



イスラーム婚姻法の近代化ーパキスタンを中心としてー

湯浅, 道男

(Degree)

博士 (法学)

(Date of Degree)

1987-11-18

(Date of Publication)

2008-09-22

(Resource Type)

doctoral thesis

(Report Number)

乙1122

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/D2001122>

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。



イスラーム婚姻法の近代化

湯浅道男著

イスラーム原理主義とよばれる運動が世界中の人々の耳目を集めている。一九四七年、インド亜大陸におけるパキスタンの誕生という劇的な事件によって、パキスタンは今日のイスラーム原理主義を最も早く世界に示した国といえる。本書は、そのパキスタンの婚姻法を中心に、イスラームにおける「法の近代化」のひとつのプロセスを明らかにしようとしたものである。イスラーム法は、「神の法」としてその本質上「不変の法」である。それにもかかわらず、原理主義のひとつの典型として令名高いパキスタンの「一九六一年パキスタン・ムスリム家族法令」が、イスラーム世界における画期的な近代的婚姻法という評価を得ている、という点に興味を覚えたからである。或いは、密かに抱いていた「法の近代化」論におけるイギリス典型論への反撥もその動機の根底にあったからかも知れない。

本書は、このようにして興味をいだくにいたった非西欧社会——パキスタンを中心とした——「法の近代化」の研究の約一五年にわたる研究の一部をまとめたものである。「序章」は、イスラームの原理性と法との関係を示すことによつて、何故、イスラーム法が現実の歴史の過程で変わりゆくことができるのか、という根本的な問題を提示した（『イスラーム世界における政治と宗教』ヘジュリスト増刊二二号）に加筆。第二章において、イスラーム婚姻法の基本的概念を明示した。第三章は、その基本的な概念が、「一九六一年パキスタン家族法令」でどのように変遷していったかを明らかにし、中洋世界に広がる典型的なイスラーム国家における婚姻法の近代化のプロセスとの比較によつて、その「特質」を明らかにした（第二章・第三章は、愛知学院大学宗教法制研究所紀要一九号『パキスタン・イスラーム婚姻法研究序説』I・IIIの部分。そし

て、「終章」において、これらの「まとめ」とともに、イスラーム共同体が、それぞれの置かれた歴史的条件のなかで、それぞれがみずから改変していくエネルギーとそのダイナミズムが「法」をも含む「近代化・現代化」であり、それらはイスラームという一体性を保持しながらも具体的な歴史形態としては多様性をもって登場してくることを明らかにした（八二年法社会学会報告「イスラム法の近代化」〔法社会学三二号所収〕をベースに、スリランカ学術調査Ⅱ八三年法社会学会共同報告「アジア固有法の研究―スリランカ調査中間報告」〔法社会学三三六号所収〕での確信にもとづいて執筆）。巻末の「研究資料」は、パキスタン婚姻法の全体像を提供するために付したものである。一九六九年パキスタン留学中、シャウカト・マームッド Shaukat Mahmood 博士の御指導によつて、The Pakistan Code (Vol. I-Vol. XV, 1936-1965) と博士の提供して下さった判例集と著書をもとに完成した悪戦苦闘の想い出深い作品である（前掲・紀要一九号のⅡに所収）。なお、本書所収の論説は、基本的には、パキスタン法曹によつて「読まれている」書物に依拠する、という方法によつたことを付言しておきたい。

最後に、本書を「アジア法叢書」として出版することをすすめて下さった成文堂社長・阿部耕一氏には、さまざまなお思いを込めて、この機会に改めて深甚の意を表する次第である。土子三男編集長には、いつもながら本書の構成等について有益な助言をいただいた。本郷三好氏には、文字通り献身的な配慮をいただいた。同氏の御努力がなかったら、本書は陽の目をみることもなかったかも知れない。心からのお礼を申上げる次第である。

昭和六一年一月三日

目次

はしがき

序章——イスラームの法と政治……………三

第二章 バキスタン・イスラーム婚姻法概説……………七

一 序説……………七

一 イスラーム法の適用(七) 二 ムスリムの意義(三)

二 婚姻の成立……………六

一 序説(三) 二 婚姻の形式と成立要件(九) 三 婚姻契約の能力(三)

四 婚姻障碍事由(三) 五 マハル(三)

三 婚姻の効果……………五

一 婚姻の効果(五) 二 扶養(五)

四 婚姻の解消……………六

一 序説(五) 二 配偶者の死亡による婚姻解消(六)

三 当事者の行為による離婚(六) 四 裁判上の離婚(六)

2
五 結 語…………… 五

次 第三章 パキスタン・イスラーム婚姻法の特質…………… 七

一 序 説—小稿の目的と限界—…………… 七

目 二 一般的前提…………… 八

三 中洋諸国におけるイスラーム法の発展…………… 九

四 一九六一年ムスリム家族法令成立の背景—中洋諸国との対比—…………… 二七

五 一九六一年ムスリム家族法令の特質…………… 三六

六 結 語…………… 三九

終 章…………… 四七

〔研究資料〕

パキスタンにおける主要「イスラーム婚姻法」の逐条解説…………… 五三

一九六一年ムスリム家族法令(一五)

The Muslim Family Laws Ordinance, 1961

一九二九年児童婚制限法(一七)

The Child Marriage Restraint Act, 1929

- 一九三九年ムスリム婚姻解消法(二六)
The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939
- 一九六一年西バキスタン・ムスリム家族法令施行規則(二七)
The west Pakistan Rules under The Muslim Family Laws Ordinance, 1961
- 一九六四年西バキスタン家庭裁判所法(二五)
The west Pakistan Family Courts Act, 1964
- 一九六五年西バキスタン家庭裁判所規則(二八)
The west Pakistan Family Court Rules, 1965

イスラーム婚姻法の近代化

——パキスタンを中心として——

序 章

——イスラームの法と政治——

一 今日、マスメディアにイスラームIslamという文字が登場しない日はない。ほんの数年前と比べてみても、文字通り隔世の感を禁じ得ない。それは石油戦略、南北問題ということもさることながら、これらの諸国においても、ほぼ同時期に類似の深刻な政治現象が生じたからである。

ところで、ここではこのような政治現象を語ることが目的ではない。その背後にあるイスラームの原理性を紹介し、それとの関連からイスラームの法と政治の理論を瞥見しようとするにある。そのことよって、ムスリム人口六億から七億といわれ、モロッコからフィリピンにいたる、ムスリム Muslim (イスラーム教徒) が住む七十数カ国のイスラーム世界のひろがり、この多様性をもつてあろうイスラーム諸国の近代・現代を理解するための基本的視座を

まず提供し、そのうえで本書の課題であるパキスタンを対象とする「婚姻法の近代化」の問題を理解する前提としたい。

二 まず、イスラームの基本的観念を考察することにしよう。イスラームとは、「自己そのもの、ないし自己の全人格をもって神のまにに服すること」を意味する。これが、予言者ムハンマド（マホメット）が、自己の説く信仰の明確な名称として採用した「イスラーム」という言葉の意味である。そして、イスラームを信仰する者は、予言者によって啓示された規定を「受け容れ」、神 Allah（アルラー）の企てに「帰依した者」、つまり、アラビア語でムスリム Muslim と呼ばれる。このように、イスラームとは神への絶対的服従を意味するわけであるが、それは、予言者を通じて啓示された「神の言葉」であるコーラン al-Qur'an（正確にはアルクルアーンだがコーランを使用する）の命ずる律法に服することである。そして、それによって得られる「平安にして不動の心」を保つことだといわれている。したがって、ムスリムが守るべき律法を規定するコーランによってイスラームとはなにか、ということを考えることにしよう。

三 コーランは、ムハンマドによって書かれた聖典ではない。天使ガブリエルを通じて、神がムハンマドに啓示した言葉を編んだものであるが、その中でくり返し強調されているのは、神は唯一つであり、それ以外にはない、という一神教の原理である（例えば、コーラン第二章一五八節、一一二章等）。神は全知全能の天地万物の創造者・支配者であり、まさに「並ぶものなき神」（第四二章九節）である。ムハンマドは、その使徒であるに過ぎない。そこにキリスト教やユダヤ教との違いをみることができよう。このことはつぎのことを意味しよう。すなわち、「イスラームは紀元七世紀に始まったのではなく、少なくとも創造の日に——それ以前ではないにしても——始まったということである。神が世界を創造した時、神は自然の諸力は神自身が定めた規範に——たがうことなく完全に、そしていわば盲目

的に——従うよう取り計らった」のであり、ムハンマドはアブラハム、モーゼ、キリストなどの諸予言者の系列の最頂点に達した最後の予言者の地位に位置づけられることを意味する。したがって、ムハンマドを通じて啓示された神の言葉『コーラン』こそが、これに先行するあらゆる啓示の諸記録を改廃する最終かつ不変の神の啓示であるということになる。

みぎのような、唯一神アルラーを信ずること、天使、啓典、予言者、来世、天命を信ずることが、コーランに説かれていたイスラームの教理の第一である。いわば信仰の教理であり、信仰の柱であり、内面的な「信」の問題であるところから「六信」といわれている。しかし、イスラームという宗教は、このような「心の裸なる確固たる信仰心」を実践するものでなければならぬが、コーランは、この信仰を具体的にどのように表明するか、ということについても述べている。それが、つぎに述べる「行」であり、ムハンマドが「イスラームの体系には五つの柱がある」といわれたように、信仰告白(シャハーダ *Shahada*)を中核として、ムスリムの宗教活動上の義務である「五柱」とも「五行」とも呼ばれるものである。イスラームが、行動的な宗教といわれるゆえんである。

四 さきに述べた「信」は、まさに内心の問題である信仰の教理であった。それらが日常生活の中でいかに具体的に表明されるか、という問題が「行」である。コーランの啓示に基礎をおいて、ムスリムの宗教上の義務として体系化されたものである。それによれば、「行」は、二つの体系に区分されることになる。その第一は、ムスリムが神への帰依の心を直接に表明する行為、つまり神への奉仕・儀礼的行為である(これをイバーダート *‘Ibadat* と呼ぶ)。第二は、人間相互間の正しい関係を定めた倫理的・法的諸規範がこれである(これをムアーマラート *Mu‘amalat* と呼ぶ)。

イバーダートの第一は、礼拝(サラート *Salat*)である。一日五回(暁、正午、午後、日没前、夜)の礼拝を行なう。そ

して、毎週金曜日には集団礼拝が義務づけられている。第二は、断食（サウムのセイム）である。イスラム暦の九月（Ramazan ラマザン）は断食の月と定められ、この間、成人の信徒は日の出から日没までの間は飲食物を口にしない。断食によって、「神を畏れかしこむ気持」を増進せしめ、恵まれない同信の人々に思いを寄せ、公共の福祉の増進に努める誓いを新たにさせるものと説かれている。第三は、喜捨（ザカート Zakat）である。コーランは、自己の財を「神の道」に使用し、貧者、旅人、孤児に富を分かち与えることをくり返し説いている。このことによって「己が心の貪欲」にうち克ち、自己の心を淨めることにある、と説かれている。第四は、巡礼（ハッジ Hajj）である。ムスリムは、生涯一度は、メッカにあるカーバ神殿に巡礼すべきものとされている（この義務を果たした者は、氏名の前にハッジの敬称をつけて呼ばれ、尊敬されている）。

このような四つの義務について、コーランはくり返しその実践を説いている。そして、これらの中核が、ムスリムは、常に、信仰告白をしなければならない、ということである。世界中の宗教のいずれよりも短いといわれるように、それは「アルラーの他に神はなく、ムハンマドは使徒である」と確信をもって人前で、この聖句を唱えなければならない。

五 みぎに述べたいわば儀礼的行為に加えて、コーランはムスリム共同体内の人間相互間の正しいあり方、つまり、信仰し、正しい行ないをするようにくり返し説きそれを具体的な義務として述べている。これがムアーマラートである。モーゼの十戒を思わせるような、アルラーの他に神は存在しないこと、浪費をしないこと、両親に優しくすること、姦淫せざること、契約を守ること等々からなる徳目から、さらには、ムスリムの日常生活における具体的な法規範にまでおよんでいる。つまり、コーランは、社会生活における具体的場面において、何が正義であり、何が不

正義であるかを明らかにしている。そこに、コーランの特色があり、イスラームという宗教の特色をみることができよう。たとえば、われわれの世界で家族法と呼ばれる領域の問題についても詳細な規定がおかれている。妻の教、結婚してはならない女、妻の不貞等々についても言及されている。そして、最後に、いま世界の耳目を集めている聖戦（ジハード Jihād）についても、コーランが強調していることも述べておこう。信仰とその共同体を守り発展させていくことは、ムスリムの義務だからである。

六 みぎに述べたのは、イスラームという宗教を理解するための、いわばイスラームの原理性である。しかも、現代的脈略を離れた、過去の特定の時代にできた教義、宗教的儀礼、社会制度の粗描にしか過ぎない。イスラームという宗教を理解するためには、これではきわめて不十分である。いわんや、現代におけるイスラームを理解するためには、具体的な歴史状況の中で、それがどのように展開されてきたのか、を考察するほかはない。だが、それにもかかわらず、この原理性をぬきにしては、現代イスラーム社会に生起している諸問題を、非ムスリムであるわれわれは何も理解することはできないであろう。たとえば、いまわれわれに、イスラーム世界は、——その多様性にもかかわらず——強烈にその一体性を印象づけている。このような現象は、みぎに述べた原理性をぬきにしては考えることはできないであろうからである。イスラーム法研究の基本的視座のひとつはここにある、といってよい。イスラームの教義をぬきにしたムスリム共同体のフィールド・ワークが、いかに科学的であっても、説得力あるものとして受け容れられないゆえんである。

七 では、以上述べたことから、イスラームという宗教が他の宗教と比較して際立っている特色は何かを考えてみることにしよう。

まず、第一に挙げる点は、絶対的超越者である唯一神アルラーの前にすべての者が平等である、という点であろう。アルラーは、信徒の間ならぬの優劣ももたない。キリスト教のように、神と信者とを結びつける聖職者の存在をも認めていない。ムスリムの敬神の念に対して、アルラーは来世における地位を決定するが、現世においては、出自、民族、皮膚の色、言語等によって人間を区別しない。

第二に、イスラームの信仰は、神と信徒とを結ぶ精神的な絆と併存して、信徒と信徒とを結びつける組織的なものをも共有しなければならない。イスラームの諸行が、常に、そのようなムスリム個人の側面とムスリムとを結びつける社会的側面をもっていることはすでに述べたとおりである。来世の地位を決定する最後の審判においてははかられる「敬神の念」は、単に神との関わりをもつという次元では完結することはできない。すでに述べたように、「敬神の念」とは、唯一神に対する単なる崇拜の念ばかりでなく、神への帰依を表白する儀礼的行為はもちろんのこと、さらに、具体的な人間相互の關係のあり方を規定した倫理的・法的規範にしたがって生きること、そしてその共同体の発展につくすことを含んでいるわけである。そこに、イスラームとは、世俗を肯定し共同体の責任をもつ宗教であるとか、イスラームは、宗教、世俗の両方における全的で合一された生き方なのであり、信仰の姿勢であるとともに、礼拝の方法であり、巨大なる完全な法体系であり、文化、文明である、といわれるゆえんがある。さらに経済制度、商売方法であり、政治、統治の方法でもある、と評価されるゆえんがあるといえよう。聖なる領域において敬虔であるばかりでなく、世俗の領域においてもその共同体(ウンマ Ummah)を正義にしたがって運営しなければならない。ムスリムにとって正義とは、コーランを根本規範とするイスラームの律法、すなわちシャリーア Shari'ah に従うという点であり、それ以外に正義は存在しないのである。そして、ウンマとは、このシャリーアの理念を地上に具体的

に示したムスリム共同体なのである。イスラームは、まさに際立った現世肯定の宗教といえよう。では、ウンマとシャリーア、つまり、ムスリム共同体とイスラーム法について、その総体を簡略みることにしよう。

八 ウンマとシャリーア (1) みぎに考察したことから明らかなように、イスラームは律法の宗教である、といつてもよいであろう。この律法は、アラビア語でシャリーアと呼ばれている。シャリーアというのは、その原義を「水場へいたる道」を意味し、ムスリムの目からみてあるべき姿、つまり「人間のふみ行なうべき明らかな道」(コーラン第四章一八節参照)を意味する。それは神の啓示に由来する規範の総体を意味し、ムスリムの辿るべき道を指し示している。

すでに述べたように、それは単に、イスラームの宗教的儀礼、教義、倫理ばかりでなく、結婚、相続等々の人間の全生活に関して、正しい行為とはなにか、ということを示し示しているものである。ムスリムにとって正しい生き方とは、日常生活においてもシャリーアにしたがって生きるということである。なぜなら、シャリーアは、神の言葉であるコーランにもとづくものであり、その遵守は神への服従として絶対的なものだからである。イスラームとは、もともとそのような意味での神への服従を意味したものである。何が善であるか、という判断は人間理性では困難か、あるいは不可能である。絶対的な善とか善とかの判断は、ムハンマドが伝えた神の啓示を通じて、はじめて人間にとって認識可能となるのである。そして、この理念を地上に具体的に示したものがウンマと呼ばれるイスラーム共同体である。つまり、ウンマとは、神と人間、および人間と人間との関係において、このように「正しく」生きようとするムスリムの共同体である。したがって、その意味で、ウンマとは一般社会から遊離した単なる宗教共同体にとどまらず、同時に、ムスリムの生活共同体ということになる。

(2) このようなウンマの導きの星となり、その基礎となるシャリーアについて、まず、ふれてみなければならぬ。シャリーアの理念は、いうまでもなく、神の意思・命令にある。したがって、それは人間の理性を超えた超越的な法として現われて来る。つまり、神がある行為を命令するのはそれが正しいからではなく、神が命じるからその行為が正しい、というのがイスラムの法原則といえよう。

ところで、この神意は、やがて予言者ムハンマドの死によって神からの直接的啓示を断たれることになる。しかも、ムスリムの手に残されたコーランの規定は、具体的な日常生活のすべてにわたって適用するには、一般的過ぎるか、あるいは必ずしも十分ではなかった。そこで、実際の問題に対して神の意思・命令は何であるのか、ということを見出す努力がなされることになる。このような「学的努力」つまり、神の言葉に対する創造的解釈がイジュティハード *Jihād* である。そして、その解釈も次第に定着していくことになる。すなわち、まずそれは、第一にコーランに依拠することはいうまでもない。第二に、ハディース (伝承 *Hadith*) に見出される予言者のスンナ (範例 *Sunnah*) に依拠し、そこからのキヤース (類推 *Qiyās*) によって神の意志を引き出す作業が必要となる。もともと、学者の解釈がそのまま神の意志とみなされるわけではない。それが共同体一般に受け入れられ、イジュマール (合意 *Ijmā'*) となつてからはじめて認められるわけである。このように、古典的なイスラームの法理論は、コーラン、スンナ、イジュマール、そしてキヤースの四つをシャリーア・イスラム法の法源として認めることになったのである。ところで、理念的にはともかく、このように生成・体系化された現実のシャリーアが、人間の創造的産物であるということは否めない事実である。そして、その意味では、それらは具体的かつ特定の歴史的な制約下で生まれたものであることは否定することはできない。その結果、これらの解釈をめぐって、さまざまな対立が生じ、そこに学派が生まれてくることは

避けることはできなかった。イスラームの教説の体系化に長い時間を必要としたこと、イスラームの地域的拡大に、その原因があるといえよう。

(3) シャリーアは、このように神の意志・命令の規範であるが、そこに示された正義が、現実の世界で必ずしも実現されるものとは限らない。それだけに、ムスリムはその実現のために努力しなければならない。ムスリムにとっての「敬神の念」とはその実践であり、来世における運命はそれに関わっているからである。そうだとすれば、そこに、二つの傾向が生まれることは不可避的である。すなわち、シャリーアの正義に照らして、変遷する現実のイスラーム共同体の現状に対して否定的なそれと、その不完全さを認めながらもそれをイスラーム的に正当化しようとするそれである。

このような傾向は、イスラーム世界における多数派・体制派として今日にまでいたった正統スンニー派は、当然のことながら後者の傾向をより一層保持しようということになる。そして、スンニー派から異端派といわれるシーア派（ハリージー派等も）の立場は前者の立場に立つことになる（もちろん、このことは、スンニー派の中に、現状批判者がいないということの意味しない。それゆえにこそ、今日のイスラームの発展があったからである。ここで指摘したのは、スンニー派体制そのものを否定する、イスラーム初期に表われた反体制運動なのである）。

この傾向は、さきに述べた「法源」論において顕著な対立姿勢を生むことになった。シーア派は、スンニー派が法源とするものをすべて不十分であると批判することになった。特に、スンニー派の挙げるイジュマーやキャースの不可謬性を否定する人間が神の意思を明らかにし得ないこと、誤りを犯し得る人間が何人合意しても不可謬ではあり得ない、という批判がこれである。これは、シーア派のイマーム（予言者の後継者・指導者 Imam）論に由来する。つまり、

誰がウンマの指導者になるのか、という問題をめぐる対立である。シーア派は、神と人間の仲介者としてイマームを位置づけていく。これが、イスラムの政治論に決定的な関わりをもっていくことになる。

九 イスラームと政治 (1) さきに、述べたように、ウンマはシャリーアに表われた神の意志を実現するための共同体である。そして、シャリーアは、ムスリムの全生活に関わりをもつ統一的な体系である。こうして、シャリーアが法的規範としての機能を有するならば、それを実施し強制する機関・政治権力が必要となってくるのは当然といえよう。イスラームにおける政治とは、シャリーアによる統治つまりシャーサ *Shari'ah* のことである。

さて、イスラームの政治は、理念的には、シャリーアにもとづくウンマの建設そしてそれを維持・発展させることにある。そして、その限りで政治権力はイスラーム的に正当化されることになる。それは、ウンマの聖性に由来するからである。そして、具体的には、その政治権力はカリフ制として現われてくる。カリフ (*Khalifah*) とは、ムハンマドの死後、ウンマの指導者として、その予言者・使徒であるという資格を除いて、これを引き継いだ後継者を意味する。したがって、カリフは政治権力を代表する者として、知事や裁判官を任命し、政治にたずさわるとはいえ、カリフはシャリーアの執行者に過ぎない。それゆえ、カリフには、シャリーアの解釈等を行なう宗教的権威はない。これらの解釈は、聖法学者であるウラマー 'Ulama' 集団に独占され、カリフはウラマーの解釈にしたがって、これを執行するに過ぎないからである。したがって、理念的には、カリフは不可謬かつ完全である必要は必ずしも要求されない。このようにスンニー派では、カリフの人格や知識について、不可謬かつ完全なものは要求していない。体制派・多数派であるスンニー派のきわめて現実的な考えがここにも示されているということができよう。なによりも、カリフにそのようなことを求めることは現実には不可能だからである。そして、イジュマーによって定められた条件

にもとづいて、イマーム（指導者）としてふさわしいと思われる人物が、多教の合意のもとにカリフとして選出されることになる。

(2) このようなスンニー派の考え方に対して、スンニー派から異端派と呼ばれるシーア派の主張はつぎのようなものであった。すなわち、イマーム（スンニー派ではカリフ）は予言者の後継者であり、聖法の護持者として不可謬である。イマームは各時代の中で最も優れた人間でなければならぬ。そして、具体的には、ムハンマドの女婿アリーとその後裔である、と主張して、アリー以前のカリフ（正統カリフ）やウマイヤ朝の正当性を認めなかった。

たしかに、シーア派の批判が正当に指摘するごとく、シャリーアの執行者としてそれに従属すべきカリフは、現実には、権力志向に走り、不正を行なってきたといえよう。そこにムスリム共同体の理想と現実が最も乖離するのは政治の領域だ、といわれるゆえんがあるのである。事実、いわゆる「正統カリフ」につづくウマイヤ朝（六六一—七五〇）にいたっては、カリフ位がウマイヤ家によって独占され、しかも、反宗教的政策が打ち出されるにいたった。

これに対する批判が、少数派にかぎらず打ち出されるにいたったことは当然の成行きであったといえる。シーア派は、このような現状をもたらしたものは、この不正な指導者を放置したスンニー派のカリフ制にこそある、と批判したのである。しかも、シーア派にとって、イマームは単なる行政機関、政治的・軍事的指導者にとどまらず、宗教的指導者でもある、という点において、スンニー派と決定的な相違がみられる。イマームは、予言者に準ずる神格化された宗教的権威者として位置づけられる、というのがシーア派の考え方である。さきにふれた法源論におけるスンニー派とシーア派の対立はこのイマーム論に由来するわけである。つまり、聖法を解釈し運用していくための不可謬のイマームを前提とした議論なのであった。まさに、スンニー派において共同体が果たしてきた機能をシーア派ではイ

マームが果たしているということができよう。

(3) ところで、シャリーアの解釈者であるウラマーと政治権力者であるカリフとの関係は、正統スンニー派の政治理論にしたがえば、それぞれの分、すなわち「教」と「政」にしたがった協調関係にこそ存在する、ということになる。つまり、カリフは聖法の執行者としての自己の權威をイスラーム的に正当化しようとし、ウラマーはその政治権力を法的に是認してあげることによってカリフの自覺を高める、という相乗作用がそこには期待されていたといえよう。しかし、現実にはどうであらうか。すなわち、カリフは公然とシャリーアを無視できないとしても、裁判官・軍司令官等の任命権を有しているわけである。したがって、ウラマーは次第に、現実政治の求める結果をイスラーム的に合法化していく作業に従事する、という傾向になっていくことはいなめない事実といえよう。

いずれにしても、イスラームの現実の歴史の中でこのカリフ制度は早くもアッバース朝時代に、事実上は崩壊していった。そして、一九二四年、ケマル・アタチュルクによってカリフ制は廃止されたのである。この復興の試みがなかったわけではないが、いまや全イスラム共同体の政治的統一はなくなったのである。そして、ある国は王制を取り、ある国は共和制へと移行して、各国別にイスラーム世界は分かれていったのである。

一〇 以上、イスラームにおける法と政治という問題をその原理性との関わり合いにおいて素描を試みた。それは、現代のイスラーム世界に生起する諸問題を、その背景となつてゐるイスラームという宗教から考えていただく素材を提供しようというところにあつた。それは、もっと大袈裟にいえば、いわゆる第三世界の問題をみつめるとき、われわれが身につけてゐる西欧的な価値観にもとづく判断では何も理解することができない、という筆者自身の問題意識によるものである。

本書の問題に限定して一例をあげておくことにしよう。たとえば、同じく、イスラームの理想の実現を「イスラーム共和国」という政治形態にゆだねたパキスタンとアヤトラ・ホメイニ師の君臨することのできるイランとの相異は、シリア派の政治理論をぬきにしては理解することは不可能であろう。いな、もっと根源的に、そもそもイスラームにおいて「共和制」という政治形態を採用しうるのか、という問題を考えることすらできないであろう。

右手に力強くイスラーム史の復興の旗をかかげ、左手に民主主義の剣をささげて、共和制を採用したパキスタンが何故イスラーム国家なのか。みぎに述べてきたイスラームの法と政治の原理とそれは矛盾することなく成り立ちうるのか。これらの解決を遠き目標に掲げながら、その旗印のもとに産ぶ声をあげたパキスタンという国家、その「一九六一年ムスリム家族法令」を中心として、パキスタン・ムスリムの婚姻法の近代化のプロセスを概観することにしよう。シャリーアの理念にしたがって、地上におけるウンマの建設を至上命題とするイスラーム、そしてそのウンマの核を形成するのはほかならぬ「家族」だとすれば、家族法・婚姻法の近代化のプロセスを迎えることによって、現代社会におけるイスラームの近代・現代に対応するひとつの範型を明らかにすることができよう。イスラームにおける共和制国家という意義についても、この具体的作業によって、一つの解答を与えることができよう。

〔参考文献〕

イスラームの法と政治に関する、原理性を概説する「序章」の性格から、文献の逐一参照は省略した。

本章作成にあたっては、主に左記の文献に依拠したことを明らかにして、御寛容願いたい（入手容易なもののみ）。

A・Z・ヤマニー（真田芳憲訳）『イスラーム法と現代の諸問題』・中央大学出版部・一九八三年初版第二刷ヤマニー（真田訳）

五十嵐清『比較法入門』・日本評論社・一九六八年

井筒俊彦『イスラーム文化』・岩波書店・一九八一年

- ウィルフレッド・C・スミス(中村広治郎訳)『現代におけるイスラム』・紀伊国屋書店・一九七四年
 シヴァイゲルト/ケッツ(大木雅夫訳)『比較法概論 原論上下』・東京大学出版会・一九七四年
 遠峰四郎『イスラム法入門』・紀伊国屋書店・一九六四年
 ハミルトン・A・R・ギブ(加賀谷寛ほか訳)『イスラーム文明史』みすず書房・一九六八年
 ハミルトン・A・R・ギブ(加賀谷寛訳)『イスラム文明―その歴史的形成』・紀伊国屋書店・一九六七年
 福島小夜子『イスラム社会』『法社会学講座9』・岩波書店・一九七三年
 Asaf. A. A. Fyze, *Outlines of Muhammadan Law*, (3rd ed.), Oxford, 1964.
 H.A.R. Gibb, *Mohammedanism* (2nd ed), London, 1953.
 J. Duncan M. Derrett, (ed.) *An Introduction to Legal Systems*, London, 1968.
 J.N.D. Anderson, "Significance of Islamic Law in the World Today", *The American Journal of Comparative Law*,
 vol. 9, 1960.
 J.N.D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, New York, 1959.
 R. Levy, *The Social Structure of Islam*, Cambridge, 1957.
 Joseph Schacht and C. E. Bosworth, *The Legacy of Islam*, 2nd ed. Oxford, 1974.

第二章 パキスタン・イスラーム婚姻法概説

一 序 説

一 イスラーム法の適用

一 一九四七年八月一五日午前〇時、一八二年間の久しきにわたるインド亜大陸におけるイギリスの植民地支配は終焉を告げた。新生インドとパキスタンの誕生は、長い間、ヨーロッパ諸国の植民地支配の桎梏のもとで苦しんできたアジア・アフリカ諸国の誇らかなるナショナルリズムの先駆的役割を果たしたものと、新たな世界史の一ページを開いた。同時に、インド亜大陸におけるパキスタンという新たなイスラーム国家の誕生は、この数世紀にわたるイスラームの歴史の中でもっとも光彩をはなつ劇的な事件であった。現代におけるイスラームの一つの理想の実在化の偉大な試みが、ここに明確な形をとって示されることになったからである。なぜなら「イスラームとは、その主要な

現世的表現が社会秩序の中での自己実現にある宗教」であり、「宗教活動の場としての独立した政治的共同体の存在は、イスラームの特質そのものの一部」⁽¹⁾だからである。

この新生パキスタンにおける婚姻法は、本質的にはその宗教共同体に依存するものである。⁽²⁾パキスタン政府刊行物である『一九六九年パキスタン年鑑』は、「相続、婚姻、離婚……に関する問題はその者の属する宗教によって規定されている各々の人事法によって規制される。ムスリムはイスラーム法の原理によって規制され、ヒンドゥー教徒はヒンドゥー法によって規制される」とこの点を端的に説明している。⁽³⁾

みぎのようなパキスタンにおけるイスラーム法適用の原則は、印・パ分離前のインド亜大陸において、イギリス植民地支配の中で培かれた制度そのものの承継であった。パキスタンがそれをそのまま承継したゆえんは、それは「もともとパキスタン市民が、その適用を受けていた原則なのであって、特に変更する事情が存在しないのであるから当然」⁽⁴⁾である、という法意識に裏づけられているものであるといえよう。パキスタンにおけるイスラーム法の代表的教科書および政府刊行物のいずれもがこれを当然の前提として論を進めていることは、これを如実に物語っている、といえよう。

二 インド亜大陸におけるイスラーム法は、いうまでもなく八世紀初頭 Muhammad b. Qasim のインド征服によって導入され、一三世紀初頭 Sultan Qutbu'd-din Ayyub にいたって確立された、ということができよう。しかし、今日のインド・ムスリムまたはパキスタン・ムスリムに適用されるイスラーム法にとって、この時期の歴史的考察はそれほど重要な意味をもつものではない。⁽⁵⁾それは、第一に、イギリス植民地支配にいたるまで、イスラーム法の資料は明確な形をとって残存していない。たとえば、イスラーム法学の著書、判決例、および立法例など残存していないか

らである。第二に、Anglo-Muhammadan Law と呼称されるインド亜大陸におけるイスラーム法は、イギリス植民地支配の中で形成されたからである。A. A. A. Fyze はインドにおける「イスラーム法の初期の歴史はわれわれの目的にとって密接な関係を有するものではない。かくして、われわれは主にイギリス国王大権時代 The British Period, 1857-1947 とそれ以後に関心を向ける」必要がある、と述べている。⁽⁶⁾

たしかに、イギリスの本格的なインド統治が、みぎの「国王大権時代」に行なわれたのであり（とくに一八五八年インド統治法以降）、それゆえにこそ、今日の法制度の基礎がこの時代に確立されたことはいうまでもない。しかし、インド亜大陸におけるイスラーム法に対するイギリス法の影響は、それより古く東インド会社のインド進出の頭初に遡らなければならぬ。

まず、第一に司法制度という観点からみれば、一六六一年、チャールズ二世の勅令にもとづいて東インド会社は、限局されたものとはいえ——会社従業員に対する——司法権を行使する権限をもっていたからである。東インド会社設立の文書において、上司は、会社従業員に対して、即決で処罰する権能が与えられていた。さらに時代の推移と共に、この会社の業務が活発化し、支店が増大し、インド人も含む従業員も増大した。とりわけ、マドラス、ボンベイ、カルカッタは、いわゆる総裁管区都市 Presidency Town として重要な機能を営み、一七二六年、ジョージ一世の特許状にもとづいていわゆる市長裁判所 Mayor's Courts がそれぞれの都市に創設されざるを得なくなった。これらの裁判所は、この地区に定住する当事者間の訴訟を審理し、「正義と権利にしたがって」判決すべきことを委任されていた。これらの裁判所制度は、イギリスの本格的な植民地支配、「貿易より帝国への進軍」の形容によって呼ばれる一八五八年インド統治法に対応して一八六一年に設立されたインド高等裁判所 The High Courts of Judicature in

India (by Act of Parliament, 24 & 25 Vict. C.140) へと連なつた。その継続性の中でエクイティ規範までも含むイギリス法原理がインド亜大陸の法原理に融合する素地を形成していった、という意味において重要であつた。⁽⁷⁾ なぜなら、イスラーム法の解釈または適用の問題をも含む、解決困難な法律問題は、終極的には、「正義、衡平および良識」Justice, equity and good conscience に依拠して判決すべきだという現在のインドおよびパキスタンにおける法の解釈原則が定着したその端緒は古くこの時代に求めることができるからである。⁽⁸⁾

第二は、一八五七年以前に、今日のインドおよびパキスタンにおける「イスラーム法適用の原則」⁽⁹⁾ がすでに確立していた、という点が重要であろう。このインド亜大陸のイスラーム法適用の歴史にとって、重要な一時期を画したのは一七七二年であつた。一七七二年、東インド会社が統治権の要求と東インド会社員以外の者に対する司法権の要求をした時、統治当局者は植民地支配をよりよく遂行するための法制度のあり方如何というきわめて困難な課題に遭遇することになった。その結果、インド国民に対してイギリス的法思考を押し付けることは決して得策でない、という結論に達した。一七七二年一月三日のウォーレン・ヘースティングス卿 Warren Hastings (一七五四～一八二六) の裁判所長官に宛てた書簡はこのことを如実に物語っている。⁽¹⁰⁾

後年、ヘースティングスの原則と名付けられた法政策が、一七七二年にベンガル州における司法行政の指針を明らかにするために発せられたが、それは、貿易のための統治支配をどのように上手く行なうかであつた。その目的を達成するためには、被支配者のインド国民の私的生活、とりわけ、宗教規範にもとづいて旧くから形成されている家庭生活関係についてはふれるべきではない、と考えたからに他ならない。

イギリスはつぎのような観点からこの政策を採用することになった。すなわち、

第一は、まずインドにおける伝統的社會を破壊することを欲しなかつたこと、第二に、彼らの主要目的は貿易助長の社会的・經濟的政策において安全でなければならぬこと、第三に、インド國民の宗教感情に干渉することは得策ではないと考へたことである。⁽¹¹⁾ いうまでもなく、これらの要因は、インドとの貿易面をどのように円滑に行なうか、という一点から起因することはいうまでもない。あの広大なインド亜大陸、そして多言語、多民族、多宗教の國家をどのように支配し、どのように貿易を行なうか、といへばそれ以外の方法はないといわなければならなかつたからであらう。そして、なによりもイギリスは、コンモン・ローの傳統をもつていた。

そして、その集約は、インド法典化運動において忘れることのできない Sir I. B. Macaulay のいわゆるマコーレーの原則の表現にみることでしよう。すなわち、「可能な限り統一を、多様、相異は止むを得ない場合に限る。しかし確定性は何時たりともあらねばならぬ⁽¹²⁾」と。かくして、いわゆる公法の分野は統一法として法典化される道を歩むことになった。とりわけ、悪名高いイスラーム刑法およびイスラーム証擲法はインド亜大陸における法の歴史から姿を消すことになった。さらに確定性の要求から、一九三七年ムスリム人事法(シャリーア)適用法(The Muslim Personal Law (Shariat) Application Act, 1937)の制定へと結びつていった。

三 みぎに概観したように、英領インドにおけるイスラーム法は Anglo-Muhammadan Law と呼称されるように、独特の形成過程を辿つて發展した。そして、パキスタンはその傳統をそのまま繼承した。その結果、今日、パキスタン・ムスリムの法学者は、イスラーム法適用の原則をつぎのように説くのが一般的といふことができる。

それは、その「適用」といふ観点からイスラーム法を分類すれば、三類型に分かつことができるという共通の姿勢である。⁽¹³⁾ すなわち、

- (1) 立法によって、明瞭にムスリムに適用されるものとされているイスラーム法、たとえば、親族法、相続法など。
- (2) 正義、衡平、良心に関する問題としてムスリムに適用されるイスラーム法、たとえば、Pre-emption の法制度など。

(3) 明瞭に立法によってその適用を禁じられているイスラーム法、例えば刑法、証拠法など、等である。⁽¹⁴⁾

さらに、その法源論および解釈論において、伝統的なイスラーム法等と異なり、エクイティをはじめとする英法の概念が数多く論じられているのも、その生成過程における独自性に由来するものといえよう。

二 ムスリムの意義

印・パ分離前においてもインドには国教というものは存在しなかった。そこにさきに述べたイスラーム法適用の原則に関する法政策が採用されることになった。イスラーム法はムスリムに対してのみ適用されることになる。そこで、まず、ムスリムというのはいかなる者を指称するのか、ということが問われることになる。

Baillie は、これを「メッカ Kiblah に向って礼拝するすべての者」を指称すると説いている。⁽¹⁵⁾ 判例として採用されている基本的な見解は「イスラーム法は、生来的であると改宗によるものであると問わず、ムスリムに対してのみ適用される——イスラームという宗教を信仰する者、換言すれば、唯一神アルラーとムハンマドの予言者としての性格を信ずる者をムスリム」とするものである。すなわち、第一は、唯一神、アルラーであること、第二は、ムハンマドは唯一神アルラーの使徒・予言者であることというのがイスラームの本質であり、これを信ずる者がムスリムであるという先例が確立されている。⁽¹⁶⁾ いわゆる信仰告白である。

ところで、「信仰する」ということはいわば内心の問題である。これをどのように解し、どのように確認するかはきわめて困難な問題といわなければならない。したがって、この確認は、その者が、信仰の告白をするだけで十分である、と解されている。そこで判決例では、裁判所は人間の思考、または宗教上の誠実さについても判断することはできない、という理由から、その告白をもって足りるという判断が示された、⁽¹⁷⁾ といってよい。同様にムスリムを定義して、メッカに向って礼拝する者、または、一度でもイスラームの教典を読んだ者、と説く学説の存在するゆえんは、外形に表われたメルクマールをもってこれを判断する以外にはない、と考えた結果であると評価することもできよう。このような判決法理にも英法的思考の一片をみることができよう。

(1) Wilfred C. Smith, *Islam in Modern History*, 1957, p. 209; ウィルフレッド・C・スミス (中村廣治郎訳) 『現代におけるイスラーム』(紀伊国屋書店一九七四年) 一三三頁。

(2) パキスタンにおける婚姻・離婚法の総括的説明として、本邦に紹介されている R・S・アクバルカーンの説明を引用させていただくことにする。すなわち、「本質的には宗教共同社会的 (communal) なものである。パキスタンにおける最大の宗教共同社会を構成している回教徒のほかに、ヒンズー教徒 (この言葉は仏教徒、耆那教徒、シーク教徒を含む)、キリスト教徒、パーシイ教徒等が宗教共同社会を構成している。これらの宗教共同社会はすべてそれぞれ独自の婚姻法と離婚法とをもっているのである。——中略——パキスタンのヒンズー教徒 (Hindus) に適用されるヒンズー教徒法 (Hindu Law) は、Sir D.F. Mulla, Sir John D. Mayne その他著名な法律学者の著した極めて貴重な書物によるものである。その他に、過去二世紀にわたる諸判決がヒンズー教徒法の理解と適用にとって、有用な手引をなすものとなっている。パキスタンにおけるキリスト教徒は、一八七二年のキリスト教徒婚姻法 (Christian Marriage Act) と一八六九年離婚法 (Divorce Act) の適用を受ける。回教、キリスト教、ヒンズー教、ゾロアスター教その他の宗教を信仰しない者は、一八七二年の特別婚姻法 (Special Marriage Act) に従って婚姻することができる。これと同様に、婚姻当事者の双方がそれぞれヒンズー教の異なる流派に属する場合に

- も、正式なヒンズー教徒婚姻法の厳格さを回避するために、一八七二年の特別婚姻法によることが認められている。一八七二年の特別婚姻法によって婚姻を行なった者はその婚姻の解消に当たっては、一八六九年の離婚法の適用を受けるのである。パーシイ教徒 (Parsi) と呼ばれるゾロアスター教徒 (Zoroastrians) の作っている小さな社会 (community) は、一九三六年のパーシイ教徒婚姻及び離婚法 (Parsi Marriage & Divorce Act) の適用を受ける。R・S・アックバルカーン (守屋善輝訳) 『パキスタンにおける婚姻法および離婚法』宮崎孝治郎編・新比較婚姻法Ⅶ(勁草書房、一九七三年)二〇四五頁—二〇四七頁。
- (3) Pakistan Year Book, 1967 by National Publishing House, p.102.
- (4) Shaikat Mahmood, Principles and Digest of Muslim Law, rewritten edition, 1967, p.15.
- (5) このような視点に立つとき、パキスタン・イスラーム法の研究は、印・パ分離前のインド亜大陸におけるイスラーム法の発展——とりわけ、イギリス支配との関わり合いにおいて——と、現代にイスラームの栄光を求めるイスラーム史にさんざんと輝く建国の理想——とりわけ、近代国家へと変容しようとする志向との葛藤との関わり合いにおいて——との中で、その全体像を求めることが要求されよう。しかし、小稿はその全体像を求めるための予備的作業に過ぎない。「概説」と題したゆえんである。
- (6) Asaf. A. A. Fyze, Cases in the Muhammadan Law of India and Pakistan, 1965, p. xvii (Introduction). たしかに、インドにおける体系的なイスラーム法学書は、「時計を戻そうと試み、そのためそれを止まらせたばかりかこわしてしまつた」(J・ネルー『インドの発見上』(岩波書店、一九五三年)三五九頁)ムガールの最後の皇帝ともいえるアウラングゼーブ Aurangzeb によって試みられた Farwa の編集がはじめてであつた。
- (7) 「正義と権利にしたがつて」according to Justice and Right」といふ観念は、インド法したがってインド・ムスリムの法学にとっては初めてのものである。その結果、その観念の内容は「英法体系そのもので教育を受けた法曹によって理解される英法の観念」を意味するものとして解釈されたからである。したがって、インド亜大陸におけるイスラーム法に対する英法の影響の第一歩は一七二六年に記されたという評価が生まれることになる。A. A. A. Fyze, *ibid.* p. xix.
- (8) この原則は一八三二年に確立されたといわれている。問題は、この英法の概念にいかなる内容を盛るかにあろう。インド法曹がイギリス流の法学教育を受ければ、それは英法そのものが盛られることになる。当時の裁判官がイギリス人であれば当然その内容はイギリスのそれになることはいうまでもない。はたして一八八七年 Wagnia v. Sheikh Mastudin 事件(14 I.

A. 89, 96) に於て、ホブソンウス卿 Lord Hobhouse は、それらの概念は「もし、インド社会および環境に適合可能であれば、一般的に英法の原則を意味するやうに解釈」されなければならぬ旨を判決した。A. A. A. Fyze, Cases, P. xx citing Wilson's View; cf. D. E. Mulla, Principles of Mahomedan Law, 6th edition, p. 31.

(9) イスラーム法はムスリムにのみ適用する、ヒンドゥ法はヒンドゥ教徒のみに適用する、という原則は英領インドにおける一つの法政策である。現象的にみるかぎりでは、この原則は、ムガル帝国の伝統を継承したものであることもできよう。しかし、この法政策は、イギリスがいわゆる「征服地植民地」conquered colonies または「割譲植民地」ceded colonies に於いて採った植民地政策の確固たる原則であった、と後世評価されることになつたイギリス植民地支配の一つの方法であることに留意すべきものである。これらの原則は植民地支配のイギリスの常道といわれるが、その基本的理由は、イギリスがコンキエ・ローの伝統を有する国であつたことに由来するといふ点は看過すべきではない。

(10) ハースティンダスの書簡はつぎのうたひであつた。"We have endeavoured to adopt our Regulations to the manners and understandings of the people (of India) and the exigencies of the Country, adhering, as closely as we are able, to their ancient usages and institutions", cited from Syed Khalid Rashid, Muslim Law (Student Edition) p. 2. これは後にハースティンダスの原則と呼ばれ一七七二年分離命令 The Mufassal Regulation of 1772 に表現され、後にインドにおける人事法適用の大原則と評価された一七八〇年条例第二七条へと結実してゐた。同条はつぎのごとく規定した。すなわち、

That in all suits regarding inheritance, marriage and caste, and other religious usages and institutions, the laws of the Koran with respect to Gentoos, and where only one of the parties shall be a Mahomedan or Gentoo, the laws and usages of the defendant shall invariably be adhered to.

(11) A. A. A. Fyze, Outlines of Muhammadan Law, 1974, p. 56; S. K. Rashid, *ibid.*, p. 1 citing Fyze's View.

(12) 水田義雄『法の変動と理論』一五九頁、一八〇頁参照。なお、このマコーレーの原則が規定されたゆえんは、インド亜大陸における宗教共同体の多種多様性と、それにもかからず宗教的社会制度がきわめて組織されてゐた、というインド社会の特質に由来するものと見えよう。前掲註(10)参照。

(13) A. A. A. Fyze, *op. cit.*, p. 57; D. F. Mulla, *op. cit.*, p. 1; S. Mahmood, p. 15-16. なお、現今のパキスタンの各法が、人事法を除いてまったくイスラーム法を廃止して、むしろ、イギリスのコンキエ・ローの影響のもとに制定されてい

る point については Pakistan Year Book 1969, p. 100 et seq.

(14) とするで、右のような法の適用の変更は、イスラーム法の本質から考えた場合、どのように受けとめるべきかが問題となる。ただし、イスラーム法は天啓の法であって、その本質からいえば、「不変の法」だからである。S. Mahmood 博士はこの点についてつぎのように述べている。すなわち、「法の適用の問題については、*change alter* または *modify* をすることはできない。すなわち、立法府またはその他の立法機関は、イスラーム法の適用の範囲を改変または修正をすることはできないが、イスラーム法そのものを変える *change* にはできない」と。そして、法の適用の改変が生じてくるのは、「これらの法の適用の増大」とこれに反する慣習法の廃止の増大にその原因があるとされている。さらに、近代的イスラーム家族法の類型と評価されている「一九六一年ムスリム家族法令」については、これは「イスラーム法をその若干の事項において可成りの程度に修正した *modify* ののである」と付け加えている。S. Mahmood, *ibid.*, p. 16.

(15) Neil B. E. Baillie, *A Digest of Muhammadan Law*, 2nd edition p. 25.

(16) 著者 *Naranthkath v. Parakkal* (1922) 45 Mad. 986 に引く確立された。A. A. A. Fyze, *Cases*, p. 57; *Abdur Rahim, Muhammadan Jurisprudence*, p. 349; D. F. Mulla, *op. cit.*, p. 20. パキスタンでこれを継承している。P. L. D. 1959 Lah. 205.

(17) S. Mahmood, *op. cit.*, p. 9; P. L. D. 1963 S. C. 51.

