

ヴォルフの国際法理論（二）：意思国際法概念を中心として

柳原, 正治
九州大学法学部：助教授

<https://doi.org/10.15017/16172>

出版情報：法政研究. 56 (2), pp.167-206, 1991-02-09. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

ヴォルフの国際法理論（二）

——意思国際法概念を中心として——

柳 原 正 治

はじめに

第一章 ユース・ゲンティウム概念の歴史

第一節 グロテゥウス以前の時代（以上五六卷一号）

第二節 グロテゥウス

第三節 グロテゥウス以後の時代（以上本号）

第二章 ヴォルフの国際法理論

第一節 国際法（ユース・ゲンティウム）概念の「自立性」

第二節 自然大社会

第三節 世界国家の構想と機能

第四節 意思国際法の構想と機能

第三章 ヴォルフの国際法理論の受容
おわりに

第二節 グロテゥウス

グロテゥウスがユース・ゲンティウム概念に言及している著作物はいくつかあるが、本稿では『自由海論』および『戦争と平和の法』の二冊を主に取り上げることにした。¹⁾ 周知のように、『自由海論』は、一六〇四年から六年にか

けて執筆された『捕獲法論』の第一二章に若干の修正を加えて、一六〇九年に出版された著作である。²⁾ところで、その『捕獲法論』自体においては、かなり詳細なユース・ゲンティウム論が展開されていた。この著作におけるユース・ゲンティウム概念の検討が、『自由海論』はもちろん、『戦争と平和の法』におけるユース・ゲンティウム概念を明らかにする上でも有用であることは、いうまでもない。ただ『捕獲法論』は、グロティウスによって公刊されることのないまま、一八六四年に至って初めて「発見」されたのであり、グロティウスの同時代人のみならず、ヴォルフを始めとする一九世紀半ばまでの人々にとっても、未知の著作であった。³⁾最初匿名で出版された『自由海論』は、一六一四年にはグロティウスが著者であることが公にされ、⁴⁾その後、グロティウスの独立の著作として読み続けられたのである。そこで本節では、上記の二冊のみを直接の考察対象とする。『捕獲法論』については、これらの著作との関連で必要な限度においてのみ、個々の言及するにとどめたい。

一 『自由海論』

『自由海論』は、東インドとの通商への参加に対するネーデルラント東インド会社の主張を正当化するために出版された著作であって、ユース・ゲンティウム概念自体を検討するための理論的著作ではない。⁵⁾実際の論述のなかでも、ユース・ゲンティウム概念に言及している箇所はかなり限定されているのであり、しかも、ユース・ゲンティウム論が全面的に展開されている箇所は存在しない。⁶⁾

そのうちで、最もまとまった形でユース・ゲンティウム概念を提示しているのは、第七章でF・バスケスの理論として論じている部分である。すなわちグロティウスはそこで、自然法(jus naturae)は神の摂理に基づき、不変的な法である、とする。そして、その自然法(jus naturae)の一部が第一のユース・ゲンティウム(jus gentium primaevum)であり、それは、可変的な、第二の、または、実定的な、ユース・ゲンティウム(jus gentium

secundarium sive positivum)とは区別される」と述べている。そして、海における漁業や航行は、第一のユース・ゲンティウムによれば、人類に共有であるが、陸地や河川は、第二のユース・ゲンティウムによれば、分割されているとする。⁷⁾

これ以外の箇所でも、第一のユース・ゲンティウム (jus Gentium primum, ius primum Gentium)、または、積極的ないし肯定的な意味でのユース・ゲンティウム (jus gentium positive sive affirmative)と、消極的な意味でのユース・ゲンティウム (jus gentium private) (＝第二のユース・ゲンティウム)とが区別されることがある。前者は、最も確実な、自明で不変的な原則であり、自然法とも呼ばれることがある法である。この法によれば万物が共通であった。また、「永遠の自然法・ユース・ゲンティウム (jus perpetuum naturae gentiumque)」(＝第一のユース・ゲンティウム)は、教皇の権威に優位する、と述べている箇所もある。⁸⁾

グロティウスは、『自由海論』のなかでは、第一のユース・ゲンティウムと第二のユース・ゲンティウムの区別は明示するが、第一の自然法と第二の自然法という名称そのものは明記していない。しかしかれは、F・バスケスに依拠したユース・ゲンティウム論を展開していることを明言している。したがって、自然法を二分し、そのうちの、人類全体の同意に基づく、第二の自然法と、第一のユース・ゲンティウムとを同一視し、これと、すべての国家または人民の合意に基づく、第二のユース・ゲンティウムとを区別する、という考え方をとっているのは、『自由海論』だけからしても、明らかである。『捕獲法論』では、この対応関係を明示する箇所がある。⁹⁾

これらのユース・ゲンティウムが、「国家」間の関係をのみ規律する法であるかという問題については、『自由海論』のなかでははっきりと言及している箇所はみあたらない。少なくとも第一のユース・ゲンティウム(＝第二の自然法)は人間間の法としての性格を濃厚に有する法であるが、第二のユース・ゲンティウムについては明言されていない。¹⁰⁾ところがこの問題は、『捕獲法論』の、とりわけ、第二章の「新たな説明 (nova declaratio)」において、明示的

な形で論じられている。すなわちそこでは、第二のユース・ゲンティウムは、「国家間の合意としての力を有する (pacti vim habent inter republicas) もの」と、「そのような力を有せず、法というよりは受容された慣習 (recepta consuetudo) と呼ばれるもの」の二種類に分類される。後者は、すべての、または、大多数の人民 (populi) が、個別に個々の人民の利益となるということから、模倣により、または、偶然に、同じ形で制定した法、言い換えれば、共同ではなく、個別に導入した法である、そこで、人民は個別にそれらを放棄できる、とされている。¹¹⁾ この箇所が、一六二二年に公刊されたスアレスの著作に依拠して、後年——すなわち、『自由海論』が公刊された(一六〇九年)後の一六二二年以降に——「加筆・修正」されたのか、または、一六一三年から一七七年にかけての、『ウィリアム・ウエルウッド』によって反駁された自由海論第五章の弁明』執筆過程での——つまり、ウエルウッドの著作を読んだ後の——「加筆・修正」なのか、または、『捕獲法論』の執筆過程自体において戦争法との関連でグロティウス独自の考えとして生みだされたのか、¹²⁾ については学説は分かれている。ただ、少なくとも『自由海論』のなかには、かれがそうした区別を行なっているということを窺わせるような論述はまったくみられない。

以上のように、『自由海論』ではきわめて限定された範囲でのみ、ユース・ゲンティウム論が展開されているにすぎない。その点からすれば、この著作への反論を公刊した学者をも含めて、かれの同時代人、さらには後世の人々が、この著作におけるユース・ゲンティウム概念をとくに取り上げて論じることがほとんどなかった、ということも理解されよう。¹³⁾

二 『戦争と平和の法』

グロティウスは、一六二五年(グロティウス自身が手を加えた最終版は一六四六年)『戦争と平和の法』を公刊した。ユース・ゲンティウム概念のみならず、正戦論、自然法の世俗化、海洋の地位などをめぐって、この『戦争と平

和の法』と『捕獲法論』（または『自由海論』）との間に、連続性がみられるのか、それとも「豹変 (volte-face)」したのか、については現在でもさまざまな議論がなされている。¹⁵⁾しかし、少なくともユース・ゲンティウム概念については、以下に述べるように、連続性をみてとるのは困難である。

グロティウスは、『戦争と平和の法』においては、「多数の人民または人民の支配者の間に存在する、あの法」、または、私人、王、王と同等の権利を有する者——貴族や自由な人民——、のような、「共通の国家法に服していない人々との間の争い、すなわち、まだ国民 (gens) を形づくるまでに結合していない人々、または相互に異なる国民に属する人々との間の争い」を規律する法、を扱うとする。¹⁶⁾その法は、自然法と意思法からなる。意思法には、神意法、および、人意法——ユース・ゲンティウムはその一つ——がある。¹⁷⁾グロティウスは、自然法とユース・ゲンティウムを同一視する見解がそれまでであったことを批判して、自然法との相違をきわだたせるために、ユース・ゲンティウムを、とくに、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムと呼ぶこともある。¹⁸⁾ともあれ、自然法、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム、のいずれも、上述の法を総称する言葉ではなくその一部にすぎないこと、自然法と同一視されることのある——いわば広義の——ユース・ゲンティウム¹⁹⁾も神意法などを含んではいけない以上、総称する言葉とは言えないこと、表題の「戦争と平和の法」のみがそうした言葉として考えうること、には注意しておく必要がある。

グロティウスは、まとまった形では提示していないが、このユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムを、つぎの三つの要素からなる法と捉えていた、と解しうる。すなわち、①「人類社会」の利益を考慮して形成された²⁰⁾、②超時間的普遍妥当性を有する²¹⁾、③「国家」間の合意である²²⁾、の三つである。

グロティウスのユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム概念をめぐってはさまざまな論点があるが、ここではまず、かれのユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムを、国家または政治体間の法、つまり「国際法」と捉えることができるか、という点を取り上げることにはしたい。グロティウスは、上に述べた三つの要素からなるユース・ゲ

ンティウム・ヴォルンターリウムを、本来の意味での (*proprie dictum*) ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムと呼ぶ。そして、その法と、それぞれの国家の国家法上の制度がたまたま一致しているためにユース・ゲンティウムと呼ばれるものとを区別し、後者は不適切にユース・ゲンティウムと呼ばれるものである、とする。²³⁾ この区別は、『捕獲法論』の「新たな説明」における、ユース・ゲンティウムの二分に対応していると考えられる。この点からすれば、グロティウスの「本来の意味での」ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムは、「国家」間の法という性格を有していると思えることになる。

このことは、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムが「国家」間の合意とされる点にもみられる。すなわちグロティウスは、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムを、「すべて」の、または、大多数の国民の意思から、拘束力を得る、「諸国民の合意」、「諸国民の共通の合意」などと表現している。²⁴⁾ ここにも、「国家」間の合意による法という性格が鮮明に打ちだされている、と受け取ることができる。

さらにこのことは、具体的な論述のなかでも確認される。すなわち、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムの規律対象の多くは、「国家」間戦争である正式戦争 (*bellum solenne*)、²⁵⁾ 「国家」による海の一部分の先占、「国家」による長期間の占有、王国における無遺言相続など、²⁶⁾ 「国家」間関係の事項である、とされる。²⁷⁾

