マーリク派におけるヒヤルの適用
——サハヌーンの『ムダッワナ』より——

The Mālikī Application of *ḥiyal* (sg. *ḥīla*)
in Saḥnūn's *Mudawwana*

堀井 聡 江^{*}
HORII Satoe

ABSTRACT In Islamic jurisprudence, *ḥiyal* (sg. *ḥīla*) signify “legal devices,” or skills used to achieve a certain objective through legal methods. They were not *ipso facto* “evasions of law” as have been understood. It was common to consult with jurists about certain devices to solve legal problems in daily life. Not to neglect is that *ḥiyal* were produced as a result of jurists’ ever-lasting endeavor to solve all possible problems using all possibilities allowed by the doctrine, and that they therefore made up an authentic part of jurisprudence except some controversial cases. Among the Sunnī schools of law, the Ḥanafīs sanctioned *ḥ(i)yal* most extensively, but the Shāfi‘is and the Ḥanbalīs, even though criticizing some evasions of law, pursued *ḥiyal* within the framework of their jurisprudence. It is only the Mālikīs of whom no single work on *ḥiyal* is known. They adopted the principle of “blocking ways (*sadd al-dharāʾiʿ*)” which run against *ḥiyal*. Moreover, they never used the term “*ḥiyal*” in their legal discussion. However, we cannot conclude that the Mālikīs had nothing to do with *ḥiyal* which played an important role in the development of Islamic jurisprudence, if we examine the *Mudawwana*.

The *Mudawwana*, ascribed to Saḥnūn (d. 240/855), a Mālikī jurist and *qāḍī* under the Aghlabids, is one of the oldest Islamic legal texts. This text shows that jurisprudence in Qairawān had much in common with its Ḥanafī counterpart in Baghdād as formulated in the *Aṣl*. As one of the most important works of Shaybānī (d. 189/805), the *Aṣl* represents the authoritative transmission of Ḥanafī doctrine in all fields of law, including *ḥiyal*. For this reason, we find many discussions common to Ḥanafī *ḥiyal*-literature

* 東京外国語大学非常勤講師
Lecturer, Tokyo University of Foreign Studies

and the *Mudawwana*. These discussions fall into two groups.

In the first group, the *ḥiyal* suggested by the Ḥanafis are rejected as invalid by Mālik or his disciple, Ibn al-Qāsim (d. 191/806), who was the teacher of Saḥnūn. The basis of this rejection seems to be the Mālikī principle of *sadd al-dharāʾiʿ*, i. e. “blocking roads” that probably lead to an evil end. In the second group, however, Mālik or Ibn Qāsim, without using the term *ḥiyal*, gives his own solutions, and they, in some cases, differ from those of the Ḥanafis, and, in other cases, agree with them.

序 論

本稿の目的は、マーリク派のサハヌーン（240/855年没）の『ムダッワナ』とハナフィー派のヒヤル専門書との比較を通して、同派のヒヤルに関する立場を明らかにすることである。その理由は、以下の通りである。

そもそも、ヒヤル (*ḥiyal*) とは、ヒーラ (*ḥīla*) の複数形で、機転によって物事を変えるという原義から、イスラーム法学では、不法または合法的な目的が、法的または事実的な障害ゆえに直接には達成できない時、その目的とは本来は無関係な、合法的な手段によって達成することを指す。⁽¹⁾ シャハトは、ヒヤルに関する唯一の体系的な先行研究となっている彼の論考において、理念的なイスラーム法が実社会に適応するための必要悪としてヒヤルをとらえ、ヒヤルが純然たる脱法行為であると定義した。⁽²⁾ たしかに、スンナ派の4法学派のうち、特にハナフィー派はヒヤルを違法から合法への「出口」(*makhārij*, sg. *makhraj*) と呼び、一部の脱法行為を含む最も広い範囲でヒヤルを認めたため、しばしば批判されたことは事実である。しかし実際には、脱法行為はヒヤルの一部にすぎない。むしろ、ヒヤルの主たる機能は、現実の問題が既存の法的枠組みの中でなおかつ社会の要請や当事者の利益に沿って解決される可能性を探る、法学の目的そのものと密接に関わっていた点が注目されるべきである。また、シャハトも認めているように、シャーフィイー派やハンバル派にも、それぞれの立場からヒヤルを論じた作品が存在する。これらの作品を比較すると、学派間に多少の相違はあっても、法学者たちの関心がきわめて共通していることが明らかである。⁽³⁾

だが、マーリク派によるヒヤルの適用については、シャハトの研究においても、彼以外による、イスラーム法学に関する研究一般においても、わずかな具

体例を除き（Ⅱ.例1参照）、ほとんど明らかにされていない。その理由は、3つ考えられる。第1に、他の3法学派とは異なり、同派の法学者がヒヤルを批判することはあっても、ヒヤルに関する専門的な作品を著したという事実は、⁽⁴⁾少なくとも知られていないことである。このことは、第2に、同派が「道の封鎖」（Ⅰ.1.参照）の法理を採用していることと相まって、同派がヒヤルをつねに非合法とみなしていたという予断を研究者に与えていると思われる。第3に、このような予断を強める事実として、筆者が知る限り、同派の法学書においては、批判的な文脈を別とすれば、ヒヤルという言葉自体が用いられていない。

だが、上述のようなヒヤルの法学的意義を考えれば、同派だけがヒヤルに「関心⁽⁵⁾がなかった」とただちに断定することはできない。本稿では、サハヌーンの『ムダッワナ』の分析を通じて、マーリク派においても、ヒヤルという言葉こそ用いられていないものの、ハナフィー派と同様の問題意識に支えられた、ヒヤルに関する議論を汲み取ることができることを示す。

