

グローチウス「戦争と平和の法」の研究（續篇二）

——その國際法理論を主として——

教授 一又正雄

はしがき

- 一、約定の解釋について（第三卷第十六章）
- 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）

は し が き

本稿はすでに發表したものの續きである。(一) グローチウスの「戦争と平和の法」全三卷のなかから國際法理論に關係ある部分をぬき出してグローチウスの國際法體系なる浮彫を作らうとする企ての一端である。本研究の典據その他についてはこゝに繰かえさない。(二) 顧みれば私のグローチウス研究も十餘の歳月を経たが、それはすでに太平洋戦争の序曲たる滿洲事變、日華事變がはじまつた時から、太平洋戦争の勃發、最高潮、そして終戦までの期間にあたる。そして個人的にはその研究の初期にはすでに明日の應召を覺悟する身であり、國際法學にすべてを委ねつゝも、祖國の歩みを憂うる身でもあつた。戦争のさなか、日本的なるもの、東洋的なるものの追究の風潮は、私をして本格的グローチウス研究という形を採らしめ、遂に「戦争と平和の法」全三卷の全譯を企てさせた。しかしこの大著のどこまで譯しをわることが出来るかが問題であつたが、この今日限りなる氣持はむしろよき刺戟となり、二年餘にして第三卷に手をつけることが出来た。しかし一九四五年八月十五日遂に應召の身となつた。すでにその數ヶ月以前よりますますこの可能性大なるを豫知して最後の努力を試みていたが、應召の前日僅か十數章を残して中絶せざるを得なくなつた。或は永久に續け得なくなるかも知れぬことになつた。多くの同胞と苦難を共にするのはもとより當然のことではあるが、公事としては、國際法學者がこの非常時に學問的貢獻を行ひ得ず、一未教育補充兵として従軍することは、皮肉な運命とも感ぜられた。中支の各地に、言語に絶する四十老兵の恥を曝らしつゝも、敵なれば鬼に角、鬼畜無知なる一部同胞の前にをいて死を決せんとするの矛盾的行動を敢えて行ひ得ずただ身を全うせしめんと決心させたものは率直に言つて學問と愛の二つの絆と無知に對する抗争と眞の教育の必要の實感とであつた。この體驗は因縁のグローチウス研究を基礎として、一言にしていえば人間の無知の犠牲となつた人々の靈を慰めるべく、あくまで世の中のために生かせたいと思つている。一九

四六年一月末、敗戦の祖國に歸り、無事なる書齋にはいりざま稿を續けて半年にして譯了した。應召前、少しでも活字にと思つて、「國際法外交雜誌」に掲載し、助手や家族をして校正せしめながら、留守中三回に亘つて連載せしめた論稿の、この續稿は、私にとつては全く萬感交々胸に迫るといふわけで、このはしがきにも、或は言わずもがなのことを書きしるした次第である。

(一) 既載分は次の通りである。

- 一、はしがき
 - 二、「戦争と平和の法」序言
 - 三、戦争とは何か、法とは何か(第一卷第一章)
 - 四、戦争を行ふことは如何なる場合に正しきか(第一卷第二章)(以上「國際法外交雜誌」四三卷七號)
 - 五、公戦と私戦の區別、主權の説明(第一卷第三章)(「國際法外交雜誌」四三卷九號)
 - 六、戦争の原因、第一、自己及び財産の防衛(第二卷第一章)
 - 七、人々に共通に屬する物について(第二卷第二章)
 - 八、物の原初的取得(第二卷第三章)
 - 九、推定的抛棄と之に續く先占(第二卷第四章)
 - 十、對人權の原初的取得(第二卷第五章)(以上「國際法外交雜誌」四三卷一號)
 - 十一、承繼的取得(第二卷第六章及び第七章)
 - 十二、通常萬民法より生ずると言はれる取得、並に支配權又は所有權の終了の時(第二卷第八章及び第九章)
 - 十三、約定について(第二卷第十一章)
 - 十四、契約について(第二卷第十二章)
 - 十五、條約及び要認條約について(第二卷第十五章)(以上「國際法外交雜誌」四四卷一號)
- (三)「國際法外交雜誌」四三卷七號の拙稿冒頭を參照

一 約定の解釋について (第二卷第十六章)

グローチウスは約定の解釋論の冒頭に在いて、約定がいかにして外的拘束力を有するかの本根問題を取上げ(第一節)、約定者のみを考慮するならば、約定者が自ら自己を拘束せんと欲したことを、彼自身の意思で遂行する義務を有するが、内的行爲はそれ自體理解し難いが故に、各人がその欲する意味を作り出すことによつて、自己を解放し得る場合は何の義務も存しなくなる、そこで、かゝることのないように、ある程度の確實性を確立すべきであるから、自然的理性は、約定の相手方は、約定を爲した者に對して、正しい解釋が意味することを爲すべきように、強制する權利をもたねばならぬと命ずるのである、そうでなければ、道德的事柄ではいかなる結果をも生ぜしめ得ないからである、と述べ、正しい解釋の規準は、最もあり得べき表示(*signa*)から、意圖を推知することであり、これらの表示は、言葉と推定(*conjectura*)の二種で、時には分離し、時には結合して考えられるとなし、次に、まず基礎的な解釋原則として、「もし他の推定なければ通常の意味に従ふ」(*Verba, si aliae conjecturae absint, intelligenda ex proprietate populari*)即ち、もし他の結論に導くような推定を缺く場合は、言葉はその起源より來る文法的な意味によつてではなく、「言葉の法と基準とについて決定權を有するものの慣用によれば通常なる如き意味を以て理解されるべきである」との原則を提示し(第二節)、以下、多くの解釋の原則を擧げて説明を行っている。

(一)術語 術語はその術語的使用に従つて理解されるべきである(*Verba artis ex arte*)。人々がほとんど理解しない術語の場合は、その各々の専門の學者の定義を用いることが必要である(第三節)。

