

翻訳：

カラーフィー『判決とファトワの弁別及び裁判官と

統治者の職掌に関する規範の書』：解題と翻訳（2）

Translation: al-Qarāfī, *Kitāb al-Iḥkām fī Tamyīz al-Fatāwā ‘an al-Aḥkām wa-Taṣarrufāt al-Qāḍī wa-l-Imām*, Part 2

早矢仕 悠太

Yuta HAYASHI

I. はじめに

本稿は13世紀エジプトのマーリク派法学者カラーフィー（Shihāb al-Dīn Abū al-‘Abbās Aḥmad ibn Abī al-‘Alā’ Idrīs ibn ‘Abd al-Raḥmān ibn ‘Abd Allāh ibn Yallīn al-Ṣanhājī al-Ṣa’īdī al-Bahfashīmī al-Būshī al-Bahnasī al-Miṣrī al-Mālikī, d. 1285）の手による『判決とファトワの弁別及び裁判官と統治者の職掌に関する規範の書（*Kitāb al-Iḥkām fī Tamyīz al-Fatāwā ‘an al-Aḥkām wa-Taṣarrufāt al-Qāḍī wa-l-Imām*）』（以下、『イフカーム』）のうちの第16問題から第25問題の翻訳である。

前稿⁽¹⁾が対象とした第15問題までは裁判官の判決の性質についての概説であったが、第16問題からはその性質のうちでも判決の棄却不可能性という原則について、論じられている。特に判決の棄却の可否が問題となっているのは、判決を言い渡すに際して依拠した法理論上の根拠やそこから導出される法規定の対立を伴う判決についてである。ここにおいても第15問題までと同様に、ムフティーの発出するファトワとの相違点が織り込まれながら、法的効力をもつ判決の地位が叙述されることになる。さらに、第25問題ではこれら2つの職掌に加えて、使徒性や預言者性、イマーム位との相違が議論の範疇となる。

なお翻訳に際しては、Qarāfī, *Al-Iḥkām fī Tamyīz al-Fatāwā ‘an al-Aḥkām wa-Taṣarrufāt al-Qāḍī wa-l-Imām*, ‘Abd al-Fattāḥ Abū Ghudda ed., 2nd editon, Beirut: Dār al-Bashā’ir al-Islāmīyah, 1995 を底本とし、適宜 Qarāfī, Aḥmad Farīr al-Mazīdī ed., Beirut: Dār al-Kutub ‘Ilmīyah, 2004 を Mazīdī 版として、また Shihāb al-Dīn Aḥmad ibn Idrīs al-Qarāfī al-Mālikī, *The Criterion for Distinguishing Legal Opinions from Judicial Rulings and the Administrative Acts of Judges and Rulers: al-Iḥkām fī Tamyīz al-Fatāwā ‘an al-Aḥkām wa Taṣarrufāt al-Qāḍī wa-l-Imām*, Mohammad H. Fadel trans., New Heaven: Yale University Press, 2017 を Fadel 訳として参照する。

⁽¹⁾ 早矢仕悠太「カラーフィー『判決とファトワの弁別及び裁判官と統治者の職掌に関する規範の書』：解題と翻訳（1）」（以下、「カラーフィー：翻訳と解題（1）」）『イスラム思想研究』3, 2021, 85-109.

II. 翻訳

第16問題

〔学説上の〕意見の一致をみている問題 (mujmā‘ ‘alay-hi) に関する裁判官の判決——これは棄却されえない——と異論がある問題についての彼の判決——これも棄却はされえない——の間の相違は何であるか。もちろん、この2つの問題には〔その判決は棄却できないという〕イジュマーが存在しているのだが。また、その〔裁判官の判決の棄却に対する〕障害事由 (māni‘) は一つか、いくつかあるのか。もしそれがイジュマーだった場合は、その障害事由は一つであるが、別に妨げるものがあつた場合、それは何であるか。

回答

イジュマーはその2つにおいて〔棄却を妨げる〕障害事由であるが、異論がある問題に関する彼 (裁判官) の判決は別の障害事由をもつ特徴がある。その説明は以下の通りである。いと高き神は裁判官がイジュティハードのある問題に関して、2つの学説の一方にもとづいて判決を言い渡すことができると定めおいた。そこで彼らが、その2つのうちの一方にもとづいて判決を言い渡した場合、この事例についてそれはいと高き神に由来する判決となる。その裁判官による自らがそれに関して判決を言い渡したという旨の通告 (ikhbār) は、この事例について裁判官が言い渡した判決とは相容れない〔学説上の〕論拠 (dalā’il, sg. dalīlah) と対立しながらも、この事例限定ではあるものの、至高ないと高き神からの明文規定 (naṣṣ) と同様である。

同様に、マーリクは〔次のように〕言った。「私の学説上の論拠からは、ある女性に「私はあなたと婚姻した場合、あなたは3度のタラーク離婚をされたことになる」と言った者が、〔実際に〕彼女と婚姻した場合、彼女が3度タラーク離婚される、ということが明らかとなる。このとき、〔別の〕婚姻を経なければ、彼女に対する〔婚姻〕契約が彼にとって有効とならない」。

シャーフィイー派によれば〔上に関する規定は次の通りである〕。その発言者が彼女と婚姻契約を締結し、彼女と暮らしていたが、彼女を一度タラーク離婚した。しかし、彼女の彼に対する待婚期間の満了が明らかとなった後で彼が彼女と〔再び婚姻〕契約を締結したとき、その契約〔の有効性に関する訴訟〕がシャーフィイー派の裁判官に提起され、彼はそれが有効であるという旨の判決を言い渡した。〔結果として〕これ (先の有効判決) は、この宣誓者に限って立法者〔である神〕に由来する明文規定〔と同様に〕なった。但し、彼以外の宣誓者には裁判官の判決〔の効果〕は及ばない。というのも、イジュマーによればいと高き神がそれを定めおいた〔こととなり〕、イジュマーによつていと高き神が定めおいた〔とされる〕ことは立法者〔たる神〕に由来する確実な論拠 (dalīl qat’i) によつて明らかにされるからである。

よつて、マーリクにもとづいてこの形態に関連する諸婚姻契約は無効であることを示す論拠と、〔シャーフィイー派にもとづいて〕この形態でも〔有効な婚姻契約に〕至るという論拠の間の対立が確認された。また後者〔の論拠〕は、マーリクによるあらゆる形態を包括する一般的

な論拠よりも限定的である。すなわち、この「婚姻を有効とする」論拠は、この「シャーフイー派の事例に見られた」形態に限られる。

限定的なものと一般的なものが対立する場合、限定的なものが一般的なものに優先される。我々が「この判決は棄却されうる」と言った場合、「その根拠となっている」イジュマーに対する矛盾のように、こうした原則への矛盾が生じ、同様に、一般的な論拠と対立する限定的な明文規定が無効となる。イジュマー以外にこの原則が留意されるべきである。

ここで、異論ある諸問題について——裁判官がそれに関して判決を言い渡した場合——、棄却を認めない2つの障害事由があることが明らかとなった。意見の一致をみている問題については、障害事由は「イジュマーという」一つであったが、一方で異論がある問題が意見の一致をみている問題よりも「追加される事由で以て、その判決の棄却を認めない可能性が」強くなるのはなんとも不思議ではないか。

同様に、異論のある問題について裁判官の判決を棄却できないことは、その根本にある原則に回帰することが明らかとなった。その原則は諸々のシャリーア上の論拠について、一般的なもののよりも限定的なものを優先させるということである。これは良き説明である。したがって、このことを気に留めよ。

第17問題

裁判官が未成年の証言や、「単独の」証人と「原告の」宣誓「による立証」のような「その有効性について学説上」異論のある根拠（mudrak）にもとづいて判決を言い渡した場合、もしくは扶養に関する夫の慣習のような「扶養の範囲や期間といった」その観点に「学説上」異論のある慣習にもとづいて判決を言い渡した場合、その慣習は夫の主張を「訴訟上の」主張とする「ために、それに対する異論については妻に立証責任を負わせる」^②か否か。また、その判決は異論のある根拠にもとづいていたとしても判決となるか否か。また「この判決は私によれば、【学説上の】根拠によるものではない。というのも、未成年の証言は証言が存在しないことと同じだからである。【学説上の】の根拠によらない判決は、イジュマーでは棄却される。したがってこの判決も棄却される」と言うことで、裁判官が依拠した根拠を無効とし、「先立つ判決を」棄却することができるのか。もしくは、そうしたことはできないのか。

回答

異論ある根拠には「次のような」2種類がある。

一つは、その根拠が非常に弱い（ghāyat al-daf）ときである。これにもとづいて判決が言い渡された場合、その裁判官の判決は棄却される。というのも、それ（異論を伴う非常に弱い根拠）がシャリーア上の諸原則と対立するために、このときの判決が諸原則と矛盾することは是とされないからである。一方で非常に弱い根拠を反駁する【学説上の】反対がないものの、シャリ

^② 底本の「【訴訟上の】主張を夫の主張とする慣習（‘ādah yuṣayyiru al-qawl qawl al-zawj）」が示す訴訟上の意義については、Fadel 訳から補足した。al-Fadel, 103.

