

【法学研究】

# 中世纪之东法西渐：试论伊斯兰法对英国法的影响

冷霞

(华东政法大学 外国法与比较法研究院, 上海 200042)

**摘要:**英国法的起源是英国法律史研究的重要论题。近半个世纪以来,多名学者提出了“英国法的伊斯兰起源说”的新观点,认为英国法中的债务之诉、新近侵占之诉、陪审制、信托制、律师公会等制度都可能溯源至中世纪的伊斯兰法,而诺曼人治下的西西里王国、十字军东征以及商贸、宗教的人员往来等则是这些制度传播的渠道。这一学说为我们理解法律文明的多样性及中世纪东西方文明之间的历史关联提供了一个新视角,值得进一步的探索。

**关键词:**英国法;伊斯兰法;西西里王国;十字军;圣方济会修士

**中图分类号:**DF08

**文献标志码:**A

**文章编号:**1674-2494(2013)05-0026-12

在欧洲法律发展史上,英国法长久以来都独树一帜,当欧洲大陆臣服于罗马法和教会法的权威之下时,英国法却走上了不同的道路,表现出了与欧洲大陆不同的特征。对此,学者们有着诸多探讨,无论答案如何,往往都集中于英国社会本身独有的历史、地理、政治、习俗、民情等等。但自20世纪中叶以来,一些有着伊斯兰法学术背景的学者却得出了不同的结论。通过比较研究,他们发现,尽管在西方世界范围内英国法特立独行,但一旦跨越欧洲的疆域,在中世纪阿拉伯帝国的伊斯兰法中却能找到诸多与中世纪英国法极为相似的特征,与此同时,中世纪伊斯兰世界与英格兰之间通过诺曼人治下的西西里王国、十字军东征以及商贸、宗教的人员往来等多种途径实现的相互交流,也为“英国法中的一些制度源自于伊斯兰法”这一猜测提供了一定的依据。

在这些研究中,最为重要的是约翰·马克迪西(John Makdisi)于20世纪末在《北卡罗来纳法律评论》上发表的《普通法的伊斯兰起源》一文。在该文中,马克迪西比较了“为债务之诉所保护的英格兰契约”与“伊斯兰的阿格德(Aqd)”,“英国的新近侵占之诉”与“伊斯兰的伊斯提赫卡格(Istihqaq)”,以及“英国陪审制”与“伊斯兰的拉菲夫(lafif)”,并且认为这些形成于亨利二世时期的制度都是通过诺曼人统治下的西西里王国的渠道引入英格兰的<sup>[1]</sup>。

在约翰·马克迪西之前,已经有相当一部分学者认同英国的信托制与伊斯兰法中的瓦克夫制度存在着亲缘关系。早在1949年,安·范·维南·托马斯(Ann Van Wynen Thomas)就已经讨论了瓦克夫制度对于英国信托制创立的影响<sup>[2]</sup>。1955年,亨利·卡坦(Henry Cattan)提出英国信托制非常类似并且很可能源自更早的伊斯兰的瓦克夫制度<sup>[3]203-223</sup>。阿维舍·阿维尼(Avisheh Avini)于1995年所撰写的《现代英国信托制起源再探》一文通过对英国信托制起源的多种理论进行比较,认为伊斯兰法中的瓦克夫制度对于英国用益制的影响无疑是最为突出的<sup>[4]</sup>。莫尼卡·高迪奥西(Monica M. Gaudiosi)则指出13世纪英格兰牛津大学的莫顿学院正是以伊斯兰的瓦克夫制度为

收稿日期:2013-08-15

基金项目:国家社会科学基金重大项目“法律文明史”(11&ad081)子课题“英美法系”;教育部人文社科研究项目青年课题“中世纪英格兰中书法庭司法转型研究”(10YJC820055);上海市教委晨光项目“英国大法官研究”

作者简介:冷霞(1979-),女,江苏宜兴人,讲师,法学博士,主要从事比较法与英国法律史方面的研究。

基础而建成的<sup>[5]</sup>。这些学者多将瓦克夫制度的引入归功于由中东返回英格兰的十字军战士、圣方济修道会的托钵修士等群体。

在法律教育领域,乔治·马克迪西(George Makdisi)就伊斯兰对西方法律教育的影响做了整体研究,他解释了伊斯兰和西方在法律教育机构、教学方法以及教学许可证之间的许多类似之处<sup>[6-8]</sup>,但就普通法而言,他特别注意到了伊斯兰的法律行会与英格兰的律师公会之间的相似之处,提出两者之间存在源流关系,并且将伊斯兰制度的引入归功于圣殿骑士团和医院骑士团<sup>[9]</sup>。

尽管对以上这些学者的观点仍不乏争论,但是这些学者的探索为我们理解英国法的早期历史发展以及东西方法律文明之间的交流提供了很好的基础,本文试图以上述研究为基础,对中世纪伊斯兰法与英国普通法之间可能存在的源流关系及传播途径进行梳理,并对这一假说予以评析。

## 一、亨利二世司法改革的伊斯兰法起源及传播途径

众所周知,亨利二世于12世纪进行的司法改革导致了英国法律体系的革命性变化,为英国普通法的形成奠定了基础。长期以来,英国法律史学界通常将此次司法改革的种种制度变革归于亨利二世对盎格鲁-撒克逊法的延续、诺曼人所引入的欧陆制度以及罗马法、教会法甚至北欧法等其他法律体系的影响<sup>[10]96-102;[11]32-34</sup>。但约翰·马克迪西的研究则将我们的视线引向了伊斯兰法,他指出:“在英国历史上,亨利二世的司法改革所引入的有别于既有的欧陆法律制度的变革性概念有三个:(1)在契约法上,允许通过债务之诉实现以要约和承诺为唯一基础的财产所有权的移转;(2)在财产法上,通过新近侵占之诉将占有作为一种形式的财产所有权加以保护;(3)王室法院通过陪审团审判建立了一种处理纠纷的理性程序。而这三种制度的起源都可以追溯至伊斯兰法中的类似制度。王室法院中通过债务之诉保护契约类似于伊斯兰的阿格德制度,英国的新近侵占之诉类似于伊斯兰的伊斯提赫卡格,而英国陪审制类似于伊斯兰的拉菲夫。”<sup>[1]</sup>

### 1. 债务之诉与阿格德的比较

人们普遍认为,在英国王室法院中发展起来的对于契约的最早保护就是债务之诉(debt)。它用于一方请求他方清偿一定金额的债务,在格兰维尔时代已经成为一种重要的救济方式。作为收回金钱的权利主张的一般程式,其应用相当广泛,只有暴力所致损害的数额未定的损害赔偿金主张除外<sup>[12]218,222</sup>。

格兰维尔在其写于12世纪80年代末的著作中对于债务之诉进行了最早的描述:“债的原因也可以是买或卖,如当某人出卖某物给他人的时候,那时价金属于卖方,而出卖物属于买方。当缔约方已就价金达成合意,一桩买卖就实际完成,只要接着进行了出卖物的交付或者全部或部分价金的支付,或者至少定金的支付和接受。”<sup>[13]129</sup>

诸多学者,如梅特兰、波洛克<sup>[14]204-205</sup>以及辛普森<sup>[15]162-169</sup>等人,都将格兰维尔的这段描述与罗马法联系起来,认为债务之诉属于对人之诉,而非对物之诉,并且与罗马法相同,买卖标的物所有权的移转以交付为标志。

