明确宣布以《古兰经》或沙里亚法典为立法的基本依据。进入七十年代以后，在霸权主义竞相争夺中东、阿以战争等国际背景下，出现了伊斯兰会议组

织，成为举世瞩目的国际政治力量。在新的历史条件下，战后西方国家普遍注意调整同阿拉伯、伊斯兰国家的关系。这些因素刺激了东方学和伊斯兰教学在西方的发展。

战后的突出变化，是美国和英国取代了荷兰、德国和法国在战前研究中的领先地位，而以美国为甚，它以优厚的物质待遇吸引了大批外籍学者。教法学的研究，大有发展为一门独立的学科之势，一些高等院校增设了法学课程，研究领域划分得更细致了。除学术专著外，还出版了少量供教学用的参考书。

在教法史研究方面，战后是有显著成绩的。其中最值得一提的，是已故德国学者约瑟夫·夏赫所著《伊斯兰教法导论》和《伊斯兰教法的起源》。这两本书现已被西方学术界公认为“现代经典著作”。夏赫的历史功绩，在于继承和发展了本世纪三十年代以前最负盛名的伊斯兰学者伊格纳兹·戈德齐赫和胡尔格龙涅·史努克等人的研究成果。他以大量的阿拉伯文原始资料为依据，通过详尽的考证和精辟的分析，用简练的学术语言，令人信服地说明了从古阿拉伯习惯法到伊斯兰教法形成的历史过程，概述了教法的基本内容；在法学思想方面，他从分析教法的核心概念“逊奈”（传统）入手，论述了从早期法学派到古典法学派演变的历史过程，评述了古典法学理论的形成和大法学家沙斐仪的历史贡献。作为一个资产阶级学者，夏赫在社会史观上和研究方法上，自有其局限性。但是，可以毫不夸张地说，在西方学术界，只是在夏赫的著作问世以后，教法史的研究才真正摆脱了传统偏见，纳入了历史学的范畴。

(四)

在西方学术界，继夏赫之后，在教法史研究上最有成绩的，就是本书作者N.J.库尔森先生。库尔森教授现任英国伦敦大学亚非学院法律系系主任，教授伊斯兰教法，曾任尼日利亚阿赫马杜·贝洛大学法律系系主任，多次到过南亚、中东、北非等地区作过实地考察。主要著作有《伊斯兰教法律史》、《伊斯兰教法律学的内在矛盾和冲突》、《穆斯林家庭法里的继承权》等，此外还发表过一些伊斯兰教法现状研究方面的学术论文。库尔森教授治学态度较为严谨，在学术观点上，除个别问题外，基本上与夏赫一致。

本书列为英国出版的《伊斯兰教考察》丛书之二，初版于1964年，1971年重印，1978年发行纸皮普及本，作为英国高等院校文科有关专业的教学参考书。全书写得简练明快，通俗易懂。共分为三部分。第一部分，以《古兰经》立法为开端，概述了伊斯兰教法自古代阿拉伯部落习惯法，历经四代哈里发时期、倭马亚王朝时期、阿巴斯王朝前半期，直至四个古典法学派和古典法学理论形成的简要历史过程；第二部分，以十世纪古典法学理论形成为起点，介绍、评述了中世纪伊斯兰教法的理论和实践、教法的一致性和纷繁性，各宗派的法律体系，分析了国家政权与神圣法律的关系，伊斯兰社会与神圣法律的关系；第三部分，以十九世纪殖民主义入侵为上限，介绍了近现代伊斯兰国家法制改革的理论和实践，并就伊斯兰教法的未来发展作了展望。这部著作的主要缺点，一是在讨论近现代法制改革时，有时自觉不自觉地流露出对西方殖民主义文化侵略的美化；一是——这当然也是

难以避免的，往往用现代西方的法学体系和概念去比附体系、结构、性质、法学概念上与之迥异的伊斯兰教法。这些，相信读者在阅读时是能够鉴别的。

伊斯兰教和中东研究在我国是个新开辟的领域，伊斯兰教法学的研究更是很少有人问津，阿拉伯伊斯兰法系的研究至今尚未引起国际法学界充分的重视。因此，这方面可供参考的书还很少，这本小书对有兴趣于此的专业研究者和业余读者，或许会不无裨益。

本书根据1978年爱丁堡大学纸皮版译出。翻译过程中，译者视情况的需要加了一些注释。页末注为译者注，书末注为原作者注。因水平所限，译文和注释或有不妥之处，欢迎读者批评指正。