二 婚姻の成立

一 序 説

一 イスラーム法における婚姻は宗教上のサクラメントではなく民事上の契約である。その契約は、夫婦となった男女の性的結合の適法化を目的とするものであり、併せてそれらの者の子供の適法化を目的とする民事契約である。⁽¹⁸⁾

こうして、婚姻は当事者の民事契約である、と強調してイスラーム法における婚姻 *Nikah* 概念を規定づけるのがムスリム法学者の一般的な姿勢であるということができよう。⁽¹⁹⁾ たとえば、インド・ムスリムの婚姻の性格に関するリールディング・ケースとされている *Abdul Kadir v. Salima* (1886) 事件において、この趣旨は明確に打ち出された。すなわち、*Mahmood* 判事は、ムスリムの婚姻というものは、事実上、コーランの章句を引用しながら儀式が行なわれ、社会的にオーソライズされるのが一般的だといえようが、婚姻は法的にいえば「——ムスリム同志の婚姻とは、サラメントではなく、純粋な民事契約である——」⁽²⁰⁾と端的にこれを判示している。

しかし、このような定義づけについて、若干の補足説明が必要である、という見解が説かれていることに留意すべきであろう。A. A. A. Fyzee は、みぎの定義づけを是としながらも、なお、このような法特有の側面から規定づけられる定義だけではイスラーム法の婚姻制度を全体的にとらえることは困難であろう、と示唆される。それは、イスラームの婚姻制度は、① 法的側面、② 社会的側面、③ 宗教的側面という総合的なとらえ方が必要だと考えられるからである。⁽²¹⁾ この趣旨を要約すればつぎのごとくである。

(Ⅰ) 法的側面 ① 承諾のない婚姻は存在しないこと。② 婚姻解消が認められること。

(Ⅱ) 社会的側面 ① 婚姻後にイスラーム法は女性に社会的な高い地位を与えたことになる。② 前イスラーム時代の無制限な一夫多妻を廃止したこと。③ 予言者が婚姻を奨励していること。⁽²²⁾

(Ⅲ) 宗教的側面 ① イスラームでは婚姻をムスリム共同体の基礎と考えていること、したがって、婚姻は単なる民事契約ではなく神聖な契約でもあること。⁽²³⁾ ② 予言者は婚姻の性格の高貴さのゆえに、結婚することによって婦人の地位を高めるということを決定したこと、⁽²⁴⁾ 等である。

はたして、一九三三年、マハルの支払いに関してなされた著名な *Anis Begum v. Muhammad Isafa* 事件において、*Sir Shah Sulaiman* 裁判長は「イスラームにおける婚姻とは、単なる民事契約とみなされるべきではなく、宗教的なサクラメントともみるべきである」と、この趣旨を判示している。⁽²⁶⁾

二 みぎのように、イスラーム法における婚姻概念は、その民事契約としての特質がイスラーム法学者によって強調される一方⁽²⁶⁾（それは護教的な立場でもあり、また、インド・ムスリムの場合には対ヒンドゥ法に対する特質の強調ともいえよう）、他方では、その宗教的側面が代表的な法律学の教科書で論じられるゆえんは、予言者ムハンマドのハディースとして、婚姻の原初の本質が敬虔と利欲に存する、としばしば言及されたものとして伝えられているからであった。⁽²⁷⁾

さて、このような観点から、一九三三年の先例理論を基礎づけたように、婚姻契約は、「人間間の交渉」*Muamalat* と「信仰上の行為」*Ibadat* との二つの要素から成立している、と説かれることになる。そして、法的な側面として、しばしば議論される諸問題は、前者の要素に關している。すなわち、(1) 申込と承諾 (2) 約因 (たとえば、マハル) (3) 婚姻前・婚姻後の合意 (4) 上記の合意の変更修正および取消 (5) 契約の破棄 (離婚) (6) 未成年者の契約の問題 (婚姻適齢期における離婚選択権 *Option of Puberty: Khyar ul Bulugh*) 等である。⁽²⁸⁾ このようにイスラーム婚姻法における諸問題は、すべて、*Muamalat* の側面から説明されるが、⁽²⁹⁾ したがって、民事契約であることが強調される——なお、法的な問題としても *Ibadat* の側面を看過してはならない、といわれているのはつぎの理由からであった。すなわち、(1) 民事契約と異なり、将来、偶発的に生起する事件によって条件づけられないのが婚姻契約であり、(2) 限定期限付の婚姻契約は成立しない、ということはこのことによって説明しようと説かれることになる。⁽³⁰⁾

三 ところで、結婚に先立ってムスリム共同体においても、いわゆる婚約 *Nisbat*, *Sagai* or *mangni* が一般に行

なわれている。この効力は婚姻の本質をどのようにとらえるかにかかわっている。イスラーム婚姻法における婚姻は、ヒンドゥ法のように婚姻をサクラムントととらえるのとは異なり、その本質が民事契約として位置づけられている。したがって、他の通常の取引に関する契約と同様に婚姻予約不履行に対する損害賠償は認められる、と考えることも可能であろう。しかし、イスラーム婚姻法では、単なる婚約は当事者になんら法的な権利を生じさせるものではないといわれている。⁽³¹⁾婚姻の性格からいえば、その一身専属的かつ非取引的性格をもつのであるから、その強制履行は当然許されないものといわなければならないからである。したがって、いわゆる婚約違反訴訟特有の損害賠償の問題は生じないものと解されている。ただ、婚約に際して男性から女性に対して為された金銭、装飾品および衣服等の贈物についてのみ返還訴訟が許されるだけである。⁽³²⁾そこに、イスラーム法では、「婚約にもとづく損害賠償を請求する訴訟を提起することはできる」と説かれていることになるのであろう。しかし、その実質は、われわれの法概念からいえば、みぎに述べたように婚約不履行に対する損害賠償請求というよりも、むしろ、不当利得返還請求権の行使ともいべきものである、ということに留意する必要があるであろう。

二 婚姻の形式と成立要件

一 イスラームにおける婚姻の法的な条件は、一般的に考えられているように、なにか宗教色の強いものを要求されているわけではない。その特長について、Fyzeeは「イスラームにおける婚姻の法的付随条件は、その極端な簡明さのゆえに顕著なものである。したがって、婚姻は何らの儀式がなくても成立しうる」のである⁽³⁴⁾と、法的な観点からこれを説明している。したがって、ムスリムの結婚式が、現実に聖職者の出席のもとに、説教 *Khutba* によって

舉行されるとしても、法的には、このような聖職者の出席も説教も婚姻成立のための要件として説かれることはない。これは、イスラーム法における婚姻が、サクラメントではなく子の出産とその適法化を目的とする民事契約である、と強調するところに由来しよう。とりわけ、インド亜大陸のように複合宗教共同社会においては、このイスラームの婚姻概念はきわめて顕著な特質としてうかび上ってくることになる(ヒンドゥ法では婚姻はサクラメントである)。したがって、イスラーム法における婚姻は、なんら特別の聖式 *ritual* も、適当な司祭者も、煩雑な形式も要求されない。本質的な要件は、当事者の申込 *ijab* と承諾 *qabul* ということになる。かくして、婚姻が有効に成立するための要件として要求されているのはつぎの四点である。⁽³⁵⁾

- (1) 結婚の申込と承諾。
- (2) 申込と承諾は同時に行なわれること。
- (3) 申込と承諾は二人の男性の証人または一人の男性の証人と二人の女性の証人の立会いのもとに行なわれること。
- (4) 証人は心神正常な成年のムスリムであること、等である。

二 結婚の申込と承諾については、たとえば、文書という形式や宗教的儀式を伴ってなされなければならない、というような形式的要件は要求されてはいない。しかし、申込と承諾は、同一場所において同時になされなければならない。もし、この要件を欠けばその婚姻契約は有効とはならない。⁽³⁶⁾

申込と承諾にとって要求される本質は、明白な結婚の意思が表示されているかどうかという点であり、将来結婚をする、というようないわば「婚約」と混同されるような不明確な意思表示であってはならない、という点だけである。

この区別は、「承諾」の瞬間に当事者間に夫婦関係が確立された、とみうるような意思表示でなければならぬといわれている⁽³⁷⁾。そこでインド亜大陸では、一般的には、英語表現をすれば、「I have married myself to you」と申込み、「I have consented」と承諾をする、というようにしなければならず現在形をもって表現してはならないとされている⁽³⁸⁾。その原型であるアラビア語では、過去と現在という二つの時制しか存在しないところに由来しよう。

三 証人をめぐる問題はムスリムの結婚に関してしばしば生ずる。シーア派ではこの要件は要求されていないが、正統スニー派では証人の出席を婚姻成立の要件としているからである。これは、「No marriage is good without evidence」という啓示に由来するものである。イスラーム婚姻法の一つの特質というべきであろう⁽³⁹⁾。そこで、結婚式には多数の人々が出席するのが通例ではあるが、この場合でも、明白に特別に証人として出席を依頼された者が立合っていないかぎりこの要件を欠く婚姻ということになる⁽⁴⁰⁾。なお、後述するが、証人の欠けた結婚は、有効 valid (sahih) ではないが、無効 void (batil) な婚姻契約ではない。単に、不正規婚 irregular (fasid) に過ぎない。

四 ところで、一般に、以上の法的な要件の他に、結婚式はどのように行なわれるかといえば、Fyzeeの整理するやうに、つぎのような形式をとって挙行されるのが一般的な慣行といえよう⁽⁴¹⁾。その一は、いわゆる結婚披露宴は新郎側の費用によってなされること（これは、ほとんど宗教的義務とさえ考えられていること）、その二は、新郎側、新婦側から一人以上の代理人 wakils が出席すること（一般に、これらの者が結婚の条件の細部にわたる取定めをしている）、その三は、カードィが出席して結婚式が行なわれること、等である。そして結婚パーティは、男女別々が参集して行なわれ、酒類は一切出されない。ところで婚姻登録は、婚姻の成立要件かということをこれと関連して述べておく必要があるであろう。みにぎに述べた第三要件である「カードィの出席」はこのことに関連がある。すなわち、インド亜大陸では、The Kadi's

Act, 1880 という立法にみられるごとく、婚姻登録の保持者として、カーデイが結婚式に出席するのが慣例になったといわれている。いわば純粹に証、抛上の機能をカーデイが果していたわけである。

しかし、現在のパキスタンでは、この役目を一九六一年ムスリム家族法令によって「婚姻登録官」Nikah Registrar に譲ったものといえよう。同法例の第五条は、登録を婚姻の有効要件であることを明確に規定し、一区一名以上の婚姻登録官を任命し、原則として、この婚姻登録官が、結婚式に立会うことになったからである。

三 婚姻契約の能力

一 婚姻契約の能力については、一般に「ムスリムであることを宣言し、健全な精神を有する、しかも成年に達した者」であれば婚姻契約をなしうる能力がある、と説かれている⁽⁴²⁾。一八七五年成年者法「The Majority Act, 1875」によれば、一八歳未満をもって未成年としている。したがって、たとえば、一五歳のムスリムの少女は自分自身の意思にもとづいてのみ婚姻契約をすることができらうか、という問題も生じてこよう。しかしながら、前記成年者法の第二条では婚姻、マハル、離婚および養子に関する事項に関しては、本法の規定は適用されない、と規定されている。それゆえ、ムスリムの婚姻はムスリムの固有法にしたがうことになる。それゆえ、イスラーム法では婚姻適齢期 bulugh, puberty に達すれば婚姻能力があるものと考えられている。ところで、イスラーム法における婚姻適齢期の問題は、ムハンマドが九歳のアイーシャをめぐったことから微妙なことから属していた。そこで、the usual signs of manhood (or womanhood) are known to exist の時をもって婚姻適齢期とする、という不明確な規程が Imam Abū Hanifah 等が Imam ask-Shāfi の両学祖によって設定されたといわれている。しかし、この規程は不明確で

あるので、一般的には、男子一八歳、女子一七歳に達すればこのような規程があると考えられるが (Uman Abu Haani-fah)、その最低限は、Hedayya が説くように、男子一二歳、女子九歳である。⁽⁴³⁾したがって、さきに提示した一五歳のムスリムの少女でも十分に婚姻適齢期に達しているということが出来る。⁽⁴⁴⁾

さきに述べた最低年齢に関して、留意しなければならないのは、この年齢は単にその最低限度を示しているに過ぎないのであって、個々の場合に、婚姻適齢に達しているかいないかを立証しなければならない、ということである。⁽⁴⁵⁾

二 みぎに述べた婚姻契約の能力に関するイスラーム法の古典的原則は、なお依然として基本原理として活きつつけているが、いくつかの制定法——たとえば、一九二九年児童婚姻制限法 The Child Marriage Restraint Act, 1929 および一九六一年ムスリム家族法令 The Muslim Family Laws Ordinance, 1961——によって実質的な変容を余儀なくされたということに留意すべきであろう。

一九二九年児童婚姻制限法は、ムスリム共同体において、しばしば行なわれていた幼童婚、したがって強制婚の慣行を改めるために制定されたものである。同法は、児童を男子一八歳未満および女子一四歳未満とし (同法第二条一号)、児童婚とは婚姻契約当事者のいずれか一方が児童である場合と規定づけ (同法第二条二号)、かような結婚をした男子またはその関与者は刑罰を科される (同法第四条以下)、という担保規定をおき、児童婚の発生を防止しようとした法政策の表現であったといえよう。さらに、一九六一年ムスリム家族法令は、同法の児童の概念を厳しくした。女子の年齢を一六歳にまで引上げ、その趣旨を徹底することになったからである。したがって、実質的には、男子一八歳、女子一六歳をもって婚姻能力がある、というように変容したともいえよう。しかし、これらはけっして効力規定ではないということに留意すべきである。したがって、これらの年齢に達していない者の婚姻も無効ではない、と解されること

になる。⁽⁴⁶⁾ ここにもイスラーム法が「天啓の法」であるゆえんをみることができよう。

三 みぎに述べたような婚姻契約の能力者以外の者、換言すれば婚姻適齢に達していない未成年者または心神の健全でない者 *Imanics* は、単独で有効な婚姻契約を為すことができない。ただし、後見人 *Wali* の同意を得れば有効に婚姻契約をすることができる。

この制度は予言者ムハンマドが、結婚は父系親族 *Paternal kindred* に委ねられている、といわれたという⁽⁴⁷⁾ こと由来する。その結果、また、その後見人たる資格もハディースに依ることになる。したがって、*Hedaya* が述べるように、婚姻に関する後見人の有資格者の順序は、相続における親族の優先順位にしたがうことになる。すなわち、アサバ *Asbat* (*agnatic Heirs*) が第一順位の後見人となり、近い親等の者が遠い親等の者を排斥する、という原則に服することになる。⁽⁴⁸⁾ もし、アサバのいない場合には、母または母系の親族が後見人となり、これらの者が存在しない場合に、スルタン *Sultan* (*State or Ruling Authority*)、すなわち、現実にはカーディ (裁判官) に後見人の権限が与えられることになるに過ぎない。

さて、みぎに述べた後見人に関する原則は、いわゆる実体法 *Substantive Law* である。したがって、これに関連して幾つかの点が問題となる。その一は、当事者の事情によってはみぎの原則によらずに裁判所は後見人を選任することができるか、という問題である。財産問題に関する後見人についてはこれを許容するのが原則となっているが、婚姻に関する後見人については、そのイスラーム実体法であるという本質からこれを否定するというのが原則となっている。⁽⁴⁹⁾ その二は、さきに述べた後見人の優先順位に反してなされた「後見人の承諾」にもとづく婚姻契約は有効であるか、という問題である。これも同様の趣旨から否定されるのが原則になっている。⁽⁵⁰⁾

後見人の権限 Jabr は、婚姻当事者が婚姻適齢期に達したときに消滅する。⁽⁵¹⁾

四 未成年者の婚姻に関連して、いわゆる婚姻適齢期における離婚選択権 Option of Puberty (Khayar al bulugh) に留意する必要がある。この制度は、婚姻適齢期に達していない未成年者が後見人によって婚姻をした場合、婚姻適齢期に達した時に離婚する権利が与えられる制度である。伝統的なイスラーム法の原則は、後見人が父または祖父以外の者であった場合にのみこの権利が与えられるものとしていた。しかし、一九三九年ムスリム婚姻解消法は、後見人が父または祖父であろうと、またはそれ以外の者であろうと、いずれの場合にも離婚する権利があるものと規定した。⁽⁵²⁾

女子が離婚選択権を取得しうる要件は、① 父または後見人によって結婚したこと ② 結婚が一五歳に達する以前に行なわれたこと ③ 一八歳に達する以前に婚姻を解消すること ④ 結婚が同居によって完成していないこと、等である。⁽⁵³⁾ 男子の場合については、制定法上の権利行使の期間が定められていないが、成年者に達した時に離婚権を行使しうるものとし、マハルの支払いや同居という事実があったときはその婚姻を追認したものとみるべきである。⁽⁵⁴⁾ ところで、一九六一年ムスリム家族法令の施行に伴い、女子の年齢は一六歳に引きあげられたことに留意すべきであろう。

四 婚姻障碍事由

一 イスラーム婚姻法を特色あらしめるのはその婚姻成立のための実質的要件であろう。さらに、後述するようにその実質的要件を欠く婚姻であっても、それはただちに無効になるものとはかぎらず、無効な *bātil*, *void* 婚姻と不

適正な *fasid, irregular* 婚姻とに分別された効力を有する。

さて、一般に婚姻障碍事由として説かれているのは大別すればつぎの七事由といふことができよう。⁽⁵⁵⁾

- (1) 既婚者の重婚（夫または妻の人数）
- (2) 宗教
- (3) 親族関係（血族関係または姻族関係）
- (4) 養親族関係
- (5) 不法な結合
- (6) 待婚期間（イッダ *'idda*）
- (7) その他

以下、順次これを略説することにしよう。

二 既婚者の重婚　イスラーム婚姻法の一大特色として挙げられるのは一夫多妻制の許容であるが、周知のごとく、夫が同時にめとることのできる妻は四人までである。したがって、すでに四人の妻を有している男性が五人の妻をめとった場合には、その婚姻は有効ではない。しかし、それは無効ではなく不適正な婚姻である。

一妻多夫制はイスラーム法の認容するところではない。したがって、有夫の女性との婚姻は無効である。

ところで、一夫多妻制に関しては、現在のパキスタンでは、實質には制限されるにいたっている。一九六一年ムスリム家族法令は、その第六条において「すでに結婚している男性は、あらかじめ文書によって仲裁評議会の許可を得なければ重ねて婚姻契約をすることができない」としたからである。これは、ムスリムの法学者がコーランの章句を

前イスラーム社会の悪弊を是正するための啓示としてとらえる、という共通の姿勢から出発した帰結ということができよう。すなわち、これらの啓示は一夫多妻制の許容規定ではなく、それを制限しようとするところにその本質がある、という近時のパキスタン・ムスリムの法学者の共通の理解にうらづけられている。

三 宗教の相違 宗教上の婚姻障碍については二つの問題がある。その一は、異なった宗派に属するムスリム同志の婚姻は有効か、という点であるが、これはなんら重要な意味をもつものではなく有効な婚姻契約と解され、これに関する判例法も確立されている。

その二は、ムスリム以外の者との婚姻が問題となる。男性の場合には、コーランは、その第二章第二二一節によって、多神教徒との婚姻を禁じながら、さらに「相手が貞節な女ならイスラーム教徒の女でも、お前達より以前に經典を降された女でも妻に迎えてさしつかえない」として、いわゆる「聖典の民」*Kutubiya*との婚姻を許している。したがって、ムスリムの男性は、ユダヤ教徒またはキリスト教徒の女性とは有効な婚姻契約をすることができるが、一般的にはゾロアスター教徒または拝火教徒との婚姻は有効に成立しないと解されることになる。⁵⁶⁾

これに反し、ムスリムの女性は、ムスリム男性以外と有効な婚姻契約をすることはできない。したがって、たとい相手が「聖典の民」の男性であってもそれは有効な婚姻契約とはならない。

四 親族関係 一定の近親関係に立つ者同志の婚姻は禁じられている。それは自然血族関係と婚姻関係の双方に分けて説明することが便宜であろう。

(1) 血族関係 ムスリムの男性はつぎの血族関係にある者との婚姻を禁じられている。

(1) 自分自身の尊属または卑属 母または祖母、娘または孫娘。

(2) 自分自身の父または母の卑属 姉妹(全血・半血を問わない)、めい(兄弟方であると姉妹方であるとを問わない)。

(3) 尊属の姉妹 おば。

[2] 姻族関係 ムスリムの男性はつぎの姻族関係にある者との婚姻を禁じられている。

(1) 自分の妻の尊属と卑属 妻の母または妻の祖母(父方であると母方であるとを問わない)、妻の娘または孫娘⁽⁵⁷⁾。

(2) 自分の卑属または尊属の妻 息子の妻または孫の妻、父の妻または祖父の妻(父方であると母方であるとを問

わない)。

五 養親族関係 養親族関係になった者は婚姻を禁じられている。たとえば、ムスリムの男性は養母、またはそ

の娘と婚姻をすることができない。これらの婚姻は無効である。イスラーム法では、原則として養親子関係は生じな

いが、三〇ヶ月未満の幼児に授乳し、しかも授乳した女性の乳がその夫からもたらされた場合にのみ養親子関係が成

立する、とされている。⁽⁵⁸⁾

六 不法な結合 不法な結合 unlawful conjunctionとして説かれているのは、四人以上の妻を同時にめとる場合

(重婚関係)と妻同志の血族関係である。前者は明らかにコーランの訓えに反するものであって有効な婚姻とならな

いことはいうまでもない。しかし、それにもかかわらず、その婚姻は無効ではなく不適正な婚姻であるに過ぎない。⁽⁵⁹⁾

また後者は、ムスリムの男性は、妻同志がもし異性であれば婚姻障害事由となるような血族関係、姻族関係または養

親族関係にあるならば、同時に妻にすることはできないという原則である。たとえば、妻同志が姉妹であるとか、ま

たはおばとめいであるような場合である。このような婚姻が行なわれた場合、その婚姻は無効ではなく不適正な婚姻

と解されている。⁽⁶⁰⁾

七 待婚期間の不遵守 離婚または夫の死亡による婚姻の解消後、妻に新たな婚姻をしてはならないという義務

の課される一定の期間をイッダ（待婚期間）という。この期間を設定することによって、夫の軽率な判断にもとづく離婚を防止し、さらに子供の父性に疑問のないようにするための制度である。⁽⁶¹⁾

イッダは、場合によって異なる。① 離婚による場合三度の月経を経過すること、または月経のない場合は三月

（大陰月）を経過することを要する。離婚による婚姻の解消に際して、イッダの遵守が要求されるのは、その婚姻が同居によって完成されたときだけである。② 夫の死亡による婚姻解消の場合には、寡婦に要求されるイッダは四ヶ月と一〇日である。③ 妻が妊娠している場合には、四ヶ月と一〇日または分娩の時か、いずれか早い時点でイッダは終了する。⁽⁶²⁾

イッダの起算は、離婚または夫の死亡の時点であるが、この事実が妻に告知されていない場合、イッダの完了によって妻はこれを遵守したものとみなされる。なお、イッダ期間中の女性との婚姻は無効ではなく不適正婚に過ぎない。時の経過と共にイッダは終了するからである。

八 その他の障理事由 みぎに述べてきた事由以外は、それほど重要とは思われないが若干記しておくことによ

う。

〔一〕 離婚を理由とした婚姻障碍 イスラーム法の原則にしたがえば、夫は三度離婚した妻との婚姻は許されない（コーラン第三章二九節）。しかしながら、もし、その女性との婚姻を望むならば、（一）その女性が法的に承認される婚姻を他の男性とすること（二）その第二の夫の結婚が実質的に夫婦としての生活をしていること（三）さらに、右の第二の夫との結婚が法的に承認される離婚をすること（四）その離婚にもとづくイッダを遵守することの要

件を備えれば四度目の結婚をすることができる⁽⁶³⁾。(コーラン第二章三〇節参照)。

(2) 身分の相違 婚姻当事者間に身分上の平等を必要とするという原則 (Kafaa) がハナフィ派では認められている。しかし、これは絶対的な障碍事由ではない。平等がいかなる点で問題となるかはつぎの諸点である。(1)

血統 (2) 性格 (3) 財産 (4) 職業 (5) 地位 (6) 教育 などである⁽⁶⁴⁾。

ここで留意すべき点は、この点に関する異議申立てをすることができるのは、女性側の後見人であって、しかも、その決定は裁判所の自由裁量に委ねられている、ということである。したがって、女性の後見人または親族は、評判の悪い家族との釣合わぬ結合関係をもたたくない、という異議を申し立てる権利があるということになる⁽⁶⁵⁾。

五 マハル

一 マハル *Mahr, Dower* とは、婚姻契約の約因として夫から妻に支払われる一定額の金銭またはその財産をいう⁽⁶⁶⁾。これらは、前イスラーム時代におけるアラブ社会の慣行として存在してきたものであり、その名残りとしてイスラーム婚姻法の一つの特色として喧伝されている制度である (コーラン第四章四節参照)。

現行のマハルの制度、したがって、インド亜大陸におけるそれは、固有の制度であるサダーク *Sadaq* とイスラームのマハルが融合してでき上がったものという評価も可能である。サダークというのは、いわゆる *Beena* 婚 (夫は妻を訪問することはできるが、自分の家へ連れ帰ることはできず、その妻を *sadiga* (female friend) といった) の場合に夫から妻に支払われる金を指称した。マハルは、元来、通常の婚姻 *Baat* に際して夫から妻側のワリーに対して支払われる代価を指していたものである。そこに、マハルの慣行をもって、売買婚の名残りがムスリムの婚姻には存する、と説かれているゆえん

が存する。しかしながら、予言者ムハンマドは、マハルをもって、ムスリム共同体における妻の地位の改善に利する制度たらしめることとして（コーラン第四章四節、同第二章三七節、一三八節参照）、売買婚の意識はマハルを支配する法の觀念から次第に姿を消し、それは妻自身に支払われる金銭財貨を意味し、サダークとマハルは同意語に解せられるようになった。⁽⁶⁷⁾ インド亜大陸において、これに Dower という訳語が充てられるにいたったのも、このような妻の保護という趣旨を含んでいるからであらう。⁽⁶⁸⁾ かくして、著名な婚姻に関する重要判例としてしばしば引用される *Abudul Kadir v. Salima* (1886) 事件において示された *Mahmood* 判事の定義づけが、インドおよびパキスタン・ムスリムの基本的なマハルの概念として説かれるにいたった。すなわち、「イスラーム法における Dower とは、婚姻契約の約因として、夫によって妻に支払われまたは引渡される一定額の金銭またはその他の財産である。しかも、結婚式に際して Dower が明示的に確定されまたは述べられていない場合であっても、法は妻に対してこの権利を付与する」ものである。⁽⁶⁹⁾

二 マハルを概括的に分類すれば、定額マハル (*マハル・ル・ムサンター*) *Specified Dower, al-mahr al-musammā* と不定額マハル (*マハル・ル・ミスル*) *Unspecified Dower, or proper Dower, mahr al-mithl* との二つの形式に分けることができる。前者は、さらに支払いの態様にしたがって即時払いと延べ払いのマハルに分けることができる。

(一) 定額マハル マハルの額が婚姻契約の当事者によって、一定額に定められたものが定額マハルと呼ぶものである。その決定時は、通常、婚姻契約締結の時点であり、かつては、その額は結婚式を司ったカーディによって婚姻登録簿に記入されていた。⁽⁷⁰⁾ 夫たるべき者が未成年者であった場合には、その父親がその額を定めることができるが、ハナフィ派の原則では、その父親は個人的な債務をマハルについて負わなくともよいとされている。⁽⁷¹⁾

マハルの金額について、イスラーム法は、その最低限度に關しては言及しているが、最高額に關しては明確な制限規定をもっていない。⁽⁷²⁾そこに今日のパキスタン・ムスリム——パキスタンに限らずムスリム社会の通用性と思われる——が結婚には多額の費用を要する、という慣行と意識が作り上げられたものといえよう。さて、マハルは一〇ディルハム以上でなければならぬ、というのが正統ハナフィ派の原則である。⁽⁷³⁾ハディースに述べられているところによれば、予言者ムハンマドは、貧しい者の結婚についてマハルは一個の銀の指輪で足りる、とお許しになったといわれている。⁽⁷⁴⁾しかし、これらの最低額に關する原則は現実には則して考えればきわめて妥当性に欠けるものといわなければならぬ。マハルの最低額については——定額マハルであっても——婚姻当事者間の個々の事情によって具体的に決定するというのが現今のムスリム法学者の通説的見解と評価してよいであろう。マハルはイスラーム婚姻法によってムスリムの夫に与えられている専横的な離婚宣言(タラク)から妻を保護する、という機能をもっているという理解が次第に定着しているからである。そのような性格をもつとすれば、定額マハルといっても、一たん定められた金額が婚姻継続中はいつでも増額することができる、という原則も承認することができよう。⁽⁷⁵⁾

(2) 不定額マハル 当事者間においてマハルの額について約定がない場合、または婚姻契約が明白にマハルを支払わないという条件付きでなされた場合、妻が取得しうるマハルをマハル・ル・ミスル、すなわち、不定額マハルまたは「適当なマハル」という。マハルは単なる約因ではなく、かつ当事者間の契約に依存して夫に課された義務と解すべきではない、という本質から、当事者間においてマハルを支払わないという特約があっても、妻は「適当なマハル」を取得する権利を有することになる。⁽⁷⁶⁾

みぎのような慣習上または「適当」なマハルの額は、妻の保護のために認められたマハル制度の趣旨から決定され

るべきものであるから、その決定に際しては、夫の社会的地位または夫の資産はその決定に際しては二義的要因となるに過ぎない。それよりも、妻の父親の家族的社会的地位および妻自身の個人的資質(妻の美しさ、教育および徳性などが、その重要な決定要因となる。とりわけ、妻の姉妹のマハル額は重要な基準になる。このようにして、マハルは、妻の権利を守り妻の保有していた社会的地位に適合する経済的条件を結婚後も保障しようとする試みに機能することになるといえよう。⁽⁷⁷⁾

(c) 即時払マハル Prompt Dower (mu'ajjal Mahr) と延べ払マハル Deferred Dower (mu'ajjal Mahr) マハル額が確定した場合、その支払いの態様に依じて、二種のマハルに分類することができる。婚姻契約後、直ちに支払われるマハルを「即時払マハル」といい、婚姻解消または特別な事件に際して支払われるマハルを「延べ払マハル」と称する。一般的には、マハルの額が決定された場合、それを平等に二分し、その一部を直ちに支払うか、または妻からの要求に応じて直ちに支払うものとし、残額は、夫の死亡、離婚、または特定の事件の生じた時に支払うというのが慣行とすることができよう。問題となるのは、かような支払い方法に関する特約が為されていない場合である。その場合の決定基準は、第一に妻の属していた家族の慣行であり、第二に、特別の慣行が立証されるときには、その半分を即時払いとし残額を延べ払いと推定する、というのが原則であるが、どの程度の部分を延べ払いとし、どの部分を即時払いとするかは具体的事情に応じて決定すればよいとされている。⁽⁷⁸⁾

なお、一九六一年ムスリム家族法令は、その第一〇条において、婚姻契約に特別の約定がない場合には、要求のあったとき全額を支払うものと規定した。

三 まだ支払いを受けていないマハルについて妻は請求権を有することはいうまでもない。しかし、それは夫の各

々の財産に担保権を設定した、というほどの権利を有するわけではない。しかし夫が死亡した場合には、妻は夫の財産からマハル相当額の支払いを受けることができる。また、これとは反対に妻が夫より先に死亡した場合には、妻の相続人が——夫も含めて——マハルの権利を相続することができるというほどに強い権利である。

マハルの支払いを受けない間に、夫に先立たれることになった寡婦は、その債権を満足させてもらうために特別の権利が与えられている。すなわち、寡婦の留置権 *The Widow's Right of Retention* である。もし支払いを受けぬままに夫に残された寡婦が合法的に夫の財産の占有をはじめた場合には、自己のマハルの支払いを受けるまで、その財産を留置することができるからである。しかし、その留置権は通常の担保権とは異なり、夫の財産を取得することはできず、ただ留置することのできる権利であるに過ぎない。さらに、一たん占有を失えば夫の財産に対する他の無担保債権者と同じ位置づけをされることになる。そこに、マハルは、その本質において寡婦の生活を安全に保障するために、イスラーム法によって認められた人的な権利だと説かれ、さらに、マハルが寡婦産 *Dower* という英訳名をもって学説・立法例においてとりあつかわれている理由が存するものといふことができよう。⁽⁷⁹⁾

(18) 周知のごとく、イスラーム法では姦通に対しては厳しい態度で臨んでいる(コーラン第二十四章一節以下参照)。これは既婚者、未婚者を問わず、自分の妻または奴隷以外の女性との性的交渉を不法な関係(ジーナ*Zina*)としてこれを禁じており、これを破るものには、コーランやハディースに規定され、変更しえないとされている刑罰(ハッド *Hadd*)に処せられるものとされてきた。T. P. Hughes, *A Dictionary of Islam*, p. 11.

(19) N. B. E. Baillie, *op. cit.*, p. 4; *The Hedaya or Guide, A commentary on the Mussulman Law (by Hamilton)*, 2nd edition, p. 25 et seq.; D. F. Mulla, *op. cit.*, p. 223; S. Mahmood, *op. cit.*, p. 25; A. A. A. Fysee, *op. cit.*, p. p. 89-90 and so on. なお「*Nikah*とは「交渉」を意味し、「法律用語として婚姻契約を意味する」。T. P. Hughes, *ibid.*, p. 433.

- (20) *Abdul Kadir v. Salima* (1886) 8 All 149. (Full Bench); See *Asaf A. A. Fyze, Cases*, p. 103 et seq. 1) の定義では、現在のインド・ムスリムおよびパキスタン・ムスリムの定説的な定義づけとして、この事件を担当した Justice Mahmood の見解としてすべての教科書に引用されている。拙稿「判例イスラム婚姻法の研究」法学研究二〇巻四号。
- (21) *A. A. A. Fyze, op. cit.*, p. p. 88-89. この指摘は、ムスリムの法学者の共通の意識と思われる。たとえば、ムスリムの見解によれば、婚姻とは、法的、かつ宗教的な制度である。しかしながら、本教科書では、法的な側面だけをとりあげることにより、とられて、前註(19)の定義づけを展開されるのは *S. Mahmood, op. cit.*, p. 25 である。cf. *M. Farani, Family Laws Manual*, p. 9.
- (22) これは「There is no monkey in Islam」というハディースからの引用をめぐって説明されている。A. A. A. Fyze, *op. cit.*, p. 89, Notes(a) citing *Muhammad Ali, Manual of Hadith*.
- (23) この理由から、一時婚 *Temporary marriage (muta)* が禁じられることになる。ちなみに、制度としての婚姻は、人間精神を高め人類の継続に対する手段となり、配偶者は相互に誇りと愛情をもつことを嚴格に要求されることになる。A. A. A. Fyze, *op. cit.*, p. 89.
- (24) かくしてイスラームの開祖は、結婚に際して教訓を与えることになった。こうして、今日でも、ムスリムの婚姻に際しては、種々の態様があるにせよ、このような慣行がくりかえされるようになったのである。この教訓は、実際の金言と高貴な心情を伴ってなされてくる (A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 89, Notes b, c and d, citing *Muhammad Ali 'Manat'*)。このムスリムの結婚式が、イマム(僧侶)がコーランの章句を引用しながら挙行する、という一般的な慣行を知ることができよう。
- (25) *Anis Begam v. Muhammad Israfia* (1933) 55 All. 743, 756.; *A. A. A. Fyze, Cases*, p. p. 18-21.
- (26) わが国におけるイスラーム法学者による紹介は、その当否はともあれ、この側面を強調し過ぎてはいないであろうか。たとえば「イスラームの婚姻は、初期から聖職者の立合を必要とせず純然たる民事婚であった」(福島小夜子「イスラム社会」、『法社会学講座9』所収(三四頁))と説明されている。これは、法的な説明として——たとえば、有効無効論、離婚の認容等——きわめて正当なものといえるが、これを強調し過ぎることに、現実のムスリム共同体における婚姻概念なり、それに対するムスリムの意識と離れ過ぎるおそれはないであろうか。結婚式は、通常、コーランの章句を引用して聖職者の立合いのもとに行なわれるのが一般的であるし(たとえば、トルコがスイス民法を継受して、家族法の改正をはかったが、現実には、イマムの面

前記をける婚姻を正当に認める常民の意識のもとに、その実効性を保持することができなかった、という例はその顕著なものではない。 of J. N. Anderson, op. cit., p. 87 et seq.)。つまり、パキスタンの中流階級以上の結婚披露宴は、「男女別々の部屋で行なわれる」という現実等を総体的にとらえて理解することを困難にするおそれがあると考えられる。

(27) S. K. Rashid の草句を用いて (op. cit., p. 26)。ちなみに
 “He who marries completes half his religion; it now rests with him to complete the other half by leading a virtuous life in constant fear of God.”

“There is no monkey in Islam.”

“There are three persons whom the almighty himself has undertaken to help—first, he who to seeks to buy his freedom; second, he who marries with a view to secure his chastity; and third, he who fights in the cause of God”.

“Whoever marries a woman in order that he may retain his eyes,—God putteth a blessedness in her for him, and in him for her.”

(28) Abdur Rahim, op. cit., p. 327; S. K. Rashid, *ibid.*, p. 27.

(29) 下記の表は、S. K. Rashid, *ibid.*, p. 26 の表を改題して示す。

Marriage=Sale	}	=Contract of Sale
Dower =Price		
Wife's surrender of her body =Delivery of possession		

(30) Abdur Rahim, op. cit., p. 327 et seq.; S. K. Rashid, *ibid.*, p. 27.

(31) A. A. A. Fyzee, op. cit., p. 92 citing *Mst. Zainaba v. Abdur Rahman*. A. I. R. (1945) pesh. 51. S. Mahmood, op. cit., p. 54.

(32) A. F. Mulla, op. cit., p. 242; S. Mahmood, *ibid.*, p. 54 citing 42 Bam. 499.

(33) R. S. ナンタルカーン (守屋記) 前掲八頁。

- (37) A. A. A. Fyze, op. cit., p. 91, notes (k) citing Fitzgerald's view.
- (38) A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 91; S. K. Rashid, op. cit., p. 27 citing Fyze's view.
- (39) A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 92; S. Mahmood, op. cit., p. 30 citing 164 I. C. 957; A. Rahman, Art. 6.
- (40) A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 92.
- (41) Hedaya, op. cit., p. p. 25-26.; Baillie, p. p. 4, 5, 10, 14; じたなびべ 'I am marrying you' など 'I will marry you' などの意思表示は効力があるといふのである。A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 92.
- (42) A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 92; Hedaya, op. cit., p. 26; D. F. Mullah, op. cit., p. 227; S. Mahmood, op. cit., p. 30.
- (43) S. Mahmood, *ibid.*, p. 30 citing A. T. R. 1933 Sind. 317; なお、証人の問題に関する重要な先例は、註 (14) に挙げたものである。
- (44) A. A. A. Fyze, op. cit., p. 92 depending on Fitzgerald's view. その一の結婚披露宴の費用の負担の問題は、現実のムスリム共同体の結婚の特長を如実に物語っているといえよう。ムスリム共同体において、一人以上の妻をもつことが一つのステータス・シンボルとしての機能を果している地域が存在しているという現実はこのことによつて理解しえよう。
- (45) A. A. A. Fyze, *ibid.*, 93; S. Mahmood, op. cit., p. 27.; P. L. D. 1962 Kar. 442 (D.B.)
- (46) Hedaya, op. cit., 530; T. P. Hughes, op. cit., p. 476. 有名なシーア派に属するムスリムの事件ではあるが、女子は九歳でも婚姻適齢期に達している。ムスリム枢密院の判決である。A. A. A. Fyze, op. cit. p. 94 citing Nawab Sadig Ali Khan v. Jai Kishori (1928) 30 Bom. L. R. 1346 (P. C.); S. Mahmood, op. cit., p. 27.
- (47) 一五歳のムスリムの少女が自分自身の意思のみによつて結婚し、夫と共に生活を共にしていたところ、その父親がその妻を連れ去ったので、夫が人身保護令状を高等裁判所に対して求めた事件で、地方治安判事も高等裁判所も、父親の仕打ちを不法なものとし、その少女は夫と居住を共にすることができる旨の判示がなされたが、これはこのことを意味する (S. Mahmood, op. cit., p. 27 citing P. L. D. 1962 Kar. 442 (D.B.))。そのひび、キキスタンでは、一五歳をもつて婚姻適齢期に達したと推定されるという原則が承認されているといふことである。Mulla は、キキスタンでは一五歳をもつて婚姻適齢期に達したとされており、この見解はイスラーム法のもとで承認されよう、と高く評価している (op. cit., p. 234)。
- (48) S. Mahmood, *ibid.*, p. 27.

(46) たとえば、R・S・アクバルカーンが、婚姻の有効要件として挙げてあるものうちで、年齢に関して、男子一八歳、女子一六歳以上であること(前掲一二頁)としているのは、この点からの論述と理解すべきである。しかし、正確には、これは婚姻契約自体を無効にするものではない、というところを留意すべきであろう。S. Mahmood, op. cit., (1967), p. 70; P. L. D. 1962 Kar. 442 (D. B.).

(47) A. A. A. Fyze, op. cit., p. 208; Hedaya, op. cit., p. 34 et seq.; S. Mahmood, ibid. p. 26; Mulla, op. cit., p. 234.
 (48) 周知のごとくイスラーム相統法の基本的な原則は、男系親中心主義である。本文で述べたように婚姻の後見人の問題も、これと同趣旨に定立されることになる。ちなみにその順位を略記すればつきのごとくである。すなわち、① 父、② 父方の祖父、③ 全血の兄弟、④ 父方の半血の兄弟、⑤ 全血の兄弟の息子、⑥ 父方の半血の兄弟の息子、⑦ 全血のオジ、⑧ 父方の全血のオジ、⑨ 全血のオジの息子、⑩ 父方の半血のオジの息子、という順位であり、以上の父系の親族のいない場合には ① 母、② 全血の姉妹……という順序で母系の親族が後見人となる。詳細は、S. Mahmood, ibid., p. 28. なお、後見人独自の資格要件としては、① 婚姻適齢期に達していること、② 心神健全な者、③ ムスリムであることが要求されている (A. A. A. Fyze, ibid., p. 209)。なお、ミヤの第③の要件であるムスリムであることを要するかという問題については多くの疑念が残されている。A. A. A. Fyze, ibid., p. 209; cf. Mulla, ibid., p. 234.
 (49) カーディ自身は後見人として行動しうる場合でも、他の人を wali (agent) と選任するハジはじきなく。A. A. A. Fyze, ibid.; Ameer Ali, op. cit., p. 243; cf. S. Mahmood, ibid., p. 29-30.

(50) 親等の近い者が存在するにもかかわらず親等の遠い者の承諾にもとづいた婚姻を無効としたインドの近時の先例もある。A. A. A. Fyze, ibid., p. 209 citing Ayub Hasan v. Akhatri A. I. R. (1963) All 525.

(51) 婚姻当事者の男子、女子共に婚姻適齢期に達すれば Jabr は消滅する、というのがハナフィ派の見解である。しかし、マリーキー派、シャーフイ派は、女性(処女)の結婚は常に後見人の同意を必要とするのであるから、結婚をするまでは女子が婚姻適齢期に達しつゝ Jabr は消滅しない。A. A. A. Fyze, ibid., p. 210; Mulla, ibid., p. 28.

(52) 同法第二條第七号参照。A. A. A. Fyze, op. cit., p. 94; cf. D. F. Mulla, op. cit., p. 235. 父または祖父が他の後見人以上の地位にあるとは考えられなから、かひできずと説明するのち、S. Mahmood, op. cit., p. 99 による。

(53) A. A. A. Fyze, ibid., p. 94-95; Allah Divaya v. Kamnon Mai, P. L. D. 1957 (W. P.) Lah. 651. ただし、同居

- が婚姻適齢期に達する以前にあれば、離婚権は奪われることにならぬ。P.L.D. 1952 Lah. 548.
- (45) A.A.A. Fyze, *ibid.*, p. 95; D.F. Mulla, p. 236; S. Mahmood, p. 89-90.
- (46) A.A.A. Fyze, *op. cit.*, p. 96.
- (47) Mulla, *op. cit.*, p. 227; S.K. Rashid, *op. cit.*, p. 31; A.A.A. Fyze, *ibid.*, p. 96 et seq.
- (48) ただし、妻との婚姻契約が同居によつて完成してしまつたならば結婚は成立する。S. Mahmood, *op. cit.*, p. 38.
- (49) S. Mahmood, *op. cit.*, p. 39; T.P. Hughes, *op. cit.*, p. 131; Hedaya, *op. cit.*, p. 68; cf. A.A.A. Fyze, p. 106.
- (50) Bailie, *op. cit.*, p. 30; S. Mahmood, *op. cit.*, p. 39; A.A.A. Fyze, p. 106-107. この効果が不適正である。無効ではなつてゐる理由は妻の一人を離婚すれば瑕疵は治癒されると考えられるからである。
- (51) かつては妻同志が姉妹である場合の婚姻を認めないというのがコーランの啓示(コーラン第四章二三節)に直接由来するところから、これを無効な婚姻とするのが学説判例の立場である。See A.A.A. Fyze, *ibid.*, p. 107.
- (52) これを不適正婚とするのが学説判例の立場である。See A.A.A. Fyze, *ibid.*, p. 107.
- (53) Hedaya, *op. cit.*, p. 128 et seq.; A.A.A. Fyze, *ibid.*, p. 106-107; D.E. Mulla, *op. cit.*, p. 228.
- (54) S. Mahmood, *op. cit.*, p. 36; D.F. Mulla, *ibid.*, p. 225.
- (55) Bailie, *op. cit.*, p. 40; S.K. Rashid, *op. cit.*, p. 31.
- (56) A.A.A. Fyze, *op. cit.*, p. 109 et seq.; S. Mahmood, *op. cit.*, p. 40.
- (57) S. Mahmood, *ibid.*, p. 40 citing P.L.D. 1950 Lah. 504. このやうな制度はイスラームの基本的理念に反する筈であり、イスラーム社会に普遍的な制度ではない。インディアンキヌタン・ムスリム共同体の一つの特色といえようか。
- (58) D.F. Mulla, *op. cit.*, p. 243. この定義は「一般的に承認されてゐるものであるが、Mulla 自身も明確に指摘してゐる通り、約因 consideration という意味は單純に契約法上のそれと同意義にとらえるべきではない」という理解が一般に強調されてゐる点を留意すべきであらう(Abdur Rahim, *op. cit.*, p. 334)。なぜなら「マニールというのには妻に対する尊敬の念を表わす印として夫が妻に贈るべき金銭であつて、それはイスラーム法によつて夫に課された義務である」と理解すべきものだからである。Hedaya, *op. cit.*, p. 44; Bailie, *op. cit.*, p. 91; S. Mahmood, *op. cit.*, p. 56; Mulla, *ibid.*, p. 243 (著名な Abdul Kadir v. Salima 事件参照)。したがつて、約因 consideration というのは婚姻契約の附随条件 incident である。

と認められることとなる (Hedayta, *ibid.*, p. 44; S. Mahmood, *ibid.*, p. 56)。

(67) A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 133.

(68) 有名な「マニールの厳格な遵守がなければ、専権的に夫に与えられている離婚権 (タラーク) から妻を保護する機能を果たすことに留意すべきものである。」 cf. A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 133. マニールの Dower という訳語が定着しているが、それを「寡婦産」と和訳することにはためらいを覚える。むしろ、ムスリムの制度に対する意識からいえば「婚約金」といえるであろうが、ここではマニール (マニール Mahr) という言葉を用いることとした。

(69) *ibid.*, p. p. 132-133; A. A. A. Fyze, *Cases*, p. 103 et seq. 前掲註 (一) 参照。

(70) A. A. A. Fyze, *op. cit.*, p. 136. たまたま、現在のパキスタンでは、一九六一年ムスリム家族法令の施行に伴い、形式的には、その職務は村落協議会または都市委員会の任命による婚姻登録官 Nikah Registrars に移管されている (同法令第五条参照)。マニールの額 (Amount of Dower) は登録記載事項である (同法令施行規則参照)。なお、定額マニールの額の決定は婚姻契約の時点ではなくともその前後でも決定することがある。 *ibid.*, p. 136; S. Mahmood, *op. cit.*, p. 56.

(71) A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 137; cf. S. Mahmood, *ibid.*, p. 57; D. F. Mulla, *op. cit.*, p. 244.

(72) 正統スンニー派のすべつの一一致した原則であるが、シーア派の一支派 (Ithna 'Ashari) では、予言者ムハンマドがその娘ファティマのマニールを五〇〇ディルハムと定めたことから、後述する不定額マニールの Proper Dower は五〇〇ディルハムを超えて定めることはできなるといわれる (A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 138)。その結果、この派では、マニールは ① ハチマースに裏づけられた五〇〇ディルハムの金額のマニールである mahr-e Sunnat ② mahr-e mithl ③ mahr-e musamma の三種に分けられることとなる。

(73) A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 138; S. Mahmood, *ibid.*, p. 56; Hedayta, *op. cit.*, p. 44; なお、一〇ディルハムの価値として、これを三ルビーナという四ルビーナという先例がある (D. F. Mulla, *ibid.*, p. 343 citing Asma Bibi v. Abdul Somad (1909) 32 All. 167, 51 C. 411) が、平価切下げ以後は、五ルビーナというルビーナと評価する S. K. Rashid, *op. cit.*, p. 42 である。いずれにせよ、文献では、このような低額のマニールを基準にして論じられているが、現実には、三〇〇〇ルビーナ位が庶民のマニールでも基準として語られていることに留意すべきである。

(74) A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 138.

- (75) Hedaya, op. cit., p. 45; S. Mahmood, op. cit., notes (11), (12) at p. 57. なお、極端に多額なマハルが、たとえは見栄のために約定された場合では、裁判所は後述する適当なマハルを支払えは「ムン」とするものとせらる (S. Mahmood, *ibid.*, p. 58 citing 20 I. C. 777)。
- (76) Hedaya, *ibid.*, p. 45; A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 137; S. Mahmood, *ibid.*, p. 58 citing A. I. R. 1938 P. C. 80.
- (77) A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 138; Hedaya, *ibid.*, p. 53; S. Mahmood, *ibid.*, p. p. 58-59;
- (78) A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 40; D. F. Mulla, op. cit., p. p. 245-246.
- (79) A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 142 et seq.

三 婚姻の效果

一 婚姻の效果

イスラーム法における婚姻は民事契約の本質の性格を有する。したがって、その婚姻から生ずる法的効果はその契約の効力如何に関わってくる。イスラーム法における婚姻は、その成立要件・有効要件の欠如によってつぎの三つの効力を有する婚姻契約に分類されている。すなわち、〔1〕有効な婚姻 Valid Marriage (Sahih) 〔2〕無効な婚姻 Void Marriage (Batil) 〔3〕不適正な婚姻 Irregular Marriage (Fasid) の三形態⁽⁸⁰⁾にある。

〔1〕有効な婚姻の效果 婚姻の成立要件・効力要件を完全に具備した婚姻はつぎの法効果を生ずるものと説かれている。

(1) 性的関係が法的に承認され子供の嫡出性が認められる。(2) 妻はマハルを要求する権利を取得する。(3) 妻は扶養を要求する権利を取得する。(4) 夫は合法的な範囲内で妻の行動を制限する権利を取得する。⁽⁸¹⁾(5) 相互に

相続する権利を取得する。(6) 姻族関係にもとづく婚姻障碍が発生する。(7) 妻は夫の死亡または離婚による婚姻の解消があった場合のイッダの遵守義務が発生する。

ところで、イスラーム法における婚姻は、民事契約の本質を有するのであるから、婚姻契約に際して、当事者間で一定の事項について合意があれば、その合意がイスラーム法の原則や公序に反しないかぎり効力を発生することになる。⁽⁸²⁾ また、イスラーム法はいわゆる夫婦別産制が原則であって、婚姻によって相互の財産関係に変化を生ずるものはなし。⁽⁸³⁾

(2) 無効な婚姻 いわゆる婚姻障碍事由の存在する婚姻、血族関係、姻族関係または養親子関係のうち、絶対的事由と考えられる障碍が存在する婚姻は無効であることについてはすでに述べたとおりである。無効な婚姻は、さきに掲げた婚姻上の効果を発生しない。それは、当事者間になんら法的効果が生じないばかりか、その当事者間に出生した子供の嫡出性も与えられないことになる。⁽⁸⁴⁾ なお、一妻多夫制は認められていないのであるから、かような婚姻は無効であるとする判決例が多い。⁽⁸⁵⁾

(3) 不適正な婚姻 婚姻の有効要件の欠ける婚姻のうち、その要件の欠如が相対的な事由と考えられるものを不適正な婚姻とされているが、その法効果もつぎのように相対的である。⁽⁸⁶⁾

(1) その夫婦から生まれた子供は嫡出子となる。したがって、相続権も付与される。(2) しかし、夫婦間には相互に相続権が付与されない。(3) 妻はマハルについての権利を取得する。(4) 妻は、夫の死亡または離婚による婚姻の解消に際しては、イッダの遵守義務が課される。その期間は、死別、離婚を問わず三期である。なお、不適正婚姻におけるこれらの相対的に生ずる法効果も、婚姻が実質的に同居して完成していない場合にはなんら効力を生ずるも

のではない。⁽⁸⁷⁾

二 扶 養

一 妻の夫に対する扶養請求権は、婚姻の法効果のうちで最も重要かつ本質的なものである。とりわけ、イスラーム発祥のアラブ世界やパキスタンのように苛酷な気象条件、したがって、きびしい自然条件下におけるわずかな生産手段しか存在しないムスリム共同体では、女性がひとり自活していくのは困難だからである。扶養とは、一般に、妻の「生活を保持するために必要な、衣・食・住を指称するが、多くの場合には食料のみに限定」⁽⁸⁸⁾される、と説かれている。このような扶養請求権は婚姻契約が無効でないかぎり発生するが、それは同居によって婚姻が完結したときに効力を生ずる。妻がムスリムであるかそれ以外の聖典の民であるか、貧しいか富める者か、老いているかいないか、結婚生活を享樂しているかいないかは、これを問わないとされている。⁽⁹⁰⁾しかし、妻が幼な過ぎて性的な交渉ができない場合には扶養を請求することができない。⁽⁹¹⁾夫は、未成年、病気または投獄されていることを理由に扶養義務を免れることはできない。⁽⁹²⁾これらの点を再説するとつぎのようになる。

(一) 扶養請求を為しうるためには、夫に対し誠実であること、および夫の合理的な命令にしたがうことがその第一条件とされている。したがって、妻が夫の同居請求にしがわなないときは、扶養請求権は発生しない。⁽⁹³⁾しかしながら、合理的な命令であることが条件であるから、夫がマハルを支払わないために、妻が同居を拒み両親のもとに帰っていったような場合には、合理的な理由が存在するのであるから、夫は扶養の義務があるし、⁽⁹⁴⁾夫の残虐行為を理由に両親のもとに帰っているような場合にも扶養義務は消滅しない。⁽⁹⁵⁾

(2) 妻が自活できる資産があるかないかという妻の資産状況は、扶養請求権の発生になんら関係がない。(96) 同様に親族、友人等が妻に財産的援助を為しうるかいかも問わない。それは、単に扶養料の額の決定に際して考慮されるに過ぎない。(97)

二 イスラームにおける婚姻がサクラメントではなく民事契約の性格を有するものであるから、扶養について特別の合意 agreement をしておくことができる。(98) そのような合意が有効であるかいかのメルクマールは、それが公の政策 Public Policy に反するかいなかである。(99) したがって、婚姻契約に際して、夫の不当な虐待に備えて、もしそのような事実が生じて、その結果妻が追いつけなくなった場合の扶養料についてあらかじめ合意しておくことは公序に反するものとはいえないから有効である。(100) 同様に、第二夫人を迎えるにあたって、第二夫人との間に、もし第二夫人が両親のもとで生活するようなことがあっても、一定の扶養料を支払う、という合意をした場合にも公の政策に反するものではないから有効であるとされている。(101) これに反して、将来の離婚に際しての扶養料をあらかじめ定めておく合意は無効と解されている。ただし、将来の離婚をあらかじめ合意しておく婚姻契約は無効だからである。(102)

三 婚姻の解消に際しても、夫は扶養義務を有する。このコーランの精神に則った原則は、たとえば、三度目の離婚のように撤回し得ぬ性格を有する離婚であってもなら異なるところはないし、妊娠しているかいかによっても異なることはない。(103) その扶養期間はイッダの期間に限定される。ところで、この離婚の宣言(タラーク)が離婚された妻に伝達されずにイッダの期間が満了してしまった場合には妻の扶養請求権が問題となるが、イッダの満了後にタラークの通知を受けとったならば、その事実を知ったときからイッダの進行がはじまったと同様に扶養請求をすることができる。(104) とされている。婚姻の解消が夫の死亡による場合には、イッダの期間といえども扶養の権利は存在しない

のは当然である。⁽¹⁰⁶⁾ なお、離別の原因が妻側に存在するならば、この扶養の保護は妻に与えられないとされている。⁽¹⁰⁷⁾

四 扶養は古くから衣食住を妻に与える、という抽象的な基準によって説かれてきた。したがって、扶養額の現金支払いの請求というような問題は正常な婚姻生活では生じない、というように説かれている。いわば、例外的な場合、たとえば夫が妻に別居生活を命令したようなときにのみ扶養料の現金支払い、扶養料の金額という問題が生じてくる。現在のパキスタンでは、この問題の解決は仲裁評議会 Arbitration Council で処理されることになるが、つきのような要因によって定められる。すなわち、家族の社会的地位、収入、夫の関与の程度、妻の生活にとって必要性のあるものは何か、子供の状況、そして夫の財政・資産などである。そして、妻の生活がぜいたく過ぎないこと、その逆につきましま過ぎないこと、等の要素を考慮して定めるべきだと説かれている。⁽¹⁰⁷⁾

(80) S. Mahmood, *op. cit.*, p. p. 31-33; D. F. Mulla, *op. cit.*, p. 232; Baillie, *op. cit.*, p. 13, 156; A. A. A. Fyze, *op. cit.*, p. p. 106-109. なお、シーア派では不適正婚という概念は存在しない。

(81) いわゆる同居請求あるいは居所指定権を夫がもつことになる。夫に対する忠実義務もこの範疇に属する。外出をしたり、公衆の面前に出ることも夫の許可を必要とすることになる。これはコーランの教義にしたがったものといえよう(コーラン二四章三二節)。しかしながら、妻に対して、両親や血族との接見交通を禁止することはできない。S. Mahmood, *ibid.*, p. 32.

(82) たとえば、マハルを受けとらない、というように妻が婚姻契約に際して同意していたとしても、ハナフィ派の原則にしたがえばかような同意はなかつたものとされ、婚姻の効果として夫はマハルを支払わなければならない(S. Mahmood, *ibid.*, p. 32)。なお、契約という本質から、一夫多妻を認めない契約をすることによってこれを回避することができる、という主張も近時主張されているが、まだ一般の承認するところとはなっていない。コーランの教義によれば一夫多妻を認めるけれども、これは「許容規定」ではなく「禁止規定」の本質をもつものだとする見解が一般的なのであるから、当事者間の合意事項としても差仕えない、という考え方も成り立ちうる。もっとも、一九六五年ムスリム家族法令はこの方向を目指したものと

であるを詳述する点に注意する。

(83) Baillie, op. cit., p. 13; D. F. Mulla, op. cit., p. 232.

(84) Baillie, *ibid.*, p. 156; S. Mahmood, op. cit., p. 33; D. F. Mulla, *ibid.*, p. 232.

(85) Hibbur Ranman v. Alaf Ali (1972) 48 I.A. 114 註か他註。A. A. A. Fyze, op. cit., p. 248; D. F. Mulla, *ibid.*, p. 227. 引用判決多数。この点について、五人目の妻をめとった場合の結婚が不適正な婚姻として処理される場合と比較すると興味深い。この点について、異論は存していない。五人の内、一人を離婚すれば瑕疵は治癒されるからである。

(86) 一般に Baillie, op. cit., p. 156 の見解にしたがって、本文のような法効果を与えてゐる。

(87) Baillie, *ibid.*, p. 156.

(88) Hedaya, op. cit., p. 140. 注々 Baillie, *ibid.*, p. 99 は、食料、衣料、住宅の程度について詳説しているが、そのほか、妻が召使いをやとつ階層の者であれば、召使いをやとつことについても夫は責任をもつ旨を説いてゐる。

(89) Baillie, *ibid.*, p. 437; Hedaya, *ibid.*, p. 140 註「……whether she be a Mussulman or an infidel, because such is the precept both in the Koran and in the traditions」を説いてゐる。

(90) Hedaya, *ibid.*, p. 140; Baillie, *ibid.*, p. 437; S. K. Rashid, op. cit., p. 67.

(91) Baillie, *ibid.*, p. 441; Hedaya, *ibid.*, p. 141; S. Mahmood, op. cit., p. 45; S. K. Rashid, op. cit., p. 67; D. F. Mulla, op. cit., p. 240. 婚姻の本質的な要素である matrimonial intercourse または sexual intercourse とつて点をきわめて重視している傾向があるといへよう。したがって、この場合には幼な妻が夫の家に同居しているかいないかを問はず、扶養義務はないとされてゐる (Baillie, p. 441; Verma, p. 94)。イスラーム法における配偶者扶養の概念は、あくまで夫側からのそれであることに留意すべきである。この問題についてはすべての教科書等で論及されていながら、先例というべきものがない。

Hedaya は、この事例の逆の例すなわち、夫は大人になつていないが妻は成人である場合について、当然のこととはいへ夫が扶養義務のあることを説き、その理由は、(1) 夫が婚姻生活を享受 matrimonial enjoyment していること、(2) 人の引渡しは妻側によつて行なわれていること、(3) の二つの理由を挙げている (Hedaya, p. 141)。このインド・ムスリムにとって標準的教科書が、ブレ・イスラーム時代からのアラブ世界の慣習を説いているのは興味深い。いずれにせよ (1) 夫が妻を扶養する。(2) 扶養については matrimonial intercourse は本質的不可欠の要素である。(3) その履行ができない原因が夫

側の責任でない場合には、夫は扶養の責任がない、という原則が確立しているとみるべきであらう。したがって、たとえば、妻が病氣である場合には扶養義務はあるか(肯定されている)とか、妻が自分の借財のために投獄される場合には扶養義務はあるか(否定されている)、というような問題が詳細に論じられることになる(Hedayat, p. 141)。なお、メッカ巡礼がムスリム共同体では問題になるが、この場合でも、夫が巡礼に出た場合は当然扶養義務があるが、妻の場合には大略夫の許可如何と、いうことにかかわっている(Hedayat, p. 141)。これも判決例には登場していない。

(92) 前註(四)参照。夫が未成年の場合には、夫の父にその扶養義務が課せられる(S. Mahmood, *ibid.*, p. 45; P. L. D. (W. P.) Lahore 703.)。

(93) 前掲註(8)参照。Baillie, *ibid.*, p. 442; Mahomed Ali v. Mt. Chulam Fatima (1935) 160 I. C. 365. ほか他数。

(94) Baillie, *ibid.*, p. 442; 160 I. C. 365, Supra; P. L. D. 1960 Kar. 663. ほか多数。

(95) D. F. Mulla, *op. cit.*, p. 240. 問題となるのは、夫が第二夫人をめぐつたとき、女性を殴つたときに、妻がそれを理由に同居を拒んで夫のもとを去つた場合である。インドにおける先例には、これを合理的な理由のあるものとして、妻の扶養請求を認められたものもあるが(Badrudin v. Aisha Begum (1957) All. L. J. 300)。「D. F. Mulla は、ムキスタンにおつては、夫が第二夫人を迎えたことを理由に妻が夫の家を去つた場合には、妻は扶養を請求することができな」とした Mahomed Ali v. Gham Fatma 事件におつて示された原則が守られてゐる」と論評されてゐる(D. F. Mulla, *ibid.*, p. 240)。一九六一年ムスリム家族法令によつて、第二夫人をめとる場合について制限を設けたムキスタンにおいて、右のような原則が認められてゐるとしても、それほど第一夫人の権利を害することはないと思われるが、この問題についてムキスタンの法学書に論じたものが見当らぬ。これは、また判決例に登場しなうことを示してゐるのであらうか。

(96) S. Mahmood, *ibid.*, p. 45.; S. K. Rashid, *op. cit.*, p. 67; P. L. D. 1958 (W. P.) Lah. 596.

(97) S. Mahmood, *ibid.*, p. 45-46; A. I. R. 1916 Mad. 567.

(98) S. Mahmood, *ibid.*, p. 50.

(99) S. K. Rashid, *op. cit.*, p. p. 67-68.

(100) Muhammad Muin ud-din v. Jamal (1921) 43 All. 650.

(101) Mt. Sakina Faruq v. Shamshed Khan (1936) 165 I. C. 937.

