

アルベリコ・ジェンティーリの正戦論

— 『戦争法論』2巻における「形相因」を中心に —

周 圓*

- I はじめに
- II 「形相因 (*causa formalis*)」
 1. 公的な宣戦：古代ローマの伝統
 2. 交戦行為：信義誠実の原則
 3. 軍事協定と休戦：信義誠実原則の遵守
 4. 敵国人の処遇：不必要な暴行の禁止
 5. 物の取り扱い：軍事標的と非軍事標的の区別
- III おわりに：近代的戦時国際法の端緒

I はじめに¹⁾

16世紀の国際法学者アルベリコ・ジェンティーリ (Alberico Gentili, ラテン語名: Albericus Gentilis, 1552-1608) は、主著『戦争法論 (*De jure belli libri tres*)』の中で、いかなる戦争が正しい戦争となりうるかについて自らの見解を3巻に分けて述べた。彼は、正しい戦争を遂行するには正しい「原因」が満たされることが必要だと唱えたのであるが、そこにおいては、現象の発生を促す原因をめぐるアリストテレスの理論に則り、「原因 (*causa*)」が「動力因 (*causa efficiens*)」、「質料因 (*causa materialis*)」、「形相因 (*causa formalis*)」、「目的因 (*causa finalis*)」という四種類に分類されていた。ジェンティーリは、戦争は、この四種類の「原因」がすべて具備されて初めて正しい「原因」に基づくものに

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第12巻第3号 2013年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学法学部特任講師

1) 本論文は、一橋大学大学院法学研究科に提出した博士学位論文『近代国際法の黎明：アルベリコ・ジェンティーリの国際法思想』の一部を加筆修正したものである。

なると考えた。このような観点は、戦争という行為の価値判断をキリスト教的道徳の基準に照らして行うアウグスティヌス以来の正戦論の伝統から脱出し、より複雑な様相を呈する近代戦争を検討するための枠組みがその上に築き上げられる礎となったのである。

上記した四つの「原因」のうち、「動力因」と「質料因」について、筆者は、以前拙論の中で考察を試みた²⁾。それを通じて、これらの「原因」に関するジェンティーリの主要な観点は、次の5点にまとめられることが明らかになった。すなわち、1) 戦争及び他の国家間の事項はすべて *ius gentium* (万民法、または、国際法) によって規律されるものであり、*ius gentium* の規範を発見するのは法学者たちの仕事である。2) 戦争を発動し遂行し終結させる主体となるのは国家を代表する君主のみであり、それ以外の者によってなされた「戦争」は「動力因」を備えていないものとされ、正しい正しくないという問題以前にそもそも戦争とはなりえない。3) 君主は地上では他の何人にも服さない主権を持つため、君主＝国家間の戦争において交戦国双方は、私法上の訴訟を行う両当事者と同等に平等な立場におり、その勝敗は決闘のように一定のルール——すなわち、*ius gentium*——のもとで決められる。4) 「質料因」には、「神的 (*divinae*)」、「自然的 (*naturales*)」、「人的 (*humanae*)」といった三つのカテゴリーに分類される非常に広範な事項が設定されているため、国家は、戦争を遂行する政治的必要性ありと判断する根拠とされる事由のほぼすべてが「質料因」であると主張することができる。5) とはいえ、戦争は恣意に行われてはならない。そこに至る判断は、国益を考量して慎重に下されなければならない、また、国際社会の平和と正義——それは、最終的に自国にも利益をもたらすと考えられる——を保つため、国家は自律心を失ってはならない。以上の5点である。

2) 周圓「アルベリコ・ジェンティーリの正戦論：『戦争法論』1巻における「動力因」と「質料因」を中心に」、『一橋法学』11巻1号、97-136頁。ちなみに、本稿においても前掲拙稿と同様、ジェンティーリの見解または原文を引用する際には、Vol. II. A Translation of the Text, by John C. Rolfe, with an Introduction by Coleman Phillipson, and Indexes, of *Alberico Gentili, De iure belli libri tres* as no.16 of James Brown Scott (gen. ed.), *The Classics of International Law* (Oxford: Clarendon Press; London: Humphrey Milford, 1933) に準ずる。示される頁数も、この版のものである。以下、*D. I. B.* と表記。

「動力因」と「質料因」に関するジェンティーリの考えは、従来の正戦論に比べて格段に世俗的なものであり、教会の権威が衰退し国民国家が台頭する初期近代において、現実即した、指導的な意義を有するものであったことはいうまでもない。また、彼は、ローマ法学の概念と手法を取り入れたのみならず、過去あるいは同時代の事例を多く列挙し、それらに対する分析から *ius gentium* の規範を帰納するという独特の方法を採っている。こうした、彼のアプローチの思想と手法の両面における特色は、『戦争法論』の第1巻においてのみならず、第2巻で「形相因」を議論する際にも強く現れている。というよりも、従来の正戦論において中心的な事項としては扱われず付随的な価値しか有さないとされていたこの要因について、「動力因」と「質料因」と同等の重要性を見出し、独立した1巻を充てて検討したところに、ジェンティーリのアプローチの特色がいつそう強く現れているというべきであろう。本稿は、『戦争法論』2巻に記された「形相因」に関する内容を考察の対象とするものである。その考察を通じて、われわれは、戦争と国際社会のあるべき姿についてのジェンティーリの構想をより深く理解することができるだろう。

II 「形相因 (*causa formalis*)」

ジェンティーリは、『戦争法論』の1巻冒頭部で、「形相因」を、戦争における行為に関わるあらゆることだと定義している³⁾。彼は、発動される前にしかるべき「動力因」と「質料因」を備えるのみならず、実際にそれが遂行される際に「形相因」の要件も満たされていなければ、戦争は正戦とはならず、ただの殺戮と化す、と考えていた⁴⁾。「形相因」の下で、ジェンティーリは、「質料因」のように下位カテゴリーを設けて説明することまではしなかったものの、その内容を、概ね戦争が進展していく経緯を追うかたちで、宣戦布告、交戦行為、軍事協定と休戦、人の処遇、及び財物の取り扱いに関する議論に分けて説明している。以下では、これらのそれぞれの点についてジェンティーリの考えを見ていきたい。

3) *D. I. B.*, b. I., chap. 7, p. 35.

4) *D. I. B.*, b. II, chap. 1, p. 131.

1. 公的な宣戦：古代ローマの伝統

ジェンティーリは、古代ローマの伝統に大いなる敬意を払い、戦争の開始に当たっては、所定の形式に則った公的な宣戦の布告が必要である、と述べた⁵⁾。そして、いったん宣戦布告が発せられると、自国と敵対国の人民の間で行われる通商活動や往来はすべて停止され、武力による敵対行為がいつなされても許されるような状態が開始されるとする⁶⁾。

軍事大国だったローマにおいては、実のところ、戦争の開始に当たり厳粛な形式が遵守されることが求められていた。具体的には、まず、交戦行為を開始する前に、従軍祭官たち (*fetiales*) がローマの元老院と市民の名において、敵となる外国に向け、最後通牒に相当する *rerum repetitio* または *clarigatio* を発する。これは、土地または財物の返還または譲渡を要求するものであり、その後一定期間の間隔が置かれる。この間隔は、相手国の反応を待ち、両国間の紛争を平和的に解決するための猶予期間だと考えられ、通常 33 日間とされていた⁷⁾。その期間が過ぎても相手国からの反応がないとき、あるいは相手国がローマ側の要求を明白に拒否した場合には、ローマ側は、それを受け止め、これまでの事情が交戦行為の開始に値するかどうか、すなわち、戦争を発動するための正しい原因を備えるかどうかをもう一回熟考する機会を持つ。そこで肯定的な答えが出された場合に初めて、正式な宣戦布告——ラテン語で *indictio*, *condictio* または *denuntiatio belli* というが——が行われることになる。ジェンティーリは、さも当然であるかのように、以上のような形式に則って宣戦布告を行うべきだと唱えている⁸⁾。

では、彼のそのような発想はどこに由来するのであろうか。国際法の発展史に

5) *Ibid.*, chap. 1, p. 131.

6) *D. I. B.*, b. I, chap. 21, p. 99.

7) PHILLIPSON, Coleman, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome II* (1911), pp. 329-338. *Rerum repetitio* と *clarigatio* は、その主旨及び機能と主体において類似しているが、後者はもっぱら口頭によるものであったと考えられている。両者は、考え方としては、ローマ私法上の訴訟における *interpellatio* の規定と類似している。この点について、同氏は、ジェンティーリの『戦争法論』の英訳本が出版された際に著した前付き紹介文において言及している (PHILLIPSON, Coleman, "Introduction", *D. I. B.*, b. I, 38a)。

8) *D. I. B.*, b. II, chap. 1, p. 131.

