

初期近代ヨーロッパにおける掠奪とその法理 (三)

山内進

五 物の掠奪

ペナフォルチェのライムンドゥス Rainundus de Penafort という教会法学者がいる。彼は、ローマ教皇グレゴリウス九世（在位一二二七—四一年）の命によって、最初の公的な教皇令集すなわちグレゴリウス九世教皇令集 *Decretales Gregorii IX*（一二三四年公布）を編纂したことで有名であるが、自身もいくつかの著作をのこしている。そのなかの『罪過改俊大全』*Summa de Poenitentia* 中の破門に関する箇条で、彼は「放火犯」について、以下のような定義を下している。「放火犯とは、憎しみもしくは悪意から、又は復讐のために、町又は村もしくは家もしくはぶどうの木もしくはそうといったすべてのものに火を放つ者である。」この定義自体にはとりたてて興味深いものは何もない。しかし、それに続いて、彼がつぎのように付け加えているのはどうであろうか。

「もしこの者が戦争を宣言する権力を持つ者の命令にもとづいて放火するのであれば、彼は放火犯と判決さるべきではない。」

この一文は、戦争が放火を合法化することを明記している。作者は公的な教皇令集の編纂者である。そのような立場にある者が、戦争に際して火を放つ者と言わば正当な業務に従事する者として、これを不可罰としているので

ある。このような考え方は、たしかに注目には値するのではないだろうか。しかも、そのように通例は（犯）罪とされるが戦時下では許されるような行為は、実は放火に限定されない。

このことは、ライムンドゥスのこの著作にたいする注釈書の記すところから明らかになる。注釈者の名はレンヌのウィレム Willem de Renos という。彼は、ライムンドゥスの下した放火犯の定義をさらに拡大し、放火犯とは、不正な戦争のもとで盗み、掠奪し、傷つけ、殺した者すべてである、とした。しかし、彼の注釈によれば、その種のすべての行為は、もし正戦 (iustum bellum) のもとで十分な信義 (bona fides) のもとに行われるならば、決して犯罪ではない。ただ、正戦のもとでも信義（あるいは正しい意図）が欠けている場合にのみ、その限りで責任を負わねばならない。彼は、問う。

「正戦を企図し、自己と自己の部下の敵の固有の領土の中で火を放ち、侵略し、木やぶどうを根こそぎにする者はどうか。彼はその行為についてながしかの義務を負わないであろうか。」
ウィレムは答える。

「彼が十分な信義をもって引き起こした損害、あるいは十分な信義をもって戦う者の精励と慣習にもとづき適宜に避けることのできないような損害については、これに対して義務は無いであろう。しかし、もし彼が追いつぎの精神から悪意を持って損害を与え、他に自己の利益となる便宜を計り得た場合には、自己と自己の兵士が与えた損害とともに、全体にいたる損害にたいして義務を負い、賠償がなされるであろう。また、彼がその他に着手した分については、彼が害した者たちに償わねばならない。」

同時期の教会法学者アラヌス・アングリクス Alanus Anglicus は、さらに徹底してこの論理を貫いた。彼は、ローマ法学的概念を導入して、敵に対する報復行為を無制限なものに拡大したのである。損害を与えられた側は、不正に奪われたものと同価値の範囲内で敵産を奪うことができるだけでなく、さらに罪ある側に属する財産を好きな

だけ奪取することができる。なぜなら、敵が不正に奪った物の返還を拒んだ場合には、官命抗拒（*contumacia*）⁽³⁾の罪を犯したことになる。ローマ法はその際、無制限の告訴を認めるからである。たしかにその場合でも、節度は望ましいであろう。しかし、それは望ましいのであって、義務ではない。さらに、とアラヌスは問う。もし敵が自己の罪を認めて、補償することを求めたならば、どうか。正当な側は、その態度をよしとして自己が得た財産を返還し、敵の損害賠償を受け入れるべきか否か。アラヌスは答える。その必要はない。なぜなら、正戦で得たすべてのものは、万民法 *Jus gentium* にしたがって捕獲者の正当な財産となるからである。⁽⁴⁾

むしろ、アラヌスのこのような見解には、批判がある。例えば、ラウレンティヌス・ヒスパヌス *Laurentinus Hispanus* は、すでに実力によって損害を賠償せしめた側がさらに裁判に訴えるか、戦争を行使し続けることができるか、という問題設定をしたうえで、官命抗拒の法理を否定する。「私はそれに反対する。なぜなら、信義誠実は同一物を二度請求することを許さない（*Bona fides non patitur, ut idem bis petatur* [D. 50. 17. 57]）からである。私は、再び訴えることも、戦争を行うこともできない」と考⁽⁵⁾える。」

ラウレンティヌスは、掠奪による財産の取得を自己の被った損害に対する損害賠償と限定的に理解している。彼の求める掠奪は無制限のそれではなく、あくまで法的に義務づけられた節度のもとになされる掠奪に留まる。正当な掠奪はまさにその意味において正当たりうるわけで、このような考え方は一部の世俗の法律家たちにも見出されるところである。したがって、教会法学者が戦時下の掠奪を認めるといっても、一般的にはそれを無限定に許すわけではない。少なくとも、教会法学者の意見は、掠奪を広く認めるものからかなり限定的に考えるものまで多種多様であった、と言うことはできるであろう。しかし、それにもかかわらず、私はここで一つ注意を促しておきたい。なるほど、ライムンドゥス、ウィレム、アラヌス、ラウレンティヌスはそれぞれ独自の立場をとり、異なった見解を提供している。しかし、他方ではまた、彼らには共通の認識、言わば共通感覚とでもいったものが存在し

た。それは、不正な敵から物を奪うことそれ自体は正当である、という感覚である。たしかに、他人の財物の奪取は平時であれば強盗である。しかし、戦時であれば、これは法的に正当な行為であり、物の所有の権原足りうる、というのである。そのような認識は、敵を無限に掠奪・破壊しようという敵しい見解はもとより、不法を被った以上に物を奪い損害を与えてはいけないという比較的柔らかな主張の核心をも構成している。それは、あたかも彼らの共通感覚を成していたのであり、一見するといかにも多様な意見ですら、実はその枠内で練り広げられていたにすぎない。

中世盛期から後期にかけて活躍した教会法学者たちは、いまその幾人かの代表的学識者によって主張されていたように、ほぼ例外なく戦時下の掠奪を容認もしくは推奨したと言われる。これはいささか奇妙なことのように思われる。現在の通念からすると、キリスト教の倫理はそのような行為を禁止すると考えられるからである。実際、今日もしローマ教会が掠奪を公式に肯定するとすれば、われわれはみな一種異様な感じを覚えるであろう。しかし、中世的世界認識のもとでは、それは決して異様なことではなかった。と言うよりも、掠奪を自明とする意味世界(6)の創設にキリスト教は大きな役割を果たしたのである。さもなければ、教会法の解釈学者たちが掠奪を肯定するようなことを堂々と主張できるはずがなかった。それどころか、ローマ法学者も国際法の先駆者たちも、まさに『聖書』を引いて掠奪を肯定したのである。掠奪は、中世の荒々しい騎士的生活様式の産物というにとどまらない。それは、中世的人間の心のありようをも包括する「人間環境全体」の産物であり、またその不可欠の構成物でもある。それは事実の世界のみならず、倫理や法という規範の世界にも独自の場を占めた。掠奪は、中世的世界（認識）のもとでは倫理的にも法的にも肯定されたのである。それが中世であるとすれば、そのような倫理的・法的世界（認識）を探ることはそのような独特の意味世界に進入する一つの手掛かりになるであろう。

私は、「物の掠奪」を論ずるにあたって、まずキリスト教との関わりを考察することから始めたい。

(1) キリスト教と物の掠奪

1 『聖書』 まず第一に問題にしなければならぬのは『聖書』である。『聖書』のなかでも特に注目されるのは、旧約聖書である。周知のように、旧約聖書には戦いの場面や掠奪の描写が頻繁に出てくるし、その中で、神は、その選民(たち)に人を殺し、物を奪うことを許したり命じたりしているからである。幾つか、例を挙げてみよう。⁽¹⁾

「一つの町へ進んで行って、それを攻めようとする時は、まず穏やかに降服することを勧めなければならぬ。もしその町が穏やかに降服しようとして答えて、門を開くならば、そこにいるすべての民に、みつぎを納めさせ、あなたに仕えさせなければならぬ。もし穏やかに降服せず、戦おうとするならば、あなたはそれを攻めなければならぬ。そしてあなたの神、主がそれをあなたの手にわたされる時、つるぎをもってそのうちの男をみな撃ち殺さなければならぬ。ただし女、子供、家畜およびすべて町のうちにあるもの、すなわちぶんどり物は皆、戦利品として取ることができる。また敵からぶんどった物はあなたの神、主が賜ったものだから、あなたはそれを用いることができる。遠く離れている町々、すなわちこれらの国々に属さない町々には、すべてこのようにしなければならぬ。」(申命記二〇)

「主はヨシユアに言われた、『恐れてはならない、おののいてはならない。いくさびとを皆、率い、立って、アイに攻め上りなさい。わたしはアイの王とその民、その町、その地をあなたの手に授ける。あなたは、さきにエリコとその王にしたとおり、アイとその王にしなければならぬ。ただし、ぶんどり物と家畜とは戦利

品としてあなたがたのものとすることができるであろう。あなたはまず、町のうしろに伏兵を置きなさい。』」
(ヨシユア記八)

「イスラエルびとは、荒野に追撃してきたアイの住民をことごとく野で殺し、つるぎをもってひとりも残さず撃ち倒してのち、皆アイに帰り、つるぎをもってその町を撃ち滅ぼした。その日アイの人々はことごとく倒れた。その数は男女あわせて一万二千人であった。ヨシユアはアイの住民をことごとく滅ぼしつくすまでは、なげやりをさし伸べた手を引っこめなかった。ただし、その町の家畜および、ぶんどり品はイスラエルびとが自分たちの戦利品として取った。主がヨシユアに命じられた言葉にしたがったのである。こうしてヨシユアはアイを焼いて、永久に荒塚としたが、それは今日まで荒れ地となっている。ヨシユアはまた、アイの王を夕方まで木に掛けてさらし、日の入るころ、命じて、その死体を木から取りおろし、町の門の入口に投げすて、その上に石の大塚を積み上げさせたが、それは今日まで残っている。」(ヨシユア記八)

しかし、これらはいくまでも旧約聖書に見られる話である。隣人愛を旨とする新約聖書の場合には、このような掠奪は厳しく禁止されているのではないだろうか。キリスト教にとって福音がきわめて重要であることを思えば、これは、当然の疑問であろう。残念ながら、この点についての記録は極めて稀であるが、そのような疑問を裏付けるものとして、洗礼者ヨハネが兵士たちに与えた言葉がある。それは、つぎのようなものである。

「人をおどかしたり、だまし取ったりしてはいけない。自分の給与で満足していなさい。」(ルカによる福音書三一―四)

この一文は、掠奪を明示的に禁じてはいない。しかし、兵士に対して給与に満足せよと言うのであるから、暗黙のうちに掠奪を否定していると解することはできる。兵士の無差別的掠奪を禁ずる際にしばしばこの言葉が引かれ

るのは当然である。その意味において、『聖書』が掠奪を許す一つの根拠になったというのは、正確ではないかもしれない。だが、このヨハネの言葉は、絶対的に掠奪を禁止するものではなかった。少なくとも、ある種の掠奪が許容されるように解釈されることは可能だったのである。ここでは、その代表的な解釈として、グロティウスの理解を挙げておこう。

「ヨハネは……これらの迫害やすべての讒訴を禁じ、兵士が彼らの給与 *salarii*……に満足するように命じている。しかし、この一文が保護しているのは、兵士の接待者 *hospes* と農民たちだけであり、兵士たちが余りにも頻繁に彼らに対して不正を行ったので、そのような行為が禁じられたにすぎない。私のこの解釈はすべての者が認めている。⁽⁸⁾」

グロティウスは、彼の解釈が一般的であることの論拠として、カイエタヌス *Cajetanus* とフェランドゥス *Ferrandus* の著書を挙げているが、さらに彼自身つぎのようにその理由を説明している。

「なぜなら、自分を守り、兵士を支えるために公的に課せられた負担を引き受ける無辜の農民から掠奪するのは、余りにも不正だからである。しかし、この教えは敵の財産には関与しない。それが意味しているのは、法によって定められた以上に奪ってはならない、とその前に徴税吏たちに命じられたことと同じである。したがって、もし命令権者が掠奪することを認めるならば、敵からの捕獲物 *praeda ex hoste* が兵士の物となるのは正当である。また、これが、給与 *salarium* つまりパウロが言うところの兵士たちが正当に得た利益 *praemium* の一部であるとされるのも正当である。⁽⁹⁾」

グロティウスが引くパウロの言葉は、「いったい、自分で費用を出して軍隊に加わる者があろうか。」(コリント人への第一の手紙 九―七) というだけであるから、別にパウロが給与に捕獲物を含めるように述べてはいないと思われるが、とにかくグロティウスは、味方もしくは平和的服従者から掠奪してはならないという意味でヨハネの言

葉を解している。その解釈にしたがえば、敵から掠奪することは、命令権者の認可があるならば不正ではない。⁽¹⁰⁾グロテウスについては別の項でもう一度論ずることにして、先に進もう。

2 アウグスティヌスとグラティアヌス キリストの教えは本質的に平和的である。このことはとりたてて言うまでもない。そして、初期のキリスト者たちもその教えに忠実であった。国際法史の研究者として著名なニス教授の記すところによれば、「アレクサンドリアのクレメンス、テルトゥリアヌス、オリゲネス、ラクタンティウス、その他の者たちは依然として武器に訴えることをすべて不正であると断言している。彼らにとって、平和は神の事柄であり、戦争は悪魔の事柄である。」⁽¹¹⁾しかし、キリスト教が公認されるにおよんで、軍事的行為を正当とする考えが現れてくる。なかでも、『聖書』の教えを戦争という暴力の行使と矛盾無く接合するうえで決定的な役割を果たしたのはアウグスティヌスである。彼は正しい戦争について語った。それは、また掠奪の問題とも関わっていた。なぜなら、彼はつぎのように考えるからである。

「戦うことは不法な行為ではない。掠奪のために戦うのが罪あることなのである。国家を戦争へと向けることは罪悪ではない。何よりも富を増すために国家を戦争へと向けるのが忌まれるべきなのである。それゆえ、神の摂理によって兵士たちのために給与 *stipendia* が定められた。彼らが費用を取り戻すために掠奪に着手することがないためである。」⁽¹²⁾

ここでのアウグスティヌスは掠奪を禁じているかに見える。しかし、彼が否定しているのは、掠奪することではなく、掠奪を目的として戦うことである。この僅か教行の文章から推察されるように、問題は、戦争を企てる時の意図なのである。正しい意図をもって「戦うことは不法」ではない。それどころか、その戦いが神の命令によるものであるならば、それは正しい戦い即ち正戦である。アウグスティヌスコそキリスト教的正戦論の最も代表的な創始者であった。そもそも、彼にとって、旧約聖書に示されるような、神の命令に基づく戦いはすべて正しい。それ

は、「神」を信じない邪悪な人々に対する正当な懲罰だからである。旧約聖書のもとで繰り返し戦いが描き出されるのも、異教の民の邪な魂を罰するさまを示すためである。その意味において、旧約に見られる戦いとその敵しきは、神の愛の発露にほかならない。なぜなら、敵の悪しき魂にそれ以上悪事を犯させないために、戦いが厳しく行われるからである。ちなみに、先に引用した申命記第二〇章の記述はさらにこう続いている。

「ただし、あなたの神、主が嗣業として与えられるこれらの民の町々では、息のある者をひとりも生かしておいてはならない。すなわち、ヘテびと、アモリびと、カナンびと、ペリジびと、ヒビびと、エブスびとはみな滅ぼして、あなたの神、主が命じられたとおりにしなければならぬ。これは彼らがその神々を拜んでおこなったすべての憎むべきことを、あなたがたに教えて、それを行わせ、あなたがたの神、主に罪を犯させることのないためである。」

異教の民に対する戦いの敵しきは、実はその異教の民自身のためのものであり、彼らの誤った魂に対する懲罰なのである。そのような愛に基づく懲罰である以上、戦いから生ずる諸々の表面的害悪も無視するに足りる。むしろ、それは積極的に推進されてしかるべきであらう。掠奪を含む諸々の害悪は、敵の罪を罰し、正すという作業の一翼を担うからである。したがって、掠奪を目的とする戦いは不正でも、キリスト教的な「愛」に基づく戦いの一部を構成する掠奪は正当である。意図が正しければ、戦争も掠奪も正しいのである。

アウグスティヌスにとって、ヨシユアをアイと戦わせたのは神の意思であり、命令である。したがって、神が戦争の開始者であり、ヨシユアは正義に仕える神の僕である。それゆえ、かれらが敵を待ち伏せ、欺いても、これは不正ではない。「正戦を行う場合には、公然と戦おうが、陰謀によって戦おうが、そのようなことと正義とは無関係なのである。」正戦とは、不正への報復である。だから、臣民が行った不正を処罰しなかったり、不正に奪ったものを返還せしめない民や国は攻撃されなければならない。アウグスティヌスは言う。「この種の戦争は疑問の余地な

く正しい。なぜなら、なにが誰のもとにあるべきかを知っている神がそれを命ぜられるからである。⁽¹³⁾

正しい戦争は罪深い情欲 *libido* から発せず、神の命令から生ずる。したがって、ヨシユアたちに認められた掠奪は神の倫理的命令の一翼になう。そもそも、ある者から不正の自由を奪うことは、その者にとって有益なのであるから、その「悪を処罰する」際に、「粗暴さ *asperitas*」が伴うのは、やむをえない。なぜなら、そうすることは、「罪ある者たちの幸福についてみるならば、彼らをより不幸にすることなど何もないからである。」⁽¹⁴⁾

アウグスティヌスはこのようにして、旧約聖書の教えを単に、キリスト出現以前の神と人との関係の記録に留めなかった。それは、「今後、人間が行動する際に採るべき様々な道筋を案内してくれる先例集」とされた。ラッセルの言葉を借りれば、「愛と動機の純粹さをめぐる新約聖書の理論は、こうして旧約聖書の荒涼とした世界に適合させられ、新約聖書の平和的な証言は覆されたのである。」⁽¹⁵⁾

アウグスティヌスの、正戦をめぐるこのような認識は、その後グラティアヌスによって法的世界に組み込まれることになった。グラティアヌスが、彼の教令集 *Decretum* の中に戦争に関する項目を設け、その際にアウグスティヌスの教えを大幅に採用したからである。グラティアヌスは、アウグスティヌスの他にも、例えばイシドールス (*Isidorus de Sevilla*, c. 560~636) の正戦にかんする定義を採り入れることによって、後の正戦論に大きな影響を及ぼすことになるが、正戦論の展開についてはここではどうも扱い切れないので、とりあえずイシドールスの有名な定義だけをつぎに挙げておくことにしよう。

「正戦 *Iustum bellum* とは、損害賠償を求め敵を退けるために、命令に基づいて行われるものである。

不正な戦争 *Inustum bellum* とは、正当な理由によらないで、凶暴のゆえに始められるものである。……『すなわち、敵に報復するか、敵を退けるためでなければ、正戦は決してなされ得ない。』⁽¹⁶⁾

このイシドールスの定義は、彼自身が明らかにしているように、ローマ的、キケロ的な正戦観を受け継いでい

る。したがって、ここにはキリスト教的要素はほとんどない。しかし、グラティアヌスは、この定義をもあえて採用することによって正戦の觀念に大きな広がりを与えることになった。アウグスティヌスの見解とあいまって、これは、今日に至るまで根強く存在し続けている、正当戦争というヨーロッパ的法觀念の論拠となったのである。したがって、この正戦を前提とするかぎりでは、グラティアヌスもまた、掠奪を禁止しようとはしなかった。不正な敵によって与えられた損害を彼らに賠償せしめ、邪悪な敵を罰するために彼らから物を奪っても、それは不正とは考えられないからである。しかも、それが神によって支えられるのであれば、なおのこと戦いは正当であり、すべては許されるであろう。

もつともグラティアヌスは、彼の時代の荒々しい騎士的行動様式に対しては批判的だったように思われる。彼は、掠奪のための戦争を否定するアウグスティヌスの言葉を彼の教令集に採り入れておいて、また「損害を与えようとする欲望、報復の残虐さ、不穩に猛り狂った魂、謀叛を起こす残虐さ、支配せんとする欲望、そしてそれに類したもの」に端を発する戦争はすべて非難に値する、とやはりアウグスティヌスにしたがって規定している。⁽¹⁷⁾だが、彼は、それにもかかわらず、正戦における掠奪・捕獲行為を否定しようとはしない。彼は、戦争で勝利がもたらされたときには、掠奪品はすべて国王のもとに委ねられるが、国王はまた彼の兵士たちのためにその掠奪品を彼らの労働の報酬 *merces* として配分すべきである、とのアンブロシウス (Ambrosius, 334/340~397) の教えを引いているのである。これは、教令集の第二部、法律事件第二三、法律問題第五、第二十五章に載せられている。

「第二章 軍紀はすべてのものを国王に委ねる。

同 アンブロシウス 『太祖たちについて』第一卷

人は自分が勝利したとき、捕獲物が勝者の権力のもとに確かに置かれるとしても、アブラハムがソドムの国王に、『私はあなたから何も取るつもりはない。』と述べたように、述べるべきであらうか。軍紀が教えるのは、

すべてが国王に委ねらるべきである、ということである。もちろん、国王は、おそらく自分とともに軍隊の手助けをした者たちに、その利益の一部を配分せねばならず、それを言わば労働の対価として与える。なぜなら、聖書にあるように、兵士はその報酬を人間から得たのではなく、神から受け取ったからである。つまり、この言葉のあとに主の言葉がアブラハムのもとに現れ、こう告げる。『アブラハムよ恐れてはならない。私があるあなたを守るであらう。あなたの報酬は極めて大きなものとなるらう。』⁽¹⁸⁾

この教令は、捕獲物をめぐる議論のなかで教会法上の論拠として必ずといって良いほど使われることになる。グラティアヌスは、この一つの教令によって、(正当)戦争の下での掠奪を教会法の次元で正当化し、後世に多大な影響を及ぼしたのである。

