

その武力對抗に就て何等通告を要すべき理由なきは言を俟たない。勿論攻撃と防禦とは事實に於て判明し難き場合あるのみならず、攻撃を取るは則ち防禦を完うする所以でもあり、將た攻撃國も侵略者たるの名を避けんがため、外形を専ら防禦國たるに藉り、對手の侵略に對し自衛上已むなく劍を手にし起てりと稱するは有勝ちのことで、随つて孰れが攻撃國なるかは烏の雌雄を論するよりも難きことあらんが、そは後世史家の冷靜なる批判に讓るとし、兎に角發端に於て先づ對手に攻撃を加へんとする國は、その攻撃が事實に於て防禦のためにするもの、即ち防禦を完うする所以の戰略的方法に外ならずといふものにおいて、宣戰の義務は専らその國にありと謂ふべきである。

五二〇 宣戰の効果は被攻撃國が之に對し干戈を執りて應戰するも、將た無抵抗主義に出づるも、その態度の如何に拘らず効力は生じ、交戰状態は成立する。宣戰は一方的行爲で、對手の諾否や態度如何を俟つて須むない。これは前に掲げたエリザ・アーン事件の檢定に於てストウエルの夙に論斷した所であるが、彼の論斷を俟たずとも理由は明々白々である。前にも一寸記した如く、第二回海牙平和會議に於て本條約案討議の際に支那全權は『宣戰の對手國はその宣戰をば宣戰國の一方的行爲と看做し、その無効を主張し得るや。』と質問した (*Hague Peace Conf., Proc. of, 1907, III, p. 169*)。つまり對手國が宣戰不應諾ならば如何といふ質問である。この質問は席上默笑の間に葬られた。

五二一 敵對行爲の開始前に爲すべき通告(佛原文 "un avertissement"; 英文 "warning") としては、本條約第一條にあるが如く、必しも『理由ヲ附シタル開戰宣言』の形式に依るのみに限らず、『條件附開戰宣言ヲ含ム最後通牒』("un ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle") の形式を有する通告

被攻撃國
の應戰は
如何なる
に依るは
ない

條件附開
戰宣言を
含む最後
通牒

を以てしても可いのである。抑も國交が破れて開戰を見るに至るまでには、普通には豫め紛争案件の解決方に關する外交談判の行はれざるは殆ど無い。而してそれが平和的に解決出来れば結構であるが、その見込なしと見ば、紛争國の一方は對手國に對し最後通牒を送ることになる。最後通牒とは、一國政府が他國政府に對し、外交談判の最後の言辭として特定要求を披陳する所の文書、又はその文書の内容のことである。最後通牒はその文面の上に於て明確なる諾否の決答を要求し、且その決答に特定の期限を附するを常とするが、その以外に、對手國政府に於て當方の要求を承諾せざる場合に當方の執るべき態度を併せて記すると、記せざるのがある。之を記する最後通牒は英語にて普通に *Qualified ultimatum* とし、記せざるものは *Simple ultimatum* と稱する。又その前者に於て當方の執るべき態度としても、之に國交斷絶若くは武力使用の脅威を明示若くは暗示するのもあれば、せざるもある。第一次大戰の發端に於て在伯林英國大使の獨逸宰相に手交したる最後通牒に『獨逸政府に於てこの上白耳義の境土を侵すなかるべきの保障を夜半までに與へらるるに非ずんば、英國政府は白耳義の中立を支持するため、その力の及ぶ一切の措置を執るの已むを得ざるを感ず。』と云へるは、或程度にその脅威を暗示したものである。最後通牒には概してこの暗示を記するを例とするが、斯かる脅威を含ましめずして、單に條約上の特定權利を任意に執行すべしといふに止めたもの一例としては、明治四十二年八月、我が政府の安奉線改築工事の着手に關し清國政府に發したる最後通牒の如きがある。該最後通牒が毫も脅威的のものでなかつたことは、その文言に

『安奉線改築工事は北京條約の精神とその聲明とに基き、この上の遷延を許さざるを以て、清國政府既に誠意を示さざる以上、帝國政府はその協力を俟たず自由行動を執り、直ちに改築工事に着手せんとす。帝國政府の決心既に斯の

如しと雖も、この改築工事に支障を與へざる限り安奉線問題に關する談判には帝國政府欣然之に應ずべく、且その他の懸案に對しても、飽くまで協和の精神を以て清國政府と妥結するを辭せず。』

とありしに於て瞭然である。歐語の ultimatum には必しも右の意義許りでなく、古い外交文書を見ると、例へば或談判を爲すに方りこの以上の譲歩は能きぬといふ意味を書いた提案又は對案、即ち譲歩の最低限度の意義にも用ひ（この意義の場合に ultimatumum といふ字を用ひたのもある）、若くは或希望又は主張を述ぶるに方り、是非共承諾して貰ひたいといふ必須條件 (condition sine qua non) の意義に用ひたのもある。けれども今日普通に用ゆる ultimatum は、前述の如き謂ゆる最後通牒のことである。

斯の如く最後通牒には、その指定する期限迄に何等回答に接せざるか、又は之に接するも満足なる回答と認めざる場合には、自由行動を執ることあるべき旨の條件を附記するのを普通とするが、この附記なしと雖も、右様の場合には自由行動を執るに妨げなきこと最後通牒そのものの性質から當然であり、又古來の慣例の認むる所でもある。然しながら之に關し何等疑惑を挾むの餘地なからしむるため、明確に特定の條件を附記するのが現代の普遍的方式である。

五二二 開戦は現代にありては、多くは條件附開戦を含む最後通牒の發送を以てその前驅とする。乃ち第一次大戰に於ても、奥匈國の對塞、英國の對獨、我國の對獨の各開戦は孰れもそれであり、一九三九年の第二次大戰に於ける英佛兩國の對獨開戦も、これ亦條件附最後通牒の送附に依れること追て述ぶる如くである。けれども今日にありても、稀には最後通牒を前驅的に用ひないこともある。例へば第一次大戰の獨逸の對露及び對佛、佛國の對奧、英國の對奧の各開戦は、條件附最後通牒に依らないで、單に交戦状態成立の聲明の

その類例

た。後の二者は、奥匈國が獨逸の同盟國として既に參戰したる關係上、當然交戦状態が成立したものととして特に最後通牒を發すべき筋合でもなかつたが、獨逸の對露及び對佛開戦は、一は露國が動員して獨逸を脅威したといふ理由で、一は單に佛國の航空機が獨逸の上空を飛行せりと理由——聊か薄弱の、寧ろ牽強附會の理由ではあつたが——で直ちに行つたもので、即ち最後通牒を抜きにせるものであつた。

五二三 最後通牒に於て要求する回答期限は、餘りに短かければ對手國に考慮の餘地を與へず、事實に於て之を送るも送らざると擇ばざることになり、又餘りに長ければ對手國に武力對抗準備の機會を與へ、發送國に不利となるから、適當の範圍に於て之を指定するを要する。如何なる期限を以て適當の範圍と爲すべきは時と場合に依ること、一律に定め難いが、輒近通信及び交通機關の偉大なる發達、動員計畫の迅速なる遂行、戰略的機先の必要等に鑑み、事情の許す限り之を短期にするのが現代の趨勢で、概言するに二十四時間乃至四十八時間が普通である。尤も第一次大戰直後の大正三年八月十五日に帝國政府の獨逸政府に向つて發したる最後通牒は、回答期を同月二十三日正午迄とし、即ち約一週間の期限であつた。これは當時歐洲列強間に既に全般的交戦状態が成立せるに伴ひ通信機關が殆ど杜絶し、隨つて通牒傳達に多分の時間を要すべきことを考慮した結果であらう。

最後通牒に於ける期限に關しては、當事國の境土相近接し、双方間に時の大差違が無い所にありては格別の論なきも、境土隔絶し、時差の大なる國と國との間にありては、時刻の取捨に相當考慮を要する。一九一一年九月、伊太利の對土開戦に先だち在君府伊國大使の土耳其政府に送りたる最後通牒には『本通牒を貴國政府に提出したる時より二十四時間以内に回答に接し度』とあつた。この最後通牒は同九月二十八日午後二

最後通牒
に於て要
求する回
答期限

時に提出せられたのであるが、通牒そのものには右の提出時刻の記載なく、随つて伊土孰れの時刻に依るべきやにも觸れてなかつたが、君府駐劄の伊國大使がその任地に於て任國政府に對し特定期限内の回答を要求したのであるから、それが土耳其の時間を意味したものと推定するに妨げない。

第一次大戰の序幕に於て、在ベルグラード獨逸公使が塞耳比政府に對し七月二十三日午後六時を以て提出したる最後通牒には、その回答期限を同月二十五日午後六時までとしてあつた。即ち四十八時間の期限である。その回答は獨逸公使が自身の任地に於て受領することを期待したものであるから、前の例と同じく塞耳比の時間に於てするものと了解せられた。獨逸の對佛最後通牒は在巴里獨逸大使より佛國外相に對し七月三十一日午後七時口頭にて提示せられ、その回答は翌八月一日午後一時を期し同外相を訪ふて聽取すべしと約した。即ち期限は十八時間で、時刻も無論巴里時間であつた。又獨逸の對露最後通牒は、在露都獨逸大使が八月一日夜半に露國外相を訪ふて之を提示し、回答期を限るに右提示の時より十二時間としたが、この訓令を執行すべき獨逸外務大臣の訓令に『本訓令を露國の時刻にて何時に執行したるかを電報せよ』とありしに徴し、これ亦據るべき時間に關し何等疑惑の餘地なかつた。

然るに我國の當年の——大正三年八月十五日の——對獨最後通牒にありては、この點に關し多少曖昧の跡ありしを見逃し得ない。當時我が政府の『(第一)日本及支那海洋方面ヨリ獨逸艦艇ノ即時ニ退去スルコト能ハザルモノハ直ニ其ノ武装ヲ解除スルコト。(第二)獨逸帝國政府ハ膠州灣租借地全部ヲ支那ニ還付スルノ目的ヲ以テ一千九百十四年九月十五日ヲ限り無償無條件ニテ日本帝國官憲ニ交附スルコト。日本帝國政府ニ於テ叙上ノ勸告ニ對シ一千九百十四年八月二十三日正午迄ニ無條件ニ應諾ノ旨獨逸帝國政府ヨリノ回答ヲ受領

セザルニ於テハ、帝國政府ハ其ノ必要ト認ムル行動ヲ執ルベキコトヲ聲明ス。』と云へる最後通牒は、在獨逸國大使(船越臨時代理大使)をして之を伯林政府に提出せしめたものである。尤も我が政府は、在本邦獨逸大使へも同一の通牒寫を外務次官をして交付せしめ、その本國政府への傳達方を要求したが、該最後通牒の正式の提示は我が在獨大使をして直接之を伯林政府に向つて爲さしめたのである。随つてその回答期として期待したる日及び時刻は、八月二十三日の我が正午に該當する伯林の同時刻といふことにならねばなるまい。その正午は、伯林の時刻で云へば同日の午前四時である。そんな拂曉時刻に回答を期待するといふことが果して能き得るものであるか、實際の技術上疑なきを得ない。當時獨逸政府は我が最後通牒に對し無回答の拒絶といふことに決したから格別の問題は起らなかつたが、何分の回答を差越すとすると、その時刻に或は問題を生じ、多少の齟齬を來したかも知れない。八月二十三日の正午といふことが我國の軍事外交上絶對の要求であつたならば、而してその回答を本邦駐劄の對手國使臣より受くべきものならば格別、在任國本邦使臣をして任國政府より之を受領せしむるものなるに於ては、宜しく『東京時刻の正午迄に』といふが如くに明確に之を指示すべく、假に數時間の斟酌を加へ得るの餘地ありしとせば、回答を爲す所の現場である對手國の相當時刻を豫め算出し、之を我が期待すべき回答期として最後通牒の上に要求するのが、萬一の行違を避くる所以であつたであらう。事は些末のやうであるけれども、最後通牒を發する場合には斯かることにも慎重を加ふるのが萬全ならんと信ずる。

本條約の
實際的効果

五二四 翻つて本條約の實際的效力如何と云へば、本條約は第二回海牙平和會議參加の四十六ヶ國中、批准を行へるもの二十七ヶ國中、中米南米の諸國は大部分之を批准しない。而して本條約第一條は、締約國中

の二國又は數國間の交戦の場合に於てのみ效力を有するものであるから(第三條第一項)、全世界を網羅する普遍的の法則とは云へぬ嫌がある。ただ然しながら之を批准せる二十七ヶ國中には、歐亞の重なる國々は大概入つて居るから(但し伊國は之を批准しない)、不批准國が少なからずあればとて、一の有力なる國際條約たるには相違ない。けれども本條約は、實際的には正直の所その價値を疑はしむる點が少なからずある。今試みに之を指摘して見れば。

五二五 先づ以て本條約第一條の目的は、一言にして云へば宣戦又は最後通牒を以てせざる不意打を禁じやうと云ふにある。然るに實際に於ては、本條の規定を以てしても果して不意打を喰止むるを得るであらうか。その理由は外でもない、宣戦又は最後通牒の通告と實際の敵對行動の開始との間に一定の期間を置くことが規定されてないからである。海牙平和會議に於て本條約案討議の際、宣戦と敵對行動の開始との間に少なくも二十四時間の間隔を設くべしとの案が和蘭代表に依りて提出せられ、露國代表之に賛成したが、佛國代表は現代の戦にありては軍機の實際が之を許さずとの理由で之に反對し、採決に臨んで和蘭案は十四對二十一の少數にて敗れ、遂に間隔を設けざる現行規定となつたのである。故に現行規定の下にありては、開戦の宣言を爲すと殆ど同時に、又は最後通牒に於て要求する回答期間を極めて短時間に限り、對手國が未だ應戦の準備を爲すに遑なき間に、突如敵對行動を爲し得るの餘地が綽々として存するのである。

五二六 その一例は一九一一年の九月、伊太利の土耳其に對して行へる開戦振りにある。當時伊國がトリポリの状態に關し苦情を有することの始めて世に知られたのは同年九月二十五日である。而して之を聞及びたる土耳其政府は、不滿の點あらば之を改善するに吝ならずと直ちに聲明した。然るに伊國は之を斥け、翌

(一)不意打を阻止し得ない

一九一一年の伊國對土開戦の振

二十六日在君府自國大使に對し二十四時間を期限とする最後通牒を任國政府に送致すべき電訓を發した。要はトリポリ地方に於ける土耳其の排伊運動なるものを簡單に指摘したる末、「伊國政府はその威信及び利益を擁護するの必要に鑑み、トリポリ及びシレナイカの軍事占領を行ふことに決せり。伊國は土耳其政府は在本地土國代表に對し伊國のこの措置に何等對抗せざるべきの命令を發せられんことを期待し、その確答を二十四時間以内に受領したく、さもなければ伊國は直ちに右占領を實行するに就ての措置を執るべし。」といふにあつた。この最後通牒は普通のそれとは聊か性質を異にせるもので、即ち土耳其政府に對して伊軍のトリポリ占領の承認方を求め、而して土耳其に於て之を承認すると否とに拘らずその占領を實行するといふのであるから、言はば既定の方針を念のため通告するといふに過ぎなかつたものである。

兎に角在君府伊國大使はこの突如たる最後通牒を同月二十八日の午後二時半に土耳其政府に提出した。同政府は之に對し、該地方に於ける排伊運動なるものの荒唐無稽なること、且秩序維持に必要な訓令を當該文武官憲に發したることを在羅馬自國大使を通じ伊國外務大臣に回答した。この回答の同外相に手交せられたのは翌二十九日午前九時十五分とある。然るに伊國政府は之を以て不満足なる回答なりと爲し、同日午後二時三十分、在君府伊國大使は土耳其宰相に向つて同時刻以後伊土兩國間に交戦状態成立したりと通告した。而してそれから三十分を経、トリポリに於て敵對行動は公然開始せられたのである。即ち開戦の原因たるべき問題が外界に始めて傳つてから宣戦までに滿五日を出でない。伊國の右の措置は本條約第一條の規定に文字の上では格別抵觸する所ないが、これでは事實不意打ちも同じで、要は單に形式的に宣戦手續を履んだに過ぎず、特に本條の規定を設けた甲斐もあるまい。但し伊國は前に云へる如く本條約の不批准國である

宣戦後は
戦闘開始
は勢のみ

から、法律的には伊國の右の行動を違法と論すべき理由は無い譯である。

五二七 然しながら宣戦と敵對行動開始との間に特定の間隔を置かしむるの案（或は最後通牒に記する回答期限の上に相當の猶豫を設けしむる案）の如きは、不意打を禁ぜしむるといふ本條の精神から云へば理由なき要求ではなく、寧ろその精神に副ふものたるに相違ないが、實を云へば、既に宣戦を爲す以上は、それから先きは勢で、如何に一定の期間中は火蓋を切るべからずと條約の上に規定した所で、開戦に決意せる國は事實その間手を拱いて規定期間の経過を待つて居る筈はあるまい。假に待つにしても、今日にありては軍用航空機は期間の切れると同時に直ちに敵國の上空に活躍せんとて、爆弾を満載し敵の門戸に迫りて待機すべく、而して敵國の空軍とても、黙して局面の不利化するを待つ筈なく、自衛上必然その來寇を邀撃するの舉に出づるであらうから、期間は滿了せざるも實際の戦闘は先づ上空にて開始せらるべきものと見ざるを得まい。一九三九年の第二次大戦にありても、獨波の開戦は則ちそれであつた。獨英のそれは聊か別であつたが、これは別に説く如く特殊の事情に基ける特殊の例外に屬し、尋常の場合にありては、開戦の瞬間に於て咄嗟先づ敵地空襲の始まるのが定石であらう。勢は天の作す所、一片の條約にて之を堰止めんとしても多くは不可能である。現代の軍事組織の下にありては、危機愈々逼迫せば敵對行為は機先を制して最迅速に決行するを要し、事實宣戦の形式などを俟つて居らぬを普通とすべく、よしんば宣戦するにしても、戦闘の開始には間髪を容れまい。危機の逼迫は現代の進歩せる通信機關の下にありては時々刻々世界の隅々にまでも知れ渡るのであるから、戦闘の即時開始も決して不意打と稱するには當らない。この見地からすれば、當時佛國代表が軍機之を許さずとの理由に於て期間設定案に反對したのは、蓋し現實に即したる至當の見と稱すべきであらう。

(二) 不宣
戰の開戦
は依然行
はる

きであらう。

五二八 第二には、本條約は開戦には必ず先づ宣戦又は最後通牒の送附を爲すべきことを趣旨としたものであるが、その實際に於て所期通りには行かぬと思はるる所以は外でもない、假に宣戦せざる戰は戰に非ずとせば、開戦に伴ふ國際法上の諸般の義務や實際上の不便を回避せんがため戰の實を行ふも戰の名を避けんと欲する國は、單に宣戦といふ形式を履まざることに依りてその目的を達すること容易で、隨つて大概の國は宣戦を爲さざることになるであらう。しかも宣戦せずして開戦するは違法なりとし、之に戰たるの性質を認めずとした所で、その戰は遠慮なく進行する。それを宣戦なかりしが故に違法として抑制し得るものとせば、國際法は戰そのものをも違法として禁遏し得らるべき理で、敢て宣戦を要求するにも及ばぬことにならう。

五二九 第三は交戦状態の溯及力の問題である。

開戦に先づ宣戦を要することの法則に效用ありとせば、それは交戦状態の成立の日時を確と内外に知らしめ、以て交戦者權の適法の行使と且中立國の權利義務の發動の時期に誤解を生ぜしめざるの一事にあらう。然しながら、それには宣戦を必ず敵對行為の開始に先だたしめ、宣戦文の上に記する交戦状態成立の日時を唯一の拘束力あるものと爲さしむることが絶対必要である。然るに實際に於ては、曩に記せる一八九八年の米國の對西開戦の際に於けるが如く、宣戦を爲すに方りて交戦状態の成立時をその以前に溯及せしむることは稀でない。それでは宣戦は無意味で、ほんの形式的のものたるに過ぎぬことになる。尤も中立國が交戦状態成立の通告に接するといふ時は事實既にその成立した後のことである場合が多いから、實際問題としては交戦

(三) 交戦
状態の溯
及力

状態の成立に溯及力を認めざるを得まい。然しながら之を認めるのは、交戦状態の成立とその通告との間隔が甚しく長時間でない場合か、又は中立國に於て實際交戦状態成立の事實を知りたることを確實なる場合に限ることと解したい。さもないと中立國は、その未だ承知せざる間に自國の船や貨物が開戦國に依り拿捕せらるるの危険に遭會すべく、それは不合理であらう。同じ理に於て、實戰が後日宣戰その他の方式を経て法的戰に化した場合に於ても、之に依り以前の實戰がその儘法的戰に變形し、隨つて例へば以前に第三國に對して行はれたる違法行為(假にあつたとし)が轉じて適法のものとなるとは考へられない。

五三〇 更に本條約の實際的效力を疑はしむる第四の、しかも最も重大なる理由は他なし、開戦に決意する國にして本條約第一條所定の手續を株守して居つたのでは戰機を逸せしめ、ために戰略上甚しく不利に陥るの懸念である。別して空軍活用は現代にありては、大國間の開戦は概して先づ空襲を以て火蓋が切らるべく、而して空襲は先んじて敵を制するに於てこそ效果あるから、開戦の危機愈々緊迫せるとならば、双方共に政府の宣戰や最後通牒などの形式の履み了るを待つて居つたのでは、忽ち機先を敵に制せられ、開戦の發端に於て局面に大不利を招くのは言を俟たない。故に咄嗟先づ敵の領空内に躡進して最迅速に敵の航空機、格納庫、飛行場等を爆破し、且最重要の謂ゆる軍事的目標をも破壊して敵からの空襲に豫め止めを刺すの舉に出づべきは、何れの國とても苟も空軍を有する限り當然の順序とすべく、開戦の方式に拘泥するなどは到底期して望まれまい。敵對行為の開始に第一條所定の順序を履むことを要求するのは、進んで敵の國境内に侵入し若くは敵の沿岸を海上より攻撃し、將た敵艦隊と始めて會戰する迄には數日を要したる往昔にありてこそ或は理由立ちしならんも、現代にありては多くは期して望むべからざる時代錯誤の規定とも論じ得られ

(四)戰機を逸せしむ

交戦状態の成立の時刻は明確を要す

る。世に時勢の變遷を理由として效力の不存續を要求すべき條約ありとせば、本條約の少なくとも第一條の如きは實にそれであらう。列國が當年の海牙平和會議に於て本條約に調印したる、畢竟は事の將來を洞察するの明なかりしことに由らんも、過去は追ふに甲斐なしとし、今日は謂ゆる *rehus vii stantibus* の原則に依り、締約諸國須らく本條の廢棄を宣言するに理由なしとしない。遵守性の實際に期し能はざる法を法として存續せしむるは益なきのみならず、寧ろ法の神聖を潰すことにもなる。故に本條約の締約國にして國際法に忠實ならんと欲するものは、率先本條の廢棄を提唱するの勇を示すべしとの論も立つ。

五三一 交戦状態の成立は中立國の權利義務の發生と重大の關係があり、殊に中立船の拿捕の如き、その瞬間よりして有效となるのであるから、交戦状態成立の日時を明確に承知することは、對戰國としても勿論であるが、殊に第三國として最も必要である。然るに宣戰又は最後通牒の送附あるにしても、その日時に明確を缺くの例は往々ある。一九一一年の伊土開戦にありては、伊國は對土最後通牒の回答期が同年九月二十九日午後二時を以て滿了するや、『只今より (à ce moment) 交戦状態成立す』と聲明したるが、その只今とは回答期限満了の際の只今なるか、その聲明の時の只今なるか明晰でなかつた。大戦の當初に於ける諸交戦國の交戦状態成立の聲明中にも、その點の不明瞭なりしものが何程かあつた。英國は獨逸とは八月四日の午後十一時より、奧匈國とは八月十二日の夜半より、勃牙利とは十月十五日(一九一五年)の午後十時より、又獨逸は佛國とは八月三日の午後六時四十五分より、孰れも交戦状態に入れりと聲明したから何等疑惑はなかつたが、土耳其とは『本日より』(一九一四年十一月五日)とありしのみで、『本日』の何時よりなるか示されてなかつた。伊太利の對奧開戦も單に『明日より』と聲明せるのみで(一九一五年五月二十三日)、これ

亦不明瞭の嫌なきを得ない。その他勃牙利の羅馬尼に對する宣戰（一九一六年九月一日）にも、單に『今朝より』とあるのみであつた。對手國との關係に於てはそれにも可ならんが、中立國に對する通告には能ふ限り交戰狀態成立の時刻を明確に記するに若くはない。

宣戰の通告は電信にて爲し得るか

五三二 宣戰の通告は電信にて之を爲し得るや。交戰狀態の成立に關する中立國への通告方に關しては、之を電信にて爲し得ること本條約第二條に明記してあるが、宣戰の通告の方法に關しては本條約に規定する所が無い。けれども電信（又は電話）を以てする通告は許されざるものと解したい。オッペンハイムの

『宣戰は文書にて通告するを要すとは何處にも明規してない所から、その通告は或は文書、或は電信電話、或は口頭等、何れの方法にて爲し得べしと論ずる者あらんが、この論贊し能はざるものと思ふ。宣戰の必須的重要性と且本條約第一條に於て武力に訴ふべき理由を附せざる可らずと爲せる事實は、使節に依り對手方に手交せらるべき文書を要するものと解さしめる。のみならず第二條に於て開戰の中立國への通告は電信を以て爲すことを得と明規しあるの一事は、これ即ち第一條に於て特に必要として規定する所の宣戰は、電信にては爲すを得ざるものとの結論を肯認せしめる。既に電信に依ることが許されずとせば、況して電話又は口頭の如きの許されざるべきは尙ほさらである。』(Oppenheim, II, § 94, p. 239)

と云へるは妥當の見と思ふ。尤も宣戰の通告文は必しも任國駐劄使臣に依り對手方に手交せらるべきものと爲すには及ばず、外務大臣が將に退去すべき對手國使臣に手交するも、將た第三國を介して行ふも、苟も文書である限りはその手段は自由である。

第一次大戦の諸國の交戦手續

五三三 第一次大戦の勃發に際し、又その進行中に於て、交戰狀態に入りし國々は、之を延數にして五十六とあるが (Garner, *Int Law & the W. W. I.*, pp. 37-8) 、その重なる交戰國の執りたる開戰の手續を略記すれば。

(一) 奥匈國對塞耳比 奥匈國は一九一四年七月二十九日、外務大臣の塞耳比國外相宛の電信にて同日以降塞耳比との間に交戰狀態に入りたる旨を通告した。序でながら、塞耳比は開戰に關する本條約の加入國でないから、同條約第三條に依り第一條の規定の拘束を受けざるものであつた。

(二) 獨逸對露國 在露都獨逸大使は八月二日露國外相に對し獨逸帝國は自今露國と交戰狀態に入りたるものと認むる旨を理由附の書面にて通告した。

(三) 獨逸對佛國 在巴里獨逸大使は八月三日佛國外相に謁して告別の挨拶を述べると共に、佛國航空機が獨逸領土内に於て敵對行爲を演じたること、隨つて獨逸帝國は同八月三日午後六時四十五分より佛國と交戰狀態に入りたるものと認むること、と記せる書翰を交付した。

(四) 英國對獨逸 在伯林英國大使は八月四日獨逸宰相に謁し、獨逸政府にして白耳義に侵入したる兵を撤收するに非ずんば英國政府は白耳義の中立維持のため自國の力の及ぶ一切の措置を執るべしと告げ、併せて旅券を要求した。獨逸宰相は旅券の要求は宣戰と同一に解すべきやと問へるに、英國大使は、外交斷絶に開戰の伴はざる例は幾多あるも、獨軍の撤收如何に關し今夜十一時までに満足なる回答に接することなくんば、英國政府は條約の要求する手段を執らざるを得ざるに至るべしと答へ、獨逸宰相はそれは事實に於て宣戰なりと云ひ、斯くして同日午後十一時より交戰狀態に入った。

(五) 日本對獨逸 我國は同年（大正三年）八月十五日、前に抄録せる最後通牒を獨逸政府に送り、その應諾の回答を得ざるに及んで八月二十三日宣戰の詔書の煥發となつた。

(六)英國對土耳其國 英國は一九一四年十一月五日土耳其に對し宣戰したるが、その宣戰布告に「獨逸將校の指揮に屬する土耳其軍に依りて爲されたる敵對行爲に由り：：とありしが如く、實際の戰鬪は宣戰に先だちて行はれたのである(土耳其も塞耳比と同じく開戰に關する本條約の不調印國である)。

(七)伊國對奧匈國 一九一五年五月二十三日、伊國外相は在羅馬奧匈國大使に向つて伊國は翌二十四日以降奧匈國と交戰状態にありと認むる旨を告げ、別に在維納伊國大使をして同日奧匈國政府に對し同様の通告を爲さしめ、同時に理由を詳記せる宣戰趣意書を各國政府に送致した。

(八)米國對獨逸 米國議會にては一九一七年四月六日、獨逸の米國に對して行へる累次の敵對行爲の結果として獨逸との間に交戰状態成立すと聲明する上下兩院共同の決議が通過し、大統領直ちに之を裁可して同日以降交戰状態に入つた。

この外、例へば伯刺西爾は一九一七年六月四日付對米通牒にて宣布せる中立維持の聲明を取消すことに依り、又豫て對獨斷交を聲明したる支那は、獨逸が潜水艦戰を棄つるに意なきに鑑み一九一七年八月十四日以降支那と獨逸及びその盟邦の奧匈國との間に交戰状態が成立したる旨米國政府を通じ獨逸へ通告することに依り、孰れも交戰状態に入りたるが、餘の參戰諸國中には、特に宣戰の方式を履まずして交戰状態に入りたること例へば日澳、露土、勃塞の如きがあり、又中には交戰状態に入りしも實際の敵對行爲なく、あれども一二回の小競合に過ぎざりし國も少なくなかつた。(日澳の交戰状態は、青島碇泊の奧匈國軍艦エリザベスの艦長が青島に於て戰鬪に参加すべき旨八月二十四日に本國政府より訓令を受け、之に基き同艦長が獨逸と共に我國に向つて敵對態度を執るに至れることに由り、自然に兩國間に交戰状態が成立したのである)。

五三四

一九三九年の第二次大戰も、英佛兩國は孰れも條件附最後通牒の送附を以て對獨開戰を行つた。

即ち英國政府は在伯林自國大使をして同年九月一日夜獨逸外相に面會せしめ、大要「獨逸政府の行動に由り生じたる事態は英佛兩國政府をして波蘭援助の義務を履行するに至らしむ。英國政府は獨逸政府よりその一切の侵略的行動を中止したること、且その軍隊を波蘭より撤退するの用意あることの満足すべき保障を受領するに非ずんば、猶豫なく對波蘭義務を履行すべし。この通告に對し速に回答に接せんことを要求す。」との公文を手交せしめた。その折同大使は、この要求の性質に關し若し獨逸外相より質問あるならば、これは一の警告たるに止まり、最後通牒には非すと答へて可なりとの訓令をも受けて居つたが、この點に關し質問は無かつたとある。越えて翌々日の九月六日午前九時、同大使は訓令に依り改めて獨逸外相に公文を以て「去九月一日の警告的通告に對し速に回答ありたき旨申入れ置きたる後既に二十四時間を経過し、而して爾後波蘭に對する攻撃は急調を加へつつあり。波蘭に對する一切の侵略的行動の中止及び獨逸軍隊の波蘭よりの撤退に關し英國政府に於て英國時間の午前十一時までに満足すべき保障を獨逸政府より接受するなくんば、同時刻以後英獨兩國間に交戰状態成立せりと承知ありたし。」と申入れた。これ則ち條件附最後通牒である。之に對し豫定の時刻までに獨逸政府よりの回答なかつたので、同大使は即時伯林引揚に着手した。(要求時刻より三十分遅れたる同日午前十一時半、獨逸外相よりは要求拒絕の旨回答ありたる由)。而して他方英國首相は下院に於て九月三日午前十一時以降獨逸との間に交戰状態成立したる旨を聲明した。在伯林佛國大使も同九月三日の正午に同様の最後通牒を獨逸政府に送り、限るに同日午後五時を以てしたが、これ亦所期の時刻に回答に接せず、斯くて獨逸との間に交戰状態の成立となつた。その後戰渦擴大の場合に交戰諸國が如何

なる開戦方式を執るべきかは、本講執筆の際に何とも豫測するを得なかつた。

五三五 甲乙兩國間に開戦を見るに至りたる時、乙の同盟國に丙があらば、その丙との間にも甲は當然交戦關係に入るや。この問題に關しては、要は乙丙間の同盟の性質、即ち同盟規約の内容如何にも由ることであるが、概言するに往昔にありては、敵國の同盟國は事情の如何に拘らず當然敵國となるといふ風に考へられ、又實際敵國となつたものである。けれども今日にありては必しも爾くは認められず、畢竟同盟の性質及び時の政策に依りて取捨するものとしてある。ハレックが交戦國の一方と他方の同盟國との關係を論述したる末、『敵の同盟國はその同盟の性質、及び同盟を締結せる時期並に事情如何に由り我が敵となり、又はならないのである。：：他國が敵の同盟國であるといふ單なる事實は、その國をも當然交戦國として取扱はしむる理由とならなう。』(Hallock, II, § 4, p. 3)と云へる、理まさに然りである。前述の第一次大戰に於ける各開戦手續に見るが如く、英國は獨逸との間には八月四日夜半を以て交戦状態に入つたが、塹匈國は結局その同盟國たる獨逸の側に起つことは明瞭であつたけれども、英國は獨逸に向つて開戦したるの故を以て塹匈國に對し開戦はせず、塹匈國との外交關係も對獨開戦後約一週間は其儘に繼續せられた。塹匈國にして假にその軍事行動を東歐方面に限つたとしたならば、英塹の國交は或は尙ほ暫くは持續せられたかも知れない。けれども戦局は逐日擴大し、且佛國は塹匈國に向つて宣戦し、英國は佛國側に起ち、諸般の事情は敵味方の關係を鮮明ならしむるの要を感じしむるに至り、乃ち英國外相は八月十二日在塹大使に『塹太利は佛國と既に共同戦闘に入れる露國に對し宣戦し、且佛國に對する直接の脅威たるべき状況の下に獨逸の國境を越えて出兵し、斯くして塹匈國の佛國との國交は全然斷絶したると同様に立至りたるを以て貴官は、任國政府

敵國の同盟國は當然敵國となるか

交戦國の保護國は當然交戦國か

に向つて旅券を要求すべく、尙ほ在倫敦塹匈國大使に對しては本日夜半より英塹兩國間に交戦状態成立すと
の旨を通告したり。』と電訓し、別に同日在倫敦塹匈國大使に右の趣旨を通告し、茲に始めて塹匈國と交戦
状態に入つたのである。

尤も獨逸にては、伊太利の獨逸に對する宣戦(一九一六年八月二十八日)に先だつ二ヶ月前、特に閣議に於
て、獨伊間には正式の交戦状態未だ成立するに至らざるも、既に伊太利は獨逸の盟邦たる塹匈國に向つて宣
戦(一九一五年五月二十六日)したるが故に、獨逸は事實上伊太利と交戦關係にあり、と決定したりとのこと
が當時報道せられた。故に獨逸にては、敵國の同盟國との間には未だ宣戦を見ざるも事實的には交戦關係に
入れるものとの見解を執つたやうであるが、しかも獨逸は此に至るまでの間極力獨伊の開戦を避くるに努め
たものであるから、右の決定も畢竟事態の已むなきに至つた末の見解に出でたものであらう。

五三六 交戦國の保護國は、その被保護國たるの故を以て當然能保護國側に起ちて參戦するに至れるもの
と見るべきか。この問題はクリミア戰役中、當時英國の保護國たりしアイオニア島民の二商船 *Leuade* に
關して起つた。アイオニア島は十七八世紀の交、五つの重なる島嶼を聯合せる一共和國であつたが、一八一
五年以降その一八六三年を以て希臘に併合せるまでの四十有八年間英國の保護國となり、その間英國は理事
官を同島に置いて統治に當らしめ、外交官は勿論のこと領事官の他國への派駐を許さず(他國領事官の駐在
は之を許した)、しかも英國は同共和國の外に向つて、例へば條約文の上などでは、英國の保護の下にある獨
立國と稱するを許して居つた。

そこでクリミア戰役中の或時、英國の一軍艦はアイオニアの商船ルーカードを拿捕した。理由は、同島は

太利の對エチオピア戦に關する聯盟理事會の『六名委員』の同理事會への報告(一九三五年十月七日)にも徴すべきである。伊國は元々開戦に關する本條約の不批准國であり、エチオピアも同様であつたが、エ國は形勢が急調を帯ぶるに至れる頃の一九三五年八月五日、新に本條約に加入方を批准書寄託國たる和蘭政府に通告し、斯くして本條約第六條の規定に基き、爾後六十日を経たる日即ち同年十月四日以降は、伊國をして本條約第三條第一項に依り第一條の拘束を受けしむることにし(と報ぜられたが、事實とすれば或は伊國は當時既に批准國となつて居つたものか、さもないとエ國が急に本條約に加入したからとて、伊國を拘束せしむる力はあるまい)、斯くしてエチオピアは國際聯盟事務局に對して伊國軍隊が自國の國境内に侵入したること及び伊國航空機より爆撃を受けたことを通告した。是に於てか聯盟理事會は前述の『六名委員』を設けて本件を調査せしめ、同委員は之に關する報告を理事會に提出したるが、その結論は『交戦状態は成立せり、而して伊國は國際聯盟規約第十二條の規定を無視して戦に訴へたり。』といふにあつた。而して理事會議長も『本理事會に代表せられたる十四の聯盟國は規約第十二條を無視せる戦が始まりたりと認定す。』と宣明して之を記録に留めた。即ち規約を無視しても戦は成立することを肯定したものである。他方、國際聯盟理事會に於て『六名委員』に本件審査を附託したると同じ日の十月五日、米國大統領は同年八月三十一日の兩院共同決議に係る中立法の實施に關する布告を發するに方りて『エチオピアと伊太利王國との間には不幸にして交戦状態成立せり。』と聲明し、併せて米國は『兩交戦國に對し武器、彈藥、及び軍用器材の輸出を禁ず』る旨を宣布した。米國大統領の右聲明は聯盟理事會及び總會が伊對エの紛争に關する最後の決定を下すに先だちて爲されたもので、假に聯盟機關の盡力その功を奏し、假に該紛争が交戦に至らずして平和的に解決した

としたならば、頗る妙な關係に立到つたものであらう。そは暫く措くとし、米國大統領のこの聲明と且は聯盟理事會議長の宣明に依り、少なくとも聯盟及び米國の視る限り、たとひ敵對行動の開始の手續に如何に違法の點がありしにもせよ、交戦状態そのものは既に成立したものと見られたのである。

因みに記す。第一次大戦中、希臘のピレウス港に上陸せんとする佛軍を喰止めんとて、之に對抗したる希臘の軍隊に、その際戦死したる一將校があつた。その恩給問題に就て希臘政府は、本人の殺された時には希臘間に交戦状態が成立し居らざりしとの理由で、その支給を拒んだ。然るに本人の遺族からの訴訟となりたるに、アテネの控訴院にては、一國が侵入軍に武力を以て對抗するの事實は適法の自衛を構成し、交戦状態を發生したるもので、宣戦は要件に非ず、といふ判決を下したことがある。(Williams & Lauterpacht, ed. by, *Annual Digest of Pub. Int. Law Cases*, 1919-192 p. 386 参照)。些小の事件で且國內法廷の判決例に過ぎぬが、多少の參考にはならう。

五三九 本條約には次に開戦國に於て交戦状態の成立を遅滞なく中立諸國へ通告すべきことを命ずる左の規定がある。

第二條 戦争状態 (L'Etat de guerre, a state of war) ハ遲滞なく中立國ニ通告スベク、通告受領ノ後ニ

非ザレバ該國ニ對シ其ノ效果ヲ生ゼザルモノトス。該通告ハ電報ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得。但シ中立國ガ實際戦争状態ヲ知リタルコト確實ナルトキハ該中立國ハ通告ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ズ。

交戦状態の中立國への通告は、本條約を見るに至れる遙か以前から、國際禮儀として疾く行はれたる慣例であるが、交戦状態の成立は、常に當該交戦國間の關係たるに止まらず、同時に交戦國と中立國との間にも特殊の權利義務關係を發生せしむるものであるから、單に禮儀上の要求に止めず、當然法律的義務と爲すべきものたることを論を俟たない。

前掲第二條の規定に關しては、海牙平和會議に於て本條約案審査委員會に當初二つの案が提出せられた。一は白耳義案で、即ち『交戦状態は之を中立諸國に通告するを要す。この通告は電信を以て之を爲すことを得。而して通告接受後四十八時間を経過したる後に非ざれば中立國に關する何等効果を生ぜざるものとす。』といふのである。之に對し佛國代表は、中立國をして四十八時間中立義務を無視するを許すが如きことは容認する能はずと論じて反對し、遂に廢案となつた。次は英國案の『中立國は交戦國の一方より開戦の通告を受取りたる上に於てのみ中立維持の措置を執るべき義務あるものとす。』といふのである。これも交戦國の權利を犠牲にして中立國を不當に庇護するものとの反對論のため成立しなかつた。而して結局委員會にては、『凡そ國家は交戦状態を知りたる場合に限り中立國としての義務を負ふべく、而して開戦の通告を受けたる其の時よりして、該通告が如何なる方法に依れるに論なく、苟も事實に疑惑あるに非ざる限り、中立と矛盾する何等行爲に出づるを得ざるものとす。』といふ解釋の下に、茲に前記第二條の案文が採擇せられたのである。

敵對行爲の開始前に執るべき手續に關する本條約第一條の規定は、双方が本條約の批准國である場合に限り適用せらるるのであるが、交戦状態を遲滞なく中立國に通告すべき第二條の規定は、たとひ交戦國の一方が本條約不加盟のものたる場合にありても、その加盟國たる中立諸國との關係に於ては總て適用せられる(第三條第二項)。故に自國又は對手國が本條約の批准國に非ず、隨つて對手國に對し宣戦又は條件附最後通牒なしに敵對行爲を開始するを得るにしても、中立國にして本條約の批准國である限りは、之に對し交戦状態の通告を怠るを許されないのである。

中立國が
交戦状態
成立を知
れる場合

五四〇 開戦は中立國に向つて中立義務の遵由を要求せしめる。中立義務の遵由は開戦の宣言若しくは宣戦の布告があつて始めて要求せられるのではない。宣戦又はその布告は、宣戦をする政府と對手國政府及び自國臣民との關係に止まり、第三國政府とは法律的には無關係のものである。而して中立義務の遵由は、第三國が交戦状態の成立を認むるに至りたるその事實が之を要求するのである。交戦状態の成立事實を第三國が認むるには二つの場合がある。一は交戦國より交戦状態が成立したことの通告を受けた場合で、二はその通告を交戦國より受けざるも、諸般の狀況よりして交戦状態成立の事實を知りたる場合である。(交戦國の宣戦の布告の如きは勿論その一であるが、たとひ宣戦の布告なしと雖も現實に戰鬪が大規模に開始せられたる事實の如きも亦そうである)。交戦國より交戦状態の成立の通告を受けたる場合は論なきが、たとひ之を受けずとも、その成立の事實が當然第三國の耳に入つて居るべき筈との推定が確實であれば、第三國は特に交戦國よりその通告を受けてないからとて、中立義務遵由の責を免るるを得ない。ウェストレークの

『たとひ何等の宣戦なく、將た交戦國が宣戦を第三國に通告するの義務を怠りたればとて、第三國及びその臣民は交戦期間を通し中立の義務より逃るるを得るものとは云へない。第三國にして交戦の成立を知れる場合には、又は之を知りたる筈とすることが明瞭である場合には、彼等は當然その義務の拘束を受ける。これは諸學者の一致する見解で、且一八九六年の伊太利とアビシニア間の宣戦なき實戰の折、戰時禁制品を輸送する和蘭船ドエルワイクを伊艦が拿捕したること「本件は追て戰時禁制品を論ずる所に於て述べる」を適法と論斷せる伊國捕獲審檢所の同年十二月八日の檢定に於て適用せられた所のものであらう。』(Westlake, II, p. 30)

の所説はそれで、開戦に關する本條約第二條の後半但書は則ちこの意味を法文化せるものである。

五四一 前掲の第二條を卒讀すると、敵對行爲開始國は宣戦(又は條件附最後通牒の發送)を爲した上、尙

既に宣戦

ほ別に交戦状態の成立を中立國に通告すべき義務があるやうであるが、それは二重の手數であるまいか。既に宣戦なり最後通牒の發送なりがあらば、通信網の世界の隅々にまで沿く行渡れる今日、瞬時を出でずして世界各國は之を公知し得るは勿論で、随つて第三國は之を知らずとは云へまい。第二條の但書は斯かる場合に該當するのである。故に宣戦を爲したる國は、その以上更に交戦状態成立の事實を第三國に通告するは隨意ではあるも、之をせずとも第二條の但書に依りて第三國の通告欠缺の主張に對抗し得る理である。要するに第二條の本文は、敵對行爲開始國に於て宣戦(又は最後通牒の發送)を爲すに至らずして中立法則の發動、即ち中立義務の遵由を第三國に向つて要求せんとするには、別に交戦状態成立の事實を通告するを要すべく、さもなければ中立法則の發動の効果は生せず、との意味に解せば足りる。

五四二 本條約第二條に於て中立國に對する通告を義務とする謂ゆる『戦争状態』の『戦争』とは、本條約議定の際の精神に於ては、主として法的戦を意味したること疑ふべくもない。故に實的战にありては、交戦國は之を第三國に通告するの義務を負はない。けれども之を第三國に通告した場合はどうであるか。又その通告の効果は如何に見るべきか。別語にて云へば、その通告に依り通告國は第三國に對し交戦者權を行使するを得るか。例へば武器彈藥類その他戰時禁制品を敵地に輸送する第三國人の船は之を拿捕することを得るか。その他第三國に對して中立法則の命する諸般の義務の履行を期待且要求するを得るか。

之に對しては當然然りと答ふべきである。勿論中立國たるに伴ふ權利義務は、或國と國との間に開戦とならば必然的且自動的に發生するものではなく、交戦國側に於ける交戦の意思表示を中立國側に於て直接間接に知悉するに於て始めて發生するのである。故に例へば甲と乙とは事實的に開戦するに至つたとし、而して

甲も乙も交戦状態の成立を第三國に通告せず、第三國もその成立を知らずと主張し、いや確に之を知れりと反駁すべき證據も交戦國側に無いといふが如き場合には、第三國は甲乙兩國間には事實的に交戦状態が成立せるに拘らず、該兩國の双方に對し中立國たるに伴ふ權利を主張し得ざると同時に、その義務をも負はず、中立國として抑止すべき筈の行動をも遠慮なく爲し得るのである。昭和十二年以降の支那事變に於ける日支兩國と第三國との關係は、形式的には則ちそれであつた。

然しながら、たとひ實的战なるにもせよ、交戦状態成立のことを交戦國より中立國に通告したる場合は別である。抑も實的战とは交戦の意思表示その他戰の構成要件の或ものを缺きつつ交戦の實を行ふ所の戰である。然るに交戦の事實を第三國に通告するに於ては、その意思を公然表示したると擇ぶなき譯であるから、たとひ宣戦なり將た條件附最後通牒の發送なりの形式なしと雖も、右の公然の意思表示に依り實的战は化して法的戦となり、随つて交戦國は第三國に對し交戦者權を行使し、又中立國たるに伴ふ諸般の義務を期待且要求するを得べく、第三國も國際法上の交戦状態が當事國間に完全に成立したものと認めざるを得ざるものと論すべきである。交戦國に於て第三國に對し右の通告を爲すなく、而して吾等は國運を賭して輸贏を争ひつある實際の戦なるに第三國が敵に直接間接の幫助を與ふるは不都合なりと獨り思惟し、交戦の遂行に妨害を加ふるものと爲し、國家の自衛權の要求として交戦者權を第三國に向つて行使するとせんか。その場合には該第三國は自國の權利の急迫なる侵害として、これ亦己れの自衛權に訴へて武力抵抗を爲すなしとは限らず。然る場合には自衛權對自衛權の衝突となり、遂には第三國を擧げて敵位に立たしむることにもならう。けれども既に交戦状態成立の通告を爲す以上は、交戦者權の行使は適法行爲となるのであるから、第三國は

自衛権を以て之に對抗するを得ないのである。

第三章 開戦の齎らす直接の影響

第一款 對戦國及び對戦國人との關係

第一項 外交關係の解消

絶と交渉断絶

五四三 開戦が交戦國間に從來存在したる外交關係の解消即ち國交の断絶を當然齎すことは自明の理で、敢て説明を要しない。國交断絶は交渉断絶と混同するなきを要する。國交断絶は一切の外交關係を解消するもので、随つて外交使臣の撤退となり、而して多くは（必しも常にではない）開戦を伴ふに至るものであるが、交渉断絶は懸案の交渉を断絶し、その懸案の關する限り自由行動に出づべきを聲明するもので、對手國がその間に反省し、改めて問題を我方の満足するが如くに解決するの意思を示すに於ては、何時にてもその交渉を再開するの餘地あるものである。交渉断絶には國交断絶を直ちに伴ふこともあれば、國交断絶に意なくして（少なくともその當座に於ては）行はるることもある。この兩種の最も顯著なる實例には、我國の明治三十七年二月の對露交渉断絶と明治四十二年の安奉線問題に關する對支最後通牒とがある。明治三十七年二月六日、在露都帝國公使が訓令に由り露國政府に向つて滿韓問題に關する交渉断絶の通告を爲すや、同時に『帝國政府は右の一途「交渉断絶」を採用すると同時に自ら其の侵迫を受けたる地位を鞏固にし且之を防衛する爲め、竝に帝國の既得權及正當利益を擁護するため、最良と思惟する獨立の行動を取ることの權利を留保

す。」と聲明して國交斷絶の意を通告した。之に反し明治四十二年八月六日の安奉線に關する對支最後通牒に於ては『清國政府既に誠意を示さざる以上、帝國政府は其の協力を俟たず自由行動を執り、直ちに改築工事「安奉線の」を開始すべく、帝國政府の決心既に斯の如しと雖も、此の改築工事に支障を與へざる限り安奉線問題に關する談判には帝國政府欣然之に應ずべし。』と記し、交渉再開の餘地を存せしめた。以て兩者の異同を知るべきである。

五四四 國交の斷絶は、嚴密に云へば、開戦の日に於て始めて之を見るのではなく、開戦に先だちて外交代表者の任國政府に對する外交關係斷絶の通告、任國政府への旅券請求、又は任國政府よりの旅券の交付等に依りて外交關係は茲に解消するのであるが、通俗的には開戦と共に解消すといふも妨げない。實際外交斷絶と開戦との間に空間のあるは珍しからず、寧ろある方が多く、甚しきは第一次大戦中、米國が獨逸に向つて外交斷絶を通牒したる一九一七年の二月三日より開戦の四月六日までの間には、實に二ヶ月の長き空間があつた。