関する研究の大家フィリップソン (Coleman Phillipson, 1875-1958) によれば、ローマの従軍祭官法における宣戦の形式を重視する伝統は、中世において、戦争についての思考を記した聖俗の多くの著者たち——例えば、セビリアのイシドールスや註解学派のバルドゥスなど——に影響を与え、近世まで引き継がれているという。一例として、16世紀のカノン法学者コンラドゥス・ブルヌス (Konrad Braun, ラテン語名 Conradus Brunus, 1491-1563) は、自らの著作『外交使節論 (*De legationibus*)』において、戦争の開始に先立つ *Diffidatio* の存続を唱えている⁹⁾。*Diffidatio* とは、中世において、宣戦及び交戦行為を開始する従来形式を総称するものであった。そのほか、ベリー (Pierino Belli, 1502-1575) も著書『軍事・戦争論 (*De re militari et bello tractatus*)』の中で宣戦の形式に関する古典的な規定と実情とに言及しており、敵対行為の開始までの猶予期間について、明確に定めることはしなかったものの、3日間を置くとする見解を肯定的に引用している¹⁰⁾。しかし、16世紀にあつては、たとえ思想家たちがそれを支持する意見を示したとしても、敵対行為の開始を宣告するために伝令官が派遣された事例がいくつか散見されるのを除けば、実際には、宣戦の形式は、一般的に遵守されることはなかった。このように宣戦の形式がほぼ廃棄されたといってもよい現状に対し、ジェンティーリは、断固たる反対の姿勢を示したのである。彼が、古代の万民法と神の命令に従い¹¹⁾、敵対行為の開始以前に一定程度の長さの猶予

9) BRUNUS, Conradus, *De legationibus libri quinque*, b. III, chap. 8: "Quin & monition quaedam bellum praecedere debet, quam nostri diffidationem uocant." *D. Conradi Bruni iueconsulti Opera tria, nunc primum aedita* (1548), p. 117; PHILLIPSON, "Introduction", 39a.

10) BELLI, Pierino, *De re militari et bello tractatus* as no. 18 of James Brown Scott (gen. ed.), *The Classics of International Law* (Oxford, 1936), pt II, tit. 8; PHILLIPSON, "Introduction", 39a.

11) ジェンティーリは、正当戦争を發動しうる質料因についてカノン法学者と一線を画する極めて非宗教的な見解を示しながらも、一方で「神的原因 (*causae divinae*)」をその一つに含めている。彼はこのことを、旧約聖書「申命記」20章に記載されるイスラエル人の戦争を事例として説明している (*D. I. B.*, b. I, chap. 8, pp. 36-37; 『聖書 新共同訳 旧約聖書続編つき』(日本聖書協会, 1991)、311-312頁。前掲拙稿, pp. 117-118を参照)。彼のこうした見解は、「質料因」の解釈を拡大させるものであるとも考えられるが、他方で、「申命記」20章10・11節に見られるような記述も考えあわせれば、戦争を行う前に降伏を勧告するなど戦争を回避する手段を講じることが求められているとも理解できる。

期間を置くように求めたのは、まさにこれが理由であった。

しかし、他方でジェンティーリは、実際に敵対行為を開始する前に、正式な宣言または公的な布告を行う義務が免除されるような特殊な状況についても考えている。ここでも彼は、ローマにおける規定と慣行を引き合いに出している。それは、例えば、外国からの急な攻撃に対する防衛——いわば、「必要的自衛 (*necessaria defensio*)」——として戦争が行われるような場合である¹²⁾。また、内戦の際に、反乱を起こした臣民と君主が対峙するような場合にも、君主は、国家間の戦争におけるような正式な宣戦手続きを行うような義務を負わないと、彼は考えている¹³⁾。また、類似のケースとして、独立を失った民族に対する戦争——この場合、厳密に言うとそれは戦争ではなくただの武力行使とみなされるのであるが——についても、相手方に、ローマ法上の法人格からの類推として認められる国際法の主体たる国家の資格が存せず、戦争の当事者に通常予定される法的な平等性が欠如しているため、双方とも正式な宣戦の形式に則る必要はないとされている¹⁴⁾。

総じていうと、交戦国はいずれも原則として、しかるべき形式に従い宣戦布告を行った後に戦闘行為を始めるべきであるが、ただ例外的に外国から突発的な攻撃を受け正式な宣戦形式を守る時間的余裕がない自衛戦争を行う場合、及び、上位にある領主が下位にある者に対し武力により刑事的懲罰をなすような場合においては、宣戦の形式は守られる必要がない、というのがジェンティーリの見解であった。

2. 交戦行為：信義誠実の原則

中世及び近代初期のかなりの期間において、実際に戦争あるいは私戦中になされた行為は、常に、野蛮と残虐を極めるようなものであり続けてきた。「忠誠」、「奉仕」、「武勇」、「廉恥」、「名誉」などの多くの美德をその内容とするいわゆる「騎士道精神」が西欧社会において戦う者の奉じる理念として高く掲げられてい

12) *D. I. B.*, b. II, chap. 2, p. 136.

13) *Ibid.*, chap. 2, pp. 138-139.

14) *D. I. B.*, b. II, chap. 2, p. 136.

たにもかかわらず、実際の戦闘において戦士たちは、往々にして、勝利がもたらす短絡的で、しかしながら莫大な経済的・政治的利益に目が眩んでしまい、敵を崩壊に導くために実行可能でかつ効果的な手法に思い当たりさえすれば、それらがたとえ卑劣なものであれ、何の躊躇もなくそのすべてを実行に移してしまったのである¹⁵⁾。このような無秩序で恐ろしい戦争や私闘は、西欧社会では長期に渡り極めて頻繁に発生していたのみならず、十字軍の活動とともに東方と北方にも広がっていくこととなった。こうした異教徒との戦いの中で、人々はもはや、自分自身が、何ら法的、道徳的、人道的な制約により拘束されることはないと考えてるに至り、それまで以上に恣意的な破壊行動をとったり、殺傷力の高い武器や戦法を使用したり、あるいは欺瞞的な策略を巡らしたりするようになったのである¹⁶⁾。

以下で述べる戦争における行為についてのジェンティーリの見解は、こうした現実を考慮してか、戦争を発動する前の質料因に対する考慮の中で示されたような現実的な政治判断に偏る姿勢から離れ、理念によって現実を規制しようとする意欲を極めて明確に示している。ジェンティーリは、敵の武力を制圧し屈服させるためには、無分別な殺戮行為や無差別な破壊、あるいは過度な暴力と欺瞞の手段を尽くすような必要は必ずしもないと考えている。それとは逆に、むしろ彼は、戦争における敵に対して平等な立場において接し、さながら決闘のように、しかるべきルールの下で正々堂々と勝敗を決めるべきだと唱えているのである¹⁷⁾。

このことを大原則として、ジェンティーリは、道徳に反すると思われる——そして現実に実行に移される可能性のある——個々の交戦行為をめぐり、具体的な考察を展開していく。

まず、計略と策謀については、戦争中にそれらを用いること自体は許されるものの、相手方と交わした約束を破るような背信行為がなされないことがその条件

15) この点に言及した著作は多く存在している。たとえば、ノーマン・ディヴィス著、別宮貞徳訳『ヨーロッパII 中世』（共同通信社、2000年）、222-246頁、ホイジンガ著、堀越孝一訳『中世の秋』（上）（中央公論社、1989年）、181-210頁などがある。

16) この問題に関しても今まで多くの著作において指摘がなされている。その一例を挙げると、S.ランシマン著、和田廣訳『十字軍の歴史』、186-210頁、などがある。

17) *D. I. B.*, b. II, chap. 8, p. 166.

となる、とジェンティーリは述べている¹⁸⁾。すなわち、敵との間にも信義誠実 (*bona fides*) の原則が守られるべきであり、戦争に際してのあらゆる行為はその原則に基づいて行われ、交わした誓言はその原則の下で遵守されなければならない、とするのである¹⁹⁾。

ただし、信義誠実原則の制限を受けないところでは、敵に虚言する行為が不正とされない場合もありうる。ジェンティーリが挙げている例としては、アテナイの将軍テミストクレス (Themistocles, c. 524-c. 460 B.C.) が、サラミス海戦 (480 B.C.) に勝利を収めた後、敵であるペルシアの軍勢が引き続きギリシアに留まることで新たな危険が生ずるのではないかという懸念から、敵の将たるペルシア王クセルクセス (Xerxes I, c. 519-465 B.C.) に内密に親書を送り、ギリシア軍がペルシア軍の退路を断つ計略があるため、その前に撤退したほうがよいと伝えた、というものがある。ジェンティーリによれば、これは、全くの虚言であり、ペルシア王に個人的な恩を着せる決して高潔とは言えない目的も有するものの、戦争における不正な欺瞞とは考えるべきではない、とされている²⁰⁾。

次に、戦争におけるスパイの使用に関して論じられている。ジェンティーリは、スパイの使用は法的には許されるものの、スパイ自身は、捕まった場合処刑されるリスクを負うことになる、と述べている。すなわち、当然のことではあるが、スパイは、外交の任務に当たる使節たちの享有する刑事免責特権を有しないと考えられていた。一方、元来敵側に属していた者を教唆して自らのために働かせることは、それ自体が不正な手段であるとされている。ただし、もし敵側が先に裏切り行為を促していることが明らかならば、その報復として、あるいは、両者間の平等を保つために、こちらもその使用が許される²¹⁾。

また、戦闘において毒物や呪術を使用することは、ジェンティーリにおいては、

18) *Ibid.*, chap. 3, p. 142.