但是马克迪西重申了15世纪首席法官托马斯·布里顿(Thomas Britan)(1478—1479)的观点,提出了不同的看法。他认为,在对债务之诉的讨论中,格兰维尔并未参照罗马法,而是提出了一种通过双方合意实现让与的新型制度。也就是说,在达成合意之后,交易标的物实际交付之前,该交易标的物的所有权已经基于该合意而发生转移,卖方有义务将属于买方所有的财产移交给他。其理由有三,第一,在债务之诉中,原告诉称被告“不正当地强行扣留(ei iniuste deforciat)”,此处拉丁文deforciat直译为“强占”(deforces),其含义即指债务人扣留了属于债权人的财产。第二,在债务之诉中,在债权人死后,主张债权的权利被传给了他的继承人。一般而言,如果债务的标的物尚未为买家所有,继承人将无法进行诉讼,因为该义务仅仅是一项诉讼权,而纯粹的诉讼权是无法被继承的。所以,继承人提起诉讼以获得交易标的物的权利必然是建立在买方已经获得所有权的基础上的,即使该标的物仍然处于卖方的掌握之中。第三,无论是从该段落的具体含义还是用词来判断,格兰维尔所说的“只要……”应理解为解除条件而非先决条件<sup>[1]</sup>。总之,按照马克迪西的理解,债务之诉是一种对物之诉而非对人之诉,作为其基础的买卖契约在合意达成的同时即已实现了交易标的物的所有权的移转。

马克迪西认为,虽然债务之诉的这一特性在罗马法、教会法、盎格鲁-撒克逊法等西方世界的法律体系中都没有先例,但在更早的伊斯兰法中却可以找到类似的制度——阿格德。阿格德在12世纪的伊斯兰世界已然确

立,它规定买卖标的物的所有权,无论是动产还是不动产,一经契约缔结(即已经要约和承诺)即移转。此外,债务之诉和阿格德之间的相似之处还表现为:第一,在诉讼中,买方均主张其交易标的物为卖方出售后仍为其不正当地强行扣留;第二,两者都以买卖标的物的所有权在达成契约后转移导致法律上的不平衡(因为买方在未交付价金的同时获得了买卖标的物的所有权)作为买方支付价金的契约义务的理由,只有买方支付价金才能恢复双方之间的平衡,伊斯兰法称之为等价(equivalence)原则。而在英国法上,这一理解正是后来的对价(quid pro quo)概念的前身。所谓对价,就是指“一物对一物”,当卖方将“某物”转移给买方,这就为卖方创设了一个从买方处获得“某物”的相应权利。因此,在伊斯兰法和英国法上,缔约义务的来源都是以交换正义为基础。契约的履行是为了维持缔约双方之间的平等,而非迫使遵守承诺。第三,两者都规定,交易标的物的灭失风险被置于占有该标的物的卖方身上<sup>[4]</sup>。

在债务令状诞生后的数个世纪中,英格兰王室法院的债务之诉使得普通法提供了一种不同于同时代的西方法的救济,而伊斯兰法是与它具有共同特征的唯一法律体系,并且伊斯兰契约在债务令状出现在英格兰之前就存在多时。因此,将英格兰的这一制度归因于伊斯兰教并非是不可想象的。

### 2. 新近侵占之诉与伊斯提赫卡格的比较

亨利二世于1155—1166年间所创制的第一种土地占有诉讼令是新近侵占令状(assize of novel disseisin)。该令状的目的在于迅速处理那些新近发生的、未经判决并且不正当地实施的、不被允许的对于土地占有的侵扰行为。任何主张被如此剥夺占有之人都能够通过购买新近侵占令状获得救济。该诉讼通过提供一种确立合法占有的快捷方式来保护土地的所有权,它以陪审团审判取代司法决斗,并且缩短了恢复占有的期限,还提供了更为便利的诉诸法院的渠道,从而实现了英格兰保护土地所有权的程序的革命,在普通法的形成过程中扮演了主要角色。

虽然布拉克顿在他写于13世纪的著作中声称该令状是经过了诸多不眠之夜的冥思苦想而被创制出来的,但亨利二世及其顾问从何处获得了关于这一令状的灵感尚不清楚。时至今日,学者们仍然不得不说“该令状是在亨利二世时期创制出来的,但是除此之外,就其起源尚未达成任何一致意见”<sup>[16]5</sup>。密尔松甚至声称“新近侵占之诉是普通法历史上的最大谜题”<sup>[16]</sup>。

波洛克和梅特兰、霍兹沃斯、甄克思等英国法律史大家都认为该令状是受到了教会法上的“侵夺之诉”(actio spolii)的影响,并将其源头最终追溯至罗马法上的保护占有者禁令(the interdict unde vi)<sup>[14]47-48,52; [17]204; [18]118-119</sup>。

但马克迪西认为,虽然教会法上的侵夺之诉与罗马法上的保护占有者禁令确实具有与英国的新近侵占之诉类似的特征,前两者与后者之间也存在着一个重大的差异:教会法上的侵占之诉和罗马法上的保护占有者禁令强调维持和平和安宁,以保护占有为目的,占有者甚至能够藉此对抗所有者的重新占有;而英格兰的新近侵占之诉中却并非如此,一些具体的判例已经表明,如果占有者为被占土地的真正所有者,所有权能够成为一项有效的抗辩,他认为,这表明新近侵占之诉并不将保护占有作为它本身的目的,而是强调通过使用占有的概念来确立对所有权的保护。因此,新近侵占之诉并非源自教会法或者罗马法。此外,也并没有证据表明新近侵占之诉源自于诺曼、盎格鲁-撒克逊<sup>[1]</sup>。

马克迪西提出,英格兰的新近侵占之诉的源头是伊斯兰法中的伊斯提赫卡格制度。伊斯提赫卡格是一种向卡迪法官提起的主张收回被篡夺土地的诉讼,在12世纪时已然确立。与英国的新近侵占之诉一样,该制度也支持重新占有土地的所有者可以以所有权为由对抗被占有者的恢复占有的主张。而且这两种诉讼都采用了召集12名证人组成的陪审团来证明事实真相的程序。此外,作为对所有权人抗辩理由的限制,新近侵占之诉和伊斯兰法都没有发展出类似于罗马法上的时效取得的制度,而是通过规定程序时限(limitation),即提起确认某人的所有权的诉讼的时限的方式来达到同样的目的<sup>[1]</sup>。

总之,新近侵占之诉在英格兰的财产法领域引入了一个变革性的概念——通过将占有视为一种所有权的推定,使得财产权成为一个相对的概念。该制度无法追溯至同时代任何其他的西方法律体系。伊斯兰法是唯一与这一英国令状具有共同特征的法律体系,并且其制度产生的时间要早得多。

### 3. 陪审制与拉菲夫的比较

在英格兰,陪审制确立之前所盛行的是司法决斗、神明裁判和宣誓断案法。所有这些证据形式都在12世纪

陪审团出现后被逐渐取代。在司法改革中,亨利二世将陪审团确立为一种主导性的证据方式,从而实现了英格兰司法程序的大变革。关于陪审团的起源,众说纷纭。大致可以分为三派观点:源自日耳曼人习惯、源自法兰克王国的加洛林王朝,以及融合以上两派观点的综合说。

早期学者认为,陪审制可能源于日耳曼人的习惯。有学者将其溯源至古代民众大会的民众法官或宣法者,也有学者追溯至早期的宣誓助讼者。还有学者诉诸 997 年艾赛尔德国王时期的英国旺蒂奇地区关于“十二乡绅制度”(twelve thegns)的一则记录<sup>[10]130</sup>。

