

グロティウス『自由海論』の分析

伊藤, 不二男
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1652>

出版情報：法政研究. 39 (2/4), pp.201-248, 1973-06-30. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



グロティウスの『自由海論』の分析

伊藤不二男

一 『自由海論』の構成

ここでは、グロティウス Hugo Grotius, 1583-1645. の『自由海論』⁽¹⁾ Mare liberum, 1609. の内容を要約し分析することを主たる目的とする。(従って、この『自由海論』がひき起した論争やそれが後世におよぼした影響などについては、機会を改めて論じることにする。)

そうすれば、グロティウスの『自由海論』は、ポルトガルの東インド通商の独占に反対し、東インドとの通商がすべての国民にとって自由であることを論じたものである。が、その『自由海論』は、序文と一三の章からなっている。その序文と各章の題名は、つぎのとうりである。

(序文) キリスト教世界の諸君主と自由な諸国民に対して。

第一章 航行は、万民法によってなにも人にも自由である。

第二章 ポルトガル人は、オランダ人が航行する東インド諸島に対して、発見によっていかなる支配権をも有しない。

第三章 ポルトガル人は、東インド諸島に対して、教皇の贈与によって支配権を有しない。

第四章 ポルトガル人は、インド人に対して、戦争にもとづいて支配権を有しない。

第五章 インド人のところへ行くまでの海と、その海を航行する権利は、占有によってポルトガル人の独占

とはならない。

第六章

海と航行の権利は、教皇の贈与によってポルトガル人の独占とはならない。

第七章

海と航行の権利は、時効や慣習によってポルトガル人の独占とはならない。

第八章

通商は、万民法によっていかなる人の間においても自由である。

第九章

東インドとの通商は、先占によってポルトガル人の独占とはならない。

第一〇章

東インドとの通商は、教皇の贈与によってもポルトガル人の独占とはならない。

第十一章

インド人との通商は、時効や慣習によってもポルトガル人の独占とはならない。

第十二章

ポルトガル人が通商を禁止するのは、衡平にもとづいても、いかなる支持をもうけない。

第十三章

オランダ人は、インド人との通商の権利を、平和のときでも、休戦のときでも、戦争のときでも、維持しなければならない。

これらの序文と一三の章を通して、グロティウスの『自由海論』は、つぎのように構成されている。⁽²⁾

(一) 序文は、問題解決のための、判断の究極の基礎である普遍的人類社会の思想を説いたものである。が、本文においては、二つの命題が提起されている。

第一の命題は、航行の自由ということ、すなわち、万民法により航行がすべての人に自由ということである（第一章）。

第二の命題は、通商の自由ということ、すなわち、万民法により通商がすべての人の間に自由ということである（第八章）。

『自由海論』は、この二つの命題を論証する仕組になっている。

(二) その場合、第一の命題は、二つに分けて論じられている。第一は、支配権（主権）の否認である。いいかえると、ポルトガル人が東インドに対して支配権（主権）を有しない、ということである（第二―四章）。すなわち、かれらは、発見によっても（第二章）、教皇の贈与によっても（第三章）、戦争によっても（第四章）、そのような支配権（主権）を取得したことがないから、というのである。

(三) 第二は、海洋の自由である。いいかえると、東インドへいたる海とその海を航行する権利とが、ポルトガル人の独占ではない、ということである（第五―七章）。すなわち、かれらは、先占によっても（第五章）、教皇の贈与によっても（第六章）、時効や慣習によっても（第七章）、そのような独占の権利を主張することができない、ということである。

(四) 第二の命題の通商の自由は、つぎのように分けて論じられている（第九―一二章）。すなわち、ポルトガル人は、東インドとの通商の独占権を先占によっても（第九章）、教皇の贈与によっても（第一〇章）、時効や慣習によっても（第十一章）、さらに衡平上でも（第十二章）主張することができない、というのである。

(五) 最後に結論として、オランダ人は東インドとの通商を、いかなるときでも維持しなければならない、ということ。すなわち、スペインと平和条約が成立しても、あるいは平和条約の締結が不成立となり、ただ休戦条約を結ぶことになっても、さらには、そのいずれの条約の締結にも失敗し、依然として戦争が続行されることになっても、そうである、というのである（第十三章）。

従ってグロティウスの『自由海論』は、全体を通じてみると、その表題が『自由海論』となっているにもかかわらず、主たる議論の対象としては、通商の自由を説いたものである。海洋の自由は、むしろその通商の自由を論証するための論拠として、その書の一部（第五―七章）のなかで論じられているにすぎない、⁽³⁾ ということになる。しかしな

がら、この書が、国際法学説史上、海洋の自由を説いたもっとも代表的な著作として重要な文献であることは、いうまでもない。

いまその内容を要約すれば、以下にのべるとおりである。

(1) グロティウスの『自由海論』の成立については、拙稿「グロティウス『捕獲法論』の研究序説」(法政研究、第二九巻、第一―三合併号、二四八―二五〇頁)と拙稿「グロティウスの『自由海論』と『捕獲法論』第二章との比較」(法政研究、第三六巻、第二―六合併号、四六五―四八七頁)を参照されたい。

(2) Fraus De Pauw, Grotius and the Law of the Seas (Translated by P. J. Arthern, F. I. L.), 1965 Edition de l'Institut de Sociologie, Université de Bruxelles, p. 30.

(3) W. S. M. Knight, The Life and Works of Hugo Grotius, The Grotius Society Publications, No. 4, 1925, p. 93.

二 序文、第一章

(序文) キリスト教世界の諸君主と自由な諸国民に対して。⁽¹⁾

(一) 正と不正とは、本質にもとづいて区別されるのではなくて、人間の根拠のない意見や慣習によって区別される、という間違った考えがある。これは主として、権力や富によって大きな勢力を有する人たちがもちたがる意見である。だから、かれらは法律を、従属的な地位にあるものの反抗を抑圧する手段にすぎない、と考える。そして、支配的な地位にあるかれら自身が、その意思にもとづいて法律を定めるのであるが、その意思は、かれらにとって有益かどうかによってはかれられなければならない、とする。これは、明かに不合理で自然に反する意見である。しかし、この意見はかなり広く支持されている。が、それは、人間に共通な弱さのために、われわれにも悪を支持しようとする

る傾向があることと、それにかたて加えて、権力にとり入ろうとする人たちの巧妙な手口が働くからである。

(二) しかしながら、これに反していつの時代にも、この間違った意見に反対する賢明にして信仰の厚い人たちがいた。これらの人たちは、つぎのことを証明した。すなわち、(1) 神が世界の創造主であり、人類の父であるが、その神は全人類が普遍的な社会を構成するように創造し、その社会のなかですべての人間に普遍的に当てはまる、全人類に共通な法を定めた。が、(2) その法は銅板や石板にしるされたものではなく、各人の心にきざまれたものである。従って、人間はだれでも、自分の良心に訴えて判断すれば、容易にその法をすることが出来る。(3) それゆえに、その法はすべての人を拘束する。最高の地位にあるものも、最下位の地位にあるものも。君主といえども、その法の拘束力をのがれることはできない。そればかりではない。国家や都市の法律自身が、その神の定めた法からひきだされたものであり、それゆえに、それらの法律の權威と拘束力は、その神の法にもとづくものである、ということである。

(三) とところで、人間の所有についてみると、一方では、すべての人間に共通に所有されているものと、他方では、各人に帰属し、各人がめいめい所有しているものとがある。これは、自然が人間の使用のために創造した物を、そのように区分することを、自然が欲したためである。が、その結果、法律もつぎの二つの場合について定めている。一つは、すべての人たちが、他の人を害することなく、共通に使用しうる、という場合である。他は、各人が自分で所有するもので満足し、他の人の所有を侵してはならない、という場合である。

(四) これらのことは、なに人も人間であるかぎり、しらないとはいえないことである。未開の諸民族でさえもそれらのことを認めている。とすれば、キリスト教徒である諸君主や自由な諸国民は、なにを考え、なにをなすべきであらうか。もしある人が、そのようなことには正確に答えられないというならば、たしかに諸君は、諸君がなにをなすべきかということを、諸君がみずから他の人に命令すること、つまり自分の国の国内の法律でどう定められている

かということからしることが出来る。そうすると、諸君のうちのなに人も、各人が自己の所有する物に対して、これを支配し自由に使用しうる権利を有する、ということをも主張しないものはない。また、すべての国民が河や公の場所を平等に使用しうる権利を有する、ということをも主張しないものもない。さらにまた、交通と通商の自由を、全力をつくしてまもうとしないものもない。

(五) これらの規則がまもられないならば、たしかに国家とよばれる小さな社会は存立することができなくなる。もしそう判断されるならば、なぜそれと同じことが、全人類の社会とその調和を維持するために必要ではないのか。もし国家の内部において、あるものがそれらの規則に違反するならば、君主や国民はこれに対して憤りを感じ、刑罰を加えることになる。その理由はもっぱら、そのような行為が許されるときには、国家の統治が乱されるから、という以外にはない。そうであるとすれば、もし諸君主や諸国民相互の関係において、君主や国民が他の君主や国民に対して不正を犯すならば、それは普遍的人類社会という大きな国家の平和を乱し、最高の支配者である神に対して不正を行なう、ということになるのではないか。

(六) だから、両者の場合は全く同一である。ただ異なる点といえば、つぎのことだけである。すなわち、国家の場合には、不正を裁判し、これを処罰するのは、君主（または共和国の場合には自由な国民の代表者）である。神がそのようなに任せたからである。しかし、普遍的人類社会の場合には、君主や国民の行為を裁判し処罰するのは、神である。神がそのことを留保しているためである。

(七) しかしながら、神はその最後の審判と処罰を自分に留保しているだけであって、現に、人間の事柄に介入する二人の裁判官を任命している。それは、各人の良心と世論である。これらの裁判官の裁判なら、いかなる罪人といえどもこれをのがれることができないし、またそれらの裁判官に対してなら、いかなる無力な人たちでも訴えること

ができる。

（八）この二人の裁判官に対して、いまここに新しい事件を提訴する。それは、海洋のほとんど全域や、航行の権利や、通商の自由に関するものである。具体的にいうと、それはいまオランダ人とスペイン人との間に論争されている問題である。が、つまり、広大無辺な海洋がある特定の国家の領域となりうるか、それとも、それは全世界の領域であるか、ということ。ある国家が、他の諸国民が相互に通商し、交通するのを禁止する権利を有するか、ということ。自分の物でない物を他の人に与えたり、すでに他の人の所有に属する物を発見（先占）によって取得することができるか、ということ。明白に不正なことが、永い間慣習として行なわれてきたということ、正しい権利となりうるか、ということである。

（九）この論争の解決のために、まず相手のスペイン人にわかりやすい根拠を求め、神的な法や人定法の權威であるスペインの学者の判断に訴え、スペインの固有の法を援用する。しかし、それでも相手が自分たちの不正な主張をあらためようとしなければ、そのときには、キリスト教世界の諸君主や自由な諸国民の信念に訴える。

（一〇）われわれは、決して複雑な込み入った問題を提起するのではない。それは、宗教上の難しい問題でもなければ、オランダ共和国の地位とか自由に関する問題でもない。われわれがここに提起する問題は、いかなる面倒な調査も必要としない。その場合の判断の基礎となるのは、上述の普遍的人類社会に共通の法であって、その法はすべての民族において同一であり、人間に生得な自然の法で、各自の心にきざまれたものであるから、自分の良心に訴えて判断すれば、だれでもそれを容易にすることができる。

