

たる稿者は、この主張を當時一再となく上海在留歐米人より耳にしたが、その都度彼等に向つてその妄を辯じたものである。これは畢竟交戦法則と中立法則を識別せざる管見に基くもので、少しく考ふればその謬見なることは解かる筈である。

一一一 然しながら中立法則に至りては之と趣きを異にする。實地的戦にありては、交戦の意思が當事國に依り公然表示せられたのでなく、随つて第三國は、交戦状態が成立したものと己れ自身客觀的状態から判断する以外に、その成立の通告なき限り之を認むべき義務は無いから、交戦國と第三國との間に中立の權利義務は自動的に發生しない。(但し茲に注意を要するは、中立國の權利義務なるものは中立國の政府の權利義務で、その國民の權利義務ではないことである、これも第三國人の動もすれば誤解する點であるから、追て尙ほ細説するけれども序でに今一言して置く)。故に中立法則は、その儘には發動しないのである。或は逆に、中立法則が發動しないから中立國の權利義務が發生しないと云ふも可い。孰れにしても中立法則は發動しないのであるから、随つて中立法則の支配する諸般の事項、例へば交戦國をして中立國の領土領水を尊重せしむるの權、中立國の交戦國軍艦の出入及び碇泊に戦時特有の制限を加ふるの權、交戦國の交戦者權行使に對する中立國の默認的義務(封鎖侵破、戦時禁制品輸送、非中立的役務等に從事する船の拿捕の如き)の類は發動しない。實地的戦にありても、捕獲審檢機關を開設して拿捕したる敵船及び敵貨の審檢を行ふは妨げなく、寧ろ司直の公正を示す上から望まじきも、その管轄權は之を第三國の船及び貨物の上に及ぼすを得ない。要するに戦地所在の第三國人に對しては交戦法則は法的戦に於けると同様に適用せらるべきも、中立國

中立法則
は自動的
には發し
ない

中立法則
の發動は
相互的

なるものが成立して始めて交戦國との關係を律すべき中立法則の適用は、法的戦に非ずんば認められずといふことになる。

一一二 尙ほ交戦法則の發動と中立法則のそれとの相違は、前者は一方的の意思で足るが、後者は必然相互的たるを要することである。交戦國は對手が交戦法則を守らざる場合には己れ亦之を守らずと云ひ得るけれども、對手が之を守らざる場合にも尙ほ且己れは誠實に之を守り、人道の要求する所に從つて蠻行を避けることは固より隨意であり、又望まじきことでもあるから、交戦法則は一方的にても之を發動せしめんとすれば爲し得るのである。

然るに中立法則に至りては之と異なり、交戦國は己れは交戦國たるに伴ふ權利を第三國に對して行ふも、第三國の交戦國に對する中立國としての權利の行使は之を認めずでは通らない。交戦國が交戦者權を第三國に對して行使するには、同時に第三國の中立國たるに伴ふ諸般の權利を尊重せねばならぬ。第三國も中立國としての權利を主張せんとするには、同時に交戦國の交戦者權の行使を尊重せねばならぬ。中立法則は交戦國と第三國の双方が之を實行するの意思を相互的に有するに非ずんば發動しない。故に交戦國が第三國に對し交戦者權を行使し、且第三國をして中立義務を守らしめんとするには、同時に交戦國が第三國の己れに對し中立國の權利を行使するを承諾するの意思と且その意思の表示あるを要する。この意思表示は、交戦國の中立國に對して行ふ交戦状態成立の通告を以てするのが普通である。その通告があると、茲に始めて中立法則は發動する。必しも交戦状態成立の通告のみとは限らず、交戦國の双方又は一方が宣戦の方式を取るあら

ば、第三國は交戦國より宣戦状態成立の通告に接せずとも、その成立の事實を確實に承知したものと多くの場合に推定し得られる。宣戦なり交戦状態成立の通告なりは、交戦國が第三國に向つて中立義務の履行を要求すると同時に、第三國の中立國としての権利の行使を承認するの意思表示たるもので、之に依り中立法則の發動となるのである。實の戦には交戦の意思表示が無いから、隨つて交戦状態の成立を通告する筈なく、既にその通告が無いから、中立法則は發動しない。反對に、その通告を爲すならば、之に依りて交戦の意思表示を爲すと同時に中立國としての権利行使を承認し、併せてその義務履行を要求するの意思表示を爲したことになる。支那事變の後半期に於けるが如くに、その明かに法的戦に轉化せるものと客觀的情勢から推論すべきものにありても、交戦状態成立の通告その他の方式に依る交戦の公然の意思表示なき限りは、一方的には中立法則は發動しないのである。

尤も交戦國自身が右の意思表示を爲さざるも、第三國が交戦状態の成立を之を認むることあるべきは既に述べた如くである。この場合に該第三國が中立國としての権利を主張せんとするならば、同時に彼等の側に於て交戦國としての権利を尊重するの用意あるを要するは論を俟たない。即ち例へば第三國にして交戦國の軍艦の出入碇泊、物資の補給等に關し中立法則を之に適用せんとするならば、同時に交戦國の海上捕獲權、封鎖權、その他中立國民の通商及び交通を拘束する所の交戦者權の行使をも當然承認せねばならない。第三國にして交戦國に向つて中立國たるの権利を行使しながら、他方には交戦國に於て交戦の意思表示を公然爲さざるの故を以て法的戦に非ずして依然實の戦なりと主張するならば、その謂ゆる實の戦に於ても交戦國は

支那事變
は實の戦
か法的戦

攻勢戦と
防禦戦

該中立國に向つて交戦者權を適用するに毫も妨げない。これ中立法則の發動が相互的たることの原則から來る自然の結論である。

一一三 上來論述したる所に照し、然らば現下の支那事變は實の戦か法的戦か。この六ヶしく而も興味極めて多い問題に關しては、拙著『戰時國際法講義』に於て精密に論斷してあるので(三二四節以下)、有志の讀者は之に就て研究を遂げられんことを切望する。

第四項 その他の戦の分類

一一四 現代國際法上に於ける戦の種類としては、前二項に擧げたる侵略戦と自衛戦、及び法的戦と實の戦、この二つの類別を以て重要なものとすべく、餘は之を擧ぐるも可なり、擧げざるも可なりであるが、試みに従來の國際法教科書に擧げてある他の雑多の分類中の二三を擧ぐれば、例へば攻勢戦(offensive war)と防禦戦(defensive war)の區別の如きもその一である。

謂ふ所の攻勢戦とは、一國が他國に對し攻勢的に行ふもの、防禦戦とは之に對抗して國を防衛するものを指す、と國際法の古い著書には説かれてある。ファッテルが『防禦戦とは一國が敵の攻撃を反撃せんがために干戈を執るを云ひ、攻勢戦とは一國が先んじて兵を動かし親好國を攻撃することを指す。』と説いたのはその一である(Vattel, p. 236)。けれども戦の攻勢と防禦は作戦の手段方法で、戦そのものの性質ではなく、目的でもない。他國の攻撃に對し已むなく自衛的に干戈を執る國も、作戦そのものは攻勢に出づること稀で

ない。蓋し最善の防衛方法は機先を制して敵に攻撃を加ふるに在りとも云へるからである。又假に戦を攻撃戦と防禦戦とに類別して見た所で、防禦戦として開始せられたるものが戦局の進捗と共に何時間髪を容れざる間に攻勢戦に轉換するやも測り難く、又攻勢戦に轉換したからとて毫も違法でないから、その類別は畢竟無用のことに過ぎぬものとならう。

一五 その二は戦を完全戦(perfect war)と不完全戦(imperfect war)とに別つ見方である(Wheaton, Phillipson's, p. 411)。完全戦とは交戦國の國家國民が擧げて交戦關係に立つ戦、不完全戦は之に反し交戦の對手、交戦の地域等に制限ある戦を稱する。この意味に於ては、寧ろ之を一般戦(general war)及び制限戦(limited war)と稱する方が適切ならんとの説もある(Moore, Digest, VII, § 1101, p. 155)。

一六 その三は、戦を公戦(public war)と私戦(private war)及び混合戦(mixed war)に別つものである。グロチウスは『公戦とは権能を有する者の職權の下に行ふもの、私戦とはその然らざるもの、混合戦とは一方の側には公戦たり他方の側には私戦たるもの』と説き(Grotius, Wheaton's, I, pp. 94-5)ホキートンも之を承けて『獨立の主權國間の武争は之を公戦と稱する。……同一社會内の相異なる構成員間の内亂はグロチウスの稱して「混合戦」と云へるもので、即ち彼に依れば、正當政府の側にありては公戦たり、その權力に抵抗する人民の側にありては私戦たるものである。』と紹述する(Wheaton, Phillipson's, pp. 410-411)。即ち要は、交戦を行ふの權能を有する者が之を行ふに於て公戦たり、之を有せざる者の行ふのが私戦たりと稱するのである。混合戦は言はば内亂である。その内亂は正當政府から見れば公戦であり、叛徒

不完全戦と

公戦、私
戦、及び
混合戦

から見れば私戦である所から、即ち混合戦の名ある所以である。

戦を公私に區別したのはグロチウスが必しもその祖ではなく、中世紀時代に諸家の既に多く説ける所である。その頃即ち中世紀にありては、公戦と云へば専ら封建諸侯間の、又私戦とは諸侯の臣隸間の若くは臣下が君侯に對して行ふものと説ける者——主として神學者——は相應にあつた。この意味に於ける私戦は、封建制が廢れて國家主權の觀念が萌芽すると共に漸次式微したが、グロチウス時代となりても、臣にしてその君に弓矢を引ける例などは依然珍しくなかつた。英國の大憲章マグナ・カルタに於ても、王にして甚しき失政あらば貴族は武力に訴へて廢位を執行するを得ること、即ち王に對して私戦を行ふの權が認められたものである。斯かる私戦は、三十年戦役以後その例を最早や多く見ぬやうになつたが、兎に角斯かる雰圍氣の間にありて私戦の送迎を目撃したるグロチウスであつたから、彼が公戦を爲すを得るものは獨り國家の主權者のみと強調したのは、その反面に私戦を戒むるの意とも解せられる。

私戦は後世殊にナポレオン戦役以降、殆どその跡を絶つに至つたが、しかも第一次大戦を経て却つて私戦の實例を二つまで見たのは面白い。その一は、伊太利のダンヌンチオが一隊の兵を率ゐて五大國がユーゴスラヴィア國に割當てたるフィユメ港に侵入し、同盟軍を撃退して之を奪取したことである(一九一九年九月十三日)。これは有名な話であつたから今細叙せず。その二は、大戦終局の直後、波蘭のゼリゴウスキー將軍が波蘭兵を率ゐて新建國リスアニアに進軍し、五大國がその首都と定めたるウキルナを占領したことである。由來波蘭人とリスアニア人とは大體同一系種に屬し、殊にウキルナには古來多數の波蘭人が居住するといふ

關係もありて、波蘭人の同地を領有せんと欲するの熱望高かりしに乘じ、將軍は五大國が之をリスアニアに編入したることに慊たらず、遂に武力を以て之を奪取したのである。波蘭政府は當初は將軍の行動に何等責任なし、但し彼の行動は波蘭の國論が擧つて支持する所なりと辨じ、後には事實的に自國の版圖に編入し、大使會議(主たる同盟及び聯合國の)もヴェルサイユ平和條約第八十七條第三項に依り、之を波蘭領と決定した。リスアニア政府はこの決定に服せずして國際聯盟に訴へ、聯盟も多少はリスアニアのため、盡して見たが、何程の實效を齎さず、結局波蘭の領有に屬して今日に及んだ。(尤も同地を中心とする境界問題に關し兩國間の紛争は引續き絶えないやうである。)

けれども斯かることは今日極めて稀有の例に屬し、大體に於て私戦は最早や現代の國際事態之を許さず、隨つて戦と云へば國家の主權者に依りて行はるる公戦のみに限らるるのが今日の實際である。

第四款 平和的手段の名に於てする武力行爲

第一項 概論

一一七 國家が或程度の武力を以て他國に對し行ふ所の強制的又は對抗的の行爲にして、必しも戦とは稱せず、即ち法的戦と云はざるは勿論、實戰とも稱しないで、全然平和的手段の名に於て行ふものもある。

平和的
手段の
意義

一九〇七年の海牙議定の『國際紛争平和的處理條約』の第一條には『國家間ノ關係ニ於テ兵力ニ訴フルコトヲ成ルベク豫防セムガ爲締約國ハ國際紛争ノ平和的處理ヲ確保スルニ付其ノ全力ヲ竭サムコトヲ約定ス。』とあり、又一九二八年の『戰爭拋棄ニ關スル條約』即ち俗に謂ふ不戰條約の第一條には『締約國ハ國際紛争解決ノ爲戰爭ニ訴フルコトヲ非トシ、且其ノ相互關係ニ於テ國家ノ政策トシテ戰爭ヲ拋棄ス。』、又その第二條には一切の紛争は『其ノ性質又ハ起因ノ如何ヲ問ハズ平和的手段ニ依ルノ外之ガ處理又ハ解決ヲ求メザルコトヲ約ス。』と規定した。この兩條約に謂ふ所の『兵力』、『戰爭』の語殊にその後者は、伊國のエチオピア征略若くは東亞の支那事變の如き性質のものを豫想せざりし當年の條約として、専ら從來國際法に於て説かるる『戰爭』を意味したもなることは、その文字及び精神の上から疑を容れない。然らば之と相對する『平和的處理』、『平和的手段』は如何なる限界を意味したるものであるか。

謂ふ所の平和的處理、平和的手段は、原文に“*pacific settlement*,” “*pacific means*”とある。ハシフィックなる語は、同じ平和的の意味を言表すに用ひらるる *amicable* よりも廣く、開戦に至らざる迄の一切を含み、實に *amicable* のみならず *non-amicable* 即ち *forcible* の手段、例へば武力干涉、平時報復、平時封鎖等、平時に於て適法と認められてある所の武力背景行爲は之に包含せられてあるものと解すべきである。殊に不戰條約第二條に謂ふ所の『平和的手段』とは、第一條の『戰爭』に對照する語と解すべく、即ち紛争解決のために戦(その法的なると實的なるとを問はず)に訴へてはならぬといふを意味し、戦に至らざる強制手段をも禁ずるものとは考へられない。假に之をも禁ずるものと云ふならば、不戰條約の趣旨は第一

條のみにて達する譯で、第二條は全然贅句とならう。第二條に謂ふ所の平和的手段とは、その精神に於ては主として仲裁裁判とか調停とかを指すの意なるべく、武力を背景とする強制的手段の如きも能ふ限り之に訴ふることなきやうに國際社會を導くことは、これ蓋し不戰條約の前文にある『平和的ニシテ秩序アル手續ノ結果』(“the result of a peaceful and orderly process”)を實現せしむる所以であるに相違ないが、然しながら條文の解釋として、平和的手段とは戰に非ざる平時の且適法の強制的手段を非として排除するものと爲さば、第一條の意味を第二條にて繰返へすに過ぎぬことになるから、條文として體を成さぬことになる。故に強制的手段と戰とは之を別種に視ることが不戰條約の解釋上却つて無理でないと思ふ。同條約第二條は自衛行爲の外一切の武力使用を禁ずるものと解する説もないではないが(例へば Q. Wright, “The Meaning of the Pact of Paris,” Amer. Jour. of Int. Law, Vol. 27, 1933, p. 39 以下)。稿者は右の理由にて之を採らなす。

一一八 平和的手段の名に於て或程度に直接に武力を使用し、又は間接に武力を背景とする強制的行動には、他國の内政に對する武力干渉、在外自國民保護のためにする出兵及び駐兵、或要償のために行ふ對手國領土の一次的占領、その他尙ほ若干の種類あるが、煩を慮りて今一々説かず、此には戰時のそれと兎角紛しき平時の報復及び謂ゆる平時封鎖の二者に就て解説するに止める。

第二項 平時の報復

その名に於ては武力行爲の種類

報復の英語

一一九 報復の英語には Retaliation, Retorsion, Reprisals 等あるが、これ等諸語の異同として英國の國際法學者の所説を取捨綜合して見るに、最も廣義に用ひらるるのは retaliation で、普通に報復として用ひらるる reprisals もその中に屬すとあるが、或は特定の行爲に對し之と同量同質の行爲を以て報復するものが retaliation なりとの説もある。例へば對手が陸戦法規慣例規則の或條項に違反した行動に出づるとする、すると同じく該規則違反の行爲を以て之に返報する。必しも同一條項の違反行爲を以てするとは限らず、同じ規則中の他の條項の違反行爲にても、それが同一規則中のものである以上は、やはり retaliation と稱し得べきなりと説く (Westlake, II, p. 7)。舊約全書に『眼を以て眼に報ひ、齒を以て齒に報ひ』とあるモーゼスの掟則は、蓋し之に該當するものであらう。けれども右の同量同質論は、戰時の報復には適用せんとすれば適用し得らるべきも、平時のそれには事實不可能である。

一二〇 次には retorsion であるが、この語も往々廣義に用ひられ、普通に reprisals (ウェストレークに依れば reprisals の語原は repressalia 即ち『代りに取る』(“taking in return”)を意味すとある——Ibid., p. 7) といふ所に之を用ふる例もあれど、兩者の間に多少の異同が無いでもない。即ち近代の一般的用例としては、リプライザルスは主として對手の不法行爲に對する報復を意味し、之に對しリトルションは専ら對手の不當行爲に對して行ふ報復の意義に用ひらるるやうである。例へば對手國が條約違反の行爲にて我方に損害を與へ、しかも救済の責任を負はない、そこで我方は同一若くは類似の條約違反行爲を以て之に報復する。これは對手の不法行爲に對する報復であるから、普通にリプライザルスの語を以て之に充てる。

Retorsion
Reprisals

然るに之に反し對手國が例へば極端の高率關稅を我方からの輸入貨物に課するとする。これは國家主權の一作用たるその國の稅權として當然爲し得る違法のことで、決して不法の行爲ではない。けれども通商交易の圓滑なる運用の上から見て不當の行爲とは云へるであらう。仍て我方も對手國からの特定輸入品に對し極度の、言はば不當の高率關稅を課して之に報復する。これがレトルションである。故に或はリプライザルを不法報復とし、レトルションを不當報復と稱するも可からず。不法報復は法律問題であるが、不當行爲は政策問題で、そこに取扱上の差がある。邦文の國際法教科書の中には往々右の英原語に對し或は復仇、復報、返報、報償等の遣別を爲せるもあるが、これ等の各漢字は以て原意義を殊別するに足らず、且煩雜でもある。(殊に復仇の仇といふ字は何となく妥當を缺くやに感ぜられる)。故に寧ろ通じて報復とし、ただ報復に上叙の別ありと解するのが簡明である。

一一一 報復は平時と戦時のそれとで、その目的及び之を行ふ時期に相違がある。戦時の報復は敵の交戦法規慣例の違反行爲に對しその再演を戒飭するの意味に於て我方亦同様の違反行爲を以て之に報復すること、既に交戦に入りて後の行爲であるが、平時の報復は對手國の政府又は國民の不法行爲に由りて受けたる損害に關し之が賠償を要求するに方り、加害國政府の尋常の外交交渉にては應諾するの色なきに鑑み、即ち之を應諾せしむる強制手段として、敢て開戦に訴ふるに非ざる武力背景の或種の行爲を以てすることである。且戦時の報復にありては、敵の違法行爲に對し同種若くは同程度の違法行爲を以て之に酬ゆるのを原則とするが、平時の報復に於ては、或要求を貫徹するための強制手段であるから、同種若くは同程度の強制手段と

戦時の報復との異同

往昔は個人にも報復が認められた

いふことは無理な話で、随つて報復手段の種類に限界を立つことは六ヶしい。これも兩者の間に存する實際的の一區別と見るべきであらう。

一一二 往昔にありては、報復は被害國の個人にも之を行ふの權が認められた例もある。古代希臘には、アテネ人にして外國にて殺され、而して該外國政府にして加害者を處罰せず、又は之をアテネに引渡すことを拒みたる場合には、被害者の親族は加害者の同國人三名を捕へ來りて之をアテネの法廷に訴へ、加害の本人に代りて處罰を受けしめるといふ法律もありて、即ち個人に報復を行ふの道が開かれてあつたものである。中世紀以降にありても、報復は政府も無論之を行へるが、別に個人にしても、例へば外國にありて損害を受けながら該外國政府より適當の救済を得られざる被害者には、自國政府が之に報復免許狀 (Letters of reprisals) を附與し、被害者をして之を以て報復を任意に行はしむることは屢々あつた。一八五六年以前に流行せし私艦の如きも、往昔個人に認めたる報復にその淵源を發したものである。而して報復免許狀の下に加害者所屬國の一般國民に對し人擇ばずに行ふものは General reprisals と、又特定人の身柄なり財産なりに對して行ふものは Special reprisals と稱された。

一一三 然しながらその孰れにもせよ、個人に報復を許すの制は既に過去の夢と化し、現代にありては、報復は被害者の屬する政府のみ之を行ふを得るものたること、不動の定則と見るべきである。今日でも、例へば英國の海軍軍務令の上には一般的報復の語はあるが、これは専ら同國海軍が戦時特命の下に敵の一切の船及び貨物を押収する場合に用ひらるる語に過ぎない。又報復は古にありては、問題の損害の救済方に關し

今日では國家のみ之を有す

又原因に制限は無

對手國が司法的解決を拒み又は怠るといふ謂ゆる denial of justice 又は delay of justice の場合に限りしとの説もあつたが（その沿革に就ては H. W. Spiegel, "Origin and Development of Denial of Justice," *Amer. Jour. of Int. Law*, Vol. 32, Jan. 1938, p. 63 以下参照）、今日にありては敢てその原因に制限なく、苟も加害國に對する要求に關し外交交渉埒明かず、將た對手國が條約上の義務を履行せず、その他如何なることにても國家の權利利益と相容れずと認むる對手國の行爲に對し、報復に訴ふるを妨げざるものと説かれてある (Oppenheim, II, § 34, p. 45)。

一二四 報復は要するに救済の要求を強制するに必要な範圍を甚しく超脱するに非ざる限り、その手段又は目的物に格別の制限は無いが、左の種類のものゝば慣例及び學說の支持するものと説けるものもある。曰く『(一)加害國の國有財産の押收、(二)加害國の國民の財産の押收、(三)加害國との通商又は交通の一部又は全部の停止、(四)諸條約の一部又は全部の停止又は廢棄、(五)加害國人たる被害國在留者の一切の權利及び特權の剝奪、(六)平時封鎖、(七)加害國の領土の一部又は一時の占領。』と (Soule & McCauley, *Int. Law*, pp. 48-9)。¹⁾の中の(七)は、その意味する占領の性質如何に由り疑義あるべきが、他は大體に於て容認せらるべきものとし、この以外にも報復の常用的の手段として、船又は貨物の出港禁止即ち Embargo なるものがある。

一二五 エムバーゴは西班牙語に出で、本來は廣く且單に差止を意味し、その差止の目的物に制限は無きも、國際法の用語としては主として船又は貨物の出港禁止を指すのである。エムバーゴは多くは船舶抑

報復手段の種類

エムバーゴ

留と邦譯されてあるが、必しも船の抑留のみとは限らず、貨物の出港禁止の場合もある。出港禁止は多くは加害國の船又は貨物であるけれども、時には被害國自身のそれに係ることもある。被害國自身の船又は貨物の出港禁止の場合は英國の法律では *Civil embargo* と稱す (Phillimore, *Commentaries*, III, § 26, p. 45)。或は對手國の船又は貨物に對して行ふ出港禁止を *Ho tile embargo* と云ひ、自國のそれに對するものを *Pacific embargo* と稱する用例もある (Soule & McCauley, *Int. Law*, p. 49)。然しながら自國の船又は貨物の出港禁止は、多くは開戦の危機に際しそれが他國の手に渡るのを防ぐための豫戒的措施で、對手國に向つての報復手段としては、稀には有らんも常には無いことであるから、暫く之を論題外にする可い。對手國の船の出港禁止にしても、報復以外にこれ亦開戦の際又は開戦の危機に臨んで機先的に之を行ひ、或は別に説く所の非常收用權 (Right of angary) の作用に出で、將た或は往昔往々行はれたる國家の重大機密事件の國外に洩れるを防ぐためにするが如く (即ち *Arrêt de prince* と稱されたもの)、その目的は一様でないが、報復の目的を以てするのも古來珍しからぬのである。

一二六 報復の目的にて出港を禁じたる加害國の船又は貨物は、一時抑留するに止めて之を沒收せざるを常とするが、局面が悪化して開戦とならば、溯つて之を沒收するといふ先例は、曾て英國の捕獲審檢廷にて下したる一八〇四年の *The Boedes Lust* 事件の檢定にある。けれども局面が開戦に進展せざりし場合には右と反對に抑留したる船又は貨物を所屬國に還附すべきものと爲せる判決例も、これ亦英國の一八〇四年のナポリ國との紛争事件にある (以上二件『講義』三九九節参照)。尙ほ今一つ抑留船の還附の例を記すれば。

一九〇八年、和蘭はヴェネスエラ政府の和蘭船に對する多年に亙る不當待遇に關し苦情を同政府に申入れ居りしが、折から同政府が同國駐在和蘭公使の職務執行停止の擧あるに及び、和蘭は之を以て自國の威嚴を傷けたるものと爲し、軍艦をヴェネスエラに派し、報復手段として同國の沿岸巡邏船二隻——同國の全海軍——を差押へて之を抑留した。然るにその翌年、同國大統領カストロは廢位となり、新政府は和蘭と爭議を妥結したので、和蘭は右の抑留船を還附した。

一二七 支那事變中の昭和十四年六月、天津の英國及び佛國租界に對し皇軍は交通遮斷政策を執り、謂ゆる租界封鎖を行ふの擧に出でたが、これも少なくも發端に於ては、一の報復を以て目すべきものであらう。事の起りは、是より先き天津市内にて我が下士官及び兵三名のテロ團の毒刃の下に斃れたることありしが、更に四月九日、中國聯合準備銀行經理兼天津海關監督の程錫庚が英國租界内にて殺害された。その下手嫌疑者數人を租界當局者は逮捕したるに、我が現地當局者はその中の四人は程の暗殺及びその前に起れる日本兵三名の殺害に關係せる證據歴然たりと認め、該四人の引渡を要求した。然るに租界當局者は言を左右に托して應じない。そこで我が現地當局者は『英國側がその租界の存在を斯の如く抗日犯人の庇護のために濫用する以上、之に對し當然の防衛措置として同租界に對し嚴重なる檢問及び檢索を実施するの外なきもの』と認め、遂に英租界の封鎖を實行したもので、即ち帝國政府の代表機關が英國政府の董督の下に立つ同國租界當局者に對して爲せる特定要求に對し先方の一旦爲せる回答が不満足でありし故に、之に就て反省を促し、改めて我方の要求を應諾せしむるための強制手段として行へる報復手段に外ならない。或は右の封鎖は單なる

支那事變
中租界封鎖
英租界封鎖
領事事件その性質
に於ては
一の報復

犯人引渡要求拒絶に對する報復手段ではなく、東亞の新事態を故意に非認しつつある英國側の反日態度に起因する軍に取りての妨害を打破するための自衛手段との説もあり、無論その意味もあつたに相違なからんが、それにしても目的が英國側の反日態度を反省せしむるにありしとせば、その點に於てやはり報復手段として論すべきである。その苟も對手方をして我が特定要求の不應諾に關し反省を促し、結局之を應諾せしむるがための強制手段であれば、悉くこれ報復手段を以て目し得られる。但し對手國が之を容諾したにも拘らず、別に膺懲の意味を以て同じ行動を繼續するならば、それは既に報復手段を離れたる別種の行動に屬するのである。本件の如き問題は、政治的見地に於ては種々論評すべき點ありしならんも、法律問題としては一の報復を以て論ぜば足るものであつたと信ずる。

一二八 報復は第一次大戦の直後、國際紛争は總て平和的方法にて解決することにすべしといふ平和思想が一時世界を風靡せる時代となりてからも、依然その跡を絶たず、現に第一次大戦後間もなく行はれたる報復が少なくも三つあつた。一は一九二二年の佛國の對獨報復である。同年七月、獨逸は國內通貨の大暴落に由る財政の逼迫から、ヴェルサイユ平和條約及び賠償關係の諸約定に基く義務の緩和を舊聯合與國に情願し、殊に賠償支拂の月額二百萬磅を五十萬磅に低減せんことを要求したるが、この問題に最大の利害を感じ且獨逸の稱して支拂能力なしと云へるに信を置かざる佛國は、斷然之を拒絶し、獨逸にして支拂義務履行を八月五日までに明約せざるに於ては報復手段に出づべしと聲言した。その報復手段とはアルサス・ローレンヌ州在住の獨逸人五百名の州外への放逐、アルサス州所在の獨逸諸商社の財産沒收等であつた。而して佛國

第一次大戦
戦直後の
報復の三
例

政府は遂に之を實行した。けれども一は國內商工業者の間から故障が起つたのと、一は獨逸が折れて出たので、程なく事は收まつた。二は一九二三年八月の伊國の希臘のコルフ島占領であるが、これは要償占領の方に入れて見るも可い。三は一九二五年七月、佛軍の占領地の境界に近い所で獨逸警察官憲は佛人若干名を密輸入の嫌疑の下に逮捕し、之をバルメン市に抑留したるに、佛軍は報復と稱して同市を一時占領し、周圍の地方との交通を遮断し、且同市の重立つ者若干名を逮捕したことである。然るに獨逸側にては間もなく逮捕の佛人を釋放し、併せて事情を釋明する所あつたので、佛軍の報復も程なく熄み了つた。

一一九 報復の當否に關しては、報復は戦の慘禍に訴ふることなくして戦の目的を達する比較的温和の有効手段なりとして禮讚する學者も、フアッテル以來今日まで世に少なくはない。されど反對に、報復はその原因たる國家の不法行爲に何等責任なき個人の財産権を侵害するものとし、將た徒らに強國が弱國に對して加ふる威壓手段なりとし、之を非議する論もある。ウールジーが『報復は不人情的である、願くは陸戰に於て私有財産を尊重する如くに、長へに之を全然廢止することにしたし。』(Woolsey, § 118, p. 189)と高調したのは、報復絶對非認論の有力なるものであらう。絶對非認論者ではないにしても、制限論者は多々ある。我が外務省の國際法顧問ベイチ博士の如きもその一人で (Baty, "Abuse of Terms: 'Recognition': War," Amer. Jour. of Int. Law, Vol. 30, 1936, pp. 395-7 参照) 對手國の領土占領その他對手國內に於ける武力行使は報復として許すべからず、ただ急迫の場合に於ける自衛のみ報復を正當視せしむべし、といふのがその要旨である。

報復の當否

報復の濫用は戒むべし

一二〇 想ふに報復は戦の慘禍に訴ふることなくして戦の目的を達する比較的温和の有効手段なりといふも、報復に訴へられたる對手國は敢て之に承服せざる可らざる義務は無く、不快に感ぜば武力對抗を爲すに妨げないから、對抗する武力さへあらば對抗するやも知れず、然る場合には、勢の趨く所開戦とならぬとも限らず、隨つて報復は、或場合には却つて戦を挑發する誘導具となることであらう。故に報復は、假に戰に比すればより温和の有効手段なりとするも、之を濫用すべきに非ざること論を俟たない。殊に報復は元々暴に易ゆるに暴を以てするもので、一の不法手段たるを免れぬが、ただ他に取るの道なき已むを得ざるに出づるものとして國際法上寛恕せらるるに過ぎぬものであるから、愈々以て濫用の許すべからざること知るべきである。然るに古來多くの國々に依りて行はれたる報復の中には、聊か若くは甚しき濫用の嫌ありしものが少なからずある。殊に往昔にありては、大國が大國に對し報復を行へる例も往々あつたが、今日はそれは稀で、報復といへば殆ど常に武力の劣弱なる國に對してのみ行はるる風であり、それだけ濫用の餘地極めて大なるを思ふべきである。

一二一 報復濫用の事例は古來枚擧するに遑なきほどあるが、有名なるドン パシフィコ事件、即ち一八五〇年に英國——寧ろ強硬外交なるものを得意とせる外相バルマーストン——が、當時希臘にて英國人一名(二名ともある)が損害を受けたる事件に關し、報復として希臘のピレウス港を封鎖したことの如き、蓋しその尤たるものであらう。(『講義』四〇五節参照)。この事件に關する對希臘政策に就てバルマーストンは議會の大攻撃を受くるや、彼は下院に於て十時間に亘る大演説を以て自己の措置を辯護し、下院はその大雄辯に

Don Pacifico 事件

動かされ、大多数にて首相に信任を表し、輿論も亦結局之を是認するに至つた。爾來凡そ在外自國人にして生命財産が危害を受くるあらば、外交はその全力を挙げ、必要とあらば兵馬艦艇を擁してでも、之に掩護を與ふるの義務あるものとは英國外交當局者の信条となり、他國も亦之に倣ひ、危害の及ぶ所は個人の損益に止るか否かを問はず、悉く之を國家の權利利益に對する侵迫として取扱ふの風を生じた。その是非は措き、兎に角本事件に關しては、例へばオッペンハイムが之を以て『不正當なる報復の顯著なる一例である。……英國は希臘の法廷が満足すべき判決を被害者に向つて下さりし場合に於てのみ始めて直接希臘政府に向つて賠償を要求し得べきものである。』(Oppenheim, II, § 35, pp. 46-7)と云ひ、純乎たる英人學者にしても“*The Pacifico reprisal was not honourable to the British name.*” (Butler & Macoby, *Dev. of Int. Law*, p. 182) と評せるものもあるが如く、報復としては不妥當の非難は免れぬものであつた。

第三項 平時封鎖

第一目 平時封鎖の一般的性質

一三三 對手國に對し或要求の強制、或反省の促求、その他或目的の貫徹を期さんがため、對手國の港又は沿岸の特定部分にその國の一切の船の出入を實力を以て遮斷することをば普通に平時封鎖と稱する。平時封鎖は報復の一として報復手段の分類中に入れる學者もある(例へば Ferguson, *Int. Law*, II, pp. 228-9.

平時封鎖
の語

240) けれども平時封鎖は、報復の一として行ふのも無論あるが、全然報復の意味でなくして行ふこともあるから、寧ろ別箇の項目の下に取扱ふを可とする。

平時封鎖の英語 *Pacific blockade* は何人の創用に係るや詳ならざるも、始めて右の遮斷方法を實行したのは、今より百有餘年なる一八二七年の土領希臘の叛亂の際、當時土耳其と孰れも尙ほ國交を斷絶するに至らざりし英佛露の三國艦隊が、希臘叛徒のため土耳其政府に壓迫を加へんとて、その軍隊の占據せる希臘沿岸に施せるものとあるから、蓋しその頃始めて一二の學者又は國際時事評論家に依りて用ひられたものであらう。この語が條約その他國際的公文書の上に用ひられた例は審知せざるも、追て述ぶる一八八七年の萬國國際法學會の決議には、その第二に“*Le blocus pacifique*”の語が公然謳はれてあり、その前後からも世の國際法教科書には普く用ひらるるやうになつた。

然しながら元來封鎖は海上の作戰行動の一である。而して作戰行動は平時にその行はるべきを想像し得られぬから、平時封鎖の語それ自身に矛盾なきを得ない。且封鎖は必しも之を對手國以外の第三國船に適用せざる可らざる義務が封鎖施行國にある譯ではないが(但し第三國船に適用する以上は總ての第三國船に向つて公平に適用すべき義務はある)、之を第三國に適用するのが普通であり、又さうするに非ずんば封鎖施行の實効は充分には擧らない。然るに謂ふ所の平時封鎖にありては、之を第三國船に全然適用するを得ないのが通則である。既に第三國船に適用するを得ないとすれば、その效果に於ては封鎖の名ありて實なきものである。勿論對手國の船の關する限りは效果あるべきも、第三國の諸船が手を振つて自由に出入し、自由に物

資を封鎖地域に供給するのでは、勿論封鎖を爲さざるには勝らんも、實は所期の効果を充分に擧げ得るものでない。稀にはそれにも相應の効果を示すことあらんが、それは寧ろ例外に屬する。故に平時封鎖の語は、一は語それ自身の矛盾と、一はその効果に於て名實相副はざるものたるの點から、寧ろ對手國船の交通遮斷と稱するに若くまい。支那事變に於て支那沿岸に施行せる謂ゆる平時封鎖の長谷川艦隊司令長官の宣言には封鎖の文字なく、交通遮斷の語にて一貫したのは、用語その宜しきを得たものと思ふ。ただ然しながら平時封鎖の語は從來耳慣れたる關係もあるから、本項に於ても之を踏襲することにす。

一三三 平時封鎖は過去に於て約二十件ほどの例があるが、その濫觴は前に述べたる一八二七年に英佛露の三國が聯合して當時土耳其領たりし希臘の沿岸に行つたのがそれであると稱する。その後行はれたる平時封鎖としては、一八三一年に佛國の葡萄牙に、一八三三年に英佛兩國の和蘭に、一八三七年に英國の南米コロンビアに（その前年に露國が自國のシルカシア叛徒討伐の際に同地の沿岸を封鎖したこともあるも、これは國內的のものであるから問題外とする）、一八三八年に佛國の墨西哥に、一八三八・四〇年に佛國の、又一八四五・四八年に英佛兩國の亞爾然丁に、一八五〇年に英國の希臘に、一八八四年に佛國が當時支那領の臺灣に、一八九七年に歐洲列強の聯合艦隊がクリートに、一九〇二年に英佛兩國がヴェネスエラに、一九一三年に英佛獨露の五國艦隊がモンテネグロに、第一次大戦中の一九一六年十二月に聯合與國が希臘の沿岸に（當時の希臘と聯合與國は尙ほ平和關係にあつたのであるから、右は平時封鎖を以て目すべきもので、希臘政府は交戰國に非ざるものに向つての封鎖は國際法違反なりと論じて抗議したが、聯合與國は顧みなかつ

平時封鎖の實例

その目的

た、而して最近には支那事變の發端よりして我國が支那沿岸に對し、孰れも行へるものがその重なる實例である。

一三四 平時封鎖の目的は主として對手國に對し或反省を促し又は或要求を強制するにあるが、その以外にも或は報復手段として、或は示威若くは膺懲のために行ふこともある。ホルランドは平時封鎖の目的を報復、干渉、及び鎮壓の三種に分類する (Reprisals, Intervention and Suppression—Holland, *Studies*, p.132)。報復手段は別に説明を要しない。前に述べた一九一六年の聯合與國の希臘沿岸封鎖は、當時希臘兵が在アテネの聯合軍に攻撃を加へたとの故を以て行へるもので、即ち報復的の平時封鎖の一例である。干渉のためにする平時封鎖とは、例へば被封鎖國の内亂に際し叛徒側に同情して正當政府に對する或種の勸告を強要するが如き場合のそれを謂ふ。鎮壓のため封鎖は多くは右と反對に、對手國の叛徒を抑壓するため、その占據する地方の港津に對して行ふ如きがそれである。一八九七年に英佛獨露の六國聯合艦隊のクリート島に施行したる封鎖は、右の後者に稍々類するものであつた。是より先きクリートの有志者が希臘の意圖を承け、同島をその宗主國たる土耳其の羈絆より離脱して希臘に併合せしめんとし、同九七年二月その宣言を爲したるに、一九七八年の伯林條約の調印國たる前記の六國（外に土耳其も同條約の調印國である）は之を以て巴爾幹の事態を攪亂するの虞あるものと爲し、聯合軍隊を同島に上陸せしめて併合派の勢力を牽制すると共に、希臘軍隊の同島よりの撤退を促すため聯合艦隊に依る封鎖を宣言したものである。同島は土耳其の領土であるに、その自國の領土に封鎖を加へられたる土耳其が之に對し異議を挾まなかつたといふ點に

於て一異例を示せるものであつた。

示威若くは膺懲等の目的にて行ふ平時封鎖は例の比較的少ない方であるが、それでも例へば第一次大戦の前年の一九一三年五月に英澳佛獨露の五國艦隊がモンテネグロ沿岸に行へる封鎖はまさしく之に屬する。この封鎖は、當年の巴爾幹戦役に際し、土領アルバニアを獨立國と爲さしめんとする該五國政府の意圖に反し、モンテネグロが飽くまでその首都スタリを攻陥して自國の領土にせんとしたがため、示威に膺懲を加味する意味にて約二十哩に亘る全沿岸に封鎖を施行したものである。

一三五 平時封鎖の是非に就ては、國際法學者の所説必しも一ならずで、或は紛争の平和的解決の一手段として行はるべき平時封鎖は却つて開戦を誘促するの虞ありと云ひ、或は戦時封鎖と紛はしと云ひ、その他種々の見地から之を非難する學者は稀でない。ベイチ博士の如きも、平時封鎖を非難する近代の有力なる一人で (Baty, *Int. Law*, 1909, pp. 254-9) 殊に『甲國にして乙國の港津を平和的に封鎖し得るものとせば、乙國は何故に甲國の旗艦を平和的に撃沈し得ざるか』とまで論じて痛烈に非難する (Baty, "Abuse of Terms: 'Recognition': 'War,'" *Amer. Jour. of Int. Law*, Vol. 30, July 1936, p. 381)。同時に『之に對する有力なる肯認論者もある (例へば Hall, § 121, p. 441; Holland, *Studies*, pp. 140-1; Oppenheim, II, § 49, p. 58; *More, Digest*, VII, § 1097, p. 135; A. E. Hogan, *Pacific Blockade*, p. 29 等)。斯く賛否の論は交々あれど、學者の多數は之を適法と認むるやうで、稿者も亦濫用を戒むべきを條件として肯認説に左袒する。

