



2

0017842-000

329-K i 155 k

公法涓滴

菊地駒次・著

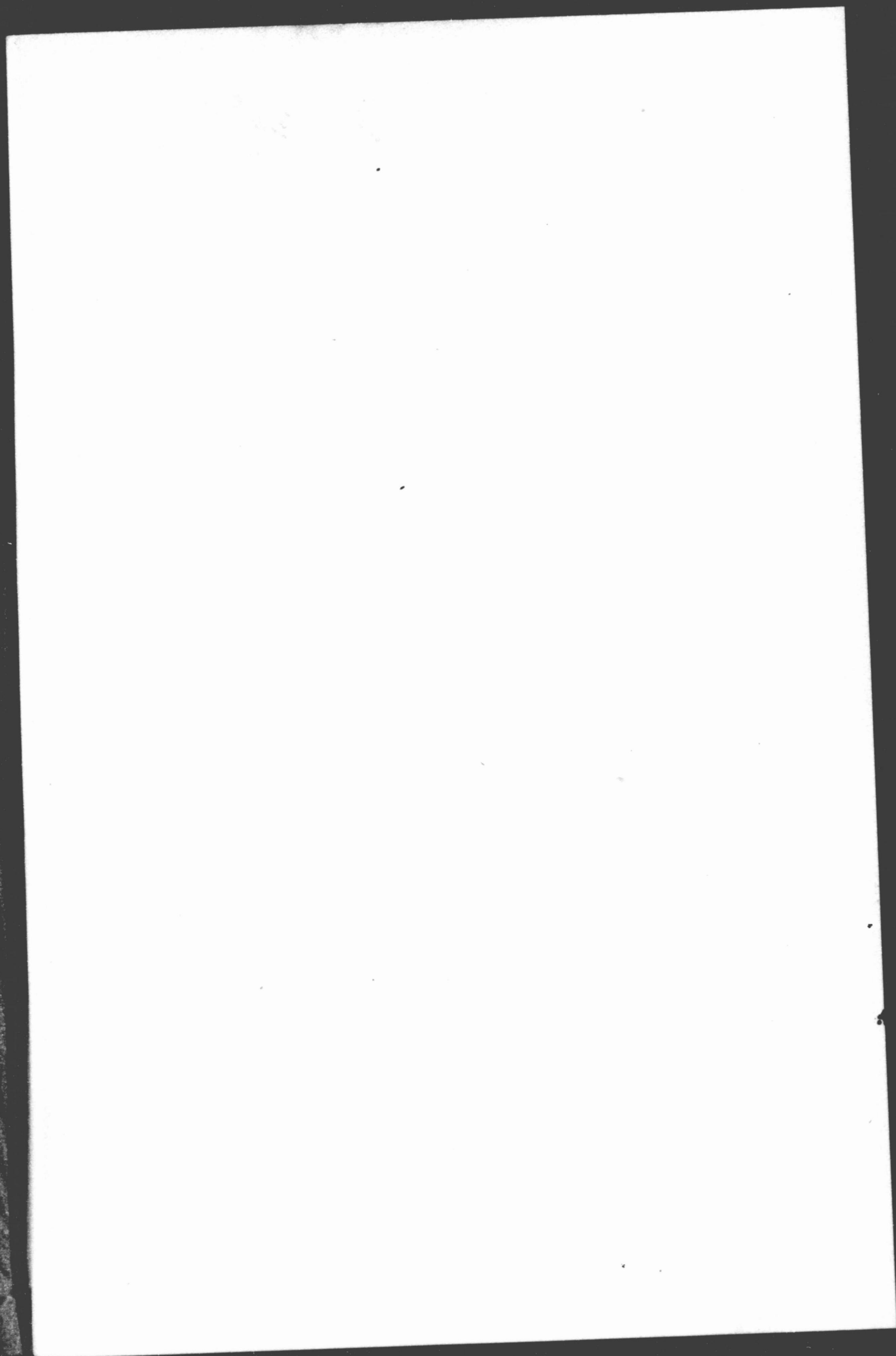
日本外交協会

1935

ACJ

この著作物は、著作権者不明のため、著作権法
第67条の規定に基づき、平成12年3月23日
付けで文化庁長官の裁定を受け使用するものです。

東京都千代田区丸の内二丁目十二番館六号四二室
芳澤中國記念事業財團
電話(28)四一〇八番

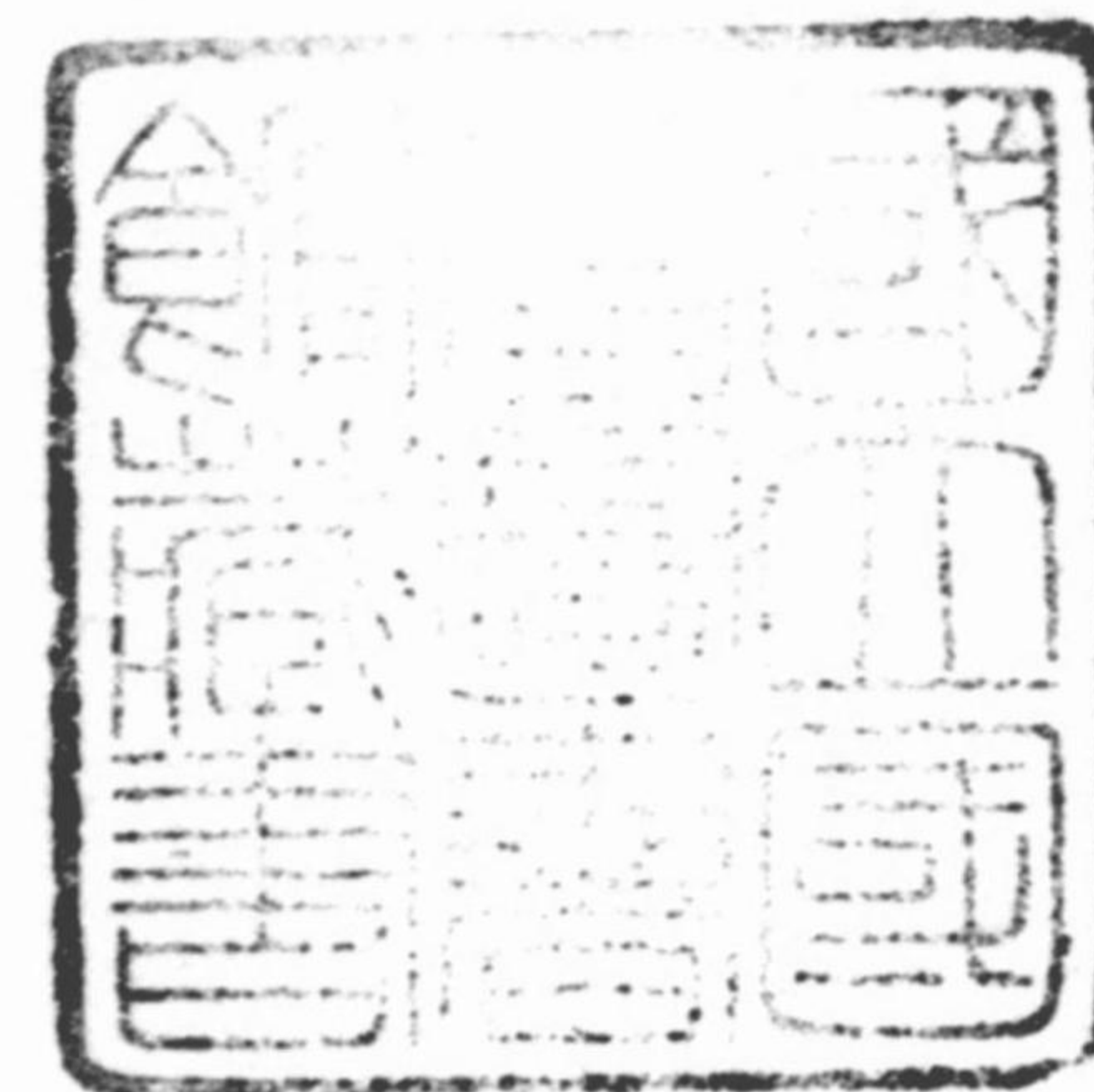


法學士 菊地駒次著

公法涓滴

日本外交協會發行

329
Ka155k



509051



329
Ka1552



589051

菊地駒次君年譜

明治十一年三月二十三日 靜岡縣沼津ニ生ル
 同三十三年七月十日 東京帝國大學法科大學法律學科卒業
 同三十三年十一月二十四日 文官高等試験合格
 同三十四年八月二十二日 任法制局參事官、敘高等官七等
 同三十四年十月十五日 第二部勤務ヲ命ス
 同三十四年十月三十日 敘從七位
 同三十五年三月四日 第一部勤務ヲ命ス
 同三十六年八月二十八日 陞敘高等官六等
 同三十六年十一月十日 敘正七位
 同三十六年十二月二十二日 依願免本官
 同三十七年一月八日 家屋稅仲裁裁判事件ニ關スル事務ヲ囑託ス
 同三十九年三月三十一日 任外務書記官、敘高等官六等
 同三十九年三月三十一日 大臣官房取調課勤務ヲ命ス
 同三十九年四月六日 明治三十七、十八年事件ノ功ニ依リ金二百圓ヲ賜フ

年譜

内閣
 法制局
 宮内省
 法制局
 宮内省
 内閣
 宮内省
 内閣
 外務省
 内閣
 外務省
 賞勳局

大正六年十二月二十七日 補佐世保捕獲審檢所評定官
 同 七年八月十六日 高等試験臨時委員被仰付
 同 八年一月十五日 臨時條約改正調査委員會委員被仰付
 同 八年六月四日 法規整理委員會幹事被仰付
 同 八年六月二十三日 高等試験臨時委員被仰付
 同 八年十二月二十六日 任大使館參事官、兼高等官二等、伊國在勤被仰付
 同 九年一月三十日 兼正五位
 同 九年四月二十八日 伊國在勤被免
 同 九年四月二十八日 臨時平和條約事務局第二部長ヲ命ス
 同 九年五月二十八日 特殊權利審査會審査員被仰付
 同 九年五月二十八日 兼任外務省參事官
 同 九年七月三十一日 高等試験臨時委員被仰付
 同 九年九月七日 對獨平和條約締結並ニ大正四年乃至九年事件ノ功ニ依リ勳三等瑞寶章及
 同 九年九月七日 金千五百圓ヲ授ケ賜フ
 同 九年九月七日 大正三年乃至九年戰役從軍記章令ノ旨ニヨリ從軍記章ヲ授與セラル
 同 九年十一月十九日 特殊財産管理局參與被仰付

大正十年八月四日 高等試験臨時委員被仰付
 同 十一年八月七日 臨時條約改正調査委員會委員被仰付
 同 十一年八月十一日 高等試験臨時委員被仰付
 同 十一年九月五日 靜岡縣育英會評議員トナル
 同 十一年三月二十六日 陞兼高等官一等
 同 十二年三月二十七日 兼從四位
 同 十二年三月三十日 免兼官
 同 十二年三月三十一日 依願免本官
 同 十二年六月 日本中學校維持會ノ成立ト共ニ推サレテ理事長トナル
 大正十三年一月三十一日 東北帝國大學講師ヲ囑託ス(法文學部勤務)
 昭和二年四月一日 財團法人日本中學校理事ニ就任ス
 同 五年四月八日 外務省事務ヲ囑託ス
 同 五年四月十四日 專修大學國際法講師トナル
 同 六年三月三十一日 東北帝國大學講師囑託ヲ解ク
 同 九年十月一日 財團法人靜岡縣育英會理事トナル
 同 十年一月十七日 死去(行年五十八)

内閣
 内閣
 内閣
 内閣
 賞勳局
 賞勳局
 内閣
 内閣
 内閣
 外務省
 宮内省
 内閣
 内閣
 内閣
 東北帝國大學
 東北帝國大學
 專修大學
 外務省

序

故菊地駒次君は明治三十九年余と相前後して外務省に入り大正十二年を以て致仕せらる。其間十有七年に亘る君が外務省生活は中途在佛大使館勤務の數年を除けば殆んど全部外務本省に在り主として法制方面の審議立案に參劃されたものである。或は家屋税仲裁裁判事件の準備事務に執筆し或は永代借地權の整理問題に専念し或は條約改正調査會の委員と爲り或は捕獲審檢所の評定官に任じ或は外交官及領事官試験の委員と爲り或は法規整理委員會の幹事を務め或は特殊權利審査會及救恤審査會の委員と爲る等孰れも君が活動の方向が主として法制方面の事務に在つたことを物語らざるものはないのである。

惟ふに外務省に於ける君が擔任事務の主として法制方面に在つたことは偶々以て君が長所とし且つ得意とする所が亦法制事務に在つたことを裏書するものであつて君に取つては公務は即ち君個人としての嗜好研究の題目に外ならなかつたのである。男子の快心事豈是れに過ぐるものあらんや。就中君が最も強き興味と深き造詣とを有した問題は國權發動の形態に關する研究

であつて殆んど一生を通じて君の注意は此問題から離れ得なかつたものの如くである。本書に收むる十數篇の論文も君が多年の蘊蓄を傾倒せる畢世の雄篇であつて論題は異なるけれども其根柢を一貫する思想は終始國權發動の視角に立つて觀察した統一ある研究に外ならないのである。而して本書の特色は實に茲に存するのである。嘗に公法學徒の有益なる參考資料たるのみならず亦以て外交實務家に取り好個の指針たるを失はざるものである。

菊地君は外に靄然たる君子の風格を有するも内には燃ゆるが如き愛國慷慨の志を存する國士であつて本書に現はれた壯重遒勁なる文章と透徹精緻なる理論とは俱に君が人格の發露に外ならないのである。余は嘗て通商局に於て君と日々相隣して俱に國事に勤めたものであつたが今此遺稿に接し君が五十八年の生涯に於ける學業績が一握の小冊子となり君が未死の雄魂を載せて永く此世に留まることを想ひ轉た追懷の情に堪へざるものがある。

昭和十年七月一日

外務大臣 廣田弘毅

序

故菊地駒次君は余が同窓同期の舊友である。君は明治三十三年學窓を出づるや直ちに法制局に入り後轉じて外務省の人と爲る。夙に國法學の研究に志し明治三十四年同窓同期の松本丞治君、乾政彦君及吾孫子勝君と俱に「ゲオルグ、マイエル」の獨逸國法學を翻譯して之を有斐閣より出版し踰へて明治三十六年獨力を以て「コンラード、ホルンハック」の國家學を翻譯して之を早稻田大學出版部より刊行する等甫めて二十三、四歳の青年を以て蚤くも頭角を學界に現はしたのである。爾來三十有餘年一日も其素志を廢せず且暮思を潜めて此問題の研鑽を繼續せるものゝ如く現に本書に收むる十數篇の論文は悉く同一題目に對する君が三十餘年を一貫せる彫身鏤骨の學問的努力の成果に外ならないのである。

君や謹懇敦篤の資を享け旺盛なる學者的良心の持主として精緻を尙び粗慢を斥け徹底を期し放膽を忌み一字一句を苟もせずとは文字通り君が實踐躬行した所であつて學問に對する君の此態度こそ洵に以て學徒の範とするに足ると斷言するに躊躇しないのである。

惟ふに行政官たり外交官たりしは君が眞面目を發揮する所以に非らずして君が眞骨頂は實に學者たるに在つたこと、信ずる。晩年閑地に就て以來官私の大學に國際法を講じて後進を誘導せられたること恐らく君が最も得意とした時代であつたと信するのである。今や遺稿を編いて試に數篇を讀過すれば諄々として説く亡友の徳を髣髴して寔に感慨無量なるものがあるのである。

昭和十年七月一日

拓務大臣 伯爵 兒 玉 秀 雄

遺稿刊行の願末

故菊地駒次君は年譜に載せてあるが如き閱歴と廣田、兒玉兩大臣の序文中にも述べられてあるが如き活動とを爲されたのであるが學問としては國法學竝に國際法に特別の興味を有し殊に純粹法理の方面に研究の歩を進められたものである。

文章も本書に見るが如き道勁なる筆致を示して居るのであるが何事も極めて細密に吟味する性質であつて寧ろ巧運を尙ぶ方であつた。従て纏つた著作も之を志しては居た様であつたけれども健康も勝れず遂に其志を果さずして長逝されたのである。所が明年は菊地君が豫て恩顧を蒙り又平素敬慕して居た故杉浦重剛先生の十三回忌に相當するので謝恩の意味を以て自ら論文集を刊行して之を靈前に供へんと企て既に原稿を整理し序文まで草して準備を了へられた遺稿が残つて居たのである。而してそれが生前世に現はれるのを俟たずして突然世を去られしことは故人も定めし心残りであつたらうし又それを果たすことが舊友としてのせめてもの心遣りであらねばならぬ。

今回遺族の冀望に基き友人胥諮つて同君の遺志を繼承し先輩知友各位にも發起人となつて戴き右の論文集を出版して杉浦先生竝に君自身の靈前に供へることになり一切の事務を日本外交協會の好意に依託し茲に刊行の實現を見るに至つたのである。

仍て茲に右の顛末を附記すると共に此の刊行に付特に御配慮を蒙りたる廣田、兒玉兩相の外芳澤謙吉君、立作太郎君、松本丞治君、島田俊雄君、乾政彦君、川島信太郎君、其他故人の先輩知友茲に故人に最もよく接觸せる田村幸策君の獻身的努力に對し遺族を代表し深厚なる謝意を表する次第である。

昭和十年七月一日

柳 田 國 男
松 田 道 一

本書の刊行に就いて

日本外交協會は故菊地駒次君の藏書八百二十二冊を一括して寄贈を受け現に之が保管中である。藏書の内容は殆んど全部國際法に關する英、佛、獨語の著書、單行文及雜誌類であつて、外に極めて少數の國法學に關する獨逸書がある。

菊地君は多年國際法及憲法に關し精緻なる研鑽を積み深達、該博なる學識を藏せられたるに拘らず、不幸にして之を著書に貽すの暇なく、今春遽然として泉下に入られたのであるが、幸に生前自ら論文集の刊行を企て、序文まで草して準備を完整せられた遺稿が残つて居た。本協會は遺族及故人の親友の切なる希望に依り之れが刊行を受託し、故人の遺思を實現することにしたのである。

顧みるに明治三十三年學窓を出で本年一月長逝に至る三十餘年間に亘る菊地君の社會生活は法制局に於ける三ヶ年を除けば、殆んど全部外交の實務及研究に費されたものであつて、此の意味に於て本協會が君の藏書を保管し君の遺稿を出版することは、君が素志に合致するもので

あつて恐らく地下の君も満足されて居ることゝ信するのである。

本協會は上記の趣旨に依り一千部を限定して本書を刊行し、故人の遺族に贈呈し、親朋諸氏の購讀を仰ぐ外、尙殘部ある時は之を一般好學者の希望に應ずる事としたのである。

昭和十年七月一日

日 本 外 交 協 會

公法涓滴序言

一、本書に収録する拙稿十數篇は何れも皆大正十二、三年以後の執筆に係る、即ち最近十年間に於ける著者の述作なり。唯だ附録の三篇は共に明治年代の舊稿にして其の一（附録第一）は三十年前、他の二ツ（附録第二及附録第三）は二十有六、七年前に嘗て一度世間に出でたることある舊作なり。何れも四半世紀以上の年數を経過せる文反古なれば聊か時代錯誤の嫌なきに非ずと雖も後の諸篇中往々にして此の舊篇を引用するものあるが故に、對照の便に供せむが爲茲に其の全文を再録するなり。

二、涓滴の二字は先師杉浦重剛大人大正八年度の七絶中の轉結「微臣亦私期涓滴、應有至誠天地通」に取る。大正八年は今上陛下東宮御成年式の年にして、右の一句は御學問所御用掛たる先生の抱負を語るものなり。事 皇室の大典に關聯す。此の二字を借來りて之を本書の題號中に收むること或は僭越の讖なきを保せざるべきか。然れども先生の七十年間の生涯を一貫する至誠奉公の大精神は其の 至尊に

咫尺すると吾人後學に接すると將又一般民衆に對するに依りて何等軒輊あることなし。されば「帝王の師にして兼ねて民衆の師」と稱せらるる我杉浦先生を儀表とするは八千萬同胞の何人にも許されたる天下の公道にして必しも門下生のみに限るの特權に非すと信ず。先生の靈も亦此の二字の僭用に付深く著者の不遜を咎め給はざるべし。

三、大正十二年三月、著者二十年間の吏僚生活の終末に際し著者をして前途尙一道の光明を望見せしめたるものは我杉浦先生の一語なり。翌十三年二月初三、圖らず東北帝國大學の囑託辭令（同年一月三十一日附）を拜受したる著者は先生の恐るべき眼識の前に覺えず叩頭したり。此時に當りて先生疾既に篤く同月十三日を以て御他界あらせらる。嗚呼悲しいかな。溫容復見るべからず永く報恩の機を失ふ。哀悼何ぞ堪へむ。況んや著者の愚鈍なる曩に前年三月、先生の一言を賜はりたる際之に全幅の信頼を措くこと能はず、半信半疑の間に八、九月を送りたるをや。轉々慚悔の情を禁ずること能はざるなり。茲に本書刊行の奉告を機とし率直に當時の事情を先生の靈前に告白して聊か以て自ら戒むるのみ。

四、本書の我公法學界に於けるは譬へば猶、眇たる滄海の一粟の如し。寔に言ふに足らずと雖も著者の一身に取りては此の書は過去十年間に互る學究生活の記念たるに相違なし。少くとも著者未だ亡せざる事實の一證とするを妨げず。抑も大正の末期より昭和三年、四年に至るまでの數年間に數々九死の境に彷徨したる著者が伴にして一縷の命脈を保全し得たる所以のもの半ば是れ「天台道士詩歌集」愛誦の賚に外ならず。拙き本書をおほけなくも先師第十三回忌法要の祭壇上に捧ぐるは此の再生の縁に付聊か謝恩の微意を表せむが爲なり。

昭和九年十月

西大久保三丁目の寓居に於て

菊 地 駒 次 識

卷前目次

故菊地君小影	
菊地駒次君年譜	
序	外務大臣 廣田弘毅
同	拓務大臣 伯耆 兒玉秀雄
遺稿刊行の願末	松田 道一
	柳田 國男
本書刊行に就いて	日本外交協會
公法涓滴序言	菊地 駒次

公法涓滴目次

第一章 國土民人編

第一節 國土及民人の國法觀並に其の國際法觀	一
第二節 「ポーツマス」條約第十條の規定の解釋に就て	一六
第三節 帝國の領土權は赤道以北の舊獨逸領南洋諸島に及ばざるか	三三
第四節 租借地の法理を論ず	六一
附、租借地論補遺	七九

第二章 國權交錯編

第一節 國際法上の海賊とは何ぞ	一六
參考、海賊鎮壓條約案	一三八
第二節 領事裁判制度の起源、展開及其の撤廢に就て	一三九
第三節 外交使節の特權と軍艦の治外法權	一五九

第三章 國際法雜俎

第一節 國際法の本質を論ず……………一九五

第二節 國際法沿革略史……………二一〇

第三節 何が故に吾人は戰時國際法を學ばざるべからざるか……………二二六

第四節 戰爭の開始が交戰當事國間の條約關係に及ぼす影響に就て……………二四三

附 錄

第一、臺灣の國法關係を論じて律令違憲論に及ぶ……………二五七

第二、領事裁判の制度は竟に憲法違反たるを免れざるか……………二八五

第三、外國商船内の犯罪に對する裁判管轄權問題に就て……………三〇九

以 上

公 法 涓 滴

第一章 國土民人編

第一節 國土民人の國法觀竝に其の國際法觀

國土及民人の法律關係が公法上の興味ある一問題として初めて本稿の著者の研究心を刺戟したるは實に今を去ること二十有一年前の過去に屬せり。即ち臺灣領有後七、八年を経過したる明治三十六年中の事にして、夫の臺灣總督に認むるに律令制定の權限を以てしたる明治二十九年法律第六十三號の規定は憲法違反の法律を以て目すべきものに非ずやとの議論が數年來我法學社會に囂然たりし際なりき。著者は新領土の國法關係に付聊か思索を試みる所あり、世人が問題の骨子たる帝國憲法施行區域の論點を等閑視するもの比々皆然るを歎じ、又當時本邦公法學界の權威と仰がれたる穂積(八束)、一木、有賀(長雄)諸博士が何れも此點に關し確乎不拔の斷案を下だすことなきを怪み、

青年の客氣自ら揣らす一文を草して之を國家學會雜誌の誌上(明治三十七年二月分同誌第二〇四號)に公にし自家の所見を率直に披陳したることあり。今よりして之を見るに語辭概ね甚不遜、或は高く自ら標榜し往々忌憚なき評語を諸家の學說に加へ、誤つて罪を先輩諸大家に獲たるの多きを慚ぶと雖も、其論旨の要點に至つては今日猶依然之を改むるの要なきを覺ゆ。試みに其の要旨を摘録すれば左の如し。

(一) 帝國憲法の施行區域は國土の膨脹發展に伴ひ當然擴張するものに非ず。凡そ法令の施行區域は法令制定の當時に於ける立法者の明示又は默示の意思表示に依りて定まるものにして特別の施行法令に由るに非ざれば之を他の地域内に施行するを得ざるものなること、憲法と他の各種の法令とに共通する一般の原則なり。

(二) 帝國憲法の施行區域は本邦固有の歴史を背景とする一定の具體的國土に限局し又一定の具體的民人に適用するの趣意なること、憲法制定の沿革に徴し且憲法發布の勅語及告文に照らして明白疑を容れず。

(三) 憲法第一條に所謂「大日本帝國」の地理的區域は憲法制定當時の日本即ち舊日本の範圍に限ること、憲法義解の第一條釋義中にも明言するが如くにして、戰勝の結果たる新領土及租借地區域を包含するの趣旨には非ざるなり。

(四) 新領土の土著人種は國際法上之を帝國臣民と謂ふこと蓋し之あらむ。之を憲法上の帝國臣民と稱するが爲には特殊の國家行爲を必要とすべく、新領土取得の當然の結果として土著人種が憲法上の日本臣民資格を取得したるものと解するは非なり。

(五) 以上の諸點にして大差なからしめば、世間に囂々たる律令違憲論は的なきに矢を放つものに異ならず。若し又憲法の原則が當然新領土に行はるるものと論斷するならば、臺灣總督に律令制定の權限を認めたる法律第六十三號の規定は明白に憲法の原則に違背し、帝國議會の法律協賛權を無視する違憲の法律にして、其の一時の權宜に出づる期限附立法たるの故を以て、之が違法性を沮却するに足らざるなり。(國家學會雜誌第十八卷第二號、二六―五三頁) (參照。其の全文は載せて附録第一に在り)

國土及民人は國法上一定不動なるを原則とし、伸縮自在性を有するものに非ずとする吾人の上記見解は、今日に於ても依然我法學界の少數說に屬するは事實として争ふべからず。然れども帝國憲法は臺灣、朝鮮、樺太及關東州に行はれずとする我少數說の同論者中に、現に東西兩京大學に於て憲法講座を擔任する美濃部、市村兩教授を算することを得るは大に吾人の意を強うするに足るものあり(一)。我政府當局者の所謂有權解釋(市村博士處女作、憲法要論中の評語、同書一五〇―一五一頁參照)に對し反對論の第一聲を放ちたる往年の筆者の實は豫想にすら上らざりし所なり。憲法第

一條、大日本帝國の地理的範圍に關する筆者の持論に付ても、中央大學の稻田博士及故法學士立花俊吉君の如き有力なる同論者を得たるは、不肖の竊に本懐之に過ぎずとする所なり(二)(三)。

(一) 市村、帝國憲法論(訂正改訂第十一版)二三五—二四八頁參照。

美濃部、憲法撮要第二章第七節、同書一九一—一九六頁參照。美濃部、憲法講話第十講、帝國植民地、同書五七五頁以下殊に五八八—五九二頁參照。右以外的美濃部博士論述中筆者の目に觸れたるものを列舉すれば左の如し。

○律令と憲法との關係を論ず(明治三十八年三月、法學志林第七卷第二號及第三號所載)憲法及憲法史研究二五七—二七五頁參照。

○帝國憲法は新領土に行はるるや否や(明治四十四年三月總會討論)國家學會雜誌第二十五卷第七號所載、同誌九三—一五頁參照。

○日本植民地法に就て(明治四十四年五月法理研究會)國家學會雜誌第二十六卷第一號所載、同誌八九—一〇八頁參照。

○帝國憲法は關東州に行はるるや(大正六年七月法學新報所載)時事憲法問題批判一四五—一五三頁參照。

(二) 稻田(周之助)博士著日本憲法論一六一—二〇頁及八六一—八九頁參照。法學士立花俊吉君執筆「大日本帝國」の説明、同文館編輯法律大辭書一九〇四—一九〇五頁參照。

(三) 論文起草の當時涉獵したる參考書籍中特に記憶に存するは「フォン、ステンゲル」博士の獨逸保護領法論なり。其後に出でたる内外文獻中筆者の注意を喚起したるものは「エーリヒ、カウフマン」の左記論文を以て最とす。此兩書は以て

本編參照書類中の雙璧とするに足らむ。Von Stengel, Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete. (1901) Dr. Erich Kaufmann, Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika. (Staats und völkerrechtliche Abhandlungen, VII. 1. 1903)

國土及民人の法律關係に付筆者の研究心を刺戟したる第二の案件は其後七、八年を経て起りたる韓國併合なり。即ち明治四十三年八月二十二日の調印に係る韓國併合條約は日韓兩國皇帝の間に於て韓國全部に關する一切の統治權の完全且永久なる授受ありたることを明言するが故に、韓國は同條約施行の日たる同年八月二十九日より國際團體内の一員たる法人格を喪失し日本國の一部たる朝鮮と爲れり(併合條約第一條及第二條並明治四十三年勅令第三百十八號參照)。政府は嘗て臺灣に付執りたる特別立法手段に由るを便とし、所謂委任立法の一種として制令制定の權限を朝鮮總督に認むるの緊急勅令(同年勅令第三百二十四號、朝鮮に施行すべき法令に關する件)を公布せしが、越えて四十四年三月法律第三十號を以て其勅令の内容を法律とせり。右の法律及緊急勅令は前記二十九年法律第六十三號を前身とする明治三十九年四月法律第三十一號、臺灣に施行すべき法令に關する件と全然同巧異曲にして、唯だ臺灣に關して期限附なりしを改めて無期限と爲したるの差異あるのみ。此場合に於ても我政府當局の解釋に依れば、併合條約の結果として日本國の一部を爲すに至り

たる新領土の朝鮮は帝國憲法の規定の當然適用せらるべき範圍内に在るものとし、唯だ便宜手段として朝鮮總督に特別立法の權限を認めたるのみと謂ふに在りしならむ。然れども所謂立法の委任が此場合に於て憲法違反たるを免れざるは臺灣の律令に關し既に數回反復せられたる法理論に照して明かなり。假に朝鮮總督の制令制定權にして憲法の解釋上辯解の餘地ありとするも、朝鮮の總督政治は實際上果して憲法政治と稱することを得べき性質のものなりや。新領土の住民は參政の權利と兵役の義務とを有するや。衆議院議員を選擧するの權能は朝鮮人に付ても認められたりや。朝鮮の司法權は果して行政部の干渉より獨立するの實を擧げたるや。同一の質問は臺灣に關しても亦均しく之を提起することを得べく、何人も事實として積極の回答を與ふことを得ざるべし。行政官たる臺灣又は朝鮮の總督が帝國議會と全然沒交渉に立法權の一部(粵ろ大)を行ふを得べきことは、前記二法律の正式に公認する所なること既述の如し。既に立法、行政二權の分界なく又司法權の完全なる獨立あることを見ず。土著の住民は徵兵令不施行の結果兵役に服するの義務も權利も共に存在せず、又固より同住民中より民選議員を帝國議會に選出するの權能なし。而も猶且憲法が臺灣及朝鮮に施行せらるると曰ふは果して何の意義を有するや。學者空論を弄ぶの弊も亦甚だしからずや。本稿の著者は其の嘗て臺灣に關して支持せし見解の新領土朝鮮に關し更に一層適切なるを感得せざる

を得ず。筆者は曩昔の想定に係る考案の歳と共に漸く判明することを自覺せり。考案とは何ぞや。曰く新領土は帝國憲法第一條に謂ゆる「大日本帝國」の範圍内に屬せず。國際法上は日本國の一部を構成すれども狹義の國法上の内國領土に屬せざること、恰も獨逸帝國の海外保護諸領に同じきなり。又曰く新附の民人(臺灣島人、朝鮮人及樺太土人)は帝國憲法第二章に所謂日本臣民に非ず。唯だ對外關係よりして之を觀察すれば、帝國國權の保護下に立つこと内地人と屬領地住民とを區別するの理由なきが故に、之を國際法上の帝國臣民と稱することを得るのみと。要するに國土民人に付、國法上の觀察と國際法上の觀察とは全然之を區別せざるべからずと云ふこと即ち是なり(四)。

(四) 韓國併合に關する立博士の國際法學上の研究が領土權の法律上の性質に關する美濃部博士の論文の最後の一節中に評論の目的と爲りたるを導火線として、端なく兩教授間に學界稀に見る所の大論戰を惹起し、應酬數次半歳以上に亘りたるは讀者の記憶に新なる所なるべし(法學協會雜誌第二十九卷第二號乃至第十一號參照)。本件論争は論點の多岐多面に亘れりと、雙方の論鋒の共に鋭利深刻なると、論旨の説明に丁寧懇切を極めたるとの諸點に於て、洵に明治年代の末年に於ける我が法學社界の一律觀たるを失はずと思惟す。夫の國際法と國內法との相互關係と曰ひ、主權、統治權及領土權の本質論と曰ひ、領土割讓の法理と曰ひ、租借地の法律現象と曰ひ、又國家併合に伴ふ權利義務承繼問題と曰ひ一として吾人が年來の研究題目たらざるはなし。此等諸點に對する吾人の所見に付ては他日機會を得て、徐ろに教を先輩及び同學の諸君子に請ふ所あらむと欲するが故に、茲には兩教授の論戰の内容に付一步を踏入るることを敢てせざるなり。

