

44-305ホ



1200701650397

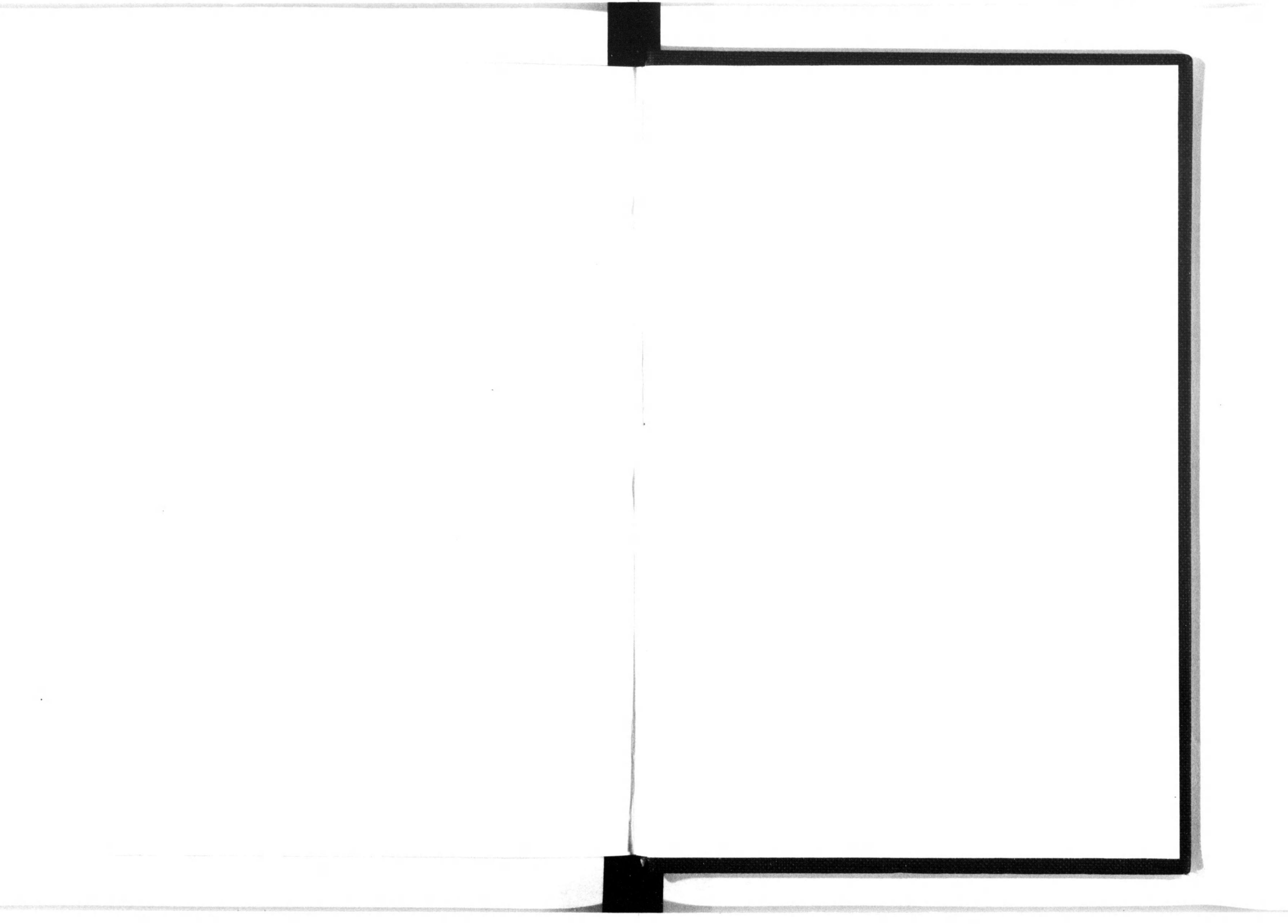
44

305ホ



始





10-536

44-305
六



平時國際法論

時
平
影



叙

國際法ハ空論ニアラス其研究ニハ獨斷ヲ避クベシ、一學究徒
ヲニ世界ニ號呼シテ假想ノ說ヲ唱フルモ列強ハ必スシモ之
ヲ實行セサルベシ、是獨リ學者ノ言議ノミニ限ラス一大強國
ノ名義ヲ以テ之ヲ叫ブモ其云フ所ニシテ今日萬國ノ認ムル
所ニ反スレハ其行ハレザルコト必セリ、而シテ今日萬國ノ認
ムル所ハ必スシモ法理的ニアラス又必スシモ正義ニ合セス、
國際法ノ研究ニ空論ヲ恃ムベカラス且ツ常識ノ判斷ニ一任
スベカラズシテ先例竝ニ慣行ヲ重ンゼザルベカラザル所以
洵ニ茲ニ存ス、視ヨ巴里宣言ハ世界ノ見テ有力ナル國際的原
則ト爲スモノニ非ズヤ、然レヒ米西等ハ之ヲ以テ不完全ナリ
トシ私有財産ノ捕獲免除ヲ主張シテ止マス蓋シ私有財産ノ

捕獲免除ハ之ヲ正義ニ質シ之ヲ法理ニ問ヒ又之ヲ人情ニ諮ルモ正ニ是レ正々堂々ノ見而カモフランクリン以來百餘年間未ダ國際法トシテ採用セラレズ去レバ現時ノ國際法ハ必ズシモ法理正義人情ト合致スルニハアラス故ニ其真相ヲ知ルニハ必ズ其法規ノ由來ト其理由トヲ研究スルコトヲ要ス是レ余ガ本書ニ於テ諸法規ノ由來ヲ知ルコトヲ勉メ且ツ先例ヲ重要視セシ所以ナリ

學者ノ獨斷的空想ハ價值少ナキコト前述ノ如キモ既成國際法ノ理由ヲ探究スルニ方リテハ之ニ關スル學者ノ解釋ヲ重要視セザルベカラズ實例ニ徵スルニ千八百八十五年二月廿一日佛國政府ハ米ノ禁制品タルコトヲ證明セシト欲シ大統領ル・ド・カブール、フエリーノ名義ヲ以テ理由書ヲ頒テリ其中ニ諸學

者ノ說ヲ引證セルコト教科書ノ如シ蓋シ成文國際法ノ解釋ニ關シ疑義ヲ生ジタル場合ニハ古來學者ノ多數ガ如何ニ之ヲ解釋スルカヲ知ルヲ要ス故ニ余ハ本書ニ於テ諸般ノ法理ヲ解釋スルニ方リ一々「オースリチ」ヲ舉ゲ其出處ヲ明ニシ一ハ讀者ヲシテ必要ノ場合ニ原書ニ溯ルコトヲ得トシメ、一ハ他人ノ說ヲ私セザルノ微意ヲ表ス

特ニ本書ノ公刊ニ際シ一言スルヲ要スルハ、余ハ本書ヲ以テ適當ナル教科書トナサント欲スルニ在リタルコト是ナリ故ニ其組織ノ如キモ大體ニ於テ新案ヲ立ツルヲ避ケタリ、然レモ其法理ニ至リテハ最新ナランコトヲ企圖セリ、領土ノ獲得ヲ領土主權ノ延長トナシテ論ジ、國際自衛權ノ研究ニ別案ヲ立テ、海賊ノ法理ニ舊說ヲ排シ、領事裁判ノ根據ヲ泰西學者ノ

説ク所ト異ニシタルガ如キ其他極力新主義ノ紹述ニ勉メタルハ識者ノ一顧ヲ惹カント欲スル所トス、
 此書モト東京帝國大學ニ於テ講述セル所ニ基キ本年四月八日即チ滿洲第二回撤兵ノ期日ヲ以テ公刊ニ着手シ、舊稿ヲ潤色添削シテ數十葉成ル毎ニ之ヲ剗刷ニ附スルコト、ナセリ、當初ノ豫定ハ六百頁ヲ以テ終ラシムル考ナリシモ起稿ノ際原書ニ溯リ且ツ原文ノ眞意ヲ讀者ニ紹介セントセルノ結果遂ニ千餘頁ニ達スルニ至リタルト、此事業ノ四月八日ヨリ本日ニ至ル迄七十五日ヲ以テ局ヲ結ブヲ得タルハ本著者ノ自カラ意外トスル所ナリ、然ルニ顧ミテ滿洲問題ナルモノヲ見ルヤハ其撤兵モ爾來已ニ二ヶ月半ヲ經テ尙ホ其實ヲ舉ゲズ、恰モ本書ノ刊行ト同時ニ該問題ノ解釋ニ屹々タリシ本著者

ハ此書ノ先ツナリテ彼事ノ尙ホ糺糊タルヲ見テ、轉々感慨ニ堪ヘザルモノアリ、茲ニ序文ヲ草スルニ方リ聊カ所感ヲ述ブト云爾

明治三十六年六月廿五日於本郷臺僑居

高橋作衛撰

明治三十六年十二月平時國際法論ヲ再版ニ付ス其本文ニ關シテハ文字ノ誤植ヲ訂正シ其附録ニ關シテハ本邦法規ノ舊ヲ捨テ新ヲ取レリ

著者識

第五版叙言

明治三十八年四月第五版ヲ發刊スルニ方リ訂正ヲ加ヘ其附録ニ有名ナルデカン博士ノ海牙國際紛爭平和的處理條約ニ關スル説明書ヲ增加セリ

增補第六版序

我師ウエストレーキ博士ハ千九百〇四年秋ヲ以テ平時國際法論 *International Law. Part I, Peace.* ヲ公刊セラル之ヲ其ノ前著國際法論 *Principles of International Law.* ニ比スルニ序次整然トシテ教科書ノ體ヲ爲ス而シテ其ノ論旨ハ前後共ニ深奧切實ナリ余ノ此ノ書ハ師ノ新著ヨリ一年餘以前ニ著ハセシモノニシテ

主トシテ其ノ舊著ヲ熟讀シ其ノ法理ヲ採リタリ然レトモ編纂ノ秩序組織ニ至リテハ自ラ苦心按出セリ、今回師ノ新著ヲ閱スレバ其ノ秩序大ニ余ノ書ト暗合セル所アルハ竊ニ自ラ快トスル所ナリ因テ之ヲ熟讀スルニ他書中ニ論述セラレサル新法理少カラズ宗主權 *suzerain* 非割讓協約 *Agreement not to alienate territory* 租借地 *Leases* ノ議論ノ如シ、而シテ此等ノ題目ハ刻下世上識者ノ重要視スル所ナリ即チ之ヲ採リテ本書ヲ増補シ讀者ニ新說ヲ紹介スルコト、ナセリ

明治三十八年正月於函嶺

高橋作衛識

凡例

- 一、本書ハ一々引照書目ヲ舉ケ、オソリチ、ヲ明示シ、讀者ヲシテ必要ノ場合ニ原本ニ溯ルノ便ヲ得セシム、
- 一、諸處ニ原文ヲ挿入スルハ原著者ノ真意ヲ紹介セント欲スルニ在リ
- 一、ローレンス氏ノ *Handbook of Public International Law* ハ一章毎ニ章中ノ要點ヲ疑問トシテ附録セリ是レ學問ノ綱領ヲ讀者ノ腦裏ニ鐫刻スルノ好方法ナリ余ノ每章後ニ問題ヲ掲ケタルハ此ニ倣ヒタルナリ
- 一、スノウ氏ノ *Cases on International Law* ハ索引ヲ掲ケ國際法中ノ各項目ニ關スル參考書ヲ示ス、余ハ主トシテ之ニ據リ、每章後ニ索引ヲ設ク、此索引ノ外、章中各所ニ一々學說先例ノ出所ヲ掲ケタルヲ以テ、索引ハ大要スノウノ示セル所ニ止メタリ
- 一、本書ニ於テ譯字ハ可成既往ノ慣用ニ從ヘリ、然レモ容認 *Consent* ト承認 *Recognition* トヲ分チ返報 *Retorsion* ト復仇 *Reprisal* トノ用字ヲ改メタル如キ場合アリ
- 一、歐文著書ニシテ本書公刊ニ際シ參考セシモノハ其必要ノ場所ニ一々列舉セ

ルヲ以テ特ニ之ヲ茲ニ掲ケス只本邦學者ノ著書竝ニ其翻譯セラレタルモノ
 ニテ著者ニ裨益ヲ與ヘタルモノヲ左ニ紹介センニウエストレーキ氏國際法
 要論(深井英五氏譯)マルテンス氏國際法(法學博士中村進午氏譯)ホール氏國際
 法(法學士立作太郎氏譯)ベレールス海事公法(海軍少佐伊藤乙次郎氏譯)平時國
 際公法(法學士秋山雅之助氏著等ナリ)

一地名ハ——人名ハ——物名等ハ——」ヲ附ス

平時國際法論目次

第一編 國際公法總論

第一章 國際公法ハ法律ナリヤ否ヤ

第一節 國際法ハ法律ニアラズトノ說

○フランコニヤ事件ニ於ケルコレリツナノ主張○オースチンノ說○スチ
 アンノ否認說○ソリズブリーノ國際法無視說

第二節 國際法無視論ヲ辯駁セル諸學者

ノ說

○法律ニハ制裁ヲ要セストノ說○戰爭ハ制裁ナリトノ說○國際法ニハ
 制裁アリトノ說○國際法ニ關シテモ裁判所アリトノ說○オースチンノ
 法律要素論ニ誤謬アリトノ說

第三節 オースチン派ノ法律論ヲ難ズ

○第一オースチン派ノ說ハ歴史事實ニ反ス○法ノ六要素ヨリスル論難

○メーソンノ説○事實上ヨリスル論難○第二オースチンノ説ハ法ノ語源ニ反ス

第四節 スチブン氏ノ捕獲法論ヲ駁ス……………二八

○國法上ノ海賊ト國際法上ノ海賊トノ差ヨリスル論難○捕獲法違反者ヨリスル論難

第二章 國際法ノ定義……………三五

第一節 諸學者ノ説……………三五

○定義難○自然法派學說○成文法派學說

第二節 著者ノ國際法ニ下セル定義……………四一

第三節 國際法ハ主トシテ國際團體ヲ爲ス文明國間ノ行爲ノ規則ナリ……………四四

○國際團體間ニ法律アリ○國際團體トハ如何○文明國トハ如何○文明國ノ程度ニ關スルウェストレーキノ説○萬國國際法學會決議○日本ニ關スル歐洲諸學者ノ批評

第四節 國際法ハ一國ト其國籍外ノ私人竝ニ自國ニ屬セサル團體ノ關係ヲモ

規定ス……………六三

○交戰團體ト箇人○海賊ヲ國際法ノ主體トスルノ不可○箇人又ハ會社ノ實例益生號事件

第五節 國際法ハ文明諸國ノ容認ニ因リテ

成立ス……………七〇

○クロチウスノ國際法組織ハ自然法ト萬國ノ容認トヲ基礎トス○萬國ノ容認○容認ノ方法○容認ヲ與フル國家○歐洲協調ト萬國容認トノ關係○沿革○エクスラ、シヤヘル議定書○歐洲協調ノ成セル事業○歐洲協調ト萬國ノ容認

第三章 國際法ノ淵源……………八七

第一節 國際法ノ淵源トハ何ゾ……………八七

第二節 國際法淵源ニ關スル英米派ト大陸

派……………九〇

第一款 英米派ト大陸派ノ差……………九一

○グナイオン説

第二款 英米派大陸派ノ自家撞着ト其理由……………九四

第三節 國際法ノ淵源ノ種類竝ニ説明……………九七

第一款 條約……………九七

○ホールノ條約分類○ローレンスノ條約分類○第一種條約○第二種條約○第三種條約國際法規ヲ含マサルモノ

第二款 捕獲審檢所仲裁々判所ノ判決……………一〇三

○捕獲審檢所ノ宣告○仲裁裁判所ノ判決○先例トハ何ゾ

第三款 外交文書及國際事件ニ關スル公文書ノ類……………一〇八

第四款 國法及內國官吏ニ下シタル訓令……………一〇九

第五款 學說學會ノ決議……………一一〇

○反對判決○偶然ニ與ヘラレタル說○十七世紀ニ於ケル學者ノ事業

○學者ノ說○學會ノ決議

第四節 淵源ノ効力……………一二七

第四章 國際法觀念ノ沿革……………一二〇

第一節 概論……………一二〇

第二節 古代ニ於ケル國際法觀念……………一二二

○希臘○共和政治ノ羅馬―羅馬ニ國際法ナキ理由―「ユス、フエシア―ル」―「ユス、ゲンシヤム」―「ユス、ゲンシヤム」下萬國公法トノ差「ユス、ペリ―」

○東洋○デビスノ否定說○マルチンノ支那古代萬國公法

第三節 羅馬帝國ノ始ヨリ宗教革命ニ至ル……………一四九

第一款 世界的主權ノ觀念……………一四九

○羅馬帝國○東羅馬帝國○神聖羅馬帝國○法王

第二款 封建制度ト領土主權ノ感念……………一五四

○主權ハ個人的ヨリ屬地的ニ移ル○領土主權ト財產權○封建時代ノ領土主權ノ感念

第三款 中世ニ於ケル海上法……………一六三

○「サマツサメント、オフ、オレロン」○「モンソラート、デル、マル」○「ギドンド、ラ、イース」

第四節 宗教革命時代ヨリ今日ニ至ル……………一六六

第一款 近世國際法ト三十年戰爭トノ關係……………一六八
○マキヤベリ主義○三十年戰爭ノ慘酷○グロチウス平戰條規

第二款 自然法ト國際法……………一七一
○自然法ヲ信ゼシコト○自然法ノ利用○グロチウスノ學說組織○グロチウス學說ノ淵源○グ氏ノ誤謬○法律沿革史上國際法ノ地位○メリンノ說○ローレンスノ說

第三款 グロチウス以後ノ國際法觀念……………一八〇

第五節 國際法名稱ノ沿革……………一八一

第二編 國際公法ノ當事者……………一八五

第五章 概論……………一八五

○國際法上ノ主體客體人又ハ物ナル文字○國際法ノ當事者ハ主權國ニ限ラズ○交戰團體○會社及己人

第六章 國ノ種類……………一九〇

第一節 主權ノ享有行使ノ程度ヲ基礎トセ

ル國ノ分類……………一九二

○獨立國中獨立國○主權國中主權國○メリン氏主權可分說○對內主權對外主權——ホキートンノ說

第一款 主權國……………一九七

○パツテルノ說○トッキスノバ氏說論評○主權國ノ定義

第二款 一部主權國……………二〇〇

○名稱ノ由來○定義○被保護國○被保護國ト保護國ト戰時ニ於ケル關係——アイオニア諸島——アイオニア船舶事件○被保護國ノ實例○附庸國ト被保護國ノ區別○聯邦ヲ組織スル國○永世局外中立國○中立地モレスネー

第二節 態樣ヲ基礎トセル國ノ分類……………二一五

第一款 君合國……………二二六

第二款 物合國……………二二八

第三款 聯邦……………二三〇

第四款 合衆國……………二三〇

○(増補) 宗主權國ト隸屬國……………二三二ノ一

第七章 國際法上國ノ成立及生存ト滅

亡……………二二三

第一節 國ノ成立ト其承認……………二二三

第一款 國ノ成立……………二二三

○國家成立ノ沿革理由ハ問題外ナリ○國家ノ新ニ成立スル場合

第二款 新國家ノ承認……………二二五

○國際團體加入ノ承認○一九〇〇年萬國國際法學會決議

第三款 國家承認ノ種類……………二二九

○母國ノ與フル承認○第三國ノ與フル承認○承認ヲ與ヘ得ル場合ノ

二原則○母國ノ與フル承認ト第三國ノ與フル承認ノ効果ニ差異アリ

第四款 承認ノ方法及條件……………二二三

第五款 承認ノ效果……………二三五

○承認國ト被承認國ニ權義關係ヲ生ス○取消スベカラザルコト○遡及力

第六款 新舊國間ノ境界問題……………二三七

○境界劃定條約ヲ缺欠セル場合○メーン境界問題○條約ノ意義不明ノ場合

第七款 分離セル國ト舊國トノ權利分配……………二四二

○學說○地方的權利義務○同盟、保障又ハ通商條約○國債—先例白耳義獨立ノ場合

第二節 國家ノ生存……………二四五

第一款 國內政治組織ノ變更ハ國ノ生存ニ影響セズ……………二四五

○國體ノ變動沿革○ラ、マルタンノ宣言○過渡的政府ノ締結セル條約

○前政府ノ條約ヲ拘束スル理由—羅馬法律家、ザビニ—フリー

カー、マブリー、ダグソン、モンテスキュー等ノ說

第二款 領土ノ變更ハ國ノ生存ニ影響ナシ……………二五二

○分離地ニ特別ニ付帶シタル對外義務○條件付讓與ノ場合○芬蘭露化

第三節 國家ノ滅亡……………二五七

○滅亡スル場合○合併種類効果

第三編 國家ノ成立要素……………二六五

第八章 概論……………二六五

○要素ノ意義○國ト民族トノ差○マルテンス原權說

第九章 國家ノ版圖……………二七一

第一節 版圖トハ何ゾ……………二七一

第二節 版圖ノ境界……………二七二

○自然國境說○シネーベル事件○境界トハ何ゾ○天然的國境○人為的國境○版圖ノ種類

第三節 領水中ノ河流……………二七八

第一款 不能航通河流……………二七八

第二款 航河中國境航河……………二七九

第三款 數國ヲ貫流スル國際河流……………二七九

○國際河使用ハ權利ナリヤ○羅馬法規○グロチウスノ說○ヴァツテル其他學者ノ說○維納條約及巴里條約○航河權ノ内容―河岸使用權ヲ

含ムヤ―本流使用權ハ支流ニ及ブヤ

第四款 國際河流ノ領河トナル場合……………二八四

第五款 國際河流ノ實例……………二八五

○ライン河○ダニョーブ河○ミスシッピー河○セント、ローレンス河○コロゴ河○以上諸河ニ關スル先例

第四節 領海……………二九二

第一款 領海ノ說明……………二九二

○公海○領海ト領土トノ境界○領海ト公海トノ境界○公海占有說○大洋占有論○近海占有論○何故ニ公海ハ自由ナルベキカ○グロチウス自由海論○セルアン閉海論○領海ノ範圍―彈着說―絕對距離說―國際法學會ノ決議―各國ノ國法上ノ規定○領海ノ性質

第二款 領海各論……………三二〇

○沿岸海○内海○黑海ノ國際法上ノ地位○入海又ハ大海灣○港津○海峡○ボスホルス海峡及ダルダネル海峡○バルチック海ノ諸海峡

第五節 國際運河……………三一七

○蘇西運河○中央亞米利加運河―「グレートン、ブルワー」條約―英米間

ノ紛議千九百一年英米新運河條約—最近事實

第六節 公海並ニ公海上ノ軍艦船舶……………三三〇

○公海水結シテ陸ヨリ歩行スルヲ得ルルハ此等ノ部分ハ領土ト見ルベキヤ○公海ノ漁獲○海底電信ノ敷設並ニ保護—萬國國際法學會決議○公海ニ於ケル船舶○公海ニ於ケル軍艦

第十章 領土主權……………三三九

第一節 領土主權ノ起源ト權源……………三三九

○ウエストレーキノ説

第二節 既存國家間ニ於ケル領土主權ノ移

轉……………三四三

○舊派ノ研究法○フザリモアノ研究法

第一款 賣買……………三四六

第二款 交換……………三四八

第三款 抵當……………三四八

第四款 割讓……………三四九

○種類○有効條件—人民ノ合意ハ不必要ナリ—人民ノ合意ヲ必要トスル説—先例○國民分限ノ選擇○新國民分限ヲ得ベキ住民

第三節 新土壤ニ對スル領土主權ノ延長……………三五七

第一款 増添……………三五八

第二款 時効……………三六〇

○先占着手ト時効○マルテンズノ説

第三款 無主土壤ノ先占……………三六三

○占領ノ種類 ○先占ノ目的地○未開土人ノ地位○發見ト先占○十五六世紀ニ於ケル先占論○未熟ノ權源○先占ノ主格○先占ノ客體○意思表示○先占ハ實力的タルベシ○先占ノ地域○先占ノ廢棄○サンタルシヤ事件○テラゴワ灣事件○一八八五年伯林會議(亞弗利加問題)

第四節 領土主權ノ權源トシテ不完全ナルモノ……………三八五

第一款 未開土人ト約束……………三八五

第二款 文明ノ傳播ハ主權ノ權限トナラズ……………三八八

第三款 未開地ニ保護權ノ設定ハ領土主權ノ延長ニ非

ズ……………三八九

○保護地○保護權ノ設定○被保護地ト加護國ノ關係

第四款 ヒンターランドト勢力範圍……………三九三

○ヒンターランド主義○勢力範圍○ヒンターランド主義ト勢力範圍主義トノ差○ウルマン、ボンフキス、ホーレル、ツッストレーキ、ローレンス、ウオ

ーカ、諸家ノ勢力範圍論

(増補) 領土不割讓協約……………四一三乙ノ一

第四編 國家ノ固有權

第十一章 概說……………四一四

○國家ノ諸權○ヴァッテル、フキリ、モーア、トウイスノ說○著者ノ所謂固有權○固有權ト獲得權○リストノ說○固有權獲得權ノ別チナス理由○固有權ノ分類

第十二章 國家平等權……………四二五

第一節 國家ハ政治的ニ不平等ナリ……………四二六

第二節 平等權ノ法律上ノ意味……………四二八

○ウエストレーキノ說—宗主權○ローレンスノ說

第三節 國際禮儀敬禮等……………四三一

○班列○王號及國號○外交上ノ用語○海上ノ禮式—領海上ノ禮式—公海又自國領海以外ノ場所ニ於ケル禮式—日本海軍禮砲條例○國旗

第十三章 國家ノ獨立權……………四四六

第一節 獨立權ノ定義及內容……………四四六

第一款 獨立權ノ定義……………四四六

第二款 獨立權ノ內容……………四四八

○マルテンスノ說○獨立權ハ國際法ノ研究上削除スルヲ得○ローレンスノ所謂獨立權ノ制限

第二節 獨立權ノ作用……………四五二

第一款 外國人ノ許容並ニ追放……………四五三

○領國○萬國國際法學會決議案

第二款 領國內ニ於ケル外國船舶……………四五

○領海ニ碇泊スル外國船舶ノ司法管轄○英國主義—其眞
ノ不便○佛國主義—沿革先例—「ニユトン」サリ—號事件—其眞
由—ホールノ佛國主義批評—米國ニ於ケル佛國主義ノ勢力、エ
子、クレグリン號事件—佛國主義ノ反對ノ例○條約主義○佛國主義ト
條約主義トノ差○日本ノ主義○獨逸ノ主義○萬國國際法學會決議○
領海ヲ通過スル場合○萬國國際法學會ノ規定○領海通過ノ船舶ニ對
スル英國主義—「フランコニヤ」號事件—「ベルルス」氏ノ英國主義批評○
領海通過ノ場合ニ於ケル諸學說—「ホール、ヘフター、マツセ、ブルンチ
リ」ノ說○領海内ノ外國船ニ特ニ司法權ヲ及ホスベキ場合—旅人ノ
引連レタル奴隸—「マリヤルーズ」號事件○領海内ノ外國船○難破船—
海難ノ爲メニ入港スル船舶ノ取扱—漂流物採取海難救助等

第三節 版圖外ニ於ケル獨立權ノ作用……………四九七

第一款 公海ニ於ケル自國船舶……………四九八

○商船領土說—「ホール」ノ說○屬人主義ノ說○著者ノ說○公海ニ於ケ
ル自國商船ニ行フベキ管轄ノ程度○自國船舶内ニ在ル外國人

第二款 公海ニ在ル外國船……………五〇七

○原則○例外○外國船追跡權—萬國國際法學會ノ決議○「テールス」號

事件○海賊—定義—處分權—處分法—海賊ヨリ押收シタル物件ノ處
分○海賊逮捕ノ場合ニ於ケル主權ノ抵觸○國際法上ノ海賊ト國法上
ノ海賊トノ差○國際法上ノ海賊ニ準セラルベキモノ○國際法上ノ海
賊ニ準スベカラサルモノ—「ピット、コベツト」ノ說

第十四章 國際自衛權……………五二五

第一節 概論……………五二五

第一款 國家自衛權ノ性質……………五二五

○ウエストレーキノ說○著者ノ說

第二款 國際法ノ認ムル自衛權ノ活動……………五三〇

○自ラ手ヲ下シ暴力ヲ行使スル場合○干涉○國際刑事裁判管轄

第二節 版圖外ニ強力ヲ用ユル場合……………五三一

第一款 國ノ生存ノ直接ノ危害ニ對シテ領土外ニ強力 ヲ用ユル場合……………五

○「カロリン」號事件○「ヴァーシニアス」號事件

第二款 直接ノ危害ナラザルモ緊急防禦手段トシテ

カヲ他國ニ加フル場合……………

○丁抹艦隊差押事件○ウエストレーキノ説

第三節 干涉……………

第一款 干涉ノ定義及性質……………

○周旋ト干涉―居中調停ト干涉―仲裁ト干涉及自衛權活
ノ差

第二款 干涉ト非干涉主義……………

○外交史上ヨリ看察シタル干涉沿革○既往學者ノ干涉ノ
認メタルモノ○絶對的非干涉主義批評

第三款 自衛權ニ基ク干涉……………

○「フアン、ボックレン」事件○「レイミン」事件

第四款 外國政府ト自國人トノ契約保護ノ爲メニ

スベキカ……………

第五款 干涉ノ理由ト爲スニ足ラサルモノ……………

○權力平均ノ維持○革命傳播ノ抑壓―「チーブルス」叛亂―一八

欠

欠

功方○居中調停ノ直接効果制限―戰鬥準備並ニ戰鬥ヲ中止セズ○特別居中調停―海牙決議―特別居中調停ノ利益

第二節 國際審查委員……………九三四

○マルテンスノ主張○審查委員會ノ任務

第三節 仲裁々判……………九三六

第一款 歴史……………九三六

○上古―中古○近世ノ仲裁々判先例「セラルアームストロンク」號事件―「ホワイト」事件「ルブハール」號事件―「アラバマ」號事件―千八百七十一年華盛頓ノ條約―一八〇二年英米事件―一八四〇年奧地利撒西亞間爭議○議會ニ於ケル決議―一七三年英國下院決議―一八七三年以太利議會決議―諸會議○國際法學會ノ經營

第二款 仲裁々判ノ根本的性質……………九四五

○仲裁々判ノ根據○「アカン」ノ説

第三款 仲裁々判ニ付スルヲ得ル事件……………五四七

○法律問題ニ限ルコト○義務的仲裁々判―「マルテンス」ノ説明○義務的仲裁々判ノ適用サルベキ事項―「ベルン」條約―海牙會議―露國案海

牙決議第十九條說明

第四款 仲裁々判條約……………九五七

○仲裁契約○仲裁約款

第五款 仲裁々判宣告ノ無効原因……………九六一

第六款 常設仲裁々判所……………九六二

○沿革○一八九九年海牙會議○常設仲裁々判所構成

第二十五章 國際爭議解決ノ強硬的方法

第一節 返報……………九七〇

○性質—種類—要素

第二節 復仇……………九七二

○性質—要素

第三節 船舶抑留……………九七三

○船舶抑留—軍艦ノ沒收

第四節 平時ノ封鎖……………九七四

附錄

第一 國際河流……………九八三

第二 國際間ニ於ケルスエス運河ノ保護……………九九〇

第三 土地占領……………九九一

第四 移住ニ制限ヲ設ケ濠洲聯邦ヨリ禁止移住民退居ヲ規定スル法律……………九九三

第五 本邦外交官及ヒ領事官制……………一〇〇〇

第六 日本帝國領事規則……………一〇〇一

第七 領事ノ職務ニ關スル件……………一〇〇四

第八 海牙仲裁條約ニ關スルデカン博士ノ説明書……………一〇〇九

目次終

○先例—一八二七年希臘沿岸封鎖ナヴァラン事件—タジメ河事件—墨其哥事件—オドブラタ事件—バシフキコ事件—ザルシゴ事件—一八八六年希臘沿岸封鎖事件—ザンシパール事件—クレイト事件○諸學說—平時封鎖ヲ是認セサル說—平時封鎖ヲ是認スル說○萬國國際法學會決議

平時國際法論

法學博士 高橋作衛 著

國際法存
在如何



第一篇

國際公法總論

第一章

國際法ハ法律ナリヤ否ヤ

第一節

國際法ハ法律ニアラストノ說

國際法ノ
存在ヲ否
認スル說

法理學者ニ分拆派ナルモノ起リベンサム(Bentham)ノ分拆說Analysisオースチン(Austin)ノ分類法Classificationハ一世ヲ風靡シ其見界ヨリ斷定ヲ下シテ國際法ハ法律ニアラスト爲スノ說行ハル今次ニ此否認說ノ主要ナルモノヲ擧ゲン(Walker, History of Law of Nations Vol 1.)

「フラン
コニヤ」

國際法先例中 Queen v. Keyn 事件一名 Francia 案件ニ於テ有名ナルコレリッヂ

平時國際公法總論 第一章 國際法ハ法律ナリヤ否ヤ 第一節 否認說

事件ニ於
タルコト
ヲツテ
主張

Chief Justice Coleridge 曰ク「嚴格ニ云ハ、國際法 International Law ナルモノハ、一ツ
ノ不正確ナル言葉 Expression ナリ、此不正確ナルコトヲ注意セザルハ誤解ヲ起
スベシ、抑々法律ナル言葉ノ中ニハ立法者并ニ法ヲ執行シ且ツ不法者ヲ制裁ス
ル裁判所ヲ含マザルベカラズ、然レモ各主權國ノ上ニ立法者ナク又彼等ヲ羈束
スベキ裁判所ナシ要スルニ萬國公法 Law of Nations ハ各國ノ容認セル慣習 usage
ニ外ナラズ」ト(參照 Stephen's History of Criminal Law of England 4. 32; Snow's Cases on
International Law PP. 55-7; Lawrence, Essay P. 2.)

上記ノ如キ國際法否認説ハ英國ニ於テ多ク之ヲ見特ニ私法學者ハ此説ヲ持ス、
此等否認説中ニテ尤モ有力ナルハオースチン及スチーブン (Stephen) ノ説ナリ
トスオースチン曰ク

「成文法 (Positive Law) ノ特徴ヲ説明セント欲セハ主權 (Sovereignty) ナル言葉及之
ト離ルベカラザル關係ヲ有スル服從 (Subjection) ナル言葉及獨立ナル政治社會
(Independent political society) ナル言葉ヲ分析説明スルヲ要ス、成文法ト他ノ不成
文法トノ差ハ次ノ如シ、成文法ハ單獨ナル主權者又ハ聚合ヨリ成ル主權團體

オースチ
ンノ説

ガ獨立セル政治團體ノ一員又ハ集員ニ向テ發セラレタルモノナリ、即チ帝王
(Monarch) 或ハ主權ノ團體ヨリ之ニ服從ノ關係ヲ有スル人即チ臣民ニ下スモ
ノナリ (Vol. I. 181.) 成文法即チ正當ニ法ト呼ビ得ル法律ハ、下命 (Command) ナリ、下
命ニアラザル法律ヲ法律ト云フハ不適當ニ命名シタルモノナリ、(Law proper
or properly so-called, are Commands; Law which are not commands, are law improperly
so-called.)