もっとも、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムが、完全に「国家」を排除して唯一「国家」のみの間の関係を規律する法であると言い切れるかは、疑わしい。それは、グロティウスの考える「国家間の社会」——ひいては「国家」——の本質がどのようなものであったか、ということにかかわる。すなわちグロティウスは、プロレゴメナにおいて、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムが「個々の団体の利益ではなく、かの大結合体 (*magna illa universitas*) の利益を顧慮するために生まれた」と述べている。²⁸⁾ この、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムの基礎としての「かの大結合体」とは、一体どのような社会なのであろうか。

別稿で明らかにしたように、グロティウスは、社会（＝結合）を、婚姻―家―私的団体―国家―同盟―国家間の社会、と重層的に捉えている。家長の権利も同じく支配権（imperium）と名付けられていることから窺えるように、これらの社会の区別は本質的なものではなく、あくまでも段階的なものにすぎない。最も完全な社会とされる国家も、自立的諸権力を克服した自己完結的な近代主権国家ではまったくない。したがって、グロティウスの考える「かの大結合体」、つまり「国家間の社会」は、「国家」のみを構成員とする「国際社会」としてではなく、王や他の自立的諸権力などからなる「人類社会」として構想されていた、と捉えられる。それは、のちにヴォルフにみられるような、個々の国家のみを構成員とする、それ自体一個の国家と考えられる世界国家ではなく、人類を人倫的に結合している社会なのである。²⁸グロティウスが、他の箇所でも、「諸国家（民）相互間の社会」、「かの諸国家（民）の大社会」、「人類または多くの人民相互間の共同体」、「人間社会」などと表現しているものも、これと同一であると考えられる。²⁹

また、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムの規律対象とされるものの中には、子供や精神障害者の所有権享有、いかに不平等なものであれ契約から生じる権利など、明らかに「国家」間の事項に限定されないものも含まれている。³⁰

以上の点からすれば、グロティウスの構想した「本来の意味でのユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム」は、かなり限定された意味でしか、「国家」間の法であるとは言えないことになる。すなわちかれには、「（主権）国家」を基本的な主体とするという意味での「近代国際法」はみられない。³¹そうであるからこそ、かれは、『戦争と平和の法』の第一巻第一章の冒頭で、「国家」間の紛争ではなく、私人、王、貴族、自由な人民、のように「同一の国家法に服していない人々」の間の紛争を取り上げる、としたのである。³²

このユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムと自然法との関係は、きわめて複雑である。というのも、グロティウス自身が体系的な形でこの関係を説明している箇所は存在しないからである。もともと、『自由海論』（または

『捕獲法論』におけるような、自然法とユース・グンティウムそれぞれを二分し、第二の自然法と第一のユース・グンティウムを同一視する、という見解がとられていないことだけはたしかである。

この関係にはさまざまな態様があるが、ユース・グンティウム・ヴォルンタリウムは、自然法の許容範囲——もっとも同じく許容といっても、レベルの違いはあるが——でのみ定立しうる、というのが原則である。このことは、ユース・グンティウム・ヴォルンタリウムだけではなく、すべての意思法に妥当する。つまり、自然法の許容領域は、意思法に開放されているのである。³³⁾ ユース・グンティウム・ヴォルンタリウムについては、海の一部の先占の禁止、長期間の占有などに関する規定がこれに該当する。³⁴⁾

問題は、ユース・グンティウム・ヴォルンタリウムが「禁止・命令の自然法」の領域のことを規定できるか、という点である。グロティウスは、ある箇所で、「ユース・グンティウムは、すでに説明した許容の方法 (permittendi modus) により、自然法上禁止されている多くのことを、許容する (permitto)」と述べている。³⁵⁾ ところが、グロティウスは他方で、自然法が不変であることは神によってすら変更し得ない、と断言している。³⁶⁾ 自然法の許容領域は、本来の意味での自然法ではなく、還元法的に自然法に属する事柄であり、したがって、この自然法の不変性とは抵触しない、と解することができる。³⁷⁾ ところが、この禁止・命令の自然法の場合には、明らかにそれと抵触することになってしまう。そこで、ここでの「許容」とは、自然法に反していないので許容される、という意味での「許容」とは、内実が異なる、と考えられる。

グロティウスは、「あらゆる点で真に法である (quod vere & ex omni parte jus est)」ユース・グンティウムと、「かの原初的な法に似た、ある種の外的効果のみを生みだす (quod duntaxat effectum quandam externum ad instar illius primitivi juris parit)」ユース・グンティウムとを区別することがある。³⁸⁾ 後者のユース・グンティウムが、こうした「許容」を行なうものと捉えられる。その外的効果とは、不可罰性の効果と、所有権の効果の二つである。

不可罰性の効果によるものとは、敬虔や義務の規則に反しないわけではないが、人間の間においては罰せられない、という限りでの「許容」である。具体的には、——正当戦争（*bellum iustum*）とは区別される——正式戦争においては、自然法上は禁止されている、人に対する加害や、ものの破壊・略奪が、このユース・ゲンティウムによって、不可罰性の効果が付与されて、「許容」される。すなわち、そうした加害や破壊・略奪を行なっても、人間の間では処罰されない⁴⁹。また、所有権の効果によって、禁止・命令の自然法上は認められない、ものの取得が「許容」される。具体的には、正式戦争において、ものが取得されたときには、正当戦争を遂行している側かどうかにはまったく関係なく、外的効果に関する限りという限定の下に、そのものの所有権の取得が「許容」されることになる⁴⁰。このように、レベルは異なるが、不可罰性の効果と所有権の効果、という二つの外的効果に基づいて、禁止・命令の自然法と異なる、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムが存在しうることになるのである⁴¹。

『戦争と平和の法』におけるユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム概念は、以上のように、かなり複雑な理論構成をとる法である⁴²。それは、『自由海論』におけるユース・ゲンティウム概念のみならず、かれ以前のそれとも異なる、かれ独自の理論であった。もともと、『戦争と平和の法』において主要な役割を果たしている法は、いうまでもなく自然法である。ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムは、神意法などと並んで、副次的な役割を果たしているにすぎない⁴³。ところが、後世の人々は、グロティウスのユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムを独自の法概念として認めうるかという点をめぐって、激しい論戦を繰り広げることになる。

(1) 本文に挙げた二冊（『捕獲法論』を含めれば三冊）以外には、一六一三年から一七年にかけて執筆されたものの、出版は死後の一八七二年の『ウィリアム・ウエルウッドによって反駁された自由海論第五章の弁明（*Defensio Capituli quinti Maris liberi oppugnati a Guilielmo Welwood*）』一六一四年には執筆が完了したものの、出版はやはり死後の一六四七年の『宗教事項に関する最高権力の支配（*De imperio summorum potestatum circa sacra*）』一六一九年から二一年に

- かけて執筆された、一六三一年に出版された『ホラント法學入門 (Inleiding tot de Hollandische rechts-geleertheit)』などがある。
- (2) 『捕獲法論』をたゞ『自由海論』の成立状況について述べたこと外、R. Fruin, "An Unpublished Work of Hugo Grotius's," *Bibliotheca Visseriana*, V(1925), pp.1-74; P.Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste* (Paris, 1983), pp.53, 360; C.G.Roelofsen, "Grotius and International Law: An Introduction to Some Themes in the Field of the Grotian Studies," L.E.v.Holk & C.G.Roelofsen (eds.), *Grotius Reader: A Reader for Students of International Law and Legal History* (The Hague, 1983), pp.5-15; 大沢章『グロテウス自由海論の研究』(岩波書店一九四四年)、四二一―六七頁、伊藤不二男『グロテウスの自由海論』(有斐閣、一九八四年)、三―四頁など参照。
- (3) 一八六八年ハマカー(H.G.Hamaker)が『グロテウスの手稿を活字化して出版した版(H.Grotius, *Hugonis Grotii de jure praedae commentarius* (Ex Auctoris Codice descriptit et vulgavit H.G.Hamaker, The Hague, 1868))』が最初である。その後の版は『グロテウスの』一番最初の原稿を加えてつけた加筆・修正を明記している。これを知ったため、グロテウスの手稿の写真版もある。H.Grotius, *De jure praedae commentarius* [The Classics of International Law, 22-2] (Oxford/London, 1950)——より正確には、ライデン大学所蔵の手稿そのもの——を見ることがある。本稿で、以下この著作を引用する場合は、JPCと略称し、手稿の写真版およびハマカーの版の両方の頁数を明記することにする。
- (4) この年に出版された蘭訳は、初めて著者の名前が記された(J.Ter Meulen & P.J.J.Diermanse, *Bibliographie des écrits imprimés de Hugo Grotius* (La Haye, 1950), p.218)。
- (5) 通商への参加そのものは反対であるが、海洋の自由と通商の自由は認める。インスタンブルやモリスの立場を考慮して、この著作が公刊されたことについては、Roelofsen (Ann.2), 12-3 参照。
- (6) H.Grotius, *Mare liberum sive de iure quod Batavis competit ad Indicana commercia dissertatio* (Leiden, 1609), cap. I (p.1); cap. V (pp.14,20,22,35); cap. VII (pp.43-9); cap. VIII (pp.52-4); cap. X (p.56) (伊藤・前掲書(注2)「二〇三」―「二一九」―「二五」―「二二八」―「二四一」―「二五〇」―「二六〇」―「二六六頁」 etc. 以下で引用するものは、MLと略称する)。
- (7) ML, cap. VII (p.43-9) (伊藤・前掲書(注2)「二五〇」―「二六六頁」)。
- (8) ML, cap. I (p.1); cap. V (p.14); cap. VIII (pp.52-4); cap. X (p.56) (伊藤・前掲書(注2)「二〇三」―「二一九」―「二六六頁」)。
- (9) JPC, foll.6 (p.12), 12 (p.26), 15-5 (p.33), 53-3a (p.119-22), 69 (p.157)。