その當否

支那事變の沿岸封鎖の性質

一三六 支那事變に於て帝國海軍が支那沿岸の殆ど全部に對して行へる交通遮断は、當時平時封鎖として一般に認められた所のものであるが、その平時封鎖としての目的及び性質に關しては、法的に見て論究すべき特異性があるやうに思ふ。

この交通遮断に關しては、長谷川第三艦隊司令長官の宣言ありしその翌日、即ち昭和十二年八月二十六日、我が外務省は都下諸新聞紙を通じ

『帝國は我が軍隊に對する支那軍の不法攻撃竝に在支邦人の生命財産及び我が權益に對する支那軍の不正の侵迫に對し自衛手段を執るを餘儀なくせられたが、當初より局面を最小範圍に限定せんことを念とした。然るに支那軍屢次の暴戻なる挑戰的行爲に依り事態は益々重大を加ふるに至つた。右事態に對應し、支那の反省を促し速に事態を安定せしめんとする考慮に基き、帝國海軍は止むを得ず昭和十二年八月廿五日午後六時以降、北緯卅二度四分、東經百廿一度四十四分より北緯廿三度十四分、東經百十六度四十八分に至る支那沿岸に對し支那船舶の交通を遮断するの措置を取るに決した。然れど右の措置は前記の如く専ら支那側の不法行爲に對する自衛的措置に外ならずして、帝國海軍は第三國の平和的通商を尊重し、之に干渉を加ふるの企圖を有せざるものなることを附言する。』

との聲明を發表し、海軍省にても同省副官の名を以て

『昨廿五日午後六時以後、帝國海軍は支那公私船舶に對し揚子江口、福州、廈門、汕頭に至る沿岸一帯の通航を遮断することに決した。帝國は在支邦人の生命財産及び我が權益に對する支那軍の侵害に對し自衛

手段を取るを餘儀なくせられたけれども、當初より局面を最小範囲に限定せんことを念として來たのである。然るに支那軍屢次の暴戾なる挑戦行爲に依り事態は益々重大を加ふるに至れるを以つて、帝國海軍は支那の反省を促し事態を速に安定せしめんとする考慮に基き、已むを得ず右の措置を執ることに決した次第である。従つて右實施に當りては支那の戦闘力減殺を主要目的とし、猥に支那船舶又は載荷などを沒收するが如きことを爲す意思なく、あくまで國際正義に立脚せる自衛的手段の範囲を出づることなし。又第三國の平和的通航は之を尊重し、之に干渉を加ふるが如き意圖を有せざるは勿論のことである。』

と聲明した。この兩聲明には孰れも右の交通遮斷を『支那の反省を促し速に事態を安定せしめんとするの考慮に基き』行へるものとある。斯く對手國の反省を促すためといふ點に於ては、古來普通の平時封鎖の目的とする所とその性質は變らない。然るに右の海軍省の聲明には、更に語を繼ぎ『従つて右實施に當りては支那の戦闘力減殺を主要目的とし』と高調してある。敵國の戦闘力を減殺するの目的にて海上の交通を遮斷するのは主として戦時封鎖の目的とする所である。故にこの意味から云へば、支那沿岸の交通遮斷は寧ろ戦時封鎖を以て目すべく(戦時封鎖を平時に於て行ふといふ言葉の上には矛盾はあれど)、殊に翌昭和十六年一月十六日、帝國政府は自今國民政府を對手とせずと聲明したのであるから、最早や支那政府の反省を促すことの要望は一擲したものと見るべく、隨つて少なくとも爾後の交通遮斷は、専ら敵の戦闘力を減殺することの目的を以てするに外ならぬものとなつた。是に於てか當初の平時封鎖は、事實的に戦時封鎖に變形したものと見るを當れりとする。

或は曰はん、戦時封鎖と平時封鎖の重要な一差異は、前者は第三國船にも適用すべきものなるが、後者にありては之を拘束するを得ず、この點に於て當年の交通遮斷は、たとひ國民政府不對手の聲明後とても、戦時封鎖を以て論ずるは當らずと。この見一理なくもない。然しながら第三國船への適用は必しも戦時封鎖の絶對要件ではない。この問題は尙ほ追て海戦篇に於て再論すべきが、要するに封鎖は各國の船に對し公平に適用すべしとの規定(倫敦宣言第五條、帝國海戦法規第三十七條)は、第三國船に對し之を適用する場合には第三國中の甲に厚うして乙に薄からしむるなきを要するの意で、敵船と中立船とを常に均等に取扱へよとの意味とは思へない。戦時封鎖にありては、中立船を拘束せんとすれば交戦者權として當然爲し得ること論なきも、又實際に於て冷く之を拘束するのが普通なるも、必要の有無を問はず是非共中立船を拘束せねばならぬといふ譯のものであるまい。中立船への適用は必然的に中立國の通航に阻礙を與ふるが、交戦國は中立國の通航に是が非でも阻礙を與へねばならぬ義務を有する譯でないから、中立船への適用は權利として爲し得るも、裁量次第では之を中立船に適用せずとも苦情の何れよりも起る筈なく、又封鎖施行上の義務違反となるものでない。戦時封鎖の平時封鎖と異なる一點は第三國船を拘束するを得ると得ざるに在りといふは正しきも、現に第三國船を拘束し居らざるが故にそは戦時封鎖に非ずといふは論理の許さざる所である。

のみならず、支那事變の進行中をば平時と稱するは、これ正に事實を欺くものである。支那事變が徹頭徹尾謂ゆる實的戰たるに止まり國際法上の戰に非ずと論ずるにせよ、將た當初は實戰的なりしも後には(但し汪政權の承認前)化して日支兩國間の關する限り法的戰となつたものと視る所の卑見を採るにもせよ、孰れ

にしても東亞の天地は平時でなくして戦時である。故に支那沿岸の交通遮断も當初にありては兎に角、時局の進展と共に化して戦時封鎖となつたものと見るのが合理的であらう。

第二目 平時封鎖の施行方式及び對手國船の處分

一三七 封鎖に宣言及び告知を要することは追て細説する倫敦宣言第八條以下（及び帝國海戦法規第三十八條以下）に於て明規する所であるが、別に紹介する一八八五年の萬國國際法學會のハイデルベルヒ決議には、その第二に於て平時封鎖にも公式の宣言及び告知を爲すべきことの希望を表示した。元來宣言及び告知——對手國地方官憲への告知は兎に角、中立諸國への告知——を封鎖の要件と爲す所以は、封鎖の效力を第三國の船の上に及ぼすが故である。然るに平時封鎖は、後にも重ねて述ぶる如く第三國の船に對しては全然干渉するを得ず、紛争當事國間限りの問題に止まるものとしてあるから、敢て戦時封鎖に要する宣言及び告知を爲さざる可らざる理由は無い譯である。尤も第三國の國旗を掲ぐる船が果してその國旗を掲ぐるの權利を有するものに相違なきかを確むるため、一應臨檢を行ふことあるべしといふ關係から云へば、その範圍に於て宣言及び告知を爲すを要すと云へば云へぬでもない。けれども平時封鎖に於ては、第三國船の臨檢は權利として行ひ得るものでなく、對手方と了解の上の話であるから、宣言及び告知を爲すも爲さざるも結果に於ては一である。然しながら宣言及び告知は平時封鎖に於ては之を爲すべき義務が考へられぬといふ迄で、言はば念のためとして之を爲すに勿論妨げはない。ないのみならず、事態を明瞭ならしむるため寧ろ望まし

宣言及び告知の要否並に實例

きことと謂ふべく、隨つて義務ではなきも成るべく之を爲すに若くはない。ハイデルベルヒ決議の趣旨も、察するにこの精神に出でたものであらう。又實例としても、一八八四年の佛國の臺灣封鎖及び一八九七年の列國聯合艦隊のクリート封鎖には宣言があり、又一九一三年の同じく列強艦隊のモンテネグロの封鎖にも、倫敦宣言の戦時封鎖に関する規定に遵由して宣言及び告知を行つた。

一三八 乃ち支那事變に於ける帝國海軍の同國沿岸に對する封鎖も、先づ長谷川第三艦隊司令長官の名に於てせる昭和十二年八月廿五日付の宣言を以て施行せられた。この宣言と共に第三國及び支那官憲への告知が別に行はれたか否かは承知しないが、假に行はれなかつたからとて、國際法上何等義務違反とはならない。但し對手國官憲に對しては、封鎖區域及び封鎖開始の日時を明確に知らしむるため、告知を行ふに若くはないが、既に宣言があつた以上はそれが明確に判る譯であるから、強て告知を爲すにも及ばぬ理である。

一三九 帝國艦隊司令長官の支那沿岸封鎖の宣言には『本官の指揮下に屬する海軍力を以て……』とある。即ち戦時封鎖の有効條件たる實力維持を移して平時封鎖に謳つたものである。平時封鎖にも戦時封鎖に於けると均しく之を維持するに實力を以てするを要件とすべきか。一八八七年のハイデルベルヒ決議は之を然りと肯定した。けれども戦時封鎖に實力維持を要件とする所以は、謂ゆる紙面封鎖にて實力の毫も及ばざる遠隔の地域まで名みの封鎖を施行することに依り中立國の通商を甚しく侵害するの弊を抑制せんがためである。理由は一にそこに發したものである。然るに平時封鎖は第三國の通商に全然干渉せず、適用すべき船も對手國のそれに限る以上は、特に紙面封鎖を非とすべき理由もあるまじく、隨つて封鎖の全地域に實力

支那事變の同國沿岸の封鎖の方式

平時封鎖と實力維持

を張りて蟻の出る隙間をだに無らしむるも、將た少し位は船の出入あるも大局に影響せずと思ふ所には艦艇を配置せざるも、格別の問題はあるまい。オッペンハイムは『封鎖を有効ならしむるには實力を用ひざる可らずと規定する巴里宣言は戦時のみに係るものなれど、平時封鎖にありても亦同様なるべきは疑を容れず』と云へるが (Oppenheim, II, § 4, p. 57) 何故に疑を容れざるかは説いてない。ホーガンは平時封鎖にも實力維持が望ましいと論ずる (Hogan, p. 70)。望ましい位ならば何人にも異議あるまい。要するに平時封鎖には實力維持は必しもその有効条件ではなく、ただ之を爲すに於てその鄭重を稱すべきである。

然しながら帝國海軍の支那沿岸封鎖は、その宣言通り始終一貫實力の下に之を維持した。随つて封鎖監視の任に當れる艦艇の勞苦も戦時封鎖のそれに遜色なかつたに相違ない。

一四〇 封鎖線を侵破せんとする對手國の船(及び載貨)の處分としては、戦時封鎖の場合では之を拿捕且沒收するを得るも、平時封鎖にありては一時之を抑留するを得るに止まり、沒收又は撃沈するを得ざるものとしてある。けれども該船にして封鎖監視艦に對し強力を以て抵抗すれば『強力』の意味は海戦篇の臨檢搜索を説く所参照)、撃沈その他臨機の處置を執るに妨げない。これは平時封鎖に於て封鎖監視艦の權利としてよりも、抵抗に對する自衛行爲として論ずるを當れりとする。既にその處分は一時の抑留に止まるのであるから、随つて封鎖解除の上は之を原所有者に還附すべきである。尤も損害に對し賠償を爲すには及ばない。これはハイデルベルク決議の第三の末段にも言明せらるる所である。然しながら支那事變の如き、名は戦と稱せざるも實に於て日露戦役以上の大規模の交戦にありては、たとひ法的戦に非ずとするも、敵船は總て之

船は拿捕するも沒收するを得ない

抵抗すれば撃沈するを妨げず

を沒收するに妨げなき理である(政策上から手心を加ふるのは全然別である)。陸上に於ては戦時に當然尊重せざる可らざる私有財産も、その或ものをば『敵産』の名の下に適宜處分する以上は、海上に於ける敵私船に手を下し得ずといふ理由はあるまい。随つて封鎖侵破の點に於ては沒收するを得ずとしても、敵船たるの資格に於て之を沒收するを得るものと云へよう。

一四一 さりながら斯かる特別の平時封鎖は別とし、眞に平時に於て行ふ尋常の平時封鎖の下に一時抑留したる船(及び載貨)は、之を抑留するも沒收するを得ずといふのが通則である。然らば平時封鎖を解除せざる中にその儘交戦状態が成立し、即ち戦時に移つた場合にはどうするか。之に就ては學者の未だ定解を下せるものあるを聞かないが、古い先例としては、一八三八年に佛國は墨西哥沿岸に平時封鎖を行ひ、次で墨國の宣戦にて本式の戦となつたが、佛國艦隊が平時封鎖中に抑留したる四隻の墨國船は、平和克復後に各船主に還附された。一九〇二年の英獨兩國のヴェネエラの封鎖の場合にも亦同様であつた。ホーガンは、平時封鎖に引續いて交戦状態に入つた場合には、平時封鎖中に抑留したる船は開戦前の船の抑留に擬して取扱ふを得べしと説く (Ibid., p. 49)。即ち開戦と共に沒收し得るものとの見解である。けれども彼の『平時封鎖』の名著が世に出でてから後に現はれたる第二回海牙平和會議議定の開戦時敵商船取扱條約には、開戦の際の抑留船は戦後に無賠償にて還附すること、及び徵發に賠償を要することの規定(第四條)を見るに至り、以來、抑留船でも沒收は能きぬことになつた。想ふに封鎖侵破は一に現行犯に限るの性質に鑑み、戦時現に封鎖を侵破せんとするものに限りて加ふべき制裁を交戦状態成立以前に溯りて效力を及ぼさしむるは穩當で

平時封鎖中に交戦状態が成立した場合

あるまい。随つて開戦前に於て平時封鎖に依り一時抑留したる船は宜しく之を別扱ひとし、交戦中は抑留を繼續するも、平和克復後現物又は代償を以て船主に還附すべきものと解するのが妥當であらう。

第三目 平時封鎖と第三國

第三國船に適用の例もある

一四二 平時封鎖を施行するに方り動もすれば問題となるのは、平時封鎖と第三國船との關係である。

平時封鎖の効力は之を第三國船に及ぼすを得ざることは今日では既定の原則で、これが平時封鎖の戦時封鎖と異なる重要の一點となつてあるが、昔日にありては必しも然らずで、之を第三國の船にも及ぼし又は及ぼさんとし、ために紛糾を第三國との間に生じたこと一再ある。その施行せる封鎖を飽くまで平時封鎖とし戦時封鎖に非すと稱しつつ尙ほ且同時に之を第三國の船にも及ぼさしめんとすれば、第三國から苦情の起るは必然である。その最も著しかりし例は、一八八四年に佛國の臺灣(當時支那領の)に施せる平時封鎖にあつた(『講義』四三一節参照)。

一八八七年の萬國國際法學會の決議

一四三 この経緯に鑑みた故でもありしか、清佛事件の局を收めたる同じ年の一八八五年、萬國國際法學會にては特に委員を設けて平時封鎖の法律的研究に當らしめた。而して同委員會は二ヶ年に互る調査討議の末、同八七年ハイデルベルヒの總會に於てその結果を報告した。結論は、特定の條件の下に行ふ平時封鎖は國際法上容認せらるべきものといふにある。その條件とは左の如くで、これは今日平時封鎖を論ずる者の間に常に採用せらるる所のものである。

第一 外國旗を掲ぐる船は封鎖に拘らず自由航を爲すを得ること。

第二 公式の宣言且通牒を爲すを要すること、且戦時封鎖と同様に實力にて維持するを要すること。

第三 被封鎖國の船にして封鎖を破らんとするものは之を抑留するを得ること。該船は封鎖解除の上は、

その積荷と共に之を當該船主に還附すべきこと。但し何等名義の損害賠償を爲すに及ばざること。

右の報告は同總會に於て全會一致を以て可決せられ、爾來斯學者の大多數も之に裏書し、今や國際法上の一の原則と見るを得べきものとなつた。

支那事變の支那沿岸の支那船と第三國船

一四四 支那事變に於ける帝國海軍の支那沿岸封鎖は、その當初に聲明せる『支那の反省を促し速に事態を安定せしめんとする考慮に基き』といふを理由とする限り、まさしく平時封鎖と認むべきものであつた。

而して當初我が艦隊司令長官の發せる交通遮斷の宣言の末段に『第三國船舶は遮斷区域内に出入するを妨げず』とありし如く、第三國の諸船に關しては封鎖期間を通じて一貫して不干渉主義と解せられた。外務海軍兩省の八月二十六日に(及び海軍省の九月五日に)發したる前掲聲明中にも、不干渉のことが明かに謳はれてある。然るに該兩省の聲明には、孰れも末段に於て特に『第三國の平和的。通商を尊重し』と高調してある。この平和的とは如何なる意味であつたか。平和的通商と特に云へば、之と對立すべき非平和的通商なるものが想起せられる。けれども假に非平和的通商とは支那仕向けの武器彈藥類の輸送の意なりとし、之に従事する第三國船は謂ゆる非平和的通商に従事するものとして尊重せずといふ意味なりとせば、それは平時封鎖に於て第三國船に干渉することになり、外交上の一問題となりしに相違あるまい。當時仄聞したる所に依れば、

在本邦某國大使は、平和的通商の語はその反面に於て第三國船に依る武器輸入を遮止するの意に解せらるるが、果して然りとせば自國政府は留保的態度を執るべしとの意を我が外務省に申入れたるに、外務省は之に對し、平和的通商とは單に常時の通商を意味する以外に他意あるに非すと答へたとある。果して然りとすれば、その意味に於ける平和的通商なるものは本格的の戦時にありても之を尊重すべきは當然であるから、この場合に特に之を高調するのは無意味である。斯かる無意味にして而も疑惑を生じ易き文字は、將來同様の場合には初めより避くるを可とする。

然るに第三國船不干渉の帝國政府の方針は、事變の後半期には多少變つて來たやうである。例へば北支方面艦隊最高指揮官が昭和十五年二月十五日を以て發したる布告には『昭和十五年二月十五日以降特令ある迄一切の船舶、我克の威海衛(含まず)より青島(含まず)に至る山東半島沿岸の出入を禁止す』とあつた(同十五日青島發『同盟』)。この『一切の船舶我克』とは、第三國人のそれ等をも含むの意であつたと察する。(若し否らすとせば、右の山東沿岸の出入禁止區域は既に昭和十二年九月五日の第二艦隊司令長官の北支那沿岸交通遮斷の宣言中に含まれてある所であるから、故さら重ねて之を布告するの要なき筈である)。尤も右の沿岸には、第三國船の條約上入港し得る開港場とは一も無いが、開港場ならずとも支那官憲の特許の下に入津必しも不可能ではない。その特許は當時の狀態の下に於て第三國船に與へらるべき筈なしとするも、沿岸を航行することは條約の何等妨ぐる所でない。然るに右の布告では、單なる航行の目的を以てする沿岸の出入をも爲し得ざることとなつたので、即ち特定の沿岸に對する封鎖を第三國船にも適用するものであつ

たのである。この布告に對しては、第三國側より格別異議の起りしことあるを聞かない。蓋し一は時勢が時勢であり、又一は第三國にして右の山東沿岸に出入する必要の下にありしものが殆ど無かつたといふ關係にも由りしならんか、理に於ては平時封鎖(假に當時尙ほ繼續中なりし支那沿岸の交通遮斷を依然平時封鎖と稱すべくんば)を第三國船に適用したるものとして、將來その一例に援引し得るかも知れない。

一四五 平時封鎖はその效力を第三國の船に及ぼすを得ずとし、而して封鎖施行國がこの原則を恪守するに方り、時として、いや殆ど常に、困難を感じるの外でもない、封鎖を適用する對手國の船が第三國の國旗を掲げ、即ち之を僭用して出入を企てんとすることである。この企圖を打破らんとするには、第三國の國旗を掲ぐる容疑船に停船を命じ、臨檢してその國籍を突止むるの要があらう。又第三國國旗の僭用でないにしても、事實敵船たるものが拿捕を受くることを免れんがため、船主の急ぎ之を第三國人に讓渡して國籍の移轉を行へる謂ゆる着色的の第三國船も多々あると見ねばならぬ。これは戦時事變に際し何れの國にも行はることであり、支那にありては曾て一八八三年の清佛戦の折にも、支那船にして米國人に讓渡せられ、戦後舊支那船主に賣戻されたものが夥しくあつたとある(Moore, Digest, VII, § 1188, p. 417)。本格的の戦時であらば開戦後に於て行はれたる斯かる着色的移轉は原則上無効とし、依然敵船として取扱ふを得るも、戦時の語を避け飽くまで平時の封鎖と爲す以上は、特別の反證あるに非ざる限り、原則上之を無効と論ずることとは能きまい。随つて既に形式ながらも第三國の國籍を得たるものなるに於ては、その取扱上に慎重を要すべきことになる。

一四六 抑も平時封鎖に於て封鎖國軍艦は第三國の國旗掲揚の船に對して臨検するの權を有するやと問へば、それは概括的には答へられない。平時封鎖の第三國船に干渉するを得ざることは確定的の原則とするも、何を以て第三國船なりと證すべきか。船の國籍は單にその現に掲ぐる國旗のみにては判定し得られない。國旗は之を掲ぐるの權利ある船が之を掲ぐるに於て始めて國籍を證明するの具となるのである。故に第三國の國旗を現に掲ぐる船とても、果して之を掲ぐるの權利ある船なるやを突止めた上に非ずんば、その果して第三國の船なるやは判定し得られない。故に平時封鎖は以て第三國の船に干渉するを得ずとしても、その果して眞箇に第三國の船なるやを確むるの目的にて、即ち單にその目的のみに於て、之に臨検を行ふことは妨げなきものと解して然るべきである。(尤もこの場合の臨検の目的は右の目的に外ならぬから、事實第三國の船である以上は、之を抑留するを得ざるは勿論、たとひ敵地向ふ武器彈藥等を積載するにしても、戦時でないから戦時禁制品なるものは成立せず、隨つて之を沒收するを得ざるは論を俟たない。)

一四七 されど難題は尙ほある。即ち第三國の國旗掲揚の船に對し右の目的にて臨検を行はんとするに方り、その先づ發する停船命令に該船が應ずれば可なるも、之に應ぜざる場合には如何にするかの問題である。停船命令に應ぜずとあらば實力を以てしても、即ち實彈を放つても、之を強制するの外ないであらう。然るに事實それが對手國の船であれば、實力行使の結果に就ても格別のことなかるべきが、該船の國籍がその掲ぐる國旗と一致し、實際第三國の船に相違なかりし場合には、外交上の一問題を惹起するに相違あるまい。交戦状態の正式に成立してある場合には、中立船は交戦國軍艦の停船命令に當然服従せざる可らざるこ

と勿論なるも、その未だ然らざる限りは、一國の商船は他國の軍艦の停戦命令に服従せざる可らざる義務なく、隨つて實力を以て停船を強制せしめたることに伴ふ結果に就ては、外交上の一難題たるべきを覺悟せねばなるまい。

故にこれ等外交上の萬一の紛糾を避くるためには、平時封鎖を施行するに方り重なる第三國政府との間に少なくも(一)封鎖施行後に於ける第三國人の敵船讓受は、徒らに事端を醸生するの虞あるべきに鑑み、成るべく之を爲さしめざることを、(二)第三國國旗掲揚の船に對する臨検は單にその國籍を確めんがために行ふに過ぎぬのであるから、第三國船も好意上之に應ずべきこと、の了解を外交手續にて遂げ置くに若くはない。さもないと折角着手したる平時封鎖も、その實效を擧ぐるに就て何程の力も無いことになる。

一四八 我が政府當局者の間に於ても當時この點に氣付きしもの如く、乃ち外務省は重なる第三國政府との間に之に就て交渉し、その結果英國政府は帝國海軍の支那沿岸封鎖は違法と認るも(何故に違法と認むるかに就ては何等説明されてなかつたやうである)、特に(一)船籍證書査閲のため臨検せんとする英國商船の附近に英國軍艦の航泊するあらば、日本軍艦はその行はんとする臨検方に關し該英國軍艦の許可を求むるを要すること、(二)附近に英國軍艦の航泊することなき場合には、右臨検の結果を直ちに英國官憲に通報するを要すること、の條件の下に敢て違法を論争せずと爲し、我が政府は右の條件に同意したとある(昭和十二年九月二十日倫敦發『同盟』)。帝國海軍の支那沿岸施行の平時封鎖を違法と認むと云へるは如何なる論據に由りしか詳ならざるも(我が政府の之に關し念を押すなかりしは解し難い)、結局英國政府は右の手續の

下に英國旗掲揚の商船に對する我が臨檢を承認した。佛國政府は支那沿岸に向ふ佛國商船ある場合には自國東洋艦隊司令官をして該船名、船主及び船長名等を豫め日本海軍に通告せしむべく、その通告なき場合に日本軍艦の佛國商船に對する何等干渉の權は之を認めずと公式に發表したる由である（同九月二十一日巴里發『同盟』）。即ち日本軍艦に依る臨檢は之を承認せざりしものと解せられた。

又支那船の第三國への着色的國籍移轉の取締に關しては、我が外務省は九月十八日を以て在東京各國大使に一の覺書を送致してその注意を喚起したとあるが（外務省情報部刊行、支那事變關係公表集、第一號、第一二二頁）、之に對し送致先諸國政府が如何なる回答を我方に差越したかは詳でない。

一四九 船の國籍の實際を突止むるため右の了解の下に帝國艦艇の第三國船に對して行へる臨檢は、謂ゆる臨檢に止まりて搜索には及ばない。又搜索して敵地向ふ武器彈藥類の積載あることを發見した所で、中立法則の發動なき限り世に戰時禁制品なるものは無いから、搜索の爲し甲斐も無い譯である。帝國艦艇が第三國船に臨檢したる場合に、臨檢士官は如何なる程度に該船の船長に對し訊問その他の手段を執りたるかは一々聞及んで居らぬが、時には載貨の検査を行はんとし、船長の拒絶に會へることもあつたやうである。然しながら船の國籍を取調ぶるには、或は單に國籍證書の瞥見のみにては足らざる場合もあるべく、怪むべき點あらば進んで船舶賣渡證書、傭船契約書等は勿論、時には航泊日誌をも一應査閲するの要あること無しと保し得ない。そは一に臨檢士官の思慮ある裁量に由るべきことである。

第三國船
臨檢の程

第二章 開 戦

第一款 開戦に關する重なる條約上の制限

第一項 國際紛争平和的處理條約

一五〇 凡そ獨立の主權國は、國際政治上の利害得失及び國際道徳上の是非曲直は別論とし、國際法上に於ては、如何なる場合に於けると如何なる事由を以てするとを問はず、他國に對し自由に開戦するの權利を有する。謂ゆる國家の交戦權がそれである。然しながらこの權利は、之を制限する特定の國際條約あるときは、締約國は當然その制限を受け、當該規定の關する限り自由に開戦するを許されざることになる。この類の國際條約は主として二十世紀以降の特産品であるが、その以前とても絶無ではなかつた。例へば往昔の修好通商條約に往々掲記せられたる『兩締約國の間に永遠不易の平和親睦あるべし』といふが如き條句は、少なくとも道徳的に不開戦を約束したものと云へよう。けれども實際に於ては永遠はおろか、二十年と平和親睦が續けば長い方で、畢竟は條約文を飾れる一の枕詞に過ぎない。二十世紀以降にありては、開戦の機會を拘束する國際條約は少なからず出來て、その實際の效力如何は暫く措き、形式的には現に效力を有するものも

交戦權の
當該條約
の制限を
受く

平和的
處理の
四方

ある。本項に於ては重なる當該條約に就てその一斑を能ふ限り簡單に説くことにする。

一五一 その第一は、一九〇七年の第二回海牙平和會議にて更正の國際紛争平和的處理條約である。同條約は第二條に於て『締約國ハ重大ナル意見ノ衝突又ハ紛争ヲ生ジタル場合ニ於テ兵力ニ訴フルニ先テ事情ノ許ス限其ノ交親國中ノ一國又ハ數國ノ周旋又ハ居中調停ニ依頼スルコトヲ約定ス。』と規定し、又第九條に『締約國ハ名譽又ハ重要ナル利益ニ關係セズ單ニ事實上ノ見解ノ異ナルヨリ生ジタル國際紛争ニ關シ外交上ノ手段ニ依リ妥協ヲ遂グルコト能ハザリシ當事者ガ、事情ノ許ス限國際審査委員會ヲ設ケ、之ヲシテ公平誠實ナル審理ニ依リ事實問題ヲ明カニシ、右紛争ノ解決ヲ容易ニスルノ任ニ當ラシムルヲ以テ有益ニシテ且希望スベキコトト認ム。』、第三十八條に『締約國ハ法律問題、就中國際條約ノ解釋又ハ適用ノ問題ニ關シ、外交上ノ手段ニ依リ解決スルコト能ハザリシ紛争ヲ處理スルニハ、仲裁裁判ヲ以テ最有效ニシテ且最公平ナル方法ナリト認ム。故ニ前記ノ問題ニ關スル紛争ヲ生ジタルトキハ、事情ノ許ス限仲裁裁判ニ依頼セムコトヲ希望ス。』の規定を設けた。即ち國際紛争を平和的に處理すべき方法として周旋、居中調停、國際審査委員會の審理、及び仲裁裁判の四者を挙げたものである。この條約の規定が如何なる程度に於て實際に效果を示し來れるやは別問題とし、條約そのものは今日に於ても依然有效となつてある。

一五二 周旋の洋語 Good offices, Bons offices には外交用語として二三種の相異なる意義あるが、此に謂ふ周旋とは(一)平時紛争國間の争議を武力に訴へずして解決するため、又は(二)戰時交戦國間に平和の克復を促すため、當事國又は交戦國の双方に好感友情を有する第三國が右の目的に向つて瀕踏み爲す所の

周旋の
意義

行爲である。その瀕踏み行爲が熟して更に一步を進むれば、化して居中調停となる(ならぬことも勿論ある)。周旋も居中調停も、必しも交戦國間に平和の克復を促す場合に限らず、平時紛争國間の争議を武力に訴へずして解決せしむる場合にも之を見ること珍しからぬのである。

一五三 周旋と居中調停との分界は、實際問題としては時に間髪を容れず、その區別の判然せざる場合は往々ある。周旋も居中調停も古より數知れず行はれ來つたものであるが、之を成文の上に明規し、關係列國之が遵守を相約したのは、一八五六年の巴里條約である。同條約第八條には『土耳其と本條約調印の一國又は數國との間に國交の維持を脅威する紛争の起りたる場合には、土耳其若くは各調印國は武力に訴ふるに先だち他の締約國の居中調停を求め、その非常手段を避くるに努むべし。』と規定し、更に同條約附屬議定書には、英國全權クラレンドンの發議に係る『本全權委員等は、凡そ各國間に重大なる紛争起りたる時は、武力に訴ふるに先だち、事情の許す限り友國の周旋に俟つべきことの希望を各本國政府の名に於て表白するに躊躇せず。』との意思表示をした。前者の規定は特に居中調停のみに係り、而して後者は専ら周旋のみに限らしめてあるが、それは兩者の間に差異を認めて故さら爾く記したのではなく、蓋し之を混同視若くは同一視したる結果であらう。その次に居中調停のことが聯合條約の上に現はれたのは、一八八六年二月のコンゴに關する伯林總括的議定書で、即ちその第十二條に『第一條所載の通商的自由制の下に置かれたる領土に關し且該領土の範圍内に係る重大なる紛争が本議定書調印諸國若くは將來之に加盟することあるべき諸國の間に起りたる時は、當該紛争國は干戈に訴ふるに先だち、一箇若くは數箇の友國の居中調停に俟つべきこと

居中調停
との分界

を約す。』とあるのがそれである。これも單に居中調停を云爲せるに止まり、周旋に就ては何も言つてない。然るに一八九九年の第一回海牙平和會議に於て制定し、一九〇七年の第二回同會議に於て改正ありたる國際紛争平和的處理條約に至り、周旋と居中調停とは國際紛争の平和的處理方法として國際法規の上に明瞭に並び認めらるるに至つたこと前掲第二條の示す如くである。この規定は國際法史の發達上重要な頁を作せるものなるが、ただ『事情ノ許ス限』といふ拔道があるので、その効力は依然薄弱なるを免れざるのみならず、周旋と居中調停の區別的規定が無いので、尙ほ不備の憾なきを得ない。(國際紛争平和的處理條約には右に述べた普通の居中調停の外に、第八條に於て特別居中調停なるものを認めてある。)

一五四 以上述べたる居中調停と以下述ぶる仲裁裁判との言はば中間に立つ所の平和的處理の一方法は、前掲第九條及びその以下に逐條詳規せらるる國際審査委員會の制である。この制も國際平和の維持上かなり有效なるに相違ない。この規定は、既に第一回の海牙平和會議に於ても採擇せられた所である。而してこの規定を適用して重大なる國際紛争を平和的に解決し得たる例には、日露戰役中に英露兩國間に起りたる北海事件(The North Sea incident; The Dogger Bank case)と、伊土戰役中に佛國郵船タヴィニアノ外小船二隻が伊國水雷艇の拿捕又は砲撃を蒙りたる事件との二つがあつた。

一五五 仲裁裁判の何たるかは、國際紛争平和的處理條約中の定義——若し定義といふことの適切でないならばその目的の限定——が最も簡にして要を得て居る。即ち同條約第三十七條に『國際仲裁裁判ハ國家間ノ紛争ヲ其ノ選定シタル裁判官ヲシテ法ノ尊重ヲ基礎トシテ處理セシムルコトヲ目的トス。』とあるのがそれ

國際審査委員會の審査

仲裁裁判

である。別語にて云へば、その處理に當る者が裁判官即ち judges の資格であること、而してその處理の規矩準繩が法即ち law にあること、これが仲裁裁判の周旋及び居中調停等と異なる要點である。仲裁なるものと裁判とは本來別箇の兩觀念に屬するに、之を一括して仲裁裁判といふのは、その命題自身に於て適否の疑なくもないが、慣例上及び國際法規上既に一の術語となつて居るから、今はこの語を尊重するの外あるまい。

同條約が出来てから後數年の間に、その創制たる常設仲裁裁判所(常設の字は實は當らないが)に於て相應に重要性ある國際紛争を審理し、その裁定に依り平和的に解決し得たるものは十數件の多きあり、特に一九〇七年の第二回海牙平和會議に至るまでの八年間に於て、相應に複雑せる紛争事件として(一)米墨間の教會基金還附要求事件、(二)英獨伊對ヴェネスエラ要償事件、(三)本邦元外國人居留地家屋稅事件、(四)英米兩國間の北大西洋漁業權事件などは重なるものであつた。

一五六 第二回海牙平和會議に於ては、前回議定の國際紛争平和的處理條約實施以來八年間の經驗に於て、裁判所の構成、手續、その他に不便の點少なからざるを見出したので、同條約の他の部分に幾多の更正を加へたと同時に、仲裁裁判に關する諸條項にも若干の修正を施した。けれども別に一層常設的なる、繼續的なる、而して眞箇に司法的なる、特立の一裁判所を別に設置すべしとの論は第二回海牙會議に現はれ、その結果として仲裁司法裁判所案が編成せられた。然るに同會議に於ては、裁判所の組織や裁判官の選任方法に關し種々の異論起り、結局條約案としてその實施を締約國に懇懇するといふに止めたのである。こ

第二回海牙會議に依る改善

の仲裁司法裁判所なるものは常設仲裁裁判所と特立して之を設置し、又同條約案第十七條に依り『仲裁裁判に關する一般的規約又は特別の合意に依りて同裁判所に起訴したる一切の事件に付權限を有す』るものとしてあつた。この條約案は爾後遂に各國政府の合意を見るに至らずして止み、更に換骨奪胎して國際聯盟の下に成るに至つたものが常設國際司法裁判所である。

第二項 契約上の債務回収の爲にする兵力使用制限條約

一五七一 外國政府の債務殊に公債の支拂義務が實行せられざる場合に、債權者の所屬國政府の債務國政府に對する措置振は、従前その時と場合の政策に依りて決せられ、一定の原則に基く方針とは無かつたが、多くは武力を背景として債務國政府に強談する風であつた。殊に中米南米の諸國に對し債權を有したる英佛獨米等の諸國民は、一は債務國の法廷に信を置かざると、一は自國の大を誇負する所から、救済を司法的手續に求めず、政府は之を取擧げて直ちに外交交渉に移し、甚しきは兵力に訴へんとするものが十九世紀の後半より二十世紀に掛けて行へる常套手段であつた。この手段を非とし、之が禁止を主唱したる近代の學者には、亞爾然丁のカルヴォーその人があつた。

一五八 カルヴォーは一八八七年(乃至一八九六年)刊行の名著“*Le Droit International, Theorie et Pratique*”に於て『嚴格なる國際法上の權利としては、債務の回収及び私的要求の貫徹のためにする債權者所屬國政府の武力干渉は恕せらるべきに非ず、歐洲諸國はその相互關係の上には常にその法則を守れるに、

債務不履行に對する償行

武力使用を非とするカルヴォー主義

獨り新世界の諸國に對する關係に於て之に則らざるは解し難し。』と論じた(III, § 205, p. 350)。別語にて云へば、一國政府はその人民の金錢的權利を取擧げて他國に對し之を要求するの權利なし、よしんば該要求を外交的行動に於て行ふも不可で、必ず之を債務國の法廷に訴へ、司法的手續にて解決することに爲すべしといふにある。これが世にカルヴォー主義として知らるるものである。

一五九 その後一九〇二年十二月、英獨伊三國がヴェネスエラ國に對し武力を背後に債務不履行に關する賠償要求を迫るや、同じく亞爾然丁の法律家で當時同國の外務長官なりしドラゴ(Luis M. Drago)はカルヴォーの所説を紹述して強硬に抗議した。尤もカルヴォーは、凡そ金錢上の性質に係る一切の私的要求に兵力を使用するの權を絶対に非認するのみならず、政府は内亂の際外國人の蒙ることあるべき損害、將た暴民隊の兇行に基く損害とても政府に怠慢の廉なき限りは、之に對し何等賠償の責を負ふべきに非ず、假に之が責任を認むるに於ては内外人の間に不當の差別を立つることになり、且弱國の獨立權を危うするに至るとまで論じたが(III, § 1297, p. 155-6)、ドラゴは何程か之を狭め、専ら債務回収のための兵力使用を非としたものである。この趣旨の下に彼は、同一一九〇二年十二月二十九日付の長き公文を以て米國政府に對し、元來歐洲資本家が南米に投資を爲すに方りては、投資地の國情は百も承知の上のことである。故に初めより利子を高くし、條件を苛重にし、總ての危險を商量に加へての上で投資するのである。然るに債務國に於て一時の都合でその義務が果せないからとて、資本家の政府が直ちに背後に立ち、武力を以て債務國に臨むといふが如きは斷じて公正でない。故に『米洲國の公債は武力的干渉を惹起することを得ず、將た歐洲國は之を以

カルヴォーを紹述するドラゴ

て米洲國の領土を占領することも得ず。』といふをモンロー主義の一附則とすべし、との趣旨を勸告旁々披陳した。(その全文は載せて U. S. For. Rel., 1903, pp. 1-5 にある)。これが則ちドラゴ主義を以て世に知らるるに至つたものである。

一六〇 その後の経過は略し、一九〇七年の第二回海牙平和會議に於ては、米國政府は大意『契約上の債務回収のために兵力を使用することは、回収請求の當否、債務の金額、並に支拂の時期及び方法を仲裁裁判にて決するまでは之を爲すを得ざるものとす。』といふ案を提出し、些少の修正の下に大多數にて通過した。それが同會議議定の『契約上ノ債務回収ノ爲ニスル兵力使用ノ制限ニ關スル條約』である。即ち要は、『一國ノ政府ニ對シ他ノ一國ノ政府ガ其ノ國民ニ支拂ハルベキモノトシテ請求スル契約上ノ債務ヲ回収スル爲ニ兵力ニ訴ヘザルコト』(第一條第二項)、『右規定ハ債務國ガ仲裁裁判ノ申出ヲ拒絶スルカ「條文では債權國が仲裁裁判を提議したる場合のみを想定せるやうに解せらるるが、債務國とても仲裁裁判を提議するに妨げある譯ではない」、之ニ對シテ回答ヲ與ヘザルカ、之ヲ受諾スル仲裁契約ノ作成ヲ不能ナラシムルカ、又は仲裁裁判ノ後其ノ判決ニ遵ハザル場合ニハ其ノ適用ナキモノ』なること(同條第二項)、及び『前條第二項ニ掲グル仲裁裁判ハ國際紛争平和的處理ニ關スル海牙條約第四章第三節ニ規定セル手續「三十四條より成る仲裁裁判手續である」ニ依ルモノトス。仲裁裁判ノ判決ハ當事者間ニ特別ナル取極アルニ非ザレバ請求ノ當否、債受ノ金額、並支拂ノ時期及方法ヲ定ム』(第二條)と爲せるものである。別に述ぶる開戦に關する條約にありては、開戦の宣言又は條件附最後通牒の通告を爲すなくして敵對行爲を開始するを得ずと規定するが、本條