承蒙中国社会科学出版社的大力支持，本书得以出版，在此谨表示谢忱。

吴云贵

1985年6月30日于北京

绪 论

法律史在伊斯兰法学里的地位

按照爱德蒙·布尔克的想法，律师们往往是坏的历史学家。当然，他指的是十九世纪初期，那些只感兴趣于过去的英国律师们的不问现实态度，而不是他们的无能。因为当代的法律学纯系一门独立的科学，其中法律表现为基于客观标准的一系列规定的汇集，其存在和本质不受时间、地点的限制。尽管有来自西方历史法学派的影响——其论点是法律产生于社会生活并随着社会生活自身的发展而发展，布尔克的观察今天仍然是基本有效的。当然，律师们只感兴趣于新近的权威和判决；而英国的法律，可以认为，已经把1189年宣布为为了一定的目的的法律记录的界限。但是尤为特别的是，现代西方法律学作为一个整体，将历史考察方法置于一种辅助的和从属的地位。因为它的基本目标是研究今天的法律，或者法律应当是个什么样子，而不是迄今为止的法律。

然而，穆斯林的法律学以其传统的形式，为我们提供了法律脱离历史考察的更加极端的例子。法律，在古典伊斯兰教理论里，是真主启示的意志，一种神赐的制度，它先于而不是后于穆斯林国家，制约而不是受制于穆斯林社会。因之，法律作为同社会的进步紧密相联的历史现象，这样的法律观念是根本不存在的。自然，神圣法律的发现和制定有个

过程，按照传统法律学说，划分为几个不同的阶段。继法律设计师们之后，是实施他们计划的建筑师们。连续几代的工匠们对它的装修、内部陈设直到最后完工，作出了自己特殊的贡献，而未来的法学家们只是这幢永恒大厦的被动的照管者。但是，这个过程被看作完全脱离了社会的历史发展。法学家们个人的作用，是按照神圣法律发现过程中所固有的、纯主观的标准来衡量，而不是按照任何外部的标准，或从这种作用同特定的时代或环境的关系出发予以考察。在这个意义上，伊斯兰教法发展的传统图画里，根本不包括历史纵深的內容。

随着先知穆罕默德的去世，直接领受神圣意志的启示已不再成为可能，沙里亚一旦取得完美的体现，便在原则上僵固不变了。它象脱离了肉体的灵魂，漂移于穆斯林社会之上，任凭时代风云之变幻不定，沙里亚始终是亘古有效的社会理想的象征。称穆斯林的法律学为唯理想主义性质的，并不是说，法律本身的词句在同社会需要的关系上缺乏现实考虑；也不是说，穆斯林法庭的实践从来不符合这一理想。这两种观点都已经被证明是谬误的。这里想要说的仅仅是，穆斯林的法哲学历来基本上是从抽象概念出发来制定和分析沙里亚法，而不是把它看作一门源自法庭实践的实在法科学。总之，穆斯林的法律学，除了一个著名而有限的例外，其职能总是告诉法庭它们应当做什么，而不力图预示它们事实上将要做什么。

因此，如果我们在约束穆斯林的生活的法规这一意义上使用这个词语的话，那末伊斯兰教法里所固有的区别，则是由古典法学家们阐发的沙里亚法律的理想学说与法庭实施的实在法的实际惯例之间的区别。这种区别为历史考察提供

了一个方便的基础，我们的考察将沿着法庭实践在多大程度上遵循或违反沙里亚的规范这根线索出发。然而，穆斯林的法律文献对这种方法不感兴趣。诚然，在某些领域里，司法实践的传记编年史以及描述非沙里亚审判权和类似的著作并不缺乏，但是这些不能看作法律实践的系统的、全面的记载，更谈不上是为了比较法律实践和学者们的法律学说所做的尝试了。个别法学家偶尔对法律实践发出的抗议，为我们提供了主流派通常采取的听之任之态度的例外。宗教法律的准则与政治权宜之计的需要往往不相一致。法学家们之所以采取不予理会而不是加以否定的随意态度，也许是因为政治权威者的任意审判权。但是，不管事实真相如何，穆斯林的法律文献的性质，加之缺乏法律报告制度，不能不使得沿着这条线索考察成为一项相当艰难的任务。西方的学术成果为这个问题的若干方面的研究照亮了道路，但是这部理想的法律在特定的时代、特定的领域里究竟在多大程度上被化为了现实，在我们关于伊斯兰教法制史的知识里仍然是块重大的空白。

