

# 哲学的法論、およびあらゆる実定的立法の批判

—— 自然法の取り扱いにおける通常の欠陥の解明とともに

## 第三部（第一章（承前）、第二章）【完】

J・フリース 著  
神山伸弘 訳\*

### 目次

序論

諸論

第一部 普遍的立法

第一章 大前提 原理

第二章 小前提 包摂の定式

第三章 結論 法則

第二部 政治

第三部 あらゆる実定的立法の批判

諸論

第一章 国家における立法

第一節 所有の分配

[以上第十三号]

[以上第十四号]

第一項 国家一般の政治目的について

第二項 人民の教養形成について

第三項 人民の豊かさ

第四項 人民の教養形成と豊かさを促進するため、政府は

なにをなすべきか？

第五項 法により所有を平等に分配するさい本来な必要

求されるか？

第六項 所有の現実的な分配

第七項 事業の分配

第八項 国家資産

第二節 民事立法

第一項 裁判

第二項 民法典

[以上第十六号]

第三項 権利主体について

第四項 権利客体について

第五項 人格権について

第六項 物件について

第七項 請求の権利について

### 第三節 刑事立法

第一項 政府の刑罰権力と刑罰権

第二項 刑事訴訟

第三項 刑法典

第四項 恩赦権

第五項 苛酷な刑罰格率と感傷的な刑罰格率

第六項 犯罪、および可罰性の主観的等級について

## 第二章 国家連合における立法

戦争と平和

原理

貿易

植民地

侵略

[以上本号]

## 第一章 国家における立法（承前）

### 第二節 民事立法

#### 第一項 裁判

一

[41] 個別国家の実定的立法の批判は、国家行政の批判あるいは司法権 (Jurisdiktion) の批判である。前者は普遍的立法の第二法則<sup>(1)</sup>によるものであり、後者はその第四・第五法則<sup>(2)</sup>によるものである。このため、司法権の批判は、さらに民事立法ないしは刑事立法に關係することになる。

二

この二つの立法は、まず、国家において実定的法律が現実的に与えられていること、そして次に、個々の事件がこの法律によって裁定されることを要求する。このさい、国家において実定的法律を与える者は立法者であり、これにたいしかかる実定的法律にしたがって個々の事件を審理する者は判事ないし裁判官となる。

三

[42] 立法者は、法の理念をみずからの立法の原理とすべきである。しかし、法律は、法の理念そのものによって社会で実施されているわけではなく、特殊な政治的命命 (Vertagung) によつ

てしか実定的法律として有効となりえない。政治的な合目的性を考えても、法の理念との一致を考えても、実定的法律が安定的に完成しうるのは、このようにしてだろう。だから、立法を行う安定的な委員会 (Kommission) は、善き政府ならばかならずそなえている必然的な部分であろう。それは同時に上級控訴院となりうるし、その法律は国内唯一の法令集となるのである。

#### 四

裁判官の義務は、ひとえに、存続している実定的法律にしたがって個別の事件を審理することである。このため、裁判官は、法の理念ではなくもっぱら所与の法律に従って議論しなければならぬ。法の理念は、ただ立法者にはのみ関係する。

#### 五

裁判官の職務は、判決を下すことである。判決はつねに、係争の生じている二人の当事者を前提とする。この係争にたいしては、仲裁裁定が求められるか、係争に配慮し訴訟における一方の当事者 (原告) が他方の当事者 (被告) にたいし訴え (Klage) を提起するか——すなわち原告の侵害された権利を回復するよう求めるか——のいずれかである。

#### 六

法律、訴訟、判決および判決の執行は、国家に設定されていなければならぬ。そして、訴訟で提起された個々の事件を法律に

よって最終判決で規定することは、裁判官の事項である。このさい、裁判官による手続きには二通りある。一方では、事件を事実として詮議することを当事者自身に委ねることである。〔23〕裁判官は、それについて積極的に関与せず、むしろ提出された事件について判決することにだけ従事する。他方では、裁判官が、予審裁判 (Untersuchungsproceß) で事実、事件そのものの審理を引き受け、こうした予審が判決に先行するとされる。これすなわち、立証するのが、当事者なのか、裁判官なのか、ということである。(古代ローマ法では、訴訟開始と判決は行政官 *magistratus* に帰属し、予審は司法官補 *index pedaneus* に帰属するとされた。ドイツの民事訴訟では、立証はまったく当事者に委ねられていたが、現代プロイセンの訴訟では、ふたたび予審が裁判官に委ねられるようになった。)

刑事事件での訴訟は、つねに予審裁判でなければならない。しかし、民事訴訟の場合二つのうちどちらが優先されるべきかは、おおよそ人民の教養次第である。国家における個々の市民が自分の問題そのものを裁判に持ち込むだけの充分な教養をそなえているのであれば、当事者に立証を委ねたほうがよみましである。というのも、そうすれば、各人は自分自身にたいして最善の配慮をして、必要な上告 (Revision) のさいに裁判官は、とりわけ念入りに問題を考えるだろうからである。これにたいして、こうした教養がまだ欠けている場合は、不必要な回りくどさを回避するため、また個人が無知により意に反して不利益を蒙ることのないように、裁判官自身が〈審問と反論のやり方〉 *status causae et contro-*

versiae)を教養形成するよう指導するのがベターである。

## 七

一般に、訴訟では、予審の徹底性と判決の厳密な合法性が、つねに係争での手続き上の迅速さと関係する。しかし、われわれがもつ従来の古い形式ではかなり長期の延引があったりするのだが、あまりにすばやい判決で拙速に走るよりは、手続上いくぶん緩慢であるほうが、心配がないであらう。

## 八

〔五〕裁判所の構成という政治的組織についていえば、とくに下層の地位にとつてみると、よしんばたんなる調停裁判官であっても、他の身分出身者に裁判業務を委ねるよりは裁判のために教養形成された特別の身分を持つことのほうがベターである。というのも、裁判では、どの問題も厳格な法によつて裁定するのであって、公平についての一面的な意見によつて恣意的に裁定しないようにするために、判決を行う固有の非凡な教養形成が必要だからである。しかし、弁護士にかなしていえば、それを不要にしても、またその必要な法廷業務を可能なかぎり裁判官自身に委譲しても、なんら不利益にならないであらう。

## 九

たんなる審理の移送によつてより高い立場の命令 (Instruktion) がなされるという繰り返しの控訴<sup>3)</sup>ではなく、単純な控訴によつて、

必要な場合比較的頻繁に現場で訴訟の上告が指示されることによつて、平等な合法性を維持するためによりいっそう迅速にあたつてもらいたいものである。というのも、善い法令集がある場合、所与の事件の裁定は、〈審問と反論のやり方〉を教養形成するよりは困難でないからである。こうした教養は、ほとんどの場合もつぱら現場で獲得できるもので、あるいは審理によるよりもよく獲得できるものなのである。

## 第二項 民法典

## 十

〈あることが正しい〉というだけでは充分でない。それが国家において正しいこととして通用するためには、まずもつて法の形式を取らなければならない。〔五〕国家では、実定的法律によつて公布されているものだけが正しいものとして通用するのである。したがつて、どのような立法でも、立法の法的原理にたいして、実定的法律としての《法の法則》の適用可能性という条件からくる政治的原理がつけ加わる。

## 十一

民法典について、われわれは、財の根源的な分配にかなない、また契約の妥当性にかなない、《私のもの》と《汝のもの》を承認することが法的原理であるとみなした。ところで、民法について実定的な法典を現実に起草するさいには、さらに、制定すべき法律がどのようなものであつても立法者を指導しなければならぬ政治

治的原理が、こうした法的原理につけ加わる。すなわち、個々の当事者の《権利上の係争》を裁定しようとする法律を通用させることが、民法典の目的だということである。裁判官にとつては、判決を可能にすることが、法律の当面の目的である。ところで、こうした判決は、現実的に生じた個々の事件を法律によつて裁定することにほかならない。このため、ここで政治的に考えると、手元にある個々の事件を捜査するには、訴訟において立証するといふ非常に大きな困難が立ちはだかる。だから、提起された訴えにたいして支持や反対をする立証を可能にすること、すなわち、想定できるあらゆる訴えをできうるかぎり考慮して、明確な立証が行われるよう立法を整備することが、民法典の政治的原理となるのである。