- (10) *ML*, cap. I (p.1); cap. V (p.14) (母藤・前掲書 (注2))' 二〇三' 二二六頁)。
- (11) *JPC*, fol.12a(p.27)。
- (12) J.Kosters, "Les fondateurs du droit des gens: Contribution à la théorie générale du droit des gens," *Bibliotheca Visseriana*, IV(1925), pp.41-3; 伊藤不二男『捕獲法論』をめぐりゴローテウスの国際法(万民法)の基本観念』前原光雄 兼授書論記念『国際法学の諸問題』(慶応通信、一九六三年)' 二一〇〜二七頁参照。
- (13) ハーゲン・トーマス『つづつた可能性質があることについて』、著者の二つことを考えられたことである。しかしながら、ゴローテウスの影響は、『弁明』とはなにかにみられるが、『捕獲法論』の「新たな説明」にはみられなく、『捕獲法論』のなかで戦争論を展開してつづつたこと——とつづつた——一三、一五章を執筆してつづつたこと——加筆・修正されたものと捉えられていること、また、『弁明』を「最後の説きとる」(Haggenmacher (Anm.2), 358-99. また、P.Haggenmacher, "Genèse et signification du concept de 'ius gentium' chez Grotius," *Grotiana*, *New Series*, III(1981), pp.44-102 を参照)。
- (14) ゴローテウスの『西田集』をめぐりつづつた戦争について、たゞ、T.W.Fulton, *The Sovereignty of the Sea: A Historical Account of the Claims of England to the Dominion of the British Seas, and of the Evolution of the Territorial Waters: With Special Reference to the Rights of Fishing and the Naval Salute* (Edinburgh/London, 1911), pp.350-77; C.Alexandrowicz, "Freitas versus Grotius," *BYIL*, XXXV(1960), pp.162-82; J.K.Oudendijk, *Status and Extent of Adjacent Waters: A Historical Orientation* (Leyden,1970), pp.67-91; 母藤・前掲書 (注2))' 六九〜一六〇頁を参照。また、ゴローテウスの著者のなかでは、ヤンソンが興味深いゴローテウス・バン・テウムの論を展開してつづつたこと、それについて、次節で詳しく検討する。
- (15) Fulton (Anm.14), 342-50; F.d.Pauw, *Grotius and the Law of the Sea* (trans. by P.J.Artherr; Bruxelles,1965), pp.67-76; Oudendijk (Anm.14), 40-52; J.K.Oudendijk, "Van Vollenhoven's 'The Three Stages in the Evolution of the Law of Nations': A Case of Wishful Thinking," *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XLVIII(1980), Ch.S.Edwards, *Hugo Grotius: The Miracle of Holland: The Study in Political and Legal Thought* (Chicago,1981), pp.150-5; Haggenmacher (Anm.2), *passim*; 伊藤・前掲論文 (注2))' 二〇一〜一九頁、伊藤・前掲書 (注2))' 一八七〜一九頁、大沼保昭『ゴローテウス・ゴローテウスとよめる『一般国際法』の観念』国家学会百年記念『国家と市民』Ⅱ(有斐閣、一九八七年)' 四〇〇〜四一頁を参照。

- (19) H. Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres* [The Classics of International Law, 3-1] (ed. novae: Amsterdam, 1646; repr., Washington, 1913), Proli: I, i. 1. フレド引用するところを、JBPと略称する。なお、グロテリウス研究会による邦訳がある部分については、「プロテリウス『戦争と平和の法』(プロローグ・メナ) 邦訳(一)〜(三)」「グロテリウス『戦争と平和の法』(第一巻第一章) 邦訳(一)」、『日本法学』五一巻一〜三号、五二巻一号(一九八五〜六年)、『それを参照した。ただし、すべて同一というわけではなす。
- (17) JBP, Proli: I, i. 13-4.
- (18) JBP, I, i. 4(2); II, iv. 9; II, vii. 1(1); II, xii. 26(1); II, xviii. 1; III, i. 5(5); III, ii. 2(1); III, iii. 12 など。
- (16) JBP, I, i. 14(1); II, xviii. 4(1) など参照。
- (20) JBP, Proli: I, ii. 26 など。
- (21) グロテリウスによれば、「武器のなかでは法は沈黙する」というケケローの言葉は、自然法同様、ユース・ゲンティウム・ヴォルンタリウムにも妥当しない。すなわちユース・ゲンティウム・ヴォルンタリウムは、「戦争〔の開始〕に対して (ad bella)」および「戦争におよぶ (in bellis)」妥当する法と捉えられている (JBP, Proli. 26, 28, 40, 53)。このように、ユース・ゲンティウム・ヴォルンタリウムは、時間的普遍性を有する法ではあるが、空間的普遍性を有する法とは言い難い (JBP, I, i. 14(1))。グロテリウスは、ある箇所では、普遍性——時と場所の超越——を本来の意味でのユース・ゲンティウム・ヴォルンタリウムの要件とすると述べている (JBP, Proli. 40)。しかし、このことは、必ずしも一貫して主張されているわけではない。かれ自身、普遍的なユース・ゲンティウム・ヴォルンタリウムの他に、地域的なユース・ゲンティウム・ヴォルンタリウムが存在することを、捕虜、戦前復帰権、毒殺の禁止、強姦の禁止などについて、認めよう (JBP, I, i. 14(1); III, iv. 15(1); 16(1); 19(1); III, vi. 3(2); III, vii. 8 など)。R. Ago, "Le droit international dans la conception de Grotius," *Recueil des Cours* (1983-IV), pp. 389, 396-7 [note 37]; 河西直也「グロテリウスにおける戦争と諸国民の法——正当性と合法性の交錯——」『国際法外交雑誌』八三巻一号(一九八四年)、『三四』三九〜四〇頁、大沼・前掲論文(注15)、『四一七〜二一』四三八〜九頁など参照。
- (22) JBP, Proli. 1, 17, 26, 40; I, i. 4; I, i. 4(2); II, iii. 10(3); II, xviii. 4(2); II, xix. 1(1); III, xiii. 2; III, xiv. 7 など。もともと、ユース・ゲンティウム・ヴォルンタリウムを存在証明という点から捉えると、「国家」間の合意は、純然たる理論上の仮定に他ならない、ということについては、河西・前掲論文(注21)、三四〜八頁、大沼・前掲論文(注15)、四一四、四三八〜九参照。その意味で、ユース・ゲンティウム・ヴォルンタリウムを始めとする実定法は、法秩序とは関係のない道徳的な考察によ

- れば「合意は拘束する」ことが自然法に基づく、しかしそれは、最終的には、主権国家の意思に基づくものであり、この概念の意 (L. André Vincent, "La notion moderne de droit naturel et le volontarisme (de Vitoria et Suarez à Rousseau)," *APD*, VIII(1963), pp.245-6 [note 4])、ゴットマンズは、その意味を厳密に制限し、要知する。
- (83) JBP, II.viii,1,26.
- (84) JBP, Prol.1,17,26; I,i,14(1); II.xviii,4(2); III.xiii,2;III.xiv,7 以下。
- (85) JBP, I.iii,4(1); II.iii,10(3); II.iv,9; II.vii,12-37.
- (86) グロチヤヌスのノーム・ザンクヤナム・ヤホルンターリナムを「(主権) 国家」間の法と捉えようとするのは、たゞそれ P.Guggenheim, "Contribution à l'histoire des sources du droit des gens," *Recueil des Cours* (1958-II), pp.30-3; H.v.E.Hommes, "Grotius on Natural and International Law," *Netherlands International Law Review*, XXX(1983), pp.62-3; O.Kimmich, "Die Entstehung des neuzeitlichen Völkerrechts," I.Fetscher & H.Münkler(*Hrsg.*), *Pipers Handbuch der politischen Ideen* (München/Zürich,1985), III,93; H.Steiger, "Probleme der Völkerrechtsgeschichte," *Staat*, XXVII(1987), S.107; C.G.Roelosen, "De periode 1450-1713," A.C.G.M.Eyffinger (red.), *Compendium volkenrechtsgeschiedenis* (Deventer, 1989), p.109 以下。
- (87) JBP, Prol.17.
- (88) 柳原正治「所有権・支配権」大沼保昭編『戦争と平和の法——ノーマー・ゴットマンズと戦争、平和、正義——』(東信堂、一九八七年)、二四三〜四頁参照。
- (89) JBP, Prol.23; II.viii,1(2),26; II.xxi,3(2); III.xxv,1 以下。
- (90) JBP, II.iii,6; II.xii,26 以下。
- (91) Kosters (Ann.12), 48,56; E.Reibstein, "Deutsche Grotius-Kommentatoren bis zu Christian Wolff," *ZaōV*, XV(1954), S.83-4; Haggennacher (Ann.2), 7-8,615-29; W.G.Grewe, "Grotius—Vater des Völkerrechts?" *Staat*, XXIII(1984), S.166-8; P.Haggennacher, "Grotius et le droit international: Le texte et la légende," A.Dufour et al. (éd.), *Grotius et l'ordre juridique international: Travaux de colloque Hugo Grotius Genève, 10-11 Novembre 1983* (Lausanne,1985), pp.115-43; H.Hofmann, "Hugo Grotius," M.Stollis (*Hrsg.*), *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert. Reichspublizistik, Politik, Naturrecht* (2.Aufl.; Frankfurt/M.,1987), S.72; 大沼・前掲論文(註四) 四一〜四頁以下参照。

- (32) JBP, I,i,1.
- (33) JBP, I,ii,5(1); II,ii,5; II,iii,6,10(3); II,iv,9; III,iv,15(1) など。また H.Grotius, *De imperio summarum potestatum circa sacra commentarius posthumus* [Hugonis Grotii opera omnia theologica, III] (Amsterdam, 1679; Ndr., Stuttgart/Baden, 1972), cap. VII, §.iii (p.234) を参照。
 の註釋に「*cap. VII, §.iii*」P.P.Remeq, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel* (The Hague, 1960), pp.65-9; B.Viyanji, "L'interprétation des traités dans la théorie du droit naturel," *RGDIP*, LXXXIV(1980), pp.545-6; 伊藤・前掲書(注28) 一八六〜七頁 田中忠「英の戦争」大沼・前掲書(注28) 一〇五〜六頁を参照。
- (34) JBP, II,iii,10(3); II,iv,9 など。
- (35) JBP, III,iv,15(1), 他を参照。JBP, II,iii,6 を参照。
- (36) JBP, I,i,10(5).
- (37) JBP, I,i,10(3), 田中・前掲論文(注33) 八六頁参照。
- (38) JBP, Prol.41.
- (39) JBP, III,iv,4.
- (40) JBP, III,vi,2(1), 河西直也「戦争法」大沼・前掲書(注28) 四一四〜四二頁参照。
- (41) 自然法が禁止・命令することを 実定法が命令・禁止することはいささか異なる、と断言するのは (Viyanji(Ann.33), 545) いかちか不正確である。
- もっとも、禁止・命令の自然法に反するユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムは、『戦争と平和の法』第三巻で論じられている、正式戦争においてはどのような行為が可能かという問題についてのみ、認められている。しかも、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム上の効果として正式戦争において「許容」されたことは、内的正義の観点からテンペラメンタ(緩和)などにより、ふたたび否認されることになる——「取り戻し」論法——(JBP, III,x-xvi, 田中忠「テンペラメンタ」大沼・前掲書(注28) 四四七〜九二頁, 大沼保昭「結語」同書 五三六、五四三頁参照)。そのためもあって、グロテュウスは、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム上の効果として「許容」されることは、禁止・命令の自然法と異なる、という明言をできうる限り避けようとしている (JBP, III,iv,15(1) が例外)。なお、河西・前掲論文(注21) 四〇〜一、五四〜五頁をも参照。