五四五 交戦國の外交代表者は外交關係解消に由り任國を撤退するに方り、是に先だち任國內に於ける自國及び自國人の利益の保護を任國政府の同意の下に同僚たる友國の外交代表者に委託するのが普通である。けれども該交戦國にして任國と無條約の關係にある場合には、任國政府は友國の同僚に依る右の委託に同意する限りでない。第一次大戦中、米國政府より在華府土耳其大使の依頼に基き、我が帝國内に於ける土耳其人の利益を在本邦米國大使に於て代表することに關する帝國政府の同意如何の照會ありたるに（一九一五年七月一日）、帝國政府は土耳其は帝國と條約關係を有せず、隨つて土耳其人の利益は曾て帝國内に代表せら

國交斷絶の發生期

利益保護を友國外交代表者に委託する

れたるものなしとの理由を以て、右の同意如何を考慮する限りに在らずと回答し（同月十四日）、事實に於て之を拒絶したことがある。

五四六 外交代表者は外交關係解消と共にその資格は消滅し、不可侵權は同時に喪失する理であるが、任國政府の適當と裁量する期間内に於て任國を出發するその際までは、引續き之を認むるのが國際慣例となつてある。その期間を過ぎて尙ほ出發せざる場合には、不可侵權は最早や認められざるのみならず、俘虜として留置せらるることもある。期限内の出發に際しては、任國政府は常に不可侵權を退去する外交代表者その人に認むるのみならず、その家族、從者、並に携帶品に對しても安全の道を講じ、敵愾心に驅られたる自國人の之を侵害するなきやう必要な措置を執り、無難に國外に退去せしむるのを寧ろその責務とする。

五四七 外交代表者の撤退に方り極めて用意周到の保護を之に加へ、撤退する本人及び家族は勿論、同僚の外交團諸員を擧げて驚嘆せしめたのは、明治三十七年二月日露の國交斷絶に伴ひ在本邦露國公使の帝都撤退に際し我が政府（のみと云はず朝野一般）の示せる態度であつた。如何に國交斷絶と共に民心の極度に昂奮する際に於てすら、我國が之に對し尙ほ且慇懃恭敬の意を致し禮を盡すといふ武士道の精華を備さに發揮したかは、過去の他の開戦——日清及び日獨——の折にも證されたが、殊に世界の最大國を敵として勝敗は逆睹し得ず、特に國運を賭して乾坤一擲の大戦に入らんとする對露の開戦の際に於てすら、餘蘊なきまでに示された所である。これは敢て自畫自讚を須むず、當の露國公使ローゼン彼れ自身をして語らしむるの公平なるに若かない。彼の『回想録』に曰ふ。

『予等の出發は十一日の午後十一時と定められた。同日午前、予の多年の親友にして同僚たる白耳義公使ダヌタン男

外交代表者の任國を撤退する

之に關する我が武士道の精華

は伊藤侯の使命を帯びて來訪し、侯の公職上親しく來りて別辭を述ぶる能はざるを遺憾とし、他日國交恢復を得て再見の日速に到らんことを切望する旨を傳へた。次で舊友の榎本子の來訪があつた。子は病を郊外に養ひつつあつたが、この日特に病牀を出で、存命中に最後の告別を致し置かんとて病を押して親しく來駕せられたのである。

『愈々當夜十一時、馬車數輛及び護衛兵一隊我が公使館に到つたので、即ち新橋驛へと馳せた。街道には騎兵一箇中隊堵列し、侮辱若くは迫害に對し予等を保護する凡ゆる警備手段は執られ、停車場の入口には軍隊は遠き圓形を作りて護衛し、公人の車輛以外には何人をも近寄せなかつた。プラットフォームには外交團全部の外、宮中の諸高官及び諸夫人予等を待受け、慇懃に別辭を舒した。』

『吾等の特別列車は夜半に横濱に着いた。而して吾等の安全に對する日本政府の警戒は東京に於けると同様用意周到で、停車場より埠頭までは縣廳差廻しの馬車にて送られ、無事佛國郵船ヤルラ號に搭乘するを得た。』

『これ實に仁侠なる日本國民が敵國の代表者に對して致せる送別の禮である。知らず世界は爾後果して向上したるや否や。』

(Rosen, Forty Years of Diplomacy, I, p. 233)

ローゼンは尙ほその乗船の神戸に寄港せる際に兵庫縣廳の彼に表せる好意を記し、又在東京ニコライ教會堂が戦時中等迫害に遭はず、教會附屬學校に於ける露語の教授すら何等干渉を受けざりし事實を掲げ、日本政府及び國民の對敵態度の武士的なるを同書に於て嘖々賞揚した。

昔にこれのみでない。ローゼンが愈々公使館を閉鎖し、帝都を去りて横濱より乗船歸國の途に就かんとする日、我が昭憲皇太后陛下には特に女官を露國公使館に遣はされ、ローゼン夫人に『今次不幸にして兩國の和親破らるるに至つたので、公然の資格に於て往來する能はざるも、公使夫人とは年來懇親を重ねたるが故に、女性の情として今默視する能はず、茲に侍臣を通じて送別の辭を達し、且兩國の交際舊に復するの曉

に於て再び夫人の歸來を待つ』との令旨を傳へしめ給ひ、同時に御餞別として貴重の御下賜品があつた。ローゼン夫人はこの令旨を拜し、國交斷絶後尙ほ且斯かる殊恩の降れるは眞に心外なりとて深く感激し、涕泣暫しは拜答の辭を述ぶる能はざりしか。外國には餘り例を聞かぬ美談で、同夫人の感激さもありしならんと察する。

因みに記す。ローゼン公使は歸國後露帝に謁して日本撤退始末を奏上せる際、右の我が皇后陛下よりの御餞別品(銀製の花瓶)拜領のことを奏し、『臣の特にこの次第を奏上する所以は餘の儀に候はず、仄に聞く、臣の友人の中には、臣が東京在任中開戦の危機を故さら本國政府に秘して報告せざりしといふを日本政府に於て深く憾とし、その報酬として日本皇帝は臣に黄金製の食器一揃を贈りたりとのことを言ひ觸らす者ありと。これ特に臣の叢聞を讀す所にて候。』と云へるに、露帝には笑つて『黄金製の食器受領云々のことは朕の耳にも入らぬではなかつた、けれども朕は一笑に附して顧みなかつた。聊毫も憂ふるを須みず、日本皇后陛下よりの花瓶は卿の夫人當然之を受けて可なり。』と宣まへりとはるは (Ibid., p. 240)、露國の當年の官僚界の心理を物語る一珍話である。

五四八 之に比すれば、第一次大戦の勃發と共に交戦諸國の外交代表者が任地を撤退せる際の状況は、實に香壤の差があつたやうである。彼等は任國政府より冷かに取扱はれ、殊に激情に驅られ敵愾心に燃上る任地の民衆より少らず侮辱を受けたのもあつた。尤も在倫敦獨塊各國大使が任地を撤退するに方りて大體無難であつたことは、獨逸大使リヒノウスキーが倫敦を撤退(八月六日)して和蘭に着したる際、英國外相に宛て『撤退に際し吾等に示されたる甚大の好意に對し吾等の深厚なる謝意を何卒英國皇帝陛下の政府に御傳へありたし。』と打電し、奥匈國大使メンスドルフも倫敦を撤退(八月十六日)して後間もなく、これ亦英國外相へ『予の出發に就て爲されたる總ての手筈に對し何卒予の最深厚の謝意を領せられたく、予は予に示された

る好意を深く多とす。」と電報したる所より推し、略々想像し得られる。(Phillipson, *Int. Law & the G. W.*, pp. 69—70)

然るに伯林にありては、英佛露の大使館は孰れも民衆より甚しき迫害を受けたとある。殊に墺露の関係最急調を告げ、墺匈國遂に動員せりとの報が伯林に達したる七月二十六日の夜には、伯林の露國大使館前には民衆の大示威運動が行はれ、しかも警官は殆ど現場に居らず、民衆の怒號するが儘に任せて何等の警戒を加ふるなかりしとある(開戦に関する露國の『橙書』所載第三十號)。次で八月四日、英獨の國交斷絶となるや、在伯林英國大使館の周圍には群民蟄集し、遂には瓦礫を投じて大使館の窓戸を破壊し、投石は飛んで賓室に入り、亂暴狼籍を極めたる始末はゴッシェン大使の八月八日付報告(開戦に関する英國『白書』所載第百六十號)及び米國大使ゼラルドの『予の在獨四年』(第一三八頁)の叙する所である。在維納英國大使ブンセンも任國撤退の際停車場及び沿道にて群民より嘲罵を浴びせられ、石を投げられ、又在露都獨逸大使館も、開戦直後の八月四日の夜暴民に襲はれ、建物什器等共に一物を残さず悉く破壊せられたとことが當時獨逸政府の發表せる文書の上に見えた。尤も一説には『露都に於ては、獨逸大使の撤退後、同大使館に加へられた一攻撃以外には何等事故なかりしやうである。この攻撃とても一の愛國的示威運動たりしに止まり、露國の財産が多少の損害を受けた位で、敢て國際法上の問題となるべき行爲ではなかつた。』とある(Phillipson, *Ibid.*, p. 70)。孰れにしても獨逸大使館の建物に對し多少の暴行の加へられたのは事實のやうである。(その他交戰諸國の外交代表者の各任地撤退の際に於ける任國官憲及び國民の態度の詳細は Garner, *Int. Law & the W. W.*, I, 327, p. 330 以下参照)。これ等の文書は開戦の際に於ける筆者の興奮の餘に成りしものもあるべく、

多少誇大に失せずやとするにしても、要するに伯林、維納、君府等に於ては、撤退の對戰國外交代表者に對する保護は充分には行届かず、群民の暴舉は一時の激情に止まりて間もなく鎮壓されたにもせよ、その任國の土を離るる間際までは彼等概して少なからざる不便、不安、不快を感じたのは事實のやうである。

然しながら第一次大戰にありても、我國と獨逸兩國との國交が斷絶し(獨逸とは八月二十三日、墺匈國とは八月二十七日)、兩國大使の帝都引揚げとなるや、我が政府は日夜十二分の保護を之に加へ、數日後彼等の横濱を解纜して歸國の途に就ける際にも警戒萬端遺漏なく、何等遺憾の點は無かつた。兩國駐割の帝國大使の撤退に對しても、獨逸兩國政府の保護には格別非難すべきことは無かつたやうである。

五四九 一九三九年の第二次大戰の勃發當時に於ける各交戰國外交代表者の任國撤退の模様に関しては、在伯林英國大使のそれ以外には今日まで(同年十二月末)世に公にせられたものは無いやうである。英國大使の伯林引揚状況に關しては、同大使の對任國事件交渉始末の報告を英國政府に於て開戦後間もなく『白書』として議會に提出したものがあり、その末段に左の如く記述してある。

『十一時「九月三日午前の、即ち對獨最後通牒に記したる期限満了し交戰状態に入りたる時刻」後尙ほ數時間は、陛下の在伯林大使館の電話は通話可能なりしも、午後四時頃に至り總ての電話線は切斷せられ、アドロン ホテルに居る大使館員も大使館に居る彼等も、總て外部との接觸は遮斷せられたり。然れども本使の屬僚は十一時に獨逸外務省人事局に行き、出發に關する打合を爲すを得たり。彼等は凡ゆる禮節及び尊敬を以て遇せられ、且本使等のために翌朝特別列車が用意せらるべき旨を告げられたり。

『故に本使等の外界との接觸は一に米國大使館に頼るの外なかりき。米國代理大使以下同館員の本使等に與へられたる幫助は無量にして、この最後の二十四時間に於ける種々の難關を乗越すに就て凡ゆる便宜を受け、その大なる同情

及び好意は本使の深く感銘して忘るる能はざる所なり。

『佛國大使以下は翌九月四日午前九時に伯林を引揚げしが、本使等は次の特別列車に乗り十一時二十分シャルロッテンベルク驛を發したり。一行は男三十名、女七名、及び犬二頭なりし。本使等の出發に先だち大使館の周圍に少し許りの群集は見えしも、一九一四年の折の如きとは異なり、何等敵對の形狀を示せるなし。米國代理大使は今一つ本使への最後の奉仕として、本使の停車場に向ふ折自身の自動車にて本使を送るの好意を示されたり。』

『…本使等の獨逸國內通過に方り汽車の遅延を外にシ格別の事故なく、停車せる各驛にては多少の獵奇的相貌は認められしも、何等敵愾的證據は見當らず。斯くして獨逸國境を距ること約二十軒のライネの小驛に着したるは同日午後六時頃にして、同驛にては在倫敦獨逸大使一行の和蘭の領水内に無事到着するを待受くる間、約二十時間の停滞を受け、漸く翌四日午後一時半に同驛を發したり。而して蘭國國境にては極めて鄭重に遇せられ、同夜ロッテルダムに着し、六日早朝同地を發し、夕刻六時グレーヴセンドに着するを得たり。』

(Brit. White Paper, Oct. 17, cit. The Japan Advertiser, Oct. 28, 1939)

これならば撤退の外國使臣に對する待遇振りは先づ善い方であらう。倫敦及び巴里の獨逸大使以下の撤退方に就ても格別の苦情は無かつたやうであるから、大體に於て第二次大戰には第一次大戰當時に傳へられしほどの侮辱的行爲は無かつたものかと思はれる。

領事官の
抑留

五五〇 開戦は外交關係を解消すると共に、當然敵國領事官の職務執行を停止する。随つて敵國領事官は館を閉ちて任地を撤退するし、又せしむるのである。然るに第一次大戰の開始に方り、英獨兩國は共に當初敵國領事官の退去を許さずして之を抑留したるが、開戦後八ヶ月を経、在倫敦米國大使を通じ兩國協定の末、同數交換式にて相互領事官を釋放した（その詳細は英國政府の *Parl. Papers, Misc., No. 5, 1915, Col.*

支那事變
に於ける
相互大使
の引揚

Notes 参照)。開戦に際し敵國領事官の退去を阻止して之を抑留するが如きは、犯罪その他特に抑留せざる可らざる事情あるに非ざる退り、従前餘り類例を見ざりし所である。

五五一 茲に國際法上一の新異例と思はれたものは、支那事變に於て兩國政府の交々行へる對手國駐劄の自國大使の引揚である。帝國政府が昭和十三年一月十六日を以て對支方針に關する一聲明を發したことは既に述べた。その結果として政府は間もなく川越在支大使に歸朝方を發令した。在本邦支那大使許世英も亦本國政府の訓令に依り東京を引揚げた。國交斷絶の意味であらば大使のみに止まらず、館員全部及び日支双方の各地駐在領事官も同時に撤退せしめねばならぬ理であるが、支那政府は代理大使を引續き東京に留め、我が政府は新に公使を上海に駐在せしめ、領事官も双方共にその儘にして置いた。故に双方の大使引揚は、國交斷絶を意味したものに非ずと解すべきであるが、しかも政府は川越大使をして曩に國書を捧呈せしめたる當の對手の國民政府を向後對手にせずと聲明したのであるから、事實に於て國交斷絶も同様である。それにも拘らず新に公使を支那に派駐せしめたのは何故であるか。外務當局者の説明では、それは専ら第三國の外交官と接觸を保たしむるがためとあつた。然しながら外交代表者の主たる使命は任國政府との外交交渉にある。任國政府を一切對手とせず、それとの交渉を全然没却し、單に専ら第三國外交官との接觸を職務とすといふは、謂ゆる私設公使とか國民使節といふものならば兎に角、一國政府の外交代表者その人の本來の使命の上には見出し得ないのである。

右は既に一異例であるが、更に第二の異例として見るべきものは、引續き帝都の代理大使として駐在する支那の外交代表者及び大使館員の取扱方であつた。當時都下の諸新聞紙上に報道せられたる所に依れば、我

が政府は本邦留任の彼等（及び支那領事官）には、身體財産に就ては従前通りの保護を加ふるも、之に外交官領事官たるの身分及び特権を認めず、單に尋常の日本在留支那人として之を取扱ふことにしたとある。國交の斷絶したるに非ずして彼等に當該官職の身分及び特権を認めずといふは、現實國際法の上からは聊か説明し難いのである。

五五二 孰れにしても特に事變と稱し戰爭と云はざる實戰（之を法的戰と見るに理由あることは前に述べた）に於て、國交は法的には斷絶せず、兩國間の凡ゆる條約もその效力を依然として存續せしめ（但し支那國民政府は日支現行條約の效力を非認して漢口の日本租界を回收した）、對戰國國民の在留も平時と異ならしめず、しかも外交代表者の對手とすべき任國政府は之を非認し、隨つて大使は任國より引揚げしめ、而して第三國外交官との接觸保持といふ職務を以て同じく外交代表者たる公使を任國に留める、領事官の任地駐在及び職務執行も従前通りとする、而して對手國の依然我方に留任せしむる外交官領事官にはその身分及び職權を認めない、といふ斬新の取扱振りには、その是非は政策論としては全然之に觸れず、ただ國際法上からは後の先例を作る關係もあり、かなり研究に値する點があるやうに思ふ。

第二項 條約の效力の消長

五五三 開戦の條約に及ぼす影響に就ては、由來學說に定解なく、東西古今の範例も區々で、又講和條約の上に於ける戦前の條約に關する規定の如きも、多くはその時の政治的狀勢の支配を受くる風もありて、自然統一を缺き、隨つて確たる先例を之に求めんとして得ない。

開戦と條約の效力の關係に就ては、従前と今日、殊に第一次大戰の前と後とにて大分異なる見方がある。

同大戰前に於ける學說は、オッペンハイムが

「開戦は交戰國間に於て特に交戦に關して締結したる以外の一切の條約を當然失效せしむとの説は以前に行はれ、今日にありても同様の見を持つる學者なきに非ざるも、今日の多數學者はこの見解を採らずして、即ち開戦は決して一切の條約を取消すものに非ずと爲すこと略々通説のやうである。けれども開戦と共に如何なる條約が取消され、如何なる條約が取消されざるかに就ては、所説必しも一致しない。將た國に依りては、開戦と共に一切の條約はその效力を失へりと認むと明確に宣言したるものもあるから（例へば一八九八年の米西戰役に於ける西班牙、一九一一年の伊土戰役に於ける土耳其の如き）、各國間にも劃一的慣例は未だ存しない。隨つて問題の全部は今に未定の狀態にある。」

(Oppenheim, II, § 99, p. 145)

と云へる如く、事實未定の狀にあつたが、之を綜合して大體(甲)開戦は當事國間の一切の條約を失效ならしむ、(乙)開戦は一切の條約を失效ならしむるものでもなく、ただ或種の條約の效力を停止せしむるに過ぎず、(丙)或種の條約は之を失效又は停止せしめ、或種の條約には何等影響を與へず、との三種に類別するを得た。この中の甲説は往昔の國際法學者の間に行はれたもので、ビスマルクその他歐洲有數の外交家中にも時に隨つて之を紹述した者がある。甚しきは、戰時に至りて效力を發すべき國際的の交戦法規すら、開戦と共に交戰國間には失效となるとさへ論じたる責任ある政治家もあつた(第一九九節參照)。これ等は暫く論外とし、右の甲説には贊和者寧ろ稀の方で、要するに失效は原則よりも例外と見るのが多い。乙説は甲説に比すれば遙に穩健ではあるが、ただ之に依ると、效力の一時停止せらるる或種の條約以外の條約は總てその儘效力を有し、當然失效となるものは一も無いことになる。これは餘りに行過ぎた見方であらう。故に結局は

條約中に當然失効となるもの、停止となるもの、及び效力無影響のもの、の三種あることを認むる所の丙説が妥當と謂ふべきである。ブルンチュリは既に一八六九年の舊版に於て『交戦國間の條約は必しも開戦のため停止とも失効ともならず、ただその執行が交戦それ自身と兩立し難き條約のみ戰時その效力を失ふ』と云ひ (Bluntschli, § 338, p. 313)、フィオレも亦一八八六年の第二版に於て同様に論ずる (Fiere, *Novae Droit Int.*, III, § 1291, p. 88)。

五五四 ロウレンスの一九一〇年の第四版には、開戦の交戦國の當事者たる諸條約に及ぼす影響を左の一覽表に作成してある (Lawrence, *Princ. of Int. Law*, 4th ed., § 146)。

ロウレンスの條約影響一覽表

一。交戦國以外に他國の加はる條約	(甲) 大なる聯合條約	(イ) 戰が當該條約と全然無關係なる場合	無影響
	(乙) 交戦國以外に若干國の加はる普通の條約	(ロ) 戰が當該條約に基因せざるも、交戦國に於てその條項中の一部を實行するを得ざる場合	他の條項は無影響、且中立の調印國に對しては全然無影響
		(ハ) 戰が當該條約に基因せる場合	影響疑はし、主として中立の調印國の意思に由る
		(ニ) 當該條約の立法的條約たる場合	無影響なるか又は開戦に因りて效力を發す
		(イ) Pacla transitoria (註) 無影響	影響は當該問題の如何に由るも、概して交戦國間には廢棄若しくは中止、第三國には無影響
		(ロ) 同盟條約、修交條約	失効

二。交戦國のみ當事者たる條約

(一) 郵便條約、通商條約等の如き普通の社會的及び通商的规定の條約
影響疑はし、概して調和條約には此等の事柄を規定せざる場合に於ては、交戦中單に停止せられたるものと解するを可とす

(二) 調印國間に於て交戦國たる場合の相互の行為を規定し若しくは交戦國及び中立國としてこの相互關係を規定したる條約
開戦と共に效力を發す

註 Pacla transitoria とは、その締結に因り若しくは特定の行為に因り當該規定事項の完結する所の條約で、境界劃定條約、獨立承認條約の如きはその例である。この種の條約は、之を締結したる目的は既に達成せられても、條約それ自身即ち條約の instrument は條約の設定したる事態と共に形式的には永久に存在する。

右の一覽表は條約の效力の大體を知るには好指針であるけれども、ロウレンスの第七版を監修せるウキンフィールド博士は『第百四十五節の結論を摘要せる本表は、同節に修正を要する點多々あるに伴ひ亦修正を加ふるを要し、隨つて正確を簡略の前に犠牲にするに非ざる限り摘要として扱ひにくきものたるに由り、今態と省略す。』と記して第七版には之を削除してある如く、中に的確を缺くの點あるを知るべきである。殊に例へば(イ)に戰が當該條約と全然無關係なる場合は無影響とあるが、茲に一條約ありて、それが果して戰と全然無關係であるや否やを判定することが困難の場合もあらう。別言すれば、或條約が各種別の孰れに屬するやを先づ判定するの標準に明晰を缺くの嫌なきを得ない。

五五五 之に比すれば一九二二年(大正元年)八月、クリスチアニアにて開催の萬國國際法學會大會に於て採擇せられたる左の規則案は、何程か勝りたる所があるかと思ふ。

開戦の條約に及ぼす影響に關する規則案

第一章 交戦國間の條約

第一條 交戦の開始及び遂行は、交戦國間に締結せられたる條約、協約、その他名義及び目的の如何を問はず、一切の約定の存在の上は何等の影響を與ふることなし。その約定に伴生する特殊の義務に就ても亦同じ。

第二條 然れども開戦は左記のものを自動的に終止す。

一。(イ)國際的協同の條約、(ロ)保護、監理、同盟、保障の條約、(ハ)補助金に關する條約、(ニ)防護權若くは勢力範圍を設定する條約、(ホ)一般に政治的條約。

二。開戦前に於て交戦兩國政府の一方の公的行動の結果として、その適用若くは解釋が開戦の直接原因たりし所の一切の條約。

第三條 第二條記載の規定を適用するに就ては、當該條約の内容を商量することを要す。若し一條約中に種々の規定並記せられあるものに就ては、第二條の規定の範圍に屬するもののみ無効と認めらるべし。然れども該條約にして不可分のものなるに於ては、その全體が終止するものとす。

第四條 交戦に拘らず效力を有し且その實施が事實可能的のものに就ては、その遵守は従前通りたるべし。交戦國は交戦の必要が要求する度合及び期間を限る外、該條約を無視せざるものとす。

第五條 交戦の發生を目的として締結せられたる條約は第二條、第三條、及び第四條の範圍外に屬す。

第六條 これ等規定の違反に對する責任は別論とし、講和條約に於てはその不備の點に就て解釋を定め、脱漏を補ふことあるべし。講和條約に反對の規定なきときは左の通り決定すべし。

一。交戦に因り影響を受くる條約は永遠にその效力を失ふ。
二。交戦に因り影響を受けざる條約は、交戦中停止せられたるものと否とに拘らず、その效力は當然確認せられたるものとす。

のとす。

三。然れども講和條約の内容に抵觸する條項を有する條約は、當然廢棄せられたるものとす。

四。條約の廢棄は、その公然の聲明に由れるものと否とを問はず、共に溯及的效力を有することなし。

第二章 交戦國と第三國との條約

第七條 第一條乃至第六條の規定は、交戦國間の關係に於ては、左の留保の下に該交戦國と第三國との間の條約にも適用す。

第八條 交戦國を相互に拘束する義務にして第三國との契約上同一の目的に係るものにおいて、第三國の利益のため依然履行せらるべし。故に聯合保障條約の如きは、締約國中の二國間に開戦あるも依然有效なるべし。

第九條 聯合條約は交戦兩國と第三國たる締約國との關係に於ては依然有效たるべし。これ等條約は第三國の參加又は同意あるに非ざる限り、第三國の利益に反して講和條約に依り變更を受くることな

かるべし。

第十條 交戦國の一方と第三國との間に締結せられたる條約は開戦に因りて影響を受くることなし。

第十一條 戦時法規に關する聯合條約は、反對の明文なく又は當事國の意思に關し何等疑義を容るる條項の無き限り

に於て、交戦國が共に締約國なる場合にのみ適用せらる。

(Annuaire, XXV, 1912, pp. 648-650)

これ大體に於て既往國際法學者の多數が説ける所の見解を綜合したもののやうである。尤も強てこの案の短所を擧ぐれば、第一次大戦前に於て歐大陸の學者の間に多く信ぜられたる戦の觀念、即ち戦は國と國との關係にして國民個々のそれに非ずといふ觀念がより強く基礎を作り、戦の國民一般の上に及ぼす影響を比較的閑却したる點にあらう。開戦は交戦國兩國民間の平和的關係をも擧げて斷絶せしめ、國民總動員の名に於て

交戦に従事せしむるといふ現代の觀念の下にありては、開戦に伴ふ條約の效力問題も亦之に順應して取捨せらるべく、この見地に於て萬國國際法學會の一九二二年案は、今日に於ては更に議すべき餘地ないでもあるまい。

第一次大戦前の講和條約に依る取扱

五五六 翻つて第一次大戦前の幾多の講和條約に於て戦前の條約の效力問題が如何に取扱はれたかと云ふに、遠き過去の講和條約に一々範例を求むるの煩を避け、今十九世紀の末葉以降即ち過去四五十年間に於ける重なるそれに於ける取扱振を略記すれば左の如くである。

日清、米西兩國間の失効主義

五五七 先づ以て明治二十八年の下ノ關の日清講和條約は『日清兩國間ノ一切ノ條約ハ交戦ノ爲メ消滅シタレバ……』(第六條)と規定して一切の條約の失効主義を謳ひたるが、その後の一八九八年の米西戦役にありても、西班牙政府は同年四月二十三日の即ち開戦と同時に發したる布告に於て『西米兩國間に交戦状態に今日まで有效なりし一切の條約協定等は茲に解消せり。』と宣言した。前記一七九五年十月二十七日の議定書、その他兩國間に今日まで有效なりし一切の條約協定等は茲に解消せり。』と宣言した。前記一七九五年十月二十七日の米西修好通商條約第十三條には『兩國間に開戦あるときは、締約國の一方の都市に在住する他の一方の商民はその家財及び商品を取集め且運搬するため宣戦後一ケ年の退去期間を與へらるべし。』との規定がある。それにも拘らず、西班牙政府は自國領土内在住の米國民を直ちに退去せしむる考なりとの風説があつたので、米國政府は在マドリッド英國大使を通じて右の規定に關し西班牙政府の注意を喚起したるに、之に對し西國政府は、兩國間の諸條約は開戦に由り總て解消せられたものと認むるも、本件に關しては特別に暫定約款の取極に依りて處理することにすべしと提議した。けれども米國政府は、本規定は開戦のため解消せられざるのみならず、却つてその效力が完全に發動せらるべきものなりと論じて右の提議を斥けた。本件は之にて交渉社絶したるが、西國政府側にも敢て在住米國人追放の令を出すには至らなかつた(Moore, Digest, V, S 779, pp. 375-6)。

更に同年十二月、米西兩國講和全權の巴里に會商したる際、米國側よりは戦前有效なりし諸條約はその儘總て引續き有效ならしむべしとの意見を提出したるが、西國全權はこの問題に對する研究未だ成らずと稱して之を留保し、講和條約中にもこの點に關する規定を見るに至らず、結局戦後に於て兩國間に新に修好通商條約を締結することにし、斯くして實際的には戦前の總ての條約が解消されたものと爲すの主義が認められたのである。

日露講和條約の通和主義失効

五五八 次に明治三十八年のポーツマスの日露講和談判に際しては、重要諸問題が悉く妥結を見たる後、我が小村全權は『日露兩國間の通商條約は交戦のため廢止せられたるを以て、兩國政府は新に通商航海條約を締結するに至る迄の間、兩國通商關係の基礎として相互に最惠國の地位に於ける待遇を與ふるの方法を採用すべきことを約す。』といへる覺書を提出したるに、露國全權ウキツテは『開戦は單に諸條約の執行を停止したに止まるものであるから、終戦の曉に戦前效力を有したる諸條約は直ちにその效力を回復すべきものと信するも、一應マルテンス氏の意見を徴したし。』と述べ、マルテンスはその諮問に應じ『慣例に依れば講和條約中特に一條を設け、戦前存在したる諸條約は再び實施せらるべき旨を規定することとなり居れり。』と説明した。そこで小村は『さういふ一條を特設することの慣例は、これ即ち國際法の原則として平和克復の事實が直ちに戦前の諸條約を復活せしむるものと認め居らないで、却つて開戦は之を廢止せしむべく、單にそ

の效力を停止せしむるものに非ずとする原則を證明するものである。』と云ひ、『この際本問題を解決するの方法としては、一は講和條約中に特に一條を設けて戦前の條約を復活せしむるか、將た新に條約を締結するかの二様であるが、自分はこの際前者よりも後者を以て兩國通商の關係上相互の利益と認むるから、これ即ち叙上の覺書の趣旨を發議する所以である。』と説明し、種々意見交換の末、露國全權はこの提議に同意し、その結果講和條約の第十二條に『日露通商航海條約ハ戦争ノ爲メ廢止セラレタルヲ以テ』の一句を見るに至つた。小村全權の主張は開戦は戦前の諸條約を總て失效せしむといふにあつたやうであるが、講和條約の條文の上では單に通商航海條約の失效のことが記してある。

五五九 一九二二年十月十八日の伊土、並に一九一三年九月十六日の勃土、同年十一月十四日の希土、及び一九一四年三月一日の塞土の各講和條約に於ては、孰れも平和克復と共に従前の諸條約を總て若くは概ね復活せしむるの主義を採つた。

伊土及
巴爾幹
復約の
約の効
活主義
力和平

對獨和
條約の
規定規

五六〇 第一次大戦の大團圓たるヴェルサイユ平和條約には、戦前の諸條約の效力に關し複雑なる規定が設けられた。その中には多少新規の主義もある。是より先き一九一九年春の巴里講和會議に於ては、戦前の諸條約中にありて失效とすべきものと戦後效力を存續すべきものとの關し討議を盡したる末、その結果を第二百八十二條乃至第二百九十五條に編案した。この規定は大體に於て

(一) 同盟及聯合國と獨逸が締約國たる阿片條約以外の數國間の條約及び取極に關するもの (第二百八十二條乃至第二百八十八條)。

(二) 同盟及聯合國と獨逸の間の二國條約に關するもの (第二百八十八條)。

(三) 獨逸が優先的地位を利用して締結したる諸條約及びその獲得したる權利に關するもの (第二百九十條、第二百九十二條、第二百九十三條)。

(四) 特惠待遇均霑の規定に關するもの (第二百九十一條及び第二百九十四條)。

(五) 各締約國の阿片條約批准及び實施の義務の規定に關するもの (第二百九十五條)。

に別たれてある。而して右の(一)に就ては、その戦後效力を存續するものは之を本平和條約中に列記する。これは一見したる所、多邊的條約は開戦に由り原則として消滅すとの主義を採つたものの如くに見ゆるけれども、果してそれが原則として消滅するか將た效力を存續するかは聯合諸國間に議論の一致を見なかつた。そこで主義の問題には觸れぬこととして、ただ效力存續のものは特に列記して之を明かにするといふ實際的の取扱方にしたのである。尙ほその存續せしむるを得る多邊的條約は、經濟上又は専門事項上の性質を帶ぶるものに限らしめ、その種目二十有餘を掲記した。

次に(二)に就ては、二國條約は聯合國側のみの一方的決定を以て之を復活せしめ得ることとした。即ち聯合國側にて任意復活せしめんと欲する條約は、その旨を平和條約實施後六ヶ月以内に獨逸に通告して復活せしめ、その以外の一切の條約は消滅せしめる。反對に、獨逸側に於て特定の條約を復活せんとしても、それは許さずとした。(三)の部類に屬する條約及び之に依りて獲得したる權利等は、その效力を悉く消滅せしめる。(四)の特惠待遇に就ては、獨逸は開戦前の條約取極等に依りて同盟國民に與へたる、又戦時中に於て中立國に與へたる、一切の權利及び利益を聯合國の國民に均霑せしめる。而して最後に(五)の一九二二年の阿

片條約に就ては、その未だ之に署名又は批准せざるものは本條約實施後一ケ年以内に實施手段を講ずべく、未批准國に對しては、本條約の批准を以て阿片條約を批准したるものと看做すことにする。これが右の要領である。

聯合國側の右の方針の下に立案したる當該條項に對しては、獨逸は大に不満であつた。聯合國が五月七日（一九一九年）を以て右の條項を含める平和條件を獨逸全權に交付するや、獨逸は之に對し抗辯書を提出したが、中に於て條約問題に關しては、大要

『獨逸と聯合側諸國との間に效力を回復すべき經濟的又は技術的の多邊的條約を平和條約中特に明記したものに限らしめ、その他を一切無効と爲すが如きは妥當を缺き、國際關係の克復に缺くべからざる確實の基礎と爲すに足らざるものである。又回復せらるべき條約を洩れなく列挙せんとするが如きは重大なる疑義を生ぜしむる所以である。寧ろ平和條約調印と共に戦前の前記諸條約は總て效力を回復することとし、ただ變更又は廢棄を要するものに限り平和成立後に於て速に審議することと爲すに若かない。又獨逸は二國間條約の回復に關する提案に對しても強硬に抗議する。效力を回復すべき條約の決定權を一に聯合國側に存せしむるが如きは、從來の條約中に定むる義務の回復を獨逸に求むると同時に當該條約締結當時自ら爲したる約束を除外し、獨逸側の讓歩の利益のみを占めんとするもので、甚だ不當である。故に今この提案を改め「開戦前の諸條約は平和條約の批准に依り原則としてその效力を回復す。一定期間満了の時期に非ざれば廢棄すること能はざる條約にありては、該期間は交戦繼續と均しき期間を限り之を延長するものとす。各締約國は戰時中生じたる變化と抵觸すと認めたる條約は、一定の期間内に之を相手方に通告するの自由を有す。」と爲したし。將た又獨逸が以前條約に依りその同盟國又は中立國に與へたる或種の利益を聯合側諸國にも許容すべしとの要求の如きは、獨逸全權にしてこの種の條約を精細に審査するの地位に在らざる限りは、之に對し態度を決定し得ない。』

と記して聯合諸國側の再考を求めた。けれども聯合國側にありては、獨逸の氣休めのために僅に多少の文字に修正を加へたる外、主義に於てその抗辯を拒絶し、結局之に調印せしめた。

即ち之を要約すれば、ヴェルサイユ條約は（一）交戦國のみが當事國たる條約は開戦と共に一旦失效となりたるものとし、戰勝國は戰敗國に向つてその復活せんと欲する條約を通告すること、（二）多邊的條約にありては、經濟的その他特殊性質の條約にして之を復活せしむるものは特に表示し（その或ものには重要な條件を附し）、餘の諸條約は依然之を有効と認むること、といふ主義を採つたものである。（餘のサンゼルマン條約第二三四條乃至二四七條、トリアノン條約第二一七條乃至二三〇條、ラウザンヌ條約第九九條及び第一〇〇條、孰れも大體に於て同じである。）

五六一 ヴェルサイユ平和條約は戰勝の聯合與國が銃劍の前に疲憊起つ能はざる戰敗國をして之に屈從せしめたものであるから（尤も何れの講和條約とても大小の程度こそあれ勿論それに相違ないが）、將來の講和の場合に際し之を幾許の程度に範例として援用せらるべきかは豫言し得ざるも、別に大戰後の國際法關係の學會又は國際會議に於て、開戦と條約との關係に關し學者の研究報告や討議及び決議の行はれたるものも若干ある。左に掲ぐるは英國の國際法學者キリーの一九二六年三月九日、グロチユス協會にて爲せる講演中の一節で、中に多少參考になる點もある。

『開戦の交戦國間に從來存在の條約に及ぼす影響の問題に就ては學說一ならずで、或者は原則上單に效力が停止せらるるに過ぎずと云ひ、或は特定の例外を除き總て廢棄せらると論じ、或者は通商條約、犯罪人引渡條約、同盟條約等

の如き "Treaties proper" と、領土の割譲、境界の劃定、地役の許與等の如き "transitory conventions" とを區別し、前者は開戦と共に失効となり、反對の明規あるものの外平和克復に依り復活せざるも、後者は平和克復の際に或新規の條項を以て更正するは勿論有り得ることなれど、一般に開戦に依り影響を受けざるものと説く。尤もこの兩説中には、條約の存廢に關しその論する原則と例外との間に多少の共通點が無いではない。

『轉じて國際の實例を見れば、昔は開戦と共に交戦國は一切の條約上の義務は消滅せりと特に公然宣明するを常としたが、この風は疾く廢たれ、近代にありては概して交戦國は一切の條約は廢棄となれるものと推定し、その効力が失はれず且双方その繼續を欲する條約は交戦國に於て平和克復の際に公然の宣明にて之を復活せしむるを例とするに至つた。一八五六年の巴里條約第三十二條は右の推定を示せる一例である。他の類例としては

『一八五九年のツリーッヒ講和條約——埃太利とサルヂニアは從前の條約を確認せるも、埃太利と佛蘭西は必しも然らず。

『一八七一年のフランクフォルト講和條約——通商航海條約、犯罪人引渡條約、版權條約、及び鐵道條約に就ては復活を明規せるも、他の條約には言及する所ない(第十一條)。

『一八九四年の下ノ關係條約——一切の條約を失効せるものと爲し、新通商條約締結のことを規定した(第六條)。

『一八九八年の米西戰役——巴里の講和條約には條約の効力に關し何等條項なきも、一九〇二年のマドリッド條約第二十九條に於ては、巴里條約以前の米西間の一切の條約は、一八三四年の條約(兩國間の或要求問題の解決に關する)の外、之を廢棄する旨を規定した。

『一九〇二年の英國對ヴェネズエラ條約——一九〇三年二月十三日の議定書に於て、曩に兩國間には交戦狀態成立し且一切の條約は失効せるが故に、別に外交文書の交換に依り一八三四年の或條約にして將來繼續を欲するものは之を復活せしむべき旨を規定した。

『一九〇五年のポーツマス日露講和條約——通商航海條約は交戦のため廢止せられたるを以て、從前の條約を基礎として新に通商航海條約を締結するに至るまでの間相互に最惠國待遇を與ふべしとのことを規定する以外に、一般條約に關しては明規する所ない。

『一九一一年の伊土講和條約——土耳其は伊國との條約は總て解消と聲明したるが、一九一二年のラウザンヌ條約第五條は總て之を復活せしめた。

『一九一三年十一月十四日の希土講和條約及び一九一四年三月一日の塞土講和條約は孰れも同様なりしが、一九一三年七月二十八日の勃、希、黒、羅間のそれには條約のことは何等規定せず。但し一九一三年九月十六日の勃土講和條約は郵便、電信、及び鐵道に關する諸條約を復活せしめ、且通商航海條約の更正のことを明規した。

『一九一九年のヴェルサイユ和平條約——同條約第二百八十二條には、本條約に別段の規定ある場合を除く外、經濟上又は専門事項上の性質を有する數國間の條約及び取極は、本條以下數條に列記したるものに限り、獨逸と同盟及聯合國との間に適用すと規定し、第二百三十八條乃至第二百八十七條に於て、獨逸が本條中の特別規定を履行することを條件として復活の認めらるべき特定條約及び取極の種目を掲記し、又第二百八十九條に於て同盟國又は聯合國が獨逸との間に復活せしめんと欲する所の二國條約を獨逸に通告すべく、その通告なきものは總て消滅したるものと爲すべきことを規定した。同様の規定は一九二〇年のサン・ジェルマン條約第二百三十四條乃至第二百四十七條、一九二〇年のセーブル條約第二百六十九條乃至第二百八十條、一九二〇年のトリアノン條約第二百十七條乃至第二百三十條、一九一九年のメイイー・スル・セイヌ條約第六十二條乃至第七十五條、及び一九二六年のラウザンヌ條約第九十九條及び第百條にもある。

『斯の如く學説は相異なり、慣行の上にも完全なる一致を缺くことの事實に鑑み、一般的法則としては、凡そ交戦國間に從前存在せる條約は開戦と共に失効となり、兩當事國にして後日その復活を適當と思惟せば平和克復の際に明規

的若くは默認的に之を聲明するを要すと爲すを安全なりとする。これは實に普通の慣例上然るのみならず、交戦に伴生せる事態の變化及び當事國間の關係に鑑み、如何なる程度まで従前の條約を克復せしむべきかを豫め正確に決定するは困難なるの事情に照すも爾く云はざるを得ない。尤も右の法則には若干の例外を認むべきである。之に關しては交戦國のみが當事者である所の條約と他の諸國も同時に當事者である所のそれとを區別して見るを便とする。…』

(James R. Keeley, "The Effect of End of War on Pre-War Treaties
between the Belligerents," *Grotius Soc. Trans.*, 1927, XII, pp. 8-11)

五六二 更に一九二八年二月、ハバナにて開催の第七回汎米會議に於て採擇の『國際條約の法則に關する條約案』("Draft Convention on the Law of Treaties")の如きも、これ亦參考に値するものである。(この條約案は爾後米大陸諸國の批准を得るに至らず、米國際法協會にては引續き之が討究に従事しつつあるやに聞く)。その中の第三十五條は開戦の條約に及ぼす影響に關する規定で、即ち左の如くである。

『(a)凡そ條約にしてその規定する責務が締約國中の二國又は數國間の戦時に於て履行せらるべきものたることを明規するもの、若くはその性質上及び目的上締約國中の二國又は數國間の戦時に於て効力を發するものと明かに企圖せられたるものは、締約國中の二國又は數國間の開戦に由り廢棄又は停止せられざるものとす。

『(b)當該條約そのものの中に於て反對の規定あるに非ざる限り、凡そ條約にしてその規定する責務が締約國中の二國又は數國間の戦時に於て履行せらるべきものたることを明規せざるもの、若くはその性質上及び目的上締約國中の二國又は數國間の戦時に於て効力を發するものと明かに企圖せられざるものは、締約國中の二國又は數國間の交戦の繼續中その効力は交戦國間に停止せらるべく、且終戦の際に於て反對の規定が設けらるるに非ざる限り、交戦状態の終了と共に再び効力を發すべきものとす。

『(c)本條の前二項は、一條約中の或部分が他の部分と獨立なること明瞭なるものにおいて、その別個の部分に之を準用するものとす。』

(*Amer. Jour. of Int. Law*, Vol. 29, Suppl., No. 4, Oct. 1935, pp. 664, 1183-1204)

即ち右の規定は、開戦は當然當事國の條約を失效せしむとの主義を排し、或條約は交戦期間中その効力を停止すべく、而して終戦の曉に於て當事國にして之を廢棄せんと欲するならば、講和條約に於てそのことを明規すべきものと爲したのである(その中に就ては別に述べる)。別語にて云へば、條約を失效せしむるの條約の種類を列挙することなく、單に之が標準たるべき原則を掲記するに止めた。

この原則が二國間限りの條約たるを問はず均しく適用せらるることは、條文中の『締約國中の二國又は數國間の…』の言句より推し得らるるが、聯合條約中にありて戦時の効力に關し殊に實際的問題となるのは、萬國郵便電信聯合、萬國工業所有權保護、その他國際的經理聯合關係の諸條約である。これ等は開戦に由りて當然失效とはならずして、交戦状態と兩立し難い限り効力が交戦國間に一時停止となるに過ぎず、といふのが定説のやうである。第一次大戰にありては、その取扱方は當該條約の性質及び目的に依り一様でなかつたが、萬國郵便聯合條約の如きは、交戦國間の直接通信の途が絶えたと封鎖の設定とにて該條約の實行は不可能に陥りしも、中央の聯合總理局は依然その業務を止めず、既定の各國匯出金も中立國よりは勿論、交戦國よりも中斷せられなかつたと聞く。その他同様の性質及び目的に係る國際的經理聯合條約、孰れも大體同様であつた。而して平和の克復と共に、ヴェルサイユ平和條約第二百八十二條以下の

規定に依り、多くはその効力が復活せられた。尤もその復活規定は、必しも当該條約が開戦に依りて當然失効となり、随つて平和克復の際に改めてその効力を回復したものと云ふのではなく、ただ戦時中は交戦國間には實行不可能なりしが故に効力が自然停止となり、随つて平和克復と共にその効力回復は當然とする所なるも、尙ほ萬一の疑惑を避くるの趣意よりして、念のため効力回復のことを明規した迄のことと解すべきである。

前掲の第三十五條の(c)は、一條約中にはその或章款條項等にして他のそれ等と不可分的に非ざる全然獨立のものも時にはありと推定し、然る場合には、獨立的の章款條項等は他のそれ等と離れ、(a)及び(b)の規定を準用するといふのである。往昔にありては、凡そ一條約中の各條項は相互關聯する不可分的のもので、随つて一部分が廢棄せられて他の部分の効力が存続することは想像し得られざるものと爲す學說が多かつた。然るに近代にありては、之に可分性を認むる論が多い。(例へば Fauchille, *Tome I*, Pt. 3, p. 389; *Grandall, Treaties, Their Making and Enforcement*, 2nd ed., p. 457)。前に掲げた萬國國際法學會の一九一二年採擇の規則案第三條も、條約の可分性を認めたるものなること文義上より推定し得られる。要は條約の種類如何に由ることであらう。二國間の條約、殊にその目的の單一なるものによりては、條項概して不可分的なるを常とするが、多邊的の聯合條約の或ものによりては、多數且別種の目的に觸るる數百ヶ條の中には獨立的の條項を含むの例は稀でない。ヴェルサイユ平和條約の如きはそれで、その可分性を認めたる國際司法裁判所の判決例も既に若干ある(例へば *The Free Zone Case*, *The Wimbledon Case* 等)。故に或聯合條約の不可分的なることを明かにするためには、そのことを特に明規するものもある。倫敦宣言第六十五條の如

きはその一例である。(それにも拘らず倫敦宣言は第一次大戰の當初に於ては、即ちその全然反古紙と宣告せらるる迄は、可分的に取扱はれたこと追て述ぶる如くである)。

要するに當該條約の性質上、その章款條項等の明かに可分的なるものによりては、その或ものは開戦の結果前二項に依り或は失効となり、或は効力の停止となり、或はその存続を見る場合に於て、他の部分は否らざることあるべきを規定したのが、項である。ただ問題は、然らばその可分性と否とを如何にして判定するかで、條約の解釋權は當事國双方にある以上、時に見解の一致を缺くこともあるべく、平時であらば之を國際司法機關の裁定に仰ぐこと容易ならんも、戦時とならばそれは期するに難く、随つて紛争の自らその間に生ずることあるべきを想はねばなるまい。

五六三 米國ハーヴァード大學の法學部にては、數年前國際法の各部門に關する調査會を設け、會員の研究討議せる所のものを報告書に編纂したのがある。その條約篇に於ては、開戦の條約に及ぼす影響に關し先づ原則論として

『開戦の交戦國の若干又は全部が當事國である所の條約に及ぼす影響に關しては、斯學者の間に異論頗る多く、各國の判決例も亦區々であり、國際的法院の判決例とても何程もなく、且格別の參考にもならない。講和條約にて取極めらるる實例も、多くは時の政治的事情に基くもので、一定の原理原則をそれから歸納することは不可能である。…抑も開戦の條約に及ぼす影響に關する學者の所説は大別して三つある。即ち(一)開戦は當事國間の一切の條約を當然失効せしむ、(二)開戦は當事國間の或條約の効力を停止せしむるも、一切の條約を失効せしむるに非ず、(三)或條約の効力は之を消滅又は停止せしむるも、餘の條約は何等影響を受けず、との三説である。この中の第一説は、聯合條約の尙ほ極めて少なかりし昔日の條約に關しては支持され得べきも、今日では當嵌らない。且この説は、交戦を以て

當事國間の總ての平常關係を破壊し隨つて交戦國間の一切の條約を消滅せしむる所の状態と見る觀念に基くのである。然しながら近代の觀念に依れば、開戦は單に或關係を破壊するに止まり、他の關係は全然無影響か又は一時之を停止するの狀態に過ぎずと見る。蓋し二國又は數國間に於ける交戦狀態の成立と條約の效力の繼續とは、たとひ交戦期間中その執行を停止する必要はありとするも、必しも兩立し得ぬものではない。…右の第二説は蓋し學説、慣例、及び判決例の轉近の趨勢に副ひ且道理及び實際の便宜に鑑み比較的適切の見であらう。開戦は當事國間の一切の條約を當然廢棄せしむるものでない。けれども交戦期間中その實施は停止せらるべく、而して終戦の日に於て當事國が之を廢棄せんと欲するならば、講和條約の上に爾く規定することに依りて之を廢棄するを得るのである。別語にて云へば、條約を失効せしむるものは開戦そのものに非ずして當事國間の意思である。』(The Harvard Research on the Draft Convention on the Law of Treaties, 1935, pp. 1183-9)

