

グローテウス「戦争と平和の法」の研究（續篇二）

——國際法の理論を中心として——

教授 一 又 正 雄

はしがき

- 一、約定の解釋について（第二卷第十六章）
- 二、損害とそれに對する責任について（第二卷第十七章）
- 三、使節權について（第二卷第十八章）
- 四、埋葬權について（第二卷第十九章）（以上「早稻田法學」第二十四卷第二册）
- 五、刑罰について（第二卷第二十章）
- 六、刑罰の分配について（第二卷第二十一章）
- 七、不正なる戦争の原因について（第二卷第二十二章）
- 八、疑ある戦争の原因について（第二卷第二十三章）
- 九、正しい原因のためにすら、戦争を無暴に行うべきでないこと（第二卷第二十四章）
- 十、他人のために行う戦争の原因について（第二卷第二十五章）
- 十一、他人の支配下にあるものが行う戦争の正しき原因について（第二卷第二十六章）
- 十二、戦争において、いかほどのことが許され得るか（第三卷第一章）
- 十三、萬民法によれば、從屬者の財産はいかにしてその支配者の債務によつて拘束され得るか（第三卷第二章）
- 十四、正戦、正式戦争、ならびに宣戦について（第三卷第三章）

グローテウス「戦争と平和の法」の研究（續篇二）

十五、正式戦争における加害権（第三卷第四章）

十六、荒廢と掠奪について（第三卷第五章）（以上本號）

五 刑罰について（第二卷第二十章）

グローテウスは戦争を行う原因として、賠償され得ることと、處罰し得ること、の二方面から、考察すべきであると
 なしたが、その第一の部分の論議をこゝに終えて、第二の部分たる刑罰論に入るのである。これは刑法理論に直接關係
 があつて、國際法にはあまり關係がないから、いずれ「初期自然法における刑罰論」として稿を改め、こゝでは、若干
 國際法に關係ある部分のみを摘記したいと思う。グローテウスはまず刑罰の定義と起源（第一節）刑罰と補充的正義との關
 係（第二節）を論じた後、「自然は、刑罰が何人に當然であるかを決定しないが、自然法によれば、同じ違法行為を行わ
 ざる者によつて合法的に刑罰が課せられ得ること」（第三節）人の刑罰と神の刑罰との差異（第四節）復讐の自然による禁
 止（第五節）刑罰の目的（第六節乃至第九節）を論じた後、これらの問題に關して福音書に現われたことから生ずる種々
 の議論を考察し（第十節乃至第十二節）刑罰の不完全なる分類を排除し（第十三節）、刑罰に對するキリスト教徒の立場を
 論じ（第十四節乃至第十六節）死刑論を行う（第十七節）。さらに「内的行為」（第十八節）「人間の弱さが避け得ない外的行
 爲」（第十九節）「直接または間接に、人間社會を害しない行為」（第二十節）をいずれも人間は罰し得ぬことを論じ、赦免
 が許され得るか否か（第二十一節乃至第二十四節）につき、之が許され得ぬとの見解を排除して、赦免の原因を論じた後
 （第二十五節乃至第二十七節）刑罰の適用論に入り、量刑のための犯罪原因の考察比較（第二十八節乃至第三十一節）犯罪者の素
 質（第三十二節）刑罰における調和的均衡の觀念の排除（第三十三節）減刑、常習、加重、微罪不問、未遂などを論ずる
 （第三十四節乃至第三十九節）。

グロッチウスは次に「王および人民は、彼等或は彼等の臣民に對して爲されたのではないが、自然法に反して爲されたことのために戦争を正しく行い得るか否か」の問題の究明に入る（第四十節）。これは一見國際法に關係なき如くであるが、實は彼の正戰理論の重要な部分であり、特に世界の平和と安全のためにする侵略戦争の禁遏という現代の思想と密接な理念的關係があることを見逃し得ない。そこで、以下これについて若干の考察を行うこととする。グロッチウスはいう。「主権者は自己或はその臣民に對して爲された危害のためのみならず、直接彼等に關係ないが、何人かに對して自然法または萬民法を甚だしく侵犯する危害のためにも、刑罰權を有する」と^(二)。そして兩親に對して不敬なる者、異國人を殺害する者、人肉を喰う者および海賊行爲を行う者に向つて、正しい戦争の行われることを認める。そこである論者が、刑罰權は國家の裁判權の固有の効果であるとの考えから、戦争の正當性のためには、戦争を行うものは、彼自身、または彼の國家において危害を蒙つた者か、或は攻められる者の上に裁判權を有するものたるべきであるとすのに對して、グロッチウスは、この刑罰權が自然法より生ずると主張し、もし前者の見解をとるならば、たとえ刑罰を課すと以外の原因のため戦争が正しく行われた後でも、いかなる敵も、他のものを罰する權利をもたぬことになるであろうが、かゝる權利は戦争の終つた後のみならず、戦争の繼續中でも存することは、多くのものが認めてをり、萬民の慣行も確認しているところであつて、これは、どの國家の裁判權に基くというようなものではなく、國家が組織される以前に存在し、且つ現在ですら、人々が國家としてではなく、家族團體として生活する場所においても效力を有しているのである、と論ずる。

ついでグロッチウスは、こゝでも自然法の解明を行い、「自然法はひろく行われる國家の慣習と區別すべきであること（たとえ國家の慣習が多くの人民の間で、理由ある根據で受取られたとしても）」（第四十一節）「自然法は、すべてのものによつて知られているとは限られぬ神意法からも區別すべきであること」（第四十二節）「自然法のなかでも、明かなる

ものと明かならざるものとを區別すべきであること」（第四十三節）を論じ、このうち最後の節では、明瞭なる一般原則と推定との對比、法の無知について述べた後、^(三) 刑罰を課するために行われる戦争は、その罪が甚だ重大なるか、極めて明かであるか、或は他の併存的な理由が存しない限り、不正であるとの疑惑を受けるとなす。ついで、「神に對する犯罪の故を以て戦争を行い得るか否か」の問題に入り（第四十四節）このなかで國家と宗教の關係を論じ、すべての時代に共通の眞の宗教の基礎たる四原則を示し、^(四) これら四原則を説明した後（第四十五節）これらのことを最初に侵犯したものを罰し得ること（第四十六節）その他、主として宗教に關係ある諸點を論じてこの章を終つてゐる。

(一) 一般的には「刑罰は行爲の惡のために蒙る受難の惡 (malum passionis) である」となし、本來的に刑罰と呼ぶものは「違法行爲 (delictum) の返報である」となす。

(二) グローチウスはこの一般的根據として、「刑罰によつて人間社會の福祉に役立つべき自由は、最初は個人の手巾にあつたが、今や國家と裁判所が設けられた後は主權者の手中に存するからである、それは本來的に言えば、彼等が他人に對して支配を行う限りにおいてというのではなく、彼等が何人にも服従しない限りにおいてである」となす。

(三) 國民法において法規に對する認識或は理解を缺くものを許す如く、自然法の場合においても、推理力の弱さ、或は惡き教育によつて妨げられてゐるものを許容することが正しいとなす。

(四) 第一は、神の唯一性、即ち、神は存在し、且つ唯一なること、第二は、神の不可視性、即ち、神は可視物に屬せず、これらよりも優れたものであること、第三は、神は人事を配慮し、最も正しき審判によつて裁き給ふこと、即ち、宣誓の基礎、第四は、全世界のすべてのものの創造者なることである。

六 刑罰の分配について（第二卷第二十一章）

グローチウスは次に「犯罪行爲に参加した者に對して刑罰はいかに移行するか」（第一節）即ち刑罰はいかに分配され

(二) かの問題について論ずるが、前述の如く、こゝには從屬者の犯罪に對する國家またはその支配者の責任や、統治者の犯罪に對する從屬者の參加などの、國家全體としての刑罰と個人の刑罰の差異、乃至兩者の責任の差異の如く、或は直接損害と間接損害の如く、違法行爲責任理論の中核をなすものが提示されているのである。また犯罪人引渡や庇護の問題もこゝから生ずるのである。