- (97) Bai Farma v. Ali Mahomed (1913) 37 Bom. 280.
- (98) Hedaya, op. cit., p. 145; Baillie, op. cit., p. 454-456; S. Mahmood, op. cit., p. 46; Verma, op. cit., p. 95. この点について、パキスタンでは問題として生じないがシャーフイ派、シーア派の見解は、撤回し得ぬような離婚であれば、妊娠している場合以外は認めないとしていることに留意すべきである。この点の論争はイスラーム法における扶養義務の本質を明らかにするからである（最も詳細なのは、Hedaya, *ibid.*, p. 145）。
- (99) この点については古くからの判例の基調であったが（たとえ、Rashid Ahmad v. Anisa Khatun (1932) 59 L. A. 21）、その内容については、通知のあったとき（タラークの事実を知った時）まで扶養請求をするというべきであろうである（現在のインドのイスラーム法学者の見解。たとえ、S. K. Rashid, op. cit., p. 68; Mulla, op. cit., p. 241; Verma, op. cit., 97）。しかし、近時、パキスタンの判決例では本文のような見解に変わった（P. L. R. 1964 Dacca 373.）。しかし、学説はなおこれに反対する。S. Mahmood は、Hedaya や Baillie の見解を引用しながら「妻の扶養の権利はイッダの期間だけに存する」ものであるから、この近時の判決例は正しいものとは思われな」と主張する（*ibid.*, p. 46）。
- (100) Aga Mahomed Jaffer v. Koolson Beebee (1897) 25 cal. 9.
- (101) Verma, op. cit., 95.
- (102) S. Mahmood, op. cit., p. 47.

四 婚姻の解消

一 序 説

一 ムスリムに許容されていることからのうちで、神に最も忌み嫌われているものは離婚である。それにもかかわらず、イスラーム婚姻法をその一夫多妻制の許容と共に悪評高らしめてきた一方の柱はその離婚制度のありようであ

った。夫に一方的な専断的離婚宣言（タラーク）の権利が与えられているからである。この前イスラーム時代のアラブ社会の悪弊を是正するために、啓示はイッタの制度の導入によって、夫の軽率なタラークから妻の保護をはかろうとしたことは周知の通りである。しかし、これによって妻の保護を全うすることはほとんど不可能だといってよい。タラークそのものはイスラーム婚姻法では正面から認めているからである。イスラーム婚姻法の近代化が、一夫多妻制の是正とこの離婚制度に集約されて議論され、発展してきた理由はここに存する。その改革は、妻側からの離婚請求を認めるという方向と、夫の離婚権の濫用の道を閉ざすという方法とによって展開されてきたということができよう。

二 イスラーム法における婚姻解消の態様はつぎのように一般的に承認されている分類が適切であろう。⁽¹⁰⁸⁾ すなわち、

〔第一類型〕 配偶者の死亡 By Death of Spouse

〔第二類型〕 婚姻当事者の行為による離婚 By Act of Parties

〔第三類型〕 裁判上の離婚 By Judicial Process

みぎの第二類型および第三類型は、古典的な婚姻解消の型態を含めて、さらにつぎのように分類することができよう。すなわち、

〔第二類型〕

〔1〕 夫からの離婚

(1) タラーク (離婚宣言) Talāq

- (γ) Talāq us Sunnat { Talāq us Ahsan (most approved)
Talāq us Hasan
- (δ) Talāq ul Biddat { Triple Divorce
One irrevocable divorce (generally in writing)

(2) イルラー (禁欲の誓) Ila

(3) ジハール (不当な比較) Zihār

[2] 妻からの離婚宣言

タフウィード Talāq e Tafwid

[3] 合意による離婚

(1) クフラ Khula (フルウ Khulʿ)

(2) ムバラア Mubaraʿa

[第三類型] 裁判上の離婚

(1) リアーン Lian

(2) ファスウ Faskh 等々である。⁽¹⁰⁾

小稿ではその主要な制度について概説することとしよう。

二 配偶者の死亡による婚姻解消

イスラーム婚姻法のもとでも、夫婦は両当事者が生涯ともに生活する、という本質をもつ民事契約である。したがって、シーア派の認めていた一時婚 *Muta* とよばれる婚姻形態も現在では死滅した制度と考えられている。ヒンドウ教徒のように、婚姻を神聖なサクラメントと考える立場とは異なり、⁽¹⁰⁾ ムスリムの婚姻は、配偶者の一方が死亡すれば解消し、夫はただちに再婚することができるということになる。ただし、妻はイッダ（待婚期間四ヶ月と一〇日）を経なければ再婚することができない（コーラン第二章三四節）。しかし、夫の死亡時に寡婦となった妻が懐胎をしている場合にはその分娩後であれば再婚することができる。父性の混同が生じないからである。

三 当事者の行為による離婚

〔一〕 夫からの離婚 (Talaq 離婚宣言)

一 タラークとは、語源的にいえば、「動物を網から解き放つ」という意味に由来するといわれているが、イスラーム法におけるタラークというのは、まさしく、夫の一方的な離婚宣言を意味する。心身共に健全である夫は、その欲するがままに、何の理由も挙げることなく、一方的な離婚宣言によって妻を離婚することができる。⁽¹¹⁾ これがタラークと呼ばれる制度である。

タラークには、撤回しうるものと撤回し得ないものがある。離婚は、許容された制度のうちで最も神に忌み嫌われているものである。したがって撤回し得る離婚は是認された形式 (approved form) と考えられているが、取消し得ない離婚は是認されない形式 (disapproved form) とされている。取消し得る離婚は男に思い直す余地 (locus poenitentiae) を残すものであり、何時でも妻を連れ戻すことができるが、取消し得ない離婚は再考の機会がなく好ましくからざる結

果を招くことになる。コーランは「お前達が、妻が離婚する場合には必ず定める期限が来てから正式に離婚するよう」に（コーラン第六章四節）と啓示されているように、離婚に際して、父性の混同をふせぐと同時に、夫に再考の余地を与えるように配慮したものである。このような意味から approved form と disapproved form という用語が用いられているのである。⁽¹¹⁾ さて、このような撤回し得るか否かの観点に立つと、タラークはつぎのように分類することができる。（1）Talaq us Sunnat（ムハンマドの命令に合致するもの。是認されたものである）、（2）Talaq ul Biddat（ムハンマドの没後に発生した数奇なもの。是認されないものである）。

二 Talaq us Sunnat という形式のタラークはつぎの二つに分類することができよう。

〔一〕 Ahsan この形式のタラークは、夫が妻と肉体関係をもたない、Tahr（純潔期間⁽¹²⁾）の間に離婚を宣言し、——例えば「余は汝を離婚す」というように——、それからイッダ（待婚期間・それは三度のクルウを意味する。クルウとは月経のことである）の間、性的交渉をもたなかった場合に有効となるタラークである。タラークはイッダの期間が終了すると撤回できなくなることに留意すべきであろう。しかし、その期間中は、いつでも夫は妻を連れ戻すことはできる（コーラン第二章三三節）。離婚はイッダの成就によってのみ確定する。もし月経がなければ、それは三ヶ月をもって算定される。女が妊娠している場合には子供の出産かまたは三ヶ月か、どちらか遅かった方によってイッダは終了するものとする。⁽¹³⁾

イッダの期間中は、タラークはいつでも撤回することができる。軽率な離婚宣言から妻を保護するためのコーランの啓示といわれている。ところで、撤回は口頭によっても、または行動によってもそれを明示した場合に認められる。妻との同棲生活を再開するのはその顕著な一例といえよう。たとえば「夫が妻と肉体関係を結んだ場合、または夫が

妻の寝所に赴きもしくは欲情を抱いて妻の身体に触れた場合には、夫が宣言した離婚は自動的に取消されたことになる⁽¹⁶⁾というのも、撤回を明示した例と解されているからであろう。

離婚の効力が生じた場合、妻はイッダの期間の扶養を請求することができる⁽¹⁶⁾。

また、この離婚形式は一回だけ宣言されたに過ぎないのであるから、さらにこれらの当事者同志がふたたび再婚できるとはいうまでもない⁽¹⁷⁾。

[2] Hasan この形式は、夫が妻の月経後、妻と肉体関係をもたない Tuhr の間に第一回の離婚宣言を行ない、その Tuhr の終了するまで妻と肉体関係を結ばなかった場合、さらに次の Tuhr 内に第二回目の離婚宣言を行ない、その清浄期間の終了するまで妻と肉体関係を結ばずに、それに続く清浄期間内の第三回目の離婚宣言を行なうことによつて効力の生ずるタラークである⁽¹⁸⁾。第三回目の離婚宣言があつた時に、タラークは撤回し得ないものとなり、婚姻関係は解消する。この形式の離婚は三回の離婚宣言によつて行なわれるものであるから、両当事者は永久にその当事者間に新たな婚姻契約を結ぶことを禁止される(コーラン第二章三九節参照)。ただし、離婚された女性が他の男性と再婚し、その再婚による夫が死亡した場合、またはその夫から適法な離婚を受けた場合はこの限りではない⁽¹⁹⁾。

三 Talāq ul Bidat (Bidat or Bedat) というタラークは、同一の Tuhr の間に三度タラークを宣言するか、三度言つたとみなされるタラークの常套句、たとえば「私はお前を三度離婚する」と宣した場合に効力を生ずる。このようないつの撤回し得ないタラークが宣言された場合が Talāq ul Bidat であり、それは即刻効力を生じ確定する、というものである⁽²⁰⁾。この制度は、インドやパキスタンにおけるいわゆるインド・ムスリム共同体およびパキスタン・ムスリム共同体で最も一般的に行なわれた離婚様式である。これは、コーランやハディースに直接由来するものではなく、⁽²²⁾

しかも、夫の軽率な離婚宣言から妻を保護しようという啓示の精神から離れているために、さきに述べたように、disapproved form というようにいわれている。

四 みぎに述べてきたイスラーム離婚法を特色づける夫の専断的離婚宣言が、非近代的と評価されるタラークである。⁽²³⁾

ところで、現行パキスタン・イスラーム法は、これらのタラークを大きく修正してきたものと思われる。一九六一年パキスタン・ムスリム家族法令の制定である（詳細は後述第三章に譲る）。たとえば、その第七条は、タラークの宣言は文書によって、仲裁評議会の議長に対して通告することを夫に義務づけ（第七条一項）、その効力は議長が受理してから九〇日後に発生するものとした（同条三項）。同法の制定は、概ね、さきに述べた Talag ul Sunnat を念頭において規定されたものといえることができる。⁽²⁴⁾そこで、同法が既存のタラークという制度にどのような影響をおよぼすが問われることになる。この条項が通告のあった日から九〇日後に離婚の効力を生ずる、とした限度で、従来のタラークが修正を受けることになったと理解することが最も重要な点である。したがって、従来認められていた Bidat (Bidat)方式によるタラークは実質的には認められなくなったという評価が可能であろう。ただし、従来は、口頭によって告げられるか、または文書によって——判読可能ならばよい——告げられても Bidat の方式によるタラークはただちに効力を生じかつ確定したところにその特質が存在した。しかし、現今では、① 議長への通告、② 九〇日以後において効力を生ずる、という二点によってその特質が失われることになったからである。⁽²⁵⁾

〔II〕妻からの離婚宣言 (Talaq e Talweez・委談離婚)

一 妻からの離婚宣言、すなわち、タフウィードとは、Delegated Divorce と英訳されているように、イスラーム

法において認められている夫の一方的な専断的離婚権を妻に委譲するということによって認められた制度である。イスラーム法における婚姻とは周知のように民事契約としての性質を有するものとされている。したがって、婚姻契約の約因として、夫が妻に対して自己の有するタラークの権利を委譲することを認めてよい、とするところにその制度根拠を見出すことができよう。⁽¹²⁶⁾

さて、この約因として付された条件は、絶対的かつ無条件であってはならないこと、および付された諸条件が合理的かつイスラーム法の公の政策 *Public policy in Muslim Law* に合致するものであることが要求され、⁽¹²⁷⁾ このような条件にもとづいて妻が行なう離婚宣言は婚姻解消の効力を有するものと解されている。

ところで、合理的かつ公の政策に反しない条件とは何かが問題となる。たとえば、夫婦の別居に際し、夫が別途扶養費を払うことを約定した場合、もし夫がその扶養費を支払わなければ妻は夫に対して離婚の宣言をしてもよいという約定があった場合には、それは合理的かつ公の政策に反する約定とはならない。⁽¹²⁸⁾ また、妻が病弱でないかぎり自分の同意を得ないで第二夫人を迎えてはならない、という条件付でタラークを委譲されている場合も合理的かつ公の政策に反するものではないとされている。⁽¹²⁹⁾

二 夫の専断的離婚宣言の前にムスリム共同体の妻の地位は、きわめて低いものとされていた。その意味でムスリムの婚姻契約の本質から導き出された本制度はきわめて重要なものたるを失わない。しかも、合理的理由なしに第二夫人を迎えないという条件が妥当視され、それが *Delegated Divorce* によって担保されることになれば、一夫多妻制そのものを実質的に変更することになろう。⁽¹³⁰⁾ *Fyzee* は妻が夫から委譲された権利を行使して離婚するという離婚形式は、おそらくムスリムたる妻が裁判所の介入を必要とすることなく、その自由を獲ち取るがために、自らの手に握る

最も強力な武器であらう、と評価されるのもこの意味において理解されよう。

さて、みぎのタラークも現今のパキスタンでは、一九六一年ムスリム家族法令に於いて手続が行なわれることになる。同法令第八条は「離婚する権利が十分に妻に与えられ、妻がその権利を行使しようと欲する場合——」として、Talaq e Tarweezを正面から認め、同法第七条の規定を準用して離婚手続を行なうべき旨を規定しているからである。

〔Ⅲ〕 協議離婚 (Khula and Mubarat)

一 イスラーム婚姻法の一つの特色として、配偶者双方の合意による協議離婚を挙げることができる。⁽¹²⁾ その淵源はコーランの「——もし、そういう心配が起つて、兩人がどうしてアルラーの掟を守って行けそうにない場合は、女の方で自分の身を贖い取つても(つまり、以前に男が結婚の贈物として女に与えておいたものを、女の方から男に返して、その代り自分を完全に自由な身にして貰つても) 別に兩人の落度とはならない」(コーラン第二章二九節参照) という啓示にその精神をみる⁽¹³⁾ことができる。

これらの協議離婚が成立するには、二つの要件が要求されている。すなわち、(1) 配偶者の合意、と (2) 原則として妻から夫に給付される対価 (Iwad) に関する約因である。

ところで、みぎに述べたように一定の対価の支払いを約因として為される協議離婚には二つの形式がある。クフラ (Khula (フルウ Khul)) とムバラ (Mubarrat) である。両者の相異点は、クフラと呼ばれる方法は、妻側に嫌悪の情が存在し、妻の意思にもとづいて協議離婚が成立する場合であり、⁽¹⁴⁾ 後者のムバラといわれる方法は、配偶者相互に嫌悪の情が存在し、相互に別離を希望するものである。したがって、離婚の申し出は妻からでも夫からでもいづれ

の側から為されてもよいことになる。⁽¹³⁵⁾

二 みにぎに述べた協議離婚は、なにか特別の形式が要求されているわけではない。申込と承諾には特別の要式があるわけではない。⁽¹³⁶⁾ 当事者の合意が成立すれば、一個の Talāq-i-bain (取消し得ない離婚) となる。クフラ証書 (Khalana-hā) の作成をまづて効力が生ずるわけではない。これがハナフィ派の見解である。

ところで、さきに述べたことから古典的な協議離婚の成立要件について、近時、若干の変容がみられることに留意すべきであろう。

まず、約因として一定の対価を与えるという問題である。特にクフラの場合に問題となる。けだし、弱い立場にある妻からの請求だからであろう。この対価は、一般的には、マハルの返還または放棄と考えられている。それが一般的な夫の損害と考えられるからである。⁽¹³⁷⁾ この約因を嚴格に要求するとすれば、妻がこれを支払えないときにクフラは無効ということになる。しかし、近時、妻の不払いが必ずしもクフラを無効にするものではないという見解が定着しつつあることに留意すべきであろう。けだし、クフラやムバラー全体の手続にとって最も重要なことは当事者の合意ないしは了解に存在しているとみるべきだからである。⁽¹³⁸⁾

さて、そうだとすれば、第二にクフラの場合に夫の承諾は不可欠の要素ということになる。したがって、先例は、妻が夫に嫌悪の情をもちマハルを放棄しただけではクフラは成立しないとされている。協議離婚は、なによりも一方当事者である夫の承諾を必要とすべきだと考えられたからである。⁽¹³⁹⁾ しかし、近時のパキスタン最高裁判所の判決はこれを否定し、協議離婚の成立するためには必ずしも夫の承諾を必要としない、と説示するにいたった。したがって、現在のクフラという離婚形式は、(1) 妻から夫への約因としての対価(賠償)の支払いと、(2) 離婚を認めない

と神の掟を夫婦がふみはずすおそれがあるとするカーディ(裁判官)の判断——夫の承諾に代えて——、という二つの要件によって成立するとされている。⁽⁴⁾

このような協議離婚については、一九六一年ムスリム家族法令は、その第八条によってこれを認め、第七条の規定によって手続を進めることを規定している。したがって、その効力の発生時期は村落協議会の議長にそれを通告してから九〇日以後に生じ、かつ仲裁評議会の調停に付されることになった。

四 裁判上の離婚

一 伝統的なイスラーム離婚法の特徴は、すでに述べたように、夫に、絶対的・専断的な離婚宣言(タラーク)の権利を与えていることである。したがって、イスラーム離婚法の近代化の基本的な視点は、このタラークにかんして実質的制限を加えていくかということと、これに対抗して妻にどのような離婚権が付与されていくか、という問題であらう。その意味で裁判上の離婚という問題はきわめて重要なものといえよう。

伝統的な意味におけるイスラーム離婚法の「裁判上の離婚」と呼ばれている制度はつぎの二つの類型であらう。

その一は、リアーン(呪詛または誹謗 *Lian*) と呼ばれているものであり、その二は、ファスウ(裁判上の解消 *Faskh*) といわれるものである。前者は、コーラン第二四章六節と九節とハディースとをその淵源とし、⁽⁴⁾ 後者は、第四章三八節・三九節を基礎にしたハディースに由来する制度である、⁽⁴⁾ といわれている。

二 リアーンというものは、つぎのように定義づけることができよう。夫が妻が姦通したと偽わった申立を行ない、または立証し得ない不義の非難をした場合、夫がその不義申立てを撤回しないときに、妻はそれを唯一の根拠として

婚姻解消の判決を受けることができるというものである。そして、夫の不義の非難の撤回は厳格な要件が定められている。⁽¹⁴⁾ ムスリム共同体では、不義(ジーナ)には厳格な罰則でのぞみ、きわめて苛酷な非難があびせられることになるからである。

三 ファスウというのは、語源的には 'to annul (a deed)' or 'to recind (a bargain)', を意味し、法的には、裁判所の判決による婚姻契約の解消を意味するとされている。⁽¹⁵⁾ その根拠は、すでに述べたようにヘディースによって、妻が結婚生活によって害せられているときには、婚姻の解消を認めよ、というところに由来している。したがって、その判断はカーディに委ねられることになる。

しかしながら、妻を保護せよ、といってもその解釈の仕方については学派によって理解を異にしていた。周知のように、インド亜大陸を支配していた学派は、正統学派であるハナフィ派であったが、ハナフィ派は必ずしも婦人の味方に立つ学派とはいいがたかった。これに反し、マリーキー派は、この解釈をゆるやかに、かつ文字通りに解釈をしていた。しかし、これを認めるか否かという問題は、インド・ムスリム、したがってパキスタン・ムスリムにとって単なるアカデミックな問題となり、実際上は無用の論議となった。というのは、マリーキー派の見解を基礎に、一九三九年婚姻解消法 The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939 が制定されるにいたったからである。その第二条において、裁判上の離婚事由が明定されたのである。つぎに、これらの事由を現行規定にしたがって掲げておくことにしよう。すなわち、

第二条 イスラーム法にもとづいて婚姻した女性は、つぎに述べる理由の一つまたはそれ以上の理由によって婚姻解消の判決を取得することができる。

- 1 夫の所在が四年間分明ならざるとき、
- 2 夫が二年間にわたって妻の扶養を懈怠し、または出来なかった場合、
- 2-2 夫が「一九六一年イスラーム家族法令」の規定に違反して他の妻をめぐった場合、
- 3 夫が、七年またはそれ以上の期間拘禁されている場合、
- 4 夫が、合理的な理由なしに同居義務を三年間果さなかった場合、
- 5 夫が結婚時に性的不能でなおその状態が継続している場合、
- 6 夫が二年間狂気であった場合、または癩病もしくは悪性の性病に罹っている場合、
- 7 一六歳に達する以前に父親または後見人によって結婚させられた妻が一八歳になる以前に婚姻を拒絶した場合、ただし、その場合結婚が同居によって完成されていないことを条件とする。
- 8 夫が妻を虐待したとき、すなわち、
 - (1) 習慣的に暴行行為をふるい、またはたとい肉体的虐待にまでいたらなくとも、虐待行為で彼女の生活を悲惨にしているとき、
 - (2) 悪評ある女性と交渉をもったり、または破廉恥な生活を送っている場合、
 - (3) 妻に不道德な生活を強要しようとした場合、
 - (4) 妻の資産を処分したり、妻がそれについての法的権利を行使するのを妨げた場合、
 - (5) 妻の信仰告白または実践を遵守することを妨げた場合、
 - (6) 夫が複数の妻を有している場合に、夫がコーランの訓えにしたがって、公平な取扱いをしない場合、

9 そのほか、イスラム法のもとで婚姻解消のために有効と認められている理由によって婚姻を解消することができる。⁽¹⁰⁾

右の諸理由によって判決を取得するに際してはつぎの要件を必要とする。すなわち、

(1) 上記第3号に婚姻を解消する場合には、刑の宣告が確定するまでは、判決を取得することはできない。

(2) 上記第1号を理由として取得した判決は、判決の日から六ヶ月間効力を有しない。もし、その期間内に夫が自分自身、または権限を有する代理人を通じて現われ、夫の同居義務を遂行する用意のあることを裁判所に認めさせた場合には裁判所は前述の判決を撤回することができる。

(3) 裁判所は、上記第5号を理由に判決をする前に、夫からの申請に応じて、夫に対し性的不能の状況を解消するように命令を出し、その日から一年以内に裁判所を満足させるように求めることができる。夫がこの期間内に裁判所を満足させた場合には前述の理由による判決は為されることはない、と。

(10) A. A. A. Fyzee, *op. cit.*, p. 149; S. K. Rashid, *op. cit.*, p. 47. その他、現在のインド亜大陸のイスラーム法学者の分類は、ほとんどこれを踏襲しているといつてよい。

(10) この細分類は、A. A. A. Fyzeeの見解を基礎にしてその再構成をしたS. K. Rashid, *op. cit.*, p. 48にしたがったものである。なお、Talac と arabic に記したが、一般には Talak とかうようにインドおよびパキスタンでは用いられている。

(11) ヒンドゥ法は、婚姻をサクラメントととらえ、サティの習慣さえ存在したことは周知の事実である。しかし、このような神聖にしてかつ解消不可能とするヒンドゥ婚姻観は、一八五六年ヒンドゥ教徒寡婦再婚法 The Hindu Widow's Remarriage Act, 1966 によって否定された。

(11) Hedaya, *op. cit.*, p. 75; Baillie, *op. cit.*, p. 308; Mulla, *op. cit.*, p. 258. イスラーム婚姻法の近代化という問題の

- 要旨のことは、この制度の改革にみるという観点から論じているものとして J. N. D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, p. 42 が重要である。拙稿「近代社会におけるイスラーム法について」受知学院大学論叢法学研究一九卷一号参照。
- (112) A. A. A. Fyze, *op. cit.*, p. 151; S. Mahmood, *op. cit.*, p. 75; S. K. Rashid, *op. cit.*, p. 49.
- (113) 当事者が長期間遠くに離れて生活をしてきたり、または妻が年老つたついでに月経がなした場合に Tuhr という要件は必要でない。A. A. A. Fyze, *op. cit.*, note(x) at p. 152.
- (114) Hedaya, *op. cit.*, p. 72; A. A. A. Fyze, *op. cit.*, p. 150; S. Mahmood, *op. cit.*, p. 76.
- (115) 前掲 R. S. フッセルカーン (守屋訳) 二〇八四頁。
- (116) *Mahd Shamsudin v. Noor Jahan A. I. R.* 1955 Hyd. 144.
- (117) ノーラン第二章三九節は「女を離縁して復縁させるのは「回まじ」と記してある。
- (118) Hedaya, *op. cit.*, p. 72; Bailie, *op. cit.*, p. 206; A. A. A. Fyze, *op. cit.*, p. 153; S. Mahmood, *Digest*, p. 76.
- (119) ノーラン第二章三〇節参照。
- (120) ハトナ高等裁判所 (Sheikh Fazler v. Musammal Aisha, A. I. R. 1929 Patna 81) 44 Bidat の場合に於て Hedaya, *op. cit.*, p. 74 に依拠して、タラークが妻の月経期間内に宣言されても有効である旨を判示した。Mulla, *op. cit.*, p. 262.
- (121) Hedaya, *op. cit.*, p. 73 et seq; Mulla, *op. cit.*, p. 259; A. A. A. Fyze, *op. cit.*, p. 154.
- (122) イスラーム暦二世紀頃、ウマイヤ朝時代に生れたものであり、Talāq ul Sunnat は「文字通りスンナに由来する」Mulla, *op. cit.*, p. 262.
- (123) Cf. J. N. D. Anderson, *op. cit.*, p. 42.
- (124) S. Mahmood, *Digest*, p. 77.
- (125) 前掲 R. S. フッセルカーン (守屋訳) 二〇八六頁は「Talāq ul Ahsan (最善離婚) はノーランが予想した唯一の離婚であるから、それが現在パキスタンにおける唯一の有効な離婚である。それ以来、夫が一方的に行なう離婚の形式は現行法上適法ではない」としている (引用者傍点)。その正確な意味は定かではないが、おそらく正しい評価とはいえないのではあるまいか。小稿の本文のように解すべきであろう。教授の表現を文字通りとらえたとすれば、それはあまりにも西欧法的思考による考え方と思われる。ちなみに S. Mahmood の表現を記してみることにしよう。すなわち「——最短期間は九〇日間であ

る。この意味において、この条項はイスラーム法になんら変化を生じさせたものではない。むしろ、他方では、本法令によつて九〇日間という趣旨がより強化され強制された」と解している（後掲「研究資料」一五三頁以下参照）。

- (21) Bailie, op. cit., p. 236; S. K. Rashid, op. cit., p. 50 citing Bailie, supra.
- (22) A. A. A. Fyze, op. cit., P. 158; Mulla, op. cit., p. 264. 444 Public Policy in Muslim Law 444 S. Mahmood, Digest, p. 78.
- (23) A. I. R. 1950 cal. 304; A. A. A. Fyze, op. cit., p. 159; Mulla, op. cit., p. 264 註釋。
- (24) P. L. D. 1952 Dacca 385. 105 511 111 の先例は多数である。Mulla, ibid., p. 26; R. Mahmood, op. cit., p. 49.
- (25) Cf. J. N. D. Anderson, op. cit., p. 49.
- (26) A. A. A. Fyze, op. cit., p. 159.
- (27) 一特色とらわれるゆえには、マラバにおける前イスラーム時代における妻が、みずから離婚を求めるところのできなかつた時代との比較対照において顕著な特質を認めることができるからである。A. A. A. Fyze, op. cit., p. 163.
- (28) したがつて、通常、フミール・フリーの見解を引用してこゝのような説かれたる。「婚姻の両当事者間に不和を生じ、両当事者に神の掟の定める規範を遵守することを得ないおそれがある場合（すなわち両当事者が婚姻関係から発生する諸義務を履行することができない場合）には、妻はある種の財産を放棄し、それを代償として婚姻関係から離脱することができ、すなわち、妻の財産放棄を対価として、夫は妻に解放 (Khubula) を与えるべきものであり、妻の財産放棄と夫による解放 (Khubula) の付与とが相対して、取消し得る離婚 (talāq ul bain) を成立せしめるのである」。A. A. A. Fyze, ibid., p. 163 cited Ameer Ali, II, 506.
- (29) D. F. Mulla, op. cit., p. 266; S. Mahmood, op. cit., p. 80; S. K. Rashid, op. cit., p. 50; タンラのコーネン・ムーンシェ・ブズル・ラヘーム・ルテフ・オン・ニッサ、(1861) 8 M. I. A. 379 からの教科書上の著せられたる（特に、詳細な）A. A. A. Fyze, Cases, p. 159。Cf Hedaya, op. cit., p. 112.
- (30) D. F. Mulla, ibid., p. 266; S. Mahmood, ibid., p. 80; S. K. Rashid ibid, p. 50; Cf Hedaya, ibid, p. 112. 444 A. A. A. Fyze, p. 163 444 111 の語源的な説明が加えられたる。すなわち、タンラ、元來、to take off clothes, 'to lay down one's authority over wife' を意味し、フミールは、'freeing one another mutually, を意味する' 444

- (136) シーフ派の Ithna A' Shari 派は法定の要式と証人の立会いを要求している。A. A. A. Fyzee, op. cit., p. 164.
- (137) したがって、この趣旨に合致しさえすればマハル以上の金額の請求が認められることもある。たとえば、婚姻契約に際してマハル以外に多額の贈与をした場合にはこの請求が認められることになる。See S. Mahmood, op. cit., p. 81 cited P. L. D. 1959 Lah. 566.
- (138) A. A. A. Fyzee, op. cit., p. 165 cited The Egyptian Code, Art. 275 "A. Khul' repudiation can validity take place before or after consummation of the marriage, and without payment of compensation by the wife." Mulla, op. cit., p. 266 も、インド・ムスリムのクフラの先例として名高し (1861) 8 M. I. A. 399 を引用して、「離婚に際して付された約因を妻が支払わないからといって、そのことが離婚を無効にすることはない。もっとも夫はその支払いを請求しうることはないが」と説明されている。
- (139) そうでなければ婚姻制度が無意味になってしまうというのがラホール高等裁判所の大法廷判決であった (P. L. D. 1952 Lah. (F. B.))。
- (140) P. L. D. 1967 S. C. 97. ヨーランの啓示は、「両人がとうていアルラーの掟を守って行けそうにない場合に認めているのである。その判断はカーテの権限とみることができるところである」。S. Mahmood, op. cit., p. 80. これについて参考になるのは、前掲 P. L. D. 1959 Lah. 566 (F. B.) に関する前掲 R. S. ナタルカーン (守屋善輝訳) の評価であろう。すなわち、「この判決では次のことが判示されている。すなわち、各がむしろ妻の側にあり、そして妻が夫に対して嫌悪の情をもち、夫の方は婚姻関係の存続を熱望しておるような場合ですら、裁判官の見るところでは、配偶者間の不和が深大なものであり、『神の掟の不遵守を招来する、すなわち配偶者がその相互の関係において神の命するところに背き、回教の期待する調和的な婚姻状態を保つことが不可能である』ときには、裁判官は離婚を認めるのである。妻が離婚を認められない場合、かえって誤った途に入るのであるというおそれが、むしろ離婚を認める理由となるのである。これは回教が姦淫を許すよりは、離婚を認める方が勝ると考えるからである」と (前掲二一〇頁)。
- (141) A. A. A. Fyzee, op. cit., p. 166 citing Bukahri. すなわち、自分の妻が姦淫をしたかどうで非難された者に対して、「The Prophet thereupon asked them both to take an oath: then he ordered them to be separated from each other」とした。
- (142) A. A. A. Fyzee, *ibid.*, p. 168 citing Ameer Ali, II, 519; S. K. Rashid, p. 51. すなわち、The power of the Kazi or

Judge to pronounce a divorce is founded on the express words of the prophet: "If a woman be prejudiced by a marriage, let it be broken off." など、フヌスウの基本原理を明確に示してゐるのは、前出 P. L. D. 1959 Lah. 566 と同じである。(註(140)参照)。

(143) A. A. A. Fyzee, *ibid.*, p. 167 citing *Mahomedali Mahomed v. Hazrabai* (1955) Bom. 464.

(144) A. A. A. Fyzee, *op. cit.*, p. 168. これをより現代的に表現してゐるのは S. K. Rashid, *op. cit.*, p. 51 である。すなわち、「この制度は、妻の申請によつて婚姻を無効にする権限をカーディア(裁判官)に与えるものである」としてゐる。

(145) 本文で説明したリアーン、あるいは夫が四ヶ月以上にわたる肉體關係停止の誓を立てた場合に認められるイーラ離婚、あるいは、夫の不当比較を口実にした肉體關係を停止した場合に認められるシハール離婚も本項の対象となる。See S. Mahmood, *op. cit.*, p. 78.

五 結 語

一 すでにみたように、パキスタンにおけるイスラーム婚姻法は、印・パ分離前のインド・ムスリムの中で生成されたイスラーム法そのものの継承である。イスラーム婚姻法の近代化のモデルとして令名高い一九六一年ムスリム家族法令が全文二三ヶ条だけで構成されているに過ぎない理由もここに存するといえよう。したがって、パキスタン・イスラーム婚姻法の全体系は、ムガール帝国最後の皇帝とも評価できる、アウレングゼーブ Awrangzeb のもとで編纂された体系書を基礎に、イギリスの統治支配のもとに判例・立法例によつて構築されている全き体系といえよう。ここにパキスタン・ムスリムの法学者・法学者に最もよく読まれている教科書・概説書だけをもとにして、文字通り

『概説』を試みたゆえんがある。その輪郭だけを示す必要があると考えたからである。煩雑な文献引用もそれに伴う必然的作業と考えたからである。

二 小稿は、R・S・アクバルカーンをして「画期的かつ革命的な立法であり、実にそれは女性解放の大憲章である」(前掲・守屋訳二二〇頁)と評価せしめた一九六一年ムスリム家族法令までも若干含めて概説を試みた。同法令の内容・本質の規定づけは次章で述べるところに譲ることにするが、同法令は、多くのイスラーム諸国家がその解決に努力し煩悶した問題について解決をはかった。イスラーム婚姻法を悪評高らしめている一夫多妻・夫の専断的離婚宣言(タラーク)について、その制限をはかり、女性の地位の向上を目指した。それは、一夫多妻・離婚および扶養の問題を、基礎的民主主義という政治機構を基礎にした仲裁評議会 Arbitration Council という公的かつ第三者機関の関与によって妥当な解決をもたらすことにし、児童婚の制限、婚姻登録、さらには、代襲相続にまで言及した画期的なイスラーム法の改革立法であったことは確かである、といえよう。

この近代・現代イスラーム婚姻法の範型として令名高い一九六一年ムスリム家族法令を基礎に、どのようにパキスタン・イスラーム婚姻法は発展していくか、という問題はきわめて予測の困難な問題である。

ただ、いえることは、西欧型市民法になれ親しんだわれわれが、ともすればトルコの例を想起しながら口にする安易な近代化論になじむことがらではない、ということだけであろう。ちょうど同法令がイスラームの原則に立ち乍らの改革立法であったと同様に、困難であっても、なお、イスラームの理想を追求して展開されていくことになろう、ということである。

三 パキスタンの誕生は、「イスラーム国家」建設という偉大なる理想の二〇世紀における展開であった。その試

みはあるいは挫折し停滞したかも知れない。近時のその極例は東パキスタンのバングラデシュという独立国家への独立にみる事ができよう。また、パキスタン・ムスリム自身でさえ、何がイスラーム的であるのか、という問題についてきわめて多様性をもった理想をもつていよう。むしろ、多くの場合、それは曖昧なものであろう。もちろん、パキスタン・ムスリムが「イスラーム国家」の理想をすてることもあり得よう。とくに、現代の厳しい国際経済社会の中で、もう一つのパキスタンの「生きる」という問題の解決のためには。

しかし、それはわれわれ世俗主義者が想像するほど容易なことではない。いずれにしてもW・C・スミスの指摘するように「パキスタン・ムスリムにとって、イスラーム国家の理念を放棄することは、正義の追求のみならず、追求すべき正義があるという確信をも放棄することである」そして、——「自由主義的世俗主義は、それ自体一つの信仰であり積極的な確信である。それはそれ自体の殉教者、英雄、理想をもち、それ自体の歴史と、それ自体の制度をもっている」ように、パキスタン・ムスリムも同様なのである。⁽¹⁴⁶⁾

(146) W・C・スミス前掲書(中村訳)二二三頁。なお、これにつづく叙述はきわめて重要なものと考えられるので、引用させていただくことにしたい。すなわち、「この自由主義的世俗主義は宗教的信仰が規制されるか除去されると直ぐ自然に現われ、てくると期待している人がいる。しかし、これは信用できない。われわれがやがて考察するように、現在までのパキスタンの歴史はそのような安易な憶説が誤りであることを力強く示している。パキスタンは自らのために自由主義的で世俗主義な未来を選ぶかも知れない。しかし、もしそうなれば、それはイスラーム的理想を採択した時と同様、大きな努力を背負いこむことになる。」と。W. C. Smith, op. cit., p. 208.

第三章 パキスタン・イスラーム婚姻法の特質

一 序 説——小稿の目的と限界——

一 今日のムスリム共同体は、いま深刻な変化の過程に身をおいている。しかし、実はこれはなにもムスリム共同体に限られた現象ではない。ともすれば、ムスリム共同体特有の現象であるかのように錯覚するのは、彼らの社会が「信仰、イスラーム、偉大な過去によって特徴づけられ」⁽¹⁾「ある独自の伝統の継承者として、現代に固有なさまざまな困惑と発展の機会に直面」しているからにほかならない。とりわけ、わが国におけるイスラーム社会の法の研究の实情が、必らずしも満足すべき状況とはいえない——種々の意味、目的を想定したとしても——ということから、イスラーム法の理解にかような傾向がないとはいえない。したがって、諸研究の読者は、「ヘイスラーム教」というと、『断食』『豚肉を喰わぬこと』『四人の妻』を連想するのは、〈日本〉というと『フシヤマ』『ゲイシャ・ガール』を連想す

るのと大差ない」と批判されるような読後感をもつことになる、といえは過言であろうか。わが国における伝統的な法律学の分野・分類のうちで、イスラーム法学に最も関係が深いと思われるのは、比較法学であろうが、この分野でもイスラーム法学は、認知された地位を保有しているとはいえないという実状は、このことを如実に物語っているといふこともできよう。その結果、これらイスラーム諸国の後進性をイスラームに直結するという安易な思考を産み出すことになる。

さて、それでは、イスラーム、したがってイスラーム法というのと遠いかなたの幻想の世界であり、ときには猟奇的な異国趣味と結びつくような錯覚を生ぜしめる原因はなにか。それは、これらイスラーム諸国家の法制度を、『イスラーム法』という統一カッコ付きで共通の法として説明するところに原因が存すると思われる。たしかに、後に述べるようにイスラームないしはイスラーム法の性格からいえば、それは単純に誤ちだといえないし、いまなお、発展・継続中であるイスラーム史にある種の共通型を見出すことはできるであろう。しかしながら、なお、「統一カッコ付の共通の法として説明してきたイスラーム法学」というように批判する理由は、それが発展・継続中の共通型を見出すという試み、またはその前提としての作業ではなく、イスラーム黄金時代のイスラーム法という観点からの解説だからであった。それは旧き時代のそれが呈示されているのであって、現代のイスラーム法の理解から遠ざかることは当然といえよう。現代におけるイスラーム世界全体を通じての法の理解——したがって、その将来を予測するといふ困難な作業——は、まず、それらの現代にいたるその多様性を理解することから出発する必要がある。ただし、イスラームの「現代史のさまざまな発展過程」というものは、あまりにも多彩であり急激³⁾だったからである。すなわち、一九世紀後半から今世紀は、ムスリム共同体の歴史にとってきわめて特異な過程であった。過去一三世紀にわ

たるその歴史の中で際立っている時代だというのは、これらの国々のほとんどが近代の西欧社会からの「衝撃」に直接さらされることになったからである。そして、そのイムバクト、それへの対応は、各々のイスラーム国家において、きわめて多様性をもっていたと考えられるからである。

二 さて、小稿はみぎのような問題意識にもとづくさやかな一つの作業を試みようとするものである。端的に、そして具体的にいえば、小稿は、近代的なイスラーム家族法典として注目されたパキスタンの「一九六一年ムスリム家族法令 The Muslim Family Laws Ordinance, 1961」を手がかりとして、パキスタン・ムスリムのイスラーム法の特質を明らかにし、現代イスラーム家族法の現況の中にこれを位置づけ、今後のイスラーム諸国家の法の発展の予測を試みるための一資料を提供しよう、というのがその目的である。なぜなら、パキスタンは、今日、イスラーム史の復興という課題に対して、世界のあらゆるムスリム共同体の中でもっともはっきりした自覚をもち、もっとも華々しくそれと取り組んできたのであるから、現代ムスリム社会におけるイスラーム法の一つの典型を示してくれるであろうと思われるからである、というのがその第一の理由である。その第二の理由は、インド亜大陸におけるムスリム社会は、イギリス植民地支配——それも完全な支配ともいえる状況——の過程で、近代社会へ登場したものであって、そこに中洋諸国におけるイスラーム法の近代化とは異なる形で進展してきたと思われるからである。

三 みぎのような観点に立つとき、その方法論はつぎのようにすることが許されよう。

すなわち、まず第一に、中洋諸国におけるイスラーム法の近代化の過程ないしは現況との比較を試みることである。第二に、この比較にあたっては、その社会経済的諸条件との関わり合いにおいて為されるべきものであろうが（近

代社会にいたってその社会経済的諸条件に規定づけられてイスラーム法は変遷したのであるから、ここでは伝統的なイスラームの法原理との関わり合いにおいて——考察を試みてみたい。けだし筆者にその準備も能力もないということもさることながら——、その対象がパキスタンであることがこのことを許容してくれるであらうと思われるからである。なぜなら、印・パ分離という歴史的事実、したがって、「パキスタン」という国家の存在理由は、一にかかってイスラームという理想を実現するための国家である。イスラームの原則、ないしはイスラーム法の原則を強調することがパキスタンに背負われた宿命の筈である。そうだとすると、近代的と評される「一九六一年ムスリム家族法令」は一体どのようなイスラーム法の原理に裏付けられているか、ということがまず問われなければならないだろうからである。それゆえ、小稿の限界もそこにある。

さて、みにぎに述べた目的を達成するために、イスラーム婚姻法について考察することにする。とりわけ、その一夫多妻制と夫の専断的離婚制度(タラーク[Talaq])を主なる対象として考察を進めることにしよう。けだし、これらがイスラーム婚姻法を際立たせる特色として位置づけることになるからである。

(1) W・C・スミス(中村廣治郎訳)『現代におけるイスラーム』「まえがき」参照。W. C. Smith, *Islam in Modern History*, 1957.

(2) 『イスラームの思想』講座東洋思想7(宇野・中村・平城編)序文二頁(中村元)。

(3) W・C・スミス前掲書(中村訳)「まえがき」。この点については、トルコの例を想起されれば十分であろう。W. C. Smith, *ibid.*, p. 161. なお、現代にいたるまでの法を中心として、イスラーム諸国の分類を試みれば、①保守主義の国(サウディ・アラビアはその典型)、②世俗法への転換を果たした国(トルコの例)、③その中間を辿った国(大部分の国)といえよう。

J. N. D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, 1959, p. 82 et seq.

- (4) 同法に引くべし、The Pakistan Code, Vol. XIV, p. 67 及 Gazette of Pakistan, Extraordinary, 2 ed Mar., 1961 が最もオーソライズされたものである。総括的な解説書として、Shaukat Mahmood, Muslim Family Laws Ordinance, 1961 (Fifth Edition 1968) を参らう。同様の著作として、M. Farani, Family Law Manual, 1968 を参らう。外国の研究者が理論的な検討を為した代表的論稿として、N. J. Coulson, Islamic Family Law: Progress in Pakistan, *Changing Law in Developing Country* (Edit. by J. N. D. Anderson, 1963) p. 240 et seq. 参らう。J. N. D. Anderson, Pakistan: An Islamic State? in *Law, Justice, and Equity*, pp. 127 et seq.
- (5) W. C. Smith, op. cit., p. 206.
- (6) J. N. D. Anderson, op. cit., (1959), p. 100.
- (7) 西欧の文献によれば、これらの地域は一般に the Arab countries of the Near and Middle East と呼ばれている。したがって、わが国では、旧来は中近東と呼び、近時は中東と呼ぶのが通例であろう。しかし、小稿では、一応、「中洋諸国」と称して稿を進めたいと考える。いわゆる「中洋」論(梅棹忠夫「東と西の間」知性一九五六年二月号、辻豊ら『アラブの世界』)の当否はともかく、西欧中心の価値観ではこれらの地域の理解は不可能という視点に立つことが重要だと考えるからである。

二 一般的前提

一 イスラーム法の近代化過程をイスラームの法原理との関わり合いにおいて考察する、という小稿の目的からいえば、その基本的概念を若干考察しておくことが必要であろう。それとの対比において、イスラーム法特有の近代化の問題が提示されるであろうからである。その第一は、イスラーム法が西欧法と異なり、「天啓の法」であり、したがって、「不変の法」だという意味を理解することであろう。第二は、その法源論である。それには二つの問題について特に関心がはらわれるべきであろう。その①は、伝統的なイスラーム法の法源論の中でいわゆるイジュティハド

Jihad がその法源として認められるか、という点であり、その②は、イギリス法の影響がこの伝統的なイスラーム法源論の中にどのように位置づけられているか、という点への考察であろう。

二 イスラームにおける「法」の概念とは何か。古典的な意味におけるイスラーム法とは、アラビア語でシャリーア Sharia と呼ばれている⁽⁸⁾。シャリーアというのは、その原義は「水場へいたる道」を意味し、コーラン第四章一八節では「人間のふみ行なうべき明らかな道」を意味する言葉として用いられている。それは、神の啓示に由来する諸規範の総体を意味し、ムスリムの辿るべき道を指し示し、これに服すべき規範の総体として位置づけられることになる⁽⁹⁾。ここに、西欧における「法」の概念とは基本的に異なる点をみることができ⁽¹⁰⁾。すなわち、シャリーアが聖法 Sacred Law と定義づけられるゆえんがあり⁽¹¹⁾、「西欧における法は本質的に世俗的であるが、イスラーム法は本質的に宗教的なもの」だ⁽¹²⁾ということが提示されていることである。このように宗教法である、という点における西欧法との相違は多くの論理的帰結を導くことになるろう。

シャリーアが、人間生活のあらゆる側面を支配する規範の総体だとすれば、近代西欧社会における法概念とはほど遠いものとなる、ということに留意しなければならない。ただし、シャリーアは、ムスリムの権利と義務について定めた規範ではなく、ムスリムの「義務の教説」 Doctrine of Duties, a code of obligations としての性格を有していることになるからである⁽¹³⁾。それは、まさしくムスリムにとっての「無謬の倫理の導き」とみなされるものだからである⁽¹⁴⁾。人間は、善と悪との区別を予言者の導きがなければすることができない。これが正統的シャリーアの理解である。ここには近代西欧社会的意味における「法的なもの」と「宗教的なもの」の区別をみることができない。

さて、みぎのようなイスラーム法Ⅱシャリーアは、初期のイスラーム法学者によって、「法的なもの」と「宗教的

なもの」の区別をされずにその總体として理解されていたが、それは、初期イスラーム法学者にとってその区分をまったく必要とせず、いわゆる法と宗教の緊密性はそのままの形で堅持することができたからである。けだし、ムスリムの聖典である『コーラン』において、この両側面は並立して、むしろ一つに織り込まれてあらわれており、また「ハディース」においても同様の関係であらわれている」からであった。⁽¹⁶⁾しかし、イスラーム法学者による『コーラン』と「ハディース」の研究が進むにつれて、これらの学者によって、みぎの区分が次第に試みられるようになってきた。なぜなら、『コーラン』の研究およびその解釈は、これら二つの区分を必要とし、さらにこれらの体系化を促進するからである。その結果、これらの「両側面は神学を意味する（しかし法学を除外しない）『経験的知識』と称されるイルム（*ilmu*）、ならびに法学を意味する（神学に基礎をもつ）『理解』と称されるフィクフ（*fiqh*）」との相対的な用語を用いて区別⁽¹⁶⁾されることになったのである。ここに、ムスリムの道徳的・倫理的規範と区別された、権利と義務をその内容とする法体系が確立するにいたったということができ、イスラームにおける法の研究の対象が認識することができることになった。⁽¹⁷⁾ということも許されよう。だが、このことは、なにも、法と宗教の表裏一体の緊密性というイスラーム法の特徴を变容させたものでないことはいうまでもない。この特質は一貫して強く持続されたものである。⁽¹⁸⁾ただ、この区分という成果が、イスラーム法学をより発展せしめたということに意味がある、ということである。ちなみに、小稿に関係のあるインド・ムスリムにとってイスラーム法とは？という問題についての代表的見解は、みぎの問題を明白に物語っている。すなわち、「ヒンドゥ法およびイスラーム法は、宗教と容易に分離することのできないほどに、その深奥において宗教と密着した法である、ということを銘記すべきある」と規定づけた。⁽¹⁹⁾そして、さらに、シャリーアによって分離された人間の行為の態様について、それらの規範が単に道徳的なものなのか、ある

いは法的強制を伴なうものなのか、を慎重にみきわめるべきだという点を強調した。なぜなら、「もし、法的に、この区別が忘れられれば、不可避免的に誤りと混乱が生ずる」からである、と。⁽²⁰⁾

三 さて、みぎにイスラーム法が、その本質において「宗教法」である、という意味内容を考察した。しかし、イスラーム法の近代化という問題にとって最も重要な点は、「宗教法」あるいは「天啓の法」である、という西欧法と比較した特質から導き出される論理的帰結に関する考察である。

イスラーム法は、神の啓示に由来する諸規範の総体である、と規定づけられているように、「天啓の法」である。そこに、「西欧における法は本質的に世俗的であるが、イスラーム法は本質的に宗教的なものだ」と説かれるゆえんである、ということについてはすでに述べた通りである。この世俗的な法と宗教的な法という区別の基本的な意味は、「不変の法」か否か、という点に存するといえよう。このことは、西欧におけるいわゆる近代市民法が、周知のようにキリスト教の影響を受けたローマ法あるいはカノン法の多くの条項を継受しながら、なお、世俗法として位置づけられるという意味から理解することができよう。すなわち、西欧法は、それが形成された方法——国王、議会、共同体のリーダー、または社会的慣行が、その法が一般的に人々に善いものだと考えれば法を制定するが——と同じ仕方において「——諸事情がそれを要求するならば、この法律が変更されうる」からである。換言すれば、「——それを立法化した同じ権威者によって容易に変更しうるところの人間の世俗の法律」であって、ときには、憲法違反のゆえをもって、最高裁判所によってさえ廃棄されうるというところに、世俗法たるゆえんが存するものといえる。⁽²¹⁾

これに対して、「イスラーム法は、本質的に異なっている。というのはイスラーム法は根本的に「神の法」Divine Law とみなされているからである。それゆえ、イスラーム法は基本的に不変の法として」⁽²²⁾の性格をもっているとい

うことになる。換言すれば、現在ある一切の法は、唯一神アルラーにまで遡り、アルラーが予言者ムハンマドを通じて啓示したものであり、法は、人間に対しあらかじめ最終的に与えられたものと理解される。いわば、社会がその法にしたがわなければならないのであって、西欧法のごとく、社会生活上の一定の要求にしたがって、一定の法を社会がみずからの力で生み出す、ということが許されないものと理解しなければならぬ。まさしく、イスラーム法は天啓の法であり、「それ自身有効性をもつ超越的な法」⁽²³⁾「Transcendental Law」としての性格をもつ。そこにイスラーム法は、理念的・本質的に「不変の法」である、という命題が帰結されることになる。そこに、イスラーム社会に対する「教義と宗教の一部である法制度の硬直化と停滞によって、一路頽廢の途をたどり、その結果一八世紀以来近年まで列強の侵略にさらされる運命を招いた」というような一般的評価がなされる出発点を見ることができよう。⁽²⁴⁾

四 さて、それではみぎのような性格をもつイスラーム法のいわゆる「法源」とはなにかが、つぎに問われなければならない。H・A・R・ギブをして「その法体系こそ、論理的な完璧さという観点から、人類のなしとげたなかでも、このうえなく整然とした論証の事業」と評価された⁽²⁵⁾イスラーム法の体系は、フィクフすなわちイスラーム法学が形成されていく過程において追求された素材を求めることによって理解することができよう。これがいわゆる法源論である。

イスラーム法の法源は、コーラン *Koran*、スンナ *Sunnā*、イジュヤー *Jimā*、およびキヤース *Qiyās* である、と一般に説かれている。⁽²⁶⁾

第一の法源は、いうまでもなくコーランである。コーランとはイスラーム法の聖典であるが、それはアルラー自身の言葉を内容としており、ムハンマドが天使ガブリエルを通じて受けた天啓の集録である、とされている。しかし、

しばしば誤解されるように、イスラーム法の具体的な規範がすべてコーランから直接導き出されるものではない。というのは、厳格な意味において法的重要性を直接有するとされる章句は、コーランの中にはわずかに散見されるに過ぎないからである。イスラーム法の規範は、直接、コーランの章句に由来するというよりは、慣行から生まれることが多い。ただ、それらの規範の各々が、結局はコーランという基本的な法源へと帰因するという点において、文字通り根本規範として位置づけられることになる。このように、コーランが無謬の原泉として位置づけられるのは形而上学的、先験的なところに理由がある。⁽²⁷⁾このように、直接的な法源としては機能しないコーランを補なうものとしてスナナが第二の法源として位置づけられることになる。スナナとは、ムハンマドの言行、すなわち、ムハンマドの言葉、行為、そして黙認（ムハンマドの面前で許されたこと）を指称するものとされている。スナナというのは、元来、アラブの古い慣行を指称するものとされていたが、イスラーム暦一世紀になって、神の靈感を与えられたムハンマドの言行の総体と理解されることになり、第二の法源としてその權威を認められるようになったものである。スナナの無謬性は、形而上学的というより結果論的・論理的なものだといえよう。⁽²⁸⁾しかしながら、これら二つの法源では、時代と共に日常生活の種々の要請に應えることはできなくなってくる。そこに、見解の一致（イジュマー）と類推（キヤース）が法源として登場する、と説かれる。とりわけ、偉大な法学者による合意（イジュマー）は、神の声の表明とみなされるようになった。⁽²⁹⁾それは、個人人は誤ることはあっても偉大な法学者の集団が誤ちを犯すことはない、ということによって根拠づけられることになる。キヤースとは、コーラン、スナナまたはイジュマーの新たな類似事件に対する類推適用である。

問題となるのはイジュティーハード⁽³⁰⁾（個人的解釈）が法源として認められるかである。これを認めないというのが

伝統的な見解である。というのは、時代を経るにしたがって、未解決の問題は、権威を獲得したイジュマーによって解決されていき、その諸解決が神法の一部を構成し、後の時代の批判を許さないものとなっていったからである。こうして、イジュマーの決定は取消すことの不可能なことに属し、ほぼ九世紀（ヒジラ暦四世紀）にいたり、すべての問題が討議しつくされ、決定されたという意識が確立され、未解決の問題がなくなっていた。こうして「イジュティハードの門」は閉ざされることになった。もともと、ムジュタヒド（一定の資格のある法学者）は、理論的には、イジュマーの成立していない範囲においてのみイジュティハードの権利を認められていたに過ぎないからである。⁽³¹⁾ かくして、どれほどの顕著な法学者も権威ある一定の資格ある解釈者であるムジュタヒドの資格をもたないことになり、その仕事は以前の決定を記録した法学書に注解を付すること——タクリード Taqlid——に限定されていった。

この他の法源については、古典的なイスラーム法では論じられることはないが、A. A. A. Fyze が、実質的な法源として無視し得ないものとして挙げていることがらについて記しておくことにしよう。ただし、インド亜大陸におけるイスラーム法の理解に資することになるであろうからである。その一は、前イスラーム社会の慣習である。その二は、ローマ法の若干の部分である。その三は、いわゆるアダット法 'Ada, or 'adat, すなわち、土着の慣習法（これは外見的にはイジュマーにもとづいて認められた）である。最後に指摘したものは「多くの制定法にみいだされる、正義、平衡および良心」という表現によって導入された⁽³²⁾「イギリス法の原則の存在である。小稿の目的にとって、この最後の指摘は重要な意義をもつものといえよう。⁽³³⁾」

五 最後にイスラーム学派の分派について簡単に紹介しておくことにしよう。学派の発生は、コーランとスンナから演繹される規則に関する意見が分かれたことから生じた。これは、イスラームの教説が、さきに見たように、精緻

な体系に作り上げられるまでに長い時間を必要としたこと、したがって、その体系化は流動的であったことに依存しよう。さらに、イスラームがきわめて広い地域にわたって拡大し、その結果、その地域が多様な実践を有し、イスラームがアラブに限定されていた場合と異なり、しばらくの間、その流動性を保持しなければならなかったという歴史的事情に由来しよう。ここでは、現在、四大正統学派と称せられているスンニー派のハナフィー派、シャーフイ派、マリーキー派およびハムバリー派があり、シーア派をはじめとする異端派も存在する、ということを書きとどめる。ただ、このイスラーム学派の分派という性格が、イスラーム法の近代化に機能したということを書きとどめたい。⁽³⁴⁾なお、小稿の対象となるインド・ムスリムまたはパキスタン・ムスリムはそのほとんどがハナフィー派に属するムスリムであることも留意すべきであろう。インド・ムスリムの基礎を築いたムガル王朝は、ハナフィー派に属していたのであり、カーディ(裁判官)はハナフィー法を執行すべく任命せられていたからである。そして、この原則は、一応、インドを支配したイギリス当局によって——限局された分野とはいえ——踏襲されたからである。

(30) 「イスラーム法——アラビア語ではシャリーア——は、神の啓示から派生する諸規範の総体である」。Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Band I, 1971, S. 435. ツヴァイゲルト/ケッツ(大木訳)『比較法概論』原論下六六七頁より引用。

(31) Zweigert/Kötz, a. a. O.; S. J. Schacht はこれを「おのづかに定義づけ、シャリーアという意味を明確に定義づけている。原文のキチ記述は以下の通りである。

Islamic Law is the totality of God's commands that regulate the life of every Muslim in all its aspects; it comprises on an equal footing ordinances regarding worship and ritual, as well as political and (in the narrow sense) legal rules, details of toilet, formula of greeting, table-manners, and sick-room conversation? J. Schacht, *Law and The State, The*

Legacy of Islam edited by the late Joseph Schacht with C. E. Bosworth, 2nd edit. 1974, p. 392; A. A. A. Fyze, op. cit., p. 16; Ahmad Ibrahim, op. cit., p. 1.