と説き、この原則に基き左の案文を立てた。

『第三十五條(a) 條約にしてその規定する義務が當事國たる二國間又は數國間の戦時に於て履行せしむべきものなることを明規するもの、又はその性質又は目的に照し彼等間の戦時に於て效力を發すべきものなることの當事國の意思が明かなるものにおいて、當事國たる二國間又は數國間の開戦のために效力は消滅又は停止せず。(b) 當該條約に反對の明文ある場合の外、規定の義務が當事國たる二國間又は數國間の戦時に於て履行せらるべきものなることを明規せず、且その性質及び目的に照し彼等間の戦時に於て效力を發すべきものなることの當事國の意思が明かならざるものにおいて、當事國たる二國間又は數國間の交戦の繼續中交戦國間にはその效力は停止せられ、而して終戦の際に於て反對の規定を設くるに非ざる限り、終戦と共に效力は再發すべきものとす。』

五六四 前掲の原則論の末段にある『條約を失効せしむるものは開戦そのものに非ずして當事國間の合意である。』といふ謂ゆる當事國意思説は、輒近かなり有力の支持を得つつあるやうである。蓋し或條約が開戦

に由り失効となるか、開戦となるも依然效力を有するかは、恰も個人間の契約に於けるが如く、該條約締結の際に於ける當事國の意思如何を考量して決すべく、詳に言へば、條約締結の際に於てその效力の繼續方に關し當事國間に意思の明示ありたるときは、條約の效力に關する學説が何であらうと、一にその意思に依り之を決すべきで、ただ問題は、當事國間に開戦の場合に於ける當該條約の效力に關し之が締結の際意思の明示を爲せるものにおいて論なきも、その明示なき場合には如何にその意思を推定すべきかである。

之に對しては斯う論ずる。即ち之に關し何等意思の明示なきものにおいて、而してその條約にして政治的目的を有するものにおいて、その締結の際に於ける現狀といふことが大切である。その現狀は開戦に由り當然變更を受ける。故にこの類の條約は、特に締結の際に反對の意思表示ありしに非ざる限り、開戦と共に失効となるべきである(尤も當該條約が果して政治的目的を有するものなるや否やを判定するは時として困難のことあらうけれども)。蓋に政治的目的を有する條約のみならず、通商條約の如きにありても、戦後に於ける當事國間の商工業及び經濟關係は戦前のそれと必然事態を異にすべきであるから、これ亦特に反對の意思表示が當該條約締結の際にありしに非ざる限り、開戦と共に失効となるものと見ざるを得ない。

右は國別條約の例であるが、聯合條約にありても、その締約國の總てが交戦國となれるものにおいて、その效力は二交戦國間の國別條約のそれと異なる所ない。けれども締約國中に中立國のある聯合條約にありては、その均しく締約國である交戦國と中立國との條約上の權利義務關係は、開戦の故を以て消滅すべきでないから、斯かる條約は締結の際に於て開戦のために失効とせざることが締約國の意思であつたと推定すべ

く、随つて例へば郵便電信聯合條約の如きは勿論、政治的の目的を有する例へば一九〇七年の諾威の獨立保障に關する聯合條約の如きも亦之に屬する。要するに聯合條約の締約國中に中立國のある場合には、よしんば交戦期間中その實行は困難であり、將た不可能のことがあるにせよ、その効力は繼續するものと見るべく、之に反し締約國の總てが交戦國となれる場合には、その効力は恰も二交戦國間の國別條約のそれと同一に論すべきである。

以上が當事國意思論者の説く所の要旨である (Sir Cecil J. B. Hurst, "The Effect of War on Treaties", *The Brit. Year Book of Int. Law*, 1921-22, pp. 40-43 参照)。尙ほ聯合條約の效力問題に關しては、トーピンの左の所説も参考にならう。

『一九一四年より一九二〇年に至る間の經驗に依れば、開戦の萬國聯合條約に及ぼす影響は、常に條約に依りてのみならず、同じ條約の各部分に依り、著しく相異なるものがある。即ち同じ條約中にありても、締約國の政府間に直接の關係を有する部分は、一般に交戦國間には停止となるが、個人の私權又は財産權に關する部分は、相對抗する交戦國間にありても適用上に多少の制限を受けるに過ぎない。國際事務局の設置及び爾後の行動に至りては、事實に於て依然完全なる適用を受ける。一は、これ等の事務局は農事關係のものを除く外、概ね中立國所在たるの事實にも由つたのであらう。條項の遵由が作戦の成功を害すと認めらるるものにおいては、その適用の停止は必然免れざるも、終戦と共に當該條約は、たとひ停止が年餘に互れるものにして、その遵由の完全に復活するの傾向は著しく見える。』 (Tolpin, *The Termination of Multiparty Treaties*, 1933, p. 81)

五六五 之を要するに講者の卑見を概念的且一括的に云へば、開戦に由り或種類の條約はその效力に何等影響を受けず、或種類の條約は一時その效力を中絶し、將た之を全然失效せしめ、又條約の種類に依りては

開戦に由りて始めて效力を發生するものもあると説きたい。開戦に由りて當然失效となる條約の尤たるものは、條約の基因が開戦と共に當然消滅すべき種類のもので、同盟條約の如きはその顯著なる一例に屬する。効力が一時中絶する條約は、締約國の國民の通商關係、私權關係、その他平和克復と共に復活せらるべき事項を規定する條約の類であるが、戦は國家と國家の關係たるのみならず双方國民を互に敵たらしむとの現代の交戦觀念の下にありては、右の範圍は次第に縮まり、中絶よりも廢棄とするのが多かるべしと思ふ。通商條約の如き、講和條約中に於て戦前のそれを復活せしむべきことを規定するものもあるが、多くは戦後改めて一新條約を締結すると見るのが實際的である。

五六六 條約はその總てが開戦に由りて必しも影響を受くるものに非ずとし、然らば交戦國の一方の國民が他方に於て享有する領事裁判權のことを規定する條約の如きはどうなるべきか。

この問題は、土耳其に於て多年治外法權を有し來れる列國の或ものと土耳其が交戦關係に入りたる際に、幾たびか繰返へされた所のものである。その顯著なりし一二の例を擧ぐれば、曾てはクリミア戦役の終尾たる一八五六年の巴里講和談判の際、奧太利全權は治外法權條約は恆久的のもので、土耳其が交戦國の一方となればとて何等影響を受くるものに非ずと論じ、土耳其は敢て之に反對せず、随つて當時は無影響説で梟がついた。然るに一八七八年の露土間のサン ステファノ條約第二十三條には、『兩締約國間に從來締結せられ、交戦のため廢棄となりたる通商、裁判權、及び土耳其在住露國人の地位に關する一切の條約、協約、及び協定は、本條約に依り更正せられたるもの外、總て再び效力を發すべし。兩國政府は總ての約束、通商、その他の關係に關しては、互に宣戦前と同じ關係の上に再び置かるべきものとす。』とありて、即ち従前

露國人の土耳其に於て有したる治外法權は交戦のため廢棄(停止の意味と解せられる)せられたるも平和克復と共に復活す、との意を明かにしたものである。

降つて一八九七年の希土戰役に於ては、土耳其政府は國內在住の希臘人を原則として國外に退去せしめ、ただ現に外國の商店商社の使用人たる者に對しては例外的に引續き在留を許したが、治外法權は開戦に依り當然廢棄せられたりと稱して之を在留希臘人に認めざる旨を聲明した。されど在留希臘人の保護を引受けたる英佛兩國代表者は、治外法權は單なる希土間の條約に由來するものではなく、土耳其を一方とし英佛を他の一方とする古い國際約定に基くものであるから、希土開戦のため希臘人のこの權利に何等影響あるべき理なしと論じて之に抗議し、結局土耳其政府をして黙認せしめたやうである。

然るに一九一一年の伊土戰役に於ては、土耳其は伊太利との一切の條約(その中には治外法權條項を含めるものもある)を廢棄し、隨つて治外法權の特典を伊國人に認めざる旨を伊太利の利益を代表する獨逸大使に通告した。之に對し同大使は格別異議を挟まず、且伊國は開戦と共に在土耳其領事館を悉く閉鎖したので、伊國人に關する限り治外法權問題は實際に起らなかつた。而して翌年十月の伊土講和條約第五條に於て兩國間の従前の諸條約は總てその效力を復活せしむることとなつたので、治外法權も亦共に復活した。蓋し恰も前述のサン ステファノ條約と同様に、治外法權も他の諸條約と同じく開戦と共に一時效力が停止せらるるといふを前提とした結果であらう。

更に降つて第一次大戰となるや、土耳其は獨逸側に起つて參戰すると共に、治外法權の廢止を一方的に宣言した。けれども關係列國は之を容認せず、後にセーヴルの講和條約(一九二〇年八月十日調印)に於て之を

復活せしめたるのみならず、聯合側諸國中従前之を享有せざりし國々にまで之を及ぼさしむることとした(第二百六十一條)。その後同條約は一九二二年のラウザンヌ條約の成立と共に廢棄となり、是と同時に列國は土耳其との間に土耳其に於ける外國人の居住營業及び裁判權に關する一條約を締結し、併せて從來享有の治外法權の廢止を承認した(但し土耳其政府は少なくとも五年間歐洲法律家を顧問に入れ、且外國人の身分に關する事件に關しては或程度に外國の法權を認むるの條件の下に)。

斯の如く土耳其に於て歐洲諸國の享有せる治外法權の戰時に於ける消長に就ては、必しも一貫的の取扱になつて居らなかつたやうであるが、既に治外法權の廢止となれる今日にありては、その戰時に於ける消長は最早や之を論究するの要も無くなつた。ただ残るは支那である。支那政府も民國六年(大正六年、一九一七年)八月、對獨及び對澳の宣戦と同時に該兩國の從來享有せる領事裁判權を廢止する旨を宣言した。該兩國の利益を代表せる在北京和蘭公使は強硬に之に抗議したけれども效なく、而して民國十一年(大正十一年、一九二二年)の支獨條約及び民國十四年(大正十四年、一九二五年)の支澳條約に於て、右廢止のことは確定的となつた。けれども支那には、東西列國中尙ほ領事裁判權を有する國が少なからずあるので、その戰時に於ける效力如何は依然現實の問題として研究に値する。

列國の支那に於て有する領事裁判權のことは、孰れも支那と當該列國との通商條約中の規定事項となつてある。而しては通商條約は、戰時に於て當然失效となるものとの解釋を我國は日清日露の兩戰役に於て共に執つた。通商條約は開戦と共に必しも失效となるとは限らず、平和克復と共に復活する場合も想像せらるるが、事實失效となるのが多いことは前に述べた如くである。隨つて領事裁判權も、之を規定する本體の通商

條約が失効となるの結果として當然消滅すべき理である。然しながら領事裁判権のことが通商條約中に規定せらるるものは、畢竟立法技術上の便宜に由るもので、領事裁判権は通商事項であるとの性質論から來たものではあるまい。領事裁判権設定の目的は在留國政府の法治制度の不備不信にある。その不備不信は開戦に依り一朝にして拭ひ去られるものでないから、その設定の目的は開戦に由りて消滅するものとは考へられぬ。されば領事裁判権のことが通商條約の中に規定せらるるの故を以て、通商條約の失効と共に領事裁判権そのものも當然廢棄となるといふは、畢竟形式に囚はれた見方であるとも論じ得られやう。或は開戦と共に對戰國の領事官は任地を撤退するから、自國臣民に對する領事裁判権は、それが消滅とならざるにしても事實之を行使するに由なしとの論もあらんが、領事官の撤退する場合には自國臣民の利益の保護を中立の第三國代表者に依頼するのが普通の例であるから、本國の領事官の現に任地に在ると否とは、以て領事裁判権そのものの消長には關係なき譯である。

或は領事裁判権の規定をも含む通商條約が既に開戦に依り當然失効となるものと爲す限り、獨りその中の領事裁判権事項のみ之が本體たる該條約と離れて廢棄せられずと云ふは當を得ずとの説もあらう。之に對しては、前に擧げたる汎米會議議定の條約の法則に關する條約案第三十五條の一項を記する所に於て述べたる條約の可分性を以て之に答へべきである。抑も古來の通商條約中には通商上の特權的事項、輸入稅率を始め、在留民の保護、外國人の土地所有の許否、兵役の免除、信仰の自由、領事官の職務及び特權、領事裁判權等、稀には戰時に於ける禁制品目までを掲記するが如き、種々雑多の事項を包羅せるものもある。近代にありては、特殊事項の掲記は之を特殊條約に讓るの風が條約技術上の一般的傾向となつて來た。隨つて當該條

約は孰れも單一の目的を有するものであるから、その規定條項は孰れも相互關聯の不可分性のものと云へるが、古型の通商條約（國際通義の例外たる領事裁判権のことを記する條約は孰れも古型のそれに非ざるはない）にありては、その内容が雜駁であるだけ、之に可分性を認むるに理由あるべく、領事裁判権の條項の如きもその一と云へるものであるまいか。然しながら特殊事項を通商の一般的規定の中に包羅せしめたる古來の立法技術上の缺陷は兎に角とし、隨つて立法論は別問題とし、少なくとも現行通商條約の關する限りに於ては、その失効と共に同條約中の規定事項の一たる領事裁判権を切離してその存續を主張するは、解釋論として當を得ずと論ずるにも全然理由なしとは云へまい。平時の外交交渉に依りて双方の見解一致せしめ得れば之に勝るなきも、これが不可能とあらば、而して戰時とならば、不充分ではあるが前に述べた土耳其の往昔の戰時に於ける治外法權の效力論を先例に推すの外あるまいかと思ふ。

第三項 敵性の發生（その一、敵人）

第一目 自然人

五六七 敵とは我れに對抗する對手であると云へばそれ迄であるが、國際法に於てこの語ほど複雑なる言葉は、他に絶無とは云はざるも、少ない方である。

敵といふ文字が敵の國家を指し、若くは敵國の交戰者たる陸海空軍力の構成員の如き、特定の從軍者の如き、敵國商船の乗員の如き、即ち概言するに之を捕へたる場合に俘虜と爲すを得る種類のものを意味する限

語敵といふ

りは、その語の範圍は自ら明瞭である。けれども全然戰闘に與らざる一般常人、その他單に敵國の國籍を有する者、又は第三國人にして敵國に定住所を有する者にして取別けそれが戦時の商事關係に屬するものであると、その敵性如何は國際法上及び交戰國の國內法上かなり複雑性を帯ぶるのである。

敵の語義は倫敦宣言にも無い

五六八 貨物に關する敵性のことは追て説くべきが、倫敦宣言を議定せる一九〇九年の倫敦海戰法規會議に於ては、貨物の敵性に關しこれ亦追て述ぶる謂ゆる英米主義と大陸主義とが容易に調和せず、漸くにして倫敦宣言の上に

第五十八條 敵船内に在る貨物が中立性を有するや又は敵性を有するやは該貨物の所有者が中立性を有するや又は敵性を有するやに依りて之を定む。

との規定を得た。この規定は一見極めて簡單のやうであるが、念を入れて再讀して見ると、然らば貨物の所有者が中立性を有するや敵性を有するやは何に依りて之を定むるか、といふ疑問に直ぐ逢着する。而して倫敦宣言はこの疑問の解答に觸れてない。倫敦宣言の本條に該當する帝國海戰法規には

第十九條 敵船内ニ在ル貨物ノ中立性ヲ有スルヤ又ハ敵性ヲ有スルヤハ其ノ所有者ノ國籍ノ中立ナルヤ又ハ敵ナルヤニ依リテ之ヲ定ム……

敵性を帯ぶる人々

とありて、貨物の所有者の國籍といふことが明規してあるも、倫敦宣言の本條にはそれが無い。隨つて英米主義と大陸主義——一は主として定住地に據らしめ、一は専ら國籍を標準とするもの——は、依然實際問題に臨んでその適用に扞格を生ずることあるを免れぬのである。

五六九 その細論は後に譲るとして今原則的に云へば、凡そ對戰國の國民(及びその財産)は總て敵性を帯

び、中立國のそれは總て中立性を有すと謂ふを得べきであるが、しかも或場合に於ては、對戰國の國民(及びその財産)も中立性を有することあり、反對に中立國のそれが敵性を帯ぶることもある。殊に中立國の國民にありては、『凡そ人は二國に定住するを得ず、而してその定住する地にありては、その經營する事業及び利益は以て定住國の富となり、その交戰資力を増加せしむるが故に、彼の財産は該定住國の資源の一部を構成するものと謂ふも不當に非ず。』(Twiss, II, p. 303)との説ある如く、對戰國に定住所を有する中立國人は敵性を有する者として取扱はるる場合あること知るべきで、隨つて單に右に述べたる原則のみでは、以て人の敵性を判斷するを得ないのである。

開戦は對敵の國民を相手にせしむ

五七〇 敵なる語は、古來時代に依り種々その觀念を異にする。往昔にありては、交戰國は常に對手の國家そのものを敵としたのみならず、その國家所屬の個人をも悉く敵とした。故に戦は國家間の武力的對抗の行爲若くは状態でありしのみならず、同時に交戰國の個人相互間のそれであつた。この見解を代表したるものはフアッテルの所説である。曰く。

『國の元首が他の元首に宣戰するとき、その全國民が他の國民に對して宣戰することを意味す。他なし元首は……全社會の名に於て行動し、兩國國民は互に國民たるの資格に於て、單に一團となりて相對するものとなる。故に兩國國民は互に敵にして、一方の總臣民は他方の總臣民の敵たるものとす。』(“Quand le conducteur de l'état, le souverain, déclare la guerre à un autre souverain, on entend que la nation entière déclare la guerre à une autre nation. Car le souverain représente la nation et agit au nom de la société entière, et les nations n'ont affaire, les unes aux autres, qu'en corps dans leur qualité de nations. Ces deux nations sont donc ennemies, et tous les sujets de l'une sont ennemis de tous les sujets de l'autre.”——Vattel,

III, Chap. v, p. 58-9)

即ち戦は元々國と國との關係ではあるが、同時に國民個々も、その利害及び責任に於て國家と必然的に一體となり、随つて交戦關係は常に國と國、軍隊と軍隊の間に限局せられず、同時に兩國の國民個々の間にも及ぶものと爲すのである。この觀念及び慣行の下にありては、交戦者とは常に武器を手にする戦闘員及び非戦闘員のみならず、全然戦闘に與らざる老幼婦女までも之に擬し、之を殺戮するも妨げずと爲された。時運の進歩は加害の範圍及び程度に何程か斟酌を加ふるあるに至りしも、理に於ては人々爾く認めて怪まなかつた。十八世紀の後半、追て陸戦篇に於て述ぶるルウソウの個人非敵説が一世を風靡するに及び、歐大陸に於ては戦をば單に國家間の關係のみと見る風になりしも、英米にありては戦をば國家を國家との關係に止まらず、同時に國家を構成する國民彼等自身との關係なりと解し、今にこの見解より離れない。ただ均しく之に敵性を認むるにしても、戦闘員と非戦闘員とにて加害の範圍及び程度を相異にし、故意に且直接には後者を加害の目的とせざるに於て、そこに文明の進歩を認むべきである。尙ほこのことは追て交戦者及び非戦闘員を解説する所に至りて細述する。

The *Rapid*,
1814

因みに記す。開戦は對手國の總國民を敵とすとの見解が米國の法廷にて高調せられたるものに同國大審院の一八一四年の *The Rapid* 事件の判決例がある。ラビッドは同年の英米開戦の直後、米國の一私艦に拿捕せられたる米人ハリソンなる者の在ポストン代理人の備船である。ハリソンは開戦前、英國にて英國の貨物若干を仕入れ、米國とノールヴァ スコチアの間にある英領の一小島に之を積置きたるが、開戦となつたので彼は之を引取ることにし、その輸送のため、ポストン在住の彼の代理人は鱈漁船のラビッドを傭入れたといふ譯である。斯くて同船は同年七月三日ボストンを發して同島に行き、本貨物を積んで歸航中、同月八日米國の一私艦に拿捕せられた。而してマッサチュセツ

巡回裁判所にては、荷主は敵と通商し、随つて本貨物は敵財産たるの性質を帯ぶるに至つたものとして、没收の上之を拿捕者たる該私艦の有と爲すべきものと宣告した。

ハリソンは大審院に上告した。その理由は「本貨物没收の理由は敵と通商したることに由り敵財産となれりといふにあるも、本件にありては敵との通商なるものは全然存在しない。荷主は何等敵と通商したのではない。本貨物は開戦前に買取り且代金も支拂つたもので、即ち取引の行はれる際の對手方たる英人は敵人でなくして友國人である。荷主は自身の貨物を敵の領土から米國に移した迄で、即ち己れの所有權上の一行爲に止まり、その行爲は自己の財産に何等敵性を帯びしむるものでない。何人も己れが開戦前に買取りたる財産を敵國より自國に移すの權利を有すべく、この權利を容認することが確に社會の公益である。要するに本貨物は米國人の財産で、随つて宣戦も將に私艦の特許も、その拿捕を適法たらしむるものでない。』といふにあつた。然るに大審院にては「交戦國を構成する個人は互に全然閉鎖の状態に立つ。彼等にして相會することあらば、それは戰場に於てである。…全國民は同一船の共乗者で、一にその運命を共にするものと諦めねばならぬ。一方國の各人は對手國の總ての各人をば、自國の敵たるの故に於て己れ自身の敵と認めねばならぬ。 (“The individuals who compose the belligerent states, exist, as to each other, in a state of utter occlusion. If they meet, it is only in combat. . . . The whole nation are embarked in one common bottom, and must be reconciled to submit to one common fate. Every individual of the one nation must acknowledge every individual of the other nation as his own enemy—because the enemy of his country.”) 上告人は自己の財産とて之を敵國より輸送するの目的を以て米國を去ることの權利を有せず、況して貨物の米國への輸入を禁令に反して行ふことを權利として要求するを得ない。』といふ理由で原判決を肯定した (*Prize Cases U. S. Sup. Court, 1, pp. 474-480*)。

敵性に關

五七一 由來英米にては、人（及び船、貨物共）の敵性を決定する標準を、その國籍如何を問はず、専ら

第一款 對戰國及び對戰國人との關係

八〇三

する英米
の定住所
主義

定住所 (domicile) に取るの主義である。即ち定住所が敵國であれば敵國人に非ざる者をも敵人とし、反対に定住所が中立國領土であれば敵國人にても中立人とするのである。(歐大陸にありても和蘭及び西班牙は同じく定住所主義のやうである) 定住所の何たるかに就ては、ホルルの

『交戦上の意義に於ては、茲に人あり一國に生活し、而してその國を無期限に唯一の又は主要の居住地と爲すの意思あるものと推定せしむるに理由あるが如き事情の下に生活せば、彼はそこに定住所を有する者と謂ふべきである。この推定あらしむる事情は、過去の繼續と居住の目的の二つにありて、二者甚しく懸隔する比例に於て共在することもある。人あり商事を営むの意思を以て一國に赴けば、そこに定着し次第彼は定住所を取得する。なぜならば、定業を営むことは必然的に永住の意思あるを意味するからである。之に反し彼にして過渡的性質の目的にて一國に行かば、たとひ當面の用向の終りて後そこに尙ほ滞在するも、必しも定住所を取得しない。ただ彼にして久しく居住することにより單に一時的の滞在たることの推定を覆へすに及び、茲に始めて定住所を取得する。この二つの要素中、時は目的よりも結局は一層重要なものである。』(Hall, § 168, pp. 588-590)

の所説は、定住所を通俗的に解説して要を得たるものであらう。要するに定住所とは、簡単に云へば永住の場所である。明治三十七年三月大本營訓令の我が海上捕獲規程にも

第四條 人ノ住所トハ其ノ永住ノ地ヲ謂フ。但シ商人ニ付テハ其ノ主トシテ商業ヲ營ムノ地、又ハ商業ニ従事スル領事ニ付テハ其ノ商業ヲ營ム地ヲ以テ其ノ住所トス。

住商事的
所事的定
的定住
民

とある。この但書に屬するものは、追て尙ほ述ぶる謂ゆる商事的定住所 (commercial domicile) 又は trade domicile) で、之に對する原則的の方を民事的定住所 (civil domicile) 又は personal domicile) とも稱する。商事的定住所は民事的のそれと一致するのが多いけれども、時には甲國に民事的定住所を有する者が乙國に

商事的定住所を有することも稀でなく、又商事的定住所を乙丙丁の數國に有することもあらう。商事的定住所は單に商業を営むための定住所で、即ち營業の必要が存続する限りに止まり、必しも永住の目的を有するものでないから、定住所とは永住の地なりといふ定義から推せば、之に定住所の稱を附するのは妥當であるまいが、普通には之を商事的定住所と稱するのである。定住所は事實の問題であるが、之を決定するものは主として意思である。

定住所の
要件たる
意思と時
The Prize Cases, 1814

五七二 定住所は事實の問題であるが、之を決定するものは主として意思である。定住所は普通に居所 (residence) を伴ふが、居所のみにては定住所を構成するに足らずで、同時に定住せんとするの意思あるを要する。目前に『永住』と云へる如く、時も定住所構成の一要素である。如何なる期間を以て必要の時と爲すかに就ては一定の法則なきも、相當の時が経つたものたるを要するは論を俟たない。米國の古い判決例に *The Venus* 事件といふのがある。(ヴェナスは一八二二年の米英開戦の直前、英國政府の特許の下にリヴァールにて貨物を積入れ、同港を發して紐育に向ひたる船なるが、中途米國の一私艦の拿捕する所となり、而して載貨の荷主中には、米國の市民籍を有する者にして英國に定住所を有すと推定せらるる者その他定住所關係の込入つた者數名あつたので、英國に定住所を有し米國との通商に従事する者が開戦の事實を知る前に船積し、その船が開戦後に米艦に依り拿捕せられたものは適法の拿捕物となるやが係争問題となつた事件である)。この事件に關する米國大審院の判決中に『移住の意思がそこを永住の地とするにあり、若くは時を定めざるものたるに於ては、たとひ數日間の居住に過ぎずとするも尙ほ且住所をそこに定めたるものと推定すべく、これは英國法廷の法則であり、極めて道理あるものと認めらる。』とあるが (*Prize Cases* 11, S. Supp. Court,

I, p. 557) 僅に數日間に過ぎざる居住にして尙ほ且定住所を之に推定すべき法則が果して英國の法廷にあるや、あると假定してもそれが果して合理的の法則なるや、聊か疑なきを得ない。いや英國の捕獲審檢例には反對に、定住所に相當の時を経るを要することの謳はれたがある。これも少し古いものではあるが、一八〇〇年の米國船 *The Harmony* に關するストウエルの判決がそれである。(この檢定の概要は *Snow, Cases and Opinions on Int. Law*, 1st ed. 325—330 参照)。比較的新しき第一次大戦中の英國の捕獲審檢例としては、獨逸船 *Rostock* (註一) 及び英船 *The Anglo-Mexican* (註二) の二事件がある。

註一。獨逸船 *Rostock* は英獨開戦の直前、コロムボにて同地の一商より漢堡の獨逸商に宛てたるコブラ、豚の剛毛、外に雜貨を積み、その將に解纜せんとする中に開戦となりて同地英國官憲に依り差押えられた。埃及所在英國捕獲審檢所に於ては、之に對する檢定中に荷主の定住所に論及し、『曾て米國大審院の *Mitchell v. the United States*, 21 Wall. 250 [この事件の始末の要領は *Moore, Digest*, VII, § 1135, p. 239 参照] に於て下したる定住所の定義、即ち「定住所は不限定の期間繼續して行ふ實證的若くは推定的の證據を具ふる所の特定地に於けるレジデンスなり」とあるは肯定すべきである。住むことの意味も一要件で、一時的離去はそれが如何に長くとも、抛棄の意思なき限り以て定住所に變更を來さない。今本件の場合に於て、該獨逸人は戦前五年間コロムボにて居住營業し、その間僅に一回獨逸に歸つたのみであるが、然しながら本人は獨逸の定住所を抛棄するの意思ありしとの證據なく、且コロムボには妻子を伴はず、居住五ヶ年中三ヶ年は借家せしも、餘はホテルに宿せるの事實に照し、右の居住は未だ以て定住所を設定したるものと認むるに足らず、随つてその貨物は敵の財産として沒收すべきものとす。』とある (*Fauchille, Jurisp. Brit.*, I, p. 282 (Kt.))。

註二。英船 *Anglo-Mexican* は英獨開戦の直前、米國サヴァンナー港にて屑木綿二百七十六捆を積み、倫敦に

The Rostock
1915

The Anglo-Mexican

向つた。該載貨は獨逸ハイデルベルヒに本店を有し英米の一都市に支店を有する一會社の積荷である。この會社は獨逸在住の獨逸人二名、獨逸生れの英國歸化人一名(英國所在の支店主任)、獨逸生れの米國歸化人一名(ボストン所在の支店主任)の合計四名の組合に係るもので、その利益取得割合は該英歸化人が四分の一、米歸化人が五分の一、餘は獨逸人二名の取得といふことになつてある。そこで本船の九月五日(一九一四年)倫敦に着するや、英國税關にては敵との商取引といふ理由に於て、該載貨中その獨逸人に屬する分及び米歸化人に屬する四分の一に相當するのを差押え、餘の米歸化人に屬する五分の一は問題となつたが、結局第一審に於てはそれが解放となつた。然るに檢察官は之を不當として抗告した。高等捕獲審檢廷たる樞密院司法委員會はこの抗告を理由あるものとし、前檢定に於て解放したる分をも改めて沒收すべきものと決定したが、その中の定住所問題に關する點に就ては、委員長パーカーの所説は『本件の如き場合を支配すべき原則には疑惑を挾むべき點多少なきに非ざるが、左の一事は疑なきものと思惟する。他なし、特定の人が敵人と認むべき者であるや否やは、先づ以てその定住所如何に問ふべく、而して定住所なるものは、國際法上之を居所に求むべきものである。故に中立國人にして開戦の始めに於て又は戦時中に於て何れの側から視るも敵國に永久の居所を有する者ならば、之を須らく敵人と看做すべきである。彼は己れの生國以外の國に永久の居所を定めたることに由り、その居所國の法律に服従し且その法律の恩澤に浴するものとなつた。この状態が繼續する限り、彼に屬する貨物は捕獲品として差押ゆべきで、即ち該貨物は須らく敵貨として取扱ふべきものである。』と云ふにあつた (*Fauchille, Ibid.*, II, p. 397; *Garner, Prize Law*, § 338, p. 418)。

五七三 英國の法令にては敵人を指すに多くは『敵外人』("alien enemy")の語を以てするが、この含蓄する範圍は頗る廣汎である。英國政府が一九一四年九月九日、即ち對獨開戦後間もなく公布せる改正外國人取締令(*Aliens Restriction Order*)——原取締令は八月五日公布の第三十一條には『本令に於て……「敵外人」と稱するは陛下と交戦の君主又は國家に屬する外國人を意味す。』("For the purpose of this Order……

The Rostock
1915

英國にて
謂ふ「敵
外人」の
意義

the expression 'alien enemy' means an alien whose sovereign or State is at war with His Majesty.")とある。この定義は簡に失し、未だ盡せるものでない。古來の英國法律にて謂ふ所の『敵外人』の意義に關しては、別に斯ういふ解説もある。

『敵外人とは元々我が英國と交戦中の生來の臣民を謂ふ。けれども今日では、出生は國籍を定むる唯一の要素でない。人は歸化に依りて一國の臣民となり得る。そこで英國の臣民にして外國に歸化したるものありとし、而してその外國と英國が交戦するに至らば、該歸化人は敵外人である。又人は通商上の目的を以て敵國に居住又は營業するとせば、彼はその居住國の生來人に非ず又歸化人にも非ざるにもせよ、一の敵外人と看做さるるのである。故に敵外人とは英國と交戦中の國の生來人、歸化人、若くは該國に居住し又は營業する人々と定義するを得べし。随つて左の人々は敵外人である。(一)英國と交戦中の一國の生來の又は歸化したる臣民、(二)敵國領土に居住且營業する中立國の臣民(Albrecht v. Sussman, 1813; Sorensen v. Reg., 1857)、(三)敵國に居住又は營業することに依り英國の敵に附着する所の英國臣民(McConnell v. Heolor, 1802; Roberts v. Hardy, 1815; Willison v. Patteson, 1817)、(四)英國領土に居住するも敵國の船の株主又は抵當權者となれることに由りて敵性を取得したる英國臣民(The Marrie Grueser, 1914) Troter, Law of Contract, pp. 6-7。

五七四 蓋し敵外人を『陛下と交戦の君主又は國家に屬する外國人を意味す』と爲せる英國の一九一四年九月九日の規定の下にありては、敵外人とは要するに敵國の國籍を有するその臣民である。この點に於ては國籍を以て敵性を決する標準と爲す所の従前の大陸主義と異なる所ない。然るに同日別に公布の改正對敵通商禁止令(Trading with the Enemy Proclamation, No. 2, 1914) 原勅令は八月五日公布(第三條では『本令に於て「敵」と稱するは國籍の如何を問はず敵國に居住し又は營業する個人又は團體を意味す。但し敵國

居住地をも
營業地をも
敵人の標
準とする

籍の人にして敵國に居住せず又は營業せざる者は之を含まず。法人にありては、敵國に於て設定せられたるものに限り敵性を帶ぶ。』("The expression 'enemy' in this Proclamation means any person or body of persons of whatever nationality residing or carrying on business in the enemy country, but does not include persons of enemy nationality who are neither resident nor carrying on business in the enemy country. In the case of incorporated bodies, enemy character attaches only to those incorporated in an enemy country.")と規定した。この規定に依れば、苟も敵國に居住し又は營業する者ならば、中立國人にしても將た自國人にしても、之を敵と看做すのである。嘗に中立人その人のみならず、その手にする貨物にしても、それが敵地産のもの又は敵人としての取引に關係あるものならば、これ亦之に敵性を帶はしむるのである(Hall, 5, 167, p. 527)。反對に、敵國人であつても敵國に居住せず又は營業せざる者は之を敵と看做さない。即ち敵性の標準をば國籍に取らないで、居住地若くは營業地に置いたものである。居住は reside で、必しも生活の本據たる定住所即ち domicile の如何を問はない。敵との交通及び商取引を禁ずるのは、要は敵國の資源増加を防ぐのが目的であるから、敢て當該人が敵國に住することの意思やその期間の長短、即ち生活の本據たるに必要な要件の具備するを須みず、單に滞在の事實を認むれば可い譯である。營業は carrying on business で、これは別に説明を要しない。商取引に關しては營業地は居住地よりも重きを置かるる例多々あるが、敵性決定の標準として兩者の間に輕重がある譯ではなく、即ち敵國に居住し且營業する者は勿論、格別營業をしないで單に敵國に居住する者も、均しく敵と看做さるのである。營業地を敵國と敵國以外の兩地に有する場合にありては(本店支店の各所在地として斯かる場合は往々有り得る)、敵國所在

の營業に關しては敵と看做され、敵國以外所在のそれに關しては敵と看做されない。

前掲の九月九日の改正對敵通商禁止令の『敵』の解釋に關しては、『これ極めて特殊且奇妙なる一主義、即ち敵へ向ひ又は敵より來る貨物を海上にて没收するといふ海軍の主義、の誤解の上に築かれたるものである。』との説もあるが (Baly & Morgan, p. 255)、兎に角右は英國にて敢て本令に依り創めて設定せられたる新主義ではなく、既に一百有餘年前に於ける英國法廷の幾多の判決例の上に示されたる寧ろ舊主義で (例へば *McConnell v. Hector*, 1802; *Omealey v. Wilson*, 1808; *Albrecht v. Sussman*, 1813; *Willison v. Patteson*, 1817 等の如き、降つては南阿役の *Janson v. Dreyfous in Consolidated Mines, Ltd.*, 1902 の如き)、しかも第一次大戦中の本令に至り、該主義は更に一段の強調を示した。(米國政府も一九一七年六月六日公布の對敵通商禁止法に於てこの主義に則り、『何れの國籍を問はず、個人、商社、その他の商事團體にして米國と交戦する國の版圖内に居住し、又は米國外に居住し該國の版圖内にて營業する者は、本法の意味に屬する敵人と看做すべし。』と規定した) 特に右のヤンソン對ドリフトオンタイン事件は、居住地營業地を敵性決定の標準と爲したる大戦前に於ける近代の判決例として著名なるもので、その概要は左の如くである。

五七五 被控訴人のドリフトオンタインは南阿共和國の法律に依りて設立せられ、本店を南阿に、支店を倫敦に有せる鑛山會社で、株主の多數は南阿共和國以外に居住し、同共和國の國民ではなくして英國の臣民であつた。南阿役の起れる二ヶ月前(一八九九年八月)、同社は南阿ヨハネスブルグより英國へ金塊を送るに方り、ロイドを代表する控訴人のヤンソン外若干の下受人に保險を附託した。その保險は敵の拿捕に對するものも含んである。然るに右の金塊は、開戦直前の十月二日(開戦は十月十一日)、郵便貨車にて輸送中に國境

*Janson
v. Drey-
fous,
1902*

に於て南阿共和國政府の押收する所となつた。そこで該戦役の終局前、會社は控訴人に對し保險金の支拂方を請求した。然るに彼は、十月二日の形勢は交戦状態と同じであつたとの理由にて保險金の支拂を拒み、且同會社は南阿共和國の法律の下に設立せられたものであるから同國の會社で、隨つて敵會社であり、隨つて之に保險金を支拂ふのは對敵通商禁止法の違反となると主張した。そこで被控訴人はヤンソンを對手に保險金支拂要求の訴訟を英國の裁判所に提起した。尤も同會社にして敵人といふことになれば、戦時中は英國の法廷に訴訟を提起するを得ないことになるから、被告側に於て同會社を外國會社として抗辯しないといふ妥協の下に右の訴訟は提起されたのである。裁判所にては、開戦の脅威、豫想、又は切迫は全然開戦に非ずして依然平和なりとし、控訴人に支拂義務ありとした。そこで控訴となつたのであるが、控訴院にては原判決通りとした。次で控訴人は更に上級法廷たる貴族院に上告したが、やはり保險契約は開戦前の締結に係り、損害も開戦前に生じたものであるから、たとひ損害は開戦を豫想せる差押に因りて生じ、且その差押は之を交戦の遂行上に使用せんとするにありたるにもせよ、保險金は支拂ふべきものとすとの裁定となつた。この裁定に關する Lord Brampton の見解に曰く。

『被控訴人會社は南阿に於て鑛山經營のために南阿共和國の法律の下に設立せられたるもので、英國にも事務所及び業務擔當人を置き、株主の多數は英國臣民である。…同會社は、その株主の國籍如何に拘らず、南阿共和國の臣民として取扱はざる可らざるものである。…本品押收の際既に開戦となり、若くは開戦に均しき敵對状態が成立し居れりとしたならば、凡そ保險は保險者と被保險者の兩國間の交戦状態の存在中に起りたる何等損害に適用せられざるべき法則なるが故に、南阿共和國の臣民たる本會社は、その敵外人たる英國臣民の控訴人に對し保險金を要求し得ざ

るものとなる。その理由は他なし、交戦の存在中は交戦國の一方の臣民は他方の臣民の財産及び商業を保險に依りて保護するが如き援助を供與するを許されぬからである。……けれども予の爾く信する如く、兩國間に未だ開戦若しくは開戦に均しき敵對状態が成立せざりしものとすれば、本會社は南阿共和國が開戦前に自國臣民に對し不當に行ひたる押收に伴ふ損害の保險金を控訴人に向つて要求するの權あること疑なき所である。……本件金塊の押收は明かに押收者を利するものであり、而してその金塊の損失に就て原所有者への賠償は所有者を利するものたること論なく、隨つて斯かる賠償は開戦と共に敵と認めべき人に利益を與ふるものたるに相違ない。けれども本保險契約成立の時にありては、又押收の行はれたる時には、所有者は未だ敵ではなかつた。本會社は交戦の繼續中は、控訴人側に異議ある限り訴訟を提起するを得ざるは勿論である。然るに控訴人側には之に就て異議を有しなかつたものである。……開戦は敵外人との取引をば國王の特許あるもの以外には總て禁止し、取引關係の一切の契約を解消せしむるものであるが (Esposito v. Bowden 参照)、開戦の脅威、豫想、若しくは危機の間は尙ほ平和状態を脱せず、又必しも開戦となつては限らない。開戦前の損害に對する保險に戦時の法則を適用するのは、これ徒らに通商を癱痺せしむるものである。……』 (Trotter, *Ibid.*, pp. 92-3)。

この裁定は、開戦の危機は迫れるも未だ現實の開戦となるには至らざりし際に取結ばれたる保險契約の效力如何を決するを主としたるものであるが、中に於て本會社は株主の國籍如何に拘らず南阿共和國の國民なりとし、主たる營業地を標準として之を敵外人と看做したる點に於て、本問題の研究上亦參考となるべき一判決例であつた。

果次の規定は互に異なる

五七六 然るに英國政府の八月二十八日(一九一四年)公布の改正臨時特許意匠商標法 (Patents, Designs, and Trade Marks Temporary Rules (Amendment) Act) に於ては、同月七日公布の同法の末尾に左の一項

が加はつた。即ち『本法は陛下と交戦の國の領土に居住し又は營業する何人にも、恰もその國の臣民たるが如くに之を適用す。而して「陛下と交戦の國の臣民」なる語は、會社に關しては、斯かる臣民に依りて業務が執行又は管理せられ、若しくは全部又は主として斯かる臣民の利益のため又は之を代表して營業せらるる會社にありては、たとひ陛下の領土内に於て登記せられたるものにして、總て之を含むものとす。……』といふのである。故に本令の下にありては(一)住所の如何を問はず一切の敵國籍者、(二)國籍の如何を問はず敵國に居住し又は敵國に於て營業する者、(三)敵國に於て設立せられたる會社、(四)英國領土内にて設立せられたる會社にありても業務が敵國民に依りて執行又は管理せられ、又は全然若しくは主として敵國民の利益のため又は之を代表して經營せらるる會社、以上は悉く之を敵人或は敵會社として取扱ふといふ規定で、即ち敵性を定むる標準として國籍と居住地及び營業地を併用せる極めて廣義のものとなつたのである。

五七七 敵人なる語の斯く多岐多様の意義は、之を規定する對敵通商禁止令その他の法令が開戦匆々の間に立案公布せられた關係にも由つたのであらうが、之が適用を受くる側にありては種々の異論輩出し、その適從する所に惑ふの風であつた。そこで英國政府は、之に關係ある控訴事件を取扱はしむるため特別控訴院 (Special Court of Appeal) なるものを設け、大判事レッチング (Chief Justice Lord Reading) を裁判長に、大録事コーゼンス・ハーデー (Lord Cozens-Hardy, Master of the Rolls)、及び判事バックレー、ケネデー、スピンフェン・エデー、フヒリモア、及びビックフォールド (Lords Justices Buckley, Kennedy, Swinfen-Eady, Phillimore, Pickford) の六名を評定官として之を組織した。この特別控訴院は一九一四年十一月より十二月に亘りて數回開廷し、翌一九一五年一月末までに *Continental Tyre & Rubber Co. v. Twinkler Co.* 事件及び

之に關する疑念を一掃する例

同じ原告の *v. Thomas Tilling* 事件に對する一判決、竝に *Porter v. Freudenberg*; *Krieginger v. Samuel & Rosenfeld*; 及び *In re Martins Patent* の三事件に對する一判決を下した。この兩種判決は、孰れも原被兩告辯護士の辯論の外、特に檢事總長サイモン (Sir John Simon) の出廷を求めて政府側の解釋をも聴き、慎重審理の末に下したるもので、即ち英國の對敵通商禁止に關する英國司法官憲の見解を大戰開始後に於て根本的に確定したる極めて重要なものである。

國籍と
居住
業に
地を
主探
義を

五七八 右事件の審理中に於て檢事總長サイモンは、敵人は英國法廷に訴訟を提起するの權あるやの問題に關する意見を裁判長より徴せられたので、之に對する自身の見解として

『この問題に對しては先づ「敵外人」の意義を定むるを要する。本問題の目的とする範圍に於て、敵とは單に我が英國と交戦中なる國家の臣民を意味するのではなく、その國籍の如何を問はず敵地に居住營業する者を意味する。即ち要點は、その人が何處に在るかに在りて、誰の臣民なるかに在らず ("The important question is where the man is, not whose subject he is")。開戦後發布の勅令も、この區別に則つたものである。英國居住の獨逸人が敵なるや否やは、彼が英國皇帝の明示又は默示の許可に依り、又は皇帝の保護の下に英國に居住するや否やに依りて決定する。斯の如き事情の下に英國居住の獨逸人、即ち一般に稱して英國に居住し又は英國にて營業する獨逸人は敵でない。而して他方、獨逸國に於て營業する英國人は敵である。』

と答申した。裁判長はこの意見を採用し、殊に *Porter v. Freudenberg* 事件の判決に於て左の如くに論述した。

『先づ以て民事上の權利及び責任に關して用ひらるる場合の「敵」なる語の意義に明確に留意すべきである。この語の普通の意義は敵國籍の者即ち我が皇帝と交戦状態に在る國家の臣民を指し、如何なる場合にも中立國又は英國の臣

民を包含しない。けれども事の私權に關する場合に於ては、この語の意義を決するものは國籍でなくして營業地であるのは明瞭である。私權の執行に關しては、事實は英國臣民又は中立國民にしても、その人が敵國臣民として取扱はるることも有り得るし、反對に事實は敵國臣民なるに拘らず、英國臣民として取扱はるることも有り得るのである。

ダイシー教授はその「訴訟當事者論」(Dicey, *Treatise on Parties to an Action*, p. 3) に於て「敵なる語には我が英國と交戦中の國家の臣民のみならず、任意に敵國に居住する英國臣民又は中立國臣民をも包含す」と確説する。(Huberich, p. 52)

斯の如くにして英國の法廷に於ける「敵」なる語の解釋は一定し、且敵との取引及び契約、竝に敵との訴訟に關しては國籍に依らずして、居住地又は營業地を以て敵性決定の標準と爲すことの古來の法則が改めて確認を得たのである。

商事的
住所
と敵
性

五七九 商事的定住所のことは前に一寸述べた。英國にては貨物殊に敵商船積載のそのの敵性を判定するに方り、荷主の商事的定住所と國籍とを殊別し、重きを前者に置くのが古來の慣例となつてある。即ち敵國の國籍を有する者にしても、その商事的定住所即ち營業所が中立國內又は同盟國內に在るものにおいて、貨物の拿捕に關しては荷主を敵と認めず、之に反し荷主にして中立國又は同盟國の國籍を有するも、その營業所が敵國內に在るに於ては、荷主を敵と看做すのである。尤も荷主にして開戦後相當期間内に敵國領土を引揚げ、敵國內に於けるその商事的定住所を抛棄すれば別である。同様に、中立國內又は同盟國內に定住所を有するも別に敵國內に營業所を有する者は、その營業に關しては之を敵と看做すと同時に、敵國內に定住所を有し且中立國內又は同盟國內に營業所を有する者は、その營業所に屬する貨物は敵性を有するものとす。これが英國の定住所主義の適用に關する一般的原则である。

The An-
naberger,
1916

五八〇 この關係に就て稍々詳細に説及されたものは、第一次大戦中在埃及英國捕獲審檢所の下したる獨逸船 *Anaberger* の載貨に關する檢定である。同載貨の荷主たる獨逸人某は戦前七八年間濠洲に住み、且濠洲に營業所を有し、濠洲に於て商事的定住所を取得したものである。彼の同船に積める貨物は濠洲官憲の押收する所となり、事件は埃及の英國捕獲審檢所の審理に移された。同審檢所長カートルの意見中に曰く。

『予の所見にては、この争點はドミシルなる文字の意味に關する觀念上の或混雜に基因する。この語は英國の法律の上に於ける一の術語である。人が永久的の家を持ち又は持つものと推定すべき國を定むることを必要とする場合がある。この國を吾々は彼のドミシルと稱する。そのドミシルは domicile of choice であるのもあり、domicile of origin であるのもあるが、何人も何等かのドミシルは之を有せねばならぬ。このドミシル、即ち予がダイシーの所説に從つて民事的定住所 (civil domicile) と稱する所のものは、意思が基礎要件である。民事的定住所は普通に居住が之に伴ふも、居住のみでは之を構成しない。…然るに捕獲法にありては、別に商事的定住所なるものを認める。商事的定住所にありては、意思は必しも要件ではなく、一國に居住し及び營業することの單なる行爲に依りて獲得せられ、居住及び營業を止むると同時にそれが喪失する。即ち意思といふよりも事情の創造である。殊に甲國に民事的定住所を有すると同時に乙國に商事的定住所を有することも勿論あり得る。民事的定住所に無關係の居住なるものは商事的ドミシルの構成には必要條件である。居住は半永久的性質のものたるを要する。』(Fauchille, *Jurisp. Brit.*, II, p. 113)

五八一 更に兩者の關係を詳解したるものには、同じく第一次大戦中倫敦の捕獲審檢所にて取扱へる英船 *Hypatia* の檢定がある。同船は亞爾然丁にて漢堡行の羊毛を積込んで航行中開戦となり、リヴァプールに轉航したるに、同港にて載貨は差押えられた。荷主のフールマン商會 (H. Fuhrmann & Co.) からは、該貨物は

The Hy-
patia,
1916

未だ買主の手に渡つて居らぬこと、且中立國に商事的定住所を有する一會社のものであるから中立性の貨物なること、の理由で抗辯した。その會社なるものの組合員三名は悉く獨逸人であるが、悉くアンウェルスに居住し、一人も亞爾然丁には居住せず、營業は支配人と書記に一任してあつた。アンウェルス在住の組合員三名も、開戦と共に敵國人として白耳義政府より放逐せられたものである。

本件に關する利害關係人の主たる論據は、組合員は亞爾然丁に居住せざるも同國に商事的定住所を取得したもので、隨つて中立人としてその貨物の沒收は免除せらるべきものなりといふにあつた。けれども英國捕獲審檢所にては、組合員は亞爾然丁に居住せざるものであるから商事的定住所を取得したものと認むべからずと爲し、その貨物を沒收と檢定した (一九一六年十二月二十一日)。捕獲審檢所長官エヴァンズは、その檢定中に於て定住所關係に説及し、

『本件商會の組合員三名は孰れも獨逸人なるより、彼等は亞爾然丁に於て事實上及び法律上果して商事的定住所を取得したるものなるやの問題であるが、佛獨その他歐大陸諸國の見解は然らざるも、英米の國際法觀念にありては、交戦國の臣民は中立國に於て商事的定住所を有し、依つて以て海上捕獲に對しその貨物を保護するを得るものとしてある。けれども予は該中立國に於ける居住を以て定住所の必要條件なりと思惟する。敢て中立國に居住せず、そこに支配人又は書記を置いて營業することのみに依りて敵國臣民が商事的定住所を取得したる例は予未だ之を知らない。

…ダイシー氏はその「法律抵觸論」(一九〇八年第二版、第七四二頁) に於て「商事的定住所は商業の目的にて一國に居住すること、その人の商取引は居住國の資源に寄與し又はその一部となり、隨つて彼の敵性、友性、又は中立性は、その居住國の性質に顧みて決定せらるべきものである。當該人の民事的定住所が疑はしき場合には、彼が果して當該國を家と爲すが如くにそこに居住せしや否やに依りて決すべく、又商事的定住所の疑はしき場合には、彼が