19) *Ibid.*, chap. 4, p. 145.

20) *Ibid.*, chap. 5, pp. 149-150. ここにおいて、ジェンティーリがカノン法学者及び神学者から影響を受けていることは明らかである。というのは、この見解は、グラティアヌスの教令集 (*Decretum Gratiani*, II, xxiii, 2, 2) 及びトマス・アクィナスの『神学大全』 (*Summa theologiae*, II, ii, qu. 40, art. 3) などを引き継いだものであるからである。

21) *Ibid.*, chap. 9, pp. 173-175.

自然法に反し神からも許されないものであり、国同士の正々堂々とした決闘に相当する公的戦争の場には相応しくないとされ、断固たる否定の対象となっている²²⁾。戦争における有毒生物や猛猛な野獣の使用は同じく否定されるが、象や馬、犬などの動物の利用は、古来より実際に戦争で慣習的に実行されてきたことから、妥当な手段であると認められている²³⁾。

最後に、敵に対する暗殺行為についても、ジェンティーリは1章を割いて論じている。そのような行為は両国間の公的戦争において決して許されるものではない、というのが彼の見解である。したがって、ローマの青年ガイウス・ムキウス・スカエヴォラがローマ包囲する軍を率いるキウーシ王ボルセンナを暗殺した行動(508 B.C.)も²⁴⁾、アッシリアの將軍ホロフェルネスの寝込みを襲って自分の町を救ったユダヤの女性ユディトの行動も²⁵⁾、一般的には歴史家から勇気溢れる英雄的な行為と称賛されているのであるが、ジェンティーリの中では——彼はここでジャン・ボダンを引用している——醜い行為とされているのである²⁶⁾。

正しい交戦行為をめぐるジェンティーリの観点は、戦争の「動力因」と「質料因」を論述する際に見せた態度と首尾一貫している。このような観点は、ローマ法註解学派としての見解というより、むしろ、カノン法やキリスト教的正戦論の影響を受けて形成されたものであるといえよう。というのも、バルドゥスを代表とする註解学派の法学者たちは、戦争中であれば、場所や手段を問わず敵を殺すことはどうあれ正当であると考えていたからである²⁷⁾。ジェンティーリはこれ

22) *Ibid.*, chap. 6, p. 155. 戦争における毒物の使用に関するジェンティーリの態度は、註解学派のバルドゥスや彼と同時代の他の法学者のそれと比べ、ずいぶん人道的なものであることは明らかである (PHILLIPSON, "Introduction", 40a)。したがって、現代の研究者は、彼が国際法の領域においてそのような見解を明示した最初の人物だと認定し、しばしば、化学兵器使用禁止条例の歴史を回顧する際にジェンティーリの名に触れている。たとえば、GREEN, Leslie C. *The Contemporary Law of Armed Conflict* (Manchester & New York, 1993), p. 135; PRICE, Richard M., *The Chemical Weapons Taboo* (Cornell University Press, 1997), pp. 21-22; WEERAMANTRY, Christopher G., *Universalising International Law* (Leiden, 2004), p. 496 などがある。

23) *D. I. B.*, b. II, chaps. 6-7, pp. 155-162.

24) *Ibid.*, chap. 8, p. 166.

25) *Ibid.*, chap. 8, p. 167; 「旧約聖書続編 ユディト記」13章1-10節、『聖書』、47-48頁。

26) *D. I. B.*, b. II, chap. 8, p. 167.

に対し、そうした見解がひとたび戦争で適用される原則となってしまうと、卑劣で背信的な行動が正当化され、敢えてそれを行う気風が助長されるに違いないという懸念を示している²⁸⁾。

3. 軍事協定と休戦：信義誠実原則の遵守

ヨーロッパでは近世まで、戦争において、同一人物が国の君主と軍の司令官を兼任することが極めて多かったため、両者の区別は、非常に不明瞭である。それに対し、ジェンティーリは、両者を厳格に区別し、戦争中の軍事的行動に関する最高決定権を後者に認める考えを示した。彼によれば、軍の司令官がその権限内に属する事項、あるいは国の君主によって委ねられた事項を定めた軍事協定を締結することができる²⁹⁾。何らかの理由で司令官が不在となった場合、その下位にある高級将校にも同様なことが許される。しかしながら、司令官の権限は、基本的に、一定の軍事的行動と作戦に関係する領域に限定され、戦争を終了させ決定的な平和をもたらす権限はあくまで国の君主に専属するものであるとされる³⁰⁾。軍の司令官の有する権限の代表的な例としては、休戦協定の締結が挙げられる。

休戦は、敵対行為の一時的中断を求める様々な目的の下で約定される。その目的としては、例えば、自然法と神の法により命じられ、そして人類社会の普遍的な合意にも認められている戦死者の埋葬や、あるいは、捕虜の交換と解放などが挙げられている³¹⁾。ジェンティーリは、休戦と「平和」との区別を徹底的に論じ、仮に休戦下で敵対行為を中断する時期が長く続いたとしても、それがもたらす法的効果は「平和」との間では大いに異なっていると考える³²⁾。休戦は、交戦双方が能動的に選択した暫定的な協定であるため、その開始と終止の時期が明

27) *Ibid.*, chap. 8, p. 167; GREWE, Wilhelm G., BYERS, Michael (transl. & rev.), *The Epochs of International Law* (de Gruyter, 2000), p. 212; PHILLIPSON, "Introduction", 40a.

28) *D. I. B.*, b. II, chap. 5, p. 149.

29) *Ibid.*, chap. 10, p. 176.

30) *Ibid.*, chap. 10, p. 176.

31) *Ibid.*, chap. 10, p. 177; *ibid.* chap. 24, p. 283.

32) *Ibid.*, chap. 12, pp. 186-188.

確に定められており、休戦中に突発的な事件が起きた場合などには直ちに中止される可能性もあるとされるのである³³⁾。

ちなみに、休戦協定の責任者は軍の司令官であることから、兵士個人が、独断で約定の事項に反する行為をなした場合、それによって休戦が崩れるとは考えられていない。しかし、その場合、休戦を続行させるために、行為者本人は懲罰のために相手方に引き渡されなければならないとされる³⁴⁾。

また、休戦中に、軍隊を敵側に秘密裏に前進または後退させるなどして軍勢の配置を変えてはならない、とジェンティーリは述べている³⁵⁾。休戦中の戦闘地域における安全通行は、信義誠実の原則に基づいて保障されるものであり、一方当事者がこれに違反して通行を妨害するようなことがあった場合には、他方当事者にはしかるべき報復が許されることになる³⁶⁾。

総じて言うと、休戦に関わるあらゆる種類の合意と約束は、常に信義誠実の原則のもとで遵守されなければならないのである。当初から相手方をはぐらかすような意図を持って約定を結ぶようなことはあってはならず、誤解が生じかねないようなあいまいな文言や、後になって責任を逃れるために多義的に解釈できるような内容を有意に加えることも許されない。さらに、休戦期間中において約定の内容を捻じ曲げて解釈したり、相手にそのような疑いを抱かせるような行動をしたりしてはならないのである。上のような事態が発生し、信義誠実の原則が守られない場合、休戦の約定期間に関わらず、戦争が再開されることになるのである³⁷⁾。

4. 敵国人の処遇：不必要な暴行の禁止

前述のように、西欧社会においては、中近世を通じて、戦争や私闘が極めて頻繁に起きてきた。そのような武力衝突がいったん起きると、敵側の戦力を破壊するためあらゆる手段が尽くされていたのも既に見てきたとおりである。それだ

33) *Ibid.*, chap. 12, p. 189.

34) *Ibid.*, chap. 12, pp. 189-190.

35) *Ibid.*, chap. 13, p. 191.

36) *Ibid.*, chap. 14, pp. 195-201.

37) *Ibid.*, chap. 12, p. 189; *ibid.* chap. 13, pp. 191-192.