諸テ正當ナル法 (Law proper) ノ特徴及此等特徴ヨリ生ズル結果ハ之ヲ次ノ如
ク簡言スルヲ得

(一) 適當ニ法ト稱スベキ法ハ (Law properly so-called) 下命 (Command) ノ一種類ナ
リ、已ニ下命ト云フ故ニ正當ナル法ハ確定セル出處 (determinate Source) ヨリ出
デタルモノナラザルベカラズ、即チ確定セル權力者 (determinate author) ヨリ出デ
ザルベカラズ、換言スレバ法ノ因テ出デ來ル權力者ハ確定セル合理者 (determin
ate rational being) 又ハ其集合ナラザルベカラズ、下命ナルモノノ下ル時ニハ、一
方ハ他方ニ對シ此タ々々ノ事ヲナスベシ又ハ此等ノコトヲ爲スベカラズト

ノ意思ニテヲ表出ス、而シテ下命ヲ受クタル他方ハ此意思ニ反スル場合ニ於テ命令者ノ下ス禍害evilニカカルベキモノトス。

(二) 適當ニ制裁ト稱スベキ制裁ハ(very sanction properly so-called)下命(Command)ニ伴フ最後ノ禍害(eventual evil)ナリ、此禍害ハ人ノ行爲ニ關シ主働力トシテ働クモノナリ、若シ禍害ニシテ故ラニ(Purposely)下命ニ伴ヒ強ヒテ服從セシムルニアラザルキハ之ヲ正當ナル制裁ト云フベカラス。

(三) 凡テノ義務ハ下命(Command)ニ依リテ創設(create)セラレタルモノナリ、制裁ハ下命ニ伴フ最後ノ禍害ニシテ此禍害ニカカルベキコトヲ正當ナル義務ト稱ス(Austin, 182)

此ノ如ク彼ハ法律ヲ分拆シ、以テ殆ンド嘲弄的ニ論シテ曰ク。

法律ノ或ルモノハ輿論ニヨリテ設定セラレ之ニ適當ナル名稱ヲ與ヘ居レリ、例ヘバ紳士間ノ輿論ニヨリテ設定セラレタルモノナリ、之ヲ名譽法(the Rules of honour or Law or Laws of honour)ト稱セリ、又流行社會ノ輿論ニヨリ定メラレタルモノアリ之ヲ流行ニ基ク法(the Law set by fashion)ト云ヘリ、又獨立セル諸政

治的團體ノ相互關係ヲ規定セルモノアリ、コレハ國民間ノ輿論ニヨリ諸國民又ハ諸主權者ノ上ニ設定セラレ稱シテ萬國公法(Law of Nations)又ハ國際法(International Law)ト稱セリ、凡ソ此等ノ如ク輿論(general opinion)ニヨリテ設ケラレタルモノヲ法ト稱スルハ畢竟不當ナル名ヲ下シタルモノニ外ナラズ、換言スレバ法ナル言葉ヲ不適當ニ擴張シテ用ヒタルモノト云フベシ、(一八八頁)オースチン又曰ク

所謂ル國際法學者ト稱セラルルグロテウス Grotius、プッフヘンドルフ Puffen-dorf 等ハ一ツノ誤謬ニ陷レリ、彼等ハ成文的國際道德 Positive international morality 又ハ實際上文明國ノ交際ヨリ得タル規則(即チ過去ニ成立セルモノ)ト彼等ガ腦中ニテカクアルベシト希望スル(ought to be)國際道德上ノ空想若クハ自然法ト稱セラルル不確實ナルモノ(indeterminate something)ヲ混セリ、(一一二頁)此ニ至リテオースチンハ國際法ヲ成文的國際道德 Positive international morality ト稱セリ、彼ハ更ニ評論シテ曰ク

國際法ハ自然法即人類ノ上ニ規定セラレタルモ制裁ヲ有セザル法律ナルコ

トヲ意味ス、若シ法律ニシテ制裁ヲ有セザルモノハ、正當ナル法ニアラズトスレバ、國際法ハ法律ニアラズ一ノ道德律(ethics)ナリ、但シ各國ハ國際法ヲ自國ノモノトシテ採用スルコトヲ得、此法律ヲ裁判所ニヨリ又兵力ニヨリ他國民ニ對シテ執行スルコトヲ得、然レドモ此場合ニハ制裁ノ關係上之ヲ國際法ト云フベカラズ、之ヲ國法(National Law)ト云フベシ、勿論此場合ニ當事者ノ主客ヨリ論ズルトキハ國際的ナルモ共通ノ上長權力者(Common Superior)ナキ故ニ之ヲ正當ニ法トハ云フ能ハズ、若シ各國民ニ共通ナル裁判所アリテ國際法ヲ執行スルトスルモ(仲裁々判所ノ如シ)此レ亦一ツノ道德上ノ組織タルヲ免レズ何トナレバカカル裁判所ヲ維持セントノ各國民ノ同意ハ何時ニテモ法律上ノ危險(legal danger)ナシニ取り消スコトヲ得レバナリ(五九四頁)

オースチンハ例ノ雄辯ニ任セテ滔々辯ズルコト此ノ如シ、スチブソン氏ハ其快利ナル論鋒ヲ以テ論ジテ曰ク、

國際法 International Law ナル言葉ハ、不正確ニシテ且ツ誤解シ易シ、何トナレバ此言葉ハ亂雜ニ濫用セラレ、正當ニ法ト稱スベキモノ及ビ否ラザルモノニ同一

スチブソン
氏ノ否認

ニ適用セラレ居ルガ故ナリ、國際法ナル名稱ノ下ニ含有セラレ居ル諸規則ヲ類別シ其相互ノ關係ヲ研究スルハ實ニ利益興味アル研究ナルベシ、此國際法ナル言葉ハ(一)時トシテハ國際間ニ發生シタリト稱セラルル規則ニ適用セラレ(二)時トシテハ他國民ニ利害ノ關係ヲ有スル國法ニ適用セララル、此前者即國際間ニ行ハルル規則ニ法律ナル名稱ヲ下ストキハ其法ナル言葉ハ誤謬ナル意味ヲ有スルモノナリ、何トナレバカカル法ハ共通ノ權力者ニヨリテ強行セラルベキモノニアラザレバナリ、又若シ此後者ノ場合ノ如ク國法ノ規定ヲ法ト云フトキハ其法ト云フ點丈ケニ於テハ正當ナレドモ國際的(International)ナル形容詞ハ誤レリ、何トナレバ此等ノ法ハコレ國法ニシテ國際法ニアラザレバナリ、今余ハ茲ニ此双方ノ適例ヲ舉ゲン。

條約ハ國際法ノ一部ナリトハ往々耳ニスル所ナルガロイド、コレリッヂ Lord Coleridge ノ下シタル(前掲)論定ニヨリ此條約ノ設定セル義務ハ理窟上法律的ニアラズシテ德義的ナリ、又各國ハ國際法上封鎖犯ヲ犯シタル船舶貨物ハ捕獲トシテ宣告スルコトヲ得ルモノト説ク者アリ、此場合ニ於テ此規定ハ法律

捕獲法ハ
國法ナリ
ト云フ

的タルコトニ關シ一ノ疑點ナキモ熟考セバ此規則ハ各國民ニ共通ノ法ナル
 ニハアラズ其捕獲ヲ行フ國ノ法ナリ此事柄即捕獲ニ關シテハ各國民ハ人類ノ
 爲メニ一致セル法ヲ立テタルモノ也是レ此規程ハ凡テノ國民ニ便利ニシテ
 一國民モ故障ヲ稱フルモノナキガ故ナリ然レモ此法タル右國民全般ノ決議
 ニヨリテ作ラレタルニハアラズ各國ガ各々人類一般ノ爲メニ作リタルト恰
 モ各國民ガ海賊ノ行爲ハ人類一般ノ敵ナリト規定セルガ如シ萬國民ガ容認
 スルニヨリ(Consent of Nations)此法ノ制定セラタルニハアラズ各國各自ノ勝手
 ニ規定セルナリ各國民ノ一致容認(Consent)ノ如キハ單ニ之レ偶然ノ事情(Cir-
 cumstance)ニ過ギズカカル事情ハ必要止ムベカラザルモノニハアラズ之ヲ證
 明スルニハ次ノ事實ヲ擧グレバ足レリ即チ各國ハ交戰權ニ關シ時代ニヨリ
 各別ノ意見ヲ有セリ而シテ各國海事裁判所ハ此等種々ナル意見ノ中ニ於
 テ採擇ヲナスコトヲ得ルノ自由アリ例ヘバ茲ニ英國ニ捕獲事件起リタリトセ
 シニ英國ハ各國民ニ承認セラレタル元則ヲ撰擇採用スルナラン然レ之ヲ採
 用スルハ各國民ニ容認セラレタルガ故ニ直チニ之ヲ法トシテ執行スルニア

スチアン
兵ハ萬國
ノ承認ヲ
必要視
ス

ラス之ヲ執行スルハ之ヲ英國法トナシタル後ニアリ若シ英國々會ニシテ明
 カニ國際法ニ反對セル原則ヲ取リテ法ヲ立テタルコトアリトセンニ英國海
 事裁判所ハ國際法ニ從ハス此ヲ執行スベシ故ニ萬國ノ容認ハ必ズシモ必要
 ナルニアラズ云々

以上列記セル所ノ要點ヲ摘マメバウォーカー Walker ノ云ヘル如ク左ノ如シ

各國ハ獨立セリ故ニ各國ノ間ニ遵奉セラルル規則モ國際的規則ナル以上ハ
 法律ニアラズ又之ニ反シテ法律ナルキハ國際的規則ニアラズ要スルニ國際
 法ナル語ハ其中ニ自家撞着ノ意味ヲ含ム state being independent, a rule which is
 observed between States, in so far as it is international, not properly a law, while in so far as
 it is properly a law it is not international. The term International Law, in a word, involves, it
 is said, a Contradiction. (參照 Walker's History of Law of nations vol. I. P. 1.)

以上列記セル所ハ分拆學派ノ有力ナル攻撃ナリトス吾人ハ此等ノ說ヲ是認シ
 既往數世紀間文明國ニ行ハレ來リタル行爲ノ規則ニ法律ナル名稱ヲ付スルコ
 トヲ拒ムベキカ若シ此問題ニシテ單ニ法理學上ノ無責任論タラシメハ國際法

ソールス
ベリノ
國際法無
視論

學者ハ斯ル問題ニ貴重ノ時間ヲ徒費セザルベシ然レドモ不幸ニモオースチン等ノ國際法ニ下シタル評論ハ獨リ其影響ヲ法學界ニ與ヘタルノミナラズ實際ニマデ影響ヲ及ボシ外交家ヲシテ國際法無視ノ口實ヲ得セシムルニ至リテハ國際法學者タル者辨明スル所ナカルベカラズ今先ヅ國際法無視ノ一例ヲ舉ゲンニ千八百八十七年六月ロイドソールスベリー Lord Salisbury ハ上院ニ於テ萬國仲裁々判所建設ノ建議案ニ反對シテ曰ク吾人ハ仲裁々判所建設ナル高尙ナル意見ニ對シ同情ヲ表シ恐ルベキ戰爭モ此組織ノ爲ニ廢止セラレベキノ日アルコトヲ希望ス然レドモ惜ムラクハ斯ル日ハ吾人ヲ距ルコト遠ク數年來ノ實際政況ハ此希望ヲ成功セシムルノ一層困難ナルヲ示セリ吾人ハ歐洲大陸ノ現象ヲ見ル毎ニ平和ノ精神ハ減少シツ、アルヲ觀察セズンベアラズ而シテ戰爭廢止ノ方法ハ愈々困難トナレルヲ信ズ願フニ吾人ハ此ノ平和ノ希望ニ對シ國際法ハ爲メニ誤ラルルコト多シ元來國際法ナルモノハ普通ニ稱スル法トシテ成立スルモノハ非ズ斯ル法ハ裁判所ニテ執行セラルルモノハ非ズ之ヲ法ト云フハ既ニ誤解タルヲ免レズ此誤解ハ增長シテ永久平和等ノ空想ヲ生ゼシム

ルニ至レリト(ウオーカー)國際法歴史第四頁故ニオースチンノ說其レ自身ニ於テハメイン(Maine)ガ其國際法ニ於テ冷評セル如ク甚ダ壯快ニシテ且無害ナル斷定ナリト雖モ一タビ法學界ヲ出デテ内閣ニ入り又責任アル外務大臣ノ口吻ニ上ルトキハ爲メニ永久平和和其モノマデモ一笑ニ付スルノ武器ト爲ルコト此ノ如キアリ吾人ハ茲ニ斯學ノ爲メニ之ヲ辯駁セザルヲ得ズ余ハ茲ニ詳細ノ辯駁ヲ爲スニ先タチ諸學者ノ辯駁ヲ列舉セン。

第二節 國際法無視論ヲ辯駁セル諸學者ノ說

分拆派ハ法理學沿革ニ於テ過去ニ存在セル一派タルニ過ギズ此學派ノ稱ヘシ國際法無視ノ說ハ主トシテ歴史學派メーン Maine クラーク Clark 等ノ爲メニ打破セラレタリ然リ而シテ此等國際法存在說モ其論據トスル所一様ナラズ(Lawrence Essays P. 1)

(一) 法律ニハ制裁ヲ要セストノ說
此說ヲ唱フル者ニモ二派アリ。

制裁ヲ要
セストノ
第一

(a) バックスレー Huxley シャイン Schein 等ノ如ク法律ナルモノハ國家ニ對スル規則ニシテ主權者ガ臣民ニ下シ又臣民相互ノ權利義務ヲ規定スルモノニ非ズ其職務執行ノ手續ヲ定メタルモノニ外ナラズト説クアリ此説ニ依ルトキハ法ハ下命 (Command) 又ハ服從 (Subjection) ノ關係ヲ規定セルモノニ非ズ又制裁アルヲ要セズ然ラハ制裁ナキハ故ヲ以テ國際法ハ法律ニ非ズト爲スハ論ハ成立スル能ハズ。

同第二

(b) 他ノ派ハスクマデ極端ニ一切ノ法律ハ制裁ヲ要セズト論ゼザルモ或法律ニハ制裁ヲ要セズ故ニ制裁ハ法律ノ最必要元素ニ非ズト云フコトヲ論據トセリ其例トシテ憲法ヲ擧ゲ憲法中君主ニ關スル條項ハ如キハ上ヨリ下ニ下シタルニ非ズ又制裁ナシ然レドモ憲法ハ法ノ一種類ナリト論ゼリ予ガルノ博士 Renault ヨリ聞ケル所ニ依レバ氏モ此派ニ屬ス(同氏講義 *La guerre Continentale* 4) 氏曰ク「箇人間ニ法律アル如ク國際間ニモ法アリ此兩法ノ差ハ制裁ノ有無ニ存ス人或ハ曰ク國際法ニモ制裁アリ戰爭是ナリト然レドモ此考タル誤レリ何トナレバ戰爭ナルモノハ強力ノ應用ニ外ナラズ而シテ此強力ハ時トシテ不

戰爭ハ制
裁ナリト
ノ説

正當ニ應用セララルコトアレバナリ抑モ制裁ナルモノハ必ズシモ法ニ必要ナラズ見ヨ彼ハ憲法ニ制裁アリヤト。

(二) 國際法ニハ確定セル制裁アリ戰爭是ナリトノ説

上記ノ如クルノ¹氏ハ戰爭ヲ制裁トスルコトヲ否認スルモ戰爭ヲ制裁ナリトシ之ヲ論據トシテ國際法ヲ法律ナリト論ズル學者多シト²ウキス(Twigg)氏最モ明瞭ニ此説ヲ祖述セリ曰ク「近代諸般ノ進歩ト共ニ眞理 (Reason) ノ力ハ意思ヲ歴スルノ時ニ至リ一大法學者ノ起リテ法理ヲ説クニ法ノ幼稚ナル觀念ニ重ヲ措キ法ヲ以テ主權者ガ服從者ニ向テ發シタル行爲ノ規則即チ主權者ノ意思ノ發表ナリト斷言スルニ至ツテハ誠ニ慨嘆ニ堪ヘザル所ナリ吾人ハ法律的規則 (Rules of Law) ト道德的規則 (Rules of morality) トノ間ニ區別アルコトヲ認メザルベカラズ若シ行爲ノ規則 (Rules of Conduction) ノ制裁ニシテ形體的 physical ナルトキ即チ制裁ニシテ生命財産ニ關スル危險ナルトキハ此行爲ノ規則ハ法律的規則ナリ、若シ制裁ニシテ單ニ人ノ良心ニノミ見出 discover サルルモノナルトキハ其行爲ノ規則ハ道德的規則ナリ而シテ國際關係ヲ支配スル規則ノ形體的制裁トハ如

何ナルモノナリヤ此質問ニ答案ヲ與フルコトハグロチウス (Grotius) ノ著書ノ主ナル目的ナリキ即チ戰爭ノ權利 (Right of War) ヲ執行スルコトハ此答案ニ適スアテ^ン Athen ノ能辯家曰ク戰爭ナルモノハ法律の訴訟ニ依リ制限スル能ハザル者ニ向ヒテ爲ス訴訟手續ナリ何トナレバ法律的訴訟ハ法ニ抗スルコト能ハザルヲ自覺スル者ニ向ヒテハ有効ナレドモ互ニ同等ノ力ヲ有スルコトヲ頼ム者ニ對シテハ戰爭ヲ訴訟ト爲スノ外ナキカ故ナリ然レドモ此戰爭モ法律的訴訟ト同一ノ注意ヲ以テ行ハザルベカラズ此主義ハ已往ニ實行セラレ^レミンスタ^ーノ條約 munster 及オスナブルク Osnabruck ノ條約ハ此戰爭ナル訴訟手續ヲ適用スルノ方法ヲ吾人ニ示シ爾來強國間ニ權力平均ナルモノ成立シ之ヲ維持スルコト歐洲協調 (European Concert) ノ目的トナリ其方法トシテ戰爭ヲ用フルコトトナレリユートレクト Utrecht ノ條約ハ十八世紀ノ初メニ於テ凡ソ歐洲ニ於ケル權力平均ヲ害スルモノニ對シテ戰爭スルノ權利ヲ認メタリ云々故ニ諸國ノ實際ヲ規定セル行爲ノ規則ハ正當ニ法律而カモ嚴正ニ名ケラレタル法律ト見做スコトヲ得何トナレバ此等ノ規則ハ戰爭ナル非常ノ制裁ヲ有スルヲ以テナリ

國際法ニ
ハ制裁ア
リトノ説

(Twiss, The law of nation I. P. P. 7-9)

(三) 國際法ニハ其法規ニ依リ確定セル制裁ト未確定ナル制裁アリトノ説
國際法ニハ制裁ナキニ非ズ然レドモ元來其制裁ハオイスチンノ言フガ如ク上ヨリ下セル命令ナラザルベカラズトノ理ナシ國際法ニハ或法規ニ依リ確定セル制裁ヲ有セズ又他ノ法規ニハ未確定ナル制裁アリトハローレンス氏等ノ説ニシテ氏ハ之ヲ敷衍シテ曰ク國際法ニ於テモ法規ノ或モノハ法ト同ジキ制裁ヲ有ス而シテ其他ノ法規ハ各政府及ビ國民ノ輿論ノ外別ニ強制力ヲ有セズ此等法規ニ違反セル場合ニハ其國民ハ多分其他ノ國民ヨリ或未確定 which can not be pointed out beforehand) ノ制裁ヲ受クルナラン (Essays on modern international Law—is there a true International Law 23) ト此ローレンス派ノ説即チ未確定ノ制裁ナルモノハ實ニ曖昧極マレリト謂フベシ唯前半ノ説即チ國際法中ノ一二法規ハ制裁ヲ有ストノ説ハ是レオイスチン派モ歴史派モ一般ニ認ムル所ニシテ彼ノ捕獲法ニ關スルモノナリ只此點ニ關シテハ捕獲法ハ法律ニシテ制裁アレドモ是レ國際法ニアラズトノズチーブンノ説ハ更ニ説明ヲ要スルモノナリ余ハ之ヲ

國際法ニ
關シテモ
裁判所ア
リトノ説

後ニ詳述セン(ローレンスモ其論文ニテ後ニ詳説セリ)

(四) 國際法ニ關シテモ裁判所アリ仲裁々判所是レナリトノ説
此説ハ極メテ薄弱ナリ、彼ノオースチン氏ガ國際法無視論ハ既ニ仲裁々判所ノ
成立ヲ認メタル上ニテ立論シ(Austin, Vol. I, 594)斯ル裁判所モ德義的組織ナリト
論ゼシモノナレハ仲裁々判所アルノ一事ハオースチン氏ノ攻撃ニ答フル能ハ
ズ。

(參照)仲裁々判ノ宣告ハ之ヲ有効ト見タル場合ニモ之ヲ強行スルコト能ハザ
ルコトアルハオースチン派ノ言ノ如シ、又此宣告ヲ無効トスルコトニ關シテ
モ原因ヲ定ムルコト能ハズ、結局此宣告ニ不服アリタルハ其宣告ハ當否ヲ
決スベキ強力者又ハ上長者又ハ機關ナシ故ニ海牙平和會議ノ議事録ニ左ノ
一節アリ。

仲裁々判宣告無効ノ原因ニ關シテハ露國案ニ於テ左ノ規定ヲ設ケタリ曰ク
「仲裁契約ノ無効ナルハ、又ハ仲裁々判官中越權ノ處爲アルハ若クハ其收賄ノ
證明アリタルハ仲裁宣告ハ無効トスト而シテアッセル氏(Agell)和蘭ノ國際

仲裁宣告
ノ正否ヲ
決スル權
力ナシ

アッセル
ノ説

オースチ
ンノ法律
要素論ニ
誤謬アリ
トノ説

私法大家ハ斯クノ如キ重大ナル裁定ヲ隨意ハ決定ニ一任シ若クハ宣告ニヨ
リテ處罰サレタル國ハ發意ニ一任スルコト無カラシメンガ爲メ特ニ宣告ハ
無効ヲ宣言スルハ任ニ當ルベキ權力ヲ他ニ求ムルハ道ナキカヲ質問セリ。
結局討議ノ末カカル仲裁宣告ノ無効ヲ決定スベキ權力ヲ見出スコト困
難ナルヨリ露國案ヲ否決シ仲裁宣告無効ノ原因ヲ列記スルヲ止メタリ。

(五) オースチン派ノ法律要素論ニ誤謬アリトノ説
此説ハ最モ有力ナルモノニシテ有名ナル英國歴史派ノ泰斗メイ^ン Clark
氏之ヲ唱ヘローレンスウ^オイ^カ氏等之ヲ祖述シ歴史^上語源學上
ヨリ全クオースチン氏ノ説ヲ打破セリ予ハ此等諸氏ノ説ヲ彼此咀嚼シ次節ニ
於テ分拆派ノ説ヲ辨駁シテ國際法ノ存在ヲ證明セン。

第三節 オースチン派ノ法律論ヲ難ス

前ニモ述べタル如クオースチン派ノ論點ハ次ニ論ス。
(一) 法律ハ正當ナル權力者ノ發セル下命 command ニシテ必ス制裁ニ伴ハレテ

行ハルルモノナリ、故ニ下命ニアラズ制裁ニ伴ハレサルモノハ法律ニアラズ從テ國際法ハ法律ニアラズ。

(二) 國際法中國法の制裁アルモノアリ是等ハ國際法ニアラスシテ國法ナリ。余ハ此節ニ於テ法律ハ下命(command)ニ限ラズ又常ニ制裁ヲ要セサルヲ詳論セン、之ヲ論スルニ歷史上、語源論上ヨリ別々ニ論ゼン。

オースチン派ノ説ハ歴史事實ニ反ス、サビニール(Savigny)ノ言ヘル如ク法律ナルモノハ發生物ニシテ次第ニ發達スルモノナリ、オースチンノ法律分析論ノ如キハ中古中央集權ノ國家ニ在リテハ正當ナルヘシ、然レトモ之ヲ社會進歩ノ初期ニ於ケル習慣法時代及ビ現今ノ法律現象ニ適用スルコトヲ得ス、例ヘハ茲ニ

第一 オースチンノ説ハ歴史事實ニ反ス、サビニール(Savigny)ノ言ヘル如ク法律ナルモノハ發生物ニシテ次第ニ發達スルモノナリ、オースチンノ法律分析論ノ如キハ中古中央集權ノ國家ニ在リテハ正當ナルヘシ、然レトモ之ヲ社會進歩ノ初期ニ於ケル習慣法時代及ビ現今ノ法律現象ニ適用スルコトヲ得ス、例ヘハ茲ニ

ニ習慣法ニ依リテ人ノ行爲ヲ羈束スル國アリトセンニ、此國ニ於テハ何人モ何故ニ習慣法ニ從フヘキカニ付キ一點ノ疑ヲ抱カサルベシ、オースチンハ尙ホ此ノ場合ニモ法律ハ主權者ノ制裁ヲ附シテ發スルモノナリト云フヲ得ベキカ、蓋シオースチンハダルトウケン Darwinノ前ニ生レテ彼ノ争フヘカラサル進化説ノ原理ヲ知ラス是ヲ以テ彼ノ狹見ヲ固持セルハ深ク之ヲ咎ムルニ足ラス、唯吾人後世ノ法理學者ガ尙ホ此陋見ヲ固執スルハ笑止ト謂ハサルヘカラス、今予ハ次ニ先ツ法律ノ諸要素ニ付キ時代ニ依リ此要素ノ價值即チ法ノ原動力トシテノ輕重ニ變遷セシコトヲ論ゼン(Lawrence: Essay)

法ノ六要素

ローレンス博士ノ説ニ依レハ法ノ要素ハ次ノ六要素ニ別ツコトヲ得

- (一) 強制力 (Force)
- (二) 整頓 (Regulation)
- (三) 秩序 (Order)
- (四) 正義 (Righteousness)
- (五) 軌一 (Uniformity)
- (六) 有權者 (Authority)

此等ノ六要素ハ常ニ法律ナル複雑觀念中ニ於テ混淆シツツ存スルモノニシテ各自別箇ニ獨立シテ存スルモノニ非ス然リ而シテ此等ノ要素ハ法律ノ種類ニ依リ分量ト程度トヲ異ニシ、彼ニ於テ主要ナル位地ヲ占ムルノ要素モ此ニハ主要ナル要素タラサルコトアリト知ルヘシ。

茲ニ注意スヘキハ秩序ナル觀念ト軌一ナル觀念トハ相似タルカ故ニ之ヲ混視セサルコト是ナリ例ヲ以テ之ヲ説明センニ茲ニ園丁アリ朝ニ庭ヲ掃ヒタニ水ヲ撒キ以テ其業ヲ規則正シク爲サバ之ヲ秩序アル行爲ト謂フ此秩序アル行爲ヲ毎日繰返シテ爲ス場合ニ此園丁ノ行爲ハ軌一ナリト謂フヘシ左レハ秩序ハ別ノ事柄ヲ順序正シク爲スニ因リテ生シ軌一ハ其秩序アル同一ノ行爲ヲ繰返スコトニ因リテ生スルモノナリ予ハ是ヨリ前記ノ六元素ニ關シ必要ノ程度ニ付キ研究スル所アルベシ。

秩序ト軌一トノ差

正義ナル元素ト整頓及ビ有權者ナル元素ハ常ニ法律ナル觀念ニ伴フモ之ヲ主要ナリト謂フコトヲ得ス此三者ハ大抵他ノ三者中ニ含マルヘキモノトス又此後ノ三者中ニテモ軌一ナル元素ハ必要ニ非ズ元來軌一ナル元素ハ物質界ノ現象ニ通スル規則中ニ於テハ最も主要ナルモノニシテ太陽ノ朝ニ東ヨリ出テタニ西ニ沒スルコトハ千古其軌ヲ變セス春花麗カニ秋月清ク四時ノ節序相推移スルハ神代ヨリシテ然リ斯ク物質界ヲ支配スル規則ノ要素ニ於テハ軌一ガ最も主要ト認メラルト雖モ千變萬化ナル人間ノ行爲ノ規則中ニテハ主要ナリ

軌一ハ法律ノ要素トシテ必要ニ非ズ

ト謂フコトヲ得ズ左レハ次ニ殘レル強力ト秩序ノ兩元素中ニ於テ孰レカ最も主要ナルベキ吾人ガ法律ノ定義ヲ下スニ當リ服從ヲ強行スル強力ニ重キヲ置カンカ將タ行爲ヲ秩序正シクセシムルコトニ重キヲ置カンカ此問題ヲ決スルトキハ國際法ノ法規ナルヤ否ヤノ論結ヲ得ルニ至ルベシ此問題ニ關シ強力ヲ重ズルハオースチン氏ニシテ秩序ヲ重ズルハフーカー(Hooker)氏ナリ予ハ此オースチン氏ノ論ニ付テ批評ヲ下サン。

前ニモ述ベシ如ク氏ノ所見ハ實ニ一時代ノ管見タルヲ免レス國法ナルモノノ行ハルハ單ニ刑罰ヲ恐ルルガ爲メナル時代ニ於テハ氏ノ論正確ニシテ制裁ナキモノハ法ニ非ズト謂フコトヲ得ヘク例ヘハ英國ニ在リテハノルマン時代ノ國王自ラ監視タリシ時ニ於テ正當ナルベシ是レ此時代ニ於テハ法律ハ單ニ國王ノ意思ヨリ出テ來リ國王之ヲ強行スルニ依リテ行ハレタレバナリ然レドモ今日ノ社會ハ之ト異ナリ強力ニ依リ惡報ヲ與フルガ故ニ法律ニ服從スルノ時代ハ過ギ去レリ法律ハ最早單ニ支配者ノ意思ヨリ發生シ來ルモノニ非ズ而シテ法律ノ行ハルハ全ク其必要ト有益トニ存シ強力ノ如キハ常ニ必要ナル

今日ハ制裁トセズ

ニ非ズシテ唯法律執行ノ最後ノ手段トシテハミ必要ナルニ止マル、試ニ見ヨ今日普通人民ガ法律ニ服従スルハ何故ナルカヲ其服従スルハ全ク其法律ノ必要ナルト有益ナルトニ因リ且人民ガ法律ニ慣レタルガ故ニ知ラス識ラス服従スルモノニシテ決シテ一々制裁ヲ恐ル、ガ故ニ服従スルニ非サルコトヲ知ルベシ、共和政體ニ於テ之ヲ見ヨ此政體ニ於テハ治者、被治者ノ間ニ甚シキ區別アルニ非ズ、被治者タルモノ却テ實際上法律ヲ作成シ治者ノ強行スル強力ノ程度ヲ制限シ、凡ソ人民ハ協賛セザル法律ハ行フコト能ハザルコトト爲リ居レリ、若シ法律ニハ制裁ヲ要スルモノトシ一々之ヲ強行スルコト必要ナリトセハ教育衛生、製造業、鑛山業、運輸業等ニ關スル法律ハ行ハレサル等ナリ、試ニ例ヲ舉ケンニ若シ兒童ヲ學校ニ出サシムルニ巡查ヲシテ強テ一々之ヲ學校ニ送ラシメバ、如何ニシテ教育制度ノ發達今日ノ如キニ至ルヲ得ンヤ、製造業、鑛山業、運輸業等ノ法規モ一々法律ニ依リテ執行スルヲ必要ト爲サンニハ國民ノ過半ハ監督者若クハ強行者ト爲リテ盡力スルモ尙ホ及ハサルヘシ、然ルニ實際ニ於テ此必要ヲ認メス圓滑ニ此等法規ノ行ハルル所ヲ見ルトキハ彼ノ強力ナルモノハ必ズシ

モ法律ノ最主要ナル元素ニ非ザルコトヲ知ルヘシ、法律ナルモノハ社會ニ漸次ニ發達シ來リタルモノニシテ決シテ主權者一人ノ意思ノ發表ニ非ザルナリ、要スルニ法律ナルモノハ國民一般ノ此クアルベシト認メタル國是ニ外ナラズ、服従ナル事實ハ國民ガ自カラ法律ヲ正當ト自信シ自カラ之ニ従フコトニヨリテ起ルモノナリトス、(ローレンス論文第一)

メーン (Maine) 氏曰ク (International Law P. 50)

メーンノ

オースチンノ分拆法ニテ最重ナル要素トシテ擧ケラレタルハ制裁 (Sanction) ナリ、彼ハ幾分牽強附會ノ詭言ヲ弄シテ成文法ニハ必ズ制裁ノ伴ヒ居ルヲ證明セリ、是レ實ニ彼ノ成功セル特長ナリキ、然レトモ彼ノ後進弟子ハ彼ノ言葉ヨリ推論シテ人ハ刑罰ヲ恐ルルガ故ニ法ニ従フモノナリト斷定スルニ至レリ。
事實上ヨリスルトキハ此斷定ハ全ク誤レリ、何トナレバ今日行ハルル法規ノ多數ハ不知不識慣習トナリテ行ハレ居ルガ故ナリ、 (the largest number of rules which men obey are obeyed unconsciously from a mere habit of mind) 固ヨリ或ル人々ハ

時トシテハ刑罰ノ畏ロシサニヨリ法ニ準フ然レモ此等ノ人ハ割合ニ多數ナラズ、換言セバ此等ノ人ハ實際上恐クハ世ニ所謂罪的階級(Criminal classes)ニ限ルガ如シ、茲ニ刑罰ヲ恐ルルガ爲メ盜賊殺人ヲ爲ササル者一人アリトスレバ之ニ對シテ千百人ハ刑罰等ノ考ナシニカカル行爲ヲ爲サザル割合ナラソカカル心ノ慣習(Habit of mind)ハ種々ノ原因ヨリ生セルモノナラン、蓋シ幼時ノ教育ハ此慣習ニ與テ力アラン(參照時事新報ノ慈善旅行ニテ何故ニ盜ハ惡シキカノ問ヲ無教育ノ小供ニ與ヘタルニ答フル者ノ中ニ牢ニ入ルノ故ナリト答ヘシハ一人ノミ、他ハ働カズニ取ル故ト云ヒシ者多カリキ)又宗教上ノ効力ノ少ナカラザルヲ疑ナシ、又人爲淘汰ノ結果トシテ其始ハ刑罰ノ恐怖ヨリ法ヲ犯サザリシモ次第ニ習ヒ性トナリシコトモ想像シ得、……吾人ノ注意スベキコトハ國際法ノ創造者(founder)ハ制裁ヲ創設(create)セザリシモ準法的精神(Law-abiding sentiment)ヲ創設セシメナリ。

此クメーン氏ハ準法的精神ナルモノヲ法律ノ行ハルル理由トナシタリ(參照Bluntschli §410) Rechtbewusstsein der Menschheit, Bluntschli §410)