3 クルソンのロベルトゥス 中世の神学者たちも、かなり頻繁に戦時下の掠奪について論じている。とりわけ、傭兵の出現はこの問題をいっそう重要、かつ複雑なものとした。第三回ラテラン公会議(一一七九年)は、カノン第二十七条で当時ヨーロッパ全域を荒し回っていた野武士の有罪宣告を行った。この野武士集団の多くは傭兵の予備軍であり、雇用の機会を待つものであったが、契約が取り交わされていない期間にはしばしば野盗と化して、教会や農村を荒らし、老若男女の別なく、「すべてを破壊、掠奪した」からである。かかる所業に及んだブラバント人、アラゴン人、ナヴァール人、バスク人、さらに「彼らを保有するか傭たり、彼らが暴れ回った地域で彼らを愛護した」者たちが「公的に破門を……宣せられた。」彼らは、異端の徒と同罪とされたのである。彼らと対決し、キリストの民を武器によって守ろうとする君主およびすべての信仰篤き者たちは、十字軍に参加した時と同じく、「罪の赦免」を得た。⁽¹⁹⁾ 公会議の非難は直接、傭兵そのものに向けられたわけではないが、明らかに彼らの乱暴・狼藉の抑圧を狙っていた。しかし、傭兵を必要とする現実を無視することはできなかったから、結局のところ、この規定は必然的に傭兵の暴力がどの範囲で許されるか、という問題に帰着した。つまり、兵士の放火や

掠奪がどのように位置づけられるか、ということである。

最も厳格な立場を取ったのはクルソンのロベルトゥス Robertus de Courson である。彼は、第二七条の規定を厳格に解釈して、野武士を傭兵として傭うことそれ自体を君主に対して禁止した。彼らは破門されているからである。さらに、彼は騎士が給与を支給されて戦うことには反対しないが、その場合でも騎士が正当な取り分以上に給与を支給されることは許されないと主張した。彼にあっては、余分に給与を得るのは盗賊と同じであり、その分は雇用者に返還されねばならない⁽²⁰⁾。そもそも彼は、弓兵や雇われ騎士に対しては、その道徳性について厳しい見方をした。彼らは、貧者を犠牲にし、血まみれの暴力によって利益を得るからである。正戦の場合でさえ、これらの者たちは教会を荒らし、強奪にふける。しかも、彼はこのような行為がひとり傭兵たちによってのみ行われるとは考えなかった。正規の騎士、そして君主でさえもその種の行為に及ぶ、というのである。それゆえ、彼は主君が教会を掠奪するように命じた場合、騎士はその命に従わず、教会を守ることに専念するように訴えている。まさしく、正戦と不正な戦争の区別はいまいであり、貧者や教会に対する抑制も極めて稀であった。そのような現実を前にするならば、掠奪行為の正否もまた容易に判定できないであろう。とすれば、すべての掠奪を全面的に禁止するのが最善ではあるまいか。騎士や傭兵の道徳に対して懐疑的であり、彼らの正規の給与と掠奪による利得の境界が全く曖昧であるというロベルトゥスの認識からすると、このような結論が引き出されても少しも不思議ではない。しかし、それにもかかわらず、彼はあえてそうしなかつた。彼は依然として、戦争の際に兵士が掠奪すること容認したのである。彼は、より一般的な記述をする中で、正戦で奪われた捕獲物は捕獲者の財産となる、という認識をはっきりと伝えている。それだけではない。彼はさらに、傭兵はこれらの捕獲物から引き出された給与を受け取ることができる、とさえ主張した。むしろ、その際彼は、傭兵が彼らの一定の給与以上のものを奪ってはならない、と付け加えることは忘れていない。なぜなら、必要以上に奪うことは強奪の罪に落ちることであり、その場

合にはとうぜん損害を賠償せねばならないからである。しかし、極めて厳格な立場をとった彼ですら、とにかく傭兵の存在と掠奪を認めたのは事実である。なぜか。ラッセルの的確な指摘を借りるならば、「掠奪が禁ぜられれば騎士は捕獲物を得る機会を失う。そうすれば、騎士が教会や王国を守るために戦うのを拒否することになりかねないからである。」結局、ロベルトゥスもまた、掠奪を自明とする構図を拒否することはできなかった。その近代的とも言える道徳的論理を貫くのは、中世的世界の下では余りにも非現実的だったのである。要するに、「彼は、掠奪から引き出された給与は道徳的に汚れている、という疑いを払拭できなかったように思われるが、結局いやいやながら現実を認めたのである。」⁽²⁾

4 トマス・アクィナス ロベルトゥスと同時代の神学者たちは、彼よりもはっきりと掠奪を認めた。掠奪を容認し、傭兵の給与をそこから引き出すことを認めるのは、程度の違いはあれ、言わば共通の見解 *communis opinio* に属した。この認識の線上に立って、かなり明確に掠奪を認め、当時のみならず、はるか後の時代にまで影響を強く及ぼしたのがトマス・アクィナスである。

アクィナスは、正義について論ずるなかで、「窃盜 *furtum* と強奪 *rapina*」を扱い、掠奪の問題を「強奪」との絡みで取り上げている。彼は問う。「罪を犯すことなしに強奪が為されるか。」すなわち、「強奪は罪を犯すことなしに為される」か、と。アクィナスによれば、ある論者はこれを肯定する。捕獲物 *robura* は、暴力によって取得されるが、これは強奪にあたるように思われる。しかるに、敵から捕獲物を取得することは正当である。これは、アンプロシウスが『太祖たちについて』のなかで、「戦利品が勝利者の手中に入ったときには、軍紀にてらしてすべてが王のためにとっておかれることがふさわしい」と述べているからである。「それゆえに、強奪はある場合においては許されることである」と。しかしまた、ある論者はこれに反対する。正当に取得されたものはすべて神に捧げうるが、イザヤ書において、「わたしは裁きを愛する主であり、強奪されたものが全焼のいけにえとされることを憎

む」となっている。「それゆえに、強奪によって何らかのものを取得することは許されない」と。以上に対して、ア
クィナスは答える。公的権力が正義の原則に基づいて暴力および強制力を行使することは許される。それは外敵に
対して戦うか、悪事をなした市民に対して刑罰を課す場合である。それゆえ、とアクィナスは続ける。

「戦利品に関しては区別をする必要がある。なぜなら、もし敵から戦利品を取得する者共が正戦 *bellum*
justum を遂行しているのならば、戦争において暴力をもって獲得したところのものは彼等の所有に帰せられ
るからである。そして、このことは強奪たるの本質側面をふくまず、したがってまた返還するように義務づけ
られることもない。ただし、正戦を遂行している者共が戦利品の取得において、邪悪な意図からする貪欲
cupiditas によって罪を犯すことが可能であって、それは彼等が正義のゆえにではなく、主要的に戦利品を獲
得するために戦う場合におこることである。けだし、アウグスティヌス『説教』第八十二において『戦利品を獲
得するために戦うことは罪である』とのべているからである。他方、戦利品を取得する者共が不正な戦いを遂
行しているならば、彼等は強奪の罪を犯しており、返還するように義務づけられるのである。⁽²²⁾」

アクィナスにあっても、正戦が放火や物の破壊を正当化するように、正しい主体の正しい動機が物の掠奪と取得
を許すのである。

5 後期スコラ学 アクィナスの教義を大幅に採り入れた、スペインの後期スコラ学もまた、正戦の下での掠
奪をはっきりと肯定した。そのようなものとしては、まず何よりも先駆者ビトリアの説が挙げられるべきである
う。彼は、『戦争の法について』の特別講義「でつぎのように言いつ切っている。

「五〇 第七の疑問。 正当戦争において捕獲されたものはすべて、それを捕獲したものや、それを占有す
るものの所有となるかどうか、ということ。 第一の命題。 正当戦争において捕獲されたすべてのものが、不正
な行為によって奪い取られたものや必要な費用の充分な補償の額まで、それを占有するものの所有となること

は疑う余地がない、ということ。このことは、特別に証明を必要としない。なぜなら、そのことが戦争の目的なのであるから。」

ここでは、まず捕獲が正当な補償の範囲内で無条件に認められる。しかし、彼はそこにとどまらない。

「五一 第二の命題。 たしかに万民法にもとづく、すべての動産は、たとえ損害補償の額をこえても占有者のものとなる、という。このことは、『学説彙纂』四九、一五、二八 ex l. si. quid in bello. や、『学説彙纂』四九、一五、二四 l. hostes ff. や、『法学提要』一 de capti. や、グラティアヌス『教会法』一、一、九 c. ius gentium. l. distinctio. からも明かである。が、一層明白には、『法学提要』二、一、一七 Instituta de rer. diuis. §. item ea quae ab hostibus. によって示される。すなわち、ここでは、つぎのようにのべられている。『万民法によると、敵から取りあげたものは、直ちにわれわれのものとなる。従って、たとえば、自由な人々でもわれわれの奴隷とならされる。』と。また、アムブロシウス Ambrosius (『大祖アブラハムについての書』 libro de patriarch.) (訳者・第一卷第三章) もいう。アブラハム Abraham が四人の王をうち破ったときに、たしかに、かれが奪い取ったものは、勝利者たるアブラハム Abraham のものとなった。もっとも、かれはそれを取ろうとはしなかったけれども (創世記、第一四章 Genes. 14 (訳者・第一三節以下)、およびグラティアヌス『教会法』二、二二、三、五、二五……) と。また、それは、申命記、第二〇章 Deuterono. 25. (訳者・25. は 20. の誤り) にのべられている天主の許可によっても確認される。すなわち、そのところで、都市の攻略について、天主はつぎのようにいう。『すべての戦利品を兵士たちに分かち与え、汝の敵から分捕りたるものを食うべし。』と。アドリアヌス Adrianus も戦争の特別の問題のなかで、原状回復の問題について、この意見を主張する。シルヴェステル Sylvester (『シルヴェステルの大全』、「戦争」の項、第一節および第九節曰 verbo, bellum, §. l. et. §. 9) もさうである。すなわち、『正しく闘うものは、戦利品を返還する義務をおわな

い、』と(グラティアヌス『教会法』二、二二七、七、二23 q. 7. si de rebus)。このことから、つぎのことが推論される。……正当戦争において捕獲されたものは、主たる債務と相殺されない、ということである。……また、バルトルス Bartolus も、上述の『学説彙纂』四九、一五、二八に関してそう主張する。そして、たとえ敵が損害や不正の補償を他の方法で行おうとするときでも、以上のように解される。しかし、シルヴェステルはこれに対してつぎの制限を加えるが、それは正しい主張である。すなわち、うけた損害と不正について補償をうるためには、衡平の觀念に従って充分な程度にとどめなければならぬ、と。」

かなり、長い引用になったが、ビトリアの主張はそれなりに明快と言うべきであろう。つまり、彼にとって、正戦の下での掠奪・捕獲は、動産については、必ずしも損害や不正の補償の範囲に限定されない。ただし、それは無制限ではなく、衡平の觀念によって制約される、と。これは、教会法学者であるアラヌスとラウレンティヌスの中間に位置するような見解である。しかし、彼が、限定つきではあるが、正戦下での捕獲は必ずしも、「主たる債務と相殺されない」という立場を取っていることは、注目に値する。この論理からすると、兵士の行う掠奪に対する規制が比較的緩やかになると思われるからである。神学者でもあるビトリアがこの程度の規制で良しとしたことは、やはり彼の時代環境のなせる業であろう。

スアレスもまた、「戦争を行う正当な方法はなにか」を論ずる中で、掠奪の合法性を確認する。しかも、彼は、その最初に、洗礼者ヨハネの件の言葉を挙げてさりげなく新約聖書の教義が戦争の法に関しては限定的なものに留まることがを伝えている。

「第四の関係「その他のひとたち、例えば進軍のときにかれらが分宿した家の主人たちとの関係においてなにをなさねばならないか、ということ」に関しては、簡単に洗礼者ヨハネ Johannes Baptistae, Luc. 3 の教えたこととをのべることができる。すなわち、『汝らは誰をも悩ますことなかれ、……己が給料を似て足れりとせよ、』

と。従つて上述の兵士たちはみな、王によつて定められた俸給のほか、宿舎の主人たちからなにも奪うことはできない。そうでないならば、かれらは正義に反する罪をおかすことになり、奪つたものを返還しなければならぬ。かれらが住宅や農場などにならかの損害を加える場合も同様である。²⁴

これは、グロテュースの解釈と全く同一である。新約聖書の愛の教えもここではただ味方の協力者についてのみ適用が可能であるにすぎない。敵に対する正戦のもとでは、もっと敵しい旧約の論理が作用する。「この戦争のあらゆる過程またはあらゆる時において、敵に対していかなることをなしてもほとんど正義に反することはない」というように。そこで、スアレスは言う。

「第三に私はいふ。勝利がえられた後には、うち敗れた国家に対して、正当な罰とすべての損害賠償と奪われたものの返還のために適当な損害を加えることが、君主に許される、と。この結論は一般に自明のことと認められる。というのは、第一に、これが戦争の目的であるからであり、第二に、正しい裁判においても、このことはそれ自体として許されることであるからである。しかしながら注意しなければならないのは、この損害賠償の計算のなかには、かかる国家が戦争の過程においてうけたあらゆる損害、すなわち人の死や火災なども含まなければならない、ということである。けれども、第一に、シルヴェステル Sylvester, verbo Bellum, 「p. 9. やウィクトリア [Victoria, in dicta relectione, num. 20. は、戦争の過程において兵士たちによつて奪われた動産は、君主によつてその返還請求の一部に含められてはならないとつけ加えていうが、それは賛成できないことではない。というのは、共通の慣習にもとづいてつくられた万民法が、そのように認められるからである。その理由は、兵士たちは絶えず大きな危険に生命をさらすのであるから、なにかかれらに許されることもなくてはならない、ということにある。そして、彼らの君主についても同様のことがいわれうる。第二に、前の結論におけると同様に、この結論においてもつぎのことが注意されなくてはならない。それは、

勝利の後でも前でも、兵士たちは自己の權威によって物を取得することは許されないと、ということである。……第四に、注意しなければならないのは、動産であれ不動産であれ、敵のすべての財産は勝利者のものとなる、と万民法によって定められていると宣言する市民法の規定も、この結論に従って解釈されなければならない、ということである。このことは『学説彙纂』……や『勅法彙纂』……やグラティアヌス『教会法』……のなかのべられている。アムブロシウス……と聖トマス divus Thomas, libro 3 de Regimine principum. も同様に教える。またコヴァルヴィアス Covarr. regula Peccatum, part. 2, §13. も一層詳しく説明する。さらに、アブレシス Abiensis, q. 3. が指摘したように、申命記第十一章と第二十章……にも同様の掟のことがのべられているようにおもわれる。しかし、これらすべてのことは、上述の原則、すなわち、後にも説明しようとおもうが、正義の要求する衡平がまもらなければならないということ、将来の平和が尊重されなければならないということに従って解釈されなければならない。なぜなら、正当な裁判におけると同様に、戦争においても衡平がまもらなければならないからである。」

スアレスは、基本的にはビトリアと同一の見解を有していると考えられる。彼もまた、捕獲の正当性を比較的緩やかに理解しているからである。しかも、スアレスは、この問題を正当戦争の枠に留めず、正当な原因を有しない自発的かつ相互的な戦争にまで拡大している。この場合の戦争は正当ではないから、不正な戦争であり、その際には「奪われた財産は返還されなければならない」のではないか、との疑問が生ずる。スアレスは、このような戦争は「殺人を現に犯しあるいは犯しうがために、神の目からみればそれ自身として正義に反することは疑いがない」とする。しかし、彼は、「それにもかかわらず、戦争の当事者自身の相互の関係からみれば不正が行われるとは」考えない。なぜなら、双方の当事者は互いに自発的に戦っているのであるから、そこにおのずから「約束」や「合意」があり、それに従う限りで、当事者どうしの間では不正は存在しないからである。勝者が敗者の財産を得

るといふのもこの合意に含まれる。彼は言う。「このような約束は、神の目からみればたしかに不正なものではあるが、これが結ばれることによって、勝利をえたものはかかる財産の所有者となる。なぜなら、かれらはそれらの財産を、その真実の所有者の意思にもとづいて取得するのであるから。」したがって、捕獲物の取得者はこれを返還する義務をもたない。それは、ちょうど、「賭博の場合と」同じである。賭博それ自体は不正であるが、「もし賭博を行う者相互の関係で不正が犯されないならば、財産の所有権は移転することができる」ともに、それを返還する義務がおおされることもないからである。」もっとも、スアレスは、これに反対する意見にも「それなりに正当とおもわれる理由」のあることを否定しない。「まして、そちらにも良心的に安全な理由があることを否定などはしない。」⁽²⁶⁾だが、このように躊躇は見られるものの、要するにスアレスは不正な戦争の下でも、捕獲物は合法的に移転するとの立場を取った。つまり、彼は、およそほとんどすべての戦争について、掠奪・捕獲が許される、との主張を行つたのである。これは、正戦とは別個に発達してきた公戦の論理への法的な対応にもとづくものであろう。なるほど、スアレスにあっては、それらの関係は、とくに捕獲に即して考察してみても、なお曖昧で不確かである。しかし、スアレスがこの困難な諸問題を一気に解決できなかったからといって、彼を責めるわけにはいかない。むしろ、彼がそういった問題のあることを知覚して、彼なりに解答を与えようとした、ということを高く評価すべきであらう。とにかく、それらの複雑な問題を法理的に整理し、論理的に一つの解答を与えるには、グロテِيُّウスの出現を待たねばならないのである。しかし、それについては後述することにしよう。ここで確認しておかねばならないことは一つである。それは、「神の目」からみて不正なこととされるような戦争のもとにおいてすら勝者が敵の財産を掠奪、取得することをスアレスが認めた、ということである。

ビトリアもスアレスも、国際法(学)の有力な先駆者である。したがって、彼らについては、むしろそちらの項目のなかで触れるべきであつたかもしれない。しかし、彼らの論理はなおかなりの程度キリスト教的で、トマス主

義的である。彼らは、法学者であると同時に、敬虔な神学者であった。その彼らにおいてすら、掠奪の合法性が認められていたのである。このことは、やはり繰り返し指摘するに値するであろう。この事実が意味することは、言わば先験的な倫理の支配しうる場においてすら掠奪が正当とされた、ということだからである。おそらく、これは二つの意味で語られ得るであろう。一つは、アウグスティヌスを始めとするような中世キリスト教の世界観そのものが正戦↓掠奪の論理を内に含んでおり、その限りで合法的掠奪の論理と倫理を旧ヨーロッパ世界の人々の心の中に植えつけた、ということである。もう一つは、逆に福音の教えに忠実であろうとしたキリスト教の理論家たちですら、激情的で暴力的な時代の共通感覚、それに特有の意味世界からのがれることができず、まるで無意識のうちにその枠の中で思考した、ということである。この二つの要素は互いに入り乱れつつ、作用し合い、渾然一体と化していたに違いない。それらがあいまって共に、「中世」という人間的諸関係全体、つまり「人間環境全体」の一部を構成したのである。しかし、私は、この恐らく不可分の「全体」をまず先験的な倫理に近い側から考察してみたい。次にしなければならぬのは、それを経験的世界の側から眺めることである。具体的に言えば、掠奪の慣習およびそれに基づく（慣習的）法のあり方を探ることである。

（2） 掠奪の法

オリヴィエーマルタンの『フランス法制史概説』の序論・第三章第四節に、フランク王国の「政治集会」について語る件がある。「政治集会」のなかで最初に問題とされるのは民会である。民会がまず第一に論じられるのは、言うまでもなく、それが最も重要だからである。オリヴィエーマルタンは言う。

「ローマでは、ディオクレティアヌスの諸改革以来、民会は消滅したまま元老院は権威のない存在である。しかし、ゲルマン人のもとでは、武装戦士の集会は、既述のように、当該部族の諸事件を取り扱うのに大きな役割を果たしていた。それはフランク時代にも存続する。それは、ソワソンの甕の挿話が証するように、戦利品の分配に関与する。それは、新王を選定するにせよ寧ろ歓呼の声で迎える。また、それは、賢人衆によって草された部族慣習法や法典に附加される王令や承認する。タキトゥス時代におけると同様に、その承認は、盾を武器で打ち鳴らすこと、即ち『武器の騒音』——ロンバルド部族の〔法典〕テキストでは『鎗集會行為』——によって表示される。」

民会は武装戦士の集會だった。戦う能力のある者たちすべて、逆に言えば戦う能力のある者たちだけが、この政治集會に参加し、多くの重要事項を決定した。この重要事項の中に王の選定や慣習法および王令の承認があるのは、当然であろう。今日の観点からみても、これは極めて重要であり、もし集會が真に政治集會であるとすれば、そのような能力は不可欠であったに違いない。しかし、ここで特に注目されるのは「戦利品の分配」への関与である。最も伝統的で、最も権威のある集會で「戦利品の分配」が議されたのである。しかも、オリヴィエール・マルタンはこれを集會の「重大な役割」の最初に置いている。現在の常識からすると、これは奇妙である。しかし、ゲルマン人戦士にとって「戦利品の分配」は決定的に重要な問題だった。とにかく、この政治集會はなによりも武装戦士の集會であったから、ここで掠奪品の問題が扱われなかったとすれば、むしろそちらの方がおかしいであろう。彼らが生命を賭けて戦う主要な、少なくとも一つの目的は、掠奪による富の拡大だったからである。フランク国王といえども、彼らがかちとった掠奪品を自由にすることはできなかった。その分配は、重要事項であるがゆえに、まさに国の政治集會である「武装戦士の集會」の役割に属したのである。それを象徴的に示しているのが、「ソワソンの甕の挿話」である。

「ソワソンの甕の挿話」は、トゥールのグレゴリウス (Gregorius Turonensis, c. 540～594) の『世に『フランク史』として名高い『歴史十卷』Gregorii Episcopi Turonensis Historiarum Libri Decem』の中の第二巻に出てくる。この巻にはクロドウェークス(クロヴィス)なる人物が登場して大いに活躍するが、この人物こそ、ゲルマン人の国王として初めてカトリックに改宗し、フランク王国の真の建設者となったクロヴィス一世 (Clovis I, 465～511) に他ならない。第二巻は、このクロヴィスの治世が始まった頃の話である。グレゴリウスがそこで伝えた「ソワソンの甕の挿話」とは、このクロヴィスと関係する話である。グレゴリウスは記す。