(10) この相違を本文において述べるような一般論としてはなく、西欧における法学者のいわゆる「法」論の中で——たとえば、イギリス分析法学者の始祖であるオースチンの「法」の理解の仕方が、イスラームの法の概念を説明しうるか、という方法論——イスラーム法の観念を説明する⁶、というユニークな説明を試みるのは、J. N. D. Anderson, op. cit., (1959) p. 5. 拙稿「近代社会におけるイスラーム法」について(一)「法学研究」一七卷三号一八頁以下参照。

(11) Ahmad Ibrahim, op. cit., p. 396.

(12) J. N. D. Anderson, op. cit., (1959), p. 2.

(13) A. A. A. Fyze, op. cit., p. 16 citing Snouk Hurgronje view's according Goldziner. シャリーアが「義務の教説」たることをするのは「ムスリムのすべの地上的営為を規律しようとし、このようにしてムスリムに対して、その宗教的義務を果せ、よりよい世界における幸福な生活によって報いられることを保障する道を示そう」という宗教の根本的な要求を掲げているからである。Zweigert/Kötz, a. a. O., S. 436.

(14) A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 15; Ahmad Ibrahim, op. cit., p. 1.

(15) H. A. R. ギブ『イスラーム文明』(加賀谷寛訳)一〇〇頁。

(16) H. A. R. ギブ前掲書(加賀谷訳)一〇〇頁。

(17) このことから「イスラーム法すなわち正統的シャリーア(Sharia)とムスリムの法は必ずしも同一ではない」(福島小夜子「イスラーム社会」『法社会学講座』(二二八頁)という表現およびおまきに掲げたSchachtの見解も理解することができよう(前註(9)参照)。Ahmad Ibrahim は、フィクフという言葉がムスリムの用語の中でシャリーアよりも、われわれのいう「法」を表現する言葉としておなじみ⁷、と述べている(Ahmad Ibrahim, op. cit., p. 1)。したがって、イスラーム法の説明は、一般に、まず、第一にイスラーム法IIシャリーアを解説する。シャリーアが人間生活のあらゆる行動の規範だからである。そして、倫理的な法の性格は、人間理性によって感得できず、神の啓示に依拠するものとして把握される。したがって、そこで、イスラーム法の規範対象とする人間の行為をアルラーが定めた価値にしたがい、有名な五範疇に分類して説明が為される。ちなみにこれを記せば、① 信徒にとつて義務的な行為・ファルド fard ② 期待され、推奨される行為・マウンドゥップ

- Mandub ③ 是非を問われないう行為・シャイーズ Jaiz ④ 非難されるべきであるが禁じられない行為・マクルー Makruh ⑤ 禁止された行為・ハラーム Haram である。第二に、フィクフを説明し、その法源論におよぶこととなる。そして、端的にそのような表現をしよう。‘The Law in Islam is fiqh’¹⁰ A. A. A. Fyzee, op. cit., p. 14 et seq.; J. N. D. Anderson, op. cit., p. 2 et seq.
- (18) H. A. R. キブ前掲書 (加賀谷訳) 一〇〇〜一〇二頁。
- (19) 前掲註 (17) 参照。
- (20) Gobind Dayal v. Inayatullah (1855) 7 All. 775, 805 (A. A. A. Fyzee, Cases, p. 429 et seq.) に引く。著名な Mr. Justice Mahmood が示した見解である。
- (21) J. N. D. Anderson, op. cit., (1958) p. 3.
- (22) J. N. D. Anderson, ibid, p. 3, p. 36.
- (23) J. N. D. Anderson, ibid, p. 38; Zweigert/Kötz, a. a. O., S. 435.
- (24) 福島前掲二一七頁。
- (25) H. A. R. キブ前掲書 (加賀谷訳) 一〇二頁参照。
- (26) どの教科書においても、この四つの法源を挙げている。このような古典的な見解は、イスラーム法学の一分派であるシャーフイー派の始祖シャーフイ Imām Shāfi (七六七年〜八二〇年) によって提示されたものといえよう。コーランは、人間の行為を神意に適うものにしよとす一般的な倫理的・宗教的規範の基本的方針を示しているに過ぎない。そこにフィクフが成立した理由が存するわけであるが (だから、一般に ‘Fiqh or the science of Islamic Law is the knowledge of one’s rights and obligations derived from the Koran’……A. A. A. Fyzee, op. cit., p. 18 と説かれることとなる)、『この理解の仕方については、イスラーム世界が広大な地域にわたってひろがりをもってしたがゆえに意見の相違が生まれてくる。これが学派の成立であり、かつて、ムハンマドが「わたしの共同体における意見の相違は、アルラーの恵みのしるしである」と述べたことがらも称賛された事態であった。しかし、このような状況はイスラーム法を概観不可能な孤立した諸見解に分解させる危険をはらんでいるといえる。そこで、これに対処するために、統一的で確固たる法発見の方法を法学者に与えようとして提示したのが、この原則であった。ここに、シャーフイが、法源 Usul に関する学問の定礎者、あるいはイスラーム法学の古

典理論の定礎者と評価されるゆえんが存する。A. A. A. Fyze, *op. cit.*, p. 34; Zweigert/Kotz, a. a. O., S. 674°

なお、このほか、法源についてイギリスの研究を総合した詳細なものとして Ahmad Ibrahim, *op. cit.*, p. p. 1~45. 法源論としては、H. A. R. ギブ (加賀谷寛訳)・前掲書九八~一一八頁をその代表的なものとして挙げるべきであろう。

(27) すなわち「人間理性の不完全さ、ならびに人間理性の力だけでは、善なるもの、あるいはいかなる実在の眞の性質も認識することは到底不可能であるという信念を前提とする。このようにして絶対的な善と悪とは、諸予言者に媒介された神の啓示を通じてはじめて人間に認識可能となる」と。H. A. R. ギブ前掲書 (加賀谷訳) 一〇二頁。Cf. A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 15.

(28) 『コーラン』は、比較的短かいものであり、しかも、社会の個別的な問題、たとえば法の問題に直接関連して構成されてはいない。したがって、これを入念に体系化し解釈することが必要になってくる。信頼できる唯一妥当な解釈者は啓示を媒介した予言者ということにならう。しかも、予言者は『コーラン』自体によっても、書かれた「書物」を授けられただけでなく、「偶発的事件に適用する」「知恵」(ヒクマ)をも、もっていることになる。その結果、予言者の行動と言語は、一連の信頼できる語り手に伝達されて、一種の『コーラン』の注釈、補足の役割を与えられた」H. A. R. ギブ・前掲書 (加賀谷訳) 一〇三頁。Cf. A. A. A. Fyze, *ibid.*, p. 20.

(29) イジュマールは、もともとムスリム共同体の素人も法学者も含む見解の一致であった。たしかに、ムスリム共同体においては、神と人間との間に介在する聖職者の存在を是認しなかった。だが、イスラームの体系が確立するにつれ、キリスト教会におけると同様の社会的・宗教的権威を獲得した聖職者層を形成した。これが「学識ある者」「博士」の階級である。こうして、イジュマールは、時代の経過と共に、「学識ある者」「博士」のウラマー達の見解の一致へと変質していったことに留意すべきである。詳しくは、ギブ・前掲書一〇六頁、同一〇七頁参照。A. Ibrahim, *ibid.*, p. p. 21~23; Cf. Zweigert/Kotz, a. a. O., S. 440.

(30) イジュティハードを英訳するに、independent judgement, reasoning, striving with full exertion と訳せらるるが、一定の資格のある法学者 (ムジュタヒド Mujtahid) による『コーラン』と「スンナ」の個人的解釈を意味する、*tafsir* である。(31) 「個人的解釈 (イジュティハード) の権利は、理論的には、いまだイジュマールが成立していない問題に限定された。残された解釈の余地は、世代を下るに伴って縮小したために、後代の学者は、以前の決定を記録した法学書に注解を付することにまっぴら限定された。イスラームの法学権威者の大多数の見解によると、『イジュティハードの門』は、それによって永遠に

閉ざされたのであり、どれほど顕著な学者も、それ以後は、法の權威ある解釈者、ムジュタヒドの資格をもたないことにならう。キーン(加賀谷寛記)前掲書一〇九頁。 Cf. Ahmad Ibrahim, op. cit., p. 88.

(32) A. A. A. Fyze, op. cit., p. 22. なお、最後の英法の導入については Majeed, Indian Muslims, p. 37. 詳細なものとして Bishwa Nath Pandey, The Introduction of English Law into India, 1967. を挙げるのがよい。

(33) この点を端的に説明するのは、ツヴァイゲルト/ケッツ『比較法概論』である。すなわち、「かつて植民地帝国の直接的支配下にあつた諸地域においては、その発展は、別な仕方で行進した。なるほどどこでも、常に、回教徒の紛争に対してはシヤリーアの諸規範が適用されるものと認められていた。しかし例えば英領インドの場合、司法は、イギリス人の裁判官またはイギリスで養成された裁判官に——最終審としては、ロンドンにある枢密院(Privy Council)の裁判官たちに——委ねられていたので、イスラーム法は、次第次第にコモン・ローのさまざまな影響を受け入れたのであり、しかもそれは、今日まさに『アングロ・ムハンマド法』(“Anglo-Muhammadan Law”)といえるほどの程度においてであった。すなわち、裁判官たちからみれば、シヤリーアの諸規範が欠缺を含み、解釈を加える必要があり、時代遅れのものであり、或いは『正義、衡平および良心』と両立しえないもののように思われた場合には、かれらは何時でも——しばしばまったく無意識的に——自分たちが熟知しているコモン・ローの諸原則や諸概念にまで遡つたのである」と。ツヴァイゲルト/ケッツ前掲書(大木訳)六七八頁。 Zweigert/Kötz, a. a. O., S. 443.

(34) 学派については、遠峰四郎『イスラーム法序説』六頁以下参照、H. A. R. キブ前掲書第七章(一一九頁以下)。A. A. Fyze, op. cit., p. 32 et seq.; Ahmad Ibrahim, op. cit., p. 119~146 に詳細に紹介されている。イスラーム法は不変の法である、という点から、その硬直性にも目を奪われるとき、イスラーム法の近代化の本質を見失なうであろう。学派の分裂という事実をもってしても、イスラーム法はその当初から現実には発展したことが解る。さらに、近代にいたつて中洋諸国におけるその近代化のプロセスは、このことが大きく働くことになった。

三 中洋諸国におけるイスラーム法の発展

一 イスラーム法は、単なる宗教法というよりは、唯一神アルラーによって啓示された「天啓の法」であり人智のおよばない超越的な法である。したがって、理念的には、その本質上「不変の法」である、ということについては前章で述べた通りである。しかしながら、それがムスリムの生活のあらゆる側面をカバーする法、すなわち、ムスリムにとつての価値体系および生活体系であるとき、ムスリム共同体の変遷と共に、イスラーム法がそのままの形でその社会の変遷に適応しうべきものでないことも当然といえよう。目を現実の歴史に転ずるならば、ムスリム社会の中心地である中洋諸国では、すでに一九世紀から、その司法制度および法は大きな変革を経験してきた。理念として不変のイスラーム法がどのように変遷してきたのか、という点について、パキスタンの一九六一年ムスリム家族法典制定にいたる年代までを小稿の必要な範囲内で概観してみることしよう。

一九世紀後半から今世紀は、ムスリム共同体の歴史にとつて、きわめて特異な過程であったということができよう。西欧からの「衝撃」である。西欧からの政治的・経済的・文化的侵入、そして、よく説かれるように、アラブ世界とくにエジプト自体の内からの覚醒によつてもたらされたムスリム社会の近代化、そして国際社会への本格的登場という現代的脈絡の中で、イスラーム法の近代化、あるいはその現代への適応性・変遷をみることにしよう。さて、それでは「西欧からのイムパクト」に直接さらされることになった一九世紀後半から今世紀にかけて中洋諸国におけるムスリム共同体の変化は具体的にイスラーム法にどのような変遷をもたらしたのであるか。まず、この点について、

大雑把に考察することにしよう。

その基本的な変革の第一歩は、一八五〇年代に始まったということができよう。それは、司法制度の改革という現象である。基本的には、裁判所が、シャリーア裁判所とならぶ世俗裁判所を設置するという二元的構成を採用せざるを得なかったという歴史的事実である。それゆえ、この世俗裁判所で適用される諸法典を西欧社会から導入する、という法典化作業が要請されることになる。こうして、ムスリム共同体において、イスラーム法適用の生活領域と、西欧の法の影響を受けた生活領域とに「法の分極化」が行なわれることになった。まず、この二点を挙げる事ができよう。⁽³⁵⁾この変革すなわち法・司法制度の分極化現象は、イスラーム法の近代化・現代化にとってきわめて意義深いものであることに留意しなければならない。なぜなら、旧くは、西欧からのイムバクトに対するための施策として、新しくは、分極化が再編・統一化されるといふ現代的過程において果したこの機能に留意すべきだからである。⁽³⁶⁾

みぎのことは、具体的には、一九世紀に敢行されたオスマン帝国における法典化作業にその一典型をみる事ができよう。オスマン帝国の当局者は、西欧に範をとって一八五〇年に商法典、一八五八年に刑法典、一八六一年に商事手続法典、一八六三年に海商法典を制定した。ナポレオン侵略によって、西欧への目をみひらいたこれら諸地域の近代化への道を急ぐ要請は、西欧との接触・交流を自他共に余儀なくされることとなったのである。そのためには、みぎに掲げた領域の法制度の整備は是非為されなければならなかったものといえよう。なぜなら、近代取引社会に適応しうる法制度はイスラーム法には欠落していたというべきだからである。さらに、イスラーム刑法の厳しさは人も知るとおりであるが、西欧社会との交流、そして自国の近代化を標榜するこれらの国々の指導者層にとってはその改正も急務であったといわなければならない。けだし、西欧との交流によって、西欧人を含む非ムスリムの増加、これら

の人々は、イスラーム刑法の苛酷な刑罰から解放されなければならなかったし、イスラーム法と近代市民革命以降の西欧の法律制度との較差が刑法ほど著しいものはなかったからであろう。

だが、これらの立作法業は、イスラーム法を否認する、という形態によって行なわれたわけではなく、これに付加する、という形式によって行なわれた、ということに留意すべきであろう。したがって、理念としては、イスラーム法とこれらの法とが併存していたとすることができる。たとえば、その典型として、われわれは、一八六九年から一八七六年の間に行なわれた著名な法典編纂作業、すなわち、マジジャラ (Majala Megele) の制定にその基本的姿勢を看取することができよう。この法典は基本的な債務法に関する法については西欧の法典を導入して制定されたとはいえ、總体的にいえば、イスラーム正統学派のハナフィー派の立場に立つイスラーム財産法を基礎にして編纂されたものだからである。換言すれば、形式的には近代西欧法と同様に体系化された法典の体裁を採用するというイスラーム法制史の中で最も特筆される画期的なことではあったが、その原則なり戒律なりはイスラーム法におけるそれらを基礎として編纂・制定されたものであったからである。³⁷⁾ これらの状況を要約すれば (1) 商事法と刑事法に関する実体法およびそれを適用する裁判所制度を西欧化しイスラーム法にとって代ったこと、(2) 契約法および不法行為法の分野についても同様の評価ができること、(3) それに反し、家族法の分野については、旧裁判所 (シャリーア裁判所) で、旧原則にしたがって、旧式の方法でイスラーム法の専門家によって運用されていた、ということができよう。

みにぎにみたように、この段階をイスラーム法改革の第一ステップとして評価することができよう。³⁸⁾ けだし、この段階まで——一九一五年オスマン勅令公布まで——は、イスラームの聖なる法ともいべき家族法の領域にまで改革の波が押し寄せてはいなかったからである。しかし、このマジジャラ制定の過程に、それ以降の家族法改革にいたる萌

芽がみられることを見逃してはならない。というのは、マジヤッラは、すでに述べたようにオスマンの改革運動の一所産であるが、これは法典化に際してそのすべてを西欧の法制度に依存したのではなく、むしろ、常にシャリーアの原則、とりわけハナフィー派の意見を基礎にしてこれを法典化したものではある。しかし、その法典化作業は、当時、支配的な見解であったハナフィー派の原則だけをとり入れて制定されたものではない。それは、当該事項についてより合理的だといわれる制度であれば、他の学派の見解をも採用して法典化したところにその特質がある。それゆえ、これは後述するように、統治者は自己の裁判所の管轄権を限定したり制限したりする権利を有する、という伝統的なイスラームの原則を法的正当性のあるものとして明白に基礎づけるにいたったといえることができる。³⁹⁾したがって、裁判所は個々の事件において最も権威あるハナフィー派の法理に拘束されて裁判することを原則とするが、統治者が公共の利益のために必要と考えれば、これと異なった学派の見解をも採用することもできることを示したのである。こうして、後述することく、統治者は特定の状況のもとでは裁判所の機能を全く奪うことも、またシャリーアにもとづく一定の要求に関する司法上の履行を拒絶することもできることを明白に示したといえよう。

二 中洋諸国における法の近代化の第二段階は一九一五年以降に属するといえよう。それは、ムスリムにとって、神聖な法領域ともいべき家族法の分野に、その改革の第一歩が記されることになったからである。その具体的表現は、一九一五年のオスマンの勅令の公布であった。これは、「イスラーム法の近代化」という問題にとって重要な意味をもつものといえることができる。なぜなら、一つには、この修正はムスリム共同体内部からの覚醒という要因によってもたらされた、という意味においてである。その二は、さきに掲げた西欧法の導入によってもたらされた商法の分野の法の修正は、いわば従来のイスラーム法において多かれ少かれ欠落していた部分であり、いわばイスラーム

ム共同体内部においてもいわゆる「法の適用の変更」⁽⁴⁰⁾ または「補充」という形で受けとめることのできた分野である。しかし、この家族法の改革は、ムスリム共同体を形成している核ともいふべき「家族」の法について、——それゆえ神聖な領域といわれる——その修正を試みるものであった。これは、まさしくイスラーム法それ自体の修正を意味するからである。その改革を試みたのは何故か。J・N・D・アンダーソンは、イスラーム離婚法の改革にふれて、端的にそれは、「——多くのムスリムの妻たちの惨めな状況であった。——というの、最も権威のあるハナフィー派の見解に依拠すると、年々夫にうとんじられるようになっても妻は法律上婚姻を解消する権利がなかったし、また、もし仮に、ライ病とか精神病というような肉体的または精神的な欠陥のある男であるということを知らずに結婚をしたとしても妻には婚姻を解消する道がなかった」からであり、このような状況の解決のために、さきに述べたオスマンの勅令が出されることになったと説明された⁽⁴¹⁾。その結果、たとえば、妻からの離婚請求を原則として認めず、夫の専断的離婚権（タラーク）の前に保護の与えられていない妻に対して、正式にはハムバリー派の理論を基礎としたものではあるが、遺棄された妻からの婚姻の解消の請求を認める、というような妻の保護に関する具体的な改正がみられることになった。その具体的内容はともあれ、この勅令の公布は、伝統的な正統派のイスラーム法の原則に介入することによって、神聖かつ不変なイスラーム法が社会の発展に対応して変革しうる、ということを示した点において重要であった。ただし、「——一たん厚い壁を破ると進歩は急速に早まった」からであり、その結果は、一九一七年オスマン家族権法 The Ottoman Law of Family Rights, 1917 の制定・公布を促がすことになったからである⁽⁴²⁾。

さて、このオスマン家族権法の特色は、つぎのように要約することができる。すなわち、(1) 相続に関する規定を除けば、人事および家族に関する法を包括的に規定したこと、(2) 正統ハナフィー派の原則ばかりでなくス

ニー派の他の学派の原則からも抽出して規定が作成されたこと、(3)本法の執行を担保する規定を設けたこと、換言すれば本法を遵守しない場合は刑法上の罰則を科されること、そして、(4)本法の中にユダヤ教徒やキリスト教徒に関する特別規定を設けたことを挙げる事ができよう。こうして、中洋諸国に大きな影響をもたらすことになったオスマン家族権法は、きわめて体系的かつ包括的に、しかもムスリムに関する家族法の原則もハナフィー派の見解ばかりでなくその他の学派の見解をも基礎にして制定されたものであった。

みぎに概括的な紹介を試みたオスマン家族権法を基礎に、中洋諸国における家族法に関する改革作業が展開されたのは一九三〇年以降に属する。しかし、実は、イスラーム法の本格的な改革は、一九五〇年代にいたってからのことだということに留意すべきである。

そこで、まず、オスマン家族権法およびそれにつづいたエジプトの改革立法を基礎にして発展したイスラーム法の改革、換言すれば、一九五〇年代にいたるまでの中洋諸国におけるイスラーム家族法が具体的に改革した諸点を論点式に概観してみることしよう。

その一は、一夫多妻制に関する。周知のごとく、この制度は、イスラーム婚姻法の際立った特色として理解されているが、その根拠はコーランの章句に存する。この点について、近代以後のムスリムの法学者は、これを許容規定ではなく、禁止規定の本質をもつものだ、と説く点では一致していた。⁽⁴³⁾それは、「——もし妻が多くては公平にできないようならば一人にしておけ」(コーラン第二章第三節)というコーランの章句を抛りどころにしたものであった。しかしながら、一夫多妻制は、ムスリム共同体における長い間の慣行とコーランによって明瞭に認められているために、その改革への断行は一九五〇年にいたるまでみられなかったといつてよい。

一夫多妻制については、さらにもう一つの点を挙げることができよう。すなわち、婚姻契約に際して新しい妻を迎えない、という特約を付した場合の効力如何である。イスラームにおける婚姻の概念は、周知のごとく、民事契約 civil contract として位置づけられる。この点に関してムスリムの法学者は一致して強調する。⁽⁴⁴⁾ そうだとすれば、婚姻契約に際して付された各々の契約条項がその婚姻契約にどのような法効果を生ぜしめるのかが問われることになる。この点について、イスラーム婚姻法の基本的な考え方は、ハムバリー派を別とすれば、契約全体について有効・無効という判断をせずに、当該婚姻自体を有効とし、ただ当該条項を無効とするものであった。換言すれば「新たな妻を迎えない」という条項はなかったことになるが婚姻契約それ自体は有効だとするものである。その理由は、婚姻の法効果というものは立法者ハッラーのお定めになったものであり、婚姻当事者の判断によってこれを変更するものではないとすものである。すなわち、一夫多妻制——新しく妻を迎え入れることができる——というのは天啓の書によって明確に認められているものである、というのがその基底にあるからである。だが、このような古典的な見解は、単に妻を不当にとりあつかうことを許し夫の専横を許容することだけに機能するものであって、ムスリムの近代主義者の許容する論理とはなり得なかった。オスマン家族権法は、その三八条でハムバリー派の見解を採用してこの点を改めた。⁽⁴⁵⁾ すなわち、シャリーアは一夫多妻を許容してはいるがそれを命じているわけではない。したがって、婚姻当事者間でこれを排する合意をしても無効となるものではない、ということになるからである。

第二は、男性側の専断的な一方的離婚宣言(タラーク)を許すというイスラーム離婚法の改革である。正統学派のハナフィー派の伝統的な見解によれば「妻は夫の一方的離婚を排除する方法がないばかりではなく、たとい虐待されようとも、一たん同居をはじめてしまえば自から婚姻解消をする司法上の方法」⁽⁴⁶⁾ がなかったからである。これを改める

には、二つのアプローチが考えられる。その一は妻側からの離婚請求を広範に認めていくという方法と、第二はこのタラークの形式へ関与し、夫の離婚権の濫用を禁ずるという方法によって達成することができよう。前者については、オスマン家族権法がマリーキー派の理論に依拠してこれを改め、中洋諸国のほとんどの国がこれを承継することになった。⁽⁴⁷⁾ 後者についても、同法は、酩酊状態または威嚇のもとに行なわれたタラークは法的効力がない、として、その改革が進められ、多くの国の承継するところとなった。⁽⁴⁸⁾

そのほか、幼童婚・強制婚を禁止する、という方向での改革も試みられ、さらに、近代医学の常識に反する正統イスラーム法の不合理な懐胎期間に関する原則についても次第に改革が行なわれることになった。⁽⁴⁹⁾

三 さて、みぎのような中洋諸国におけるイスラーム法の改革は、とにかく形式的には、イスラームの伝統的な原則にしたがい、いわば合法的に行なわれたものであるということに注目したい。ただし、周知のごとく、イスラーム法は唯一神アルラーの意思にもとづく「天啓の法」であり、したがってその本質上「不変の法」たる性格を有するからである。それでは、さきに述べた中洋諸国におけるイスラーム法の変革が、どのようにイスラームの原則に合致し、なぜ合法的なのか、ということが問われることになる。その特質が明瞭に指摘しうるものに局限してこれを考察することにしよう。その際、すでに述べた近代化の状況に関する説明とが重複することになるが、いかなる法原則にもとづいて改革が許容されたのか、という意味を明らかにするという観点から御寛容を願うことにしよう。

イスラーム法の改正が事実上なされていく法的な基礎づけは、いわゆるシャリーサの原則 The Doctrine of *Shari'ah* であるといわれている。シャリーサの原則とは、シャリーアの法に対位する政治的權威の位置づけを規定し、特にその政治的權威者に対して、その裁判所の管轄権を規制する行政的規則を制定する権限を与える⁽⁵⁰⁾、という原則である。この

ような行政的規則の制定権が政治的権威者にあるとすれば、近代社会におけるムスリム共同体の要請、すなわち西欧からのイムバクトに対応して、行政的規則を通じて、イスラーム法をそれに適応させていくことが可能となる。現実の変革の過程において、この原則は具体的にどのよう⁵¹に具現化していったかといえ、それは、二つの範疇に分つことが可能であろう。

その一は、政治的権威者は、同一の問題について種々の法原則が存在する場合に、その中から特定の原則だけを適用する旨を裁判所に命令することによって、裁判所の管轄権を限定するという方法である。その典型として挙げることのできるのは、妻側からの離婚請求の問題であろう。たとえば、妻側からの離婚請求の認められるのは、夫の性的不能を理由として妻が離婚請求をする場合にのみ限定する、というのが正統学派のハナフィー派の伝統的な原則である。これに反して、同じ正統学派に属するとはいえず、少数派であるマリーキー派によれば、妻は、夫の不治の病または伝染病、遺棄、扶養の懈怠または虐待行為を理由に離婚請求を為し得る、という原則を採用していた。オスマン・トルコのスルタンの庇護によって、ハナフィー派は中洋諸国全域にわたって、その正統派としての地位を誇っていたわけであるが、「婦人の解放」が唱えられるにいたった近代社会において、正当といえる妻からの離婚請求を認めるべきだとするイスラーム法の改革論者の意図は、この少数派の意見に依拠することによって達成されたことについてはすでに述べたとおりである。それは、まさしく外形的にはイスラームの原則にしたがって裁判したことであり、あるいはイスラームの原則を法典化したということである。この例は、さらにイスラーム婚姻法の特徴として喧伝されている一夫多妻制の近代化の過程に顕著に表現されている。すでに述べたように、一九一七年オスマン家族権法三八条は、婚姻契約に際して、夫が婚姻継続中に重ねて婚姻をしないという約定を付したときには夫はその約定に拘束さ

れ、もし夫がそれを破棄した場合には第一夫人は婚姻を解消しうる旨を規定した。「第二夫人をめとらない」という約定が有効か、という点については、ハナフィー派の伝統的な原則によれば無効な約定だと解されていた(シャーフイ派も同様である)。しかし、立法に際しては、これを認めていたハムバリー派の見解に依拠するという体裁をとってこれを改革したのである。これは、それに先き立つ二つの勅令と共に、中洋諸国のイスラーム法の近代化に大きな影響をおよぼすことになった。ただし、(1) 従来、不変と考えられていたイスラーム法の中でも、特に神聖な法領域といわれて改革の波が押し寄せていなかった家族法も時代の要請にしたがって修正しうることを公けに認めたこと、(2) イスラーム法学にとっては、従来、ムスリムの家族生活は、正統派のうちの主流であったハナフィー派の見解のみによって律せられていたにもかかわらず、ハナフィー派の原則では妥当な解決を導きだすことができない場合には、他の学派の見解に依拠して解決してもよいという原則を公然と確立したからである。これは、それと同時に、正統派スニ一四派で承認されている原則のうちで最もよいと思われる見解でも限度がある場合には、さらには異端派といわれていた学派の理論にその根拠を求め、さらには、各学派または学者の見解の融合のなかに解決の糸口を求めるといふ傾向を、その延長線上に認めることになったといえよう。さらに銘記すべきことは、これらの改革の方法は、イスラームの原理に依拠して修正されたものだ、と主張しうるという点である。そのことについてのみ、保守的なムスリムを説得しうるし、同時に、近代主義者自身みずからその改革立法を納得することが可能となるからである。ただし、J・シャットハットがいみじくも指摘するように、イスラーム諸国の近代主義者は、一方においては、イスラーム法に啓示された諸条項の宗教的またはイスラームの性格を否定したいと思う反面、他方では、コーランおよび伝統的なイスラーム法の他の原則を、——それが彼らの目的に適合していなくとも——なにか専断的かつ無理な解釈をすることによつ

て、蔑視することもできない。彼らはイスラームを放棄したわけではないからである。しかも、この方法に依拠することによってのみ、近代主義者は公的には、イスラーム法の本質をゆがめるといふ外、形だけはとらなくても済むことになるからである。⁽⁵²⁾

シャーサの原則の第二は、政治的権威者は、自己の裁判所に対して、特定の事件についての裁判をしてはならない、ということを通じてその裁判管轄権を制限する方法である。

その典型の第一として嫡出子の推定に関するイスラーム法の伝統的な原則についてみることにしよう。伝統的なハナフィー派の法原則によれば、離婚または夫の死亡による婚姻の解消後、二年以内に生まれた子供は嫡出子の推定を受ける。というのは、ハナフィー派の教義によると懐胎期間の最大限度は二年間と認められていたからである。それに対して、一九二〇年エジプト勅令法第二五号では、裁判所は婚姻解消後一年以上経過してから生まれた子供の嫡出性を争う訴訟をしてはならない旨を宣言した。その結果、近代医学に相応する懐胎期間を基礎にした嫡出子の推定規定が、イスラーム実体法にふれることなく、近代社会に適合して機能することを可能にした。第二の典型として、婚姻登録に関する問題をみることにしよう。婚姻登録は、とりわけ近代イスラーム社会に登場したものであって、古典的なイスラーム法学では余り論じられることのなかった事項に属する。しかし、この制度を利用することについて、近代的婚姻制度を実現する道を開いたことは注目される。ただし、婚姻登録をしていない婚姻当事者に婚姻法上の保護を与えないという形式によってありうべき婚姻制度を維持することが可能となるからである。たとえば、エジプトのシャリーア裁判所は、未登録の婚姻に関する離婚訴訟をしてはならないとして、夫からの専断的な離婚請求を排除することを可能にした。これは、本質的には訴訟上の証拠の問題といえるものではあるけれども、実体上の権利関係

に影響をもたらしたものである。つづいて、一九三三年、婚姻登録は婚姻当事者が一定の年齢すなわち新郎が一八歳、新婦が一六歳に達していない場合には受理されないものとし、この婚姻登録のない婚姻当事者は裁判所において婚姻上の争訟をなし得ないとした。その結果、イスラーム社会で、一般に認められてきた幼童婚が実質的には禁止されることとなり、後見人による幼童婚・強制婚は婚姻登録をすることができず、したがって、有効な婚姻としての保護が与えられなくなるからである。こうして、婚姻登録を婚姻契約の有効要件とすることによって幼童婚・強制婚の発生を防ごうという近代の法政策を実現することができた。このようなイスラーム法の発展は、いうまでもなく、スルタンがカーディ(Qadi(裁判官))の権限を——所、時、および管轄事項——限定できるというイスラーム法の古典的な原理に依拠したものであることはいまでもない。⁽⁵³⁾

四 J・N・D・アンダースンがいみじくも評価したように、「一連の巧妙に工夫された」作業⁽⁵⁴⁾によって、イスラームの法原則に適合する体裁のもとに、イスラームの改革が新しい時代に適應するために推し進められたことはみぎに述べたごとくであるが、それにも限界があったといえよう。ただし、さきに掲げたシャーサの原則の第一のカテゴリに属する方法では、少数派の法原理に近代的要請に相応するものがないときには機能し得なくなるし、第二の方法では、実体法はそのままにしておくという方法であるので、いきおい限界に直面するのは当然であった。とりわけ、イスラーム婚姻法の際立った特色といわれる、(1) 一夫多妻制と、(2) 夫からの専断的な離婚宣言(タラーク)は、手続的規制という範疇での本格的な改革を試みることは困難であったといわなければならない。この婚姻制度は、まさしく「二三世紀以上にわたって、イスラーム家族法の構造のゆるぎない支柱として存続」⁽⁵⁵⁾しつづけてきたものであるからである。そして、イスラームというコンテクストからいえば、それは単に長い間存続してきた伝統とい

う付加的なだけの問題ではなく、これに手をふれるということは、イスラームの根幹に関わりをもつ根本的な法的原理の修正というきわめて重要なことがらを含んでいるといえるからである。けだし、これらはコーランの啓示により明瞭に承認されている制度であり、イスラーム法は唯一神アルラーの天啓の法であり、その本質上、不変の法だからである。とりわけ、その婚姻法はムスリム共同体の中核を形成する家族に関する法である。したがって、「一連の巧妙に工夫された」作業では、ムスリムにとって神聖な法領域の全き改革は困難というべく、より基本的な新しいイスラーム法思想の展開、その裏付けが必要となる。

中洋諸国において、これらの問題について具体的かつ痛烈にその改革を提唱した近代ムスリム思想家の代表者の一人として、ムハマッド・アブドゥウ Muhammad Abduh (一八四九年～一九〇五年) を挙げることに誰も異論をみないであろう。けだし、その影響力、およびその思想の明析さ、そして何よりも、ムスリム共同体がいままさに転換しようとした歴史上の一時点に登場した人物である、ということができるからである。

アブドゥウは周知のように、新ワッハブ派(新復古主義⁵⁶)といわれるように、コーランと真のハディースに還ることを説きイスラームの近代化を説いたことで知られている。彼は、イスラーム社会における内的改革および外的防衛を融合させ、一九世紀におけるムスリム社会の中心人物として、パン・イスラミズムを推進したジャマール・アッディーン・アフガニー Jamal al-Din al-Afghani (一八三九年～一八九七年) の高弟であり、ギブの説明するように「——宗教の改革、およびイスラームの教義の再構成を政治的なものから分離させる洞察力を備えた」イスラーム近代化の指導者であった。その主張は、『コーラン』と『スンナ』という聖典の重視であり、旧きイジュマを否定することを許容するところにあった。すなわち、その主張が、宗教思想における理性の権利の再主張であれば、表面的にはき

わめて「硬直性」¹¹「不変性」を根幹としていたイスラームの体系に「柔軟性」を回復することになり、伝統の再構成というイスラームの近代主義、いわば中世的観念にとつて代つて、近代的観念をもつてイスラームの教義の再構成の可能性を基礎づけることになったのである。このような考え方は、小稿の目的である婚姻と離婚についての解釈に、はやくも一八九八年に示されたといわれている。すなわち、伝統的な聖典の解釈の否定であり、「イジュティハードの門」の再開の要求である。⁽⁵⁷⁾

第一は、一夫多妻制に関する。これを許容するコーランの啓示は、従来考えられていたように許容規定ではなく、禁止規定的な章句として理解するという姿勢である。その具体的な表現は、コーランの訓えである。すなわち、もし公平に取扱えるなら四人の妻を迎えてもよい（公平にできないようならば一人だけにしておけ）、という公平という条件を単なるモラル・インジャンクションとしてではなく実法的な条件・法的なそれとして位置づける、というところにあった。

第二は離婚に関する。すでに述べたように、イスラーム離婚法の特質は、専断的な男性側の離婚宣言（タラーク）を認めるというものであった。この専断的離婚を認めるべきではない、という近代社会の要請を直接コーランの章句に求めようとした。すなわち、コーランは、夫妻が不和になったときには第三者の調停に委ねるべきことを啓示している（コーラン第二章三九節）。そうだとすれば、夫がタラークを宣言する、ということ以上の夫妻の不和というものがあるだろうか？　そして、裁判所以上に公平な仲裁人というものがあろうだろうか？　という問いかけに答えることが必要となってくる。その結果、裁判所の同意が、離婚に際しては必要になってくる、という新しい解釈が導き出されてくることになる。それゆえ、裁判所に、夫の離婚の動機、または離婚される妻の財産的状况を考慮する権限が

与えられ、夫の恣意的な離婚から妻を保護するという社会的要請に応じることのできる、イスラーム離婚法の新しい法解釈が主張されたのであった。

しかし、このような急進的な主張は、当時の矛盾した社会的状況、とりわけ、女性の地位の低さを背景として多くの人々の心をとらえることにはなつたが、なお、ただちに承認されることにはならなかつた。けだし、イジュティハードの権利を公然と主張することは、一〇世紀以上にわたって、これを否認していたムスリム社会の伝統——「イジュティハードの門は閉ざされていた」——を徹底的にうち破ることになるからである。したがって、この新しい理念にもとづく改革のアプローチの「躊躇しながらの現実化の第一歩」⁽⁵⁸⁾が記されたのは、実に一九五三年になってからのことであつた。それは、一九五三年シリア身分法の制定にみることできよう。N・J・クウルスンが、それは「躊躇しながらの第一歩」であると適切にも表現したように、それは、必ずしも妻を夫の専横から明確に保護するまでにはいたらなかつたが、きわめて進歩的なものであつた。というのは、(1) 一夫多妻制については、第二夫人をめとる場合には裁判所の承諾を必要とする、とするものであり、裁判所の承諾は夫が複数の妻を妥当に扶養しうる能力があるときに与えられる、というものだからであり、(2) タラークについては、それが公正または妥当な動機にもとづかずに行われ、かつ妻を害する場合には、裁判所は離婚された妻に最高一年を限度とする扶養のための補償を与えることができる旨を規定した、に過ぎないからである。すなわち、これらの改革は、コーランの明文において認められている一夫多妻制に裁判所の関与を許しそれに実質的な制限を加えたという意味において、大きな前進であつたと評価することはできるけれども、それを制限するという機能を「目的をコーランの啓示通りに「夫の財政能力」に依拠するという方法によって達成しようとしたために、結局「一夫多妻を富める者の特権」としてしまった、という

評価も存することになろうからである。⁽⁵⁹⁾

しかしながら、シリア身分法は、イスラームの保守主義（サウディ・アラビアの例）とその全面的な放棄（トルコの例）の立場との中間的な立場にある国々の改革方法の極限にまで到達していた改革であった、と評価できることに留意すべきであろう。というのは、シリア身分法にいたるまでの中洋諸国の改革諸立法は、オスマン家族権法およびエジプトの改革立法を土台としたものであり、多かれ少なかれ、なお、伝統的なイスラーム法の原則——たとい異端派の原則であろうとも——の採用という方法によってのみ達成されたものだからである。これに反し、シリア身分法は、二人目の妻を公平に扶養しうるか、というような夫の財政的な条件を付してこれを認めているという意味においてなお伝統的な旧いイスラーム婚姻観を尾にひきずりながらも、コーランに新しい解釈——イジュティハードの門の再開——を導入したという点において、特筆すべきであろう。これは、さらに西欧的立憲主義に立ち民族運動を盛り上げていた令名高いチュニジアの家族法の改革立法へと結びついていったものと思われる。一九五七年一月一日に施行されたチュニジア身分法「Tunisian Law of Personal Status」は最も急進的なイスラーム家族法典だと評価されているが、⁽⁶⁰⁾その一八条において一夫多妻は禁止されるにいたったのである。さらに、シリア身分法は、後述するように、パキスタンの婚姻・家族法委員会「Marriage and Family Laws Commission」設立の前年に公布されていることは興味深い。いずれにせよ、一九五〇年代のイスラーム世界の家族法の改正は、その国際関係、ムスリム諸国家間の交流関係の緊密さを背景として敢行され、公然とはいえないにしても、次第にイジュティハードの門の再開を認める傾向に立ちながら改正されていった、というところにその特質が存するということができよう。⁽⁶¹⁾

(35) この時期は、一方においてオスマン帝国の支配力の弱体化と共に、西欧列強の政治的支配力の強化された時であった。他方、ムスリム共同体の新しい指導者層は西欧列強との競争にかちぬくためには、行政と司法との徹底的近代化をはかる必要があると考えていた。そのような関わり合いの中でイスラーム法の改変は、原則として「不変」、すなわち、立法的干渉を許さないというイスラーム法のテーゼの中で比較的良好的な条件をもつていたともいえる。その一つは、イスラーム法の伝統の中には、前述したように、国家はムスリム共同体の外面的諸条件を規制する権能があるものとされており、したがって、裁判所組織および公法部門については比較的改革に着手しやすという点であり、その二は、西欧列強の要求である商取引法関係の法制については、イスラーム法自体不完全分野ともいえるのであって、そのような西欧——特にフランス——の法典の導入は比較的ムスリム共同体の保守層との衝突を回避しうる条件にあったともいえるからである。

(36) すなわち、① 世俗法裁判所とシャリーア裁判所という裁判所制度の分極化→② シャリーア裁判所と世俗裁判所に適用される法の法典化→③ 裁判所の統一化・統合化という経過を辿る。その場合、②の段階において ① 法典化に際し新しい価値理念を新しい法典に導入することができる。④ 法典化が完成すれば、旧き裁判官の助けを借りなくとも、新しい西欧的教育を受けた裁判官による裁判が可能になり、そこに新しい価値理念にもとづくイスラーム法(家族法)の解釈の可能性が生まれてくる(エジプトはその顕著な一例であろう)。③の段階は、これももつと明確な制度的保障のもとで進められることになろう。とくに最後の段階において、これらの国々が、ナショナリズムと結びつけて達成されたことを看過すべきではない。それは、つぎのように説明することができる。後述するように、一九一五年以降、シャリーア裁判所と世俗法裁判所の溝が、各々の法廷において適用される法の法典化が完成するということによって、せばめられてきたという歴史的背景の中で、ナショナリズムの興隆が現代にいたってその潮流を一気に推進したということである。ただし、ナショナリズムは、対西欧列強に対するものである。それは、国内の内部的統一を志向することになる。その結果、司法制度の一元化も一気に推し進められることになろう。そのことは、エジプトの革命政権下の司法統一化の動向(一九五五年)にその典型をみることができよう。cf. J. N. D. Anderson, *op. cit.*, p. 95. 一九五七年チエニシアの司法一元化はこの一例といえよう。この点について、「——一元的な裁判所体系を創設し、そして、そこでは、国から給与を受けて国立大学で養成された裁判官が財産法上の争訟も家族法上の争訟も法典化された法に基づいて裁判をして行こうという努力が為されている」(ツヴァイゲルト/ケッツ前掲書(大木訳)六八二頁より引用)と端的に説明されるのは、Zweigert/Kötz, a. a. O., S. 445.

- (37) J. N. D. Anderson, *ibid.*, p. 21; cf. A. Ibrahim, *op. cit.*, p. p. 103~104; Zweigert/Kötz, a. a. O., S. 121. シヤイマ・ハト／ケツ前掲書(大木訳)一八九頁以下。なお、マジャラの入手し易い英文大著として The Majalla, Lahore: All Pakistan Legal Decisions, 1967 (Reprinted 1961 Edition), translated by C. R. Tyser, D. G. Demetriades and Ismail Haqqi Effendi を紹介している。
- (38) J. N. D. Anderson, *op. cit.*, p. 93.
- (39) J. N. D. Anderson, *op. cit.*, p. 24.
- (40) われわれ西欧法の概念に親しんだ者にとっては、新しい法の適用は——したがってこれを適用する裁判所の創設——一つの法の変革を意味する。しかし、ムスリム社会の法学者の受けとめ方は、手続法的規制の変更によって実際には実体法を変更するにもかかわらず、これを単に「法の適用」の変更という理由づけでこれを受けとめ、イスラーム法自体はなんら変更されていない、と説くのが一般的だということに留意すべきであろう。この点についてのイスラーム諸国の法学者の意見は、法の適用は変更または修正しうるが、それは、イスラーム法自体の修正ではない、と説くのが一般的だからである。たとえば Shaukat Mahmood, *Principles and Digest of Muslim Law, Rewritten Edition.* (1967), p. 16.
- (41) J. N. D. Anderson, *op. cit.*, p. 28.
- (42) J. N. D. Anderson, *op. cit.*, p. 26.
- (43) コーラン第四章第三節は、周知のごとく次のように述べている。「もし汝らが孤児に公正にしてやれそうもないと思ったら、誰か気に入った女をめぐるとよい、二人なり三人なり四人なり。だが、もし妻が多くて公平に出来ないようならば一人だけにしておくか、さもなければお前たちの右手が所有しているもの(女奴隷)だけで我慢しておけ」と。この有名な章句の冒頭に「孤児」とあるように、もともとムスリム共同体がその出発の頭初から「シハード」(聖戦)という試練からはじまっており、その孤児と寡婦の救済という問題をかかえていたムスリム共同体の現実からこの啓示が生まれたものといわれている。そして、自然の理からいえば、四人の妻を公平に扱う、ということとはきわめて不可能なことともいべきなのであるから、これは許容規定ではなく制限禁止規定の意味をもつものだとするように説かれている。インド、亜大陸において、大きな影響力をもったマラーの见解も同様であった。Ameer Ali, *The Spirit of Islam*, p. 332; J. N. D. Anderson, *op. cit.*, p. 43; S. Mahmood, *op. cit.*, p. 19. (1968); S. K. Rashid, *Muslim Law*, p. 38.

(44) J. N. D. Anderson, *op. cit.*, p. 56. あらゆる現代のイスラーム法学者の強調する点である。A. A. A. Fyze, *op. cit.*, p. 89. 中には「英法に親しむインド亜大陸の法律学徒にこの問題を明確に意識させるためであろうか、婚姻契約を「売買契約」になぞらえて説明する概説書も現われている。たとえば、Rashid は「Marriage = Sale, Dower = Price, Wife's surrender of her body = Delivery of Possession. ∴ Contract of Sale = Marriage contract」と説明している (Rashid, *op. cit.*, p. 26)。¹⁾しかし、イスラーム法における婚姻の概念づけをそのまま受けることは難しい。たとえば、右の Rashid の説明でも解るように、Dower は婚姻契約の有効要件ではないと説かれていながら、現実には Dower の約束のない婚姻はムスリム社会には存在しない²⁾と公認されないという社会規範は存在しているからである。また、実際の結婚式でも、宗教的な色彩は要求される。ムスリム共同体における婚姻は、理論的には法的制度のそれと宗教上のそれとが峻然と区別されながらもそれらが分別されていないところに特質があるといえようか。

(45) この立法は、一九五〇年代の新たな段階の法典化に際してほとんどの国が採用した。たとえば、一九五一年ヨルダン家族権法第二一条、一九五三年シリア身分法第一四条、一九五七年モロッコ身分法典第三一条等を挙げることができる。なお、かような立法例・判決例もない国々の近時の法学徒の中でも、一夫多妻制はその本質において許容規定ではないということ为基础とし、しかも婚姻は民事契約であるということを強調して、婚姻契約に際して当事者間で一夫多妻を排すると合意することによって一夫多妻制は実質的に失なわれていく、と主張する者が多い。例えば、筆者の知るところではアフガニスタンの研究者を挙げることができる。拙稿「イスラーム教徒と非イスラーム教徒との婚姻」法学研究第一四巻二号一七三頁以下参照。

(46) J. N. D. Anderson, *op. cit.* (1956) p. 53.

(47) 代表的なのは、エジプトの例であろう。エジプトの改革立法は、虐待されている妻に裁判上の離婚請求を認めることを規定し、妻の地位の改善を画った。古典的なイスラーム法の原則にしたがわずに、妻が離婚請求をなすしうるためにはつぎの理由が必要とされた。すなわち、① 夫が妻を扶養することができないか、または扶養する意思がないとき、② 夫が結婚生活を危殆に瀕せしめる病にかかっているとき、③ 夫が法律上の正当の理由がないにもかかわらずに一年以上遺棄したとき、④ 結婚生活が堪えられなくなるような方法で夫が妻を処遇したとき、等のいずれかの事由が存在する場合には離婚請求を認めるというものであった(一九二〇年法律第二五号四条、六条、九条、一一一条、一九二九年法律二五号一一一条、六条、一一一条)。なお、一九五〇年代にいたってこれらの立法は後掲するように、スーダン、ヨルダン、シリア、そしてモロッコ等ほとんどの中

洋諸国に継受されたことについては、J. N. D. Anderson, *ibid.*, note 18 at p. 54.

(48) アンダーソン教授の見解にしたがって、この点を要約・整理すればつぎのようになる。まず、① オスマン家族権法は、酩酊状態のもとで為された離婚宣言はなんら法的効力を生じない旨を規定した。この規定は、その後のイスラーム婚姻法の法典化を試みた諸国に継受されることになった。夫の判断の軽率さによって妻の地位が脅かされないようにとの立法理由であった。② つぎの改革のステップは、悪口や脅しとして離婚の意思が表明されたときには、夫が真実それを意図していたかどうかを確認した場合のみ離婚の効果と認めるという一連の立法例である。③ さらに、離婚の回数に関する改正もこれに含まれることができる。イスラーム婚姻法では、同じ女性と離婚宣言できるのは二回までに限定されている。したがって三回離婚宣言をした場合にその女性と結婚することができない。そこで、三回の離婚宣言を同時に一回だけで済ましてしまうという慣行が行なわれていた。そうすると夫は、そのタラークを撤回できなくなるので、その妻とは例外的な場合以外は復縁し得なくなり、夫の恣意によって妻が保護されない。そこで、そのようなタラークは一回のタラークに過ぎず、撤回しうるタラークである、とする一連の立法が行なわれた。J. N. D. Anderson, *ibid.*, p. 56.