一ア上の諸原則と矛盾するものは、イジュマーによって棄却される。

〔もう一つは〕〔判決における学説上の〕根拠がシャリーアのうちで反対〔学説〕と並立 (mutaqārib) する場合であるが、それには〔以下の〕2つの対立がある。その一つは〔判決の〕根拠に関してであり、もう一つはそこから生じる法判断 (hukm) についてである。そうした根拠が帰結する法判断にもとづいて裁判官が判決を言い渡した場合、そうした判決を棄却することは控えられる。というのも、裁判官の判決は法判断にもとづいて至ったからである。

法判断をめぐる2つの〔対立する〕学説 (qawl) の一つにもとづく判決は、〔判決の〕根拠をめぐる2つの〔対立する〕学説の一つにもとづく法判断〔と同じ〕ではない。仮にそうであった場合、〔単独の〕証人と〔原告の〕宣誓〔による立証を許容する〕という根拠〔に依拠した〕後では異論は控えられることになる。というのも、裁判官らの一部はそれにもとづいて判決を言い渡したからである。しかし、これらの根拠に関する異論は決して消えない。けれども、いつの時代にも〔判決の〕根拠をめぐる〔対立する〕2つの学説の一つ〔で判決を言い渡す〕というイジュマーが通念されている (yan'aqida)。

したがってここで示されたのは、〔学説上〕異論のある根拠から〔言い渡される〕判決は、その根拠にもとづいているのではなく、それが帰結する法判断にもとづいているということである。

またそのことは、〔以下のことを〕明らかにする。裁判官は〔判決の〕根拠〔自体〕においてではなく、そうした法理論上の根拠の直後にはじめて、内心においてその法的効果の発出を志向するのであって、むしろこの根拠〔自体〕で判決〔を言い渡すこと〕は不可能である。というのも、そうした根拠〔を援用すること〕をめぐる争いは、現世的利益 (maṣāliḥ al-dunyā) に属するものでなく、来世的利益 (maṣāliḥ al-akhirah) に属するものだからである⁹⁾。

シャリーアの諸原則と法源論に関する説明の全てが、〔以下の通りに〕本問題に含まれている。いと高き神は、何人も法判断のときに〔対立する〕2つの学説の一つにもとづいて判決を言い渡すものの、その判決でその主張を〔正しいものと〕特別視できないよう定めおいた。むしろ彼は、2つの学説の一つにもとづいてファトワーを出せるよう定めおいたにすぎない。そのファトワーは、判決がその反対当事者に対して、自らの学派 (madhhab) 〔にしたがうこと〕を妨げ、彼に対して勝訴側の学説にしたがわせることと対照的に、その反対当事者が彼の考えるところにもとづいて同様にファトワーを出すことを妨げえない。

しかし、「裁判官は根拠なく判決を言い渡す」という学説〔を援用すること〕は妨げられる。但し、異論のあるあらゆる〔判決のための〕根拠は多様であり、互いに並立し、そうした根拠をめぐる〔対立する〕両学説はそれを〔シャリーアと〕考える裁判官やムフティーのもとではシャリーアとみなされる。したがって、「根拠なく判決を言い渡す」という学説には意味がない。むしろ、それは、先述の通り非常に弱い根拠にもとづいて判決を言い渡した場合に、あてはまるにほかならない。多様であり、互いに並立している〔判決のための異論のある〕根拠に

⁹⁾ 裁判官の判決の性質については、第一問題を参照されたい。早矢仕悠太「カラーフィー：解題と翻訳 (1)」, 90-92.

ついでいけば、あてはまらない。

第 18 問題

裁判官が異論のある法判断——[それに至る判決の] 根拠は意見の一致をみているが——にもとづいて判決を言い渡すことは考えられるか。それとも、それは[判決の根拠から] 生ぜしめられるもの（*mutasawwar*）であるために、それら 2 つの矛盾して対立する根拠にしたがうこと以外では、異論ある法判断にもとづいて判決を言い渡すことは考えられないのか。一方で、[判決の] 根拠が意見の一致をみながら、その法判断に異論があるとはどういうことか。[異なる意見を持つムジュタヒドの] 双方がその根拠について一致した場合、[それから導かされる] 法判断でも一致したことになるのか。

回答

その通りで、[裁判官は] 異論ある法判断——[それに至る判決の] 根拠は意見の一致をみているものだが——にもとづいて判決を言い渡すことや、またその根拠があらゆる側面とあらゆる点において異論のあるものであっても、意見の一致をみている法判断にもとづいて判決を言い渡すことは考えられる。

というのも、その根拠[という言葉] で以て、裁判官が依拠する人証などの立証（*hijāj*）——クルアーンやスンナのようなファトワのための論拠ではなく——が意図された場合、その法判断が異論あるものでありながらも、その根拠は意見の一致をみていることが認められる。例えば、2 人の有徳な人間が裁判官の面前で、ある男性と彼の妻の間にある同じ乳による（*bi-maḍḍah wāḥidah*）乳母兄弟関係（*riḍā'*）について⁽⁴⁾、もしくは男性が彼の妻と[婚姻] 契約を結ぶ前にタラーク離婚[がその契約で以て成立すること] を条件としたことについて証言した場合、[裁判官は] 婚姻契約の取消（*fash*）や無効（*ibtāl*）を旨とする判決を言い渡すことになる。

この 2 種の[婚姻契約の] 形態に関する法判断は[解除と無効で] 異論あるものだが、2 人の証人という[判決の根拠となる] 立証は一致をみている。

これとは対照的に、傷害における同害報復刑について、1 人の証人と[原告の] 宣誓で以て裁判官が判決を言い渡すことのように、立証は異論のあるものだが、その法判断は一致をみていることもある。というのも、傷害における同害報復刑[の適用] は、意見の一致をみているが、1 人の証人と[原告の] 宣誓によるその立証については、多数の学者らがそれを禁止する

⁽⁴⁾ クルアーンでは血縁に準じた婚姻障害としての授乳関係が、以下のように規定されている。「おまえたちが禁じられているのは、自分の母、娘、姉妹、父方のおばに母方のおば、兄弟の娘に姉妹の娘、乳母、乳姉妹、妻の母、おまえたちが床入りした女の連れ娘で、おまえたちが引き取っている養女」（4：23）。本稿では、引用するクルアーンの章句を（章番号：節番号）のかたちで示し、またその邦訳を中田考『日亜対訳クルアーン [付] 訳解と正統十読誦注解』作品社、2014 に依拠する。法学者らはこの章句を根拠としながら、ここに挙げられている以外で授乳をした女性の夫と授乳された子の間に、実の父子に準じた婚姻障害に関する規定を拡大させている。なおこうした授乳関係による婚姻障害は、婚姻後にも発生することが考慮されている。柳橋博之『イスラーム家族法：婚姻・親子・親族』創文社、2001、112-118。

ことで意見をともにしているからである。これは、マーリク——神よ彼を嘉し給え——の学派の多数説である。[このように判決の] 根拠に関するその2つの事柄（証言と宣誓）は、立証の意味で考えられることもある。

2人のムジュタヒドによるファトワーのための論拠が、[判決の] 根拠として意図される場合についていえば、法判断は一致をみないものの、その根拠は一致することがある。その[法判断における] 相違は、一方で[論拠として] 示されたものが他方のもとでは棄却されるべきと示されたという理由であれ、一方は[ある法判断を] 適用することを主張したのに対して、他方はそれが廃棄されたものとみなしたという理由であれ、もしくはそれ（一方の主張）は他方が対立していないと考えていたものと[実は] 対立するものであったという理由であれ、[いずれの場合にも] 生じる。