歴史受實ノ證明

予ハ更ニ法律進化ノ歷史上ヨリ研究ヲ爲サン、既ニ述ヘタル如ク中央集權時代ノ前ニ於テ習慣法ノ時代アリ、此時代ヨリシテ中央集權ノ時代來レリ、是レ法律進化史ノ第一變遷時期ナリ、羅馬帝國ハ此變遷ヲ爲ス機會ヲ與ヘタルモノトス蓋シ帝國ノ領土タル宏大ナリシヲ以テ立法ナルコトハ王ノ職務ト爲リ、斯クシテ制定セラレタル法律ハ一般法規トシテ適用セララルコトト爲リタリ、第二ノ變遷ハ近世ノ共和政體ニ因リテ起レリ、此場合ニ於テ秩序ナル觀念ハ漸次ニ法律ノ主要ナル原素タルト同時ニ強力ナル觀念ハ法律中ヨリ漸次ニ減少スルニ至レリ、以上三時代ニ付テ各々異ナル點ヲ示サンガ爲メニ、次ニ實例ヲ以テ之ヲ明カニセン、吾人若シ習慣法時代ニ生活スル人ニ向ヒ何故ニ法律ニ服從スルカヲ問ハハ、彼レ答ヘテ曰ハ「予ガ法律ニ從フハ其歴史時代ヨリ行ハレ居ルガ故ニシテ神ハ違法者ニ罰ヲ與フヘケレハナリ」ト、又若シ中世歐洲ニ生活セル人ニ同質問ヲ出サンニ彼ハ答ヘテ曰ハ「予若シ服從セサレハ王必ス予ヲ刑セント」ト今日吾人若シ米國人若クハ瑞西人ニ向ヒ同質問ヲ起サハ彼等ハ曰ハ「法ナルモノハ吾人ノ作成セルモノニシテ吾人ガ必要且有益ナリト認ムルモノナリ但

第一時代ハ迷信

第二時代ハ制裁ヲ長ルル爲メ第三時代ハ秩序ナル爲メ

多少ノ場合ニ於テハ吾人ノ好マザル法規モ存在スルコトアラフ然レトモ吾人ガ之ニ從フ所以ハ全ク社會ノ公共ノ秩序ヲ重スルガ故ナリ左レハ此場合ニ於テハ吾人ハ自己ノ好惡ヲ抛擲シテ社會ノ爲メニ之ヲ犧牲ニ供スルモノナリトスク第一時代ニ於テハ法律ハ人民ノ迷想ト慣習トニ依リテ行ハレ第二時代ニ於テハ強力ニ依リテ行ハレ第三時代ニ於テハ國民一般ノ意思ニ依ル故ニオースチンノ説ノ如キハ此第二時代ニ於テ正當ナルノミ今日ハ既ニ陳腐ニ屬スルモノナリ(ローレンス)

第二 オースチンノ説ハ法ノ語源ニ反ス。

オースチンハ法ハ下命(command)ナリト断定ス是レ法ノ語源ニ反セリウオーカー氏詳ニ之ヲ論ゼリ(History of Law of nations 15-17)曰ク語原學ヨリ證明スルハオースチンノ分拆ハ誤謬アリ法ナル言葉ニ於テハ義務(obligation)ナル考ノ方下命(command)ヨリ重キト印度ト歐羅巴歴史ニ於テ見ル所ナリ希臘時代ニハ命令(ordnance)又ハ指命(the appointed)ニ適スル言葉アリ此レハ一定ノ人ヲ通シテ天ノ下ス命令(ordinance)ナリ又判定(Judgement)又ハ指定(indicated)ニ適スル言葉アリ

フイロロ
ギョヨ
批評ス

又此外ニ慣行(custom)ニ相當スル言葉アリ。

羅馬ニ於テ三箇ノ言葉アリユス(jus)「レッキス(Lex)「レクタイトム(Rectum)是レナリユスハ抽象的ノ言葉ニシテユッサム(jussum)ニハアラズ結ビ付ク(that which joins)即チ結ビ付クヲ(binding)及適當(the proper)ノ意ナリ。

「レッキス」ハ抽象的ニアラズ實在的ニシテ結ビ付キタルモノ(that which binds)ナリ又「讀ミ上ゲ(the read-out)トモナリ議案(Rogation)トモナル。

「レクタイトム」ハ下命セシ(Commanded)Rego)ニハアラズシテ「真直(Straight)梵語ニテrin)ナリ此言葉ニ反スルハ「悪ヲナス」(to twist)ナリ此「レクタイトム(Rectum)ヨリ「ゲレクトム(Directum)トナリ更ニ「チリトツ(Dritto)「ケレコ(Derecho)「ドロン(Droit)トナリ又「ライト(Right)「レヒト(Recht)「リヒター(Richtair)トモナレリ此等ノ言葉ノ根本ノ意味ハ真直(Physical Straightness)ナリ。

英國ニテ尤モ古キ法ナル言葉ハ「エー」ニシテ永久(the eternal)(the everlasting)ナリ索遜語ニテ「ドム(Dóm)即チ判定("the judgement")トシ又("Asetnis "the ordinance")ト云、後 Danish conqueror ノ入りタルニ及ビ始メテ「ラীগ(Lagn)即チ「法(Law)ノ語ヲ

生ズ之レハ ("that which lies") ナリ。

クラーク氏(Orsk)曰ク「ロー」("Law")ナル言葉ハ種々ノ意味ヲ有シ、各種ノ人民ニヨリ差異アルノミナラズ、同一國民中ニ在リテモ種々ノ意味ニ用ヒラル、然レドモ全體ニ於テ「發布スル」(enactment)トカ「置ク」(position)トカ「下命」(command)ト云フ意味ハ少ク、「一般ノ賛同」(General approval)トカ「慣行」(usage)ト云フ意多シ……

第四節 スチブン氏ノ捕獲法論ヲ評ス

前ニ引證セシ如ク戰權執行ニ關シスチブン曰ク「此場合ニ於テハ正確ナル意味ニ於ケル法アルガ如シ、然レトモ若シ其實ヲ精密ニ研究セハ捕獲法ハ法ナレトモ萬國ニ共通ノ法ニハアラス、唯是レ戰權ヲ執行シ封鎖犯ヲ罰スル國ノ國法タルハミ、各國民ハ一致シテ此種ノ事項ノ爲メニ此法ヲ立ツ、是レ此法ノ一般人類ノ爲メニ便利ナルカ故ナリ唯夫レ便利ナリ故ニ各國ハ此事項ニ關シテ故障ヲ唱ヘサルナリ」ト、其言銳利ニシテ而モ巧妙ナリ、然レトモ余ハ之ヲ以テ確乎タル意見ト爲ス能ハス、氏又曰ク「封鎖犯及ヒ禁制品ニ關スル法ハ萬國民ノ容認ニ因

スチブン氏ノ論ヲ駁ス

國法上ノ海賊法ト異ス
國法上ノ海賊法ト異ス
國法上ノ海賊法ト異ス

リ成立スルモノニアラス此一般ノ容認ナル事實ハ各國民ヲシテ此等ノ法ヲ發布セシムルニ至リタル事情(Circumstance)ニ過キササルノミト、然レトモ若シ此法規ニシテ此封鎖犯又ハ禁制品ニ關スルモノニアラスシテ他ノ法規ナラシメハ萬國ノ故障ヲ受ケザルコトヲ望ムヘカラス、必スヤ各國ニテ國法トシテ規定スル外他ノ條件ノ之ニ伴フニアラサレハ國際間ニ行ハルヘカラス、他ノ條件トハ何ソ○各國ノ容認(Consent of nations)是ナリ、今一國ニ於テ萬國ノ刑法上均シク犯罪ト認○ムル行為ヲ規定スト假定セヨ、此場合ニ其法規ハ單ニ其國內臣民ニ對シテノミ○行ハルニ過キス他國臣民ニ對シテハ特別ノ場合ハ外行ハルヘカラス、奴隸賣買ヲ以テ例センニ此賣買タル文明諸國ノ法律ニ於テ海賊行為ナリト定メラル(海賊ニハ國法的海賊ト國際法的海賊トアリ此場合ニハ國法的海賊ヲ指ス)然レトモ此海賊ニ關シテハ如何ナル國ト雖モ其海賊所屬國ノ特別條約(Special com- pact)ナクシテ拿捕スルコト能ハズ、固ヨリ此海賊ハ何レハ國ノ法ニ於テモ之ヲ犯罪者ト看做スモ是レ實ニ國際法上ノ犯罪ニアラスシテ國法上ノ犯罪ナリ、彼等本國ノ艦船ハ彼等ニ警察權ヲ施行シ彼等ノ本國ノ裁判所之ヲ裁判スルヲ原

則トス、若シ彼等ニシテ他國ノ軍艦ニ依リ拿捕セラレタルトキハ通商條約ニ依リ海賊本國ヨリ海賊ノ裁判權ヲ認ムルノ明言ヲ爲スヲ常トス、然レトモ國際法上ノ海賊 (piracy jure gentium) ニ付テハ法理全ク之ト異ナル、此種ノ海賊ハ如何ナル國ト雖モ隨意ニ之ヲ捕獲スルコトヲ得、其理由ハ各國ノ國法上ニ於テモ之ヲ犯罪者ト見ルノミナラス萬國共同ノ敵トシテ國際法上之ヲ犯罪ト看做スカ故ナリ。此事實ニ依リスチアンプノ論法ヲ倒ニシテ論斷ヲ下セバ國際法上ノ海賊ニ關スル法規ハ萬國ノ共通ニ遵奉スル法ニシテ決シテ單純ナル國法ニアラスト謂フヲ得ベシ、此同一ノ論法ハ又封鎖犯及ヒ海上捕獲法中多數ノ法規ニ適用スルコトヲ得ベシ、スチアンプノ言フ如ク此等ノ法規ハオースチン派ノ嚴酷ナル觀察ニ從フモ法ナルノミナラズ、更ニ一步ヲ進メテ國際法ナリト云フヲ得ヘシ、此海上法ニ關シ萬國ノ與ヘ居ル容認ハ頗ル明白且強キモノニシテ各國ガ隨意ニ此等ノ法規ヲ發布スルニ一任スルモノニアラズ、此容認トハ各國ニ向ヒ戰爭ノ場合ニ於テ交戰國ハ捕獲法ヲ他國民ニ執行シ得ルコトヲ萬國ニテ容認スルノ意ナリ例ヘバ日本カ交戰國トナリシト假定セヨ、此戰爭ヲ開始セル事實ニ因リ

捕獲法違
犯者ニヨ
リ論明ス

日本ハ日本領土以外ナル海洋ニ於テモ敵國ニ赴クヘキ中立國ノ禁制品及ビ封鎖ヲ破レル船舶ヲ拿捕及ビ沒收スルハ權ヲ得、而シテ萬國ハ之ニ對シテ一言ヲモ挾ムコト能ハサルモノトス、夫レ此等ノ商業ハ平時ニ在リテハ犯罪行為ニアラザルコト勿論ナリ、又タ日本ハ平時ニ於テハ其領海外ニテ外國船ニ向ヒ法權ヲ行フ能ハサルヲ原則トス、斯ノ如ク平時ニ於テハ無罪ナル商業モ急ニ戰爭ノ爲メニ事情ヲ變シ中立國貨物モ交戰國ノ爲メニ交戰國ノ領海外ニ於テ拿捕等ノ制裁ヲ被ムルニ至ルハ何故ナルカ余ハ一國ガ國內ニ向ヒ國法ヲ制定シテ或ハ禁制品ヲ運輸スベカラズトシ或ハ封鎖犯ヲ犯スベカラズト規定シタルカ爲メニ此大變化ヲ起シタルモノトハ信スル能ハザルナリ、斯ル變化ヲ起シ萬國各自ノ平時認メテ正當トセル行為ヲ不正ト變シ平時規定ハ適用ヲ止ムルニ至ルニハ必ズヤ他ニ國際上海賊ハ場合ハ如ク有力ナル原因ナカルヘカラス有力ナル原因トハ何ソヤ他ナシ海上捕獲法ヲ執行シ得ルコトハ一般ノ容認是ナリ、此一般ノ容認ニ因リ國際間ノ法規トシテ認メラルニ依リ萬國ハ交戰國カ海上捕獲ヲ爲スニ對シテ故障ヲ唱ヘザルナリ決シテ交戰國ノ國法ニ依テ認メラレ

居ルカ故ニ故障ヲ申立テサルニアラズ是ニ由テ觀レハ捕獲法ハ如キハ一般ノ容認ニ依リ國際間ニ成立シタル法即チ國際法ニシテ且國法的制裁ヲ有シ從テオースチン派ノ見解ニ從フモ法律ナリト謂フコトヲ得ヘシ

ステブレン又曰ク若シ國會ニシテ國際法違反ノ法ヲ立ツルコトアラバ裁判所ハ國際法ノ如何ニ關セズ國法ヲ執行スヘシト蓋シ是レ國法解釋論トシテ一理アルノ説ナリ然レトモ若シ一國ニシテ其當然有スベキ權利ヨリ以上ヲ希望スル場合ニハ其權利ノ擴張ニ依リ侵害ヲ被ムル他國ハ之ヲ默視セサルベク其元來ノ有様ニ復スルコトトナルヘシ要スルニ法律ナルモノハ時ニ服從セサルコトアリ然レドモ此不服從ノ事實ハ其法規ノ法律タルニ損益ナシ是レ國際法ノミナラズ國法上ニ於テモ免カレサルコトナリトス

參照 (Lawrence, Essay P.P. 33-35)

以上述ヘタル所ヲ一括スレバ法ハ必スシモ命令ニアラス又制裁ヲ必要トセス故ニ(1)國際法ノ或部分ハ命令ニアラス且制裁ナシト雖モ法律ニシテ此等ハ所謂各國ノ承認ニヨリテ成立シ(2)國際法ノ或ルモノハ國法ト同様ナル制裁ヲ有

シ此等ハオースチン派ノ見解ニ從フモ尙ホ法律ト云フコトヲ得ベキナリ

著者曰クローレンス博士其著國際法提要 (Handbook of International Law)ニ於テ每章ノ後必ス其章ニ關スル質疑問題ヲ掲ケ其後ニ參考書ヲ舉ゲ又スノウ (Snow)ハ其有名ナル國際法先例集ノ卷首ニ於テ國際法全般ノ索引 (Syllabus)ヲ舉ケ以テ讀者ニ便益ヲ與フ著者即チ之ニ徴ヒ每章ノ末ニ疑問ト索引トヲ付録ス其疑問ハローレンス博士ノ掲ケタルモノ、外ケムブリッヂ大學試験問題集ヒュウエルス、コラーシツア試験問題集中ヨリモ摘録シ其他ハ自ラ撰ムモノヲ掲ケ又索引ハスノウ「シラプス」チリノ僅付スルコトナセリ但シ之モ少シク新著ヲ付加スル所アリ

○本章ニ關スル問題

- (一) オースチン氏ノ國際法ニ對スル批評ヲ擧ケテ之ヲ細論セヨ。
- (二) ステブレン氏ノ國際法ニ對スル批評ヲ問フ。
- (三) 捕獲法違反者ヲ取リテ國際法ノ存在ヲ説明セヨ。
- (四) 國際法上ノ海賊ト國法上ノ海賊トノ差ヲ擧ケテ國際法ノ存在ヲ證セヨ。
- (五) 法ノ六要素中何レヲ重要ト見ルベキヤ。
- (六) 國際法ニハ制裁ナキヤ。
- (七) 戰爭チ國際法ノ制裁ト云フヲ得ルヤ。
- (八) 仲裁々列所ノ宣告ハ之ヲ強制スルヲ得ルヤ又該裁判所ノ存在チ以テ國際法ヲ法ト云フヲ得ベキヤ若シ得ベケレハ其理由ヲ問フ又逕法的精神(法的良心)トハ如何ナルコトナリヤ。

- (九) 捕獲法ハ國法ナリヤ國際法ナリヤ若シ國法ナラハ其違犯者ハ何故ニ國際法違犯者ナリヤ。
- (十) 國內ニ於テ國際法違犯ノ法律ヲ作りタル場合ニハ裁判所ハ之ヲ執行スヘキヤ若シ之ヲ執行ス得ヘシトスレハ國際法ハ無キニ同シ此點ニ關システファン氏ノ説トローレンス氏ノ説トヲ比較論評セヨ。

○本章ニ關スル參考書

國際法無視説

(1) 國際法無視説 Austin's Jurisprudence, abridged Ed. 5-13, 53-63, 74, 85; Stephen's History of the Criminal Law, II. 32 et seq.; Holland's Jurisprudence 93-97, 291-293.

(2) 其反對説 Maine, International Law 26-53; Lawrence, Essays on International Law. 1; Hall 1-417; Bluntschli, 2d French Ed. 2-10; Woolsey, 26-29; Walker Science of L. I. 1-40; Creusey, 70-76.

第二章 國際法ノ定義

第一節 諸學者ノ定義

諸學者ノ定義

定義ヲ立ツルノ困難ナル例

ローレンス氏ガ其著國際法ノ原論 (Principle of International Law) 開卷第一ニ述タル如ク凡ソ諸般ノ學ニ於テ精確ナル定義ヲ下スハ大難事ニシテ特ニ國際法ニ於テ其然ルヲ信スト、(一) 是ヲ以テ古來國際法諸學者ノ下セル國際法ノ定義

(一) 海牙平和會議ノ際、陸戰ニ關スル法規慣例ヲ討議スルニ方リ、俘虜ノ定義ヲ立ツルニ付キ議論アリタリ。定義ヲ下スハ最モ危險ナルコト、セラル。今序ニ海牙會議ノ議事録ヲ引照セン千八百七十四年比律悉ニ於テ採用セラレタル宣言案中俘虜ノ章(第二十三條乃至第三十四條)ニ於テハ先ヅ其第二十三條第一項ニ於テ俘虜ノ定義ヲ掲ケ「俘虜ハ適法ニシテ且ツ武装ヲ解棄ラレタル敵人ナリ」ト規定セリ、此定義ハ露西亞帝國政府ヨリ比律悉會議ニ提出シタル原案第二十三條ニ掲ケタル他ノ長文ナル定義ノ一片ナリト看做スコトヲ得ベシ。分科委員會ニ於テハ右等ノ定義ヲ以テ精確ヲ缺クルモノト思考シタルモ

別ニ一層完全ニシテ精確ナル他ノ定義ヲ發見スルハ難キヲ認メタルヲ以テ寧ロ定義ヲ付スルコトヲ避ク本章ニ於テハ單ニ俘虜ノ取扱ノコトヲ記スルニ止ムルコトハセリ云々。

ナルモノモ互ニ一致セズ各其ノ見解ニ依リテ定義ヲ下スノ有様ナリ例ヘババツテル (Vattel) ハ「國際法ハ各國ノ間ニ存在スル權利義務ノ學問ナリ」ト曰ヒ、クリューパー (Klueber) ハ「各國相互ノ間ニ存在スル權利ノ集合ナリ」ト曰ヒ、ヘフター Heffter ハ「國際關係ニ付キ各國間ニ共通ニシテ一樣ナル規則ノ原理及ビ慣例ナリ」ト曰ヒ、カルボー (Calvo) ハ「各國相互ノ義務ノ集合即チ一方ガ他ニ對シテ負フ責任及ビ之ニ對スル權利ノ集合ナリ」ト曰ヘリ、此ノ如ク學者中ニハ國際法ハ學問ナリトノ定義ヲ下ス者サヘアリ、法其モノト法學トヲ混合スルハ少シク奇ナリト謂フヘシ、或ハ國際法ハ國ト國トノ間ニノミ限り國ト私人トノ關係ヲ規定スルモノニ非ズトノ說ヲ爲スモノアリ、ホルランド (Holland) ノ如シ又國際法ハ國家ト己人トノ關係ヲモ規定スト說ク「ウエストレイキ、ローレンス」ノ如キアリ。斯ク諸定義ハ千差萬別ナレドモ要スルニ彼等ハ各々其意見ニ依リ其組織ヲ立

テ、國際法ヲ研究シ其研究ニ依リテ集メタル概念ニ依リテ各自ノ定義ヲ立テタルモノナレバ其全體ノ組織ヲ通覽セズシテ其一斑ノ定義ノミヲ列舉スルガ如キハ或ハ無益ノ勞ニ近カラン故ニ予ハ一々諸學者ノ定義其モノダケヲ茲ニ列舉スルコトヲ止メウーカ博士ガ諸學者ノ定義ニ付キ批評セルモノヲ舉ゲテ本節ニ充シ (Walker, Science of International Law P. 3)

ウーカ博士ノ說ク所ニ依レバ國際法學者ニ自然法派ト成文法派トアリ。

自然法派
成文法派

第一 自然法派 此派ハ「國際法トハ各國ノ關係ヲ規定セルモノ」先天的ニ定マル抽象的の原則ナリ」ト定義セリ、此ノ派ニ屬スル者ノ例ヲ舉ケンニホウキートン (Wheaton) ハ曰ク「國際法トハ獨立セル諸國ノ組織セル社會自然ノ性質 (Nature) 中ヨリ正義ニ合スルモノトシテ演繹的ニ見出シタル原則及ヒ諸國ノ容認ヨリ成立セル諸定義 (definitions) 及ヒ其變例 (modifications) ノ集合ナリ」トロリマー (Lorimer) ハ曰ク「國際法トハ萬國間ニ實行セラレタル自然法ナリ」ト。

第二 成文法派 此派ハ「國際法トハ國際間ニ實行セラレツツアル規則ノ集合ナリ」ト定義セリ、此派ニ屬スル者ノ例ヲ舉グレバウルゼー (Woolsey) ハ曰ク「國際

法トハ耶蘇教國ガ相互ノ關係上遵奉ノ義務アルモノトシテ容認セル合意ノ規則ハ集合ナリトマンニング(Manning)ハ曰ク「國際法トハ獨立セル諸國間ノ行爲ノ規則ナリトケンツ(Kent)ハ曰ク「國際法トハ輿論ニ依リテ設定セラシテ各國ノ容認ニ因リテ成立セル習慣的(Customary) 盟約的(Conventional)及ヒ審定的(Judicial) 諸規則ノ集合ニシテ獨立諸國ガ平時及ヒ戰時ニ其權利ヲ確カメ義務ヲ設定シ其相互ノ關係ヲ整フルモノナリト」
 今此ウオーカー氏ノ引用セル二派ノ諸定義ヲ見テモ容易ニ判斷セラル、如ク、自然法派ノ定義ハ大誤謬ニ陥リ居レリ、即チ國際法トハ先天的ニ國際間ニ遵守セラルベキモノト定マリ居リ萬國ハ容認ナシニ成立シ得ベシト爲セルコト是ナリ。

備考ウオーカーノ擧ゲザル定義中ニテ最近英國々際法學者ノ下セル定義ヲ左ニ擧ゲン。

ウオーカー曰ク國際法トハ文明國ガ其他國又ハ他國臣民ニ對スル關係ニ於テ遵奉スベキ行爲ノ規則ナリ International Law consists in those rules of Conduct which

civilised states observe in their relations with one another and with one another's subjects.

ローレンス曰ク國際法トハ文明諸國ニヨリ組織セラル、一般團體ノ各員ガ互ニ行動スルニ方リ行爲ノ標準タルベキ規則ヲ云フ、The rules which determine the conduct of the general body of civilized states in their dealings with one another. (著者曰クローレンス博士ハ己人并ニ會社ヲ國際法ノ主體ト説クニモ關ラズ之ヲ其定義中ニ脱スルノ意明ナラズ)

ウエストレーキ曰ク國際法トハ各國間ニ行ハル、規則ノ集合ナリ、又一國ト他國又ハ一國ト其國臣民以外ノ己人トノ關係ヲ支配スル規則ノ集合ナリト云フヲ得、International Law is the body of rules prevailing between states. It may also be described as the body of rules governing the relations of a state to all outside it, whether other states or private persons not its own subjects (著者曰ク氏ノ説ハウオーカー氏ノ定義ニ比シテ緻密ニシテ内容廣シ何トナレバ自國臣民以外ノ己人ト云ヘルガ故ニ他國人民外更ニ無籍人ヲモ含ムガ故ナリ)。

最モ精密ニ國際法ノ内容ヲ擧ゲタルハホールナリ氏曰ク「國際法トハ近世文

明國ガ相互ノ關係ニ付キ各國ガ拘束セラルベキモノト認メラル、行爲ノ規則ナリ、而シテ各國ヲシテ此規則ニ從ハシムル強力ハ其程度ト性質ニ於テ恰モ良心アル箇人ヲシテ其國法ヲ遵奉セシムル強力ト同様ナリ、又此規則ハ違反ノ場合ニ適當ナル方法ニヨリ強行セラルベキモノトシテ認メラル、モノナリ、Hall: certain rules of conduct which modern civilised states regard as being binding on them in their relations with each other with a force comparable in nature and degree so that binding the conscientious person to obey the laws of his country, and which they also regard as being enforceable by appropriate means in case of infringements.

又獨佛ノ良著特ニ最近著書中ヨリ一ニ定義ヲ舉グレハ左ノ如シ。

ウルマン (Ullmann) ハ曰ク

國際法トハ國家及國民團體ニ關聯セル生活關係ヲ規定スル法規ノ總括ナリ
 Das Volkerecht ist der Inbegriff rechtlicher Normen, welche die mit der Gemeinschaft der Staaten und Völker verknüpften Lebensverhältnisse regeln.
 リスト (Listz) ハ曰ク

國際法トハ文明國ノ團體ニ屬スル諸國家間相互ノ權利義務ヲ規定スル法規ノ總括ヲ云フ、Volkerecht ist der Inbegriff der Rechtsregeln, durch welche Rechte und Pflichten der zur Gemeinschaft der Kulturstaaten gehörenden Staaten untereinander bestimmt werden.

アルフォオンス、リヅィエーハ曰ク、萬國公法ト稱スルハ國民間即チ國家間ノ關係ヲ支配スル法律上ノ原則或ハ規則ノ集合ナリ、On appelle droit des gens l'ensemble des principes ou règles de droit qui gouvernent les relations entre les gens, c'est-à-dire entre les nations, les peuples, les puissances.

アンリー、ボンフィスハ曰ク、國際公法トハ相互關係ニ於ケル國家間ノ權利義務規定ノ集合ナリ、Le droit international public est l'ensemble des règles qui déterminent les droits et les devoirs respectifs des États, dans leur mutuelles relations.

余ノ定義

第二節 著者ノ國際法ニ下セル定義

余ハ茲ニ國際法ノ性質ヲ分拆的ニ説明スルニ先ダテ研究ノ便宜上試ニ國際

法ノ定義ヲ立テン、然トモ前ニ述ベタル如ク此定義ニ關シテ諸學者ノ間ニ一
致ヲ缺クノミナラズ、(1)所謂ル國ナルモノハ果シテ文明國ナリヤ其文明國ト
ハ如何ナル程度ノ文明ノ國ナリヤ、又國際團體ニ屬スル國トハ如何ナル國ナ
リヤ、耶蘇教國ニ限ルヤ、日本ハ之ニ入ルモ支那朝鮮ハ之ニ入ラザルモノナリ
ヤ、(2)多數學者ハ一方ニハ國際法ハ各國相互ノ行爲ノ規則ナリト云ヒ所謂國
際法ノ主體ナルモノヲ國ニ限ルモ一方ニハ交戰團體モ國際法ノ適用ヲ受ク
ベキモノトスルハ明カニ自家撞着ニ陥ルガ如ク、精緻ニ論ズレバ此國際法ノ
定義、國際法ノ主體ナル問題ニ付テハ諸學者大抵矛盾ノ説ヲ爲シ實ニ該専門
科中ノ難問題ニ屬ス、余ハ諸學者ノ議論ヲ精考セル後其長ヲ採リ又其矛盾セ
ル點ヲ去リテ試ニ自家ノ定義ヲ立テ、自ラ矛盾ヲ避ケタリト思考スルモ果
シテ目的ヲ達シ得タルヤ否ヤ斯學研究者ノ細密ナル批評ヲ仰グ。

國際法トハ文明國ノ團體ニ屬スル諸國相互ノ關係及文明國ト其國ニ屬セザル
一私人又ハ團體トノ關係ニ關シ文明諸國ノ容認セル行爲ノ規則ナリ。

茲ニ所謂ル文明國ノ團體トハ國際團體(Family of Nations)ニシテ、文明國トハ後ニ

モ説明スル如ク凡ソ國ノ東西ト宗教ノ如何トヲ問ハズ國家的秩序ヲ維持シ又
之ヲ維持スルニ足ルベキ固有ノ強力ヲ有スル國家ヲ云フ(此點ハウエストレーキ
氏ノ説ニヨル)又自國ニ屬セザル一私人トハ捕獲法ヲ犯セル中立國人等ヲ意味
シ、次ニ自國ニ屬セザル團體トハ交戰團體ヲ意味ス、此定義ノ詳細ハ節ヲ改メテ
詳論セン。

又此定義ノ内容ヲ舉グレハ左ノ如シ。

- (一) 國法ト同シク所謂ルオースチン派ハ、制裁ヲ有シ、各國間、及ヒ一國ト其國籍
外ノ箇人又ハ自國ニ屬セザル團體例ヘバ交戰團體トノ關係ヲ規定セル法規。
(二) 所謂ルオースチン派ノ制裁ヲ有セザルモ、文明國ノ容認ニヨリホール、ウエス
トレーキ、メーン、ローレンス等ノ所謂ル良心(Conscientious sentiment)ニヨリ履行ヲ
強制セラル、モノナリ。

此外單ニ議論トシテ存在スルモノ、換言スレバ萬國ノ容認ニヨラズ、自然法ヲ基
トセル希望的法理論(What ought to be)ヲ論スルモノ(即チ所謂ル理論的國際法ナ
ルモノハ余ガ所謂ル國際法ニアラス、但シ此等ノ法理ニテモ萬國ノ容認ヲ經タ

國際法ノ
内容

ルトキ始メテ國際法トナルモノトス。

又前記ノ(一)ニ舉ケタル「制裁ヲ有スル國際法」トハ捕獲法及海賊ニ關スル規定ヲ指スモノニシテ、是等ハオウステン派ノ所謂ル法律的制裁ヲ有スルコト前ニ述ヘタル如シ。又(二)トハ其以外ノ國際法規ヲ云フモノニシテ信義ニ關スル規定、則チ條約ハ遵奉スヘシト云フ規則ハ如キ、又義務的仲裁ニ關スル規定ハ如キモノヲ云ヒ、此等ハ規則ニ背キタルトキハ之ヲ矯正スルコトハ正當ナリト認ムル良心ニヨリテ強行スルヲ得ルモノヲ云フ。(Westlake; Hall; Lawrence 氏 Essay 參照) 余ハ之ヨリ此定義ヲ分拆研究セン。

第三節 國際法ハ主トシテ國際團體ヲ爲ス文明

國間ノ行爲ノ規則ナリ

本節ヲ説述スルニ當リ一言辯明シ置クヘキコトアリ、國際法ノ内容ハ前ニモ述ヘタル如ク獨リ國家ト國家トノ行爲ノ規則ノミニ限ラス、交戰團體并ニ本國ノ保護ヲ離レタル捕獲法違反者ハ如キ、已人トノ關係ヲモ規定ス、然レトモ是等ハ

國際法ハ主トシテ國際團體ヲ爲ス文明國間ノ行爲ノ規則ナリ

國際團體
間ニ法律
アリ

後ニ説明スルコトトナシ、茲ニハ先ツ國際法トハ主トシテ文明國家間ノ行爲ノ規則ナル點ニ付キ説明スルコト是レナリ。

第一 國際團體間ニ法律アルヘキコトヲ論ス。

ウオーカーノ言ヘル如ク近世國際法ノ基礎ヲ成ス觀念ハ領土主權ニ在リ、此領土主權ナル觀念ハ封建制時ノ遺物トシテ發達シ來リタルモノニシテ之ヲ基トシテ國際法上ノ國家平等權、獨立權等ノ諸觀念ヲ生ズ、(一)要スルニ國際法ノ成立ノ第一要素ハ國其モノナリ、此國ナルモノハ箇人ノ如ク權利義務ノ主體タルコトヲ得、(二)「バツテル」曰ク「一國ハ箇人ノ如ク他國ニ對シテ權利關係ヲ生ズ、(三)ト獨逸ブリューム(Brime)モ亦同様ノ説ヲ述ベタリ、(四)然リ而シテ此權利義務ノ主體タルコトヲ得ル國ハ對内及ビ對外ノ關係ヲ有スフアリモア(Phillimore)曰ク「凡ソ國ハ其團體的性質上對内及ビ對外ノ關係ヲ有ス抑モ對内關係(Internal relation)トハ國家ノ公ノ秩序ニ關スル總テノ事項ニ付キ政府ト臣民トノ間ニ存スル關係ヲ謂フ此關係ヲ規定セル法律ハ之ヲ公法ト稱シ此對内關係其モノハ外國ノ容認即チ國際法ニ所謂萬國ノ容認ナルモノト關係ナク變更スルコトヲ

得ルナリ又對外關係(External relation)トハ諸國家カ社會的團體即チ諸々ノ國ナル社會ヨリ成レル大社會ニ於テ互ニ相關係スルコト一箇人ガ一社會中ニ於テ互ニ他人ト關係スルガ如キ場合ニ存在スル關係ヲ謂フト。(五)

(1) Walker's manual — The fundamental conception of modern International Law is that of Territorial sovereignty

(11) Wolf, Opeern, priefae Einimvero cum gentes sint personae morales ac ideo nonnisi subiecta certorum iurium et obligationum.

(12) Vattel. Livre II ch. 1. s. 3. — *puil donc qu'une nation doit a sa maniere a une autre nation ce qu'un homme doit a un autre homme*

(13) Blume, Deutsches Privatrecht. S. 19 — *Der Staat, als ideale Person wird er zum lebendigen Træger des gesamten öffentlichen Rechts.*

(14) Phillimore vol. I. introduction §III. IV

此ノ如ク國家ハ其對外關係ニ依リ互ニ相交通シ一大社會ヲ成セリクローチウスハ其平戰條規第十七節ニ大社會ナル詞ヲ用ヒ世界ナル團體ヲ認ム、(一)而シ

テ此世界團體ナルモノハ諸國家即チ政府ナル政治組織ニ依リ各獨立セル國民ノ集合ヨリ成ルモノニシテ地球上ニ存スル土地ノ内、正當ニ國ト稱スルモノ、集合ナリトス此說ハ佛國ノダケッソー(D'Aguesseau)及ビドナト(Donnat)ノ唱フル所ナリ此ノ如ク諸國ハ集合シテ一ノ大社會ヲ組織シ既ニ社會アル以上ハ其社會各員間ノ關係ヲ規定セル法律ナカルベカラズ(ubi societas ibi ius est) (11) 即チ社會アレバ茲ニ法アリ更ニ又之ヲ倒ニシテ法ナケレバ社會ナク社會ト法トハ相關係シテ離ルベカラザルモノナリ、ウエストレーキ之ヲ詳述セリ。

國家ハ集マリテ一ノ大社會ヲ爲ス此大社會ノ各員即チ各國家ハ互ニ一定ノ行爲ノ規則ヲ遵奉(Observe)スベキコトヲ要求(claim)ス、此規則タルヤ法規トシテ言表ハシ得ルモノニシテ各國ハ互ニ其遵奉ヲ強ユルコトヲ得場合ニヨリテハ強クテ以テ之ヲ強ユルコトヲ得ルモノナリ、倍テ此規則ノ此大社會ニテ通常規則正シク行ハル、ハ強請(Compulsion)ノ結果ナルカ又ハ此強請ヲ支持スベキ感念(Sentiment)ノ力ニヨル、……若シ一ノ要求ニシテ強行セラル、モノニアラザルハ之ヲ法律的、要求ト云ハズシテ道德的、要求ト云フ、(但

シ之ヲ強行スルニハ別ニオウスチンノ上ヨリ下ニ對スル力ヲ要スルニアラズ(法律的要求タルニハ其要求ヲ飽ク迄主張スルコトヲ正當ト認ムル所ノ感念ニ伴ハザルベカラズ。且其感念ハ其事柄ニ關係アル社會一般ニヨリ承認セラレザルベカラズ。若シ要求ニシテ強行セラレザルカ又ハ遵奉セラレザルハ吾人ハ此要求ヲ強行セシムル感念ノ力弱キコトヲ想像シ得ルモノナリ。此場合ニ於テ此要求ハ未ダ法律的タラズ道德的タルモノナリ。又上記ノ古諺ニ反シテ要求ニシテ未ダ法律的タル能ハザル所ニハ社會ナルモノ未ダ發達セザルモノト云フベシ。若シ社會ノ各員ニシテ其要求ヲ確カキ得又適度ニ之ヲ制限スルノ感念ヲ有セザルハ社會的秩序ナルモノナク只不秩序亂暴ノ有様トナラン故ニ法ト社會トハ互ニ相待テ存在スルモノナリ。此二者ハ人類ノ交際ヲ始メタル最始ノ時代ヨリ事實トシテ離ルベカラザル關係ヲ有セルモノナリ。社會ナケレバ法ナク、法ナケレバ社會ナシ、而シテ吾人ハ國際法ナルモノアルコトヲ認ムルト同時ニ諸國ヨリ成レル大社會アルコトヲ想像シ又反對ニ大社會アルコトヲ認ムルト同時ニ國際法アルコトヲ認ム。

(1) Grotius' de jure belli et pacis, prolegomena §17, transaction by Whewell — as the laws of each community regard the utility of that community, so also between different communities, all or most, law might be established, which joined the utility, not of special communities, but of that *great aggregate system* of communities.