(49) J. N. D. Anderson, *ibid.*, p. p. 45, 75; A. Ibrahim, *op. cit.*, p. 104. at seq. なお、① 幼童婚・強制婚の禁止の方向は、イスラーム法では微妙な問題を含んでいた。何故なら、ムハンマド自身アイーシャが九歳の時にめとった幼な妻だったからである。伝統的なイスラーム法の原則によれば男子一二歳、女子九歳であった (Hedayat, *op. cit.*, p. 530)。しかし、オスマン家族権法はその立法理由書において、尚早婚がいかに有害であるかを熱烈に説いている (同法四一七条、五一一条)。その改革方法の典型的な立法としてはエジプトを挙げることができよう (一九二三年五六号、九九条)。同法によれば、男子一七歳・女子一六歳に達していない場合には、「婚姻登録」を許さないこととした。それは、婚姻登録のない婚姻には、婚姻法上の保護を与えない、ということによってそれを担保し、幼童婚・児童婚、ひいては強制婚を実質的には認めない、という施策を講じたことになる。② 懐胎期間に関するイスラーム法の原則は、近代医学の常識からかけ離れている。ハナフィー派は二年、シャーフイー派は四年、マリーキィ派は五年という具合である。この改革は、さきに掲げた諸立法では、婚姻解消後一年以上経過して生れた子供の嫡出性を訴訟上争うことはできない、という手続規定の改変によって実質的に改革した (一九二〇年エジプト勅令法二五条)。また、父死亡後、一年以上経過して生れた子供に相続請求を許さない、という方法によって実質的に改革された (*cf.* The Law of Inheritance, 1943)。

- (50) 碩学 Joseph Shacht の所説を引用して、これを平易に詳細に解説するのは、A. Ibrahim, op. cit., p. 104 et seq. である。N. J. Coulson, op. cit., p. 241. なお H. A. R.ギブ (加賀谷訳) 前掲書一〇〇頁、前掲『イスラームの思想』一五八頁参照。なお、これについて、大木教授の勞訳を引用させていただくことにしよう。「カリフは政府の長という資格をもっているので、憲法や行政法の分野における争訟を特別の裁判官たちに委ねたり、これらの争訟を裁判するための法規を制定したりする権能があることは、既に何時でも暗黙裡には認められていた。行政刑法上の事件および土地をめぐる争訟もまた、特別裁判所に委ねられていた。ここでは、司法の効率化に対する切実な政治的関心があり、この関心からすれば、旧来の裁判所における人証や宣誓に基づいて行われる極度に緩慢な立証手続は、尊重されえなかつたのである。したがって、シャリーアは、理論上、人間生活の全領域を規律する資格があるものとされているにもかかわらず、大体においては私法の分野においてその実務的意義を発揮してきただけである」。(前掲訳書下六七六頁) Zweigert/Kötz, a. a. O., S. 441 等。
- (51) これはタルフィーク Talq (英訳すると 'Patching up' legal rules) と呼ばれている手続原則である。つまり、異なる宗派の見解・学説を融合して取り込むことをいう原則といえよう。N. J. Coulson, *ibid.*, p. p. 242~243; A. Ibrahim, *ibid.*, 105.
- (52) A. Ibrahim, *ibid.*, p. 104 (see notes 71 citing J. Schacht's View).
- (53) これをロキヤーン Hiyal (法律的手段・英訳では 'legal devices, casuistry') の原則の一適用と云われよう。A. Ibrahim, *ibid.*, p. 105; Zweigert/Kötz, a. a. O., S. 441.
- (54) J. N. D. Anderson, op. cit., p. 26.
- (55) N. J. Coulson, op. cit., p. 241.
- (56) この運動は、遠く一八世紀の古典的なイスラーム浄化運動であるイブン・アブドゥル・ワッハブ(一七〇三年~一七八七年)のムスリム社会の清浄さ呼びもどそうとする最初の運動であった。したがって、「コーランに戻れ!」「スンナに戻れ!」が強力に主張されることになった。なお、西欧へのプロテストを正面にしてこれにつづくさまざまなイスラームの近代化の過程の中でどのような機能を果たすことになったかについては、小稿の目的のおよぶところではないので省略するが、これに関連してつぎのことは留意しておく必要があるだろう。それは、アブドゥム総長に務めたエジプトのアズハル大学の機能である。イスラーム圏の近代化の過程の中でアズハル大学がどのような機能を果たしたか、という問題は中洋またはイスラーム現代史の研

究に一つの視角を提供することになると思われるからである。

- (57) N. J. Coulson, *op. cit.*, p. 244.
- (58) N. J. Coulson, *ibid.*, p. 245.
- (59) N. J. Coulson, *ibid.*, p. 246.
- (60) J. N. D. Anderson, *op. cit.*, p. 49. 福島小夜子「イスラーム社会『法社会学講座』二二五頁参照。
- (61) オスマン家族権法制定以降の中洋諸国のイスラーム法の近代的な改正立法を J. N. D. Anderson, *ibid.*, p. 29 et seq. にしたがって整理すればつぎのようにならう。すなわち、① エジプト 一九三六年、身分法に関する法制委員会が設置され、一九四三年、相続法 (Law of Inheritance, 1943)、一九四六年、ワクフ規制法 (Law of the Rules of Waqf, 1946) および遺言処分法 (Law of Testamentary Disposition, 1946) を起草した。さらに一九五二年、革命政権は、私的ワクフと家族ワクフを廃止したり、特筆されることは、一九五六年、シャリーア裁判所が廃止されたことであろう。一般的な法の改革としては、一九四九年、新民法典が施行され、さらに混合裁判所が廃止されたことである。② ヨルダン 一九五一年、ヨルダン家族権法 (Jordanian Law of Family Right, 1951) がオスマン家族権法に代って制定された。これは右に述べたエジプトの法を受け入れたものであった。財産法に関しては、マジヤッラがそのまま適用されていた。③ シリア 財産法に関して、一九四九年、エジプトの法律に範をとった (エジプト民法典は一九四八年に制定されていた)。その重要性は、アラブ諸国の統一法典化の第一歩として評価されよう。さらに、一九四九年、私的ワクフと家族ワクフが廃止されることになった。一九五三年、オスマン家族権法に代って、包括的な体系を有するシリア身分法 (Syrian Law of Personal Status, 1953) が制定された。この法の特徴は原則としてシリア国民全員を名宛人としたことであろう。④ チュニジア 一九五七年一月一日に施行されたチュニジア身分法 (Tunisian Law of Personal Status, 1957) が特筆されよう。チュニジアでは、ムスリムはマリキヤ派が多数でハナフィー派の住民もいたが、この法典により裁判所は統一化されることになった。最も重要なことは、ブルギバ大統領が、過去に正当であった思想も——たとえば、一夫多妻、離婚など——今日では人間精神を損なうものもある。イスラームというのは人間精神を解放するものであり、人間社会の進歩に応じて宗教法も反省すべき旨を命じた、といわれている点であろう。⑤ モロッコ 一九五八年のモロッコ身分法典 (Moroccan Code of Personal Status, 1958) が特筆される。同法は、一月一日、婚姻と離婚、一月三日、父子関係、一月七日、能力と代理、三月七日、遺贈、四月四日、相続編が実施さ

れた。⑥ レバノン 家族法に関してはオスマン家族権法がなお有効である。一九四七年、エジプトに範をとったレバノン家族ワックフ法 (Lebanese Law of Family Waqf, 1947) が制定された。財産法に関しては、一九三三年、フランス法の影響を受けた債務・契約法 (Law of Obligations and Contracts, 1932) がマジャッラにとって代った。そのほか、リビア、イラク、サウディ・アラビア、ヤマン等についても教授は言及されているが、それらの法制の特長は、エジプトに範をとったものが多く、また西欧化と保守主義との調和をとりはからうというのが基本的な傾向である、ということができよう。いうまでもなく、これらの傾向とまったく異なった立法改革を行なったのは、ケマル・アタチュルク Kemal Atatürk の敢行したトルコの例であるが、これについては他日を期したい。

四 一九六一年ムスリム家族法令成立の背景——中洋諸国との対比——

一 中洋諸国におけるイスラーム法の近代化の過程において、容易に受け入れられることのなかったアブドウの思想が、みぎに考察したように次第に具現化しつつあったこの項——まさしく、一九五三年シリア身分法の規定のなかに「躊躇しながらの第一歩」が記された時——パキスタン政府が「婚姻・家族法に関する法制委員会」(婚姻・家族法委員会) を設立したことは興味深い⁽⁶²⁾。それは同委員会が、このような発展性を前提とした活動を為しうることを意味するからである。すなわち「イジュティハドの門の再開」という新しい理念にもとづいて伝統的なイスラームの原理が再構成される可能性のもとに立法作業が進められる条件にあった、ということもできるからである。ただし、イスラーム世界は、各々のイスラーム諸国が、相互影響作用の及ぼし得るような関係を必然的ならしめる国際的状况に立たされていた、という背景を有していたからである。

このような状況に加えて、さらに、パキスタンは——後述することく、イスラーム理念の強調という特殊性が他のイスラーム諸国よりも多大である、という、むしろそれに反するような事情が存したとはいえない——中洋諸国に比較すれば、その方向へ進展する可能性が多大である歴史的品格をもっていたことに注意しなければならぬ。すなわち、パキスタンにおけるイスラーム法適用の状況は、⁽⁶³⁾印・パ分離以前のそれを継承したものであり、小稿の対象とする婚姻・家族に関する伝統的なイスラーム法の諸原理の近代化は、すでに概観した中洋諸国において達成し得た結果とはほぼ同じ到達点に達していたことに留意しなければならない。しかし、インド亜大陸におけるこのイスラーム法の展開は、その到達し得たプロセスにおいて——歴史的品格——中洋諸国のそれときわめて異なった性質を含んでいた。その相違こそが小稿の中心課題であり、一九六一年ムスリム家族法令の特質を規定づけることになったと思われる。同時に、「イジュティハードの門の再開」を基礎づける思想は、インド亜大陸においても、中洋諸国同様に力強く主張されていたという背景をも考慮する必要がある。まず、それまでに達成し得たインド亜大陸におけるイスラーム法の状況が、中洋諸国のそれとどのような類似性をよび異質性をもっていたかについて概観することにしよう。

二 インド亜大陸における現代にいたるイスラーム法は、ムガル王朝のもので発展したことはないまでもない。それは、正統学派のうちの一つであるハナフィー派に属するものであった。⁽⁶⁴⁾これは、オスマン・トルコのもとで、中洋諸国全体にハナフィー派がその庇護のもとに力をおよぼしたのと同様の政治的条件のもとにあったからである。しかし、東インド会社を通じてのイギリスのインド支配が次第に力を増すにつれて、司法制度は変遷しそのイスラーム法は Anglo-Muhammadan Law ——それは家族法の問題に限局されることになったが——と呼ばれるイスラーム法へと変質していったという点にその特質を求めることができよう。⁽⁶⁵⁾

Anglo-Muhammadan Law と云われるゆえんはなぜか。それは、The Doctrine of Precedent である。The Doctrine of Overriding Legislation という二つのイスラーム法の伝統と異なるイギリス法の法原則が、インド・ムスリムに対するイスラーム法適用の原則となったからである。たとえば、M・P・ジェーン博士は「伝統的起源が異なるものにせよ、回教徒法はインドにおいて今日まで非常に長期にわたって行われ、また頗る多くの判決が裁判所によって作られてきている。それゆえ、今日の法曹は、裁判所の判決以上に考察する必要はないであろう」とインドの法曹自身がこの点を端的に説明されている。⁽⁶⁶⁾そして、イギリス本国の法典化運動の動向に歩調を合わせたインド統治のためのインドの法典化運動の中に、後者の考え方が明らかに示されているといえよう。⁽⁶⁷⁾

しかしながら、インド亜大陸におけるイスラーム法の原則は判例法のみ重ねた、というだけでは、Anglo-Muhammadan Law といわれるゆえんは存しない。問題は、イスラーム法が、そのように一般に呼称されるほどに、次第にコンモン・ローのさまざまな影響を受け入れてきたからである。すなわち、イギリス統治下のインドにおいては、司法権はイギリス人の裁判官またはイギリスで養成された裁判官に委ねられ、最終審としてはイギリスの枢密院 Privy Council の裁判官に委ねられていた。⁽⁶⁸⁾したがって、これらの裁判官達が、「シャリーアの諸規範が欠缺を含み、解釈を加える必要があり、時代遅れのものであり、或は『正義、衡平および良心』と両立しえないもののように思われた場合には、かれらは何時でも——しばしばまったく無意識的に——自分達が熟知しているコンモン・ローの諸原則や諸概念にまで遷⁽⁶⁹⁾ることとなり、イスラーム法はその実体法がイギリスのコンモン・ローの影響を受けて変遷することになるからである。同様に、後者の立法によるイスラーム法の改変も、中洋諸国において行なわれたような深刻なイスラーム法の伝統的な原則にもとづく理由づけを考慮することなく、むしろ、コンモン・ローの影響を受けて実行され

る、という結果が導き出されることになる。

みぎに述べたインド・ムスリムのためのイスラーム法の適用・解釈の原則は、当初、イギリス当局のインド統治のための最善の方法と考えた意図からの産物であったとしても、それとは別にそのまま印・パ分離後のパキスタン・ムスリムのイスラーム法学に継承されることになった。それは、パキスタン・ムスリムの代表的なイスラーム法の教科書にも、また政府刊行物にも、そのまま継承するところとなっている。それは「もともとパキスタン市民が、その適用を受けていた原則なのであって、特に変更する事情が存在しないのであるから当然」である、⁽⁷⁰⁾という意識に裏付けられているといえよう。そうだとすれば、パキスタンにおけるイスラーム家族法は、つぎのような考え方をその基底にもっているといえよう。その一は、イスラーム初期の時代に確立していたイスラーム法の伝統的原則は、イギリス法的価値感によって修正されており、パキスタンはそのような家族法をそのまま承継している、ということである。その二は、いまなお、裁判所は、——限定つきとはいえ——正義、衡平、良心にしたがって裁判をすることを要請されているとすれば、それはまさしく伝統的なイスラーム法の法源としては否定されていたイジュティハードをその法源として認めているということになる。はたして、インド・ムスリムないしはパキスタン・ムスリムの法学者は、「イジュティハードは、かくして非常に実り豊かなイスラーム法の法源であり、あらゆる近代的改革者である法律家はタクリードを廃し、ムスリム社会の新しい事態に対する法の改革のためにイジュティハードの門は開かれなければならない」と⁽⁷²⁾としている。

三 さて、現代にいたって、パキスタン・ムスリムの法学者は、伝統的なイスラーム法の法源に加えてイジュティハードを明白にその法源として認めているが、そのことを明確に表現するにいたる法思想を培ったのは、さきに挙

げた二つのイギリス法の原則であった。これらの原則が具体的にどのようなようにインド亜大陸のイスラーム法の中に定着していったか、という問題を若干考察することにしよう。その際、その性格を端的に示す例示を挙げることにする。

[I] The Doctrine of Overriding Legislation の例

(イ) 妻からの離婚請求 夫の一方的離婚宣言であるタラークがイスラーム婚姻法の悪しき制度の一方の柱とされてきたが、この改革の一方法は妻からの離婚請求を広範に認めるという手段であった。これについては、すでに述べたように、中洋諸国における改革の方法は、少数派であるマリーキー派の原則に依拠してこれを解決した。しかしながら、インド・ムスリムは、その改革のプロセスを、一九二九年ムスリム婚姻解消法 *The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939* という立法に依存し従来のはなふり派の離婚法の原則・先例を直接に無効とすることによって、妻からの離婚請求事由の範囲を広げたのである。その法令の具体的内容はマリーキー派のそれであるし、立法の動機もその前文が示すように裁判所がマリーキー派の原則の適用に躊躇していたからではあったが、それゆえにこそ、その本質において中洋諸国のそれとは異なることに留意しなければならないであろう。この意味は、先例拘束性の原則の採用されている司法制度における改革である、という前提において理解し得よう。そして、中洋諸国において、しばしば立法者の用いる方法、すなわち、この立法趣旨はイスラーム法制史上のある時点におけるある法学者の意見であり、したがって伝統的なイスラーム法の原則にしたがった立法だというような理由づけを必要としない、という姿勢を明示した改正ということができよう。

(ロ) 嫡出子の推定 中洋諸国における改革は、イスラーム実体法——懐胎期間に関するはなふり派の原則——にふれることなく、出訴期間の制限による司法的救済を否定する、という間接的かつ手続法的な仕組みによって

近代医学の常識に見合う嫡出子の推定制度の妥当性を維持した。これに対し、インド・ムスリムにおける改革方法は、一八七二年インド証拠法 *The Indian Evidence Act, 1872* 第一一二条によって、イギリス法の原則を採用するといふ直接的な方法に依拠して、ハナフィー派の原則に譲歩させた。

(ハ) 幼童婚の禁止 中洋諸国におけるそれは、「婚姻登録」という手続的規制を通じてその方向を見出したが、インド・ムスリムにおけるそれは一九二九年児童婚制限法 *The Child Marriage Restraint Act, 1929* 第二条によって男子一八歳未満、女子一六歳未満を児童と定め、これらの者の婚姻が行なわれないように刑罰規定(四条以下)を詳細に規定しその目的を達成しようとした。

〔II〕 The Doctrine of Precedent の例

婚姻は民事契約である。とすれば、婚姻契約に際して「新しい妻を迎えない」という特約条項の効力如何という点が問題となる。すでに述べたように、ハナフィー派の原則は、この特約条項は効力のないものと考えていた。したがって、中洋諸国における改革は、少数派のハムバリー派の考え方に依拠してそれを有効とする、というイスラーム法のシャーサの原則に立つての改革であった。しかし、これに対して、インド・ムスリムの改革も同様の結果を志向したが、それは、その特約が合理的かつ法および政策に反しないかぎり有効だとする、イギリス法に由来する判例法のつみ重ねによって生成されたものであり、ハムバリー派の原則的意識的な適用の結果ではない、といわれている。⁽⁷³⁾

四 みぎに述べたイギリス法の二つの原則の定着の過程において、インド亜大陸においては不変の法たるべきイスラーム法の改革がもたらされることになった。のみならず、その実体的内容をも、イギリス・コンモン・ローの影響のもとに生成されたことは、イスラーム法の近代化の歴史の上で特異な地位を占めるものといえよう。まさしく、イン

ドは、イスラームが政治的、知的、そして制度的な「西欧の衝撃」^(イムバクト)を最初にかつ直接に受けた国の一つである、ということが許されよう。⁽⁷⁴⁾これは、イギリスのインド支配・統治が、いかにたくみに遂行されたか、という証左の法的現象への表われとみることもできよう。だが、ここで留意すべきことは、イギリスの統治という直接的なイムバクトだけによって、これらが達成されたという理解にとどまるべきではない、ということであろう。これに対応するだけのムスリム共同体自体の内的覚醒が伴わなければその定着はなかったというべきだからである。⁽⁷⁵⁾

これに対応するインド・ムスリム共同体自体の覚醒とは何か。アングロ・ムハンマド(イスラーム)法と称されるイスラーム法がインド亜大陸に定着したということは、イスラーム法という脈絡のなかで考えるかぎり、詭弁というそしりを受けようともイスラームの原則に裏づけられた発展でなければならなかった。イスラームの再構成である。その再構成は、すでに述べたように伝統的なイスラーム法の原則では法源として認められなかった「イジュティハードの門」を再開するという思想に裏打ちされたものである。

インド・ムスリムによるイジュティハードの重視という傾向は、ムガル王朝の混乱期に遡ることができよう。イギリスはその東インド会社を通じてインド統治のためのさまざまな施策を講じたが、なかでも、ヘースティングスの原則⁽⁷⁶⁾、あるいはマコーレーの原則にもとづいて確定された法制度は際立ったものであった。その司法制度の運用の過程でアングロ・イスラーム法が生成されたこの時代に、イスラームの再構成をはかった代表的論者は、サイッド・アハマド・ハーン Sir Syed Ahmad Khan (一八七一年—一八九八年)であった。しかし、彼の主張は、ムガル王朝崩壊を目のあたりにみながら、インド・ムスリムに近代主義的傾向の路線を明確に作ったといわれたジャハ・ワリーユッラー Shah Wali Yulhah (一七〇三年—一七六三年)の考え方に端を発するものである。ワリーユッラーの思想は、⁽⁷⁸⁾

現代のイスラームの衰退を認容すべきではないとするものであり、ムスリムが退廃した社会を宗教的に認容しているのは聖法無視の姿勢であると批判してイスラームの浄化を叫び、その法思想は、『コーラン』と「スンナ」という聖法を重視せよというものであり、古典時代以降のイスラームの退廃をもたらした原因の一つとして、法学が狭い枠組のなかでの解釈の仕方にと終始してきた状況を挙げてこれを批判したものである。したがって、イスラーム法学は、『コーラン』と「スンナ」という聖法に「新たな装い」を与えることを最も重要な使命とすべきだと主張した。それが彼をしてイジュティハードの重視という積極的な姿勢へと向わしめたものである。すなわち、イジュティハードとは、昔の学者の決定したことを理解しようとする努力に限定されるのではなく、シャリーアの基本原則を理解する徹底した努力を意味するものとされた。この思想を継承したサイド・アハマッド・ハーンは「ムハンマド・アブドゥと同様に、イスラーム対科学は、巨視的にみれば敵対的なものでないことを確信し、そこから一歩進んで、イスラームの真の正当化は『自然』および科学法則に合致することであり、この原則と矛盾するものは、真にイスラーム的なものとみなすことはできない」と極言した。この思想路線を前進させ、発展させるために、一八七五年、アリーガルにカレッジを創設した。同カレッジは、宗教教育と近代科学との綜合を意図し、そこに、イスラームにおける最初の『近代主義的』組織が樹立⁽¹⁹⁾したのである。このようにイスラームに対する合理主義的アプローチから発展した新しい自由主義神学運動は、イスラーム社会の伝統的な社会倫理の再評価をすることになった。これをイスラーム法の近代化という視点に置換えたとき、その思潮は、イスラーム法の法源に対する姿勢に顕著に表われることになる。『コーラン』と「スンナ」の重視、より正確にいえば、それ以外の法源の否定につながる⁽²⁰⁾ことになる。すなわち、ハディースの真实性に対する疑念、およびイジュマの有効性の否定である。そして、キャースの代りにイジュティ

ハードを重視する姿勢へと結びつくことになる。それはワリーユッラーのいうように、イジュティハードはムスリムの生れながらにもっている権利 Birthright と考えたからであった。こうして、「イジュティハードの門」は再び開かれることになり、ギブのいう「宗教的には、西欧の挑戦に対する二つの路線」のうち、インド・ムスリムだけが採用し得た路線によって、近代化が進められることになる思想的な基礎づけがなされたといえるであろう。

(62) 婚姻・家族法委員会は、一九五四年八月四日、アブドゥル・ラシッド判事を委員長として設立された。その設立の背景について興味深い指摘がある。それは「全パキスタン婦人連盟」All-Pakistan Women's Association が大いにその設立に力があつたということである。一九五五年、モハマッド・アリ・ボグナ Mohammad Ali Boga 首相が第二夫人をめぐつたことに端を発し女性が騒ぎだし、首相にこの問題についての考えをただし、かつ委員会の設立を要求したのが直接の原因だからである。Damodar P. Singhal, Pakistan, P. 134 参照。もっとも、これは事実ではあるが、若干のコメントは必要であろう。全パキスタン婦人連盟の構成・実体は明らかではないが、いわば上流階級の夫人がその実権をもっている団体だということ、したがって、かような事件があつたからといって、パキスタンの婦人の地位なり自意識なりが高いという評価を直ちに導き出すべきではないということである。第二に、モハマッド首相の第二夫人はカナダ人であつた、ということも注意をすべきであろう。パキスタンにおける婦人の地位は率直にいって、きわめて社会的には低いといわなければならないし、女性が、公けの席に表われるという場合はきわめて稀といふべきであろう。たとえば、中流以上の教養のある人々の結婚式であっても、現在でも、男性と女性のお客は別々の部屋に通して結婚披露宴を行なうのが一般的である。いずれにせよ、D. P. Singhal の指摘は事実であるにせよ、委員会設立の一つの引き金としてのみ評価すべきであろう。むしろ、印・パ分離以後の法典化作業の急務というパキスタン自身の内部的事情（とくにイスラーム法の整備はその焦眉の急であつた。The Second Five Year Plan of Pakistan, p. 350）とりわけ、パキスタン建国の理念と真に民衆を湧かせた近代国家の理念との調和をどのように実現するか、という問題の解決と世界的状況の必然性としてとらえるべきであろう。

(63) 現在の法的状況を簡略かつ適切に述べてあるのは、「パキスタン年鑑一九六九年」Pakistan Year-Book, 1969, p. 101 だ

ある。それを要約すればつぎのようになる。すなわち、第一に契約、財産譲渡というようなきわめて日常生活にとつて重要な分野は、制定法によって定められているがそれはすべて英国コンモン・ローに依拠して成文化されたものである。第二に、刑法・刑事訴訟法については、ムガル王朝以来、裁判所においてムスリムに適用・執行されていたものが、一八六〇年および一八九八年に失効するにいたり、それがパキスタン刑法 The Pakistan Penal Code およびパキスタン刑事訴訟法 The Code of Criminal Procedure に結実し、いわゆるイスラーム色を払拭している。証拠法についても、英国証拠法に基をおき、一八七二年証拠法 The Evidence Act, 1872 が採用されている。西欧法の法原則として知られる、被告は無罪と推定される、とか、合理的な疑いを超えた証明」とはインド——したがってパキスタンにおいても、この法典によって根強く地位を占めたものであった。それでは、イスラーム法の妥当する範囲はなにかということになると、それは他の近代社会のイスラーム国家と同様に、その人事法に関する部門である。すなわち「相続、婚姻、離婚およびマハルに関する問題のように、いわゆる人事に関する法は、各自が属する宗教によって規定されている多々の人事法によって支配される。たとえば、ムスリムはイスラーム法の原理によって、ヒンズーはヒンズー法の原則にしたがって……等々である。結局、西欧法流に表現すればいわゆる家族法に関する部門にのみイスラーム法が生残っている、ということである。その代表的な法令は、後掲した一九六一年ムスリム家族法令 The Muslim Family Laws Ordinance, 1961 である。ところで、重要なことは、この人事法に関しても、立法府によって修正することが可能である」という思考が『パキスタン年鑑』にも表現されている点が注目されよう。

(43) Aziz Ahmad, *India, Islamic Frontiers in Africa and India, The Legacy of Islam, 2nd edition, 1974, p. 135; A. A. Fysee, op. cit., Cases, Introduction.*

(65) N. J. Coulson, *op. cit., p. 246; Aziz Ahmad, ibid., p. 139; A. Ibrahim, op. cit., p. 86 et seq; R. S. A. カーンは、端的に「パキスタンの婚姻法と離婚法とは、イギリス人の遺産である」と指摘する。『新比較婚姻法Ⅵ』（宮崎孝治郎編）五頁。*

(66) M. P. ジェイン（神谷笑子訳）「インド婚姻法」『新比較婚姻法Ⅰ』（宮崎孝治郎編）八頁註六参照。いずれにしても、インド、パキスタンのイスラーム法の教科書が、判例を基礎に（豊富な判例の引用）構築されていることはこのことによつて理解できよう。See, A. A. A. Fysee, *op. cit., Cases, Introduction.* かような先例尊重の原則はイギリス法の影響ばかりでなく、入念に体系化された法を遵守するというイスラーム法の伝統にも合致したという点は留意すべきであらう。

(67) インドの法典化運動、その過程については、水田義雄『法の変動と理論』一五九頁以下に詳細な研究が記されている。

- (68) 一七五三年のシムーン二世の憲章による市長裁判所 Mayer's Court の設置に由来する。A. A. A. Fyze, op. cit., Introduction p. xvii.; Zweigert/Kötz, a. a. O., S. 443. und S. 279.
- (69) Zweigert/Kötz, a. a. O., S. 443. シタマイゲル／ケッテン前掲書(大木訳)下巻六七八頁。A. A. A. Fyze, op. cit., p. 22.
- (70) S. Mahmood, op. cit., p. 15. なお「わゆる」法令全書」の The Pakistan Code 編集には「この姿勢が顕著である。
- (71) インド・ムスリムの代表的法学者の一人である D. F. Mulla は「イスラーム法の解釈原則を示したが、その一般原則として、教組であるアブ・ハニファとその弟子アブ・ユスフ Abu Yusuf およびイマーム・ムハンマド Imam Muhammad の考え方が相違する場合の解釈原則を判例にしたがって例示・例証した後「意見の衝突があり、裁判所を導く特別の原則を見出す」のできない場合には「裁判所は Justice, equity をとって good conscience にしたがって裁判をすべき」と述べている」となげ、これを顕著に物語る D. F. Mulla, Principles of Mohammedan Law, 6th edition, 1967, p. 2). 同書は「その意味内容をさらに明確にしてゐる。すなわち「英法のエクイティ裁判所において認められてゐるエクイティ規範は、ムスリムの体制の中でも決して外国のものではない」と(P. 29 citing Cases of Hanira Bibi v. Zubaida Bibi (1915) 43 I. A. 294, 301-302. See Notes (n)).
- (72) S. Mahmood, op. cit., p. 3; cf. S. K. Rashid, p. 16.
- (73) N. J. Coulson, op. cit., p. 12; A. A. A. Fyze, op. cit., p. 124 citing Ameer Ali's View.
- (74) A. Ahmad, op. cit., p. 130.
- (75) とすれば、イスラーム法研究はこの視座を見失ないやすい。西欧的価値概念を導入し、これによって近代化が為しとけられたとしても、それを選択し実行したのは、その社会の人自身の意識・力だということを忘れてはならない、という自戒のために註記した。
- (76) 水田・前掲書一七一頁および同一七三頁参照。すなわち「イギリス的勢力は従来の法を一応認め、必要に応じて変更を加えて行ったが、その変更は、最小限に止むる主義を採った(今この主義を従前法主義と呼ぶことにする)。これを明瞭に宣明したのがすなわちヘースティングスの原則なのであって——それは「婚姻、相続および世襲的階級その他宗教的慣習、制度に関するあらゆる訴訟にあっては、回教徒についてはコーランの諸法 the Laws of Koran を、インド教徒については梵論の法 the Laws of Shaster を必ず適用すべき事」を定めた。これは、「イギリスが「征服とか割譲の後にはじめてイギリスの国家連合に

併合された」植民地の支配方式であった (Zweigert/Kötz, a. a. O., SS. 272, 283)。この政策はいうまでもなく植民地支配による通商が円滑にいくためにとられたものであって、① インドの伝統的社会を破壊すべきでない、② 主要目的は貿易助長の保護政策であること、③ インド国民の宗教感情に干渉することは得策ではないこと、という観点から採用されたものである (A. A. A. Fysee, op. cit., p. 56 et seq.)。

(77) A. Ibrahim, op. cit., p. 97. 以下、このインダの思想家については、黒柳恒男・前掲『東洋思想7』二〇一頁に詳細である。

(78) W. C. Smith, op. cit., p. 44.

(79) H. A. R. ギブ・前掲書 (加賀谷訳) 二〇一頁。なお、現代にいたりこの法思想を推し進めた代表者としては、アミール・アリ Syed Amir Ali (1849~1928) である。その著 The Spirit of Islam, 1891 は大きな波紋を投じた。また、Kuda Buksha を挙げれば必要があらう。A. Ibrahim, op. cit., p. 99.; N. J. Coulson, op. cit., p. 247. そして、誰よりもサー・ムハンマド・イクバル (一八七六年——一九三八年) を挙げておかなければならない。イジュティハードに関する彼の見解は、イジュティハードの権限は個人に与えられるべきでなく、可能なかぎり近代法および近代社会思想に合致するように法を解釈しうる進歩的見解を有るムスリムの学者の集団に与えられるべきだとする。

(80) A. Ahmad, op. cit., p. 139.

(81) ギブは、「西欧の挑戦に対応する二つの路線が発展した」と説明される。すなわち、「一つは、イスラームの基本原則から出発し、同時代の変化した状況に即してその宗教的原則を再構成するものである。他は、自己が選択した特定の西欧哲学から出発して、それをイスラームの教義と総合することを企図するものである」と、H. A. R. ギブ・前掲書 (加賀谷訳) 一九四頁。

五 一九六一年ムスリム家族法令の特質

一 みぎの考察から明らかなごとく、一九六一年ムスリム家族法令は、イスラーム法の近代化の二つの大きな背景

のもとに生まれたといえる。一つは、パキスタン独自の流れのなかで、他の一つは、イスラーム世界における大きな法改革の新しい段階——一九五〇年代以降——の発展のなかでその誕生をみたということができよう。すなわち、一方ではイギリス統治下で培われたイスラーム法を印・パ分離後もそのまま継承するという形で出発した。他方は、イスラーム諸国家群の中で最も通常の形態といえる中間的な改革方法を採用した国々の中で、その極限と評価される内容を有するシリア身分法施行の翌年に「婚姻・家族法委員会」が設置されたという歴史的な背景のもとでの誕生だということである。これらは、共に、イスラーム法の法源として、イジュティハドを重視するという大きな流れである。

さて、そのような状況にあるとき、チュニジア、モロッコおよびイラクが、それぞれ、一九五七年、一九五八年、そして一九五九年に新しい家族法典を制定した。なかでも最も進歩的だといわれるチュニジア身分法は、著名なムハシマド・アブドウの理論に基礎づけられて立法化されたものであり、伝統的なイスラーム法に反して、その一八条において一夫多妻を禁止し、タラークは裁判所の同意を必要とする、という改革への大胆なステップをふみ出したものである。この善き立法は、ムスリム世界におけるトータルな評価をぬきにして考えてみても、少くとも小稿において問題としているパキスタンのムスリム家族法令制定に際して、その方向に大きな影響をおよぼすことになった、といえよう。なぜなら、その一は、「婚姻・家族法委員会」の答申は、これらの立法の後、一九五九年六月に出されており、当然その内容はそれらの新しき立法を考慮して決定されたであろうからである。その二は、婦人の地位の改善という社会的要請にもとづいてドラフトされ、その実施を勧告したパキスタンの婚姻・家族法委員会の答申は、当時なおそのままペンディングされていたといわれる。パキスタンにおける保守主義の強さを物語る事象といえよう。しか

し、みぎに掲げた一連の改革諸立法は、当時の戒嚴令下の大統領アユブ・カーンをしてその実施にふみ切る自信を与えたものと思われるからである。

二 みぎに述べたごとく、一九五九年六月一日に答申された「婚姻・家族法委員会」の報告は、若干の修正を経て、一九六一年五月二日ようやく公布され、同年七月一五日効力を生ずることになった。同法は、当時のイスラーム諸国に多くの波紋を惹起した同委員会の答申とは、⁽⁸³⁾若干の点で異なる内容であったが、その大綱において、ほぼ同一内容の規定が法典化されるにいたったものである。⁽⁸⁴⁾

さて、本法令の内容について一瞥することにしよう。まず、その形式的な特長を指摘することができよう。それはきわめて簡潔な法典であったということである。全条文一三ヶ条に過ぎず、総合的なイスラーム家族法典の範型を待ち望んでいた他のムスリム諸国の改革者の期待にそうものではなかったものともいえよう。このことは、イスラーム家族法の法源はなによりも従前効力のあった法を本法令に反しないかぎりそのまま適用していくことを示しているといえる（同法令第三条参照）。しかしながら、総合的かつ包括的なイスラーム家族法典でなかったにしても、本法令はきわめて重要な意義を有することに留意すべきであろう。それは、従来、伝統的なイスラームの原理と近代・現代ムスリム共同体の間の「実効性のあるバランス」を保ちながらの改革、換言すれば「巧妙な一連の工夫」と評価される改革の方法によって改革が推進されてきたが、それでは容易に本格的な改革が為し遂げられなかった（一）一夫多妻の制限と、（二）夫の専断的離婚宣言（タラク）から妻を保護する、という問題に正面から挑んだ点において特筆すべきものだからである。しかも、「イスラーム法の近代化」という点において最も重要な事象は、パキスタンが、形式的・理論的にみるかぎりでは、このような改革への進行をイスラーム世界の中で最も為し得ない状況にあった、と

いうその誕生の背景である。けだし、パキスタンは、「世界のあらゆるムスリム共同体の中でもっともはつきりした自覚をもち、もっとも華々しくそれと取り組んだ国」⁽⁸⁵⁾だからである。すなわち、一九四〇年三月二三日、インド回教徒連盟は「インド・ムスリムのための独立の国家」という考えのラホール決議を採択し、幾多の試練を経て一九四七年八月一日、パキスタンは誕生した。一九四九年、カラチの国民議会は、さらに、イスラーム国家の積極的な建設⁽⁸⁶⁾への情熱を決議した。それゆえ、一九五六年の憲法は、その前文においてこの決議をくり返し、その名も、「パキスタン・イスラーム共和国憲法」と名付けたのである。すなわち、憲法前文は「全宇宙をおおう主権が全能なるアララーのみに属し、及びアララーによって定められた制限の範囲内でパキスタン人民の行使する権能が、神聖な信託」にあり、「パキスタンのムスリムが聖なるコーランおよびスンナに示されたイスラームの教義および要求」にしたがって行動する、ということを高らかに宣言したからであった。

さて、みぎのようにパキスタンの建国の思想、そして、そのレーゾン・デートルが、イスラーム原理にすべて依拠するとなれば、従来——中洋諸国においても——容易にその改正の一步を進められなかった「一夫多妻」と「離婚」に関するイスラーム法の伝統的な原則を、正面から否定することは困難というべく、実質的にそれを達成したということは、きわめて驚くべきことと評価することもできよう。したがって、それを可能にした法原理はどのようなものであったのか、という問いかけが為されるのは当然といえる。そこでまず、本法令の具体的内容を概観してから、みぎの設問に答えるための適例を挙げてその考察を試みることにしたい。それが、本法令の特質を明らかにし、現在のパキスタン・イスラーム家族法の特質を規定づけることになろう。

三 全文一三ヶ条のみによって構成されている本法令は、「夫の軽率な離婚から妻を保護すること、および不要か

つ不公正な一夫多妻婚を抑制する目的」で制定されたものである⁽⁸⁷⁾。したがって、もし、外形的な特長を挙げるとすれば、包括的かつ体系的なイスラーム家族法典ではない、という点についてはすでに述べた通りである。では、その短い法令において、どのような内容の規定を設けたのであろうか。特徴的に述べれば、つぎのようにいうことができよう。

(1) まず、すべての婚姻に登録を要求したこと(同法令第五条)、(2) 一夫多妻制の認容を妻の同意と仲裁評議会の Arbitration Council の関与によって制限したこと(同法令第六条)、(3) タラークを仲裁評議会の調停に付するという条件を課して制限したこと(同法令第七・八条)、(4) 妻の扶養請求権の保護を仲裁評議会に委ねたこと(同法令第九条)、(5) マハル Mahr (英訳は Dower となっており、条文も英語で表現されている)の支払い方法について、特約のない場合は一時払いであるとする事(同法令第一〇条)⁽⁸⁸⁾、そして、(6) 婚姻法の問題ではなく相続法に関して、いわゆる代襲相続についての規定をおいた、⁽⁸⁹⁾ という諸点を挙げる事ができよう。

これらの新しい条項を概括したとき、その際立った特色として指摘されるべきは、そのほとんどが、パキスタンが一九五五年に採用した基礎的民主主義制 Basic Democracy といわれる行政政治機構の機関がこれに関与して本法令が運営されている点であろう。すなわち、(1) は婚姻登録官 Nikah Registrar の資格を村落協議会 Union Council の許可によらしめたこと(同法令第五条第一項)、(2)、(3)、(4) については、仲裁評議会の関与によらしめたが、仲裁評議会の議長は村落協議会の議長がこれにあたることになっているからである(同法令第二条第一項)。これは、イスラーム諸国が憲法を整備し政治機構を新しく改めていく過程において、その新しい体制に対応してイスラーム法が運用されていくことを示している点で顕著なものとして受けとめていくべきであらう。

四 それでは、本法令がイスラーム法の法原理という関連からどのような特質を示しているかを考察してみよう。結論的に述べれば、イジュティハードにもとづく改革立法だということである。⁽⁹⁰⁾

その第一の例は、同法令第五条において、あらゆる結婚に婚姻登録を要求しその違反については刑罰をもつてのぞんだという点である。⁽⁹¹⁾ これによって、婚姻関係を明確にし、従来、その不明確さゆえに保護されなかった妻を保護するものだと説かれている。それはともかく、本条は、改革が純粹なイジュティハードとして表われた顕著な一例を示すものといえよう。というのは、中洋諸国における同様の立法は、相変わらず、行政的手続的規則の改正の一態様とみなされる、という形態をとって登場した。これに反し、本法令における婚姻登録に関する立法は、婚姻・家族法委員会の提案にもとづいて登場したものであり、その提案はコーラン第二章第二八二節の新たな解釈にもとづいて制定されたものだということに留意すべきであろう。⁽⁹²⁾ この章句は、一三世紀におよぶイスラーム法学が無視してきたものであるが、契約は文書の作成によってなされるべきものだ、とするものであり、ムスリムにはこの義務が課せられているとするものである。委員会は、婚姻も民事契約であることをその援用の根拠としたものである。イジュティハードといわれるゆえんは、コーランのこの章句は貸借関係に際しては文書でそれを明確にしておきなさい、というものであって、婚姻関係、そのものを名宛人とした啓示ではないからである。ただ、法律関係を明確にしておきなさい、という訓えを演繹して解釈し、これを婚姻登録制度の根拠に援用したからである。

第二の例は、仲裁評議会（同法令第二条）の権限についてである。これはコーランの精神と文言に直接その根拠を求めた改正といわれている。仲裁評議会は、一九五九年の基礎的民主主義令 Basic Democracies Order, 1959 によって設けられた村落協議会の議長と争訟当事者のおおの代表者によって構成されるが、その職責は、すでに述べた

ように、つぎの三点に要約される。その一は、夫が二人以上の妻を迎える場合、その二は、離婚の問題、その三は妻からの扶養の請求の問題である。パキスタンにおける立法は、これをコーランの章句の新しい解釈にその根拠を求めた。コーランは、配偶者間に不和が生じたときの解決方法として調停人に委ねることを啓示した。⁽⁹³⁾したがって、従来、このコーランの啓示について、離婚の生ずるような場合にこの解決を調停人に委ねる、という解釈は存在していた。しかし、委員会の決定・勧告そして法典化は、この「不和」という章句に新しい装いをもたらし、そこに根拠を求め、仲裁評議会の創設と職権を規定したものであった。すなわち、正常な夫婦関係と対比すれば、(1) 複数の妻をめぐるとする場合是不和の発端といえるであろうし、(2) 離婚宣言というは不和の極限ともいえるし、(3) 妻が扶養請求をするということは別居生活の状態を示しているといえるからである。さて、そうだとすると、パキスタンのこの「仲裁評議会」の設置およびその機能は、まさしくコーランの章句に一致した制度だという評価も成り立ち得よう。⁽⁹⁴⁾ いずれにせよ、他のイスラームの諸国家と対比してユニークな制度であることは注目すべきであろう。すでに述べたように、今世紀初頭の中洋諸国におけるイスラーム法の改革の過程において、この仲裁制度ないしは調停制度は、イスラーム離婚法の不合理を是正するという目的との関連から各国の採用するところとなった。⁽⁹⁵⁾したがって、それは、伝統的なイスラーム離婚法の原則のもとで苦しむ妻を保護するというために法典化されたものである。その方法は、さきに述べたように、妻側からの離婚請求を少数派であるマリーキー派の原則に依拠して認めるというものであった。すなわち、夫の虐待行為を理由にこれを許容し、妻がこれを立証し得ぬときには、これを調停に委ねるというものであったからである。

これを対照すれば、つぎのようにならう。すなわち、中洋諸国の近時にいたるまでの調停制度は離婚制度にのみそ

の対象が限られているということであり、旧きイスラーム法の原則をすでに存在している伝統的なイスラーム法の原則——少数派であるとはいえ——によって改革するという典型的なイスラーム法の再構成であった。これに反して、パキスタンのそれは、伝統的なイスラーム法の原則では調停に付するという問題として論じられていなかった対象をコードによる新しい解釈によってそれに加え、合理的な制度たらしめた点に特色がある。まさしく、イジュティハードによるそれだという評価が可能であろう。それは、イスラームの明らかに認めている一夫多妻・タラークを否定すべきだという新しい価値理念を、イスラームという伝統——この場合は「不和のときには調停に付する」という原則——に依拠しながらこれを総合する、という意図において特筆すべきものといえよう。

五 最後に、イスラーム家族法を際立って特色づける、一夫多妻とタラークについて、本法令が具体的にどのような改革を試みたか、その内容を若干考察することにしよう。

〔一〕 一夫多妻制 一夫多妻制に関する委員会の勧告は、ほぼそのまま受け容れられたといわれているが、その内容は、つぎのごとくである。すなわち、(1) 重ねて婚姻をしようとする夫は、文書による仲裁評議会の許可を必要とする(同法令第六條第一項)、(2) その許可は「必要かつ公正な条件がある場合」にのみ与えられる(同條第三項)、(3) この条件で最も重視されるのは「妻または妻達」の承諾である(同條二項参照)、(4) その基準については施行規則において詳細に定められている(それは、不妊、肉体的欠陥、健康、夫婦関係の不適合、同居請求の意識的回避または精神異常などである)。みぎに述べたように、一夫多妻婚はなお認容されているとはいえきわめて厳格な要件のもとにおいてのみ許容されているに過ぎない。のみならず、この許可を取得することなく重ねて婚姻をした場合には——その婚姻を無効にはならないが——、多くの制裁が用意されていることに留意する必要がある。それは、(イ) 刑罰が科されること(同條

第五項第二号)、(ロ) マハルを直ちに支払うこと(同条第五項第一号)、(ハ) 妻に離婚請求権を与える(二三条参照)、というものであって、厳格な担保規定によって裏付けられ、その実効性をはかっているものといえよう。

(II) 離婚制度 タラークに関する法改正は、一夫多妻制と異なり、これを答申した委員会の勧告が実を結んだといえるものではなかった。委員会の答申は、かなり漸新なものであり、「婚姻・家族法委員会」の報告が当時のイスラーム諸国家に大きな衝撃を与えたといわれたゆえんも、一夫多妻制とならぶタラークの改正案にあったからである。⁽⁹⁸⁾しかし、実際になされた改正立法は、単にタラークを議長に通知し、その謄本を妻に送付する旨を定め(同法令第七條第一項)、その実行を刑罰によって担保し(同条第二項)、仲裁評議会で調停の試みをする(同条第四項)、というものであった。したがって、タラークの制限はしたが、夫の一方的離婚制度の存続そのものは認められたものである。しかし、インド・ムスリムおよびパキスタン・ムスリムの間で一般に行なわれていた「Talaq-i-bidaat すなわち、三度の離婚を一度にしてしまふ離婚形式」「Triple form of Talaq」を認めずに妻の保護をはかったことは注目されてよいであろう(同条第六項)。そのほか、妻からの離婚請求を認める「Khula」という離婚形式などについても、従来判例で積み上げられてきた制度に関して、抜本的な改革はなされなかったといつてよい。

(82) 代表的論者としては、マウディエイを挙げることができよう。彼は、ウラマーであり、ダイナミックなイスラームの基本主義者である。J. N. D. Anderson, op. cit., p. 131. 彼の思潮は、ほとんどウルドゥ語で書かれているが、英語版としては、Sayid Abud Aba Maududi, *The Islamic Law and Constitution*, 3rd edition, 1967 があつた。

(83) その答申の骨子は、① 婚姻・離婚に関する登録の問題、② 複数の妻を迎えるためには裁判所の許可を必要とする、③ 離婚は婚姻裁判所 Matrimonial Court を設置してその許可を取得しなければその法的効力は生じない、というものであつた。

Twenty Years of Pakistan (1947~1967), published by the Government of Pakistan, p. 731.

(84) 大きな相違点は、特別婚姻裁判所の設置、複数の妻と婚姻する場合および離婚の場合に裁判所の許可を必要とする、という勅告が修正された点であろう。裁判所に代えて、アヌブ・カーンの採用したのは、仲裁評議会 Arbitration Council (同法令第二条第一項等)の設置であり、離婚、複数婚、扶養の問題をこの評議会に依存して解決するという方法をとった。公的機関である裁判所に代えて、仲裁評議会という当事者の利害関係人の関与した機関(議長一名と各当事者によってノミネートされた代理人によって構成される・同法令第二条第一項)を設置した点は大きな相違点である、と評価することもできるが、議長は、村落協議会 Union Council または都市委員会 Town or Union Committee の議長がこれにあたるのが原則なのだから(同法令第二条第二項参照)、これも公的機関であるといえることができれば、大きな相違点とはいえないであろう。ただ、村落協議会は、アヌブ・カーンの行政政治機構の改革、すなわち、議会制民主主義制にかえてみずから名付けた基礎的民主主義制 Basic Democracy の結果生れた末端の地方行政組織だということに留意すべきであろう。けだし、その地方の実情に詳しい者だからである。

(85) W. C. Smith, op. cit., p. 206.

(86) 一九四九年三月一二日にカラチの国民議会が採択した目的に関する決議は、パキスタン国家とはイスラームの民主主義、正義等の実現の場であり、そして「ムスリムが、個人および集団の場で聖コーランとスンナに示されているイスラームの教えと規範に則って、その生活を秩序づけることが可能となるような」国家とされた。なかでも特に「この国家は、そこではムスリムが自由に自己の宗教を信奉し実践することができるという中立的な傍観者の役割を演じるだけで終ってはならない。なぜなら、国家の側のそのような態度はまさにパキスタン建国の要求を生み出した理想を否定するものにはかならないであろう。われわれが建設しようとしている国家の礎石となるべきものは、まさにこのような理想なのである。この国家は真にイスラームの社会の建設に資するような諸条件をつくり出すであろう。それこそ、国家がこの努力の中で積極的な役割を果さなければならぬ」ということの意味である」と。

(87) S. Mahmood, op. cit., p. 2.

(88) インド亜大陸におけるマハルに関するハナフィー派の従来原則は、第一に地方慣習、第二に、半分の即時支払いと半額を延べ払うとしていた。N. J. Coulson, op. cit., p. 250; Baillie, op. cit., p. 67; S. Mahmood, op. cit., p. 59.

(89) 「親等の近い者がより遠い親等にある者を排除する」という伝統的イスラーム相続法の考え方からいえば、父が死亡しており父の兄弟が生存している場合には祖父の相続をその死亡した者の子供は相続できないことになる。したがって、中洋諸国では、現在にいたるまで、正面からこの代襲相続を認めなかった。ただ、近時の立法（シリア、モロッコなど）は、これを義務的遺贈 *Obligatory Bequests* の制度によって、孫が相続したと同じ取扱いをした。しかし本法令が、これを正面から認めたことは特筆に価せらる。J. N. D. Anderson, p. 78; N. J. Coulson, *ibid.*, p. p. 244~246.

(90) アンダーソンは、前註で述べた代襲相続の規定をもって、イジュティハードにもとづく改革であることが明瞭に示されている」と云ふ。J. N. D. Anderson, *op. cit.* (1959), p. 136. 本規定の新設は、本法令の改革立法のうち、最も重要なものであるが、小稿では省略することにした。チュニジア、シリア、モロッコ、およびイラクの対比まで試みているのは、J. N. D. Anderson, *A Law of Personal Status for Iraq*, p. 559 である。しかも、本法令では、女子にまでその範囲が拡大されていることは注目し得る。パキスタンの論評については、前記の著作を基礎にして試みているのは、N. J. Coulson, *ibid.*, p. 254 である。

(91) 委員会の勧告にしたがって、婚姻登録を刑罰を科するという方法によって強制的にさせようとしたものである。もし、これを怠れば、三月の単純拘禁または一、〇〇〇ルビー以下の罰金、またはこれを併科するというものである。これは委員会が五〇〇ルビーの罰金という勧告をしたものよりはるかに多額の罰金を定めた、という点で注目されよう。これは、パキスタンの国民所得を（貧富の差が激しい国であるが約八〇〇ルビー）考慮すればきわめて多額な金額ともいうべきものであって、政府のなみなみならぬ決意を窺い知ることもできよう。

(92) コーラン第二章第二八二節には、金銭貸借関係についてつぎのように記されている。すなわち、「信徒の者、お互い同士、一定の期限つきで貸借関係を結ぶ場合には、それを書面しておくのだぞ。誰か書式を心得た者に双方の間に入って間違いないように書いて貰うこと。そのような時、書式の心得ある者はアルラーの御教え通り書くことを決して拒んだりしてはいけない。どうしても書くのじゃ。そして債務を負う方の側が文句を口上で言う——後略——」と。

(93) コーラン第四章第三九節、「二人の間にひびが入りそうな心配のある時は、男の一族から調停人を一人、それから女の一族からも調停人を一人喚んで来るがよい、もし兩人に仲直りしたいという気持があるならば、アルラーが二人の仲をうまく合わせて下さるであらうぞ。アルラーは何ごととも全て御存知、あらゆることに通曉し給う」と記している。

- (94) N. J. Coulson は、この点については評価を留保された。その理由は、本法令を勧告した「婚姻・家族法委員会」は、当初『婚姻・家族法特別裁判所』の設置を望んだのであって、コーランの条項を意識的に完全履行をするために望んだ結果というよりは、むしろ、符号したと評価すべきであらう、とされる。N. J. Coulson, *op. cit.*, p. 249.
- (95) N. J. Coulson, *ibid.*, p. 249 see notes 1; J. N. D. Anderson, *op. cit.*, p. 54.
- (96) Art. 14. West Pakistan Muslim Family Laws Rules, 1961, and East Pakistan Muslim Family Law Rules, 1961.
- (97) イスラーム婚姻法における婚姻の効力については、有効 valid (sahih) / 無効 void (batil) / 不適正 irregular or invalid (fasid) の三つに分類されるのが正統学派の見解である。シーア派では、無効・有効とを認めるだけである。有名な Hamilton's Hedaya 以来の定着した英語による表現である。かような婚姻は、invalid だとするのは、P. L. D. 1963. Supreme Court 51 で明白に判例として位置づけられている。A. A. A. Fyze, *op. cit.*, p. 112 et seq.; R. S. アクバルカーン前掲(守屋善輝訳)二〇四八頁以下参照。
- (98) 答申の内容は、離婚に際しては裁判所の同意を必要とするものであり、その同意は、第一の妻が精神病または不治の病にかかっている場合、およびその他特別の事情がある場合のみ与えられるとされており、単に夫が現在の妻よりも美しい妻または若い妻をめとりたいというだけの理由に過ぎない場合には認めないという趣旨であった。さらに離婚の許可が与えられるのは、妻の地位がマハルを支払われることによって妥当に保護されるであろうと考えられる場合、および離別される妻が再婚するまで適切な扶養を受けられるとき、事情によっては生涯にわたって適切な扶養が受けられる、という場合のみ認められるというのがその答申の内容であった。N. J. Coulson, *op. cit.*, p. 240.

六 結 語

一 一八五〇年代から一九五〇年代にいたるイスラーム法の近代化の過程を、イスラーム法の原則との関係において概観した。中洋諸国におけるイスラーム法の近代化の過程とパキスタンにおけるそれとの比較対照を試みてみた。

それは、中洋諸国におけるイスラーム法の近代化が、「広汎にフランスのモデルに立却する法典化された財産法と法典化されていないイスラーム家族法・相続法との間における峻別」を出発点とし、それら家族法・相続法の法典化によってその峻別が弱まっていった、⁽⁹⁹⁾という過程を辿ったとすれば、イギリスの支配を受けその影響を広汎に受けとめ世界のムスリムのうちで最も早く西欧のイムパクトに直接さらされることになったインド亜大陸における法の近代化は、当然その本質において異なるものであらうと考えたからに他ならない。一九六一年パキスタン・ムスリム家族法令の制定は、その性格の相違を端的に示してくれたわけである。「イジュティ・ハードの門」の再開を率直かつ端的に認めるといふ姿勢であった。それは、イギリス植民地支配の中で培われた素地が一気に開化したものだということもできよう。

二 この時代におけるイスラーム諸国は、その法の近代化という観点から類型化されるとすれば、一応つぎのように分類することが可能であらう。すなわち、

第一類型 シャリーアは基本的な法とみなされ、程度の差はあっても、なお、ほぼ完全な形でシャリーアが適用されている国々。これに属する国々としては、サウディ・アラビア、北ナイジェリア、アフガニスタン等を挙げることが許されよう。

第二類型 シャリーアは、完全に廃棄され、それにかわって世俗法が適用されている国々。トルコをその典型とみなすことができよう。⁽¹⁰⁰⁾

第三類型

第一および第二類型の折衷ともいえる法制度の国々、というように類型化することができる。

第三類型が、小稿において、中洋諸国というように一般化して呼称した地域におけるほとんどのイスラーム諸国が

これに属する。みぎの第一類型にあった国々は、たとえばサウジアラビアのように、次第に第三類型の国家群へとその位置づけを変えてきている。

さて、この第三類型に属する中洋諸国の法の発展は、——チュニジアのような例外を除けば⁽¹⁰⁾、みぎに考察してきたように、伝統的なイスラームの原則に依拠しながらの改革であったといえることができる。パキスタンも第三類型に属する国といえるが、そのイスラーム法の改革は、中洋諸国と同様に——一夫多妻制やタラクの存続⁽¹¹⁾、⁽¹²⁾は認め、⁽¹³⁾た、という意味において——中道の改革路線にそったものだといふ評価をすることもできる。しかし、その法的基礎づけが中洋諸国のそれと異なるものであった、ということ考察してきた。それは、中洋諸国の法学者をしばしば驚かせた従来のインド・ムスリムの行なってきた伝統的イスラーム法の原則の無視または詭弁という姿勢による改革であった、ということが許されよう。本法令の中で、その具体例を見出せば、一夫多妻制にそれは顕著に現われているといえよう。けだし、一夫多妻の制限を仲裁評議会にかかわらしめるという趣旨は、かろうじて、コーランの章句の新しい解釈に依存することができたが、仲裁評議会の許可の基準そのものは、夫の財政能力というようなコーランの章句に依存して法典化されたわけではなく、社会的要請の率直な基準によって制定されたものだからである。⁽¹⁴⁾したがって、本法令は——その基本原理であるイジュティハイハドの是認は当然として——きわめて進歩的なイスラーム家族法といふことができよう。それにもかかわらず、チュニジアのように、端的に、一夫多妻を禁止し得なかつたのは、パキスタンのレーゾン・デートルにかかわっているといえよう。

二 みぎのようなパキスタンの立法は、アングロ・イスラーム法と呼ばれるように、イギリス統治・支配の過程で形成された法原則によって培かれたものであることはすでに述べたごとくである。「イジュティハイハドの門」が公

然と開かれ、しかも、聖典の解釈についてもっともらしい詭弁かそれを無視するというのがインド・ムスリム法学の姿勢だ、という評価がなされる伝統もそこで定着したものと見えよう。これは、今後のイスラーム諸国の改革立法に大きな影響をおよぼすことになる。今日の国際関係はこれを必然ならしめよう。国連加盟、世界人権宣言の遵守というもとで、男女の差別感のない家族法に生まれかわろうというこれら諸国家における改革立法への姿勢は、公然と「イジュティハードの門」を開いたこの立法をまさしく一つの導きの星とすることは間違いない。さらに、パキスタンの本法令施行にいたらしめたイジュティハードを為しうるのは、一定の資格のある法律学者ムジュタヒドだというのがイスラームの定説である。⁽¹⁰⁾しかし、本法令制定にいたる経過は、そのような一定の資格ある法律学者のイジュティハードによる推進であったとはいえない、というのが特筆すべき点だといべきだからである。すなわち、つぎの点でイスラームの伝統に反することを記しておくことにしよう。すなわち、

(1) 制定に先立って、多くの問題について世論調査を行なったこと。きわめて民主的な手続をふんだ立法であると評価することができるが、それは専門家の意見を諮問したのではなく一般人の意見に依拠しようとしたものである。したがって、これは伝統的なイスラーム法の原則に反することは確かである。

(2) 委員会の勧告は、きわめて特筆すべき優れて近代的なものであったが、これもまた専門家の意見とはいえない。けだし、委員会の構成は七人であったが、その内、一名だけが伝統的な意味におけるイスラーム法学者に過ぎず、他は女性三名を含んでイスラーム法の専門家ではなかったからである。

このことは、今後のイスラーム諸国の改革立法(家族法)に大きな力を与えることになろう。一般的にこれらの諸国は、西欧型市民社会の憲法を制定しているが、もし、そのような憲法の要請を満さんと欲するならば、単に「イジ

ユティハードの門」が開かれるばかりでなく、みぎに述べたような新しい意味をイジュティハードに付与しなければならぬからである。⁽⁹⁴⁾ その意味で、本法令はイスラーム法の近代化にとつて特筆すべき意義を有すると評価できよう。この思考・方法論によるイスラーム法の近代化・現代化が、他のイスラーム諸国は範型として採用すると思われるからである。ただし、さきに紹介した第一類型に属する諸国家は、現在、第三類型に属する法の改革と同じ経過を辿っており、極端な例外と評価することのできるトルコ（第二類型）のような改革路線を、いずれのイスラーム諸国も真面目に追求するとは思われぬからである。⁽⁹⁵⁾

以上、イスラーム法の近代化といつても、その展開は多彩であるという視点から、パキスタンにおけるその展開過程の考察を試みた。具体的結論は同じであっても、その展開過程は異なる。いうまでもなく、所与の歴史的条件が異なるからである。「法」の近代化論の本質をみることができよう。⁽⁹⁶⁾

(99) 弱まっていった、というのはつぎのような意味である。法典化されていなかった家族法および相続法が法典化されることによつて、イスラーム法は財産法と同様にきわめて適用し易い法になった。なぜなら、イスラーム家族法が法典化される以前は、それを適用するためには旧い裁判官が必要であったものが、法典化によつて、新しい裁判官によつても家族および相続に関する法の問題をとりあつかうことが可能となったからである。その結果、従来、財産に関する争訟は世俗裁判所、家族・相続に関する争訟は宗教裁判所に管轄権がある、という二元的裁判所構成をとっていたが、その制度は次第に不要になつてくる。そこに一元的な裁判所構成が生まれてくることになる。第二は法典化に際して、イスラーム法の内容が現代社会に適應しない場合、換言すれば西欧において確立された価値観——たとえば、妻の地位の保護——を、形式的にはイスラーム的装いをもつて導入することによつて、家族法・相続法の実質的内容が、西欧法に近似値をもつことになり、西欧法である財産法との峻別が緩和されてきたということである。なお、註(36)も併せて参照されたい。

(100) トルコは周知のように、イスラーム法に変わって、世俗法——特に著名なのは、スイス民法の継受——が適用されている国である。公的には——裁判所が関与するかぎりでは——あらゆる法規範がシャリーアにとって代った。それは、近代トルコの教世主であるケマル・アタチュルクが、トルコ・ムスリムの遺産のうえに、法典化を試みたが、これが失敗に帰し、この意図を放棄したのがその発端であろう (J. N. D. Anderson, op. cit., p. 87)。これは、旧体制をふり切る、という内的要請と西欧諸国と対等・平等の立場に立つという対外的政策の遂行という切迫した事情のもとに採られた果敢な政策であった (ケマリズムの原則)。その結果生れたのがシャリーアを放棄した独特の「法の継受」であった。なお、「この継受過程は独特なものであったから、まったく特別の関心を寄せる価値がある」とするのは Zweigert/Kötz, a. a. O., S. 212。ツヴァイゲルト・ケッツ・前掲書 (大木訳) 下巻三三八頁。なお、わが国におけるこの問題に関する労作としては、大木雅夫「トルコにおける外国法の継受」立教法学一―号五五頁以下。

(101) 周知のように、ブルキバ大統領は、過去に正当であった思想——たとえば、一夫多妻・タラークなども、今日では人間精神を損うものである。イスラームというのは人間精神を解放するものであり、人間社会の進歩に応じての宗教法も反省すべきだと命じたからである。J. N. D. Anderson, op. cit., p. 34.