けでなく、こうした戦闘においては、非戦闘員、または、戦闘員ではあったもののすでに戦力から除外される者に対する処遇も非常に残虐なものであった。

このような状況に対し、ジェンティーリは、『戦争法論』2巻で多くの章節を割いて、戦争遂行に当たり、脱走兵、捕虜、投降者、人質、嘆願者、婦女と児童、農民、商人、巡礼者などさまざまな身分の者が遇されるべき正しい扱いについて論じた。以下、これらの、戦力とならないとみなされていた者を大まかにA捕虜、B人質、C嘆願者と非戦闘員、D外国人の四種に分けて、それぞれの処遇に関するジェンティーリの観点を考察していこう。

A 捕虜

ジェンティーリは、戦争捕虜の処遇をめくり次のように議論を展開する。

まず、捕虜が恣意的に殺害されてきたという現実に対し³⁸⁾、ジェンティーリは、敵の武装を解除し、捕虜として捕らえることができる可能性がある場合に、敢えてそれを殺す行為は不正だとされるべきであるとする。というのは、敵側の戦闘員を無力化して捕虜にとることは、彼らを殺すのと同じ程度に敵側を弱体化させる効果を持つため、この場合における殺害行為は、無用で不必要な殺戮を意味することになるからである³⁹⁾。

上述した功利的見地に基づく理由のほか、ジェンティーリは、自然法と神の法においても戦争捕虜は殺されてはならないと定められているとしている⁴⁰⁾。彼は、もちろん、多くの戦争捕虜の殺害が現実において頻繁に起きていることから目を逸らしているわけではない。そうではなく彼は、『学説彙纂』に記されるパウルの言葉——「善いとされることがすべて守られるとは限らない (*non omne quod licet bone stum est*)」⁴¹⁾——を引用することで、現実という成因ゆえに理念と実際との乖離が起き得る現象であることを説明している⁴²⁾。

38) 近世の戦争における捕虜の殺害に関して、山内進『略奪の法観念史：中・近世ヨーロッパの人・戦争・法』、50-51頁。

39) *Ibid.*, chap. 16, p. 208.

40) *Ibid.*, chap. 16, p. 210.

41) *Ibid.*, chap. 16, p. 211; *Digest.*, L. xvii. 144.

42) *D. I. B.*, b. II, chap. 24, pp. 278-288.

ジェンティーリが生きた時代にあつては、捕虜は、殺害されないならば、大体の場合、自国側にとられた捕虜との身柄交換あるいは身代金要求の材料とされていた。フィリップソンの研究によると、古代において戦争捕虜を待ち受けていた運命は、通常、冷酷に殺害されるか、神への犠牲として捧げられるか、または、生命が容赦される場合であっても奴隷の身に落とされるという過酷なものであった⁴³⁾。中世に入ってからこうした状況が改善されることはさほどなかったが⁴⁴⁾、ただし、身代金を支払って解放されるという選択肢が加えられることになった。この時代には、軍の指揮官たちが、捕虜を任意に処置する権限が自らに留保されていると主張するケースが多々見られるが、このことは、戦争捕虜——および彼らを利用した身代金の獲得——が彼ら指揮官にとって重要な財源となっていたことを示している⁴⁵⁾。上述したような悲惨な処遇は、ジェンティーリの時代にあつても、なお続いていたと思われる⁴⁶⁾。捕虜たちは、しばしば、刑事犯と同様に扱われ、あるいは敵側兵士の個人的な復讐対象とされることもあった。

他の多くの問題と同様に、ジェンティーリはこの問題を議論する際にも、時代性を超越した進歩的な発想を示している。彼は、ある町を陥落させた後、それまで力強い抵抗を続けていた兵士たちを捕らえて絞首した、フランス王アンリ2世の行為を強く批判した。これは、捕虜となった兵士たちにとってそのような刑罰

43) PHILLIPSON, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome II* (1911), pp. 251-266.

44) 捕虜が悲惨な境遇に置かれていたことは、当時の代表的な法学者の著述からも窺える。例えば、バルドゥスは、その法的地位について、捕虜は人間から物へと変化したため、家畜やその他の動産より以上の地位は認められないと論じる (*Primum Digesti verteris partem commentaria*, ad leg. IV)。しかし、他方、バルドゥスの師であるバルトルスやヨアネス・ダ・リニャーノ、ボネット、ペリーなどの論者は、同じキリスト教徒については、そのような処遇が許されるべきではないと異論を唱えた。というのは、キリスト教徒が「ローマ人民 (*populus Romanus*)」に属し、ある意味全員が皇帝の臣民であるからである。しかし、逆に言うと、これらの論者たちでさえ、「ローマ人民」以外の「法外人種 (*populi extranei*)」からとられた捕虜について、バルドゥスの観点が適用されると考えていることは言うまでも無い。捕虜の法的地位をめぐる中近世の論者の見解について、詳しくは PHILLIPSON, "Introduction", 42a; 山内前掲、66-84 頁を参照。

45) PHILLIPSON, "Introduction", 42a.

46) *D. I. B.*, b. II, chap. 18, p. 231.

の様式がふさわしくないからでもあるが、それ以上に、自らの君主の命令に従い、合法的に戦っていた者に対して懲罰を加えること自体が不名誉かつ残虐であるためであると、ジェンティーリは力説している⁴⁷⁾。

これまでの時代において——さらに言えば、ジェンティーリ以降のかなり長い年月に渡っても——監視者の人手不足や食糧の不足、捕虜たちが戦力として復帰する恐れなどの事情が、捕虜の処刑を正当化する理由となる、と考えられていた⁴⁸⁾。しかし、ジェンティーリは、捕虜に対する厳しい処遇が許される場合を、次のように極めて限定的なケースに止めている。すなわち、捕虜に対して何らかの罰が加えられるのは、彼らが自らを捕らえた者に対して危害を加えたり欺瞞を働かしたりするなど戦争法に反する行為があった場合や、あるいは、戦闘に戻ることはないが約束し釈放されたがその約束を守らず再び戦闘に参加し、もう一度捕虜となったような場合に限られる⁴⁹⁾。

捕虜となり敵側の暴力の対象から除外されるには、降伏を表明しなければならない。一般的に、兵士は、監房の中に (*intra praesidia*) に移送されるまで厳密な意味での捕虜にはなっていないが、武器を置き逃走の意思をみせないような投降者は、まだ正式に捕虜になっていなくても殺害されるべきではない、とジェンティーリは考えている。さらに、自由意思に基づく投降がなされた場合、それを拒むに足る特別かつ緊急な理由がない限り、投降は常に受け入れられ、投降者の身の安全が保障されなければならない。また、軍の指揮官または軍隊の大多数が降伏した場合には、その軍にあって降伏に反対していた者たちに対しても保護が与えられなければならないとされる⁵⁰⁾。

47) *Ibid.*, chap. 16, p. 208.

48) ちなみに、ジェンティーリの同時代人であるウィリアム・シェークスピアも自らの名作『ヘンリー5世』(1599)にイングランド王がフランス軍の捕虜殺害を命じるシーンを入れているが、それは、原案となる著者不明の『ヘンリー5世の著名な勝利 (*The Famous Victories of Henry the Fifth*)』(1598)にはなかったものである。この加筆の目的をめぐり研究者の間ではさまざまな推論がなされてきたが、捕虜殺害の正当性を論じる際にこれらの理由が用いられるが、不当性を論じる際に同時代人のジェンティーリの観点が引用されることもある。GURR, Andrew (ed.), *King Henry V* (Cambridge University Press, 1992), pp. 23-26; 徳見道夫「『ヘンリー5世』における捕虜殺害命令」、『言語文化研究』15巻、116頁。

49) *Ibid.*, chap. 18, p. 231.

捕虜は、ときには自軍捕虜との身柄交換によって、ときには身代金の支払いによって釈放され得る⁵¹⁾。前者の場合、捕虜の交換は、信義誠実の原則に基づいて公平に行われなければならない⁵²⁾。後者の場合、身代金の要求額は極端に高額で完全に支払い能力を超えるようなものではあってはならず、捕虜の身分および情状を総合的に考慮し、合理的に設定されなければならない。また、一旦身代金の額を決めたならば、たとえ後に捕虜がより大きな価値に値すると判明したとしても、変更することは許されない⁵³⁾。いずれにせよ、ジェンティーリの中で、戦争捕虜とは、中近世の戦争においてしばしばそうであるように、捕虜を取った側にとっての単なる金儲けの手段として位置付けられるべきではなく、法的に平等な立場を有していた敵が武装を解除した後の姿として、同じように平等かつ公正に扱われるべきものであると考えられていた。

加えて、このような立場に置かれている者の法的能力も問題とされた。まず、捕虜が釈放されたものの、身代金が支払われる以前に死亡してしまったならば、その相続人は代わりにそれを支払わなければならないとされる⁵⁴⁾。次に、捕虜には宣誓の能力が認められる。捕虜が一定内容の宣誓を行い釈放される場合、彼は基本的に自らの誓約内容を遵守しなければならない。しかし、もし宣誓の内容が彼の国家に不利をもたらしたり、戦争法に違反することを求めたりするようなものである場合には、宣誓はその拘束力を失う。ただし、この場合においては、自らの行った宣誓が守り得ない状況に陥るため、いったん釈放された捕虜は再び捕らわれの状態に戻るべきだというのが——ずいぶんと現実味の薄い理念と言わざるを得ないが——法学者たちの共通の見解であるとジェンティーリは述べ、彼自身もその見解を支持する姿勢を示していた⁵⁵⁾。さらに、ジェンティーリは、何らかの理由で再び自由を得た捕虜は、「原状回復の効力 (*vis postliminii*)」により、捕虜となるまで彼に属していたすべての権利を取り戻すことになると考え

50) *Ibid.*, chap. 17, p. 216.