越えて更に七、八年の後、世界戦争の結末を告げたる對獨平和條約(大正八年六月二十八日調印)の第一編國際聯盟規約中に認められたる委任統治關係は本問題に付ての著者の研究心に對する第三次の刺戟と爲れり。殊に帝國の委託に歸したる獨逸領南太平洋諸島の如き委任國領土の構成部分として(Cas integral portion of its territory)其の國法の下に施政を行ふことを以て最善とするもの(規約第二十二條第六項參照)は我屬領即ち「コーラー」教授の所謂添屬領域(獨逸語「アングリーデルンゲン」後文參照)の一と解すること最も妥當なるべし。換言すれば國際法上より觀察せる帝國領土の一部分なれども本國國土(内地、本土)の一部を構成せず。即ち憲法第一條に謂ゆる大日本帝國の區域外に特立するものと思惟せざるを得ざるの謂なり。或は屬領と曰ひ或は植民地と曰ふ其稱を異にすとも雖も、其内容に至りては則ち一なり。條約規定の成文中に所謂「其の國法」なるものが廣義の國法にして狹義の國法即ち内地法制に限局するの趣意に非ざることば茲に之を言明するの必要なるべし(五)。

(五) 委任統治地の國際法上の地位に關しては國際法外交雜誌第二三卷第八號所載泉博士論文參照(尙本章第三節參看)。

x x x

本編の要旨は略々以上の論述に盡きたりと信ず。以下參考資料たる外國語の著書中より二三抄録

する所あらむとするは他なし。歐洲先進國の公法學大家中にも右と同趣旨の論述を爲す者なきに非ず、従つて本編の論述が必しも筆者の一家言に止まらざること付、大方の讀者の諒解を得むが爲なり。吾人の引用せむとする所は「コーラー」教授の國際法論及「イェリネク」博士の一般國家學の二書とす。先づ「コーラー」教授の述ぶる所を聽かむ。

領土權の行はるゝ範圍は單に本國國土(スターツランド)のみに限らず。本國國土と結合して帝國を構成する屬地(アングリーデルンゲン)を包含す。

譯者註 Staatsland, Angliederungen 共に新らしき術語なり。前者を「本土」、「内地」又は「内國領土」と譯し得べくば、後者を「添屬領域」、「屬領」又は「新領土」と譯するも亦可ならむ。

領土權が複数の權利義務を内容とする國家高權ホライトなることは二者異なる所なしと雖も、其義務の程度に至りては自ら甲乙なきに非ず。領土權に伴ふ義務の完全なるは單に本國國土に付てのみならず、屬地に至ては國家主權が事實上實現するの範圍内に於てのみ其義務の發生を見るなり。即ち植民地に付て曰へば統治作用が十分に行はれたる範圍に限るものにして、夫の百事創草の背後地(ヒンテルランド)に及ばざるなり。開發後日猶淺く施設未だ整備せざる背後地に付ては、國家高權の義務も亦情況上可能にして且つ衡平に要求し得べきものに限らる。例へ

ば犯罪引渡の義務及襲撃に屬する保護等皆然らざるなし。

J. Kohler, Grundlagen des Völkerrechts, § 34, S. 74—75.

尙ほ添屬領域の觀念に付、同教授の同書中に説明する所を聽かむ。(同書第三十六節)

第一、新附の屬領(添屬領域)は本國國土と共に國(ライヒ)を構成するものにして、二者は國際法上の單位を爲すものなれども國法上は獨立なるなり。

第二、(1)從來屬領として觀察に上りたるは特に植民地のみに限れり。されど屬領の觀念は一層廣汎なるものにして、凡そ一國の經常的進化發展の外に特立し自己固有の國家的生存を遂げんとする領域が右の國家に附着せしめられたる總ての場合には此廣き屬領の觀念中に包含せらる。蓋し植民地に付其の領域及住民をして特殊の地位に立たしむる所以のものは文化及經濟狀態の特異なるが爲なり。然し其外にも屬領地の設定は可能の事にて、恰も當今の時事問題たる講和目的上にも問題と爲るなり。即ち征服地域は之を帝國に糾合することなく、之を帝國に添屬せしめ(Angliedern)或方面に付ては之が獨立の地位を認め、殊に地域内の住民及住民中に發展せる國家現象に關し其の特異性を許容することを得べきなり。此の種の場合に帝國(ライヒ)と國家(スタート)とは之を區別することを要す。屬領(添屬領域、屬地又は

新領土)は國際法上の單位たる帝國の一部たるも本土(スタンムランド)の一部には非ず、

又本國國土と共に單一國を形成するものに非ざるなり。

(2)帝國の單一體たるは國法上軍事占領の能力、軍隊組織に關する規定、交通路鐵道港灣設備に關する規定の中に表現す。國際法上の單位たるが爲には、國際法上の諸關係と連絡ある一切の諸施設の單一なることを要すればなり。

(3)殊に國際法上の交渉に付ては其の單一性を表現す。即ち外國に對する國際法上の地位は唯だ一あるのみ。國際法上の代表も亦唯だ一あるのみ。宣戰講和問題も劃一的に之を裁斷すべく中立問題亦區々に分岐することを容さざるなり(中略)。

(4)添屬せしめられたる國家(新領土)の住民は住民の特別團體にして一定の條件が存在する場合に限り本土住民と糾合し得るものなり。

(5)添屬領域内に於ける自治行政の發達にして廣且大に亘り國家の目的の主要部分を包含する場合は添屬領域は恰も英帝國內の自治政諸植民地の如く州國家と爲ることを得べく其場合は州國家の原則が行はるべし。戰爭中添屬せしめられたる領域に付ては殊に顯著なるものありされば吾人が領土添屬の結果として作成する創作物には類例の擬するに足るものなしと謂ふ

は當らず。既に州國家に於て其類例を見る、州國家の原則に従ひて理論を進展せしむべきなり。J. Kohler, Grundlagen des Völkerrechts, § 36, S. 76—77.

「コーラー」教授の國際法論は其晩年の作にして、實に千九百十八年の公刊に係れり。即ち「ヴェルサイユ」條約調印前一年の事なるが故に愛國心の熾烈を以て鳴りたる同教授が當時獨逸帝國の敗跡を夢想せざりしは固より怪むに足らず。上に掲ぐる譯文中所謂當今の時事問題として講和目的上にも問題と爲るなり云々の一節は獨逸が敵國側に指示すべき講和條件中、白耳義國の全土及佛蘭西國北部地方一帯は獨逸に割與せしむるものと豫定したる上の法理論なること炯眼なる讀者の既に看破せる所なるべし。右の法理論が獨逸國の對外關係上永く實現の機を失するに至りたるを見ては、教授の志も亦悲むべしと雖も、曩に臺灣の國法關係と關聯して明治三十六、七年（西曆千九百三、四年）の當時初めて筆者の念頭に髣髴たりし考案は本書の論述に依りて一大知己を得たるの感なくんばあらず。筆者は此點に於て「コーラー」教授に對し知遇の恩を感ずるが故に、同書第三十四節及第三十六節の殆んど全譯文に近き上掲抄録に付茲に讀者の寛恕を請はざるを得ざるなり。

次に「イェリネク」教授の本問題に關し語る所を聽かむ。

國土及民人が國法上一體を形成せざる國家あり。例へば領土割讓の後又は一國を征服したる後未

だ征服國の領域内に併合するに及ばざる間の中間狀態の如し。是等の地域は最早從前の國家に屬せず（譯註、割讓の場合）又は既に國家たる性質を喪失したる（譯註、征服の場合）も、國法上は未だ取得國の一部と爲るに至らず。按ずるに取得國は國際法上の取得行爲に基き右の地域を併合するの權能を有すること固よりなるも、併合の事たる決して法律上當然成立するものに非ず、之を實現する爲には常に國法上の特別行爲を必要とす。領土取得と併合との兩者は時間の上にて著しく間隔あることあり得べし。例へば丁抹國より「シユレスヅキヒ、ホルスタイン」を普塊二國に割讓したるは千八百六十四年十月三十日の維納講和條約に依るものなれども、之を普魯西王國內に併合したるは千八百六十六年十二月二十四日の普魯西法律に基き、翌六十七年一月十二日の勅書に依りて行はれたるが如く、又佛國が「エルザス、ロートリンゲン」を獨逸國に讓りたるは「ヴェルサイユ」豫備講和條約批准の日（千八百七十一年三月二日）に於てせしものなるも、右の地域を獨逸國の構成部分と認め地域内の住民を獨逸臣民と宣言したるは同年六月九日の帝國法律に依りて始めて實現したる如く、中間の過渡時期に於ては是等の地域は國家にも非ず又他の國家に編入済とも爲らざる不確定狀態にありたるものなり。右の不確定狀態が長期に亘ることあるは千八百七十八年以降千九百八年に至る迄の「ボスニヤ、ヘルツェゴヅキナ」二州の事例に徴して明かなり。二州は土耳其帝國の一州にして奧地利洪牙利の

行政の下に立ちたりしも、埃地利國の領土に非ず將又洪牙利國の領土にも非ず、二州の住民は埃地利國籍も洪牙利國籍をも有せざりしなり。他の一方に於て土耳其國は二州に關する主權を留保するとは曰へ、施政權の全部を埃洪國に讓與せる爲二州に於ける土耳其の統治は何等國法上の内容をも有するに由なく、二州は土耳其國に對し國法上獨立の地域たる奇異の現象を呈せり。殊に外部に對して二州内の住民を代表せるは埃洪國なりしが故に、地域内の住民は固有の國民として愈々同地域の獨立感を旺盛ならしむ。されば二州の土耳其國に對する聯絡は主として唯國際法上の意義を有するに過ぎざること爲れり。所謂國際法上の意義とは何ぞや。土耳其帝國其他伯林條約の爾餘の調印諸國の同意なくしては埃洪國之を併合するを得ざること即ち是なり。

國際法上取得せる領土が取得國の領土と原則上分離して存在することあり。其の最顯著なる實例は獨逸の諸保護領とす。後者は獨逸國の統治に服従するも憲法上に劃定せる帝國領域の一構成部分を爲すものに非ず、保護領は帝國に屬するも帝國內には屬せず (Sie gehören dem Reiche, aber nicht zum Reiche) 即ち帝國に取りては保護領は原則として國法上に所謂外國 (Ausland im staat-srechtlichen Sinne) なるなり。尙ほ保護領の人民は獨逸帝國國民に非ず。帝國國民籍を保護領人民に附與することは之を爲し得ざるに非ざるも、之が爲には必ず各個人に付一々許否を決定すべき行政

行爲を必要とす。歸化せざる土著人及其他の保護領人民は帝國外人なるなり。此の如く保護諸領は國家の三要件中固有の領土及固有の人民てふ二要素を具備するに拘らず、猶國家たるを得ざるは何ぞやと曰ふに、國家人格の要件を欠缺するが爲なり。蓋し獨逸保護領は國家活動の主體に非ず保護領域に對する國家權力は専ら帝國に歸屬するを以てなり。

Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. S. 650—692.

兩教授の所説を併せ掲げたるは領土權本質論に付物權説を奉ずる「コーラー」博士も、國法及國際法の兩方面に亘りて物權否認説の急先鋒たる「イエリネク」教授も共に本編の要旨に付ては異論なきのみならず、孰れも寧ろ熱心なる賛成論者なることを示さむが爲に外ならず。但し領土權の本質に關する根本理論の研究に至りては固より本稿の目的とする所に非ざるなり。(一九二四・一二・二八脱稿)

第二節 ポーツマス條約第十條の規定の解釋に就て

はしがき

樺太島南部在住の露西亞國民の取扱に關する「ポーツマス」講和條約第十條の規定が東京の美濃部、九州の大澤及京都の故千賀各大學教授に依りて齊しく看過せられたるの事實は、曩に拙稿租借地論の補整に際し一言之を指摘したることあり。日露戰役の成果の一たる領土割讓に關する條約規定の原則が我公法學界の三大權威の手に於て恰も一抹に附せられたるの觀あるは、學界稀に見る所の不可解事として筆者の今仍怪訝の念を禁ずること能はざる所なり(一)(二)。然るに我國際法學界の巨擘たる山田三良博士の近著國際私法論(現代法學全集所載)に依れば「ポーツマス」條約第十條は下ノ關係約第五條と共に不幸にして「我當局者の誤解より出でたる規定であつて國際法上の先例と爲すに足らないのである」と曰ひ又「露國臣民は其本國に退去するも引續き割讓地に居住するも全く自由であつて、領土割讓の爲に居住權並に國籍の變更に就て何等の影響をも蒙らざること恰も第三國臣民たる住民と同様である。戰勝の結果たる割讓地の住民に對して斯の如く寛大なる處

置は古來未曾有の新例であつて」寔に失當たるを免れずと曰へり(三)。果して然るか。山田博士が前掲三教授と異なり「ポーツマス」條約第十條の規定の現行法規としての存在を正面より認めたるは太だ可なり。然れども同條の規定を以て當局者の誤解に基く失當の規定と斷言するに至りては、果して能く眞理に徹底するや否や仔細に之を検討することを要す。若し十分の根據あるに非ずして漫然此の斷案を下すが如きことあらむか、輕率不謹慎の罪或は却つて前記三教授より大なるものあるを免れざらむとす。凡そ本邦關係の條約諸規定中、我法學界の代表的權威と仰がるる御歴々諸教授より虐待又は重大なる侮辱を受くること此の如く甚しきは筆者寡聞にして他に其例あるを知らざるなり。可憐なる薄命兒よ吾れ爾が爲に雪冤の一篇を草せむ。

(一) 拙稿租借地論その五中段及註八(國際法外交雜誌第二九卷第四號(昭和五年四月分)二五—二六頁)(本書第一章四節)參照。

(二)(三) 美濃部博士が「ポーツマス」條約第十條の規定を全く看過するものに非ざるの事實は頃日憲法提要改訂第五版讀過の際初めて之を悟得したり。尙此點に關する同博士の見解は同書初版以來全く同一にして何等變説改論の痕なきこと明なるが故に、曩に租借地論補整の際美濃部氏を以て抹殺博士の一人と看做したるは全く筆者輕忽の致す所、同博士及一般讀者に對して深く陳謝の意を表せざるを得ざる次第なり。但し憲法提要初版乃至第四版總論第五節(乙)中の叙述は當時

同第四節領土論にのみ集中せる筆者の注意を喚起するに十分ならざりし事情幾分之なきに非ざるが如し。何れにせよ同書の新版が舊諸版に比し叙述の順序及内容に於て幾多の改善を加へたるは學界の慶事なり。後出註(三〇二)参照。

(二) 山田三良博士國際私法一三三—一三五頁(現代法學全集第三卷一六五—一六七頁)参照。尙山田博士國際私法(昭和七年六月第一分冊發行)一九四—一九七頁と現代法學全集第三卷一六五—一六七頁との異同に就ては後段註(七)殊に其の末段参照ありたし。

「ポーツマス」條約第九條及第十條の眞意義を把握せむと欲する者は、日露兩國間の懸案として嘉永年間露國水師提督「ブーチャチン」長崎渡航以來實に半世紀以上の歲月を費したる樺太問題の沿革(西曆一八五三—一九〇五年)を回顧せざるを得ず。殊に明治八年(一八七五年)五月七日露都彼得堡府に於て我榎本全權(武揚)と露國外相「ゴルチャコフ」との間に調印したる樺太千島交換條約の各條款及附屬公文、竝に同年八月二十二日東京に於て同條約批准書交換の際、寺島外務卿(宗則)と露國辨理公使「ストゥルツェ」との間に調印したる附錄各條の規定を仔細に點檢するの勞を取らず、單に下ノ關係條約の規定と對照して觀察するのみにては到底事實の眞相を理解すること能はざるべきなり。

「ポーツマス」條約第十條の規定の眞相を發揮せむと欲せば、樺太千島交換條約第五款の規定と比較對照して其の異同を辨するより善きはなし。二者の對照に便ならしめむが爲に左に其條約文を掲記せむ。先づ條約正文に非ざる和譯文(上段は「ポーツマス」條約第十條・下段は交換條約第五款)を掲ぐるは、豫め讀者の腦裡に大體の觀念を印象せしめむが爲なり。次に佛蘭西文「テキスト」を並列して二者の異同を審ならしめむとす。

日本國ニ讓與セラレタル地域ノ住民タル露西亞國臣民ニ付テハ其ノ不動産ヲ賣却シテ本國ニ退去スルノ自由ヲ留保ス但シ該露西亞國臣民ニ於テ讓與地域ニ在留セムト欲スルトキハ日本國ノ法律及管轄權ニ服従スルコトヲ條件トシテ完全ニ其ノ職業ニ従事シ且財産權ヲ行使スルニ於テ支持保護セラルヘシ日本國ハ政事上又ハ行政上ノ權能ヲ失ヒタル住民ニ對シ前記地域ニ於ケル居住權ヲ撤回シ又ハ之ヲ該地域ヨリ放逐スヘキ充分ノ自由ヲ有ス但シ日

交換せし各地に住む各民(日本人及魯人)は各政府に於て左の條件を保證す、各民並共に其本國籍を保存するを得ること、其本國に歸らんと欲する者は常に其意に放せて歸るを得ること、或は其交換の地に留るを願ふ者は其生計を充分に營むを得るの權理及其所有物の權理及隨意信教の權理を悉く保全するを得ること、其新領土の屬民(日本人及魯人)と差異なき保護を受ける事雖然其各民は並共に其保護を受ける政府の支配下に屬する事(締盟各國條約並

本國ハ前記住民ノ財産權カ完全ニ尊重セラル
ヘキトヲ約ス〔再訂條約彙纂横文五九〇頁參照〕

〔舊(明治十七年改版)六三一頁末段參照〕

II est réservé aux sujets russes habitants
du territoire cédé au Japon de vendre leurs
propriétés immobilières et de se retirer dans
leurs pays; mais, s'ils préfèrent rester dans le
territoire cédé, ils seront maintenus et protégés
dans le plein exercice de leurs industries et
droits de propriété à la condition de se sou-
mettre aux lois et à la juridiction japonaises.
Le Japon aura la pleine liberté de retirer le
droit de résidence dans ce territoire à tous
les habitants se trouvant dans l'incapacité po-
litique ou administrative, ou de les déporter

II est réservé aux habitants des territoires
cédés de part et d'autre, sujets russes et
Japonais, de conserver leur nationalité et de
revenir dans leurs pays respectifs; mais, s'ils
préfèrent rester dans les territoires cédés, ils
seront maintenus et protégés, dans le plein
exercice de leur industrie, droits de propriété
et religion, sur le même pied que nationaux,
à la condition de se soumettre aux lois et
à la juridiction du pays auquel aura passé la
possession des territoires respectifs.

de ce territoire. Il s'engage toutefois à ce
que les droits de propriétés de ces habitants
soient pleinement respectés.

「ポーツマス」條約の英吉利文「テキスト」を掲げざるは樺太千島交換條約中之に對當すべきものなきが爲なり。尤も「ポーツマス」條約の英佛各本文は全然符合すと雖も、其の解釋に差異ある場合には佛蘭西文に據るべき旨(第十五條)の明文あるが故に、英文「テキスト」は兩國全權の調印を経たる條約正文たりと謂ふに止まり、其の實際的效果に至りては別に日本文(譯文)と擇ぶ所なきが如し。

「ポーツマス」條約第十條の規定が割讓地域内在住民の一定期間内退去を要求せず、又残留者の國籍變更をも強制せざるは、從來の國際慣例に照らし一の異例に屬すること疑なし。然れども此の異例が當局者の誤解に基く偶然の結果に外ならずと曰ふは當らず。之を講和談判筆記に徴するに、本條に關する本邦側最初の提案は下ノ關條約第五條の規定と同じく、住民の去就を決するが爲め二箇年の猶豫期限内に退去せざる者は日本國の都合に由り之を日本人と看做すべしと曰ふに在りたりしが、露國「ウキツテ」全權が其の受諾に付難色あるを見るや、我小村全權は直ちに之を撤回し大體

樺太千島交換條約第五款の原則に復歸するに至りし次第なり。即ち「ポーツマス」講和談判の日露兩國全權は當初の「デニソン」案を捨てて「マルテンス」案、即ち交換條約第五款の文案を採用したるなり(三)。讀者請ふ試に兩條約の前掲佛蘭西文を比較對照して熟讀翫味せよ。「ポーツマス」條約第十條の前半は交換條約第五款の規定の換骨脫胎なり。兩者の差は交換條約に於て相互の規定たりしものを偏務の規定に改めたる當然の變更を除いては、唯だ一點「國籍を留保して」の自明の一句に代へて「其の不動産を賣却して」の一句を挿入したるに過ぎず、他は文字通り(not a mot)同文なることを會得するに苦まざるべし。此の一句も實は氣休文句に外ならず。假に不動産を賣却せずして退去する露國人ありたりと想像せむに、外國人の土地たるが故を以て日本政府に於て其不動産上の權利に對し沒收・制限其他何等の制裁的處分を加ふるに由なきことは同條後段、新日本領より放逐することあるべき露國舊罪囚(徒刑囚・流罪犯人)に付てすら、其の財産權の完全なる尊重を公約し居るに照らし餘りにも明瞭なり。然らば何が故に此の無用の一句を挿入せしやと問はば解答は極めて簡單なり。當初の「デニソン」案の全潰に付ては「マルテンス」博士も亦氣の毒の感に堪へざりしものと見え、無用なる然れども亦同時に無害なる此の一句を存置し、幾分たりとも原案尊重の趣意を表明せるものなり。此種の心理作用が起草委員會に於て實際上存外の勢力を發揮する

ことあるは、苟も法令條約案の起草審議に参加せる程の人ならば何人にも直に首肯する所ならむ。要するに「ポーツマス」條約第十條の規定は前半に於て露西亞側の主張を貫徹せしめ、其の後半に於て日本側小村全權の意見を參酌したる妥協の結果に外ならず。所謂日本側の主張とは何ぞ。露國が同島北半部に於て罪人置場を設置せざる旨兩國間協定を必要とするの説即ち是なり。「ウキツテ」全權は露國は大國の自負心を傷け其の感情を刺戟する如き何等の公約を爲すこと能はずと峻拒し、最後の讓歩として但し南半部、新日本領より前記種類の露國人を驅逐する丈ならば其の既得の財産權を侵害せざる限り已むことを得ざる儀なることを承認したるなり。

(三) 下ノ關係條約第五條の規定の解釋に關しては本篇の問題範圍外に亙るが故に茲に之を繰述することを欲せずと雖も、凡そ三百有餘萬の臺灣島人が同條約の實施と同時に何等日本政府の公文發布を待たず國際法上當然我日本帝國の國籍を取得せるものと論斷せる山田博士の意見は予も亦之に左袒するに躊躇せず。従つて猶豫期限内及其後と雖も日本國の都合上承認を與ふる迄は依然清國人なりとする山口弘一博士の解釋(同博士著日本國際私法論上卷一六二、三頁參照)は筆者の同すること能はざる所なり。因みに下ノ關係條約の當局者たる我陸奧全權の意見は山口博士の解釋意見と全然符節を合するが如くなる様に見受けらる(世界の日本第十二號所載同伯寄書「臺灣問題の解釋」、伯爵陸奧宗光遺稿五八六―五九一頁參照)。案するに同條原案の起草者たる「デニソン」氏の意見深く陸奧外相の腦裡に浸潤したるの結果ならむ。

「ポーツマス」講和條約第十條に謂ゆる「露西亞國臣民」(sujets russes)は當時薩哈噠島南半部に在住せし「アイヌ」其他の土著人種を包含する廣義の觀念なりや、抑も又右土著人種を除外する趣意の狹義に解すべきものなりや。案するに樺太島土著人種は日露戰役前露西亞國籍を有せしものなるが故に、講和條約中土人關係の特別規定を存せざる限り一般規定に従ひ、内地人同様戰後其國籍を保持するものと認むべしと曰ふ廣義説は、解釋法の原則に違反するものと論ずることを得ず。抑も條約文中廣く露西亞國臣民と曰ふときは其當時露西亞國籍を有する人民の全部を指すものと解すべきこと寧ろ當然なるが故に、右の廣義説は「ポーツマス」條約第十條の解釋意見として一見間然する所なきが如し。然るに本條規定の成立沿革に遡り、其典型と爲りたる樺太千島交換條約第五款及同條附屬公文第三款の規定を仔細に點檢するときは、茲に所謂 *sujets russes*, *sujets japonais* は共に土著人種を包含せざる狹義の觀念なることを發見すべし。尙明治八年八月東京に於て寺島外務卿と露國辨理公使との間に調印せる附錄第一條乃至第三條と第四條及第五條と「佛蘭西文にては *Article Supplémentaire (a) (b) (c) 對 (d) (e)*」を比較對照して靜思熟考するときは、所謂日本人魯人中には千島又は樺太島の土著人種を一切除外するの趣旨判然たるを見るなり。此の如く半世紀以上の長きに亙りたる樺太問題の沿革を背景として講和條約第十條の規定を觀察するときは、同條に謂ゆる

「露西亞國臣民」も亦大陸渡來の露西亞人の意義にして土著未開人種を包含せざること甚だ明瞭なり。

樺太島土著人種は講和條約第十條に謂ゆる露西亞國臣民に非ざること右の如く、而も日露戰役後に於ては明治八年當時の如く土著人に付國籍選擇に關する特別規定を設くるの勞を敢てせざりしが故に、此種の土著人種は領土の割讓と共に當然(一定期間の満了を待たず)日本國籍に編入せられたるものと解するを妥當とす。換言すれば「ポーツマス」條約の實施と同時に國際法上當然日本國籍を取得したるものなり。故に露西亞帝國崩潰後「ソヴニト」國法の原則に従ひ無國籍人と爲りたる樺太島在住舊露國人の本邦歸化問題ありとせば、其は白露系(又は赤露)露人若干名の身上に關する事件たるべく「アイヌ」其他數千名の土著人種とは全く沒交渉なる筈なり(MING)。

(MING) 美濃部博士の憲法撮要は初版以來樺太割讓の場合に於ては普通の例に依らず、其地の住民たる露西亞人には任意に不動産を賣却して退去する自由を認め其の依然在住する者に付ても之を日本人と爲すことか否みたり。樺太割讓に依り日本の國籍を取得したるは唯樺太土人に止まる(憲法撮要初版一五五―六頁、同書第四版一五七―八頁參看。尙改訂第五版、第二章第四節一の(二)同書一三一頁參照)と明言するが故に同博士が吾人と同じく狹義説論者の一人なること明白疑を容れず。之に反し同條約第十條は(中略)土人たると露人たるとを問はず我新領地に露國臣民として依然居住すること

を認むるが如きは新領地の統治上百害ありて一益なき規定にして國際法上空前恐くは又絶後の一大變態なりと謂ふべし
 (國家學會雜誌第二〇卷第八號一一頁參照)と言明する山田三良博士の立場よりすれば狹義説は存在の餘地すら全く之れなきものゝ如し。孰れか是にして孰れか非なりや讀者の再思を請はざるを得ず。

「ポーツマス」條約第十條に謂ゆる「露西亞國臣民」の觀念に付狹義説を取るの結果、同島在住の土著人種に付ては下ノ關係條約第五條の下に於ける三百有餘萬の臺灣島人と同じく、講和條約の實施と共に國際法上當然日本國籍に編入せられたるものと了解すべしとする吾人の解釋意見が、我法學界に於て多數學者の共鳴を得べきや否やは未必の案件にして茲に豫斷し得るの限に在らず(三〇三)。
 讀者或は内地人と屬領地土人との間に差別待遇を爲すことを以て牽強附會の説とするものなきを保せざるべし。然れども此種の差別待遇が全く先例なきものに非ざるは後段所述の如し。

(三〇三) 昭和七年勅令第三七三號(昭和八年一月一日より施行)が樺太「アイヌ」人に付内地日本人同様本籍を有する資格を公認したるは政府當局者も亦樺太「アイヌ」が「ポーツマス」條約第十條に所謂「露西亞國臣民」の範疇に屬せざるの前提を認めたるの結果に外ならず。蓋し露國臣民其他外國人は一般に各々本國法の規定に従ひ從來の國籍を喪失する場合と雖も帝國領土内在留の一事よりして直に日本の國籍を取得するものに非ざること我國法の解釋上一人の異論者あるを

聞かず、而して日本國籍を取得せざる者にして本籍を有することを得るものは全く之あり得べからざること言を待たざればなり。故に曰く「アイヌ」人に關する限り外務、司法及拓務三省の當局者も亦初より其の露國臣民又は他の外國人に非ざること前提とするものにして即ち吾人の狹義説を公認するものと謂ふの外なしと。

讀者請ふ試に夫の米西戰爭の結末を告げたる巴里講和條約第九條の規定を參照せよ。割讓地域内在住の西班牙國臣民にして半島生れの者 (natives of the peninsula, naturels de la péninsule) 所謂「イベリヤ」半島即ち西班牙本國產の義なること萬々疑なし)は去就共に全く自由にして、苟も同條約批准書交換後一年以内に登録局に國籍留保の旨を届出づるの手續を怠らざる限り、完全に従前の權利を享有するの特權を認めらる。領土權の移轉に伴ひ國籍の變更を強制せらるることなし。従つて選擇約款の規定も退去期間の明文も一切なきなり。此の如く西班牙本國出生の西班牙人に限り此の特權を認めたるは、其反面に於て比律賓人、「キューバ」島土人其他の土著人種及屬領地生れの西班牙人は此種の特典に浴せず、講和條約の實施と同時に米國人と看做され、直に米國籍に編入せらるるの原則に服するものなることを説明するものなり。左に同條規定の英佛兩文を掲げて對照の便に供せむ。

Spanish subjects, natives of the peninsula, residing in the territory over which Spain by the present treaty relinquishes or cedes her sovereignty, may remain in such territory or may remove therefrom, retaining in either event all their right of property, including the right to sell or dispose of such property or its proceeds; and they shall also have the right to carry on their industry, commerce and professions, being subject in respect thereof to such laws as are applicable to other foreigners. In case they remain in the territory they may preserve their allegiance to the crown of Spain by making, before a court of

Les sujets espagnols, naturels de la péninsule, résidant dans les territoires dont l'Espagne abandonne ou cède la souveraineté par le présent traité, pourront continuer à demeurer sur ledit territoire ou le quitter, en conservant, dans l'un ou l'autre cas, tous leurs droits de propriété, y compris le droit de vendre et disposer de cette propriété ou de ses produits; et en outre, ils auront le droit d'exercer leur industrie, commerce ou profession, à la condition de se soumettre à cet égard aux lois qui seront applicables aux autres étrangers. S'ils demeurent sur le territoire, ils pourront conserver leur nationalité espagnole, à la condition

record, within a year from the date of the exchange of ratifications of this treaty, declaration of their decision to preserve such allegiance; in default of which declaration, they shall be held to have renounced it and to have adopted the nationality of the territory in which they may reside,

de faire, devant un office d'enregistrement, dans l'année qui suivra l'échange des ratifications du présent traité, une déclaration de leur intention de conserver ladite nationalité. A défaut de cette déclaration, ils seront réputés avoir renoncé à ladite nationalité et adopté la nationalité du territoire de leur résidence

筆者の座右に米西戦争及千八百九十八年巴里講和條約の締結に關する兩國政府發表の公文記録なし。僅に「レントン」氏著「米西戦争の國際法外交」Elbert J. Denton: International Law and Diplomacy of the Spanish-American War, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1908. 一書あるのみ。依つて上掲英文「テキスト」は同書二六六頁附註に引用する所のものを取り、佛蘭西語譯文は之を「フォーション」國際法上卷第一部八六一頁引用の分より摘録せり。但し同處の數字「一九〇八」は「一八九八」の誤植なることを待たず。西班牙語本文は筆者文盲の致す處、假令政府の公文書を手入するも責任上茲に之を掲ぐることは能はず。讀者幸に諒とせよ。

米西戦争の幕を閉ぢたる巴里講和條約は千八百九十八年（明治三十一年）十二月十日の調印に係

る。即ち樺太千島交換條約の締結に後ること二十有三年、「ポーツマス」講和條約の調印に先つこと六年八、九ヶ月の事なり。讀者請ふ試に三者を並列せしめて其の相互牽聯關係を探究せよ。巴里條約第九條が交換條約第五款に負ふ所あるは猶「ポーツマス」條約第十條が巴里條約第九條に負ふ所あるが如し。割讓地域内在住民に一定期間内の退去を要求せず又殘留者に付何等國籍の變更を強制することなき自由主義は、交換條約第五款の規定を除いては從來の國際慣例中全く先例ある事なし。唯だ此場合に於ける特典の享有に付ては條約實施以降一年内に土地の登録局に國籍留保の届書を提出せしむるの手續を必要とす。此の手續を怠りたる者は從來の西班牙國籍を拋棄したるものと看做し、其地の内國在住民と同一の待遇に服せしむと謂ふのみ。二者の間異なる所は手續の如何にして原則の差異に非ざるを知るべし。「ポーツマス」講和談判の際、本條に關する日本政府の提出原案が露國全權の一蹴に遇ひたる後「マルテンス」博士が條約文の起案に付參考したる先例は樺太千島交換條約第五款を除くの外恐らく此の巴里條約第九條一箇條のみなりしこと想像するに難しとせず。博士は巴里條約の届出主義を捨てて交換條約第五款の無條件主義に復歸したるものなり。

筆者の推測にして幸に大過なからしめば、交換條約第五款の自由主義は本來最初より「マルテン

ス」教授の考案に出でたるものなること猶下ノ關係約第五條が「デニソン」氏の意見に胚胎せんと同一の關係あるに非ざるやと思惟す。筆者は「マルテンス」博士に付嘗て一面の識あるものに非ざれども、明治六、七年の交、即ち日本祕露兩國より「マツヤ・ルツ」號係争問題に付露國皇帝陛下の仲裁裁判を仰ぎたる事件の當時、同博士が既に新進氣鋭の法科大學教授兼外務省法律顧問として露都の學界に重きを爲したることは當時同地駐在の花房代理公使の晩年の談話（當時の花房一等書記官は後の樞密顧問官子爵花房義質）に徴し明白疑を容れず。察するに當時の露都に於ける「マルテンス」博士の地位は日清戰爭當時我露ケ關外務省に於ける「デニソン」氏の地位に髣髴たるものありたりしならむ。

樺太千島交換條約第五款の自由主義が實は歐米先進諸國の間にすら認められたる先例なき程の急進突飛主義なることは、原案者が穩健を事とする老成の大家に非ずして却つて意氣昂然たる少壯大學教授たるべきことを思惟せしむ。「マルテンス」を措いて當時の露都に其人あらむとは想像に上らず。右の新自由主義が三十年後の「ポーツマス」條約中に移植せられたる場合に於てすら、我が山田三良博士をして「古來未曾有の新例」（戰勝後の條約としては）と驚歎せしめたるに非ずや。時は今を距る五十六年前、國際法の何たるやを解する者日露兩國を通じて果して幾人を算すべきかに

惑ふ時代なり。此の極端自由主義を拉し來りて之を極東の一隅、王化の未だ洽からざる邊陲の別天地たる薩哈噠島及千島列島在住の日露兩國人に擬す、事既に甚だ奇なり。況んや之を日露兩國人以外の土著野蠻人種に適用せむとするをや。天下の奇觀之より甚しきはなからむ。

此の天下の最大奇觀(寧ろ噴飯に値する珍現象)に心付きたる最初の發見が老巧なる外相「ゴルチャコフ」なりしか、原案者「マルテンス」博士彼自身か、抑も又別に其人ありしかは筆者が茲に揣摩臆測を逞しうするの限に在らず。何れにせよ調印間際に差迫りて此の奇現象に心付きたるものと見え、本條約と同時に調印したる附屬公文第三款の規定を以て其解決を批准書交換の際に譲り、同年八月末の寺島「ストゥルーヴェ」協定を以て纔に應急編縫の手段を講じたるは、諸般の事情より判斷して實は苦しき善後策と評するの外なし。此の事本論に關係する所甚だ大ならざるが故に之を詳述せず。唯だ「フォーシル」の名著國際法中、樺太千島交換條約の説明に關する一條(四)が條約の本則と土著人種に關する特別協定の規定とを混同し、一般に選擇權の行使に付三年の猶豫期間を認めたるが如く記述するは、此の名著に似合はしからざる大過誤なり。同書の全般より見れば白璧の微瑕に過ぎざるべしと雖も、本邦青年學徒間の誤解を招かむことを恐れて茲に之を一言す。

(註) Fauchille, Traité de Droit International Public, Tome Ier, Première Partie, p. 860.