(二)推定 不明瞭なるか、矛盾せる表現の場合、或はもし推定が自然的にそのなかに含まれている場合は、推定が用ゝられる(*Conjecturis usum esse ex ambiguitate vocum, ex specie repugnantiæ, aut quia sponte se ingerunt*)。推

定は、言葉または文章が「多義的」なる場合、即ち數箇の意味をもつ場合に行われる必要がある。^(二)同様に合意にをける「矛盾 (contradictoria) (repugnancia) 的表現」の場合にも推定が必要である。^(三)しかし時には推定自體が非常に明瞭であつて、普通一般に受取られる語義にすら反して、自然的に現われるほどであることもある。意思の推定は特に素材、效果および前後關係よりなされる(第四節)。

(三)素材^{マテリヤ}よりの推定 例えば日といふ言葉が、三十日の休戦というように用いられるときは、自然的な日でなく、國民の用いる日の意味で理解すべきである如きもので、かくて素材との合致が見られるのである(第五節)。

(四)效果よりの推定 これはより、普通なる意味に取られた言葉が、理性に反した效果を生ずる場合には特に重要である。けだし不明瞭な言葉の場合は、誤のない解釋を取らねばならぬからである(第六節)。

(五)起源或は場所による前後關係よりの推定 前後關係 (conjunctum) には或は起源に、或は場所に關するものがある。起源に關するものは、たとえ異なる場所および異なる機會に述べられるとも、同じ意思から生ずるものである。これより推定の必要が生ずる。けだし疑ある場合は、意思は一致したものと信ぜられるからである(第七節)。

(六)合理的動機よりの推定 場所に關する前後關係のなかで、立法理由 (Ratio Legis) はその主たるものであるが、多くの者はこれを意圖と混同している。しかし、それは意圖の由來する表示の一つにすぎないのである。しかし、推定のなかでも、もし意思があたかも唯一の原因の如き、ある確かな理由によつて動かされることが確實な場合には、かゝるものが最も強いものである。けだし數箇の理由があることはしばしば存することであつて、時には意思は、何の理由もなしに、自己の自由の力によつて自ら決定を爲すからであるが、義務を生ずるにはそれで充分なのである(第八節)。^(四)

(七)廣義と狹義との區別 多くの言葉がかく廣狹の意味を有する原因は多くあるが、例えば「類」なる名稱が、ある「種」^{スペシエス}に適用されたり、共通語がない時男性名詞が共通名詞として用いられたり、術語が日常の使用より廣義の意味を

有する用に用いられる如きである（第九節）。

(八) 好意的約定、嫌忌的約定、混合的約定および中間的なる約定の區分 プロミクス 約定的あるものは好意的 (favorabilem)、あるものは嫌忌的 (odiosum)、あるものは混合的 (mixtum)、あるものは中間的 (medium) である。好意的約定は平等に基いて爲され、かつ共通の利益を促進するものであつて、この利益が大にして擴大すればするほど、その約定の好意性は大となる（例えば平和に貢献するものは戦争に貢献するものより好意性は大であり、防禦戦争に關するものは、他の原因のための戦争に關するものより大である如きである）。嫌忌的約定は、單に一方當事者のみに負擔を與え、或は一方に他方よりも大なる負擔を與えるもの、そのなかに罰を含むもの、行爲を無効となすもの、および、以前の約定に或る變更をもたらすものである。さらに、もし約定が混合的な場合は（例えば確かに以前の約定を變更せしめはするが、それが平和のために變更せしめるものである如きもの）、善或は變更の程度如何によつて、時には好意的、時には嫌忌的なのである。しかし他の事柄が平等ならば (caeteris paribus)、それはむしろ好意的と考へねばならない（第十節）。

(九) 人民および王の行爲に關する善意の契約と嚴格なる法的契約との區別の排除 ホト、フイデス 善意の行爲と嚴格なる法的行爲との區別はローマ法に由來するもので、萬民法に屬するものではない（第十一節）。

(一〇) 約定解釋の規則 以上の意味や約定の區別に従つて次のような約定解釋の規則が出来る（第十二節）。

(イ) 嫌忌的でないものにおいては、言葉は通常の慣用上存するそのすべての意味に従つてとられるべきである。もし數箇の意味がある場合は、最も廣義のものを選ぶべきである（第二項）。

(ロ) 一層好意的なものにおいては、もし話者が法を理解し、或は法律に巧みなるものの意見を利用するならば、その言葉は一層廣義にとられるべきであつて、技術上の意味、或は法の與える意味すらも含むのである。しかし明かに

非本來的な意味に訴えるべきではない。但し、そうしなければ、ある矛盾が起り、或は合意したことが無用となる場合はこの限りではない。他方正または矛盾を避けるために必要な場合は、言葉の固有の意味が要求する以上に厳格な意味すらとるべきである。たとえかゝる必要がなくとも、厳格性のうちに明かな衡平と利益とが存する場合は、状況が反対のことを必要としない限り、固有の意味の最も狭い範囲に限るべきである(第二項)。

(ハ) 嫌忌的なものにおいては、負擔を軽くするためには、比喩的な言葉(sermo figuratus)すら、時には認容される。従つて、遺贈や自己の権利拋棄の場合は、言葉がいかに一般的なものであつても、全く眞實と思われる事柄に限られるのが通常である(第三項)。

かくてグローチウスは「同盟者」なる名稱に未來の同盟者も含まれるかどうか(第十三節)、とか、一人民が他の人民の同意なくしては戦争を行い得ぬとの條項の解釋(第十四節)、——こゝから「疑ある場合は自由を餘り制限せぬように狭義にとるべきである」との原則が生ずる——「カルタゴ人は自由たるべし」との言葉の意味(第十五節)など具體的な事例を擧げて上述の解釋の規則の適用を論じた後、約定の對物的、對人的の區別の説明を行っている(第十六節)。これは現在も條約の物權的性質、債權的性質として論ぜられている問題であるから、一寸これを考察して見よう。