グローチウスはまず過失責任の原則を述べた後^(一) 共同體或はその支配者は從屬者の犯罪行爲を知り、且つこれを防止し得るし且つ防止すべきに拘らず防止しない場合は、これに對して責任を有する^(二) (第二節) ことを次の如く論證する。即ちグローチウスは、「國家共同體 (communitas civilis) は他のあらゆる共同體と同様に、自己の作爲または不作爲のほかは、個人の行爲に對して責任を有しない」として、アウグスチヌスの「人民において個人が犯した特定の罪は、ある目的のために、多數のものが結合して、一つの意思 (uno animo) と一つの意圖 (una voluntate) とを以て犯した共同の罪とは異なる」という言葉や、條約の方式中に「もし彼が公的意圖によりて侵犯せば」(Si defexit publico consilio) という條項が見出されることを挙げ、歴史的事例を引き、さらにこれより、いかなる上位者も、下位者の犯罪行爲に對して、彼等自ら罪となることが示されない限り、責任を有しない、となす。

次に他人に對する支配者が犯罪に參加する態様のうちで、最も通常行われ、且つ注意深く考察しなければならぬものとして、放任 (pactentia) と庇護 (receptus) の二つを挙げる。

一、放任 放任とは、犯罪を知り而してこれを禁じ得るし、且つ禁すべきに拘らず、これを禁じなかつたもので、これは自ら犯罪行爲を行うものと考えねばならない、となす。グローチウスはこれをキケロ、アウグスチヌスその他の言説によつて例證した後、犯罪に參加するには、これを知るのみならず、これを防止すべき能力を必要とする、となし、さらに人民が一人の悪行を防止し得るに拘らず、これを防止しなかつたために罰を受けた史實を挙げる。

二、庇護　グローチウスは、刑罰が行われぬように庇護を與えることに關聯して、刑罰の自然法的基礎を次のように解明する（第三節）。同じ犯罪を行われぬものは、すべて自然によつて、刑罰を課することが許されるが、國家の成立以來、個人の犯罪行爲中、その所屬する社會に本來的に關係あるものは、その社會またはその支配者が、自由な決斷によつて、これを罰し、或は容赦することを、彼等に一任すべきことが合意された。しかし、何等か人類社會に關係を有する犯罪行爲については、これらの國家や支配者に完全な権利は残されていないのであつて、他の國家及びその支配者は、あたかも特定の國家内で、何人もがある犯罪行爲を訴追し得る如く、これを訴追し得るのである。他の國家またはその支配者を特に侵害した犯罪行爲については、なおさらであつて、國家または支配者は、かゝる犯罪行爲に對しては、その威嚴または安全のため、刑罰を課する権利を有する。従つて、加害者が居住する國家またはその支配者はこの權利を妨げるべきではない。グローチウスは、つづいて、「かゝる責任は、共同體またはその支配者が、犯罪人を處罰もせず、引渡もせぬ限りにおいて、彼等に生ずる」として（第四節）、その理由として、通常、國家は、他の國家が刑罰を課するために武装したものを、自國領土内に入れることを許さず、且つ、かゝることは適宜の處置でないから、犯罪行爲を行つたと確かに信ぜられる者の居住する國家は、請求ある場合、加害者をその行爲の程度に應じて處罰するか、或は請求するものの任意に委ねるべきであるとなす。この後者の場合に犯罪人の引渡なるものが生ずる。グローチウスはこゝで、犯罪人引渡の事例を擧げた後、かゝる人民或は王は、犯罪人を必ず引渡すべき義務を有するのではなく、引渡すか、或は處罰するかを爲し得るが（第三項）時には犯罪人の引渡を要求するものに一層の満足を與えるために、これに選擇權を與えることがある、となす（第四項）。ついで、自國によつて他國に引渡されたが、その國に受取られぬものが、引續き、その屬していた國の國民たり得るかの問題を論じ（第七項）また犯罪遂行後、他國に逃亡した者も、犯罪當時居住していた國の從屬者たりし者と同様に、取扱われるべきことを論ずる（第八項）。

さて、この犯罪引渡を要求する権利を消すものとして歎願權 (jura supplicium) が存する (第五節)。こゝに庇護 (asylum) を受けるということが生じて来る。(六) グローチウスは、この歎願權は、不當なる憎みを受ける者、即ち、不運する者のために存するので、人類社會または、他の人々に有害なる行爲を行つた者、即ち、有罪者のためには存しないとして、歴史上の事例を擧げた後、彼の時代 (現世紀および近世紀) においては、ヨーロッパのほとんどすべての國において、國外逃亡者の處罰要求權は、公の事項 (status publicus) に關係があるか、または甚だ邪惡な犯罪に關してのみ行使され、輕罪については、條約規定に一層確定的な合意がない限り、相互に看過することが慣習となつて來たと、恐るべきほど強大となつた盜賊や海賊については、彼等の改悔がいかなる他の方法でも不可能なときは、過去のことは罰を受けないとの信念を與えることによつて、惡道を改めさせることは人類の利益であるから、いかなる人民やその支配者も、かゝることをなすことによつて、彼等に對して防衛し得るとなす。ついで歎願者は事件の審理中は保護されるべきこと、かゝる審理はいかなる法の下に行われるべきかを論じている (第六節)。(七)

グローチウスはこゝまでは、過失が從屬者から統治者に移る態様を考察したが、次には、これと逆に、從屬者が統治者の犯罪行爲、または共同體コムニタスの構成員が共同體の犯罪行爲に参加する態様の考察に移る (第七節)。まず「從屬者が犯罪に同意を爲すか、或は主權者の命令または勸説によつて、當然罪となるべきことを行つたならば、過失は主權者より從屬者に移る」となすが、その説明は從屬者の義務を論ずる際に譲つて、こゝでは、専ら、全體と個人との關係から、共同體の刑罰と、個人の刑罰の差異の論議を行つている。

グローチウスは、犯罪行爲は、また、全體ツムエルクムと個人との間にも分割され得ると述べた後、過失は罪に同意した個人に

歸屬するので、他人の決定セシテンテテによつて強制されるものには歸屬しない、とて、個人の刑罰と全體の刑罰との異なる所以を説く。そして、個人の刑罰が時には死である如く、國家の死がその滅亡であり、これは前述の國家解體の時に生ずる、となし、個人が奴隸化される如く、國家も一地方に引下られて、國家的奴隸(servitatem civilem)となり、個人が没收によつて財産を失うと同様、國家は、要塞、造船所、軍艦、武器、象、寶物、公有地等の共有物コムムニヤを失うのが慣わしである。しかし、個人の同意なくして、全體によつて行われた犯罪行為のため、その個人の私有財産を失うことは正當でない(リバナウスの言葉)となしてゐる。

次に、全體の犯罪行為に對して、常に刑罰を課し得るか、即ち全體に對する刑罰権はいかほど繼續するか、の問題に移り(第八節)これは、全體が存續する限りにおいて課し得るように思われるが、全體の應當オウケムというのは、最初には、全體が、それ自體は缺いてゐるところの精神アエムスを有する個人に屬するから、應當が全體に移行する媒介となる個人が死んだ時は、應當自體もまた止み、且つ應當なくしては存し得ないところ刑罰の義務もまた止む、ことを忘れてはならぬ、となし、「犯罪行為をなした者が何人も生存しないと考へて、汝は満足すべきであると予は考へる」とのリバナウスの言葉(九)を引いてゐる。

以上は、刑罰の分配が、過失の分擔から生ずる態様、即ち、過失責任に關するものであつたが、次には、過失の分擔なしに、刑罰の分配が存し得るか、という無過失責任の議論に進む(第九節)。まず、實質において異なる類似語たる直接損害と間接損害(一〇)、犯罪を契機として生じた損害と、犯罪の原因より生じた損害などの差異を指摘した後、本來的にいへば、何人も、他人の犯罪行為のため正當には罰せられ得ぬ(第十二節)、そしてその眞の理由は刑罰に對する義務は應當オウケムから生じ、應當は個人的なものである、けだしそれは、他にそれ以上我々自身のものであるものはないような、従つて、「自己固有のもの」(attributivus)と呼ばれるところの意思ウイレンツにその淵源を有するからだとなす。かくてグローテ

ウスは、両親が子の行爲のため死刑に處せられることも、また子が両親の行爲のため死刑に處せられることも禁ずる神意法について論じた後、從屬者たる人民が、その王または統治者の犯罪行爲のために罰せられ得るか否かの論議に入り(第十七節)本來的には人民が罰せられ得ぬこと、同意しなかつた個人は、全體の犯罪行爲のため罰せられ得ぬことを主張してゐるのである。

(一) 本章表題の原語は *de poenarum communicatione* 英譯ケムブリッジ版は「從犯 (Accessories) の刑罰に(57)」とある。