(102) N. J. Coulson, op. cit., p. 265. なお、本稿では省略したが、本法令で最も顕著な一例として第四条がある。それは、中洋諸国では為し遂げられなかった相続法の改革である「代襲相続」を挙げることができよう。すでに述べたように中洋諸国では、これをいわゆる義務的遺贈によって解決したが、それでも「息子の子供達」というように、なお、男系親族中心主義であった。これに対し、本法令は、代襲相続を認めただけでなく、男女の区別も設けなかった。なお、中洋諸国の改革立法は、常にウラマーのアドヴァイスによって為されたという背景があった、ということに留意すべきであろう。J. N. D. Anderson, op. cit., p. 135.

(103) 近代インド・ムスリムの始祖としてさきに紹介したシャー・ワリーユッラーでさえ、「イジュティハードの門」の再開を強力に唱えながらも、その濫用の生ずることを危惧し、ムジュタヒドの資格を厳格に要求したし (黒柳前掲二〇二頁参照)、イクバルも、法学者の集団にその権限の付与される者を限定した (前掲註(79)参照)。

(104) さきに仲裁評議会にふれた意味はここに存する (前掲一六一頁参照)。すなわち、その国の採用した政治組織とイスラームの伝統とをたくみに結びつけた実験がそこに示されているからである。

(105) トルコの改革方法については、俗説を混えて数多くの評価が存するが、つぎの評価が最も傾聴すべきものと考えられるからである。「イスラーム諸国におけるこの発展が法の全面的「世俗化」に駆り立てるとでも思うならば、それは、もちろん間違いであろう。トルコがなしたような過激な解決は、今日イスラーム世界においては何処でも真面目には追求されていない」と。
Zweigert/Kötz, a. a. O., S. 445. ツヴァイゲルト/ケッツ・前掲書(大木訳)六八二頁参照。

(106) インド・パキスタンのイスラーム法の近代化の過程の特質は、つぎのような視点からみつめる必要がある(拙稿「イスラーム家族法の近代化」法社会学三二号一五三頁以下参照)。イギリス統治支配という歴史的条件に由来する、ということである。インド・パキスタンの固有法を尊重する、というヘースティングスの原則やマコーレーの原則が植民地政策の一大指針として採用されたとはいえ、なによりも①宗主国たるイギリスがコンモン・ローの伝統をもっていたこと、が重要である。それは単なる政策というよりヒンドゥあるいはムスリムの固有法を尊重する、という確たる伝統を基礎づけていたからである。②そして、それにもかかわらず、③ 裁判を通じて判例法の集積(ちなみに、イスラーム判例集はイギリスの植民地支配を受けた、インド・パキスタン、スリランカにのみ存在する)④ 法典化を通じて(イギリス法典化運動の所産)、⑤ 法学教育を通じて、イギリス法的価値感が導入された、という点である。③ つぎに、みぎのような西欧的価値感の導入を、インド・パキスタン・ムスリム共同体が容認した理由は、マジョリテイとしてのヒンドゥ共同体との抗争にあった、という点である。つまり、インド・パキスタン・ムスリム共同体は、いわゆる世俗的な意味でも、ヒンドゥ共同体に優る価値感を保有しなければならなかったからである。リーダー層がイギリスないしはイギリス的教育を受けたインド亜大陸においては、西欧的価値感はその優劣の判断の重要な一基準として、民衆への説得力として機能するからである。パキスタン建国の父・アリー・ジナリーの建国の演説が、イスラーム的であるというより、西欧的民主主義的かつ自由主義的である、と評価されたことも、パキスタンが「共和政」というイスラームの歴史のなかで輝かしい実験に挑んだゆえんもそこに起点があるといえよう(本書一一一頁注(36)と比較されたい)。

終章

一 パキスタンという国家の誕生、それは現代の世界のムスリム共同体のなかで、イスラーム史の復興という課題に最も華々しく取組んだものであった。だが、その理想のイスラーム共同体の建設を意図するパキスタン構想も、いまなお、ときには苦難に直面し挫折するかにも見える苦悩の過程にある。それを最も象徴的に表現しているのは、パキスタンのレーゾンデートルであった東パキスタンがバングラデシュという独立国家になった、ということに顕著である。しかし、考えてみれば、それはなにもパキスタンというイスラーム国家特有の歴史現象ではない。他のムスリム国家でも、いな世俗国家にも起りうるものである。われわれが、イスラーム法の近代化ないしはイスラーム社会の変遷を語るとき、このことを看過すべきではない。パキスタンも——W・C・スミスの言葉を借用すれば——「そのと

き設立されたイスラム国家は、他のすべての社会制度と同様に、流動状態にあったからである。歴史の中にあつて、それは動いているのであつた——それに続く時代は、たんにムスリム国民が自分たちの国家を理想的な意味でイスラム的にしようとする意図を実行に移すことができる発展の時期となつただけではない。その意図が、妥協、挫折、無視に遭い、あるいは遺棄される機会もまた与えられた」（中村前掲訳書三三三頁）ということなのである。つまり、イスラム法の変遷もまさに所与の歴史的諸条件によつて規定づけられることを意味しよう。そうだとすれば、パキスタン・ムスリムの法の近代化のプロセスも、パキスタン・ムスリムに与えられた、歴史的諸条件に規定づけられながら、その共同体自身がその方向を決定していくという特色を有する。本書の主題はみぎの点にあつた。法の近代化論は、その国、その社会に独自の展開過程であり、またそれは固定したものではなく流動の過程なのである。宗教法たるイスラム法としてその例外ではない。

二では、パキスタン・イスラム婚姻法の近代化の特色はなにか、という点をふり返つてみることにしよう。

その第一点は、パキスタン誕生にいたるまでに培かれたインド・パキスタン・ムスリム法の到達点である。アン・グロムハンマド法 *Anglo-Muhammadan Law* と呼称されるイスラム法の形成は、イギリス植民地支配さらにヒンドゥ教徒との抗争という敵しい歴史的条件のもとに、よりよきイスラム法とは何か、というムスリム共同体自身が決めた歴史的所産である。一方では、イスラム法というムスリム共同体の固有法は、イギリス植民地政策によつて干渉されることなく存続しうる条件を有することができた、ということもできよう。それは、イギリス植民地政策という視点ばかりではなく、宗主国ともいえるイギリスの法の伝統が、コンモン・ローに存したことに由来する、という点も忘れてはならない。だが、そのイギリス法の伝統は、裁判所制度、法曹教育あるいは法典化という司法・

立法制度の整備というインド植民地政策遂行のプロセスの中で、インド社会に知らぬ間に定着していったのである。そこに、他のムスリム共同体のイスラーム法の変遷とは異なる変革の方法を可能たらしめた要因が存する。実体的には、西欧的価値観——Justice, Equity——の受容である。手続的には、先例拘束性の原則を成立たしめる「立法による変更」を容易に受容できる法曹意識が育まれていた、ということもできよう。そこに、インド亜大陸のムスリムだけが採用しえたイスラーム法の近代化のプロセスが存した、といわれるゆえんがある。それを可能にしえた大きな理由はヒンドゥ教徒共同体との拮抗と共存という宗教的・政治的・社会的条件が存したからである。ひとつの国のなかで、同一の司法制度の適用を受けることは、きわめて自然の成り行きともいえるからである。とはいえ、近代社会におけるより理想のイスラーム法はなにか、ということを選択・決定していったのはムスリム共同体自身であったことは強調しておかなければならない。この過程で幼童婚の禁止、嫡出子の推定、一夫多妻制の実質的制限等の改革の一步が進められていた。

三 特色の第二点は、みぎの伝統をそのまま継承したうえでのパキスタンという国家の誕生そのものである。イスラーム史の復興という課題に正面からとり組んだパキスタンは、「パキスタンははたしてイスラーム国家か」と議論をされるほどの大胆な選択をしたことである (J. N. D. Anderson, *Pakistan: An Islamic State? Law, Justice and Equity*, edited by R. H. Code Holland and G. Schwarzenberger, London 1967)。イスラーム共同体における共和制の採用である。パキスタン・ムスリムは、民主主義をイスラーム国家の理想の一部とし、それを宗教的理想として統合する試みを敢行したのであった。建国の祖・アリー・ジンナーの演説は、真のイスラーム国家の建設を説きながらも、この民主主義の理念を説くことに熱心であったことは知られている。この新しいイスラームの理想は、まだ成功していると

はいえないし、さらにどのように展開されるかは知ることはできない。ただ、このような選択をした背景のひとつとしてよく語られることであるが、パキスタンという国家を誕生させたムスリムのリーダー層が、西欧化されたムスリム・ブルジョアジーによって構成されていた、という点を挙げることもできよう。彼らの行政力、経済力そして知的能力によって、パキスタンはその一步をふみだすことができたからである。さらに看過しえないことは、インド亜大陸におけるヒンドゥ教徒との拮抗という宗教的・社会的・政治的条件なしにはこのような選択ができなかったであろう、という点である。理想のムスリム共同体の建設は、世俗的な意味でも、共存していた他の宗教共同体よりもすぐれて理想的な共同体でなければならなかったからである。パキスタンの分離・独立の説得力は一にここにかかっていた、ということもできよう。コーランとスンナーに還れ！というワリユツラーにその源を発し、イスラームの精神を強調する流れ、サイド・アハマド・ハーン、アミール・アリー、ユースフ・アリー、そしてイクバルへと連なるインド・パキスタン・ムスリムのイスラームの復興への情念は、パキスタンという国家の建設へと実を結んだ、ということもできよう。それらのいずれもが、植民地支配・そしてマジヨリテイとしてのヒンドゥ教徒という他の宗教共同体の存在というインド亜大陸の宗教的・社会的・政治的そしてそれらによってもたらされた経済的諸条件を背景として生まれたことを強調すべきであろう。

とはいえ、みぎの「共和制」国家へという選択はイスラームという視点からは、きわめて大胆な試みであったことは論をまたない。W・C・スマスは「——たんに最終的な政治的権威が人民に与えられたというだけでない。イスラームの権威ある解釈を与えるときまでいかになくても、少くともどの解釈が権威あるものとなるべきかを選択する責任を、ウラマーや他の宗教的特権階級にはなく、彼ら人民に与えるという決意を、憲法が表現し」（中村・前掲訳書二六六

頁) たムスリム国家ないしイスラーム共同体はかつて存在しなかった、と云つてよいからである。かくして、イスラーム諸国から近代婚姻法といわれるパキスタン・イスラーム婚姻法が制定しえたのも、みぎのパキスタンが理想のイスラームと考える理念によって可能だったのである。その顕著な一例は、これをドラフトした「婚姻・家族法委員会」の委員の構成の仕方にもみることができよう。そして、留意すべきは、パキスタンが、いま世界をゆるがすイスラーム原理主義に位置づけられる国家と評価されながら——国家誕生の背景から——、イスラーム近代主義と同様の過程を辿ったことは、イランと異なりスンニー派に依拠したイスラームだったからであろう。

四 さて、「イスラーム法の近代化」とはなにか、という大上段の議論をすることなしに進行してきた。いまそれを議論する能力もない。しかし、イスラームないしはイスラーム法の「近代化」という概念それ自体がイスラームないしはイスラーム法を西欧的法観念でみようとするものである、との近時のイスラーム法研究者からの批判には応えておかなければならないであろう。端的にいえば、ムスリム共同体自身が、近代・現代社会における理想のイスラーム法とはなにか、という形で提起した問題を、とりあえず法の「近代化」の問題としてとりあげた、ということとどめておくことにしたい。イスラームが、したがってイスラーム法がどのように変革していくか、なにをもつてその理想とするかは、そのムスリム共同体自身が所与の歴史的諸条件のなかで決定していくものだからである。

五 では、われわれは今後どのようにイスラーム法の研究を進めていくべきであろうか。ムスリムの住む国々は、多種・多様である。イスラーム国家といえる国々からマジョリテイとしてのムスリム共同体が存在している国々、歴史的・社会的・政治的・経済的諸条件の異なる国々、自然的条件もまったく異なる国々に住むムスリム、まずその多様性を承認して整序することから始めなければなるまい。それを通じて総合的理解に到達する研究を進めることが必要

であろう。それには、イスラーム社会の研究者層の厚さと連帯とが要求されよう。

最後に、きわめて非科学的な感想を記して稿を閉じることにはしたい。それは、イスラーム共同体の多様性に驚かされるということである。それでいながら、イスラームというアイデンティティは蔽として保持されている。その理由は多くのアジア諸国、いなパキスタンという一国内を旅をしながらも、常に抱く実感である。その多様性をもって、西欧的価値感の影響とか、あるいは土着の慣行による変容とか、という説明も可能である。だが、ほんとうにそうなのであろうか。イスラームは、実は、それらをみずからの宗教にとり込み、のみ込んで、常に新たなムスリム共同体の理想として、再構成してつき進んでいるのではないか、と考えさせられる。それは、常に総体としてのムスリム共同体ならではのまいか。したがって、護教的な立場からのイスラーム的叙述だけでも、また、それとは反対にイスラームを視野の外に置いたワールドワークによるムスリム共同体の描写だけでも、われわれをして現代のイスラーム、ムスリム共同体そしてイスラーム法を理解せしめることはできないであろう。まこと、イスラームは、地上に理想のムスリム共同体（ウンマ）を建設する、という文字通り現世肯定の力強い宗教ということができよう。

〔研究資料〕

パキスタンにおける

主要「イスラーム婚姻法」の逐条解説

一九六一年ムスリム家族法令 (The Muslim Family Laws Ordinance, 1961)
 (一九六一年法令第八号 (一九六一年三月二日))

※婚姻・家族法委員会の確定勧告に効力を与える法令

婚姻・家族法委員会の確定勧告に効力を与えることが適正である、との趣旨にもとづき、

一九五八年一〇月七日の宣言を履行しそれを可能とするすべての権限を執行するにあたり、大統領は以下の法令を制定・公布することをよろこびとするものである。

第一条 この法令は、「一九六一年ムスリム家族法令」と称される。

第二項 この法令は、全パキスタン領、およびその居住地を問わず、ムスリムであるすべてのパキスタン市民に適用される。

第三項 この法令は官報の告示によって、中央政府が指定した日より効力を生ずる。

解説

一 この法令は、一夫多妻制および夫の一方的離婚宣言(タラーク [Talak])を認容するイスラーム家族法の古典的な考えを改め、夫の軽率な判断による離婚から妻を保護することおよび不要かつ不正な一夫多妻婚を抑制しようという目的を達成するために制定されたものである。一九五四年八月、アブドゥル・ラシッド Justice Abdur Rashid を委員長として「婚姻・家族法に関する法制委員会」Marriage and Family Laws Commission (略称・婚姻・家族法委員会)が、その目

的達成のために設立された。一九五九年六月一日に出された同委員会の勧告は、婚姻と離婚の登録、第二夫人以下をめとる場合の裁判所の許可、婚姻裁判所を設置して、離婚に際しては、同裁判所の許可を受ける、というものであったが、本法令は必ずしもその体裁をとらなかつた。そこに、バキスタン独自のイスラーム法改正の動向がみられる。二ムスリム(イスラーム教徒)とは、判例では「イスラームを信仰し、アルラーが唯一神でありマホメットがその予言者である、と信じている者」(P. L. D. 1959 Lab. 205)とされている。著名な Baillie の教科書では、「メッカに向かって礼拝をするすべての者」(Neil, B. E. Baillie, *A Digest of Mohammedan Law*, p. 25)とされている。父親がムスリムである子供は、父親と同様にムスリムと推定される、というのがインド亜大陸における古くからの判例・通説である。

三 第二項は、この法令がバキスタンの国内・国外に関係なくすべての地域に居住するバキスタン市民全員に適用されるべきことを規定している。問題の二は、配偶者双方がムスリムである場合にのみ本法令が適用されるのかについて争われたことがある。この点について、S. Mahmood 博士 (S. Mahmood, *Muslim Family Laws Ordinance*, 1961, 5th edition, 1968, p. 2) は 'Ali Nawaz v. Mahmood Yusuf 事件を引用して、「この解釈は周知の法原則に背反していない。なぜなら、離婚に関する国際私法は、離婚については夫の原籍地の法——それが妻の原籍地と見做される——が適用される、としているからである」とされ、西バキスタン高等裁判所の大法廷 (P. L. D. 1963 Lahore 141 (F. B)) が、本項はムスリムである夫の妻が外国人である場合には適用されない、という見解を示したことに反論し、その解釈は正しい法を判決したのではないと主張している。その判決の上訴

において、最高裁判所 (P. L. D. 1963 S. C. 51) は、この法令が相互にムスリムである配偶者同志の場合にしか適用されないものとする高等裁判所の見解によれば、ムスリム市民である男性が、結婚の相手为非ムスリム市民を選んだ場合には罰則を受けず、かつまた本法令の条項によることもなく複数の妻をもち得る、という結論になるであろうとし、この解釈にしたがうと、「すでに非ムスリム市民と結婚しているムスリムたるバキスタン市民の男性は、本法令にもとづくなんらの罰を受けることもなく他の妻——ムスリムであれ非ムスリムであれ——を持つことができることにならう。同様にして男性は、そうしたいと思えばなんらの制約を受けることもなく非ムスリム市民の妻を離婚することができることになる。このような馬鹿げた結論は本法令からほとんど全ての有効性を奪いとり、かくのごとき解釈はあらゆる面で法の精神と調和しないことにならう」と判断したことを支持した。

四 本法令が 'Muslim Citizens of Pakistan' の上は 'Ali' を冠している意味の第一は、スンニー派、シーア派等の区別なくすべてのムスリム市民はその所屬する宗派を問わず、すべての者に適用されるべきことを示したものであつた。

五 「一九六四年西バキスタン家庭裁判所法」[The West Pakistan Family Courts Act, 1964] は、本法令の七・八・九・一〇条の各条項の効力になんら影響をおよぼすことはない。これらの条項は婚姻がイスラーム法にのっとってとり行なわれた場合、その婚姻の解消、扶養、およびマハルの問題に対して家庭裁判所がくだす決定について適用される。

六 本法令が特に言及していないバキスタン法は従前通りの効力を保有することはいうまでもない。すなわち、インド亜大陸において生成さ

れてきたイスラーム法原理にもとづいてムスリムに与えられていたあらゆる法的教済は特別にこの法令が明らかにそれを禁じていない限り有効であるということである。イスラーム法は、その法源を判例法に依存しているということである。

七 国外在住のパキスタン市民にもこの法令が適用されるが、後に述べる「西パキスタン・イスラーム家族法令施行規則」(The West Pakistan Rules under the Muslim Family Laws Ordinance, 1961)の第十二条にしたがって、パキスタン国外で結婚したパキスタン市民は書式Ⅱの文書を作り、本法令の規定した婚姻登録所へ届け出なければならぬ。

八 本法令は一九六一年七月二十五日から発効した(一九六一年七月三十一日付パキスタン政府官報)。

第二条 本法令においては、主題または文脈になら矛盾することのないかぎり——

一 「仲裁評議会」 Arbitration Council とは、議長および本法令において処理される争訟事件の各々の当事者の代理人とによって構成される団体をいう〔なお、当事者が一定の期間内に代理人を指名できない場合には、上記の代理人を含めずに構成された団体を仲裁評議会とする〕。

二 「議長」 Chairman とは、「村落協議会」 Union Council の議長または中央政府または州政府によって任命された

者、または本法令のもとに議長の職務を遂行するために右に述べた政府から権限を与えられている官吏によって任命された者を意味する。

〔なお、村落協議会の議長が非ムスリムである場合、または議長自身が仲裁評議会への申請を欲する場合、または病氣その他の理由で議長の職務を遂行し得ない場合には、村落協議会はムスリムである村落協議会の委員の一名を本法令の目的を達成するための議長として選出する〕。

三 「規定された」 Prescribed とは、本法令第二条にもとづく法令によって定められたことを意味する。

四 「村落協議会」 Union Council とは、一九五九年基礎的民主主義令 Basic Democracies Order, 1959 にもとづいて構成され、かつ当該地域において裁判管轄権を有する村落協議会および「都市委員会」 Town or Union Committee を意味する。

五 「区」 Ward とは、前述の基礎的民主主義令で定められた村落または都市内の一区を意味する。

解説

一 (一) 仲裁評議会という他のイスラーム諸国ではみられない制度は、本法令において種々の問題解決に機能する。一夫多妻(第六条)、

離婚(第七条)および扶養(第九条)に関する夫婦間の紛争解決である。

(2) 評議会の召集権者は議長である。

(3) 一方当事者が代理人を選任しなかった場合でも、評議会の権限は制約されない。議長は、申請を受理したときは所定の手続(西バキスタン・ムスリム家族法令施行規則(W. P. Rulesと以後略記)にしたがって、当事者に代理人を選任するように要求するが、当事者が所定の期間内に代理人を選任しなかった場合には、評議会は、この代理人の欠席のまま議事を進行することができる。一方当事者の議事妨害をふせぐために規定されたものである。

二 (1) 当事者の代理人は、仲裁評議会の構成員である、ということから、その位置づけに若干の問題があるが、代理人は当事者のスポークスマンとして行動することができる。調停のいかなる段階においても、他方当事者の利益になるような行動を期待することは困難だという理解にもとづく。したがって、代理人が本人の利益のためにのみ発言したからといって、その地位を失なうこともない。またそのことによって代理している本人にとって有利な審決が導き出されたからといって、その審決になんら影響をもたらす原因とはならないと解されている(P. L. D. 1968 Lah. 38)。

(2) 代理人が指名された場合、代理人が、病氣、その他の事情によって評議会に出席できない場合、または代理人が故意に評議会を欠席して当事者の信頼を失なった場合、議長は、本人に対して、その指名を解消し、新たな指名を行なう時間を与えることができる(W. P. Rules, R. 6(2))。この規定の趣旨は、本人の責に帰すべきでない事情によって、代理人がその任務を遂行しえないときに、さらに新たな

代理人を選任する機会を本人に与えるために設けられたものである。したがって、当事者が、議長の指示したように新たな代理人を選任しないようなときには、本条は機能しないことになる。さらに、法は、新たな代理人が選任された場合にも、それ以前に行なわれた評議会の手続になんら影響をおよぼさないものとした。したがって、その場合の手続は、前任者が評議会を離脱した時点から継続して再開するものとした。ただし、議長が審理手続を最初からやり直す必要があると考えた場合は、これを例外として認めることとしている。その権限は、議長に専権的に与えられることになるが、議長は、その理由を文書に記録しなければならない(W. P. Rules, R. 6(3))。

三 (1) 非ムスリムが村落協議会の議長である場合、本法令の目的遂行のためにのみ、別にムスリムを議長として選出する旨を規定した。本法令はムスリムにのみ適用されるということを考慮すれば、その方が妥当な方法と考えた。なお、その選出については通常の村落協議会の議長選出の方法によって、協議会の委員の中から選出する。したがって、在職の任期も協議会の委員の資格を有する間に限定されることになる(W. P. Rules, R. 4)。イスラーム的といえよう。

(2) 議長がムスリムであるときでも本条の事由がある場合には、その適格を失ない本法令目的の達成のために必要な職務を行なうため新たな議長を選出する。したがって、議長となった者は、その議長の適格事由がない期間だけその職を務めるという点において、非ムスリム議長である場合に選任された議長の任期と異なっている。

(3) 争訟当事者の一方に対して、議長が偏見や好意を抱いていると考えられる場合、または争訟手続中に不正ありと思料しうる場合の救済策として、特に W. P. Rules は特にその第六条第一項に規定を

設けられたこと (Inserted by W. P. Gazette Notification No. Integ 4-5/61, dated 2-9-1961)。これによれば、他方当事者は当該争訟に関して別の議長を任命するように求めることができるこの請求はテシル官に対して求める。その場合には、争訟手続は停止する。

五 「村落協議会」 Union Council は、「基礎的民主主義令」 Basic Democracies Order, 1959 におけるそれとは異なる。すなわち、それより広義であつて本法令では、原則として「都市委員会」 Town or Union Committee をも含む概念として用いられてゐる。

六 「区」とは、基礎的民主主義令に定義されている行政区画を意味する (同法一七条)。

七 前掲した各註において、挙げられている村落協議会、郡官、テシル官、または区という名称は、いわゆる基礎的民主主義令の導入によつて位置づけられたものである。これは、一九五九年一〇月、アヌブ・カーン大統領が、議会民主制を目指していたパキスタンの失政の原因を「パキスタン国民の大多数は無教育であり、貧しく日々の生活に追われている。このような人びとは国家的政策という形で政治を考えることには慣れていない」というところにあると規定づけ、下から「指導される独裁制 (Guided Dictatorship)」によつて独立以来の政局の混乱に終始符を打つべく新たな政治機構として導入したものである (一〇月二六日、基礎的民主主義令は公布された)。その構造を略記すればつぎのようになる。まず、約一、一〇〇人から成る区が構成される (八〇、〇〇〇区存在した)。各区は、村落協議会または都市委員会の委員としてその区の代表者一名を選挙する。その委員達によつて構成されたのがみぎに述べた村落協議会・都市委員会という地方行政組織の末端単位となる。その上に構成された徴税行政組織としての単

位が、ハンダラテシヤ独立以前は、通常東パキスタンではターナ評議会 Thana Council であり、西パキスタンではテシル評議会 Teshil Council である。その長がターナと呼ばれる郡官 Sub-Divisional Officer であり、テシルと呼ばれるテシル官 Teshildar である。後者を一応英訳して Collector と表示してゐるとして、このテシル官という訳語を付した (Pakistan Year Book, 1969, p. 77)。

※ The Central Adaptation of Law Order, 1964, S. 22 によつて “Central Government in the Cantonment areas, or by the Provincial Government in other areas” が、本訳稿のなかで “Central or Provincial Government” に改正された。

※※ The Muslim Family Laws (Amnd) Ordinance, 1961 によつて “having in the matter jurisdiction as prescribed” は、本訳稿のなかで “having jurisdiction in the area concerned” に改められた。

第三条 本法令の各項はすべての法、慣習 Custom および習俗 Usage を越えて有効であり、ムスリムの婚姻は本法令の諸条項にしたがつて為された場合にのみ登録することができる。

第二項 疑念を解消しておくために、「一九四〇年調停法」 The Arbitration Act, 1940 (一九四〇年法律第一〇号)、「一九〇八年民事手続法典」 The Code of Civil Procedure, 1908

(一九〇八年法律第五号)およびその他の裁判所における手続を規定したすべての法は仲裁評議会に適用されないことを宣言する。

解説

一 本法令は、これと矛盾するすべての法、慣習、習俗に優先する旨を規定した。それは、本法令の実施以前に適用されていたイスラーム法と本法令が抵触した場合に、そのことを理由にして本法令が無効となるものではない、ということを示した点において重要な意義がある(ここにパキスタン・イスラーム法の大きな特色をみることができる)。

二 婚姻の登録は本法令によってのみ行われている。したがって例えば、「一八九六年ベンガル州ムスリム婚姻・離婚登録法」(The Bengal Muhammadan Marriages and Divorces Registration Act, 1876)による登録はもはや必要となくなる。同様に他のいかなる地方の法による登録も本法令の発効後には不必要となることはいうまでもない。

三 一九四〇年調停法および一九〇八年民事手続法典で規定されていた調停手続きは本法令の仲裁評議会に対して適用されないことになる。評議会の手続は本法令自体の中に規定されている。それは本法令によって処理される事項の決定を促進するために規定されたものである。なお、仲裁評議会の決定は多数決で行なわれ(W. P. Rules, R. 5 (E. P. Rules, R. 5(D)), 審理手続は「原則として非公開で行なわれる(W. P. Rules, R. 5(D); E. P. Rules, R. 17)。

第四条 相続開始前に、相続権のある息子または娘が死亡して

いる場合、相続開始の時点においてその息子または娘に子供があるときには、息子または娘が生存していれば取得しうる遺産相続分を、その子供は代襲相続することができる。

解説

一 本法令は、イスラーム法の伝統的な相続原理からいえば、承認されていない、いわゆる承租相続 *Reshistan* の原則を承認したところに重要な意義がある。「近い親等の者は、より遠い親等の者の相続を排除する」というのがイスラーム相続法の大原則だからである。本条は、いわゆる代襲相続によって、もし相続開始時に法定相続人が生存していれば取得するであろう遺産を、それらの卑属が相続人たりうることを規定したものである。

二 本法令はいわゆる代襲相続の原則を採用することにしたが、この原則はシーア派によって認められていた原則である。それによれば、すでに死亡した相続人が相続開始時に取得するであろう遺産を、その卑属が取得することになるが、伝統的な正統学派であるハナフィー派の原則によれば、その頭割りによって相続分を取得するわけではない。

すなわち、例を挙げてみると、ある男が一人の息子とすでに死亡した息子の三人の子供を残して死亡したとすれば、まず第一に注意すべきことは、本法令の公布以前においては、死亡した息子の子供達は相続をすることができなかったということである。そして、本法令のもとでは生きている息子が財産の1/2を取り、死んだ息子の1/2の取り分を残された三人の息子達で分配する、ということになる。

(1) 死者が息子と、先に死んだ娘の息子と娘を残した場合、遺産の分割はつぎのように行なわれる。すなわち、息子は三分の二（男性は女性の二倍であるから、コーラン第二章二節参照）、死亡した娘に帰属する三分の一を、その息子と娘で分割することになる。すなわち、娘の息子は、 $\frac{1}{3} \times \frac{2}{3} = \frac{2}{9}$ 、娘は $\frac{1}{3} \times \frac{1}{3} = \frac{1}{9}$ となる。

(2) 本法令によって、従来の伝統的なハナフィー派の原則は大きく変更されることになったが、とりわけ、つぎの具体例が最も顕著な一例といえる。

例 被相続人Aが、娘B・Cと死亡した息子の娘Dと死亡した息子の孫（男子）Eを残して死亡したとする。

(a) 伝統的なハナフィー派の原則…BとDは各々その三分の一（コーラン第二章二節参照）。残余をDとEで二対一の比で分配することになる。したがって、Dは九分の一、Eは九分の一となる。

(b) 本法令による改変…BとCは各々六分の一、Dは三分の一、Eも三分の一となる。代襲相続の原理を媒介にして、DとEとが（男女の区別なく）相続分が等しい、という大変更となった。

第五條 イスラーム法にもとづいて行なわれた婚姻は、すべて

本法令の条項にしたがって登録されなければならない。

第二項 本法令にもとづく婚姻登録のために、村落協議会は婚姻登録官 *Nikah Registrar* と称すべき免許を、一名または数名の者に対して付与するものとする。ただし、一区につき一名以上の婚姻登録官を任命してはならない。

第三項 婚姻登録官によって挙行されたものでない婚姻も、本法令にもとづく登録するためには、この婚姻を挙行した者によって婚姻登録官に申告されなければならない。

第四項 第三項の規定に違反した者は、三月以下の単純拘禁または、一〇〇〇ルピー以下の罰金、またはそれらの刑が併科される。

第五項 婚姻登録の書式、婚姻登録官によって保存される登録、村落協議会に保存される記録、婚姻登録をする方式、および婚姻登録の謄本は、当事者に提供されなければならない。そのために支払われる料金は規定の通りとする。

第六項 規定の料金を支払えば、誰でも村落協議会の事務所で第五項にしたがって管理されている記録を調べることができ、または、そこに記載されている事項について、その謄本を取得することができる。

解説

一 第五條は、イスラーム法によって行なわれたすべての婚姻について、本法令の条項にしたがって登録することを要求したものである。婚姻登録を為すべしという原則は、イスラーム法の中にあるといわれている。すなわち「これ信徙の者、お互い同士、一定の期限つきで貸借関係を結ぶ場合には、それを書面にしておくのだぞ」（第二章二二節）をその典拠としているといわれる（しかし、これは「婚

姻」に関する啓示ではなく、貸借に関する問題の争訟を未然にふせうというものである。いずれにせよ、本法令は、婚姻登録を実現するために基礎的民主主義の基本的組織である村落協議会は、*Nikah Registrar* と呼ばれる一名または複数の登録官を任命することができるものとした。ところで、婚姻登録官の立会いのもとに举行されなかつた婚姻については、結婚式を司どつた者に対して登録のために婚姻登録官へ報告することを義務づけた。さらにこの条項に違反した場合三月以下の単純拘禁または一、〇〇〇ルビー以下の罰金、もしくはそれらが併科せられるべき旨を規定し、その徹底化をはかつたものといふことができよう。

二 一九六四年パキスタン家庭裁判所法第二四条は、家庭裁判所の訴訟手続において、本法令の発効以後、イスラーム法にもとづいて行なわれた婚姻が、本法令の条項、およびそれにもとづいて規定された規則にしたがつて登録が為されていない婚姻があることに気付いた場合には、家庭裁判所は、その婚姻が行なわれた地域の村落協議会に対してその事実を文書をもつて告知すべき旨を定めて、その徹底化をはかっている。

三 本項にもとづいて登録された婚姻は、家庭裁判所においては問題があるものとして取扱われることはないし、この婚姻に関するいかなる証拠も採用されない、という効力が付与されることについて西パキスタン家庭裁判所法第二三条に定められている。したがつて、例えば、婚姻当事者でない女性を妻として婚姻登録をしたとか、女性はこの婚姻について自由意思にもとづいて承諾をしていたわけではないとか、または結婚がイスラーム法に反して不適正 (*void*) である等の理由によつて、婚姻に異議を申し立て、詐欺的に婚姻を解消しようとする者に

とつては、本条はきわめて重大な障害となる。本条は、かような男性の容意から女性を保護することを目的として規定したものである。もつとも、この点については、婚姻登録は証拠をあげて反証を許すいわば「推定」として取扱われるべきであり、婚姻の効力は登録のみを基準にして決定されるべきではない、と解されている。

四 (一) 婚姻登録官の立ち会いによつて行なわれなかつた婚姻登録の手続については、別に定めがある (*W.P. Rules, R.11*)。それらによれば、パキスタン国内で結婚式が举行された場合には、その立会人は書式の文書を作成して、登録料を添えて婚姻登録官に送付しなければならぬことになっており、婚姻登録官は、これを受理したならば、速やかに自己が立会つた場合と同じ様式にしたがつて婚姻登録の手続を行なうことが定められている。

(二) パキスタン市民でない者が立会人となつて結婚式が举行された場合については別に定めるところによる (*W.P. Rules, R.12(a)*)。それによれば、その文書の作成・送付義務を新郎に課し、新郎がパキスタン市民でない場合には新婚にこれを課して、婚姻登録の徹底化をはかつた。

五 婚姻登録官に付与される登録官たりうるための「免許」については、別に規定されている (*W.P. Rules, R.7*)。この免許は登録官が規則に定められた職務を十分に行なわぬ場合には取消される。この点については、「本規則のもつて「免許」を付与された者がその許可の条件に違反した場合には、一月以下の単純拘禁または二〇〇ルビー以下の罰金もしくはそれらの刑が併科される」と別に規定されている (*W.P. Rules, R.7*)。したがつて、登録官が規則に反する行為をした場合には、村落協議会はその免許を取消し、さらに登録官を起訴する

権限をもつことになる (P. L. D. 1967 Kar. 165)。

六 登録等の提供に関する事項や、そのための手数料に関する事項は、別に定めるところによる (W. P. Rules, R. 8)。

七 婚姻登録官が婚姻登録等の記載事項を誤記したという申出があった場合には、村落協議会はその者に付与した登録官の資格を取消することができるし、起訴することもできる。しかし、誤った記載事項を訂正する権限は、村落協議会にも監督機関としての郡次長 Deputy Commissioner にも与えられておらず、その権限は裁判所のみが有する (P. L. D. 1967 Kar. 165)。

八 (一) 婚姻の登録料金は婚姻当事者の資力によってグレード化されており、その基準はマハルである。マハルが、二、〇〇〇ルビー以下の時は二ルビー、それから、一〇〇〇ルビー増える毎に一ルビーずつ最高額二〇ルビーを限度として増額される。マハルが金銭以外、例えば、羊のような財産で支払われる場合とか、一部がそのような財産で一部が金銭というような場合には、婚姻当事者間でなされる評価額にしたがって料金が支払われることになる (W. P. Rules, R. 8)。

(二) 東パキスタンでは、婚姻登録官が自分の婚姻登録事務所以外のところへ出張した場合について特別を設けている (E. P. Rules, R. 6)。それによれば、その登録官に対し四ルビーの特別料金を支払う旨が定められている。さらに、一マイル当り五〇パイサの割合で旅費が支払われることになっている。

(三) 登録官の調査と謄本取得のための料金は、左記のように各条項に規定されている。すなわち、

登録の調査料金は五〇パイサとする。

結婚に関する記事の全部あるいは一部の証明付謄本の料金は、

④ 標題の料金は五〇パイサとする。
⑤ 登録の料金は二ルビーとする。

第六条 すでに結婚をしている男性は、あらかじめ文書によって仲裁評議会の許可を得なければ、重ねて婚姻契約をすることができない。また、この許可を得ることなく為された婚姻契約は、本法令にもとづく婚姻登録をすることができない。

第二項 前項の許可の申請は、規定された様式にしたがって、所定の手数を添えて議長に提出する。その際、出願された婚姻の理由および重ねて婚姻することについての現在の妻または妻たちの承諾が得られているかいないかを陳述しなければならない。

第三項 議長は、第二項にもとづく申請を受理した場合、申請者およびその者の現在の妻または妻たちに対して、各々代理人を選任するように求める。そして、それらの者によって構成された仲裁評議会は、出願された婚姻が必要かつ公正と認められ、適正だと思われる条件がある場合にはかような条件を付して、申請された婚姻について認可を与えることができる。

第四項 申請の決定に際しては、仲裁評議会は決定理由を記

録しなければならない。そして、当事者も規定された様式にしたがい、所定の期間内に所定の料金を支払って、西バキスタンの場合にはテシル官に、東バキスタンの場合には関係の郡官吏に対して、再審の申立てをすることができる。そして、その決定は最終審の決定であって、いかなる裁判所においても審議されることはない。

第五項 仲裁評議会の許可を取得することなく新たな婚姻契約を為した者は、

(一) 現在の妻、または妻たちに支払われるマハルを——それが即時支払いのものか延べ払いのものかを問わず——その全額を直ちに支払わなければならない。もし、直ちに支払われない場合には、その金額は国家歳入の未払金として取り戻せるものとする。

(二) 告訴されて有罪になった場合には、一年以下の単純拘禁または五、〇〇〇ルピー以下の罰金刑、またはそれらの刑が併科される。

解説

一 周知のように一夫多妻制は、初期イスラーム社会において、その社会的・政治的必要性のために認められていた。それは前イスラーム時代のアラブ社会における婚姻観の克服にあったといわれている。すな

わち、イスラーム以前のアラブ社会では妻の教にはなんの制限も付されていない、いわば男の実力による一夫多妻制であったからである。したがって、一夫多妻制を承認しているといわれているコーランの一章は、むしろ一夫多妻を承認しているというよりは、禁止的な性格をもっているものと考えられよう。コーランの一章にはつぎのような一夫多妻を肯認している章句がみられる。すなわち、「そしてもし汝が孤児達を公正に取扱えないと案するなら、汝が気に入った女を二人でも三人でも四人でも娶るがよい。しかし、汝が彼女達を公正に取扱えないと案するなら、一人の妻か、あるいはお前の右手が所有するものだけにしておけ。あやまちを犯さぬためにはそれが最もふさわしい」(コーラン条四章三節)と。一夫多妻はあきらかにすべての場合に許されていたのではない。すなわち、六二四年のバドルの戦いにおいてマホメットは大勝したが、翌年のウフドの戦いでは大敗し、マホメットは未亡人と孤児の救済に困難をきわめたといわれている。そこで、前イスラーム以前の旧弊を改革し、併せてジハード(聖戦)による未亡人と孤児の救済という問題を解決しようとしたのが一夫多妻制だ、と説かれている。それは孤児達の権利を保護するためにのみ許されたのである。さらに、多妻は、妻達の間完全に完全平等を実現しなければならない、という要件のもとにおいてのみ認められたものである。現在のバキスタンの知識層は、これは不可能なことだと考えている。すなわち、愛情に関して絶対公平たりうるというようなことは明らかに不可能であるからである。したがって、一般に、バキスタンの法学者は、このような一夫多妻承認の条件が付されているのは、結局それを禁止しているということへ転化させている、と理解している。したがって、本条は一夫多妻を制限する方向で機能すべきものと理解する

にいたっている。それゆえ、かような法意識を反映して仲裁評議会が妥当だと判断した場合にのみそれを認める、と規定された。しかしながら、古典的な意味におけるイスラーム法の婚姻観はもちろん根強く生きつづけているといえよう。それは、本法令が一夫多妻を禁止していない、ということでも明らかである。その意味は、すでに結婚している男性でも仲裁評議会の許可のみで重ねて婚姻をなす、と規定しているに過ぎないからである。それゆえ、仲裁評議会の許可なく重ねて結婚をした場合にもその婚姻自体は無効ではない。本条項は、本条項の規定に反して結婚した男性を、拘禁または罰金刑もしくはそれらの刑を併科する、というだけであって、婚姻そのものを無効にするものではない。(P. L. D. 1963 S. C. 51)。

- 二 「現在の結婚」 "existing Marriage" という表現の意味するところのものは、パキスタンの法律によって有効と認められている婚姻であれば、パキスタン市民であるムスリムとパキスタン市民ではない女性ムスリムとの結婚をも意味するし、それがムスリムでない女性との結婚をもそのなかに含まれており、何か資格——例えば、パキスタン市民のムスリムとパキスタン市民のムスリムとの結婚のような——ないしは限定された婚姻を意味しているものではない。この条項の中で統一して出てくる「他の結婚」 another Marriage という表現も同様の意味を有するものと解されている。したがって、みぎのような婚姻という言葉のもつ一般性は、この条項になんらかの配慮を導入して、限定的に解してはならないと解されている。(P. L. D. 1967 S. C. 580 eto.)
- 三 二番目の婚姻の許可を得るための申請は、所定の手数料一〇〇ルピーを納付しなければならず (W. P. Rules, R. 15; E. P. Rules, R. 15)。

- 四 本法令の第六条第二項に定められた申請を受理する権限は、申請者の現在の妻が住んでいる地区の村落協議会に在る。なお、申請者が一名以上の妻を有する場合には、最後に結婚した妻が申請の為された時に住んでいた地区を考慮に入れてこれを定める (W. P. Rules R. 3; E. P. Rules R. 3)。西パキスタンでは、妻が西パキスタンに住んでいない場合には妻が申請者と最後に住んでいた場所の村落協議会に権限を持たせるということがさらに規定されている。その他の場合——たとえば、妻がパキスタンで夫とともに住んだことがなかったという場合、これは外国あるいは東パキスタンで結婚式をあげた妻が西パキスタンに來なかつたので、夫と共に西パキスタンに住まなかつたというような場合——そのような場合には申請者が長期間住んでいる西パキスタンの村落協議会がその権限を有する (W. P. Rules, R. 3)。

- 五 仲裁評議会は申請された結婚を認めるかどうかを独自に判断することのできる広範な権限を与えられている。しかしながら、特につぎの事項を理由に許可を与えないか否かを決定することにならう (W. P. Rules, R. 14; E. P. Rules, R. 14)。すなわち、不妊、肉体的欠陥、健康、夫婦関係の不適合、同居請求の訴の意識的回避、または、現在の妻の精神異常などを理由とする場合である。しかし、このような申請理由もその他の理由と同様に仲裁評議会を拘束するわけではないことに留意しよう。仲裁評議会は、独自の理性と知性にしたがって問題の裁決をしなければならぬ。

- 六 (一) 当事者は仲裁評議会の決定があったときから三〇日以内に、評議会の命令に対して、その再審の申立をすることが出来る。再審申立書は二ルピーの手数料を要する (W. P. Rules 16(i); E. P. Rules 16(i))。なお、申立は文書で行なわれるものとする。そこには裁決に

対する異議申立ての理由を記し申請者の署名がなければならぬ(W. P. Rules, R. 16(2); E. P. Rules, R. 16(2)).

(2) 当局によって為された異議申し立てに対する裁決は最終審としての性格をもつものである。したがって、他のいかなる裁判所もこの裁決を覆すことはできない。しかし、本法令は憲法に従属する法令に過ぎないのであるから、憲法によって特に高等裁判所に与えられている令状の権限を禁ずることはできないことはいうまでもない。したがって、当事者に十分に説明の機会を与えなかったり、Natural Justiceの原則を無視するというような事由がある場合には事件移送命令を発することができる。

七 この条項の目的を達成するために仲裁評議会は議長および当事者双方の代理人各々一名とで構成される。争訟当事者の一方がパキスタン国外に住んでいる場合には、仲裁評議会への代理人を指名するように求める議長の命令は当事者の在住する国におけるパキスタンの領事官を通じて当事者に手渡されることになっている(W. P. Rules, R. 6. (一九六五年修正))。

八 第五項に規定された条項に反する婚姻契約をした者に対する告訴はつぎのように行われる。すなわち、村落協議会の議長が告訴状を監督官庁へ送付し、それから長官へ送ったとき、告訴は正式に成立する。裁判官はそれによって告訴を審議する権限を付与されることになる。しかし、裁判官には仲裁評議会の許可なく別の結婚をした男に対して、本法令の六条五項一号に規定されているように、「マハル全額の即時支払」というような命令を発する権限がないことはいうまでもない。マハルの額、それともなうて生ずる問題は、本法令およびその付則に定められている規定にしたがって裁決されるのであって、刑事訴訟

法にしたがって開設された刑事裁判所では、マハルの即時全額支払などに関する権限を有しないことは当然だからである。

九 マハルというのは結婚に際して、夫から妻側へ支払われる金銭その他のものである。これが、正式条文の上でも英語の Dower をもって表現されているが、これが The Widow's Right of Retention として保護されているところから、英法における「寡婦産」として意識され、Dower という表現になったものと思われる。しかし、彼の地においては、「婚約金」ないしは「夫からの婚資金」としての意識が強く、「寡婦産」という訳語は不適當と考えられるので、ここでは原語通り、マハルと記すことにした。

第七条 妻を離婚したいと欲する者は、いかなる形式であれタラク(Talak (離婚))の宣言を行なった後、可及的速やかに議長へその旨を文書で通告しなければならない。そして、その謄本を妻に提供しなければならない。

第二項 第一項の規定に違背した者は、一年以下の単純拘禁または五、〇〇〇ルピー以下の罰金もしくはそれらの刑を併科される。

第三項 第五項に規定されている場合を除き、タラクはより早く明白な方法、またはその他の方法で撤回されない限り、第一項に従って議長に通告された日から九〇日間効力を生じない。

第四項 議長は第一項にもとづく通告を受理した日から三〇日以内に、当事者間の調停を実行するための仲裁評議会を構成しなければならぬ。仲裁評議会は、このような調停を実行するために必要なあらゆる手続をしなければならぬ。

第五項 タラークが宣言されたとき、妻が妊娠している場合には、タラークは、第三項で述べられた期間または妊娠の終了がそれ以後の場合にはその時まで効力を生じない。

第六項 本条項にもとづく有効なタラークによって婚姻を解消した妻は、第三者による婚姻への介入なしに、同じ夫と再度の結婚をすることをさまたげない。ただし、かような有効な婚姻の解消が三回を超えないものとする。

解説

一 調停という制度はイスラーム法では、夫が妻を離婚する場合は定められていないが、妻がクフラ Khula (妻側からの離婚請求) に求める所で定められている。そこで、調停制度もイスラームの教義にそった原則である、と説かれている。すなわち「Imam Shafai は Hazrat Ali からのしきたりを知らせそれは Uaida の Ibn Sirin によって報告された。それは男と女がそれぞれ多勢の人達と共に Hazrat Ali の所へ来たという話だった。Hazrat Ali はハーカム hakim (調停人) を男の家族から一人、女の家族からも一人選ぶように命じた。そしてハーカムにいった。「お前はお前の務めを知っているか? お前の務めは、

彼らが結びつけられるのであれば結びつけ、お前が引き離すと決めたなら引き離す事だ」と。現在、本法令のもとではハーカムの役目は仲裁評議会に替わられ、調停の手続は義務とされている。以上のことは条文によってイスラーム法に新しいものを持ち込んではいない事を示している」(S. Mahmood, P. 28; PLD 1969 Lah. 566) と。したがって、このような調停制度の法定は、それが、家族関係の問題全般にわたって支配する原則として拡張されたに過ぎないものと理解されている。すなわち、端的にいえば、コーランの「二人の間にひびが入りそうな心配のある時は、男の一族から調停人を一人、それから女の一族からも調停人を呼んで来るがよい。もし、兩人に仲直りしたいという気持があるならば、アルラーが二人の中をうまく合わせて下さるのであるぞ。」(第四章条三九節)を典拠として、「不和」の場合を、離婚、多妻、そして扶養をめぐる係争に拡張したといわれている。

二 本条の目的は、いうまでもなく、夫が結婚生活の破綻をふせこうと試みる努力もしないで、一方的に宣言するタラークによって性急に結婚を解消するという夫からのタラークの悪用を防止することにある。よって、妻の地位を保護しようとするものである。

三 本条項はイスラーム法で認められかつパキスタンのムスリムの間で広く行なわれているタラークそれ自身を禁止するものではない。ところで、タラークには、どのような形式のものが存在するのであるか。一般に認められている離婚 Talag us Sunna には Talag Ahsan および Talag Hasan として知られている二形式がある。認められていない形式として Talag Biddat といわれるものがある。

(イ) Talag Ahsan Talag ahsan は夫が妻と同棲生活をしていない Tahr (純潔期間) の間に離婚を宣言し、それから彼女がイッター Iddat

(待婚期間)である間の同棲生活をしなかった場合に有効となる。タラークはイッダの期間が終了すると撤回できなくなることに留意すべきである。しかし、その期間中は、いつでも夫は妻を連れ戻すことができる(コーラン第二章二八節)。妻が「道」に従わない場合には同棲生活を始めた後でもタラークを宣言できる。離婚はイッダ(それは三度のクルウを意味する。クルウとは月経のことである)の成就によってのみ確定する。もし月経がなければ、それは三ヶ月をもって算定される。女が妊娠している場合には子供の出産か三ヶ月か、どちらか遅かった方によってイッダは終了するものとする(Hadaya, op. cit., p. 72)。

(c) Talag Hasan Talag hasan は夫が妻と肉体関係を持たないTahrの間、彼女を拒絶し通し、さらに二回のTahrの間もこのような姿勢を続けた場合に有効となる。しかし、三度目の拒絶と宣言があった時に、最終的に離婚を決定し確定することになるという制度である。(この点については特に Hadaya, 72, Bailie, 206)。

(d) Talag Bidaat Talag-i-biddat は同一のTahrの間に三度タラークを宣言するか、三度言ったとみなされるタラークの常套句、例えば「私はお前を三度離婚する」と宣した場合に効力を生ずる。このように一つの撤回し得ない離婚が宣言された場合が「Talag-i-biddat」であり、それは即刻効力を生じ確定する、というものである。「Talag-i-biddat」はインドやパキスタンにおけるいわゆるインド・ムスリム社会で最も一般的に行なわれた離婚様式である。しかし、シリア派ではこの離婚様式を認めていない(Bailie II, 118)。

叙上の種々の「Talag」を比較較量してみたとき、パキスタンにおける離婚様式は、本法令が規定している態様から考えると、そのうち

Talag-i-talasn および Talag-i-hasan と調和するような Talag を実施していると考えるのが妥当であろう。Talag-i-talasn の場合、離婚はイッダの期間の終了後に確定し、Talag-i-hasan の場合は最初の宣言から三度目のTahrにおける三度目の宣言で確定するからである。それゆえ、Talag が Talag-us-Sunnat すなわち、一般に認められた離婚形式に従って確定するのに必要な最短期間は約九〇日間である。この意味において、この条項は伝統的なイスラーム法に何等変化をもたらしたものと解されていない。むしろ、それは法令に定められた規定によって強化されているものと考えられている。本法令に影響される唯一の形式は口頭で告げられるか、紙に書かれるか、もしくは判読可能なその他の方法によって告げられれば即座に効力を生ずるとするいわゆる Bidaat 方式である。今日ではその形式によるタラークは九〇日間経過しなければ効力を生じないものとされている。

四 タラークが効力を生ずる時期は、議長にその通告が成されてから九〇日を経過した時である。議長への通告がタラークの必須要件である。本条第三項の規定にしたがえば、その期間は議長へ通告があった日から算定されるのであってタラークの宣言のあった日からではない(P. L. D. 1964 Kar. 306)。宣言をした後、その効力を生ずるまでの期間は、法的には夫たり妻たりるのであってその点についての効果に変更はないと解されている(P. L. D. 1963 S. C. 51)。

五 議長へ提出した通告の謄本を妻へ送付するのは夫の義務である旨を規定しているが、夫がそれを怠った場合には、第二項にもついで起訴され、刑罰を科されることになる。しかし、もし謄本の送付が行なわれない場合にも、この通告はタラークの効力あるいはタラークが効力を発する期日に対して影響をおよぼすことはない。ところで、妻の

所在が不明であり、夫として為すべき努力をしたにもかかわらず、その所在を確認し得なかった場合には、通告は、議長の許しを得た上で、妻の父母または成人に達している兄弟姉妹を通じて妻に提供することができるとある(W.P. Rules, R. 3(a))。もし、妻にみぎのような縁者がなかったり、また、もし、かような縁者がいたとしてもその住所がみぎの努力の結果にもかかわらず確認出来なかった場合には、夫は議長の許しを得て、議長が認めた新聞紙上で妻に対するタラークの通告をすることができるとある。ただし、その新聞は彼が妻と共に最後に住んでいた場所において一般的に知られているものでなければならぬ(W.P. Rules, R. 3(b) (一九六五年追補))。ところで、本法令以前におけるタラークは、妻への通告は要求されていなかったし、文書によるタラークの場合には、それは文書が書かれた時から有効なのであって妻が受け取った時からではないというのが一般的な見解であった(Baillie, op. cit., 233)。妻を保護しようとするために本法令はこれを改めた。

六 議長に対するタラークの通告は、夫の義務であるが、夫が自分でタラークの宣言を思い直してこの通告を行なわなかった場合には、第七条の見地に立って、タラークの宣言は撤回されたものとみなされ、妻の利益に解するというのが判例である(P.L.D. 1963 S.C. 51)。第七条一項による通告に関して、注意すべき点はタラークを宣言された妻がその宣言時に在任していた地区の村落評議会の議長への通告を要するという点である。したがって、管轄権は妻の住所によって生ずるのであって、通常の法の適用に関して生ずるような結婚の行なわれた場所や二人が生活を共にしていた最後の場所というような基準によって、管轄権が発生するわけではないし、また、妻の永住地でさえな

い、ということに注意すべきであらう(W.P. Rules, R. 3; E.P. Rules, R. 3)。さらに西パキスタンではタラークが宣言された時点において、妻が西パキスタンに住んでいない場合についての取扱いが定められている。その一は、妻が夫と最後に同居していた場所の村落協議会の議長が通告を受け、その二は、夫と妻が西パキスタンにおいて共同生活をしていなかった場合およびタラークが宣言された時点において妻がパキスタンにいなかった場合には、告知は夫が永く住んでいる場所の村落評議会の議長へ提出することになっている(W.P. Rules, R. 3 (一九六五年修正))。

ところで、婚姻の解消が家庭裁判所の判決によって為された場合には、裁判所の判決のあった時点なら七日以内に、その謄本を所定の村落協議会の議長に送付しなければならない。議長がこの謄本を受領した場合には、この法令に定められたタラークの通告に関する処理と同様に処置しなければならないし、タラークは、かような通告のあったときから九〇日後にその効力を生ずる(W.P. Family Courts Act, 1964, S. 21)。

七 タラークの通告はできるだけ速やかに議長へ為されなければならない。これはタラークの宣言をした後、不当に通告を遅滞せしめた場合に本条第二項によって罰せられるということによって担保される。また本条の趣旨からいえば、Talag-Talagan の場合には、最初のタラークの宣言の後にこの通告はなされなければならない。

八 議長が当事者達に対する和解の調停を試み、それに失敗した場合にはタラークは法に定められた期限を過ぎると自動的に効力を発生する、とした。

九 女性が妊娠している場合におけるタラークの効力発生時期について

は、原則は *Talaq-i-ahsan* の場合に準ずる。すなわち、*Talaq-i-ahsan* はイッダの期間が終了した時に確定することに注目すべきであろう。ただし、その期間内であれば夫はいつでも妻を元の状態に引き戻すことができる。離婚は三期の純潔期間が終了した場合のみ確定する。女性がその期間を遵守し得ない場合にはそれは三ヶ月間とする。そこで、女性が妊娠している場合は、子供の出産と三ヶ月間のいずれか遅い方によってイッダが終了する、と古くから解されている (*Hebdeya, op. cit.*, 74, *Baillie, op. cit.*, p. 206)。