51) *Ibid.*, chap. 15, p. 202.

52) *Ibid.*, chap. 15, p. 204.

53) *Ibid.*, chap. 15, p. 205.

54) *Ibid.*, chap. 15, p. 206.

55) *Ibid.*, chap. 11, p. 181.

る⁵⁶⁾。これらの問題に関する考察において、ジェンティーリは、ローマ法上の関連規定からその着想を得ている。このことは、論述の中で彼が専ら『学説彙纂』及びローマ法学者たちに依拠していることから明らかである。

B 人質

戦争の中の様々な局面において敵側から人質をとる慣習は、西欧社会において古くから存在しており、それは18世紀頃まで続いた。フィリップソンの考察によると、ジェンティーリの生きた時代において、人質をとる目的は、次に羅列されるようにさまざまであったという。すなわち、ある特定の約束——たとえば、国際条約に規定される事項——の期待通りの履行や、それ以外の一般的な責務の遂行を確保するため、軍事占領地域の住民から労働力を徴用しまたは物品を徴収する際にその実行を担保するため、占領軍の制定した諸種の規則に住民を服従させるため、住民たちをパルチザン組織による敵対行為へ参加させないため、などといった目的である⁵⁷⁾。

これほど多岐にわたる目的が設定されている以上、当然ながら、人質の法的地位や処遇をめぐることは、論者によって見解が様々に分かれている。その中でジェンティーリは、基本的にローマ法学の伝統に従い、人質の権利は次の2点において制限を受けると考えている。

まず、人質は被相続人になることができない。それは、遺言と相続は市民権を持つ者にしか認められない権利であるというローマ法上の観点に由来する結論である。というのは、人質は、居住国——すなわち、人質として囚われている場所——における市民権を当然ながら有しないため、遺言の権利をも持ち合わせないのである。それに加えて、抑留中の人質には市民権を持つ相続者もいないと考えられるため、その者が死去した際には、その財産は自動的に居住国の国有財産となるのである⁵⁸⁾。ここでは、人質の立場は、市民権を持たない奴隷と同等である。

56) *Digest.*, XLIX. xv. 12; *Digest.*, XXX. i. 43; *Code.*, VIII. i. 20; *D. I. B.*, b. II, chap. 15, p. 206.

57) PHILLIPSON, "Introduction", 41a.

58) *D. I. B.*, b. II, chap. 19, p. 241.

次に、人質は、約束により人質となったがゆえに、逃走することは許されない。特別な約定がない限り、逃走した人質が再び捕まった場合には死刑に処されるのが正当であるとされる。また、人質の逃走は、約束の不履行と見なされるため、同じ約束を履行させる目的でとった他の人質の処刑をも正当化することになる。さらに、仮に人質が逃走し、第三国等に逃げ込んだような場合には、それを受け入れる国は国際法違反を犯すことになるとも考えられる。逃走の点において、人質の立場は、捕虜と異なるのである。後者は特別な約定がない限り逃走の権利を有するが、前者はそれを有さないのである⁵⁹⁾。

以上は人質が自ら逃走する場合についての議論であるが、味方の約束不履行を理由として人質が処刑されることが正当であるかどうかについて、ジェンティーリは、興味深い態度を示している。彼は、一方において、味方の為政者が約束を破ったせいで人質が害を受けることは残忍であると認め、多くの賢明な将軍たちが、これまでに、他者の悪行を理由とした無辜の人質への懲罰の賦課を止めてきた事例がある、と指摘する⁶⁰⁾。しかし他方で、彼は、味方の為政者が約束の履行を違えたとき、人質が厳酷な処遇に付されるということは双方の共通の理解である以上、戦争に関する規範において最も重要な意義を有する信義誠実の原則を交戦者双方の間で貫徹するためには、人質に害を加えることもまた正義と利益に合致するものである、とも述べている⁶¹⁾。ジャン・ボダンも、約束の違背は実際には非常に頻繁に発生するものであり、そのたびごとに実際に人質を処刑していくとするなら大変恐ろしいことになるとし、それゆえ、現実には人質の処刑は広く行われなくなっている、と述べている。しかし、ジェンティーリは、ボダンのこの見解に異論を唱え、むしろ、ボダンの議論における原因と結果は逆転して考えられるべきであるとする。すなわち、背信行為に対する罰＝人質の処刑が実際には行われなくなったからこそ、約束の違背がこれほど多く増えてきたのである、とジェンティーリは主張するのである⁶²⁾。

59) *Ibid.*, chap. 19, p. 242.

60) *Ibid.*, chap. 19, p. 243.

61) *Ibid.*, chap. 19, p. 243.

62) *Ibid.*, chap. 19, p. 243. また、この点について、PHILLIPSON, "Introduction", 42a も指摘している。

C 嘆願者と非戦闘員

これまで、われわれは、ジェンティーリにおける敵側の「元戦闘員」が受けるべき処遇について考察してきたが、以下では、それ以外の典型的な「非戦闘員」に対する正しい扱いに関する彼の見解を見ていこう⁶³⁾。

ここで、まず挙げられているのは、嘆願者である。ジェンティーリの分類に従うと、嘆願者は、個別の人物に助命を嘆願する場合と、あるいは、特定の場所への避難を嘆願する場合の二種類のケースに分かれており、いずれの場合であれ嘆願者自身は戦闘にはもはや加わらないものの、必ずしも最初から非戦闘員であるというわけではないのである⁶⁴⁾。前者の例として、アイネイアスとの激闘の末負けて命乞いをしたトゥルヌスが、後者の例として、神殿に逃げ込んだためアレクサンドロス大王に放免されたテュロス人の貴族たちがそれぞれ挙げられる。神的、自然的、人道的いずれの理由においても、嘆願者は助命されるべきであるとジェンティーリは考えている⁶⁵⁾。しかしながら、彼は、以前残虐な行為を働いた者については、嘆願の権利は認められないとした。それにとどまらず、ジェンティーリはシケリアのディオドロス (Diodorus Siculus, 紀元前1世紀頃) が記したスパルタの将軍ギュリッポスの言葉を引用し、嘆願を許される者の範囲を明確にしている。すなわち、意図において非難されるところがない者、人類に共通す

63) *Ibid.*, 41a によれば、戦争において戦闘員と非戦闘員を区別して取り扱うべきであるとする観念は、中世からすでに存在しており、初期近代においては、法学者による著作のみならず、君主の法律や指揮官の命令の中にも含まれることもあるようになった。たとえば、1584年ネーデルランドで軍を率いたレスター伯の下で、次のような布告が出されたことが記録されている。「いかなる者も、指揮官からの特別な命令がない限り、子連れ的女性、分娩中の女性、老人、寡婦、若い娘、乳児の上に暴力の手を落としてならない」と (*State Papers, Domestic, Elizabeth, cclxiii, 102*)。しかし、その資料について、著者は未見である。

64) *D. I. B.*, b. II, chap. 20, pp. 246-250.