當該國に於て引續き營業する意思を以てそこに居住しつづつあるや否やを見て決すべきである。』と説く。

『或は曰はん、ストウエル卿は *The Jonge Klussina* 事件(一八〇四年)の判決例に於て、商事の定住所は二ヶ國以上にて之を有することあるべしとの意見を説いて左の如くに云へりと。即ち「營業所は之を二ヶ國に有することあるべく、而して營業者が該二國の商人として行動するに於ては、該二國に於て別個に行ふ取引に關しては兩國双方の臣民と認めざるを得ず。彼が敵國に於て何等固定の帳場を有せざることは決定標準にはならない。英國の大商社にして營業を珈琲店にて行ふものとは幾許あるや知らざるも、大保險會社にしてその式にて營業するものは相應にある。或地方の商人となるには帳場又は固定の營業所を有するを要すと爲すが如きは一の空想である。彼にして其處に居り、其處の商人として行動すればそれにて充分で、單に固定の帳場を有せざるの一事は、商業の性質に於て何等違反とならず、それ無しとても商業は行はるるのである。』と。右の事件は營業の特別の許可以外に走りて營業を行ふことの問題に係るもので、營業主又は組合員の現地に居住することなくして中立國に固定の帳場又は營業所を置くことが彼に中立の商事の定住所を與へ、敵國臣民でありながらその貨物は海上捕獲に對し保護せらるゝと決定せしむるものではない。右の引抄の文言は寧ろ營業主の中立國に於ける實在を肯定するが如きものである。……』

『予は敢て商事の定住所は之を中立の二ヶ國に有するを得、依つて以て該營業者を該兩國に於ける中立の商賈と認めしむるを得るものなるや否やに關し意見を述ぶるのではない。將た予は組合又は商社にして登記國に於て理論上「居所」を有し得ることの場合に就て論ずるのではない。ただ本件に對しては、予の所見にては、今利害關係人の主張するが如き商事の定住所は、組合員又はその中の一部が營業を行ふ國若くは營業所の實在する國に相當居住することの立證あるに非ざる限り、その成立を認むる能はざるものである。』

『本件の羊毛は、拿捕を受けたる際には英國船積載の敵貨なりとし、隨つて當然沒收すべきものと檢定する。』
(Scott, Cases on Int. Law, pp. 667-9)

The
Kara
Deniz,
1922

五八二 商事の定住所の原則を適用したる第一次大戦中の例には、別に土耳其船 *Kara Deniz* に關する事件がある。本船は英土開戦前の或時印度の孟買に入港したるが、入港後數日を経て本船は土耳其國旗を撤して波斯の國旗を掲げた。理由は、船主は生れは土耳其で且君府にて營業する者なるも、既に中立國たる波斯に歸化した者なるが故といふにあつた。然るに本船は、入港の際には土耳其國旗を掲げ且土耳其船として入港したものであるから、その理由に於て之を敵船と認むるを得た譯であらうが、在内地英國捕獲審檢所に於ては船主の住所に重きを置き、ただ船主は既に土耳其の住所を棄てたことを立證するに不充分であり、隨つて船主は依然商事の定住所を土耳其に有すと認むべきものと爲し、之を敵船として沒收の檢定を下した。即ち敢て同船が敵船として入港し敵國の國旗を掲げたるものなるが故ではなく、定住所を敵國に有するの故を以て爾く處分したのである。而して樞密院司法委員會にても、本件抗告の裁定に於て原檢定を肯認した。故に本件に於ては、假に船主にして土耳其に於ける商事の定住所を既に拋棄せりとのことを充分立證し得たりしならんには、敵船として入港したるにも拘らず解放となつたものと推論せらるるのである。

五八三 以上は商事の定住所と敵性の關係に就ての英國に於ける重なる判決例であるが、米國にも少し古いが一八一四年の米船 *The Frances* に關するそれがある。フランススは一八一二年、英米開戦の直後、蘇格蘭より紐育の一商會への送荷を積んで同港へ向け航行中、米國の一私艦に拿捕せられた。その重なる載貨の送主のトムソンなる者は生れは蘇格蘭で、米國に歸化し、一八〇三年商用で生國に行き、英米開戦の時まで引續き同地に居住して同地の者と組合にて營業に従事し、米國に歸つてそこを永住地とする意思を常に有したが、兎に角商事の定住所は蘇格蘭に有した者である。そこで彼は、自分は米國の定住所を拋棄せざる者

The
Frances,
1814

と申立て、米國の法廷に對し載貨の返還方を要請したが、彼は敵國に商事的目的を有する者なるが故に敵人なり、隨つて該載貨は敵性を有すとの理由にて没收の判決となつた。(Prize Cases U. S. Sup. Court, I, p. 322 以下)

五八四 敵軍の占領に屬する地方は、その占領の繼續する限り之を敵國の領土に擬し(占領は征服と異なり領土權の移るものでないこと勿論なるも)、隨つて敵軍占領地に定住所を有する者は總て敵人として取扱ふのが少なくも英米の古來の慣例である。之に關しては米國の著名の判決例に、一八一五年同國の大審院にて下したる *Bentzen v. Boyle* 事件、一名『砂糖三十樽事件』(“Thirty Hogheads of Sugar Case”)と稱せらるるものがある。その概要は左の如くである。

五八五 一八一二年の英米交戦の際、英軍は西印度の丁抹領サンタ クルス島を占領した。それがため同島の島司にして且地主であるベンツェンなる者は同島より撤退し、丁抹に引揚げた。英軍は同島住民の財産の尊重を證言したので、彼は己れの土地の管理方を知人に委託して置いた。そこで同管理人は、該土地から取れたる砂糖の三十樽をば一英船に積入れ、地主たるベンツェンの計算及び危険に於て倫敦の一商社に送出したるに、その航行中米國の一私艦に拿捕せられ、米國ボルチモアの裁判所にては同船及び載貨の砂糖を共に敵貨として没收すべきものと判決し、荷主は服せずして上告したるも、大審院にては原判決を是認したものである。大審院長 (O. J. Marshall) の判決中に曰く。

『英軍の占領中のサンタ クルスは果して英國の一島と稱し得るやに就て疑問を抱く者あるも、この疑問は理由なきものである。たとひ戦中時の土地獲得は後日條約に依りて確定せらるる迄は永久的のものとして認められざるにせよ、

商事的及び軍事的の見地に於ては、征服者之を占有し且施政を行ふ限り、その領土の一部と看做すべきものである。降伏後のサンタ クルス島は、他日丁抹に還附せらるる迄は英國の一島たるものであらう。(Prize Cases U. S. Sup. Court, II, pp. 699-700)

ホールも亦右の判決の一句を援用し、

『或地方及びその住民の國性は敵軍の軍事的占領のために變更せらるるものでないが、しかも種々の軍事的目的のため、正當元首は必然的に之を敵として取扱ふのである。事實に於て敵軍の支配の下にある占領地住民を友朋として取扱ふことは、敵をして交戦の壓迫及び損害より免れしむることになる。故に占領地住民との通商は、敵人及び敵國領土との通商に對すると同じ制限の下に置くべきで、占領地の產物若くは占領地に定住所を有する者に屬する產物は、敵の財産に對すると同じ條件の下に没收せらるべきである。…一地方が敵に依り軍事的に占領せられたるときは、その土地が占領軍の權力の下に置かれたること、隨つて占領軍は之を作戰上の目的に使用し得ることの事實は、土地の單なる法律的の所有權といふ上に立てられたる一切の考量を凌駕する。(Hall, § 173, p. 603; § 174, p. 607)

と説いて右の見解を支持する。この説には一理なくもないが、マーシャルの所論は主權の一時的代行に過ぎざる占領の現代の觀念と主權の永久的移轉の征服のそれとを混同したる嫌なきを得ない。

五八六 然るに英國は、一八五四年のクリミア戰役に於ては古來の慣例より離れ、當時露軍の占領に係るモルダヴィア(現羅馬ニアの一半)の住民は、露軍の占領は同地を露國の領土に化せしめたるものに非ずとの理由に於て、之を敵人と認めざるの方針に出でた。之に關する判決例には *The Gerashino* (1857) とよぶものがある。ガラシモなる一船はワルシア(同じくその一半)の國旗を掲げ、モルダヴィアのガラツ在住の一荷主に屬する穀類を積み、奥國トリエスト港に向はんとて當時封鎖中のダニユブ河口のスリナより出航せる際に英

敵軍の占領地に於ける定住

Bentzen v. Boyle, 1815

The Gerashino, 1857

國軍艦に拿捕せられた。英國捕獲審檢所にては、問題の土地は現に敵軍の占領に屬し、同地に居住及び營業の人々は通商に關しては敵人と看做すべきであるとの理由の下に、該載貨を沒收すべきものと檢定した。然るに荷主は之を不當として樞密院司法委員會に抗告したるに、同委員會にては、荷主の國性は露軍の占領に依りて變更せられたるものに非ずとの理由を以て原檢定を覆へした。同委員長 (Right Hon. T. Penherton Leigh) の判決中に曰く。

『先づ以て問題は、本貨物の荷主は敵人と認むべきや否やである。凡そ商買の國性は、商事關係に於ては、營業地のそれにて決定せらるることになつてある。外國人たる商買は、開戦とならば、己れ自身及びその財産を他國に移すことに就て相當の期間が與へられる。彼にしてこの期間を利用するなくんば、商事上に於ては彼は依つて以て營業を爲す所の國の臣民として取扱はれる。随つてその對戰國の敵として取扱はるること勿論である。友國又は中立國の領土を敵國のそれに變更するに必要なる事情に關しては、その土地が敢て割讓、征服、その他の方法にて永久又は一時敵國の領土と化したるに非ずして、單に敵軍に依りて占領せられ、その占領中敵軍の支配の下に置かれるといふ丈では不十分なること The *Fama* 事件の檢定の示す如くである。

『場所の國性が敵軍の占領及び支配の下に置かれたるの事實に依りて變更せられずとの法則は、啻に捕獲法の上に於てのみならず、普通法の判決の上に於ても適用せらるる所で、單なる敵軍の占領と割讓又は征服に依りて法的權利の移れる、若くは時の経過に依りてその權利の確められたる占領との區別は、ストウエル卿が The *Bolletta* 事件に於て認めた所である。これ等及びその他の學說に依り、敵軍の單なる占領そのものは必しも占領地を敵の領土に化せしめ、若くはその住民を敵人と爲すものに非ずとの見解を確定したやうである。今本件の場合に於て、露軍の占領せるモルダヴィアは未だ以て露國の領土とはならず、又その住民も露國の臣民となつたものと見るは不可能なるが如く、

將た又英國政府とても、未だ曾て英國に關し該州の國性を變更するの何等措置を執つたこともない。

『ゲラシモはダニユプの河口が通告済みの封鎖状態にある際同河より出航し來れるに於て封鎖侵破を構成するや否やの問題に關しては、抑も該封鎖の目的は、その公的に宣言せられたる所に依れば、専ら露軍に使用せらるべき糧食を妨遮するにあり、且露國は自身その輸出を禁し居るが故に、本件の場合に於ける輸出は、事實英佛同盟軍の目的を達成するに却つて効果あるものにして、敢て封鎖侵破を以て、將た或は該船は沒收せらるべき性質のものとして、論ずるに當らぬものである。』 (Cobbett, *Leading Cases*, pp. 37-9)

即ち要は、友國又は英國の領土を敵國が一時占領することは以てその土地又は住民に敵性を帶はしむるものに非ず、隨つてその住民の財産は適法の海上捕獲物件とはならず、又敵性に伴ふ所の民事上及び商事上の無能力を之に認むべきものに非ずといふにありて、前掲の *Bentzen v. Boyle* 事件に於ける米國大審院の判決及びホールの所説、即ち敵軍占領の事實に依り占領地及びその住民の國性が商事關係に於ては敵性に化すといふのと正反對の見方である。同様の見解は、南阿の役に於ける樞密院司法委員會の *The Jager v. Attorney-General of Natal* 事件(註)に對する裁定に於ても示された。蓋し軍事占領の法的性質から云へば、この見解は理に於て正しとせざるを得まい。

註。本件控訴人ヤーガーは南阿共和國の一市民で、過去十餘年の久しき且開戦後も引續きナタルの一邑ワッシュバンクに居住せるが、ボア軍の同地方占領中は、彼は事實的に英國の保護を喪ひ、且侵入軍のため務めざるを得ざることになり、占領軍の或官職に就いた。ボア軍は約半歳にして占領を撤退し、之と共に彼はトランスヴァールに移り、その後は同軍のために特に盡す所なかつたが、程なく一九〇一年、彼は英軍に捕へられ、ナタル特別裁判所に叛逆罪に問はれ、禁錮五年、罰金五千磅の宣言を受けた。彼は之に服せずして上級法廷たる樞密院司法委員會に上告した。

上告の要旨は、英國領土内居住の外國人が英國皇帝に忠誠を表するの義務は英國の保護を享有するの事實に基くものであるから、既にその保護にして停止せられたならば、忠誠の義務も自然消滅し、随つて侵入軍のために盡すも以て叛逆罪を構成するの理由なし、といふにあつた。然るに司法委員會にてはこの上告を棄却した。之に關する委員長 (Lord Loreburn) の判決の要に曰く。

『英國領土内に居住する外國人は英國皇帝に對し忠誠の義務を有し、たとひ英國臣民に非ずとするも叛逆罪に問はるることあるべきは古來の法則である。或學者は、この義務は英國領土内に居住中は皇帝の保護を受くることこの事實に基因すと説く。是に於てか Sir R. Finlay は、保護にして止まばその相對物も亦止むと論じ、且英國軍隊は一八九九年十月二十一日にワッシュバンクを撤退したるが故に、抗訴人は右撤退後に於ては叛逆罪に問はるることなく適法に侵入軍を援助するの權ありと論述した。本委員等は此の論に何等理由なしとの意見を有する。國家の保護は、その國の軍隊が軍事上その他の理由に因り一時撤退し、敵がその間占領軍の權利を行使するの單なる事由にて停止するものでなく、反對に、占領地にして正當主權者に復歸したるときには、占領軍の行へる不法行爲は普通の裁判所にて受理せらるるのである。たとひ現實の救済は敵軍隊の驅逐せらるる時まで已むなく延期せらるるにもせよ、主權者の保護は停止せずして繼續するのである。居住外國人の義務は、英國皇帝が之に居住を許すことに依り皇帝に有害なる行動を爲さず、その享有するを得る所の待遇を害用せざるにある。英國にても他の諸國にても、居住外國人は近時多數に上れるが、その本國と居住國との間に開戦を見る際に於て退去を餘儀なくせらるることは迷惑と認められる。敵軍來りて特定地方を占領する場合に、從來平和的に居住する外國人は侵入軍のために干戈を執り、しかも處罰せられずとありては、今日一般に許與せられる國際的便宜は勢ひ之に制限を附せざるを得ざることになる。斯の如くんば少數の侵入軍隊は大軍隊に化せらるべく、同時に輸送の危険(海外遠征の場合には侵入上に重大なる危険である所の)は、來寇の敵國軍を居住國の保護を享有しつづ相迎へんとする輩に依りて全然之を避くるを得ることになる。これ等の事

情は、必しも英國法廷をして法律に背反する判決を下すことを正當ならしむる理由とはならざるも、假に法律にして控訴人の主張するが如きものたらしむれば、必然的に伴生すべき結果を説示するものである。斯かる奇妙の結論に是非共本委員等をして到達せしむるべき何等根據は無い。本委員等は本控訴を棄却すべきものと陛下に奏聞す。』(Scott, Cases on Int. Law, pp. 136-7)

この裁定は前掲の *The Germino* に關するそれと同じく、敵軍占領地に居住する外國人に對する正當政府の保護は一時は實行不可能となるも、全然停止せられた譯ではなく、随つて正當政府に忠誠を盡すの義務は依然として存すと云へるもので、即ち敵軍の單なる占領に依りて在留外國人の國性は變ずるものに非ずと爲すのである。抑も一時の占領が永遠の割讓と異なるは論なく、隨つて單なる占領の事實に依りて直ちに居住外國人が敵性を有するに至つたものと爲すは、占領の理論に照して妥當とは謂へない。然しながら占領にして既に久しきに亙り、事實に於て征服と擇ぶなきの状態を呈し、且居住外國人にして納税その他金穀勞務等の提供に依りて直接間接占領軍の利益を計りつつあるに、尙ほ且名の占領たるに止まるに顧みて彼等に敵性を認むる能はずといふのは、餘りに理論に拘泥するの嫌ありと云へば云へやう。要は占領状態及び居住外國人の占領地に於ける實際の地位を按じて適用を取捨するのが寧ろ妥當の方針であるまいか。

五八七 然るに第一次大戦に於ては、英國はクリミア戰役當時の見解を捨てて往昔の慣例に復歸し、白耳義の獨軍占領地は之を敵地に擬し、同占領地に定住所を有する者をは敵人として取扱つた。英國は一九一五年二月十六日の占領地對敵通商禁止令に於て、實力的軍事占領地中英國又は同盟國のそれは『友國占領地』("territory in friendly occupation")として之を『英國又は同盟國の領土』("Our territory or that of Our

「Allied」に擬し——例へば埃及の如き——又敵軍の實力的占領地域は之を『敵國』(“an enemy country”)として、孰れも對敵通商令を之に適用することにした。この方針は海上捕獲に就ても適用せられ、随つて例へば獨軍の白耳義占領地に住所を有する者の貨物にして海上にて英國軍艦に拿捕せられたるときは、荷主が白耳義人であつても敵貨として取扱はるのである。この一例は和蘭船 *L'Annon* 積載の白耳義産石炭の敵貨として没收せられたる事件、及び埃及の一港所在の獨逸船 *Gutenfels* が開戦の際に敵商船として取扱はれたる事件にある。レオラノ事件は追て戦時禁制品に關する繼續航海主義を説く所に譲るとし、グーテンフェルス事件に關しては、論點多岐に別れてあるが、今本問題に關係ある部分に就てその要領を記すれば左の如くである。

五八八 グーテンフェルスは英獨開戦前アンウェルスを發し孟買に向ふ途次、八月五日(一九一四年)ポルト サイドに入るが、在アレキササンドリア英國捕獲審檢所にては、同船はその前日に開戦となりし事實を知らざりしものとして、海牙議定の開戦の際に於ける敵商船取扱條約第二條に依り之を没收することなく、單に抑留することにし、戦後之を船主に還附し又は賠償すべきことの檢定を下した。その檢定中に於て同審檢所長 (Judge Grain) は

『海牙條約第十三號「海戰中立權利義務條約」第四條には「交戦者へ中立國領土内……ニ捕獲審檢所ヲ設クルコトヲ得ズ」とある。然るに英國は埃及に捕獲審檢所を設置した。序でながら予は、本件に關し本論の目的として、今敢て埃及は英國のドミニオンなるや、ボゼ、ジョンなるや、將たコロニーなるやの點には觸るるの要を見ない。なぜならば、ビット、コベットの著「國際法」(第二卷、第一九二頁)に於て述ぶるが如く、「原則としては凡そ捕獲審檢所は同

盟國又は共同交戦國の領土内に適法に設置するを得るが如し」と思ふからである。或は云はん、治外法權に關する土耳其との條約(序でに云ふ、土耳其は當時之を對手締約國の同意なしに廢止した)は、英國に與ふるに埃及に捕獲審檢所を設置するの權を以てするものであらうと。けれども予は種々の理由よりして、その然らざる所以を信ずる。捕獲審檢所設置の權原は別にある。埃及の攝政及び諸大臣は、凡そ埃及の諸港にて拿捕せられたる船は悉く審檢のため之を英國の捕獲審檢所に引渡すべきことを聲明した。埃及に捕獲審檢所を設置するの件は近時我が議會令にて制令せられたるが、これは埃及が我が同盟國であり又は共同交戦國であるに非ずんば、爲さんとしても爲すの權なきことである。故に予は、予の前に置かれたる證據に照し、本件の場合に於てポルト サイドは中立港に非ずと結論せざらんとしても得ない。』

と述べた。然るに檢察官は右の檢定を不當として樞密院司法委員會に抗告した。その抗告の主たる争點は、ポルト サイドが同條約に謂ふ所の敵港なるものであるや否やにある。英國と土耳其の間には當時未だ宣戦は無かつたが、土耳其を宗主國とする埃及は事實英國の支配の下にあるといふ變態的關係から、埃及の一港たるポルト サイドの位地には曖昧の點ありて、議論の餘地ある問題であつた。この争點に對する司法委員長 (Lord Wrenbury) の裁定中に曰く。

『ポルト サイドが海牙條約の意味する一の「敵港」なるやの問題に關しては、英國と埃及との關係、土耳其の變則的地位、及び埃及に對する英軍の軍事的占領を商量し、同港が一の敵港であることは疑を容れない。ホールもその國際法(第六版、第五〇五頁)に於て、「一の場所が敵に依り軍事的に占領せられたる場合には、その場所が敵の支配の下に置かるるの事實、随つて敵が之をその軍事上の目的に使用し得ることの事實は、その土地の單なる法律上の所有に築かるる所の一切の論點を排除するに足るものとす。」と説けるが、本委員等は之を正しき見解なりと認む。』(Garner,

Prize Law, § 174, pp. 238-9)

埃及の諸港を敵港と看做すといふ同様の裁定は同司法委員会に於て、開戦後間もなくアレキサンドリアに入港せる獨船 *Akavia* 及び蘇士に入港せる塊船 *Marguis Baquehem* に關しても下された。塊匈國政府とて、英國が埃及をその保護領と宣言したる以後に於てはアレキサンドリア及びポート サイドを敵港と認めたることは、同國捕獲審檢所の取扱へる *Imite* 及び *Colosso* の兩事件に於て示されたとある (Garner, *Ibid.*, § 174, p. 239, n. 3)。

治外法権
のある中
立國の定
住所

五八九 土耳其の治外法権に觸れたるを機とし、凡そ交戦國人にして定住所を中立國に有する場合に、その中立國に交戦國が治外法権を有するものたるに於ては、定住所を該中立國に有せずして本國に有するものと看做すべきやの問題を考察する。

この問題に關しては、英國の古い判決例に一八〇一年の *The Indian Chief* といふのがある。この事件の概要は、十八世紀の末葉、英國と和蘭の交戦中、米國人某 (元倫敦の米國領事で、十四年の久しき倫敦に居住し、英國に定住所を取得し、英國臣民となれる Johnson なる者) の所有に係る同船は、英領印度の貿易英國民には禁じてあつたが米國人には一七九四年の英米通商條約に依り許されてある——に従事し、或時バタヴィアにて在カルカッタ米國領事某の貨物を積入れ、漢堡に歸航の途次英國の一港に立寄りたる際、禁制の貿易に従事すとの故を以て拿捕せられた。そこで右の船主及び荷主は英國に商事の定住所を有する者なるや否やが問題となつた。その拿捕された時には、彼れ船主は英國の定住所を撤するの意思を以て米國に向け英國を去つた後である。時の英國捕獲審檢所長ストウエルは『本船船主の英國人としての國性は畢竟英

The In-
dian
Chief,
1801

國に居住することに依りてのみ取得したものである。故に彼にして英國の居住の意思を棄て、本來の自國に復歸した以上は、彼をば米國人と認めざるを得ず」と爲し、即ち船主たる彼は拿捕の際には最早や英國臣民に非ずとの理由に於て同船は之を沒收するを得ざるものとしたが、荷主に就ては、彼は領事の職名を有するも英國に定住所を有する一商人と認むべき者と爲し、貨物は沒收すとの檢定となつた。

依然本國
の定住所
を保有す

五九〇 凡そ治外法権の存在する國に於ける居住はドミシルを變更せず、隨つて例へば上海に居住する英國臣民は英國の定住所を保有す、といふ見解は英國に於て一致する所とある (Scott, *Cases on Int. Law*, p. 204, n. 11)。之に關する比較的新しい問題としては、第一次大戦中支那に於ける獨逸人及び獨逸商社に關するものがあつた。即ち獨逸商船 *Derfflinger*, *Lutzow*, *Koerber* 及び英國商船 *Erinnarus* の各荷送人又は荷受人に係る問題であるが、中にありてデルフリンガー事件はその最初の一例を示したものである。

The
Derfflin-
ger, 1919

五九一 デルフリンガーは開戦後間もなき一九四一年十月、ポート サイドにて英艦に拿捕せられ、而して船體の構造上軍艦に變更し得べきものと認められ、沒收となつたが、その載貨中には、上海に居住し支那稅關に勤務する獨逸人某の所有に屬する貨物若干があつた。この貨物は香港にて積入れ、獨逸のブレーメンに於ける代理店を経、スチゴットガルトの一人に宛て發送せられたものである。故に在アレキサンドリア英國捕獲審檢所にては、敵船積載の敵貨として適法に沒收せらるべきものとの論告であつた。之に對し荷主側は、自分の定住所は中立國たる支那に在るのであるから、自分及びその所有貨物は中立性を有し、隨つて該貨物は沒收せらるべきものに非ずと抗辯した。然るに同審檢所にては、獨逸人は支那に於て治外法権を有し、本國の法權に服するものであるが故に、上海居留の本人の定住所は、治外法権の性質に鑑み、その國に

在らずして本國に在る、随つて本件荷主は支那に定住所を有せずして本國たる獨逸に之を有するものであるから、敵性を彼に認むべきであると爲し、本貨物の沒收を適法と檢定した。この檢定の基礎として謂へる所の治外法権の性質とは、東洋人と泰西人とは元々融和性を缺くといふ觀念にあつたやうである。在アレキサンドライア英國捕獲審檢所長カートル (Judge Cartor) は本件の判決を下すに方り、歐洲人の東洋に於ける位地に關して細説する中に、前掲の *The Indian Chief* 事件に對しストウエルの下したる判決の後半、即ち「東洋にありては、遠き古よりして不融和性 (inimistible character) が維持せられ、その國の一般團體内に外國人は入るを許されずして、依然異國人なり寄寓者なりに取扱はるること、その祖先と異ならない。彼等は居留國の一般主権の下に何等國性を取得することなく、又彼等自身の本國の何等公認の権力の下に營業するのでもなく、即ちその現有國性は、一に彼等が生活上及び營業上保護を受くる所の集團即ち商埠 (factory) に之を享くるのである。」と云へる言句を援用し、

「商埠は營業の目的よりして外國に於て設定せられたる歐洲人の集團で、その土地の治者に對しては何等服従關係を有せず、さりとて他の何等權力の支配をも受けぬものである。之を保護するのは一國旗なるも、集團の構成分子は各國の商賈である。故に例へば英國の一商賈にして和蘭の商埠に屬するものもある。その場合には、該商賈の商事的定住所は、英國の捕獲審檢所の關する限り、和蘭に在るものとして取扱はるべきである。この集團は爾來變化を受けた。當時本國の何等公認の権力の下に營業せしに非ざりし集團は、今日では各國の別個的集團に相別れ、各その本國政府の支配の下に立ち、各本國政府は慣例に依りて獲たる、又は土地の主権者より明確に與へられたる權利に基き、彼等に對し行政を施行する。商事的の連鎖關係は此に至りて國籍のそれに化した。勿論この相違を來すに至れる今日にありても、一百年前のストウエルの言は依然之を適用するに誤りない。歐洲列國が治外法権を享有する所にありて

は、その各臣民は曾てその本國の國性を喪はぬのである。各國の居留民の集團はその各自の領事官の支配を受け、その本國の法令に服するに於て、依然その殊別的存立を爲すのである。

「支那は則ち然りて、本件の場合亦然りである。この制度は當方面に於ては夙に熟知せらるる所で、即ち土耳其領土及び埃及に於ける英國の法廷は、英國の有する治外法権の結果としてのみ存在するからである。…支那及び土耳其領土に於ける英國臣民の位地に關しては、當裁判所の時々問題として取扱ひ來りたる所なるが、凡そ英國が治外法権を有する所にては、その何れの所たるを問はず、そこに居留することに依りて英國臣民はその法律上の住所を變更し得るものに非ずと決定せられてある。…一八八二年の *In re Toolal's Trusts* 事件に於ては、歐洲人は人種及び宗教の根本的相違よりして土民の一般的生活に混和せず、別個の集團を作り彼等と離隔するの事實を明瞭に説示する。斯かる離隔が治外法権の行使に依りて公認せらるる所にありては、居留外國人は本國以外に商事的定住所を取得するを得ざるものと予は思惟する。

「本件荷主は獨逸臣民で、上海に於ける獨逸の居留民團の一員である。その定住所は、本件審理の上に於ては獨逸に在るものと見ざるを得ない。彼の貨物は英國政府の沒收する所となれる敵船の載貨の一部であり、隨つて敵船と同様に沒收せらるべきものである。」(Garner, *Prize Law*, § 348, pp. 461-2)

と論述した。これはホキートンもストウエルの *The Indian Chief* の檢定を殆どその儘に取り

「歐洲及び米國に居住する商賈の國性は居住國のそれ由來するものであるが、東洋諸國にありては、その居留國に設定せる商埠の庇蔭及び保護の下に營業する歐洲人は、その生活し及び營業する所の集團から自己の國性を取るのである。この區別は居留國の性質及び慣習より來るのである。泰西諸國にありては、外國商賈はその居留國の國民と混和し、交際及び混化は自由であり、殆ど餘す所なく之と合體するのであるが、東洋にありては、遠き古よりして不融和性が維持せられ、その國の一般團體内に外國人は入るを許されずして、依然異國人なり寄寓者なりに取扱はるること

と、その祖先と異ならない。斯の如くにして例へば土耳其に於ける營業に關しては、曾て英國の和蘭と交戦中、英國の捕獲審檢所にては、和蘭領事館の保護の下にスミルナにて營業する商賈は之を和蘭人と認め、その財産は敵に屬するものとして之を沒收した。又例へば支那に於ては、商埠地にて營業する外國人はその居留國の國性を得るを許さざるものとして、己れの屬する集團即ち商埠の國性のみを有するものと看做さるのである。但しこの主義は、東洋にありても英領印度には適用せられない。』(Wheaton, *Phillipson's*, p. 454-5)

と説いたもので、カートルは要するにこの觀念を敷衍したのである。謂ふ所の商埠即ち *factories* なるものは、往昔歐洲人が東洋に來りて營業するに方り、當初その地に設けたる倉庫を意味したが、それが漸次發達して營業の全區域を包含する一種の外國租界となり、居留國の法權を及ぼさしめざる言はば本國の延長地たるの觀を呈するに至つた。今日の治外法權制は商埠制とは性質上異なるけれども、その沿革は之を往昔の商埠制に求むるを得るであらう。而してこの商埠の觀念よりして、居留外國人はその商埠の存立する國に於ては、又延いては現代の治外法權制を享有する國にありては、定住所を取得することなしとの思想が生れ出たのである。

五九二

デルフリンガーに次で起りし同様の事件は、獨逸船リュツォフ及びケルバーに係るものであつた。リュツォフは開戦の直前、上海に數十年の久しき居住營業する獨逸人の一商店の貨物を積んで漢堡を發し、又ケルバーは香港の一獨逸商店より本國の一港に仕向けられたる貨物を廣東にて積入れ、孰れも航海中に蘇士運河にて英艦に拿捕せられ、同じく在アレキサンドリア捕獲審檢所に廻送された。訴願人からは之に對し『民事的定住所と商事的定住所とは別事である。商事的定住所の要件は *animus manendi* で、即ち

The *Lutzow* The *Koerber*,
1915

舊住所を棄てて新住所を得るの意思である。隨つて國籍には關係なく、又實際の住所にすら没交渉で、要は營業する所の場所に關するものである。然るに民事的定住所にありては、それは本來の住所及び國籍の問題である。故に支那に於ては、假に民事的定住所を取得することは不可能とするも、商事的定住所は之を取得すること可能である。』と論じて抗辯した。乃ちデルフリンガー事件の檢定にありては、定住所を敢て民事的と商事的とに區別せず、一般的に外國人は治外法權の行はるる國に於ては定住所をその國に取得するものに非ずとの論斷でありしも、本件に於ては右の區別が問題となつたのである。

然るに審檢所長グレインは、先づダイシーの商事的定住所の定義、即ち『商事的定住所とは一國に於ける商事的目的を以てするレジデンスにして、營業がその國の資源に寄與し又はその一部を構成し、隨つて營業者の敵性、友性、又は中立性がその國の本質に鑑みて決定せらるべきことを至當ならしむる所のもの是れなり。』とあるを援用し、

『茲に人あり、その生活する國に於ては何等の租税を納入せず、或程度にその國の民事的支配の外に立ち、その行動は本國の司法裁判所の管轄に屬し、その支拂ふ輸出入税は本國との條約上の協定に基くものとし、又或治外法權國に於ては一寸の土地をだに所有するを得ざるものとする。斯かる人は之をダイシーの下せる定義に徴し、果してその營業がその國の資源に寄與し又はその一部を構成し、隨つて營業者の敵性、友性、又は中立性がその國の本質に鑑みて決定せらるべきことを至當ならしむる所のもの』と云ふを得べきか。

予は *Mathew v. Cunningham* 事件に關する判決「この判決は一九〇九年、米國メイン州の高等裁判所にて、米國人は支那に居留することに依り商事的定住所を支那に取得するを得と爲したものである」、及びこの判決中に於ける英國の諸判決例の批評を讀みて得たる所少なからざるが、しかも今日に於ては、予は治外法權の特權を許與せる外

國に居住し又はその國にて營業する人々は民事的定住所も商事的定住所も之を取得する能はずといふのが英國の法律であるとの見解を持つるのである。』(Garner, *Ibid.*, § 348, p. 463)

と論じ、即ちリュツォフに就ては載貨の荷受人、ケルバーに就ては荷出人に孰れも敵性を認めて没收の檢定を下したものである。

五九三 最後の英船ユウマユウスも、開戦の直前日本を發し、支那を経て獨逸に向ふの途次、倫敦に寄港したが、載貨中に上海の獨逸の一商會を荷主とする若干の貨物があつたので、英國官憲に差押えられた。訴願人は、右貨物は上海所在の、即ち定住所を中立國たる支那に有する、獨逸商社に屬するものであるから、差押は不法なりと申立てた。之に對する捕獲審檢所長エヴァンズの見解に曰く。

『問題の商會は英人二名、獨逸人二名の組合にして、共に上海に居住せざるも營業は上海に於てし、同地獨逸領事館に於て獨逸の一商會として登記せられたるもので、商事上に於ては獨逸の一商會として取扱はざる可らざるものである。且組合員の何人も、治外法權制に由り支那に於て商事的定住所を取得せず、又取得するを得ざるものである。故に該貨物の獨逸人たる組合員に屬する分は當然沒收すべきであり、又英人たる組合員に屬する分は、開戦と共に該組合員は商會との關係を絶ちしや、又之を絶つに就て如何なる手段を執りしや、に關し更に立證を得るまで審理を延期すべし。……治外法權制の下にありては、在留歐洲人は各その本國の法律に依り支配を受くるのみならず、支那官憲は歐洲人間の爭議に何等關與するを得ざるものである。……捕獲法上の見地に於て、凡そ歐洲人は東洋諸國に於て商事的定住所を取得するを得ざるものなるや否やの問題に就ては、それは事情の如何に由ることであるから、今之を論斷するを須あない。例へば治外法權の疾く廢止せられたる日本の如き國に於て、英國臣民が商事的定住所を取得する能はずと論ずべき理由は之を見出すに困難である。』(*Ibid.*, § 347, pp. 463-4)

商事的定住所の非
認は妥當
か

五九四 以上の四件は孰れも、歐洲人は支那に於て治外法權を有するが故に、その支配する所の法律はに各自の本國のそれで、支那の法律は全然之に及ばずとの觀念に基くのである。然しながら元來支那に於て各國の有する治外法權なるものは、元々單に外國人が被告となつた場合に之に對する特殊の裁判管轄制を支那が條約上容認したるものに止まり、その故を以て居留外國人は敢て支那の法律を一切認めずして可なり、己等を取締るものは一に自國の法律のみなり、といふ性質のものではなく、支那の法律は法律として尊重すべきものである。支那に於て治外法權を享有する外國人は一に本國の法律の支配を受くる以外に支那の法令に服従するの義務なしといふは、畢竟治外法權の多年の歴史的濫用の結果で、決して條約上の治外法權の性質が然らしむるのではない。將た又泰西人は東洋に於て融和性を缺くとの論も、要するに往昔交通は不便で、東西接觸の機會が今日ほどに頻繁ならざりし時代の話で、今日に於ては事情全く一變した。支那殊に上海の如きにありては、歐米人にして永住の目的にて居住營業する者は數知れぬほどある。中には支那に生れ支那に長じ、支那の風俗習慣に同化し、母國よりも支那を事實上の故郷とする者すら少なからずある。彼等は支那に永住するの意思をこそ有すれ、母國に歸り母國に永住するの意思を有する者としては、稀にあらんも多くはない。故に東西の謂ゆる不融和性なるものに立脚して凡そ外國人は支那に於ては商事的定住所を取得することなしと爲す所の基礎的論據は、少なくとも既に今日となりては妥當を缺くものと云はざるを得ない。されば今日にありては、治外法權の存在の有無それ自身は定住所を決定するに關係なきものとし、たとひ治外法權の存在する國に居住する外國人にしても、苟もその地に永住するの意思あることの立證が得られたるものにおいて之に定住所を認むるといふが如くに、各場合に於ける當該人の意思を標準にして定住所の有

無を決定するのが至當であるやに思ふ。

五九五 定住所の敵性を有すと認めらるる者が戦時中にその定住所を中立國に移したる場合の效力はどうであるか。之に關しホールは

『定住所は營業又は逸樂といふ私的の目的にて取得するもので、之を有することに伴ふ結果は取得者の側に於ける敵對の態度から來るには非ずして、取得者の行動が交戦者に取りて利益ありといふ偶然の事情から來るのであるから、交戦の當初に於て有したる定住所に束縛を受けて之を變更するを得ずといふものではない。定住所取得者にして現に他に移轉し、又は善意にて且再歸の意思なくして移轉を實行するの措置を執るに於ては、交戦國に於て有する定住所關係は無くなり、再び友國人なるの權利を取得する。』(Hall, § 167, p. 291)

と説き、例を前掲の *The Indian Chief* の檢定に取りて之を論證する。

第二目法 人

五九六 商事會社の如き法人の敵性を決定するの標準は、自然人のそれとは自ら異なる所がある。抑も商事會社の敵性を決定するには會社登記の國を以てすべきか、業務擔當人の定住所又は國籍を以てすべきか、將た實際の營業地を以てすべきか。歐洲殊に英國に於て法人の設立及び之に關する立法の發達するに至つたのは主としてクリミア戰役以後のことであるから、法人の敵性に關しても、判決例の以て徵すべきものは割合に少ない。その少ない中にありて比較的廣く世に知られてあるものの一は、蓋し前に述べたる南阿役の當時に於ける *Janson v. Pfaffmeyer* 事件であらう。この事件に於て英國の法廷は、凡そ會社はその成立の

國の臣民と看做すべきで、株主の國籍には問題なく、隨つてその國が敵性とならば、會社も當然敵性を有すべきものとす、といふ意見を執つた。これ英國にて法人の敵性を決定するに就て重要な一見解として知られてある。然しながら本件被告會社はトランスヴァール登記のものなるも株主の大部分は英國人であり、且訴訟の原因も開戦前の發生に係るものであるから、戦時の法人の敵性を論ずる場合に採用するには力が聊か不充分かも知れない。

英國政府が第一次大戰を迎ふるに及んで對敵通商禁止に關する法令を累次發布したる始末は別記の如くであるが、一九一四年九月八日發布の同勅令には、中に『法人に關しては敵國にて成立したるそれのみにみ敵性を認むべきものとす。』とし、即ち前掲のヤンソン事件に關する當年の英國法廷の見解は、茲に法文の上に確認せられた。而してこの新規定の適用せられたる第一の事件は *Amoruck Manufacturing Co. v. Deftis & Co.* であつた。

本件原告のアモルダクト會社是一九〇六年に英國にて設立し、本店は倫敦に又その工場はバーミンハムにあり、その總株の約四分の一は英國在住の歸化獨逸人、餘の約四分の三は獨逸在住の獨逸人、孰れも之を有した。而して原告は被告のデフリース商會に若干の商品を賣拂ひたるが、その代金中の若干の支拂を得ざる所より訴訟を提起した。裁判所にては、その事實關係は疑なきものとして之を認めたるも、更に會社の性質上本戦時中訴訟提起の資格あるや否やを審理し、且前掲のヤンソン事件及び對敵通商禁止法を參照し、原告は株主の如何に拘らず英國の會社なり、隨つて提訴權を有するものと決定した。

五九七 この時に方り、法人の敵性の標準を決定する今一つの重要な訴訟事件が英國に起つた。それは

Continental Tyre & Rubber Co. v. Daimler Co. である。

この原告會社は、獨逸製造のタイヤを英國内に賣擴むるの目的にて、一九〇五年五月、英國の會社法の下に倫敦を營業地として設立せられたる資本一萬磅(後に二萬五千磅に増資、一株一磅)の小會社で、その中の二萬三千三百九十八株は、開戦當時にありては、同會社の親會社でハンノヴァーに本店を有し獨逸の特許タイヤの製作及び販賣を營業とする一會社の持株であり、餘の一千六百二株中、千六百株までは獨逸在住の獨逸人三名之を所有し、殘りの二株中その一株は開戦當時英國在住の一名の獨逸人の名義に屬し、他の一株は元は獨逸人にして一九一〇年一月英國に歸化したる同會社の主事 Hans Volker なるものの有となつてあつた。故に開戦當時には、該書記一名が英國在住の唯一の株主であつた譯である。

斯くて開戦後の一九一四年十月、同會社は被告のダイムラー商會に對し豫て賣込みたる護謨輪の代金幾千磅かを要求したるに、同會社はその支拂は敵を利用することになるので違法であり、隨つて之に應ずる能はずと云へる所から、遂に訴訟となつたものである(同様の訴訟事件として同じ原告對 *Thomas Tilling* なるものもあつた)。然るに第一審にては、『敵性決定の標準を國籍に求むるならば、原告會社の國籍は英國で、社員は英國籍如何を問ふを須みない。又之を營業地主義に求むるならば、原告會社は現に英國にて營業するものであるから、その敢て獨逸會社の支店として營業するものに非ざる限り、之を敵の會社と認むるを得ない。凡そ會社は之を構成する所の株主とは別個の一完體である。原告會社は英國にて設立したものであるから、たとひ株主が獨逸人であつても英國の一會社である。故に原告會社の營業は對敵取引禁止令の規定に反せざるものなり。』との理由で原告を勝訴とした。(對 *Thomas Tilling* 事件の判決も亦同様であつた)。

然るにこの判決に對しては、英國の法曹界に少なからず異論が起つた。會社法の大家として推さるる判事バックレー(*Justice Buckley*)はこの決定に慍らず、

『英國の會社法の下に設立の法人はその組織者と離れたる別個の一完體たるの理は例外なしに肯定すべきも、同時に會社は組織者なしには成立するものでない。會社といふ一法人は自然の存在ではなく、ただ法律上の觀念に於てのみ成立するもので、體軀も四肢も將た情念をも有せず、武器を手にして戰場に馳驅することも不可能なれば、忠誠を盡すとか盡さぬとかも不可能であり、又敵も味方も有つことは能きない。會社はその組成員の心以外には心を有せぬものであるから、組成員を離れては何等の意思も意圖をも有し得ない。……本原告會社は無論法律上一の獨立の法律的存在で、且英國の一法人である。けれども他方、その重役全部は獨逸在住の獨逸人であり、又二萬五千株の株主も、僅に一株の所有者英國人たる同會社書記役を除く外、總て獨逸人である。即ち人爲的の法律上の物體は英國に在りて英國の居住者であるけれども、會社の意思及び意圖を有し得る所のその組成員全部は獨逸居住の獨逸人である。隨つて本會社は敵會社で、債權救済を英國法廷に求むる能力なきものである。』

と論じて右の判決を攻撃し、又同じく會社法の一權威と目せらるる上院議員リンドレー(*Lord Lindley*)も『株式會社法の下に設立し且登記せられたるも獨逸在住の獨逸人の全然管理の下に置かるる一株式會社にして、それが *alien friend* で我が英國の法廷に向つて訴訟能力を有す、といふが如きは驚くべき結論である。』
(*The London Times*, Jan. 28, 1915)

と批評した。是と前後して英國捕獲審檢廷の *Palzoull* 事件に關する檢定に『一の營業若くは會社の眞個の性質を判定せんとするには、その營業若くは會社の原動力が何處にあるかを突止むるを要する。別語にて云へば、實際の生命が何處にあるかを見るべきで、單に手足の動く所を見るのみでは不可である。』と云へるの

がある。英國の法曹界の多數者の所見は蓋しそうであつた。

被告商會も勿論右の判決に服せず、當時(一九一四年十月)新設の特別控訴院に控訴した。控訴院にては本件審理に方り、(一)大陸護謨輪會社は敵會社なるや否や、(二)同會社の主事は重役會の委任なしに訴訟を提起するを得るや否やの二點を討究したるが、法廷を構成する判事七名中の多數意見は、右の(一)に就ては、法人の敵性は株主の如何に關せずして、敵國の法律の下に設立せられたるときに限り敵性のものであること、(二)は該書記の提訴は豫め重役會の與へたる訓令の下に行ひたるものなること、といふにあつた。この意見に基き控訴院は、

『抑も一會社は、開戦の際に會々株主及び重役が敵國に居住し隨つて敵外人となりしとの故を以て、その性質に變更を來したものと見るべきか。いや英國の一會社は、斯かる事實の故を以て變更せらるるものでない。抑も會社は單なる形式のものでなく、會社法の下に設立且登記せられたる特立の法律的一完體(a separate legal entity)として權利義務を有する現實の一存在物(a real existence)である。名に於ては英國會社にして實に於ては獨逸會社なりなど云ふことは、用語に於て正確の觀念を缺くものである。その株主及び業務擔當人が敵になりたればとて、會社自身の性質に變更あるべきでない。』

といふ理由の下に控訴を棄却した。尤も判事の一人たる前掲のバックレーは、右の理由に不同意を表白した。その要旨は、

『法人は法律上特立の人格を有するも、その社員たる自然人を離れて之に形體的の存在を認むるを得ない。法人は自然人の如く皇帝に對する忠順の義務を負ひ且之を盡すこと不可能のものであるから、正確には英國臣民と看做さるべきものではない。法律的には抽象體たる所の會社を通じ意思を發表且實行する所の自然人が悉く敵國居住の敵國臣民

たる場合に於て、英國にて出訴權を有せざる斯かる自然人がその會社の特立人格に喰込み、會社の名に於て法廷に出訴するを得るものと見るが如きは、敵に出訴權を認めざる英國法律の精神と相容れない。この理は例を一人構成の社團(one man company, corporation sole)に取らば昭乎として疑ふの餘地なき所で、その一人が増して數人となればとて、理は通じて一である。』

といふにあつた。この反對意見は右判決の效力の上には影響なかつたけれども、法廷以外には同判事の所説に賛する論も當時少なからず聞えた。『多數判事に依る判決は形式的の法律論としては疑もなく正當なりしも、條理と常識は反對判事の側にあつた。法律的の技術論に拘泥せざる眼から見れば、多數判事の判決は實質及び現實よりも重きを形式及び擬制の上に置くものたるは明瞭である。或團體を構成する個人には訴訟權を認めざるに團體そのものには之を認むといふは、果して正しい論であらうか。之を然りといふは、恰も零を加算すれば或數量となるといふと擇ばない。』(Phillipson, *Int. Law & the G. W.*, p. 108)とあるのは、蓋し代表的のそれであらう。

ダイヤモンド商會は服せずして上級法廷たる貴族院に上告した。上院の審査委員八名の意見は半數宛の二つに別れた。尤も八名中の五名は同商會の上告理由を主義上肯定するに於ては一で、ただ細目の點に於て一名は多少の異見を有したるも、要するに肯定説であつた。而して餘の三名も結局多數意見に合流したので、遂に同商會に有利の裁定となり、委員長パーカーは

(一)英國に設立せられたる會社は會社法の創造に係る法律上の一完體で、同法の賦與する體形及び能力を有する。ただ會社は意思及び良心を有する自然人と異なり、バックレー判事の語を藉りて云へば「忠誠も不忠誠も爲し能はず、

又味方とも敵ともなり能はず」といふものである。

(二) 會社は正當に委任を受けたる代理人を通じてのみ行動するを得べく、而して斯く委任を受け且英國又は英國の友國に居住する代理人を通じ英國にて營業を爲す限り、一應之を友會社と認むべきである。

(三) 然れども斯かる會社も敵性のものとなることがある。例へばその代理人又は委任に依ると否とに論なく、事實上事務を管掌する者が敵に從屬し、若くは敵より指圖を受け、又は敵の監理の下に行動する場合である。この場合に情を知りて該會社と取引を爲す者は敵と通商する者となる。

(四) 個々の株主の性質はそれ自身會社の性質に異動を生ぜしめない。けれども個々の株主の性質及び行爲は、會社の代理人又は事實上の事務管掌者が實際敵に從屬し、若くは敵より指圖を受け、又は敵の監理の下に行動するものなるかの問題に重要な關係を有する。又會社の性質も、株主中に敵人が幾許あり、その持株が何程なるかに依りて變化する。即ち敵人たる株主を除き餘の株主にて總會を開くに足り、將た重役その他の役員を選擧するを得ざる如くんば別である。然るに本件の場合に於ては、假に主事にして會社の事務を管掌し且會社を代表して訴訟を提起するの全權を賦與せられて居つたとするも(事實彼は事務管掌の委任を受けた者でなく、その行爲の効力は總て敵人たる株主の事後承諾を要する位地にある)、彼が二萬五千株の總株數中僅に一株の所有者で、しかも敵人以外には唯一の株主に過ぎざるの事實は、彼が實際に於て敵に從屬し、若くは敵の監理の下に立ち、又はその指圖を受くるものたることを立證し、隨つて當然會社に敵性を認めしむるものである。』

といふ裁定を下した。即ち前掲控訴院の(一)の論點に關しては、『凡そ英國にて登記せられたる會社は一應は味方の會社と認めらるべきも、その實際の業務擔當人にして敵國の居住者たり、將た何れの地に居住するにせよ敵に從屬し又は敵の指圖の下に營業するものにおいて、之に敵性を認むべきである。株主の何人なるかは會社の敵性如何に關係なしとは云へ、會社の實際の業務擔當人が敵に從屬し又は敵の指圖の下に營業

するかの問題に關しては、株主の性質及び行動は重要な關係を有する。この關係は敵人たる株主の數及びその持株の價格に依りて相違がある。』又(二)のそれに関しては、『大陸護謨會社の重役會は主事に對し開戦の時までは提訴の委任を事實與へて居らず、而して開戦後となりては、敵人たる重役の權能は停止せらるべきが故に、會社を代表して提訴の委任を彼に與ふるを得ず、隨つて同會社は英國法廷に訴訟を提起するの資格を有しない。』と云へるもので、要は敵性を決定するの標準を敵の支配といふ事實に取り、英國にて登記の會社にても敵の支配を受くるものならば之を敵會社に擬し、之との取引は敵人との取引と看做すと爲したものである。如何なる事實を以て敵の支配を受くるものと爲すかは時に判斷すること難く、又株主の國籍を逐一突止むることも亦六ヶしい場合もあらんが、兎に角標準は右の如くにしたものである。

當時英國の捕獲審檢所において、同長官エヴァンスは獨逸船 *Tonnix* 及び *Rathernsd* (本件は國旗移轉の效力問題に關係あるものであるから、その始末は便宜次項に譲るとする) の檢定を下すに方り、『英國にて登記せられ、しかも全然外國人にて組織する會社は、果して英國の船を所有し得るものなるや疑なき能はず。』と稱して態とこの點を決定する所なかつたが、後に英船 *The Poona* 事件(註一)の檢定に於ては『英國の會社法の下に適法に成立し、登記済の事務所を倫敦に有する會社は、たとひ重役の全部が獨逸に居住する敵國臣民であり、又株主が全部獨逸に於ける獨逸の臣民又は會社たるものにおいて、之を敵の會社と認むる能はず。』と論斷したるが、彼がこの論斷の基礎に援用したものは主として右の大陸護謨輪會社事件に對する控訴院の判決であつた。而してその後の捕獲審檢に於ても専ら範を右に取り、乃ち *The St. Yudo* (註二)、*The Hamborn* (註三)、*The Michigan* (註四) 等の檢定に於ては、業務の指圖の中心が敵國にあり、將た株主の

大部分が敵人である所の會社は、英國の會社であつても之を敵の會社と看做すといふ意味が隨所に高調されてある。

The
Pouma,
1915

註一。大戦開始の直前、獨逸ミュンヘン所在の一會社は電氣扇風機若干を賣擴めのため濠洲メルボルンの一商に送りたるが、市場の要求に副はなかつたので、改めて倫敦の一商社——株主の大部分は獨逸在住の獨逸人で、重役は全部獨逸人たる——に仕向けることにし、英船ブリーナに積んで送還へした。而して同船の十月十七日(一九一四年)倫敦に着するや、該貨物は英國官憲に差押えられた。倫敦の該商社は、本社は英國に登記せられたる英國の一商社であるから、該貨物は沒收せらるべきに非ずと稱して抗辯した。之に對し英國捕獲審檢所長官エヴァンズは『英國の會社に宛てたる貨物は、その會社の重役及び株主が總て敵國臣民であり又は敵國に定住所を有する敵人たるの故を以て沒收せらるべきでない。』と云ひ、更に『大陸護謨輪會社事件に關する控訴院の判決は、勿論本審檢所を拘束するものでないが、移して本件の論點を考察するに足るものである。…抑も本件訴願は敵人たる個々の株主に依りて提起せられたのではなく、英國の法律の下に設立せられたる一會社の提起したものである。故に問題は英國の會社の性質如何である。而して予はこの問題に關し、大陸護謨輪會社事件の判決に對するバックレー判事の反對意見に少なからず敬意を拂ふにせよ、該判決は一層尊重するを禁じ得ない。』と述べて同判決にある理由を踏襲し『該判決にして不妥當とあらば、その上告を受くべき上院に於て、又は本審檢所の檢定に對する抗告を取扱ふ樞密院に於て、之を決定すべく、而して法律上は正しきも政策上變更を加ふるの要ありと認めば、そは一に議會の行動に屬する。』と云ひ、終りに『ただ船の所有權に關する法則は極めて特殊の性質に屬するものであるから、予は獨船トムミ及びローターサント事件に於て云へる所のもの、即ち捕獲審檢所は獨逸人が株主である英國の一會社の所有船は獨逸船に非ずと云ひ能はざるものと解すべからず、との意味を茲に再言せんと欲す。』と結んだ (Fauchille, *Jurisp. Brit.*, p. 242)。

註二。英船 The St. Yudo は英國の一會社が名義上之を有し、且英國の船籍に登録してあるが、事實は同會社の

The St.