一〇 本法令は、パキスタン市民のすべてのムスリムに対して、その在住地に関係なく適用されることになる。ところで、その場合ムスリムである夫がキリスト教徒である女性とイスラーム法によって承認されている形式によって結婚した場合や、または、パキスタン市民権を有しないムスリムの女性と結婚した場合に、その妻をタラークによって離婚することができるか、あるいはこの法令の第七条の規定を適用することができるかが問題となる。同条の適用によって解決されるというのが判決例である (*S. Mahmood, op. cit.*, p. 30; *P. L. D.* 1967 S. C. 580)。

一一 本法令が実施される以前は *Talaq-i-ahsan* 形式以外のタラークによって離婚した夫婦は、離婚された妻が他の男性と有効な婚姻契約にもとづいて結婚をした後、その夫が死亡または実際の婚姻生活後に彼女を離婚し、さらにその妻がイッダを終了した後に、初めの夫と結婚する、という以外には離婚当事者の再婚を認めていなかった (*Baillie, op. cit.*, p. 206)。その場合、再婚する以前に再婚当事者達は、彼らのかつて存在した結婚の障害が、その後の結婚、結婚生活、およびその解消によって除去されたということを証明することが義務づけら

れ、もし、それをしなければその再々婚は有効として認められていなかった (*S. Mahmood, op. cit.*, p. 31)。したがって、かような結婚についての法的障害が除去されずに再婚した場合、その婚姻生活において生まれた子供達は私生児である、という結果になっていた (*A. I. R.* 1932 S. C. 86)。しかし、本法令のもとではタラークの形式は *Talaq-i-ahsan* の規定様式とほとんど同じである。そしてタラークが第七条に規定された形式にしたがって有効になったのであれば、その夫婦は、女性が他の男性と結婚する経歴を必要とする、という要件を備えなくても再婚する事が出来ることになった。ただし、彼らが三度の離婚歴を持ち、三度目の結婚が効力を発している時は例外であり、このような場合は女性がいったん他の男性と結婚をする、という要件が要求されている。これはイスラーム法の原則に則ったものである (*コーラン第二章二九節、一三〇節*)。

第八条 離婚する権利が十分妻に与えられ、彼女がその権利を行使しようと欲する場合、または当事者のいずれかがタラーク以外の方法で結婚を解消しようと欲する場合には、第七条の規定を出来るだけ準用することとする。

解説

一 本条によって、試みられる調停の範囲はさらに拡張されることになった。まず、*Talaq-i-Talviz* さらには両当事者の婚姻解消の請求に応じて他の婚姻解消の方式も必要な変更を加えたりえて拡張されて本

法令による調停の機会を与えることになったといえよう。まさしく、本条は本法令の目的、すなわち、離婚における妻の地位を保護しようとする目的に合致するものといえる。本条は、当事者が法廷の介入なしに自分達だけで婚姻を解消できる婚姻解消の方法を名宛人として規定されたものといふべきであろう。したがって、その場合、当事者達は自分達の婚姻解消を宣言したならば、タラークによる場合と同様に、議長に対して通知を出さねばならないし、議長はその通知を受理したならば、それによってその者達の調停を試みることになる。その調停が不調に終了した場合には、通告の日から九〇日を経て離婚が成立することになる。ところで、本条項によって生ずる離婚方法については以下に述べる。

(1) Taluq-i-Talviz (Taluq-i-Talweez) 夫が妻を離婚する権利を与えられているのだから、夫は妻に対してみずから離婚を為し得る権利を与えることができる。というのは、離婚の生じうる条件もしくは状況というものが合理的なものであり、かつイスラーム法の原則に反していないかぎり、婚姻の成り立つために課されている諸条件は、もっぱら婚姻当事者に委ねられているものだからである (Baillie, *op. cit.*, p. 236)。*タビ*、このような合意が交わされた場合、もしならんかの許容したいような事件が生じたならば、タラークを宣言したと同様に、同居を拒絶することができる。かような妻に対して与えられた権利は撤回し得ないものであって、この権利は、たとひ夫からの同居回復請求権の訴訟が提起された後にもこれを行使することができる。とするのが従来の変らぬ判決例である (P. L. D. 1952 Dacca 86)。しかも近時の判決例によれば、かような離婚する権利の付与は条件付きでも無条件でもよいと解されている (P. L. D. 1963 Dacca

802)。なお、いうまでもなく、この様式による離婚に際しては、第七条所定の通知は妻の離婚の宣言にもついで妻自身によってなされることはいうまでもない。

(2) Khula クフラというのは、いわゆる協議離婚ともいうべきものであって、離婚が両当事者の合意にもついで成立するものであり、妻がみずから離別する旨を夫に申出てその承諾を得た場合に、妻の求めに応じて行なわれる婚姻の解消である。この場合における通知は、夫が妻の申出を了承した後に、妻がこれをしなければならぬ (後述一九三九年ムスリム婚姻解消法一条解説)。

(3) Mubarat ムバラートとは夫婦相方が相互に嫌悪の感情をもっているときに合意によって婚姻を解消することをいう。ムバラートという婚姻解消の方式はクフラと同様にいわば協議離婚であるが、両制度の異なる点は次のようなものである。すなわち、「悪感情が妻の方にあつて妻が夫に別離を求めるときその婚姻解消手続きをクフラといひ、夫も妻も互いに悪感情をもちあつて相方が別離を望んでいるときその手続きをムバラート」というのである (P. L. D. 1967 S. C. 97; P. L. D. 1964 S. C. 456)。ムバラートによる離婚の申出は妻から行なわれても夫から行なわれてもよい。そして、申出が受諾されたときに直ちに離婚が成立した、というところに注意すべきであろう (P. L. D. 1952 Lah. 113)。この場合、みぎに述べてきた通知は離婚の申出をした者がすることになっている。しかし他方当事者がこの通知を提出しても離婚は成立する (S. Mahmood, *op. cit.*, p. 33)。

第九条 夫が妻を十分に扶養し得ない場合、または複数の妻を公平に扶養し得ない場合には、妻またはいづれかの妻、また

は妻全員が求めうる他の法的救済手段に加えて、仲裁評議会を構成しうる議長に対して、当該問題の裁決を訴求することができる。そして、仲裁評議会は扶養料として夫が支払うべき金額を明記した証明書を発行することができる。

第二項 夫または妻は、所定の様式にしたがって、所定の期間内に、所定の手数料を支払ってその証明書の修正を求めることができる。その修正の申請は西パキスタンにおいてはテシル官に対し、東パキスタンにおいては当該の郡官に提出する。その裁決は最終審であつて、いかなる裁判所もこれを審議することはできない。

第三項 第一項または第二項にしたがって支払われる金額は、規定の期間内に支払いのないときは、国家歳入の未払金として回復請求をすることができる。

解説

一 本条項は夫に十分に扶養されていない妻に対する特別の救済法を提示しているものといえよう。本法令の実施前の妻の救済方法は、「刑事訴訟法」Criminal Procedure Code 第四八八条によつて請求を行なうという方法、または扶養料の回復を求める民事訴訟による方法のいずれかが妻に与えられていた。本規定の基本的思想は、ないがしろにされている妻に対して、この刑事訴訟法四八八条によつて、すでに定められている救済方法をさらに簡便・容易化して、扶養を受けていな

い妻を適切に救済することを目的として制定されたものである。その意味でも、コーランの訓えをより現状に則したものと見えよう。ところで、本規定は、扶養の状態を二つの異なるカテゴリーすなわち、全く扶養を受けていない場合と扶養が不十分な場合——に分別して規定したものではないと解されているのが一般的である。したがつて、“adequately”な扶養をしていないこと、すなわち、“inadequate maintenance”の中には、扶養の全くの不在 (total absence of maintenance) をも包含している。したがつて本法令の要点は、ないがしろにされていた妻に対しての救済方法として、十分に扶養されていない妻達に対する扶養請求を完全にする、という本来的な立法目的のほかに、すでに刑事訴訟法四八八条によつて与えられている扶養のまったくない場合の救済方法に加えてその簡易な実現方法を定めたものだ、と解されている (P. L. D. 1966 (W. P.) Lah. 703 (DB))。さて、本法令の実施された現在、妻は扶養料の請求を本条にもとづいて議長に申請し、議長は彼女に対して支払われべき扶養額を決定するために仲裁評議会を構成して審議・決定する義務を負うことになる (なお今日では、W. P. Family Court Act, 1964 の実施されている地域では、民事手続による旧来の扶養請求は許されないことに留意すべきである)。複数の妻がいる場合、コーランの訓えのごとくその妻達に対して扶養の平等を要求する権利を与えている。しかしこのことは、妻達が他の妻あるいは妻達の受けている扶養と比較して合理的と認められる扶養料を要求できることを定めているだけであつて、「同額」という意味とは一般に解されていない。

二 扶養料の証明書が本条項によつて交付される場合、婚姻が当事者間に存在しているかどうかを人事法に則して認定されなければならない

旨を判例は何度もくり返して判示している (S. Mahmood, *op. cit.*, p. 36, note, 20)。その有効な婚姻の存在に関する準証責任はその妻が負担する。

三 扶養料請求の抗弁として離婚の請求が出された場合は、本条項による審決をなす前にその点についてまず考慮されなければならない。したがって、扶養に関する訴訟が未解決のうちに離婚が許されることになるが、その場合はイッダの終了時までの扶養料のみが算定されることになる (P. L. D. 1961 Kar. 12)。

四 扶養の権利がいかなる場合に与えられるかという点については旧来から「妻が婚姻関係を結び得る (夫婦関係を結びうる) 年齢に達していない (Baillie, *op. cit.*, p. 441) が基本要件である。幼童婚もあつた時代背景を考慮すれば当然ともいえよう。その他に一般につきの要件を要求されるものと解されている。

(a) 婚姻関係 妻は夫に忠実でなければならず、また夫の正当な命令に従わなければならない。すなわち、妻が夫に忠実でなければ夫は妻を扶養する義務はないとされている。

(b) マハルの未払い 妻へのマハルの未払いのために彼女が夫を拒絶しているのであれば、夫は妻を扶養しなければならない。この場合、彼女の扶養に関する権利は夫と同棲していない場合でも認められる (Baillie, *op. cit.*, p. 442, P. L. D. 1960 Kar. 663)。

(c) 夫との同棲の拒否 妻が夫と別居し、その親元で生活をしている場合には扶養料を要求する権利がない (P. L. D. 1963 Dacca 883他多数)。もっともみぎに述べた (b) の条件があれば別問題である。

五 妻が扶養される資格があるかどうかの決定に際して、妻の財産状況

は考慮しない。扶養を受ける証明書の交付を要求するためには、妻は「夫が妻を扶養しなかった」という事実だけを証明すれば十分と解されている。扶養を要求する妻の権利に関するイスラーム法の原則は、妻が自身の財産を有しているかどうかには無関係であり、妻が夫と別個独立の生計手段を有していることは夫から扶養を受ける権利のさまたげとはならない (P. L. D. 1958 (W.P.) Lah. 596)。

六 本条は夫が妻または妻達を十分にまたは公平に扶養しないためになおざりにされている妻または妻達によって訴を提起されたときに、夫が扶養料を妻または妻達に支払うかいなかの審決およびその金額を明示した証明書を発行する権限を仲裁評議会に委ねたものである。夫の扶養義務というのは、妻に対して衣・食・住を与える、ということのみを指称する、とされている。したがって、ノーマルな状況においては、衣・食・住は当然確保せられているものであるから、夫が自分の家で衣・食を妻に与えないという状況、またはその履行を夫が拒否する、というような例外的場合以外には問題は生じないと解されており、扶養の請求は夫婦間の「不和」の時にのみ生ずるといわれるゆえである。夫に現金で扶養料を支払う義務を課するというのはまさしく例外的な事情がある場合だけである。たとえば、夫の意向によって妻が別居を余儀なくされているような場合だけに限定される (P. L. D. 1959 Lah. 407)。その場合、仲裁評議会の裁決はつきのような要素を勘案して決定されなければならないとされている。すなわち、家族の状態、夫の所得と約束、彼らの間に生まれた子供に対する夫の関わり合い、夫の支払い能力、等である。なお、さきに述べた妻側の資産は扶養義務の存否には関係をもたないが、その額の確定については、妻の生活を支える親族等の存否が勘案されるという古い判例も散見され

る (S. H. Mahmood, op. cit. p. 38)。この決定に際して、評議会は二つの「極端」を回避して審決することを要求されている。その一つは、「妻に贅沢をさせたり、別居生活を快適にさせて将来の和解を妨げるような扶養料を与えてはならない」ということであり (AIR 1957 Mad. 693)。その二は、「ケチであつてはならない」ということであつて、一般的にいえば、贅沢が許されてはならないが、生活の必需品は原告の生活状態や被告の資産に応じて提供されるべきだ (AIR 1954 All. 33; S. Mahmood, op. cit. p. 38) ということである。ところで、この原則に対して例外的な判決も存在する。その事件は、夫が最初の妻との間に生まれた息子と娘各一人を残して二番目の妻と結婚した事例であるが、これに対してこのような無責任な夫は処罰に値し、この状態における唯一の正しい道は二番目の妻の贅沢を許す代償として重いプレミアムの支払いを夫に強制することであり、その罰は社会に抑制効果を与える見せしめとなる、と判決したものである (55 Cal. L. Time 407; S. Mahmood, ibid., p. 39)。

七 妻への扶養義務は婚姻の成立時に開始する。それは、法的義務であつて、いふまでもなく恩恵 *ex gratia* として与えられるものではない。したがつて、本条は将来に対する扶養料の請求に局限されているわけではないことは明らかである。それゆゑ、仲裁評議会に対しては、即座に提起されなかつた扶養および本法令施行以前の過去の扶養料であつても、本法令施行後に、それらの過去の扶養料についての審決をする権限を与えられているものと解されている (P. L. D. 1966 Lah. 703; P. L. D. 1967 Kar. 165; P. L. D. 1968 Lah. 93)。

八 本法は、刑事訴訟法第四八八条とは異なり、子供の扶養に関する規定を含んでいない。第九条がこれらの関連事項であるとはいえるが、

それはなおざりにされた妻の扶養の問題を扱っているだけである。したがつて、第九条にもつて扶養の訴求をした妻はその訴訟子供の扶養料を請求し得ないことは、いふまでもない (P. L. D. 1966 Lah. 703)。

九 扶養の回復請求について、本法令は妻に対して特別の配慮を行なつた。その実状にかんがみて、本条項の条文に明記して、扶養料を期日までに払わない場合には国家職人の未払分として回収されるべく特別の配慮をはかつた。

一〇 扶養請求に関する管轄は、訴を提起した妻の居住する地区の仲裁評議会の議長に付与されている。複数の妻があつたときには最初に訴を提起した妻の住所を基準にして考ふる (W. P. Rules, R. 3)。

一一 当事者は、仲裁評議会の裁決に不服があれば、裁決の日から三〇日以内に、その再審申立をすることができる。それには一定の料金を添えて為されなければならない (W. P. Rules, R. 16)。

一二 再審をする権限は、西バキスタンではテシル官 Collector (田東バキスタンでは郡官 Sub-Divisional Officer) であるが、これについては本法令に関係規定がない (これについては前掲第二条の解説七を参照されたい)。本来的には、テシル官の名の示すように、The General Clauses Act, 1897 (一八九七年法律第一〇号) によつて規定づけられる。つまり、テシル官とは、地区の徴税の主任事務官を意味する。そして、さらにこの権限を与えられた副郡官 Deputy Commissioner をもそれに含まれていることになる。したがつて、本条による再審申立を受理する権限は、テシル官および副郡官に限定されることになる。その結果 Chief Officer in Charge とはいえない権限を有するに過ぎない特別副郡官 Additional Deputy Commissioner は——Land Reve-

due Act または Tenancy Act によって徴税事務権限を与えられているが、——本条項にもとづく再審請求に応ずる権限はないものと解されている (P. L. D. 1965 Lah. 439)。

第二〇条 婚姻契約に、マハルの支払い方法についてなら詳細な定めがない場合には、要求のあったときにマハル全額を支払うものとする。

解説

一 イスラーム法に明示されているアラビア語のマハル *Mahr* はインド II パキスタン・ムスリムでは *Dower* と英訳されている。しかし、英法における *Dower* と同意語ではないことに留意しなければならない。それゆえ、マハルという原語を付して訳出した。 *Dower* の定義については、法学者は「婚姻契約の条件を守る証拠として法によって夫に課された婚姻契約上の効果である」と説かれ (T. P. Hughes, *op. cit.*, p. 91)。また、「婚姻契約の不可欠の要素である」と説かれている (T. P. Hughes, *ibid.*, p. 307)。*Kul* このマハルには、一般に支払う時期の相違によって二つの態様がある。すなわち、即時払マハル *prompt Dower* と呼ばれるのは、婚姻契約後、いつでも要求に応じて支払われるものである。延べ払いマハル *deferred Dower* と呼ばれるものは明示された期間を経た後、またはこのような期間を定めていない場合には夫の死亡または婚姻の解消によって支払われるものである (Baillie, 92, 120)。

二 本法令の公布前におけるマハルの支払い方法に関するイスラーム法の原則はつぎのようなものであった。

シーア派では、マハルが即時払いか延べ払いかの定めがない場合にはすべて即時払いとする、と考えられていた。しかし、正統派といわれるスンニ派では、マハルの部分だけ即時払いとして考えられているだけであった。そして、訴訟になった場合には、裁判所が即時払いのマハルとして扱われる割合と延払いマハルとして扱われる割合とを決定する権限を持っているものと考えられていた。これは通常、慣行によって決定するものとされていた (S. Mahmood, *op. cit.*, p. 42)。これに対して、本法令は、いわばシーア派の見解に則して、マハルが即時払いか延払いかの定めがない場合には、即時払い、すなわち、要求に応じて即時に支払われるべきものと定めたものと解されている。

第二一条 州政府は、本法令目的達成のために必要な規則を制定することができる。

第二項 本条にもとづく規則の制定に際して、州政府は、規則の違反に対して、一月以下の単純拘禁、二〇〇ルピー以下の罰金、またはこれらの刑を併科する規定を定めることができる。

第三項 本条にもとづいて制定された規則は、官報をもって公布され、公布と同時に、本法令と同様の効力を有する。

解説

一 後掲の The West Pakistan Rules under the Muslim Family Laws Ordinance, 1961 をはじめとする諸規則は、本条のもとへのものである。州の独自性、多様性を認めて、州政府に諸規則制定の権限・刑罰権を委譲した委任規定である。

二 一九六四年、改正でいたるまでの第一項の原文については、後掲法典参照。

第二二条 児童婚姻制限法 The Child Marriage Restraint Act

1929 (一九二九年法律一九号) の第二二条に定められているもののうち、

(1) 第一号に定められている "fourteen" を "sixteen" に変更する。

(2) 第三号に定められている "and" を省略する。

(3) 第四号に定められている終止符をコンマに変更し、その後、新たに下記の第五号を追加する。すなわち、"Union Council" means "the Union Council or the Town or Union Committee constituted under the Basic Democracies Order, 1959 (P. O. No. 18 of 1959), within whose jurisdiction a child marriage is or is about to be solemnized."

第二項 第三条を削除する。

第三項 第四条の "twenty-one" を "eighteen" に変更する。

第四項 第九条の "under this Act" の後に "except on a complaint made by the Union Council, or if there is no Union Council in the area, by such authority as the Provincial Government may in this behalf prescribe and such cognizance shall in no case be taken" を挿入する。

第五項 第一条を削除する。

解説

一 本法令は、一九二九年児童婚姻制限法について若干の点を改正した。改正点の主なものは、つぎのごとくである。

(一) 従来、一四歳未満の女子を児童と見做していたが、これに代えて一六歳未満の女子を児童とすることにして、年齢を引上げた。これによって、児童婚の禁止というあり得べき法制度をさらに推し進めることになった。伝統的なイスラーム法原則によれば、婚嫁適齢期 Puberty は、ムハンマドが九歳のアイーシャを娶ったということもあって、かなり見解の分れていたところである。しかし、その最低限については、男子一二歳、女子九歳といふことになっていった (T. P. Hughs, op. cit., 476)。進歩的な法として登場した一九二九年児童婚姻制限法は、これを改めたが、本法令はこれをさらに推し進めたものである。

(二) 従前の法によれば、児童である少女と婚姻をした男性が第四条によって処罰されるのは二二歳以上であったが、本法令によって、

一八歳に引き下げられることになった。

(3) 第九条による処罰は、村落協議会の告訴によつてのみ審理される。村落協議会の存在しない場合には、地方行政府によつてその権限を与えられた機関の告訴による。

第二三条 ムスリム婚姻解消法 The Dissolution of Muslim

Marriages Act, 1939 (VIII of 1939) の第二条第一項に定められている第二号の後に、新たに第二号 a を挿入する。すなわち、第二号 a は、"That the husband has taken an additional wife in contravention of the provisions of the Muslim Family Ordinance, 1961 and" と規定する。

二項 第七号の "fifteen" を "sixteen" に変更する。

解説

一 本条によつて、一九三九年ムスリム婚姻解消法によつて認められている婚姻解消事由に新たな事由を加えることになった。すなわち、夫が新たな妻をめぐつた場合には、既存の妻または妻達は婚姻解消を請求できることになった。しかし、それは、本法令施行以後に夫が新たな妻を迎えた場合に限局されるのであつて、それ以前の婚姻にまで効力の及ぶものではない。

二 強制婚を生み出す要因となる児童婚を事後的に解消する方法として、一九三九年ムスリム婚姻解消法によつて、その第二条七号によつ

て定められていた規定を改めることによつて、さらに、その保護を徹底することになった。従前の規定は、一五歳未満の女子が父親または後見人によつて結婚させられた場合には、一八歳になったときに、その婚姻解消を請求できるというものであつたが、現在は、それを一六歳未満と改めることによつて、一歳だけその保護範囲が広がつた、ということができよう。さらに、この改正は、単に児童婚・強制婚という近代婚姻法の性格に反する婚姻制度を改革する、という意図にとどまらないことに留意しなければならないであらう。インド亜大陸における人口問題という配慮なしには、この制度の本質は理解し得ないものといわなければならない。インドおよびパキスタンでは、いずれも、Family Planning Commission が設立され、この問題に真剣に取り組んでいるからである。

一九二九年児童婚制限法 (The Child Marriage Restraint Act, 1929
 (一九二九年法律第一九号 (一九二九年一月一日)))

※児童の婚姻を制限する法律

.....
 児童婚姻を制限するのは適切である、との趣旨にもつき以下のい
 とく法律を制定する。

第一条 本法は、一九二九年児童婚制限法と称される。

第二項 本法は、パキスタン全土にその効力をおよぼし、かつ、いかなる場所に在住する者であれ、すべてのパキスタン市民に適用される。

第三項 本法は、一九三〇年四月一日付をもって発効する。

解説

一 本法は、ムスリム共同体で一般に行なわれていた幼童婚、したがって、強制婚の慣行を改めるために制定されたものである。何歳をもって婚姻適齢期であるのか、という問題について、イスラーム家族法では見解の分かれるところである。それは、ムハンマド自身が九歳のア

ーンシャをめとった、という歴史的事情があったからである。一般に、イスラーム婚姻法では、原則として「the usual signs of manhood (or womanhood) are known to exist」の時に婚姻適齢期に達したと与れていた (Imam Abu Hanifah および Imam ash-Shafi'i の両学祖の見解)。この基準は男子の夢精と女子の初潮とし、一般的には男子一八歳、女子一六歳をその標準とし、その最低年齢は、男子二二歳、女子九歳と解されていた (I. P. Hughs, op. cit., p. 476)。本法は、幼童婚自体のもつ不合理さと、強制婚という慣行を改めるために立法化されたものである。しかし、留意しなければならないのは、本法は、児童の婚姻の挙行を制限するために制定されたもの過ぎない、という点である。換言すれば、婚姻それ自体の有効・無効に直接関与するものではない、ということである (A. I. R. 1936 All II.

をはじめ多数)。

二 第二項は、改正前は(1)のようなものであった。すなわち、(2) It extends to all the Provinces and the Capital of the Federation, including Baluchistan and applies also to:

(a) all British subjects and servants of the Crown in any part of Pakistan wherever they may be.

三 本法は、刑法典と同様、パキスタン人がどこに在任しようとも適用される (A. I. R. 1937 Mad. 273)。

第二条 本法において、主題または文脈に反しないかぎり

一 児童 Child とは、一八歳未満の男子および一六歳未満の女子を意味する。

二 児童婚 Child Marriage とは、婚姻契約当事者のいずれかが児童である婚姻を意味する。

三 結婚の契約当事者 Contracting Party とはその結婚が行なわれ、または行なわれようとしている者のいずれか一方を意味する。

四 未成年 Minor とは、一八歳未満の男女を意味する。

五 村落協議会 Union Council とは、基礎的民主主義令 The Basic Democracies Order, 1959 (P. O. No. 18 of 1959) にもとづいて構成される村落協議会または「都市委員会」

The Town or Union Committee を意味する。

解説

一 出生証明書はその正当性を否定する者が提出した証拠によって誤りであることが証明されない限り、年齢を証明する決定的な証拠である (A. I. R. 1935 Pat. 474)。

二 一九六一年ムスリム家族法令によって、第一号は女子一四歳を一六歳に引き上げられた。

三 一九六一年ムスリム家族法令によって、第五号が基礎的民主主義令の実施にともなうて挿入された。

第三条 削除 (一九六一年法令第八号)

解説

削除前の条文は下記の通りである。

Whoever, being a male above eighteen years of age and below twenty-one, contracts a child marriage shall be punishable with fine which may extend to one thousand rupees.

第四条 一八歳以上の男子が児童と結婚した場合には、一月以下の単純拘禁または一、〇〇〇ルピー以下の罰金またはこれらの刑が併科される。

解説

一 児童婚姻制限法にもとづく裁判は、刑訴法第二三〇条第一項第一号の規定にしたがって審理される。その理由は、告発される犯罪が「六カ月を超えない単純拘禁に処せられる犯罪」という表題に該当するか否かである (A. I. R. 1934 A11 331)。

二 婚姻する相手の年齢について、相当な注意をもって確認するのは、婚姻当事者である男性の義務である。したがって、女性側の証明によって、未成年者ではないというだけでは、情状の余地はあっても免責とはならない。公的な医療機関による証明を受ける等の注意義務をつくさなければならないという旧い判例がある (A. I. R. 1934 A11 331)。

三 本法によって、婚姻それ自体が無効になるわけではないので、ともすれば裁判所はこれを軽んじてとりあつかう可能性があると、いわれてきた。しかし、本法は、児童婚を発生させまいという目的をもち、その抑止のために刑罰を規定しているのであるから、裁判所はこの点を留意して、僧侶をはじめとする司祭者が悪しき前例にしたがわないように、厳格に適用していくべきである、と近時強調されている。

四 本法は、罰せられるべき男性を二歳としていたのを、一八歳に引き下げ、より一層、女子の保護をはかるために改正された (一九六一年ムスリム家族法令第一二条)。

第五條 児童の結婚を挙行し、指導し、または命令した者は、

その婚姻は児童の結婚ではない、とその者が信ずる理由があったことを証明しない限り、一月以下の単純拘禁または一、

〇〇〇ルピー以下の罰金、またはそれらの刑を併科される。

解説

一 本法は刑法である。パキスタン国内で犯されたこれに該当するすべての行為に適用される。したがって、被告が外国人であり、その国では犯罪とはならないものであっても、本法によって罰せられることになることに留意しなければならない。

二 Consumption、すなわち、同居することによって婚姻は完了するのであるが、本法にいう結婚式には、Consummation がその一部を構成することはない。したがって、Consummation が成立していなくても本条項によって罰せられることになる、とするのが旧くからの判例である (A. I. R. 1936 A11 D)。

三 本条と第六条との関係について若干の問題がある。一つの見解は、本条は、親以外の者による結婚式の挙行に対する行為に適用され、したがって、第六条は児童の結婚に関与した親に対してのみ適用され、とするものである。それゆえ、本条および第六条に規定された二つの刑罰を別々に受けることはないというものである (A. I. R. 1932 Nag. 174)。しかし、現在のパキスタンにおける見解は、このような考え方を採用せず、本条と第六条は、それぞれ異なる犯罪を規定しているものだ、としている。すなわち、本条は児童の結婚式を挙行し、指導し、または命令した者を処罰する旨を規定しているのであり、第六条は、未成年者が自から児童婚を行なった場合に、その両親、後見人、その他の資格の者であれ、また合法であれ非法であれ、その婚姻を推進する行為を行なうか、挙行されるのを認容する

か、またはそれを防止しうるのに妨げるのを怠った未成年者に関与しなければならぬ者を処罰するものである (P. L. D. 1964 Dacca 830)。すなわち、本条は児童婚の当事者に対して積極的に関与したその行為を処罰し、第六条は、むしろ、その監督義務を懈怠したことを処罰しているといえる。

四 本条は、さらに結婚式の立会人に対して、婚姻当事者の年齢を相当な方法によって知りうべきこと、それを質問することを義務づけていたといえる (A. I. R. 1937 Mad. 490)。

五 本条および第六条による告訴の場合は、担当の裁判官は、まず第一に婚姻当事者のいずれかが児童であるかないかを確認しなければならぬ (A. I. R. 1939 Cal. 288)。

六 第五条の「挙行し、指導し、または、命令する」という言葉は同一の意味を表わし、結婚を成就させるということの意味する。立法者当局の見解は、結婚式を挙行するということを指称している。したがって、それらは単に結婚の段取りを整えたり、結婚式の挙行を手伝うために結婚式に参列したりすることを示しているのではないし、交渉や準備もしくはその他の予備的行為は本条の違反に問われることはない (A. I. R. 1938 Nag. 235)。同様に、単に結婚の祝宴を催す許可を求めただけのことであれば、本条に違反したことはない (A. I. R. 1936 Oudh. 311)。また、その結婚のための費用の融資はそれ自体罰せられず、貸主が本条違反を問われることはない (A. I. R. 1939 Cal. 764)。

七 本条による刑罰の量刑に際しては、幾つかの先例がある。例えば、僧侶等の結婚を挙行する者が Civil Surgeon よりもグレードの低位にある医師が発行した年齢証明書をもとに行動した場合には、すでに述

べたように本条による処罰を受けないということにはならないが、それは情状酌量の余地がある (A. I. R. 1934 AIL 331)。また、被告が外国人で、この法による犯罪がその母国では犯罪でないという事実は刑罰を軽減する際に考慮される (37 Cr. L. Jour. 757; P. L. D. 1964 Dac. 30)。

第六条 未成年者が児童婚の契約した場合、その結婚を推進したり、または結婚式を挙行する許可を与えたり、または、挙行されることを過失によって防止できなかった未成年者の保護者、すなわち、両親または後見人、または合法・非合法を問わずその他の有資格者は、一月以下の単純拘禁、一、〇〇〇ルピー以下の罰金、またはこれらの刑が併科される。ただし、女性には拘禁の刑を科されることはない。

第二項 本条目的達成のために、未成年者が児童婚の契約をした場合には、反証なきかぎり、または反証されるまで、未成年者の保護者は、結婚式が挙行されることを過失によって防止できなかった、と推定される。

解説

一 本条は、児童婚が挙行された時にのみ適用されるのであって、それ以前には適用されない (A. I. R. 1957 Raj. 357)。また、第四条およ

び第五条によって禁止されている結婚を推進したという点に關連して処罰されるのであつて、それゆゑ、もし、これらの規定によつてこれらの婚姻が刑を科されなかつた場合には、これらの婚姻を許可したからといつて、本条項によつて刑罰を受けることはない。(A. I. R. 1935 Bom. 437)。

二 未成年の子供が、直接、結婚の合意をしなかつたとか、その契約および取りきめが他の者によつて成されたという場合であつても、両親または後見人は、その未成年者の婚姻について本条の責めを負わなければならぬ。(A. I. R. 1945 Aii 306)。

三 本条による責任を問うには、両親が結婚を許可したり、それを防止する立場にある場合にのみ生ずる。したがつて未成年者の新郎の母親が事實上、その子供の保護をする立場にいないために結婚をとどめることが出来なかつたのであれば、単に結婚式に参列したただけのことで犯罪にはならぬ。(A. I. R. 1937 Mad. 490)。同様の理由で、未成年の娘の父親が生存しており彼女を育てている場合、祖父は彼女の結婚を防止する立場にないので、本条の罪に問われることはない、といふことは當然である(A. I. R. 1945 Aii 306)。

四 本条の「未成年者が児童婚の契約をした場合」という表現は、婚姻当事者の双方が未成年であるような結婚はもちろん、婚姻当事者の一方が未成年である場合もこれに包含されてゐる(A. I. R. 1932 Nag. 174)。

五 本条を犯す行為は、金銭的執着心のような動機によつて犯されることもある(強制婚)。あるいは結婚は親に宗教的功德を与へるといふ迷信的信仰という動機から犯されることもある。したがつて裁判所は、量刑に際しては、このような動機等を十分に考慮して審決されるべき

ことが説かれてゐる(A. I. R. 1960 Andhra Pradesh 302)。

第七条 一八九七年一般条項法第二五条またはパキスタン刑法第六四条の規定にもかかわらず、第三条にもとづいて犯罪者に判決を下す裁判所は、課せられた罰金の支払いがない場合にある期間の拘禁をその者に命ずることは出来ない。

解 説

本条は、一九六一年ムスリム家族法令第二条によつて第三条が削除されたために無用の規定となつた。

第八条 一八九八年刑事訴訟法第一九〇条の規定にもかかわらず、第一級の治安判事の裁判所以外の裁判所は、本法にもとづいて犯罪を認め、または審理することはできない。

解 説

一 制定された当初の児童婚姻制限法第八条では、地区治安判事のみが権限を持っていた。修正法(一九三八年法律第九号)は、この管轄権を一級治安判事にまで広げた。ところで、一級治安判事は廃止法(一九四二年法律第二五号)による修正法の廃止にもかかわらず、廃止法が改正法第八条にあつた「第一級の裁判官」という語句を残すという

保留事項を付けていたので、依然としてその管轄権を保有しつつ置くことになった。

二 本法にもとづく裁判管轄権は、結婚式の行なわれた場所である (A. I. R. 1934 A11 829)。

三 本法による裁判は略式裁判である。本法において、治安判事によってのみ審理される、とされているという事実は略式裁判の障害事由ではならぬ (A. I. R. 1934 A11 331; A. I. R. 1956 Andhra 51)。

第九条 村落協議会または、村落協議会の存在しない所では州政府がそのために規定した機関による訴追がない場合には、いかなる裁判所も本法にもとづく犯罪を承認することはできない。また、このような犯罪の承認は、いかなる場合であっても、犯罪が行なわれたと主張された日から一年を経過してからは行なうことができない。

解説

一 犯罪を承認するという意味は、何か公式の訴訟を行なうということではない。その意味は、治安判事が疑われている犯罪行為にその心を傾けた瞬間から始まる。すなわち、それは治安判事が告訴状を読んだ瞬間に始まるのであり、義務として行なわれる原告の取調べ以前のことに属しているということである。さて、承認をしたときには、続け要件の調査を行なうことになる。したがって、治安判事は刑事訴訟

法第一八八条による証明書を取得する以前に、児童婚姻制限法第九条の犯罪を承認する権限を持っている、ということになる。すなわち、承認するということは要件の調査に優先する独立の行為であるということができる。したがって、裁判所が刑事訴訟法第一八八条によって、要求される証明書が得られる以前には要件を調査する権限がないにもかかわらず、治安判事の裁判所はこの権限を有していることになる (A. I. R. 1940 Nag. 245)。治安判事が、告訴を受理し、必要な準備調査を決定した場合であっても、告訴された犯罪を承認しているのであって、訴訟手続を被告に命じた場合にのみ承認が行なわれたということとはできない (A. I. R. Andhra Pradesh 302)。

二 修正法 (一九三八年法律第一九号) によって原法に付け加えられた第九条の期限の規定は、改正法が廃止法 (一九四二年法律第二五号) によって廃止されたにもかかわらず、廃止法の第四条にある保留事項によって未だに効力を持っている。

第一〇条 本法による犯罪を承認した裁判所は、一八九八年刑事訴訟法第二〇三条によって、告訴を却下しない限り、刑事訴訟法第二九二条にもとづいて、みずから調査をするか、または一級治安判事の下の治安判事に、この調査をするよう命じなければならぬ。

解説

一 本条は、裁判所が本法による犯罪を承認した時にのみ適用されるも

のである。したがって、単に後掲する第二二条によって児童の結婚式が行なわれることを防止するために申請がなされた、という場合には本条は何ら機能しない。(A. I. R. 1957 Roj. 359)。

二 本条によって、予備調査が課されているが、それは反証がなければ勝訴しうる。一応有利な事件 Prima facie case かどうかの調査をその目的とする。被告が調査なしの審理に対して異議を唱え、治安判事が被告の異議を無視して訴訟手続を進めた場合、治安判事の命令は差止められる。本条項によって定める予備調査は裁判所が本法のもとで犯罪を承認する前の絶対的基本事項である。本条項に従わない場合には、その審理ははじめに遡って不法となる。しかし、審判に対する修正を求める申立において、予備調査が行なわれなかつたことを理由に有罪判決の非合法性が主張された場合、この問題提起が再審手続において行なわれたならば、当該条項に反したといふことは、それが実際被告に偏見を与えることになつたといふ立証がされない限り、(その)に記録された訴訟手続や有罪審決を不法たらしめることはない。(P. L. D. 1964 Dacca 630)。

三 本法による告訴があつたとき、予備調査も行なわずにその告訴の却下命令をすることは不法であり、その却下は破棄されることになる (A. I. R. 1954 Mad. 889)。

第二二条 削除 (一九六一年法令第八号第二二条五項)

解説

一九六一年ムスリム家族法令第二二条第五項によって削除された

が、削除以前の条文はつぎのとおりである。

(11) When the Court takes cognizance of any offence under this Act upon a complaint made to it, it may for reasons to be recorded in writing, at any time after examining the complainant and before issuing process for compelling the attendance of the accused, require the complainant to execute a bond, with or without sureties, for a sum not exceeding one hundred rupees, as security for the payment of any compensation which the complainant may be directed to pay under section 250 of the Code of Criminal Procedure, 1898, and if such security is not furnished within such reasonable time as the Court may fix, the complaint shall be dismissed.)

(12) A bond taken under this section shall be deemed to be a bond taken under the Code of Criminal Procedure, 1898, and Chapter XLII of that Code shall apply accordingly.)

第二二条 本法に含まれるこれと反対の事項のいかんにかかわらず、裁判所は、告訴またはその他の方法によって、本法に違反する結婚が準備、または奉行されようとしている、という情報をそれ以前に確認した場合には、このような結婚を禁じている本法第三條、第四條、第五條および第六條に列挙されている者に対して差止命令を出すことができる。

第二項 裁判所が上記の者に対して、事前に通告を出し、差止命令に対する理由を開示する機会を与えていなかった場合

には、前項にもとづく差止命令を出すことはできない。

第三項 裁判所は、みずからの動議または不服申立をする者の申請によつても、第一項にもとづいてなされた命令を撤回または変更することができる。

第四項 裁判所は、このような申請を受理したら、遅滞なく、みずからまたは弁護人の出頭する機会を申請者に与えるものとする。そして、もし裁判所が申請を全面的または部分的に却下する場合には、却下理由を文書に記録しなければならない。

第五項 本条第一項にもとづく差止命令が自分に出されているのを知りながら、それに従わなかった者は、三月以下の単純拘禁または一、〇〇〇ルピー以下の罰金、またはそれらの刑が併科される。ただし女性は拘禁の刑を受けることはない。

解説

一 本条の主たる目的は児童の結婚式が行なわれることを防止するところにある。ところで、本条に関してつぎのような判例がある。

すなわち、児童婚制限法に反する結婚を防止する旨の女子の父親に対する差止命令が出されていた。ところが、父親は差止命令の存在を知らずに娘を結婚させた事件である。これについて、父親の主張は、

裁判所は父親に対して差止命令を出す権限はない、というものであった。これに対して、判決は、父親には彼が結婚前に通告を受理していなかった、ということ立証する機会を与えられる権利があるに過ぎない、というものであった (A.I.R. 1932 Cal. 719)。

二 本条による訴訟手続において、不服申立をしている者に対して、治安判事は、不服申立人みずから出頭することを強制してはならない。弁護人による出頭も認めているからである (A.I.R. 1957 Raj. 359)。

一九三九年ムスリム婚姻解消法
 (The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939)
 (一九三九年法律第八号(一九三九年三月十七日))

イスラーム法にもついで結婚した女性による婚姻解消を求める訴訟に関する、イスラーム法の条項を整理し、かつ明確にするとともに、婚姻関係の結びつきのゆえに、ムスリムとなった結婚した女性によるイスラームの放棄に関する疑念をとりはらうための法律

第一条 本法は、一九三九年ムスリム婚姻解消法と称する。

第二項 本法は、パキスタン全土にその効力をおよぼす。

解説

一 本法の制定された目的は、——イギリス植民地政策の関わりはぬきにして——、インド亜大陸において権威ある教典に則った法を整理・明確にするという大義名分のもとに、ムスリムである妻の地位を改善しその権利を拡大するにあつた。したがつて、裁判所はこの趣旨に沿つて法を適用すべきことが強調されている。古典的なイスラーム法の原則、とりわけ、伝統的正統学派であるスンニー派のハナフィ派の考え方からいへば、本来、妻側からの離婚は求められないというのが原

則であるから、本法の制定は多大の意義を有するものとして受けとめられた。

二 本法の制定によつて、イスラーム婚姻法のあらたな進歩がもたらされることになつた。ムスリム共同体で一般に行なわれていた父または父方の祖父によつて決められる結婚を抑制することになつたからである(第一条七号)。このことによつて、強制婚・児童婚の成立を間接的に阻止できることになつたといえるからである。

三 本法は、いうまでもなく、妻から申請が出された場合にのみ適用されるものである。したがつて、本法によつて妻に与えられている利益・権利は、夫の同居回復請求権の訴訟において、与えられるものではない。(A. I. R. 1960 Cal. 717)。

四 本法によって有効と認められた離婚事由をもって、妻は離婚を請求

しうることになったが、この問題を処理する民事裁判所の性格が、いわゆるカーディ *Kazi Qadi* —— 直接宗教と関係のある問題をイスラーム法にしたがって解決する裁判官——と同じ位置づけがなされることになった。著名な *Khushid Bibi V. Muhammad Amin* 事件において再確認された (*P. L. D. 1967 S. C. 97*)。本法において「イスラーム法」にもとづいて規定されている意味はそこに存在するのであって、離婚請求事由がイギリスの裁判所において認められるものか否かには関係がない、という主張の拠り所として、パキスタン(インド)法曹に意識されているゆえんである。

第二条

イスラーム法にもとづいて婚姻をした女性は、つぎに述べる理由の一つまたはそれ以上の理由によって婚姻解消の判決を取得することができる。

- 1 夫の所在が四年間分明ならざるとき、
- 2 夫が二年間にわたって妻の扶養を懈怠し、または出来なかつた場合、
- 2-2 夫が「一九六一年イスラーム家族法令」の規定に違反して他の妻をめとつた場合、
- 3 夫が七年またはそれ以上の期間拘禁されている場合、
- 4 夫が、合理的な理由なしに同居義務を三年間果さなかつた場合、

た場合、

- 5 夫が結婚時に性的不能でなおその状態が継続している場合、
- 6 夫が二年間狂気であった場合、または癩病もしくは悪性の性病に罹っている場合、
- 7 一六歳に達する以前に父親または後見人によって結婚させられた妻が一八歳になる以前に婚姻を拒絶した場合、ただし、その場合結婚が同居によって完成されていないことを条件とする。
- 8 夫が妻を虐待したとき、すなわち、

- (1) 習慣的に暴行行為をふるい、またはたとい肉体的虐待にまでいたらなくとも、虐待行為で彼女の生活を悲惨にしているとき、
- (2) 悪評のある女性と交渉をもったり、または破廉恥な生活を送っている場合、
- (3) 妻に不道徳な生活を強要しようとした場合、
- (4) 妻の資産を処分したり、妻がそれについての法的権利を行使するのを妨げた場合、
- (5) 妻の信仰告白または実践を遵守することを妨げた場合、

(6) 夫が複数の妻を有している場合に、夫がコーランの訓えにしたがって、公平な取扱いをしない場合、

9 そのほか、イスラーム法のもとで婚姻解消のために有効と認められている理由によって婚姻を解消することができる。

右の諸理由によって判決を取得するに際してはつぎの要件を必要とする。すなわち、

(1) 上記第3号を理由に婚姻を解消する場合には、刑の宣告が確定するまでは、判決を取得することはできない。

(2) 上記第4号を理由として取得した判決は、判決の日から六カ月間効力を有しない。もし、その期間内に、夫が自分自身、または権限を有する代理人を通じて現われ、夫の同居義務を遂行する用意のあることを裁判所に認めさせた場合には裁判所は前述の判決を撤回することができる。

(3) 裁判所は、上記第5号を理由に判決をする前に、夫からの申請に応じて、夫に対し性的不能の状況を解消するように命令を出し、その日から一年以内に裁判所を満足させるように求めることができる。夫がこの期間内に裁判所を満足させた場合には前述の理由による判決は為されることはない。

解説

一 婚姻解消を欲する場合、その申立に際しては、結婚生活をしている場所や結婚がバキスタン国内で行なわれたということを立証することは必ずしも必要ではないと解されている。必要なのは当事者がバキスタンに在任している、ということを立証すればよい (P. L. D. 1958 699)。申請者の立証事項は、申請を受理する特別裁判所の管轄権内に、当事者達が住み、もしくは最後に同居していたということである (P. L. D. 1955 Dacca 1)。

二 妻が夫によって別居生活を強制されている場合には、妻が現在生活をしている場所において婚姻解消の申立をすることができる。したがって、結婚生活が行なわれていた場所、または夫が現在生活している場所において申請する必要はない、とされている (P. L. D. 1952 Lah. 227)。

夫が妻を不当に追い出していることが立証されれば、妻の別居生活という行為は正当化されるが、さらに夫が申請以前二年間以上にわたって妻を扶養していないことが証明されれば、妻は夫から扶養を受けなかった期間に住んでいた場所の裁判所へ合法的に婚姻解消の訴を提起することができる (P. L. D. 1952 Lah. 227)。

第八号(2)の理由をもって婚姻解消の訴を提起する場合には、評判の悪い女との交渉または破廉恥な生活の行なわれた場所の管轄権を有する裁判所、またはそのような行為が行なわれたと主張されている場所の管轄権を有する裁判所に訴は提起されなければならない (P. L. D. 1952 Lah. 31)。

三 本条第一号による請求は、妻が夫の所在を四年間知らない、という事実だけでよい。ハナフィー派の見解を捨て、マリーキー派の見解を

採用した。ただし、その効力は判決の日から六カ月を経由することを必要とする。(後掲第九号(2)参照)

四

(1) 本条第二号による離婚請求事由を考へる場合、基本的には、妻が扶養を受ける権利を有するということは、妻にもそれを受ける前提として義務が存在する、という考え方に基礎づけられている。したがって、基本的には、妻は夫に身を委ね、同棲し、かつ合法的な夫の命令にしたがうという義務を履行していた場合にのみ扶養を受ける権利を有すると解されている (P. L. D. 1967 Arad. J & K 32 (DB))。したがって、妻が幼いために性的交渉ができない場合には扶養義務を生じないというのが原則である (Baillie, op. cit., p. 441)。

夫が故意に扶養義務を履行しない、という条件は必ずしも必要ではない。したがって、その原因が、貧困、病氣、失業、または入獄等の理由に由来するのかどうかは重要な問題ではない (A. I. R. 1941 Lah. 167)。

(2) ムスリムの妻が扶養を受けらうというのは、イスラーム法にもとづいて与えられているものである。イスラーム法は無条件に妻に扶養請求権を与えているわけではない。したがって、扶養を受けることができない原因が、妻の過失によつたものであれば、本条による離婚請求ができないと解されている。きわめて多数の判決例がある (P. L. D. 1967 Pesh. 39; See S. Mahmood op. cit., note 7 at p. 95)。

現在、合理的な理由なしに妻が同居義務を履行しない場合には、扶養請求権は発生しないという前述の多数の判決例によつて、つぎに述べる旧来の先例は排斥されることになった。すなわち、「妻が婚姻解消の訴において勝訴するためには、申請に先立つ二年間、夫が妻を扶養しなかったという事実を立証するだけで十分である。一たん立証さ

れば、当然、妻は勝訴判決を得ることが出来る。裁判所は、夫の扶養義務の不履行を妻が仕向けたかどうかを問う必要もなく、夫との同居についての妻の拒絶および夫への同居回復請求権の拒絶は、妻の婚姻解消の請求を否認する理由とはならない」(P. L. D. 1956 Sind 286; P. L. D. 1950 Sind 36) という先例が否定されたということである。

(3) 妻が自活しうる資産があつたとしても、その事実は夫の扶養義務を免除することにはならない。したがって、扶養義務不履行を理由に妻から離婚請求が為されたときに、妻に資産あり、という抗弁を主張することは出来ない (S. Mahmood, op. cit., note 10 p. 96)。

(4) 一夫多妻制を容認させていたところから、他の妻を離婚するように強要することはできない。したがって、夫がそのような離婚を行なわないという理由によつて同居を拒絶した妻は扶養請求権は有せず、したがって、それを理由とした離婚請求は認められなかった (A. I. R. 1944 Lah. 336)。

(5) マハルの支払いがないことを理由に、妻が同居義務を履行していない場合に、それを理由に、夫は妻に対する扶養義務をまぬがれることはできない。したがって、妻はその不履行を根拠に、本号による離婚請求をすることが出来る (P. L. D. 1960 Kar. 663)。

(6) 夫の扶養義務の不履行が二年間継続するという意味は、離婚請求の訴訟に先立つ二年間継続して扶養を受けていない、ということが原則であつて、断続はしているが合計すると二年間扶養を受けていない、ということでは不十分と解されている。しかし、これに対してつぎのような初期の先例がある。夫が妻の扶養を一カ年間怠り、治安判事の命令によつて申請の直前数カ月間、扶養料を支払つた、という

事例である。その結果、訴訟の直前継続して二カ年間、という要件を満たさないことになるが、判決はこの場合でも妻の請求を認めた(A. I. R. 1941 Sind 23 = I. L. R. 1941 Kar. 114)。

また、妻が婚姻適齢期に達しているかいないかに関わりなく、二年間、扶養義務が履行されていないということが立証されれば妻の離婚請求は本号によって認められる(S. D. L. R. 527)。

(7) すでにしばしば指摘したことであるが、夫の扶養義務が生ずるのは、妻側に一定の義務が要求されるわけであるが、その扶養義務の内容は、夫の家で衣食を与えるというものであり、結局、現実には、妻に対する衣食を供給をしないとか、あるいは、その供給を夫が拒絶する場合である。夫が現金によって扶養料を支払う義務が生ずるといふのは例外的なことに属し、例えば、夫の意向にしがって別居している場合がこれにあたる(P. L. D. 1959 Lah. 470)。

(8) 本号にもとづく離婚訴訟において、夫は妻のかくれした動機を抗弁として提示してもなんら意味をもたない(A. I. R. 1946 Sind 8 = I. L. R. 1945 Kar. 327)。

五 二号の二による婚姻解消事由は、一九六一年ムスリム家族法令の施行に伴なって挿入されたものである。したがって、新たな婚姻が本法令にもとづいて為された場合には、本号による離婚請求をすることができない(同法令二三条参照)。これに違反した場合にのみ限定される。本法令施行以前同様、複数の妻を迎えるということそれ自体は離婚事由とはならない。

六 第三号は、夫が七年以上の懲役に処せられた場合には、夫がその婚姻上の義務を履行し得ないことにかんがみ離婚事由としたものである。したがって、有罪判決または懲役刑が確定しなければ、本号の離

婚事由は認められない。

七 第四号は、合理的な理由にもとづかぬ三年間にわたる遺棄を離婚事由と認めた。貧困状況または長期間にわたる病氣もその理由として十分である。また、妻が実家に帰り、夫の呼戻しがあるまでは夫のもとに帰らないというその家族の慣習がある場合に、夫が妻を呼び戻さず扶養しないときには本号の事由に該当する(S. Mahmood, op. cit., p. 86)。

八 夫の性的不能は、結婚時ばかりでなくその後継続することを必要とする。この主張をする場合、妻が女医による検診を受けることを拒絶するならば、結婚が同居によって完成したという立証をしたことにはならない。この事実の立証が要求される(P. L. D. 1949 Lah. 75)。

九 第六号は、夫の精神異常、悪性の病氣を離婚事由とした。したがって、例えば夫の性病を理由に離婚の申立てをするには、それが悪性でなければならぬ。妻に感染しない程度では足らず、性交によって感染する可能性のある場合にのみ本号の事由にあたることになる。

一〇 (一) 第七号に規定するいわゆる婚姻適齢期における離婚選択権 Option of Puberty (Khīṣār al-baḥth) は本法施行前に比較するとゆるやかに認められるにいたった。本法施行以前は、かような権利を行使しうる場合は、婚姻適齢期に達していない女子が父方の祖父によって婚姻契約を結んだのであればこの権利は与えられないものとされていたからである。しかし、本法によってこの限定はとりはられることになった。その理由は、他の保護者によって締結される婚姻契約と別異にとりあつた必要性がないからであり、他の保護者よりもより高い地位を父または父方の祖父が有しているとはいいたいからである(S. Mahmood, op. cit., p. 93; A. I. R. 150 Lah. 45)。つねに

せよ、イスラーム法学者の伝統的な見解に反して立法を試みたものであつた (Cf. T. P. Hughes, *op. cit.*, p. 476)。

さらに、一九六一年ムスリム家族法令(一九六一年法令第八号)は、本法が「一五歳に達する以前」としていたものを「一六歳」として、その保護範囲を拡大した。

(2) 選択権は、妻によって行使される場合にのみ許容されるものであつて、夫の同居回復請求権の訴訟手続において行使されるものでない (A. A. A. Fyree, *op. cit.*, note x at p. 94)。これに反する先例もある (A. I. R. 1960 M. P. 212)。

(3) 選択権の行使に際しては、つぎの事実を立証しなければならぬ。①父または後見人によって婚姻契約がなされたこと ②一六歳(旧法下では一五歳)に達する以前に婚姻契約がなされたこと ③一八歳になる以前に離婚宣言をしたこと ④婚姻が同居によって完成してないこと、等である (P. L. D. 1957 (W. P.) Lah. 651)。しかし、婚姻適齢期に達する以前の同居は選択権を失なわしめるものではない (P. L. D. 1952 (W. P.) Lah. 548)。かような年齢の者は事理の判断能力がないからである。したがって、妻の同意を得ずには、または強制によって同居した場合にも、選択権が失なわれるわけではない。

(4) 婚姻適齢期については、現行法のもとでは反証がないかぎり一応一六歳と推定されることになったが、Haidya によれば、男子二二歳、女子九歳でも適齢期に達することがあるとされている (Haidya, *op. cit.*, p. 530)。枢密院において、女子が九歳で婚姻適齢期に達すると判断された先例も存在する (A. A. A. Fyree, *op. cit.*, p. 94)。

(5) 選択権の行使だけでは婚姻関係は終了しない。それが裁判所

の判決によって確認されることを要する (Cf. P. L. D. 1950 Lah. 203; P. L. D. 1956 (W. P.) Lah. 403)。

一 (一) 第八号に定められている虐待行為は、肉体的なものに限定されずに、精神的なそれを含んでいることはいうまでもない。精神的虐待こそ最も悪質なものとして解されている (P. L. D. 1963 Dacca 947 (D. B))。習慣的虐待ということ立証するに必要な期間に関しては、なんら準則は定められていないが、肉体的な虐待行為は、妻に対する虐待そのものによって習慣的である、ということ立証したことになる (A. I. R. 1941 Sind 23)。さらに、習慣的虐待が妻によって書かれた彼女の父宛の手紙によつても証明できる事例がある (A. I. R. 1957 A. L. L. 16)。同居回復請求権の行使を求めるときに、彼女の父宛に書かれた手紙がこれを立証する証拠として採用された先例がある。手紙はつぎのようなものであった。すなわち、「今日、夫が私をとでもひどく打ちました。私はこの殴打に耐えられませんでした。一人身になった自分を考えてみるのはつらいことです。でも、私はそのような夫なしに暮す方がよりましたと思ひます。すぐに来て私をここから連れ出して下さい。そうしてくれなければ誰かと一緒に行くか、自分一人で家を飛び出します。私は離婚したいのです。この手紙を書きながら私は涙を落としています」。判旨は、この手紙は一度だけの殴打を示しているのではなく、夫の習慣的殴打を明らかに示しているのだと解釈されたわけである。いずれにせよ、イスラーム法における婚姻は、サクラメントではなく民事契約であつて、これを撤回・解消しない行為とは理解されておらず、したがつて、法は、結婚後の生活が妻にとつて耐え難い場合にはそれを解消するのに十分な権力を