(42) グロテュウスの自然法は、実定法による補充に開かれていない、そのために、自然法に反するユース・ゲンティウムと、自然法に合致するユース・ゲンティウムという、変則がみられる、つまり、グロテュウスのユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム概念には理論的に確かな基礎が与えられていない、と非難する見解がある（E.B.F. Midgeley, *The Natural Law Tradition and the Theory of International Relations* (London, 1975), pp. 165-6）。たしかに、「ある種の外的効果のみを生みだす」ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムの本質には、若干の理論上の曖昧さが残されている。しかしながら、自然法とユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムとの関係は、本文で述べたように、少なくとも理論上は整然としたものとして捉えることができる。

(43) Hagemacher (Ann. 2), 580-8. 大沼・前掲論文（注15）、四一四〜七、四三六頁参照。

第三節 グロテュウス以後の時代

『戦争と平和の法』の最大の目的である、法による戦争の抑制¹⁾は、グロテュウスの存命中はもちろん、その死後も、現実の世界で達成されることはなかった。その意味ではこの著作は成功を収めたとは言えない。ところが、戦争論はいうまでもなく、所有権、婚姻、契約、刑罰などの私法上の多くの個々の理論に対しても、本著が及ぼした影響は、甚大なものであった。²⁾ グロテュウスと同時代の、または、かれ以後の学者たちは、グロテュウスの理論を全面的に肯定するかどうかは別にして、つねにそれを念頭に置きつつ自己の体系構築に努めた。³⁾ 「国際法の父」⁴⁾ または「自然法的私法論の父」という名称は、それ自体には必ずしも学問上の正確さはないにしても、本書が獲得した理論上の圧倒的成功を表現しているものであると言えるのである。⁵⁾

とくにかれのユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム概念をめぐっては大きな論争となった。すなわち、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムを、自然法と異なる独自の法概念と認めることができるのか、認めるとすれば、それはどのような概念であるのか、といった点をめぐって、数多くの学者によって激しい論戦が繰り広げられた。⁶⁾ 一

七四六年に出版された、ツェードラーの『あらゆる学問および文芸に関する決定版大百科辞典』においても、グロティウスのユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムの存否をめぐって大論争が生じていることが記載されている。⁽⁸⁾グロティウスのユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム概念は、『戦争と平和の法』公刊後百年以上もの間、この上なく重要な論点として、数多くの学者によって論じ続けられたのである。⁽⁹⁾後に詳しく論じるように、ヴォルフのユース・ゲンティウム論もまた、『戦争と平和の法』におけるグロティウスの理論を一つのモデルとして形成されていた。その意味で、グロティウスのユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム概念は、ユース・ゲンティウム概念の歴史上一つの転機となっていると言えるのである。

本節では、まず、ヴォルフの著書『科学的方法によって考察されたユース・ゲンティウム』が公刊される一七四九年までの時期において、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムが独自の法概念であることを肯定した代表的な学者と、否定した代表的な学者の見解を紹介する。ついで、その法を「国家」間の法と捉えることについてのコンセンサスがこの時期に形成されるようになったと言えるか、という点に触れることにしたい。⁽¹⁰⁾

一 独自の法概念としてのユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム

グロティウスのユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムを独自の法概念と認めない代表的な学者は、プーフェンドルフである。かれは、一六六〇年の『普通法律学要論二巻』においてすでに、ユース・ゲンティウムは自然法に他ならないとし、「自然法および個人の諸責務について論じたことを、一つの倫理的人格 (persona moralis) へと結合した、完全な諸国民や諸国家に適用するのは容易になしうるので、ユース・ゲンティウムについてここでとくに論じる必要はない」と断言している。⁽¹¹⁾

同じ考え方は、主著の『自然法およびユース・ゲンティウム』(初版は一六七二年)においても踏襲されている。

プーフエンドルフは、「自然法に反するユース・ゲンティウムは存在するか」という問いを立てる。そして、これについて学者の意見は異なるが、ホッブズの意見に賛成する旨表明する。そこで引用されているのは、ホッブズの『臣民論 (De cive)』(一六四二年)の第四章第四節である。

「ホッブズは…自然法を、『人間間の自然法と、通常ユース・ゲンティウムと呼ばれる、国家間の自然法とに』分類する。ホッブズは付言する。『両者の規定は同一である。ただ国家は、設立されると同時に人間の人的諸特性を備えることになるので、個々の人間の責務について言う場合には自然法と呼ばれる法律が、すべての国家や国民 (nationes sive gentes) に適用された場合には、ユース・ゲンティウムと呼ばれる。』」

プーフエンドルフは、このように、人間間の自然法と国家間の自然法 || ユース・ゲンティウムとを、概念上は分類しつつも、内容的には両者は同一であるとするとホッブズの考えに全面的に賛成する。プーフエンドルフによれば、自然法に反するユース・ゲンティウムは存在しないのであり、したがってまた、ユース・ゲンティウムについてとくに論じる必要はないことになる。

こうした考え方の基礎には、上位者の命令として法律を捉える、かれの基本的な立場がある。プーフエンドルフは、国家間の関係は自然状態にある、とする¹⁵。つまり、国家間には上位者は存在しない。そこで、実定法としてのユース・ゲンティウム、言い換えれば、ユース・ゲンティウム・ヴォルンタリウムの存在が明確に否定されることになるのである¹⁶。

また、プーフエンドルフは、グロテウスが、使節、埋葬など、ユース・ゲンティウム・ヴォルンタリウムによって規律されるとする領域に関しても、すでに自然法自体によって規律されているとする¹⁷。

以上のことは、同盟条約 (foedera) に関する叙述によっても確認される。プーフエンドルフは、同盟条約を、すでに自然法に属する内容を定めるものと、「自然法上の諸責務に、ある事柄を付加する、または、少なくとも、不確定と

みなされる自然法上の諸義務を確定的なことへと限定していく」ものと分類する⁽¹⁸⁾。後者の同盟条約には、自然法と異なることを規定する可能性が認められているかのように受け取れる。しかしながら、別の箇所では、別所ではプーフエンドルフは、自然法自体によってすでに拘束されていないことを同盟条約は付加しないし、また、同盟条約によって自然法上の義務が強化されるということもないので、「同盟条約または合意によって、自然法上の義務に何も付加されない」と明言する⁽¹⁹⁾。また、同盟条約を遵守するよう自然法が命じるのはたしかだが、その同盟条約が法律や法の名で呼ばれるのは不当である、とも述べている。すなわちかれによれば、同盟条約は、国家に属する個々の臣民間の合意と同様に、法の一部をなすものとは考えられず、あくまで歴史の対象領域にすぎないのである⁽²⁰⁾。

以上に明らかのように、プーフエンドルフは、同盟条約をユース・ゲンティウム（＝国家間の自然法）のなかに含めないものであり、自然法と異なる独自の実定的なユース・ゲンティウムは存在しないと考えた。したがって、『自然法およびユース・ゲンティウム』においても、戦争、平和、同盟条約などについての数章があるのみで、ユース・ゲンティウムに関する包括的な叙述はどこでもなされていない⁽²¹⁾。

こうした考え方は、一般に「自然法学派」と呼ばれる学者たちによって受け継がれていった。トマジウス、バルベイラックなどがその代表的人物である⁽²²⁾。もっとも、バルベイラックは、自然法と「ユース・ゲンティウム (droit des gens)」は、基本的には同一であるものの、適用の面では若干異なる、とする。たとえば、損害は回復されねばならないという原則は、自然状態に生きる人間については実現されるとは限らないが、国家間の場合には、遵守されるべきであるという黙示の合意がある、とする⁽²³⁾。しかしながら、こうした相違がどこまで首尾一貫して主張されているかは疑問である⁽²⁴⁾。

また、ハイネクツィウスは、著作により若干異なる見解を述べているが、一七三八年の『自然法およびユース・ゲンティウム要論』においては、個々人の行為を規律するのが自然法、これに対して、社会において、および、社会間

において、何が正・不正かを規律するのがユース・ゲンティウム、とする。ところが、そのユース・ゲンティウムは、人間の社会生活、および、社会や完全な国家の事項、に適用された自然法であるとされている。すなわち両者は、内容的には同一のものと捉えられているのである。²⁷⁾

さらに、S・コクツェーイは、一七五一年——ヴォルフのユース・ゲンティウムに関する主著が出版された一七四九年より後のことだが——の「ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム」と題する論文のなかで、グロテュウスの考えたユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムが成立しうるかを、ローマ法学者の見解などと対比することによって綿密に検討した。その上で、グロテュウスがユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムと呼んだ法——コクツェーイによれば第二のユース・ゲンティウム——は、「おとぎ話」にすぎず、自然の理または神の摂理によって成立する第一のユース・ゲンティウムのみが存在する、とする。²⁸⁾

このように、プーフェンドルフ以降、ユース・ゲンティウムを自然法と同一視する考えが、数多くの学者によって唱えられた。一七四五年に出版された、ある論文のなかでは、現在ではほとんどすべての学者が、ユース・ゲンティウムを国家間に適用された自然法と解するプーフェンドルフの見解に従っている、と断言されている。²⁹⁾これは、実定的なユース・ゲンティウムを認める自己の見解の独自性を際立たせるための誇張と解しうるが、こうした考え方の影響力の大きさを物語るものとも言えよう。³⁰⁾

他方において、自然法と異なる、独自のユース・ゲンティウム（・ヴォルンターリウム）の存在を主張する見解もまた、数の上では少数かもしれないが、この時期有力に唱えられた。これにはさまざまな態様がある。本稿ではこれらすべてに触れる余裕はないので、代表的な何人かの学者についてのみ簡略に紹介することにしたい。

セルデンは、一六三五年に出版した——執筆は一六一七年——『閉鎖海論』においてすでに、ユース・ゲンティウム論を展開している。かれは、まず、「義務的な法（Jus Obligativum）」と「許容的な法（Jus Permissivum）」