(二) グローテウスは次の如くいう。刑罰の分配問題は、犯罪行爲に参加した者、或はその者に關聯がある。その前者は、他人の犯罪行爲というより、むしろ自己の犯罪行爲のために罰せられるものであつて、それがいかなるものかは、不正に惹起した損害について述べたところ(第二卷第十七章第六節)から明かである。けだし人はほとんどすべての場合、損害に参加すると同じ方法で、犯罪行爲に参加するからである。しかし、損害に對する責任が生ずる場合は、常に犯罪行爲が存するとは限らず、たゞ一層明瞭なる悪意 (*malitia*) が附加する時にのみ、これが存する。けだし惹起した損害に對する責任を生ぜしめるには、如何なる種類の過失 (*culpa*) でも充分であるからである(第一節第一項)。從つて、悪行 (*factum vitiosum*) を命じ、或は必要なる同意を與えるもの、(積極的に) 幫助を爲すもの、庇護を與えるもの、何等か他の方法で、犯罪自體に参加するもの、助言を與えるもの、賞讃し或は承認するもの、本來の意味の法によつて禁すべき義務あるに拘らず禁ぜざるもの、同様に被害者に對して援助を與ふる義務あるに拘らず、與えぬもの、練止すべき時にこれを爲さざるもの、ある法によつて、ある事實を知らせる義務あるに拘らず、これを隠蔽するもの——これらすべては、刑罰を課するに適わしい悪意が存する場合は、これを罰し得る(同第二項)と。

(三) 知ることゝは意思をも有する、即ち意圖を伴つたものと考えられる、となす。(第二節第二項) また「明瞭にして、且つしばしば生ずる行爲を、容易に知ることができると推定し得る」となす(同第六項)。

(四) この *receptus* を英譯は *the affording a refuge* 同ケムブリッジ版は *receiving* と譯して後の *asylum* と區別し、佛譯はこれも「また後の *asylum* を *l'asile* とす。

(五) 英譯は「刑罰を課する自然權を有する」とあるが、序文よりやゝ遠い。

(六) この庇護は歎願権の事例であつて、歎願権に含まれるものであることは、本節の表題が、歎願権のみであることから判る。これは今日の庇護と違うのであつて、今日のは、むしろ、前述の *receptus* に相當するよう思われる。

(七) 歎願者の訴追の原因たる犯罪が、自然法または萬民法によつて禁ぜられていない場合は、事件は歎願者の屬する國の國民法によつて裁判されるべきであるとなす（第六節第二節）。

(八) グローチウスは、こゝでアウグスチヌスの「全あるところに個も存する。全は個なくしては存し得ない。けだし集合した個または、完全として考えられる個が全を形成するからである」との言葉を引用している。

(九) グローチウスは、こゝで神の後の復讐の觀念をもち出して、神意法にかゝることがあつても、人意法とは異なるからだとなし、「もし子孫がその祖先の徳行のために、名譽と報酬を受けることが正しいならば、祖先の罪行のために刑罰を受けることも正しいと論ずることは出来ない。善行の性質は、危害となることなしに、何人にも與え得るようなものであるが、刑罰はそうではないからである」と論ずる。

(一〇) 直接損害とはある者が自己の権利によつて所有するものを失ふことであり、間接損害とは、ある者が、他の方法でも所有し得る如きものを、所有しなくなることである、となし、前述の如く、全體の人格を代表する多數者の犯罪行爲が、全體の過失となる場合、そして、このため、國家的自由や要塞その他の財産を失う場合は、この損害は、無害な個人も蒙るが、これは直接ではなく、全體を通じて個人に屬するものみに關してである、となす。

(一一) これは、保證人の責任などに關するものである。なお、公益のため國家が保有する優位的所有權に關係ある私有權の場合、かゝる権利によつて所有するものを、他人の犯罪行爲のため、奪われるならば、このなかには眞の刑罰は存せず、これを奪い去つた者に存した以前の権利の行使が存する、となす。

七 不正なる戦争の原因について（第二卷第二十二章）

グローチウスは次に、第二卷第一章の冒頭で、たゞ提示されたに止まつていた戦争の原因の詳説にはいる。彼は、これを、不正なる原因（第二十二章）疑ある原因（第二十三章）正しき原因（第二十四章）他人のために戦争を行う原因（第二

十五章) 他人の支配權の下にあるものが戰爭を行う正しき原因 (第二十六章) にわけて説明する。すでにたびたび指摘したように、これらは私法關係の問題が廣範に取扱われているが、こゝでは、國際法の研究に役立つもののみを披萃する。

まず戰爭の原因は正當化し得る原因 (causa iustitiae) と誘因 (causa susoria) にわけて、その區別を説明し^(一) (第一節) これらの二原因を缺く戰爭は野蠻であること (第二節)、正當化し得る原因を有せず、誘因を有する戰爭は盜賊の戰爭であること (第三節) を述べ^(二)、さらに、正しい理性に照して見れば、不正となるような原因を、あたかも正當化し得るような原因 (causa quasi iustitiae) 換言すれば、誤つて正義の外觀を有する原因が存するとなす (第四節)。かゝる場合は、問題は誰が最も正しいかというのではなくして、誰が最も強いかということになる。^(三)

かくてグローチウスは不正なる原因の主なるものとして、まず不確實なる恐怖を挙げ、隣人の權力に對する恐怖は、前述の如く^{(第二卷第一} 充分な原因でなく、防衛が正當なためには、それが必然的なものでなければならず、隣人の權力のみならず、その意圖についても確實でない限り、それは必然的といえない、そして、その確實性の程度は、道德的事柄に見られるような確實性あるものたることを要する、となす。^(四) グローチウスは、この他、必然的ならざる利益、より良き土地に對する欲望など、民法上の問題に入るような若干の原因を挙げた後、次のようなものもまた不正なる原因であるとする。

(一) 從屬せる人民の間における自由に對する欲望 個人たると國家たるとを問わず、自由 (libertas) 即ち自主 (autonomia) は、それがあたかも、自然的に、且つ常にすべてのものに屬するが如くには、戰爭の權利を與えない。けだし自由が自然によつて、人々或は人民に屬するといわれる時は、これは、すべての人間の狀態に先行する自然法によつて、また「免除による」 (κατάστέργουσι) 自由によつて理解すべきであつて、非兩立による^(五) (καταείωντόρητα)

自由について理解すべきでないからである。即ち、何人も自然的に奴隷ではないが、決して奴隷にならないという権利をもつていない、けだし、かゝる意味では何人も自由ではない。それ故、正當な原因によつて、個人的または國家的奴隷となつたものは、自己の地位に満足すべきである（第十一節）。

(二) 他のもので意思に反して、その福祉のためとの口實を以て、これを支配せんとする意思。あたかも、あるものが奴隷に適わしいと考へて、これらを武器で服従させようとすることも不當である。けだし、たとへあるものが、何人かに利益をもたらずとしても、直ちに、力によつて、これらを彼等に押つける権利はなく、理性を用いるものは、他人が彼等に對して、ある権利を取得しない限り、有用なものと有用ならざるものを選択する自由を有すべきであるからである（子供の場合は別である）（第十二節）。

(三) 皇帝に對して世界的支配の資格を與へること。グローチウスはこゝでローマ皇帝の支配權を論じ、かゝる權利が人類に有益であるとの理由で皇帝に認めんとするダンテ（『王國論』モノルキヤ第二卷）を反駁し、それがもたらす利益は、それに伴う不利益によつて相殺されるとなし、たとへこれが利益をもたらずとしても、支配權は決して、これから生ずることとはなく、支配權は、合意か刑罰による他は生じ得ないからであつて、けだし支配權の喪失または變更の態様は、他の皇帝についても、ローマ皇帝についても同様であるとなす（第十三節）。

(四) 教會に對して世界的支配の資格を與へること。グローチウスはさらに教會について、その世界的支配權なきことを聖書を解釋しながら論ずる（第十四節）。

(五) 厳格な意味では法的でないが、ある他の淵源からは當然のものとなるものを得んとする欲望。あるものが、本來の意味における正義からでなく、寛大、親切、慈悲、或は慈愛の如き、ある他の徳から、あるものを負うとしても、これを裁判所で請求し得ぬ如く、武器によつてこれを請求し得ない、となす（第十六節）。