Yudo,
1916

親會社たる漢堡亞米利加汽船會社のものであつた。本船は英國政府が倫敦宣言第五十七條の廢棄を宣言したる後の一九一五年十二月英艦に拿捕せられたものである。エヴァンズの檢定に曰く、『本船は英國の一會社の有たりといふも、そは單に外殼に過ぎず。予は本船の眞の所有者が何人であるかを突止めんがため、この外殼を打破らねばならぬ。本船に對する全監理は一に獨逸の漢堡亞米利加會社に屬する。大陸護謨輪會社對ダイムラー商會事件に關する上院の裁定に依れば、會社の登記せられたる事務所の所在地はその主たる營業地を決定するものでない。故に本件の主たる營業地が英國に在らざるの故を以て外國會社は英國船を所有するを得ずといふを理由とし本船の沒收が論告せられたとしたならば、予は沒收を宣告せざるを得ない。問題は、本船は拿捕の際に於て敵船なりしや否やにある。而して之に對しては然りと答ふるの外なきのである。』(Garner, *Ibid.*, § 286, p. 380 (F.T.))

註三。ハムボルンは和蘭の同じ名のハムボルン汽船會社の所有船である。本船は和蘭の國旗を掲げ、開戦前には主として獨逸のルーア地方の製鐵所への鐵鑛その他同所需品の輸送に従事せるものなるが、同會社の持船と云へば本船一隻のみであり、且同會社の株主及び重役は獨逸人のみである(重役の二名は和蘭に居住する)。本船は一九一五年十月、紐育よりキューバに向ふの途次英艦に拿捕せられた。船主側は倫敦宣言第五十七條を援用し『英國政府の同條の廢棄を宣言せる一九一五年十月二十日の勅令は本船の紐育を解纜せる十月二十六日までには公表せられず、隨つて船長は國旗の變更を爲すの機會を有せなかつたものであるから、尙ほ當然倫敦宣言の該條の保護を受くべきものである。のみならず本船を實際管掌經理する所は漢堡に非ずしてロッテルダムである。』と論じて異議を申立てたが、審檢所長官エヴァンズは本船は事實敵船なりとして沒收の檢定を下した。その意見の要に曰く、『捕獲審檢所は事の形式を踏越え實質に突入りて審檢を行ふべきで、これは捕獲法の既定法則である。この法則を船の所有の問題に適用すれば、審檢所は船の敵性なるや中立なるやを拿捕の際に該船の掲揚し居れる又は掲揚するを得る國旗に依りてのみ決定すべき拘束の下に立たざることを意味する。…本件の場合に於ける問題は、ハムボルンは眞個に和蘭船なるや將た獨逸船

The
Ham-
born,
1918

なるや、即ち船主は敵國の臣民なるや、中立國のそれなるやにある。而して關係諸會社の重役及び株主を見るに、孰れも敵國臣民に非ざるはなく、又本船に對し金錢的若くは収益的の利害關係を有する者は、僅に一名の匈牙利人を外にし、餘は悉く獨逸人に非ざるはない。これ等の事實に鑑み、本船が獨逸の船主に屬する獨逸船であることは問はずして明かである。又倫敦宣言第五十七條は、どの道勅令にて廢棄となつたものであるから、拿捕審檢所は最早やその拘束を受けず、その發表の日の如きは關係なきことで、即ち事實拿捕の行はれし當日は同條は既に失效であつたから、實際敵船たる船は何等の保護を該條より受くべき筈は無い。』

船主側は服せずして抗告した。けれども樞密院司法委員會にては『本船使用者が假に中立國の國籍を有する自然人で、敵國に従屬せず又その財産を敵國の役務に供せざるものであつたとしたならば、事は簡單であるが、本件にありては然らず。抑も法人の敵性を決する標準は自然人に適用さるべきそれと異なる。なぜならば、法人の場合にありては、その行爲は法人のために又はその名に於て行動する人々の行動たるに過ぎざること當然なるが故である。大陸護謨輪會社對タイムラー會社事件の判決には、會社の場合には監理の權利及び權能が眞の標準たるべきこと、會社の業務擔當者にして社員に對し命令權を有する者の監理、又は重役會の主腦者にして法律行爲を爲し又は爲さざる所の權能を有する者の監理がそれなりとある。これは本件にも之を適用するに何等困難を感じない。なぜならば、ハムボルト汽船會社に對しては、敵の國籍を有する人及び意思以外に何人にも亦何人の意思に對しても監理權を有せず又行使するを得ないからである。二人の獨逸人常務がロツテルダムに居住することは、假に無關係には非ずとするも、その結果には影響が無い。何となれば、問題は中立國に居住し又は營業する敵國臣民との通商のそれではなくして、敵國に生れたる者の最高の指揮命令の下に通商が行はるる所の法人の性質の問題であるからである。ハムボルト汽船會社の營業の中樞及び監理の全實權は獨逸にある。この事實に鑑み、本廷に於ては本船は獨逸臣民に屬するものと認定せざるを得ない。』と裁定し、原檢定通りとして抗告を棄却した (Garner, Prize Law, § 382, pp. 374-5; Int. Law

The Michigan,
1916

Situation, 1934, pp. 17-8)

註四。最後に、英船ミシガンは英國にて登記の倫敦所在の一會社(株主は總て外國人)からの電氣諸器械を積んで加奈陀に向ひたるに、註文違として送還へされ、その歸航したる際に該載貨は英國官憲に拿捕せられたものである。英國捕獲審檢所長官エヴァンズは、前掲のブーナ事件に關しては一に大陸護謨輪會社事件に對する特別控訴院の判決に則りて檢定を下したること前述の如くであるが、該判決は上院に上告となるに及んで覆へされたので、彼は本件に於ては改めて上院の決定に遵由し、本會社は英國にて營業するもの一敵會社と認むべく、隨つて該載貨は敵貨として沒收すべきものと檢定した (Garner, § 381, p. 504)

五九八 佛國にては、法人殊に商會社の敵性を有するものと否とは、その設立地が敵國であるや否やに依りて之を決する。けれども假に佛國內又は中立國內に於ける會社にしても、それが敵國に本店を有する所の支店である場合には、之をば敵會社と認め、隨つてその會社に屬する貨物は之を沒收とすること第一次大戰中の希臘船 Achilles 事件(註)の判決例の示す所である。尤も佛國內所在の會社を敵會社と爲せる佛國高等法院の判決例に、同じく第一次大戰中の *La Société Franco-Suisse des Conserves de Lenzbourg* 事件があるも (Colbect, *Leading Cases*, II, p. 35 参照)、これは専ら佛國の對敵通商禁止令(一九一四年九月二十七日發令)の違反に對し適用したる特殊の例のやうで、一般の原則としては、佛國の法律の下に佛國にて適法に登記せられたる會社は之に敵性を認めざることになつてある。但し同盟國內又は中立國內に於ける會社にして敵性を有すること極めて濃厚であり、且それが支店を佛國內に有するものにおいて、之に敵性を認めたること例へば瑞西のパーゼルに本店を置き巴里に支店を有したる *La Compagnie d'Assurances Nationale Suisse* の如きがある。この會社は重役以下役員は主として獨逸人であつたので、前述の對敵人通商禁止令に於て敵

佛國に於ける法人の取扱

會社として取扱はれた (*Ibid.*, p. 36)。

註。アシリュスは獸皮その他各種の禁制品を積んで地中海を航行中、佛國の一水雷艇に拿捕せられたる希臘船である。その載貨は瑞西バーゼルの一商社宛のものなるが、同社は社員は全部瑞西人なるも、事實フランクフルトに本店を有する獨逸人の一會社に從屬し、隨つて、同商社は敵會社と看做すべきものと爲し、同社宛載貨は沒收すべきものと檢定せられた (*Fauchille, Jurisp. Franç.*, p. 141 以下)。

The Achille, nos. 1919
獨米兩國
に於ける
同上

The Eskimo, 1917

五九九 獨逸にては、會社の敵性たると中立性たるとはその所在地に依りて之を決し、所在地が中立國と敵國の双方にある場合には、營業の主たる中心地に依りて之を決する。尤も敵國所在の營業所用として或貨物を中立國所在の營業所より送る場合には、その貨物は敵貨として取扱ふ。これは第一次大戦中在キール捕獲審檢所(及び伯林高等審檢所)の英船 *The Eskimo* (パンチエスター所在の本店宛の諾威所在の支店からの貨物を積み、クリスチアナを發してハルに航行中獨艦に拿捕せられたるもの)の檢定に、本件の如き敵國と中立國とに營業所を有する會社にありては、而して當該貨物が敵國所在の營業所用に供せらるべきものたる場合には、之を敵貨と看做すべしとあつた如くである (*Fauchille, Jurisp. Allem.*, p. 392 以下)。

斯の如く獨逸は從來會社の敵性如何を原則として營業地に依りて決したものであるが、同政府は一九一七年七月十九日の勅令を以て從來の捕獲令の第十一條に

『法人その他の團體の資本を敵國臣民が多分に所有し、若くはその營業が敵國臣民に依り且敵國領土よりして行はれ又は監理せらるるものにおいて、その營業は恰も敵國に於て行はるるものと同一に看做す。敵國臣民又は敵國居住者にして何等その營業に参加し、又は會社が全部又は一部敵國領土より指圖を受くるものたる場合には、敵が營業を行ひ又は監理するものと推定す。且敵國臣民又は敵國居住者が會社の資本その他營業方法又は収益に持分を有する場

合には、該會社は之を敵として取扱ふ。』

の一號を追加したので (*Ibid.*, Annex XI, p. xxxiii)、その結果英國の大陸護謨輪會社事件に關する同國上院の裁定の上に示されたる主義を大體に於て踏襲するに至つたものと見られた。

法人の敵性標準に關しては、英國にては開戦以來大陸護謨輪會社事件の裁定を見るまでの間に於て、幾段の變遷を示したものであるが、その經過に鑑みたる米國は、參戰後程なく制定したる對敵通商禁止法(一九一七年十月六日議會通過)に於て、法人の敵性に關し一定の原則を立てた。由來米國にありては、會社は之を組織する人々とは別種の特立社團と視、隨つて社員の定住所は會社のそれには關係なきものとしてある。又隨つて、米國にて登記の會社は、たとひ敵國人が之を管掌するも、之を米國の會社と見ることの主義であるが、新制定の對敵通商禁止法は更に之を確定したるもの如く、即ち先づ『敵』の定義を立て、次に法人にして米國と交戦關係にある國に於て設立せられ、又は米國以外にて設立し斯かる國に於て又はその軍事的支配の下に立つ地方に於て營業するものは、之を敵の法人とすと規定した。故に敵性を決するに當該會社の株主の國籍如何は之を問はず、會社をば株主その人とは離れたる別個の一完體とし、一にその設立國又は營業地を標準にして之を決するのである。

されば米國の法人敵性標準は、左の重要な二點に於て英國のそれとの間に相違する所あるを知るべきである。即ち一は、英國にては英國設立の會社も敵軍の占領地にて營業する場合、若くは大陸護謨輪會社事件に於けるパーカーの所説にあるが如く、何れの地に居住するを問はず敵と密着し、又は敵の指揮を受け、又は敵の支配の下に行動する場合には、孰れも之に敵性を認むるのであるが、米國にては苟も米國にて設立の

會社には敵性を認むることはないのである。他の一は、英國にては右の主義の結果として、敵の支配の下に行動するものなるや否やを判定するに方り、必しも該會社を獨立の一完體と視ず、之を構成する株主の國籍如何を問ふのであるが、米國にては會社そのものの一完體主義を尊重し、その構成分子如何を問題にせぬのである。米國がこの主義を適用したる代表的の一二の判決例には *Behn, Meyer & Co. v. Miller* (註一)、『*The Swiss National Insurance Co. v. Miller* (註二)』等がある。

*Behn,
Meyer &
Co. v.
Miller*

註一。原告のペーン・マイヤー商會は一九〇五年に海峽植民地の法律の下に設立の英國の一會社で、株主の多數は獨逸在住の獨逸人であつた。同會社は一九一八年二月までは主として比律賓にて營業せるが、同月米國の外國人財産管理官は同會社の比律賓に於て有する財産を差押えた。會社側では本社は敵會社に非ずと抗辯し、その解除方を裁判所に申請したるも、檢事は該財産は獨逸人たる多數株主の利益に屬すとの理由にて、對敵通商禁止に依る適法の措置と辯明し、遂に大審院へ上告となつた。然るに同院にては、凡そ英國の會社にして敵性を有するものとなるのは敵地に於て營業したる場合に限ると爲し、隨つて本差押を違法として之が解除を命じた(一九二五年一月五日)。

註二。次の *The Swiss National Insurance Co. v. Miller* 事件の原告は米國設立の一會社で、株主の多數は獨逸人であるが、これも一九一八年十一月、米國の外國人財産管理官が敵の財産として差押えた。會社側では異議を裁判所に申立てたるも、裁判所にては、株主の多數が獨逸人であることは敢て問はず、ただ敵地にて營業を爲せることの點に於て敵會社たるを免れずと判決した(一九二五年二月二日)。

*Swiss
Nat. Ins.
Co. v.
Miller*

第四項 敵性の發性(その二、敵船)

第一目 倫敦宣言に由る英米主義と大陸主義の統一

船の敵性の發する事由

六〇〇 凡そ船の敵性は、その船が敵國の國籍 (nationality) を有するか、敵人の所有 (ownership) に屬するか、將たその國籍又は所有者の如何を問はず敵の役務 (enemy service) に服するか、三者その一に發生する。敵の役務のことは別に海戰篇の『非中立的役務』を説く所に譲るとし、此には主として船の國籍又は所有者に由りて生ずる敵性のことを述べる。

船の國籍と敵性

六〇一 船の國籍とは該船に對する一國の管轄關係の示さるる所の船の身分である。船が一國の國籍に登録せらるる資格としては、昔はその船が該國內にての建造たるを要すと爲せる時代もあつた。これは歐洲に於て十七世紀頃までも行はれた風である。されど一方には經濟の國際化の趨勢に伴ひ、船の内外人間の賣買又は外國への造船注文が行はるるやうになりしと、他方には或は外國船を國內法規違反の廉にて沒收し、或は戰時之を捕獲するなど稀ならざるに至れると共に、national build を national vessels の要件とするが如きは事實が許さぬやうになつた。次には船主が自國人たること、及び(又は)乗員の全部又は大部分が自國人たることの要求である。これは今日でも、殊に船主に關しては、各國の船關係の法規の上に往々見る所である。然しながら船が一國の國籍を取得するに必要な條件は専ら國內法規の規定に屬すること、國際法の問題ではない。ただ特定の要件を具備してその國の船名簿に登録せられたるものは政府發給の國籍證書を該

船内に具有すべきであるから、國際法は商船臨検の交戦國軍艦に認むるにこの證書に依りて國籍を査問し、果してその國の國旗を掲ぐるの權利を有するものなるや否やを判定するの權を以てするのである。

船の國籍と船主の國籍とは多くは一致すべきが、必しも常に一致すべきものとは限らない。この兩者の關係は、平時にありては事實さしたる問題とならぬが、戦時となると國に依りてはそれが重要な決裁點となり、隨つて船の國籍と船主のそれとは明確に殊別して見らるることになる。故を以て例へば中立國の國籍を有する船にしても、それが敵人の所有に屬するものであると、そは敵性を帯ぶるものとして取扱はれる。であるから、船の國籍とその敵性とは截然之を識別して見るに非ずんば混雜を生ずる。

英米の定住所主義

六〇二 船の敵性に關しては、從來その標準を大體に於て船主の定住所又は營業地に取る英米主義と、之を船の登記國即ち國籍に取る歐大陸殊に佛國主義とに別れ、一九〇九年の倫敦宣言を見るに至るまでは、兩主義は相對立する姿であつた。

即ち英米主義に依れば、凡そ敵國旗を掲ぐる船は之に敵性を認むること勿論とし（これは往昔ストウエルの *The Vrouw Elizabeth* (1793) の檢定に於て論斷した所である）、その船主が中立國人であつても、敵國に現に定住所又は營業所を有する者であると、その船に敵性を認むるのである。之に反し船主が敵國人であつても、中立國に定住所又は營業所を有する者にありては、敵國旗を掲げざる限り、その船に敵性を認めない。且英國の法律に依れば、英國の臣民又は英國法律に依り設立せられたる商社にして英國領土内に主たる營業所を有する者に限り、英國の船の全部又は一部を所有するを得べく、且英國旗を掲ぐることを得としてあるから、敵國の臣民又は商社にして英國旗を掲ぐる船を所有するを得ない理であるが、他國の立法に於ては必

歐大陸の國籍主義

しも然りとはいへない。

六〇三 この英米主義に對する歐大陸殊に佛國の主義は、敵性の有無は専ら船の國籍に依りて之を定め、隨つて船主（又は荷主）が敵國人であらば之に敵性を認むるも、中立國人であらば之を中立性のものとして取扱ふのである。この主義は佛國の往昔より執り來つたもので、既に十九世紀の初葉に於ける同國の捕獲審檢例に *L'Hardy* 事件（註）といふのがあり、その判決には、中立國人が敵國に居住するの故を以て敵性を取得せざるは猶ほ敵國人が中立國に居住するの故を以てその敵性を喪失せざるが如しと説かれてある。

註。ハルデーはナポレオン戦役中、佛國の一私艦に拿捕せられたるラグサ國（その頃獨立の）の船で、當時佛國の敵たりしメッシナにラグサの領事として駐在し且同地にて商業に従事せるラグサ人 *Costa Lanfreda* なる者の所有であつた。佛國審檢所の檢定に曰く、『外國に居住することはその人の生國への歸屬を妨ぐるものでない。人がその生國と絶縁するには、新なる一國（*patrie nouvelle*）を任意に選擇し、且適法に之を取得することを要し、その然らざる限りは依然本國の國性を失はず、隨つて本國の友國の友であり敵國の敵である。即ちその本國にして中立國たらば彼自身も中立人で、その身分及び財産に關しては中立に伴ふ一切の利益を享有する。且戦は國と國との關係で、個人間の關係でないから、交戦國の領土内に居住してその交戦國を幫助する意思を明白に表示したに非ざる限り、之に敵性を認むべきでない。假にこの主義に不便と弊害が伴ふあるにしても、交戦國が中立國の通商を保護することに伴ふ利益は一層大である。敵國の臣民は、たとひ中立國に居住し且中立國旗の保護の下に通商に従事するも、その敵性を喪失するものでない。同時に中立國の臣民をば、單に敵國內に居住營業するの理由に於て、擬するに敵人を以てすることは妥當でない。…本件の場合に於て、中立國生れの船主は會々敵となれる國に居住するも、その故を以て中立性に由る利益を喪失したものでなく、殊に彼はその本國を代表する領事の職務を有し、法律的にも事實的にも本國と

The Hardy, 1801

の關係を離脱せざる者であるから尙ほさらである。又彼は個人的にも營業上にも——之を二つに別けることは不可能である——敵と見ることはできない。仍て本船の拿捕は違法にして且無効のものと認め、船及び載貨共に之を所有者に還附すべきものと決定す。』(Stowell & Munro, *Int. Cases*, II, pp. 349-350 より重譯)。

倫敦宣言
第五十七
條は大陸
主義

六〇四 倫敦宣言は大體に於て佛國主義に則り、原則として敵性と否とをその掲ぐるの權ある國旗に依りて決定することにし、第五十七條に左の規定を設けた。

第五十七條 國旗移轉に關する規程を除き、船舶が中立性を有するや又は敵性を有するやは該船舶が掲揚の權利を有する國旗に依りて之を定む。

中立船が平時に於て禁止せられたる航海に從事する場合は之を問題外とし、本規則中に毫も包含せられざるものとす。

而して倫敦宣言起草委員の本條に關する公的報告には

『本條の主義とする所は、船の中立性と敵性とを決するものは該船が之を掲ぐるの權ある國旗なりと爲すにある。これは他の動産殊に貨物の場合に比すれば、船の特殊の事情に能く順應すべしと思はるる簡單な法則である。且凡そ船は個性を有し、殊に國籍即ち一の國性を有するもので、その國籍は國旗を掲ぐる權利に於て表示せられ、之に依り所屬國政府の保護及び監理の下に立ち、所屬國の主權及び法規に服し、必要の場合には徵發を受くることになる。これ凡そ船は事實國家の商船隊 (a force maritime marchande) を構成し、隨つてそれが中立船なるか敵船なるかを決する最も安全且適當の試験石たる所以である。且之を決するには専らこの標準に依るとし、船主の關係は一切問はずと爲すのである。將た條文には「掲揚の權利を有する國旗」とある。即ち現にそれを掲揚すると否とに拘らず、當該船が國旗港を支配する法規に從つて掲揚するの權利を有する所の國旗たるを意味すること勿論である。』(Int. Nav. Conf., *Proceedings of*, pp. 359-370)

と記し、その意義を明かにしてある。

我が日本
も大陸
主義

六〇五 我が日本も船の敵性に關しては大體に於て夙に大陸主義に則り、明治三十七年三月大本營訓令の海上捕獲規程には、第六條の敵船と認むる種類の船の中に「敵國ノ旗章ヲ掲ゲ……航海スル船舶」(同條第二號)と指定し、以て掲揚國旗の如何を敵性判定の標準と爲したが、大正三年の帝國海戦法規に於ては倫敦宣言の本條を踏襲し、之を左の如くに明規した。

第十八條 船舶ノ中立性ヲ有スルヤ又ハ敵性ヲ有スルヤハ其ノ掲揚ノ權利ヲ有スル國旗ニ依リ之ヲ定ム。

中立船ニシテ敵國政府ノ特許ヲ得テ敵國ガ平時ニ於テ他國船ニ禁止スル航海ニ從事スルモノハ之ヲ敵船ト看做ス。

六〇六 斯の如く倫敦宣言に於ては、船の敵性と中立性とを識別するの標準は、國旗移轉に關する規程は別にし、原則として該船の掲ぐる權利を有する國旗即ち國籍に置くのである。然しながら、この原則に對しては三つの例外あるを知るべきである。その第一は、本條第二項の示す如く、中立船が平時に於て禁ぜられてある航海、例へば沿岸貿易の如きに從事する場合である。この場合には該中立船も之を敵船と看做すこと英米の從來の慣例であり、帝國海戦法規にも前掲第十八條の後段に於てそれが認められてある。第二は倫敦宣言第四十五條及び第四十六條に掲ぐる謂ゆる非中立的役務(軍事的幫助)の場合で、第三は同第六十三條に記する臨檢に對する強力抵抗の行爲に出でたる船である。これ等は追て適當の所に於て述べる。

六〇七 敵性と中立性を判定する國旗は「該船舶が掲揚の權利を有する國旗」とあるが如く、現に掲げて

國籍主義
に對する
三例外

掲揚の權

居る國旗ではなくして、船籍登記國の國內法規の下に於て掲ぐるを得る法律上の權利ある國旗を意味するのである。國旗は國籍を立證すべき重要標章であるから、眞に之を掲ぐるの權利を有する所の國旗たるに非ずんば國旗としての立證効果の用を作さない。國に依りては、掲揚の權利なき國旗の掲揚に對し制裁を課するものもある。例へば英國の商船法(一八九四年)の第六十九條には

『(一)英國船を所有するの資格なき者に依り全部又は一部が所有せらるる船にして、恰も英國船なるが如くに裝ふの目的を以て英國の國旗を掲げ、之を英國の國籍性に擬するものは、本法に依り沒收せらるべきものとす。但し敵の又は或交戦者權を行使する外國軍艦の拿捕を免れんがために之を掲げたることの推定ある場合はこの限に在らず』

とある。伊太利の商船法にも、伊國の國旗の濫用に對する制裁方が規定してある(第三百四十五條)。

六〇八

前掲の英國商船法第六十九條の末段但書に依れば、敵の拿捕を免れんがために中立國の國旗を掲ぐる揚は不問に附せらるることになつてある。英國の船も、古來敵の拿捕を免れんがために中立國の國旗を掲ぐることに珍しからずで、苦情の該中立國より起るあらば、適法の奇計として常に辯じたものである。第一次大戰中に於ても、英國の商船中には右の目的のために隨時中立國殊に米國の國旗を借用したのもあつた。一九一五年五月七日、英船ルシタニアが獨逸潜水艦の襲撃を受け、便乗の多數の米國人を海底の藻と化せしめたる始末は別に叙すべきが、同船は是に先だち大西洋往復の途次、愛蘭の沖合を航する際には米國旗を掲ぐるを例とし、現にウキルソン大統領の智囊ハウス大佐が同年二月五日同船にて渡英の際、親しく之を目撃して難題が起らねばやと思つたとある(Bowhard & Jago, *Neutrality for U. S.*, p. 138, n. 6)。されば米國政府は一九一五年二月十日の對英覺書に於て之に關し抗議したるに、英國政府は之に對し、敵艦の襲撃回避の奇計

手段としての中立國國旗の借用は古來違法とする所に非ず、英國は中立國たるの際に之を交戦國に承認し、現に米國は之を利として南北戦役の折に英國旗を借用したことあるではないかと反駁し、米國政府をして遂に泣寝入りせしめた。英國の國際法學者は概ね之を適法として辯護し、例へばヒギンスの如きは、船の敵性なるや否やは該船の之を掲ぐる權利を有する國旗に依りて決すべきが、交戦國軍艦は該船の掲ぐる國旗が果して之を掲ぐるの權利あるものなるや否やを突止むるために臨檢するの權利を有するのであるから、船が拿捕回避のため中立國旗を借用したからとて違法とはならずと論ずる(Hall, *Higgins*, § 187, p. 630)。蓋し過去數百年來の慣例から云へば、斯かる借用を適法と辯護するに力あるべけんも、純理論よりせば一の弊と謂ふべく、決して稱揚すべき慣例ではないやうに思ふ。

六〇九

當該船が敵性を有するや否やはその之を掲ぐる權利を有する國旗に依りて定むるも、然らばその之を掲ぐる權利は現に拿捕の行はるる際に於けるものたるや、將た捕獲審檢所に於て檢定を下す際に於けるそれなるや。之に就ては、前説を可とすとの見解が多い。佛國の捕獲審檢所にては、第一次大戰中同國軍艦の拿捕したる *Amidue No. 1* の檢定に於てこの見解を明かにした。同船の船主は獨逸人なるも、開戦に先だつ數年前に佛國にて登記せられたるより、開戦後も佛國の國旗を掲げて航行せしが、その間に拿捕せられたもので、その拿捕の行はれたのは佛國政府が英國に倣ふて倫敦宣言の本條を事實廢棄するに至れる前であつた。而して拿捕の直後、佛國政府は同船の登記を取消し、佛國の國旗を掲ぐるを得ざるものとした(一九一五年五月二十一日)。然るに佛國の捕獲審檢所にては、拿捕後に於ける右の取消は無効である、船の敵性の有無は拿捕の際に於て掲ぐるの權ある國旗に依り決すべきで、本船はその際には佛國の船として登記せられて

あつたものであるから、當時尙ほ有效と認められてあつた本條に依り拿捕すべからざるものである、拿捕後に於ける該船の讓渡、登記の更正又は取消等は、拿捕者又は船主の権利の上に何等の新効力を生ぜしむるものでない、といふ理由に於て解放の檢定を下した(Fauchille, *Jurisp. Franc.*, p. 109; Garner, *Prize Law*, § 279, p. 387)。この檢定は、事實既に敵人の所有となれるも尙ほ佛國の國旗を掲ぐるを得たる船に取りては好都合のものであつたが、別に述ぶる諾威船 *Solvøy* に關しては、同じ論據の下にその結果に於て逆に沒收の檢定となつたものである。

六一〇 船の特定國旗の掲揚權は、普通にはその具有する船舶書類、殊に船舶國籍證書(即ち船籍港を管轄する管海官廳の發給する登記證明の文書で、それには普通に船名、噸數、船長の氏名、船の取得方法に關する事項、登簿船主の氏名國籍等を詳記する)に依りて判定すべく、之を具有せず、具有するもその國籍を立證する能はず、隨つて特定國旗を掲ぐるの資格あることが該書類の上に於て立證せられざる場合には、敵船と推定せられても己むを得ない。(尤も各國の捕獲審檢所にては、この推定に對し反證を擧ぐることを利害關係人に許すのが一般の慣例となつてある)。船舶國籍證書には面白き沿革もあるが(Rienow, *Nationality of a Merchant Vessel*, p. 125 以下參照)、今日では何れの海上國も、その船が自國の國旗を掲ぐるに就て必須的に具有すべき證書とせざるはなく(例へば帝國船舶法第六條)、且通商航海條約の上にその具有の要を規定するものも少なからずある。たとひ條約上の規定なしと雖も、大概の國々の國內法規(多くは關稅規則)には、外國船は入港せば先づ船舶國籍證書を稅關官憲に提示すべきことが規定してあるから、これなくんば事實に於て航海は能きぬ譯である。

國旗掲揚
權を立證
すべき
船舶書類

The Dr-
ranger,
1917

拿捕せられたる中立船にして船長より船舶書類の提示が無かりしとの理由に於て、それを適法の捕獲物と檢定したる判決の一例は、第一次大戦中に獨逸潜水艦の拿捕し次で破壊したる諾威船 *Drammer* のそれにある。本船は一九一五年六月、蘇格蘭の沖合にて獨逸潜水艦之を拿捕し、附近遊弋の英艦に奪回せらるるの虞ありと見て、次で之を撃沈したものである。獨逸官憲の本船に就て取調べた所に依れば、本船にはその諾威船たることを證明すべき何等書類を船長より提出しなかつたとある。漢堡捕獲審檢所の右の拿捕及び破壊を適法と爲せる檢定に對し、その抗告を取扱へる伯林の高等審檢所は、

『船がその國籍を立證するに船舶證書を以てするのは常道で、これ獨逸捕獲令第十一條に於て船舶證書なき場合には國籍を決定すること不可能なりと規定する所以である。然るに船舶證書は拿捕を受けたる際に之を拿捕者に提示せざる場合もあるべく、提示するも意味不明又は誠實の疑はしき場合もあらう。これ等の場合に於ては、たとひ船舶證書を有するも、以て該船舶の國籍を判定するの不可能なることが有り得る。…本船拿捕の際には、船長より拿捕を行へる潜水艦長に對し船舶證書の提示が無かりしとの艦長の口供書、及び船長は蘇格蘭レイヌ駐在の諾威領事に船舶證書を提示したりとの同領事の書翰を證據物件として考量するも、結局本船の國籍を判定するに必要な書類の提示なかりしが故に、拿捕の際にその國籍を確知する能はず、隨つて之を敵船として取扱はざるを得ざるものであつた。隨つて船主に對する獨逸の賠償義務問題は、獨逸捕獲令第一百五條に依らずして、第八條に依り決すべきである。即ち第一百五條に依れば、當該船が沒收すべからざるものにおいて、船主は賠償を受くるの權利あるも、第八條に依れば、破壊を正當とする理由が存在する限り(即ち拿捕の際に該船の國籍を確むることの不可能なること)、拿捕國に賠償の義務なきものである。』

との理由に於て、本船の拿捕且破壊を適法の措置と爲したる原檢定を肯認した。(Fauchille, *Jurisp. Allem.*,

反對に敵
性推定の
物件發見

p. 178 以下)。

六一 嘗に船舶国籍證書を具有せず又は具有するも不完全なるのみならず、反對に敵の國旗が船内に發見せられ、或は船員訊問の結果、又は船員の國籍、又は發見の種々の書類よりして、その敵船たることの推定せられたが如き場合には、當然沒收は免れない。その例は第一次大戦中の *Rosita* (註一)、*Seihoun* (註二)、*Cydus* (註三)、*Caigue X* (註四)、*Boutre X* (註五)、*Télimie* (註六) 等諸船の檢定にある。尤も船主に反證を擧ぐるを許すことあるのは *Solewig* 事件(註七)の檢定に示さるる如くである。

註一。ロシタは一九一五年四月、海上にて漂流中、佛國の一汽船之を救助し、馬耳寒港に引致したるが、本船は何等國旗を掲げ居らざりしのみならず、或國旗を掲ぐるの資格を證明すべき何等書類をも具有せず、剩さへその船客は悉く戦線に向ふべき歸國中の獨逸豫備軍人なることも發見せられたので、佛國捕獲審檢所にては之を適法の捕獲物と檢定した(*Fauchille, Jurisp. Franç., p. 107* 以下)。

註二及び三。セイフウン及びサイドヌスは共に一九一五年六月、佛艦が小亞細亞のメルシナ沖にて拿捕した船であるが、その際兩船共に國旗を掲げず、又之を掲ぐるの資格を立證すべき書類なく、而して却つて他の難駁なる書類中より同船が獨逸經營のメルシナ・アダナ鐵道會社の所屬船と推定すべき事實が現はれたので、佛國捕獲審檢所にては敵船として孰れも之を沒收した(*Ibid., pp. 173-7*)。

註四。カイク第十號は一九一五年五月、小亞細亞のアダリア灣にて佛艦の拿捕したる船なるが、船體に船名の掲記なく、又國旗も掲げず、且佛艦の近づかんとするや、船員は艇を走らせ陸上へと逃去つた。佛艦からは士官を派して船内を檢査せしめたるに、船舶書類一も無かりしが、船員が逃走するに方りて置忘れたりと思はるる土耳其國旗が鍵を卸せる戸棚の中から發見せられた。而して他に之を打消すべき證據物件は何も無かつたので、佛國捕獲審檢所にて

The *Rosita*, 1915

The *Seihoun* 及び The *Cydus*, 1915

The *Caigue X*, 1915

The *Boutre X*, 1915

The *Solewig*, 1916

The *Solewig*, 1915

は本船を敵國たる土耳其船と推定し沒收の檢定を下した(*Ibid., pp. 193-4*)。

註五。ブートル第十號も、佛艦が一九一五年三月小亞細亞のアレキサンドレット灣にて拿捕したる際には船名の掲記も國旗の掲揚もなく、又船内に何等國旗をも發見せざりしが、舵手水夫等の訊問及びその所持せる手紙類を査閲したる結果、その土耳其船たること立證せられた。そこで捕獲審檢所にては之も敵船と認めて沒收と檢定した(*Ibid., pp. 199-200*)。

註六。セリミエも一九一五年十月、これ亦小亞細亞のメルシナ附近にて佛艦が拿捕したる船で、同じく國旗を掲げず、關係書類も甚しく不備であつたが、船員及び乗客中には土耳其人が少なからずあり、又その誓言する所に依りメルシナ在住の土耳其の一人の所有船たることも明瞭となつた。拿捕艦にては軍事上の必要に鑑み、船員及び乗客を艦内に收容したる上同船を撃沈した。而して捕獲審檢所にては同船を沒收すべきものと爲し、その破壊をも適法の措置とした(*Ibid., pp. 211-2*)。

註七。ソルウェイグは一九一五年五月一日、諾威國旗を掲げて馬耳塞に入港したるが、本船は航海中、即ち蘭領印度から馬耳塞へ西航の途中に於て丁抹の一人に讓渡せられたので、最早や諾威の國旗を掲ぐるの權なきものとなつた。而して本船の同港碇泊中、買主の丁抹人は更に之を米國大西洋汽船會社(American Transatlantic S. S. Co.)に轉賣した。然るに在馬耳塞米國總領事は六月二十二日付にて同港港務官憲に對し『予の本國政府への請訓に對する國務長官の本月二十一日華府發電訓に依れば、米國商務省にてはソルウェイグの買收は米國の資金にて行はれたるもの、又はその讓渡が誠實のものとは思惟せずとあり。隨つて予は重ねて新訓令に接する迄は、本船の賣買は不成立のものとして認め、登録未済として米國國旗を掲ぐるの權を附與せず』との通牒があつたので、佛國官憲は本船を拿捕した。然るにその後同年八月二十六日、在巴里米國大使は佛國政府に對し、本船は同八月十三日を以て米國の船籍に登録せられたる旨を改めて通牒した。即ち拿捕の日より一ヶ月半を経てその登録が了されたのである。斯く拿捕後の登

録であるから、拿捕の際に溯つて之を米國船と主張するを得ない。そこで佛國捕獲審檢所にては『拿捕の效力に關する國際法の一般公認の原則に依れば、被拿捕船の敵性と中立性は拿捕の際に於けるその船の身分に依り決すべきで、拿捕後に於て行はれたる賣買、讓渡、若くは登記は拿捕者若くは利害關係人の權利に有利的にも不利のにも總て影響なきものである。随つて本船がその拿捕せられたる後に於て米國船籍に登録せられたことは、拿捕の日に溯つて米國船たるの性質を與ふるものでない。然るに本船は航海中に賣却せられたる結果として既に諾威の船籍を喪つて居る。故に最早や諾威國旗を掲ぐるの權を有しない。敵性を判定する國旗はその現に掲ぐるそれではなくして、掲ぐるの權ある國旗である。而して本船には他の何れの國旗を掲ぐるの資格も船舶書類の上に徴すべきものが無い。本船の國籍は船主の立證に俟つべきであるが、その立證が無い。丁抹の買主は獨逸の利益に於て取引に従事したるもので、旁々本船は之を敵船と看做すべきものとす。』と爲し、之に沒收の檢定を下した。

然るに利害關係人は之を高等捕獲審檢廷に抗告した。理由は大要『倫敦宣言第五十六條は専ら交戦國の船の國旗を中立國のそれに移轉する場合に係るもので、本船の如き甲中立國より乙中立國に移轉せる如きものに關するのではないから、同條はこの場合に適用せらるべきでない。且捕獲審檢所にて援用したる佛國の一七七八年の古い規程は、専ら海上にて遭遇したる船に適用せらるべきもので、一國の港(馬耳塞)に入港を許されたる本船の如きに關するものでなく、随つて本船は地方官憲の保護の下に立ち、當然拿捕を免るべきものである。又拿捕の際に賣買證書の船内に無かつたのは、米國の登記を受くるに就て證明を受くるため、船長より一時之を在馬耳塞諸國領事館に送付したが故である。尙ほ又倫敦宣言第五十一條に更正を加へたる一九一五年十月二十三日の佛國の布令を、その以前の同年九月に決定せられたる事件に適用するが如きも妥當でない。』といふにあつた。けれども高等捕獲審檢廷にては、本船は拿捕を受けたる際、何れの中立國旗をも掲ぐるの權あることを立證すべき何等書類を現に具有せざりしこと、米國國旗への爾後の移轉は溯及力なきこと、殊に米國大西洋汽船會社の本船(その他の若干船)の買收は、敵國人の資金供給の下

敵國旗を掲ぐる中の特例

The Palm, 1871

に敵國のために行はれたる證據があるから尙ほさらである、と爲して原檢定を肯認した (Ibid., p. 120)。

六二二 船の敵性を有すると否とをその掲ぐるの權ある國旗に依りて定むる主義に關し、敵國旗を掲げながら事實敵船と認められずして捕獲を免れたる珍しき一例は、普佛戰役當時佛國の高等捕獲審檢所の瑞西船 *Palm* に係る檢定の上に見えた。滅多に無い例ではあるが、海岸を有しない國の國民にして船を所有する場合には起り得ぬとも限らぬ問題であるから、その始末を左に略記する。

本船は普佛戰役中の或時、西南阿弗利加の英領アックラからブレイメンに向け航行中に佛國軍艦に拿捕せられ、而してその獨逸國旗を掲ぐる所から、當然適法の捕獲物として佛國の審檢港に送致せられた。段々取調べて見ると、本船は元と獨逸にて造られ、普佛開戦に先だつ四年前に瑞西の *Société du Commerce des Missions Protestantes* といふ布教會社之を買取り、獨逸國旗を掲ぐるも現に同會社の所有であることが明かになつた。且瑞西政府は自國人の船に瑞西國旗を掲ぐるを許さざるのみならず、佛國はクリミア戰役の際し、瑞西の船旗を承認するを拒んだ事實もある。随つて同會社は、何れかの外國國旗を掲ぐるの外なきに會し、乃ち本船の製造元に因んで獨逸國旗を掲ぐることにし、之がため便宜上名のみの船主をブレイメンの同會社の代理店としたる次第といふことが判明した。そこで佛國の在ボルドウ捕獲審檢所にては、敵國國旗を掲ぐるの故を以て本船を敵船と看做して沒收と檢定したるにも拘らず、高等捕獲審檢所にては右様の事情を酌量し、之を敵船に非すと爲し、前檢定を取消して本船を事實上の船主たる瑞西の布教會社に還附せしむることにした。

六二三 船の敵性なるや否やをその掲ぐる權ある國旗に依りて決する原則には、本條の冒頭にあるが如

く、國旗移轉に關する規定即ち倫敦宣言第五十五條及び第五十六條（帝國海戦法規第二十二條及び第二十三條）は適用しない（このことは尙ほ別に述べる）。随つて或船にして中立國に船籍を移し、その結果として該中立國の國內法規に依りその國旗を掲ぐるの權利を得て之を掲ぐるものにしても、尙ほ且倫敦宣言の當該規定の下にその移轉が違法とせらるる場合もあるべく、随つてその掲ぐる中立國旗は以て該船の中立性を有するものと決定するの標準にならぬことあるを知るべきである。

第二目 第一次大戦以降列國の英米主義追隨

六一四 扱も第一次大戦の初期に於て、英國を始め他の交戦諸國も、倫敦宣言は不批准のため法的の拘束力は無いものであるけれども、必要の修正は之を加へて能ふ限り該宣言の規定に則るべしとの意を宣明したることは別に説く所の如くである。しかも各國の加へたる修正の中には、本條に觸れたるものとは一も無かつた。随つて敵性の有無の標準を夙に國籍主義に採れる佛國は勿論、英國にありても少なくとも開戦後一ケ年内外にありては、本條をば船の敵性の有無を決する標準として援用したものである。

六一五 然るに本條の規定の下にありては、敵人所有の船にして中立國旗を掲げて航行する限り、その捕獲を免れしむるの餘地あるを示した。例へば米國在住の獨逸の船主が米國の國旗を使用し、米國より歐洲の中立港殊に和蘭に貨物を送り、之を獨逸に轉送せしめる。即ち表面は中立國旗を掲ぐるも實際は全部又は主要部が敵の個人又は會社である所の事實上敵船たるものを、本條は中立性を有するものとして保護することになる。斯かる實例の頻々行はるるのを發見したる英國にては、本條の非を論ずる聲は急に高まつた。特に

英國の本
條廢棄

第一次大
戰と倫敦
宣言第五
十七條

他の聯合
國も之
に倣ふ

ホルランド教授は書を倫敦タイムズに寄せ、『國旗を以て船の性質を決するは、それが敵國旗の場合にのみ限らるべきで、中立國旗を掲ぐる船に對しては、先づその國旗の裏面に突入り、船主の國籍を尋問するを妨げず。』と論じて本條遵守の要なきことを力説した（The London Times, Oct. 31, 1915）。英國政府も、追て述べる The Jucia 事件以來、本條の實際に適切なきことを認め、一九一五年十月二十日の勅令を以て『倫敦宣言第五十七條は之に遵守するの不得策なるに鑑み、最早やその效力を認めず。』と宣し、その結果として船の敵性と中立性とは國旗に依らずして船主その人の國籍に依りて之を決することにした。

六一六 斯の如くにして英國が率先本條を廢棄し、船の敵性と否とを船主の國籍に依りて決する従前の主義に復歸するや、これ亦 The Jucia 事件に於て英國と所感を一にせる佛國政府は、之と同一の方針に出づるの要を認めた。佛國の首相兼外相、及び海相が之に關して連署にて大統領に稟議せる意見の要に曰く。

『倫敦宣言第五十七條の規定に關しては、その實際に適せざることが經驗の上に立證せられたり。平時に於て通商の目的にて正規に或國旗の下に登記されたるものも、戦時とならばその船主が化して敵人となることあり。當該船の所有權の上に存する利益にして中立國人又は同盟國人たる第三國人に屬することあるべきと反對に、中立國旗の下に登記せられたる船にして實際上敵人の利益を代表するものもあるべし。會社組織に依る合資制は之を組織する人々の個性又は國籍とは別個の獨立的國籍を認め、之に財産を適法に所有するの權を賦與す。交戦國が國際法に依り公海に於て遂行せんとする所の目的の一方は、拿捕に依り敵の商船隊を殲滅するにあるが、敵の國旗の下に登記せられたる船に依り代表せらるる中立人の利益を攻撃することを慮りて交戦國が右の目的より離れ、中立人の通商の自由を侵害するの責任の下に立つべきものとすれば、適法に行使するを得べき交戦者權は、何等掩護を正當視せしめざる敵の利益を掩護する中立國旗の下に登記を爲すことに依り直接牽制せらるることになるべし。以上の所見は英國も之を一にする

所にして、閣下に於て之に理ありと認めらるるに於ては、左記命令案に對し閣下の裁可を仰がんとす。』(U. S. For. Rel., 1915, Supple., p. 180)

大統領は右の意見を納れ、且命令案を裁可したので、佛國政府は同一一九一五年十月二十九日の大統領令を以て英國の前記勅令と大體同一の新方針を發表した。尤も佛國政府は正面から倫敦宣言第五十七條を廢棄するを爲さず、ただ本戰役中本條をば『中立國旗を掲ぐる船にして事實敵國人若くは敵國在住人に屬するものとの證據ある場合には、該船は之を敵船と看做すべし。』と修正して適用することにし、その實に於て廢棄同様にした。斯く倫敦宣言第五十七條を廢棄したる結果として、英佛兩國は現に掲ぐる國旗そのもののみならず、實際の船主は何者なるや、會社であるとせば株主及び重役の國籍は如何等といふ奥底までを取調べ、然る上にて該船の中立性なるや敵性なるやを決することにした。而して佛國政府は翌一九一六年一月三十日制定の『海軍訓令』に於て、第二十七條に『敵國國旗を掲ぐる船が事實中立國又は同盟國の國民の所有に屬し、若くは中立國又は同盟國の國旗を掲ぐる船が事實敵國人又は敵國領土居住者の所有に屬することが立證せられたるときは、該船はその各場合に應じ之を中立國、同盟國、又は敵國のものとして看做す。』と規定し、以て掲揚の國旗そのものよりも實際の船主如何を敵性有無の判定標準と爲すことの意を明かにした。

伊太利は由來敵性の標準を國籍に取る主義で、即ち船はその掲ぐるの權ある國旗に依りて國籍を表示するの主義から、船主その人の國籍如何に拘らず中立國旗を掲ぐるものは之を中立船と認むると同時に、敵國旗を掲ぐるものは船主が中立國人又は自國人であつても之を敵船と看做した。故に第一次大戰參加後、伊國捕獲審檢所にて *Leonida, Spuma, Gorizia* 外若干隻の審檢を行へる結果、その船主は孰れも伊太利人なるが、