第二回海
牙平和會
議議定の
本條約の

約に於ては、敵對行爲の開始と云はずして兵力に訴へたること (de ne pas avoir recours à la force armée; not to have recourse to armed force) を相約すとある。この『兵力』は、米國提出の原案では『強制手段』(coercive measures) となつてあつたが、英國の代表は『強制手段の語は曖昧の感なき能はず、この語は國內法に於て裁判所が判決執行上の總ての手段にも用ふる所のものである。』と指摘し(Hague Peace Conf., Proceedings of, II, p. 559)。その結果提案者自身之を『兵力』と修正したもので、要は軍艦に依る示威、税關の差押位までを意味し、即ちそれすらにも訴ふるを得ずとしたもので、隨つて開戦に訴ふるを得ざるは勿論である。

一六一 本條約は前掲の如く第一條第二項に於て仲裁裁判關係に屬する除外例を設けたので、同條第一項の禁止規定の適用範圍は大分狭くなりしのみならず、海牙會議參加の四十有五國中、之を批准したもの僅に十七ヶ國に止まり、且批准國中にも、本條約の效力を極めて微弱ならしむるが如き種々の留保を附したのも少なからず、隨つて開戦制限の國際條約としての實際的效果は頗る薄弱となりし姿である。さりながら本條約の批准國中には英、佛、獨、日、露、米(米國は『本條約に掲ぐる紛争を處理するため常設裁判所に訴ふるには、必ず紛争國間に從來締結せられ又は將來締結せらるべき一般若くは特別仲裁裁判條約に従ひ之を行ふべきものと解釋して本條約に賛同す。』との留保を爲した)の如き、孰れも有力なる、且世界の債權國と目せるべき國々を殆ど網羅してあり、且無留保の調印國にして債權國たるものは、一度は仲裁裁判の提議を爲すべきこととなるから、直ちに軍艦を差向けて債務の履行を強要し、肯ぜずんば直ちに砲火を開くといふ

本條約の
實際的效
力

が如き突飛の措置は、今日は往昔の如くには行はれざることになつた譯で、要は批准國彼等自身が實際に臨み能く本條約を遵守するや否やの事實問題にある。

第三項 國際聯盟規約の開戦制限規定

開戦前に
執るべき
必須手段

一六二 國際聯盟規約はその第十一條乃至第十五條に於て種々の開戦制限規定を設けた。聯盟規約は絶對に戦を違法とするではなく、特定の手續と開戦停止期間を経たる上ならば、如何なる戦を爲すも之を非とするのではない。故に聯盟規約の開戦制限は、要するに開戦手續と開戦期に關するそれに外ならない。開戦手續とは、精しく云へば紛争當事國が開戦前に必須的に執るべき豫備手段で、即ち聯盟規約第十二條に『聯盟國間ニ國交斷絶ニ至ルノ虞アル紛争發生シタルトキハ當該事件ヲ仲裁裁判若ハ司法的解決又は聯盟理事會の審査ニ付スベク云々』とあるが如く、仲裁裁判若くは司法的解決に訴ふるか聯盟理事會の審査を求むるか、二者必ずその一を擇ばざる可らざるのがそれである。この規定は實に國際聯盟規約の主要なる一項目で、この規定あるに於て、又それが總ての國々に依り必ず實行せらるるに至るに於て、聯盟に始めて意義あり生命があるのである。

仲裁裁判
又は司法的
解決の
附託

一六三 紛争當事國はその紛争事件を仲裁裁判若くは司法的解決に訴ふべきか、將た聯盟理事會に持出すべきか、の選擇は己れの任意である。且その審理を求むべき紛争事件の種類及び性質に就ての取捨も自由である。ただ仲裁裁判若くは司法的解決に附すべき紛争に關しては、第十三條第一項に『聯盟國ハ聯盟國間ニ

仲裁裁判又ハ司法的解決ニ附シ得ト認ムル紛争ヲ生ジ、其ノ紛争ガ外交手段ニ依リテ満足ナル解決ヲ得ルコト能ハザルトキハ、當該事件全部ヲ仲裁裁判又ハ司法的解決ニ付スベキコトヲ約ス。』とありて、即ち聯盟國に於て仲裁裁判又は司法的解決に附し得と認めたる紛争なること、及び外交手段に依りて満足なる解決を得る能はざる紛争なること、といふ條件があるのみである。故に外交手段にて満足なる解決を得るものならば勿論、聯盟國たる紛争當事國の双方又は一方がその主觀的判斷に由り仲裁裁判又は司法的解決に附するを得ずと認めたる紛争は、固より之に附すべき限りでない。これだけの餘地の取つてあることは、國際聯盟の仲裁裁判又は司法的解決が必しも義務的仲裁裁判の性質のものに非ざるを示すものとして注意すべき一點である。

司法的解決 (Judicial settlement) とは、從來の仲裁裁判制(海牙の常設仲裁裁判所又は他の仲裁裁判者)に係る裁判と、聯盟設置の常設國際司法裁判所の判決に依るそれとを區別せんがために、前者を仲裁裁判といふのに對し特に後者に命名したるもので、一九二一年十月四日改正、一九二四年九月二十六日實施の聯盟規約第十二條及び第十三條の新條文に於て採擇せられた稱呼である。この區別は單にその取扱ふ機關の差異に由る名稱上のそれに止まり、本質上の區別ではない。

仲裁裁判又は司法的解決に附すべき紛争を以て紛争當事國に於て仲裁裁判又は司法的解決に附するを得と認めたる紛争なること、及び外交手段に依りて満足なる解決を得る能はざる紛争なることと爲したのは、仲裁裁判に附すべき紛争の範圍を限定したもので、紛争それ自身の性質を説示したものではない。之をその性

質上より概言すれば、仲裁裁判に附すべきものは法律的紛争で、聯盟理事會に持出すべきものは政治的紛争と自然になつてあるが、何を以て法律的紛争とし政治的紛争とするかの分界に至りては、之を判定するに困難の場合もある。聯盟規約第十三條第二項に『條約ノ解釋、國際法上ノ問題、國際義務ノ違反トナルベキ事實ノ存否、竝該違反ニ對スル賠償ノ範圍及性質ニ關スル紛争ハ一般ニ仲裁裁判又ハ司法的解決ニ附シ得ル事項ニ屬スルモノナルコトヲ聲明ス。』と規定したのは、『一般』に即ち *généralment, generally* なる語は概しての意か普くの意か明瞭を缺くも、若し後者の意とせば、特にこの語を挿入した理由もなく、一の贅句に過ぎぬ譯であるから、前者即ち概して若くは多くはの義と推測すべく、現に一九二〇年の第一回聯盟總會に於て、瑞典國委員が仲裁裁判を一層義務的に爲さんとの理由よりして、この一句の削除を主張したる事實に徴するも爾く推測して然るべきである、要するにこの四事項を以て専ら法律的問題なりと推定したる結果であらう。けれども『一般』の字句より推し、敢て右以外のものを排除した譯ではなく、當事國間に合意さへあらば如何なる性質の事件でも之を附託するを得るのである。

然しながら條約の解釋の如き、通商條約その他尋常一様の條約に於ける些小の字句の解釋ならば兎に角、同盟條約の如きにありて同盟に依り擁護すべき權利利益、同盟の行動を適用すべき地域等に係る重要字句に就て解釋上の紛争起つたとしたならば、必然重大なる政治問題を伴ふべく、之を單に法律問題として取扱ふことの能きぬ場合もある。第二の國際法上の問題も、成文の國際法規の字句に關するものは法律問題と云へるであらうが、國際法の範圍に落つる問題は總て法律問題なりとは云へない。國際法の取つて論題とする例

へば國家の獨立權、自衛權、干渉權、使臣の不可侵權等に關する問題は、殆ど擧げて政治問題となるべきものである。況して第三の『國際義務ノ違反ト爲ルベキ事實ノ存否』、第四の『右ノ違反ニ對スル賠償ノ範圍及性質ニ關スル紛争』に至りては、専ら事實に關するもので、その性質に於て法律問題といふよりは政治問題といふべきものが多い。故に本條に於て範例的に擧げたこれ等の事項より推し、仲裁裁判又は司法的解決に附し得る事項は専ら法律的紛争なりとは斷言し難いのである。けれども、以上は法律問題と政治問題とを截然相別つる時として困難あることを例示するために述べたもので、大體の原則として、これ等第四項に關する紛争は特に仲裁裁判又は司法的解決に附託するに適すといふには毫も妨げない。

一六四 紛争當事國は、その紛争を仲裁裁判又は司法的解決に附せざる場合には、前述の如く必然之を聯盟理事會の審査に俟つべき義務がある。聯盟理事會の審査の要求は、何れの紛争國も紛争の存在を事務總長に通告して之を爲すに妨げない。その通告を受けたる事務總長は、充分なる取調及び審理に必要な一切の準備をする。而して紛争當事國はこの目的のために、成るべく速に當該事件に關する陳述書を一切の關係事實及び書類と共に事務總長に提出する。理事會は直ちにその公表を命ずることを得とあるから、問題の性質に依りてはその公表を命ぜざるものもあると見るべきである。それから理事會は紛争の解決に努力し、而して奏功したるときは、當該紛争に關する事實及び説明、竝にその解決條件を記載せる調査を公表するし、紛争が解決に至らざるときは、理事會は全會一致又は過半数の表決に基き當該紛争の事實を述べ、公正且適當と認むる勸告を載せたる報告書を作成して之を公表する。勸告は *recommendation* で、即ち判決とか決定と

かいふに比すると稍々柔かい。理事會の報告が紛争當事國の代表者を除きたる他の理事會員全部の同意を得たるものなるときは、紛争當事國の一方は該報告書の勸告に應ずる他の一方に開戦してはならない。聯盟理事會の報告は右の如く、紛争當事國の代表者を除きたる他の理事會員全部の同意を得たるものにおいて始めて開戦の防遏に向つて權威あり效力あるものであるが、若しその全部の同意ある報告書を得るに至らざるときは、『聯盟國ハ正義公道ヲ維持スル爲必要ト認ムル處置ヲ執ルノ權利ヲ留保』する。正義公道は如何なる標準で割出すや不明なるも、紛争當事國が最早やその法律的拘束の下にあらざるは言ふまでもない。

國際紛争の審査は聯盟理事會に限らず、聯盟總會が之に當ることもあり得る(第十五條第九項)。聯盟總會が之に當るのは(一)理事會に於て當該紛争を總會に移すを可と決したるとき、(二)紛争當事國の一方の請求ありたるときである。この二の場合に於て、その請求期間を無限にして置いては種々の弊害が伴ふから、之に特定の期限を附したのは至當であらう。聯盟總會に於ける審理手續は、原則として第十二條及び第十五條の規定を適用する。但し『紛争當事國ノ代表者ヲ除キ聯盟理事會ニ代表セラルル聯盟各國代表者及爾餘過半数聯盟國ノ代表者ノ同意ヲ得タル聯盟總會ノ報告書ハ紛争當事國ノ代表者ヲ除キ他ノ聯盟理事會員全部ノ同意ヲ得タル聯盟理事會ノ報告書ト同一ノ效力ヲ有スベキモノトス。』との特則がありて(第十五條第十項)、即ち聯盟總會の代表者に就ては過半数制を採りたるの點に差異がある。

以上述べたる聯盟理事會又は聯盟總會の審査、並に仲裁裁判及び司法的解決は、専ら國際聯盟加入國間に行はるる規定であるけれども、聯盟國と非聯盟國との間又は非聯盟國相互の間に生じたる紛争に關しても、

聯盟理事會はその正當と認むる條件を以て、紛争解決のため聯盟國の負ふべき義務の受諾を非聯盟國に勸誘すべきことは、聯盟規約第十七條の規定する所である。その條文には多少注意を要する點もあるが、餘りに煩であるから今は觸れぬことにする。

第四項 謂ゆる不戰條約

一六五 一九二八年(昭和三年)八月二十九日を以て巴里に於て調印ありたる『戰爭拋棄ニ關スル條約』("Treaty for the Renunciation of War")、別名ケロッグ・ブリアン條約(Kellogg-Briand Pact)、俗稱の不戰條約(Anti-War Treaty)は、開戦制限の條約として蓋しその尤たるものであらう。この條約は前文は長いが、本文は左記三ヶ條に過ぎない。

第一條 締約國ハ國際紛争解決ノ爲戰爭ニ訴フルコトヲ非トシ、且其ノ相互關係ニ於テ國家ノ政策トシテノ戰爭ヲ拋棄スルコトヲ其ノ各自ノ人民ノ名ニ於テ嚴肅ニ宣言ス。

第二條 締約國ハ相互間ニ起ルコトアルベキ一切ノ紛争又ハ紛議ハ、其ノ性質又ハ起因ノ如何ヲ問ハズ、平和的手段ニ依ルノ外之ガ處理又ハ解決ヲ求メザルコトヲ約ス。

第三條 本條約ハ前文ニ掲ゲラルル締約國ニ依リ其ノ各自ノ憲法上ノ要件ニ從ヒ批准セラルベク、且各國ノ批准書ガ總テ「ワシントン」ニ於テ寄託セラレタル後直ニ締約國間ニ實施セラルベシ。

(第二項以下は略する)

右の第一條の末段にある『人民ノ名ニ於テ』の字句は、本條約の調印後我が朝野の間に一問題となりしに鑑み、政府は本條約の樞密院への御諮詢を奏請するに方り、『本條約第一條中ノ「其ノ各自ノ人民ノ名ニ於テ」ナル字句ハ帝國憲法の條章ヨリ觀テ日本國ニ限り適用ナキモノト了解スルコトヲ宣言ス。』といふ宣言附帶の上にて御批准を仰いだものである。

一六六 本條の結果として戦争は向後一の犯罪 (Crime) を以て目せらるるやうになつたと世人は往々解するが、これは誤解である。本條約は締約國間に於て戦争を抛棄することを約束するものなるも (但しその抛棄するのは「國家ノ政策トシテ」ノといふ種類の戦争に限られてある)、戦争を犯罪と見るとか罪惡を以て論ずるとかの文字は更に無い。又あらう筈も無い。凡そ世の中には適法のもので抛棄することは有り得るし、又抛棄したからとて再び之を手取るのが犯罪となると限つた譯のものではない。一旦抛棄の約束を爲したる以上漫然之に訴ふるあらば約束違反は構成するが、戦争そのものが敢て罪惡となるのではない。元々社會の罪惡たる行爲であり (例へば人を殺し又は財を奪ふが如き)、而して法律が之を禁じたるに、その禁を犯すあらば必然犯罪を構成するが、從來適法行爲である所のものを都合に由り爲さざることの約束を爲し、而して會々その約束を破るありたればとて、當該行爲そのものが罪惡となるものでない。恰も二人相約して飲酒は抛棄すべしと誓へるに、その一人背いて酒を飲めば、約束違反となるは勿論なるも、飲酒そのものが敢て罪惡を以て論ずるの當らないのと理は同じである。不戰條約の下に於ける戦争の性質も、この理に照して誤解なきを要する。

本條約は
戦争を犯
罪とした
のではない

本條約に
對する政
策の戰
争手段
の注意

一六七 扱も本條約に於て抛棄が嚴肅に宣言せられたる謂ゆる『國家ノ政策ノ手段トシテノ戦争』(“War as an instrument of national policy”)といふのは、抑も如何なる戰を意味するか。不戰條約案の米佛兩國政府間に交渉中の折、在華府佛國大使が一九二八年三月三十日付を以て米國國務長官に宛てたる長文の書翰中には『國家の政策の手段としての戰、別語を以て言へば、締約國自身の自意的且獨立的の政策を實行する手段としての戰』といへる字句がある。けれども何をか自意的且獨立的の政策を實行する手段としてのであるかといふことに就ては、その以上の解説が無い。大雑把に言へば『自意的且獨立的の政策を實行する手段』として非ざる戰とは、要は他動的且共同的のそれと解すべく、即ち國際聯盟規約第十六條に依る共同制裁以外の戰は悉くこれ國家の政策の手段としてのそれとして不戰條約の禁するものといふにも解せられる。不戰條約の生みの母と言はるるコルムビア大學の教授ショットウェルも、

『蓋し「國家の政策の手段としての戦争を抛棄」なる字句中、その最も重要なるは「國家」の語である。戰は總て之を抛棄するといふのではない。いや政策の手段の戰として必しも抛棄せよとは限らない。ただ抛棄すべきは、ブリアン氏の言へる如く、國家の目的の自意的主張に係る戰のみである。随つて國際聯盟規約又はロカルノ條約に依る平和保障國の連合行動の如きは之に觸れない。なぜならば、違反國に對する武力の共同的使用の要求は、敢て各國の國家の政策の手段としてではなく、國際團の手段としてであり、之に就ては本條約を通じ一言隻句も妨ぐる所ないのである。』(J. T. Shotwell, *The Pact of Paris, with*

Historical Commentary, p. 19)

と論ずる。これとても公的の定解ではないが、大體は右のやうに見られてある。

けれども、苟も共同制裁に非ざる戦は悉くこれ國家の政策の手段の戦なりと説き、一切之を違法視するのは、聊か度外れの嫌なきを得ない。或は國家の政策の手段としての戦なるものをば『政策、若くは利益、若くは權利の主張、若くは伸張、若くは擁護に於ける總ての戦』と解するものもあるが(C. H. Howland, *Survey of Amer For. Rel.*, 1929, p. 104) この見解に依れば、國家の自衛權を國家の領土そのものの上に加へらるる侵略に對する防衛のみに限り、隨つて例へば我國の東亞に於ける謂ゆる特殊權益の擁護のためにする戦の如きは、一切之を非認せざる可らざることになる。又隨つて古來今日までの大概の戦は——日清日露の二戦役の如きも、將た又英國がその特殊利害關係地域とする埃及の防護のためにし、或は米國が例のモンロー主義の擁護のためにする戦も——悉くこれ謂ゆる國家の政策の手段としての戦として不戦條約の咎彈を受くることになる。不戦條約の抑もの精神から言へば、そこまで徹底せしむるのでなければ、折角之を劃時代的新國際政治の新基調として全世界の前に誓約したる甲斐もない譯であらう。然しながら不戦條約の提唱國でも贊和國でも、果してそこまでの決心の下に、斯かる見解を忠實に株守するの考であつたのであらうかと問へば、事實は斷じて然らずと答へしめる。

自衛權と
本條約

一六八 次には本條約とその適用を除外せる自衛權の範圍である。

自衛權の性質は既に論じたから今重ねて述べぬ。本條約の當初ケロッグよりブリアンに提示せる原案は、自衛權をも除外せざる絶対無條件の不戦條約であつた。然るに佛國政府は、本條約は適法の自衛權の行使、

竝に國際聯盟規約、ロカルノ協定、その他他國との同盟條約に依る義務の履行を妨げざるものと解釋すべきことを主張し、ケロッグはこの解釋を容れ、その了解の下に茲に案文の確定となつたもので(ケロッグの一九二八年四月二十八日の米國の國際法協會に於ける演説、及び英國外相チェムバーレンの同年七月十八日付對米公文参照)。即ち自衛權に基く戦は當然不戦條約の適用範圍以外なること、及びそれが果して自衛權に基く戦なるや否やは、その開戦國が己れ自身の主觀的尺度にて任意に判斷するものなること、別言すれば、自衛權は國家主權の當然の權利で、且自衛權の何たるかを決定するものも亦國家主權の權利に屬すること、との公的見解になつてある。

英國の特
定地域不
適用宣明

一六九 のみならず英國は、不戦條約の調印に先だち、一九二八年五月十九日付の在倫敦米國大使宛公文書中に於て、本條約の適用範圍より事實的に埃及(その他波斯灣地域の如き)を除外するの意味を宣明した。而して米國政府は、既に自衛權を以て本條約適用上の當然の除外例と認めたのであるから、英國の特殊利害關係地域除外の宣明の如きは、自明の理を故さら宣明したに過ぎず、自衛權は自國の判斷にて之を埃及にて波斯灣にても、その他特殊利害關係の繋がる地域に廣く及ぼすを得るもので、當然本條約の適用より除外して可なり、英國の宣明は隨つて本條約に對して特に留保したのではなく、一の解釋のみ、任意の解釋のみ、故に我が米國も同様に、カリビアン海の諸國、巴拿馬運河、その他の方面に關しても、苟もモンロー主義の擁護のためとあらば自衛權の名に於て、本條約の拘束を受けずに自由に行動するに妨げず、との見解を米國上院の外交委員會に説明し、同委員長ボラーも自衛權には『米國が干涉の形式に於て支那、中米、その

他の方面に於て武力を用ふるの權を包含す。』と述へ(P. M. Brown, "Difficulties of Implementing The Kellogg Pact," *Current History*, Jan. 1931, p. 494) この説明の下に上院は本條約の大統領の批准に同意を表した。さういふ譯であるから、不戦を相約せる本條約も、その目的の過半は事實没却されたる感なきを得ない。

英國の右宣明に關聯して想起せらるるのは東亞である。東亞の我が隣接地域も我が帝國に取りて特殊利害關係の地域であることは絮説を須ひずで、その緊切の程度は英國の埃及等に對するに比し勝るとも劣らない。埃及等が英國の特殊利害關係地域たるの故を以て本條約の適用範圍以外に置かるべき理ありとし、且その意味に於て英國の右宣明を正しきものと認むるならば、我國が假に東亞に就て同様の除外的宣明を爲すありしとするも、之に對し異議の起るべき理由は見出し得ない。けれども當時我が朝野共に、この最重要の點に氣附かなかつたやうである。

然しながら我國が當時英國同様の措置に出ず、黙して控へ居りしその結果は、本條約の關する限り東亞に關する我國の立場を甚しく不利に陥れしめたかと云へば、必しも然りとは思ふに及ばない。勿論英國の如くに肝腎の要めに釘を一本打込んで置いたに若くはなかつたが、それを忘れたからとて、それがため必しも我國は東亞に就て不利の地位に立つ譯でもない。英國の埃及除外の措置に對する米國の見解、といふよりも國家自衛權なるもの、及びその解釋權の所在に對する米國上院の見解、之を正しきものと見るならば、我國は英國と同様の宣明を爲すも爲さざりしも、結局は同じことに歸着するのである。

本條約の
實際的效

一七〇 本條約の意義は概略上叙の如くであるが、之を要するに何れの國の軍備も、今日では『國家の政策の具』のためと稱して之を擁するものとは殆ど無く、孰れも國家自衛のためとして——少なくともその標榜する所は——之を有するに非ざるはない。故に不戦條約の禁する『國家の政策の具』としての戰なるものは、事實今日に於ては之を見んとして得ず、何れの戰も自衛のためとして、少なくとも自衛の名に於て、之を遂行するに非ざるはあるまい。而して自衛の果して自衛なるやは、個人間の正當防衛が裁判所に依りて判定せらるるのとは異なり、戰を遂行する國自身が判定するのであるから、自衛戰を適法と認むる不戦條約の下にありては、殆ど總ての戰は適法の戰として公認せらるるのである。不戦條約は不戦どころか、大概の戰の遂行を適法のものとして裏書するものである。

一七一 この外開戦に關し或種の制限を加へたる既成の、而して少なくとも名のみは今尙ほ現存の、條約として例へば一九一三年(大正二年)の謂ゆるブライアン平和條約("Bryan Peace Treaties")——正確にいへば "Treaty for the Advancement of Peace"——一九二五年(大正十四年)のロカルノ協定、その他歐洲(及び南米)若干國間の安全保障條約など無いではないが、孰れも事實的には死文同様のもので、最早や取立てて叙述する實價乏しきを思ひ、總て措くとする。

その他餘
嘴を保ち
つつある
若干條約

第二款 開戦の方式

第一項 宣戦の要否に關する古來の學說及び慣例

開戦は國家の交戦權の發動

一七二 開戦は交戦國双方を交戦關係に、又第三國に對しては中立關係に、孰れも立たしむる所の非常事態を構成するものであるから、當該國家の交戦權の適法の發動に由るを要すること論を俟たない。その權能の本源如何は國內憲法上の問題に係り、國際法の管轄以外に屬する。

宣戦の意義

一七三 開戦の宣言(Declaration de guerre; declaration of war)即ち略して宣戦とは、國家の開戦の意志を表示する所の元首の公文書、及びその公文書の表現する所の内容である。普通に開戦の宣言といへば、その宣言に含まるる内容よりも内容を包む所の文書即ち instrument を指すやうであるが、嚴密に論ぜば、文書それ自身と文書の表現するその内容とは別種の觀念に屬する。(條約といふ語も亦同様である)。けれども暫く兩者を別たす、又は合して之を開戦の宣言と通俗的に見るに妨げない。

宣戦の布告及び通告

一七四 宣戦は之を(一)對手國政府に向つて聲明するもあり、(二)自國の國民に向つて宣示するもあり、又は(三)その兩者を兼ね、即ち直接には自國民に宣示し間接には對手國に告知せしむるものもある。オッペンハイムは「宣戦とは一國は他國に向つて兩國間の平和状態が終止し交戦状態が之に代れることを通告するこ

とを謂ふ。」と定義するが (Oppenheim, II, § 94, p. 138) そは宣戦の通告で、宣戦そのものではない。宣戦は交戦權發動の國家の意思表示の一方法である。通告はその方法を特に對手國に向つて實行するものに過ぎない。故にその意思が明確に表示され、それが通信機關に依り間接ながらも對手國に通じさへすれば、必しも特に對手國への直接の通告といふ手段を執らずとも可い譯で、宣戦は必ず之を對手國に通告すべきものとは限るまい。且開戦の宣言を對手國に通告するの例は、古來稀にはありしも常には無く、今日では殆ど無い。蓋し通信機關の殊にラジオの著しく發達せる現代にありては、宣戦あらば寸刻を出でずしも全世界に知れ渡るべく、隨つて對手國としても即時に之を知り得ざる筈は無い。宣戦は必ず直接に對手國に向つて行ふべきものとの説は往昔にはあつた。例へばフアツテルの如き、將たその師のウォルフの如き、孰れも爾く説いたものである。これは古代羅馬の對手國に對する莊嚴なる宣戦方式、その他中世紀に於ても對手國に向つて直接之を行へる慣例などを追ふた見方であらう。然るに今日にありては、よしんば宣戦を對手國に向つて爲すにもせよ、その必しも直接に對手國に到達すべきを要件としない。宣戦は一は開戦の目的を自國民に熟知せしめ、その敵愾心を鞭撻し、且その向ふ所を指示するといふ對内的意義を多分に含有する。大概の宣戦にはその意味が高調せられざるはない。即ち宣戦の實際の目的としては、對手國に對してよりも寧ろ自國民に對する右の意味がヨリ多く含まるるのである。

宣戦布告の方式は國內法上の問題

一七五 一國の元首が宣戦を自國の國民に對し布告するに方りては如何なる公式令に依るべきや、例へば詔書、勅令、大統領令、議會令、その他如何なる命令の方式に則るべきやは、一に國內法上の問題で(第一

次大戦の發端に於ける英國の宣戦の對内的宣示は外務省の一告示に止まつたやうである、國際法の間ふ所でない。

往昔の學
説は概し
て宣戦必
要論

一七六 宣戦は斯の如く必しも對手國に向つて發するものとは限らず、自國の國民に布告するに止まるものもあるが、普通に宣戦と云へば、古來多くは對手國に向つて行ふものを指すが如くに解されてある。この意味に於ける宣戦は開戦に方り之を爲すを須要とすべきに關しては、古來學者の間に議論區々である。

宣戦は古代希臘及び羅馬にありては、神の命として須要の慣行であり、又古にありては、宣戦せずして行へる戦は不義戦なりと見る學説もあつた。十六世紀の中葉『外交使節論』の著にて名ありしブルーヌス (Cornelius Brunus, 1491-1563) の如きはそれである (Walker, *History*, § 131, p. 245)。次ではゲンチリ、グロチウス等、孰れも宣戦必要論者であつた。殊にゲンチリは、宣戦は自然法の要求なりと爲し、且宣戦は單なる方式たるものではなく、能ふべくんば依つて以て開戦を阻止せしむべき最後の平和的手段なりと説き、隨つて宣戦を爲すも實際の戦闘開始までには三十三日間の猶豫期間を設くべしと主張した (Van der Molen, *Gentili*, p. 138)。グロチウスは宣戦の理由を之に取らず、要は開戦を爲す國君又は國民の意思を明かにするために必要なり、且宣戦は自然の法則 (Law of Nature) に於ては必要なきも國際の法則 (Law of Nations) に於ては之を必要とすと論じた (Walker, *History*, § 143, p. 313)。その他の學說中にありても、稀にはバインカースフック、マルテンス、外に二三の宣戦不必要論者も無いではなかつたが、フアッテルの如きはその必要を夙に唱道せる有力者であつた (Vattel, III, Chap. iv, p. 46)。しかもブルーヌス以下十六世紀の諸

學者の宣戦必要論を祖述せる頃は、古代の宣戦の慣行は次第に廢れ、宣戦なき開戦が既に一般の風を成せる時代であつた。十六世紀末葉の最大戦とも謂ふべき西班牙の對英開戦 (一五八八年八月西班牙のアルマダ艦隊の大敗績を示せる役) の如き、何等の宣戦なくして行はれたものである。

一七七 然るに由來英國の學者中には、必しも宣戦の方式を履むを要せずと説く者が多く、殊に十九世紀初葉のストウエルの *The Eliza Ann* 事件 (『講義』二六七節参照) の檢定以來、宣戦不必要論は同國國際法學者の多數の信條となつた。尤も該檢定の論旨は、交戦状態は宣戦を俟たずとも成立すといふにありて、開戦に宣戦を要せずと爲すのとは論點に多少の相違あるが、要するに英國の多數の學者の意見は、たとひ宣戦を要するにしても、それは單に形式に過ぎず、外交斷絶は概して開戦の前驅たること何人も豫想する所で、現代交通機關の發達は奇想天外的の突如たる開戦あるべきを想像し得ないから、宣戦の方式などは實は贅事のみ、交戦状態は宣戦の方式を履ますとも適法に成立するのだから、その方式は必しも要しない、既に必しも要しないから、隨つて全然不必要と云へる、といふにある。ホールは宣戦に關する多數の先例及び學説を引抄したる末、『一は國家の臣民の便利のため、又一は中立國に對する義務の事柄として、能ふべくんば敵對開始前に宣言又は同様の通告を發すべきである。けれども敵に通告を與ふることの義務ありと爲すは謬見であり、且條件附命令を受け居れる陸海軍司令官が、開戦通告の豫め發送するを得ざる事態の下に急速行動を開始したる場合に於て、曲直の責合ひを爲すの餘地を残す處もある。』(Hall, § 123, p. 399) と説き、ウェストレークは『政治道德の見地よりすれば、交戦状態に入るといふ重大の措置を執るに方り何等意思表示を爲す

英國の多
數學者は
否定説

を須ひずといふが如きは之を辯護するに難し。『Westlake, II, p. 21』と云へるも、要は國際道德上望ましといふに止まり、敢て宣戦を必要と説けるに非ざること文義の上に明かである。

一七八 之に反し歐大陸殊に佛國の學者間には、現代に至るまで宣戦必要論を唱ふるものが多い。ボンフィスの如きはその有力なる代表者の一であらう (Bonfis, *Manuel*, §§ 1028-9, p. 586)。或は歐大陸の學者にして英國側の宣戦不要論を評し『英國は世界の電信線を殆ど擧げて己れの掌中に握り、且世界到る處に自國の艦艇を配備し居るが故に、開戦の瞬間に於て、或は對手の未だ外交斷絶となりしを知らざる間に於て、咄嗟に商船を拿捕し、敵の通商に一撃を加へ得る地位にある。随つて宣戦なくして開戦するの慣行は英國として甚大の利益とする所である。』と見る者もあるが (Spaight, *Laud War*, p. 22 参照)。これは聊か僻眼の評であらう。

一七九 更に學説を離れ之を實例に徴すれば、古代より中世紀にありては、稀には宣戦なくして直ちに開戦せる例も無いではなかつたが、概して先づ宣戦を爲したものである。殊に往古の羅馬にありては、開戦の方式には嚴重の規定がありて、戦を行ふ場合には之に則りて宣戦するを常とした。開戦を爲すに方り對手國に挑戦狀を發するか宣戦使を特派して之を通告するかの慣例は、十五六世紀の交までは一般に行はれたやうである。これは中世紀の謂ゆる武俠時代の一思想でありし不意打は武士道に反すとの掟則に胚胎したものであらう。然るに爾後特に宣戦を行ふことは、必しも全然止んだ譯ではないが、その慣行は漸次廢れた。グロチユスの如きは宣戦の要を力説したるにも拘らず、多くの開戦は宣戦を先驅としなかつた。或學者の調査し

古來の實例

歐大陸の多數者は肯定

たる所に依れば、一七〇〇年より一九〇七年の開戦に關する海牙條約あるまでの二百七十年間にありて、開戦の數は約一百四十を算するが、中にありて正式の宣戦を爲したものは僅に十を超えざりしとある (G. G. Wilson, "When does War begin?," *Amer. Jour. of Int. Law*, Vol. 30, 1936, p. 80)。斯の如く宣戦の手續を履めるは殆ど例外となり、會々宣戦あるも實際の開戦後遙に遅れて之を爲すは稀でなかつた。甚だしきは一七五四年英佛間に交戦となり、米大陸の兩國植民地間に戰鬪は始まり、翌五五年の六月以降は兩國間に海戦も行はれたが、その宣戦ありたるは開戦より二年後の一七五六年の五月(英)及び六月(佛)であつた (Hall, § 123, p. 448, n. 1)。やれ十九世紀の後半に入り、往古の風は稍々復活し、開戦に多くは宣戦を以てした。一八七〇年の普佛戦、一八七七年の露土戦、孰れも宣言があり(尤も露土戦にありては、露軍は宣戦前に當時土領の羅馬尼のブルート河を越えたとある)、又一八九九年の南阿戦には、開戦に先だち一種の條件附最後通牒が發せられた。

然るに日清日露の兩戦役にありては、兩交戦國共に宣戦はしたが、それは實際の敵對行動開始の後であつた。日露戦役に先だつ六年前の米西戦役の開始も、西班牙政府は在マドリッド米國公使に對し四月二十一日(一八九八年)を以て外交關係斷絶の旨を通告し、爾後二十五日までの間に米國軍艦は西班牙の商船三隻を拿捕し、二十五日に米國上下兩院は共同決議を以て溯つて同月二十一日以降、即ち米國艦隊のキユバに對し封鎖を行へる日を以て米西間に交戦状態が成立したる旨を宣言し、この宣言に基き米國の捕獲審檢廷は右の拿捕を適法として之を沒收と檢定した。故に宣戦に先だつ我が敵對行動の開始は、當時毫も違法でなかつたの

である。日露開戦當時、露國側では我が旅順攻撃を不意打なりと稱して非難したが（大東亞戦争の發端に於ける我が眞珠灣爆撃に對しても米國側に同様の非難があつたやうである）、斯かる非難は全然意味を成さない。不意打即ち奇襲なるものは戦術上公認の動作である。奇襲は敵國の政府なり民衆なりは喫驚することあらんも、軍としては常に覺悟し用意すべきことで、兩者は混同するなきを要する。宣戦に先だつ我國の攻撃開始は、それが奇襲でありしと否とを問はず、當年の交戦慣例の上に於て勿論適法であつたのである。

一八〇 されど開戦に必しも宣戦を要せず、宣戦するにしても敵對行動の開始後に可なりと爲せる慣例の下にありては、敵對行動の如何なる表現を以て、別言すれば何月何日の何時を以て、交戦状態が確實に成立したるやに關し、時として議論の大に起る餘地がある。次項に述ぶる海牙議定の開戦に關する條約の批准國間にありては、且該條約の規定が忠實に遵由せらるる限りは、何時を以て交戦状態が成立したかを判別するのは容易であるが、それにしても如何なる行爲を以て敵對行爲の開始と爲すかは、時に問題の生ずることなきを得ない。ウォルカーは『戦は公然の敵對の第一行爲を以て開始する。』(“War begins with the first act of open hostility.”—Walker, Science, p. 243)と云へるが、これは至言であるけれども、何を以て公然の敵對の第一行爲と見るべきか、敵船の拿捕を以て然りと爲すか、砲火の實際の打出しを以て爾く認むべきか。敵對行爲なる語は範圍極めて廣く、實に純乎たる戰鬪行爲なるのみならず、武力の行使に依り直接に有形的の損害を敵に加ふる一切の行爲を含む所の意義に往々用ひられ、その範圍極めて廣汎であるだけ、種々の見地よりして種々の相異なる見解が出で、隨つて交戦は事實何日何時を以て成立したるやに關し疑惑

交戦状態
成立の日
時に關す
る疑惑

の生ずる場合もある。その疑惑は米西戦役、日清日露兩戦役、その孰れにも起つた。

一八一 米國の一八九八年の對西開戦の際にありては、同國議會は同年四月二十日、兩院共同決議を以て『キューバ島民は西班牙の羈絆を脱し獨立自由を聲言せり。西班牙政府は直ちに同島に對する政治的權能を撤收し、且その海陸軍を同島の領水より撤去するを要す……。大統領は本決議を實行するに必要な限り米國の全陸海軍を使用し、且米國各州の民兵を現役に召集すべし。』と聲明した。而して在マドリッド米國大使は翌二十一日、西班牙政府に向つて右の共同決議に對する回答を四月二十三日までに得たと要求した。西班牙外相はその要求を受けたる二十一日、同大使に對し、この共同決議は宣戦に均しきものと解すと云ひ、同大使に旅券を交付した。然るに米國議會にては、同月二十五日更に『茲に戦を宣し且交戦状態は四月二十一日以降成立したることを宣す。』と決議した。西班牙政府は米國議會の四月二十日の決議をば宣戦に均しきものと解したのであるから、交戦状態は同二十日を以て成立したものと認めたのであらう。けれども交戦状態は宣戦を以て成立するものと爲すならば、米國議會の宣戦ありたる二十五日を以て成立したものと認むべきであるが、議會は宣戦は二十五日に爲したるも交戦状態はそれより溯つて二十一日以降成立したものと宣したのである。蓋し米國軍艦は西班牙の一般をハバハ沖にて四月二十二日に拿捕して居る。船の拿捕は交戦状態の成立後に非んば適法に行ふことを得ない。故にその拿捕を適法と爲さしむるため、交戦状態の成立をば溯つて二十一日としたのであらう。けれども效力の溯及のことは暫く措き、當年の交戦状態成立の日に關しては米西兩國の見解は一致を缺いたやうである。

一八二 明治二十七年の日清開戦にありても、その各交戦状態に入れる正確の日に關しては、當時内外の國際法學者の所見は區々で、殊に明治三十八年の日露の交戦状態に入れる日時に關しては、當時我國の國際法學者の所説は更に一層區々に別れた。その或者は(一)帝國政府が露國政府に對し外交關係斷絶の通牒を交付したる時、或者は(二)帝國艦隊が敵對行動の目的を以て佐世保を出發したる時、その他或は(三)帝國軍艦が露國の一商船を始めて拿捕したる時、或は(四)帝國軍艦が露國の公船を拿捕したる時、(五)帝國軍艦と露國軍艦との間に始めて戦鬪のありたる時、即ち二月八日午後仁川沖に於ける兩國軍艦間に砲火の開かれたる時、を以て交戦状態は成立せりと互に主張して相降らなかつた(詳細は『講義』五〇八節以下参照)。而して當年の帝國捕獲審檢所にては、明治三十七年二月六日午前七時帝國艦隊の佐世保出發の時を以て日露兩國交戦状態に入つたものとの見解を持たせやうである(同上、五一三節参照)。

一八三 交戦状態の成立の時期に關するこれ等の諸説中、卑見を以てすれば、外交關係の斷絶必しも交戦状態の成立と云ひ得ざること勿論で、その類例は古今の外交史上多々ある所であり、隨つてこの説は到底贊し難い。次には帝國艦隊が敵を攻撃するの意思を以て本國の根據地を出發したる時と爲す説であるが、交戦状態の成立は、開戦の宣言又は條件附最後通牒の發送以外にありては、敵の直接間接に知るを得べき所の開戦の公然の意思表示あるを要し、單に係争國の一方の艦隊指揮官が胸底に深く藏する攻撃實行の意思——その意思は國の命令に由ること勿論なるにもせよ——のみでは、國家の開戦の公然の意思表示を尙ほ缺くものであるから、之を以て交戦状態が成立したものと考へられない。これは恰も出征師團が百里の外にある敵