最後に、グローチウスは、不正の原因を有する戦争と、他の種類の害悪の附加された戦争との區別を行う(第十七節)。即ち、戦争の正しい原因が存しながら、戦争を行うにあつて、これを行うものの意圖から害悪が生ずる場合を考慮し、例えば、名譽欲、戦争自體から期待される私的または公的の利益に對する欲望、或は、善惡の區別なく、他人の災難を楽しむ如き明かに不法な感情の如き、あるものが有する權利から生ずる效果よりもはるかに大なる程度の效果で、戦争を行うものの意圖を動かすことがあるが、正當化し得る原因を缺かぬ場合は、假に、これらのものが罪であるとしても、戦争自體をも、本來の意味において不法と爲すことはなく、従つて、かゝる戦争からは賠償の義務は生じない、となす(第十七節)。

(一) この區別を最初に行つたボリュビウスは、前者が、公に主張される慣わしであるとの理由で「口實」(impetoria)と呼び(リウイウスは「名目」(titulus)と呼ぶ)後者を「原因」(causa)と呼ぶ。この causa susceptoria は英譯では persuasive cause 同ケムブリッチ版は impelling cause、佛譯は causes qui tendent à conseiller とある。動機となる誘因と考える。

(二) これに妥當するものとして、ローマの法學者の「ある者が所有物の原因を問われた時、所有の事實以外の他の原因を述べない時は盜賊である」という言葉を引いている。

(三) グローチウスはこゝで「ほとんどすべての王は、平和と戦争という二つの名を、あたかも貨幣を用いるように、正しいものではなく、利益をもたらすものを獲得するために用いる」とのプタルクスの言葉を引いている。

(四) いかなる合意にも拘束されない隣人が、彼自らの領土に要塞を築造し、或は他日我々を害するような、ある他の防備を爲す場合は、決して戦争の正しい原因を提供しない、かゝる恐怖に對しては、我々は、我々の領土の上にこれに對抗する防備をなし、或は類似の救濟手段を執るべきであつて、武力に訴えるべきでないとなす。

(五) 人間の數および土地と土地との距離が、一つの統治を不能ならしめるほど大きくなり得る、とのアリストテレスの言葉を引いている。

八 疑ある戦争の原因について（第二卷第二十三章）

グローチウスはまず道徳的問題では、些細の情況でも素材を變化し、検討の主題たる形相が、通常中間的なあるものを有し、かくて、爲すべきことと爲すべからざるることとの間には爲すことを許される中間が存し、これは時には前者に、時には後者に近接する、こゝに眞に正しいものと、正しく見えるものを區別する困難が生ずるとて、「疑ある戦争の原因」の生ずる可能性を論じた後（第一節）、第一に注目すべきは、たとえあることがそれ自體において正しくとも、すべきことを考慮すれば不正であると考へるものがこれを行つた時は、その行爲は邪である、即ち「心の命令に反したことを爲すべきではない」として判断をおろそかにすることを警めてゐる（第二節）。そして、もし峻巡の存するときは、爲すべからざることを決し、或は、疑あるものを避けねばならぬが、それらもまた行い得ぬときは、より、不正ならざるよりに見えるものを選ぶことが許される、けだし選擇を避け得ぬときは、常に、小なる悪は、善の性格を帯びるとなす（同第二項）。

グローチウスはさらに、この判断は、事實より抽出された論議（原因、效果およびその他の附隨的なものより行われ）により、或はこれに關する他人の見解によつて、疑ある事柄を中間に止めることなく、いずれかの方向に向けさせること（第三節）或はまた、ある程度の經驗と熟達、換言すれば權威によつてもいずれかの方向に向けさせること（第四節）を論じた後、重大な事項で、兩者いずれにも疑があり、且つそのいずれかを選ぶべき場合は、より、安全なより、不法ならざるものを探るべきであり（第五節）従つて、疑ある場合は、戦争を差控えるべきである、とて（第六節）、紛争を戦によらずに解決する三種の方法、即ち（一）會議（colloquium）——現在國際法學者のいう紛争の相手國との直接交渉である——（第七節）（二）仲裁（arbitrium）（第八節）——グローチウスは特にキリスト教徒たる諸王、および諸國家

は、戦争を避けるために、この方法を執るよう拘束されていとなす——および(三) 抽籤を擧げる。グローテウスはこゝで、若干の問題の考察を行つた後、最後に「戦争が兩當事者の各々の側から見て正しく行われ得るか否か」の論議に入るが、彼はこれを訴訟の提起との比喩によつて説明している。即ち、まず「正しき」(iustum) という言葉の持つ種々なる意味を吟味した後、^(六) 特別の意味で、且つ事柄自體に關聯させるならば、戦争は訴訟と同様、双方に正しいといふことはあり得ない。けだし、事柄自體の性質によつて、道徳的能力は、行爲することと、これを妨げることの如く、反對のことに對しては與えられ得ぬからである。しかし兩交戰國共に、不正に戦争を行わないということが生じ得る。けだし、何人も、彼が不正なることを行うことを知らずしては、不正に行うことにはならぬからであつて、この點については、多くのものは知らぬのである。かくて、各當事國は、正しく、即ち、善意^{ホサ・フオ}を以て、訴訟を提起し得るのである。けだし人々は法においても、事實においても、權利の淵源たる多くの事を通常看過するからである。「一般的な意味では、正しいと通常いわれることは、行爲者の側において、すべての過失の存せざることであるが、多くの事は權利なく、しかも不可避的な無知^{イクラント}のため、過失なしに行われる。」とて訴訟の提起について論ずるが、「戦争の場合は、事が重大であるから——これは全く單なる蓋然的な原因に満足せず、出來得る限り、明瞭な原因を要求するから——無暴と、慈愛(Dilectio)の缺除とが何等の役割も演じないなどということは全く有り得ないところである。」「もし正しきといふ言葉を、ある法的效果に關聯させて解釋するならば、この意味では、戦争はいずれの側からも正しくあり得ることは確かである。けだし、法に従つて與えられない判決も、また權利なき所有も、ある法的效果を有するからである」と述べ、この論證を正式の公的戦争を説明するところで行うと結んでゐる(第十三節)。

(一) パウロの「すべて信仰によらぬ事は罪なり」の言葉における信仰^{フェイス}は事物に對する心の判断を意味し、神は人間の行爲に對する嚮導として判断力を與へ給うた、となす。

(二) こゝでグローチウスは、知識のすべての部門の諸原則を充分に習得し、或は考量する暇がほとんどない王達は特にかゝる判断の方法を用いるべきで、「賢き者の集りは、王を賢くする」とのゲルリウスの言葉を引き、また、古代ローマ人は、特に設けた司祭團に協議せずに戦争を行わなかつた慣わしを引いてゐる。

(三) これは共通の裁判官 (*index*) をもたぬもの間における仲裁協定 (*compromissum*) だ、グローチウスは、こゝで仲裁の行われた事例を擧げてゐる。

(四) 公平なる第三者が紛争を解決し、事實において衡平な條件で講和を受諾することを當事者に強制する措置を執り得る場合は、キリスト教國の會議を開催することが有益であり、ある程度は必要であらう、とグローチウスは述べてゐる。

(五) グローチウスは抽籤に類似する戦争回避の方法として果し合 (*certamen singulare*) を擧げる。他の方法では紛争が全人民に對して甚だ大なる危害を生ぜしめるような場合に、紛争の當事者が武器によつて紛争を解決することは、必ずしも全く斥けるべきでないとなすが (第十節) これは國家間の紛争解決には關係ないことである。次に民法上の問題として、「いづれの側の疑も同等な場合は所有者の條件が一層優位する」として、原因に疑ある場合には、各當事者が戦争を避けるべき條件の發見を試みる義務があるとしても、要求を爲す者は、所有する者よりも、これを試みる義務が大であるとなす (第十一節)。

(六) あることは、或はその原因から、或はその効果から正しいといわれる。さらに、原因から正しいといわれる時は、或はその特別の意味において、或は、すべての正しい行爲を含む一般的な意味において、そういわれる。さらに特別の意味は、行爲に關するものと、行爲者に關するものとに區別され、前者は積極的、後者は消極的と呼ばれ得る。けだし、行爲者自身は、彼が不正に行爲しない限り、さらに、彼の行うことが正しくない場合ですら、しばしば正しく行爲するといわれるからである。この「不正に行爲すること」 (*non sine*) と「不正なることを行うこと」 (*non sine culpa*) はアリストテレスも正しく區別してゐる (第十三節第一項)。

九 正しい原因のためにすら、戦争を無暴に行うべきでないこと

(第二卷第二十四章)