ここで、『ムダッワナ』とハナフィー派のヒヤル専門書との比較の妥当性についてふれるべきであろう。著者サハヌーンは、8世紀後半からマーリク派の中心地の1つとなった、カイラワーンで活動した。彼の師は、学祖マーリク・ブン・アナス（179/795年没）の一番弟子とされたイブン・アルカーシム（191/806年没）である。『ムダッワナ』はこの師弟間の質疑応答の形式で、マーリク自身と彼の活動前後のメディナの学説を収録している。だが、サハヌーンの目的はあくまでマーリクの学説を忠実に再現することであったと思われる。というのも、彼は非常にしばしば、自分の問いに対するイブン・アルカーシムの答えがマーリク説なのか、彼個人の説（ra'y）であるのかを問い質しているからである。『ムダッワナ』は、マーリク派最初の体系的な学説集成であり、同派における最も権威あるテキストの1つであるだけでなく、およそ現存する最古の法学書の1つである。カルダーによれば、同書は3/9世紀を通じて現在の形に編集され、ほぼ同時期に東方ではハナフィー派の法学者、シャイバーニー（189/805年没）の『アスル』が成立した。カルダーは、両作品の内容的な類似性の分析を通じて、8世紀前半から9世紀初頭にかけて、イラクとヒジャーズ⁽⁶⁾の法学が相互の影響下に並行的な発展を遂げたことを論証している。後述のように（Ⅰ.1.）、シャイバーニーもマーリクを通じてメディナの学説に詳しかった。彼の『アスル』は、ハナフィー派の学祖アブー・ハニーフア（150/767年没）

とその2人の弟子、アブー・ユースフ（182/798年没）とシャイバーニーに帰せられる標準的学説を集め、ヒヤルをはじめとする数々の専門分野における学説相伝の基となった基本書群の中心に位置する。⁽⁷⁾以上から、『ムダッワナ』がヒヤルに関するハナフィー派の議論を反映していても不思議ではない。

『ムダッワナ』は多数のハナフィー派のヒヤルに言及しているが、これらは2つに分かれる。第1は、マーリクやイブン・アルカーシム⁽⁸⁾の立場からは否定されるヒヤルで、その際には「道の封鎖」の法理の影響が認められる。第2は逆に、彼らの立場から容認されるヒヤルで、ハナフィー派のヒヤルと一致するものも異なるものもある。

I. マーリク派によるヒヤルの否定

I.1. 「道の封鎖」の法理

『ムダッワナ』における具体例を考察する前に、マーリク派によって採用された、「道の封鎖」の法理にふれる必要がある。なぜなら、この法理は通常、ヒヤルを批判する立場の論理とされるが、この法理の採用がヒヤルを全面否定する立場を必ずしも意味しないことを明らかにしなければならないからである。同派以外の法学者もまた、この法理を採用していることから、同派はヒヤルに対して最も厳しい立場を採っているとしつつも、同派といえどもやはりヒヤルを適用していることを認識していた。⁽⁸⁾

「道の封鎖」(sadd al-dharā'i')とは、外見上は合法的行為だが、行為者の不法な目的が推定されるか、または行為者が意図せずとも法や公益に反する結果に通じる「道」(dharā'i', sg. dhari'a)となる蓋然性が経験的に高い行為を、その害が行為の利益を上回ると認められる場合に、予防的に禁じてしまうことを指す。この法理自体は正規の法源と認められず、また法の準則として明示的にこれを採用したのも、マーリク派と一部のハンバル派にとどまる。⁽⁹⁾だが、少なくともヒヤル批判の文脈では、この法理はそれ以外の法学者に影響を与えている。なぜなら、この法理によれば、ある行為が不法な目的を有するヒヤルである可能性さえあれば、外見上は法律的に有効であっても、無効と判断されるからである。⁽¹⁰⁾このことは、法律行為の判断について何を基準とするかについての考えの相違に帰着する。つまり行為の形式を基準とし、客観的に見て有効な行為は有効と判断するなら、不法なヒヤルでも法的には有効と判断される。だが

行為者の目的や動機といった主観的要素を基準とするなら、脱法行為などは目的の不法性が推定される限り、見かけが有効でも無効と判断される。

重要な点は、この立場の相違が法学の域に留まらない価値観の対立に由来し、ヒヤルはその対立を示す1つの例に過ぎないことである。その対立は、遅くとも8世紀後半に遡ることができよう。ハナフィー派の祖であるイラクの法学者たちは、クルアーンやスンナよりもむしろ合理的・客観主義的な判断を重視する法学者、すなわち「個人的見解の徒」(aṣḥāb al-ra'y)として知られていた。アッバース朝初期の段階で、彼らは政治的中心地において、公権力による干渉や影響を受けつつ学説を展開させたが、恐らくこのことは、彼らが、行為の客観的な基準に基づいてその法的な評価を定める立場を採るようになった1つの原因と考えられる⁽¹¹⁾。この立場は、法学を一端とする、およそ合理主義的な傾向に対する倫理的な懸念を喚起した。その中心となったのが、伝承主義者(aṣḥāb al-ḥadith)である。彼らは、「個人的見解の徒」、特にハナフィー派の学説に含まれる合理主義的・客観主義的傾向－ヒヤルの容認はその代表的な例である－を、神学におけるムータズィラ派やムルジヤ派の主張と軌を一にするものであるとして攻撃した。そうした伝承主義的なヒヤル批判として、現存する限りで最古の例は、ブハーリー(257/870年没)の『サヒーフ』における「ヒヤル無効宣言」である。ブハーリーはここでいくつかのヒヤルの例にふれている。その中には、ハナフィー派のヒヤル専門書から借用されたと思しき具体的な例も見られる⁽¹²⁾。だが、ブハーリーのいう「ヒヤル」の多くは、例えば偽証に基づく判決であっても拘束力を認めるといった学説上の設例であり、彼がヒヤルという問題に仮託して、合理的・形式的な判断とその反倫理的な結果を批判し、相反する価値観を代弁していることは明らかである⁽¹³⁾。「道の封鎖」はあくまでそうした価値判断を示すものであり、この意味でブハーリーは、後世の『サヒーフ』注釈者によれば、「マーリクにしたがって」道の封鎖を唱えたとされる⁽¹⁴⁾。そのことと、ブハーリーがこの法理によって文字通り全てのヒヤルを否定したのか、あるいはここに言及される一部の例のみを禁ずるのかは別問題で、それはブハーリー自身の議論からは明らかではない⁽¹⁵⁾。

「道の封鎖」が具体的にどのように適用されるかは個々の事案の性格によって異なり、必ずしもヒヤルの全面否定を意味しないことは、メディナの学説においても明らかである。上述のブハーリーの注釈者は、「道の封鎖」がメディナ