例えば、ハナフィー派は動産ワクフ (waqf al-manqūl) を無効とする旨の判決を^⑤、いと高き神の言葉「アッラーはバヒーラ (bahīrah) も、サーイバ (sā'ibah) ^⑥も定め給わなかった」(5:103) にもとづいて言い渡す。ハナフィー派[の学説]によれば、高貴なるクルアーン[における記述]は[判決を導く]立証であることで[他学派と]意見の一致をみているにもかかわらず、[動産]ワクフはサーイバである[として、他学派と異なりそれを無効とする法判断を行う]。

また、シャーフイー派は所有する(婚姻契約が締結される)以前に[タラーク離婚を]条件付けられた婚姻契約 (nikāh al-mu'alliq qabla al-milk) の継続を[他学派と異なって]有効とする旨の判決を、預言者——彼に神の平安と祝福あれ——の言葉「タラーク離婚[をする権利]はそのふくらはぎ (sāq) を所有する者がもつ」^⑦にもとづいて言い渡す。またシャーフイー派は、売買契約の解除 (fash al-bay') に関するハディース[を判決の根拠として援用すること]で[他学派と]意見の一致をみているにもかかわらず、場の選択権 (khiyār al-majlis) にしたがって、その契約は解除されたという旨の判決を言い渡す^⑧。これと似たような事例は多くある。

^⑤ ハナフィー派はワクフの永遠性を根拠に、動産ワクフ設定を認めていない。但し、不動産ワクフ用益のための従物となる動産や、ジハード遂行のための馬や武具といった動産、慣習上想定される範囲の動産（リバートに付随して宿泊客にその乳を提供するための牛など）については、この限りではない。柳橋博之『イスラム財産法』東京大学出版会, 2000, 651-652.

^⑥ 「バヒーラ」とは、5頭目に雄を生み、労役を免じられ、その乳が偶像に捧げられ、目印に耳を裂かれた雌ラクダで、「サーイバ」は旅から無事に帰還したり、病気が治ったら、自由にすると偶像に願をかけた雌ラクダ（中略）などと言われる。いずれもジャーヒリーヤの多神教の迷信の習慣であった」（中田『日亜対訳クルアーン』, 153）。

^⑦ Ibn Mājah, *Al-Sunan*, Markaz al-Buḥūth wa-Taḥqīyat al-Ma'mūlāt ed., Cairo: Dār al-Ta'ṣīl, 2014, vol. 2, no. 2072. 当該ハディースの背景には、ある男が自ら使える主人から奴隷の少女を与えられ婚姻契約を結んだが、その主人が後になって彼に彼女と離婚するよう命じたため、預言者のもとにその争訟が持ち込まれた。

^⑧ 売買契約のその一方当事者による解除は、預言者のハディース「両売買当事者は、離れない限り、選択権を有する」を根拠としている。しかし、「離れない限り」という言葉について学説間で対立が見られる。ハナフィー派とマーリク派はその言葉を契約の申込と承諾が合致し、契約が成立するまでと解し、一方シャーフイー派とハンバル派は両者が契約の場から離れるまでと解し、たとえ申込と承諾が合致したとしても契約の成立を留保する場の選択権を規定した。柳橋『イスラム財産法』, 196-201.

一方で、法判断が一致していながら、事例についてその法判断を主張する 2 人の一方〔の学説〕では正当であるものの、他方〔の学説〕では正当ではない 2 つのハディースが存在しているために、その根拠が一致をみないこともある。両者は 2 つのハディースにもとづいた法判断は一致しているものの、その根拠において相違がある。したがって、〔判決の〕根拠における一致から、法判断における一致は必然的に起こるわけではなく、その逆もそうではないことが明らかとなった。

第 19 問題

法学者らの学説「裁判官は異論のある問題に関して判決を言い渡したとしても、彼の判決が棄却されることはない」、これは上記の問題について〔再度〕イジュティハードされる〔判決のための〕根拠〔の存在〕を許容しているか。またそうして得られた根拠は、〔判決のための〕立証であるか否か。また、その際に〔別の〕法判断は生じうるか否か。また、こうした説明は、それに関して例外なく (itrāq) 〔通用されるか〕、それとも異論ある一部がそこから除外されるのか。異論ある一部がそこから除外される場合、異論ある根拠もその一部とともに除外されるのか否か。

回答

こうした説明は、限定的なものである。すでに学者らは、裁判官の判決は 4 つの場面で終局とならず、棄却されることもあると〔次のように〕明文規定とした。〔判決が〕イジュマーや諸原則、明文規定、明瞭なキヤース (qiyās jalī) に反して生じた場合である⁹⁾。このうちの後の 3 つ〔に反する判決〕は、異論のある問題のうちに生じる。そうでない場合、唯一の分類は、すなわちイジュマーによるもののみである。したがって、この 3 つの形態は彼らの明文規定にしたがって、彼らが例外なくとしたこと（判決が棄却されえないとしたこと）から除外される。

〔異論のある問題に関して、再度〕イジュティハードされた根拠が〔判決のための〕立証であるか否かについていえば、それは学者らが意図していた〔裁判官の判決は棄却されえないという〕学説の一般的な範疇にない。というのも、彼らが対象としたものは、現世的利益のために人々の間で争いが起こっている実定法規 (furū') だからである。

シャリーアの論拠や訴訟での立証において、1 人の証人と〔原告の〕宣誓などのような異論があるものは、来世の事柄のためにその争いが発生するにすぎず、現世における係争者の一方に生じる利益のためではない。むしろ、その立証方法に関する争いはイバーダートに関する争いのようなものである。〔この場合に〕係争者双方の各人が対象とするものは、審判の日まで義務賦課者らに課されるシャリーアの諸原則の中に規定されたものであり、彼に限定されるものではない。したがって、これら諸形態は法学者らの学説にそもそも含まれない。

知れ。法学者らの言葉「諸原則や明文規定や明瞭なキヤースと矛盾していた場合、裁判官の

⁹⁾ ここでは判決の棄却不可能性について論証されるため、例外となるこれら 4 種類の法理論が帰結せしめる棄却可能性については、第 29 問題にて中心的に扱われる。al-Qarāfi, 135-141.

判決は棄却される」の意味は、[彼の判決は] 優先される諸原則や明瞭なキヤース、明文規定と対立しない限り⁽¹⁰⁾ [棄却されない]、ということである。然らざれば、[裁判官が] サラム (salam) 契約や賃約、分益小作契約について [適正であると] 判決を言い渡した場合、彼はシャリーア上の諸原則に反するものにしたがって判決を言い渡したことになる⁽¹¹⁾。しかし、[その判決には] 優先される対立 (mu'arid rājih) があるため、棄却されないのはもちろんである。棄却されるのは、[判決に] 優先される対立がない場合においてである。以上のことを知れ。

第20問題

裁判官による判決の棄却の障害事由は、法学者らの一部が主張する、その棄却が残りの訴訟に影響を及ぼすことであるのか。もしくは別の事柄 [がその事由となるの] か。

回答

その障害事由は、法学者らが述べているものではなく、法源論やシャリーアの諸原則において確立している原則である。それはすなわち、限定的なものと一般的なものに対立した場合に、限定的なものが一般的なものに優先されるということである。

意見の一致をみたものにもとづく判決と、異論があるものにもとづく判決の間の相違については、両者はそれぞれイジュマーとして棄却されえないということともに、すでに説明された。[シャリーア] 全般にわたる根本的な諸原則にもとづいて判決を引き出すことは、それを部分的な類推 (munāsabāt juz'iyah) の一部とすることよりも優先される。これは、闊弱な法学者らでなく、傑出した学者らの慣習である。

第21問題

⁽¹⁰⁾ Fadel 訳では「[彼の判決が] それ以外に矛盾する諸原則や明らかなキヤース、明文規定を正当化して対立するような論拠や考慮すべき点がない場合にのみ」となっているが、底本の構文をなるべく忠実に採用した。Fadel, 110.

⁽¹¹⁾ サラム契約や分益小作契約は、その原理からしてシャリーアにおいて禁じられている射倖性のある契約に抵触するが、預言者のハディースや教友の伝承で以て、その契約が合法とされたと解釈される。なお、マーリク派やシャーフイー派において、分益小作契約は認められないままである。柳橋『イスラム財産法』, 396-397, 504-506. 特に分益小作契約の合法化をめぐる法制史研究については、以下を参照されたい。Ziaul Haque, *Landlord and Peasant in Early Islam: A Study of the Legal Doctrine of Muzāra'ā or Sharecropping*, Delhi: Idarah-i Adabiyat-i Delli, 1985.