したがつて、民事立法では、たとえば古代ローマの方式書法 (Formulae) の場合のように、いかなる条件で訴えが受理され、いかなる訴えが棄却されるべきなのが明確に指示され、当事者が立証手段を持つて準備しているのかどうかお構いなしに漠然と訴えを考える者を斥ける。〔5〕といふのも、民事では、〔法によらず〕信義誠実をもつて他者と関係することが何人にも禁じられていないからである。しかし、双方がたがいに法的に保証しあう気があるなら、こうした法律は、双方が注意を怠らないよう強制するだろう。

## 十二

《私のもの》と《汝のもの》の承認、契約の妥当性、立証の可

能性というこうした原理のもとで、法典の施行は、個々の政治的な諸関係——その正しい評価は人間の仕事にとつてもっとも困難な課題の一つである——の複雑なもつれ合いに左右される。この場合、実定法の制度からいくつかの概念を考察するほうが簡単だろう。しかし、われわれは、もつぱら事柄の哲学的な点に話をとどめている。したがつて、われわれの課題は、実定法の基礎概念をその正しい組み立て方で編成し、あらゆる混乱を予防することである。そうしなければ、一面的な哲学的抽象を実定法——その諸概念はかなり広大に組み立てられより狭隘な諸領域を持つている——に直接適用しようとすることによって、混乱が生じやすくなるであろう。

### 第三項 権利主体について

## 十三

純哲學的な見方では、それぞれの権利は、諸人格のあいだの活動的な相互関係にかかわる。〔5〕そのさい、債権者と債務者が権利の主体となる。この場合、一方の側が持つそれぞれの権利は、他方が行うか被るべき行動にかかわる。そして、これら双方の人格が、ここでは権利主体となるのである。これにたいして、実定的法律の場合、社会全体にたいする個人の関係が、すでに取り決められたものとして前提とされている。そして、ある個人が債権者となり他者はいずれも債務者となる権利の場合、自分の所有と人格にたいするすべての権利で、この者のみが権利主体とみなされる。国家における万人の各人にたいする相互関係——ここ

ではとくにそれが考察されず前提とされる——によって、次のこともかなり頻繁に生ずることがある。すなわち、たんに個別的人格や社会のみならず物件もまた、権利主体となるということである。たとえば、教会、学校、財団が、所有すなわち建物とか農業地役権を占有するといったふうにある。

#### 十四

実定的立法にあたっては、みずからの権利を自分で追求することのできない権利主体、すなわち女子供、病者、公の財団が、とくに法律によって保護ないし育成されなければならない。

#### 第四項 権利客体について

#### 十五

適用にあたっては、それぞれの法関係が、法律上の普遍的な合意にもとづくか人格的な契約にもとづくかしている《私のもの》と《汝のもの》という規定に関係することになる。したがって、実定的法律にとつてみると、権利の客体は、法関係において《私のもの》と規定されるものであるのがつねである。「§」これによれば、法の客体は、人格であるか、有体的な物件であるか——これはある誰かの《自分のもの》としてその者の所有と呼ばれる——、誰かにたいする債権であるかである。

#### 十六

それぞれの実定的権利は、普遍的で法的な財の分配という理念

にしたがった法律に由来するものであるか、法律のもとでの特殊な事実（とりわけ契約や犯罪）によるものであるかである。前者によって、《私のもの》にたいする物的権利（Realtrecht）が成立する。これは、返還請求（Vindikation）なごしは対物訴訟（Real-Klage）によって保護できる。というのも、私は《私のもの》と法的に結びついていて、私は、私の権利だけで、いずれの者にたいてもそれを《私のもの》として返還請求できるからである。また、後者によって、人格権が成立する。これは、もっぱら対人訴訟によってのみ保護できる。というのも、この場合、私の権利は、もっぱらあれこれの特殊なものにたいする債権を客体としているからである。このような対物訴訟と対人訴訟の区別は、実定的権利における適用でも例外なく確認されるだろう。ただ、そのさいは、二十三の命題を考慮に入れなければならない。

#### 十七

したがって、すべての私法関係が成り立つのは、誰であれ法律によって《自分のもの》としての物件と端的に法的に結びついていることによるか、法律のもとでの特殊な事実によって二人がともに法的関係に入ることによるか、いずれかである。これについては、前者の場合、物権において、後者の場合、請求権において、論議される。ところで、この二つの部門には、法律によってある人格が他の人格の《自分のもの》と規定されるかぎり、人格権も加わる。しかし、法律にしたがえば、これにあてはまるのは、親と子の関係の場合しかない。

## 第五項 人格權について

### 十八

〔五〕人格權の事例では、ある人格が他の人格の《彼のもの》として規定されているのであるが、この事例は、法によれば、もっぱら親の権力の事例でしか登場しえない。というのも、市民法によって親には直接《彼らのもの》としての子について責任が負わされており、このため、法律によって一種の法的占有が生ずるからである。とはいえ、子は所有物のように占有されえないから、この占有は、直接的に物件に属するわけではないし、また、子にたいする親の請求ではなくて《彼らのもの》としての親の眞の占有が——物的人格權 (dinglich-personliches Recht) にしたがって——話題となるのだから、請求の權利に属するのではない。

### 十九

男と女のあいだの法關係、あるいは主人と奉公人とのあいだの法關係は、なんら人格權の事例ではなく、請求の權利に属する。というのも、ここでは、結婚契約あるいは請負契約からしか要求が生じないからである。

### 二十

しかし、ある人格が他の人格を直接的に物件と同様自分の奴隸として所有するということは、法的に不可能である。というのも、一般的に法の前 coram では、おのおのの人格は他の人格と平等で

あるべきだからであり、したがって、相互の從屬は、法によれば、特殊な契約、犯罪ないしはその他の個別の事實によつてしか規定されえないからである。しかもこの場合でも、從屬者にはつねに可能な訴えが残されている。〔五〕というのも、從屬者にたいする支配者の權利は、無制限ではなく、たとえ從屬者にたいするかなり重大な請求であろうとも、特定の請求によつてしか規定されないからである。

## 第六項 物權について

### 二十一

所有の一般的な分配はもっぱら統制的な (regulativ) 政治的原理であり、この分配によつてはおのおのの一人一人にその特定の占有を割り当てるができないから、物權における立法は、各人が物權にたいして持つて持っている現存の所有權にかんしても、所有權の取得と喪失にかんしても、讓渡処分 (Verweisung) を可能にしなければならないだろう。

実定的法律に必要なのは、この点で、とくに取得方法に着目することだけである。——この取得方法は、自分の行為だけによる根源的な取得 (先占 occupatio) であるか、派生したものであるかのいずれかである。こうした派生は、まずは自分の物件 (從物 accessio) によるものがあり、次に第三者の行為と私の行為とが一体となることによるものがある (讓渡 traditio など)。——というのも、取得にかんする時々現状は、たんなる歸結にすぎないからである。

## 二十二

このさい、もつとも優れた法的要請は、取得方法を時効によつて法律的に保全することである。定められた時間ずつと、善意で in bona fide 物件を平穩に占有していた者は、そのことによつて当該物件の所有者となることが、法律によつて規定されなければならぬ。[51] というのも、それなくしては、所有のいかなる安全も成り立たないからである。これ以外のすべてのことは、実定的な規定によるものである。

## 二十三

物権での訴訟事件にかんする評価原理は、取得方法の法律的な諸条件にしたがつて所有を現に一般的に分配することである。しかし、立法者がどこでどのように双方にたいして返還請求ないしは純然たる対人訴訟を認めようとするのか、この点は、分配の観点からすれば、まったくもつて立法者の自由裁量、もつぱらその恫恫に委ねるしかない。というのも、一方にたいしてその物件への所有が確約されるかどうか、あるいは侵害事件にたいして完璧な補償が確約されるかどうかは、正義の前ではどうでもよい問題だからである。

