

伊斯兰经济百科全书

主编·闫丽君

OWNERSHIP AND  
PARTNERSHIP IN ISLAM

伊斯兰所有权与合伙关系

【印度】穆罕默德·穆丁因·汗 赛义德 / 著

王 静 / 译



黄河出版传媒集团  
宁夏人民出版社



主编·何耀岩  
伊斯兰经济百科全书

# 伊斯兰所有权与合伙关系

OWNERSHIP AND  
PARTNERSHIP IN ISLAM

【印度】穆罕默德·穆丁因·汗 赛义德/著  
王 静/译



管理科学出版社  
中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

伊斯兰所有权与合伙关系/ (印) 穆罕默德·穆丁因·汗, (印) 赛义德著; 王静译. —银川: 宁夏人民出版社, 2015.11

(伊斯兰经济百科全书 / 闫丽君主编)

ISBN 978-7-227-06144-1

I. ①伊… II. ①穆… ②赛… ③王… III. ①伊斯兰国家—所有权—介绍 IV. ①D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 274305 号

版权贸易合同审核登记宁字第 2015004 号

Ownership and Partnership in Islam/Muhammad Moinuddin Khan, Dr. M. H. Syed (Eds)

First Edition: 2010

ISBN 978-81-8274-373-1

©Reserved

伊斯兰经济百科全书

伊斯兰所有权与合伙关系 (印) 穆罕默德·穆丁因·汗 (印) 赛义德 著 王静 译

责任编辑 丁丽萍 赵学佳

封面设计 晨 皓

责任印制 肖 艳

黄河出版传媒集团 出版发行  
宁夏人民出版社

地 址 银川市北京东路 139 号出版大厦 (750001)

网 址 <http://www.yrpubm.com>

网上书店 <http://www.hh-book.com>

电子信箱 [renminshe@yrpubm.com](mailto:renminshe@yrpubm.com)

邮购电话 0951-5052104

经 销 全国新华书店

印刷装订 宁夏凤鸣彩印广告有限公司

印刷委托书号 (宁) 0001134

开 本 889mm×1194mm 1/32

印 张 8.25

字 数 280 千字

版 次 2015 年 11 月第 1 版

印 次 2015 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-227-06144-1/D·430

定 价 34.00 元

版权所有 翻印必究

- 北方民族大学国家级大学生创新训练计划项目（2013）
- 宁夏回族自治区教育厅金融学重点学科资助项目

● 编委会

主 编

闫丽君

副主编

张晓凤

编 译

王 静

编 委

杨晓丽 史 敏 丁 媛 高 慧 朱 琳

邓春湘 杨子实 李文婷 丁 雪 韩文倩

● OWNERSHIP AND  
PARTNERSHIP IN ISLAM

- 译者系上海外国语大学在读博士

# 目 录

## 1 投资 / 001

合伙·利润问题·不同企业理论

## 2 共同所有权 / 013

共同所有权类型·共同所有权条件·合伙的法律类别·合伙和合同·债务和合伙人：责任·法律责任·伊斯兰教中共同所有权概念·比较研究和效力·订立合伙·不成文协议·书面协议·缔约各方的行为与合伙·合伙的法律意义

## 3 合伙种类 / 055

合伙：期限·法律解释·绝对项协商的重要意义·合伙人：限制·主流学派和合伙·合伙人权利·合伙无效和终止·绝对货币和合伙·在非替代物基础上的合伙·利润和分配·共同所有人的限制·财产和相关对象·无形产权·损失和规定

## 4 合伙人责任 / 145

哈乃斐学派思想·不同关注点·马立克学派观点·沙斐仪学派观点·罕百里学派观点·要素类型·合伙耕种的终止·灌溉合伙的定义·灌溉合伙及其要素·灌溉合伙及其条款·合同和法律·穆达拉巴概念·协议及合伙人·花费·利润及条款·权利和相关规定·穆达拉巴的限制因素·贷款概念及责任·穆达拉巴终止·穆达拉巴及其缺点·灌溉合伙和合伙耕种的概念·理解合伙耕种·法律上的穆达拉巴

