〔宣言〕　玆に宣言とは一方的宣言を云ふ。双方的又は多方的宣言は條約であつて一方行爲ではない（例、巴里宣言）。宣言は多くの場合通知を伴ふ（例、封鎖の宣言及告知）。又は通知によつて行はれる（例、戰爭の宣言）。

〔戰爭の宣言〕　戰爭の宣言は一方行爲にして重大なる法律的效果を生ずるものである。相手國との間に戰爭狀態（戰爭關係）の發生を見るものである。戰爭の開始は普通は「戰爭の宣言」によつて行はれる。國際法上「戰爭」とは一國の「戰爭の宣言」によりて相手國との間に發生した法律上の效果、卽戰爭と云ふ狀態又は關係を指すのであつて、戰場に於ける一つ一つの戰鬪を指すものではない（何は此點については下揭第三編に於て詳述する）。

〔通知〕　一國が特定地域に對する先占の通知（例、一八八五年伯林一般議定書第三四條）、又は交戰國が中立國に對する戰爭狀態發生の通知（開戰に關する條約第二條）、又は條約廢棄の通知の如きを云ふ。何等かの法律上の效果を生ずる通知に限り一方的法律行爲とせられる。

〔抗議〕　一國が其權利又は利益を擁護するが爲めに或事態・事項又は要求に對して之を不當・不法視するの意思表示である。其抗議（不承認）だけで權利保全に充分であるかどうかは別問題である（所謂スティムソン主義につき―米國の「不承認政策」につき―後に述ぶる所及拙著「時局關係」五七頁以下參照）。

〔承認〕　一國が其一方的意思表示（明示と默示とを問はぬ）により或事態・事實又は或要求を認諾し一定の法律上の效果を生せしめることを云ふ。抗議の反對である。從て或事態を承認した以上後日之に抗議することは出來ない（英法の所謂 Estoppel に相當する）。承認は抗議權の拋棄とも云へる。二國間の條約に對して第三國が承認したり、抗議したりすることもある。一國の先占其他領土權獲得に對して他國が承認したり抗議したりすることもある。何れにせよ一方行爲である。しかし承認は其目的又は目的物の如何によつて法律上の效果固より同一ではない。國家の承認の如きは前述の如く（第三章）國家の成立をアドミツトするのである。相手國に國際人格を認むるものである（條約又は先占其他領土權獲得に對する他國の「承認」につき後に述ぶる所參照）。

一國が他國から或事項について通知を受けた場合、若し之に反對であれば抗議すべきであるのに、相當期間內に之に抗議しなければ之を承認したものと見られる。抗議か承認か何れかに出でねばならぬ場合に限り「沈默は承認なり」との原則が適用せられる。

〔拋棄〕　權利の拋棄を云ふ。一國は固より一方的意思表示により權利を拋棄することを得る。義務は一方的に勝手に之を免れ得ぬが、權利の拋棄は差支ない。しかし其意思表示は明示的又は默示的（默示的とは或行爲により拋棄の意思が認められる場合を云ふ）に行はれる。しかし權利の拋

棄は推定することを許さぬ。尤も權利を保全せんとすれば「抗議」すべきであつた場合に抗議しないときは（沈默）拋棄の意思があつたものと見られる。但し「權利を行使しない」（不行使）と云ふ單純なる事實丈けでは權利の「拋棄」と見るべきではない。

二　國家は一方行爲により拘束せられるか

國家は約束（双方行爲―條約）によつてのみ拘束せられることがあるか。一方行爲―一方的意思表示―は何時でも取消し得るものであるか。一方行爲なりとも法律上の效果を生ずる以上、國家は勝手に之を取消し得ないのではない。例へば前記「戰爭の宣言」の如き、之によつて既に戰爭狀態開始した以上當該國（宣言をした國）は之を取消さうとしても取消し得ない。のみならず、戰爭を終了せしめる爲めには、普通は條約―講和條約―に俟たねばならぬ。國家の承認、政府の承認乃至は權利の拋棄の如き皆之を取消し得るものではない。但し封鎖の宣言、通知の如きは取消し得る。否此場合でもそれは封鎖の解除を通知するのである。「抗議」の取消の如きも實は取消と云ふよりも其撤回である。新たなる承認によつて置換へられるのである。

〔東グリーンランド事件〕　此事件は諾威國外務大臣が丁抹國外務大臣に對し「東グリーンランドに對する丁抹政府の計畫に對し諾威國は何等反對せざるべき」旨を聲明したことに關する。此事件に於て最近國際司法裁判所は一國は其外務大臣の一方的聲明―文書によると口頭によるとを問はず―により拘束せられることを認めた（米誌一九三三年七月號四九三頁以下）。しかし外務大臣の一方的聲明と單純なる「談話」（コンヴアーセーション）とは區別すべきである。尤も國際會議の議事錄中に特に揭載せられたる協定事項は假令それが一方的聲明の形式を取つたとしても、當該國を拘束することは固よりである（例、往年の日清交涉會議錄中所謂並行線問題に關する支那側の聲明―尤も日本では之を「協定事項」として居る）。

第二節　條　約

第一款　條約遵守の義務

（所謂「事情變更の原則」）

一　條約遵守の義務

國家は條約を守らねばならぬ。條約遵守の義務（pacta sunt servanda）は國際法上に於ける國家の義務中最も重要なものである。故に之を國家の基本的義務の中に數へる學者もある。國家が其約束を守らないやうでは、國際法は根底から覆される。國際法は文明諸國の同意―合意―約束―に其基礎を置く

のであると學者は云ふ（尤もこに對し異說のあることは前述の通りであるが）。國際法は各國の合意に成る法律である。否各國の「合意」卽「法律」である。而して條約は右の合意中最も正式のものである。

「何故に」國家は條約を守らねばならぬか。それは我々の關する所ではない。しかし右の「條約を守るの義務」は國際法上の義務であるか、換言すれば國際法の「內容」を成すか、それとも國際法の「前提」と云ふべきものであるか。議論の岐るる所である。ウィーン學派は「約束は守らねばならぬ」と云ふ其所謂「基本規範」を以て國際法の「前提」として居ること嘗て述べた所である（第一章參照）。右の規範を國際法の「前提觀念」となすが適當か、「內容觀念」となすが適當か。批判の餘地存することも嘗て述べた通りである。

二　條約遵守の義務と事情の變更

國家は條約遵守の義務を有するが故に

(1)國家（締約國）は一方的に―他の締約國（全體）の同意によることなくして―條約上の義務を免かれることは出來ぬ。又條約の或條項に對し紛更を試むることも出來ぬ。一八七一年倫敦議定書（拙著上五九三頁）は右の原則を關係國間の文書に現はしたに過ぎぬ。

(2)しかし右の義務は果して絕對のものであらうか。當該條約の履行不可能となつた場合聯盟規約一九條―後述參照）。締結當時と事情が大に變つた場合でも、あくまで締約國は條約を守らねばならぬものであるか。殊に國家は「事情の變更」を理由として一方的に條約を廢棄し得るものであるか。議論の存する問題である。

〔所謂「事情變更の原則」〕　由來私法上の原則である此原則を國際法上にも認むべきや、之を認むれば條約遵守の義務は大に其效力を弱められる。之を認める程度如何によつては條約は反古同樣になるの虞がある。

此「原則」を支持する學者にして漠然下の如く云ふものがある。曰く、「條約は其締結當時の事情に變更なき限り當事國を拘束するものである」と云ふことは總ての條約の中に暗默の間含まれて居る一約款である』と、而して右の暗默的約款を稱して clausula rebus sic stantibus と稱する（英譯すれば clause "so long as things stand as they are" の義である。「不變狀態約款」とでも譯するのがよいかも知れぬ、が最近我國では「事情變更の原則」と云ふ語が一般に行はれるやうである。しかし實は「事情不變更の原則」と云ふのが原語に近い）。國際法上此原則を認めんとする學者に於ても其適用せらるべき場合及效果等について意見が頗る別れる。此原則は（一）「如何なる條約」について（二）「如何なる事情」の（三）「如何なる變更」があつた場合（四）「如何なる效果」を生ずるか。（第一）適用せらるべき條約について

は「不變狀態を設定する條約」(executed treaties　之については後に述べる)には適用があり得ない。此種の條約に於ては「變更すべからざる事態」が定められたのであるから、「事情の變更」を理由として此種條約を變更(破棄)することは許されぬ。しかし右以外の條約であつて期限附の條約にも此「原則」の適用があるか、それとも無期限の條約に限り其適用があるかについては議論が分れる。(第二)「事情の重大なる變更」(=vital change of circumstances=　其他類似の文句が學者によつて色々使用せられる)があつた場合、この「原則」が援用せられると學者は唱ふる。しかし其所謂「事情」とは如何なる事情であるか。條約と如何なる關聯を有する事情を云ふのであるか。所謂不平等條約の撤廢について支那側の主張する如く漫然「事情の變更」を主張すること—條約と如何なる關係にある事情であるかを指摘することなく—は許されない。領事裁判制度の存在理由たる事情—司法制度・警察制度の不完全が改善せられて、完全になつたと云ふ意味で右の主張がなされるのでもない。次に本「原則」を肯定する學者にして當該條約の「前提要件」(フォラウスゼッツング)たる事情に變更があつた場合に限り此原則を認めんとするものがある。しかし如何なるものが當該條約の前提要件と云ふべきであらうか。それが「一定の事實狀態に關して居り且其狀態の存續すること」を條件として條約が結ばれたるとき」と云ふ人もあるが(例、リスト)別段明白でもない。固より當該條約に明白に一定の事項・事實の存在又は狀態若は其存續を解除條件とした場合には別問題である。しかし玆では「暗默の條件」又は「暗默の約款」「暗默の意思表示」などと云ふのであるから問題は面倒となる。(第三)しかも其事情又は「條件」たる事情に重大なる變更があつた場合と云ふのであるから事は更らに複雜して來る。重大であるとないとは何人が判斷するのか、此原則を主張する側の判斷に委せられるのであるか。第三者殊に裁判所の判斷にでも委せられるのであるならばまだしもであるが、實は此「原則」の當否については未だ國際裁判所—殊に國際司法裁判所—も決定を下して居ない。全然此等裁判所の考量に上らなかつたと云ふのではないが(オッペンハイム上七四九頁註參照)、未だ適當なる判例はない(ラウターパハトは獨逸のスターッゲリヒツホーフの判例を賞讃して居る。「國際關係に於ける法の作用」二七七頁以下)。唯學者の意見があるのみである。否其意見が區々に分れて居る。(第四)殊に此「原則」の效果について意見が分れて居る。(イ)或學者は前記事情の重大なる變更あるとき當該條約の一方的破棄權を當事國に認めんとし、(ロ)他の學者は右の場合唯廢棄を相手方に申出づる權利を當事國に認めんとする。廢棄を相手方に申出でて、之に相談を持かけて相手方が之に應ずればよいが、應じない場合はどうするか、此場合初めて一方的破棄が出來ると云ふ人もあるし(ガーナー、オッペンハイム)、又此場合一方的に廢棄は出來ないと云ふ人もあ

る（フォーシル）。最後の說は此の「原則」を否定する論者と敢て撰ぶ所はない。此說の如くんば國際法上此「原則」が認められるとは云へぬ。唯事情の變更は廢棄申出の政治的・道德的理由として役立つに過ぎぬ。

此の「原則」を眞に效果的ならしめんとするには事情の變更があつた場合に當該條約の「自働的消滅」（オートマティック、エキスピレーション）を招來すると云ふのでなければならぬ（ウイリヤムスは此點を詳述して居る）。然り、實際に於て斯かる主張が試みられた例はある。一九一四年に獨逸が―獨逸宰相が議會に於て―白耳義中立條約の效力について、否其消滅について右の自働的消滅論を高唱した。固より他國は之を認めない。加之異口同音、獨逸の不信を攻擊非難した。獨逸以外露國も一八七〇年、一八八六年及一九二四年、塊國は一九二三年、支那は最近屢〻（不平等條約の撤廢問題に關し）陰に又は陽に右の「原則」を援用した。しかし右何れの國の主張に對しても常に相手の利害關係國は之に反對した。一八七〇年の露國の主張は却て翌年一月の倫敦議定書を生み條約の神聖が同議會定書に明白にせらるるに至つた（前揭本文參照）。故に此等諸國が此「原則」を主張した實例は各國が之を認めた先例とはならぬ。若し夫れ學者にして此原則の危險なることを認めつつ、或は自衞權により（例、オッペンハイム）或は緊急行爲により（例、ストルプ）或は「重大利益」の擁護に名を借り（例、フェルネフク）此原則を容認せんとするに至つては、愈〻以て危險であると云はねばならぬ。我國は不平等條約撤廢に關する支那の主張を斥くるに當つて此原則を明かに否定した（拙著國際問題六四頁以下）。要するに此原則は現行國際法上の一原則と認むることは出來ぬ。學者の議論にすぎぬ。學說としても非法律的（アンジュリデイカル）のものである（ブライアリー）。

〔聯盟規約第十九條〕 規約第十九條は「適用不能トナリタル條約」（treaties which have become inapplicable）を「再審議」（レコンシダー）することを聯盟總會から「隨時聯盟國ニ慫慂（アドヴアイス）スルコトヲ得」として居る。本條の解釋についても疑議があり、議論がある。「適用不能トナリタル條約」とは何ぞ、適用しにくくなつた條約をも含むか（"oppressive or obsolete treaties"）。總會は其「再審議」を隨時聯盟國に「慫慂」即「助言」する丈けで、自ら其條約を廢止變更するの力はない。右の慫慂を受けた聯盟國がどうすべきかについては規定が明白を缺く。會議の場合利害關係國（紛爭當事國）を除外すべきか。滿場一致を要するであらうか。利害關係國を除外せずして有意義なる決議が出來るかも疑問である。が、本條は規約第十條の規定を緩和するものと見られる（來誌一九三三年十月六三九頁以下クンツの所述參照）。人によつては規約第十九條は或意味に於て前記「事情變更の原則」を容認したものとも見る。此種の見解及同條の實際價値について疑問はあるが、兎に角支那は往年所謂不平等條約の撤廢を目ざして聯盟總會に本條を持ち出したことがあり、獨逸は最近本條によりヴ

エルサイユ條約の改訂を促進せんとして居る。實に最近の歐洲四國條約は本條を援用して居る。

第二款 條約の成立

條約を「定義」するは學者の難しとする所である。條約の「要件」を定むることも亦難しとせられる（ニーマイヤー、フェルネック）。しかし玆には條約を定義して「國家間の權利義務を定むる要式行爲としての合意」と云はんとする。之によつて條約の成立要件を考ふれば左の通りである。

一 當事國があつて、國際法律行爲能力を有して居なければならぬ。　條約には當事國がなければならぬ。稱して「締約國」と云ふ。The High Contracting Parties の語を條約に見る。當事國のない條約はあり得ない。當事國卽締約國の存在は條約の「成立要件」でもあり、「存續要件」でもある。締約國の一方又は雙方が消滅すれば其條約は當然消滅する。尤も多數當事國間の條約に於て其中一國が消滅するが如き場合は別である。

締約國は「法律行爲能力」を有しなければならぬ。故に此能力を有しない被保護國は自ら第三國と條約を結ぶことは出來ない。保護國の手によらねばならぬ。從國も右の能力を有しないのが原則である。或場合に例外として締約能力が認められることがある。又キューバ國の如きは米國との條約により其條約締結權を制限せられてある（第一編第二章參照）。（キューバの獨立を害するやうな又は同島の如何なる部分になりと第三國をして陸海軍根據地を持たしめるやうな條約を第三國と結ぶことは出來ない。）

條約の當事國は何れも「國家」でなければならぬ。條約は國家間にのみ成立し又存在する。故に英國が印度と協定を結ぶも之は條約ではない。一國が外國人と契約（例、利權契約）を結ぶも條約ではない。カトリック教會（ヴァティカン）は先年のラテラン條約以來（上揭）國家となり、條約締結能力を得た。しかし「コンコルダート」が條約と云ふべきやについては今尙多少の議論がある（例、ル・フュール、フォーシル）。其內容が普通の條約と性質を異にするからである。

二 條約は「國家間の權利義務」を定める。　條約は國際的法律關係を以て其內容とする。條約は國際的法律關係—卽ち國際間の權利義務—の發生・變更・消滅に關するものである（聯盟規約第十八條の所謂「一切ノ條約又ハ國際約定」の意義に關する聯盟事務局覺書につきオツペンハイム七三一頁參照）。

しかし國際的法律關係とは如何なるものか。形式的意義に於て苟も國家間に約束せられたことは總て國際的法律關係と云ふべきか。それとも條約の內容たるべきものは實質的に何等かの制限があるのであらうか。此問題についても議論がある。

〔條約の內容〕　條約の內容たるべきものは適法且可能のものでなければならぬことは別として（之に

ついては後に述べる）、國家は如何なることでも條約の内容となし得るか。國際法は私法ではない。故に私法上の法律關係は假令雙方當事者が國家であつても、國際法上の法律關係ではない。國家間の金錢貸借の如き然りであつて、右の場合獨逸學者の所謂「國庫」（フィスクス）たる資格に於ける國家であり、從て此種の契約は國家間に結ばれた場合でもそれは條約とは云へないと云ふ說が少くない（例、ストルプ）。此說に依れば國家間の條約は國家の「國家としての行爲」を以て其内容とするものである。之に反して内容の如何を問はず國家間の約束は總て條約であり、苟も國家の利益に關することならば國家は何でも條約で定め得ると說く學者がある（例、ラバンド、ステールク）。クヌッペンは右の問題につき詳論したるの後一概に之を論ずることの困難なるを說いて居る。國家ほ其都合（意思）によつて或約束を或は「私法上の行爲」として取扱ふこともあり、或は「條約」として取扱ふこともある（アンジロティも亦同樣の說をなして居る佛譯三四一―二頁）。條約として取扱ふ場合之を條約にあらずと云ふことは出來ない。尙ほ右の問題は國家が外國の裁判所に當事者となり得るや否やの問題とも關聯して居る（此問題については第四章參照）。少くもクヌッペンは兩者を關聯せしめて居る（英米間の戰債協定が契約なりや條約なりやにつき、ウイリヤムス「チャプターズ」三四七―三五〇頁參照）。

次に兩國の皇室間婚姻の契約を爲すときそれは「條約」と云ふべきであるか。元首が元首としてでなく、皇室の首長として約束を結ぶときは、假令條約の形式を撰んでもそれは條約ではないと云ふ學者がある（例、ストルプ）。しかし此點についても議論なしとせぬ。條約の形式を取り、外務大臣の署名があり元首の批准があるときは「條約」と云はねばなるまい（フォーシル三卷一七―八頁、ルヴューゼネラル一一卷三二五頁、同一四卷一六五頁、サトウ五〇三節參照）。コンコルダートを條約と見るべきや。此點についても議論あること前に述べた通りである。

私法上の名稱を用ひても―例へば「租借」―それは唯名稱だけで、實質は私法關係でない場合には條約（租借條約の如き）たること勿論である。

〔條約の種類〕　條約の「内容」如何により條約の「種類」別けをする學者が少くない（就中マクネア―英年鑑一九三〇年）が、條約の内容は千差萬別である。リストが政治條約と交通條約とに分つも別段の實益を見ぬ。

〔法規條約〕　しかし學者が條約中に「法規條約」（ローメーキング・トリーティス）と然らざるものとを區別することについて注意を要する。これはトリーペルが Vereinbarung と Vertrag との區別を强調したのに始まる。卽ち前者にあつては當事國―多くの場合多數の當事國がある―が同樣なる利益を滿足せしむるものであり、後者にありては當事國―多くの場合二箇國―が反對せる利益の調和を計らんとするものである（目的から云はば前者は

當事國の意思表示が並行するものであり、後者にあつては當事國の意思表示が交叉するものである。當事國の內、甲が乙に要求する所が、前者にあつては乙が甲に要求する所と同一であるが、後者にあつてはそれと異るものである（ストルプは後者の例としてヴエルサイユ條約中の聯盟規約）或他の條項は後者に屬するこ同一條約中でも或條項は前者に屬し（例へばヴエルサイユ條約第四三條を擧げて居る）。とがある（例、前記第四三條）。前者は國際間の「法規」を定め—故に「法規條約」の稱がある—後者は國際間の「契約」である。「取引」とも云ふべき行爲である。故に佛國學者は前者を traités-lois と稱し後者を traités-contrats と稱して居る。從來の條約には後者に屬するものが多かつた。今日でも少くない。が、今や多數國間の「法規條約」が增しつつある。海牙條約以來、殊に聯盟規約以來然りである。

マクネアは法規條約を細別して（一）憲法的國際法と（二）普通の法規條約とに別けて居る。聯盟規約・不戰條約の如きは前者に屬し、巴里宣言の如きは後者に屬するものとして居る。兎に角國際法の「編纂」（コディフイケーション）—部分的編纂—が右の「法規條約」によつて行はれる。「國際立法」（インターナショナル・レジスレーション）がかくして行はれる。

しかし二國間の條約も—其內容如何を問はず—當事國間に於ては「法規」である。法律規範には一般的規範の外に個別的規範もある。國際法には一般法規もあり特別法規もある、とすれば、法規條約とそうでないものとを區別するは無意味でもあり、又困難でもあるとして、右の區別に反對する學者も少なしとせぬ（例、エ・カウフマン、フッセル、ラウターパハト）。

〔處分的條約〕　條約は總て締約國間に法律關係を設定するに止まる。第三國に當然對抗し得るものではない。しかし私法上の契約に物權的效果を生ずるものと債權的效果を生ずるものとがあるやうに、條約にも對物的權利 rights in rem を設定するものと對人的權利 rights in personam を生ずるに過ぎないものとの二種を區別することが出來る。前者は領土割讓條約、領土交換條約の如きものである。一七八三年の英米條約（英國が米國の獨立を承認し、又英國が其土地を米國の爲めに拋棄したるもの）の如きも之に屬する。通商航海條約の如きは後者に屬する。右の前者を executed treaties（「實施濟みの條約」の意）と云ひ、後者を executory treaties（「實施中の條約」の意）と云ふ。前者を又「經過的條約」transitory treaties 若は「處分的條約」dispositive treaties とも云ふ（ウエストレーキ上六〇、二九四頁）。〔經過的條約と云ふのはウエストレーキの云ふ如く誤解を來し易い。此種條約こそ「永久的狀態（不變狀態）を設定する條約」である。後の條約により廢止・變更せられない限り永久不易のものである。ウエストレーキは處分的條約と云ふを可として居る。但し當該條約は實施を了しても矢張生きて居る、消滅

するのではない。」

右の區別は必要なる區別である。殊に戰爭の條約に及ぼす影響を論ずるについても、又前に述べた「事情變更の原則」を論するについても必要である。

三　條約は要式行爲である。　從來學者にして條約には何等の形式(フォーム)を必要としないと說くものが少くない。否それが多數である。尤も條約の「名稱」は區々である。「條約」(トリーテー)の外に協定(アグリーメント)・協約(コンヴェンション)・議定書(プロトコル)等種々の名稱が附せられる。否條約には何等正式の「名稱」のないものが少くない。しかし「名稱」と「形式」とは別物である。更に學者にして、條約たるには何等の「文書」を必要としないと說くものがある。「口頭の條約」もあり得ると說くのである。しかし現在の國際慣例に於ては條約たるには「文書」を必要とする。條約文(テキスト)のない條約はあり得ない(本誌一九三三年七月號四九四頁參照)。條約の締結に當つては文書の作成が行はれる。尤も其前に種々の準備工作が行はれる。多數國間の條約を結ぶときには國際會議が開かれることが多い。此點につき不戰條約は近年の重要なる唯一の例外とも云ふべきであらう。國際聯盟は多數國間の條約締結に努力して來た。何れにせよ條約の締結には全權委員が之に「署名調印」し、締約國元首の「批准」がある。之が通例である。加之聯盟國間の條約にあつては聯盟事務局への「登錄」も行はれねばならぬ。文書によることなくして如何にして此等のことが行はれ得るであらうか。故に云ふ、條約は「要式行爲」であると。

〔聯盟と條約〕　聯盟それ自身は他國を相手にして條約を結ぶことはない、かかる能力もない。聯盟が條約の締結に便宜を與へることはある。しかし聯盟に於て條約が締結されるのではない。聯盟の機關—理事會又は總會—の決議だけで條約が出來るものではない。聯盟總會に於て(例、國際司法裁判所規程に關し)又は聯盟の招集に係る國際會議(例、軍縮會議)に於て條約案文が審議せられることはある。しかしそれが採擇・決定せられても直ちに條約となるのではない。各國の代表者が署名しなければならぬ。或期間を定め、又は定めずして、各國代表者に署名を求むることもある。しかし代表者の署名だけでは足りぬ。條約として當該國に對し效力を生ずる爲めには更らに各國元首の批准—及び批准書の寄託、乃至登錄の手續—を必要とする。現に聯盟後援の下に出來た條約の批准が遲れるので聯盟では困つて居る場合が多い。固より玆には原則を說くのである。例外がないではない。例外としては聯盟總會で採擇されたものが各國代表者の「署名」を待たずして各國の批准に委せられた場合もある(一九二八年の一般議定書)。國際勞働總會で採擇せられた勞働條約にも當事國代表者は署名しない。但し「權限ア機關」の「正式批准」が必要とせられる(勞働規約第四〇五條)。何れにせよ各國代表の署名も又元首の批准もなくして、聯盟總會の決議、決定丈けで各國を拘束する條約が出來上ることはない。條約締結能力は各國の保有する所

〔條約の署名〕　條約たるには一國代表者―全權委員―の署名・調印が必要である（前述の如き例外場合がないではないが）。而して全權委員が署名調印を行ふには「全權委任狀」を有しなければならぬ。締約國の全權委員は「互ニ其全權委任狀ヲ示シ其良好妥當ナルコトヲ認メ」たる上條約に調印するのである。正式調印の前に「假調印」をすることも往々ある（例へばロカルノ條約のロカルノに於ける假調印）。假調印には全權委任狀を必要としない。各全權委員が其氏名の頭字のみを記することによつて之を行ふ。

〔條約の批准〕　締約國の元首が其全權委員の署名調印した條約に對し之を受諾するの決定的意思表示を爲すことを稱して條約の「批准」と云ふ。此批准と云ふ行爲によつて當該條約に對する其國の國家意思が確定するのである。批准は其前既に成立した條約を追認するのではない。批准前の條約は唯條約の確定草案たるに過ぎぬ（フォーシル、アンジロッティ、但異說につきルヴュー・ゼネラル一九三一年七六〇―一頁參照）。「確定」草案であるから批准の際には其草案のまゝで批准しなければならぬ。其內容を變更することは出來ぬ。批准には部分的の批准又は條件附の批准と云ふものはない（批准の際に「留保」を爲し得るやについては後に述べる）。

一國は條約に批准しただけで放置するのではない。二國間の條約にあつては相手國との間に批准書の「交換」が行はれねばならぬ。多數國間の條約にあつては特定國の政府―多くの場合當該條約の批准書は米國政府に寄託せられた）。

條約は「例外」として元首の批准を俟たず、調印と同時に效力を生ずる場合がある。其旨が條約に明記せられることを必要とする（例へば日英同盟協約―「本協約ハ調印ノ日ヨリ直ニ實施シ」）。批准權の拋棄である。特に批准權の拋棄がなければ、條約は批准を必要とする。何等「本條約ハ批准ヲ要ス」と云ふ如き明記がない場合でも批准を必要とする（ウエストレーキ）（ルヴュー・ゼネラル一九三一年七六七頁、オプタン、オングロア事件參照）。聯盟規約第二六條による改正規約の「批准」は一種特別の效力を有するものである（バドヴアン）。

〔議會の同意〕　國によつては其國の元首が批准を行ふ爲めの「前提要件」として議會の同意が必要とせられる場合がある。例へば米國では大統領が批准を行ふには上院の三分の二の多數による同意がなければならぬ。右の要件を具備せざる批准は批准としての效力がない。卽ちそれは批准ではないのである。國際法は批准權限が何人にありや、又其人・其機關が

如何にして其權限を行使するやを、全然當該國の「國內問題」となし、國內法に委してある。反對說—右の如き要件を滿さざる批准は對內的に無效と云ふだけで、對外的には有效であるとの說—があるが誤りである。しかし此問題について學者間種々の議論がある（就中バドヴアンが海講一五卷五七七頁以下に說く所、及ミルキン・ゲツチエヴイツチが海講三八卷三九九—四〇〇頁に說く所參照）。

條約の「實施」の爲めに—「批准」の要件としてではなく—議會の同意又は立法を必要とする場合は右とは別問題である（リスト二五五頁、又英國の例につき英年鑑一九二八年五九頁以下參照）。此場合議會の同意（又は所要の立法）がなければ國內に於ける條約の實施には支障を生ずる。何れにせよ政府は當該條約實施の爲め所要の立法手續を講じなければならぬ。が、之を講じて不成功に終つた場合國際責任を生ずるか。條約の效力が發生すれば履行の義務は生ずるが、斯かる場合國際責任を免るる爲め、條約を結ぶときに其條約の實施に必要なる立法につき「立法府に提案すべきことを約する」に止むることがある（例、ゼネヴア條約第二七條）。

〔條約の國內的效力〕　條約を國內に實施するは當該國の責任である。唯如何なる方法により國內に於て效力あらしむるかは其國の自由である。條約を「法律として」實施しやうと、「公布」の手續のみによつて實施しやうと、將た慣習的に國內裁判所又は行政官廳をして之に準據せしめやうと、それはその國の隨意である（ハイド、ストルプ）。國際法の關する所でない。各國に委せられる問題である。（條約の國內に於ける效力につき、殊に公布につき海講三八卷二五四頁以下及三八九頁以下、殊に三九二頁及ルヴユー・ゼネラル一九三一年七六八頁參照）。

〔交換公文〕　「批准を要しないものに「交換公文」がある。之を條約の一種に數ふべきか。積極說もあり（例、ウエストレーキ）、消極說もある（例、リスト）。交換公文も固より當事國間の合意たるには相違ないが、高平ルート協約、石井ランシング協定（何れも交換公文である）及一九一二年グレー・カムボン交換公文等に關する關係國間實際の取扱振りから見て、交換公文を普通の條約と同一視するには躊躇せざるを得ぬ（國を異にする行政廳間の同意は條約と云ふべきや、海講一五卷六二六頁バドヴアン參照）。

〔戰時合意〕　休戰條約以外、戰時合意（戰時規約例へば降伏規約の如き）は玆に所謂條約に屬しない（バドヴアン）。休戰條約は「條約」である。批准を要するか、之を要すとなすもの（ハイド）、「通常」之を要すとなすもの（オツペンハイム、フオーシル）がある。しかし實例を見るに日淸休戰條約も世界大戰の休戰條約も批准して居らぬ。

〔批准の理由〕　何故に條約は批准を必要とするか。各國に於ける「條約締結權限」が一國の元首にあるから、其元首の確定的意思表示が必要である、と云ふ以外に、批准の必要とせられる理由については—學者の說く所は色々あるが—之を探求するの必要はない（ルヴユー一九三一年七五四頁以下）。

〔批准拒絕の理由〕　全權委員が調印した條約でも元首は之を批准しなければならぬと云ふ「義務」はない。批准の拒絕は—政治的、道德的に見て其當否は別として—法律上では批准拒絕の理由を限定することは出來ない（アンジロッティ）。全權委員が其權限又は訓令を超えた場合に限らぬ。尤

も二國間の條約にあつては批准の拒絶は從來稀である。しかし米國では前述の上院關係から批准の拒絶（批准不能）が時々起る。多數國間の條約に至つては批准の拒絶を見ること屢々である。否批准をしないで放置することが少くない。聯盟の斡旋に出づる條約にすら此傾向が著しい。批准の拒絶又は無期延期には理由を示す必要もない。例へば佛國が華府條約中の潛水艦・毒瓦斯に關する條約に對する態度の如き、又列國が一九〇九年の倫敦宣言に對する態度の如きに之を見ることが出來る。

〔條約成立の時期〕　條約は何時成立したと見るべきか。之につき學說は分れる。（一）調印と同時に條約は成立した（從て調印の時から拘束力をも生ずる）と見て、唯其「執行力」が批准まで停止せられて居る、故に批准は條約に執行力を與ふるものであると云ふ說がある（ルヴュー一九三一年七六八頁）。オッペンハイムは調印によつて條約は締結せられると云ひ乍ら、「拘束力」の發生が批准まで停止せられる、批准が拒まれれば條約は消えて無くなる、批准あるまで條約は「完全」のものとならぬと云ふ。何れにせよ此種の說は國際慣例に反する。通說も之に反對する。（二）通說は批准交換（又は寄託）の時を以て條約成立（及效力發生）の時期となすもので、批准前は條約の確定案たるに過ぎぬ。批准は一國の元首が締結濟みの條約を嘉納するの意思表示ではなくして、寧ろ條約を締結するの意思表示それ自身である。別言すれば批准は既に出來て居る法律行爲を確認するにあらず、新しく法律行爲を成立せしめる爲めの意思表示である。而して彼我批准書交換は實に彼我の意思表示が合致したことを示すものである。故に批准書の「交換」ありたる時（多數國間の條約にあつては批准書の「寄託」ありたる時）が條約の成立時期であると云ふ（ハドヴァン、ストルプ、アンジロッティ、ウェストレーキ）。現時の國際慣例は此說を裏書する。

〔設問〕　調印後、批准前に於て批准後に於ける條約の實施を不可能ならしむる行爲に出づる國は「權利の濫用」ありたるものとして其の責に任ずべしとの說（アンジロッティ）の當否如何。

〔批准は遡及するか〕　條約の效力發生について條約に特に明記してない場合には、批准があつた以上條約は調印の當時に遡つて效力を生ずと云ふ說がある。英米の學者に之を見る（例、ハイド）。しかし此說によるも遡及するとは主として土地割讓條約に於ける國家間の關係について云ふのであつて、「私人の權利については右遡及によつて既得權を侵害し得ない」と云ふ。しかし通說は遡及說に反對する。當事國間特別の意思表示なき限り遡及しない（此問題に關する先例につきオッペンハイム・マクネア上の七二九頁註一に揭げる所參照）。

〔留保〕　當事國の一が條約中の特定條項に對し「除外例」を求め、之に拘束せられざるの意思表示をなすとき、稱して「留保」と云ふ（フォーシル）。又或條項につき除外例を求めるのではないが、

一國が一定の「解釋」を付し、後日に備ふるとき之を「解釋的留保」と云ふ（我國が不戰條約中「人民ノ名ニ於テ」の文句についてなしたる留保は此一例である）。

（一）條約の「調印」に際し留保を付することは、二國間の條約には見ないが、多數國間の條約には往々之を見る。何等かの方法により之を記錄に止めて（一例へば調印の際議定書又は議事錄に於て）他の當事國をして之を承知せしめ置く限り、調印の際の留保は差支ない（一九〇七年の海牙條約にも其例が少くない）。（二）條約の「批准」に際し留保をなし得るか。此場合の留保は條約の一部變更を要求するものと看做される。「新提議」と見られる。從て關係國の同意を要する。右の同意は必ずしも明示的なるを要せぬ。暗默の同意もあり得る。しかし其同意が得られなければ留保は出來ない。從て批准も出來ないことになる。依て右の場合二國間の條約のときは其條約は不成立に終る。多數國間の條約にあつては留保國が批准をしないことになる。多數國間の條約に於て之を調印國以外の國の參加に「開放」してある場合、參加國が「留保付」で參加せんとする場合も、爾餘諸國の明示又は默示の同意を必要とする。その同意がなければ參加は出來ぬ。しかし其留保を他國に承知せしめて、他國の反對がなかつたときは同意あつたものと看做される（英年鑑一九二六年一四一頁以下參照）。

條約の批准を了して效力を生じてしまつてから、後日になつて其或條項の適用を受けることを避けんとして之を「留保」すると云ふが如きは、意味をなさぬ。

四　條約は國家間の「合意」である。　國家間の合意は必ずしも總て「條約」と云ふのではない。條約によらずして國家間の合意が行はれる場合がある。しかし條約は國家間の合意の最重要なるものである。

條約は締約國間の合意により成る。意思表示の合致により成立する。其合意は右の如く批准書の交換（若は寄託）による。「條約文」は關係國の右の合意を文書にした「證據」に止まらぬ。當事國の合意は（イ）自由でなければならぬ。又（ロ）適法の內容（目的）を有するものでなければならぬ。

（イ）　合意の自由なること　　意思の自由を有しないものの約束は無效である。一國の元首は條約を結び得るが、他國（の軍）に俘虜となつて居る間は條約を結ぶことは出來ない（例へば普佛戰爭中のナポレオン三世）。又全權委員の身體に對する暴行若は脅迫により意思の自由を失はしめたる場合、其調印に成る條約は無效であると學者は說く。しかし右の如きは假りに實際あり得たとしても、條約は前記の如く批准によつて成立するものでないから、右の如き場合

