

# イスラーム法における法的思考の基礎

## —— バーキルツ=サドル『ウスूल学』をめぐる ——

奥田 敦

### はじめに

イスラーム法の規定対象が、きわめて多岐で広範囲にわたることの把握は、イスラーム法理解の第1歩である。国家なり、政府なりが法であると認めたもののみを通じて法を理解しようという手法に慣れている者にとっては、初歩の段階からたいへんな困難を突きつけられることになる。例えば、現在のアラブ世界においてもっとも信頼されている法学書の1つをひもといてみれば、まず最初の項目が水の清浄、不浄であり、それにウドゥー、洗淨等の項目が続き、礼拝の諸項目へと連なっていることを発見する<sup>1)</sup>。これらは、政教分離をとる国においては、決して国家の定める法の領域に属する事柄ではなく、イスラーム法は相当に特殊な法であるという印象は免れ得ないところである。

たしかに、イスラーム法を個々の規定の側からみた場合、実に広範囲にわたる法規範が事細かな内容を指示しつつ並べられており、まさしくカズイスティックという形容があてはまるのではあるが、これでは、イスラーム法の片側の側面をみたことにしかならないのである。なぜならば、イスラーム法には、各々の領域について個々の問題に対して与えられる規定を問題にするフィクフ学の他に、「ウスूल=ル=フィクフ学(フィクフの基礎

学)」と呼ばれる法学の領域（以下「ウスール学」とする）が存在することが考慮に入れられていないからである。このウスール学というのは、フィクフ学が法の個別の領域を扱うのに対し、「法規の発見におけるフィクフに関する思考の実践について探究を行い、その法発見が健全なものであるために必要とされるべき共通の要素」を研究の対象とする学問分野であり、フィクフ学にとっての論理学と称される<sup>2)</sup>。

したがって、イスラーム法の理解に際してこのウスール学の正当な位置づけが行われないと、イスラーム法に対する理解は歪んでしまう。例えば、イスラーム法の概説書は、たいていの場合、その最初の部分において法源の問題を取り上げ、イスラーム法には、クルアーン、スンナ、イジュマー、キヤース（シーア派の場合は理性）の4法源があり、特に前2者が第1次的法源とも称されるべき重要性を有していると指摘する。ここにおいて、ウスール学の正しい理解を欠くと、すべての法規定は、クルアーンとスンナから引き出されるという説明が、イスラーム法は宗教上のドグマを公理とする法体系であるというきわめて一面的な理解を導くことは十分起りうることである。概念法学の悪弊に悩まされ続けた経験のある西洋法史学の観点からいえば、イスラーム法は宗教上のドグマを公理とする法体系であるという定式から、イスラーム法が本来的に閉鎖的で、硬直的で、演繹体系的であるという帰結が導き出されてしまう。いずれにしても、ウスール学についての正当な評価のないところにイスラーム法のより包括的な理解はありえない。

本稿は、そうした観点からムハンマド・バーキルッ=サドルの『イルム=ル=ウスール』<sup>3)</sup>を素材に、ウスール学の理論的枠組みを解明しようとするものである。まず第1章では、ウスール学の実践的形態であるイジュティハードに関して、その門が閉鎖されたといわれることの問題を取り上げ、ウスール学あるいはイジュティハードの継続的な存在がイスラーム法においては、歴史的な必然性をもっていることを明らかにする。続く第2章で

は、法発見に際して「獲得のための証拠」と「実践的基礎」という2層の根拠を有するウスूल学の全体的な構造を紹介する。第3章ではそれを承けて、実践的基礎の第2原則といわれる「無拘束性の原則」を取り上げ、その根拠、要件、対象をバーキルツ=サドルに従って整理する。第4章では、第2章で展開したウスूल学の構造ならびに第3章で考察した「無拘束性の原理」が、「法」としてのイスラーム法の中でどのような意義をもち、どのように位置づけられるのかを、H.L.A.ハートによる法の概念の議論と対比しつつ論じていく。

## I. イジュティハードの歴史と概念

イスラーム法体系の硬直性、閉鎖性、演繹的体系性を象徴的に表現しているのが、「イジュティハードの門は閉じられた」という考え方であろう。イジュティハード (ijtihad) とは、法律家はその能力から可能な限りの努力を払って、法的見解を全力で探究する精神的努力のことであると一般に定義される<sup>4)</sup>。「イジュティハードの門の閉鎖」とは、このイジュティハードの活動が3／9世紀には、ムスリム法学者たち自身による合意によって停止してしまったことをいう。西側のイスラーム法研究にあって、この「イジュティハードの門の閉鎖」の代表的な論拠として用いられるのが、J. シャハトによる以下のような説明である。すなわち、「ヒジュラ暦の4世紀の初めまでには、どの法学派の学者たちも、もはやあらゆる本質的な疑問は十分に議論されつくし、最終的な決着をみたとの印象をもつに至ったのであり」、「法について独自の推論を行うに不可欠の資質を備えたものは誰もいないと見なされ、今後行いうることがあるとすれば、教義の説明、適用、そしてせいぜいのところ先例に一字一句違わないまったく忠実な解釈のみとなった」のであり、しかもこれらが法学者のある種のコンセンサス

のもとに成立したというのである<sup>5)</sup>。

こうした説明の中には、先にイスラーム法が本来的にもっているイメージされるとした属性、すなわち硬直性、閉鎖性、演繹的体系性のすべてを見出すことができる。ただし、この説明にはその根拠が明示されていないために、一方においてはイスラーム法は、硬直的で、閉鎖的で、演繹体系的であるから、イジュティハードの門の閉鎖という事態を招かざるを得なかったのであるし、他方、イジュティハードの門が閉鎖したということはイスラーム法が、硬直的で閉鎖的で演繹体系的であるということの何よりの証拠であるという論理が可能となる。根拠がないために生じるこの循環論法による言説は、イスラームに対するオリエンタリズム的なイメージと相俟って見事に定着したのである。

さらに、この「イジュティハードの門の閉鎖」という言説に確証を与えるような出来事がイスラーム世界の側にも起きることになる。西洋の帝国主義、植民地主義に見舞われたイスラーム世界は、この危機的状況を脱するための1つの方策として西洋法の継受による近代化路線をとったのではあるが、このことによって、イスラーム法は解体の危機に直面せざるを得なくなる。こうしたイスラームであること自体を否定してしまう西洋法継受による近代化路線に対して、イスラーム復活によって危機的状況を脱しようとする強力な潮流が生まれたのである。イスラーム固有の世界観に立脚しつつ、時代の要請に応えるようにイスラームを活性化していこうとする動きがこれである。この動きにとって重要なことは、イスラーム、あるいはイスラーム法の再興であり、これはイジュティハードを行うことによって初めて可能となるものなのである<sup>6)</sup>。

例えば、こうした潮流の基礎理論を提供したといわれるマナール派の主張によれば、イジュティハードの活動の著しい停滞は批判的に捉えられ、イジュティハードの意義、重要性が強調される<sup>7)</sup>。この派の創設者の1人で、イスラーム法の斬新な改革に努め、エジプト最高位のムフティーの地

位にもあったムハンマド・アブドゥフ（1849年～1905年）は、いまこそクルアーンとスンナに帰ることが重要であるとして、それまでの時代における先例への盲従（タクリード）に対して厳しい批難を行ったことは<sup>8)</sup>、イジュティハードの門の閉鎖が実際に存在したということを肯定する表現のように受け取ることもできる。

たしかに、10世紀を境に始まり、1256年フラグによるバクダード襲撃、最後のカリフ、ムスタシムの殺害によって決定的となったアッバース朝の政治的・社会的衰退に端を発し、その後近代に至るまでのイスラーム世界において、その理念を見失ったかの文化的停滞が深刻なものであったことは否定できない。なるほど、その時代を「不毛の時代」として位置づけ、こうした「政治的、社会的、文化的状況の法学的表現」が、イジュティハードの門の閉鎖であるという言い方は<sup>9)</sup>、イジュティハードの成果が、イスラーム世界の活性化に結び付かなかったという意味においては可能であろう。

しかしながら、マナール派のアブドゥフにしても、その後継者のラシード・リダー（1865年～1935年）にしても、イジュティハードの門が閉じられたと述べているわけではない。厳密を期していえば、彼らが主張するイスラームの再興とは、イジュティハードを通じてのイスラーム法の復興であって、閉じられたイジュティハードの門の再開ではない。むしろ彼らは、イジュティハードの門が閉じられているということは、謂れのないことだという形の主張を行うのである<sup>10)</sup>。

それでは、シャハトの言うように3／9世紀以降イジュティハードの門が閉鎖されたと仮定した場合、果してそれがどの程度妥当性をもつのかについて考えておきたい。この場合、イジュティハードの方法論の発展も停止させられてしまうのであるから、イジュティハードの門の再開は、3／9世紀の時点にまで遡らなければならなくなる。その場合、例えば、6／

12世紀の初めに歿したガザリー（505/1111年歿）がイジュティハードの理論的發展に対して行った貢献は、どのように扱われるのか。彼は、三段論法の中名辞として法定立、法判断の根拠となる「イッラ（‘illah）」理論の完成者であり、同時にギリシアとりわけアリストテレスの論理学を法的思考様式の中に取り入れようとしたイスラーム世界最初の学者なのである<sup>11)</sup>。因みに、7／13世紀のイブン・クダーマ（620/1223年歿）、イブン・アル=ハージブ（646/1248年歿）、9／15世紀のイブン・アル=フマーン（861/1456年歿）等の優れた著作の中には、ガザリーを草分けとするこうしたアリストテレス論理学導入の傾向をはっきりと認めることができるという<sup>12)</sup>。

たしかに、3／9世紀のファーラービー（339/950年歿）は、「証拠から証拠のないものを推論する手続き」を提示したという意味で、シャーフイー（204/820年歿）よりはるかに優れてはいる。しかし、イッラ理論に限ってみても、ファーラービーの時点では類似点を共有する2つの事柄は、判断も共有するという形の素朴な推論形式が見出されるに過ぎないのである。例えば、酩酊を引き起こすという点で共通するワインとラム酒について、ワインが禁止されているのであれば、ラム酒もまた禁じられるという形の推論にとどまっていたのである。むしろイッラを引き出す、様々な肌理の細かい論理形式は、4／10世紀のバスリー（436/1044年歿）によって構築され、5／10世紀のガザリーによって完成されるのである<sup>13)</sup>。

このようにイジュティハードの門の閉鎖が開始されたという3／9世紀以降のイスラーム法の論理構造の発展がイジュティハードの発達に大いなる貢献をなしているのではあるが、イジュティハードの再開を3／9世紀の時点に遡って行うのだとすれば、こうした諸業績は完全に捨象されてしまうことになる。たしかに、ガザリーは、イブン・タイミーヤ（728/1328年歿）等と並んで、イジュティハードの門の閉鎖の中にあつては例外的な存在として扱われることがほとんどであり、彼らがイジュティハードを行

ったことは否定されはしない<sup>14)</sup>。しかし、彼らを例外として扱うのではなく、彼らを例外の地位に追い込んでいる前提、すなわちイジュティハードの門の閉鎖という言い方それ自体が果して的確を射たものなのかどうかについては再考の余地ありといわなければならない。

