

ヴォルフの国際法理論(一) : 意思国際法概念を中心として

柳原, 正治
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1902>

出版情報 : 法政研究. 56 (1), pp.1-34, 1989-09-30. 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（一）

——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 グロテِيُّウス以前の時代（以上本号）

第二節 グロテِيُّウス

第三節 グロテِيُّウス以後の時代

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

はじめに

論 說
近世ドイツ国家論の歴史上、ヴォルフほど異なる評価を受けている学者はいないといってもよい。すなわち、一方

では、ヴォルフの「倒錯した」または「墮落した」自然法に課せられた主たる任務は、プロイセンのフリードリヒ大王に代表される啓蒙絶対専制を正当化することにあつた、と主張する人々が存在する。これに対して、ヴォルフは、今日でいえば民主主義国家にあたる「自由な共和国」においてのみ、政治的自由が実現されると考えていたことからすれば、「近代の自由主義的法治国家の初期の擁護者」とみなすことができる、と主張する人々が存在する。さらに臣民の自由をめぐっても、ヴォルフの生来の権利という概念は、支配者に対してはせいぜいのところ制裁を欠いた道德的命令にすぎないとする見解に対して、この概念は自由主義的な自由概念を表しているのであって、「さまざまな人権についての最初のカタログ」といえる⁽¹⁾と評価する見解が対立している。つまり、ヴォルフの国家論については、絶対主義国家への服従の側面を強調する学者と、国家からの自由の側面を強調する学者との対立がみられるのである⁽²⁾。

ヴォルフに対する評価は時代によりかなり変遷している。ヴォルテールとの関係に象徴されるように、同時代人々がヴォルフを当時もっとも重要な哲学者の一人として高く評価していたことは間違いない⁽⁴⁾。ところが、一九世紀は、「忘れ去られたヴォルフ (vergessener Wolff)」の時代⁽⁵⁾といつてもよく、ごくわずかな例外はあるにしても、哲学であれ国家論であれ、どの分野においても、ヴォルフの理論が注目を浴びるということとはなかった。しかしその後、一九世紀末ぐらいからヴォルフへの学問的な関心が高ま⁽⁶⁾っていき、とくに一九二〇年代後半から四〇年代にかけて、「ドイツ」精神史の見直しの機運が高まるなかで、ヴォルフの、とりわけ国家論を再評価しようという動きがみられるようになった⁽⁷⁾。さらに、一九六二年ヴォルフ全集の刊行が開始されたのを一つの契機として、ヴォルフ研究が隆盛となり、ドイツ啓蒙主義との関連を含めてさまざまな点をめぐって、活発な議論がなされている。現在では、ヴォルフをプラス評価する見方とマイナス評価する見方とが、拮抗している状況にあるといえよう⁽⁹⁾。

ところが、ヴォルフの国際法理論に関する評価はこれとはかなり様相を異にしている。ヴァッテルが評価し、またオムプテダが「第二のグロテゥス」と呼んだ⁽¹¹⁾ことにみられるように、一八世紀後半においてごく一部の学者は、

ヴォルフの国際法理論に着目した。しかし、それらの学者もヴォルフの国際法理論の根幹をなす世界国家概念(*Civitas maxima*)概念には否定的であった。⁽¹²⁾むしろ当時一般には、ほとんどヴォルフの国際法理論がとりあげられることはなかった。たとえば、国際法史全体にわたる叙述を最初に試みたといわれることもある。⁽¹³⁾ワードの著作も、グロティウス以後の時代については、プーフエンドルフとヴァッテルに言及するだけで、ヴォルフにはまったく触れていない。⁽¹⁴⁾こうした状況は、基本的には、現在に至るまで変わっていない。ヴォルフの国際法理論は、無視されるか、または、とりあげられるとしても否定的な評価が加えられてきている。たとえば、現在でもなお国際法史のもっとも標準的な概説書とみられる『国際法史概説 (A Concise History of the Law of Nations)』において、ヌスバウムは、ヴォルフの著作を本質的にはスコラ学の古臭い残滓であり、歴史的にみてあまり重要ではないとする。グレーヴェも、『国際法史の諸段階 (Epochen der Völkerrechtsgeschichte)』のなかで、ヴォルフの理論は時代を超えて妥当するにはあまりに合理主義的すぎる構成をとっていたと評している。⁽¹⁵⁾また、一九七九年にヴォルフ生誕三〇〇年を記念して西独のヴォルフエンビュッテルと東独のハレでそれぞれ開催されたシンポジウムにおいても、ヴォルフの国際法理論を主たるテーマとする報告は一件もなかった。⁽¹⁶⁾ヴォルフの国際法理論は、同時代から現在に至るまで一貫して、積極的なプラス評価を受けることはなかったのである。

もともと、ごくわずかながらも、例外的にヴォルフの国際法理論を高く評価する学者が存在したのはたしかである。そのもつとも代表的な例が、国際連盟構想とヴォルフ理論とを結び付けようとするものである。すなわち、ヴォルフの唱えた世界国家概念は、国際連盟構想を先取りしているという評価である。こうした評価は、『国際法叢書 (Classics of International Law)』中の一冊である、ヴォルフの『国際法』の序文を書いたニッポルドを始めとして、何人かの学者にみられた。⁽¹⁷⁾しかしながら、現在ではこうした見解は、ヴォルフの理論を曲解しているとして、一般には否定されている。⁽¹⁸⁾もう一つの例外は、近代国際法理論の形成にあたってヴァッテルが多額の貢献をなしたとし、ヴォルフの国

際法理論はそのヴァッテルに影響を与えたというかたちで、間接的にヴォルフを評価するものである。⁽¹⁹⁾ しかしながら、後にみるように、ヴァッテルはヴォルフの国際法理論の根幹をなす世界国家概念を否定しており、その意味ではこうした評価は、ヴォルフの国際法理論独自の価値を認めたいえないことになる。したがって、現在までのところヴォルフの国際法理論を、その正しい理解の下で積極的に評価するという見解は、ほぼ皆無であるといえよう。⁽²⁰⁾

本稿は、このような研究状況に対して、国際法学説史上ヴォルフの国際法理論に独自の価値がみいだせるということとを論証しようとするものである。そのさい検討の中心とするのが、国際法（ユース・ゲンティウム *ius gentium*）概念、そのなかでもとくに、意思国際法（ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム *ius gentium voluntarium*）概念である。すなわち、古代ローマ以来のユース・ゲンティウム概念の伝統のなかで、ヴォルフの国際法（ユース・ゲンティウム）概念がどのような意義を有するか、また、どのような機能を果たすものとして構想されているか、さらには、どのようなかたちで後の学者に引き継がれていったか、ということを中心として検討しようとするのである。このことを通じて、これまで誤解されることの多かった世界国家構想の真の意義をも明らかにできよう。

国際法学説史研究の主要目的は、国際法理論と国家慣行との対応関係をどのように捉えうるか、ということの究明にある、と筆者は考えている。従来の国際法研究は、きわめて「実証的な」態度に終始し、生起する諸現象を単に跡づける作業をしてきたにすぎない、という謗りを免れないことが多かった。いかえれば、国際法学は「ナイーブな制度信仰」⁽²¹⁾の下、現に存する諸制度を、その背景にある思想をまったく考慮せず無批判に受容し記述していく、という悪しき意味での「実証主義」⁽²²⁾に支配されてきた、ということができよう。こうした観点から国際法学説史がとりあげられるとすれば、それは、現に存する諸制度を単純に過去に投影するという、歴史状況をまったく捨象した研究に墮する危険性を多分に孕んだものとならざるをえなかったであろう。⁽²³⁾ 今こうした認識の下に、国際法学説史研究の地平を新たに切り拓くにあたってまず第一に念頭におくべきことは、国際法理論が、それが生みだされた当時の現実と

の緊張関係のなかで、どのような思想の下に提出されてきたのか、についての探求こそが不可欠である、ということである。いかえれば、国際法理論がどこまで現実批判、現状変革の思想に貫かれ、現実に対する歯止めとしての役割を果たしうるのかを見極めることこそが、肝心である。

このような観点による国際法学説史の端緒として、本稿ではヴォルフの国際法理論を主たる考察対象とする。近年とくに、古代または中世における「国際法」⁽²⁴⁾——対象とする地域もヨーロッパに限定されない——に関する研究が盛んである。⁽²⁵⁾ もちろんそうした研究の重要性や有用性はここに繰り返すまでもあるまい。ただ筆者の現在の主たる関心が、現代の国際法学を支配する「実証主義」の批判にあるとすれば、現代国際法の礎石を構築したといえる近代国際法理論の成立過程の批判的検討を、まず何よりもなさねばならない。その意味において、ヴォルフの国際法理論を考察の中心とし、それが辿った運命をも跡づけようとすることは、首肯されよう。

そのことはまた、次のようにも説明しうる。すなわち、国際法における学説の地位は時代とともに変遷している。⁽²⁶⁾ 国際司法裁判所規程第三八条第一項dでは、諸国のもっとも優秀な国際法学者の学説は、裁判の基準の一つとして挙げられながらも、法則決定の補助手段とされている。今日学説はそれ自体では裁判の独立の準則ではないとみなされているのである。⁽²⁷⁾ このような今日の状況をのみ念頭におくならば、そもそも国際法学説史自体をとりあげる理由は存在しないのではないかと考えることができる。しかしながら、いつの時代でも学説がこのような低い地位しか与えられていなかっただけではない。学説が軽視されるようになったのは、一九世紀後半以降、すなわち、「実証主義」が支配的な風潮となる以後のことである。それ以前においては、国際法は、国家慣行というよりはむしろ、学説上の問題であった。⁽²⁸⁾ とくに一六世紀から一八世紀にかけては、「国際法学の英雄時代」⁽²⁹⁾であり、「国際法の創始者 (Fondateurs du droit international)」⁽³⁰⁾と呼ばれるたくさんの学者が輩出し、かれらの学説によって近代国際法の観念的な基礎が徐々に形成されていった。⁽³¹⁾ こうした点に鑑みれば、当時における国際法の学説を研究すること——もちろん学説と当