次にグローチウスは、「戦争の法について」と題する本著作の本来の部分から離れるかも知れぬが、権利が充分確かな場合は、直ちに戦争を行うべきだとか、或は戦争はいかなる場合にも許され得るなどと考へないように、他の徳に基いて、誤解を匡正する必要があると冒頭した後、戦争を避けるためにはしばしば権利（特に刑罰権）を抛棄すべきこと（第一、二節）王は自己および自己に屬する者のためにすら、しばしば戦争を避けるべきこと（第四節）餘儀なき場合、また最大の好機において、最大の原因を有する場合でなければ戦争を行うべきでないこと（第八、九節）を忠告し、目撃される戦争の害悪を強調している（第十節）。グローチウスは、前記の忠告に當つて、戦争を避けるために、「善なること」の選擇について思慮の命ずる諸規則」を提示しているが（第五節）これは倫理的なものであるから、こゝでは省略する。たゞ「自由と平和のいづれを欲するか」（*libertas an pax placet*）についての考慮では、自由と平和の定義が擧げられ、最大の不幸な人民の破滅、人民の殺戮を避けるには、時には自由をすてて平和をとるべきことが述べられているから注目すべきである（第六節）。

(一) 自由は「國家リパブリカス・ヘレクリリスの自由」即ち「自己自身統治する國家の權利」(*jus regendae per se reipublicae*) である。この權利は民主國家では完全であり、貴族國家では制限的である、いかなる國民も、公職ホネラより排除されないような國家では特に完全である、となし、平和は破滅戦争 (*Bellum interechinum*) を排除する如きものである。グローチウスはこゝで、一人のものに服従するよりも死を選ぶとか、奴隸の身分より逃れるとかいろいろのことが存するが、正しい理性はこれと異なることを命ずる、即ち、この世のすべての善の基礎であり、且つ永遠なる善の契機たる生命は確かに、自由より一層價值あるものである、これは個人の場合たとへば人民の場合たとへばを問わぬ、とて無用の破滅を警めている。

十 他人のために行う戦争の原因について（第二卷第二十五章）

この章で國際法上特に重要なのは同盟者に對する援助であるが、グローチウスはまず各人は自然的に、自己の權利の

行使者たるのみならず、他人の権利の行使者でもあることから（第一卷第五章）「戦争は從屬者スブディツスのため正しくこれを行ひ得る」（第一節）、しかし戦争は從屬者のために行ふとしても、常にはこれを行ふべきでない」（第二節）となし、このため敵によつて要求された無害の國民をこれに引渡すことの可否を論じた後（第三節）防衛については從屬者と全く同じの同盟者ソツキッス、即ち平等または不平等同盟條約國のためにも戦争を正しく行ひ得るとの議論にはいる。そこで、これらの同盟條約中には防衛の義務が合意されているが、かゝる合意は、正しい原因を有しない戦争を含むところまで擴大され得ないこと（第四節）、また戦争は、同盟條約によつて義務を負うていないもののためにも、友情としてこれを行ひ得るし（第五節）さらにすべての人々のためにもこれを行ひ得るとなす（第六節）。この最も廣汎な原因は、人の間の相互的結合關係インテラル・セ・ソシヤルであつて、それはそれ自體のみで、援助を與えるに充分なものである、とて、弱者防衛を以て完全な正義となしている。

そこで次には、ある人民が他の人民をその危害より防衛する義務を有するか否かの問題に入り、もし危険が明かな場合は、この義務はないとて、このことをキケロやセネカの言葉によつて論證し（第七節）、次に他の從屬者をその支配者による危害から防衛するため、彼等のために戦争を行う原因が正しいか否かの問題をとりに上げ、國家社會が形成された時以來、各支配者が、その自己の從屬者に對してある特別の權利を取得したことは確かであるが、もし支配者による危害が明かな場合、かゝるものに對して危害を加えられるものに代つて、戦争を行ひ得るとなす（第八節）。そして最後に、戦争の原因を區別することなく、いかなる戦争にも援助を與える意圖で軍事同盟を約定することは許され得ないと述べている（第九節）。

十一 他人の支配下にあるものが行ふ戦争の正しき原因について

（第二卷第二十六章）

さて、第二卷の最終章たる第二十六章では、他人の支配権の下にあるものが行う戦争の正しい原因が論ぜられる。國際法上必要なのは、從屬者と他國の國民であるが、グローチウスは、もし彼等が參劃することを求められ、或は和戦いずれを選ぶかの自由が與えられるならば、自己の發意により、自己のためまたは他人のために戦争を行うものが遵守すると同一の規則によつて支配されるべきであるとなし（第二節）戦争を行うことを命ぜられても、戦争の原因が不正であると信するならば、兵務につくべきでないといつてゐる。これは個人の兵務についてはあるが、從屬者の場合等しく妥當するものである。また、他の支配の下にある者が疑を有する場合は、行動せざるべきか、或は服従すべきかについて論じてゐるが、これは戦争犯罪における國家の命令、上級者の命令の問題にも關係がある。これについてグローチウスは、まず、命ぜられた時これを行わないときは罰せられるから、從屬者に關する限り、双方の側に不正を缺く戦争が起り得るといふ廣く受入れられてゐる見解を提示し、またこれの反對論、即ち、思辨的に疑うものは、行爲的判斷においては、より安全なる方（即ち戦争を差控えること）を選ぶべきであるとの論を考察した後、後者には不服従の危險が存するが、戦争が不正なる場合は、かゝることにおける不服従は、それ自體の性質上、惡の程度は小であるとなし（第四節）、最後に「不正なる戦争において、武器をとることが從屬者にとつて正しい時は何時か」につき、疑ある戦争でも、不正なる戦争でも、さらには、たとえ正しい戦争でも、敵は、戦争に對して責任なき無脅の從屬者を殺す眞に完全なる權利はもたないから、從屬者にはある正しい防衛が存し得る。敵が從屬者の生命を助け得るにかゝらず、これを絶對に拒否するような意圖でやつて來ることが確かな場合は、これらの從屬者は自然法による自己防衛權を有してゐて、これは萬民法によつては除去されない、となすのである（第六節）。

以上によつて、いかなるものが戦争を行い、且ついかなる原因のために戦争が許され得るか、という戦争を行う權利、即ち戦争の法の論述を終り、次には戦争中行い得る權利、即ち戦争における法に入るのである。

十二 戦争において、いかにこのことが許され得るか（第三卷第一章）

グローチウスの「戦争と平和の法」の第三卷は戦争における権利、即ち現在の國際法の體系における戦時法規乃至戦争法規を取扱う。彼はまず論述の順序として、この「戦争においていかなることが、いかなる程度に、且ついかなる方法で許され得るか」という検討を、まず、それ自體においての考察と、これに先行する約束との關聯における考察とにわけ、前者をさらに、自然法の見地よりする考察（第一章）と、萬民法の見地よりする考察（第二章）にわけらる。

自然法の見地よりする考察においては、まず次の三個の原則を提示する。

（イ）「戦争においては、目的のために必要なことは許され得る」（第二節） 但しグローチウスは、こゝでは權利確保のために必要なものに對しては權利（嚴格に權利と呼ばれるもので、社會のみを考慮して行爲する^{フゾルンクテス}權能を意味する）を有するという如く、正義理論を基礎とするものであることを忘れてはならない。

（ロ）「權利は單に戦争の起源のみでなく、附隨的原因からも考察されるべきである」（第三節） かくて自己に危害を加えるものに加擔する同盟者或は從屬者に對しては、これに對して自己を防衛する權利が自己に與えられる。

（ハ）「戦争の目的からは許され得ないあるものが、危害となることなく生じ得ること、これに對しては豫防が爲されること」（第四節） 直接には權利とならないが、間接的に、且つ行爲者の目的を越えて行爲の權利に附隨するものが存する。グローチウスはその例として、海賊で一杯の船のなかに僅少の婦女子や無害のものがないもこれを破壊し得ることを擧げているが、これらについては、權利だといつて一切が常に許されるというのではなく、隣人愛は、我々の權利を最高限度まで用いることを許容しないから、我々の目的を越えて生ずるものについて豫防が行われるべきである、となす。