とを区別する。義務的な法は、ものの本性そのもの、もつと言えば自然の創造主の權威に基づき、人間間で不変とされること——不変的な自然法——である。これに対して、許容的な法は、すべての国家にかかわるもの——可變的な自然法——第一のユース・ゲンティウムと神法の二つ——と、すべての国家にかかわるわけではないもの——実定法 (Jus Positivum) ——の二つからなる。後者は、① 国法、② 複数の国家に共通な法 (Ius plurium Gentium commune)、『③ 若干の、または、複数の国家の国法または国内法 (Ius Gentium aliquot seu plurium Civile seu Domesticum)』の三つに分類される。さらに、複数の国家に共通な法は、上位の權威に由来する「命令的な (Imperativum) ユース・ゲンティウム」と、合意または慣行により成立する (sive Pacto sive Morum usu natum) 「介入的な (Intervenens) ユース・ゲンティウム——第二のユース・ゲンティウム」とに分類される。⁽³²⁾

セルデンのユース・ゲンティウム論は、以上のように、中世以来の、自然法およびユース・ゲンティウムをそれぞれ二分するという考え方を、基本的には受け継ぎつつも、それに独自の意味内容を与えたものであった。この考え方は、一六五〇年に出版された『ヘブライ人の理論に基づく自然法およびユース・ゲンティウム』においても、基本的には踏襲されている。⁽³³⁾ かれのユース・ゲンティウム論は、後世に大きな影響を与えることはなかった。⁽³⁴⁾ ただ、若干複雑な分類の仕方ではあるが、国家の合意または慣行に基づく、実定的な——第二の——ユース・ゲンティウム概念も存在することを明確に打ちだした、という点では注目される。⁽³⁵⁾

ジェンティリーの二代後のオックスフォード大学ローマ法講座教授ズーチは、一六五〇年の『フェーキアリスの法と裁判すなわち諸国民間の法に関するおよびそれらの諸問題に関する説明』のなかで、独自のユース・ゲンティウム論を展開した。かれは、グロティウスの『戦争と平和の法』プロレゴメナ四〇節をほぼそのまま引用して、時間と場所を異にしながら確実な普遍的原因は、自然的諸原理から生じる正しい結論、または、なんらかの共通の合意 (communis aliquis consensus) である、そして、前者が自然法、後者がユース・ゲンティウムである、とする。さら

に、このユース・ゲンティウムは、共通の慣習、および、個々の国家が相互に合意する (consentio) こと——たとえ(無方式) 合意 (pacta)、合意 (conventiones)、同盟条約 (Foedera) ——からなる、とする。³⁶⁾ここにユース・ゲンティウムを慣習とのみ解していたグロテウスとの違いは明らかである。しかもズーチは、支配権を有する、君主または人民間に妥当する法を、「諸国民間の法 (Jus inter Gentes)」と呼ぶが、これにはさきのユース・ゲンティウムのみが含まれ、自然法は含まれない。つまり、国家間関係を規律するのは、自然法ではなく、実定的なユース・ゲンティウムのみなのである。

以上のことからすれば、ズーチは、慣習と条約からなる、実定的なユース・ゲンティウムによってのみ国家間関係が規律される、と明示した画期的な学者であるかのように受け取られるかもしれない。しかしながら、かれは実際の論述のなかでは、「自然上のこと (quid naturaliter)」、または、自然法に依拠すべき場合を、例はそれほど多くはないが、挙げている。³⁸⁾したがって、ユース・ゲンティウムが国家間関係を規律する唯一の法であるとは言えない。さらにかれは、国家間の慣習や合意の本質についての、理論的な考察をほとんど行っていない。その意味では、ズーチは、確固とした基礎を有する、実定的なユース・ゲンティウム論を展開したとは言えないのである。³⁹⁾

ズーチに較べればより理論的・体系的に、実定的なユース・ゲンティウム論を展開したのが、ラッヘルである。かれは、一六七六年『自然法およびユース・ゲンティウムに関する諸論文』を発表した。これは、「自然法に関する第一論文」⁴⁰⁾と「ユース・ゲンティウムに関する第二論文」⁴¹⁾からなる。このことにすでに象徴されているように、ラッヘルは、ホップズやプーフェンドルフらの考えを明示的に否定し、自由な国家 (liberae gentes) 間の関係は、自然法と、それとは異なるユース・ゲンティウムにより規律される、と考える。⁴²⁾かれは、それまでの、第一のユース・ゲンティウムと第二のユース・ゲンティウムとに分類する見解、および、「命令的なユース・ゲンティウム」と「介在的なユース・ゲンティウム」とを区別する——セルデンの——見解をいづれも否定し、自ら独自の概念を提示する。⁴³⁾そのユ-

ス・ゲンティウムとは、「多くの自由な国家間の合意 (pactum sive placitum) によって、明示または黙示にもたらされた法」のことである。⁽⁴⁴⁾つまり、ユース・ゲンティウムには二種類ある。一つは、多くの、それも、少なくともより洗練された (moratores) 大多数の国家が相互に法として用いる、「黙示の合意」としての、「共通のユース・ゲンティウム」である。これは、戦争や使節などを規律する。⁽⁴⁵⁾もう一つは、少数の——おそらく二つの——自由な人民間の同盟条約、公的合意などの「明示の合意」としての、「固有のユース・ゲンティウム」である。⁽⁴⁶⁾このようにラッヘルは、かなり明確な形で、「任意法 (Jus Arbitrium)」⁽⁴⁷⁾としてのユース・ゲンティウム概念を定義づけたのである。

このユース・ゲンティウムは、自然法に反しない「真の (Verum) ユース・ゲンティウム」と、それに反する「想像上の (Putativum) ユース・ゲンティウム」とに区別される。後者のユース・ゲンティウムによれば、良心の法廷では非難されるが、許容と不可罰性 (licentia & impunitas) が付与されることになる。ラッヘルは、この区別を、「あらゆる点で真に法である」ユース・ゲンティウムと、「ある種の外的効果のみを生みだす」ユース・ゲンティウム、というグロティウスの区別に対応している、と捉えている。⁽⁴⁸⁾この限りでは、自然法とユース・ゲンティウムとの関係は明確である。しかしながら、この「想像上のユース・ゲンティウム」がどの範囲まで認められるかについては、実際の論述のなかでは必ずしも明瞭ではない。一方では、とくに戦争の分野では、自然法はつねに正しいのに対して、任意法は欠如していることが珍しくはない、とされる。⁽⁴⁹⁾他方で、自然法上予め定められた規範が、自由な国家間のきわめて多くの事柄について存在しないことがあり、その場合にはユース・ゲンティウムによる、とされる。⁽⁵⁰⁾結局、自然法とユース・ゲンティウムとの関係は突き詰めて考えられている、とは必ずしも言えない。⁽⁵¹⁾

つぎに、ライブニッツは、一六九三年の『公文書に基づく国際法彙典』の「序文」の他、いくつかの小篇のなかで、ユース・ゲンティウム概念を論じている。⁽⁵²⁾かれは、法を上位者の命令と定義すれば、ユース・ゲンティウム・ヴォルンタリウムは否定されることになってしまおう、として、プーフENDORFの主意主義をはっきりと批判する。⁽⁵³⁾ライ

プニッツによれば、自然法は、神の泉から流れ出る、人間本性の永遠的法である。これに対して、意思法は、「慣習により受容されたか、上位者により制定された」ものである。後者が国法である。そして前者が、ほかならぬユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムである。それは、「もちろんの人民の黙示の合意により受容された」法である。⁵⁴

このように、ライブニッツは、かなりグロティウスに類似したユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム論を展開した。⁵⁵ しかもそれは、きわめて限定的な形のものにとどまっていた。そのため、かれの理論が、哲学の面では弟子にあたるヴォルフを含めて、後世に影響を与えるということにはなかった。⁵⁶

バインケルスフークは、グロティウスの理論の批判の上に、かれ独自のユース・ゲンティウム論を展開した。かれによれば、公法 (*Jus Publicum*) は、各国家の統治にかかわる法と、国家間の法、つまりユース・ゲンティウムとかなる。⁵⁷ かれは、グロティウスのユース・ゲンティウムは、慣習にのみ基づいている、として批判する。バインケルスフークの考えるユース・ゲンティウムとは、すべてでないにしても、大多数の、しかも、より洗練された、国家間で、理性 (*ratio*) の指示の下、守られていること、を指す。言い換えれば、それは、理性と慣習 (*usus*) に基づくものである、とされる。⁵⁸ 「慣習」とは、「合意や布告についての、ある程度不変な慣行 (*perpetua quoddammodo paciscendi edicendique consuetudo*)」である。「ある程度不変な」とは、慣行に反する合意が一、二度なされても、ユース・ゲンティウムが変更されることにはならない、ということを意味する。⁵⁹ 逆に言えば、かれは、明示の合意が積み重ねることによって、国家間の慣習が形成される可能性を認めていたことになる。かれは、そうしたケースをも含めて、ユース・ゲンティウムは、「黙示の、および、想定された、合意 (*pacta tacita & praesumpta*)」から生じる、と言うのである。このユース・ゲンティウムによって、戦争、平和、同盟条約、使節、通商などが規律される。⁶⁰ このように、かれのユース・ゲンティウム概念は、きわめて明快な理論構成をとっているかのようと思われる。しかしながら、実際には、理性と慣習という、二つの基準の関係については必ずしも十分には論じられていない。かれ

は、たとえば、女性が使節になれるかという問題のように、理性と慣習が一致しないケースが有りうることを認めている。この場合には、結局は両者は一致していると⁽⁶⁵⁾するが、実際に一致しない場合に、どのようにするのかについての基準は示されていない。⁽⁶⁶⁾さらにかれは、あるときには理性の方を、またあるときには慣習の方を、優先させている。すなわち一方では、理性がユース・гентティウムの「魂 (anima)」または「指導者 (magistra)」である、と述べている箇所がある。⁽⁶⁸⁾ところが他方では、ユース・гентティウムは、諸国家の意思により形成される、と断言している箇所もある。⁽⁶⁹⁾以上の点からして、かれのユース・гентティウム概念は、必ずしも明確なものではなかった、と言わざるを得ない。