を攻撃するの意思を以て營門を出でたればとて、その瞬間を以て交戦状態が成立せりと解する能はざると同様である。卑見では、やはり敵船捕獲の時を以て交戦状態に入つたものと解したい。この説の最も強く攻撃を受くる點は、敵船捕獲は交戦状態の成立後に於て始めて行ふを許さるる行爲で、隨つて捕獲を以て交戦状態に入つたものと見るのは原因と結果を顛倒せるものといふにある。然しながら、この駁論からすれば、敢て敵船捕獲に限らず、一切の敵對行爲も亦之に依り交戦状態を成立せしむるものに非ずといふことにならう(敵船捕獲も一の敵對行爲である)。けれども往昔——開戦に關する海牙條約の成れる以前——にありては、或敵對行爲ありたることに由りて交戦状態の成立となつた例は決して少なくなかつた。必しも交戦状態の成立以前に敵對行爲があつたといふ風に強て先後の別を立てて見るを須むず、敵對行爲と同時にその瞬間に於て之に由り交戦状態が成立した、と説かば説けぬではない。但し中立船に對する臨檢搜索及び拿捕權の行使は、交戦状態成立の告知を爲す以前に之を行ふの妥當に非ざるは論を俟たない。

一八四 我が政府部内にては別に軍人軍屬の戦時給與、恩給年限、實役停年の計算等の關係から、日露戦役の開始日を確定するの必要を感じ、當時閣議に於て之を二月六日とすることに決定したと聞く。特に六日の何時よりといふ時刻に觸れてない所から見れば、同日の午前零時よりとの意味が含蓄せられてあつたものかとも察する。孰れにしても、この閣議決定は國內限りのもので、國際的の拘束力を有するものに非ざるは勿論である。

開戦手続
制定の要
求

第二項 一九〇七年の海牙條約に依る開戦手続

一八五 日露戦役の發端に於て帝國艦隊は宣戦に先だつ數日前に露國の一商船を拿捕し、仁川沖にて露艦を撃破し、又旅順の攻撃をも決行したが、これは前項に述べたが如く、從來の學說及び慣例に照し毫も非議するの餘地なき適法の行爲で、歐米の國際法學者も勿論爾く肯定した所である。然るに日露戦役中及びその直後に於て、日本の行動にはよしんば何等違法の點なかりしとするも、將來は開戦に一定の手續を履ましむるの制を立つることが望まし、といふ意見が多く、國際法學者の間に相期せずして起つた。殊に開戦の手續が定まつてないと、交戦状態の成立は最初の敵對行爲より起算することとなるが、何を以て且何時のそれを以て最初の敵對行爲とすべきかに就て、時には問題の起ること現に日露の開戦に於ても示された、といふ見地から、同戦役の終れる翌年即ち一九〇六年の九月、グントにて開會の萬國國際法會會にては『(一)敵對行爲は事前且明瞭の通告なしに開始すべからざること、(二)この通告は純正且簡單なる開戦宣言の形式又は最後通牒の形式を有し、開戦せんとする國より遲滯なく之を對手國に通告するを要すること、(三)敵對行爲は、事前且明瞭の通告の規定を回避せりと認めらるるが如きことなきを保障するに足るべき相當期間の満了前には之を開始せざるべきこと。』と決議した(Annuaire, 1906, XXI, p. 283)。

一八六、その翌一九〇七年には第二回海牙平和會議の開催となれるが、同會議に於ては右の萬國國際法學

一九六〇年
萬國國際法學
會の決議

之を大體

踏襲せる
海牙條約

會の決議を大體踏襲して新に『開戦ニ關スル條約』を採擇し、中に於て

第一條 締約國ハ理由ヲ附シタル開戦宣言ノ形式又ハ條件附開戦宣言ヲ含ム最後通牒ノ形式ヲ有スル明瞭且事前ノ通告ナクシテ其ノ相互間ニ戦争ヲ開始スベカラザルコトヲ承認ス。

と規定した。

この條約の題名の開戦の『戦』、及び第一條末段の『相互間ニ戦争ヲ開始スベカラザルコトヲ承認ス。』の『戦争』は、原文では共に guerre (war) ではなくして "hostilities" 即ち『敵對行爲』である。故に我が官譯文にて之を『開戦』、『戦争』と爲せるは誤譯であること明々白である。

然しながら原文のオスチリテは、實際に於ては戦を意味する趣旨である。即ち開戦に至らざる武力背景行動の意味に於けるが如き敵對行爲ではなくして、専ら交戦と同意義の敵對行爲を指すのである。敵對行爲は交戦状態の成立後に於ても殆ど行はれざることもある。第一次大戦中、中米南米の數ヶ國及び東亞にありては支那は、獨逸諸國に公然宣戦して交戦状態に入りたるが、その後僅に支那政府が宣戦の際、會々上海に在りし敵船の若干隻を沒收したる以外に、敵對行爲らしきものとは一も行はれず(尤も敵船拿捕は廣義の敵對行爲の一たるには相違ないが)、中米南米の交戦諸國は敵船の拿捕だに爲さなかつた。反對に、敵對行爲は開戦とならぬ前に始まることもある。いや實際に於ては、何が九までは開戦に先だち既に始まるのを常する。斯の如く實際の敵對行爲は形式上の交戦状態の成立と一致しないで、多くは之に先後するものであるが、敵對行爲を始めて行ふ場合に、本條約の『戦争』を嚴格なる意義に於ける『敵對行爲』と爲さば、その際に於

て、又その際に至り始めて、第一條所定の手續を爲さねばならぬことに文義上ではなるべきが、それは法理も常識も許さざる解釋であらう。更に又、開戦も或紛争案件の解決方に關する當事國政府間の相當間に互る交渉が不調に終り、遂に事の決裁を干戈に訴ふる場合もあれば、自國の權利利益に對する對手國の突如たる侵迫を撃攘するため自衛行爲として武力を行使し、その敵對行爲が進展して遂に本格的の戰に化することもある。前者の場合には敵對行爲の開始に先だち宣戰(又は條件附最後通牒の發送、以下同じ)を爲すの餘裕あらんも、後者の場合にありては敵對行爲の開始に必ず宣戰を要すとせば、その極めて緊急を要する自衛行爲は事實之を行ふを許されざるに均しかるべく、それは本條の精神であるまい。將た自衛行爲に由る敵對行爲であれば本條の規定ありと雖もその拘束を受けずとならば、大概の場合に於ける敵對行爲は自衛の名に於て行はれ、その結果は恰も別に述ぶるケロッグ不戰條約が事實殆ど總ての開戰を容認するものたると同様に、本條約も有れど無きと擇ばざる空文に化せざらんとし得ず、これ亦本條約の豫期せし所には非ざるべしと信ずる。これ等の事情に顧み、本條約に謂ふ敵對行爲とは事實に於て戰を意味するものと解すべく、隨つて我が官譯の本條約題名の『開戰』及び第一條の『戰爭』は、直譯として明かに誤譯であるが、意譯としては却つて正鵠を得たものと謂ふべきである。

一八七 開戰の宣言は『理由ヲ附シタル』ものたるを要する。これは本條約案審査委員會の報告に『係争兩國及び中立諸國をして何に關しての戰なるかを知らしめ、且對手國の行動に對する批判を構成するを得さしむるにある。勿論開戰の眞理由が宣戰の上に示さるべしと思ふは幻想ならんが、しかも理由を告白するこ

宣戰には
理由を附
するを要す

との困難、根據なき理由又は事實と釣合はざる理由を陳述することの必要——斯かるは必然中立諸國の注意を惹き、且輿論を硬化せしむるに相違なし。』とあるが如く、要は開戰の理由を内外に明かにせしむるにある。尤も本條約第一條では、開戰宣言には『理由ヲ附シタル』ことを要求するも、次に述ぶる最後通牒の方には『條件附開戰宣言ヲ含ム』とあるのみであるから、最後通牒にも同じく理由を附することを要するかは、條文の上では明瞭でない。然しながら最後通牒には、概して特定の要求が明確に表示せらるるものであるから、特別に理由を記述せずとも理由はそれにて理解し得る譯である。尤も開戰の理由の宣明は、必しも宣戰(又は最後通牒)に依らずとも、他の方法にても之を爲すの道があるから、宣戰の一要件とせねばならぬ程のものではあるまい。

一八八 敵對行爲の開始前に爲すべき通告(佛原文“un avertissement”; 英文“warning”)としては、本條約第一條にあるが如く、必しも『理由ヲ附シタル開戰宣言』の形式に限らず、『條件附開戰宣言ヲ含ム最後通牒』(“un ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle”)の形式を有する通告を以てしても可いのである。抑も國交が破れて開戰を見るに至るまでには、普通には豫め紛争案件の解決方に關する外交談判の行はれざるは殆ど無い。而してそれが平和的に解決出来れば結構であるが、その見込なしと見ば、紛争國の一方は對手國に對し最後通牒を送ることになる。最後通牒とは、一國政府が他國政府に對し、外交談判の最後の言辭として特定要求を披陳する所の文書、又はその文書の内容のことである。最後通牒はその文面の上に於て明確なる諾否の決答を要求し、且その決答に特定の期限を附するを常とするが、

條件附開
戰宣言を
含む最後
通牒

その以外に、對手國政府に於て當方の要求を承諾せざる場合に當方の執るべき態度を併せて記するのと、記せざるのがある。之を記する最後通牒は英語にて普通に *Qualified ultimatum* といひ、記せざるものは *Simple ultimatum* と稱する。又その前者に於て當方の執るべき態度としても、之に國交斷絶若くは武力使用の脅威を明示若くは暗示するのあれば、せざるのあれど、概して之を暗示するを例とする。

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

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

一八九 最後通牒に於て要求する回答期限は、餘りに短かければ對手國に考慮の餘地を與へず、事實に於て之を送るも送らざると擇ばざることになり、又餘りに長ければ對手國に武力對抗準備の機會を與へ、發送

最後通牒
に於て要
求する同

答期限

國に不利となるから、適當の範圍に於て之を指定するを要する。如何なる期限を以て適當の範圍と爲すべきかは時と場合に依ること、一律に定め難いが、輓近通信及び交通機關の偉大なる發達、動員計畫の迅速なる遂行、戰略的機先の必要等に鑑み、事情の許す限り之を短期にするのが現代の趨勢で、概言するに二十四時間乃至四十八時間が普通である。尤も第一次大戦開始直後の大正三年八月十五日に帝國政府の獨逸政府に向つて發したる最後通牒は、回答期を同月二十三日正午迄とし、即ち約一週間の期限であつた。これは當時歐洲列強間に既に全般的交戦状態が成立せるに伴ひ通信機關が殆ど杜絶し、隨つて通牒傳達に多分の時間を要すべきことを考慮した結果であらう。

最後通牒に於ける期限に關しては、當事國の境土が相近接し、双方間に時の大差違が無い所にありて格別の論なきも、境土隔絶し、時差の大なる國と國との間にありては、時刻の取捨に相當考慮を要する。一九一一年九月、伊太利の對土開戦に先だち在君府伊國大使の土耳其政府に送りたる最後通牒には『本通牒を貴國政府に提出したる時より二十四時間以内に回答に接し度』とあつた。この最後通牒は同月二十八日の午後二時に提出せられたのであるが、通牒そのものには右の提出時刻の記載なく、隨つて伊土孰れの時刻に依るべきやにも觸れてなかつたが、君府駐劄の伊國大使がその任地に於て任國政府に對し特定期限内の回答を要求したのであるから、それが土耳其の時間を意味したものと推定すべきであらう。

第一次大戦の序幕に於て、獨逸の對佛最後通牒は在巴里獨逸大使より佛國外相に對し七月三十日午後七時口頭にて提示せられ、その回答は翌八月一日午後一時を期し同外相を訪ふて聽取すべしと約した。即ち期限

は十八時間で、時刻も無論巴里時間であつた。又獨逸の對露最後通牒は、在露都獨逸大使が八月一日夜半に露國外相を訪ふて之を提示し、回答期を限るに右提示の時より十二時間としたが、この訓令を執行すべき獨逸外務大臣の訓令に『本訓令を露國の時刻にて何時に執行したるかを電報せよ。』とありしに徴し、これ亦據るべき時間に關し何等疑惑の餘地なかつた。

然るに我國の當年の——大正三年八月十五日の——對獨最後通牒にありては、この點に關し多少曖昧の跡ありしを見逃し得ない。當時我が政府の『(第一)日本及支那海洋方面ヨリ獨逸艦艇ノ即時ニ退去スルコト能ハザルモノハ直ニ其ノ武裝ヲ解除スルコト。(第二)獨逸帝國政府ハ膠州灣租借地全部ヲ支那ニ還付スルノ目的ヲ以テ一千九百十四年九月十五日ヲ限リ無償無條件ニテ日本帝國官憲ニ交附スルコト。日本帝國政府ニ於テ叙上ノ勸告ニ對シ一千九百十四年八月二十三日正午迄ニ無條件ニテ應諾ノ旨獨逸帝國政府ヨリノ回答ヲ受領セザルニ於テハ、帝國政府ハ其ノ必要ヲ認ムル行動ヲ執ルベキコトヲ聲明ス。』と云へる最後通牒は、在獨逸大使(船越臨時代理大使)をして之を伯林政府に提出せしめたものである。尤も我が政府は、在本邦獨逸大使へも同一の通牒寫を外務次官をして交付せしめ、その本國政府への傳達方を要求したが、該最後通牒の正式の提示は我が在獨大使をして直接之を伯林政府に爲さしめたのである。隨つてその回答期として期待したる日及び時刻は、八月二十三日の我が正午に該當すべき伯林の同時刻といふことにならねばなるまい。その正午は、伯林の時刻で云へば同日の午前四時である。そんな拂曉時刻に回答を期待するといふことが果して能き得るものであるか、實際の技術上疑なきを得ない。當時獨逸政府は我が最後通牒に對し無回答の拒

絶といふことに決したから格別の問題は起らなかつたが、何分の回答を差越すとすると、その時刻に或は問題を生じ、多少の齟齬を來したかも知れない。八月二十三日の正午といふことが我國の軍事外交上絶対の要求であつたならば、而してその回答を本邦駐劄の對手國使臣より受くべきものならば格別、在任國本邦使臣をして任國政府より之を受領せしむるものなるに於ては、宜しく『東京時刻の正午迄に』といふが如くに明確に之を指示すべく、假に數時間の斟酌を加へ得るの餘地ありしとせば、回答を爲す所の現場である對手國の相當時刻を豫め算出し、之を我が期待すべき回答期として最後通牒の上に要求するのが、萬一の行違を避くる所以であつたであらう。事は些末のやうであるけれども、最後通牒を發する場合には斯かることにも慎重を加ふるのが萬全ならんと信ずる。

一九〇 翻つて本條約の實際的效力如何と云へば、本條約は第二回海牙平和會議參加の四十六ヶ國中、批准を行へるもの二十七ヶ國で、中米南米の諸國は大部分之を批准しない。而して本條約第一條は、締約國中の二國又は數國間の交戦の場合に於てのみ效力を有するものであるから(第三條第一項)、全世界を網羅する普遍的の法則とは云へぬ嫌がある。ただ然しながら之を批准せる二十七ヶ國中には、歐亞の重なる國々は大概入つて居るから(但し伊國は之を批准しない)、不批准國が少なからずあればとて、一の有力なる國際條約たるには相違ない。けれども本條約は、實際的には正直の所その價值を疑はしむる點が少なからずある。今試みに之を指摘して見れば。

一九一 先づ以て本條約第一條の目的は、一言にして云へば宣戰又は最後通牒を以てせざる不意打を禁じ

本條約の
實際的效
果

(二)不意

打を阻止し得ない

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

一九二 然しながら宣戦と敵對行動開始との間に特定の期間を置かしむるの案（或は最後通牒に記する回答期限の上に相當の猶豫を設けしむる案）の如きは、不意打を禁ぜしむるといふ本條の精神から云へば理由なき要求ではなく、寧ろその精神に副ふものたるに相違ないが、實を云へば、既に宣戦を爲す以上は、それから先きは勢で、如何に一定の期間中は火蓋を切るべからずと條約の上に規定した所で、開戦に決意せる國は、事實その間手を拱いて規定期間の経過を待つて居る筈あるまい。假に待つにしても、今日にありては軍用航空機は期間の切れると同時に直ちに敵國の上空に活躍せんとて、爆彈を滿載し敵の門戸に迫りて待機すべく、而して敵國の空軍とても、黙して局面の不利化するを待つ筈なく、自衛上必然その來寇を邀撃するの學に出づるであらうから、期間は滿了せざるも實際の戦闘は先づ上空にて開始せらるべきものと見ざるを得

宣戦後は
戦闘開始
は勢のみ

(二) 不宣
戦の開戦
は依然行
はる

まい。一九三九年の第二次大戦にありても、獨波の開戦は則ちそれであつた。獨英のそれは聊か別であつたが、これは特殊の事情に基ける特殊の例外に屬し、尋常の場合にありては、開戦の瞬間に於て咄嗟先づ敵地空襲の始まるのが定石であらう。勢は天の作す所、一片の條約にて之を堰止めんとしても多くは不可能である。現代の軍事組織の下にありては、危機愈々逼迫せば敵對行為は機先を制して最迅速に決行するを要し、事實宣戦の形式などを俟つて居らぬを普通とすべく、よしんば宣戦するにしても、戦闘の開始には間髪を容れまい。危機の逼迫は現代の進歩せる通信機關の下にありては時々刻々世界の隅々にまでも知れ渡るのであるから、戦闘の即時開始も決して不意打と稱するには當らない。この見地からすれば、當時佛國代表が軍機之を許さずとの理由で間隔期設定案に反對したのは、蓋し現實に即したる至當の見と稱すべきであらう。

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

(三)交戦
状態の溯
及力

一九四 第三は交戦状態の溯及力の問題である。

開戦に先づ宣戦を要することの法則に效用ありとせば、それは交戦状態の成立の日時を確と内外に知らしめ、以て交戦者権の適法の行使と且中立國の權利義務の發動の時期に誤解を生ぜしめざるの一事にあらう。然しながら、それには宣戦を必ず敵對行為の開始に先だたしめ、宣戦文の上に記する交戦状態成立の日時を唯一の拘束力あるものと爲さしむることが絶対必要である。然るに實際に於ては、曩に記せる一八九八年の米國の對西開戦の際に於けるが如く、宣戦を爲すに方りて交戦状態の成立時をその以前に溯及せしむることは稀でない。それでは宣戦は無意味で、ほんの形式的のものたるに過ぎぬことになる。尤も中立國が交戦状態成立の通告に接するといふ時は事實既にその成立した後のことである場合が多いから、實際問題としては交戦状態の成立に溯及力を認めざるを得まい。然しながら之を認めるのは、交戦状態の成立とその通告との間隔が甚しく長時間でない場合か、又は中立國に於て實際交戦状態成立の事實を知りたることを確實なる場合に限ることと解したい。さもないと中立國は、その未だ承知せざる間に自國の船や貨物が開戦國に依り拿捕せらるるの危険に遭會すべく、それは不合理であらう。同じ理に於て、實の戰が後日宣戦その他の方式を経て法的戰に化した場合に於ても、之に依り以前の實の戰がその儘法的戰に變形し、隨つて例へば以前に第三國に對して行はれたる違法行為(假にあつたとし)が轉じて適法のものとなるとは考へられない。

(四)戦機
を逸せし
む

一九五 更に本條約の實際的效力を疑はしむる第四の、しかも最も重大なる理由は他なし、開戦に決意する國にして本條約第一條所定の手續を株守して居つたのでは戦機を逸せしめ、ために戰略上甚しく不利に陥

るの懸念である。別して空軍活用の現代にありては、大國間の開戦は概して先づ空襲を以て火蓋が切らるべく、而して空襲は先んじて敵を制するに於てこそ効果あるから、開戦の危機愈々緊迫せるとならば、双方共に政府の宣戦や最後通牒などの形式の履み了るを待つて居つたのでは、忽ち機先を敵に制せられ、開戦の發端に於て局面に大不利を招くのは言を俟たない。故に咄嗟先づ敵の領空内に躡進して最迅速に敵の航空機、格納庫、飛行場等を爆破し、且最重要の謂ゆる軍事的目標をも破壊して敵からの空襲に豫め止めを刺すの舉に出づべきは、何れの國とても苟も空軍を有する限り當然の順序とすべく、開戦の方式に拘泥するなどは到底期して望まれまい。敵對行為の開始に第一條所定の順序を履むことを要求するのは、進んで敵の國境内に侵入し若くは敵の沿岸を海上より攻撃し、將た敵艦隊と始めて會戦する迄には數日を要したる往昔にありてこそ或は理由立ちしならんも、現代にありては多くは期して望むべからざる時代錯誤の規定とも論じ得られる。世に時勢の變遷を理由として效力の不存續を要求すべき條約ありとせば、本條約の少なくとも第一條の如きは實にそれであらう。列國が當年の海牙平和會議に於て本條約に調印したる、畢竟は事の將來を洞察するの明なかりしことに由らんも、過去は追ふに甲斐なしとし、今日は謂ゆる *rebus sic stantibus* の原則に依り、締約諸國須らく本條の廢棄を宣言するに理由なしとしない。遵守性の實際に期し能はざる法を法として存續せしむるは益なきのみならず、寧ろ法の神聖を瀆すことにもなる。故に本條約の締約國にして國際法に忠實ならんと欲するものは、率先本條の廢棄を提唱するの勇を示すべしとの論も立つ。

交戦状態

一九六 交戦状態の成立は中立國の權利義務の發生と重大の關係があり、殊に中立船の拿捕の如き、その

成立の時
刻は明確
を要す

第二章 開 戦

二一四

瞬間よりして有効となるのであるから、交戦状態成立の日時を明確に承知することは、對戦國としても勿論であるが、殊に第三國として最も必要である。然るに宣戦又は最後通牒の送附あるにしても、その日時に明確を缺く例は往々ある。一九一一年の伊土開戦に於ては、伊國は對土最後通牒の回答期が同年九月二十九日午後二時を以て満了するや、『只今より (dès ce moment) 交戦状態成立す』と聲明したが、その只今とは回答期限満了の際の只今なるか、その聲明の時の只今なるか明晰でなかつた。第一次大戦の當初に於ける諸交戦國の交戦状態成立の聲明中にも、その點の不明瞭なりしものが何程かあつた。英國は獨逸とは八月四日の午後十一時より、奧匈國とは八月十二日の夜半より、勃牙利とは十月十五日(一九一五年)の午後十時より、又獨逸は佛國とは八月三日の午後六時四十五分より、孰れも交戦状態に入れりと聲明したから何等疑惑はなかつたが、土耳其とは『本日より』(一九一四年十一月五日)とありしのみで、『本日』の何時よりなるか示されてなかつた。伊太利の對奧開戦も單に『明日より』と聲明せるのみで(一九一五年五月二十三日)、これ亦不明瞭の嫌なきを得ない。その他勃牙利の羅馬尼に對する宣戦(一九一六年九月一日)にも、單に『今朝より』とあるのみであつた。對手國との關係に於てはそれにも可ならんが、中立國に對する通告には能ふ限り交戦状態成立の時刻を明確に記するに若くはない。

第一次大
戦の開
戦手
續

一九七 第一次大戦の勃發に際し、又その進行中に於て、交戦状態に入りし國々は、之を延敷にして五十六とあるが (Garner, *Int. Law & the W. W. I.*, pp. 37-8) その重なる交戦國の執りたる開戦の手續は今略し(詳細は『講義』五三三節参照)、第二次大戦は英佛兩國の獨逸に對する條件附最後通牒の送附を以て開

第二次大
戦の同
上

幕となつた。英國の最後通牒即ち在伯林英國大使の獨逸外相に送致せるそれに關しては、獨逸外務省の發表したる開戦始末文書 (*Auswärtiges Amt*, 1939, Nr. 2, *Dokumente zur Vorgeschichte des Krieges*—以下單に *Dokumente* として引抄) に依れば、その本文左の如くである。

『本使、在伯林英國大使ヘンダーソン』の九月一日を以て閣下「獨逸外相リッペントロップ」に向つて爲すの光榮を有したる通告に於て、本使は本國外務大臣の訓令に由り左のことを申入れた。即ち獨逸政府は波蘭に對する一切の侵略的行動を停止すること、且その軍隊を波蘭領土より即時撤退せしむるの用意あること、の満足なる證言を同政府に於て英國政府に與ふるの用意あるに非ずんば、英國政府はその波蘭に對する責務を遲滞なく履行すべしと。

『この通告を爲したる以來既に二十四時間を経過したるも、未だ何等の回答に接せず。然るに獨逸の波蘭攻撃は引續き行はれ、且その度を加へつつあり。仍て本使は、本日即ち九月三日の英國夏季時刻の午前十一時まで以上に上述の意味に關する満足なる證言を獨逸政府に於て與へられ且それが倫敦政府に到達するに非ずんば、同時刻以降英獨兩國間に交戦状態は成立すべし、とのことを茲に申入るるの光榮を有す。』(*Dokumente*, S. 317, Nr. 477)

この通告は、ヘンダーソンの手記に依れば、九月三日の早朝の彼と獨逸外務省との打合に由り、同日午前九時を以て外相代理のシュミット(無任所全權公使 *Dr. Schmidt*) に手交せりとある (*Henderson, Failure of a Mission*, p. 283)。然るに要求の午前十一時までに獨逸政府より何等の回答に接せざりしとして、英國外相

ハリファックスは同日午前十一時十五分、在倫敦獨逸代理大使に公文を手交し、在伯林英國大使の前記通告の次第と、且期待の期限までに何等回答に接せざりしが故に、九月三日午前十一時以降兩國間に交戦状態成立すとのことを通告した(Dokumente, S. 318, Nr. 478)。故に英國の前記最後通牒は、九月三日の午前九時に之を獨逸政府に提出し、而して限るに同十一時を以てしたる正味二時間といふ極めて短少の回答期間のものであつたのである。

他方、在伯林英國大使は同日午前十一時少し過ぎ、獨逸外相より即時の來省を求められたので、彼は午前十一時三十分に出省した。彼の手記には

『すると外相は直ちに予に交付すべき長文の覺書を読み聽かせた。即ち先づ英國政府發送の最後通牒の性質に於ける何等要求は之を受諾する能はずと云ひ、次に英國の以て執らんとする何等侵略的行動に對しては酬ゆるに同じ武器を以てすべしと云へるもので、餘の全文はただ國內及び中立國の消費費用と思はるる純平たる宣傳記事に屬し、要は事態の責任は一に英國のみを負ふべきものとこのことを獨逸國民及び廣く國外に知らしめんとの趣意のものに外ならず。』(Henderson, *Ibid.*, p. 284)

とある。その揣摩の是非は措き、獨逸外相の同大使に手交せる覺書は、段落を五節に分ちたる極めて長文のもので、その第一節に於て先づ『獨逸政府及び獨逸國民は英國政府より最後通牒たるに均しき要求を提示せらるることも、接受することも、況して受諾することも、總て之を拒絶す。』と言明し、次に第二節乃至第四節に於て問題の由來を略叙し、而して最後の第五節に於て

『故を以て獨逸政府は、獨逸防護のための軍隊を撤退せしめて再び以前の不安且不正の状態に立たしめんとするが如き最後通牒的要求を以て獨逸に迫るが如き何等企圖は之を峻拒する。聽かずんば獨逸に向つて開戦すべしといふが如き脅威は、これ英國の幾多の政論家の過去數年に互る意圖とまさしく合致するものである。獨逸の政府及び國民は英國との了解及び親好すらも之を希ふの意を既往幾たびか英國民に向つて證言した。英國政府にして之を今日まで拒否し、而して今日改めて開戦の公然たる脅威を以て我國に答ふることは、その結果に伴ふ責任は全然英國の内閣、殊に獨逸國民の破滅を多年説教し來れる同國の人々之を負ふべきである。獨逸の國民及び政府は英國とは異なり、世界を支配せんとするが如き意圖とは之を有せず、ただ自國の自由、獨立、及び生命そのものを防護せんと決心するのみである。獨逸に對しヴェルサイユ條約以上の一層強き打撃を加へざる可らずと英國政府を代表してキング、ホール氏の我國に通じた意圖はまさに之を了承し、乃ち英國の以て行はんとする何等侵略的行動に對しては我方之に酬ゆるに同一の武器と同一の方法を以てする。』(Dokumente, S. 318-9, Nr. 497)

と記せる語辭頗る峻嚴のものであつた。

佛國政府も在伯林大使クーロンドル(M. Coulonde)をして、九月一日に英國政府のそれと同一の要望を獨逸政府に申入れしめたが、回答に接しなかつたので、同大使は九月三日午後零時二十分を以て獨逸外相に謁し、事由を説明したる上左の公文を之に手交した。

『本使の九月一日午前十時を以て閣下に手交したる公文に對し九月三日正午に至るも獨逸政府より何等滿

是の回答に接せざるを以て、本使は本國政府を代表し茲に左の通告を閣下に致すの光榮を有す。

『佛共和國政府は左のことに就て最後の閣下の注意を喚起するをその義務なりと思惟す。即ち獨逸政府が宣戦なしに波蘭に向つて敵對行爲を開始したること、而して波蘭に對する凡ゆる侵略的行爲を思止め、その軍隊を即時波蘭領土より撤退せしむることの佛英兩國政府の提議を採擇せざることに伴ふべき責任の重大なることは是れなり。』

『故を以て佛共和國政府は、豫て波蘭との間に取結びたる獨逸政府御承知の條約上の責務を本日即ち九月三日の午後五時以降履行するの義務の下に立つことを茲に獨逸政府に通告するの光榮を有す。』(Ibid., S. 319, Nr. 480)

獨逸と蘇露國との交戦状態は最後通牒送附の形式に依らず、獨逸の一九四一年六月二十二日朝の開戦理由の發表を以て成立した。その發表の次第は、先づ獨逸宣傳相ゲッベルスの同日午前三時半に爲せる開戦のラジオ放送、次で外相リッペントロップの同じくラジオに依る長文の開戦理由書の朗讀、更に次で同日朝同外相の在伯林蘇露國大使に手交せる公式のこれ亦長文の開戦理由書の朗讀、更に次で同日朝同外相の司令部の同六月二十九日發表として報ぜられた所に依れば、獨軍は同月二十二日午前三時を期し蘇露軍に向つて敵對行動を開始し、程なく蘇露機三百二十基を撃墜し、同日夜までに地上にて破壊せる分を加へて千八百十一基の多數に上る敵機を潰滅せしめたとあり、又獨逸東部軍は二十二日の未明に國境を突破し、逐次敵

軍を撃破したとある。この未明とは、蘇露國外相モロトフの同二十二日午後零時十五分より爲せるラジオ放送演説には『獨軍は二十二日午前五時、本政府に對し何等の理由を説明せず、宣戦をも布告することなくして、蘇露國國境を數ヶ所の地點に於て突破侵入せり。』とあつたので、假に之に依るとせば、獨軍の敵對行動は大凡同日午前三時頃より五時頃の間上空及び陸地に於て開始されたものと思はれる。

右は當時の新聞電報に依るものであるが、假に之に誤りなしとすれば、左の事實が認めらるべきである。即ち(一)獨逸政府の國內への開戦布告は六月二十二日の午前三時半より行はれたること、(二)同政府の蘇露國政府の交戦状態成立の通告は同日午前五時半を以て爲されたること、(三)敵對行動は右の通告に先だつ午前三時乃至五時には既に開始されたること、これである。

一九八 大東亞戦争は昭和十六年十二月八日早朝、帝國海軍航空部隊の布哇空襲にて火蓋が切られ、次で宣戦の大詔の渙發となつた。即ち順序としては、帝國陸海軍は八日未明西太平洋に於て米英軍と戦闘状態に入り(同日午前六時大本營陸海軍部發表に依る)、而して宣戦の大詔は同日午前十一時四十分の渙發せられたものと拜察すべきである。(同時刻の情報局發表に依れば『只今宣戦の大詔が發せられました』とある、尤も情報局の發表時刻を十一時四十五分とした一二の新聞もあつた。)

一九九 この順序に疑惑を挟み、當時米國では、開戦手續を規定したる一九〇七年の海牙條約に照し、帝國政府の開戦を違法とか背信とか稱せる非難の論が一部の間に唱へられたやうであるが、それは問題とするに價値なきものである。成程該條約には、日米英三國共に批准國であるから、技術的に論ぜば、右の開戦手續

は該條約の規定に牴觸すと云へぬでもない。然しながら凡そ戦争は、假に右に牴觸する所ありたればとて、その法的の成立を毫も妨ぐるものでない。元々該條約の規定は調印國に向つて敵對行動の開始に關する手續上の義務を課したものであるけれども、敢て之を開始する能力即ち謂ゆる交戦權に制限を加へたものではない。故に、たとひ本條約上の義務を缺けばとて、交戦權を行使せんとすれば爲し得ざるに非ずで、隨つて手續は違法なりとするも戦そのものは成立するのである。戦を構成する要件は別にありて、開戦の手續といふ形式の有無ではない。

のみならず該條約の規定は、空襲にて機先を制することの戰略上如何に緊切なるかに未だ想到せざりし言は先史時代プレヒストリックの要求に屬し、現代の戦鬪の實際に副はざるの甚しきものである。今日にありては、愈々開戦の危機迫るとならば、敵機は開戦の宣言（その國內布告たると對手國政府への通告たるとを問はず）と同時に若くは之に先だち、何時來襲を試むるかも知れずと想定すべく、古びたる——よしんば尙ほ現行のものなるにもせよ——條約の規定を楯にその違法を云爲して見た所で寸毫の効果あるものでない。國際法則は現實の事態の要求と一致するやうに律定せねばならぬ。この意味に於て該海牙條約には、その時代錯誤たるの故に於て必然更正を加ふるの要あること既に述べた如くである。或は該條約規定の開戦手續の如きは、謂ゆる *rebus sic stantibus* の法理に由り、今日は最早や拘束力なきものと論じ得ぬでもあるまい。孰れにしても今日該條約の規定に拘泥して開戦手續の當否を云爲するが如き、それは事態の變遷を辨知せざる迂儒の管見たるを免れない。

交戦状態
は中立國
へ通告の
義務あり

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

第二條 戦争状態(L'Etat de guerre, a state of war)に遲滯なく中立國に通告スベク、通告受領ノ後ニ非ザレバ該國ニ對シ其ノ效果ヲ生ゼザルモノトス。該通告ハ電報ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得。但シ中立國ガ實際戦争状態ヲ知リタルコト確實ナルトキハ該中立國ハ通告ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ズ。

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

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

中立國が

二〇一 開戦は中立國に向つて中立義務の遵守を要求せしめる。中立義務の遵守は開戦の宣言若くは宣戦

交戦状態
の成立を
知る場合

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

二〇二 前掲の第一條を卒讀すると、敵對行為開始國は宣戦(又は條件附最後通牒の發送)を爲した上、尙ほ別に交戦状態の成立を中立國に通告すべき義務があるやうであるが、それは二重の手續であるまいか。既に宣戦なり最後通牒の發送なりがあらば、通信網の世界の隅々にまで冷く行渡れる今日、瞬時を出でずして世界各國は之を公知し得るは勿論で、隨つて第三國は之を知らずとは云へまい。第二條の但書は斯かる場合に該當するのである。故に宣戦を爲したる國は、その以上更に交戦状態成立の事實を第三國に通告するは隨意ではあるも、之をせずとも第二條の但書に依りて第三國の通告欠缺の主張に對抗し得る理である。要するに第二條の本文は、敵對行為開始國に於て宣戦(又は最後通牒の發送)を爲すに至らずして中立法則の發動、即

既に宣戦
あらば通
告の要な
かるべし

實戰の
第三國へ
の通告の
効果

ち中立義務の遵守を第三國に向つて要求せんとするには、別に交戦状態成立の事實を通告するを要すべく、さもなければ中立法則の發動の効果は生せず、との意味に解せば足りる。

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

之に對しては當然然りと答ふべきである。勿論中立國たるに伴ふ權利義務は、或國と國との間に開戦とならば必然的且自動的に發生するものではなく、交戦國側に於ける交戦の意思表示を中立國側に於て直接間接に知悉するに於て始めて發生するのである。故に例へば甲と乙とは事實的に開戦するに至つたとし、而して甲も乙も交戦状態の成立を第三國に通告せず、第三國もその成立を知らずと主張し、いや確に之を知れりと反駁すべき證據も交戦國側に無いといふが如き場合には、第三國は甲乙兩國間には事實的に交戦状態が成立せるに拘らず、該兩國の双方に對し中立國たるに伴ふ權利を主張し得ざると同時に、その義務をも負はず、中立國として抑止すべき筈の行動をも遠慮なく爲し得るのである。昭和十二年以降の支那事變に於ける日支兩國と第三國との關係は、形式的には則ちそれであつた。

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

第三款 開戦の齎らす直接の影響

第一項 外交關係の解消

二〇四 開戦が交戦國間に從來存在したる外交關係の解消即ち國交の斷絶を當然齎すことは自明の理で、敢て説明を要しない。國交斷絶は交渉斷絶と混同するなきを要する。國交斷絶は一切の外交關係を解消するもので、随つて外交使臣の撤退となり、而して多くは（必しも常にではない）開戦を伴ふに至るものであるが、交渉斷絶は懸案の交渉を斷絶し、その懸案の關する限り自由行動に出づべきを聲明するもので、對手國がその間に反省し、改めて問題を我方の満足するが如くに解決するの意思を示すに於ては、何時にてもその交渉を再開するの餘地あるものである。交渉斷絶には國交斷絶を直ちに伴ふこともあれば、國交斷絶に意なくして（少なくともその當座に於ては）行はるることもある。

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

利益保護

二〇六 交戦國の外交代表者は外交關係解消に由り任國を撤退するに方り、是に先だち任國內に於ける自

國交斷絶
と交渉斷
絶

國交斷絶
の發生期

を友國外
に委託
に委託
者

國及び自國人の利益の保護を任國政府の同意の下に同僚たる友國の外交代表者に委託するのが普通である。けれども該交戰國にして任國と無條約の關係にある場合には、任國政府は友國の同僚に依る右の委託に同意する限りでない。第一次大戦中、米國政府より在華府土耳其大使の依頼に基き、我が帝國內に於ける土耳其人の利益を在本邦米國大使に於て代表することに關する帝國政府の同意如何の照會ありたるに（一九一五年七月一日）、帝國政府は土耳其は帝國と條約關係を有せず、隨つて土耳其人の利益は會て帝國內に代表せられたるものなしとの理由を以て、右の同意如何を考慮する限りに在らずと回答し（同月十四日）、事實に於て之を拒絶したことがある。

外交代表
者の任國
撤退

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

大東亞戰
争に於け
る撤退使
臣の交換

二〇八 交戰國外交代表者が任國を撤退するに方りては、相互交換の方式を要件とするものでは勿論ない。けれども輸送船の遺練りの都合から、偶然双方の撤退期を一致せしめ、自然交換の形式に依らしむることとは、常には無きも稀には有り得るので、現大東亞戰爭に於ける日米及び日英の相互外交代表者の各任國撤

領事官の
抑留

退は則ちそれであつた。之がため撤退期は外交關係解消期より數ヶ月の久しき遅るるありとしても、不可侵權の依然その間を通じて認めらるることは論を俟たぬのである。

二〇九 開戦は外交關係を解消すると同時に當然敵國領事官の職務を停止する。隨つて敵國領事官は館を閉ぢて任地を撤退するし、又せしむるのである。領事官は外交代表者と異なり、當然不可侵權を有するものでないが、國際禮讓は概して相互主義の下に或程度に之を認むることにしてある。（但し名譽領事には之を及ぼさない。）

第一次大戦の開始の折には、英獨兩國は當初敵國領事官の退去を許さないで之を抑留したが、開戦後八ヶ月を経、中立國政府を通じ兩國協定の末、相互領事官を同數交換式で解放した。開戦に際し敵國領事官の退去を阻止して之を抑留するが如きは、犯罪その他特に抑留せざるべからざる事情あるに非ざる限り、従前には餘り類例を見ざりし所である。

第二項 條約の效力の消長

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

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

従前の學
說は大別
して三種

ロウレンスの條約
の影
響一覽
表

同大戦前に於ける學説は、大體に於て(甲)開戦は當事國間の一切の條約を失效ならしむ、(乙)開戦は一切の條約を失效ならしむるものでなく、ただ或種の條約の效力を停止せしむるに過ぎず、(丙)或種の條約は之を失效又は停止せしめ、或種の條約には何等影響を與へず、との三種に類別するを得るものであつた。この中の甲説は往昔の國際法學者の間に行はれたもので、ビスマルクその他歐洲有数の外交家中にも時に隨つて之を引述した者がある。甚しきは、戦時に至りて效力を發すべき國際的の交戦法規すら、開戦と共に交戦國間には失效となるときへ論じたる責任ある政治家もあつた。これ等は暫く論外とし、右の甲説には賛和者寧ろ稀の方で、要するに失效は原則よりも例外と見るのが多い。乙説は甲説に比すれば遙に穩健ではあるが、ただ之に依ると、效力の一時停止せらるる或種の條約以外の條約は總てその儘效力を有し、當然失效となるものは一も無いことになる。これは餘りに行過ぎた見方であらう。故に結局は條約中に當然失效となるもの、停止となるもの、及び效力無影響のもの、の三種あることを認むる所の丙説が妥當と謂ふべきである。ブルンチュリは既に一八六九年の舊版に於て『交戦國間の條約は必しも開戦のために停止とも失效ともならず、ただその執行が交戦それ自身と兩立し難き條約のみ戦時その效力を失ふ。』と云ひ(Buntschli, § 538, p. 313)ファイオレも亦一八八六年の第二版に於て同様に論ずる(Fiore, *Nouv. Droit Int.*, III, § 1291, p. 83)。