時の現実との関係の探求を旨としつつだが——は、必ずしも無益なことではなからう。この研究が、ひいては、なぜ学説が一九世紀後半、とくに二〇世紀に至って低い地位しか与えられないことになったのか、さらには、果してそれでよいのか、ということの探求を通じて、「実証主義」批判へとつながってゆくことにもなるからである。ここに、国際法学説史研究の存在理由の一端が存する。筆者は、このような意味において、国際法学説史研究の端緒として、ヴォルフの国際法理論を中心に、近代国際法理論の成立過程を批判的に検討しようとするのである。

まず第一章「ユース・ゲンティウム概念の歴史」では、ヴォルフ以前においてユース・ゲンティウム（・ヴォルンターリウム）が、どのような法概念として捉えられていたかを、とくにグロティウスの理論とグロティウス以後の論争を中心として、簡単に素描する。ついで、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』」では、ヴォルフが、どのような方法的視点に立って、それまでのユース・ゲンティウム概念を批判し、みずから独自のユース・ゲンティウム概念を形成していったかを、いくつかのヴォルフの論文によりながら検証する。第二節「自然大社会」では、ヴォルフの国際法理論を理解するのに必要な限度で、かれが、法、社会、国家をどのように捉えていたかを明らかにする。そして、第三節「世界国家の構想と機能」で、かれの国際法理論の根幹をなす世界国家概念が、結局は意思国際法を導くための道具立てであることを明らかにした上で、第四節「意思国際法の構想と機能」では、かれの意思国際法概念がどのような法であるか、また、どのような機能を果たすものときられているかを検討する。最後に、第三章「ヴォルフの国際法理論の受容」では、ヴォルフの国際法理論が後世の人々にどのように受け入れられていったかを、とくにヴァッテルを中心として考察することにする。

(1) 理想とする国家について、前者の考え方は、E.Bloch, E.Landsberg、後者の考え方は、M.Thomannなどに代表される。また、自由については、前者の考え方は、M.Kriele, D.Klippel、後者の考え方は、M.Thomann, G.Oestreich, E.(Inst)

- Cassirer 著、代表者。Ch.Link, "Die Staatstheorie Christian Wolffs," W.Schneiders (Hrsg.), *Christian Wolff 1679-1754. Interpretationen zu seiner Philosophie und deren Wirkung mit einer Bibliographie der Wolff-Literatur* (Hamburg, 1983), S.171,187.
- (2) E.Stipperger, *Freiheit und Institution bei Christian Wolff (1679-1754). Zum Grundrechtsdenken in der deutschen Hochaufklärung* (Frankfurt/M., 1984), S.22-8 参照。
- (3) ヴォルテールは「ソフィストのやうなヴォルフを知りたくなつたことを大変喜び、多くの学生が差し出した記名簿に「余はヴォルフが哲学をし、哲学者が支配し、ソフィストが拍手喝采をするなかで」ソフィストの町を訪問した。」と記した (J.Ch.Gottsched, *Historische Lobschrift des weiland hoch- und wohlgebohren Herrn Christians, des H.R.R.Freyherrn von Wolff Christian Wolffs Gesammelte Werke*, I.10] (Halle, 1755 ; Ndr., Hildesheim/New York, 1980), S.118)。ただし P.Hazard, *La pensée européenne au XVIII^e siècle, de Montesquieu à Lessing* (Paris, 1946), II, 180 (ポール・ラザール (小笠原弘親他訳) 『十八世紀ヨーロッパ思想——モンテスキューからレンシング——』(行人社、一九八七年)、四〇九頁) ; H.D.Engelkemper, *Recht und Staat bei Christian Wolff* (Dissertation; Würzburg, 1966), S.12 を参照。
- (4) たよび、D.H.L.v.Ompteda, *Literatur des gesamten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts* (Regensburg, 1785), S.319-20. また「フリードリヒ大王は、ソフィストの著述家のなかで唯一ヴォルフのみを評価してつたといわれる (H.v.Voltolini, "Die naturrechtlichen Lehren und die Reformen des 18. Jahrhunderts," *Historische Zeitschrift*, CV(1910), S.69f.)。
- ヴォルフが「ライプニッツの哲学に完全に依存していたのか、それとも出発点はたしかにライプニッツだがそこから突進してはるかな飛躍を成し遂げた (Hazard(Ann.3), I, 50 (マザール・前掲書(注3)、四〇頁)のかについては、論者の間で一致がみられない。しかし「ライプニッツ『ヴォルフ学派』または「ヴォルフ学派」と呼ばれる一群の人々——たとえば「ビルフィンガー G.B.Bilfinger」「バウムガルテン A.F.Baumgarten」が「一七四〇年頃からソフィストの哲学界、思想界を風靡したことは間違ひなう。この学派は『ソフィスト』たよび W.Windelband, *Die Geschichte der Neueren Philosophie in ihrem Zusammenhange mit der allgemeinen Kultur und den besonderen Wissenschaften* (8.Aufl.; Leipzig, 1922), S.514-37; M.Wundt, *Die deutsche Schulphilosophie im Zeitalter der Aufklärung*(Tübingen, 1945), S.199-230 などを参照。
- (5) H.M.Gerlach, "Christian Wolff als Philosoph der Aufklärung in Deutschland—Leistung, Wirkung, Grenzen und

- Kritik," *Id. et al. (Hrsg.), Christian Wolff als Philosoph der Aufklärung in Deutschland. Hallesches Wolff-Kolloquium 1979 anläßlich der 300. Wiederkehr seines Geburtstages* (Halle, 1980), S.14.
- (9) たゞゞはくーゲルは『哲学史講義』のなかで「哲学をヒューマンに近づけて土着のものとした最初の人はヴォルフである」として、ヴォルフを高く評価した (G.W.F.Hegel, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie* (Hegel Werke 20; Frankfurt/M.,1971), III,256-63)。
- (7) たゞゞはく W.Fraudentst, *Christian Wolff als Staatsdenker* (Berlin,1927); G.Namslau, *Rechtfertigung des Staates bei Christian Wolff* (Berlin, 1932); K.Larenz, "Sittlichkeit und Recht. Untersuchung zur Geschichte des deutschen Rechtsdenkens und zur Sittenlehre," K.Larenz (Hrsg.), *Reich und Recht in der deutschen Philosophie* (Stuttgart/Berlin, 1943), I, 169-412. ハルムスのほか、ナムスラウの著作は、人民階級の独裁を指摘しボリンモヴァキを批判するところから政治的目的を看しつたこと (Namslau, *op. cit.*, 94) 、「また、ラーモントンの著作には国家社会主義の影響が濃厚に感じられる (M.Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht* (Berlin, 1974), S.58-64 参照)。」その他の たゞゞはく J.Sauter, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts. Untersuchungen zur Geschichte der Rechts- und Staatslehre* (Wien, 1932), S.178-96; H.Thieme, "Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie," ZRG(GA), LVI(1936), S.202-63; M.Campo, *Cristiano Wolff e il razionalismo precritico* (Milano, 1939); Wundt (Anm.4) などの優れた研究がある。ハルムスについては、Engelkemper (Anm.3), 4-6 にも参照。
- (8) 第一部がヴォルフの独文著作、第二部がヴォルフの羅文著作、第三部がヴォルフ学派の人々の著作を中心とする資料編という構成で、ゲオルク・ホルムス社より刊行中 (未完)。
- (9) 一九八二年までのヴォルフに関する研究論文の一覧については、G.Biller, "Die Wolff-Diskussion 1800 bis 1982. Eine Bibliographie," Schneiders (Anm.1), 321-45 参照。
- (10) ヴァッテルがヴォルフをどのように評価していたかについては、第三章で詳しく述べる。
- (11) Ompteda (Anm.4), 328.
- (12) *Ibid.*, 323-5. 後に詳しく述べるように、ヴォルフの世界国家概念は、カール・H.F.Kahrel やギョントナー K.G.Günther によって、いったん「つくわすかな」しかも国際法学説史上をほぼ重視されていない学者たちのみによって受容されることになった。
- (13) W.Preiser, *Die Völkerrechtsgeschichte, ihre Aufgaben und ihre Methode* (Wiesbaden, 1964), S.38.

- (14) R.Ward, *An Enquiry into the Foundation and History of the Law of Nations in Europe from the Time of the Greeks and Romans to the Age of Grotius* (London, 1795), II, 621-8.
- (15) A.Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (2nd ed.; New York, 1954), p.156; W.G.Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte* (2.unv. Aufl.; Baden-Baden, 1988), S.419.
- (16) ヴォルフの自然法論と国家論との関係のなかで、またば、それ以外にも——たとえば、私法論との関係のなかで——積極的の取り上げられており、かれの国際法理論の場合とは研究状況がかなり異なる。たとえば、ヴォルフの「*Jus gentium methodo scientifica pertractatum*」(Ann.1)の「*Introduction*」(Ann.5)に於て。
- (17) ヴォルフの「*Einleitung*」Ch.Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* [The Classics of International Law, 13-1] (Frankfurt/Leipzig, 1764; Ndr., Oxford/London, 1934), S.xliv,lv-vi; O.Nippold, "Le développement historique du droit international depuis le Congrès de Vienne," *Recueil des Cours* (1924-I), p.109; K.Kausch, *Christian Freiherr von Wolff, sein System und seine Bedeutung fürs Völkerrecht* (Dissertation; Würzburg, 1920), S.59-60; K.Prigge, *Christian Wolffs Lehre von der civitas maxima gentium* (Dissertation; Göttingen, 1953), S.59-60, 84ff.; M.Thomann, "Christian Wolff," M.Stolleis, *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert. Reichspublizistik, Politik, Naturrecht* (2.Aufl.; Frankfurt/M., 1987), S.272.
- (18) Nussbaum (Ann.15), 156; E.Reibstein, "Deutsche Grotius-Kommentatoren bis zu Christian Wolff," *ZaöRV*, XV (1954), S.101-2; M.Lachs, *The Teacher in International Law: Teachings and Teaching* (2nd ed.; Dordrecht etc., 1987), p.59.
- (19) ヴォルフの「*Einleitung*」Nussbaum (Ann.15), 156; J.J.Manz, *Emer de Vattel. Versuch einer Würdigung* (Zürich, 1971), S.56-7, 188-9; D.Klippel, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts* (Paderborn, 1976), S.79f.
- (20) 最近の研究で、ヴォルフの国際法理論を積極的に評価するものとして、トマンの一連の研究 (M.Thomann, "Introduction," Ch.Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* [Christian Wolffs Gesammelte Werke,