最後に、モーターについて簡単に触れておきたい。かれが、「ユース・гентティウム (Völker=Reich)」に関する主要著作を次々に発表していくのは、一七五〇年代以降、すなわち、ヴォルフの主要著作の発表以後、のことである。もっとも、それ以前にも部分的な形ではそれを論じている著作がいくつか存在する。⁽⁶⁶⁾そのうち最も重要なのが、一七三二年の『今日のヨーロッパ国制およびヨーロッパ諸列強間で一般的なユース・гентティウムや一般国法に関する学問の基礎』である。このなかでかれは、ユース・гентティウム|| ヨーロッパ的ユース・гентティウムのうち、国家体制にかかわるものを、「ヨーロッパ一般国法」と呼ぶ。この法は、「明示の条約 (ausdrückliche Verträge)」と「慣習 (Herkommen)」からなる。⁽⁶⁷⁾この著作では、ユース・гентティウムと国内法の区別が必ずしも明確ではない、また、自然法そのものが完全に排除されていない、などの特色が、後の著作群と比較した場合みられる。⁽⁶⁷⁾しかし、条約と慣習からなる、実定的な「ユース・гентティウム」概念そのものは、すでに明確に打ちだされている。⁽⁶⁸⁾

以上概観してきたように、この時期には、さまざまな形で自然法とは異なる、実定的なユース・гентティウム概念を認める見解が主張された。これらの学者は、ひとまとめに「(初期)実証主義者」と呼ばれることがある。⁽⁶⁹⁾しかしながら、かれらのユース・гентティウムは同じく「実定的」と言っても内実は多様であること、また、一九世紀の主意

主義的実証主義のような理論的基礎が確立されていないこと、などからして、そうした呼称は妥当であるとは言い難い。^⑩

ともあれ、ユース・ゲンティウムの内容をめぐっては、大きく分けて、プーフェンドルフにみられるような考え方で、なんらかの形で実定的な考え方の二つが、対立していた。グロティウスのユース・ゲンティウム・ヴォルンタリウムを契機として生じた論争は、どちらかの考え方が圧倒的に優勢である、とは言えない状況で推移していたのである。

二 「国家」間の法としてのユース・ゲンティウム

前述したように、グロティウスのユース・ゲンティウム・ヴォルンタリウムは、かなり限定された意味でしか、「国家」間の法であるとは言えないものであった。しかしながらその後、実的な側面からすれば、絶対主義国家が確立されていくにつれて、また、理論的な側面からすれば、社会(≡国家)契約論、抽象的な人格としての国家という考え、主権論、勢力均衡論などが整備されていくにつれて、ユース・ゲンティウム概念の捉え方も変化していった。すなわち、一八世紀中葉までには、ユース・ゲンティウムを個々の「国家」間の関係を規律する法と捉えるという点では、ほぼ一致がみられるようになっていったのである。^⑪

まず、スアレスやグロティウスにみられたのとはほぼ同じ形でユース・ゲンティウムを二分する考え方が、この時期にも唱えられた。たとえばセルデンは、共通の義務を課する「複数の国家に共通な法」と、共通の義務としてではなく、各国を個別に拘束する「若干の、または、いくつかの国家の国法または国内法」とを区別する。^⑫

また、ズーチは、ユース・ゲンティウムには、個々の国家を構成する人民(singulorum gentium populi)が共同で相互に用いるもの——たとえば、奴隷、所有権、契約、不法行為などを規律する——と、君主(Principes)間、また

は、異なる国家に属する人民 (Populi diversarum gentium) 間で共同で行なわれているもの、とがあるとす。そして、後者、すなわち、支配権や普遍的な最高権力 (Imperium, universalis & summa potestas) を有する国家の間の法を、「国家間の法 (Jus inter gentes)」——または、古代ローマ法の例に倣って、ユース・フェーキアーレ [Jus Foeciale——と呼⁽¹³⁾。

ユース・ゲンティウムを二分するのではなくて、「国家」間の法としてのみユース・ゲンティウム (・ヴォルンターリウム) を捉える考え方も唱えられた。たとえばライプニッツは、国内において妥当する国法とは異なり、国家の外または、最高権力 (summa potestas) に関与している者たちの間で妥当する法を、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムと呼んでいる⁽¹⁴⁾。

また、バインケルスフークは、前述したように、公法には、各国家の統治に関する法と、「自権者 (Sui juris)」としての国家の間の法、つまりユース・ゲンティウムの二種類がある、とする⁽¹⁵⁾。ここでも、国家間の法としてのユース・ゲンティウムの特徴は明確である。

さらに、プーフェンドルフを始めとする、自然法とユース・ゲンティウムを同一視する見解でも、ユース・ゲンティウムは、内容的には、自然法と同一視されるものの、概念自体としては、個々の人間間の関係ではなく、国家間の関係を規律する法と捉えられている⁽¹⁶⁾。

若干の例外はあるものの、このように、ユース・ゲンティウム (・ヴォルンターリウム) は、明確な形で個々の「国家」間の法と捉えられるようになっていった。もっとも、「国家」概念の内実そのものは、論者により異なっていた。とりわけ、ボダンの唱えたような「主権理論」が採用され、「主権国家」概念が確立されているかどうかの判断は、断定し難い場合が多い⁽¹⁷⁾。

この時期の理論で最も注目されるのは、「法的人格」としての国家概念である。その最も体系的な理論が、プーフ

ンドルフの「倫理的存在 (entia moralia)」論である。かれによれば、「創造 (creatio)」により生みだされるのが、自然的存在 (entia physica) である。これに対して、倫理的存在とは、「知性的存在によって、自然の事物または運動に付加された、ある種の様態 (modus) であり、主として人間の意思行為の自由を方向付けて正しく導き、かつ、人間生活における一定の秩序と優美を結合するもの」である。すなわちそれは、知性を有する存在である、神または人間の決定、つまり「付加 (impositio)」により生みだされる。プーフエンドルフは、この倫理的存在には、状態 (status)、倫理的人格 (persona moralis)、質 (qualitas)、量 (quantitas) の四つがあるとする。国家は、倫理的人格の一つである。

実体との関連によって考えられた倫理的存在が、倫理的人格と呼ばれる。それは、個々の人間、あるいは、複数の人間が「倫理的結合 (vinculum morale)」によって一つの組織へと結び付いたものである。前者が単一な倫理的人格 (personae morales simplices)、後者が複合的な倫理的人格 (personae morales compositae) である。単一な倫理的人格としての個々の人間とは、自然的な人間とは厳格に区別された、「一定の社会的関係」に存する人間のことである。他方、複合的な倫理的人格は、公的なものと、家族や商人の団体などの、私的なもの、に分類される。さらに、公的なものは、神聖なものと、政治的なものに分類される。政治的なもののうち、一般的なものが、ほかならぬ国家 (Republica) である。

プーフエンドルフは、国家とは、「知性と意思を有する一個の人格」であり、個人の行為とは区別された、固有の行為をなすものである、とする。さらに、「国家は、一つの意思を有する倫理的結合体である」と述べている。すなわち、「複数の人間が相互に結合し、その結合の力によって、それらの者たちが、望み、かつ、行なうことがすべて、複数のものとはなく、一つの意思、一つの行為とみなされるとき、複合的な倫理的人格は形成される」のである。言い換えれば、複合的な倫理的人格と考えられる国家は、それ自体の、一つの知性、意思、行為、を有する結合体に他な

らない。⁽⁸⁸⁾

プーフエンドルフの倫理的存在論⁽⁸⁹⁾は、同時代および後世の人々には理解困難なものであった。⁽⁹⁰⁾そのため、その理論が全体として受容されるというとはなかった。ただ、倫理的人格としての国家という考えそのものは、内容は若干変更を加えられつつも、受け継がれていった。⁽⁹¹⁾後に詳論するように、ヴォルフもまた、国家を倫理的人格と捉えている。

もう一つ、理論的に注目されるのは、「国際社会」観である。グロティウスは、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム概念の基礎として「国家間の社会」を考えていた。すでに述べたように、それは、「国家」のみを構成員とする「国際社会」ではなく、王や自立的な諸権力などからなる「人類社会」であった。ところが、グロティウスの註釈者たちを中心としてなされた論争は、ユース・ゲンティウムの妥当基盤としての、個々の国家を構成員とする「国家間の社会 (Societas gentium)」が存在するののか、ということの一つの大きな論点としていた。

たとえばフェルデは、一六五三年に公開した、グロティウスの註釈書のなかで、アリストテレスの理論に依拠しながら、こうした社会の存否を検討している。かれによれば、人間たちからなる個々の国家は、最も完全な結合 (perfectissima consociatio)、自然により生みだされたものである。これに対して、個々の国家 (civitas) は帝国 (Imperium) を形成し、ちひな、もろもろの帝国は、「普遍社会 (universalis societas)」、言い換えれば、「もろもろの帝国からなる世界国家 (Imperiorum civitas maxima)」を形成する、そして、そこにおいては、特殊な自然法 (De peculiari jus naturae) ——つまり、ユース・ゲンティウム——が妥当する、とする。⁽⁹²⁾これに対してホラスウィンケルは、翌年この註釈書に対する反論を発表した。そのなかでかれは、複数の、最高権力を有する国家 (gens) が存在することと、すべての国家から構成される、上位者としての一つの国家が存在することとは矛盾する、ということを中心たる論拠として、こうした「普遍社会」の存在を否定している。⁽⁹³⁾

プーフエンドルフは、こうした論争をはっきりと意識していたかどうかは不明であるが、ホッブズの考えを基本的には受け継いで、国家間の関係を自然状態と捉えた。言い換えれば、その間には、個々の国家のような、契約により成立する社会⁹⁴ 国家は成立しない、と考えたのである。もともと、「自然状態」は論者によりその内実が異なる。たとえば、プーフエンドルフの考える自然状態は、ホッブズのそれとは異なり、万人の万人に対する闘いが荒れ狂う状態ではなく、平和的なものである。⁹⁵

国家間に「社会」または「国家」が成立するのかという問題は、その後も議論され続けた。たとえばヴィーコは、一七二〇年の論文のなかで、地上のすべての国家 (Respublicae) は、一つの大国家 (civitas magna) をなしているのであり、そこでは神が首長となっている、とする。⁹⁶ またグラフィエイは、一七三九年の著書のなかで、さきのフェルデ対ホラスウィンケルの論争を取り上げている。かれ自身は、国家間には、主人と奴隷、夫と妻、などの間にあるような「合意による社会 (Societas pactitia)」は存在しないとす。しかし、国家は相互に平和な状態、友好的な交際のなかに生きており、その間に自然的な社会が存在することは認めた。⁹⁷