また、賃約については、個別的な法源で以てそれが合法とされたという説明は管見の限り見られないが、ここでカラーフィーがシャリーア上の原則に矛盾するとしてそれを挙げている理由を推察するならば、以下の通りであろう。賃約のうちで賃貸借契約は契約の場で賃料と貸借物を交換し、雇用契約ではその場で被用者が労務の提供を約するが、その時点では賃貸人と使用者にとって使用利益は発生していない。使用利益は賃約期間中、賃貸人と使用者が貸借物や被用者を使役するたびに発生することになるため、賃料の引渡しと使用利益の発生が合致していない賃約は、売買目的物の交換を遅れさせる期限のリバーに抵触することになる。

棄却されえない裁判官の判決の要件に、ある事例のうちに〔学説上の〕争い（nizāʿ）があることが含まれるのか。それともそれに関して、〔学説上の争いとして〕たとえ対立が生じていなかったとしても、争いや対立の可能性があること（qābil li-l-nizāʿ wa-l-khilāf）で足りるのか。

回答

対立の発生は要件とはならない。むしろ、その事例に〔学説上の〕対立が生じるか不明である場合において、裁判官が対立の余地がある旨の判決を言い渡したとしても、それは棄却されえない。一方で、〔学説上の〕対立が不明である場合において、〔シャリーア上の〕諸原則に反しながら判決を言い渡したとき、それは棄却される。棄却されないことに関して、〔学説上の〕対立が不明である場合と対立が生じている場合の間に相違はない。

第22問題

裁判官は、自らが〔判決の根拠として〕優先されると考えること（rājih ʿinda-hu）にのみもとづいて判決を言い渡されなければならないのか。例えば、ムジュタヒドは、自らが〔発出の論拠として〕優先されると考えることにのみもとづいてファトワを出さなければならないように。それとも、裁判官はたとえ自らが優先されると考えていなかったとしても、2つの主張の一方にもとづいて判決を言い渡すことができるのか。

回答

裁判官がムジュタヒドであった場合、彼は自らが優先されると考えることによらずして判決を言い渡したり、ファトワを出したりすることはできない。一方で彼がムッカリドであった場合、彼は自らの学派の多数説にもとづいてファトワを出し、また自らが優先されると考えていなかったとしても、彼がファトワに関してイマームにしたがうように、自らがしたがうイマームによって法規とされた学説が優先するものにしたいながら、それにもとづいて判決を言い渡すこともできる。判決やファトワにおいて恣意（hawan）にしたがうことについてはいえば、それはイジュマーとして禁じられている。

げに、学者らは、いくつかの論拠がムジュタヒドのもとで対立し、かつ等しく、〔どちらかを〕優先されることが不可能である場合に、双方を無効とするか、ファトワを出すために2つのうちの一方を選択するかについて意見を異にしている。学者らには〔次の〕2つの学説が帰される。

ファトワを出すために2つのうちの一方を選択する学説によれば、ムジュタヒドは、2つのうちの一方に有力な理由があれば（bi-tarīq al-ūlā）自らが優先されると考えていないにもかかわらず、判決の根拠としてそれを選択することができる。というのも、ファトワは義務賦課者にとって審判の時までつづく普遍的な法規であるのに対して、判決は部分的な諸事例に限定されているからである。したがって、普遍的な諸規定において選択することを認めることは、当然にそれが限定された部分的な事柄においても認められる。このことは、法学とシャリーア上の諸原則に則っている。

以上の説明から、判決は「根拠として」優先されるものとそうでないものにもとづいて生じせしめられる。しかし、そのこと（どちらの根拠が優先されるかという判断）は恣意にしたがってはならない。むしろそれは、努力を費やしたものの、[どちらかの根拠を]優先させられず、それが並立してしまったあとにある。[こうした努力を経ずに]優先されない (marjūh) 根拠にもとづく判決やファトワーについていえば、それはイジュマーに反している。

第23問題

あなたが「裁判官の判決は内心における法的効果の発出であり、宣誓 (nadhr) も同様に、確定していなかった法規定に関する法的効果の発出であり、したがってその2つは法的効果の発出の点で等しく、またその双方は一般的な法規でなく、部分[的な法規]に関係する」と言った場合、その両者の間には相違があるのか、それとも等しいのか。

回答

両者がたとえ法的効果の発出の意味で等しいとしても、その間には「以下の4点について」相違がある。

その一つ目は、宣誓などに関する重要な原理 ('umadah kubrā) とは、文言である。というのも、それは宣誓された推奨行為を義務行為へと転換させる法規上の原因だからである。それはちょうど、立証が裁判官の判決の原因であり、裁判官の判決は発話を要せず、その後に発せられる言葉は判決内容に関する伝達や、彼からの判決における証言にしたがって「その判決を」引き受けるようにという命令にすぎないことと同じである⁽¹²⁾。

その二つ目は、宣誓はそれを発した者に対する義務づけであり、一方で判決は他者に対する義務づけである。

その三つ目は、裁判官の判決とは、その蘇生が徒過したあとで「ある者に帰属する」土地所有権を無効とする旨の判決に見られるように、「特定の権利の帰属を」確認すること (itlāq) や「係争中の権利を」無効とすること、許可することである⁽¹³⁾。また裁判官の判決は、当然に義務づけに帰結されるわけではない。むしろそれは義務づけとなるときもあれば、そうならないときもある。宣誓についていえば、それは義務づけを生じせしめるのみである。

その四つ目は、判決の目的は、婚姻契約に対する裁判官の取消「判決」(fash) のように、禁止することでもある。げに、その目的は「元」夫に対する「彼女との性交渉の」禁止である。一方で宣誓についていえば、その目的は禁止することではなく義務づけることである。

⁽¹²⁾ 宣誓の効果については第2問題を、裁判官の判決の性質については第5問題を参照されたい。早矢仕「カラーフィー：翻訳と解題 (1)」, 92-93, 98-99.

⁽¹³⁾ マーリク派において一度蘇生が完了した土地について、その耕作者の懈怠によってその占有が離脱し、土地が風化して元の状態に戻ってしまった場合に関しては、マーリクとサフヌーン (Sahnūn ibn Sa'īd ibn Ḥabīb al-Tanūkhī, d. 854 or 855) の間で新たに行われる蘇生の有効性について見解が対立している。Abū al-Walīd Sulaymān ibn Khalf ibn Sa'd ibn Ayyūb al-Bājī, *Al-Muntaqā Sharḥ Muwaṭṭā' Mālik*, ed. Muḥammad 'Abd al-Qādir Aḥmad 'Aṭā, Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyah, 1999, vol. 7, 384-385.

「忌避行為の不作为を宣誓した者は皆、自身に対してそれを禁じたことになる」と言われた場合、その宣誓は禁止することを伴っているのか。

我々（マーリク派法学者ら）は「次のように」言った。「その目的は、義務とすることである。というのも、忌避行為の不作为は推奨行為であるからである。したがって宣誓は、そうした推奨行為を義務行為へと転換させたことになる」。

第24問題

ムジュタヒドが裁判官でもある場合、彼は自身のイジュティハードによってファトワを出し、また判決もイジュティハードによって言い渡す。結果、その「ファトワと判決に関する」2つの伝達がイジュティハードから発せられる。では特に、先行するファトワも判決も存在していないとき、両者の間の違いは何であるか。このとき彼はファトワや判決において、義務賦課者に義務づけられることを伝達するが、その判決は棄却されえず、一方でファトワは対立する可能性があるという点で「判決とファトワを」区別していない。「彼の言葉を」棄却できないことは、それが判決であるという理解から導かれる。

回答

その2つの状態の相違は、ファトワでは「ムジュタヒドたる」彼は、自らが優先されると考える論拠から導かれることについて伝える、ということである。彼は、いと高き神についてその明証（adillah）のうちに見出したことを伝える通訳者のようである。「またそれはちょうど」裁判官の通訳が人々に、彼が裁判官の会話や文字のうちに見出したことを伝えることのある。しかし判決では「ムジュタヒドたる」彼は、自らにとって明白で優先される論拠やそうした係争中の事例の判決において生じる「法的」原因にしたがって、敗訴者に対して義務づけ「判決」ないしは「権利帰属の」確認「判決」を生じせしめる。

彼が人々に伝える場合、彼らに彼自身が言い渡す判決内容を伝えることになる。というのも、至高なるいと高き神は彼にそうしたことを、彼が神の使徒——彼に神の祝福と平安あれ——から受け継いだいと高き神の言葉「そして彼らの間はアッラーが下し給うたもので裁くこと」（5：49）に含意されることで以て、授權したからである。