德国学者布伦纳将陪审制的起源追溯至加洛林王朝的咨审调查法(inquisitio),认为该制度经由威廉一世引入英格兰<sup>[10]93-94</sup>。

卡内冈则是综合说的代表。他一方面赞同布伦纳的观点,认为出于行政,附带也由于司法目的,基于王室命令、由王室官员挑选、在王室调查中使用陪审团的制度,是由在大陆上了解法兰克这一制度的诺曼人引入英格兰的。但同时认为,作为日耳曼习惯的自由民众陪审的传统可能加速了亨利二世及其后继者普通法陪审制的成功。这种自由民众陪审制度出现在早期的斯堪的纳维亚诸国、诺曼征服之前的丹麦法区、盎格鲁-撒克逊时期的教会法院以及诺曼征服后的地方法院。总之,英国陪审制主要源自诺曼和盎格鲁-撒克逊制度的混合<sup>[10]96-99,101-102</sup>。

马克迪西则指出,如果停留在西方法律史的范围内,卡内冈对于陪审制的起源的解释是非常令人信服的。但是,如果越出欧洲的边界,分析伊斯兰法中的可能的起源,就会发现,与卡内冈所说的法兰克以及盎格鲁-撒克逊制度相比,伊斯兰法中的制度与英国陪审制表现出更大的相似性。为了证明这一结论,他归纳了英国陪审制的九大基本特征:(1)陪审团由 12 名从邻居中挑选的宣誓者组成;(2)他们必须给出一个答案;(3)必须是一致裁决;(4)是关于他们本人看到或者听说的事项;(5)证词对于法官具有约束力;(6)解决关于案件中的事实争议;(7)争议发生在平民百姓之间;(8)争议基于一个司法令状提交给陪审团;(9)该制度作为原告的一项权利而获得。

在此基础上,他将其与法兰克的王室咨审调查法和盎格鲁-撒克逊的自由民众陪审制度相比较。结论是,这两种制度与英国陪审制有着诸多不同,例如,这两种制度的宣誓人团体的数量不固定为 12 人,裁决也并不要求意见一致,并不作为法律事实对法官具有拘束力,并且原告也并不拥有要求陪审团审判的权利<sup>[11]</sup>。

相比之下,伊斯兰的拉菲夫制度几乎具有英国陪审制的所有特征,两者唯有的不同是关于案件被提交给法庭的方法以及该陪审团选任陪审员的方法。在英格兰,原告如要在王室法院提起诉讼,首先要获得一份王室司法令状,该令状命令郡长挑选陪审团。使用司法令状的方法在英格兰之所以必要的,是为了帮助王室法院在诸多法院的管辖权竞争中胜出。但伊斯兰法中仅有一个普通法院体系提供司法救济,并不存在管辖权的竞争问题,因此也就无需求助于司法令状。换句话说,英格兰的原告需要令状是为了将管辖权从地方法院转移到王室法院,而在伊斯兰原告可以直接诉诸卡迪法官,而无需违背任何其他法院的管辖权。另外,在伊斯兰法中,双方当事人各自召集自己的陪审拉菲夫证人,这似乎与英格兰由郡长召集一个独立的陪审团的做法不同。但对英格兰陪审团的进一步研究表明可能郡长并非是挑选陪审员的主要人员,而仅仅是保证他们被挑选。卡内冈注意到,根据早期的王廷卷宗(Curia Regis Rolls)所记录的一些案件,双方当事人被允许挑选他们自己的陪审团<sup>[20]102</sup>。而且,在一个案件中,伊斯兰法也并不确认两套拉菲夫证人都作为证据。法官根据优先权规则来决定哪方的证人可以被视为证据。因此,伊斯兰仅用一套拉菲夫作为证据,就如同英格兰仅仅使用一个陪审团<sup>[11]</sup>。

通过以上比较,马克迪西提出,伊斯兰法中的拉菲夫制度与英国 12 世纪时的陪审团在几乎每个细节方面都是类似的。两者之间的相似度较法兰克以及盎格鲁-撒克逊制度更高。

#### 4. 影响的途径

如果确认亨利二世司法改革的重要制度——陪审制、新近侵占之诉以及债务之诉都可以在同一时期更为先进的伊斯兰法中找到原型,那么亨利二世及其顾问们又是从何处获得了关于伊斯兰法的相关知识的呢?答案是诺曼人统治下的西西里王国。

总体而言,前述英国法中所出现的与伊斯兰法相似的数个特征都属于伊斯兰法中的马利克派。这一学派在中世纪时盛行于 9—12 世纪穆斯林控制之下的西西里。虽然自 1061—1091 年间的诺曼征服使得穆斯林丧失了对此地的控制,但阿拉伯的文化并未因此而中断。相继续统治西西里的诺曼国王罗杰一世和罗杰二世在统治这一

区域后,都秉持着吸收、融合的态度,允许穆斯林自由地信仰自己的宗教,由他们自己的法官适用自己的法律,雇佣了大量穆斯林充实自己的军队,甚至还委任了诸多穆斯林官员。这两位国王还积极地学习借鉴伊斯兰的制度,他们效仿穆斯林的财政机构,借鉴了穆斯林的海军制度,还学习伊斯兰法中的司法管理制度<sup>[1,20]</sup>。他们兼容并包、海纳百川的态度不仅使得西西里王国成为当时的强国,也成为东西交流的枢纽:尤其是当十字军东征之时,西西里以其造船业以及其掌握跨越墨西拿海峡的通道而在北欧和圣地的交通之间扮演了关键角色;12世纪贸易的增长引人注目,西西里恰恰扮演了欧洲和伊斯兰世界的货物中转站的角色<sup>[1]</sup>。

因此,诺曼人统治下的西西里王国为西方世界引入伊斯兰制度提供了绝佳的机会。对于英格兰而言,这一机会特别具有实现的可能:英格兰和西西里是12世纪仅有的两个由诺曼国王统治的国家,一些1061年在墨西拿战役中战斗的骑士5年之后也在黑斯廷斯战役中战斗;英格兰一代雄主亨利二世继位的时间恰逢诺曼国王罗杰二世在西西里去世之时;尤其是,当时英格兰和西西里之间的交流非常密切、频繁。当时两地之间的旅程通常耗时7周,甚至在亨利和罗杰时代之前,在诺曼底和西西里之间就存在稳定的交通。在12世纪,随着金雀花王朝的疆域从英格兰扩展至南部法国,而西西里-诺曼王国也向北扩张至罗马,两国之间的距离进一步缩短。

特别值得关注的是自罗杰二世时期开始,两个王国之间的人员往来,尤其是行政班子的频繁交换。事实上,有许多官员同时以英格兰和西西里为其故乡。罗杰二世的大法官塞尔比的罗伯特(Robert of Selby)是英格兰人;布卢瓦的彼得(Peter of Blois)既是西西里威廉二世的导师,也是亨利二世的朋友。而亨利二世的朋友阿普利亚的西蒙(Simon of Apulia)则自西西里来到英格兰,并担任了约克教长和埃克斯特主教。两个王国之间的联系还通过1177年威廉二世与亨利的小女儿乔安娜的婚姻而进一步巩固。