の学説に由来することを示唆しているが、このことは初期の法学資料においても確認できる。シャーフィイーは、彼が「個人的見解」と同義に用いるイスティフサーン (isitiḥsān) の1例として「道の封鎖」を指し、法律行為を行為者の動機や目的といった主観的要素を基準として判断するのは恣意的で不確実であると批判する。⁽¹⁶⁾ この批判は、ブハーリーと同時代のハナフィー派の法学者、ハッサーフ (261/874年没) が、彼のヒヤル専門書の中で、恐らくはブハーリーないしその周辺によるヒヤル批判に対して展開した反論の趣旨と合致する。ただ、シャーフィイー自身は、「道の封鎖」がメディナの学説であるとは特定していない。だが、シャイバーニーは、『メディナの法学者たちへの反駁の書』において、「道の封鎖」を名指して批判の対象としている。シャイバーニーはここで、例えば次のような例を挙げている。金は不当利得 (ribā) の禁止が適用される財物の1つで、金と金は等量かつ現物で交換されねばならないが、この時に一方の金の重さが他方より僅か1 ミスカール (4.233 g) ほど少ない場合、アブー・ハニーファによれば、不足分の価額に相当する金以外の品物を一緒に差し出すことにより、他方の金と交換してよい。恐らくなぜなら、金銀の計量にはこの程度の過不足はつきもので、そのために交換できないとすれば世の取引にとって不都合だからであろう。シャイバーニーによれば、アブー・ハニーファが述べた方法は、こうした不都合からの合法的な「出口」であり、世間で広く行われている。だが、メディナの学説によれば、例えば1ディーナール未満の金にそれ以外の物を足して1ディーナールと評価し、完全な1ディーナールと交換できるなら、当事者が誤って、または意図的に、価値の等しくない金銭同士を等価とみなして交換を行う「道」となるため、禁じられる。シャイバーニーは類似の例に言及しながら、メディナの学説は客観的には有効と判断される取引をただの疑いや憶測によって無効と判断し、人々の「出口」を塞いで世に支障をきたすと批判している。⁽¹⁷⁾

注目すべきは、シャイバーニーによれば、メディナの法学者自身がそれと矛盾するようなヒーラを認めていることである。すなわち、メディナの学説によれば、主人から許可を受けて行った取引などにより財産を有する奴隷が売却される場合、買主は代金がいくらであれ、その旨を約定すれば奴隷とともに彼の財産も取得できる。代金が奴隷の価額と財産の合計以上ならこのことは問題ないが、逆の場合、例えば奴隷の財産が1000ディルハムで、奴隷の代金が500

ディルハムなら、買主は500ディルハムで奴隷および1000ディルハムを取得する。シャイバーニーによれば、これは奴隷の売買を名目として500ディルハムを1000ディルハムで交換し、買主が不当利得を得る「ヒーラ」に他ならない⁽¹⁹⁾。

以上の議論からは、次のように推測できよう。「道の封鎖」は、必ずしもヒヤルを無条件に否定する論理ではなく、法において形式的・客観的要素のみを考慮するのでなく、実質的・主観的要素を重視することにより、倫理的な観点をより法に反映させるという価値判断を表すのであり、その具体的な適用基準は、論者の解釈にしたがう。重要な点は、「道の封鎖」とヒヤルがいわば表裏一体の概念として、何れの論者にも共通する問題関心に支えられていたことである。シャイバーニーがマーリク派による「道の封鎖」を明らかに意識し、彼らに反論しているように、マーリク派が唱えた「道の封鎖」には、シャイバーニーが擁護するヒヤルが念頭に置かれていたと考えられる。すなわち、ヒヤルの合法性を論ずる際に、マーリク派とハナフィー派が異なる基準を立てており、そのために、あるヒヤルについてはマーリク派がハナフィー派よりも厳格な立場をとり、また別のヒヤルについてはハナフィー派がマーリク派よりも厳格な立場をとる場合がある。以下では、この推測を裏づける記述を『ムダッワナ』の中から拾ってみることにしたい。

I.2. マーリク派が非合法とするヒヤル

上述のように、『ムダッワナ』では、サハヌーンが種々の事例を挙げてその解決を尋ね、イブン・アルカースィムは自らがマーリクに同じ質問をした時に得られた答えか、または自説を示している。その中には、サハヌーンが明らかにハナフィー派のヒヤルを例にとり、その是非を尋ねたと思われるケースが散見される。マーリクまたはイブン・アルカースィムがそれらを否定する場合、しばしば「道の封鎖」が根拠となっていると思われる。以下にその例を掲げる。ただし、この法理に明示的に触れているのは第2の例のみである。

第1の例は、先買権 (shuf'a) に関する。先買権とは、不動産が売買等により有償で譲渡された時、物件の共有者（ハナフィー派によれば隣接不動産の所有者なども含む）が、譲受人が取得に要した金額と同額を譲受人に支払うことにより当該物件を優先的に買い取ることができる権利である。この制度の目的は、不動産の細分化の防止と、新たな譲受人とのトラブルから不動産の隣人や共有者を保護することである⁽²⁰⁾とされる。その反面、隣人や共有者がこの権利を濫用

することにより、譲受人が不動産を取得する利益が損なわれるため、ハナフィー派は、先買権の行使については学説上のさまざまな制約を設けると同時に、譲受人が隣人または共有者による先買権の行使を防ぐための多数のヒヤルを提案している。その1つは、買主が売主と結託し、物件の本来の価額をはるかに上回る高額で、表向き売買契約を結ぶことにより、先買権者に取得を断念させ、後に売主が買主にたいして代金の減額などを行うことである。⁽²¹⁾ サハヌーンは、恐らくこのヒーラを指して、価額100ディルハムの家が1000ディルハムで売られたが、売主がその後、代金のうち900ディルハムを買主から免除した場合を問うている。これに対し、イブン・アルカーシムは、これは売主と買主が先買権者を毘にかけけるための「道」となると判断している。⁽²²⁾