IL25] (Halle, 1749; Ndr., Hildesheim/New York, 1972), pp. v-lviii; Thomann(Anm.17) など)がある。しかしながら、国際連盟との関連を始めとして、かれの分析は、論証が曖昧で独断的であり、一般に受け入れられるものとは言い難い。個々の論点については、本稿のなかで述べることにする。なお、ヴォルフの国際法理論を正しく評価している、きわめて少ない例外の一つで注目に値するのが、W.Schifer, *The Legal Community of Mankind: A Critical Analysis of the Modern Concept of World Organization* (New York, 1954), pp.63-78 である。この著作については後に述べることにする。

(21) 田中忠「戦闘手段制限の外観と内実」『国際法外交雑誌』七八巻三号(一九七九年)、三九頁。田中は、その代表的な例として、第二次世界大戦後の、戦争法をめぐる論争を挙げている(同論文、三七―四〇頁)。

(22) 実証主義、または、法実証主義という言葉がきわめて多義的であることについては、たとえば、加藤新平『法哲学概論』(法律学全集一、有斐閣、一九七六年)、二四七―六七頁参照。本稿でいう「実証主義」とは、一般的な意味でのそれ、すなわち、現に存する法、制度のみを認識の対象とし、しかもそのさい、「経験を超えた形而上学的なもの」によって経験世界を基礎づけたり方向づけたりしようとする一切の試みを否定する反形而上学的・実証主義的思考態度(同書、二四八頁参照)を指す。

(23) 大沼保昭「序」大沼保昭編『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)、六一―八頁参照。

(24) 「国際法」の起源をどこに求めるかをめぐっては、さまざまな議論がなされた。一九世紀においては、ロラン F.Laurent を始めとする大半の学者は、「国際法」は近代の文明の産物であって、古代にはいかなる「国際法」の体系も存在しないとしていた(S.A.Korff, "An Introduction to the History of International Law," *AJIL*, XVIII (1924), p.246)。しかし、今日においては古代にも「国際法」が存在したとする見解の方が一般的である(たとえば、Nussbaum (Anm.15), 1; A.M.Connelly, "The History of International Law: A Comparative Approach," W.E.Butler (ed.), *International Law in Comparative Perspective* (Althen aan den Rijn/Germantown, 1980), p.252; 田畑茂二郎『国際法』(第二版、岩波書店、一九六六年)、二頁)。一九世紀の支配的な見解は、古代遺跡の発掘が一九世紀末から盛んに行われ数多くの文書——たとえば、ラガシュ文書、ボガズ・キョイ文書——が発見されたのであって、そもそも一九世紀においては古代についての知識が乏しかったこと、および、「国際法」は近代ヨーロッパ文明のみにもみられるという優越意識が存在したこと、に基づいていたと考えられる(Korff, *Ibid.*, 247 参照)。無論「国際法」という名辞によっていかなる内実を想定するかにつ

- いて予め了解がなければ、「国際法」の起源をどこに求めるかという問題は、解答不可能となる。古代や中世に「国際法」が存在したといっても、それがいわゆる「近代国際法」とは内実がかなり異なる、ということには注意しなければならない(吉村忠典『支配の天才ローマ人』(人間の世界歴史四、三省堂、一九八一年)、一二八頁参照)。なお、田岡良一「国際法の名称に付て」『法学論叢』二四巻四号(一九三五年)、一三五〜六頁をも参照。本稿では、「国際法」の用語は一般には、広義の国家ないしは政治体(つまり近代主権国家に限定されない)間の法を表すものとして用いる。
- (25) たとえば、ブライザーの一連の研究が注目される。W. Preiser, *Frühe völkerrechtliche Ordnungen der außeuropäischen Welt. Ein Beitrag zur Geschichte des Völkerrechts* (Wiesbaden, 1976); *Id., Macht und Norm in der Völkerrechtsgeschichte. Kleine Schriften zur Entwicklung der internationalen Rechtsordnung und ihrer Grundlegung* (Baden-Baden, 1987) etc. また、B. Paradisi, *Civitas Maxima: Studi di storia del diritto internazionale* (Firenze, 1974) & "History of the Law of Nations," R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 7 (1984), pp. 126-273 の諸論文なども参照。
- (26) たとえば、A. Bleckmann, *Die Funktion der Lehre im Völkerrecht. Materialien zu einer allgemeinen Methoden- und Völkerrechtslehre* (Köln etc., 1981), S. 1; A. Verdross & B. Simma, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis* (3. Aufl.; Berlin, 1984), S. 399-400; Lachs (Anm. 18) 参照。
- (27) たとえば、田畑茂二郎『国際法講義』下(新版、有信堂、一九八四年)、一一一頁、山本草二『国際法』(有斐閣、一九八五年)、四三〜五頁、高野雄一『全訂新版国際法概論』下(弘文堂、一九八六年)、二八七〜八頁参照。
- (28) Nussbaum (Anm. 15), ix. また、Preiser (Anm. 13), 41. をも参照。
- (29) 田岡良一『国際法講義』上(有斐閣、一九五五年)、七七頁。また、Nussbaum (Anm. 15), 179. をも参照。
- (30) A. Pilet (éd.), *Les Fondateurs du droit international* (Paris, 1904) 参照。
- (31) 一六世紀から一八世紀のうち、どの時期を「近代国際法」形成にとってもっとも重要とみるか、ひいては、「近代国際法の父」をだれとみるか——グロテュウスか、ビトリアアか、ヴァッテルカ、あるいはそれ以外の学者か——については論者の間で一致がみられない。この点については後に詳しく述べることにする。

第一章 ユース・ゲンティウム概念の歴史

次章第一節で詳しく論じるように、ヴォルフは国家間関係を規律する法をユース・ゲンティウム *jus gentium*⁽¹⁾ と総称している。このラテン語自体は、古代ローマにすでにみられ、その後も法学者や神学者などにより使い続けられたものである。ところが、その概念内容には大きな変遷がみられる。ヴォルフは、この概念の長い歴史を踏まえた上で、独自のユース・ゲンティウム概念を打ち出したのである。そこで本章では、ヴォルフのユース・ゲンティウム概念を理解するのに必要とみられる限度で、このユース・ゲンティウム概念の変遷をごく簡単に辿ってみることにしたい。この変遷については、グロティウスが一つの転機になっていると考えられるので、グロティウス以前の時代（第一節）、グロティウス（第二節）、グロティウス以後の時代（第三節）と、大きく三つの時代に分けて略述することにする。中心となる論点は、①国家または政治体間の法、つまり「国際法」としてユース・ゲンティウムを捉えることができるか、②ユース・ゲンティウムと他の法、とくに自然法との関係はどのようになっていくか、それとの関連で――グロティウス以降の問題設定の仕方であるが――ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム *jus gentium voluntarium* が成立しうる余地はあるか、という二点である。⁽²⁾

第一節 グロティウス以前の時代⁽³⁾

一 古代ローマ

すでに述べたように、ユース・ゲンティウムという言葉自体は古代ローマにみられる。しかし、「ユース・ゲンティウム概念は、（自然法よりも）もっと論争の対象となっている。」⁽⁴⁾ といわれることがあるように、古代ローマにおける

ユース・ゲンティウム概念については、その起源、規律される主体、規律事項、他の法との関係、のいずれについても、現在学者の間で見解の一致がみられない⁽⁵⁾。起源については、たとえば、①イタリアの諸部族に共通にみられる諸原則の集成なのか（このなかでもさまざまな考え方があり）、それとも本質的にはローマで発達した法なのか、②後者だとすれば、慣習法として発達したのか、外人掛法務官（Praetor peregrinus）はその成立に対してどのような役割を果たしたのか、審理員（recuperatores）との関係はどうか、③この概念の成立にあたって、アリストテレスやストア哲学の影響はどの程度のものであったか、④この表現はケケローに初めてみられるのか、それとも非法律的な意味においてはあるがケケロー以前にも使われていたのか、などといった点をめぐって学説は対立している⁽⁶⁾。

規律される主体については、ローマ市民間の関係をのみ規律する市民法（ius civile）に対比させて、ローマ市民と非ローマ市民の関係、または、非ローマ市民同士の関係を規律すると捉えるのが一般的な見解である⁽⁷⁾。しかしこれに対しては、「戦争と平和の法（ius belli ac pacis）」と同じく、国家もしくは政治体間の関係を規律する法、つまり「国際法」をも意味するという説⁽⁸⁾、さらには、共和政期はもちろん古典期においても、外人に適用されるローマ私法がユース・ゲンティウムと呼ばれたことはなく、この語の実際上の意義は「国際法」においてのみみられるという説もある⁽⁹⁾。

また、規律事項については、『学説彙纂』のなかでヘルモゲニアヌスが挙げるもの——戦争、民族への分裂、王国の形成、所有権への分割、土地の境界設定、建築物の配置、通商、売買、貸借、義務の設定⁽¹⁰⁾——と、『法学提要』で挙げられるもの——戦争、捕虜、奴隷、売買・貸借・組合・寄託・消費貸借などほとんどすべての契約⁽¹¹⁾——は、必ずしも一致しない。またそれ以外に、引渡、自然債務などが挙げられることもある⁽¹²⁾。さらに、主たる規律事項は、厳格な形式主義を貫く市民法上は許されない無方式の売買や無方式の所有権譲渡といった、無方式の取引上の基本的法律行為であるとする考え方が一般的である⁽¹³⁾。しかし、自然法との区別という観点からすれば奴隷がもっとも重要だとする

説、ユース・ゲンティウム概念成立の一因は戦争であるとする説⁽¹⁴⁾、今日ならば民法から国家間関係に至るまでのさまざまな分野の法制度を含んでいるという説⁽¹⁵⁾なども唱えられている。