## 5 合伙问题 / 182

知识问题·法律专家是合伙人·富人和伊斯兰教·有限合伙的特征·有限合伙的订立·商业法和资金

## 6 共同所有权和防范措施 / 203

合伙的概念·共有的合伙问题·优先购买的重要性·优先购买权及其条款·穆达拉巴概念·穆达拉巴条款·与穆达拉巴类似的交易·与穆达拉巴类似的协议

## 7 资本的作用 / 231

经济形式·金融资本·质量构成·保护主义理论·平等的现实情况

参考文献 / 246

后记 / 256

# 1 投资

伊斯兰合伙法规定,除非满足承担损失的固有责任和公司资金共同所有两个条件,否则个人不能因投入资本获得利润。我们简要审视一下合伙中共同所有权的概念,这不仅对合伙至关重要,并且对判定认购企业资本的法律效力,确定商业交易中是否存在利息也很重要。因为这两个概念较为复杂,本书不能详述,我们将在研究公司的时候分别阐述。

## 1.1 合伙

关于合伙,我们将从两个角度探讨合伙资本中共同所有权的概念。首先讨论有效合伙的情况,然后论述无效合伙的情况。如上所述,合伙不具有法人资格,与实体概念相对,建立在集合概念的基础之上。因此,合伙资本由合伙人共同所有。与此相比,基于实体概念的公司资本和资产属于公司。费格赫<sup>①</sup>和法律将合伙资本看作合伙人的共有财富,因此属于穆达拉巴<sup>②</sup>合同利润。

---

①费格赫,伊斯兰教法学,是伊斯兰教法(沙里亚法规)的延伸,以伊斯兰教法学的释法和法特瓦(教会)补足沙里亚法规。

②穆达拉巴,一种盈利分享制,即规定银行向某方提供贷款,而某方则提出筹备项目,其利润和亏损按协议双方进行分摊。

有效合伙的含义体现为共同所有权的相关权利和义务。在此举一个例子足以解释穆达拉巴合同的共同所有权概念。在有效穆达拉巴中,若投资人<sup>①</sup>正在出售一套住宅,他在附近还有一套属于穆达拉巴合同的住宅,代理—经理人<sup>②</sup>有权优先购买这套住宅,但是购买行为是为自己,而不是为投资人。若穆达拉巴(或穆达拉巴合同的住宅)已获利,这种情况可能出现。若合同没有获利,则代理—经理人没有该权利。另一方面,若属于穆达拉巴住宅的邻宅由陌生人出售,穆达拉巴没有盈利,只有投资人有权优先购买邻近住宅。如果获利,则投资人和代理—经理人都有优先购买权。

根据上述例子,我们可以在其他资本合伙、劳务合伙和信用合伙中应用这些规则。但这些规则对公司仍适用吗?答案是否定的。我们设想一下,两栋相邻住宅由同一家公司所有。若公司要出售一栋住宅,假设股东拥有本住宅邻宅的部分股份,他是否有权购买该房?再设想另一种情况(也许更能说明问题):若一栋住宅由公司所有,另一栋由股东甲所有,股东甲正在出售自己的住宅,另一股东乙持有部分公司的房产股份,他能否优先购买股东甲的住宅?答案是否定的,股东乙与公司持有的住宅无关。

无效合伙可使用共同所有权规则。资本合伙的所有资产根据合伙人的资本投入比例分配。若规定其他合伙人许可后,一方可获得超额利润率,则该合伙人无权得到利润,他得到的是因付出额外劳动的合理薪酬。穆达拉巴的情况与此类似:代理—经理人不能得到分毫利润,但是他有权获得合理薪资。此例中的规则归为无效租赁。

---

①投资人,穆达拉巴合同的合伙人之一,他投入资本,并与代理—经理人分摊盈余。

②代理—经理人,穆达拉巴合同的合伙人之一,利用技能投资另一合伙人投入的资本,双方约定按一定比例分享盈余。

合伙规则几乎与法律类似，只是稍有变化。有趣的是，在公司中也使用合伙规则。公司破产清算时，满足所有债权人条件后，便采用共同所有权规则。这是为什么？因为如今公司的个人属性已经消失，更为常见的是财产共同所有权属性。公司倒闭前会偿还债权人或股东投入的财富，但公司存续期间，公司是唯一的资产所有者。