奧匈國の國旗を掲げ居りしが故に敵船なりとの理由の下に、孰れも沒收の檢定となつた (Fanchille, Jurispr. Int., pp. 125, 303, 412, 430)。但し特定國の國旗を掲ぐるの權なき船に限り、船主の國籍に依りてその性質を決定すと爲せることは *Alaska* の檢定に於て示されてある (Ibid., p. 435)。然るに伊國も程なく英國の驛に倣ひ、専ら船主その人の如何に依り敵性を取捨するの方針を執るに至つた。その他露國の如きも亦同様の措置に出でた。

六一七 特に英佛兩國、就中英國は、この新方針をば主として獨逸資本の經營に係ると傳へられし新設の米國大西洋汽船會社に對して厲行し、その所屬船數隻を捕獲した。同社の社長は米國生れの獨逸人 (Richard Wagner) で、彼は是より先き本國の船仲買を通じ獨逸その他北歐二三の國々から商船十數隻を買入れた。そこで彼は米國商務省に右の買入船の登記方を申請したるに、同省管船局長は、米國の一九一四年八月十四日制定の非常法 (The Emergency Act) に依れば、登記すべき船は米國人所有のものに限らるるが故に、株主の大部分を獨逸人とする同會社の右の船は登記するの限りに在らずといふ意見であつたが、同省の法律係員は、同會社はデラウェア州の法律に依り成立したる一商事會社であるから、同法律に依り株主が何人であり資本を何處から獲たかは問ふ所でなく、隨つて同會社所有の船は米國の登記を受くる權あるものとすとの意見を立てたので、商務長官はこの後説に依り登記を允許した。但し管船局長は同時に該汽船會社長に對し、その所有船にして歐洲向の貨物を積込むに於ては早晚捕獲せらるべきものと覺悟すべしとの警告を與へた由であるが、果してその中の數隻は、間もなく相次で英佛兩國軍艦の拿捕を受け、孰れも國旗は中立國のそれなるも事實は獨逸人の所有船であり、米國大西洋汽船會社は單に獨逸のウェルマン (Wormann) 汽船會社の

英佛兩國
の新方針
の厲行

中立諸國
の抗議

The
Press,
Mines,
1915

覆面に過ぎずと爲し、孰れも没收の檢定となつた。

六一八 英佛兩國の右の新方針の履行に對し中立諸國中には、倫敦宣言第五十七條は元々從來の既定の國際慣例を成文にした迄のもので、隨つて交戦國は當然之を尊重せざる可らざる筈のものなるに、之を無視するの新方針を執るとはその意を得ず、と論じて抗議するものもあつた。別して亞爾然丁政府は、同國の國旗を掲ぐる *Presidentle Mibe* を英國軍艦が拿捕(一九一五年十一月)したる件に對して強く抗議した。その要旨は、本船は獨逸の漢堡南米汽船會社の所屬船なるも、既に十五年の久しき亞爾然丁の國旗を掲げ、専ら國內諸港間の航運に従事するに過ぎず、且亞爾然丁國民は物資の供給を専ら之に負ふもので、船主が獨逸人たるの故を以て拿捕せらるやうでは國民生活が甚しく脅威を受ける、といふにあつた。英國側では、既に倫敦宣言第五十七條を廢棄し、敵性と否とを國旗に依らず船主の性質に依りて決することに爲したのであるから、本船を敵船と認めて處分するに妨げなきが、亞爾然丁の主張にも尤もな理由ありとし、英國政府は程なく同船を亞爾然丁に還附し、且同様の船にして單に同國の諸港間の航運に従事するに止まる限りは、重ねて拿捕を行ふことなかるべしと約して事は解決した。けれども英國政府は、他の中立諸國からの抗議に對しては、本條は決して從來の國際慣例とは認むべからずで、全く新規定であるから、之を廢棄して従前英國の執り來れる主義に還元するも不都合なしとの見を固持し、同國高等捕獲審檢官憲も、曩に記したる(第五九七節、註三)和蘭船ハムボルの檢定に於てこの點を力説した。

六一九 去程に英佛兩國は、たとひ國旗が中立國のそれであつても船主が獨逸人なりと認定する船に對しては、之に敵性を認めて假藉せざるに至つたので、獨逸も報復手段として一九一六年七月十六日の勅令に依

獨逸も報
復の舉に
出づ

り、凡そ中立船にしてその全部又は主要部が敵國人の所有に係るもの(敵國內にて營業する會社商會等を含む)は敵船と認むべしとした。獨逸は由來船の敵性如何はその掲ぐるの權ある國旗に依りて之を決し、疑はしきものにおいてはその權を立證するの責任は船の側にありとし、立證不能の場合に於て始めて之を敵船としたものである。その一例は曩に記したる諾威船ダヴァンガーの檢定にある。のみならず獨逸は、自國船の中立國への國籍移轉を當初は却つて禁止し、たとひ中立國の船籍に登録されても之を違法と視るの方針であつた。(尤も中立國國籍への移轉後、それが専ら獨逸仕向けの物資輸送に従事するのならば之を認許する、といふ聊か蟲の善い方針を併せて執つて居つたやうである)。然るに戦局の進むと共に、獨逸は却つて中立國籍移轉の安全なるを感じ、寧ろ之を奨勵するの姿となつた。隨つて中立國殊に和蘭の國籍に移轉せしめたる獨逸船は少なからずあつた。對獨平和條約第八編、第四附屬書の七に「獨逸國ハ同盟及聯合國ノ同意ナクシテ戰時中中立國國籍ニ移轉シ又ハ現ニ移轉ノ中途ニ在ル一切ノ船舶ニ對シ完全ナル所有權ヲ取得スル爲、賠償委員會ノ指示スル一切ノ措置ヲ執ルコトニ同意ス。」との規定を見るに至つたのは、會々以て中立國への國籍移轉の船の少なくなかつたことを證するものであらう。然るに獨逸は今報復手段として、中立國旗を掲ぐる船とても船主を敵國人なりと認定するものは、之を拿捕するに遠慮せざるに至つた。

六二〇 船の敵性と否とを決する標準として普遍的の國際法規となるべかりし倫敦宣言第五十七條は、上叙の如き經緯の下に第一次大戦中途に廢棄となれる結果として、英國は従前の自國の主義慣例としたる所に還元し、佛伊諸國は従前の信條であり加ふるに倫敦宣言に於て採擇せられたる國籍主義をば一擲して英國の爲す所を追ひ、獨逸も報復的に同様の方針を執るに至つた。この間にありて倫敦宣言の本條と同一の主義を

現在各
國各自の
主義に依
る外ない

少なくとも自國の法規の上に株守するものは、世界主要の海軍國としては、我が日本は蓋し殆ど唯一の國であらう。尤も我國は英佛伊露諸國が倫敦宣言の本條を正式に又は事實的に廢棄したる當時、本條に該當する帝國海戦法規第十八條を改正するには至らなかつたけれども、敵國にして帝國海戦法規の規定と異なる措置を執る場合には該法規に依らずして適宜の規定を設くるを得ること第六條の規定する所であるから、實際問題に臨んだ場合には、やはり英佛伊露獨諸國の新方針に則つたことであらう。されば船の敵性を定むる準則としては、倫敦宣言が不批准となり別して同宣言第五十七條の廢棄のことが特に強調せられたる以後の今日にありては、一に各國自身の慣例とする所又は是なりと認むる所に從つて取捨する以外に、國際法規とは全然無い譯である。既にそれが無いとすれば、將來の戦時に於て交戦諸國の捕獲審檢所は多くは第一次大戦中の檢定例に準據すべく、而してその援用せらるるものとしては、倫敦宣言の規定に背馳する所の古來の英國主義に由る判決例が自然勝を制し、孰れも之に追隨することになるであらう。

第三目 國旗移轉に關する第一次大戦前の慣例

國旗移轉の目的

六二一 船の敵性の有無はその掲ぐる權利を有する國旗に依りて決定すること倫敦宣言第五十七條（及び帝國海戦法規第十八條）の規定する所であるが、同宣言第五十七條にはその冒頭に於て『國旗移轉に關する規定を除き』との除外例が設けられてある。抑も交戦國の商船は何時にても敵に拿捕せらるべく、而してその積む所の敵貨は、たとひ戦時禁制品に非ずとも沒收せらるべき運命を有する。この危険があるので保險料は暴騰し、反對に積荷は減少し、隨つて營業は引合はなくなる。然るに中立船は、拿捕を受くることはある

も、その積める敵貨は禁制品に非ざる限り、巴里宣言第二條に依り沒收を免かるるのである。故を以て交戦國の船主は、開戦の危機が迫ると共に、若くは開戦となれる後に於て、賣買讓渡の形式に依り自己の船の名義を中立國籍に移轉せしめんとするは有勝ちのことである。斯かる移轉は如何なる場合に於て有效と認めらるべきか。

移轉の效力に關する英米主義の力に關する英米主義の賣買讓渡は、その開戦を豫想してその直前に行ひたるものも、又は開戦後に行はれたものすらも、それが單なる着色的でなくして誠實の取引である限りは、之を有效と認むべく、その船が敵港（封鎖港を除く）に在ると中立港に在るとを問はない。別語にて云へば、たとひ賣買讓渡が敵國の拿捕を免かれんがためであつても、苟もその受渡が誠實且完全に行はれたるもの、例へば賣買證書の單なる取換しでなく、又買戻しの條件が附せらるるのでなく、代金の受渡しが完全に済み、且船自體が完全に買主に渡つてあるものならば、買主の立證の責任の下にその有効を認めるのである。勿論その受渡が封鎖港にて行はれたり、航海中に契約したのみであつたならば無効たるべきも（Oppenheim, II, § 91, p. 131 参照）、さもない限りは之を有效とする。故にその效力を決する標準は移轉の状態に在りて、賣主の動機には在らずと爲せるもので、これは戦時商取引の自由の尊重といふ所から來たる一原則となつてある。

六二三 尤も英米主義の下にありても、國旗移轉にして前述の如く單に色の塗替に過ぎざる覆面的のものはその效力を認めないのであるから、隨つてその移轉が果して交戦國の權利を妨げんがために行はれたるものに非ざるか、又敵人の所有權が完全に失はれて買主たる中立人の手に完全に移つたものであるか、を判斷

移轉の内部情勢を調査する

せんがため、交戦國はその移轉の内情を取調べべく、又取調ぶるの權あるものとしてある。昔はストウエルは *The Seals Geschwister* (一八〇一年、英佛交戦中、或中立人が佛國船主より買取り、引渡未了の間に英艦に拿捕せられたるもの) に關する檢定に於て

『敵船の中立人への讓渡は、佛國の法規にては全然禁制なるも、我が英國にては敢て之を拒否せざる所の一の自由に屬する。然しながら英國にて適用せんと欲する法則は他なし、敵人より中立人への財産移轉は善意にして且絶對のものたること、且賣主は該財産に對する一切の利益關係を脱却したるものたることを要し、反對に賣主に於て依然利益關係を保持するものたるに於ては、該契約を全然無効にすることは是れである。この法則は英國に於て敢て讓渡を違法として禁ずるが故ではなく、ただ覆面の共謀的詐偽を警戒し、且敵人の所有權が絶對且完全に離脱したるものなるかを確めんがために、之を厲行するを正しと常に認め來つた所のものである。』(Stowell & Munro, II, p. 357)

と論じ、即ち本船は佛國政府依然之を監督し、賣主は買戻契約の下に依然權利を保持するに於て絶對且完全の讓渡に非ずと爲し、沒收の檢定を下したものである。この判決は英國の捕獲審檢に於ける爾後の先例となり、同國の諸學說も概ね之を既定の原則として肯定する(例へば Hall, § 171, p. 598; Oppenheim, § 91, p. 131; Higgins, *War & P. C.*, p. 31)。

六二四 米國も亦大體に於て同一の主義を執り、戦時中に於ける敵船の中立人への讓渡にしてそれが善意に出で、且無留保の完了のものであれば、適法としてその效力を認むるのである。一八五四年のクリミア戦役中、露國の商船にして中立國人に讓渡せられたもの數隻あつたが、中に米國人の買入れたる *St. Hartung* なる一船があつた。佛國政府は開戦後、讓渡の敵船は佛艦依然之を拿捕するに容赦せずと警告した。米國國

The
Seals
Gesch-
wister,
1801

クリミア
役のクリ
ミア
艦隊
St. Har-
tung

務長官マーシーは一八五六年二月十九日付を以て在巴里米國公使に訓令し、その不當を佛國政府に抗議せしめた。その訓令に曰ふ。

本件に關
する米國
の對佛抗
議

『國際法は戦時禁制品の輸送及び封鎖地若くは攻圍地との商業の外は、中立人に確保するに無制限の通商權を以てする。この除外的制限以外に於ては、中立人と交戦國人との通商は恰も中立人間のそれと同様に自由たるべきものである。随つて船の讓受到關し中立人の權利を如何なる理に於て剝奪せんとするかは了解に苦む所である。』

『佛國政府はその主張を支持するに佛國の法規を以てするが、佛國の國內法はその統御の下に屬する人々を支配するに止まり、佛國領土の境域以外には何等拘束力なきことを俟たない。セント・ハーラムビーの賣買契約當事者は佛國の國內法の管轄の下には立たずして、當事者双方も又該取引の目的物たる本船も、共に米國の管轄内に在るのである。該取引の效力如何は一に米國法又は國際法が之を決すべきである。本契約は米國の國法及び國際法共にその效力を認むるは勿論、蓋し世界何れの國にても一般に認めらるる所であらう。國際法に反せざる限り、該契約の條項を無効とし又はその義務を變更せしむるを得るものは、該契約を締結せる國の政府のみである。これは歐洲國際法學者の定説で、殊にオートフォイエはこの説を支持し、その見解は佛國政府も之に賛するものと予は信じて疑はない。』と記してオートフォイエの所説を引抄し、佛國政府の今日の海上政策は之と一致しない。本政府は佛國政府が當に他の諸國の慣例に反するのみならず自國の最權威ある公法學者の所説に反する見解を固持することなかるべきを信ず。……要するに中立國人が交戦國人の商船を讓受する所の完全なる權利を有することは英露米諸國の定説であり、佛國の之に反する見解が重なる海上國の同意を得たるものなりとか、海上法の一原則たりとか云ふは、これ等の歴史的事實の容認せざる所である。』(Moore, *Digest*, VII, pp. 416-7)

六二五 國務長官マーシーの右の見解は、その後同様の事件に際し米國の當該官憲の常に準據せし所で、即ち南北戦役にありても、當時北軍の所屬船にして明かに南軍の拿捕を免れんがため中立國籍に移轉せられ

米國も着
色的讓渡
は無効と
する

たものは實に六百有餘隻の多きを算したが、南軍側に於ては、敢てその移轉を無効と宣せるものは一も無かつたとある (Garner, *Int. Law & the W. W.*, § 127, p. 166)。その後米西戦役中、米國の法廷にては、西班牙人より英國人に讓渡したる *Benito Eschinger* の賣買を無効として没收した例はある(註)。けれども、この讓渡には代金の受渡が無く、西班牙人たる船長以下船員は讓渡後も依然同船に服役し、賣主も依然同船に對し利益關係を有する所から、右の讓渡は謂ゆる着色的のものに外ならずとの審檢の結果で、開戦後の讓渡もその着色的のものに非ざる限りは效力を認めるといふ從來の慣例と撞着したものではない。

The *Prudento Eschinger*, 1900

註。ベニト エステンガーはキューバを中心として西印度方面の航海に従事の西班牙船で、米西開戦後間もなくキューバ在住の船主より英人某に讓渡せられ(一八九八年六月)、西印度の英領ジャマイカ島にて英國の船籍に登記を了した。而して間もなき或時、キューバよりマンサニアに麥粉その他の穀類を輸送してから復航の途中、キューバ沖にて米艦に拿捕せられた。(その際船内の戸棚には西班牙の國旗を藏せりとある)。本件を管轄せるフロリダ州南部地方裁判所にては、右の賣買は拿捕を免れんがための着色的のものと爲し、本船を敵船として没收する旨宣告した。然るに利害關係人からは、本船は既に同年六月九日英人に讓渡し、同日ジャマイカ島キングストン所在の英國當該官憲に依り英國法律の下に英國船として登記を了したもので、それは畢竟西班牙の拿捕を避けんがために外ならざること、舊船主は豫てキューバの叛徒に深き同情を有し、今回の航海も米國の同盟軍たるキューバ叛徒への物資供給のために従事せるもので、このことは在キングストン米國領事の證明する所なること、同領事は彼より有益なる軍事情報を受けたこと、又右の讓渡に就てその情を知れる關係もありて、普通の敵船讓渡を以て目すべからざること等を擧げ、拿捕を不當として大審院に抗告したが、同院にては右讓渡の善意を立證するに不充分なりと爲し、之を棄却した (*Prize Cases U. S. Sup. Court*, III, p. 2005 以下)。

我國は從
來大體に
於て英米
主義

大陸殊に
佛國主義

倫敦海戰
法規會議
に於ける
各國案

六二六 我が日本も船籍移轉はその誠意如何を標準とするに於て大體英米主義であること、明治三十七年三月制定の帝國海上捕獲規定第六條の第一項第四號『開戦前開戦ヲ豫期シ又ハ開戦中敵國又ハ敵人ヨリ帝國又ハ中立國ニ住所ヲ有スル者ニ所有權ヲ移轉セラレタル船舶ニシテ其ノ所有權ノ移轉ニ關シ善意且完全ナル證明ナキモノ』又同條第二項の『船舶ニシテ其ノ航海中所有權ヲ移轉セラレ未ダ現實ノ引渡ナキ場合ニ於テハ、其ノ所有權ノ移轉ハ善意且完全ナラザルモノト看做ス』の條文が示す如くである。

六二七 然るに歐大陸諸國殊に佛國の之に關する主義慣例は、英米のそれと大に趣を異にする。佛國にては敵船の開戦前に於ける中立人への讓渡は原則として有効と認むるが、但し開戦前の讓渡にしても、その讓渡を適法のものとして立證すべき書類を船内に帶有するに非ざる限り、之を中立國旗に移轉せるものと認めざるのみならず、同盟國人又は佛國人への讓渡も亦その效力を認めない(別に記する第一次大戦中の *The Colonia* の檢定参照)。開戦後の讓渡に至りては原則として之を無効とし、稀には拿捕を避くるがために行はれたるものに非ざることが立證せらるれば效力の認めらるることあるも、之を立證するの責任は一に買主にありとす。佛國のこの主義を闡明せる比較的新しい代表的の判決例には、追て掲ぐる第一次大戦中の *The Pacific* がある。

六二八 上叙の英米主義と大陸主義は、一九〇八・九年の倫敦海戰法規會議に於て當然重要な折衝問題の一となつた。同會議に於ては各國代表より之に關する種々の提案ありたるが、英國のそれは同國の多年執り來れる主義に基く大要左の如きものであつた。

『一。軍艦以外の敵船の中立人への讓渡は、賣却に依ると贈與に依るとを問はず、交戦中又は交戦を豫想して行はれ

たることの單なる事實に由り無効とならざるものとす。

『二。然れども左記の場合に於ける讓渡は無効とす。(イ)讓渡が封鎖港にて行はれたる場合。(ロ)讓渡が航海中に行はれたる場合。但し該船が讓受人の手に有效的に移すことを得る港に到着したる時に於て航海は終了したるものと看做す。(ハ)讓渡人が該船の何れの部分かを保持し、又は戦後買戻しの條項が存する場合。

『三。讓渡の誠實を立證するの責任は訴願人に存す。讓渡は善意の下に、代金の眞實なる支拂に依り完了せられたるものなるを要す。

『中立國旗の下に移轉せられたる船も、讓渡の條件に疑惑ありて訴願人之を釋明せざる場合には、捕獲審檢所に於て之を沒收することあるべし。例へば(イ)讓渡を立證すべき何等文書が拿捕の際船内に在らざるとき、(ロ)讓渡人が該船の上に何等かの管理權を有し、又は利益を留保し、又は讓渡を取消し得るものなるとき、(ハ)讓受人自身又は敵人に非ざるその代理人に於て該船を占有するに至らざるとき、(ニ)該船が敵の管理の下にあるとき、(ホ)該船の船長又は指揮者が敵の役務にあるとき。』

之に對し佛國は、自國の從來の慣例を追へる提案を以てその主張を支持した。佛國案の要旨は

『開戦後に於て行はれたる商船の國籍の變更は無効とし、宣戦前の讓渡にして正規に行はれたるものは有効とす。宣戦前の中立國旗への移轉の日付は船内に於ける確實なる書類に依りて立證することを要し、且その讓渡は正當官憲に依る登記を経たるものたるを要す。』

といふにある。獨逸の提案も

『商船の中立性なるや敵性なるやはその掲ぐる國旗に依りて之を決す。然れども中立國旗を掲ぐる船にして開戦の時まで、若くは之に先だつ二週間、敵國旗を掲げたものは之を敵船として取扱ふ。』

といふ佛國案に勝るも劣らざる峻嚴性のものであつた。我が日本代表も亦前掲の明治三十七年の帝國捕獲規定を追ひ、大體英國案に則れる左の一案を提出した。

『敵國又は敵國人が交戦中又は交戦を豫想し、他の交戦國內又はその同盟國內、若くは中立國內に住所を有する者に對して行へる船の所有權の讓渡は、その讓渡が完了し且善意に於て行はれたることが證明せられたる場合に限り有効とす。船の所有權が航海中に讓渡せられたるものにおいて、その讓渡は實際の受渡が完了するまでは善意且完了せられたるものと看做さざるものとす。』

これ等の諸案中にありて英國案と佛國案は、一は開戦後の讓渡を特定條件の下に有効とし、一は之を絶対に無効とする孰れも多年の各主義慣例を傳統的に株守するに於て、到底兩立し難きものであつた。米、澳、蘭、西の諸國代表は大體に於て英國案に賛し(日本案も亦同様である)、殊に奥匈國代表はその提出せる覺書に於て『敵船は開戦の時よりしてその國籍を變更するを得ず即ち敵船たるの資格を離脱することを得ず、と爲す所の佛國の古來の主義は、凡そ中立國の通商は戦時に於ても原則として自由たるべきに鑑み、その通商に過度の拘束を加ふるものである。佛國自身も現に一八七〇年の役にこの主義を棄てたではないか。』と記して佛國主義に痛撃を加へ、調和は困難に見えた。殊に英國案(及び日本案)にある讓渡の善意といふ語の解釋に就ては種々の意見が出た。米國代表は、苟も賣買契約にして誠實且決定的に成り何等虚偽のものに非ざる限り、その讓渡を善意のものと認むべしと論じ、英獨兩代表は船の拿捕を受くることを避けんとする意圖の下に行はれたるに非ざるものを以て善意の讓渡とすべしと主張し、容易に一致を得ない。

六二九 この間にありて英國代表は從來の主義より幾分離れ、幾分緩和せる折衷的新案即ち『開戦後に

第三章 開戦の齎らす直接の影響

於て行はれたる譲渡は、その譲渡せられたる敵船の招くことあるべき結果を回避せんがために行はれたるに非ざることが立證せられたる場合に限り之を有効とす。』といふのを提出した。別言すれば、苟も拿捕を免れんとするの目的の下に開戦後に於て行はれたる譲渡は總て無効とすといふので、更に碎いて言へば、譲渡の效力を決定する標準を賣主の動機に置かすして取引の状態に置ける從來の主義を一變し、賣主の動機如何に依りて效力を取捨するものとしたのである。英國のこの新案には獨逸も賛成し、佛國も結局之に同意した。斯くして妥協の成れるもの、即ち英國の新案を實質的に採擇したるものが第五十六條である。

六三〇 即ち倫敦宣言は國旗の移轉を開戦前に行はれたるものと開戦後に行はれたるものとに區別し、その前者に關しては第五十五條、後者に關しては第五十六條に於て左の如く規定した。

第五十五條 戰爭開始前敵船を中立國籍に移轉したる場合には、該移轉にして敵船たる性質より生ずる結果を免れむが爲めに行はれたるものたることの立證せられたる場合を除く外、之を有効とす。船舶にして戰爭開始前六十日以内に交戦國の國籍を喪失せる場合に於て該船舶内に移轉證書を有せざるときは、該移轉は無効と推定す。但反證を許すものとす。

戰爭開始前三十日以前に行はれたる移轉にして絶対に、完全に、且關係國國法に遵ひて爲され、移轉の結果該船舶の監督及其の使用より生ずる利益が移轉前に於けると同一人に屬せざるに至りたるときは、該移轉は絶対に之を有効と看做す。但船舶が戰爭開始前六十日以内に交戦國の國籍を喪失し且船内に移轉證書を有せざるときは、該船舶の拿捕は損害賠償の理由となることなし。

第五十六條 戰爭開始後船舶を中立國籍に移轉したる場合には、該移轉にして敵船たる性質より生ずる結

果を免れむが爲めに行はれたるものに非ざることの立證せられたる場合を除く外、之を無効とす。然れども左に掲ぐる場合には、移轉は絶対に無効と看做す。

- 一。移轉が船舶の航行中に於て又は封鎖港内に在る間に於て行はれたる場合。
 - 二。移轉が買戻又は返還の條件附なる場合。
 - 三。國旗掲揚の權利に關し國旗國國法に規定せる條件を遵守せざる場合。
- 右の第五十五條に關しては、倫敦宣言起草委員の報告に左の如くある。

『本條第一項の一般的規定は、敵船の中立國旗への移轉を有効とするにある。但し譲渡を有効とするに必要な普通の法律的條件を具備すべきは勿論である。その移轉を無効と稱せんとするには、拿捕者に於て移轉の目的は豫め戦の結果を回避せんがために在りしと立證するを要する。移轉に疑惑を挟むべき場合は一つある。即ち開戦に先だつ六十日以内に於て國籍を變更したる船にして賣買證書を有せざる場合がそれである。船の利益のためにする第一項所定の有効の推定は拿捕者の利益に換置せられる。移轉は無効と推定せらるるが、反證を擧ぐることは妨げない。即ち移轉は敢て戦の結果を回避せんがために爲したるに非ずと立證すること是れである。』

『開戦の結果を回避せんがために爲されたりとの理由に於て移轉を無効と認むることの權利は之を極端にせず且餘りに久しきに亘らしむべからず、との保障を望ましと爲すの希望もあつた。故を以て、移轉が開戦に先だつ三十日以前に行はれ、而して移轉の性質が純にして且決定的のものたるを示すべき條件の下に行はれたるものにおいて、無論之を有効とすることにした。その條件とは、移轉が絶対且完全で、又當事者の國々の法律に遵由して行はれ、且その結果としては該船の支配及び収益が讓受主の手に移るべきを云ふのである。これ等の條件具備せば、賣主は開戦を豫期したること及び拿捕の危険を回避せんと欲して譲渡を行ひたるものと拿捕者に於て主張するを得ない。然れどもこ

の場合に於ても、該船が軍艦に出會ひ、而して賣買證書を船内に具有せず、且讓渡が開戦に先だつ六十日以内に行はれたるものなるときは、事情疑はしきものとして拿捕せらるることあるべきが、該船にして捕獲審檢所に對し本條第二項所定の立證を爲さば解放せらるべく、但し賠償は之を要求するを得ない。殊に該船を拿捕すべき充分の理由ありし場合に於て然りである。』(Int. Nav. Conf., Proceedings of, p. 368)

又第五十六條の當初の原案には、開戦後に於て中立國旗に移轉せられたる船にして移轉前と同じ通商に従事するものに對してはその移轉を無効とすべしとの條文があつた。之に關し本條起草委員の報告には

『移轉後に於て以前に従事したると同じ通商に従事する船に關する條文も曾てありしが、斯かる船の移轉は虚偽的外形を有し、大に疑惑を挾むの餘地あるものなるが、しかも船に依りては、例へば油槽船の如きは、その構造上一定の通商にのみ従事するを得るものであるから、之を絶対に無効と爲すは酷に失すとの異論もあつた。又航路の一字を加へ、同一の航路に依り同一の通商に従事するものは云々と爲すの案も出たが、これも結局廢案となり、その結果移轉の效力は一般的規定の下に立たしむることにした。但し反證を擧ぐるの道は開かれてある。』(Ibid., p. 369)

之を要するに右兩條の規定は、移轉が相當早く且誠實に行はれたるものにおいて、その移轉を無効とすべき理由は無いとし、ただ交戦國は、それが果して右の條件に合格すべきものなるや否やを檢討し、若し『該移轉にして敵船たる性質より生ずる結果を免れむが爲めに行はれたるものなること』が立證せられたる場合には之を無効とすべきも、さもない限りは效力を認めるといふのが大體の趣旨で、語を換へて云へば、開戦前の移轉は、それが異國の下に行はれたものと拿捕者に依りて立證せられざる限り原則として有効とし、開戦後の移轉は、それが異國の下に行はれたものに非ずと立證せられざる限り無効とするのである。(但し後者

の場合にありて、之を立證すべき責任者は賣主たる敵人なるや、將た買主たる中立人なるやに就ては明規なく、ために第一次大戦中に英佛兩國その取扱振を異にしたる始末は追て之を述べる)。

佛國の倫敦宣言の採擇

六三一 國旗移轉效力問題は斯く倫敦宣言の上に妥結を得たので、佛國は同宣言の調印後程なき一九二二年十二月制定の海戰訓令の第百十二條に於て、同宣言第五十六條と全然同一——但し末尾に『例へば相續に由るが如き』(“par exemple par suite d'héritage”)の一句を添加したる以外には——の條句を採擇し、茲に古來の開戦後の移轉の絶対非認主義を抛つて他の諸國の主義に一致せしめた(この添加の一句はルノール報告書中の説明に據つたものと思はれる。Ibid., p. 369 参照)。帝國海戰法規も第二十二條及び第二十三條に於て倫敦宣言の前掲兩條をその儘に採擇した。

伊土戰役に於ける本規定の適用

六三二 倫敦宣言の調印後(但し調印諸國の批准は孰れも得るに至らなかつたが)第一次大戦に至るまでの約五ヶ年の間に於て、開戦後の國旗移轉に關する前掲第五十六條の適用ありたる例としては、伊土戰役中の希臘船 *Aghios Georgios* 外一隻 (*Vastikos*) に係れる事件があつた。この兩船は元と土耳其の商船で、開戦後間もなく希臘人の名義となり、希臘の船籍に登録せられた。而して程なく伊國軍艦に拿捕せられ、伊國捕獲審檢所にては倫敦宣言第五十六條の規定に準據して沒收の檢定を下した。船主側では、倫敦宣言は伊國政府之を批准せざるものであるから、同宣言の條項に準據するは當を得ずと抗辯した。けれども同審檢所にては『倫敦宣言の諸條項は、その總則に言明しあるが如く、要するに一般承認の國際法の原則を一法典に編成したもので、簡單に云へば現行慣例の解釋的宣言に過ぎぬものであるから、たとひ政府之を批准せずと雖も本審檢所は之が拘束を受くるものである。』と論じ、右の抗辯を却下した。倫敦宣言の規定が果してその總則

に謳はれてあるが如く、一般に承認せられたる國際法の原則に副ふものなるやに就ては議論もあらんが、伊國審檢所が右の根據の上にその檢定を下したのは、同宣言の不批准の形式に拘泥しないで、よく法の精神を參酌したるものとして稱揚すべきである。第一次大戦にありても、倫敦宣言はよしんば不批准なりしにもせよ、右の意味から各交戦國にして努めて本條項に遵由せしならんには、少なくとも國旗移轉に關する問題に於て統一的の權威ある解決を示し得た譯であるが、これも同宣言の他の諸條項と均しく、交戦諸國に依りて殆ど空文化さるるに至つたこと次に述ぶる如くである。

第四目 國旗移轉問題の第一次大戦中の取扱振

六三三 第一次大戦に於ては、交戦諸國は後には倫敦宣言の諸規定の大部分を若くは全然無視するに至つたが、少なくとも開戦の當初にありては、必要な修正は加ふるも能ふ限り之に遵由するの意思を聲言した。而して交戦諸國の同宣言の諸條項に加へたる修正中には、國旗移轉に關する第五十五條及び第五十六條に觸れたものとは一も無かつた。又事實該兩條の規定は、同宣言調印後自國の海上捕獲法なり海戦法規なりに之を新に編入したる國もある(例へば佛國及び我が日本の如き)。然るに英佛諸國が一九一五年十月、船の敵性と否とをその掲ぐる權ある國旗にて定むることを規定する第五十七條を以て事の實際に適せざるものと爲し、率先之を廢棄するに及び、中立國旗は最早や之を掲ぐる船を保護するの力を失ひ、船主の國籍がその決定標準となるに至つたのであるから、隨つて之と共に敵船の中立國旗への移轉に關する規定も、之に伴ふて當然その影響を受けざるを得なくなつた。

倫敦宣言
第五十七
條廢棄の
影響

交戦諸國
は大體從
前の主義
に轉向す

六三四 是に於てか國旗移轉に關しては、各交戦國は特に國際法上確定の原則に悖反せざる限り、各自從前の慣行に依りて任意に取捨措辭するの方針を執つた。その方針を大別すれば、一は開戦後即ち戦時中の讓渡は、それが誠實のものたる限り、及び航海中に於て若くは封鎖港に於て爲されたものに非ざる限り、之を有效と認むるのと、二は戦時中の讓渡は之を絶対に無効とするといふに歸着する。英、澳、及び我が日本は前者を採り、而して佛、露、獨等は後者に出でた。英國は倫敦宣言第五十六條の趣旨は専ら着色的即ち假裝的の讓渡を禁ずるにあり、隨つて苟も完全に且無條件に、善意の下に行はれる讓渡であれば、無害の國旗移轉としてその效力を認むべきものと爲し、大體に於て同條の規定により離るる所なかつたが、佛露獨の諸國にては、國旗移轉の法則を極めて峻嚴に解し、開戦後に於ける移轉は事實絶対に不可能ならしめた。しかも佛露はその主義を相異にする日英と共同戦線に立ち、反對に獨逸は英國主義の塊と同盟關係にありて、兩交戦國の執れる所全く交叉混淆する始末であつたがため、問題は一層複雑性を加へた。

六三五 今第一次大戦中、國旗移轉の效力問題を主要交戦國が如何に取扱ひたるかを二三の代表的實例に徴せんに、先づ開戦前に行はれたと稱する移轉に係る英國捕獲審檢所の檢定としては、獨逸船 *Toumni* 及び *Rohrstrand* を擧ぐべきであらう。

トムミ及びロータースタンドの兩船は、英獨開戦に先だつ三日前の八月一日、折から英國へ向け航行中、船主たる獨逸の一會社から電信一本にて英國登記の一會社に賣渡されたもので、買主たる英國會社の株主は全部獨逸人であり、經營も事實賣主たる獨逸會社の指圖の下に行はれて來たものである。斯くて八月五日、本船の獨逸國旗を掲げて英國の一港に入るや、税關にては直ちに之を拿捕した。

The
Toumni
及び The
Rohr-
strand
1915

開戦前の
移轉に係
る英國の
判例

英國捕獲審檢所にては、檢察官は本兩船は、(一) 拿捕の際には獨逸國旗を掲げ、而してそのみが本船の掲ぐるの權ある國旗であつたから、明かに敵性を有するものである、(二) 賣買證書を有せず且未だ買主の手に完全に渡つてないものであるから、讓渡の事實が疑はしい、(三) 買主の商社はその株主が悉く獨逸人であるから、斯かる船を所有するを得る英國の一會社とは稱し難い、(四) 讓渡が誠實のものなりしといふことを申請人に於て立證すべき證憑の提出が無い、(五) 讓渡は英國も參加すべき歐洲戰の起るのを豫想し、その拿捕を免がれんがために行れたものと認めらる、等の理由の下に沒收の論告をした。之に對し買主たる申請人からは、

『本賣買は關係書類の示す如く、確實に善意を以て行はれたものである。掲揚の國旗が敵國のそれであるが故に敵性のもものと看做すとの論は、公海にありては兎に角、在港の船には適用せられざること一七九八年の *The Vigilantia* 及び一八一二年の *The Success* の兩判決例に徴すべきである。英國が獨逸と開戦するといふが如きは八月四日まで獨逸に於てすらも豫期し居らざりしと在伯林ゴッ申大使の八月八日付の報告にもある通りで、本賣買は決して英獨開戦を豫期したものでなく、畢竟獨逸間に開戦となる場合を慮り、バルチック海より兩船を引揚げて露國軍艦の拿捕を避けんがためであつた。』

と稱して右の論告に抗辯したが、審檢所長官エヴァンズは、大要左の理由に於てこの抗辯を斥けた。

『本問題を判定するには、本讓渡が英獨開戦を豫期して行はれたか否かの點は重要なならず、要は讓渡の時に於てそれが交戦國の權利を無効にせしめんがために行はれしものか否かに在る。これが問題を決裁する試金石である。又本船がその掲ぐるの權ある國旗を現に掲げて居つたか否かは問題でなく、重點はその掲ぐるの權ある國旗は何であつたかにある。この點に就ては、本船が公海に在りしと港に在りしとを問はない。本船が拿捕の際に掲ぐるの權ありし國旗

は獨逸のそれで、英國の國旗ではない。この點のみにても本船は之を捕獲物とするに充分の理由がある。本船の讓渡は、譬へて云へば「吾輩は足下が彼地に在るを知り、足下は吾輩が此地に在るを知り、双方互に緊密の關係にある。獨逸に在る吾輩は彼地に在る足下の英國會社の總株の十中九までを有する。若し開戦とならば、交戦國が何れの國であらうと、この兩船をば英國船と稱せしめよ」といふに同じで、決して善意の讓渡とは認め難い。即ち開戦——當時既に極めて切迫し、數時間の後には現に事實となりたる——が愈々事實となつた曉に於て交戦國の權利を無効にせしめんがために行はれたもので、決して誠實なる眞の賣買ではないから、その讓渡は無効で、本船はその拿捕を受けた際は共に獨逸船である。……倫敦宣言第五十五條に規定する「三十日以前」及び「六十日以内」の語に關しては、これ等は單に人造的期間(merely artificial periods of time)に過ぎず、多數の國々に依りて協定せられたりとは云ふものの、何れの國の捕獲審檢所の判決例にも見ざる所で、要するに勝手に協定せられたる期間に過ぎない。……最後に、全然外國人に依りて組織せらるる會社は英國の船を所有し得るかの問題であるが、これは今本審檢所の決定を要請せられたる問題でなくも、本審檢所は本件事實の眞相に鑑み、たとひ讓渡は完了したるものとするも、尙ほ且本船は獨逸船と云ふ能はずと論ぜざるを得ざるものと推定せらるることは本意でない。(Faulkner, *Jurisp.* Brit., I, p. 26)

斯く審檢所長官は論斷して本讓渡の效力を非認したるが、敢て本兩船を沒收すとは宣告せず、ただ海牙議定の開戦時敵商船取扱條約の規定に依り終戦期まで之を抑留することにした。この檢定は大體に於て當を得たるものと思はるるが、然しながら右の末段にあるが如き倫敦宣言第五十五條規定の當該期間を以て勝手に定めたる『單なる人造的期間』に過ぎずとして排斥するならば、自國の調印したる如何なる協定にても同じ理由にて排斥するを得ることになるべく、之を規定する同宣言に英國の調印したのは撞着ならずやと評せざ

The *Bel-*
loc, 1914

次には英獨開戦の翌日の八月五日、加奈陀のリモウスキ港にて英國軍艦に拿捕せられたる獨逸帆船ベラスに關する檢定がある。この拿捕に對し船主と稱する一葡萄牙人は、本船は開戦に先だつ一ヶ月の七月三日、葡萄牙より加奈陀への航海中、獨逸の船主より自分に讓渡せられたもので、中立船として開戦の四日前にリモウスキに入港したに過ぎずと抗辯した。然るに本件の捕獲審檢を取扱へる加奈陀の裁判所にては、本船の船舶書類では依然獨逸船であり、又現に獨逸の國旗を掲げ、讓渡の有効に行はれたことを立證すべき何等證憑なしと爲し、同船を沒收と檢定した。

開戦後の
移轉に係
る判決例

六三六 以上は開戦前に行はれたと稱する讓渡に關するものであるが、開戦後に於て行はれたるそれによりては、英國捕獲審檢所にては當該讓渡が敢て拿捕を免れんがために行はれたるに非ずと船主に於て立證し得るに非ざる限り之を無効とするが、反對に、その讓渡にして善意の下に行はれ、何等詐偽的事情の伏在することなしと認めたるものにおいては、たとひ戦時中に於て行はれたるにしても之を適法のものとする。その前者の例には *Kankakee* (外に *Hocking* 及び *Genesee* の二隻) に關する檢定があり(註一)、後者には *Lenora* のそれがある(註二)。

The
Kankakee,
Lenora, 1918

註一。カンカキ外二隻は、表面米國船で内實獨逸船と認められたものである。英佛兩國は一九一五年十月、倫敦宣言第五十七條を廢棄したと前に述べた如くであるが、恰も是と前後し、丁抹の石炭商の甲某なる者獨逸筋から資本の供給を受け、獨逸外北歐諸國の船數隻を買取るの計畫を立てた。折から彼は和蘭にて禁制品輸出に關する一刑辟に觸れ、投獄の身となつたので、ロッテルダムの一商の乙某なる者代つて右の計畫に當り、北歐諸國の船十一隻を買

取り、更に之を米國にて主として獨逸資本の經營と稱せらるる新設の米國大西洋汽船會社に賣付けた。この汽船會社の社長の獨逸系の米人ワグナーなる者は、右買入船の米國船籍への登記方を一九一四年八月十八日の關係法律に依り米國商務省に申請した。同省管船局長は、登記は米國人の所有船に限るべく、これ等諸船の所有者は事實上の獨逸會社なるが故に、該申請を受理すべき限りに在らずとの意見であつたが、省内にては別に同會社はデラウェア州の法律に依り成立したる米國の會社なるが故に、株主は何人たるを問はず、又資本が何筋の供給たるを論せず、登記然るべしとの論もありて、結局この後説に依り該諸船は一九一五年九月乃至十月、孰れも米國船籍に登記せられた。但しその際管船局長はワグナーに對し、該諸船にして歐洲への航海に従事せば早晚拿捕を受くるの危険あるべき旨を警告したとある(第六一七節參照)。序でながら、米國の船籍登記に關する一九一二年八月四日の法律に依れば、外國建造の商船にして船主が米國人であり且船齡五年を超えざるものは之を米國の船籍に登記するを得となつてあつたが、第一次大戦開始直後の一九一四年八月十八日の改正法律に於て船齡に關する制限は削除となつた。斯くて外國船にして米國の船籍に登記せられたるものは、一九一四年七月一日以降一九一七年二月二十八日に至る二年八ヶ月間に二百四隻を算したとある (*Garner, Int. Law & the W. W. I., § 124, p. 184, n. 2*)。

ワグナーは右の警告に従ひ、成るべく之を歐洲方面へ仕向けることを避けつつあつたが、それにも拘らずカンカキ、ホッキング、ゼネシーの三隻は英國軍艦の、又同じ關係の一船ソルウェヒは佛國軍艦の、孰れも拿捕する所となつた。(この拿捕は英佛兩國が倫敦宣言第五十七條を廢棄したる同月二十日の直後である)。米國の船主側からは英國捕獲審檢所に對し、本汽船會社の大部分獨逸筋の出資に係るは事實なるも、本諸船は米國旗を掲ぐるの權ある米國船で、隨つて當然倫敦宣言第五十七條に依り保護せられ、中立船として取扱はるべきものであるとの異議が出た。けれども捕獲審檢所長官エヴァンズは、左の理由に於て本船を沒收と檢定した。

『假に倫敦宣言第五十七條が本件に適用し得るものとしても、それは拿捕を免れんがためにする開戦後の讓渡をば無効

とする第五十六條の規定の下に律せらるべきである。殊に第五十六條に關しては、本船は移轉の行はれし以前に敵船であつたかの問題を測つて検討するの要がある。随つて第五十七條にして假に捕獲審檢所が移轉の真相を突止めんがため、その外殼を破り、單なる着色の即ち虚偽の讓渡の假面を剥すことの職權を行使するを得ずとの法則を定めたものとすならば、同條は本審檢所を拘束するの力なき無効のものと稱せざるを得ない。別語にて云へば、第五十七條は國旗移轉に關する規程を除外するが故に、國旗を絶対に決定的のものと爲すものでない。然しながら本件の場合に於ては、第五十七條はその法的結果が何であるとも、事實不適用のものであるから、右の點は之を論決するの要はない。なぜならば、同條は本船が拿捕せられし以前に既に廢棄せられ、随つてその敵性なるや中立性なるやは倫敦宣言に編入しある規定や註譯とは離れ、國際法の一般法則に照して之を決定せざる可らざるからである。船主と稱する者は國旗の表示する性質の拘束を受くるものなるも、拿捕者は更にその國旗の裏面を探索し、船主の之に有する實體的利益關係、之に對する實際的管理權、及びその眞實の所有權を検討することに依りて當該船の眞個の性質を突止むるの權を有すること、これ國際法上の定則となつてある。我が審檢所の今日の捕獲法上のこの主義に向つて新に道理と權力を寄與することは、實にこれ謂ゆる分外功徳(a work of supererogation)と謂ふべきものである。……抑も賣買の假面を剥ぎ、變裝の讓渡船の真相を露出せしむるのが捕獲審檢所の任務の重要な一部分であることは、予が曩に『The Hamborn 事件の檢定中に援用せる如く、曾てストウエルの『The Fortuna 事件中に於て高調したる所であり、又米國に於ける捕獲法の權威者 Mr. Justice Story の著 Principles and Practice of Prize Courts, Pratt's ed., p. 62 に於ても力説する所である。……要するに本件讓渡は單に着色のもので、賣主たる獨逸人は依然本船に對して利害關係を保持するものとし、當然無効とすべきである。』

この檢定は利害關係人より樞密院司法委員會に抗告となつたが、棄却されて原檢定は肯認せられた(Garner, *Ibid.*, § 135, pp. 198-9; Prize Law, § 284, pp. 378-9)。

The
Lenora,
1918

註二。レノラは第一次大戦の始まれる直後に於て獨逸の船主より墨西哥人に讓渡せられたる船である。之に關する英國捕獲審檢所(時の長官はLord Merrivale)の本船解放の檢定に曰く。

『交戦國人は戦時その船を中立人に讓渡するを得ずと云ふが如きは英國の法律に悞はない。檢察官の報告は、英國は獨逸に對し制海權を握り、随つてレノラにして獨逸國旗を掲げて海上に出づるならば必然的に拿捕せらるべき故に、この讓渡は違法なりといふにある。これ蓋し往昔のストウエルの『The Rendsborg』十九世紀初葉の英國と和蘭の交戦中、兩國船主より中立人に讓渡したる船』に關し、交戦國人に於て極度の悲境に陥り、中立人の之に幫助を供與するなくんば破滅するといふ際において、中立人にして之に幫助を供與するならば、直接に交戦に參與したる罪を免れずと云へるを先例とするものならんが、この論據に成功せんとするには、本船主は獨逸國旗を掲げては航海する能はざりしこと、及びその海上通商を持続することの不可能なるため悲境に陥れりとのことを明確に立證するを要する。然るに本件に於ては何等斯かる立證なく、又立證する能はざりしが故に、本船は申請人の要求通り解放すべきものと認めらる。』(Colombos, *Law of Prize*, p. 91)

六三七 殊に英國の主義としては、例へば倫敦宣言第五十六條の要求する讓渡の善意に關しても、苟も買主にして拿捕より免れしめんがためにその船を讓受けたに非ずと立證するならば、賣主の之を讓渡するに至れる眞意如何は敢て問ふを要せずとする。この見解は『The Edna』に關する檢定に於て示されてある。

エドナは元と Jason と稱する諾威の商船であつたが、第一次大戦の始まれる直後に墨西哥の一會社に賣られ、船名も Marchau と改まつた。けれども之を買取りたる同會社は Jason と稱する獨逸人の經營するもので、本船は墨西哥の船籍に入つた後も獨逸の國旗を掲げて航運に従事した。これは當時墨西哥國內には革命の餘波尙ほ収まらず、官叛兩軍相對立する姿なので、その孰れの側からか微發を受くることあるべきを慮

英國は賣
主の眞意
如何を問
はない

The Ed-
na, 1921

り、之を避くるためと稱せられた。けれども、それに拘らず本船は間もなく墨西哥政府より徴發を受け、軍隊輸送に用ひらるること約一年に及んだ。而してそれが済むと、今度は一九一五年十月に桑港の米人の一商家に賣られ、翌一九一六年一月米國の船籍に入りて更に *Winn* と改名せられたのである。代金も滞りなく買主より支拂はれ、賣買證書も公證済とあるから、法律上の手續は完全に済んだものと見られる。然るに程なく一九一六年四月、本船は英國軍艦に拿捕せられ、その讓渡は善意のものに非ずとの嫌疑の下に捕獲審檢に附せられた。

英國捕獲審檢所に於ける檢察官の論告は、『本船は曾て獨逸軍艦 *Wolfin* の附屬船として行動したることもあり、随つて敵國の補助艦と看做すべきである。のみならず本船の中立人への讓渡は、敵船たるに伴ふ拿捕を免れんがためにする讓渡を非認する所の倫敦宣言第五十六條に依り無効である。』といふにあつた。然るに審檢所長官 (Lord Stenning) は、

『本船が航海中偶然に獨逸軍艦に石炭を供給したるの一事は、未だ以て中立國の船籍に移されたる後の無害の航海に於て依然之を獨逸艦隊の補助艦と認めしむるに足らない。本船の讓渡が拿捕を免れんがために爲されたとの故を以て倫敦宣言に依り無効なりといふが如くんば、敵船は常に拿捕を受くべき性質のものであるから、敵船を中立人に讓渡するは孰れも拿捕を免れんがためにするに非ざるはなしと云ひ得べく、これは事實讓渡を絶対に不可能ならしむると同じである。且買主が自己の用途に使用せんがため善意にて買入れたものは、之を以て拿捕を免れんがために出たものと云ふを得ない。倫敦宣言第五十六條の禁する所のは着色的即ち賣主が買戻權を留保する所の讓渡で、敢て *The Baltica* 事件に於て立てられたる一般的原则に干渉するの趣旨ではない。本件に於ては賣買の善意が示されたものであるから、この取引は完全に有効のものと認むべく、随つて本船は沒收すべからざるものである。』

と爲した。而して檢察官より之を樞密院司法委員會に抗告するや、同委員長サムナーはその下せる裁定に於て

『論者云ふ、この類の讓渡はその依つて行ふに至れる所以の意圖に依りて驗するを要す。その意圖なるものは事の自然上讓渡人のそれである。讓受人の意圖は誠であらんも、讓渡人の意圖にして不誠ならば讓渡を全然無効ならしむべしと。而してその論據に倫敦宣言第五十六條を國際法の正しき準據法として援用する。抑も同宣言第五十五條及び第五十六條は、開戦の前と後に於ける敵船の各讓渡に就て規定するもので、その前者にありては、敵船の開戦前に於ける中立國籍への移轉は拿捕を免れんがために行はれたものなることが立證せらるるに非ざる限り有效なることを規定し、後者にありては、拿捕を免れんがために行はれたに非ずとすることが立證せらるるに非ざる限り無効なることを規定する。讓渡は賣主と買主の兩當事者の共同行爲にて成就するものである。而して「免れんがため」(“to evade”) は「避けんがため」(“to evade”) 以上の或ものを意味する。なぜならば、後者は一の結果であるも、前者は一の結果を招徠する所以の手段であるからである。然るに本件にありては、讓渡は之を爲す所の人即ち讓渡人に依り拿捕及び沒收を免かるる以外の目的にて爲されたりと論ぜられる。この解釋を正しとするならば、本條は本審檢廷の執り來れる法則を著しく變更せしむるもので、その變更は交戦國の權利の縮小に非ずして増大である。この論理を押し詰めれば、船の中立國籍への移轉は事實概ね無効とならう。なぜならば、讓渡を行ふに至れる動機及び目的を獨り胸中に藏する所の讓渡人の意圖を中立人は如何にして觀破し得るか、それは不可能なるが故である。人がその財産を他に賣らんとする目的の中に、その一として拿捕の危険を避けんと欲すること曾て無しとは、敵側から證據の出で來るに非ざる限り、周圍の事情のみにて如何にして推斷するを得るか。又その證據の出づるありとし、凡そ法廷は如何なる事實を基礎にして賣主の意圖は全然無害のものたりと認定すべきか。之に就ては *The Ariel* [註一] 及び *The Baltica* [註二] の兩事件に於て立てられたる法則に従ふを賢とする。勿論賣主に於て所有者たるの外形より脱せんと欲する

に急で、ために實際は當該財産を保持しつつ表面の名義を他に移したものと推定せしむる取引を爲すこともあらう。その場合には、法廷は實際の賣買は無かりしものと認める。必しも賣買は全然成立せざるものとは云はず、ただ賣主の不善意は買主をしてその既に代金を支拂ひたる船を失はしむるの意に於てである。本條は蓋しこの點に關し英國主義と大陸主義を妥協せしむるの努力なりしなるべく、果して然らば今必しも據るべきの準則でない。

『之に反し本件申請人は、買主の意圖如何が獨り問題を決すべきものと論ずる。即ち買主にして正直に買ふの意圖を有し、且事實之を買ひたるに於ては、賣主の之を賣れる理由は無關係なりと説く。この主張も亦適切でない。賣主の意圖を全然無關係と爲すは餘りに極端である。賣買が眞のそれなりしやの問題に對し然りと答ふるには、兩當事者の當初の動機及び目的は單に前提的且豫備的の事柄に過ぎない。けれども何故に爾く答ふべきやとならば、須らく當事者双方の立場を考量し、その取引を深く見究め、依つて以て事實何を意圖したるやを検討すべきである。今本件を按ずるに、申請人がその爲さんと欲したる趣旨は本船を無留保にて買取らんと欲するにありて、その爲したる所のものは代金を支拂ひ現物を受取ることに依りて契約の自己に屬する部分を遂行することにあつた。彼等は本船の名を易えたる事實以外に、何等問題となるべきことの行はれしを認められない。』

と論じ、即ち中立國旗を掲げて航海する敵船とても、買主が善意にて譲受くるものたる以上は、賣主の動機如何に論なく開戦後に於ても之を有效的に中立人に譲渡するを得べく、倫敦宣言第五十六條は單に賣買當事者双方が共謀して着色的即ち虚偽的の譲渡を爲すを禁制するに止まるといふ見解を闡明したものである。尙ほ同委員長は、本船の中立國旗に移轉せらるるに先だつ數ヶ月前に於て敵船として敵の軍艦に幫助を供したる行爲は、今に至りて沒收の理由と爲すに足らずと云へる原檢定をも確認した (Fanchille, Jurisp. Brit., II, p. 547 以下)。

The
Ariel,
1857.