「当時、クロヴィスはまだ異教の誤りに捕らえられていたので、たくさんの教会がかれの軍隊のよって略奪された。それ故軍隊は、ある教会から、教会の祭事に用いる他の装飾品と共に、驚くほど大きくて美しい壺を奪い去った。しかしその教会の司教は王の所へ使者を送って、例え聖なる器のうち他のものを返してもらおうことはできないとしても、少なくとも壺だけはかれの教会へ返してくれるように要求した。王は、このことを聞いて使者に言った。『ソワソンまでわれわれの後をついて来なさい。なぜなら、取られたものはすべてそこで分配されるだろうから。そして籤でその壺が私に当たったなら、私は司教が望んでいるようにしよう。』それからソワソンに着いて、すべての略奪物が中央におかれると、王は言った。『おお、最も勇敢な戦士たちよ。私はお前たちに、少なくともかの器——すなわちかれは前にも述べた壺のことを言ったのである——を、分け前の他に私にくれることを拒否しないようにお願いする。』このように王が言った時、分別のある人びとは言った。『光栄ある王よ。われわれが見ているすべての物はあなたの物です。われわれ自身さえあなたの支配に従属しているのです。さあ、あなたのお望み通りのことをしなさい。なぜならば、誰もあなたの権威にさからうことはできません。』かれらがこのように言った時、軽薄で嫉妬深く無分別な一人が、大声を上げ戦斧を振り上げて壺に突き当てて言った。『籤が正当にあなたに与えるもの以外に、あなたはここから何も取ってはいけません』

ん。』このことにすべての人びとは仰天したが、王は無礼を忍耐強く平静にこらえた。そして、侮辱は胸の中に秘めておいて、壺を受け取って教会の使者に返した。しかし一年が過ぎた時、クロヴィスは『三月の野』においてかれらの武器の輝きを示すため、全部隊に武装して集まることを命じた。しかし、クロヴィスは全員を巡視しようと考えて、壺を叩いた男の所に来た。その男にかれは言った。『お前のように手入れの悪い武器を持って来た者は一人もない。なぜなら、おまえの槍も剣も斧も役に立たない。』そして、その男の斧をつかんで地面に投げつけた。そこでその男が拾い上げるために少しばかり身をかがめた時、王は両手を上げて、男の頭で自分の斧を打ちつけた。王は言った。『お前はソワッソンにおいて、かの壺に対して、このように行ったのである。』男が死ぬと、王は他の者に立ち去ることを命じたが、この行為によってかれらに、かれに対する非常な恐れを与えた。⁽²⁸⁾

この逸話は、クロヴィスの強大さを伝えるために記されたものであろう。グレゴリウスは、クロヴィスを「偉大であり、卓越せる戦士であった」と称賛して、その数々の事蹟を伝えているからである。しかし、その偉大な国王クロヴィスでさえ、掠奪品を自分の自由にするにはできなかった。「軽薄で嫉妬深く無分別な」人物が唱えた乱暴な抗議と無礼を、クロヴィスはただ「忍耐強く平静にこらえ」るだけであった。事はたかが壺一つのことである。だから、「分別のある人は」、王の要請に答えようとした。しかし、これは大袈裟に言えば、掠奪品の配分の大原則に抵触するものであった。「無分別な一人」の戦士がこれに異を唱えても、国王はその抗議そのものを抑え、無視することはできない。国王ができることは、別のことがらをもってその非礼に報復することであった。それが、次の三月集会での意趣返しである。彼は、思わず、「お前はソワッソンにおいて、かの壺にたいして、このように行ったのである」と口走り、他の者たちはそれを見て「かれに対する非常な恐れ」を覚えた。配分の原則は尊重しつつ、しかもそれを盾として彼に背いた人物を殺害したクロヴィスの賢明さと強さに「恐れ」が抱かれたのである。

クロヴィスの時代の捕獲物配分の原則がどのようなもので、それがどの程度守られていたかは、不明と語りべきであろう。グレゴリウスが伝えている話にどれほど信憑性があるかも、よく分からない。しかし、「古北欧の捕獲法」について論じているカール・レーマンによれば、掠奪品の配分は北ゲルマン諸民族の伝統に属している。とすれば、初期のフランク王国にそのような慣習があったとしても少しも不思議ではない。レーマンの伝える、古い慣習の記録ともいえる或る北欧の軍法にあっては、捕獲物の十分の一は神に捧げられるが、その他は軍旗のもとに集められ、すべての兵士が彼らの捕獲物をそこに捧げ、何も隠していないし、何か隠されたものがあることも知らない、と誓わねばならなかった。その後、国王の兵站官が配分を行う。集められた捕獲物が小さな幾つかの山に分けられ、すべての分隊がその或る山を貰い受け、その内部で再び配分が行われる。国王については、彼が以前に有していた物や敵から奪った船や貴重品が彼のために残されねばならなかった。国王はまた重要な戦闘用具を買い戻す事ができた。さらに、分割にさいして価値ある物を受け取った兵士は、もし売る気があれば、彼に買い取るように願ひ出なければならぬ。ちなみに、軍旗のもとに捕獲物が集められたのは、ほんらい戦争の神を体現するものとしての軍旗に捧げることが意味したという。なんびとといえども、神に贈り物を捧げないことは許されなかった。キリスト教への改宗がなされた後は、軍旗は国王の高権を意味するにいたり、それは国王の平和(フリーデ)を表現した。捕獲物の配分は、国王の平和のもとに行われねばならなかったのである。²⁹⁾

配分の問題については、のちにもう一度たち返ることにするが、とにかく、「ソワソンの甕の挿話」が象徴的に示しているように、古ゲルマンやヨーロッパ初期中世には掠奪が広く公然と行われていた。しかも、その重要性は、掠奪が行われていた、とただ表現するだけでは不十分であろう。ジョルジュ・デュビイーによれば、フランク王国の最盛期においても、掠奪が政治・経済の根幹をなし、ひとびとの「心的態度」の内実を織り成していたからである。とりわけ、七・八世紀のフランク王国つまり「この野蛮な世界」のもとでは、なによりも「掠奪の慣習と供与

の必要性が支配的であった。」すなわち、と彼は言う。

「奪うことは提供することである。この補充的な二つの行為が、財の交換を相当程度にわたって支配した。

贈与・互酬、祭祀的・聖的な供与の密度の高い循環が社会の隅々まで満たしていた。それらの贈り物は、いくぶんかは労働の果実を破壊したものであったが、富を確実に再分配した。⁽³⁰⁾」

カール・マルテルやピピン、そしてカール大帝も、彼らの仲間や配下をひきつれて掠奪し、富を掻き集め、それを気前よくばらまいた。彼らの有力な仲間もまた同様であろう。その当時においては、上に立つものの威信は、まさにその与えるものの多さにかかっていた。⁽³¹⁾ デュビーの言うように、「奪うことは提供すること」だったのである。そのような環境の下で、国王が自らの蓄財のために捕獲物を独占するなどということは考えられないことであった。掠奪は、生産性の低い時代の、最も確実で、しかも不名誉ならざる経済活動そのものだったからである。他人の果実を奪うことは首長といえども許されない。むしろ、首長たる者は、そのような基本的な生活様式を守らねばならない。それどころか、まさにその経済活動を効率よく確実に遂行するために首長が存在したのである。おそろく、こう言ってもそれほど極論ではないと思われるほど、物を敵から奪い、自己の財産とするのは、当時の人間環境全体の基本的構成要素を織り成していた。もともと、デュビーの考えでは、この種の掠奪が最も重要な経済行為である時代は九世紀から下降し始める。貨幣の流通が始まったからである。⁽³²⁾ 掠奪と供与が有する意義は大いに減じ、キリスト教の浸透とあいまって、一二世紀頃からは人々の心的態度そのものが根本的に変わり始める。人と人、人と物との諸関係が大きく構造的に変化し出したのである。このように一一・二世紀をヨーロッパ史の一つの画期とする考えは、阿部謹也教授の指摘するところでもあり、私もまた、この大きな構造的変動の始まりに注目すべきである、と考える。しかし、言うまでもなく、根本的な変化が始まっているとしても、その変化は突然あらゆる局面を目に見える形で深くはつきりと転換させるわけではない。制度や慣習あるいは心の核にあたる部分は容易

には変わらない。たとえば、敵から物を奪い、それを取得するという行動は、その変化のなかで、なお強靱に生き続ける。捕獲の実行とそれを許す精神構造は、変容を遂げつつも、本質的には近代初頭にいたるまで変わらないのである。もちろん、何度か指摘してきたように、すべての強奪行為が許されたわけではない。許されたのは、戦時下の掠奪であって、一般的強奪ではない。ただ、その境界は極めて曖昧であった。この曖昧な境界は時とともに確定し、狭まり、ついには殆ど消失した。その際重要なのは、近代における、軍隊と兵士の国家化である。掠奪と兵士による捕獲物の取得の禁止もその成果である。したがって、この国家化の過程を追跡することは、おそらく旧ヨーロッパ世界から近代ヨーロッパ世界への変容の一つの過程を探ることになるであろう。だが、それは、本稿の主題の範囲を逸脱することでもある。私は、必要な限りで、その問題に言及しつつ、旧ヨーロッパ世界における掠奪的捕獲の許容という、本来の問題に焦点を定めて論述を進めていくことにしよう。

2 不名誉な掠奪 たしかに、中世においてもすべての掠奪が許されていたわけではない。少なくとも教会は、アウグスティヌスの教えにしたがって、掠奪だけを目的として戦う人々を厳しく論難した。例えば、先にわれわれは、傭兵隊の予備軍ともいう存在として野武士集団があったことを指摘した。彼らは教会によって破門されたが、それは彼らが平和・正義のために戦わず、掠奪そのもののために戦うと見なされたからである。破門を決議したのは、第三回ラテラン公会議であったが、その後、勃発した百年戦争期にも、これと似た軍事集団が現れる。いわゆる契約軍隊である。これは、封建的勤務によって君主のために戦うのではなく、国王との契約 *Indenture* によって戦う兵士たちの集団である。もちろん、契約の目的は利得である。この契約軍隊が国王と契約を交わさない状態にあつて、地方に割拠している場合、これは言わば自由契約軍であり、一種の野武士集団を構成した。百年戦争の時代には、契約軍隊がイングランド軍とともにフランス各地に転戦したが、休戦協定が結ばれた時も、彼らはイングランド国王の命令を無視してその地に留まり、地方一帯を荒らし回った。この段階では、契約軍隊は明らか

に自由契約軍である。一三六一年、ついにフランス国王は討伐軍を送るが、逆に敗北し、その勢いはますます盛んになった。各地の自由契約軍は一か所に集結を始めた。フロワサールの記述するところによれば、「もつと多くの掠奪品を得るためである。」このときアヴィニオンにあったイノケンティウス六世（在位一二五二—一二六二年）は、「何の権限もなしに」かかる行為に及んだ者たちに対して十字軍（crois）をおくことを宣言した。「なぜなら、彼らは何の理由もなく各地を荒らし、彼らが得ることのできるものを容赦無く盗み、彼らに対して何ら悪事を働かなかつた女性や子供に一片の情も示さずに乱暴を働いたからである。」教皇は、この十字軍に参加する者たちに、例によって予め罪と罰から *de painne et de coupe* 解放する贖宥状を發することにした。教皇は自らアヴィニオンをたち、十字軍に参加する兵士を糾合した。しかし、教皇は赦免だけで他に何も与えようとしなかつたので、殆どのものが立ち去り、なかにはその「邪悪な軍隊」に加わるものさえ見られたという。イノケンティウス六世の試みは完全に失敗するのである。⁽³⁴⁾

イングランド国王の代理人は彼らに要塞から退去するように求めはしたが、ただ要求する以上のことはしてない。本来、彼らは強力な同盟軍であつて、これに権力を振るうことなどできないし、一般的には彼らを抑圧するのは利益に適わなかつたからである。掠奪は戦争につきものであつたし、たとえ国王が休戦しても、自由契約軍が一定の期間については戦い続けることは自由だつた。協定が取り交わされた後もすぐには平和が確立せず、ある期間の間は戦闘行為を継続して合法的に掠奪することができたからである。海上捕獲の場合には、協定締結後四〇日の間はそれが許されたという。また、その協定の諸関係から除外してもらふことに成功すれば、兵士は単独でも戦闘を続け、掠奪し続けることすらできたのである。⁽³⁵⁾したがって、自由契約軍の掠奪行為は合法と非合法の曖昧な境目をぬって行われたとも言え、ある段階まではさほど不当とは考えられなかつたはずである。しかも、彼ら自身は、とくに違いを意識しなかつたであらう。もともと、彼らは利得のために戦う集団であり、掠奪は彼らの戦いの基本

目的のうちにあつたからである。それゆえにこそ、彼らは掠奪のために戦争をするものとして教会から厳しく断罪されたのである。

ところで、ここで改めて注意しておきたいことがある。それは、契約軍隊と自由契約軍の違いである。契約軍隊は国王と正式に契約を取り交わし、その契約に基づいて国王の軍隊として戦うものである。これに対して、自由契約軍は、潜在的な契約軍隊であると同時に、国王と契約を取り交わさずに戦うか、契約終了後も戦いつづけるかする兵士集団である。とりわけ特徴的なのは、自由契約軍がイングランド国王の名のもとに勝手にフランスの各地で戦つたことである。理由は明らかであろう。彼らは戦争の名のもとに掠奪して、財を得んとしたのである。この場合、イングランド国王は彼らに名義を貸しはしたが、彼らを自己の統率下に置かなかつたと言ふべきであろう。

自由契約軍は独立して自由に活動し、そのことによつてイングランド軍に利益をもたらしたにすぎない。その際、国王は、後述するように契約によつて掠奪品の配分を定めた契約軍隊とは異なつて、自由契約軍からその揚がりの一部を貰い受けることはなかつた。自由契約軍は独自の判断で行動し、自らの危険負担のもとに掠奪したからである。彼らがイングランド国王の名のもとに戦つたとしても、国王と契約を取り交わさない限り、掠奪品を国王に委ねる必要はなかつた。彼らは、国王から名義以外のいかなる支援も得ずに戦い、すべての危険を完全に自分たちだけで負担したからである。したがつて、この原則は、必ずしも完全にとつていうわけではないが、不動産にまで適用された。彼らは獲得した都市や城を（捕虜の買い戻しと同じような意味で）敵方に買い戻すように請求し、金銭を得ることさえ許されたのである。この場合も、危険負担は純粹に自由契約軍によつて負われたからである。例えば、リチャード二世の名のもとに戦つた自由契約軍は、彼らが得た要塞をひきあげる代わりに、一三九〇年にブレイズイー Jean de Baisy から彼らが得ることのできたすべてのものをリチャード二世に要求したが、誰もこれをイングランド国王に対する裏切りとは考えなかつた、といふ⁽³⁹⁾。

3 契約軍隊とその契約

しかし、契約軍隊の場合事情が異なる。契約軍隊とは、前にも示したように、封建的勤務のためではなく、自由意思で集まった兵士を擁した隊長が国王と契約を取り交わして従軍したものである。自由契約軍と違って、この契約軍隊は、国王の負担を前提とした契約を行い、それゆえにまた国王に多くの義務を負った。百年戦争期のイングランド軍の主力はこの契約軍隊が担ったというから、これはかなり公的な存在だったと言わなければならない³⁷⁾。さて、問題は国王と彼らを取り交わした契約である。そのなかに当然のように（事実、当然だったのであろうが）、戦時取得物つまり掠奪品に関わる規定が見られるからである。一例として、イングランド国王ヘンリー五世（Henry V, 1387-1422）とトーマス・タンストール卿なる人物との間に締結された契約を挙げておこう。

その契約によれば、トーマスはギュイエンヌ公国あるいはフランス王国への遠征に際して国王に一年間勤務する義務を負う。トーマスはその遠征にあたって一年間にわたり、「彼とともに、その遠征で彼を含めて六人の騎士と十八名の騎兵射手を伴う」が、彼はその給与として自分自身については一日ニシリングを得る。「ギュイエンヌ公国に国王とともに遠征する場合には、彼に対し騎士一人につき年棒二十マルクが給与として与えられねばならない。」また、フランス王国に遠征する場合には、「騎士一人につき一日十二ペンス、騎兵射手一人につき一日六ペンスが給与として与えられねばならない。」給与は三か月ごとに渡されるが、契約締結時に第一期分が与えられ、第二期分の給与の「質として」、六月一日に相当の価値を持った宝石が預けられる。国王が質受け出来る場合には、トーマスはこれを返還しなければならない。質受けの期限が過ぎた場合には、トーマス等はこれを任意に処分することができる。これに対して、国王は彼らを告訴することはできない。さらに、第三期の終わりに第四期の支払い分の保証がなければ、トーマスは彼の部下とともに契約によって定められた諸条項から解放され、国王の負担のもとに帰国することができる。契約は、さらにつきのよう³⁸⁾に続く。

「もし、トーマス又はその部下がその遠征で、フランスの国王又はその息子、おい、おじ又はいとこ又は何処かの国の国王又はその代理人又はフランス国王に命令される司令官たちを捕えるならば、彼らは、彼らの正当な同意の下に、我が国王陛下に、捕虜となったそのフランス国王又はその他上記の人々を委ねなければならぬ。さらに、その他の『戦時取得物 Gains de Guerre』の利益については、国王は、トーマスの『取得物』すなわち捕虜、戦利品、金銭、一〇マルク以上の価値を持ったすべての金、銀、宝石の三分の一およびトーマスの部下の『取得物』の三分の一の三分の一を得べきである。⁽³⁹⁾」

トーマスの取得物の三分の一はともかくとして、彼の部下の取得物の三分の一の三分の一が国王に渡されねばならない、という規定の意味は、少し分かりにくいかもしれない。これは、国王とトーマスとの配分をめぐる関係が、トーマスと部下との間にも見られるからである。このように、隊長と一般兵士との間に交わされる契約は普通、下請け契約と呼ばれるが、そのようなものの一例として、ソールズベリ伯爵とウィリアム・ベデュクなる人物との契約をみると、「国王陛下が伯爵に対して行ったのと同じ方式」を取ることが明記され、「もしウィリアム又は彼の配下のなんびとかが武運を得て捕虜を得るならば、伯爵はその身代金の三分の一を得べきである。また、伯爵は、伯爵、ウィリアム、捕虜が同意する額で捕虜をさばぎつつ、その間に戦争で生じたと思われるすべてのその他の『取得物』についても、三分の一を得べきである。」⁽³⁹⁾となつてゐる。つまり、契約軍隊の隊長は彼の部下から、部下の得た取得物の三分の一を受け取る権利をもち、この分が隊長自身の得た取得物に付加され、その三分の一が彼の取得物の一部として国王に渡されるので、部下の取得物の三分の一の三分の一が国王のものとなる、というわけである。国王は契約軍隊の隊長の部下と直接的には何の関係も持たないから、間接的に給与を支払い、間接的に利得の分け前を得るのである。

ヘンリー五世以前のエドワード三世の時代でも事情は少しも変わらない。この時代の(従軍)契約制度の研究を

したプリンス教授によれば、そもそも契約軍隊の制度は、封建的従軍勤務が短期間で、しかも海外遠征についてはかなり消極的であるという欠点を補うものとして出現し、「一三四一年までに確立された」ものであった。その契約では、おおむね「勤務の期間と場所、給与、『心づかい』つまりボーナス、それに死馬の損害補償や海外遠征の費用の負担、そして最後に様々な戦争利益に関する諸々の条件」が、ほぼ型通りに定められていた。そのうち、「戦争利益」について、彼はこう述べている。「すべての『戦争利益』は普通、国王がこれを契約当事者に対して認めた。この規則には二つの重大な例外があった。国王は第一に最も重要な城や土地を、第二に最も重要な戦争捕虜を自分のために留保した。……ただし、国王は、実際の捕獲者に適切な報酬を支払うことを約した。その古典的な事例は、むろんボワティエで捕らえられたジャンの場合である。……下請け契約が締結された場合には、契約の両当事者は掠奪品の配分を定めたようである。ラルフ・スタフォードとヒュー・フィッツスイモンは一三四七年に収益を等しく分かつことに同意しているが、より一般的には、上位の契約者が三分の一だけ取るのが普通だった。⁴⁰」

4 軍法 三分の一及び三分の一の三分の一の規則は本来は慣習的なものであったと思われるが、このように契約によって常に確認されているうちに、言わば国法化していった。イングランド王国軍の規律を定めた最初の軍法といわれる、リチャード二世の所謂ダラムの軍令 *Ordinances of Durham* (1385) の第十六条に、つぎのような規定が見られる。

「さらに、すべての者がありとあらゆる戦時取得物の三分の一をその主君に支払うこと。また、雇われてはおらず、ただだたんにある隊長の旗の下にある者たちも同様である。⁴¹」

これは、リチャード二世の軍隊のもとで戦闘する者すべてに対して、掠奪品の取得者は必ずその上位者に取得物の三分の一を支払うように命じている。ここでも、「雇われた兵士は戦時取得物の三分の一を隊長に払い、その隊長は彼自身の取得物の三分の一とともに、彼が彼の部下から得た取得物の三分の一を国王に支払う。国王はこうし

て、『三分の一と三分の一の三分の一』を得る資格を有する。⁽⁴²⁾

ヘンリー五世も同様の軍令を發布している。

「三分の一の支払いについてさらにすべての兵士が戦争によって得たすべてのものの三分の一を、その隊長、主君もしくは主人に支払うこと。雇われてはいないが、大隊の旗の下にある者たちも同様である。これを守らない者は、彼が得たすべてのものをその隊長に委ね、隊長に贖罪金を支払うまで既将のもとに身柄を拘束されねばならない。」⁽⁴³⁾

5 配分の規則 このような規則は、イングランドだけに見られるわけではない。スペインの七部会法典 La Siete Partidas では、国王の取り分は五分の一とされているし、同時代の有名な戦争法書の著者、ピサのクリスティーヌは、その規則について次のような証言を残している。「現在、捕虜であれ、動産であれ、フランスやその他の国では、長い慣習によって、もし兵士が一万フランの価値を越えないほどの物を取得したならば、その取得物はその兵士の物となる……。もし一万フラン以上の物であれば、それは国王もしくは皇太子に譲渡されねばならない。国王もしくは皇太子は、その兵士が何者であったとしても、彼に対して一万フランを与えねばならない。」⁽⁴⁴⁾

兵士を引き連れてきた隊長も独自の取り分を持つ。イングランドでは国王と同じ三分の一だが、フランスでは十分の一、スペインでは七分の一もしくは十分の一だったという。もちろん、国王の取り分を含めて言えることだが、これは慣習的規則であるから、当事者たちの同意によって、その配分率はしばしば変更された。また、もっと下のランクでも様々な方法で分け前が配分されたはずである。ただ一般的に言えば、騎兵は歩兵や弓兵よりも多く取ったに違いない。中央の捕獲物保管所にすべての掠奪品が集められて、競りが行われ、それからその利益が功績や地位に応じて配分されることも少なからずあったと思われる。

