公使館に投じ「スタンホープ」卿の庇護を請へり。英國公使は同府最高法院の判決にも拘らず、之が引渡の請求に應ぜざりしを以て、西國政府は兵を館内に進めて之を捕縛せしめたり。「スタンホープ」卿は卽座に馬德里を立去りたるが、西國政府は之に滿足を與ふることを肯ぜず、同二十九年兩國間に戰端を開くに至りたるも、此事件與かりて力ありしと云ふ。後千七百四十七年瑞典國「ストックホルム」市に於て同種の事件起れり。「スプリンガー」と稱する同國商人大逆罪を以て遁れて英國公使「ギディケンス」に投じたるが、英國公使は再三の請求を受けて之に應ぜず。武力使用の脅迫を受けたる後之を瑞典國官憲の手に交付せり。此場合にも英國公使は其任地を去り、英國政府は庇護權の侵害に付抗議を提出したるも、事件は其儘に打過ぎたり。然るに千八百六十八年維納府露國大使館内に隱匿せる逃亡犯人（脫走兵）を取押へむとして成功せざりし事件に付ては、墺國政府謝罪の意を露國政府に表示したるの事實あり。

其後千八百六十七年巴里の露國公使館内に於て露國人「ニキチェンコー」なる者、書記官「バルシュ」氏外二名の館員を傷けたる事件は大評判と爲れり。犯人は露國公使館よりの請求に依り佛國警察官に逮捕せられたるが、露國政府は自國公使館内の事件に屬するの故を以て犯人引渡方を佛國政府に要求せり。佛國政府が犯人引渡の請求に應じ難しとして其請求を拒絶したる理由は、犯人は治外法權を享有するものに非ず又事件は外國公使館内に發生したること事實なるも本國領土内の事件と同視すべきものに非ず、却て佛國法權區域内に行はれたるものなるが故に佛國司法官憲の審理に屬すべきものなりと謂ふに在りて、露國側も强ひて此見解を爭ふことなかりき。

越えて千八百九十五年清國の政治犯人孫逸仙、英京倫敦に於て同地の清國公使館内に監禁せられたる事件あり。英國政府は其釋放を求めたる處、清國公使は同國公使館構内を以て本國領土の一部と同視すべく英國政府に干涉の權利なしと主張せしが、後遂に其主張を撤回して孫を釋放せり。外國大公使館の構内は本國領土の一部と同視すべしとする舊時の思想が今や到底支持すべからざるは以上の二件に照らし何等疑を容るるの餘地なきものと信ず。

外交使節の住宅不可侵の原則は現代の法律觀念に於ては結局、駐在國の司法行政官憲が外交使臣の正式の許諾あるに非ずんば使館の門戸に侵入するを得ざるの一點に歸著す。外交使臣は其館員に非ざる者殊に當局の捜索中に係る者の立寄を禁止することを要す。凶徒は之を引渡し少くとも之が逮捕を許容するの義務あるなり。外交使臣之を拒否する場合は所要の方式を履みたる上、力づくにて館内に侵入することを得べし。其外外交官の住宅は駐在國領土の一部たるを以て館内に起りたる出生、死亡及婚姻等の法律事實は該國領土内に起りたる事實にして本國領土内に起りたる事實と認

めず、大公使自身國外に在るの事實を認め昔時の如く本國領域內に在るものとは看做さざるなり。

（三）　刑事上の裁判管轄權の免除　外交使節が駐在國の刑事上の裁判管轄權より免除せらるるの特權は所謂治外法權の一表徵にして且又不可侵權の自然的歸結なり。此特權は使節の身體財產に付既に述べたる如く或種の執行手續を爲すを得ざることに存せず、却つて被告人、證人又は鑑定人として之を法廷に引出だすことを得ざるに在り。卽ち大公使は曾に法廷の强制手段に服せざるのみならず尙駐在國の裁判に服せず從つて同國の法令に服せざることと爲る。此事たるや刑事の裁判管轄權に付ては特に重要なることなり。

刑事問題中所謂普通犯罪に付ては疑義を生ずること極めて稀なるに反し、駐在國の安全に對する政治犯罪に至りては重大なる國際紛爭の種子と爲りたること往々にして之あり。此種の行爲は度々單なる普通法の犯罪と看做されず實に抗敵行爲として取扱はれたり。卽ち國家は此場合に自衞上必要なる防衞手段を執ること其當然の權利に屬するなり。千五百八十四年女王「エリザベス」に對する陰謀に加擔せるの故を以て西班牙公使「メンドーザ」を倫敦より追放せる、同八十七年在英佛蘭西公使の同一運命に際會せる、又千六百五十四年「クロンウェル」政府より在英佛蘭西公使の放逐せられたる何れも皆然らざるはなし。越えて千七百十七年英王「ジョージ」一世に對し不軌を謀りたる徒黨に與せる廉に依り、瑞典國公使「ギルレンボルク」伯爵を逮捕し兵士をして之を瑞典國に護送せしめたる事件あり。翌十八年には佛蘭西國の攝政「オルレアン」公「フイリップ」に對する陰謀事件の爲、外交團の承認を經て西班牙公使「セラマン」公を捕縛し之を國外に追放せる事實あり。右と前後して露西亞の彼得大帝は徒黨事件の嫌疑に因り蘭國公使「ド・ビー」を捕へ佛國公使「ド・ラ・シャタルデイ」亦同一の運命に遭遇し二十四時間內に兵士護衞の下に「モスクワ」を退去するの已むなきに至れり。第十九世紀に入りての後も此種の實例に乏しからず。英國公使「バルワー」が千八百四十八年西班牙國より逐はれたる如き其一例なり。抑も駐在國の內政事項に容喙するの事は其の實際の行爲を以てすると新聞雜誌の仲介に由るとの別なく、外交官として嚴禁の事柄に屬す。駐在國政府として之に付苦情を鳴らすは當然の儀にして、其召還を本國政府に求め尙必要あらば進んで其送還に著手することを得べし。千八百八十六年英國公使「サックヴィル」の華盛頓府より召還せられたるは蓋し之が爲なり。

上記諸種の事例を綜合して吾人は左の如く論結することを得べし。曰く、外交官の爲せる普通法犯罪の審理は恆に之を本國司法權の手に委付することを要す。政治犯罪に付ても概ね然りと論ずべきも、唯だ駐在國の治安に對する犯罪事件は例外として最峻嚴なる手段卽ち苦情の提出、召還の請