こうした考え方がなぜ生起するに至ったかについては、様々な見方が可能であろうが、ここでは歴史観の問題を取り上げておきたい。暗黒の中世があつて、それを挟むように理想的な古代とそれを復興させる近代があるといういわゆる歴史の3分法は、西欧近代にとってはきわめて受け入れられやすい歴史の見方である。イジュティハードをめぐる歴史も一見見事にこの図式があてはまるかにみえるのである。法の運用も含めた理想的統治が行われた正統4代カリフの時代とそれを復興させようとする近代、そしてその間に位置する長く「不毛の時代」。イジュティハードの重要性を裏付けるためにもたしかに好適な図式となっている。

しかし、この歴史観に即してイジュティハードの歴史をみる限り、次章以降において扱おうとするようなウスूल学の諸原則を論じる余地がなくなってしまうのである。ここでは、やや極端な例ではあるが、イジュティハードの是認の例証としてあげられるムアーズ・イブン・ジャバルのハディースを引用してそのことを確認しておきたい。聖預言者は、ムアーズ・イブン・ジャバルがイエメンに「知事として」派遣されるに際し、訴訟が提起された際の判決の依り所について質問したのである。彼は、「アッラーの書に従って判決を下す」と答える。聖預言者はさらに「アッラーの書の中にそれに該当する事項を見出せなかったときはどうするのか」と問う。彼は「神の使徒のスナナに従って判決を下す」と答える。聖預言者は、さらに「もし神の使徒のスナナにもこれに関することがなかったときはどうするのか」と問う。彼は「その場合は、私はわずかもためらうことなく私自身の判断(ラアイ)に従う」と答える。聖預言者は、彼の胸をたたいて、「神に讃えあれ。神は、神の御使いをして神の御使いを喜ばし給うた」と言

ったのである<sup>15)</sup>。

このハディースが、「クルアーンとスンナの明文 (nuṣūṣ) の中で法の文言の形で明定化されていない問題については、いかなるものであれ、聖預言者の教友たちが自らの常識に従って独自の決定を下す権利を主張できることに、聖預言者が同意を与えていたという事実を意味する証左以外の何物でもない」<sup>16)</sup>ことはたしかである。しかしながら、さきに述べた3分法的な歴史観に則った場合には、イジュティハードの再開をこの時点、すなわち方法も原則も条件もなしに、裁判官自身の判断が法的判断として成立するということが確定されている時点、さらに言い換えれば、ウスール学がまったく未発達の状態に置かれている時点にまで遡らなければならないということすら起こりうる。

こうした状況自体は、西欧の法史において概念法学の呪縛からようやく解放された自由法運動の成果として、制定法、判例法、慣習法に該当の法を見出せない場合には、裁判官自身の判断が法源と認められるようになったことと同じレベルの話になってしまう。そこには、例えば制定法の成立の背景にある制定法の根拠としての規範なり法——多くの場合仮説的なものにならざるを得ないが——と法律が欠缺している場合に裁判官が下す判断との間を結ぶ明確な原則が示されることはない<sup>17)</sup>。イスラーム法におけるウスール学とは、西洋法の枠組みでいえば、まさにこの部分を探究の対象とするのであり、したがって、単純な歴史3分法でイジュティハードの重要性が確認できたとして満足していたのでは、ウスール学のなんたるかを探る糸口さえ放棄することになってしまうのである。

バーキルツ=サドルは、この辺りをどのように考えるのであろうか。彼は、『イルム=ル=ウスール』の冒頭の部分で、ウスール学におけるイジュティハードという語の意味の歴史的展開について考察を行っている。それによれば、イジュティハードとは、言語的には「任意の仕事に最前を尽くす」と

いう意味の *jahd* の語から派生したものであり、これはまずスンニー派の1法学派が確立し、行動の基準とした原則の1つ「フィクフ学者はシャリーアに適った法規の発見を求めるが、クルアーンあるいはスンナの中に適当な明文がない場合、明文の代わりにイジュティハードに訴える」ことを表すものであったとする<sup>18)</sup>。ハナフィー学派は、とくにイジュティハードの語に対して、明文を見出し得ない場合のフィクフ学者による個人的見解の意味で用いることを要求したのである<sup>19)</sup>。

イジュティハードをフィクフ学者による個人的見解（ラアイ）とするハナフィー学派の考え方にシーア派の法学派は激しい反論を行ったのである。小隠蔽の時代、すなわち3／9世紀に至るまでは、アブドゥッラー・イブン・アブドッ＝ラフマーン・アッ＝ズバイリー、ヒラール・イブン・イブラーヒーム・イブン・アビ＝ル＝ファトフ・アル＝マダニーらが、また小隠蔽の時代あるいはその前後においては、イスマール・イブン・アリー・イブン・イスハーク・イブン・アビー・サハル・アン＝ナウバフティー、アン＝ナジャーシーらが、ハナフィー派のイジュティハードに対して、個人的な考えを法規の基礎にするものとして厳しい批判を繰り返したのである<sup>20)</sup>。さらに小隠蔽の時代の末期、すなわち4／10世紀の中葉にはアッ＝サドゥーク（381/991-2年歿）が、同世紀末期にはアッ＝シャイフ・アル＝ムフイード（413/1023年歿）が、さらに5／11世紀初頭には、アッ＝サイイド・アル＝ムルタダー（436/1045年歿）が、同世紀中葉にはアッ＝シャイフ・アッ＝トゥーシー（460/1068年歿）が、6／12世紀の末には、イブン・イドリース（578/1182-3年または598/1201-2年歿）が、個人的見解としてのイジュティハードを徹底的に排斥しているという<sup>21)</sup>。

こうした意味におけるイジュティハードの語の使用は、7／13世紀初めまで続くのであるが、それ以降は別の意味で用いられるようになる。現存する書物の中でこれを確認できるもっとも古いものとして、バーキルッ＝サドルは、アル＝ムハッキク・アル＝ヒッリー（676/1278年歿）の『階梯の書』

『イジュティハードの真の意味』をあげ、イジュティハードが「クルアーンの章句や伝承によるのと同様に法学者の努力が始まる根源であり、彼が依拠しうる証拠である限り」、この語は「フィクフ学者が自分の提示する証拠や源からシャリーアに適った法規を導き出すための努力を示す」という新しい意味を提示する<sup>22)</sup>。アル=ヒッリーは、フィクフ学者の実際の慣行における法発見の正しい方法と、新しい意味でのイジュティハードとが一致するようになると、もはやイジュティハードの語の使用をあえて控えることもしなくなったという<sup>23)</sup>。したがって、彼が歿したのがヒジュラ暦 676 年であるから、7 / 13 世紀の後半のシーア派法学の世界においてイジュティハードは、法発見のための法源の 1 つと見なされるのではなく、「フィクフ学者によって取り上げられる法源から法発見を行う行為そのものをさす」<sup>24)</sup>ものとして定着していったと考えられる。

しかしながら、アル=ヒッリーによるイジュティハードは、明文に依拠しえない場合の法発見の実践の範囲に限定されている。その根拠としてバーキルツ=サドルは、明文からの法規の発見が（容易なために）、とりわけ法的努力（イジュティハード）と呼ぶに相応しいほどの努力や困難を伴わないという点をあげているが<sup>25)</sup>、その後さらにイジュティハードの範囲は拡大される。それが具体的にいつ頃なのかについて、バーキルツ=サドルは明記していないが、明文からの法規発見の実践もイジュティハードに含まれるようになったのである。こうしてイジュティハードとは、「シャリーアに適った法規のための証拠を提示するという方法でシャリーアに則した実践的立場を規定する、あるいは直接的にそのような立場を規定するためにフィクフ学者が行うすべての行為」<sup>26)</sup>を示すようになったのであり、「イジュティハードは法発見の学に置き換えられることになり、したがってウスール学は、それが法発見の実践における共通の構成要素についての学であるが故に、イジュティハードにとって不可欠の学となった」<sup>27)</sup>のである。

バーキルツ=サドルは、イジュティハードの意味の変遷を以上のように捉

える。たしかに、そこにはイジュティハードに対する卓抜した学者たちによる激しい反論は見出される。しかし、バーキルツ=サドルは、こうした反論は、第1の意味、すなわちフィクフ学者の個人的見解としてのイジュティハードに対するものであって、法発見の実践の同義語としてのイジュティハードに対するものではないとする<sup>28)</sup>。したがって、ここにおいてはイジュティハードの門の閉鎖については、それに触れることさえされていないというのが実際のところなのである。

これに対しては、「イジュティハードの門の閉鎖」の問題が生じるのは、特にスンニー派についてのみであって、シーア派については、そもそもイジュティハードの門の閉鎖という事態は生じなかったという反論がなされるかもしれない。これについては、バーキルツ=サドルのイジュティハードの歴史に対する見方を検討しておく必要がある。

イジュティハードが法発見の実践の全体を指すに至って、法発見の実践における共通要素の学であるウスール学が、イジュティハードにとって不可欠の学となったことは上に指摘したが、バーキルツ=サドルはウスール学の必要性は歴史的なものであるという立場をとる。その前提となっているのは、次のような認識である。すなわち、明文の時代から遠ざかるにつれて、フィクフ学者の法規の解釈は彼らのシャリーア理解に照らして曖昧な側面が増大し、時間的な隔たり故に法発見を実践するフィクフ学者の間に様々な差異が生じるというのである<sup>29)</sup>。そして、こうした曖昧な点を改め、隔たりを埋めてくれるような一般原則の確定が強く求められるようになる<sup>30)</sup>。明文の時代から離れれば離れるほど、法発見の実践についての疑いは積み重なるわけで、その分だけウスール学は強化され、確かさを増していくという関係に立つことになる。これがすなわち、ウスール学の必要性が歴史的であるということの意味である。

スンニー派・フィクフ学とシーア派・フィクフ学との違いも上記の観点から説明される。聖預言者ムハンマドの死とともに明文の時代が終るとす

るスンニー派・フィクフ学と、イマームが聖預言者の存在の延長であるとして、イマームの大隠蔽をまっけて、明文の時代を閉じるシーア派・フィクフ学。前者は、後者より約2世紀早く明文の時代と訣別しているのであり、したがって、前者は、後者に対して、その分だけ早く法発見の実践に際しての曖昧さ、乖離に直面せざるを得なくなっていたのであり、ウスूल学についても、その分だけ早く発展と興隆の時期を迎えるというのである<sup>31)</sup>。このように、スンニー派法学と、シーア派法学との違いは、明文の時代との隔たりであり、ここでもまたイジュティハードの門の閉鎖の問題は取り上げられはしないのである。シーア派法学のイジュティハードも含めて、先に述べたような歴史の3分法的な論法によるイジュティハードの把握は行われていないのである。

ここでは、明文を前提とする法体系にとって、イジュティハードという法発見の実践が明文の時代から離れれば、離れるほど重要性を増してくるというイジュティハードの理論的必然性ないしは歴史的性格が、全面に押し出されているのである。このように、イジュティハードあるいはウスूल学それ自体は、その発展の過程をすべて捨象してしまう3分法的歴史観とは馴染まない、恒常的に発展する性格を理論上は持ち合わせている。バーキルツ=サドルによるイジュティハードの歴史的展開に対する理解は、近時「イジュティハードの門の閉鎖」議論に異義を唱える西側からの研究<sup>32)</sup>と同様に、こうした観点を正視したものといえる。次章以降で扱うバーキルツ=サドルのウスूल学、およびその諸原則は、連綿と発展し続けるイジュティハードの学の延長線上に位置するものなのである。