もっとも、海軍の場合は事情が少々違ってくる。一般に海の戦いにおいて、艦船をはじめとしてすべてのもの

を準備するのは国王であり、その危険負担率はほぼ百パーセントと考えられたので、その利潤も原則として国王にすべて帰属するとされた。むろん、これは原則であって、国王が実際に戦時取得物をすべて独り占めするわけではない。国王は、彼の寛大な賜与を乗り組み員に与えるのが普通であった。しかも、当時の海戦は私掠船（国王の許可状を得て、軍船として戦闘に参加した私船）をも組み込んで行われるのが通例であったから、戦時捕獲物の配分はやはり重要な問題だった。いまこれを詳細に論ずることはとてもできないので、スペインで行われていた慣習についてアヤラが記していることだけを挙げておこう。

「掠奪が兵士に許される場合でも、君主は彼の分け前を得る権利を有する。スペイン国王の王令によると、この分け前は五分の一、時として三分の一もしくは二分の一である。同じ王令は、將軍に七分の一、時として十分の一を与える。しかし、海戦にあって、国王が船とその装備を提供し、兵士や水兵のために食料や給与を抛出する場合には、兵士や水兵はその分け前に全くあずからない。ただ、国王の寛大によって、彼らに分け前が譲られるだけである。しかし、それ以外の場合には、国王の分け前が別にされてから、艦長が残りの分け前の七分の一を彼自身のものとし、その残余をさらに兵士と水兵に分けた⁽⁴⁵⁾。」

ちなみに、敵の公・私の財産を奪い、これを私有化するという捕獲行為は、陸よりも海において根強く残り、近代国際法のもとでは、合法的掠奪である捕獲とは即海上捕獲を意味するまでになっている。ただし、本稿では、掠奪と同様に、捕獲という言葉をとくに近代的意味に限定して用いることはしない。当時の考え方や用語法からすると、これはかなり一般的に広く使用されているからである。しかし、それはそれとして、海における捕獲とその分け前という考え方がどれほど強靱であったかは、戦前の著名な国際法学者である立作太郎教授が恰好な一文を残してくれているので、これもつぎに引いておこう。

「捕獲物の没収は、審檢所の檢定に依りて定まり、没収に依りて捕獲物が、國際的に拿捕者所屬國の左右し

得る所となるに至り、拿捕者所屬國の國內法が、捕獲物の所有權の何人に屬すべきやを定むるを得べきに至るのである。我國に於ては、捕獲物は一切國家の所有に歸するものと認めらるるも、拿捕者所屬國の國內法が、捕獲物の全部又は一部の拿捕に當れる者に屬するを認むことあり得べきである。イギリスに於ては往時拿捕に与かれる者が、拿捕物を賣却して得たる取得金の一部を、權利として取得することと為せるが、千八百八十六年の捕獲金分配に關する勅命中に於て、指揮官が捕獲物を賣却して得たる取得金の十分の一乃至三十分の一を得、他の乗員を十一の階級に分ちて、最低級なる『ボーイ』の一に對する最高級の士官の四十五に至る迄の分割額を定めたのである（ホルランド千八百八十八年海上捕獲法提要参照）。其後拿捕に當れる物が當然權利として分配に与かると為すの捕獲金（*prize money*）の觀念を廢して、恩恵として捕獲の取得金中より分配を為すの捕獲恩賞金（*prize bounty*）の觀念を採用することとなり、而して千九百十八年の海軍捕獲條例中に於て、海軍捕獲資金を作り、或る捕獲物の賣却に依る取得金を之に拂ひ込み、而して其中より海軍軍人に分配を為すことと為したのである。合衆國に於ては千八百九十九年の法律以來、捕獲金又は捕獲恩賞金を與へぬことと為したのである。⁽⁴⁶⁾

6 裁判 要するに、ごく図式的に言えば、中・近世の戦争は、ある意味では、国王や君主、あるいは有力貴族等を総元締とする一種の大規模な掠奪行為という側面を持っていた。その限りで、世俗の国王などは掠奪そのものを禁止せず、むしろその配分について注意を向けたのである。契約や法は、まさにそのような社会の仕組みと慣習を反映して、掠奪を正当な行為とみなし、掠奪品をいかに秩序正しく分かち合うかを記した。しかも、掠奪品の配分については、その他に多くの慣習があったと言われる。例えば、実際に掠奪を行うものたちは戦友 *brothers-in-arms* というグループを構成して、互いに強力し合い、仲間が獲得した獲物の半分を請求した。四名がそのグループを作る場合、「われわれ四名は戦友となり、互いに生死を分かち」と誓いあった。掠奪は、兵士が個人

で行うよりは、グループ単位で行われることの方が多かったから、これは合理的だった。さらに、他の者たちと組んで掠奪を行うこともあった。とにかく、掠奪のためのグループが各所にあつて、そのグループが独立的に掠奪に励み、その一人一人が得た獲物は共同の捕獲物とされたのである。さらに言えば、通例、単位の大きなグループ内での配分は、戦闘中にあげられる上官の「叫び」によって同時に決せられた。最も一般的な「叫び」は *à l'ennemi* であり、これは地位による配分を意味した。また *à prix d'une esquillette* という「叫び」は純粹に平等な配分を意味し、*à bonne usance* は各自が自分の獲物を自身の取り分とする、ということの意味した。これに触れて、ジャン・ド・ブイユは、「命令者もしくは隊長は、もっぱら叫びを与えねばならない」と記して、言う。「なぜなら、彼は、彼にとって良いと思われるあらゆる方法で掠奪することができるからである。そして、彼の言葉は、彼の周りにいる者に聞こえれば、それで十分だった。」⁽⁴⁸⁾

文書化された契約や法はもとより、このような慣習もまた法的効力を持ったの言うまでもない。実際、裁判ではその法や慣習自体は当然の前提とされ、事実関係だけが争われた。対象は物ではなく人であるが、キーン教授の示した例が参考になるので、それを一つ挙げておこう。一四二八年、パリ高等法院にある事件が繫属された。当事者は、ジョン・ウィンターとロジャー・ペルランという見習い騎士である。この二人はともにロアーンなる人物を捕虜にしたと主張し、争つたのである。この訴訟は、二人だけで争われはしなかった。まず、ペルランの側では、彼の隊長と称するウィリアム・グラスデールが現れて、捕虜に対する三分の一の分け前を要求した。このグラスデールとともに、彼の *à l'ennemi* の叫びを受けた三人の兵士がやって来た。他方、ジョン・ウィンターの側に立ったのは、命令者であるタルボットである。隊長として自分の取り分を主張した。そして、このウィンターと *à l'ennemi* を取り交わした二人の兵士がこれに加わつた。直接の参加者はこの九人だが、国王がいずれの側が勝訴しても、自分の取り分として三分の一を請求する権利を持っていたことも忘れられない。また、訴訟には加わつていな

いが、ウインターにはニコラス・モリノーという「戦友」がいたので、彼はウインターの得たものの半分を受け取る権利を持っていた。⁽⁴⁹⁾判決がどのようなものであったかは不明だが、一つの事件をめぐって様々な利害関係人があらわれ、それぞれの権利主張を行ったわけである。興味深いのは、彼らが無制約の暴力によってやみくもに自己の利益を主張したのではなかった、ということである。彼らは制定された法規や確立した慣習を尊重しつつ、法的に自己の権利主張を行ったのである。掠奪はまさしく法のチャネルの中に置かれていた。

7 正当な掠奪 掠奪が法の世界の中にあつた以上、ある種のきまりがその正当性を保証したはずである。それがなければ、掠奪は文字通りたんなる強奪であつて、犯罪行為になつてしまふ。では、その正当性を担保するのは何か。それは、まず第一に戦いが正しいこと、つまり正戦であることである。これは大前提である。もう一つは、掠奪が規則に則つて行われることである。つまり、個々の兵士が勝手に独自の判断で掠奪するのではなく、戦争の枠組の中で掠奪が遂行されることである。第一の問題である、正戦とは何かという主題は、いま扱うには余りにも大きな問題なので、その詳細は別の機会に譲ることとして、ここではただ先に挙げたイシドールスの定義を想起するように求めるだけにしておきたい。いまは、掠奪を正当化する最も重大な前提は正戦である、ということをいちおう踏まえたい。第二の問題だけを扱うことにしよう。

掠奪は、おそらく初期中世から盛期中世にかけては、戦闘の最中に個々の戦士や騎士によってかなり自由に行われたものと思われる。戦いはなお個人主義的で、軍全体が規律にもとづいて司令官の命令によって動く余地は少なかったからである。しかし、戦闘が個人主義的なものから集団主義的なものへと移行し、軍の規律化が進むなかで、掠奪も軍全体の管理下に置かれはじめる。この点で、フランスの騎士軍を破つたことで有名なスイス同盟軍の軍法が他に先駆けて、掠奪の規則化に着手しているのは象徴的である。その一三九三年のゼムパッハの軍令は、敵が逃走を始めても、「全員がその戦場やその周りに留まり、防衛し、我等の敵を追い払い、その戦闘の勝利が完全に

確定するまでは、まさにその場にあり続け、敵を追跡したり、掠奪したりしてはならない」と、定めている。理由は、勝利が確定する前に兵士が掠奪にふけると、「その間に、逃走した敵が再び集合して、彼らから人と財産と戰場を再び獲得する」ことがあるからである。⁽⁵⁰⁾ここでは、勝利の確定ということが要件になっている。

ベーメン国王ヴェンツェル四世の軍法（一四一三年）は、禁止事項を簡条書きにし、処罰規定も併せて記している。⁽⁵¹⁾ここでは、最初に売春婦の追放、続いて女性の保護、教会の安全が求められ、「友邦」での掠奪が禁止されている。

「もし友邦で自分のために必要な食物や家畜のための飼料以外のものを奪うならば、その者は強盗として罰される。」

「なんびとも、友邦においては、馬、雌牛、その他の家畜と衣服、そして家政に属するその他のものを奪ってはならない。そのような行為をした者は強盗として処罰される。」

この規定は、敵国における掠奪のみを正当とすることを暗黙のうちに伝えている。敵国における掠奪がどのような場合に許されるかは明記されていないが、つぎの規定から類推することはできる。

「なんびとも、我々の隊長によって命ぜられるのでなければ、火を放ってはならない。とりわけ城が奪取された場合には、隊長の命令なくして火が放たれてはならない。もし勝手に放火した者があれば、その者は慈悲無く焚殺される。」

放火については、隊長の命令が決定的要件となっている。同軍法は他の箇所でも、隊長への服従を強く要請しており、軍の紀律化への動きが認められる。すなわち、「騎兵と歩兵の上位に……任命される隊長に、……すべての者が服従しなければならない。なんびとも決して彼らに反抗してはならないし、言葉もしくは行為で彼らと戦ってはならない。しかしながら、もし何者かが、意図的に隊長への服従から遠ざかり勝手なことをするならば、その者

は……処罰される」と。

つまり、これから推察されることは、敵からの掠奪も、放火と同様に、隊長の命令もしくは許可による、ということである。おそらく、この軍令がその上でなされる敵からの掠奪を認めていることは、捕獲物の配分を定めた規則からも明らかである。これは、捕獲物の配分を隊長と軍書記に委ねる旨の規定であるが、つぎに引用しておく。

「捕獲物の配分にあたっては、軍書記 *Kriegsschreiber* が臨席しなければならない。彼は、隊長とともにそれを分配し、彼らとともにその一部、つまり一山につき一グロッシェン銀貨を得なければならぬ。免焼金についても、それぞれ一グロッシェンを得る。」

このボヘミアの軍法は、フリッツ・レートリヒの表現を借りれば、「掠奪とそれに関連する問題について、十六・七世紀に標準的に実践されるようになった多くの規則を含んでいた」⁽⁵²⁾ という点で重要である。さらに、これにすぐ続いて、ヤン・ツィスカ *Jan Ziska* の軍法（一四二三年）が現れ、捕獲物の配分についてより詳細な規定が定められた。⁽⁵³⁾

「また、もし神の御加護によって、敵を破り、打ち払い、都市・城塞・要塞を攻め落とすならば、或は戦場に向かうか戦地であって、何かを掠奪するならば、この捕獲物は運び集められ、集積所に預けられねばならない。……そこで、貴族、騎士、市民、下僕たちの共同体によって長老たちが、選任、選出される。長老たちは、誠意をもって、捕獲物を貧富の別無く、正しく、つまり各人に相応しいように、配分し分かつものである。またなんびとも何かを持ち去るとか、自分のために隠したりしてはならない。もし何かを自分のために持ち去るか隠すかする者があって、このことが十分な証拠をもって証明されるならば、長老たちは、そのような者が誰であろうとその人物のいかんにかかわりなく、神と共同体の窃盗犯として、その首と財産をかけた裁判を行うであろう。あるいは、彼らは、その者が君主であれ、貴族であれ、騎士もしくは見習い騎士であれ、市

民、手工業者もしくは農民であれ、容赦無く、その人物のいかんを全く問わず、神の御加護をもって、もう一つの死刑執行方法によってそのような刑罰を彼らに対して執行しなければならぬ。」

この軍法はかなり厳格で、野営中に、君主を含めてなんびとといえども、「その長老たちの許可なく」軍を離れたり、騎行したりした場合には、「不審な窃盗犯」として処刑する旨、記している。また、さらに一般的に、「叛逆者、不服従者、詐欺師、窃盗犯、博徒、強盗、盜賊、大酒飲み、瀆神者、姦淫者、姦夫、売春婦、姦婦」を「追い払い、裁判にかける」ことを伝えている。この軍法は、少なくとも觀念の面で、軍の紀律化が進展し始めていることを示している。ただ、掠奪そのものが禁止されていないことは、上記の配分をめぐる規則から明らかである。

神聖ローマ帝国においても、基本的構図は変わらない。皇帝マクシミリアン一世の一五〇八年の軍法やフェルディナント一世の一五二七年の軍法は、いずれもボヘミアのそれと本質を同じくするし、フェルディナント一世の軍法を基礎として作られた一五七〇年の神聖ローマ帝国軍法も、それ以前の帝国軍法と顕著な違いを見せない。しかし、それら相互の比較・検討といったことはここでの目的ではないから、それはおくこととして、一七世紀の諸々の軍法に強く影響を及ぼしたと考えられる、マクシミリアン二世治下（一五六四—七六年）の一五七〇年の軍法だけをひとまず見ておくとしてよう。

一五七〇年の帝国軍法は、軍人でありまた外交官でもあったシュヴェンディ (Lazarus v. Schwendi) の手になるものである。シュヴェンディは帝国陸軍に確固とした紀律を導入しようとしてこの軍法を作成したと言われるが、これは大きく騎兵に関する軍法と歩兵に関する軍法に分かれている。その騎兵に関する軍法の第八三条は、つぎのように掠奪について規定している。

「神の恩寵により敵に勝利した場合であっても、なんびとも、許可なく自分の隊旗の下にある陣型から離れて掠奪せんとしたり、追跡したりしてはならない。騎兵たる者はそこに留まり、自己の名誉と義務にかけて指

揮官の命令を待たねばならない。無秩序と不服従のために敵が反攻して、そのために全軍が損害を受け、不利益を破ることがないためである。⁽⁵⁵⁾

また、同軍法一四一条と一四二条、すなわち歩兵に関する軍法の第二〇条と二一条は、それぞれつぎのように掠奪について規定している。

「戦闘もしくは突撃や、かかる侵攻にあっては、戦場や都市がすでに確保・奪取されているのでなければ、なんびとも掠奪に着手したり、財を求めて追跡してはならず、確固とした陣型のうちに留まらねばならない。これを守らない者には、身体刑が課される。」

「なんびとも大隊長の認知および意図によらずして、陣営から掠奪のために、あるいはどこか他のところに出かけてはならず、また一晩中その大隊から離れていてはならない。これを守らない場合には、身体刑さらに最高司令官の判決が課される。」

さらに、歩兵に関する軍法の第一六条にもやはり同種の規定が見られる。

「……そして、城、都市、その他の駐屯地が交渉によって収容されたならば、最高司令官の認知および許可が出される前に、なんびともそこに出撃したり、掠奪したり、押し寄せたりしてはならない。⁽⁵⁶⁾」

ここでは、勝手な掠奪行為が規制されている。すでにフェルディナント一世の軍法にも見えるが、⁽⁵⁷⁾とくに戦闘中のみならず、それ以外の場合にも陣営を離れるのに「大隊長の認知」が必要とされているのは、紀律化への意欲が伺われるところである。なぜなら、それは戦闘を離れてもお兵士を管理することを目指しているからである。しかし、これは、また兵士の安全のためでもあった。通例は被害者である農民が、小教であれば兵士たちを逆に捕らえ、殺害したからである。⁽⁵⁸⁾ もっとも、兵士が掠奪にでかけるために必要とされた許可は実際には兵士たちによって殆ど無視された。彼らは勝手に獲物を求めて出かけたのである。しかも、その許可自体がはなはだ形式的なもので

あつて、求められればほとんど確実に出されたい。兵士たちが掠奪に個々でかけることの許可を求めるための申込用紙すら存在した。軍は兵士をその程度にしか、管理しえていなかったのである。こうして、兵士たちは掠奪すべく自由に外出し、槍の穂先に掠奪品をぶら下げて陣営にもどってきた、という。一六〇〇年当時、ヘッセン公モーリッツが残した記録によると、どの隊長も彼の兵士たちがいま陣営にいるのか、襲撃にかけているのか全く分からなかったというほど自由に掠奪のための外出が行われていたのである。とはいえ実態はともかくとしても、とにかく上述したように、掠奪を規制しようとする試みはたしかに存在した。掠奪の慣習の強固さを思えば、この試みの意義は過少評価できないであろう。しかし、その試みはあくまで掠奪の制限であり、その一定の規則化にすぎなかった。そして、このような意味での掠奪の規制は、一七世紀になつても、ポーランド軍法第三四条、ザクセン選帝侯ヨージョハン・ゲオルグの軍法第一四・一五条、また一六三九年のイングランドの軍法や一六三二年のスウェーデンの軍法に受け継がれることになる。つまり、命令による掠奪は依然として合法であつた。戦闘の興奮の直中にあるのは、司令官が、当然と考えられていた掠奪を兵士に認めないでおくことは困難であつた。このあたりの関係は、シラーの『三〇年戦争史』の一節に巧みに表現されている。

「ティリーが退去の一步を踏み出すや否や、瑞典王は突如シュヴェットの陣を撤し、全軍を率いてオーデル河畔のフランクフルトに向かつた。此の都市は防備こそ悪かつたが、八千の守備兵に守られていた、尤も大部分はポムメルンとブランデンブルグで猛威を逞しうした野盗の残兵ではあつた。攻撃は猛烈に行はれ、すでに三日目には都市は突撃隊に占領された。勝利を確信した瑞典軍は、敵軍が二度も和議の信号をあげたにも拘らず、恐るべき報復の権利を行使せんと、降伏を肯じなかつた。……数千の兵は惨殺され、或は捕虜となり、多数のものはオーデル河の藻屑と消え、残兵はシュレージェンへと遁走し、大砲は余さず瑞典軍の手に落ちた。手兵の狂暴を緩めるためにグスタフ・アードルフは三時間の掠奪を許さざるを得なかつた。」⁽⁶⁰⁾

命令に基づく掠奪は、一七世紀の後半においてもなお有効である。神聖ローマ皇帝レオポルトの一六六八年の軍法においても、依然として次のような規定が置かれている。

「第五二条 戦闘が開始されたならば、なんびとも敵が完全に撃退されなにかぎり、掠奪してはならない。これに違反して掠奪した者は、直ちにその上官によって刺殺されうるものとする。」⁽⁶¹⁾

この規定は、同じくレオポルト一世の一六八二年の帝国軍法にも受け継がれる。なお、この軍法は一八〇六年に神聖ローマ帝国が滅亡するまで効力を持ち続けたものである。この点は、十分に留意しておく必要がある。

「第七五条 戦闘・突撃・哨所の奪取の最中に、糧秣・火薬・大砲・その他砲兵隊とその維持のために有用なものが奪取された場合には、それらは最高司令官に委ねられねばならない。しかし、戦闘・突撃・哨所や都市の奪取・占領の時以外に、糧秣や家畜を敵から入手した場合には、もとより陣営外にそれらを持ち出すことは禁止されるが、その掠奪品を取得者のものとするは許されねばならない。取得者は、その陣営の内部で、将官による割引の後に、一般兵士に商品として安く売ることができ。しかし、それ以外の場合には、他の奪取された掠奪品は、各々の連隊・将校・一般兵士に与えられねばならず、なんびとも他人が取ったものを強奪してはならない。違反者は、指揮を執っている将校の判断にしたがって、それに相応しく罰せられる。ただし、なんびとも敵が完全に打ち負かされない限り、あえて掠奪を敢行してはならない。これに違反して掠奪した者は、直ちにその上官によって刺殺されうるものとする。或は、直ちに刺殺されず、その不正な掠奪によっても、皇帝陛下または選帝侯や帝国等族に損害が全くもたらされなければ、その者は、一月の間パンと水だけを与えられて拘束され、掠奪品は負傷した兵士や病気の兵士に差し回されねばならない。しかし、その行為によって損害を引き起こされたならば、その判定が下された後に死刑に処せられねばならない。」⁽⁶²⁾

ここでは、正当な掠奪品は即兵士の捕獲物であり、その占有権、というよりは所有権が罰則によって守られてい

る。不正な掠奪品が、傷病兵等に委ねられるのはグスタフ・アドルフの軍法と同様であり、掠奪が道義的に恥ずべきものとはされていなかったことを思わせる。もちろん、制約はより精緻に、より厳しくなっている。許可に よらない掠奪は死刑に処せられるが、これについてはまた別個に特別の規定が置かれている。

「第三一条 戦場もしくは駐屯地、都市や村落にある兵士が、昼夜を問わず路上で暴力によって襲撃し、強奪するならば、この者は奪ったものを返却させられ、剣をもって処刑され、その頭をさらし台に載せられねばならない。しかし、強奪にあたって同時に傷害もしくは殺人をなしたならば、その犯人は刑車によって処刑されねばならない。」⁽⁶³⁾

この規定から想起されるのは、カール五世刑事裁判令（一五三二年）における強奪（Raub）の処罰規定（第二二六条）がやはり「剣をもってする刑罰」だったことである。しかも、一六八二年帝国軍法はいくつかの条文で、カロリナの規定にしたがって処罰すべき旨を明記している。カロリナの有している糺問的訴訟構造を想起するならば、このような事柄が公権力の伸長、紀律化の進展を意味している、と理解することは可能であろう。しかし、カロリナ自身、ラント平和の思想を背景としてフェーデの抑圧を目指し、「法と衡平に反し邪念をもって」フェーデを実行する者を「剣をもって」処罰すると定めながら、三つの例外の「一」として皇帝の許可によるフェーデを許したように⁽⁶⁴⁾、帝国の軍法もまた、許可に基づく正しい掠奪とそれ以外の強奪を区別し、前者をなお正当としている。国家的紀律化の思想はたしかに有力になりつつあるが、それは本質的に掠奪を禁止するものではなく、せいぜい、捕虜の身の代金・買い戻しの国家化と同様、掠奪の国家（管理）化を目指すものでしかない。正しい掠奪が求められるのは、われわれが今日考えるような法的・倫理的理由によるのではなく、あくまでも戦闘の勝利のため、紀律の維持のためにすぎない。それどころか、権力にとって、掠奪は、国家的紀律化と正面から衝突するフェーデと異なつて、対外的な戦争に適用が留まる限りにおいては、むしろ兵士を鼓舞するものとして利用価値は十分にあった。「友