(2) Westlake. P. P. 2—3.; Helffer. Das europäische Völkerrecht. (3 Aufl. befoigt von Geffken §2.; Ullmann, Völkerrecht P. 2.)

以上余ハ諸大家ノ説ヲ論據トシテ國ナルモノハ箇人ハ如ク其對外關係ニヨリテ、外國ト交通シテ大社會ヲナシ此大社會ニハ自ラ其社會各員間ノ關係ヲ規定セル法律アルコトヲ説明セリ。此法ハ則チ國際法ナリ。是ノ如ク國家ノ集合ヨリ成ル大社會即チ國際團體アレバ茲ニ法アルコトハ説明ヲ終リタレ。此國際團體ヲ組織スル國トハ果シテ如何ナル國ナルヤ。是レ尙ホ一層ノ研究ヲ要ス。

第二 國際團體トハ如何

所謂國際團體ナルモノニ關シテハ學者ニヨリ大ニ其説ヲ異ニシ或ハ耶蘇教的文明國ノ集合ナリトシ或ハ歐洲的文明國ニ限ルモノトシ或ハ一般文明國ノ團

國際團體
トハ如何
ナルモノ
ナリヤ

體ナリトス、而シテ文明國トハ如何ナリヤニ付キ又意見ヲ異ニス。國際團體ニ加入スルニハ歐洲諸國ノ容認ヲ要スベキモノナリヤ、或ハ土耳其ノ如ク千八百五十六年以來諸大國ト條約ヲ締結シタルニヨリ文明國々際團體ニ加入シタルモノトナスベキヤ、將タ土耳其ハ已ニ十八世紀ニ於テ埃露ト條約ヲ締結シタルコトアルニヨリ十八世紀頃ヨリ國際團體ニ入りタルモノナリヤ、又現時ニ於テ清韓等ハ歐洲諸國ト條約ヲ締結セルニヨリ彼等モ當然此團體員ナリヤ、將タ又タ別ニ條件ヲ設ケ公使ヲ授受スルハ之ヲ國際法上ノ一國ト認メ此等ノ國ハ皆國際團體ニ入レルモノト見ルベキヤ、又果シテ然ラバ露國ハ千七百年代ヨリ同ジク公使ヲ同國ニ派遣セリ、(一)然ラバ土國ハ千八百五十六年ノ巴里條約前ヨリ國際團體ニ入りシモノナリヤ、又日本ノ例ヲ取ルモ日本ノ國際團體ニ入りシハ維新前ニ諸外國ト條約ヲ結ビシ時ニ於テセシヤ、將タ公使ヲ授受セシキヨリナルヤ、又ハ明治十九年以後巴里宣言赤十字條約等ニ加盟セシキニ在ルヤ、此等ノ點ニ關シテハ學者ノ意見ナルモノ全ク曖昧ニ屬ス。

國際團體ニ關スル解釋

(1) Martens Vol. II. §6 P. 21. 并ニ Bougeoise 十八世紀外交史波蘭滅亡史ノ部余ノ見ル所ヲ以テスレバ、國際團體ハ文明國ノ集合ナリト云フヲ以テ最モ明瞭ナリト信ズ、彼ノ條約ヲ歐洲ト締結スル時ヨリ此團體ニ加入スト爲シ又ハ公使授受ノ時又ハ歐洲ガ先進者タルコトノ自負ニヨリ加入ノ許可ヲ與ヘタル時ヨリスル等ハ重要ナル國際團體加入ノ標準ニアラズ、苟モ文明國ナルハ、國ノ東、西ト宗教ノ何タルト人種ノ何タルトヲ問ハズ一切國際團體員タルハ資格ヲ有スルモノトス、而シテ余ノ所謂ル文明國トハ如何之ヲ左ニ説明セン。

文明國トハ如何

第三 文明國トハ如何

抑モ文明國ノ程度ニ關シテハ議論紛々タリ例バローレンス氏ノ如キハ文明國タルベキ文明ノ程度ハ豫定スベカラズト云ヘリ(Lawrence—A handbook of public international law. p. 4. It is peculiar to civilized peoples; but the exact amount of civilization necessary cannot be reduced to definition.) 又耶蘇教文明國ナルベシ歐洲的文明國ナルベシトノ說アレモ皆探ルニ足ラズ(此等ノ說ハ參考トシテ後ニ掲グ)文明ノ程度ハウエストレーキ氏ガ領事裁判權ノ法理ヲ説明セル場合ニ述ヘタル所ヲ以テ至極

文明ノ程度如何

穩當ナリト信ズ(但シウエストレーキ氏ノ意見全體ニ贊成スルニハアラズ氏ガ文明國ナルモノニ下シタル説明丈ヲ採用セント欲スルナリ)氏曰ク

歐洲ト亞米利加ヲ通ジ土耳其ヲ除外トスレバ習慣行事思想ハ畧同一ナリ、家庭及社交ハ孰レノ國ニ於テモ一夫一婦ノ主義及ビ婦人ニ對スル尊敬ヲ基礎トセリ、技藝及學問ハ孰レノ國ニ於テモ趣ヲ同フセリ、同ジ業務同ジ利益ハ孰レノ國ニ於テモ同シ民法及刑法ニヨリテ保護セラレ、司法省ハ孰レノ國ニ於テモ同ジ正義ノ觀念ニヨリテ指導セラル、社會ノ組織ヲ脅迫スル所ノ危險及ビ之レヲ避ケンガ爲メニ孰ル所ノ手段ハ孰レノ國ニ於テモ同ジク、將來ノ改善ヲ希望スルコト亦タ同シ、人間ノ生活及運命ヲ考究スル文學、人間ノ娛樂ニ供スル文學、人間ノ最深ナル感情ヲ言ヒ表ハセル文學ハ孰レノ國ヨリ出ツルモ總テノ國ニ於テ讀マル、細目ニ於テハ各國ノ間ニ相異アレドモ、苟モ高等ノ教育ヲ受ケタルモノハ他國ノ家庭學校法廷劇場寺院等ニ入ルモ大體ニ於テ自ラ異域ノ人タルヲ感スルコトナシ、國家ノ境界ヲ越ヘテ人民ノ往來甚ダ頻繁ナルノミナラズ、一國ノ臣民ガ他國ニ旅行シ若シクハ居住スル時モ別ニ一

ウエスト
レーキ
氏ノ
程度

歐米ハ共
通ノ文明
ヲ有ス

階級ヲ爲スコトナク、旅行地又ハ居住地ノ人民ト自由ニ交通混合シ、通常其地ノ法律ハ保護ノ下ニアリテ安全ナルヲ感ズ、歐洲及亞米利加ガ共通ノ文明ヲ有ストハ此ハ状態ヲ括言セルモノナリ。
土耳其波斯支那日本暹羅及ビ其他ノ數國ハ歐洲文明ト異ナル文明ヲ有ス、是等ノ諸國ノ文明ハ歐洲文明ト異ナルノミナラズ、回教ヲ基礎トセルモノノ外相互ノ間ニ於テモ亦異ナレリ、歐人及米人ハ是等ノ諸國ニ旅行シ若シクハ居住スル時特ニ隔離スル一階級ヲ爲シ、其地ノ法律ハ下ニ於テ安全ナルヲ感ゼズ、蓋シ假令其ノ司法ヲシテ公正ナラシムルモ、異ナル文明ヨリ生ズル新奇ノ利益ヲ充分ニ保護スルハ設備アルモノトシテ之レニ信賴スルコト能ハザレバナリ、故ニ是等ノ諸國ニ於ケル歐米人ハ各々自國ノ領事裁判權ノ下ニ置カル、領事裁判權ハ歐米ノ各國ガ是等ノ諸國ト締結セル條約ニヨリテ設立セラル、モノナリ、領事ハ自ラ些少ハ強力ヲ使用スルコトヲ得キモ、其ハ裁判權ヲ維持スルガ爲メニハ究竟駐在國政府ガ條約ニヨリテ與フル所ノ援助ニ據ラザル可カラズ、此ノ如キ援助ヲ與フル國家ハ組織的強力ニヨリテ維持

ウエスト
ノ
所謂
ル
文
明
國

平時國際法總論 第二章 國際法ノ定義 第三節 國際團體ヲ爲ス文明國 五四
セ○ラ○ル○、固○有○ノ○確○立○的○秩○序○ヲ○有○シ○且○ツ○其○ノ○國○人○ノ○先○導○者○ガ○異○類○文○明○ノ○要○件○
ヲ○理○解○シ○得○ル○程○度○ニ○進○歩○シ○タ○ル○モ○ノ○ナ○ラ○ザ○ル○可○カ○ラ○ズ○此○ノ○程○度○ニ○達○シ○居○ル○
國○ハ○文○明○國○ト○シ○テ○認○メ○ザ○ル○可○カ○ラ○ズ○只○其○ノ○文○明○ハ○歐○洲○ノ○文○明○ト○異○ナ○レ○ル○
ミ○

ウエスト
ノ
レ
ノ
辭
說
氏

國際法ハ此ニ對比セル二種ノ國民ノ中第一種ノ間ニ發生シタルモノナルガ
故ニ共通ノ文明ヲ以テ基礎トナス、國家ガ文明ニ於テ同等ナリトハ共通ノ文
明ヲ有スルノ意ナリ、但シ土耳其ハ地理上ノ關係ヨリ歐洲ノ政治的組織體ニ
容受セラレタルモ他ノ點ニ於テハ第二種ニ屬スルガ故ニ今ハ論外ニ置カザ
ル可カラズ、歐洲國際法ノ適用ガ明白ナル事實ヲ無視セズシテ延長セラレ得
ル限リ土耳其ハ其ノ惠澤ヲ享クルヲ得可シ、然レトモ異種ノ文明ヲ有スル土
耳其ガ國際法ノ惠澤ヲ享クルヲ理由トシテ國際法ガ共通同等ノ文明ヲ基礎
トスルハ定理ヲ變ス可カラズ、國際法ガ今日ノ如クシテ存スルハ歐洲人民ノ
間ニ行ハル、モノタルガ爲メニ外ナラザレバナリ。(Westlake, p 102—103.—the
equality of states in civilization 此外同著第九章文明國ト未開國ト差異參照)

ウエスト
ノ
レ
ノ
辭
說
氏

以上ウエストレーキ博士ノ意見ハ極メテ明亮ナリ、即チ洋ノ東西ヲ問ハス、領事裁
判權ヲ滯リナク行使シ得ル丈ニ(即チ領事ハ警察權等ヲ執行スルヲ要セズ、犯罪
人アルハ其國ノ警察又ハ其他ノ強力ニヨリ取押ヘテ領事ニ引渡シ領事ハ強
力ヲ要セザル丈ニ)組織的強力ヲ有シ之ニヨリテ其國家ノ秩序ヲ維持スル國ニ
シテ其國人ノ先導者タルモノ能ク異種文明ノ要素ヲ理解スルニ堪ユルハ縱
令歐洲的文明國ニアラザルモ之ヲ文明國ト云フベシト論斷セルナリ、氏ノ論斷
ハ此點迄ハ正當ナリ、即チ國際法上ニ所謂ル文明國トハ氏ノ言ノ如ク領事裁判
權ヲ滑カニ行フヲ得ベキ程度ノ國ナレハ十分ナリトスルハ洵ニ卓見ニシテ、此
點ヨリ云ヘハ朝鮮支那ノ如キ皆ナ之ヲ文明國ニ算入シテ國際團體中ニ加入セ
ザルベカラズ、是レ余ノ大ニ同意スル所ナリ、然ルニ氏ハ其議論ノ後半ニ於テ國
際法上ニ所謂ル文明國ハ此兩種ノ文明國中歐洲的文明國ナリト云ヒ、其理由ヲ
單ニ國際法ハ歐洲ニ發達セシモノナリト云フニ歸セルハ誠ニ不當ナリト云フ
ヘシ、此點ニ關シテハ明治三十三年ノ萬國國際法學會ニテ議論セラレタルコト
アリ、ウエストレーキ氏ノ說ハ否決セラレ、文明國トハ歐洲文明國ニ限ラサルコト

四國ニ限
ル説ハ萬
國々際法
學會ニテ
否決セラ
ル

平時國際法總論 第二章 國際法ノ定義 第三節 國際團體ヲ爲ス文明國 五六
ト、解釋セラレタリ、今此ウエストレーキ氏ノ歐洲文明國説其他耶蘇教文明國ニ關
スル研究ヲ左ニ報告セン。

國際法ノ適用ハ耶蘇教國ニ限ルトノ説ハ最早陳腐ニ屬シテ現今ノ學者間ニ
行ハレサルコトト想ヒノ外尙ホ歐米學者ニ公言セラレルコト是ナリ。
既ニ述ヘタル如クウルゼー (Woolsey, Introduction) ハ國際法ノ定義ヲ下シテ國
際法ハ耶蘇教國間ノ行爲ノ規則ナリトセリ、米國ノデビス (Davis) ノ國際法論
ハ米國ニテ尊重セラレルコト佛國ノボンファス又ハ英國ノホールノ如ク且自
ラ最新ノ事實ヲ載セタルコトヲ自負セルモノナルカ其中ニ極端ナル議論ア
リ、曰ク「新約全書中ニ存スル耶蘇教ノ教理ハ國際間ノ行爲ノ規則トシテ用フ
ルコトヲ得、又之ニ依リ各國ノ行爲ノ正不正ヲ判斷スルコトヲ得」ト、加之彼ハ
更ニ其議論ヲ主張シテ曰ク「完全ナル國際法ハ唯歐洲耶蘇教國及ヒ亞米利加
其他歐洲耶蘇教的人民ノ殖民セル國ニ於テノミ行ハレルモノトス、何トナレ
ハ此等人民ハ共同ナル歴史の沿革ヲ有シ又法律、道德ニ關シ同一又ハ殆ト同
一ナル程度ニ在ルガ故ナリ、勿論國際法ノ適用セラレル範圍ハ次第ニ擴張セ

アヒスノ

ラレツツアルコトハ事實ナリ即チ土耳其古ハ千八百五十六年ヨリ此一員ト爲
リ日本、支那及ヒ其他ノ亞細亞諸國モ漸次承認セラレテ此範圍内ニ入ル然レ
トモ此等ノ國ニ於ケル國際法ノ適用ハ歐洲ニ於ケルカ如ク決シテ完全ナル
コト能ハサルモノナリト、議論茲ニ至リテハ實ニ頑迷論スヘカラサルモノト
謂フヘシ、彼ハ歐米其他耶蘇教國以外ノ國ニハ到底十分ニ國際法ヲ適用スル
コトヲ得サルモノナリトセリ然レトモ彼ハ殊ニ一軍人ノミ深ク尤ムルニ足
ラス然ルニ世界大學者中ニ尙ホ此陳腐ノ説ヲ固執スル者アリ伊太利ノブル
サ (Brusa) 希臘ノケベデー (Kebedgy) 等之ニ屬ス予ガ明治三十三年瑞西國ニ
シヤテルニテ親シク耳ニセル所ヲ次ニ掲ケテ此等ノ説ヲ紹介セン。
千九百年九月七日國際法學會ノ内亂若クハ暴動ニ關スル議案ノ第一條ニ曰
ク「國際法ハ暴動若クハ内亂ノ場合ニ於テ之ヲ鎮壓セントスル母國政府ニ對
シテ第三國及ヒ其所屬國民ニ負ハシムルニ一定ノ義務ヲ以テス」ト此條文ノ
討議ニ關シ端ナクモ國際法ノ性質ニ付キ學者間ニ一大議論ヲ惹起セリ (anti-
naire de l'institut de droit international 18vol) 即チウエストレーキ修正案ヲ提出シテ曰

ク本條文及ヒ其趣意ニ於テハ贊成ナレトモ、歐洲的文明國ナル形容詞ヲ國際法ナル語ニ附セント佛ノデジャルダンハ之ニ贊成セリ然ルニ白耳義ノローラン・ジャクマン (Rolin-Jacquemys) 氏ハ此第一條ノ適用ヲ唯歐洲的文明國ニ限ルトスルノ修正說ヲ駁撃シテ先ツ「歐洲的文明國」トハ如何ナル意味ヲ有スルカ歐洲文明ノ終始スル所ハ何點ニ存スルカ米國ハ文明國トシテ觀ルヘキハ固ヨリ論ナシ又日本ハ所謂歐洲的文明國ナリヤ將タ亞細亞的文明國ナリヤ確然其限界ヲ示スコト甚タ難カルヘシト曰ヒウエストレーキハ之ニ答ヘテ曰ク米國及ヒ日本ノ文明モ亦結局歐洲的文明ニ外ナラス元來本學會ノ定ムル法則ハ漸次文明ニ達スル邦國ニ充滿スヘキモノニシテ決シテ偏狹ナル規定ニ非ス然レトモ若シ予ガ提出セル制限ヲ設ケサルトキハ文化劣等ナル國家ニ對シテモ國際法ヲ適用セサルヘカラサルニ至ラント是ニ於テ希臘人ケベデハ論シテ曰ク本學會ノ討議スル規則ハ耶蘇教國以外ニ適用スルコトヲ得ス本學會ニ於テ可決サレタル規則ハ文明諸國ノ法律觀念ヲ有スル邦國ニノミ適用スヘキモノナルコトハ是レ本會ノ目的ニシテ曩ニベニス會議ニ於テ

エンゲルハルト (Engelhardt) ノ説明ニ係ル領事規則及ヒハイグノ會議ニ於テ萬國郵便法ニ關スルフエロイチロー (Feraud-Giraud) ノ發議及ヒ本會議ニ於テブルサ氏カ現ニ提出シタル議案ハ此趣意ニ出ツルモノニシテ野蠻國及ヒ耶蘇教國以外ノ邦國ハ總テ之ヲ除外スヘキモノトスト。

ブルサ氏ハ曰ク凡ソ國際法ハ耶蘇教國若クハ耶蘇教國ノ法律ノ主義ヲ認ムル國ニノミ行ハルルコトハ千八百八十三年ミニニクニ於ケル本學會ガ國際法ニ關シテモ採用シ且現會議ニ於テモ再ヒ採用シタル主義ニシテ此第一條ニモ適用スヘキモノナリト斯クシテブルサハウエストレーキノ修正說ニ易フルニ「耶蘇教國」ナル言詞ヲ以テセンコトヲ發議セリウエストレーキハ之ニ反對シテ曰ク耶蘇教ヲ信仰セサル邦國ニシテ甚タ文化シタルモノアリ且一國人民ノ宗教上ニ於ケル信仰ハ常ニ國交上ノ誤解ヲ來スノ恐アリト。

是ニ於テローラン・ジャクマン氏發議シテ曰ク耶蘇教國若シクハ歐洲的文明國ナル詞ヲ以テセンヨリハ文明諸強國ナル語ヲ以テスルニ如カストコルシイ (Coris) 氏モ亦之ニ贊成シテ實ニ文明諸強國ナル詞ヲ採用スルハ國際法學會ノ

目的ニ合スルモノナリト論セリ。

パール(V. Bar)氏ハ此問題ノ討議ヲ延期シテ第一條ノ實質ノ議決ノ後ニセンコトヲ發議シタリ而シテ佛國ノピレリ(Pillet)氏ハ曰ク文明國ト他ノ邦國トハ間ニ區別ヲ爲スヲ得ス苟モ諸強國ガ他ノ一國ノ獨立ヲ承認シタル後ハ濫ニ之ニ干涉セス之ヲシテ自由ニ其暴動ヲ抑壓スルヲ得セシムルハ是レ承認ヨリ生スル當然ノ結果ナリト是ニ於テ討論ハ終結ヲ告ケ次ノ案ニ依リ決ヲ起立ニ問ヘリ。

第一 ウエストレーキ氏ガ國際法ナル詞ニ歐洲的文明國間ナル詞ヲ附加セんとノ發議

第二 ゲベチー氏ガ耶蘇教國以外ノ邦國ニ對スル制限ノ如ク野蠻國モ之ヲ除外スヘシトノ發議

第三 ブルサ氏ガ耶蘇教國若クハ基督教國ハ法律主義ヲ認ムル邦國間ト爲スノ發議

第四 ローラン、ジャクマン氏ノ文明諸強國間ト爲スノ發議

斯クシテウエストレーキ氏ノ發議ハ二票ニ對スル多數ノ一致ヲ以テ否決シ又ケベチー氏ノ發議三票ニ對スル多數ノ一致ヲ以テ否決セラレ次ニブルサ氏ノ提案モ否決セラレローラン、ジャクマン氏ハ其修正說ヲ撤回シタリ。

是ヲ以テ觀レハ今日世界ノ國際法學者ノ集會タル國際法學會ニ於テスラ滔滔トシテ耶蘇教國間ノ國際法タルコトヲ主張スル者アルヲ見ル實ニ驚クヘキノ事實ト爲ス然レトモ此說ノ少數ニテ否決セラレシヲ見レハ以テ其既ニ陳腐ニ屬シ最早人ノ採用スル所ニ非サルコトヲ知ルニ足ルヘシ然リ而シテウエストレーキ氏ノ主張セル歐洲的文明國說モ狹隘ニ失シ矢張ローラン、ジャクマン氏ノ唱フル如ク文明ハ必スシモ歐洲ノ專有ニ非ストスルヲ以テ至當ナル意見トス之ヲ要スルニ國際法ハ文明國一般ノモノタラサルヘカラサルナリ。

序ニ日本ニ關スル諸學者ノ評ヲ紹介セン

Lawrence P, 59, Turkey, China and Japan were formally placed under International Law as soon as they express a desire to submit themselves to it. In matter of this kind no general rule can be laid down. The area within which the law of nations operate, is supposed to coincide with the area of civilization. ローレンス曰ク土耳其支那及ヒ

日本ハ國際法適用ヲ希望スルト同時ニ形式的ニ諸法下ニ置カル、コト、ナレリ。元來此種ノ事柄ニ付テハ一般ノ常規アルニハアラス。國際法活動ノ範圍ハ文明普及ノ範圍ト一致スルモノト爲サレ。

Renault-La guerre continentale 講義錄中 Le Japon va bientôt être mis sur le même pied que les Etats européens dans les rapports internationaux. ルノー曰ク日本ハ國際關係ニ於テ歐洲諸國ト同一歩調ノ上ニ立タシメラレントス。

Hollands studies in International Law. P. 115—Japan, has conformed to the laws of war, both in her treatment of the enemy and in her relation to neutrals, in a manner worthy of the most civilized nation of western Europe. ホネラント曰ク日本ハ其敵國并ニ中立國ニ對シ全ク西歐最文明國ニモ讓ラサル方法ヲ以テ戰時公法ニ準據セリ。

以上ヲ以テ余ハ國際團體ニハ法律アリ之ヲ國際法ト云ヒ、其國際團體トハ東西一般文明國ナルコトヲ云ヒ、又文明國ハ一定ノ秩序ト其秩序ヲ維持スル丈ノ強カアル國ナルコト(秩序ヲ維持スル爲ニハ相當ノ國法アルベキヲ、其國法ハ必ズシモ異種ノ文明國人ニ適セザルモ可ナリ從テ領事裁判權ノ行ハル、コアルベキモ其領事裁判權ヲ滑カニ行フヲ得ベキ國ナルキハ即チ文明國トス)ヲ論ゼリ。是ニ於テ本節ノ題目ハ十分ニ明亮トナレリト信ズ。

尙ホ一步ヲ進メテ論ゼンニ上記ノ文明國以外ノ國即チ半文明國又ハ野蠻國ニ對シテハ國際法ハ適用セラルベキカト云フニ現時ノ國際法ハ之ヲ認メズ。却テ野蠻國蠻行ヲ爲スキハ必要上復仇ノ行爲ニ出ツルコトヲ許容ス。

第四節 國際法ハ一國ト其國籍外ノ私人并ニ自

國ニ屬セザル團體ノ關係ヲモ規定ス

交戰團體
ト箇人

余ハ前節ニ於テ國際法トハ主トシテ文明國間ノ法規ナルコトヲ論セリ、此意味ハ決シテ國際法ハ國家間ノミノ行爲ノ規則ナリト云フニ非ズ、其以外ニモ國際法上ノ當事者トシテ其權利義務ノ主體トナルベキモノアリ即チ交戰團體ト捕獲法違反ノ箇人はレナリ、然ルニ歐洲大陸學者ハ大抵國際法ヲ以テ單ニ國家間ノ行爲ノ規則ナリトナスモノ多シ是レ實ニ奇異ナリトス、何トナレバ彼等モ皆交戰團體ハ戰爭ニ關スル國際法上ノ權利義務ノ主體タルコトヲ得ヘキモノナルコトヲ論ジ又勿論交戰團體ハ國ニハアラザルコトヲ論スルヲ以テナリ。英國現時(千九百〇三年)ノ國際法大家中ニテハ只ホルランドノミ大陸派ト同シク國

際法ハ國家間ノミノ法ナルヲ主張シ、ウエストレーキモロレンスモウオーカー
モ皆箇人并ニ會社モ國際法上ノ權利義務ノ主體タルコトヲ論ゼリ、然ルニ此三
博士モ此箇人主體說ヲ述ブルニ方リ實例トシテ甚ダ感服スル能ハザルモノヲ
擧グ、即チ海賊ヲ擧ゲタルコト是レナリ、今左ニ其議論并ニ其反對派ホルランド
ノ說ヲ擧グン。

前ニ記載セルニ、イシヤテル國際法學會會議ニ於ケル内亂若クハ暴動ニ關スル
法案第一條ニ關シホルランドハ其所屬國民ナル詞ノ削除說ヲ主張シテ曰ク
「抑モ國際法ナルモノハ一國家ト一箇人トノ間ニ存スルモノニ非ズシテ二國
以上ノ間ニ存スルモノナリ、故ニ所屬國民ニ付テノ問題ハ國際法ニ屬セスシ
テ國內法ニ屬スルモノナリト、然レドモ此議論ニハ正反對ノ說ヲ唱フル者少
ナカラズ現ニ氏ノ親友ナルウエストレーキハ其著書ニ於テ論ジテ曰ク「一國ハ
自國臣民タルト否トヲ問ハズ海賊ヲ拿捕處罰スルコトヲ得國際法上ノ海賊
ハ國籍ヲ有セサルモノナルニ自國臣民タルト否トヲ問ハズ海賊ヲ云々トハ
少シク語弊アルノ嫌アルモ姑ク原文ニ從ヒテ摘出ス、又交戰國ハ封鎖犯ヲ侵

シタル中立國船舶ヲ拿捕、臨檢、沒收スルコトヲ得ルモノトス、何トナレバ海賊
又ハ封鎖犯ヲ侵シタル人民ニ對シ其本國ハ(元來國際法上ノ海賊ハ本國ヲ有
セス、然ルニ海賊又ハ云々其本國ハ云々トハ是レ亦少シク語弊アルコト前述
ノ如シ)彼等ノ保護ノ爲メ干涉セザルコトハ國際間ノ原則タレバナリ、之ニ反
シテ國際法上自國臣民ノ保護干涉ヲ爲シ得ル場合ニ或一國ガ若シ外國人ヲ
處分スルコトアルトキハ其事件ハ此兩國ノ國際事件ト爲ルヘシ、此場合ニ於
テ其處分セラル、外國人ノ本國ハ其權利ヲ侵害セラレタルナリ、此等ノ事實
ハ「一私人ハ國際法ノ主體タルコトヲ得ルヤ否ヤ」ノ疑問ニ答案ヲ與フルモノ
ナリ、彼ノ海賊又ハ封鎖犯者ハ箇人ナルガ故ニ國際法ノ主體ニ非ズト論ズル
ガ如キハ是レ奇ヲ好ムノ說タルニ過キズ、(ウエストレーキ國際法第二頁 West-
lake, p. 1-2)

是レ實ニ國際法ハ國家ニ限ルト主張スル派ノ大家ホルランドト其反對派ノ大
家ウエストレーキノ所論ナリ、余ハ大體ニ於テウエストレーキノ說ヲ可トス、只々
ウエストレーキノ論中ニ海賊ヲ擧ゲタルハ前ニモ述ベタル如ク余ノ服スル能ハ

海賊ヲ國
際法ノ主
體トスル
ハ不可

サル所ナリ、若シ國際法上ノ海賊ヲ引用スルノ意ハ國際法ニモ國法的制裁アル
コトヲ證明スルノ意ニシテ(勿論ウエストレーキノ意ハ茲ニ在ラズ)一國ハ時ト所
トヲ擇マス萬國ノ敵タル國際法上ノ海賊ヲ所罰スルコトヲ得ト云フノ論理ヲ
示ス爲メニ海賊ノ例ヲ引證スルモノナラシメバ、余ハ之ヲ適切ノ例證トナセト
モ、國際法ニ海賊所分ハ規定アルカ爲メニ海賊ヲ國際法ハ權利ハ主體ト見ルニ
ハ服スル能ハズ、見ヨ博士ハ一方ニハ國際法適用ヲ歐洲的文明國ニ限ラントシ
國際法上權利義務ノ主體ハ狹義ナル特別ノ文明國ノミニ制限セントセルニア
ラズヤ、然ルニ今野蠻暴戾ナル海賊ヲ國際法ノ主體トナサント欲ス、是レ矛盾ノ
甚ダシキモノト云ハザルベカラズ、故ニ余ハ博士ガ海賊ノ例ヲ其論中ヨリ削除
センコトヲ希望セズンバアラズ、此用例ヲ削除シ之ニ加フルニ交戰團體ヲ以テ
セハ余ハ實ニ博士ノ議論ヲ以テ動かカスベカラザル確論ト信シ、同時ニ國際法ヲ
國家間ノミニ限ル説ノ不完全ナルコトヲ認ム、此點ニ付キテハ世上尙ホ疑ヲ抱
クモノアルヲ以テ重複ヲ願ミス、左ノ二項ニ分チテ充分ニ説明スベシ。

(一) 交戰團體 戰時ニ於ケル交戰權ノ行使ハ國家ノ有スル強大ノ權利ナリ、此

權利ハ又交戰團體ニヨリ有セラル、サレハ交戰團體モ國際法上重要ナル權利ハ
主體タルコトヲ得ルナリ、故ニ國際法上ノ權利義務ハ獨リ國家ノ專有ニハアラ
ズ、國家以外ニ之ヲ有スルモノアルナリ、只其分量ニ至リテハ完全ナル獨立國ノ
如ク一切ノ權利義務ヲ有セサルコト明ニシテ、交戰團體ハ只戰爭ニ關シテノミ
國家ト同様ノ權利義務ヲ有スルノミ、是レ恰モ文明國中一部主權國ガ完全ナル
國際法上ノ權利義務ヲ有セサルト同理ナリ、彼ノ一部主權國ニテモ國際法上ノ
權利義務ノ一部ヲ有シテ國際法ノ適用ヲ受クル以上ハ交戰團體モ同シク國際
法上ノ權利義務ノ一部ノ主體ト見ルコト決シテ誤謬ニアラズ、元來國際法ノ主
體ハ當事者ノ意ナラバ國際法上一切ノ權利義務ヲ有スルモノ、ミヨ云フニハアラ
ズシテ文明國ニテモ一部ノ權利ハ之ヲ有セサルモノアリ、而カモ尙ホ國際法ヲ
適用セラレ其權利義務ノ一部ヲ有ス、故ニ此意味ヲ以テ國際法上ノ權利ノ主體
ヲ解釋セバ、國際法ハ獨リ國家間ノ法規ノミナラズ一國ト交戰團體トノ關係ヲ
モ規定セルモノナリト云フヲ得ベシ、サレバ大陸派并ニホルランド博士等ガ此
重要ナル點ヲ忘却セルハ誤謬ニ非ズシテ何ゾ。

(二) 箇人又ハ會社 中立國船ノ所有主タル箇人又ハ會社モ其本國タル國家ヲ離レテ國際法上ノ當事者タルコトアリ例ハ前ニモ已ニ屢々述ベタル如ク此等ノ船ニシテ封鎖ヲ犯シ又ハ禁制品ヲ輸送スル場合ニハ其所屬本國ハ該船ヲ保護セズ交戰國ノ隨意ニ且ツ國際法的ニ之ヲ處分スルニ一任ス最近ノ先例ヲ擧ゲテ之ヲ示サンニ明治二十八年日清戰爭ノ終リニ方リ筑波艦ハ太沽ニ赴キ將ニ諸中立國ノ船舶ヲ臨檢セントセリ恰モ此時英艦「エドガー」號太沽ニ在リ因テ筑波艦長ハ「エドガー」艦長ニ問フニ在太沽ノ英船ヲ臨檢スルモ差支ナキヤヲ以テセシニ英艦長ハ別ニ護送權ヲ主張セザルコトヲ以テセリ是ニ於テ筑波艦ハ太沽ノ英船ヲ臨檢セシニ遂ニ英船益生號ガ二十二萬發ノ彈藥筐ヲ運送セシコトヲ發見シ直ニ之ヲ拿捕シ且ツ之ヲ引致セリ此時英艦長ハ何等ノ干涉ヲ試ミズ益生號ガ日本ノ爲メニ拿捕引致セラル、ニ一任セリ特ニ此時益生號ガ炭水ノ必要上旅順ニ寄港セル際益生船長ハ旅順ニ於テ解放セラレンコトヲ希望セシガ恰モ英艦「ボーボイス」號ノ來ルアリ益生船長ニ諭スニ其希望ノ不法ナルヲ以テシ佐世保審檢所ニ赴クベキコトヲ説ケリ、(參照 Cases on International Law

實例

during the Sino-Japanese War 益生號事件ノ部 p. 73—96 Lawrence—Recognition of Belligerency considered in Relation to Naval Warfare p. 19. Admiral Fremantle ノ評)