65) ただし、ジェンティーリは、嘆願を受ける者と異なる信仰を持ち当該宗教の聖なる場所に避難した嘆願者を放免すべきかどうかについて不確定な態度を示している。それに対し、宗教を共有する者同士の間において、聖地に避難するような嘆願は後述の特別な理由がない限り常に受け入れられるべきだとした (*Ibid.*, chap. 20, pp. 249-250)。だが、このような考え方は現実の敵対行動の中でどれほど受け入れられたかは定かではない。例えば、前述したエセックス伯宛の助言書の中では、病院または教会に避難を求める者の中に、もし捕虜として拘束する価値があるものがいたならば、それを拘束することと命じられている (*State Papers, loc. cit.*)。詳しくは、PHILLIPSON, "Introduction", 41a を参照。

る欠点により罪を犯してしまった者、やむを得ない事情により罪を犯すしかなかった者、及び、犯した罪が極悪非道なものではない者について、嘆願を聞き入れるべきだというのである⁶⁶⁾。

次に論じられているのは、婦女と幼児についてである。この両者は、基本的には戦争の中で命を奪われるべきではない⁶⁷⁾。ただし、前者については、——ジャンヌ・ダルクや川崎八重のごとく——男性のように戦闘員の機能を果たしている者については除外されなければならない⁶⁸⁾。また、味方の婦女や幼児がすでに敵側から違法な扱いを受けていた場合においても、上述の制限を受けない⁶⁹⁾。だが、いずれにせよ、婦女と幼児を厳しく扱うことは、やはり英雄に相応しくない行為であると考えられている⁷⁰⁾。

なお、ジェンティーリは、強姦など婦女の名誉を傷付ける行為は、いかなる場合であれ許されない暴行にあたと強く非難している⁷¹⁾。彼は、敵（戦闘員）の身体と財産を略奪することは自然に反するものではなく、手に入れたそれらを妻子とともに売り飛ばすことさえ奴隷制上違法なことではないとまで認めているのであるが、しかし捕えられた者が侮辱を受けることは明確な不正であると考えていた。それにとどまらず、「形相因」において述べられた多くの不正行為について、ジェンティーリは、ほとんど同害報復を許す——つまり、敵方が先にそのような行為をなした場合には相手方が同様に振る舞うことは正当であるとする——態度をとっているのであるが、この件については、仮に敵側が先に不正を行ったとしても、その報復として敵側の婦女に同様の侮辱を加えるべきではないと主張している⁷²⁾。そして、仮にある女性が戦闘員となり男性と同様に戦った場合、上述のように助命は認められなくとも仕方がないが、だからといってその女性に侮辱を加えることは許されるものではない、という見解を明示しているので

66) *D. I. B.*, b. II, chap. 20, p. 250.

67) *Ibid.*, chap. 21, p. 251.

68) *Ibid.*, chap. 21, pp. 252-253.

69) *Ibid.*, chap. 21, p. 253.

70) *Ibid.*, chap. 21, p. 257.

71) *Ibid.*, chap. 21, p. 257.

72) *Ibid.*, chap. 21, p. 257.

ある⁷³⁾。

第三に、老人と子どもも、基本的に、婦女と幼児に準じて、戦争において武力攻撃の対象とされるべきではない、という。しかし、これらの中でも、武装して戦闘に加わった者があれば、彼らは当然ながら容赦されることは求め得ない。さらに、老人であっても、その者が政策決定に関わるほど地位の高い者である場合、または傲慢で無礼な態度をとっている場合においては、攻撃を逃れることはできないとされた⁷⁴⁾。

これに加え、ジェンティーリは、ウルピアヌスを典拠として、精神病者や夢遊病者などの病人も戦争の暴力から助命されるべきであると、論じている。ただし、仮にこれら自らの行動をコントロールする能力に欠ける者から攻撃を受けた場合には、自衛のためにその命を奪うことも許されると、ジェンティーリは付言している。彼は、これらの者を理性のない獣に譬え、弱い立場にいることは認められるものの普通の人間と全く同じ権利を享有するわけではない、と考えているのである⁷⁵⁾。

最後に、身分の関係で戦闘に加わらないと考えられていた聖職者と農民が言及される。ジェンティーリは、聖職者は基本的に戦争において戦闘に参加するべきではなく、またその中であっても身の安全が保障されるべきであるとする教会法の規定に同調し、「ある者は神の戦士となる以上、地上で戦士になることをやめる」というバルドゥスの註解を引用し、ローマ法学者も同様の観点を持っている、と論じている⁷⁶⁾。しかしながら、聖職者といえども、実際に武器を持ち害をもたらしたり、武器を用いずとも言葉をもって教唆・助言・謀略等を提供して軍事活動に関わったりした者は、当然、戦闘員とみなされることになる⁷⁷⁾。とはいえ、後者の場合でも、聖職者はその他の戦闘員より軽く罰せられることが法理に合致するとジェンティーリは述べている⁷⁸⁾。

73) *Ibid.*, chap. 21, p. 259.

74) *Ibid.*, chap. 21, p. 260.

75) *Ibid.*, chap. 21, p. 260.

76) *Ibid.*, chap. 22, p. 261.

77) *Ibid.*, chap. 22, pp. 261-262.

78) *Ibid.*, chap. 22, p. 262.

農民についても、同様な原則が応用される。農民は、武装により、あるいは巧智により反抗しない限り、戦争において生命と財産を保護されるべきだとジェンティーリは考える。彼は、ローマ法の規定に依拠し、無害な農民の権利や農村生活の安寧を害す行為に断固反対する立場を示しているのである⁷⁹⁾。

D 外国人

敵国の非戦闘員に続き、敵地にいる外国人がいかに扱われるべきかが問題となる。ジェンティーリの生きていた初期近代においては、経済と科学技術の発展の結果人々の長距離移動がいつそう活発になっていたが、戦争から著しい影響を受けることが明白なのは、他ならぬ国際的な商業活動である。このことから、ジェンティーリは、もっぱら商人を例にとって戦時における外国人の処遇を論じたが、ただし自らの見解は巡礼者など他の目的を持つ旅行者にも準用され得るとしている⁸⁰⁾。

ジェンティーリの観点では、敵国に滞在している外国人は滞在者と定住者との二種類に分けられる。滞在者は、実際に敵対行為をしない限り、暴力から保護されるべきであり、同害報復が行われる場合にもその対象にはならない⁸¹⁾。彼らは滞在期間の長短にかかわらず、ただ敵国にいるという理由だけで敵になるわけではないのは明らかであり、その財産も、仮に敵国において有していたとしても戦争において取り上げられることはない⁸²⁾。

それに対して、その処遇をめぐりより複雑な論考が求められるのは定住者のほうである。

まず、ある者が外国において定住者となり得るのはいかなる条件を満たしたときなのか、が問題となる。これについてジェンティーリは、アレクサンデル・デ・イモラ⁸³⁾の観点に従い、ある地に自身の有する財産の大半を伴って住居を構え、永住の意思を有し、かつ現実に十年以上滞在したことを要件とする、とし

79) *Ibid.*, chap. 22, pp. 261, 262.

80) *Ibid.*, chap. 22, p. 265.

81) *Ibid.*, chap. 22, p. 263.

82) *Ibid.*, chap. 22, p. 265.

ている⁸⁴⁾。

次に、定住者となった外国人は居住国が戦争を行ったとき敵国からどのような扱いを受けるべきであるか、という問題に関しては、定住者は敵国の暴力から免れると主張するバルドゥスやアルチャート、コバルビアスなどがあるにもかかわらず、ジェンティーリは、上述した諸要件を満たした定住者は居住国の国民となり、他の国民と同等の権利と名誉を有する以上、戦争における不利益を同様に被らないわけにはいかず、したがって敵国による同害報復がなされる場合、当然その対象になり得るという見解を明らかにしている⁸⁵⁾。

そのほか、たとえ敵国に滞在していなくとも、場合によって外国人も戦争において攻撃の対象になりうると、ジェンティーリは付け加えた。ここでは専ら、敵国へ救援や助力を提供する者が想定されている⁸⁶⁾。ここにおいては、『戦争法論』の執筆契機となったイングランド対スペインの戦争から直接事例が挙げられており、敵国スペインのために物資と軍需品を運送するハンザ同盟の船に攻撃を仕掛けて貨物を奪ったイングランドの艦隊の行為は正当である、と述べられている。この事例においては、当該ハンザ同盟から、イングランドの敵とも差し支えなく友好を結び商業関係を持つ権利が条約により保障されているとして抗議の使者が派遣されたものの、エリザベス女王は、交戦双方のどちらとも友好関係を保つことは、片方を助けもう片方に害をもたらず行為と両立しないと述べたという記録が残っている。無論、女王のこの見解に、ジェンティーリは賛成の意を示している⁸⁷⁾。

最後に、敵国にいない敵国出身者の処遇についても議論がなされた。この件に関して、たとえばバルドゥスは、出生地より居住地をより重視し、敵国に生まれたとしても戦争がなされた当時にその敵国に居住していないのであれば戦争にお

83) Alexander de Imola, または Alexander Tantagnus (1423/24-1477)。パヴィア、フェラウラ、パドヴァ、ポローニャなどの地で教歴を持つローマ法学者。著書などについて詳しくは Savigny, Friedrich Karl von, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter VI* (Heidelberg, 1831), pp. 271-277 を参照。

84) *D. I. B.*, b. II, chap. 22, p. 263.

85) *Ibid.*, chap. 22, pp. 263-265.

86) *Ibid.*, chap. 22, p. 267.

87) *Ibid.*, chap. 22, p. 267.