註一。右の檢定中に言及してあるアリエル事件の概要は左の如くである。

一八五四年の英露交戦中、丁抹の國旗を掲ぐるアリエルは英艦の臨檢を受け、實際は露國人と云はるる甲某なる者即ち敵人の所有船との嫌疑の下に拿捕せられた。本船は元と露國リパウの一人乙某なる者の所有であつたが、同年の初め露英の關係險惡となれる頃、同人の土地管理人丙某なる者、本船を同地の一人にして丁抹の名譽領事たる甲の忤の丁某に賣渡すことを同領事に委任した。その忤丁といふのは露國生れであるが、當時丁抹領たりしホルスタイン州のアルトナ市の市民籍を有し、同地を中心に丁抹にて商業を營める者である。斯くて賣買契約は漢堡にて成立し、代金は一萬留で、その三分の一は即金にて支拂ひ、餘は後三ヶ月毎に二回の三分の一宛にて完済することの條件にて、三月十八日に船の受渡がリパウにて済んだ。同年六月、買主の父たる甲某は死し、又土地管理人丙某は未了代金に對する保障を握りたしとの希望があつたので、丁某は二通の手形を渡して引受を明かにした。その間に於てアリエルはリボウを發し、英米方面へも一再航海に従事する中、同年十月英艦に拿捕せられたのである。

英國捕獲審檢所にては、船主は露國人に非ずして丁抹人なりと稱するも、又本船の賣買は善意にて行はれた如くならず、賣主の乙某は本船に對し利益關係を留保するが故に、譲渡は完了せしむるものと認むる能はず、隨つて本船及び載貨は敵の財産として沒收すべきものと檢定した。然るに樞密院司法委員會に抗告となるや、同委員會にては、『第一に買主は丁抹人と認むるに足る者である。第二に、本讓渡は賣主に於て開戦に伴ふ危険を慮り、之を露國港に空しく繋留して置くよりも寧ろ捨賣するに利ありと見たる動機に發したること明白なるが、苟も賣買そのものにして絶對であり且善意に行はれたる以上は「之を爾く認定する理由が詳に擧げてある」之を違法とすべき法則は少なくとも英國にて解釋する所の國際法には何等存せず。且本讓渡の行はれし時には船は在港であつたから、航海中に於ける讓渡を違法とする法則は本件には適用せられざるものである。且本船は讓渡後全然買主の管理に移り、又専ら露國の通商に従事せるの事實も無い。故に本讓渡は善意に出でたるものと認むべし。』と爲し、前檢定を覆へして本船は之を船主に還附

すべきものと裁定した (Cobbett, *Leading Cases*, II, p. 222-5)。

註二 パルチカ事件も同じく一八五四年のクリミア戦役中のことで、即ち丁抹の國旗を掲ぐる本船は蘇格蘭の一港に入りたるに、事實露國の船といふ嫌疑の下に英國の税關にて拿捕せられた。本船は元と丁抹人にして多年露國のロバウにて商業に従事し兼て丁抹の名譽領事たる前掲アリエル事件の甲某の所有で、露國の國旗を掲げて航運業に従事せるが、恰も英露開戦の直前、本船のリバウよりコーペンハーゲンに向けて航海中、同人は之を丁抹に在住する己れの前掲の丁某に譲渡した。譲渡證書は適法に出来てあつたが、代金はその際一部分交付せられ、餘は追て本船の利得から辨濟するといふことになつてあつた。斯くして本船はコーペンハーゲンに着後丁抹の船籍に登記を了し、蘇格蘭の貨物を積んで英國に向ひ、開戦後約二ヶ月を経たる五月蘇港に入りたる折に拿捕された。

英國捕獲審檢所にては、賣主は敵國に於ける商事的定住所を取得せる者なるが故に敵人と看做すべき者であるのみならず、その譲渡も拿捕を免れんがため當事者共謀の下に航行中に行はれたる詐偽的のもので、且賣主は代金の一部は本船の利得より支拂ふと爲せるに顧み、依然本船に利益關係を保持する者である等の理由にて本船を沒收と檢定した。然るに樞密院司法委員會に抗告となるに及び、本船は中立人たる丁抹人に依り適法に譲受けたものとして前檢定は覆へされ、これ亦解放の判決となつた (*Ibid.*, p. 225)。

六三八 佛國は第二次大戦中、國旗移轉の效力に關する問題に關しては次第に倫敦宣言の規定を離れ、極めて峻嚴の解釋を執るに至つた。開戦前に於て行はれたる敵船の中立國籍への移轉にして拿捕を免れんがために行はれたる謂ゆる着色的のもの之を沒收すること例へば *Colonia* の如きものありしも(註)、これは倫敦宣言第五十五條の認むる當然のことで、その性質に於て前掲の英國捕獲審檢所の取扱へるトムミ及びロータースタンド事件の檢定と大體異なる所ない。されど開戦後に於ける移轉に關しては、佛國は同宣言第五十

佛國の方
針は極め
て峻嚴

六條(及び一九一二年の佛國海戰訓令第一百十二條)の「該移轉にして敵船たる性質より生ずる結果を免れむが爲めに行はれたるものに非ざることの立證せられたる場合を除く外」とあるその立證の責任は一に買主にあるとし、即ち買主に負はしむるに賣主はその賣渡を拿捕を免れんがために行ふ意思でなかつたといふことを立證するの責任を以てするの解釋を執つたのである。これは英國の苟も買主にして善意の下に譲受けたものと立證せられたならば賣主の眞意如何を問ふを須みずと爲す所のそれと正反對の解釋である。英國の捕獲審檢官意の見解では、前掲のエドナに關する樞密院司法委員長の所説にもあるが如く、賣主が如何なる動機から讓渡を決心するに至つたかといふその胸中の意圖を買主に於て觀破するは不可能のことで、その動機を買主に立證せしむるなどは土臺無理な話と見るのであるが、佛國は佛國で、買主に賣主の意圖立證の責任を負はすことの主張を固持して動かさない。この主張は後に述ぶる米國船 *Lucia* に關する佛國の捕獲檢定の上に強く示された。

註。コロニアは佛領アルジェー所在のヘックマン商會と稱する獨逸の一會社の支配人たる同名のヘックマンなる者が名義上その船主であつた。それが獨逸の對佛宣戦に先だつ三日前の七月三十一日、彼から英國のヘックマンなる一汽船會社に賣渡された。この汽船會社の株は大部分右のヘックマン商會の持物である。隨つて事實は船主に變更があつた譯ではなく、單に船の國籍を獨逸より英國に移したものに過ぎない。斯くて本船は、その後三週餘日を経たる八月二十四日、西班牙の一港よりポルドウへの航行中、國旗を英國のそれに變更した。これは該出發港駐在の英國領事が船長に交付したる登記の假證書に依りて爲されたのである。然るに十月十二日(一九一四年)、佛艦は之を拿捕し、捕獲審檢所にては「本船の前記讓渡は一に拿捕に伴ふ結果を免れんがために行はれたるものである。仍て倫敦宣言第五十六條と實質上相均しき一七七八年七月二十六日制定の佛國捕獲法第七條、即ち「開戦後敵國商船の中立國旗への變

The Co-
lonia,
1915

更は、その變更が捕獲を免れんがために爲されたに非ずとのが立證せらるるに非ざる限り、絶対に之を無効のものとして認むべし。に依り處断すべく、之を同盟國の國旗に移轉するも、將た佛國のそれに移轉するにもせよ、中立國旗への移轉との間に何等區別を立つべき理由あるを見ず。』との檢定の下に沒收せられた (Fauchille, Jurisp. Franc., p. 20 以下)

六三九 米國も國旗移轉の效力の問題に關しては、大體に於て英國のと同じ主義であつた。第一次大戰の勃發後間もなく、米國政府筋にて在港の獨逸船を買收せんとするの議ありて、しかも苦情の英國側よりは勿論、國內一部の間よりも起らんとするや、國務省は部内の法律家をして國旗移轉の效力に關する意見を急速起草せしめ、覺書として之を公表したるが(一九一四年八月七日付)、その結論は要するに

- 一。交戰國商船は開戦後之を中立國に移すに妨げなきこと。
- 二。船の讓渡が善意に行はれ、賣主に於てその名義又は利益に何等留保を附せず、戦後該船を買戻しすることの何等了解が明諾的にも默諾的にも存せず、且共謀的又は着色的の取引たることの象徴なき限り、その賣買は有效なること。
- 三。然れども封鎖港に在る間及び航行中に於ては移轉を爲すを得ざること。
- 四。移轉は中立人たる買主の所屬國の國法に規定する條件に遵由して行はるべきを要すること。
- 五。開戦後敵船を中立國籍に移轉したる場合には、該移轉にして敵船たるの性質より生ずる結果を免れんがために行はれたるものに非ざることの立證せられたる場合を除く外之を無効とするの倫敦宣言「第五十六條」の規定は、單に該移轉の善意のことに關するに止まり、その善意を立證するの責任者を逆にすると共に非交戰國の國旗の下に航行することより生ずる自然的利益に浴せんと欲する當事者の終局的動機に關するものに非ざること。

米國の主義

といふ趣旨としたものである(U. S. Sen. Doc., No. 503, 63rd Cong. 2nd Sess., 1914, p. 23)。之に對し佛國政府は、倫敦宣言は佛米兩國共に正式には批准こそせざりしも、第五十六條には兩國共に贊意を表したるものなること、獨船の米國への讓渡は明かに敵船たるの性質より生ずる結果を免れんがためといふその目的を以て行はるるものなること、且この讓渡は、まさしく航行中に行はるるもので、ただ交戦のために妨げらるるといふに止まること、又暫く倫敦宣言を離れて論ずるも、この讓渡は交戦に伴ふ結果より敵を免れしむるに於て敵に幫助を與ふるものとし、當然重大なる異議を挾むの餘地あるものなること等を指摘して抗議した(U. S. For. Rel., 1914, Suppl., p. 410)。英國政府も『交戰國の原所有者たることに伴ふ結果を免れんがため交戰國臣民所有の船を中立港に於て讓渡し且中立國旗の下に該船を使用することは倫敦宣言の禁する所なり』と稱して軽く抗議せるが (Ibid., pp. 421, 422)、その以上は強く主張する所なく、寧ろ米國の獨船買收を默認するの態度であつた。

しかも米國政府の方針に對しては、尙ほ内外より種々の批評もあつたので、國務省は翌九月二十七日を以て更に一の陳述書を發し、

『外國船を米國の國籍に移すことに關する苦情の可能性は、本政府の極めて抑制ある且注意深き態度に依り緩和せらるべしと信ず。即ち凡そ交戰國人より船を讓受けたる場合には、新船主はその讓受が善意のものたることを捕獲審檢所に向つて立證するの義務ある所以を本政府は強く指摘し、この方針の下に今日まで獨逸コスモス會社の一船 (Suis Francisco) の讓受の承認方を拒絕し來つた。別語にて云へば、本政府は讓受の本船は非中立的手段に使用せられざるべきことが明瞭たらざる可らずとの見解を保持する。抑留の獨逸船の不當の讓受は、この方針の下に蓋し殆ど不可能となるべし』 (The London Times, Sept. 29, 1914 所報)。

と聲明した。時々の政策よりする寛嚴の手心は別とし、要するに善意の無留保的讓渡であれば、戦時中のそれとても效力を認むるの意に於ては前後通じて一であつたやうである。

六四〇 國旗移轉に關する米國政府の前記の方針及び之に對する英佛諸國の見解が具體的問題となつて現はれたる顯著の一問題は、獨船 *Lucia* に關するそれであつた。ダシアは第一次大戰の始まれる直後に米國の諸港に避難したる漢堡亞米利加汽船會社所屬船の一で、テキサス州の一港に碇泊中、一九一四年十二月六日付の賣買證書を以て米國の一商社に讓渡せられ、翌一九一五年一月四日、同港にて米國の船舶法に依り登記を了し、船主も船籍も共に米國のものとなつた。この登記に先立つ二日前の同月二日、在華府英國大使館は左記覺書、即ち

『目下テキサスの一港に碇泊中の漢堡亞米利加汽船會社所屬の獨逸船を開戦の結果として或米國人は買收し、之を米國の國籍に移轉せしむべく申請中との情報に當館は接し、尙ほ買價は市價の三分の一なること、買主の職業は船主に非ずして金屬業者なること、及び本船買主の目的は米國の國旗を掲げて之を獨逸の一港に仕向くるにあることを聞及んだ、これ等の事情は無論米國政府の當該官廳の考慮に上り居ることと思ふ。』

『當館は本件に關し左のことを指摘せざるを得ない。即ち開戦後交戰國船の中立國旗への移轉は、或條件の下に於てするものは之を有效とすること英米の從來の法則なるも、同時に斯かる移轉に關しては對戰國として最嚴密の取調を行ふの權を有することも亦既定の法則なること、且この取調は賣買の性質、買主の人物及び職業、船員の構成、殊に當該船が移轉の前後に従事せる任務等に就て行ふが既往の例なること是れである。右は國務省の蓋し熟知する所なるべきを信じて疑はぬが、何等誤解を避けんがため、英國政府は本件の如き及び同様の事情の下に於て行はるる國旗移轉の效力の承認如何に關し、自國の權利を留保せざるを得ざることを當館はこの機會に於て指摘する。』 (U.S. For.

本船讓渡の效力に關し英佛米の見解

The *Dacia*, 1915

と云へるを發表し、次で同一月十二日、在華府英國大使は國務長官に宛て左の私信を送附した。

Ref., 1915, Suppl., p. 674)

『開戦後の國旗移轉に關する英國政府の態度如何との貴問に對しては、本使は未だ本國政府より詳細の訓令には接せざるも、大體は倫敦宣言の定めたる法則に遵由するの意なりと思惟する。尤も該宣言は批准を得ざりしものなるが故に、本問題を考慮するに方りては、主として既往英米兩國の執り來れる主義の指示する所に據るべきものと論じ得られぬでもない。その主義とは貴下の知らるる如く他に非ず、交戦中に於ける船の賣買は常に嫌疑の眼にて視らるるは免れざるも、絶対に之を禁ずることは通商國に對し餘りに苛嚴の措置なること是れである。本使の所信に依れば、賣買の效力はその取引の性質に依り決すべく、即ち買主はそれが誠意の賣買なりしことを立證すべく、又該船は中立國旗掲揚の下に一般的に敵のための航海に従事すべからざることを通則とする。』

『本使の今日まで承知する所にては、以前外國船たりしものにして開戦後米國の國籍に移りしもの百十一隻、この中には英國船八十六隻、獨逸船十七隻を算する。』

『本使の政府は、開戦前に米國商社の誠意に所有せる船にして讓渡後船員に敵國人を有せず、敵港に又は敵への供給基地たるべき中立港に物資を輸送するに非ざるものに對しては、今日まで異議なくその讓渡を認め來りしも、船が元と米國人以外の者の所有に係るものに對しては、國旗移轉は非中立的の目的に利用せらるるの可能性に鑑み、自然之を嫌疑視する。現に桑港にて國旗を米國に移轉せるサクラメントの如き、同船は獨逸の一巡洋艦と共謀の下にその押收を受け、炭庫を作戦上の用に提供した。ダシアは獨逸の汽船會社より市價の三分の一の價格にて米國の獨逸系の一商社に讓渡され、將に獨逸の一港に向はんとすと聞く。羅馬尼船ストア、ローマナはブレーメンにて米國の船籍を取得し、表面米國に向ふと稱して同港を發したるが、今日まで米國に着せしを聞かない。これ等諸船の國籍移轉の結果として英國政府損害を受くるあらば、賠償要求を米國政府に提起することあるべしと思惟する。尤も國籍移轉に

して純乎たる商業的性質を有し、その賣買の目的が一に商取引に存するものもあらう。移轉の誠實が立證せられ、船主の變更と共に船員を中立人にて構成し、専ら中立港間の中立的通商に従事する限りは、敢てその效力を争ふなきが法則なりと本使は信する。

『獨逸政府は、敵船の米國旗に移轉せるものにおいて、該船にして専ら米獨間の通商に従事する限りは異議を挟まずと聲明した。英國政府は、本使は訓令の下に爾く云ふのではなきも、敵への供給基地に非ざる諸港との航海に従事するものたるに於ては、該船の讓渡に關しこの上異議を挟むことあるべしとは思はない。然しながら尙ほ移轉の結果として抑留船の解放に關する問題が別にある。即ち讓渡を受けたる中立人が解放後その船を非中立的の目的に利用することなきやの問題であるが、この複雑なる問題は事の發生を俟ち追て討議することにした。』(Ibid., p. 676)

右の末段は中立國に課するに交戦國商船を抑留するの義務を以てし、該商船にして出港するあらば、ために受くる對戦國の損害の賠償は中立國政府に要求すべしといふを暗示したるもので、この斬新の意見に中立國が果して納得するや疑問たらざるを得ざるものであつた。

その翌々日の一月十四日、米國國務長官は在倫敦米國大使をして英國政府に對し左の訓令を執行せしめた。

『最近米國の船籍に移りたる獨逸商船ダシアは、棉を満載して來火曜日又は爾後成るべく早くガルヴェストンを發する豫定である。船主の當初の計畫にては、本船をブレイメンに仕向けんとせしも、國務省の注意に由り船主も荷主も之をロッテルダムに直航せしむることに同意した。本船の職員及び船員は全部米國生れの米國人である。荷主は本船の適法に米國の船籍に登録後、その安全に荷送りし得るものと信じ、積荷を依頼した。本船は何れの敵港にも立寄らずロッテルダムに直航し、然る上米國に歸航すべく、貨物検査のための留置には同意した。棉を積送るには差當り他船なく、本船に積み得ずとならば荷主は大損失を受くる由。本船は半價にて買取りたるが、そは獨逸諸船の空襲留に

由る自然の結果である。貴下は直ちに英國外務大臣に謁し、親しくこの事情を告げ、以上の事由に基く本船の特殊の航海に鑑み、敢て英國の從來の主義の拋棄をば意味せず又敢て今後の先例と爲すの意ではなく、單に本件に關し國旗移轉の問題を提起するなきやう同政府の同意を求められたい。その同意を得るに於ては、國務省は英國が本船の棉積出に就て便宜を與ふることに同意せる旨、竝に本件は今後の先例に援用するを得ざること且將來敵船を買取る者には總てこの儀を傳ふること、の陳述書を發表する積りである。棉の運賃は昨今殆ど禁止的高値を示して居る。ダシアの讓受人は英船又は佛船を買入れんと努力したるも效なく、英國政府の最近の制限法は船籍移轉を事實不可能ならしめた。』(Ibid., p. 678)

この要望に對しては、英國政府は本船にして英國港に來航せば載貨は獨逸の仕向地に於けると同じ價格にて英國政府は之を買取ることには辭せざるも、船そのものは一應捕獲審檢に附せざるを得ざること、本船の讓渡は結局戦時中に於ける抑留船の解放と擇ぶなきものと認むること等を回答した。

その後米英兩國政府間に尙ほ數次の照覆ありしも略し、在華府佛國大使も一月十六日(一九一五年)付を以て米國國務長官に對し、本件の如き國旗移轉は吾等の敵國に作戰遂行の資金を供給するに異なるなく、且同盟國艦隊の制海權より一戦を交えずして逃避するの結果を敵國に與ふるもので、事實敵國に對する一の幫助行爲と認むる旨を披陳し、翌二月十六日、重ねて同國務長官に對する照會中に於て

『(一)國旗移轉を適法のものとして承認するには、その取引が誠實に行はれ且取引の前にも後にも該船が敵國の指揮に屬せず又は敵國の利益のために航するものたらざるべきは勿論なること。(二)佛國政府入手の信據すべき情報に依れば、獨逸政府は讓受船が獨逸の利益に用立つに非ざる限り國旗移轉を承認するを欲せざりしとある。中立國と交戦國との關係を支配する平等の原則は、斯かる場合に同盟國政府をして、獨逸側に於て全然同一條件の下に行はるる同盟

諸國との取引を尊重するに非ざる限り、米國旗に依りて獨逸との間に行はるる何等取引を尊重せしむる能はざらむること。(三)特別の事情に由る敵船の米國旗への移轉を同盟國政府に於て承認することは、以上述べたる理由に因り、該船が敵國のために通商航海することに依り現に敵を利するものたる以外に限るべく、又限らざるを得ざるべきこと。(四)米國旗に移轉せる船の乗組員として依然従事する敵國臣民は、軍役に服するものとして逮捕せらるべく、これは英佛兩國の協定に屬し、既に昨年十一月三日の佛國官報にて公示せる所なること。』(ibid., p. 690)と通告した。

本船佛艦に拿捕せらる

六四一 斯かる間にダシアは豫定の如くガルヴェストンを發してロツテルダムに向へるが、途上英吉利海峡にて遂に佛國の一軍艦に拿捕せられ(一九一五年二月二十七日)、同國捕獲審檢所に送致せられた。同海峡は英國艦隊の常に遊弋して警戒を怠らざる所なるが、それに拘らず本船は何故に英艦に依り拿捕せられずして佛艦の拿捕する所となりしか。之に就ては、時の在倫敦米國大使ベーチの英國外相グレーとの内談に左に抄譯する面白い一秘話がある。

『歐洲開戦の初葉、米國議會にては外國船を米國の船籍に登録することを許す法案が通過した。これが果して賢明なるや、殊に米國の中立との關係如何、は當時問題となつた。ハウス大佐は大統領への電信中に於て、同法案は大に危険を包藏するものと報じた。これは正しき見方であつた。當時海上には、獨船出で來らば直ちに拿捕せんと英艦數隻待構ふるがため、進航の危険を慮りて米國の港内に蟄伏する獨船は多數あつた。これ等の獨船を米國旗の下に移し、之を米獨間の通商に使用するに於ては、その船籍移轉が紙上のからくり過ぎぬことは餘りに見えすいて居るから、同盟諸國と米國との間に危機を惹起すを免れない。英國政府は右の法案を不快視した。けれども抗議を試むるを得策と見ず、在華府英國大使をして國務省に向ひ、該法案にして獨逸を利するに非ざる限りは英國は之に對し異議を挾ま

何故に英艦に拿捕せられしか

ざるべしと告げしむるに止めた。即ち獨船にして米國旗の下に移されたる後、南北米大陸の諸港間若くは獨逸を遠く距る所の方面の通商に従事するならば、英國として何等苦情は無いのである。しかも一九一五年一月の初め米人がダシアを買取り、而して新法律の規定に従ひ之を米國の船籍に登録したること、船員に米人を乗組ましたこと、棉を積んで獨逸に向はしむること等の公表あるや、新聞紙上の大問題となり、米英親善論者の中に憂懼の種となつた。英國は苦境に立つた。之を默認せんか、米國の諸港に空泊する獨逸諸船は擧げて米國の船籍に登録せられ、大手を揮つて米國と中歐諸國との通商に従事するの道は開かれる。英國にしてダシアを拿捕するあらんか、米英間の葛藤は免れざるべく、そは會々以て獨逸の陥穽に落つることになる。

『在華府英國大使は、ダシアにして獨逸の一港に向はば英艦は之を拿捕すべしとの意を米國政府筋に通じた。同船の輸送せんとする棉は當時未だ禁制品としてなかつた。けれども船そのものは獨逸船として、隨つて敵の財産として拿捕せらるべきである。然るに同船は、形式的には既に米國船となつてあるから、米國政府としてはその拿捕に對し默視する筈は無い。さればダシアの一月二十六日を以て解纜するや人心恟々で、獨逸同情者は米國政府の同船の解纜を許したることを以て英國に對する一種の挑戦なりと爲し、而して英國がこの挑戦に應ずるの意思を宣明したる事實は、愈々以て局面を危殆に導いた。

『形勢此に至りたる時にベーチは一日外相グレーを訪ふた。そしてダシアに就て談緒を開いた後、「どうです寧ろ佛國軍艦をして之を拿捕せしめては」と囁いた。グレーの顔面にはハタと了解の意が閃いた。……英國にしてダシアを拿捕すれば米國の一部にては即時の對英開戦論が勃興すべけんも、佛國の拿捕とあらば事情は自ら別である、といふのがベーチの考である。つまり全く感情の問題である。事は彼の忠言通りに進み、佛國の一巡洋艦はダシアを英吉利水道に要して之を拿捕し、遂に没收の檢定を下した。佛國のこの措置は米國側に憤慨の露をだに示さるるに至らなかつた。その後ダシアは佛國人に拂下げられ、船名は *Yves* と改まり、地中海の航運に従事せるが、一九一五年の末獨

逸潜水艦に撃沈せられて海底の藻と化せると共に、その物語も終焉を告げた。』(B. J. Hendrick, *Life and Letters of Walter H. Page*, I, pp. 392-6)

六四二 去程に佛國捕獲審檢所にては、檢察官はダシアの讓渡は拿捕を免れんがために行はれたもので、随つて善意のものに非ざるが故に沒收すべきものと論告した。之に對し買主たる米國商社側は、本讓渡は敢て拿捕を免れしめんがためではなく、單に適當の一船を時價にて買取つたといふ普通の賣買取引に過ぎずと抗辯し、且その抑留に伴ふ損害三十萬フランの賠償方を要求した。又米國國務省から同省法律家の意見として佛國政府に移牒したる覺書に於ても、倫敦宣言第五十六條は單に讓渡の誠實如何を標準に取り(即ち讓渡が賣主側に於ける買戻契約、權利留保等の下に行はれたに非ざるや否や等)、敢て當事者の心の奥の動機如何を問ふものでない、と論じて申請人の抗辯を支持する所あつた。けれども佛國捕獲審檢官憲は、斯かる意見は倫敦宣言の公的報告書にも見えず、歐洲諸國の各捕獲法規にも規定せられざるのみならず、倫敦宣言は佛國政府之を批准せず、言はば參考案たるに止まり、佛國自身その是なりと信する所に從つて解釋するを得るものであると云ひ、進んで

『米國國務省の法律家の意見と稱せらるるもの、即ち倫敦宣言第五十六條は單に着色的即ち詐偽的の讓渡を禁ずるの趣旨にして、善意のそれを禁ずるの意に非ず、又敢て賣買當事者の心の奥底までをも揣摩するものに非ずとの説に關しては、この點倫敦海戦法規會議に於ても種々異見のありし所なるが、謂ゆる善意とは讓渡の意圖中に拿捕の危険より船を免れしむる意思の無きをも意味することは、當年の英獨兩國代表の覺書に徴し明瞭である。この了解は同會議の一般報告書の上にも見ゆるのみならず、獨逸捕獲令第二條及び奧匈國捕獲法第三條もこの主義を採り、共に凡そ讓渡は開戦なきも尚ほ且行はれたといふものに非ずんば違法と認むべしと規定し、又本開戦後英佛兩國政府の發せる倫

敦宣言施行に關する布令中にも誦はるる所で、往年の伊土戰役に際し伊國捕獲審檢所の執りたる見解も亦さうであつた[前目に記したる *Aghios Georgios* 及 *Vasilios* 事件]。乃ち讓渡は實に法律上の形式的意義に於て善意たるを要するのみならず、拿捕の結果より船を免れしむるの意圖の下に行はれたに非ざるものに限り、茲に始めて當事者の誠意なるものを認むべきである。本件買主のこの點に關する立證は極めて薄弱たるを免れない。……本讓渡は形式的には適法に行はれたりとするも、その讓渡後本船は過去に於けると均しく依然敵との通商に従事せるのみならず、現に拿捕を受けたる際に於ても、その尚ほ獨逸國旗の下にありし當時のと同じ航海に従事しつつあつたもので、即ち敵との通商を許すこと及び拿捕を免れしむることの目的を以て爲されたる斯かる讓渡は、以て交戦國に對抗するの效力あるものと爲すを得ざるものである。』

と論じ、本船の讓渡を無効と認め、之を沒收すべきものと檢定した。但し載貨は訴訟の目的となつて居らぬといふ理由で、その代金を荷主に還附することになつた。船主側は『元來讓渡の善意如何を決定すべきものは買主の意思で、賣主のそれではない筈である。本件の場合に、賣主の眞意如何を買主に於て突止むるが如きは到底不可能であるが、本件に於ける賣主の意思はと問へば、それは畢竟徒らに古船を中立港に廢かして置くの不利に顧みたらが故に外ならない。』と論じて上級審檢廷に抗告した。けれども『買主は己れ自身の無害の意思を宜しく立證すべきのみならず、賣主のそれをも立證すべく、且本讓渡は假に開戦なかりしとするも必然行はれたものとのことを立證するを要すべきに、その立證甚だ不充分なり。』との理由にて棄却となつた(Fauchille, *Jurisp. Franç.*, pp. 94, 101, 327-9)。

六四三 想ふに本件に關する佛國捕獲審檢官憲の右の見解は、苛酷といへば確に苛酷の嫌あるを否み得ない。賣主の眞意如何を買主に於て的確に立證するが如きは、本抗告人の云へる如く、又英國の法廷にても認

その檢定の當否

めらるる如く、よしんば不可能に非ずとするも、事實多くは至難であらう。ダシアの讓渡を以て拿捕を免れんがためにせるものと斷ぜざるは、必しも全然理由なしとは云へない。なぜならば、本船にして港外に出づるあらば必然拿捕を受くるを免れぬからである。けれども更に他の一面から見れば、本船にして引續き港内に碇泊する限りは拿捕せらるる危険は無いのであるから、必しも一に拿捕を免れんがために讓渡したものと云へまい。ただ出港すれば拿捕せらるる危険があるから、出港はしたくない、さればとて碇泊した儘で船を遊ばして置いたのでは損であるから、買手を探し適當の値段で放賣する。これは普通の商取引であるまいか。倫敦宣言は必しも戦時中は如何なる場合にも船の賣買相成らずとしたものではない。いや航行中に於て又は封鎖港内に在る間に於て行はるる以外には、讓渡の權利を認めたものである（勿論その適法に行はれしことを立證するの要はあるけれども）。別言すれば、倫敦宣言の禁する所は主として航海中及び封鎖港内に於ける讓渡にありて、中立港に於けるそれではない。若し中立港に於ての讓渡が捕獲を免るるためとの故を以て不法なりとするならば、如何なる場所及び場合に於けるそれを以て適法なりとすべきか。恐くは開戦後に於ける船の讓渡に一も適法を認むべき場合なしと云ふことにならう。乃ち英國の樞密院司法委員會のエドナ事件に關する前掲の裁定中に於て『讓渡が拿捕及び沒收を避けんがためでなく、その以外の目的に出づと讓受人に於て立證するの義務ありとせば、その論法を押詰むれば、讓渡の効力は殆ど一として之を認むるを得ざるに至らん』と云へるは、一理ある言として首肯せざるを得ない。尤もダシアは、その讓渡が行はれたる後依然獨逸との通商に従事したもので、それが佛國捕獲審檢所の心證を害し、右の檢定を下さしむるに與りて力ありたることも思はれる。随つて假にダシアにして讓渡後南米なり東洋なりの航路に充てられし

獨逸の解
釋も峻嚴

ならんには、佛國の之を拿捕するありとしても、或は右と異なる檢定となつたかも知れない。

六四四 英佛兩國の各捕獲審檢所に於ける倫敦宣言第五十六條の見解は概略上叙の如しとし、獨逸のそれはどうでありしかと見るに。獨逸にては、敵船の開戦後に於ける中立國旗への移轉は、拿捕回避のために行ひたるに非ずとのが明確に立證せらるるに非ざる限り之を無効とすること、米國旗掲揚の *The Pass of Bahadur* の檢定の示せる如くである（註）。この點に於て獨逸は、佛國のダシアの檢定に於けると均しく、倫敦宣言第五十六條を峻嚴に解釋したものである。

註。パッサ オブ バルマハは元と加奈陀の船であつたが、第一次大戦開始後米國の一汽船會社に讓渡せられ（一九一五年一月）、米國の船籍に登録せられた。斯くて本船は、或時棉を積んで露國の一港に向け航海中、北海にて英艦之を拿捕し、之を本國へ引致の際、獨逸潜水艦に再拿捕せられた。獨逸審檢所にては、『本船の加奈陀より米國への船籍移轉は違法である。獨逸捕獲令第十二條の開戦後敵國の國旗より中立國のそれに移轉せられたる船は、拿捕艦長に於て該讓渡は假に開戦なかりしとするも尙ほ且行はれたものと推斷するに非ざる限り、依然敵船と看做すべしとの規定は、事實倫敦宣言第五十六條と同一で、宜しくこの規定を適用すべく、殊に拿捕を受けた際に掲げ居りたるその國旗を掲ぐるの權は該船の帶有する船舶書類にて立證すべしといふのが獨逸捕獲令の規定なるも、今本船は之を帶有せず、且該讓渡は假に開戦なかりし場合にも尙ほ且行はれたるものと利害關係人に於て立證しないのであるから、該讓渡は無効なり。』と檢定した（*Garner, Int. Law & the W. W. I. § 136, p. 201; Prize Law, § 318, p. 422*）。

右に擧げたる獨逸捕獲令第十二條の規定とは、精しく云へば『開戦後敵國旗より中立國旗に移轉せる船にして左の場合に該當するものは敵性を有するものと看做す。（イ）指揮官に於て本讓渡は假に開戦なかりしとするも、例へば相續、請負契約等に由るが如く、尙ほ且行はれたるべきものとの信念を得ざる場合、（ロ）本

The
Pass of
Bahadur-
ha, 1920

讓渡が當該船の海上又は封鎖港に於ける際に行はれたる場合、(ハ)賣主が買戻権を留保する場合、(ニ)その掲ぐべき國旗の所屬國の國內法規の所定事項を遵守せざる場合」とあるのがそれである。この規定と倫敦宣言第五十六條の關係は、一九一五年六月獨逸潜水艦の拿捕且破壊したる諾威の國旗を掲ぐる *Cubana* (註)に關する檢定中にも強く援用されてある。

註。キェバノは元は *Strathmore* と稱せる英船であつたが、英獨開戦の直後に諾威人に讓渡せられ、獨逸潜水艦の破壊を受けたる時(一九一五年六月二日)には、諾威の國旗を掲げて居つた。されど船内には一九一五年五月二十八日付の諾威船籍登記證書はありしも、賣買に關する書類は一も無かつた。又載貨は禁制品と非禁制品の混成であつた。獨逸捕獲審檢所にては本船を沒收と檢定し、その抗告を審理せる高等捕獲審檢所にも、論旨は多少異なつたが、結果に於ては前檢定を肯認し、殊に『獨逸捕獲令第十二條(イ)は、開戦後の讓渡は拿捕を避けんがために爲されたるに非ずとのことが立證せらるるに非ざる限り無効とす」とある倫敦宣言第五十六條と同一意義で、ただ第十二條(イ)にありては、審檢所の決定は一に指揮官が當該讓渡は開戦あるに非ずんば行はれざりしものと推定するに充分の理由を有せしや否やを専ら檢討したる上にて決定を下すものである。而してその移轉無効の推定を駁すべき反證を擧ぐるの責任は抗告人に屬する。然るに本件にありては、抗告人は本廷の満足するが如き反證を擧ぐるなかりしが故に、右の推定は之を肯定せざるを得ず。』といふ結論であつた (*Rauchville, Jurisp. Allem., p. 155* 以下)。

獨逸の以上の兩檢定の論點から歸納すれば、敵船の開戦後に於ける國旗移轉は、假に開戦なかりしとしても尙ほ且行はれたものと賣買當事者に於て捕獲審檢所に對しその満足するが如くに立證し得るは容易のことであるまいから、大概の場合に於ては事實不可能といふと擇ぶまい。獨逸捕獲審檢所の右檢定は、佛國のダシアに對するそれと共に、倫敦宣言第五十六條の或場合に認むる移轉の效力を事實絶對に非認したのと同じ

である。

六四五 伊太利が一九一一年の對土戰役に於て、開戦後に中立國籍に移轉の敵船に關しては倫敦宣言第五十六條の規定に準じて之を取扱つたことは前に述べたが、第一次大戰に於ても、開戦後に於ける敵船の讓渡は原則として之を假面的のものと推定したること、而してこの推定に對しては反證を擧ぐるを許すも、之を擧ぐるの責任は中立人たるその買主に在りと爲したることは、大體に於て佛國の方針と同じであつた。開戦前に行はれたる讓渡にありても、その着色的と認めたるものは勿論之を無効とする。その重なる判決例には塹船 *Atlanta* 及び *Eugenia* (註)に關する檢定がある。

註。この兩事件は内容殆ど同一で、即ち兩船共一九一五年五月、伊埃開戦に先たつ數日前、亞爾然丁の首都港にて、トリエストに本店を有する埃國汽船會社からダエニス所在の伊國の一會社に讓渡されたものである。斯くて兩船は伊國旗を掲ぐるに至つたが、亞都駐在伊國領事は政府の命にて開戦後の同月二十四日之を徵發し、且その發給せる臨時の護照を帶有して翌六月同港を發しゼノアに向はしめた。然るにこの間に於て、賣主たる埃國汽船會社の甲某から瑞西ルセルン發にて紐育の米人乙某なる者に宛てたる手紙——該兩船の伊國會社に讓渡せられたることを報じ、併せて伊國會社の株券は全然己れ自身の名義なること、讓渡代金は未拂で、且賣買契約の上に於て買主は賣主に對し該兩船の収益を交付すべき義務を負へること等を記したるもの——が伊國官憲の手に押收せられた。そこで本讓渡の善意且完全のものでないことが之に依り明瞭となつたので、伊國政府は之を自國の船籍に登記することを拒み、同時に之を差押えた。而して伊國捕獲審檢所にては、右の乙某宛の手紙その他の書類よりして、本讓渡は着色的のもので賣主は依然該兩船の上に權利を有するものなること、伊國領事の發給せる護照は詐偽的書類の提出に誤られた結果であるから、伊國の船籍を取得するに就て全然無効なること等の見解に基き、即ち之を敵船と認めて沒收すべきものと檢定し

露國の主

た (Fauchille, Jurisp. Intl., p. 436 以下及び 433 以下)。

六四六 露國にても、凡そ開戦前の譲渡はそれが買主に於て開戦の事實を知悉する以前に確定的に完了せられたるものとすることを捕獲審檢所に向つて立證し得るに非ざる限り之を無効とするの主義を執ること、往年の倫敦海戦法規會議に同國代表の提出したる覺書に示さるる如くである (Int. Nav. Conf., Proceedings of, 1864)。而して開戦後の譲渡に至りては、買主の屬する中立國の法令の規定する方式に悉く合格するものもありても之を無効とすること、第一次大戦中在セバストポル捕獲審檢所の The Fratelli B. Mendl 及び在露都高等捕獲審檢所の The Orion の各檢定に見えたのである (Colombos, Law of Prize, p. 58)。

移轉の
國旗掲
權の發
生

六四七 敵船にして中立國籍に移轉せるものがその新國旗を掲ぐるを得るのは、該賣買契約の成立したるその時よりなるか、讓受人が現に該船をその手に占有するに至りたる現物受渡の時よりなるか、將た讓受人が自國政府より船籍證書を下附せられ、國旗掲揚の許可ありたる日よりすべきか。

獨逸は之
を現物受
渡の時よ
りとす

六四八 この問題に關しては第一次大戦中、獨逸捕獲審檢所に於て元英人の所有にして後に瑞典人に賣られたる一汽船 Orion に關する檢定に、本船の賣買契約の成立したるは開戦直前の六月(一九一四年)某日、現物の受渡ありたるは翌七月二十五日、船籍證書の瑞典政府より下附ありたるは同年十月二十二日なるも、瑞典國旗の掲揚權は本船の現に賣主より買主に移れる右の七月二十五日を以て發生したるものと看做すべしとある。即ち必しも常でありしか否かは詳ならざるも、少なくともこの場合には、現物受渡の時を以て新國旗掲揚權の發生期と爲したものである。

佛國は移

六四九 然るに佛國にありては、既に現物の受渡を了れるも國旗移轉の登記未済のものであらば、現船主

轉登記完
了時主義

は拿捕者に對し遑つて移轉の效力を主張するを得ずとする。即ち移轉登記完了時主義である。その例は第一次大戦中、同國捕獲審檢所にて諾威國旗を掲げて馬耳塞に入港し、碇泊中米國の一會社に轉賣せられたる元丁抹人所有の Solway に對し佛國捕獲審檢所の下したる檢定にある(第六一節、註六參照)。

その例外

尤も佛國は必しも終始一貫して登記完了時主義を固持するのではなく、時には例外的に登記未済のものを有効とすることあるは、同じ第一次大戦中、同國捕獲審檢所の Virginia 及び Indiana の檢定の上に見られた。この兩船は、是より先き米國人が土耳其人より讓受けたもので、佛艦の拿捕したる際には米國旗を掲げ居りたるも、米國の管船局に登記未済であつた。けれども審檢所にては、その譲渡は誠實に行はれたものと記する在スミルナ米國領事の證明書を船内に具せるに鑑み、本船をば米國旗を掲ぐるの權あるものと檢定した。

中立國の
政府への
敵船移轉

六五〇 以上は主として敵船の中立國の個人に讓渡されたる場合の國旗移轉の論であるが、その讓受主が個人でなくして中立國の政府であり、若くは表面政府でないにしても事實政府に均しきものたる場合には、その譲渡と中立義務との關係はどうなるか。之に就ては第一次大戦中、米國に一問題が起つた。

之に關す
る米國の
中立違反
問題

六五一 米國政府は第一次大戦開始後間もなく、時局に處し自國の通商を維持増進せしむるに就て國內の現有船に不足の甚しきを認め、一九一四年十二月外國船買收法案を議會に提出し、大統領ウキルソンは同月八日兩院聯合會議に於ける演說中に於てその通過を要望した。同法案に依れば、商船の買收、維持、及び運用を目的として米國の法律の下に組織せられたる何等會社の株の五割一分までを政府が所有することを得べく、その重役會は大藏長官、商務長官、及び郵務總監の三名にて之を構成する、又大統領は本法に依り買收

又は建造する船を自由に貸與、移轉、その他の方法にて利用するを得るといふので、要するに本法案の目的は、當時米國諸港に繋留する何十隻といふ獨逸船を買収し、之を米國の船籍に移轉せしめて大に利用せんとするにありて、即ちその買収者は事實政府であり、且政府の持株數といひ重役會の構成といひ、會社そのものも事實政府の一機關とするの趣旨であつたこと疑ふべくもない。

然るに米國上院に於ては、米國の政府としての斯かる計畫は中立義務が之を許すや否やに就て議論起り、ルート、ロッチ、その他の有力者は之を中立違反と論じ、後の國務長官にして當時國務省の法律參事官たりしランシングも同様の見解を持し、その結果同案は遂に否決となつた。尤もその翌年（一九一六年）、之に似たる一法案は米國議會を通過したが、この法案では、政府は現に交戦國たる外國の船籍を有する船は之を買入れ又は備入ることを得ずとしてあるので、之に依り米國は中立違反の非難を避け得たのである。

六五二 之に類似の計畫は南米の智利にもあつたが、これも遂に實行に至らなかつた。智利も歐洲開戦と共に従來寄港の歐洲船の減少に由る通商上の不便を慮り、しかも自國內に之を補充するだけの船が無いので、開戦の直後同國政府は、當時國內諸港に繋留中の獨逸コスモス汽船會社の所屬船數隻を買収して之を歐洲航路及び自國諸港間のそれに充當せんと計畫し、同會社との間に交渉を開きたるが、同時に智利政府は、右の買収を以て敢て倫敦宣言第五十六條の規定に抵觸すとは思はざるも、之を智利の國旗に移轉せしめて殊に之を歐洲航路に使用することの結果が英佛諸國との難題となりても困ると見、英國政府に對し右計畫に異議なきやを照會した（一九一四年八月七日）。英國政府は異議なき旨を答へた（同八月七日）、それには若干の條件が附してあつた。その條件とは、讓渡は善意、完全、且永久的のものたるを要すること、賣主は終戦

智利政府の在港獨逸船買収の計畫

英國提出の一條件のためには噸挫

後に於ける買戻權を留保せざること、及び獨逸の船員は之を解備することである。智利政府は之を悉く應諾した。然るに英國は更に、智利の買収せんとする獨逸船は直接間接を問はず英國の敵とする諸國との通商に之を使用せざるべきことの一條件を追加するに及び（同年九月十三日）、智利政府は斯くては折角買収を行ふも格別効果なしと見たものか、遂に右の買収計畫を拋棄した。尤も同計畫は智利政府自身之を買収するといふのであつたか、將た政府が仲介し民間の汽船會社をして買収せしむるのであつたか詳でない。

第五項 敵性の發生（その三、敵貨）

第一目 敵貨に關する一般的原则

六五三 戦時にありては、人や船に敵性と中立性とがあるやうに、貨物にも、殊に海上のそれは、敵性たるものと中立性たるものとがある。而して取別け貨物の敵性如何は、普遍的なる一定の原則が國際法上今日尙ほ且未確立なるがため、時に悶着の生ずる一の難題となつてある。

一九〇九年の倫敦海戦法規會議に於ては、貨物の敵性問題も幾回の討議を重ねたが、謂ゆる英米主義と大陸主義は容易に妥協を得ず、ために明確なる定則を立つるに至らなかつた。倫敦宣言第五十八條は貨物の敵性又は中立性を有するやは該貨物の所有者が敵性又は中立性を有するやにて決すと規定せるが、然らば貨物の所有者が敵性を有するや中立性を有するやは何に依りて決するかと問へば、之に答ふべき何等規定を有しない。この根本の缺陷よりして例へば敵船を拿捕、破壊、又は沒收するに方り、載貨を同様の處分の下に立

貨物の敵性と倫敦宣言

たしめ得るものと得ざるものとの區別如何、船と共に打沈めたる載貨の荷主に對しては賠償の義務あるや如何、無害の載貨も同じ載貨中に戦時禁制品のあるがため有害性の感染したるものは均しく没收するを得るや如何、敵貨にして中立船積載のもの即ち巴里宣言第二條に依り拿捕を免除せらるべきものも、尙ほ且對手國に對する報復手段として没收するを得るや如何等、幾多の派生的問題が今日尙ほ少なからず曖昧模糊に残されてある。これは畢竟貨物の敵性と中立性を決する標準を専ら國籍即ちその掲ぐるを得る國旗に取る所の大陸主義と、國籍を商量せざるに非ざるも、船の全部又は一部が敵國又は敵人に屬するものは國旗の如何に拘らず之を敵船と看做す所の英米主義との調和の困難に職由する。

未解決に
取残さる

六五四 倫敦海戦法規會議に於ては、之が調和に少なからず努力は拂はれた。けれども佛獨埃伊露の五國は純乎たる國籍説を唱へ、英米日蘭西の同じく五國は定住所主義若くは國籍定住所兼有主義を持して相降らず、殊に英國代表は、定住所主義は一層妥當で且實際的であり、且敵の通商に打撃を與ふるに於て最も有效的であるから捕獲權の精神に副ふ所以でもあり、又國籍を確むるに比すれば定住所の事實を確むるは遙に容易なりと力説した。然るに獨逸代表は、定住所主義は獨逸の國防制と相容れず、且中立國に定住所を有する敵國人が所有し自國國旗を掲げて航海する船は没收せらるるに拘らず、その同じ敵國人の貨物は拿捕を免かるといふ不公平を生ずべし、とて大に國籍主義を辯護した。斯くして本問題の調査を附託せられたる特別委員會にては審議の末