(二) 對人的約定と約物的約定　グローチウスは「自由人民と締結された合意は物的性質を有する。ただしその主體が恒久的だからである、さらに、國家の状態が王國に變つても條約は存続する、何故ならば、首長が變つても體は同一たるを失わず、王の行使した支配權は、依然として人民の支配權だからである」となす。ただし、例えば自由國家が、その自由を護るために條約を締結する場合の如く、條約の締結原因が國家の自由なる状態に固有のものなることが明かである場合は例外とする、即ち存続しないとすのである。しかし、合意が王と締結されたからとて、直ちにこれを人的なものと考えらるべきでなく、合意中に人名が挿入されるのは何人と締結されたかを示すためで、これを人的ならしめ

るためではない、従つて、條約が恒久的なるべきこと、王國の福祉のために締結されたこと、王自身およびその相續者と締結されたこと（二）……および後裔のために」という表示となる）、或は一定の期間繼續すべきことが、條約に附加された場合は物的となるのである。

グローチウスはさらに「もし推定が同等の場合は、好意的條約は物的なるもの、嫌忌的條約は人的なるものと信ぜられよう」と言い、平和・交易のための條約は好意的であり、戰爭のための條約も、すべて嫌忌的とは限らず、防禦的同盟の條約は好意的に、攻撃的同盟の條約は嫌忌的に傾き、且つ戰爭の場合はすべて、相手の方が不正に戰爭を行わざるのみならず、無暴にも行わないことについて相手方の思慮と忠實に信賴がかけられたと推定される、と述べている。ついで「王と締結された條約は、たとえその王自身、或はその後繼者が、その從屬者によつて王權より斥けられても存續する」こと（第十七節）、「しかし王權の篡奪者には條約の適用はないこと」（第十八節）などを論じた後に、約定の解釋には言葉の意味の解釋のほかに、推定から生ずる他の種類が存するとて、擴張解釋と縮小解釋の議論に進むのである（第二十節）。

（二）擴張解釋と縮小解釋　グローチウスはまず義務を擴大する推定たる擴張解釋は縮小解釋よりも困難であつて、輕々しく之を認めてはならないとて、擴張解釋を行うには、非常に確實でなければならず、且つ類似の理由では充分でなくて、同一の理由が必要である、さらに、意思がそれ自體、理由の如何を問わず、充分な原因であるように、理由はしばしば動くから、理由が存するだけでは充分でない、と述べた後、正しい擴張解釋たるには、我々が理解しようとする^(九)ことが歸着する理由が、約定者に影響を與える唯一の効果的原因であること、ならびに、その理由が約定者によつて、その一般的な意味で考えられたことが確かでないければならないこと、を必要とする、と論ずる。ついで、グローチウスは、これら以外の場合は、制限的解釋によるべきであるとなし、その生ずる原因を探究する。

かゝる制限的解釋は、約定を含む言葉の意味のほか、次の場合に起る。

(イ) 意思の原初的缺如

- i 意思が原初的に缺如せずとすれば、明かに矛盾を生ずべき場合(第二十二節)。これは何人も矛盾を欲するとは信ぜられるべきでないとの原則に基く。
- ii それのみにて完全且つ有效なる意思の動機を與える理由が終止した場合(第二十三節)。これは、かゝる理由が附加された時、或はそれについて確かな合意があつた場合は、約定の内容は、それ自體のみで單純に考えられるべきではなくして、その理由に關聯させてのみ、考えられるべきであるとの原則に基く。
- iii 目的物の缺如する場合(第二十四節)。これは、たとえ言葉が廣い意義をもつていても、目的物は、話者の意圖から見るべきであるという通常の理解に基く。

グローテウスはこゝで、これらの推定について二つの重要な考察を行つている(第二十五節)。即ち、第一は約定者の理由に關しては、それが現在、存在するかどうかという見地からでなく、道徳的に考えられたその力がどうかという(存在の可能性の)見地から、その下に、しばしばあるものが含まれるということ、第二は約定は、それ自體に「もし事物が現狀に止まるならば」(si res maneat quo sunt loco)という默示的條件を含むか否かということ、後者については、グローテウスは、現事態が、前述のiiに掲げた唯一の理由に基くことが全く明かである場合を別として、之を否定的に答えている。これは現在「事情不變條項」(clausula rebus sic stantibus)として知られてゐるのである。

(ロ) 生じたる結果と意思との矛盾

かゝる矛盾が生じた時は推定は意味を制限するのであるが、グローテウスはまず、これに關するギリシアの修辭學

者、特にこのことを最も正確に取扱つたアリストテレスの議論を考察した後、^(一一)かゝる矛盾する場合を二つ擧げてゐる(第二十六節)。

i 不法なる場合、即ち、自然法または神意法の教えと矛盾する場合。これは最も確かな場合で、かゝる場合は義務が生じ得ないから、必ず例外とすべきである。

ii 行爲の負擔が過大なる場合(第二十七節)。これは言葉自體には、ある不法ことを含まぬが、事柄を正當に判斷するものの見解から、義務があまりも苛酷であり、耐え難いように見える場合であつて、それは、人間の性質の條件が、絶對的に考慮されるか否か、或は、考慮される人および事柄を、その行爲自體の結果に比例せしめるか否かを問わぬ^(一二)。