いて敵として扱われたいとしているが、これに対し、ジェンティーリは、むしろ、出生地が人に対して及ぼす影響は非常に大きいと考え、敵国にいない敵国出身者は、同害報復の対象にはならないかもしれないが、戦争全体においては敵国にいる国民と同様な立場にいると考えた⁸⁸⁾。ここでは、該当者の処遇そのものより、むしろ国籍に関するジェンティーリの観点がより興味深い。彼は、居住地の変更や本人の意思により、国籍をいくつも追加すること自体は可能だが、そのことにより出生により取得した「自然的国籍」が消滅するというわけではなく、むしろそれは後天的に取得した国籍よりもはるかに強固に存続すると考えているのである。

5. 物の取り扱い：軍事標的と非軍事標的の区別

前節の冒頭で触れたように、西欧社会においては、中近世を通じて、戦争や私闘が極めて頻繁に起きてきた。そのような武力衝突の中では、敵側の戦力を破壊するためにあらゆる手段が尽くされるだけでなく、町を焼き払い、土地を荒廃させ、神聖な場所や他の建築物を破壊し、聖物や芸術品などを根こそぎ略奪するようなことも当然のように見られたのである⁸⁹⁾。このような状況の中で、ジェンティーリは、戦争にあって略奪してよい財物と攻撃してよい標的を、そうでないものから区別し、後者に対する侵犯を禁ずることによって、上述した被害の範囲を制限しようとした。

それでは、彼は略奪してよい財物と攻撃してよい標的とを、具体的にどのように区別しているのであろうか。

まず、敵国にいる人々の処遇を論じる中で、ジェンティーリは、敵の財産に属さない物を取り上げることは許されてはならないと明言している⁹⁰⁾。彼が、戦争を遂行する正当な権威を国家のみであると考えているのは確かだが、しかし、戦争自体について、全国民がそれに加わる総力戦だと捉えているわけではない。彼が上述のように「敵」という言葉を使うとき、そこからは、敵国にいる

88) *Ibid.*, chap. 22, p. 268.

89) 中近世の戦争における略奪と破壊の現状について、山内前掲、1-49頁。

90) *D. I. B.*, b. II, chap. 22, p. 266.

者であっても、婦女、幼児、子供、老人、病人、聖職者、農民などの非戦闘員と、たまたまそこに滞在していた旅行者は除外されている。他方、たとえ敵国内にいないとしても、敵の軍隊に参加し、または敵国に助力や支援とを提供するような外国人がそこに含まれることはすでに述べたことから明らかである。すなわち、ジェンティーリが略奪を正当化するのは、敵になる者たちの財産のみに限られるのである。

しかし、敵に所有される財産ではなく、契約や担保、預託、貸与などの事情で敵のもとに所在がある敵以外の者の財物については、いかに処理されるべきなのであろうか。ここで、ジェンティーリは、アルチャートを引用し、それらの財物も、開戦以前に占有が移転されていたものを除けば、占有が侵害されたとしても許されるとした。というのも、開戦以前の段階でそれが予知できずにまだどの国の「敵」にもなっていない者と財物のやり取りをした者は保護されるべきであるが、戦争が始まって後に、交戦の当事者と新たに財物関係を結ぶならば、それは自ら戦争に加担するものと受け取られ、不利益を被ったとしてもやむを得ないと考えられるからである⁹¹⁾。

次に、攻撃が許される標的の範囲に関して、ジェンティーリは、もっぱら、歴史家ポリュビオスの観点を検討の対象とした。ポリュビオスは、敵を弱体化し味方の力を増強する効果があるとの理由で、要塞、庭園、町村、住宅、船舶、農作物などの破壊を許容するが、逆に寺院、柱廊、彫像及びその類のものへの破壊は利益を伴わず意味のない行為であると考え、それらに対して敢えて破壊を行うことはまったく馬鹿げた、愚かしい行為だと非難した。なぜなら、善き人であれば、戦争を行うとしても、敵を完全に破滅させるためではなく、悪事を働いた者——すなわち敵——の罪が懲罰と矯正を受けることのみ目的とするからである⁹²⁾。このようなポリュビオスの見解をジェンティーリも基本的に受け入れているが⁹³⁾、次の2点においては新しく自分の見解を付け加えている。

第一に、寺院はいかなる場合であれ絶対に攻撃の標的とはならないのか、とい

91) *Ibid.*, chap. 22, pp. 268-269.

92) ポリュビオスの見解について、PHILLIPSON, *International Law and Custom of Ancient Greece and Rome II*, pp. 248-250; *Id.*, "Introduction", 40a.

う点について、ジェンティーリは、むしろ、懐疑的な態度を示している。彼は、確かに、自らも「戦争は神と聖物ではなく武装した人間を相手に行われるものだ」と述べ⁹⁴⁾、墓地と寺院に対する侵害行為を原則的に否定するが、しかし敵がすでに味方の聖所を冒瀆したような場合に報復手段として敵の寺院や墓地を侵すことについては、一片の躊躇もなくそれを肯定している。それだけではなく、彼は、悪には悪を以って応じることが正義に適い、かつ悪が行われることを防止するために有効であるということを、繰り返し強調しているのである。

こうした主張を展開する際には、ジェンティーリは、具体的事例の典拠として、歴史的著作を除けば、もっぱら、バルドゥスをはじめとするローマ法学者の註解や、アリストテレスやセネカなど古典古代の哲学者による著述を引用しており、カノン法学や神学に属する業績には依拠していない⁹⁵⁾。これは、いうまでもなく、道徳的・内面的に高潔な意図があるか否かを正戦の重要な基準の一つとする従来のキリスト教的正戦論の中では、報復は、武力行使の正当原因と見なされずにくたからである。しかしながら、それに反してジェンティーリの関心は、一貫して、戦争遂行中の行為規範を合理的に設定し、交戦当事者双方をなるべく同じ条件の下で公平に「決闘」させるような環境を整えることに置かれているのである。

なお、寺院の侵犯についてジェンティーリは、さらに細かく議論を展開し、最終的に、下の三つの状況においてそれが許されるとした。すなわち、1) 味方の神殿を侵害した敵に対し報復を行う場合、2) 寺院が敵により要塞化されその存在が戦争の勝利にとって大きな妨害要素となる場合、3) 敵がすでに寺院に侵入し、中の聖物を持ち出したか、あるいは、敵がいまだに寺院の中に留まっている

93) フィリップソンは、ジェンティーリのこうした観点が、彼の学術的な影響力及びその交友関係を通じ、当時のイングランドの戦争政策に一定の影響をもたらした可能性がある指摘している。一例として、1597年にネーデルランドで軍事行動に参加することとなったエセックス伯に宛てたジェンティーリの助言の中には、病院とあらゆる聖なる場所を侵す行為が禁じられる、と記されているのである。それについて、詳しくは、PHILLIPSON, Coleman, *The Great Jurists of the World*. XIII. Albericus Gentilis, *The Journal of the Society of Comparative Legislation* (1912), pp. 52-80を参照。

94) *D. I. B.*, b. II, chap. 23, p. 272.

95) *Ibid.*, chap. 23, pp. 271-272.

ような場合、の三つである⁹⁶⁾。ここからも分かる通り、ジェンティーリは、教会というものを、神聖で不可侵な「神の家」であるなどとは考えておらず、むしろ戦時において暴力の行使が和らげられる可能性のある一種の特殊な空間に過ぎないと位置付けていることが分かる。そして、この空間に対する保護の可能性は、功利性の面でより高度な必要性が生じる場合には、いかにも簡単に消え失せてしまうのである。

ジェンティーリがポリュビオスの観点から離れ、独自の見解を示しているもう一つの例は、農地及び結実している果樹に代表される農作物の取り扱いである。戦果に結びつくなら農作物を荒らしてもよいと考えるポリュビオスに対して、ジェンティーリは、断固として、農地と農作物とが戦争における暴力から保護されるべきことを求める。ここでの彼の信念は、教会に対する保護を論ずる際のそれより固いものであることは明らかである。彼は、旧約聖書の「申命記」、歴史家ヨセフス (Flavius Josephus, 37-100 頃) の記述及びプラトンの観点などを引用し、歴史と伝統に立脚すれば農地と農作物に対する侵害は決して許されるものではないと明言するとともに、功利的な面からも農地と農作物を保護する必要性を説いている。というのは、ある国にとって敵と友は常に変化のうちにあり、今日の敵は明日の友にもなり得ると考えるなら、戦闘において農作物という敵国の生命線を侵害せずにおくという自制は、将来に平和をもたらす可能性を高めるものであるからである。それに、たとえ平和の見込みがないとしても、農地と農作物の保存は、少なくとも、その地を実際に支配している味方にとって、支配が続く間は、経済的利益をもたらすことができるはずなのである⁹⁷⁾。

Ⅲ おわりに：近代的戦時国際法の端緒

以上において、われわれは、ジェンティーリの主著『戦争法論』第2巻を対象に、正戦を構成する「形相因」をめぐる彼の構想を考察してきた。ここから、ジェンティーリの学説は、次のいくつかの点において明確な特徴を示していたこと

96) *Ibid.*, chap. 23, pp. 274-275.

97) *Ibid.*, chap. 23, pp. 275-276.