一方で、彼が人々にファトワを伝えた場合、彼らにはシャリーア上の明証において至高なるいと高き神について理解した、神の法規定（hukm Allāh）を伝えることになる。結果彼は、判決という観点からすれば、自ら判決を言い渡し、そのもとで生じる「法的な」諸原因や諸々の立証にしたがって義務づけ「判決」と「権利帰属の」確認「判決」を生じせしめる、「いと高き神の」裁判官代理のようである。というのも、彼を代理に任命した者が、法的効果の発出者としてでなく「裁判官の言葉や文字に対する」追従者として定めおかれた通訳とは対照的に、彼がそうすることができるよう定めおいたからである。

ちょうど裁判官代理が自ら義務づけ「判決」を伝えることと同様に、シャリーアについてイジュティハードを行う裁判官も、自ら義務づけ「判決」を伝える。というのも、彼は至高なる

いと高き神の被造物が存在する彼の土地における代理人だからであり、また〔神は〕彼に対して、被造物の間の判決にしたがった法的効果を出させることを授權したために、彼が法的効果として発出したものは、その事例に関して至高ないと高き神の側からそのときに新しく〔下された〕限定的な明文規定のようなものとなるからである。そのために、それは棄却さええない。というのも、その限定的なものは、説明がすでにされたように、一般的なものに優先しているからである。

したがって、こうしたことがイジュティハードによる裁判官の判決とファトワの間の相違である。

第25問題

神の使徒——彼に神の祝福と平安あれ——のファトワや啓示の伝達に関する職掌と、彼の判決を言い渡す (qaḍā') 職掌と、彼のイマームとしての職掌の間の相違は何であるか。また、これら諸職掌の効果 (āthār) はシャリーア〔に由来する法規定を導出すること〕と判決〔を言い渡すこと〕とで異なるものなのか、それともそれらはすべて同じものなのか。また、使徒性 (risālah) とこれら3つの事柄は相違あるものなのか、それとも使徒性はファトワ発出の事由 ('ayn) なのか。あなたがたが「それはファトワなど〔を出すため〕の原因である」と言った場合、預言者性 (nubūwah) も同様となるのか。それともそれに関して、預言者性と使徒性の間に相違はあるのか。このことは、注意してその説明と解明が明らかにされるべき高貴な問題かつ、偉大なる崇高な本質である。というのも、知はその知の対象の崇高さで以て崇高となるからである。

回答

神の使徒——彼に神の祝福と平安あれ——のファトワに関する職掌は、いと高き神から彼の法規定のうちにある論拠から見出したものにもとづいて、ファトワを伝えることである。ちょうど、我々が彼——彼に神の祝福と平安あれ——以外について述べたムフティーのように⁽¹⁴⁾。

彼——彼に神の祝福と平安あれ——の啓示を伝えることに関する職掌は、使徒性から導かれる。その使徒性とは、いと高き神が彼に対してそうした啓示の伝達を命令することである。したがって、彼——彼に神の祝福と平安あれ——は使徒の地位から、被造物のために真理についていと高き神から彼に至ったことを伝えるのである。結果、彼はこの地位で以て、いと高き神から遣わされ伝える者 (muballigh wa-nāqil) となる。また預言者性に関するハディースを伝える者であり、人々に教えるために高貴なるクルアーンを保持する者である伝承家たちは、この地位を彼——彼に神の祝福と平安あれ——から受け継いだ。ちょうど、ムフティーが彼——彼に神の祝福と平安あれ——からファトワを発出することを受け継いだように。

⁽¹⁴⁾ ムフティーの職掌については第3問題を参照されたい。早矢仕「カラーフィー：翻訳と解説 (1)」, 94-95.

また、我々にとってムフティーと伝承家の相違が明らかになったと同様に、彼——彼に神の祝福と平安あれ——が主から啓示を伝えることと、宗教（*dīn*）に関してファトワを発出することの間にも相違はある。またその〔前者の〕相違は、その〔後者の〕相違と全く同じものである。したがって、〔相違する〕2 つが伝承とファトワである限りで、伝承することはファトワの発出を伴うことなく、またファトワの発出は伝承することを伴わない。

彼——彼に神の祝福と平安あれ——の判決を言い渡す職掌についていえば、それは使徒性やファトワの発出とは異なるものである。というのも、ファトワの発出や使徒性とは、単に〔啓示やそれに関する論拠を〕伝えることや〔それに〕したがうことのみだからである。一方で判決〔を言い渡す〕ことは、提示される〔法的〕諸原因や立証にしたがって、彼——彼に神の祝福と平安あれ——が法的効果を発出したり、義務づけを行ったりすることである。そのために、彼——彼に神の祝福と平安あれ——は〔次のように〕言った。「あなたたちは私のもとに争訟を持ち込んだ。おそらくあなたたちの中には、自らの立証が他者より雄弁な者もいるかもしれない。その結果、私が〔誤って〕同胞の権利の一部についてある者を勝訴させたとしても、彼はそれを〔自分のものとして〕得るべきではない。私はただ彼に対して、火獄の一部を与えんとするのみである」⁽¹⁵⁾。

以上のことは、判決が立証やその際の弁論能力（*qūwat al-laḥn*）にしたがうことの証左である。したがって、彼——彼に神の祝福と平安あれ——はこの地位においては法的効果の発出者であり、一方でファトワの発出や使徒性に関しては、〔啓示を〕伝えしたがう者であり、また判決を言い渡すことに関して同様に、いと高き神から彼に向けた、立証と〔法的〕原因にしたがって判決を発するように、という命令にしたがう者であって、いと高き神に由来する法規定を伝えしたがう者ではない。というのも、いと高き神から彼に授權されたものは、いと高き神から伝えられた〔法規定にしたがうこと〕ではないからである。

別の側面でも、判決とファトワの間には相違がある。ファトワは廃棄（*naskh*）を許容するが、一方で判決は許容せず、むしろ判決が生じた原因が明らかに無効である際に、その棄却を許容する。しかしファトワはそれを許容しない。したがって、判決の特徴は棄却できることであり、ファトワの特徴は廃棄できることである⁽¹⁶⁾。

⁽¹⁵⁾ Al-Bukhārī, *Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*, Beirut: Dār Ibn Kathīr, 2002, 654 (no. 2680), 1725 (no. 6967), 1771 (no. 7169); Muslim, *Ṣaḥīḥ Muslim*, Riyāḍ: Dār al-Ṭaybah, 2006, vol. 2, 849-52 (no. 1773).

⁽¹⁶⁾ 廃棄（*naskh*）と棄却（*naqd*）の用語法上の差異について触れておく。どちらも前置するファトワや判決の内容が伝える法的効果を取り消す作用を示しているが、両者はその発出者であるムフティーと裁判官の職掌の違いをその用語法に反映させている。具体的には裁判官の場合、判決は先立つ現世的利益をめぐる争訟やその立証手段が適法であることを条件に、その独立性が保障されている。そのため、判決の独立を突き崩す棄却は、判決材料に法的瑕疵が生じた結果、立証と判決の関係が切断されることで発生する。一方でムフティーの場合、ファトワの発出はファトワを請求する者の主張にしたがって神に由来する法規定を伝えることに留まっており、後者の主張の真偽はファトワが示す法的効果の有効性に影響しない。その非牽連性によってファトワは棄却を許容しないとされる。ではファトワには、判決のような独立性が保障されていないかといえ、本文でも後述されるように、ファトワの廃棄が認められるのは預言者が生きていた時代、すなわち彼によってシャリーアが新たに示される可能性がある時代に限られている。したがって、彼の死後は

このことは、彼——彼の上に平安あれ——や彼の時代に生きた人々のファトワーについてである。彼——彼に神の祝福と平安あれ——の死後のファトワーについていえば、シャリーアが確立しているため、廃棄することはできない。このことは同様に、判決とファトワーの間という2つの分類のうちのあらゆることに関する明らかな相違でもある。しかし、それはあらゆるファトワーに関して認められるわけではない。2つの分類の間の相違が明らかとなったとき、その2つの本質も明らかとなり、混乱はなくなる。

それ（預言者の言葉）が〔神からの〕伝言であるという場合の使徒性についていえば、それは単なる伝達であるために、廃棄を許容しない。というのもそれ（使徒性が含む法規定についての神からの伝達）は、学者らの正統な学説によれば、廃棄ではなく特殊化（*takhsīs*）を許容するからである。但し、それ（使徒性）がシャリーア上の法規定〔にファトワーの論拠を求める職掌〕を含む場合には、廃棄を許容することもある。したがって、使徒性はファトワーよりも包括的〔な職掌〕となり、またそれとは対照される。ここで、使徒性とファトワーと判決の間の諸相違が明らかとなった。