从以上就沙里亚的本质所作的简要评论中，显然可以看出，法律的历史发展过程的概念，对古典伊斯兰教法律学是完全陌生的。就西方的意义而言，法律史不仅是个毫无目的性的研究课题，而且简直就不存在。不过，本世纪出现的两个发展——渊源和性质上完全不同但却包含着深刻的联系意义的新发展，如我们在下面将会看到的，要求对这种传统态度作根本性的修改。首先，约瑟夫·夏赫（他总是谦虚地把他开创的方法归功于他的前代的伟大的伊斯兰学家伊格纳兹·戈德齐赫）提出了一个关于沙里亚法起源的论点，它在基本方面是无懈可击的，从而证明了沙里亚法的古典理论

是个复杂的历史发展过程的结果，这一过程历时约三个世纪之久。西方学术界就这项命题的深入研究表明，伊斯兰教法的发展同当时的社会、政治和经济状况如何紧密相关。其次，沙里亚作为一种刻板的、亘古不变的制度，这一观念已经为过去几十年间穆斯林世界的法律发展所完全推翻了。在中东地区，特别是在法庭实施的沙里亚的家庭关系实体法领域，已经作了根本性的修改，并且在很大程度上成功地适应了社会的性质和需要。

因此，伊斯兰教法律史确实存在。沙里亚现在可以看作一种不断扩展的法律制度，而古典法律概念则从属于真正的历史考察的范畴。这种古典解释，体现了一个历史过程的顶点，据此法律术语开始被表述为真主的不可抗拒的意志。同基于人的理智的法律制度相对照，这种神圣法律有两个独具的特征。其一，它是一种刻板的、不可改变的制度，包括绝对的、永远有效的规范，这些规范不以任何立法权威机关的修改为转移；其二，对构成伊斯兰世界的许多不同的民族，神赐的沙里亚体现了对立于法律制度的差异性的同一性的标准，因为如果法律是基于某一社团的地方情况和特殊需要的人的理智的产物，法律的差异性则是不可避免的结果。因此，只要沙里亚法的历史发展可以划分为三个主要发展阶段，那末这一过程，即古典法律概念的兴衰，就可以用僵化性和同一性两项标准来衡量。

在七世纪至九世纪的形成期，随着古典法学理论运动的兴起，伊斯兰教不同地区里法律学说的差异性逐渐受到了限制，法律的灵活性也逐渐减弱了。到了十世纪，法律被置入固定不变的铸模，直到二十世纪它才真正脱离了铸模。法律所达到的僵化程度或许被不适当地夸大了，尤其是在家庭关

系以外的领域；而统一的沙里亚的观念，则因为不同学派和法律学者个人之间广泛的各式各样意见的出现而大大地修改了。但是，古典法律的术语与变化着的穆斯林社会的需要之间的裂痕，显然是加深了。在那些沙里亚无力满足需要的领域，当地的习惯法在实践中仍然有效，而沙里亚法庭以外的司法权，则被扩充了。从这种“休克”状态入手，通过强有力的抢救措施，沙里亚就在法律现代主义的理论下复活了。这一运动使沙里亚恢复了生机，堪与衡平法在中世纪的腐朽的英国普通法身上的效应相比拟。按照现代主义者们的主张，沙里亚能够用以支持社会的变动和现代的进步。所以，法律活力的不断增长是现代潮流。既然传统法律适应性的尺度取决于不同地区对现代生活的刺激所作的各不相同的反应，其不可避免的结果则是穆斯林世界法律实践的日益增长的差异性。

现代穆斯林法哲学与古典法律学的区别确实是根本性的。按照古典传统，法律是上苍降示的，并规定了亘古有效的标准，要求国家和社会的结构与之相适应。而按照现代主义的观点，法律的形态取决于社会需要，其功能是回答社会提出的问题。这样看来，二者的基本区别类似西方法学里的自然权利的阐发者们同社会学派之间的冲突。但是伊斯兰教法律现代主义事实上代表了两种立场的有趣的结合。社会工程——用美国功能法学派首领迪安·庞德的提法，是对现代主义活动最贴切的描述。不过，社会的需要和理想在伊斯兰教里不可能是法律的唯一决定因素，因为它们只能在神圣命令确定的不可违抗的规范和准则的限度内合法地活动。而确定这些限制，恰恰是法律现代主义未完成的任务。

所以，被断言为传统法律的不可更易的命令同现代社会