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

一、交戦國以外に他國の加はる條約

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

二、交戦國のみ當事者たる條約

- (イ) Pacta transitoria(註)無影響
- (ロ) 同盟條約、修好條約 {失效}
- (ハ) 郵便條約、通商條約等 {影響疑はし、概して講和條約に規定せざる場合は、交戦中單に停止せられたるものと解するを可とす}
- (ニ) 調印國間に於て交戦國たる場合の相互の行為を規定し若しくは交戦國及び中立國として相互關係を規定したる條約 {開戦と共に效力を發す}

第三款 開戦の齎らす直接の影響

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

右の一覽表は條約の效力の大體を知るには好指針であるけれども、ロウレンスの第七版を監修せるウキンフィールド博士は『第四百四十五節の結論を摘要せる本表は、同節に修正を要する點多々あるに伴ひ亦修正を加ふるを要し、隨つて正確を簡略の前に犠牲にするに非ざる限り摘要として扱ひにくきものたるに由り、今態と省略す。』と記して第七版には之を削除してある如く、中に的確を缺くの點あるを知るべきである。殊に例へば(イ)に戰が當該條約と全然無關係なる場合は無影響とあるが、茲に一條約ありて、それが果して戰と全然無關係であるや否やを判定することが困難の場合もあらう。別言すれば、或條約が各種別の孰れに屬するやを先づ判定するの標準に明晰を缺くの嫌なきを得ない。

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

開戦の條約に及ぼす影響に関する規則案

第一章 交戦國間の條約

第一條 交戦の開始及び遂行は、交戦國間に締結せられたる條約、協約、その他名義及び目的の如何を問

萬國國際
法學會の
一九二二
年案

はず、一切の約定の存在の上に何等の影響を與ふることなし。その約定に伴生する特殊の義務に就ても亦同じ。

第二條 然れども開戦は左記のものを自動的に終止す。

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

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

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

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

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

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

一。交戦に因り影響を受ける條約は永遠にその效力を失ふ。

- 二。交戦に因り影響を受けざる條約は、交戦中停止せられたると否とに拘らず、その効力は當然確認せられたるものとす。
- 三。然れども講和條約の内容に牴觸する條項を有する條約は、當然廢棄^{アンノイテ}せられたるものとす。
- 四。條約の廢棄は、その公然の聲明に由れるものと否とを問はず、共に溯及的効力を有することなし。

第二章 交戦國と第三國との條約

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

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

第九條 聯合條約は交戦兩國と第三國たる締約國との關係に於ては依然有效たるべし。

これ等條約は第三國の參加又は同意あるに非ざる限り、第三國の利益に反して講和條約に依り變更を受くることなかるべし。

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

第十一條 戦時法規に關する聯合條約は、反對の明文なく又は當事國の意思に關し何等疑義を容るる條項の無き限りに於て、交戦國が共に締約國なる場合にのみ適用せらる。

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

これ大體に於て既往國際法學者の多數が説ける所の見解を綜合したもののやうである。尤も強てこの案の短所を擧ぐれば、第一次大戰前に於て歐大陸の學者の間に多く信ぜられたる戰の觀念、即ち戰は國と國との關係にして國民個々のそれに非ずといふ觀念がヨリ強く基礎を作し、戰の國民一般の上に及ぼす影響を比較的閑却したる點にあらう。開戦は交戦國兩國民間の平和的關係をも擧げて斷絶せしめ、國民總動員の名に於て交戦に従事せしむるといふ現代の觀念の下にありては、開戦に伴ふ條約の效力問題も亦之に順應して取捨せらるべく、この見地に於て萬國國際法學會の一九一二年案は、今日に於ては更に議すべき餘地ないでもあるまじ。

二二三 翻つて第一次大戰前の幾多の講和條約に於て戦前の條約の效力問題が如何に取扱はれたかと云ふに、遠き過去の講和條約に一々範例を求むるの煩を避けて今略し、第一次大戰の大團圓たるヴェルサイユ平和條約には、戦前の諸條約の效力に關し複雑なる規定が設けられた。その中には多少新規の主義もある。

是より先き一九一九年春の巴里講和會議に於ては、戦前の諸條約中にありて失效とすべきものと戦後效力を存續すべきものとの關し討議を盡したる末、その結果を第二百八十二條乃至第二百九十五條に編案した。この規定は大體に於て

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

一九一九年の對獨
平和條約
の規定

- (一)同盟及聯合國と獨逸の間の二國條約に関するもの(第二百八十八條)
- (二)獨逸が優先的地位を利用して締結したる諸條約及びその獲得したる權利に関するもの(第二百九十條、第二百九十二條、第二百九十三條)

(四)特惠待遇均霑の規定に関するもの(第二百九十一條及び第二百九十四條)

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

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

次に(二)に就ては、二國條約は聯合國側のみの一方的決定を以て之を復活せしめ得ることにした。即ち聯合國側にて任意復活せしめんと欲する條約は、その旨を平和條約實施後六ヶ月以内に獨逸に通告して復活せしめ、その以外は一切の條約は消滅せしめる。反對に、獨逸側に於て特定の條約を復活せんとしても、それは許さずとした。(三)の部類に屬する條約及び之に依りて獲得したる權利等は、その效力を悉く消滅せしめる。(四)の特惠待遇に就ては、獨逸は開戦前の條約取極等に依りて同盟國民に與へたる、又戰時中に於て中

立國に與へたる、一切の權利及び利益を聯合國の國民に均霑せしめる。而して最後に(五)の一九一二年の阿片條約に就ては、その未だ之に署名又は批准せざるものは本條約實施後一ケ年以内に實施手段を講ずべく、未批准國に對しては、本條約の批准を以て阿片條約を批准したるものと看做すことにする。これが右の要領である。

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

二一四 ヴェルサイユ平和條約は戰勝の聯合與國が銃劍の前に疲憊起つ能はざる戰敗國をして之に屈從せしめたものであるから(尤も何れの講和條約とても大小の程度こそあれ勿論それに相違ないが)、將來の講和の場合に際し之を幾許の程度に範例として援用せらるべきかは豫言し得ざるも、別に大戰後の國際法關係の學會又は國際會議に於て、開戦と條約との關係に關し學者の研究報告や討議及び決議の行はれたるものも若干ある。中にありて英國の國際法學者キリーの一九二六年三月九日、グロチニス協會に於て爲せる講演中の條約の效力に關する一節(James R. Keeley, "The Effect of End of War on Pre-War Treaties

between the Belligerents," *Grotius Soc. Trans.*, 1927, XII, pp. 8-11) 一九二八年二月ハヰナにて開催の第七回汎米會議に於て採擇の『國際條約の法則に關する條約案』("Draft Convention on the Law of Treaties")の第三十五條(*Amer. Jour. of Int. Law*, Vol. 29, Suppl., No. 4, Oct. 1935, pp. 664, 1183-1204) 米國ハーヴァード大學法學部の國際法問題調査會の報告書(*The Harvard Research on the Draft Convention on the Law of Treaties*, 1935, pp. 1183-9) 又他 Sir Cecil J. B. Hurst, "The Effect of War on Treaties", *The Brit. Year Book of Int. Law*, 1921-22, pp. 40-43; Tobin, *The Termination of Multipartite Treaties*, 1933, p. 81 等 孰れも好參考なる失はない。(それ等の内容は詳に『講義』五六一節以下に紹介してある。)

二二五 之を要するに稿者の卑見を概念的且一括的に云へば、開戦に由り或種類の條約はその効力に何等影響を受けず、或種類の條約は一時その効力を中絶し、將た之を全然失效せしめ、又條約の種類に依りては開戦に由りて始めて効力を發生するものもあると説きたい。開戦に由りて當然失效となる條約の尤なるものは、條約の基因が開戦と共に當然消滅すべき種類のもので、同盟條約の如きはその顯著なる一例に屬する。効力が一時中絶する條約は、締約國の國民の通商關係、私權關係、その他平和克復と共に復活せらるべき事項を規定する條約の類であるが、戦は國家と國家の關係たるのみならず双方國民を互に敵たらしむとの現代の交戦觀念の下にありては、右の範圍は次第に縮まり、中絶よりも廢棄とするのが多かるべしと思ふ。通商條約の如き、講和條約中に於て戦前のそれを復活せしむべきことを規定するものもあるが、多くは戦後改めて

括 言

一新條約を締結すると見るのが實際的である。

第三項 敵性の發生(その一、敵人)

第一目 自 然 人

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

敵といふ文字が敵の國家を指し、若くは敵國の交戦者たる陸海空軍力の構成員の如き、特定の従軍者の如き、敵國商船の乗員の如き、即ち概言するに之を捕へたる場合に俘虜と爲すを得る種類のものを意味する限りは、その語の範圍は自ら明瞭である。けれども全然戰鬪に與らざる一般常人、その他單に敵國の國籍を有する者、又は第三國人にして敵國に定住所ドミシムを有する者にして取別けそれが戦時の商事關係に屬するものであれば、その敵性如何は國際法上及び交戦國の國內法上かなり複雑性を帯ぶるのである。

二二七 貨物に關する敵性のことは追て説くべきが、倫敦宣言を議定せる一九〇九年の倫敦海戦法規會議に於ては、貨物の敵性に關しこれ亦追て述ぶる謂ゆる英米主義と大陸主義とが容易に調和せず、漸くにして倫敦宣言の上に『敵船内に在る貨物が中立性を有するや又は敵性を有するや該貨物の所有者が中立性を有するや又は敵性を有するやに依りて之を定む。』(第五十八條)の規定を得た。この規定は一見極めて簡單のやうであるが、念を入れて再讀して見ると、然らば貨物の所有者が中立性を有するや敵性を有するやは何に依

敵といふ語

敵の語義は倫敦宣言にも無い

りて之を定むるか、といふ疑問に直ぐ逢着する。而して倫敦宣言はこの疑問の解答に觸れてない。倫敦宣言の本條に該當する帝國海戦法規には、第十九條に『敵船内ニ在ル貨物ノ中立性ヲ有スルヤ又ハ敵性ヲ有スルヤハ其ノ所有者ノ國籍ノ中立ナルヤ又ハ敵ナルヤニ依リ之ヲ定ム……』とありて、貨物の所有者の國籍といふことが明規してあるも、倫敦宣言の本條にはそれが無い。随つて英米主義と大陸主義——一は主として定住地に據らしめ、一は専ら國籍を標準とするもの——は、依然實際問題に臨んでその適用に扞格を生ずることあるを免れぬのである。

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

二一九 敵なる語は、古來時代に依り種々その觀念を異にする。往昔にありては、交戦國は常に對手の國家そのものを敵としたのみならず、その國家所屬の個人をも悉く敵とした。故に戦は國家間の武力的對抗

敵性を帯ぶる人々

開戦は對
手國の總
國民を敵

とせしむ

の行爲若くは状態でありしのみならず、同時に交戦國の個人相互間のそれであつた。この觀念及び慣行の下にありては、交戦者とは常に武器を手にする戦闘員及び非戦闘員のみならず、全然戦闘に與らざる老幼婦女までをも之に擬し、之を殺害するも妨げずと爲された。時運の進歩は加害の範圍及び程度に何程か斟酌を加ふるあるに至りしも、理に於ては人々爾く認め怪まなかつた。十八世紀の後半、追て陸戦篇に於て述ぶるルウソウの個人非敵説が一世を風靡するに及び、歐大陸に於ては戦とは單に國家間の關係のみと見る風になりしも、英米にありては戦をば國家と國家との關係に止まらず、同時に國家を構成する國民彼等自身との關係なりと解し、今にこの見解より離れない。ただ均しく之に敵性を認むるにしても、戦闘員と非戦闘員とにて加害の範圍及び程度を相異にし、故意に且直接には後者を加害の目的とせざるに於て、そこに文明の進歩を認むべきである。尙ほこのことは追て交戦者及び非戦闘員を解説する所に至りて細述する。

二二〇 由來英米にては、人(及び船、貨物共)の敵性を決定する標準を、その國籍如何を問はず、専ら定住所(domicile)に取るの主義である。即ち定住所が敵國であれば敵國人に非ざる者をも敵人とし、反對に定住所が中立國領土であれば敵國人にても中立人とするのである。(歐大陸にありても和蘭及び西班牙は同じく定住所主義のやうである)。定住所とは、簡單に云へば永住の場所である。明治三十七年三月大本營訓令の我が海上捕獲規程にも『人ノ住所トハ其ノ永住ノ地ヲ謂フ。但シ商人ニ付テハ其ノ主トシテ商業ヲ營ムノ地、又ハ商業ニ從事スル領事ニ付テハ其ノ商業ヲ營ム地ヲ以テ其ノ住所トス。』(第四條)とある。この但書に屬するものは、追て尙ほ述ぶる謂ゆる商事の定住所 (commercial domicile 又は trade domicile) であり、之に對

敵性に對
する英米
の定住所
主義

商事の定
住所と民
事的定住
所

する原則的の方を民事的定住所 (civil domicile 又は personal domicile) とも稱する。商事定住所は民事的のそれと多くは一致するも、時には甲國に民事的定住所を有する者が乙國に商事定住所を有することも稀でなく、又商事定住所を乙丙丁の數國に有することもあらう。商事定住所は單に商業を営むための定住所で、即ち營業の必要が存続する限りに止まり、必しも永住の目的を有するものでないから、定住所とは永住の地なりといふ定義から推せば、之に定住所の稱を附するのは妥當であるまいが、普通には之を商事定住所と稱するのである。

二二一 定住所は事實の問題であるが、之を決定するものは主として意思である。定住所は普通に居所 (residence) を伴ふが、居所のみにては定住所を構成するに足らずで、同時に定住せんとするの意思あるを要する。且前に『永住』と云へる如く、時も定住所構成の一要素である。如何なる期間を以て必要の時と爲すかに就ては一定の法則なきも、相當の時が経つたものたるを要するは論を俟たない。米國の古い判決例に *The Venus* 事件といふのがあり、之に關する米國大審院の判決中に『移住の意思がそこを永住の地とするにあり、若くは時を定めざるものたるに於ては、たとひ數日間の居住に過ぎずとするも尙ほ且住所をそこに定めたるものと推定すべく、これは英國法廷の法則であり、極めて道理あるものと認めらる。』とあるが (*Prize Cases U. S. Sup. Court, I, p. 557*)、僅に數日間に過ぎざる居住で尙ほ且定住所を之に推定すべき法則が果して英國の法廷にあるや、あると假定してもそれが果して合理的の法則なるや、聊か疑なきを得ない。いや英國の捕獲審檢例には反對に、定住所に相當の時を経るを要することの誣はれたのがある。これも少し古

定住所の
要件たる
意思と時

きものではあるが、一八〇〇年の米國船 *The Harmony* に關するストウエルの判決がそれである。(この檢定の概要は *Snow, Cases and Opinions on Int. Law, pp. 326-330* 参照)。比較的新しき第一次大戦中の英國の捕獲審檢例としては、獨逸船 *Rostock* 及び英船 *The Anglo-Mexican* の二事件がある(『講義』五七二節参照)。

二二〇 英國の法令にては敵人を指すに多くは『敵外人』(“alien enemy”)の語を以てするが、その含蓄する範圍は頗る廣汎である。英國政府が一九一四年九月九日、即ち對獨開戦後間もなく公布せる改正外國人取締令 (*Aliens Restriction Order*——原取締令は八月五日公布)の第三十一條には『本令に於て……「敵外人」と稱するは陛下と交戦の君主又は國家に屬する外國人を意味す。』(“For the purpose of this Order ……the expression ‘alien enemy’ means an alien whose sovereign or State is at war with His Majesty.”)とあつた。この規定の下にありては、敵外人とは要するに敵國の國籍を有するその臣民である。この點に於ては國籍を以て敵性を決する標準と爲す所の従前の大陸主義と異なる所なり。

然るに同日別に公布の改正對敵通商禁止令 (*Trading with the Enemy Proclamation, No. 2, 1914*——原勅令は八月五日公布)の第三條では『本令に於て「敵」と稱するは國籍の如何を問はず敵國に居住し又は營業する個人又は團體を意味す。但し敵國籍の人にして敵國に居住せず又は營業せざる者は之を含まず。法人にありては、敵國に於て設定せられたるものに限り敵性を帶ぶ。』(“The expression ‘enemy’ in this Proclamation means any person or body of persons of whatever nationality residing or carrying

英國にて
謂ふ『敵
外人』の
意義

on business in the enemy country, but does not include persons of enemy nationality who are neither resident nor carrying on business in the enemy country. In the case of incorporated bodies, enemy character attaches only to those incorporated in an enemy country.”と規定した。この規定に依れば、苟も敵國に居住し又は營業する者ならば、中立國人にしても將た自國人にしても、之を敵と看做すのである。反對に、敵國人であつても敵國に居住せず又は營業せざる者は之を敵と看做さない。即ち敵性の標準を國籍に取らないで、居住地若くは營業地に置いたものである。居住は *reside* で、必しも生活の本據たる定住所の如何を問はない。敵との交通及び商取引を禁ずるのは、要は敵國の資源増加を防ぐのが目的であるから、敢て當該人が敵國に住することの意思やその期間の長短、即ち生活の本據たるに必要な要件の具備するを須ひず、單に滞在の事實を認むれば可い譯である。營業は *carrying on business* で、これは別に説明を要しない。商取引に關しては營業地は居住地よりも重きを置かるる例多々あるが、敵性決定の標準として兩者の間に輕重がある譯ではなく、即ち敵國に居住し且營業する者は勿論、格別營業をしないで單に敵國に居住する者も、均しく敵と看做さるのである。營業地を敵國と敵國以外の兩地に有する場合にありては(本店支店の各所在地として斯かる場合は往々有り得る)、敵國所在の營業に關しては敵と看做され、敵國以外所在のそれに關しては敵と看做されない。

前掲の九月九日の改正對敵通商禁止令の『敵』の解釋に關しては、『これ極めて特殊且奇妙なる一主義、即ち敵へ向ひ又は敵より來る貨物を海上にて沒收するといふ海軍の主義、の誤解の上に築かれたるものであ

ら。』との説もあるが(Baty & Morgan, p. 225)、兎に角右は英國にて敢て本令に依り創めて設定せられたる新主義ではなく、既に一百有餘年前に於ける英國法廷の幾多の判決例の上に示されたる寧ろ舊主義で(例へば *McConnell v. Hector*, 1802; *O'medley v. Wilson*, 1808; *Albrecht v. Sussman*, 1813; *Wilson v. Patteson*, 1817 等の如き、降つては南阿役の *Janson v. Driefonlein Consolidated Mines, Ltd.*, 1902 の如き)、しかも第一次大戦中の本令に至り、該主義は更に一段の強調を示した。(米國政府も一九一七年六月六日公布の對敵通商禁止法に於てこの主義に則り、『何れの國籍を問はず、個人、商社、その他の商事團體にして米國と交戦する國の版圖内に居住し、又は米國外に居住し該國の版圖内にて營業する者は、本法の意味に屬する敵人と看做すべし。』と規定した)。特に右のヤンソン對ドリフオンタイン事件は、居住地營業地を敵性決定の標準と爲したる大戦前に於ける近代の判決例として著名なもので、その始末は『講義』五七五節を参照されたい。

二三三 更に英國政府の八月二十八日(一九一四年)公布の改正臨時特許意匠商標法(*Patents, Designs, and Trade Marks Temporary Rules (Amendment) Act*)に於ては、同月七日の公布の同法の末尾に左の一項が加はつた。即ち『本法は陛下と交戦の國の領土に居住し又は營業する何人にも、恰もその國の臣民たるが如くに之を適用す。而して「陛下と交戦の國の臣民」なる語は、會社に關しては、斯かる臣民に依りて業務が執行又は管理せられ、若くは全部又は主として斯かる臣民の利益のため又は之を代表して營業せらるる會社にありては、たとひ陛下の領土内に於て登記せられたるものにして、總て之を含むものとす。

累次の法
令の規定
に互
る

……』といふのである。故に本令の下にありては(一)住所の如何を問はず一切の敵國籍者、(二)國籍の如何を問はず敵國に居住し又は敵國にて營業する者、(三)敵國に於て設立せられたる會社、(四)英國領土内にて設立せられたる會社にありても業務が敵國民に依りて執行又は管理せられ、又は全然若くは主として敵國民の利益のため又は之を代表して經營せらるる會社、以上は悉く之を敵人又は敵會社として取扱ふといふ規定で、即ち敵性を定むる標準として國籍と居住地及び營業地を併用せる極めて廣義のものとなつたのである。

二二四 敵人なる語の斯く多岐多様の意義は、之を規定する對敵通商禁止令その他の法令が開戦匆々の間に立案公布せられた關係にも由つたのであらうが、之が適用を受くる側にありては種々の異論輩出し、その適從する所に惑ふの風であつた。そこで英國政府は、之に關係ある控訴事件を取扱はしむるため特別控訴院(Special Court of Appeal)なるものを設け、大判事レッドンダ(Chief Justice Lord Reading)を裁判長に、大録事コーゼンス・ハーデー(Lord Cozens-Hardy, Master of the Rolls)及び判事バックレー、ケネデー、スキンフェン・エデー、フィリモーア、及びビックフォード(Lords Justices Buckley, Kennedy, Swinfen-Eady, Phillimore, Pickford)の六名を評定官として之を組織した。この特別控訴院は一九一四年十一月より十二月に亘りて數回開廷し、翌一九一五年一月末までに *Continental Tyre & Rubber Co. v. Daimler Co.* 事件及び同じ原告の *v. Thomas Tilling* 事件に對する一判決、並に *Porter v. Freudenberg; Kreglinger v. Sa-muel & Rosenfeld*; 及び *In re Martens Patent* の三事件に對する判決を下した。この兩種判決は孰れも原被兩告辯護士の辯論の外、特に檢事總長サイモン(Sir John Simon)の出廷を求めて政府側の解釋をも聽

之に關する
一疑惑の
例掃の判決

國籍と共
に居住營
業地主義
を採る

第二次大
戰に於け
る「敵外
人」

き、慎重審理の末に下したるもので、即ち英國の對敵通商禁止に關する英國司法官憲の見解を第一次大戰開始後に於て根本的に確定したる極めて重要なもので、之に依り英國の法廷に於ける「敵」なる語の解釋を一定せしめ、且敵との取引及び契約、並に敵との訴訟に關しては國籍に依らずして、居住地又は營業地を以て敵性決定の標準と爲すことの古來の法則をば改めて確認したのである。

二二五 第二次大戰にありては、是より先き獨逸の一九三五年六月のヴェルサイユ平和條約第五編の軍事條項の破棄、翌三六年三月のラインランド侵入、翌三八年三月の奧太利併合、次ではズデーデン地方の割取、更に次ではチェッコの解體等、ヒットラーの破竹の勢を以て邁進せる積極政策に直面して歐洲諸國は概ね近く干戈の再び避くべからざることを豫感せるものの如く、隨つて開戦に先だつ一兩年來、現交戰諸國政府は一方には國內居住の外國人に對しては漸次監視の度を加ふると共に、他方には開戦の曉に前大戰に於て實驗したるが如き在留敵國人の抑留保護に伴ふ面倒、殊に糧食その他諸經費の嵩加を避くるため、彼等の退去に寧ろ便宜を與ふるの方針に出でた。且開戦の直後に於て、素早く退去する能はざりし女子供は、中立諸國を通じその退去方に就て相互的に便宜を取計ふの措置を執つた。故に敵國に引續き在留するを欲せざる外國人、殊に獨逸居住の英佛人は、多くは開戦前に又は開戦と同時に居住國を引揚げて了つた。尤も開戦後も暫くは、獨逸人にして英國に在留せるもの約七萬五千、佛國に在留せるもの約四萬五千を算したが、彼等の多數は政治的、人種的、宗教的關係から、ナチスの政府より追放せられたる言はば亡命者であり、隨つて本國政府に對し寧ろ反感を抱ける輩で、中には英佛側の勝利を希へる者すらありし位であつたから、その

『敵外人』たるには相違なかりしも、當初即ち謂ゆる『第五列』の活躍するに至れる頃までは、英佛兩國政府共に第一次大戦當時ほど彼等に對する檢束的取締を嚴にしては居らなかつたやうである。

されば英國政府は、開戦直前の一九三九年九月一日、一九一四年制定の外人取締法に多少の改正を加へ、中に於て『敵外人』を『英國の臣民に非ず英國の保護人にも非ずして皇帝陛下と交戦の國の國籍を有する者。』と定義し、獨逸の國籍を有する者は總て之を『敵外人』に編入したるが、しかも英國外相アンダーソンは同九月四日の下院の演述中に於て眞の敵外人(“real enemy aliens”)と形式的の即ち友好的の敵外人(“technical or friendly enemy aliens”)とを區別し、兩者の各取締の上に寛嚴の手心を加ふるの餘地あることを暗示した。今その取締方の一斑を見るに。

英國政府は開戦の直後、國內在留の約七萬五千の獨逸人を悉く特別名簿に登録し、その履歴、思想、性行等を詳細に探査し、その結果を倫敦その他敵外人の在留する重なる地方に臨時設置せる百有餘の『外人法廷』(“Aliens tribunals”)に報告せしめ、同法廷にては彼等の眞の敵外人即ちナチス黨同志の者なるや將た謂ゆる友好的のそれなるやを決裁する。而して前者と決裁したる者は之を甲種の敵外人として直ちに抑留することにし、その爾く決裁するに疑ある者は之を乙種の敵外人とし、或制限の下に置ても抑留せざることにした。その制限とは、例へば在留地より五哩以上を距る所に往來するを得ざること、寫眞機は一切携帯するを得ざること等で、附するに禁錮刑の罰則を以てしてある。會て在本邦獨逸大使たりしゾルフの子息某は學生として英國に在留し、右の乙種に屬する者としてあつたが、彼は或時英國の或所に落下したる獨逸の一航

空機を密かに携帯の寫眞機に撮影したる廉に由り、禁錮一ヶ月に處せられた例などもある。

更に獨逸人にして該法廷に向つて自身英佛側に同情を有するに相違なきことを立證し得たる者(その多くはナチス政府に追はれて英國内に亡命中の者)は之を丙種の敵外人とし、登録名簿の上には“Refugee from Nazi Oppression”と附記して之を特別扱にした。

右の『外人法廷』にて決裁したる數は、開戦後六ヶ月間に獨逸人約六萬二千、獨逸人約一萬二千、合計約七萬四千と云はれ、中にありて甲種として抑留したる者約二千で、餘は乙丙兩種の孰れかに屬せしめ、その結果抑留となれる甲種は獨逸人全員中の二分五厘、特別の制限の下に置かれたる乙種の者約一割一分、餘の約八割六分は何等制限の加へられざる者としたとある。之を英國が第一次大戦に於て在留獨逸人約五萬の中その九割九分までを抑留に處したに比すれば、その取扱上に大相違があつた譯である。

然るにその後獨逸の對諾及び對蘭白作戦に於て謂ゆる『第五列』の活躍となるや、英國(及び佛國)政府にては國內在留の敵外人は勿論、一般外國人の監視をも嚴にし、蘭白よりの避難者をも悉く登録し且その行動の上に制限を加へ、又前記の乙種敵外人に對する制限を稍々嚴にし、その大部分を婦女をも合せてマン島に抑留するに至つた。

次に佛國にありては、由來同國內に在留する外國人は頗る多數で、平時概略三百萬を算し(即ち佛國內の全人口の約百分の六に當る)、その中には外國の政治的亡命者の類も少なからず、中には既に佛國に歸化した者もあらんが、多くは依然外國人となつてある。開戦當時には、この外國人中伊太利人約九十萬、獨逸人約

四萬五千とあつた。佛國政府は開戦の危機迫ると共に一切の外國人を登録し、敵外人（“les ressortissants ennemis”）は内務長官の發給する身分證明書を携帯せしめ、又許可なしには各在留地を離れること能はざらしめたが、次で九月四日（一九三九年）、獨逸人にして十七歳以下の男子約一萬五千は毛布一枚、下衣一枚、糧食二日分、庖丁及び洗面器を携帯して『外國人集合中央部』（開戦と同時に競馬場及び競技場を急ぎ改造したる“Centres de Rassemblement Etranger”）に出頭せしめ、その出頭するや悉く抑留となり、佛國政府は之を國內六ヶ所に別けて收容した。けれども、その後間もなく獨逸人中の友好的ものと否とを殊別するの要を主張する論が佛國の議院内に起り、政府は之に鑑みて調査の末、敵外人を（甲）ヒットラーの禮讚者、（乙）有力なる佛國人からの良性の保證ある者、警察官署の良性の證明ある者、妻又は子にして佛國生れの者、獨逸人及びザール地方よりの亡命者、ナチス政府より國籍を褫奪せられたる元獨逸人、兵役不適齡者、海路佛國を退去するを得る亡命者等に別ち、前者は依然抑留するも、後者（約七千人）は三ヶ月程経たる後に抑留を解かれた。その乙に屬せる者にして二十歳以上四十八歳以下の兵役適齡者中には、佛國軍隊に編入せられて佛領アルゼリー方面に出征せしめられた者もあつた由。而して獨逸人中には、一日六フラン及び巻煙草二十本の支給にて佛國の軍事工場又は農場の勞役に従事せる者もありしと云ふ。

獨逸にありては、開戦の際同國內に在りし英佛人は合して四五千を出でず、而してその大部分は開戦と共に獨逸國內より退去し、引續き在留せる者は何程も無かつたやうである。獨逸にては彼等の總てを先づ英國人、次に佛國人の順序にて警察官署に登録せしめ、且特別の許可なくして各自の住所を離れることを得ずと

し、且必要と認めたる者、特に兵役適齡者は之を抑留することにした。けれども、その數は僅に二三百名を出でなかつたやうである。

伊國が六月十一日（一九四〇年）を以て獨逸側に起つて参戦したる當時にありては、同國に於ける英佛人の大部分は既にその直前に漸次在留地を引揚げたので、残るは極めて少數であつたが、その中の兵役適齡者は伊國政府悉く之を抑留したとある。

他方にありて伊國の参戦當時、同國人にして英本國に在留せる者約一萬二千、加奈陀に約一萬六千、濠洲に約一萬七千、外に地中海沿岸の英佛屬領地に百有餘萬を算した。その中にはムッソリニの禮讚者もあれば反ファシスト黨もありて、思想別にすれば極めて雜駁のやうであつた。英佛兩國政府は既に第二次大戰の初期に於て在留伊國人を總て警察官署に登録したるが、伊國の参戦と共に孰れもファシストの輩は之を抑留した。他の伊國人に對しても、佛國政府にありては、佛國に對する忠義を誓ふか將た抑留に甘んずるかを突止めたるに、その七割五分までは忠義を誓つたと聞く。

以上は主として倫敦タイムスの關係記事及び R. M. W. Kempner, “The Enemy Alien Problem in the Present War,” *Amer. Jour. of Int. Law*, Vol. 34, July 1940, p. 443 以下の論文を参照して叙述せるもので、事實多少の相違あるかも知れぬが、第二次大戰に於ける各交戦國の在留外國人の取扱振の一斑は之にて推知するを得べきかと思ふ。

商事的定

二二六 商事的定住所のことは前に一寸述べた。英國にては貨物殊に敵商船積載のその敵性を判定する

に方り、荷主の商事の定住所と國籍とを殊別し、重きを前者に置くのが古來の慣例となつてある。即ち敵國の國籍を有する者にしても、その商事の定住所即ち營業所が中立國內又は同盟國內に在るものによりては、貨物の拿捕に關しては荷主を敵と認めず、之に反し荷主にして中立國又は同盟國の國籍を有するも、その營業所が敵國內に在るに於ては、荷主を敵と看做すのである。尤も荷主にして開戦後相當期間内に敵國領土を引揚げ、敵國內に於けるその商事の定住所を抛棄すれば別である。同様に、中立國內又は同盟國內に定住所を有するも別に敵國內に營業所を有する者は、その營業に關しては之を敵と看做すと同時に、敵國內に定住所を有し且中立國內又は同盟國內に營業所を有する者は、その營業所に屬する貨物は敵性を有するものとす。これが英國の定住所主義の適用に關する一般的原则で、この關係に就て稍々詳細に説及されたものは、第一次大戦中在埃及英國捕獲審檢所の下したる獨逸船 *Annaberg* の載貨に關する檢定、及び倫敦の捕獲審檢所にて取扱へる英船 *Hypatia* のそれである。

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

と申立て、米國の法廷に對し載貨の返還方を要請したが、彼は敵國に商事の定住所を有する者なるが故に敵人なり、隨つて該載貨は敵性を有すとの理由にて没收の判決となつた (*Prize Cases U. S. Sup. Court, I, p. 592* 以下)。

二二八 敵軍の占領に屬する地方は、その占領の繼續する限り之を敵國の領土に擬し(占領は征服と異なり領土權の移るものでないこと勿論なるも)、隨つて敵軍占領地に定住所を有する者は總て敵人として取扱ふのが少なくも英米の古來の慣例である。之に關しては米國の著名の判決例に、一八一五年同國の大審院にて下したる *Bentzen v. Boyle* 事件、一名『砂糖三十樽事件』(“*Thirty Hogheads of Sugar Case*”)と稱せらるるものがある(『講義』五八五節參照)。その判決中に於て大審院長(C. J. Marshall)は、『たとひ戰時中の土地獲得は後日條約に依りて確定せらるる迄は永久的のものと認められざるにもせよ、商事的及び軍事的の見地に於ては、占領者之を占有し且施政を行ふ限り、その領土の一部と看做すべきものである。降伏後のサンタクルス島は、他日丁抹に還附せらるる迄は英國の一島たるものである。』と述べ (*Prize Cases U. S. Sup. Court, II, pp. 699-700*)、ホールはこの一句を援用し、『或地方及びその住民の國性は敵軍の軍事的占領のために變更せらるるものでないが、しかも種々の軍事的目的のため、正當元首は必然的に之を敵として取扱ふのである。事實に於て敵軍の支配の下にある占領地住民を友朋として取扱ふことは、敵をして交戦の壓迫及び損害より免れしむることになる。故に占領地住民との通商は、敵人及び敵國領土との通商に對すると同じ制限の下に置くべきで、占領地の産物若くは占領地に定住所を有する者に屬する産物は、敵の財産

に對すると同じ條件の下に没收せらるべきである。……一地方が敵に依り軍事的に占領せられたるときは、その土地が占領軍の権力の下に置かれたること、随つて占領軍は之を作戦上の目的に使用し得ることの事實は、土地の單なる法律的の所有權といふ上に立てられたる一切の考量を凌駕する。』と説いて右の見解を支持する (Hall, § 173, p. 603; § 174, p. 607)。

然るに英國は、一八五四年のクリミア戰役に於ては古來の慣例より離れ、當時露軍の占領に係るモルダヴィア(現羅馬尼亞の一半)の住民は、露軍の占領は同地を露國の領土に化せしめたるものに非ずとの理由に於て、之を敵人と認めざるの方針に出でた。之に關する判決例には The *Gerasimo* (1857) といふがある。要は、友國又は英國の領土を敵國が一時占領することは以てその土地又は住民に敵性を帯びしむるものに非ず、随つてその住民の財産は適法の海上捕獲物件とはならず、又敵性に伴ふ所の民事上及び商事上の無能力を之に認むべきものに非ずといふにありて、前掲の *Bentzen v. Boyle* 事件に於ける米國大審院の判決及びホールルの所説、即ち敵軍占領の事實に依りて當該占領地及びその住民の國性が商事關係に於ては敵性に化すといふのは正反對の見方である。同様の見解は、南阿の役に於ける樞密院司法委員會の *De Jager v. Attorney-General of Natal* 事件に對する裁定に於ても示された。(右の二件『講義』五八六節参照)。抑も一時の占領が永遠の割譲と異なるは論なく、随つて單なる占領の事實に依り直ちに居住外國人が敵性を有するに至つたものと爲すは、占領の理論に照して妥當とは謂へまいが、しかも占領にして既に久しきに亘り、事實に於て征服と擇ぶなきの状態を呈し、且居住外國人にして納税その他金穀勞務等の提供に依りて直接間

接占領軍の利益を計りつつあるに、尙ほ且名の占領たるに顧みて彼等に敵性を認むる能はずといふのは、餘りに理論に拘泥するの嫌ありと云へば云へよう。要は占領状態及び居住外國人の占領地に於ける實際の地位を按じて適用を取捨するのが寧ろ妥當の方針であるまいか。

二二九 然るに第一次大戦に於ては、英國はクリミア戰役當時の見解を捨てて往昔の慣例に復歸し、白耳義の獨軍占領地は之を敵地に擬し、同占領地に定住所を有する者をば敵人として取扱つた。英國は一九一五年二月十六日の占領地對敵通商禁止令に於て、實力的軍事占領地中英國又は同盟國のそれは『友國占領地』("territory in friendly occupation")として之を『英國又は同盟國の領土』("Our territory or that of Our Allies")に擬し——例へば埃及の如き——又敵軍の實力的占領地域は之を『敵國』("an enemy country")として、孰れも對敵通商令を之に適用することにした。この方針は海上捕獲に就ても適用せられ、随つて例へば獨軍の白耳義占領地に住所を有する者の貨物にして海上にて英國軍艦に拿捕せられたるときは、荷主が白耳義人であつても敵貨として取扱はるのである。この一例は和蘭船 *Leonora* 積載の白耳義産石炭の敵貨として没收せられたる事件、及び埃及の一港所在の獨逸船 *Gulensfels* が開戦の際に敵商船として取扱はれたる事件にある。レオノラ事件は追て戦時禁制品に關する繼續航海主義を説く所に譲るとし、グーテンフェルス事件に關しては、論點多岐に別れてあるが、今本問題に關係ある部分に就てその要領を記すれば左の如くである。

二三〇 グーテンフェルスは英獨開戦前アンウェルスを發し孟買に向ふの途次、八月五日(一九一四年)ポ

1916
Kenfels,
1916

ト サイドに入れるが、在アレキサンドリア英國捕獲審檢所にては、同船はその前日に開戦となりし事實を知らざりしものとして、海牙議定の開戦の際に於ける敵商船取扱條約第二條に依り之を沒收することなく、單に抑留することにし、戦後之を船主に還附し又は賠償すべきことの檢定を下した。然るに檢察官は右の檢定を不當として樞密院司法委員會に抗告した。その抗告の主たる争點は、ポート サイドが同條約に謂ふ所の敵港なるものであるや否やにある。英國と土耳其の間には當時未だ宣戦は無かつたが、土耳其を宗主國とする埃及は事實英國の支配の下にあるといふ變態的關係から、埃及の一港たるポート サイドの位地には曖昧の點ありて、議論の餘地ある問題であつた。この争點に對し司法委員長 (Lord Wrenbury) は、『ポート サイドは英國と埃及との關係、土耳其の變則的地位、及び埃及に對する英軍の軍事的占領を商量し、海牙條約の意味する一の「敵港」であることは疑を容れない。ホールもその國際法(第六版、第五〇五頁)に於て「一の場所が敵に依り軍事的に占領せられたる場合には、その場所が敵の支配の下に置かるるの事實、隨つて敵が之をその軍事上の目的に使用し得ることの事實は、その土地の單なる法律上の所有に樂かるる所の一の論點を排除するに足るものとす。』と説けるが、本委員等は之を正しき見解なりと認む。』と裁定した。埃及の諸港を敵港と看做すといふ同様の裁定は同司法委員會に於て、開戦後間もなくアレキサンドリアに入港せる獨船 *Achaia* 及び蘇士に入港せる塊船 *Marquis Bacquehem* に關しても下された。塊國政府とても、英國が埃及をその保護領と宣言したる以後に於てはアレキサンドリア及びポート サイドを敵港と認めたることは、同國捕獲審檢所の取扱へる *Dante* 及び *Colenso* の兩事件に於て示されたとある (Garner, *Prize*

第二目 法 人

Law, § 174, p. 239, n. 3)。

法人の敵

二三一 商事會社の如き法人の敵性を決定するの標準は、自然人のそれとは自ら異なる所がある。抑も商事會社の敵性を決定するには會社登記の國を以てすべきか、業務擔當人の定住所又は國籍を以てすべきか、將た實際の營業地を以てすべきか。歐洲殊に英國に於て法人の設立及び之に關する立法の發達するに至つたのは、主としてクリミア戦役以後のことであるから、法人の敵性に關しても、判決例の以て徵すべきものは割合に少ない。その少ない中にありて比較的廣く世に知られてあるもの一は、蓋し前に述べたる南阿役の當時に於ける *Janson v. Driefontein* 事件であらう。この事件に於て英國の法廷は、凡そ會社はその成立の國の臣民と看做すべきで、株主の國籍には問題なく、隨つてその國が敵性とならば、會社も當然敵性を有すべきものとす、といふ意見を執つた。これ英國にて法人の敵性を決定するに就て重要な一見解として知られてある。然しながら本件被告會社はトランスヴァール登記のものなるも株主の大部分は英國人であり、且訴訟の原因も開戦前の發生に係るものであるから、戦時の法人の敵性を論ずる場合に援用するには、力が聊か不充分かも知れない。

英國政府が第一次大戦を迎ふるに及んで對敵通商禁止に關する法令を累次發布したる始末は別記の如くであるが、一九一四年九月八日發布の同勅令には、中に『法人に關しては敵國にて成立したるそれのみ敵性