此ノ如ク英國ナル中立國ハ自國船ノ不法行爲アリタル場合ニハ之ヲ保護セズ而シテ其ノ船例ハ益生號ノ船主タル箇人又ハ會社ハ(益生號ノ場合ハ怡和洋行 Jardine, Matheson and Co.) 全ク英國ナル國家ト離レ箇人又ハ會社ノ資格ヲ以テ日本ノ捕獲審檢所ニ出頭シ充分ニ其權利利益ヲ主張シ若シ日本士官ノ拿捕行爲ニ不當ノ處置アリシキハ之ヲ陳述シテ捕獲ノ不法ヲ主張シ又若シ初審ニ不服ナルキハ控訴ヲ爲スヲ得又捕獲ノ不法過度ナルト明亮ナルキハ賠償ヲモ要スルノ權アリ此等ノ權ハ國際法ニ於テ被捕獲者ニ與フル權利ニシテ被○捕○獲○者○ハ○其○本○國○國○家○ヲ○離○レ○テ○箇○人○又○ハ○會○社○ト○シ○テ○之○ヲ○有○ス○ル○コ○ト○ヲ○得○サ○レ○バ○箇○人○又○ハ○會○社○ニ○テ○モ○國○際○法○上○ノ○權○利○義○務○ヲ○有○ス○ル○コ○ト○ヲ○得○ル○ト○明○ナ○リ○

以上ノ法理的事實ハ獨佛諸大家モ共ニ認ムル所ニシテ大抵其著書中ニ之ヲ記スルニ關ラズ其定義ノ部ニ於テハ國際法ヲ國家間ノミニ限レルハ實ニ自家撞着ト云ハザルベカラズ。

(参考)ローレンス博士ハ、特許ヲ得タル會社ヲモ國際法上權利義務ノ主體タル
コヲ得ベシト論ジ。千八百八十五年獨逸政府ガ獨逸東阿弗利加會社(The Ger-
man East African Company)ニ與フルニ東阿弗利加勢力範圍内ノ地ニ特別ナル租
借地并ニ其管轄權ヲ以テセル例ヲ舉ゲ又英ノ北ボルネオ會社(The North Bor-
neo Co.)「ローヤル、ナイガー會社」(The Royal Nigar Co.)「南阿會社」(The South Africa
Co.)ヲ引證シ此等ノ會社ガ其本國ト關係ナク會社ノ名ヲ以テ士人ト條約ヲ
結ベルコトヲ述ベテ其國際法上ノ權利ヲ行使スルコトヲ證明セリ。然レモ余ノ
見ル所ニテハ若シ士人ト條約ヲ結ブガ故ニ是等ノ會社ヲ國際法上ノ權利ノ
主體ト見ルヲ得バ士人モ同時ニ同資格ヲ得ベシ然ラバ國際法ハ文明國ニ限
ルノ主義トモ矛盾シ且ツ士人ト條約ヲ結ブト云フモ此等ノ條約ハ國際條約
ト云フ能ハザルガ如シ故ニ此論ハ薄弱ナリト思ハル依テ余ハ之ヲ採ラズ。

第五節 國際法ハ文明諸國ノ容認ニ因リテ成立ス

クローチウ
スノ國際
法組織ハ
自然法ト
萬國ノ容
認トナシ
基礎トス

クローチウスノ國際法組織ハ其基礎ヲ自然法(Law of nature)ト萬國ノ容認(consent
of nations)トニ置き此自然法ニ基キタルモノヲ自然法的國際法(natural law of na-
tions)ト謂ヒ萬國ノ容認ニ基キタルモノヲ任意的國際法(voluntary law of nations)ト
謂フ而シテ當時自然法說盛ニ行ハレ殆ド先天的ニ定メラレタルモノナルカノ
如ク其存在ヲ確信シテ疑ハザリシヲ以テ國際法ノ如キモ自然法ニ合スレバ萬
國ノ容認ヲ要セズシテ成立スルモノト思惟シタリ、是レクローチウス氏ノ說ノ
一時行ハレタル所以ナリ、ライプニッツ(Leyditz)ノ如キハ其「ヂゼルタチオ」(Disser-
tation)第十一頁ニ論ジテ曰ク「自然法上ノ義務ハ萬國ノ容認ニ關係ナク成立スル
モノナリ、此萬國ハ地球上ニ優者アルコトヲ認メザルモ自然ニ由リ遵奉スベシ
ト命ゼラレタリト一同ノ考フル平戰條規ニハ服従スベキモノナリトフキリモ
アノ如キ近代ノ學者モ此說ヲ眞面目ニ遵奉セリ、然レドモ今日ハ此自然法派ノ
說ハ全ク舊說ト看做サレ吾人ハ斯ル獨斷的ノ說ヲ信セズ、國際法ハ萬國ノ容認
ニ依リテ成立スルモノニシテ彼ノクローチウスノ國際法ニ適用セシ自然法ノ
如キモ畢竟時勢ノ影響(三十年戰爭ノ影響及ビ自然法施行ノ結果)トシテ各國ガ

此説ヲ採用セルニ由リ始メテ國際法トシテ成立セルモノナリ、要スルニ國際法ノ成立ニハ萬國ノ容認ヲ以テ最モ必要ナルモノトス。

萬國ノ容認

此萬國ノ容認ニ就キ研究スベキ問題ハ第一如何ナル方法ニ依リテ行ハル、カ第二如何ナル國々ガ此容認ヲ與フルモノナルカノ二點ナリ、而シテ此第二ハ最モ妙味アル問題ニシテ即チ國際法上ノ當事者ハ何ナリヤハ問題ヨリ一步ヲ進メテ國際法ノ立法者ハ何ナリヤヲ研究スルモノナリ之ヲ机上ノ理論ヨリ言フトキハ別ニ困難ナル問題ニアラザレドモ實際ニ於テハ大ニ然ラズ國際法ハ文明國間ノ容認ニ因リ成立スルモノナリト云フトヨリ一層範圍ヲ狭メテ國際法ハ立法者ハ強國ノミニハアラザルカトハ問題トナリ之ヲ研究スルトキハ二個ノ答案出ツ即チ(1)歐羅巴協調ヨリ次第ニ歩ヲ進メテ世界的協調トナリ更ニ此協調ハ發達シテ國際問題ヲ解決シ且立法スルニ至ルヘシト解釋スルモノト(例ヘハローレンスノ如シ)否然ラス(2)A(仁愛主義ノ發達ヨリ國際平和協會トカ又海牙ニ開カレタル萬國平和會議等ニ依リ遂ニ仲裁裁判所ヲ作ルニ至リ此機關ニ依リテ國際問題ヲ解決シ又B(國際法學會トカ國際法協會トカニ依リテ國際

法ノ原理ヲ研究シ萬國ノ慣習法律ヲ折衷シ其一致ヲ圖ル等要スルニ強力ノ關係ヲ離レタルモノヨリ次第ニ發達シテ漸ク完全ナル國際法ノ成立ヲ見ルニ至ルヘシトノ二條ノ途アリ余ハ茲ニハ先ツ萬國容認ノ方法ト容認ヲ與フル國家トヲ説明シ萬國ノ容認ナルコト、歐羅巴協調トノ關係ヲ研究セン。

容認ノ方法

- 第一 容認ノ方法 此方法ハフキリーモー氏ノ舉クル如ク左ノ二種アリ、
 - 一、條約ニテ明言セル所ノ容認
 - 二、慣行ニ因リテ成立セル容認即チ暗黙ノ容認

Phillimore, vol. I. Chapt V. Consent of nations—A. It is openly expressed by being embodied in positive conventions or treaties. B. It is tacitly expressed by long usage, practice and custom.

容認ヲ與フル國家

第二 容認ヲ與フル國家

容認ヲ與フル國家トハ如何ナル國家ナルカ、國際法學者ハ皆國際法ハ萬國ノ容認ニヨリ効力ヲ生スト云ヘリ、例ヘハデビス氏ハ曰ク「國際法ハ其拘束力ヲ萬國ノ容認ヨリ得來ル」ト (International Law derives its binding force from the consent of

nations — p. 23) 此點ニ付テハ近時國際法學者ノ說一致ス。然レモ其容認ヲ與フル國トハ何々ノ國ヲ指スヤ、國際法學者ヲシテ云ハシメバ此國トハ文明國一般ナリト答フルヲ正當トス。サレバローレンス氏モ「法規タリトモ苟モ一般文明諸國ニヨリ容レラレタルモノニアラザレバ法トシテ有權力ニアラズ」ト云ヘリ (The rule can have authority as law unless it has been generally accepted by civilized states * p. 95.) 然レモ歴史ノ實際ニ徴スルモハ國際法規ハ文明國一般ノ明示ノ容認ニヨリテ成立スルニアラズ故ニローレンス氏ハ上記ノ如ク明言セル後直ニ矛盾ノ言ヲ爲シテ曰ク「然レモ實際ニ於テハ小弱國タルモノハ只大強國ノ定ムル所ニ默認ヲ與ヘ。特ニ其小國ノ直接利害ニ關セザルコトニ對シテハ然リトス」ト。夫レ國際法上ニテハグロチウス氏ノ言フガ如ク凡テノ國家ガ平等ナラザルベカラズ。然レモ小國ハ實際ニ於テ完全ナル容認ヲ與フルノ必要ナキモノト看做サル而シテ古來ヨリ今日ニ至ルマデ實際問題ノ多クハ歐羅巴協調ニ依リテ解釋セラレ居レリ去レバ實際上國際法ナルモノハ大強國ニ依リテ設定セラレ萬國ノ容認ト稱スル虛偽ナル名義ノ下ニ實ハ大國ノミニ容認ト小國ノ服從的默認ニ因リ

歐洲協調ト萬國ノ關係

成ルモノト謂ハザルベカラズ今次ニ歐羅巴協調 (European concert) ノ沿革ヲ詳述シテ協調ト萬國ノ容認トノ關係ヲ研究セン。

(參照) Lawrence, Essays V. 'The Primacy of the great powers' P. 268-332.

Nys, Etudes de droit international et de droit Politique vol. II P. 1.

此問題ハ又國家平等權ノ場合ニ研究セラレ、此點ニ付テハ

Westlake, P. P. 92-101 參照

歐洲協調ノ沿革

歐羅巴協調ノ起源ハ十九世紀ノ初ニ方リシヨームン (Treaty of Chaumont) ノ條約ヲ以テ其形體ヲ創成セリ抑モ此條約ハ千八百十四年三月一日巴里占領那破翁廢位ノ際英露普奧ノ間ニ締結セラレタルモノニシテ此條約ノ目的ハ那破翁ノ抑制ト其後維納條約ニテ設定セル政畧ノ大要ヲ定ムルニ在リシナリ之ヲ詳言スレバ此條約ノ目的ハ歐羅巴全體ノ力ニ依リ那破翁ノ勢力ヲ抑ヘントシタルニ外ナラズ此目的ノ爲メニ歐洲ノ諸君主政治家ハ皆其猜疑嫉妬ノ念ヲ止メテ那破翁ニ抗抵シ歐洲ノ土地ノ配置ヲシテ各其舊ニ依リ單獨ナル一國ノ龐大シテ權力ノ平均ヲ缺クヲ防止スルコトヲ企圖セリ此目的ノ爲メニ歐洲ノ四大

協調ノ端

四大強國

強國ハ一致ノ運動ヲ爲シ所謂歐羅巴協調ノ端緒ヲ開ケリ其後千八百十五年ニ於テ那破翁全ク敗績シ歐洲ノ公敵ハ消滅スルニ至レリ從テ歐洲一致ノ原因ハ最早存在セザルコト、ナレリ然レドモ共同一致ノ運動ヲ爲ス主義ハ尙ホ依然トシテ存在シ時々問題ノ起ルニ從ヒ事實トシテ現出シ來レリ斯ノ如クニシテ強國ノ一致協調ナルコトハ歐羅巴政略ノ一主義 (Doctrine of European Polity) トシテ成立スルニ至レリ維納會議ノ際タレイラン (Talleyrand) ノ老巧ナル佛國ヲ強國協調ノ中ニ入ル、コト、ナセリ斯クテ當初シヨームン會議ノ際ニハ四大強國ナリシモ一國ヲ増加シ當時ノ公敵ナリシ佛國ヲ協調ノ中ニ入ル、ニ迫ヒテ當初ノ目的モ亦自然變ゼザルヘカラサルニ至レリ。

五大強國

斯クノ如ク歐洲協調ニ佛國ノ入りシハ當然ノコトニシテ其富強ノ程度及ビ歴史沿革上ヨリ云フモ之ヲ除外スルハ自然ノ趨勢ニ背クモノトス斯クノ如クニシテ佛國ハ千八百十五年ヨリ歐羅巴協調ニ入レリ又伊太利モ千八百六十七年ニ至リ之ニ加入スルコトトナリシガ他ノ歐洲諸小國ハ之ニ入ラザリキ但シ維納會議ノ際瑞西、葡萄牙、瑞典等ノ諸國ハ會議ニ列席スルコトヲ許サレタルモ事

小國排斥

實ハ他ノ諸強國ト平等ノ地步ヲ保持スルコト能ハザルヲ證セリ此三國外ノ小國ノ使節ノ如キハ只會議ニ列席セシニ過キス千八百十八年ノエクスラ、シヤベル會議ニ於テハ維納會議ニ列席ヲ許サレタル小國モ遂ニ其列席ヲ許サレズ是ヲ以テ西班牙ハ異議ヲ主張セシモ其目的ヲ達スル能ハザリキ然ルニ此千八百十八年十一月十五日ノエクスラ、シヤベル會議ノ秘密議定書 (Secret Protocol of Aix-la-Chapelle) 其モノハ小國ニ與フルニ列國會議出席權ヲ以テセリ其議定書ノ要領左ノ如シ。

エクスラ、
フ、シヤ
ベル議定
書

五大強國ノ結合ハ一時ノモノニアラズ此結合ハ諸條約維持ノ爲メ及ヒ其設定セシ諸權利ノ爲メニ存立スルモノナリ又歐洲ノ平和ヲ保全スル列國組織 (state system) ノ永久ニ安全ナルコトヲ企圖スル爲メニ存在スルモノナリ而シテ此結合ハ列國會議 (Congress) ヲ開キ此機關ニ依リ其ノ共同ノ活動ヲ爲ス此列國會議ハ討議ノ問題ニ利害ノ關係アル小國ノ代表者ノ出席ヲ許スコトヲ得。

即チ此議定書ノ趣旨ハ歐羅巴ノ諸問題ヲ歐洲協調ニ依リ決定セントスルニア

リ又此五大強國ニ依リ一ノ中心的強力ヲ創設セントスルニアリ而シテ小國ハ此議定書ニ依リ其會議ノ問題ニ付キ利害關係アル場合ニ於テハ之ニ列席スルコトヲ得タリ今其一二ノ例ヲ舉グレバ(一)千八百六十七年倫敦會議ノ際白耳義和蘭ノ二國ハ列席ヲ許サレタリ蓋シ是レ其議題中ルクセンブルグニ關スル事項カ此等二國ニ關係アリタルヲ以テナリ(二)千八百八十四年及ヒ千八百八十五年ノコンゴリ河、ナイガリ河及ビ其地域ノ通商航海及政治上ノ問題ニ關スル西亞弗利加列國會議ニハ白耳義、丁抹、西班牙、和蘭、葡萄牙、瑞典等ノ諸國モ列席セリ又土耳其モ亞弗利加ニ領地ヲ有スルノ故ヲ以テ出席ヲ許サレタリ。

小國ノ排
斥セラレ
タル例

然レトモ小國ガ列席ヲ許サレザル例ヲ舉グルコトモ亦困難ニアラズ大體ニ於テハ小國ノ列席ハ寧ロ恩惠的ナリシヲ以テ其列席ノ許否ヲ爲スハ實ニ強國ノ方針中ニアル狀態ナリ今其一例ヲ舉グレバ千八百七十八年希臘ノ領土擴張ニ關シ伯林會議ヲ開クニ方リ希臘ハ利害ノ關係アルノ故ヲ以テ之ガ列席ヲ要求セシモ拒絶セラレタリ。

之ヲ要スルニ小國ノ容認ナルモノハ必要ト認メラレズ小國ノ如キハ唯單ニ強

國ノ定ムル所ニ服從スレバ可ナリトセララルル狀態ナリシナリ去レバ獨立ノ承認ノ如キ又國際團體ニ或國家ヲ入ル、ガ如キ問題ニ關シテハ強國ニ於テノミ之ヲ決定スル有様ナリ而シテ之ガ決定ヲ與フルニ歐洲全體ノ名ヲ以テシ以テ之ヲ有効ナラシム

歐洲協
調ノ成
業セル

之ヲ要スルニ彼等強國ノ爲セシ事業ハ尠少ニアラス即チ希臘國ノ獨立スルヲ得タルハ全ク歐羅巴協調ノ餘澤ニ外ナラス千八百二十一年希臘國ノ暴起シテ土耳其ニ抵抗セシヤ神聖同盟(Holy alliance)ハ之ニ同情ヲ表セス然レトモ亦敢テ之ヲ壓服セントモ爲サ、リキ特ニ露國ノ如キハ却テ其同一宗教人民タルノ故ヲ以テ希臘人ニ對シテ保助ノ念ヲ抱ケリ英佛二國ハ一致シテ次ニ述フルガ如キ方針ヲ採レリ曰ク土耳其ノ事件ハ露國若クハ神聖同盟ヲシテ隨意ニ之ヲ決定セシムヘカラスト此方針ニ依リ自ラ率先シテ希臘事件ヲ處理シ之ヲシテ獨立セシメンコトニ努メタリ英國ノ如キハカンニング(Canning)ノ指導ノ下ニ希臘ヲ扶助シ千八百二十三年ノ秘密會議ニ依リ露國ト結託シ千八百二十七年ニハ佛露ト結託シ希臘ヲ獨立セシメント努メタリ遂ニ千八百三十二年五月七日ノ

倫敦條約ニ依リ三國ハ希臘ノ獨立ヲ承認セリ然レトモ此事件ハ塊地利普漏西ノ協賛ヲ經ルマテハ實行セラレサリキ而シテ此等ノ二國ハ常ニ主張シテ曰ク我曹ハ希臘ノ獨立ニ關シ實際ノ助力ヲ與ヘサルモノモ相談ヲ受クルノ權ヲ有スト千八百六十二年ニオールソ王 (King Olho) ノ廢セラレタル場合モ大強國ノ協調ニ依リ丁抹ノジョウジ (Prince George of Denmark) 親王ヲ希臘國ノ王トシテ事ヲ鎮定セリ又千八百七十七年及ヒ千八百八十二年ニ希臘ノ領土ヲ擴張セントノ要求モ列國ノ審判ヲ仰クコト、ナリ伯林會議ヲ開クコト、ナルニ至レリ要スルニ希臘ノ獨立ハ全ク歐羅巴協調ノ一事業ニ外ナラス。

白耳義ノ建國モ亦諸強國ノ協調ニ因ル此場合ニハ諸強國ハ最初ヨリ一致ノ運動ヲ爲セリ事ノ起源ハ和蘭王ノ要求ニアリ和蘭及ヒ其叛民タル白耳義人間ノ調停ヲ諸強國ニ託スルニ始マル然レトモ諸強國ハ和蘭王ノ希望ニ反シ白耳義ノ獨立ヲ命シ且ツ白耳義ノ永久局外中立國タルコトヲ承認セリ當時諸強國中ニモ種々議論アリシモ千八百三十九年ノ條約ニ依リ之ヲ實行シタル爲メ白耳義内ニ血ヲ濺ヤタル後始メテ其成效ヲ得タリ。

クリミア戦争モ亦歐洲協調ノ活動ヨリ出テタルモノトス抑モ此戦争ハ種々ノ目的ヲ有セシト雖モ其主要ナル點ハ歐羅巴土耳其ノ耶蘇教徒ノ司命ヲ露西亞一國ニ歸セシムルヲ妨ケ之ヲ歐洲一般ニ歸セシメントスルニアリ即チ露國ノミノ勢力ガ土耳其ニ充滿スルヲ抑制セシモノナリ千八百五十六年ノ巴里條約ニハ塊地利普魯西モ亦調印セリ此二國ハ元來クリミア戦争ノ交戦國ニハアラサリシモ大強國タルノ故ヲ以テ其條約ニ調印セシモノナリ次ニ千八百七十八年ニ至リ伯林條約ニ英佛塊等ノ諸強國カ東方問題處分ノ爲メ調印セシモ亦是レ歐羅巴協調トシテノ活動ノ一ナリ。

此外埃及クリート (Crete) 問題等歐羅巴協調ニ依リ處理セラレタルモノ實ニ枚舉ニ違アラスクリミア戦争ノ際日本ヲ永世局外中立國ト爲サントスル議モ亦歐羅巴強國中ニ起レリト云フ(參照拙著 *La Neutralite du Japon pendant la guerre franco-allemande*) 之ヲ要スルニ歐羅巴協調ナルモノハ紛議ノ審判者タリ又立法者タリ而シテ小國ハ之ニ與ラスローレンス之ヲ評シテ曰ク「強國ハ歐洲ノ事件ニ關シテ主要ナル位置ヲ占メ其結果國際法上平等權ノ原則ハ最早適用スヘカラサル

歐洲協調
上萬國ノ
容認

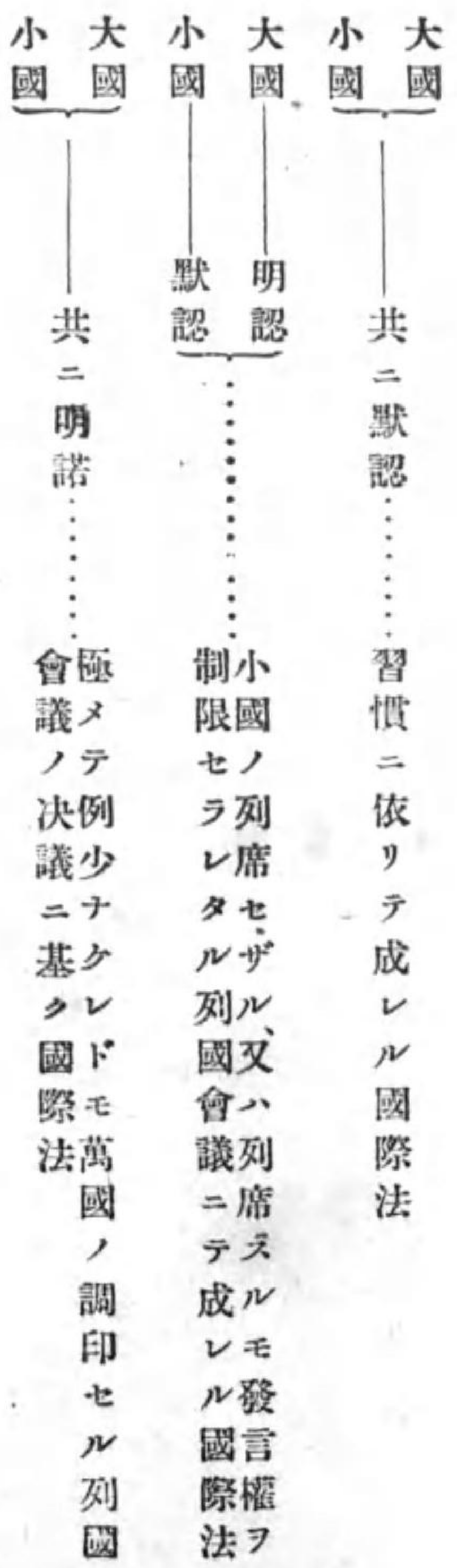
ニ至レリ爰ニ於テカ強國ノミ其強力ニ比例シテ威力ヲ逞ウシ小國ハ唯其決定
スル所ニ服從セサルヘカラサル状態ナリ按スルニ歐洲強國ノ協調ハ漸次ニ發
達シテ國際爭議ヲ決定スル機關トナリ之ニ既往三百年間諸哲學者政治家及ヒ
宗教家ノ希望セシ最高國際裁判所ヲ得ルニ至ルヘシ (Essay, p. 228-233) ト余ハ
未タ俄ニローレンスノ言ヘルガ如ク歐羅巴協調ナルモノハ國際法上ノ國際紛
議ヲ判定スル者トナリ又國際法ノ立法者トナリ得ルヤ否ヤヲ確言スル能ハス
然レトモ現存ノ歐羅巴協調ハ漸ク擴張シ最早今日ニ於テハ歐羅巴協調ニアラ
スシテ米西戰爭以後歐米協調トナレリ終ニハ世界協調ナルモノ生スルニ至ラ
ハ此協調ナルモノモ亦其公平ナルコトヲ得ヘキカ現ニ白耳義ノ歴史派國際法
學者ナイスノ如キハ主張シテ曰ク我白耳義ハ專制ナル歐羅巴協調ノ結果トシ
テ永世局外中立國トナレリ抑モ此歐羅巴協調ハ法理上不都合ナルモノニシテ
其初メ英獨露澳ノ四大強國ナリシモ次テ佛國之ニ入り又伊太利モ之ニ加ハリ
テ六大強國トナレリ今ヤ北米合衆國ハ之ニ入り次ニ北清事件ニ依リ日本モ之
ニ入ルコトナレリ爰ニ於テカ歐羅巴協調ハ一變シテ歐米協調トナリ二變シ

テ世界協調トナリ文明國一般ノ協調トナルコトヲ得ハ茲ニ始メテ國際法上ハ
萬國ノ容認ナルモノ行ハルコトヲ得ヘシト然レトモ日本ハ未タナイスノ主
張スルカ如ク大強國ノ協調ニ入りタルヤ否ヤハ一疑問ニ屬ス米國エール大學
ニ於テ有名ナルボルドウ・ハン・頃日一論文ヲ惠贈セラル其中「大強國ナルモノ
ハ小家族ノ如シ其數ノ少キハ大強國ノ少キカ故ナリ此家族ハ近來迄一地方的
ナリ即チ彼等ハ歐洲強國ト稱セリ今ヤ我合衆國ハ聳肩此伍伴ニ入レリサレハ
大強國ハ最早英露佛澳獨伊ニアラス伊太利ノ如キハ其地位ヲ維持スル能ハス
……………日本ハ恰モ伊太利ノ如キ地位ヲ占メ支那ノ如キハ若シ其意思ニ反
シテモ泰西文明ヲ輸入スルトキハ高等ナル地位ヲ得ルナラント。

(參照) The Yale Review, Feb., 1901, The Entry of the United States into world politics as
one of the great Powers, by Simon F. Baldwin. The great powers are a small family. They
always must be, for the great are few. It was until recently a provincial family. It called
itself the great Powers of Europe. The United States have now allowed their way into it.
It is no longer Great Britain, France, Austro-Hungary, Germany and Russia. There is

no room in the circle for Italy. Japan already has a title for the next vacancy almost as good as Italy's. China, reconstituted, revived against its will by Western civilization, may, in this new century, assert her right to a place in line.

即チホルトウキン氏ハ一方ニ於テ以太利ノ最早大強國ニアラザルコトヲ論ジ。一方ニ日本ノ以太利タルベキヲ云ヘルヲ以テ結局日本ハ充分ニ大強國タル能ハザルガ如シ。然レドモ若シ今後歐洲北米合衆國及ビ日本國等ヲ以テ世界協調ヲ成シ以テ最高國際裁判所ノ如キ任務ヲ爲ス曉アリ又此等ノ協同ニヨリ國際法規ノ立法ヲ爲スアラバ此時始メテ國際法ハ諸文明國一般ノ容認ニヨリ成立スト云フコトヲ得ベシ。現在ノ有様ニテハ法理上文明國一般ノ容認ト云フモ實ハ大國ハミニテ容認スレバ國際法ハ成立スルモノニシテ小國ハ單ニ服從即チ默認スルハミ。然レドモ此默認モフキモアノ分類法ニ依ルトキハ容認ノ一方法ナルニ外ナラズ故ニ現在既成國際法ハ諸文明國ノ容認ニヨリ成立スト云フモ其内容ヲ伺ヘバ左ノ如ク爲ルベシ。



○本章ニ關スル問題

- (一) 如何ナル國ニ國際法ハ適用セララル、ヤ、
 - (二) 國際法上ノ當事者ヲ問フ、
 - (三) 簡人ハ國際法上ノ當事者タルヲ得ザルカ、
 - (四) 文明國トハ如何ナル文明ノ程度ノ國ナリヤ、
 - (五) 歐洲協調ノ沿革ヲ問フ、
 - (六) 國際團體ニ加入ストハ如何ナル意味ナリヤ、
- 平時國際法總論 第二章 國際法ノ定義 第五節 國際法ハ文明國ニ因リ成立ス 八五

(七) ウェストレーキ氏ノ歐洲的文明國ナル主義ヲ論評セヨ、

(八) 現時國際法ノ成立ハ皆ナ萬國ノ容認ニ基クヤ、

(九) 「社會アレバ法アリ」トノ格言ヲ國際團體ニ適用セヨ、

(十) 國際法ヲ定義シ其大要ノ内容ヲ擧ゲヨ、

○本章ニ關スル一般參考書

Halleck, I, 41; Wheaton (I) 25, (D) 23; Hall, 1; Woolsey, 2; Greasey, 1; Calvo 1, 139; Phillimore I, 1-9
Walker, Manual, 1; Annuaire de l'Institut de Droit International 19 vol. 1900, 181-189; Liszt 1-6
Ulman 4-6

第三章 國際法ノ淵源

Sources of International Law;

Quellen des Völkerrechts; Sources du Droit International.

第一節 國際法ノ淵源トハ何ゾ

國際法ノ淵源トハ何ゾ

學者ニヨリテハ之ヲ淵源(Sources)ト云ハスシテ證據(Evidence)ト云ヘリウヰーカ
| 氏ノ如キ是レナリ (Walker, History of Law of Nations b. 20) 又淵源ノ意味ニ關シ
テモ其解釋ヲ異ニシローレンス氏ノ如キハオーステンノ説明ヲ借り來リテ法
規ハ始メテ見出サレタル場所ナリト云ヘリ(Lawrence. 大P. 91. Austin II. 526-528.;
The place where its rules are first found.) 余ノ見ル所ニテハ之ヲ「萬國ノ容認ヲ經テ國
際法トナルベキ材料」ト云フヲ可トスルニ似タリ。(一)

(一) ホルツェンドルフノ如キハ淵源ナル言詞ヲ國際法形成ハ原動力ナル意味
ニ取り、萬國ノ容認承認平和的法律良心等ヲ列擧セリ。(Holzendorff. Intro
duction. § 21. p. 80.)

ボンフキスモ淵源ニ二解釋アリ、一ハ國際法規形成ノ最初ノ手續、一ハ國際法

淵源ニハ
二種ノ意
味アリ

規ハ始メテ見出サルヘキ記録等ナリト云ヘリ。(Bonfils, manuel de Droit Inter-national public p. 22.)

本著者ハ茲ニ此ボンフスノ舉ゲタル第二ヲ以テ淵源トシテ論ズ。

又淵源トシテ舉タル所モ諸學者ニヨリ大差別アリ、又其已ニ淵源ト認メラレタルモノ、間ニテモ彼是ノ間ニ輕重ノ差ヲ置キ一學者ノ重要視スル所モ他ノ學者ハ重要視セザルコトアリ、中ニハ輕重ノ差ナシト云フモノアリ(輕重ノ差ナシト云フハ少シク淺シ、何トナレバ或ル淵源例ヘバ文明國一切ガ調印セシ國際間ノ規則ニ關スル條約アリト假定セヨ、是等ハ有力ナル淵源タルノミナラズ解釋ニヨリテハ文明國一切ガ調印ヲ終ルト同時ニ所謂ル萬國ノ容認ヲ終ルヲ以テ直ニ之ヲ國際法ト云フベク、之ヲ他ノ二三國間ノ條約ニ比スルニ其重要ノ點ニ於テ差異アルコト疑ナキヲ以テナリ)。

余ハ先ヅ參考ノ爲メ二三學者ノ淵源トシテ舉グル所ヲ例示セン。

ホウキートン氏ノ列舉スル所ハ左ノ如シウオーカー氏特ニ其二著書中ニ引照シテ其正當ナルヲ認ム。

- (1) 憑據スベキ學說 (Text writers of authority)
- (2) 平和、同盟、通商條約ノ既成國際法ヲ宣明シ改良スルモノ (Treaty of peace, alliance and commerce declaring, modifying or defining the pre-existing international law.)
- (3) 各國政府ヨリ軍艦又ハ捕獲審檢所ニ下シタル訓令 (Ordnances of particular States prescribing rules for the conduct of their commissioned tribunal.)
- (4) 國際裁判所例ハ仲裁々判所等ノ判決 (The adjudication of International Tribunals, such as boards of arbitration etc.)
- (5) 裁判官ノ其政府ニ提出セル調書 (The written opinions of official jurist, given to their own government.)
- (6) 戰爭、國際談判等ノ歴史 (The History of wars, negotiations, treaties of peace, and other transactions relating to the public intercourse of nations.)