求又は實力に依る拘禁及國外放逐を正當ならしむ。本國司法權に一任するの限に在らざるなり。

(四)　民事上の裁判管轄權の免除　此特權の起源は債務執行の爲債務者の身體を拘束し得るを例とせし舊時代に存す。法令及國際慣習は此原則を承認したるなり。千七百八年駐英露國公使「マツユー」其の約せる英貨五十磅の債務不拂の廉を以て捕へられて獄に下されたる事件に付、英國政府は露國皇帝に陳謝の意を表し且國法を以て外交使臣に付內國裁判權を行使することを禁止すべき旨を約せり。越えて千八百十七年「ナポリ」裁判所が露國公使館附外交官補に對する支拂請求事件を受理するや、「ナポリ」政府は露國に對し正式に陳謝の意を表し同官補は初より何等の抗議を提出せざりし廉を以て本國政府より譴責せられたり。千八百三十九年伯林駐劄米合衆國公使「ホウヰートン」の財產に對し留置權を實行したる事件ありて、米普兩國間に外交上の論爭を生じたるが結局、外交官は民事に付ても內國の裁判管轄權に服從するものに非ざるの原則を相互的に承認することと爲りて事件は落著せり。此原則は千八百七十五年佛蘭西國の司法部も亦佛國籍を有する「ホンジュラス」國公使に關し之を承認せり。抑も外交官に對し民事訴訟を提起せむと欲する者は差遣國本國の法廷に出訴することを要す。然らずんば駐在國政府の外務省に申出で其仲介に由り權利の實行を求むるの外なきなり。蓋し外交官は其生來の住所を持續するものと看做され依然住所地法の支配を受くるものと解するの結果に外ならず。

民事上の法權免除の原則は刑事上の特權に關する原則の如く絕對的なるものに非ず。例外の場合二、三あり。民事に付外交使臣に駐在國の裁判管轄權の適用ある例外の場合は左の如し。

(1)　不動產を目的とする訴訟に付ては所在地法廷 (Forum rei sitae) の管轄權に服すること一般に認めらる。所謂土地の專屬管轄なるもの是なり。

(2)　外交官の職務遂行と兩立せざる行爲より生ずる訴訟　此の例外の範圍は駐在國の法令に依り一樣ならず、又差遣國の同意を必要とするなり。

(3)　外交官自ら原告として駐在國の裁判所に訴訟を提起する場合　外交官に對し訴訟の提起ありたる場合に被告として任意に其地の裁判管轄權に服從するとき亦同じ。例へば被告外交官より反訴を提起したる場合の如き右の任意服從の趣意に出づるや明かなり。此場合には外交官は本國政府の許可を經ることを要す。本國政府の許可は明示的なることあり又默示的なることあり。裁判所は許可ありたることの證明書の提出を求むることを得。蓋し外交官の特權は私法上の財產權と異なり受益者たる個人の隨意に拋棄し得べき性質のものに非ず、寧ろ國家の國際法上の權利の反射作用たる公法上の資格なるが故に、自己又は隨員たる大公使館職員の特權を拋棄するに付ては本國政府の明

白なる拋棄意思の表示を必要とするなり。尤も外交使臣が民事事件に關し任意に其地の法權に服從したる場合と雖も、强制執行其他の司法處分を之に加ふることを得るものと誤解すべからず。此場合に土地の方式に從ひ訴訟書類を被告外交官に送達し、其他被告外交官に付權利保全の手段を取るは全く適法の取計なること勿論なるも、何等公權力の强迫を加ふることを得ざるなり。

（五）　外交官の特權として次に論ずべきは課稅免除なり。外交官は一般に直接對人的諸稅の賦課を免かる。資產に對すると收入に課するとを問はず又資本稅たると勤勞所得稅たるとの別なく又國稅たると地方稅たるとに依り差別なきなり。所謂免稅とは啻に徵稅官の强制を免ぜらるるの謂に非ず、納稅義務そのものを免除せらるるの義なり。之に反し地租、商工業職業稅、消費稅、印紙稅等の間接諸稅、營造物使用料、關稅其他地方稅たる通過稅等は、外交官と雖も之を納付するの義務あり。國際情誼上時として外交官に關稅及入國稅の納付を免ずることあり。又稅關の檢查手續を略すが如きは殆んど常例に屬するの觀あるも、過去の事實は濫用の弊甚しきものあることを示したれば近來は著しき制限を之に加ふるの傾向あるなり。

（六）　上記三種の特權は之を狹義の治外法權と稱するを例とす。外に宗教の自由に關する特權の原則あり。外交使節は其住宅內に於て自由に其宗教を行ふことを得るの義なり。昔時信教自由の原則一般に普及せざりし時代に於ては此特權は殊に重大視せられしも今日に至りては其必要も大方薄らぎたる觀あり。

（七）　外交使節の特權として最後に揭ぐべきものは大公使自身の裁判管轄權なり。以前は大公使の職掌中に此種の特權を含むものとして之を實行したること尠からず。例へば千六百五年駐英佛國公使が隨員の一人謀殺犯の被告と爲りたるものを審理せむが爲、倫敦に於て佛人の陪審員を招集し被告を死刑に處するの判決を下したるは史乘に揭ぐる顯著なる事蹟なるも、現代に於ては刑法の屬地主義に正面より違反するものとして此種の特權は全く廢止せられ了ぬ。現に存する大公使の管轄權は隨員の職務犯罪に起因する懲戒事件に關する懲戒處分問題に限らる。卽ち駐在國刑法の適用範圍に屬せざる官紀問題に付、本國法令の規定に依り在外公館長の權限として定められたる審理手續を行ふのみなり。其外尙本國政府の當該官憲が後日審理すべき館員の犯罪事件に付ては取敢へず假監禁（所謂第一手續 le premier procédé）を爲すことを得るのみ。次に民事に付ても大公使は任國の法令が正式に又は默示的に認容する限り本國政府の次に委任を受けて或種の非訟事件を取扱ふことを得るのみ。此職權も例へば遺言書又は婚姻證書の作成の如く其家族又は隨員の爲にする書類又は屆書の交付に關する權限に限るを例とし、現行法制の下には大部分領事官の職責に移りたるものあ

り。外交官領事官の職掌中法律問題の廣汎に亙るは東洋諸國に於ける例外の現象に外ならず。

熟〻外交官特權制度の三百年來の沿革を按ずるに、第十七世紀より第十八世紀に亙りて其の最頂點に達したる特權主張熱は歐米諸國をして相互に特權濫用の弊に堪へざらしめたる結果、第十九世紀に入りて漸次反動の氣運を生じ殊に前世紀の後半に及ンでは自國外交官の行動に關し法外なる特典免除說を主張する者漸く其影を潛むるに至りぬ。又大公使館構內が法權問題に付本國領土の一部と視るを得ざるの原則確立すると共に、外交使節は罪人庇護の權利を有せざること一般に承認せらるるに至れり。政治犯罪人の一時的隱匿に關し南米及中米の二三小國竝に隣邦支那(北京公使館街)に於て時に反對の現象を見ることなきに非ざれども、是固より國際間の通義を以て目すべからざる變例に過ぎず、對等國間に於ては半世紀來嘗て此事あらざるなり。其他外交官の特權範圍に關し特に制限的解釋を試みむとする伊太利、白耳義學派の所說は未だ悉く首肯すべきに非ざるも、大體に於て最近の趨勢と步調を一にするものあるが如し(圖)。

(圖)　既に引用したる「ペイキング」男爵及立、松原、山本諸博士の著書論文の外に本稿起草に際し參考したる文獻左の如し。

J. de Louter, Le droit international public positif. § 33, Tome II pp. 37—59, esp. 44—59.

Paul Fauchille, Traité de droit international public, § 681—729. Tome Ier, 3ème partie pp. 56—102.