カードィに与えていると解されてゐる (P. L. D. 1967 S. C. 97)。したがって、現実には、習慣的虐待行為が立証されなくとも、妻にとって婚姻を継続することが苛酷であると考えられる事情が存在するときには、婚姻解消の判決が与えられるべきだと考えられてゐる (P. L. D. 1958 Lah. 59)。

(2) 虐待の範疇には、妻を口ぎたなくのしること、あるいは侮辱することも含まれている。夫が彼女を口ぎたなくのしったり侮辱したり (P. L. D. 1955 Sind 373)、彼女に非常に長い期間親元で住むよう強制したり (一二年間がこの例になる。A. I. R. 1941 Sind 23)、彼女が彼の相手だということを拒否したりしたら本号の事由にあたることになる。なぜなら、しっかりした家を出て立派な教育を受けた妻の生活はみじめになるといえるからだ、と考えられている。

性病に罹っている夫による妻への性交の強要は、本条項第八号(1)の意味の範囲内における法的虐待にはならないと考えられている (S. Mahmood, op. cit. p. 1-2)。

(3) 第八号(2)に定められている事由によって婚姻解消をする場合に、夫が悪評高い女性と交際したり、または破廉恥な生活を送っているという立証だけで十分であり、妻がそのことを知って精神的な苦痛を味っているかいないか、というような立証は必要でないと解されている。そのような事実があれば、苦痛を味ったと推定されるからである (P. L. D. 1952 Lah. 31)。

(4) 第八号(3)に関する直接の先例はみられないが、貞淑な妻に對して精神的苦痛を与える夫の行為を離婚事由としたものである、と解されている (M. Farani, op. cit. p. 301)。

(5) 本号(4)に抵触する資産の処分とは、一般に妻の承諾を得ず

に資産の相当な部分を、妻の利益のためにではなく、夫自身のために浪費し、彼女から資産を奪い取る意思をもって為されたことを指称する (A. I. R. 1954 Lah. 56)。妻の承諾が得られているならば、問題となるのはその承諾が真意にもとづくものかどうかを調査されることになる。例えば、原告が自分の資産を夫が処分するのを認めた時、または売り上げ金を銀行に預けるためにそうすることを夫に依頼し、夫がその依頼の当初はそれにしたがったが、その後、当該金銭を自分の利益のために消費したという場合も、本号にいう妻の財産の処分に該当することは、いうまでもない (P. L. D. 1954 Lah. 614)。また、その処分が夫の切迫した必要によって行なわれたという事実が存在しても本号にいう資産の処分に該当することになる (Sunna)。

(6) 複数の妻を有している場合にその公平な取り扱いを受けていないならば、本号(5)によって離婚の請求をすることができる。したがって、例えば、二人の妻を有する夫が、一方の妻の扶養を怠ったならば、その妻は本号(5)による離婚請求をすることができる。妻が夫のために別居を始めたが、それにもかかわらず夫がコーランの訓えにしたがってその妻を公平に取扱おうとする努力を全く見せない場合には、それは第2条第号(6)に該当する。それゆえ、夫がもう一人の妻と一〇年にわたって、同棲し、そのため原告(妻)が非常に長い間、夫との間に実質的な婚姻生活を送っていない場合には、その婚姻を継続することは文字通り虐待であるので、裁判所は婚姻解消の判決をすることが出来る (S. Mahmood, op. cit. p. 103)。ところで、責められるべき事由が妻または妻の親に存在し、かつ夫が公平にせよ、不公平にせよまったく妻に接することを許されていなかった場合には、夫が二番目の妻と結婚しているという事実だけでは妻は離婚請求をする

ことができないと解されている (A. I. R. 1944 All 23)。

二 第九号は、右に列挙した妻からの離婚請求の事由のほか、イスラーム法において左に述べる離婚事由を一般的に認めることとなった。

(一) 本法においては、夫の誤解にもとづく妻に対する姦通または不貞の非難を離婚事由とは規定していない。しかし、本号においていわゆるリアーン *Lian* (Mutual Impeccation) による離婚形式を認めることになる。リアーンという意義は、コーラン第二章六節、九節に由来するように、いわば「呪詛」である。したがって、正確に言えば、夫が妻を不貞を理由に非難しながらこれを立証できない場合に——名譽を傷つけたことよって処罰されることは格別——これを理由に裁判所が妻からの裁判解消を認めたからといって、これはリアーンとはいえないであろう (cf. Hughes, op. cit., p. 283)。ただし、それに技術的な意味では呪いではないからである。しかし、インド亜大陸では、リアーンの意味をかような離婚形式ととらえるにいたっている。一九五一年シャリーア適用法「The Muslim Personal Law (Shariat) Application (Amendment) Act, 1951 はこのように理解した。それは、リアーンというのは、さきに挙げたコーランの章句を唱えた後、ただちに離婚が行なわれたからである。婚姻解消は、夫が妻の不貞を理由に告訴し、かつそれを立証し得ないときに、妻が婚姻解消の訴を提起できるというものである。すなわち、インド亜大陸においては、夫が妻の不貞を告訴しないかぎりには、妻はリアーンによる婚姻解消を訴求できないという点に留意すべきである (P. L. D. 1957 (W. P.) Lah. 998)。また、これらの夫からの非難が真実でないという立証は、妻はする必要はない (Supra)。

(2) 夫が妻に対する訴追をとり下げる、と言明するだけでは、誤った不貞の訴追による妻からの婚姻解消の請求を無効にすることは出来ない。まず、何よりも、撤回は、それが有効となる為には、夫が妻の名譽を回復するほどに誠意のあるものでなければならぬ。第二に夫は、真面目に訴追したのであって不注意に行なったものではないということを裁判所に納得させなければならぬ (S. Mahmood, op. cit., p. 105)。真実かつ効果的な訴追の撤回は、夫が裁判所に来て次のように言明したときに認められる。すなわち、「私はある事情に感わせられたためにこの訴追を行ないました。その事情は、筋を追って考えれば妻に罪があるという結論に達するようなものでした。今では、彼女が実は全く無実だということに私は気付いています。私は非常に後悔しており、非難を撤回します。」(P. L. D. 1958 (W. P.) Lah. 59) と。撤回とは、「訴追をしたことの承認とそれに続く訴追は誤りだった」という謝罪とを意味している。したがって、ある者が妻を問責したことを否定し、もしそのような非難をしていたのならそれを撤回する用意があると言明した場合には、それは有効な撤回を成立させるには十分である (P. L. D. 1963 Dacca 547)。夫が非常に強い理由で妻を問責してから、誤まっていたことを知り、真面目に十分な誠意を持ち、しかも妻の婚姻解消の請求を無効にするための単なる手段としてではなく訴追を撤回したならば、それは婚姻解消の判決を下されないための十分な理由となり得る (P. L. D. 1957 (W. P.) Lah. 998)。これらは、ボンハイ高等裁判所において確立された原則の踏襲である (cf. Fyzee, op. cit., p. 167)。

(3) ハナフィー派の見解によれば、妻が聖典の民 *Khatib* すなわち、キリスト教徒またはユダヤ教徒、または奴隷少女、未成年者また

は狂人である場合にはリアーンは存在しないと解されている。したがって、これらの妻に対して不貞を理由に問責したときに、これを立証できなかったとしても、ならんら婚姻解消の権利を妻に与えることにはならぬ。(P. L. D. 1957 (W. P.) Lah. 986; cf. Hughes, op. cit. p. 284)。

(4) 性格の不一致は婚姻解消の事由として妻が主張できるかは問題である。婚姻当事者について「性格の不一致」という表現は、夫婦を調和のとれた幸福な関係に運ぶように働く様々な力との関係で理解されなければならない。したがって、夫婦の間に「性格の不一致」という表現の意味に完全に該当するような和合の欠除に気付いたなら、それは夫婦を和合の方へ導く様々な影響にもかかわらずそれを妨げようとする当事者間の思いやりの欠除の為と判ることがらは存在しよう。

このような結果になるには、当事者の一方もしくは双方に根本的な憎悪があることがあろうし、またあるに違いない。従来からの伝統的な憎悪があれば、性格の不一致、憎悪または嫌悪の感情という夫婦の和合をはばむ原因があったとしても、妻がカーディ(裁判官)または裁判所において婚姻解消を求める事由とはなり得ないと解されていた。しかし、近時、最高裁は、裁判所が結婚の継続を不適當と見做したならばその結婚を解消する権限に制約はもうけられていないという判断を示すにいたったことに留意すべきであろう。本判決は、妻の離婚請求を認めなければ、その女性に忌む可き婚姻生活を強要することを意味すると裁判所の良心を納得させることができれば、性格の不一致は婚姻解消の適当な理由になるということを認めるにいたったからである(P. L. D. 1967 S. C. 97)。しかしながら、配偶者の年齢的不適合を理由に「性格の不一致」という請求をなし得ないことに留意する必要がある。

ある。夫と妻との年齢的不適合だけを理由にして婚姻解消を認められた例は存在しないからである(S. Mahmood, op. cit., 107; P. L. D. 1952 Lah. 113)。

(5) クフラ Khula による離婚は両者の同意によって効力を発し、妻から夫に対して彼女の解放 Khula を求め、一定の財産放棄を対価として夫がその提案を受け入れる婚姻解消である。クフラは当事者間の協議によって成立し得るし、夫が妻の要求に応じない場合には裁判所によって婚姻解消の効力が生ずることになる。婚姻生活が不和になり、当事者達が神のおきてを遵守できない(すなわち、婚姻関係から生ずる諸義務を履行しないこと)だろうと考えるならば、妻は結婚を考えて受け取った物を返還して、結婚解消の権利を与えられるとされている(P. L. D. 1939 (W. P.) Lah. 566)。クフラによる婚姻解消の場合、マハル以上のものを受領することは夫の側にとって忌むべきことではあるが、しかし、夫が、マハル以上のものを、結婚した時に妻に与えた贈り物として浪費した程度に要求するのは法的に許される、と主張したならば、夫はそれに関する返還請求をすることができ、これには事実の調査が必要であり、妻が自分の解放の為に支払わなければならない賠償についての最終決定は裁判所がこれを決定しなければならない。そのため、クフラによる婚姻解消の場合、裁判所は婚姻契約の約因として、夫が妻に対してどの程度の利益を与えられたかを確認する必要がある、賠償額の決定は裁判所の自由裁量に委ねられることになる(P. L. D. 1967 S. C. 97)。しかしながら、このことは、妻がそれまで受けて来ていた利益を返す用意をしていさえすれば、いつでも裁判所へ出頭してクフラによる婚姻解消を求めることができるという権利を妻に与えることを意味するわけではない。その主

張をするためには、妻には重大な制限がある。それは、裁判官が当事者間において神のおきてが守られないだろうという判断、すなわち、相互の関係において配偶者同志が神の意にしたがわずに、イスラームで認められた円満な婚姻生活を続けることが不可能であり、したがって、離婚を認めるべきだ、と考えた場合だけに限定されている。だから、妻は一時的な衝動にかられて離婚することはできない。裁判官は当事者間の不和の理由を考えはしないとしても、その不和が真剣なものかどうかは考えなければならない。(P. L. D. 1959 (W. P.) Lah. 586)。

(6) 妻が、一人、婚姻解消の判決を取得すれば、夫が上訴裁判所から彼女の再婚を禁ずる差止命令を得ていないか、または得るまでは、自由に再婚しうることになる。しかし、上告から数年を経てから裁判となり、その間に被告が再婚をし、子供を生んでいる場合には、きわめて解決困難な問題を生ずることになる。そのため、婚姻解消に関する上告をする弁護士は、それを所定の期間内に出来るだけすみやかに上告しなければならず、また上訴裁判所に対して、上告が未決の間の被告の再婚を抑制するための差止命令を求める請求を必ず提出しなければならないとされている (P. L. D. 1967 Pesh. 324)。

第三条 第二条第一号が適用される訴訟において、

- 1 告訴をした時点で、夫が死亡していたとすれば、イスラーム法の定めによりその相続人となっていたであらう者の氏名および住所が告訴の中に述べられていなければならない

い。

2 訴訟の通達はこの者に送達される。

3 この者は訴訟で審問を受ける権利を有する。その場合、父方の叔父および夫の兄弟は、彼または彼らが相続人でない場合でも、当事者として召喚することができる。

第四条

ムスリムである既婚の女性がイスラームを放棄するか、またはイスラーム以外の信仰へと改宗した場合には、それだけで結婚を解消させることにはならない。ただし、このような放棄ないしは改宗の後にも、女性は第二条で述べられているいずれかの事由にもとづいて婚姻解消の判決を受ける権利を有する。

さらに本条項は、他の信仰からイスラームへ改宗し、従前の信仰を再信奉した女性に対しては適用されることはない。

解説

本条項は週及効を有しない。それは本法が効力を発した後に生じたイスラームの放棄またはイスラームからの改宗をした者に対してのみ適用される。したがって、本法が効力を発する以前に為されたムスリムの婚姻は、いずれかの当事者の廃宗によってただちに婚姻は解消することになる (A. I. R. 1941 Lah. 202)。

第五条 本法には、イスラーム法のもとで妻に認められている、婚姻解消の際のマハルまたはその部分への権利に影響を及ぼす規定はない。

第六条 一九七三年法律第二六号の第五条の廃止。一九四二年廃止・修正法 The Repealing and Amending Act, 1942 (xx vof 1942) 第二十条を第一 Sch. に加えて廃止。

一九六一年
西パキスタン・ムスリム家族法令施行規則
(The West Pakistan Rules under The Muslim
Family Laws Ordinance, 1961)
西パキスタン官報(一九六一年七月二〇日)

一九六一年ムスリム家族法令第一条によって付与された権限を行使するにあたり、西パキスタン知事は、以下の規則を定めることにする。

前文

第一条 本規則は、一九六一年西パキスタン家族法令施行規則と称する。

第二条 本規則において、主題または文脈に矛盾しないかぎり、1 「書式」Formとは、本規則に添付された書式を意味する。

2 「法令」Ordinanceとは、一九六一年ムスリム家族法令

を指称する。

3 「登録」Registerとは、規則第八条に規定されている婚姻証明の登録を意味する。

4 「条」Sectionとは、一九六一年ムスリム家族法令の条項を意味する。

仲裁評議会

第三条 法令第二条第四号の目的のための管轄権を有する村落

協議会は左記のごとくである。すなわち、

1 法令第六条第二項にもとづいて、別の新たな婚姻の許可を求める申請をする場合には、申請者の現在の妻、または申請者が複数の妻を有する場合には申請者の最後にめとつた妻が、申請時に居住している村落または都市の村落協議会とする。

申請時において、上記の妻が西バキスタンに在住していない場合は、管轄権を有する村落協議会はつぎのごとくである――

i このような妻が、かつて申請者と共に西バキスタンに在住していた場合には、申請者と共に在住していた最終の村落または都市の村落協議会である。

ii その他の場合には、申請者の永久的に在住する村落または都市の村落協議会である。

2 法令第七条第一項にもとづくタラークの通知に際しては、

i タラークを宣言された妻が、タラークの宣言の為された時に在んでいた村落または都市の村落協議会とする。

ii その他の場合には、タラーク宣言者が永久的に在住している西バキスタンの村落または都市の村落協議会であ

る。

3 イスラム家族法令第九条にもとづく扶養の申請の場合には、その妻が申請時に在住している村落または都市の村落協議会がこれにあたる。なお、複数の妻によって、本条項にもとづく申請が行なわれる場合には、最初に申請を行なった妻の申請時における村落または都市の村落協議会がこれにあたる。

解説

一 一九六五年一〇月二日付官報の告示によって、つぎの第三条の二が追補された。

(第三条ノ二) ムスリム家族法令第七条第一項にもとづくタラークの通告の謄本を、妻の所在が、夫に不明であり、かつ注意義務をつくしても知ることが出来ない場合には、議長の許可を得て、妻の父母、または成人の兄弟姉妹を通してタラークの告知をすることができ、また、上記の者の所在が、夫に不明であり、かつ注意義務をつくしても知ることができない場合には、議長の許しを得て、夫が妻と最後に居住した地域に流布していると議長が認めたと新聞紙上にタラークの告知を公表することができる。

二 本条にいう法令第二条、法令第六条および第七条は、一九六一年ムスリム家族法令を指称する。

* * *

第四条 非ムスリムが村落協議会の議長に選出されている場合は、

ムスリム家族法令の目的達成のために可及的速やかに、村落協議会の議長選出のために規定された方法によって、ムスリムの協議会委員の中から議長を選出しなければならない。

第五条 仲裁評議会で行なわれる争訟手続は、議長が当事者の合意を得て他の方法を指示しないかぎり、すべて非公開で審理するものとする。

第二項 議長は仲裁評議会の争訟手続を可及的速やかに処理しなければならない。

第三項 第四項によれば、このような争訟手続は、代理人の指名の失敗などによる仲裁評議会の欠員を理由に無効とはならない。

第四項 指名の失敗とは異なる理由によって欠員を生じた場合には、議長は新たな指名を要求しなければならない。

第五項 仲裁評議会における争訟当事者は、仲裁評議会の評議員となることはできない。

第六項 仲裁評議会の裁決はすべて多数決によって決定され

る。多数決で裁決が決定しない場合には、議長の判断が仲裁評議会の裁決となる。

第七項 議長の証明を受けた仲裁評議会の裁決の謄本は、この争訟手続の各当事者に対して無料で付与される。

第六条 議長は、ムスリム家族法令第六条第二項または第九条第一項による申請、または第七条第一項による通告を受理してから七日以内に、文書による命令によって、各当事者に対してその代理人を指名するように要求しなければならない。そして、各当事者達は命令を受理した日から七日以内に、文書によって代理人を指名し、その指名を議長に届け出るか、または書留郵便でこれを送付しなければならない。

第二項 当事者に指名された代理人が病气その他の理由で仲裁評議会の会議に出席できない場合、故意にその会議を欠席した場合、または当事者の信頼を失った場合には、当事者はあらかじめ文書によって議長の許可を得て、指名を撤回し、議長の認めた期間内に新たな指名をすることができる。

第三項 上記第二項にもついで新たな指名が行なわれた場合には、議長が文書に記録される理由をあげてそうしないように指示しない限り、仲裁評議会の争訟手続を初めからやり

直す必要はない。

解説

一 一九六一年九月二日付西パキスタン官報によって、つぎの六条の二が挿入された。

(第六条ノ二) テシル官は争訟当事者の提訴または自分自身が知るところによつて、議長が仲裁評議会における争訟当事者の一言に好意や偏見を抱いていたり、訴訟手続中に不正を行なったりしているように思料しうる場合には、争訟当事者全員に通告を出した後、村落協議会の協議会委員をイスラム家族法令の目的達成のために議長に任命することができる。このような命令が下されるまで仲裁評議会における訴訟手続きの進行を停止させることができる。

第二項 本規則によつて命令を出したテシル官はこの理由を文書で記録しておくなければならない。

二 上記の命令を提供されるべき当事者がパキスタン国外に在在している場合、命令は当事者が在任している国のパキスタン領事官またはその国の領事事務を行なうパキスタン領事官を通じて当事者に渡される。

婚姻の登録

第七条 イスラム法にもとづいて結婚式を挙行する資格のあるものは、村落協議会に対して第五条に定められた婚姻登録

官 Nihah Register を勤める免許の付与を申請することができる。

第二項 村落協議会は、必要と考えられる調査の後、その申請者が免許を付与するに適正かつ妥当な人物であると認められれば、そこに明示されている条件にしたがい書式によつて免許を付与することができる。

第三項 本規則によつて認可された免許は終身であり、免許の条件に違反した場合にのみこれを取り消すことができる。

第四項 本規則のもとで免許を許された者がその免許の条件に違反した場合は、一月以上の単純拘禁または二〇〇ルピー以下の罰金、またはそれらの刑を併科される。

解説

婚姻登録官が、婚姻登録簿に二、〇〇〇ルピーのマール Dowry を記入するに際し、二〇、〇〇〇ルピーと読めるように誤記したときには、登録官たる免許は取消され、かつ、第四項によつて処罰を受ける。しかし、その訂正は、民事裁判所によつてのみなしうるだけだという判例に留意すべきであろう (P.L.D. 1967 Kar. 165)

第八条 村落協議会は地方行政政府によつて決められる手数料の支払いにもとづいて、各婚姻登録官に対し書式IIの婚姻証書

の登録用紙一式と“The seal of the Nikah Register of Ward (x)……(y)……”という文字の入ったシールを提供する。

第二項 各登録簿は五〇部からなり、連続番号が打たれ、四部の写しによって構成されている各部が一つの婚姻登録である。その部数は議長によって証明されるものとする。

第三項 第一項にしたがって手数料が支払われるにもかかわらず、登録用紙とシールの所有権は「村落協議会」に留保される。

解説

(x)には地区の名称および番地、(y)には、村落協議会の名称を記入する。

* * *

第九條 ムスリム家族法令第五条にもとづいてなされた婚姻の登録に対して、婚姻登録官は新郎またはその代理人から婚姻登録料二ルピーを徴収する。また、マハルが二、〇〇〇ルピーを越える場合には、マハル一、〇〇〇ルピー毎または一、〇〇〇ルピー以下の超過分に対して一ルピー、最高二〇ルピーまでの手数料を徴収することができる。

第二項 婚姻登録官は第一項によって取得した手数料のうち

八〇%を自分で取得し、残二〇%を村落協議会に納付しなければならぬ。

第三項 マハルが金銭以外の資産である場合、または一部がこのような資産で一部が金銭である場合には、第一項に規定された手数料を決定するための資産の評価は、婚姻の当事者間で為された評価と等しいものとする。

第一〇條 婚姻登録官によって結婚式が挙行された場合には、

婚姻登録官は書式Ⅱの用紙四枚の空欄を記入し、書式に署名を要求される人達は登録書に署名をする。さらに婚姻登録官はこれに付加して署名をしてシールをした後、登録書の原本を保存する。

第二項 前記のように記入された婚姻証書は、その二番目と三番目の書類は各々五〇パイサの料金で新郎と新婦に与えられ、四番目の書類は村落協議会に提出される。

第三項 本規則によって登録書への署名を要求されている者が署名を拒否した場合には、一月以下の単純拘禁または二〇ルピー以下の罰金、またはそれらの刑を併科される。

第一一條 パキスタン国内において、婚姻登録官以外の者によ

って結婚式が挙行された場合、この者は、州政府によって決定された料金を支払って入手した書式Ⅱに記入し書式に署名を要求される人達はこれに署名をする。さらに、結婚式を挙行した者は書式に署名をした後、可及的速やかに、結婚式の挙行された地区の婚姻登録官に登録料を添付してこれを送付しなければならない。

第二項 本規則によって本書式への署名を要求されている者が署名を拒絶した場合には一月以下の単純拘禁または二〇〇ルピー以下の罰金、またはそれらの刑を併科される。

第二二条 パキスタン国外でパキスタン市民である人によって結婚式が挙行された場合、この者は本規則第一一条の規定にしたがって記入された書式Ⅱに登録料を添付して結婚の挙行された国のパキスタンの領事官、またはその国のために領事を行なうパキスタンの領事官にこれを送付しなければならない。それは、新婦の永住地、および新婦が非パキスタン市民である場合には新郎の永住地の地区の婚姻登録官に転送される。

第二項 パキスタン国外でパキスタン市民でない人によって結婚式が挙行された場合、新郎および新婦がかような市民で

あるときには新婦は、書式Ⅱの記入の目的のために、可能なかぎり第一項にもとづいて結婚をした者に準じてとりあつかうものとする。

第三條 婚姻登録官は本規則第一一条または本規則第一二条による書式Ⅱを受理した場合には、本規則第一〇条の規定に則り婚姻登録官によって結婚式が挙行されたと同様にこれを処理する。

ただし、結婚式が自分の管轄内で行なわれていない場合には、婚姻登録官は署名を要求されている者達の署名を得る必要はない。

一 夫 多 妻

第四條 既存の婚姻の継続中に申請された新たな別の婚姻が、正当かつ必要かどうかを考慮するにあたって、仲裁評議会はなにか正当かつ必要なのかを考慮する一般の効力への偏見を捨て、下記のような事情を考慮しなければならない、

すなわち、現在結婚している妻の不妊、肉体的欠陥、結婚生活における肉体的不適合性、同居回復請求権の判決の故意

の不遵守、および精神異常である。

記録とその調査等

第五條 既存の結婚の継続中にムスリム家族法令第六條第一項にもとづいて、新たな別の婚姻契約をする許可の申請は、文書によって新たな結婚に対する既存の妻または妻達の同意のあることを申述し、かつ、新たな婚姻が正当にしてかつ必要である理由についての要旨が記載されることを要する。さらに、申請者はこれに署名をし、二〇〇ルピーの手数料を添付する。

解説

手数料が、きわめて高額なところに、立法の趣旨が表現されている、ということもできよう。

第一六條 本規定第六條第四項による仲裁評議会の裁決の再審または第九條第二項による証明書の再審を求める申請書は、場合に依りて、審決または証明書の発行の日から三〇日以内に二ルピーの手数料を添付してこれを提出しなければならない。

第二項 申請書は審決または証明書の修正を求める理由を記載し、申請者の署名の入ったものでなければならない。

第一七條 本規則第七條にもとづいて仲裁評議会が審決をしたときには速やかに議長はその裁決が与えられた争訟手続の記録を村落協議会の事務所に送達しなければならない。同記録は審決の日から五年間当該事務所に保管される。

第一八條 本規則第一〇條第二項にしたがって、婚姻登録官が提出した第四番目の婚姻証書の謄本は、登録原本が期間の満了によって婚姻登録官によってこの事務所に保管されるまで、保存されなければならない。

第二項 上記のように受理された満了登録は永久に保管される。

第三項 村落協議会の事務所には、すべての登録の内容に関する索引を備え、これを保存するものとする。本索引の記入は、婚姻登録官が登録をした後に実際上できうるかぎり速やかにこれを行なうものとする。

第四項 前記の索引は村落または都市で登録された婚姻の各々の当事者について、氏名、住所、各当事者の父親の氏名、

婚姻の登録の日付を記載するものとする。

すべての料金は司法印紙で手数料を支払うものとする。

第十九条 本条第二項および第三項に規定されている料金の前

告 訴

払いをすれば、調査を望む者は誰でも随時に村落協議会の事務所で索引と登録を調査することができる。謄本を求めめる者は、議長によって署名されかつシールされた索引および登録の記載事項の謄本を入手することができる。

第二項 索引または登録の調査料金は五〇パイサとする。

第二十一条 裁判所は、ムスリム家族法令または規則によって犯罪とされているものについて、犯罪構成の事実を記載した村落協議会の告訴がなければ、これを認定することはできない。

第三項 婚姻に関する記載事項の全部または一部の公認の謄

本の料金は以下のとおりである。

(a) 索引の写し……………五〇パイサ

(b) 登録の写し……………二ルピー

第四項 本規則によって支払われる料金は村落協議会の収入となる。

料 金 の 支 払

第二〇条 本規則第九条、第一〇条、第十五条および第十九条

にもとづいて、婚姻登録官または村落協議会へ支払われる手数料が現金である以外は、本規則にもとづいて支払われるす

一九六四年西パキスタン家庭裁判所法 (The West Pakistan Family Courts Act, 1964)
(一九六四年法律第三五号(一九六四年七月十四日))

家庭裁判所創設のための条項を作成するための法律

婚姻、家族問題およびそれに関連する事項に関する争訟について、困難な決定と処分とを行なうための家庭裁判所創設に必要な条項を作成することは適切であるので、ここに以下の法律を制定する。

第一条 本法は、一九六四年西パキスタン家庭裁判所法と称する。

第二項 本法は、「土侯国地域」The Tribal Areasを除く西パキスタン全土にその効力をおよぼす。

第三項 本法は、官報上の布告によって、政府がそのために明示した地域および期日に効力を生ずるものとする。

第四項 本法が施行される直前において、裁判所の審理または審問が継続中の「一八九〇年後見人法」The Guardians and Wards Act, 1890にまつ訴訟または申請に対しては、

本法は適用されない。したがって、これらの訴訟および申請は、すべて本法が施行されていないものとして審問されかつ処理される。

第五項 本法が施行される直前において、裁判所の審理または審問が継続中であり、かつこれらの訴訟または申請は本法にもとづいて創設される家庭裁判所によって審理されるべきである、という理由だけで却下された一八九〇年後見人法にもとづき訴訟または申請は、それに反する規定がどの法にありとも、訴訟または申請の当事者によってそのために成さ

れる請願にもとづいて、この裁判所によって、その訴訟または申請が却下された段階から審理・審問されるものとする。

解説

一 本法は、結婚・家族法委員会によって作成されたものであるが、一九六四年六月三〇日西パキスタン州議会を通過し、一九六四年七月一四日西パキスタン州知事の同意を得て同年七月一八日に公布された。

二 第四項および第五項は、後に追補されたものである (By the West Pakistan Ordinance X of 1966, Section 2)

三 第三項の地域および実施の時期は、次のとおりである。

- (1) Lahore (2) Rawalpindi (3) Multan (4) Lyallpur
- (5) Montgomery (6) Sargodha (7) Gujranwala
- (8) Peshawar (9) Hazara (10) Bahawalpur (11) Sukkur
- (12) Hyderabad (13) Karachi

実施の時期は、本法のために公布された西パキスタン特別官報発行の日である一九六五年一月二日付である。

* * *

第二条 本法においては、文脈がそうでないことを要求しない限り、以下の表現は、つぎのように規定する意味を有するものとする。すなわち、

1 「仲裁評議会」および「議長」は、それぞれ一九六一年

ムスリム家族法令において規定された意味で用いられるものとする。

2 「家庭裁判所」Family Courtとは本法にもとづいて創設される裁判所を意味する。

家庭裁判所のすべての裁判官に第一級判事の権限が与えられる。したがって、家庭裁判所の判事は刑事訴訟法第四八八条にもとづいて職権を行使し、そして、その条項にもとづく扶養についての命令を出すことができる。

3 「行政府」Governmentは西パキスタン州政府を意味する。

4 「当事者」Partyは、本争訟の正しい判決のためにその出頭が必要だと考えられかつ家庭裁判所がこのような争訟に当事者として加えた者すべてを含むものとする。

5 「規定された」prescribedとは本法にもとづいて作成された規則によって規定されたものを意味する。

第二項 本法に用いられているが定義されていない文言および表現は、「一九〇八年民事訴訟法典」Code of Civil Procedureにおいて、それぞれ示された意味を有するものとする。

解説

第三項は後に追補された条項である (By the West Pakistan Ordinance X of 1966, Section 3)。

* * *

第三条 行政府はそれぞれの地区またはその他必要と考えられる地域に一つまたは複数の家庭裁判所を創設し、かつ各々の裁判所に一名の裁判官を任命するものとする。

解説

末尾の in each of such court が for each of such court に改められた (by the West Pakistan Ordinance X of 1966, Section 4)。

* * *

第四条 地方裁判所判事 District Judge、特別地方裁判所判事 Additional District Judge または民事判事 Civil Judge、またはその経験のある者でなければ家庭裁判所の裁判官に任命することはできない。

解説

本条は一九六六年に改正されたものであり (by the West Pakistan Ordinance X of 1966, Section 5)、「(a) に規定されている裁判官の資格は規則によって変更することができない。」

* * *

第五条 一九六一年ムスリム家族法令および「一九六一年調停裁判所法」The Conciliation Courts Ordinance, 1961 に「**第七**、家庭裁判所は、別表に記載された事項を考慮し、審問しそして判決する排他的管轄権を有するものとする。」

第六条 行政府によるこのための一般的または特別の命令にしたがって、家庭裁判所は、地区または家庭裁判所が設置されている地域内の地方裁判所判事に明示された場所で開廷するものとする。

解説

本条の "the District or area for which it is established" と "the district" を改めたもの by the West Pakistan Ordinance X of 1966, Section 6)。

* * *

第七条 家庭裁判所において行なわれるすべての訴訟は、告訴の提出、または規定の方法および裁判所において提訴されるものとする。

第二項 告訴は争訟に関するすべての物的証拠、および出廷を予定されている告訴を支持する証人の数、証人の氏名と住

所、および彼らが主張しようとしている事実の簡単な要旨を記した別表を含むものとする。

ただし、当事者は、遅れた段階において、裁判所がその証拠が公正な判断のために必要であると考えれば、裁判所の許可を得て証人を召喚することができる。

第三項 原告が自己の主張において依存するすべての書類は、告訴に添付されているものとする。

第四項 訴訟には被告がいるから、被告への支給のために、告訴は、別表と第三項で述べられている書類のリストを含んでいる同数の謄本を添付するものとする。

解説

本条の“Material”は後に挿入されたものである (By the West Pakistan Ordinance X of 1966, Section 7)。

* * *

第八項 原告は、家庭裁判所へ告訴の提出をしてから三日以内に被告に対して第七條四項において述べられた別表の謄本および第七條三項において述べられた書類の謄本を添付して告訴状を書留で郵送することを要する。

第二項 特別の規定がないかぎり、原告は、前項で明示され

た期間内に、告訴を提出したことを、家庭裁判所が承認した二つの新聞紙上を借りて通告することもできる。

第九項 書留郵便による通告または新聞による通告の公表のいずれか早い方の日付から一五日以内に、被告は裁判所に出頭して陳述書を提出しなければならない。

第二項 被告は陳述書につきものを添付することを要する。すなわち、

1 訴訟において提出しようとしている文書による証拠全文の謄本。

2 証人の氏名と住所のリストと各証人がすると思われる証言の概略。

第三項 第二項で述べられた陳述および文書の謄本は、被告が陳述書を提出した日から三日以内に、書留郵便で原告へ送付されなければならない。

数名の被告が連名によって、陳述書を提出した場合には、被告等のうち一名だけが陳述書と第二項で述べられた文書の謄本を送付するものとする。

第四項 被告が第一項に明示された期間内に出現しなかった場合には、裁判所は一当事者のために訴訟手続を行なつてよ

い。

解説

第一項の新聞による通告の公表“Publication”は後に挿入されたものである (by the West Pakistan Ordinance X of 1966, Section 8)。

* * *

第一〇条 家庭裁判所は陳述書を受理したならば可及的速やかに、訴訟の予審審理の日を定め、その日に出頭するように当事者に対して通告することを要する。

第二項 定められた日時に、裁判所は告訴、陳述書（もしあれば）および当事者によって提出された証拠と文書の概略を調査し、さらに必要と認めた場合には、当事者および弁護士を審問する。

第三項 予審において、裁判所は当事者間の争点を確認し、もし可能ならば、当事者の妥協または和解を試みることにする。

第四項 妥協または和解が不可能な場合には、裁判所は事件の争点を形成し、かつ証人を審問する日を決定する。

解説

一本条の予審は、調停可能か否かを審理する機会としてきわめて有

意義な規定とされている。

二 第四項の証人の審問する“the hearing of”は後に挿入された (by the West Pakistan Ordinance X of 1966, Section 9)。

* * *

第一条 証人審問を定められた日に、家庭裁判所は当事者に挙げられた証人を適当と考えられる順序で審問することとする。

第二項 争点を形成した日から三日以内に、当事者が裁判所を通じて証人を召喚してもらうことを欲する旨を表明し、かつこの当事者が証人を連れてくるのは実行不可能であると裁判所が認めない限り、裁判所は、いかなる証人の出頭に対しても召喚状を発することはない。

第三項 証人は自分自身の言葉で証言するものとする。いずれの当事者もまたは弁護士は主尋問 examination-in-chief 反対尋問 cross-examination または再尋問 re-examination として、証人に尋問してはならない。

ただし、裁判所は、適当と考えたならば、本件において重要と思われる点を明瞭にするためにいずれの証人に対しても質問をすることができる。

第四項 家庭裁判所は、証人が宣誓書によって証言すること

を認めることができる。

ただし、裁判所は、適当と考えれば、第三項にしたがって尋問するために、このような証人を召喚することができる。

解説

第一項は制定時は "the recording of evidence" であったが現行の "the hearing of the evidence" に改められたものである (by the West Pakistan Ordinance X of 1966, Section 10)。

* * *

第二条 両当事者の証言が終了した後、家庭裁判所は当事者間に妥協または和解が成立するように、別の努力を傾注しなければならぬ。

第二項 みぎの妥協または和解が不可能であれば、裁判所は裁決をし、判決をしなければならぬ。

第三条 家庭裁判所は、所定の形式および方法で判決することとし、その詳細について所定の判決記録に記入しなければならぬ。

第二項 家庭裁判所の立会いのもとで、判決の履行として、金銭の支払または財産の引渡がなされる場合には、支払または資産引渡の事実を、適宜、みぎに述べた記録に記入しなければならぬ。

ればならぬ。

第三項 判決が金銭支払を命じ、かつその金額が裁判所の明示した期間内に支払われない場合には、裁判所の命令があれば、同額が国家歳入の遅滞分として徴収され、徴収分は判決取得者に支払われるものとする。

第四項 判決は、それを付与した裁判所または地方裁判所判事が特別命令ないし一般命令で指示した、他の民事裁判所によって執行されるものとする。

第五項 家庭裁判所は、適当と判断すれば、それが付与した判決によって支払われる金銭を適当と考えられる分割払にさせることができる。

解説

第一項は、制定時は「金銭の支払いおよび財産の引渡」であったが、and は現行の "or" に改められた (by the West Pakistan Ordinance X of 1966, Section 11)。

* * *

第十四条 他の現行法になにか規定されても、家庭裁判所によってなされた裁決または判決は、

1 家庭裁判所が、地方裁判所判事、特別地方裁判所判事ま

たはそれらの裁判官と同等の等級と地位にある者として行政府に任命された者によって主宰されている場合には高等裁判所 High Court に上告することができる。

2 他の場合には地方裁判所に上告することができる。

第二項 つぎの場合は家庭裁判所によってなされた判決を上告することができない。

1 一九三九年ムスリム婚姻解消法 The Dissolution of Muslim Marriages Act, 1939 第二条第八号 4 に明示されている理由による婚姻解消以外の婚姻解消の場合、

2 マハルが一、〇〇〇ルピーを超えない場合、

3 扶養料が月々二五ルピー以下の場合、である。

解説

一 第一項は、本文のように改められたものである (By the West Pakistan Ordinance X of 1966, Section 12)。

二 本条は上告する権利を制限した立法といえる。ムスリム婚姻解消法に定められている裁判上の離婚事由のうち、第二条八号 4 に挙げられている、妻の財産の処分をした場合以外には上告することができなかつたからである。また、このような目的から、同居回復請求権の行使を否定する家庭裁判所の命令も、婚姻解消の判決が為されている場合には、上告できないこととなる (P. L. D. 1968 Lah. 309 (D. B.))。

第五条 家庭裁判所は、誰に対しても、出廷して証言し、または文書を作成して提出するための召喚状を発することができる。ただし、

1 「一九〇八年民事訴訟法典」The Code of Civil Procedure, 1908 第一三三条第一項によって裁判所への個人的出頭を免除されている者は自分自身での出頭を要求されない。

2 諸事情からして不合理と考えられるような遅滞、費用または不都合なしには証人の出席を求められない、という意見を裁判所が有する時、家庭裁判所は証人の召喚を拒否し、またはすでに発行された召喚状を無効にすることができる。

第二項 家庭裁判所が、出廷して証言するため、または文書を作成して提出するために召喚した者が、故意に召喚状にしたがわなかった場合には、家庭裁判所は不服従を確認し、このような者に説明の機会を与えた後、一〇〇ルピー以下の罰金を科すことができる。

第一六条 法的抗弁なくして、つぎの行為を行なった者は家庭裁判所侮辱罪に問われるものとする。

1 家庭裁判所に侮辱を与えたとき、

2 家庭裁判所の業務を妨害したとき、

3 家庭裁判所によって提出された質問に答えることを義務付けられているにもかかわらず、これに答えることを拒絶したとき、

4 真実を陳述するための宣誓または家庭裁判所において行なった陳述への署名を拒否したとき、

家庭裁判所は、ただちに、このような者を侮辱罪で裁判し、二〇〇ルピー以下の罰金刑を科すことができる。

解説

一 法廷業務の妨害は法廷の侮辱である。妨害が長期間にわたったか短期間であったかは重要な問題ではない。妨害が法廷業務の妨害を意図して行なわれた場合は、本条項に定められた行為に該当する (S. Mahmood, *op. cit.*, p. 126)。

二 裁判所が本条項にもとづいて職権を行使する場合は、裁判所は告発者であると同時に裁判官でもある。したがって、その権限は例外的な場合にのみ行使されるべきである。裁判所は、威厳を保持するために本条の権利を与えられているが、妨害の意図していない場合、または侮辱が最少なものであるような場合にまで、過度に敏感であったり、すぐに罰を加えたりすべきではないと考えられている (S. Mahmood, *ibid.*, notes 23 and 24, at p. 126)。

三 侮辱は裁判所の目の届く所または存在下で行なわれていなければ

ならない。

四 家庭裁判所には被告に即決裁判の権限を与えられている。しかし、これは被告が彼の行為を説明する機会を与えられずに、法廷で罰せられてもよいということの意味しているわけではない、裁判所は、被告に対して、告訴されている罪についての詳細な説明をおこなない、彼によって実際に語られ意図されたことについての誤解を説明し、かつこれを訂正する機会を与える必要がある。法廷は、この機会を与えた後、初めて意図的な侮辱があったかどうかを判断しなければならない。なぜなら、裁判所そのものが告発者と告発の証人であり、かつ裁判官だからである。この意味で前条二項の同様に、被告発者に抗弁の機会を与えなければならない (S. Mahmood, p. 127 citing A. I. R. 1963 Tripura 50)。

* * *

第一七条 本法によって、または本法にもとづいて、明白に別異の定めをしている場合をのぞき、「一八七二年証拠法」The Evidence Act, 1872¹ および「一九〇八年民事訴訟法典」The Code of Civil Procedure, 1908 [ただし第一〇条² 一条を除く]の規定は、家庭裁判所における訴訟には適用されない。

第二項 「一八七三年宣誓法」The Oath Act, 1873 の第八条から第一一条までは家庭裁判所における訴訟に適用される。

解説

一 証拠法および第一〇条と第一一条を除く民事訴訟法の裁判所への適用は、本法「のもとで」とか「によって」ではなく「の中に」規定されている訴訟以外はまったく排除され、一八九〇年後見人法 The Guardians and Wards Act, 1890 は留保された。この立場は、秘密の内に「ふたたび民事訴訟法を後見人訴訟における旧来の立場に位置づけるように解決することは出来ない。このことは本法第一七条を廃止するに等しいからである (S. Mahmood, op. cit., p. 316)。

二 第一〇条および第一一条を除く “except sections 10 and 11” は後に改められたものである (by the West Pakistan Family Court (Amend.) Act, 1967, Section. 2)。

* * *

第一八条 証人としてではなく、本法にもとづき家庭裁判所へ出廷を求められた者が、バルダーナシン pardarnashin の婦人である場合は、裁判所はその婦人が正当に権限を与えた代理人による出廷を許可することができる。

解説

バルダーナシンとは、隔離の原則により出廷を免除された高貴な婦人という。

第一九条 一八七二年裁判所手数料法 The Court Fees Act, 1872 にこれと反対の規定があるにもかかわらず、家庭裁判所に提訴される告訴に支払われる裁判所手数料は、訴訟の種類を問わず一ルピーとする。

第二〇条 行政府は、一級裁判官の権限を有する家庭裁判所の裁判官に対し、一八八八年刑事訴訟法典 Cr. P. C. 1898 第四八八条にもとづいて扶養料に関する命令を出す第一級判事の権限を付与することができる。

解説

家庭裁判所は、通常の民事裁判所の権限を行使し、妻または子供への扶養料支払いを命じることができる。これは仲裁評議会が妻だけへの扶養料を認めるに過ぎない点と異なる、ということができる (一九六一年ムスリム家族法令第九条参照)。しかし、家庭裁判所は本条にもとづいて与えられた権限によって刑事訴訟法典第四八八条のもとの刑事裁判所と同様の職権を行使し、その条項に拠って妻および子供に対する扶養料の支払いを命じることができることになった。

* * *

第二一条 本法は、一九六一年ムスリム家族法令の条項またはそれにもとづいて制定された規則に影響をもたらすことはな

い。さらに、みぎの法令第七条、第八条、第九条および第一〇条の条項は、イスラム法による婚姻解消、扶養またはマハルについての家庭裁判所の判決に適用するものとする。

第二項 家庭裁判所は、イスラム法にもとづいて行なわれた婚姻解消の判決を付与した場合、判決した日より七日以内に、認証された謄本を一九六一年ムスリム家族法令第七条に述べられている正当な議長に、書留郵便で送付するものとする。議長は、この謄本を受理したならば、みぎの法令で提出を要求されているタラークの通告を受理したと同様に手続をしなければならぬ。

第三項 他の法にこれと異なる規定がなされていたとしても、イスラム法にもとづいて行なわれた婚姻解消の判決は、**1** 第二項によって、その謄本が議長に送付された日から九〇日の期間が経過するまで効力を生じない。

2 前号に明示された期間内に、一九六一年ムスリム家族法令の規定にしたがって当事者間に和解が成立した場合には効力を失う。

解説

第二項末尾の“give”が現行法のように“given”に改められた (by

the West Pakistan Ordinance X of 1966 Section 14)。

第二条 家庭裁判所は、議長または仲裁評議会に対して、差止命令を発し、また係争中の訴訟を停止する権限はない。

第三条 家庭裁判所は、一九六一年ムスリム家族法令の規定にしたがって登録された婚姻の効力を問題にすることはできない。また、この裁判所において、それに関する証言をすることを認容しないものとする。

第四条 家庭裁判所の訴訟手続において、一九六一年ムスリム家族法令の実施後にイスラム法にもとづいて行なわれた結婚が、その法令の規定またはそれにもとづいて制定された規則にしたがって登録されていない、という通告があった場合には、家庭裁判所は、結婚の行なわれた地区の村落協議会に文書によってこの事実を知らせなければならない。

第五条 家庭裁判所は、一八九〇年後見人法のための地方裁判所と見做され、かつ本法にどのような規定であろうとも、その法に明示されている問題を処理するに際しては、その法

に規定された手続にしたがって行なわれるものとする。

解説

家庭裁判所法にもとづく訴訟においては、証拠法および民事訴訟法の適用を排除する旨の前述第一七条が存在するが、本条にもとづく訴訟についてはこれらの原則は適用されない。なぜなら、第二五条はみぎの法令中にそれと反する規定があっても効力を有するからである（*P. L. D. 1967 S. C. 402*）。

* * *

第二六条 行政政府は、本法の規定を実施するために規則を官報上の布告によって制定することができる。

第二項 第一項の規定の一般性をそこなわずに、そのようにして制定された規則は、他の問題においても、家庭裁判所がしたがう手続を規定することができる。ただし、それは本法の規定と矛盾するものであってはならない。

解説

本法にもとづく *The West Pakistan Family Courts Rules, 1965* が制定・施行された。

一九六五年西パキスタン家庭裁判所規則 (The West Pakistan Family Courts Rules, 1965)
 (西パキスタン官報 (一九六五年二月一日))

一九六四年西パキスタン家庭裁判所法 [The West Pakistan Family Courts Act, 1964] 第二六条によって付与された権限を行使するために、西パキスタン州知事は以下の規則を制定する。

第一条 本規則は、一九六五年西パキスタン家庭裁判所規則と称する。

第二条 本規則において、主題または文脈に矛盾しないかぎり

1 「法律」Actとは、一九六四年西パキスタン家庭裁判所法 (一九六四年法律第三五号) を意味する。

2 「裁判所」とは、法律にもとづいて設立された家庭裁判所を意味する。

3 「書式」とは、本規則に添付されている書式を意味する。

4 「条」とは、法律の条項を意味する。

5 「訴訟」とは、児童の保護または一八九〇年後見人法 [The Guardians and Wards Act, 1890] にもとづく後見権のための申請も含まれる概念である。

第三条 本規則第七条の規定によれば、地方裁判所判事、特別地方裁判所判事および民事判事が家庭裁判所判事となる。

第四条 法律第七条第一項にもとづく告訴は、原告の署名および宣誓書を添付し、原告または弁護士を通じ、または原告が女性の場合には、その代理人によって、本規則第五条による管轄権を有する裁判所に、文書をもって為されるものとす
る。

第二項 前項にもとづく告訴は以下の事項を記載するものとす
る。すなわち、

1 訴訟の提起される裁判所の名前、および管轄権を有することを示す事実。

2 原告の氏名、身上および住所。

3 確認しうるかぎりの被告の氏名、身上および住所。

4 原告または被告が未成年またはは無能力者である場合には、その旨の申述。

5 訴訟の原因を構成する事実およびそれが生じた時と所。

6 請求の性質、簡潔な事実記載を伴う請求額、および請求される救済。

第五条 原告が管轄権の有せざる裁判所に提訴したときには

1 告訴は、提訴されるべき裁判所に再提訴するために棄却される。

2 告訴を棄却した裁判所は、当裁判所に告訴がなされ棄却された日付、告訴が提出された当事者の氏名、およびその理由を記載した文書をエンドースしなければならぬ。
い。

第六条 訴訟を審理する管轄権を有する裁判所は、以下の地域的制約を受けるものとする。すなわち、

1 訴訟の原因のすべてまたはその一部が生じた所。

2 両当事者が居住または最後に居住していた所。

ただし、婚姻解消またはマハルに関する訴訟は、妻が通常居住した地域の裁判所が管轄権を有する。

第七条 児童の保護および後見権に関する訴訟は、地方裁判所判事の裁判所に提訴され、聴問され、審理される。しかし、当裁判所は、第六条にもとづいて管轄権を有する特別地方裁判所判事、上級民事判事、第一級民事判事または特別第一級民事判事の裁判所に移送することができる。移送された裁判所は、それについて聴問および審理する。

第二項 児童の保護および後見権に関する訴訟以外に、家庭裁判所法にもとづいて審理しうる訴訟は、本規則第六条に規定されている管轄権を有する民事判事の裁判所によって、訴訟が開始され、聴問され、そして審理される。もし、その地域に民事判事裁判所がない場合、かような訴訟は地方裁判所判事、または特別地方裁判所判事の裁判所に提訴し、聴問されまたは審理される。

第三項 第一項および第二項の規定にかかわらず、地方裁判所判事の裁判所は――

1 第一項にもとづいて、審理するために本規則に特に定められたいづれかの裁判所になされていた訴訟を召還し、みずから審理し、または当該地域の他の裁判所に移送することができる。

2 当該地域内のいづれかの裁判所において係争中の訴訟の記録および手続を取り寄せ、みずから聴問し、審理することができる。または、当該地域内の他の裁判所へ移送することができる。それによって、地方判事またはこのような訴訟を移送された裁判所は、事件に応じて当該訴訟を聴問しかつ審理する管轄権を有する。

第八条 地方裁判所判事の裁判所は、文書によって記録されるべき理由をもって、あらゆる等級の裁判所に係属中の訴訟手続を停止することができる。

第九条 ある裁判所から他の裁判所へ事件が移送された場合、裁判官が文書によって記録されるべき理由をもってこれと異なる指示をしないかぎり、承継前の訴訟手続をはじめからする必要はない。

第一〇条 裁判所は、適当であると考えれば、法律にもとづく手続の全部、または一部を非公開であることを命ずることができる。

第二項 訴訟の両当事者で訴訟手続を非公開にすることを裁判所に要求した場合には、裁判所はそのように行なうものとする。

第一〇条の二 各証人の証言は、当該裁判所の、主任書記官によって裁判所用語を用い、またはその立会いおよび聴問、およびその個人的命令および監督のもとに文書によって書きとめられ、その署名を必要とする。

第二項 証人の証言が英語でなされた場合には、当該裁判所の主任書記官はみずからの手書きで英語で書きとることができる。そして、当事者の反対のないかぎりかような証言の正式な翻訳の記録をその一部とすることができる。

第三項 証人が裁判所用語以外の英語以外の言語で証言した場合には、当該裁判所の主任書記官は、みずからの手書きでその言語を書きとつてもよいし、または、その立会いと聴聞および個人的命令および監督のもとに書きとらせることができる。そして、かような証言の裁判所用語または英語への正式な翻訳をその記録の一部とすることができる。

第四項 証言が当該裁判所の主任書記官によって文書によって書きとめられなかった場合、主任書記官は、各証人の審問が行なわれている時に、この証人の陳述の要旨の覚え書きを作成することができる。かような覚え書きは主任書記官がみずからの手によって書かれ署名されて記録の一部となる。

第五項 書きとめられた各証人の証言が完成したならば、それを証人に読みあげ必要があるればこれを訂正する。

第六項 原記録が証人に読みあげられた時に、証人が証言の正確さを否定したならば、当該裁判所の主任書記官は、証言を訂正する代りに、証人によって唱えられた異議に関する覚

え書きを作成し、必要とあればそれを付加することができる。

第七項 証言が聴取されたものとは異なる言語で書きとめられ、書きとめられた証言を証人が理解できない場合には、そのように書きとめられた証言を、証人のために、証人が証言した言語または理解しうる言語に翻訳することを要する。

第八項 裁判所は、証人の証言を記録する時に、もし必要とあれば、この証人の証言中の態度について特記すべき点も記録するものとする。

第一条 当事者が第一〇条第三項または第一二条第一項にもとづいて、妥協または和解に同意をした場合、裁判所は、事件に応じて、当事者間で為された妥協または和解の条件のもとで、命令を下し、また訴訟において判決をすることができるとする。

第二条 原告またはその弁護士が裁判所への出頭を怠った場合、訴訟は懈怠を理由に却下される。

第二項 懈怠による却下から三〇日以内に申立てが行なわれ、十分な理由が示されたならば、裁判所は懈怠を理由に却

下した訴訟を復活させることができる。

第二三条 一方だけの命令また手続は、それらの決定がなされた日から三〇日以内に、申立てが為され十分な理由が示されたならば、裁判所はこれを破棄することができる。

第一四條 すべての判決または命令は、裁判長またはその命令にもとづいて、裁判所用語または英語に記され、その宣言時の公開の法廷の裁判官によって日付と署名がなされなければならない。

第二項 上訴しうる判決および命令は、重要点または決定にいたる重要点、それにもとづく判決および簡単な判決理由を含むものとする。

事件、判決、命令の記録等

第一五條 告訴が提出された時、その要目は、一九〇八年民事訴訟手続法典 The Code of Civil Procedure, 1908 のもとで民事訴訟のために規定された書式で保存されるべく登録されるものとする。

第一六條 いずれに訴訟においても、判決に際して、判決書は書式をもつて作成され、裁判長によって署名されなければならない。判決書は当該裁判所によるシールが添貼されなければならない。

第一七條 裁判所は、一九〇八年民事訴訟手続法典にもとづく判決書および命令のために規定された書式で、判決書および命令の登録を保存するものとする。

第一八條 第一五條または第一六條にもとづいて罰金が支払われたり、法律または規則にもとづいて裁判所によって、金銭または財産が供託されまたは処分される時はいつでも、連続番号の打たれた書式Ⅱの領収書が付与され、その控は裁判所に保存されるものとする。

第一九條 あらゆる罰金、裁判所によって、供託・処分または売却された金銭または財産は、書式Ⅲによって登録されるものとする。

第二〇條 裁判所は、当事者に支払うべき金銭を受領した場合

には、支払われるべき権限の有する当事者に保管している旨の通告を出し、申し出があれば、それから四月以内にその支払いをしなければならない。

第二一条 登録も含む裁判所の記録は、民事裁判所にも適用される高等裁判所規則にもとづいて規定されている期間保存されるものとする。

上 訴

第二二条 第一四条にもとづく上訴は、判決または裁決のなされた日からその謄本を受領するに必要な時日を控除して三〇日以内になされなければならない。

ただし、上訴裁判所は十分な理由ありと認めれば、右の期間を伸長することができる。

第二項 上訴は、判決または裁決に異議ありとする理由を述べ、当事者の氏名、身上および住所を記載した文書によつてなされなければならない。さらに上訴人または弁護人の署名を必要とする。

第三項 判決が為された場合にはその裁判所の判決および裁

決の公認の謄本、または命令だけが為された場合には裁決の謄本が、上訴に添付されることを要する。

第四項 上訴裁判所によつて為された命令は、可及的速やかに、事実審裁判所に通告されなければならない。事実審裁判所は、判決または裁決をそれにしたがつて変更または修正し、判決の登録欄の適切な個所に、必要な訂正記入を行なうものとする。

記録および調査

第二三条 争訟当事者の申請にもとづき、裁判所は、争訟に関する裁判所の記録の調査を五〇パイサの手数料を支払うことによつて、これを認めるものとする。

第二項 訴訟当事者のいずれの当事者でもその申請にもとづき、判決、裁決またはその他の訴訟手続、または本規則にもとづき保管されている登録記事またはその部分を、二〇〇語またはその一部について二五パイサの割合で算出される料金によつて提供されるものとする。

第二四条 いずれの裁判所の事務局にも、円形の「家庭裁判所」

という文字と「地区」名の記入された裁判所のシールが用意されるものとする。

第二項 裁判所のシールは、法律または本規則にもとづいて発行される、あらゆる召喚状、命令、判決、謄本およびその他の書類に用いられるものとする。