「ポーツマス」條約第十條の極端自由主義が巴里講和條約第九條と共に古來の國際慣行中他に類例を見ざる變則に屬することは筆者の一家言に非ず、天下の公論なり。現に「フォン・リスト」教授の國際法教科書(五)中にも兩條約の規定を以て例外的現象とし、雙つながら國籍の變更が結果として異種文化圏内の加入(Der Eintritt in einem fremdartigen Kulturkreis)を伴ふに至るべき特殊の場合なりと説明するを見るなり。然るに山田博士が「ポーツマス」條約第十條の規定を以て「古來未曾有の新例」と斷言するは、巴里條約第九條の規定を看過すること猶ほ美濃部、大澤及故千賀三教授の「ポーツマス」條約第十條に對すると同一なるが爲か。抑も又同條約締結談判を以て樺太千島交換條約と同じく和氣靄々たる太平謳歌時代の樽俎折衝にして兵亂の結果たる領土の割讓に非ずと觀察したるの結果なりや解すべからず。米西戰爭の史實は今を距る三十三年前即ち第十九世紀末葉の事變にして「ポーツマス」講和談判に先だつ僅に六年八、九ヶ月の出來事なること既述の如し。史家の所謂現代史(Histoire contemporaine)の分野に屬す。固より源平北條時代又は元弘建武年間の昔物語に非ず。重野文學博士の靈筆(六)を以てするも此の史實を抹殺すること能はざるべし。

(註) Franz von Liszt (Fleischmann), Völkerrecht § 17, II (12te Auflage S. 151, Anmerk. 7)

(六) 重野文學博士、名は安釋(やすつぐ)、字は子徳、成齋と號す。「國史眼」の著者。詩文を著くし文書に巧なり。文政十年十二月鹿兒島に生れ明治四十三年東京に薨す。享年八十五。大日本人名辭書「重野安釋」の條下に左の一節あり。

安釋の修史の事に從ふや獨特の見あり、其考據の現有ならざるものは數百年傳來の史跡と雖も之を採らず。是を以て兒島高德及補正成父子訣別の傳説の如きは之を排斥して顧みず。爲に世人の誹罵を招き、安釋を日するに抹殺博士の號を以てするに至る。又僧日蓮の龍の口遺難を議して法華僧の激怒を招き決闘狀を送られたることあり。云々(同書上卷一、二二二頁中段)。(圓點及句讀點は本篇筆者の施す所、辭書の内容の一部を構成せず)

武藏坊辨慶及青砥藤綱は共に獻曲中の人物にして、吾妻鏡其他の史料に證據の徵すべきものなきことを青年時代の筆者に教へたるもの亦實に重野博士の講演なり。

山田博士が「不幸にして下ノ關條約第五條も「ポーツマス」條約第十條も共に我當局者の誤解より出でたる規定であつて、國際法上の先例と爲すに足らないのである」と斷言せられたることは本篇冒頭に於て既に一言したるが如し。「ポーツマス」條約第十條(「マルテンス」案)と下ノ關條約第五條(「デニソン」陸奥案)とは全く別種の範疇に屬し、一を以て他を律すること能はざる性質のも

のなること本篇讀者の既に首肯せる所ならむと信ず。博士は氷炭相容れざる此の二者を一括して共に我當局者の誤解に過ぎすと曰ふ、聊か十把一束の嫌なきに非ずと雖も事猶忍ぶべし。所謂「當局者の誤解」の内容が何たるか、博士自身の説明を反覆熟讀したる上千思萬考するも遂に其要領を捉ふることを得ざるに至りては殆んど忍ぶべからず。博士は同じ第三款の説明中前後幾回となく「誤解」の二字を繰返したり。「所謂選擇條款 (Optionsklausel) の意義を誤解したる結果であらう」(一六一頁末行)と曰ひ「選擇條款の法理を誤解したるものと謂はねばならぬ」(一六四頁九行)と曰ひ「共に我當局者の誤解より出でたる規定であつて」(一六五頁十四行)と曰ひ「帝國憲法の斯かる誤解より出でたる但書を根據として」(一六六頁十二、三行)と曰ふ。選擇條款の意義又は法理の誤解か帝國憲法の施行區域に關する我國法上の原則の誤解か、抑も又領土割讓の國際法上の法理に關する根本的誤解か。第二種の誤解が博士の所謂本來無用なる下ノ關條約第五條但書の規定の原因にして「ポーツマス」條約第十條の規定と直接の因果關係なきことの趣意のみは明白なり。第一種及第三種の誤解が後者に對し如何なる作用ありたるや全く不明に屬す。「ポーツマス」條約第十條には下ノ關條約第五條又は寺島「ストゥルツェ」協定に見るが如き選擇約款の規定なきこと讀者の既に知悉する所の如し。而かも博士は「斯かる規定(「ポーツマス」條約第十條以外に「アンティシデント」な

し)を根據として選擇權の法理を云々するが如きも亦思はざるの甚しきものである(一六七頁四、五行)と曰ふ、何の意たるや解すべからず。博士の所謂「古來未曾有の新例」が現代史上天下周知の事蹟に依りて裏切られ居ることは前既に述べたるが故に茲に之を再言せず。博士若し外交當局者は如何なる國・如何なる時代に於ても毎に「無能」又は「軟弱」なり、法令條約の起案者は何事にも誤解す、何事をも正解することなしと謂ふの趣意ならば吾人復何をか言はむ。(括弧内の數字は何れも全集第三十三卷の頁數なり)

山田博士は「ポーツマス」條約第十條は割讓地住民の退去に期限を附することを忘れたるが爲に云々(全集第三卷一六六頁十五行即ち末より三行目)と曰ふ。初より「マルテンス」案、極端自由主義の本領を理會せざることを告白するもの如し。蓋し選擇約款の要件たる退去期間の規定は期限内に國外に移住せざる場合は割讓國國籍の回復を認めざるが故に始めて存在の理由あり。即ち猶豫期間滿了後尙其地に殘留する者は悉く之を新領主の屬民と看做すことを得るが故に始めて其の意義あるなり。下ノ關係條約第五條の場合たる、寺島「ストゥルツェ」協定第四條及第五條の場合たる、博士の引用する對獨・對埃諸平和條約各條の場合たるを問はず悉皆然らざるはなし。然るに樺太千島交換條約第五條以來の新自由主義に依れば住民の權利享有状態は完全に安定す、領土權移轉の前後を通じて何等異動あることなし。去就は全然自由なり、強制退去は初より念頭に上ら

ず。退去なくして何ぞ退去期間あるの理あらむや。期限を附することを忘れたるに非ず、退去期間を問題とする程ならば此新主義は初より成立せざるなり。

山田博士の或は看過せられたるには非ざるやの疑ある巴里講和條約第九條の規定も亦同一新主義を奉ずるものなるが故に、條約實施以後一年内と云ふ届出期間の定は則ち之あり、退去期限の規定は全く之あることなし。否、退去期間の規定あり得べき道理なきこと「ポーツマス」條約第十條の場合と全く異なることなし。借問す、山田博士は米西兩國政府の當局者も亦割讓地域内在住の西班牙國臣民の爲に退去期限を定むるの一事を遺忘したるものと論ぜむとするか。諺に「弘法にも筆の誤」と曰へり、人間は全知全能の神に非ず。政府當局者も亦時として誤解に陥ることあるを免れざるは碩學大儒の間にも時に誤解あると一般、人事の常にして復如何ともすべからず。獨り怪む、我山田博士の眼に映する下ノ關係條約第五條の日清兩國當局者及「ポーツマス」講和談判の日露兩國當局者は巴里條約第九條の米西兩國當局者と共に徹頭徹尾「誤解」す、終始一貫「誤解」と「遺忘」とならざるはなし。奇異と謂はざるべけんや。

以上の新自由主義を土著野蠻人種に適用せむとすることの如何に不合理なるべきかは樺太千島交換條約當時の鈍感なる露都當局者も亦調印間際に差迫りて之に心付きたるものと見え、批准書交換

の際調印せる寺島「ストゥルツェ」協定を以て其の除外例を開きたることは、前段既に之を述べたり。日露戦役の戦敗國民たる露西亞國臣民に付此の新自由主義を適用することが、如何に我山田博士の敵愾心を刺戟したるやは筆者に於て臆斷し得るの限に在らずと雖も、(七) 其餘りに寛大に過ぐるの一點を見て直に之を「失當」と斷ぜるの語氣あるは争ふべからず(一六六頁末行及一六七頁三行参照)。當時の薩哈噠島南部は博士の明言する如く我占領軍の露國罪囚追放後殆んど無住民の地に似たりしと謂ふに非ずや。如何程急進突飛の新自由主義に基く條約規定の原則と雖も何等實害なきこと明かなり。博士も亦意を安んじて可なるに非ずや。若し夫れ熱烈なる愛國者の眼孔に映する所凡そ外交當局者は常に無能又は軟弱にして事毎に失敗す、法令條約の起草委員は「誤解」に墮ぐに「誤解」を以てす、比々として「失當規定」ならざるはなしと謂ふの趣意ならば、尨大なる法令輯覽は悉く是れ法曹「誤解」の結晶物にして、浩瀚なる條約彙集は詮する所、屈辱外交の一大記念塔たらむ。何ぞ獨り「ポーツマス」條約第十條のみを云々せむや。

(七) 山田博士の敵愾心が如何に熾烈なりしかは本篇執筆の際全く之を窺知するに由なかりし處、其後半歳を経たる昭和七年初夏の頃單行本「國際私法」一九七頁に引用しある國家學會雜誌第二〇卷第八號同博士論文(現代法學全集第三三卷中には右の引用なし)を再讀するに及んで其の灼熱化の如何に甚だしきかを悟りし。博士が「ポーツマス」條約第十

條の規定を評するの語は「未曾有の新例」と曰ひ「千古未曾有の特例」と曰ひ「國際法上の一大變例」と曰ひ「國際法上眞に千古未曾有の新例」と曰ひ更に又「國際法上空前、恐らくは又絶後の一大變態」と曰ふ。我外交當局者を罵倒するの點に於て良に至れり盡せりと謂ふべし。日比谷總打事件當時の論調としては左もあらむ。昭和七年度の今日より見て寔に今昔の感に堪へざるなり。

此の灼熱化せる攝氏千何百度かの愛國心の前には米西戦争の史實も巴里講和條約第九條の規定も共に碧空に飛散して一切空に歸したるものと見ゆ。恐れて且懼れざるべけむや。因みに同書一九四頁に依れば「不幸にして下ノ關係約第五條も「ポーツマス」條約第十條も共に國際法の先例と爲すに足らないのであるから」云々とありて「共に」の次に存せし一句「我當局者の誤解より出でたる規定であつて」の十九字省略しあり。現代法學全集第三卷一六五頁中の右一句十九字は全集完成後未だ一周年ならざるに如何にして夙く既に寂滅に歸したるや。姑らく疑を存して大方識者の批判に訴ふることとせむ。

結 末

學徳一世に高き山田三良先生の不朽の名著「國際私法論」の論述に對し絶大無限の敬意を表するの點に於ては、筆者も亦決して人後に落つる者に非ざるの覺悟と自信とを有す。然れども「ポーツマス」條約第十條の規定に對する博士の批評が稍々酷薄に失するの嫌なきかに付ては、深甚なる疑惑を懷抱すること茲に年あり。是れ實に侮辱虐待以上なり、宛として不良低能兒の折檻なり。或は

恐る繼母の繼兒苛虐いじめに類することなきを得るか。此疑惑は一朝一夕の故に非ず。實は十年前霞ヶ關外務省の簿書堆裏に齷齪せし當時よりの疑惑なり。疑團今に至るまで氷解せず。唯だ坊間傳ふる所の鐵筆版「山田博士國際私法」は博士の責任ある著述に非ざること固よりなるが故に、此の疑惑を世上に發表するの機會なくして久しく之を肚裏に藏せるのみ。今や現代法學全集の完成に際し、謹んで茲に積年の疑惑を披瀝し、併せて筆者の所見を開陳せむとす。曰く、山田博士が美濃部、大澤及故千賀三教授と異なり、「ポーツマス」條約第十條の規定の現行法規としての存在を正面より認めたるは洵に敬服に値す。然れども本條の規定は畢竟我當局者の誤解に基く失當の規定にして古來未曾有の惡例なりと謂ふに至りては、筆者の見る所を以てすれば速斷か、妄評か少くも博士自身の善意の誤解に屬するものの如し。是亦一種の「認識不足」と解すべきものに非ずや。後學惑ひあり、博士にして垂教を吝むことなくんば倅なり。

本篇執筆の動機は素と不幸なる條約規定の爲に聊か其汚名を拭はむとするの微衷に出づ、全く他の意なし。霞ヶ關外務省の條約局（取調局又は官房取調課）に於て前後十數年間の屬僚生活を營みたる筆者に取りては、寧ろ道義上已むことを得ざる當然の責務の一端を果さむとするものなり。若し大方識者の指教に由りて年來の惑を解くことを得ば何の幸か能く之に如かむ。

参 考 書 目

- 一、西南紀傳第四篇樺太問題（同書上卷の二、冒頭より一九八頁）殊に第三章「維新政府と樺太問題」（同書二二六—一九八参照）。尙「マリヤ・ルツ」號係争問題に付ては同書第二篇第一章の二（上卷の一、二四五—二五二頁）参照。
- 一、日露講和談判筆記。
- 一、石井子爵著外交條錄、第一篇第四章「日露講和と樺太問題」（同書七五—九三頁）参照。
- 一、伯爵陸奥宗光遺稿（五八六—五九一頁）。
- 一、大日本人名辭書（上卷一、二二二頁）。
- 一、山田三良博士、國際私法（現代法學全集第三十三卷所載）。
- 一、同博士、國際私法（一九四乃至一九七頁）。
- 一、同博士論文、日露講和條約第十條に就て（國家學會雜誌第二〇卷第八號一一二〇頁参照）。
- 一、山口弘一博士著日本國際私法論（上卷一六二、三頁）。
- 一、美濃部達吉博士著憲法撮要初版一五五—六頁、同書第四版一五七—八頁及改訂第五版、第二章第四節一の（二）同書一三一頁参照。

Eilbert J. Benton, International Law and Diplomacy of the Spanish-American War, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1903.

P. Fauchille, Traité de Droit International Public, Tome Ier, Première Partie, pp. 860 et 861.

Franz von Liszt (Fleischmann), Völkerrecht § 17, II (12te Aufl, S. 151, Ann. 7)

(追記)

本編は昭和六年十二月末の執筆に係り既に昨七年四月中旬の外交時報(第六五七號、第六二卷第二號)誌上に掲載せられ同志讀者の一閱を経たるものなり。但し註文(一の二)、同(二)後段同(三の二)、(三の三)及註(七)は何れも昨七年十一月以後の加筆にして、末尾の參考書目にも美濃部氏憲法撮要及山田博士國際私法(昭和七年六月第一分冊發行)一九四—一九七頁竝に同博士國家學會雜誌第二〇卷第八號所載論文の三項を追加せり。其他巴里講和條約第九條の英佛兩文の位置に轉換を試みたるの一事を除くの外二三字句を整理したるに過ぎず、趣旨に於ては何等異動なきなり。(昭和八年三月廿六日議)

(追記の二)

本日接受せる「法學協會雜誌、第五一卷第四號廣告欄に近刊豫告として「法學協會五十週年記念論文集」第一部、第二部の廣告掲載しあり。而も第一部の冒頭に位する富井先生序文に次ぐ劈頭第一の論文は即ち山田三良博士の「ポーツマス」條約第十條と樺太土人の國籍問題」なることを發見せり。同書發刊の曉、本問題に對する一大研究資料を加ふべきは言を待たず。筆者が同書入手の日を待つは實に一日三秋の思なくんば非ざるなり。(昭和八年四月十日議)

第三節 帝國の領土權は赤道以北の舊獨逸領

南洋諸島に及ばざるか

昭和八年三月帝國政府の國際聯盟脫退通告以來、右に關聯して議論に上りたる法律問題は其數二三に止まらずと雖も國民的關心を唆ること南洋委任統治地域の如きは他に其の比類なからむ。蓋し太平洋上に於ける我生命線と稱せらるる該地域の得喪は、直に我國運の消長に繋る所大なるものあり、帝國の安危存亡問題に屬するものと思惟せらるるが爲なり。抑も聯盟の名に於て(邦譯文、聯盟に代りて)統治する同地域の施政は聯盟脫退の曉、我國より之を國際聯盟に還付することを要するや。聯盟理事會は受任國たる日本帝國が聯盟國たる資格を喪失する事實に鑑み、所謂委任を解除し他の聯盟國をして其施政を擔當せしむることを得るか。此問題に付ては委任統治制の本質に關する根本的見解の歸一せざると同地域に對する主權歸屬問題の解決容易ならざるとの爲め殆んど一定の指針なきものの如く人をして五里霧中に彷徨せしむるの感あり。委任統治制の本質果して如何。同地域に付ての主權歸屬問題は如何に解決すべきや。茲に此問題に對する筆者の所見を縷述せむとするも亦必しも無用の業に非ざるべし。

第一 委任統治制度の本質

委任統治制の本質果して如何。委任統治制は世界戦争の結末を告げたる大正八年六月二十八日調印の對獨平和條約（所謂「ヴェルサイユ條約」）其他の諸平和條約の第一編、國際聯盟規約第二十二條の創定に係るものなること世間周知の如し。委任統治制が聯盟規約第二十二條の創設に係る新規の制度なることに付ては何人も異論を挟むものなきが故に、制度の本質を究明せむが爲には先づ同條規定の解釋より發足せざるを得ず。規約第二十二條の冒頭（第一項及第二項）には左の明文あり。曰く、

今次ノ戦争ノ結果從前支配シタル國ノ統治ヲ離レタル植民地及領土（圈點を施したる部分の原文文字譯、主權下ニ在ルコトヲ止メタル云々）ニシテ近代世界ノ激甚ナル生存競争状態ノ下ニ未タ自立シ得サル人民ノ居住スルモノニ對シテハ該人民ノ福祉及發達ヲ計ルハ文明ノ神聖ナル使命ナルコト及其ノ使命遂行ノ保障ハ本規約中ニ之ヲ包容スルコトノ主義ヲ適用ス

此主義ヲ實現スル最善ノ方法ハ該人民ニ對スル後見ノ任務ヲ先進國ニシテ資源經驗又ハ地理的位置ニ因リ最此ノ責任ヲ引受クルニ適シ且之ヲ承諾スルモノニ委任シ之ヲシテ聯盟ニ代リ（佛文文字譯、聯盟ノ名ニ於テ）受任國トシテ右後見ノ任務ヲ行ハシムルニ在リ

高遠なる文明の理想を表現するに堂々たる文章を以てする此の如きは洵に有史以來空前の盛事たるを失はず。委任統治制を實施せらるべき地域は「未だ自立し得ざる人民の居住する」戰敗國の従前の植民地及領土なり。該地域内居住の人民の福祉及發達を計るてふ神聖なる使命を託せらるべき所謂受任國は先進國中相當の資源と植民地經營（土人綏撫）の經驗とを具備し、地理上此責任を引受くるに足り且欣然其任務に當るものたることを要するなり。而も受任國に託せらるる右の使命は規約の文言に依れば聯盟の名に於て（邦譯文、聯盟に代り）後進地域の人民に對して行ふ後見の任務なり。即ち該地域の人民の國際團體内に於ける地位は民法上の未成年者其他の無能力者に類推すべきものにして、其の成年期に達し又は獨立完成に至る迄の間教養監護の任務を或先進國に託するの趣旨に外ならず。然らば則ち受任國の聯盟に於ける法律關係は私法上の委任か、聯盟監督下の後見職か、抑も又英米法の所謂信託關係か。規約の文言が堂々たるものあるに拘らず其法律關係の晦澁錯綜を極むるも亦實に古今無比と謂ふべきなり。

按ずるに委任統治制度は大正八年巴里講和會議に於て對立せる併合論者と國際管理論との妥協の産物と謂ふことを得べし。同會議に於て獨逸植民地其他の處分問題に付併合論の急先鋒たりしは濠太利亞、「ニュージブラント」、南阿聯邦等英國自治領諸政府なり。之に對し無併合、無賠償を旗幟

として極力抗爭したるは米國「ウキルソン」大統領一派なること疑なし。「ウキルソン」大統領が講和會議開催前各所の演説に於て民族自決の原則を唱へ植民地處分に付ては先進國の利益を主とせず専ら後進民族の福祉を念とすべき旨を主張したるは人の知る所なり（平和綱領十四ヶ條中第五項參照）。然れども會議當時の實際の情況に照らすに聯合諸國が各方面に於て占領中の敵國領土は戰勝國側に於ては固より其拋棄を肯する筈なく又國際管理を應諾すべき謂れなきこと明かなり。唯だ獨逸帝國の海外領土（植民地）を同國に返還せざるの方針のみは初より一定し居りて同年一月二十四日の決議を見るに至りたるなり。併合、國際管理共に不可なり。従前歸屬せし獨逸、土耳其領に復歸すること能はず又直に一獨立國たらしむるに由なきものとせば他に何等か特別の手段を講ぜざるを得ざるの次第にして此の特別方便として出現したるもの即ち委任統治制に外ならず。

松原一雄博士、委任統治の由來、開始及び終了（法學新報第四三卷第四號所載）一八頁參照。

委任統治の制度は本來南阿聯邦の「スマッツ」將軍の考案に胚胎す。「スマッツ」將軍の提案に依れば、（一）以前露西亞、奧地利、洪牙利及土耳其諸國に屬せし國土民人は國際聯盟が遺産相續人たるべく、一定の根本原則に従ひ其の終局處分を爲すの權は聯盟に屬す。（二）戰勝諸國中の何國も此等地域を併合すべからざること右根本原則の第一なり。第二に此等人民の政府は民族自決に由るべ

く其政體は被治者の同意を経たるものなることを要す。（三）此等の國土民人に對し必要な權限、監理及施政は専ら國際聯盟に屬す。聯盟は自ら之を行ふか又は代理者をして之を行使せしむることを得。右の代理者たるべき者即ち受任國にして受任國の行ふ權限、監理及施政の程度は各場合に特別委任狀中に之を規定す（提案第二乃至第七參照）。此の考案は直に「ウキルソン」大統領の共鳴を得たる爲多少の曲折を経て遂に今日見るが如き委任統治制度の出現と爲りたるなり。

「スマッツ」提案諸條と規約第二十二條の成文とを比較對照して仔細に其異同を檢討するときは左の諸點に付重要なる差異あることを發見すべし。

（一）委任統治地域に關し最初の提案は露西亞、奧地利、洪牙利及土耳其の三帝國に於ける民族問題解決の手段に供せむとせるなり。即ち専ら東歐及近東問題を目的とするものにして獨逸帝國の海外諸領土は全く念頭に上らず。然るに規約第二十二條の現行委任統治制度が亞細亞、阿弗利加及太平洋方面の獨逸、土耳其の邊境領土及植民地を目的とし露奧兩帝國の舊領に關係なきは世間周知の如し。阿弗利加洲及太平洋方面に於ける獨逸諸領が當初の原案中全く考慮に上らざりしは蓋し提案者の意見に依れば是等諸領は現に占領中の戰勝國之を併合すること理の當然に屬すと認めたるが爲に外ならざるべし。

(二) 委任統治に於ける聯盟の役割に關し「ウキルソン」大統領及「スマッツ」將軍の考案は該地域に付聯盟中心主義を採り、受任國を指定して關係地域を配當し又他日受任國に於て委任統治條項の重大なる違反ありたる等必要な場合には他國をして之に代らしむることを得る様一切之を聯盟の中央權力に集中するに在りたりしが、此點諸大國殊に英國自治領諸政府の激烈なる反對に遭遇したり。併合論の急先鋒たる濠太利亞、「ニュージラランド」及南阿聯邦の各代表者は到底原案の聯盟中心主義を應諾せず「ウキルソン」氏と正面衝突の結果「スマッツ」將軍の妥協案と爲り遂に現行規約第二十二條第三項以下の文言に落著せるなり。即ち聯盟は委任地域割當の權限なく主たる同盟及聯合國（所謂五大國）其權限を行ふことと爲り又聯盟が當該地域を受任國より取上ぐる權利の有無に付ては規約文言中直接間接之に觸るるものなきことと爲りたるなり。殊に同條第六項、西南阿弗利加及或南太平洋諸島の如き地域は（中略）受任國領土の構成部分として（*as integral portion of its territory*）其國法の下に施政を行ふを以て最善とす云々の文言の如きは明確に領土割讓の觀念を言明するものなり。租借地其他の事例の如く變態割讓と謂はむよりは寧ろ赤裸々たる領土割讓の形式にして唯だ僅に併合の名目を避けたるのみ。實質上に於ては何等併合と擇ぶ所なきなり。

上記「受任國領土の構成部分として」の文言は國際聯盟委員會の原案 *as if integral portion of its territory* 中 *if* の一字を無用とせる我牧野全權の主張に基くものにして *as if* の二字の存置を主張したる「ウキルソン」氏の意見が一蹴せられたるに付ては同大統領の面目丸つぶれと謂ふの外なし。同大統領の努力は規約文言中より併合の形式を除去するに成功したるのみにして實質的には日英兩國側の反對論に壓倒せられたるの實情を如何ともすること能はざるなり。（立博士、國際聯盟規約論第十六章第二節註十五の二、同書三五九—六〇頁參照）。此の如く明確なる立法沿革あるに拘らず我南洋委任統治地域に對する領土權は帝國政府に歸屬せず、五大國の共有なり。帝國政府に專屬するものは同地域内に於て命令強制の權力を行使する主權なり。人的命令權（*インペリウム*）にして物的領土權（*ドミニウム*）を包含せずと論結する我立博士の所論は筆者の所見に依れば一種特異の法理論と評するの外なし。

立博士の所論によれば關東州租借地に付ても帝國政府は獨自の主權（裁判管轄權）を行使するのみにして同地域に付ての領土權を有せず。後者は初より支那國政府に存し嘗て他に移轉せずと謂ふなり。同博士の論文中には當初の獨清（膠州灣）、露清（旅順大連）、及清佛（廣州灣）各租借條約中の文言を以て清國政府に留保せる『主權』の觀念は博士の所謂領土權に該當する旨の説明あれども現實國際法の説明として關東州、廣州灣及び九龍各地の領土權の歸屬如何。右は何れも南京政府に依りて代表せらるる中華民國に屬するや。或は前者の領土權は新興滿洲國に屬し、後の二者は廣東政權に依りて代表せらるる、

支那國に屬するものと解すべきや（北京に支那國中央政府を見ざるに至りたる今日、二者の孰れか一を取るの外ならむ）。博士の説明を聴取するを得ざるを遺憾とす。尙ほ租借地に關し非割讓論を支持する大多數の本邦公法學者中嘗て此の點に關し釋明を試みたる者あるを聞かざるは更に一層の遺憾なり。

委任統治の形式に三種の別あり。規約第二十二條第四項に定むる所謂A式委任統治が同條第五項及第六項のB式C式委任統治と全く其性質を異にするは規約二十二條各條項の明文に照らし一點の疑を容れず。即ち前者の適用を受くる地域は人民發達の程度に鑑み殆んど獨立國としての取扱を受くるに適するものなるが故に、受任國の任務も當該部族の自立し得る時期に至る迄てふ期限附のものなるに反し他の二者は永久的のものなり。A式委任統治の受任國は直接に施政の責任を擔當せず單に施政上の助言及援助を與ふるものなるに反しB式及C式委任統治に於ては受任國が施政の直接の責任者たり。殊にC式委任統治に至りては該地域が受任國領土の一部分を構成する旨の規約上の明文あること既述の如し。されば實際上の法現象として第一種地域（A式）は殆んど獨立國に近く又第三種地域（C式）は受任國の國內領土に準すべきものにして第二種（B式）地域は中間的地位に在るものと謂ふことを得べし。

此の如く三種の委任統治が全く其の性質を異にすること明白なる以上、委任統治の法理論に付て

も各種別に其本質を検討することを要するは勿論にして濫に其一を以て他を律すべきに非ざるは言を待たず。例へば我南太平洋上の舊獨逸領諸島（赤道以北の）國際法上の地位は關東州租借地（又は世界戰爭前に於ける英國所管の「サイブラス」島）に準すべきものなりと謂ふも亦第三種の委任地域に限りたる論議にして第一種又は第二種の委任統治地域とは沒交渉なるなり。太平洋中赤道以北に位する舊獨逸國屬地に對する委任統治條項（千九百二十年十二月十七日「ジュネーヴ」に於て作成）第二條に「受任國は本委任統治條項に依る地域に對し日本帝國の構成部分として施政及立法の全權を有すべく且情況に應じ必要な地方的變更を加へて本地域に日本帝國の法規を適用することを得」と明言するは規約第二十二條第六項の趣旨を敷衍するものにして即ち帝國の内國領土に準するの義なり。施政を行ふの委任を日本國皇帝陛下に付與することに一致したる日、英、佛、伊四國の共同領土たることを意味せず。又上記四國に亞米利加合衆國を加へたる五大國の領土主權に服するものに非ざるの趣旨明白疑を容れざるものと思惟す。本條項は關係當事國間の合意に基き國際聯盟理事會の確認を経たるものなるを以て其規定の變更には國際聯盟理事會の同意を必要とす。其規定の解釋適用に關し受任國と他の諸國との間に紛争を生じたるときは事件を常設國際司法裁判所に附託すべく何れにせよ聯盟理事會の一方的意思を以て受任國の地位を左右するを得ざること明か

なり。國際聯盟に於て所謂委任國を解除し又は受任國を易置するの自由なきこと寧ろ理の當然に非ずや。

第二 委任統治地域の主權歸屬問題

委任統治制に關し論争の最熾烈なるは同地域の主權歸屬問題に若くはなし。(一)同地域の主權は「ヴェルサイユ」條約の所謂主たる同盟及聯合國に屬すと説明する者あり。假に之を五大國主權説と命名せむ。(二)一方に於て同地域の主權は國際聯盟に存す、其行使に任する受任國は聯盟の一機關に外ならずと解釋する理想派論者あり。(三)他方、施政の擔當責任者たる受任國が主權を有すと論ずる者は實際家に多し。實證派國際法學者中之に共鳴する者尠からず。或は右三者の何れにも與せず、(四)主權は當該地域其自身(人民、部族)に存すと力説する潜在主權説あり。(五)或は受任國と聯盟と主權を分有すと説く主權分有説あり。最後に主權無用説を唱ふるものあり。甲論乙駁、人をして適從する所を知らざらしむるに至る。以下關係諸説の梗概を敍して參考の資料に供することとせむ。