## 第七項 請求の権利について

### 二十四

法的な請求は、法律のもとにおける個々の事実によ來する。こうした事實は、おもに契約や侵害である。これ以外のすべては、

〈原因の各種の形態〉 *variae causarum figurae* という名で理解される。立法は、後者によつて、まったく実定的となる。この場合、侵害、とりわけ犯罪にかんする立法は、すべて、侵害にたいし法的にみあつた損害賠償を要求することと関係する。契約の観点では、それ以上が留意されなくてはならない。

### 二十五

個々人のあいだの契約は、彼らの私法関係がもつ恣意的な諸規定である。この場合、個々人が自分自身で信義誠実に基づきこうした関係を成立せよとするのか、あるいは公法の保護のもとで成立せよとするのかは、個々人の権限である。[52] したがつて、契約を考へるとき第一の法基準は、へいかなる第三者も他の二者の契約によつて義務づけられえない」ということである。しかし、次の法基準は、へどのような形式で契約——この契約により訴えが裁判に持ち込まれる——が締結されるべきか規定することは、立法者の完全な自由である」ということである。というのも、契約は、それだけではたんなる私的事業にすぎないからである。この場合、裁判の助けをあてにしようとするさいには、自分たちに立証が可能であるか、当事者は初めから氣をつけておくべきなのである。

### 二十六

しかし、以上に加えて、契約を考へた場合の立法は、もつぱら不特定の契約の諸事例を斟酌しなければならない。〈法の

法則》を個々の諸事例ないしは個々の諸関係に適用するさいの最大の難点は、自由にたいする立法を踏み越えて自然必然性に至ることにあり、そして第二に、法にかんする知的な概念が時間と空間における経験的な諸関係へと転換することにある。自然においては自由はないが、自由なくしては法はなく、さりながら法は自然において適用されるべきなのである。したがって、われわれは、

外的自然に対立して人間の内的自然を自由とみなして、その内的自然が自由に意志する知性の理念に一致するようにし、そして、理念においては知性的な人間というものが内的自然における経験的な性格の基礎となつているのだから、法的な観点では、それぞれの恣意的な行為を自由な行為としてとらえるのである。たとえば、議論の余地がない刑事立法の理念は、こうした諸関係にのみ基づいているのだが、それは、犯罪が自然における犯罪者の自由な行為として、すなわち意図的な行為として評価されるかぎり、われわれがこのさい可能な法的規則を自由とみなすことによるのである。[53] この場合、行動の意図に自由が示されるかぎり、法則は自由と関係している。一般に、自由な行動としての意図的な行動の諸関係にしたがつてのみ、《法の法則》は語りうるのである。たとえば、誰かが特定の時期に支払うことを約束したのに、遅れてやつとそれを履行するような場合がある。もつぱら《法》の概念にしたがえば、遅延の発生が自分の責任なのかあるいはたんなる偶然によるのかに依じて、この者は、遅延することの有害な結果にかんし債権者にたいして責任をとらざるをえないかもしれないし、あるいはとる必要がないかもしれない。しかし、

この者が意図的に支払いを遅らせたのかあるいはそうでないのかにしたがって考えるならば、この者は、刑罰律に服することになるかそうでないかということになる。

しかし、ここで、たんなる偶然、すなわちわれわれの自由な相互作用への自然必然性の介入にかんしていえば、こうした介入は、第二の事例にかかわるもので、つまり本来的には、《自由の諸法則》を自然において適用するという困難性にはかかわらず、経験的諸関係を知性的な《法》の概念に厳密に従わせる困難性にかかわるのである。上述の例では、たんなる偶然によつて支払いが滞ることになつたとしても、《債権者にたいする不履行がもたらしうる結果は法によつて債務者に帰せられず、したがつて債務者はこの場合でもなんら責任をとる必要がない》とすることはできないし、《債務者は債権者にたいし法によつてあらゆる損害の責任を負わねばならない》とすることもできない。この場合、債務者は、《自分が不可能なことに拘束されなかつたら、自分の約束履行は果たされた》と申すであろう。これにたいして、債権者は、《その履行は果たされないと申すであろう。つまり、債務者は、《履行を決定したことが結果をとめないえなかつたことについてはなんの義務も負わない》と申すであろうし、債権者は、《債務者が履行を意識しなかつたのだ》と訴えるであろう。[54] この場合、誤りは、知性的な《法》の概念のもとに事例を従わせるのが契約にあつて不十分なことにある。それは不確実な約束であつて、この場合、契約において事例が特殊に規定されざるをえなかつたため、両者のいずれにたいしても権利が定まらないのであ

る。約束は、自由な相互作用からする知性的な概念に關係するにすぎない。したがつて、契約が不確実な契約となりえないようにすべきだとすれば、この自由な相互作用では、そのなかに偶然が入り込まないよう厳密に諸關係が規定されなければならないのである。

しかし、時間と空間のなかにある個々の事例をこのように法的理念に従わせることは、現実的には非常に難しく、いとも簡単にかなりの契約が不確実な契約となりうるのであるから、社会のすべての成員に通用する合意としての公の法律は、一般にこうした事件にたいして、公法が守られるべく一つの決定を——政治的には合目的だが法的には恣意的に——定めるだろう。たとえば、誰かが契約において支払いを約束しそれを履行する時間を特定しなうとして、積極的な命令 (Verordnung) を伴う法律がその間に現れないならば、その者は、いかなる時間にもある特定の時間にも支払いを義務づけられていないのである。あるいは、事業の交渉過程における売買にさいし、販売された物件が偶然によつて価値を失つたとすれば、このことにかんする特約がないかぎり、占有全体として物件の所有者であるのは、交渉過程におけるいずれか一方なのか、あるいは双方なのか、(損害を忍受すべきなのは、どちらなのか) ということは、法的にはまったく規定されていないのである。とくに契約では、あるいは万人にたいする政治的な法律では、このことにかんして恣意的に決定されなくてはならない。あるいは、別の例を出そう。われわれの場合、公の法律が「販売は質貨に優先する」と決定するようだが、似たよ

うな事例である。「[53]」この場合、純粋な法關係からは、むしろ反対のことが帰結するだろう。というのも、物件の使用を特定の時間譲渡した者は、一般にその間、使用という最初の譲渡が成り立たなくなるといふからでこの物件そのものを譲渡することが阻止されるであろうからである。しかし、にもかかわらず、特約されない契約の場合にこうしたことが容認されたままであるということとは、あらゆる抗争を未然に防止するために行う、万人の名による法律の恣意的な決定にすぎない。

### 第三節 刑事立法

#### 第一項 政府の刑罰権力 (Strafgewalt) と刑罰権 (Strafrecht)

— [56] 刑罰は、一般に、法律に違反することの法的な効果である。そこで、国家においては、それは法律の違反を理由に加えられる暴力となる。なぜなら、法律では、法律の違反事件にたいし権力をもつて脅かしていたからである。

刑罰は、国家において政府がその法律を保証しうる唯一の手段である。というのも、刑罰という手段によつてのみ、政府は法律を権力の座につけるのだし、このように権力の座につけることは、法律を通用させるための唯一の政治的な手段であつたからである。したがつて、いかなる法律にも、それが実効的であるべきなら、意図的な違反事件にたいして刑罰による威嚇が付け加えられ

なければならぬ。

## 二

このため、政府の刑罰権力は、一般に国家の執行権だが、これは、刑罰律によって法律と結合する。

[157] 国家における刑罰権力としての執行権の適用は、法律そのものの公示にさいし権力によって威嚇することにより行われるか、違反事件で暴力を加えることにより行われるかのいずれかである。