Alphonse Rivier, Principes du droit des gens. Tome Ier, nos. 104—113. pp. 475—508.

Bluntschli, Le droit international codifié. S 191—226. Traduction Lardy, 2ème édition, pp. 140—151.

Franz von Liszt, Das Völkerrecht, 12te Auflage, 1925, § 23, VII. S. 197—203.

J. Hatschek, Völkerrecht, 1923. S. 88—95.

Philipp Zorn, Deutsche Gesandtschafts-und Konsularrecht auf der Grundlage des Allgemeinen Völkerrechts. (In Stiel-Somlo's Handbuch des Völkerrechts, IIter Band, 3te Abteilung, 1920) S. 34—53.

Josef Kohler, Grundlagen des Völkerrechts, 1918. § 29, S. 59—64.

Leo Strisower, l'Exterritorialité et ses principales applications, Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1923. I, pp. 233—285.

Hall, A Treatise on International Law, § 50—53, 7th edition, pp. 181—195.

T. Lawrence, Principles of International Law, § 123—S 130. 7th edition, pp. 285—296.

J. Westlake, International Law, Part I, pp. 273—288.

Amos Hershey, The Essentials of International Public Law, pp. 284—295. (2nd Edition, pp. 401—15.)

第二　軍艦の治外法權

外交使節の特權が由緒の最舊きものなるに反し、軍艦の治外法權は最後れて

發達したる新規の一法制に屬す。殊に英米法の立場よりすれば前世紀の後半に及んで始めて確立したる一原則にして、第十八世紀の後半より第十九世紀の前半に亙りては反對に、外國軍艦に付何等の法權免除を認めざるの舊學說が行はれたるなり。蓋し屬地主權の勵行に重きを措くは英米「アングロ・サクソン」法系の主たる特色の一なるが故に屬地主權の原則に對し一の重大なる例外と爲るべき外國軍艦の法律上の特殊地位が大陸諸國に於ける如く夙に確立を見るに至らざりしも亦自然の數と謂ふべし。先づ新舊學說變遷の由來より說かむ。

千七百九十四年「ロード・アイランド」州「ニューポート」港碇泊中の一英國軍艦內より所在地の米國官憲が米國人六名を解放したる事件に關し、華盛頓政府當局の諮問に對する檢事總長「ブラッドフォード」氏の答申に曰く、國際法は外國軍艦の艦長に對し何等所在國法權よりの免除を付與するものに非ず。檢事總長「リー」氏が英國軍艦「チェスターフキールド」號事件に關し千七百九十九年中に述べたる意見も趣旨は同一なり。曰く紐育港內碇泊中の英國軍艦內の人々に民刑事件の訴訟書類を送達するは適法なり。苟くも所在國に對し相當の敬意を表せむとする者は此種の訴訟行爲に服從することを要す。右の意見は單に米國法曹に限りたることに非ず。英國第一流の學者も亦當時同一の學說を奉ぜしものなることは次の一例に徵して明かなり。卽ち千八百二十年南米祕露に於ける西班牙國植民地の叛亂に際し、叛徒援助の廉を以て西國官憲の爲に獄に下されたる英國臣民「ジョン、ブラウン」と云ふ者、獄を脫して「カヤオ」港碇泊中の英國軍艦「タイン」號に投じ英國旗の保護を求めたる事件あり。本件に關し英國政府より意見を求められたる「ストーウェル」卿の答申中には、英國軍艦の艦長に右「ブラウン」を保護するの權利なき旨を明言するのみならず、更に進んで「若し西國官憲にして軍艦外に本人を拉し去るに付公力を使用するを相當と認めたりしと假定するも、予は同官憲に不法の暴力行使ありたりとは難責すべからざるものと思惟す」と說明せるなり(一)。

(一)「ローレンス」國際法第一〇七節、第七版二二六頁。
「ホール」國際法第五四節第七版一九八—二〇〇頁參照。

外國港灣內の軍艦其他の公船に付、所在地法權よりの免除を認むる新學說の根柢と爲りたるものは、千八百十年米合衆國最高法院に於て言渡されたる「エキスチェンジ」號事件に付「マーシャル」判事の下したる判決理由なり。同船は元來合衆國人民の所有船舶なりしが、西班牙國聖「セバスチヤン」港に向けて航海の途中佛帝「ナポレオン」の命に依り差押沒收せられ、尋で軍艦に變更せられ「バラウ」號と改名して佛蘭西國海軍の軍籍に編入せられたるものなり。其後同船は佛國の一軍

艦として「フィラデルフィヤ」港に回航したるが、舊所有者より同船所有權の回復を目的として訴訟の提起あり。米國地方裁判所は管轄權なき旨を以て原告の申立を却下したるが、控訴審に於ては第一審判決を覆したる爲、最高法院に上告することゝ爲り同院の最終判決を以て第一審裁判所の却下判決を確定したるものなり。

管轄權問題に關し武裝せる公船は商賣用の私有船舶と同一視すべからざる所以を論述したる判決理由の一節に曰く、軍艦は其本國の武力の一部を構成するものにして、主權の直接の指揮に屬し國家の公用に供せらる。若し之に干渉することゝ爲らば君主の權力及威嚴を傷くることゝ爲るの外なし。故に軍艦が友好國の港灣に入るに付ての默示的許可は所在國主權の管轄を免除せらるるの趣意を包含するものと解釋するを相當とす。本院は此解釋を取るの外なきものと認めたり云々。

越えて千八百五十五年卽ち「クリミヤ」戰爭の當時、英國巡洋艦「プレシデント」號露國船「シトカ」號を拿捕し乘員搭載の儘之を聖「フランシスコ」港内に引致せることあり。同地の裁判所は捕虜二名の拘禁の適法なりや否やを審斷せむが爲、人身保護律（ハベアス、コルプス）の令狀を發付したるが、右司法書類の送達を受けたる「シトカ」號艦長は其命に服せず直に出帆したるの事案あり。本件に對する檢事總長「カッシング」の意見に依れば、艦長の卽時出港して無用の論爭を避けたるは賢明なる措置と許すべく、凡そ合衆國と和親關係に在る外國主權の一軍艦が我港灣に入港し友好的振舞を持續する以上（demeaning herself in a friendly manner 何等敵對行爲に出でざる限りと云ふの趣意なり）所在地の管轄權より免除せらるるは合衆國の明確に採用したる學說なりと明言せり。曩に「マーシャル」判事の提唱せる軍艦管轄權免除の新學說が約半世紀を經て、合衆國法曹界の定說と爲るに至りたる事實は右にて明瞭なるべし。