元首は批准を拒絶すればよろしい。故に右はあまり實用なき規定である（國際法の一規定なりとしても）。右と異り「國家そのものに對する威壓」（プレシュア）は條約の成立及效力に影響なしとせられる（オッペンハイム、ウイリヤムス）。然らざれば一切の講和條約は成立しないことになる。しかし一國が他國に對し戰爭をしかけたり又は最後通牒をつきつけたりして、自己に有利なる條約―條約上の權利―を獲得するのは國際法上差支ないか。それが適法であるか（フイスケル、ラウターパハト等は之を疑ふ）。抑もかかる條約は條約其者が有效であるか。將た又戰爭又は戰爭の脅威により―「兵力の使用」により―他國の領土の割讓（條約）を強要し得るか。「兵力の使用」又は「威壓」の意義如何が先決問題であらう。

かかることは聯盟規約又は不戰條約に違反するものであるか。右の如きはスティムソン主義に所謂「不戰條約ニ違反シタル方法ニヨリ獲得シタル條約」（又は條約上の權利）と云ふべきであるか。又かかる行爲を「承認セズ」と云ふスティムソン主義は果して如何なる效果を有するか。議論の存する所である（スティムソン主義につき別に述ぶる所參照）。

（ロ）條約の「目的」（內容）が適法なること　國際法の禁止することを條約で―二國若は數國間で―協定することは出來ない、かかる協定をしてもそれは無效であるとせられる。例へば公海自由の原則を無視した條約を二國又は數國間で作つても無效であると學者は說く。此場合當該國際法規は强行法でなければならぬ（國際法に任意法と强行法とありやにつき後述參照）。又右の如き條約は當然無效であるか、それとも一方の意思により又は第三國の要求により取消し得べきものたるに過ぎぬかも問題である（條約の無效及取消につき後に說く所參照）。

第三款　條約の效力

一　效力發生の時期

原則として條約は其成立と同時に效力を發生する。何時如何にして條約が「成立」するかは前に述べた。條約が成立はしたが效力は未だ發生しないと云ふのは普通ではない。

しかし特殊の理由により條約の效力發生が條件付けられる場合がある、停止せられる場合がある。卽ち聯盟國間に於ては「將來締結スベキ一切ノ條約」は之を聯盟事務局に「登錄」しなければならぬ。而してその「登錄ヲ了スル迄」當該條約は「其ノ拘束力ヲ生ズルコトナカルベシ」と定められてある（規約第十八條）。故に聯盟國間の條約に於ては登錄は「效力發生の時期」を定むるものである。

條約はその效力發生と同時に國際的には實施期に入る（date of taking effect）。否右實施とは效力の發生を意味する。しかし當事國は實施期又は效力發生期を特に定むることを妨げぬ。例へば批准後若干日を經て效力を生ずるものとし（例、海牙條約中批准書寄託の日附より六十日後に效力を生ぜしむるものがある）、又調印と同時に實施せられることもある（例、第一回日英同盟協約第六條）。何れも特別の規定ある場合である（右何れも taking effect 又は come into effect の語が使用せられる）。若し夫れ條約の國內的實施に至つては別問題である。これについては前に述べた。

〔條約の登錄〕〔聯盟規約第十八條〕（甲）〔登錄の效果に關する諸說〕　本條は秘密外交を排するの趣旨でウイルソン大統領が主張して聯盟規約に挿入したものである。しかし實は秘密條約を排斥するものたるに過ぎぬ。否秘密條約のみに關するものではない。秘密條約を結んでも之を聯盟事務局に登錄しなければそれは拘束力がない—當事國を拘束する力もない—と定めんとしたため、却て他の條約にまで累を及ぼすこととなつた。同條には「秘密」條約と限定してはない。一般に條約が出來ても—成立しても—登錄手續を濟ますまでは當事國間にすら拘束力がないとなれば、折角の條約はそれまで立往生の姿に在る、實際上も不便であり、理論上も不都合である。そこで右規約第十八條の解釋につき種々の說を生じた（聯盟に於ても第一回の總會以來、種々討議を重ねたが、別段の成果を示さず、議論倒れに終つた）。（一）第一說に在つては條約は成立と同時に卽ち二國間の條約にあつては批准交換と同時に、當事國を「拘束」するが、條約の「履行請求」は登錄を了した上で初めて出來ると云ふ。此說は聯盟に於ても又國際法學會に於ても（アンスティテュー一九二三年安達、フイスケル報告）相當有力なる說であつたが、しかし右規約の條文には明に登錄までは「拘束力」を生じないとあるから（英文 no treaty…… shall be binding until so registered. 佛文… "ne sera obligatoire avant…"）、右の說は明文を無視する嫌あるを免れぬ。規約に所謂「拘束力」とは條約の「義務性」（フェアビンドリヒカイト）を云ふ。條約として妥當することを云ふ（"valid, binding or operative"）。條約によつて權利者が權利を主張し義務者が義務を履行すべきことを云ふ。故に條約の「拘束力」（force obligatoire）と「實施力」（force executoire）とを區別するの說も贊成し難い（フォーシル）。否兎に角規約第十八條は登錄を以て「拘束力」發生の要件として居り、「實施力」發生の要件としては居ない。尤も當事國が條約を「變更し得ないこと」を稱して拘束力と云ふならばそれは別問題である。しかしさうならば左の第二說と撰ぶ所はない。（二）第二說は條約は批准（交換又は寄託）によつて完全に「成立」（エキジスト）するが、「拘束力」（バインディング、フォース）は登錄によつて初めて生ずる。完全に成立した以上當事國は隨意に之を廢棄したり變更したりすることは出來ないが、拘束力（效力）が生じて居ないから履行義務が停止せられる。故に條約の履行を請求することは出來ない（任意の履行は固よ

り差支ないが)。蓋し此說は第十八條の解釋としては正當である。而して登錄の此效果は絕對的のもので、聯盟に對してとか、第三國に對してとか云ふ相對的の效力停止ではない。登錄を了するまでは當事國間にも拘束力なきものであると云ふのである(本條に關する調査を委囑せられた聯盟の法律家委員會の意見)。(三)第三說は、條約は批准(交換又寄託)と同時に當事國を拘束するが、聯盟に對し—又國際司法裁判所に對し—之を對抗するには登錄を了しなければならぬと云ふのである(登錄を聯盟對抗條件とするもの)。この說は伊太利派の主張である(ティトニー、アンジロティ等)が、他に贊成はない。(四)條約は批准を了した以上(批准書の交換又は寄託を了した以上)各當事國は一方的に登錄を聯盟事務局に申請することにより條約の拘束力(效力)を發生せしめ得るのであるから、批准交換と登錄との間に於ける條約の效力如何の問題は實際上は差したる實益も實害もない。しかし法律論としては登錄あるまで當事國間にも條約としての拘束力は生じない。が、批准(交換又は寄託)は當事者に「登錄によつて條約の拘束力を發生せしめ得るの權利」を生ずると說くものがある(ハチェック)。これも一說である。しかし聯盟國は寧ろ「登錄の義務」を有するものであらう(ストルツ)。兎に角聯盟では登錄に關する前記の問題は未決問題として殘して居る。

(乙)〔登錄に關する諸問題〕 **(一)大戰に關する戰債協定の如きは登錄を必要とせざるか(一九二一年英國政府より聯盟への主張)。**登錄を要する條約・協定の範圍如何の問題は聯盟總會の議に上つたが(第一回乃至第三回)何等決定を見ずして了つた。(二)締約國の一が非聯盟國である場合でも登錄しなければならぬか。條約が拘束力ありと云ふことは締約國の全體を一樣に拘束することを云ふ。同一條約が一方(聯盟國)を拘束し他方(非聯盟國)は拘束しないと云ふことはあり得ない。非聯盟國は勿論、規約(第十八條)によつて束縛せられぬ。從て締約國の一が非聯盟國である場合、第十八條は適用がない。これが通說である(マクネア、シュッキング其他)。因みに非聯盟國と雖任意聯盟に登錄する例は多々ある(例、米國)〔非聯盟國が當事國の一方なる場合にも登錄を「要す」との說があるが贊成し難い。右の場合當該條約の效力發生を聯盟國の(即當事國の一方丈けの)登錄に繫らしむる理由はない〕。(三)登錄は「……直ニ」行はれねばならぬ。「直ニ」とは條約成立後直にの意である。成立前に登錄することは出來ない(フォーシル)。未成立・未確定のものを登錄することは無意味である。しかし成立後何日以內と云ふ定めもない。「遲滯なく」の義である。(四)相當の期間內に登錄せず當事國が其條約を放置する場合、その條約はどうなるか。「無效」(ヴォイド)となるとの說がある(マクネア)。疑問である。規約には右について別段の規定がない。聯盟で修正案も出たが採擇せられなかつた。登錄前には當事國が一方的に「取消し得る」(ヴォイダブル)との說があるが(ハイド)誤りであ

る。條約が「成立」して居る以上、一方的に之を廢棄したり變更したりすることは出來ぬ。これが批准（交換又は寄託）の效果である（シュッキング・ウエーベルヒ）。批准（交換又は寄託）が濟めば、當事國は之を廢棄したり取消したりしないで、登錄をしなければならぬ。卽「登錄義務」があるのである。（五）事務局は當事國からの登錄の申請に對し之を拒み得るや。事務局は條約の內容審査權を有するや。現行法としては事務局の登錄に關する任務は「事務的」のものであり、登錄は條約の內容に關する聯盟の「嘉納」（アプルーヴアル）を意味するものではない、とせられる。事務局は內容審査權を有しない、又登錄拒否權もない。少くも事務總長單獨の計ひで之を拒否することは出來まい。理事會又は總會に於て或條約の登錄拒否を決議し得るや、疑問である。登錄を行ふ場合聯盟に內容審査權を與へんとする意見若は主張はある。しかしこれは現行法規ではない。（六）當事國が條約の批准後、登錄前、條約の後日の（登錄せられた場合の）履行を不可能ならしめる行爲に出でたる場合其國の責任如何。國際不法行爲を構成するか。權利の濫用と云ふべきか。疑問である。しかし當事國は一方的に登錄をすればよいのであるから右はあまり實益のない問題である。（七）登錄は遡及效を有するか。遡及效を認めることは、規約第十八條の精神否同條後段の明文に反する（フォーシル、シュッキング・ウエーベルヒ）。（八）登錄義務は「將來」の條約に關してのみ存する。「將來」とは聯盟が出來た時（一九二〇年一月十日）以後の意味である。（九）條約の修正・更新・延期及第三國の加入も登錄を必要とする。（十）登錄は原則として締約國から――其何れの一國でも差支ない――聯盟事務局に對して申出でるのである。しかし事務總長が職權を以て登錄し得る場合もある。（十一）登錄の上は事務局が職權を以て之を「公表」する。その方法は聯盟事務局の發行する條約集に揭載するのである。公表は條約の拘束力とは關係がない。登錄さへすれば拘束力が發生する。登錄の日時が條約の拘束力（效力）發生の日時である。

【設問】（一）一九二〇年九月七日佛白間軍事協定（兩國の軍事當局者間の）及財政協定が登錄せられなかつたのはどう云ふ譯か（米誌一九二五年四月二八〇頁以下）。

（二）日滿議定書は何時から效力を生じたか。日本は之を登錄するの義務があつたか。登錄を申請したら聯盟は之を受付けたであらうか、それとも聯盟は之を拒否するの權限を有するのであらうか。

二　條約の效力

條約は締約當事國を拘束する。而して締約當事國のみを拘束する。當事國は「誠實に條約を遵守するの義務」を負ふ（第一款參照）。稱して條約は「拘束力」（バインデイング・フオース）を生じたと云ふ。（一）條約の「拘束力が發生」（devenu obligatoire）すると同時に條約は「實施」せられるのが（entrée en vigueur, taking effect）普通である。が、實施期が別に定められることもある（ストルプ「エレマン」一八四頁）。何れも條約

の「效力問題」の內に包含せられる。右は條約の「締約國間」に於ける效力の問題である。(二)しかし條約の「國內に於ける效力」は自ら別問題である。公布によつて國內的に效力(實施力)を生ずるか、一國の議會は當該條約の要求する豫算を議決するの義務を負ふかの如きも別問題である(フォーシル第三分冊三五四頁)。兎に角國家の機關は條約によつて拘束せられる。が、(三)人民は直ちに條約によつて拘束せられるものではない。條約によつて直接權利を有し義務を負ふものではない(條約の國內的效力については前に述べた)。(四)條約の效力が發生すれば當事國の一方は他に對して義務の履行を請求するを得べく、又相手方の義務不履行の場合之を理由として(イ)損害の賠償を求むるを得べく(ロ)自分の義務履行を拒むことも出來る。(ハ)右の場合條約そのものを取消し得るやについては後に述べる。

條約義務の履行を確保する手段として土地の占領(保障占領)其他の方法がある。條約上の權利擁護の手段としては一條約上の義務履行を强制する方法として—復仇其他の自救手段に出づることも出來る。又條約の解釋適用に關する紛爭は國際裁判に付するに適する問題とせられる(下揭國際紛爭の部參照)。

〔條約と第三國〕　條約の效力は當事國間に止まること前述の通りである。條約の效力は之に加入せざる第三國に及ぶものではない。條約は第三國に取つては res inter alios acta である。第三國が條約に加入した場合は別問題である(第三國の加入については後に述べる)。(一)二國間の條約によつて第三國に「義務」を負はしめることは出來ないが、第三國が國家として承認せられる場合交換條件として或義務を「受諾」する場合は別である(例、一八七八年伯林條約によるバルカン諸邦の義務負擔)。(二)「權利」を第三國に附與することが出來るか。「第三國の利益の爲めにする條約」なるものがあるか。又右の場合第三國が其利益を受諾するの意思表示を必要とするか。事實上「利益を享受するの行爲」に出づるときは之を受諾するの意思表示(默示の)あつたものと云ふべきか。積極說を執るの學者がないではない(例、リスト)。殊にヴエルサイユ條約中には非加入國の「權利」を認めた條文が往々ある(例、一〇九條、北シュレスウイヒについての丁抹の「權利」。一一六條第三項、賠償に關する獨國の「權利」等)。しかし右の如く明かに第三國の「權利」を認めた場合は別として(ストルプ)然らざる場合、例へば英米兩國間の條約(ヘー・ポーンスフオート條約)によりパナマ運河の使用が各國船舶に開放せられ、ヴエルサイユ條約(第三八〇條)によつてキール運河が各國船舶に開放せられ、マゼラン海峽がアルゼンチン、チリー兩國間の條約により同樣各國船舶に開放せられた如きは、締約國以外の諸國が當該條約によつて「條約上の權利」を得たものと云ふべきであらうか。之を否定するの學者が少くない。(例、オツペンハイム、フエルネツク)。單に條約の反射作用として第三國が「利益」を享受する場合ありとしても、第三國が之により「權利」を取得するものではあるまい。否第三

國をして「條約上の權利」を取得せしむる爲めには條約への「參加」か「加入」によらねばなるまい（オッペンハイム、ルフユール）。（前記の諸條約は締約國が第三國に協議することなく又其同意を求むることなくして、締約國限りで、變更し得るか。國際の共同利益を無視するものとして之を變更し得ざるか、將た之を「國際地役」と見るか、については議論がないではない。國際地役につき後に述ぶる所參照）。

〔第三國の加入〕　原署名國以外の國に對し條約への加入が許されたる場合がある。第三國が自由に參加し得る場合を稱して「開放條約」（オープン・コンヴェンション）と云ふ（例へば萬國郵便聯合條約第二條―「聯合ノ一員ダラサル國ハ何時ニテモ條約ニ加入スルコトヲ得」）。（一）此種の條約に於ては第三國の加入は一方的聲明によつて行はれる。例へば右郵便聯合の場合は加入を希望する國は「外交上ノ手續ニ依リ」瑞西政府に對し「加入ノ申込」を爲すことになつて居る。右申込に對して他國の承諾が行はるべきか、又如何にして行はるべきか。斯かる場合の加入には原締約國の「同意」を必要とするとの說があるが（例、オッペンハイム）又一方には正式の受諾行爲を必要としないとの說もある（ペドヴアン）。蓋し第三國の加入は原締約國の直接若は間接なる勸誘によるものである（直接の勸誘につき「支那ニ關スル九國條約」第八條參照）。此點に關する當該條約の規定及當事國の意思如何により取扱は一樣でない。從て原締約國の別段の同意を必要とする場合もあり又之を必要としない場合もある（フォーシル第三分冊三六二―三頁）。（二）加入には批准を必要とするか。批准書の寄託を要件とするか。普通は之を必要としない。間々「例外」として一國が自國の批准機關の批准を條件として加入する場合がある（オッペンハイム、ペドヴアン但しフォーシルは異說を唱へる）。（三）第三國は右の加入によつて原締約國と同樣の權利義務を有することになる。（四）但し加入國が留保をした場合は別である。留保については前に述べた。（五）條約の「一部に參加」したる場合を「アクセッション」と稱し、一部への參加を「アドヒージョン」と云ふ場合もある。しかし此兩語は往々にして混用せられる。

〔多數國間の條約〕　多數國間の條約には大體に於て二國間の條約に關する諸規則が適用せられるが、若干の特色がないではない。（一）第三國の加入を許すことが往々である。右加入に開放せられる場合（開放條約）と原調印國特別の同意によつて加入し得る場合（閉鎖條約）とある（フォーシル）。（二）當該條約の「廢棄」―一方的廢棄―についても別段の規定を有することが普通である（例、海牙條約中の國際紛爭平和的處理條約第九六條）。此種廢棄によつては廢棄をした國だけが當該條約から脫退することになる。（三）多數國間の條約にあつては「批准の拒否」が二國間の條約に比して屢々である。（四）「留保」も往々にして見る所である。（五）國際勞働條約其他聯盟の關係せる條約

に於ては其署名又は批准につき普通の條約と異れる取扱が往々にして行はれる。前に述べた如く國際勞働條約には署名がない。批准はあるが其形式及内容に於て普通の批准と異つて居る。聯盟總會の採擇せる條約（案）にして各國代表の署名に開放せられ、各國の批准に開放せられるものもある。右の場合各國代表の署名は必ずしも同時に行はれない。時を異にして行はれる。此場合「異時署名」は加入に似て非なるものである（ベドヴァン）。

〔第三國による條約の「承認」及「不承認」〕　條約の有效に成立する爲めには第三國の承認を必要としない。條約は第三國に取つては res inter alios acta であること前述の通りである。しかし二國間の條約は往々にして第三國の權利利益を害することもある。此場合第三國は抗議をすることがあり、其他權利擁護の手段に出ることがある。右の場合當該條約に對する第三國の承認・不承認が問題となり得る。第三國の權利を害する條約は「相對的不法」であると說く人がある。蓋し第三國（被害國）が其條約を承認せざる限り不法であり、之を承認すれば不法でなくなるとの義である（アルカート）。右の場合、當該條約の承認又は不承認は意義なしとせぬ。しかし當該條約を「承認」する第三國は之に加入するものではない。唯抗議權を拋棄するのみである。又之に對して「不承認」の意思を表示しても、それだけで—「抗議」だけで—當該條約が無效となり又は取消されるものではない。其條約をして效力を失はしめる爲めには更らに「不承認」以上に、何等かの積極行爲—例へば列國の干涉乃至制裁が考慮せられねばならぬ。右は例のステイムソン主義及其效果について考へさせられる問題である（此點につき後に述ぶる所參照）。

三　條約の無效及取消

條約は如何なる場合に「無效」であり、又如何なる場合之を「取消」し得るか。條約の無效及取消については私法上の契約の無效及取消に關する規則を其儘準用することは出來ない。否條約に果して「無效」と云ふべき場合ありや。又「取消し得べき」場合ありや、學者の疑ふ所である（ニーマイヤーは條約の「無效」を否定し、ストルプは條約の「取消」を否定して居る）。しかし條約の成立要件（此點につき第二款述ぶる所參照）として一定の事項が擧げられる以上、その成立要件の一若は數者を缺く場合、その條約は無效と云はねばならぬ。例へば（一）當事者が締約能力を缺く場合、（二）談判者が全權委任狀を有せずして條約に調印したる場合、（三）全權委員が意思の自由を失ひたる場合、（四）條約の内容が不法なる場合（此點につき後述參照）、（五）批准を要する條約に批准なき場合、又は批准が憲法上正當に行はれざりし場合の如き然りである。しかし右の場合條約は當然「無效」となるか、それとも「取消し得べき」ものか。又右の場合でも前記第四の如きは議論の餘地なきか。締約國は當該條約の内容が不法であるこ

とを自ら認めて、其無效を主張したり、之を取消したりすることはあまりあるまい。第三國の權利利益を無視したり、國際法に違反したりする場合でも、當事國は之を承知の上で結ぶのが多からう。從て右の如き條約の無效を主張し又は之が取消を求めるのは當事國よりも第三國である場合が多からう。第三國の干渉により條約の破棄又は變更が行はれることがある(例へば三國干渉による遼島半島還付)。聯盟の干渉によつて—又は例のステイムソン主義によつて—右の如き條約が無效に歸し或は取消されることがあるであらうか。否右の如き場合卽「第三者の干渉」に出る場合でもその干渉は條約そのもの の無效若は取消と云ふよりも、當該條約の「效果」を無效に歸せしめること又は當該條約による當事國の「行動に反對」することを目的とするものと云ふべきであらう(ハイド)。

〔國際法無視の條約〕　國際法を無視する條約は條約そのものが無效(不成立)であると學者は云ふ。而して公海自由の原則を無視して公海の一部に對し締約國の排他的獨占權を約束する條約の如き、又數國が相謀りて他の一國を分割することを約束する條約の如きが右の例として擧げられる(例、ホール・ヒツギンス三三七頁)。しかし國際法は總て强行法のみで任用法はないのであらうか。當事國が條約によりて變更し得る任用法はないのであらうか。

〔强行法と任用法〕　國際法に强行法と任用法とがあるか。國際法は總て强行法であるか、それとも大部分(又は總て)任用法に屬するか、議論がある。何れにせよ私法上の强行法と任用法とに關する區別は國際法にそのまゝ之を準用することは出來ない。學者によつては國際法は不文法(慣習法)と成文法(條約法)とを問はず何れも當事國の意思に根據を置くものであるから、總て任用法である。前の約束は後の約束によつて廢止變更し得るものであるから、條約によつて國際法を變更することも出來る。條約によつて一國は其「獨立」を犧牲にすることも出來る。自分の「行爲能力」を消滅せしめることも出來、「權利能力」を無くすることすら出來る(例、日韓併合條約)のであるから、何でも條約で極められぬことはない、と云ふ說を爲すものがある(ストルプ、ブルカート)。しかしこれは極端說である。國際法に强行法が—「約束を守らねばならぬ」と云ふ所謂基本規範以外にも—あることは違ひない。前記公海自由の原則の如き其一である。二國限りの權利・利益に關する事項ならば其二國限りの條約で何とでも定め得やう。しかし第三國の權利・利益に關することになれば第三國から抗議も出る、反對も出る。第三國の—否一般の—權利・利益を擁護するが爲めに一般國際法となつたものも少くはない。

國際法が或事項の處理を一國の恣意若は數國の任意(條約)に放任しない場合、當該法規は强行法たるものである。かかる法規に觸れない範圍に於て國家間條約を結ぶの餘地は隨分多い。

〔條約と條約との衝突〕 同一締約國間の條約に於ては後の條約によつて前の條約を廢止、變更し得る。しかし二國間の條約によつて「第三國の權利」を無視することは許されぬ。殊に「第三國の條約上の既得權」を侵害することは出來ぬ。果して然らば締約國の一が第三國との條約により有する義務と相容れざる條約はどうなるか。無效であらうか。當然無效たるべきか、曰く否。第三國の抗議乃至干渉により當事國が條約の廢棄其他適當の措置を取るか、第三者が之を承認するかによつて、當該條約の運命は決せられる（條約に對する第三國の承認、不承認につき前に述べた所參照）。

締約當事國を異にする場合條約の牴觸問題は解決上種々の面倒がある（ルヴュー・ゼネラル一九三二年一三三―一九二頁參照）。

〔聯盟規約に違反する條約〕 規約第二〇條に於て聯盟國相互間に於ては「本規約ノ條項ト兩立セサル一切ノ約定」を結ぶことを將來に對して禁止するのみでなく、既往の條約であつてもそれが「聯盟國相互間ノ義務又ハ了解カ」―「本規約ノ條項ト兩立セサル」場合に於ては、「各自國ノ關スル限リ總テ本規約ニ依リ廢棄セラ」れたるもの（譯文には「廢棄セラルベキ」とあるが當否疑はしい）とせられる。卽その效力なきを宣告したのである（第一項）。しかし如何なる條約（條約上の義務）が聯盟規約と相容れざるものなりやについては解釋上議論もあり、疑問も出やう。

尙ほ同條は聯盟加入前に聯盟國が非聯盟國との間に「聯盟規約ト兩立セザル義務ヲ負擔シタル」場合、直に義務解除の處置を執るべきことを規定してある（第二項）。

〔設問〕

（一） 日英同盟協約は聯盟規約違反なるや、日英兩國は右協定に關し聯盟に對し如何なる措置を取りたるや。

（二） 上揚佛白軍事協定は聯盟規約違反ではないか。

（三） 一般に同盟條約は聯盟規約と相容るるや。

（四） 佛國と小協商國との間（又は小協商國間）に於ける同盟條約若は援助條約は聯盟規約違反ではないか。ないとすればその理由はどうか

〔不戰條約に違反する條約〕〔ステイムソン主義〕 「不戰條約ニ違反シタル方法ニヨリ成立シタル條約ヲ聯盟各國ハ承認スヘカラス」とステイムソン通牒（日支兩國に宛てたるものにして一九三二年一月七日付）は云ふ。米國政府ハ承認セス」

「聯盟規約又ハ不戰條約ニ違反シタル方法ニヨリ成立シタル條約ヲ聯盟各國ハ承認スヘカラス」とは何ぞ。「兵力を使用」したると聯盟決議（同年三月十一日）は云ふ。「不戰條約ニ違反シタル方法」とは何ぞ。「兵力を使用」したるの意味か。兵力の使用により「領土の割讓」（割讓條約による）を得たる場合のみに限るか、明かでない。又右の「不承認」の聲明のみにより、直ちに當該條約又は其效果を抹殺し得るものであるか。如何にして之を抹殺し、之を無效に歸せしめ得るであらうか疑問である。議論の分るる所でもあ

る。

〔憲法其他國內法と條約との牴觸〕　條約が一旦成立した以上、否其效力を發生した以上、國家は憲法其他國內法上の規定を理由として條約上の義務を免るることは出來ない（國際法と國內法との關係につき第一章、國家の國際責任につき第六章述ぶる所參照）。（一）國家は國際條約を無視した憲法の規定を設けたり、憲法によつて條約を修正したりすることは出來ぬ。獨逸が其憲法第六一條第二項に於て墺國との關係を規定して（墺國の獨逸に合併せられる場合を豫想して規定を設けたのである）ヴエルサイユ條約第八〇條（獨逸をして墺國の獨立を承認せしめたるもの）に違反するに至るや、獨逸は遂に右憲法の條章が無價値のものであること（聯盟理事會の同意なき限り）を聲明するの止むなきに至つた（一九一九年九月二十二日の議定書）（海講三八卷三九七―八頁）。（二）しかし違憲の條約であつて（例へば批准手續上の缺陷）、國內的には勿論、國際的にも成立せず、又效力を發生しないものは固より別問題である（海講上揭三九九頁）。（三）條約を國內的に實施する爲めには法令（國內法）を制定する必要の存する場合がある。條約を其儘國內法の內容とするか。それが「公布」によつて行はれるか否か、又進んで條約實施の爲めの法令を制定する必要があるかは場合に應じて考ふべき所でもあり、又國內法の立て前如何にもよる問題である。各國の此點に關する制度必ずしも一樣でない。何れにせよそれは國際法の關する所ではない。國內法に委せられたる問題である。唯國際法としては條約の實施上必要なる國內法の存在を要求するのみである（條約と國內法との消極的牴觸）。

第四款　條約の消滅

條約は其條約に豫定したる消滅事由により、消滅することは勿論である。（一）條約が期限付なる場合、期限の到來により又は豫定したる時期に於て消滅する（條約に有效期間の定めあるものは尠くない）。（二）解除條件付なる場合、條件の成就により又は豫定したる時期に於て消滅する。此種の條約は稀である。ロカルノ本條約第八條の如きは其一例と云ふべきであらう。（三）締約國の一方的廢棄權が條約に認められる場合にその廢棄權が行使せらるれば亦消滅する。（四）條約は締約國間の新條約により廢止變更せられること常に見る所である。（五）戰爭の開始が條約に如何なる影響を及ぼすやは後に譲る。玆に述べたいのは左の事項である。

〔條約の履行終了〕　條約の存在理由は其「約束を履行するの義務」に存する。故に條約にして履行し終つた以上、條約としての存在理由はなくなる。條約の法律上の效果はなくなる。故に右の場合條約は消滅するのであつて、其後當該條約は唯「歷史上の事實」として―從前の條約とは全く

別物として―殘るのみであると說く學者がある（アンジロッティ）。之に共鳴する有力なる學者も少くない（例、フォーシル）。日露間往年の千島樺太交換條約は千島と樺太との交換が行はれ、之により條約の履行は終了したのである。しかし條約そのものは之により消滅したと云ふべきであらうか。それとも此種の條約は永久的に或事態を設定するものであり（所謂「處分的條約」につき前に述べた所參照）、戰爭によつてさへも消滅しないものと云ふべきでなからうか。私は後說（オッペンハイム）に贊成する。

〔權利の拋棄〕　權利者が權利を拋棄するのは其自由であり、或權利を設定した條約は其權利の拋棄により條約自身消滅すと說くものがある（アンジロッティ、フォーシル）。權利者は權利を拋棄し得るは勿論であるとしても、條約そのものが之が爲め消滅するのであらうか。否如何なる場合、如何なる條件の下に（例へば共同署名國の同意）權利の拋棄が行はるべきであらうか。之を實例に徵するも疑問なきを得ぬ（海講二二卷五三三―四頁マクネア）。

〔履行の不能〕　條約の履行が不能に陷つた場合、條約は消滅するとの說がある。如何なる場合果して條約の履行が不能となつたと云ふべきか、之につき當事國の意見の一致が必要であり、其一致が得られぬ場合には國際紛爭解決についての一般規定（例へば仲裁裁判又は司法的解決）によらねばなるまい（アンジロッティ）。しかし右の場合でも條約そのものが反古となり、消滅するのであるか。殊に一時的履行不能と永久的履行不能とを區別すべきか。右は何れも疑問である（適用不能トナリタル條約ノ再審議」につき聯盟規約第一九條の規定する所、及其解釋につき第一款中述ぶる所參照）。

〔所謂「事情變更の原則」〕　此「原則」なるものの意義及效果については前に述べた。國家は徒らに「事情の變更」を理由として條約上の義務を免れ得るものでないことは前に述べた（第一款）。

〔締約國の消滅又は變動〕　二國間の條約は締約國の一方若は雙方が消滅すれば消滅する。國家は如何なる場合に消滅するか（國家の併合、分裂其他）。國家の國際人格は如何なる場合に消滅するかは前に述べた（第三章）。國際人格に變動のあつた場合從來の條約はどうなるか。人格の消滅なき限り條約は消滅しないのが原則ではあるが（ハイド）、右の如き事情の變更は既存條約にも場合により影響なしとせぬ。果して然らば如何なる影響があるかについては一概に論じ兼ねる（海講上揭四九三―五頁）。

〔條約の無效及取消〕　條約は如何なる場合無效（不成立）であるか。又一旦成立せる條約も後に至り之を無效に歸せしめ得るか。之を取消し得るか。如何なる理由により之を取消し得るか。之については前に述べた。二國若は數國間の條約に於て一方の不履行は他の締約國に條約解除權を生

するやについては左に之を論じたい。

〔一方の不履行〕　條約は相互的であるべきこと私法上の契約と異る所はない。故に當事國の一方が義務を履行しなければ相手國も其義務を履行しなくともよいのであるが、しかし一當事國の條約不履行は私法上の契約の場合に準じ、他方（他の當事國）に當該條約解除權を生ずるか。之を肯定するの學者が多い。（一）條約の條項中重要なるものと否とを區別し「重要條項の違反」（不履行）は條約解除權を相手方に與ふるも、後者卽重要ならざる條項の不履行は然らずと論ずるものがある（ホール、ハイド）。又（二）條約中の條項の「輕重如何を問はず」苟も條約の違反（不履行）あらば當然相手方に解除權を生ずと論ずるものもある（オッペンハイム、アンジロッティ）。しかし國際慣例に照らすに締約國は相手方の或條項の不履行を理由として―其條項の輕重を論せず―直ちに條約そのものを破棄するが如きは、實際に見ない所である。殊に多數當事國間の條約に於て、例へばヴエルサイユ條約に於て獨逸が或條項に違反したからとて―之を理由として―他の一國が爾餘諸國の意思に頓着なく、同條約を破棄するが如きは考へられぬ。マクネアは前記第一の說に贊成しつつも、本問題に關し現行の國際法は未確定且不滿足なる狀態にあると云ふ（海講上揭五二七頁）。

實際に於て一方の不履行ある場合、相手は**自分も其義務を履行しないでよいのであるから、強**

ひて條約其者の破棄をする實益も必要もないし、又破棄することをせずに、却て當該條約を生かして置いて―當該條約の效力を認めつつ―相手方の不信（條約の違反、義務の不履行）を責め、損害賠償其他の救濟を求むるが常である。條約そのものを無くしてしまつたのでは話にならぬ。自分も迷惑する（米佛、米獨間の此種事件の實例につきハイド下の八九、九〇頁に述ぶる實例參照）。權利問題としても―「解除權」の有無の問題―一方の不履行ありたるや否やについての相手方の見解如何により、しかも違反條項の輕重、違反事實の大小如何を論せず、其相手方に「解除權」を認むるが如きは條約をして殆んど無價値ならしむるものと云はねばならぬ。

〔條約よりの脫退〕　多數國間の條約に於ては一當事國が之から脫退し得る規定を見ること往々である（例、海牙條約中、國際紛爭平和的處理條約にあつては第九六條）。何等規定のない場合はどうか。締約國は無制限に―修正又は變更のない限り―永久的に之に拘束せられるか。聯盟規約第一九條による再審議を求める外はないか。それとも一當事國は「事情の變更」を理由として之を破棄し得るか。「事情變更の原則」を援用することなく、又相手國否、一當事國の條約違反を理由とすることなくして、條約を終了せしめ得ざるか。條約の種類・性質を分けて考へねばならぬ。永久的事態を設定する條約は永久的に存續すべきものである（之を廢止變更する條約が新たに出來ない限り永續す

る)が、其他の條約に於ては當事國の意思解釋が必要である。所謂法規條約(例へば巴里宣言、不戰條約)の如きは特別の廢棄條項なき限り一方的に廢棄し得ない。ベルギー永久中立の如き一般的國際制度の設定に關する條約も亦同樣である。無期限の同盟條約又は通商航海條約の如きは如何。永久的事態を設定する趣旨でないから當事國は之を廢棄し得るとの說がある(海講上揭五二八―五三三頁)。

〔聯盟よりの脫退〕　聯盟規約に於ては聯盟よりの「脫退」について特別の規定がある。聯盟國は「二年ノ豫告ヲ以テ聯盟ヲ脫退スルコトヲ得」ることとなつて居る(第一條第三項)。我國は最近此規定によつて脫退を聯盟事務局に通告した。しかし脫退は通知後二年を經て效果を生ずる。それまでは猶聯盟國である。しかし「脫退通告後の聯盟國」の地位については法律上幾多の疑問を生ずる。脫退の條件とも云ふべき「一切ノ國際上及本規約上ノ義務」の履行(同條同項)の解釋についても疑義がある(米誌一九三三年七月五一六頁以下參照)。

第六章　國際不法行爲

一　國際不法行爲の定義及構成要件

國際不法行爲とは一國が不法に他國の權利を侵害し又は他國に對する義務に違反した場合、玆に「國際不法行爲」があつたものとして、其責に任せなければならぬ。國家の「國際責任」は斯くして生ずる。

國際不法行爲の構成要件は左の通りである。

(1)權利の侵害(義務の違反)ありたること。　それは條約上の權利義務であると國際法(慣習法)上の權利義務であるとを問はぬ。國際的權利の侵害、國際的義務の違反は國際不法行爲を構成する。

〔權利の侵害、義務の違反〕　國際法及條約あつて國際間の權利義務を規定してある。國際法が如何なる權利義務を規定して居るかは國際法を通じての研究に委せねばならぬ。條約が如何なる權利義務を規定して居るかも玆に枚擧し得る所ではない。今日世界には無數の條約がある。何れも締約國間に權利義務を定めて居る。實に權利は主張し得るが故に權利たり、義務は履行すべきが故