グローチウスは次に、これらの原則にもとずいて、敵に對していかほどのことが自然によつて許されるかを個々の事柄について考察している。

(一) 敵に物を供給するものに對する措置 (第五節) この問題については、或るものは戦争の惨忍から、また或るものは交易の自由の主張から、古くより論じて來たが、グローチウスは、供給される物について區別をなすべきであるとして、こゝに戰時禁制品の觀念を提示する。彼が區別する三種のものは、(イ)戦争に有用なもの、(ロ)戦争に有用でないもの(快樂を満足させるもの)、(ハ)戰時でも、他の時でも共に有用なもの(例えば、貨幣、食糧、船舶、船の裝備)で、第一種のもを敵に供給する者は敵側とされ、第二種については問題なしとされるが、第三種のものについては、戦争の地位を區別しなければならぬとする。これに關するグローチウスの論は次の通りである。即ち敵に物が送られるのを妨げないでは自己を防衛し得ない場合は、これを妨げる權利が與えられるが、他の原因が附加されない限り、この物を返還する義務がある。もし、權利の行使が物の供給によつて妨げられ、或は、供給者がこのことを知り得る場合(例えば、都市の攻圍、港灣の封鎖、降伏または講和の締結が豫測される場合の如き)供給者は、彼の過失によつて與えた損害について責任を負い、損害の程度に應じて、その物は押收され、損害賠償の目的のため、それに對する所有權も取得され得る。もし供給者が、まだ損害を與へはせぬが、與えんとするならば、その物を抑留することにより、人質、擔保または他の方法によつて、將來に對する保障を強要する權利を有する。さらに、敵の不正が明かで、且つ敵に供給する者が、甚だ邪な戦争を行ひ敵を強めるならば、供給者に對しては刑罰を課し、その限度内で彼より物を奪取することすら可能となる。

グローチウスはこゝで戦争を行うに際して、その原因の正しさと、その權利行使の意圖を明かならしめる目的で、他の人民に向つて公の宣言 (publica significatio) を行う慣わしがあることを述べ、その註において、この種の問題を取

扱つてゐる「コンソラート・デル・マートレ」の第二百七十四項をはじめ各國の規定や慣例を集録して、實證的な研究を行つてゐる。そしてかゝる事柄について、歴史上、確立した萬民の意思法は見出し得ないとしてゐる。

(二) 奇計の容認性（第六節以下） 戦争を行う様態に力と威嚇とは特に本來的であるが、奇計（*dolus*）をも用い得るかについては、古來よりの賛成論と反對論とを考察した後、奇計なる語を消極的行爲のうち起る事柄にも擴大して、かゝる消極的行爲における奇計と、積極的行爲における奇計にわけける。そして前者、即ち隱密を用いるような消極的行爲における奇計はそれ自體許され得るものではないとなす（第七節）。次に、積極的行爲における奇計を（一）表示の自由な行爲を通じて行われる奇計と、（二）あたかも合意による如く表示の爲される行爲を通じて行われる奇計とにわけ、その前者は許され得るとなす。こゝでグローテウスは、行爲のなかにある奇計を偽罔（*simulatio*）と呼び、言葉のなかにある奇計を虚言（*mendacium*）と呼んで區別するものがあるが（その理由は、言葉は本來思想の表徴であるが行爲はそうでないといふのである）、これが無意義な區別であるとして、言葉と行爲の區別を論じ、不明瞭な萬民法という言葉の検討を行い、聖書中に書かれてゐる偽罔の事例を擧げる。そして、結果として何等の害悪も生じない場合と、害悪自體が奇計について考慮しなくとも許され得る場合をわけ、（前者は問題なく許され得るが）後者の例としては、偽の逃亡を擧げる、そして、これはしばしば行われるところであるが、この場合は、それから生じた害悪を、戦争の正義によつて許されたものと看做すし、さらに逃亡自體はたとえ敵がこれを恐怖の表れと解釋しても、制度上何ものも意味しない、となし、また敵の武器、標識、制服、幕を使用する行爲もそうで、かゝるものに對して、恐怖のためというような解釋を考慮に入れる義務はない、これらすべてのものは、何人もが、その判斷に従つて用い得るので、時には慣習に反してすら用い得られるとなす（四）（第八節）。次に第二種の奇計、即ち、あたかも合意による如く表示の爲される行爲を通じて行われる奇計は、人間の交易中に見出され、且つ眞の意味での虚言が含まれるものであるが、これについては、問

題は困難であるが、グローチウスは、かゝる虚言を斥ける見解と、時にはこれを認めんとする見解とを概観した後（第九節）若干の倫理的な考察と、民法上の意思表示に關係ある議論を行つてゐる。こゝでは現在の戦争における奇計論からはすつと離れてゐるのである。即ち、これらの見解の相違は、虚言をより廣汎に、或はより嚴格に解釋することによつて調和を見出し得るとして、他の意味に取られるべきことが知られてゐる表現のあらゆる使用が許され得ぬといふこととはない」（第十節）「虚言の特質は（それが許され得ざるものである限りにおいては）他人の権利との抵觸に存する」（第十一節）など虚言の概念を明かにした後、しからば、敵に對して虚言を言うことが許され得るかどうかの問題に入り、まず、これが許され得るといふものを見解を概観した後（第十七節）かゝる見解は公敵以外の何ものをも全く害しないような言葉に適用されるべきであつて、約定を含む言葉には適用されるべきでなく（第十八節）また宣誓にも擴大されるべきでないとなし（第十九節）、さらに、敵に向つてすら虚言を避けることは一層氣高く、且つキリスト教徒の單純性にとつて一層適わしいこと（第二十節）、我々に許されても、ある者に許されぬようなことを向人に對しても強制することは許されないこと（第二十一節）、しかし自發的に提供された援助を用いることは許される。即ち敵を捨てて我々の味方となつたものを受入れることは戦争法に反しないこと（第二十二節）などを論じてゐる。

(一) グローチウスはその註で、戦争法規の必要について、アウグスチヌスの「戦争自體においても、もし戦争を行うためにならば、^{フェイス}信實を守り、平和を求めよ」とか「戦争を行う時にすら平和であれ」(Eristo ergo etiam bellando) という言葉などを引いてゐる。

(二) これは、宣戦布告と戦時禁制品の布告の兩者を意味すると思われる。

(三) 「萬民法は、個々の民族が、相互的義務なくして認めるものも、それ自體のうちに相互的義務を含むものも、その兩者をも含む」となす。

(四) こゝで、慣習自體は個人の判斷によつて導入されたもので、共通の合意によつて導入されたものでないから、かゝる慣習は何人

をも拘束しない」となす。

(五) この理由として、グローチウスは「約定によつては、特定の且つ新しい権利が約定の相手方に與えられるからで、これは敵の間においてすら眞實で、敵對行爲が現に存在するの故を以て例外を設けるべきではない。またこれは明示的約定の場合のみでなく、默示的約定の場合も眞實である」となしている。

十三 萬民法によれば、從屬者の財産はいかにしてその支配者の債務によつて拘束され得るか（第三卷第二章）

前章は自然法の見地より戦争においていかなることが許されるかを論じたが、本章では、萬民法の見地からこれを考察している。本章は、民法的な表題が附せられ、その内容も財産に關して論ぜられてはいるが、國民が國家の戦争にまきこまれる根本理念が述べられてをつて、その點では決して輕視し得ぬところである。また「報復」の語義が明かにされているところも注目しなければならない。グローチウスは、「自然的には、相續者以外の何者も、他人の行爲によつては拘束されない」こと、ならびに、全體（祖國）の債務が個人の債務でない（個人は個人としてではなく、全體の部分として拘束される）とのウルピアヌスなどの言葉を引いた後（第一節）、かゝる自然法にかゝわらず、萬民法は、從屬者の財産および行爲が支配者の債務のため拘束されることを導入した、即ち、國家社會或はその元首が給付すべきものに對しては——直接それ自身のためにすると、或は他人の債務のため裁判によらずして自己を拘束するかを問わず——かゝる社會或は元首に從屬するもの一切の有體財産或は無體財産がそのため拘束され、責任ありとされる、ということを導入したと述べる（第二節）。さらに、これは、次のような必要の結果でもあるという。即ち、支配者の財産は、（一層數多い）私人の財産ほど容易に押收できないから、もしこれを押收するとすれば危害を生ぜしめることを廣汎

に許容することになるからだといふのである。そこで前記のようなことが、慣例の要請と人間の必要に應じて、文明化した民族によつて、確立された法のなかに導入されたのである。