所有权，代理—经理人和借款方：为了理解里巴<sup>①</sup>和所有权含义，我们将对比代理—经理人和借款人的情况。如果代理—经理人得到投资人资本，并达成共识共享利润，则投资人仍有所投入资本的所有权。如果代理—经理人只是借款人，从投资人那里借到资本，且达成共识将与债权人分享利润，交易仍可能产生问题。

所借资本的所有权归借款人所有，代理—经理人有责任在规定期限内还款，这一过程将产生里巴。借款人从中抽取部分利润用于还款的本金，无论是固定利润额，还是利润率都有利息，这是不许可的行为。需要注意的是，1932年的《巴基斯坦合伙法》第六章允许这种做法，前提是债权人不指定借款人为合伙人。伊斯兰律法不允许，原因是伊斯兰法律禁止里巴。

交易过程中借款人会出现的另一个问题是，这种安排与为回报承担责任的原则冲突。债权人把款项借给借款人后不再持有资金，也就是说债权人不承担商业交易产生的损失。

由于借款全部交付给借款人，借款人承担全部亏损责任，因此也有权获得全部利润，债权人不承担损失，也无权获利。伊斯兰法律不允许这种做法。因此，《合伙法》第六章所述的债权人不是穆斯林。

描述以上情形是为了引导读者思考，这种情况和普通股民的立场相似。前者是后者的原型吗？

---

<sup>①</sup>里巴，伊斯兰教教法术语，意为利息、重利，包括不劳而获、以欺诈和赌博等不正当行为获得的收入和高利贷收入。

## 1.2 利润问题

根本而言,建立合伙及其他商业组织形式的目标很简单:以共同参与的方式共享利润。我们曾说过,伊斯兰律法中的利润分享产生于合伙合同。然而问题依然存在:利润分享的基础是什么?即费格赫承认收益权的有效基础是什么?或许我们可以换个方式问:为了分享共同利益,有多少合法的个人与他人合作方式?常见方法是向合资企业投入资本或资金,但可以在劳务基础上共享利润吗?这些是我们在本章试图回答的问题。审视费格赫的有效基础后,我们还会简要说明现代法律的有效基础。在这个问题上,哈乃斐学派和罕百里学派的观点非常相似。因此,我们应把他们的观点放在一起研究,然后再研究马立克学派和沙斐仪学派的观点。

### 1.2.1 哈乃斐学派和罕百里学派的收益权

哈乃斐学派法学家卡萨尼说:我们认为是收益权可能因财富或劳务产生,也可能因承担损失担保责任产生。很明显,在财富获利的情况下,利润是增长的财富,应属于财富所有人。这就是穆达拉巴合同中的投资人和合伙人有权获利的原因。在担保(承担损失责任)情况下,若代理—经理人承担损失责任,则也有权获得全部(穆达拉巴合同的)利润。因为他承担损失,所得收益也是担保产生的。穆圣说:“收益在承担损失责任的基础上获得。”因此,若他承担损失,则收益也属于他。

卡萨尼也引用工匠的例子,提出合理论据:工匠为他人制作手工艺品,索价比支付手工的价格更高,这时他仅是另一人的雇员。当他是个体经营者时,索要更高价格是因为他承担原料损耗的责任。如果他受雇于人,则损失由雇主承担。因此,索要高价的原因是他提供的基本“担保”。

这种观点与百罕里学派非常类似,因此《赐富者》的作者伊本·古

达麦这样说：

在我们看来，“担保”是劳务—技术—管理合伙收益权的基础。接受的劳务也包括（作为独立承包人的）劳务接受人的“担保”，为收益权提供基础。因此这和穆达拉巴中接受财富非常相似。提供劳动者因付出劳动享有收益权，因而与穆达拉巴类似。

这里也承认担保是获利的基础，即使推理方法与哈乃斐学派稍有不同，罕百里学派对担保概念的实际应用稍显不足，没能最大限度发挥其法律潜能。

以上说法表明，至少有三个原因能证明收益权，即财富、劳务和承担损失责任。正因这三个基础，哈乃斐学派和罕百里学派允许接受财富合伙、劳务—技术—管理合伙和信用合伙（哈乃斐学派的纯担保概念）。也因这些基础，两个学派允许多劳多得——尽管在纯担保理念下，哈乃斐学派更愿意忽略这种情况。