に義務たるものである。義務者が義務を履行せず、權利者が權利を主張し得すとすれば、所謂權利と義務とは有名無實に歸するであらう。從て義務者が其履行すべき義務を履行せざるときは玆に之が責任を負はねばならぬ、國家が其義務―國際義務―を履行せざる場合亦然りである。各主權國は國際社會の一員として其社會各員間の關係を規律する國際法規及國際條約の規定を遵守し其規定する國際義務を履行しなければならぬ。而して其義務を履行せざる場合（義務違反、卽權利侵害ある場合）之に對して責任を負はねばならぬ。國家の國際責任（international responsibility）は斯くして生ずる。國際責任は國際法の發達及條約の增加と共に愈々繁多を加ふるであらう。しかし果して特定の場合に國際義務違反ありたりや否や、從て國際責任の問はるべきや否やは別問題であり、又場合によつては難問題である。國際法規の未だに完からざる點もあり、國際條約としても解釋上の疑義に亙る點もあるであらうから、特定の場合國際責任の有無及範圍等につき國際の問題―紛爭事件―を生ずること屢々である。

國際法及條約によつて生ずる國際義務は前述の如く多種多樣である。而して一々の義務につき一々其違反―卽ち國際不法行爲―が想像し得る。國際不法行爲は國際義務の態樣及數丈け之を想像することが出來る、從て無數であり、之を枚擧することは不可能である。國際不法行爲は決して所謂基本權の侵害のみに止まらぬ。其他權以外幾多の國際法上の權利義務がある。又條約上の權利（所謂獲得權）及義務に至つては前述の如く無數である。

國際權の侵害卽國際義務の違反は平時にも戰時にもあり得る。戰時交戰國間に於ても戰爭法規違反は國際不法行爲として責任を問はれる次第である（陸戰の法規慣例に關する海牙條約第三條）。交戰國と中立國との間にも相互に幾多の義務を有し、從て其違反問題―國際不法行爲問題、從て國家の責任問題―が從來と雖も屢々持上つた。彼のアラバマ號事件の如きは其最も著名なるものである。又ヴエルサイユ條約に於ては獨逸が戰爭法規違反の廉につき責任を問はれたことも忘るべからざる所である。

(2) 國家の行爲たること。　國際不法行爲に於ては加害者は國家である。國家は國際義務違反に對し責任を負ふべく、而して國家のみが國際責任を負ふものである。國家の責任は讀んで字の如く「國家」の責任であつて、個人の責任ではない。國家のみが獨り國際責任能力を有するのである。しかし總ての國家は一樣に國際責任能力を有するやは別問題である。完全主權國は完全なる國際責任能力を有するが一部主權國又は半主權國は然らず（第二章參照）。個人は國際人格を有しない、國際責任能力を有しない個人の行爲について國家は何等か責任を負ふ場合ありやは後に述べる。

（甲）　國家機關の行爲についての國家の責任

「抽象（アブストラクチオン）」に過ぎない國家は、其機關として自然人を必要とし、機關の意思及行爲

は自然界に於ては個人の行爲であるが、法律に於ては國家の行爲であつて、此機關たるや、民法上の代理人の如き、本人と別異の人格を有するものではなく、國家機關として國家と一體を爲すものである」（ストルプ）。國家は其機關（官憲）の行爲を以て國家の行爲とする。故にその國家行爲が國際的に見て責任を負ふべき行爲（國際不法行爲）である場合には國家の責任となる。

如何なる場合に機關の行爲が國家の行爲と看做さるるか。曰く當該機關の「職務行爲」と看做さるべき場合がそれである。職務行爲と云ふ以上「權限內の行爲」は無論のこと、「權限を超えた行爲」であつても國家の責任となる。しかし全く當該官憲の權限に屬しない行爲―卽ち「權限外の行爲」―は職務行爲でない。全く官吏その人の個人行爲に過ぎないから國家に責任はない。

〔國家の機關〕　苟も國家の機關たる以上其權限に應じて國家の意思を形作り、國家の行爲を成立せしむるものである。從て國家の各機關は各々國家の責任問題を生ずべき行爲をなし得るものである。機關の意思、機關の行爲以外に別に國家の意思、國家の行爲と云ふものはあり得ない。機關の意思又は行爲と云ふも實は機關を形作る自然人（一人又は一團の人）の意思又は行爲にあらずして、それは國家の意思、國家の行爲である。國家の機關を形作る自然人にも自分一個としての―個人としての―意思と行爲とあることは勿論であるが、それは國家の意思でもなく、國家の行爲でもない。

如何なる場合自然人たる機關の行爲が國家の行爲と認めらるるか。國家の機關は決して立法機關、行政機關、司法機關のみではない。此三者は國內に於ては最も重要視せられる。しかし國外に於て行動する機會あるものは外交官、軍人、軍艦等であつて外國との關係に於て國家行爲を爲し、國家責任問題を生じ易い。尤も立法機關が立法行爲に出づればそれは議員各人の行爲とは認められずして、議會の行爲―國家の立法行爲―と見られる。裁判所が判決を下せばそれが國家の行爲―司法行爲―とせられ、判事個人の行爲とは見られぬ。右の立法行爲（法律）又は司法行爲（判決）にして合法の形式を缺き、從て無效なる場合は法律とならず又判決と云ふべからざるものであつて、問題はないが、右の法律又は判決が有效に成立する限りは國家の行爲である。行政機關の行爲についても亦同樣である。唯行政機關の行爲としての國家行爲は立法行爲又は司法行爲に比し形式上の鄭重さに乏しい爲め、往々にして國家行爲と個人行爲との區別が明瞭を缺くことがある。從て國家の責任に歸すべき場合と個人の責任に止まる場合との區別も時に困難なることもあるが、しかし一般に官吏の職務行爲と否とを區別することは敢て困難ではない。假令職權を濫用し又は權限を越えた場合と雖も、官吏の職務行爲―官吏たる資格に於ける行爲―たる限り國

家行爲と認むべきものである。例へば警官が逮捕の職務を行ふに當り職權を濫用したる嫌あるも國家行爲たるを失はないが、外國貴賓護衞の任に當る警官が却て其貴賓を襲撃するが如きは（例、大津事件）職務行爲即ち國家行爲と見るべからざること明である。

既に國家の行爲が機關の行爲によつて成立する以上、機關（一人又は一團の自然人）は適法行爲を爲し得ると同時に、法律に違反することもあり得る。即ち不法行爲をなすの機會を有する。而して右は立法機關についても、司法機關についても之を想像することが出來る。其機關の行爲が國際法に違反したるときは之に對する國家の國際責任問題を生ずる。例へば一國の議會が國際法規を無視した立法を爲し（例へば公海の一部を獨占することとなるべき立法を爲すが如き）又一國の裁判所が犯罪人引渡條約に違反した判決を下し、或は一國の行政官吏が國際法若は條約に違反したる行爲に出づる如き場合、何れも國際問題となり、國際責任を問はるべき所である。

立法機關は國際義務違反となるべき立法を行ふ場合もある。此場合「國家は國內法の存立を理由として國際責任を免かることを得ない」、又立法機關は國際義務上必要なる立法を行はぬ場合もある。此場合にも他に救濟方法の講ぜられざる限り國家の責任は免れぬこと前の場合と異る所がない。即ち「國家は國內法の存せざるを理由として國際責任を免かることを得ない」。

司法機關が所謂「裁判拒否」（此點について後述參照）に出でたる場合亦國際責任を生ずる。

〔機關の性質によつて國家の責任異るか〕　國家の機關の性質如何によつて―例へば立法機關たると行政機關たると司法機關たるとによつて―國家の責任異るか、曰く然らず。外國又は外國人と接觸する機會の多い官憲又は官吏は國家の責任たるべき行爲をなす機會も亦多いであらう（例へば外交官、軍艦、軍隊、警察官、稅關吏等）。しかし一國の立法機關（議會）又は司法機關（裁判所）たりとも國家の國際責任たるべき行爲をなすことはある。此場合國家は國際責任を辭することは出來ない。一國の裁判所が外國人の提訴を受理すべくして受理せざる場合（司法行爲―所謂「裁判拒否」）又は一國の議會が國際法違反の立法により外國又は外國人に損害を及ぼした場合（立法行爲）の如き國家の國際責任を生ずることは、行政官吏が外國人に對し條約違反の課稅をすることによつて國家の責任を生ずると別に變りはない。一國の軍隊又は軍艦が外國に於て國家責任問題を惹起した例も尠くはない（後に揭ぐる支那砲艦の例參照）。尙ほ國際不法行爲の行はれる場所は國內でのこともあり、國外でのこともある。公海上でのこともある。

〔職務行爲か否か〕　職權を濫用した行爲でも職務行爲と認むべき場合には國家の責任とせられるのであるが、之に對して反對論がないではない。即ち一九三〇年の海牙に於ける國際法典編纂會議に於て小國代表は反對論を唱へて「假令職權・職務を利用するも（所謂 "under cover of their official capacity"）それが職權濫用である限り、不法の行爲である。國家の行爲ではない。此場合其官吏

は國家の機關ではない」と云ふた。しかし國家は國內法によつて國際責任を免るることは出來ない。官吏の職務權限を定むるは國內法のことである。メッツガー事件に於てヴエネズエラの官吏は令を受けて馬を徵發するに當り、外國人が潔く之に應じなかつたと云ふので、當該外國人を攻擊し、傷害したのである。ヴエネズエラ側では官吏は馬匹徵發の權限を持つてゐるが、外國人傷害の權限はない。從てヴエネズエラ政府としては責任はない。傷害は當該官吏個人の責任に過ぎないと主張したが、仲裁裁判は此主張を認めず、ヴエネズエラ國に責を負はしめた。尤も官吏の權限內の行爲とか權限を越えた行爲とか云ふても時に疑問は起り得る。例へば警官が外國人に對する暴動を見て之を鎭壓せざるのみか却て其暴動に加擔する如き場合（例、一九一二年パナマの暴動）之を職務行爲と云ふべきか。右は警官が其職務を行ふに當り、其職權を濫用して外國人に損害を加へたものであるから國家の責任たるには其行爲が職務と關聯を有しなければならぬ。職務行爲と何等の關聯なき行爲は假令職務時間中にやつたことでも國家の責任とはならぬ。例へば警官が官服帶劍のまま銀行を襲ふて强盜を働いてもこれは職務行爲とは關係がない。職務執行に乘じ、否、職務を執行すべきに之を正當に執行せずして却て職權濫用の行爲ありたる場合には國家の責任となる。獨り本人の責任（處罰免官等）に止まらぬ。職務執行に乘じ、

職務執行と關聯せる行爲である以上、例へば外國人に對する暴動鎭壓の任務を帶びて現場に驅けつけた軍隊又は警官隊が却て暴動に加擔し、外國人の家を燒き外國人を殺した場合の如きも、上官の命による場合は勿論、上官の制止を聽かずしてやつた場合でも國家の責任を問はれる（ニューヨンス被害事件—米誌一九二七年七月五七一頁以下殊に五七八頁）。更に一國軍艦の行爲にして外國又は外國人に損害を與ふる場合國家の責任とせられる。此場合單に陳謝又は「不法の認諾」（ディスアヴォーアル）で事件が解決したこともあり、其外に損害賠償を拂はされた例もある。一八六八年英艦のケープ・ハイチャン市砲擊（英國は外國商人の被害を賠償した）、一九一五年世界大戰中墺國潛水艦が米國商船に對する發砲（米國の抗議で墺國の賠償となつた）の如き然りである。獨逸潛水艦の行動につき同國が米國に對して賠償責任を負ふたことは言ふまでもない。又往年尼港に於て我が守備兵とパルチザンの衝突當時、偶々同港にありし三隻の支那砲艦は突如數門の機關砲を開いて我軍に一齊射擊を加へた。我が政府は此不法行爲に對し支那政府に交涉したる所、同政府は我が要求を容れ、（一）北京政府は遺憾の意を表すること、（二）關係軍艦長は在浦鹽日本司令官に謝罪すること、（三）砲擊に關係せる將校及び水兵を處罰すること、（四）被害者の遺族に對し約三萬元の弔慰金を支拂ふこと、以上を實行することとなつて事件は解決した。

政府の要路者又は大官の行動は其官吏としての行爲（職務行爲）と私人としての行爲とを區別すること實際に於て困難であるとして、後の場合にも國家の責任があると論ずる學者がある（例へば「グローテュス」協會十三卷一六一頁）。が、寧ろ此等大官及一國の高級將官の言動に對して或場合には職務行爲でなくとも國家は外國に對し之を不問に付する譯には行かぬと見るべきであらう。例へば一國の現役將官が外國首腦部又は代表者に對して侮辱の言動に出づる如きは國際的に責任なしとは云へぬ。一九三一年米國海軍將官バットラーの伊國首相ムソリニー氏侮辱事件は米國に於ける或宴會席上の演說に過ぎなかつたが、米國政府の伊國政府に對する陳謝となつた（米誌一九三一年四月三二一頁）。

（機關の上下によりて國家の責任異るか）　英米では下級官吏の加害行爲に對しては—被害者が外國人であると、內國人であるとを問はず—當該官吏を訴追することが被害者に開かれたる唯一の救濟方法である。此救濟の道が壅塞せられた場合にのみ—所謂デナイヤル・オヴ・ジャスティスの一場合として—國家は其責に任ずるも、此場合以外には下級官吏の行爲につき—其不法行爲につき—仮令外國人の被害ありとするも—國家は其責に任じないとして居る（ボーチャード、ブライアリー）。國家責任問題に關する所謂ハーヴアード案に於ては、國家機關の行爲を以て國家の行爲となすの主義—從て國家は機關の行爲に對して直接の責任を負ふとなすの主義—を排斥して、之を以て獨逸其他歐洲大陸諸國の國內法上の主義であつて、國際法上の原則ではないと云ふて居る。而して官憲に上級官憲と下級官憲とを區別し下級官憲の職務範圍內の行爲—作爲又は不作爲—により外國人が損害を受けた場合には、(イ)被害外國人に對し裁判の拒否あつたとき、又は(ロ)國家が行政上（當該官吏の懲罰）及び司法上適當の救濟を與へないときに限つて國家は責任を負ふものであると規定してある。しかし右上級官憲と下級官憲との區別限界如何に至つては同案自身一定の確乎たる限界を劃すること能はずと自白して居る。元首、內閣大臣のみでなく、立法機關及最高司法機關も右上級官憲の內に含ませて居る。最高官憲の行爲は「覆審し難き」行爲であるから國家を拘束する行爲であり、否國家行爲其者であり、從てかゝる行爲に對しては地方的救濟は之を利用し得る場合、稀であることを說いて居る。さうかと思ふと一方には右の所謂上級官憲といふは必ずしも「覆審し難き」行爲を爲すものと限らない、覆審し得る行爲を爲すもの必ずしも盡く所謂下級官憲と看做さるべきでないと述べてある（米國人たるダンは其近著に於て右の點につきハーヴアード案を排擊して居る）。

國家の秩序が常に亂れ勝ちの國である場合、例へば支那又はラテン・アメリカ諸國に對しては官吏、官憲の不法行爲が—下級官吏の行爲でも—國家の責任とせられた例が屢々ある。これは其國の不取締によるもの、即「事前の防止を怠り又は事後の救濟を怠りたるもの」と看られ易いからでもある。

【所謂裁判の拒否】　「裁判の拒否」（デナイアル、オヴ、ジャスティス）とは何ぞ。大に疑問であり、議論がある。一國の司法機關（裁判所）の行爲が國際不法行爲となる一切の場合を「裁判拒否」と云ふべきか、司法機關以外に於ても、行政機關、立法機關の行爲であつても、苟も外國人が裁判所による救濟を求むることが出來なかつた場合、裁判拒否と云ふべきか。議論の存する所である。（一）裁判の拒否は、最狹義に於ては裁判所が外國人の事件を受理せざる場合、外國人が原告として裁判所に訴へ出でんとして之を阻まれたる場合、卽訴權の行使を妨害せられたる場合に限るべきか。（二）裁判の不當なる遲延も裁判拒否の一場合と見られるか。（三）裁判所が賄賂によりて左右せられたる場合又は行政部によつて干渉せられたる場合の如きは如何。（四）訴訟手續に於て重大なる缺點ある場合―例へば證據調をせずに裁判を下すが如き場合は如何。（五）判決の內容が明かに不穩當、不公平であり、亂暴な判決が下されたる場合は如何。外國政府は一國裁判の內容に立入り自國人の爲めに外交交涉を爲すことを得るや。（六）殊に外國人であるからとて又は或國の人民だからとて、殊更裁判所が差別待遇を爲し又は惡意を以て法を枉げたと認むべき場合ありとせば如何。裁判官の意思に立入ることは困難なりとしてもそれが「明白」なる場合ありとせば如何。（七）就中最終審の判決に於て條約上其他の國際義務に違反する判決を下した場合には如何。以上各場合國際不法行爲として國家の責任が問はれたことは屢々である。唯それを「裁判の拒否」と云ふべきやが問題とせられる。裁判は行はれたのであるから之が「拒否」せられたのではないとも云へる。（八）更らに廣義に於ては司法機關（裁判所）の行爲のみならず立法機關、行政機關の行爲なりとも苟も司法的救濟を妨ぐるものは之を裁判拒否を以て論ぜんとする學者がある。（九）最廣義に於ては機關の如何を問はず外國人をして「枉法に泣かしむる」ものは總て裁判拒否を以て論ずべしとする論もある。否學者の議論に止まらず國際要償事件に於て廣義に解釋せられた例は多々ある。しかし玆に至つては「裁判」の拒否と云ふよりも寧ろ「正義」（ジャスティス）の拒否と云ふべきであらう。要するに「裁判の拒否」とは常に使用せられる言葉ではあるが、其意味が一定して居ない。何れにせよ國家は司法機關の關する限りに於ても、必ずしも裁判拒否の場合に限りて國際責任を負ふべきではないとすれば―其他にも司法官憲の行爲が國家の國際義務と相容れざるものありとして國家の責任が問はれる以上―右の裁判拒否とは何を云ふかの問題は無用の閑問題となる。

（乙）「個人の行爲」につき國家の責任を生ずる場合ありや

（イ）個人の行爲については―それが爲め外國又は外國人が損害を被つたとしても國家は責を負はない。

（ロ）又官吏の行爲でも全然權限外の行爲（卽ち職務行爲でない場合）は個人の行爲と看做されること前述の通りである。

（ハ）しかし國家は左の場合に於ては現實の加害者が個人であつても「國家自身の行爲について」其責に任せねばならぬ。

一、事前の防止を怠りたる場合　外國人被害事件の發生する前に適當なる防止方法を講ずべかりしであつたに拘はらず、其方法を講じなかつた場合、例へば警察官憲が暴動による外國人の被害事件を座視して、之を鎭壓せざりし場合。

二、事後の救濟を怠りたる場合　これは警察官又は裁判所が事件を不問に付する如き場合で、狹義又は廣義の所謂「裁判拒否」に屬する場合が多い。

〔容赦說の當否〕　個人の加害行爲につき國家が其責に任ずるものとなすの說―オッペンハイムの「代位責任」說(ボーチャードの之に贊するありと雖も)―は誤りである。國家は前記の如く自分の行爲につき其責に任ずるのであり、「個人に代りて」責に任ずるものでもなければ「原犯罪(個人の加害行爲)より生ずる損害」を賠償するものでもない。

尤も國家が犯人處罰につき善後措置を執ることを怠りたる場合之に對する責任を負ふべきは勿論として、其責任の性質、從て賠償の範圍について議論がある。〔第一說〕卽舊說とも云ふべきは、加害者たる個人を國家が處罰しない場合には之れ其行爲を「追認」したる(approve or ratify)ものとするのである(ボーチャード)。稱して國家共犯說(theory of implied State complicity)とも云ふ。共犯(complicity)と云ふのが强すぎるとして、「容赦」(condonation)の文字を使用する學者もある(「容赦說」)。何れにせよ此の說は國家が犯人を處罰せざることにより國家は犯人の犯行と合體したものであり、從て其賠償責任についても「犯人の行爲により被害者の被りたる損害」を國家は賠償すべきものであると云ふのである。〔第二說〕卽新說とも云ふべきは、之に反して、國家が善後措置を執らなかつた場合には、其之を執らなかつたこと、卽「國家の不作爲の行爲それ自身」について責に任ずべきものであつて、決して「犯人の行爲」について責に任ずるものでもなければ、又犯人の行爲を「追認若は容赦」したものとして其責に任ずるものでもない。「犯人の行爲」(犯行)と「國家の行爲」(不作爲卽不處罰)とは全然別異なる二個の行爲である。從て國家の賠償責任も其行爲たる不作爲卽ち不處罰による損害を賠償すべきものであつて、「犯人の行爲による損害」を國家責任の標準とすべきものではないと云ふのである。此說は一九二六年十一月十六日ジェーンス事件(メキシコに於て米國人の鑛山監督であつた同人は解雇者の爲めに殺されたのである。が、メキシコ官憲は犯人の逮捕處罰を怠つた―アメリカン・ジャーナル一九二七年四月號三六二頁以下參照)の判決に採用せられた(尤も該事件に際し米國のコミツショナーたるニールセン氏は右の見解に反對して、前記第一說否容赦說に傾いて居る。英國國際法年鑑一九二八年分四二頁以下に於けるブライアリー氏、アメリカン・ジャーナル一九二七年七月號五一六頁以下に於けるボーチャード氏、同誌一九二八年一月號一四〇頁以下に於けるハイド氏の批判

參照)。歐洲大陸に於ては右の說は大いに受けられて、殊に國際法協會(アンスティテュー)は其一九二七年ローザンヌ會議に於て「外國人ノ身體、財產ニツイテノ損害ニ對スル國家ノ責任」に關する決議に於て之を採用して「國家が事後に於て善後措置を採らざる場合其全部又は一部の不作爲について賠償責任を負ふべし」とする趣旨の文句が取入れられた。國家は自己の不作爲について責を負ふもので犯人の行爲について責に任ずるものではないとのことを意味する。右の「一部ノ不作爲」とは犯人の逮捕をなしたるも之を裁判せざる場合、又は之を裁判したるも其裁判を執行せず、例へば犯人を取り逃したる場合(例、マッセー事件、ブットナム事件)の如きを云ふのである。全部の不作爲とは初めより犯人の逮捕乃至訴追に努力せず、國家が當該外國人の被害事件に對し全然我不關焉の態度を取ることを指すものであることは言ふ迄もない。斯くの如く國家の行爲たる不作爲が全部的なるとにより其責任の輕重を定め、賠償義務の程度を測り得ることは、前記第二說卽新說の第一說卽舊說に優れる所以であるとせられて居る。

〔國際標準主義〕 前記「事前防止の義務」及「事後救濟の義務」を測定するにつき二個の標準がある。「國內標準主義」と「國際標準主義」とがそれである。國際責任たる以上、其責任を測定すべき標準も國際的のものでなければならぬ。其尺度が國々によつて異るものではない。「鄕に入つては鄕に從へ」とは此場合通用しない。故に國際標準主義によらねばならぬ。「文明國標準」とも云ふ。文明國たる以上は(一)國家は國內に在る外國人に對し其身體、財產につき相當の保護を與ふるだけの法律制度、警察制度及司法制度を有しなければならぬ。尤も如何に文明國と雖も外國人の被害事件が絕對に起らぬことを保障し得るものではない。(二)唯事件の防止に遺憾なく又事後の救濟に遺憾なきを期すればよい。此の點につき遺憾の點があれば國家の責任が問はれる。

文明の程度低き國、殊に內亂暴動の多い國では國際責任を成るべく回避する爲め國內標準主義を主張する傾向がある。前記海牙に開かれた國際法典編纂會議に於て「外國人の被害事件に對する國家の責任」問題が編纂の一問題であつたが、前記國際標準主義と國內標準主義との論爭が重なる原因で本問題の審議は不成功に終つた。何等の條約條文も纏まらなかつた。

〔相當なる注意〕 國家は外國人被害事件の防止及處罰については「文明國に期待し得べき注意」卽ち所謂「相當なる注意」を爲すの義務がある。又特別の場合には「特別の用心」(a special vigilance)を爲すの義務がある。否それは寧ろ特別の場合に相當する注意であるとせられる。之が所謂「相當なる注意」の原則(due diligence rule)である。卽「國家の機關は外國人の保護につき文明國より期待し得べき注意を爲すことを怠りたるとき、國家は之が爲め其外國人の被りたる損害に對し責任を負ふ」ものとせられ、又「公の資格を有する外國人に對しては特別の注意を拂ふの義務ある」

ものとせられる。

しかし右の所謂「相當なる注意」又は「特別なる注意」とは實は「注意」「不注意」の問題、即所謂「過失」の問題にあらずして（故意過失につき後に述ぶる所參照）「相當の措置」を講ずべきに之を講じなかつたことを意味する。詳言すれば國家―當該機關―が「事前の防止と事後の處罰とにつき當時の事情に照し相當なる措置を執らなかつた場合」國家は個人の行爲に出づる外國人の被害（其身體又は財産に對する被害）についても責を負はなければならぬことを意味するに過ぎぬ。

(3)不法の行爲なること。　假令外國若は外國人が損害を受けた場合でも、それが國家の不法の行爲―國際法上不法の行爲―でなければ國家の國際責任は生じない。故に不法阻却の原因たる

(イ)自衞行爲として

(ロ)復仇行爲として

(ハ)適法なる警察行爲又は適法なる軍事動作として

行はれた場合には國際不法行爲ではない。國際責任は生じない。外國又は外國人たる被害者は損害賠償を請求することを得ない（自衞及復仇につきては別に述べる）。

しかし國家は「國内法を理由として」又は「國内の不秩序を理由として」（國際標準主義について前述參照）國際責任を免かるることを得ぬ。例へばメキシコが其國内法により米人の財産若は財産權を沒收せんとするや（米墨間石油問題）、米國は其不法を責めて、久しきに亙る兩國間の外交問題（メキシコの國家責任問題）となつた。又イタリーが一九一二年保險獨占法を制定して外國保險會社の既得權侵害問題（ルヴュー・ゼネラル二〇卷）を起したことがある。尤も「外國人の既得權侵害」や前記の如き「外國人の財産沒收」問題は國際法上複雜なる問題である。外交上及裁判上（國際裁判）幾多の事件を惹起した。又ソヴェート政府が國内法を理由として國内に在る外國人の私有財産を沒收したり、又第三インターナショナルの制度を理由としてプロパガンダ取締を拒んだことは幾多の外交交涉問題を生んだ。米國も嘗て其憲法上の理由を理由として、即中央政府と州權との關係を楯にして國際責任を回避せんとしたことがあるが（例、ニュー・オルレアンス事件）不成功に終つた。憲法其他國内法の缺陷を理由として國際責任を免かることを得ざるは今や米國も自認する所であり、又以て他國に責むる所でもある。

(4)國際不法行爲たるには前記の要件以外、更らに國家の「過失」（クルパ）ありたるを要件とするや。これ亦學者間大に議論の存する所である。（一）從來之を要件とするものが多數であると云ひ得や

う（主觀主義）（リスト、オッペンハイム其他）。（二）しかし過失を要件としない説（客觀主義）が近時アンジロッティ其他によつて有力に唱へられて來た。最近の判例に於ても採用せられた。（三）不作爲による國際不法行爲に限り、國家の過失を要件とする説もある（ストルプ等）。

右は説の當否よりも寧ろ過失の觀念如何による。國際不法行爲に「過失」を要素とする學者に於ても、又然らざる學者に於ても、「過失」の文字を種々別異の意味に使用して居るから厄介を增すのである。故意・過失は國內法上不法行爲の要素である。刑法に於ても故意過失は犯罪の主觀的要件である。國際慣例に於てもアラバマ號事件以來「相當なる注意」が國際不法行爲についてやかましく論ぜられる。抑も故意（dolus）過失（culpa）のことたる羅馬法に於て大に發達を見たが、或は culpa に dolus を含ましむる場合もあり、兩者を對立せしむる場合もある。過失卽ち「注意の欠缺」＝不注意＝についても種々の程度階級が設けられた。注意及其反對なる不注意若くは怠慢（negligence）なる文字についても種々の解釋が付せられ、種々の議論が行はれ來つた。抑も國家に「意思」なるものを認むべきやについて既に議論の餘地がある。前述の如く國家の行爲は機關の行爲である如く、國家の意思は其實機關の意思である。否機關の意思以外に國家の意思はあり得ない。恰かも機關の行爲以外に國家の行爲なきと同樣である。果して然らば國際不法行爲―國家の行爲―に付て、故意又は過失を論ずるに當りては、機關の故意又は過失を以て國家の故意又は過失となすの外はない。機關の不注意（過失）は國家の不注意である。從て國家の責任となる。故に機關（官吏）の故意又は過失を以て國家の故意又は過失となすならば、故意又は過失は國際不法行爲の要件たること勿論である。

例のアラバマ事件に關する所謂ワシントン三則（拙著現行國際法下卷八七五頁參照）中にある「相當なる注意」なる文字の解釋について、ゼネヴァ仲裁裁判廷に於ける英米間の論爭に照せば、國家の責任たるには「過失」を前提要件とし、換言すれば國際不法行爲たるには客觀的要件の外に主觀的要件も備へなければならぬとせられたのである。しかし、其後右三則の規定を取入れた海牙條約（第二回の海牙會議）第十三條約（第八條）に於ては、右の「相當なる注意」と云ふ代りに「施シ得ヘキ手段ヲ盡スコト」と云ふ文字が使用せられた。卽ち主觀的の問題たる「注意」より客觀的の「手段」又は「措置」の問題と化した。國家は……を防止する爲め出來得る限りの「手段」を盡すの義務ありとせられる。又イタリーの「コルフ」島占領事件について、國際聯盟が五つの法律問題を擧げて、法律家特別委員會の意見を求めた中に、第五問についての同委員會の答申に、「國家の領域內に於て政治犯の行はれたことに對する其の國家の責任は、其犯罪の防止及訴追について一切の適當なる措置を執ることを怠りたる場合に存す」とせられてある。右の意見が、客觀的の「措置」に重きを置き、其措置に出でたるや否やによつて國家責任の有無を判斷せんとすること、卽ち國家責任の要素要件を專ら客觀的標準に依らしめんとすることは明かである。前記ジェーンス

事件に於ても、判決は明かに「政府が其義務を履行しなかつたことが國際不法行爲に該當することさへ證明せらるれば、政府はそれ丈けで責任を負はねばならぬものであつて刑法上又は民法上に於ける過失(ギルト)や意思(インテンション)の理論は此場合適用せらるべきものではない」と述べてある。一方から云へば「過失」とは適當の處置を執らざりし事實(不作爲そのもの)である。「怠慢」と云ふのも同樣である。國家の責任問題について「過失」とは右の意味に解すべきであらう。

〔權利の濫用〕　權利者は社會の一般利益を無視する方法に於て其權利を行使してはならぬ。權利の反社會的行使は「權利の濫用」であつて不法であるとの思想は、國內法又は國內判例に於て、殊に佛國に於て認められた。が、之を國際法にも、殊に國際裁判に際しても「文明國ニ依リ認メラレタル法ノ一般原則」(國際司法裁判所規程第三八條一項三號)の一として取入れんとするの傾向がある。ボリティス、ラウターパハト等によつて唱へられる(但しカヴアグリエリー等の反對もある)。ラウターパハトは國際不法行爲の大部分は「權利の濫用」を禁止せんとするものに外ならぬと云ふて居る。國際司法裁判所も其判決第七號及一九三〇年十二月六日の佛瑞(西)間「自由地帶事件」に關する命令に於て、右「權利の濫用」なる思想を認めたと云ふて居る。國內問題が國際問題となり、差別待遇が外交抗議の目的物となるのは皆之れ「權利の濫用」排斥に外ならぬと云ふて居る。國際交通の發達を期するには權利の濫用を禁止せねばならぬと云ふて居る(The function of law in the international community p. 286ff.)。

(5)「他國」の權利が侵害せられたること。　國際不法行爲に於ては被害者は常に國家である。加害者も被害者も共に國家である。個人ではない。被害法益も國家の法益(權利)である。假令個人が直接の被害者たる場合(個人の身體・財產が損害を受けた場合)と雖も國際不法行爲に於ける被害者は常に「國家」(被害個人の屬する本國)である。加害者も「國家」である。個人加害の場合にもそれが國際不法行爲として國際責任問題となる段取りになれば、加害者は國家である。否加害者が國家なる場合に初めて國際責任問題を生ずるのである。何となれば國家は國內に在る外國人の身體財產を保護することにつき國際義務を負ふて居る。此國際義務に違反するに於ては、國際不法行爲として國際責任問題となる。一方から見れば當該外國人の所屬本國の保護權に觸るるものである。「外國人の身體財產に加へたる損害に對する國家の責任」は右に根據するものである(「外交的保護」につき後に述ぶる所參照)。

抑も國際不法行爲に於ては(一)被害國が「直接に」損害を被る場合も固よりある。例へば其領土が他國の軍隊によつて侵され又は他國に足場を有する叛徒・暴徒によつて被害を受くるが如き場合がその例である。一國の國旗が外國に於て侮辱せられ、一國の代表者が外國に於て殺害せられるが如きも然りである。此場合には直ちに外交問題として被害國は加害國の責任を問ひ得る

のである。(二)右の外、外國に在る「自國人」が其身體・財産に損害を受けた場合—或は殺害せられ或は掠奪に遇ふた如き場合—國家は之を外交問題として取上げることがある。尤も本國政府は何時でも隨意に「在留民の被害事件」を「外交問題として」取上げ得ると云ふのではない。それには左の條件を必要とする。

(i)國家の責任たるべき行爲ありたること　(イ)加害行爲が相手國（加害國）の機關（官憲）の行爲である場合、又は（ロ）直接加害者が個人なる場合には國家の責任となるべき特別の理由があるとき、卽事前の防止又は事後の救濟を怠りたるとき（前述參照）。

(ii)「地方的救濟」を求むるの手續を爲して功を奏しなかつたこと　被害者（個人）が加害者所屬國の裁判所（又は其以外の官廳）から救濟（損害賠償其他）を求め得る場合には—卽ち「地方的救濟」を求める餘地のある場合には—其手續を盡さなければならぬ。その手續を盡しても猶滿足が得られなかつた場合に限り、被害者の本國政府は當該被害事件を「外交問題として」取上げ得るのである。

〔地方的救濟の原則〕　「被害者（個人）が地方的救濟を求めた後でなければ、加害者所屬國の國際責任を問ふことは出來ない」と云ふ原則を稱して「地方的救濟」（ローカル・レメデース）の原則と云ふ。

尤も地方的救濟を求むるの途がない場合、又は之を求めても到底駄目であることが初めから判つて居る場合は別であつて、此場合でも是非地方的救濟を求めなければならぬと云ふのではない。右の場合には直ちに外交交涉に入ることが出來る。又一國の大使が傷害を受け、或は一國の國旗が侮辱せられた如き場合、或は一外國人が「特定國の臣民」であるの故を以て危害を受けた場合の如きも、別問題であつて、直ちに外交談判となり得るので、被害國の要求として例へば陳謝、犯人處罰の如きを求むるに當り必ずしも其前提として地方的救濟を盡すの必要はない。

地方的救濟を求むることは「金錢上の要償事件」を國際的に提起する要件たるに過ぎない。從て右地方的救濟の原則は金錢上の要償問題と關係なき事項たる、一國政府が他國政府に對して「抗議」をなすの權利、或は「問合せ」を爲すの權利、又は一國政府が自國人をして權利を享有せしむるため「周旋」の勞を執るの權利を何等妨げ、又は制限せんとするものではない。

外國人の被害の場合先づ在留國の裁判所に於て相當の救濟（民事又は刑事上の）を求むべきである。

(一)殊に加害者が個人たる場合に於て然りである。しかし(二)國によつては官憲—下級官憲—の行爲により外國人が損害を受けた場合、卽官憲が加害者たる場合にも、外國人は裁判上の救濟—卽地方的救濟—を以て滿足しなければならぬとする制度を採るものがある。右の如き場合地方

的救濟を盡さずして、初めから外交的救濟を求めても相手國は受付けない。換言すれば右の場合には初めから國家の國際責任を「問ふ」ことは出來ないとせられる。斯くの如き場合國家の責任は何時發生するか、其「發生」する時期如何が問題となる。アカデミックな問題ではある。

〔外交的保護〕　一國が在外臣民の身體、財產（「財產だけ」が外國に在る場合も含む）に對する損害につき在留國政府に對して賠償を請求する場合は、國外に在る在留民に對する一國の外交的保護（ディプロマティック　プロテクション）の重なる場合である。之につき從來幾多の外交問題が持上つた。