（一一）キリスト教世界の諸君主よ。諸国民よ。この事件を審議してもらいたい。もしわれわれがこの事件において、なにか不正な要求をなし、なにか罪となるようなことを犯すならば、われわれは諸君の怒りばかりでなく、全人

類の憎しみをも甘んじてうけるであろう。われわれはいまや、諸君の良心の判断と衡平の観念にまかせてもよい。

(一二) かつて、比較的文化の進んだ諸国民の間においては、自分たちの事件を仲裁裁判に付託しようと申し出たものに対して武力に訴えることは、最大の罪と考えられていた。従って、そのような正しい申し出でを拒絶したものに對しては、それらの諸国民は、すべての国の国民の敵として、協力してこれを抑圧した。それゆえに、この目的のために同盟が結ばれ、裁判官が任命されることもあった。君主や有力な諸民族は、他の傲慢なものを押えつけ、他の弱い罪のないものを助けることほど、誇りにみち称讃に値することはない、と考えた。

(一三) たしかに、もし人間が、人類に属するいかなるものも自分たちと無関係なものはない、と考える慣習が今日でもまもられていたとするならば、われわれは、はるかに一層平和な世界に生存することになったであろう。なぜなら、多くのものたちの傲慢さが和らげられ、今日、利益のために正義を無視する人たちも、不正を行なえば自分自身が損害をうけるということを自覺して、それを行なわないようになったであろうから。

(一四) しかしこの事件において、われわれは、根拠のないことを主張しているのではない。この事件に対して、われわれがこれまで莫大な経費をかけたことを充分に評価するならば、戦争の原因も平和の達成がおくれたこともわれわれのせいではないことを、諸君も認めるであろう。このことを、われわれははっきりと確信する。諸君は、これまでわれわれに好意を示してきたように、将来においてもますますそうするであろう。幸福の第一の条件は正しい行為をすることであり、第二の条件は正しい評判をきくことであると考える人たちにとっては、それ以上に好ましいことはありえない。

第一章 航行は、万民法によってなにも人にも自由である。

(一) これから論証しようとするのは、オランダ人が東インドに航行し、その住民と通商を行なう権利を有する、ということである。

(二) その根拠は、自明にして不変的な第一の万民法の⁽²⁾、もっとも明白な規則にある。その規則とは、いかなる民族も他のいかなる民族のところへでも行き、これと通商を行なうことが許される、ということである。

(三) このことを、神もみずから自然を通して示している。すなわち、神は、あらゆる生活必需品がどこでも自由になれるというように創造したのではなくて、むしろ、諸民族が異なる生活必需品を生産し、その結果、かれらが相互に有無相通じあうことによって、人間の友情が温められる、ということ⁽³⁾を欲したのである。

(四) それゆえに、この諸民族の相互依存の関係を阻害するものは、人類の社会を破壊し、結局は自然そのものを打ちこわすことになる。

(五) たしかに、神が海をもって陸地をかこみ、風をいろいろな方向から吹かせるようにして、いずれの方向へも航行できるようにしたのは、すべての民族が他のすべての民族のところへ行くことが、自然によって許されていることの証拠である。

(六) 従って、この権利はすべての民族に等しく属するものである。それゆえに、いかなる国家や君主も、他のものが自国の国民のところへきて、これと通商することを一般的に禁止することはできない、とをもって有名な法律学者たちも主張する。⁽⁴⁾

(七) また、この航行と通商の権利は、もしそれが拒否されたならば、戦争の正当な原因となりうるものである。そのような事例は、これまでも沢山あった。ビトリア Francisco de Vitoria, c. 1480/6—1546. も、スペイン人がインディオに対して行なった戦争について、そのことを説いている。⁽⁵⁾ アウグスティヌス Augustinus, 354-430. も

そうである。すなわち、かれの説によると、「無害の通過」は、「人類社会の法によって」許されなければならないものと認められている。⁽⁶⁾

(八) そこで上述のことから、つぎの結論が導きだされる。すなわち、たとえポルトガル人が東インド諸島に対して支配権(主権)を有するとしても、もしオランダ人がそれらの地方へ行き、そこで通商を行なうのを妨害するならば、かれらはやはりオランダ人に対して不正を加えることになる、ということである。まして、ポルトガル人は、それらの地方に対して支配権(主権)を有しないのであるから、なおさらである、ということになる。

(1) この序文は、『自由海論』が出版されたときに、はじめて書かれたものである。従って、『自由海論』のもとである『捕獲法論』第二章にはなかったものである。前掲、拙稿「グロティウスの『自由海論』と『捕獲法論』第二章との比較」(法政研究、第三六巻、第二一六合併号)四六九、四七五―四七八頁参照。

(2) ここに第一の万民法というのは、本質的には自然法のことである。『自由海論』の場合、従って『捕獲法論』の場合にはグロティウスは万民法を、第一の万民法 *jus gentium primum* と第二の万民法 *jus gentium secundarium* とに区別して考える。その場合、第一の万民法は、全人類の合意にもとづく法である。全人類の合意にもとづくとは、その法が全人類に共通であることを意味する。グロティウスは、この法を第二の自然法 *jus naturae secundarium* ともいう。第二の自然法とは、第一の自然法 *jus naturae primum* (それは、神の意思 *Dei voluntas* の現れで、人間のみならずすべての被造物を支配するものである。)の一部で、その第一の自然法が人間の理性に反映したものである。従って、要するに、第一の万民法は、理性的被造物である人間にのみ共通な自然法ということになる。第一の万民法については、グロティウスは、『捕獲法論』の第二章 *De jure praedae*, c. 2. で詳しく説いている。このグロティウスの万民法の考えは、バスケスの説 *Fernando Vasquez de Menchaca, 1509-1566, Illustrium Controversiarum libri tres* (1564), Lib. II, c. 89, nos 24-27. (Franc. Fabri Lugdun. & Jacobi Stoer, 1595, p. 751-752.) に従ったものとおもわれる。拙稿「『捕獲法論』におけるグロティウスの国際法(万民法)の基本観念」(前原光雄教授還暦記念『国際法学の諸問題』、昭和三八年、慶応通信)、一八三―二〇〇頁参照。

(3) グロティウスは、神の意思 *Dei voluntas* が法の根源であるという主義主義 *voluntarisme* の立場をとっている。このことについて、前掲、拙稿「『捕獲法論』におけるグロティウスの国際法（万民法）の基本観念」、一八四、一九九頁参照。

(4) ここに「もっとも有名な法律学者たち」とあるなかの一人として、ゲンティリス *Albericus Gentilis*, 1552-1608. が引用されている。それは、ゲンティリスの『戦争の法について』、第一巻、第一章（*De jure belli* I, 19.）である。しかしこの『自由海論』の第一章は、ゲンティリスの『戦争の法について』、第一巻、第一章にもとづいて書かれたものと評せられる。しかもその場合、グロティウスの引用は不正確である。このことについて、W. Knight, *op. cit.*, p. 94-95. 参照。しかもまた、グロティウスは、ただこの一箇所だけ、ゲンティリスの名をあげているだけである。この点について、Fraus De Pauw, *op. cit.*, p. 32 note (43) 参照。

(5) このところで『自由海論』は、ビトリアについてつぎのようにのべている。ビトリアも、スペイン人がインディオに対して行なった戦争が、もしつぎの理由にもとづくとするれば正当であったと説いている。すなわち、(1) スペイン人がインディオの国を旅行し、そこに滞在することを禁止された、ということ。(2) 万民法によってすべての人に共通に認められているものに参加することが妨害された、ということ。(3) 通商を行なうことが許されなかった、ということである。（*Mare liberum*, 1609, c. 1, p. 3.）と。

(6) このように陸上における領地の無害通過 (*innoxius transitus*) が許されなければならないこと、従ってそれが拒絶されると、そのことが戦争の正当原因となりうることは、アウグスティヌスの説であり、それ以来この説は、中世から近世初期のころを通じて、神学者や教会法学者の間の伝統として認められた。

三 第二一四章

第二章 ポルトガル人は、オランダ人が航行する東インド諸島に対して、発見によっていかなる支配権をも有しない。

(一) ポルトガル人は、東インド諸島の支配者ではない。このことの第一の論拠は、つぎの点にある。すなわち、なに人も自己の所有しない物の支配者ではない、ということである。

(二) 東インド諸島は、これまでつねに、独自の王や国家や法律を有したし、現在もそうである。従って、ポルトガル人がその地方で通商を行ないうるのは、その地方の君主からそのことを許されているからである。いいかえるとかれらがその地方に行くことができるのは、外国人としてであって、かれら自身がその地方の支配者であるためではない。⁽¹⁾

(三) しかし、ポルトガル人がその地方を発見によって取得した、と主張するものがある。けれども、この主張は根拠がない。というのは、発見とは現実を取得することであるが、ポルトガル人は東インドに守備隊をおいていないので、その地方を発見によって取得したなどとは、主張することができないからである。

(四) のみならず、東インドは、ポルトガル人がその地におもむくより幾世紀も前に、すでによく知られていた。だから、ポルトガル人がはじめて発見したわけではない。

(五) さらにまた、発見によって権利を取得するためには、無主物を対象としなければならない。しかし、東インドの人たちは、ポルトガル人がかれらのところへきたときは、すでに公的にも私的にもかれら自身の土地やその他の財産に対して、支配権を有していた。が、その支配権は、正当な理由がなければ、かれらから奪いとることができないものである。⁽²⁾

(六) たとえかれらが異教徒であるとしても、そうである。それゆえに、ビトリアもいう。「キリスト教徒は、ただ相手が異教徒であるというだけの理由で、かれらがなんらの不正も犯さないのに、異教徒から世俗的な権力や支配権をとりあげることができない、」⁽³⁾と。⁽⁴⁾

(七) また、東インドの住民が、実際にはそうではないにもかかわらず、未開人であるから、これを教化するためということに、かれらを征服する口実を求めようとするのは、不正であり神聖を侵すものと考えられる。このことは、すべての神学者、ことにスペインの神学者も認めているとうりである。⁽⁵⁾

第三章 ポルトガル人は、東インド諸島に対して、教皇の贈与によって支配権を有しない。

(一) 第二の論拠として、教皇アレキサンドロス六世 Pontifex Alexandrus の分割があげられる。が、その場合、教皇はポルトガルとスペインによって仲裁者に選ばれたのであるから、かれはその両国間の紛争を解決することが目的であつたのかもわからない。もしそうであるとすれば、教皇の決定は、その二国間だけのことで、他の諸国家には関係がないこととなる。

(二) しかし、もしそうではなくて、教皇がその二つの国に、おのおの世界のおよそ三分の一に相当する地域を与えようと欲し、かつそうする権限があつたとしても、それでもやはり、それによって直ちに、ポルトガル人がそれらの地域の支配者とはならないであろう。というのは、贈与が支配権を成立させるためには、引渡しが必要であるからである。そればかりでなく、この場合、教皇が贈与したのは他人の財産である。従って、その贈与はなんらの効果もない、ということになる。