现有研究认为,伊斯兰制度传播的关键人物很可能是亨利二世的特别顾问托马斯·布朗(Thomas Brown)。托马斯·布朗约于1120年生于英格兰,在1137年左右首次出现在西西里,并于1149年成为罗杰二世的财政主管机构<sup>①</sup>的最高长官,且深受到国王信任。布朗于1154年罗杰二世去世时离开西西里,并于1158年应亨利二世的邀请返回英格兰。在英格兰,布朗不仅被国王任命改革王室的财政署,而且在公私事务上都受到国王的高度的信任。他无疑有能力帮助亨利二世了解当时欧洲最有权力并且最为富有的政府——罗杰二世治下的西西里王国的内部运作。事实上,在托马斯·布朗出现于英格兰仅仅8年之后,英国的新近侵占诉讼令被颁布,英格兰陪审制也出现了。因此,我们有理由推测,亨利二世及其顾问们很可能就是经由布朗了解到相关的伊斯兰制度,从而创设了普通法的基本制度,最终实现了英格兰乃至世界的法律变革<sup>[1]</sup>。

事实上,西西里王国对于亨利二世的制度改革的贡献并不仅限于以上内容。马克迪西还从语源学的角度出发,认为 assize 一词源自于阿拉伯文中的西亚阿塞(siyaasah),是指君主以伊斯兰教的名义进行司法的管理权威<sup>②[21]136</sup>。曼利奥·利马(Manlio Lima)则指出,罗杰二世于1140年颁布的吸收了诺曼、伊斯兰以及拜占庭(尤其是查士丁尼)等多种法律思想的杰出法典《阿里亚诺法令》(the Assizes of Ariano)在一定程度上影响了亨利二世于1164年颁布的《克拉伦敦宪章》<sup>[23]</sup>。虽然该宪章主要关注的是王权与罗马教会之间的关系,而非普通法的内容,但这一无疑可以作为当时亨利二世借鉴西西里制度,并且可能经由西西里学习其他文化的重要佐证。

## 二、信托制的伊斯兰法起源及传播途径

关于英国信托制的前身用益制的起源,一直存在着争论。相继出现了罗马的遗嘱信托制度(fideicommissum)起源说、日耳曼法的萨尔曼制度(salmannus)起源说、罗马-日耳曼混合说<sup>[24]10-33</sup>。但这些学说都存在着一定的缺陷。就罗马起源说而言,这一理论最根本的缺陷在于,遗嘱信托制度在本质上是一种按遗嘱的遗赠,而英格兰的用益制很少是由遗嘱而产生的。两者之间的另一个不同在于根据遗嘱信托制度,是遗产的受赠人而非信托继承人被视为真正的所有人。此外,如果两者之间存在源流关系,中世纪的英格兰就应当照搬遗嘱信托一词,而非转用他词指代这一制度。由于这些批评,罗马起源说在19世纪时逐渐被抛弃。日耳曼起源说的主要问题在于,日耳曼法中的萨尔曼实际上并不履行类似于信托制的受托人的职责,而仅仅是充当了遗嘱执行人的角色而已。此

<sup>①</sup>该部门正是源自穆斯林的相关机构“地万”(Diwan),并且保有其穆斯林的特征和运作。它负责保存边界档案、买卖土地,收回国王的财产、强制执行欠国王的到期款项,并且召集法庭来决定边界和判决争议。

<sup>②</sup>也有理论认为该词源自古法语 assise,是指会议或者解决纠纷的法令,或者国王的立法会议。

外,没有任何证据证明在英格兰曾经实施过通过萨尔曼制度实现的不动产转让。布拉克顿在其 13 世纪的著作中对该制度也是只字未提<sup>[4]1151</sup>。梅特兰的罗马-日耳曼起源说<sup>[14]233-239</sup>同样无法回应以上批评。

因此,20 世纪下半叶的一些研究开始认为信托制源自于伊斯兰的瓦克夫制度。伊斯兰的瓦克夫制度是一种非法人的慈善信托制度。瓦克夫原意为“限制”、“保留”、“留置”,专指保留安拉对人世间一切财富的所有权,或留置部分有用益价值的土地、产业,现时或在将来专门用于符合伊斯兰教法规定的宗教与社会慈善事业。瓦克夫有两种形式。一种是原所有人从一开始就明确宣布,将其部分土地或产业的收益捐赠给宗教慈善事业(如用于兴建清真寺、学校、医院、浴池等),称为公益瓦克夫。一种是原所有人宣布,将其部分或全部土地或产业首先留归自己的子孙后代享用,直到没有合法受益人时,再用以赈济贫民和需求者,称为家庭瓦克夫或私人瓦克夫<sup>[25]575</sup>。

瓦克夫和用益制拥有诸多相似之处。在目的上,这两者都被用来规避对土地所有权的限制,以及用来避免土地所有权上的财政负担。在理论上,两者都涉及所有权的分离和用益权,仅仅授予受益人享有受益权,以及设立人将受益权授予受益人的继承人的权利,无论现在的还是将来的。在结构上,两者具有类似的结构——瓦克夫(waqif)类似于信托设立人;穆塔瓦利(mutawalli)类似于受托人;并且两者都拥有现时的或者将来的受益人。此外,瓦克夫和用益制都强调永久性的特征,即瓦克夫/用益一经设立就不可收回。虽然这一特性虽不再为现代的一般信托所具有,但英国慈善信托的信托财产的处理依然保留了永久性的特征<sup>[4]</sup>。

瓦克夫制度与英国信托制之间的重大差异表现为两点:一是当设立瓦克夫的特定目的不复存在的时候,设立瓦克夫制度的财产必须明示或者默示地复归于慈善用途。这一差异的产生是因为根据伊斯兰法,如果瓦克夫制度不具备最终的慈善目的就是无效的。但这一差异仅仅存在于伊斯兰的家庭瓦克夫和非慈善性的英国信托之间,但公益瓦克夫被要求从一开始就致力于慈善目的,因此也就没有这一条款。二是英国法上将“普通法上的地产权”置于信托财产的受托人手中。但这一制度的存在是由于英国普通法与衡平法两大法院体系并立的结果,而且虽然英国的受托人可能是信托财产名义上的所有人,但他依然有义务为了受益人的利益而管理该财产。因此,英国受托人与穆塔瓦利并不存在重大的差异<sup>[9]</sup>。

显然,瓦克夫与英国早期信托——用益制,尤其是慈善信托非常类似,两者之间的相似之处超过了罗马法上的遗嘱信托以及日耳曼法上的萨尔曼制度。阿维舍·阿维尼甚至认为两者事实上就是一种制度。

值得注意的是,英国信托制度的出现时间恰与欧洲和穆斯林世界之间的接触日渐频繁的时期相重合。在 11—12 世纪,前往圣地朝圣者很常见。而自 1095—1291 年间的十字军东征更是使得成千上万的欧洲人前往中东,其中除了战士之外,还有神职人员、朝圣者、商人乃至学者等各个阶层之人。这些人在返回故乡的时候,极有可能将某些伊斯兰制度引入欧洲。

支持伊斯兰起源说的学者们大多倾向于认为,瓦克夫制度是被 13 世纪时曾活跃于中东又随同十字军返回的圣方济修会的托钵修士输入的,他们利用这一制度以满足他们化缘的需求。因为,根据圣方济修道会的规定,这些修士起誓甘于贫困,因而不能拥有自己的财产,这就导致如果有人想要向这些托钵修士或者特定的修道院进行捐赠,就必须让他人代为持有该财产,修士或者修道院只是作为用益的受益人。这一制度保证了僧侣们在利用该财产的同时不违背自己的誓言。而受托持有该财产的第三方不被允许将该捐赠财产挪作己用。还有一种模糊的说法,认为是对伊斯兰的瓦克夫制度有所了解的十字军战士返乡后将这一异国的制度带回了英国<sup>[26]42</sup>。