这些观点很重要，然而事实不止如此。只要我们不断推敲法学家的逻辑推理，就能发现他们隐瞒了一个重要原则。该原则在当代很少得到人们的理解，尤其当人们试图推导出合伙法则，并将其应用在企业 and 责任问题中时，因不太理解原则可能会产生混乱。让我们试着理解和阐述该规则，看看它与其他法律是否一致。

上段我们曾引用卡萨尼的话：若穆达拉巴合同中提供劳务者（代理—经理人）承担损失责任，则享有穆达拉巴全部利润。这种情况下投资人得不到利润，但是他已投入资金，且我们曾说过财产是收益权的基础。很明显这样的做法自相矛盾：财产是获利基础，然而我们却否认投资人的应得利润，这是为什么？

答案是：财富是收益权的基础，但不是唯一基础，收益权还需担保

的支持。换言之，穆达拉巴合同中的投资人有权获利，因为他已投入财富，也承担损失责任。这表明担保总与财富联系在一起，且是财富的内在属性。因此这一原则是：财富与承担相应损失的责任共同构成收益权基础。这就是“圣训”的意义：为回报承担责任，但稍加思考就知道这不是“圣训”的全部意义。

这个原则不仅适用合法法，还应用在整个伊斯兰合同法中。但该原则仍需另一个条件——所有权限制。财富所有者因财富享有收益权必须具备三个条件：投入财富，承担损失责任和继续对所投入财富（或交易后交换的东西）享有所有权。该原则在基本合同法中也具法律效力。当交付商品所有权有疑问时，它决定着使用权或中间收益权。与合同理论相关的问题不属于本书讨论范畴。不过，我们将在享有收益权概念中讨论合伙财富中保留所有权的问题。我们把这些子规则结合在一起，就会得到哈乃斐学派称为财产担保的概念。

### 1.2.2 马立克学派和沙斐仪学派的收益权

根据马立克学派的说法，合伙人因投入财富享有收益权。合伙人在合伙中投入劳务和财富，其劳务附属于财富。这显然意味着劳务本身不是享有收益权的基础，至少仅以劳务而言。伊本·鲁世德说：“根据马立克的说法，劳务是第三个要素，且是财富的附属要素，正如我们所言，它不是独立基础，而艾布·哈尼法把它看作独立基础。”

如果这是该学派的立场，马立克学派怎样保持劳务合同和穆达拉巴的有效性呢？马立克学派教法著作《大穆丹沃纳》中指出：“若两人是屠夫，以劳务参与合伙，因为不需要资本，您怎么看？……（他说：）这样做并没有什么害处，就像以迪拉姆缔结的合伙一样，因为他们以劳务参与，其劳务可以看作迪拉姆的替代品。因此对迪拉姆而言是有效条件，当然对劳务也是有效条件。”我们可以从中得出结论：当劳务不依赖财富时，劳务是收益权的有效基础。若财富与劳务同时存在，则劳务附属于财富。例如，穆达拉巴合同的代理—经理人投入劳务，并未投入

财富。对于劳务合同来说也是同理，劳务并不依赖财富。

这就产生一个问题：因为合伙人在合伙中投入的时间更多，所以规定提高他的所得利润率？还是规定劳务合伙人的所得利润高于匿名合伙人？马立克不允许为超额劳务提高利润率；若产生超额利润，劳务合伙人有权因附加劳务得到合理报酬。《大穆丹沃纳》中这样写道：“在我看来，就像马立克说的一样，两人参与合伙，其中一人投入 100 迪拉姆，另一人投入 50 迪拉姆，条件是平均分配获利。马立克认为分配无效，他们应按照出资比例分配利润。多出 50 迪拉姆的所有人投入与 25 迪拉姆相应的劳务，这样两人都为多出的 50 迪拉姆投入劳务。所以他的伙伴理应得到劳动的合理报酬。如果他们没有获利，反而有所损失，则需要按照出资比例承担损失，但是投入 50 迪拉姆的人仍可按照投入的劳务获得合理报酬。”