(第一) 五大國主權説

獨逸國が其の海外屬地に關して有する一切の權利權限は主たる同盟及聯合國の爲に之を拋棄する

こと「ヴェルサイユ」條約第一百九條の明言する所なり。即ち獨逸帝國の海外諸領は之を日英米佛伊の五大國に割讓せしものなること論なし。是等の諸地域が戰勝國側の列強間に於て如何に處理せらるべきかは獨逸國に於て容喙し得るの限に在らず一に其成を仰ぐの外なきこと亦同條約の特に言明する所なり(同條約第一百八條第二項參照)。抑も委任統治地域の割當を如何にすべきかは「ヴェルサイユ」條約調印前最高會議の決定せし所なり。同條約第一編聯盟規約の條項確定議と爲るや(大正八年四月二十八日)最高會議(英米佛伊日各國全權)は規約第二十二條第四項乃至第六項の三種の地域に付夫々受任國を指定したり(五月七日)。例へば太平洋中赤道以北の獨逸領諸島は日本國の委任統治とし、赤道以南の獨逸領諸島中「ナウル」は英帝國、「サモア」諸島は新西蘭の委任統治に屬すべく其他の諸島は皆濠太利亞聯邦の委任統治たることを定めたるも亦此の五月七日の決議にして「ヴェルサイユ」條約の調印(六月廿八日)に先だつ五十餘日前の事なり。

依て案するに同地域に對する主權(領土權)が當時既に夫々獨逸、土耳其兩帝國の手を離れて、戰勝國側列強の手に歸したることを前提とするに非ずんば、此の割當は法律論として説明すべからざる無權限行爲たるを免れざるべし。其後幾何ならず阿弗利加州の獨逸領土割當に付白耳義及葡萄牙兩國よりの熾烈なる抗議に遇ふや、東阿弗利加の一部を白耳義國の委任統治とし「キオンガ」一帯

の地を葡國領と定めたるも亦大國側の決定に係る、他の聯合諸國に諮りたるの事實あることなし。知るべし問題の各地域に付終局の處分を決定するは大國の専らする所なることを。五大國側に於て其後此の權利權限を拋棄又は讓渡したる形跡なき以上、今日と雖も委任統治地域の主權（領土權）は主要國に歸屬するものと見るの外なしと謂ふが此學說の主たる理由なり（立博士、國際聯盟規約論第十六章第二節第二項（同書三四七—三五二頁）の主要國共有領土權說參照）。

以上の見解を最露骨に言明したるものは千九百二十二年五月の聯盟理事會に於ける英國「バルフォア」氏の言なり。曰く委任とは征服國が其征服に係る領土に付取得せる主權に對し自己抑制的に設けたる制限に外ならずと。國際聯盟の委任統治委員會中にも此學說を是認するものあり。曰く聯盟理事會と雖も委任統治地域の割當を變更するの力なし。B式及C式委任地域の關する限り主たる同盟及聯合國（米國を包含す）の最高會議専ら之を掌握するもの如しと（ラッパール）。

（第二） 聯盟主權說

委任統治地域の主權は國際聯盟に存す、各受任國は聯盟の名に於て該地域に付後見の職務を行ふものなるが故に聯盟の委任に依り施政の任に當るものに外ならず。委任者たる國際聯盟は一方的に委任を解除するの權あり、又受任國を易置することを妨げずと論ずる者は獨逸學者なり。蓋し獨逸

學者の立場より觀察すれば「ヴェルサイユ」條約第一百九條は海外領土拋棄の規定にして割讓を目的とするものに非ず。同條は該地域の終局的處分の決定を見るに至る迄の間一時の便法として五大國に其扱を一任したるものに過ぎず。國際聯盟にして儼存するに至らば一切は聯盟の手に移さるべきこと固より當然なりと謂ふに在るなり（第一回聯盟總會に提出したる獨逸政府覺書參照）。

「リスト・フライシユマン」曰く、獨逸は主要國の爲に海外植民地を拋棄したるも該地域の領土主權が五大國に移轉せしものに非ざるは「ヴェルサイユ」條約中同様の文言を用ゐたる「ダンチヒ」及「メーメル」の場合に於けると異ならず。五大國は聯盟が委任を付與する迄の間受託者として一時該地域を預かりたるのみ。聯盟が各受任國に委任を付與し終ると同時に右主要國の一般信託關係は特別的の委任及後見關係に移りたるものなり。聯盟は規約第二十二條第二項の範圍に於て何時にても自由に受任國及委任權限を變更することを得と（「リスト」國際法第十二版一一一—一二三頁參照）。

獨逸維納出身の「ラウターバート」博士は聯盟主權說を唱ふる有力なる學者の一人なり。曰く主權の本體は國際聯盟に存す。其の用（行使）に任ずるものは聯盟の監督下に於ける受任國なり。聯盟理事會が委任統治條項を承認したる瞬間に於て聯盟は委任者と爲りたるなり。受任國は國際聯盟の爲に聯盟の名に於て委任を行ふことを承諾せるものなり。此事實に依りて兩當事者間に委任の合

意成立せり。聯盟が委任を付與したるは假令名義上のことなりとするも其は聯盟が終局的主權を有することを妨ぐるものに非ずと（「ラウターバート」博士著國際法の私法的淵源及類推第八五節八六節同書一九六—二〇二頁參照）。

獨逸學者以外に聯盟至上説を主張する者全く之なしと謂ふに非ず。又獨逸學者中にも國際聯盟の委任解除權を認めざるものあり（例へば「ハッチェク」の如き）。又國際聯盟は委任地域の自由處分權を有せず委任は原則として取消し得べからざるものなることを認むる者もあるなり。（「フェアドロス」の「フェヤファスング」三二—四頁參照）。

按ずるに國際聯盟は聯盟國の組合體にして其自身一國を構成せず又超國家にも非ず。國際法上の法人格に非ざれば主權を具備するに由なく又例へば「ザール」地域に於けるが如く特別の明文ある場合を除くの外、一定地域の施政に付其責任を擔當するに由なく、結局委任國をして主權を行使せしむるの外なきなり。各委任地域の割當は五大國の専ら決定せし所にして聯盟の干渉外に超然たること既述の如し。右の割當は終局的にして規約中委任解除を豫想する規定は一として之あることなく又實行不能なるを免れざるべし。されば聯盟主權説は聯盟至上主義の理想論に屬し現實の法現象を説明するに足らずと謂ふも亦決して過言に非ざるが如し。

（第三） 委任國主權説

白耳義國の「アンリ、ローラン」曰く委任統治は私法上の委任と異なり、當該地域に於ける永久的權力を付與せられたるものなり。故に委任統治は其様式の如何を問はず主權は委任國に屬す。五大國は「ヴェルサイユ」條約第百九條に依り得たる主權に依り委任國指定權を行使せり。次で委任統治履行の時期に入れり。此時期に於ては聯盟に依る監督行はる。後見又は委任統治が聯盟の名に於て行はるるなり。然れども主權は決して聯盟に移りたることなし。主權は主要國より委任國に移れり。其れは地域の割當に依りて然るのみならず其の與へられたる權力の範圍に依りて其の然るを知る。委任國領土の構成部分といふ以上併合に非ずして何ぞ。委任國の國法に依り又は「立法、行政、司法の全權を有す」と云ふ以上主權を有する者に非ずして何ぞや（Henry Rolin, Le Syst-ème des Mandats coloniaux. Revue de Droit international et de législation comparée, 3e serie, t, 1, 1920, p. 329—363.）英國國際法年鑑一九二二—二二年度一—五頁以下に於て「ベイト」博士の論ずる所も大體其揆を一にす。法律家は文字の末に拘泥せず、現在の事實を重すべきものとし委任統治制も事實は併合、割讓に外ならずと謂ふに在り。

英帝國及白耳義王國は共に委任統治地域の施政を擔當する委任國の一なるが故に兩家の意見或は

自國本位に偏するなきやの疑惑を抱く者あらむ。此種の疑念を解消せしめむが爲次に以太利國「パヴィ」大學の「ディエナ」教授の所言を引用せむとす。同教授は我以太利國は委任統治の受任國に非ざるが故に以太利人は本問題を論ずるに當り最完全なる客觀性を保持することを得。即ち其議論が自國の利害に反することなきやを危惧するの必要なく、又其立論が法理上の原則よりは寧ろ國策上の見地を鼓吹するものに非ずやとの世間の疑惑を招くことなかるべきなりとの前提の下に語を進めて曰く、先づ注意を要するは國際聯盟規約の解釋に二派の別あることなり。第一種の解釋即ち理想派の見解に依れば規約は國際法の分野に於て最大規模の進歩を實現したるものにして眞に國際法の革命を促がしたるものと見るなり。第二種の見解は一方法律學の要求を參酌せざるに非ざるも、現行の國際法則に付するに其の現に有する實證的意義のみを以てするものにして實際の結果が有らゆる見地より觀察して不満足なる場合と雖も猶然るものなり。第二種の解釋は理想を離るものなるが故に不可なりと謂ふは其の可なる所以を知らずと。氏は聯盟規約の解釋に就ても現行法の説明中に理想論又は立法意見を混入すべからざる所以を縷述したる後、其實證學派的攻究の結果として所謂A式委任統治（規約第廿二條第四項）は國際法上の保護關係に近くB式及C式委任統治地域（同條第五項及第六項）は受任國の主權（領土權）に服するものたるの事理を闡明せるなり（海牙講演集

第五輯二三九—二四五頁參照）。

（第四） 委任地域主權説（潜在主權説）

「ストヤノヴスキ」曰く委任統治は國際後見の制度なり。受任國が後見の職務を行使するに付監督の地位に立つ國際聯盟の役割は親族會に準すべきものなり。未成年者に對する後見に於て物の所有權は後見人又は親族會に存せずして未成年者自身に在るが如く、委任統治地域の主權は當該地域（人民）に存す。其の成年に達する（獨立）迄は自ら之を行使し得ざるのみと。佛國學者は委任統治に付「後見」に重きを措き右「ストヤノヴスキ」と同じく委任地域に主權潜在すとの説に傾くもの多し。「ミロー」、「ピック」及「デュブレイ」諸氏はなり。J Stoyanovsky, La Théorie générale des Mandats Internationaux, pp. 83—86. 尙ほ佛國政府は「シリヤ」に關し英國政府は「イラク」に關し委任地域主權説を認めたることあるが如し。此の學説はA式委任地域の法現象を説明するに便なるが如く見ゆるもB式C式委任地域に就て云へば實際上の現象と隔絶したる理想説に近く一種の空論に屬するなきやの疑なきに非ず。

潜在主權説に似たるものに主權停止説（「カメル、リー」あり。又主權睡眠説を爲すものあり（南阿代表スミット）。共に主權歸屬問題の解決難を訴ふるもの如し）。

(第五) 主權分有説

委任統治地域の主權は受任國之を聯盟と分有すと爲す説英米學者の間に行はる、(「ホール」、「ヒッギンス」、「オッペンハイム」、「マクネア」)及「クインシー」、「ライト」委任統治論)其他主要國と聯盟と主權を共有すとの説あり。受任國と受任地域と主權を共有す。否主權の共有者は聯盟と受任地域となり。又は聯盟と受任國と受任地域となりと曰ふに至りては愈々出でて愈々奇なりと謂ふの外なし。

最後に主權無用説を爲すものは國際聯盟に於ける委任統治委員會なり。同委員會に於ては初より聯盟主權説を公認せず、又正面より受任國主權説を否認するにも至らず。受任國及委任地域の關係は正に國際法上の新關係なるが故に古色蒼然たる舊來の術語(主權觀念を指す)の使用は時として適切ならずと曰ひ暗に受任國主權説に左袒せざるの趣旨を仄めかすに過ぎず。(一九二七年九月理事會採擇の「ブロックランド」報告)法理論としては徹底せざるの感なきを得ざるなり。

第四節 租借地の法理を論ず

は し が き

領土の租借は其端を第十九世紀の末葉に發したる國際法上の最近現象なり。西曆千八百九十七年(明治三十年)十一月中、清國在留の加特力教宣教師たる二名の獨逸人、山東省内に於て暴民の爲に殺害せられたる事件あり。獨逸政府は奇貨居くべしと爲し、直に軍艦を派して山東省の一角膠州灣を占據せしめ、兵員を上陸せしめて海陸より盛に軍容を張り、一方北京駐在公使をして清國政府に迫らしめ遂に膠州灣及附近一帯の地域を獨逸に致さしむることを得たり。千八百九十八年三月六日北京調印の膠州灣租借に關する獨清條約第二條に於て、清國皇帝陛下が獨逸國に九十九年を期とし灣口の兩側を租賃する旨を約したるもの即是なり。同年同月二十七日の旅順口大連灣租借に關する露清條約に於ては、清國北部海岸に露國海軍の根據地を建設する目的を以て、清國より旅順口大連灣及附近の水面を露國に租與することを定め、其租借期限は調印の日より起算して二十五年と明言しあるも、同時に期間満了の際には更に期間を更新し得べき旨(斟酌續租)の明文あり。是より先

佛國政府は清國と約し廣州灣に貯炭所を置き海軍根據地と爲すことを定めたりしが、露獨兩國が各租借條約を締結せる千八百九十八年の翌四月五日を以て、正式の租借條約を締結し九十九年間の租借を約せしめたり。然るに英國政府は此の新事態を以て香港の防備に危険を感ぜしむるものとし、清國政府に交渉して自衛上對岸九龍灣一帶の地域を同じく九十九年間租借すること爲り、尋で同年七月一日北清に於ける露獨兩國の勢力扶植に對抗するの必要上威海衛を租借すること爲り、其租借期間は露國が旅順口に占據する期間と同様なるべしと定めたりき。其後七年を経て露國の旅大租借地は日露戦争の結果皇軍の手に歸したる爲、露國は「ボーツマス」講和條約第五條の規定に依りて、其租借權を日本に讓與するの已むを得ざること爲り、次に大正四年の日支條約を以て關東州租借地の租借期限を延長して九十九年と爲したることは世間周知の事實なり。尙獨逸領膠州灣は世界戦争の結果、我が陸海軍の掌中に落ちたる爲、獨逸國政府は「ヴェルサイユ」條約第五百十六條を以て、前記租借條約及山東省に關する他の一切の協定に依り取得したる一切の權利權原及特權を日本國の爲に拋棄すること爲し、其後我政府より之を支那共和國に還付するに至りたること、竝に最近英國政府も亦威海衛を支那に還付するに至りたることは共に猶世人の記憶に新なる所なるべし。

租借地の法理上の性質に關しては、學者間に意見の一致を見るに至らず。一方に於ては租借條約を以て本質上は領土の割讓を約するものにして、即ち領土權取得の一方法に外ならずとする（變態割讓説）に對し、他の一方に於て租借は領土の所屬に變更を及ぼすものに非ず、他國の領土權に對する制限にして即ち一種の國際地役に過ぎずとするか（國際地役説）又は一種の新制度と解するの見解あり。歐洲諸國に於ては英國の「ウェストレーキ」、「ローレンス」、「オッペンハイム」、獨逸國の「リスト」、「ガライス」、「フォン、ステンゲル」、佛蘭西國の「デバニエ」、「フォーシル」、「ルイ、ジェラール」及瑞西國の「リヴィエ」諸博士等公法學者の大多數が何れも前者に屬するに反し、我國に於ては國際法學界側の立、千賀、秋山、中村、遠藤、篠田、大澤、泉 諸博士及國法學者たる美濃部、市村、清水、佐々木、金森、副島 諸博士、國際私法學の權威山田三良博士及極東外交史の大家信夫淳平博士と共に何れも皆後者に屬するは奇と謂ふの外なく、前者に屬する少數説の代表者としては筆者寡聞の範圍内に於ては蜷川新、松原一雄兩博士の外、國際法雜誌第五卷第一號所載新租借地論の著者たる無名氏一人を擧ぐることを得るのみ。筆者は不幸にして本邦に於ける多數説に同すること能はず、少數説たる變態割讓の法理を眞理と信するが故に、聊か茲に其理由を辯疏せむと欲するなり（IX）(III)。

(1) 獨露佛英諸國の締結せる各租借條約の邦譯文に付ては、遠藤源六博士編國際法關係法規二三七一—二五一頁參照。租借條約締結の顛末に付ては

Philip Josph, *Foreign Diplomacy in China* (1894—1900), London 1928, Chapter IX (pp. 189—221), Chapters XI and XII, (pp. 264—314).

Westel w. Willoughby, *Foreign Rights and Interests in China*, (2nd Edition, 1927), Chapter XVII (pp. 466—482).

J. Perrinquet, *Des Cessions temporaires de territoires*, (Thèse Bordeaux, 1904), pp. 100—131.

Louis Gérard, *Des Cessions déguisées de territoires en Droit International Public*, Paris (1904) pp. 230—300. 等參照。華盛頓會議に於ける租借地還付方交渉に付ては、「タネローブ」教授前掲書(再版)第十八章上卷四八三—四九四頁參照。

(II) J Westlake, *International Law*, Part I, Peace. (2nd Edition, 1910), pp. 135—136.

T. J. Lawrence, *The Principles of International Law*. (7th Edition by Percy H. Winfield), § 82, p. 168—169.

——, *The War and Neutrality in the Far East*, Chapter X, pp. 203—208.

L. Oppenheim, *International Law* (3rd Edition), Vol. I, § 171 (3) p. 309—310 and § 216 p. 379.

Fr. von Liszt, *Völkerrecht*, 12te Aufl. Berlin 1925, (Liszt-Frischmann) § 18 II 4, S. 162 u. § 30 I 2, S. 233—239.

K. Gareis, *Institutionen des Völkerrechts*, 12te Aufl. (1901), S. 205, Anm. 1.

von Stengel, *Rechtsverhältnisse der Deutschen Schutzgebiete* (1901), S. 22—23.

Al. Rivier, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 12te Aufl. 1899, § 16, S. 151, Anm. 4.

P. Fauchille, *Traité de Droit International Public* (5ime édition de Manuel de D. I. P. de M. Henry Bonfils) No. 557 15, Tome Ier, IIème Partie, pp. 772—775.

Despagnet, *Cours de droit international public*, § 394 bis. (quoted in Westlake I, p. 136),

Louis Gérard, *Des Cessions déguisées de territoires en Droit International Public* (1904), pp. 256—258 et 313—322.

(III) (イ) 立、平時國際法論(第二編第四章第十二節及び第十三節)三二二—三二三頁、三二六—三二八頁(現代法學全集第十六卷四二八、四二九頁、四三二—四三四頁)及 *Legal Aspects of Leased Territories*, *Contemporary Japan* Vol. I, No. 1 (pp. 23—29). 參照。

千賀、國際公法要義(第七版)二五一頁參照。

秋山(雅之介)博士、法學志林第十卷第二號所載論文「租借地の性質」同誌二五—三一頁參照。

中村博士、國際公法論(三訂增補第六版)一〇—一〇四頁參照。

遠藤博士、國際法要論(第四編第二章第二節第一款第一項の二)二二四—二三八頁參照。

篠田博士、國際法雜誌第五卷第二號及び第三號所載論文「租借地の性質と關東州の租借地」同卷第二號一一—三〇頁及び第三號一一—三八頁參照。

大澤九大教授「領域及び領域高權の概念の法律的構成」(七)、五、領域高權に對する諸制限。國際法外交雜誌第二十八卷第三號所載殊に同誌三〇—三八參照。

泉博士、國際法概論一四〇—一四八頁參照。

(ロ) 美濃部、憲法撮要第二章第四節の三、訂正第四版一三七—一四二頁及び訂正第五版一三三—一三八頁参照。
市村、帝國憲法論(訂正改版第十一版)緒論第三章第五節二四九—二五一頁参照。
清水博士、憲法編四〇—二四〇五頁〇日本法政新誌第十卷第八號所載同博士論文「我が憲法は租借地に行はるゝや」参照。
佐々木博士、改版日本行政法論四六一—四七頁参照。
金森法學士、帝國憲法要綱一〇三—一〇四頁参照。
副島博士、憲法要論二三五頁参照。

(ハ) 蟠川新博士著、南滿洲に於ける帝國の權利殊に第一章、租借權(同書冒頭より六六頁迄)参照。
松原博士、現行國際法第三編第一章註一一乃至一三、同書上卷三四八—三四九頁参照〇尙右の外、國家學會雜誌第十六卷第一八一號及び一八二號所載同氏論文「平時占領論特に租借地の法律關係」並に法學新報第十三卷第二所載同氏論文「旅順口法權問題」参照。

(ニ) 山田三良博士論文「植民地法と内地法との關係に就て」(法學協會雜誌三〇卷第二號、一〇六一—一〇六頁参照)。
信夫淳平博士近著、滿蒙特殊權益論第三章第二項、關東州租借地及び中立地帯に關する諸權、同書一五五—七八頁殊に六二頁参照。

故高橋作衛博士は嘗て、租借地の性質に關する英國「ウエストレーキ」及び「ローレンス」兩博士の所説を國家學會雜誌(第十九卷第三號)上に紹介するに際し、文中殊更に「自説を述べず單に歐洲學者の説を紹介するに止むる旨を明言せるが故に博士の自説は別に之れあるべき筈と思惟せざるを得ず。然るに同博士が其の後國際法雜誌第十卷第七號に掲載せる論

文「清國領土保全の意義を研究して關東州租借地の國際法上の性質に論及す」(明治四十五年三月起草)の第三章に於いては、純然たる變態割讓説即ち「ウエストレーキ」「ローレンス」兩博士と全然同一の學説を據説するを見るなり。前者非か後者はか。博士の著書、平時國際法論(第十二版)中には此の點に關し何等言明する所なきが故に、本問題に對する同博士の態度は、要するに捕捉すべからざるの歎なくんば非ざるなり。

そ の 一

租借條約を以て領土の所屬を變更するものに非ずとする本邦多數學者の見解は、第一の理由として必ず先づ條約の文面を引用せざるはなし。曰く旅大租借に關する露清條約第一條には、惟中國帝國不得稍有損礙 But on the understanding that such lease shall not prejudice China's sovereignty over this territory. といふ但書あるに非ずや。尙ほ獨清條約第一條に所謂「尤も清國皇帝陛下は主權に屬する一切の權利を自己に保留し」云々 (indem er (S. M. der Kaiser von China) sich alle Rechte der Souveränität……vorbehält)の規定及清佛條約第一條但書の「本件租借は讓られたる地域に對する清國の主權を侵害するものに非ず (mais il reste entendu que cette location n'affectera pas les droits de souveraineté de la Chine sur les territoires cédés.)」の規定は、何れも租借地域に對す

る清國主權に何等の變動なきことを明言するものなり。是れ租借地が租借國の領土に非ざるの明證と爲すべしと(中村博士著國際公法論一〇一、二頁參照)。然り、條約の當該條項の文面のみより判斷すれば、租借地は儼然たる支那國の國土なり。租借國官憲にして租借地内に於て自國の公權力を行使することは、支那國主權を侵害することと爲り、明かに條約違反たることを免れざるが如し。租借條約の全體を通ずるの趣旨は果して此の如くなるべきか。試に條約各條の規定を仔細に按ずるに、膠州灣の租借に關する獨清條約第三條には

爭議の發生を未然に防止せむが爲、清帝國政府は租借期間存續中、租借地内に於て諸々高權を行使せざるべく、右地域内の高權行使は之を獨逸國に一任すべし其の地域左の如し。

(第一號乃至第五號は地名の列舉、第二項は境界確定の規定なるに付共に省略)

清國の軍艦及商船には膠州灣に於て、獨逸國と交友關係ある他の諸國の艦船と同様の特惠を與ふべく、清國艦船の同灣に於ける出入及滞在に付ては、獨逸帝國政府が自國に讓られたる命令權に基き他の諸國の船舶に付規定の必要ありと認むるもの以外に何等の他の制限を加へざるべし

(獨逸語の原文には右の命令權及び第一項の諸高權共に複數の詞 *Unhehrechte* を用ゐあり。獨逸語原文に付ては *Fleischmann, Völkerrechtsquellen* 一八七、八頁邦譯文に付ては遠藤博士編國際關係法規二四六頁以下參照)

廣州灣の租借に關する清佛條約には

第三條 兩國間に隔意を生ぜしめざらむが爲、右地域は租借期限の九十九年間、佛蘭西に於て

單獨に之を管轄すべし *(Sera gouverné et administré pendant les 99 ans de bail par la France seule)* 地域内の住民は依然土地の所有權を有すべく、佛蘭西國の保護の下に引續き租借地内に居住し、又其の職業稼業に従事することを得。但し佛蘭西國の法令を遵奉する間に限る。

佛蘭西は其の取得せむことを欲する地所に付、土民に相當の價格を支拂ふべし。

第四條 佛蘭西國は引渡を受けたる地所内に、要塞を構築し守備隊を配置し、其の他の防備手段を講ずることを得。

佛國は又租借地域内に於て、島嶼又は沿岸の航海に有用なる燈臺を建設し、浮標及信號標を備附け、其の他一般に航海の自由及安全を確保するに足る一切の措置を講ずることを得べし

(佛語原文に付ては *Louis Gérard, Océans* (Requies p. 297-9) に引用する所に依る)

の規定あり。其の他露清條約第二條及威海衛租借に關する英清條約は何れも租借國の專屬管轄權を明言するが故に、租借地は實際上租借國の公權力の下に立つものにして、租賃國たる支那は地域内の公權行使に何等關與することを得ず、清國艦船は外國船舶の取扱を受け、在留清國人は全く租借國の法權に服従するの實狀を察し得べきなり。知るべし、中國の帝權に何等損礙なかるべき旨の條

約の文言は單に清國の體面を損せざらむが爲の氣休文句に外ならずして、何等法理上の根據と爲すに足らざることを(三〇二)。

(三〇二) 旅大租借條約第一條と他の諸條との間に存する矛盾及び其の解決に關し蜷川博士前出書第一章第一節第一款(同書二一五頁)参照。

その二

租借條約は何れも、二十五年又は九十九年の期限を明定すること既述の如くなるが故に、學者或は此點よりして、租借は其性質上領土の割譲と異ると説明するものあり。曰く凡そ領土の割譲には期限又は條件附なるものなし、其の期限附なるは満期の際之を租賃國に還付するの趣意にして、即ち租借が初より領土權の移轉を目的とするものに非ざるの一證と爲すに足れり。又曰く大正四年の日支條約が關東州租借期限の二十五年を延長して九十九年と爲したるは、租借が領地主權獲得の一原因たらざることを證明して餘あり。蓋し二十五年間の租借が既に領地主權の獲得ならむには之を九十九年に延長すといふこと何等の意味を有せざること爲るべければなりと(中村博士著前出一〇三頁及び副島博士憲法要論二三五頁)。

然り領土の割譲は絶對的なるを原則とす、期限附又は條件附なるものあるを聞かざるは事實なり。故に租借が領土權取得の正常の方法に非すと曰ふは當れり。條約に期限の定あるは満期の際之を租賃國に還付するの趣意なりと曰ふに至りては、事實の真相に反するの甚だしきものと謂ふの外なく斷じて其の可なる所以を知らざるなり。何ぞや、吾人の法律生活に於て九十九年の期限は永代無期と曰ふと相距る一步の間のみ。次に二十五年の旅大租借期限には、満期更新の約束ありたること既述の如くなるが故に、大正四年に至り其期限を延長したりと曰ふも、實は租借の當初、中外に聲明することを憚りたりし條約締結の眞實の趣旨を露骨に闡明したるものに外ならず、新に何物をも附加したるには非ざるなり。抑も旅順口及大連灣の租借に關し、露國が獨逸國の膠州灣租借と同じく初より九十九年の期限を言明することを敢てせざりし事情は決して推察に難からず。彼の遼東半島の割譲を約せしめたる下ノ關條約第二條第一號の規定を以て東亞全局の平和に害あるものとし、露獨佛三國干涉の結果、日本國をして同半島を拋棄するの已むを得ざるに至らしめたること、猶世間の記憶に新なる際なれば、成るべく短期の期限を掲げ、幾分人心の激昂を緩和するの必要ありしが爲ならむ。何れにせよ、期間満了と共に租借地を支那に還付するの趣旨に非ざりしことは事理甚だ分明なり。

歐洲列國が租借條約締結の際、期間經過後に於ける租借地還付の問題を全く念頭に置かざりし關係は、英國の威海衛租借に付最も露骨に表示せられたり。威海衛租借の期間は既述の如く、露國が旅順口に占據する期間と同一なるべきこと、英清條約の明文に照らし毫も疑を容るるの餘地なきが故に、若し租借條約の趣旨にして、果して期間満了の際之を租賃國に還付するに在りたりとせば、威海衛の英國租借地は明治三十八年一月旅順口開城の際を以て、當然清國に還付せらるべきの理なり。尋で露國が「ポーツマス」條約第五條の規定を以て、旅大租借權の讓渡を認め、同年十二月の日清北京條約第一條を以て清國政府亦其の讓渡を承諾したる以上、英國政府は最早威海衛に淹留すべき何等條約上の根據なき筈なり。而も事實は之に反し露帝國の旅順口喪失後、嘗て威海衛還付の問題を生ずることなく、英國の晏然として此に居ること猶香港に於けると異なるなきは、是れ期間經過後の還付は全く問題と爲らざることを表明するものにして、即ち租借條約締結の趣意が初より領土權の取得に在ることを反映するものに非ずして何ぞや。蓋し租借地還付の問題が實際上の意義を生ずるに至りしは、世界戦争の當初我國より獨逸政府に發したる最後通牒中「膠州灣租借地全部を支那に還付するの目的を以て、千九百十四年九月十五日限り、無償無條件にて日本帝國官憲に交付すること」の一項ありたるに始まる（遠藤博士編前出法規四六一頁參看）。其の以前に於ては獨露佛

英の歐洲諸國も、日支兩國の政府も嘗て租借地の還付を實際問題としたることなかりしなり。換言すれば、租借地域は租借國の純然たる領土と同一視せらるる結果、未だ嘗て當然租賃國に復歸するの可能性あるものは認められざりしなり。

其後華盛頓會議の當時即ち大正十年十二月中、英國全權「バルフォア」氏が佛國全權「ヴィヴィアニ」氏の廣州灣還付方聲明に次で、威海衛還付の方針を聲明したるは事實なり。尙翌十一年二月一日の第五回總會席上、山東懸案解決の報告ありたる際、英國政府は相當條件の下に威海衛租借地を引渡すの用意ある旨重ねて「バルフォア」氏より公表する所ありたれども、廣州灣の還付は十年後の今日未だ其の實現を見るに至らず。威海衛の還付が實現したるは聲明後實に八年有半の事なり（四）。

(四) 租借地還付問題に付ては「ワイロビ」教授前書四八六、七頁、四九〇—四九四頁參照。尙威海衛の還付に關し外交時報第六〇六號（第五三卷第五號、昭和五年三月一日分）所載岸田英治氏論文（同誌一六一—二八頁）參照。尙後段「補遺」第一項參看。

千九百三十年（昭和五年）四月十八日調印の威海衛還付條約は其の第二條に於いて千八百九十八年七月一日締結の威海衛租借條約の廢止を言明するのみにして同地の租借が本來露國の旅順口占據期間と同一の期限を有するものなることは條約當

事國の雙方とも全然之れを忘却するものゝ如し。双方の當事國が條約締結當時の精神及び條約の明白なる文言を安全に遺忘するのみならず、歐米諸國及び日支兩國の學者が一律に此の點を看過するは奇と謂ふべし（森岡の範圍内に於いては「ウイロービ」教授の左記數行を以て唯一の例外とす）。

With the transfer in 1906 of Port Arthur to the Japanese it might have been possible for the Chinese to raise the question whether the Wei-hai-wei lease was not ipso facto terminated. (前掲書四七八頁附註一六)

清水博士著憲法篇四〇三頁「二 威海衛」の條下に「租借國は英國にして租賃國は支那なり、千八百九十八年三月の條約に依り租借し、其の年限は日本の關東州を租借せる間とす」とある説明は全く他に類例を見ざる不可思議の言なり。千八百九十八年三月の英清條約といふもの、既に其の本體を詳にせざるのみならず、茲に謂ゆる日本の關東州租借期限は、同所「七 旅順大連」條下の説明に見ゆる當初の二十五年間を指すか、又は大正四年日支交渉談判の結果たる九十九年間を指すか、何等言明する所なし。尙同書の説明に依れば、旅順大連租借條約は二十五年の期間を以て満了と謂ふのみにして、一切期限延長の點に觸れざるが故に、我が關東州の租借は西曆千九百二十三年即ち恰も舊曆の手許に現存する同書發行の同年（大正十二年八月二十八日第二十一版發行とあり）を以て満期と爲りたるが如くにも見ゆ。愈々出でて愈々奇なり。

租借諸條約は租借地域の還付に關し、全く何等規定する所なきか。吾人をして更に仔細に各條約の規定を點檢せしめよ。膠州灣租借に關する獨清條約第五條第一項には左の規定あるを見る。

獨逸國が向後租借期限の經過前に於て、膠州灣を清國に返還するの希望を發表するときは、清

國は獨逸が膠州に費したる支出を辨償し且一層良好なる場所を獨逸國に付與すべき義務を有す

（遠藤博士編前出法規二四八頁及「フ」ライシユマン」前出二八八頁参照）

租借地の還付を豫見する租借條約の規定は右の一項に止まる。而も其の還付は期限内の還付にして、且租借國たる獨逸の希望に基く場合なり。此の場合に支那は費用辨償の義務を負擔するの外、更に一層適當なる他の場所を與ふるの拘束あるのみにして、苟も獨逸國が代地請求の希望を發表せざる以上、支那側より何等還付の要求を爲すを得ざること明白なり。此事たるや期限の内外を問はざるべきが故に、此規定は却て反對に租借地の當然支那に復歸するの可能性に乏しきことを認めたるものと解することを得べし。之を要するに期間の満了に因る租借地域の還付は租借條約締結の精神に非ざること毫も疑を容れざるなり。

その三

熟く租借諸條約締結の精神を按ずるに露西亞國の旅順口及大連に於ける、獨逸國の膠州灣に於ける、佛蘭西國の廣州灣に於ける、英國の威海衛及九龍に於ける皆同一の趣旨に出づるは特に絮説を待たずして明かなる所にして、何れも租借地域上に完全なる管轄權を取得するに在り。領土權取得

の名目こそなければ、事實は則ち純然たる領土主權の移轉にして、租賃國たる清國の政府には同地方に付何等の言前をも有せしめざるが租借條約の特色たることを忘るべからず。獨逸帝國政府が膠州灣租借條約を公布するに當り、清帝國政府は當該地方に於ける一切の主權を租借期限の九十九年間獨逸政府に移轉したる旨を告示し、同時に保護領に關する獨逸帝國法律を同地に施行したるは、最明白に其法理を闡明したるものにして、即ち獨逸國法の見地よりすれば租借地たる膠州灣も、嘗て西班牙より譲受けたる「カロリン」、「マリヤナ」諸群島も其他の海外諸領も、其の帝國國權に服従するの點に於ては全く一にして何等擇ぶ所なきなり。獨逸國公法學者中、膠州灣の依然清國領土なることを認め、獨逸帝國は同地方に於ける國權の行使に付、清國代表の權を有するに過ぎずと論ずる者なきに非ず(五)と雖是れ寧ろ例外にして通説は之に反對せり。即ち當事國の條約締結の眞實の趣旨は領土の割讓を目的とす、九十九年間の租賃と曰ふが如きは外面の粉飾に過ぎざるが故に、條約の文面に拘泥すべからずと謂ふに在り。「フォン、ステンゲル」、「ラバンド」、「リスト」、「ガライス」皆然らざるはなし(六)「ゲ、マイヤー、アンシュッツ」獨逸國法論第七版二一二頁及同附註六參照)凡そ法理は事實の眞相を闡明することを目的とす。事實に反する論議は如何なる美辭麗句を以て文飾するも畢竟事に益なきなり。故に曰く租借條約中清國主權に何等損礙なかるべしとの文言の

如きは無意義の空文に外ならずと。

(四) Jellinek, Die Staats- und völkerrechtliche Stellung Kiautschous, in Deutsche Juristenzeitung, 18:9, S. 253 ff. 305—306.