阿维舍·阿维尼则突出了圣殿骑士团在瓦克夫制度引入中所起到的作用。他援引莫尼卡·高迪奥西的研究,指出 1264 年的《莫顿学院法》与典型的瓦克夫的法律文书之间惊人相似之处表明牛津大学莫顿学院很可能正是根据瓦克夫制度建立的<sup>[9]</sup>。1264 年的《莫顿学院法》的制定者是 13 世纪的英格兰高官沃尔特·德·莫顿(Walter de Merton),他曾三度担任英格兰的大法官一职(1258、1260 和 1272 年)。在担任大法官期间,莫顿辅助国王处理国务,无疑会与十字军以及其他到访过中东之人有所接触。此外,13 世纪时,在圣殿骑士团的经营下,其在伦敦的总部——新圣殿已经是一个忙碌的商业中心。与许多富有之人一样,莫顿也利用新圣殿处理他的商业交易,还将其财富寄存其中。这些交易无疑也有利于他与伊斯兰世界的接触,因为在 12 和 13 世纪,圣殿骑士团与中东,尤其是耶路撒冷接触频繁。因此,莫顿有可能藉此了解了当时在中东广泛应用的伊斯兰形式的慈善信托——瓦克夫制度,并根据这种非法人的慈善信托制度设立了莫顿学院<sup>[4-5]</sup>。

### 三、律师公会的伊斯兰法起源及传播途径

英格兰法律职业的起源经常被认为有些模糊。乔治·马克迪西(George Makdisi)打破这一历史迷雾,提出英国的律师公会“在历史上跟圣城耶路撒冷联系在一起。这种类型的会馆,起源于巴格达和哈里发帝国东部,后来向西传到其他大城市,包括耶路撒冷和整个西班牙和西西里岛的城市”<sup>[7]</sup>。

#### 1. 伊斯兰和英格兰的法律职业的比较

乔治·马克迪西认为,伊斯兰和英格兰的法律行会的相似之处表现为以下三个方面:

首先,两者所承担的法律教育都是在毗邻宗教场所的旅馆中进行的:在巴格达是毗邻清真寺的旅馆,在伦敦则是毗邻教会的旅馆。

在伊斯兰世界,法律职业行会——教法学派(madhabs)自公元9世纪下半叶开始获得了长足的发展。早期的教法学派以地域命名,其数量一度达到数百个,后来转以法学家之名命名,其数量也逐渐减少,最终降至4个,即哈乃斐派、马立克派、沙斐仪派以及罕百里派。这些教法学派虽然在对待伊斯兰法的根本教义上没有大的分歧,但是在法律渊源和具体规则方面存在着重要的差异。作为法律行会,这些教法学派的职业化于11世纪时发展到了顶峰,从而推动了伊斯兰法律教育的职业化。

伊斯兰早期的高等教育都在清真寺中进行,其教授的内容不仅包括古兰经和圣训,还涉及语法、文学及法律。但最终,当出现了毗邻清真寺的旅馆之时,法律的学习开始与其他知识的学习相分离。这主要是因为法律的学习要求常年的专心研读:完成基本的学徒期的学习要花4年的时间;此后还要花10年、20年,甚至更多的时间。但是,法律学生却无权在清真寺中住宿,因而产生了独立的住宿要求。为了满足这一需求,毗邻清真寺的旅店应运而生。据说,有一名慈善事业的捐赠者在30年间捐赠了3000个附属于清真寺的旅店。这些旅店为来自外地的法律学生提供住所,成为他们的聚会场所、学习场所,满足所有无法在清真寺完成的功能。正是在此基础上,进一步发展出了宗教学校(Madrassa),它结合了清真寺的教学功能和旅店的住宿、聚会等功能。在那些没有建立宗教学校的城市中,如耶路撒冷、巴基斯坦、西班牙和西西里等地方,清真寺-旅店的这种模式继续存在<sup>[9]</sup>。

在英格兰,最早的法律学校出现于斯蒂芬国王统治时期(1135—1154年)及其后的亨利二世统治时期(1154—1189年)的伦敦。当时先后建立的三所法律学校都与教堂毗邻:其中的一所位于圣父街(Paternoster Row),毗邻圣保罗教堂;圣乔治旅馆(St. George' Inn)毗邻圣墓教堂;而萨维旅馆(Thavies' Inn)则毗邻圣安德鲁教堂。威廉·菲茨蒂芬(William Fitzstephen)<sup>①</sup>在他的《伦敦城描述》一书中描写了法律教师们“在他们的学生见面,并且在那里进行辩论……律师与他们的客户的主要会面的地方是在前廊或走廊,在有些情况下扩展至教堂的侧廊,毗邻教堂的旅店”<sup>[27]</sup><sup>11</sup>。至13世纪末,这些学校被国王和教皇的一系列命令和禁令世俗化并重组<sup>②</sup>,其中,圣乔治旅馆中的法律学徒们后来搬迁至新圣殿,直接演变为中殿律师公会<sup>[28]</sup>;<sup>[29]</sup><sup>47-48</sup>,萨维旅馆等其他学校则在被国王驱逐后集中于霍尔本大街<sup>[29]</sup><sup>9,40,185</sup>,并在法律学徒们建立了独立的律师公会后成为附属于律师公会的预备律师公会。无论是律师公会,还是预备律师公会,都承担了法律教育的功能。

总之,无论是伊斯兰还是英格兰,与宗教机构相毗邻的旅店都承担了一定的法律教育的功能;并且,虽然一开始它们都处于宗教力量的控制之下,但最终都实现了世俗化的改造。

其次,伊斯兰和英格兰的法律行会在性质方面非常相似。众所周知,英格兰律师公会终其历史在性质上都是未经特许状授权的非法人的自治行会,这一特性持续至今。但迄今为止,对于律师公会及作为其前身的法律学校为何保持非法人的性质却难以解释。尤其是,英格兰的所有其他的学院和大学虽然最初都是以非法人的方式设立,但后来都变成法人,而律师公会却依然保留了它的非法人的性质,这一特性就更显得特立独行。与英格兰的律师公会类似,伊斯兰的法律行会也采用非法人的性质,其原因在于伊斯兰法并不承认拟制的法律人格,只承认自然人。乔治·马克迪西指出,英格兰律师公会的伊斯兰法起源无疑很好地解释了其性质上与众不同的原因<sup>[9]</sup>。

①此人为神职人员和法律人,死于1190年。

②当时教皇下令禁止神职人员教授普通法,亨利三世则于1234年12月11日在一封写给伦敦市长的信中下令禁止任何人在伦敦开办法律学校或者教授法律。

再次,伊斯兰和英格兰的法律行会在组织结构上也非常相似。两者都将法律实践者分为三个等级:教师、毕业生以及未毕业生。具体而言,在英格兰,三个等级是指法律学徒、出庭律师和主管;在伊斯兰则分别称为尚未毕业的法律学生(mubtadi'—mutafaqqih)、已经毕业的法律学生(sahib-faqih)、法学家-教师(faqih—mufti),他们经官方许可任命教授法律并且发表法律意见(ijaza bi't-tadris wa'l-ifta')<sup>[9]</sup>。值得一提的是,伊斯兰和英格兰的法律教师都垄断了法律从业资格的授予权。