ハナフィー派はまた、買主が物件を購入してしまうと、有償で取得された不動産を対象とする先買権が発生するため、最初から先買権が発生しないように、買主が物件を買う代わりに、売主と合意のうえ、売主が物件を買主に無償で贈与し、買主は代金に相当する額を売主に贈与するヒーラも提案している。⁽²³⁾ サハヌーンは、そのような例として、ある者が他人と共有する不動産の持分を第三者に贈与したところ、この第三者が自発的に、その対価に相当する贈与なしの場合について、贈与者の共有者がこの持分について先買権を主張できるか否かを尋ねている。これに対し、イブン・アルカーシムは、持分を贈与された第三者が貧窮者であるか、または贈与者の肉親であるように、贈与者としては彼に持分を贈与するにあたり、彼からその見返りがあることを一切期待していなかったと考えられる場合を除き、贈与者の共有者は先買権によってこの持分を取得できるとした。⁽²⁴⁾ この判断の理由は、恐らく、持分の贈与者が、相手からそれに相当する贈与をもらうことを期待できる以上、ハナフィー派の議論に鑑みて、持分の贈与は贈与者がそれによって自分の共有者の先買権を阻む「道」であるといえるからであろう。イブン・アルカーシムが伝えるところ、マーリクは、このような場合、持分を贈与した者の共有者だった先買権者は、贈与者が自分の権利を侵害するために持分を贈与したものと判断した場合、贈与者を訴え、そのような目的なく贈与したか否かについて、法廷で誓言させることができる。⁽²⁵⁾

第2の例は、「右手の所有」を目的として購入する女奴隷についての妊娠判定義務 (isitibrā¹) に関する。すなわち、買主は、この女奴隷が売主またはそれ以

外の者によって妊娠していないことを確かめるため、彼女が月経を迎えるか、または年齢等の理由で月経がない場合には3ヶ月が経過するまで性交を控える義務を負う（クルアーン第65章第4節参照）。ハナフィー派は、買主がこの義務を免れるためのヒヤルを論じているが、その1つは、買主が売主と意を通じ、女奴隷を購入する前、売主が第三者に命じて彼女と婚姻させ、その夫が彼女と床入りしないうちに、買主が彼女を購入し、直後に夫が彼女を離婚することである。⁽²⁶⁾なぜなら、買主の妊娠判定義務の有無は、多数説によれば、女奴隷を購入し、受領した時点で決定されるが、この時点で女奴隷に夫があり、買主との交わりが禁じられた身であれば、買主との交わりを前提とする妊娠判定は必要ないからである。また、夫は床入り前に彼女を離婚するので、彼女は床入り後の離婚による待婚義務（idda）を負うこともなく、買主は直ちに彼女と交わることができる。

サハヌーンは、明らかにこのヒーラを意識して、「夫と床入りする前の既婚の女奴隷を自分が買ったところ、夫が彼女を離婚したとすると、自分が妊娠判定を行うことなく彼女と交わるのは正しいか？」と尋ねている。これに対して、イブン・アルカースィムは、マーリクによれば、この場合にも買主は妊娠判定義務を負うと伝えている。買主が独身の女奴隷ではなく、あえて既婚の、しかも床入り前の女奴隷を買うという場合、ハナフィー派の議論に照らして、妊娠判定義務を免れる目的が推定される。マーリクの回答は、そのような目的を達する「道」を塞ぐ趣旨であろう。

第3の例は、「解禁」（taḥlīl）に関する。解禁とは、夫による3回目の離婚宣言（ṭalāq）によって、配偶者間に一時的な婚姻障害が生じるところ、それを妻がいったん別の男と再婚することによって解くことを指す（クルアーン第2章第230節参照）。解禁の効果が発生するためには、妻が再婚相手である第2の夫と有効な床入りを完了し、さらに第2の夫の死亡または離婚によって、この婚姻が解消されなければならない。そこで、早期に解禁を実現するため、配偶者の一方または双方が第三者に依頼し、第2の夫つまり「解禁者」（muḥallil）となってもらふヒーラは広く知られていた。解禁者は通婚が許される範囲の親族でも、報酬を得てこれを行う他人でもあり得る。⁽²⁸⁾だが後者であれば、解禁者は報酬を吊り上げるため離婚を渋るかもしれない。そこで、ハナフィー派は、解禁のためのより安全なヒーラとして、女性にとって信頼できる家族や知人が、

未成年の奴隷を買って彼女と結婚させ、床入りが完了すると、夫たる奴隷を彼女に贈与することを提案している。なぜなら、配偶者の一方が他方を所有する関係が生じることによって、婚姻は解消され、また、夫たる奴隷は、一連の事情を理解できないような未成年者であるため、世間に一件がもれる心配はないからである。⁽²⁹⁾本来、未成年者との床入りは床入りに伴う法的効果（例えば妻の婚資請求権の発生）を生じない。だが、ハナフィー派の一部の学説によれば、未成年者の妻が前夫から3回の離婚宣言を受けた女である場合に限り、未成年でも性交が可能な年齢であって現に性交を行えるなら、彼との床入りは少なくとも妻を前夫に解禁するだけの効果がある。⁽³⁰⁾

サハヌーンは、恐らくこのような議論をふまえて、夫から3回の離婚宣言を受けた女を娶った未成年者が彼女と床入りした場合の解禁の効果について尋ねている。それに対して、イブン・アルカーシムが伝えるところ、マールクによれば、解禁の要件となる床入りは完全に有効な床入りでなければならず、ゆえに未成年者は解禁者となり得ない。⁽³¹⁾マールクの判断は、解禁を広げる「道」を塞ぐ趣旨であろう。なお、イブン・ハンバル（241/855年没）は別の理由からハナフィー派のヒーラに反対する。すなわち、自由人女性と奴隷との婚姻はそもそも婚姻の相当性（kafa'a）を欠き、解禁の前提である有効な婚姻には当たらないからである。⁽³²⁾

第4の例は、イーナ（'ina）取引の禁止を回避する方法に関する。イーナ取引とは、利息付金銭貸借の禁止を回避するための仮装的な2つの売買契約である。例えば、返済を1年後として利子20%で100ディルハム借りようとする借主は、貸主から何か小額の品物を1年後払いの120ディルハムで売ってもらう。すると貸主はその売ったばかりの物を即金100ディルハムで買い戻す。この100ディルハムは貸金にあたるため、借主が負う120ディルハムの代金債務と相殺されることなく、借主に現金で支払われなければならない。その結果、借主は1年後、この100ディルハムの元本に20ディルハムの利息を合わせて「返済」することになる。すなわち、イーナ取引は、一見すると、最初の売主（貸主）が、売ったものを自分の売値より安く買い戻す行為である。このイーナ取引は、法学者の一致した見解で禁じられているが、ハナフィー派は、この禁止を回避してイーナ取引を実現するヒヤルを議論している。その1つは、最初の売主（貸主）が目的物を買戻す際、その全部ではなく、一部のみを買戻すことである。⁽³³⁾