## II. ウスूल学の構造

イジュティハードについての以上のような歴史観に即してみたとき、た

とえイジュティハードの門の再開が唱えられることによってその重要性に光があたったとしても、イジュティハードの方法論自体が、いわゆる「門の閉鎖」時点へ戻るものではないことは、もはや明らかであろう。そのことは、ウスール学の対象は何であるかの議論にも見て取ることができる。バーキルツ=サドルによるウスール学の説明に、フィクフ学との対照を欠くことはできない。彼によれば、ウスール学は「法発見の実践における共通の構成要素に関する学」であり、「シャリーアに適った法規の発見を容易ならしめる諸原則に関する学」と定義され、フィクフ学が個別具体的な法発見を追求するのに対して、ウスール学は法発見における共通要素を追求するという<sup>33)</sup>。法発見の実践において不可分の2本の柱であるとされるウスール学とフィクフ学の関係は、理論と適用との関係、あるいはフィクフ学にとっての論理学に相当するとも評されるが<sup>34)</sup>、ウスール学自体が実際のところ何をその対象とするかについていえば、この説明では十分とはいえない。

ウスール学の対象については、イスラーム法における法源が徐々に充実していった有様をみるかのような説明がなされる。ウスール学の先達たちは、まずウスール学の対象は、クルアーン、スンナ、イジュマー、理性であると考えたのである<sup>35)</sup>。明文の時代から離れるに従って、イジュマー、理性が必要不可欠なものになっていったという状況は十分に生じうるところであろう。ところがこれに対しては「4法源はウスール学の問題の全体の対象を包括的に示すものではない」という反論が可能となる。例えば、「ある事柄についての義務の規定は、それに背くことの禁止に直結するか否か」という直結性の問題は、4法源以外のところにある<sup>36)</sup>。また、確定的証拠ではなく臆見的な表徴の証拠性を検証するにあたっては、その探究の対象は伝承であり、伝承者の評判である<sup>37)</sup>。これもまた4法源とは別の事柄の証拠性である。さらに実践的基礎についていえば、後に述べるようにある判断の一般的適用の際に生じる疑いが探究の対象となるのである。

このように、ウスूल学の対象を法源の側から規定することは困難が伴うのである。バーキルツ=サドルは、結局、ウスूल学の対象は1つに限定することはできないし、複数の対象を包括する1つの対象を有している必要もないとする。彼は、この学問の究極的な目的は何かというところから問いを立て直し、ウスूल学の目的が証拠である点に着目する。そしてウスूल学の対象は、証拠であり、必ずしも4法源に限定されないという帰結を導き出す。結局ウスूल学の対象とは「シャリーアに適った法規の発見とその証明における証拠および共通要素と見なされう一切のもの」であり、「ウスूल学の実際においては、こうした法規の証拠について証拠性(hujjiyah)を獲得し、その肯定なり否定なりの証明を目的とする」ことになり、ウスूल学の探究は「常にこうした証拠の証拠性をめぐるものになる」のである<sup>38)</sup>。

このように、ウスूल学は、明文やいわゆる4法源のみを対象とするのではなく、証拠の証拠性、すなわち法規なり法判断なりの正当性の根拠の確定を目的とするのである。これを承けた形で、バーキルツ=サドルのウスूल学は、その対象である証拠を軸に構成されている。その証拠には、大きく分けて2つの種類があり、したがって、ウスूल学も2つの部分から構成されることになる。その1が「獲得のための証拠('adillah muḥrizah)」であり、その2が「実践的基礎 ('uṣūl 'amaliyah)」である。

例えば、バーキルツ=サドルが『イルム=ル=ウスूल』第1部の冒頭に掲げているように、「礼拝をいかに行うべきか」という問題に法学者が答えを求められたとしよう。彼はまず、礼拝の実行に関するシャリーアに適った法規を明らかにする証拠の確定に努め、さらに、それについての論拠の明確さを獲得しようとするのであろう。しかしながら、シャリーアに適った法規を確定する証拠を獲得し得ない場合も考えられうる。この場合においても、法学者は、判断をやめることはできない。シャリーアに適った法規につながる証拠が明らかにならないとしても、彼は、実践上の機能とし

でそれに相当するような根拠を提示しなければならないのである。この例における第1の場合、すなわちシャリーアに適った法規の確定性を明示する証拠を獲得し、それに基づいた法発見を行うという際に探究される証拠が、「獲得のための証拠」である。これに対して、第2の場合、すなわちシャリーアに適った法規を示す証拠が不分明な場合に、法発見の根拠となるのが、「実践的基礎」である。

「獲得のための証拠」には、クルアーンとスンナからなる、「立法者」を源とするシャリーアに適った証拠と、シーア派・4法源の1つ、理性に適った証拠とが含まれる。パーキルツ=サドルは、こうした「獲得のための証拠」を称して「シャリーアに適った法規を示す証拠」と呼んでいるのである<sup>39)</sup>。前章において取り上げた「イジュティハードの門の閉鎖」の問題についてみた場合、もしイジュティハードの対象が、この「獲得のための証拠」に限られたとすれば、たしかに「どの法学派の学者たちも、もはやあらゆる本質的な疑問は十分に議論されつくし、最終的な決着をみたとの印象をもつに至り」、「今後行いうることがあるとすれば、教義の説明、適用、そしてせいぜいのところ先例に一字一句違わないまったく忠実な解釈のみ」<sup>40)</sup>という状況は、歴史的な確定は別としても理論的には十分に考えられる。

このように、イスラーム法における法発見の源がすでに獲得された証拠に限定されているとすれば、イスラーム法は硬直的、閉鎖的、演繹体系的と形容されざるを得ないのかもしれない。ただし、ここで硬直的で、閉鎖的で、演繹体系的であるといわれているのは、「制定法」に対してなのか、「法」に対してなのかと問われたのであれば、「法」に対してであるという答えが与えられることを明記しておきたい。イスラーム法においては、神が人間に対して生活の様々な側面におけるありとあらゆる事柄について善と悪に即した形でもっとも適切な立法を与えたのであり、したがって、シャリーアに適った法規は生活上のあらゆる出来事を包括するという前提

に立っている<sup>41)</sup>。西洋法史において、硬直性、閉鎖性、演繹体系性は、19世紀の概念法学にみられるように、法の欠缺と不可分の関係にある。しかしながら「法」と「制定法」を分けて考えるという観点からいえば、この欠缺は「制定法」の欠缺なのであって「法」はこうした「制定法」の欠缺を補完し、場合によっては「制定法」を修正することさえありうる。したがって「法」には欠缺は想定され得ないのであり、その意味で「法」は全面的包括性を担っているとみることができる。この全面的包括性の故にイスラーム法は「制定法」として論じるより「法」として論じるほうが相応しいといえるのである<sup>42)</sup>。イスラーム法の硬直性、閉鎖性、演繹体系性の主張に対する反駁は、こうした「法」をどう捉えるかという視点からも可能であろうが、これについては終章で再び考察を加えることにする。

いずれにしても、この「獲得のための証拠」の他に、シャリーアに適った法規を示す証拠が不分明である場合についても、それに対処するための実践的基礎と称される証拠が、法発見の第2の選択肢として確保されているのである。イスラーム法の法発見の学としてのウスूल学が、その正規の探究対象としてこうした実践的基礎を予定しているのであり、それはシャリーアに適った証拠が見出せない場合にもイスラーム法としての法判断が下されうることを意味している。イスラーム法が、硬直的で閉鎖的で演繹体系的である原因が「限られた」証拠にあるのだとすれば、それ以外の証拠を認めるこの実践的基礎の理論枠組みにおいて、この問題はどのように展開されるのであろうか。

法律家が、実践的基礎に依拠しなければならない場合、すなわち、シャリーアに適った法規を示す証拠を獲得し得ず、その法規が彼にとって未知のままであるような状況についての議論は、まず、「立法者」に対する服従の根拠を明らかにするところから始まる。パーキルツ=サドルは、これに答えて、その根拠は理性であるとする。なぜならば、「人間はその理性によっ

て、神が下僕たちに服従を課していることに気づく」のであり、「理性は人間に対してこの義務を人間にもたらすために、立法者への服従の義務を規定する」のであるから、その結果として「人間は至高の神に従い、シャリーアの諸規定を遵守する」のである<sup>43)</sup>。つまり、神に対する服従の正当性は、立法者が服従を命じているところにあるのではなく、理性がこれを課しているところに存するのである。立法者によるシャリーアに証拠を見出せない場合に、それでもその未知の法規に対して特別な注意を払うべきか否かの問題は、そもそもの立法者への服従の根拠である理性に立ち戻って論じられるべきであるということなのである。

この場合、理性による判断には2通りの対応が想定されている。第1は、「明証を欠く刑罰の不当性の原則 (qā'idah qabḥ al-'aqāb bi-lā bayān)」。

第2は、「服従の正当性 (ḥaqq al-tā'ah li-l-maulī)」からの帰結である。前者は、義務が明証を欠いている限り、その義務の違反に対する刑罰は、不当であるというものである。この立場は、主に対する服従の正当性は、すでにはっきりと知られている義務によって特定化されるのであり、そこには疑義を含む義務は含まれないという前提に基づいている。この対応は、理性の判断による無拘束性 (barā'ah 'aqliyah) の原則とも呼ばれる。これに対して、後者すなわち第2の対応は、主に対する服従の正当性とは、存在しないことがはっきりとしている義務以外のありとあらゆる義務を含むものであり、人間は常に留意によってそうした義務の発見に努めなければならないというものである。したがって、主が主の側から、留意する必要がないことを認めない限り、疑義を含んだ義務や未知の義務であっても、これに留意しなければならないということになる。こちらは、注意もしくは留意 ('iḥtiyāṭ) の原則と呼ばれる。

理性による無拘束性の原則と、留意の原則との間には、互いに重なりあって、相反する領域が存する。前者にいうところの主に対する服従とは、明証をもって特定化された義務に限られるため、それ以外について特に注

意を払う必要はない。ところが、後者においては、留意をやめてもよいという主による許可が確定しない限り、不存在が確定している義務以外のすべての義務について注意を払い続けなければならないのである。したがって、存在も不存在も明証によっては確定されていない義務の領域について、この2つの原則の対応は対立したものとなる。すなわち、無拘束性の原則に従えば、まさしくこうした義務には拘束されないのに対し、留意の原則に従えば、こうした義務にも注意を払い続けなければならないのである。

理性の判断による第1の実践的基礎の原則としてこの2つのうちのどちらが選択されるかについての問題が生じる。結論からいえば、後者すなわち留意の原則が、実践的基礎の第1の原則とされるのである。「明証を欠く刑罰の不当性の原則」がこの場合採用されない理由は、次の2点から求めることができる。すなわち理性による認識には限界がある点。さらに、神に対する服従の正当性の性格という点からその理由は考察される。たしかに、この原則は「歴代の有識者が、疑念の余地のある場合、統治者をして人々に有罪宣告をさせたり、とりわけそのような問題について証拠を求めたりしなかったという伝統の正しさを示す」<sup>44)</sup>ものではある。しかし、神の側からすれば相当に重要性が高いが、理性にとっては不明確なままの負担というのは存在しうるのであり、それに対する違反に神の制裁が科せられたとしてもそれは不当とはいえないのである。また、神に対する服従は「組成的性格」を有するものであって<sup>45)</sup>、特定の義務を指定することによってのみ成り立つのではないから、理性ある者や統治者に対する明確な義務を介しての服従を、至高なる神に対する服従に類推適用することはできないのである<sup>46)</sup>。こうして、同じく理性的判断から引き出され、競合する2つの原則のうち「明証を欠く刑罰の不当性の原則」は採用されず、「留意の原則」が実践的基礎の基本的な対応の立場となるのである。