を認むべきものとす。』とし、即ち前掲のヤンソン事件に關する當年の英國法廷の見解は、茲に法文の上に確認せられた。而してこの新规定の適用せられたる第一の事件は *Amorduct Manufacturing Co. v. Defries & Co.* であつた。

本件原告のアモルダクト會社は一九〇六年に英國にて設立し、本店は倫敦に又その工場はバーミンハムにあり、その總株の約四分の一は英國在住の歸化獨逸人、餘の約四分の三は獨逸在住の獨逸人、孰れも之を有した。而して原告は被告のデフリース商會に若干の商品を賣拂ひたるが、その代金中の若干の支拂を得ざる所より訴訟を提起した。裁判所にては、その事實關係は疑なきものとして之を認めたるも、更に會社の性質上本戦時中訴訟提起の資格あるや否やを審理し、且前掲のヤンソン事件及び對敵通商禁止法を参照し、原告は株主の如何に拘らず英國の會社なり、隨つて提訴權を有するものと決定した。

二三二 この時に方り、法人の敵性の標準を決定する今一つの重要な訴訟事件が英國に起つた。それは *Continental Tyre & Rubber Co. v. Daimler Co.* である。

この原告會社は、獨逸製造のタイヤを英國内に賣擴むるの目的にて、一九〇五年五月、英國の會社法の下に倫敦を營業地として設立せられたる資本一萬磅(後に二萬五千磅に増資、一株一磅)の小會社で、その中の二萬三千三百九十八株は、開戦當時にありては、同會社の親會社でハンノヴァーに本店を有し獨逸の特許タイヤの製作及び販賣を營業とする一會社の持株であり、餘の一千六百二株中、千六百株までは獨逸在住の獨逸人三名之を所有し、残りの二株中その一株は開戦當時英國在住の一名の獨逸人の名義に屬し、他の一株は

大陸護謨
會社對
ダイムラー
事件

元は獨逸人にして一九一〇年一月英國に歸化したる同會社の主事 Hans Wolter なるもの有となつてあつた。故に開戦當時には、該主事一名が英國在住の唯一の株主であつた譯である。

斯くて開戦後の一九一四年十月、同會社は被告のダイムラー商會に對し豫て賣込みたる護謨輪の代金幾千磅かを要求したるに、同會社はその支拂は敵を利用することになるので違法であり、隨つて之に應ずる能はずと云へる所から、遂に訴訟となつたものである(同様の訴訟事件として同じ原告對 *Thomas Tilling* なるものもあつた)。然るに第一審にては、『敵性決定の標準を國籍に求むるならば、原告會社の國籍は英國で、社員の國籍如何を問ふを須ひない。又之を營業地主義に求むるならば、原告會社は現に英國にて營業するものであるから、その敢て獨逸會社の支店として營業するものに非ざる限り、之を敵の會社と認むるを得ない。凡そ會社は之を構成する所の株主とは別箇の一體である。原告會社は英國にて設立したものであるから、たとひ株主が獨逸人であつても英國の一會社である。故に原告會社の營業は對敵取引禁止令の規定に反せざるものとす。』との理由で原告を勝訴とした。(對 *Thomas Tilling* 事件の判決も亦同様であつた。)

然るにこの判決に對しては、英國の法曹界に少なからず異論が起つた。殊に會社法の大家として推される判事バックレー (Justice Buckley) はこの決定を不當として攻撃し、又同じく會社法の一權威と目せらるる上院議員リンドレー (Lord Lindley) も、『株式會社法の下に設立し且登記せられたるも獨逸在住の獨逸人の全然管理の下に置かるる一株式會社にして、それが alien friend で我が英國の法廷に向つて訴訟能力を有す、といふが如きは驚くべき結論である。』と批評した (*The London Times*, Jan. 28, 1915)。是と前後し

て英國捕獲審檢廷の *Polzeath* 事件に関する檢定に『一の營業若くは會社の眞箇の性質を判定せんとするには、その營業若くは會社の原動力が何處にあるかを突止むるを要する。別語にて云へば、實際の生命が何處にあるかを見るべきで、單に手足の動く所を見るのみでは不可である。』と云へるのがある。英國の法曹界の多數者の所見は蓋しさうであつた。

被告商會は勿論右の判決に服せず、當時(一九一四年十月)新設の特別控訴院に控訴した。控訴院にては本件審理に方り、(一)大陸護謨輪會社は敵會社なるや否や、(二)同會社の主事は重役會の委任なしに訴訟を提起するを得るや否やの二點を討究したるが、法廷を構成する判事七名中の多數意見は、右の(一)に就ては、法人の敵性は株主の如何に關せずして、敵國の法律の下に設立せられたるときに限り敵性のものたること、(二)は該主事の提訴は豫め重役會の與へたる訓令の下に行ひたるものなること、といふにあつた。この意見に基き、控訴院は該控訴を棄却した。尤も判事の一人たる前掲のバックレーは、右の理由に不同意を表白した。その要旨は、

『法人は法律上特立の人格を有するも、その社員たる自然人を離れて之に形體的の存在を認むるを得ない。法人は自然人の如く皇帝に對する忠順の義務を負ひ且之を盡すこと不可能のものであるから、正確には英國臣民と看做さるべきものではない。法律的には抽象體たる所の會社を通じ意思を發表且實行する所の自然人が悉く敵國居住の敵國臣民たる場合に於て、英國にて出訴權を有せざる斯かる自然人がその會社の特立人格に喰込み、會社の名に於て法廷に出訴するを得るものと見るが如きは、敵に出訴權を認めざる英國

法律の精神と相容れない。この理は例を一人構成の社團(*one man company, corporation sole*)に取らば昭乎として疑ふの餘地なき所で、その一人が増して數人となればとて、理は通じて一である。』といふにあつた。この反對意見は右判決の效力の上には影響なかつたけれども、法廷以外には同判事の所説に賛する論も當時少なからずあつた。

ダイヤモンド商會は服せずして上級法廷たる貴族院に上告した。上院の審査委員八名の意見は半數宛の二つに別れた。尤も八名中の五名は同商會の上告理由を主義上肯定するに於ては一で、ただ細目の點に於て一名は多少の異見を有したるも、要するに肯定説であつた。而して餘の三名も結局多數意見に合流したので、遂に同商會に有利の裁定となつた。(委員長バーカーの周密なる判決は『講義』五九七節参照。)

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

Hamborn 及び The Michigan の三事件(以上四事件の始末は同上、同節参照)の檢定に於ては、業務の指圖の中心が敵國にあり、將た株主の大部分が敵人である所の會社は、英國の會社であつても之を敵の會社と看做すといふ意味が隨所に高調されてある。

二三三 佛國にては、法人殊に商社會社の敵性を有すると否とは、その設立地が敵國であるや否やに依りて之を決する。けれども假に佛國內又は中立國內に於ける會社にしても、それが敵國に本店を有する所の支店である場合には、之をば敵會社と認め、隨つてその會社に屬する貨物は之を沒收とすること第一次大戰中の希臘船 Achilles 事件の判決例の示す所である。尤も佛國內所在の會社を敵會社と爲せる佛國高等法院の判決例に、同じく第一次大戰中の La Société Franco-Suisse des Conserves de Lenzbourg 事件があるも(Cobbett, Leading Cases, II, p. 35 参照)これは専ら佛國の對敵通商禁止令(一九一四年九月二十七日發令)の違反に對し適用したる特殊の例のやうで、一般の原則としては、佛國の法律の下に佛國にて適法に登記せられたる會社は之に敵性を認めざることになつてある。但し同盟國內又は中立國內に於ける會社にして敵性を有すること極めて濃厚であり、且それが支店を佛國內に有するものにおいて、之に敵性を認めたること例へば瑞西のバーゼルに本店を置き巴里に支店を有したる La Compagnie d'Assurance Nationale Suisse の如きがある。この會社は重役以下役員は主として獨逸人であつたので、前述の對敵人通商禁止令に於て敵會社として取扱はれた (Ibid, p. 36)。

獨逸兩國

二三四 獨逸にては、會社の敵性たると中立性たるとはその所在地に依りて之を決し、所在地が中立國と

に於ける
同上

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

斯の如く獨逸は從來會社の敵性如何を原則として營業地に依りて決したものであるが、同政府は一九一七年七月十九日の勅令を以て從來の捕獲令の第十一條に『法人その他の團體の資本を敵國臣民が多分に所有し、若くはその營業が敵國臣民に依り且敵國領土よりして行はれ又は監理せらるるものにおいて、その營業は恰も敵國に於て行はるるものと同一に看做す。敵國臣民又は敵國居住者にして何等その營業に参加し、又は會社が全部又は一部敵國領土より指圖を受くるものたる場合には、敵が營業を行ひ又は監理するものと推定す。且敵國臣民又は敵國居住者が會社の資本その他營業方法又は収益に持分を有する場合には、該會社は之を敵として取扱ふ。』の一號を追加したので、その結果英國の大陸護謨輪會社事件に關する同國上院の裁定の上を示されたる主義を大體に於て踏襲するに至つたものと見られた。

法人の敵性標準に關しては、英國にては開戦以來大陸護謨輪會社事件の裁定を見るまでの間に於て、幾段の變遷を示したものであるが、その經過に鑑みたる米國は、參戰後程なく制定したる對敵通商禁止法(一九

一七年十月六日議會通過)に於て、法人の敵性に關し一定の原則を立てた。由來米國にありては、會社は之を組織する人々とは別種の特立社團と視、隨つて社員の設定所は會社のそれには關係なきものとしてある。又隨つて、米國にて登記の會社は、たとひ敵國人が之を管掌するも、之を米國の會社と見ることの主義であるが、新制定の對敵通商禁止法は更に之を確定したるもの如く、即ち先づ『敵』の定義を立て、次に法人にして米國と交戦關係にある國に於て設立せられ、又は米國以外にて設立し斯かる國に於て又はその軍事的支配の下に立つ地方に於て營業するものは、之を敵の法人とすと規定した。故に敵性を決するに當該會社の株主の國籍如何は之を問はず、會社をば株主その人とは離れたる別箇の一體とし、一にその設立國又は營業地を標準にして之を決するのである。

されば米國の法人敵性標準は、左の重要な二點に於て英國のそれとの間に相違する所あるを知るべきである。即ち一は、英國にては英國設立の會社も敵軍の占領地にて營業する場合、若くは大陸護謨輪會社事件に於けるパーカーの所説にあるが如く、何れの地に居住するを問はず敵と密着し、又は敵の指揮を受け、又は敵の支配の下に行動する場合には、孰れも之に敵性を認むるのであるが、米國にては苟も米國にて設立の會社には敵性を認むることはないのである。他の一は、英國にては右の主義の結果として、敵の支配の下に行動するものなるや否やを判定するに方り、必しも該會社を獨立の一體と視ず、之を構成する株主の國籍如何を問ふのであるが、米國にては會社そのものの一體主義を尊重し、その構成分子如何を問題にせぬのである。米國がこの主義を適用したる代表的の判決例には *Behn, Meyer & Co. v. Miller* 及び *The Swiss*

第二次大
人の法と
敵性の

National Insurance Co. v. Miller 等がある(『講義』五九九節参照)。

二三五 英國政府は第二次大戦に於ても、開戦直後の一九三九年九月三日を以て對敵通商禁止法を發布せるが、その第二款に於て

本法に於て『敵』と稱するは左記のものを謂ふ。

(イ)英國と交戦の一切の國又は元首。

(ロ)敵國領土に於ける居住箇人

(ハ)本法に於て敵たる所の人に依りて管理せらるる限り、何れの場所に於けるを問はず業務に従事する一切の社團(法人たると非法人たるとを問はず)。

(ニ)英國と交戦の國に於て又ははその國の法律に依り構成せられ又は法人となれる一切の社團。但し敵國臣民たるの故のみにては當該人をその中に包含せしめず。

と規定した。即ち何れの地に於て營業するを問はず苟も敵人の管理を受くる所の會社、及び敵地に於て又は敵國の法律に依り成立せる會社は、孰れも之に敵性を認むることにし、大體に於て第一次大戦當時の設定所主義兼管理主義の方針を踏襲した。佛國の本案に關する法令は審でないが、察するに英國と同一歩調を取つたことであらう。

獨逸の之に對應すべき法令もこれ亦詳に知るを得ないが、開戦の直後に制定の捕獲令には、第八條第一項に『貨物の敵性なるや又は中立性なるやは所有者の國籍に依りて之を定め、所有者が無國籍人なるときは定

住所に依りて之を定む。會社が所有者なるときは該會社の所在地に依りて之を定む。』とありて、即ち會社たる法人の敵性に關しては本店(と解すべきであらう)の所在地が敵地(敵の本國又は占領地)なるや否やを専ら標準とし、管理主義は取らざるものと讀める。けれども敵國たる英佛兩國にして既に法人の敵性に定住所主義兼管理主義の擴大的方針を執れるに拘らず、尙ほ且右の規定を以て獨逸が満足すべしとは考へられず、蓋し之に對應すべき特別の法規の制定ありしことと思はるるが、之に就ては未だ充分の資料に接しない。

第四項 敵性の發性(その二、敵船)

第一目 倫敦宣言に由る英米主義と大陸主義の統一

船の敵性の發する事由

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

船の國籍と敵性

二三七 船の國籍とは該船に對する一國の管轄關係の示さるる所の船の身分である。船が一國の國籍に登記せらるる資格としては、昔はその船が該國內にての建造たるを要すと爲せる時代もあつた。これは歐洲に於て十七世紀頃までも行はれた風である。されど一方には經濟の國際化の趨勢に伴ひ、船の内外人間の賣買又は外國への造船注文が行はるるやうになりしと、他方には或は外國船を國內法規違反の廉にて沒收し、或

は戰時之を捕獲するなど稀ならざるに至れると共に、national buildをnational vesselsの要件とするが如きは事實が許さぬやうになつた。次には船主が自國人たること、及び(又は)乗員の全部又は大部分が自國人たることの要求である。これは今日でも、殊に船主に關しては、各國の船關係の法規の上に往々見る所である。然しながら船が一國の國籍を取得するに必要な條件は専ら國內法規の規定に屬すること、國際法の問題ではない。ただ特定の要件を具備してその國の船名簿に登録せられたるものは政府發給の國籍證書を該船内に具有すべきであるから、國際法は商船臨檢の交戰國軍艦に認むるにこの證書に依りて國籍を査問し、果してその國の國旗を掲ぐるの權利を有するものなるや否やを判定するの權を以てするのである。

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

英米の定住所主義

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

即ち英米主義に依れば、凡そ敵國旗を掲ぐる船は之に敵性を認むること勿論とし(これは往昔ストウエル

○ The Vrow Elizabeth (1808)の検定に於て論斷した所である)、その船主が中立國人であつても、敵國に現に定住所又は營業所を有する者であると、その船に敵性を認むるのである。之に反し船主が敵國人であつても、中立國に定住所又は營業所を有する者にありては、敵國旗を掲げざる限り、その船に敵性を認めない。且英國の法律に依れば、英國の臣民又は英國法律に依り設立せられたる商社にして英國領土内に主たる營業所を有する者に限り、英國の船の全部又は一部を所有するを得べく、且英國旗を掲ぐることを得としてあるから、敵國の臣民又は商社にして英國旗を掲ぐる船を所有するを得ない理であるが、他國の立法に於ては必しも然りとは限らない。

二三九 この英米主義に對する歐大陸殊に佛國の主義は、敵性の有無は専ら船の國籍に依りて之を定め、隨つて船主(又は荷主)が敵國人であらば之に敵性を認むるも、中立國人であらば之を中立性のものとして取扱ふのである。この主義は佛國の往昔より執り來つたもので、既に十九世紀の初葉に於ける同國の捕獲審檢例に *L. Hardy* 事件といふのがあり(『講義』六〇三節参照)、その判決には、中立國人が敵國に居住するの故を以て敵性を取得せざるは猶ほ敵國人が中立國に居住するの故を以てその敵性を喪失せざるが如しと説かれてある。

二四〇 倫敦宣言は大體に於て佛國主義に則り、原則として敵性と否とをその掲ぐるの權ある國籍に依りて決定することにし、第五十七條にその趣旨の規定を設けた。我が日本も船の敵性に關しては大體に於て夙に大陸主義に則り、明治三十七年三月大本營訓令の海上捕獲規程には、第六條の敵船と認むる種類の船の中

歐大陸の國籍主義

倫敦宣言第五十七條は大陸主義

我が日本も以前は大陸主義

昭和十七年三月の修正規定

國籍主義に對する三例外

に『敵國ノ旗章ヲ掲ゲ……航海スル船舶』(同條第二號)と指定し、以て掲揚國旗の如何を敵性判定の標準と爲したが、大正三年の帝國海戦法規に於ては倫敦宣言の本條を踏襲し、之を左の如くに明規した。

第十八條 船舶ノ中立性ヲ有スルヤ又ハ敵性ヲ有スルヤハ其ノ掲揚ノ權利ヲ有スル國旗ニ依リ之ヲ定ム。
中立船ニシテ敵國政府ノ特許ヲ得テ敵國ガ平時ニ於テ他國船ニ禁止スル航海ニ從事スルモノハ之ヲ敵船ト看做ス。

然るに大東亞戰爭の勃發後程なき昭和十七年三月、帝國海戦法規に一部修正が加はり、右の條文は左の如くに改まつた。これは後に述ぶる第一次大戰以來の列國の新方針に順應せしむべき自然且當然の改定たるものである。

第十八條 左ノ各號ノ一ニ該當スル船舶ハ之ヲ敵船ト看做ス。

- 一 敵國國旗ヲ掲揚スルモノ
- 二 帝國(同盟國)又ハ中立國ノ國旗掲揚ノ權利ヲ立證シ得ザルモノ
- 三 所有者ガ敵性ヲ有スルモノ
- 四 其ノ監督又ハ使用ニ因ル利益ガ敵國又ハ敵性ヲ有スル者ニ歸屬スルモノ
- 五 敵國政府ノ特許ヲ得テ航海ニ從事スルモノ

二四一 前述の如く倫敦宣言に於ては、船の敵性と中立性とを識別するの標準は、國旗移轉に關する規程は別にし、原則として該船の掲ぐる權利を有する國旗即ち國籍に置くのであるが、この原則に對しては三つ

第三款 開戦の齎らす直接の影響

の例外あるを知るべきである。その第一は、本條第二項の示す如く、中立船が平時に於て禁ぜられてある航海、例へば沿岸貿易の如きに從事する場合である。この場合には該中立船も之を敵船と看做すこと英米の從來の慣例であり、帝國海戦法規にも前掲第十八條(舊)の後段に於てそれが認められてある。第二は倫敦宣言第四十五條及び第四十六條に掲ぐる謂ゆる非中立的役務(軍事的幫助)の場合で、第三は同第六十三條に記する臨檢に對する強力抵抗の行爲に出でたる船である。これ等は追て適當の所に於て述べる。

二四二 敵性と中立性を判定する國旗は、『該船舶が掲揚の權利を有する國旗』とあるが如く、現に掲げて居る國旗ではなくして、船籍登記國の國內法規の下に於て掲ぐるを得る法律上の權利ある國旗を意味するのである。國旗は國籍を立證すべき重要標章であるから、眞に之を掲ぐるの權利を有する所の國旗たるに非ずんば、國旗としての立證效果の用を作さない。國に依りては、掲揚の權利なき國旗の掲揚に對し制裁を課するものもある。例へば英國の商船法(一八九四年)の第六十九條には、『(一)英國船を所有するの資格なき者に依り全部又は一部が所有せらるる船にして、恰も英國船なるが如くに装ふの目的を以て英國の國旗を掲げ、之を英國の國籍性に擬するものは、本法に依り沒收せらるべきものとす。但し敵の又は或交戦者權を行使する外國軍艦の拿捕を免れんがために之を掲げたることの推定ある場合はこの限に在らず。』とある。伊太利の商船法にも、伊國の國旗の濫用に對する制裁方が規定してある(第三百四十五條)。

二四三 前掲の英國商船法第六十九條の末段但書に依れば、敵の拿捕を免れんがためにする英國國旗の掲揚は不問に附せらるることになつてある。英國の船も、古來敵の拿捕を免れんがため中立國の國旗を掲ぐる

掲揚の權利を有する國旗

中立國旗の借用

こと珍しからずで、苦情の該中立國より起るあらば、適法の奇計として常に辯じたものである。第一次大戦中に於ても、英國の商船中には右の目的のために隨時中立國殊に米國の國旗を使用したものもあつた。一九一五年五月七日、英船ルシタニアが獨逸潛水艦の襲撃を受け、便乗の多數の米國人を海底の藻と化せしめたが、同船は是に先だち大西洋往復の途次、愛蘭の沖合を航する際には米國旗を掲ぐるを例とした。されば米國政府は一九一五年二月十日の對英覺書に於て之に關し抗議したるに、英國政府は之に對し、敵艦の襲撃回避の奇計手段としての中立國國旗の借用は古來違法とする所に非ず、英國は中立國たるの際に之を交戦國に承認し、現に米國は之を利として南北戰役の折に英國旗を借用したことあるではないかと反駁し、米國政府をして遂に泣寝入りせしめた。英國の國際法學者は概ね之を適法として辯護し、例へばヒギンズの如き、船の敵性なるや否やは該船の之を掲ぐる權利を有する國旗に依りて決すべきが、交戦國軍艦は該船の掲ぐる國旗が果して之を掲ぐるの權利あるものなるや否やを突止むるために臨檢するの權利を有するのであるから、船が拿捕回避のため中立國旗を借用したからとて違法とはならずと論ずる(Hall, Higgins, § 187, p. 650)。蓋し過去數百年來の慣例から云へば、斯かる借用を適法と辯護するに力あるべけんも、純理論よりせば一の弊と謂ふべく、決して稱揚すべき慣例ではないやうに思ふ。

二四四 當該船が敵性を有するや否やはその之を掲ぐる權利を有する國旗に依りて定むるも、然らばその之を掲ぐる權利は現に拿捕の行はるる際に於けるものたるや、將た捕獲審檢所に於て檢定を下す際に於けるそれなるや。之に就ては、前説を可とすとの見解が多い。佛國の捕獲審檢所にては、第一次大戦中同國軍艦

掲揚の權利を有する國旗

の拿捕したる *Ariadne No. 1* の検定に於てこの見解を明かにした。同船の船主は獨逸人なるも、開戦に先だつ數年前に佛國にて登記せられたるより、開戦後も佛國の國旗を掲げて航行せしが、その間に拿捕せられたもので、その拿捕の行はれたのは佛國政府が英國に倣ふて倫敦宣言の本條を事實廢棄するに至れる前であつた。而して拿捕の直後、佛國政府は同船の登記を取消し、佛國の國旗を掲ぐるを得ざるものとした（一九一五年五月二十一日）。然るに佛國の捕獲審檢所にては、拿捕後に於ける右の取消は無効である、船の敵性の有無は拿捕の際に於て掲ぐるの權ある國旗に依り決すべきで、本船はその際には佛國の船として登記せられてあつたものであるから、當時尙ほ有効と認められてあつた本條に依りて拿捕すべからざるものである、拿捕後に於ける該船の讓渡、登記の更正又は取消等は、拿捕者又は船主の權利の上に何等の新効力を生ぜしむるものでない、といふ理由に於て解放の検定を下した（*Fauchille, Jurisp. Franç., p. 109; Garner, Prize Law, § 279, p. 367*）。この検定は、事實既に敵人の所有となれるも尙も佛國の國旗を掲ぐるを得たる船に取りては好都合のものであつたが、別に述ぶる諾威船 *Solveig* に関しては、同じ論據の下にその結果に於て逆に沒收の検定となつたものである。

二四五 船の特定國旗の掲揚權は、普通にはその具有する船舶書類、殊に船舶國籍證書（即ち船籍港を管轄する管海官廳の發給する登記證明の文書で、それには普通に船名、噸數、船長の氏名、船の取得方法に關する事項、登簿船主の氏名國籍等を詳記する）に依りて判定すべく、之を具有せず、具有するもその國籍を立證する能はず、隨つて特定國旗を掲ぐるの資格あることが該書類の上に於て立證せられざる場合には、敵

國旗掲揚
權を立證
すべき船
舶書類

船と推定せられても已むを得ない。（尤も各國の捕獲審檢所にては、この推定に對し反證を擧ぐることを利害關係人に許すのが一般の慣例となつてある）。船舶國籍證書には面白き沿革もあるが（*Rienow, Nationality of a Merchant Vessel, p. 155* 以下参照）、今日では何れの海上國も、その船が自國の國旗を掲ぐるに就て必須的に具有すべき證書とせざるはなく（例へば帝國船舶法第六條）、且通商航海條約の上にその具有の要を規定するものも少なからずある。たとひ條約上の規定なしと雖も、大概の國々の國內法規（多くは關稅規則）には、外國船は入港せば先づ船舶國籍證書を稅關官憲に提示すべきことが規定してあるから、これなくんば事實に於て航海は能きぬ譯である。

二四六 拿捕せられたる中立船にして船長より船舶書類の提示が無かりしとの理由に於て、それを適法の捕獲物と検定したる判決の一例は、第一次大戦中に獨逸潛水艦の拿捕し次で破壊したる諾威船 *Davanger* のそれにある。本船は一九一五年六月、蘇格蘭の沖合にて獨逸潛水艦之を拿捕し、附近遊弋の英艦に奪回せらるるの處ありと見て、次で之を撃沈したものである。獨逸官憲の本船に就て取調べた所に依れば、本船にはその諾威船たることを證明すべき何等書類を船長より提出しなかつたとある。漢堡捕獲審檢所の右の拿捕及び破壊を適法と爲せる検定に對し、その抗告を取扱へる伯林の高等審檢所は原検定を肯認した（『講義』六一〇節参照）。

二四七 管に船舶國籍證書を具有せず又は具有するも不完全なるのみならず、反對に敵の國旗が船内に發見せられ、或は船員訊問の結果、又は船員の國籍、又は發見の種々の書類よりして、その敵船たることの推

反對に敵
性推定の
物件發見

船舶書類
の提示な
き場合

定められたが如き場合には、當然没収は免れない。その例は第一次大戦中の *Rosita*, *Seyhoun*, *Cydus*, *Caïque X*, *Bautre X*, *Sélimié* 等諸船の検定にある。尤も船主に反證を擧ぐるを許すことあるのは *Solweig* の検定に示さるる如くである。(以上七件の要旨は同上、六一一節参照。)

二四八 船の敵性なるや否やをその掲ぐる權ある國旗に依りて決する原則には、本條の冒頭にあるが如く、國旗移轉に關する規定即ち倫敦宣言第五十五條及び第五十六條(帝國海戦法規第二十二條及び第二十三條)は適用しない(このことは尙ほ別に述べる)。随つて或船にして中立國に船籍を移し、その結果として該中立國の國內法規に依りその國旗を掲ぐるの權利を得て之を掲ぐるものにしても、尙ほ且倫敦宣言の當該規定の下にその移轉が違法とせらるる場合もあるべく、随つてその掲ぐる中立國旗は以て該船の中立性を有するものと決定するの標準にならぬこともある。

第二目 第一次大戦以降列國の英米主義追隨

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

國旗移轉に關する規程は適用せず

第一次大戦と倫敦宣言第五十七條

英國の本條廢棄

二五〇 然るに本條の規定の下にありては、敵人所有の船にして中立國旗を掲げて航行する限り、その捕獲を免れしむるの餘地あるを示した。例へば米國在住の獨逸の船主が米國の國旗を使用し、米國より歐洲の中立港殊に和蘭に貨物を送り、之を獨逸に轉送せしめる。即ち表面は中立國旗を掲ぐるも實際は全部又は主要部が敵の個人又は會社である所の事實上敵船たるものを、本條は中立性を有するものとして保護することになる。斯かる實例の頻々行はるるのを發見したる英國にては、本條の非を論ずる聲は急に高まつた。特にホルランド教授は書を倫敦タイムスに寄せ、『國旗を以て船の性質を決するは、それが敵國旗の場合にのみ限らるべきで、中立國旗を掲ぐる船に對しては、先づその國旗の裏面に突入り、船主の國籍を尋問するを妨げず。』と論じて本條違由の要なきことを力説した(The London Times, Oct. 21, 1915)。英國政府も、追て述ぶる The Dacia 事件以來、本條の實際に適切ならざることを認め、一九一五年十月二十日の勅令を以て『倫敦宣言第五十七條は之に違由するの不得策なるに鑑み、最早やその效力を認めず。』と宣し、その結果として船の敵性と中立性とは國旗に依らずして船主その人の國籍に依りて之を決することにした。

二五一 斯の如くにして英國が率先本條を廢棄し、船の敵性と否とを船主の國籍に依りて決する従前の主義に復歸するや、これ亦 The Dacia 事件に於て英國と所感を一にせる佛國政府は、之と同一の方針に出づるの要を認め、同一一九一五年十月二十九日の大統領令を以て英國の前記勅令と大體同一の新方針を發表した。尤も佛國政府は正面から倫敦宣言第五十七條を廢棄するを爲さず、ただ本戦役中本條をば『中立國旗を掲ぐる船にして事實敵國人若くは敵國在住人に屬するものとの證據ある場合には、該船は之を敵船と看做す

他の聯合國に倣ふ

べし。』と修正して適用することにし、その實に於て廢棄同様にした。斯く倫敦宣言第五十七條を廢棄したる結果として、英佛兩國は現に掲ぐる國旗そのものみならず、實際の船主は何者なるや、會社であるとせば株主及び重役の國籍は如何等といふ奥底までを取調べ、然る上にて該船の中立性なるや敵性なるやを決することにした。而して佛國政府は翌一九一六年一月三十日制定の『海軍訓令』に於て、第二十七條に『敵國國旗を掲ぐる船が事實中立國又は同盟國の國民の所有に屬し、若くは中立國又は同盟國の國旗を掲ぐる船が事實敵國人又は敵國領土居住者の所有に屬することが立證せられたるときは、該船はその各場合に應じ之を中立國、同盟國、又は敵國のものとして看做す。』と規定し、以て掲揚の國旗そのものよりも實際の船主如何を敵性有無の判定標準と爲すことの意を明かにした。

伊太利は由來敵性の標準を國旗に取る主義で、即ち船はその掲ぐるの權ある國旗に依りて國籍を表示すとの主義から、船主その人の國籍如何に拘らず中立國旗を掲ぐるものは之を中立船と認むると同時に、敵國旗を掲ぐるものは船主が中立國人又は自國人であつても之を敵船と看做した。故に第一次大戦参加後、伊國捕獲審檢所にて *Leonilda, Spuma, Gorizia* 外若干隻の審檢を行へる結果、その船主は孰れも伊太利人なるが、埃匈國の國旗を掲げ居りしが故に敵船なりとの理由の下に、孰れも沒收の檢定となつた (*Frauchille, Jurisp. Ital.*, pp. 185, 386, 402, 429)。但し特定國の國旗を掲ぐるの權なき船に限り、船主の國籍に依りてその性質を決定すと爲せることは *Atlanta* の檢定に於て示されてある (*Ibid.*, p. 435)。然るに伊國も程なく英國の聲に倣ひ、専ら船主その人の如何に依り敵性を取捨するの方針を執るに至つた。その他露國の如きも亦同様の措置に出でた。

様の措置に出でた。

二五二 特に英佛兩國、就中英國は、この新方針をば主として獨逸資本の經營に係ると傳へられし新設の米國大西洋汽船會社に對して厲行し、その所屬船數隻を捕獲したが、その他たとひ國旗が中立國のそれであつても、船主が獨逸人なりと認定する船に對しては、之に敵性を認めて假藉せざるに至つたので、獨逸も報復手段として一九一六年七月十六日の勅令に依り、凡そ中立船にしてその全部又は主要部が敵國人の所有に係るもの（敵國內にて營業する會社商會等を含む）は敵船と認むべしとした。獨逸は由來船の敵性如何はその掲ぐるの權ある國旗に依りて之を決し、疑はしきものにありては、その權を立證するの責任は船の側にありとし、立證不能の場合に於て始めて之を敵船としたものである。その一例は曩に記したる諸威船ダヴァンガの檢定にある。のみならず獨逸は、自國船の中立國への國旗移轉を當初は却つて禁止、たとひ中立國の船籍に登録されても之を違法と視るの方針であつた。（尤も中立國國籍への移轉後、それが専ら獨逸仕向けの物資輸送に従事するのならば之を認許する、といふ聊か蟲の善い方針を併せて執つて居つたやうである）。然るに戦局の進むと共に、獨逸は却つて中立國籍移轉の安全なるを感じ、寧ろ之を奨勵するの姿となつた。隨つて中立國殊に和蘭の國籍に移轉せしめたる獨逸船は少なからずあつた。對獨平和條約第八編、第四附屬書の七に『獨逸國ハ同盟及聯合國ノ同意ナクシテ戰時中中立國國籍ニ移轉シ又ハ現ニ移轉ノ中途ニ在ル一切ノ船舶ニ對シ完全ナル所有權ヲ取得スル爲、賠償委員會ノ指示スル一切ノ措置ヲ執ルコトニ同意ス。』との規定を見るに至つたのは、會々以て中立國への國籍移轉の船の少なくなつたことを證するものであらう。然る

に獨逸は今報復手段として、中立國旗を掲ぐる船とても船主を敵國人なりと認定するものは、之を拿捕するに遠慮せざるに至つた。

二五一 船の敵性と否とを決する標準として普遍的の國際法規となるべかりし倫敦宣言第五十七條は、上叙の如き經緯の下に第一次大戰中途に廢棄となれる結果として、英國は従前の自國の主義慣例としたる所に還元し、佛伊諸國は従前の信條であり加ふるに倫敦宣言に於て採擇せられたる國籍主義をば一擲して英國の爲す所を追ひ、獨逸も報復的に同様の方針を執るに至つた。この間にありて倫敦宣言の本條と同一の主義を少なくも自國の法規の上に株守するものは、世界主要の海軍國としては、我が日本は蓋し殆ど唯一の國であつたであらう。尤も我國は英佛伊露諸國が倫敦宣言の本條を正式に又は事實的に廢棄したる當時、本條に該當する帝國海戦法規第十八條を改正するには至らなかつたけれども、敵國にして帝國海戦法規の規定と異なる措置を執る場合には該法規に依らずして適宜の規定を設くること第六條の規定する所であるから、實際問題に臨んだ場合には、やはり英佛伊露獨諸國の新方針に則つたことであらう。されば船の敵性を定むる準則としては、倫敦宣言が不批准となり別して同宣言第五十七條の廢棄のことが特に強調せられた以後の今日にありては、一に各國自身の慣例とする所又は是なりと認むる所に從つて取捨する以外に、國際法規とは全然無い譯である。既にそれが無いとすれば、將來の戦時に於て交戦諸國の捕獲審檢所は多くは第一次大戰中の檢定例に準據すべく、而してその援用せらるるものとしては、倫敦宣言の規定に背馳する所の古來の英國主義に由る判決例が自然勝を制し、孰れも之に追隨することになるであらう。

現在各
國各自の
主義に依
る外ない

第三目 國旗移轉に關する第一次大戰前の慣例

國旗移轉
の目的

二五四 船の敵性の有無はその掲ぐる權利を有する國旗に依りて決定すること倫敦宣言第五十七條（及び帝國海戦法規（舊）第十八條）の規定する所であるが、同宣言第五十七條にはその冒頭に於て『國旗移轉に關する規定を除き』の除外例が設けられてある。抑も交戦國の商船は何時にても敵に拿捕せらるべく、而してその積む所の敵貨は、たとひ戦時禁制品に非ずとも沒收せらるべき運命を有する。この危険があるので保険料は暴騰し、反對に積荷は減少し、隨つて營業は引合はなくなる。然るに中立船は、拿捕を受くることはあるも、その積める敵貨は禁制品に非ざる限り、巴里宣言第二條に依り沒收を免かるるのである。故を以て交戦國の船主は、開戦の危機が迫ると共に、若くは開戦となれる後に於ても、賣買讓渡の形式に依り自己の船の名義を中立國籍に移轉せしめんとするは有勝ちのことである。斯かる移轉は如何なる場合に於て有効と認めらるべきか。

二五五 之に關しては、由來英米主義と大陸主義とはその軌を一にしない。英米主義に依れば、敵船の中立人への賣買讓渡は、開戦を豫想してその直前に行ひたるものも、又は開戦後に行はれたものすらも、それが單なる着色的でなくして誠實の取引である限りは、之を有效と認むべく、その船が敵港（封鎖港を除く）に在ると中立港に在るとを問はない。別語にて云へば、たとひ賣買讓渡が敵國の拿捕を免かれんがためであつても、苟もその受渡が誠實且完全に行はれたるもの、例へば賣買證書の單なる取換しでなく、又買戻しの

移轉の効
力に關す
る英米主
義

移轉の狀
態以外に
賣買主の
機を問は
ず

條件が附せらるるのではなく、代金の受渡が完全に済み、且船自體が完全に買主に渡つてあるものならば、買主の立證の責任の下にその有効を認めるのである。勿論その受渡が封鎖港にて行はれたり、又は航海中に契約したのみであつたならば無効たるべきも (Oppenheim, II, § 91, p. 131 参照)、さもない限りは之を有効とする。故にその效力を決する標準は移轉の状態に在りて、賣主の動機には在らずと爲せるもので、これは戦時商取引の自由の尊重といふ所から來た一原則となつてある。尤も英米主義の下にありても、國旗移轉にして前述の如く單に色の塗替に過ぎざる覆面的のものはその效力を認めないのであるから、随つてその移轉が果して交戦國の權利を妨げんがために行はれたるものに非ざるか、又敵人の所有權が完全に失はれて買主たる中立人の手に完全に移つたものであるか、を判断せんがため、交戦國はその移轉の内情を取調ぶべく、又取調ぶるの權あるものとしてある。

米國も亦大體に於て同一の主義を執り、戦時中に於ける敵船の中立人への讓渡にして善意に出で、且無留保の完了のものであらば、適法としてその效力を認むるのである。

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

我國は從
大體に
於て英
米に
主於義

大陸殊に
佛國主義

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

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

『一。軍艦以外の敵船の中立人への讓渡は、賣却に依ると贈與に依るとを問はず、交戦中又は交戦を豫想して行はれたることの單なる事實に由り無効とならざるものとする。

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

倫敦海戦
法規會議
に於ける
各國案

場合。

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

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

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

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

といふにある。獨逸の提案も

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

といふ佛國案に勝るも劣らざる峻嚴性のものであつた。我が日本代表も亦前掲の明治三十七年の帝國捕獲規

程を追ひ、大體英國案に則れる左の一案を提出した。

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

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

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

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

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

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

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

第五十六條 戦争開始後船舶を中立國籍に移轉したる場合には、該移轉にして敵船たる性質より生ずる結果を免れむが爲めに行はれたるものに非ざることの立證せられたる場合を除く外、之を無効とす。

然れども左に掲ぐる場合には、移轉は絶対に無効と看做す。

- 一。移轉が船舶の航行中に於て又は封鎖港内に在る間に於て行はれたる場合。
- 二。移轉が買戻又は返還の條件附なる場合。
- 三。國旗掲揚の權利に關し國旗國國法に規定せる條件を遵守せざる場合。

要するに右兩條の規定は、移轉が相當早く且誠實に行はれたるものにありては、その移轉を無効とすべき理由は無いとす、ただ交戦國は、それが果して右の條件に合格すべきものなるや否やを検討し、若し『該移轉にして敵船たる性質より生ずる結果を免れむが爲めに行はれたるものなること』が立證せられたる場合には之を無効とすべきも、さもない限りは效力を認めるといふのが大體の趣旨で、語を換へて云へば、開戦前の移轉は、それが異圖の下に行はれたるものと拿捕者に依りて立證せられざる限り原則として有効とし、開戦後の移轉は、それが異圖の下に行はれたるものに非ずと立證せられざる限り無効とするのである。(但し後者の場合にありて、之を立證すべき責任者は賣主たる敵人なるや、將た買主たる中立人なるやに就ては明規なく、ために第一次大戦中に英佛兩國その取扱振を異にしたる始末は追て述べる。)

二六一 國旗移轉效力問題は斯く倫敦宣言の上に妥結を得たので、佛國は同宣言の調印後程なき一九二二年十二月制定の海戦訓令の第百十二條に於て、同宣言第五十六條と全然同一——但し末尾に『例へば相續に

帝國海戦
法規も亦
然り

由るが如き』(“par exemple par suite d'héritage”)の一句を添加したる以外には——の條句を採擇し、茲に古來の開戦後の移轉の絶対非認主義を抛つて他の諸國の主義に一致せしめた(この添加の一句はルノール報告書中の説明に據つたものと思はれる——*Ibid.* p. 328 参照)。帝國海戦法規も第二十二條及び第二十三條に於て倫敦宣言の前掲兩條をの儘に採擇した。