又ウオーカー氏ハ左ノ如ク列舉ス。

- (一) 主要ナル淵源——(a) 政府ヨリ官吏ニ下シタル訓令、并ニ宣言例ハ米國陸戰訓令、(b) 國內裁判所ノ判決、(c) 仲裁々判所ノ判決、(d) 條約并ニ列國公會ノ決

議(e)私信并ニ傳記等

(二) 第二流ノ淵源——學說

マルテンス(露)ハ左ヲ舉グ

- 一) 慣行 (Das Herkommen)
- 二) 條約 (Die Verträge)
- 三) 外交文書 (Diplomatische Urkunden)
- 四) 法律 (Gesetze)
- 五) 裁判例 (Gerichtspraxis)
- 六) 歴史 (Geschichte)
- 七) 學問 (Wissenschaft)

フキリモリア氏ノ舉グル所ハ少シク奇異ナリ。

- (一) 自然法 (Natural Law)
 - (二) 啓示(託宣)法 (Revealed Law)
 - (三) 慣習 (Custom)
 - (四) 條約 (Treaty)
- 此前二者ハ萬國ノ容認ヲ要セス、後二者ハ容認ヲ要スト云ヘリ全クグロッチェスノ系統ヲ嗣クモノナリ。

學者ノ淵源トシテ舉グル所此ノ如ク大差アルモ之ヲ二派ニ分ツコトヲ得、今之ヲ次節ニ説明セン。

第二節 國際法淵源ニ關スル英米派ト大陸派

英米派ト大陸派トノ差

第一款 英米派ト大陸派ノ差

英米學派ハ一般ニ自然法、學說等ヲ國際法淵源トシテ重要視セス故ニ是等ヲ畧スルモノアリ、大陸學派ハ大抵學說ニ重キヲ措ク、デヒス氏曰ク

往時ノ學者ハ大要之ヲ英米派大陸派ニ分類スルコトヲ得タリ、大陸派ハ羅馬法ヲ熟知シ又學說ニ重キヲ措ク。之ニ反シテ英米派ハ英國普通法ニ感化セラレ有權力ナル裁判所ノ判決并ニ國際關係上拘束力ヲ有スルモノト認メラレタル先例ニ重キヲ措クノ傾アリ。(The Early writers were roughly grouped into two schools. One, made up chiefly of Continental authors, who were familiar with the Roman Law, and by whom great authority was attached to the views of text writers. The other, composed of English and American writer, whose works, strongly influenced by the common law of England, attach the greatest weight to the decisions of competent courts and to the precedents established by the usages of nations and recognized by them as binding in their interours with each other.) (Davis, P. 26)

要スルニ英米派ハ判決例ニ重キ措キ大陸派ハ學說條約ニ重キ措ク。其理由ハホウキートンヲ注釋セルダナー氏ニヨリ最モ巧妙ニ説明セラル。

國際法學者ハ互ニ國際法淵源ニ關シテ意見ヲ異ニシ一學者ノ視テ重要ナル淵源トスルモノモ他ハ之レヲ輕視スル有様ナリ例ヘバ佛國ノオートフアイユ(Hautefeuille)ノ如キハ捕獲審檢所ノ判決ノ如キニ重キヲ措カズ却ツテ著作者ハ議論ヲ一層ノ價值アルモノトセリ大陸學者ハ一般ニ此傾向ヲ有スルハ注意ヲ要スルノ現象トス然リ而シテ英米學派ハ之レニ反シテ判決ニ重キヲ措クヲ一般ノ傾向トス是レ蓋シ各自國法ノ組織ハ差異上ヨリ此二大別ヲ生ゼルモノナラン英米ニ於テハ裁判所ノ判決ハ法律ノ有權ナル宣言(authoritative declaration)ナリ即チ之レヲ換言スレバ立法者ノ布令ニヨリ發布セラレタルモノ、ミニアラズシテ慣行ニヨリテ成立セル法律ヲ法律トセリ又此等ノ判決ハ法律ノ何タルカノ證據タルモノナリ斯ル法律組織ノ下ニ教育セラレタル英米人ハ裁判所ノ判決ニ重キヲ措クハ當然ノコトトス彼ノ裁判所ノ論告中當該ノ事件ニ關係少ナキ議論ノ如キ之ヲ「オピテル、ヂクタク」(Obiter dicta) (偶然

ダナー氏
ノ巧妙
ナル説明

ニ與ヘラレタル議論(an opinion given incidentalry)ト稱シ有權ノモノトハ見做サ
レドモ而カモ此等ハ彼ノ想像的事件ニ對シ勝手ニ空論ヲナシタルモノヨ
リ有効ノモノトス。

然ルニ之ニ反シ大陸學者ノ境遇ハ之ニ異ナル彼等ノ國ニ於テハ國法ノ組織
上裁判ノ判決ハ斯ノ如ク重要ナルモノニ非ズ又之ヲ先例トシテ有効ナラシ
ムベキモノニアラズトシ又有權ナル法律ノ解釋トシテ之ヲ尊重セズ彼等ハ
此國ニ生レ只法律ノ有効ト否トハ立法者ノ發布ト否トニ依リテ確定シ苟モ
發布セラレザルモノハ何等ノ價值ナキモノトス一ノ判決ハ單ニ一事件ニ法
律ヲ適用セシト云フニ止ル其事件ニ依リ其判決ヲ來セル一般法律ハ其判決
ニヨリテ確定セラレタルニハ非ラズシテ發布ニヨリテ確定セルモノトス斯
ク判決ニ重キヲ置カザルヨリ却テ滔々ト辯セラレタル學說ニ重キヲ置ク云
々ト。(Wheaton by Dana § 15 Note)

以上ハ是レ英米派ト大陸派ノ差ナリ余ハ是レヨリ此兩派ガ條約ニ關シテハ各
其主義ニ矛盾シテ實地派タルベキ英派ガ條約ヲ輕視シ學理派タルベキ大陸派

ノ却テ條約ヲ重要視スルヲ研究批評セン。

第二款 英米派、大陸派ノ自家撞着ト其理由

前ニモ述べタル如ク英米學派ハ學說ヲ輕シ大陸派ハ判決例等ニ重キヲ措カス是其主義ノ然ラシムル處ニシテ怪ムニ足ラザルコト前ニ述べタルガ如シ。

然ルニ條約ニ關シテハ兩派急ニ其主義ヲ顛倒シ各々自家撞着ヲナセリ元來條約ナルモノハ之レヲ締結スルニ明文ヲ以テシ正確ノ權利事實ニ付テ定約スルモノナレバ實地ニ國際法ノ淵源トシテ判決例、外交文書、國際法的國法等ト同ジク有力ナルモノトシテ觀察スベキ筈ナリ然ルニ實地派タル英米學派ハ却ツテ條約ニ重キヲ措カス大陸學派ハ學說ヲ重ンジ判決ヲ輕ンジ寧ロ理想的ノ淵源ヲ重要視スルニモ係ラズ此條約ニ重キヲ置ク是レ理想派タル大陸學者ト實地派タル英米學派トカ各其主義ニ反對シテ彼此地ヲ換ヘタルノ觀アリ現ニ英國學者ハ如キハ主張シテ曰ク條約ナルモノハ其當事者間ニ成立スルモノニシテ相互間ノ問題ニ關シテハ必要ナルモ國際法理ノ上ヨリ云ヘバ必要ナモノニア

條約ニ關シテ英米派自家撞着ノ觀アリ

ラズト是レ實ニ大陸學派ガ判決例ヲ輕視セル場合ニ用ヒタル論鋒ヲ條約ニ適用セルモノト云フベシ實地派タル英國學派ヨリ此說ヲ聞クハ頗ル奇異ニ屬スルモノニシテ結局英國學派ノ說ニ矛盾アルモノト認メザルベカラズ又大陸學派中オトトフオイユガ條約ハ國際法ノ大原則ヲ含ムモノニシテ其淵源中最モ重要ナルモノナリト云ヘハ是レ實ニ英米派ガ判決例ニ對シテ下セル論鋒ヲ以テ條約ヲ批評セルモノニシテ理想派タル大陸學者ヨリ此說ヲ聞クハ同ジク奇異タルヲ免レス。

以上掲タル事實ハ國際法淵源中條約ニ關スル英米學派及ヒ大陸學派ガ互ニ自家撞着ヲナセル點ナリサテ余ハ何故ニ兩學派ガ斯ル矛盾ニ陥リタルカヲ説明セン此說明ハウエストレーキ博士ニヨリテ説明セラル其言ニ曰ク(ウエストレーキ國際法第五章 Westlake chapter V, P. 68.)

國際法ノ淵源トシテ重キヲ條約ニ措クハ英國學派ノ肯ンゼザル所ナリキ蓋シ和蘭ハ地中海沿岸ノ海上法規及ビ英國海軍省ノ主義ニ反シ中立船ニ搭載セル貨物ヲ總テ自由トスルノ主義ヲ擴張センガ爲メニ多クノ條約ヲ締結セ

英國派カ
條約ヲ輕
スルヲ眞
相視スル

ルガ故ニ條約ニ重キヲ措クハ英國ノ不利トスル所ナリキ英國學者ノ見解ニ
ヨレハ特ニ條約ニヨリテ或ル規定ヲ設クルハ必要アルハ條約以外一般ニ其
規定ノ存在セザリシコトヲ證スルモノナリ又和蘭ガ中立船ノ搭載貨物ヲ悉
ク自由トスルガ爲メニ條約ヲ締結シタルハ條約ニヨリテ新主義ヲ立テント
シタルガ故ナリ云々。

大陸派ノ
條約ヲ重
ズル理由

ウエストレーキノ說ハ例ニヨリテ極メテ簡短ナレドモ意味深長ニシテ肯綮ニ中
ル其說ノ如ク英派ハ其國ノ利益ノ爲メニ其實地派タルニモ拘ラズ條約ヲ輕視
シ和蘭ヲ始メ大陸ノ學者モ同ジク其國ノ利益ノ爲メニ其理想派タルニモ拘ラ
ズ條約ヲ重要視ス。
爰ニ於テ顧ミテ一般ニ就テ觀察センニ英米派ハダナリノ述ヘタル如ク其國ノ
法律組織上判決例ニ重キヲ措キ大陸派ハ學說ニ重キヲ措キタルニモ拘ラズ急
ニ其態度ヲ變ジテ條約ニ關シテハ互ニ其主義ヲ顛倒セリ而シテ其理由ヲ研究
スレバ畢竟各自ノ利益ニ基ヅキ其法理上ノ矛盾ノ如キハ顧ミザルニ至レルナ
リ。

國際法ノ淵源ニ關シテハ世ノ學者精密ニ論辯スルニモ關ラズ此矛盾ニ注意セ
ザルモノアリ故ニ余ハ特ニ此點ヲ舉グ。

第三節 國際法ノ淵源ノ種類並ニ說明

第一款 條約

前ニ述ベタル如ク條約ニ關シテ一方ノ學者ハ曰ク條約ナルモノハ其當事者間
ニ成立スルモノニシテ其相互間ノ問題ノ解釋ニ關シテハ必要ナレドモ只國際法
理ノ上ヨリ見ル時ハ必要ナル淵源ニ非ラズ又他ノ一方ノ學者ハ曰ク國際法中
ノ大原則トモ云フ可キモノハ條約中ニ發見セラル、モノナリト顧フニ此問題
ヲ決スルニハ條約ソノモノヲ分類シテ立論スル必要アリ、ホールハ左ノ如ク分
類セリ。

ホールノ
條約分類

- (一) 締約國ノ解釋上ヨリ國際法ノ何タルカヲ公言セル條約例ヘハ千八百七
十一年倫敦ニ開キタル列國公會ニヨリ露、獨、埃、佛、英、伊、土ノ代表者ノ調印シタ
ル議定書中ニ條約ニシテ一タヒ締結セラレタルハ一國ハ相手國ノ合意ア

ルニアラザレバ之ヨリ發生スル義務ヲ解除シ又ハ其條款ヲ變更スルコトヲ得ズト云ヘル國際法ノ大原則ヲ宣言シタルガ如キ是レナリ。(Those which de-claratory of law as understood by the contracting parties.)

(二) 締結國ガ現行國際法以外ナルニモ關ラズ將來實行サルベキ國際法トナサントノ希望ヲ以テ締結スル條約 (Those which stipulate for practice which the contracting parties wish to incorporate into the usages of the law, but which they know to be outside the actual law.)

(三) 單ニ利益交換ヲ約セルモノ (Those which are in fact mere bargain.)
ウヰーカー氏ハ此分類ヲ其儘採用セリ。其他學者ノ分類モ大抵此ノ如シ。然レトモローレンス氏ノ分類ハ一層明亮ナリ即チ余ハ之ヲ採ル。

(一) 國際關係上ノ新規定ヲ設定シ、又領土ニ關スル國際上ノ狀況ヲ變更シ一切ノ文明國又ハ多數ノ文明國ニヨリテ調印セラレタルモノ。

此種ノ條約ハ之ニ調印セル國ガ多ケレバ多キ程、又期間カ長ケレバ長キ程淵源トシテ有力ナルモノ也。若一切ノ文明國ニシテ等シク調印セルカ、又ハ當初ハ調

第一種ノ條約

印スル國少數ナルモ、後ニ至リ多數ガ贊同調印セル時ハ此條約締結ノ行爲ハ一ツノ立法行爲ト云フ可ク、其條約ハ國際團體中ノ各國家ノ各員 (family of nations) ニ對シ拘束力ヲ有スルモノナリ。但此ノ如キ條約ハ其例尠シ、例ヘバ千八百六十四年ノ赤十字條約 (Geneva convention) ノ如キ一例トシテ舉グルヲ得、此條約ハ病者及負傷者ノ看護ニ關スル一切ノ人及ビ物ヲ中立ト看做セルモノニシテ千八百六十六年迄ハ合衆國ハ之ヲ贊同セザリシガ今ヤ之ニ加入シ殆ンド文明國一般ニ容認セラレ是等ノ諸國ヲ拘束スルノ効力ヲ有ス、又千八百九十年ノブルッセル公會 (Brussel conference) ノ最終ノ決議書ハ奴隸貿易ノ決議書ニシテ赤十字條約ト同ジク一般ノ認ムル所トナレリ、千八百八十五年ノ西アフリカ沿岸ニ關スル議定書ノ如キモ同種類ニ編入シ得ベシ勿論此議定書ハ文明國一般ニヨリ調印セラレズ、然レモ亞弗利加ノ發達ニ關係ヲ有シ又ハ關係ヲ有スベキ諸國ニヨリ調印セラレ、合衆國ノ如キモ現ニ一海國且商業上ノ利益ニツキ關係アルノ故ヲ以テ加入調印セリ。

爰ニ一ノ問題アリ、即斯ル議定書ニシテ全體ノ文明國ニヨリ容認セラレザルモ

一般ノ調
印ヲ要ス
ルヤ

國際法ノ直接ナル淵源トシテ見ルコトヲ得ルヤ否ヤ嚴格ニ言ヘハ如何ナル國ト雖モ自ラ容認セサル新規定ヲ遵守スルノ義務ヲ有セザルガ故ニ新規定ノ成立ニハ全般ノ調印ヲ要スルニハアラザルカ理論上ヨリ云ヘバ全般ノ調印ヲ要スルガ如シ然レモ余ガ前章ニテ述ベタル如ク實際上ハ然ラズ小國ハ唯々トシテ大國ノ定メタルモノヲ遵守スルノ有様ニシテ特ニ利害ノ關係ヲ有セザル場合ハ益々小國ノ容認ヲ要セズ例ヘバ茲ニ一ツノ海上國際法ノ規定ニシテ變更ヲ要スルモノアリトセン此場合ニ海モ有セズ又一ツノ船舶ヲモ有セザル瑞西國ククセンブルグ國等ノ容認ヲ要ストシ又一ツノ常備兵ヲ有セザルリベリヤ國ノ容認ヲ經ルニアラザレバ陸戰公法ノ一條タリトモ變更スルヲ得ズト論定スルコトヲ得ベキヤ若シ此等ノ國ノ容認ヲ必要ト云ヘバ之レ恐クハ不通ノ言タルヲ免レザルベシ(Lawrence 大. 96)又茲ニ一問題アリ即チ千八百五十六年巴里宣言ニ北米合衆國ノ反對セシコト是ナリ獨リ合衆國ノミナラズ西班牙、メキシコ、ベネチエラ及支那等之ニ調印セザルコトモ容易ニ看過スベカラザル事實ナリ、然ルニ今ヤ此巴里宣言ハ事實上國際法ノ効力ヲ有スルハ何ゾヤ、コレ其千八百

大出ノ反
對アルキ
ハ如何

五十六以年來實際ニ遵守セラレ事實上容認ヲ得タル有様ナルヲ以テナリ米西戰爭ノ際ノ如キ兩國ハ實際上巴里宣言ノ内容ヲ實行スルコトヲ期セシヲ視テ證トスベシ。

第二種ノ
條約

(二) 條約ガ契約者間ノ相互ノ間丈ケニ新規定ヲ創設スル者

此場合ニ於テ當事者ハ二三國ニ限り而シテ其新規定ナルモノハ此二三國ニ關シテ行ハル、モノニシテ一般ノ法規ニ非ラズ從テ此新法規ハ特長ハ其一般國際法ニ非ラザルコトヲ證明スルコト之レナリ(They are Evidence of what international law is not)何トナレバ若シ一般國際法ナレバ特ニ新規定ヲ設クル必要ナクレバナリ畢竟スルニ是等ハ通則ノ例外ヲ設ケタルモノニ外ナラズ千七百八十五年合衆國及普漏西間ノ條約ハ此條約ニ屬ス其十三條ニ兩國ノ一方例ヘバ甲ハ戰爭ヲナシ他ノ一方乙ハ平和ヲ維持スルニ際シ此甲ハ乙國船舶ノ禁制品ヲ拿捕スルモ之ヲ沒收セサルコトヲ約スト是レ一般國際法ノ原則ニ反スルモノニシテ通常ノ場合ナラバ此乙國中立國船舶内ノ禁制品ヲ沒取セラルコトヲ法トス然ルニ此特別條約ニヨリ一般國際法以外ハ利益ヲ得ントスルモノナリ概シテ

斯ル條約ハ國際法ノ淵源トハナラズ、只一ノ場合ニ於テノミ此條約モ亦淵源トナルノミ即二三國間ニ於テ全ク新ナル法規ヲ制定シ其法則ノ結果善良ニシテ他國モ之ヲ模倣シ遂ニ一般ニ容認セラル、ニ至リタル場合はレナリ。勿論此法規ノ一般ニ認メラル、ニ至ル其間頗ル永カルベキモ固ヨリ差支ナシ(巴里宣言ノ場合ト異ルハ彼ハ二三國ノ間ハ條約ニアラズ、當初ヨリ文明國ニ行ハルハコトヲ期シタルモノナリ、此第二ノ場合ハ二三國間丈ハ履行ヲ期シタルモノナリ)其例ハ自由船舶自由貨物 (Free ships-Free Goods) ハ原則ハ沿革ハ如キ是ナリ、抑モ此原則ハ其始メ千六百五十年西班牙ト和蘭聯邦トノ間ニ締結セラレタル條約 (Dunmont vol. VI 5716)ニ基クモノニシテ此條約ノ新原則ハ次第々々ニ模倣セラレ第十九世紀ニ至リ一般ニ文明國ニ採用セラル、ニ至レルモノナリ。

(三) 國際法々則ヲ含マザル條約即當事者間ノ事件ヲ設定セルモノ大抵ノ條約ハ此種類ニ屬ス、大抵ノ國ハ國際事件ヲ處分スルトキニモ將來ノ國際法等ヲ考フルヨリ、目前ノ利益ニ氣ヲ奪ハル、故ニ、國際法規ヲ設定スル如キヲ少ナシ、是レ此第三種ノ條約ノ多キ所以ナリ。

以上余ハ條約ノ種類ニヨリ淵源トナルモノト否ラザルモノトヲ擧ゲタリ、此條約トハ必ズシモ一條約全體ニ限ラズ、一條項ノミノ場合アルハ言フ俟タズ、時ニ或ハ一條約中ニ上記三種ノ性質ヲ含ムモノヲ見出スヲモアルベシ。

第二款 捕獲審檢所仲裁裁判所ノ判決

捕獲審檢所ノ宣告

(一) 捕獲審檢所ナルモノハ戰爭ノ繼續中交戰國ニ於テ開始シ、其軍艦ニヨリ拿捕シタルモノ、ニ關シ審判ヲ下ス官衙ナリ、此審檢所ニ於テハ國際法ヲ標準トシテ審判ヲ下シ幸福ニモ此審判ニ關シ實際上外國ノ干涉ヲ惹起セシト少シ (Lawrence) (此審檢所ノ判決ハ其判事ノ能力、學力、及公平ノ程度ニ比例シテ先例トシテ尊敬セラル、モノニシテ既往ニ於テ有名ナル判決例ヲ作りシハ米國ノストロリ (Story) 英ノロード・ストーウナル (Lord Stowell) 佛ノポルタリス (Portalis) ナリ。上記ノ如ク審檢所ニテ起ル問題ハ今日ニテハ大抵先例アリ、大抵ノ事件ハ此先例ノ法理ニヨリ裁決セラル、ト多キモ複雑ナル人世ノ事ハ先例以外ノ問題起ルヲ免レヌ、例ヘハ日清戰爭ノ高陞號事件ノ如キ是ナリ、此ノ如キ新事件ノ場合

ニ其新判決ハ國際法ノ淵源トナルモノナリ、蓋シ今日ノ先例タルモノモ當初ハ矢張裁判官ニヨリテ下サレタル判決ニ外ナラズ而シテ一度先例トナルニ及ヒテハ最モ確カナル淵源トナルナリ、特ニ此部類ノ國際法ハ多ク英米及佛國ニ發達セシコトハ吾人ノ注意スベキ點ナリ、故ニ最モ正確ナル國際法ノ部分即チ先例ニヨリテ發達セル國際法理ノ如キハ獨乙ニ於テハ深ク發達セス、獨乙海上國際法大家ペレールス(Parels)博士ノ如キモ此事實ハ認メ居レリ。

此ノ如ク捕獲審檢所ニ於テ新事件ヲ裁判スルニ方リ最初ハ其裁判官ガ眼前ノ一事件ニ付テノミ審判ヲ下シタルニ過キササルモノモ、其判決中ノ法理ニシテ正當ト認メラル、場合ニ於テハ之ト同様ナル他ノ事件ニ關シ其國又ハ他國ニ類推セラレテ茲ニ一ノ有力ナル先例トナルナリ、例ハ彼ノ有名ナル繼續航海主義(Doctrine of continuous Voyages)ナルモノモ今ハ國際法原則トシテ成立スルニ至レリ、抑々此主義ハ當初ストーウエル卿ガ英佛戰爭ノ際ニ始メテ制定セルモノナリ、此主義ハ如何ナル必要ニヨリ始メテ制定セラレシカノ事情ハ兎モ角、卿ノ判決ノ法理ハ正確ナリシモノナルヲ以テ禁制品ノ問題ニ於テ、常ニ先例トシテ取ラ

ル、ニ至リ、以テ今日ニ於テハ一ツノ國際法理ソノモノトシテ成立スルニ至レリ、彼ノ合衆國ノ如キハ此主義ニヨリ大ニ不利益ノ地位ニ立チシモ同國ノ裁判所ハ南北戰爭ノ際之ヲ適用シテ一層此主義ヲ發達セシメタリ、此ノ如ク捕獲審檢所ノ判決ナルモノハ實ニ國際法上尤モ正確ナル淵源ヲナスモノナリ。

(二) 仲裁裁判所ノ判決

仲裁宣告
國際爭議ヲ決定スル仲裁裁々判ノ判決ハ有力ナル國際法ノ淵源ヲナスモノナリ、例ハ千八百七十五年亞弗利加國葡萄牙領テラゴア灣(Delagoa-bay)事件ニ關シ英國ト葡萄牙トノ爭議ノ際佛國大統領マクマオン(Marshal MacMahon)ガ仲裁々判官トシテ判決ヲ下シ葡萄牙ノ主張ヲ正當ト認メ、爲メニ占領ニ關スル國際法ノ原則ヲ確定シ、凡ソ數百年來占領セシ土地ハ暫時ハ中斷ノ爲メニ權利ヲ失ハザルコトヲ確定シ、此仲裁裁判ニヨリテ得タル原則ハ千六百五十年ノサンタ、ルシヤ(Santa Lucia)ノ先例(即チ千六百四十年英人ハ土人ニ殺戮セラレ爾後再び占領セズ放棄セルガ故ニ中斷セルトスルモノ)ト共ニ占領ニ關スル國際法ノ原則ヲ

完備シタルガ如シ、實際上國際事件ヲ仲裁裁判ニ附セシノ例ハ少々ニアラズ英國平和協會(Peace society)ノ幹事タルビー(Darby)博士ノ編纂セル先例ヲ見ルニ千八百十五年以後モ已ニ百餘件ニ上リ日本ノ如キモ已ニベリウノ奴隸事件ニ付キ露國ノ仲裁ヲ仰ギ又臺灣事件ニ付キ英國駐清公使ウエード(Wade)ノ仲裁ヲ仰ギタリ(タルヒーハ布哇事件モ仲裁ニ附セラレタリト記セリ)凡テ是等ノ裁決ハ後ニ起ルベキ同様ノ事件ノ先例トナルモノニシテ捕獲審檢所ノ先例ノ如ク國際法ノ有力ナル淵源ヲ爲スモノナリ。

先例トハ何ソ

茲ニ面白キ一問題アリ、先例トハ何ソ、苟モ國際間ニ起リタル事件ナルモハ之ヲ先例ト見ルコトヲ得ルヤ、將タ先例トハ必ズ捕獲審檢所、仲裁裁判所等ノ裁判ノ結果又ハ外交談判ニヨリテ決セラレタルモノナラザルベカラザルカハ問題是ナリ、之ニ關シホルランド(Holland)博士ハ例ニヨリ極メテ嚴正ニシテ狹隘ナル意見ヲ有ス、今其實例ヲ示サンニ、米西戰爭ノ際海底電線切斷ニ關シホルランドト諸學者及實業家間ニ一爭論起レリ即チ千八百九十八年五月廿四日附ニテホルランドハ書ヲタイムス新聞ニ寄セテ曰ク

此疑問ハ至テ斬新ナリ、然レモ之ニ關シテハ、先例ナキニ關ラズ國際法上確定セル原則アリトスト、

此書狀ニ關シ越ヘテ廿八日バルソン(E. W. Parsons)ナル人書ヲ寄セテ曰ク
ホルランド博士ノ此斷言ハ世間幾多ノ人士ヲシテ今日迄海底電線ハ交戰國ニヨリテ障害セラレタルノ先例ナシト信ゼシムルモノアリ然ルニ事實上此カル先例アルヲ如何ト。

氏ハ實例トシテ千八百七十年同七十一年ノ普佛戰爭ノ際ニ普國ノ海底電線ヲ切斷セシコト及チリベリウ間戰爭ノ際チリ政府ガ公海ニ於テ電線ヲ切斷シ後チリ政府ヨリ償金ヲ電信會社ニ出シテ穩便ニ事ヲ終ルコトヲ論ゼリ、之ニ對シテホルランドハ曰ク

余ハ今日迄海底電線ノ切斷セラレタル事實ナシトハ云ハズ然レモ凡ソ先例トハカ、ル事實ソノモノヲ云ハズ外交的談判其他ニヨリ此事實ノ終局ヲ告ゲタルモノノミヲ云フ云々。

サレバ此チリベリウ戰爭中智利政府ハ電線切斷ニ關シ電信會社ニ相當ノ償金

ヲ出シテ結局ヲ付ケタルモノハホルランドニ於テハ之ヲ先例ト見ザルノ意見ナリ、余ハ之ヲ以テ甚ダ狹隘ナル意見ナリト思フ、此歴史的事實モ外國ニテ好例トナシ之ヲ模範トスルモハ遂ニハ先例トナルベキモノト信ズ

第三款 外交文書及國際事件ニ關スル公文書

ノ類

外交公文書

(一) 外交文書トハ國ト國トノ間ノ外交事件ニ關スル通信書類等ニシテ例ヘバ清佛事件ノ際ニ英國外務大臣グランビル(Lord Granville)卿ト佛國駐英公使ワジントン(Waddington)トノ往復文書等ノ如キモノヲ云フ

國際事件ニ關スル公文書

(二) 國際事件ニ關スル文書トハ同事件中佛國大統領ジウルフエリー(Jule Ferry)ガ敎書ヲ外國駐在ノ佛國公使ニ下シ米ノ禁制品タルヲ説明シタルガ如キ又列國委員(Commission)ニヨリ取調べタル結果ノ報告書ノ如キモノヲ云フ此等ハ國際法ノ必要ナル淵源ナルガ惜ヒ哉此等外交ニ關スルモノハ多ク秘密ニ屬セラル只幸ニ英國ニテハ寛大ナル主義ヲ採リ時々國際事件ニ關シ「ブリュー・ブックス」

(Blue Book)ヲ出ス其中ニハ上記ノ外交文書即チ外國ニ對シテ發セル公文書及國際事件ニ關シ内國使臣等ニ下シタル文書ヲモ公然發表ス佛國ニテモ時々黃冊(Livre Jaune)ヲ出ス。

第四款 國法及内國官吏ニ下シタル訓令

國法訓令

國法ニシテ國際法問題ニ關スル場合アリ例ヘバ市民ノ權利歸化局外中立罪人引渡海賊ニ關スル國法及海陸軍ノ法律、領事規則等ノ如シ此等ハ國際法ノ淵源トナルモノナリ(Davis 24, Pradie-Fodéré § 29 Holtzendorff § 29)又國內ノ官吏ニ對シ下シタル訓令ニシテ國際法ノ必要ナル淵源トナルモノアリ、例ヘバ千六百八十年ノ佛國海上法令(French marine ordinance)ハ當時ニ在リテハ最モ不明ナリシ捕獲ニ關スル法規ヲ巧ニ設定セリ此海上法令ハ千七百六十年ニパリン(Vallin)ニヨリ注釋セラレストロウエル卿ハ之ニ由リ判決ヲ下シタルコト多シ斯ノ如クニシテ其當初ハ只佛國ノ海軍ニ下シタル訓令ノ如キモノモ茲ニ國際法ノ淵源トナレリ日本ノ捕獲規定ノ如キ海軍省ヨリ海軍ニ下シタル訓令ニ過ギザルモ

國際法ノ原則ヲ含ム又米國ノ陸軍ニ下シタル野戰訓令(Instructions)ノ如キハ陸戰ニ關スル尤モ古キ國內法規ニシテ (Maine 曰ク The Manner prepared for the United States is the oldest of them) 彼ソブリッセルノ千八百七十四年ノ會議ノ標本トナリ又今度ノ海牙ノ陸戰法規ノ手本トナレリ此ノ如ク一國內ノ訓令ハ國際法ノ淵源トナルナリ。

第五款 學說、學會ノ決議

概括シテ學說ト云フモ尙ホ之ヲ細別スルハ種々アリ。例バ反對ノ判決(Dissenting judgment)ナルモノモオピテール、ヂクタ偶然ニ與ヘラレタル説(Obiter dicta)ナルモノモ、又著作家ノ著書、及其他新紙等ニ公刊セラレタル説モ皆ナ此學說中ニ包含スルコトヲ得、然レモ英國學派ヨリ云フキハ此間ニ差ヲ置キ、反對判決、又ハオピテール、ヂクタハ著書又ハ新紙等ノ學說ヨリ重要ナル淵源トセラル、其故ハ是等ガ裁判所ニ於テ少數ナルガ故ニ否決セラレ又ハ事件ニ直接關係ナキ故ニ採用セラレザルモ、兎ニ角裁判所ニ於テ與ヘラレ其記録中ニ存スト云フニ在リ、今

「オピテール、ヂクタ」

項ヲ分チテ此等ヲ説明セン。

反對判決

(一) 反對判決トハ一事件ニ關シ少數ノ裁判官ノ主張セル所ニシテ其意見

ハ他ノ多數ノ爲メニ壓セラレテ採用セラレザルモ少數ノ意見トシテ裁判所ノ記録ニ存スルモノヲ云フ、此等ノ少數意見中ヨリ國際法規ノ出テ來リシコト少カラズ、一例ヲ舉グレバ、中立國船舶ハ敵國護送船ノ保護ニ賴ルベカラズ、若シ之ニ賴ルキハ中立船タル資格ヲ失ヒ敵船ト見做サルトハ今日國際法ノ原則ナリ、然ルニ十九世紀ノ始メ米國ハ此意見ニ反シテ中立船ハ交戰國軍艦ノ護送ヲ受クベキモノトナセリ。サレバ千八百十五年ノ「ネレイド」號(The Nereide)事件ニ於テ多數ノ米國裁判官ハ此米國主義ヲ主張セリ此時ノ一裁判官ストウリー氏ハ之ニ反對シテ其否ヲ論ジ所謂反對判決ナルモノヲ下セリ、此反對判決ハ今日ヨリ見レバ却テ正當ニシテ國際法規ニ合シ居レリ。サレバ反對ノ判決ニテモ國際法規ノ淵源トナルヲアルハ疑ナキコト、ス(但シ茲ニ引用ノ例ハ必ズシモ護送ニ關スル法規ノ唯一ナル淵源ニアラザレモ) (Story, J. in the Nereide, 9 Cranch 444.)

「ネレイド」號事件

(二) 「オピテール、ヂクタ」一事件起リ裁判官ノ討議中其事件ニハ直接ノ關係ナ

「オピテール、ヂクタ」

キモ偶然ニ與ヘタル説 (an opinion given accidentally) ニシテ國際法上重要ナル淵源トナルコトアリ。例バ「フランコニヤ」號事件 (The Franconia or Regina V. Keyn) ニ於テ其主要ナル目的ハ「ドーハー」ノ海岸三哩以内ニ對シテ英國ハ裁判權ヲ有スルヤ否ヤヲ審議スルニ在リ。此時コレリッヂ卿ガ「國際法ハ不正確ナリ」ト云ヘルコトハ此種ノ「オピニオン」チクタクト云フコトヲ得ベシ。何トナレバ若シ國際法ニシテ不正確ナリトスルモ將タ國際法ハ正確ニシテ法律ナリトスルモ共ニ英國ガトトベリ。三哩内ニ裁判管轄權ヲ有スルト否トノ標準トナラズ。國際法丈ニテ領海ヲ三哩ト定ムルモ其意味ハ三哩ニ裁判權ノ範圍ヲ延長スルニアラズシテ一國ノ防禦等ノ必要ニ關シテノミ國際法ハ三哩ヲ領海ト定メタルモノナルヲ以テナリ。故ニ國際法ノ正確不正確ハ該事件ニ直接ノ關係ナシ。然レモ他ノ問題即チ「國際法ハ法律ナリヤ否ヤ」ニハ大關係アリトス。

學者ノ説

(三) 學者ノ説 十七八世紀ニ於テハ學者ノ著書中ヨリ國際法規ノ出デ來リタルモノ多シ。故ニローレンス氏ノ如キハ此ノ時代ニ於タル學者ハ國際法ノ設定者ナリト迄云ヘリ。既往ニ於テハ詢トニ氏ノ言ノ如クナリシナリ。即チスワレヅ

(Suarez) チェンチリス (Gentilis) グロチウス、プフエンドルフ (Pufendorf) ビンケルシエック (Bynkerschoeck) ヴィッテル等ノ説キシ所ハ萬國ノ容認ニヨリ國際法トナリシモノ多シ。例ハチェンチリスノ「戰爭法」ハグロチウスノ「平戰條規第三編」ハ基礎トナリ。次に近世ニ至リテ米國ハ「陸戰訓令」ニ採用セラレ。又有名ナル萬國「國際法學會」ハ「陸戰條規」ハ基トナリ。遂ニ海牙平和會議ハ「陸戰ニ關スル法規慣例宣言」ハ内ニ入レリ。(一)

(一) メーソン曰ク國際法學會決議案ノ奇異ナル現象ハ其規則ノ大抵ガ「グロチウス」ノ平戰條規第三編ヨリ假リ來レルコト是ナリ。Perhaps the most singular feature of the manuals is the number of rules adopted in them which have been literally borrowed from the "de jure Belli et Pacis" and specially from the third book. — min. I. I. 24.)

(二) グロチウスノ平戰條規トチェンチリスノ「戰爭法」トノ關係ニ付テハ、ローレンス氏ノ説明左ノ如シ。

「チェンチリス」ナルスワレヅトチェンチリスハ共ニ十六世紀ノ終ニ書ヲ著ハセリ。此「チェンチリス」ノ著書中ヨリ「グロチウス」ハ「平戰條規」ノ組織モ「順序」モ採レリ。

(ローレンス大四十一頁)此ノ如キ系統ニテ今日ノ海牙ノ決議案ハ其起源ヲ十六世紀ノ終ニ起ス。

グロチウスノ羅馬法ヨリ換骨奪胎シ來レル平等權、獨立權、占領ノ法理ハ今日モ國際法ノ原則トシテ成立ス、此ノ如ク羅馬法其他封建フエーデルノ遺法等ハグロチウスノ一學者ノ翻案ニヨリ國際法ニ脱化シ來リ更ニ萬國ノ容認ヲ經テ國際法トナレリ、又十八世紀ノ初ニ於テビンケルシビュククノ立テタル領海ノ法理ハ今日尙ホ國際法トシテ存シ又ヅツツテルノ著書ハ中立法規ヲ論シテグロチウスノ云ハサリシ所ヲ補充シ、茲ニ國際法ハ大抵今日ノ組織ヲ成セリ、然レモ國際法創定ニ關スル學者ノ事業ハ此バツツテル氏ヲ以テ終リヲ告ゲタリ、勿論國際法ハヅツツテルニ至リ完成セルニハアラズシテ尙ホ改善ヲ要スルコトハ永久停止セザルベシ、然レモ國際法ヲ設定スルノ事業ハ學者ノ手ヲ去リテ歐洲協調等ノ表裏ニ活動スル政治家、又ハ裁判官ノ手ニ遷リタリ。

十七世紀
ニ於ケル
學者ノ事
業

之ヲ要スルニ十七八世紀ニ於テハ時勢ハ關係上、國際法學者ノ說ハ殆ント國際法トシテ萬國ニヨリ歡迎セラレタルヨリ(精細ノ理由ハ次章ノ沿革ノ部ニ論ス)

恰モ國際法起草者ハ學者ナリシガ如シ、故ニ今日ヨリ云ヘハ學說ノ如キハ國際法ノ淵源トシテ重要ナラサレトモ往時ニ於テハ學說モ重要ナル國際法ノ淵源タリシコトアリシナリ、サレハ英米學派ノ學說ヲ輕視スルハ現時ニ於ケル學說ノ價值ノミヲ見タルモノニシテ、大陸派ノ學說ヲ重視スルハ往時ニオケル學說ノ價值ヲ視テ今尙ホ古ノ如シト論スルモノニ似タリ。(1)

(一) ローレンス曰ク二世紀間ノ國際法ノ發達ハ大哲學者并ニ著作者ノ事業タリキ、然トモ今ハ政治家裁判官ノ事業トナレリ (For two centuries the development of the law of nations had been work of great thinkers and writers. It now became the task of statesmen and jurist.—Lawrence 大13.)