法発見に際してシャリーアに適った法規を示す証拠が見出せない場合に用いられる実践的基礎の第1の原則がこの「留意の原則」であるが、実践

的基礎には、この他に3つの原則がある。すなわち「無拘束性の原則 (‘aṣl al-barā’ah)」、「概略的知識の細分化の原則 (qā’idah munjazīyah al-‘ilm al-’ijmālī)」、「イスティスハープ (‘istīṣhāb)」の3つである。これらの諸原則は、疑義の種類に対応しているので、疑義をどのように区分しているかを説明してみたい。これについては、バーキルツ=サドルの例がわかりやすいので、そのまま借用することにする<sup>47)</sup>。

2人の兄弟がいて、そのうちの1人がメッカへ巡礼に出たとする。兄ではなく弟が、あるいは弟ではなく兄がメッカへ行ったということがはっきりしていれば、そこには疑義の余地はない。これは「個別的知識」と呼ばれる状態である。これに対して、どちらか1人が行ったことははっきりしているが、2人のうちのどちらが行ったのかがはっきりしない場合。この状態は知識の側からみて「概略的知識」と呼ばれるが、「概略的」でしかない知識なのであるから、疑義の一種である。さらに、2人一緒に行ったのか、どちらか片方が行ったのかについてさえ疑義が存する場合も考えられる。これは「初步的な疑義」あるいは「原初的疑い」と呼ばれる。この「原初的疑い」は「概略的知識」との対比においては共時的な疑いの相をなすが、通時的な相に形成される「原初的疑い」もある。すなわち、当初ある事柄について確かな判断があったが、後にその存続について疑いが生ずるような場合である。例えば、なんらかの罪に汚れている疑いのあるイマームの公正さであるとか、洗濯し清浄になったことに疑いのある服の汚れといったものがその例としてあげられる。

この共時的側面の「原初的疑い」、「概略的知識」そして通時的側面の「原初的疑い」という3種類の疑いに対して、実践的基礎の残り3つの原則が対応するのである。共時的な「原初的疑い」には、「無拘束性の原則」が、「概略的知識」については「概略的知識細分化の原則」が、そして通時的「原初的疑い」に対しては「イスティスハープ」がそれぞれ適用されるのである。この3つは、実践的基礎の第1の原則である「留意の原則」に引き続

いて、順次第2、第3、第4の原則として位置づけられている。「無拘束性の原則」については、次章で考察するとして、それに先立ってここでは残りの2つ、すなわち実践的基礎の第3、第4の原則を概観しておく。

実践的基礎の第3の原則、すなわち「概略的知識細分化の原則」にいう、概略的知識の細分化とは、概略的知識を分析して複数の事柄にまたがる不明確な知識を、一方についての知識と他方についての疑いとに区分することである。例えば、上の兄弟の例において、兄か弟のどちらかがメッカに行ったという概略的知識は、兄が行ったということが後に確定されれば、この概略的知識は、個別的知識と、原初的疑いへと分解されることになる。概略的知識は、まずこのように分解が試みられなければならないというのが、この原則の意味である。

しかし、細分化しきれない事例も数多く存在する。例えば、金曜日の昼の礼拝は、金曜礼拝の義務の履行なのか、昼の礼拝の義務の履行なのかという概略的知識がこれにあたる。この場合、1つだけはっきりとしていることは、この礼拝がどちらの義務であるのかに疑いがあるからといっても、金曜の昼の礼拝自体を放棄することはできないということである。理性は、この知識がたとえ概略的であるにせよ、そこに義務が存在することは認めているからである。そこで、この場合は第1の原則に則して概略的知識によって獲得された義務の履行に努めなければならないのである。これは、2つの側面を同時に取り上げる「決定的合致」の例だが、概略的知識に対する対応としては、これ以外に、2つの側面を同時に放棄する「決定的違背」、一方を取り上げ、他方を放棄する「不確定的合致」「不確定的違背」とがある。いずれにしても、理性の判断による「留意」を経た結果である。この意味において、第3の原則は、第1の原則である「留意の原則」の範疇に含まれるものといってよい。

実践的基礎の第4の原則「イスティスハーブ」とは、当初確実であったが、後にその確実性の継続が疑わしくなったような一切の事柄について、

当初の状態が維持されていると実践的に見なす原則のことである。その根拠としては、イマーム・アッ=サーディクの『サヒーハ・ザラーラ』の中の「確実性は疑いによって廃棄される余地はない」という言葉が引かれる<sup>48)</sup>。このように、まずイスティスハープが成立するためには、確実な先行状態の存在が必要となるのである。

先に疑義の区分のところで述べた例に従えば、イマームの公正さ、および礼拝の際の服が汚れていることが、それぞれ確実な先行状態ということになる。こうした先行状態の継続性について疑義が生じるのである。すなわち、前者については、そのイマームが罪に汚れているのではないかという疑いであり、後者については、洗濯によってきれいになったのではないかという疑いである。こうした状況において、イスティスハープが援用され、イマームの公正さに疑いが生じたという例については、それでも彼に従って礼拝を行うことは許される。他方、洗濯したかどうか疑わしい不浄なる服については、それを着用しての礼拝は許されないという帰結が導き出されるのである。この2つの例における疑いは、シャリーアに適った規定の内容に関する疑義であるがために、この種のイスティスハープは「内容的イスティスハープ」と呼ばれる。

これに対して、確実な先行状態を法規の内容ではなく、法規それ自体とみることも可能である。すなわち、「立法者が定め、立法の世界において確立したと我々が認めている」ということを確実な先行状態とする法規に対してイスティスハープが援用されうるのである。なぜならば、我々はその規定の適用範囲や、法的世界におけるひろがりについて知らないからである。この種のイスティスハープは「法規的イスティスハープ」と呼ばれる。「内容的イスティスハープ」の正当性については疑いはないが、「法規的イスティスハープ」についてはこれを拒否する見解もあり、バーキルッ=サドルによれば、ウスूल学者は「法規的イスティスハープ」の証拠の確定に努めなければならないという<sup>49)</sup>。いずれにしても、実践的基礎の第4原則の

イスティスハーブは、当初の確定的状態が、疑義の存在に左右されることなく維持されるという点で、疑義によるいかなる拘束も認めていないのであるから、次に考察する第2原則、すなわち「無拘束性の原則」と同じ系列に属するものであるということが出来る。

### III. 無拘束性の原則

実践的基礎の第2原則である「無拘束性の原則」とは、シャリーアに適った無拘束性のことであり、疑義を含んだ義務あるいは禁止に対する注意および留意の放棄を内容とする立法者による許可である。この原則は、理性による判断ではなく、シャリーアに適った判断であるという点で「明証を欠く刑罰の不当性の原則」にいう無拘束性とは異なる。また、実践的基礎の第1原則である「留意の原則」が、留意の放棄の許可が不存在であることが確定されることによって条件づけられるのに対し、留意の放棄を内容とするこの「無拘束性の原則」においては、留意の放棄の許可の存在は必要とされない。この意味で、第2の実践的原則は、第1の実践的原則の内容を否定、廃棄するものである。このことをバーキルツ=サドルは、第1の実践的原則の第2の実践的原則への転化と呼び、その原因を「立法者は個々人に留意を課すほどには不明確な負担を重視せず、留意を無視することと満足する」ためとしている<sup>50)</sup>。

上にも述べたように、この第2の実践的基礎の原則はシャリーアに適った原則であり、したがって、クルアーン、スンナ上の根拠を有する。バーキルツ=サドルの指摘に従って、ここでもそれらの根拠を列举しておきたい。まず、クルアーン上の証拠は以下の4つの章句である。

1. 「アッラーは、誰にもかれが与えられた以上のものを課されない。」<sup>51)</sup>

この聖句は、離婚の際の母子に対する給養に関する箇所配されており、

その前後の文脈からして、先行詞付き関係代名詞「～のもの (mā)」に、財産が含まれることは確実であるが、バーキルツ=サドルは、これに行為、義務等の一切が含まれるとして、この聖句の意味は「アッラーは、自らが与え、授けた部分についてしか財産について義務づけないし、行為者ができる範囲内についてしか行為を義務づけないし、義務が迫っていて、法的義務負担者に直結している場合でなければ義務を命じないということ」であるとする<sup>52)</sup>。

2. 「われは (警告のため) 1人の使徒を遣わさない限り決して懲罰を下さない。」<sup>53)</sup>

これは、バーキルツ=サドルが『イルム=ル=ウスール』の初級編にあたる第1部の説明においても、実践的基礎の第2原則を証明する明文としている聖句であり<sup>54)</sup>、その点でもっとも代表的なクルアーン上の証拠であるといえる。ここにいう、使徒とは明証と証拠のようなものと理解され、したがって、この聖句は「神は、明証、証拠によらなければ懲罰は下されない」ことを示すのである<sup>55)</sup>。

3. 「言ってやるがいい。『わたしに啓示されたものには、食べ度いのに食べることを禁じられたものはない。只死肉、流れ出る血、豚肉——それは不浄である——とアッラー以外の名が唱えられたものは除かれる。だが止むを得ず、違反の意思なく法 (のり) を越えないものは、本当にあなたの主は、寛容にして慈悲深くあられる。』」<sup>56)</sup>

この聖句は、家畜に対するユダヤ人たちの迷信を打破する箇所に位置するものである。ユダヤ人たちは食べたいのに食べてはいけないものが存在し、それに縛られている。神は、聖預言者に対して、緊急の場合を想定し、その際違反の意思のないこと、度を越して食さないことを条件に、例外的に禁止した食べ物の食用さえ認める。この緊急の場合というのは、法規が事実上存在しないことと同じであり、法的義務負担者にその法を守れと命じることは実際問題としてできなくなるのである<sup>57)</sup>。

4. 「アッラーは、人々を導かれた後、かれらの守るべきことを解明されるまでは決して迷わせたりしない。本当にアッラーは凡てのことを知っておられる。」<sup>58)</sup>

この聖句にいう「迷い」とは、彼らがさまよい道から外れた状態に陥るか、あるいは、慈悲の扉から引き離され、排除されてしまうというような刑罰に処されるかのいずれかの状態をいう<sup>59)</sup>。そして迷うことは、彼らに守るべきことが解明されることと直結している。したがって、その解明が到達していなければ、刑罰もないし、さまようこともない。解明が到達しない限り、法的義務負担者は、無拘束の状態にあるといえるのである。

次に、スンナ上の根拠をあげておきたい。無拘束性の原則の証拠となるハディースとしてバーキルツ=サドルが掲げるのは、次の4つである。

1. 「あらゆる事柄は、それに対して否定が付されるまでは一般的である。」<sup>60)</sup>

このハディースは、疑義が存在するだけでは、否定とはいえず、したがって、疑義を含んだ状態では、その事柄は依然として一般性を保っているということを示している。また、ここにいる否定が付されることについては、否定自体の発生なのか、それとも否定が法的義務負担者に到達することなのかがはっきりしないという反論があるが、バーキルツ=サドルは、この否定は、立法者による否定の発生であり、それが事柄の否定についての基本的要素に転化していることを指すとして、法的義務負担者への到達か否かの議論にはかわりはないとする<sup>61)</sup>。