第四目 國旗移轉問題の第一次大戦中の取扱振

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

交戦諸國

二六三 是に於てか國旗移轉に關しては、各交戦國は特に國際法上確定の原則に悖戻せざる限り、各自從

倫敦宣言
第五十七
條廢棄の
影響

は大體從
前の主義
に轉向す

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

二六二 今第一次大戦中、國旗移轉の效力問題を主要交戦國が如何に取扱ひたるかに關し二三の代表的實例に徴せんに。先づ開戦前に行はれたと稱する移轉に係る英國捕獲審檢所の檢定としては、獨逸船 *Tommi* 及び *Rotherstand* を代表的に擧ぐべきである(その檢定の内容は『講義』六三五節参照)。次に開戦後に於て行はれたるそれによりては、英國捕獲審檢所にては當該讓渡が敢て拿捕を免れんがために行はれたるに非ずと船主に於て立證し得るに非ざる限り之を無効とするが、反對に、その讓渡にして善意に行はれ、何等詐偽的事情の伏在することなしと認めたるものにありては、たとひ戦時中に於て行はれたるにしても之を適法のものとして認める。その前者の例には *Kankakee* (外に *Hocking* 及び *Genese* の二隻)に關する檢定があり、後

英國の例
決例

者には *Lenora* のそれがある(『講義』六三六節参照)。

殊に英國はその主義として、例へば倫敦宣言第五十六條の要求する讓渡の善意に關しても、苟も買主にして拿捕より免れしめんがためにその船を讓受けたに非ずと立證し得たならば、賣主の之を讓渡するに至れる眞意如何は敢て問ふを要せずとする。この見解は *The Edna* に關する檢定に於て示されてある(同上、六三七節参照)。

二六五 佛國は第一次大戦中、國旗移轉の效力に關する問題に關しては次第に倫敦宣言の規定を離れ、極めて峻嚴の解釋を執るに至つた。乃ち開戦前に於て行はれたる敵船の中立國籍への移轉にして拿捕を免れんがために行はれたる謂ゆる着色的のものは之を沒收すること例へば *Colonia* の如きもあつた(『講義』六三八節参照)。

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

- 一。交戦國商船は開戦後之を中立國に移すに妨げなきこと。
- 二。船の讓渡が善意に行はれ、賣主に於てその名義又は利益に何等留保を附せず、戦後該船を買戻しすることの何等了解が明諾的にも默諾的にも存せず、且共謀的又は着色的の取引たることの象徴なき限り、

英國は賣主の眞意如何を問はない

佛國の方針は極めて峻嚴

米國の主義

その賣買は有效なること。

- 三。然れども封鎖港に在る間及び航行中に於ては移轉を爲すを得ざること。
- 四。移轉は中立人たる買主の所屬國の國法に規定する條件に遵由して行はるべきを要すること。
- 五。開戦後敵船を中立國籍に移轉したる場合には、該移轉にして敵船たるの性質より生ずる結果を免れんがために行はれたるものに非ざることの立證せられたる場合を除く外之を無効とすとの倫敦宣言「第五十六條」の規定は、單に該移轉の善意のことに關するに止まり、その善意を立證するの責任者を逆にすると共に、非交戦國の國旗の下に航行することより生ずる自然的利益に浴せんと欲する當事者の終局的動機に關するものに非ざること。

といふを趣旨としたものである (*U.S. Sen. Doc., No. 563, 63rd Cong., 2nd Sess., 1914, p. 83*)。之に對し佛國政府は、倫敦宣言は佛米兩國共に正式には批准こそせざりしも、第五十六條には兩國共に賛意を表したるものなること、獨船の米國への讓渡は明かに敵船たるの性質より生ずる結果を免れんがためといふその目的を以て行はるるものなること、且この讓渡は、まさしく航行中に行はるるもので、ただ交戦のためには妨げらるるといふに止まること、又暫く倫敦宣言を離れて論ずるも、この讓渡は交戦に伴ふ結果より敵を免れしむるに於て敵に幫助を與ふるものとし、當然重大なる異議を挾むの餘地あるものなること等を指摘して抗議した (*U. S. For. Rel., 1914, Suppl., p. 490*)。英國政府も『交戦國の原所有者たることに伴ふ結果を免れんがため交戦國臣民所有の船を中立港に於て讓渡し且中立國旗の下に該船を使用することは、倫敦宣言の禁す

る所なり。』と稱して軽く抗議せるが (Ibid., pp. 481, 489) その以上は強く主張する所なく、寧ろ米國の獨船買収を黙認するの態度であつた。

二六七 國旗移轉に關する米國政府の前記の方針及び之に對する英佛諸國の見解が具體的問題となつて現はれたる顯著の二問題は、獨船 *Dacia* に關するそれであつた。グシアは第一次大戰の始まれる直後に米國の諸港に避難したる漢堡亞米利加汽船會社所屬船の一で、テキサス州の一港に碇泊中、一九一四年十二月六日付の賣買證書を以て米國の一商社に讓渡せられ、翌一九一五年一月四日、同港にて米國の船舶法に依り登記を了し、船主も船籍も共に米國のものとなつた。この登記に先立つ二日前の同一月二日、在華府英國大使館は『開戦後交戦國船の中立國旗への移轉は、或條件の下に於てするものは之を有效とすること英米の從來の法則なるも、同時に斯かる移轉に關しては對戰國として最嚴密の取調を行ふの權を有することも亦既定の法則なること、且この取調は賣買の性質、買主の人物及び職業、船員の構成、殊に當該船が移轉の前後に従事せる任務等に就て行ふが既往の例なること是れである。右は國務省の蓋し熟知する所なるべきを信じて疑はぬが、何等誤解を避けんがため、英國政府は本件の如き及び同様の事情の下に於て行はるる國旗移轉の效力の承認如何に關し、自國の權利を留保せざるを得ざることを當館はこの機會に於て指摘する。』といへる覺書を發表し、次で同一月十二日、在華府英國大使は國務長官に宛て一私信中に於て『開戦前に米國商社の誠意に所有せる船にして讓渡後船員に敵國人を有せず、敵港に又は敵への供給基地たるべき中立港に物資を輸送するに非ざるものに對しては、英國政府は今日まで異議なくその讓渡を認め來りしも、船が元と米國人

本船讓渡の效力に關し英佛の見解

The Dacia, 1915

本船佛艦に拿捕せらる

以外の者の所有に係るものに對しては、國旗移轉は非中立的の目的に利用せらるる可能性に鑑み、自然之を嫌疑視する。グシアは獨逸の一汽船會社より市價の三分の一の價格にて米國の獨逸系の一商社に讓渡され、將に獨逸の一港に向はんとすると聞く。羅馬尼船スタヤ・ローマナはブレイメンにて米國の船籍を取得し、表面米國に向ふと稱して同港を發したが、今日まで米國に着せしを聞かない。これ等諸船の國旗移轉の結果として英國政府損害を受くるならば、賠償要求を米國政府に提起することあるべしと思惟する。』と述べた。その後米英兩國政府間に尙ほ數次の照覆ありしも略し、在華府佛國大使も一月十六日(一九一五年)付を以て米國國務長官に對し、本件の如き國旗移轉は吾等の敵國に作戰遂行の資金を供給するに異なるなく、且同盟國艦隊の制海權より一戰を交えずして逃避するの結果を敵國に與ふるもので、事實敵國に對する一の幫助行為と認むる旨を披陳し、翌二月十六日、重ねて同國務長官に對し之を敷衍せる通告を發した。

二六八 斯かる間にグシアは豫定の如くガルヴェストンを發してロツテルダムに向へるが、途上英吉利海峡にて遂に佛國の一軍艦に拿捕せられた(一九一五年二月二十七日)。同海峡は英國艦隊の常に遊弋して警戒を怠らざりし所なるが、それにも拘らず本船は何故に英艦に依り拿捕せられずして佛艦の拿捕する所となりしかに就ては、別に面白い一挿話があるも、餘談であるから今略する(『講義』六四六節参照)。而して佛國捕獲審檢所にては本船の讓渡を無効と認め、沒收の檢定を下した。但し載貨は本訴訟の目的となつて居らぬといふ理由で、その代金を荷主に還附することになつた。船主側は『元來讓渡の善意如何を決定すべきものは買主の意思で、賣主のそれではない筈である。本件の場合に、賣主の眞意如何を買主に於て突止むるが如き

は到底不可能であるが、本件に於ける賣主の意思はと問へば、それは畢竟徒らに古船を中立港に寝かして置くの不利に顧みたが故に外ならない。』と論じて上級審検廷に抗告した。けれども『買主は己れ自身の無害の意思を宜しく立證すべきのみならず、賣主のそれをも立證すべく、且本讓渡は、假に開戦なかりしとするも必然行はれたものとのことを立證するを要すべきに、その立證甚だ不充分なり。』との理由にて棄却となつた (Fauchille, *Jurisp. Franç.*, pp. 94, 101, 327-9)。

二六九 想ふに本件に關する佛國捕獲審檢官憲の右の見解は、苛酷といへば確に苛酷の嫌あるを否み得ない。賣主の眞意如何を買主に於て的確に立證するが如きは、本抗告人の云へる如く、又英國の法廷にても認めらるる如く、よしんば不可能に非ずとするも、事實多くは至難であらう。ダシアの讓渡を以て拿捕を免れんがためにせるものと斷ぜざるは、必しも全然理由なしとは云へない。なぜならば、本船にして港外に出づるあらば必然拿捕を受くるを免れぬからである。けれども更に他の一面から見れば、本船にして引續き港内に碇泊する限りは拿捕せらるる危険は無いのであるから、必しも一に拿捕を免れんがために讓渡したものと云へまい。ただ出港すれば拿捕せらるる危険があるから、出港はしたくない、さればとて碇泊した儘で船を遊ばして置いたのでは損であるから、買手を探し適當の値段で放賣する。これは普通の商取引であるまいか。倫敦宣言は必しも戦時中は何なる場合にも船の賣買相成らずとしたものではない。いや航行中に於て又は封鎖港内に在る間に於て行はるる以外には、讓渡の權利を認められたものである (勿論その適法に行はれしことを立證するの要はあるけれども)。別言すれば、倫敦宣言の禁する所は主として航海中及び封鎖港内に於

その檢定
の當否

ける讓渡にありて、中立港に於けるそれではない。若し中立港に於ての讓渡が捕獲を免るるためとの故を以て不法なりとするならば、如何なる場所及び場合に於けるそれをば以て適法なりとすべきか。恐くは開戦後に於ける船の讓渡に一も適法を認むべき場合なしと云ふことにならう。乃ち英國の樞密院司法委員會のエドナ事件に關する前掲の裁定中に於て『讓渡が拿捕及び沒收を避けんがためでなく、その以外の目的に出づると讓受人に於て立證するの義務ありとせば、その論法を押し詰むれば、讓渡の效力は殆ど一として之を認むるを得ざるに至らん。』と云へるは、一理ある言として首肯せざるを得ない。尤もダシアは、その讓渡が行はれたる後依然獨逸との通商に従事したもので、それが佛國捕獲審檢所の心證を害し、右の檢定を下さしむるに與りて力ありたることかとも思はれる。隨つて假にダシアにして讓渡後南米なり東洋なりの航路に充てられしならんには、佛國の之を拿捕するありとしても、或は右と異なる檢定となつたかも知れない。

二七〇 英佛兩國の各捕獲審檢所に於ける倫敦宣言第五十六條の見解は概略上叙の如しとし、獨逸のそれはどうでありしかと見るに、獨逸にては、敵船の開戦後に於ける中立國旗への移轉は、拿捕回避のために行ひたるに非ずとのことが明確に立證せらるるに非ざる限り之を無効とすること、*The Pass of Bahama* 事件の檢定に於て、『本船の加奈陀より米國への船籍移轉は違法である。獨逸捕獲令第十二條の開戦後敵國の國旗より中立國のそれに移轉せられたる船は、拿捕艦長に於て該讓渡は假に開戦なかりしとするも尙ほ且行はれたものと推斷するに非ざる限り、依然敵船と看做すべしとの規定は、事實倫敦宣言第五十六條と同一で、宜しくこの規定を適用すべく、殊に拿捕を受けた際に掲げ居りたるその國旗を掲ぐるの權は該船の帶有する

獨逸の解
見も峻敵

船舶書類にて立證すべしといふのが獨逸捕獲令の規定なるも、今本船は之を帶有せず、且該讓渡は假に開戦なかりし場合にも尙ほ且行はれたるものと利害關係人に於て立證しないのであるから、該讓渡は無効なり。』とあるに徴すべきである。この點に於て獨逸は、佛國のダシアの檢定に於けると均しく、倫敦宣言第五十六條を峻嚴に解釋したものである。

二七一 伊太利は第一次大戦中、開戦後に於ける敵船の讓渡は原則として之を假面的のものと推定したること、而してこの推定に對しては反證を擧ぐるを許すも、之を擧ぐるの責任は中立人たるその買主に在りと爲したることは、大體に於て佛國の方針と同じであつた。開戦前に行はれたる讓渡にありても、その着色的と認めたるものは勿論之を無効とする。その重なる判決例には塊船 *Alunta* 及び *Eugenia* に關する檢定がある(『講義』六四五節参照)。

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

この問題に關しては第一次大戦中、獨逸捕獲審檢所に於て元英人の所有にして後に瑞典人に賣られたる一汽船 *Orion* に關する檢定に、本船の賣買契約の成立したのは開戦直前の六月(一九一四年)某日、現物の受渡ありたるは翌七月二十五日で、船籍證書の瑞典政府より下附ありたるは同年十月二十二日なるも、瑞典國旗の掲揚權は本船の現に賣主より買主に移れる右の七月二十五日を以て發生したるものと看做すべしとあ

伊國の主

移轉の新國旗掲揚權の發生

獨逸は之を現物受渡の時よりとす

佛國は移轉登記完了時主義

その例外

中立國の政府への敵船移轉

之に關す

る。即ち必しも常でありしか否かは詳ならざるも、少なくともこの場合には、現物受渡の時を以て新國旗掲揚權の發生期と爲したものである。

然るに佛國にありては、既に現物の受渡を了れるも國旗移轉の登記未済のものであれば、現船主は拿捕者に對し遡つて移轉の效力を主張するを得ずとする。即ち移轉登記完了主義である。その例は第一次大戦中、同國捕獲審檢所に於て諸威國旗を掲げて馬耳塞に入港し、碇泊中米國の一會社に轉賣せられたる元丁抹所有の *Sobweig* に對し佛國捕獲審檢所の下したる檢定にある(『講義』六一一節、註七参照)。

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

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

米國政府は第一次大戦開始後間もなく、時局に處し自國の通商を維持増進せしむるに就て國內の現有船に

不足の甚しきを認め、一九一四年十二月外國船買收法案を議會に提出し、大統領ウキルソンは同月八日兩院聯合會議に於ける演說中に於てその通過を要望した。同法案に依れば、商船の買收、維持、及び運用を目的として米國の法律の下に組織せられたる何等會社の株の五割一分までを政府が所有することを得べく、その重役會は大藏長官、商務長官、及び郵務總監の三名にて之を構成する、又大統領は本法に依り買收又は建造する船を自由に貸與、移轉、その他の方法にて利用するを得るといふので、要するに本法案の目的は、當時米國諸港に繋留する何十隻といふ獨逸船を買收し、之を米國の船籍に移轉せしめて大に利用せんとするにありて、即ちその買收者は事實政府であり、且政府の持株數といひ重役會の構成といひ、會社そのものも事實政府の一機關とするの趣旨であつたこと疑ふべくもない。

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

第五項 敵性の發性(その三、敵貨)

第一目 敵貨に關する一般的原則

貨物の敵性と倫敦宣言

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

一九〇九年の倫敦海戰法規會議に於ては、貨物の敵性問題も幾回の討議を重ねたが、謂ゆる英米主義と大陸主義は容易に妥協を得ず、ために明確なる定則を立つるに至らなかつた。倫敦宣言第五十八條は貨物の敵性又は中立性を有するやは該貨物の所有者が敵性又は中立性を有するやにて決すと規定せるが、然らば貨物の所有者が敵性を有するや中立性を有するやは何に依りて決するかと問へば、之に答ふべき何等規定を有しない。この根本の缺陷よりして例へば敵船を拿捕、破壊、又は没收するに方り、載貨を同様の處分の下に立たしめ得るものと得ざるものととの區別如何、船と共に打沈めたる載貨の荷主に對しては賠償の義務あるや如何、無害の載貨も同じ載貨中に戰時禁制品のあるがため有害性の感染したるものは均しく没收するを得るや如何、敵貨にして中立船積載のもの即ち巴里宣言第二條に依り拿捕を免除せらるべきものも、尙ほ且對手國に對する報復手段として没收するを得るや如何等、幾多の派生的問題が今日尙ほ少なからず曖昧模糊に残されてある。これは畢竟貨物の敵性と中立性を決する標準を専ら國籍即ちその掲ぐるを得る國旗に取る所の大陸主義と、國籍を商量せざるに非ざるも、船の全部又は一部が敵國又は敵人に屬するものは國旗の如何に拘らず之を敵船と看做す所の英米主義との調和の困難に職由する。

二七五 倫敦海戰法規會議に於ては、之が調和に少なからず努力は拂はれた。けれども佛獨埃伊露の五國

未解決に

は純乎たる國籍説を唱へ、英米日蘭西の同じく五國は定住所主義若くは國籍定住所兼有主義を持して相降らず、殊に英國代表は、定住所主義は一層妥當で且實際的であり、且敵の通商に打撃を與ふるに於て最も有効的であるから捕獲權の精神に副ふ所以でもあり、又國籍を確むるに比すれば定住所の事實を確むるは遙に容易なりと力説した。然るに獨逸代表は、定住所主義は獨逸の國防制と相容れず、且中立國に定住所を有する敵國人が所有し自國國旗を掲げて航海する船は沒收せらるるに拘らず、その同じ敵國人の貨物は拿捕を免かるといふ不公平を生ずべし、とて大に國籍主義を辯護した。斯くして本問題に對しては意見の一致を見ず、それがため貨物の所有者の敵性と中立性とはその國籍に依りて別つか、定住所に依りて別つかの問題は遂に解決を得るに至らなかつた。

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

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

第一次大戰中各交戰國の取扱

國籍主義と定住所主義の長短

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

二七七 我が日本は、日露戰役當時にありては専ら英米主義に則り、貨物の敵性と否とを決定する標準を一に荷主の定住所に取つたこと、明治三十七年三月大本營訓令の海上捕獲規程に『人ノ國性ハ其ノ國籍ノ如何ニ拘ラズ住所ヲ有スル國ニ屬スルモノトス』(第三條)と規定せる如くであつたが、大正三年十月制定の帝國海戰法規に於ては兩主義を折衷し、改めて

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

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

我國の現制

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

抑も往昔にありては、苟も敵船内所在の貨物は悉く之を敵貨として没收したものである。然るに近代にありては斯かる取扱を許さず、ただ反證なき限り、即ち中立貨たることを立證する能はざる限り、一應之を敵貨と推定するに止まるのが一般の法則である。倫敦宣言に『敵船内に在る貨物の中立性を立證すること能はざるときは、該貨物は敵性を有するものと推定す。』(第五十九條)とあるは則ちそれで、今日の各國捕獲法規孰れもこの主義を採らざるはなく、帝國海戦法規も亦第二十條に於て之と同文の規定を設けた。本條は從來各國の執り來れる略々普遍的慣例を成文にした迄で、現に第一次大戦中に於ける交戦諸國の捕獲審檢所の見解も、この適用に就ては格別乖離する所なかつたやうである。

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

第二十一條 敵船内ニ在ル貨物ノ敵性ハ、戰爭開始後其ノ航海中ニ所有權ノ移轉ヲ行フトモ、其ノ到達港

ニ着スル迄ハ猶存續スルモノトス。

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

と規定する。且英米の慣例にありては、註文品の運送を荷送人が船長に委託するのは荷受人の代理として委託するものとし、随つて委託の時より所有權は荷受人に移りたるものと看做すのである。尤も平時にありては、特別の商慣習又は契約にて之と異なる取扱を爲すこと珍しくないが、戦時に於ては大體右の慣例に則るものとしてある。之に反し荷送人が敵人で荷受人が中立人である場合には、虚偽の別契約を表面に出し本物の契約は之を隠匿し兼ねないから、英米にては斯かる別契約の實在せぬことを立證するの責任を荷受人に負はしめる。

二八〇 凡そ敵貨は積出の時に於て既に敵性を帯ぶるものであるから、開戦後その輸送中に於て荷主より之を中立人に移轉するも、以てその敵性に變更を來すものでなく、随つてその移轉を適法のもの認めずといふのが英國の古來の捕獲審檢上の定則となつてある。ストウエルの之に關する判決例も十數件あるが、一八五七年の *The Baltica* に關する樞密院司法委員會の裁定(『講義』六三七節、註二参照)にも、斯かる移轉は、たとひ賣買證書そのものは當事者を拘束するに充分なるにもせよ、該貨物の輸送中にありては拿捕者に對して效なきものたるの意が説かれてある。その理由は、輸送中の貨物に關する賣主の權利は買主への現實の渡済を見るまでは依然繼續すること、又輸送中にありては當然拿捕の危険の下に立つもので、その拿捕

權は輸送の終るまでは之を拒否するを許されざること」といふにある (Scott, *Cases on Int. Law*, p. 1024 以下)。この原則は第一次大戦中の *The United States* (『講義』六六一節参照) その他二三の検定に於ても認められた。ただ中立人の敵人よりの輸送中に於ける移轉が認めらるるのは、賣主に於て何等留保を設けず、且單に書類の上に受渡でなく、買主に於て現實に該貨物を受取つた場合に限らるるのである。

二八一 貨物の輸送中に於て、その發送の敵地が陥落して對戰國の權力に歸したる場合には、その貨物の敵性は依然變ることなしとしてある。昔はストウエルは蘭船 *Danchebaar African* 事件(十八世紀の末葉英國と和蘭の交戦中、希望岬居住商人の貨物を積める本船は、バタヴィアより本國への歸航中に同岬沖にて英艦に拿捕せられたるが、その拿捕を受くるに先だつ約十日前に希望岬は英軍の手に落ち、而してその際の降伏規約中には『住民は英國に對し忠義の誓約を爲すべきこと、己れの貨物を輸出するを得ること、又總ての點に於て英國臣民と同様に取扱はるべきこと』等の規約があつた——*Scott, Cases on Int. Law*, p. 418) に關する検定に於て『敵の植民地を發したる貨物は、たとひ拿捕前に該地が英軍の手に落ち、荷主は英國臣民となれるにもせよ、その輸送中に於て敵性を變更する能はざるものとす。』として之を沒收した。ホールは之に關し『船主の居住する港を敵が征服したる場合に船主の財産を沒收することは理の許す所なるべきも、敵貨はその屬する港を我方領有するも尙ほ且その領有の時より友貨と化することなしと斷ずるは何等正しき理由ありと思へず。』と論じ、右の検定を以て當を得ざるものと評する (*Hall*, s. 174, p. 604)。けれども英國にては依然右の原則を株守するものの如く、第一次大戦中にも、英國捕獲審檢所の獨船 *Damube* (本船は青

拿捕前に
送荷地陥
落するも
依然敵貨

島の所在獨逸の一商會に屬せるもの)の載貨に關する検定に於ては、その拿捕は青島陥落後の一九一四年十一月七日に行はれ、隨つて同地の既に日英軍の手に落ちた後であつたけれども、尙ほ且敵貨たるの性質を失はざるものとして沒收となつた (*Fauchille, Jurisp. Bril.*, I, p. 229)。

二八一 通し送狀に依る敵貨は敵荷受主の貨物と看做して沒收することは、第一次大戦の初期に英國の在埃及捕獲審檢所の *The Ten Bales of Silk at Port Said* といふ事件の検定に於てその例が示された。この敵貨といふは、或獨逸船積載の土耳其向の通し狀に依る貨物であるが、英獨開戦の前々日ポルト サイドにて陸揚せられ、同地倉庫に入置ける中に開戦となり、英國は敵貨として之を拿捕した。その検定中に於て『載貨とは送荷狀に依り船積されて特定地向ふ貨物で、船積の時より送荷狀の拘束を離るる時まで載貨たるの性質を續有する。』といへるは注意に値する。然しながら敵貨は必しも荷送狀に依るものみに限らず、小包郵便その他の方法にて特定地に輸送せらるるものもある。その取扱方に關しては、追て海戦篇に於て捕獲權行使制限條約の郵便物を説く所に譲る。

二八三 或貨物が敵人の所有なるか中立人の財産なるかの問題とは離れ、それが敵國內の土地の生産品である場合には、所有者がその敵國に居住すると否とを問はず、又その職業の如何を論ぜず、之を敵貨として沒收するを得としてある。ホールは『貨物が敵國領土に於ける中立人所有の土地の生産品であれば、たとひ地主がその居住者に非ずとするも、生産地の上から該生産品を當然敵性のものとする。土地は固着物で、その所在國と永久的に利害を一にするものであるから、中立人たる地主にしても敵國性と離れ難き緊密の關

通し送狀
に依る敵
貨

敵地生産
品は敵貨

係に必然的に膠着する。故に斯かる土地からの生産品は、敵の財産が拿捕せらるべきと總て同一の事情の下に拿捕せらるべきである。』と説く(Hall, § 169, p. 596)。而して之を裏書する判決例としては、古きは英國の一八〇三年の *The Phoenix*, 米國の一八一五年の *Bentzon v. Boyle*, 一八六二年の *The Army Warwick*, 近くは第一次大戦中の英國の *The Asturian* 等がある。(以上四件『講義』六六四節参照)。

二八四 商店商社の財産は、中立國に居住するも敵國領土内にて營業する商店商社の持主であり又は組合員である者に屬する場合には、その者は該營業に關しては敵人として、隨つてその財産は敵財産として、孰れも取扱はるべきである(組合員にありては組合關係の部分に就て)。これは英國にて往昔 *The Portland* の檢定に於て説かれた所である(Scott, *Cases on Int. Law*, p. 662 以下)。けれども中立國人にして敵國所在の商店商社に關係を有する者が開戦後相當期間内にその關係を絶たば、その財産は敵財産として取扱はれざる事、これ亦ストウエルの *The Vigilantia* の檢定の示せる所である。尤もその關係を絶ちたることを立證する責任は本人に在りて、隨つてその立證不充なりと認めらるれば、沒收の檢定を受くるを免れざる事、第一次大戦中の英船 *The Manningtry* に關する檢定之を明かにした(『講義』六六五節参照)。

二八五 敵國內に商事的定住所を有する者に敵性を認むると同じ論理に於て、敵國領土内所在の商店商社の貨物も、その取引は敵の資源を益するものとの理由から之に敵性を認め、その組合員中に定住所を中立國に有する者ありとしても、その取扱へる貨物は敵貨と看做される。之に關しては米國に少し古いが一八一九年の *The Friendschaft* 及び一八一五年の *The Cheshire* の二判決例がある(『講義』六六六節参照)。

敵國內の營業者の貨物は敵貨

敵國內所在の自國商賈の貨物

第二目 敵貨の輸送中に於ける移轉

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

二八七 敵船積載の敵貨の開戦後に於てその輸送中に荷主より中立人に移轉したるものにおいて、移轉の目的は一に敵貨としての捕獲を免れんとするにあるものと推定せられ、隨つてその目的を達せしめざらんがため、敵貨の性質を原則として(即ち左に述ぶる倫敦宣言第六十條第二項、帝國海戦法規第二十一條第二項の例外の場合を外にし)仕向地到着まで繼續せしめ、對戰國はその期間を通じ之を捕獲するを妨げずと爲すこと、古來各國の捕獲慣例となつてある。されば倫敦宣言もこの慣例を追ひ、第六十條に『敵船内に搭載する貨物の敵性は、戰爭開始後其の輸送中に行はれたる移轉に拘らず、其の仕向地に到着する迄は猶繼續するものとす。然れども現所有者たる敵人の破産せる場合に於て、前所有者たる中立人が捕獲に先立ち該貨物に對して適法の取戻權を行使したるときは、該貨物は再び中立性を取得するものとす。』と規定し、帝國海戦法規も之を採擇し、第二十一條に於て同一の規定を設けた。敵の船に關しては前に述べた如く、開戦後之を中立國籍に移轉したる場合に、或條件に下にその効力が認めらるることあるけれども、敵國の貨物の輸送中

敵船内の敵貨の中立人へ移轉の效力

開戦後輸送中の移轉は原則に無効

倫敦宣言及帝國海戦法規

に於ける移轉は、中立國人への讓渡の形式に依りて捕獲を避けんとするの弊を生ずるから、如何なる場合に於ても無効とするのである。

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

二八九 敵貨となるべき貨物の中立人への移轉が開戦の直前に行はれたる場合の效力に關しては、その移轉が誠實且完全に行はれたるものなるや、將た開戦に伴ふ捕獲の危険を避けんがための形式的の移轉に過ぎざるやに依りて之を決すべきである。開戦の直前に於ける移轉にして捕獲を免れんがために行ふものは、多くは形式的の移轉に過ぎざるべく、別語にて云へば代金の完全の支拂なく、又は支拂あるも後日該貨物を舊荷主に於て新荷主より買戻すことの契約の下に行はるるであらうから、斯かる性質に屬する移轉を無効とするには十二分の理由ありと云へる。けれども假にその移轉にして紛らうなく誠實且完全に行はれたるものであつたとすれば(それは絶無とは云へまい)、よしんば捕獲回避の動機に出でたにもせよ、開戦前に完了の契約をも無効とせざる可らざる理由は考へられない。開戦前の危険を豫想したからとて、事態は必然開戦になるとは限らず、局面が平和に收まる場合もあらう。動機が捕獲回避の故を以て契約を無効とすべきものとす

取戻權の行使に由る中立性の再取得

開戦の直前に移轉したる效力

ば、開戦に至らなかつても之を無効とせざる可らざるが、それは理由なきことである。要は移轉の開戦前に於ける誠實且完全の遂行如何にあらう。現に同じストウエルの檢定にして、この意味の謳はれたのが *The Vrouw Maragaretha* 事件のそれにあり、第一次大戦中にも、英國捕獲審檢所の英船 *The Southfield* 及び澳船 *The Daksa* に關する兩檢定も亦同様のものであつた(『講義』六七〇節参照)。

二九〇 敵貨の中立人への移轉ありたる場合に於て、その移轉が果して誠實且完全に行はれたるものなるやを判定するのは何れの場合に於ても肝要のことである。さりながら海上取引に於ける諸般の契約の複雑なるよりして、その判定上時には困難を感ずることもあらう。殊に賣主が該貨物の處分權を留保する場合、即ち謂ゆる“*jus disponendi*”を有する場合に於ては、賣買の適法如何は必然問題となるべきである。處分權の留保にしても、之を留保する賣主が中立國人である場合には、該貨物の所有權は未だ完全に敵人に移つたものでないから、格別の難題でないこと第一次大戦中英國捕獲審檢所の下したる英船 *Miramichi* に關する檢定に示さるる如くであるが(『講義』六七一節参照)、賣主が敵人で買主が中立人であり、而して賣主が處分權を留保する場合には、該貨物の現實の移轉が伴はざる單なる文書ドキュメント的讓渡トランスファーとして之を無効とするのと古來一般の慣例とする所である。

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

賣主の處分權留保
中立人が
留保者が
中立人た
る場合

移轉の誠
實且完全
なることを
立證する
方法

も、利害關係人が該貨物の所有者にして且處分權を有することは船荷證券その他の書類に徴するに於て足るといふのであつた。勿論利害關係人は船舶書類以外に尙ほ所有權の取得ありしことを立證する書類を提出するに妨げなきこと獨船 *Czar Nicolai II* (*Ibid.*, p. 11) 蘭船 *Boerue* (*Ibid.*, p. 54) 等の例に見るべく、更に一旦檢定ありし後上級審檢廷に對する別種の書類提出に依り、それが新證據となつて前檢定の覆へされたることは蘭船 *Coronalo* (*Ibid.*, p. 73) の檢定例にある。伊國にありても、船荷證券を以て所有權移轉の唯一の立證具とすること大戦中の希臘船 *Kyzicos* (*Fauchille, Jurisp. Ital.*, p. 1) 及び *Chrysopolis* (*Ibid.*, p. 95) の檢定に記してある。獨逸にても、移轉の效力を決するに就て船荷證券に最も重きを置くこと大體に於て佛伊諸國と異ならない。殊に移轉が船荷證券に依りて行はれたる場合に、その船荷證券が船の出帆前に買主へ送出されたのみでは以てその讓渡を有效とせしむるに足らず、必ず買主に於てその出帆前に之を入手し居るを必要とすること伯林高等捕獲審檢所の英船 *Lestriss* の檢定に力説されてある (*Fauchille, Jurisp. Allem.*, p. 303 以下)。然るに英國の捕獲審檢所にありては、船舶書類は重要な參考資料とはするも、之を以て唯一の立證の具とせず、進んで移轉の内情を事實に就て調査し、之に依りて效力を判定するの制となつてある。

二九二 貨物の處分權を賣主に於て留保せず、それが敵人たる買主に移つたものにおいて、それは敵貨となり、當然沒收せらるべきで、第一次大戦中の英國捕獲審檢所の獨船 *Kromprinzessin Cecilie* に關する檢定にはこの意味を高調してある。この事件は、開戦前に紐育の *The American Smelting & Refining Co.*

處分權が
買主に移
れる場合

が同會社の販賣代理人と稱する獨逸の一會社 (*Me allgesellschaft*) の裏書せる船荷證券に依り、開戦前に同船に積んで送出したる鉛若干量の差押に關するもので、荷主は英國の一會社に對しその鉛に對する手形を振出したが、同會社は開戦を理由に之が引受及び支拂を拒絶したので、米國會社は拿捕の際には依然己れの所に屬するものと主張し、且獨逸の該會社は單に米國會社から賣揚に對し口錢を受くる所の販賣代理人たるに止まり、貨物の所屬に關しては全然無關係者なりと辯明した。之に對する檢定要旨は『貨物の所有權が移りしや否やは當事者の意思に屬する事實の問題で、本件にありては申請人たる米國會社も將た獨逸會社も、本貨は後者に移るべきもの又移りたるものと想定したと認むべきである。』といふにありて (*Fauchille, Jurisp. Brit.*, I, p. 447 以下) 即ち沒收の檢定となつたものである。

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

拿捕後に
於ける敵
貨への移

中立性のものたるを要すとの理由にて、本貨は敵貨として没收すべきものとした。而して樞密院司法委員会に於ても、イヴァンズの論點の一部は之を覆したが、大體に於て原検定を肯認した(Fauchille, *Jurisp. Brit.*, II, p. 514 以下)。獨逸の審檢所も *Eskimo* 事件に於て、又伊國のそれも *Moravia* 事件に於て、孰れも同様の檢定を下した(Fauchille, *Jurisp. Allem.*, p. 291 以下及び *Jurisp. Ital.*, p. 35 以下)。

第六項 在留敵人の取扱

二九四 開戦の際交戦國の領土内に在留する敵人の取扱方に就ては、或は交戦國はその領土内より對戰國民の何人をも、又その總てをも、追放するを理論上は妨げずと説き(例へば Hall, § 126, p. 459)。或は追放は不妥當なりと論ずる如く(例へば Fiore, *Nouv. Droit Int. Pub.*, III, § 1927, p. 93)。國際法上古來確たる定則なきも、凡そ開戦は當事國間の從來の通交關係を一切斷絶せしめ、兩國人を互に敵たらしむとの近代國際法の原則に鑑み、國內在留の對戰國民を追放するを違法とすべき理由は考へられず、隨つて學者の多數は追放適法説に傾くやうである。即ち交戦國は、敵人の在留を許すは妨げなきも、之を許すべからずと認むべき理由あらば、その或者を又は敵人を一括して追放するも可なり、敵人は權利として在留の繼續を要求するを得ず、といふに大體一致する風である。

二九五 之を古來の慣例に見るに、往昔にありては、開戦と共に國內在留の敵人は悉く之を俘虜にするか又は追放するのが普通で、これは一は敵の戰鬥力を減殺する意味もあつたが、主たる原因は敵人に對する憎

學說の一

例往昔の慣

惡の念にあつた。然るにその後人道主義の反映として、開戦の際には敵人を特に無事退去せしむべしとのことを規定する條約を平時取結ぶことの例も開かれた。その濫觴たりしものは、近世紀にありては一六五九年の佛西兩國間の謂ゆるブレニス條約であらう。同條約の第二十四條には『……將來兩締結國間に萬一開戦を見るが場合には、互に對手國の臣民をして自由に退去し且その財産を撤去せしむるため六ヶ月の退去期間を與ふべく、その間に於て何等財産を押收することなく、決して身體を拘禁することなかるべし。』とある。退去期間に多少の差異はあるも、同様の規定は爾後の諸條約の上にも見え、殊に一七一三年のユトレクト條約の上には一層明確に謳はれた。この類の條約は、ホルルの記する所に依れば、十八世紀中に十二、十九世紀中に十九の多きありしとある(Hall, 4th ed., § 126, p. 407, n. 1)。又特定の條約なしと雖も、開戦に際し敵人の在留を許した例もある。一七五六年、英國の佛國に開戦するや、佛國民の國內在留は依然之を許した。後六年即ち一七六二年、英國の西班牙に對し開戦したる折にも、同様に西國民の在留を妨げなかつた。ただ之が例外たりしものは、一八〇三年の英佛開戦の際の佛國で、當時ナポレオンは在巴里英國大使の退去の際に留英國人の安全のことを證言したにも拘らず、英國の宣戦後六日目に在留英國人の全部(約一萬人とある)を悉く逮捕し、擧げて之を俘虜とした。佛國政府の説明では、これは宣戦に先立ち英國が佛國の商船二隻を拿捕したことに對する報復手段のみとあつた。且英國の民兵制度は佛國をして右の措置を執るの已むなきに至らしめた、といふことも一理由に擧げられた。

十九世紀

二九六 十九世紀の後半以降にありては、クリミア戦役には英露兩國共に對手國人の引續き自國內在留を

許し、且退去を欲する者には何時にてもその自由を與へた。(佛國も同様の方針であつたやうである)。南北戰役に於ては、南軍政府は北軍所屬諸州民を一切放逐するの方針に出でた。普佛の役にありては、佛國政府は當初は敵國人にして善良の者と認むる限り國內在留を許すことにしたが、獨軍長驅して巴里を圍まんとし、形勢危殆を告ぐると共に、同政府は巴里在留の獨逸人(當時佛國在留の獨逸人約十萬で、中三萬五千は巴里に在留した)を悉く放逐した。一八七七年の露土戰役に於ては、露國在留の土耳其人に對し引續き在留及び營業を許した。一八九八年の米西戰役に於ては、米國は西班牙人に對し在留を許したが、南阿の役にありては、南阿共和國は在留英國人の殆ど全部に四十八時間を限りて退去を命じた。

一九一一年の伊土開戰の折には、伊國はその宣戰中に於て、伊太利在留の土耳其人はその生命、財産、及び業務に何等危害を受くるなく引續き在留するを許さるべしと聲明した。而して爾後土耳其側より自國人の伊國に於ける待遇方に關し何等苦情の出でしを聞かなかつた。土耳其は、往昔の對露及び對希の兩戰役に於ては敵國人を一括して放逐すべきを聲言し、相應の程度に之を實行したが、伊土開戰に於ては、當初は在留伊國人にして特に公安上危険と認めたる者のみを退去せしむるに止めたるも、開戰後八ヶ月の頃、改めて老人、寡婦、僧侶、醫師、鐵道従業員等以外の伊國人は悉く之を土耳其領外に放逐するの舉に出でた。當時土耳其在留の伊國人は約五萬、君府在住者約一萬二千と稱し、その中には數代土耳其に住し、祖先が伊太利人であつたといふだけで疾く事實的に土耳其人となつて居れる者も少なからずあつたが、それ等も伊國の理由なき宣戰と數多き違法の加害手段とに對する報復といふ意味にて悉く放逐せられたやうである。

二九七 我國は既往の戰時に於て、敵人の取扱に關し常に極めて寛大の方針を執つた。先づ以て日清戰役にありては、清國人は帝國内の從來居住を許されたる場所に於て身體財産の保護を受け、引續き居住し、且平和適法の職業に従事することを得と爲した(明治二十七年八月四日の勅令第一條)。これは主として一八七七年の露土戰役に於ける露國の例に倣ふものと承知する。日露戰役に於ても、帝國政府が露國人に對して同じく寛大の方針を執つたことは、宣戰の當日(明治三十七年二月十日)を以て内務大臣の各地方長官に發したる内務省訓令第二號に示された所である。尤も在留露國人に對し相當の取締を加ふるの要あるは勿論であつたから、同訓令には之に關し『彼等ニシテ帝國政府ノ好意ニ背キ、其ノ本國ノタメニ軍事上ノ利便ヲ計リ、又ハ帝國ノ安寧秩序若クハ風俗ヲ紊シ、其ノ他苟モ帝國ノ利益ヲ侵害スベキ行爲ヲ爲スモノアルニ於テハ、法令ノ規定ニ依リテ處分セラルル外、直ニ之ヲ帝國外ニ退去セシムルコトヲ得ルハ論ヲ俟タズ。貧窶ニシテ生計ヲ營ムコト能ハズ公費ノ救助ヲ要スルモノノ如キニ至リテモ、亦其ノ在留ヲ禁止スルコトアルベシ。』と明記してあつた。