他の法との関係とは、市民法、自然法 (*ius naturale*)、ユース・ゲンティウムの三つの法の関係について、『学説彙纂』に挙げられているガイウス、ウルピアヌスなどの見解、『法学提要』における考え方をどのように捉えるか、簡単にいえば自然法とユース・ゲンティウムを同一視するのか区別するのか、すなわち、自然法||ユース・ゲンティウムと市民法との二つに分類する二分法なのか、三つの法を異なるものとする三分法なのか、さらには、三分法の場合、自然法とユース・ゲンティウムの区別は奴隷についてのみみられるのか、などの点をめぐる争いである⁽¹⁷⁾。

本稿では、これらの問題すべてを論じることはできないし、また当初の目的からすれば必要でもないと考えられるので、規律される主体、および、市民法や自然法との関係を中心に、簡単に触れるにとどめたい。

ユース・ゲンティウム概念の捉え方がこれほど錯綜している主たる原因の一つは、時代や人——法学者に限らない——によりこの語の使われ方がきわめて多様なこと、また、同一の人が複数の意味に用いている場合もあること、に存する⁽¹⁸⁾。まず規律される主体についてみると、ユース・ゲンティウムという言葉が、*ius belli ac pacis*, *ius belli*, *ius*

bellicum, *lex belli*, *lex belli atque imperatorium ius*, *lex belli ac ius victoriae* などという言葉と同様に、諸民族 (*gentes*) や諸人民 (*populi*) といった政治体間の戦争、条約、使節などの事柄を規律するものとして用いられていることがあるのはたしかである。この用法は、たとえば、法学者としてはポンポニウスにみられる⁽¹⁹⁾。また、サルスティウス、キケロー、リーウィウスなど、とくに歴史家の叙述には多くみられる⁽²⁰⁾。したがって、古代ローマのユース・ゲンティウムが個々の人間間の関係をのみ規律する法であったと断言することは、正しくないといえることができる。ただ、ユース・ゲンティウムのこの用法が、とくにガイウスやウルピアヌスなどの古典期の法学者の間では必ずしも一般的ではなかったこともまたたしかである⁽²¹⁾。その意味では、例外がごく一部でみられるものの、少なくとも古代

ローマの法学者の間では、一般にはユース・ゲンティウムは個々の人間間の関係を規律する法と捉えられていた、と言って差し支えないであろう。⁽²²⁾

古代ローマの法学者がユース・ゲンティウムと市民法や自然法との関係をどのように捉えていたかという問題は、一層複雑である。というのも、この点に関して『ローマ法大全』のなかで統一がとられていないと解釈する方が自然だからである。すなわち、『学説彙纂』に挙げられているガイウスの見解、ウルピアヌスの見解、『法学提要』の見解、と大きく分けて三つの見方があると一般には考えられている。

ガイウスは、法を、人民みずからがみずからのために制定した法、つまり市民法と、自然の理 (naturalis ratio) がすべての人間間に制定し、すべての人間間に共通な法、つまりユース・ゲンティウムとに二分する。⁽²³⁾ 自然法という言葉はここでは用いられていないが、⁽²⁴⁾ 自然の理に基づくということからして、ユース・ゲンティウムと自然法は同一であると捉えられていると解しうる。すなわちガイウスは、ユース・ゲンティウムと自然法を同一視し、市民法はこれと異なる法であるという二分法をとったのである。ガイウスが実際の論述のなかでどれだけこのユース・ゲンティウムと自然法と市民法との区別を念頭においていたか、については疑問視する見解もあるが、⁽²⁵⁾ かれの二分法自体に関してはほぼ異論がない。⁽²⁶⁾

ガイウスとは異なり、ユース・ゲンティウムと自然法を区別し、三分法の考え方をとる代表的人物がウルピアヌスである。『学説彙纂』の冒頭部分に挙げられているかれの論述によれば、私法は、①自然がすべての動物に教示した自然法、②人類 (gentes humane) が用いているもの、すなわち人間にのみ共通なことであるユース・ゲンティウム、③自然法またはユース・ゲンティウムと全面的に異なるわけでもないし、すべての点で同じであるわけでもない市民法に三分される。⁽²⁷⁾ すなわち、ユース・ゲンティウムの普遍性そのものは否定されないものの、それが人間間に限定されることになり、その点で人間を含むすべての動物に共通な自然法と区別されるのである。この三分法は、一見

きわめて明快であるように思われる⁽²⁸⁾。しかしながら、ウルピアースは、全体としては三分法を貫徹しているわけではなく、重要な箇所では二分法をとっているという説が主張されている⁽²⁹⁾。また、かれの考える自然法やユース・ゲンティウムをどのような法と解するかという点からの疑問もある。まず自然法については、『学説彙纂』中のウルピアースの他の法文でいわれる自然法は、必ずしも冒頭部分の自然法の定義と整合しないのではないかという疑問⁽³¹⁾、そのことから、かれはすべての動物に共通な自然法と人間にのみ共通な自然法——後者はユース・ゲンティウムと同一——という二つの自然法を考えていたという主張⁽³²⁾、さらには、冒頭部分の自然法の定義には修正（インテルポラーティオー）が加えられたのであってウルピアース本来の考え方ではないという主張⁽³³⁾がなされている。また、ユース・ゲンティウムについても、人間の意思に基づく実定的なものか、それともなんらかの上位の原則に由来するものか、後者だとすれば自然法との違いは一体どこにあることになるのか、という点がウルピアースの論述のなかで必ずしも明確ではない、と指摘されることもある⁽³⁴⁾。

『法学提要』⁽³⁵⁾をどのように解するかについても争いがある。すなわち、『法学提要』編纂者は、基本的にはウルピアースの見解を踏襲して三分法をとったという説⁽³⁶⁾、同じく三分法をとったとはしつつもマルキアースの見解をとりこんで、自然の理に基づく普遍的な法としてではなく人間の意思に基づく実定的な法としてユース・ゲンティウムを捉えている側面もあるという説⁽³⁷⁾、『法学提要』第二卷第一章第一節を主たる根拠に自然法とユース・ゲンティウムは同一視されているという説⁽³⁸⁾、さらには、そもそもこの問題に関する考察は十分に考え抜かれてはいないという説⁽³⁹⁾などがある⁽⁴⁰⁾。

以上のように、古代ローマのユース・ゲンティウム概念、とりわけ古代ローマ法学者の考える、ユース・ゲンティウムと自然法や市民法との関係は、きわめて多様な解釈をもたらしうるものであったのであり、これらの問題をめぐって、中世以降さまざまな議論を生んだのも無理ないところであった。ヴォルフ自身も、一七二九年『正義および

法について』第一法文第三分節、第九法文以下に基づく自然法、ユース・ゲンティウム、市民法の概念について」と題する論文のなかで、これらの問題、とくにガイウスやウルピアヌスの理論をどのように解するかという問題を論じている。かれが、古代ローマにおけるユース・ゲンティウム概念に深い関心を有していたこと、また、それとは異なる独自のユース・ゲンティウム概念をすでに提示していたことが、この論文から窺える。⁽⁴²⁾

二 中世

ユース・ゲンティウムをめぐる問題は、中世の、カノン法学者や神学者、また、ローマ法学者の間でも、多かれ少なかれ古代ローマ法との関連を念頭においた上で、議論された。ところで、この問題について、中世のカノン法学者や神学者、さらには、スアレスを始めとする近世のスペイン後期スコラ学者に大きな影響を与えたのが、七世紀のセヴィリアの大司教イーシドールスの理論であった。

イーシドールスは、『語源』第五巻において、法 (*ius*) を、自然法、市民法、ユース・ゲンティウムの三つに分類する。⁽⁴³⁾ そのうち、自然法とは、「すべての国民 (*nationes*) に共通であり、かつ、何らかの命令によってではなく、自然の本能 (*instinctus naturae*) によって至る所で認められている」もの、市民法とは、「人民または国家がそれぞれ、人間または神のために、制定した」もの、と定義する。ところがユース・ゲンティウムについては、はっきりとした定義を与えないまま、それに属する制度を列挙した上で、「ほぼすべての民族 (*gentes*) がその法を享有しているので、ユース・ゲンティウム（と呼ばれる）」と述べるにとどまっている。⁽⁴⁴⁾

かれのユース・ゲンティウム概念をめぐるのは、その起源——古代ローマ法との関係——、実定法なのか自然法なのか、「国際法」といえるのか、などの点が問題となる。まず起源については、一見したところ、ガイウスの「すべての民族が享有する法としてユース・ゲンティウムと呼ばれる」⁽⁴⁵⁾ が連想されることはいうまでもない。ところが、か

れの挙げる、ユース・ゲンティウム上の個々の制度——都市の領有・建築・要塞化、戦争、捕虜、帰国権、平和同盟条約、休戦、外交使節不侵害の義務、外国人との婚姻の禁止——は、ガイウスを始め、どの古代ローマ法学者にも、まとまったかたちではみられない。これがだれの考えを参考としたのかは、現在のところ「謎」である。⁽⁴⁶⁾

つぎに、ユース・ゲンティウムと自然法の関係については、多くの説は、ウルピアヌスの影響を直接受けたかは別として、イーシドールスは、自然法、ユース・ゲンティウム、市民法の三分法をとる、すなわち、かれのユース・ゲンティウムは、自然法とも、市民法とも異なる、独自の実定法である、とする。⁽⁴⁷⁾ これに対して、イーシドールスは、ガイウスの影響を受けて、ユース・ゲンティウムを、諸民族の慣行として実定化された自然法と捉えているという説もある。⁽⁴⁸⁾

さらに、かれのユース・ゲンティウムを「国際法」、つまり「国家」間の関係を規律する法と捉えうるかについては、ユース・ゲンティウム上の制度とされるものほとんどが現在の国際法に属することを主たる根拠として、多くの学説は肯定的な立場をとる。⁽⁴⁹⁾ しかしこうした捉え方に対しては、かれのユース・ゲンティウム上の制度の一つとされる、外国人との婚姻の禁止を、国際法とするのは奇妙であるということなどを理由として、少なくとも懐疑的な見解⁽⁵⁰⁾、さらには、否定的な見解もある。⁽⁵¹⁾