2. いわゆる除去のハディースである。ムハンマドは、自らの共同体から、次の9つのものを除去したと述べたと伝えられる。すなわち、誤り、忘却、強制、彼らが知り得ぬこと、彼らが行い得ぬこと、脅迫、妬み、扇動、口に出して語られなかった事柄の真意についての猜疑である<sup>62)</sup>。

実践的基礎の第2原則について問題となるのは、このうちの「彼らが知り得ぬことを除去した」という1節である。この1節の「彼らが知り得ぬ

こと」の指示対象については、クルアーンやスンナといった実体的な証拠を伴う事柄ではなく、表面上の明白さであるとの議論が展開される<sup>63)</sup>。すなわち、実体的証拠のレベルでは未だ知られ得ないことが存在する可能性があるが、表面上の明白さについては、彼らが知り得ぬ形で存在するものはないということである。ここに疑義を含む事柄についての留意の義務は否定されるのである。さらに、彼らが知り得ないこととして除去の対象になった疑いは、法規の指定対象に向けられた疑義なのか、法規自体に向けられた疑義なのか、その両方を含むものなのかの3つの可能性があるとして、検証がなされ、バーキルツ=サドルは、統合的な形式および一般化を理由として第3の可能性を採用する<sup>64)</sup>。

3. 「神が人間たちに知られないように隠したことは、彼らに対する負担からの解放である。」<sup>65)</sup>

このハディースは、法的義務負担者に対する負担からの解放を主旨としている。バーキルツ=サドルによれば、それは負担の除去と言い換えることができ、このハディースの指示物は上の除去のハディースと同様となり、したがって、実践的基礎の第1原則である留意の義務は否定されるという<sup>66)</sup>。なお、ここにいう負担の解放は、立法者が隠すことによって、知識の欠如が生じた未知の法規に特定され、人間の全員が一致して知らない事柄に限定される<sup>67)</sup>。

4. 「事柄にはどれも、許可と禁止が含まれていて、あなたはある事柄について、それがそれとまったく同じものによって禁止であると知るまでは、それは許可されており、あなたはそれに対する権限を持つ。」<sup>68)</sup>

このハディースは、1つの事柄に禁止と許可との実体的存在が想定されるとともに、両者の関係は、禁止のほうに限定的な指定を認め縮小的に解し、その指定がなければ、その事柄は許可の状態にあるというもので、留意の放棄を認める証拠となっている。このハディースにいうある事柄とは、法規の指定対象に特定化されるというのが学説の一致した点であるとい

う<sup>69)</sup>。その根拠として、許可と禁止との区分が1つの事柄にあるという前提は、法規上の疑いには受け入れられないこと、また、「それとまったく同じものによって」という強調をあえて置いていることの2点があげられる<sup>70)</sup>。

以上が、シャリーアに適った法規を示す証拠が存在しない場合に依拠される、実践的基礎の第2原則のシャリーア上の証拠である。シャリーアに適った証拠が見出せない場合の「無拘束」とはいつても、その内容については、要件や制約が付されていることを見て取ることができる。そこで続いて、この「無拘束性の原則」の内容および対象がいかなるものかについてパーキルツ=サドルに従って整理しておきたい。それによれば、要点は次の3点である。すなわち、無拘束性は検証を要件とすること。無拘束性の対象となる疑義は、義務についての疑いであって、それを行う法的義務負担者についての疑いではないということ。そして無拘束性は強行的な義務に関する疑いにも適用されることの3点である。

まず、第1の論点「無拘束性は検証をその要件とする」とは、この原則の成立には「検証の結果、証拠の獲得に望みのないこと」が要件となるということである。したがって、「ただ疑義が存在するという理由のみによって、義務の存在を示す証拠のありそうな部分について検証を行わずに、無拘束性の原則が行使されることは許されない」<sup>71)</sup>のである。これについては、3つの根拠があげられている。第1は、検証による明確性の強化の必要性である。上に掲げたクルアーン上の根拠の2と4が示すように、法的義務負担者が到達することのできる明確性が、それらの無拘束性の成立の解除条件となっているのである<sup>72)</sup>。したがって、検証を欠くことはできないのである。第2は、概略的知識の細分化は検証によって行われるというものである。すなわち、法規上の曖昧な義務の存在について、法的義務負担者はとりあえず、概略的知識の形で認識を行う。しかしこうした概略的知識は、検証を通じて個別的知識と原初的知識とに細分化されなければ、無

拘束性の原則の適用には及ばないのである<sup>73)</sup>。第3は、知識の追求の義務を示す伝承である。すなわち法的義務負担者は、最後の審判の日に「なぜ知らなかったのか」と問われ、「知りませんでした」と答えると、「なぜ知らうとしなかったのか」と問われるという<sup>74)</sup>。パーキルツ=サドルに従えば、これは無拘束性の原則の一般化に対して限界が設定されることと、検証と知識の探究のない疑いは、シャリーアが予定している除外の対象ではないことを確認するものであるとしている<sup>75)</sup>。こうして、無拘束性の原則を適用する際の要件として検証があげられるのである。

第2の論点は「義務についての疑義と義務を行う法的義務負担者についての疑義との区別」であり、無拘束性の原則の対象となるのは、前者であって後者ではないということである<sup>76)</sup>。例えば、昼の礼拝が義務であることは知っているが、それを実行するかどうかについて疑いをもっているというように、シャリーアに適った法規についての知識は有しているが、その義務の履行に対して疑義をもつ場合がこの後者の例にあたる。これについては、義務の存在それ自体は明確に認識されているため、そこに無拘束性の原則は適用されないのである。こうした疑義に関しては、義務に対する服従の決定に到達するか否かを内容とする責任集中の確定と呼ばれる原則が適用されるのである。そこで、法学者は問題となるあらゆるケースについて、無拘束性が適用されるべき疑義なのか、責任集中の原則が適用されるべき事例なのかを慎重に区別しなければならないことになる<sup>77)</sup>。

こうして無拘束性の原則の適用は義務の存在についての疑義に対してのみ向けられることになるが、義務についての疑義には、義務の規定に対する疑義、すなわち法規上の疑いと、義務の措定対象に対する疑義、すなわち内容上の疑いとが含まれる。内容上の疑いに関しては、義務それ自体は確定的に認識されているというケースも生じうるため、これについても無拘束性の原則が適用されるべきか、責任集中の原則が適用されるべきかの区分が行われなければならない。パーキルツ=サドルは、このことが問題と

なるのは、法規がある条件によって限界を設定し、その条件を指定対象が実際に満たしているかどうか問われるケースであるとして、それを4つの場合に分けて考察する<sup>78)</sup>。

1. 条件の存在の基礎に疑義がある場合。これは条件を付されている義務の実現性に対する疑いを意味するため、無拘束性が適用される。例えば、月食時の礼拝の義務についていえば、月食について疑義が存する場合には、月食の礼拝の義務自体の実現性に対して疑義が生じるので、これについては無拘束性の原則が適用されるのである<sup>79)</sup>。

2. あるものの内部に条件が存在していることは認識しているのだが、別のものの内部にその条件が存在しているかどうか疑問がある場合。これについてはさらに2つの例があげられる。第1の例は、2人の人物がいて、1人が学識高いことははっきりしているが、いま1人の学識については疑義が存する場合の尊敬の義務。第2の例は、2つの液体があって、片方は水であることがはっきりしているが、もう片方は水なのかどうか疑いがある場合に、その液体を使つての洗濯の義務である<sup>80)</sup>。

無拘束性の原則が適用されるのは、第1の例のほうである。学識者個々に対する尊敬の義務はいちいちの学識者に対して義務づけられるという意味で、包括的にして分割的であり、ある人物の学識に対する疑義は、尊敬の義務の存在に対する疑義につながるものであるがために、無拘束性の原則が適用される。洗濯の義務についていえば、こちらは疑義を含んだいちいちの水すべてを用いて洗濯することを義務づけられるわけではない。疑いの対象は個々の水ではなく、義務の履行に向けられている。したがって、こちらは責任集中の原則に委ねられる<sup>81)</sup>。

3. 条件についての疑義が一般的ではない場合。その疑義は、命令の対象事項の存在に向けられることになる。この場合、義務の履行についての疑いは、義務についての知識は伴っており、したがって、責任集中の原則が適用されることになる<sup>82)</sup>。

4. 義務に対してシャリーアに適った廃棄があるかどうかについて疑いを持つ場合。例えば、供犠はそれに対するシャリーア上の不服従の命令によって廃棄されているが、これがこの場合に該当する<sup>83)</sup>。そこで生じうる疑いとは、供犠は存在するが、立法者がそれを廃棄されるものと措定したか否かについての疑いか、あるいは立法者が供犠を廃棄したことは知っているが、これから行おうとしていることが供犠なのかどうかについての疑いの2つが考えられる。いずれにしても、義務それ自体は認識されており、廃棄されたことについて疑いが生じているのである。したがって、無拘束性の原則は適用されない。廃棄それ自体に対して、無拘束性の原則の適用の可能性を求めることも可能ではあるが、この場合には、イスティスハープが無拘束性の原則に優先して適用されるのである。

3番目の論点は、無拘束性の原則は強行的な義務、禁止に関する疑いのみ適用されるのか、それとも行ったほうがよい行為や行わないほうがよい行為についての疑いについても適用されるのかということである。これについてバーキルツ=サドルは通説的見解を紹介して、例えば疑義を含む行ったほうがよい行為は、そもそもそれに関して限界も刑罰ももたないために、無拘束性の原則によってそこに自由を確保することになんの意味もないとしている<sup>84)</sup>。

このように、実践的基礎の第2原則である「無拘束性の原則」は、シャリーアに適った証拠を根拠とする原則であり、無拘束とはいえ、それにはいくつかの条件が用意されていることが明らかとなった。すなわち、まずシャリーアに適った証拠がほんとうに存在しないかどうかの検証が行われ、その対象については、法規上の疑義、およびそれにつながる内容上の疑義に限られているのである。しかしながら、シャリーアに適った法規を示す証拠が見出されない場合に、こうした条件が満たされれば、法的義務負担者はこの「無拘束性の原則」に従って、いかなる疑義にも拘束されることなく、一切の法的義務から解放された状態にあることが許されるので

ある。

#### IV. イスラーム法の「法」的性格

以上、実践的基礎の第2原則「無拘束性の原則」のシャリーア上の根拠、要件、対象についての腑観を終えたところで、イスラーム法体系においてこの原則の占める位置の重要性について、法体系全体の見地から考察を行ってみたい。まずその手がかりとして、イスラーム法は「硬直的で、閉鎖的で、演繹体系的」なのかについての検討を通じて、この問題が「法律」あるいは「制定法」の問題であるというより、むしろ「法」の問題であることを明らかにする。続いて、それが「法」の問題であるとするならば、ウスूल学の枠組みはそれにどう関連するのか、そしてこの「無拘束性の原則」はイスラーム法という「法」においていかなる地位を与えられるべきなのかについて、H.L.A. ハートによる法の問題と対比することによって考察してみたい。