預言者性に関していえば、多くの人々はそれはいと高き神から預言者への単なる啓示についての説明であると信じているが、その通りではない。むしろ、啓示はいと高き神から預言者以外の被造物の一部に対して起こることもある。たとえば、イーサー——彼の上に平安あれ——の物語において、啓示がイムラーンの娘マルヤム（マリア）——神よ彼女を嘉し給え——に到来したように。ジブリール（ガブリエル）——彼の上に平安あれ——は彼女に「私はおまえの主の使徒にほかならず、私がおまえに清純な男児を授けるためである」（19：19）と言った。また別の箇所では〔ジブリールは〕「まことにアッラーはおまえに伝え給う」（3：45）と言った。マルヤム——神よ彼女を嘉し給え——は、正統〔な学説〕では預言者ではないにもかかわらず。

『[サヒーフ・] ムスリム』には、「いと高き神はある男のもとに、その道中すなわち彼がいと高き神かけて自分の兄弟のもとへ赴こうとしているときに、一人の天使を遣わした。その天使は〔次のように〕彼に言った。いと高き神はあなたに知らせよう。あなたがいと高き神かけて自分の兄弟を愛するように、彼はあなたのことを嘉していると」⁽¹⁷⁾とあるが、以上のことは、預言ではない。

いと高き神が我々の一人のもとに、特定の事例に対するマーリクの学説や、ある者のもとから逸失した行方知れずの家畜（*dāllah*）について知らせるために、ある天使を遣わした場合、そうしたことは預言ではない。預言とは、敬虔な学者らが言うように、いと高き神が彼の被造物にある問題について彼が発出した法規定を、その問題に限定して、啓示することである。例えば、いと高き神が彼の預言者ムハンマド——彼に神の祝福と平安あれ——に対して〔次のように〕啓示したように。「誦め、おまえの主の御名において、〔森羅万象を〕創造し給うた〔主の御名において〕、〔つまり〕彼は人間を凝血から創造し給うた」（96：1-2）。

これ（「誦め」といういと高き神の言葉）はムハンマドに対して、その時において彼に限定さ

ファトワーが廃棄される可能性は閉ざされ、判決同様、実質上の独立性を得たことになる。

⁽¹⁷⁾ Muslim, vol. 2, 1194-5 (no. 2567).

れる義務賦課である。学者らは「次のように」言った。「これは預言ではあるが、使徒「を遣わしたということ」ではない。いと高き神が彼に対して「包まる者よ、夜に「礼拝に」立て」と啓示を下した場合、それは使徒「を遣わしたということ」である。というのも、これは啓示を下された者以外にも付随する義務賦課だからである」。したがって、神の使徒——彼に神の祝福と平安あれ——の預言者性は、彼の使徒性に時間的に (bi-muddah) 先行している。そのために、学者らは「次のように」言った。「あらゆる使徒は預言者である。しかしあらゆる預言者は、使徒ではない。というのも、あらゆる使徒は彼に下されたものを伝えるという、彼にのみ限定された義務を賦課されているからである」。ここで、預言者性と使徒性とファトワと判決の相違が明らかとなった。

彼——彼に神の祝福と平安あれ——のイマームとしての職掌についていえば、それは、預言者性や使徒性、ファトワの発出、判決の言渡しに付加される性質をもつ。というのもイマームは、被造物に遍く政治 (siyāsah ‘āmmah) と諸々の利益に則った統治 (dabt), 腐敗の原因の除去、不法行為の取締り、圧政者 (tughāt) の殺害⁽¹⁸⁾、国内における臣民 (‘ibād) の統合など、これらの種類に含まれる様々なことが委ねられた者だからである。

このことはファトワの発出や判決の言渡し、使徒性、預言者性の概念には当てはまらない。それは、ファトワは論拠にしたがいながら、いと高き神からの法規定について単に伝達することとして「その職掌が」確認され、また判決は政治ではなく、争訟の裁決を負う (taṣaddī li-faṣl al-khuṣūmāt) こととして「その職掌が」確認されるからである。特に、「判決を」執行する能力のない裁判官としては、たとえば強大な諸王 (mulūk jabābirah) に対して脆弱な能力しか持たない裁判官があるが、彼は内心において、そうした強大な王に対する義務づけを発しているが、それを執行する努力「義務」は、自らにとって不可能であるために、彼には生じない。

むしろ、その裁判官は彼が裁判官であることから、法的効果を発出することしかできない。執行する能力についていえば、それは彼が裁判官であるということに対する追加的な事柄である。そのため、彼にその執行「能力」が授権されることもあるが、一方でそれが彼の権限 (wilāyah) に含まれないこともある。結果として、イマーム位の要素たる公権力 (sultānah ‘āmmah) は、「裁判官による」判決が「執行する能力を持たない」判決である点で、それと異なるものとなった。

政治「に関する職掌」が授権されていないイマームについていえば、それは、イマーム位をそれに対して暗喩的に (majāz) 適用することによってのみ、認識可能である。その議論は「イ

⁽¹⁸⁾ tughāt とは、字義的には「圧政者」を意味しているが、この文脈では後述される預言者のイマームとしての行為にある叛徒 (bughāt) への攻撃とあわせて理解すべきであろう。すなわち彼らは、ムスリムでありながらイマームに対抗して一定領域（もしくは人心の間）に支配を確立している者たちであると考えられる。彼らにはザカートの存在を否定した場合と彼らに悔悟を促すための平和的努力が尽くされた場合を除いて、イマームが彼らの殺害どころか、彼らに先制して戦闘を開始することも認められていない。Hans Wehr, *A Dictionary of Modern Written Arabic*, J. Milton Cowan ed., 4th edition, Ithaca, N. Y.: Spoken Language Services, 1994, 656; アル＝マーワルディー『統治の諸規則』湯川武訳、慶應義塾大学出版会、2006, 94-96, 127-146.

マームの] 諸性質に関してにほかなら [ず, その字義的な範疇に関してでは] ない。

使徒性についていえば, 彼にはいと高き神から単に啓示を伝えることのみが関係している。この意味は, 彼に対して政治 [に關する職掌] が授權されていることを要しない。時代の流れの中でいかに多くのいと高き神の使徒が, 主の (rabbānīyah) 使徒として遣わされたことか。しかし彼らには, 被造物に対して [神を] 立証するための啓示の伝達が求められるのみであり, 彼らは公共の利益に関して監督 (nazar) するよう命令されることはなかった。

イマーム位と使徒性の相違が明らかとなった場合, 須らく前者と預言者性との相違も明らかになる。というのも, 預言者性 [にもとづく義務賦課] は彼に下されたものに限定されており, それが彼以外の者に付随することはないからである。したがって, こうした [イマームの] 諸要素をめぐる相違が, それらの特徴によって明らかとなった。

シャリーアにおけるこの諸要素の効果についていえば, それは多様である。

彼——彼の上に平安あれ——がイマームとして行ったことは, 戦利品 (ghanā'im) の分配, 公共の利益にもとづいた国庫財の分割, ハッド刑の執行, 軍の統制, 叛徒 (bughāt) への攻撃, 村落や鉾物におけるイクターの割当などである。何人もその場でイマームの許可を得ることなしに, そうしたことに着手することはできない。というのも, 彼——彼に神の祝福と平安あれ——はそうしたことをイマームとして行ったにほかならず, 彼の許可以外では [その職掌の一部を] 手中におくことは許されない (mā ustubīha)。これはいと高き神の言葉「そして彼にしたがえ。きっとおまえたちは導かれるであろう」(7:158) にもとづいて, 確立された法規定となった。

彼——彼の上に祝福と平安あれ——が判決によって行ったことは, 先買権によって所有権を移転させること (tamlik) や, 婚姻や契約の無効とすること (fusūkh), 扶養の支払不能を理由とした破産 (i'sār) やイーラー (īlā')⁽¹⁹⁾, 床入れをしない旨の宣誓 (fay'ah) にもとづいて離婚させることなどである。何人も彼——彼に神の祝福と平安あれ——の先例にしたがえば, そうしたこと (上記の法律行為) に対して, その場で裁判官の判決によらずに着手することはできない。というのも, 彼——彼の上に平安あれ——はそうした事例を判決で以てはじめて結着させたからであり, 彼——彼に彼の祝福と平安あれ——の死後のウンマも同様にしたからである。