然るに英國に於ける新舊學說の推移は更に數十年の遲延を見たり。千八百七十五年 Royal Commission on Fugitive Slaves の論議に徵するも、國際法學者たる「フィリモーア」外三名の委員は何れも新派の免除說を主張したるに對し、他の多數委員は依然舊學說を墨守し論爭容易に盡きざるものあり。されば外國軍艦の法權免除を的確に闡明したる英國裁判所の判決例は實に千八百七十九年の米艦「コンスティテューション」號事件を以て嚆矢とすること普通の見解なり。同船は巴里大博覽會に出品せる米國商人等の貨物を積込み、合衆國政府の費用を以て紐育に送還の途中、英國海岸に於て擱座し沈沒したるものにして其際救助に從事せし曳船の所有者より英國裁判所に出訴したる報償金額請求事件に於て軍艦及搭載貨物の差押を求めたるが、米國政府は英國法廷に裁判管轄權なき旨を抗辯し結局原告の敗訴に歸したる事件なり(二)。此の如く英米の法曹界に於ては最近の五十年

間に確定したる軍艦の治外法權制は一の新法制と評するの外なく、之を彼の三百有餘年來の沿革を經て古色蒼然たるの觀ある外交官特權制度に對照するときは、洵に天地霄壤の差あるものと謂はざるべからず。

(二)「ローレンス」前出二二七頁、第一〇八節二三一頁及「ホール」前出二〇二—二〇三頁、二〇三頁附註一及 Manley O. Hudsons, Cases on International Law, 1929. pp. 546—53. 參照。

「マーシャル」判事判決要旨に付ては「ヒット、コマット」國際法判例集（第四版）上卷二六一—二六四頁、英國に於ける新學說及判例に付ては同書二六五頁註文參照。

國際法上一國軍艦が外國領水内に於て法權免除の特權を認めらるる所以の理由如何。或は軍艦不可侵の原則を說明せむが爲、凡そ軍艦は一種の外交代表資格を有するが爲なりとするものあり。曰く艦長は恰も外國の宮廷に駐劄せらるる外交使臣の如く、艦長の指揮に屬する士官及乘組員は猶在外公館の公私職員の如く又艦船自體は大公使館の官舍に該當するものなりと(三)。然れども外交使臣の特權は既述の如く職務の內外に亙りて廣く且大なるものあり駐在國中の到る處に追隨するに反し、軍艦の艦長及乘組員は此種の人的特典を享有せざるのみならず、軍艦を離れては通常何等の特權なきものと解せらるるの差あり。他の一方に於ては軍艦は全然土地の法權區域外に超脫す。大公使館の如く駐在國法權區域の一部を爲すものと同一視することを得ざるなり。或は又曰く軍艦は本國領土の延長と看做さるべく、軍艦上に行はるべき法令及公權力は本國領土に適用あるべき軍艦所屬國の法令及公權力に限る。凡そ一國軍艦の外國領水內に在るは譬へば猶外國領土內に本國領土たる飛地の存するが如きなりと。然れども所謂軍艦領土說は精確なる法理上の觀念と謂ふべからず、一種の譬喩として解すべきものに過ぎざることは後段述ぶる所の如し。

(三) Calvo, Le droit international (théorique et pratique, § 472 et § 1550, Tom. I, p. 571 et Tom. III, p. 337. Cauchy, le droit maritime international, T. II, p. 157.

然らば則軍艦の治外法權を說明するに足る眞の法律上の根據は何れに在りやと云ふに、其基礎は軍艦の特質に存するものと謂はざるべからず。蓋し軍艦は本國の武力を構成する一要素にして、其掲揚する國旗は實に母國の公權力を表彰するものなり。軍艦の艦長及乘組員は本國官吏として行政部の代理人なり。軍艦は其自體に於て本國主權の獨立及威嚴を代表するものと思惟せらるるが故に他國領域內に入りても所在地の主權に服從するを得ざること、恰も國家元首の外國旅行中滯在國の法權に服從するに由なきが如し。所謂對等者相互の間に在りては法權なきの原則（par in parem non habet jurisdictionem）の適用あるものなり。若し沿岸國にして外國軍艦及其私法上の權利者に對し

裁判管轄權を行使せむことせば、是れ卽ち軍艦所屬國に對し統治の權能を行使せむとするものにして國際法違反の最顯著なるものなること些の疑を容れざるなり。

軍艦の特權を論ずるに當り先づ注意すべきは、艦船及艦長以下の乘組員は不可分の一體を成すものと看做さるること是なり。例へば海難の場合に艦長以下の乘組員が遺棄したる軍艦は單なる船體に過ぎず。最早本國武力の一部を構成せず又固より母國の公權力を表彰するものに非ざるが故に、治外法權の問題を云々するの餘地なきが如し。次に本國政府に反抗して叛旗を飜したる軍艦亦茲に所謂軍艦の範疇內に入らず。既に本國政府の節度に服せざるもの如何ぞ本國主權の威嚴と獨立とを代表することを得む。前者は軍艦の形骸を存するのみにして其精神なきものなり。財產權の目的としては法律上思惟することを得べからむも公法上の法律關係は既に消滅したるものとす。後者は其本來の目的に背反するものなるが故に、或は戰爭法上交戰團體承認の問題を生ずること之あらむも平時國際法上の特權問題の目的とは爲らず。二者共に本論攻究の限界內に在らざるものなり。

軍艦の治外法權を說明するに當り、多數の學者は軍艦を以て本國領土の延長と看做すこと既に一言したる所の如し。軍艦を以て當然本國領土の一部を爲すものと主張せざる學者と雖も、軍艦を以て領土に準ずるものとし、本國政府は其所屬軍艦の上に領土權に準ずべき一種の公法上の權利を有すと想定するもの比々として皆然らざるはなし。然れども此說は嚴格なる法理上の觀察よりすれば的確なりと謂ふべからず、單に一種の譬喩として存在の理由を有するに止まる。以下其理由を開陳せむ。

（一）國際法上一國軍艦に對し本國政府の公法上の權利を認むることを得ざる所以の理由の一は前に一言したる乘組員の遺棄したる軍艦に付之を徵證することを得べし。例へば海難の際乘組員の全部立退きたる難破艦は最早軍艦に非ざるなり。今別國船舶が漂流中の難破艦に遭遇したる際、船員を派して艦內に踏込ましめたりと假定せむに、何人も軍艦所屬國の本國領土內に立入りたるものとは解せざるべく、從て該船員等に付軍艦本國法令の適用あるものとは論ずることを得ざるべし。抑も難破船は私法上に所謂無主物に非ず、依然として所有權の目的たるものなり。蓋し海難の際に於ける船員立退の事實を以て直に所有權の拋棄と解するは正當ならず。難破船を救助し得る地位に在る權利者が敢て救助の手段を講ぜざる場合に始めて私法上の權利拋棄ありたるものと解することを得べし。實際の場合に果して權利の拋棄ありたりや否やの事實問題は一時疑義に屬すること蓋し之あらむ、其は吾人の關知する所に非ず。吾人の攻究を必要とする所は乘組員の立退きたる船舶が未だ權利の拋棄あらざるに、既に軍艦たる資格の喪失てふ結果を見るは果して何の爲なるかの一點