ぜなら、イーナ取引においては、売主が格別の理由もないのに、同じ目的物を自分の売値より安く目的物を買戻す行為が、目的物ではなく差額分を目的とする行為であり、利息付金銭貸借の仮装であると判断されるのだが、目的物の一部のみ買戻すのであれば、安く買戻すことに正当な理由があり、少なくとも外観上は、当事者がその目的物を目的として、その価値に応じた売買を行ったと判断されるからである。

サハヌーンは、このヒーラに対応する具体例の是非をイブン・アルカースィムに尋ねている。すなわち、ある者が、支払い期限を1年後として、奴隷2人を100ディーナールで売ったが、その直後、そのうち1人を売値より安く即金で買戻した場合である。イブン・アルカースィムによると、マーリクは、奴隷2人分の100ディルハムが1人分を買戻す代金と相殺されない限り、買戻しは許されないと判断した。なぜなら、当事者の目的が本当にこの目的物に関する売買であれば、通常、このような場合には相殺するのが自然であり、あえて相殺しなくてもよいとすれば、イーナ取引となるかもしれないからである。⁽³⁴⁾ この判断は、ハナフィー派によるヒーラをふまえ、目的物の一部のみを買戻す行為をイーナ取引へ通じる「道」として封じる趣旨であると考えられる。

第5の例は、窃盗がハッド刑の適用を免れるためのヒヤルに関する。ハッド刑の対象となる窃盗の構成要件は、圍繞地に侵入して他人の管理下の財物を密かに搬出することである。ハナフィー派はこの規定を厳密に解して、ハッド刑の成立要件に数々の制約を設けている。例えば、他人の住居に侵入して財物を発見した者が屋内に留まったまま、共犯者が屋外から手を伸ばしてこれを取った場合、各人とも実行行為を完遂していないため、双方ともハッド刑は受けないと説いている。このような学説上の議論における設例は、同時に、窃盗がハッド刑の適用を免れるためのヒヤルとして知られている。⁽³⁵⁾

サハヌーンは、上記の方法に対応する例として、屋内に侵入した者が、屋内から品物を外の共犯者に渡した場合のハッド刑の成否について尋ねている。イブン・アルカースィムによれば、マーリクは、侵入者自身が外に出て品物を受け渡したのでない限り、やはりハッド刑は受けないと判断した。だが、イブン・アルカースィムによれば、マーリクはこの種の問題を議論することに関して非常に抵抗を覚えたようである。例えば、イブン・アルカースィムは、侵入者が財物を屋外に投げ、待機していた相棒が拾った場合、また侵入者が財物を紐に

結わえつけ、屋外の相棒が紐を引いて財物を取った場合について、マーリクに何度か尋ねたところ、マーリクは答えに迷い、最後にはこうした問題は議論したくないと述べ、⁽³⁶⁾ 答えを保留した。彼は、ちょうどハナフィー派における学説上の議論がヒヤルとして応用されているように、自らの学説が「道」となることを恐れたものと思われる。

II. マーリク派が合法とするヒヤル

サハヌーンが言及するヒヤルはしかし、すべて違法と判定されたわけではない。マーリクやイブン・アルカースィムは、ある問題についてハナフィー派と同様の学説的問題点を抱える場合、同派がその解決として提案するヒヤルを支持するか、またはそれに修正を加えて、マーリク派の観点からより適切な代案を提唱している。

第1の例は、マーリク派にいうキラード (qirād), すなわちムグーラバ (muḍāraba) に関する。キラードとは、出資者が供与する資金で事業者が商品を買ひ、これを転売して得た利潤を約定の比率に従って出資者との間で分配する契約である。キラードにおける資本は現金でなければならない、現物出資は認められない。というのも、現物の市場価額は変動するので、清算が行われる契約の終了時点で出資物の市価が高ければ高いほど出資者が、逆に低ければ低いほど事業者が得をし、各当事者の受け取り分が価格変動に左右されるからである。ただし、当事者が無効であるとは知らずに現物出資でキラード契約を結び、事業者が現物を売却して得た現金で事業を遂行してしまった場合、マーリク派とハナフィー派の立場は異なる。ハナフィー派によればこれはあくまでキラードとしては無効な、単なる雇用契約で、事業者は全ての労務について出資者に相当の賃金を請求する一方、価額が変動していなければ出資物と同等の現物か、または出資時の価額を返還する義務を負う。だが、メディナの学説は現物が現金化される前と後を区別し、事業者は売却行為については相当の賃金を請求するが、以後の事業は遡って売却代金を資本とするキラードと見なす。ただ、⁽³⁷⁾ ここで得られた利潤は当事者の約定でなく、商慣習に従って分配される。

何れにせよ、マーリク派の学説によれば、現物出資に基づく事業の遂行という、既成事実が成立すれば、実質的に現物出資が認められることになる。当事者がこのことを利用するのは容易であり、出資者がはじめからそのつもりで、

事業者に売却を委託したうえで現物を出資する慣行が生まれたが、このことはマーリク派による現物出資の「ヒーラ」⁽³⁸⁾として知られる。ただ、イブン・アルカーシム自身は、この方法に難色を示している⁽³⁹⁾。他方、ハナフィー派によれば、前述のように、たとえ既成事実があっても、現物出資によるキラードはそもそも不成立であるから、同派の学説から現物出資を行うためのヒーラとしては、出資者が自分で第三者に現物を売り、その代金を資本として事業者とキラード⁽⁴⁰⁾契約を結ぶよりほかない。

第2の例は、成熟前のまだ出荷状態に至らない作物の売買に関する。こうした売買は、出荷状態に至った時点よりも廉価でこれを買取れる買主にとっても、作物の滅失や出荷時の価格変動のリスクを回避することのできる売主にとっても利点を含むものの、マーリク派やハナフィー派を含む多数説によれば、買主が買った作物を売主の土地から直ちに刈り取る旨を約定しない限り、無効⁽⁴¹⁾である。しかし、売主がこの約定によって買主に作物を直ちに刈り取るよう請求できるとなれば、買主にとって売買の利点はなくなってしまう。ゆえに買主にとっては作物の成熟まで刈り取りを延ばしてもらえれば有難いが、その旨を売買契約の中で約定すれば、売買はやはり無効である。そこで、ハナフィー派は、買主が契約を無効とすることなく、作物が成熟するまで刈り取りを延ばすためのヒヤルとして、売主がその旨を契約後に許可するか、または買主が売買⁽⁴²⁾の前または後に土地を賃借し、使用権を得ることを提唱している。