右の場合―個人損害要償事件―に於ても國家は被害個人に代つて（其代理人として）外國政府に損害賠償を要求するのではない。國家が自ら損害を受けたるものとして他國の責任を問ふのである。個人（被害者）は外國の責任を問ふ資格はない。尤も外國の裁判所に訴へ出ることは出來る。しかし此場合は國際不法行爲ではない。國際責任問題として扱はれるのではない。裁判所所在國の國內法上の問題である。國際問題として外交上、外國政府に交涉して損害賠償を取らうとすれば、被害者（個人）は本國政府に訴へて、其手を通して、外國政府に交涉して貰はねばならぬ。

個人損害賠償事件も右の如く國家の名に於て要償を求めるのである。國家は自己の被害として賠償を求むるのである（例、北淸事變の損害賠償及び大戰後の獨逸賠償問題）。從て賠償金を取つた上如何に之を處分するかは被害國の自由である。其人民に之を下付するか、全部又は一部を下付するかの如き全然國內的問題である。國際問題ではない。

個人の損害を其所屬國家の損害と看做すに於て、國家は被害人民を通じて自ら損害を受けたるものとして（"The State wronged in the person of its nationals"）、卽ち人民の被害は國家間接の被害であるとして（間接被害說）、人民被害事件に於ける國家の要償權を理由付けんとする傾向がある。しかし被害者所屬國は何時でも人民の被害事件を、外交問題として、取上げ得るものではない。加害者所屬國が裁判拒否其他、其國の責任となるべき作爲又は不作爲があつた場合に限り（但し所謂容認說の當否については前に述ぶる所參照）被害者所屬國は加害者所屬國の責任を問ひ得るのである。卽加害者所屬國が自分の義務―「外國人に對し相當の（「國際標準」による）保護を與ふるの義務」―に違反した場合に限り、之を理由として責任を問ふのである。之を被害者所屬國の側から見れば「外國に對して自國人民を保護する權利」（外交的保護權）の行使に外ならぬ。

〔カルヴオ約款〕〔個人は本國の外交的保護を拋棄し得るや〕　右の外交的保護は前述の如く一國（被害者の本國）の權利である。從て個人は右の外交的保護を求めないと云ふことを外國政府に豫約しても、それは本國政府に對しては何等の效はない。外國で利權を求むる場合此種の豫約が往々にして外國政府と利權契約者との間に行はれることがある（殊にラテン・アメリカ諸國に於て）。例へば「本契約ニ關

シ生スルコトアルヘキ疑問又ハ紛議ハ利權附與國ノ國內裁判所ニ於テ其國ノ法律ニヨッテ決セラルヘク何等國際問題トシテ取扱ハルルコトナカルヘシ」との趣旨を當該契約に挿入するが如きこれである。此趣旨の約款、約束は何等本國政府を拘束するものではない、本國政府は自國人に對し外國が盡すべき所を盡さざる場合、卽國際義務に違反したる場合、全然自分の自由裁量によつて、保護手段・容喙手段を執りたければ執り得るのである。固より執りたくなければ執らなくてもよいのである。

〔要償の國民性〕　國家の要償權たるや、自國人の被害を俟つて發生するものである。自國人の被害なくしては國家の損害もないのである。國家は自國人のみを保護するのである（時に「保護民」の如き他國人を保護する例外場合がないではないが）。これを稱して國際要償事件に於ける「要償の國民性」と云ふ。自國の國籍を有せざるものについては國家は要償權がないと同樣に、被害者がその國籍を失ふた場合（例へば他國に歸化した場合）には右の國家の要償權も消滅するのである。

〔匪賊の行爲〕　匪賊の行爲については國家は責任がないのが本則であるが、國家が犯人の搜索・逮捕・處罰に努力を示さざる場合、國家の怠慢に對して責任が問はれた例がある。又匪賊が外國人を拉致して多額の償金を要求した場合、外國人の本國政府が之を支拂つたときは、之を匪賊所在國に要求したこともあり、又初から匪賊所在國に支拂を要求したこともある、所在國は之を聽き入れたこともあり、之をはねつけたこともある。

〔暴動の行爲〕　暴動により外國人が身體・財產に損害を受けた場合、原則としては一人又は數人の私人の行爲による外國人被害事件と、理論上異る所はないとせられるが、(一)外國人たるが故に、又特定國の人民たるが故に暴動による被害ありたる場合（例、排外、排日と云ふ如き場合）及び(二)暴動による外國人被害事件が頻々として發生する場合には、國家の責任が問はれる傾向がある。支那、モロッコ其他近東に於ける暴動による外國人被害事件が國際問題となるのは之が爲めである。原則として暴動の行爲につき國家の責任がないと云ふのは、政府が暴動の鎭壓防止の爲め必要なる機關・機能を有する場合のことである。秩序維持の不充分なる國家は外國人の被害につき國際責任を問はれる可能性も多い。外國人の居住・營業の安全の爲めにはさうしなければならぬからである。(三)外國の代表者—大公使—及び領事に對する暴動の襲擊については國家は其「特別保護」の責務上、卽時陳謝・賠償等の責任を負はされることがある。

〔內亂の場合外國人の被害〕　叛亂又は內亂と稱するに於て規模の大小はありとしても、國際法上國家の責任問題に變りはない。「內亂」に際し外國人の受けたる被害に對して—原則としては—國家は責任がない。否一般「個人」の行爲に對する國家の責任と同樣國家は被害を事前に防止し、事

後に救濟する(犯人の逮捕、處罰)に於て手落ちなき限り、國家の責任はないとせられる。しがし此原則は一の前提要件がついてある。それは當該國の秩序が普通に維持せられ、內亂・革命の如きが例外的であることである。從て一國が無政府狀態に陷り、內亂革命の相尋いで發生するやうな場合は別である。ラテン・アメリカ諸國に於て內亂に際し政府が外人の被害に對して賠償した例は多々ある。それ等の場合常時の內亂が政府をして、所謂「相當の注意」による事前の防止を不可能ならしむることも理由とせられた。若し又政府軍の行爲については、それが亂暴狼藉を働く場合、國家の責任たるは言ふまでもない。しかし政府軍が叛亂鎭壓の爲め所要の動作を執る場合外人の被害に對しては賠償責任はない。

政府軍は叛徒の占據する海岸を封鎖するを得るや、之については議論がある(ディキンソンは五つの說を揭げて居る。米誌一九三〇年一月號)。英米の主義では實力に依る封鎖ならばよいとして居る。又叛徒を交戰團體として取扱ふ場合と否とによつて異るとの見解もある。他方には自國海岸の閉鎖であるから實力封鎖によらずとも國內法により之を外國船に對して閉づることも出來るとの見解もある。何れにせよ政府が叛徒を交戰團體として承認すれば叛徒の行爲について外國に對して責任はない。叛徒は其占領地に於て事實上の權力者として租稅・關稅の徵收を爲す場合、外國商人は之を支拂ふの外はない。後日二度の支拂は要求せられぬ。

叛徒が其革命に成功した場合には革命政府は革命中(內亂中)の自分の行爲に對して—不法行爲についても、又契約の履行についても—責任を負ふばかりでなく、正當政府の行爲についても責を負ふべきである。正當政府の後繼者として正當政府が內亂中條約違反の行爲があつたとき、其責に任じなければならぬ。一國の內亂に際し政府軍の行爲についてのみでなく、雙方の行爲について革命政府が政策上—法律上の問題としてでなく—外國人の被害を賠償した例も往々ある。

〔ボイコツトに對する國家の責任〕　人民の外人排斥運動が大規模のボイコツトとして行はれ、暴力が使用せられ、國民運動と化する場合、外國又は外國人の被害に對する國家の責任如何。國家は事前に之を防止すべきか、事後に救濟を與へねばならぬか。事前の防止・事後の救濟は如何なる範圍及方法に於て行はるべきか。多數の力による強制・暴力・暴動・國法無視が伴ひ、殊に當該國官憲の直接・間接の援助が加はる場合、國家は責任なしと云ふことは出來まい。國際法學者にしてボイコツトを不法視するものも少くはないではない(例、アンジロッティ、リスト)。が、一方には異つた意見もない(英年鑑一九三三年ラウターパハト)。何れにせよ聯盟規約による制裁としての經濟封鎖と支那人の日本に對するボイコツトとは全然區別すべきものである。前者は條約による國家の行動であり、後者は不規律なる人民の言動である。復仇行爲としても、復仇を行ひ得るものは國家であ

つて人民は之を行ひ得ない。

〔プロパガンダに對する國家の責任〕　第三インターナショナルの革命的プロパガンダによる外國の被害に對しソヴェート政府の責任如何。ソヴェート政府は事前に之を防止する(取締)の責任を有するや、事後に之を處罰するの責任を有するや、それとも何等の國際責任を負はざるか、外國の之に對する防衛策は如何、これ亦國際間の新問題である。プロパガンダがソヴェート國外に其手を伸ばす場合、被害國としては無關心なるを得ない。プロパガンダ防止につきソヴェート政府と條約を結んだ例もある。一九二五年一月二十日の日露基本條約の如きは、其一例である(第五條)。之によれば締約國は何れも「他方の秩序及安全を害するやうな行動が陰に又は陽に政府の役人若は政府から金錢上の援助を受ける團體によつて行はれることを防止するの義務」がある。此義務に違反すれば國際不法行爲を構成する(條約なき場合一般國際法として一國は其官民の外國に對する此種言動を如何なる場合、如何なる範圍に於て防止するの義務があるかについては後に述べる。第二編參照)。

〔國家の契約不履行〕　國家が外國人に對して契約上の義務を履行しない場合、其外國人の本國政府は之を支持して、外交的干渉を爲し得るや、兵力的干渉に出で得るや。國家が外國人に對する契約上の義務不履行には種々の場合がある。(一)外國人に利權を認める契約を皮古にせんとする場合もあり、(二)公債を償還すべきに之を償還しない場合もあり、(三)鐵道又は土木工事の代金を支拂はぬと云ふやうな場合もある。何れも右は普通の外國人の殺害事件其他身體・財產に對する被害事件とは種類を異にする。が、しかし外國人の財產又は財產權に關するものと云へぬではない。兎に角右各種の契約については外國人たる債權者は或程度の危險を豫め覺悟すべきであり、從て其本國政府は直ちに其依賴に應じて當該被害事件を取上げて「外交問題として」外國政府に掛合ふと云ふことはしない。被害者(外國人)は先づ出來得る限り「地方的救濟」を求めねばならぬ。しかし被害者が地方的救濟を求めても無效であるとか、又は國家(債務國)が其政府の「權力を利用」(濫用)して契約の破棄其他の不法行爲に出でた場合には別問題である。此場合は契約者(外國人)の豫想せざる出來事であり、國家(債務國)と個人(債權者)とは契約者としての對等の資格に於てせず、國家卽債務國が國權濫用の擧に出でたものであるから、玆に債權者所屬國は「外交問題として」之を取上げ得るのである。

尤も右は普通の原則を述べたまでであつて、場合によつては債權者所屬國は右の原則によらず、或は事件を取上げたこともあり、或は之を取上げないこともあつた。相手の强弱如何によつても取扱が必ずしも同一ではない(ボーチャード)。自國人に對する外國政府の「契約上の債務回收」の爲めに國家は「兵力を使用し得るや」につい

ては後に述べる（ポーター主義、ドラゴー主義）。

二　國際不法行爲に對する救濟

國家は其國際不法行爲に對し「救濟を與ふるの義務」を有する。「國家の責任」と呼ばるる所以である。しかしそれは所謂「救濟」に過ぎぬ。刑罰ではない。國家間に刑罰はあり得ない。

其救濟方法としては

(1)原狀回復　往年（一九二八年）の東支鐵道に關する露支紛爭に於て、露國は支那に對して原狀回復を要求した。又ヴェルサイユ條約中には獨逸をして戰爭中の不法行爲につき原狀回復を爲さしめる趣旨に出づる幾多の規定がある。

(2)損害賠償　有形無形の損害に對し賠償を爲すことは國家が責任を果す上に於て常に見る所である。直接損害のみを賠償すべきか、間接損害にも及ぶべきか。兩者の區別限界は何處に求むべきか。アラバマ號事件を初め屢々關係國間に論議せられた問題である。有形の損害のみならず被害者が被れる精神上の苦痛に對しても賠償を要求せられることがある。

保護國が被保護國の行爲について責に任ずる如き場合には、前者は後者の責任に屬する「相當の措置を後者をして執らしむる義務」を負ふものである。若しそれが出來ない場合には之に相當する賠償を爲すの義務がある。

(3)滿足方法　加害國は事件の性質如何により、被害者に「滿足」（サティスファクション）を與ふるの方法として、或は陳謝（アポロジー、謝罪）を爲し、或は犯人を處罰し、官吏を免官若は懲戒處分に付するが如き方法に出づるを餘儀なくせられる。又加害官吏の當該行爲の「不法を認諾すること」（disavowal）も屢々行はれる所である。例へば大戰中獨逸の潛水艦長の行爲につき獨逸政府は米國政府に對して取敢へず此種の措置に出でた。固より之に止まらずして多額の損害賠償を支拂ふことを餘儀なくせられた。謝罪に際しては事態重大なる場合特に謝罪使を派するが如きこともある（例、北淸事變の前後措置の一として）。

(4)將來に對する保障　國際不法行爲があつた場合、將來に對し同一不法行爲が繰返されないやうに保障を講ずることも亦必要とせられる場合がある。北淸事變に關する連名公書第七條以下の諸規定の如き其例である。又右とは異るが、當該事件の解決を見るまで被害國が加害國の或地點を占領することもある（保障占領―其一例とも云ふべきは我往年の樺太占領である）。

〔損害賠償の範圍〕　損害賠償の範圍を決定する標準につき前記ゼーンス事件は一新紀元を劃するものである。國家は原犯罪（個人加害の場合）による損害を賠償するにあらずして、國家自身の行

爲（不作爲）による損害を賠償するものとせられる。固よりこれでも其標準必ずしも明白とは云へないが、「原犯罪による被害」を標準とせざることは明白となつた。

〔國際不法行爲と國際裁判〕　當該事件に於て如何なる程度・範圍の損害賠償を爲すべきや又爲さしむべきやは加害國と被害國との間に常に問題となる。之を決定するのは往々にして困難である。外交交渉に於て解決の出來ない場合には關係國の合意により仲裁裁判とか司法裁判とかにかけられることもある。又關係國の合意により特設の機關、例へば委員會にかけられることもある。實に「國際義務ノ違反ニ對スル賠償ノ性質及範圍」は―「國際義務ノ違反トナルヘキ事實ノ存否」（それは「國際不法行爲たるべき事實の有無」と云ふことであるが）と共に―聯盟規約（第十三條）に於て「一般ニ仲裁裁判又ハ司法的解決ニ付シ得ル事項ニ屬スルモノ」と看做される。

〔國際不法行爲と兵力の使用〕〔ポーター主義とドラゴー主義〕　國際不法行爲があつた場合―而して之について國際間の紛爭が生じた場合、兵力によつて之を解決すべきか、今日に於ては聯盟規約不戰條約其他とも關係ある問題と云はねばならぬ。が、兎に角兵力の使用を禁止否制限せられた一の場合がある。之について一の條約がある。一九〇七年の海牙條約中の「契約上ノ債務回收ノ爲ニスル兵力使用ノ制限ニ關スル條約」がそれである。一國政府が他國人民に支拂ふべき契約上の債務―例へば公債―を回收する爲め債權者所屬國が兵力に訴ふることを禁じたものである。否不拂國が事件を仲裁裁判に付することを拒んだか、又は仲裁裁判に付しても其判決に從はざるとき始めて債權者所屬國に兵力使用を許すものである。右の條約に現はれた主義を世に稱してポーター主義と云ふ。之と異り「國家の外國人に對する契約上の債務を回收する爲め當該外國人の本國政府に於て一切武力干渉を爲すべからず」とするのを主義を海牙條約を作る際に採用されなかつた。

第二編　平時法律關係

第一章　領　土

第一節　領土權

一　領土權に關する學說

國家は其領土について又は領土に於て如何なる權利を有するか。國家と領土との關係如何。「領土權」又は「領土主權」とは如何なるものか。此等の問題について從來種々の學說がある。(一)客體說(Objekttheorie)―「財產說」又は「所有權說」とも稱せられる所のものである―一國の領土を以て其「所有物」となし、「財產」となし、國家の領土權を以て個人の所有權に比するものである。國家が其領土に對する關係は恰かも私法上物の所有者が其物の上に有する權利と類似して居ると云ふ。國際法上の領土權は固より私法上の物權又は所有權と同一ではないが、ホールの云ふ如く、一國は他國との關係に於ては、其領土を「排他的に使用し處分し得る」點に於て、領土は財產的性質を有し、領土權は國

際的に見て一國が領土の上に有する完全なる財産權である。斯くの如く一國の領土は國家の權利の「客體」であり、國家は領土「の上に」、領土權—排他的に領土を使用し處分するの權利—を有するものであるとせられる。多少ニュアンスの相違はあるが、此說は英米（例、ホール、ローレンス、ハイド、フェンウイック、ラウターパハト）を初め、佛（例、フォーシル）、獨（ヘフター、ウルマン、フライシュマン、シュッキング、ストルプ）、伊（ドナティ）等諸國に贊成者が少くない。領土が君主の所有物の如く遣り取りせられた時代の思想は、領土を以て國家の所有物視する傾向を生じた、君主と國家との關係に關する思想は變遷しても、右の領土を所有物視する傾向は依然として殘存した。否それが「所有」の思想（dominium）から「支配」の思想（imperium）に變つても、猶學者中には領土に對する國家の關係を說明するに、「財產」又は「國際所有權」なる語を以てするものあるを見受ける。近くはドナティによつて國家の領土に對する權利は「國際法上の所有權」であり、此權利は一國が他國に對する關係に於て其領土の上に自由にして排他的なる處分權を有することに存する旨說明せられる。所有者は其所有物を使用收益するに於て獨占的であり之を處分するに於て自由である如く、國家は其領土內の人及物につき支配を行ふに於て排他的であり、且つ領土を處分する（割讓し又は租借を許すが如き）に於て自由である。此點に於て兩者はよく似て居る。斯くして領土權は「物權」視せられ、條約中にも「領土又は或地域の讓渡」「領土の移轉」（例、ヴェルサイユ條約三九、九二、二五四條）の如き文字が散見する。此種の文字は右の思想に緣由するものと看られる。（二）空間說（又は場所說と譯すべきか Raumtheorie）　領土を以て國家權力の行はるる場所的範圍と看做すものであり、國家は其領土內に於て支配を行ふも、領土其者を直接に支配することは出來ぬ、支配の對象は人であると云ふのである。此說は領土を以て國家が其權力（國權又は主權）を行ふ場所に過ぎぬと論ずる。空間說又は場所說の名ある所以である。卽ち此論者は領土權を以て所有權（dominium）に比するにも反對すると同時に、領土に對する支配權（命令權 imperium）を認むるにも反對する。土地の如き無生物に命令することは不可能であると說く。國家の領土は「其支配權を行ふ舞臺」であるとも說かれる（チーテルマン、故に私は之を「舞臺說」と稱したい）。更に學者は領土を以て「國家の構成要素」（エレメント）となし（例、ハイランド、私は此說を「構成要素說」と稱する）、國家の領土に對する關係は恰かも人の身體に於けるが如くであり、從て國家は領土に對して領土權と云ふ物權を有するものではないこと、恰かも人が其身體の上に物權又は所有權を有し得ざると同樣であるとする（フリッカー）。寧ろ領土は國家の人格を構成する。否領土は國家の人格に缺くべからざるものであり、國家の國家たる「性質」の構成要素であると論ずる（故にラドニッキーは此說を「性質說」と呼ぶ）。領土の侵害は國際法上他國の所有物を侵すものではなく、寧ろ被害國の人格を侵害するものであると說く。右の空間說にも種々のニュア

ンスがある。しかし一國の領土を地理的、場所的に觀察して國權行動の地理的範圍となすものと、領土を以て國家の構成要素となすものとは同一視すべきであらうか、否空間說（又は舞臺說）と構成要素說（又は性質說）とは同一に論ずべきものであらうか。之を同一視する人が少くない。否之を區別せずして評論する人がある（例、ラウターパハト、シヨーンボルン）。が、私は其當を疑ふ。何れにせよ國家は「領土の內に於て」支配するものであり、「領土に對して」支配を行ふものでないとの思想―右の空間說―は領土權を以て國權（又は主權）其者と同一視するに至る。否國權（主權）以外、領土權なるものを認めず、領土權とは其內容に於ては―グルバアの如ふ如く―「國家行動の總和」であり、卽國權を領土に對する場所的關係に於て觀察せるものに外ならぬことになる。領土權は國權其者であり、領土は國家其者であると見るの傾向に陷る。（三）折衷說（Kombinationstheorie）　玆に折衷說とは前記客體說と空間說とを併合調和せしめんとするものである（ラバンド、オツペンハイム其他）。卽此說によれば一國の領土は國家が其支配權を行ふ場所的範圍であると同時に、又國權の客體なるものであると云ふ。（四）權限說（Kompetenztheorie）　此說は前記の諸說に反對して起つたのである。此說は領土權を以て國際法が國家に附與する場所的權限となすものである。否領土權又は主權の代りに右の「場所的權限」を認めんとするものである。しかし此說はラドニツキーに始まり、ヘンリヒを經て、ケルゼン、フエアドロス等ウキーン學派によつて補正否高唱せられるに至るまで、幾多の異れるニユアンスを示して居る。フエアドロスによれば、（イ）國家は國際法上其領土に於て領土內の總ての人及物を包容して各種の國家行爲を爲すの權限を有するのみならず（ロ）國家は又領土其者を自由に處分するの權限を有して居る。右の各種國家行爲の權限も自由處分の權限も共に「權限」である。而して國家は國際法によつて之を有するのであると論じて居る（氏は前者（イ）を以て地的權限となし、後者（ロ）を以て物的權限とするが、地的權限は常に物的權限を伴ふものであるとして居る）。實に此說の特徵は（イ）主權又は領土權と云ふ代りに「權限」を說き（ロ）其權限は國家が國際法によつて之を有するのであると說くことにある。國家が其領土內に有する各種管轄權（權限）は其主權（國家主權）に權原（ティートル）を求むべしとするの論（國際司法裁判所のローテュス號事件に關する判決）を排斥して居るのである（此點につきブールカン〔海講三五卷〕ルツソー〔ルヴユー・ゼネラル誌一九三〇年〕デルペ〔同誌一九三二年〕もウキーン學派に共鳴して居る）。

二　領土權の內容

前記何れの說を執るを問はず―前記ホール（客體說）によると、フエアドロス（權限說）によるとに論なく―國家は其領土に於て左の權利・權限を有することは爭ふべくもない。

（一）　國家は其領土內に於ける人及物に對して「排他的管轄權」（exclusive jurisdiction）を有する。

ウエストレーキは之を以て「主權行爲」(acts of sovereignty)と稱し、プライアリーは之を捉へて領土主主權―否領土に對する主權―として說明して居る（氏自身は「主權」と云ふ思想を喜ばざるものであるが）。何れにせよプライアリーの云ふ如く右の排他的管轄權は決して無制限のものではない。國際法によつて制限せられる。條約によつても制限せられる。廣く云はゞ當該國家の明示又は默示の同意によつて制限せられる。しかし當該國家の同意なくして制限せられることはない。「排他的」と稱せられる、否稱し得る所以である。

（二）　國家は其領土を自由に處分するの權利（權限）を有する。「排他的處分權」(exclusive disposition)と稱せられる。國家が其領土を他國に割讓し又は租借するが如きは右の處分權あるが爲めである（フェアドロスは土地「破壞」の權限までも數へ擧げて居る）。一旦右の「割讓」が行はるれば領土權（又は領土主權）は全般的に他國に移る。否他國の主權が當該地域に行はれることになる。從て右の管轄權も處分權も從來の國には無くなるのであるが、「租借」の場合には之と異り、前者（排他的管轄權）が租借期間中租借國に移り、租貸國では後者（處分權）のみを留保するのである（發述參照）。此場合稱して「裸主權」又は「最終的主權」を留保するとも稱せられる。

右の排他的管轄權と排他的處分權との二者が領土權の內容であり、又其作用でもある。何れも國家は其意思（同意）によつて之を制限することがある。處分權の制限の一例は所謂「不割讓條約」に之を見出し得る（例、大正四年五月二十五日福建省不割讓に關する日支交換公文）。

前述の如き內容を有する領土權は果して之を「物權」と云ふべきか、所謂「物權」の意義次第である。總ての人（國）に對抗し得る權利を物權と稱し、特定人（國）に對して有する權利を債權と云ふならば（フェアドロス）、右の領土權を以つて物權とするに於て何等の支障はないであらう。

〔領土の不可侵〕〔領土保全〕〔九國條約第一條〕〔聯盟規約第十條〕　前述の如く領土權は一切の國に對して對抗し得る。何國も之を侵すことは出來ぬ。一國の領土權に對しては他國は之を尊重するの義務がある。「領土保全の尊重」とも稱せられる。右の如く國家は其「領土の不可侵」を主張するの權利を有する。一國領土の不可侵は局外中立法規の第一義であるが、平時の國際法規としても重要原則の一であらねばならぬ。領土の不可侵は領土權の消極的方面である。「領土保全」(territorial integrity)なる語も屢々條約又は公文に使用せられる。例へば華府條約中の九國條約第一條に使用せられる。此文字についてウイローピーの解釋によれば二つの意味があり、第一には一國は其領土の一部たりとも其同意なくして他國から奪はるることなきことを意味し、第二には國家が其領土の上に有する管轄權が排他的なることを意味するとのことであるが、果して然らば第一の意義に於ける領土保全は排他的處分權の別名であり、第二の意義に於ては排他的管轄權その者に過ぎぬ。結局領土保全は領土權と立言を異にするも、內容を同じうするものである。

聯盟規約第十條にも「領土保全」の語が使用せられる。シュツキング・ウエーペルヒは之を解して―「聯盟國ノ領土保全……ヲ尊重シ」とあるは―將來に對し暴力により土地の永久的變更を行ふを排斥するものであると云ひ、しかし一時的に他國の領土に侵入する如きは別問題であるとして居る。ビュエルも同條を解して、領土の侵入が永久的の併合又は永久的の支配（例へば保護國の設定）に至るが如きを禁止するものであつて、他の目的の爲めに侵入を行ふも―それが他の聯盟規約規定に違反するや否やは別として―本條に觸れるものではないと云ふて居る。

〔租借地の性質〕　租借地の性質如何。之についてはその各場合の條約を窺はねばならぬ。我關東州租借については露支間の原條約（一八九八年）に於て、支那は「主權」を留保して居るが（同條約第一條）、「最高民政權」（"supreme civil administration"）は租借國に歸せしめてある（第四條）。右によれば支那人の犯罪人ある場合につき特例を定めてあつても（同條）、租借國が排他的管轄權を有することを妨げない。威海衞租借（同年）については英國が「唯管轄權のみ」（"sole jurisdiction"）を有することとなつて居る。膠州灣租借（同年）に於ては支那は租借期間中租借地に於て「主權の行使」を差控へ、之を―「主權の行使」を―獨逸に委することとしてある。主權其者は支那に保有するが、其「行使」を獨逸に委するとの意味である。玆に「主權の行使」とは前述の「管轄權」又は「排他的管轄權」に該當するものである。ウエストレーキの所謂「主權行爲」に當る。支那の保留する「主權」は「裸權」又は「裸主權」である。「最終的主權」（ultimate sovereignty）又は「最終的處分權」と稱することも出來る（此點につき前述參照）。租借期間中轉貸の場合同意を與ふることが此種主權の作用とせられる。

租借は「假裝的割讓」と云ふべきか。學者間に議論がある。現實に重きを置き租借を以て「假裝的割讓」となすの論もあるが（ダバニエー、ウエストレーキ、ローレンス、フオーシル）、一方には反對論もある。殊に世界大戰後に於ける事實に徴して、反對論（例、ラウターパハト、デルゼ）は有力となつた。反對論者の一人たるヤングの如きは、租借を以て國際法上全然「特殊のもの」（sui generis）として居る（「關東州租借地の國際法的地位」一七頁）（獨逸が膠州灣を失ふや獨逸學者中には改說者を出すに至つた―ショーンボルン）。

前記「租借」と似て非なるものがある。一國が一定地域を他國に「貸與」しても何等權力行爲を其地に行ふことを認めず、唯經濟的利用に供せしむるが如き其一場合である（例、ヴエルサイユ條約三六三條）。

米國がパナマ運河の爲めパナマ國より得たる地帶は租借地と見るべきか。租借とは稱して居ない。租借には普通期限があるが、此場合米國は右運河地帶を「永久的に使用・占領・支配するの權利」を認められて居る（一九〇

三年パナマとの條約)。米國は右の地帶に於て主權を「行使」して居る(オッペンハイム、フェンウイク)。しかし條約上の文句が明瞭でない(殊に右條約第三條)。米國はパナマと主權問題について見解を異にし、米國の學者は自然自國に主權を認めんとするに傾いて居る(例、ハイド：substantial rights of sovereignty)。

〔行政占領〕　一國が他國の或地方を「行政占領」の爲め引受けることがある。伯林條約(一八七八年)によつて墳洪國がボスニア・ヘルツエゴヴィナの行政占領を引受けた如き其適例である。これも併合ではない。右地域の併合は後年(一九〇八年)墳洪國によつて行はれた。それまでは右「行政占領」の名義の下に同國は同地に於て主權を「行使」したに過ぎぬ。

第二節　委任統治

一　委任統治とは何ぞ

委任統治とは後進地域に對する先進國の後見を云ふ。それは「國際委任」であり、又「國際後見」でもある。從來「委任」又は「後見」は私法上の制度であつたが、その思想が國際法に輸入せられたのである。その輸入は世界大戰後の平和條約によつてなされたのである。聯盟規約第二十二條は委任統治の基本法として其定義及要件を定めて居る。之によれば委任統治とは

一、「今次ノ戰爭ノ結果從前支配シタル國ノ統治(主權)ヲ離レタル殖民地及領土」にして

二、「近代世界ノ激甚ナル生存競爭狀態ノ下ニ未タ自立シ得サル人民ノ居住スルモノ」に對し

三、「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」の主義を適用し

四、右の主義を實現する最善の方法として「該人民ニ對スル後見ノ任務」を「先進國ニシテ資源經驗又ハ地理的位置ニ因リ最モ此ノ責任ヲ引受クルニ適シ且之ヲ受諾スルモノ」に「委任」し、之をして「聯盟ニ代リ受任國トシテ右後見ノ任務ヲ行ハシムル」

を云ふのである(規約第二十二條第一項及第二項)。前掲第一及第二は委任統治の客體(目的物)に關し、第三は委任統治の指導原理を定め、又第四は其主體を定めたものである。

ヴエルサイユ條約第一一八條によつて、獨逸は歐洲以外に在る一切の土地を投げ出した。否、其投出しを餘儀なくせられた。卽ち同條第一項は此等領土上の一切の權利・權原・特權を拋棄し且つ其處分を「主タル同盟及聯合國」(以下「主要國」と略稱す)に委した。又同條第二項によれば右主要國が「……現在又ハ將來ニ於テ執ルコトアルベキ措置ヲ承認シ且之ニ遵由スルコトヲ」約束したのである。加之次の第一一九條以下に於て特定事項に關する受諾を爲し、特に第一一九條に於ては「獨逸國ハ其ノ海外屬地(註、殖民地のこと)ニ關スル一切ノ權利・權原ヲ主タル同盟及聯合國ノ爲ニ拋棄ス」と規定した。

右二箇條（第一一八條、第一一九條）によつて戰勝國たる主要國は獨逸從來の殖民地の處分を如何樣にでも措置し得ることとなつた。而して、主要國は之を「委任統治」制度の下に置くことにしたのである。當該地域の處分につき―前記の「執ルコトアルベキ措置」につき―協議の上、之を委任統治に付することとし、それぞれ受任國を選定し、之が割當を行ふたのである。

二　委任統治の種類

委任統治はA式、B式及C式の三つに分れて居る。規約第二十二條第三項の示す如く「人民發達ノ程度・領土ノ地理的地位、經濟狀態其他類似ノ事情ニ從ヒ差異ヲ設」けられてあるのであつて、トルコの邊境領土をA式となし、又獨逸の殖民地はB式及C式の二種に分たれた。卽ち（一）A式については規約第二十二條第四項により「從前土耳古帝國ニ屬シタル或部族ハ獨立國トシテ假承認ヲ受ケ得ル發達ノ程度ニ達シタリ、尤モ其自立シ得ル時期ニ至ル迄施政上受任國ノ助言及援助ヲ受クベキモノトス」と規定せられ、（二）B式については其第五項に於て「他ノ人民殊ニ中央阿弗利加ノ人民ハ受任國ニ於テ其地域ノ施政ノ責ニ任ズベキ程度ニ在リ、尤モ受任國ハ公ノ秩序及善良ノ風俗ニ反セサル限リ良心及信敎ノ自由ヲ許與シ、奴隷ノ賣買又ハ武器若ハ火酒類ノ取引ノ如キ弊習ヲ禁止シ並築城又ハ陸海軍根據地ノ建設及警察又ハ地域防衛以外ノ爲ニスル土民ノ軍事敎育ヲ禁遏スベキコトヲ保障シ且他ノ聯盟國ノ通商貿易ニ對シ均等ノ機會ヲ確保スルコトヲ要ス」との規定を見る。又（三）C式については「西南阿弗利加及南太平洋諸島ノ如キ地域ハ人口ノ稀薄、面積ノ狹少、文明ノ中心ヨリ遠キコト又ハ受任國領土ト隣接セルコト其他ノ事情ニ因リ受任國領土ノ構成部分トシテ其ノ國法ノ下ニ施政ヲ行フヲ以テ最善トス、但シ受任國ハ土著人民ノ利益ノ爲前記ノ保障ヲ與フルコトヲ要ス」との規定があるのである（第六項）。我南洋委任統治は右のC式に屬する。

〔委任統治と內政及外政〕　內政に關してはB式及C式の場合受任國は總て「立法及行政ノ全權」を有する。唯聯盟規約及委任條項に定めたる制限を受けるのみである。加之C式の全部（及タンガニイカを除くB式）にあつては「受任國ハ其ノ領土ノ構成部分トシテ」當該地域の施政をなし得るのである。が、かくしてC式は併合ではないにしても「出來得るだけ併合に近いもの」になつた。巴里會議に於ける併合論者と非併合論者との妥協の結果である。A式についてもバレスタインの場合は特別であつて、受任國は前記B式及C式と同樣「立法及行政ノ全權」を有して居る。

外政に關しては特に委任條項に明文があつて受任國が受任地域の「對外關係ノ監理ヲ委任セラレ且外國ノ任命ニ係ル領事ニ認可狀ヲ發スルノ權利ヲ與ヘラレ」てあるのもある。又受任地域に屬する人民にして「其地域外ニアル場合」之に對し受任國は「外交官及領事官ノ保護ヲ與フルノ

權利ヲ有ス」る旨の規定を見るのもあるが、かかる規定なしとしても施政權を有する受任國は外交上―外國に對して―受任地域を代表する權限を有するものと云ふべきである（イラクは別である）。

又ヴエルサイユ條約第一二七條は舊獨領海外屬地の土人が「該地域ニ對シ權限ヲ行使スル政府（受任國政府を指す）ノ外交上ノ保護ヲ受クル權利ヲ有ス」ることを定めてある。

「條約」については受任國の條約が當然委任地域に及ぶものではない―受任地域が受任國の領土とせられぬ見地からである。受任國は受任地域の爲め一定の種類の條約に加入すべきことを定めたる委任條項も見受けられる。

三　委任統治の性質

委任統治―「國際委任」又は「國際後見」―は如何なる性質を有するものであるか。受任國と聯盟國との關係は私法上の所謂委任を以て論ずべきものであらうか。受任國と受託地域又は其住民との關係は私法上の所謂「後見」を以て論じ得べく、又は之に準じて取扱はるべきものであらうか。それとも、受任國は當該地域に對し所謂「主權」を有するものと云ひ得るであらうか。受任國が當該地域に對して有する權利は對物的性質を有するものであるに過ぎないものであらうか。

聯盟規約第二十二條は、殊に其第一項、第二項は法律上不可解の文字を持つて居る。第二項中「聯盟ニ代リ」と云ふ文句がそれである。又同項中「後見ノ任務」と云ふ文字がそれである。尙ほ、同條第一項中には「文明ノ神聖ナル使命」と云ふ文字もある。「使命」と云ふのでは原文英語「トラスト」の意味は出て來ない。何れにせよ、右の「トラスト」とか、後見とか、受任國とか、「聯盟ニ代リ」（それは「聯盟の爲めに」と譯すべきであらう）と云ふのは、如何なる意味を有するものであらうか。一定の法律上の意義を有するものであらうか。トラストとか後見とか委任とかは、私法上では一定の意義を有する。しかし公法上殊に國際法上は從來一定の意義がなかつた。これを國際法に輸入したのは、否國際關係に於ては、聯盟規約の創設にかかるものである。「委任」とか「後見」とか「トラスト」とか云ふ文字それだけでは公法上―國際法上―何等の意義をも明かにし得ない。委任の發生についても、變更についても、效力についても、消滅についても然りである。更に「後見」とか「トラスト」とか云ふ文字又は觀念をつき混せて見た所で愈々不明瞭になるばかりである。