に存す。

本國政府が軍艦の所有權者なる正常の場合に付觀察せむに、上記の如く乘組員の立退に因り本國政府其所有權を喪失するものに非ざるに拘らず、領土權（又は之に準すべき一種の公法上の權利）は右立退の結果消滅したるものと解すべきやと云ふに然らず。此場合に本國政府に領土權喪失の意思あるものとは解し難かるべく又軍艦の艦長に同樣の意思あるものとは思はれず。假に艦長に右喪失の意思ありたりとするも、本國政府の意思と合致せざる限り國際法上之を度外視するの外なからむ。蓋し軍艦の艦長が船舶所有權を讓渡することを得るの權限を有するは戰時法上降服規約締結の場合に限らる。此の事を除いては艦長の拋棄し得るものは軍艦占有の事實あるのみ。軍艦占有の拋棄が領土權喪失の結果を生ずるや否やは艦長の意思とは交涉なきなり。尙又乘組員に於て軍艦を見棄てたる一事は本國政府の意思如何に論なく國際法上領土權終了の一原因たりとは謂ふことを得ざるべし。若し果して然りとせば船艦は國際法上の無主物として他國の先占し得べきものと爲らむ。私法上の所有權の存續は國際法上先占取得し得べきものの先占を妨ぐることなきなり。然れども船舶は先占取得し得べき性質のものに非ず。或外國が事實上船舶の占有を掌握する場合に於ても從前成立せる所有權は依然存續するものにして、右船舶の占有を實現したる國家の行爲の爲該船舶は軍艦と化するものに非ず又其國の所屬軍艦と爲る次第に非ず。換言すれば通說の認むる如き本國政府の軍艦上に有する物的權利の取得は未だ之あらざるなり。卽ち船舶は國際法上先占し得べき物に非ずして所謂領土權の喪失は其當然の結果を生ぜざるなり。既に領土權の喪失なしとせば領土內又は船舶上の人員に對する領土權の作用は依然存續すべきの理なり。然るに事實此作用の存續せざるを見れば、論者が此場合に領土權の得喪を云々するは假定の論に過ぎずして、事の眞相に非ざることを知るに足らむ。要するに本國國家は軍艦に關し初より何等國際法上の物權（領土權又は之に準すべき）を有するものに非ざるなり。

（二）　次に軍艦に關する權利の移轉性に付研究を進めむに、結果は同一に歸著するを見るべし。假に軍艦を目的とする國際法上の物的權利なるものありと想定せむに、此權利は國際間に轉々讓渡し得べきや如何。若し一國が其所屬軍艦に對し領土權に準すべき公法上の權利を有するものとせば此權利は之を他國に讓渡することを得べきや。蓋し一國が他國との間に軍艦を賣買、交換、贈與し得るは猶國家間に大砲小銃等を賣買、交換、贈與し得ると異らず。然し其讓渡したるもの卽ち買主の取得する所のものは私法上の所有權に過ぎず。卽ち他の一國への軍艦の賣渡は國家の所有に屬する貨物船を一私人に賣渡したると法律上何等の差別なきなり。買主が國際法上の權利能力又は行爲

能力を有すること否とは全く無關係の事柄にして、買主は船體を取得し隨意の用法に供し得べきも之が爲軍艦を取得するものに非ず。右賣買の目的物件が構造上特に軍艦に適すること否とは法律上問題と爲らず、船艦と備砲とを一括して賣買したるや否やも亦問題外たり。何れにせよ買主に於て之に海軍軍人を乘込ませしめ其艦長に下だすに軍事上の訓令を以てしたるとき始めて買主の軍艦と爲る。其他の手段を以て之を軍艦たらしむるに由なし。抑も此種の軍艦を有し得るものは國際法上唯だ國家あるのみなれば、買主の國家たることを前提とするは固よりなれども、此の如く買主が軍艦として之を使用するは賣主の權利承繼人たる資格に於てするものに非ざること、特別の國權行爲を必要とする點より見て明白なるのみならず、私人より買入れたる船舶に付ても亦同一の手段を執ること を得るの點に徵し更に疑あるべからず。私人が船舶の賣主たる場合に此種の公權利を讓渡すること を得ざるは言を待たざればなり。此の如く軍艦に關する各國家の權利は原始的に取得せらるるもの にして、別に傳來的取得の方法なるものなしとせば、軍艦に關しては領土權又は之に準ずべき性質 の公權利の初よりして存在せざること明かなり。曩に論證したる如く軍艦は國際法上先占取得の目 的と爲るに由なく、又其權利は移轉讓渡の目的と爲らざること上述の如しとせば、軍艦に關しては 國際法上の物的公權利は初より存在せざるなり。故に曰く軍艦領土說は法理上の觀念としては正確 ならず、僅に譬喩として其存在の價値を有することを得るのみと(四)。

(四)　P. Heilborn, Das System des Völkerrechts entwickelt aus den Völkerrechtlichen Begriffen, SS. 261—264. 參照。尙軍艦領土說に對する立博士の批判に付ては、同博士國際法問答、外交使節の特權に關する問答、國際法外交雜誌第二六卷第六號九一、九二頁、註二〇參照。

凡そ如何なる國家も他國の軍艦內に於て國權行爲を爲すことを得ず、如何なる國家官吏も許可を得ずして職務上艦內に踏入ることを得ざるなり。軍艦所屬國は右外國國權の介入を許容せざるが故に、艦內に於て行はれ又軍艦よりして行はれたる一切の行爲に付責任を負ふものとす。本國政府が曾に公海に於てのみならず、外國港灣碇泊中の自國軍艦に付此責任を負ふ所以のものは、沿岸國の權力の同艦內に及ぶことを禁ずるが爲なり。乘組員以外の者に關する軍艦本國の國際法上の權利も亦茲に胚胎す。乘組員以外の者をして所在國法權の下に立たしめず、專ら軍艦本國の裁判管轄權に服せしむることを得るは全く之が爲なり。實際箇々の場合に艦長が如何なる範圍まで此權利を實行するやは一に艦長の裁量如何に屬するも、艦內に於ける事件の犯人が沿岸國人たる場合に於ても、理論上は之を同國官憲に引渡さず軍艦本國に送致して本國裁判所の審理に付することを得るなり。