邦」での掠奪を禁止し、戦闘に勝利できさえすれば、掠奪は許しうるものだったのである。そして、軍が、請負的で契約的、傭兵的性格を持ち続ける限りに於いて、半ば自營的な兵士に利得を認めることは必要なことですらあつただろう。権力や暴力が国家に一元化されないかぎり、いくばくかでも自立的な兵士が掠奪し、その掠奪品を自身の捕獲物とするという現象は無くならない。人々もそれを特に不思議とは思わない。その意味で、一六八二年帝國軍法が国家法として一八〇六年まで効力を持ち続け、しかもその本質的な点において、それ以前の諸々の法や慣習と軌を一にする、ということほど、掠奪の根強さと掠奪に関する心的態度の長期的持続を示しているものは無いかもしれない。そして、初期近代の法律家たちもまた、これを理論的に正当とするのである。

(3) 物の掠奪の法理

ヨーロッパ中・近世においては、戦時下における掠奪すなわち捕獲は、これまで考察してきたことから知られるように、倫理的にも慣習的にも、さらに実定法的にも正当とされていた。そして、これはまた、法律家によつても合法とされる。まず何よりも彼らが最も尊重したローマ法がこれを認めていた。彼らが依拠した法文はおもに次の三つである。

① 「我々が敵から捕獲した物は、万民法によつて直ちに我々の物となる。自由人ですら我々の奴隸となる。ただし、もし彼らが我々の権力から脱出し、彼らの人民の下に戻るならば、以前の地位を再び獲得する。」(法学提要 二・一・一七)

② 「敵によつて捕獲された物は、万民法によつて直ちに捕獲者のものとなる。」(学説彙纂 四九・一・五・七)

③ 「我々が脱走者を取り戻すのは戦争の権利に基づく。また、我々の下にある敵産は公の物ではなく、「第一」占有者の物となる。」(学説彙纂 四九・一・五一)

これらの法文を根拠にして、中・近世の法学者は戦時下の掠奪＝捕獲を原則として肯定した。たしかに、その前提として、正戦もしくは公戦ということが問題になるのではあるが、とにかくその条件が満たされてさえいれば捕獲行為は合法であり、その合法性それ自体については疑問の余地はほとんどなかった。したがって、例えば、中世ヨーロッパ法学を代表するバルトルスも極めて簡単にその現実と合法性を確認する。

「私は、動産は捕獲者の物となると考える。それは次のような意味である。捕獲者は掠奪品を司令官 *dux bellii* に引き渡さねばならない。司令官はその後に今度は兵士たちに報酬を配分する。われわれはそのようなことが実際に守られているのを見ている。なぜなら、勝利の後にすべての物が引き渡され、捕獲物 *el butino* と呼ばれ、しかる後に売却され、「利益となつて」兵士の間配分されるからである。」⁽⁶⁵⁾

またバルドゥスも言う。

「掠奪品は、司令官もしくは指揮官もしくは隊長に委ねられねばならない。その後、司令官が自ら兵士たちに、彼らが喜ぶように、つまり、最も勇氣のある者たちに捕獲物が与えられ、逃亡者が掠奪品から何も得ないように、配分しなければならない。」⁽⁶⁶⁾

ここでの論理の筋は、掠奪そのものが合法か否か、ということではなく、どのようにして掠奪品が捕獲者の所有物となるか、という点にある。関心の焦点は、掠奪の合法性を前提とした、掠奪品の正当な取得方法である。これは、実にやっかいな問題だった。というのは、掠奪品が直ちに捕獲者である兵士の物となるのか、或いはバルトルスやバルドゥスが主張するように、いったん司令官に委ねられ、しかるのちに配分されるのかは、かなり不確かだったからである。戦争法に関する同時期の著作家であるボネ *Honore Bonet* は、かなり率直にその関係を記して

ころ。

「しかしながら、われわれは、戦争という出来事の下で取得される財産の問題に戻ることにはしよう。まさに、この問題をめぐる法は混乱しており、決してすぐれて明快であるというわけではない。法はこの問題について語る時は、不確かに見える。なぜなら、ある法によれば、兵士が取得しうる動産は彼の物とならねばならないと考えられるのに、他の法は、兵士は戦争に際して動産を所持しうるがその動産を司令官に渡さねばならない、とするからである。私に関して言えば、兵士が敵から奪うことのできる物は、それらの物が以前には彼の敵の物であったならば、その兵士の物となる、と考える。なぜなら、その場合、敵は彼らの物に対する支配権 *la seignorie* を失っているからである。しかし、それらの物は、司令官に捕獲物が委ねられる必要はない、という意味で捕獲者たちに帰属するのでは決してない。司令官は、彼の兵士たちに、その軍団の武勇に応じて、それぞれに捕獲物を配分しなければならないのである。」

つまり、ボネは、大筋としてはバルトルスやバルドゥスと同じ見解に立つわけであるが、掠奪品がいかにして捕獲した兵士の取得物になるかについては、必ずしも法が一定ではないことを認めている。そして、このように兵士による掠奪品の取得、言い換えると所有権の移転という問題は、初期近代の法律家たちの下でも依然として重要な案件であり続けることになる。私もまた、この問題に即しつつ掠奪をめぐる初期近代の法理について考察を進めることにしよう。対象となるのはこの問題について興味ある議論を提供してくれる法律家たちである。具体的には、ベルルス、アヤラ、グロティウス、テクスターである。

1 ベルルス　ベルルスは、『軍事・戦争論』の第二部第十二章の冒頭で次のように掠奪と捕獲の正当性に言及している。

「戦争で取得された物は捕獲者のものとなる、という事はグラティアヌス教令集一の一の九および学説彙纂

一の五および法学提要二の一の一七及び学説彙纂四一の一の五にみられる諸々の法によって証明される。動産もしくは生あるものは言うまでもなく、不動産も同様である。これは学説彙纂四九の一五の二〇の一から証明されるところである。⁽⁸⁾

しかし、ベルルスは、掠奪の合法性に関する議論はこれで十分と判断したのか、とくに彼の見解を付け加えてはいない。彼の関心は、掠奪の法的意味そのものではなく、掠奪の法的効果、つまり掠奪に基づいて生ずる諸々の現象の法的位置づけである。より具体的に言えば、掠奪品はなぜ兵士の所有物になるかではなく、どのようにして所有物になるか、が問題の核心である。

この暗黙の前提の下に、ベルルスは掠奪に関しては、サリケト Bartholomaeus de Saliceto の二つの区分を前提に議論を進めている。サリケトの見解では、掠奪は「争い」の有無によって二つの場合が考えられる。一つは、(降伏した?) 敵国において「なんの争いもなしに」捕獲する場合であり、その時は掠奪品は「捕獲者の物となる。」もう一つの場合は、「争いを伴う」時である。この場合には、兵士の一部が戦い、他は待ち伏せたり、予備として後詰めになったりするので、戦闘で獲得された捕獲物はすべて司令官のもとに送られ、「この司令官が兵士の功績に応じて、戦わなかった者たちについても、捕獲物を配分する。」ちなみに、サリケトによれば、戦争に際しては、物は「共通の利益のために捕獲者の手から奪われねばならない。したがって、それらは軍の司令官のもとに委ねられねばならない。……なぜなら、危険が共通であれば、利益もまた共通でなければならぬからである。」

ベルルスは、このような考えを、われわれが少し前に引用したような「バルドゥスの見解と一致する」ものとする。そして、彼の見るところでは、バルドゥスの「この論理は、最も公正である。」「なぜなら、勤勉な兵士は戦闘に向かって突進し、敵を敗走させ、打ちのめそうとするが、その間に卑怯な兵士は掠奪に専念するからである。もし、すべての者が掠奪に専念し、利得を強く求めるならば、勝者に多大な損害がもたらされ、おそらく戦闘は復活

するであろう。まさしく、このような事のために、勝者が戦闘を失い、確固たる勝利が彼らの手から滑りおちたことも稀ではない。」ローマ人が掠奪品をすべて集めた上で配分するという手続きを取ったのもそのためである。ウエルギリウスもまたこう詩っている。

「すると女神ユーノーの、やしろの前の広場では、

ポイニクスとおそるべき、オデュッセウスが選ばれた、

番人として掠奪の、品の守りをしています。

ここへは燃えるほこらから、奪い出されたトロイアの、

宝ものの数々が、—— 神の机や純金の、

混酒の器や剃ぎとった、衣などの……数々が

あらゆる方から持ちよられ、……」

「したがって」と、ベルルスは言う。「司令官は」自由な掠奪による「不公正や危険を許してはならない。」⁽⁶⁹⁾

もっとも、彼は、旧約聖書がそれと異なった原理を示していることは認めている。旧約では、生き物はすべて司令官のもとにもたらされ、戦った者たちと留まった者たちに半分ずつ分けられたが、通常の物は捕獲者たちにそのまま与えられているからである。しかし、その場合でも幾らかは神に生贄として捧げられねばならなかった。これは異教徒の中にすら見られる慣習である。したがって、そのような旧約的方式が現に履行されているとしても、それはそれで否定できないであろう。だが、実態はそのいづれでもなかった。彼はそれを以下のように報告している。「しかし、現代の司令官たちが人間の法、そして神の法をさえいかにも蔑ろにしていることは、あまりにも歴然としている。私は見た。捕獲物を売って得た金から何百金もが役者に与えられたのに、戦闘で不具になった勇敢な兵士には僅かの額しか与えられず、神もしくはその僕にはほんの僅かすら捧げられなかったことを。」⁽⁷⁰⁾

ベルルスは要するに、掠奪の法的根拠には余り立ち入らず、捕獲物の配分の問題にページを割き、バルトルス、バルドゥスの理論の線でその問題を解決しようとした。しかし、彼は、司令官が完全に墮落しており、勇敢な兵士にそれに見合うだけの捕獲物（あるいは分配金）が与えられていないことを明らかに嘆いている。これは大変特徴的だと言えよう。彼の嘆きは、掠奪そのものに対するものではなく、あくまでも捕獲物の公正ならざる配分にあるからである。もし配分が司令官によって適切になされるならば、それは厳密に合法的行為であり、法律家としてはこれに異を唱える理由は何もない。教会法や市民法、そして慣習も又、掠奪と捕獲物の配分を認めているからである。法律家である彼にとって、捕獲そのものについて嘆くのは全く無意味なのである。

2 アヤラ 「嘆き」と言えば、アウグスティヌスの『神の国』にみえる、正戦論に関わる叙述が想起される。彼はそこで、戦争の原因となる不正について、例え原因とならない場合でも、そのことを「嘆かねばならない」という。なぜなら、その不正は人間の手になるものだからである。もし、それを「心の嘆きなしに耐える者がいるならば」、それは不幸の極みである。「そのような者は人間の感性を失っているからである。」しかし、彼にとつて、すべての戦争が「嘆き」の対象ではない。そのような「嘆き」を必要としない戦いもある。それが正戦に他ならない。彼は言う。「もし賢者が、人間であることを覚えていながら、いよいよ正戦の必要に迫られることを嘆きはしないであろう。なぜなら、もし戦争が正しくなければ、賢者は戦争を実行しなかつたであらうし、その場合には戦争など全く無かつたであらうからである。つまり、敵側の不正が賢者に正戦を遂行させるのである。人はいつでも、この不正を嘆かねばならない。」

アウグスティヌスが「嘆き」を求めたのは、正戦の原因となる不正についてである。これに対して、正戦の実行者は自己の側については嘆く必要は全くない。不正な戦争に対する戦いは「正しい」からである。

アウグスティヌスのその認識は多くの識者によって受け継がれた。その中に、彼のその見解を直接引用し、こと

さらに「嘆き」を抑えようとした法律家がいる。アヤラである。しかも、アヤラは、アウグスティヌスを引用したすぐ後に、さらに次のように続けた。

「なぜなら、リウィウスが述べるように、行っただけでなくまた耐えねばならない或る種の戦争の権利があるからである。例えば、穀物を燃やし、家を破壊し、人や馬を掠奪することである。これらのことは、なるほどすべてが必ずしも賤しいというわけではないが、耐える者たちにとっては悲惨である。したがって、キケロが言うように、偽りや卑劣に固執しない平和について配慮しなければならぬであらう。しかし、また同人が言うように、平和という名称はたしかに魅力的であるが、……デモステネスの言にあるように、卑劣な平和よりも名譽ある戦争を優先しなければならない。」

ここでアヤラは、戦争の一現象である掠奪が「悲惨である」ものの、「耐えねばならない或る種の戦争の権利」に属することを明記している。問題は「悲惨である」にもかかわらず、なぜ「耐えねばならない」かである。アヤラの場合、その理由ははっきりしている。アウグスティヌスの場合と同様に、戦争が正しいものだからである。つまり、戦争は正義の実現であるが故に、付随する悪、悲惨な現象もまた耐えられねばならない。彼は戦時下での掠奪を論ずるに当たってこれを前提とした議論を展開する。彼は、掠奪の問題を扱った、彼の著作『戦争の法と義務および軍事的紀律について』の第一巻第五章の最初にキケロの「正義」論を導入するのである。

「正義の第一の任務は、キケロが言うように、不正が加えられない限り、人が人に損害を与えないことである。先に見たように。不正が加えられるということは、正義の根拠でさえある。しかし、ラクタンティウスは、キケロのこの言葉を退けている。彼は言う、『一つの言葉がこの文章を墮落させてしまった。つまり、不正が加えられない限り、という言葉は付加されるべきではなかった。私は、害悪をもたらすのは不正義であるから、復讐は不正義である、と述べたソクラテスに従う』と。しかしながら、最高の君主が、精神の異常からで

はなく、正義を愛するがために敵の不正を正し、自己に帰属するものを守り、加えられた不正を戦争で罰するならば、それは概して罪がない、と言わねばならない。つまり、セネカが述べているように、誰も躊躇なく行うであろうようなことを許すのは不正ではないからである。⁽⁸³⁾

このように記したうえで、アヤラは、掠奪の合法性をさらに次のように説明する。

「われわれが正戦で捕獲した物の所有権がわれわれに移転するのは、このことによる。つまり、これは、キケロもまた明らかにしているように、所有権取得の正当な方法である。キケロは言う。『しかし、いかなる物もその本性によって私的所有物なのではない。物が私的所有物となるのは、……長期間の占有、または戦争で物⁽⁸⁴⁾が得られる場合のような勝利によって、法もしくは契約、協定、条件によってなのである。』つまり、捕獲は万民によって導入され、神法、教会法、市民法によって許可されている。その権利の公正さは、不正を被った者に償うためというよりは、不正な戦争を行う者たちの不敬を処罰することを目指しているかにみえる。」

したがって、「戦争で捕獲された物の所有権が勝者に移転する」ということはたしかに真実である。「アヤラの基本的見解はこの一言に集約される。しかし、言うまでもなく、彼は、それに満足して議論を終えることはなかった。彼は、これをさらに突き詰めて、より立ち入った法的考察を行うのである。

この法的な考察は、いくつかの論点に分けることができる。非常に大雑把に言ってしまうと、それは、「だれが、なにを、いつ、いかにして」という論点である。「だれが」とは、掠奪品が誰の手に帰着するか、兵士か君主か、あるいはその他の何者の物となるのか、という問題である。「なにを」というのは、掠奪の対象がどのような物であれば許されるのか、という論点である。これは、「だれが」の問題と直接的に関係する。「いつ」とは、どの時点で所⁽⁸⁵⁾有関係の変化が法的に確定するか、の問題である。最後に「いかにして」は、正戦であることを大前提としたうえで、どのような場合に正当な掠奪行為が行われた、と考えられるかを問題とする。これらの問題は互いに絡みあっ

ているし、錯綜しているもので、必ずしも別個に議論が展開されているわけではないが、とにかく私はこの四つの観点から彼の見解を整理してみることにした。

まず、「だれが」がと「なにを」の問題から始めよう。この二つを同時に扱うのは、それが言わば不可分の関係にあるからである。掠奪の対象は、物に関して言えば、神聖なる物を別とすれば、ほとんどすべての物に及ぶが、その際大切なのは「動産と不動産の区別」である。なぜなら、「不動産は公有化される」からである。ここにはすでに「だれが」の問題が入り込んでいる。すなわち、土地や都市・城・砦などについては、すべてがほぼ完全に公権力の支配下におかれるのであって、一般の兵士はその所有を主張することはできない、ということである。兵士が介入しえない物としては、他に軍船がある。スペイン国王の法令によれば、不動産のみならず、「海戦で拿捕された軍船は国王に取得される。」理由は、すでに述べたように、海戦においては、軍船を始めとしてほとんどあらゆる物を国王が負担するからである。

では、動産に関しては、どうか。それは、兵士の物となるのか、それとも国王の物となるのか。この重要な問題に関して、アヤラの主張は明晰とはいえない。彼は、いくつかの方法を示して、そのそれぞれの法的妥当性を認めているかに思われる。まず、彼は「その他の動産の捕獲物に関して」記す。「すくなくともそれを兵士たちが取得するのは普通ではない。いかなる司令官もそれに対する権利を持たない。財務官がそれを売り、金銭を国庫に入れる」と。この主張はいかにも唐突だが、彼が思い浮かべているのは古代ローマの法世界である。アヤラは盛期共和政ローマでの在り方をそう理解して、動産についても原則的には公有化が正しい、と考えた。それゆえ、彼は、捕獲物の所有権は、あえて兵士ではなく、「勝者に移転する」と言う。彼は、これをそのまま彼の法理解の中心に据えたのである。しかし、彼は、それだけをローマの法原則とは規定していない。彼は、他に、共和政後期ローマの法を挙げている。彼によれば、その時期のローマでは、「すべての捕獲物は司令官の物で」あり、ある時はそれが財務

官を通じて国庫に入れられ、ある時は司令官がそれを売って兵士に分け与え、また時として捕獲物をそのままその捕獲者である兵士に委ねた、という。彼は、この方法を否定していない。おそらく、これもまた合法である、と解したのであろう。実際、前に引用したように、彼は、兵士に掠奪が許される場合でも、君主が独自の取り分を持つと記しているから、兵士に物がそのまま与えられることを認めていると言つて良いであらう。この点については、間接的ではあるが、彼がつぎのような認識を示していることは重要である。

「さて、捕虜の取得については、「捕虜以外の」動産の捕獲物に関する規則がそのまま当てはまる。つまり、それは司令官の意思次第である、と言わねばならない。ハリカルナソスのディオニュシオスは、かつてそのようなことが行われていた、と証言している。しかしながら、今日では、大多数の捕虜は、他の動産と同様に、司令官、伯爵、男爵、その他貴顕の士のように身の代金が総額一万クラウンを越えない限り、捕獲者に引き渡される。一万クラウンを越えるような場合には、スペイン、フランス、イングランドの昔からの慣習によつて、それは君主に帰属する⁽⁷⁶⁾」

この説明は、前半についてはベルルス、後半についてはピサのクリスティヌのそれとほぼ同じである。彼は、そのような「今日」での慣習を全く否定していない。彼は、その「慣習」に法的効力を認めるのである。彼にとつて、捕獲物はいろいろな形で処理され得るものであつた。したがつて、捕獲物が必ずしも常に公的集積所に集められたらうで配分されず、価値の高くない物については捕獲者たる兵士にそのまま委ねられるという慣行があつても、それはやはり尊重に値するものだった。これは、(共和政後期)ローマ法の原則に照らしてみても、必ずしも違法ではない。彼は、動産が原則としては公的な物である、との認識を一応持つてはいるものの、それには固執せず、現実の慣習を、おそらくは国王の寛大さの一表現として、容認したのである。

とはいえ、そのような緩やかな規制の場合でも、掠奪は全く兵士の自由に任せられたわけではない。ここに、「い

かにして」の観点があらわれる。アヤラは、公権力による掠奪の規制を重視し、正当な掠奪をそのようなものに限定する。彼は言う。

「敵に完全に勝利し、彼らの陣営を占拠し、要塞もしくは城を全面的に自己の権力下に置かない限り、掠奪に走ることを許してはならない、ということを軍事的紀律は最も厳格に配慮してきた。このことは忘れられてはならない。また、とくに戦闘の前に命令権者が兵士にすべての捕獲物を委ねることを告知していても、命令権者の合図がない限り、掠奪に走ってはならないことも、同様である。よくあるように、兵士が掠奪に貪欲なあまり、敵をこちらの手中から逃し、戦いが終わらないことが無い⁽²⁶⁾ためでもある。」

したがって、スペインの王令は、敵が敗走する前に掠奪を開始した者は、その獲物を失うと同時に、二倍の罰金を支払うように定めている。また、同法令によれば、「捕獲物の配分に際して欺瞞を用いた者は二倍の罰金を支払い、その捕獲物を放棄しなければならない。」「戦闘中に逃走するか、或は卑怯であったりする者は、捕獲物の配分に与かることはできない。」先に見た十七世紀の帝国軍法に比べると、明らかに処罰は軽いが、命令や許可によらない掠奪行為が罰則つきで禁止されているのは確かである。彼がフェリペ二世の軍事法廷長官であることを思えば、当時の現実的処理の在り方は自から明らかであろう。現実的と言えば、アヤラはまた、戦闘の邪魔にならないように、「兵士にすべての捕獲物を売り払うように命ずることは軍事的紀律に大いに適うであろう」と記している。

最後に、「いつ」物の権利が法的に変動するか、の問題がある。彼は、これを戦前復帰 *postliminium* との絡みで論じている。つまり、彼は、戦争に際して掠奪された物は前所得者に復帰するか、否か、という、おそらく当時としてより現実的な問題に目を向けつつ、掠奪品がいつなんびとかの所有物に転化するかを論じたのである。アヤラの考えでは、物の戦前復帰が認められるか否かは、物の所有権が敵の物に「いつ」なるか、にかかっている。したがって、彼は戦前復帰について論じつつ、掠奪品が「いつ」敵の所有物となるかを明らかにする。