いずれにしても、ユース・ゲンティウムについてのイーシドールスの叙述は、きわめて限定的なものにとどまっており、全面的に展開されているわけではない。そのために、ローマ法との関連をも含めて、ユース・ゲンティウムについて大きな解釈の余地を、後世に残すこととなった。⁽⁵²⁾

このユース・ゲンティウムの定義を、少なくとも文言上はそのまま受け継いでいるのが、グラティアヌスの『矛盾教会法令調和集』（通称『グラティアヌス教令集』）である。そのことは、ユース・ゲンティウムのみならず、自然法や市民法にもあてはまる。⁽⁵³⁾ したがって、この点のみを考慮に入れれば、イーシドールスの場合とまったく

同じ問題が、グラティアーヌスにもみられることになる。

ところがグラティアーヌスは、第一部第一節の付言（*dicta*）において、「人類は、二つのもの、すなわち自然法と習慣により、統べられる。自然法とは、律法と福音書に含まれるものである」と述べている。すなわちかれは、自然法と神の法を一致させたのである。⁽⁵⁴⁾これは、アウグスティヌスの影響を受けていると考えられている。イーシドールスは、そのような考え方を、明瞭なかたちでは述べていない。⁽⁵⁵⁾そこで、グラティアーヌスのユース・ゲンティウムの本質は自然法であるとする見解では、ユース・ゲンティウムは神の法を本質とする法ということになる。⁽⁵⁶⁾これに対して、かれにおいてはユース・ゲンティウムと自然法は同一視されていないとする見解では、グラティアーヌスのユース・ゲンティウムは、イーシドールスのそれとまったく同一であるということになる。⁽⁵⁷⁾いずれにしても、グラティアーヌスは、イーシドールスの考えを後世に伝えたという点では評価できるものの、かれ自身において、ユース・ゲンティウム論が大きく取り上げられ、発展させられるということにはなかった。

さらに、イーシドールスのユース・ゲンティウム概念の影響を受けているのが、トマス・アクィナスである。一般に中世の神学者は、ユース・ゲンティウム論に無関心であったが、トマスは例外である。かれは、『神学大全』第二部の九〇〜一〇八問（「法について」）において、法を、永遠法、自然法（*lex naturalis*）——理性的被造物における永遠法の分有——、人定法——ユース・ゲンティウムと市民法——、神法、と段階的に捉える。このようにトマスは、ユース・ゲンティウムを自然法とは異なる人定法に分類すること自体においては、イーシドールスと同一である。ただしかれは、ユース・ゲンティウムを、「原理から結論が導き出されるように、自然法から導き出されるもの」で、公正な売買、人間が相互に共同生活を営む上で不可欠な事柄などを規律する法、と捉える。すなわちかれは、自然法とユース・ゲンティウムとの緊密な関係をも明示しているのであり、この点はイーシドールスにはみられなかったことである。⁽⁵⁸⁾

ところが、トマスはさらに、『神学大全』第二部の二の五七問三項「ユース・ゲンティウムは自然法（権）（*ius naturale*）と同一であるか」においては、ことからの無条件な考察である第一の方法によれば、自然法（権）は、すべての動物に共通であり、ユース・ゲンティウムとは異なる、とする。しかし、あることからの何らかの帰結である第二の方法によれば、自然の理により人間に妥当するのが自然法（権）であり、これはガイーウスがユース・ゲンティウムと呼ぶものであり、財産の私有、奴隷などを規律する、とする⁽⁵⁹⁾。

この二つの箇所については、実定法としてのユース・ゲンティウムと自然法としてのユース・ゲンティウムの並存、または、イーシドールスの影響を受けた考え方と、ガイーウスなどの影響を受けた考え方の並存、という、矛盾した「二つの顔（*Doppelgesicht*）」をもつと捉えられている⁽⁶⁰⁾。これに対して、トマスの意図は、アリストテレス、古代ローマ法学者、イーシドールス、のさまざまな見解を調和させて、統一的なユース・ゲンティウム概念を形成しようとすることにあった、しかしながら実際には、トマスのユース・ゲンティウムは、さまざまな要素を不統一のまま混在させているのであり、その意味では二つの顔をもつ「ヤヌス」というよりは、あらゆる姿に変身できる「プロテウス」ということができる、という捉え方もある⁽⁶¹⁾。ともあれトマスは、イーシドールスのみならず、古代ローマ法学者の見解をも参考としつつ、自己のユース・ゲンティウム概念を形成しようとしたのであるが、必ずしも明確で統一的なユース・ゲンティウム概念を提示するまでには至らなかったといえよう。

また、若干の異論はあるもの⁽⁶²⁾、一般には、かれのユース・ゲンティウムには「国際法」と捉えられる側面がない、と解されている⁽⁶³⁾。

中世においてユース・ゲンティウム論のもう一つの流れを形成するのが、ローマ法学者の一群である。かれらは、一見したところ矛盾する、『学説彙纂』のウルピアヌスのユース・ゲンティウム概念とガイーウスのそれとを整合的に捉えることができるか、『法学提要』第一巻第二章におけるユース・ゲンティウム概念を首尾一貫していると捉

えることができるか、という点の解明に、多かれ少なかれ取り組んだ。

プラケンティーンヌスを始めとする註釈学派においては、必ずしも明確なかたちではないが、第一の自然法と、ユース・ゲンティウムと混同される第二の自然法との区別がみられることがあった。また、人類の誕生とともに成立したユース・ゲンティウムと、その後人類によって制定されたユース・ゲンティウムとの区別が、なされることもあった⁽⁶⁴⁾。さらに註解学派の時代になると、こうした区別は、トマスの理論の影響を受けながら、緻密なものとしていった。たとえばバルトルスは、ユース・ゲンティウムには、自然の理から生じるものと、諸民族の慣習（*usus gentium*）から生じるものの二種類があるとす。前者の、第一のユース・ゲンティウム（*ius gentium primeum*）は、すべての動物に共通な第一の自然法（*ius naturale primeum*）ではなく、人間についての自然法と同一視され、信義や約束の遵守、自由などを規律する。後者のユース・ゲンティウムは、自然の理によるのではなく、時としてそれに反することもあるものである。戦争、捕虜、奴隷、所有権の区分などを規律する⁽⁶⁵⁾。さらにパウルス・デ・カストロは、自然法とユース・ゲンティウムそれぞれについて、「第一の（*primaevum*）」と「第二の（*secundarium*）」という形容詞を付け、明確にはないが、人間のみを規律する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た⁽⁶⁶⁾。

中世のローマ法学者のユース・ゲンティウム概念が、「国際法」としての側面を有しているかについては、部分的ながらもカストロなどに認められるとする見解もある。しかし、そうした見解でも、カストロが明確な「国際法」概念を提示したと断定しているわけではないし、また、かれ以外の学者についてはまったく認めていない⁽⁶⁷⁾。

ともあれ、中世のローマ法学者は、必ずしも明確なかたちではなかったものの、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とることにより、古代ローマ法におけるユース・ゲンティウムと自然法との関係の曖昧さを払拭しようと努めたのである。こうした考え方は、そのままのかたちではないが、近世の学者へと受け継がれていくことになる⁽⁶⁸⁾。

三 近世——一六世紀を中心に——

一五世紀においても、一部ではユース・ゲンティウム論が取り上げられたものの、活発に議論がなされたわけではなかった。⁽⁶⁹⁾ところが、一六世紀になってからは、スペイン後期スコラ学者を中心とするカトリック系神学者、およびプロテスタント系法学者の間で、ユース・ゲンティウム論に関する議論が、かなり活発に行なわれるようになった。そのさい、古代ローマ法における理論、および、中世のカノン法学者、神学者、ローマ法学者の議論はいうまでもなく、アリストテレス、キケロー、古代の歴史家たちの議論もまた、参考とされた。⁽⁷⁰⁾

この時代のもっとも重要な神学者は、ビトリアである。かれのユース・ゲンティウム概念の性質をめぐっては、学説が対立している。対立の最大の原因は、一見したところ、ビトリア自身が、著作物により異なる見解を述べているかに受け取られるということにある。すなわちかれは、『神学大全』第二部の二に対する註釈である「正義について」、および、「国家権力について」の特別講義においては、ユース・ゲンティウムを自然法から区別し、実定法と位置づける。⁽⁷¹⁾ところが、「インド人について」の特別講義においては、同じくユース・ゲンティウムを実定法とみなしている箇所もあるが、自然法と同一視していると受け取ることのできる箇所もある。⁽⁷²⁾そのため、二つの考え方が並存している⁽⁷³⁾と解する説、⁽⁷⁴⁾実定法と解する説、⁽⁷⁵⁾自然法の実定化したもの、つまりトマス⁽⁷⁶⁾の第二の方法による自然法と解する説⁽⁷⁶⁾などがある。いずれにしる、ビトリアのユース・ゲンティウムが多面的な要素を内在させた概念であったことは、否定し難いであろう。

これに対してスアレスは、イーシドルスやトマスのユース・ゲンティウム概念を検討した上で、実定法としてのユース・ゲンティウム概念を、より鮮明に打ちだした。たしかにかれも、ユース・ゲンティウムが、自然法に近い法であることは認めつつも、実際には、人間の合意により、慣習として成立する実定法であるとする。⁽⁷⁷⁾

他方、プロテスタント系法学者たちには、ユース・ゲンティウムを自然法と捉える傾向がみられた。その代表的人

物が、ドノである。かれは、法を、ユース・ゲンティウムと市民法とに二分し、自然法とユース・ゲンティウムとを同一視する。そして、自然法Ⅱユース・ゲンティウムは、ウルピアヌスのいう「自然」、または、ガイウスのいう「自然の理」に由来するとする。かれには、中世のローマ法学者におけるような、ユース・ゲンティウムの二分法は、みられない。⁽⁷⁸⁾

無論、二分法をとる学者もいた。フェルナンド・バスケスである。かれは、神の法の一部である自然法には、獣や理性享有者である人間に共通な自然法と、人間にのみ属する自然法の二つがあるとする。後者の自然法は、人類の発生とともに生じたものであり、自然的なユース・ゲンティウム (*ius gentium naturale*) または第一のユース・ゲンティウムと呼ばれる。これに対して、人類の発生後しばらくしてから、大多数の民族によって生みだされたのが第二のユース・ゲンティウムである。⁽⁷⁹⁾