## 三

刑罰にたいする政府の権利にかんして、われわれは、この権利を被害者による委任から演繹しようとしたり、あるいは犯罪者との契約から演繹しようとしたりする誤った抽象についていろいろと考える必要がない。被害者の権利要求は、われわれが「請求の権利」のところで言及した損害賠償の請求にはかならず、けつして処罰の請求ではない。したがって、政府は、被害者の委任からは、刑罰にたいするいかなる権利も手にすることができないのである。ところで、他方でまた、処罰そのものはそれ自身政府と犯罪者とのあいだの契約——後者が約束し、法律に違反したらあれこれと罰せられるという契約——によって動機づけられるという独特の意見があるが、これは、さすがに今ではもはや誰もが弁護しようとしなない。というのも、こうした意見は、刑罰についてのそれなりに明晰な概念と両立しえないからである。このような国

家契約は、先の契約の債務が実現されない場合には、他の国家契約をはてしなく繰り返し前提とすることになるだろう。

むしろ、刑罰への権限は、直接的に政府の本質にしたがつて政府に帰属するのである。政府の目的は、公の《法の法則》を導入することである。しかし、このことが行われるのは、もっぱら、法律が権力によって有効とされること、すなわち違反が処罰されることによつてのみである。したがって、政府の刑罰権は、統治することへの最初の政治的権限から直接的に帰結するのであり、それゆえ、一定の行為が法によつて処罰されるべきだというのは、《権力が直接的に政府となる》というこうした権力の関係につきものである。[158] したがって、こうした権利は、けつして政府と個人との関係に由来するものではなく、法律そのものへの普遍的な関係に由来する。だから、政府は、刑罰のあり方や程度のことだけけつして個人と争うべきではなく、政府の叡智が要求されるべきにはすぐさま、どのような刑罰によつても威嚇できるのである。

## 第二項 刑事訴訟

### 四

《処罰の訴訟》に固有なものは、それがたんなる警察罰(Polizeystrafe)を扱うにせよ、現実的な犯罪事件を扱うにせよ、第一に、ここでは本来、原告は、裁判官にたいする行為(犯行)の告発者でしかないことである。というのも、刑罰そのものの観点では、本来、法廷が被告の相手方となるからである。

## 五

それゆえ、第二に、いかなる刑事訴訟も糾問訴訟 (Inquisitions-proceed) でなければならぬということが帰結する。というのも、被告そのものにたいして立証するのが裁判官の義務だからである。

## 六

第三に、この場合、被告にたいしてつねに〔無罪〕推定がなければならぬ、被告にたいして適用されるべきことのすべてが被告にたいして証明されなければならず、抗弁 (Exception) と対比される場合のみ被告にたいして証明が認定される。というのも、何人にも、その反対が証明せらるるまでは、善人と考えらるる *quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium* からである。

## 七

[159] しかし、最後に、発生した事実を肯定ないしは否定するすべての立証、とりわけその事実の意図性を肯定ないしは否定するすべての証明は、ただ蓋然性によつてしかならず、肯定できない。したがつて、裁判官は、いつであろうと蓋然性にしたがつてしか被告の可罰性を確信しえないのである。このため、裁判官は、同様の事件があつても、証明では蓋然性が異なつてしまつた場合、この蓋然性の程度に應じて差をつけながら処罰することすら強制される。

## 第三項 刑法定

## 八

刑法定は、個々の事例に至るまで、民法典よりもはつきりした哲学的な評価が加えられるものである。というのも、刑罰律は、非常に単純な原理から演繹されるからだ。ここでわれわれの目論見は、こうした原則そのものを結合して集成することにすぎないといつてよい。

## 九

まさに民法典の場合と同様に、われわれは、ここでも刑事立法の政治的原理と法的原理を区別しなければならない。この二つの原理が結合することによつてのみ、これらは法典の原理となりうるのである。

処罰の政治的に普遍的な根拠は、国家において政府がただ権力によつてのみその法律を通用させることができるという根拠である。それゆえ、政府は、違反事件にたいしてみずからの権力を使用するつねに威嚇してその法律を護持しなければならない。したがつて、こうした政治的な刑罰格率の目的は、威嚇によつて法律の違反を阻止することである。

[160] しかし、われわれは、それ以外に、法論の第五根本法則においてつぎの事を見出した。すなわち、〈對抗措置にもかかわらず《法の法則》が違反されるような抑止できない事例にたいして国家には刑罰律が存在すべきだ〉ということである。こうし

た法律の根拠は、犯罪者と落ち度のない国家市民との法的な平等をふたたび樹立するためにあつたのであり、ここから帰結する処罰の原理は、報復の法則だつたのである。

したがつて、われわれは、刑事立法の原理に二つの異なつた原則を統合しなければならぬ。この原則のうち、一方の原則は、法による命令を含むが、他方の原則は、もつぱら不可避の政治的対策を含むものである。刑事裁判官は、犯罪が犯されたとき、報復の権利により損害賠償の履行を求めて犯罪者を処罰すべきである。だが、そのほかにも、政府は、現実的な適用を権力の威嚇によつて可能なかぎり少くするために、また法律の違反を極力阻止するために、どの法律にも刑罰による強迫を付け加えなければならぬ。

このため、刑事立法には、二つのまったく異なる傾向がある。そのうち、一方の傾向は、純粹に法的な傾向で、法律のいかなる違反でも侵犯者には全権利の喪失とはならないようにするためのもので、犯された犯罪の場合にはまさに、根本的に犯罪者に有利となる。これにたいして、他方の傾向は、違反を可能なかぎり阻止することに向けられている。第一の傾向では、刑罰の程度について、厳密な法により規定される尺度、すなわち報復の権利がある。第二の傾向では、すべての考量は、立法者の叡智に委ねられている。

## 十

[161] xvi. このことによつて、第一に、たんなる警察処罰

(*Polizeybestrafung*) と刑法典にとつて固有な事例との区別が規定された。法的な請求は、違法行為が犯されたとき、違法行為を処罰することに及ぶ。したがつて、この場合、どのような意図的な権利侵害であつても刑罰を課すことが立法者の義務となる。これにたいして、政治的な条件は、法のために《法の法則》として与えられているにしても、他の目的のために警察命令 (*Polizeybefehl*) として与えられているにしても、一般に、どのような政治的命にさいしても登場する条件である。だから、どのような実定的法律にも、政府には目的違反と映る行動を阻止するため、刑罰による威嚇が政治的に存在する。このため、法によつて違法性が処罰されるが、政治的理由により、一般に法律のどのような違反でも処罰される。ある行為を違法としないが、ただそれが政府の目的に反するがゆえにそれを禁止して恣意的な刑罰で強迫する刑罰律は、警察罰則 (*Polizeystrafgesetze*) という。このような命令は、刑法典としての資格があるわけではない。というのも、こうした命令は、つねに、政府のそのつどの判断に属し、また不断の変化にさらされているからである。これにたいして、直接的に違法な行動には、法典という普遍妥当な法律が起案されるのである。

## 十一

適用にとつて第二には、刑事立法の法的原理が法典の事例すべてにたいして刑罰の量を規定するにはまったく不充分で、むしろそれには同時に政治的な格率がいつも結びついていなければならぬことがある。[162] というのも、第一に、犯罪者がすべてが

すべて発見されるわけではなく、したがって犯罪者がすべてがすべて処罰できるわけでもないからである。そして、さらに、法による処罰にさいし第一の請求は損害賠償であったが、このことは、多くの犯罪では不可能だからである。それゆえ、この場合命令が厳密な適用を許すものでないので、次に、もっぱら犯罪の阻止にむけて立法者が活動する可能性がでてくる。したがって、後者の種類の犯罪にたいしては、報復の關係にかんする判断にしたがって処罰を強めることが、つねに政府の自由裁量となる。このような關係では、政府はけつして対応に遅れをとるべきでないというのが通例である。もつとも、例外的に、ただちに言い渡さざるをえない恩赦事例が生ずることもある。ところで、前者の事例は、一般に、いかなる種類の危険にさいしても、刑罰律を先鋭化するよう政府にたいし許可するのである。われわれは、とくにこうした事例に注視しなければならない。