(Ausgewählte Schriften und Reden von Georg Jellinek, 2ter Band, S. 496—597.)

von Ullmann, Völkerrecht. Das öffentliche Recht der Gegenwart, 2te Aufl. 1908, S. 298.

Rehm, Staatslehre, S. 82, 83.

(六) 「フォン、ステンゲル」、「リスト」及「ガライス」に付ては前出註(四)中に掲ぐる文献參照。

尙同論者として掲ぐるものとして Laband, Staatsrecht 2ter Band 274 f. Anschütz, Kohler's Enzyklopädie der Rechtswissenschaften, S. 120. Köhner, Deutsches Kolonialrecht in Kohler's Enzyklopädie, II. 1086, 1087. 及 Schönborn in Strupp's Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie, 2ter Band, S. 220—222. 等あり。尙世界戦争後に於ける獨逸法學界の論壇の傾向に付ては後段「補遺」第二項參照。

露帝國が關東州租借地を日本に讓渡するに付、清國政府の承諾を條件としたる「ポーツマス」條約第五條の規定及右清國政府の承諾を明言したる日清北京條約第一條の規定を引用して、租借地が租借國の領土に非ざるの明證とするの説(中村博士著前出二頁並國際法雜誌第五卷第二號及第三號掲載篠田博士論文參照)も亦非なり。是亦條約の文言に拘泥して、事實に忠ならざる形式論の一たるを免れざればなり。假に數歩を譲り、關東州

租借地は依然清國の領土なるが故に、清國政府の同意なくしては、同租借地の移轉讓渡を有效とすること能はずとの見解に聽従することとせむか、日露兩國は其の相互間の約束を以て、如何にして第三者たる清國の同意を必要とすることを得たるや解すべからず。若し清國政府の同意が租借地の移轉に對する法律上の必要條件なりと假定せば同政府に於て不同意の場合は果して如何。關東州租借權の移轉讓渡は全然無効と爲り、從て露國が關東州其他滿洲の各地に占據せる日露戰爭前の原狀に復歸すべしとの趣意か。或は又同條に所謂移轉讓渡を以て、日本國の爲にする權利の拋棄に外ならざるものと解し、清國政府不同意の場合は露國の權利を復活せしめず、又何等日本國の新權利を發生せしむることなく、即ち舊露清租借條約締結以前の原狀に溯り、支那側に於て完全なる領土主權を回復することを認めたるの趣意と解すべきや。二者孰れにせよ常識を超越するの結果なるを如何にせむ。吾人は「ポーツマス」條約の締結に參與したる日露兩國の當局が、此種の非常識なる結果を豫想せるものは想定することを得ざるが故に、清國政府の不同意は實際上萬が一にも之なかるべきことの前提の下に、例の如く清國政府の體面を顧慮し、一種の形式的條件を按出したるものに外ならずと思惟す。此の如く清國政府の承諾は一種の形式に外ならず、之を條約文の文面上に完成したるは明治三十八年十二月末の北京條約第一條なれども、右清國側の同意は「ポーツマス」講

和談判の際既に前提し居りたること事實の真相なりとせば、右條約文の文言を根據として關東州は租借國の領土に非ずとする議論の極めて薄弱なるは多言を待たず。而して形式論を貫徹せむとするの結果、「我關東州租借權の發生は日露條約に在らずして日清條約に依るものと謂はざるべからず」と論決するに至りたる篠田博士の説(國際法雜誌第五卷第三號三四—三六頁參照)の如きは、事實を無視するの最甚しきものと評するの外なし。

租借條約は本質上領土の割讓を目的とす、租借地は各租借國の領域にして租賃國たる支那の領土に非ずとする吾人の見解は、支那政府を一方の當事國とする協定の公文中に、最明確なる典據を有するなり。千八百九十八年二月北京に於て交換せる揚子江沿岸諸省不割讓に關する英清協定中に曰はすや。

清國は決して揚子江沿岸各省の土地を、租給出典其の他何等の名義を以てするに拘らず、他の何國にも讓與せざるべし云々 *that she will never alienate any territory in the provinces adjoining the Yangtze to any other Power, under lease, mortgage or any other designation.*

典と曰ひ租と曰ふ共に土地所有權上に設定する他物權の一種に過ぎざれども、右の名稱の下に實際上領土の割讓を爲すことあるの弊を、揚子江沿岸各省の地方に付禁斷せむとするもの、即ち英清

協定の趣旨にして、公文交換の日附は千八百九十八年二月九日及同月十一日に係る。即ち膠州灣及旅大租借地の租借に關する獨清及露清條約の調印に先だつ一ヶ月前後の事なり。清國政府の公文中には「同地方を別國に出典し租給し又は割讓せざるは勿論云々」の語あり。尙又同年四月二十四日（光緒二十四年閏三月初四日）附矢野公使宛、福建不割讓に關する總理衙門公文中には左の文言あるを見るなり。

自宜設一妥法以期未雨綢繆、則請清國政府聲明、不將福建省内之地方、讓與若租與於別國矣（中略）本衙門查福建省内及沿海一帶、均屬中國要地、無論何國、中國斷不讓與或租給也云々（遠藤博士編關係法規二五二—二五四頁參看）

或は租給と曰ひ或は租與と曰ふ何れも領土割讓の一名目に外ならざることを認めたるの趣旨紙面に躍如たるに非ずや。此公文の日附も亦廣州灣及威海衛の租借と相前後するものなれば、租借條約締結當時の當事國の意思を推測するに付、恰好の一材料たるを失はず。此明確なる論據あるに拘らず、本邦公法學者の大多數が、租借地を以て租借國の領土に非すと斷言するのみならず、或は又變態割讓の法理を目して、過去の學説たる運命を免れざるが如く論ずる者あるは（泉博士著國際法概論一四〇—一四八頁參照）吾人其の何の意たるやを解するに苦まざるを得ざるなり（六の二）。

（六の二） 東京隣接諸省不割讓に關する清佛協定及山東省沿岸島嶼不割讓に關する日支間公文交換に關し後段「補遺」第二項末段參看。

その四

租借地域は租借國領土權の目的と解すべきや、又は依然として支那國領土の一部分を構成するものと解すべきや。此問題の解決は單に租借條約當事國間の法律問題として重大なるのみならず、第三國に對する關係に於て、更に重要な意義を有するものとす。其故如何と云ふに、支那と通商航海條約を締結せる歐米諸國は、何れも皆領事裁判制度を保留せざるなし。我國も亦歐米諸國の例に倣ひ、日清戰役後に締結せる通商航海條約に於ては、清國の偏面的義務として我領事裁判管轄權を認めしめたりき。「清國に在る日本國臣民の身體財産に關する裁判管轄權は當該日本國官吏に專屬す」（第二十條前段）と曰ひ、「日本國臣民或は一切の他國臣民又は人民より日本國臣民並に其財産に係る訴訟は總て清國官吏の干渉を受くることなく右官吏に於て審理判決すべし」（同條後段）と曰ひ「清國に於て犯罪の被告と爲りたる日本國臣民は日本國の法律に依り日本國官吏之を審理し其の有罪と認めたるときは之を處罰すべし」（第二十二條第一項）と曰ふもの即ち是なり。前世紀の末年相

踵で清國と租借條約を締結せしものは、既述の如く獨露佛英の四國に過ぎず、日本及爾餘の歐米諸國は與からざるなり。故に若し租借地域にして依然清國領土の一部を構成するものこそば、例へば膠州灣又は旅順口大連灣に在留する日米兩國人及奧地利、洪牙利、伊太利、西班牙、葡萄牙、秘露、和蘭、白耳義、瑞典、諾威、丁抹、伯刺西爾、墨西哥等の諸國人は、何れも皆本國官吏の裁判管轄權に專屬すべきの理にして、租借國たる獨逸又は露西亞の法權に服従すべき筈なし。蓋し露清兩國間又は獨清兩國間に締結せる特別條約は、第三國及第三國臣民の立場よりすれば、一の *res inter alios acta* に外ならず。之を以て當事國以外の者を羈束することを得ざるは多言を待たずして明白なればなり。若し又第三國及第三國臣民が獨露兩國の租借地域内に於て、甘んじて租借國の法權（裁判管轄權）に服従するの實況ありたりとせば、是れ租借地域が最早清國領土の一部を構成せず、却て租借國の領土主權に服従するに至れることを暗黙に承認したるの結果に外ならず。若し夫れ領土權の主體には何等の變更なく、依然として清國領土の一部分なることを一方に主張しながら他方第三國が清國領土一圓に關し清國政府より取得したる既得の權利を、租借地域内に限り剝奪せむとするは、如何にせば矛盾の説なくして之を爲し得べきか解すべからず。

按ずるに租借條約締結の當初に於ける我國の立場は、茲に所謂第三國の地位に在りたり。而も露

獨佛三國干涉の記憶猶甚だ新なる時に際し、露西亞帝國の略取したる旅大租借地は即ち我國の已むことを得ずして拋棄したる遼東半島の要地たることを思ふときは、隱忍持重と臥薪嘗膽とを以て國民的信條としたる我五千萬の同胞も、遺恨骨髓に徹するの感を禁ずること能はざりし當時の情勢なり。膠州灣及旅大租借地等は依然、清國の領土にして租借國たる露獨兩國の領域に非ず、我國が條約上清國より獲得したる領事裁判管轄權は租借地域内に於ても有効に存続すとの説、知らず識らずの間、本邦言論界を風靡したるものならむ。旅順口に於ける法權問題に關しては、嘗て帝國政府より抗議を露國政府に提出したることありしと聞けり。當時我公法學者の大多數が租借條約の文面に照らして變態割讓説の非を鳴らしたるも亦人情の自然に出づるものにして決して怪むに足らざるなり。されば此雰圍氣の裡に在りて松原法學士が敢然衆論を排し旅順口は露國の領土なり、我國は同地に於て領事裁判權を主張することを得ずと明言したるは（法學新報第十三卷第二號所載「旅順口法權問題」參照）本邦法學界の名譽の爲に特筆大書の値あるものと信ず。蓋し同學士の冷靜なる法理的考察の結果、此論決に到達せしは今日より見れば何等異とするに足らざるが如しと雖も、露西亞國の傍若無人に對する我國國民的義憤の絶頂に達し居りたる當年の情勢を思ふときは、非凡の自信力ある者に非ずんば斷じて此種の言説を公にすることを得べからず。世論の風潮に従ひて學説を左右する輩の到底企て及ぶべき所に非

ざればなり。

帝國政府が現に關東州租借地の区域内に於て行使する法權（裁判管轄權）は其の内地及植民地に於て行使する所のものと寸毫も異なる所なし。即ち州内に在住する日支兩國人をして全く我統治權の作用に服従せしむるのみならず、在留第三國臣民（又は人民）に關しても何等本國官吏の裁判管轄權を認むることなく、一切我統治權の支配を受けしむるなり（六の三）。而して數十年來嘗て第三國政府より領事裁判權行使の主張を對抗せらるることなきは、是れ即ち關東州が最早支那國領土の一部を構成せず、日本國領土主權の目的と爲りたることを事實上に承認せられたるものに非ずして何ぞや。而も本邦學者の大多數が今猶租借地は法理上租借國の領土に非ずとの説を固持するは先入主と爲りたるが爲か。或は恐る日露戰役前の世論に影響せられたる學說の餘韻たるなきを得むや。關東州其他の各租借地を以て依然支那國領土の一部を構成するものと解することは、現在の事實を無視する形式論なること既述の如くなるのみならず、租借國對第三國の法律關係に於て租借地域内に於ける第三國の法權行使の主張を排斥するを得しむる所以の法理上の根據なきに至るを如何にせむ。學者或は法理上第三國の領事裁判權に影響を及ぼさざるを正當とすれども、實際上は奧國併合前の「ボスニヤ、ヘルツェゴヴィナ」の二州及「サイブラス」島に於けるが如く、第三國に於て強ひて其

裁判管轄權を主張せざるが慣例なりとの説明に満足する者あり（遠藤博士著國際法要論第四編第二章第二節參照）と雖も、所謂慣例は能く當事國を拘束するに足るや疑なきこと能はず。

（六の三） 關東州租借地内に於ける歐米第三諸國の領事裁判權問題に付ては「ウィロービ」教授前出書四八〇―四八二頁及「ヤング」博士、關東州租借地論第五章（同書七四―九六頁參照。殊に關東州内に於ける米國人民の犯罪事件に付ては在上海米合衆國裁判所に管轄權限なしとする判事 Milton D. Purdy の意見に關し同書七四頁、八二頁以下殊に八一―八三頁脚註及八五、六頁參照。

U. S. v. Arthur W. Smith, 1925, U. S. Court for China; Cause No. 2331; Criminal No. 947.

次に美濃部博士が其著「憲法撮要」に於て租借權の定義を下だし、「租借權とは他國の領土の一部に付、一定の期間其領土權の効果を停止せしめ、其間國法及國際法の制限内に於て、其の土地及地上地下に於ける一切の人及物を支配し得る絕對權なり」と曰へるは（同書第五版一三五頁）第三國の法權行使を容認せざるの趣意に外ならざるべし。現に同書中

租借權に其の實質上の效果に於て全く領土權に同じく、單に租賃國に對する債權的權利に非ずして、總ての第三國に對し、得べき物權なるを以て、其の權利を處分し得べきことに於ても、領土權と同じく敢て租賃國の承諾を必要とするものに非ず。此點に於ても租借地は完全なる領土と同一に看做さるべきものなり。云々

關東州租借地が日本の獨占的統治區域の一部なることは更に争なき所にして、此點に於て國法上領土と全く其地位を同じうす(憲法摘要一四一、二頁、改訂第五版一三六一—一三七頁)。

の説明あれども、何が故に租借條約に限り第三國に對抗し得べき物權的效果を發生するや、其法理上の根據に付ては何等の釋明する所なきを遺憾とせざるを得ず。尙同博士が嘗て、領土割讓説を支持する英獨諸學者の説明を以て、自國の政略上爲にする所あるが如く論評せるは(法學協會雜誌第二九卷五六二頁)瑞西國「リツイエ」博士、北米合衆國の「ハーシェー」教授、和蘭國の「ド、ラウター」教授及日露戰役前の我松原法學士を初とし(七)租借條約當事國以外の學界に同論者少からざるの事實を看過したるが爲に外ならざるべし。

(七)「リツイエ」及松原兩博士に付ては前出註(二)(三)中に掲ぐる文献參照。他の兩教授に付ては左記參照。

Amos S. Hershey, *The Essentials of International Public Law and Organization*, No. 178, (Revised Edition, 1927) p.

282—3, Foot-note 17.

J. de Louter, *Le droit international public positif*, 1920, Tome Ier, § 20, pp. 368—371.

此點に付ては我市村博士も亦全く同一の誤解を懷くものゝ如し、帝國憲法論二四九頁參照。

その五

租借地の法律關係に對する憲法摘要の説明は、内容上大體に於て正確なるに拘らず、其の領土割讓説を排撃するの點に於ては依然として舊の如く、領土の租借が割讓と法律上の効果を異にするは左の三點に在りとせり(憲法摘要一三八—一三九頁、同書改訂第五版一二五頁參照)。

(イ) 租借は常に一定の期間を有すること。關東州の租借は千九百九十七年を以て満期と爲る若し更に期限を更新するに非ざれば満期と共に之を租賃國に還付することを要す。

(ロ) 租賃國の領土權は全然喪失することなく尙潜在的效力を有し、唯だ租借權の爲に其效果を停止せらるるのみ。若し租借權にして消滅するときは、完全に其效果を回復し得べき状態に在るものなり。

(ハ) 租借地の住民は租賃國の國籍を保有す。租借條約締結の結果は何等國籍の變更を生ずることなし。

第一點、租借期間に關し一定の期間が動もすれば輒ち不定期間又は無期限と爲るの傾向あることは、威海衛の事例を援用して前に之を述べたり(本論「その二」中段參照)。満期の際租借地が租賃國に復歸するの可能性ありや否やに付ても、既に詳述したるが故に茲に之を反復するの勞を敢てせざるべし。

第二點、租賃國の保留する領土權の作用果して如何。租借地の處分に付何等租賃國の承諾を必要とせざるは博士の言明する所に非ずや。租借權にして消滅するときは租賃國の領土權は完全に其効果を回復し得べしと曰ふも亦空論に近きものと謂はざるべからず。關東州に於ける露國の租借權及膠州灣に於ける獨逸國の租借權は共に消滅に歸したるものと解するの外なかるべきも、之が爲租賃國たる清國側の領土權の効果を回復し得ざりしに非ずや。一方に於て滿期還付の可能性甚だ乏しきものなる事實あり、他方又租借地域の處分に付租賃國に何等容喙の權利なしとせば、租借權の如何なる消滅の場合に租賃國領土權の回復を見ることを得べきや殆んど想像し得べからず。然らば則ち所謂潜在的效力を有すと云ふ租賃國の領土權は、内容空虚にして且つ永遠に發現の機會を有せざるものなり。換言すれば租賃國は全く領土權を保留せずと曰ふと異なることなし。是に於てか領土の租借と割讓とを區別する標準は地域内住民の國籍に異動ありや否やとふ最後の一點に歸著す。然れども割讓地域内の住民が讓受國の國籍を取得するは、單に領土の割讓に伴なふ普通の現象たりと曰ふに止まり、必ずしも絶對の要件に非ず。例へば「ポーツマス」講和條約第十條は、割讓地域内殘留の露國人に付舊國籍の保有を公認し、敢て日本國籍の取得を強制することなけれども、何人も之が爲同條約第九條に定むる薩哈噠島南半部の割讓は國際法上の領土割讓に非ずと論斷する者之なか

るべし。此の如く領土の割讓にして住民の國籍變動を伴はざる顯著なる事例あることを思ふときは、租借地域内住民の國籍問題は租借の本質を決定するに付決して有力なる標準と目すべからざること明白なるべし(八)。

(八) 千賀博士も亦公法上の借地が版圖取得と異なる所以を説明して「膠州灣に從來住居せる支那人は借地なる故に獨逸の臣民とは爲らざりき。若し眞正の版圖取得ならば、此等の支那人は悉く獨逸臣民と爲りたりしならむ」と曰へり(國際公法要義二五一頁參照)然らば南樺太の割讓も亦眞正の版圖取得と目すべからざる一つの場合なりや。我が東西兩京大學の公法學の權威が共に、「ポーツマス」條約第九條及第十條の規定の存在を念頭に浮べざるが如き口吻なるは奇と謂ふの外なし。尙前出註(三)中に掲ぐる大澤教授論文殊に同誌三六一—三八頁參照。

膠州灣租借地域内居住の支那人が獨逸國籍を取得せざることから以て、租借の領土割讓に非ざる所以の一證なりとするは、前出註(五)中に引用せる「ミュンヘン」大學の「フォン、ウルマン」教授の所説なり。千賀博士の著書には反對論者たる「フォン、リスト」の名を擧ぐるのみにて、同論者たる「ウルマン」博士の名を掲げざるが故に、或は偶然の暗合となるべし。測り知り難けれど、其の論旨は全く同一なり。C. Walter Young, 'The International Legal Status of Kwantung Leased Territory, (1931), pp. 150—151. 參照。

「ポーツマス」條約第十條の規定の解釋に付ては、外交時報第六五七號(第六二卷第二號、昭和七年四月十五日分)所載拙稿(同誌八七一—一〇四頁)參照。

領土割讓説を排撃せる美濃部博士が、租借權の定義中に他國の領土の一部に付一定の期間其領土權の効果を停止せしめ云々と明言せるは前記の如し。此定義よりすれば、關東州租借地は支那國の領土にして、帝國領土の一部を構成すべき理由なし。然るに同博士は最後に左の言を爲せるを見る曰く、

租借地が日本帝國の一部なりや外國領土なりやは、單に用語の問題にして重きを置くに足らず、租借權の背後には、支那の領土權が尙潜在的效力を以て存續するものなるを以て、之を支那の領土なりと謂ふも必しも誤ならざると共に、其領土權は現實には全然其効果を現はすことなく、日本が自國の領土に於けると全く同一に、完全に其地域の統治權を獨占するものなるを以て、之を日本帝國の一部なりとするも決して不當に非ず。名稱は何れにしても、關東州租借地が日本の獨占的統治區域の一部なることは、更に争なき所にして、此點に於て國法上領土と全く其地位を同じくす。殊に憲法第一條に所謂大日本帝國は天皇之を統治するの原則は、當然關東州にも適用せらるゝことは勿論なり（憲法摘要一四一、二頁、改訂第五版一三七頁參照）。

是れ前には法律上の觀察として正當ならずと排斥せる領土割讓説を復活せしめたるの趣旨か、抑も又租借權の定義中に認めたる他國領土の一部は、最早他國領土の一部として之を認むるの必要なしとの謂か。吾人は博士の説明が前後甚だ徹底せざるの感あるを憾とせざるを得ず。關東州租借地

域に對する領土主權が日支兩國の孰れに屬するかは、國際法の法理上最重大なる問題の一なり。單純なる用語問題にして重きを置くに足らずと曰ふは、吾人不敏にして其の何の意たるやを解することを得ざるなり。

その六

租借地の法理を究明するに當り、「ヴェルサイユ」條約中の山東約款及華盛頓會議當時の山東還付交渉談判に何等言及する所なきは、洵に畫龍點睛を缺くの憾なきを得ざるべし。仍て先づ「ヴェルサイユ」條約中の山東約款即ち同條約第四編第八款（第百五十六條乃至第百五十八條）の規定を按ずるに、同第百五十六條第一項に掲ぐる

獨逸國は千八百九十八年三月六日獨逸國と支那國との間に締結したる條約及山東省に關する他の一切の協定に依り取得したる權原及特權の全部殊に膠州灣地域、鐵道、鑛山及海底電信線に關するものを日本國の爲に拋棄す

の原則は同編第一款の劈頭に掲ぐる第百十九條（獨逸國は其海外屬地に關する一切の權利及權原を主たる同盟及聯合國の爲に拋棄す）の原則と同じく、獨逸國が當該地域に對し完全なる領土權を有

することを前提としての規定なりとす。二者の間異なる所は、唯前者に付ては受益者が主たる同盟及聯合國に非ずして、日本國てふ特定の一國なるの差あるのみ。即ち獨逸國が膠州灣地域に付有する權利、權原は、他の海外屬地に於けると何等擇ぶ所なき公權力、即ち獨逸學者の所謂領土高權グレイター・ハイグに外ならざるが故に、全然同種の規定を掲ぐることを得たるなり。右の關係は同編第二款支那國（第百二十八條乃至第百三十五條）各條の規定、殊に漢口及天津に於ける獨逸專管居留地の回收に關する第百三十二條の規定と對比するに於て、尙一層明白と爲るべし。蓋し漢口及天津の租界は支那國領土の一部たること何等疑なきが故に、專管居留地保有の根據たる租地權の失效と共に、支那共和國に於て其主權の完全なる行使を回復することを得るなり。若し膠州灣租借地域にして支那國領土の一部と解すべきこと右專管居留地と異なることなきものと假定せば、支那共和國が世界戰爭參加の當時中外に聲明せる獨支兩國間條約の廢棄の結果、租借條約は當然無効と爲り租借地域は法理上當然支那國に復歸したる筈なり。換言すれば膠州灣地域に關しても亦、支那國參戰以降最早、獨逸國に於て拋棄し得べき何等の權利、權原又は特權を存せざるの理なり。支那共和國全權が巴里講和會議の際、前記山東約款に對し正式の抗議を提出したるは、實は右の法理論を根據とするものにして、右抗議の容れられざる結果、同國全權が遂に「ヴェルサイユ」條約の調印を拒絶するの已むを

得ざるに至りたるは世間周知の事實なり。故に巴里の四頭會議が支那側の抗議に拘らず前示第百五十六條第一項の原則を貫徹したるは、膠州灣租借に關する獨清條約を以て所謂 *Pacta transitoria* の一種と認め、當事國間戰爭開始の結果として當然失效する性質のものに非ずとするの法理を是認したるものなり。換言すれば租借條約と領土割讓條約との間には何等本質的差異あるものに非ざるの法理を事實の上に承認したるものに外ならず（九）。

（九） 戰爭の開始が交戰當事國間の條約關係に及ぼす影響に付ては、經濟法律論叢第二號（昭和六年十二月分）所載拙稿（同誌一七九—一九二）參照。

按するに膠州灣租借に關する獨清條約は、其第五條第二項に於て獨逸國が租借地域を他國に轉租せざるの義務あることを明言せり。故に租借地域に關する一切の權利及權原を舉げて之を他國に讓渡せむとするに當りては事、轉租以上の重大案件なるが故に、支那側の同意を経るの形式を必要とするこ言を待たず。此手續を履ますして單獨に租借地域を處分せむことは、獨支兩國間の法律關係に於て條約違反たるを免れざること亦事理の當然なり。然るに山東省に關する獨逸國の條約上の權利利益の處分に付、日本政府が將來獨逸政府と協定する所は支那共和國之に同意すべきこと、大正四年度日支兩國間の山東省に關する條約第一條に明言する所なり。されば「ヴェルサイユ」

條約中の山東約款が單に獨逸國の權利拋棄を規定するのみにして、「ボーツマス」條約第五條の規定の如く支那共和國の同意を云々せざるは、蓋し支那側の同意は既定の事實として現存するものと認めたる結果に外ならざるべし(10)。

(10) 巴里講和會議當時の山東問題の顛末に付して H. W. V. Temperley, *A History of the Peace Conference of Paris*, Vol. VI, Part II, pp. 368—390, especially pp. 377—388.
W. W. Willoughby, *Foreign Rights and Interests in China* (1927) Vol. I, pp. 267—281. 參照。

巴里講和會議に於ける支那國全權の態度は前記日支兩國間の山東條約を以て初より無効なるものとし、日本側威壓の結果として調印すること爲りたる當時の日支間諸條約は支那共和國を拘束するものに非すと主張し、又前段説明せる租借條約失效論を楯として、飽くまで山東約款の原則を否認せむとしたるものなり。曰く日獨兩國間の山東協定を事前に承諾したる支那政府の同意は、夫の關東州租借期限の延長を約したる南滿洲及東部內蒙古に關する日支條約と同じく、支那共和國の眞意に非ざるが故に、初より無効なり。膠州灣租借條約は獨支兩國間戰爭開始の結果當然失效に歸したるものなるが故に、獨逸國に於て條約上の權利利益を他國に引繼がむとするは其の理由なし。膠州灣地域は戰爭終了の際獨逸國より之を支那共和國に返付すべきものなりと。右の租借條約失效論

が巴里四頭會議に於て一蹴せられたるは既述の如し。凡そ威壓の結果調印せる日支間諸條約は一切無効なりと曰ふに至りては、現に文明諸國間に一般に認められたる國際法の原則に反す。舊清朝政府が南京條約に於て香港を英國に割き、下ノ關係約に依りて臺灣澎湖列島を日本に譲りたるは果して威壓の結果ならざりしか。曩に獨露佛英諸國が北京政府の當局者をして租借條約の調印に同意せしめたるもの、果して威力を用ゐる所なくして能く此に至りしや。若し威壓の結果調印せる條約は總て無効なりと謂はば古來の講和條約は一として無効ならざるはなからむ。天下豈此の如きの理あらむや。山東條約無効論と曰ひ租借條約失效論と曰ひ、支那國全權の主張が共に天下の公理に反するは嘗て支那共和國政府の法律顧問たり、又華盛頓會議の當時支那國全權附専門委員として奮闘したる米國人「グイロービ」教授と雖も公然之を認識するに吝ならざる所なり(11)。(前出註(1)に掲ぐる同教授著書再版上卷二六八頁末段參照)

(11) 大正四年度日支交渉案件の法律上の效力問題に付して C. Walter Young, *The International Legal Status of the Kwantung Leased Territory*, pp. 167—181. 參照。

其後華盛頓會議の際英米兩國當局者の仲介に依りて成立せる山東懸案解決條約第一條に定むる膠州灣租借地の還付は、帝國政府側に於ては大正四年度日支交渉の際に於ける公文書交換の趣旨を實

現したるものに外ならずして、決して支那側の主張に聽從したる次第に非ざること勿論なり。支那國當局は終始一貫「ヴェルサイユ」條約山東約款の非を鳴らし、膠州灣地域は獨逸よりの返付を受くべきものにして日本國の介入を認むべきものに非ずと主張しながら、最後に前記條約の實施の際帝國政府の好意的還付に應じたるは、遂に事實の前に屈伏したるものと評するの外なし。膠州灣地域の還付が日支兩國間に締結せる山東懸案解決條約實施の結果にして、支那國參戰の當時其の獨逸國に對して發したる條約廢棄宣言の結果に非ざることば、今や天下に隱なき昭昭たる事實なり。民國當局者と雖も此の事實を抹殺すること能はざるべし。

その七

吾人の見解に依れば現在の關東州、廣州灣及九龍は還付前の膠州灣及威海衛と同じく國際法上最早支那國領土の一部を構成せず。夫々租借國たる日・英・佛（日・獨・英）諸國の領土權の目的たるものなり。故に是等諸地域にして若し支那の一地方と目することを得べしとせば、其は地理學上の意義を有するに止まり法律學上全く無意義なること、恰も香港、臺灣澎湖列島及交趾支那を以て支那の一地方と解すると異ならざるなり。尤も右の見解は國際法上の觀察の結果にして、各租借國の國內法の構成上如何に是等地方を取扱ふやの問題とは全然別箇獨立の問題たることを注意することを要す。

關東州租借地が帝國領土權の目的物なりと曰ふことは其れ自身、關東州が帝國憲法第一條に所謂「大日本帝國」の一部を爲すの謂には非ず。恰も威海衛及九龍が英國領土權の目的たりといふ一事よりして、當然彼の大不列顛愛蘭聯合王國の一部と爲るものに非ざると同じ。憲法第一條、大日本帝國の地理的範圍が那邊に及ぶべきかに付ては、嘗て國家學會雜誌上に於て臺灣の國法關係を論究せるに當り言及したることあり（明治三十七年二月分同誌第二百四號所載拙稿參照）、其後領事裁判制度の研究と關聯して再び帝國憲法の施行區域を問題としたることあり（法學志林第百號紀念號所載拙稿參照）。今再論せず。茲には唯國際法上の一國の領土は必しも國內法上の構成に於ける内國領土の範圍と一致するものに非ざることを一言するに止めむと欲す（二二）。

（二二） 國際法外交雜誌第二四卷第二號所載拙稿「國土及民人の國法觀並に其國際法觀」參照。

結 末

上來論述する所の要旨を列舉すれば左の如し。

（一） 租借條約締結の趣旨は領土割讓の名目を避けて實は領土主權の完全なる取得を目的とするものなるが故に、租賃國は租借地の運命に付何等の言前を有せず單に業主の虛名を存する

のみなること。

(二) 租借期間満了の際租借地域を原主に還付すべしと曰ふが如きは、本來條約締結の精神に非ざるが故に、租借の一定期間は不定期又は無期限と同一視せらるるの傾向あるを免れざること。

(三) 關東州租借權の移轉讓渡は日露兩國間の合意に依り法理上完全に成立するものにして、清國政府の承諾は單純なる形式に過ぎざること。

(四) 租借地内在住の租貸國人が租貸國の國籍を保有するは、領土割讓の普通の場合と異なる一現象なれども、之が爲租借は本質上領土權取得名義の一たるを妨ぐるに足らざること。

(五) 租借權は實質上領土權に同じく、租貸國及第三國に同時に對抗し得べき絶対權なりと曰ふは、租借が本質上領土の割讓に外ならざるの法理を暗黙に承認したるものなること。

(六) 「ヴェルサイユ」條約中山東約款の規定は租借條約が本質上領土割讓條約の一種に屬することを公認するものたること。尙山東懸案解決條約第一條に依る膠州灣舊獨逸租借地の還付は帝國政府の自發的任意行動に外ならずして、同地域が支那國參戰の結果法理上當然支那共和國に復歸したるものとする支那側の主張を認めたる結果には非ざること。

(七) 一國の國際法上の領土は必しも國內法上の領土の範圍と一致するものに非ず。關東州が帝國領土權の目的たりや否やの問題は、帝國憲法施行區域如何の問題とは全然沒交渉にして彼此全く無關係なること。

租借地論補遺

拙稿租借地論を我が國際法外交雜誌(第二九卷第四號)上に公にしてより烏兔匆々今や將に三周年ならむとす。其間本問題に關し出現したる最も重大なる出來事は威海衛の還付に關する英支條約の調印及其實施と、米國「ヤング」博士の滿洲に關する三部著*殊に其一部たる關東州租借地論(The International Legal Status of the Kwantung Leased Territory)の公刊なり。前者は昭和五年(一九三〇年)四月中の調印に係り同年十月を以て實施に至りたるものにして即ち、拙稿租借地論の公表と同年中の事なり。後者は翌昭和六年(一九三一年)中の公刊に係り時恰も滿洲事變の勃發に際し其後又「リットン」調査團報告書の流布と牽聯して本邦操觚界中にも多數の愛讀者を有すること世間周知の如し。二者の間、公私の別なきに非ずと雖も、租借地問題に付ては共に最近數年間の最重要案件たるを失はざるが故に左に項を分ちて一言する所あらむとす。聊か以て本論敘述の不備

を補足することを得ば幸なり。

※ C. Walter Young, Japan's Jurisdiction and International Legal Position in Manchuria: Baltimore, Johns Hopkins Press, 1931.