物の戦前復帰に関しては、理論的には、種々の立場があった。不動産と動産を区別して不動産は復帰するが動産は復帰しないというもの、不動産と動産を区別しつつ動産相互をも区分して復帰する物としない物があるとするもの、不動産・動産の区別なくすべてが復帰すると主張するもの、などである。アヤラ自身は、そのいずれとも異なつて、不動産・動産の別に関わりなく、敵から奪い返された物で復帰が成り立つのは、そもそも戦前復帰が適用される物に限定される、という立場を取る。したがつて、不動産やその果実、船舶などには、その原則が適用されるが、それ以外の普通の物に関しては、戦前復帰はあり得ない。彼は、学説彙纂中のウルピアヌス法文に見えるポンポニウスの事例をあげて、自身の見解を説明する。ポンポニウスの事例とは、ある村で狼が豚を奪い取り、逃走したというものである。この時、隣に住む農夫が勇敢な犬を放つて追跡し、狼から豚を奪い返したとき、この豚は誰の物となるか。ポンポニウスによれば、これは農夫のものではなく、前主に復帰する。豚は、取り返される限り、われわれの物であり続けるからである。しかし、隣人が、われわれの力が及ばなくなった野生動物を捕えた場合には、それはその捕獲者の物である、と。これについてアヤラは言う。

「この見解は私の意見を変えるものではない。この法学者の説明では、豚やその他の馴らされた動物は、狼によつてわれわれから奪われたとしても、それが再び返ってくる可能性がある限り、われわれのものである。難破によつてわれわれが失う物も同じである。それを盗として訴え得るのもこのためである、とポンポニウスは言う。しかし、敵がわれわれから運び去つた物にあつては、事情が異なる。そのような物の所有権は、周知のように、直ちに敵に移転する。したがつて、むしろ比較を語るとするならば、われわれが野生動物の管理に失敗した時その所有権を失い、それがその後で捕獲した占有者のものとなる、という事例であらう。われわれは敵によつて捕獲されたものの所有権を直ちに失う。戦前復帰によつて戻ってくる類のものは別として、捕獲物は、それを再び奪い返した者に帰属し、以前の所有者には返還され得ないのである。」⁽¹⁸⁾

ここでのアヤラの主張は極めて明快である。すなわち、掠奪品は直ちに敵の物となるから、これを味方が奪い返しても、前主の下には復帰せず、その敵の物となる。これは、頻繁に掠奪が行われた当時の現実からすると、いたずらに事態を複雑化させず、問題を容易にするために、おそらくかなり有効な法的解決であったと思われる。そして、アヤラは、こう主張しつつ、さらに注目し値する注意事項を一つ付け加えている。それは、「捕獲物は、陣営内 (intra praesidium) に最初に運びこまれたときに、ようやく敵の物となるということである。したがって、敵の陣営内に運び込まれる前に回復されるならば、それは完全に以前の所有者に返還されなければならない。なぜなら、それは決して敵の物とはならなかったし、前の所有者から失われてはいなかったからである。」ここに、彼は、少なくとも動産に関する限りで、「いつ」の問題に対する彼の答えを示している。掠奪品は、敵の陣営あるいは要塞にもち運ばれて初めて前主の支配権を離れ、国王もしくは一般的なにはその兵士もしくはその他の何者かの捕獲物、つまり敵の所有物となる。その後には味方に属する何者かがそれを奪っても、前所有者はその物の復帰を主張できない。なぜなら、敵の支配権の中に物が入った時に、その掠奪品は捕獲物として敵の所有物となり、もはや前主とは何の関係も持たないからである。つまり、敵の「陣営内」に運び込まれてひとたび敵の物となった物は、戦前復帰の対象物は別として、すべて敵の財産となる。したがって、これを奪ったときには、その所有者になるのは、前主ではなくその捕獲者である。「すなわち、戦争で捕獲された物がわれわれの物となるには、それが敵の物であるということと十分である。」

アヤラは、何度か指摘したように、スペイン領南ネデルラントの裁判官である。彼は紛れもなく、実務の上でも理論の上でも、第一級の法律家とみなされていた。その第一級の実務法曹が掠奪の合法性を強調し、それを前提とした理論構成をしていることに、私は再び注意を喚起しておきたい。しかも、彼は、ベルルスよりも掠奪の法的根拠について論じてはいるが、主要な関心事は、「だれが、なにを、いつ、いかにして」という具体的なものであっ

た。むろん、掠奪を不正視せず、それを前提とした議論を展開した、ということをもって、彼のことを非難するわけにはいかない。いかなる掠奪や捕獲が合法かという問題こそ、当時の政治家や軍人にとって、そして法律家にとって決定的に重要だったからである。掠奪の方法に疑問は持たれても、正当な掠奪がある、ということへの確信は多くの人々の共有するところだった。法律家に求められるのはただ、その正当性がどのようにして担保されるかを明らかにすることだけだった。それが、「だれが、なにを、いつ、いかにして」の問題である。アヤラは当時の最も優れた法律家の一人として、この課題に果敢に取組んだのである。およそ優れた法律家というのは、そのようなものであろう。ただ、グロティウスは少し違った。

3 グロティウス 前章で指摘したように、『戦争と平和の法』におけるグロティウスには独自の戦略があった。彼は、現実を重視すると同時に、ある種の理想を持っていた。彼は、経験的な法を尊重すると同時に、先験的な自然法や福音的な愛の掟についても言及する。その二重もしくは三重性が彼の著作を複雑にし、また魅力あるものとしている。むろん、掠奪の問題も、その多重性と重層的論理のなかではじめて理解されるであろう。しかし、その点については後で触れることとして、ここではとりあえず分析の前提として一つのことだけをとくに確認しておきたい。それは、彼が正戦 *bellum iustum* と正式戦争 *bellum solenne* とを区別したことである。この区別によると、正戦はまさしく原因や意図および目的において正しいことを必要とするが、正式戦争は法的形式の正しさだけを要件とする。簡単に言えば、正式戦争は最高権力を有する者によって宣言される公的戦争でありさえすれば良く、正戦のように原因や意図の正しさは一切問われない。グロティウスによれば、この正式戦争を規律する法が諸国民の法である。グロティウスが『戦争と平和の法』のもとで戦時下における掠奪と掠奪品の取得を問題とするのも主としてこの正式戦争とそれを規律する諸国民の法の分野でのことである。正戦は自然法と深く関わるが、正式戦争は諸国民の法と不可分である。掠奪は実はその二つの戦争と法世界にそれぞれすみかを持つが、グロティウス

はそれをまず何よりも諸国民の法の問題として扱い、しかる後に自然法分野に関係づける。そこに私は、彼の戰略を見出す、その意味は以下の論述のうちに明らかになるであらう。

『戦争と平和の法』第三巻第五章で、グロティウスは正式戦争の下での「破壊と掠奪」についてつぎのように述べている。

「キケロの言によれば、われわれが正当に殺害し得る者から掠奪することは自然に反しない。したがって、諸国民の法が、殺害を許され得る敵の財産の破壊と掠奪を許すことは不思議ではない。ポリュビオスが彼の『歴史』第五巻の中で、敵の要塞、港、都市、住民、船、穀物その他その種のものの掠奪または破壊は戦争の権利に属する行為である、と言っているのも、このことと合致する。リウィウスは言う。『穀物の焼却、建物の破壊、人と家畜を戦利品として掠奪することは正しい、またこれを耐え忍ぶことも正しい、という確固とした戦争の法がある』と」⁽⁸⁰⁾

彼は、その破壊と掠奪の対象に聖なる場所や物をも含めている。彼の認識では、戦争のもとでは、破壊や掠奪はすべて不可罰である。諸国民の法の下では、教会や寺院、その持ち物すら破壊され掠奪され得るのである。しかも、掠奪は単に不可罰であるだけでなく、所有の移転をも伴う。多くの法字識者が一致して主張したように、物の所有権は勝者に移転するのであり、グロティウスもまたこれを承認する。『戦争と平和の法』第三巻第六章で、彼は言う。「さらに、諸国民の法によれば、正当な原因に基づいて戦争を行う者だけでなく、正式戦争において戦う者もまたすべて、無限にしかも何の抑制もなく、彼が敵から奪った物の所有者となる。これの意味するところは明らかである。すべての国民は、彼自身および彼からその権限を得た者たちが所有物としてそれらの物を占有することを保証しなければならない。なぜなら、それは、外的効果に関する限りで、所有権と呼ばれ得るからである。クセノフォンの著作のなかで、キュルスは言う。『敵の都市が占領されたとき、都市の物や金銭は勝者の所有するところと

なる、という法は人類のあいだでは永久不変である。』プラトンは言った。『勝者が得た財産はすべて勝者の物となる』と。」

この一般的原则を設定したうえで、グロテュウスは二つの法学的見解を明らかにする。これは、他の彼以前の法学者によっても論じられてきたが、論点が鮮明であるという点で際立っている。一つは、「いつ」所有権が確定するか、という問題である。彼によれば、この問題においては、諸国民は、掠奪された物が奪い返される望みが消失した時点をもって、新しい所有権が発生した、と考える。諸国民の法の下では、これは、まず第一に動産の場合、物が国境内すなわち敵の要塞内に持ち込まれた時に捕獲された、と言われるに至っている。「すなわち、物は戦前復帰によって返還されると同じようにして喪失するからである。」この原則は、人についても物についても、等しく適用される。「したがって、……捕獲された物は直ちに捕獲者の物となると言われるのは、物の占有が明らかにそれまで継続している、という条件付で理解されねばならない……。」それゆえ、船やその他海上で拿捕された物は、港や全海軍が本拠地としている所に持ち込まれた時に、捕獲されたと考えられる。「なぜなら、その時、回復が絶望的になるからである。しかし、私の見るところでは、ごく最近の諸国民の法によってヨーロッパ諸国民のあいだに導入された考えがある。それは、拿捕された物は二四時間のあいだ敵の権力内であれば捕獲されたと考えられる、というものである。」グロテュウスの有名な二四時間説である。他方、第二に土地については、この原則は適用されない。土地に関しては一時的占有では不十分であり、「確固とした占有」が必要とされる。「したがって、ある土地が、永久的な要塞によって囲まれ、これを征服しない限り、相手方が公然とは近づき得ないようになって、初めて捕獲されたと考えられるであらう。」

次いでグロテュウスは、捕獲された物が「だれ」の物となるか、すなわち「公的で正式な戦争において敵の物はだれによって取得されるか」という「より重大な問題」について、独自の見解を示す。グロテュウスの見るところ

では、「比較的最近の法解釈学者たち」の意見は種々雑多である。しかし、「そのなかの多くは、ローマ法においては捕獲物は捕獲者の物となるが、教会法においては捕獲物は公的な意思によって配分される、と理解して、例によって他者に従いつつ、こう述べる。捕獲物は、まず最初に法そのものにしたがって、みずからの手で捕獲した個人のものとなるが、それらを兵士の間に配分する司令官に委ねられねばならない、と。」グロティウスの言う「多くのなかには、彼自身が名を挙げている者としてはクヤキウスやバルトルスさらにアレクサンデルやヤソンなどがあるが、その他にもバルドウスあるいはまたサリケトやベルルスが含まれているであろうことも想像に難くない。しかし、彼によれば、妥協的な「この見解」は広く「受け入れられているが、誤り以外のなものでもない。」問題はただ、「捕獲物が戦争を遂行する人民 *populus* の所有物となるのか、それともみずからの手で捕獲した個人 *civis* の所有物となるのか」、という一点にある。

グロティウスは、この問題を考察するにあたって、「戦争の真に公的な行為」と「公戦を原因として生じる私的な行為」とを区別する。なぜなら、「私的な行為によって物はまず第一次的にかつ直接的に私人によって取得されるが、公的な行為によればそれは人民によって取得される」からである。

物もまた、二つに分けて考察される。一つは不動産であり、もう一つは動産である。不動産に関して言えば、それが「第一にかつ直接的に私人によって取得される」ことはいかなる場合においてもあり得ない。「不動産は通例、公的行為によって軍が導入され、要塞で囲まれるのでなければ、捕獲され得ない。」

他方、「動産や自ら動くもの」は、「公務の最中に、あるいは公務外に捕獲される。」後者のように公務外の、「公戦を原因として生じる私的な行為」の場合、掠奪品は「個人の捕獲物となる。」したがって、「兵士が戦備を整えた状態になかったり、戦闘するように命じられていない時、つまり普通の権利にしたがって或は単なる許容によって行為する時に、何かを捕獲するならば、それは即彼ら自身のために取得することを意味する。」なぜなら、「公務に

ついている者」が捕獲したのではないからである。「個人相互の争いのなかで敵から奪った掠奪品もそのような物である。」また、「自由な、命令によらざる攻撃」において兵士が捕獲した物も同じである。「イタリア人は現在この種の掠奪品を奪取物 *conraria* と呼んで、これを捕獲物 *butinum* と區別する。」⁸⁹「グロティウスがここで述べているのは、要するに陣営にある兵士が自発的に掠奪のために出掛け、何か物を得てくることを指している。そのような行為には許可が必要で、掠奪行のための許可申請状があること、しかし多くの場合それは乱発され、それどころか無許可の掠奪行さえ頻発していたことについては、すでに指摘した。グロティウスの時代においてすら、偵察と称して、或はまさにその偵察そのもので、実際には掠奪に従事することも稀ではなかったのである。敵との「個人相互の争い」は、そのようにして発生した。十六世紀後半から十七世紀の軍法が許可なく陣営から出ることを禁止したのは、そのような「自由な、命令によらざる攻撃」に味方の兵士が走るのを退けるためだった。それは、軍の紀律化に明らかに反したからである。しかし、極めて興味深いことに、グロティウスはそのような行為を、諸国民の法のうちでは合法である、とする。「公戦を原因として生じる私的な行為」の場合、掠奪品は「個人の捕獲物となるからである」と。

しかし、「戦争の真に公的な行為」の下での動産の掠奪は、個人の捕獲物とはならない。「この場合、個人は国家の役割を演じ、その任務を遂行するにすぎない。したがって人民は、国家法が異なる規定を定めないう限り、彼らを通じて、占有権や所有権を取得し、またそれを自らが望む者に移転する。」グロティウスは、この見解が「一般の意見と全く対立する」ものであることを認める。しかし、彼は、その自己の見解の正しさを「より気高い人民の示す例」から明らかにする。ギリシアやトロイア、アレクサンドロス大王やカルタゴの実例、そして「ソワソンの薊」の逸話が挙げられる。彼はまたローマの慣習に言及する。「ローマの慣習の最も入念な観察者であるハリカルナソスのディオニシオスは、つぎのようにこの問題について伝えている。『その法律は、戦闘で敵から捕獲されたもの

はすべて公物であつて、私人がその所有者とならなただけでなく、軍隊の命令権者ですら個人的にはその所有者とならない、と命じている。財務官がそれを受取り、売つて、国庫に収める』と。⁽⁸⁵⁾この指摘は、アヤラのそれと同一である。ただ、アヤラの場合には、これが他の慣習や法令など並んで一般的に語られているため、それらの位置関係が非常に曖昧であるのに対し、グロテュウスは、捕獲物が公的財産であるとの見解を明らかにしたうえで、その一つの重要な歴史的証明としてこれを挙げている点で、より明快である。グロテュウスにあっては、正式戦争の下での公的な戦いに際して獲得されたものは、すべて公的捕獲物であり、人民に帰属する。

しかし、これを原則としつつも、実際には他の方法も取られた。すなわち、「自由な共和政のもとでは、命令権者が、人民に対して釈明しなければならなかつたとはいへ、自由裁量で捕獲物を配分することが許されていたのである……。」この場合には、いくつかの方法があつた。

- ① 最も良心的な命令権者は、捕獲物には一切手をつけず、金銭であれば財務官に直接引き渡し、他のものであれば財務官に競売に付すよう命じた。その収益は国庫に入れられた。
- ② 他の者は、財務官を通さずに自ら捕獲物を売り、その収益を国庫に収めた。
- ③ ある者は、捕獲物を兵士に与えた。捕獲物は配分されるか、奪取された。配分は給与の額か功績に応じてなされた。時には、物ではなく、金銭が捕獲物にかえて渡された。その割合は、歩兵に一、百人隊長に二、騎士に三などであつた。命令権者は最初に彼が公平と思う分を好きなだけ取ることが許された。時には、武勇を讃えて他の者にもそれが許された。エウリピデス『トロイアの女』で、高貴なトロイアの女たちがギリシアの頭目たちに与えられたのも、そのためである。

④ しかし、兵士に配分をなすにしても、自身が捕獲物から何も取らない者は、「より賞賛される。」
だが、グロテュウスはこれらを決して捕獲物＝公物という原則と同等のものとは考えていない。なぜなら、司令

官に分配の決定が許されたとはいへ、それはあくまで「人民に対して釈明しなければならぬ」ものだったからである。これについては、ルキウス・スキピオ「Scipio」の例が挙げられる。「ウアレリウス・マクシムスが言うように、彼は、国庫に収めたよりも四百八十銀余分に受け取ったとして裁判で公金私消の罪で有罪とされたのである。」命令権者だけではない。兵士たちもまた、「捕獲物を公的な場に収めなければ、捕獲物に関する公金私消のことで逮捕された。なぜなら、ポリビュオスが言うように、すべての兵士が宣誓 *sacramentum* によって、『いかなる捕獲物も横領せず、神聖な宣誓に基づいて信義を守る』ように強いられたからである。」モディステイヌスの法文「敵からの捕獲物を窃取する者は公金私消のことで逮捕される。」もまた、この意味で理解される。「これはそれだけで、法解釈学者たちが敵から捕獲されたものが個人によって取得されると信じないようにするに、十分なはずであった。なぜなら、公物、聖物、捧げ物以外には公金私消などあり得ないのは周知のことだからである。」したがって、「戦争で捕獲された物は、国家法から離れたとき第一次的には戦争を行った人民または国王の物となる、ということ⁽⁸⁶⁾は明らかである。」

グロティウスの基本的見解は明確である。「国家法から離れた」諸国民の法のもとにあっては、戦時の掠奪品は、ある種の私的行為による物を例外として、すべて公的な物としての捕獲物であり、人民または国王の所有物となる、これである。この認識は、戦争の国家化を認め、それを法理論の面で推進したものとみなすことができる。したがって、この点は近代の法学者によって高く評価されてきた。しかし、私が思うには、評価するべきはそれにとどまらない。グロティウスの視界は、諸国民の法に限定されず、国家法にも、自然法にも、また愛の法にも開かれている。彼は、その異なった法世界のもとで掠奪品に関する異なった法的行為のあることを伝え、それらの諸関係を鮮やかに取り捌くのである。

まず、国家法に関して言えば、諸国民の法の原則を抑えて、各々の国民がそれぞれ独自の「慣習」を独自の法に

よって導入することは自由である。つまり、この国家法によって、人民は第二次的に捕獲物を他に譲渡することができる。しかも、その譲渡は、人民による取得以後のみならず、それ以前にも許される。また、法律によるこの移転は、たんに贈与であるだけでなく、或いは契約であり、あるいは債権の執行であり、或いは戦争で被った損害の賠償であり、或いは戦争で提供した費用や役務に対する保証である。「すなわち、これらの原因にしたがって、捕獲物のすべてまたは一部が譲渡されるのは通例である。われわれは今日これを見ている。」⁽⁸⁷⁾

グロティウスは具体的には、捕獲物が同盟者や従属者つまり一般の兵士に与えられることを考えている。彼は言う。「事実、給与をもらわずに自身の危険負担の下に戦争を行う同盟者もしくは従属者がその捕獲した物を自己の物とすることは、黙示の慣習によって殆どすべての地で採用されている。これは、現代の法律家たちが認めるところである。」捕獲物のほとんどすべてを公物とする思想は、ここでは明らかに退いている。むしろ、ここに見られるのは、中世以来の請負的兵制の強靱な生命力である。国王を総元締として戦闘能力ある者たちが掠奪を行い、その分け前を分かちあう、という方法と精神がなお大きな力を持っていた。現実的な法律家としてのグロティウスは、その法的実効性を認めざるを得ない。同盟者もしくは従属者が戦争で提供した費用や役務への補償と彼が呼ぶのは、そのような本質的には中世的な捕獲物の分かちあいに他ならない。したがって、彼はつぎの事を歴とした法的慣習として紹介する。「ある所では」と彼は言う。「捕獲物の一部が兵士たちに与えられた。例えば、スペインでは、或は五分の一、或は三分の一、或は二分の一が国王の物として残され、七分の一或は時として十分の一が軍隊の司令官に残され、その他は捕獲者の物となった。海戦は別で、この時は全部が国王の物となる。」彼はさらに続ける。「また時には、仕事の危険性や要した費用を考慮して配分が定められることがある。例えば、イタリアでは、捕獲された船の三分の一が勝利した船の所有者に認められ、その船の荷主たちに三分の一、また戦った者たちに三分の一が委ねられた。」また、スペインでは、私掠船の場合、捕獲物の一部は国王と提督に与えられ、フランスでは、

その十分の一が提督にもたらされ、ホラントでも同様だが、五分の一が共和国に差し引かれる。しかし、陸地では、攻撃中に捕獲されたものは部隊にいる者たちの共有するところであるから、彼らのあいだで地位に応じて配分がなされねばならないが、都市の奪取や戦闘の中で兵士が捕獲した物はその捕獲者の物となる。このことは、今では至るところで実際に行われている。⁽⁸⁸⁾

グロティウスは、諸国民の法および国家法の下で、敵の財産が合法的に取得されることを以上のように論じた。とりわけ彼は、掠奪品の取得が「だれ」によってなされるか、という問題を法理論のうえではっきりと整理した。彼以前の法理論は、兵士個人の取得というガイウスに代表されるローマ法の規定と教会法に見られる権力による取得・配分との相剋を司令官による兵士のための配分という曖昧な契機を導入することによって何とか凌いでいたが、彼はその公的性格を徹底して論証し、紀律化という時代の趨勢に見合う法理論を展開し、後世に大きな影響を与えた。しかも、彼は、国家法との関係でもこれを諸国民の法とは区別して論じ、問題の整理に大きく寄与した。しかし、言わばその代償として、つまり歴史的伝統に裏打ちされた国家法にも目を配らせたことによって、彼は再び中世的な配分の思想を許容せざるを得なくなった。彼は国家法を優先する立場から、紛争が生じた場合には、まず国家法にしたがって判断すべきことを主張するからである。「パンデクテンの現代的慣用」の先駆者である彼にとって、これは不可避的な選択であり、また矛盾であった。しかし、グロティウスはその矛盾をあえて受け入れた。それは次の段階に到達するための一つの通過点にすぎないからである。彼は、もう一つ先の段階に視点を据えていたのである。それゆえ、彼は、具体的現実に見合った掠奪の法理を展開することに終始しない。彼は、中世的現実とその世界認識を越えんとする志向を示す。その志向とは、掠奪の可及的な制限である。彼は、掠奪の規則化を諸国民の法の観点のもとで推進しつつ、しかもそれをより強く規制することを狙っていた。そのために彼が用いるのは、自然法と愛の規則もしくは人間愛である。