(三) スペインの神学者も、つぎのことを認めている。それは、教皇が全世界の世俗的な支配者ではない、ということである。教皇は、ただ宗教上の管轄権を有するにすぎない。もしかりに教皇がなんらか世俗的な支配権を有するとしても、それはただ宗教上の目的を達成するためにのみ行使しうるにすぎない、ということになる。ところで、異教徒の諸民族は教会に属さないので、教皇はそれらの諸民族に対しては、いかなる権力をも有しない。それゆえに、

教皇がそれらの諸民族の支配する地域をポルトガルとスペインに贈与したのは、他人の土地を与えたことになる。

(四) そこで、カヂェタヌス Cajetanus, 1468?—1534. やビトリアのような神学者や教会法学者も、つぎのように説く。すなわち、インディオの地方を、教皇からの贈与によって与えられたからとか、インディオたちが教皇の支配権を承認しないからという理由で、その地方に対する支配権を主張することは許されない⁽⁶⁾、と。たしかに、ただそれだけの理由によってなら、サラセン人からさえも、かれらの土地や財産を取りあげることが許されないのは明白である。

第四章 ポルトガル人は、インド人に対して、戦争にもとづいて支配権を有しない。

(一) そこで、領土に対する支配権を取得するための最後に残された理由は、戦争である。しかしその場合でも、占領の後でなければ、支配権は成立しない。けれども、ポルトガル人は東インドの地方を占領したことはなかったし、また、現にオランダ人がそこへ行った当時、その地方の住民はいかなる戦争も行なっていなかった。従って、ポルトガル人は、戦争にもとづきいかなる権利も主張することができなかった。

(二) たしかに、ポルトガル人には戦争に訴えるいかなる口実もなかった。スペイン人がインディオに対してなしたように、野蛮人に対して戦争を行なうためには、つぎの二つのことを理由とするのが習わしである。第一は、かれらによって通商が妨害されたということであり、第二は、かれらが真実の宗教を認めようとしな^い、ということである。しかし、実際に、ポルトガル人は東インドの住民と通商を行なう権利を認められている。従って、この点については、かれらはいかなる理由も有しない。

(三) 第二の理由、すなわち、野蛮人が真実の宗教を認めようとしな^いということとは、正当な理由ではない。この

理由によって野蛮人に対して戦争を行ない、かれらの財産を取りあげることが許されないことは、すべての神学者、教会法学者、法律学者の共通の結論である。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

(四) それゆえに、東インドの住民の財産や支配権は、かれら自身のものであって、他のものがこれを正しく取得することができないはずのものであるから、それらの住民は、ポルトガル人の支配に服するものではなく、自分自身の権利を有する自由人ということになる。このことについては、スペインの学者たちもなんらの疑問も有しない。

(1) 『自由海論』は、その理由として、さらにつぎのようにのべている。「このことは明白である。支配のためには所有が必要であるが、ポルトガル人は、その地をこれまで一度も所有（領有）したことがないから、」(Mare liberum, 1609, c. 2, p. 5.)と。

(2) 『自由海論』における、発見の権原についてのこのグロティウスの説明は、ビトリアの説と全く同一である。ビトリアの説について、拙著『ビトリアの国際法理論』（昭和四〇年、有斐閣）、八八―九〇頁参照。

(3) 『自由海論』はまた、その理由として、このところで、さらにつぎのようにのべている。「それは、トマスのように、信仰が、支配権の根拠である自然法や人定法を無効にすることはないからである。たしかに、相手が異教徒であるというだけの理由で、その所有するものを取りあげるのは、窃盗であり、奪略である、」(Mare liberum, 1609, c. 2, p. 6-7.)と。

(4) 『自由海論』は、このところで、その理由として、さらにビトリアの説を引用して、つぎのようにのべている。「それゆえに、ビトリアがつぎのようにいうのは正しい。すなわち、スペイン人はこの宗教の相違という理由にもとづいて、インディオに対していかなる権利（支配権）をも取得しない。が、それは、インディオが、もしそのなかのあるものが、他のだれよりもさきにスペインへ行ったという場合に、スペイン人に対していかなる権利（支配権）をも取得しないのと同様である。」(Mare liberum, 1609, c. 2, p. 7.)と。

(5) 『自由海論』ここでは、「すべての神学者たち、ことにスペインの神学者たち」として、その例にただバスケス Vasquius, *Controversiae illustres*, Praefatio, n. 5. をあげているだけである。が、ビトリアもそのことを説いている。前掲

拙著『ビトリアの国際法理論』、一〇四—一〇五頁参照。

(6) ビトリアの説について、前掲、拙著『ビトリアの国際法理論』、九六—九七頁。

(7) 『自由海論』はこのところで、その理由として、カヂェタヌスの言葉を引用してつぎのようにのべている。「野蛮人は異教のゆえに支配権を奪われることはない。支配権は実定法にもとづくものであり、異教は神法にもとづくものであるが、実定法は神法を無効とすることはないからである、と。またいう。キリストの信仰を戦争によって抔めることは、最大の罪を犯すことになる。異教徒の土地を、かれらがキリスト教の信者でないという理由で、戦争によって取りあげるものは、正当な支配者ではなく、大規模な窃盗を犯すものであり、従ってそのものは、不正な征服者または不正な奪略者として、その土地を返還する義務をおう、」(Mare liberum, 1609, c. 4, p. 11-12.) と。

(8) 宗教の相違、すなわち相手が異教徒であるということが、戦争の正当原因とはなりえない、ということについての聖トマス Thomas Aquinas, 1227-1274. やビトリアの説について、前掲、拙著『ビトリアの国際法理論』、一四〇—一四二頁。

四 第五章

第五章 インド人のところへ行くまでの海と、その海を航行する権利は、占有によってポルトガル人の

独占とはならない。⁽¹⁾

(一) これまでのところで、ポルトガル人が東インドの住民や土地に対して、支配権を取得しなかったということが証明されたので、こんどは、ポルトガル人が海や航行について独占権を主張することができるかどうかを考えよう。そうすると、海は万民法上、無主物 *res nullius* とか共有物 *res communis* とか公物 *res publica* といわれるが、これらの言葉の意味を正確に理解するためには、まず人類の歴史をふり返ってみる必要がある。

(二) その人類の歴史のなかで、まず人類が創造された最初の時代には、あらゆる物がすべての人の共有であっ

た。⁽²⁾ この共有のことが、本質的には自然法である第一の万民法⁽³⁾によって定められていた。しかし、この共有の時代が後に分割の時代に移り、私的所有が認められることになった。が、この推移は徐々に実現して行った。すなわち、はじめは食物や飲物のような、それを使用すれば、使用者の肉体となって消滅してしまうようなものについて私的所有の觀念が成立し、それが後に、次第にゆっくりと衣類のような動産や動物に拡がり、やがては不動産にも拡張されることになったのである。

(三) このように、私的所有は肉体的な取得 *applicatio corporalis* にもとづいて生じることになった。が、その肉体的な取得とは、すなわち占有のことである。従って結局、所有は占有にもとづくもの、と考えられるようになった。

(四) しかし、あらゆるものが私的な所有に分けられたのではない。⁽⁴⁾ 占有することのできないものは、共有時代のむかしのとうり、すべての人の共有のままに残された。そこで、そのようなものについて、つぎの二つの原則が定められた。第一は、占有されえないか、または、これまで一度も占有されたことのないものは、なに人の財産でもありえない、ということである。なぜなら、すべての私有の財産は、占有にもとづいて生じるからである。第二は、ある人が使用しても、なお他のすべての人が共同に使用しうるように、自然によって作られたすべてのものは、それがはじめに自然によって作られたときと同じ状態で、今日でも存在するばかりでなく、永久にそのように存在しなければならぬ、ということである。

(五) この二つの原則は、流れる水や空気や海岸や海などに当てはまる。⁽⁵⁾ それゆえに、これらのものは、自然法にもとづいて共有物とよばれ、万民法にもとづいて公物とよばれる。が、それは結局、同一のことである。どちらも、すべての人が共通に使用しうるものということである。さらにまた、それらのものは、私的な所有の対象とはなりえ

ないということから、無主物ともいわれる。が、この場合、無主物には二つの種類がある。第一の種類のもは、野獸や魚や鳥のように、なに人の所有にも属さないが、しかし、なに人でもこれをとらえたものの所有となりうるものである。第二の種類のもは、全人類の合意によって、永久に私的な所有の対象とはなりえないものと定められたものである。が、それは、それらのものの使用がすべての人に共通に認められていて、その共通の使用を、ある一人の者が他のすべての者から取りあげることが許されないものである。海は、すなわちこの種類のものに属する。それゆえに、海がある特定の人の私有財産となることは、いかなる場合においても、ありえないことである。⁽⁶⁾

(六) 従って海の場合には、「狭い部分」 *diverticulum* を除いて、そこに工事をしたり、囲いで仕切ったりすることは許されない。そのようなことをすれば、他の人の共通の使用を害することになるからである。しかし、海の場合でも、「狭い部分」についてだけなら、一時、これを占有することが許される。だからたとえば、ある人が海の狭い部分を杭で囲んで魚の生洲を作り、それを私有のものとしても、そのことは決して違法を犯すことにはならない。⁽⁷⁾ しかしながら、この「狭い部分」をこえて、海の広大な区域について、他の人の共通の使用を妨害することは、許すことのできない害悪である。

(七) かくして海は、要するに取引の対象とはならないものである。いいかえると、それはなに人の私的な所有の対象ともなりえないものである。従って海のいかなる部分も、特定の国家の領域になるとは考えられない、ということになる。もっともある学者たちは、海がローマ帝国の一部であると説いた。しかしその場合、かれらのいう海に対するローマ帝国の権利とは、航行者に保護を与え、その海を管轄する権利のことである。従ってそれは、所有(支配)の権利とは区別される。⁽⁸⁾

(八) また、ある諸国家が協定を結んで、海に境界線をひいて相互に管轄区域を定め、自国の管轄区域内で捕えた

海賊は自国の裁判所で裁判する、ということをや束縛することもある。しかし、このような協定は、ただその当事国だけを拘束するのであって、他の国家や国民を拘束することはない。従ってそれは、一定の海域を特定の国家の所有（支配）と定めたわけではない。それは、ただ約束を結んだものの間においてのみ権利を定めるにすぎない。

（九）このように、所有（支配）権のようにすべての人に対して拘束力を有する権利、いいかえると対物的な権利と、協定にもとづく権利のように当事者に対してのみ拘束力を有する権利、つまり対人的な権利とを区別することは、自然的な理性とも一致することである。海は、そのなかの対物的な権利の対象とはなりえないものである。それゆえに、ウルピアヌス Ulpianus (d : A.D. 228.) もいうように、海にはいかなる地役権 *servitus* も定めることができない。それは、海が自然によってすべての人に開放されているからである。

（一〇）海における漁業について課税する君主の権利についても、同様のことがいわれうる。すなわち、その権利は、海や漁業それ自体にともなう対物的な権利ではなくて、対人的な性質の権利にすぎない。つまり、国民は合意によって君主に法律を制定する権力を与えたのであるから、その合意にもとづいて、かれらは君主の課する税金を支払わなければならない。しかし、外国人はその課税に服する義務をおわない。

（一一）これまでのところで、いかなる国民も、いかなる個人も、海そのものに対しては、——海の「狭い部分」を除いて——いかなる私的な所有権をも要求することができない、ということ論証した。それは、自然にもとづいても、公の利用という理由によっても、占有が許されないからである。