軍艦は本國領土の一部又は其延長と解すべきに非ざるの點に於て大公使館構內と何等擇ぶ所なき

も、軍艦内の事件は裁判管轄の點に付ては全然使館内の事件と異なれり。使館内に發生する事件は今日に於ては全然駐在國國法區域内の事件として扱はれ、例へば犯人が外交使節の特權に均霑する等特殊の事情なき限り、使臣本國の裁判管轄權の容喙を許さざること前世紀後半以來一般に認めらるる原則（前出「ニキチェンコー」事件及孫逸仙監禁事件參照）なるに反し、軍艦内の事件に付ては偶然艦内に來合せたる所在國人相互の間の交涉問題と雖も、原則上軍艦所屬國の裁判管轄權に屬するなり。換言すれば軍艦は大公使館構内と異なり、全く駐在國法權區域外に超然たるものとす。故に軍艦の法律上の特殊地位を說明せむが爲、治外法權の觀念を假用するは外交使節特權問題と異なり、誤解を招くの虞比較的に甚大ならざるが如し（五）。

（五）　立博士國際法問答前出參照。

治外法權の擬制を認むる學者中には外交使節の特權に付人的治外法權（l'exterritorialité personnelle）の術語を用ゐ之を軍艦の物的治外法權（l'exterritorialité réele）に對立せしむるもの多し。所謂物的治外法權の觀念は軍艦領土說の前提の上に成立す。一種の譬喩としてのみ軍艦領土說を受容れむとする吾人の立場よりすれば物的人的の差別なし。唯軍艦に付ては治外法權的地位が大公使館の場合に比し遙に緊切且顯著なりと謂ふことを得るのみ。

軍艦の治外法權が其本國政府の私法上の權利名義の如何に依り左右せらるるものに非ざることは既述「エキスチェンジ」號事件の先例に徵して明かならむ。即ち本件に關し佛帝「ナポレオン」の沒收處分が全然不法のものにして、佛國政府は同船に付私法上何等の權利名義なきものと假定するも、右は佛米兩國政府間の外交問題として論議に上ること之あらむ。米國裁判所に於て佛國軍艦に對し裁判管轄權を行使するの理由とは爲らざるなり。

外國領水内に在る軍艦は沿岸國の法權に服せずと曰ふも全然何等の檢束なきものと謂ふことを得す。軍艦は任意に沿岸國の地方法令殊に衞生、警察に關する規則を遵守すべきものとす。若し軍艦にして之を守らず沿岸國が注意を與ふるも何等其效果なき場合は、其の港灣又は領海外に立去ることを求め得べく、又必要あらば退去を强制し得べきなり。若又軍艦が沿岸國の官吏又は他の船舶に對して暴行を加ふるときは、所在地官憲に於て自衞上必要なる措置を執り得べきこと勿論なり。但し軍艦が地方法令を遵守せず又は暴行を加ふる場合に於ても、沿岸國は退去を請求し又は其他必要なる手段を執り得べしと曰ふに止まり、軍艦を沿岸國の法權下に立たしむることを得ると謂ふには非ざるなり。

軍艦は全く所在國の法權區域外に超然たるものとす。之を形容して軍艦は不可侵の特權を享有すと曰ふも亦妨なし。然らば則其地の犯罪人逃亡して軍艦内に竄入するとき軍艦は之を庇護するの權利を有するやと云ふに必ずしも然らず。軍艦が庇護權を認めらるるは或特殊例外の場合に限るもの

にして、原則上何等庇護權なきこと大公使館と異ることなきなり。蓋し軍艦內に逃込みたる逃亡犯罪人は其の艦內に在る限り、沿岸國に於て之を逮捕するに由なしと雖も、軍艦所屬國は右の罪人を保護するの權利を有するものに非す。亡命客を庇護して所在國の內政事項に干涉するに立至るが如きは明かに權利の濫用に外ならざれば逃亡犯人は之を驅逐することを要す。殊に犯人が普通法上の罪人たり且軍艦所屬國の臣民に非ざる如き場合には庇護の不法なること一般に認めらる。此點に關しては略ぼ異論なきが如し。

軍艦內に逃亡犯罪人の逃込みたる場合は大公使館內に逃亡犯罪人の逃込みたる場合と同じく、犯罪人引渡條約の全く適用なき場合なることは之を注意することを要す。今軍艦（大公使館）所屬國と所在國との間に犯罪人引渡條約の締結ありたるものと假定せむに、同條約に於ては締約國の一方の法權（管轄）內に於て刑事被告人と爲り又は判決の言渡を受けたる者が、他の一方の領土內に於て發見せられたる場合を規定するを目的とす。軍艦又は大公使館內の犯人を引渡すと否とに關係なきなり。凡そ國家は其領土內に於て各種の外國人を收容保護するを得ることを原則とす、之を他國に引渡すは庇護權を行使せざるの特例なり。之に反し大公使館又は外國港灣碇泊中の軍艦は所在地の主權を尊重するの結果、領土權の行使を妨碍するを得ざることを原則とす。或場合に犯人を收容することを得るは特殊の事情に基く例外に外ならず。同じく罪人引渡の名稱を用ゐることするも引渡條約に所謂引渡（Extradition, Auslieferung）とは全然沒交涉にして、彼を以て此を律することを得ざるなり。されば條約に定むる如く外交機關を經由して引渡の請求を爲すことを要せず所在地官憲より艦長に直接談判するものなり。但し軍艦の艦長に於て之を地方官憲に交付するは全く其權內の行爲たるに相違なきも、別段の取極を存せざる限り何等其義務なし。軍艦の立場よりすれば逃亡犯罪人に對する保護の撤回卽ち犯人に退去を命ずるのみにて義務は充されたるなり。其以上の責務を負ふ次第には非ざるなり、六。

（六）「ハイルボルン」前出二七六頁及立博士國際法問答前出第六號九二―九四頁參照。
國際法學會千八百九十八年海牙決議第十九條第二十條及第二十一條參照。

軍艦所屬國が庇護の權利を行使する例外の場合に三種の別あり。（一）逃亡犯罪人が軍艦所屬國の臣民なる場合　（二）奴隷たる羈絆を脫せむが爲來投する場合及　（三）政治上の犯罪に因り訴追せらるる場合卽是なり。此三種の場合に於ても反對の原則を認むること多し。例へば第一の場合に付我軍艦外務令は英國海軍服務規則と同じく之を軍艦內に收容せざることを原則とせり（同令第十七條參照）。次に奴隷の來投に際し軍艦に於て庇護を與ふべきかの點が英國に於て論議の目的と爲り、