イスラーム法においては、神が人間に対して生活の様々な側面におけるありとあらゆる事柄について善と悪に即した形でもっとも適切なる立法を与えたのであり、したがって、シャリーアに適った法規は生活上のあらゆる出来事を包括するという前提に立っていることは、先に指摘した通りである。こうした全面的包括性が存在しているという前提が認められるのは、ある国家なり政治権力なり政府なりが、ある時代ある地域において定立した制定法というより、むしろ人間社会の「法」であるということについても触れておいた。そして、「法」はその無欠缺性の故に、全面的包括性を担っており、硬直性、閉鎖性、演繹体系性という性格づけはそもそもあてはまらないということを指摘しておいた。

すでに、第2章、第3章でみてきたように、ウスूल学は法発見の学で

あり、それは、全面的包括性を有するともくされるシャリーアに適った証拠を確定することをまず第1の任務としていた。シャリーアに適った証拠の領域というのは、もし「制定法」が存在すれば、それが欠缺している場合にのみ「制定法」の背後にあるものとして、あるいは「制定法」として可視的な形を与えられていないものとして議論の対象となる領域である。ウスूल学では、事例ごとにこの領域が議論の対象となっているのであり、したがって、そこで対象となっているのは、「制定法」というより「法」と考えておいたほうがよいのである。

さらに、実践的基礎の第1原則のところの議論は、このことをいっそう明確に認識させるものであった。そこでは、理性の判断による「留意の原則」と「明証を欠く刑罰の不当性の原則」との間に競合があり、いずれが第1原則たりうべきかが論じられたのである。結論的には「留意の原則」をもって実践的基礎の第1原則とされたのであるが、その論証の過程において、「明証を欠く刑罰の不当性の原則」は、「歴代の有識者が、疑念の余地のある場合、統治者をして人々に有罪宣告をさせたり、とりわけそのような問題についての証拠を求めたりしなかったという伝統の正しさを示す」<sup>85)</sup>もの、すなわち、人間の理性にとって明確なもののレベルでの原則であることが示された。しかし、この原則に従ったのでは、この理性にとって明確なもののレベル、(これが「法」か「制定法」かといえば、「制定法」にあたる)から1歩も探究が進まず、いわば理性の独善にとどまってしまうのであり、結局そうした危険が排除できる「留意の原則」が採用されたのである。このことは、ウスूल学の探究の対象が理性によって定位されたもののみに拘泥することを許さない、すなわち理性による法の認識を1歩でも全面的包括性へと近づける努力が求められていることを示すものである。

このように、ウスूल学の探究対象が「制定法」というより「法」といったほうがより高い妥当性を獲得するのであれば、イスラーム法体系は

「法」としてどのように記述できるのかという問題を立てることが可能となる。これまで、イスラーム法はそれが政教一致を原則とすることから、宗教との関わりあるいは宗教的価値の視点から論じられることが多く、特殊的な「法」としての側面が強調される嫌いがあった。イスラーム法体系の「法」としての記述とは、こうした探究からは捨象されてしまうイスラーム法の「法」としての一般的性格の解明を志向するものである。ここではそうした解明の手がかりとして、法の一般的性格を記述しようとするハートの先駆的な仕事を参照する。彼は、オースティンによる「法とは主権者による命令の体系である」という定義に意義を唱え、法とは命令や威嚇のみから構成されるものでも、また道徳や正義との密接な同化のみによって成り立つものでもないという見地から、法思考の一般的枠組みの明確化を試み、法をルール観点から捉え、「第1次的ルールと第2次的ルールの結合としての法」という定式を提示したのである<sup>86)</sup>。

そこでまず、「第1次的ルールと第2次的ルールの結合」がイスラーム法にも見出されるのではないかという想定を立てるところから始めてみたい。「第1次的ルールと第2次的ルールの結合」とは、個人がしなければならぬ、あるいは、してはならない行動について義務あるいは禁止を課する第1次的ルールが、第2次的ルールに言及されることによって、最終的に確認され、導入され、排除され、変更され、その違反の事実を最終的に確定されるかが明確化されるという関係を示したものである。「血縁、共通の信条、信念のきずなどで密接に結びつけられており、安定した環境におかれた小さな社会」であれば、その社会の構成員による暗黙の了解によって、第1次的ルールのみでうまくやっていけるのであろうが、そうでなければ、こうした第1次的ルールは、何が法規でその正確な範囲はどうかについて不確定的にならざるを得ないし、また静的であるがため古いルールを排除し、新しいルールを導入する対応力に欠け、さらには、ルールを維持する社会的圧力が散漫なために非効率적にならざるを得ない<sup>87)</sup>。このように、第

1 次的ルールが、単純な社会以外において法的ルールとして十分に機能するためには、そのためのルールである第2 次的ルールによって補完される必要が生じる。ハートは、第1 次的ルールのもつ不確定性に対しては、承認のルール、静的性質に対しては、変更のルール、そして非効率性に対しては裁判のルールをそれぞれ第2 次的ルールとして、社会生活の唯一の基礎となっている義務の第1 次的ルールの欠陥をそれぞれに補完するものとしているのである<sup>88)</sup>。

ウスूल学が法発見の学であるとすれば、ハートが提示した3つの第2 次的ルールのうちで「承認のルール」すなわち法の認知を行うルールがこれに1 番近いものと考えられる。そこで、承認のルールをここでは第2 次的ルールとして、ハートのモデルとイスラーム法における法発見とを摺り合わせてみることにする。それではハート言うところの「承認のルール」が、イスラーム法では何に当たるのかを考えてみる。「承認のルール」の説明で、ハートはこのルールの発展を2 段階に分けて提示する。第1 が、それまでに書かれていないルールが書き記されるということである。たしかに、この移行は非常に重要ではあるが、しかしこれ自体が決定的なものではないという<sup>89)</sup>。決定的であるのは、次の段階すなわち、こうして書き記されたルール（彼は例として文書、碑文をあげている）が「権威あるものとして、すなわちルールの存在に関する疑いを処理するのに適切な方法として」参照されることが認められることにあるとする<sup>90)</sup>。この段階に至ると第2 次的ルールは非常に単純な形態をとりうる。すなわち第1 次的ルールに最終的な確認を与えるルールとなるのである<sup>91)</sup>。

書き記されているという点、そして権威あるものとして認められているという点で、「承認のルール」はイスラーム法においては、クルアーンとスンナという明文の証拠がこれに当たるとみることがまず可能となろう。ところが、これに対しては、クルアーンとスンナとは、単にルールを書き記したものなのかというきわめて単純な疑問をもって反論することができる

のである。イスラーム法における義務は、「しなければならないこと」「したほうがよいこと」「どちらでもよいこと」「しないほうがよいこと」「してはならないこと」の5つの範疇からなるが、これはクルアーンやスンナに記されたことから、引き出されることなのであって、クルアーンなりスンナなりがこうした5範疇の形式を用いて書かれているわけではないのである。したがって、クルアーンとスンナにルール of 枠組みのみを与えることは、その実体に即したものとはいえなくなる。

また、クルアーンとスンナに第2次的ルールの地位を与えるということは、それによって言及、補完される第1的ルールの存在が必然的に必要となるが、全知全能の神の言葉とされるクルアーンおよびその神の預言者であるムハンマドの言行を記したものであるスンナとが社会の基礎たる第1次的ルールの位置に据えられないということもイスラームにおけるクルアーンとスンナの位置からみて必ずしも妥当とはいえない。そこで、クルアーンとスンナとが、ルールであることもまたそれが「承認のルール」であることもとりあえず考慮から外して、それが全知全能の神の言葉であることから捉え直してみることにする。

ハートのモデルに「言語」という言葉は登場しないが、彼が「法」をルールの観点からみていこうとするその着想においてヴィトゲンシュタインの言語ゲーム論に強い影響を受けていることは、ハート研究において見逃すことのできない事柄である。ここにハートのモデルにおいても「言語」あるいは「ゲーム」が、表面上は現れていないが、どこかに組み込まれている可能性は出てくることになる。この「言語／規範」あるいは「ゲーム／ルール」の関係について、言語ゲーム論の観点からハートの法の概念を読み解いた橋詰は「ゲームとルールとは裏腹の関係」<sup>92)</sup>にあるという結論に到達している。彼によれば、ハートは、ヴィトゲンシュタインが人間社会は言語ゲームの渦巻のようなものであると消極的に語っていたものを、その言わんとするところを見抜き、それをモデルとして役立てようとして、「言

語ゲーム」に関する消極的な語法を、モデルとしての積極的な語法に置き換え「ルール」の概念を提示したという<sup>93)</sup>。したがって、言語ゲームとルールとは決して別々の事態を指すのではなく、同じ事態を積極的（ポジティブ）に捉えればルール、消極的（ネガティブ）に捉えれば言語ゲームとして受け止められるというのである<sup>94)</sup>。

橋詰に従えば、ハートは言語と規範、あるいはゲームとルールをネガ・ポジの関係に捉え、初めに言語ゲームの渦巻をポジティブな視点によってルールへ転換し、それを前提として第1次的ルールと第2次的ルールの結合の問題へと移行していったという道筋をとったことになる。したがって、ハートのモデルに「言語」を据えるとすれば、第1次的ルールと第2次的ルールの結合によって成り立っている「法」が指すのと同じ事態を消極的に受け止めたものということになる。その際、第2次的ルールは第1次的ルールを越えては広がらないのであるから、結局「言語」は第1次的ルールを消極的側面からみたもの、つまり、人間社会の一番外側にあってそこからはどうしても抜けることができないヴィトゲンシュタイン言うところの「言語ゲームの渦巻」のことなのである。

全知全能の神の言葉としてのクルアーンについていえば、ムスリムたちの生活の言葉であるアラビア語はそれを基礎に展開されているということから、そして人間の認識は神に比べれば常に不完全なのであるということから、人間はクルアーンを越えることができない。またスナナについては、もっとも完全な人間としてのムハンマドの言行の記録であるため、これもまたそれ以外の人間には越えることができないのである。しかも、この2つはルールの形で記されているわけではない。したがって、これら2つは、「ルール」ではなく「言語ゲームの渦巻」の位置に置くことがむしろ相応しいのではないか。

ウスूल学の構造のところで指摘したように、ウスूल学ではある事柄なり、ある法規について、シャリーアに適った証拠の発見がまず第1の課

題となる。シャリーアに適った証拠の探究においてウスूल学は、クルアーンやスンナといった明文から、よく発達した論理学的手法によって規範を発見、確定するのである。具体的には、そうした明文を先に掲げた義務の5範疇に読み換えるという作業がそこでは行われるのである。この読み換えの過程が、個々の事例について行われるのであり、したがって、それはシャリーアに適った証拠の確定ということになる。このようにイスラーム法においては、ゲームとルールをネガ・ポジ関係として法のモデルの発端に置くのではなく、ゲームからルールへの移行が、事例ごとに論理的手法を駆使することによって、判断者が自覚的に行うようになっているのである。その過程が前章で展開してきたウスूल学の領域なのである。したがって、ウスूल学は、法の認知の過程であり、その意味で、ウスूल学というルールのほうを「承認のルール」と呼ぶことができよう。