恐らくこのような議論をうけて、サハヌーンは、土地上の未成熟な作物の買主が、売主の許可を得て、または売主から土地を賃借することにより、作物が成熟するまで売主の土地に生やしておいた場合の是非を尋ねている。イブン・アルカーシムによれば、マーリクは、恐らくそれが長期的には売主に損害を与える「道」となるとの理由で、許されないと判断した。だが、イブン・アルカーシム自身は、そうならないための代案として、買主が作物を購入後、土地をも購入することを提唱している⁽⁴³⁾。つまり、彼によれば、買主自身が土地の所有者となることこそ、刈り取りを延ばすためのヒーラとなる。これは一見、非現実的な提案のようだが、作物の成熟後には売主に土地を買い戻してもらう趣旨で名目的な売買を行うことも可能である。

第3の例は、婚姻契約で妻の利益のためになされる約定（例えば、夫が妻を郷里から連れ出さない、重婚しない、または女奴隷を妾にしないなど）に関す

る。ハンバル派を除く法学者の多数説によれば、こうした約定に法的拘束力はない。⁽⁴⁴⁾ 妻が夫にこの種の約定を守らせるヒヤルの1つは、夫が「私がしかじかに違反すれば、私の奴隷が解放される」などの誓言を行うことにより、夫が誓いを破ることによって、不利益な法的結果が生じるようにすることであり、マールクも限定的にはあるが、妻が夫にこの種の誓言を行わせることを認めている。⁽⁴⁵⁾ だが、ハナフィー派が議論しているように、誓言はそれを行う者が巧みな言葉遣いなどにより、破った場合の制裁から免れることができるため、妻にとって夫の誓言は、約束を守らせる確実な方法ではない。⁽⁴⁶⁾ 同派によれば、妻が最も確実に夫に約定を守らせるためのヒーラは、妻が婚姻契約の際、恐らくは相当額の婚資 (mahr al-mithl)、つまり彼女と同等の容姿や社会的身分の女性に与えられる平均的な婚資よりも、低い婚資で婚姻契約を締結したうえで、夫がしかじかの要求に違反した場合には相当額の婚資を支払う旨を約定することである。その際、夫は証人の前で妻の相当婚資がいくらであるか承認し、いざいざというとき、妻がその額を請求できるようにしておく。⁽⁴⁷⁾ マールクは、これと類似する方法を提案している。すなわち、妻が相当婚資で婚姻契約を締結した後、夫が彼女のしかじかの要求に従う条件で婚資を免除すれば、夫が要求に従わない限り婚資を請求できる。⁽⁴⁸⁾

第4の例は、解放を目的とする奴隷の売買に関する。これには、買主が功德を積むために、はじめから解放する意思で奴隷を買う場合と、むしろ売主が解放を望んでいるが、自分にはこの奴隷以外に資産がないため、誰かにこれを買わせ、その者に解放させたい場合とがあり得る。だが、後者の場合、売主が売買契約に特約を付して、買主にこの奴隷の解放を義務づけた場合、ハナフィー派によれば、この特約の存在によって、売買は無効である。マールクによれば、売買は有効だが、この特約には拘束力がないため、売主が買主に解放を強制できない点ではハナフィー派と同じである。だが、ハナフィー派は、売主が売買を無効とすることなく、買主に解放を実行させるヒーラを提案している。すなわち、買主が売買契約の前に、証人の前で「自分がこの奴隷を買えば、彼は自由人となろう」と誓言することにより、購入と同時に奴隷は解放される。⁽⁴⁹⁾ イブン・アルカースィムによれば、マールクは、売主が買主に解放を実行させたい場合について、同様の方法を提案している。⁽⁵⁰⁾

第5の例は、債務の連帯保証人の義務に関する。例えば、連帯保証人が3人

おり、債務者本人が不在者であって、債権者が3人に債務を請求する場合、ハナフィー派の学説でも、マーリクの考えでも、3人の保証債務は分割され、債権者は各人から債務の1/3ずつしか請求できない。だが、債権者としては、3人のうち誰に請求しても、全額一遍に支払われることを望んでいる場合について、イブン・アルカーシムによれば、マーリクは、保証契約にあたって3人が各人の保証債務について互いに保証し合うことを特約することにより、債権者の目的が達せられると判断した。同じ方法は、ハナフィー派によって、類似の事例に適用されている。すなわち、同派のうちの一説によれば、債権者が債務者本人に請求できる状況であれば、債務保証人には請求できないところ、債権者が両者の何れにも随意に債務全額を請求したい場合のヒーラは、保証契約の際、債務者と保証人が互いの債務についての保証人となることを特約することである。⁽⁵²⁾

結 論

以上、『ムダッワナ』の記述の中から、ヒヤルに対する考察を2つの群に分けて論じてきた。第1群においては、マーリク派が「道の封鎖」の法理によってハナフィー派のヒヤルの一部を禁じたことが示されている。しかし、第2群においては、マーリク派が同じ基準から、ハナフィー派のヒヤルを支持または修正の上で採用したことが示される。以上で分析の対象とした議論からは、次のような結論が導かれる。すなわち、マーリク派の法学者は、「道の封鎖」の法理を通じて、ハナフィー派と異なる立場、すなわち法律行為を形式的・客観的な要素によってではなく、行為者の目的や行為の結果を考慮した、実質的な基準から判断する立場を採った。2つの立場の相違は、ヒヤルを典型的な例として、法的・宗教的な価値観の対立に発展していった。マーリク派は、その最初期の段階から、ハナフィー派におけるヒヤルをめぐる議論に精通しており、各ヒヤルにおいて封じられるべき「道」が存在しているか否かを意識していた。言い換えれば、同派は、それらのヒヤルが実質的に目指す目的を抽出した上で、同派の学説に照らしてその有効性を判断したのである。その結果、同派は、ある問題についてはハナフィー派のヒヤルを否定する結論に達したものの、別の問題においては、ハナフィー派と同じ考えを示し、またはハナフィー派とは異なる基準からより適切な方法を提唱したのであるといえる。同派はこれらの方法