三部著中他の二部の表題は次の如し。

Japan's Special Position in Manchuria.

Japanese Jurisdiction in the South Manchuria Railway Areas.

(一) 威海衛還付に關する英支條約及劉公島協定に就て

千九百三十年四月十八日調印(同年五月五日、南京及倫敦に於て同時發表)の英支間威海衛還付條約は其第二條に於て「千八百九十八年七月一日締結の威海衛租借條約は茲に之を廢止す」と明言せり。此の規定は該租借條約が還付條約實施の日に至る迄の間、依然として有效なりしものとする前提の下に於てのみ始めて其意義あるを見る。蓋し原條約が當然無効に歸したる後、數年又は數十年を経て「茲に之を廢止す」と曰ふことの無意味なるは言を待たざればなり。然らば則ち還付條約第二條を以て廢止せる原條約の内容は果して如何なるものなりしや、一應之を検討せざるを得ざるなり。

なり。

千八百九十八年七月一日締結の英清條約は

今般英國は北清に於て海軍に適當なる土地を得有し竝に英國が北清に於ける商業を保護する爲に清國政府は山東省威海衛及附近の海面を以て英國政府に租與することを議定す。其の租借期は露國が旅順を駐守するの期限と同様なるべく租借地は劉公島及威海衛灣に在る群島竝に威海衛全灣の沿岸三十英里以内と定め以上の土地は専ら英國の管轄に歸す。云々

と規定す。即ち渤海灣頭に一海軍根據地を占め因て以て露國南下の勢に對抗せむとするの趣旨に出づるものにして、若し同年三月下旬露西亞帝國が北京政府に迫り旅大租借條約を締結するの高手政策に出でざりしならば英國の威海衛租借は初より念頭に上らざるなり。

租借原條約締結の趣旨は昭として日月の如し。所謂「露國が旅順を駐守するの期限」For so long a period as Port Arthur shall remain in the occupation of Russia. は當初の考案に依れば露國の旅大租借期限たる二十五年間(即ち千九百二十三年に至る迄の間)を意味し、若し露國が其後期間更新の場合には其の更新期間だけ更に繼續する筈の了解なりしならむ。然るに運命の神は露西亞帝國の極東經營に幸せず。旅順口の駐守が明治三十八年(千九百五年)一月を以て早くも終焉を告げた

るは天下公知の事實なり。されば英國政府の威海衛租借も亦、條約規定の文言通りとすれば旅順口の開城と共に當然期間満了と爲り、其結果全く消滅に歸したる筈なり (terminated *ipso facto*)。假に一步を譲り旅順口開城の際を以て租借原條約の當然消滅を見ることなきものとするも、同年九月の日露間「ポーツマス」講和條約第五條及同年十二月の日清北京條約第一條が共に露國敗退の事態を確認する以上、英國政府は最早威海衛に淹留すべき何等條約上の根據なき筈なり。租借原條約が千九百三十年即ち旅順口陥落後二十五年有餘換言すれば四半世紀間の久しきに亘り依然として有効に存續せるものと看做したるは果して何の根據ありて、然るや解すべからず。「本論」その二「中段及註(四)参照」故に威海衛還付條約第二條の規定を合理的に解釋せむと欲せば英國政府は千八百九十八年の租借原條約に依り清國政府より威海衛に付完全なる領土権を取得したるものと斷定するの外なし。期限に關する條約規定の文言に拘泥することを容さざるなり。

大正八年(千九百十九年)巴里講和會議當時の支那共和國全權が「ヴェルサイユ」條約第五百十六條以下三條、所謂山東約款の原則に對し抗議を提出したる次第は本文「その六」中に説述せる所の如し。其趣旨を按ずるに中華民國は世界戦争の後半期に及んでは、北米合衆國と提携して獨塊兩帝國に對し戦争を宣言せるが故に、從來獨支兩國間を拘束せる條約協定類は一切廢棄に屬し、膠州

灣租借條約も亦當然無効に歸したるものなり。故に獨逸國政府に於て山東省に關し日本國の爲に拋棄し得べき何等の權利、權原又は特權を存すべき筈なしと謂ふに在り。若し租借條約の締結は領土割讓條約と異なり領土権の完全なる取得を目的とするものに非すと云ふ前提が果して誤なきものと認せらるるならば支那共和國全權の此の法理論は良に正確なり、全く間然する所なし。獨支兩國間戦争破裂の結果として膠州灣租借地域を回收するに付何等日本國政府の介入を必要とせず、當然獨逸側より入手するを得ること猶ほ天津及漢口に在る獨逸專管居留地の如くなりしならむ。然れども此の同一の前提を是認することを得るものとせば、支那政府は千九百五、六年以來、當に威海衛租借地の完全なる領土権を回收し得たる筈にして、華盛頓會議當時の「バルファード」氏再度の還付聲明及千九百三十年度の還付條約は二者共に全然無意味たるべきの理なり。一方に於ては租借の約定期間満了後十數年間、否數十年間其の本來の條約規定を勵行することすら爲すこと能はず、無實際に租借の繼續延長を默認しながら、他の一方に於ては世界戦争参加を機として獨支間租借條約の廢棄を主張し、曩に大正四年度日支交渉の當時、山東條約第一條の明文を以て聲明したる日獨協定事前の同意を全く無意味たらしめむとす。不倫も亦甚だしからずや。支那共和國全權の法理論が巴里講和會議に於て一敗地に塗れ唯だ天下の笑を招くに止まりたるも亦宜なりと謂ふべし。要する

に租借條約の締結は領土割讓條約と異なり領土權の完全なる取得を目的とするものに非すと云ふ法理論は誤なきものとして是認することを得るの限に在らざること右威海衛及膠州灣の事例に徴するも亦歴々たるものあらむ。

租借地が專管居留地と異なり租借國領土の一部を構成せず從て租借條約當事國間に戰爭開始するの結果として租借權の消長を見るものに非ざるの現象に付我學界の注意を喚起したるは昭和五年四月以來の筆者の獨特の立場なり。其後「メイテ」博士の *Canons of International Law* 中に同趣旨の記述を發見したるは筆者に於て本懐の至なるが故に左に同博士の結末の一句を引用することを許されたし(同書四四〇頁中段一節參照)尙租借地の法理に關する「メイテ」博士の見解に付同書四〇四—七頁對照あらむことを請ふ。

No one would feel, if the British Settlement in Amoy were entered in peace-time by a Chinese armed force the same shock that they would feel if Chinese troops invaded Kowloon.

(二) 變態割讓說に對する米國「ヤング」博士の否認論に就て

變態割讓說に對する最近の否認論は泰西の學壇に在りては獨逸二國の法學者の首唱に係れり。此事一見甚奇なるが如くして實は然らず。蓋し前世紀の末葉、租借條約の締結に付先鞭を著けたる獨逸兩帝國は世界戰爭の結果全く崩潰し「ヴェルサイユ」及聖「ジェルマン」、アン、レイ」の二平和條

約は共に獨逸二國に付其海外發展の餘地を杜絶せるが故に、現代獨逸學者の觀察眼に映する所にては租借條約は畢竟、帝國主義の遺物にして變態割讓說は全く侵略政策の辯護說に外ならずとするものならむ。環境の然らしむる所亦已を得ざるものありて存するなり。抑も獨逸租借條約締結の當時獨逸法曹界に於て公然割讓說に反對せるは碩學「イエリネク」を除くの外「ウルマン」及「レイム」兩教授等二三の例外に過ぎざること既に一言したる所の如し「本文」その三「前段及註(五)參照」然るに世界戰爭後の獨逸學壇に在りては、筆者寡聞の範圍内に於ても「ハッチェク」、「フェヤドロツス」、「ハイルホルン」、「グッゲンハイム」及「ラウターバート」何れも皆割讓說反對論者ならざるはなし。二十數年前の少數說は最近十年間に於て化して通說と爲りたるの觀あり。時勢の變も亦大なりと謂ふべし。就中私法系統の法理論を新に國際法學界に輸入せむとする「イエリネク」、「ハッチェク」以來の傾向を大成したるものを獨逸都維納府出身の「ラウターバート」博士と爲す。

Julius Hantschek, *Völkerrecht als System rechtlich bedeutsamer Staatsakte*, Leipzig, 1923.

Verdross, *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien u. Berlin, 1926, pp. 192—193.

Heilborn in Strupp's *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Vol. I, p. 634.

Guggenheim, *Beiträge zur Völkerrechtlichen Lehre vom Staatenwechsel*, p. 49, No. 107.

II. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London 1927.

「ラウターバート」氏が多數學者の信奉する所の變態割讓説を以て法律上正確ならず又關係諸國の實際上の取扱振に見はれたる當該條約規定の解釋にも合致せずとする意見の要旨及其理由の説明は大體次の如し。

租借諸條約の規定に依れば支那は租借地域に對する主權を保留し唯だ紛争を避けむが爲め、一定の期間（二十五年又は九十九年間）其主權の行使に任ぜざるのみ。租借國は其地域を他國に轉租することを禁止せらるるか又は少くとも轉租に付租賃國の許可を受くることを要するなり。千九百五年十二月の北京條約に於て支那が日露兩國間租借地域の引渡に同意したるは其主權を行使したるものなり。後千九百十五年五月の條約第一條に於て租借期限の延長（二十五年を改めて九十九年とする）に付再度同意を表したるも亦主權の行使に外ならず。同年五月の山東條約に於ては支那は膠州灣に對する獨逸の權利を日本國に移轉することに付同意を表したるが、對獨逸戰の後右同意は實効力なきものと（*inoperative*）爲りたるに非ざるやの疑議に付國際法學者若干名の意見を諮詢し其の結果、對獨逸戰は大正四年中の日支條約に拘らず獨逸國の租借を無効たらしめ且日本國との條約を失効せしむとの答申を得たり。（「ウィロービ」教授 *Foreign Rights and Interests in China* 三九二頁、

同書再版二六三—五頁參照）。

「ラウターバート」氏は右に次で、華盛頓會議當時に於ける支那國全權の主張に係る非割讓説の要旨を引用したる後「ヴェルサイユ」條約一五六條以下に付ては一語も言及せず、唯だ日本國の有する遼東半島を除外例とし列國何れも千八百九十八年租借諸條約の終了に付、或條件の下に同意するの用意ある旨を聲明し居るの事實に鑑みるべきは右支那國全權の法理論は一部承認せられたるものとすと論結せり（「ラウターバート」前出書第八二節、同書一八五—一八七頁參照）。

「ラウターバート」又曰く租借は割讓に依る領土權取得の一方法に外ならずと云ふ學説は上陳の事實を無視するの嫌あり。割讓説を奉ずる學者の趣旨を案するに吾人は國際生活の現實の事實を把握せむことを要す。單なる法律上の外觀のみにては不可なり。吾人は當事諸國の實際上の意圖を捕捉することを要す。單に表明せられたる意圖のみにては不可なりと謂ふに在りて、此解釋法は國際法學者又は國際判事の指針として正當なること疑なし。唯だ當事者の意思を採知するの決定が一方當事者の意思のみに重きを措くの結果として事實の政略的解釋に墮することを不可とするなり。抑も條約解釋の事たる畢竟、當事國雙方の意思の表明に基き法律取引を彙類説明するに在り。一方當事國の意中留保（*reservatis mentalis*）は以て解釋の殿堂を樹立し得るの根柢とするに足らず。租借條

約の普通の解釋も亦一方當事國の意圖又は利害のみに重きを措くの誤謬に陥りたる一例なり。租借國側の觀察よりして租借は大體割讓と差異なきものと視ること固より其所なれども租賃國の見地よりすれば全く反對に全然割讓と異なるものとすること當然なり。

或は曰く此種の租借は單純なる割讓への踏石に外ならずと果して然るや否や疑議なきに非ず。假に一步を譲りて事實果して然りとすも國際法學徒の立場として過渡期現象と終局的結果とを混淆して可なりと曰ふは其の謂れなし。凡そ條約規定の解釋に任する者は各自相違ある一方的見解の孰れにも倚據すべからず。學者の論議は表明せられたる當事者の意思にして明確なる意義を有する法律の術語中に含蓄せらるるものを發足點とすることを要す。抑も法律上の主權と管轄權の實際上の行使とを區別して考ふることは國際法の學徒として何等困難を見る筈なく此の如くにして初めて狹義の財産權のみならず國際關係に於て之に對當する土地主權に屬する諸權利を貸借契約の目的物とする場合の國際法律關係を正當に解釋し得べし。されば公法家も亦今や漸次變態割讓の説を抛擲せむとするもの如し云々（前出書八三節、同書一八九—一九〇頁參照）。

變態割讓説に對する「ヤング」博士の説明及其論駁は關東州租借地論第七章第二節中の十七頁（同書一三六—一五二頁）の長きに亙る。説いて詳ならざるに非ずと雖も駁論の要旨に至りては前記（ラ

ウターバート」の説明と大同小異にして別に一步を進めたるの觀なきは寧ろ奇と謂ふべし。博士が割讓説を非とする所以の第一の理由は時勢の變化なり。曰く前世紀の末年より二十世紀の初頭に亙り變態割讓説が歐米諸國の多數學者間に首肯せられたる主たる理由は支那國當時の狀勢に存す。當時の支那は積弱疲憊を極め前年の列國間利權獲得運動の競走あり、尋いで拳匪の亂あり。老大なる東亞の老帝國は將に瓜分の難に遭はむとすること猶阿弗利加大陸と同斷なるに非ずやと危懼せられたりし。今や然らず。支那は重要な世界の大國と爲り國際聯盟の理事會に於ても非常任理事國の一員たり。第十九世紀時代に諸外國に許與せる利權の回收に付ても相當の成績を擧げたるのみならず、現に租借地域の二ヶ所（威海衛及膠州灣）を還付せしめたる程の勢なり。三十年前の舊學説を以て今日の支那共和國を律することを得ざるも亦固より怪むに足らずと。此の學説は支那共和國と因縁淺からざる「ウィロービ」教授其他の一部米國學者の見解に胚胎する所にして「ヴェルサイユ」條約の諸原則殊に山東約款の規定を以て不法非理、武斷政府の暴虐搾取に外ならずとする獨塊及支那學者の所見と共鳴する所あるは想見するに難からず。然れども支那國の形勢が近年頓に面目を一新したるが故に諸外國との間にも新規に善美なる條約關係を創定することを要すといふ政治論、立法論ならば聞えたり。或は租借諸條約の繼續は世界の平和を危殆ならしむてふ見地に基き聯盟規約

第十九條の規定に依りて其再審理を求むべきものなりと謂ひ又は *recus sic stantibus* の原則に基き一方的廢棄の通告に値すと謂ふならば是非曲直の論は別として兎に角、問題とするに足るべし。條約規定の依然として有効に存續することを認めながら、唯だ時勢の變化を理由として其解釋を一變すべしと曰ふは法理論としては全く無意義たることを免れず。支那心醉家に非ざる以上此の新學說に隨喜渴仰することを得ざるべし。

「ヤング」博士が割讓説を非とする所以の第二の理由は租賃國たる支那側の意思の尊重に在り。曰く法理論として支那側の意圖が租借國側の意思と全く同一なりしと云ふ證據は租借條約中一も之あることなし。反對に清國政府が租借地域を完全に讓渡せられたる領土とは認めざりし證據あり。例へば關東州に付ても租借地域内の特殊管轄權に關し千九百一年乃至千九百三年の間、露清兩國間交渉談判の繼續せる事實あり。支那側が變態割讓の趣旨に默諾を與へたりとの假定は支那國の眞意として援用し得べき事實に反し又其後に發生したる事態に依りても是認せらるるものに非ず。割讓説は租借國側の一方的意中留保に過ぎざるが故に以て對手國を拘束し得べきの力なしと。此の最後の論點は「ラウターバート」と同論なる（中華民國の學者中最近佛蘭西文にて租借地論を公にしたる「レオン、ヤン」氏も亦全く同論なりとのことなり）が故に果して能く眞理に徹底するや、仔細に

之を検討することを要するものと思惟す。左に其當否を點檢せむ。

北京政府が獨露佛英諸國と租借條約を締結せる同じ千八百九十八年の前半季に於て、同政府より日英兩國政府に對し夫々福建省及揚子江沿岸諸省の不割讓を公約したるの事實は本文「その三」後段に於て既に之を説述せり。若し租借と割讓とが全く別物ならば右交換公文中に租與、租給又は出典等の語を列擧したるは果して何の意たるや解すべからず。租借と割讓とは唯だ名目の差のみにして全く其本質を同じうすること同公文に署名したる總理衙門の當局者の腦裡に深き印象を存する筈なり。租賃國側には當初より領土權拋棄の意思毫も之なかりしと曰ふが如きは事實を誣ふるの最甚だしきものに非ずや。「ヤング」博士の著書中、一言隻句の此不割讓協定に觸るるものなきは故意か偶然か、孰れにしても不可解の事なり。

北京政府の不割讓協定は前記の二者に止まるものに非ず。同年四月中には東京隣接諸省不割讓の公約を佛國政府に與へたるの事實あり。同年四月四日附佛蘭西國公使の公文中には左の文言あり。

曰く

Le Gouvernement de la République attacherait un prix particulier à recueillir du Gouvernement
Chinois l'assurance qu'il ne cédera à aucune autre puissance tout ou partie du territoire de ces

Provinces, soit à titre définitif ou provisoire, soit à bail, soit à un titre quelconque.

總理衙門回答公文の末段には Il n'y a aucune raison pour qu'elles soient cédés ou loués à une Puissance. (Ceded or leased to any Power) となりて bail 又は location 領土割譲の一名目に過ぎざることを明白疑を容れざるに非ずや。

尙大正四年度(千九百十五年)日支交渉談判の際にも山東省に關する公文交換中

Within the Province of Shantung or along its coast no territory or island shall be leased or ceded to any foreign Power under any pretext.

の句あり leased or ceded は不割譲協定中の常例文句たるの觀あるを見るべし。越えて大正十年(千九百二十一年)華盛頓會議の席上に於ける佛國全權「ウィヴィヤニ」の廣州灣還付聲明中には最後に左の一行あり。

Finally, it is thoroughly understood that China shall pledge herself not to alienate or to lease to any other Power the territory they restored to her.

此の聲明が今後何年内に實現すべきや、目下の處全く不明なること本文註(四)所述の如くなれども將來愈々還付の曉は他國に讓渡又は租借せざるべき旨の言質を佛蘭西政府に致すべしとの趣意な

り。他國に租借するは即ち他國に讓渡す結果に於て異なることなきが故に此の注意規定を必要とするなり。

知るべし、租借は畢竟領土割譲名義の一種に外ならざること日・英・佛諸國と北京政府との間に完全なる了解の存するものあることを。當初の租借諸條約を締結せる千八百九十八年前半期の清朝政府當局者に於て然り。大正四年(千九百十五年)日支交渉談判當時の民國袁政府當局者に於ても亦然り。千九百二十一、二年度の華盛頓會議に於て中華民國を代表せる共和國全權に於ても亦然らざるなし(獨露兩帝國が全く支那側の意嚮を顧慮せず、租借地域を以て保護領又は極東大守領即ち純然たる内國領土として取扱ひたる事例は茲に之を追想するまでもなし)現在の南京政府當局者如何に勇猛果敢なりとも此の三十有餘年來、前後數次に互る當事國間の了解を無視して右福建省、揚子江沿岸諸省、雲南、貴州、廣東諸省又は山東省内の要地を米國其他の第三諸國に租借し、此の如きは領土の割譲には非ざるが故に日・英・佛諸國の政府に對する不割譲協定の公約に何等違反する所なしと強辯すること能はざらむ。

要するに變態割譲説を以て租借國の一方的意中留保に過ぎずとし以て租賃國に對抗するに足らざるとする「ヤング」博士の意見は不割譲協定の沿革に照らし以て公平無私の見解とすることを得ざる

なり。

第二章 國權交錯編

本章の目的は國土及民人に及ぼす國家主權の作用の交錯關係を諸種の態様に付仔細に點檢査覈せむとするに在り。劈頭第一に研究の對象として國際法上の海賊及領事裁判の二者を擇びたる所以のものは他なし。此の兩者は主權交錯關係中の最簡單且顯著なる現象に屬するものと認めなければなり。何を以て其の最簡單且顯著なるものと謂ふや。蓋し前者の場合は船舶所屬國又は乗組員の本國政府の對人主權（所謂保護權の作用）の殆んど全く度外視せらるる状態にして、後者は之に反し所在國の領土主權の一切等閑に付せらるる場合なり。即ち在留外國人に付本國政府の對人主權（保護權）を最極端に發揮したる現象にして二者は全然正反對の地位に在るの觀を呈すれども、國權作用の紛糾錯綜てふ見地よりすれば共に比較的最簡單且明瞭なる法律關係に屬するものと謂ふことを得べきが故なり。先づ國際法上の海賊より始めむ。

第一節 國際法上の海賊とは何ぞ

何をか國際法上の海賊と謂ふや。海賊又は海賊船に關し從來國際法學者の説く所は諸説紛々たることを免れざるも、海上に於ける暴力行爲にして何等責任ある政府の委任又は命令に基くものに非ざることを必要とするの點は學説の略々一に歸する所なり(一)。海賊行爲の特徴は如何なる國家又は政治團體にも該行爲に付責任を負擔せしむるに由なく、又如何なる國家又は團體と雖も該行爲に付專屬的管轄權を主張する能はざることに存す。凡そ國際法上の一般不法行爲に付ては通常其行爲に付責任を負ふべき國家又は團體あることを原則とす。海上に於て暴行掠奪を恣にする者と雖も、其の行爲にして或國家又は或政治團體の交戦權其他の公權力を濫用したる結果に外ならざるときは其の本國政府又は所屬團體に於て國際法違反の責任を負擔することを必要とすべく、又海上に於ける強盜、殺人、船舶覆没等の普通犯罪に付ては船舶所屬國に於て其の管轄權を行使し犯人に國法上の制裁を加ふることを得るなり。然るに海賊行爲に至りては全く之に反し、如何なる公權力を行使するものにも非ず、又如何なる法規をも無視するものなれば、世界各國共同して之が掃蕩殲滅に努むるの外なし。古來學者が海賊を目して人類一般の敵(*hostis humani generis*)又は衆人共同の敵

(*communis hostis omnium*) と呼びたるもの蓋し之が爲なり。

(一) 「クリューバー」佛文國際法第二六〇節(「オットー」一八六一年版、三三五頁)。

「ハフター、ゲフケン」第一〇四節、第八版二二二頁註四。

「アレンチュリー」國際法典案第三四三條(「ラルデイ」佛譯第二版二〇三—二〇四頁)。

「ボンフェイス」第五九四節、第五版三六三頁。

「カルウオー」第四九五節、第四版第一卷五八一頁參照。

「ホール」第八一節、第七版二六七—二七四頁。

「ローレンス」第一〇二節、第七版二一六頁。

「オツベンハイム」第一卷第二七二節、第三版四三三—四四頁參照。

「リウイエ」第一卷二四九頁及獨逸文國際法第十九節の二、再版一七三頁參照。

「ガライス」「ホルツェンドルフ」國際法全書第二卷一〇七節以下及國際法提要(インステイツーチヨートネン)第五八節の

四、再版一七三頁參照。

「ペレルス」現代國際海上法第二版一〇九頁。

「デバニエ」第四版六六〇頁參照。

「ド、ラウター」佛文國際法第一卷四一二頁參照。

Hershey, *Essentials of International Public Law* 一二三頁・同書再版三三〇頁以下参照。

立博士・平時國際法論三八一—三頁参照。

反對説たる少數意見 (Hallack, Hyde, Lapadelle et Politis) に付ては「フォーシル」第四八三節の五一・第一卷第二部八六一—七頁参照。

「ジュネーヴ」専門委員會案第一條第一項中「私の目的の爲 (for private ends, pour son propre compte) とあるは當初の松田大使原案第一條 *La piraterie a pour champ d'activité la pleine mer et consiste dans le fait d'y courir pour son propre compte sans y être autorisé par le gouvernement d'aucun Etat et dans le but de con mettre des actes de déprédation contre des biens ou des actes de violence contre des personnes*」中「何國政府よりの授權にも依ることなく (Sans y être autorisé par le gouvernement d'aucun Etat) の一句を削除したる結果に相違なけれども削除の趣旨は此の要件を無用とするが爲に非ず。反對に佛蘭西語 *pour son propre compte* (自分勝手に、自己の都合上) は廣汎なる觀念にして如何なる公權力をも代表せず、換言すれば何國政府の委任又は命令に依るものにも非ざるの趣旨を含蓄するが故に右の一句にて十分なりとせるものなり。然るに英譯文作成の際右の一句を *for private ends* (私の目的の爲) と意譯したる爲か (同一の佛蘭西文は第三條、軍艦内叛亂の場合 (邦文、恣に海洋を横行しとある處) に付ては *for its own account* と文字譯しあるを注意せよ) 我國國際法學會の條約案 (昭和四年十月討議決定) 第一條中「國際法上ノ權利主體ノ命令又ハ認許ナク私ノ目的ノ爲」と並記したるは偶然、原案の並記主義に復歸したるものにして「ジュネーヴ」に於ける専門委員會討議の際に認められたる削除理由とは照應せざるもの也 (茲に偶然と曰ふは原案起草者たる松田大使當時猶羅馬在動中にして本邦學會の

本案討議に参加せざりし事情あるを以て云ふなり)。

次に海賊行爲の第二要件として擧示すべきは、公海の範圍内に於ける暴行又は掠奪なることなり。海賊行爲の觀念は公海内に於ける暴力行爲のみに限るべきこと多數學者の一致する所なれども二三の反對論者なきに非ず。例へば「ホール」の如き「若し一隊の海賊ありて文明國の未だ占領せざる島地に上陸し、土人と交易を行ふ商人を殺戮し或は其貨物を掠奪する場合には海賊行爲の表徴を具備するものと謂ふべし」と曰ひ海賊行爲中には公海に於てするもの外、無所屬の土地に於て行ひ又は海上より來りて一國領域内に於て行ふ暴行を包含するを妥當とすと論じ「ウエストレーキ」及「ローレンス」の諸星亦之に和せり。然れども國際法上世界各國の共同管轄權に服従すべきものとして論じ來れる海賊の觀念は本來公海航通の自由安全を保持するの必要に出でたるものなるが故に、同一觀念中に無所屬地又は一國領域内の暴行をも包含せしめむとするは不當に其觀念を擴張するものにして何等の實益なく却つて思想の混雜を生ずるに過ぎざるものと思考す (11)。

(11) 「ホール」前出二六九—七一頁、「ローレンス」前出二一五頁及「ウエストレーキ」第一卷一八二頁参照。

「ジュネーヴ」専門委員會案が其第一條第一項の劈頭に於て海賊の活動範圍を公海に限りたるは此の舊來の通念に由るものなり。之に反し馬羅尼國政府對案第一條が「何國の主權にも屬せざる場所 (un lieu ne relevant pas de la souveraineté

d'un Etat déterminé) を以て海賊の活動範圍とするは「ホール」より更に一步を進め空中航法の安全を期せしむが爲、航空機に依る同種の非行をも併せて禁壓せむとするものなり。本案は同國刑法學者「ペラ」教授の首唱に係るものにして寧ろ新考案と稱すべきもの(海牙講演集第十五輯第一四九—二六九頁、殊に二一九—二七頁参照)なれども、米國「ハーバード」大學案第三條は此新案を採用したるものなり。(米國國際法雜誌第二六卷第四號、一九三二年十月號、附錄七六八頁以下、殊に同卷七八〇—一頁参照)。同案第一條の用語例に依れば所謂「Piracy」は船舶及航空機の總稱なるが故に同條約案に所謂 *Pirate Ship* は海賊船及空賊飛行機の總稱たるなり。

或點に付此の新考案を採用したる最初の國內法律を千九百三十一年八月十三日附屬斯哥國刑法第一四六條とす。同國刑法第二卷第三章第一、海賊(第四百六十六條第三號末段)米國國際法雜誌、前掲附錄九九一頁を参照せよ。

海賊船の行使する暴力の程度は海上の自由航法を危険ならしむるに足るものなることを要す。公海航行中の軍艦又は船舶内に於て殺人、強盜、船舶覆没等の重罪事件發生したる場合に於ても、右の艦船にして未だ艦船長の支配權を離脱するに至らざる時は、是れ艦船所屬國の法權(裁判管轄權)の下に行はれたる國內法上の犯罪にして以て國際法上の海賊行爲とするに足らず。艦船内の暴動が或場合に艦船内部の事件たる範圍を逸脱したるとき、例へば水火夫又は一部の乗客より成る凶徒が艦船長、運轉士等を幽閉し艦船の支配權を奪ひ、本國政府の公權力より離脱して恣に航路を變更し自由に海上に出沒するが如き場合は一般航海の自由に對する危険を感ぜしむるに足るものなる

が故に茲に始めて海賊の處爲ありと謂ふことを得べきのみ(三)。

(三) 此の思想を最明確に表明したるものは羅馬尼國政府對案第一條第二項後段なり。「當然交通往來の安全を危険ならしむる性質のものなる」と(*présenter par leur nature même, un danger pour la sécurité de la circulation dans les lieux se trouvant en dehors de la juridiction d'un Etat déterminé*) 即是なり。海上の往來安全を危険ならしむる程度のものに非ざれば以て海賊とするに足らざるは筆者に取りては明治四十一年中、同文館法律大辭書第一卷「か」の部「海賊」執筆以來の素論なり。二十餘年を経て始めて「ペラ」教授の同意見に接す。寔に空谷足音の感なきを得ざるなり。(法律大辭書第一卷三四〇—三四二頁、海牙講演集前掲二二七—二三〇頁及國際聯盟法典編纂專門委員會報告書二〇九—一〇頁参照)。

海賊船は通常公海上に於ける船舶又は載貨の掠奪を目的とするものなれども賊盜の意思(*animus furandi*) は海賊行爲の要件に非ず。例へば既に滅亡せし國家の船舶が海島に占據し、戰勝國の船舶を沈め又は其臣民を殺害する場合の如き、掠奪賊盜の意思は毫も之なきに拘らず、公海の自由航法を脅威するの點に於ては普通の海賊と擇ぶ所なきが故に、猶國際法上の海賊と認むるの外なきが如し。賊盜の意思が海賊の要件に非ざることには「ブルンチュリー」嘗て之を指摘したることあり。(法典案第三四三條註文「ラルディ」佛譯文第二版二〇四頁参照) 其後「ホール」及「オッペンハイム」等の説明に依り有力の學説と爲りたるものなり(四)。

(四) 「ジュネーヴ」専門委員會案第一條第二項、及日本國際法學會案第一條第二項參照。反對に、利得の念を以てするもの (dans un esprit de lucri 儲ける算段の義) ^{animus furandi}, l'esprit de lucre は全然同意義なり) なることを要件とするは羅馬尼國政府對案第一條二項前段なり。此點亦「メッ」教授の見解に出づること前記海牙講演集二二頁以下及専門委員會報告書二〇八—九頁の記述に照らし明白疑なし。