委任統治は世界大戰の產んだ新しい制度である。特殊の制度である。聯盟規約及委任條項によつて委任統治が組織せられ、其方式が定められ、又施政權が制限せられる以上、委任統治は從來に例のないもので「特殊性」を有するものである。「此特殊性」はA式、B式、C式のそれ〳〵に於て各別に

發揮せられる。從來の理論―例へば主權論の如き―により律し難き所は「特殊の新制度」と云ふことを以て滿足するの外はない。

〔委任統治と主權〕　委任統治に於て主權の所在が問題とせられ、大に論議せられる。（一）聯盟主權說　ラウタ－パハトの如き私法上の觀念を、公法上、否國際法上に輸入するに吝ならざる學者は聯盟規約に於ける「委任」（マンデート）なる文字に重きを置いて居る。而して私法上委任の法理を玆にも準用すべきであるとして、聯盟は委任者である。受任國は聯盟からの委任を受けて統治する、否聯盟の主權を「行ふ」ものであると云ふて居る。主權は受任國にあらずして聯盟に在りと云ふて居る。果して委任統治に於ける委任は私法上のそれと同一に論ずべきであらうか、私は之を疑ふ。獨逸の學者は一般に委任の思想に重きを置き、受任國は聯盟の委任を受けて施政の任に當るものとなし、加之聯盟は何時にても委任を「解除」し得るとか、受任國を取替ふる權能ありなど主張するの傾向がある。シュッキング・ウエーベルヒは聯盟規約第二十二條第二項に於て「後見ノ任務」が「先進國」に委任せられ、右先進國は「聯盟ニ代リ」（「聯盟ノ名ニ於テ」）「受任國トシテ」右後見の任務に當るものであるから、「其結果として聯盟は委任地域に於て主權を行ひ、受任國を單に其（聯盟の）機關として利用するものである」と云ふて居る。現實を無視した空論である。委任地域の分配は―A式の場合は姑らく別として―最終的である。委任解除に關する私法上の規定の如きは此場合準用せらるべきではない。否規約には委任解除に關する規定がない。（二）主要國主權說　此說は佛國の學者フオーシル其他の唱ふる所であつて、前記ヴエルサイユ條約第一一八條及第一一九條の規定を根據として主權は主要國に在りとするものである。此說にも議論の餘地はある。主要國は果して右の規定によつて獨逸殖民地（「海外屬地」）の割讓を受けたと云ふべきものであらうか。獨逸の殖民地が同國の「權利拋棄」によつて無主の地となつたものでないとすれば―一般に主權無用論を採用しない限り―何處かに所謂「主權」がなければならぬ。それには主要國の主權下に一度は兎に角移つたものであるとするのが穩當であらう。バルフオーア卿は嘗て（一九二二年）理事會に於て「委任統治は戰勝國（「征服者」卽コンクエロアの文字が玆に複數に使用せられてある）が戰敗國の土地の上に得た主權に對し自ら加へたる制限である」と述べたのは主要國主權說を裏書するものとせられる。しかし此說にも反對者がないではない。今日主要國の手に殘つて居るものがありとすれば、それは委任地域の「處分權」又は處分に對する「容喙權」であらう。が、これについては果して今日委任地域の處分―現受任國よりその地域を取上げたり又は受任國の變更を行ふ等―は主要國のみが隨意に行ひ得る所であらうか。假りに主要國が處分權を留保するとして、其處分權そのものを目して「主權」と云ふべきであらうか。此二つの點を考へなければならぬ。右の處分權を目して「領土權」と稱し、又は「主權」と稱する學者がないではないが、一方には右の處分又は變更には受任國と理事會との合意がなければならぬ所から、「主權」は寧ろ受任國と聯盟とが分けて持つて居る（主權分有說）と說くものがある位である。（三）受任國主權說　此說を唱ふるものに、ローラン（白）、デイエナ（伊）、ベイテ、リンドレー（英）の諸氏がある。殊にC式委任統治に於ては「受任國領土ノ構成部分トシテ其國法ノ下ニ施政ヲ行フ」ものであるから、受任國主權論が唱

へられる傾がある。抑も「主權」の語たるや人により、學者によつて種々の意義に使用せられる。或は（甲）立法・行政・司法の權ある場合之を以て主權ありと見る說もある。最高なる命令强制の權利を以て主權とする說もある。此意味に於て主權は受任國にありとするは固より差支はあるまい。前述の如く委任統治地域に於ては多くの場合―多數の委任條項に於ては受任國が當該地域に於て「立法・行政ノ全權」を有するものとせられる。司法についても亦同樣であらう。加之C式委任統治については―及びB式の場合にも―「受任國領土ノ構成部分トシテ其國法ノ下ニ施政ヲ行フ」の規定あるに於てをやである。しかし若しも（乙）當該地域「處分」の權利―領土移轉の權利―の意味に主權を解するならばどうであらうか。主權は受任國に在りと云ふべきであらうか。主要國が一旦關係地域の割當を行ふてしまつた今日に於に在りと云ふべきであらうか。これは大に疑問である。聯盟としても亦、今日に於て、猶且つ此等委任地域についての處分權を有するやは前述の如く大に疑問である。果して然らば受任國の意思に反して委任地域を取上げたり、受任國を取り易へたりする權能は有して居ない。又は委任統治を辭退し得るであらうか。この受任國は單獨に―勝手に―委任地域を「移轉」し得るであらうか。委任統治を辭退、辭任すらも自由ではない。聯盟との―理事會との―相談を必要とすると云はれる。殊に受任國主權論は「非併合」の原則と如何にして調和せしめ得るであらうか。委任統治は併合論と非併合論との妥協の結果である。

（四）其他の說（主權潛在說、主權停止說等）　聯盟側では―殊に委任統治委員會の連中は―受任國が主權を主張する態度を好まない。學說としても委任地域につき主權の所在如何を探究せんとする試みは一も滿足なるものが未だ發見せられぬ。甚しきに至つては委任地域が主權を有すると說くものがある。其地域に國家が樹てられた場合―「獨立國トシテ假承認」を受けたものである場合、卽ちそれはA式委任統治の場合に限るのであるが―殊にイラク國の如き―は別として、何等國家の形態を有せざる土人部族が主權を有すとなすが如きは、不當なること言ふ迄もない（しかし右の場合でも主權潛在說を唱ふる學者がある）。其他主權停止說―委任統治中は其地域の主權が停止（サスペンド）せられて居るとの說―を唱ふるものもあり、又一方には主權と云ふ本來捕捉するに苦しむものを委任統治の場合に求めんとするのが抑もの誤りであると論ずる學者もある。主權の所在を明にせずして、否此問題を回避しつつ委任統治は創立以來今日まで動いて來たのである。實は委任統治については主權論をやかましく云ふ必要を認めぬ。否之をやかましく云はぬ方がよいとの說を生ずるのである。何れにせよ右に概說した如く委任統治地域について主權の所在如何と捜がし廻つても何處にも確たる所在は求め難いのである。

〔聯盟脫退と委任統治〕　聯盟脫退により受任國は受任地域を失ふや否やの問題と主權論とは別問題である。右の問題は受任國たるの資格要件如何の問題である。受任國たるの資格としては冒頭に述べた如く、規約第二十二條第二項に所謂「先進國」たることが必要にして且充分である。其以外又は其以上に及ばぬ。「聯盟國たること」を必要として居ない。從て受任國が聯盟を脫退して

も其地位に動搖があるべきものではない。又受任國が受任地域に於て「主權」を有し又は之を行ふことをも要件として居ない。從て受任國が受任地域に於て行ふ所のもの、有する所のものが、「主權」であつても、又「主權」でなくても、受任國たる地位に變りはない（委任統治の詳細については擴著「委任統治問題」參照）。

第三節　國際地役

一　國際地役の存否

國際地役なるものは果して存在するか、若し存在するとせば如何なる性質を有するものであるか。これ近頃國際法學者間に喧しく論せらるる所である。獨り學者間の閑問題に止まらず、國際間之に關する紛爭事件も持ち上つた。仲裁裁判事件となつて現はれた。一方には國際地役の種類又は實例として澤山の事柄を並べ立てる學者があるかと思へば、大に其限定の必要を說くもの、否之が存在を否認するものすらも生ずるに至つた。

抑も國際地役と云ふ觀念は本來私法上の地役に由來するものである。國際法は其發達に於て私法上の觀念及原則に負ふ所が多い。國際地役も其一つである。當初は私法上の地役に關する觀念が無造作に國際法に受入れられた。要役國とか、承役國とか、積極地役とか、消極地役とか、經濟的地役とか、軍事的地役とかの觀念がそれである（擴著「現行」上三三四頁以下）。國際地役は人的性質を有するものにあらずして、物的性質を有するものであるとせられ、卽要役地又は承役地の主權者が（持主が）變つても國際地役は依然として兩地間の關係に於て存續するものであるとせられた。

然るに一九一〇年英米間ニューファウンドランド方面北部大西洋沿岸漁業問題に關する紛議が海牙に於ける國際仲裁裁判所の裁判（下揭）により—The North Atlantic Coast Fisheries Arbitration—審理決定せられたる際、同裁判所が國際地役の問題に對して示した態度は大に國際地役の制度に動搖を來した。右の事件に於て海牙の仲裁裁判所が全然國際地役の制度を否定したものと見るは過ぎたりとするも、餘程國際地役に打擊を與へた（ルヴュー・ゼネラル一九一二年五一四頁バドウアン參照）。更に其後一九二〇年アーランド島の武備撤廢問題に關し國際聯盟の任命した法律家委員會は前記英米間の北大西洋漁業事件に關する判決の影響を受けて、「眞の意義に於ける國際地役なるものの存在は一般に認められる所でない」と聲明した。しかし乍ら別の理由により—卽ちアーランド島の武備撤廢を定めた一八五六年の巴里條約は歐洲公法の一部を成すものであるからとの理由で—利害關係國は同地方に武備撤廢制

の存續を主張するの權利ある旨の結論を下した。

〔北部大西洋沿岸漁業問題〕（一九一〇年）　此事件に於て米政府は前記國際仲裁裁判所に於て自國が係爭地域に有する權利を國際地役の觀念によつて說明し、主張した。國際地役に於ては承役地の主權が要役地の爲めに制限せられるものであるから、承役國たる英國は米國人（漁業者）に對しては勝手に法律規則を設くることは出來ないと主張するのであつた。國際地役は「主權的權利」を附與するものであると論じたのである。加之私法上の地役の觀念を以て國際地役を「類推」せんとしたことは少からず其主張を亂した。英國側は右類推の弱點を捕へて追窮大に努めた。大に米國側を苦しめた。米國側は遂に要役者は米國の「土地」でなくして、米國其者であることをも認めざるを得なくなつた。斯くして自分の主張する權利が「物的性質」を有せず、對人的のものに過ぎないことを認めるの已むなきに至つた。しかし英國の力をこめて爭ふた所は此點よりも寧ろ他にあつた。卽ち米國が國際地役の名義及び觀念を借りて—「主權行爲」を主張せんとしたことに在つた。「國際地役の設定は主權の制限を意味す」とした點にあつた。而して此點に付ては裁判官は米國側の見解に同意した。此點について米國の見解に同意したが爲に「國際地役の如き重大なるものは當事國が明かに之を約束した場合に限り—國際條約上の明かなる證據ある場合に限り—裁判所は之を取上げるべきものである」と判定した。米國は素より斯かる明約を—斯かる國際地役の設定ありたるの證據を—提示することは出來なかつた。裁判官は國際地役の制度其者を否定し之を斥けたものではなくして、右の場合に米國の有する條約上の權利が國際地役權であると云ふの主張を斥けたものである。米國の云ふ如き國際地役が果して事實設定せられたるものとせば其證據を提示せよと命じたのである。而して米國は之に應ずることが出來なかつたのである。裁判官は米國が英國に對し一八一八年の條約によつて得たる所は「主權的權利」にあらずして、純然たる經濟的權利であるとの見解を取つた。從て英國が當該地域に於ける主權により規則を設けるの權利を認めた。が、一方には該條約上右の規則は適當のものでなければならぬとありたるに顧み、米國の利益をも斟酌した判決を下した（デイキンソン三八七頁以下）。

〔蘭國鐵山事件〕（一九一四年）　本件は國際地役の存在を認めた一の先例である。獨國ケールンの高等法院に於ける判決である。此事件は普國內に於て蘭國の國際地役を認めたことに於て、前記英米間の仲裁裁判事件と大に其趣を異にするものである。卽ち右蘭國鐵山事件は一八一六年の普蘭兩國間の境界條約によつて普國の一部となつた某々の地方に、蘭國が以前から持つて居た鐵山に關するものである。右の條約により右の地方は普國のものとなつたが、當該鐵山は依然蘭國の有する所であつた。しかるに其鐵山が普通の經濟的利權（コンセッション）として普國の法律に服すべきものであるか、それとも國際地役として普國法律の適用を免かるべきものであるか、との點が裁判上爭ひとなつた。前記法院は後の見解を採つて蘭國の國際地役を認め、蘭國が當該鐵山に關し「主權的權利」を有し、立法權を行使し、警察權を行ふを得るものであることを認めた（デイキンソン三九六頁）。

〔ウインブルドン號事件〕（一九二三年）　海牙常設國際司法裁判所に英船ウインブルドン號事件の繫屬するや、ヴ

エルサイユ條約第三八〇條（キール運河を各國船舶の自由通過に開放する旨の規定）が果して國際地役を設定するものであるかの問題が持上がつた。所が裁判官（多數意見）は「國際法上果して私法上の地役に比すべき國際地役なるものが實際存在するやと云ふ頗る議論の存する問題につき決定的態度を執るは自分等の任務に屬せず」との見解を取つた。しかし其際獨逸のシユツキング（裁判官）は少數意見として、右は國際地役に屬することを主張した。國際地役については學者間議論の存することを認めつゝ、同時に其觀念は數世紀間國際法上大に有用視せられたこと、世界戰爭後の各平和條約は國際地役と認むべき幾多の法律的事態を設定したことを論じた。

〔ヴエルサイユ條約其他〕　ヴエルサイユ條約には國際地役と認めらるべき—又は少くとも此點につき問題たり得る—幾多の條文がある。就中其第三五八條に於ては佛國の利益の爲めライン河より河水を引用するの權利其他の權利が規定せられ、而して同條には「前記ノ地役ヲ課セラレ」云々とあつて、明かに「地役」なる文字が使用せられてある。其他ヴエルサイユ條約中にはポーランド、ダンチヒ、獨逸間の關係について（八九、九八、一〇四條）又はライン地方（四二—四四條）及ヘリゴランド（一一五條）の武備撤廢地帶について國際地役に類する幾多の規定がある（ハチエック七八頁）。此等は皆國際地役と認むべき性質のものであらうか。又之を國際地役と認むると否とは實際に如何なる區別の實益を有するものであらうか。今日國際間に於て他にも類似の例は少くない。我國に直接關係あるものとしては日露間の漁業條約に基き日本が露國に對して有する權利の性質如何、又日本が滿洲に於て有する鐵道の敷設乃至經營權の性質如何、鐵道附屬地行政權の如きは如何、此等は國際地役論に關聯して自然想起される所のものである。

〔學說〕　今日に於て—前揭の諸先例を有する今日に於て—國際地役の價値及運命如何を考ふるに國際地役の存在を否定し、又は之を否定せざる迄も其運命が危殆に瀕して居る旨を說くものが少くないが、一方に於て今尙ほ國際地役を維持するに傾くものも少くない（前說に屬するものとしてはナイス、ヒツギンス、マクネーア、リスト、ニーマイヤー、ド・ラウター、ストルプ、ポツター、クルーゼン等を擧ぐるを得べく、後說を唱ふるものとしてはオツペンハイム、フオーシル、コーラー、ハチエック、フライシユマン、フエアドロス、ラウターパハト、フイスケル、フエンウイク等を數ふることが出來る。海講二二卷一九頁以下參照）。オツペンハイムの如きは「國際地役の制が大に必要なることは疑ふの餘地なし」と云ひ、又「此裁判所の意見（前記英米間北大西洋漁業事件を指す）が各國の學者及政府をして大切なる國際地役の觀念を拋棄せしむるに至るものとは考へられない」と云ふて居る。反之フエルネツクは「國際地役と云ふ觀念も言葉も遠からず國際法の著書から消え失せるであらう」と云ふて居る。

二　國際地役の性質

國際法上國際地役が認められるとしたらば、如何なる性質を之に認むべきであらうか。（一）國際地役を支持するの學者は其性質を論じて「領土主權に對する永久的制限」であると云ふ。玆に「永久的制限」とは蓋し國際地役が要役地又は承役地の領土主權の變更と共に消滅しないことを意味するので

ある。(二)國際地役は又「物權的性質」を有するとも稱せられる。國際法上の「他物權」とも稱せられる。其意蓋し要役地又は承役地に於ける主權の變更に拘はらず國際地役は存續することを云ふのである(海講二二卷二二頁)。果して然らばそれは前記「領土主權の永久的制限」と云ふのと同じことを意味する。(三)然り、國際地役なるものを認むるとせば其價値は其「物權的性質」を有することにある。文字其の物丈けでは何等の價値はない。國際地役として一定の事態が兩國間に(兩地間に)存する以上、其事態は承役國又は要役國に主權の交替があつても(其國又は土地の歸屬が變つても)、其事態は依然として存續するものでなければならぬ。卽ち永久性が國際地役の要素であるとせられる所以である。が、しかし(四)問題は果して國際間に右の如き「永久的」なる主權の制限が存在し得るや否やに存する。國際地役は關係國間の條約によつて生ずる。その合意に出づるとせられる。自然的の地役—慣習法上の地役—例へば一國船舶が他國領海に於て無害通過の權利を有するが如き—は玆に所謂國際地役と看做されぬ。凡そ條約は第三國を拘束する力はないこと既に述べた通りである。故に國際地役否定論者は勿論、之を認める學者中にも國際地役の物權性を否認するものがある(例、ストルプ、フェアドロス、ハチェック)。しかし國際地役の物權性を否認するのでは國際地役を認める甲斐がないこと前述の通りである。(五)他方には國際地役なる觀念又は文字に「反對」する學者にして(イ)條約當事國の意思により(例へば前記ヴ

エルサイユ條約第三五八條の規定の如き)又は(ロ)當該事態が條約當事國以外、各國の明示若は默示の同意により、國際制度(インターナショナル、セットルメント)の一部を成すに至つた場合、卽一般的國際法(慣習法)たるに至つた場合には—殊に運河若は河川の國際化の如き、特定地域の中立化の如き—所謂國際地役(とは云はずとも)に該當する永久的事態、卽主權の變更に拘はらず存續する永久的・客觀的事態が存在し得ることを說くものもある(例、マクネア英年鑑一九二五年一二六頁)。しかし(六)學者が國際地役の實例として掲ぐる所にして當該地域主權の變更に際し「當然」—義務承繼國の明示若は默示の同意なくして—承繼せられた例は之を指摘するに苦まざるを得ぬ。右の實例として學者の擧ぐる所卽シャブレー・フォーシニーの中立化の如きも承繼國の同意によつて當該義務が承繼せられたものと云ふべきであるならば(海講二二卷六五頁以下、三〇卷一一〇頁、英年鑑上掲一二四頁參照)、國際地役の物權性は愈々疑問と云はざるを得ぬ。(七)次に國際地役は一國(領土)主權の制限であつて、國際地役によつて要役地(要役國)は「主權的權利」(又は主權行爲)を許與せられたものであると說く學者がある。國際仲裁裁判所も前掲英米間漁業問題について之をアドミットしたやうに見える。卽ち國際地役の事たる一國主權の制限として重大な性質を有するものであり、主權の制限は漫りに忖度すべきものではない。從て當該條約は嚴正に解釋せらるべきものである。又國際地役權(主權的權利)を主張せんとする場合には主張者に

於て權原を證據立てる必要がある。卽條約其他に現はれたる當事者の意思が明かに國際地役の設定に在つたことが立證せられなければならぬと說いて居る。しかし國際地役權は主權的權利（又は主權行爲）の許與に限るべきであらうか。米國が前記一九一〇年の仲裁裁判事件に於て主張した如き「國際地役は主權的權利の許與を伴ふ」と云ふの主張は國際地役贊成論者の一人たるオッペンハイムすら反對する所である。從てハイド等の反對は敢て異とするに足らぬ。（八）尤も當事者間に之を欲するならば承役地に於ける要役國の或種主權的行爲（其地方に對し法律を設け警察權を行ふ如きを云ふ）を認むるも、何等差支はない。唯此場合此點は明かに定められなければならぬと言ふ迄である。從來學者の或者が爲した如くに國際地役の種類や事例を無暗に數へ上げるのはよくない。ヴエルサイユ條約中の上揭諸規定を國際地役と見るのも贊成し難い。殊にポーランドがダンチヒに對して有する條約上の權利（一九二〇年の條約による）の如き、又列國が條約によつて支那に於て有する領事裁判權の如き、之を以て國際地役の一種と見るの說は取るに足らぬ。（九）否前述した如く唯國際地役と云ふ名稱に依賴する丈けでは何等の實益はない。形容譬喩の語は何等議論や主張を助くるものではない。上揭一九一〇年の米國の失敗はよい手本である。租借とか、漁業條約とか鐵道敷設條約とか云ふものも、當該條約其れ自身の價値によつて判斷せらるべきものであつて、當該條約上の權利を國際地役に牽強附會せんとしても何等の實益はない。假令當該條約に於て「地役」の語を用ゐてある場合でも（例、前揭ヴエルサイユ條約三五八條）關係國間の權利義務は當該條約規定によつて定められる。國際地役と云ふ觀念によつて定まるものではない。況んや其他に於てをやである。（一〇）要するに私法上の觀念を國際法に輸入せんとする企圖の中で最も混雜を來し、最もまづい結果を見るに至つたものは國際地役であると云はねばならぬ（これはラウターパハトすらも認める所である。尙ほ所謂國家相續問題に於ける國際地役の地位如何については第五節參照）。

第四節　領土の得喪

一　領土の取得原因

國家が領土を取得若くは擴張するの方法原因としては次の如きものがある。（一）先占　無主地に對し領土權を設定するを云ふ（下揭參照）。（二）取得時效　國際法上時效による領土の取得を認むべきやについて大に議論がある。之を認むるとしても其要件について亦議論がある。多數說（フォーシル、ホール、オッペンハイム等）は國際の平和及秩序の爲め之を認める。アンジロッティ等は時效の代りに「承認」を說く。何れにせよ時效としても一定年限の定めなき取得時效である。（三）添附　海面への土地の擴大である。自然の作用によることもあり（例へば三角洲の發生）又は人工によることもある（例、海岸の

埋立)。添附があれば領海(沿岸海)の起算點にも相違を生ずる。以上の三方法は私法上所有權の取得方法を國際法に輸入したものである。右の外に、國際法特有の領土取得方法としては左のものがある。

(四)征服　一國が他國の全部又は一部を兵力によつて併合することを云ふ。國際法上領土取得の方法として「征服」を認むべきやにつき議論がある(下揭參照)。(五)割讓　條約により一國が他國の領土を取得することを云ふ(下揭參照)。

〔先占〕　先占(occupation)とは一國が無主の地に對し、先占の意思(animus)を以て、先占の實(corpus)を擧ぐるを云ふ。(一)「無主の地」であることが必要である。無主の地とは未だ何れの「國」にも屬して居ない地方を云ふ。蠻族の住する地域も、又「拋棄」せられた地域も無主の地とせられる(「拋棄」については後に述べる)。(イ)新しい土地の「發見」があつても「發見」だけでは之を先占したことにならぬ。發見は發見者の所屬國に先占の優先權を與ふるに過ぎぬ。否所謂「未完權原」を與ふるに過ぎぬ。(ロ)發見の行はれた後相當の期間内に先占の實を擧げねば、「無主の地」として他國に先占せられても仕方がない(ホール一二七頁、ムーア一の二六三頁)。(二)先占には「明示の意思表示」が必要である。此意思表示に於ては一國の官憲其他の者が國家の名に於て當該地域を自國の領土に編入する旨を聲明するのである。私人又は探檢隊の聲明が國家の委任により行はるることもある。又はそれが國家から追認せられることもある。右の意思表示は第三國に「通知」するを必要とするか。一八八五年のコンゴー議定書(第三四條)にはアフリカ方面の先占につき、締約國間に通知を必要とした(公示主義 principle of publicity)。しかしそれは一九一九年(サンゼルマン議定書)以來廢止となつた。尤も(イ)實際に於て多くの場合先占には通知が行はれる(フォーシル第二分冊七四二頁)。アンスティテューは「通知」を以て—當該地域の「實力的占領」と共に—先占の要件とした(一八八八年ローザンヌ決議第一條)。しかし現實國際法上右の「通知」が先占に當つて義務的であるか。即ち「通知」は先占の要件であるか。寧ろ消極的に解すべきであらう(フェアドロス海講三〇卷三七〇頁、パルマス島事件の仲裁判決—米誌一九二八年十月九〇九頁)。(ロ)先占には他國の「承認」が必要であるか。前記コンゴー議定書による「通知」すらも、必ずしも他國の「承認」又は「同意」を求むる爲めではなく(リンドレー後通地域論三〇〇頁)唯文句を云ひたい國に文句を云ふ機會を與ふるに過ぎぬとせられる(同上二九八頁)。然り、他國は種々文句をつけることはある。しかし先占には下に述ぶる如く「實力性」が要件であつて、「實力的先占」が行はれる以上、他國の「承認」の有無を問はず—他國から承認されなくとも—先占としては有效である。しかし一國の先占に對し他國が抗議(反對)することもある。又之を承認する

こともある。承認は先占の法律的要件でないにしても、政治的には有利・有益のものである。利害關係を有する國若は大國が承認するのと承認しないの(不承認)とは政治的效果が大に異る。一國の不承認、否抗議は有效なる實力的先占を當然無效ならしめるものではないが、問題を複雜ならしめる。關係國間の繫爭問題となることもある。又往々にして他國は先占を承認するに當り交換條件を持出すこともある(リンドレー上揭三〇〇―二頁)。(三)先占には「先占の實」を擧げねばならぬ。卽先占は「實力的」(效果的)なるを要する(實力主義 principle of effectivity)。先占の「區域」も亦實力の及ぶ所まで及ぶものとせられる。(イ)如何なる場合先占が實力的の要件を備へて居ると云ふべきか。先占國は當該地域に城塞等の防備を有することが必要であるか、曰く否。然らば當該地域に先占國人民の定住(セットルメント)が必要であるか。當該地域の開發・植民が必要視せられるか。曰く必ずしも然らず、寧ろ當該地域に於ける「實力の樹立」が必要とせられる(フェアドロス共他)。換言すれば少くも當該地域内の治安の維持が必要である。身體財產の保護に充分なる警察力の維持位は少くも必要である(リンドレー上揭一四一頁、尙ほ一八八五年コンゴー議定書第三五條及一九一九年サン・ゼルマン議定書第一〇條參照)。(ロ)しかし實際に於ては先占國は必ずしも右の意義に於ける實力的先占を行はずして當該地域を自國の版土と主張する場合が往々ある(フェルネック九七―一〇〇頁)。單なる一片の宣言のみで、先占を主張した例もある。例へば佛國のクリッパートン島先占は一八五八年佛國の一海軍士官が同島附近を航海する商船中で佛國の名に於て併合(先占)の宣言を爲し、之に關する文書を作成したに止まる。しかし右の如きは果して有效の先占と云ふべきか。頗る疑はしい(クリッパートン島事件及之に關する仲裁判決(一九三一年)につき、ルヴュー・ゼネラル一九三二年一二九頁以下、米誌同年四月三九〇頁以下、國際法外交雜誌三二卷七號横田敎授の右判決譯文參照、又同判決の批評につき同誌同卷八號立博士論文參照)。(ハ)無人島又は極地(南極、北極)の先占については除外例を認むべきや。無人島殊に極地は果して先占の目的物たり得るや。學者の議論がある。極地の先占は特別の法規により支配せらるべきであると說くものがある(フォーシル第二分冊七〇六頁以下及七四四頁以下參照)。人口稀薄の地域又は無人島の場合には他に競爭國がない限り、前記「實力の樹立」が比較的お粗末のものであつても先占に差支ないとの文字が最近國際司法裁判所の判決に見出される(一九三三年四月、東グリーンランド島事件の判決――本件に於てノルウェー國は同島の一部を無主地と主張し、之に對する先占の權利を主張したが、此主張は認められず、相手方たる丁抹國の勝訴となつた)。しかし此の場合でも單に當該地域に國旗を揭揚したり併合の標識を樹てたりするだけでは先占たるに不充分である。何等かの機關をして警察權を行使せしむるが如き事實がなければならぬ(例、ノルウェー國のブーベ島先占)。先占は之によりて當該國

が當該地域に主權を獲得するものであるから其主權が少くも或程度に行使せられねばならぬ。實力を樹立することの事實不可能なる地域（又は氷域）は寧ろ先占の目的物たり得ないものである。實力占領に代ふるに宣言又は通知による占領を認むるは先占本來の意義を沒却するものである（フェルネック）。無人島又は極地の先占でも先占の宣言又は通知だけでは―「紙上の先占」は―所謂「擬制的占領」であつて、「先占としては無效」のものと云はねばならぬ（佛國最近の新南群島先占について右の點が問題とせられる）。假令之を他國に「通知」し、他國が之を「承認」したとしても、それは「勢力範圍」の設定に類するものに過ぎぬ（ショーンボルン海講三〇卷一六五頁）。否それは後に述ぶる「勢力範圍」又は「植民的保護領」と何等撰ぶ所がない（但し極地の先占について非實力主義を唱ふるものもある米誌一九三〇年十月號七〇三頁以下參照）。

〔勢力範圍〕　（一）大國中の二三が互に相約して（條約、協定により）、一定の地域を各自後日の先占に留保する場合、勢力範圍を設定したと云ふ。アフリカの土地――無主の地――について從來屢々其例を見た。此種の協定は締約國間にのみ效力を有するもので、第三國を拘束するものでないことは勿論である（但しそれは法律上のことで、政治上は別問題である）。（二）大國が或「後進國」に屬する地域に「勢力範圍」を設定することもある。しかし此場合それは後日の「先占」を留保するの協定ではない。「特殊利益」に關する協定である。故に此場合「利益範圍」の稱がある。列國が嘗てペルシア（英露協商により）及び支那について勢力範圍（利益範圍）を設定若は主張したことがある。（三）勢力範圍と似たものに――而して時として之と混同せられるものに――「ヒンターランド」主義なるものがある（「ヒンターランド」とは「背後地」の義である）。一國が其殖民地の背景を成す土地（未先占の地）に對し先占擴張の特權（又は優先權）を主張せんとする場合「ヒンターランド」主義が唱へられたことが往々ある（フォーシル第二分冊七三五頁。尙ほ之を「勢力範圍」と同義に用ふるものも少くない。例、フェルネック、リスト）。

〔殖民的保護領〕　先占まで行かないもので、一國（文明國）が後進部族に對して、一種の保護權を有する場合がある。「被保護國」に似て非なるものである。右の文明國は未だ當該地域の先占（併合）はしないが、之を併合するの方向に進みつつある。但し獨逸に於ては殖民的保護領（シュッゲビート）を殖民地の一場合と見る傾向がある。（例、リスト。又フェアドロスの如きも殖民的保護領にあつては文明國が土人首長を內政機關として、當該地域に權力を行ふものと看做し―外交權は勿論當該文明國にある―之を「先占」の一場合と見て居る）。

一國の「勢力範圍」たる地域內にあつては、其國は未だ、別段の支配を行はず、行政權を有せず、從て外國人の保護等につき外國に對して別段の義務も有しないが、「殖民地保護領」に至つては事之と異り、保護を行ふ國は保護領の外交權を自分の手に收めて居る。從て領內の出來事につき外國に對して或程度の責に任ずる。從て內政にも自然多少干涉容喙することになる。尤も內政干涉の程度は各々の保護領につき一樣でない。保護領は讀んで字の如く一國の保護の下に在るも、未だ其國に併合せられたものではない。其一國の一部となつたものではないが、保護領となつた後相當の期間內に、否漸次、保護を爲す國は領內の秩序を維持する等行政の面倒を見てやらねばならなくなる（從來の首長等が行政上の自治を有するとしても）。斯くして保護領について

は漸次行政上の責任も保護國に移ることとなり、遂には内政も全然其手に歸する樣になるのが普通である。終りには保護國に併合せられることになる。しかし外交は固より、内政も或程度に於て保護國の手に移つたとしても、正式の併合が行はれない限り其土地は保護國の一部とはならない。保護國は未だ其地に完全なる領土權を有するものではない。故に住民は未だ保護國の人民（國籍）となつたものではない。尤も外國に在る場合保護國の保護を受くることは格別である。要するに殖民的保護領は國法上一國の殖民地に似て殖民地にあらず、國際法上一國の領土に近くして未だ領土にあらざる、一種の變態である（ホール、リンドレー、フォーシル）。

〔時效〕　國家は時效によつて領土權を取得し（取得時效）又は喪失することがあるか（消滅時效）。議論がある。國際法としては取得時效についても、消滅時效についても、何等一定年限の定めがないことは、反對理由の重なるものである、しかし一定の地域に對し（イ）公然たる一國主權の行使が（ロ）相當年限の間（何年とは定め難いにしても）間斷なく續いて（ハ）其間、他に何國も之を爭ふものがなかつたとすれば（右の主權行使に對して抗議を反復する國がある間は時效による取得を認め難いが）（取得時效の要件及中斷等につきルヴュー・ゼネラル三卷三二一頁以下〔オーディネー〕參照）、當該事態が國際秩序の一部を成すに至つたものとして―今更突然、他國が右の主權を爭ふことを許せばそれこそ却て國際の平和と秩序とを紊るものとして―時效による領土の取得を說くの學者が少くない（オーディネー、フォーシル、オッペンハイム、ラウターパハト、フェアドロス、リンドレー等。しかし反對說にヘフター、リスト、リヴイエー、ウルマン、フェルネック、ストルプ其他がある）。時效を以て國際關係に於ける重大なる役目を勤めるものとするの論者があると同時に（例、オーディネー）一方には時效を認めつつも、境界に關する紛議の如き比較的狹い範圍に於て其適用を認むるものもある（例、ハイド）。何れにせよ「時の經過」のみでなく、當該場合に於ける「他の諸般の事情」も參酌して、各場合につき考慮すべきことを說くに至つては（例、オッペンハイム）不透明の論と云はねばならぬ。時效が仲裁裁判條約又は仲裁判決に於て認められた例も少くない。が、一方には時效に反對の態度を示した判例もないではない。アンスティテュートの決議（一九二五年）は時效を以て「文明國ニ依リ認メラレタル法ノ一般原則」となし、國際裁判に於て之を採用すべきを說いて居る。

〔承認〕　「時效」の代りに―時效を認むるに反對し乍ら―「承認」―（明示若は默示の承認）を說く學者がある（例、アンジロッティ）。曰く「國際法に於ては時の經過のみによつて權利の得喪が行はれることはない。しかし時の經過と共に、利害關係國は當初爭ふた事態を承認するに至り、斯くして當該事態は永續的のものとなり―其發生原因の如何を問はず―合法的のものとなる」と。而して利害關係國が或事態に對し抗議すべきに抗議しないで永く之を放置すれば「沈默は承認なり」と看做される、と唱へる（承認につき上述一七三頁參照）。しかし右の論者も「時の經過」を全然無視するもの

ではない。何れにせよ「承認」はそれ自身―それだけで―領土獲得の獨立原因たり得るものではない。「承認」とは或事實又は事態に對し「異議なし」との意思を表示するものである。承認の「對象」として何等かの事實又は事態がなければならぬ。領土の獲得については特定地域に對する永年間の主權行使（所謂「時效」の場合）又は先占、乃至征服・割讓等の事實がなければならぬ。此等の事實に對し他國が「承認」するや否やの問題が生ずる。

領土の獲得・變動に對しては「他國（又は第三國）の承認」を必要とするか。右によりて他國の「權利」が侵害せられる場合に限り、他國の承認を必要とすると說くものがある（リスト）。又權利者が其「權利」に基いて反對するのでなければ、法律上何等の效果があるものではないと論ずるものもある（サンドレー）。又他國は其「重大利益」擁護の爲めならば抗議權を有すると說くものもある（フェルネック）。更に又「一般に領土の取得に際して國際的承認がどれだけの程度に必要であるかは未決問題である」と說くものもある（シェッツェル）。一國の領土獲得に對する他國の反對―抗議乃至干涉―は如何なる場合、如何なる理由によつて行はれるか。國家又は政府の承認と同樣、政治的利害が多分に混入する場合がある。何れにせよ「不承認」と云ふ消極的態度だけでは―抗議乃至干涉等の明白且「積極的」の行動に出でざる限り―如何なる效果があるか、疑問である。例のス