グロティウスは、『戦争と平和の法』の第二巻第八章で「通例、諸国民の法によって発生するとされる(所有権の)「取得」について論じ、「多くの権利は諸国民の法によって発生すると言われるが、これは真実ではない」と言う。例えば、池の中の魚や庭の中の野獣に対する所有権の発生がそれである。「ローマの法学者は財産の取得について論じたときに、取得の多くの在り方をあげて、それらが諸国民の法によって発生した、と主張している。」しかし、グロティウスの考えでは、これは正しくない。「もし、これを正しく検討するならば、戦争の権利を除けば、それらすべてのものは、われわれが論じている諸国民の法とは何ら関係のないことが明らかになるであろう。」⁹⁰それらはすべて自然法か国家法に帰せられるのである。ただ、戦時取得つまり捕獲物の取得だけが、諸国民の法によつて法的に正当とされる。言い換えると、グロティウスの見解では、所有権取得の様々な態様の中で、捕獲権に基づく敵産の取得だけが諸国民の法に特有のものなのである。しかし、これに対しては幾つかの疑問が直ちに生まれ
る。まず、捕獲物の取得は自然法に基づいてもまた許容されるのではないか。もし、そうだとすると、諸国民の法に固有の意味で語られる捕獲物の取得とは何か。これに対して、自然法に基づく捕獲物の取得とは何か、と。
この問いについては、簡単に答えておくことにしよう。グロティウスは、戦争で捕獲したものの取得権と自然法との関係をつぎのように記している。

「自然法に基づき、正戦によってわれわれは、本来われわれに帰属しているが正戦による以外には得ることのできない分に相当するもの、或はまた加害者に対して刑罰の公平な範囲内で損害をもたらす程のものを取得する。」⁹¹

すなわち、自然法に基づく正戦では、正当な原因に基づく限定的な取得、つまり実力によってしか執行しえない場合の債務の弁済或は不法行為に対する応分の加罰としての物の取得が許されるにすぎない。これに対して、先に見たように、「諸国民の法によれば、正当な原因に基づいて戦争を行う者だけでなく、正式戦争において戦う者もま

たすべて、無限にしかも何の抑制もなく、彼が敵から奪った物の所有者となる。」諸国民の法のもとの掠奪品の取得は、まさに掠奪品の取得であり、公的な戦争の下でありさえすれば、原因の正否を問わず、「無限にしかも何の抑制もなく」行われる。これが、グロテュウスの理解する戦争の現実であった。このようにしてなされた掠奪品の取得に法的効果が与えられるのは、それが確固とした慣習だからである。そして、「戦争に巻き込まれていない人民」が、この「戦争で捕獲されたものに関する争い」に巻き込まれそうになった時、この法的効果が意味を持つからである。ここでは武力ではなく、(捕獲者の側の国家法について) 諸国民の法の原則が適用される。その原則の下で、所有権が確定した物に対しては、もはや正当な武力行使はあり得ない。武力によって奪われたものが再び武力によって奪い返されるとすれば、暴力は無限に続き、第三者にまで戦火は拡大する。諸国民の法は、正式戦争のもので獲得された捕獲物占有の合法性を認め、それを諸国民相互の間で所有とみなすという規則を定めることによつて、その暴力の連鎖を断ち切る効果をもつ。掠奪と捕獲が一体化していた時代にあつては、平和はそのような形ではしか保ち得ないであろう。グロテュウスは、法律家としての優れた現実感覚によつて、捕獲による物の取得を諸国民の法に特有の権利取得と考へたのである。

しかし、グロテュウスにおいて、これは、現実的ではあつても決して望ましい状態ではない。掠奪が「無限にしかも何の抑制もなく」行われるのは、許されるとしても、「名譽」あることではない。正義の観点からすると、正式戦争における捕獲は、とりわけ無幸の人々からさえ物を奪うという点において、不正である。ここにおいてグロテュウスは彼特有の戦略にしたがつて、現実的に規範的に働きかける理性的あるいは理想的な法の支配に論及する。彼にあつては、これは二重に遂行される。一つは自然法であり、一つは愛の規則である。

戦争は正しいものでなければならぬ。例え正式であつても、不正な戦争のもとで、殺人・財産の破壊・掠奪をすることは、「真の悔悛が絶対的に必要とされる。」したがつて、正戦だけが本来ありうべき戦争である。そして、

正戦を規定する法は自然法であり、その命令は、ただ債務の範囲内で権利を執行すべきである、というものである。この点において、グロティウスは、掠奪を限定的なものに留めようとする。正式戦争のもとで「無限にしかも何の抑制もなく」行われる掠奪に対して、グロティウスは正戦を前置することによって抑制された捕獲行為を求めるのである。従来の戦争論が正戦を前提とする構成をとりながら、なお現実の慣習を前にして、掠奪の正当性を曖昧な形で容認したのに比して、グロティウスは諸国民の法と自然法を理論的に明確に分けることによって、無限の掠奪という普遍的慣習の法的性格を諸国民の法に特有のものとして認めつつ、より高次の自然法によってその実現を規制するように訴えたのである。したがって、彼は言う。

「しかしながら、正戦における敵産の捕獲は罪がない、或いは返還の義務がない、などと考えることはできない。なぜなら、正しさというものを考慮するならば、敵が負わねばならない負債以上のものを捕獲もしくは所持することは許されないからである。」⁹²

すなわち、正戦においては、何よりも限定的にその権利の範囲内で実力を行使しなければならない。この場合に獲得される所有権こそ、真の意味での権利となる。グロティウスが、正式戦争のもとで取得された捕獲物の所有権を真正なそれではなく、あくまでも「外的効果に関する限りでの所有権」と呼ぶのも、彼の狙いがどこにあるかを伝えているであろう。

しかも、グロティウスは、その限定化を自然法の次元に留めなかった。彼はもう一步踏み込み、「法の規則よりも、愛 caritas の規則がより大きく広がっている」ことを強調する。具体的に言えば、貧乏な債務者、とりわけ保証人からその僅かな全財産を奪うことは、なるほど自然法に基づく「厳密に語られる意味での権利」にしたがうものではあるが、冷酷の罪を負うことになる。「それゆえ、人間愛は、戦争の罪なき者たちに対して、保証人として債務に責任を負うだけの者に対して、われわれが彼らより容易に無しに済ませうるだけの物が彼らに残されるように

要求する。」バビロンを攻略した後に、キュルスは彼の兵士たちにこう語ったという。「汝らが奪ったものを保持することがない、というのは正しいことではない。しかし、もし汝らが奪い去らなければ、それは汝らの人間愛の賜物であろう」と。したがって、本来の債務者から容易に債務を回収し得るのに、無辜の従属者から財産を奪うのは、「厳密な意味での法と矛盾はしないが、人間愛の規則からは離れる」ことになる。⁽⁹⁹⁾グロティウスはここで彼なりの理想を語っている。それは、自然法という道徳性を含んだ規範よりも、さらに道徳的な要請である。そこに、彼の人間愛の精神、ヒューマニズムを見ても、それはわれわれの思い込みでは決してない。

すでに大沼教授等によっても指摘されているように、グロティウスの陣立ては、国家法、諸国民の法、自然法、愛の規則と重層的である。彼は、そのそれぞれの法域で掠奪の規制を目指した。この手法はかなり込み入っていて、理解しがたいところもあるが、彼の現実主義と理想主義が巧みに協力しあい、明晰で理路整然とした議論の展開は鮮やかである。その用意周到な戦略は見事であり、ともすれば現実と理想をないまぜにしたり、一方にのみ加担する議論を展開した多くの「法解釈学者たち」に比べて、その方法論とそれを支えた彼の学識は流石の感を抱かせる。しかし、グロティウスといえども、十七世紀前半に生きた人物である以上、その認識が時代の共通感覚を大きく越えることはついになかった、ということはやはり指摘しておかねばならない。彼は、諸国民の法によって、無制限の掠奪を許容し、その合法性を確認した。彼は、自然法によって、限定的に掠奪・捕獲を認めた。しかも、これは自然法による権利であるが故に、神ですらこれを否定できないほど真正である。たしかに、彼は、あえて自然法すら踏み出て、愛の規則、人間愛に訴えることによって、この絶対的権利の適用の緩和を求めた。だが、それはあくまでも「緩和」であって、否定ではない。その最も先端的な愛の規則の下においてすら、なお掠奪が否定されていないのである。なるほど、彼は、従属者から実力で債権の執行をなすことをできるだけ避けるように勧めてはいる。しかし、その行為それ自身は「補充的」なものとして認められており、その執行が「人間愛の規則から離

れる」のは、本来の債務者から自身の債権を「十分容易に得られる」場合にすぎない。従属者からその財産を奪うことは、その当事者から奪うのが容易でない時には、依然として許される。グロティウスの最も理想的な法世界においてすら、戦時下の掠奪・捕獲は原理的に否定されることはついになかったのである。

4 テクスター　グロティウスが捕獲に関して述べたことは、学説史的に見るならば確かに革新的だった、と私は考える。彼は、捕獲権を、なお自然的権利であるとしつつも、それを主として諸国民の法の次元で扱い、その真正な権利としての性格を強調することを避けているからである。しかも、彼は、同時に捕獲権の公権化をはかり、捕獲物が第一次的には国家もしくは人民のものである、との法的認識を明らかにしていた。これは、論理的には、捕獲権の主体は個人ではなく、国家もしくは人民であるとする立場であるから、グロティウスは明らかに、始まりつつあった主権的権力国家ないし紀律的軍事国家の流れのなかで物事を考えていた、と思われる。なるほど、彼がそのような認識をあくまで貫かず、国家が許可もしくは法律によって兵士等に掠奪を許し、捕獲物を得ることを比較的あっさりと許容していることもまた事実である。だが、このことで強調されねばならないのは、グロティウスが国際法の偉大な先覚者という地位を占めていることに異を唱える、といったようなことではない。むしろ、当時の政治・人間環境がなお旧ヨーロッパ世界に属し、人々の共通感覚もまた根本的などころではそれほど変わっていないかった、ということである。その意味において、優れた法律家であるグロティウスがその枠を完全に越えなかったのはかえって当然である、とさえ言えるのではないだろうか。彼の偉大さは、その枠の先にうっすらと見え出していたものを見据えつつ、共通感覚の枠のなかで物事を現実的に、しかし時代の先取りを果たしつつ、処解を述べているのを見るならば、そのことはいっそう明らかになるであろう。ここでは、そのような法律家としてテクスターの名を挙げておこう。

ハンブルグ大学教授ヨーハン・ヴォルフガング・テクスター (Johann Wolfgang Textor, 1638-1701) は、『戦争と平和の法』のほぼ半世紀後(一六八〇年)に『概要 諸国民の法』を記しているが、この著作はグロティウスを強く意識している点でたいへん興味深い。彼は、その第一八章で、戦争遂行の際に「何が合法か」を論じ、戦時の際に問題になることを幾つか取り上げている。ここでは、本稿のテーマと直接関連する二つの論点を取り上げておきたい。

一つは、敵の財産の敵性に関するものである。その中に、「敵の財産に対する敵対性の緩和 *temperamentum*」如何という明らかにグロティウスを念頭においた問題設定がある。むろん、法律的思考にしたがって、彼は、グロティウスと同じように、「諸国民の法によって何が許されるか、という問い」と道徳的に求められる「敵対性の緩和」の要請とを区別した。「緩和」は、本来の意味での法ではなく、一種の徳に関わるものである。「ある欲張りがいるとして、彼が彼の債権を厳しく取り立てるのは多くの場合不正義ではないかもしれない。しかし、貪欲のゆえに無差別に彼の権利を厳しく執行するならば、彼は徳の一片も示さないことになる。同じように、われわれの問題においても、敵が敵方の田舎を燃やし、破壊することは法の侵害にはならない。彼はただ厳格な諸国民の法によって彼に許されていることをしているにすぎない。ただ、彼が自己の権利を最大限に追及しないことは、賞賛に値しかつ名譽あることである。」議論の仕方がグロティウスのそれと似ていることは歴然としている。もっとも彼は、これをグロティウスのように深くかつ徹底して押し進めていないし、「緩和」をつけたし程度にしか扱っておらず、『戦争と平和の法』の幾重にも求められる執拗さも全く示してはいない。しかし、それはともかくとして、とにかく彼はこう続ける。「敵の領土を破壊し、掠奪するとか、その他その種のことをすることは不可避的に敵の勢力を弱めることになるから、それらのことはすべて許される。これは疑問の余地がない。それゆえ、オネサンデルはこう語った。『司令官をして敵の領土を破壊し、燃やし、荒廃せしめよ。なぜなら、金と食物の不足は、その充足が戦争

を維持するのと全く同じように、戦争を終わらせるからである。』(グロテュウス、『戦争と平和の法』、第三巻第二章) この最後の一文は、テクスターが明らかにしているように、グロテュウスの『戦争と平和の法』から引用されたものである。ちなみに、グロテュウスのこの言葉は「緩和」論の中にてくる。一見すると、この一文はとも「緩和」を主張しているようには思えない。むしろ、かなり敵しい主張のように思われる。しかし、グロテュウスがこれを「緩和」のなかに含めるのは、これらの行為が敵を弱め、戦争を終結させるという合理的目的つまり公的な利益に仕えるからである。テクスターもそう理解して、つぎのように主張する。

「したがって、実質的に戦争に勝利をもたらし得るような財産の破壊とそうでない破壊との間に、区別をつけねばならない。前者のような敵産の破壊はそれ自身が合法であるばかりか、道徳的非難も全く受けない。しかし、後者のような破壊については、それが法によって不適切とはされないまでも、とにかく人類愛の命令に反すると抗議されることはあり得る。その種の行為に属するのは、実のなつた木を倒すとか、宮殿やその他美しい建物を破壊するとか、無害の農場を燃やすとか、そういった無益な行為である。」⁹⁴⁾

自然法と諸国民の法との位置関係という大きな問題はとりあえず無視するとすれば、テクスターはこの点ではグロテュウスの見解をほぼ受け入れている。つまり、敵の財産に対して、無益な敵対行動を取るべきではない、という認識で二人は一致している。ここには、グロテュウスの影響が明らかに見られる。他の多くの記述をみても、彼がグロテュウスを偉大な先人と見ていることは間違いない。ところが、その彼が、捕獲に関してはグロテュウスに対して完全に反対する。これが、われわれの第二の論点である。

テクスターは、彼の著作のその第一八章で、さらに捕獲について言及する。彼は、例によって不動産と動産を区別し、不動産および大砲や火薬その他類似のもの、さらに非常に高額な動産は戦争の宣言者に帰属するとするが、他の動産については、これを捕獲者のものとする。その際、彼は、公戦のもとの公的な行為によって生じた捕獲

物は人民によって取得される、というグロテュウスの説に触れて、これに反対する。

「しかしながら、私は、グロテュウスとは反対の見解がより正しい、と考える。すなわち、敵から奪われたものは何であれ、例え戦争の公的行為による場合であっても、個人の捕獲物に属する。

(一) 国家が個々の兵士の役務を備うのは、戦争の目的を成就するためである。敵の財産を捕獲することは直接の目的ではない。……兵士が何かを得るのは全く偶然であり、兵士には捕獲する可能性が与えられているにすぎない。それどころか、捕獲それ自身が、戦闘の最中であれ都市の襲撃の折りであれ、殆どの場合、私的行為である。なぜなら、国家もしくは司令官が兵士に対して掠奪するように最高命令を発するのではなく、ただ単に機会が生じた時にそれを許可するにすぎないからである。したがって、グロテュウスが「掠奪の際に」兵士が公的な役務についているとする議論には根拠がない。

(二) 敵産の奪取は、ふつう暴力によってなされるが、これは捕獲者にとってしばしば大きな危険を伴う。その際、その危険は捕獲者個人に属するのであって、それゆえにその危険に見合うだけのもの、つまり、個人が自らの力で得たものを自分自身のために得るといふ利益が保証されねばならないであろう。(学説彙纂五〇・一七・一〇)。さらに……法学提要二の一の一七および学説彙纂四九の一の五・七によれば、一般的に、しかも戦争の種類に関わりなく、……敵から取得されたものは捕獲者の財産となる。

(三) さらに、味方の領域内にある敵産は公的財産ではなく、たとえ兵士でなくても、占有者の物となる、との学説彙纂四九の一五・五一の一のケルススの解答がある。戦闘やその他の戦争行為に従事している際の兵士は、もっと悪い状態の中にあり、国家のためにより大きな危険に耐えているのに、なぜ捕獲物を自己のものとし得ないのであるか。(学説彙纂四九・一五・五二のポンポニウスの解答と同四九・一五・一二・前文のトリフォニウスの解答を見よ。)

(四) 最後に、現代の軍事上の慣例や慣習は、これをさらに証明している。なぜなら、戦闘もしくはその他の戦争行為で兵士たちが捕獲した、馬とか金とか衣服といったものは、彼らがその他のところで独立した襲撃によって掠奪した時と全く同様に、兵士たちが取得し、保持しているからである。したがって、その捕獲の間に区別をしてはならない。」

以上がテクスターの見解である。これは、論理的には一見して整然としている。しかも、テクスターは、ある意味では優れて近代的だった。なぜなら、戦争はもはや掠奪を目的とするものではなく、捕獲はあくまで付随的かつ個人的なものだ、という議論を展開しているからである。しかし、危険負担を根拠とする個人的掠奪の正当化は、彼が依然として旧ヨーロッパ世界的基本認識に浸っていることを示している。「現代の慣習」を個人的捕獲行為の法的正当化のために引き合いに出すに至っては、グロティウスがそれを知っていたからこそ為さざるを得なかつた主張の意味が彼には全く分かっていない、と言わざるを得ない。もっとも、彼は無条件に兵士の掠奪を認めているわけではない。彼は、グロティウスが多くの歴史の実例、とくにローマのそれにしたがって捕獲物が人民のものであると主張したのに対して、フリーゴ・ドネルスの見解に賛同しつつ、これを降伏前と降伏後に分け、掠奪が許されるのは降伏前だけであるとす。なぜなら、降伏後は敵はもはや敵でなく、同じ臣民となるからである。その結果、私人による取得はもはや許されず、その種の試みは公金私消とされる。グロティウスが捕獲物の公的性格の論拠としてあげるモディスティヌスの法文(学説彙纂四八・一三・一六)は、そのように解釈される。テクスターはまた、彼の学説に対する反論のあり得ることを予想してこれに答えている。一つだけ挙げよう。まず最も予想される反論である。もし兵士に戦闘中の掠奪が許されるのであれば、何故に、命令権者が戦闘に際して、とりわけ都市の攻撃に際して、彼らの勇気を鼓舞するために、兵士に対して時として掠奪の許可が出されるのであろうか。もし諸国民の法によって兵士が自由に掠奪できる権利を有するとすれば、そのような約束は必要ない

ではないか、と。この反論は当時の掠奪の方法をよく伝えていると思われるが、テクスターはこう答える。命令権者が兵士に対して勝利の暁に掠奪するのを許すという約束をすることは、何の約束もないのに比すれば、掠奪がより確かに果たされ得ることを意味する。この場合には、命令権者はその約束に拘束されるから、恣意的に掠奪を禁止したり、もし約束をしていなければ彼自身が取得したであろうような捕獲物を自己のものとすることはできない。⁽⁹⁶⁾テクスターの論理は、軍の紀律化の進展に目をつぶり、上官による許可の意義を過少評価している嫌いはあるが、それなりに筋が通っている。おそらく、当時の戦争の実態にも人々の觀念にも少なからず合致していたであろう。とすれば、明らかに一步前進していたグロティウスが半世紀前に主張したことは、少なからず現実的であったにもかかわらず、なお十分に浸透していなかったことになる。『戦争と平和の法』公刊の半世紀後においても、なお戦時下の掠奪、兵士による掠奪品の個人的取得は、限定があるとはいえ、公然と正当とされている。しかも、これは現実の次元でやむをえず認められたのではない。テクスターという著名な大学教授、裁判官をも兼ねていた学識法曹が、グロティウスという偉大な先駆者の学説にあえて反対しつつ、その理論的著作において整然とその正当性を展開したのである。私は、戦時下の掠奪、捕獲行為の伝統の根強さを改めて思わずにはいられない。

私はここで、初期近代の代表的な四人の法学者の法理論を扱ってきた。これだけでは不十分であるの言うまでもないが、おおよその傾向は示すことができた、と考える。彼らはたしかに、それぞれ異なった学説と主張を展開している。しかし、われわれの研究観点からすると、彼らの間に基本的に異なっているところはない。すなわち、彼らはおしなべて戦時の掠奪を合法とする。その合法とする仕方はむろん色々である。その相違を無視するならば、粗雑との批判は免れがたいであろう。したがって、私は、ある程度は、それぞれの学説の内容に立ち入ってみた。その限りでは、とりわけグロティウスの説は後世への指針・洞察という点でひとときわ優れていた。ただ、彼の

理論の下でも、戦争による正当な実力行使のなかに依然として掠奪＝捕獲行為が含まれていることは否定しがた
い。グロティウスにおいてすら、敵国住民から正当な範囲内で物を奪うことは敵密な意味における権利に属する。
それどころか、諸国民の法は諸国民相互の合意と慣習に基づいて、それ以上の捕獲さえ許すのである。しかし、戦
時下においても平時と同様に私有財産を尊重し、掠奪を敵禁することを自明とする認識世界に住んでいるわれわれ
は、こう考えざるを得ない。なぜ、それが許されたのか。なにがそのような合意＝慣習をもたらしたのか。そし
て、そのような慣習を支えていたものは何なのか。さらに言えば、掠奪を自明とする慣習はなぜ消滅したのか。掠
奪を当然とする共通感覚はどのようにして変化していったのか、と。これを一刀両断のもとに解決してくれる答え
などもちろんない。その上、それに答えるには、中・近世の社会・国制史全般に渡る洞察が必要となろう。そのよ
うな作業が私の手に余るものであることは言うまでもない。しかし、この論稿を締め括るには、それらの疑問に対
する多少の見通しを与えておくことは必要であらう。

次章での私の課題は、この「見通し」を示すことである。おそらく、この作業は、これまでの記述では余り扱わ
れなかったことにも触れることになるはずである。なぜなら、そこで私が問題にしようと考えているのは、旧ヨー
ロッパ世界での「敵」の概念もしくは人の「敵性」の認識であり、それは捕獲される側の、とりわけ無辜の人々の
法的位置づけに関わるからである。私は次章で「敵」もしくは人の「敵性」について考察し、その上で本論稿を終
えることにしたい。

- (一) Raimundus de Penafort, *Summa de Poenitentia*, Lib II, cap. 5 §5. (in: M. H. Keen, *The Laws of War in the
Late Middle Ages*, London, 1965, p. 64-5.)
- (二) F. H. Russell, *The Just War in the Middle Ages*, Cambridge, 1979, p. 160.
- (三) *contumacia* とは「概念は」「一般的には政務官の命令に対する不服従、特殊的には法務官もしくは審判人に対する不

服従、答弁の拒絶もしくは法定侮辱のその他の形式」を意味する。より特殊な意味として「出廷拒否」がある。参照 A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, p. 415.