(二) メーン曰ク國際法ノ名ハ單ニ或ル一部ノ著述家ガ創定セル規則ニノミ付セラレタリ、此等ノ著述家ハ十七世紀ノ上半ヨリ顯出シ大ヒューゴ、グロチウスヲ先鋒トシ……以テツツツテルニ至ル (The name of International Law has been very much confined to rules laid down by one particular class of writers. They may be roughly said to begin in the first half of the 17th century. The names which most of us know are first of

all that of the great Hugo Grotius followed by Pufendorf, Leibnitz, Zouch, Selden, Wolf, Bynkerschoeck, and Vattel.—Maine I. L. 13—14.)

學會ノ決
議

(四) 學會ノ決議 近代ノ學者ハ最早國際法ノ重要ナル淵源ヲ供スルモノニハアラズシテ不規律不整頓ナル國際法規ヲ整理シ國際法典ヲ編成シ又各國主義ハ矛盾ヲ一致スルコトヲ勉メ其ノ機關トシテ萬國々際法學會 (Institut de droit international) (1) 又ハ萬國々際法協會 (Association of International Law) (11) 等ヲ設ケ各國ノ學者等相會シテ精密ニ國際法理ヲ比較研究シ互ニ辨難攻撃殆ンド餘力ヲ剩サズ爲メニ國際法モ漸ク矛盾衝突ヲ減ズルハ傾向ナリ而シテ其決議案ハ特ニ之ヲ諸國ニ提出シテ其容認ヲ促ガシ國際法ノ爲メニ貢獻スルコト少カラズ要スルニ此等決議案ハ單獨ナル一學者ノ論說ヨリハ淵源トシテ重要ナルモノナリ。

萬國々際
法學會

(一) 萬國々際法學會ハ千八百七十三年十二月白耳義國ガン市 (Ghent) ニ創設セラレタルモノニシテ世界ノ國際法學者ヲ網羅シ國際法典ノ編成各國主義衝突ノ調和等ヲ目的トス該會員并ニ副員ノ數ハ極メテ制限セラレ英獨佛ノ

萬國々際
法協會

如キ大國ニテモ非常ニ多數ノ會員ヲ出ス能ハズ其結果大陸派ノ學者多ク從テ其決議モ往々大陸派ニ傾クコトアレモ他ノ國際的會議ニ於テ英國ガ過大ナル勢力ヲ弄スル如キ弊少シ。
(二) 萬國々際法協會ハ同ジク千八百七十三年十月十一日ブルッセル (Bruxelles) 市ニ第一會ヲ開キ國際法規ノ改善ト國際法典ノ編成ヲ目的トス此會ノ會員ハ主トシテ裁判官航海會社所有主等實際家ニシテ英米派勢力ヲ占ム。

節四節 淵源ノ効力

國際法ノ
淵源ハ材料
ニ過ギ

國際法ノ淵源ハ只是レ國際法タルベキ材料ニシテ國際法ソノモノニハアラズ必ズ萬國ノ容認ナル手續ヲ經テ始メテ國際法タルコトヲ得ルモノトス。ローレンス氏曰ク一規則ニ法タル權力ヲ與フルハ只一ニ萬國ノ容認アルノミ而シテ其容認セラレタルト否トハ實行セラレタルト否トニヨリ證明スベキモノトス。サレハ此實行ナルコトハ恰モ源泉ハ泉口ハ如ク此泉口ヲ通シテ始メテ國際法ナル本流ニ入ルベキモノトスト (It must be clearly understood that the consent of states

alone can give authority to a rule, and that the best evidence of their consent is practice. Thus practice is, as it were, the filter-bed through which all that flows from the sources we have mentioned must pass, before it can enter the main stream of I. L.) 故ニ淵源丈ニテハ國際法規タル能ハサルコトハ勿論ナレモ、茲ニ一ノ場合アリテ淵源タルモノナリヤ將タ國際法ソノモノナリヤノ區別ヲ立ツル能ハザルコトアリ、即チ前ニモ述ベタル如ク世界一般ノ文明國舉ツテ條約ニ調印シ國際法的ノ元則ヲ立テタル場合はレナリ、此場合ニ其條約ハ淵源ナリヤ將タ國際法ナリヤト云フニ余ハ之ヲ以テ條約且ツ國際法ナリト云ハント欲ス。

○本章ニ於ケル問題

- (一) 國際法淵源トハ如何ナル意味ヲ有スルヤ、其二意味ヲ解釋セヨ、ホルツェンドルフハ如何ニ解釋セシヤ、
- (二) 自然法派ト實地派トノ國際法淵源ニ關スル意見ノ差ヲ問フ、
- (三) 英米派ト大陸トノ條約ニ關スル意見ノ差ヲ問フ又其理由如何、
- (四) 條約ハ都テ國際法ノ淵源トナルベキモノナリヤ、ホール氏ノ分類ト實例ヲ舉ゲヨ、
- (五) 何故ニ捕獲審檢所ノ判決ハ海上法ノ著書中ニ引用セラル、ヤ、(Why are the decisions of prize courts constantly quoted on Maritime Law?)

(六) 「オピテール、グタタ」サツセンチンク、サヤナメント「ト普通學說トノ淵源トシテノ價值ヲ比較セヨ、

(七) グロチウスヨリバツテルニ至ル學者ノ事業ト現時學者ノ事業トヲ比較セヨ、

(八) 海牙平和會議ノ陸戰ニ關スル慣例法規ノ淵源ヲ問フ、

(九) 先例トハ如何ナルモノナリヤ、

(十) 自由船舶自由貨物ノ原則ノ巴里宣言中ニ脱化シ來レル由來并ニ此原則ノ淵源ヲ問フ、

○本章ニ關スル一般參考書

Wheaton *chapt. I, Halleck, I., chapter II.; Hall, 1—14; Brunschli 2d French Ed. translated by Lardy 1—119.; Maine I. I. 1-25; Calvo, I., 130-167; Phillimore, I., ch.III.; Bouffis 22-31, Walker History 20-27; Liszt 6-9; Ullmann, 27-33*

第四章 國際法概念ノ沿革

第一節 概論

國際法感
念ノ沿革
概論

世間往々國際法歴史(Geschichte des Völkerrechtes)ナル名稱ノ下ニ外交歴史ヲ説キテ頻リニ條約ヲ列記シ又ハ國際法學ノ系統(System)ヲ論ジテヴァツテル以後ノ諸學者ノ說等ヲモ縷述スルアリ、蓋シ上記ノ外交史、國際法學史ト國際法史トハ其性質ハ大ニ異ナレモ其材料ハ同一ナルモノ多キヲ以テ往々混雜ヲ免レザルナリ、ウォーカー氏ハ一千九百年國際法歴史(History of Law of nations)ヲ著ハシテ曰ク千七百九十五年ワード氏(Ward)ハ國際法歴史(An Enquiry into the foundation and history of the Law of Nations 1795)ヲ著ハセリ、其ノ書實ニ快味多キモ惜哉完備セズホサック(Hosack)ノ著ハ(Rise and growth of the Law of Nations 1882)規律整ハズ只ホキートン(Wheaton)ノ歴史(History of L. N. in Europe and America 1845)ハ善良ナレモ而カモグロッチャス前(Pre-Grotius)ノ時代ヲ詳ニセズナイヌ博士(Nys)ノ國際法起原(Les Origines du droit international)ハ其ノ學識深奧實ニ貴重スベキモ是レ又歴史

トシテ體裁ヲナサス又其ノ考ニテ著ハセシニアラズローラン(Laurent)ノ仁愛主義沿革史(Histoire de l'Humanité)ハ卓絶ノ書ナレモ國際法歴史トシテハ首肯スル能ハズト(Walker's History 序文願フニウォーカーノ書ハ頗ル體裁ヲ具備スルニ似タリ、余ハ是ヨリ國際法學歴史及國際法歴史等ノ混雜ヲ避クル爲メ國際法概念ノ沿革ヲ研究セントス。

抑々國際法ナルモノ、現今ノ體裁ヲ具フルニ至リタルハ僅々三百年前ノコトナリ、國際法中柱礎トモ見ルベキ觀念即チ領土主權ノ觀念及國ノ獨立權、平等權等ノ觀念ハ實ニ近世ノ創定ニカ、然レモ國際法中ノ或ル部分例ヘバ海上捕獲ノ規程ノ如キハ古代ニ溯リテ其觀念ヲ見出スコトヲ得、故ニ余ハコレヨリ古代ニ於ケル國際法概念ヲ研究セン(Lawrence 大26)

第二節 古代ニ於ケル國際法觀念

古代トハ如何ナル時代ナルカト云フニ余ハ便宜上ローレンス氏等ノ區分法ニ從ヒ上古ヨリノ羅馬帝國建設時代迄ヲ以テ此時期トス、此時代ニ於テハ人種ハ

古代歴史
中ニ見出
サル、國
際法的觀
念

觀念大ニ人心ヲ支配シ、同人種ト否トニ差異ヲ立テタリ、此感情ハ特ニ希臘ニ於テ其然ルヲ見ル。(一)

(二) ウォーカー氏ハ希臘以前「イスラエル」人間ニ平時戰時ノ法念アリシコトヲ述ヘタレドモ余ハ之ヲ畧ス。(Walker's History, 31-34.)

希臘

(一) 希臘 ウェストレイキ氏尤モ簡單ニ且巧妙ニ希臘ト國際法トヲ序シテ曰ク吾人ガ國際法ニ關スル純粹ナル觀念ヲ見出セルハローマナリ希臘人ハ凡テハ學藝ニ心ヲ馳セタリシモ法律ニハ意ヲ留メザリキ、而シテ政治ノ一部トシテ見ラレタル市ノ法律ノ如キモ哲學的ニ研究ハセラレザリキ、固ヨリ吾人ハ「アムフィク、タイオニク」ノ宣誓ハ同盟市ノ市街ヲ破壞セザルコト并ニ其水路ヲ絶タザルコトヲ定メ、ヘレン人民ハ其習慣法ニヨリ毒矢ヲ用ヒザルコト、捕虜ヲ償金ニテ解除スルコト、戰爭ノ前ニ先ツ仲裁ニ訴フベキコト等ノ規定ヲ見ルモ此等ハ實ニ空文ニ過ギズシテ「トシデデス」(Thucydides)ヲ讀ミタル人ハプラチヤ(Plataea)及メロス(Melos)ノ悲ムベキ歴史ニヨリテ其事情ヲ解スルヲ得ベク、彼等希臘人ハ國際間ヲ支配スル法規アルコトヲ解セザリシナリ、要スルニ

彼等ト外國トハ關係ハ感情(Feeling)ニ基キシモノニシテ道理(Reason)ヲ基トセズ而シテ此感情ヲ基トシタル交通モ希臘ノ國內ニ止マリタリ、是レヲ以テ「アイトリアン」(Aetolian)會議ニ於テ「マセドニヤ」(Macedonia)ノ使節ハ公言シテ曰ク「他人種即チ野蠻人(Barbarian)ト我希臘人トハ永久ニ戰爭スベシ」ト國際間ニ戰爭ヲ主トスル希臘ニ國際法ハ存ゼザルハ吾人ハ怪マザル所ナリト。

ローマ

然レモ此時代ニ於テ今日ノ國際法ニ存スル觀念ト同様ナル觀念ノ存セザルニアラズ、其尤モ顯著ナル「ローヂヤン」法(Rhodian Law)是ナリ、此法ノ果シテ實在セシヤ否ヤハ今日ニ至リ大問題トナリ我國際法協會(Association of International Law)ノ千八百九十九年會議ニ於テ米國紐育ノ有名ナル海上法學者ベネデクト(Benedict)氏ノ朗讀セシ報告ニヨル所ハ「Report of 18 Conference held at Buffalo 237」該法ハ實在セザリシト云フ、併シ充分ナル證據ノ出ヅル迄ハ此法ノアリシモノト見做シテ論ゼンニ、希臘ノ古代ニ於テ「ロイド島」(Rhode island)ハ「エーヂアン」(Aegean)海ノ主要ナル海上權力者タリキ、此「ローヂヤン」法ナルモノハ希臘商業ノ及ブ處マデ行ハレ、遂ニ羅馬ニ傳ハリ羅馬ハ商業及海上法規ノ基礎トナリ、下リテ中世ニ至

リ、コンソラトール、デルマール、(Consolato del mare)ノ骨子トナリ、從テ近代ニ於ケル捕獲規程及商法ニ影響ヲ與ヘタリ、(Pardessus, Us et Coutumer de la mer I. 21—34; 200—260; I—368.)

共和政治ノ羅馬

(二) 共和政治ノ羅馬 希臘ヲ終リローマ時代ニ入レバ吾人ハ大ニローマ人ノ希臘人ト異ナリ、彼等ハ法律思想ニ富ミ殆ド法律制定ノ使命ヲ帶ビタル法律傳道使ヲ以テ自ラ任ズルノ觀アリ、(Westlakeノ言)此ノ如ク羅馬人ハ法律ヲ學問トシテ研究シ技術トシテ應用シ、現時歐洲各國ノ國法ハ大ニ羅馬人ノ法律研究ニ負フ所アリシニ關ラズ近世國際法ナルモノハ羅馬ニ存在セザリ、キケント(Kent)オート、フイユ (Hautefeuille)等其理由ヲ擧ゲテ曰ク

國際法ノ羅馬ニ存セザリシ理由

(1) 抑々國際法ハ二大原則ニ基礎ヲ置ク、二大原則トハ何ゾ、國ノ獨立及平等是ナリ然ルニローマノ歴史ニ徴スレバローマ人ハローマノ他邦ニ卓絶セルコトヲ考ヘ又他邦ヲ征服センコトヲノミ希望セリ、即チ自己以外ノ主權獨立及平等ヲ認メズ是レ國際法ノ基礎ト兩立スル能ハザルモノナリ。

(2) 他邦ト戰爭シ之ヲ征服スルノ事實ヲ以テ充タサレタル羅馬史ハ相互ノ權

務ヲ重ンジ且ツ互ニ相敬スルニ依リテノミ生ズベキ親密ノ交通ヲ國際ニ望ムベカラザルヲ證明ス。

(3) オート、フイユノ明言スル如ク羅馬人ノ考ニハ、凡ソ世界上ニハ一國民ノミ存スベク其一國民ノ制定セルヨリ以外ノ法アル能ハズト信ゼリ、(there was only one nation, in the world, there, could be no other law than what that nation sanctioned.)

多數學者ハ「フシアル」法(Jus Fecial)ノ羅馬ニ存セシコト及「サク」ラメントム、(Sacramentum)即チ軍事的誓言ヲナサ、ルモノヲ軍隊ヨリ除外ストノ例アリシヨリ國際法ハローマニモ存セリト論セリ、然レトモ此等ノ觀念ノ一部分ハ宗教的觀念ヨリ起リ一部分ハローマ人ガ秩序ヲ好ムノ癖ヨリ起リタルモノニシテ決シテ羅馬人ガ他ノ國家ニ對シテ權利義務ノ觀念ヲ有シタルニ由ルニアラズ。

ローレンスハローマ共和時代ニハ國際法概念少ナカリシヲ主張シテ曰ク抑々「フシアル」(Fecials)ノ任務ハ外國ヨリ満足ナル解答ヲ得、又鬼神ニ祈リテ戰爭ヲ宣言スルニアリ、然レトモ此法ハコレ國內ノ規定ノミ、特ニ此等ノ法モ「チツ」ホ (Cicero)時代迄ハ繼續セラレタリシガ如シ、真正ノ國際法ハローマニハ

存セス……要スルニ羅馬ニハ條約ヲ守ルノ信義及使臣ノ身體ノ安全ニ關スルモノ、外國國際法觀念ナシト。(Lawrence 大 30)

是レ誠ニ正當ナル見解ナリ、然レトモ後世ニ至リ自然法ノ名義ノ下ニ羅馬法ハ國際法ニ大影響ヲ及ボシタルコトユヘ、ローマ法ノ國際法ニ關係アル「ユス、フェシアル」(Jus Feodale)「ユス、ゲンチム」(Jus Gentium)及「ユス、ベリ」(Jus Belli)トヲ説明セン。

「ユス、フェシアル」(Jus Feodale) 抑々「ユス、フェシアル」トハ如何ナル法律ニシテ「フェシアル」(Feodale)ノ任務ハ如何ナルモノナリシヤ、チツェロノ説ニ從ヘハ此法ハ戰爭ノ正不正ヲ定ムルモノナリト云ヒ、ブルターク (Pufendorf) 及 ダイオニシアス (Dionysius of Halicarnassus) ニ從ヘハ「フェシアル」僧侶ハ戰ノ正不正ヲ決シ、平和ヲ決シ、又仲裁ノ勞ヲトルト、此解釋ハ近時法律家ニ採用セラル、クロイツスノ平戰條規第二卷第二十三章ニモ「ローマ人ハ戰爭ノ前ニ「フェシアル」ナル僧侶ニ諮詢スルヲ説ケリ此「フェシアル」ナル一團體ハ其起源ヲヌマ (Numa) 或ハアンカス、マルチウス (Anous Martius) ナル王ヨリスルモノナルヤ將タローマ以外ノ種族ノ

慣習ナリシヲローマ時代ニ於テ模倣シタルモノナリヤ詳ナラス、然レトモ此等ノ問題ハ重要ナラス、吾人ハ只「フェシアル」法ナルモノハ戰爭ノ宣言及戰爭ノ實行及條約ノ締結ニ關スルモノナルコトヲ知ルヲ以テ足レリトスベシ。(Kent Commentary on I. P. 22—15)

「フェシアル」僧ハ「フェシアル」法ノ解釋者タリ (Cicero) 又行政者ノ顧問タリ、彼等ハ戰爭ノ正不正及開戰否戰ノ助言ヲナスノミナラス、戰爭開始ニ關シ、一定ノ形式ヲ履行スルハ任務ヲ有ス、彼等ガ顧問ニ應スルヤ其答案ハ常ニ命令的ナリ、サテ「フェシアル」法トハ如何ナル法律ナルカト云フニ充分ノ答案ヲ供スルニ足ル程ノ材料ナシ、何トナレハ其法ハ殆ント後世ニ傳ハラザレバナリ、只一法規アリ曰ク

「凡ソ戰爭ハ賠償ノ形式的要求ヲ試ミタル後又ハ正式ニ且ツ嚴格ニ宣戰セラレタルニアラサレハ正當ニ非ズ」(“No War Justum unless preceded by a formal demand of reparation or unless regularly and solemnly declared.”)

是レチツェロ及他學者ハ「フェシアル」法トシテ舉グル所ナリ、此言葉ノ意味ハ其文

ヲ示ス如ク一戰爭ノ正當ナルニハ其戰爭前一定ノ手續ヲナシ、又一定ノ形式ヲ履マザルベカラス、第一ノ手續トハ何ゾヤ即チ爲害國民ニ對シ先ツ正當ニ義務ヲ履行シ損害ニ關シテ償ヲ爲シ或ハ奪ヒタル財産ヲ返戻スルコト (rerum repetitio) ヲ要求ス、此返戻ハ一定ノ文句ヲ唱フルコトニ依テ行ハル、モノナリ、之ヲ唱フルノ任ニ當ル者ハ通常、パターター、パトラトニス (Pater patratus) ナル「フェシアル」僧侶ノ長ニシテ三十三日間ノ期間内ニ此要求ニ答フルコトヲ規定トス、此期間ヲ過タルモ答ナキ場合ハ「コミチヤ、トリビタ」 (Comitia tributa) ニ於テ平戰可否論ヲナシ其決定ノ上開戰ノトハ第二ノ形式ヲ履ミ、茲ニ「フェシアル」ハローマ人民ノ「セナート」 (Senate) ノ名ヲ以テ開戰ヲ宣言シ、敵ト目指ス國ノ土地へ鎗ヲ擲チテ宣戰ノ證トナス、之ヲ以テ見ルキハ戰爭ニ關スル此僧ノ任務ハ至テ簡單ナルモノナリ、然レモ古文書ヲ研究スルキハ此僧ハ更ニ他ノ任務ヲ有スルガ如シ、即チローマ人民ノ締結スル條約即チ「フエデラ」 (Foedera) ヲ整然タラシムルコトニシテ、コレハ獨リローマノ王朝時代ノミナラズ共和時代ニモ此任務ヲナセリ、此外彼等ハ又使節 (Ambassadors) ノ神聖ヲ維持シ同時ニ使節ガ違法行爲ヲ爲スヤ否ヤヲ監

視スルコトヲ勤ム (Kent 15)

以上ハ「フェシアル」僧及「フェシアル」法ノ大要ナリ、此法ハ今日ノ國際法トハ大差アレ而カモ大ニ類似セル感念ヲ有スルコトハ疑ナシ、次ニ余ハ「ローマ」法中「グロ」イテウスガ誤解ヨリ萬國公法 (Law of nations) トナシテ引用セルモノニシテ其實近世國際法トハ異ナル「ユス、ゲンシヤム」ヲ説明セン。

「ユス、ゲンシヤム」

(B) 「ユス、ゲンシヤム」 (Jus Gentium) ボンポニアス (Ponponius) 曰ク「若シ人、敵國ノ使節ヲ殺スコトアラバ是レ「ユス、ゲンシヤム」ニ違反スルモノトセラルベシ何トナレバ使節ハ神聖ナルモノナレバナリ、是ヲ以テ公然戰爭ノ宣言セラレタルキモ敵國使節ハ依然「ユス、ゲンシヤム」ニヨリ自由ヲ保ツコトヲ得ト、ボンポニヤスノ云フ所ニヨレバローマ人ハ全ク近世國際法ト同一觀念ヲ有セリト云ハザルベカラズ即チ彼ハ使節ノ神聖ヲ認メ而カモ之レヲ「ユス、ゲンシヤム」ニ歸ス然ラバ「ユス、ゲンシヤム」ハ國際法ノ如キモノニハアラザルカ、吾人ハ何故ニイシドリア (Isidore) 又ハ「グロ」イテウス (Grotius) ノ如ク「ユス、ゲンシヤム」ヲ萬國公法 (Law of nations) トナスコトヲ躊躇スルヤ、其故他ナシ、

萬國公法
「ユス、ゲンシヤム」トノ
差

一、萬國公法 (Law of nations) ハ國際間ニハミ存スルニ規ノミヲ指スローマノユス、
ゲンシヤムハ之ヨリ廣キ法規ヲモ含ム。

二、萬國公法ハ萬國ノ容認 (Consent of nations) ヲ基トスルモハナルニユス、ゲンシヤ
ムハ人間ノ容認 (Consent of Mankind) ヲ基トス。

コレ國際法トユス、ゲンシヤムトノ差ナリ。(Westlake 18—21)

往時ローマノヤ、盛大ニ赴キローマ以外ノ外人ノ數増加スルニ及ビローマ裁
判所ハローマ人間ノミニ用フルユス、チビールス (Jus civile) ヲ用フルコト能ハサ
ルコト、ナリタリ、蓋シカ、ル狀況ハ雅典其他大都會ニモ起リシコトニシテ外人
増加ノ結果法律適用ニ變化ヲ生スルハ當然ナリ、只ローマ人ハ其軌一秩序ヲ好
ムノ精神ヨリ、カ、ル變化ヲ等閑ニ看過シ、事件ノ起ル毎ニ姑息ノ手段ヲ以テ其
場丈ケヲ濟マスヲ好マズ、必ズヤ其變化ニ適應スル一定ノ法規ヲ得ンコトヲ
企圖セリ、抑々法律ハ實質ハ各國ニヨリ大差アルニアラズ例ハ結婚又ハ契約
ハ如ク是等ハ何レハ國ニモ有リ、只其異ナルハ主トシテ形式ナリ、今ローマ法中
「ユス、チビール」ノ變化セル新事情ニ適スル能ハザルヤローマ人ハ形式ヲ變ジテ

只重キヲ實質ソノモノニ置クニ至レリ、カクテ、今迄ハ「ダリイ、スポンデス」(dari spon-
des?)「スポンデオ」(Spondeo) 即チ「斯ク斯クノ事ヲ爲シ又ハ物ヲ與フルヲ欲スルヤ」
(do you undertake such or such a thing shall be given?)「然リ之ヲ欲ス」(I undertake.)ノ形式
ニヨリ契約ヲ締結セシモ、今ヤ其形式ヲ簡單ニシ「プレトル、ベレグリス」(Praetor
Peregrinus) 即チ外人掛ノ判事ハ「ダビ」(Dabi?)「ダボ」(Dabo) 即チ「與フルヤ」(Will you
give?)「與フ」(I will give) ナル言葉ニテ契約ハ成立スルモノトセリ、カ、ル契約ヲ
ナスコトヲ「ユス、ゲンシヤム」ニヨリテ契約スルト云ヘリ、此ユス、ゲンシヤムハ決
シテ列國間ニ存在スルニアラズ、又其成立ニ關シテ萬國ノ容認ヲ要スルニアラ
ズ、只如何ナル國民ナルニ關ラズ、凡ソ人間ノ認メテ便宜ナリト稱賛スル輕便法
ノミ故ニ古代法律家ハ萬國民ニ普通ナル法 (the common law of nations (commune om-
nium hominum jus)) 又一般人民ニヨリ遵奉セラルルニキ法 (that which is equally obser-
ved among all peoples (id quod apud omnes populos persequere custoditur)) 又一般人民ノ用
ナル法 (the Law which all nations use) (jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur) (Gaius))
ト云ハリ。

私法ニ關スル「ユスゲンシヤム」ノ真正ノ意味ハ此ノ如ク決シテ國際法ニハアラズ、サテ公法ニ關スル「ユスゲンシヤム」ノ規定モ亦同ジク國際法上ノ觀念ニアラズ、彼ノボンポニヤスノ云ヘル使節ノ神聖ハ如キモ別ニ國際法的ノ意味ナク、使節ナルモノハ一般ニ法理上神聖ナリト認メラレ居ルモノナリト云フニ過ギズ、決シテ各國民ニヨリ容認セラレテ神聖ナリトセラレ、ニアラズ只人間一般ハ認メテ神聖トナスト云フニ根據ヲ置クモノトス。(Westlake 21)

(C) 「ユスベリ」(Jus Belli) 羅馬時代ノ戰爭ハ實ニ暴逆ヲ極メタリ凡ソ敵地ハ火ト劍トヲ以テ荒サレ、彼ノ「フリシアン」(Frisians)及「カペナチアン」(Cape-natians)ニ對シテハ野ニ草木野菜ヲ餘サ、ルノ亂暴ヲナセリ、其「サムナイト」(Samnites)ヲ破リタルヤ戰鬪員非戰鬪員、市民、奴隸、老若人畜ノ別ナク一々之ヲ塵殺セリ、此ノ如ク實際ハ亂暴慘酷ヲ逞フセルニモ關ラス、アウグスタス(Augustus)時代ノ著書ハ羅馬ニ「ユスベリ」アリシコトヲ記ス、其例トシテ擧ケラレタル話ハ「ファレリ」(Falerii)ノ貴族子弟ノ師傅(utor)ハ羅馬軍ニ其監督スル子弟ヲ導キ來レリ、此時羅馬ノカミルス(Camillus)曰ク「世ニ戰爭ト平和トニ關スル法アリ、吾人ハ勇敢ナル

程度以外ニ此法ヲ強行スルコトヲ學バスト直チニ謀叛人ノ師傅ヲ縛シ之ヲ子弟ニ與ヘテ「ファレリ」ニ歸ス「ファレリ」即チ降ルト記シ正義ヲ以テ敵ニ勝チシモノナリトセリ、又羅馬人ハ謀叛ヲ賤シ「ピラス」(Pyrrhus)ノ侍醫ガ其主人ヲ毒殺センコトヲ申込ミタルルニ之ヲ拒絕シ又戰死者ノ葬儀及平和談判ノ爲メ休戰ヲ爲セリト記ス。

此等ハコレ羅馬ニ於ケル「ユスベリ」ノ法規ナリト云ハル、モノナリ然レモ實際ニ於テ羅馬時代ニハ獨リローマ人ノミナラズ一般ノ民族「サムナイト」(Samnites)「ルカニアン」(Lucanians)「トリル」(Turi)等皆殘虐無道ニシテ羅馬モ之ニ劣ラズ慘酷ナリシ故カ、ル戰爭法ハ名ハミニシテ實行セラレザリシモノト云フヲ得、ケン(Kent 19-21)。

以上ハコレ西洋古代ニ於ケル國際法觀念ニ類似セルモノナリ、此位ノ國際法觀念ハ東洋古代ニモ多ク之ヲ見出スコトヲ得、然ルニ「デヒス」(Davis)ハ特ニ東洋ニハ國際法觀念ナカリシコトヲ擧ゲテ曰ク

專制ニシテ不整理ナル東洋諸王國ハ隣國ノ存在ヲ寛容スルヲ能ハズ、而シテ

東洋ニハ
國際法觀
念ナカリ
シトノ説

互ニ永久ノ争闘ノ有様ニ立テリ、彼等ハ遠隔ノ地ニ如何ナル國民アルヲ知ラズ、元來國際法規ナルモノハ國ノ交際アリテ始メテ出來得ベキモノナル故此ノ如キ孤立セル東洋諸國ニ國際法ノ成立スベキ等ナシ(International Law can hardly be said to have existed in ancient times. The absolute and crudely organized eastern monarchies were intolerant of the very existence of neighbouring nations, and lived in a state of constant warfare with them. Of distant nations they knew nothing, and as there must be communication or intercourse of some kind between states in order that the rule may be deduced which govern their relations with each other, it was impossible that a science resembling international law could have existed among them.)