この問題は、ヴォルフの国際法 (ユース・ゲンティウム) 理論の根幹である、「世界国家」概念にかかわることになるが、その点については、次章で詳論することにした。

以上述べてきたように、グロテウス以後の時代には、さまざまな学者が、主としてグロテウスの理論との対決を念頭に置いて、多様なユース・ゲンティウム論を展開した。ヴォルフは、これらの理論を始めとする、古代ローマ以来の、この概念の長い歴史を踏まえた上で、かれ独自のユース・ゲンティウム概念を提示していくことになる。

(一) JBP, Prol.28 が、最も有名な箇所である。このことについては、たゞえは、W.G.Grewe, "Grotius—Vater des Völkerrechts?" Staat, XXIII(1984), S.177; M.Behnen, "Der gerechte und der notwendige Krieg: 'Necessitas' und 'Utilitas'"

reipublicae' in der Kriegstheorie des 16. und 17. Jahrhunderts." J.Kunisch(Hrsg.), *Staatsverfassung und Heeresverfassung in der europäischen Geschichte der frühen Neuzeit* (Berlin, 1986), S.95, 98-9; 大沼保昭「結語」同編『戦争と平和の法——フーコー・グロティウスにおける戦争・平和・正義——』(東信堂 一九八七年) 五三六—七頁など参照。

- (2) 後世の私法論に及ぼした影響については、たとえば F.Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (2.Aufl.; Göttingen, 1967), S.290 (E.・ヤートマン・カール(鈴木祿弥訳)『近世私法史——特にドイツにおける発展を顧慮して——』創文社 一九六一年) 三三六—七頁)、『オットー・フォン・モントラの一連の研究 (R.Feenstra, *Fata Iuris Romani: Etudes d'histoire du droit* (La Haye, 1974), pp.323-91; *Id.*, "Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlichen und spätscholastischen Quellen," *Festschrift für F.Wieacker zum 70. Geburtstag* (Göttingen, 1978), S.209-34; *Id.*, "L'influence de la pensée juridique," *XVII^e siècle*, CXL(1983), pp.487-98; *Id.*, "Grotius et le droit privé européen," *Revue des Cours*(1983-IV), pp.453-69 など) 参照。なお、柳原正治「所有権・支配権」大沼・前掲書(注一) 二六六—七三ページをも参照。

- (3) グロティウスが一七世紀の学者に対して有したカリスマ的な影響については、異論がなく。ところが、一八世紀については、同じような影響力を有したとする見解と、すたれていったとする見解とに分かれてくる(J.G.Starke, "The Influence of Grotius upon the Development of International Law in the Eighteenth Century," *CH.Alexandrowicz (ed.), Grotian Society Papers 1972: Studies in the History of the Law of Nations* (The Hague, 1972), pp.162-3 参照)。以下本文で述べるように、「カリスマ」であったかはそのかかへとして、ヴァルフを始めとする一八世紀の学者の多くが、グロティウスを一つの模範と捉えていたことは間違いない。

なお、グロティウス以降の学者を「自然法学派」、「実定法学派」、「グロティウス学派」に三分する伝統的な学説がミスリーディングなものであることについては、後に詳論する。

- (4) たとえば、すでに一七八三年に出版されたある文献のなかで「グロティウスは「国際法の父 (Pere du Droit des Gens)」と呼ばれてくる (P.J.Neyron, *Principes du droit des gens européens conventionnel et coutumier* (Bronswic, 1783), p.28)。

周知のように、グロティウスを「国際法の父」と呼ぶことができるかについては、グロティウス以前の学者——とくに「ビトールリア——こそその名にあきわしいという観点からの批判(本章第一節注(82)(83)参照) また「グロティウス

- (11) S. Putendorf, *Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo* [The Classics of International Law, 15-1] (Cambridge, 1672; repr. Oxford/London, 1931), I, xiii, 24. フォトコピ用テキストと併せ、EJU 省略テキスト。
- (12) S. Putendorf, *De jure naturae et gentium libri octo* [The Classics of International Law, 17-1] (ed. ulhrai, Amsterdam, 1688; repr., Oxford/London, 1934), II, iii, 23. フォトコピ用テキストと併せ、JNG 省略テキスト。
- (13) ホブズ氏の『リヴァイオンサン』と併せ、同様の考え方を発見しようとする (Th. Hobbes, *Leviathan, or the Matter, Forme, & Power of a Commonwealth ecclesiasticall and civill* (London, 1651; repr., Oxford, 1909), Part II, Chap. xxx (p. 273) (I・ホブズ氏 (水田洋訳『リヴァイオンサン』(二) (岩波文庫 一九六四年) 二九八頁))。
- (14) JNG, I, vi, 4, 8, 9.
- (15) JNG, II, 4.
- (16) 「あながち上位者で由來するかのように諸国家を拘束する、厳密な意味での法律としての効力をたしかに有する、ノース・マンチエナム・ヴァルンターリウムまたは美定的なノース・マンチエナムが存在することは認めざるべし。」(JNG, II, iii, 23)。
- (17) JNG, II, iii, 23. 444' EJU, I, xiii, 25-6 を参照。
- (18) JNG, VIII, ix, 1. ノーンマンデルマンのノース・マンチエナム理論における、この同盟条約の役割を高く評価するのは、たとえ、E. Reibstein, "Putendorfs Völkerrechtslehre," *Osterr. Z. öffentl. Recht, N. F.*, VII (1956), S. 43-4, 68-72。444' W. G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte* (2. unv. Aufl.; Baden-Baden, 1988), S. 414 を参照。
- (19) JNG, II, ii, 11.
- (20) JNG, II, iii, 23. 444' B. Vitanyi, "L'interprétation des traités dans la théorie du droit naturel," *RGDIP*, LXXXIV (1980), pp. 550, 553 参照。
- (21) JNG, VIII, vi-x. 444' J. Sauter, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts. Untersuchungen zur Geschichte der Rechts- und Staatslehre* (Wien, 1932), S. 138 参照。
- (22) ノーンマンデルマンは『自然法およびノース・マンチエナム』の序文において次のように述べている。
 「主権者 (summi imperantes) を完全な国家の諸行為は、私人が相互に守らなければならない諸義務に関する、諸規則と一致しなくともみなされることか、しばしばある。したがって、主権者は私法の諸規則から免除されるのか、(免除されるとして) どの程度か、また、フランス人の用語法では Coups d'Etat と呼ばれる、国家理性 (Ratio Status) によって通常なれらる、と言われることか、どの程度まで証明されるのか、このことを問うのは、まったく無益では

なうてあらう。」(JNG, Praefatio)

しかしながらこれは、本文のなかで、この問いに対する完全な解答を出すことは、いつになかったのである (L. Krieger, *The Politics of Discretion: Pufendorf and the Acceptance of Natural Law* (Chicago/London, 1965), p.165 参照)。

なお、プーフENDORF は、自然法の掟には、絶対的なもの (absoluta) と仮言的なもの (hypothetica) がある、とすることがある。前者の絶対的自然法は、人間によって形成または受容された制度とは関係なく、あらゆる状態の、すべての人間を拘束する。これに対して、後者の仮言的自然法は、人間によって形成または受容された、ある状態または制度を前提とする。すなわちそれは、約束、所有権、国家主権 (imperium civile) の三つの制度を前提とする自然法である。実定国家法はこの仮言的自然法とは異なる。もっとも、実定国家法は、人間の法廷において、その拘束力を仮言的自然法から借りつづける (JNG, II, iii, 24; EJU, I, xiii, 16)。

エース・ゼンテマウは自然法と同一視されることになり、最高の「国際法」(höchstes Völkerrecht) は絶対的 (= 超実定的) 自然法において実現されるにすぎず、仮言的自然法の領域においては、国家理性に基く、「国際法」の「実定化 (Positivierung)」が大いに可能である、とする見解もある (E. Wolf, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (4. Aufl.; Tübingen, 1963), S.353)。論理的にはこのように考えられるべきでない。しかしながら、エース・ゼンテマウ・ヴォルターリウムの存在を明瞭に否定していることの方を注目すべきであろう。この仮言的自然法について、A. Dufour, "La ruses de la Raison d'Etat ou histoire et droit naturel dans l'œuvre et la pensée des Fondateurs du droit naturel moderne," *Festschrift für H. Thieme zu seinem 80. Geburtstag* (Sigmaringen, 1986), pp.278-9; 加藤新平『法哲学概論』(法律学全集、有斐閣、一九七六年) 一七三―一七五を参照。

- (23) この学派について、Thieme (Ann.5), 7-54, A. Dufour, *Le mariage dans l'école allemande—La doctrine naturelle moderne au XVIII^e siècle: Les sources philosophiques et la science politique de son temps* (2^e éd.; Paris, 1974), pp.27-48 (ユマナチ (西嶋法友訳) 『ルノートルの時代の政治学』(九州大学出版会、一九八六年) 二二―三九頁) など参照。なお、K. A. Modée (Red.), *Samuel Pufendorf 1632-1682: Ett rättshistoriskt symposium i Lund 15-16 januari 1982* (Lund, 1986), pp.31-51, 71-131 を参照。

- (24) Ch. Thomasius, "De crimine bigamiae," *Dissertationes juridicae* (Leipzig/Halle, 1695), §.XV; *Id., Fundamenta juris*