⁽¹⁹⁾ イーラーとはある行為を差し控えることや, その旨を宣誓することを意味しており, イスラム法上これは夫から妻に対して性行為に及ばないことを旨とする宣誓行為として通用している。この結果, 4か月以上性行為が行われないと離婚の効果が発生することになる。イーラーは前イスラム時代より行われてきたが, 当時は妻を苦境に陥らせる悪習として認識されていた。というのも, イーラーを行った夫は性行為の反対給付である妻の扶養義務から免れるが, 妻は婚姻契約を解消されたわけでないため再婚することもできないからである。そこでクルアーンは以下の章句で以て, イーラーの成就を離婚の成立として啓示した。「妻からの絶縁を誓った者たちには4か月の猶予がある。それでもしおまえが復縁すれば, アッラーはよく赦し給う慈悲深い御方。それでもおまえが離婚を決意したなら, アッラーはよく聞きよく知り給う御方」(2:226-227)。スンナ派4法学派はこの章句を法源として, 4か月以内に性行為に及んでイーラーが失効した場合, 夫には妻の扶養義務を復活させ, 宣誓破棄に対する贖罪行為を義務づけているが, 4か月が徒過しイーラーが成就した効果については, 結果として成立する離婚が, 取消可能な離婚か否か, 妻に待婚期間は生じるか否かなどについて学説が対立している。柳橋『イスラム家族法』, 356-368。

彼——彼の上に祝福と平安あれ——のファトワの発出や使徒性、啓示を伝えることに関する職掌についていえば、それは審判の日まで諸被造物に対して定められた法をおくことである。我々は、ある裁判官の判決やイマームの許可を要せずとも、彼によって彼の主から我々に啓示されたあらゆる法規定にしたがわなければならない。というのも、彼——彼に神の祝福と平安あれ——は我々にそうした法規定とその原因との関係を伝える者であり、諸被造物と彼らの主との間に漂う（*khallā*）者だからである。

〔ムフティーであり、使徒であり、啓示を伝えるときの〕彼は、自ら言い渡した判決にしたがった法的効果を発出する者でも、利益が求めるところにしたがって、判決を原因として彼の見解にもとづいた秩序を形成する者（*murattib*）でもない。むしろ、彼は自らの主から、礼拝やザカートや種々のイバーダートのような啓示を伝達するにすぎない。一方で、種々の処分行為のうちで種々の売買や贈与といった諸契約による所有権の取得については、何人も判決の法的効果を発出する裁判官やもしくは許可を生じせしめるイマームを要せずに、その諸契約を発効させ、その〔法的〕原因を獲得し、自らに利する法規定を生じさせることができる。

彼——彼に神の祝福と平安あれ——のイマーム位と判決とファトワに関する職掌の伝承の相違が確固となったならば、〔次のことと〕知れ。彼——彼の上に祝福と平安あれ——の職掌は4つに分類される。一つは学者らが合意する、イクターやハッド刑の執行、軍の派遣などのようなイマームとしての職掌という分類。一つは学者らが合意する、債務履行や代価となる現金や物品の引渡し、婚姻の無効などの義務づけといった判決を言い渡すという職掌という分類。一つは学者らが合意する、礼拝やその実行、また聖地巡礼の諸儀礼（*munāsik*）の実行に関する啓示〔から法規定を〕伝えること（*iblāgh*）のようなファトワの発出という職掌という分類。一つは、彼——彼に神の祝福と平安あれ——についてこれら〔上記の〕諸分類の間で往来（*mutaraddid*）が生じる分類であるが、それに関して学者らで、いずれの分類に該当するかで異論が生じている。それについては、〔次のような〕諸問題がある。

第一問題

彼——彼に神の祝福と平安あれ——の言葉「死地を蘇生した者がそれを所有する」〔について〕アブー・ハニーファは〔次のように〕言った。「このことは、彼——彼に神の祝福と平安あれ——のイマームとしての職掌の一部である。したがって、何人もイマームの許可なしに土地を蘇生することができない。というのも、それには所有権の移転が生じるが、それはイクターに類するものであり、イクターはイマームの許可を要件としている。そのため、蘇生も同様である。」

マーリクとシャーフィイーは〔預言者の言葉について次のように〕言った。「このことは、彼——彼に神の祝福と平安あれ——のファトワを発出するという職掌の一部である。というのも、それは彼——彼に神の祝福と平安あれ——の諸職掌の大半〔を占めている〕からである。げに、彼の諸職掌のうちで一般的なもの、啓示〔から法規定〕を伝えることである。〔その職掌は〕諸使徒——彼らの上に平安あれ——の境遇の大半〔を占めている〕ので、〔彼の職掌が一意に定まらない場合、〕それ（ファトワを発出する職掌）に該当されるべきである。これにも

とづけば、蘇生はイマームの許可を要件としない。というのも、それは薪の集積や〔家畜のための〕牧草の収集のように、作為を原因としたあらゆる所有権取得にもとづいて、所有を許容する (ibāḥah) というファトワーだからである」。

マーリクの学説「〔周囲の村落から〕近い利用地 (‘umrān) ではイマームの許可が不可欠である」についていえば、これはそのことがイマーム位にもとづく職掌だからではなく、むしろ別の原則を理由とするからである。すなわちそれは、近い〔利用地〕の蘇生はその地域のハリーム (ḥarīm) の設定に関して〔イマームの〕監督を必要とする⁽²⁰⁾、ということである。それは、婚姻契約を無効とする〔原因として〕破産を確定させるようなものである。監督や〔権利の〕設定を必要とするあらゆる事案には、裁判官が不可欠である。

第二問題

ヒンド・ビント・ウトバ (Hind bint ‘Utbah, d. 636) が不満を述べたときに彼——彼の上に平安あれ——が彼女に向けた言葉「アブー・スフヤーン (Abū Sufyān, d. ca. 653) は吝嗇家であり、あなたやあなたの子供に十分なものを与えてくれないだろう」〔の後に〕彼——彼の上に平安あれ——は彼女に「あなたとあなたの子供にとって十分なものを〔彼の財産から〕公平となるよう取れ」と言った⁽²¹⁾。

学者らの大多数は〔次のように〕言った。「こうしたことは、彼——彼に神の祝福と平安あれ——のうちにファトワーを発出するという職掌〔の一部〕である。というのもそれは、彼——彼の上に祝福と平安あれ——の数ある側面の大半を占めるものだからである。先ハディースにしたがえば、自分の債権と同種のもの、もしくは債務者から債務を履行されることが不可能な場合に自分の債権以外とは異種のことを差し押さえた (zafira) 者は、彼 (債務者) がその債務を履行するまでそれを所有することができる」。

マーリク派の多数説——学者らの大多数も言っているが——によれば、〔債権者は〕たとえ債務を履行することが債務者にとって不可能だったとしても、自分の債権と同種のことを差し押さえた場合に、それを所有するすべきではない。

その禁止の根拠に関して、それは彼が——彼に神の祝福と平安あれ——ヒンドへの裁定において、判決を言い渡すという職掌を行使したためであるが、〔結果として〕何人も裁判官の判決以外で差し押さえたものの一切を所有することができないか否かに関して異論がある。学者らのうちの異論の中には、この〔預言者による〕判決言渡しを不在者に敗訴判決を言い渡す (qaḍā’ ‘alā al-ghā’ib) 根拠とするものも、また彼の判決言渡しを〔裁判官の〕見識 (‘ilm) にもとづく判決の根拠とするものもあった。というのも、彼女は自分の訴えに対する人証を提出していなかったからである。このことをハッタービー (Ḥamad ibn Muḥammad ibn Ibrāhīm al-Khaṭṭābī,

⁽²⁰⁾ ハリームは本来、井戸を開削した際にその井戸の利用を十全のものとするために、周囲の土地を所有することを禁じられた土地であった。しかしアッバース朝期以降、行政府が河川敷や粉ひき場といった公共用地を監督するようになったため、本来の定義が拡大され、所有される土地の使用のために必要な承役地としての性格がみられるようになった。Ghaida K. Katbī, *Islamic Land Tax -Al-Kharāj: From the Islamic Conquests to the ‘Abbasid Period*, Raiza Ali trans., London: I. B. Tauris Publishers, 2010, 253-258.