遂に調査委員會の設置を見るに至りたるは曩に一言したるが如く實際の取扱振も亦區々に出でたり（外務令第三十條參照）。最後の政治犯罪の場合は庇護の最頻繁に行はれたる場合なり。殊に國内の政情安定せざる南米諸國に於ては外國軍艦が人道上の見地に基き亡命の政客を庇護したる事例甚だ多し。尤も此場合に於ても庇護權行使の條件としては危險切迫の事情あることを必要とし、且庇護は全く一時的應急の措置たることを要す。軍艦の指揮官は軍艦が沿岸國に對する犯罪の準備所と爲り又は政爭の策源地と爲ることを妨ぐるに付必要なる手段を講ぜざるべからず(七)。

(七)「ホール」第七版二〇六頁中段及同頁註一參照。

我軍艦外務令中の關係條項を左に摘錄す。

第十七條　指揮官は帝國臣民の外國法律を犯し將に逮捕せられむとして我庇護を求むる者あるも之を艦内に容るべからず但し一旦許して我艦内に容れたる者は外交上の手續を經るに非されば之を他に引渡すべからず而して其者は便宜之を帝國の相當官廳に送致すべし

第二十四條　指揮官は其部下をして外國に於ける政治上の爭亂又は該國と他國との間の葛藤に干與せしむべからず

第二十七條　指揮官は外國に政治上の爭亂ありて之に關係を有する者危急の難を避けむが爲我艦に保護を請ふときは之を艦内に保護することを得但し之を保護するに先ち成るべく其地に駐在する我外交官又は領事官と協議すべし

前項の場合に於て指揮官は其保護する所の者をして其黨と一切の交通を絶たしめ且速に之を安全の地に移すべし而して之が爲に特に一方を庇護することの嫌疑を來さざることに注意すべし

第二十九條　指揮官は前二條の場合に於て一旦保護を與へたる後艦務に支障を生ずるか又は保護を要せざることを發見したるときは隨意に退出を命ずることを得

第三十條　指揮官は奴隸として使役せらるる者其の羈絆を脫し我艦の庇護を請ふときは事情の許す限り之に應ずべし

第三章　國際法雜俎

第一節　國際法の本質を論ず

國際法とは文明諸國相互間の關係を規律する法則の總稱にして、國際法學とは右法則を研究の對象とする法律學の一部門なり。

法とは何ぞやの問題に對しては、法とは人類社會の共同生活に於て各自の行動を規律する準則なりと答ふることを得べし。凡そ人は其本性上孤立して生存し得るものに非ず、必ずや其同類と共に相倚り相扶けて以て共存共榮の道を講ずるものにして、小にしては一家を爲し、數家族相集まりて部落を成し、小集團は漸次に大集團と爲り遂に進ンで國家の體裁を備ふるに至るまで、一として其本性に基かざるはなし。而して多數人相集まりて團體生活を爲すに當りては、有無相通じ長短相補ひ以て各自の利益と幸福とを增進すると同時に、自他の間時として意思の扞格を見ることあるも亦已むことを得ざる數なり。此場合に兩者の間に意思の限界を定むるものなくんば社會は一日も其安定を期すべからずして結局滅亡するの外なからむ。此の如き意思の限界を爲すものを稱して法又は

法則と謂ふなり。古來の法諺に「凡そ社會あれば其所に法律あり」(Ubi societas, ibi ius est)と謂ふもの卽ち此眞理を道破せるものに外ならず。

之を法制進化の沿革に徵するに、何れの國に於ても上代は祭政一致にして法律と宗教及道德律との間混沌たるを免れざるも、其後年所を經て兩者の間漸く剖判するに及ンで、先づ認識せられたる法規は個人相互間の人事及經濟關係を支配する民事法規と刑事法制と是なり。其後國家の中央權力漸次確立するに及ンで私鬪を嚴禁し、個人間の爭を決裁するの手段として自力救濟に訴ふるの道を著しく制限し、刑事制裁は專ら國家公權力の發動に俟つこと爲り、封建制度崩解の後を承けたる近世の專制諸國に於て公私法の分界漸く判明することとなりぬ。其後更に進ンで立憲政體の創設と爲り、憲法以下行政諸法規の整備と共に、國家對個人の權利義務關係益〻明晰と爲り、國家公共團體對私人の法律關係を研究の目的とする公法諸學科も亦、私人相互間の法律關係を攻究する私法學と同じく、法律學の重要なる一部門と爲るに至りたるなり。

國際間に權利義務の法律關係を支配する法規の成立を見るに至る所以も亦全く同一なり。國家は一の無形人格に外ならず。諸國家相集まりて一の國體生活を爲すに至れば、其相互の關係に於て一定の規準を必要とすること、猶一國內の個人相互間に於けると異らず。唯だ諸國家相互間の交涉に於て各國が共同團體の一員たる自覺を有するに至れるは、歷史上事實として國家が稍〻發達したる文化の程度に達したる後のことにして、且つ言語、宗教、風俗又は習慣の略〻近似する諸國の間に於て初めて實現することを得たりしなり。されば個人相互間の關係を定むる法律殊に私法法規が今より千數百年前の羅馬帝政時代に於て旣に完備の域に達したるに反し、國際法が其の萌芽を發せしは西曆第十六、七世紀の交、歐羅巴洲の西南方に位せる基督敎諸國相互間の關係に始まる。卽ち最近三百年前の事にして彼の國際法學の開祖と稱せられたる「グローチウス」の著書、平戰條規三卷が世に公にせられし紀元千六百二十五年（本朝の寬永二年）は「ユスティニヤヌス」皇帝の羅馬民法編纂當時より起算して約千百年後の事なり。其後國際法の學問的研究が大に發達したるは第十九世紀の後半期に屬し、殊に普佛戰爭以降卽ち最近六十有餘年間の出來事に外ならず。是故に國際法學が法律學各部門中の最後進として、先輩たる民刑法憲法訴訟法等の諸學科に比し、研究上大に遜色あるは已むことを得ざる自然の事理に屬す。されば國際法學は其の現に最弱少の狀態に在るの故を以て其前途を悲觀すべきものに非ず。却ッて其の大に春秋に富むの點に著眼して洋々たる其將來の發展を祝福すべきのみ。

國際法てふ名稱は英語の International Law 佛蘭西語の le droit international と其字義を一にす。

卽ち國內法と對立する術語にして、英國の碩學「ジェレミー・ベンタム」(Jeremy Bentham, 1748—1832)が第十八世紀の末葉此用語例を推奬したる以來廣く世界各國の間に流布したるものなり。其の以前には羅甸語 jus gentium の文字譯なる萬民法 law of nations, le droit des gens 等の名稱を用ゐたりしが、獨逸語の Völkerrecht 和蘭語の Volkenrecht 及丁抹語の Folkeret 等日耳曼語系の諸國に於て現に慣用する諸語は、字義よりすれば上記羅甸語の翻譯と見るの外なく、我國に於ても舊くは萬國公法てふ譯語を用ゐたることあり。然れども羅馬法の jus gentium は羅馬市民にのみ適用ありたる固有法 (jus civile) に對立するものにして、卽ち諸民族共通の私法に外ならず。故に萬民法又は萬國公法の術語の下に國家相互間の關係を規律する國際法の理論を解說せむとするは、名實相伴はざるの甚しきものと謂ふべし。加之此稱呼は個人も亦國際法上の法律關係の當事者たり得るかの如き誤解を伴ふが故に斷じて不可なり。次に學者或は國際公法 (Public international law, le droit international public, le droit public international) の稱呼を用ゐるもの尠からざるも、此の用例は國際法中に公私二種の法ありとする誤解を招き易きの弊あるを以て予は之を採らず。國際私法と謂ふは國際法と對立する國內法中の一部門にして、國際法とは全然別箇の觀念に屬す。彼此相混同すべからず(一)(二)。