が分かる。

第一に、ジェンティーリは、『戦争法論』の第1巻の中で非常に広範な事由を「質料因」に含ませ、それらが戦争発動に値する理由であるとしながら、第2巻の中で「形相因」を細かく論じて戦争の暴力を極力限定するといった、一見矛盾した態度を示しているのである。これは、ジェンティーリの、戦争の機能と結果に関する冷静で客観的な認識に由来すると考えられる。すなわち、彼は、一方において、本質的には誰にも裁かれることのない主権国家間の紛争を解決するという戦争の持つ積極的な機能を認めつつ、他方において、戦争がもたらす莫大な弊害をも認識しているのである。そのため、彼は、『戦争法論』第1巻において、戦争は主権国家の政治的判断により発動されうると論ずる一方で、それは紛争解決のための最後の手段として考えなければならないということも明言した。これは、戦争のもたらす暴力と被害があまりにも甚大なものであるため、それに訴える前になるべく平和的な政治交渉と第三者による調停などの紛争解決方法を試みるほうが望ましいという観点に基づいていると考えられる。

また、『戦争法論』第1巻の中で、ジェンティーリは、戦争とは、平等な者同士による「決闘」でなければならないとも規定している。「決闘」の場合は、双方は、敵の権利を認めることも含めた一定のルールの下で交戦することになるが、『戦争法論』第2巻は、まさにそのルールを具体的に設定するためのガイドブックである。そして、ジェンティーリの考案する交戦規則は、戦争遂行中に当事者たちが直面し得る各種の問題を全面的に検討しているのみならず、ほとんどの場合において、彼の生きた時代に実際に行われていた戦争よりはるかに暴力を制限する人道的な内容を示しているのである⁹⁸⁾。換言すれば、『戦争法論』第2巻は、初期近代において、初めて戦争における交戦規則を独立かつ体系的に整理した著作として画期的な意義を有するものと言うことができるだろう。

しかし、『戦争法論』第2巻の価値はそれにはとどまらない。それは、交戦行為というものについて、それまでの道徳的基準による判断を絶対視する見方から離れ、戦争に、合道徳性ではなく合法性をも求めるものである。ジェンティーリの論じる交戦規則の地平では、交戦者は、毒物を使ったり非戦闘員に不必要な暴行を加えたりする卑劣な行為を許されているわけではないことは言うまでもな

いが、さりとして、いかなる場面においても常に高潔な振る舞いを取ることが求められているわけでもないのである。その顕著な一例は、ジェンティーリが、通常は禁止されるべきいくつかの行為について、戦時における報復としてであれば許され得る、と論じている点に見出させる。たとえば、敵国の宗教施設については、基本的に破壊してはならないが、自国の宗教施設がすでに同種の攻撃を受けている場合、報復としてそれを破壊してもよい、とジェンティーリは述べているのである。あるいは、敵国からとった人質を殺害することは、本人に過ちがないということを考えるならば確かに残虐な行為ではあるが、その者の本国の為政者が当初の約定を守らなかった場合には、人質というものの本質からして、そのようなことがなされたとしてもやむをえない、とも彼は述べている。

つまるところ、ジェンティーリの観点においては、戦争とは主権国家が他国に対し自らの権益を主張する手段であるため、その権益を遂行する代行者、すなわち君主たちは、一個人としての信仰や道徳にとらわれずに、国家的利益の追求という目的達成に向けた最短路線に沿って合理的に進むべきであって、その途中で余計な暴力も温情も施す必要はないのである。

この点は、『戦争法論』第2巻の論述の主要対象そのものではないが、しかしながらわれわれは、それを通じて、近代国際法を構成する主体である国家のあり方についてのジェンティーリの見解を非常に明確に読み取ることができる。彼は、教会の権威が世俗の君主を凌駕するという考え方を否定するのみならず、中世より続いてきた人と土地を縛る封建的関係を一蹴し、近代国家に相応しい政治体制

98) しかし、いくつかの問題に関して、ジェンティーリは、必ずしも他の初期近代の論者より人道的な観点を示していないことも指摘されている。たとえば、蛮族を相手に戦争を遂行する場合、あるいは例外的な緊急事態のような場合には、一般的には禁じられている行為が合法的になされる可能性もあるとジェンティーリは考えているが、こうした表現からは、たとえばインディオについては、その権利をヨーロッパ人同様に認めるビトリアなどと比べ、いささか彼らの地位を低く見積もり、戦闘行為の正当性についての緩い判断基準を容認しているようにも見受けられることには留意する必要があるだろう。詳しくは、PAN-IZZA, Diego, "Political Theory and Jurisprudence in Gentili's '*De Iure Belli*': the Great Debate between 'Theological' and 'Humanist' Perspectives from Vitoria to Grotius", *ILLJ Working Paper: History and Theory of International Law Series* (New York University, School of Law, 2005). *Id.*, "The 'Freedom of See' and the 'Modern Cosmopolis' in Alberico Gentili's *De Iure Belli*", *Grotiana* 30 (2009), pp. 88-106 を参照。

の建設を唱えた。この体制の中では、国家はもはや君主の恣意なる処置に委ねられる家産ではなく、国民も無条件に君主の意思と決定に従う臣下としての存在ではなくなる。ジェンティーリは、最も上位にいる君主から最下層にいる一般庶民に至るまで、彼らが国家的事項に関わる際の「公的」な立場と私的目的のためになされる行為とを徹底的に区別し、それぞれの「公的」場面において有すべき権限と負うべき責任を明確に規定させてみせている。

たとえば、軍の指揮官が有するのは、交戦中における一時的または局地的な休戦を約定する権限のみであり、戦争を終結させる条約を取り決める権限を持つのはあくまでも一国の君主に限られる。他方で、中世においてはその武勇を賞賛されていたはずの、国家間戦争の最終責任者である君主同士が一騎打ちをもって戦争の勝敗に決着を付けようとする行為については、近代戦争においては荒唐無稽であるばかりではなく決して許されるべきものではない、とジェンティーリは断ずる。つまるところ、君主であれ国民であれ、プライベートの行為はともかくも、国家という大きな機械を構成する一部を担う場合には、常に国家の利益を忘れず、自らの権利と義務に従い合理的に振舞わなければならない、とジェンティーリは考えているのである。

最後に、われわれは、正戦における「動力因」「質料因」及び「形相因」をめぐるジェンティーリの論述から、その時代に形成されつつある国際社会のあるべき姿についての彼の見解を読み取ることができる。

この国際社会は、ジェンティーリによると、誰にも管轄されない——すなわち、主権を持つ——数々の国家から構成されるものであり、そこで生じる諸事項を規制する法こそが国際法 (*ius gentium*) である。しかし、そこにはそれぞれの主権国家を統括するより上位の権威が存在しないため、国際法の遵守及び国際社会の平和維持の如何は各国の政治的考量と道徳的自制に依存している。さらにいうと、国際社会の構成員である国家にとって、政治的考量と道徳的自制は、必ずしも相反する結論を導き出すものではなく、むしろ、国際社会における正義は平和を促進し最終的に各国の利益をもたらすという考え方からすれば、長い目でみるとしばしば一致した結論をもたらすのである。

『戦争法論』第2巻に記される「形相因」だけを見ても、上述のようなジェン

ティーリの思想が相当程度まで読み取れる。戦争遂行中に強大な軍事力を盾として、交戦規則を遵守せず恣意的に振舞う者に対して、敵国はその場で——物理的な力関係ゆえに——直接対抗することはできないかもしれないが、国際社会の他の構成員に援助を訴えることはできるはずである。そして、そのような訴えは、他国の君主に、国際法と自然法の存続を守るための正戦を発動する「道義的攻撃戦争」の正当原因を提供することになるのである⁹⁹⁾。すなわち、国際社会は他の何者にも管轄されない諸国家から構成されるものの、それらの間で法と力という二つのファクターの相互作用が働いているため、秩序が十分に維持され得る、と考えられるのである。諸国家が合理的に振舞うかぎり、国家を凌駕する上位の権威が存在しなくても、国際社会にはやはりある種の法規範が生まれ、それはたとえ戦争のような暴力による衝突と対抗が最も激化する局面においてもなお遵守されるのである。

ここでジェンティーリが観念した国際社会は、以降400年にわたり国家間の折衝や拮抗が繰り返られることになる近代ヨーロッパの現実には、基本的に合致していたといえよう。すなわち、ここでもジェンティーリの先見性を垣間見ることができるのである。

しかし、彼が近代国際法の創設者の一人に名を掲げられる理由をさらに深く明らかにするためには、『戦争法論』第3巻に述べられる「目的因」に対する考察を行わなければならないが、これについては次の機会に委ねたいと思う。

99) *D. I. B.*, b. II, chap. 21, p. 257. 「道義的攻撃戦争」について、詳しくは、前掲拙著、124頁を参照。