以上は自然的理性に基く制限的解釋の場合であるが、他の意思表示によつてこれを必要とする場合が存し得る(第二十八節)。例えば書類の部分が矛盾する時の如きで、不適當な場所(*ans locus*)にある言葉がその最たるものであるが、これは直接に矛盾する言葉ではなく、ある豫期されぬ事態の結果、互に矛盾する言葉であつて、ギリシアの修辭學者のいう「狀況から發生する矛盾」である。そこで、かゝる書類のいずれの部分が優先するかが問題となるが、これについてグローチウスは次のように定めるべきであるとなす(第二十九節)。

i 「許容するものは命令することに従う」(*quod permittit cedat ei quod jubet*) これより「認可は許容に優先す^(一三)」(*sanctio valet plus permissione*) とする原則も生ずる。

ii 「一定の時に爲すべきことは、いかなる時にも爲し得ることに優先する」(*quod faciendum est certo tempore,*

ei praefertur quod quovis tempore fieri potest) これより「禁止的合意は命令的合意に勝つ」という原則が生ずる(禁止的合意はあらゆる時に拘束力を有するが、命令的合意は、時が明示された場合、或は命令が黙示

的禁止を含む場合を除いて拘束力を有しない)。

iii また「特殊なものは一般的なものに勝つ」(*specialia efficacia esse generalibus*)。禁止的合意のなかでは、刑罰を附加したものが、これを缺くものに優先し、より大なる刑罰で威嚇するものが、より小なる刑罰をもつものに優先し、一層正直なるか、或は一層有用なる理由を有するものが、然らざるものに優先し、後に述べたことが、先に述べたことに優先する。

iv 宣誓の義務を有する合意は、之を有しない合意に優先する。

かくてグローチウスは、疑あるときは、契約は書類が完成され、かつ引渡された前に完全なりと考えられるべきや否やの問題をとりあげて(第三十節)、「他に合意なき限り、書類は契約の實質的部分 (*pars substantiae*) ではない證據として用いられる」、然らざるときは、「條件が書き認められ、かつ相手に手交される日より」、有效となることが慣例であるとなし、ある人民の間で、萬民法に關する事柄について、國民法が萬民法として受容されたことが明かな場合は別として、王及び人民の契約をローマ法によつて解釋すべきであるというようなことを輕率に認めるべきではないとなし(第三十一節)、最後に、條件の受諾者と、申込者のいずれの言葉を一層考慮すべきかについて(第三十二節)、「受諾者が約定を爲すものであるから、その言葉は絶対的且つそれ自體完全なる限り、事柄の形式を決定する、但し、條件受諾前は、申込者は拘束されぬ、」となす。

以上で、我々にとつて當然なるものの淵源の一たる合意に關する理論を終つたのである。

(一) ウイルギリウスの「アエネイドス」中の古い條約方式に「邪まなる偽りもなく、これらの言葉は、今日こゝにおいて最も正しく理解される如く」とあるが、これもこゝに適用されるとなす。

(二) 「修辭學者はこのことを『不明瞭』(*ambigua*) と呼ぶが、論理學者は一層立派に區別して、一つの單語が多くの意味を有する

場合は『同義』(Synonymy)と呼び、もし文章の場合は『不明瞭』と呼ぶ。

(三) グローチウスはその理由として「かゝる場合もし可能なれば、各部分が相互に調和するように推定が行わるべきであるから」だとなし、矛盾が現に存する場合は、何人も同時に矛盾するものを欲し得ないから、締約者間の後の合意が前の合意に優先するのであるうとて、二條約間の效力關係の理論上重要な問題を提示する。グローチウスは續いて曰く、全くのところ行爲の性質は意思に依據するのであつて、その行爲は、或は法規、遺言の如く一方的に、或は契約の合意の如く雙方的に、新しき意思行爲によつて、これを變じ得る、かゝる場合は、言葉の明かな不明瞭性は、これを推定に訴えざるを得ない、と。

(四) グローチウスはこの例として、結婚のために爲された贈與は、結婚が行われぬ場合は有效とならぬことを擧げている。

(五) グローチウスは、この區別を排除するもの、ある意味では、適用の餘地あることを認めている。

(六) こゝでグローチウスはボダンが宣誓を理由として王の條約が相續者に移らないとの議論、および、條約は宣誓を基礎とするとの議論に反駁を加え、宣誓は人を越えて移らないが、約定はそれ自體相續者をも拘束し得ること、また宣誓が附加されるのは一層大なる宗教的良心を加重せしめるためで、約定自體のなかに充分なる效力が含まれていと述べている。これに關聯してリウイウスの「現代を特徴づける神の無視はまだ到來していなかつた。當時においては、人々は解釋によつてその宣誓と法規を自己の欲するよう

に適應せしめることなく、むしろその行爲をそれらに従わせる慣わしであつた」との言葉は警世の教訓である。

(七) その理由は王が王權の保有を失つても、依然として王權は王に屬するといふにある。

(八) 王權の篡奪者が、眞の王の意圖に基いて戰爭で攻撃された場合、或は自由人民の抑壓者が人民の側で、その抑壓に對して充分の同意を興えない以前に、戰爭で攻撃された場合は、かゝるものは占有を行つても權利をもつていないから、條約違反などという問題は起らない、となす。

(九) これらは、ギリシアの修辭學者の「言葉と意味について」とか「推理により」とか題するものに書かれている、とて、キケロ、ウアレリウス・マキシムスなどの著作を擧げている。グローチウスはこゝで「異なる方法による委任の執行について」論じ(第二十節)、定められたものが、特別の形式で規定されず、他の方法でも同様に履行し得るとの一層一般的な考慮によつて規定されることが確かな場合は許される、となす。