⁽²¹⁾ Bukhārī, 527 (no. 2211), 1367 (no. 5364), 1774 (no. 7180); Muslim, vol. 2, 819-20 (no. 1714).

d. 998) などが伝えている⁽²²⁾。

また「以下のことが」言われている。彼女に関して判決を言い渡すことは、ファトワを発出することにほかならない。というのも、アブー・スフヤーンはその地域におり、その地域にいる者に対する敗訴判決は、彼が「自分の主張を」通達してはじめて「彼に対するその判決の効力が」到達するからである。したがってこのこと（ヒンドに関する判決）は、ファトワを発出するという職掌である。

ヒンドに判決を言い渡すハディースは、彼——彼に神の祝福と平安あれ——の言葉「あなたを信頼している者に信頼を与えよ。しかし、あなたを騙した者を騙してはならない」⁽²³⁾と矛盾している。「ヒンドへの判決は預言者のファトワにほかならないと学者らの大対数が帰結する」2つの学説は、その法判断については意見の一致をみているが、一方でその根拠については意見を異にしている。

第三問題

彼——彼の上に祝福と平安あれ——の言葉「戦士を殺した者は、その戦利品を所有する」[について、] マーリクは「次のように」言った。「これは預言者——彼に神の祝福と平安あれ——のうちのイマーム位に関する職掌である。したがって、何人も戦争の前に、そのことに関してイマームの許可なしに戦利品における個々の取り分を得ることはできない。それに一致していた神の使徒——彼に神の祝福と平安あれ——[の行為] のように。」

シャーフィイーは「次のように」言った。「これは神の使徒——彼に神の祝福と平安あれ——のうちの、ファトワの発出にもとづいた職掌である。したがって、戦闘者はイマームの許可によらずして、戦利品について自分の権利を主張できる。というのも、これはその他のファトワのように、自らの法的原因にしたがった法規定の一部だからである。」シャーフィイーは前段のこと（イマーム位を原因とする戦利品分配に関する職掌）に対して、これまでの原則にもとづいて反対した。それはつまり、彼——彼に神の祝福と平安あれ——の職掌の大半はファトワを発出することである、ということである。というのも、彼の本質は使徒性とその啓示「から法規定」を伝えることにあるからである。

マーリク「[の学説]」についていえば、「彼の主張は」彼の先の原則に係る根拠と矛盾しているが、彼はそれ（戦利品分配の職掌）を先の2つの問題とは異なり、イマーム位としての職掌に関連したものとみなした。その原因は、「以下の」いくつかの事柄にある。

その一つは、いと高き「神の」言葉「そしておまえたちが戦い獲ったどんなものも、その5分の1はアッラーに属すると知れ」（8：41）である。この章句は、戦利品のうちで5分の1は至高なるいと高き神に属し、その残りは戦い獲った者たちに属することを帰結せしめる。またその章句は、複数の者によって伝えられたもの（*mutawātir*）であるが、「先の預言者の」ハディース

⁽²²⁾ Abū Sulaymān al-Khaṭṭābī, *Mu‘ālim al-Sunan*, Muḥammad Rāghib al-Ṭabākh ed., Aleppo: al-Maṭba‘at al-‘Ilmīyah, 1932, vol. 4, 162.

⁽²³⁾ Abū Dā‘ūd, *Sunan Abī Dā‘ūd*, Shu‘ayb al-Aznā‘ūt et al. eds., Beirut: Dār al-Risālat al-‘Ālamīyah, 2009, vol. 5, 393-395 (no. 3534-3535); al-Tirmidhī, *Al-Jāmi‘ al-Kabīr*, Bashshār ‘Iwād Ma‘rūf ed., Beirut: Dār al-Gharb al-Islāmī, 1996, vol. 2, 542-544 (no. 1264).

スは単独の伝承 (āḥād) である。複数の者によって伝えられた伝承は、単独の伝承に優先される⁽²⁴⁾。

その二つ目は、このような所有を許容することは意思の退廃 (fasād al-nīyāt) につながり、人は自ら不信仰者たる敵を、彼らの上にあると考えられる戦利品のために攻撃することになる、ということである。おそらく不信仰者も、戦闘に関する純粋な意思 (mukhlis) がいない状態で、彼 (ムスリム戦闘員) を殺してしまい、その結果火獄へと入り、その魂も信仰 (dīn) も滅却してしまうことになるだろう。これは先のハディースが [法源として] 留保されてしまう (yutraku) ことになる大きな陥穽 (mazallah) である。というのも、単独の伝承は、諸原則 [に抵触すること] を理由に [法源として] 留保されることもあるが、特段 [多数の者によって伝えられている] そのハディースは留保されるべきでなく、我々はそれをとある状況に帰す [ことで限定的に解釈す] べきにはかならないからである。すなわち、そのハディースはイマーム位としての職掌に関連したものとみなされる。したがって、イマームがそのハディースを援用した場合、それ (戦利品の所有) は有効となる。

その三つ目は、そのハディースがイマーム位に関する職掌について適用されることを示していることである。すなわち、彼——彼に神の祝福と平安あれ——のこの言葉からは明らかに、彼——彼に神の祝福と平安あれ——がイマーム位の職掌について言ったにはかならないことが示唆される。というのも、その状況は戦闘において [預言者が] それ (イマームとしての役割) を望んでいたことに帰されるからである。そのために、我々は [次のように] 言えよう。イマームがイマームとしての職掌を行使することが公共の利益であると考えられる場合には、それを主張し、公共の利益がそうする必要を生じせない場合には、それを主張しない。我々は以上の権限こそが、イマーム位に関する職掌であると意図している。

こうした諸理由が、マーリク [の学説] が自ら根拠とするところ、すなわち、神の使徒——彼に神の祝福と平安あれ——の職掌の大半を占めていることを理由として、ファトワの発出——それ以外のものが生じるまでではあるが——に適用すること [というマーリク自らの学説] に対して矛盾する理由である。

この問題と同様のものは、シャリーアにおいて多く存在する。そこで、それ [自体] やそれに関するムジュタヒドらに帰せられる多くの知識や正しき根拠を見出すためにも、それら同様の問題を探求せよ。

⁽²⁴⁾ ハッラークはイスラム法における言葉の意味の特定について、この単独の伝承と複数の者によって伝えられた伝承を用いて以下のように説明している。単独の伝承は、確実な真理の知識に至るものではなく、人間知性は言語の問題に関しては判断を下すことができない。一方で、複数の者によって伝えられた伝承からは、過去の英知からその問題となっている言葉が慣習上いかに理解されるかを、またそれを立法者たる神が受け入れていることが認識される。延いてはこれは、共同体にどのような意見の一致があったか、もしくは一致をみない場合に、彼らの知性がその言葉をどのように理解したかを推察することを可能にする。ワーエル・B・ハッラーク『イスラム法理論の歴史：スンニー派法学入門』黒田壽郎訳、書肆心水、2010、79。

但書

法学者は、この意見の一致をみない諸問題に、ウマル・イブン・ハッターブ（‘Umar ibn al-Khaṭṭāb, d. 644）とアブー・バクル（Abū Bakr al-Ṣiddīq, d. 634）——神よ両者を嘉し給え——の間でハニーファ族（Ḥanīfah）族を捕虜とするか否かの出来事が含まれていることを理解していない。げに、アブー・バクル——神よ彼を嘉し給え——は〔ハニーファ族の〕彼女たちを捕虜として所有することを許し、その後ウマル・イブン・ハッターブ——神よ彼を嘉し給え——が〔カリフ位を〕継いだときに、彼は彼女たちをその家族のもとへ返還するよう命令をした。仮にアブー・バクル——神よ彼を嘉し給え——がハニーファ族を奴隷とすることを判決として言い渡していた場合、彼らはムスリムの所有物となり、ウマル——神よ彼を嘉し給え——はムスリムに対して不利となるような〔ハニーファ族を奴隷としたことを〕無効とすることはできない。

むしろ、アブー・バクル——神よ彼を嘉し給え——から生じたそうした行為は、ファトワの発出にもとづくものであり、もちろん、ウマル——神よ彼を嘉し給え——が彼と矛盾する〔裁定を行う〕こともできる。というのも、この問題はイジュマーに馴染まず、また〔それまでの〕判決〔の効果〕も及ばないイジュティハードの問題だからである。そのため、以下のことを知れ。法学者の多くは、アブー・バクルがハニーファ族を奴隷としながら、ウマル——神よ彼を嘉し給え——が彼らを解放したことを疑問視している。仮にこうした〔意見の一致をみない学説を許容するための〕諸原則が確立されなければ、この問題をその上辺だけ見て、理解するのは難しい。というのも、〔この問題を見て〕即座に理解されることは、ハニーファ族を奴隷としたことがアブー・バクル——神よ彼を嘉し給え——が言い渡した判決の〔効果の〕一部であるということだからである。

(東京大学大学院人文社会系研究科イスラム学専修博士課程／

Doctoral Student, Graduate School of Humanities and Sociology,
the University of Tokyo)