在此,“学徒”一词在中世纪英国的法律体系中的奇怪含义值得特别关注。有些学者将其视为英格兰中世纪行会制度的遗存,因为行会中分为师傅、学徒期满者和学徒三个等级。但是在法律行会中,学徒并不仅仅适用于最低等级的学生,它也被适用于等级很高的法律专家,并且在宽泛的意义上,适用于法律职业的所有阶层,也就是说,它不仅指学习者,也指教导者。乔治·马克迪西指出,虽然在其他的西方国家不存在与之类似的对应术语,但在伊斯兰的法律行会中却可以找到了类似的用词——穆塔法格吉(mutafaqqih)。该词具有学习者和教导者的双重含义,被适用于各个层次的法律专家,既包括未毕业的法律学生,也包括教师-法学家。这一理解恰与后来在英国法律职业中的“学徒”一词如出一辙。

最后,伊斯兰和英格兰的法律教育模式也相当类似,两者的法律教育都由法律行会负责,并且都以讲座和辩论作为基础模式。事实上,讲座和辩论的教育方法正是由伊斯兰的法律职业在9至11世纪所发展出来的,后来被应用于12世纪的博洛尼亚的法律学校,以及后来英格兰的律师公会。只是在律师公会中,讲座和辩论被称为“诵讲”和“模拟审判”<sup>[9]</sup>。

## 2. 传播途径

乔治·马克迪西认为英国律师公会对伊斯兰模式的借鉴是通过圣殿骑士团及医院骑士团实现的。这两大骑士团是十字军东征时期活跃的宗教-军事组织,也是英格兰与耶路撒冷进行交流的重要渠道。圣殿骑士团于1120年建立于耶路撒冷,最初是为前往圣庙朝圣者充当护卫,阻止朝圣路上的盗窃活动。他们的行为受到了耶路撒冷国王鲍德温的嘉奖,被获准住在国王的宫殿中,由此得名。此后,圣殿骑士团迅速壮大,聚敛财富并拥有特权,他们在各国建立定居点,并于1128年在伦敦建立了他们的总部——新圣殿<sup>[29]33-35</sup>。更古老的医院骑士团在11世纪由阿玛尔菲的商人建立,为朝圣者提供医疗护理,后来通过跟随圣殿骑士团的领导从事军事活动。作为东征十字军中赫赫有名的跨国军团,当这两大骑士团逗留于耶路撒冷之时,他们完全有机会接触当时伊斯兰世界中业已高度发展的法律职业及其相关制度。甚至,追随着军队前进步伐的朝圣的旅人以及行旅的商人和学者也有可能认识到这一制度,并在回国后将其引入。正如前文所述,伦敦最早的三大法律学校出现的时间(1135—1189年)与圣殿骑士团建立圣殿主建筑群的时期(1128年)非常接近<sup>[4,9]</sup>。

事实上,当圣殿骑士团位于伦敦的新圣殿在13世纪成为热闹的商业交易中心时,其中就不时地出现律师们活跃的身影。1308年,圣殿骑士团的财产被爱德华二世没收,圣殿教堂及其周边土地于1324年被赐给了医院骑士团,医院骑士团于1345年将周边建筑租给了从霍尔本的萨维会馆转来的法律学徒们。但也有学者认为,法律人在更早的时候就已经在此居住,因为有资料表明,在兰开斯特伯爵于1315—1322年间拥有圣殿期间,一些法律人曾和兰开斯特伯爵达成协议继续在圣殿居住<sup>[29]41-47</sup>。无论如何,这些律师最终在圣殿骑士团的圣殿中组成了内殿和中殿两大律师公会。至今,内殿律师公会和中殿律师公会依然座落其中。因此,这两大骑士团都影响了14世纪律师公会的发展,律师公会的例子由此提供了法律制度从阿拉伯世界向英格兰传播的进一步的证据。

## 四、其他类似制度及可能的传播渠道

也有学者提出,伊斯兰法中的法学家与普通法中的法官拥有类似的造法功能。在伊斯兰法中,《古兰经》和圣训规定了广泛的原则,不同时代的学者们可以根据这些原则得出针对各自时代所产生的新情况的特定答案。因此,为了得出关于一个新情况的确定答案,伊斯兰法学家扮演了非常重要的角色。他们必须根据《古兰经》和圣训所规定的原则以及更早的法学家们在伊斯兰法学书籍中阐述的标准分析每个问题。这一做法就被称为伊智提哈德(Ijtihad),意思是“创制”。伊智提哈德的不断发展使得伊斯兰法学得以不断引入新的观念、概念和规则,正是藉此,伊斯兰法学家们以一种非常类似于普通法法官在审理没有相关普通法先例的案件时的方式来制定法律<sup>[30]17</sup>。



英国普通法中的遵循先例与伊斯兰法中的类推(qiyas)也非常类似。在英国法中,遵循先例是指“以相似的方法处理类似的案件,并遵循既定的法律规则和实践”<sup>[31]88</sup>。因此,普通法法官在适用遵循先例原则时,类推是最为重要的逻辑推理手段。而在逊尼派中,伊斯兰法学家的法学推理过程(伊智提哈德)被限定为根据类推进行推理。早期的法学家适用各种工具,包括利益分析(公益原则)以及法学家批准(公意原则)。但是,大多数存留至今的逊尼派都选择遵循沙斐仪所确立的伊斯兰法律理论——“伊智提哈德就是类推”<sup>[30]17</sup>。

此外,学者们提到的英国普通法与伊斯兰法类似的制度和概念还包括:代理人(agent)与瓦基勒(wakil);合同法中的“归还”(recession)与伊加拉(iqalah)、“履行不能”(impossibility of performance)与伊斯提纳拉-阿勒塔恩菲德(istihalah altanfidih);“不可抗力”(act of god)与阿法特-萨马维亚(afat samawiyah);有限合伙法与古拉德(qirad)和穆德拉贝(mudaraba);衡平(equity)与伊斯提赫塞恩(Istihsan);判决依据(ratio decidendi)与伊勒拉(illah);公共政策(public policy)与伊斯提拉(Istislah)和迈斯拉赫(maslaha)等<sup>[32]</sup>。

就这些制度的传播而言,除了前述的西西里王国、十字军(圣殿骑士团)、圣方济会修士外,西班牙、奥斯曼帝国对于欧洲部分疆域的统治也被视为是可能的传播途径<sup>[32]</sup>。

## 五、对“伊斯兰法影响说”的批评

以上学者的观点虽然非常引人入胜,但却并非无懈可击。无论是就伊斯兰和英格兰相关制度的相似性、制度传播的途径还是相关的解释理论,都有学者提出批评和质疑。

### 1. 对制度的相似性的质疑

以约翰·马克迪西为例,他所依赖的论据尽管有相关判例和学者观点的支持,但本身仍然不乏争议。尤其是马克迪西认为新近侵占之诉与伊斯兰法类似而与罗马法、教会法相异的关键在于前两者都允许所有权作为有效抗辩,而后两者则否认这一抗辩的有效性,这一观点并未得到学者们的一致认同。霍姆斯、萨瑟兰等学者持有与马克迪西一致的立场,伯尔曼、梅特兰、托马斯·伦德(Thomas Lund)等学者却持有不同的看法,在他们看来,占有人可以以新近侵占之诉来保护他的占有,甚至可以用来对抗真正的所有权人<sup>[33]549; [14]49-50; [34]</sup>。因此,如果支持另一派的观点,新近侵占之诉就不再与伊斯兰法类似,而是与罗马法和教会法更为接近。