以上のことを踏まえて、「第1次的ルールと第2次的ルールとの結合としての法」というハートのモデルについて、とりわけその中の承認のルールに即してイスラーム法を整理し直してみたい。上においては「承認のルール」がクルアーン、スンナであると仮に措定することから始めたが、結果的には「承認のルール」自体は「ウスूल学」がこれに相当し、クルアーン、スンナは、第1次的ルールそれもルールの形では記述されていないのであるから、第1次的言語ゲーム、ヴィトゲンシュタインの言葉を借りれば「言語ゲームの渦巻」に当たるとの見地に立つに至った。ヴィトゲンシュタインの言う意味での「言語ゲームの渦巻」に巻き込まれていることを認識するためには、実際には相当の思考力と時間とを要するし、それを記述しきるということは言語ゲームの内側の視点、その中に置かれている人間の視点からは不可能なのである。そこで、ハートはゲームではなくルールに着目することによって言語ゲームの渦巻を全体的に把握する糸口としているのに対して、イスラームにおいては、言語ゲームの渦巻の外側に「主」としての神の視点を設定し、そこから言語ゲームの渦巻の全体をクルアーン

ン（さらにはスンナ）という形で明文をもって下すのである。明文化されているということによって、クルアーンとスンナを第2次的ルールのところにおいてしまったのでは、クルアーンとスンナとが法についての正当性の究極の根拠であるというイスラーム法の最大の特色が捨象されることになってしまうのである。

このように、イスラーム法においては、「第1次的ルールと第2次的ルールの結合としての法」に、第1次的ルールを外側の視点から消極的に捉えた言語ゲームの渦巻、すなわち第1次的言語ゲームが事例ごとに結合の要素として加えられるという構造を見て取ることができる。したがって、イスラーム法をハートの法の概念についての定式に従って定義すれば「言語ゲームの渦巻と第1次的ルールと第2次的ルールの結合としての法」ということができるのである。しかもここにいる言語ゲームの渦巻と第1次的ルールとは、橋詰によって示されたハートの場合のように単なるネガ・ポジ関係ではなく、第2次的ルールによって規定される論理学的方法を駆使することによって、言語ゲームの渦巻から第1次的ルールが導き出されるという関係にある。この3者が結合した状態が、ある事例なり法規なりについてシャリーアに適った証拠が獲得されている状態なのである。

ところが、この場合言語ゲームの渦巻は神の言葉であっても、それを導き出す第2次的ルールを用いるのは人間だという動かすことのできない事実が存在する。したがって、言語ゲームの渦巻の全面的包括性は、それを裏返した形でルールの全面的包括性へと単純に転化するわけではない。法認知のルールを用いても、言語ゲームの渦巻とそこから導き出されるはずの第1次的ルールが獲得できない場合が存在しうるのである。しかしながら、当面する問題に対しては、言語ゲームの側からの正当性は獲られないまでも、なんらかの法的解決を与えなければならなくなる。社会の基礎となっている言語ゲームの渦巻の側から証拠の存在が認識されないのは、人間の認識能力の限界の1つの表現であるが、イスラーム法における「承認

のルール」はあらかじめこの事態を想定しているのである。実践的基礎の諸原則の設定がこれに当たる。

実践的基礎は、すでにみてきたように4つの原則からなるが、いずれも法認知のルールとしての機能を有している。ただし、そこには2つの異なる方向がある。1つはシャリーアに適った法規を示す証拠を追求し続けるという方向であり、いま1つは、そうした方向性を否定する、すなわち、シャリーアに適った証拠の存在に対する疑いに拘束されないという方向である。実践的基礎の第1原則の「留意の原則」、実践的基礎の第3原則「概略的知識細分化の原則」は前者の方向性を有し、実践的基礎の第2原則である「無拘束性の原則」、第4原則である「イスティスハープ」は後者の方向性を有しているといえる。この後者の方向性は、「言語ゲームの渦巻と第1次的ルールの結合」の探究を放棄するという点できわめて特徴的である。イスティスハープについては「変更のルール」にかかわる部分も多く、ここでは考察の対象から外すとして、前章で考察した「無拘束性の原則」についてもう少しみていく。「無拘束性の原則」とは、まず第1にある事例なり法規なりについて、原初的な疑いが存在し、それについてシャリーアに適った証拠が存在しないことの検証を要件としていた。すなわち言語ゲームの渦巻の側から法が引き出せない状態（さらに言い換えれば、言語ゲームと第1次的ルールとが第2次的ルールによっても結合しえない状態）において、言語ゲームの側にまで遡れないことが要件となるのである。その内容は、疑義を含んだ義務に対する注意および留意の放棄の許可である。すなわち、言語ゲームの渦巻から第1次的ルールを引き出そうとすることの放棄の許可である。したがって、ここで人間は、5範疇のいずれかに分類される義務からは解放されることになる。このことは法認知において人間の認識能力の限界性が見込まれているということであり、すべての行為が義務によって規定されるものでないことを意味している。

このようにみてくると、イスラーム法における「承認のルール」は、次

の2つのルールからなっていることがわかる。第1は、「言語ゲームの渦巻と第1次的ルールと第2次的ルールの結合としての法」を見出す「シャリーア上の証拠確定のルール」である。第2は、この第1のルールによってシャリーアに適った証拠が見出されなかった場合、すなわち疑義もしくは不明確な部分が存在する場合に機能するもので、言語ゲームから第1次的ルールの導出を放棄し、もはや義務を課する第1次的ルールによって規定されるものではないことを実践的に確定する「法的義務からの解放のルール」である。

以上から明らかなように、「承認のルール」について、イスラーム法においては、「シャリーア上の証拠確定のルール」と「法的義務からの解放のルール」という2段階の構成がとられているのである。そしてそこでは、言語ゲームの渦巻と第1次的ルールと第2次的ルールとの結合、より正確には、第2次的ルールに言及されることによって、第1次的ルールとそれを取り巻く言語ゲームの渦巻との結合の有無の確認がいずれにしても行われるということが明らかになった。これは、ハートが法をルールの観点からみていこうという着想のもととなっているヴィトゲンシュタインの言語ゲーム論までを巻き込む射程をもつものであるという点できわめて特徴的である。それと同時にこのことは、法の一般的特質としてハートが提起した「第1次的ルールと第2次的ルールの結合としての法」という性格がイスラーム法においてもまた見出されるということを示している。ハートの定式はオースティンによる「法とは主権者による命令の体系である」という法の定義への反論であったことからみて、イスラーム法についてもハートの定式があてはまるのであれば、例えばイスラーム法とは神による命令の体系である、といった性格づけが必ずしも適切でないことが示唆される。本稿を閉じるにあたって、特に「法的義務からの解放のルール」という「法認知のルール」の存在が法体系においてもつ意味に着目しながら、イスラーム法もまた命令の体系でも、閉鎖的でも、硬直的でも、演繹体系的でも

ないということを指摘しておきたい。

イスラーム法は命令の体系ではない。命令の体系であれば、「法的義務からの解放」が行われるもとになるような、疑義を含んだ状況は起こらない。なぜならば、法が命令の形でのみ記述あるいは認知されていることをこの定義は想定しているからである。しかし実際には、クルアーンやスンナですらルールブックではなく、むしろ言語ゲームが記述されているとみるべきものであって、そこから義務なり禁止なりを引き出すのは人間の役割なのである。

イスラーム法は閉鎖的でも硬直的でもない。「無拘束性の原則」は、法認知についての人間の限界をあらかじめ認めるものであり、言語ゲームの渦巻の全体的包括性には、人間がその内部にいる限りは到達できないこととも符合する。したがって、不確定的な部分が常に生じ続けることになり、状況の変化によっては「シャリーア上の証拠獲得のルール」によって新たな義務として定位されるかもしれないし、あるいは「法的義務からの解放のルール」によって、相変わらず義務的には拘束されないかもしれないのである。言い換えれば、イスラーム法における「法承認のルール」は、イスラーム法が閉鎖的、硬直的であったとすれば、そもそも存在し得ないものである。これは、いまだにその欠缺性が一度として認められたことのない「法」（「制定法」ではない）の問題であることのもう1つの表現である。

イスラーム法は演繹体系的ではない。演繹体系的である限りは、まず体系の尖端に置かれた公理が存在し、完全なる無矛盾性と論理性とをもって、あらゆる命題がそこに還元され、あるいは逆にあらゆる諸命題がそこから導出されるという体系が形成されていなければならない<sup>95)</sup>。イスラーム法がもし演繹体系的であったとしたならば、あらゆる事態はクルアーンとスンナの諸命題から導き出され、あるいは還元されることになる。たしかにこうした側面があることは否定できないが、実際の法の認知にあたっては、クルアーン、スンナから証拠が導き出されないケースについての想定も行

われており、「無拘束性の原則」に至っては、クルアーン、スンナと論理的に摺り合わない事態の存在（演繹体系外にある行為）をも容認するのである。そして、上にも述べたようにクルアーン、スンナは、クルアーン、スンナから引き出された諸命題というルールに対してはゲームの位置にあり、その命題をすべて余すところなく認識することは不可能であるという考え方がとられてもいる。

さらに、こうした法認知のルールは個々の問題について適用されるのであり、「無拘束性の原則」は例えば、疑義を含んだ義務1つ1つに対する原則であることからわかるように、問題指向性が強い。このことは、ウスूल学自体が、千差万別の事例についての解決にみられる法発見の方法の共通要素の抽出であるというところからも明らかである。必ずしも、演繹体系的ではなく、しかも問題1つ1つの解決を重視するという点からいえば、トピック的という形容も可能かも知れない<sup>96)</sup>。

法の認知は、社会構成員の1人1人が日々暗黙のうちに行っていることではあるが、「法律」や「裁判」の中に顕著に現れていることが多い。したがって、「法」の概念をめぐる研究もそちらの方面からのアプローチがどうしても多くなってしまう。イスラーム法の原則は、歴史的には成文法化を拒んできたが、しかしそのことは法の認知がもっぱら個々の社会構成員の手に委ねられてきたということを意味しない。イスラーム法においては、ウスूल学がこの法の認知のルールを構成しているのである。そしてこの「学」は「承認のルール」として、義務を課する「第1次的ルール」とたんに結合するだけではなく、同時に社会の基盤たる「言語ゲームの渦巻」との結合の有無をも事例ごとに明らかにし、その有無の各々に即して事例ごとに法発見を行うものなのである。法の認知を行う「承認のルール」として第2次的ルールの位置を占めるウスूल学。この法発見の「学」によっても担われている法体系、それがイスラーム法なのである。