『敵國船積載の貨物の中立性又は敵性は荷主の國籍が中立國なるやに依りて之を決す。荷主にして國籍を有せず、又は二重國籍(即ち中立國及び敵國の兩者)を有する者なるに於ては、中立國又は敵國に於けるその定住所に依りて之を

第一次大戦中各交
戰國の取
扱は區々

The
Martha-
Bockahn
1919

國籍主義
と定住所
主義の長
短

決す。但し有限責任又は株式會社に屬する貨物は、當該會社の本店の中立國に在ることの如何に由りて中立と否とを決す。』

といふ成案を立てて報告したが、之に對しても遂に意見の一致を見ず、それがため貨物の所有者の敵性と中立性とはその國籍に依りて別つか、定住所に依りて別つかの問題は遂に解決を得るに至らなかつた。

六五五 されば第一次大戦にありては、各交戰國は純乎たる國籍主義でも定住所主義でも、將た國籍定住所兼有主義でも、その各自是なりと認むる所の自國の主義又は慣例を自由に採擇するを得る立場にあつた。隨つて獨佛伊露の諸國は主として荷主の國籍に依りて貨物の敵性如何を取捨し(例へば佛國の獨船 *Martha-Bockahn* の檢定、註)、他の諸國殊に英米は専ら定住所主義にて之を決するといふが如く、交戰諸國の捕獲審檢所の取扱振は區々に亘りて殆ど歸一する所なかつた。

註。獨船マルタ・ボックハーンは開戦の直前、中米の一港を發して本國に歸航する途中、九月二十七日(一九一四年)佛艦に拿捕されたもので、主たる論點は、開戦の際に於ける敵商船取扱條約第三條には『開戦前ニ最後ノ發航港ヲ去リ海上ニ於テ遭遇シタル際戰爭ヲ知ラザリシ敵商船ハ之ヲ没收スルコトヲ得ズ。』とあるも、本條は獨逸政府之を留保したるが故に、獨逸船に對しては本條の利益を享有せしむる限りに在らずといふ點にあつたが、同時に本船の載貨は獨逸臣民の所有であるといふ理由に於て、在ポルドウ捕獲審檢所にては之を當然没收すべきものと檢定したので *cf. Fauchille, Jurisp. Franç., p. 8 (1-1)*。

六五六 想ふに實際的見地よりすれば、定住所主義には確に一理あるに相違ない。蓋し海上捕獲の主たる目的は、海上よりする敵の交通を絶つてその資源を涸渴せしめ、以て敵の戦闘能力を減殺するにある。隨つて敵と交通を試みんとする者の國旗が中立であつても、敵國內に居住營業し、敵國の租稅公課を負擔し、そ

の資源に寄與することに依りて敵の經濟能力を助くるに於て敵國人と事實異なるなき者、簡単に云へば敵國に定住所を有する者において、その國籍が中立たるの故を以て貨物に中立性を認め、それが敵國に供給せられんとするのを捕獲する能はずとありては、捕獲の主たる目的は達し得られないことになる。故に荷主の敵性如何を定むるに國籍に依らず、主としてその定住所、若くは國籍兼定住所に依るといふのは、實際上の便利に基く理由ある要求と云へるのである。然しながら國籍主義は寧ろ簡單であり、且論理的たるの長所を有する。ただ國籍主義の下に於て問題となるのは、荷主が二重國籍を有するか又は全然國籍を有せざる場合である。前掲の倫敦海戦法規會議の特別委員會の報告は則ちこの點に留意する所あつた。

我國の現

六五七

我が日本は、日露戦役當時にありては専ら英米主義に則り、貨物の敵性と否とを決定する標準を
一に荷主の定住所に取つたこと明治三十七年三月大本營訓令の海上捕獲規程に「人ノ國性ハ其ノ國籍ノ如何ニ拘ラズ住所ヲ有スル國ニ屬スルモノトス」(第三條)と規定せる如くであつたが、大正三年十月制定の帝國海戦法規に於ては兩主義を折衷し、改めて

第十九條 敵船内ニ在ル貨物ノ中立性ヲ有スルヤ又ハ敵性ヲ有スルヤハ其ノ所有者ノ國籍ノ中立ナルヤ又ハ敵ナルヤニ依リ之ヲ定ム。所有者ガ二重ノ國籍ヲ有スル場合ニハ其ノ住所ノ中立國ニ在ルヤ又ハ敵國ニ在ルヤニ依リ之ヲ定ム。

と規定した。即ち前掲の倫敦海戦法規會議の特別委員會の報告を採り、原則的には大陸主義、例外的には英米主義に依ることにしたものである。

敵船内貨

六五八

然しながら倫敦宣言の第五十八條は字句に曖昧模糊の嫌ありしとするも、將た倫敦宣言そのものも第一次大戦前既に不批准なりしに加へ、大戦中に全然止めを刺され、随つて既に死文化したといふ事實あるにもせよ、貨物の敵性如何を決定する上に於て他に尙ほ重要な準則を立てたる功績は没却すべきでない。例へば敵船内所在の貨物の敵性推定條件に關する規定の如きはその一である。

抑も往昔にありては、苟も敵船内所在の貨物は悉く之を敵貨として没收したものである。然るに近代にありては斯かる取扱を許さず、ただ反證なき限り、即ち中立貨たることを立證する能はざる限り、一應之を敵貨と推定するに止まるのが一般の法則である。倫敦宣言に

第五十九條 敵船内に在る貨物の中立性を立證すること能はざるときは、該貨物は敵性を有するものと推定す。

とあるは則ちそれで、今日の各國捕獲法規孰れもこの主義を採らざるはなく、帝國海戦法規も亦第二十條に於て之と同文の規定を設けた。本條は從來各國の執り來れる略々普遍的慣例を成文にした迄で、現に第一次大戦中に於ける交戦諸國の捕獲審檢所の見解も、この適用に就ては格別乖離する所なかつたやうである。

六五九 本條に謂ふ所の貨物の中立性を立證することの責任は、該貨物の積載委託者即ち荷主にあること論を俟たない。これは第一次大戦中の英國捕獲審檢所の *The Roland* 事件(一九一四年七月紐育よりブレメンに向ふ途中英艦に拿捕せられたる獨逸船で、載貨の四分の三以上は中立人に屬するものとして解放された)に關する檢定中に於ても「敵船の載貨は一應は敵貨と推定すること、而してそれが中立貨たるを立證するの責任の訴願人にあることは捕獲法上争ふの餘地なき所である」(*Fanchille, Jurisp. Brit., I, p. 223* 以下)とあるにも徴すべきである。佛國も土耳其船 *Sakula* 及び *Fanjalla* 事件に於て、伊國も塹船 *Moravia No. 2* 及

貨物の敵性推定

貨物の中立性を立證する責任者

び *Ambra No. 2* に於て、獨逸も英船 *Hyades* 及び *Leotris* の各事件の検定に於て、孰れも同様の見解を高調した (*Ibid.*, *Jurisp. Franç.*, pp. 297, 307; *Jurisp. Ind.*, pp. 36, 73; *Jurisp. Allem.*, pp. 138, 303 以下)。而して荷主に於てそれが立證し得られ、且該貨物が戦時禁制品に非ざる場合には、その押収に對して損害賠償の要求権あるべく、之に反し立證不可能なるに於ては、敵性貨物として没收せられても己むを得ない。英國捕獲審檢所の右の獨逸船ローランドの載貨中の没收となるべき部分に屬する煙草木材等に關しては、この意味が力説せられてある。且荷主の所有権なるものも、單にその貨物の上に質權、抵當權等を有するのみにては足らずで、無條件的の完全なる所有權たるを要することは、これ亦英國捕獲審檢所の獨船 *Océana* 及び英船 *Cape Corso* の検定の上に謳はれた所である (*Ibid.*, *Jurisp. Brit.*, I, p. 107 以下)。

輸送中に
於て中立
貨を裝ふ
敵貨

六六〇 敵船に依る海上輸送中に於て現に敵貨たり、又は陸揚げの上は敵貨となるべきものを表面中立貨に裝ふことは有り得べく、斯かるは當然敵貨として取扱はるること論を俟たない。(中立船に依る敵貨は之を拿捕せざること巴里宣言の保障する所である)。敵船に依る敵貨が到達港に着する迄は依然敵性を有することは倫敦宣言第六十條之を明規し、帝國海戦法規も

第二十一條 敵船内ニ在ル貨物ノ敵性ハ、戰爭開始後其ノ航海中ニ所有權ノ移轉ヲ行フトモ、其ノ到達港ニ着スル迄ハ猶存續スルモノトス。

現所有者タル敵人ノ破産シタル場合ニ於テ、前所有者タル中立人ニシテ拿捕以前ニ該貨物ニ對シテ合法ノ取戻權ヲ行使シタルトキハ、該貨物ハ再ビ中立性ヲ取得スルモノトス。

と規定する。且英米の慣例にありては、註文品の運送を荷送人が船長に委託するのは荷受人の代理として委

The *Sully*,
1705

託するものとし、隨つて委託の時より所有權は荷受人に移りたるものと看做すのである。尤も平時にありては、特別の商慣習又は契約にて之と異なる取扱を爲すこと珍しくないが、戦時に於ては大體右の慣例に則るものとしてある。之に反し荷送人が敵人で荷受人が中立人である場合には、虚偽の別契約を表面に出し本物の契約は之を隠匿し兼ねないから、英米の法律にては斯かる別契約の實在せぬことを立證するの責任を荷受人に負はしめる。英國の古い判決例に一七九五年の *The Sully* といふのがある。これは十八世紀末の英佛交戦當時、米國より小麦を積んで佛國に向へる際に英艦に拿捕せられたる米船で、この小麦は表面米國の一商會の計算及び危険に於て積出されたるも、事實は船荷證券の裏書にて佛國アーヴルの知事に送られたるもので、英國捕獲審檢所にては

『敵國に渡さるべき意圖の下に且敵港到着と共に敵の有となるべき契約の下に送らるる貨物にして輸送中に拿捕せられたるものは、之を敵貨として取扱ふこと捕獲審檢上の一法則である。…本件貨物は船荷證券の上に於て米國商人の計算及び危険に於て送らるるが如くになつてあるも、事實は佛國政府用のものたることの證據は明かである。着港の上敵有となるものたるに於ては、拿捕は適法と認むべきである。』(*Scott, Cases on Int. Law*, p. 218)

The *Louisa*,
1916

と論じて没收とした。この原則は第一次大戦中に於て *The Louisa* 事件(丁、瑞、諾等の諸港仕向の各種條件附禁制品を積み、一九一五年三月米國を發し歐洲に向ふの途次英艦に拿捕せられたる米船)に關しても、捕獲審檢所長官エヴァンズの検定中に『中立國の賣主なり荷送主なりは、結局敵の貨物と爲さしむる意圖の下に敵人との間に取結ぶべき賣買契約をば現實の引渡の済むまでは賣主の所有たるが如き風に作成すること極めて容易である。』と云ひ、拿捕權は敢て一八九三年の『貨物賣渡法』(*The Sale of Goods Act*)の規定

に拘束せらるるの理由なしと論断した (Fauchille, *Juniper, Brit.*, II, p. 178)。

これは必しも中立貨を装ふたといふのではなく、船積の時に中立貨たる積りでありしも、未だ完全に中立貨となつたものでないとの認定の下に没收の検定となつた例には、第一次大戦中の英國捕獲審檢所の露船 *Puechum* 積載の智利硝石に係る事件がある。これは開戦の直前、漢堡及び智利に店舗を有する獨逸の一商會が和蘭の一商會との間に硝石賣込みの契約を爲し、バルシムは之を積入れてヴァルパライソより和蘭へ向け航海中開戦となり、同船は途中英國軍艦の臨檢搜索を受けたる末、右の硝石は拿捕せられた事件である。而して英國捕獲審檢所にては、その賣買契約及び代金受渡手續から推し、該硝石は船積の際には未だ中立人たる買主の和蘭人の権利には移らず、又輸送中にもその移轉は行はれざるもので、随つて依然敵貨たるものとし、没收の検定を下した (*Total*, I, p. 235 以下)。之と類似の検定は獨船 *Derfanger No. 10* 及び同じく獨船 *Prinz Adalbert* 等の各載貨に關してもあつた。

六六一 凡そ敵貨は積出の時に於て既に敵性を帯ぶるものであるから、開戦後その輸送中に於て荷主より之を中立人に移轉するも、以てその敵性に變更を來すものでなく、随つてその移轉を適法のもの認めずといふのが英國の古來の捕獲審檢上の定則となつてある。ストウエルの之に關する判決例も十數件あるが、一八五七年の *The Bulker* に關する樞密院司法委員會の裁定 (第六三七節、註三参照) にも、斯かる移轉は、たとひ賣買證書そのものは當事者を拘束するに充分なるにもせよ、該貨物の輸送中にありては拿捕者に對して効なきものたるの意が説かれてある。その理由は、輸送中の貨物に關しては、賣主の権利は買主への現實の渡濟を見るまでは依然繼續すること、又輸送中にありては當然拿捕の危険の下に立つもので、その拿捕權

敵貨は送
出の時よ
り敵性を
帯ぶ

は輸送の終るまでは之を拒否するを許されざるものなること、といふにある (*Scott, Cases on Int. Law*, p. 121 以下)。この原則は第一次大戦中の *The United States* (註) その他二三の検定に於ても遵由せられた。ただ中立人の敵人よりの輸送中に於ける移轉が認めらるるのは、賣主に於て何等留保を設けず、且單に書類の上の受渡でなく、買主に於て現實に該貨物を受取つた場合に限らるるのである。

註。ユナイテッド ステーツは丁抹船である。第一次大戦中の或時、紐育の或會社の代理店たる丁抹の一商店は、その米國會社の獨逸ライプツヒに在る代理店 (そこには米國人二名が居る) から或貨物 (戦時禁制品) を受取り、之を更に紐育の同米國會社に小包郵送にて轉送したのを英國官憲から差押えられた。是より先き英國政府は一九一五年三月十一日を以て對獨報復令を發し、敵國生産貨物を敵貨として嚴重取締ることにしたる結果、右の郵送貨物は同令に觸れ「本貨は獨逸からコーベンハーゲンに送られたものとして敵國の生産品である、又報復の勅令第四條の意味に於て敵貨である」として没收すべきものと論告された。該米國會社は、「本貨の敵國生産品たることは之を認むるも、その所有權は拿捕に遭ふ前に獨逸の賣主から米國に於ける買主に移つたものである。事實本貨は獨逸の製造家の手を離ると共に中立人たる買主に移つたのである。抑も貨物が輸送中に移轉するを得ずとの法則は、専ら積出の際に於ける貨物の状態に係るものに過ぎない。本貨は獨逸産ではあるが、積出の時には中立貨物であるから、随つて没收せらるべきものに非ず」と論じて抗議した。そこで問題は、本貨は該報復令第四條に照し果して敵貨たるべきものであるか、即ち拿捕を受くる前に敵性を失ひ中立性を取得したものであるかが問題となつた。之に對し審檢所長官エヴァンズは、「本貨は敵の生産品であると同時に敵貨である。本貨はライプツヒの商會に屬する物である以上、その組合員が何人であるか、又何れの國籍又は住所を有する者であるかは問ふ所ではない。船積とは貨物が陸上の或者から船に始めて交付さるる所の場合を意味せず。随つて本件の場合に於ては、輸送はコーベンハーゲンより積出した所から始まるのではなく、ライプツヒから送出された時を以て始まる」と爲し、この理由に於て敵貨として没收すべきも

The
United
States,
1916

のと検定した (Fauchille, *Jurisp. Brit.*, II, p. 285; Garner, *Prize Law*, § 362, p. 482)。

拿捕前に
送荷地陥
落するも
依然敵貨

The
Duncker-
baer Af-
rican,
1798

六六二 貨物の輸送中に於て、その發送の敵地が陥落して對戦國の權力に歸したる場合には、その貨物の敵性は依然變ることなしとある。昔はストウエルは蘭船 *Bruckebour African* 事件 (十八世紀の末葉、英國と和蘭の交戦中、希望岬居住商人の貨物を積める本船は、バタヴィアより本國への歸航中に同岬沖にて英艦に拿捕せられたるが、その拿捕を受くるに先だつ約十日前に希望岬は英軍の手に落ち、而してその際の降伏規約中には『住民は英國に對し忠誠の誓約を爲すべきこと、己れの貨物を輸出するを得ること、又總ての點に於て英國臣民と同様に取扱はるべきこと』等の規約があつた — *Scott, Cases on Int. Law*, p. 514) に關する検定に於て『敵の植民地を發したる貨物は、たとひ拿捕前に該地が英軍の手に落ち、荷主は英國臣民となれるにもせよ、その輸送中に於て敵性を變更する能はざるものとす。』と爲して之を沒收した。ホールは之に關し『船主の居住する港を敵が征服したる場合に船主の財産を沒收することは理の許す所なるべきも、敵貨はその屬する港を我方領有するも尙ほ且その領有の時より友貨と化することなしと斷ずるは何等正しき理由ありと思へず。』と論じて右の検定を以て當を得ざるものと評する (Hall, § 174, p. 344)。けれども英國にては依然右の原則を株守するものの如く、第一次大戦中にも、英國捕獲審檢所の獨船 *Imunde* (本船は青島の所在獨逸の一商會に屬せるもの) の載貨に關する検定に於ては、その拿捕は青島陥落後の一九一四年十一月七日に行はれ、隨つて同地の既に日英軍の手に落ちた後であつたけれども、尙ほ且敵貨たるの性質を失はざるものとして沒收となつた (Fauchille, *Jurisp. Brit.*, I, p. 229)。

通し送狀

六六三 通し送狀に依る敵貨は敵荷受主の貨物と看做して沒收すること、第一次大戦の初期に英國の在埃

The
Duncker-
baer Af-
rican,
1915

に依る敵
貨

及捕獲審檢所の *The Ten Bales of Silk at Port Said* といふ事件の検定に於てその例が示された。この敵貨といふは、或獨逸船積載の土耳其仕向の通し狀に依る貨物であるが、英獨開戦の前々日ポート サイドにて陸揚せられ、同地倉庫に入置ける中に開戦となり、英國は敵貨として之を拿捕した。その検定中に於て『載貨とは送荷狀に依り船積されて特定地向ふ貨物で、船積の時より送荷狀の拘束を離る時まで載貨たるの性質を續有する。』といへるは注意に値する。然しながら敵貨は必しも荷送狀に依るもののみに限らず、小包郵便その他の方法にて特定地に輸送せらるるものもある。その取扱方に關しては、追て海戦篇に於て捕獲權行使制限條約の郵便物を説く所に譲る。

六六四 或貨物が敵人の所有なるか中立人の財産なるかの問題とは離れ、それが敵國內の土地の生産品である場合には、所有者がその敵國に居住すると否とを問はず、又その職業の如何を論ぜず、之を敵貨として沒收するを得としてある。ホールは

『貨物が敵國領土に於ける中立人所有の土地の生産品であるときは、たとひ該地主がその居住者に非ずとするも、生産地の上から該生産品を當然敵性のものとする。土地は固着物で、その所在の國と永久的に利害を一にするものであるから、中立人たる地主にしても、敵國性と離れ難き緊密の關係に必然的に膠着する。故に斯かる土地からの生産品は、敵の財産が拿捕せらるべきと總て同一の事情の下に拿捕せらるべきものである。』 (Hall, § 169, p. 596)

と説く。而して之を裏書する判決例としては、古きは英國の一八〇三年の *The Phoenix* (註一)、米國の一八一五年の *Bentzen v. Boyle* (註二)、一八六二年の *The Amy Warwick* (註三)、近くは第一次大戦中の英國の *The Astorian* (註四) 等ありて、大體に於て一般に認めらるる原則のやうである。我が日本も同様の主義を採

敵地生産
品は敵貨

擇し、既に一九〇八年の倫敦海戦法規會議の際、その提出したる帝國政府の意見書(覺書)中の敵性の船及び貨物に關する項目に於て『第二。左の貨物は敵貨とす。……(ロ)地主に屬する敵國內所在地の生産品』と掲記する所ありた (*Int. Nav. Conf. Proceedings of, p. 50*)。

The
Phoenix,
1803

註一。フェニックスは十八世紀の初葉、英國と和蘭の交戦中、南米の蘭領ギアナから本國への航行中英艦に拿捕せられ、荷主の獨逸人は、本載貨はギアナに於ける中立人たる自己の土地の生産品なりと稱してその還附方を請求したるに、英國捕獲審檢所にては敵國領土内の土地の生産品たるの故を以て之を沒收とした。ストウエルの檢定に曰く、『土地の占有は、該耕地の産物の關する限り、且地主が何れの地に居住するを問はず、その所在國の國性を地主に銘刻せしめる。殊に本件地主は該耕地を和蘭に於けるその祖先より世襲的に相續したものであるから、和蘭の國性に附隨する利益を受くると共に不利益をも受くるものと見ざるを得ない。要するに敵國の植民地に於ける耕地の生産品であるが故に、一般的法則に遵出して沒收と檢定せざる可らざるものである。』(Cobbett, *Bellot's, Leading Cases*, II, p. 233 以下)

Bentzon
v. Boyle,
1815

註二。本件の始末及び米國大審院長の軍事占領と土地獲得の關係に關する部分は、既に人の定住所と敵性の關係を説く所に於て述べた(第五八五節)。今大審院長の本件の貨物(砂糖三十樽)の性質に關する判決の部分を擧ぐれば左の如くである。

『抑も同島の一耕地の製産品にして丁抹居住の丁抹人彼れ自身に依りて輸出せられたるものは之を英國の生産品、隨つて敵の財産と認むべきやの問題に關しては、利害關係人からは(一)本件は敵國よりの船積に適用せらるべき法則の範圍に屬せず、(二)その屬すと爲せる英國捕獲審檢所の判決は當を得たものでなく、隨つて米國法廷にては之に則るべきに非ず、との二點を申立てたが、本廷の所見にては、英國のフェニックス事件の判決例がまさしくこの場合に當嵌るのである』と述べて同事件に對する前掲のストウエルの論旨を援引し、又別に *The Vrouw Anna Catharina*

事件に對するそれをも擧げ、動産は所有者の行先に附隨し、その敵性なるや否やは所有者の定住所之を決すべきが、土地に至りては固着的のもので、所有者が何處に居住するとも、その土地は所在國の對敵國關係の如何に従つて敵性と否とが別れるのである』と論じ、結局ベンツォンの砂糖は敵貨として沒收すべきものと判決した (*Pize Cases U. S. Sup. Court, II, p. 700*)。

The
Amy
War-
wick,
1862

註三。アミーワルクは南北戦役の初期に北軍の拿捕したる南軍所屬の一商船である。本船は紐育より南軍の首都リッチモンドの港口を経て伯刺西爾に行き、米國各地仕向けに珈琲約五千袋を積んで復航に就き、米國旗を掲げつつハムプトン水道に入らんとし、ヘンリー岬に差掛りし所を封鎖侵犯として北軍の一砲艦に拿捕せられた(一八六一年七月十日)。船長は開戦の事實を知らざりしと稱し、荷主側からも同様の理由の下に拿捕を違法として抗議したが、結局本載貨は敵貨として沒收の判決となつた。尙ほ本件の審檢には、南北戦の開始期に關し判事の意見が一八六一年の四月十九日及び同月二十七日の南軍當該地方に對する封鎖を以て始まりとの説と、同年七月十三日の開戦に關する議會の決議を以て始まりと爲すの兩説とに別れたること、又捕獲審檢所の準據すべき法令のこと等種々重要なる論點も含まれてある。(*Pize Cases U. S. Sup. Court, III, p. 1414; Moore, Digest, § 1108, p. 172; § 1229, p. 600*)

The As-
toria,
1916

註四。希臘の一銀行 *Banque d'Orient*(本店をアテネに、支店をスミルナに有する)は英國の敵國たる土耳其に於ける自己の耕地産出の葡萄約二千五百箱を英船アスツリアンに積んでリヴァールに送りたるに、現品は同港税關にて差押えられた(一九一四年十二月十二日)。同銀行は該貨は中立人の所有地の生産品なりとして異議を申立てたが、英國捕獲審檢所にては、積出は英土開戦前に行はれたにしても、既に敵となつた國の土地の生産品であるから、敵貨として沒收すべきものなりと檢定した。審檢所長官エヴァンズの同檢定中に曰ふ。

『訴願人の論據とする所は主として中立の定住所なるもので、即ち本店は中立國たるアテネにあり、支店は土耳其の

スミルナなるも、治外法権に依りて土耳其の政令の下に立たざる所なりといふにある。これ等の論點は關係薄きもので、要はただ本貨物が訴願人の敵國に於て所有する土地の生産品たるの一事にて足りる。而してこの生産品は、たとひ地主が中立人であり且中立國の居住者であるにしても、その所在國の對戦者は之を捕獲し得ること既定の法則で、過去一百有餘年以來既に *The Phoenix* (1803) に於て、又米國の *The Thirty Hogsheads of Sugar* に於て闡明せられてある。この法則には疑問の餘地なく、今日とても國際法の一部として有効となつてあり、既にホール氏もその國際法の最近刊に於て之を説述する。訴願人は本貨物の積出は英土開戦前にありといふも、ホール氏の説から見れば、この事實は本貨の沒收性に影響なきこと知るべきである。又 *The Vrouw Anna Catharina* 事件に對するストウエル卿の判決中にも、敵國內の土地の生産品は、たとひ平和の時に積出されたにしても沒收せらるべきなりと説かれてある。』(Garner, *Prize Law*, § 382, p. 506 以下)

敵國內の
營業者の
貨物は敵
國の
The
Port-
land,
1800
The
Vig-
ilantia,
1798
The
Man-
ningtry,
1915

六六五 商店商社の財産は、中立國に居住するも敵國領土内にて營業する商店商社の持主であり又は組合員である者に屬する場合には、その者は該營業に關しては敵人として、隨つてその財産は敵財産として、孰れも取扱はるべきである(組合員にありては組合關係の部分に就て)。これは英國にて往昔ストウエルの *The Portland* の檢定に於て説いた所である(Scott, *Cases on Int. Law*, p. 662 以下)。けれども中立國人にして敵國所在の商店商社に關係を有する者が開戦後相當期間内にその關係を絶つに於ては、その財産は敵財産として取扱はれざること、これ亦ストウエルの *The Vigilantia* の檢定の示せる所である。尤もその關係を絶ちたることを立證するの責任は本人に在りて、隨つてその立證不充分なりと認めらるれば、沒收の檢定を受くるを免れざること第一次大戦中の英船 *The Manningtry* (註)に關する檢定之を明かにした。

註。英船マンニントリーは獨逸の一鐵山會社の備船となり、濠洲の一會社から白耳義のアンウエルスに仕向けたる鉛

一千噸及び亞鉛一千八百噸を積み、開戦前に濠洲を發し、九月二十三日(一九一四年)英國のプリスマムに寄港した所を拿捕せられた。然るにこの取引には、右の兩會社の外倫敦の二會社及び白耳義の一會社が關係し、隨つて載貨の敵性關係がかなり複雑したものである(詳細は Fauchille, *Jurisp. Brit.*, I, p. 371 以下)。その檢定中に於てエヴァンズは「敵國に於ける一商社の組合員たる者は、その商社の營業に關しては敵と看做さるべく、而して該商社の財産は拿捕を受け且捕獲物として沒收さるべきこと」(Wheaton, *International Law*, 334 にも説かれ)又 *Justice Story* の一八一九年の *The Friendship* 事件の檢定にも簡單に左の如く述べてある(A Wheaton, p. 107)。曰く「敵國に設立の一商社の財産は、その組合員の定住所の如何に拘らず捕獲物として沒收するものなること多年我が捕獲審檢所の既定原則となつてある。斯かる商社の營業は必然的に敵の營業で、隨つてその取引財産は組合員の中立の定住所を問はず敵の財産として取扱ふべきである。」と而して英人組合員側に於てその開戦後本取引に關係を絶ちたることの充分なる反證を擧ぐるを得ざる限り、敵人としての取引と認むべし。』と論斷した(*Ibid.*, p. 375)。

六六六 敵國內に商事の定住所を有する者に敵性を認むると同じ論理に於て、敵國領土内所在の商店商社の貨物も、その取引は敵の資源を益するものとの理由から之に敵性を認め、その組合員中に定住所を中立國に有する者ありとしても、その取扱へる貨物は敵貨と看做される。之に關しては米國に少し古いが一八一九年の *The Friendship* (註一)及び一八二五年の *The Chesire* (註二)の二判決例がある。

註一。フレンドシアフトは十九世紀初葉の英米交戦の折、倫敦の一商會から葡萄牙人にしてリスボンに定住所を有する同商會の一組合員に送る貨物を積んで航行中、米艦に拿捕せられたる船で、問題は載貨の該組合員に屬する部分は定住所を中立國に有するの故を以て沒收を免るべきものなるや否やにあつた。然るに米國大審院にては、同商會の取引は當然敵の取引で、隨つてその取扱ふ貨物は、たとひ組合員中に中立國に定住所を有する者あるも、當然敵貨と

敵國內所
在自國商
賈の貨物
も敵貨

The
Friend-
schaft,
1819

The
Chester,
1865

認めて没収すべきものと判決した (Prize Cases U. S. Sup. Court, II, p. 972)。
註二。チェンブリアは南北戦役に於て南軍側のジョルヂア州のサヴァンナー港に居住營業する一商社の所有に係り、専らリヴァーブル行の棉輸送用となつてあつた。而して北軍が同港附近の封鎖を宣言した後、同商社は本船を英國のバタースピーと稱する一商社に譲渡し、船名も元のモンテリーを改めてチェンブリアとし、間もなくリヴァーブルにて雜貨を積んでサヴァンナー港に向ひ、やがて同港外の封鎖線に近づいた所を北軍の一艦に拿捕せられたのである。尚ほ同船の右買主はサヴァンナー港所在の同姓の者と組合にて營業に従事する者で、この兩バタースピーは共に該載貨の還附方を紐育地方裁判所に要請した。けれども同裁判所も將たその控訴を受けたる巡回裁判所も、更に終審の大審院にても、敵國に設置の商舖の財産は、たとひ組合員中に定住所を中立國に有する者ありとするも、敵貨として當然捕獲せらるべきものと爲し、同船及び載貨を共に没収すべきものと判決した (Ibid., III, p. 1544 以下)。

第二目 敵貨の輸送中に於ける移轉

敵船内の
敵貨の中
立人への
移轉の効
力

六六七 敵船積載の敵貨は、荷主に於て對戰國の捕獲を免れしめんがため、之を中立人の所有に移轉せしむるは有勝ちのことである。移轉にしても誠實且完全に遂行せられたものは別とし、開戦後輸送中に行はるるもあり、特に開戦の直前に萬一の危険を見越し急に形式的に之を行ふもありて、その時期方法等は一樣でないが、今先づ開戦後に於ける移轉から云へば、大體に於て左の原則が認められてある。

開戦後輸
送中の移
轉は原則
的に無効

六六八 敵船積載の敵貨の開戦後に於てその輸送中に荷主より中立人に移轉したるものにおいて、移轉の目的は一に敵貨としての捕獲を免れんとするにあるものと推定せられ、隨つてその目的を達せしめざらん

倫敦宣言
及海戰法
規の適用

がため、敵貨の性質を原則として（即ち左に述ぶる倫敦宣言第六十條第二項、帝國海戰法規第二十一條第二項の例外の場合を外にし）仕向地到着まで繼續せしめ、對戰國はその期間を通じ之を捕獲するを妨げずと爲すこと、古來各國の捕獲慣例となつてある。されば倫敦宣言もこの慣例を追ひ、

第六十條 敵船内に搭載する貨物の敵性は、戰爭開始後其の輸送中に行はれたる移轉に拘らず、其の仕向地に到着する迄は猶繼續するものとす。

然れども現所有者たる敵人の破産せる場合に於て、前所有者たる中立人が捕獲に先ち該貨物に對して適法の取戻權を行使したるときは、該貨物は再び中立性を取得するものとす。

と規定し、帝國海戰法規も之を採擇し、第二十一條に於て同一の規定を設けた。敵の船に關しては前に述べた如く、開戦後之を中立國籍に移轉したる場合に、或條件の下にその効力が認めらるることあるけれども、敵國の貨物の輸送中に於ける移轉は、中立國人への讓渡の形式に依りて捕獲を避けんとするの弊を生ずるか、如何なる場合に於ても無効とするのである。

取戻權の
行使に由
る中立性
の再取得

六六九 然しながら斯かる讓渡は原則としてその効力を認めざるも、本條第二項にある如く、その未だ讓渡代金の支拂を受けざる中立國人にして破産の敵人に對し捕獲前に適法の取戻權を行使したる場合には、例外的に該貨物に中立性の復活を認め、捕獲より免れしむることにする。蓋しその取戻權は『適法の』ものたる且その行使は『捕獲に先ち』を條件とするのであるから、格別之に依り詐偽の行はるる心配も無い譯である。

開戦の直

六七〇 敵貨となるべき貨物の中立人への移轉が開戦の直前に行はれたる場合の効力に關しては、その移

轉が誠實且完全に行はれたるものなるや、將た開戦に伴ふ捕獲の危険を避けんがための形式的の移轉に過ぎざるやに依りて之を決すべきである。英國の古い捕獲審檢例に *The Jan Frederick* 事件といふのがある(十八世紀の初葉、英國と和蘭の開戦に先だち、之を見越して南洋より歸航の同船の載貨を中立國人が荷主の和蘭人より輸送中に買取りたるに對し、該載貨を沒收したる件)、この事件の檢定に於てストウエルは、

「開戦を豫想するに非ずんば賣主が取結ぶことなかりし契約をば、その情を知れる買主との間に之を豫想して取結びたるに於ては、たとひ他に如何なる合意的動機がありしにもせよ、その契約は *animus fraudandi* (欺瞞の意思) を以て取結べるもので、之を有效と認むる能はず。」(Cobbett, *Leading Cases & Opinions*, p. 129)

と斷じた。開戦の直前に於ける移轉にして捕獲を免れんがために行ふものは多くは形式的の移轉に過ぎざるべく、別語にて云へば代金の完全の支拂なく、又は之を支拂ふも後日該貨物を舊荷主に於て新荷主より買戻すことの契約の下に行はるるであらうから、斯かる性質に屬する移轉を無効とするには十二分の理由ありと云へる。けれども假にその移轉にして紛らうなく誠實且完全に行はれたものであつたとすれば(それは絶無とは云へまい)、よしんば捕獲回避の動機に出でたにもせよ、開戦前に完了の契約をも無効とせざる可らざる理由は考へられない。開戦の危機を豫想したからとて、事態は必然開戦になるとは限らず、局面が平和に收まる場合もあらう。動機が捕獲回避の故を以て契約を無効とすべきものとすれば、開戦に至らなかつても之を無効とせざる可らざるが、そは理由なきことである。要は移轉の開戦前に於ける誠實且完全の遂行如何にあらう。現に同じストウエルの檢定にして、この意味の謳はれたのが *The Vrouw Margaretha* 事件(註一)のそれであり、第一次大戦中にも、英國捕獲審檢所の英船 *The Southfield* (註二)及び澳船 *The Tokso* (註三)

に關する兩檢定も亦同様のものであつた。

註一。ヴロー マルガレッタは丁抹船で、十七世紀の末葉、英國と西班牙の開戦に先だち、西班牙の商人が和蘭の一商社に送るブランドー數箱を積み航海中、英西開戦となり、同船及び載貨共に英艦に拿捕せられた。然るにそのブランドーは、航海中に但し開戦に先だち、和蘭商會から或獨逸人に轉賣せられたので、その轉買主から本貨の還附方を英國捕獲審檢所に申請した。之に對しストウエルは「開戦が切迫し又は交戦状態に入りたる場合には、當該貨物の所有權は船積の時に於ける荷受主の手に現に渡る時までには依然繼續するものと推定すべきで、これは載貨を輸送中に讓渡するを得ざることを意味に於て捕獲審檢上の一法則である。若しこの法則なしとせば、凡そ敵國にて船積したる貨物は總て讓渡に依りて保護せられ、之を發見すること困難となる。けれども本件の場合に於ては、讓渡は開戦前に行はれたのであるから、宜しく商取引の普通の法則に従つて律すべきで、而して本讓渡の善意に對しては何等疑惑を挾むの餘地ないから、本貨は申請人に還附すべきものとす。」と檢定した (Cobbett, *Ibid.*, pp. 128-9)。

註二。英船サウスフィールドは第一次大戦の直前、露國の黒海の一港在住の獨逸の一商社を荷出人としエムデン即ち獨逸港の指圖人 ("to order, Emden") を荷受主とする大麥を積み、七月十六日(一九一四年)該露國港を發したが、同月二十日和蘭のグロニンゲンにて營業する和蘭の一商人甲は、右の大麥の中の十九萬七千キロを買取り、次で同月二十四日、同じ和蘭の一商人乙は餘の大麥中約二十萬キロを買取り、執れも賣買手續を完了して之を各自の所有に移し、然る上彼等は更に之を己れの得意先に轉賣した。然るに間もなく八月四日の英獨開戦となり、而して本船の同月八日英國のプライムスに入港するや、英國官憲は該貨物を捕獲物として差押へ、本船を倫敦に回航せしめて之を陸揚し、賣却して賣上代金を捕獲審檢所に保管せしめた。該兩商人は、本賣買は開戦前に行はれ、代金の受取を完了し、既に自己の所有に移りたるものなること、且開戦のことは全然豫期せざりしことを理由とし、右の賣上代金の還附方を要求した。

英國捕獲審檢所にては檢察官は、英獨開戦の當日尙ほ運送中に屬せる本件貨物は、たとひ開戦前に於ける中立人への賣渡に係ると雖も、當時開戦は切迫し、又は敵人たる原賣主は開戦を豫想したものと推定すべきが故に、拿捕の行はれたる八月八日には當然沒收となるべきものと論告したが、審檢所長官エヴァンズは、前掲の *The Vrouw Margu-velha* 事件に關するストウエルの判決、その他開戦直前に行はれたる賣買に關する重なる二三の學說及び判例を援用且批評したる末、『開戦に先だつ船の賣買の效力に關しては倫敦宣言は特に之を規定するも、貨物のそれには適用せられざるものである。今本件の兩賣買の事實を檢するに、中立人たる買主は代金の支拂を完了し、且開戦前に之を自己の得意先に轉賣したもので、全然善意の行動たることを明瞭である。獨逸間の開戦の切迫は本件に關係は無い。又英獨間のそれとても、當事者間に於てその切迫を信じたりと認むべき證據に乏しい。獨逸帝國政府の密かに抱ける意圖は予の揣摩する限りでないが、獨軍の白耳義侵入に對し我が英國の條約擁護を楯に遂に干戈を執りて起ちたることは、予の所見にては獨逸としても全く意外に感したる所と思ふ。要するに獨逸人たる賣主は自國と英國との間に開戦が切迫せるものとの考は無く、又賣買取引の當時又はその完了前に開戦を豫期したものと認め難きを以て、本件兩和蘭商への賣渡は有効にして、隨つて沒收すべからざるものに屬す。』(Franchise, *Jurisp. Brit.*, II, pp. 305-6)と爲し、本件賣上代金は之を該商に還附すべきものと檢定を下した。

註三。ダクサは開戦直前の七月二十八日、黒海の北方のアゾウ海の一港タグログを發して漢堡に向ふ途次、八月十日公海にて拿捕せられたる塊船である。本船の載貨たる穀類は、獨佛間の關係危機に迫れる八月一日、その航海中に於て荷主の獨逸商から佛國の一商會に讓渡せられたものである。(この取引には多少込入つた關係もあるが、詳細は *Franchise, Jurisp. Brit.*, I, p. 179 参照)。在チブラルタル英國捕獲審檢所にては、本讓渡は佛艦に依る拿捕を避けんがため欺瞞的に行はれたものと推定せらるべきも、賣買當事者は英獨間に開戦あるべしとは當時尙ほ豫想せず、隨つて英艦に依る拿捕を避けんがために行へる讓渡とは認め難きを以て、英國たる拿捕國に對し之を無効とすべきに

The
Dulson,
1917

非ずと爲し、本貨は申請人たる佛國商會に還附すべきものと檢定した。之に對し檢察官より抗告ありたるが、樞密院司法委員會にても原檢定を肯認し、殊に同委員長パーカーは『第一は、貨物の海上に於ける讓渡は、賣主側に於てその臣事する甲國と他の乙國との間に開戦の危機あるを見越して行つたものならば、乙國の拿捕權を避けんがために行はれたものと推定すべく、隨つて愈々開戦となり、その讓渡貨物にして拿捕せらるるに於ては、買主はその情を知れるに於ては、その拿捕の時に既に敵性を失へるものたることを立證せんがため己れの所有權を主張せんとしても不可能である。第二に、讓渡の時に於て周囲の事情よりして開戦の危機が切迫し居れるものなるときは、該讓渡の全然善意なりしとを立證する責任は買主にあり、而して單に己れ自身のみの善意を證明するのみにては不充分で、併せて賣主の側にありても開戦の危機を見越しての讓渡に非ざりしとを立證するを要する。第三に、買主は右の立證責任をば、該讓渡は開戦の危機が未だ是れなかりし時に取結ばれたる契約に從つて行はれたることを示すことに依りて爲し得るのである。』との理由に於て、原檢定の當を得たるものなることを裏書した (*Ibid.*, p. 314)。

六七一 敵貨の中立人への移轉ありたる場合に於て、その移轉が果して誠實且完全に行はれたるものなるやを判定するのは何れの場合に於ても肝要のことである。さりながら海上取引に於ける諸般の契約の複雑なるよりして、その判定上時には困難を感ずることもあらう。殊に賣主が該貨物の處分權を留保する場合、即ち謂ゆる *ius timentandi* を有する場合に於ては、賣買の適法如何は必然問題となるべきである。處分權の留保にしても、之を留保する賣主が中立國人である場合には、該貨物の所有權は未だ完全に敵人に移つたものでないから、格別の難題でないこと第一次大戦中英國捕獲審檢所の下したる英船 *Miramide* (註)に關する檢定に示さるる如くであるが、賣主が敵人で買主が中立人であり、而して賣主が處分權を留保する場合には、該貨物の現實の移轉が伴はざる單なる文書的讓渡として之を無効とすること古來一般の慣例と

賣主の處
分權留保
處分權の
留保者が
中立人た
る場合

The *Mirambidi*,
1915.

註。第一次大戦の始まる直前(一九一四年六月二十五日)、米國の一會社は獨逸の一會社との間に小麦のロッテルダム陸揚渡の賣買契約を取結び(運賃保険料入値段即ち?に)て、之に基き米國會社はガルヴェストン港にて小麦を英船ミラミチに積んでロッテルダムに仕向けた。その航海中に開戦となり、買主は英國の敵人となつた。是より先、賣主側の銀行は、賣主が買主に對して振出せる爲替手形を割引し(七月二十八日)、取立のため船荷證券その他の關係書類と共に之を獨逸の一銀行に郵送したが、載貨が英國に拿捕せられたので、買主は支拂を拒絶した。そこで賣主は該小麦を己れの貨物なりと主張した。これが問題の概要である。

之に對し英國捕獲審檢所長官エヴァンズは、『第一。本件取引はその主眼とする所既に開戦前に於て善意に遂行されたものであるから、拿捕の際に於て何人が本貨の所有者でありしかば、宜しく貨物の賣買契約を支配する普通の國內法に依りて決すべきである。第二。開戦の危機未だ切迫せざりし平時に於て賣買契約に依り既に積出され、會々開戦となりて拿捕せられたる本件の如きにありては、契約上本貨の所有權が拿捕の際既に敵人たる買主に移れりと認め得ざる限り、沒收せざるべきこと主要の一原則である。所有權の孰れにありしやを決定すべき標準は、拿捕の際に危険は孰れの側が負ふべきやには在らずして、賣買當事者の意思如何に在る。且本貨は賣主がその處分權を留保したものであるから、船舶書類が買主に依りて引受けられ、爲替手形に對し代金が支拂はるるまでは依然賣主の財産たるべきもので、即ち拿捕の際に未だ敵人の手には移つて居らぬものである。故を以て本貨は申請人に還附すべきものとす』と檢定した (Fauchille, *Jurispr. Brit.*, I, p. 59 (下))

移轉の誠實且完全なる立證する方法

六七二 積載貨物の敵人より中立人への移轉の誠實且完全なることを立證せしむる方法は、國に依りて必しも一樣でない。大陸諸國殊に佛國にありては、その立證は一に船舶書類に依らしむるのが多年の慣例である。第一次大戦中にありても、佛國捕獲審檢所の諾威船 *Kiv* に關する檢定 (Fauchille, *Jurispr. Franc.*, p. 33)

も、利害關係人が該貨物の所有者にして且處分權を有することは船荷證券その他の書類に徴するに於て足るといふのであつた。勿論利害關係人は船舶書類以外に尙ほ所有權の取得ありしことを立證する書類を提出するに妨げなきこと獨船 *Gaz Niouai II* (*Ibid.*, p. 11)、蘭船 *Boerue* (*Ibid.*, p. 54) 等の例に見るべく、更に一旦檢定ありし後上級審檢廷に對する別種の書類提出に依り、それが新證據となつて前檢定の覆へされたことは蘭船 *Gorontalo* (*Ibid.*, p. 73) の檢定例にある。伊國にありても、船荷證券を以て所有權移轉の唯一の立證具とすること大戦中の希臘船 *Kyricos* (Fauchille, *Jurispr. Ital.*, p. 1) 及び *Chrysoptolis* (*Ibid.*, p. 95) の檢定に記してある。獨逸にても、移轉の效力を決するに就て船荷證券に最も重きを置くこと大體に於て佛伊諸國と異ならない。殊に移轉が船荷證券に依りて行はれたる場合に、その船荷證券が船の出帆前に買主へ送出去了たのみでは以てその讓渡を有效とせしむるに足らず、必ず買主に於てその出帆前に之を入手し居るを必要とすること伯林高等捕獲審檢所の英船 *Leetris* の檢定に力説されてある (Fauchille, *Jurispr. Allem.*, p. 383 以下)。然るに英國の捕獲審檢所にありては、船舶書類は重要な參考資料とはするも、之を以て唯一の立證の具とせず、進んで移轉の内情を事實に就て調査し、之に依りて效力を判定するの制となつてある。

處分權が買主に移れる場合
The
Kron-
prinzessin
Cecilie,
1915.

六七三 貨物の處分權を賣主に於て留保せず、それが敵人たる買主に移つたものにおいて、それは敵貨となり、當然沒收せらるべきで、第一次大戦中の英國捕獲審檢所の獨船 *Kronprinzessin Cecilie* に關する檢定にはこの意味を高調してある。この事件は、開戦前に紐育の The American Smelting & Refining Co. が同會社の販賣代理人と稱する獨逸の一會社 (Metallgesellschaft) の裏書せる船荷證券に依り、開戦前に同船に積んで送出したる鉛若干量の差押に關するもので、荷主は英國の一會社に對しその鉛に對する手形を振出し

たが、同會社は開戦を理由に之が引受及び支拂を拒絶したので、米國會社は拿捕の際には依然己れの所有に屬するものと主張し、且獨逸の該會社は單に米國會社から賣揚に對し口錢を受くる所の販賣代理人たるに止まり、貨物の所屬に關しては全然無關係者なりと辯明した。之に對する檢定要旨は

「申請人は獨逸會社に向けて積出の本貨の上に何等處分權を留保するの意思ありしものでなく、却つて本貨に對する管理及び所有は船積と共に擧げて獨逸會社に移すの意であつたと推定せられる。且假に獨逸會社が單に販賣代理人に過ぎずとしても、尙ほ且外國の本店から所有權が之に移ることも有り得る。孰れにしても貨物の所有權が移りしや否やは當事者の意思に屬する事實の問題で、本件にありては申請人たる米國會社も將た獨逸會社も、本貨は後者に移すべきもの又移りたるものと想定したと認むべきである。」(Fauchille, *Jurisp. Brit.*, I, p. 447 以下)

といふにありて、即ち沒收の檢定となつたものである。

六七四 拿捕を受けたる際には中立性を有したる貨物にして拿捕後敵人の所有に移りたるものは、之を敵貨として取扱ふこと第一次大戦中英國の捕獲審檢所の英船 *Palm Branch* の載貨の檢定に於て論斷せられた。この載貨はカカオ約四十袋で、開戦前エクアドルの或農事會社から漢堡の獨逸の一商社に仕送られたものである。英艦の之を拿捕して審檢の進行中、同載貨は之に保險を附したる獨逸人の有に移つた。而し新所
有主の利害關係人は英國捕獲審檢所に對し、拿捕物件の敵性なるや中立性なるやは拿捕の際に於けるその性質に由るものである、本貨物は拿捕を受けたる際には疑もなく中立性のものであつたから、後日敵人たる保險業者の手に移つたからとて沒收せらるべき物とはならずと抗辯した。けれども審檢所長官エヴァンズは、中立國人の非沒收を要求し得る貨物は常に拿捕を受けたる際に於てのみならず、之を要求する時に於ても亦

拿捕後に於ける敵貨への移轉
The
Palm
Branch,
1916

中立性のものであるを要すとの理由にて、本貨は敵貨として沒收すべきものとした。而して樞密院司法委員會に於ても、エヴァンズの論點の一部は之を覆したが、大體に於て原檢定を肯認した (Fauchille, *Jurisp. Brit.*, II, p. 211 以下)。獨逸の審檢所も *Esimo* 事件に於て、又伊國のそれも *Moravia* 事件に於て、孰れも同様の檢定があつた (Fauchille, *Jurisp. Allem.*, p. 291 以下及び *Jurisp. Ital.*, p. 35 以下)。

第六項 在留敵人の取扱

六七五 開戦の際交戦國の領土内に在留する敵人の取扱方に就ては、或は交戦國はその領土内より對戦國民の何人をも、又その總てをも、追放するを理論上は妨げずと説き (例へば *Hall*, § 136, p. 459)、或は追放は不妥當なりと論ずる如く (例へば *Fiore, Note, Privat Int. Pub.*, III, § 1297, p. 58)、國際法上古來確たる定則なきも、凡そ開戦は當事國間の從來の通交關係を一切斷絶せしめ、兩國人を互に敵たらしむとの近代國際法の原則に鑑み、國內在留の對戦國民を追放するを違法とすべき理由は考へられず、隨つて學者の多數は追放適法説に傾くやうである。即ち交戦國は、敵人の在留を許すは妨げなきも、之を許すべからずと認むべき理由あらば、その或者を又は敵人を一括して追放するも可なり、敵人は權利として在留の繼續を要求するを得ず、といふに大體一致する風である。その代表的學說としては、

「在留の敵人にして退去猶豫期間を故意に經過したる者、當該敵人の行爲又はその本國に於ける重要性に鑑み特別の取扱を爲すの理由ある者、その他蓋し本國の軍隊に屬する者、これ等を外にし、之を抑留するの權が今日最早や存在せざることは疑を容れない。…近代の戦役にありては、在留を特に許可するを常とし、放逐を不穩當とする感が高

學說の一
斑