(一〇) 英譯では Reason 佛譯は motif 佛譯フォテレの譯註には「意思を動かすもの」とある。

(一一) グローチウスはこの例として、軍隊又は艦隊を一定の場所に入れてはならぬ、との規定が設けられた場合は、無害の意圖を以

てしても、これを爲し得ないことを擧げ、その理由として、この合意は、一定の損害のみでなく、一切の可能な危険が考慮されてゐるからだとす。

(一一) アリストテレスは自然的理性から意思を判断するために、知^{ソフィア}性に「判断」「良識」即ち「正當なることの分別」(aequitas)、*dentia* (英譯ケムブリッジ版では *equitable justice*) なる特別な力を與え、また意思には「正當性」即ち「衡平」(aequitas) なる力を與え、これを以て法規がその一般的表現のため缺如しているもの匡正であると定義した。グローチウスは、このアリストテレスの議論を、遺言にも、合意にも、それぞれの限界内で適用すべきである、けだし、すべての場合は豫見もできず、また説明もできないから、話者が、もし現に在つたならば、例外としたであろうと思われる場合を例外とするため、ある自由が必要とされる、しかも、かゝる制限的解釋は無暴にすべきでなく、(それは自己を以て、他人の行爲の支配者たらしめるから)、充分なる合意があつたときにのみなすべきである、という。

(一二) この例として、グローチウスは、援助を約定した者は、自身が軍隊を必要とする限り、即ち、その内部に危険ある限り、口實を設け得ることを擧げている。そして相手方にとつてその事柄が有利か否かの判断を行うべきではないとして、キケロに反對してゐる。

二 損害とそれに対する責任について (第二卷第十七章)

グローチウスは次に不法行爲論に入る。まず不法行爲 (*maleficium*) を以て既遂たると未遂たるとを問はず、人が、共通的に、或は特別の性質の理由によつて、人々の爲すべきことと矛盾する一切の過失 (*culpa*) なりと定義し、かゝる過失より、損害が生じた時は、自然によつて、ある義務即ちこれを賠償すべきことが生ずる、となす^(一) (第一節)。さらに損害の語義を明かにした後、^(二) 損害は嚴格なる意味における権利と牴觸するものであるとなし (第二節)、非本來的な意味で権利と呼ばれ、かつ配分的正義の對象となつてゐる適性^{アッテクト}のみによつては眞の所有權も、従つてまた返還の義務も生じないから、かゝる適性が併存する場合は、嚴格なる意味における權利から正確に區別すべきであるとなす (第三節)。

ついで損害が果實にも及ぶこと、利得の喪失の場合、直接損害と間接損害、不作爲による損害などを論じた後、さらに責任發生の限界、責任者の順序、不法行爲の諸態様を論ずる。かくて、強制による契約の効力に關聯して、戦争と強制の問題がとりあげられる。

(一)戦争と強制　グローチウスは詐欺、暴力または不正の恐怖によつて契約または約定をなさしめた者は、相手方の原状を回復せしめる義務を有する、となし(第十七節)、但し、自然法によれば、暴力または恐怖によつて強制されるような原因を與えた者は自己がその責任を負わねばならぬ、けだし本意より生ずる不本意(involuntarium ex voluntario)は道徳的には本意と考えられるからであるとす(第十八節)。グローチウスはこゝで戦争の恐怖は萬民法によつて正しいと考えられる恐怖であるとして次の如く論ずる(第十九節)。即ち、以上の規則にかゝらず、萬民の合意は、「雙方の主權の權威によつて行われ、且つ宣言されたすべての戦争は、下述の外的效果に關しては正しいと考えられるべきである」との規則を導入した。そこで、かゝる戦争の恐怖は、戦争によつて取得されたものの返還が要求され得ないほど正しいと考えられるということになる。こゝでグローチウスは、公敵は萬民の同意によつて我々と共通の多くの權利を有し、従つて、海賊や盜賊から區別されるべきであるとのキケロの議論を認める。^(三)

(二)下級者の不法行爲に對する國家責任　次にグローチウスは、「從屬者が生ぜしめた損害に對して國家權力はいかなる程度まで責任を負うか」の問題をとり上げる(第二十節)。即ち、彼は、「王および長官は、盜賊および海賊を防止すべき義務があり、かつ可能な場合において救濟手段を講ずべきに拘らずこれを爲さぬときは、その不作爲に對して責任を負う」となし、さらに彼の祖國の「支配者が海上において、敵に對して捕獲(*praeda*)を行ふ權力を與える認可狀を多くのものに發行したが、彼等のあるものは友人の財産を奪ひ、祖國を捨て、召喚に應ぜず、海を彷徨した。その當時、支配者が、それらの惡人の行爲を利用したか、或は保證金を要求しなかつたかのいずれかの理由で、これらに對し

て責任を負うかどうか」の問題について諮問されたとき與えた彼の問答を掲げる。即ち彼は「支配者が罪人を發見した場合にこれを罰し、或はこれを引渡す以外には責任はない、しかし強奪者の財産に對して裁判を行うように配慮すべきである」というのであつて、その理由は次の通りである。「支配者自身は不正なる捕獲の原因を與えず、またそれに何等加擔していない。法規によつて、友人に害を加えることを禁じたり、またいかなる法規によつても保證金を求める義務を有していない。けだし認許状なくとも、かつて行われたように、敵から強奪する權力をすべての從屬者に與え得たからで（かゝる許容は同盟者に與えた損害の原因とはならない）、かゝる許容なくてさえも、私人は船を武装して航海し得た、というのである。また、人々が悪人になるであらうかどうかは、全く豫見し得なかつたこと、また他の方法では軍隊を集め得ないので悪人の行爲を利用せざるを得なかつたのだ、と附加している。次に「王はたとえその兵士が命令に反して友人を害しても、責任を負わぬことはフランス憲法（第三卷第三款、一五八三年憲法の第四十四章）とイギリスの證據によつて認められる、となし、「何人も自己の過失なくしてその使者の行爲に對して責任を負う」ことは萬民法に屬せず、國民法に屬するものであり（但し、この紛争問題は萬民法によつて解決せられねばならない）、またそれは一般的原則ではなくして、特別の理由から水兵その他のものに對する事件に導入されたものである、と論じている。

ついで、彼は「自然法によれば過失なき所有者は一切責任を負わぬ」との過失責任論を自己の奴隸、動物または船舶の生ぜしめた損害について展開した後（第二十二節）、名譽及び名聲に對する損害とその賠償方法を論じている（第二十二節）。