## 十二

政治的な刑罰原理のもつとも単純な適用は、法律のどのような違反にたいしても考えうるかぎりもつとも過酷な刑罰を課すドラコンの体系であろう。というのも、そうすれば、法律は威嚇にたいし最良のはたらきをするだろうからだ。しかし、このことは、適用にはほとんど役立たないだろう。というのも、上品な刑務所というすばらしい施設をどこかで見習うこともないかぎり、犯罪は、刑罰を尊重しないため着手されるといよりは、むしろほとんどは発見される危険がないので着手されるからである。刑罰を

充分厳しくすることも容易にできるが、肝要なことは警察職務執行 (Polizeybedienung) の厳密である。犯罪者がそのことで罰せられないことがないということこそが、たいいていの場合威嚇に役立つのである。というのも、誰かがある犯罪に着手したと発見するだけでも、まさにその結果は、たいいていの場合、犯罪者にとつて予想だにしない刑罰となるからである。

## 十三

[103] したがって、処罰と刑事立法は、政府にとつて二重のあり方で義務となる。すなわち、一方では、犯罪を防止するため政治的な格率にしたがうあり方で、他方では、阻止できない犯罪にたいし法關係を回復するため《法の法則》にしたがうあり方で義務となる。この場合、第一の格率は、一般に予防といわれる格率だが、これは、〈将来にわたつて個人を威嚇するため〉という对个人の観点からではなく、〈法律上平等な強迫の強制によつて威嚇するため〉という対万人の観点からくるものである。しかし、予防というこうした格率自体は、一面的で、刑事立法一般にかんする充分な評価を基礎づけるものではない。というのも、この格率のほかに、刑事立法の本来の命法が報復の請求にやはりかかわっているからである。こうした本来の命法と一体となることで初めて、一貫した評価の根底に報復の請求がすえられるのである。

## 十四

こうした二つの観点のほかに、処罰にあたっては、さらに第三

の観点がある。というのも、刑罰は、行われた軽犯罪を将来にむけて防止するために、原則的に懲罰としても適用できるからである。ところで、政府は人民の教養形成にたいしも配慮しなければならなかったから、人民が政府のより高次の一般的な目的を可能にするかぎり、できれば刑罰を同時に懲罰としても利用するために、政府は、個人にたいする懲戒権の観点でも処罰を考へることになるだろう。刑罰のこうした懲戒的な規定は、ある軽犯罪にたいして刑種を選択するさいにとくに考慮に入れられるだろう。というのも、たとえば、お門違いの自尊心から犯罪に着手した者にとつては、名誉毀損は、刑罰として、懲戒的にとくに厳しく作用するだろうからである。[65]これにたいしては、すでに不名誉な犯罪に着手した者を名誉毀損によつて処罰するなら、その者はまったく立ち直れないとの不滴をしばしば聞くことになる。<sup>(1)</sup>

#### 第四項 恩赦権

##### 十五

それぞれの実定的法律によつては、《法の法則》の純粹な理念が多かれ少なかれ不完全なあり方でしか語られない。ところで、国家にいるすべての個人は、本来的に理念にしたがつて、等しい純粹な《法の法則》に臣従しており、個人のすべての責任はこの理念に由来する。しかし、実際には、すべての個人は、現実的にただ統治者の権力に服しているだけで、統治者の権限が発するのほ、もつばら、統治者が権力によつて《法の法則》を有効にするかぎりで、あるいは少なくともその導入を目指すかぎりでのこと

ではない。

したがつて、多かれ少なかれどの個人にとつても、実定的法律は、理想的な《法の法則》そのものと隔たりがあり、それも個人そのものが政府により接近していればいるほどいつそう隔たりが大きいのである。このため、国家にいるいかなる個人も、法律にある実定的なものの観点で、立法者との私的関係に入る。この関係では、所与の個々の事件にたいして法律のほう有特殊に不適切であるために個人が違法に扱われはしないと、立法者は目を凝らさねばならない。

こうしたことは、とりわけ刑法の場合に現れる。なぜなら、実定的法律のみならず、ある行動の違法性が少なくとも意図性によつて、人は初めて犯罪者となるからである。[66]したがつて、裁判官には、時々適用にたいする刑罰の情状酌量理由というものを、まさに法律そのものによつて指示してやらねばならない。しかし、それ以外にも、やはり特殊な例外事件にたいしては、個人が実定的法律よりも元首の個人的な権力と——元首の職務そのものによるか個別的な行為によるか——衝突をきたす場合にはとくに、元首の恩赦権の力により最高の立法者としての元首そのものに決定を委ねることが必要になるだろう。

#### 第五項 苛酷な刑罰格率と感傷的な刑罰格率

##### 十六

人民が刑罰執行で大きな喜びを体験するのは、二様である。すなわち、《粗削りな状態》にあるため、犯罪者に自業自得の法が

生ずることで、犯罪者にたいして一般的な憎悪を感じるか、あるいは、哀れな罪人への——それゆえ人間一般の弱さへの——<sup>12)</sup>今では珍しくない慈悲深い同情の気分を感じるか、ということである。こうした二つの気分のうち、第一の気分は、はるかに我慢のできる気分である。というのも、その気分は、少なくとも健康さを示すものだが、それにたいし他方の気分は、子どもじみたことであり、病的な弱さの結果だからである。

こうした対立と類似したものとして区別されるのが、人民が服従しようとしなければただちに過酷の最大限にまで恣意的に刑罰を高めて恐れ憚らない立法者の苛酷な刑罰格率と、いわゆる啓蒙された思考方法の感傷的格率、すなわち、へわれわれはつねに弱い人間であり、神を前にしてもつとされる栄光を欠いていることを卑屈に考慮して、できるだけ少なくて済むだけ寛大に処罰する格率である。〔66〕死刑という重罪刑事裁判規則は、必要時に刑罰の相当な先鋭化を恐れないゆえ、依然として第一の格率もつ暴虐さを充分そなえているが、しかし最近では、ベッカーリア (Beccaria) がこの問題について泣き言を言い出してからというもの、(他人に死刑を宣告したり、あるいはまったく法によって命を奪ったりして、哀れな人間が思い上がってよいのか)と、暴力についての躊躇が高まっている。また、より温和で柔和な心をもつてできるかぎり寛大に罰することが、とりわけ一般的に誉められるようになった。しかし、こうしたまったくの屁理屈 (Raisonnement) は、まったくの誤りにすぎず、人はただちにそこから立ち去るだろう。実際、正しく強力に罰する勇氣を充分に

持たない者は、すべての問題を好んで神の手に預け、連禱、ミサ、訓戒によつて放火、殺人、強盗に抗議する。そして、神の命令にだけ自分自身の意志を認め、みずからを法律の機関とみなさない者には誰にでも、こうしたことはお奨めのことだろう。だから、われわれの刑罰律を復讐の尺度より下に引き下げてしまったものは、しばらくのあいだ流行となつた過敏症にすぎないし、(人間の間) 以上に高価なものはない) という宣告以上に致命的な宣告はないのである。一度でも売り物の血が血管に流れた者は、自分の価値を高く上へ掲げることも困難なため、より高価でも有用でもない家畜と交換されることすらありえないだろう。

〔67〕正当な刑罰は、国家において、けつして害悪とみなされてはならない。ただ犯罪だけが、しばしば避けることのできない害悪なのであつて、これにたいして刑罰は、對抗手段として用いられるのである。

#### 第六項 犯罪、および可罰性の主観的等級について

#### 十七

ここでは、犯罪は処罰されるべき行為のことをいうので、意図的な法律違反であればいずれも犯罪となる。したがつて、犯罪を構成するのは、第一に法律に服している者がいて、第二にその者が法律を知っていること、そして第三にその者が法に反する行為を意図的に犯すことである。