（一二）しかしこの問題の議論は、もともとポルトガル人が東インドにいたるまでの海に対していかなる私的な所有権をも有しない、ということを証明するために取りあげられたものであった。従って、ここに取りあげているのは、周囲を陸地で囲まれ、あるところでは河幅にもおよばないような内海のことではない。ここで問題にしているのは、

大洋のことである。その大洋とは、古代の人たちが、広大にして無辺であり、被造物の父にして、空によって囲まれているもの、とよんでいるものである。従って、この大洋のなかの湾や海峡や、さらに海岸から目のとどきうるかぎりの範囲の海のひろがりも、この場合には、議論の対象とはならない。

(一三) ポルトガル人は、東インドとヨーロッパの非常に遠くへだたった二つの世界の間に存在する広大な海を、自分たちのものと要求する。従ってこれと同じ要求をするスペイン人の分け前を加えると、ほとんど全世界の大洋がこの二つの国民に与えられることになり、その他の国民は北海の狭い部分に押しこめられてしまうことになる。

(一四) 海のような広大なものに対して、共通の使用を妨げ、支配と命令の権利のみを要求するものは、節度のない支配慾にかられたものと考えられる。自分自身に対してすこしの損害にもならないのに、他の人の漁業や航行を妨げ、すべての人の共通の財を独占しようとするのは、法外な貪慾であり、この上もない不正である。

(一五) ポルトガル人は領地を設けて海を取り囲み、そこからだれであろうと、かれらに好ましくないものを追出す権利を取得して、その海を占有した、ということは一度もなかった。

(一六) また、ポルトガル人がスペイン人と世界の大洋を分割したとき、かれらは想像上の線をひいて境界とした。しかし、そのような測量だけでは、領有が有効とはなりえない。所有権（支配権）取得の要件である肉体的な結びつき、すなわち占有が存しないからである。⁽⁹⁾ たしかに、海は空気と同様に、捕えることができないので、これまでいかなる国民の領域となったこともなかった。

(一七) さらに、他の国民よりも前に航行したということで、海を占有すると主張するならば、これほどおかしいことはない。なぜなら、世界中の海のどの部分でも、いまだだれも船を乗り入れたものがないという部分はないので、世界中の海はすでにだれかによって占有されている、ということになるであろうから。また、世界を一周したものは、

世界の海全体が自分のものと主張できることになる。しかしながら、海を航行する船が後に航跡を残さないように、その航行が後に法律上の権利を残すものではないことは、だれでもが知っていることである。

（一八）ポルトガル人は、自分たちより前に、東インドにいたる海を航行したものはだれもないというが、それは決して真実ではない。いまここで問題になっている海洋の広大な部分が昔からすでにしられていたことは、いろいろな史実にもとづいて証明されうるからである。

（一九）そこで、こんどは、つぎのように主張される。すなわち、東インドにいたる海路は、幾世紀の間ヨーロッパ人には忘れられていたが、それをポルトガル人が、非常な努力をはらい危険をおかして再発見したのである。これは、大変な功績ではないか、と。しかし、これも間違いである。たしかに、ポルトガル人が全人類の利益を考えてそうしたのであれば、かれらは感謝と栄光とを与えられたであろう。けれども、事実はそのではない。かれらは全く自分たちの金儲けの目的だけで、そうしたのである。従って、かれらは感謝をうけるに値しないもの、といわなければならない。

（二〇）また、ポルトガル人が東インドに行かなかったならば、他のいかなるものも、そこへは行かなかったであろうなどということは、確証されうることではない。たとえポルトガル人がそれを実行しなくても、必ずや他のいずれかの国民によって、それはなしとげられたであろう。というのは、通商や外国の事情の探求に、かれらにおとらず熱意にもえた多くの国民がいるからである。ヴェネチア人がそうであり、フランス人やイギリス人もそうであり、またオランダ人もそうである。

（二一）それゆえに、ポルトガル人の主張を支持しうるいかなる正しい理由もなければ、いかなる信頼しうる意見もない。海もなに人かの支配に服せしめられうる、と主張するものもある。が、それらの人たちはみな、海がそれに

近接した港や沿岸の領土を支配するものに帰属する、と考える。しかしポルトガル人は、上述の広大な海に面した沿岸に、いかなる領地も有しないからである。

(二二) つぎに、もしある人が海を支配すると仮定しても、そのものは共通の使用を妨げることはできない。それは、ローマの人民がローマ帝国に属する海岸において、万民法により許されていることを、なに人に対しても禁止してはならないのと同様である。また、その万民法によって許されているもののなか、たとえば漁業は、魚がある意味で無尽蔵ではないということ、これを禁止することができると仮定しても、海は航行によってすこしも害せられることがないから、その航行は、これを禁止することができないであろう。このことのもっとも明確な論拠は、陸地においてさえも無害の通過が認められなければならないから、⁽¹⁰⁾ ということである。これは、河から水を飲むことが禁止されえないのと同様である。個々の人間に対しても、またいかなる国民に対しても、そうである。

(二三) それゆえに、他の人が航行するのを禁止するものは、いかなる法にもとづいても弁明の余地がないことはだれにでも明白である。そのために、ウルピアヌスも、そのようなことをするものは、不正を犯したことの責任をおわなければならない、という。また、他の学者たちも、共同の使用を妨げてはならないという命令が、この航行の場合にも当てはまる、と考える。

(二四) かくして、オランダ人の主張は、人類に共通に認められている法にもとづくものといえる。というのは、たとえいかなる君主からの特別の許可がなくても、海を航行することがなにも人に許されるということ、すべての人が認めていることであるから。そしてまた、そのことは、スペインの法律によっても明白に規定されている。

(1) この第五章が、『自由海論』のなかで海洋自由論を説いた部分の中心をなす、もっとも重要な箇所である。それは、もっとも長い文章であり、『自由海論』一六〇九年(初版)によると、第一三頁の中ほどから第三六頁の中ほどまでの二三頁に

およんでいる。(従って、本文のおよそ三分の一を占めるといえる。) それゆえに、イギリスのウェルウッド William Welwood も、この部分を主たる対象としてグロティウスの説を反駁した。それは、『海法要義』(一六一三年) 第二十七章 (An Abridgement of all Sea-Lawes, 1613, Chapter XXVII, Of the Communitie and Propriete of the Seas.) においてである。これに対して、グロティウスは、『ウイリアム・ウェ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 Mari Libri oppugnati a Guilielmo Welwodo.) を書いた。しかし、この論文は未刊のまま残され、一八六四年に『捕獲法論』De jure praedae の原稿が発見されたときに、ともに発見された。その原稿は、いまでは『捕獲法論』の原稿とともに、ライデン大学の図書館にある。が、幸い、ムーラーの『閉鎖海論』(Samuel Muller Fz, Mare clausum, 1872, p. 331-361.) のなかに発表されている。(なお、ウェルウッドには海の支配について論じた別の論文 De dominio maris juriusque ad dominium precipue spectantibus assertio brevis ac methodica, 1615, がある。)

(2) 『自由海論』はこのところで、最初の共有の時代には、「所有」とか「共有」という言葉は、今日とは異なる意味であった、と説明する。「その最初の共有の時代においては、「所有」(支配)とか「共有」という言葉は、今日とは全く違った意味のものであった。すなわち、今日では「所有」(支配)とは、あるものがある人に属し、同時に他の人には属さないことをいう。また「共有」とは、あるものが数人の人に共通に所屬し、同時にその他のすべての人には属さないことをいう。これに反して、昔の共有の時代においては、「所有」(支配)という言葉は、共有物を共同に使用することを意味するにほかならなかった。また「共通」とか「共有」という言葉は、「私的の」という言葉の単なる反対の概念をさすものにほかならなかった。それゆえに、それらの言葉の意味も変ったわけである。」(Mare liberum, 1609, c. 5, p. 14.) と。

(3) 前出、本論文二一〇頁、注(2) 参照。

(4) 『自由海論』は、分割の時代がはじまったところについて、つぎの説明を加える。「同じころに国家が設立され始めた。が、そのときに、公の財産、いいかえると人民全体のもの (populi propria) と、個人の私有財産 (res singulorum) とが生じた。これらは、いずれも占有にもとづいて生じたが、その場合、公的な占有は私的な占有と同じ方法によった。」(Mare liberum, 1609, c. 5, p. 18.) と。それゆえに、個人が所有するのと国家が領有するのとは同じこと、というのである。

(5) (一) 流れる水について、『自由海論』はこのところで、つぎのようにいう。「流れる水は、川としてではなく、水そのもの

として、すべての人に共通なものなかに数えられる。というのは、第一に、それは自然によって創造されたもので、しかも、いまだな人によっても支配（所有）されたことのないものであるから。そして第二に、それは自然によって共通の使用のために創造されたものであるから。」（*Mare liberum*, 1609, c. 5, p. 19-20.）と。（二）また、空気についても『自由海論』は、つぎのようである。「空気も同様である。その理由としては、つぎの二点があげられうる。第一は、それが占有されえない、ということである。第二は、共通の使用がすべての人に認められなければならない、ということである。」（*Mare liberum*, 1609, c. 5, p. 20.）と。（三）さらに海について、『自由海論』は、つぎのようになっている。「海もまた、同様の理由によって、すべての人に共通の財のなかに数えられる。すなわち、それは非常に広大であるために、なに人によっても占有されえないとともに、航行や漁業ということからみても、それはすべての人の共通の使用に適しているからである。」（*Mare liberum*, 1609, c. 5, p. 20.）と。

（6）『自由海論』はここで、海とは別に、海岸についてつぎのようになっている。「海岸もたしかにそうである。（つまり、それは、私有財産とはならない、ということ。）しかし、海岸については、つぎのことを注意する必要がある。それは、海岸の一部が、自然によって占有されうると認められるならば、その部分は、その占有によって海岸全体の共通の使用が妨げられないかぎり、それを占有するものの私的な財産となりうる、ということである。だから、たとえば海岸に建物を建てることは、もしそれによって他の人の共通の使用が妨げられないならば、許される。その場合、建物の建てられた土地は、占有者のものとなる。しかし、それはただその占有が存続する間だけである。従って、もしその建物が取り壊されるならば、その土地はまたもとの海岸の一部となる。（この点で海岸は、野獣が、それを捕えた者の私有の財産となり、それが再び自然の自由を回復すれば、またもとの無主物となるのと同様である、というのである。）また、占有によって私有財産となりうるものは、公の財産すなわち国家の人民の財産ともなりうる。このようにして、たとえばローマ帝国の領土内に含まれる海岸は、ローマの人民のものであった。しかし、公有財産の場合の占有も、私的な占有の場合と同様に、万民法によって認められている慣習を害しないということを条件とする。それゆえに、なに人も海岸に接近し、そこで漁網をほしたりなど、すべての人に永久に許されていることを禁止されてはならない。」（*Mare liberum*, 1609, c. 5, p. 21-22.）と。

（7）しかし、『自由海論』はこのところで、つぎのようになっている。「しかし、このことは、その占有が存続する間だけ認められるのであって、工作物が取り除かれて、その占有が終った後には、海はまたもとの通り、すべての人の共有となる。」