之を要するに國家又は組織ある政治團體の委任又は命令に依らず、公海上に於て暴行又は掠奪を敢てし、因て以て海上の自由航通を危険ならしむるものを國際法上海賊 (Pirate, Seeräuber, Pirates ou forbans) と稱し其行爲を海賊行爲 (Piracy, Seeräub, Piraterie) と謂ふなり。(佛蘭西語にては、Pirates 又は forbans と同意義に) *Ecumeurs de mer* の術語を用ゐることあり)

右の外、交戦國の雙方より特許狀を得て捕獲を爲す者は國際法上海賊と認むべしと主張する學者尠からず。我が軍艦外務令第三十一條も亦同一の趣旨を言明すれども、實際に其適用を見る場合は今日殆んど之なかるべく、假に之ありとするも第三國の船舶載貨に危険を及ぼさざる限り國際法上之を海賊視するは妥當ならざるに似たり。尙交戦者の一方より特許狀を受けて他の一方の船舶又は中立船舶を捕獲する者に付ても相手國は海賊船の取扱を爲すべき旨を主張したること其例に乏しからず。千八百三十八、九年米墨戰爭の當時佛國海軍提督「ボーゲン」の下したる訓令に、墨國國旗

の下に航行する拿捕船にして、船長及水夫の少くとも三分ノ二が生來の墨國人に非ざるものは海賊船と看做すべしと曰ひたるが如き、又南北戰爭當時大統領「リンカン」が千八百六十一年四月十六日の布告を以て南軍の拿捕私船を海賊船と宣言し列強の海軍に海賊船としての取扱を求めたるが如き(五)即是なり。然れども此種の行爲は特定の國家に對する攻撃を目的とするものなれば攻撃の目的たる國家が海賊として之を處分するは格別、國際法上の海賊として之を遇すべきに非ず。現に南北戰爭當時の英佛兩國政府は大統領の布告に拘らず南軍の交戦權を承認したる事實あり。又墨國政府の特許狀を受けたる外國船舶を海賊視する説は十分の根據あるものと謂ふべからず。學者或は準海賊行爲の觀念を認めて此種の行爲を包括せむとするものあるは(六)偶々以て此種の行爲が國際法上に認むる海賊の觀念に該當せざることを反證するものに非ずや。

(四) Ortolan, *Régles Internationales et Diplomatique de la mer*, Tome Ier p. 219 et Annexe II. 及「*ルンペン*」前出書再版 一一二頁參照。

「ジュネーヴ」専門委員會案第四條、羅馬尼國政府對案第五條及日本國際法學會案第四條參照。

(六) 「メレルス」前出書一一〇頁及「ガライス」前出「ホルツェンドルフ」第二卷五八一頁參照。

學者或は無國籍を以て海賊船の一要件とするものあり。曰く眞の海賊船は國籍を有せざるものな

り。若又本來國籍を有せしとするも、海賊を働きたる爲其國籍を喪失するものなりと(七)。此の見解は嚴格に云へば不精確と評するの外なし。凡そ如何なる船舶たりとも嘗て特定の一國に於て建造せられ又嘗て或特定人の所有に屬せしものに非ざるはなく、船長其他の船員亦何れも初よりして無國籍人たる次第に非ざること勿論なり。されば海賊船も亦他の一般船舶同様、一國內に於て其國船舶たるに要する法定の條件を充たすことを得るなり。例へば海賊船の所有權が三分ノ二以上伊太利人に屬し、船長及乗組員の三分ノ二が伊太利人なるときは伊國國旗を掲揚するの權利を有すべく、若又船舶所有權の半分が和蘭人に屬するときは船長其他の乗組員の國籍如何を問はず和蘭國籍を主張し得るが如し。尤も海賊船は種々雑多の國籍を有する浮浪者の巢窟たるを例とするが故に、船長其他の乗組員の全部又は一部が内國人たることを法定の必要條件とする國の國籍を有する場合は比較的稀有の場合なるべし。尙海賊船は必ずしも海賊専門の目的を以て建造せられたるものに限らず嘗ては適法の目的を有せしことも之あり、或國の船舶帳簿に正式の登録を受けたことも之あるべし。蓋し海賊船が明確なる國籍を有せざること往々之あり。又眞實の國籍を隱蔽することあるは事實にして、通常監視の目を晦ますが爲、無國旗にて或は虚偽の國旗を取換へ引換へ掲揚して航海するものなれども、此事たるや海賊船に限りたることに非ざるが故に海賊船は國籍と兩立せずと曰

ふは精確ならず。故に海賊船の無國籍又は國籍喪失は其特徵に非ず、寧ろ海賊の結果として所屬の本國政府が其保護權を失ひ之を各國共同の訴追處罰に委するの外なき状態を形容するものと解すべきなり(八)。

(七) 「ヘフター、ゲフケン」前出第一〇四節註文四、「カルツォー」前出五八〇頁、「オルトラン」前出第一卷二一〇頁及「ナイス」國際法第二卷一四六頁參照。

(八) 「フォーシル」前出八四一五頁並に Paul Stiel, Der Tatbestand der Piraterie nach geltendem Völkerrecht, Leipzig, 1905. 五一〇頁及同書八五頁參照。

海賊船は何れの國の軍艦も皆之を逮捕するの權利を有することを國際法上の原則とす。海賊は公海上の自由航通を危険ならしむるの點より見るも害毒を流すこと之より甚しきはなく而も如何なる國家又は團體をしても其責任を負擔せしむるに由なきこと前述の如くなるを以て、世界各國の共同管轄權に服従せしむるの外あるべからず。各國の軍艦は公海上に於て海賊船の嫌疑ある船舶を臨檢搜索するの權利を有するものにして、若し臨檢搜索の結果其の海賊船たることを確認するときは之を引致して本國官憲の審判に付すべきものとす。海賊船及其乗組員の所屬國が分明なる場合に於ても、其所屬國は他國軍艦が之を逮捕引致することを妨ぐることを得ざるなり。此の如く海賊船及其

乗組員は本國の保護を享有せざるものなれば、其地位たるや所謂法外境 (outlaw, vogelfrei, verfehmt, hors la loi)——邦語に斬捨御免と曰ふが如し)と謂はざるべからず。學者が海賊行爲の國際法上の結果は、海賊船の國籍喪失に在りと説明するは此の無保護の状態を形容したるものに外ならざるなり(九)。

(九)「フオン、リスト」國際法第十二版(リスト、フライシユマン)三〇〇頁參照。

「ジュネーツ」専門委員會第二條、第五條乃至第七條、羅馬尼國政府對案第四條、第六條乃至第十一條及日本國際法學會案第二條、第三條並に第五條乃至第七條參照。尙「ハーバード」大學案第五條及同條註釋(米國國際法雜誌第二六卷附録八二五—三二頁參照)。

海賊船及其載貨は捕獲者の屬する國家之を沒收するを原則とするも、海賊行爲の結果略取したる物件は之を原所有者に還付すべく原所有者不明なるときは之を國庫に沒收す。海賊行爲は所有權を變更せず (Pirata non mutat dominium)との格言ある所以なり。然れども此原則は必ずしも絶對の效力を有するものに非ずして諸國の海上法中多少此原則を制限するものあり。又條約の明文を以て原所有者の物件回復の請求に付一定の期間を定めたるものあり(「ペレルス」前出一一五頁附註四參照)。

茲に國際法上の海賊と似て非なるものあり。或國の國內法上海賊行爲と認むるもの及特定の條約規定に基き海賊の取扱を爲すべしと定めたるもの是なり。前者の例は英國臣民にして海上に於て奴隸の運送に従事するもの、又は交戦中海上に於て敵國を補助するものを英國法上海賊と看做すが如き、又船舶書類を具備せず若は虚偽の書類を携帯し平時武装して航行する船舶を佛國法上海賊と看做すが如き其類なり。後者の一例としては千九百二十二年二月六日華盛頓府に於て日・英・米・佛・伊五國の間に締結したる潜水艦及毒瓦斯に關する條約の第三條を擧ぐることを得べし。此種の行爲は國際法上の海賊行爲に該當せざるものなるを以て世界各國の共管轄權に服従するものに非ず。所屬國又は關係諸國の法權の下に於てのみ訴追處罰せらるべきものなり。彼此混同するなからむことを要す。内亂又は國內暴動の際一國政府が叛徒の海上を横行するものを鎮壓するの目的上、海賊として處罰すべき旨を宣言するとき亦然り。諸外國は毫も其宣言に拘束せらるることなく、或場合には却つて叛徒の交戦權を承認することあるなり。

(参考)

海賊鎮壓條約案

(イ) ジュネーヴ専門委員會案

千九百二十六年一月二十六日開催の國際聯盟法典編纂委員會專門委員會に於ける討議の結果、報告委員松田(道一)大使に於て其原案に多少の修正を加へたるもの是なり。

第一條、海賊トハ公海内ニ於テ行ハルルモノニ限リ私ノ目的ノ爲財産ヲ奪取シ又ハ身體ニ付暴行ヲ加フルノ行爲ヲ謂フ

前項ノ行爲カ利得ノ念ヲ以テスルモノナルコトハ海賊ノ要件ニ屬セサルモ純然タル政治上ノ目的ヲ以テ行ハレタル行爲ハ海賊ト看做サス

第二條 船舶カ承認セラレタル或國家ノ國旗ヲ掲揚スルノ權利ナキコトハ海賊ノ要件ニ屬セサルモ海賊船ハ海賊ヲ働クノ結果其ノ掲揚スル國旗ノ所屬國ノ保護ヲ失フモノトス

第三條 海賊ヲ働ク船舶ハ私船ニ限ル軍艦内ニ叛逆事件勃發シタル後右軍艦カ恣ニ海洋ヲ横行シ第一條ニ掲クル行爲ヲ爲スニ至ルトキハ之カ爲其ノ公船タル資格ヲ喪失ス

第四條 内亂ノ際交戰團體トシテ承認セラレサル叛徒ニ屬スル軍艦ハ正當政府之ヲ海賊ト看做ス場

合ト雖モ第三諸國ニ於テ之ヲ海賊視スルコトヲ要セス

叛徒ニシテ第一條ニ掲クル行爲ヲ爲スモノハ其ノ純然タル政治上ノ動機ニ出ツルモノニ非サル限リ之ヲ海賊ト看做スコトヲ要ス

第五條 船舶ノ乗組員海賊ヲ働キタルトキハ何國ノ軍艦タリトモ公海上ニ於テ之ニ停船ヲ命シ且之ヲ拿捕スルノ權利ヲ有ス

公海内ニ於テ開始セル海賊ノ追捕ハ他國領水内ニ於テモ沿岸國カ右追捕ヲ續行スルヲ得サル限リ之ヲ繼續スルコトヲ得但シ事件ノ審判ハ之ヲ沿岸國ノ當該官憲ニ委ヌヘキモノトス

第六條 海賊嫌疑ノ事實アルトキハ何國ノ軍艦タリトモ艦長ノ責任ニ於テ當該船舶ノ真相ヲ確ムルノ權利ヲ有ス若シ検査ノ結果事實無根ナルコト判明シタルトキハ嫌疑ヲ受ケタル船舶ノ船長ハ損害ノ賠償又ハ原狀回復ヲ請求スルコトヲ得若シ又海賊ノ嫌疑其ノ實アリタルトキハ軍艦ノ艦長ハ進ンテ公海上ニ於テ逮捕シタル海賊ノ審理ニ著手スヘク又ハ被告ヲ當該官憲ニ引渡スヘシ

第七條 海賊ノ裁判管轄權ハ捕獲ヲ爲シタル艦船ノ屬スル本國國家ニ歸屬ス但シ第五條第二項ニ定ムル追捕ノ場合竝ニ内國法制又ハ國際條約ニ別段ノ定アル場合ハ此ノ限ニ在ラス

第八條 捕獲ノ有效ナリヤ否ヤ、正當所有者ノ回復請求權、拿捕者ニ對スル報償等拿捕ノ結果ニ關

シテハ裁判管轄權ノ屬スル國家ノ法制ノ定ムル所ニ依ル

千九百二十六年(大正十五年)一月二十六日「ジュネーヴ」府ニ於而

松田氏自署

League of Nations Document C. 196. M. 70. 1927. V. p. 119.

(ロ) 海賊鎮壓ニ關スル條約案

(羅馬尼國政府對案)

(前出國際聯盟書類二二〇—一頁參看)

第一條 海賊トハ個人カ何國ノ主權ニモ屬セサル場所ニ於テ自分勝手ニ行フ所ニ係リ凡ソ身體ニ付暴行ヲ加ヘ又ハ財物ヲ奪取スル一切ノ行爲ヲ謂フ

前項ノ行爲ハ利得ノ念ヲ以テ行ハレタルモノナルコトヲ要シ又國家ノ法權區域ノ範圍外ニ存スル場所ニ於テ當然交通往來ノ安全ヲ危殆ナラシムル性質ノモノタルコトヲ要ス

第二條 詐術ヲ用キテ船舶ヲ難破セシメ因テ以テ船舶載貨ヲ横領シ乗客ヲ剽掠セムトスル行爲モ亦海賊ト看做サルヘシ

第三條 海賊ヲ働ク者ハ私有ノ船舶又ハ航空機ニ限ル無主ノ土地ニ於テ第一條ニ掲クル行爲ヲ犯シ

タル個人モ亦海賊ト看做サルヘシ

第四條 軍艦、軍用航空機又ハ國家ノ正規軍隊内ニ叛逆事件勃發シタル後自分勝手ニ第一條ニ掲クル行爲ニ出テタルトキハ之カ爲其ノ公機關タル資格ヲ喪失シ又其ノ特典ヲモ併セテ失墜スヘシ

第五條 内亂ノ際第一條ニ定ムル場所ニ於テ行動スル軍艦、軍用航空機又ハ叛徒軍ヲ正當政府ニ於テ海賊ト看做ス事實ハ何等第三諸國ヲ拘束スルコトナシ

然レトモ叛徒ニシテ第三諸國ニ對シ第一條ニ掲クル行爲ヲ犯スニ至リタルトキハ該行爲ノ本人ハ海賊ト看做サルヘシ

第六條 軍艦、軍用航空機又ハ國家ノ當該官憲ハ第一條ニ定ムル場所ニ於テハ海賊ヲ働キタル個人ヲ逮捕シ且船舶、航空機其他ノ犯罪物件ヲ押收スル權利ヲ有ス

第七條 公海上ニ於テ開始セル海賊ノ追捕ハ他國ノ領水内ニ於テモ沿岸國カ右追捕ヲ繼續スルコト能ハサル限り之ヲ續行スルコトヲ得

領海内ニ於テ海賊ヲ拿捕シタルトキハ事件ノ審理ハ沿岸國官憲ノ權限ニ屬ス

第八條 私有ノ船舶又ハ航空機ハ何國ノ主權ニモ屬セサル場所ニ於テ第一條ニ掲クル行爲ノ一ノ遂行中(現行海賊犯)ニ出會ヒタルトキ又ハ其ノ獲物ヲ携ヘテ逃走中(準現行海賊犯)ニ出會ヒタルト

キハ右海賊ヲ逮捕シ假ニ之ヲ監禁スルコトヲ得無主ノ土地ニ於テ此種ノ場合ニ遭遇シタルトキハ私人モ亦同様ノ權能ヲ有ス但シ海賊ヲ捕ヘタル者ハ直ニ之ヲ最近ノ港ニ引致スルカ又ハ途中出會スル第一ノ軍艦又ハ國家ノ公機關ニ之ヲ引渡スヘシ

第九條 軍艦又ハ軍用航空機ハ艦長又ハ司令官ノ責任ニ於テ海賊嫌疑ノ船舶又ハ航空機ノ眞ノ正體ヲ確カムルノ權限ヲ有ス尤モ不當ノ嫌疑ニ由ル船舶又ハ航空機ノ臨檢搜索ハ賠償又ハ原狀回復ノ責任ヲ惹起スヘシ

然レトモ海賊ノ嫌疑其ノ實アリタルトキハ艦長又ハ軍用航空機ノ司令官ハ直ニ海賊ノ逮捕ニ著手スルコトヲ得

領海内ニ於テ海賊ヲ捕ヘタルトキハ被告ハ之ヲ沿岸國ノ當該官憲ニ引渡スヘシ
公海上ニ於テ海賊ヲ捕ヘタルトキハ拿捕ヲ爲シタル軍艦ノ艦長又ハ航空機司令官ハ第十三條ノ場合ヲ除クノ外之ヲ本國官憲ニ引渡スヘシ

軍艦ノ艦長又ハ航空機ノ司令官ハ其ノ旅程ノ前途、麾下ノ兵員ノ不足其ノ他乗組員ノ危険ヲ生シ又ハ海賊逃走ノ虞アル各種ノ情況ニ基キ前項ノ規定ニ依リ難キトキハ自ら被告ヲ審理シ且一切ノ必要措置ヲ爲スコトヲ得

第十條 海賊事件ニ關スル裁判管轄權ハ第七條ニ定ムル領海内拿捕ノ場合、第十三條ノ場合及國際條約ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外拿捕國ニ屬ス

第十一條 裁判管轄權ヲ有スル國ノ法制上、海賊處罰ニ關スル刑法ノ條規ナキカ又ハ何國ノ主權ニモ屬セサル場所ニ於ケル内國法ノ適用ニ關スル條規ナキトキハ海賊ニ付テハ當該國ノ刑法上強盜犯ニ加フヘキ處罰ノ最大限度ヲ適用スヘシ

第十二條 當該官憲ハ前條ニ定ムル刑罰ノ制裁ト同時ニ航海禁止又ハ何國ノ主權ニモ屬セサル場所ヘノ立寄方禁止ヲ命スルコトヲ得右ノ禁止命令ハ永久的又ハ期限附ナルコトヲ得
前項禁止ニ關スル制裁ハ各國ノ國內法ヲ以テ之ヲ定ムヘク海賊罪ノ再犯ノ場合ニ於ケル嚴罰ノ適用ヲ妨ケス

第十三條 國際條約ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外、海賊犯ノ一味徒黨ノ拿捕ニ付協力セル軍艦、軍用航空機又ハ他ノ公機關カニツ以上ノ主權國ニ屬スルトキ又ハ海賊團所屬員カ順次ニ別國ノ代表機關ニ依リ捕ヘラレタルトキハ右犯行ノ連累者タル一切ノ人ハ最初ノ拿捕ヲ爲シタル國ノ官憲之ヲ審理スヘシ

第十四條 捕獲ノ有效ナリヤ否ヤハ裁判管轄權ヲ有スル國ノ官憲之ヲ決定スヘシ

海賊ヨリ奪還セル財物ハ其ノ第三者ノ占有ニ係ルモノト雖モ其ノ占有名義ノ如何ニ拘ラス正當所有者之ヲ回復スルコトヲ得

損敗シ易キ物品ハ之ヲ賣拂ヒ賣得金ハ當該官憲之ヲ保管シ正當所有者ノ手ニ引繼クヘシ

第十五條 前條ニ定ムル所有權回復ノ請求ハ財物ノ提出又ハ發見セラレタル日ヨリ……ノ期間(例ヘハ三百六十日)内ニ正當所有者之ヲ權限國ノ當該官憲ニ提起スヘシ

正當所有者ハ捕獲物ノ拿捕者ニ報償金ヲ支拂ヒ且財物ノ奪還ニ付要シタル費用ヲ償還スヘシ其ノ金額ハ前項ニ定ムル回復請求ニ付決定スル任務アル官憲之ヲ定ム但シ如何ナル場合ニ於テモ取戻シタル物品ノ價額ノ二割ヲ超過スルコトヲ得ス

第十六條 海賊ヨリ取戻シタル財物ニ付前條ニ定ムル期間内ニ正當所有者所有權回復ノ請求ヲ爲ササルトキハ裁判管轄權ヲ有スル國ノ國庫ニ歸屬ス

歸屬國ハ拿捕者ニ對シ報償金支拂ノ義務ヲ負擔ス其ノ金額ノ決定ハ前條ノ規定ニ依ル

第十七條 犯罪用ノ物件即チ海賊カ其ノ犯行ニ付使用セル船舶、航空機、武器其ノ他ノ物件ハ裁判管轄權ヲ有スル國ノ國庫ニ歸屬ス但シ該物件カ前ノ海賊行爲ノ際取得セルモノナルトキハ正當所有者ニ於テ之ヲ取戻スコトヲ得ヘク其ノ正當所有者出現セサルトキハ前三條ノ定ムル原則ニ從ヒ

國庫ニ歸屬スヘシ

(ハ) 海賊鎮壓ニ關スル國際條約案

(昭和四年十月日本國際法學會
國際法典編纂委員會討議決定)

第一條 海賊行爲ハ國際法上ノ權利主體ノ命令又ハ認許ナク私ノ目的ノ爲ニ公海ニ於テ船舶ニ對シ且船内ノ人又ハ財産ニ對シテ加ヘラレタル暴行又ハ掠奪ヲ謂フ

前項ノ行爲カ利得ノ念ニ出ツルモノナルコトハ海賊ノ要件ニ屬セサルモ純然タル政治上ノ目的ヲ以テ爲サレタル行爲ハ之ヲ海賊ト看做サス

第二條 船舶カ承認セラレタル或國ノ國旗ヲ掲揚スルノ權利ヲ有セサルコトハ海賊ノ要件ニ屬セサルモ海賊船ハ海賊ヲ働ラクノ結果其ノ掲揚スル國旗ノ所屬國ノ保護ヲ失フモノトス

第三條 海賊ヲ働ラク船舶ハ私船ニ限ル公船内ニ叛逆事件勃發シタル後右公船カ恣ニ海上ヲ航行シ第一條第一項ニ掲クル行爲ヲ爲ストキハ之カ爲メ其ノ公船タル資格ヲ喪失ス

第四條 内亂ノ際未タ交戦團體トシテ承認セラレサル叛徒ニ屬スル軍艦ハ正當政府之ヲ海賊ト看做ス場合ト雖モ第三國ニ於テ之ヲ海賊視スルコトヲ要セス

尤モ叛徒ニシテ第三國ノ船舶ニ對シ第一條第一項ニ掲クル行爲ヲ爲シタルトキハ之ヲ海賊ト看做スコトヲ得

第五條 船舶ノ乗組員海賊ヲ働ラキタルトキハ何國ノ軍艦タリトモ公海上ニ於テ其ノ停船ヲ命シ且之ヲ拿捕スルノ權利ヲ有ス

私船ハ公海上ニ於テ第一條第一項ニ掲クル行爲ノ遂行中ニ出會シタルトキニ限リ右海賊船ヲ停船セシメ假ニ之ヲ拿捕スルコトヲ得但シ海賊ヲ捕ヘタル者ハ直ニ之ヲ最近ノ港ニ引致スルカ又ハ途中出會スル最初ノ軍艦ニ之ヲ引渡スヘシ

第六條 海賊ノ嫌疑アルトキハ何國ノ軍艦タリトモ艦長ノ責任ニ於テ當該船舶ノ眞ノ正體ヲ確ムルノ權利ヲ有ス若シ検査ノ結果事實無根ナルコト判明シタルトキハ嫌疑ヲ受ケタル船舶ノ船長ハ損害ノ賠償又ハ原狀回復ヲ請求スルコトヲ得若シ又海賊ノ嫌疑其ノ實アリタルトキハ軍艦ノ艦長ハ公海上ニ於テ拿捕シタル海賊ヲ當該官憲ニ引渡スヘシ

第七條 海賊ノ裁判管轄權ハ捕獲ヲ爲シタル艦船ノ屬スル本國國家ニ歸屬ス但シ第五條第二項並ニ內國法制及國際條約ニ別段ノ規定アル場合ハ此ノ限ニ在ラス

第八條 海賊ヨリ押收セル財物ハ正當所有者之ヲ回復スルコトヲ得

損敗シ易キ物品ハ之ヲ賣拂ヒ賣得金ハ當該官憲之ヲ保管シ正當所有者ノ手ニ引繼クヘシ

第九條 前條ニ定ムル所有權回復ノ請求ハ財物押收ノ日ヨリ二年以内ニ正當所有者之ヲ權限國ノ當該官憲ニ申立ツヘシ

正當所有者ハ捕獲物ノ拿捕者又ハ其ノ所屬國ニ報償金ヲ支拂ヒ且財物ノ押收ニ付要シタル費用ヲ償還スヘシ其ノ金額ハ前項ニ定ムル回復請求ニ付決定スル任務アル官憲之ヲ定ム但シ如何ナル場合ニ於テモ取戻シタル物品ノ價格ノ二割ヲ超過スルコトヲ得ス

第十條 正當所有者前條ノ期間内ニ所有權回復ノ請求ヲ爲ササルトキハ海賊ヨリ押收セル財物ハ裁判管轄權ヲ有スル國ノ國庫ニ歸屬ス

歸屬國ハ拿捕者又ハ拿捕者所屬國ニ對シ報償金支拂ノ義務ヲ負擔ス其ノ金額ノ決定ハ前條ノ規定ニ依ル

第十一條 海賊カ其ノ犯行ニ付使用セル船舶、武器其ノ他ノ物件ハ裁判管轄權ヲ有スル國ノ國庫ニ歸屬ス

但シ該物件ハ正當所有者ニ於テ善意ナリシトキハ前三條ノ規定ニ依リ之ヲ取戻スコトヲ得ヘシ

第十二條 締約國中現ニ海賊處罰ニ關スル國內法規ヲ有セサルモノハ右ニ關シ速カニ適當ナル立法

上ノ措置ヲ講スヘキコトヲ約ス

(昭和五年二月發表、國際法外交雜誌第二
九卷第三號附錄、同卷二八—五八頁參照)

第二節 領事裁判制度の起源、展開及其の

撤廢に就て

領事裁判の制度は近代國家社會の一變態現象なり。蓋し中世紀封建制度崩解の後を承けたる近代の國家組織は其端を中央集權の專制國家に發せしものにして、國家主權の行動範圍を限定するに土地の區域を以てし、往時の如く人種又は宗教の如何を以て其の標準とすることなきが故に、領土主權の確立が近世國家の第一の特徴と爲りたるなり。按ずるに歐洲に於て列國對峙の形勢と爲りたるは約四百年來の事なり。各國互に國土の大と民衆の多きを競ふの實情にして、中央集權の國家は何れも其の領土主權を高調するものに非ざるはなし。従つて自國領域内に於て外國官廳の行使する公權力の如きは、之を最小限度に局限するを例とす。抑も中世紀初期の法律思想は法を以て屬人的(民族的、人種的)のものとして解し、法は其の支配を受くる個人の到る處に追隨すとすの思想なりしが故に、外國在留の自國人民に付き本國領事官の行使する公權力の範圍は相當廣汎なるものなりしが、西歐基督教諸國に於ける外國領事官の權限は近世に入るに及んで或は常駐外交使節の權限に移され、或は駐在國官憲の手に回收せられたる結果、司法及行政の兩方面に互り痛く削減せられて以

て現に行はるる如き領事制度の定立を見ること爲りたるなり。然るに非基督教國たる東洋諸國に於ける歐洲諸國の領事官は右と正反對に、駐在地方に於ける國權の萎微不振に乗じて益々其權限を擴張し依然として中世紀の舊思想たる法の屬人主義を墨守し、在留自國人の民刑訴訟事件に付裁判管轄權を行使するのみならず、外交官にも匹敵すべき各種の特權、特典及免除を享有するに至れり。所謂領事裁判制度は此破格の現象の總稱に外ならざるなり(1)。或は治外法權制(L'extritorialité Ex-territorialité(1))の稱呼を以て此の特別現象を指示する者あり。治外法權制の術語は廣義に於ては外交使節の特權、外國君主大統領の特典並に外國軍隊及外國軍艦の特殊地位の全部を包含するものなれども狹義に於ては裁判權を付與せられたる領事官の職務權限及其特殊地位に限りて用ゐらるることあるなり。

(1) 「ハフター・ゲフテン」第二四五節及同節註一、同書第七版四七二—四頁參照。

「リッツイエ」佛文國際法第四三節、同書第一卷五四三頁以下、獨逸文國際法第二版三〇三—八頁參照。

Baron A. Heyking, L'extritorialité et ses applications en Extrême Orient (Recueil des Cours de l'Académie de droit International 1925 II) 第五二節及第六〇節、海牙講演集第七輯二八七—九頁及同書三〇四—五頁參照。

領事裁判制度存在の理由として歐米諸國の學者の説明する所を見るに、其要旨は異教諸國に於て

は文化の程度低く政治組織も完備せず、其の社會組織も亦根柢より異なるが故に、若し在留歐米人にして所在地主權の拘束を受くること爲らむか一日も身體及財産の安全を期すべからず。故に在留基督教諸國民の爲には屬人法主義の原則に従ひ、各々本國法に準據し本國官憲の裁判管轄權に服從せしむるの外なしと謂ふに在り。此見解は素より歐米基督教諸國側の一面觀にして、凡そ世界の文明は基督教を根柢とする白人種の文明に盡くるものとする思想の發露に外ならざるが故に必しも絶對的價值あるものと謂ふことを得ざること勿論なれども他方舊土耳其帝國其他の回々教諸國側に於ては神典(コラシ)に基く内國人の權利を不信者なる諸外國人に認むることを欲せざるの念ありたること又支那、朝鮮、日本及暹羅等極東佛教諸國側に於ても、外國人を敬遠し成るべく事端を滋くすることなからむが爲、所謂外國人居留地 (Foreign Settlements) と稱する一區劃内を限りて其居住及營業を認むることとし、其代償として彼等の事は彼等の爲すが儘に放任するの方針を取りたるこの結果、東洋諸國に來住する歐米諸國人は動もすれば輒ち專權横恣に流れ易く、駐在の諸領事官も亦條約上に明確なる根據ありとは認め難き幾多の職權を管轄區域内に行使し、因襲の久しき牢として抜くべからざるものあり。其極、事苟も居留地内諸外國人の利害に及べば、所在地官憲は手を袖にして傍觀するの外なき實情と爲れり。

泰西諸國が第十六世紀以降土耳其帝國と締結せる累代の所謂「カピテュラシオン」條約を初とし、其後十九世紀に入りてより波斯、「オーマン」及暹羅を経て極東の支那、日本及朝鮮諸國に及びたる領事裁判東漸の歴史は茲に之を反復することを必要とせざるべし。唯だ本來異種文化の接觸に發源したる領事裁判の制度が前世紀の後半に及んで、亞細亞諸國相互間の國際關係にも準用せらるること爲りたる一事は茲に之を特筆するの値あらむ。明治四年七月二十九日（陽曆千八百七十一年九月十三日）調印の日清修好條規及同六年（千八百七十三年）土耳其波斯兩國間の條約は共に相互的に領事裁判權を認容せること即是なり。其趣旨を按ずるに苟も對手國の政治及司法組織に付き十分の信頼を措くこと能はざる以上、人種宗教及社會慣習の異同に論なく各々自國人をして本國官憲の裁判管轄權に服せしむるの外なしと謂ふに在りて、其の前記「カピテュラシオン」諸條約と異なるは裁判權の行使が相互對等なることの一點に存するのみ。尙日支兩國間の現行通商航海條約（明治二十九年七月二十一日締結）が一方に於て日本國內在留の中華民國人をして完全に帝國の法權に服從せしめながら他方、民國駐在の帝國領事官をして歐米諸國中の最惠國領事官と同様に留國民に關する裁判管轄權を行使せしむるものなることは贅言の要なしと信す。従前の相互對等條約が日清

戰爭の結果廢棄に屬せるが故に、新に偏務不對等條約を以て兩國間の國際關係を律すること爲りたるなり。此の如く領事裁判條約の意義も時代の變遷に伴ひ多少の推移あるを免れず、偏務不對等條約亦必しも基督教諸國と異教諸國との關係に限る次第に非ざるなり。殊に前世紀の末葉帝國に於ける歐米十四ヶ國の治外法權制の撤廢ありてより以降、此種條約の存否は直に國家の國際法上の地位に大關係あるものと看做され、國際法學者中にも今仍此種條約の桎梏を脱却せざる諸國を目して國際法團體内の不完全なる一員と稱するものあるに至れり(11)。

(11) 「フオン、リスト」國際法第十二版（リスト、フライシュマン）五、六頁及一七一―二頁參照。

東洋諸國に於ける所謂外國人居留地 (Foreign Settlements) は本來、外國人の内地雜居を防遏せむが爲に考案せられたる一種の方便なりしこと前に一言したる所の如し。此の區域内に在住する歐米諸國人は常に所在國の裁判管轄權より免除せらるるのみならず、地方官憲の警察、課稅其他の行政權の諸々作用外に超然たるが故に自ら別天地を爲すの姿と爲り、所謂國家内に國家を見るの實情 (Imperium in imperio) なり。諸外國の領事館は大使館以上に恰も不可侵區域なるが如く思惟せらるるのみならず、居留地區域内に逃込みたる罪人は往々にして庇護を受ることあるの結果、外國人居留地は動もすれば惡徒の巢窟と化せむとす。國家主權の重要な一特徴たる外國人追放の權利

も居留地區内に於ては所在國之を實施するに由なきが故に、此種の不良分子を驅逐するの手段として領事官に在留禁止命令を發するの權限を認むるもの尠からず。外國領事官は又刑罰規定を包含する領事館令を發することを得るもの多きが故に一面より見れば立法者たり、他方に於ては行政の當局者にして且同時に裁判所を構成するの奇觀を呈せり。權力濫用の弊なきを得ざるも亦自然の數と謂はざるべからず。