(一) キリシア人はこれを「怠慢に對する訴權」と稱する。

(二) 損害 (damnum) はラテン語では「取去る」(demo) キリシア語では「より少きもの」(katton) という意味の言葉から出たものである、と。即ち、「ある者が……單なる自然法によると、或は所有權、合意または法規によるような人間行爲の附加によつて爲されるとを問わず——彼自身に屬するより以下のものを有すること」である。グローチウスの註譯參照。

(三) 海賊、盜賊が恐怖を用いて何ものかを奪取つた場合は、宣誓が妨げぬ限り、その返還を要求し得るが、公敵の場合は要求し得ぬとなす。この公敵の權利については、キテロ「義務論」三卷二十九章百八節、ボダン「共和國論」五卷六章

三 使節權について (第二卷第十八章)

グローチウスは、以上によつて「自然法より生ずる權利」についての論述を終り、「意思的と呼ぶ萬民法が直接導入した義務」の論議に移る。そしてこの種のものうちで主要なる使節權をとり上げて、使節の任務の神聖、使節の不可侵性 (sacramental)、使節に關して遵守される萬民法、神意法および人意法、諸民族間における使節權の神聖、諸民族にとつての條約の神聖、人類の條約、および使節の身柄の神聖がどこにも見られる、となす(第一節)。次にかゝる使節權がいかなるものかとの間に生ずるかの問題に入り(第二節)、これは最高支配權を有するものが相互に派遣する使節についてであるとして、地方の使節、都市の使節その他と區別し、前者は相異なる民族間の萬民法によつて支配されるが、後者は國民法によつて支配されるとなす。そこで、これに關聯して「外國人」なる定義に觸れ、ウィルギリウスの「われらの支配權に屬せぬ自由なる土地を外國と考える」との説明を支持し、さらに、不平等條約の締結者は引續き自己の權利をもつ限りにおいて、また一部從屬者は、從屬者でない部分について、それぞれ使節權を有するが、公戰に破れて、主權を、それに屬する他のものと共に奪われた王は使節權をも失う、となし、内亂においては、時に必要上、不正規にかゝる權利の行使が行われるが、これは、例えば、人民が殆ど全く平等に二分して、いずれに支配權が存するか疑わしい場合、或はまたほとんど平等の權利を有する二人のものが王權の相續を争う場合の如きで、かゝる場合、一民族は、一時はあたかも二民族の如く考えられるのである、となす。

次にグローチウスは、萬民法と認められる使節權には使節が(一)受諾されるべきこと、(二)使節が不可侵な

と、の二つがある、となし、まずその第一について考究する(等三節)。即ち、萬民法はすべてのものが受諾されることを命ずるのでなく、理由なくして使節を斥けることを禁ずるのであつて、かゝる理由は、使節を派遣する者、或は派遣される者、或は派遣の目的となる事項から生ずる、となし、各々の理由の例を示す。その第三の理由の例としては、派遣の原因が疑わしい時(人民を煽動する疑ある時の如し)、使節が適當の^{ディグニタス}位をもたぬ時、或は不適當な時に來たつた時を擧げる。こゝで興味あることは、グロッチウスは、現在慣習的となつてゐる常駐使節は、これを知らなかつた古代の慣習から見ても、不必要なことが判るとて、最高の權利によつてこれを斥け得るといつてゐることであるが、これは、ウェストフアリア講和條約以前の政治的、通商的關係の發展を未だ經驗しない當時にあつては、この常駐使節制度の發達の要因たる秘密政治、秘密外交に對する嫌忌より、グロッチウスをしてかゝる見解をいだかしたと見るべきであらう。^(四)

第二の不可侵性については、學者の議論もわかれてゐるとて、詳細なる説明を行つてゐる。グロッチウスはまず、使節の身柄に関する學說を概観した^(五)後、そのいすれもが採り得ないものとして、彼の理論を論述する。即ち、「この法は、自然法の如く、確定的な理性から生ずるのではなく、萬民の意思に従つて形成される。民族は、一般的に、或は例外を認めて、使節に関する規定を作り得る、けれど、一方では、重大なる不法行爲を行つた者に對して刑罰を課することは有用であるが、他方、使節も有用で、その派遣を容易ならしめることは、その安全を出来る限り確かすることによつて、最も促進されるからである」となし、そこで、いかなる程度まで民族が同意しているかを考えねばならぬが、これは單なる先例だけでは、解決し得ないから(先例は雙方の側に充分に存する)、學者の判斷に訴えねばならぬ、となす。グロッチウスはこゝでリウイウスの見解より、敵對行爲を行うほど重大な不法行爲を行うものによつて萬民法が適用されることを抽出し、一方、善と衡平、即ち純粹な自然法は、不法行爲者を罰することを許すとのサルルスチウスの見解を斥

けて、萬民法は、使節および、彼等の如く公の誓約の下に來たものについて例外を設けるから、使節を裁判にかけることは（自然法が通常許容する多くのことを禁ずるところの）萬民法に反する、となす。ついでこのことは推定によつてもやはり支持されるとて、この不可侵權なる特權を、共通の權利に何か附加されたもののように理解すべきであると論ずる。こゝで再び種々の議論を概観した後、^(六)「外國の領土内に住む者はすべてその國に服従する」といふ諸民族によつて受諾された共通の慣習が、使節の場合には例外となる」との見解を述べ、この理論を次の如く詳説する。即ち使節はあたかも一種の擬制によつて、これを派遣する者の人格を代表すると考えられ、従つて同様の擬制によつて、使節は接受國の領土外にあるものとされる、このため、彼等は彼等の居住する國の國民法に服しないのである。それ故、もし使節が侮蔑すべき不法行爲を行つた場合は、これを看過するか、或はその國境から退去することを命ずべきである、もし犯罪が一層惡質で、國家に害を與えるものである場合は、使節を派遣した者に送還して、これを罰するか、或は引渡すことを要求すべきである、と。こゝで、グローチウスは「すべての人意法は、最大の必要の場合は、拘束力がないというような性質をもつが、この原則は使節の不可侵性に關する規則についても適用されよう。しかし、この最大の必要ということも、刑罰を課さねばならぬとは認めない、かゝる最大の必要は、處罰の場所、時および様式よりも、むしろ重大なる害、特に國家に對する害を防止することに關係がある。それ故、切迫した危險を避けるためには（危險が避けられた後は不可）他に適當な手段のない場合は、使節を抑留し、訊問し得る、しかし、もし使節が武力に訴ふるならば、これを殺し得るが、それは刑罰の様式によつてではなく、自然的防衛によるものである」となし、かくて表題にかゝげた危險なることを企てる使節に對しては防禦することは許されるが刑罰を課し得ない」との結論に到達するのである（第四節）。