此外,关于伊斯兰法中的瓦克夫制度与普通法上信托制的相似性也存在着争论。尤其是两者所应对的社会需求有所不同,瓦克夫主要局限于财产的慈善捐赠,而普通法信托制的发展主要是由于要求对尖锐的实践问题提供一个充分的法律解决措施,即出门在外的十字军战士的封建权利和义务的临时承担。因此,即使英国用益制在形成过程中在一定程度上仿照了伊斯兰的瓦克夫制度,但后者绝非前者的唯一灵感来源。

### 2. 对传播途径的质疑

就伊斯兰制度的传播途径而言,学者们也提出了各种质疑。首先,由于这一时期留存于后世的文件很少,因此“中世纪的英格兰经由西西里王国引入相关的伊斯兰制度,尤其托马斯·布朗是其中的关键人物”的观点迄今尚未获得实质性证据的证明。虽然有证据表明布朗确实将一些伊斯兰知识带回英格兰,尤其在数学方面<sup>①</sup>,但是迄今仍未能找到他从伊斯兰引入法律概念的直接证据。因此,即使伊斯兰和英国普通法之间确实存在着明显的相似性,但是在新的历史证据出现之前,这一关联仍是未经确实检验的。

其次,认为伊斯兰法经由十字军及相关联的圣殿骑士团被引入英格兰的观点也同样受到了挑战,但这些挑战大都不够有力。

例如,保罗·布兰德指出,作为军事组织,圣殿骑士团和医院骑士团主要关注的是与穆斯林作战而非向他们学习,他们也缺乏对伊斯兰制度作近距离观察的机会,因此他们了解穆斯林的法律制度的可能性并不大。但这一观点可能有失偏颇。一方面,有证据表明在法兰克定居的早期阶段,黎凡特的拉丁人和穆斯林之间存在着军事上的合作和政治上的相互依赖<sup>[35]324</sup>;另一方面,圣殿骑士团不仅是单纯的军事组织,在一个多世纪中,它还从事着西欧的资本业务。事实上,正是他们从伊斯兰引入了先进的财政和商业制度,并成为这一领域的专家,实现了对欧洲商业和财政的变革。而且,由于圣殿骑士团惊人的财富,他们成为英格兰国王的银行,这一关系也促成了13世纪英格兰财政制度的发展<sup>[36]74</sup>。以上证据都表明圣殿骑士团有能力也有可能了解并且传播伊斯兰制度。

①他在财政署中引入了阿拉伯数字。

又如,阿卜杜拉·萨亚里(Abdulla Al Sayyari)提出,如果信托制是经由十字军的途径传播,那么来自于欧洲其他国家的战士同样也应当能够将伊斯兰制度带回这些国家,而非仅仅是英格兰的普通法受到伊斯兰制度的影响。毛里西奥·卢波伊(Maurizio Lupoi)对于这一观点予以回应,指出信托制曾一度出现于包括意大利在内的许多欧洲国家,而非英格兰所专有,只是这些国家后来所采纳的罗马法抹去了它们的痕迹<sup>[37][38]</sup>。

此外,格里菲思-琼斯(Griffith-Jones)先生认为由圣殿骑士团将其法律教育制度输入英格兰的可能性不大,因为圣殿骑士团于14世纪初已被镇压,而英国的律师们是在14世纪中叶后才开始聚集在律师公会中的。但是,前述乔治·马克迪西的论文已然表明,作为律师公会前身的法律学校所仿照的正是作为伊斯兰宗教学校前身的清真寺-旅店模式,而这一制度的引入是在13世纪,因此并不存在时间上的障碍。

### 3. 对解释理论的质疑

也有学者提出,制度的相似性以及存在制度传播的途径并不意味着不同法律体系中的类似制度一定存在着源流关系。我们可以从其他角度对此予以解释,比如趋同进化理论(convergent evolution)。趋同进化本是生物学上的术语,意指地理上分离并且没有关联的物种由于类似的环境而非基于共同的祖先而进化出几乎完全相同的适应特征。如果将这一理论用于解释社会制度的演进,那么制度之间的相似性可能是基于对于类似社会环境的反映,而非因为这些制度有着共同的源头,或者彼此之间有着源流的关系。

贾迈勒·穆尔西·拜德尔(Gamal Moursi Badr)的研究就采取了这一视角。一方面,他注意到了普通法和伊斯兰法之间在代理制度方面存在着相似性,而罗马法却对此没有规定。在罗马法上,没有人可以作为代理人代表他人缔结有约束力的契约。缔约者本人被视为是契约的当事人,在代表被代理人行事之人和被代理人之间必须缔结第二份契约才能将契约相关的权利和义务转移给被代理人。而伊斯兰法以及后来的普通法却都在契约以及一般义务领域规定了代理制度,而且两者都规定了隐名代理制度。在该制度中,缔结契约的代理人所代理的隐名委托人的身份甚至其存在都不为另一方缔约人所知,一旦该隐名委托人的存在及其身份被知晓,就在该隐名委托人及另一方缔约人之间产生一种直接关系。但大陆法系却未规定类似的制度。另一方面,贾迈勒并不认为这种相似性必然是普通法受到伊斯兰法影响的结果。他指出,更为有趣的是,现代美国在这一制度上的某些具体规定甚至比英国普通法更为接近伊斯兰法中的相关规定。例如,主张代理人的责任并不排除第三方主张被代理人对其的责任。又如,包括纽约在内的许多州,无论是针对代理人还是隐名委托人的有利判决都并不禁止针对对方的诉讼。贾迈勒认为,伊斯兰法上的这些规定与英国普通法的规定有所不同,而与美国的制度类似的原因,恰恰表明造成这种相似的原因很可能并非制度之间的彼此影响和相互借鉴,而是因为中世纪的伊斯兰世界和后来的英格兰、美国的大量跨越国界、州界的贸易活动产生了类似的商业上的迫切需要,从而为宽松的代理制度提供了共同的制度土壤<sup>[38]</sup>。

综上,对于英国普通法的伊斯兰起源说的批评和质疑仍然无法完全否认伊斯兰法对英国普通法的影响,虽然英国普通法的伊斯兰起源说的支持者无法提供关于英国普通法与伊斯兰法之间的直接关联的绝对的“具体”证据,但间接的历史证据支持这种法律理念交换的可能性。当然,需要强调的是,英国普通法的伊斯兰起源说绝不意味着对英国法律的本土发展以及诸如教会法、罗马法作为英国普通法渊源的排斥和否定,更确切的说法是,伊斯兰法与其他渊源一样都对英国普通法的产生与发展产生了一定的影响。

## 六、结语

中世纪的伊斯兰文明对于西方文明的贡献并非一个新问题,阿拉伯文明在哲学、科学等方面对于西方的影响已经被不断地讨论,但是伊斯兰教在法律领域对于西方世界的影响却缺乏充分研究。具体而言,伊斯兰法对于欧陆法、普通法、国际法、商法乃至伊斯兰法律思想对于西方法律思想的影响都是值得深入研究的领域,但大多未获得应有的关注。

中世纪伊斯兰法对于英国普通法的影响是这一领域中既有成果最为丰硕的一个分支。学者们对于这一问题的探讨不仅有助于我们了解英国法的历史源头,也为我们了解中世纪东西方文明彼此之间的交流融通提供了具体例证。就其现实意义而言,它一方面通过引入东方视角有力地反驳了法律发展的西方中心主义史观,另一方面,也为穆斯林人口激增的现代西方国家及其民众消除对伊斯兰法的恐惧和偏见并在其法律运作中吸收、