- (4) F. H. Russell, *op. cit.*, p. 171-2.
- (5) F. H. Russell, *op. cit.*, p. 172.
- (6) 歴史的世界とその解釈における「意味」の重要性については、小野紀明『精神史としての政治思想史』、行人社、とくに「序論 方法論についての若干の考察」が非常に啓発的な見解を示しており、とくにその参照を求めておきたい。
- (7) 『聖書』からの引用は、すべて日本聖書協会版による。
- (8) Hugo Grotius, *De Jure Praedae Commentarius*, Hagae, 1668, p. 53-4. (Commentary on the Law of Prize and Booty, New York, 1964, p. 53.)
- (9) H. Grotius, *ibid.*, p. 54. (*ibid.*, p. 53.)
- (10) シロネ・ヤヌスは『戦争と平和の法』第二巻第二十五章で、給与のためにのみ戦う傭兵を批判している。「……『最大の報酬があるところに道理がある』として給与のために備われて戦う者たちほど不正なものはない」と。むしろ、マウグス・ティヌスが言うように掠奪のためのみ戦うのも不正だが、給与のためにのみ戦うのも不正なのである。「なぜなら、その他の場合には給与を受けとることが完全に許されているからである。使徒パウロは曰く、『いったい、自分の費用を出して軍隊に加わる者があろうか。』」(H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, Jena, 1680, p. 572. 《邦訳、第二巻、八八四頁。》)『捕獲法論』パウロの言葉を引いて捕獲物を給与の一部とすることを正当化していることを思えば、「給与」の許される「その他の場合」に掠奪＝捕獲が含まれていることは明らかであろう。彼は、給与のためにのみ戦うのは不正だが、闘争の結果、給与の一部として捕獲物を得ることは「許される」と考えるのである。マウグス・ティヌスの見解はこうだが、本文四四頁以下参照。
- (11) Ernest Nys, *Les Origines du Droit International*, Paris, 1894, p. 44.
- (12) S. Aurelius Augustinus, *Appendix-Sermones*, *Sermo LXXXII*: *Oeuvres Complètes de Saint Augustin*, T. 20, Paris, 1873, p. 64-5. 参照。 *Decretum Magistri Gratiani*, Pars II. *Causa XXIII*. *Quest. I. c. 5*; *Corpus Iuris Canonici*, Lipsiensis, 1879, p. 893.
- (13) S. A. Augustinus, *Quaestiones in Heptateuchum*, VI, 10.; *Oeuvres Complètes*, T. 8, p. 47. 参照。 *Decretum*, II.

- C. XXIII, Q. II, c. 2.; C. I. Canonici, p. 894.
- (14) S. A. Augustinus, Epist. 138, 2.; Oeuvres Complètes, T. 5, p. 182. 参照 Decretum, II, C. XXIII, Q. I, c. 2.; C. I. Canonici, p. 891.
- (15) F. H. Russell, op. cit., p. 26.
- (16) Isidorus de Sevilla, Etymologiarum sive Originum Libri XX, XVIII, 2, 3. (ed. W. M. Lindsay), Oxford, 1911. 参照 Decretum, II, C. XXIII, Q. II, c. 1.; C. I. Canonici, p. 894. 参考『伊藤不二男』「ヤンティーンズの『語源』の考察 (一・二)」『国際法外交雑誌』五五—五六。
- (17) Decretum, II, C. XXIII, Q. I, c. 4.; C. I. Canonici, p. 892.
- (18) Decretum, II, C. XXIII, Q. V, c. 25.; C. I. Canonici, p. 938. グリテヤンヌ自身「これに自ら註を書き加え、捕獲物の配分は「君主や権力者や信頼や尊敬を争うた」が故だ」その制度を守るべきと主張している。
- (19) *Quinque Compilationes Antiquae*, (ed. Aemilius Friedberg), Graz, 1956, p. 55—56.
- (20) F. H. Russell, op. cit., p. 241—2.
- (21) F. H. Russell, op. cit., p. 246.
- (22) トマス・ブクィナス(稲垣良典訳)、『神学大全(二—二二)』創文社、二二六頁。
- (23) フランシスコ・デ・ビトリア(伊藤不二男訳)、『戦争の法についての特別講義』伊藤不二男『ビトリアの国際法理論』有斐閣、三三六—三七頁。
- (24) フランシスコ・スアレス(伊藤不二男訳)、『神学上の三つの徳、信仰と希望と愛についての書』第三編「愛について」論考第十三「戦争について」伊藤不二男『スアレスの国際法理論』有斐閣、二〇八頁。
- (25) 同前、二二—三四頁。
- (26) 同前、二二九—三〇頁。
- (27) オリヴィエーマルタン(鳩浩訳)、『フランス法制史概説』創文社、七二頁。
- (28) トゥールのグレゴリウス(兼岩正夫、壺幸夫訳)、『歴史十卷(フランク史)』東海大学出版会、一四—二二頁。
- (29) Karl Lehman, *Zum altnordischen Kriegs- und Beuterecht*, *Deutsrechtliche Beiträge*, Bd. 9, 1913, S. 18.
- (30) Georges Duby, *Guerriers et Paysans VII—XII^e siècle*, Paris, 1978, p. 60.

(31) 参照、阿部謹也、「ヨーロッパ・原点への旅—時間・空間・モノ」、同、『中世賤民の宇宙』、筑摩書房、八四頁以下。

また、マルク・ブロックも、「封土」について語る際につきぎのように記している。

「フランク時代の託身者の大部分は、新しい主人からの保護を期待したのみではなかった。彼らは同時に富んでもいたこの有力者に、生活の援助をも求めた。ローマ帝国末期の頃に、貧者が『食べるもの』を恵んでくれる保護者を求める姿を描いている聖アウグスティヌス以来、本書に一度ならず引用したメロヴィング朝の書式に至るまで、同じ空腹の訴えが執拗に繰返されて聞かれる。領主の方も「被護者の」財産にも手を伸ばそうと努めた。一言で言えば、従属の諸国関係は、発端から、経済的様相を呈していたのである。他の従属関係と同じく家士制もそうであった。戦争の仲間に対する首長の気前よさはこの紐帯に非常に本質的なものと思われたので、カロリング朝時代にはしばしば若干の贈物——馬一頭、武器、寶石——を与えることが、人格的奉獻の身振りに対するほとんど儀式的な対価となっていた。カピトゥラリアが家士にこの緊縛関係の破棄を禁じているが、それは、あるカピトゥラリアの文言によれば、家士が領主から金貨—ソルドゥスに価する物をすでに受け取っていた場合のことである。与えた人のみが真の主人であった。」(マルク・ブロック『森岡他訳』、『封建社会 Ⅰ』、みすず書房、一四八頁。)

(32) G. Duby, op. cit., p. 128. なお、この点との関連で、「農業生産から遊離した多数の戦士層」がゲルマン時代に存在したという見解に対する平城教授のつぎのような興味深い指摘を紹介しておきたい。すなわち、平城氏によれば、当時の生産力水準を考えると、その存在の可能性については、「改めて問い直さなくてはならない。」¹⁾「だが」と氏は続ける。

「筆者がゲルマンの自由民を農民的存在と捉えなおそうとするのは、必ずしもその戦士の性格を否定するためではない。『最も勇敢で戦争をいちばん好むものらはみな何もせずに、住居や家庭や島の世話をいちばん弱い人たちに任せてしまい、自分だけのはらくらと暮している。同じ人間がこんなにも不精を愛し、あんなにも平穩を憎むとは、驚くほど矛盾した民族気質である』とタキトゥスは首をかしげているが、農民としては怠惰、戦士としては勇敢・勤勉という矛盾は、一方では農業生産性の低さ、他方では、略奪的戦争が、生活資源獲得の一形態、重要な生計補助の手段だった事情を考えれば、十分に納得がゆくことを指摘したからである。スイスの歴史家ポードマーは、『メロヴィング時代の戦士』のなかで、戦争は彼らの生計 (Lebenshaltung) だった、とまでいっている。ゲルマン時代やメロヴィング時代初期フランク族の軍制を考察するとき、国民の中核がこのような戦士の農

民によって構成され、戦争がある種の引き合う経済行為だった点を、見逃してはならない。

他方、中世農業革命の結果、農業生産力は飛躍的に高まり、農民はいわば農業だけで充分食べて行ける条件が成立する。……かくてカロリング時代の国民は、豪族や大領主層（彼らは今や專業的戦士層になりつつある）と並んで、新しく成立してきた農民層によって構成されるようになり、数の上ではむしろ後者の比重が重くなってくる。かつてM・ウェーバーが、社会学的理論として提示した、兵農分離の現象を、現在の歴史学は、多少とも実証的に論証できるまでの段階に到達しているのである。」（平城昭介、「戦士から軍隊へ」、青山・木村・平城編、『西欧前近代の意識と行動』、刀水書房、二九五―六頁）さらに参照、森義信、『西欧中世軍制史論』、原書房。

- (33) 例えばこうである。「中世後期という時代は時間意識・空間概念、そしてモノをめぐる人間と人間の關係に『公』的（普遍的）なものを生んだ点において、ヨーロッパ史上特異な時間であり、その出発点は十一・二世紀にあったと考えられる。」（阿部、前掲書、一〇九頁。）

- (34) J. Froissart, Chroniques (par Société de l'Histoire de France, Paris, 1876.), T. 6, p. 69-74. The Chronicles of Froissart, translated by L. Berners, London, 1924, p. 143.

- (35) M. H. Keen, op. cit., p. 140.

- (36) M. H. Keen, op. cit., p. 145.

- (37) 百年戦争期の契約軍隊等については、城戸教授がつぎのように記している。

「結局イギリス側は輸出羊毛指定市場のあったカレーを残しフランスから全面撤退して一四五三年に戦争は終わったが、イギリス側とくに貴族層は略奪・捕虜の身代金・撤退補償金・占領地への課税・占領地住民からの地代とり立てなどによって莫大な利益をえ、多量の貴金属、財宝がイギリスに流入した。

この戦争はもっぱら諸侯と王との契約によって編成される契約軍隊によってたたかわれた。この軍制では国王は貴族である軍司令官と一定の金銭支払い条件の下に契約を結び、軍司令官はこの契約に従って一定数の兵員を確保し、一定期間、一定の地域で軍事的役務に従事する。この契約軍隊は軍事的役務の請負制であり、司令官と部下との間の多数の小規模な軍事請負契約の累積のうえに存立していた。つまり契約軍隊は司令官たる貴族による私兵の維持を前提として成立していたのである。貴族は傭兵隊長としていつでも国王の召しに応じうるように、また地方における自己の勢力と権益の維持拡大のために常に常に私兵を養い、これを彼の「フレイメン」の中核とし、勢力圏を築き、近

隣の諸侯と対立した。彼の配下の者どもは主人の保護と助力を頼んで無法を働き、社会秩序を破壊して省みなかった。この傾向は百年戦争が終わって諸侯のフランス駐屯軍が復員し、しかも国王が精神に異常を来たして指導力がなく、諸侯の党派の対立が頂点に達したヘンリ六世治世にとくに甚だしかった。」(青山・今井編、『概説イギリス史』有澤閣、十三頁)

- (85) Harris Nicolas, *History of the Battle of Agincourt, 1332*, Appendix, p. 8-10.
- (86) H. Nicolas, *ibid.*, p. 11.
- (87) A. E. Prince, *The Indenture System under Edward III*, in: *Historical Essays in Honor of James Tai*, Manchester, 1933, p. 295.
- (88) Travers Twiss, *Black Book of the Admiralty* (Roll Series), I, p. 456.
- (89) D. Hay, *The Division of the Spoils of War in Fourteenth-Century England*, *Transactions of the Royal Historical Society*, Fifth Series, Vol. 4, 1954, p. 96.
- (90) H. Nicolas, *op. cit.*, p. 34.
- (91) Christine de Pisan, *The Book of Fayttes of Armes and of Chyvvalye*, tr. by William Caxton, London, 1932, p. 219.
- (92) Balhazar Ayala, *De Jure et Officiis et Disciplina Militari Libri III*, Vol. I. *Reproduction of the First Edition* (1582), Washington, D. C., 1912, p. 37, recto. (II, p. 38.)
- (93) 立作太郎『戦時国際法論』日本評論社 三一九—二〇頁。
- (94) E. Nys, *ibid.*, p. 253.
- (95) Jean de Beuil, *Le Jouvencel*, ed. par. L. Lécestre et C. Favre, Tome II, Paris, 1842, p. 215. (in: M. H. Keen, *op. cit.*, p. 153.)
- (96) M. H. Keen, *op. cit.*, p. 153-4.
- (97) Eugen von Frauenholz, *Das Heerwesen in der Zeit des Freien Söldnerturns*, Erster Teil: *Das Heerwesen der Schweizer Eidgenossenschaft*, München, 1937, S. 127-133.
- (98) E. v. Frauenholz, *ibid.*, Zweiter Teil: *Das Heerwesen des Reiches in der Landsknechtszeit*, München, 1937, S.

- 127-133.
- (52) F. Redlich, *De Praeda Militari*, Wiesbaden, 1956, p. 8.
- (53) E. v. Frauenholz, op. cit., p. 121-125.
- (54) ショハマンキヤの改革の読みかたについて、参照、Gerhard Oestreich, *Soldatenbild, Heeresreform und Heeresgestaltung im Zeitalter des Absolutismus*, in: *Schicksalsfragen der Gegenwart*, Bd. I, Tübingen, 1957, S. 295 ff.
- (55) Johann Christian Lünig, *Corpus Juris Militaris des Heiligen Römischen Reiches……*, Faksimiledruck des Ausgabe Leipzig 1723, Bd. I, Osnabrück, 1968, S. 65.
- (56) J. C. Lünig, *ibid.*, S. 71-72. 参照、*Deutsche Reichstagsakten, Der Reichstag zu Speyer 1570*, Göttingen, 1988, S. 1187.
- (57) J. C. Lünig, *ibid.*, S. 292.
- (58) プレティヒヤは「除隊兵たち」いわゆる「メロデ連」と呼ばれた掠奪集団について記すなかで、その掠奪集団が少数だった場合の農民の反応についてこう記している。農民は「略奪者よりも優勢だった場合には容赦しなかった。こういう事件をもカロの筆はとらえている。彼のシリーズの最後から二番目の絵には、略奪者に対する『農民の復讐』が描かれている。この絵でも、異なる個々の場面が一つの残酷なパノラマにまとめられている。ここで絵が変わり、狩られる者が容赦を知らない狩る者になって、分捕った武器や、農機具、穀竿などで兵士を野獣のように屠殺する。一人は他への見せしめに高い木に縛りつけられ、他の兵士たちは待ち伏せされて攻撃を受けている。」(ハインリヒ・プレティヒヤ『関桶生訳』、『中世への旅 農民戦争と傭兵』、白水社、一六四頁。)
- (59) Max Jahns, *Geschichte der Kriegswissenschaften vornehmlichen in Deutschland*, Bd. II, München, 1889, S. 899. 参照、F. Redlich, op. cit. p. 9.
- (60) シェンネル(渡辺格司訳)、『三十年戦争史 第一部』、岩波文庫、二四七―八頁。
- (61) J. C. Lünig, a. a. O., S. 103.
- (62) J. C. Lünig, a. a. O., S. 153. この規定が一八〇六年まで効力をもち続けたことについては、参照、*Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 2, S. 1196-8.

- (63) J. C. Linnig, a. a. O., S. 149.
- (64) 増補『マニッ五世刑事裁判令(カローナ)』、東京法律雑誌 一八一―二六一頁。参照 Gustav Radbruch, Der Raub in der Carolina (1931), in: Die Carolina (ed. F. C. Schroeder), Darmstadt, 1986, S. 1855.
- (65) Bartolus a Saxoferrato, In II Digesti Novi Partem Commentaria, Venetiis, 1575, p. 216 verso.
- (66) Baldus de Ubaldis, In vij. viii. ix. x. & xi Codicis libros Commentaria, Venetiis, 1586, p. 184 recto.
- (67) Honoré Bonet, L'Arbre des Batailles, publié par Ernest Nys, Bruxelles, 1883, p. 134-5.
- (68) Petrinus Bellus, De Re Militari et Bello Tractatus, Vol. I. A Photographic Reproduction of the Edition of 1563, p. 40 recto. (II, p. 85.)
- (69) P. Bellus, *ibid.*, p. 45 verso-46 verso. (II, p. 96-7.) なお、マニッキリマンからの引用は、泉井訳『マニキーン』、『世界古戦文集全集 マニッキリマン』、筑摩書房、四五頁以下をよむ。
- (70) P. Bellus, *ibid.*, p. 46 verso. (II, p. 97.)
- (71) S. A. Augustinus, De Civitate Dei contra Paganos, XIX-7. The Loeb Classical Library, London, 1960, p. 148-51.
- (72) Barthazar Ayala, De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari Libri III, Vol. I. Reproduction of the first Edition (1582), Washington, D. C., 1912, p. 6 recto-7 verso. (Vol. II, p. 8.)
- (73) B. Ayala, *ibid.*, p. 34 verso. (Vol. II, p. 34-5.)
- (74) B. Ayala, *ibid.*, p. 34 verso-34 recto. (Vol. II, p. 35.)
- (75) B. Ayala, *ibid.*, p. 45 verso-45 recto. (Vol. II, p. 45-46.)
- (76) B. Ayala, *ibid.*, p. 38 verso. (Vol. II, p. 38-39.)
- (77) Ulpianus, D. 41. 1. 44.
- (78) B. Ayala, *op. cit.*, p. 49 recto-p. 50 verso. (II, p. 49-50.)
- (79) グロテウスの論理の重層性については、大沼保昭編『戦争と平和の法』、東信堂、も繰り返し強調している。なお、以下の論述ととくに深く関係するものとして、私もまた多くの点で見解を同じくする同書第九章「戦争法」(河西直也著)の第一〇章「マニキーン」(田中忠善)の優れた分析があることも併せて指摘しておきたい。
- (80) H. Grotius, De Jure Belli ac Pacis, Jena, 1680, p. 636. (邦訳、第三卷、九八八頁。)

- (81) H. Grotius, *ibid.*, p. 641-2. (邦訳、第三卷、九九七—八頁。)
- (82) H. Grotius, *ibid.*, p. 644. (邦訳、第三卷、一〇〇一頁。)
- (83) H. Grotius, *ibid.*, p. 647. (邦訳、第三卷、一〇〇四頁。)
- (84) H. Grotius, *ibid.*, p. 648. (邦訳、第三卷、一〇〇七頁。)
- この二つの区別については、ズーチもまたつぎのように指摘している。「現在、戦争に際して、ある取得物は私人の財産となり、他のそれは君主もしくは人民のものとなる。私人の物となるのは、公戦の際に為された私的な行為で捕獲されたもの、例えば単独の戦開で敵から奪った戦利品や独立の自発的な襲撃で軍隊から遠く離れている時の兵士の取得物である。イタリヤ人はこの形式の捕獲物を奪取物 *correria* とよび、それを捕獲物 *butina* と区別した。これと似たようなことは実際に勤務している水兵にも許されている。フランス人はこの奪取物をピラジ *plage* あるいはスポリアション *spoliation* と呼び、そのようなものとして衣服、銀、一〇ヶラウンまでの金をあげている。君主もしくは国民に属するのは、戦争の公的かつ一般的行为で捕獲されたものである。なぜなら、この場合には、個々の兵士は國家の性格を有するからである。」(Richard Zouche, *Juris et Judicii Pecialis sive Juris inter Gentes, et Quaestionum de eodem Explicatio*, Vol. I. A Reproduction of the First Edition (1650), Washington, 1911, p. (II), p. 39.)
- (85) H. Grotius, *op. cit.*, p. 651. (邦訳、第三卷、一〇一〇頁。)
- (86) H. Grotius, *op. cit.*, p. 658. (邦訳、第三卷、一〇一八頁。)
- (87) H. Grotius, *op. cit.*, p. 658. (邦訳、第三卷、一〇一九頁。)
- (88) H. Grotius, *op. cit.*, p. 661. (邦訳、第三卷、一〇二三頁。)
- (89) グロティウスがオランダという土壌の下に「パンデクテンの現代的慣用」の先駆者となったことについては、拙稿「パンデクテンの現代的慣用 (*Usus modernus pandectarum*) とネーデルラント後期人文主義の創始者ユストゥス・リブンヌス (一・二)」¹⁾、*成城法学十一*、十二、参照。「パンデクテンの現代的慣用」そのものについては、とくに参照、勝田有恒「ドイツにおける中世的普通法理念の高揚と凋落」²⁾、*法学研究*、九。
- (90) H. Grotius, *op. cit.*, p. 269. (邦訳、第二卷、四四三頁。)
- (91) H. Grotius, *op. cit.*, p. 640-1. (邦訳、第三卷、九九六頁。)
- (92) H. Grotius, *op. cit.*, p. 725. (邦訳、第三卷、一一二九頁。)

(36) H. Grotius, op. cit., p. 727. (邦訳、第三卷、一一三三頁。)なお、グロティウスは、第二卷第二章でつぎのように記している。

「この著作は戦争の法に関して書かれたものであるから、戦争について他の諸々の徳が命ずるか勧めることを指し示すことは、本来の仕事ではないように思われるかもしれない。しかし、権利が十分に確実であれば、直ちに戦争を行うべきであるとか、それは常に許されざるなどと人々が考えないように、ついでにそのような誤りを除いておかねばならない。全く反対である。一般に自己の権利から退くことはむしろ大いに敬虔であり、正しいのである。」(H. Grotius, op. cit., p. 551. 《邦訳、第二卷、八五七—八頁。》)

(37) Johann Wolfgang Textor, Synopsis Juris Gentium, Vol. I. A Reproduction of the First Edition (1680), New York, 1964, p. 30. (II, p. 191.)

(38) J. W. Textor, *ibid.*, p. 36-7. (II, p. 198-9.)

(39) J. W. Textor, *ibid.*, p. 38. (II, p. 200.)

(やまうち・すすむ) 本学教授