テイムソン主義に關聯して考察せらるべき所である（英年鑑一九三三年マクネア所論參照）。

〔征服〕　一國が力により戰爭の結果として―他國領土の全部若は一部を併合する場合を云ふ。學者により他國全部の併合と一部の併合とを分けて論ずるものがある。殊に所謂「國家相續」の場合についてそうである。戰勝國が戰敗國の領土を併合するのは多くは條約によつて行はれる（割讓）が、條約によらずして之を併合する場合もある。一部の併合のみならず、往々全部の併合もかくして行はれたことがある（ハリストは第十九世紀の後半に於ける數箇の事例を掲げて居る―英年鑑一九二四年一六六頁以下參照）。　一九〇〇年英國の南阿共和國及オレンジ自由國併合、一九一一年伊國のトリポリ・キレナイカの併合の如きは比較的近い例である。征服による土地の併合は（一）「戰爭終了後」に於て行はれねばならぬ。戰爭繼續中は「戰時占領」あるのみで、征服による領土の併合はあり得ない。英國が南亞戰爭の未だ終らぬ中に前記の併合を行ふたのは早すぎたとせられる。尙早の併合を以て無效の行爲となすものがある（例、ストルプ）。右の場合でも併合國が終局の戰勝を得ば其瑕疵は醫せられるが、其場合でも少くも併合の時期如何は問題となる。（二）併合の「宣言」によつて併合の意思が明に表示せられねばならぬ。又（三）「實力」によつて占領が戰後に維持せられねばならぬ。（四）征服による併合は「他國の承認」を要するか。「被征服國の承認」はない。

これがあれば征服ではない。又此場合「時效」を問題にするものがあるが、征服に於ては右の併合宣言によつて領土の獲得が行はれるので、時效によつて獲得するのではない。(五)「第三國の承認」は必要であるか、之も征服の要件ではない。しかし征服により權利・利益を侵害せられたりとする第三國は之を承認せずして、抗議乃至干渉に出づることがあるは勿論である。(六)征服は被征服地を「無主の地」となすものであつて、先占の一場合であるとか、又は之に類するものであるとか云ふ人があるが(ハイムブルガー、フェアドロス)、穩當でない(フォーシル)。

「征服の效果」として—(一)當該地域は併合國の「領土」となり、併合の宣言の時より併合國の主權の下に立つ。(二)從て併合國は自國の法律により、自國の行政及司法を行ふことが出來る。(三)「人民」も併合國の國籍を取得する。割讓の場合と異り、所謂「國籍の選擇」(後述)などの問題も起らぬ(此問題についてウエストレーキ「チヤプターズ」參照)(四)「條約」はどうなるか。被併合國が消滅する場合(全部の併合)其國從來の條約は消滅する。一部併合の場合には、當該地域の關する限り、被併合國の條約は適用なく、其代りに併合國の條約が其地域に行はれるに至る。尤も條約上の既得權を侵害せられる第三國は、或は併合(征服)に抗議し、或は條件付、留保付にて之を承認することもあらう。右の場合沈默すれば權利の拋棄と看做されるであらう(リスト)。しかし右の條

件又は留保により、或は併合國の一方的意思表示によつて、舊來の條約又は條約上の權利が當該地域に關して存續することもないではない、殊に「併合地域と密接して離るべからざる關係に在る條約」についてそうである(米誌一九三二年一月一三三頁以下、米國の布哇併合の場合に於ける米國の態度につき右一三四頁、伊國のトリポリ併合の場合に於ける米國の態度につき右一三五—六頁參照。同所に於てハイドの云ふ如く、米國の態度は前後不揃である)。(五)條約上の義務以外、「契約上の義務」はどうなるか。又被併合國の「公債」はどうなるか。其全部若は一部を併合國に於て引受けることがあるか。是等は所謂「國家相續」に關する問題である(例、フォーシル一の三七九頁。反對說キーズ其他)。「利權契約」の運命についてはトランスヴァール利權委員會は主義として「法律上併合國は、被併合國の結んだ契約により束縛せられるものではない」との意見を執りつつ、一方に於ては近時國際の慣例は右の如き契約を引繼ぐ傾向にあることを認めた。又併合國は個人に對する被併合國の義務を尊重すべきであると云ふ。唯之を「法律上の義務」としなかつたまでである。又同委員會は所謂「相續」問題については併合(征服)の場合も、割讓の場合も、別段異る所はないとして居る。大體論としてはそう云へやう(次節參照)。

現行の國際法は「征服」を正當なる領土取得原因の一として認むるか。議論がある。聯盟規約成立後に於ても

之を領土取得原因の一として認むるものがある（例、リンドレー）と同時に、一方には聯盟規約第一〇條は領土の取得權原として「征服」なる制度を廢止したものであると說く學者もある（例、メラー、シェツツエル）。「侵略國自身すらも征服せられることはない」と云ふ人もある（ラウターパハト）。更らにスチィムソン主義は獨り領土の强力的併合（征服）のみならず、合意による併合（割讓）をも、それが「不戰條約ニ違反シタル方法ニヨツテ行ハルル場合」之を否認せんとして居る（スティムソン主義につき別に述ぶる所參照）。

〔裁判又は裁定〕　征服にして排斥せられるとすれば、將來は力によつて領土を取得することになるであらうか。私法上（羅馬法上）裁判判決（adjudication）が所有權取得の一原因とせられる如く、國際法上も國際裁判の判決を以て領土の歸屬が定められ、從て判決が領土取得（得喪）原因の一に數へられるであらうか。之を數ふるの學者がある（例、シェツツエル、ストルプ）。裁判以外國際會議の裁定も擧げられる。而して國際聯盟成立前に於ける其實例としては一九一三年スクータリーの例を擧げ（之れは大國の裁定により同地がアルバニアに附與せられたのである）、聯盟成立後に於てはアーランド島事件、ウイルナ事件を擧げる（ストルプ辭典一の六―七頁及三六七頁）。しかしシェツツエルと雖も領土取得の原因として裁判判決が認められるのは事將來に屬することを認める（ラウターパハトも同樣、それが現行の國際法規ではないことを認める。フェアドロス、フルネック等も消極說を採る）。裁判は國際裁判たりとも、既存の權利を「聲明」するものか、それとも「建設的」のものかが、玆に考へさせられる（ルヴュー・ゼネラル一九二〇年一九二―三頁參照）。

〔割讓〕　「割讓」（cession）とは、條約によつて一國が其領土の全部又は一部を他國に讓渡すを云ふ。讓受ける側より云はゞ「併合」（annexation）である。否併合の一場合である。人によつては領土の一部の讓渡を「割讓」と稱し、全部の讓渡を「併合」と云ふものもある。しかし「併合」は種々の意義に用ひられる。一方的行爲（征服其他）による領土の取得を總稱して「併合」と云ふ人もある（シェツツエル）。或は「併合の宣言」が行はれる一切の場合を指して併合と云ふこともある（フェルネック）。「先占」の宣言すらも往々「併合の宣言」と稱せられる。合意的併合（割讓）と强制的併合（征服）とを區別する學者もある。しかし（一）割讓に於ては―所謂「相續」問題に關し―領土全部の讓渡と一部の讓渡とを區別する必要も、實益もない。唯全部割讓の場合には當該條約の履行と共に其條約は―被併合國そのものと共に―消滅する。其後其條約は單に歷史的文書として殘るものに過ぎぬ（例、日本の韓國併合、ベルギーのコンゴー國併合）。（二）割讓は條約による。其條約の起因が戰爭であると（講和條約）然らざると（例、韓國併合）を問はぬ。賣買・交換等に緣由する場合もある。割讓は有償と無償とを問はぬ。兵力の結果たると否とを問はぬ。（三）割讓に於ては當該條約の效力發生と同時に、當該地域が讓受國に歸屬するに至る。條約が何時、如何にして效力を生ずるかは前に述べた（批准交換乃至登錄）（故に遼東半島の「還付」なる語が意味を成す）。（四）割讓には土地の占有の移轉（「引渡」）が必要であるか、前述の如く當該條約の效力發生と共に當該土地が新取得者に歸屬する、其國の主權の下に立つことになる。占領又は占有の如何を問はぬ。事實上の占領又は占有は

右と前後することがある。未だ「土地の引渡」(トラディション)がなく、其他何等の形式を履まずとも、割讓條約が效力を生ずれば、領土主權の移轉、否其交替が行はれたものとせられる。從て取得者は其土地を更らに第三國に讓渡することもなし得る（これが通說である、オッペンハイム、フェアドロス、フォーシル等。實際の慣例も之に從ふ。但し反對說にヘフター、リヴィエー、ナイス等がある）。（五）割讓には第三國の承認が必要であるか。通說及國際慣例共に之を必要としない（フェアドロス、フォーシル）。主權國は自國の領土を任意に處分することが出來る。又他國から割讓を受けることも出來る。但し特殊の事情にある國は別である。永久中立國の如きは徒らに其領土を擴張することを得ぬ。他國（中立保障國）の負擔を增するからである。被保護國の如きは單獨に其領土を保護國以外のものに讓與することを得ぬ。一定地域につき不割讓條約の存する場合も亦同樣である。右の各場合に於ては二國間の割讓條約によつて他國の權利（殊に條約上の權利）を侵害し、又は他國の義務負擔を增すことになるから、右割讓條約は他國（利害關係國）の承認なき限り法律上の效力が問題視せられる（無效說フォーシル）。右の如き場合、利害關係國は當該割讓に對して抗議し乃至干涉し得るは勿論である。が、右以外にも自國の「利益」を害せられたとして、第三國が抗議乃至干涉し得るか、而してそれは單なる政治問題であるか、法律問題ではないか（フォーシル）。換言すれば第三國は其「利益」が害せられた場

合でも、抗議乃至干涉し得るか、議論の餘地がある（フォーシル、領土の變動に對する第三國の承認につき前に述べた所參照）。（六）割讓には「當該地域人民の同意」を必要とするか。特に當該條約に於て人民の一般投票(plebiscite)を割讓の「條件」とする場合の外、一般には「人民の同意」を必要とせぬ。しかし右一般投票を割讓の條件とするの條約規定は之を見ること往々である（例へばヴェルサイユ條約にも上部シレジアにつき（八八條）又ザール地域につき（四九條）之を見る）。

〔ザール地域と一般投票〕　ザール河流域地方についてはヴェルサイユ條約第四九條により同條約實施後十五年の終に於て該地方住民の「一般投票」を行ひ、之によつて「何レノ主權ニ服スルコトヲ希望スルヤヲ表示セシム」ることとし、其結果により該地方の歸屬を定むることとした。之によつて同地域が佛獨何れに歸屬するか、又現狀維持で行くかが定まるのである。「現狀」では國際聯盟が「受託者」として該地方の施政に當つて居る。「國際聯盟ヲ代表スル委員會」が施政の衝に當つて居る。現在主權は何處に在るか。獨逸は右施政權を國際聯盟の爲めに「拋棄」したが、主權を拋棄したとはないから―又該地方人民の國籍は獨逸に在るから―獨逸が「主權」を持つて居るのであらう。獨逸は右地方の炭鑛の所有權を佛國に讓渡したのであるから（同上條約四五條）、該地方が獨逸に復歸することになれば獨逸は之を買戻すことにならう。獨逸は最近、右十五年の期限到來を待たず、右地方の還附を要求し出したやうである（其後右ザール地域は人民の一般投票により獨逸に復歸した）。

〔割讓の效果〕として　（一）「主權」はどうなるか。當該地域について、主權の移轉否新舊主權の交替が行はれる。舊主權が當該地域から退いて、新主權（讓受國の主權）が之に代り其地に行はれる。外

交上―條約其他の文書に於て―「主權の讓渡」「主權の移轉」等の文字が往々使用せられるが、「主權」は―其「行使」も亦―一國から他國に移轉し得べきものではない。國家は唯自分の主權を行使するのである。條約―例へばヴエルサイユ條約―に於て往々土地の「割讓」を言現はすに「當該地域に對する一切の權利及權原を何々國の爲に拋棄す」との文字を以てする所以である（しかしヴエルサイユ條約には「領土の讓渡」なる語も見受けられる、例、二五四條）。（二）「人民」（國籍）はどうなるか。主權の移轉、否交替の結果として、當然割讓地の人民は新國の國籍を取得する（例、ヴエルサイユ條約三六條）。しかし當該條約に於て特に舊「國籍を選擇するの權利」を人民に認むることがある。稱して「國籍選擇權」（option）と云ふ（海講三一卷クンツ）。選擇權行使者は住所を舊國籍國に移すべきか、不動產を依然所有し得るか、此等は普通當該條約の規定する所である（例、ヴエルサイユ條約三七條）。（三）舊國（讓渡國）從來の條約はどうなるか。舊國の「條約義務」にして新國（讓受國）に於て引受けるものはないか、舊國の「契約上の義務」にして新國が引受けるものはないか、殊に利權契約、公債の如きはどうなるか。これ等の問題は所謂「國家相續」問題として次節に述べる。

二　領土の喪失原因

國家は左の場合に於て其領土の全部若は一部を失ふ。（一）拋棄　一國が從來支配して居つた地域に對し其領土權を永久的に、且任意的に拋棄するのである。他國に讓渡すのではない。故に拋棄した土地は無主地となり、從つて其後は他國が其地に對し先占を行ひ得るのである。（二）消滅時效　之については前に述べた。（三）自然の作用　これは前述添附の反對現象である。人工作用による場合も想像し得られる。（四）征服（五）割讓　此兩者については前に述べた。此兩者に於ては、一方に當該地域を得るものがあり、他方に之を失ふものが出來る。（六）離叛（獨立）　一國の一部が本國に叛いて、分離獨立した場合である。本國に取つてはそれだけ領土を失ふ譯である。國家の獨立（及其承認）については前に述べた。

〔拋棄〕　土地（領土權）の拋棄には「拋棄の意思」と「拋棄の事實」とがなければならぬこと、先占の場合に其意思と事實とがなければならぬと同樣であるか。一國は特定地域に對し久しく何等領土權（主權）を行使するの事實なくとも、之を拋棄するの「意思」がなければ、否之を拋棄するものでないと唱へつつあれば、永く主權を行使せずとも拋棄とはならぬものであるか。抑も拋棄については「拋棄の意思」が必要であるとして、それは明示的意思表示を要するか。默示の意思表示でも足りるか。默示の意思表示は如何なる場合に之を認むべきか。永年間特定地域に其領土主權を行はぬことの事實（行爲―不作爲）そのものが、默示の拋棄ありたるものと云ふに足りるものではないであらうか。明示の拋棄がある場合には問題はない。しかし一國は何等其意思を明にせずして一定

地域に永く主權を行はぬ場合、「消滅時效」によるの外、「抛棄」を認め得ないものであらうか。他國は來つて之を先占し得ないものであらうか。當該國が領土保有の意思を棄てない以上―例へば當該地域に主權の標識を有する如き場合―之を抛棄したものではないと云ふ說があるが（例、プラディエー・フォデレ）、右の如きは擬制的先占を排斥するの趣意に副はないものとして、反對說が有力である（ジェーズ、フォーシル）。國家が特定地域に對する事實上の支配權を失ふこと相當久しきに亘るか（默示の抛棄）、「若くは」該地域に對する 支配の意思を抛棄するか（明示の抛棄）何れかによつて「抛棄」が行はれる（ハイルボルン）。しかし一時的に當該地域の支配を失ふても（例へば土民の蜂起により）抛棄があつたとは云へぬ。直ちに支配を回復しなくとも、「相當の期間」は回復・復歸の意思があるものと認めねばならぬ（ホール）。相當の期間支配を行はざる場合、他國が來つて「無主地」として之を先占しても、前者が之を爭はないときには抛棄の意思ありと見てよい。が、前者が之を爭ふ場合國際紛爭を生じたことは少くない。中にはそれが仲裁裁判に附せられたこともある（デラゴア灣事件、サンタ・ルシヤ事件、フォクランド島事件等）。

第五節　領土歸屬變更の結果

（所謂國家相續問題）

一　國家の相續

一國領土の全部又は一部につき「歸屬の變更」（change of sovereignty）があつた場合、所謂「國家相續」（state succession）の問題を生ずる。「後者が前者の權利義務を承繼するか、如何なる場合如何なる範圍に於て之を承繼するか」の問題である。前者の條約・人民・財產及債務等の運命如何が問題とせられる。

學者或は、一國が從來他國に屬した領土の上に其國權を擴張することになつた結果として右他國の權利義務を承繼する場合を稱して「國家の相續」と云ふ（ショーンボルン）。しかし、それは國家相續の定義としては狹きに失する。國家相續問題は獨り「征服」の場合に止まらず、數國合して一となり（合併）、若は一國分れて數國となり（分裂）、或は數國が一國を分け取りし（分割）、或は一國の一部が獨立（分離）した場合にも之を見る。否、若し國際法上「相續」の觀念を私法上のそれに「類推」せんとするならば、寧ろ舊國家の「消滅」した場合に起るものであらう。（國家の消滅につき一〇五―六頁參照。果して或國が「消滅」したか否かにつき、時に議論を生ずることがある。此點につきオッペンハイム上の一六三頁註及同所に揭ぐる文獻參照）。

〔相續主義〕　此主義は私法上に於ける相續の觀念を國際法にも輸入して、領土の歸屬變動がある場合、後者が前者の（註、以下「前者」「後者」の代りに「舊國」「新國」と云ふことがある）權利義務を承繼するものとして、否之を相續するものとして、說明せんとする。しかし此主義に屬する學者と雖も近來は

必ずしも後者が前者の權利義務を一切、何でも彼でも承繼すると云ふのではない。「包括相續」又は「無制限相續」を主張するものではない。私法上の對人的義務に相當する政治條約（例へば同盟條約）上の義務は承繼しないことを認めるの外、尚ほ承繼すべき前者の義務についても制限あるを認め、殊に「前者の不法行爲」による賠償義務の如きは承繼しないことを認めて居る（ラウターパハト）。國際司法裁判所も主義として「國家の相續」を認める。公有財産の移轉、利權契約の承繼、其他既得權の尊重を認めた（マヴロマティス事件其他、意見第六、判決第七）。

〔非相續主義〕〔意思說〕　前記相續主義に反對するの學者も近時決して少しとせぬ。此等の學者は後者が前者の義務を引受けるのは、後者の「意思」に出づるものであつて（故に「意思說」の稱がある）法律上（國際法上）の義務に出づるものではない。唯「便宜」又は「政策」上から（殊に當該事態に對して他國の承認を獲得する爲め）後者が「任意」之を引受けるのみである。否場合によつては第三者との間に「新なる合意」が成立する。何れにせよ「法律上當然」後者が前者の權利義務を引繼ぐものではない、と唱へる（フーベー、ショーンボルン、カヴアグリエリー、キース、ジーデル等。下に揭ぐるブラウン要償事件についての英國の態度は少くも征服の場合につき意思說を執るのである）。右の論に對し相續主義者は攻擊して云ふ。右の如くんば主權の變更ある毎に「國際的法律生活の繼續性が完全に破壞せられる」と。卽ち非相續主義は國際間の法的秩序を紊るものであるとして非難する。一方に於て非相續主義者中にも、「不當利得」に相當する場合につき除外例を認むる等、幾分其說を緩和するものもある（例、カヴアグリエリー、ジーデル）。

二　各場合

國家の相續問題については學者間議論が多い。未決未定の問題もある。併合・分離・分裂・割讓等の各場合につき學者は分論する。しかし主義として分論の必要を認めぬ。寧ろ事項別に考ふべきである。

一、「主權」については當該地域に關し新舊主權の交替があること云ふ迄もない。主權の「移轉」とか、その「讓渡」とかの文字は外交文書其他に於て往々之を見るが、通俗の語としては兎に角、法律上正確な用語とは云へぬ。「法律」はどうなるか。主權交替の結果として新國の法律が當然當該地域に行はれるに至る。過渡期に於て一時或範圍に私法其他の法律關係が從來の儘繼續するとしても、それは便宜上のことに過ぎぬ（メラー）。主權交替の當時繫屬中の「訴訟事件」はどうなるか。假令便宜上從來の裁判所をして未了の裁判を續行せしめることがあるとしても、それは便宜上のことである（北部シレスウイヒの割讓に際し獨逸と丁抹との間の司法事件についての決定につきハチェック「システム」一七六―七頁）。

二、「人民」はどうなるか。其「國籍」はどうなるか。住民は新國の國籍を取得する。國籍の決定について各國の主義歸一を缺くより生ずる種々の難問は、條約によらざる限り、一般國際法の決定し得ざる所である。

三、「條約」はどうなるか。舊國の條約にして新國によりて承繼せられるものがあるか。(イ)舊國が「消滅」した場合は、其當事國であつた條約も消滅する(二一九頁參照)。原則として新國は舊國の條約上の權利も、義務も承繼するものではない。(ロ)舊國が消滅せずして「存續」する場合は、舊國が其從來の條約履行の任に當るべきで、新國は右條約上の義務を引受ける理由はない。唯當該條約の適用區域が縮少せられたのみである。一方に於て當該地域には新國の條約が適用せられることになる。卽新國の條約は其適用區域を擴張する。稱して「條約區域移動の原則」(Grundsatz der beweglichen Vertragsgrenzen)と云ふ。〔尤も時としては新國が新たに之について第三國と協定することもある。殖民地又は自治領には必ずしも本國の條約が適用せられるものとは限らぬ〕。(ハ)右の原則には「例外」がないではない。(1)新國が便宜上—殊に併合に對する他國の感情を緩和する爲め、又は他國の承認を促進する爲め、或は其抗議乃至干涉を豫防する爲め—「任意に」或種の舊條約を承繼し、又は從來の條約と關係なく特殊の聲明をすることがある。例へば我國が韓國併合の際十年間關稅の据置及沿岸貿易の存置を聲明した如きそれである。或は新國の獨立に際し若は新領土の獲得に際し他國が之を承認する「交換條件」として或條約の存續を約する場合もある。加之、條約上の義務以外にも「契約上の義務」までも之を承繼する場合もある(例へば日滿議定書第一條參照)。が、右の如きは其場合に特殊のものである。(2)一般的の「例外」としては「本國のみ」に適用せらるべき特殊の條約は新領土に及ばない。例へば白耳義の永久中立條約は同國がコンゴー國を併合した場合、コンゴーに及ぶものではない。一方に於て「新領土と密接にして離るべからざる關係に在る舊國の條約」(此種條約の表示も學者によつて色々である)は、當該地域を—若は當該地域に在る物(例へば鐵道、河川の如き)を—目當てとして結ばれたものであるから、「一般」に新國に於て承繼する。當該地域を離れては當該條約上の義務は履行出來ないものであるからである。茲に「一般に」と云ふは時に異例がないではないことを意味する。其之を承繼する場合にも「義務」として之を承繼するか否かについて議論があることを意味する。新國の「意思」によるか、第三國との新なる「合意」と云ふべきか、議論は分れる(上揭の二主義參照)。將た又之を「國際地役」として說明すべきか、又は「物の移轉には負擔も伴ふ」との原則により說明すべきか。或は第三國の「既得權尊重」を理由として之を說明すべきかについても、議論は分れる。殊に「割讓」の場合には、二國間の條約(割讓條約)によつて第三國の既得の權利を侵害することは出來ないと論ずるものもある(例、ハチェック)。

「既得權尊重の原則」は國際司法裁判所に於ても認められたこと前述の通りである。加之同裁判所は―領土割讓の結果としての公有財產の移轉についてではあるが―國家相續主義を以て「ヴェルサイユ條約の支持する主義である」として居る。が、一方には右の既得權尊重の原則をも、又「負擔が物の移轉に伴ふ」との原則をも、共に排斥する學者がある。國際地役に對する反對論については、否其觀念が不明確なることについては前に述べた。國家相續の場合國際地役を說き乍ら、所謂「事情變更の原則」を之に結びつけるものあるに至つては、徒らに混雜を增すのみである。

四、舊國の「契約」はどうなるか。舊國が外國人との間に結んだ「契約」にして新國が承繼すべきものがあるか。就中「利權契約」の如きはどうなるか。極端なる非承繼主義者は此等の場合固より非承繼を主張するが、反對論者は國際慣例乃至「衡平」若は「既得權尊重」等を理由として、或場合につき承繼を認める。しかし(一)「既得權の尊重」を認むるとしても、如何なる場合、如何なる範圍に於て之を認むべきや、學者の說く所歸一して居ない。割讓の場合と征服の場合とを區別すべきや否やについても說は分れる。實際を見るに國家の主張も其時々の利害によつて左右せられる。否自國の責任を回避せんとする(例、佛國のマダガスカル併合、英國のトランスヴァール併合に關し兩國の示した態度の如き)。しかし「既得權は尊重せねばならず、又公益上 (" public policy ") の理由により既存契約を取消す場合ありとするも、此理由を濫用することは出來ぬ。又之を取消す場合にも當該外國人に損害の補償を爲すべきである」と說くものがある。殊に「利權契約」につきそうである(ルヴュー・ゼネラル一五卷デカン。又反對論につき同三八卷カヴアグリエリー參照)。(二)抑も「利權契約」は普通「地方的性質」を有する(例、鐵道の敷設、鑛山の採掘の如き)。新國は其獲得した領土に關係なき契約を認める義務はないが(例、舊國が外國會社に對して爲したる軍艦の註文の如き)、「地方的性質を有する義務」、殊に新領土に關係ある「利權契約」は新國の公益に反せざる限り承繼すべく又公益上之を取消す場合ありとしても損害を補償すべきであるとの說が有力である(「征服」の場合につきウエストレーキはトランスヴアール利權委員會の報告を評しつゝ、右の結論に達して居る。又「割讓」の場合については一九二三年のローザンヌ條約はトルコの戰前利權契約につき後繼國の承繼を規定して居る。マヴロマティス利權事件につき國際司法裁判所判決第五參照。尙ほ上部シレジアに關する一九二二年獨波間條約第四條參照)。(三)「公債」についても當該地域に密接の關係を有するもの、殊に當該土地(又は其土地內の營造物若は收入)を擔保としたる公債、若は當該土地(又は其土地內の營造物―例へば鐵道)の爲めに支出したる公債(契約上の義務)は新國に於て引繼ぐべきものであるとの論が有力である。玆にも當該地域にある前者の財產(assets)を取得するものは、負債をも引受けねばな

らぬとか、不當利得は衡平の思想に反するとかの議論を見る。甚しきに至つては不當利得の思想を強調して、負債が財產に超過せざる限り支拂義務を認めんとするものもある。一方には前記の「土地と密接の關係ある公債」「地方的性質を有する負債」のみならず、舊國（前者）の「一般的公債」も全般的に（全部併合の場合）、若は部分的に（一部併合又は割讓の場合）引受くべしとの論もある。又一部引受に際して其率を如何にすべきやの問題も生ずる（或は人口、或は面積、或は納稅額による等の論がある）。否學說に止まらず、實例としても獨逸又は墺洪國の領土を承繼したる國に對し、當該平和條約は前者の公債の分擔を規定して居る（ヴエルサイユ條約二五四條、サンゼルマン條約二〇三條、トリアノン條約一八六―八條、ヌイイ條約一四一頁、ローザンヌ條約四六條參照、尙ほ特別の理由により後者が前者の公債を引受けない場合には夫々其理由を明記してある。例へばヴエルサイユ條約二五五條の一號及二號參照）。此等の條約規定は國家相續論者によつても、非相續論者によつても、何れも、各々自說を支持する爲めに援用せられる所であるが、兎に角國際慣例の歸趨を示すものと云へる。但し舊國（前者）が新國（後者）に對する「戰爭の爲め費消したる公債」―戰時公債―の如きは例外を成す（例、サン・ゼルマル條約二〇五條）（利權契約についても同樣の例外が唱へられる。トランスヴァール利權委員會報告）（公債承繼問題につき海講二三卷一四九頁以下サック參照、國家相續問題に關する文獻一般につき同上三二二―三頁參照。本邦に於ける文獻としては法學協會五十周年記念論文集中立博士の「國際法上の相續の觀念」參照）。（四）舊國の「不法行

爲」による義務は新國に於て之を引繼ぐべきか。積極說もないではないが、此點については消極說が有力である。英國は最近米國との間の係爭事件について強く消極說を主張し、仲裁裁判では英國の勝訴となつた（一九二三年十一月英米要償事件仲裁裁判所に於けるブラウン要償事件、英年鑑一九二四年一〇三頁以下及二一〇頁以下、米誌一九二五年一九三頁以下參照。又同裁判所に於けるハワイ要償事件につき米誌一九二六年三八一頁以下參照）。

第二章　公海・領海及領空

第一節　公　海

一　公海とは何ぞ

何れの國の支配（主權）にも屬せざる海洋の部分を稱して公海（open sea 又は high sea）と云ふ。今日に於ては―否第十九世紀の初め以來―公海たる海洋は各國の主權から解放せられてある。稱して「公海自由の原則」（freedom of the open sea）と云ふ。此原則は消極的には右の如く、公海が何れの國の主權にも屬しないことを意味するが、積極的には公海が各國民の共同使用に供せられることを意味する（ス・ルツ）。

二　公海自由の原則

今や「公海の自由」は國際法上の確立せる一原則であるが、第十七・十八世紀の頃まではそうでなかつた。各國は競ふて其近海若は遠洋を我物視した。排他的支配權を其所に行ひ又は獨占的利益を其所から得やうとした。第十三世紀に於て既にヴェニスは羅馬法王よりの賜物として、アドリアティック海に主權を行ふた。ゼノアもリグーリアン海を支配した。英國やスカンディナヴィア諸國も何れも附近の海洋に獨占權を主張した。殊にスペーン、ポルトガルの主張が過大のものであつた。或は大西洋或は太平洋・印度洋にまで其排他的權力を主張した。英國人ドレーキが太平洋に航海すれば（一五八〇年）スペーンは之に抗議した。蘭船が東印度に赴けばポルトガルは之を海賊として取扱つた。蘭國は此等諸國の海洋獨占を見て頗る平かならざるものがあつた。故に當時其東印度會社の辯護士であつたグローテユスは、海洋自由論を公にして（一六〇九年）、海洋は何れの國も有效に占領し得ざることを理由として、スペーン、ポルトガル等の海洋獨占を排斥した。之が先驅となつて―爾來英人セルデン、パロース等の反對論もあつたが（英年鑑一九二一―二年一〇一頁以下參照）―バインケルスフーク、ヴァッテル、オルトラン等を經て、第十九世紀の初期に入つては、公海自由の原則が確立せられるに至つた。

〔公海の法律上の性質〕　公海は無主物であるか、無主物と云ふ以上先占の目的物となるものであるか、公海は物の性質上「占領し得ない」ものであるから、先占の目的物ともなり得ず、各國の所有又は支配の目的ともなり得ないものであるとは、公海自由の原則を高唱する論者が一般に唱へて來た所である。グローテユス以來殆んど學者間の一般的傾向と云ふも過言でない。近年に於ても猶公海を以て「無主物」となす學者がある（ナイス、リヴィエー、バドヴァン）。更に公海を以て「各國の

（又は國際團體の）共有物」となすものもある（フプラデル、リスト、フェアドロス）。しかし公海については、「所有」し得るとか所有し得ないとか云ふ思想を離れて、各國民の「共同使用」に開放せられることに重點を置くべきである（ヒッギンス、フォーシル、フエルネック、コロンボス、モイラー）。

〔公海自由の原則の效果〕　公海自由の原則は其本來の意義としては、「海洋が何れの主權からも解放せられたること」を意味するものであることは勿論であるが（オッペンハイム、モイラー）、しかし海洋を各國の主權から解放したのは各國民均等の權利を以て（マリアナ・フローラ事件（一八二六年）に於けるストーリー）共同に之を使用し、利用せんが爲めである。故に公海自由の原則の效果として、又作用としては、各國の「公海使用の自由」が强調せられねばならぬ（フォーシル、デュピュイ、ハチェック、ヒッギンス）。就中各國民は公海に於て（一）「航海の自由」を有する。公海は「國際交通の大路」である。（二）「漁業其他海富採取の自由」を有する（海富採取問題につき海講二九卷四〇五頁以下參照）（三）「海底電線を敷設するの自由」を有する（但し其一端又は兩端を他國の領海に陸揚げするには領海國の同意を要する）。（公海海底の地下の利用（例へば其所に隧道を作るが如き）は別問題である。地下は先占の目的物となり得るものとせられる）。

此等の「自由」を「法の反射作用」と云ふべきか（ハチェック）、それとも各國の「權利」と云ふ

べきか、各國は國際法上他國又は他國人が右の如く公海を使用若は利用するに當つて「之を妨害せざるの義務」を有する。各國は公海の使用若は利用に際して「他國より妨害を受けざることを主張するの權利」を有する。これは國際法規としての「公海自由の原則」の作用である。が、「個人」は公海の使用・利用について「國際法上の權利」を有することはない。「個人に取つては海洋の自由は單なる法の反射作用である」との論（フェアドロス）は蓋し正當である。

三　公海に於ける管轄權

公海に於ては前述の如く何れの國も主權を有せず、又之を行使することも出來ない。從て（一）一國は「他國の船舶」を公海に於て其法律に服せしめ、又其裁判權に服せしめることは出來ないが、（二）「自國の船舶」を自國の法律、自國の裁判權に服せしめることは固より差支ない。否公海に於て一切の船舶は其所屬國（國旗國）の管轄權に服する。其法律に服し、其取締（行政權）に服し（當該國の軍艦は之が取締の任に當る）、又其裁判權に服する。「公海上、一國の商船内に發生せる民事・刑事の事件は國旗國の法律により國旗國の裁判所之を裁判し管轄する。然らざれば公海は無法律・無秩序の狀態に委せられねばならぬ。公海を無警察の狀態に委するは公海の自由使用に利なる所以でない。實に公海の安寧秩序を維持することは公海自由の原則を維持する上に必要である。而して各國各自に自國船舶の上に管轄權を

行使することは何等「公海が何れの國の主權にも屬せず」との主義と相妨ぐるものではない（「海洋は領土高權から自由であるが、法律高權から自由なるものではない」とモイラーは云ふ）。之が爲めに船舶を以て「一國の領域」又は「領域の延長」と看做すが如きは（「船舶領域說」又は「浮動領域說」）、獨り不必要の議論であるのみならず、又實に不當なる擬制であると言はねばならぬ（海講三〇卷一二頁以下ヒッギンス）。（二）原則としては國家は公海に於て他國船舶―他國の國旗を掲ぐる船舶―に權力を及ぼすことはないこと前述の通りである。が、「例外」として―「第一の例外」として―海賊船―海賊行爲については別問題である。「海賊」は公海の安寧秩序を害し、航行の各國船舶に脅威たるものである。故に「人類の公敵」として、何れの國の船舶も（殊に軍艦は）海賊に對して（「正當防衞」の行爲として、デュピュイ）、之を捕獲し、其處罰の爲め自國の當該官憲に之を引渡すの手段に出づることが出來る。海賊は「國際犯罪」と稱せられる。海賊は假令或國の國旗を掲げても其國旗國の保護を求め得ない。「海賊船には國籍なし」とせられる（デナショナリゼーション）。故に何を以て海賊となすか、海賊行爲を「定義」することが必要である。海賊行爲は「公海に於ける强盜」である。私船（又は公船たる性質を失つた船舶）が公海に於て他の私船に對し暴行若は掠奪に出づることにより、又は公海に於て船員・乘客が蜂起して船長の手より其船舶を橫奪することにより、公海の安寧秩序を紊すものである。一國軍艦の不法行爲の如きは勿論、政治上

の目的を有する叛徒の行爲の如き（殊に交戰團體所屬の軍艦の行爲の如き）は海賊を以て論ずべきではない（華府條約に於て潛水艦戰爭に從事するものを「海賊行爲ニ準シ審理處罰」することを規定してあるが、これは國際法上に所謂海賊行爲ではない）。海賊は相手を撰ばず攻擊を加へんとするものである。從て「一般の船舶に對し」脅威たる性質を有する。單に特定國に害を加へんとする（例へば叛逆の）目的に出づるものは國際法上の海賊ではない。其外に海賊たるには「私腹を肥すの意思」（animus furandi）を以てすることが必要であるか。單に攻擊若くは破壞の意思を以て攻擊若くは破壞を行へば足りるか、議論がある。前說に屬するものにペラ其他があり、後說に屬するものにフォーシル其他がある。何れにせよ單純に當該船長其人に對する反感より之を攻擊するが如きは前記海賊の要件を欠如するものである（「海賊」は國際聯盟の國際法典編纂準備委員會が議題の一として取上げた所である。米國ハーヴアード案中にも海賊に關する條約案がある（「米誌一九三二年十月號附錄」）。我國際法學會も「海賊鎭壓に關する條約案」を議定した）。（四）「第二の例外」は各國が公海の安寧秩序を維持し又は共同利益を確保せんが爲めに、締約國間相互に自國船舶に對する或程度の管轄權を他國に認むるものである。即ち締約國の軍艦に對し條約特定の不法行爲の監視權を與へるものである。締約國の船舶に關する限り「公海上の警察權」を軍艦に附與したものである。或は奴隷船に關し、或は漁船に關し、或は公海に於ける火酒類の販賣に關し、又は海底電信線の保護に關し（下掲「公海に於ける國際立法」參照）締