- naturae et gentium ex sensu communi deducta* (ed.4. Halle/Leipzig,1718; Ndr., Aalen,1963). I,v.65-78; J.Barbeyrac, "Note (3) à I,i,14," H.Grotius, *Le droit de la guerre, et de la paix* (trad.par J.Barbeyrac; Amsterdam,1724), t.I,p.56. 44
 44 Derathé(Ann.23), 386-97 (44・24・24・24) (西澤英太郎『民権英の權臣論』『民権英の權臣論』『民権英の權臣論』) 大正
 四年(一六八六年) 一五〇〜一五五頁) 參照。
- (45) Barbeyrac(Ann.24), 56.
- (46) J.Barbeyrac, "Note (2) à II, iii,23," S.Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens* (trad.par J.Barbeyrac;Basle,1732), t.I,p.213 參照。 44 44 E.d.Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite aux affaires des Nations & des Souverains* [The Classics of International Law, 4-1] (Londres,1758; repr., Washington,1916), Préface(pp.xi-xii) 44 參照。
- (47) I.G.Heineccius, *Elementa iuris naturae et gentium* (Halle,1738), I,i,21;II,i,1.
- (48) S.Coccej, "De iure gentium voluntario, ad Hugonis Grotii libros de iure belli ac pacis. Praecipue ad Prolegomena §. XVII, item ad lib.I. cap.I. §§.XIII & XIV," *Id., Introductio ad H.L.B.d.Cocceji Grotium illustratum* (Lausanne,1751), cap.I, §§.i-xxviii(pp.78-90.); cap.II, §§.xli-xlviii(p.100).
- (49) E.A.Berlingium, *De iure gentium voluntario* (Göttingen,1745), §. II.
- (50) *Ibid.*, §.XXVI.
- (51) Rivet(Ann.7), 424-6; E.Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (München/Leipzig,1898), III-1,17 44
 44 參照。 44 44 Sauter(Ann.21), 114-5;H.Welzel, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts* (Berlin,1958), S.1-3; H.Denzer, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der praktischen Philosophie* (München,1972), S.10-3; P.Laurent, *Pufendorf et la loi naturelle* (Paris,1982), pp.61-8; Moder(Ann.23), *passim*; N.Hammerstein, "Samuel Pufendorf," M.Stollis(Hrsg.), *Staatslehre im 17. und 18. Jahrhundert. Reichspublizistik, Politik, Naturrecht* (2.Auflf.; Frankfurt/M.,1987), S.172,193-4 44 44 44 參照。
- (52) J.Selden, *Mare clausum seu de dominio maris libri duo* (London,1635; Ndr., Osnabrück,1978), lib.I, cap.iii(pp.8-10), 44
 44 伊藤不二男『ローマの自由海論』(有斐閣 一九八四年) 一三四〜七頁參照。
- (53) J.Selden, *De iure naturali et gentium iuxta disciplinam Ebraeorum, libri septem*[Joannis Seldeni jurisconsulti ope-

- (15) J.W. Jones, "Leibniz as International Lawyer," *BYIL*, XXII(1945), pp.7-8 参照。
- (16) C.Joesten, *Christian Wolffs Grundlegung der praktischen Philosophie* (Leipzig,1931), S.IV-V 参照。
- (17) C.v.Bynkershoek, *Quaestioium juris publici libri duo* [The Classics of International Law, 14-1] (Leyden,1737, repr., Oxford/London,1930), Ad lectorem.
- (18) *Ibid.* lib.I, cap.ii(p.8); lib.I, cap.x(p.77); lib.II, cap.x(p.251); C.v.Bynkershoek, "De foro legatorum tam in causa civili, quam criminali, liber singularis," *Id., Opera minora, olim separatim, nunc conjunctim edita* [The Classics of International Law, 21] (ed.2.; Leyden,1744; repr., Oxford/London,1946), cap.III(p.442).
- (19) Bynkershoek(Ann.57), lib.I, cap.x(p.77). *Ibid.*, Ad lectorem 参照。
- (20) *Ibid.*, lib.II, cap.x(p.251); Bynkershoek(Ann.58), cap.III(pp.442-3); cap.XIX(p.540).
- (21) Bynkershoek(Ann.57), lib.II, cap.v(pp.217-22).
- (22) J.d.Louter, "Introduction," Bynkershoek(Ann.58), xx-xxi.
- (23) Bynkershoek(Ann.57), lib.I, cap.ii(p.10); lib.I, cap.xii(p.95). 1) の題面を誤読する G 参。 2) なる G 参。 E.Reibstein, "Von Grotius zu Bynkershoek," *Archiv des Völkerrechts*, IV(1953), S.15-7,29; Grewe(Ann.18), 416-7 参。
- (24) Bynkershoek(Ann.58), Ad lectorem(p.430); cap.XVII(p.525); cap.XIX(p.540). 1) の題面を誤読する G 参。 2) なる G 参。 Nussbaum(Ann.4), 168-9; M.Lachs, *The Teacher in International Law: Teachings and Teaching* (2nd ed.; Dordrecht etc.,1987), p.58 参。
- (25) 1) 本の著作群のリストを参。 R.Rürup, *Johann Jacob Moser. Pietismus und Reform* (Wiesbaden,1965), S.263 以下参。 2) 参。 モーザーの主要著作を第三章で取り上げる。
- (26) J.J.Moser, *Anfangs=Gründe der Wissenschaft von der heutigen Staats=Verfassung von Europa und dem unter denen europäischen Potenzen üblichen Völkern = oder allgemeinen Staats=Recht* (Tübingen,1732), Erster Theil, I,135.
- (27) *Ibid.*, I,4; I,iv,1 なる。 参。 *Ibid.*, Vorrede, §IV 参。
- (28) 同時代人の「キュンター・マック・ン・ヤムール・ウ・ド・マルテンスなる」の著作を重視して行った (Rürup(Ann.65), 100 参照)。 また「Rivier(Ann.7), 456 参。 実定国際法に關する」最初の G 参。 した著作づゑると高く評価した。 参。 M.Walker, *Johann Jakob Moser and the Holy Roman Empire of the German Nation* (Chapel Hill,1981), pp.60,338-9

次の参照。

- (66) L. Openheim, *International Law: A Treatise* (2nd ed.; London etc., 1912), pp. 90-2; Nussbaum(Anm. 4), 164-74; C.G. Fenwick, *International Law* (4th ed.; New York, 1965), pp. 65-6 以下。
- (70) Grewe(Anm. 18), 414 参照。
- (71) Koster(Anm. 10), 131-2; Nussbaum(Anm. 4), 135-6; U. Scheuner, *Schriften zu Völkerrecht* (Berlin, 1984), S. 354; M. Stollis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (München, 1986), I, 196 以下参照。
- (72) Selden(Anm. 32), lib. I, cap. iii(p. 9).
- (73) Zouche(Anm. 36), I, 1.
- (74) Leibniz(Anm. 52[1693]), Praefatio, §. XIV.
- (75) Bynkershoek(Anm. 57), Ad lectorem.
- (76) Th. Hobbes, *De cive: The Latin Version* [The Clarendon Edition of the Philosophical Works of Thomas Hobbes, II] (ed. by H. Warrander; Oxford, 1983), cap. XIV, §. iv(pp. 207-8); Hobbes(Anm. 13), Part II, Chap. xxx(p. 273) (ホブズ・前掲書(注3) 二九八頁); EJU, I, xiii, 24; JNG, II, iii, 23; Thomasius(Anm. 24[1695]), §. XV; Thomasius(Anm. 24[1718]), I, v, 65-78; Barbeyrac(Anm. 24), 56; Heineccius(Anm. 27), I, i, 21; II, i, 1; Coccej(Anm. 28), cap. I, §. iv(p. 79); cap. II, §. xlvii(p. 100).
- (77) たゞせば、ヴォンニウスを始めとするローマ法解釈学者の一部では、国家間の法としての(第二の)ホース・ゲンティムトという考え方は、必ずしも明確にはみられなからう。この点については、柳原正治「ホース・ゲンティウム概念の変遷——ヴォルフの二七二九年論文を中心として——」『国際法外交雑誌』八八巻二号(一九八九年)三〇頁(注(69))参照。
- (78) ボマンの「主権 (souveraineté, majestas, summa potestas)」を論じた名著『国家論六巻』が公刊されたのは、一五七六年(羅語版は一五八六年)のことである。したがって、この時期の学者がそれを参照してきたのは、いまでもなからう。ただ、これらの理論は、ボマンの主権論が影響を及ぼしているかは、必ずしも明確ではなからう。とうとうの「imperium, summum imperium, summa potestas, majestas など」といった言葉が使われている場合であっても、「ボマンのボマンの言うような「主権」と同じ概念内容であるのかは、一目瞭然ではないからである。
- 問題を複雑にして、もう一つの要因は、神聖ローマ帝国における、帝国と領邦との関係である(たとえばライプニッツは、皇帝に帰属する「至高権 (majestas)」と領邦君主に帰属する「最高権 (suprematus)」とを区別する(G. W. Leibniz [Caesarinus Fürstenerius], *De jure suprematus ac legationis principum Germaniae* [G. W. Leibniz, *Sämtliche*

- (87) プーンフェルトの論理的存在論は、自然的存在という基礎の上に成り立っているものであり、具体的な存在とまったく切り離された、抽象的な存在ではない。そのため、とりわけ個々の人間については、「身分制的な具体的な地位・任務」との遮断がなされてしまわないこととなる。この指摘がなされている(村上淳「『ドイツ市民法史』(東京大学出版会、一九八五年)」、一〇〜三頁)。ただし、国家そのものについて、そのような問題はあまり意味がなない。
- (88) Welzel(Ann.31), 29-30. なお、F.Palladini, *Discussioni scientesche su Samuel Pufendorf: Scritti latini*. 1663-1700 (Bologna, 1978), pp.163-393; Laurent(Ann.31), 131-2. 参考。
- (89) たんやせ、ライプニッツは「国家的な国家的人格 (persona civilis)」と捉えて、その (Leibniz Ann.52[1693]), Praefatio, §.XIV)。支配者の人格と抽象的な国家人格との制度的な分離が、ライプニッツとみられることについては、Schneider(Ann.54), 215. 参照。なお、O.Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik* (2.Aufl.; Breslau, 1902), S.192-200; Häfelin(Ann.88), 41-4; H.Quaritsch, *Staat und Souveränität* (Frankfurt/M., 1970), 1474-80; Derathé(Ann.23), 397-410 (註、トント・相模論文(注2))、一六五〜一七二頁) なども参照。
- (90) Jà Felde, *Annotata in Hug. Grotium de jure belli et pacis* (Amsterdam, 1653), Notata ad Prolegomena, "Sed sicut" [Pol.17].
- (91) Th.I.F.Grasswinckel, *Stricturae ad censuram Ioannis a Felden I.U.D. ad libros Hugonis Grotii de jure belli ac pacis* (Amsterdam, 1654), Stricturae ad Prolegomena, "Sed sicut" (pp.20-2). なお、Reibstein(Ann.9), 82-3. 参照。ただし、ライプニッツとみられる。基本的には、ゾランゴヤ(後注(87)参照)に依拠する。両者の論争の要約は、正確なものでないと思われる。
- (92) JNG, II,ii,4.
- (93) JNG, I,i,7-8; II,ii, 8-10.
- (94) G.Vico, *De universi juris uno principio et fine uno liber unus* [Opere di Giambattista Vico, II (Napoli, 1858), cap. CLVI, §.iii(p.163). 参考、K.Prigge, *Christian Wolffs Lehre von der ciuitas maxima gentium* (Dissertation; Göttingen, 1953), S.64 [Ann.194] 参照。
- (95) Glatfey(Ann.7), III.Buch, §.xxviii(S.111-3).