## 十八

特定の行為がどの程度までまたいかなる等級で犯罪となるのかという規定によって、行為の主観的可罰性が規定される。これにたいして、可罰性の客観的な大きさは、一つには犯罪そのものの大きさに依存し、次に立証における蓋然性の等級に依存する。われわれは、ここで、可罰性の主観的な等級、すなわち特定の行為がどの程度まで犯罪となるのか否かについて語らねばならない。

## 十九

ある行為は、法律に背いているという犯人の知が伴ったとき、あるいは少なくともこの犯人が法律を知る責務があつたときのみ、処罰できる。したがって、主観的な可罰性の等級にかなう主観的な諸規定は、たとえば、未成年者や心神喪失者に有利であるが、熱狂者や酩酊者にはそうではない。

[168]しかし、とりわけ行為そのものの意図性が評価されなくてはならない。この場合、法的に自由な行為として出来事をどの程度人のせいにするのが問題となる。われわれは、ここで、故意dolusとさまざまな等級がある過失culpaとを区別しなければならぬ。

犯罪として適格なものは、意図的な、違法性を意識して着手された行為であつて、したがって、それは、直接的に故意と結びついており、刑罰の全権力と衝突するものである。

こうした完璧な故意以外に、われわれは、実定的な法によって区別されないとしても、三等級の過失を当然のこととして区別し

なければならぬ。そのうち、第一級は付帯的故意(dolus adhaerens)すなわち怠慢、第二級は不注意、第三級はたまたまの落ち度と呼ぶことができる。

もっぱら故意のみが、すなわち意図的な違法性のみが、法の趣旨から処罰できるのであるが、まさにそれゆえに、過失の第一級にたいしても、法によって固有の刑罰が制定されなければならない。すなわち、この第一級は、(出来事はたしかにそれ自身直接的には私の意図的な違法行為ではないが、やはり私の行為の——容易に予測しうるか容易に危惧しうる——結果である)という点に本質がある。したがって、この場合、たとえばひどい怠慢による故殺の場合、こうした私の行為も本来はやはり故意に着手されていいて、その着手そのものがおよそ過失の行為として私に帰することができるところには、それは一種独特な犯罪として法により処罰されなければならないのである。

過失の第二級では、たんなる不注意によって他人に損害を与えた場合、もはや故意がまったく存在しない。ここでは、損害賠償が不可能な場合にたいしてだけ、注意を喚起するため刑罰の実定的な制定が必要になる。[169]しかし、それ以外は、損害賠償の履行で充分である。

最後に、過失の第三級として、次のかぎりでは、私にはまったく偶然的な行為でも時には私のせいだとされうる。すなわち、出来事がけつして私の自堕落のせいではないとされても、私の自由な活動と緊密な連関があるのであれば、私はそれにたいして損害賠償を履行する責任があるということである。

## 第二章 国家連合における立法

[170] 国家連合あるいは国際国家 (Völkerstaat) 、国際連盟 (Völkerbund) は、法人としての個別国家にとって、国家が個々の人間にたいしてあるのと同じものであり、諸人民ないしは諸国家という市民社会的な関係へ《法の法則》を導入することを目指す結合である。

われわれは、国家連合にとつての《法の立法》を、国際法における個別国家との関係でだけ、あるいは世界市民法 (Weltbürgerrecht) における地上すべての諸国民との関係で、そのいずれかで考察することができる。ご存知のように、この課題の解決は、国家にとつての立法と同様に法によつて必然的である。後者の立法そのものは、本来、世界市民的な国家統合が導入されてはじめて確固たる完全なものとなる。諸国家からなる自然的社会は、暴力によつて、そこに戦争状態をもたらす。しかし、相互の力のこゝうした一般的な浪費が、個別国家にとつては、へいかなる市民も分配された所有を平穩に保ちえないという浪費の原因となり、政府の専制的な自力 (Eigengewalt) 抜きに個別国家を支配することができなくなるのである。[171] そうでなければ、どの人民も他のすべての人民と妥協して、略奪によつて一方の占有が暴力的に減少し他方の占有が増大するなどということがなくならないかぎり、所有の現実的で究極的な分配は生じえないだろう。

国際国家をめざすこれまでの歴史上の試みが示していること

は、すべて、(たとえばカルタゴとローマのような) ある共和国にいくつかの人民を野蛮に隷属させる以外は、代表者によつて防衛のために公権力を統治する民主的体制か、こうした権力がなく、うまくいくかぎり有効な調停によつてもっぱら戦争を回避することに限定する民主的体制でしかない。

ギリシアの国家の結合とスイスの国家統合、現今のヨーロッパ国家統合は、後者の種類であり、これ以外に、政治的な均衡によつて戦争を暫時考慮の外におくよりほかの正しい流れをこれまで考え出すことがなかったのである。しかし、こうした手段は、これまで、同等の力をもたせて国家が闘争追求するのをやめさせるにはおいそれと役立たなかつたが、同等の力の削減で攻撃を一定期間中止するよう国家に勧めることぐらには役立った。

内輪での戦争が現実には阻止されるような国家統合は、公の権力を設定しそれを会議の手に委ねるものしかない。したがつて、それは、以前はオランダ、今では北アメリカのように、より高次の政府に服じたものなのである。

### 戦争と平和

[172] 戦争における法、また戦争をする法については、哲學的な法論では、一般に強制を行う権利ほどに語るべきことがない。法と戦争とは、この場合、まさに相互に対立するのであつて、戦争は、暴力の剥き出しの関係であるし、平和は、もっぱら法が語られるための最初の条件なのである。

どのようにして公使派遣を再開しようとするのか、どのように

して布告者 (Tronper) を送り捕虜を留置し節度もつて劫掠するの  
か——つまり、なるほど鉛錘ではなく鉛弾で殺し合うとか、殺  
した者をさらに火あぶりにはしないとか、さまざま引き回しや  
耐えがたい拘禁をやめて素直に銃弾で苦しみを加え合うのを好む  
とか、最後に、時には敵に隠れて (想定しうることではあつても  
人の目の前で公然とやらず気づかせずに)、毒殺、暗殺、放火、  
暴動煽動、略奪などを用いるとか——、さまざまなことを取り決  
めた実定法もたしかに存在するかもしれない。しかしながら、こ  
のようなどんなことにも、哲学的なことは存在しないだろう。む  
しろここでは、いかなる実定的な国際法でもそうであるように、  
慣例が最高の法律を与えるのであつて、すなわち、それは、法が  
求めるように——「生ずべきこと」について語られたものではな  
く、通常生ずるのが常であることを知らない者にたいして啓発す  
るたしにしかならないものである。

しかし、この場合、哲学の面について注意にあたふすることは、  
人間性という今では非常にありふれた栄光が、現代の戦争を指導  
し、政府が人民に語りうる最悪の笑い話となつてゐることである。  
[173] というのも、人民は、實際政府の手にかかると、こうした  
優雅なやり方で殺人し劫掠するため、たんなる戦争機械 (Kriegs-  
maschine) のように扱われる。この政府は、健やかな安寧を望ん  
で、まさに戦争を招くような最大の危急を防止するために、(自  
分の) 全力を動員するのではなく、戦争機械でみずからの目的を  
追求する。

戦争を法的な関係としてみたとき通用する可能性があるのは、

唯一、「他が戦争をしているとき、平和であること」、すなわち中  
立の法である。より優勢な国が、自分とその権利についてほとん  
ど関心が払われぬことに不都合を感じないかぎり、こうした中  
立の法は通用する。