約國の軍艦をして不法行爲嫌疑船を停航せしめ、必要に應じ其國旗審査乃至拿捕・抑留等を爲すを得せしめた。裁判は多くの場合、船舶所屬國の官憲の手で行はれる。尤も米國の當事國たる禁酒條約に於ては米國が裁判權を持つて居る。(五)何れの場合でも軍艦が公海に於て他國船舶に對し國旗審査を行ひ得るのは前記二つの例外の場合—「海賊の場合」と「條約による場合」—に限るものである。稱して軍艦の外國船に對する「接近權」(right of approach)と云ふ。嫌疑の充分ならざる船舶に對して右の行爲に出づるときは軍艦の責任(賠償)問題を生ずる。(六)右の外に今一つの例外がある。それは所謂「追跡權」(right of hot pursuit)の場合であつて、一國は自國領海内に於て自國の法律に違反したる船舶(例へば漁業規則、關稅規則、中立規則等に違反したるもの)を公海に追跡して、其船舶を拿捕し引致して、之を審理に付するの權利である(一九二九年アイム・アローン號事件)。此場合は沿岸國が他國船に對し其法律を維持する爲め違反者に對する一の制裁手段ではあるが(ウエストレーキ)。領海に於ける管轄權の延長とも見られるが、同時に一國が公海に於て他國船舶に對し管轄權を主張し得る一場合とも云へる(ホール、ヒツギンス、ゼサップ)。尙ほ右の場合追跡は領海から開始せられねばならぬ。而して之が追跡を繼續する限り公海に於て之を捕へ得る。違反船舶が他國領海に入つた場合には追跡權は無くなる。(七)本船は一國(外國)の領海外に在り乍ら、端艇其他附屬船舟を領海内に出して不法の漁獵(許可なくして)に從事するが如き(アローナー號事件)又は酒類の密輸入に從事するが如きは(グレース・アンド・リユーピー號事件其他に於て米國海岸への酒類密輸入に關し英米間に紛議事件を生じた)本船自身「領海に在るものと看做して」("constructive presence")審問乃至拿捕處罰し得るとの主張がある。しかし右の場合—所謂「徘徊行爲」(hovering acts)である、又其船舶を徘徊船(hovering vessels)と言ふ—審問乃至處罰は果して之を權利行爲と見るべきか、自衞權によつて說明すべきか、或は他國の默認によつて說明すべきか、又默認を肯んぜざる國の船舶に對して右の如き措置に出づるを得るか、につき大に議論がある。米國の當局者及學者は權利行爲說に傾くが(例、ヒューズ、ハイド、ゼサップ)英國の政府及學者は之に反對する。精々で通誼說を採る(例、ホール・ヒツギンス、ビット・コペット)。米國への酒類密輸入取締について米國官憲が英國船を公海に要して處置せんとしたことより生じた前記英米間の爭は、一九二四年の英米間の條約で納まりがついた(英國は同國往年(一七三六年、一七八一年)の徘徊條例の不當を認めて後になつて(一八七六年)廢止した)。

(公海に於ける船舶の地位)　(一)船舶は一つの國籍を有しなければならぬ。船舶は其國旗國の保護と支配の下に在る。(二)しかし如何なる場合或船舶が一國の國籍を取得するか。換言すれば國家は如何なる船舶を如何なる條件の下に自國船舶と看做すか、即自國の國旗を掲ぐるの權利を之に認むるか、これは各國の法律に委

せられたる問題である。國際法の關する所ではない。(三)國家は如何なる裁判所(國內裁判所)をして公海に在る船舶中に發生したる事件を管轄處理せしめるか。それは各國各自の立法に委せられる。しかし兎に角公海に於て發生せる民刑事件は總て當該船舶所屬國の管轄に屬する。(四)(イ)公海航行中の船舶內に於て(玆には軍艦其他の公船を除外する、以下同斷)外國人(國旗國人以外のもの)が罪を犯したときは、其外國人の本國も亦共同管轄權を有する。しかしそれは國旗國の管轄權に優先するものではない。(ロ)公海に於ける犯罪人を載せて一國の船舶が他國の領海を通過するときは勿論、他國の港に入るとも、又其所で之を他船に移すとも、沿岸國は之に干涉しないのを常とするが(ホール二五八、三〇八頁)、犯人が逃げて上陸した場合、殊に其犯人が沿岸國人である場合には難問を生ずる(ヒッギンス海講三〇卷三九—四〇頁參照)。(ハ)次に公海に於ける船舶內の契約其他民事の不法行爲、準不法行爲に關する事件は如何、此等は何れも國旗國の法律によつて支配せられる(しかし玆にも國際私法に關する幾多の問題が持上がる。海講上揭參照)。(ニ)公海に於ける船舶(國籍を異にする)の衝突により死人を出した場合、其被害事件(殺人事件又は過失致死事件)につき國旗國の裁判所の外、被害者所屬國の裁判所も犯人を裁判するを得るかの問題がある(之については下揭ローテュス號事件參照)。(ホ)右とは別問題として、公海に於ける衝突事件其者について責任の所在如何、賠償責任の有無及範圍如何を審判するは何れの裁判所であるか。被告たるべき船舶の所屬國が管轄權を有することは勿論である。しかし一國は外國船相互間の衝突事件についても或場合又は或條件の下に管轄權を主張する例がある。就中英國の如きは最も廣き管轄權を主張するものであつて、獨り公海のみならず、外國領海內に於ける衝突事件ですら、被告船舶が英國の港に在るときは其船舶に對する要償事件を管轄する(海講上揭五一頁以下)。

〔ローテュス號事件〕(一九二七年國際司法裁判所判決)　一九二六年佛國船ローテュス號はトルコ海岸から五六海浬の沖合、卽公海に於てトルコの石炭船ボズ・クールト號と衝突して、同船內に八名のトルコ人の死者を出した。右佛國船は事件發生の翌日コンスタンチノープルに到着したが、同地の裁判所は佛國船の當番船員某及トルコ船の船長を共に、殺人罪(マンスローター)に問ふて、佛國船員某を(右トルコ船長と共に)禁錮及罰金刑に處した。佛國政府は本件に關しトルコの裁判管轄權を爭ふて、紛爭は國際司法裁判所に持出されたが、同裁判所は多數意見としては—外に少數意見もあつたが—トルコに裁判權があることを認めた。「外國人が外國に於て犯した罪に對して一國に裁判權がない」との主義を執る英國に於ては此判決は批判を免れぬ。英國から出して居る裁判官も少數意見に屬する。しかし米國から出して居る判事ムーア氏は別に意見を立てては居るが、結論に於ては多數意見に贊同した。多數意見は犯罪の結果が(此場合被害者の死亡が)トルコ船船內に發生したのであるから、犯罪地がトル

コである場合と同様に―假令犯人は佛國船内に在つても―トルコが管轄權を有する。否佛國もトルコも共に管轄權を有する（共同管轄權）。從つてトルコが裁判したのは不都合ではないとした。それは恰かも甲國に在る甲者が甲乙兩國間の國境を超えて、乙國にある乙者に向け發砲し之を殺害したと同樣であると云ふのである（同裁判所は此點につき多分に船舶領域說に影響せられて居る）。ムーア判事は之を說明するに當り、右の場合トルコは「主觀的管轄權」は無いが「客觀的管轄權」を有するとの語を用ひた（尙は此點につきムーア「ダイゼスト」二〇二節參照）。

〔公海に於ける國際立法〕　各國は公海に於ける航海の安全、漁業の保護其他共同利益を擁護する爲め國際條約を結ぶことが往々である。就中奴隷賣買の禁遏につき（必ずしも海上の事には限らぬが）（一八四一年、一八五五年、一八九〇年、一九一九年、一九二六年）、海底電信線の保護につき（一八八四年、一八八六年、一八八七年）、船舶の衝突及海難に於ける救援救助についての規定の統一に關し（一九一〇年）、又人命の救助に關し（一九二九年）、北海の漁業に關し（一八八二年、一八八九年）、北太平洋に於ける膃肭獸保護に關し（一九一一年）、北海（公海）に於ける火酒類販賣に關し（一九二四年以降）、バルティック諸國間酒精禁制品の取締に關し（一九二五年）、及無線通信に關し（一九〇六年、一九一二年、一九二七年）條約が結ばれてある（海講上揭ヒッギンス參照）。

〔戰時に於ける公海の自由〕　公海は自由である。故に戰時に於ては交戰國も中立國も均しく之を使用し、利用し得る。交戰國は戰爭行爲の爲めに、又中立國は通商の爲めに之を使用し得る。しかし交戰國が戰爭行爲をして居る場所では、中立國（船舶）は遠慮せねばならぬ。戰鬪行爲の行はれる場所は勿論のこと、交戰國が封鎖して居る對手交戰國の港（沿岸）と交通通商することも避けねばならぬ。戰時禁制品を交戰國に供給したり又は軍事的幇助に從事する中立船舶は捕獲せられる。此等の場合に（戰時に於て）交戰國の利害と中立國の利害との調和、否妥協を計る爲め國際法は戰時捕獲法規を有する。世界大戰中には此等の法規が交戰國により大に蹂躙せられた。玆に於て「戰時に於ける海洋の自由」が各國から―中立國からも交戰國からも―呼ばれるに至つた。しかし其意義及內容に至つては各國の唱ふる所區々であつた。

第二節　領　海

一　領海の範圍

領海の廣さ（範圍）　如何について議論がある。領海（沿岸海）は干潮線から起算して、「少くも外方三海浬」に及ぶことについては、各國共異論はないが（ウエストレーキ）、三海浬以上に及ぶか否かについて國際の慣例も學說も共に一定して居るとは云ひ兼ねる（此點ホール、オッペンハイム、ウエストレーキ等同意見である）。

（一）着彈距離說　バインケルスフークは第十八世紀の初頭に於て（一七〇三年）「國權は沿岸から（海上へ）砲彈が達する所まで達する」旨を說いて以來、領海の限界を論ずるもの、皆此「着彈距離說」に共鳴するに至つた（ブルンチュリー、カルヴォ、ヘフター・ゲフケン、メリニヤク、マルテンス、ペレールス、リヴィエー、ボンフィ

ス等)。しかし着彈距離は標準として不正確である。又砲術の進歩に伴れて領海を擴張するが如きは不穩當も甚しい。今日に於ては何れの國も領海につき斯かる主張を爲すものはない(此點につき露國は或は例外と云ふべきか)。(二)三海浬主義　前記着彈距離說を數字化して領海につき「三海浬說」を唱へ出したのは、伊太利のガリアニーに始まると稱せられる(一七八二年)。蓋し當時(第十八世紀)に於て着彈距離は凡そ三海浬に過ぎなかつたのである。第十八世紀の終り頃から、三海浬主義は殊に戰時、局外中立に關して漸く各國の間に採用せられるに至つた(一七九三年米の局外中立宣言、一八〇〇年英國捕獲審檢所裁判官スコット、一八一二年米國捕獲審檢所裁判官ストーリー)。第十九世紀に至つては或は條約に、或は國內法に、三海浬が領海の範圍として一般に認められるに至つた。殊に英米に於て(就中英國の一八七八年領海法權條例)、又英米を當事國とする條約に於て(就中一九二四年英米間禁酒條約)そうである。我國は英米と共に三海浬主義の有力なる支持者である。果して然らば三海浬主義は國際法の規則として一般に認められると云ひ得るか。「然り」と云ふ學者がある。就中領海について深き研究を遂げたるゼサップは三海浬主義を以て「國際法の一原則」なりと唱へる。フォーシルも學說及慣例を廣く詮索した後、國際慣例によつて一般に認められた領海の範圍は着彈距離ではなくして、三海浬であると說いて居る。しかし(三)右に對してはシユッキング其他異れる見解を有するものも少くない。シユッキングも亦各國の慣例及學說を擧げて(殊に聯盟の國際法典委員會へ提出せる同氏の報告に於て)「三海浬は各國の慣例及學說に照し、領海の範圍として一般に認められたものとは云へぬ」と說き、加之「重要なる事實は國家が着彈距離までは領海を擴張するの權利を有することである」と論じて居る。しかし氏は領海の範圍としては六海浬を適當として居る。國際法協會(アンスティテュー)も嘗て領海の範圍として六海浬を推奬したことがある(一八九四年)。(四)四海浬乃至六海浬の主張　瑞典、諾威は領海として四海浬を主張する。しかしそれは他國の反對に遇ふた。殊に世界大戰中右の主張は獨逸の反對に遇ふて(エリダ號事件)其主張を貫くことが出來なかつた。スペーン、ポルトガルの兩國は往年六海浬を主張して、これ亦他國(殊に英米)の反對に遇ふた。ロシアは嘗て十二海浬を主張して、これ亦他國(殊に日英)の反對に遇ふた。しかし露國の右の主張は必ずしも常に「領海として」の主張であるか、或は特殊の事項(關稅、漁業)について「領海以外」に其權力(又は獨占權)を及ぼさんとするものであるか(後述「隣接水域」參照)明かでない(ゼサップ)。何れにせよ一國が三海浬以上に其權力を及ぼさんことを主張する場合、常に他の利害關係國の反對に遇ふた。(五)故に一國(沿岸國)が「隨意に」領海の範圍を定め得るとの說(例、ストルプ)は固より誤りである。かかる說は海洋(公海)自由の原則と相容れざるものである。他方には三海浬以上に領海の範圍を擴張せんとする場合他國の承認(同意)を要するとの說がある(ビット・コペット、メルカー、ペイテ)。三海浬を擴

張する爲めには國際條約を必要とすることは英國が海牙に於て（一九三〇年）主張した所である。（六）領海の範圍について一般の國際法規が不確實である所から、國際會議（國際條約）によつて之を確定しやうとする企圖があるが、今日までまだ成功しない。（七）最近（一九二七年）國際司法裁判所はローテユス號事件に於て海岸から五六海浬の所に於ける衝突事件を當然領海以外、公海に於て發生せる事件と看做して何等此點を問題視しなかつた。

〔海牙の國際法典編纂會議〕　一九三〇年海牙に開かれた同會議に於ては「領海」をも議題の一として取上げたが、就中「領海の範圍如何」の問題につき各國の意見纏らずして、遂に何等の條約案も出來なかつた。否「領海の法律的地位」に關しては十數條より成る條文が出來たが、前記領海の範圍が定まらなかつたが爲めに、右案文も條約案として採擇せられなかつた。

右會議の模樣を見るに日英兩國（英の自治領を含む）は最も熱心なる三海浬論者であつた。隣接水域（之については後述參照）を認めるにも極力反對した。三海浬論者の中で獨佛其他の八箇國は隣接水域を認めんとした。米國其他三國は三海浬には贊成であるが、隣接水域については態度を明にしなかつた。四海浬を主張したものは瑞典、諾威、芬蘭等スカンディナヴィヤ諸國に過ぎない。六海浬の主張者は可なりあつたが、伊國以外は何れも小國に過ぎぬ。六海浬論者の中、伊、ブラジル、コロムビアの三國は隣接水域を認めない。チリーは三海浬以外に隣接水域を認めないならば六海浬に與せんと述べた。六海浬を主張しつつ隣接水域につき意見を留保するものにルーマニア、ウルガイ、ユーゴースラヴィアがあり、六海浬に加ふるに隣接水域を認めんとするものにスペーン、ポルトガル、トルコ、ペルシア等があつた。要するに隣接水域の問題は姑らく別として、領海三海浬を主張するもの十八箇國、六海浬の主張者は十二箇國、四海浬論者は四國であつた。右の諸國の勢力殊に海上に於ける勢力を考ふるとき、三海浬主義の斷然優勢なることは云ふ迄もない。

〔隣接水域〕　一國が領海以外に於て、領海とは云はずして、特定の事項につき—或は關稅、或は衞生、或は警察、或は漁業、或は國防の安全、又は航海の安全につき—特定の行爲を行ふて來て、他國が之を默認した場合がある（尤も反對した場合もある）が、斯かる慣例を「隣接水域」として主張せんとする傾向がある。アンスティテユー近年の決議も之を認めた（一九二八年）（同年の決議に於ては領海は三海浬とし、外に領海に隣接せる九海浬を超えざる水域に於て、國の安全・局外中立・衞生・關稅・漁業等に關する取締（警察）の爲め必要なる措置を執り得るものとした）。シユッキングが聯盟に提出した報告にも隣接水域を認めてある。同氏の所謂「兩域主義」（two-zone system）である。同氏は之につき各國の慣行を基礎とし、當該水域に於て認めらるべき各國の行爲も關稅・衞生等、行政上の取締及軍事演習の禁止に限らん

とした。領海に關するハーヴァード案も隣接水域を認めて居る(二〇條)。前記海牙會議に提出せられた所謂「基礎案」にも隣接水域を海岸より十二海浬以內として、其所に沿岸國は關稅規則若は衞生規則又は安全を擁護の爲め、必要なる監督權を行使し得ることとした。前記海牙會議に於ては隣接水域を認むべきや否やにつき議論大に沸騰した(前述參照)。隣接水域の認否についてのみでなく、之を認めるとしても其「範圍」を如何にすべきか、又其水域に於て沿岸國が「如何なる權利」を有し、「如何なる行爲」を行ひ得るやについても議論が分れた。關稅又は衞生についてのみでなく、國家の安全又は漁業權についてまでも、領海以外に隣接水域を主張するに至つては、領海と隣接水域との區別は殆んど無くなる。要するに隣接水域論は一種の領海擴張論である(米誌一九三〇年七月四九四頁)。

〔領海の起算點〕　領海の起算線については滿潮線說等が無いではないが、干潮線を起算線とするのが通說である。又國際慣例の採用する所でもある。右の起算線から、海岸線の曲折に從ふて、外方に領海を測るのである(外に海岸の突出點を連結せる直線より測定するの說もある。米誌一九三〇年七月號五四六頁參照)。しかし沿岸に「島」があつたり、「灣」があつたりする場合、起算線が別に考へられねばならぬ。(一)「島」はそれ自身の領海を持つ。故に島が領海(三海浬)內にあるときは、其島から更らに外部に領海(三海浬)を測定することになる。右海牙會議によれば「島」と云ふには、滿潮時でも、常に水面に頭を出して居るものでなければならぬ。(二)「灣」については沿岸國が一國であり且灣口六浬以下の場合には、其灣口に引いた直線以內を「內水」と見做し(此內水に於ては外國船舶に無害通過權を認めない)、右の線以外に更らに領海(三海浬)を測るべきものとするのが通說である(英年鑑一九二二—三年ハースト)。が、右灣口六浬の代りに灣口十浬說を唱ふるものがある(そう云ふ規定を持つ條約もある)。前記海牙會議にも灣口六海浬說があつた。が、十海浬說が多數であつた。尙ほ永年の慣例によつて一國に專屬する海灣と認められたものは、「歷史的海灣」と稱して、灣口六浬乃至十浬以上に及ぶも、之を沿岸國に歸屬するものと看做さんとする傾向がある。

二　領海の法律上の地位

領海(沿岸海)は沿岸國「領域」の一部を成すか。それとも「公海の一部」を成すか。領域の一部を成すとして、其上に沿岸國の主權を認むべきか。公海の一部を成すとして其上に沿岸國の如何なる權利を認むべきか。右について學說は分れる。實際に於ても或は沿岸海に主權を主張し、或は稅關監視區域(customs zone)、局外中立區域(neutrality zone)、或は漁業區域(fishing zone)、又は安全區域(safety zone)を主張する等、各國の慣例必ずしも一定して居ない。

學說を見るに（一）公海說（特定權利說）　此說は沿岸海（marginal sea, Küstenmeer）を以て、公海の一部に過ぎないものとなし、唯沿岸國は沿岸海の或廣さに亙つて「特定の權利・權限」を有するに過ぎないものであると說く。此說によれば「領海」（territorial sea）と云ふ語それ自身不當である。沿岸海を以て一國の「領域」とは見ないのである（例、ストルプ、コロムボス、ハチエツク）。此論者に於ても、或は沿岸國の沿岸海に於ける權利を說明するに「國際地役」を以てし（ラプラデル）或は「自衞權」を以てする（フォーシル）。或は「制限せられたる領土高權」を以てし（リスト）或は「制限せられたる主權」を以てするもであるが、「沿岸國の權利」を地役權と云ふのは、地役權の意義に照して穩當でない。沿岸國の權利を自衞權によつて說明せんとするのも自衞權の意義に鑑み、適當でない。「制限主權說」又は「制限高權說」も同樣である。（二）領域說　多數說は領海を以て一國の領域と看做す（オツペンハイム、シユツキング、ハイルボルン、ホール、ゼサツプ）。しかも領土に於けると同樣、國家の「主權」を領海にも認めんとする。「制限せられたる主權」でなく、排他的の主權である。「完全なる主權」である。固より此論者と雖も外國船舶に領海の「無害通過」權を否認するものではない。外國船舶が無害通過の權利（自由）を有することは、沿岸國の主權を妨ぐるものではない。海（領海）と陸とは共に一國の主權の下に在つても、

主權を行使する上に兩者の場合多少の差異あることを妨げぬと云ふ。各國の慣例、殊に英米の國法及判例は右の領域說、主權說を採用する。しかし學者或は領海を以て沿岸國の「財產」視するもの（主權よりも所有權に傾くもの）がある。（ホール、シユツキング等）（フォーシルは此等の學說を詳しく紹介して居る。第二分冊一三一頁以下）。「領土」についても同樣の議論があることは、前に述べた。（所有權說、主權說、權限說等につき第一章中述べた所參照）。抑も國家が領域（領土と領海とを問はず）について有する權利を「所有權」を以て論ずるは宜しくない。沿岸國は沿岸海に於て主權者であること、領土に於けると同樣である。國家の主權は領海の上に延長する。領海は一國領域の一部である。一國の國境は海上領海の盡くる所に及ぶ。一國の領海（領水）と云ふとき、條約に於て領土と併せ稱せられる（例へば一九〇七年の海牙條約中、第十三條約第一條）交戰國が中立國の領海に於ける戰爭行爲（捕獲行爲）は中立の侵害である（同上第二條）。平時に於て一國は領海に關し財政（關稅）・衞生（檢疫）・航海・警察・漁業等につき、又戰時に於ては局外中立國として交戰國の船艦につき、法律規則を設け、各種管轄權を行ふ。又沿岸國は領海內の「漁業」及「沿岸貿易」を自國民に獨占せしめることが出來る（條約に別段の定めなき限りは）。しかしそれは沿岸國が領海に於てこれ等一つ々々の權利・權限（ニーマイヤーの所謂 Katalogisierung）を認められるのではなくして、沿岸國が統一的觀念なる「主權」を有する結果である。外國船舶の無害通過を許し又は海難に遭遇した船舶に庇

護を與へねばならぬことの如きは、國際法上沿岸國の主權に對する制限に過ぎぬ。此等の制限は沿岸國の主權を否認する理由とはならぬ。前記海牙の編纂會議に於ても領海（territorial seas と稱して）に於ける「沿岸國の主權」を認めた。卽ち多數委員は沿岸國の領海に於ける權利が陸に於けるものと異るなきを認め、「管轄權」と云ふ語は狹きに失するとして、「主權」なる語を撰んだ。尤も沿岸國が主權を有すと云ふても、其之を行使するに當つて、國際法上、又條約上の制限を受くるは當然である。卽「領海の法律的地位」に關する規定の第一條として「國家の領域は本條約に所謂領海を包含す、此水帶（領海）に於ける主權は（沿岸國によつて）本條約の定むる條件及國際法の規則に從つて行使せらるべし」と規定した。又領海の海底及地下（地盤）も、領海の上空（空間）と共に、一國の領域に屬する（右規定第二條）。

（無害通過權） ❸ 國際法上外國船舶は一國の領海に於て無害通過の權利（自由）を有する。換言すれば沿岸國は外國船舶に對し（軍艦については別に述べる）「無害通過を許すの義務」がある。これはたしかに沿岸國の主權に對する一の制限ではある。由來國家の主權は決して無制限のものではない。領海主權が右の如き制限を受けても決して不思議ではない。領海の無害通過を外國船舶に認めるのは公海自由の原則をして其實を擧げしめんが爲めである。

無害通過（innocent passage）**とは何を意味するか、（一）無害通過は「無害」のものなることを要**

する。通過の外國船が沿岸國の法律規則を無視し（例、密輸入）、乃至其安寧秩序を害するの行爲あるとき、それは「無害」通過ではない。（二）沿岸國は領海通過の船舶に對し航海の安全・海水及海富の保護・漁獵・密輸入其他の取締の爲め、所要の規則を制定することが出來る（前記海牙規定第六條）。しかし其規則が徒に無害通過船に對する妨害を爲し、不當の干涉と見られる場合には、國旗國の抗議を招くことがある。唯通過するだけの船舶に對しては、特殊の役務に對する報酬としての外、燈臺稅、通過稅等の稅金を徵收することを得ない。（三）無害通過は「通過」なることを要する。領海の無害通過權は領海に「碇泊するの權利」を含むものではない（ハースト）。碇泊する場合、及港に出入する場合は別問題である（前記海牙會議に於ては「通常航海に際し起ることあるべき投錨の權利」は無害通過權の中に含むものとした）。以上は商船の無害通過についてである。（四）軍艦は外國の領海に於て無害通過權を有するか。平時については積極說が多數である（ウエストレーキ、デバニエー、ムーア、ハイド其他）。戰時は別問題である（上揭一五三―四頁參照）。

（外國船は一國の「港」に出入するの權利ありや） 港は領海とは別に取扱はれる。（尤も特に條約に於て港と領海とを併せて規定してある場合もある。例へば海牙第十三條約二五條）。港は河川と竝び稱せられて、內水と見られる（シュッキング、オツペンハイム、ラウン）（しかし港と領海との區別については領海に對する見解の相違によつても

見解が分れる。フォーシル第二分冊三八九頁）。（一）外國船舶が出入する港については各國は一定の港を指定して、「開港」（open ports）となし、海關其他の設備をなし、外國船舶を迎へるのが各國の慣例である。外國船はどの港へでも勝手に入り得るものではない。不開港には特別の許可なくしては入り得ない（但し海難の場合を除く）。（二）國家は其港を外國貿易に開くの義務があるか。「條約によらずしては何れの國も他國の港に其船舶を入れる權利（right of access）はない」と云ふ人がある（ハースト）。しかし文明國たる以上、其港を一切外國船舶に閉ずることは出來ぬ（ブールカン）。只何れの港を外國貿易に開くかは其國の裁量による。尤も一定の港を開く爲め條約が結ばれる場合がある（例へば支那の開港）。（三）「海港ノ國際制度ニ關スル條約」（一九二三年）によつて、締約國間に於ては一國の船舶は相互主義の下に他國の港に「接到」（出入）するの自由及他國の港を「使用」するの自由について、當該國船舶又は外國船と「均等待遇」を受けることとなつて居る（附屬規程第二條）。又關稅其他の稅金についても船舶の國籍による差別待遇を禁止して居る（同上第五條）。

三　沿岸國の裁判管轄權

領海は公海の一部であるとの說を執るならば別であるが（フォーシル第三分冊一一〇二頁、リスト一四四頁）、領海を以て沿岸國の主權下に在りとする以上、領海に在る外國船舶（主として商船の場合である。軍艦は別である。軍艦は治外法權を有すること前に述べた。上揭一四九頁以下參照）は、沿岸國の裁判管轄權の下に在るものと云はねばならぬ。しかし此問題について左の二つの主義がある（英年鑑一九二〇―二一年四五頁以下）。

〔英國主義〕　英國の領海に在る外國船舶は、領海に碇泊する場合と、領海を通過する場合とを問はず（「港」に在る場合は勿論のこと）、又民事事件と刑事事件とを問はず（犯罪行爲は勿論、船員の待遇問題・給料の爭議までも）、齊しく、英國の裁判管轄權に服するものとする。尤も民事については沿岸國（英國）に差したる關係のない事件について裁判所の「裁量」による管轄權の拋棄があり得べく、又刑事事件については當該場合の訴追に國務大臣の許可を必要とする（許可主義）。しかしそれは國內的のことと、手續上のことであり、國際的には沿岸國主權說を貫かんとするものである（下揭英國の條例には英國の領海に於て英國は領土主權（テリトリアル・サヴアレンテイ）を有するとある）。　フランコニア事件（一八七六年）に於て、英國の領海內に發生せる事件について英國の裁判所が管轄權なしとの判決を下した反動として生じた英國領海法權條例（一八七八年）は、右の主義を表明せるものである。米・獨其他、此主義に共鳴するの國も少くはない。尚ほ右英國主義は外國港に於ける英國船の行爲については英國自身「共同管轄權」を主張するのである。しかしそれは當該外國（沿岸國）の管轄權と相妨げざる範圍に於て之を主張するのである（無論英國は右につき外國の同樣なる主張を容認する）。

〔佛國主義〕　此主義は一八〇六年佛國のコンセーユ・デターの意見（當時右に對し奈翁の勅裁があつたもので、法律と同一の效力を有する）に表示せられた所である。右の意見は其前年（一八〇五年）發生せるサリー號事件及ニユートン號事件に由來する。兩船は共に米國船舶であり、佛國の港に在つた際、船員相互間に傷害事件を生じた。右につき米國領事と佛國地方官憲との管轄爭ひが起つた。依て佛國のコンセーユ・デターは右の管轄爭ひを決定して、前記意見を發表した。これによれば、佛國の港にある外國船舶は固より治外法權を有するものではなく、佛國の警察法規に服し、又犯罪あらば乘組員以外のものが被害者である場合佛國の裁判に服し、民事の契約も乘組員以外のものが一方の當事者たる場合、同樣、佛國の裁判に服すべきものであるが、(1)佛國港に在る外國船舶の「內部の紀律」に屬する行爲については佛國地方官憲は干涉すべきものでなく、(2)乘組員相互間に行はれた「犯罪行爲」と雖も(イ)船長から地方官憲の助力を求めた場合若くは(ロ)「港の平和」が害せられた場合の外は地方官憲は干涉すべきでないと決定した。而して前記兩米船事件を右の理由で佛國裁判所の管轄に屬せずと判定した。佛國は假令佛國人が外國船の乘組員たる場合でも乘組員相互間の事件ならば右によつて取扱ふのである。しかし當事者の一方が乘組員以外のものである場合、例へば外國船乘組員が乘組員にあらざる佛國人と喧嘩をしたり、殺傷したりした場合には、佛國の管轄とする。現に米船乘組員が佛國港に於て佛國の水先案內人を傷害した事件に於て、佛國は管轄權を主張した例がある。前記の佛國主義に所謂、乘組員間に生じた事件なりとも「港の平和」が害せられる場合とは如何なる場合か。此解釋について佛國の裁判所は一八五九年（米船ヲユベスト號事件）船員相互間に行はれた「殺人」事件は「港の平和」を害するものとして、沿岸國たる佛國の裁判管轄に屬するものとした。尙ほ其際、「文明國の共通法に照して犯罪行爲たるもの」は沿岸國の管轄に屬するものであるとしたのは佛國從來の主義（一八〇六年の主義）に對する一種の擴張解釋であると云はねばならぬ。

佛國前記の先例及主義は「港」にある外國船に關するものであるが、「勿論解釋」として、「領海」に於ける外國船の場合にも適用がある（フォーシル）。又佛國主義と雖も外國船舶自身が佛國の領海に於て佛國の法律規則に違反したる場合、之が訴追を遠慮するものではない。

佛國主義は理論としては兎に角、外國船に對する不必要の干涉を成るべく避けんとする趣旨に於て、實際的である。此主義に基いた條約も佛國其他を當事國として結ばれた（英國は一度も此種の條約に加入した例がない）。又國內法に於て佛國主義を採る國もある。國內法主義による佛國主義國はポルトガル、メキシコ、ブラジル、イタリー、ベルギー、ギリシヤ等である。米國は條約ある場合

に限り佛國主義を採る（條約主義的佛國主義）。條約の內容は必ずしも同一ではないが、一例として一九二三年米獨條約（二三條）によれば、船舶內部の紀律に關する事項は、船員の給料に關する爭議と共に、領事の權限に屬せしめ、反之沿岸國の法律に觸れる犯罪行爲は、土地の法律が許す場合の外、領事の權限外に屬するものとした。

佛國主義は「相互」を條件として、外國船舶に右の取扱を爲すものではない。現に異れる主義を取る英國の船舶に對してすらも、同樣の取扱をする。しかし佛國は相互的取扱を外國から期待する。外國に在る佛國の領事に訓令して、其任地（港）に於ける佛國船舶に對しては任地官憲（外國官憲）が佛國と同一の取扱を爲さんことを求めしめる。しかし佛國主義は同一の主義を執る國以外に對しては之を强ゆることは出來ぬ。佛國主義は未だ國際法上の一般原則と云ふべきものではないからである。條約によるか、又は好意によるの外は、外國に對して佛國主義を推しつけることは出來ない。此事情の下に於て佛國は英國と葛藤を生じたことがある（一九一一年アミラル・ハムラン事件）。

特別の條約がある場合は別問題であるが、何等の條約なき場合には如何。領海に於ける事件の裁判權問題につき一般に認められたる國際法規は存在しない。「各國間に右の二主義が行はれる」と云ふの外はない。否右の主義（殊に佛國主義）に多少變更を加へて實行して居るものもある。又同一國でも——例へば米國の如き——前後不整ひの態度に出でたことが往々である。米國は初めは（一八四二年ウェブスター）佛國主義を執り、後には（一八四五年國務省）英國主義に移つた（尤も一八八六年米國の高等法院はウィルデンフス號事件に於て佛國の前記テムペスト號事件と同一の態度を執つた）。條約のない場合には、假令港の平和を害しない外國船舶內部の紛議でも、領事の手に委せずして、地方官憲（米國）の管轄にありと聲明した（一八八五年ベヤード）。要するに米國、獨逸、和蘭等は嘗ては佛國主義に共鳴した時代もあるが、後に至つて英國主義に鞍替した（チャーテリス）。右の事情の下に於て佛國主義は佛國學者の或者が主張する如く、國際法上の一原則であると見ることは出來ない。英國の學者（ホール）は勿論、佛國の學者と雖も（デバニエー、デュピュイ）之を認めて居る。

〔通過船舶に對する裁判權〕　領海を通過（無害通過）するに過ぎぬ外國船に對し、又は其船內の人に對し、沿岸國が民事・刑事を問はず、一切の場合裁判管轄を主張することの可否については、議論なきを得ぬ。右の無害通過船は港に出入し或は領海に碇泊する場合と同一に論ずべきではない、との議論も有力である。右は前述（一九三〇年）の海牙編纂會議の討議にも上つた。領海通過の外國船舶は其船舶が他船と連絡して密輸入に從事するとか、其他沿岸國の國法を無視する行爲あるとき、それは既に「無害通過」ではない（前述參照）。其船舶自身、其不法行爲について責任を問はれる。

又右船舶が領海に於て他船と衝突した場合の如きも同樣である。しかし船內に於ける人（乘組員又は乘客）が犯罪行爲に出でた場合は自ら右と別問題である。而して前記海牙會議は「刑事事件」については、(一)船內の人による犯罪の結果が船外に及ぶ場合、(二)當該犯罪が沿岸國の平和若くは秩序を紊る場合、(三)船長又は領事が沿岸國地方官憲の助力を求めた場合に限り（此三場合につき前記佛國主義として述べたる所參照）。沿岸國は通過の外國船內に就き所要の措置（逮捕其他）を執り得るものとした（前揭規定第八條）。又逮捕其他の手續を執る場合でも、成るべく當該外國船舶の迷惑にならぬやう、航海上の利益を考慮すべきこととした。次に「民事事件」については前記海牙會議は(一)船內に在る人に關する民事裁判を行ふ爲め（例へば陸上にある私人の訴により）通過船舶を捕へ又は其航路を轉せしめることは出來ぬ。又(二)船舶自體を民事事件の爲め捕へ若は差押へたりしやうと云ふ場合は、其船舶が領海通過に際し、又はその通過の爲め、生じたる債務に限るべきであると規定した（第九條）。從て其通過に際し他船と衝突した如き場合、其船舶は固より民事の責任を沿岸國の裁判所によつて問はれることはある。が、他の場所（公海又は他國の領海）に於て行はれた衝突其他の行爲につき、責任を右沿岸國裁判所によつて問はれることはない。又刑事事件の場合についても、例へば犯罪が他の場所（他國の領土、領海若は公海）に於て行はれたのであるならば、沿岸國は通過の外國船舶を途に要して、右犯人を引ずり下す如きことは出來ぬ。假令犯罪地の國から犯罪人引渡要求を受けた場合でも同樣である。しかし右は何れも—民・刑事共、又船舶自身の不法行爲の場合でも、船內の人の不法行爲の場合でもあつて、當該船舶が領海に碇泊する場合、港に入りたる場合、又は港から出て來る場合には別問題である。否此場合、殊に「港に於ける外國船に對する裁判管轄權問題」については、右の會議に於て觸れぬことにした。