領事官の權力濫用の弊の最顯著なるは保護民關係に若くはなし。所謂保護民(protégés)とは第三國人民又は所在國の臣民にして領事館に登録せられたる結果、領事の保護の下に立つものを謂ふ。例へば舊土耳其帝國內に於ける宗教及教育事項に付ては古來佛國領事に干渉の權あるものとし、「シリア」地方の加特力教徒は土耳其官憲の權力の下に立たず。基督教の慈善團體は土耳其人の爲往々避難所の用を爲すことあり、保護權擴張の結果、遂に所謂累代保護民なる一階級(protégés héréditaires)の發生を見るに至れりと云ふ。暹羅國に於ても保護民登録の制度が國權運用の重大なる障害を生じたるは顯著なる事實なり。將又摩絡哥國に於て歐米諸國の保護權濫用の如何に甚だしきものありしかは千八百八十年七月三日の馬德里條約を一讀する者に於て思半に過ぐるの感あらむ(三)。此種の權力濫用を招徠せる領事裁判制度が亞細亞民族の覺醒と共に呪詛の目的と爲り、殊に世界戰

争の後を承けて土耳其國に於ける國民運動の勃發を促したるは深く怪むに足らざるなり。

(三) 「ハイキング」男爵治外法權論、前出書三〇六—八頁參照。

「フォン、リスト」前出書一六八頁及 Fleischmann, Völkerrechtsquellen pp. 165—8. 參照。

暹羅國に於ける治外法權の沿革に付ては「ハイキング」第五八節、前出書二九八—三〇二頁、「フォーシル」(ボンフィス第八版)第七九一節の十二、同書第一卷第三部二二〇—二頁並に米國國際法雜誌第二二卷第一號(昭和三年一月分)所載

Francis Bowes Sayre, The Passing of Extraterritoriality in Siam (同誌七〇—八八頁)參照。

帝國政府が安政諸條約に基く治外法權制度の撤廢の爲、明治年代の前三分の二を費したる條約改正談判の顛末は茲に之を縷説する事を要せざるべし。舊土耳其帝國の解體より生ぜる巴爾幹諸國並に西歐諸國の統治又は保護の下に立つに至れる亞細亞、阿弗利加二洲の諸地方に於ける諸外國領事裁判權撤退の事情も亦煩を厭ひて之を省略せむとす(四)。土耳其帝國が公然歐洲協調の一員と認められたる千八百五十六年の巴里講和條約の當時既に其終焉を豫期せられたる(同條約第七條參照)領事裁判制度の撤廢が約五十年間停頓の後、今世紀に入りてより漸く眞劍味を帯び來り(千九百九年二月廿六日埃土協定及千九百十二年十月十八日伊土講和條約)遂に千九百十四年歐洲大戦争の勃

も居留地区域内に於ては所在國之を實施するに由なきが故に、此種の不良分子を驅逐するの手段として領事官に在留禁止命令を發するの權限を認むるもの尠からず。外國領事官は又刑罰規定を包含する領事館令を發することを得るもの多きが故に一面より見れば立法者たり、他方に於ては行政の當局者にして且同時に裁判所を構成するの奇觀を呈せり。權力濫用の弊なきを得ざるも亦自然の數と謂はざるべからず。

領事官の權力濫用の弊の最顯著なるは保護民關係に若くはなし。所謂保護民 (protégés) とは第三國人民又は所在國の臣民にして領事館に登録せられたる結果、領事の保護の下に立つものを謂ふ。例へば舊土耳其帝國內に於ける宗教及教育事項に付ては古來佛國領事に干涉の權あるものとし、「シツヤ」地方の加特力教徒は土耳其官憲の權力の下に立たず。基督教の慈善團體は土耳其人の爲往々避難所の用を爲すことあり、保護權擴張の結果、遂に所謂累代保護民なる一階級 (protégés héréditaires) の發生を見るに至れりと云ふ。暹羅國に於ても保護民登録の制度が國權運用の重大なる障害を生じたるは顯著なる事實なり。將又摩絡哥國に於て歐米諸國の保護權濫用の如何に甚だしきものありしかは千八百八十年七月三日の馬德里條約を一讀する者に於て思半に過ぐるの感あらむ(三)。此種の權力濫用を招徠せる領事裁判制度が亞細亞民族の覺醒と共に呪詛の目的と爲り、殊に世界戰

争の後を承けて土耳其國に於ける國民運動の勃發を促したるは深く怪むに足らざるなり。

(三) 「ハイキング」男爵治外法權論、前出書三〇六—八頁參照。

「フォン、リスト」前出書一六八頁及 Fleischmann, *Völkerrechtsquellen* pp. 165—8. 參照。

暹羅國に於ける治外法權の沿革に付ては「ハイキング」第五八節、前出書二九八—三〇二頁、「フォッシル」(ボンフィス

第八版) 第七九一節の十二、同書第一卷第三部二二〇—二二頁並に米國國際法雜誌第二二卷第一號(昭和三年一月分)所載

Francis Bowes Sayre, *The Passing of Extraterritoriality in Siam* (同誌七〇—八八頁) 參照。

x

x

帝國政府が安政諸條約に基く治外法權制度の撤廢の爲、明治年代の前三分の二を費したる條約改正談判の顛末は茲に之を縷説する事を要せざるべし。舊土耳其帝國の解體より生ぜる巴爾幹諸國並に西歐諸國の統治又は保護の下に立つに至れる亞細亞、阿弗利加二洲の諸地方に於ける諸外國領事裁判權撤退の事情も亦煩を厭ひて之を省略せむとす(四)。土耳其帝國が公然歐洲協調の一員と認められたる千八百五十六年の巴里講和條約の當時既に其終焉を豫期せられたる(同條約第七條參照)領事裁判制度の撤廢が約五十年間停頓の後、今世紀に入りてより漸く眞劍味を帯び來り(千九百九年二月廿六日澳土協定及千九百十二年十月十八日伊土講和條約)遂に千九百十四年歐洲大戦争の勃

發を機とし、一方的宣言を以て同年十月一日以降帝國の全土に付き領事裁判の廢止を聲明したるが獨逸二國以外の諸條約國の反對に遇ひて行はれず、千九百二十三年七月の「ロザンヌ」講和條約に及んで纔に關係諸國の受諾を見るに至りたるは今猶世間の記憶に新なる所なるべし（同條約第二八條參照）。次に暹羅國に於ける最近の條約改正及法典編纂事業の完了は同國に於ける治外法權制絶滅の日の甚遠からざるべきを思はしむ。若夫れ隣邦支那國に於て外國治外法權問題の落着を見るの曉に至らば此制度は過去の法制として單に歴史的興味を存するに止まるべきなり。

(四) 「フォン、リスト」前出書二一〇—二一五頁參照。

「フォーシル」第七九〇節以下、前出書一八〇—一九七頁及第七九一節の十七、十八及十九、前出書二二四—二六頁參照。

支那國に於ける治外法權撤廢運動の由來を論ずる者は必らず先づ「マツケー」條約第十二條の規定より説き起すを例とす。同規定は千九百二年（明治三十五年）英清兩國間に締結せられたる追加條約中の一ヶ條にして、翌千九百三年（明治三十六年）十月八日上海に於て日清兩國間及米清兩國間に調印せられたる追加通商航海條約中にも殆んど同文の規定あり（千九百八年瑞典國が清國と締結せる條約中にも殆んど同文の規定ありと云ふ）。清國政府は其の司法制度を改良して西洋諸國の制度に適合せしむることを熱望するを以て英國（日、米又は瑞典國）は右改正に對し一切の援助を

與ふべきことを約し且清國法律の状態、其施行の設備及其他の要件にして英國（日米又は瑞典國）が満足を表するときはその治外法權を撤去するに躊躇せざるべし（will also be prepared to relinquish its territorial rights when satisfied that the state of the Chinese laws, the arrangements for their administration and other conditions warrant her in so doing）と曰ふもの〔外務省編纂（明治四十年）再訂條約彙纂一四三頁、同書横文一五一頁參看〕即是なり。右は本邦に於ける改正（陸奥）條約實施後三、四年の事に係るを以て、本條約規定が日本國に於ける領事裁判撤廢運動成功の先例に刺戟せられたるの結果なること復多言を要せず。明治政府の條約改正談判落着の先蹤あるに非ずんば、此規定は恐らく成立に至らざりしならむ。

然れども「マツケー」條約第十二條を以て泰西諸國が極東に於て治外法權制度の撤去を公約したる最初の先例と見るは事實の真相に反す。實は二十年前、即ち日本國に於ける條約改正談判の進行とは全く無關係に、英米兩國が韓國政府に對し同趣旨の公約を與へ居る事實あるなり。千八百八十二年五月廿二日締結の韓米條約第四條中（第五項）朝鮮國王にして同國法制及司法手續を改善し、合衆國の視て以て自國の法制及司法組織に適合すと認めたるときは朝鮮國在留の合衆國人民に對する治外法權的裁判管轄權（the right of extritorial jurisdiction）は之を拋棄し爾後合衆國人民は朝

鮮國領域内に於て地方官憲の管轄權に服すべしと曰ふもの（統監府編纂、韓國條約類纂一二二頁漢文及同書一二九—三〇頁英文參看）即是なり。翌八十三年十一月二十六日附韓英條約附屬議定書第一條の規定も亦行文に多少の差異あれども趣意に於ては全く同一なり。即ち韓國の律令及審判辦法改善の結果、英國臣民をして在留國法權の拘束より免除せしむる所以の現存の故障消滅に至りたる曉、韓國法官に於て法制に通曉し、且獨立の地位を保障せらるること猶英國法官の如くなるに於ては、英國官員に於て本國々民の審判に當るの特別權能は之を撤回すべき旨を公約したるなり（同上書一八一頁漢文及一八四頁英文參看）。

英米兩國政府が改正（陸奧）條約の調印に先だつ十有餘年前既に韓國政府との間に治外法權制度の終焉を豫見する條約を締結したるは如何なる事情に基づくやと云ふに領事裁判權の本質に關する「アングロ・サクソン」獨特の法理論に負ふ所尠からざるが如し。蓋し領事官其他外國官憲が東洋に於て行使する裁判管轄權は所謂人的管轄權（パーソナル・ジュリスディクション）にして地域的主權に非ず。民事の訴訟案件は被告人又は加害者の國籍を標準として各々其所屬法廷を異にするものにして、原告又は被害者の國籍如何は全く之を問題とせざるなり。而して領事法廷が其訴訟を裁斷するに當り準據する法規は各々其本國の民法法規なるが故に、領事裁判に於ける法の運用は凡そ法

は人種又は民族宗教を標準とする屬人的のものなりとする中世紀初期の法制現象に酷似し居り、領土主權を根幹とする近世國家組織の通念に反するなり。然るに英米固有法制の觀念は屬地主義の傳統より脱却すること能はざるが故に英米法曹の觀察眼よりして此の變態現象を解説するの結果、領事官の行使する法權は本質上本國政府の公權力に非ず、實は所在地主權の代執行に外ならずと云ふ見解を生ずるに至りたるもの亦深く怪むに足らず。例へば英國領事法廷に於ける刑事被告人告訴狀の書式が古くは本國裁判所と同じく「英國王の治安を紊るもの」(Against the peace of our Lord the King, his peace and dignity)とありたるを改めて「本件に適用ある勅令（オーダー、イン、カウンシル）の條項に反するもの」(Against the article of the order in Council applicable to the case)と定めたるが如き破られたる治安は本來、所在國主權の治安なり、英國王の治安に非ずとの思想に胚胎す。清國領域内に於ける泰西諸國人の犯罪事件に際し、犯人が英國人なるときは英國王、獨逸人なるときは獨逸皇帝、佛蘭西人なるときは佛蘭西共和國の夫々治安を害すると曰ふは事實の真相に非ず。破られたる治安は一に清國皇帝の治安なり英・獨・佛諸國領事の行使する裁判權も亦實は清國皇帝固有の司法權に外ならずとの趣意なり。此の法理論は千島艦「ラヴェンナ」號衝突事件の上告審たる英國樞密院司法委員會に於て千八百九十五年中公認せられ、其後「サンジバア」治外法權

問題に付千九百一一年 Secretary of State of Foreign Affairs v. Charlesworth, Piling and Co. 事件に於て更に確認せられたるものなり。米國に於ても此の見地は夙に國務省の方針として認められ、例へば在日本米國領事廳は恰も「ミカド」政府に於て米國人裁判官を聘用して構成せる司法官衙と同視せられ、日本國裁判所が日本國民に關して具有すると同一權威を認めらるべきものなりと曰へり。謂はば專制國の一機關（エージェント）に外ならず。唯米國政府が其支配下に屬する米國人民の保護の爲に設くる或種の保障に依りて之を制限するのみ云々（「シーワード」千八百六十九年一月議會報告）。要するに英米領事廳が清國內に於て行使する法權（裁判管轄權）は本來清國皇帝固有の司法權にして、其の韓國領域内に於て行使するものは韓國國王の主權に外ならずと謂ふもの即ち英米學說の根本法理たるなり（五）。之に反し領事官の行使する法權は各本國政府の公權力の發動にして、何等在留國の領土主權と沒交渉なりと觀察するものは大陸諸國の屬人法學說にして英米法制の屬地主義と相容れず。此の如く「アングロ・サクソン」の法理論が初より所在地主權の尊重を本義とする以上、其地の法制及司法組織にして面目を一新し且つ法官の學識經驗と其の獨立的地位の保障と兩つながら間然する所なきに至らば、本國臣民に於て在留國法權の拘束を免除せらるるの謂れなし。換言すれば治外法權制度は其存在理由の消滅と共に當然終焉に達すべきものなり。されば

領事裁判の終焉を豫想する條約規定に關し英米兩國の當局者が率先して其例を開きたるも亦決して偶然に非ざるを知るべし。

（五） 英米學說の要旨に付英國側文獻として「コレット」治外法權制第一章總說 Sir Francis Pigott, *Exterritoriality*, p. 5-13
又米國側文獻として H. H. Hinkley, *American Consular Jurisdiction in the Orient*, 1906 p. 97 參照。尙「バーア」「グレイヒ
スト」第二卷六一八頁參看。

本邦に於ける領事裁判制度の絶滅を實現したる改正（陸奥）諸條約の最初の調印國が英米二國にして伊太利國之に次ぎたることは天下公知の事實に屬し、特に之を指摘することを要せざるべし。尙は世界戦争終結の翌年、暹羅國との間に治外法權の撤廢を目的とする最初の國際條約を締結したるものは大統領「ウィルソン」治下の米合衆國政府なり。孰れも英米法制の屬地主義根本原理と因縁淺からざるの關係あることを推知するに足らむ。之に反し韓國に於ける歐米諸國の領事裁判權は明治四十三年韓國併合の當然の結果として同國諸條約の消滅と共に自然消滅に歸したるものなり。條約改正談判の成果に非ず。又權利拋棄の結果にも非ざること明かなり。されば韓米、韓英兩條約中の前顯條項は實際問題としては何等效力を發揮するに及ばざりしこと勿論なれども、其の主義上の價値に至りては遂に「マツケー」條約第十二條を凌駕するものあり。時勢の先驅者たるの點より

見ても吾人公法學學徒の等閑視するを許さざる所と信ず(六)。

(六) 韓米、韓英兩條約の前記條項に付、初めて學界の注意を喚起したるは國際法比較法制雜誌第二五卷(一八九三年度)所載の「サブ、トラヴァース、トキッス」論文なり。同誌二一三頁以下、殊に二二五—二七頁參照。右「トラヴァース、トキッス」の論文は學理上日本政府に於て單獨に安政諸條約を廢棄し得べき旨を主張せる同誌第二三卷所載「パテルノストロ」氏論稿に對する反駁論なり。治外法權制の研究家に取ては四十年後の今日に於ても尙一讀の價値あるものと認む。

巴里の講和會議に於ける支那國全權の態度は、一舉にして列國の各種利權を回收せむとするに在り。殊に治外法權制の撤廢を高調したるは人の知る所なり。治外法權に關する同全權の覺書は「マツケー」條約調印以來、最近十六七年間に支那國司法組織の上に加へられたる進歩改善を叙し、(一)憲法上に三權分立の主義を認め又生命自由及財産に關する人民の基本的權利が不可侵なるの原則を確保し、且司法官吏は其地位を保障せられ其の職務執行に付ては行政府及立法議會の容喙を許さざること、(二)民法、刑法、商法及民刑訴訟法の五法典を完成し其中或ものは既に施行済なること、(三)三審級の新式法廷(地方審判廳、高等審判廳及大理院)を設置せること、(四)民事事件を區別し證據法を改正し公開審理の原則を定め拷問制度を廢し、且辯護士登用法を發布し試験規則を定めたること、(五)司法官は裁判所の審級の上下に論なく何れも法律學の専門教育を受けたることを要

件とす。或場合には外國諸大學に於て學習したる者たるを要す、(六)監獄及警察組織の改良等の諸項を擧げたり。右全權覺書は尙現行支那治外法權制の缺陷數項を列擧したる後、支那國の法典の實施及新式法院の設備の完成と共に列強が現行法制の全部廢棄に同意せらるべき旨を要求し、右法制及法院の完成は五年を期して千九百二十四年末には竣功すべしと曰へり。尙現行法に即座の變更を加ふべき點として

- (一) 民事事件中被告又は刑事被告人が支那人たる場合は支那法廷の審理裁判に付外國領事又は其代理人の立會又は介入を要せざること。
- (二) 支那法廷の發したる令狀及判決言渡書を居留地内又は外國人所屬建物の敷地内に執行するに付領事及外國司法官の事前の審理を受けざることの二項を要求したるが同會議に於ける支那國全權の努力が全く水泡に歸したるは世間周知の如し。

W. W. Willoughby, Foreign Rights and Interests in China, pp. 670—72 同書再版下卷六七〇—七二頁參照。

巴里講和會議に於ては一物をも獲得すること能はず、山東問題に固執したるの結果遂に「ヴェルサイユ」條約調印の機會をすら逸失するに至りたる中華民國の當路者が二年有半後の華盛頓會議に於て豫想以上の大收獲を贏ち得たるは不思議なる運命の變轉と謂ふの外なし。治外法權制度の撤廢

に關しても同國全權王寵惠の太平洋極東委員會第六回會議に於て陳述したる希望は會議の議長たる「ヒューズ」國務長官の支持を以て各國全權の共鳴する所と爲りたるが右に付ては千九百二十一年（大正十年）十二月十日左の決議を見るに至れり。

日、英、米、佛蘭西、伊太利、和蘭、白耳義及葡萄牙諸國政府は委員會を組織し（各國之に一名の委員を任命す）支那國に於ける治外法權制度實施の實狀竝に支那國の法律、司法制度及司法運用手續を調査せしめ、因て以て右事項に關する委員會の事實調査竝に支那國に於ける司法運用の現狀を改善する爲及び治外法權に關する各國の權利を漸次に又は然らずして、撤去することに付各國を首肯せしむべき立法及司法上の改正を實行せむとする支那國政府の努力を援助し、且促進する爲め其の適當と思惟する手段に關する勸告を諸國政府に報告せしむべし。

前記委員會は今後前記諸國政府の協定すべき細目取極に従ひ會議終了後三月間に組織せらるべく、該委員會は第一回會議後一年内に其報告書及勸告を提出すべきことを命ぜらるべし。前記諸國は委員會の勸告の全部又は一部を受諾し又は拒絶するの自由を有すべし。但し如何なる場合に於ても各國は右勸告の全部又は一部を受諾に付支那國より政治上經濟上の何等かの特殊の權利、利益又は免除を直接又は間接に許與せしむることを條件とすることを得ず。

附帶決議第一

非署名國にして條約に依り支那國に於て治外法權を有するものは本會議終了後三ヶ月内に書面に依る加入通告を合衆國政府に寄託して支那に於ける治外法權及司法運用に關する決議に加入することを得。右通告は合衆國政府より各署名國に通知せらるべし。

附帶決議第二

支那國は同國に於ける治外法權及司法運用の調査及報告に當る委員會の設置に關する決議を了承したるに依り、支那國に於ける治外法權の廢止を期せむとする同國政府の願に關する前記各國の同情ある意嚮に満足の意を表し、且前記委員會の委員として出席するの權利を有する一名の代表者を任命するの意あることを聲明す。尤も支那國は該委員會の勸告の全部又は一部を受諾し又は拒絶するの自由を有するものとす。支那國は又該委員會の事業に協力し其任務を満足に完了せしめむが爲、凡ゆる便宜を之に供與せむとす。（英文「テキスト」に付ては「ウキロービ」前出書六七六—七頁參照）。

華盛頓會議終了後三ヶ月を経て、即ち千九百二十二年初夏の候に開かるべかりし委員會は在萬年

を越えて成らず。三年有半後の千九百二十六年（大正十五年）一月に及び、北京に集合することとなり。來會せる諸國委員は日、英、米、佛、伊太利、和蘭、白耳義及葡萄牙（以上八ヶ國は華府決議の原調印國）の外、支那並丁抹、祕露、西班牙及瑞典（以上四國は決議加入國）の五國、計十有三ヶ國なり。同年九月迄の間に會議を開催すること前後二十一回、同月十六日報告書及勸告を完成したり。同委員會の作成したる報告書中、最後の勸告は左の如し。

第一、支那國に於ける一般人民に關する司法運用は之を司法部に一任し政府當局其他文武官憲の干渉を受くることなからむべし。

第二、支那政府は支那の現行法制、裁判及監獄制度の改善に付左の諸案を採用すべし。

(一) 先づ諸法律及裁判、警察、監獄制度に關する報告書第二部及第三部を考量し、右報告書中の意見に應ずるに足る様法律の修正を加へ其他必要なる措置を講ずべし。

(二) 左の諸法律を完成實施すべし。

民法、商法（手形法、海商法及保險法を包含す）及改正刑法、銀行法、破産法、特許法、土地收用法、公證人法。

(三) 法律の制定、公布及廢止の手段を定むる爲一定の制度を設立維持し以て支那法律に付

何等不明確の點なからしむべし。

(四) 新式法廷、新式監獄及新式留置所の制度を擴張し知縣の認廷及舊式の監獄留置所を廢止すべし。

(五) 裁判所、留置場、監獄及其職員を維持する爲相當の資財を用意すべし。

第三、前記勸告の全部を適當に實行するに至らざるも其の主要なる事項を實施したる後は關係國は支那政府の希望あるに於ては協定せらるべき漸進的方法（地理的、部分的其他）に従ひ治外法權の撤廢を考慮し差支なかるべきこと。

勸告第四は治外法權制廢棄に至る迄の間の過渡的辦法に關するものにして、(一)支那國諸法律の適用、(二)會審及混合裁判所、(三)治外法權諸國の國民、(四)司法共助及(五)課税の五項に互る。全文譯省略す。

上記勸告諸點にして相當に遵守せらるるに於ては諸國政府は各自の治外法權を拋棄し差支なかるべしとの委員會の意見なり。尤も治外法權拋棄の上は關係諸國の國民は國際間の一般慣行に従ひ公平及妥當を根據として支那國各地方に於て居住及貿易の自由及諸私權を享有すべきこと勿論なりとす（「ウィロービ」前出書六七九—八三頁參照）。

治外法權撤廢に關する支那國當局者の努力は其後依然眞摯熱烈なるも在留歐米諸國人中には同國内政の紛糾に鑑み時期尙早説を主張する者尠からず。國民政府は南北統一を機とし一舉にして法權回收の實を擧げむとしたるも未だ列強の承諾を得るに至らず（齋藤良衛博士著、最近支那國際關係一五四―六三頁參照）。斯くて「マッキー」條約調印後三十有餘年の今日、前清以降條約上治外法權を付與せられたる十有八國中、明確に此特權の絶滅に同意したるは世界大戦争の結果、崩解に歸したる獨、埃及露三帝國に限り爾餘の十五ヶ國は何れも治外法權拋棄の運に至らざるなり。

岸田英治氏近著、滿洲國法權問題の考察（附錄）支那に於ける治外法權撤廢問題の經過（同書一六一頁以下）參照。

寺島廣文氏論文、支那に於ける治外法權の種々相（外交時報第六七卷第四號（六八九號）二五―三七頁所載）參照。

第三節 外交使節の特權と軍艦の治外法權

凡そ國家主權の作用の交互錯綜する諸現象中、其の由來する所の最舊くして且最多く論議の目的と爲りたるは外交使節の特權問題に若くはなし。所謂治外法權制（エキステリトリヤリテ）の觀念は其源を外交官の法律上の特殊地位に發したるものにして、外國君主、外國軍隊、法權を有する領事官（領事裁判官）及外國軍艦の治外法權は何れも皆外交官の特殊地位に類推して論議に上るものなり。此四者は共に治外法權の通稱の下に一括せらるるを例とすれども、各自獨特の性質を有するが故に一を以て他を律すること能はず。茲に外交使節の特權問題に配するに軍艦の治外法權を以てしたるは、二者の比較對照は其異同を辨疏するに付最有效なる手段と認めたるが爲なり。先づ外交使節の特權より始めむ。

第一、外交使節の特權

外交使節の特權を説明するが爲、治外法權の擬制を用ゐたるは西紀千六百二十五年（即ち本朝寛永二年）佛都巴里に於て公刊せる「グローチウス」の大著平戰條規三卷中の叙述に始まる。曰く大

公使の駐在國に於ける特殊の地位は法の屬地主義に超越す。此等治外法權人は外國領域内に居住せざるものと思惟せらるべく、此擬制に基き一切の關係に於て本國法律の支配を受くべきなりと。蓋し第十六世紀は法の屬地主義が中世紀以來の法の屬主義に代りたる時代なり。屬地主權の原則は内外人に對し一律に行はるるが故に、在留外國人は往時の如く本國法制の下に生活することを容さず、一切所在地法の支配を受くるの外なきに至る。されば外國大使の特権を説明せむが爲には、其法律上の地位は屬地主義國家内の真空（ヴァクム）なることを必要とす。是れ外交使節は事實上任國內に居住するに拘らず、法律上本國內に定住するものと看做す法の擬制を生じたる所以なり。

(Grocius, de jure belli ac pacis, libri tres, Lib. II, C. 18, §. 5)。

越えて百年「グローチウス」の擬制説を祖述して學理的に治外法權説を大成せしものを和蘭人「バインケルスフク」とす (Bynkershoek, de foro competente legatorum, 1721)。

兩氏の學説の影響を受けたる第十七、八世紀の歐羅巴は治外法權論の大流行を見たが、擬制の範圍は動もすれば法外に擴大せられて却て其弊に堪へざるに至れり。即ち外交使節は其本國領域を離れざるものとする法の擬制は、勢ひ大使の居館を以て本國領域の一部なるが如く思惟せしめ、従つて外國大使館内に逃竄せる犯罪人は司法官憲に於て復如何ともすべからざるの結果を生ぜしなり。外國大使館内

には國際法上罪人庇護の權なきこと「グローチウス」、「ウィックフォール」及「バインケルスフク」の均しく認むる所にして、殊に後者の如きは口を極めて其非を鳴らす所ありたるも、當時の實況は寧ろ反對に之を是認するが如く、學者亦辯護の説を爲すものなきに非ず。「ヴァッテル」の如きも此點に付ては其説明前後一貫せざるが如し。

大公使館を以て治外法權の不可侵地域とする思想は、第十八世紀に於ては更に一步を進め、居館附近の一區劃の住民をして免税其他の特権に均霑せしむるに至れり。稱して *jus quarterium*, *Franchise du faubourg* (des quartiers) と曰ふ。羅馬、馬德里、「ヴェニス」及獨逸皇帝選舉及戴冠式に際しての「フランクフルト、アム、マイン」市の如き最甚しかりしと云ふ。此の特権地域は大使の本國領土と同一視せらるるが故に、當然罪人庇護の權を有するものと認められ、一旦同區域内に竄入せる罪人は其地の司法警察官憲に於て之を檢舉するに由なく、徒に拱手傍觀するのみなりしなり。此の如くして公館附近の一區劃は惡徒の巢窟と化するの傾向あり、各國何れも其弊に堪へざりしが故に、特に條約を締結して庇護權の廢止を約するものあり。第十九世紀に入りてより反動の氣運漸く盛と爲り、殊に其後半期に至りては所謂使館不可侵の原則 (*Franchise de l'hôtel*) は所在地の司法行政官憲が公權力を大公使館内に施行せむとするに當りては該公館長の許諾を要するの

趣旨に外ならずして、別箇の法権區域を構成するものに非ず従つて罪人其他を隠匿し得るの限に在らざるの理を闡明することを爲りたるなり(1)。

(1) Baron Alphonse Heyking, *Exterritorialité*, (Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1925 II, Tome VII) 海牙講演集第七輯二四七—二五五頁参照。

外交時報第五五八號(昭和三年三月一日分)所載山本三吾氏論文、治外法権の法的基礎(同誌二八—四六頁)参照。

國際法上外交使節の特権を認むる所以の法律上の根據は何れに存するやと問はば、先づ第一に職務遂行上の必要に出づと答ふるを可とせむ。蓋し外交使節は其本國の利益を擁護し其主張を貫徹する爲専心努力するの職責を有するものなり。大公使は「モンテスキュー」が嘗て道破せる如く君主の差遣する所に係り其口利役(バロール)たるが故に、其應對は自由にして何等の障礙なからしめむことを要す。彼は獨立人として語るものなるが故に、任國の氣に入らぬこと往々にして之あるべし。大公使にして若し犯罪の爲に罰し得るものとせば其の犯罪を言立つるなるべく又負債の爲に拘束するを得るものとせば輒ち其負債を假想すべきなり。此の如く外交使節にして駐在國の君主及其裁判所に付顧慮するを要する立場に在りとせば安んじて其職務を遂行することを得ざるべし(Montesquieu, *Esprit des lois* liv, XX VI, c, 21)。抑も又外交使節は本國政府の威嚴を代表するものな

るが故に、國家の基本義務たる相互尊重の原則に照らし其特権を認むることを要するなり(2)。

(2) 山本氏前出論文、外交時報第五五九號(昭和三年三月十五日分)三八—五一頁参照。

立博士國際法問答、外交使節の特権に関する問答、國際法外交雜誌第二六卷第五號九五—九七頁参照。

外交使節の特権を論ずるに當り學者或は治外法権なる概稱の下に諸種の特権を一括するものあり或は右特権を不可侵權及治外法権の二種に類別するものあり、或は禮讓に基く特権を加へて三種とするものあり。後者は治外法権の名稱を避けて不可侵權、法権免除(*immunité de juridiction*)又禮讓に基く特権の三項に分説するなり。形式上區々たるを免れざるも實質論としては相互の間大差あるに非ざるが故に強て其の是非を論ずるの必要なかるべし(3)。以下各種の特権に付項を分ちて説明する所あらむ。

(3) 松原博士現行國際法上卷二五六—二五七頁、二六一—二頁及立博士前出國際法問答、國際法外交雜誌第二六卷第五號八八—九五頁参照。

(一) 不可侵權 不可侵權とは外交使節の身體及財産(生命、自由及榮譽を包含す)を神聖視し苟も手を觸るべからざるの絶對性に存す。其の家宅、車馬、往復文書及記録其他使臣が其職務を遂行せむが爲必要とする一切の物皆然らざるはなし。即ち駐劄國は外交使節に對し進んで何等の強制又

は何等の迫害を加ふることを自制するに止らず、他より使臣の身體財産に對し加へらるべき攻撃を極力防護し、右の犯行ありたる場合は普通の私人に對する暴行に比し特に嚴重に之を處罰するの義務あるなり（刑法九一條、獨逸刑法一〇四條參照）。

此の特権は一般外國人の身體財産に對する保護の不十分なりし舊時代に於て特に重大視せられたるものなるが、現代に於ても外交使節の地位の安定上猶其必要を存するなり。使臣の不可侵權は大公使が任國內に足を踏込みたる刹那發生し任國領土を立去る瞬間まで存續するものと認めらる。即ち其職務執行前に始まり其離任後に及ぶものとす。學者或は使臣不可侵の制度を以て舊時代の遺物に過ぎずと爲すものあり、或は狹義の治外法權に包含せらるべく其範圍外に涉りては無用の長物に屬すと解するものあり、其は兎に角使臣の不可侵權は左の場合に於ては消滅するものとす。

(一) 特權受益者より攻撃を受けたる個人が正當防衛の手段に訴へたる場合

(二) 何等の必要なくして故意に危地に立入りたる場合即ち外交使臣が輕率にも自ら災禍を招きたる場合（國際法學會決議第六條第一號及第二號參照）

外交使節の不可侵權は必しも其無制裁を伴ふものに非ず。外交使臣の豫め受くる訓令は其行爲の標準を示すものにして、若し使臣が政府の訓令を遵守せず其他違法の處爲あるときは、其注意を

喚起し本國政府に就て苦情を鳴らし、尙必要あらば進んで其の召還を請求すべきなり。其間當分外交關係を停止することを得べく、極端なる場合には使節を送還し、必要あらば公力に訴へても之を追放することを得べきなり。蓋し外交使節の不可侵權が如何に重要なればとて、之が爲接受國の地位を危殆に陥れ又は其の國權を無視するに至ることを容さざればなり。

(一) 使館の不可侵 (Franchise de l'hôtel) 此原則は外交使臣の住宅(所謂使館)は其同意あるに非ざる限り立入るべからざることを謂ふなり。獨逸の刑法學者の説明に依れば、既述の第一種不可侵權(所謂人的不可侵權)は違法行爲に對し使臣を保護するものに反し、第二種の不可侵權(即ち狹義の治外法權)は駐在國官憲の適法なる職權行爲に對しても亦外交使節を保護するものなるの差あるなり。

第十七、八世紀の舊時代に於て使館不可侵の原則が如何に濫用せられしかは曩に沿革の敘述中に一言したるが如し。即ち使臣の住宅を以て本國領土の一部と看做したる結果、駐在國官憲は普通法の犯罪人訴追の場合に於てすら使館内に立入ることを許されず、使館は又往々にして任國政府に對する陰謀の策源地とすら爲りたるなり。

千七百二十六年西班牙國王「フィリップ」五世の宰相「リッペルダ」公爵失脚して馬德里府の英國