われわれは、ここで、諸国家が法的に統合するという意図をも  
つさい、規則として通用しうる理念だけを扱わなければならない。

## 原理

法論におけるこうした部分の原理は、哲学的法論全体の原理と  
同様に、人格的平等である。どの国家も他の国家を自分と平等な  
ものとして扱わなければならない。しかし、こうした平等は、個  
別国家の場合と同様に、占有ないしは所有ならびに威力の平等で  
はなく、ただ権利の平等にすぎない。このことによつては、どの  
国家も他の国家の繁榮や勢力に積極的に関与すべきだと要請され  
ず、どの国家も自分自身に配慮せよとされるのである。しかしな  
がら、要請されるのは、交易にさいし、陰險な私利追求によつて  
ではなく、公平無私 (Liberalität) と相互的な権利の承認 (An-  
erkennung) とによつて、諸国家がおたがいを遇しあうべきだと  
いうことである。[174] ところで、思考様式上のこうした公平無  
私は、それ以上なにか準備することなどまったく不要で、政府に  
たいして要請しうることである。というのも、国家の利益は、元  
首の私的利益でも、各個人の自分の事業にたいする利益でもない  
からであり、また、他者に誠意をもちまかつた自由な通商貿易を  
許可することがまさにどの国家にも可能である以上、政府に十分

な教養があれば、どの政府だって、こうした公平無私によって、長期的には自分自身の利得まで一番よく考慮することになると洞察するだろうからである。

しかし、現代に通常行われている政府の政策は、こうしたことをする代わりに、もっぱら、自分自身のために侵略を行うこと、あるいは通商貿易において自分の人民のために他の人民からうまい汁を吸うことに向けられている。

ヨーロッパの警察職務執行の理念がシャンパーニュの湿地で消え去って以来、イエスがパリサイ人を非難して「言葉には従つても行ないには従うな」と戒めたことも忘れてはならないが、とりわけイギリスにたいするフランス政府の政治的風呂敷は賞賛せざるをえない。というのも、この場合、適用の段となるとたちまち欺かれるとしても、少なくとも外国の権利を真正銘承認する原則が真なるものとして承認されているからである。これにたいして、イギリスは、傲慢な利己心によって、全ヨーロッパで嫌われ軽蔑された。そうした公共的正義の承認に誰も耳を傾けようというまいかぎり、極力孤立して外国の影響から独立しようというプロイセンの決断を非難することはできない。これにたいして、イギリス人の思ひ上がりは、一直線に敵対へと誘うのである。

「[G] 平等」というこうした法関係を誤解することは、それぞれの個別領邦の最大の重荷となるし、善く統治された国家それぞれを繁栄を押し留めるものである。なぜなら、善き政府であればどれであつても今ではなんといつても「勢力」拡張を追求せざるをえないが、そこである国家が一千万人の労働によって他国の二千万

三千万に劣らない威力を維持しようとするなら、こうしたことは、個人の窮乏と抑圧なしには、容易に生じえないだろうからである。

これにたいして、どの人民にたいしても平等な権利を承認するならば、すべての諸人民に均等な繁栄が行き渡るであらうし、しかもそのさい同時に、とくに活動的な諸人民は、外国での工業製品の売れ行きを最善のかたちで確保することになるだろう。というのも、そうすれば、どの国家も、立地条件、気候、教養というみずからの個体的利点すべてをもっとも自由に利用することができるだろうからだ。そして、もちろんそのときには、どの国家も、今のイギリスのように、自分の現実存在全体を一定の貿易の独占に賭ける必要がないだろうし、自分の力をもつ自然的な関係がもたらしてくれる以上に自分の威力を高度に緊張させようとはしないだろう。

## 貿易

侵略と国際貿易は、一般的な国際交易の二つの手段である。おそらく、侵略は終結を見出すことができるが、世界交易はそれを見出すことができない。より寒い気候では、いかなる技術も、モルッカの黒い岩にあたる灼熱の太陽が熟成させるものの代わりとなりえないだろう。人間にあつては、われわれの歴史とともに古い商品交換における永遠のメカニズムがいつも維持されていなくてはならない。それは、「温和な風土にいる」より活動的な住民が、「インドにある」より豊かな鉱物や岩石、豊富な植生という利点と自分の技術とを交換するようにしてである。

## 植民地

[176] さらに、今まで、世界貿易には、一つには文化欠如 (Unkultur) によつて、一つには暴力と圧制によつて、強制された唯一の道しか指定されていない。しかし、この場合、法的な關係があるとすれば、それは、交易の完全な自由というものであらう。だが、こうした自由が普遍的に承認されていないかぎり、他の政府が甘い汁を吸わないようにするには、ほぼすべての政府が自己防衛のために「貿易」制限を必要とするだらう。どの政府も、等しいものを等しいもので報いるため、他の政府にどのようになしらわれるか注意するだらう。国家が貿易關係においておもに通過貿易 (Transit-Handel) に配慮しなければならず、これに比して自国の製造と消費が取るに足らないとすれば、国家は、自由な交易の維持によつてつねに利益を上げるだらう。これにたいして、国家が自国の製造と消費をとくに考慮に入れなければならないなら、外国の「貿易」制限にたいする對抗措置が国家に不可避となるだらう。この場合、貿易の観点で二つの対立する格率がある。そのうちの一方は、もっぱら防衛的に、寡欲を強制して持ちこたえるというもので、たとえばプロイセンのように、できるだけ孤立し他国に従属しないようにするためのものがある。しかし、他方の格率は、攻撃的に、うまい汁を吸い、外国貿易を支配し、外国の活動性を抑圧する原理で、イギリスは今この格率に従つており、商人によつて統治される大貿易国民ならいずれもそうすることだらう。

政治的な移民と交易上の私的利益から、第一次産品を收穫する諸国で一般的に植民地の制度が形成されたが、このことによつて、遠隔の国が従属的な依存国家として支配国の配下におかれるのである。[177] こうした違法關係は、現代政治でもっとも嫌悪すべきことである。二つのインドの永続的な徹底的略奪とアメリカにおけるアフリカ人の虐待とによつて、ヨーロッパ国民の高貴な性格が失墜し、他の国民の後塵を拝するものとしてゐる。気位の高く活発なスペイン人が、惨めなほどの意憤をむさぼつたのである。精神豊かで勇敢なネーデルランド人は、無気力なオランダ人、セコセコした雜貨商に変わつてしまつた。高貴で自由なブリテン人は、恥知らずで卑劣なイギリス人になつてしまつた。植民地で、従属した国家を依然として見つづけ、同じ国家にゐる平等な同胞を見ないかぎり、こうした害毒は、無害にしえないだらう。イギリスは、かつて、植民地の解放を不可能にするために、植民地をとともうまく統治したという不幸を体験している。イギリスは、東インドでの莫大な占有をもつてもそこそこの政府すら手にしないことが見込まれる。フランス人の戦争委員 (Kriegs-Kommissariat) ではなく、政府と盜賊団とのこうした混合物にたいして現実的な政府によるインドの管理が委ねられるやいなや、北アメリカで味わつたのと同様の喜びを体験するのを恐れなければならないだらう。しかし、次のことはこれまでよくよく考えることもしなかつたようである。すなわち、パーミンガムにしろマ

ンチエスターにしろ、ロンドンにある政府から独立しようなどとかつて望んだことはなかったが、それは、これらが平等に扱われたからであつて、インドの場合はそうではないということである。

## 侵略

[178] 戦争は、劫掠にだけ狙いを定めた大雑把な批判の仕方からすると、そのあり方により、侵略戦争、宗教戦争、貿易戦争と分類することができる。劫掠と宗教は、《粗削りの状態》で文化欠如の程度がいつそう強いところでしか、戦争を引き起こさないだろう。貿易戦争は、投機がまさに必要とするのと同じくらい〔戦争で〕消費するのであるから、卓越した人間性によつて遂行されるものである。貿易戦争は、貿易投機と同様に指揮され、肉桂樹や丁字木と同様に時には人間を絶滅してしまうから、まさにそれゆゑ狭量にして卑劣に遂行されやすい。戦争を遂行するもつとも榮譽の高いあり方は、侵略戦争である。

まさにどのような関係で諸邦・諸人民が個別国家に統合されているのか、あるいは異なる国家に分離されているのか、こうしたことは、かなり歴史的なことすぎず、まったくもつて法関係ではない。しかし、法が要請するものは、すべての諸人民が世界政府 (Universalregierung) に糾合されるか、さもなければすべての国家が一つの国家連合に統合されるべきだということである。これにたいして、個々分散することについては、まったく権利がない。ところで、隣国が自国と法的に関係しあうつもりかどうか、国家がこのことに確証をもたないとすれば、その場合、この国家には、