グローチウスは、この慣習が、人民が他の人民に對して行ふ完全な戦争(bellum iustum)の宣戰の形式、などに見られることを論證した後、^(二)人の逮捕を論じ(第三節)、これに類似する權利として、自國の國民を明かに不法に逮捕した他國の國民を、當該國民の回復を確保するために抑留する(retinere)する權利と、さらに強力による權利の強制執行の今一つの形態として財産の押收(sequestratio)、或は「相異なる人民の間において抵當をとること」^(三)を擧げている(第四節)。この財産の押收はまさに報復理論であつて、こゝでグローチウスは權利が否認された後、而して、否認されたと充分考えられるときに行われることを論じ(第五節)、裁判官の權威や、判決の效力などに關聯のある問題を提示する。注目すべきは、裁判官の權威は、從屬者に對すると同じ效力を外國人に對しては有してをらぬ、^(四)判決が不正であつても、從屬者の場合は、これに對する支配權の効果のため、判決の執行を暴力で妨げたり、これに反して自己の權利を暴力で追求することは、合法的には行い得ないが、外國人は強制權(ius cogendi)を有してはいるが、裁判によつて自己のものを取得し得る限り、これを行使し得ない、といつてゐること、かくて、正しい裁判を行わない者の從屬者の身柄或は動産を逮捕押收し得るといふ(自然法ではないところの)習慣が廣く受け入れられたといふ報復權發生の原初的形態を示していることである。グローチウスは更に論を進めて、このような原因のため、(報復權の對象として)無害な從屬者の生命に責任を生ずることが、ある人民の間に信ぜられて來たが(即ち、彼等は、あらゆるものはその生命に對する完全な權利を自ら有すること、そしてこれを國家に移すことも可能であると信ずるからである)、これが認め得べからざることであるとて排斥し、人命が財産より一層大なる價值あることを再び強調し(第六節)、最後に、擔保の提供に關する國民法と萬民法との相違を論ずる。即ち、萬民法上は、危害を與えた者に屬するすべての從屬者は(土着民たると移民たるとを問わ

ず、恒久的原因から從屬者たる限り）——通過のため又は一時的滯留のために居住するものを除いて——擔保を提供する責任を有する。^(五)しかし、接受國の（敵に派遣されたものでない）使節及びその財産、女および幼児の身柄、文筆家、貿易業者なども除外される。擔保の原因を生ぜしめたものは自然法上、そのために損害を蒙つた他のものに對して損害を賠償する義務を有するのである（第七節）。

(一) 「純粹な自然法によれば、何人も財産を相續するものを除いては、他人の行爲によつては拘束されない。けだし財産がその義務と共に移轉すべきであるということが、所有權と共に導入されたからである」となす。

(二) この場合、某王およびその人民とか、某人民および某の人々（當該人民の從屬者）とか、某およびその領土内のもの、とかいうように敵を示すなかにこのことが見られるのである。

(三) これは、バルトルスその他の中世法學者が報復權（*ius represaliarum*）と呼び、サクソン人及びイングランド人は *Wittemann* と呼び、フランス人は——彼等の間では通常かゝる抑收の權利は、王によつて與えられた——*lettres de marque*（ラテン語では *littera marcae*）と呼ばれている。

(四) 從屬者の間においても、判決は眞の債務を取消すことではないとて、パウルスの「眞の債務者は、たとえ解放されても、なお自然によつて債務者たることを續ける」との言葉を引いて、判決に對する自然法理論の適用を明かにしている。

(五) 擔保の提供は、公の債務の支拂のために課せられる負擔の態様として導入されたので、これからは一時的にその土地の法に服従するにすぎぬものは免かれる、となす。

十四 正戰、正式戰爭、ならびに宣戰について（第三卷第三章）

さてグロートゥスはいよいよ戰爭の本論ともいふべきものにはいり、萬民法に從つて正戰、即ち正しい戰爭というものを、ローマの法學者の敵の定義を引きながら、「正式の戰爭（*bellum solemne*）は相異なる人民間の戰爭」たることを説明する（第一節）。ここではボムボニウスの「敵とは我々に向つて公的に（*publice*）戰爭を宣言するもの、或は、我々

が公的に戦争を宣言するものである（これは、海賊か海賊かである）^(一)という定義がまつきに掲げられている。そして戦争と内亂の區別、國家において最高支配權を有するもの^(二)の定義を明かにした後、人民がいかに不正な行爲を行うとも、これと海賊或は盜賊との間に區別の存することを説明する（第二節）^(三)。これに關聯して、外國人の取扱が、たとえすべての點で自然法によらぬとはいへ（それは多くの人民の間では部分的に曖昧となつてゐる）、少くとも各人民と締結した合意により、或は習慣によつて定められていると述べてゐる。

次に正式の戦争の要件として、主權者によつて行われること、宣戰の行われることの二つを擧げて次のように論ずる。

一、主權を有するものによつて行われること（第四節）

何人かが主權の一部を有する場合は、その部分に應じて正しい戦争を行い得る、従つて、從屬者ではないが、不平等同盟條約を締結したものと戦争でも、——たとえ同盟條約において下位にあつても——正しい戦争のすべての法式^{ユクシヒキツ}が遵守される。

二、宣戰が行われること

次にグローチウスは宣戰を詳細に論じてゐるが、まず、正しい戦争のためには、主權を有する當事者によつて行われるだけでは充分でなく、それが公的に宣言され、且つ事實において、この宣言の通告が一方から他方に對して行われるように、公的に爲されなければならない、とて、その必要を力説したエンニウス、キケロその他の言説を引く（第五節）。

次に、この宣言の自然法上、および萬民法上の沿革や意義を論ずる（第六節）。まず、自然法によれば、加えられた暴力を排除する時、或は、不法なる行爲を行う者自身に對して罰を要求する時は宣言を必要としない。しかし、ある物が他の物の擔保として取られ、或は債務者の財産がその債務のために取られる時、まして、あるものが、債務者に從屬する者の財産を占有しようとする時は、これ以外の他の方法では、我々のもの、或は我々に屬するものを得ることが不

可能なる事實を明かならしめるために、催告（*interpellatio*）が必要とされる。けだし、これは第一次的な権利ではなく、第二次的、且つ代位的な（*surrogatum*）権利であるからであつて、かくて、主権を有するものに對して、その從屬者の債務或は不法なる行爲を理由として攻撃する以前においてすら、彼が過失を有することを明かならしめる催告を行うべきである。しかし、自然法上かゝる催告を必要としない場合でも、これを行うことは正直であり、賞むべきことである。これに對して萬民法によれば、特別の效果を得るためには、すべての場合宣言を必要とするが、これは双方からなされる必要なく、いずれか一方によつて爲されるを以て足りる。この戦争の宣言には條件附宣言と絶對的宣言とがある。物の返還請求と結合する時は條件附である（第七節）。

次に、何人かに對して宣言された戦争は、彼の側に立つ限りにおけるその從屬者および同盟者に對しても同時に宣言されたことになること（第九節）、しかし、これらの從屬者や同盟者が、別に考慮される場合、例えば、宣言された戦争の終了の際、他の人民又は王に對して、敵を援助したとの理由のため攻撃する場合は、萬民法上の戦争たるためには、新しい宣言が必要とされる。けだし、かゝる人民又は王は、加擔者^{アドクセスシガ}ではなく、主たる者と看做されるからであること、を論じた後（第十節）、萬民法上の正戦のため、即ち、萬民法上ある特別の效果を生ずるために何故宣言を必要とするかの理由として、これが秘密的、計略的であつてはならぬというのは、法に關係のある理由ではなく、その必要の目的は、戦争が私人の行ふものでなく、兩人民、またはその首領の各々の意思によつて行われることが確められるためである（第十一節）、かゝる效果は後述するが、それは、他の戦争には生じないとなし（第十二節）、戦争はその宣言と同時に進行得るかの問題に對しては、萬民法によれば、宣言の後には、何等時の餘裕は必要とされぬが、自然法によつては、事柄の性質から、ある時の餘裕を必要とすると論じ（第十三節）、最後に、使節權を侵害した者に對しても、宣言が必要であると述べている（第十四節）。

(一) 内亂 (dissensio civilis) は國家がそれによつてしばしば害を受けても、國家の破滅を目的とするものではない。従つて、あたかも敵のようにその一方に加擔するものも、捕獲權或は戦後復權をもつもの地位を與えられないから、内亂の結果捕獲されたり、賣買されて、後に解放された者は、捕獲によつて自由人の地位を決して失わなかつたから、これが回復を首班から求める必要はないとされる、となす。