(Mare liberum, 1609, c. 5, p. 24.) と。従って、この点においては、海は海岸の場合と同様と考えられる、ということになる。海岸については、前出、注(6) 参照。

(8) この意見を代表する学者は、ゲンティリスである。かれは一方で、海のようにその使用がすべてのものに共通であるものは、なに人もこれを領有(所有)することは認められないと主張しつつも、他方、その領有(所有) 権から区別して、君主が海に対して管轄権と保護権とを有することを認めている。しかし、そのゆえをもって、君主が他の人に対して海の使用を禁止することは許されない、と主張する。この点について、Albericus Gentilis (1552~1608), *De iure belli libri tres* (1598), (ed. T. E. Holland, 1877.), Lib. I, c. 19, p. 88. 参照。また、拙稿「ゲンティリスにおける戦争の質料因」、(法政研究、第二五巻、第二一四合併号)、四四一参照。

(9) 前出、本論文二一七頁参照。

(10) 前出、本論文二一頁注(6) 参照。ゲンティリスもアウグスティヌスの説に従って、この無害の通過(*innoxius transitus*) が人類社会のもっとも衡平な法によりすべての人に許されなければならないことを認める。そして、それが拒絶されるならば、そのことが戦争の正当原因となる、と説く(*De iure belli*, (ed. T. E. Holland.), Lib. I, c. 19, p. 83-84.)。前掲、拙稿「ゲンティリスにおける戦争の質料因」、(法政研究、第二五巻、第二一四合併号) 四三九頁参照。

五 第六・七章

第六章 海と航行の権利は、教皇の贈与によってポルトガル人の独占とはならない。

(一) ポルトガル人の第二の論拠は、教皇アレキサンドロス Pontifex Alexandrus の贈与⁽¹⁾とすることである。しかし、これもやはり根拠のない主張であることが確認される。その第一の理由は、贈与は取引の対象となりうるものについてのみ行なわれうることであるが、海やその海を航行する権利は、いかなる人の私有ともなりえないものである。

るので、それは贈与の対象とはなりえないため、ということである。

(二) 第二に、教皇は全世界の世俗的な支配者ではないから、従って海の支配者でもない。教皇は宗教上の事柄についてだけ権利を有するものであって、世俗の事柄を司る権利を有しない。海とその海を航行する権利とは、ただ利益や利得にだけ関係する事柄であって、聖寵に関する事柄ではない。従って、教皇はそのような事柄については、いかなる権利をも有しない。⁽²⁾

(三) 第三に、教皇は自然法に反することを行なうことができない。なに人も海やその使用を自己の独占と主張することは、自然法に反することである。

(四) 最後に、教皇はいかなるものからも、その権利を奪い取るいかなる権力も有しない。それゆえに、もし教皇がただ(勅書の)言葉だけで、無実の多くの人たちを、スペイン人に認められているとともに、かれらにも認められている共通の権利から排除しようと欲したとすれば、その教皇の行為が間違っていることは、全く弁明の余地がない。

(五) それゆえに、つぎのように結論しなければならない。すなわち、教皇の贈与はいかなる効力もないものである。あるいは、教皇はただスペイン人とポルトガル人との間の紛争を調停するつもりであったのかもわからない。もしそうであるならば、教皇の贈与はただその二国の国民に対してのみ効力を有するにすぎない、と。

第七章 海と航行の権利は、時効と慣習によってポルトガル人の独占とはならない。

(一) ポルトガル人の最後の論拠は、時効と慣習である。しかしそのどちらも、かれらの主張の理由とはならない。第一に、時効は市民法上の制度である。それゆえに、それは諸君主や自由な諸国民相互の関係には適用されえな

ものである。⁽³⁾ しかも、それが自然法や万民法に反する場合には、当然に無効となる。自然法や万民法は、市民法に優先するからである。

(二) それどころか、市民法でさえも、海のような場合には時効を認めない。市民法は、私有財産となりえないものや、占有の対象となりえないものや、譲渡が禁止されているようなものを、時効によって取得することを禁止している。が、海や海の使用は、まさにそのような性質のものである。つまり、それは万民法によって、全人類に共通の財と定められているからである。

(三) それゆえに、時効によって取得しえないものについて、記憶しえないほど遠いむかしから占有しつづけてきたということで、それを時効により取得したと主張することはできない。従って、スペインの法律が明確にのべているように、人類の共通の利用に当てられているものについては、いかなる時間の経過による時効も全く認められない、というのが真実である。

(四) 時効についてのべたことは、慣習についても、そのまま当てはまる。慣習法もやはり、自然法や万民法に反するときは無効となる。このことは、なにより明白なことである。たしかに、慣習は一種の実定法であるが、その実定法は自然法や万民法のような普遍的法律を廃止することができないからである。海の使用がすべての人に共通であるということは、その普遍的な法律なのである。それゆえに、すべての人に共通に認められている航行の権利が、慣習によってある特定の人に与えられると主張されても、そのような慣習は諸国民の間においては効力を有しない、ということになる。

(五) この問題を詳細に論じたのは、かのスペインの栄光、バスケス Vasquius (Fernando Vázquez de Menchaca, 1509—1566.) である。かれは、「万民法によって公のもので、かつすべての人に共通のものと定められている

場所を、時効によって取得することはできない、⁽⁴⁾という主題をかかげ、これを論証する。が、その場合、かれは、この問題の正確な理解は自然法と万民法の正しい認識にもとづかなければならない、と考える。

(六) その自然法は、神の摂理から生じたもので、不変的である。が、バスケスの説によると、この自然法の一部が、第一の万民法とよばれる。この第一の万民法は、第二の万民法からは区別される。後者は、実定法である万民法であって、従って、可変的な性質のものであるから。ところで、かれの意見によると、もしある慣習が第一の万民法に反するならば、その慣習法は法律としての効力を有しない。それゆえに、いかに永い時間の経過によっても、それは時効により確立したとは認められないし、また、いかなる法律を制定しても、それは正当とは認められない。また、いかに多数の民族が、それに同意し、それを実行しても、その慣習は法として確立したとは認められない、⁽⁵⁾というのである。

(七) このことを、バスケスは、つぎのようにのべている。⁽⁵⁾すなわち、

(1) ある人たちは、ゼノア人やヴェネチア人がかれらの海の入江や湾を他の人たちが航行するのを禁止しても、いかなる不正を犯したことにもしならない、と考える。それは、あたかもかれらがその海を時効によって取得したかのように考えるからである、と。

(2) しかしそれは、自然法、すなわち不変的な性質の法である第一の万民法に反する。世界が創造されたはじめは、その法によって、あらゆるものがすべての人に共通であった。それが後に、分割の時代にはいり、たとえば土地などが分割されて、私的な支配権や所有権の対象となった。かくして、第一の万民法の一部が廃止された。しかしそれでも、すべてのものが分割されたのではない。海などは今までどおり、すべての人に共通と定められた。従って海は、世界のはじめから今日まで、常に全人類に共通であったし、今もなおそうである、と。

(3) ポルトガル人は、かれらの王が東インドにいたる航路と、そこまでの広大な海を航行する権利を時効によって取得したので、他の諸民族がその海を航行することは許されないと主張する。スペイン人もやはり、同様の意見である。が、しかし、これは馬鹿げた意見である。もともと時効の権利というのは、市民法上のものである。それゆえに、諸君主や諸国民相互の関係においては、そのような権利は存しないからである。

(4) 従って、そのような関係においては、諸民族に共通な第一の万民法かまたは第二の万民法に訴えなければならぬ。しかし、その万民法がこれまで、海の時効による取得を認めたことがなかったことは明らかである。なぜなら、海や水に対しては、なに人も共通に使用すること以外のいかなる権利をも有しないからである。

(5) しかし、ある人たちは時効と慣習とを区別して、つぎのようにいう。すなわち、万民法によってすべての人に共通と定められている場所を、時効によって取得することができなくても、なお慣習によって取得することができ、と。けれども、スペイン人やポルトガル人やヴェネチア人やゼノア人などの海の例についてみても、かれらが航行の権利や他のものが航行するのを禁止する権利を、時効によってと同様に慣習によっても取得することができないことは明白である。たしかに時効と慣習は、そのどちらの場合にも、同じ理論が当てはまることは、いうまでもないからである。

(6) 海の場合には、漁業や航行に関して、第一の万民法は、人類が創造された当時のむかしから今日まで変ることなく、それを人類の共有の財と定め、それから除外して特定の人または人たちに割り当てたことはなかった。これに反して、土地や河の場合には、それを人類の共有から除外して、特定の人または人たちに分割した。このことを第二の万民法が定めた。⁽⁶⁾

(7) このように、海は時効により特定の人によって取得されることが禁止されているものである。が、そのように

法律により、時効によって取得されることが禁止されているものは、いかに永い時間の経過によっても、これを時効によって取得することは許されない、というのである。

以上がバスケスの説明である。が、かれはそのことを多数の学者の權威にもとづいて説明する。

(八) おわりに、つぎのことをつけ加えてのべておく必要がある。それは、時効によって海を取得しうると主張する人たちの説は、ここで問題にしている場合には当てはまらない、ということである。すなわち、その理由の第一は、その説の対象になっているヴェネチア人やゼノア人の場合は、自国の沿岸に接近している海を占有することであるが、いまここで問題にしているポルトガル人の場合は、広大無辺の大洋なのであるから、占有という立場からみて、同一に論じることができないためである。

(九) その理由の第二は、もしかりに時間の経過が時効の権利を生ぜしめるとしても、ここで問題にしているポルトガル人の場合には、その時間の経過に必要な条件が欠けているからである。つまり、それは、記憶しえないほど遠い昔から占有がつづけられてきた、ということが必要である。が、しかし、ポルトガル人の場合には、そうではない。すなわち、かれらが大洋の探求を始めたのは一四七七年であり、それから二〇年後に希望岬をめぐって航行をすめ、さらにそれからるかに後になって、マラッカやその他の島々に達したわけである。が、それらの島々にオランダ人が航行し始めたのは、一五九五年である。だからそれは、ポルトガル人が最初に到達してから一〇年とはたっていないことは、疑いないからである。

(一〇) そればかりではない。時効の要件が充たされるためには、さらに、その時間の経過の間に、時効を主張する人が占有するものを、他のいかなる人も使用しなかったか、あるいは、他の人がこれを使用した場合には、その時効を主張する人がつねにこれを禁止してきたことが必要である。しかしポルトガル人の場合は、決してそうではな

った。すなわち、かれらが取得したと主張する海の部分は、つねに他のだれかが使用してきた。スペイン人も、フランス人も、イギリス人も公然とその海を航行した。そのほか、アフリカやアジアの沿岸の住民たちも、近くの海で漁業を行ない、航行した。しかしポルトガル人は、これを禁止したことはなかった。それゆえに、結論として、つぎのようにいわなければならない。すなわち、ポルトガル人は、他のいかなる民族をも、東インドにいたる大洋を航行することを禁止しうるいかなる権利も有しない、と。

(1) 教皇の贈与に関するビトリアの説について、前掲、拙著『ビトリアの国際法理論』、九六―九七頁。

(2) 『自由海論』は、このところで、さらにつぎの説明を加えている。「たとえ世俗の君主ですら、もし海に対してなんらかの権利を有するとしても、それはただ管轄権か保護を与える権利にすぎない。従って、かれらは、なに人に対しても航行を禁止することはできない、」(Mare liberum, 1609, c. 6, p. 37.) と。これは、前述のとおり、ゲンティリスの説である。前出、本文二二五頁注(8) 参照。

(3) これに反して、ゲンティリスは、国際関係においても時効が適用されうる、と説く。すなわちかれの説によると、時効に一定の時間の経過が必要である。が、それは、人間の最初の記憶がとどかないほどの時間の経過である。すなわち、それは、現在ある状態に反対の状態を自らみたり、他から聞いたものがだれもないときである。それはつまり、一〇〇年の期間である (De iure belli, (ed. T. E. Holland), Lib. I, c. 22, p. 102-103.)、というのである。ゲンティリスは、この国際関係における時効について、戦争を行なうために古い原因を口実にしてはならない、ということに関連してのべている。前掲、拙稿「ゲンティリスにおける戦争の質料因」(法政研究、第二五巻、第二―四合併号)、四四四―四四五頁参照。

(4) Fernando Vasquez de Menchaca (1509-1566), *Illustrium Controversiarum Aliarumque usu frequentium libris* (1564), In *Officina Franc. Fabri Lugdum. & Iacobi Stoer*, 1595, *Libri II*, c. 89, n. 12 et seq, p. 749 ff.