をあえてヒヤルと呼ばなかったものの、同派が他の学派と同様に、同派なりの観点から、ヒヤルを議論していたことは明らかである。

注

- (1) Cf. Ibn Qayyim al-Jawziyya, *I'lām al-muwaqq'īn*, 4 vols., Maṭb'at al-Sa'āda, 1374/1955, III, 204.
- (2) J. Schacht, "Die arabische ḥijal-Literatur," *Der Islam*, 15 (1926), 211-13.
- (3) 各派のヒヤル専門書につき, Schacht, "ḥijal-Literatur," 217-21, 224-26 参照。同216頁で, シャハトが各派のヒヤルに相互の影響を否定するのは誤りである。特にハンバル派について, 拙著 *Die gesetzlichen Umgehungen in der islāmischen Jurisprudenz unter besonderer Berücksichtigung der Ġannat al-ahḥkām wa-ḡunnat al-ḥuṣṣām des Ḥanafiten Sa'id b. as-Samarqandī (gest. 12. Jhdt.)*, Berlin: Klaus Schwarz Verlag, 2001, 23-24, 40-50.
- (4) 例えば, 同派の Shāṭibi, Abū Ishāq Ibrāhīm b. Mūsā al-Lakhmī al-, *al-Muwā-faqāt*, 4 vols., Muḥiy al-Dīn 'Abd al-Ḥāmid ed., Cairo, 1974, III, 280-89 参照。
- (5) Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, 2nd ed., Oxford, 1984, 81.
- (6) N. Calder, *Studies in Early Muslim Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, 1993, 17-18, 52-53.
- (7) 拙稿「サイード・ブン・アッサマルカンディーの『司法の寄るべと争訟人らの護り』——ハナフィー派の学説相伝にみるヒヤル (ḥiyal, s. ḥīla) 研究の新視点」『東洋学報』83/2 (2001), 066-068。
- (8) Ibn Qayyim, *I'lām*, III, 212.
- (9) Cf. W. B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories*, Cambridge University Press, 1999, 87-90, 168-171.
- (10) 詳しくは Ibn Qayyim, *I'lām*, III, 147-171. Cf. I. Fierro, "El principio Mālikī 《Sadd al-ḡarā'i'》 en el-Kitāb al-ḥawādīṭ wal-bida' de al-Ṭurṭūsi", *Al-Qantara: Revista de Estudios Árabes*, 2(1981), 69-71, 79-82. M. Y. Izzi Dien, "Sadd al-darā'i'," *EI*², VIII 718.
- (11) B. Johansen, "Truth and validity of the Qāḍis judgement. A legal debate among Muslim Sunnite jurists from the 9th to the 13th centuries," *Recht van de Islam*, 14 (1997), 4.
- (12) Ch. Melchert, *The Formation of Sunnī Schools of Law*, Leiden, New York, Köln: E. J. Brill, 1997, 3-13, 48-60. Cf. al-Khaṭīb al-Baghdādī, *Ta'riḥ Baghdad*, 15 vols., Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyya, 1986, XIII, 371-449.
- (13) Sh 24/18-21, Kh 83/18-20 について Schacht, "ḥijal-Literatur," 224-25, 229-31. Bukhārī, Abū 'Abd Allāh Muḥammad b. Ismā'il al-, *Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*, 9 vols. in 3,

- Cairo: Maṭabī⁶ al-Sha'b, 1378/1972, IX, 36-37. ついては牧野信也訳『ハディース：イスラーム伝承集成』中央公論社, 1994, 第三巻, 256ウ十五 (二)。ただし訳は不正確。
- (14) Bukhārī, *Ṣaḥīḥ*, IX, 31-33. 牧野訳, 250, 四(一), 251, 九, 252, 一〇(一), 一一(一), 253, 一一(三)。ただし九, 十一 (三), 十五 (二) の訳は不正確。
- (15) Ibn Ḥajar al-ʿAsqalānī *Fath al-bārī* *bi-sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*, 14 vols., Beirut, 1991, XII, 327.
- (16) Shāfiʿī, Muḥammad b. Idrīs al-, *K. al-umm*, 8 vols. in 5, Beirut: Dār al-Maʿrifa, n.d., VII, 297-98. Cf. Fierro, “Sadd aḍ-ḍarāʿi,” 71 and M. Y. Izzi Dien, *EI*², VIII, 718.
- (17) Khaṣṣāf, Abū Bakr Aḥmad b. ʿAmr (ʿUmar) b. Muḥayr al-Shaybānī al-, *K. al-Khaṣṣāf al-ḥiyāl*, Cairo, 1314/1896, 5-9.
- (18) Shaybānī, Muḥammad b. al-Ḥasan al-, *K. al-ḥujja ʿalā ahl al-Madīna*, 4 vols., Hayderabad: Maṭbaʿat al-Maʿarif al-Sharqiyya, 1385/1963, II, 584-85, 606-8. マーリクはメティナの学説を継承している。Mālik b. Anas, *K. al-Muwattaʿa*, 3rd ed., Beirut: Dār al-Āfāq al-Jadīa, 1403/1983, 532-33.
- (19) Shaybānī, *Hujja*, II, 508. Cf. 503-509.
- (20) J. Baz, *Essai sur la fraude à la loi en droit musulman*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938, 51-58.
- (21) Shaybānī, *K. al-makhārīj fī al-ḥiyāl*, Joseph Schacht ed., Leipzig, 1930 [以下 Sh と略], 24/4-5. Khaṣṣāf, *K. al-ḥiyāl wa-al-makhārīj*, J. Schacht ed., Hannover, 1923 [以下 Kh と略], 23/1110, 14-15, 83/4-5. Sarakhsī, Shams al-Dīn Muḥammad b. Abī Sahl al-, *K. al-ḥiyāl min al-Mabsūṭ* in Sh [以下 S と略], 6/10-11. Shaykh Nizām, *al-Fatāwā al-ʿĀlamghirīyya*, 6 vols., 2nd ed., Būlāq: al-Maṭbaʿa al-Kubrā al-ʿAmirīyya, 1310/1892-93, VI, 423.
- (22) Saḥnūn, Abū Saʿīd ʿAbd al-Salām b. Saʿīd, *al-Mudawwana al-kubrā*, 6 vols., Cairo: Dār al-Ṣādir, 1323/1905, V, 409.
- (23) Qazwīnī, Abū Ḥatīm Maḥmūd b. al-Ḥasan al-, *K. al-ḥiyāl fī al-fiqh*, Joseph Schacht ed., Hannover, 1924 [以下 Q と略], IV33 [事例番号]. Sh 24/6. Kh 23/11, 83/6. Shaykh Nizām, *ʿĀlamghirīyya*, VI, 421.
- (24) Saḥnūn, *Mudawwana*, V, 440.
- (25) Saḥnūn, *Mudawwana*, V, 460.
- (26) Sh 14/7, 9, 11. Kh 4/27-28, 72/6a. Shaykh Nizām, *ʿĀlamghirīyya*, VI, 407-08.
- (27) Saḥnūn, *Mudawwana*, III, 135.
- (28) Cf. Ibn Qayyim, *Iʿlām*, III, 177. 「解禁」の問題については, Aḥmad b. Taymiyya, *al-Fatāwā al-kubrā*, 6 vols., Beirut, 1408/1987, VI, 5-320.
- (29) Kh 31/12-14. Shaykh Nizām, *ʿĀlamghirīyya*, VI, 396. Cf. Sh 14/1, 13-14. Kh 85/1, 72/8-10. S 24/28-29d.