領海通過の船舶に對する右の規定は穩當なる規定である。しかし之を以て—沿岸國の裁判權を制限する點は—國際法の現行規定と云ふべきか。英國從來の態度（上揭の英國主義）に照し、「然り」と答ふるには、躊躇せざるを得ぬ。殊に最近米國關係の判例（通過船舶に對する沿岸國の管轄權を認めた先例である、一九三三年デヴィッド號事件—米誌同年十月號七四七頁以下）を見るとき益々そうである。しかし英國が前記海牙會議に於て示した讓步的態度に徵し又他の判例（通過船舶に對して沿岸國の管轄權を主張しなかつた先例である、チーフ・カピラノ事件—英年鑑一九三二年一二五頁以下）に於て見られる米國裁判所の態度に照し、前記海牙會議の規定は、人をして望を將來に囑せしめる（前記米誌及英年鑑に於けるゼサップ及チャーテリスも同樣の傾向を示して居る）。

〔外國船舶と庇護權〕　外國船舶（商船）は犯罪人庇護權を有しない。佛國と雖も同國の港に在る外國船

に逃込んだ逃亡兵を逮捕するの權利を主張した（一八九九年佛國陸軍大臣訓令）。勿論犯人が沿岸國の法律により犯人たる場合に限る。政治犯人と否とを問はぬ。犯人の國籍の如何を問はぬ（船舶所屬國の人民であつても同樣である）。「通過の船客」であつても、港内に入り來つた外國船内に在る場合には、沿岸國の國法に照し犯人たる限り、逮捕し得る。しかし此等の場合問題を惹起したことも少くない（ムーア二卷八六五頁以下、英年鑑一九二〇―二一年七三頁以下、フォーシル第二分册一〇七〇頁以下）。外國から外交經路により犯罪人引渡の請求を受けた場合、其の犯罪人が港内の外國船舶内に在るときも、沿岸國官憲が其船舶に就き犯人を逮捕し得る。固より何れの場合でも船舶に就き犯人を逮捕するには正當なる手續により令狀を執行せねばならぬ。其地に船舶所屬國の領事が居れば、事前に「通知」をするの慣例がある。此點につき何等の條約規定がない場合でも右の「通知」を爲し、乃至船舶所屬國官憲の事前の「同意」を求めねばならぬか。義務の問題としては消極的に解すべきであらう。尤も之につき英獨間に紛議を生したことがある（英年鑑上揭參照）。

第三節　領空

一　空間の法律的地位

國家は其上空（空間 air space）に對して如何なる權利を有するか。空間には公空と領空とを區別すべきか。否、領空なるものの存在を認むべきか。抑も國家は領土及領海を有すること前述の通りである。其他に國家は領空なるものを有するか。一國の上空は其全部又は一部が其領域を成すものであるか。之について從來學者間種々の議論が行はれた。

空間にも公海に比すべき公空があるとすれば、公海及無主地の上空はそれである。公海が「自由」である如く、公空も「自由」である。何れの國も之を私することは出來ぬ。一國の獨占乃至支配に委せられぬ。右は殆んど異論のない所である。が、問題は一國の領土及領海の上空たる空間の法律上の地位如何である。從來の學說を窺ふに（一）空間自由說　空間は實力によつて之を支配し、占領することが出來ないとか（フォーシル）、又空間は海洋（公海）と同樣に扱はるべきものであるとか（ナイス）云ふ理由で、空間は―一國の上空でも―「自由」であるべきものとせられ、下接國の獨占し又は支配し得る所でないと論ずるものがある。而して此論者中にも絶對自由說（例、ナイス）の外に、一國の上空の下層部分に一定の範圍を限つて（又は限らずして）其支配權を認めんとするものがある（フォーシル其他）が、其範圍如何について一致がない。右の空間自由說は嘗ては一時學界に行はれ、佛國其他の學者中に贊成者が少くなかつた。國際法協會（アンスティテュー）も前後二回に亙つて（一九〇六年、一九一一年）空間自由

の原則を認めた。尤も下接國が其自衞の爲め、若は國家・國民の安全の爲め、一定の措置に出づるの權利を認めた。しかし右の絶對自由說は無論のこと、相對自由說も今や舊說に屬する。(二)空間主權說　一國の上空(領土及領海の上空)に對して其國が主權を有するものとなすの說である。此說は英國の學者間に多いが(スペート、ウエストレーキ、ハーゼルタイン、リチャーヅ其他)、他國にも之を見る。英國の學者は別段理由を示さずして空間主權說又は空間領域說を說く。例へばスペートの如き、一國は其上空に於て領土に於けると同樣の權力を有する旨を說く〔主權說の外に所有權說もある。私法上の思想に影響せられて、空間を土地の附屬物と看做し、上空に對して國家の有する權利を「所有權」となし、空間を下接國の所有物となすものである。或は空間の主權は「國際團體」に在ると說くものもある。しかし此最後の二說は何れも取るに足らぬ〕。前揭の空間主權說に對しては「國家の權力は星に達するものではない」との非難がある。之に對して主權論者は、國家の主權は何も事實上の支配とか占領とかを要件とするものではない。ヒマラヤ山の絶頂に國家の實力は及ばないが、國家の主權が之に及ぶことを妨げぬと應酬する。尤も空間主權說にも絶對主權說の外に、外國の航空機に無害航過の自由を(或は權利として、或は通證として)認めるものもある(ウエストレーキ、其他)。ウエストレーキが一九〇六年國際法協會でフオーシルと議論を戰はした際、ウエストレーキは物理學上重力の原則により上空よりの落下物は下接國に危險なることを說き、空間が公海と同一に論じ難い所以を說いた。が、其說は少數で破れた。しかし時の經過と共にウエストレーキの說が支配說となつたこと後に述べる通りである。(三)權限說　國家が其上空に有する所のものは國家が國際法上有する權限であると說くものがある。場所的權限であると說く。しかし論者の所謂場所的權限は領土高權又は主權を指すものに外ならぬ。主權の意義に關する見解の相違に外ならぬ(第四章參照)。權限論者と雖も(例、フェアドロス)、空間が下接國の領域に屬することを認める。一國の領域は平面的のものではない。立體的のものである。卽ち地下層に及び又地上空間に及ぶものであることを認める。兎に角最近に於ては空間主權說が各國の實際及學說を支配して居る。此說は一九一一年の英國の法律に採用せられて以來、各國の國內法に取入れられ、判例に採用せられ、世界大戰中就中局外中立國の歸依する所となり、殊に世界大戰後に出來た國際航空條約(下揭)によつて決定的となつた。

二　國際航空條約(一九一九年、一九二九年)

同條約(一九一九年の)は戰勝國間の條約であるとも評せられる。殊に戰勝國中の大國の優越權が國際航空委員會に於て認められてある(三四條)(尤も此點は其後修正せられ各國表決權の平等が認められた)。それは兎に角として、(一)同條約は劈頭第一に、下接國が其上空(空間)に對する主權を認めて居る(一條一項)。前

記空間主權說を採用したのである。而もそれは「完全且排他的ノ主權」であるとしてある。卽一國の上空（空間）は無限に其國の領空とせられる。右の空間は一國の本國及殖民地の領土及領海の上空を包含するものと規定してある（一條二項）。尤も右の主權を行使するに當つて本條約の他の規定に制限せられることは勿論である。（二）締約國は他の締約國の航空機に對して無害航空の自由を許與しなければならぬ。締約國相互間にのみ無害航空權が認められることに注意を要する。（イ）斯くして無害航空權は「條約上の權利」とせられる（此點領海に於ける無害通過權と異る）（ロ）且右の無害航空は一定の條件の下に許される。卽「本條約ニ定ムル條件ヲ遵守スル限リ」『平時ニ於テ』許與せられるのである（二條一項）。（凡そ本條約の規定は戰時に於て締約國が交戰國として又は中立國として取る所の「行動ノ自由」を何等妨げざるものである、三八條）。（ハ）一國（被飛行國）は他國航空機に航空を許すに當り國內法規を制定することが出來る。但しそれは內外機の間、差別待遇をしてはならぬ（二條二項）。（ニ）「締約國ノ一切ノ航空機ハ着陸スルコトナク他ノ締約國ノ上空ヲ過クルノ權利ヲ有ス」るが下接國（被飛行國）は航路を指定することが出來る。卽右の航空機は「被飛行國ノ定ムル路ニ由ルヘシ」と規定せられる（一五條）。又保安上の理由に依り着陸を命ぜらるれば着陸せねばならぬ（同條）。（ホ）各國は軍事上又は公安上の理由によつて自國版圖內の一定地域上に「航空禁止區域」を設けることが出來る（違反者に對しては罰則を設けることも出來る）。しかし右に關する規定は內外機間に原則として平等に適用せねばならぬ（但し一九二九年の修正で內國機に對する例外が設けられた、三條）。（ヘ）軍用航空機は假令締約國相互間に於ても無害通過の自由を當然に認められぬ。卽ち「特別ノ許可アルニ非ザレバ」他國（他の締約國）の版圖上を航過し又は之に着陸することが出來ぬ（三二條）。許可なくして一國の軍用航空機が他國の上空を通過するものは着陸を命ぜられた場合着陸國に於て治外法權を認められぬ（同條、尙此點につき一五九頁參照）。（三）締約國間に於て一國の航空機は他國に「着陸」するの權利（自由）を有するか。本條約は此點について何等言明する所がない。が、着陸を豫想した種種の場合がある（一五、一八、二二、二三、二四條）。此等の規定は一國の航空機が他國の國內法規に遵ふて、着陸又は着水を爲し得ることを示すものである。換言すれば一國の航空機は—締約國間に於て—他國の法令の制限範圍內に於て着陸の自由を認められる。又或場合には着陸を餘儀なくせられることもある（四條）。（四）一國（締約國）は條約に違反せざる範圍に於て（條約は國際航空に從事する航空機の「出發、航行及着陸ノ際遵守スヘキ規則」として第一九條以下に種々の規定を設けて居る）、外國航空機の航過・着陸又は出發につき「國內法規」を設けることが出來る。實に多くの點について國內法規は國際條約を補充するものである。（五）殊に一國は沿岸貿易を自國民に留保し得る如く、「各締約國ハ其ノ版圖內ノ二地點間ニ於テ有償ニ旅客及貨物ノ運送ヲ爲スコトニ付自國航空機ノ爲ニ留保及制限ヲ設クルノ權利ヲ有ス」る（一六條）。

(六)外國航空機は下接國の法權に服するか。軍用航空機の治外法權については前に述べた(一五九頁)。其以外の航空機は外國に於て治外法權を有しない。本條約の草案には外國航空機の裁判管轄權に關する一箇條があつたが(二三條)削除せられた。締約國は其上空空間に對し主權を有すること前述の通りであるから、警察權、關稅權其他行政上の取締權を有する(立法權—規則制定權—については前に述べた)。裁判權については領海の場合のやうな問題が起らぬではないが。殊に一國の航空機が他國の上空を航過し若は他國に着陸する場合ありとしてもそれは一時のことであるから—航空機自身が被飛行國の法規を無視した場合は別として—其他の場合には航空機内に發生せる一切の事件を必ずしも盡く被飛行國の法權に服せしめる必要もない。殊に通過の場合に於てそうである(フォルクマン國際空法九二頁以下)。學者或は第一條(主權)の規定があれば足りる、裁判管轄の問題は之で解決出來ると云ふものもある(ハーゼルタイン)。しかし此問題は各國間後日の協定に委せられたものであると云ふ人もある。否原條約を作るとき法律家委員會は斯く考へたのであらう(ローベー國際航空條約論一五七頁。尙ほゼ・インターナショナル・ロー・アツソシエーション一九二五年報告一一七頁參照)。(七)締約國は非締約國と「特別條約」を締結するの權利を有するか。條約は此點に於て修正せられて(一九二二年、一九二九年)右の權利が認められることになつた(後述參照)。

又現に幾多の特別條約が結ばれてある。

抑も原條約(一九一九年の)に於ては、前述の如く、無害航空を締約國間に限り認めることにした。而して非締約國の航空機に對し締約國は原則として其版圖上の飛行を許可しないことにした。唯「特別且一時ノ許可」をのみ與ふることが出來ることに定めた(第五條)。此規定は原條約に加入するものに取り多大の不便を感せしめた。大戰中の中立國にして本條約に加入せんとするものがあつても、右の條文は甚しき故障となつた。例へば瑞西の如き本條約に加入すれば隣國獨逸との航空關係上多大の不便を感ずる。故に原加入國(而してそれは戰勝國のみであつた)以外、中立國の加入は見込薄となつた。のみならず原加入國の批准も遲れた。英佛相互間すら兩國間特別條約を結んで、應急の措置に出でた。其他の諸國間(二國間)にも航空關係を律する爲「特別條約」を結んだ例は少くない。殊に獨逸(當初から此條約に加入して居ないが)を一方當事者とする條約が出來た。又作らねばならなかつた(聯合國卽戰勝國は平和條約により戰敗國たる獨逸其他に對し其上空に對する航空權を獲得して居つたが)。故に一九二二年右第五條の修正が行はれて、「特別條約」が出來た場合は第五條の除外例とした。しかしそれでもまだ不便が多いので、一九二九年になつて原條約の大修正が行はれて(前記第五條を初め其他の條文にも修正が行はれた)、之によつて「各締約國ハ非締約國ト特別條約ヲ締結スルノ權利」を認められ、唯其特別條約は「本條約締約國ノ權利ヲ害スルコトヲ得ザルベシ」とし、且「其目的ト兩立スル限リ本條約ノ一般原則ト背馳スルコトヲ得ザル

ベシ」と定められた。特別條約もさること乍ら、右の修正（一九二九年）は本條約の一般化を期したものである。

第三章　人　民

第一節　在外臣民保護權

一　人民保護についての權利義務

人民（個人）は國際法上如何なる地位を有するか。法の主體（權利主體）であるか。それとも法の客體であるか。これについてはさきに述べた（上揭四四―四六頁參照）。人民は國際法の主體ではない、客體である。人民は國際法上權利を有し義務を負ふものではない。人民について國家間の權利義務が存在するのである。果して然らば如何なる權利義務が國家間に存在するか。其重なるものは「一國が外國に在る臣民を保護するの權利」である。茲に稱して「在外臣民保護權」と稱する所のものである。而して人民の本國が有する此權利は實に「在留國が外國人に對して國際標準（文明國標準）による保護を與ふるの義務」と相關的であり、互に表裏をなすものである（上揭二四九頁參照）。國家は在留外國人に對し、其身體・財產の保護につき、國際法及國際條約に副ふべき取扱をせねばならぬ（上揭二三八―二四〇頁參照）。

固より外國人も在留國の管轄權の下に在る。本國の保護權は在留國の右の管轄權を排斥するものではない（例外―領事裁判權）。しかし右の保護權は在留國の管轄權が外國人については正當に、合法に、且公平に行使せられることを要求するの權利である（ポーチヤード「外交的保護」三五四頁）。

〔人民と國家との關係〕　一國の人民が外國に在るとき玆に三つの關係を生ずる。即ち第一には當該人民と本國との關係、第二には當該人民と在留國との關係、第三には當該人民について本國と在留國との關係である。右の內第一及第二の關係は國內法上の問題である。第三の問題のみが國際法上の問題である。(一)個人が本國に對して如何なる權利を有するや、又本國が個人に對して如何なる權利を有するや。殊に本國が個人を保護するの義務を其個人に對して有するや。換言すれば個人が本國に對して保護を求むるの權利を有するや。これ等は何れも第一の關係に屬する。國內法上の人民主權に關する問題である。(二)次に一國が其國內に於ける在留外人に對して管轄權を有し支配を及ぼすは、之れ領土主權の作用である。一國が國內に於ける「外國人の地位」―權利義務―を定むるは其主權（領土主權）に出づるものである。一國內に於ける外國人が在留國の國法により權利を有し義務を負ふのは之が爲めである。右は何れも前記第二の關係に屬するものである。右の如く外國に在る人民は本國の人民主權と在留國の領土主權との二個の權力の下にあり、兩樣の支配を受くると同時に、又兩樣の保護の下に立つものである（ハイルボルン「システム」七七頁、拙著「現行」上三九〇―五頁）。(三)しかし外國在留の人民に對し本國の人民主權と在留國の領土主權とが同時に排他的に行はるることは事實不可能である。否此兩者は互に尊重し合はねばならぬ。當該人民の保護取扱につき本國と在留國との間に互に歩み合ひが行はれねばならぬ。國際交通に於ては右の讓歩を見ねばならぬ。この讓歩は實に在外臣民保護權を生ずるに至つた、在外臣民保護權は右の讓歩妥協に立脚するものである。固より其讓歩・妥協は往々にして困難であり、國際紛爭の因となることも少くないが、兎に角此權利は國家が外國に在る人民について有する權利である。前記第三の關係に屬するものである。

二　在外臣民保護權の性質

此權利たるや國家が外國に在る自國人の「身體・財產の保護」につき、其外國に對して有する權利であり、國際法上國家に認められた重要なる權利の一である。果して然らば(一)此權利は以て國家基本權の一に數ふべきか（立博士、フエアドロス）、自衞權の一作用とすべきか（ホール、フエンウィック）、平等權の一發露と見るべきか（ポメロイ）。「人民」は「國土」と共に、國家❶「構成要素」を成すものとなし、人民の外國に於ける被害事件は國家自身直接の損害を受けたるものと看做すべきか（直接被害說）。それとも國家が人民を通じて間接の損害を受けたるものと見るべきか（間接被害說）。人民の「身體」のみならず「財產」に受けたる損害に對しても國家は直接の被害者として外交的交涉（外交的保護）を爲すものであるか（ヴルゾハルト・マイヤー）。此等の問題は右在外臣民保護權の性質について考ふべき所である。國際間の問

題としては—外交案件としては—被害者も加害者も共に國家であると見るのが適當であり（上揭二三六頁、二四六頁、二四八頁、二四九頁參照）。從て直接被害說が妥當であらう（フェアドロス）。しかし臣民保護權を平等權に附會するは穩當とは云へぬ。寧ろ臣民保護權は强國が弱國に對して之を强調する場合があるとすれば、平等權とは緣遠きものであらう。若し夫れ臣民保護權を基本權の中に數へ、又は自衞權に結び付けることの當否に至つては、基本權又は自衞權の意義（これについては第五章參照）次第である。（二）何れにせよ在外臣民保護權を以て單に「救濟權」と看るは誤りである。在外臣民にして其受くべき保護を受けない場合、本國の保護權が活動を見るは勿論であるが、右の保護權は在留國の國際義務違反を待つて初めて發生するものではない。在留國の義務違反は本國に取りては其權利が侵害せられたることを意味する。權利の侵害たるには、其侵害前既に權利が存在しなければならぬ。「本國の保護權は常時在留國をして之を感知せしめる、否知らず知らずも在留國に對して壓力を加へて居るのである」とホールは云ふ。（三）外國人の被害が外交交涉又は國際裁判に於て取上げられる場合には「國家自身の權利」たる保護權を行使するものである。人民と國家（外國）との爭議は、本國政府が之を取上げる瞬時より、國際紛爭となるのである。此際國家は「自己の權利」を行使するのである（國際司法裁判所に於けるマヴロマテイス事件）。人民の權利を代行するのではない。又人民の代理人たるものでもない。故に人民は國家（本國）の保護權を豫め他國に對して—他國との契約によつて—拋棄することも出來ない（カルヴォ約款につき二四九—二五〇頁に述ぶる所參照）。又本國政府は被害事件の起つた場合、保護の手段を執るか執らぬか、又如何なる手段を執るか、此等は全然自己の裁量によつて決する。又國家は自國人の被害に對し如何ほどの賠償金を加害國（又は加害者所屬國）に要求しようと、將た其加害國から受取つた賠償金を如何に處分しようと、全く國家（被害者の本國）の自由である。國家自身の權利の行使であつて、國家が被害者の代理行爲をなすものではないからである。

（在留外人に對する保護の義務）　國家は在外の自國臣民を保護するの權利があり、之に對應して他方には一國の在留外人に「相當なる保護を加ふるの義務」がある。この義務に違反したるときは被害外人に救濟を與ふるの義務がある。抑も文明國の文明國たる所以は國內に於ける人民の身體・財產の保護全きを得ることに存する。而して文明國たるには一定程度の身體・財產の保護・保障がなくてはならぬ。如何なる文明國と雖も國內に在る一切の人の生命・財產につき絕對的保障は出來ないが、法律を設け、警察制度を設け、國內の秩序を維持し、不法行爲者を制裁するの施設がなくてはならぬ。盜賊橫行するも顧みず、非違あるも之を罰するの法律なく、又裁判所なきは、文明國と云ふことは出來ない。假令法律あり裁判所あるも有名無實のものに過ぎざる場合、亦同樣である。かかる無秩序・無法律が國內の內國人に關する限りは國際問題となることはないにしても、外國人としては之に

甘んずることが出來ない（二三九頁參照）。外國人が在留國の法律制度に服從しなければならぬと云ふ原則は其法律制度が國際的標準に副ふものであることを前提とする。國家が右の標準を守らぬ場合其國家は所謂「裁判拒否」（廣義の）の責を免れぬ（プライアリー）（裁判拒否について二三四頁參照）。卽ち國家は在留外國人の保護に關して國際的標準による法律制度・司法制度を維持するの義務がある（ハイド、ボーチャード、フェアドロス）。これは文明國と雖も當然のことであつて、敢て一國に對して難きを責むるものではない。從て國家は其國內の法律制度が右標準以下なるを自認し之を理由として、外國人の被害に關する國際責任を免がることは出來ない。國際標準を守る國は外國人に對し內國人と同一の待遇（保護）を與ふればそれで充分であるとせられるが、此標準以下の國では外國人は特權的地位に置かれる。卽ち外國人も內國人同樣苦痛を忍ぶべしとの理由で國際責任を回避することは出來ない。此點が從來文明國に於て所謂非文明國に對して自國臣民の保護の爲め屢々容喙干涉を行ふの理由とせられた。文明國は非文明國に於て從來治外法權（領事裁判權）を有したことが多かつた。が、右治外法權撤廢の曉は前記の理由により却て外交案件が愈〻頻繁を加ふるなきを保し難き所以も玆に存する。

三　在外臣民保護權の作用

國家が在外臣民保護權を有することは國際法の要義（エレメンタリー・プリンシプル）として國際司法裁判所の認める所であり（マヴロマティス事件）、實際に於ても諸國の政府が從來主張し、實行し來つた所である。右は原則としては國際法上定まつて居るが、困難は該原則の運用に存する。問題は國家が如何なる場合、如何にして右の保護權を行ふべきやに存する。ドン・パシフィコ事件は此問題につき常に引用せられる所である。ビット・コペットの如き此事件を辯護するが、先例としてはあまりよい先例と云ふことは出來ない。（本件に於て英國政府は希臘政府に對しピレウス封鎖迄も行ふて、結局百五十磅の損害賠償で事濟みとなつた）。

（一）外交的保護　一國の在外臣民保護權は該國民の危害又は損害を事前に防止すること、及之を事後に救濟することにつき相當の保護を自國人の爲めに相手國に要求することに存する。而して之が爲め相手國に對して外交上の手段に訴へて、要償・抗議其他に出づることが出來る。國際標準の無視や、「差別待遇」（例、往年の桑港に於ける日本學童隔離教育事件）が抗議の因となることもある。しかし當該場合に於て如何にして保護權を行使すべきやの問題につき枸子定規的規則を定めることは不可能である。各場合の事情を按じて、國家は其裁量により、最善の判斷を下すの外はない（オッペンハイム）。外交的保護につき二四八頁參照）。英國は最近露・獨兩國官憲の英國人に對する不法監禁乃至不法裁判事件（マクドナルド事件、バンター事件）に於て、露・獨兩國に對しそれ〳〵外交的保護手段に出でた（尙ほ保護の手段、保護の範圍、保護の目的物についてボーチャード（上揭）は詳細に論じて居る。其三九九頁以下參照）。一國が其臣民の保護を行ふに當つては—自國民の被害につき相手國に對して、賠償請求等、外交手段に出づるに當つては—恰かも原告と裁判官と執行官とを一人で兼ねるやうな觀がある。（二）裁判上の保護　外交的保護に對する

前記の非難は裁判上の保護にあつては除かれる。マヴロマテイス事件についての國際司法裁判所の判決は其適例である。國際裁判所又は混合委員會等の機關により個人（外國人）の被害事件が裁判的に處理せられた例は枚擧に遑がない。しかし此場合でも訴訟當事國は國家である。個人は國際訴訟能力を認められぬ。稀に個人が國際訴訟能力を有する如く見える場合でも、それは國家間條約の反射作用に過ぎぬ。個人（外國人）の被害事件ある場合、本國の外交手段に依頼する代りに、國際裁判所に訴ふることとした方がよいとの議論はある。が、其實行には前途種々の困難がある（米誌一九三〇年四月三五九頁以下ボーチャード）。

（二）實力（兵力）による保護（所謂現地保護）　外交的保護の無效なる場合、兵力による保護が現地に就き行はれることがある。文明國が非文明國に對し、又强國が弱國に對し、殊に內亂の常習的である國に對し、此種の保護手段が外國人について行はれること稀なりとせぬ。實に在外臣民保護權は實力による保護の場合に目立つて來る。文明國相互間には實力保護を容るるの餘地も必要も認められぬが、無政府狀態に在る國に對しては事之と異るものがある。國家が自國人保護の爲め此の手段を執ることは何等相手國の獨立や領土保全を侵害するものではない。相手が文明國であつて適當なる司法制度・警察制度を有すれば、文明國並みの保護を外國人に與へ得るものと看做されて、當該外國人の本國政府は自國人の被害事件に對して、外交上の保護手段（損害賠償の要求其他）に出づるのみである

が、司法制度・警察制度の完からざる國、殊に內亂相踵ぎ國內の秩序亂れて、匪賊橫行、外國人の被害續出するも訴ふるの裁判所なく、顧みるの政府なきとき、否其裁判所・政府何れも有名無實のものなる場合—裁判手段、外交手段何れも徒勞に屬する如き場合—外國政府は自國人の被害を坐視するに忍びず、玆に現地保護の手段に出づるの止むなきに至るのである。英國先年（一九二七年）の對支出兵の如き、又我國の山東出兵、上海出兵の如き其實例である。從來列國は支那其他に對して、或は自國人民の危險及損害を事前に豫防する爲め、或は人民に損害の生じた後救濟を求むる爲め出兵した事例は少しとせぬ。

嘗て米國國務省の官吏であつたリューベン、クラーク氏は「米國政府ほど自國臣民保護の目的の爲め外國出兵—外國の土地の一時占領—を行ふた國はあるまい」と云ふて居る（一九一二年外國出兵權に關するメモランダム）。又ビユエルは在外米國人の生命財產保護の爲め兵力を使用するは米國政府從來の政策であつて、過去百五十年間に右目的の爲めの出兵は百回を下らぬであらうと云ふて居る。不戰條約成立後と雖も此種の出兵—兵力使用—は「戰爭」でないから差支ないと、前記ビユエルも云ふて居る。何れにせよ米國の上院では不戰條約の解釋として「在外臣民保護の爲めにする出兵」を除外例とした。

第二節　外國人の入國及入國後の地位

一　外國人の入國

國家は外國人の入國を許否するに於て自由であるか、一切の外國人の入國を禁止するも國際法に違反しないか。又特定國人―特定の國籍を有する人民(例へば「日本人」)―の入國を禁止することが、國際法違反ではないか。凡そ國際交通が如何なる範圍に於て義務であるか、否交通權の存否及其内容については議論がある(交通權につき第五章參照)。從來の學說としては(一)主義として國家は外國人の入國を一般に總ての外國人に對し、又は特別の場合特別の人に對し禁止することが出來ると說くものと、(二)主義として國家は外國人の入國を禁止し得ないと云ふものと―しかし此論者と雖も正當の事由ある場合、外國人の入國を禁止し得ることを認める―の二つの相反對せる學說がある。今日に於ても英米の學者は前說に贊成し、大陸の學者は後說に共鳴するものが多い。獨り學說のみでなく、英米では裁判所(判例)も行政部と立法部とを問はず、前說を採用する。しかし實際に於て、英米と雖も、外國人入國の絕對禁止を實行しては居ない。又英米と雖も他國のかかる態度―鎖國主義―を容認するものでないことは、鎖國時代の日本・支那に對して執つた態度によつても察せられる。要するに國家は(一)

「好ましからざる外國人」(undesirable aliens)に對し入國を拒み得るは勿論であるが、國際團體の一員たる以上、外國人に對し其國境を「全然且恣意的に」閉鎖することは出來ない。(二)尤も如何なる外國人が「好ましからざる外國人」であるかを決定するは當該國の自由である。少くも其公安・公益を考へて、危險なる又は好ましからざる特種の外國人に對し入國を拒否することが出來る。其拒否理由は政治上・社會上・經濟上等諸種の理由があらう(例、貧困、傳染病、危險思想等)。國家は斯くして外國人の入國を統制する權利がある。(三)しかし人種・國籍又は宗教の異るを理由として、外國人の入國につき「差別待遇」をなすときは、外國から抗議を招くことがあらう。現に米國の如き一方には自ら外國人に對し此種の差別待遇を敢てしながら(例、日米移民問題)、他方には從來屢〻外國の此種差別待遇に對して抗議した例がある(ポーチャード上揭四六―四七頁、フェアドロス海講三七卷三三八―三四七頁)。

〔移民問題は國内問題なりや〕　「移民」(immigration)の定義については議論がある。が、多くの場合「定住の意思」を以て外國に赴くものを云ふ(海講二〇卷一七六頁參照)。移民の入國問題は「國内問題」であるか。大陸學者中には此點につき消極說を唱へるものがあるが(例、フェアドロス、倘ほ海講上揭三二九頁參照)。英米の學說及實際に於ては、「移民」問題は國内問題(「國内管轄」)の最も典型的なるものとして取扱はれる。ウイルソン大統領が聯盟規約を作るときに、巴里會議に於て、同規約第十五條

第八項を挿入し、同項に所謂「國内管轄」＝「國際法上專ラ當該國ノ管轄ニ屬スル事項」＝を聯盟理事會の權限から除外せしめたのも、實は移民問題を聯盟で取扱ふ如きことのないやうにしやうとする腹であつたことは、隱れもなき事實である（「國内管轄」について第四章中述ぶる所參照）。何れにせよ「差別待遇」をなすとき（差別待遇に正當なるものと否とがあるか、ヒーレー〔海講二七卷〕は日本移民に對する差別待遇を以て「正當なる差別待遇」と稱して居る）、それが國家平等權の原則に違反するものであるかどうかは別としても、當該外國政府は抗議の理由を有する。從て此場合それは「國内問題」ではなくなる（フェンウイック）。

〔移民問題と國際通誼〕　我國は米國先年（一九二四年）の移民條例修正條項（第十三條C項）に於て、「合衆國市民トナルコトヲ得ザル外國人」、即ち米國に歸化することを得ざる外國人は米國に入國することを得ず、と規定したるに對し、米國政府に抗議した。其理由として差別待遇も數へられたが、「國際通誼」に反する點も擧げられた。學者（殊に英米の）にして外國人の入國を許すことを「國際通誼」に屬する事項となすものが少くない（例、ビット・コット）。

〔國籍問題は國内問題なりや〕　國家は如何なるものを自國人（「國民」）と看做すかを決定するの自由を有する。即ち國家は「國籍法」を制定して、之により「自國人」たる資格者を定むるを常とする。如何なる「條件」の下に外國人に自國人（内國人＝臣民又は國民）たる資格を與ふるやをも定める。從て歸化の條件を定めるの自由を有する。右は何れも當該國主權の作用である。果して然らば「國籍」（「歸化」を含む）は所謂「國内問題」であるか。國際司法裁判所は「主義として」然りと云ふ。しかし同時に同裁判所は一定の事項が一國の「國内管轄」に屬するや否やの問題は「相對的」の問題であつて、「國際關係の發達に」繫るものであると云ふ。即當該事項について國際法規又は國際條約が出來れば、其範圍に於て、それは國内問題（國内管轄事項）ではなくなると云ふのである。而して此理由で―關係の條約が存すると云ふ理由で―佛國がテュニス・モロッコの國籍條例に關する「國内管轄」の主張も（司法裁判所意見第四）、ポーランドが自國内の少數民族の國籍に關する「國内管轄」の主張も（意見第七）共に同裁判所の容るる所とならなかつた。

〔海牙法典編纂會議と國籍問題〕　「國籍」問題も先年（一九三〇年）の海牙に開かれた國際法典編纂會議の議題に上つたが、其結果國籍法の牴觸、無國籍者、二重國籍の場合に於ける兵役義務等に關する二三のあまり重要ならざる條約若は議定書が出來たのみで、國籍に關する各國の主義―殊に血統主義と出生地主義―の統一を企つるやうな計畫は未だ進められて居ない。否各國は自國の國籍法の採つて來た原則を固執して居る。從て今日の處國籍問題は大部分國内法若は國際私法の問題に屬する（海牙會議に於ける國籍問題につき米誌一九三〇年七月號參照）。

〔少數民族の保護〕　一國内に於ける所謂「少數民族」は國内の多數民族と人種・宗教又は言語を異にする丈けで、一國の國民たることに變りはない。國家と其少數民族との關係は國家と人民との關係であつて、本來は「國内管轄」事項に屬する。しかし少數民族保護條約がある場合は此限りでない。其條約の範圍内に於ては國際問題となる。世界大戰後に出來た少數民族保護條約は少くないが（ポーランド、ルーマニア、チェッコ、ユーゴースラヴィア、ギリシア、オーストリア等に於ける少數民族について）此種條約の遵守は國際聯盟の監視（保障）する所である。當該國が當該條約に違反して、條約所定の保護を少數民族に與へない場合に、國際聯盟は其問題を取上げて、殊に少數民族からの訴を取上げて、之を吟味する。法律問題について國際司法裁判所の手を煩はすこともある。

二　外國人の取扱

外國人は在留國の主權に服する。その管轄權に服する。果して然らば一國に於ける外國人の取扱は全部「國内問題」に屬するか。國際法は外國人の取扱につき何等の規定を有しないか。（一）國家は在留外國人に對して國際法上國際標準による保護を與ふるの義務があること、前述の通りである（前節參照）。此義務は（イ）外國人の身體（生命）財產（及財產權）の保護について、又（ロ）既得權の保護について存する。（ハ）殊に權利擁護の手段としての訴權の行使について存する。國家は在留外國人に對し裁判所に訴へ出るの自由を奪ひ、又は之を阻碍することは出來ぬ。之をやれば所謂「裁判拒否」（デナイアル・オヴ・ジャスティス）の責を負はねばならぬ。（ニ）公益上外國人の財產又は財產權を取上げる場合にも、國家は損害を補償するの義務があるとせられる。（ホ）外國人の待遇についての差別待遇も亦外交的抗議の因となる（前述參照）。（二）國家は又「外國人の取扱」について、通商條約其他諸種の條約に於て、「條約上の義務」を負ふこと稀なりとせぬ。（三）外國人の取扱について「多數國間の條約」を結ばんとするの計畫が國際聯盟によつて進められて來た。外國人の居住・營業其他について、内國人待遇若は最惠國待遇を保障せんとするものである。が、各國の利害が錯綜せる爲め、右條約は未だ成立の運びに至らぬ（海誌三七卷三八九頁以下、米誌一九三〇年十月號七四九頁以下參照。尙ほ内國人待遇及最惠國待遇につき、聯盟の法典編纂委員會にウイッカーシャムの提出せる報告がある。米誌一九二八年一月附錄參照）。

〔外國人の國外犯罪に對する國家の管轄權〕　國家は外國人が犯行後自國内に來た場合、之を裁判し處罰することが出來るか。英米主義に於ては右の場合！外國人、外國に於ける犯罪につき―一國の裁判管轄權を認めぬ（カッテング事件）。大陸主義に於ては之を認める。我國も同樣である（刑法第二條）。前者（英米主義）は犯罪（刑法）の屬地主義を主張し、一國は國内に於ける犯罪につき排他的管轄權を有することを說く（英年鑑一九二五年四四頁以下及一九二七年