(5) 以下に引用するバスケスの言葉は、*Illustrium Controversiarum* (op. cit.), *Lib. II*, c. 89, nos. 30-36, 39-40, p. 752-754, 756-757. のものである。

(6) 『自由海論』は、このところで、海の場合には第一の万民法が規律し、土地や河の場合には第二の万民法が規律すること

について、その理由をつぎのようにのべている。「このように、海の場合と土地や河の場合とでは、これを規律する万民法が異なるのは、つぎの理由による。すなわち、多数の人が土地や河で狩猟をし、魚を取るならば、森の野獣や河の魚はすぐ取りつくされてしまうであろうが、海の場合にはそのようなことはない。また河の航行は、工作物の建造によって容易に制限・禁止されうるが、海の場合にはそのようなことはない。さらに、河の水は水道によってすぐ使いつくされるが、海の場合にはそのようなことはない。それゆえに、土地と河の場合と、海の場合とは同じ理論が適用されないことになる、というのである。」(Mare liberum, 1609, c. 7, p. 48-49.) と。

六 第八—十二章

第八章 通商は、万民法によっていかなる人の間においても自由である。

(一) 万民法は、つぎのことを定める。すなわち、すべての人は相互に自由に取引を行なう権利を有し、その権利をいかなる人によっても奪われることができない⁽¹⁾。と。これは、人類が共有の時代から分割の時代にはいり、私的な所有権の制度が成立したときから必要となったものである。従って、その起源は非常に古いものと認められる。

(二) いま、歴史をふりかえてみると、以下にのべるとおりである。まず世界が創造されたはじめの、すべてのものがすべての人に共通であった時代には、自然はすべての人間に生活に必要なすべてのものを与えた。しかし、あらゆるものがあらゆるところで発見される、というのではなかった。そのために、遠く離れて住んでいる人たちが、生活に必要なものを求めて移動することが必要であった。しかしながら、この時代には、まだ物資の交換は行なわれなかった。

(三) けれども、人類が分割の時代にはいり、まず動産が私的な権利の対象となると、直ちに交換が発明された。

それは、ある人に欠けているものを、他の人にあり余っているものによって補う、という方法であった。かくして、生活の必要から、通商が行なわれるようになったのである。

(四) つづいて不動産も所有権の対象として分割されるようになると、土地を共通に使用するという制度が廃止されることになったために、遠くに離れて住んでいる人たちの間ばかりでなく、隣接した場所に住んでいる人たちの間においても、通商が必要となった。

(五) このようなわけで、通商がすべての人の間に自由であることが、第一の万民法にもとづいて認められた。がその第一の万民法⁽²⁾とは、永久不変で自然的な性質を有するものであるから、それは、廃止されることができないものである。もしかりにそれが廃止されうるとしても、すくなくとも、すべての民族の合意によらなければ、そうすることができない。従って、ある二つの民族が取引をしようとするのを、他の民族が妨害することは許されない。それゆえに、もしポルトガル人がインド人と通商を行なう独占的な権利を有すると主張するとしても、それは全く根拠のないこと、といわなければならない。

第九章 東インドとの通商は、先占によってポルトガル人の独占とはならない。

(一) 発見や先占ということも、通商の権利については当てはまらない。通商の権利は有体的なものではないために、占有することが不可能であるから。

(二) また、たとえポルトガル人がインド人と通商した最初の人であったと仮定しても（このことは全く誤りであるが）、そのことは、かれらにとってなんの役にもたたない。というのは、最初に通商を行なった人が、そのことのために、いかなる権利をも取得しないことは明白であるから。

第一〇章 東インドとの通商は、教皇の贈与によってもポルトガル人の独占とはならない。

(一) (もしポルトガル人に東インドと通商を行なう独占権が与えられるとすれば、それは明示の許可かまたは黙示の許可である時効にもとづくほかはない(第九章のおわり)。)しかし教皇でさえも、明示の許可によりポルトガル人に通商の独占権を与えることはできない。その理由は、以下にのべるところである。すなわち、第一に、なに人も自分が有しないものを他に与えることはできないからである。が、教皇は、全世界の世俗的な支配者ではないから、全世界の通商の権利を自分のものと主張することはできない。なに人も認めるように、教皇の権力は、精神的な事柄を司ること以外にはおよばないからである。⁽³⁾

(二) そればかりではなく、第二に、もし教皇がその通商の権利をポルトガル人だけに与え、その他の人からこれを取りあげようとすれば、かれは二重の不正を犯したことになるからである。すなわち、第一にはインド人に対して。というのは、かれらは教会に属していないので、いかなる意味においても、教皇に服する人たちではないからである。それゆえに、教皇はかれら自身に属するいかなるものも取りあげることができないので、従って、自分たちが好むものならだれとでも通商を行なうことができるという、かれらの有する通商の権利を取りあげることができないはずである。第二に、キリスト教徒であると否とをとわず、その他のすべての人に対して。というのは、教皇はそれらの人たちからも、一度の弁明もきくことなしに、通商の権利を取りあげることができないはずであるから。

(三) さらに第三に、教皇のいかなる権威も、永久不変の自然法や万民法に優先する効力を有するものではないからである。が、通商の自由は、世界が創造されたはじめから、永久に存続するものと認められるが、それは、それらの法にもとづいて定められたものであるから。

第一章 インド人との通商は、時効や慣習によってもポルトガル人の独占とはならない。

（一）最後に残された問題は、時効である。それは慣習と同一に考えることができる。（どちらも、時間の経過によって権利が生じる場合であるから。）しかし、その時効も慣習も、いずれも、自由な諸国民や諸君主相互の関係においては当てはまらないものであること、および、最初の本源的な法である自然法の規定に反するときは無効となることは、すでにバスケスの説に従ってのべた通りである。それゆえに、ここでも、通商の権利はもともと私的な所有の性質を有するものではないから、いかなる時間の経過によっても、それが私的な権利となることはありえない、ということになる。

（二）通商の権利は、私的な権利ではなく、すべての人に等しく当てはまる共通の法にもとづいて認められた権利である。このような権利は、かりにある人が自分の都合で、これを永い間行使しなくても、そのことのために消滅するということはない。つまり、その人は、後にその権利を行使することが自分の利益になると自覚したときには、いつでもこれを行行使することができるといえる。というのは、それは自由裁量が認められている事柄であり、いかなれば、ただ能力が許容されているにすぎない事柄である。このような事柄は、いくら永い時間の経過があっても、そのために時効や慣習によって変化し、それとは異なる新しい権利が生じるということはないからである。

（三）いしかえると、このような事柄の場合には、永い時間が経過したのちに、ある時点から、これまで自由に行なわれてきたことが、以後は、そう行なわれるように強制されることになるということにもならなければ、また、これまで行なわれなかったことが、以後は、そのように行なわれないうに強制されることになる、ということにもならないからである。⁴⁾

(四) ところで、ポルトガル人だけが東インドとの通商について、これを行なうことを強制され、従って独占権を有するが、他の諸国民は、これを行なつてはならないというように強制されているとすると、その強制が証明されなければならぬことになる。しかしながら、そのような強制により、ポルトガル人にのみ通商の独占権を認めることは、自然法に反することであり、全人類に有害であるので、そのような強制から眞実の権利が確立するとは認めることができない。

(五) のみならず、そのような強制が、記憶しえないほど古い時代から引続いて実行されてきたことが、証明される必要がある。が、しかし、この場合には、そのようなことは認められない。というのは、東インドとの通商が、はじめにアレキサンドリアを通して、ヴェネチヤ人によって行なわれたときから数えても、まだ一〇〇年とはたっていないからである。

(六) また、その強制は、これまで反抗されたことがない、というほど強いものでなければならない。しかし、事實はこれに反し、フランス人やイギリス人や、その他の人たちが反抗した。

(七) また、ある人たちが強制されるというだけでは不充分であつて、すべての人たちが強制されなければならない。しかし事實はそうではなく、アラビア人や支那人は、いく世紀もの間ひきつづいて、東インドとの通商を行なってきた。以上のように考えると、ポルトガル人の主張する東インドとの通商の独占権は、時効という観点からも認められない。

第二章 ポルトガル人が通商を禁止するのは、衡平にもとづいても、いかなる支持をもうけない。

(一) ポルトガル人は、自分たちの利益が、多数の競争相手によってへらされると主張するが、このことくらい不

正なことはない。というのは、法のもっとも明確な命題のなかに、つぎのことが定められているからである。すなわち、自分の権利を行使するものは、欺瞞をはたらくものでも、詐欺をおかすものでもなく、また他人に損害を加えるものでもないと推定される、ということである。

(二) この場合は、他人に害を与えようというつもりではなく、ただ自分の財産をふやそうとする意図をもって行為がなされるにすぎないからである。ウルピアヌスの言葉によると、他のものに損害を加えるのではなくて、他のものがこれまで享有していた利益をそのまま享有しつづけるのを妨げるのである。ところが、だれでも取得してさしつかえない利益があるときには、各人は、それを他の人が取得するよりも、自分で取得しよう欲しても、さしつかえない。たとえ他の人がまえにそれ取得していても、そうである。このことは、自然であるとともに、衡平の原則にも一致したことである。

(三) ここで問題にしている通商の場合には、オランダ人の立場の方が、ポルトガル人の立場よりも一層正当である。というのは、この場合、オランダ人の利益は全人類の利益と深く結びついているが、これに対して、ポルトガル人はその全人類の利益を打ちこわそうとしているのであるから。

(四) また、オランダ人は競争の精神によって東インドとの通商に従事している、というのも正しくない。もし競争の精神という言葉を用いるとすれば、最善の競争の精神といわなければならない。その最善の競争の精神というのは、ヘシオドス Hesiodus がいうように、人類にとって善となる種類の競争のことではなくてはならない。たとえば飢饉のときに、ある人が慈悲心から穀物を普通より安く売ろうとする。そうすると、それによって、飢饉であるからかえって穀物を高く売ろうとする他の人たちの収入をへらすことになる。しかし、後者の収入がすくなくなれば、それだけ、全人類の利益はふえることになる。オランダ人が東インドとの通商に従事しているのは、このような精神をも