- (30) Shaybānī, *al-Jāmi' al-ṣaḡīr ma' sharḥihi al-Nāfi' al-kabīr li-al-'Allāma al-Shahīr Abī al-Ḥasanāt 'Abd al-Ḥayy al-Laknawī*, 2nd ed., Beirut: 'Ālam al-Kutub, 1406/1986, 107.
- (31) Saḥnūn, *Mudawwana*, II, 291-96. この箇所は, Bājī, Abū al-Wālid Sulaymān b. Khalaf al-, *K. al-muntaqā: Sharḥ Muwaṭṭa'*, 7 vols in 4, 2nd ed., Cairo: Dār al-Kitāb al-Islāmī, n.d., III, 331 で誤って引用されている。Shaybānī, *Hujja*, III, 107-27.
- (32) Ibn Qudāma, Abū Muḥammad 'Abd Allāh b. Aḥmad, *al-Mughnī li-Ibn Qudāma*, 9 vols., 3rd ed., Cairo: Dār al-Manār, 1367/1947, VI, 649.
- (33) Kh 3/2-4. Shaykh Nizām, *'Ālamghiriyya*, VI, 409-10.
- (34) Saḥnūn, *Mudawwana*, IV, 117-18.
- (35) Q II5, V24. Samarqandī, *Janna*, fol. 95b/19-96a/1.
- (36) Saḥnūn, *Mudawwana*, VI, 273. Cf. Samarqandī, 'Alā' al-Dīn al-Manṣūr b. Aḥmad al-, *Tuḥfat al-fuqahā'*, 3 vols., Damascus: Dār al-Fikr, 1364/1984, III, 204-5. Sarakhsī, *K. al-mabsūt*, 30 vols., Beirut: Dār al-Ma'rifa, 1406/1986, X, 147-49.
- (37) Bājī, *Muntaqā*, V, 156. Ibn Rushd, *Bidāyat al-mujtahid wa-nihāyat al-muqtaṣid*, 2 vols. in 1, Cairo: Idārat Sharikat al-Maṭbū'āt al-'Arabiyya, 1856, II, 195-96. Shaybānī, *Hujja*, III, 20-22.
- (38) A. L. Udovitch, *Partnership and Profit in Medieval Islam*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1970, 183.
- (39) Saḥnūn, *Mudawwana*, V, 86-88.
- (40) Sh 22/3. Kh 12/3, 81/3. Udovitch, *Partnership*, 183.
- (41) Abū Yūsuf, *Ikhtilāf Abī Ḥanīfa wa-Ibn Abī Laylā*, Abū al-Wafā' al-Afghānī ed., Cairo, 1357/1938, 20-21. Samarqandī, *Tuḥfa*, II, 68-70. Khiraqī, 'Umar b. Al-Ḥusayn al-, *Mukhtaṣar al-Khiraqī*, Damascus: Manshūrāt al-Maktab al-Islāmī, 1384/1964, 84. Ibn Qudāma, *Mughnī*, IV, 80-87. Muzanī, Ismā'il b. Yaḥyā al-, *Mukhtaṣar al-Muzanī* (Shāfi'i, *Umm*, VIII に収録), 80.
- (42) Sh 4/1-3. Kh 19/15, 65/1-3. S 2/17. Shaykh Nizām, *'Ālamghiriyya*, VI, 415.
- (43) Saḥnūn, *Mudawwana*, IV, 556-57.
- (44) Khiraqī, *Mukhtaṣar*, 137. Ibn Qudāma, *Mughnī*, VI, 548-50. Shāfi'i, *Umm*, V, 83-84. Muzanī, *Mukhtaṣar*, 182. Cf. Ibn Abī Shayba, 'Abd Allāh b. Muḥammad, *K. al-muṣannaf fi al-aḥādīth wa-al-āthār li-al-ḥāfiẓ*, 9 vols., Beirut: Dār al-Fikr, 1409/1989, III, 326-7.
- (45) Saḥnūn, *Mudawwana*, II, 198. Cf. Bājī, *Muntaqā*, III, 396.
- (46) この種の誓言と夫のヒヤルにつき, Sh 11/1-25. Kh 62/1-15, 84/3-8.
- (47) Sh 14/2-3. Kh 25/1-2, 72/12, 15 Cf. Shaykh Nizām, *'Ālamghiriyya*, VI, 394.
- (48) Saḥnūn, *Mudawwana*, II, 219-20, 198. Bājī, *Muntaqā*, III, 296-97.
- (49) Sh 9/17-19. Kh 4/15-17, 25, 22/10-11, 79/15-16. Shaykh Nizām, *'Ālamghiriyya*,

VI, 407.

(50) Saḥnūn, *Mudawwana*, IV, 152. Bāji, *Muntaqā*, IV, 212-13.

(51) Saḥnūn, *Mudawwana*, V, 261.

(52) Sh 8/1. Kh 43/19-20, 70/1. S 4/12-12a.