然るに露國の當年の方針は、我國のそれとの間にかなり逕庭があつた。露國政府は開戰直後の二月二十八日に勅令を以て『日本臣民は露國法律の保護の下に引續き露帝國內に在留し、且平和的業務に従事することを得。』と布告したが、これには『但し極東總督管下の諸地方を除く。』といふ但書があつた。即ち滿洲以外に關しては大體我國と同様の方針であつたけれども、滿洲在留の本邦人に對しては悉く之を即時放逐するの方針に出でた。我國にては、任意退去の露國人に對し能ふ限りの寛容と便宜を供與したるに拘らず、滿洲退去

の本邦人に對しては露國官憲は或はその財産を押收し、或は囚人同様の取扱を爲し、凡ゆる虐待を加へて憚らなかつた。

二九八 要するに交戦國の在留敵人の取扱方に關しては、古來の先例は必ずしも一樣でないが、概言するに敵人は開戦と共に、特定の種類に屬する者を除き、一定の期限を設けてその間に財産を取纏めて國外に退去せしむるのを通則とし、ただ退去の許可期限を過ぎて理由なく退去せざる者、本人の重要身分に鑑みて特に抑留するを必要と認むる者、本國の現役及び豫後備軍人(退役者に非ざる)等はこの限りに在らず、と爲すのが多數の實例に於て示された取扱振であつた。然るに第一次大戦となりては、敵國人の取扱は往昔の風習に逆戻りせる觀があつた。それには理由が無くもない。蓋し同大戦にありては、開戦の際各交戦國に在留する敵國人は頗る多數で、しかもその中には豫後備兵役の者も少なからずあつた。彼等にして歸國すれば兵器を手にして戦線に立つ者と推定すべきであるから、うツかり之を歸國せしむる譯には行かない。又依然在留せしむるにしても、防諜關係の取締上から、相當檢束を之に加ふるの要もあつた。又自國內に於ける敵國人の商工業その他財産上の利益關係も極めて錯雜して居つた。それやこれやで敵國人の取扱も、従前の戦役の場合に於けるが如くに簡單には行かぬ事情があつたことは斟酌せねばなるまい。

されば當時重なる交戦國は、開戦と共に國內在留の敵國人を極めて峻嚴なる監視の下に置きしのみならず、一般に之を特定地域内に抑留するの方針を執つた。(但し米國及び我が日本にては敢て之を爲さなかつた)。これは敵國人を危険視したのに由れるは勿論なるも、又一は國民の敵愾心に驅られて暴行を彼等に加ふ

第一次大戦に於ける諸國の交戦方針

往昔の苛酷の慣例の益々逆轉

るのを慮つたが故でもあつたやうである。

二九九 當年の日英佛獨伊米等交戦諸國の敵人取扱振りは今略し(詳細は『講義』六八一節以下参照)、概言するに歐洲の重なる交戦國の執りたる方針は、第一次大戦前のそれに比すれば、その原因は暫く措き、結果に於ては往昔の苛酷の取扱式に逆轉したる狀であつた。しかも將來の開戦時に於ける敵人の取扱振りは、それが有力なる先例となり、概ね交戦國の做ふ所となるべきを想像する。殊に敵人にして歸國の上は軍隊に編入せらるべしと推定せらるる者に對しては、歸國を許さざるのみか之を抑留し、その儘之を俘虜とするの方針は、孰れの交戦國も之を執るに躊躇せざる所であらう。而して第一次大戦後の學說も、之を當然とするに傾いて居る。ヒギンスの監修にて世に出でたるホールの第八版には

『國民の男子全體の兵役義務が歐洲大陸に於ける殆ど普遍的の法則となれる今日に於ては、この最後の除外例には新情勢を示すに至つた。外國に在留して平和的業務に従事する者は、大部分は兵として訓練を受けたる者で、豫備役の甲種か乙種かに屬せざるは稀である。その從來尋常の業務に従事しつつありし在留國を去るのは、軍隊に入りてその去れる國と闘はんがためである。開戦の際に國內に在留する斯かる敵國軍人の歸國を許すべきや否やは政策上より取捨すべき事柄に屬し、之を許さざる可らざる義務は交戦國之を有する能はざる所のものである。』(Hall, § 126, pp. 465-6)

と説き、又オッペンハイムも、ロックスプロの『在倫敦戦時情報局の俘虜』(R. F. Roxburgh, *The Prisoners of War Information Bureau in London*, 1915)に寄せたる序言に於て

『一九〇七年の第二回海牙平和會議の討議に徴すれば、開戦の際交戦國內に在留の敵國臣民を收監することの許すべからざるものと認められたることは極めて明瞭であるが、しかもその際の討議は、常人にして兵役適齢者は勿論、豫備兵役者のことにも觸れてなかつた。彼等にして退去が許さるるに於ては、歸國の上軍隊に編入せられ得べきで、随つて交戦國はこの理由から、その自由退去を許さざる可らざるものとは云へない。……敵國の常人を俘虜として抑留することの當否の問題は、畢竟この種類の敵國常人の抑留が全然新奇のことに屬するからである。予の知る限り、ナポレオン一世の時より以降曾てその例なく、少なくも之を大規模に行つた例は無く。(Pref. pp. vi, viii)

と論ずる。これ孰れも第一次大戦後の國際法の新原則として、早晚確認せらるべきものであらう。即ち一言にして云へば、歸國の上は兵役に就く者、及びその體力能力よりして兵役に就くことあるべしと推定せらるる者は、在留國に於て歸國を許さずして之を抑留し、俘虜として監視する、これが疑もなく將來の一般原則となることと信ずる。一九三九年の第二次大戦に於ては、危機の迫れる開戦の直前に双方の交戦國壯丁は、前回の例に鑑み、又自國外交代表者の勸告もあり、殆ど擧げて素早く在留地を引揚げたが故に、何程も抑留の身となれる者ありしを聞かぬが、彼等にして開戦後尙ほ且敵地に彷徨し居りしならんには、やはり前回の折と同様に、或は一層甚しき憂き目に遭ふたに相違あるまい。

第二次大戦と抑留者の範圍

三〇〇 現に第二次大戦にありては、交戦國は常に敵國の兵役適齢者のみならず、その既に適齢を超え又は未だ之に達せざる者とても、將た婦女子にありても、苟も軀を動かすを得る敵國人であれば、容赦なく之

擴大

を抑留して嚴重なる監視に附した。獨逸が北歐作戦に疾風の進撃を遂げ、その踵を廻らすに違なき間に和蘭及び白耳義を席卷し、長驅して聯合軍を英佛海峡方面に壓迫するや、その電撃戦の成功に舉世驚異した。獨軍のこの壓倒的奇捷は種々の原因が綜合したる結果であつたこと勿論ならんも、その一として傳へられたものは、夙に敵地に潛入して隱密の間に活躍せる謂ゆる『第五列』なるものの共働であつたやうである。丁、諸、蘭、白を一瞬時にして將棋倒しのに崩潰せしめたのは、獨逸の優越の空軍と機械化部隊の緊密なる協力、超越的新武器の大活用、落下傘隊の勇敢なる動作に由れること論なきが、『第五列』の謀略班の潛行的動作がなかりせば、或は斯かる成功が斯くまでに迅速には贏ち得られざりしならんとの説もある。されば英國政府の如きは、彼等の手に依る後方攪亂を豫防するため、國內在留の六十歳以上の老獨逸人も悉く檢査且抑留することにしたとある。英國が國內潛在のナチ系謀略班の活動を未然に防ぐがために執りたるこの方針は、他の交戦國も亦追へる所であつた。斯くて將來開戦と共に抑留すべき敵國人の範圍は益々擴がり、獨り歸國の上は銃を取るべき壯丁のみに止まらず、苟も智力の働く者と認定する敵國人は擧げて之を抑留するの新たな法則が交戦法則の上に肯認せらるるに至るべく、これ蓋し必要が自然に要求する所であらう。

三〇一 現大東亞戦争となるや、米英その他我が敵國にては、在留邦人を老幼男女の別なく殆ど十把一束的に抑留し、その數無慮七十萬と報ぜられた。而して之を抑留するに當りては、所持品は悉く取揚げ、囚人同様に檢束し、擧げて之を無設備、不潔、不健康の屋舎に幽閉せしめ、開戦後年餘を経るも依然監禁を解かない。その悲惨な狀況は、昭和十八年二月三日の貴族院に於ける丸山鶴吉氏の質問演説に盡してあるから、

大東亞戦争に於ける米英の抑留

今此に披露せずとし、氏の質問に對する谷外相の答辯に依れば、政府は之に關し我が利益代表國を通じ屢次抗議し、敵國側の反省を促しつつあるとのことなるが、兎に角敵國側に於ける邦人の取扱方は苛酷を極め、從來の國際慣例の範圍を逸脱せる違法の點少なからずあることは、疑を容るるの餘地なきやうである。反對に、帝國の権内地方に於ける敵國殘留者の取扱方に關しては、同外相の答辯に『政府は固より公正なる立場より之に當つて居るのでありまして、赤十字國際委員會代表よりも、我が支配下にある抑留所を視察し報告書を出して居りまして、我方取扱の公正なることは、段々と世界に證明せられて居る模様であることを此の際申上げて置きます。』とあり、その後衆議院の外務省豫算分科會(同年二月九日)に於ける答辯では、米國、加奈陀、印度等に於ける抑留邦人の待遇振りは、帝國政府の抗議の結果として改善の兆候が認めらるに至つたとある。

第七項 殘留敵財産の取扱

三〇二 敵人の財産は、開戦の際(及び開戦後)交戦國の本領土内に殘留するものと、戰場所在のもの、敵國領土の占領地に存在するものとの三觀點から之を殊別して見るのが議論の混雜を避くる上に於て然るべしと思ふ。その後の二者に關しては追て陸上戦闘及び敵地占領のことを説く所に譲り、茲には専ら前者に就て論述すべきが、交戦國領土内に所在の敵財産は、之を(一)公有財産と(二)私有財産とに別つべく、その私有財産は更に(イ)作戦上に直接利用立つものと(ロ)その他の私有財産とに細別すべきである。

財産の所
屬及び性
質に依る
類別

敵の公有
財産

敵の私有
財産

三〇三 敵の公有財産は、特別に不可侵となつてあるものを外にし、交戦國に於て之を押収するに妨げない。即ち敵國の公船、武器彈藥類、鐵道車輛、貨幣及び有價證券等はそれである。不動産は敵國が對戰國內に有するものとは、稀に大公使館領事館の土地家屋に見るの外、滅多にその例なかるべきが、斯かる土地家屋は別とし、その他の公有不動産は之を押収するを得るものと解されてある(Holzendorf, *Handbuch*, IV, § 116, p. 497; 後に記する Latif, p. 20)。

三〇四 次に敵の私有財産中、作戦上に直接利用立つものは、これ亦押収に妨げなしとしてある。但し講和後之を還附するか又は賠償すべきものといふのが今日の通則である(Latif, p. 41; 陸戦法規慣例規則第五十三條第二項参照)。交戦國のこの權利は、商船にしてその構造上軍艦に變更せらるべきこと明かなるものにも適用し得るのである(開戦時敵商船取扱條約第五條参照)。

その他の私有財産の取扱方に關しては、古來その慣例一ならず。今日にありては、原則は定まつて居るやうであるが、實際の取扱は尙ほ歸一的でない。古にありては、敵個人の動産も不動産も開戦と共に之を沒收したものであるが、その後不動産は之を沒收せずして一時押収するに止むるの風を致し、動産も之を沒收しないで、條約又は國內法にて開戦と共に之を國外に携去するを許すことにし、又國內に殘留するを許す敵人に對しては、無害の財産は依然その所有を許すことにするのが十九世紀に入りての風となつた。稀には十九世紀以降にありても、之に反する例が無いではなかつた。その顯著なるものには、一八〇七年の英丁開戦の際、丁抹は國內所在の英人の財産を先づ押収し、次で沒收としたがある。尤もこれは報復手段と辯明せ

られた。次に一八六一年の南北戦役の初めに方り、南軍側では敵人の公債類以外の私有財産を没収した。けれども、これも言はば報復の一手段であつたのである。斯かる報復手段としての例外を別にせば、大體に於て敵の私有財産は開戦の際之を尊重すべきものと、少なくとも理論の上では肯認せられたものである。

三〇五 斯の如くにして開戦時交戦國所在の敵私有財産（海上にて遭遇せる敵船及び敵船内に發見せられたる敵貨を除く）は交戦國之を尊重し、之を侵害すべからずといふことは、現代に於ける——少なくとも第一次大戦前の——通義と認められてある。如何にルウソウの戦は國家間の關係のみ、個人間のそれに非ずとの一時歐大陸を風靡したる名説が現代の敵性の觀念と相容れざる迂儒の陋見と化し去つたにもせよ、その故を以て敵私有財産は強奪勝手たるべしとの結論とはならない。私有財産の尊重は國際法學者の多數も支持する所である（例へば Westlake, II, pp. 45-6; Phillimore, *Commentaries*, III, p. 129; Wheaton, *Phillips' n's*, pp. 425, 51-2; Moore, *Digest*, VII, § 1155, p. 306）。特にケムブリッジ大學のラチフイ(Dr. Alma Latin)には、開戦と敵財産の關係に關する一著述がありて、これは第一次大戦前の一九〇九年の上梓ではあるが、この問題を比較的綿密に研究せるものの一に推すべく、中には概要左の如く論じた所がある。

『交戦國の自國管轄内〔即ち敵國領土の占領地に非ざる〕に在る敵國臣民の私有財産に關しては、先づ以て交戦國に對する敵國臣民の債權若くはその債權より生ずる利子は、之を沒收するを得ざるものと爲す所の法則は嚴正である（Hall, p. 437; Phillimore, II, p. 148; Fiore, II, ii, Chap. vi, p. 311; Bluntschli, p. 658; Westlake, II, p. 39）。然るに敵國臣民の有體物及び身體に關する權利に就ては、歐大陸の學說

私有財産
の尊重は
現代の通
義

は英米の法則より一步進める概がある。フィオレ及びリヴィエーは、陸上に於ける私有財産はその何れに在るを問はず不可侵たるべきものと爲し（Fiore, *Ibid.*, p. 305; Rivier, II, p. 318）。ホルツェンドルフは、武器その他戦闘に直接必要の物件のみは交戦の繼續中その敵に到達することを防ぐため之を差押ゆるを得と説く（Holtzendorf, IV, p. 116）。ホキートン、フィリモア、及びカルヴォーに依れば、嚴格に云へば如何なる物品にても國際法は之が押收を妨げずと説くが、しかもホキートンはこの法則を難じ、カルヴォーは之をば時代錯誤なりと視、ただ報復手段としてのみ利用するを得べきものと爲す（Wheaton, 4th ed. by Atlay, § 300; Phillimore, III, p. 146; Calvo, IV, ii, § 1915 1921）。フターは開戦の際交戦國內に在る敵國臣民の私有財産は押收するを得ざるも、開戦後に於て交戦國內に入り來りたるものありては、恰も軍事占領地に於ける敵國臣民の財産と同様に處置するを得べしと論ずる（Heffer, § 131）。最後にホールは、斯かる財産〔開戦後交戦國領水内に入れる財産以外の交戦國管轄内所在の敵財産〕は「沒收を免かるべきも、その種類如何に依りては慣例の保護する所必しも一致せず。押收は常に甚しき非難を以て論ぜらるるも、それが單なる交戦上の權利の中に概して入らざるものと斷言することは早計である。」と説く（Hall, p. 457 [稿者の多く據れる第七版では § 144, p. 521]）。

『今本問題を聊か詳細に、殊に英米の法規慣例の上から考察せんに。この目的のためには本問題を（甲）交戦の事實は交戦國の管轄内に在る敵國臣民の財産に關し如何なる權利を國家に與ふるか、（乙）單なる交戦の事實が斯かる財産の法的性質の上に影響を與ふるありとせば、そは如何なる影響であるか、の二段に別

つて見るを要する。

『(甲)。敵國臣民の財産には(イ)敵に於て作戰上必要とするもの、(ロ)必要とせざるもの、の二種がある。その(イ)に屬するものは、有體動産には殆どあるまい。敵の有體動産は、敵に於て之を作戰上に利用するの意圖あり若くは利用し得るものならば——例へば船(海上法に依り支配せらるるに非ざる)、武器彈藥、又は貨幣ですらも——その敵國に到達するを妨遮するため之を差押ゆるを得べきである。けれども戦戰の曉に於ては之を所有者に還附するを要し、之を沒收すべき特別の權利は交戰國之を有しない。

『敵國臣民の不動産に關しては、十六世紀頃までは有體動産と同様之を沒收したものである。十七世紀に入りては幾分か人道的となり、地所家屋の借料及び利潤のみを押收するの風となつた。ナポレオン戰役後となりては、不動産沒收の例としては一八六一年の南北戰役に於て南軍政府が若干の例外を除ける一切の動産と共に不動産を沒收したことあるのみである。蓋し敵國臣民にして善良の動作を持する限り、その引續き在留を交戰國に於て許すことの近代の慣例は、外國人に不動産の所有權を認むる所の大多數の諸國に共通の慣行と共に、不動産差押の權利を時代錯誤たらしむるに至りしも、敵國臣民の不動産の享有は、彼等の商取引の禁止及び提訴の無能力に伴ふ自然の結果として、依然或制限の下に立つを免れない。されど開戰は敵國臣民たる貸地主、貸家主の地代又は家賃の取立に關する提訴權を停止せしむるのみで、平和克復と共にそれは復活する。

『動産に關しては「大憲章マグナ・カルタの第四十二條の規定、ブラックストンの敵財産不沒收説を引抄したる末」、エー

レンボロー卿は一八一七年の *Wolff v. Orholm* 事件に關し「敵人の私債權を沒收するは國際法に違由するものに非ず。」との意見であつた。この事件の要領は、丁抹人オックスホルムは丁抹に於て英國臣民たる原告に對し債務を有したが、英丁交戰となるや丁抹政府はその債權を沒收し、オックスホルムは同政府の命令に應じて債務を丁抹の國庫に納入した。程なく彼の英國に到るや、彼は逮捕せられ、不利なる判決が下されたものである。エーレンボロー卿の長文且精鍊の判決中には「債權の沒收を不可とする歐洲の慣例は今日普遍的にして、即ち沒收は公的信義の違反と認めざる可らず。……」とある。丁抹の措置は「何等先例の支持する所なき唯一のもので、何れの他國にても範例として採擇せざる所である。」といふのが同法廷の見解であつた。この決定は全然米國の判決例に反するもので、國際法の先例としては重きを成さない。なぜならば、丁抹に於ける債權を英國に強制するといふことは、自然の正義の重要な一原則に悖戻するからである。フィリモアも「エーレンボロー卿の決定は、機會あらば英國にても蓋し覆へざるべきであらう。これは國際法の問題を取扱ふに餘り慣れざる一裁判所の決定に過ぎなき。」(Phillimore, III, p. 857)。右の判決はクリップフルドも一八六七年の *Hanger v. Abbott* 事件に援用せるが、その援用は要點に觸れたものと思へない。

「米國の法廷にては、一見する所右と相異なる見解を採擇する。即ち米國獨立戰の一七七七年、ヴァージニア州の議會は英國の貨物を一切沒收することの法律案を可決した。「以下同法の下に獨立戰當時敵動産の沒收を宣告したる米國法廷の一二の判決例を擧げ」、ケントの之に就て下したる結論に云ふ、「本問題に關

する國際法則として如何に學説が近代の且ヨリ穩健の思潮に傾くにもせよ、米國に於ては最早や議論を挟むの餘地なき所で、即ち米國大審院の見解は往古の且ヨリ峻嚴の法則に確と決定されたものである。……敵國臣民の債權を沒收する交戰國の權利は露骨且拙策の一權利にして、近代の進んだ良心は之を非難すと認むべきである。」と(Kent, Commentaries, I, i, p. 13)……以上の判決例は孰れも速き以前のものに屬し、且その頃に於てすら、法官はこの「露骨且拙策の權利」を不本意ながら認めたと過ぎない。今日にありては、交通の發達及び文明諸國間の利害觀念の増大は、昔日の主義に還元するを許さない。随つて交戰國管轄内に在る敵國臣民の財産は押收すべからずといふことは、道理及び學説の下す所の結論で、ただ自國臣民に加へられたる損害に對する報復手段として、將た敵の國際法違反に對する處罰として、之に訴ふることあるを認むべきに止まる。

『然しながら英米の法則と歐大陸のそれとの間には、實質上何等差異あるを見ない。なぜならば、大陸にては英國の普通法に認められざる「必要」の主義を認め、必要は法律の最根本主義を覆へすことを正當視せしむるからである。随つて私有財産不可侵の一般法則の例外を法律は明かに認むることが國家の安全上當然たるべきである。』以下叙する所の(乙)は開戦と契約との關係に就ての論であるから略する。』

(Lain, Effects of War on Property, pp. 39-50)

即ち要は、開戦は交戰國に與ふるに國內所在の敵私有財産を沒收するの權利を以てするも、その權利は漫に之を行使すべきでなく、ただ必要の前に例外的にその行使を容認するものとすといふに歸着する。

想ふに敵私有財産の尊重は、過去數世紀に互る戰時國際法の發達の間に醇化せられ、交戰法則の上に於ける牢乎たる一箴規となりて今日に及んだもので、即ち之を漫に破壊又は沒收することなく、而して戦後には原所有者に還附するといふのが現代國際法の要求と一般に認められてある。或は人道的見地から、却つて敵私有財産の沒收を合理的と説くものが無いでもない。即ち古にありては敵は悉く之を殺すか奴隸にするかであつたが、後世その制裁を身體より財産に移すに至つたから、財産の沒收は文明に向つての一進歩なりといふ見方である。ケントの如きはその一人で、即ちその説に『個人はその屬する國家に犯行あるの故を以て自身の上に處罰を課せらるべきでないが、ただ彼はその所屬國家の一構成員として、國家の加害行為に伴ふ賠償に關し自己の財産上の責任を負ふべきである。國際法上戰時に於て私有財産の押收及び利用の認めらるるはこの原則に由る。』とある(Kent, Commentaries, I, p. 221)。然しながら所屬國家の犯行に就て身體上に責任なき個人が何故に財産上には責任あるかと問へば、明晰な説明は得られまい。且古にありて敵人を悉く殺し又は奴隸にしたのが財産の沒收となるに至つたのは文明の一進歩なりとしても、進歩は進歩を重ね、遂に私有財産非沒收の大進歩となつたものと見るを得るから、右の所説は聊か不徹底たるを免れまい。

三〇六 交戰國の平時より對手國に負へる債務にして開戦の際又は開戦後に於て支拂義務の古來特に問題となれるは、公債その他の借款に係るものである。借款は之を交戰國の(一)敵國の政府よりせる借款と(二)敵國の個人よりせるものと別つて見る。

(一)の交戰國の敵國の政府よりせる借款の支拂義務に關しては、例へばホルツェンドルフ、デスパニエ!

公債その
他の借款
の支拂義務

等は、交戦中は元本共に支拂を爲すべき義務なしと論じ(Holtzendorff, IV, § 116; Despagnet, § 620)之に反しカルヴォーはその義務ありと説く如く(Calvo, IV, vi, § 2289)。由來學説は確と一致してない。けれども多數は義務肯定説に傾くやうである。蓋し理論としては、國家の信用は平時戦時を問はず極めて大切で、危急存亡の秋といふ極端の場合の外は、義務を誠實に履行することが則ちその信用を繋ぎ得る所以なるに鑑み、戦時となればとて、單にその故を以て義務の不履行を容認すべき理由はあまい。然しながら實際論としては、債務國たる交戦國が債權國たる敵の政府に債務を支拂ふに於ては、それが直ちに軍資金と化して敵を作戦上有利の地位に立たしむることになるから、この意味に於て債務國は交戦の繼續中その支拂を停止するに理由が立つ。

(二)の交戦國が敵國の個人に負ふ借款に關しては、往昔にありては敵國人の財産は一切沒收するの主義に由り、開戦と共に交戦國はその有する債務をも悉く帳消にするの風があり、又之を適法視する學説もあつた。然るに別記の一七五三年のフリードリッヒ大王當時のシレジア借款事件に於て英國政府が普魯西王の措置に抗議し、特に『個人が國君に金を貸すのは、國君は個人の如くに法廷に召喚せしむるを得ざる者たるに鑑み、一にその名譽を當てにしてのことに外ならず。』と論じて支拂停止不當の注意を強く喚起したものである。それ以來、凡そ公債にして敵人の有するものにおいて、之を發行したる國家の名譽及び信用に鑑み、宜しくその所持者の權利を尊重すべく、隨つて開戦に由りて發行政府はその債務を免かるを得ずと爲すのが定説となつた。尤も作戦遂行上の緊急必要に鑑みて一時支拂の停止を爲すは勿論妨げない。ただ然しながら

ら、その緊急必要とは、必しも支拂能力に不足を告げた場合のみとは限らず、敵國の個人の受くる債權金額の全部又は一部が愛國公債その他の形に於て轉じてその政府に入り、化して敵の軍資金となるの虞が目前にある場合をも含ませたい。而して現代の國民總動員の戰に於ては、軍事と經濟とは最密接の關係を有し、國家の交戦力は則ち國民の經濟力といふ譯であるから、敵國民の經濟力の増大化するを妨遮するは作戦遂行上の緊急必要に屬する。隨つて事實に於ては、敵國の國民に對する借款も、敵國の政府に對するそれと同じく戦時中は支拂停止となるべく、又それが當然の措置といふことになるであらう。

借款債務尊重の原則の適用に關しては、ラチフィの前掲の所説中にも引抄してある如く、英國に少し古いが一八一七年の *Wolff v. Orholm* 事件の判決例がある(『講義』六九三節參照)。この判決に於て裁判長(Lord Ellenborough)が『丁抹政府の債權沒收は過去一百年間以上を通じ曾て類例なく、何れの國にも先例の之を支持するなき國際法違反である。』と云へるをホールはこれ明かに誤見なりと評し(Hall, § 144, p. 523, n. 2)。又この判決の當否に就ても學者の間に種々の批評なきに非ずだが(Wheaton, Phillipson's, p. 426; Cobbett, *Leading Cases*, p. 70)。敵の私有財産尊重といふ觀念の沿革上に於ては、右の判決は一の有力なる參考資料たりしものと云へるであらう。

三〇七 然るに第一次大戦に於ては、世は往古の敵人私有財産沒收主義に逆轉した。英國を始め他の交戦諸國政府も、その各自の對敵通商禁止令に於て自國の管轄内に在る敵の財産及び債務は之を敵財産管理官の手に移さしめて押收し、將た事實的に之を沒收したのもある。英國にては、敵財産管理官は一九一四年十一

月二十七日の改正對敵通商禁止令に依り、『敵財産を受領、保持、保存、及び處置することを得る』の權限を有し(第一條第一項)、敵財産の所有者及び敵外人の關係ある會社の當業者は、該財産及び敵外人の有する株券その他の債權を一ヶ月以内に詳細管理官に申告すべく(第三條第一項)、開戦後敵外人の爲せる財産債權等の讓渡は一切無効とした(第八條)。その他商務省は一九一六年一月二十七日の勅令に依り、敵人關係の商店を閉鎖せしめたもの數百に上り、敵財産の多分は管理官の手にて公賣に附せられた(Garner, *Int. Law & the W. W.*, I, § 63, p. 89)。佛國に於ても、英國の敵財産管理官に該當する押收官(Administrateur-séquestrateurs)が置かれ、獨逸人の殘留財産を多くは同様に處分した。獨逸側にては英佛のこれ等の措置を以て私有財産の尊重を命ずる國際法則の違反なりと論じて強く抗議したが、その效なきに及んで先づ一九一四年九月四日の勅令を以て獨逸國內に於ける敵人關係の諸事業(Unternehmungen)の監理官(Aufsicht Personen)を置き、その經營の中止を餘儀なくせしめた(但し所屬の財産その他の私權は侵害する所なかりしとある——Garner, *Ibid.*, § 68, p. 95)。次で獨逸は英佛に倣ひ、一九一五年十月七日の勅令を以て國內所在の一切の敵財産(株券その他の債權を含む)を強制的に申告せしめ、翌一九一六年七月三十一日の法律は更に政府に賦與するに資本の全部又は大部分が敵人に屬する一切の商店を清算するの權能を以てした。これ等交戦諸國の敵財産の處理には、その間に多少寛嚴の差はありしなるべく、且獨逸は専ら英佛の私有財産不尊重に對する報復に外ならずと辯じたが、その結果に於て私有財産の侵害を孰れも相競ふて憚らざりしは一である。

對獨
約の
條の
私和
有財
產規
定

三〇八 第一次大戰終尾の聯合與國對中歐諸國の平和條約には、舊敵國人の私有財産に關し種々の規定が設けられた。之を要約すれば左の三種に別れる。

その第一はヴェルサイユ平和條約第二百九十六條乃至第二百九十八條(その他サン・ジェルマン條約第二百四十八條乃至第二百五十條、トリアノン條約第二百三十一條乃至第二百三十三條等)に依る従前の國際法規慣例と全然異なる新規定で、これは便宜上追て細述する。第二はヴェルサイユ平和條約第八十五條第四項、第九十一條第七項及び第八項、並に第三百十三條(サン・ジェルマン條約第七十八條第四項及び第五項、トリアノン條約第六十三條第四項及び第五項)の規定で、要は當該條約の結果として舊敵國の國籍を取得すべき或種類の人々に舊國籍保持の選擇權を認め、而して之を選擇する場合にはその財産を不可侵とし、不動産は之を所有し動産は無税にて之を他に移すことを認めたものである。第三はサン・ジェルマン條約第二百五十條の規定で、即ち奧(匈)國より分離せる領土内に於て奧(匈)人の所有する財産は聯合與國之を留置又は清算することなく、之を所有者に還附することを約したものである。

右の第二及び第三は論なしとし、その第一はヴェルサイユ平和條約に至りて始めて見るに至りし特有の且專横的の批評を免れざる新規定に屬する。同條約は第二百九十六條の諸項に於て、各舊交戦國の債務者は舊敵人の債權者に對し當該債務の元利を支拂ふべきこと、その決濟は特定期間内に各締約國の設定すべき清算所の仲介に由り之を行ふこと、各締約國は債務者が戦前破産若くは身代限の状態に在り又は支拂不能の正式の表示を爲したる場合、又は金錢債務が戦時中非常法令の下に事業の清算を受けたる會社に依り負擔せらる

る場合を除く外、自國人の負擔する金錢債務の辨済に對し各自その責に任すべきこと等が規定せられた。こ
こまでは戰勝國も戰敗國も對等である。然るに次條に至り、その取扱は全然不對等となつた。

即ち同條約の第二百九十七條(イ)には、獨逸は『同盟國又ハ聯合國ノ國民……ノ財産、權利、及利益ヲ其
ノ所有者ニ返還スベク、所有者ハ第二百九十八條ノ規定ニ從ヒ之ニ對スル完全ナル權利ヲ享有スベシ。』とあ
るが、次の(ロ)には

『本條約中反對ノ規定アル場合ヲ除ク外、同盟及聯合國ハ其ノ版圖、植民地、屬地、及保護國、竝本條約
ニ依リ讓受ケタル地域内ニ在ル獨逸國民又ハ其ノ管理スル會社ニ本條約實施ノ日ニ於テ屬スル一切ノ財
産、權利及利益ヲ留置シ及清算スルノ權利ヲ留保ス。』

とあり、更に第二百九十八條の附屬書の四には、右の『財産、權利、及利益、竝其ノ賣却、清算、其ノ他ノ
處分ヨリ生ジタル純殘高』を同盟聯合國はその國民の『獨逸國ノ版圖内ニ在ル財産、權利、及利益ニ關スル
請求ニ基ク賠償額ノ支拂』に充當するを得ることを規定した。即ち簡単に云へば、英佛諸國側に在る獨逸人
の財産は總て獨逸人及び獨逸政府に對する債權の擔保としたものである。その結果獨逸人の財産は事實に於
て没收となり、その財産を失へる獨逸人は自國政府に向つて之が補償を要求すべきものとしたのである。是
と同様の規定は對境その他の平和條約にもある。

三〇九 想ふに占領地に於ける敵人私有財産とても、別に述ぶるが如く、軍の必要といふ前には不没收の
原則も絶對の尊重は期し得られざると均しく、交戰國本土内所在のそれも、對敵取引の取締といふ見地に於

本問題の
將來

て之を押收し、款を敵本國に通ずるものとの理由に於て之を沒收することは有り得べきことと見るべく、別
して敵國に於ける債權債務の關係に於て我方所在の敵人の債權を差押へて置き、講和の曉に於て彼我の間に
決濟し、對手國人の債權を事實沒收してバランスを調節することは、前掲のヴェルサイユ平和條約の規定が
範例となり、將來の戰時には或然的又は蓋然的、若くは必然的に行はるに至るべきものと推測するに理由
あるべく、隨つて敵私有財産の尊重主義は、主義としては依然學說の支持を失はざるべきも、その實踐は望
んで期するに難かるべく、それが將來二三の戰役に反覆せらるる間には、差押の名に於ける沒收の實がいつ
しか戰時の國際慣例となり、現代の學說を凌いで牢乎拔くべからざる通義となるなきを保しない。その可能
的慣例を論理の上より如何に適法化せしむべきか。これが現代國際法學者の今日須く考究せねばならぬ一
重要問題であらう。

第八項 敵人の訴訟能力

三一〇 開戦は交戰國民の敵國裁判所への提訴權に如何なる影響を及ぼすべきか。

由來英法主義にありては、開戦は交戰國双方の個人をも相互に敵對關係に立たしむるものとの見地から、
敵人は特別の許可の下に英國内に殘留する者、隨つて特別に英國法律の保護に浴する者のみに英國法廷に於
ける訴權を認むる外、原則として謂ゆる *ex lege* (法護の外) として取扱ひ、之に訴訟能力を認めない。こ
の主義は往古敵人の生命財産は擧げて一に勝者のお慈悲に繋がるといふ蠻風時代の遺制なりとして非議する

提訴權に
及ぼす影
響

論はありて、現に大陸諸國中には、第一次大戦以前に於て既に之を否定したる國もあるが、英米にては依然之を固執して今日に及んで居る。

然るに第二回海牙平和會議議定の陸戦法規慣例規則第二十三條規定の禁止事項中には『對手當事國國民ノ權利及訴權ノ消滅、停止又ハ裁判上不受理ヲ宣言スルコト。』(チ號)がある。即ち一見する所、敵人の提訴權を非認することを禁じ、之を肯定すべきことを締約國に要求したものと解せられる。果して然らば從來の英法主義は本號のために覆へざる理であるが、本號は果して爾く解釋すべきであるか。

三一一 問題の本號は、第一回海牙會議議定の舊陸戦法規慣例規則には無かつたもので、第二回の會議に於て獨逸代表 (Herr Göppert) の發議に依り新に挿入せられし新規定である、當時提案者の獨逸代表は、本提案の目的は敵の私有財産の尊重を謳へる現行法規の精神を契約の上にも及ぼさしめ、即ち單に有體財産の保護を期せんとするに止まらず、戦時に敵人をして契約の履行方を對手國法廷に訴ふることを不可能ならしむるが如き一切の立法的措置を禁ぜしめんとするにありと説明した。之に對し露國代表 (General Yermolow) は、敵人に屬する信用又は債券 (des créances ou des titres) にして交戦の遂行を幫助すべしと認めらるるものは戦時中或場合に之を差押ゆるを得と爲せる修正案を提出したが、賛成者なく、結局獨逸案は成立したのである。

然るにこの獨逸案に對しては、英國側にては提案者の説明の如くには解釋せず、要は單に敵國軍憲をして占領地住民の訴訟能力を消滅又は停止せしむるが如きこと勿らしむるの意に止まり、敢て敵國人に對し訴權

陸戦法規
慣例規則
の訴權肯
定の規定

本規定の
齟齬の齟

を閉鎖するを得る國家の權能を非認するの意には非ずと取つた。そは現に本條が本規則第二款『戰鬪』、第一章『害敵手段、攻圍及砲撃』中の一條で、即ち軍隊指揮官の軍事行動を律する章下に屬し、隨つて本規定は單に戰場に於ける軍隊指揮官の權能に對する制限たるに過ぎず、殊に陸戦法規慣例規則は元來締約國がその陸軍軍隊に對し據つて以て發すべき適合の準則を定めたもので、敢て司法の運用に關する國家自體の行動を律定したるものではない、と英國は斯く本號を解したのである。米國代表 (General Davis) も『本號は侵入軍司令官が麾下の軍隊の行爲に關し敵地住民の正當の苦情を聽取するのを拒んだり損害救済の要求に耳を傾けなかつたりするが如きこと勿らしめんとする意で、つまり侵入軍司令官の專横に對する牽制的の規定に外ならず、この意味に於て本規定の如き宣言的の一項を第二十三條の禁止事項の一として挿入するは賢明なりと思惟す。』と述べて之に賛した。英米兩國殊に英國が當時既に右様の見解を持たなければ、本號の討議に際し何故に之を明確に宣明し、將た調印に際しその見解を留保するの舉に出でなかつたかは了解に苦む所である。本號は海牙會議に於て獨逸代表の前掲の説明後殆ど無討論にて採擇せられた、事後に至りて反對の解釋を立つるのは、少なくとも效果に於て薄弱たるを免れまい。けれども兎に角英國は、本號に關しては右様の見解を持したのである。陸戦法規の一權威たるホルランドは本號に關し

『陸戦法規慣例規則には戰場指揮官の心得として規定さるべき諸事項と交戦國政府の義務に屬するそれ等とが混然駢列せられた。これは失當と謂ふべきである。この過失の一例は、締約國をして敵人の *Persona standi in iudicio* [簡單に云へば訴訟能力] の享有を不可能ならしむることを廢止する、といふ立法制を

採らしめんと趣旨に出でたものと思はるる第二十三條のチ號にある。若し本號の意が單に侵入軍指揮官の心得たるに過ぎずとすれば、行文をば更に慎重に書直すの要がある。將た若し一見爾く解し得らるるが如く一般的適用のものとするれば、挿入の場所その當を得ざるに加へ、敵人に何等 *persona standi in iudicio* を認めざる主義に對する革命的の變更で、たとひ英米は之に調印したにもせよ、その利害得失に就て尙ほ慎重の討議を盡し終らざる限りは、未だ以て國際法の一規則として取扱はれ得べきものでない。』(Holland, *Land War*, pp. 5, 44)

と云へるが、事實本號の確たる見解に就ては、疑問を挟むべき餘地は大にある。オッペンハイムは左の如くに説いて問題の意義を闡釋する。

『以前には、敵は何等 *persona standi in iudicio* を有せず、隨つて開戦と共に當然法廷に出訴その他の手續を執るの權を失ふ、といふ法則が行はれた。この法則は、開戦は交戦國の總ての國民間に敵對關係を生ぜしめ、男女老弱を問はず凡そ敵國臣民は總て之を殺し、又敵の一切の私有財産を沒收するを妨げずと爲したる時代に發したもので、この時代に於ては敵國臣民を全然 *ex lege* に置くを常とした。敵國臣民が *persona standi in iudicio* を享有するを得ずとしたのは、この主義の論理的結果である。然るに敵國臣民を全然法護の外に置くことの法則が到る處消滅するに至つた以來、彼等を以て訴訟能力を有せずと爲すの法則も亦世界戦以前に埃、獨、伊、蘭の諸國に於て消滅した。ただ英米兩國に於ては、敵國臣民は多少の例外を除き、提訴權を有せざることにしてある。然しながら英米諸國は、海牙規則第二十三條チ號の結

果として、その國內法を變更すべき義務を負ふに至つたものでないか、といふことは學者の間に議論となつた。英國政府は、該條項の字句から推すも、戰場に於ける軍隊の行動を律するを目的とする法規の上から見るも、將た該法規の由來に考ふるも、斯く該條項を解釋すべきに非ずとの見地から、その要なしと公然打消したること、英國外務省の著者への回答中にも記する所である。』(Oppenheim, II, § 100 a)

オッペンハイムと英國外務省の照覆

ウエストレークの所見

この所説中にある英國外務省の回答とは、オッペンハイムが一九一一年二月二十八日付にて外相グレーに宛て本件に關する英國政府の見解を質したるに對し、外相秘書官カムベル (F. A. Campbell) がグレーの命に依り爲したるそれを意味したもので、往復文書共に頗る有益の好參考資料であり、載せて『講義』七五二節にあるから、それを参照ありたい。

三二二 けれども、その爲さしむるといふ訴訟能力の喪失と停止、及び非認は、第二十三條チ號と如何なる關係の下に於て爲さしむるのであるかに就ては、尙ほ詳ならざる所がある。ウエストレークはこの問題を論じたる末に述べて曰く。

『予の結論を云へば左の如し。第二十三條のチ號は、敵に *persona standi in iudicio* を全然拒否することとに對抗する所の一般的了解の下に海牙會議に於て採擇せられたものなること、強て異論を挟み得ざる所である。故に陸戦に於て之を適用するの必要が起つた場合には、本條約調印國の軍隊指揮官は右の意味にて之を適用するの外ない。けれども敵が本號に依りて要求する所の權利を未だ法律上認めざる國をして、新に之を認むる所の法律を制定すべく拘束せしむるといふことになること、その決議も條約も未だ出來て居