(二) キケロの定義は「敵とは政府、元老院、國庫、國民の一致協力及びもし必要な場合は、講和及び條約を締結する力をもつものである」。

(三) こゝでグロチウスは次のように言う。共和國或は國家がたとえ共同的に不正を行うとしても、直ちに共和國或は國家たることを止めぬ。一方、海賊或は盜賊の集團は、(集團の要件たる) 一種の衡平を相互間に維持するとしても、國家ではない。けだし海賊や盜賊は犯罪のために結合したものであるが、國家や共和國は、たとえ時に不法な行爲を爲すことを免かれぬとしても、權利の享有のために結合しているからである、と。そして、道德的な事柄では、主要なものは本質を決定する、との建前から、いかに邪惡な人民でも、人民を形成せずして犯罪のため結合するものとの間には差異があるとなしている。しかし、盜賊の首領より正當な將軍となり、惡人の結合から、王國となる變化の可能性を認めてゐる (第三節)。

十五、正式戰爭における加害權 (第三卷第四章)

グロチウスは正式戰爭の効果論にはいるや (第四章「正式の戰爭において敵を殺害する權利およびその他の身體に對する暴力について」) 最初に效果の一般的説明を試みる。まず第一にセルウィウスの詩句に關聯して、古いローマの司祭法に對するウィルギリウスの註釋に基き、二人民或は二人民の首領間に宣言された戰爭が、戰爭自體の性質からは生じないある特別の效果を生ずると述べ (第一節)、ついでこのセルウィウスの詩句中の「許されん」(licet) という言葉の意味を探求し、惡を缺かないが、不罰的に行われるものと、たとえ行わぬことが徳であつても、惡ではないものとの區別されるとなし (第三節) この節の最後で、正しこと (res esse) を自然に、許されること (licere) を法に歸するキケロや、法

を考慮することと正義を考慮することとは別であるとするキンチリアヌスを引用し、ついで、正式戦争の一般的效果は、不罰性を付與する許容に關係があり、従つて、敵の身體と財産とを害することは、正しい原因のため戦争を行うもの、自然によつて許される限界内で害を加えるもののみならず、双方にも、無差別的に許されるとなす（第三節）^(二)。

次にかゝる効果が何故諸民族の承認を得て導入されたかの理由として「二人民間の戦争の權利について決定^{デシムス}を行うことは、そのために他人の戦争に引入られる虞れある他の人民にとつては危険だからである」となし、さらに「正しい戦争においてすら、自己防衛、自己のもの^{プロピヤ}の回復、或は刑罰の正しい限界がいかなるものであるかは、外部的表示^{イニヂヤキヤ}から充分これを知ることとはほとんど不可能であつて、かゝる事柄については、他人の判断に訴えるよりは、むしろ交戦者の良心に委ねる方が一層よいように思われる」と言い、かくてグロッチウスは他人の平和を害さぬという立場から、戦争の權利に廣汎な許容の餘地を與えているのである（第四節）^(三)。ついでこれらの加害の許容のうち、まず身體に關するものについて、古典を引いてその効果を證明し（第五節）^(四)、この許容の法、即ち戦争の權利から、敵の領土内にあるすべてのものの殺傷が可能となることを説き（第六節）^(五)、外國人については、戦争開始後に戦争を知りながら敵國領土に入り來たつた場合は、問題なく戦争の權利が適用され（即ち敵とされる）、開始前に敵國領土にいた場合は、退去し得る適當^{アデクワテ}の時の經過後は、萬民法によつて敵と看做され得るとなす（第七節）。敵の眞の從屬者、即ち恒久的原因のため從屬者たる者は、何處においても、即ち、かゝる者の自己の領土、敵の領土、何人にも屬しない土地、或は海においても、これを殺害し得ることを萬民法は認めていること（敵に對する宣戰は、彼等に對しても同時に宣言されたことになるから）、但し、平和状態にある領土内では、許されないこと（第八節）^(五)、加害權は幼兒、女、老人にすら及ぼされること（ここではグロッチウスはこの種の慘忍性が人類の慣習とまでなつて來たことを卒直に述べているだけである）（第九節）^(六)、さらに、この加害權は、捕虜（第十節）^(六)、降伏せんと欲しても、降伏を受諾されないもの（歎願者）（第十一節）^(七)、無條件的に降

伏したもの（第十三節）、人質合意によつて自己の拘束を求めるもののみならず、他人によつて引渡されたものを含む（第十四節）にすらも及ぼされたことの事例を擧げている。

次に萬民法の禁ずる行爲に移り、毒殺すること（第十五節）、武器に毒を塗り、或は水に毒を投ずること（第十六節）が禁ぜられていること、但し、水を他の方法で腐敗させることは河川の變更又は水源の遮斷と同様禁ぜられていないこと（第十七節）を論じた後、刺客の使用については、不信ならざるものと不信のものとを區別し、前者に對してはたとえ捕えられた時の處罰が如何に厳しくとも、敵をいすこにおいても殺害し得る加害權のなかにはいるとなし、後者（王に對する從屬者、自己を受入れるものに對する歎願者、歸化人、逃亡者の如きもの）については自然法と萬民法の双方に對する侵犯であるとなし（第十八節）、最後に、婦女に對する暴行については、その危害のみならず無節制な情欲行爲を考えて、平時と同様戦時においても不罰であつてはならぬとの議論は、すべての民族の法ではなく、よりよき民族の法であるとなし、しかしキリスト教徒の間ではかゝることは萬民法の一部としてこれを罰すべきであるとなす（第十九節）。

(一) 「されば、憎みによりて戦い、掠奪するは許されん」(Tum certare odium, tum res rapuisse licet) というウイルギリウスのアエネイドスの一句がこゝでは中心となつてゐる。これに對するセルウィウスの註釋に曰く、「古い人々は何等掠奪の罪が存しないに拘らず、我々が *rapere* (掠奪する) という場合、*laedere res* (物を害する) と言ひ、また我々が *satisfacere* (賠償する) という場合 *res reddere* (物を返還する) という慣わしであつた」と。

(二) グローチウスはこゝで、「外國の領土内でたまたま捕えられた者は、前述のような原因（即ち、正戦における敵の身體と財産とに對する加害）のため、殺人者又は盜賊としては之を罰し得ないし、彼に對しては、かゝる行爲の名目で、他人が戦争を行ひ得ない」と述べた後で、サルルスチウスの「勝利の時はすべてのことは戦争の法によつて許される」(*cui omnia in victoria lege belli licentur*) という言葉はこの意味をもつてゐると言つてゐる。このサルルスチウスの言葉は、所謂「勝てば官軍、負ければ賊軍」式に解釋されているのか、グローチウスの短い引用だけでは、はつきりしないが、少くともこゝでは、負ければ、往時にあ

つては正戦の理由にかゝわらず、奴隷にされたりするのであるから、勝利ある時に限つて、戦争中の許された加害行為が不罰のままとなることを意味しているので、許されざる加害行為までも含める意思はないものと考えるべきであらう。

(三) 敵の殺害は、どこでも戦争の権利 (*ius belli*) と呼ばれていた。

(四) この節のなかに、長期にわたる全體的戦争 (*bello continuo et universal*) という言葉が出るが、これが、現在の觀念における戦争の如くである。

(五) これは従屬者の人格から来る権利でなく、そこに支配権を有する者の権利に基く。即ち、國家は裁判に訴えることなくしては、かゝるものに暴力を加えてはならぬことを定め得るからで、裁判所が存するところでは、人の應當が考慮され、敵と敵との間に導入される一般的な加害權 (*ius nocendi promiscuum*) は止むのである。

(六) グローテウスは、こゝでは、ドナツスの「戦争の法によつて當然殺される時に」救われたもの (*servatus*) が奴隷 (*servus*) と呼ばれた、との言葉を引き、萬民法に關する限り、かゝる奴隷、即ち戦争で捕えられたものを殺す權利は、諸國家によつて、多少は制限されてはいるが、いかなる時代にも排除されるものではない、となす。

(七) グローテウスは第十三節で、歴史家が敵の殺害、特に捕虜或は歎願者の殺害の原因を、返報 (*talio*)、或は執拗な抵抗に歸せしめているが、これは眞實でない、かゝる原因は正當化せしめる原因 (*causa iustica*) でなく、誘因 (*causa suscipia*) である。ただし、本來の返報は、違法行為を行つたもの自身に對して行われるのに、戦争では、何等過失をもたぬものに對する加害を言うからである、となし、かゝるものをも殺害する「かゝる苛酷さは、萬民法によつて、人々の間において辯護されている」となす。

十六 荒廢と掠奪について（第三卷第五章）

グローテウスは、次に敵の財産に對する加害の問題にはいる。そして、萬民法はその殺戮を許された敵の財産を破壊したり掠奪したりすることを許すとて、歴史のほとんど各項に荒廢、掠奪の行われた記述が存するとなし、これに關聯して、神に捧げられたものの破壊掠奪について論じている。