ところで、この時期のユース・ゲンティウム論には、「国家」間の法としての位置づけを与えうるか、という問題意識が、かなり明確なかたちで見られるようになった。

その嚆矢をなす者として、一時期きわめて高い評価を与えられていたのが、ビトリアである。かれは、「ユース・ゲンティウムとは、自然の理がすべての民族の間に制定したものである」と定義した。⁽⁸⁰⁾ これは、ガイウスによる定義⁽⁸¹⁾のうち、「人間」とある部分を「民族」と置き換えたものであった。一九世紀末以降、ナイスヤスコットを始めとする多くの学者は、この点を重視して、ビトリアは、「国家」間の法、つまり国際法を最初に唱えた学者である、と高く評価した。⁽⁸²⁾ 現在でもなお、こうした考え方をとる学者は存在する。⁽⁸³⁾ しかしながら、ビトリアのいう「民族」とは必ずしも「国家」ではない、かれの考える「全体世界 (*totus orbis*)」は個々の人間を単位とする、ということなどを理由として、それを否定する見解⁽⁸⁴⁾の方が説得的である。

これに対してスアレスは、諸国家や諸王国 (*ciuitates vel regna*) 相互間 (*inter se*) の法としての第一の意味のユ-

ス・ゲンティウムと、人民や民族 (populi & gentes) 内部 (intra se) の法としての第二の意味のユース・ゲンティウム、すなわち、「国家」間の法と、個々の「国家」の中で守られている法だが、たまたま多くの「国家」に共通するの
 でユース・ゲンティウムと呼ばれる法とを区分する⁽⁸⁵⁾。たしかにここには、それまでのユース・ゲンティウムとは異なり、「国家」間の法としてのユース・ゲンティウムという意識が、かなり明確に現れているといえよう。しかしながら、完全に個々の人間を排除して唯一「国家」のみの間の関係を規律する法と捉えられていたかについては、学説は一致していない⁽⁸⁶⁾。

スアレス以外にも、この時期にユース・ゲンティウムを「国家」間の法と捉えようとした者として挙げられることがあるのは、フェルナンド・バスケス⁽⁸⁷⁾、ジェンティリー⁽⁸⁸⁾、フッカー⁽⁸⁹⁾などである。これらの学者が、明確にそのような概念を提示したかについては、学説は一致しない。かれらのユース・ゲンティウム概念が、程度の差はあれ、「国家」間の法としての要素を有することを完全に否定するのは困難であろう。しかしながら、それらの理論が、きわめて明確にそのような法と定式化し、さらには、後世に影響を及ぼすことにもなったとまでいえるかは、疑問である。

(1) 本章では、概念の混乱を避けるため、ユース・ゲンティウム——および、ユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム——は、訳語を用いないで、原語のまま用いることにする。

(2) J. Messner, *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik Staatsethik und Wirtschaftsethik* (2. unv. Aufl.; Innsbruck/Wien, 1950), S. 206-7 (J. メスナー (水波朗・栗城寿夫訳) 『自然法』上 (ドン・ボスコ社 一九五七年) 二二一〜二頁) 参照。なお、第五版 (一九六六年) 三七七〜八〇頁をも参照。

(3) 本節の叙述にあたっては、ハーゲンマッハーの著作 (P. Hagenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste* (Paris, 1983), pp. 320-58) にかんがりの部分依拠していることを予めお断りしておきたい。

(4) W. W. Buckland, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian* (3rd ed. rev. by P. Stein; Cambridge etc., 1963), p. 53.

- (15) J.Soder, *Francisco Suarez und das Völkerrecht. Grundgedanken zu Staat, Recht und internationalen Beziehungen* (Frankfurt/M., 1973), S.54 参照°
- (16) F.K.v.Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, 1840), I,109-10; M.Voigt, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer* (Leipzig, 1856), I,64-75; *Id.*, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer* (Leipzig, 1858), II,526-680; H.Netteship, "Ius gentium," *The Journal of Philology*, XIII (1885), pp.169-81; C. Phillipson, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome* (London, 1911), I,67-99; W.Weiss, "Ius gentium," Pauly/Wissowa, *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (Stuttgart, 1919), X,Sp.1220-5; E. Schönbauer, "Studien zum Personalitätsprinzip im antiken Rechte," *ZRG (RA)*, XLIX(1929), S.383-96; M.Kaser, "Mores maiorum und Gewohnheitsrecht," *ZRG (RA)*, LIX (1939), S.67-74; G.Lombardi, *Sul concetto di "ius gentium"* (Roma, 1947) 参照°
- (17) P.Jörs *et al.*, *Römisches Privatrecht* (3.Aufl.; Berlin etc., 1949), S.60; M.Kaser, *Das römische Privatrecht* (München, 1971), I,202; *Id.*, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch* (13.Aufl.; München, 1983), S.29 (註・ローネー(柴田米蔵 編)『ロー民法概論』(創文社'一九七九年) 四七〇〜八四) ; Y.Sasaki, "Ius gentium in der Lehre des Bartolus," *J.A.Ankum et al. (ed.)*, *Satura Roberto Feenstra* (Freiburg i. Br., 1985), S.421.
- (18) A.F.Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte. Zum akademischen Gebrauch* (Leipzig, 1857), I,3; Voigt (Anm.6[1858]), 24-5; Netteship (Anm.6), 175; W.Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung* (5.Aufl.; Köln/Graz, 1971), S.81; W.Preiser, *Macht und Norm in der Völkerrechtsgeschichte. Kleine Schriften zur Entwicklung der internationalen Rechtsordnung und ihrer Grundlegung* (Baden-Baden, 1978), S.37; *Id.*, "History of the Law of Nations Ancient Times to 1648," R.Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 7 (Amsterdam etc., 1984), p.139.
- (19) F.Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar, 1961), S.162.
- (20) D.I.1.5. 本條と関係するものとして『法源集解』 卷五の「西田」 Th. Mommsen & P.Krüger (Hrsg.), *Corpus iuris civilis* (22.Aufl.; Dublin/Zürich, 1973), I (Institutiones & Digesta) 27 卷六『ローヤル民法概論』 卷五の「田」 P.Krueger & G.Studemund (ed.), *Gai institutiones ad codicis Veronensis apographum Studemundianum novis curis auctum* (Berlin, 1884) 27 卷六°

- (11) Inst.1.2.2.
- (12) たむべ²⁴ D.41.1.9.3; D.50.17.84.
- (13) Jörs (Anm.7), 60; Kaser (Anm.7[1971]), 203; Kaser (Anm.7[1983]), 29 (カーザー・前掲書(注7) 四八頁); 原田慶吉『ローマ法』(改訂版 有斐閣 一九五五年) 七頁。
- (14) Buckland (Anm.4), 54.
- (15) Haggemacher (Anm.3), 319.
- (16) Soder (Anm.5), 55.
- (17) Savigny (Anm.6), 111-6, 413-20; Voigt (Anm.6[1856]), 446-78, 500-3, 566-76; Phillipson (Anm.6), 77-84; R.W.Carlyle & A.J.Carlyle, *A History of Medieval Political Theory in the West* (Edinburgh/London, 1927), 1,36-44, 51-4, 71-6; Lombardi (Anm.6), 120-52, 191-223, 274-315, 345-90; E.Levy, "Natural Law in Roman Thought," *Studia et Documenta historiae et iuris*, XV(1949), pp.10-9; R.Weigand, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratien bis Johannes Teutonicus* (München, 1967), S.8-17; Kaser (Anm.7[1971]), 204-5; Haggemacher (Anm.3), 313-20 なども参照。
- (18) Phillipson (Anm.6), 77. 後注(40)参照。
- (19) D.50.7.18. ²⁴ J.Westlake, *Chapters on the Principles of International Law* (Cambridge, 1894), pp.18-21 なども参照。
- (20) Voigt (Anm.6[1858]), 25 参照。
- (21) 前二世紀中ごろとくに前一六八年のピュドナの戦い(あるいはカルタゴの滅亡した前一四六年)以降、ローマの権力が強大化し、ローマと平等な国は近隣には存在しなくなった。それにともない、ごく一部の例外はあるにしても、いわゆる「国際関係」や「国際法」も終焉を迎え、「ローマ帝国」が誕生した、というのが、現在では一般的な見方である(たとえ²⁵ E.Badian, *Foreign clientelae (264-70 B.C.)* (Oxford, 1958), pp.113-4; Preiser (Anm.8[1978]), 34-5; Preiser (Anm.8[1984]), 137; 吉村忠典「条約締結国としてのメッサナ」『古代ローマ法研究と歴史諸科学』(一九八六年、創文社) 一〇一頁)。この見方に従えば、前二世紀中ごろ以降は、「国際法」を表す言葉は、実態からすれば不要であったとしようことになる。

(22) なお、ユース・フェーティアーレ*ius fetiale* (祭官団による法)が、フェーティアーリス*fetialis* (祭官団)により集積されていったローマの国内法であり、ユース・ゲンティウムとはまったく異なる概念であること、したがってまた、ブー

チ、ホイートン、カルヴォといった人々がこの二つを混同したのは誤りであるということについては、今日ほぼ異論がなく (Phillipson (Ann.6), 94-9; A.Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*(2nd ed., New York 1954), pp.10-1)。ただ、フェーティアリスが宗教的な事柄にとどまらず、条約の締結、宣戦布告などの職務をも遂行したのか、それとも、元老院の単なるメッセンジャーであったのか、また、司法官としての性格をも有していたのか、などについては、必ずしも学説は一致していない。C.Saulnier, "Le rôle des préêtres félix et l'application du *ius fetiale* à Rome," *Revue historique de droit français et étranger*, LVIII (1980), pp.181-3; 矢澤昇治「涉外法律関係と裁判制度の初源的形態——古代ローマにおける外人掛法務官と法の適用を中心として——(一)」『熊本法学』三五号(一九八三年)、一二二〜八頁参照。