以上の不可侵權に關する法規は、使節を接受する者を、これを接受した時から、默示的合意ある如く拘束する（第五節）。しかし使節を派遣すべきでなく、強つて派遣するなら敵として取扱うべきことを警告することは出来る、また、

使節權に關する法規は、使節が許可を受けることなく通過する領土の人民には適用されないのであつて、もし使節が、諸人民の敵國に赴き、或は敵國から來た場合、或は敵對行爲を企てる場合は、これを殺害さえない得る。もしかゝる理由なくして使節が虐待される場合は、萬民法が侵犯されるのみならず、使節を派遣した者とこれを接受した者の友好と尊嚴が侵害されたものと理解される。

次に、公敵ホステスの間におけるのみならず、私敵 (inimicus) の間においても、一度接受された使節は萬民法の保護を受ける。戰爭中は、使節を通ずる以外交渉し得ないような多くの事柄が生ずるのみならず、講和自體も他の方法では全く締結し得ないからこのことは當然であるとなし (第六節)、さらに使節に對する報復の問題、即ち自國の使節を殺害し又は虐待した者より派遣された使節に對して報復權 (jus talionis) によつてこれを殺害し虐待し得るかの問題を取上げ (第七節)、萬民法は使節を派遣する者の尊嚴を保護するのみならず、派遣される者の安全をも保護するから、後者、即ち派遣される者とも、默示的合意が爲されたと見るべきであつて、従つて、派遣した者に危害が行われなくとも、派遣された者には危害が行われることになると、なす。外交使節そのものと、之を接受する者との間に默示的合意が存するとのこのグローチウスの見方は、その後の通説、即ち、外交使節の特權を派遣國の權利の反射と見る學說 (即ちこれは國際法が國家間の規範であるとの立場から、外交使節なる個人の主體性を否認するものである) と全く異なるものとして興味がある。

次に、この不可侵權が使節の欲する場合は、使節の隨員にも及ぼされる、但し、自己の家庭に對して裁判權を有するか、或はまた避難者を使節の住居にかくまうところの庇護權を有するか否かは、かゝる權利は萬民法に屬せぬから、使節の居住國の認許コンセンサスによるべきであると論じ (第八節)、不可侵權はまた使節の動産にも及ぼされること (第九節) を論じ、使節の債務に關聯して、その債務回收の方法が困難だから使節と契約するものはないだらうといふことは理由ないとて、

強制に服しない王ですら債権者があることを例示し、強制権なき義務（信用に基く契約）の例を擧げている（第十節）。最後にこの使節権の重要性を強調してこの章は終つている（第十一節）。

(一) これらの権利には、萬民の意思法より生ずるものは僅かしかなかつたし、しかも、それは、萬民の意思法によつて自然法に若干附加されたものにすぎなかつた、とグローチウスはいう。

(二) 「アエネイドス」第七卷第三百六十九節。

(三) 海賊や盜賊は萬民法を援用し得ぬが、時には、誓約をなして使節権を取得することもある、となす。

(四) なお、これについては佛語版二卷三二九節以下のフォデレの註譯を参照。

(五) これらの説には次の如きものがある。第一は、使節の身柄は、萬民法によつては、ただ、不正なる暴力から保護されるにすぎぬとなすもので、その理由は、使節の特権は共通の法規に従つてこれを説明すべきであるというにある。第二は使節に對しては、すべてのことについて暴力を加え得るのでははなく、使節が萬民法を侵害した場合にのみこれを加え得るとなす。これは萬民法には自然法が含まれてをり、従つて使節は國民法に違反する不法行爲を除く一切の不法行爲についてこれを罰し得るから、非常に廣汎である。第三は、この處罰を該使節の接受國の状態或は尊嚴を害したものに限るとなす。第四は、この權利すら危険であると考へて、或は使節の派遣者に抗議して彼の決定に委ねるべきであるとなし、或は等三者たる王或は人民に協議すべきであるとなす。

(六) まず第一に、使節の安全は刑罰より生ずる利益に優るとの考察がある。けれど、刑罰は使節を派遣する者によつて、任意に行われ得るが、もし彼が刑罰を興えることを欲しないならば、犯罪を承認したものととして、彼、即ち派遣する者に對して戦争による刑罰を果し得るのである。あらゆるものは、多くのものが戦争に捲込まれるよりも、一人を罰する方がましだと反對しているが、これに對してもし使節を派遣する者が、その行爲を承認するならば使節の處罰は戦争の惹起を免れしめぬであろう。他方、もし使節が、使節を派遣した者以外の者に對して使節の行爲について説明を興へるべき義務を負うとすれば、使節の安全は極めて不安な状態にされることになる。けれど使節を派遣する者と、これを接受する者との見解は相異なり、しばしば相反するから、ほとんどのすべての場合、犯罰の外貌を備える事柄について使節を糾弾し得ないことは殆どあり得ない。しかも、あることが疑の餘地なきほど明瞭なものであつても、普遍的な危険は、普遍的な法規の衡平と利益を確保する見からも、充分の對象たり得るのである。グローチウスのこの見解を見ても、外交使節がいかに陰謀術策を事としたかが判るようである。