注

- 1) Cf. As-Sayyid Sābiq, *Fiqh as-Sunnah*, Bayrūt: Dār al-Kitāb al-‘arabī, 1987.
- 2) As-Sayyid Muhammad Bāqir aṣ-Ṣadr, *Drūs fī ‘ilm-l-‘usūl*, al-Halqah al-‘ulā, Bayrūt: Dār al-Kitāb al-Lubnānī-Maktabah al-Madrasah, 1986, p. 40.
- 3) バーキルッ=サドルの『イルム=ル=ウスール』とは、注2)に掲げた書物のことである。この書物は、全2巻3部からなるが、本稿が取り上げるのは、第1巻の第1部、第2部である。この書物の編別は、対象領域ごとに1、2、3部に分かれているのではなく、各部ともウスール学の全体を論じてはいるのだが、論述のレベルが初級、中級、上級と部を追うごとに高くなっていくという形をとっている。したがって、本稿が扱うのは、初級編、中級編ということになる。
- 4) Wael B. Hallaq, “Was the Gate of Ijtihad Closed?”, *International Journal of Middle East Study*, 16, 1984, p. 3.
- 5) Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford: Oxford University Press, 1964, p. 70f.
- 6) 小杉泰「現代におけるイスラーム法と『立法』——イジュティハードをめぐる考察」『国際大学中東研究所紀要』第4号、1990年、134頁以下。
- 7) 同上、135頁。
- 8) Muḥammad ‘Abduh, *Risālah al-Tawhīd*, al-Qāhirah: Maktabah al-Qāhirah, 1960, p. 22 (trans. Ishaq Mus‘ad and Kenneth Cragg, *The Theology of Unity*, London: Allen and Unwin, 1966, p. 66).
- 9) 真田芳憲『イスラーム法の精神』中央大学出版部、1985年、72頁。
- 10) 小杉泰「『アル=マナール』派における政治・宗教的『改革』」『国際大学中東研究所紀要』第1号、1985年、125-152頁参照。
- 11) Wael B. Hallaq, “Logic, Formal Arguments and Formalization of Arguments in Sunni Jurisprudence,” *Arabica*, Vol. 37, 1990, pp. 318f.
- 12) Hallaq, *op. cit.*, p. 318.
- 13) Wael B. Hallaq, “The Development of Logical Structure in Sunni Legal Theory,” *Der Islam*, 64, 1, 1987, pp. 42-67.
- 14) 例えば、真田『前掲』73頁以下。
- 15) Abu Dawud, *Sunan* (Hasan’s trans.), III, 1019, Hadith No. 3585.
- 16) Muhammad Asad, *The Principles of State and Government in Islam* (new ed.), Gibraltar: Dār al-Andalus, 1980, p. 25 (真田芳憲訳『イスラームの国家と統治の原

則』中央大学出版部、1989年、45頁）。

- 17) 例えば、スイス民法第1条第2項は、法の欠缺を補う最終的な手立てとして「裁判官がみずから立法者であったならば定めたであろう原則」に従って裁判するべきものと規定している。
- 18) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 46.
- 19) *Op. cit.*, pp. 46f.
- 20) *Op. cit.*, p. 47.
- 21) *Op. cit.*, pp. 47f.
- 22) *Op. cit.*, p. 49.
- 23) *Ibid.*
- 24) *Ibid.*
- 25) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 50.
- 26) *Ibid.*
- 27) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, pp. 50f.
- 28) *Op. cit.*, p. 51.
- 29) *Op. cit.*, p. 43.
- 30) *Ibid.*
- 31) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 44.
- 32) Wael B. Hallaq の一連の著作。とりわけ注4) にあげた “Was the Gate of Ijtihad Closed?” はその代表的存在である。
- 33) 「法発見の実践における共通の構成要素に関する学」は、第1部における定義（Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 36）、「シャリーアに適った法規の発見を容易ならしめる諸原則に関する学」とは第2部の定義である（Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 141）。
- 34) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, pp. 39-42.
- 35) *Op. cit.*, p. 143.
- 36) *Op. cit.*, p. 144.
- 37) *Ibid.*
- 38) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, pp. 143f.
- 39) Cf. *op. cit.*, p. 36, 152, 165.
- 40) 注5) 参照。
- 41) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 148.
- 42) K. ラーレンツ、米山隆訳『法学方法論』勁草書房、1991年、569-571頁。

- 43) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 116.
- 44) *Op. cit.*, p. 118.
- 45) *Op. cit.*, p. 337.
- 46) *Ibid.*, *op. cit.*, p. 118.
- 47) *Op. cit.*, p. 120.
- 48) *Op. cit.*, pp. 127f.
- 49) *Op. cit.*, p. 128.
- 50) *Op. cit.*, p. 119.
- 51) *Qur'ān* 65:7.
- 52) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 339.
- 53) *Qur'ān* 17:15.
- 54) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 119.
- 55) *Op. cit.*, p. 340.
- 56) *Qur'ān* 6:145.
- 57) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 341.
- 58) *Qur'ān* 9:115.
- 59) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 341.
- 60) アッ=サーディクの伝承。Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 341.
- 61) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, pp. 341f.
- 62) 聖使徒からの伝承。Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 342.
- 63) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, pp. 342f.
- 64) *Op. cit.*, pp. 344f.
- 65) ザカリーヤ・イブン・ヤヒヤの伝えたイブン・アブドッラーの伝承。Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 345.
- 66) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 345.
- 67) *Op. cit.*, p. 346.
- 68) アブドゥッラー・イブン・サナーンの伝えたイブン・アブドッラーの伝承。Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 346.
- 69) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, p. 346.
- 70) *Op. cit.*, pp. 346f.
- 71) *Op. cit.*, p. 355.
- 72) *Op. cit.*, pp. 355f.

- 73) *Op. cit.*, p. 356.
- 74) *Ibid.*
- 75) *Ibid.*
- 76) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, pp. 356f.
- 77) *Op. cit.*, p. 356.
- 78) *Ibid.*
- 79) *Ibid.*
- 80) *Ibid.*
- 81) Aṣ-Ṣadr, *op. cit.*, pp. 357f.
- 82) *Op. cit.*, p. 358.
- 83) *Op. cit.*, pp. 358f.
- 84) *Op. cit.*, p. 359.
- 85) 注 43) 参照。
- 86) H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1961, Chapter V (矢崎光圀監訳『法の概念』みすず書房、1976年、第5章)。
- 87) *Op.cit.*, pp. 89-92 (『前掲』100-104頁)。
- 88) *Op.cit.*, pp. 92-95 (『前掲』104-107頁)。
- 89) *Op.cit.*, pp. 92 (『前掲』104頁)。
- 90) *Ibid.*
- 91) *Ibid.*
- 92) 橋詰大三郎『言語ゲームと社会理論——ヴィトゲンシュタイン・ハート・ルーマン』勁草書房、1986年、87頁。
- 93) 『同上』90頁以下。
- 94) 同上。
- 95) テオドル・フィーヴェク、植松秀雄訳『トピックと法律学』木鐸社、1980年、140頁以下。
- 96) イスラーム法とトピック論の関係を扱った論考に T. Bassam のものがある(例えば、Tibi Bassam, "Social Change and the Potential for Flexibility in the Islamic Notion of Law: The Shari'a as an 'Open Texture,' Legal Hermeneutics, and the Topics Thesis," *Islam and the Cultural Accomodation of Social Change*, translated by Clare Krojzl, Boulder: Westview Press, 1990)。これらの著作における彼の一貫した主張は、イスラーム法へのトピック論の導入である。イスラーム法にトピ

ク論を導入すれば、イスラーム法は活性化し、ヨーロッパ一元的な法システムに対する見直しを迫ることができるというものである。この論者の決定的な誤りは、イスラーム法をただフィクフの学としてしか捉えていないということである。目をおおわんばかりのカズイスティックな性格を持つフィクフ学が、ドグマからの演繹の体系によって成立しているというところに、ドイツの概念法学からトピック論の学的営為の過程を投影してしまったということであろうか。もちろん彼もまたイジュティハードの重要性を説くが、シャリーア上の明文からではなく、トピック論の導入によって1つ1つの事例に即した形のイジュティハードを行うべきであると主張する（Bassam, *op.cit.*, p. 72）。ウスूल学が存在を無視するとうした的外れな議論が展開されてしまうのである。

**キーワード：**イスラーム法、法哲学、法源学（ウスूल=ル=フィクフ学）、  
実践的基礎（ウスूल・アマリーヤ）、無拘束性（バラア）  
の原則

The Basis of Legal Reasoning in Islamic Law:  
On “ ‘ilm al-’uṣūl” by M. Bāqir aṣ-Ṣadr

by Atsushi OKUDA

The first step in understanding Islamic law is to comprehend that this legal system is sufficiently wide-ranged to cover all activities in the human society. It is a very difficult question for beginners who are accustomed with the way by which they understand a legal order through what the state or the government legislates as legal provisions. For example, if you open an authoritative book on Islamic law, you will find that it starts with provisions and commentaries on the cleanness of water used for ritual ablution, followed by those on ritual ablution before prayer, and then the prayer itself. In the societies which deal with political issues separate from religious issues, those matters do not belong to legal concerns on which the states make legislation. Since it is not so difficult to adduce these kinds of examples showing that the Islamic law has strange characteristics from the Western legal viewpoint, most researchers tend to place emphasis only on the difference between the Islamic legal system and the Western one.

Indeed, from the side of each provision of Islamic law, the Islamic legal order may be properly defined as “casuistic”. However it is

nothing but one side of Islamic law. This side is related to the field of Islamic legal science called *fiqh* which deals with each Islamic legal provision itself. Here exists the other side of Islamic law, which is related to the field of Islamic legal science called '*uṣūl al-fiqh*'. The science of '*uṣūl al-fiqh*' does not deal with each legal provision itself but rather how to discover it. It pursues a general framework to make it fair and coherent and to discover each legal provision as a whole. It is called the logic of the *fiqh* science.

Therefore, it is important to approach Islamic law not only from the *fiqh* science but also from the '*uṣūl*' science. But for this, understanding of the Islamic law would be distorted. For example, almost all the textbooks introducing Islamic law have in their opening pages an explanation on the legal sources of the Islamic law which consists of *Qur'ān*, *sunnah*, *ijmā'* and *qiyās* (reason in Shi'ite); the former two are significant enough to be called the supreme and ultimate sources from which all the legal provisions derive. If you miss the side of the science of '*uṣūl al-fiqh*', this explanation is likely to mean that Islamic law is a legal order where religious dogma is accepted as a supreme and ultimate axiom. This can lead to the conclusion that the Islamic legal system is originally a closed, rigid, and of deduction-orientated system from the viewpoint of the history of Western legal thought which has suffered from an evil influence — the *Begriffsjurisprudens* or strict legal positivism. Thus without correctly understanding the science of '*uṣūl al-fiqh*' in Islamic law, nobody can comprehensively understand the Islamic legal system.

The main subject of this paper is to introduce the framework of the

'*uṣūl al-fiqh*, and its importance, taking into consideration the above mentioned viewpoint. As the subtitle says, "*ilm al-'uṣūl*," written by M. Bāqir aṣ-Ṣadr, is referred to as a guideline. Chapter one pays attention to the history of *ijtihād*, that is, the practical form of the '*uṣūl* science. Throughout the Islamic legal history, *ijtihād* should be considered as existing continuously in spite of the following general presumption among Western scholars of Islamic law: Since all the activities concerning *ijtihād* both in theory and practice had once been closed in the medieval ages, it has become necessary to open the gate of *ijtihād* again in order to actualise Islamic law in the modern era.

Chapter two deals with the framework of the science of the '*uṣūl al-fiqh* in general. It is notable that it consists of two strata in terms of the grade of the evidences on which each legal provision is justified. One is based on divine evidences, while the other is called the practical basis and is used in those cases where divine evidences cannot be discovered.

After surveying the whole structure of the '*uṣūl al-fiqh* in the previous chapter, Chapter three focuses on one of the principles of the practical basis called the principle of *barā'ah*, that is, the principle of freeing from any obligation to discover laws. The origins, evidences, conditions and objects of this principle are discussed.

The final chapter analyses the general, not particular, characteristics of Islamic law as a law in general terms. The results of the previous chapters are compared with the concept of law as described by H.L.A. Hart, one of the most prominent English legal philosophers in the present world. It leads to conclude that Islamic law can be very

“legal” because of the science of the *'uṣūl al-fiqh* as the theoretical basis for legal reasoning.