我们从中可以看出，若一方合伙人投入劳务的比例比资本高，马立克允许他因额外劳务获得报酬。

马立克不允许以信用为基础订立合伙，因为他认为担保不是独立基础。这似乎令人惊讶，穆圣强调伊斯兰法律普遍接受为回报承担责任的原则。

沙斐仪学派允许合伙有单一基础，即财富。因此，他们不允许基于担保的信用合伙，也不允许劳务合伙。至于基于一方劳务的穆达拉巴合同，他们认为这是一种租赁，不是合伙。若将它类比为灌溉合伙，则允许这种做法，我们有一章专门讨论这个问题。

### 1.2.3 土地是获利的基础吗？

大部分逊尼派对合伙耕种合同的分歧很大，许多法学家不许可这种合同。而哈乃斐学派的艾布·优素福和昔班尼许可，罕百里学派似乎同意他们的观点。

真正的区别是承担相应损失责任的收益权原则，哈乃斐学派对此形成两种观点，其中艾布·哈尼法否认合同的有效性，并且认

为获利基础是资金、劳务和担保，或是未投入资本前对承担损失的担保。

两个准则结合在一起表明经商允许有所失时有所得，投入资金时也接受随之带来的损失风险。这里应注意，我们谈论的不是潜在损失或由于资本闲置造成的损失，而是原始本金损失。这与劳务一样，因为全部劳务都会损失。担保相当于资本，唯一区别是没有提前支付。现在我们提出问题：土地是获利的基础吗？答案是：如果土地产生损失，也同样可以获利。

艾布·哈尼法认为土地没有风险，也不可能成为获利基础。合伙耕种是分享利润，土地所有人不因土地亏损的风险获利或获得收成。

另一方面，艾布·优素福和昔班尼认为，土地所有人投入的种子应视为资本，土地应视为不动产，因为在长期的劳务合伙中，无论是有限合伙还是协商合伙都允许利润增加。艾布·哈尼法的观点是合伙耕种无效，因为土地不是获利的基础，我们在后面再详细讨论。

#### 1.2.4 现代法律中收益权的基础

1860年的英国《合伙企业法》规定，只有财富、技术和劳务是获利的有效基础，排除了其他基础。1932年该法在印度实施，随后在巴基斯坦推行，现在仍在实行而不受任何限制。因此，一人不投入资产、技术或劳务也能成为合伙人。林德利说：“签订合伙合同像其他协议一样，约束力需要建立在报酬基础上。任何形式的资本、劳务或其他投入都可以使第三方承担责任，这些足以成为支持协议的条件。”事实上，该法把问题交由合伙人自己解决。

现代法律中，一个人参与合伙获利，却可能不是合伙人。巴基斯坦《合伙企业法》第六节规定：受益人作为合伙人不是分享利润的确证，特别是债权人发放合伙贷款；合伙人分享利润；雇员将部分利润作为劳务补偿；或补偿已故合伙人甚至前任合伙人的继承人之情况。

正如前面在定义中提到的那样，决定一人成为合伙人的真正方式

是合伙关系的存续。我们可以得出结论，依法获利的基础在伊斯兰律法和其他法律规定中都可找到依据。

合伙因素由合伙人确定。我们注意到，若在合伙中投入资金，当所持资金投入合伙时，合伙人有权获利，债权人分享利润，甚或一人投入资金获得所有权，固定合伙都可使用以上原则。

伊斯兰法律的第一类合伙中真正能够验证个人是否是合伙人的是保留所投入资金的所有权。第二类合伙，特别是穆达拉巴产生利润也可验证是否是合伙人。

当代法律体系下，如果我们用保留共同所有权来验证，会发现除了债权人分享利润的情况，大多数情况下测试真实有效。这就引向下一个概念：公司资本所有权。

上述讨论告诉我们，伊斯兰法律有三种收益权基础：资本、劳务和信用。

大多数法学家认为土地不是收益权基础。哈乃斐法学家对以上三个基础做出了如下法律命名：

1. 财产担保或愿意承担资金损失，但仍然保留资本所有权。
2. 劳务担保或愿意履行合同，即无论谁接受劳务，都完成劳务。
3. 信用担保或愿意赊购商品的采购价格。

每一方承担的损失与规定的担保成比例。

### 1.3 不同企业理论

经济学家和公司：公司是一种组织形象，代替个人承担大批市场交易。通过整合内部功能，公司减少交易成本，有时能省去成本。公司是使用所投入资源的集体，在协议条款中给予某方中心地位。芝加哥大学法学院的经济学家罗纳德·凯斯曾说过：“公司内部取消市场交易，用外汇交易代替复杂的市场结构，常常被指挥生产的企业家协调人所代替。”其结果是节约了交易成本。