隣国をそのように強制しうるか試みるだけの充分な権利がある。そして、このような試みは、ほとんど必然的に侵略戦争へと変質するだろう。というのも、第三者の仲裁がない二人の敵が突然誠実な友人に変わるべきだというのは、前提するのも困難だからである。

したがつて、戦争の唯一まともなあり方は、侵略者の側の意図が権利となつていような侵略戦争であろう。しかし、この場合、歴史がわれわれに示すのは、侵略には、いわゆる共和国よりも君主のほうがいつそう望ましいということである。[179] 後者の共和国による侵略では、つねに、ある人民は他の人民に奴隷として支配されてしまい、勝利した人民は、支配的人民でありつづけようとし、けつして法的な和解に至らないのである。これにたいして、侵略した君主のもとでは、すべての臣下は、おたがいに同じ奴隷という平等な同輩として知り合いになりやすいし、エネルギーだけでも充分そなわつていれば、一つの国家に統合し、しだいに支配者のなかで摂政 (Regent) を獲得するようになるのである。

最後に、戦争遂行一般の終結に向けた提案<sup>(18)</sup>にかんしていえば、そうしたら政治家の息のかかった新聞や記録誌が今の利益を失うに違いないだろうから、政治家は、この理念を非常に空想的で不条理なものだとアピールし、《善意の者たち》 (Gutenkente) すべてに——少なくとも摂理に——守ってもらつて、戦争は必要悪だと推奨した。だから、戦争を廃絶するために語つても無駄である。しかしながら、実際、徐々にでも戦争の廃絶に影響を及ぼ

していく要請は、一つの領邦に善き警察秩序を導入するほどには  
けつして理想的ではない。こうした理念が役立つとみなす者  
は、ちよど、大都市の路頭で行われる暗殺や窃盗、物乞いを阻  
止するのが不可能だとみなすようなりスボン人やローマ人のよう  
に判断しているわけである。ただし、こうした者にたいし、われ  
われは、事実的な反証としてベルリンを見せつけることがまだま  
だできるというわけでもない。

【完】

\* 本稿は、*Jakob Fries, Philosophische Rechtslehre und Kritik aller  
positiven Gesetzgebung, mit Beleuchtung der geschichtlichen Fehler in der  
Bearbeitung des Naturrechts, Jena 1803*のうち、第三部第一章  
(承前)、第二章の翻訳であり、本誌第十三号、第十四号、  
第十六号所載拙訳の続編である。本書の翻訳は、本稿をも  
つて全体として完結する。なお、本書は、近年刊行された  
フリース全集にも収められている。Vgl. Jakob Friedrich  
Fries, *Sämtliche Schriften, nach den Ausgaben letzter Hand  
zusammengestellt, eingeleitet und mit einem Fries-Lexikon  
versehen von Gert König und Lutz Galdeser, Bd. 9,  
Darmstadt 1971.*

訳文中、角括弧 □ で囲んだアラビア数字は、原著のお  
おむねの頁数である(見出しにかかるときは、間近の本文  
冒頭に記す)。亀甲 □ は訳者による補入、山括弧 ◇ は  
訳者による文意の明確化、二重山括弧 ◊ は訳者が一単語

を複数文節で訳したことの明確化を示す。グッシュは、訳  
者が必要に応じて使用した。

### 訳注

(1) 「第二法則 所有は、社会における平等の原則にしたがって、  
分配されるべきである」。本誌第十四号所載拙訳、九〇頁。  
(2) 「第四法則 公の法則は、民法典を含むべきである。この民  
法の諸原理は、所有の分配と契約の妥当性にかんする法則的  
一致である」。「第五法則 公の法則は、刑法典を含むべきで  
ある。この刑法典の原理は、報復の権利によつて処罰するとい  
うことである」。前掲拙訳、九四頁。

(3) 原文 *wiederholter*、これを *wiederholer* と読む。

(4) 前掲拙訳、九一頁参照。

(5) いわゆる「方式書訴訟手続」を指す。「外人が参加した訴訟  
については、法律訴訟の適用はなく、ローマ市民間の訴訟手  
続きを模倣はしているが、法務官の命令権 (*imperium*) に  
基礎を置いて法律に拘束せられない訴訟手続きがおこな  
われていた。即ち法務官は自らは裁判せず、通常複数の審理  
員 (*recuperatores*) をして裁判せしめ、審判手続きの基礎と  
なるものも、争点の決定であった。然しながら審理員に対し  
ては、判決の基礎として法律 (*lex*) を指示することができ  
ない。ここに於て方式書 (*formula*) の利用がおこなわれる  
に至つた。方式書とは判決の基準となるべき規範を示した簡  
単な雛形的文書であつて、通常或る条件の備わる時には被

告に有責判決を下すべく、そうでない場合には免訴すべき旨の形をとつてゐる。方式書は法律の文言に執着せず、保護を要する法律関係は如何なるものにも途が開かれてゐる。ローマ市民間の訴訟にもこの訴訟手続きが移入せられたのは当然の進路である」。原田慶吉『ローマ法』改訂版、有斐閣、一九五五年、三八四―五頁。

(6) 原文 *zusammengesetzter*: これを *zusammengesetzt* と読む。

(7) 原文 *gestimmt*: これを *bestimmt* と読む。

(8) 前節第七項参照。

(9) フィヒテの「弁済契約」(*Abbussungsvertrag*) の場合、「公共の安全と両立可能であるかぎり、侵犯したからといって国家から追放するわけではなく、この刑罰を別の仕方と弁済することで違反者を許そう、というように万人が万人と約束する」というもので、「政府と犯罪者とのあいだの契約」ではなす。Vgl. J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, 1796, in: *Fichtes Werke*, Bd. 3, Berlin 1971, S. 261. 藤澤賢一郎訳、「知識学の原理による自然法の基礎」、『フィヒテ全集』第六卷、哲書房、一九九五年、三〇七―八頁参照。

(10) フリースは、(こ)で、違警罪(軽犯罪 *police offense*) にたいする罰とは異なり、警察独自の判断で恣意的に制定する罰則のことを考えてゐる。本節パラグラフ十を参照。

(11) フィヒテは、晒し刑をほかの刑罰と複合せせないよう主張する。「晒し台と晒し柱は」、「それだけで刑罰なのであつて、

事柄の本性からして犯罪を犯しても名誉喪失にならない場合でも、他の刑罰に加重されてはならない」。Fichte, a. a. O., S. 283. 前掲邦訳、三三三頁参照。

(12) 「死刑は見る者の大多数にとつては一つの見せ物でしかなく、残りの少数の者には、きどおりのまじつた同情の対象となる」。ベッカーリア『犯罪と刑罰』、風早八十二・風早二葉訳、岩波文庫、一九五九年、九四頁。

(13) 「死刑はいかなる『権利』にももつとつかないものである」。前掲書、九一頁。

(14) 故意 *dolus* と過失 *culpa* にかんしては、前掲拙訳、一一七頁参照。

(15) 一七九二年九月二十日にシヤンパーニュ平原にある小丘バルミー (*Valmy*) においてフランス革命勢力がオーストリア・プロイセン連合軍を撃破したバルミーの戦いを指す。この戦いは、連合軍に従軍したゲーテが、「ここに新しい世界の世紀が始まろう」と記したことで有名。

(16) 「律法学者たちやファリサイ派の人々は、モーセの座に着いている。だから、彼らが言うことは、すべて行い、また守りなさい。しかし、彼らの行いは、見做つてはならない。言うだけで、実行しないからである」。『マタイによる福音書』二二・一―三。

(17) イギリスの海上支配にたいし「海洋の自由」を唱えたこと。

(18) カントの永久平和論のことを指す。(かみやま のぶひろ・西洋思想史)