(七) 使節の動産(所持品と考えられるもの)は擔保として、或は負債の支拂のため、これを差押えることを得ず、裁判所の命令によつても、王によつてすらもこれを行ひ得ぬ、けだし使節が完全な安全を享受するには、すべての強制から免かれるべきであるからである。それ故、もし使節が負債を爲し、その居住する國に何等不動産を有しない場合は、彼に對して、友誼的に支拂を要求すべきであつて、最後のには、領土外に存する債務者の場合に通常用いられる方法に訴えることができる、となす。

四 埋葬權について (第二卷第十九章)

次にグローテウスは、意思に淵源を有する萬民法から生ずる死體の埋葬の義務の論議に入るが(第一節)、こゝで自然法の理念の解明が再び行われている。そして、死體の埋葬という人間の最も粗朴な問題を對象とする關係からであるうが本書のなかでも最も強烈にその解明が行われている箇所である。したがつて、本章は埋葬權についてとはいうものの、グローテウスの自然法理念を知るには極めて重要と思うのである。

死體の埋葬義務については、ディオ・クリソストムスは、彼が「制定法」(enpositos)に對比させている「慣習」(egros)のなかで、また父のセネカは不文法ではあるが、すべての成文法よりも確かな法規のなかで、之を認め、フィロとヨセプスはこれを自然法と呼び、イシオドルスは「自然の法規」(divinas Dequos)と呼ぶ。こゝでグローテウスは自然的理性と合致する共通の慣習は、通常自然の名の下に含まれる、との主張を、多くの學者の死體埋葬義務に関する言説によつて之を立證せんとする。アエリアンは「共通の自然自體は死者の埋葬を命ずる」とか「土地と墓はすべての人々に共通であり、かつ平等的に、當然のものである」と言い、エウリピデスはこれを「人間の法規」(vojos Boort-ai)、アリスチデスは「共通の法」(Xovos vojios)ルカヌスは「人間の慣習的儀禮」(ritus hominum)、スタチウスは「諸國の法にして世界の盟約」(leges terrarum et mundi foedera)、タキツスは「人類の運命的任務」(communerum

(10)

goris humane) リュミアスは「共通の希望」(spes communis)と呼び、これを妨げるものを、クラウディアヌスは

(11)

「人間性を失う」(exuo hominem)と言ふ、皇帝レオは「自然に對して不名譽を齎らすこと」(13)と言ふ、イシオドルスは「神聖なる權利を侵害すること」と言つてゐる。

グローチウスは續けて言う。古人は文明人に共通なる權利を一層神聖なものとするため、神がこれを作り給うたと言ふのが慣わしであつたから、この死體埋葬の權利もやはり、神々に歸せられた。かくて、エウリピデスの悲劇「歎願者」のなかで(第五百六十三行)これが「神々の法」(νόμος θεογονον)と呼ばれてゐる。またソフォクレスの著書のなかで、アンチゴネは、ポリニクスの埋葬を禁じたクレオンに答えて曰く「けだしこの命令を制定せしは、最高の神ジュピターにもあらず、人類にその他の權利を與えし亡靈の神々の正義にもあらず。人間の出生たる汝の命令が不文なりといへども、神の意思によりて命ぜられたる永遠の法規を破り得るほど強しとは予は信ぜず。そは近々に效力を生じたるにあらず、最古より之を生じ、その起源は秘められたり。されば予は人間の怒りに支配せられたる頑なる心もて之を忘れ、萬能の神の復讐を受くべきか」と。かくてグローチウスはこの死體埋葬の義務を多くの學者が「徳」と呼び、「人間愛」(14)「人間愛と親切」「同情と宗教的良心」「同情と人間愛」「人類の共通性の同情」「人類の運命的任務」「同情と敬虔」「人間の運命の記憶」「寛大」「正義」「親切の行爲」などと呼んでゐることを指摘した後、次にこの權利がどこから生じたかにつき(第二節)、死體埋葬の起源とその理念について詳細に論ずる。次に、かゝる埋葬が公敵に對しても當然爲されるべきであるとして(第三節)、これを「戦争の共通の權利」「戦争における共通の事柄」と呼ぶ古人の言葉を引き、實例を擧げる。さらにグローチウスは重罪人の場合(第四節)、「自殺者の場合」(第五節)を論じた後、萬民の意思法によつて義務を生ぜしめる權利としては、これらのほかに例えば長期間に亘つて占有された物に對する權利、無遺言相續の權利、(不平等なるを問わす)契約より生ずる權利などがある、けだしこれらすべてのものは、たとえある程度自然法

にその淵源を有するとしても、それらは推定の不確定性、または、しからざる場合は、自然的理性が暗示するように思われるある例外に對抗して、人意法からも一種の支持を受けるからであると附加して、この章を終つてゐる。

- (一) 「慣習について」(「辯論集」第七十六章)
- (二) 「論争集」第一卷第一章第十四節
- (三) 「ユダヤ人の戦争」第四卷第六章第三節
- (四) 「書翰集」第四百九十一節
- (五) 「雜史」第十二卷第六十四章、第十三卷第三十章
- (六) エウリピデスは「パレストアインの殉教者について」第九章で「自然の法規」について述べてゐる。
- (七) 「汎アテネ論」
- (八) 「パリサリア人」第七卷第八百一節
- (九) 「テーベ人」第十卷第六百四十二節
- (一〇) 「年代記」第六卷第二十五章
- (一一) 「辯論集」第二章第九節
- (一二) 「ギルドとの戦争」第三百九十七節以下
- (一三) 「新勅法」第五十三章
- (一四) ソフォクレスの「アジャッス」第一千三十行。同じ著者は「アンチゴネ」第四百五十四行で「神々の法規」(Oca νόμος) について述べてゐる。