ってである。

(五) スペイン人が、全世界はかれらに従属する領地であり、従って売買はすべて、かれらの命令によらなければ許されないと考えるとすれば、これくらい不正なことではない。国家の内部においても、穀物の価格をつり上げる相場師は処罰される。かれらは、自然に対して不正をはたらくものである。その自然は、すべての人に共通にゆたかに富んでいる。だから、少数のものだけが利益をうるということは許されない。

(六) それゆえに、国家の内部で重大な不正であり、有害なことを考えられていることが、人類という大きな社会においては、みのがされなければならない、ということはない。そうすると、スペイン人が世界を独占するということになる。食糧を独占して、価格をつり上げようとするものは、神の罰をうけるべきである (ナツィアンツェス Nazianzenus の言)。

(七) そこで、ポルトガル人がオランダ人に対して、「お前たちはわれわれの利益をへらそうとしている」と大声で叫ぶならば、オランダ人はこれに対して、つぎのように答えるであろう。「われわれは、自分の利益のことだけを考えているのである。つまり、風と海に対する自分たちの分け前にあずかろうとしているにすぎない。その利益がいままでお前たちのものと、だれが約束したのか。われわれが満足しているのと同じ利益を、すこしも害せられることなく、お前たちももっているではないか、」と。

(1) だれよりもまず、ビトリアが通商の自由を普遍的人類社会の思想にもとづいて理論づけた。その通商の自由に関するビトリアの説について、前掲『ビトリアの国際法理論』、八三—八六頁参照。つづいてゲンティリスも『戦争の法について』第一卷、第十九章 (De iure belli, Lib. I, c. 19, (ed. T. E. Holland, 1877, p. 84-85.)) において、ビトリアの説にもとづいて通商の自由を詳しく論じた。ゲンティリスはまた、『スペイン弁護論』 (Advocationis hispanicae, 1613.)

のなかでも、同様に普遍的人類社会の思想にもとづいて通商の自由を説いている。H. Nézard, Albericus Gentilis, in *Les fondateurs du droit international, avec une introduction de A. Pillet*, 1904, p. 74. 参照。要するに、グロティウスは、このビトリアやゲンティリスの思想に従ったわけである。

(2) 前出、本論文二一〇頁注(2)参照。また、前掲、拙稿「『捕獲法論』におけるグロティウスの国際法（万民法）の基本観念」、一八三—二〇〇頁参照。

(3) これに反して、ビトリアは、教皇の権力についてつぎのようにいう。すなわち、教皇は原則として宗教上の事柄に対してのみ権力を有するにすぎない。しかし、世俗のことについて全く権力を有しないというのではない。つまり教皇は、宗教上の事柄を達成するのに必要なかぎりにおいて、世俗の事柄についても権力を有する。その結果、教皇は、もし必要であれば、新大陸における伝道の任務をスペイン人にゆだね、他のすべての人たちにはこれを禁止することができる。しかも場合によっては、伝道ばかりでなく、通商を行なうことまでも禁止することができる、と。前掲、拙著『ビトリアの国際法理論』、九五—九七頁参照。

(4) 『自由海論』は、これにつづいて、つぎのようにのべている。「たしかに、われわれがある人とこれまで一度も取引きをするものがなかったという事実から、将来いつかその必要が生じたときでも、われわれには、その人と取引きをする権利が認められない、と結論することくらい不合理なことではない。だからバスケスもいうように、永い時間の経過によって、これまで任意に行ないうるものと認められていたことが、そのときから、必然的に行なわれなければならないものと認められるようになる、という効果が生じるということにはならない。」(Mare liberum, 1609, p. 58.) と。

七 第一三章

第一三章 オランダ人は、インド人との通商の権利を、平和のときでも、休戦のときでも、戦争のときでも、維持しなければならない。⁽¹⁾

(一) 最後に残された問題は、これまでのべたように、法も衡平ともに、東インドとの通商がオランダ人にも自由であることを認めているので、オランダ人は、スペイン人と平和条約を結んでも、休戦条約を結んでも、このまま戦争がつづけられても、いかなるときでもつねに、その自然にもとづく自由を維持しつづけなければならない、というものである。

(二) ところで、平和についていうと、それには二種類がある。一つは平等者間の平和であり、他は不平等者間の平和である。前者は、正しい人の平和であり、後者は生れながらにして隷属的なものの平和である。後者は、しりぞけられなければならない。平和とは、隷属の和解ではなくて、平穏な自由のことである。平和と正義とは、ただ名目上で異なるだけである。平和とは、どのようなものであってもよい、というわけのものではない。それは、秩序のつづけた調和でなくてはならない。⁽²⁾

(三) しかし、もし休戦協定が結ばれるならば、その休戦の期間中は、その協定が結ばれたときの状態がそのまま維持され、これが変更されてはならない。このことは、休戦協定の性質から当然のことである。

(四) しかし、もし戦争がこのままつづけられたとするならば、オランダ人は自分たちの戦争原因が正当であることを確信し、勇気と希望とをもって、その戦争を実行しなければならない。かれらは、自分自身の自由のためばかりでなく、全人類の自由のためにも勇敢に闘わなければならない。

(五) 他国の領地を無害で通過することが拒絶されたときは、そのことが戦争の正当原因となりうる、とアウグスティヌスは主張する。が、もしそうであるなら、自然法によってすべての人に共通と定められた海を、共同にかつ無害で使用することを要求する人たちは、それに比べると一展正しいことになる。

(六) 自国の領土で他の国の国民が通商を行なうのを禁止するならば、それが相手の国にとって戦争の正当原因と

なる。とするならば、自分の国とは関係のないことで、すなわち、他の諸国家の国民が相互に通商を行なうのを力でひきさき、それを妨害すれば、なおさらそうである、ということになる。

(七) 公の河や岸辺で船舶の航行や碇泊を妨害してはならない、とローマの裁判官はいう。が、註釈者は、この禁止は海にも同様に当てはまる、という。すなわち、海や海岸においては、船舶の航行や港における碇泊を妨害してはならない、と。

(八) そればかりではなく、海の航行が禁止されるとか、自分のものを売ったり、自分のものを使用することが妨害されるときには、そのことを理由として損害賠償を請求することができる、とウルピアヌスも主張する。さらにまた、他の人の売買を妨げ、自分の利益を公の共通の利益よりも重要視し、共通の利益と認められているものを他の人が使用するのを妨げるものは、損害賠償の義務をおう、と神学者たちものべている。

(九) それゆえに、以上にのべた意見に従うと、正しい判断を下しうる人は、オランダ人に通商の自由を認め、ポルトガル人がその自由を妨害するために強力を行使するのを禁止し、かれらが損害を賠償するように命じるであろう。しかし、(主権的な諸国家相互の関係の場合のように、) 裁判所がないためにそのような正しい判決がえられないときには、やむをえず正当戦争に訴えて、これを要求することができる。⁽³⁾

(一〇) アウグスティヌスもいう。相手の不正が正当戦争を行なわしめる、と。また、キケロもいう。争いを解決するには二つの方法がある。一つは議論による方法であり、他は力による方法である。後者によることができるのは、ただ前者によることができないときだけである、と。

(一一) ポンポニウス Pomponius もいう。すべての人に共通なものを奪い取って、他の人に不利益を与える人に対しては、腕力によってもその行為を禁止しなければならない、と。また、神学者もつぎのように説く。各自の財産

をまもるために戦争に訴えることが正当であると同様に、自然法によってすべての人に共通と定められたものを使用するためにも、最後の手段として戦争に訴えることは、やはり正当である、と。それゆえに、道を閉鎖して商品の輸送を妨げるものは、公の承認をうけることなく、直ちにこれを攻撃することができ。

(一二) 従って、神が自然法を破るものに味方して、これを助けるであらうとか、あるいは、人間も、人類共通の利益を侵害して、自分の利益だけを追求するものを、処罰しないでそのままにしておくであらうなどと、心配する必要はすこしもない。

(1) この第一三章は、『自由海論』の全体の結論である。つまり、それは、結論として、オランダ人がいかなるときでも東インドとの通商を維持しなければならない、ということ強調したものである。ここに「平和のときでも、休戦のときでも、戦争のときでも」とのべられているのは、『自由海論』が刊行された当時の事情を考えることによって理解されうる。そうすると、『自由海論』が刊行されたときは、オランダのスペインに対する独立戦争を終結させるために、一六〇七年から両国間に平和交渉が行なわれていたときである。しかし、その交渉はなかなか難しく、一六〇八年には挫折するかにみえたりである。そのために、もともとは平和条約の締結が望まれるけれども、それが不可能で、せいぜい休戦条約が締結されるにとどまるかもわからないし、あるいは、その休戦条約の締結さえも失敗に終わり、結局、いままですり、戦争が継続されることになるかもわからない、と考えられた。そこでグロティウスは、そのいずれの場合でも、つまり「平和のときでも、休戦のときでも、戦争のときでも、」オランダは東インドとの通商でスペインに譲歩してはならない、ということを強調したのである。(スペインは当時ポルトガルと密接な関係にあったため、ポルトガルによる東インド通商の独占の要求を支持し、オランダがこれに参加することに反対を主張していた。) 前掲、拙稿「グロティウス『捕獲法論』の研究序説」(法政研究、第二九卷、第一—三合併号)「一四九頁。J. Bastevant, Hugo Grotius, in Les fondateurs du droit international, avec une introduction de A. Pillet, 1904, p. 133-135.

(2) 平和を「秩序のとれた調和」(ordinata concordia)と定義するのは、アウグスティヌスの説である。が、アウグスティヌスは、「平和」(pax)の樹立が最高の目的という。そして、その平和とは「秩序のとれた調和」であり、「秩序の平安」

(*tranquillitas ordinis*) である、という。しかも、秩序とは「等しいものと等しくないものとに、そのおのこの場所を与える配合」である (*De civitate dei*, Lib. XIX, c. 13.)、と。従ってアウグスティヌスにとって、平和とは正義によって基礎づけられた秩序のとれた状態のことである。これをまた、かれは「正しい平和」ともいう。『自由海論』はこのところで、このアウグスティヌスの思想にもとづいて平和を説いたのである。

(3) グロティウスにとって、戦争は裁判手続であり、正式の裁判手続に代る制度と考えられていた。これを「正当戦争」という。が、正当戦争をもって裁判手続に相当するものとするグロティウスの考えについて、拙稿「『捕獲法論』におけるグロティウスの正当戦争論」(二)、国際法外交雑誌、第六四卷、第一号、四二―五〇頁参照。

(4) これが、アウグスティヌスの有名な正当戦争の定義である (*De civitate dei*, Lib. XIX, c. 7.)。かれはまた、他のところ (*Quest. in Heptateuch*, in *Iosue*, q. 10.) で、「正当戦争は、不正を処罰する戦争であると定義されるのが習わしである。つまり、民族や国家が、自国民によって不正に加えられた損害を賠償するのを怠り、あるいは不正行為によって奪われたものを返還するのを怠ったときには、処罰されなければならない、という場合のように、」とものべている。この言葉を、トマス Thomas Aquinas も『神学大全』(*Summa Theologica*, II-II, q. 40, a. 1.) のなかに引用している。