- (23) D.I.1.9; D.41.1.1; D.41.1.9.3.
- (24) 『ガイウス法学提要』全体を通じても、「自然法」という言葉が用いられているのは、第一卷第一五六節、第二卷第六五、七三節の三箇所に限られる。ガイウスがなぜあえて自然法という言葉を用いなかったかについては、ハーゲンマッハーは、ガイウスの二世紀前のケケローの時代から、ローマのみならず、すべての人民に共通な法としてユース・ゲンティウムを捉える傾向があったのであり、かれはこれに従ったのである」としている (Haggenmacher (Ann.3), 315)。
- (25) Schulz (Ann.9), 196-7.
- (26) ただし、ガイウスは「自然法とユース・ゲンティウムとの同一性を必ずしも一貫して主張していない」という解釈もある (Voigt (Ann.6[1856]), 455-7)。
- (27) D.I.1.1, 4, 6.
- (28) R.Voggensperger, *Der Begriff "ius naturale" im römischen Recht* (Basel, 1952), S.63-4.
- (29) Savigny (Ann.6), 418-9.
- (30) D.41.2.12; D.50.17.32. など、D.43.26.2; D.50.17.35 を参照。
- (31) Carlyle (Ann.17), 40-1.
- (32) Voigt (Ann.6[1856]), 458.
- (33) 『自然法の起源』 F.Senn, *De la justice et du droit: Explication de la définition traditionnelle de la justice* (Paris, 1927), p.66; Voggensperger (Ann.28), 64-5; A.P.d'Entrèves, *Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy* (2nd ed.; London, 1970), pp.28-32 (A・P・メンタレーヴ(久保正幡訳)『自然法』(岩波書店)一九五二

年)、二九〇三七頁)など参照。

(34) Hagenmacher (Ann.3), 316-7.

また、ウルピアヌスは、セネカやストアの理論の影響を受けて、合意による社会制度の存在しない原初的自然状態において妥当するのが自然法、合意による社会組織を規律するのがユース・ゲンティウムである、という区別をしたのであり、この区別は『法学提要』にも受け継がれ、さらには教父らが洪水理論と結び付け、中世の政治理論にも影響を与えることになった」と捉える考え方もある (Carlyle (Ann.17), 43-4, 75-6)。しかしながら、古代ローマ法学者にストア哲学などの影響があったことは認めるとしても、『ローマ法大全』自体にそうした区別があるとする説得的な論拠は必ずしも挙げられていない。

(35) Inst.1.1.4; Inst.1.2.1, 2; Inst.2.1.11.

(36) Carlyle (Ann.17), 72-4.

(37) Hagenmacher (Ann.3), 318-20. 以下 Voigt (Ann.6[1856]), 566-76参照。

(38) D'Odon Lotin, *Le droit naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs* (2^e éd.; Bruges, 1931), pp.8-9; Weigand (Ann.17), 16; Sasaki (Ann.7), 422. 以下 Carlyle (Ann.17), 72-3 参照。

(39) Savigny (Ann.6), 419.

(40) このように法学者の見解が多岐にわたっている原因の一つとして、ユース・ゲンティウムの語を最初に用いたと一般にいわれているキケロー自身が、この語にさまざまな意味を与えているということがある」と指摘されている (たとえば、Voigt (Ann.6[1856]), 64-7; Lombardi (Ann.6), 61-91; Buckland (Ann.4), 54 参照)。すなわちキケローには、①われわれの祖先 (maiores) は、ローマに固有の市民法とユース・ゲンティウムとを区別し、前者は必ずしも後者に含まれないが、後者は前者に含まれるべきである」と述べている箇所 (*De off.* III, 69) ②ユース・ゲンティウムは、あらゆるところに存在するとみなされる諸原則である」と述べている箇所 (*Ora. partit.* 37, 130) ③普遍的、したがって自然的なものである」と述べている箇所 (*De off.* III, 23) ④自然法 (lex naturae) に属する」と述べている箇所 (*De harusp. Resp.* 14, 32) などがある。

(41) ユース・ゲンティウム概念をめぐるこうした研究状況に対して、「曖昧模糊とした jus gentium の術語を排除することから出発」することを目指して、従来のユース・ゲンティウムを「外人法」、「共通法」、「外人に固有の法」の三つを含む概念と理解して、この三つを識別した上で、ユース・ゲンティウム概念の発展的変質を捉えようとした試み (矢澤昇治「涉

外法律関係と裁判制度の初源的形態——古代ローマにおける外人掛法務官と法の適用を中心として——(一)〜(五・完)『熊本法学』三四〜八号(一九八二〜四年)は、十分な論証がなされているとはいえないが、それ自体としてはきわめて注目に値する。

- (42) Ch. Wolff, "De notione juris naturae, gentium & civilis juxta l.1.§.3. & l.9.ff. de Justitia & Jure," *id.*, *Horae subsecivae Marburgenses anni 1729, trimestre brumale* [Christian Wolffs Gesammelte Werke, II.34.1] (Frankfurt/Leipzig, 1729; Ndr., Hildesheim/New York, 1983), pp.37-107. この論文の詳細については、柳原正治「エース・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)、一〜三六頁参照。なお、本稿はこの論文と一部論述が重複する箇所があることをお断りしておきたい。

- (43) Isidorus, *Etymologiarum sive originum libri XX* (Recogn. W.M.Lindsay; Oxford, 1911), V, iv. イーシドールスは、他の箇所では「法律 (leges) を「自然により成立する神の法律」と「慣習により成立する人間の法律」とに分類し、前者は神聖な掟 (fas) 後者は法 (ius) である」とする (*Ibid.*, V, iii)。ところが、そのすぐ後の箇所では、法律は法の種概念であり、法は「書かれた規定である法律」と「不文の慣習からなる」としている (*Ibid.*, V, iii)。こうした法と法律の関係は、「一見したところ明らかに矛盾している。この矛盾は「法律および慣習には、広義のものと狭義のものがある」と考えることによつてのみ解消しうる (Haggenmacher (Ann.3), 321)」。しかしながら、この分類と、法を自然法、エース・ゲンティウム、市民法の三つに分類することとが、どのようにして接合されるかについての説明は、イーシドールスにはみられない (Odon Lotin (Ann.38), 11)。

- (44) Isidorus (Ann.43), V, iv-vi.

- (45) D.1.1.9; Gai institutiones, 1.1.

- (46) J.Gaudemet, "La doctrine des sources du droit dans le décret de Gratien," *Revue de droit canonique*, I (1951), pp.18-9; Haggenmacher (Ann.3), 323. イーシドールスが「ローマ法大全」自体を知らなかったということについては異論がない。エース・ゲンティウム論についてはともかく、少なくとも自然法理論の形成にあたっては、イーシドールスが「ウルピアヌスの『告示註解』を参考とした」という点については、ほぼ学説の一致がみられる。Voigt (Ann.6[1856]), 576-83; Haggenmacher (Ann.3), 323 及び参照。

- (47) だんやぎ J.Kosters, "Les fondateurs du droit des gens: Contribution à la théorie générale du droit des gens," *Bibliotheca Visseriana*, IV (1925), p.12; Carlyle (Ann.17), 108-10; J.Sauter, *Die philosophischen Grundlagen des*

- Naturrechts. Untersuchungen zur Geschichte der Rechts- und Staatslehre* (Wien, 1932), S.65-6; V.E.Hrabar, *Esquisse d'une histoire littéraire du droit international au moyen-âge du IV^e au XIII^e siècle* (Paris, 1936), p.24; Soder (Ann.5), 57; Hagenmacher (Ann.3), 322-4 以下。
- (48) 伊藤不二男「トマス・アクィナスの『語源』の考察(一)」『国際法外交雑誌』五五巻五号(一九五六年) 三六―四一―五頁。
- (49) Hrabar (Ann.47), 24; Nussbaum (Ann.22), 36; P.Guggenheim, "Jus gentium, jus naturae, jus civile et la communauté internationale issue de la divisio regnorum intervenue au cours des 12^e et 13^e siècles," *Comunicazioni e Studi*, VII(1955), pp.12-3; Soder (Ann.5), 57-8 以下参照。また O.Schilling, *Das Völkerrecht nach Thomas von Aquin* (Freiburg i.Br., 1919), S.16-7 以下参照。
- (50) Hagenmacher (Ann.3), 322-4.
- (51) 伊藤・前掲論文(注49) 三五―四〇 四五頁。
- (52) J.M.d.Aguilar, "The Law of Nations and the Salamanca School of Theology," *The Thomist. A Speculative Quarterly Review*, IX(1946), p.190; Hagenmacher (Ann.3), 321, 323 以下参照。前注(49) 以下参照。
- (53) Gratianus, *Corpus iuris canonici, Pars I. Decretum Magistri Gratiani* (ed. Ae. Friedberg; Leipzig, 1879), c.6-9 Dist.1.
- (54) *Ibid.*, dict. intr. Dist. I; dict. intr. Dist. V; dict. post. c.3 Dist. VI.
- (55) Gaudemet (Ann.46), 24; F.Arnold, "Die Rechtslehre des Magisters Gratianus," *Studia Gratiana*, I (1953), S.464-5; D.Dario Composta, "Il diritto naturale in Graziano," *Studia Gratiana*, II(1954), pp.171-2; S.Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (Stockholm etc., 1960), S.182-4; 伊藤不二男「グラティヤヌス『教会法』の学説史上の意義」九州大学法学部創立三〇周年記念論文集『法と政治の研究』(有斐閣 一九五七年) 七九―八〇頁など参照。また Hagenmacher (Ann.3), 470-5 以下参照。
- (56) 伊藤・前掲論文(注55) 七八―八〇頁。
- (57) Arnold (Ann.55), 464.
- (58) Thomas de Aquino, *Summa theologiae* (Cura et studio P.Caramello; Torino/Roma, 1952), I, II, qu.91, art.1-4; qu.95, art.2, 4 (トマス・アクィナス(稲垣良典訳)『神学大全』Ⅷ(創文社 一九七七年) 一五―二七、九三―六、九九―一〇三頁)。なおトマスは「自然法には、共通的な原理にかかわることと、特殊的・固有的なことがある、後者については付加または除去という方法で、改変することが可能である」として知る (*Ibid.*, I, II, qu.94, art.4, 5 (トマス・同書 七