容纳伊斯兰法元素提供了历史基础。

事实上,如何更好地认识和对待伊斯兰文化,如何在主流文化中包容伊斯兰文化,如何在现代国家的法治进程中吸收伊斯兰法的有利因素,并非是一个纯粹历史的、异域的、非关现实的问题,而是同样有着现实的意义。总之,伊斯兰法律制度对于中世纪早期欧洲,尤其是英格兰普通法的那些法律制度的可能性影响的学说确实值得我们进一步地探索。

#### 参考文献:

- [1] John A. Makdisi. The Islamic origins of the common law[J]. North Carolina Law Review, 1998-1999, 77(5): 1635-1740.
- [2] Ann Van Wynen Thomas. Note on the origin of uses and trusts—waqfs[J]. Southwestern Law Journal, 1949(3): 162-167.
- [3] Henry Cattan. The Law of Waqf [C]//Majid Khadduri, Herbert J Liebesny. Law in the Middle East: origin and development of Islamic Law(Vol. 1). Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd, 2008.
- [4] Avishev Avini. Origins of the Modern English Trust Revisited[J]. Tulane Law Review, 1995-1996(70): 1139-1164.
- [5] Monica M. Gaudiosi. The Influence of the Islamic Law of Waqf on the development of the trust in England: the case of merton college[J]. University of Pennsylvania Law Review, 1988, 136: 1231-1262.
- [6] George Makdisi. Interaction between Islam and the West[J]. Revue des Etudes Islamiques, 1976, 44: 287-309.
- [7] George Makdisi. The scholastic method in medieval education: an inquiry into its origins in law and theology [J]. Speculum, 1947, 49(4): 640-661.
- [8] George Makdisi. The rise of humanism in classical Islam and the Christian West: with special reference to scholasticism[M]. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1990: 26-29.
- [9] George Makdisi. The guilds of law in medieval legal history: an inquiry into the origins of the inns of court[J]. Cleveland State Law Review, 1985-1986, 34: 3-18.
- [10] R·C·范·卡内冈. 英国普通法的诞生[M]. 李红海,译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [11] 约翰·哈德森. 英国普通法的形成——从诺曼征服到大宪章时期英格兰的法律与社会[M]. 刘四新,译. 北京: 商务印书馆, 2006 .
- [12] 小奥利弗·温德尔·霍姆斯. 普通法[M]. 冉 昊,姚中秋,译. 北京: 中国政法大学出版社, 2006.
- [13] Glanvill. The treatise on the laws and customs of the Realm of England[M]. London: Phomas Nelson and Sons, 1965.
- [14] Frederick Pollock, Frederic William Maitland. The history of English Law before the Time of Edward I: Vol. 2[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 1956.
- [15] A W B Simpson. A history of the Common Law of Contract: the rise of the Action of Assumpsit [M]. London: Oxford University Press, 1975.
- [16] Donald W Sutherland. The assize of novel disseisin[M]. Oxford: Clarendon Press, 1973.
- [17] W S Holdsworth. A History of English law(Vol. 2)[M]. London: Methuen, 1923.
- [18] Edward Jenks. Law and Politics in the Middle Ages[M]. New York: Henry Holt & Co, 1956.
- [19] 李红海. 普通法的历史解读[M]. 北京: 清华大学出版社, 2003.
- [20] R C Van Caenegem. Royal writs in England from the Conquest to Glanvill: studies in the early history of the Common Law [M]. London: Selden Soc/Professional Books, 1972.
- [21] 沈 坚. 诺曼西西里: 中古地中海世界的一页[J]. 史林, 1997(1): 100-108.
- [22] J Makdisi. An inquiry into Islamic influences during the formative period of Common Law [C]//Nicholas Heer. Islamic Law and Jurisprudence. Seattle and London: University of Washington, 1990.
- [23] Manlio Lima. English Common Law and Islam: A Sicilian Connection. Best of Sicily Magazine[EB/OL]. (2008-01-01)[2013-05-20]. <http://www.bestofsicily.com/mag/art283.htm>.
- [24] 余 辉. 英国信托法: 起源、发展及其影响[M]. 北京: 清华大学出版社, 2007.
- [25] 中国伊斯兰百科全书编辑委员会. 中国伊斯兰百科全书[M]. 成都: 四川辞书出版社, 1994.
- [26] Alastair Hudson. Equity and trusts [M]. New York: Routledge-Cavendish Publishing, 2010.
- [27] Charles Worsley. Master Worsley's book on the History and Constitution of the Honourable Society of the Middle Temple[M].

London: Chiswick Press, 1910.

- [28] R F Roxburgh. Lawyers in the New Temple[J]. Law Quarterly Review, 1972, 88: 414-430.
- [29] 塞西尔·黑德勒姆. 律师会馆[M]. 张芝梅, 编译. 上海: 上海三联书店, 2006.
- [30] Mahmoud A El-Gamal. Islamic Finance: Law, Economics, and Practice[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- [31] D G Cracknell. English Legal System : Textbook[M]. London: HLT Publications, 1994.
- [32] Abdulla Al Sayyar. Contribution of Shria' a to English Common Law and International Law [EB/OL]. [http:// adencollege. net/ Contribution\\_ of\\_Sharia\\_to\\_English\\_Common\\_Law.pdf](http://adencollege.net/Contribution_of_Sharia_to_English_Common_Law.pdf).
- [33] 哈罗德·J·伯尔曼. 法律与革命[M]. 贺卫方, 高鸿钧, 张志铭, 等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993.
- [34] Thomas Lund. The Modern Mind of the Medieval Lawyer[J]. Texas Law Review, 1986, 64: 1267-1298.
- [35] T S Asbridge. The 'Crusader' Community at Antioch: The Impact of Interaction with Byzantium and Islam[C]//Transactions of the Royal Historical Society(sixth series, Vol.9). Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- [36] Lisa Watanabe. The possible contribution of Islamic Legal Institutions to the emergence of a rule of Law and the Modern State in Europe [C]//Nayef R F Al-Rodhan. The Role of the Arab-Islamic world in the rise of the West: implications for contemporary trans-Cultural Relations. New York: Palgrave Macmillan, 2012.
- [37] Maurizio Lupoi. Trusts: A Comparative Study[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- [38] Gamal Moursi Badr. Islamic law: its relation to other legal systems [J]. The American Journal of Comparative Law, 1978, 26 (2): 187-198.

## Medieval Legal Transmission From the Orient to the West: the Influence of Islamic Law on the English Law

Leng Xia

(Research College for Foreign Law and Comparative Law, East China University of Politics and Law, Shanghai 200042, China)

**Abstract:** The origin of English Law is an important topic in the research of English legal history. In the last half-century, several scholars have uncovered some evidences which suggest that certain principles of early English law, such as the action of debt, the assize of novel disseisin, trial by jury, trust and Inns of court are rooted in Islamic ("shari'a") law, were introduced into Norman England through contact with the multicultural kingdoms of Sicily or by way of Crusades, traders and Franciscans. This view provides us with a new perspective to understand the pluralism of legal civilizations and historical relationships between medieval oriental civilization and western civilization, and is worth researching further.

**Key words:** English law; Islamic law; Kingdom of Sicily; Crusades; Franciscan

(责任编辑 张春生)