表述商业活动概念时最常用的词是“企业”。“企业”一词暗含追求盈利的所有权单位。然而，经济学家更愿用“公司”。现代经济学家的观点是，生产由公司而非个人展开。与之相比，简单经济中的生产可能由专门制造商品和个人提供服务完成。但是，随着社会和技术发展得愈加复杂，越来越难以处理协调价格体系的问题，且花费愈来愈大。公司作为一种组织原则被推向前沿，替代各种费时费力的市场交易，购买和雇佣生产代理。经济学家围绕公司的概念构建并分析体系。

**公司的会计概念：**公司概念似乎源于商人需求，大概早在经济学家出现之前就有了。由于商业必要性，人们把一个组织或团体看作个体。这一观点首先导致团体记账出现。因此，人们称它为“公司的商业概念”。

现代企业尚未出现时，会计人员曾把合伙或其他形式的集体商业行为看作个人或个体行为。这些合伙形式并不基于实体概念，合伙没有法人资格，但商人及会计师们常在账目中赋予其人格。因而，合伙人的任何投入均成为公司资本。伊斯兰律法中，尽管公司并不具有法律真实，会计人员仍赋予公司人格，使其中一位合伙人退出公司或亡故，公司账目保持不变。

**公司的律师概念：**正因如此，现代合伙企业法似乎承认公司概念。例如，印巴分治前的印度及后来的巴基斯坦都实施合伙企业法，承认公司概念。同样，合伙注册后，法律授予合伙权利，可以以合伙名义提出诉讼或被诉。林德利在著作中详细阐述了这一概念。法律承认公司概念并不意味着赋予合伙人格特征。下面我们将讨论律师如何看待公司。

对律师而言，公司概念虽然存在，但若分析合伙人或股东之间的根本法律关系，仍要重视其确切类别。对于律师来说，公司可能是人与人结成的团体，一种合伙，有限合伙或一家企业，也是每种类型的不同变体。律师认为合伙和公司一直是两个不同的概念，尽管其差异正在迅速消失。

法律赋予公司法人资格,但合伙并不如此。有些国家的司法赋予合伙法人资格。在美国,人们长久以来一直争论合伙是集合概念还是实体概念。最近的新《统一合伙法》更倾向于实体概念,甚至赋予合伙法人资格。当然,真正实施该法要根据各州的情况决定。一旦实施,作为公司的合伙会计概念与法律概念差异将不再明显。

公司的商业概念与伊斯兰法律:伊斯兰法律承认公司的商业概念吗?答案是肯定的。但之所以承认是因为两者都体现担保契约关系。因此,这一概念与协商合伙有关,但与普通有限合伙无关。沙拉赫西说:“若有限合伙中两个合伙人要求一人还款,一个合伙人同意推迟还款,另一合伙人则不受此约束。这与协商合同中的两个合伙人相反。因为商人习惯将协商合约的参与者看作独立个体。推迟索赔也是商人的习惯做法。因此,一人的行为正如另一人的行为。另一方面,有限合伙中的合伙人并非单独个体。而在协商合伙中,每个合伙人都有权追偿另一人的欠款。”

这是公司商业概念的准确陈述。卡萨尼区分律师支持的概念,借以进一步澄清。他说:“在(协商)合伙中,一人的行为视为两人的共同行为,个人声明视为共同声明。”事实上,在法律意义上他们是两个人,而在商业艾哈卡姆<sup>①</sup>条例中,他们是整体。

哈乃斐学派法学家对这一概念的分析最为精确,就连现代法律也难以企及,这给我们带来一个问题:现代法律在什么基础上承认公司概念?是基于费格赫中的担保合约吗?答案是否定的。这绝对基于代理合约赋予的更宽泛含义。

公司的商业概念和公司人格:关于这个问题,我们建议对现代两种观点进行细微修正较为合适。第一种观点在亚伯拉罕·L.阿多维奇的代表作《中世纪伊斯兰合伙和利润》中有所体现,这本著作的深入分

---

①艾哈卡姆,哈卡姆的复数形式,指宗教禁令,意为判决、判断、断法。