八 先駆者との関係

以上がグロティウスの『自由海論』の要約である。それによって、グロティウスがこの書のなかで説いたのは、全体を通じていえば、直接には通商の自由であることが理解されうる。すなわち、それは結局において、東インドとの通商が、万民法にもとづいてすべての人間に自由であること、それゆえに、オランダ人もまたその通商に参加する自由を有することを説いたものである。従って、その書の表題が『自由海論』となっているにもかかわらず、海洋の自由はただ、その通商の自由を論証するための根拠として、その書の一部(第五―七章)で説かれたものにすぎない。

これが、その『自由海論』の仕組である。

しかし、それにもかかわらず、その『自由海論』のなかで、海洋の自由に関する議論が重要な部分を占めることは、否定することができない。このことは、分量のうえからみても理解されうることである。すなわち、『自由海論』の各章は、おおかたは短い文章である。いまその書の一六〇九年の初版によると、もっとも短い章で一頁にもみたくないもの（第九章）から、比較的長い章で四頁または五頁程度（第一・四・一三章）である。しかし、ただ海洋の自由を説いた部分（第五―七章）のなか、第五章と第七章とだけは、他の章に比較すると特別に長い文章で説明されている。すなわち、第五章はもっとも長文で、二三頁におよび、第七章は一三頁半である。従って『自由海論』の全体はなかで、海洋の自由を説いた部分（第五―七章）が、分量のうえからみても可成りな部分を占めている、ということになる。（それは、一六〇九年の初版によると、本文六六頁のうち三八頁半であるから、ゆうに全体の半分以上の部分を占めている。）

ところで、その海洋の自由を、そして、それにもとづく通商の自由を説くに当たり、グロティウスが論拠としたのは、普遍的人類社会の思想である。その思想は、ルネッサンスの時代からグロティウスのころにかけての時代思潮といえる。が、それは、すべての人間が人間としての共通の本性にもとづいて普遍的な人類社会を構成するが、その社会にはすべての人間に当てはまる共通の法（万民法）が支配し、その法によって、人間はだれでも、人間としての基本的な権利が保障されている、という思想である。グロティウスは、この普遍的人類社会とその社会に共通の法という根本の思想において、かれの先駆者である多数の学者の思想に従い、その説の影響をうけた。なかでも重要なものは、*Vitoria* Francisco de Vitoria, c. 1480/6—1546. *バスケス* Fernando Vazquez de Menchaca, 1512—1569. *ゲンティリス* Albericus Gentilis, 1552—1608. などである。

そこで、まずビトリアについてみると、かれは、普遍的人類社会の思想にもとづいて、すべての人間に他の民族のものと自由に交通する自然的な権利が認められていることを説き、その交通の権利を基礎にして通商の自由を説いたことで、だれよりも代表的な学者である。⁽¹⁾グロティウスは、根本の思想において、そのビトリアの説にもとづき、それから多大の影響をうけたものとおもわれる。そのビトリアの影響については、現に『自由海論』のなかで、各所にかれの説が引用されていることからもうかがわれうる。⁽²⁾

もっともビトリアは、グロティウスよりもまえに海洋の自由を説いた代表的な学者の一人である。が、しかし、かれ自身は、海洋の自由そのものについては、それほど詳しく説いたわけではない。⁽³⁾それよりもむしろ、その海洋自由の基礎となる交通権の理論、すなわち、すべての人間はその本性にもとづき相互に交通し交際しあう基本的な権利を有し、その交通の権利にもとづいて、自然的な普遍的人類社会を構成することを説いた。が、この交通権とそれにもとづく普遍的人類社会の思想とは、その当時、非常に大きな影響を他の学者に与えた、といわれる。

そのビトリアの思想の影響をうけた学者のなかで、この場合、だれよりも重要なのはバスケスである。が、そのバスケスをグロティウスはまた、『自由海論』の各所で引用している。⁽⁴⁾ことに第七章においては、バスケスの言葉をそのまま引用して、それにもとづいて、普遍的人類社会とその社会に共通な法である万民法について詳細に論じている。⁽⁵⁾従って、グロティウスはビトリアよりもむしろバスケスから一層大きな影響をうけた、とみる学者もあるくらいである。⁽⁶⁾けれども、そのバスケスの思想は、根本的にはビトリアの思想を受け継いだものにほかならない。従って、普遍的人類社会とその社会に共通の法である万民法の思想については、ビトリアとバスケスとは全く同一である、といってもよい。

しかし、それでも、なおつぎのことを指摘することができる。それは、バスケスが万民法を二つに分けて、第一の

万民法と第二の万民法とし、第一の万民法は本質的には自然法であるが、第二の万民法は実定法であり、従って可變的な性質のものと説いたことである。このように、万民法を二つに区別して説くことは、ビトリアの場合には、みられなかったことである。が、グロティウスは、『自由海論』の場合（従って『捕獲法論』*De jure praedae*の場合）には、バスケスの説に従って、万民法を第一の万民法と第二の万民法とに区別して説き、その第一の万民法を、かれもまた本質的には自然法と考えている。そしてこの第一の万民法が、つまり全人類に共通のものである海やその海を航行する権利などを規定している、というのである。

（この点に関して、つぎのことをつけ加えてのべておく必要がある。それは、万民法を第一の万民法と第二の万民法とに区別して説いたのは、バスケスだけではない、ということである。スアレス *Francisco Suarez*, 1548—1617. も同様に万民法を第一と第二の二つに区別して説いた。しかしバスケスの場合には、第一の万民法を本質的には自然法と説いたけれども、スアレスの場合は、第一の万民法も第二の万民法も、はっきりと自然法とは区別されて、実定法として説かれている。⁽⁷⁾グロティウスは、『自由海論』においては、バスケスの説に従って万民法を説いているけれども、後に『戦争と平和の法』*De iure belli ac pacis*, 1625. のなかでは、全くスアレスと同様に、万民法を純粹に実定法として論じている。このように万民法についてのグロティウスの考えが、『自由海論』のときと『戦争と平和の法について』のときとで異なることは事実である。しかし、この変化がスアレスの影響によるものかどうか、明かではない。従ってこの点が、国際法学説史上、グロティウス解釈の一つの基本問題とされるのである。⁽⁸⁾）

グロティウスはまた、ゲンティリスからも多大の影響を受けた。従って『自由海論』のなかには、ゲンティリスもまた重要な論拠として引用されている。⁽⁹⁾ことにゲンティリスの説がもっとも顕著に現われているのは、『自由海論』の第一章である。このところの説明は、ゲンティリスの『戦争の法について』*De iure belli*, 1598. の第一卷第一九

章にほとんどそのままとづいてのべられたもの、と評せられる。⁽¹⁰⁾

そればかりではない。たしかに、グロティウスはゲンティリスから大きな影響を受けた。このことは、グロティウス自身が『戦争と平和の法について』の序文（プロレゴメナ）第三八節のなかでのべていることから、うかがわれる。が、事実、かれの主著『戦争と平和の法について』の第一巻と第二巻は、ことに理論構成や論じ方の点において、ゲンティリスの代表作『戦争の法について』の三巻を手本としたものと評せられる。⁽¹¹⁾

しかし、グロティウスにおけるゲンティリスの影響は、ひとり『戦争と平和の法について』だけにかぎられるのではない。それはすでに、その主著が書かれたよりもはるか以前の、一六〇四年から一六〇五年にかけての冬の間に書かれたと推定される、かれの青年のころの作『捕獲法論』において著しく認められる。すなわち、その『捕獲法論』の中心となる正当戦争の基礎理論（第三一—一〇章）は、まさしく、全くゲンティリスの『戦争の法について』の理論構成にもとづいて説かれたものにほかならないからである。⁽¹²⁾ それゆえに、その『捕獲法論』の第一二章をもとにして、それに多少の加筆・修正をほどこして作られた『自由海論』において、ゲンティリスの影響がみられるとしても、それはむしろ当然のことといわなければならない。

(1) ビトリアの普遍的人類社会と交通権の理論について、拙著『ビトリアの国際法理論』（昭和四〇年、有斐閣）、四八—五八、七九—八三頁参照。

(2) 『自由海論』におけるビトリアの引用は、つぎのとおりである。(一)第一章 (De indis II, n. 1-7.)、(二)第二章 (De potestate civili I, 9; De indis I, n. 4-7, 19)、(三)第三章 (De indis I, n. 25; De indis I, n. 27; De indis I, n. 27; De indis I, n. 28, 30; De indis I, n. 31.)、(四)第四章 (De indis I, n. 31; De indis II, n. 10; De indis II, n. 1.)、(五)第六章 (De indis I, n. 26.)、(六)第十二章 (De indis I, n. 3.)。

(3) ビトリアの海洋自由の思想について、前掲、拙著『ビトリアの国際法理論』、九〇—九四頁参照。

- (4) 『自由海論』におけるシステムの引用は、つぎのようになっている。(1)第二章 (Controversia illustres, Praefatio, n. 5.) (2)第三章 (Controversia illustres, c. 21.) (3)第四章 (Controversiae illustres, c. 24.) (4)第五章 (Controversiae illustres, c. 1, n. 10.) (5)第七章 (Controversiae illustres, c. 51; Controversiae illustres, c. 29, n. 38; Controversiae illustres, c. 89, n. 12 et seq.; De successionum progressu I, 7.) (6)第十一章 (Controversiae illustres, c. 4, n. 10 et 12; Controversiae illustres, c. 4, n. 11.) (7)第十三章 (Controversiae, illustres, c. 10, n. 10; Controversiae illustres, c. 4, n. 3 et seq.; Controversiae illustres, c. 4, n. 3 et seq.; Controversiae illustres, c. 4, n. 5.)。
- (5) 前出、本論文二二八—二三〇頁参照。(『自由海論』一六〇九年(初版)、四三—四九頁)。
- (6) James Brown Scott, Law, the State and the International Community, 2 vols, 1939, Vol I, p. 538; Alejandro Herrero y Rubio, Historia del Derecho de Gentes, 1954, p. 63.
- (7) スアレスの万民法論について、拙著『スアレスの国際法理論』(昭和三十二年、有斐閣)、三一—六二頁参照。
- (8) 前掲、拙稿「『捕獲法論』におけるグロティウスの国際法(万民法)の基本観念」、一七九—二一九頁参照。
- (9) 『自由海論』におけるゲンティリスの引用は、つぎのようになっている。(1)第一章 (De jure belli, I, 19.) (2)第五章 (De jure belli, I, 19.) (3)第七章 (De jure belli, I, 19.)。
- (10) Fraus De Pauw, op. cit., p. 32 note (43); W. S. M. Knight, op. cit., p. 93-95; G. Van der Molen, Alberico Gentili, (1937), 2nd revised edition, 1968, p. 243, 319 note (243)。
- (11) Thomas Erskine Holland, Studies in International Law, 1898, p. 23. また、ゲンティリスがグロティウスに道を準備した点について、Giorgio Del Vecchio, The posthumous fate of Alberico Gentili, The American Journal of International Law, Vol. 50 (1956), p. 666-667. 参照。
- (12) 拙稿「『捕獲法論』におけるグロティウスの正当戦争論」(1)、『国際法外交雑誌』第六三巻、第五号、九—一頁。Fujio Ito, Alberico Gentili e Ugo Grozio, Revista internazionale di filosofia del diritto. Anno XLI-Fasc. IV-V, 1964, p. 621-627; G. Von der Molen, op. cit., p. 243.