- 七〇八五頁)。
- (59) *Ibid.*, II, qu.57, art.3 (トマス・アクィナス(稲垣良典訳)『神学大全』Ⅷ(創文社、一九八五年)、九〇一二頁)。トマスは、第二部の一の九五問四項において、「ユース・ゲンティウムは自然法から区別されるのであり、とくにすべての動物に共通の自然法 (*lex naturalis*) から区別される」と述べている。したがって、*lex naturalis* と *ius naturale* を区別しないとすれば、トマスは、理性的被造物における永遠法の分有である自然法——人定法としてのユース・ゲンティウムとは区別される——、すべての動物に共通の自然法——人間にのみ妥当するユース・ゲンティウムとは区別される——、自然の理により人間に妥当する自然法——ユース・ゲンティウムと同一——の少なくとも三種類の自然法を認めていることになる。なお、高坂直之『トマス・アクィナスの自然法研究——その構造と憲法への展開——』(創文社、一九七一年)、七七〇八頁参照。
- (60) Odon Lotin (Anm.38), 63-7, 89-90; Sauter (Anm.47), 76-8 など参照。なお、矛盾していなうとする見解もあるが、必ずしも説得的な論拠を示されていなく (Aguilar (Anm.52), 192, 195)。
- (61) Haggemacher (Anm.3), 328-30. なお、J.-M.Aubert, *Le droit romain dans l'œuvre de Saint Thomas* (Paris, 1955), pp.97-108 なども参照。
- (62) だんやび' Schilling (Anm.49), 1-2,26-7; Soder (Anm.5), 63.
- (63) Haggemacher (Anm.3), 330.
- (64) Weigand (Anm.17), 27-44; Haggemacher (Anm.3), 325-6.
- (65) Bartolus de Saxoferrato, *Super prima digesti veteris* (Venetia, 1526), ad D.1.1.5, nn.9-10; *Id.*, *Super secunda parte digesti veteris* (Venetia, 1526), ad D.12.6.38, n.17; ad D.12.6.64, nn.1-3; *Id.*, *Super prima Infortiati* (Venetia, 1528), ad D.29.1.13, n.2; *Id.*, *Super prima ff.Noui* (Venetia, 1526), ad D.41.2.1, n.5 なども参照。Sasaki (Anm.7), 423-36; Haggemacher (Anm.3), 331 参照。
- (66) *Ibid.*, 332-3.
- (67) *Ibid.*326, 332-3. かつ、この「上位者を認めなく (都市) 国家 (*civitas*) せよれ自身たとして皇帝である」という定式化が、カノン法学者やローマ法学者の間で確立されたところのこのことを強調して、神聖ローマ帝国内にも「国際関係」が存在した、とこの見解をめぐり (だんやび' Guggenheim (Anm.49), 22-5. かつ、Hrabar (Anm.47), 55-60 なども参照)。また、V.E.Hrabar "L'époque de Bartole (1314-1358) dans l'histoire du droit international," *Revue générale de droit*

- international public*, VII(1900), pp.732-49; B.Paradisi, "International Law and Social Structure in the Middle Ages," *Id.*, *Civitas maxima: Studi di storia del diritto internazionale* (Firenze, 1974), II, 657-81 などやを参照。
- (68) コステルスは、中世ローマ法学者は、国際私法の分野ではその創始者として著名かも知れないが、自然法やユース・ゲンティウムの分野では、統一性をしつかりとした方向が欠けており、重要とはいえない役割を果たしたにすぎないとする (Kosters (Anm.47), 16)。しかしながら、今日に至るまで、中世ローマ法学者のユース・ゲンティウム論に関する研究が、おぼろげにその否定し難い事実であるが (Sasaki (Anm.7), 422)、本文で述べたように、かれらが興味深いユース・ゲンティウム論を展開していることは、数少ない研究によっても、明らかたされている。この点で、フランク・B.3. Грабарь (V.E.Grabar) の『国際法学説史におけるローマ法——十二—十四世紀の法学者の著作における国際法の要素——(Римское право в истории международно-правовыхъ учений: элементы международного права въ трудахъ легистовъ XII-XIV вв.)』(一九〇一年)が注目されるが、本稿では参照できなかった。
- (69) Kosters (Anm.47), 17.
- (70) Hagenmacher (Anm.3), 333-4.
- (71) F.de Vitoria, *De iustitia* (ed.V.Beltran de Herdia; Madrid, 1934), II.2.2. qq.57-66), 2.2. quaest. LVII, art.III (pp.12-7); *Id.*, "Relectio de potestate civili. Locus relegendus est Rom. 13. Non est potestas nisi a Deo," *Id.*, *Relectiones tredecim in duos Tomos distributae* (Ingolstadt, 1580), n.21 (pp.144-5).
- (72) *Id.*, "De indis recenter inventis," *Ibid.*, III, 4 (p.254) (伊藤不二男『ジュリムの国際法理論』(有斐閣、一九六五年)「二」三四頁)。
- (73) *Ibid.*, III, 2(p.251) (伊藤・同書「二六九頁」)。
- (74) Hagenmacher (Anm.3), 334-41.
- (75) J.B.Scott, *The Spanish Origin of International Law: Francisco de Vitoria and his Law of Nations* (Oxford/London, 1934), pp.168-71 など。
- (76) 伊藤・前掲書(注2)「六〇—六五頁」など、Kosters (Anm.47), 24 やを参照。
- (77) F.de Suárez, "De legibus, ac deo legislatore", *Id.*, *Selections from Three Works* [The Classics of International Law, 20-1] (Coimbra, 1612; Ndr., Oxford, 1944), II, xvii-xx (伊藤不二男『スペインの国際法理論』(有斐閣、一九五七年)「一〇五—一〇六頁」)の五二—五三、Soder (Anm.5), 191-213; 伊藤・同書「四二—五〇頁」など参照。

- なお、ハーゲンマッハーが、一六世紀前半において、徹底的に実定法的なユース・ゲンテイルム概念を提示し、ユース・ゲンテイルム概念史のなかで決定的な役割を果たしたと評価している学者が、コナンである (Haggenmacher (Anm.3), 341-3)。かれの『市民法註解』の一部は、邦訳されている (小川浩三「F・コナンの契約理論(一)」『北大法学論集』三五巻六号 (一九八五年)、七八一〜八二五頁)。
- (87) H. Donellus, *Opera omnia. Commentariorum de iure civili* (Lucca, 1762), t. 1, I, vi, 3-10. Haggenmacher (Anm.3), 352 参照。
- (87) F. Vazquez de Menchaca, *Illustrium controversiarum aliarumque usu frequentium libri tres* (Leiden, 1595), II, liv, 2-6; II, lxxxix, 24-7, 30-6, 39. リンゴウツダ E. Reibstein, *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts. Studien zu den "Controversiae illustres" des Fernandus Vasquius (1559)* (Bern, 1949), S.70-3; K. Seelmann, *Die Lehre des Fernando Vazquez de Menchaca vom dominium* (Köln etc., 1979), S.106-26, 130-1; Haggenmacher (Anm.3), 343-6 参照。
- (88) Vitoria (Anm.71), III, 2(p.251) (伊藤・前掲書 (注72)、二六九頁)。
- (18) D.1.1.9; Gai institutiones, 1.1.
- (28) ブギヤルは、一九四六年の論文において、ビトリリアが近代国際法の創始者であることは、スペインのすべての学者のみならず、マッキントッシュ (J. Macintosh)、スコット (J. B. Scott)、ヤンダーポール (A. Vanderpol)、フレンホーフ (C. v. Vollenhoven)、ナイス (E. Nys)、シャロス (J. T. Delos) などスペイン人以外の学者によっても認められている (今日のアギアール (Aguilar (Anm.52), 215)。
- (38) デルバダ A. Truyol y Serra, "Considération sur Francisco de Vitoria en son cinquième centenaire," J. Makarczyk (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs* (The Hague etc., 1984), pp.749, 755-7; M. Lachs, *The Teacher in International Law: Teachings and Teaching* (2nd ed.; Dordrecht etc., 1987), pp.47-9; ホヤ・モンパルト「ヴァトリリア国際法理論の近代的意義」『上智法学論集』三〇巻二・三号 (一九八七年)、二六五〜九二頁など。
- (38) Nussbaum (Anm.22), 296-306; W. G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte* (2. unv. Aufl.; Baden-Baden, 1988), S.45-7; 虫藤・前掲書 (注32)、ホー・ムルドーン, "The Contribution of the Medieval Canon Lawyers to the Formation of International Law," *Traditio*, XXVIII(1972), pp.483-97 を参照。

- (58) Suárez (Ann.77), II,xix,2,8 (伊藤・前掲書(注1))' 一一八〜二〇' 一三三〜一頁)。
- (59) 「國法」の考の考の考' Koters (Ann.47), 35-6; H.Rommen, *Die Staatslehre des Franz Suarez S.J.* (M.Gladbach, 1926), S.288-305; J.B.Scott, *The Spanish Conception of International Law and of Sanctions* (Washington, 1934), pp.87-8; Soder (Ann.5), 213-6,346-62; 伊藤・前掲書(注1))' 三四' 六一〜一頁及び「國法」の考の考の考の考' Nussbaum (Ann.22), 85-7, 296-306; U.Scheuner, *Schriften zum Völkerrecht* (Berlin, 1984), S.353-4; Lachs (Ann.83), 50 及び Grewe (Ann.84), 47 参照。
- (60) Reibstein (Ann.79), 70-3,177-87.
- (88) モーレンの『戦争の法について』においてはジェンテール独自のユース・ゲンテール概念は展開されていないが、一五八四年や一五九四年の書簡、および一六〇一年の『婚姻について』などからして、「国家間の法」としてのユース・ゲンテール概念がみられる。また (G.H.J.van der Molen, "Alberico Gentili and the Universality of International Law," *Indian Year Book of International Affairs*, XIII(1964), pp.38,43. *Id.*, *Alberico Gentili and the Development of International Law: His Life Work and Times* (Leyden, 1968), pp.114-5,201-2,240-5)。
- (89) Hagenmacher (Ann.3), 357.

(未完)