例ニヨリ東洋ヲ輕視セル意見ナリ余ハ茲ニ其辯白ヲ爲スタメニマルチン博士(martin)ノ支那古代萬國公法ヲ紹介セン。

序文

國無邦交則已有邦交則不能無公法、其勢然也、或謂邦國相交、既有條約、則何去何從、豈無可據之則、不知條約之歛有限、交涉之案無窮、每見一約不足、更立一約以補

直之前約未明復立一約以解釋之、雖累至數十百款、而終不能括事理之全、往々所值之案出於所備之外、欲援據而無自、將比附而不能、則必以是非之公義與交涉之通例、斷之、此二者即所謂公法之大綱也、是故交際之道、莫備於公法、亦莫善於公法、足以爲天下之公約、而舉其綱、並能正各國之專約、而祛其弊、強國不敢肆其貪、弱國得以免於禍、昭示大公、維持全局、胥恃之也、泰西之輪船、鐵路、電線、不遑創於近數十年之間、公法之興、迄今亦止一二百年、然公法之利國、實出機器之上、攷中國古史、春秋列國交際之道、一秉乎禮、即其時之公法、蓋中國文教之興、先於泰西、如日之始升、於東而後及於西也、不獨指南鍼之作、及篆刻之巧、見於西國、未有文字以前、即其公法之學、亦肇端於西國、未興之始、余嘗以此語西士、西士未之信也、迨光緒八年、余在歐洲、著爲是篇、且於德京、東土文會中、出而誦之、自是而後、用英法文字、屢刊之於歐美二洲、讀之者、始信余言之有據、益敬慕中國之聲名文物、固自昔而已、著也、同文館副教習汪君鳳藻、講求公法、有年矣、爰取是作、譯成漢文、有心時務者、試以中國之古法與泰西之今法、互證而參觀之、將見同者固多、而異者亦復不少、如古之使臣、因事特遣、今則常用駐紮於外國都城、古之通商、止於陸路、今則兼及海道、古無領事之官、

今則凡屬通商互市之區，皆設領事，以資治理，而古今之最不同者，莫如戰例。古之戰也，獲敵人則殺之，虜婦女幼弱則鬻之，奴之，今則禁掠平民，有所執獲，不過拘禁之，以待兩軍互換而已，有被傷者，且付醫館，與本國軍士一體調治，此公法漸進之據也。蓋公法萌芽於古之中國，希臘，漸擴漸充，至於今日而大備，不啻古人播種之而今人刈獲之耳。要之公法與國法體異而用同，使國有邦交而不講公法，猶人之涉訟獄而不暗國法，未有不失其利者，然則有國者可不知所務哉。

光緒十年歲次甲申猛夏之月

同文館總教習美國丁韞良自序

支那古代萬國公法

中國自與泰西各國立約通商，交涉之事益煩，近又簡派使臣，分駐各國，以通情好，時局爲之一變，耳目爲之一新，於是執政大臣，不得不講求公法之學。見前人所未見，聞前人所未聞，誠周代以來未有之奇矣。然攷諸中國分封之世，會盟聘伐，史不絕書，則固未嘗無公法行其間也。按中國自秦代至今，歷二千餘年，其間世變不同，以西史誌之，約可分爲三綱。自羅馬與嘉太治^{カセツ}之戰，迄海路始通，印度之年，爲第一綱。自此以後，約三百五十年，略有通商交涉之事，爲第二綱。自一千八百三十九年鴉片之衅，以迄

於今，爲第三綱。當第一綱之世，中西隔絕重洋，凡西國一切治亂變故，於中國渺不相涉。蓋不啻別居一世界焉。第二綱之世，中國知有歐洲各大國矣，然猶未悉其幅員之大，與夫風俗政治之要也。至第三綱之世，經英法前後兩戰，然後知泰西兵力之強，迨暨通蘇意士河，而中國益以密邇強隣，爲慮矣。自是以來，不獨講求武備，整飭邊防，亦且樂從事於公法。冀與萬國共其利賴，由是三百年來，所習視在藩屬之列者，皆得以平等相交，此豈一蹴致之哉。按亞洲東境諸小國，悉隸中國藩屬，其聯屬之故，或以同教，或以互市，而大半皆出於畏威懷德之誠，尊之如天帝，敬之若神明，以故中國居高臨下，大莫與京。如古之羅馬，然輒自稱其一國爲天下也，此諸小國者彼此絕少往來，其通貢於中國也，初無報聘之事。中國徃於所見，又安知宇宙間有平行相等如泰西各國者哉。夫中國垂一統之治，建無外之規，於今二千年矣，其間割據紛爭，事極罕見，公法之學固無自而興，向使歐洲至今猶統於一尊，則亦不能有公法。爲其無相需之勢也。苟有相需之勢，必有公法之學，此出於人心之自然。特行之有盛，有不盛耳，相需之勢有二，若干自主之國，境壤相接，舟車可通，勢不能不講信修睦，以聯邦交。一也，諸國交際往來，各以平行相接，無而上下之分。二也。

此二者中國自秦漢以來無之、而當周室分封之世、則明々有之、其時列爵分土、同姓之封數十國、誼親而分均、文同而化一、雖欲不往來、得乎、昔之希臘亦有此相需之勢、其究至於定條例以斷兩國之爭、此實公法之濫觴、參之近日歐洲各國會議希臘邊界之舉、其揆一也、中國古世情形與希臘相似、而往來交際盛且遠過之、抑更有不同者、昔希臘諸邦皆散處之部落、起自蠻夷、初無政教以相繫維、中國諸侯則係一王所封建、各遵守天下之法度、禮樂刑政異派而同源、一如歐洲中古之世、制度文爲皆自羅馬教皇出也、其盛衰興廢之跡著於周之季世、溯其相當年代、約自索倫氏始生之年迄雅里三太歿後之百年、其間會盟聘伐之事、盛極一時、歷春秋戰國而周遂亡、蓋武王錫爵同姓、溲爲封建之制、而列國分爭之禍實根於此、日本亦沿此制、至一千八百六十八年之亂始變封郡縣與日耳曼之桎爾滿無以異也、其制諸侯皆以世及、土地人民各私所有、未幾而幹弱枝強、漸啓不臣之志、始也天子當陽、諸侯用命、繼也王室雖卑、而霸國猶知尊周、往々上告天子以斷曲直、及其久也、強弱併吞、遂至顯叛其上而不顧、此所謂戰國之世也、前乎戰國而諸侯猶有好會者、春秋列國之世也、夫以境壤相接之國、而有往來交際之親、則其間玉帛兵戎必有成規之可守、而公法之條例即于是乎存、今試讀春

秋戰國之史、縱不得竟謂之公法、然其迹有不可泯者、不見夫同文同倫同教之數十國、有交際通商之政乎、不見其遣使往來有賓客宴享之儀乎、不見其會盟立約藏之盟府以爲信乎、不見其寓均勢之法於縱衡之中以禦強而保弱乎、不見其約法相循儼然有局外權利之守乎、且不見夫智謀之士專事揣摩以興人家國乎、此輩以遊說爲策、至意太利、禍施弗力之時、風尚略同凡此數百年之陳迹、莫非公法之要綱、惜未纂述成書以傳諸後世耳、然使果有其書、恐亦燬於秦火矣、始皇築萬里長城、功在萬世、而焚書之舉、千古有同恨焉今所傳者、惟散見於孔孟之書、諸子百家之說、以及稗官野史之所記、而周禮一書尤足以資考證、中國於外邦交際之道、日益講求、或有如葛氏其人者、出而網羅散佚、哀集一編、亦如葛氏之蒐輯希臘意大利列國公例、未可知也、至余是編、不過擇其要者、借引一二端、以證余之所見、且示中國古世實有公法可致云爾、必欲臚舉其事、博採其文、則不獨限於篇幅、亦非余立言之本意也、按中國公法、早寓於封建之初、而顯著於春秋之世、自堯舜始建十二洲立十二牧、疆分界劃、上應星辰、蓋古時分天圖爲十二方、以國之十二洲當之、取每方列宿之名、定各洲分野之界、孔子云、爲政以德、譬如北辰、居其所而衆星拱之、亦以北辰喻天子、以衆星喻諸侯也、夫合天文地理之學、以爲經理疆域之用、

良法美意計孰有愈於此者乎。彼羅馬立界神以司疆域同一神道設教之意。要不若星野立法之善。故數百年間。在西土歷巴畢倫波斯希臘之興亡相繼疆域屢更。而中國十二洲獨持久而不變。未始非法制之善。有以使之也。迄於周代衆建諸侯分十二洲之地爲千有餘國。內外相維。小大相制。立政之繁密。與後羅馬相類。其命爵則如歐洲中古之世。列爲五等。曰公。侯。伯。子。男。下此爲附庸之國。皆以時朝覲天子。爲王室屏藩。春秋之初。諸侯雖強。猶以尊周室攘夷狄爲事。而列國會盟。有一舉而五等之封咸集者。如魯史僖公九年夏。公會宰周公。齊侯。宋子。衛侯。鄭伯。許男。曹伯于葵邱。左傳會於葵邱。尋盟且修好禮也。按此所謂禮即當時公法之根據。半皆出於周禮一書。是書之作。約在西曆紀元前一千一百餘年。今所傳本。非完璧也。周禮者。所以定尊卑別貴賤。舉凡朝覲會同之事。冠婚喪祭之儀。設官制祿之經。取賦明刑之典。以至齊權度。一量衡。極於至纖至悉。而莫不有禮。以此施於泰西。則殊苦其繁重而行諸中國古世。則人必以爲便。與古猶太人之遵奉摩西法律。無異也。故內而王畿。外而列國。朝野上下。一秉周禮。獨贏泰處乎西北。其俗不用周禮。而從殷禮。隱然有弗率之意。而周亦卒亡於秦。秦以外諸國。既同秉周禮。則一切政教科條。若合符節於近世所謂通融律例。自

無所用其講求矣。蓋周禮之作。與封建之制。相表裏。周禮行而王室聲靈賴以不墜。侯國之君。屬在藩臣。雖其自專國政。一如今日之安南。庫爾喀等國。不過循數載一朝之典。然其仰望天子。則以爲至尊無對。凡禮儀之所在。一惟天王之命是從。其尊敬之誠。求諸歐洲。惟中古羅馬數諸國之於教皇。足以擬之。如周襄王。爲國人。所逐出居於外。晉文公以兵納王。王既復於王城。鄭小邑。居天下之中。爲王城。如羅馬之有居城。近爲義國所吞併。勞文公以地辭。地請隨。王知所請雖小而所窺伺者實大。因毅然拒之。文公遂受地成禮而還。此可見時至春秋。強侯猶不敢違王命也。周之列國。惟同爲王室屏藩。故雖時相侵伐。而氣類自親。至其與夷狄化外之國。則攘之惡之。歷千百年。而氣風曾不少易。如魯襄公四年。西北山戎如晉。謂和且願列爲附庸。晉侯曰。戎狄無親而貪。不如伐之。其臣魏絳力言和戎有五利。晉侯始許盟。非鄙夷戎狄之明證歟。

春秋之初世。列國尙稱輯睦。其往來交際。有合於公法者甚多。即如重商一端。古今亦有同揆。不獨孔門之高弟。嘗以貨殖見稱。凡諸侯圖治者。亦莫不通商惠工。爭相招徠。以爲富國之計焉。而其時貿易之盛。尤莫如人才。往々一國之學校。而他國之士。群附之。所學既成。即可委贄於異邦之君。故賢人君子。文學經濟之士。皆歷聘四方。傳食諸

侯即孔子亦轍迹半天下以冀一日之用而及門從學者大都皆來自遠方後百餘年孟子以仁義之說遊歷齊梁亦猶是木鐸設教之意也彼秦之日臻疆大尋至伐周而有天下者獨非用賢之効乎史稱秦孝公四曆前三六十八年發憤修政欲以疆秦令國中曰賓客群臣有能出奇計彊秦者吾且尊官與之分土公孫鞅衛之庶孫也好刑名之學聞孝公令遂入秦求見說以富國彊兵之術孝公大悅舉國而聽之鞅下令變法兵革大強諸侯畏懼後百年而遂得兼併天下商君之力也始皇時李斯亦以客爲卿時秦賓客多用事群臣忌之因議逐客李斯上書諫而止其書首述先世四君皆用客致疆以見客之有功於秦末以河海不擇細流爲喻使始皇立除逐客之令信不刊之至論也春秋之世諸侯朝會之事不一而足使非誠信相孚何以至此雖其間未必猜嫌之盡釋而敦繫玉帛率盡禮守信者居多按定公十年夾谷之會孔子相焉齊侯以萊人從欲劫魯君孔子預修武備命司馬止之而折齊人以辭於是齊計不得逞且返魯之侵地此以見兩君好會有文事亦必有武備也若襄公九年公送晉侯至於河上談譙間晉侯知魯君尚未受冠禮因請即日行之從者以禮樂未具對時去衛近於魯乃請假衛地以成此禮晉侯曰諾公遂冠於衛成公之廟假鐘磬焉禮也此則情誼渾洽純

乎好合者矣至於會盟立約修好睦隣之舉則更層見疊出率以大國主盟而小國從其後與今日歐洲之局遙々相對如出一轍而遣使通好尤屬古今之常道使臣身不可犯此例古亦有之然不能無執獲殺戮之事者信不立也其見殺者直以使人爲間諜故殺之以示決戰其見執者或籍口於使臣之過我以達隣國未先假道又以其行爲圖我故執之以沮其謀外此則皆以禮相接恒視其人或其君之爵命以定儀文之隆殺焉若數國之使會聘於一國其先後爭長之間亦復據理而斷特不如歐洲維也納之會所定章程爲簡明畫一耳如隱公十一年滕侯薛侯同朝於魯爭長薛侯曰我先封滕侯曰我周之卜正也薛庶姓也我不可以後之公使人告以賓有禮主則擇之周之宗盟異姓爲後願以滕君爲請薛侯許之乃長滕侯不煩兵甲以一言而息兩國之爭此在歐洲當一千八百一十五年以前未易觀也若夫辱侮使臣往々爲興戎之階如成公元年有魯四國之使同時而聘於齊一禿一眇一跛一僂齊頃公出以遊戲亦使禿者眇者跛者僂者四人分迎之帷婦人於臺上窺而笑之聞於客客知齊人之戲已也怒而出誓必以報次年四國遂率師伐齊齊師敗績賴有賓媚人之辭令又致賂以謝始免於禍蓋侮人適以自侮至此悔之已晚春秋使聘之例有與今例脗合者如

文公元年冬。叔孫敖如齊。左傳云。始聘焉禮也。凡君即位。卿出並聘。踐修舊好。要結外。援好事隣國。以衛社稷。忠信卑讓之道也。春秋遣使。莫重於結盟。凡近世所有各種條約。古皆有之。載盟之法。必臨之以神。申之以誓。歃血執牛耳。以爲信。書成則謹藏於深嚴之地。謂之盟府。其盟約之辭。有可得而舉者。如襄公十一年四月。諸侯伐鄭。七月同盟於亳。載書曰。凡我同盟。毋蘊年。毋蘊利。毋保養。毋留匿。救災患。恤禍亂。同好惡。獎王室。或問。茲命。司慎。司盟。名山。名川。群神。群祀。先王。先公。七姓。十二國之祖神。明陟之俾。失其民墜命。亡氏。陪其國家。此蓋神道設教之意。亦有不以文而以實者。或以子爲質。或以寶器爲質。或更使他國作之監。以討背盟之罪。而尤莫奇於索國君之母以爲質。如成公二年。魯衛曹四國伐齊。齊師敗績。齊侯使人致賂以求成。晉人不可。曰。必以蕭同叔子爲質。而使齊之封內盡東。其畝齊人謂齊晉匹敵之國。先王所建。晉不顧土宜。而使盡東其畝。非先王之命。反先王則不義。何以爲盟主。至心欲以君之母爲質。則是以不孝令。寧收合餘燼。背城借一。以與晉周旋。於是魯衛爲之調停。陳說利害。以諫。晉人乃許之。受賂而還。按交質之法。中國古儒皆以爲非。謂夫適足啓彼此之疑。而成交惡之勢耳。其論邦國交際之道。必以忠信爲主。西儒亦主此說。而論之之切。未有逾

於中國古儒者。孔子云。人而無信。不知其可也。大車無輓。小車無軌。其何以行之哉。又嘗以食兵信三者爲國政之要。而信爲重。以爲去兵與食。國猶可存。去信則國不立矣。若夫行陣之間。則與歐洲古世同。皆舍一國之私例。而從天下之公理。其蹂躪殘殺之慘。亦與希臘羅馬相伯仲。昔希臘君雅里三。太嘗戒軍士勿犯詩人賓氏宅。固見好文敬士之意。然所戒止於是。則其他之得肆荼毒可知。古中國亦然。勝則著其威。敗則任其禍。殺掠之患。非有殊恩異數。不能免也。昔者秦攻齊。令有敢去柳下季墓五十步。而樵採者死不赦。而有能得齊王頭者。封萬戶侯。賜千金。鎰事正相類。阿契利アケレス將嘗謂。法度非爲吾輩而設。中國將帥亦持此見。然逞私背義者。古時雖多。而軍旅之法度。固自可考。茲約舉之如左。

一、軍旅所至。民間秋毫無得犯。考諸史載。凡仁愛者。名譽之所歸。殘暴者。怨謗之所集。自有征伐以來。其用力少而成功多者。未有不以仁愛勝。故孔子曰。仁不可爲衆也。孟子曰。仁者無敵。

二、兵必以鼓進。敵未成列者不擊。左傳。宋公及楚人戰於泓。楚人未既濟。司馬請擊之。公不可。既濟而未成列。又以告。公又不可。既陣而後擊之。宋師敗績。國人皆咎公。公

曰君子不重傷不禽二毛古之爲軍也不以阻隘也寡人雖亡國之餘不鼓不成列宋襄之迂拘如此後世傳爲笑柄而古泰西勇俠之士乘敵之危爲耻亦此意也

三、無故不得興兵師出有名一語爲中國談兵者所誦法蓋師旅之興不出於忿則出於貪特有是非之公義以持其間耳不但此也義之所在雖強弱有可弗論者如古人所云師直爲壯曲爲老是矣西人詩云興師以義三倍其器意與此同

四、禦強衛弱恒謂之義凡遇強敵儼陵不獨被禍之國急於自謀即遠處局外者亦以發兵救援爲義春秋若此之舉史不絕書而尤莫著於六國之合從以禦強秦時在西曆

紀元前三百二十年時六國用蘇秦之策聯盟合從併力拒秦相持二十年之久其後盟寒約散卒使強秦肆其蠶食六國相次滅亡而周室八百年之祚至是遂絕秦既兼天下遂自稱爲始皇帝廢封建置郡縣北築長城河山一統自是以來不獨皇帝之號歷代因之其郡縣天下之制亦復亘古不移屹然與萬里長城同其鞏固矣

五、諸侯不得擅滅人國以棄先王之命此義至戰國而始湮春秋之世諸侯雖直侵伐猶未敢冒天下之不韙徃々危急存亡之際賴此義以自全如齊孝公帥師伐魯魯侯使展喜稿師冀有以止其軍齊侯曰魯人恐乎對曰小人恐矣君子則否齊侯曰室

如懸磬野無青草何恃而不恐對曰恃有先王之命因進詳齊魯受封之始盟府所載之辭責之以義諷之以情卒使齊侯辭屈而還此一證也又晉敗齊師於鞍齊侯致賂而不得免則稱說先王之命以折之晉人猶未許賴有魯衛之諫而齊之社稷足以不泯此又一證也至若以王國而亦有賴於此者則如楚子伐陸渾之戎遂至於雒觀兵於周疆定王使王孫滿勞楚子以審其意楚子有窺伺神器之心故以鼎之輕重爲問王孫滿不逕答其問第爲之言鼎所自來始於夏禹鑄鼎象物使民知神姦歷有殷六百祀而鼎遷於周遂爲王室之重器終之以周德雖衰天命未改鼎之輕重未可問云々楚子乃廢然而返此固由辭令之妙亦由大義之猶在人心耳

六、局外之國亦儼有權利之可守古者希臘戰國初無局外之說苟其國所處有關於戰局之重輕則於彼於此必使之擇一以從雖欲置身事外弗可得也中國則不然局外之國可以兩無所與使彼此師旅皆不得越其境即有假之以道者亦第弗爲之阻而已他仍無所與也且假道危事也智者所不爲如僖公五年晉侯復假道於虞以討虢宮之奇諫曰虢虞之表也虢亡虞必從之晉不可啓寇不可玩一之謂甚其可再乎虞公弗聽卒假之道晉既滅虢師還遂並滅虞其前鑒也

綜觀春秋戰國時事合乎公法者如此其多則當時或實有其書而不傳於後未可知也亦如希臘本有公法而今所存者不過篇目而已要之書之有無不可必而以其事論之則古中國實有公共之法以行於干戈玉帛之間特行之有盛有不盛耳周禮三傳國語國策等書皆足以資攷證而尤可爲天下萬國法者莫如孔子所修之春秋綜二百四十年之事悉經筆削而定往々予奪褒貶寓於一字千載而下更無有能議其後者所謂一字之褒榮於華袞一字之誅嚴於斧鉞是也今中國執政者亦謂歐洲大小各國境壤相接強弱相維有似春秋列國而致之載籍覺其事其文其義亦復與今之公法相印合故中國亦樂從泰西公法以與各國交際由此觀此則謂公法一書必有一日焉爲天下萬國所遵守而遂以立斯世和平之準也夫豈託諸夢想已哉

日本の古

此マルチン氏ノ論文ハ歐洲ニテ有名ナルモノニシテ英文又佛文ニテモ起草セラレ其佛文ノモノハ白耳義國比律悉刊行國際法比較法制雜誌(Revue de droit international et de legislation comparée)國際法雜誌ニテハ世界最良ノ雜誌トセララルモノニシテ萬國々際法學會ノ機關雜誌ナリニ掲載セラル又日本古代ニモ國際法的觀念アリシコトハ別ニ喋々ヲ要セス只歐米人ハ往々

之ヲ知ラサルモノアルニヨリ著者ハ嘗テ其事實ヲ採録シテ歐人ニ示セシコトアリ該論文ハ日本歴史中ニ發見セラル國際法念(The droit international dans l'histoire du Japon)ニシテ前記ノ比律悉刊行國際法比較法制雜誌千九百一年分ニ在リ日本人ニ對シテハ之ヲ述ブルノ必要少キヲ以テ茲ニハ之ヲ畧ス

第三節 羅馬帝國ノ始ヨリ宗教革命ニ至ル

羅馬時代
コリ宗教
革命ニ至
ル

此時代ノ
特徵

此時代ニ於テ特ニ注意スベキハ世界主權(Universal sovereignty)ノ感念行ハレ皇帝及法王ハ國際事件ノ判決者タリシコト及封建ノ餘響ヨリ世界主權ハ領土主權(Territorial Sovereignty)ノ感念ニ變ジ茲ニ近世國際法ノ設定ヲ見ルニ至ルノ階梯ヲ爲セシコト又海上國際法ノ非常ニ發達シタルコト是ナリ余ハ次ニ一々之ヲ説明セン。

世界的主
權

第一款 世界的主權ノ感念

羅馬帝國ノ旺盛ナルニ方テヤ其領土ハ遠ク亞細亞及亞弗利加ニ亘リ凡ソ古代

羅馬帝國

文明ノ及ブ所ハ即チ其領土タリシナリ、ローレンスノ言其政畧ハ凡ソ一國民ヲ
 征服スルル之ヲ其地ノ自治ニ任スニアリ、是以テローマ帝王ハ其配下ニ多數
 ノ領主ヲ持ツコト、ナリ、此等領主間ニ諸般ノ爭議アルルハシーザー(Caesar)ニ
 訴ヘ判決ヲ仰クコト、ナセリ、故ニ此時代ニ於テハ世界主權ハ威念行ハレ羅馬
 皇帝(Roman Caesar)ハ諸國(此國ハ今日ノ國際法ニ所謂ル國トハ性質ヲ異ニス)ノ
 主權者ニシテ諸國ハ上ニ共同ノ君主ヲ有スルコトナリ、居レリ、サレバ此威念丈
 ニテ近世國際法ハ此時代ニ存立セザリシコト明ナリ、何トナレハ近世國際法ハ
 第一原則トモ云フベキハ各國ノ平等ニ在レバナリ、然レトモ實際ニ當時羅馬ト
 各國トノ關係ヲ支配セル原則ハ恰モオースチン派ノ所謂法ナルモノニシテ主
 權者ノ命令ナリシナリ、而シテ此命令ハ各國ニ完全ナル義務ヲ負ハシメ制裁ヲ
 有セシモノナリ、故ニオースチン派ヲシテ云ハシメバ此帝國時代ニ於ケル羅馬
 帝ト各國トノ關係ヲ支配スル法規ハ眞ノ法律ニシテ近世ノ國際法ヨリハ法ト
 シテ正確ノモノナリト評スルナラン、然レトモ實際上ニ於テ羅馬帝ハ嘗テ其部
 下各國相互ノ國際法規ヲ發布シタルコトハアラス、只實地問題ノ起リタルトキ例

東羅馬帝國

ヘハ王位繼承又ハ襲撃等ノ葛藤起リタルトキニ帝王ニ訴ヘ帝王ハ之ニ判決ヲ
 與フルニ過ギズシテ、別ニ一ツノ法律トシテ制定セラレタルモノハアラス、故ニ
 羅馬帝王時代ニ各國相互ノ間即チ服從者タル各員ノ間ニハ國際法ハアラザリ
 シナリ、降而西羅馬帝國ノ亡ビタル後モ此共同主權ヲ戴クノ觀念ハ亡ビス、羅馬
 ノ實力衰ヘタル後尙ホ其帝國ナル餘威ヲ存シ、人民ハ帝國ナルモノハ永久且ツ
 世界的ニ保存セラルベキコトヲ信ジ、羅馬ハ事實上帝都ニアラザルニモ關ラズ尙
 ホ東羅馬帝國ハ羅馬帝國ナル名義ヲ存シタリ、後東羅馬帝國モ衰微シ遂ニ世界
 主權ヲ維持スル能ハザルニ及ビ此世界的主權ハ遂ニシャルトマーグ(Charlemagne)
 ノ手ニ入り、紀元八百零五年十二月二十五日羅馬市ノ「バシリカ」(Basilica)ニ於テ法王
 レオ三世ハ彼ヲ帝王ノ位ニ昇セ茲ニ羅馬日耳曼帝國(Romano-German Empire)ハ嘗
 テ羅馬七丘ヲ中心トシタル世界的主權ハ繼承者トナレリ、(Brice, Holy Roman Em-
 pire ch IV. V.)

神聖羅馬帝國

此新ナル神聖羅馬帝國(Holy Roman Empire)ハ論理上前羅馬帝國ノ繼承者タリシ
 モ實際上帝王其人ノ能力ニヨリ其權力ニ差異ヲ生ズルコト、ナリ、遂ニ神聖羅

馬帝國ソノモノ、經營創設者タリシ法王自身ハ次第ニ其權力ヲ増シテ世界主權ヲ己レニ歸セントスルニ至レリ、即チ法王ハ西羅馬帝國ノ領セシ部分ノ主權ヲ主張シ、又凡テ王國(Kingdom) 公國(Princedom) 侯國(Marquisate) 伯國(Countship) 又帝國ヲモ將タ凡テ各人ノ所有ヲモ之ヲ與奪スルノ權アルヲ主張セリ、而シテ此主張タルヤ單純ナル宣言タルニ止マラズ、一千七十七年ニ於テ實地ニ行ハルベキヲ證明セラレタリ、即チグレゴリー七世(Gregory VII)ガ當時歐洲中尤モ強勇ノ顯理七世(Henry VII)ヲシテカノサ(Cinoga)ニ於テ膝行頭ヲ屈セシメタルコト是レ也、中世紀ニ及ビ彼ノシャールマーニ、帝國ハ其權力ヲ日耳曼以外ニ及ボス能ハズ、從テ世界的領土主義(universal dominion)ヲ主張スル能ハザルニ至リテモ、彼ノ世界主權及共同君主ノ觀念ハ全ク當時人民ノ腦裏ヲ去ラズ、爲メニ何人モ國家ハ獨立スベキモノナリト主張スルコトナク、又優者(earthly Superior)ノ存在ヲ認メザルコトヲ敢言スルモノナク、爲メニ法王ヲシテ凡テハ世俗的帝王(temporal sovereign)ヲ支配スルハ、假定ヲ行セシメテ疑ハザリキ、是ニ於テ從來世界主權ヲ持テタル皇帝(Caesar)ガ實行セシ國際事件、裁決ノ權ハ法王ニ移リ、仲裁者(archi-

皇帝特ニ以テ於
法王ノ以テ於
太利ニ於
爲仲裁者
ト七千回

trators)タルハ地位ニ立ツニ至レリ、メイン曰ク、

以佛兩語ヲ以テ以太利歴史ヲ編纂スルニ當リ其國內ニ起レル反亂ノ種類ニヨリテ分類ヲ立ツルヲ便宜ト認メタルフェラリ氏ハ該國ニ七千回以上ノ反亂アリシコトヲ述ベ、且ツ此等反亂ハ皇帝特ニ法王ニヨリ鎮定セラレシコトヲ説ケリ、(Ferrari, an historian who has written both in Italian and French, and who has conceived the expedient of mapping out Italian history into periods according to the nature of the revolutions which occurred in the Italian state has counted among these states no less than 7,000 revolutions, each with a war of its own, small or great. Still the emperor and the pope, and yet more the pope than the emperor, were unquestionably, on the whole, makers of peace. (Maine, I. 5. 15.))

此ノ如ク法王ハ國際事件ハ仲裁者トシテ仁愛主義ヲ行ヒ彼ノ殘忍酷薄ナル君主等ヲシテ宗教的ノ制裁(Supernatural Sanction)ニヨリ其ノ命ニ服從セシメタリ、(J. S. Mill, Dissertations and Discussions II 152-158)

當時モシ法王ヲシテ常ニ此純粹ナル仁愛主義ニヨリ裁判者トシテ國際事件ヲ

處理セシメバ此地位ハ尙ホ保持スルコトヲ得シナラン然レモローマ「クニリヤ」(Roman Curia)即チバシリカハ腐敗ヲ以テ充滿スルニ及ビ人心全ク之ニ背キ法王ノ信用ト權力トハ次第ニ減シ遂ニ歐洲特ニ新教國諸君主ハ法王ノ羈絆ヲ脱シ結局宗教改革ノ爲メ法王ガ共同ノ優長者タリシ慣習モ棄廢セラレタリ此クノ如クニシテ世界的主權ノ感念モ跡ヲ絶チ茲ニ領土主權ノ觀念ヲ生ズルニ至レリ(ローレンス大三九頁此領土主權ノ感念ハ國際法ノ成立ニ最モ必要ナルヲ以テ茲ニ少シク其發達ヲ研究セン。

第二款 封建制度 (Fendalism) ト領土主權ノ感念

主權ハ屬人的ヨリ屬地的トナル

前節ニ於テ世界的主權ノ感念消滅シ領土主權ノ感念之ニ代ハリシコトヲ述べタルガ、メーソン氏ハ此事實ヲ他ノ點ヨリ研究セリ、即チ氏ハ屬人的ヨリ屬地的ニ發達シタルコトヲ云ヘリ、氏曰ク (Maine 56)
今日下セル主權ナル名稱ニ近キ感念ハ古代ニ於テハ必ズシモ土地的ニアラザリキ、換言スレバ主權ノ行ハル、範圍ハ地球表面上ノ一定ノ部分ニ限レル

ニアラズ、之レヲ西歐諸王國ノ初代ノ王號ニ徵スルトキハ古代ノ主權ニ關スル感念ヲ明カニスルコトヲ得ベシ、即チ英人ノ王 (Rex Anglorum) フランス人ノ王 (Rex Francorum) 蘇格蘭人ノ王 (Rex Sctorum) ノ如ク何國王ト云ハズシテ何國人ハ王ト稱シ、現ニ蘇格蘭人ノ女玉ナル言葉ハ吾人ノ熟知セル歴史中ノ名稱ナルガ如シ、此等ノ名稱ヨリ推スモ國王ナルモノハ民族ノ長ナリトノ感ニ伴ハレ居ルコトヲ知ルベシ、而シテ主權ナル感念ノ一定ノ土地ト結付ケラル、ニ至リタルハ全ク封建ノ感念ニ依レリ、封建ノ國際法ニ與ヘタル効ハ著シキモノニシテ若シ封建ニヨリ領土主權ノ感念ヲ生ズルコトナク又國ナルモノヲ國際法組織ノ單位トセザリシナラバ、著者曰クマンチニ (Manchin) 氏等ノ主張ノ如ク國民ヲ單位トシテ國ヲ單位トセザル場合ヲ想像シテ云フナリ、國際法ハ決シテ今日ノ有様ヲ有セズ云々。

要スルニ封建制度ハ主權ヲシテ領土的タラシメシ効アリ、爲メニ世界的主權ヲ打破シ又民族的主權ヨリ國家的主權タラシメタリ、ケント氏モ之ヲ説明シテ曰ク (Kent 24-26)

羅馬ノ世界征服主義ヲ打破シ之ニ替ユルニ箇々ノ國民主義ヲ以テシ (Substitute for its distinct and various nationalities) 且ツ諸政府ノ關係ヲシテ聯邦的 (federalive form of government) トナサシメタリ。サレバ彼ノギゾー (Guizot) ハ巧ニ之ニ述ベテ曰ク封建ナルモノハ事實上採邑 (采邑) 所有者ニ與ウルニ其土地ニ關スル主權ヲ以テシタルモノニシテ、封建制度トハ此等ノ主權者ガ相聯合シテ成セル一聯邦制度 (confederation) ニ外ナラズト……又メーソン氏ガ諸學者ノ推重ヲ得シ所以ノ一ハ封建制度ニヨリ生ゼル領土主權ト近世國際法トノ關係ヲ歷史的ニ論究セシニ在リ、其言ニ曰ク此領土主權享有者相互ノ關係ハ恰モ羅馬法ニ於ケル所有者相互ノ關係ノ如シト此關係ハ實ニ近世國際法ノ大原則ヲ生ゼシメタリ。

參照 (Maine ancient Law chap. IV. Davis 22. Holizenhorff §§ 57-64, Lavrenco 大 § 31-33 Amos, Science of Law 338.)

此ノ如ク封建制度ハ領土主權ノ概念ヲ生ジ、今日ノ國際法ノ基礎ヲ爲セルガ茲ニ注意スベキハ此時代ニ於ケル領土主權ノ概念ハ財產權ト混ジ居ルコト是レ

ナリ、此混淆ハウエストレーキ氏ニヨリ精確ニ辯明セラルルガ故ニ之レヲ引照セ

領土主權ト財產權トノ區別

各國ガ其領域ニ對シテ有スル所ノ主權ハ土地ニ對スル財產權ト類似ノ點ヲ有ス、然レドモ兩者ノ差異ハ更ラニ著シキモノナリ、排他的專屬 (Exclusiveness) 及ヒ讓渡ノ可能ハ領域主權ト財產權トノ類似セル點ナリ、土地所有者ハ其ノ所有地ニ於テ他人ガ所有權ヲ行フヲ排斥シ得ルガ如ク、國家ノ領域ハ全ク主權國ニ專屬ス、又タ土地所有者ハ國法ニ遵由シテ土地ヲ他人ニ讓渡スルヲ得ルガ如ク、國家ハ國際社會ノ條規ニ遵由シテ領域ヲ他國ニ讓與スルコトヲ得可シ、然レドモ領域主權ヲ財產權トシテ見ルハ實際ニ不適合ナルヲ免レズ、例ヘバ國家ガ其ノ領域中ノ一州ヲ他國ニ讓與ストハ其州ニ對スル主權及ビ其ハ州内ニアル國有財產ヲ讓與スルノ謂ニシテ、其ハ州内ニアル他ノ財產私有物ハ是レガ爲メニ影響セラル、コトナシ讓與ヲ受ケタル國家ガ新タニ城砦ヲ築キ若シクハ舊城砦ヲ擴張スル等ノ目的ヲ以テ土地ヲ使用セントスル時

ニハコレヲ所有者ヨリ買取シ若シクハ法律ニ遵由シテ之レヲ收用セサル可
 カラス即チ知ル可シ國家ガ主權ノ讓與ヲ受ケタリト云フハ土地ニ對スル財
 產權ノ讓與ヲ受ケタルニ同シカラザルヲ。國家ハ公共ノ目的ノ爲ニ強制的ニ
 私有ノ土地ヲ處分スルノ權力ヲ有ス土地收用權ハ其ノ權力ノ一種ナリ或ハ
 國家ガ此ハ權力ヲ有スルヲ以テ主權ト財產權ヲ同視スルハ理由トスルモノ
 アリ曰ク國家ガ領域ヲ讓與スルハ強制的ニ土地ヲ處分スル權力ノ發現ナリ
 強制的ニ土地ヲ處分スルノ權力ハ土地所有權ノ一部ガ國家ニ保留セラレタ
 ル者ナリ故ニ領域ノ讓與ハ土地所有權ノ行使ナリト然レドモ此ノ推論ハ反
 對ヲ免レズ國家ノ内ニ於テ強制的ニ土地ヲ處分スルノ結果ハ領域ヲ外ニ讓
 與スルノ結果ト同ジカラズ土地ヲ強制的ニ處分スル權力ハ私有財產權ヲ制
 限シ其ノ權力ノ行使ハ私有財產權ニ影響スト雖領域ノ讓與ハ私有財產權ニ
 影響スルコトナシ又強制的ニ土地ヲ處分スルノ權力ハ土地所有權ノ保留ト
 言フ能ハズ封建時代ニ於テ總テハ土地ハ究竟君主ノ財產ト見做サレシガ故
 ニ土地所有者ノ死亡ニ際シ相續者ナクハ君主ハ其土地ヲ取得スルハ權ヲ

封建時代
ノ領土權
ノ觀念

生セリ是レ眞ノ土地所有權保留ナリ然レドモ土地所有權ノ保留ハ強制的ニ
 土地ヲ處分スルノ權力ト同シカラズ封建君主ト雖モ決シテ土地所有權ノ保
 留ヲ理由トシテ土地收用ヲ行フコト能ハザリシナリ封建制度ノ下ニ於テモ
 他ノ制度ノ下ニ於テモ強制的ニ土地ヲ處分スル權力ノ根據ハ別ニ求メザル
 可カラズ故ニ如何ナル點ヨリ見ルモ主權ハ財產權ト區別スルヲ適當トス然
 レドモ封建制度ハ總テハ土地ヲ究竟君主ノ所有ナリトシタルハミナラズ財
 產權ト政權ノ觀念ヲ混同セリ大地主ガ其ノ所有地ヲ治ムルモ王ガ國ヲ治ム
 ルモ封建ノ主義ニ於テハ異ナルコトナシ此ノ主義ヲ基礎トセル國ハ十六世
 紀及十七世紀ノ學者ノ著書ニ於テ謂フ所ノ世襲國家ナリ此ノ主義ニ據レハ
 領土ハ王公ノ財產ニシテ之レニ對スル權利ハ結婚遺贈又ハ相續ニヨリ移轉
 ス可カリシナリ中世ニ於テモ國家ニ關スル近世的觀念ノ萌芽ト見做ス可キ
 者存在シ君主ノ遺贈權ヲ制限シ又ハ君家ノ結婚及相續ノ爲メニ私有財產ニ
 關スル條規ト異ナレル條規ヲ特定シタルアリ然レドモ財產ノ移轉ニ關スル
 條規ヲ國家ニ適用シ人民ノ利害若シクハ希望ニ頓着セスシテ之レヲ離合ス