(一)　板倉慶應大學教授著國際法史論第一章國際法名稱考、同書一—一四頁。穗積博士法窓夜話一七四—一八〇頁及法學論叢第十四卷第四號揭載田岡法學士論文參照。

(二)邦語の「國際」に二樣の意義あることは從來學者の一般に看過する所なるが如し。第一の意義は形容詞として「國と國との間に於ける」「國家相互の間の」の意味にて、卽ち英佛二語の international 獨逸語の zwischenstaatlich に該當するもの第二の意義は名詞として「列國交際」又は「諸國交涉」卽ち廣義の樞紐折衝と同義に解するもの是なり。第一義に於ける國際の「際」は inter, entre, zwischen 等泰西諸語の前置詞の用を爲すものなるに反し、第二義に於ては「君臣際會」等の場合と同じく名詞又は動詞の用を爲すものなり。「國際」の二字は箕作博士の譯語創定以來、主として右の第一義に使用せられたるものの如きも、明治十四年東京大學に於ける學科改正の際、從前の「列國交際法」を「國際法」と改定したる沿革に徵し、前記第二義の成立する餘地あるを思惟せしむ(法窓夜話一七八、一七九頁參照)。國際法の「國際」が果して右の第二義に解することを得るものとせば、國際私法其他國際民商法、國際刑法、國際行政法等の用語例に於ける「國際」との區別を高調するに便ならずやと思ふ。暫く疑義を存して大方識者の指敎を待つこととせむ。

國際法觀念の發生を見るが爲には其前提として左の諸條件を具備することを要す。

(一)　互に獨立不羈なる二つ以上の國家又は國家類似の團體が竝立共存すること　所謂世界國家(Universalstaat)に在りては「天に二日なく地に二王なし」の觀念なるが故に、人類全體の上に君臨する國權の制定に係る世界的法制は存在し得べく、卽ち近代諸國の民刑法、訴訟法、憲法又は行政

法等に該當する諸法は成立し得べきも、國際法の成立は想像し得べからず。國際法の成立に付、二つ以上の國家の對立竝存を前提とすることは當然の事理に屬し、右の諸國は互に獨立にして且平等ならざるべからず。恰も國內法上各個人が法律の前に一切平等なると同じく、國家も亦其の大小强弱を問はず一切平等と觀念するに非ずんば、其間に法律觀念の發生を期すべからざるなり。

(二)　諸國相互の間に原則上平和的なる交涉關係の永續すること　一國が全然孤立するときは國際法の適用を見るに由なし。國家相互間の交涉は永續的なることを要す。蓋し諸國間の交通往來が稀有の偶發的現象に止まる間は未だ以て國際法の需要を喚起するに足らず、又次に說明すべき精神的要素を欠缺すること必定なればなり。此の永續的交涉は主として平和的なることを要す。互に敵對する共同團體は之が爲法規を必要とせず又之を欲するものに非ず。法の本質は平和の掟たるにあらずんばなり。

(三)交涉團體相互の間に共同感情の存在すること　法律感情及法律思想は人の本性に存するとは曰へ、人又は人の團體が互に同類と自覺するときに非ずんば此の感情及思想の發生を見ることを得べからず。此の如き同類の自覺を生ずるとき卽ち共同團體の思想が心裡に活動して然る後、公平なる團體法規に對する需要を生ずるなり。抑も共同團體の思想は一定の文化共通を前提とす。文化共通（Kulturgemeinschaft）とは國家內部の法律經濟生活の略〻同一程度に在るの謂にして、殊に善惡正不正及義務履行に關する道義觀念が大同小異なることの意味なり。例へば一國に於ては外國人を尊敬し之に多種多樣の權利を認むるに反し、他の一國に於ては外國人を視ること禽獸の如くなる場合の如きは、兩者の間に共同團體思想の成立すべき餘地なきが如し。

(四)　相互關係の當事者たる交涉の主體は國家なること　一方が國家にして他の一方が他國人なる場合は、當事者雙方の個人なる場合と同じく、共に國際法の關知せざる所なり。又當事者雙方が國家なる場合に於ても其間の法律關係が私法上の法律行爲なるときは國際法の與かり知る所に非ず例へば公使館敷地の賣買、軍艦銃砲其他武器の買入等の如し。國家本來の性質卽ち制限を受けざる固有の統治力に基き國家の間に發生する法律關係のみが國際法の規定の目的たり。換言すれば國際法上の權利主體たる國家は私法上の人格たる「フォスクス」（國庫）に非ずして、公法上の人格たる國家の活動卽ち公權力の發動制限が國際法律關係の目的たるなり（Paul Heilborn, Grundbegriffe des Völkerrechts Bd. I, S. 11—15）。

次に國際法の適用を受くべき所謂文明諸國の範圍は果して如何と云ふに、此問題に對する解答は時代に依りて大なる變遷ありたるを見る。先づ第十六世紀の中葉以降、歐羅巴洲の西南方に於ける

基督教諸國の間に其端緒を發したる斯法は爾來三百年間基督教文明の特産物と思考せられ、其適用區域は專ら歐羅巴洲に限るものと看做されたりき。然るに第十八世紀の後半に及びては、亞米利加合衆國の獨立を宣言するあり（西曆千七百七十六年卽ち本朝の安永五年）。其後第十九世紀の初頭中米及南米の西班牙領及葡萄牙領諸植民地が前後相踵いで母國の羈絆を脫するや、何れも合衆國の顰に倣ひて國際法遵守の原則を聲明し且其保護を要求せり。此の如く國際法の適用區域は大西洋を踰えて南北兩米大陸の新興諸共和國に及びたれども、第十九世紀の前半に於ける學者の著述は概ね「歐羅巴國際法」の題號を冠すること依然舊の如くなるを例とせり（三）。越えて西曆千八百五十六年に至りては土耳其帝國は基督教文明の基礎を有せざるに拘らず、歐羅巴協調（le concert européen）の一員として迎へられ、所謂歐羅巴公法（le droit public de l'Europe）卽ち國際法の適用を公認せらることゝ爲り（巴里講和條約第七條參照）、國際法適用の區域は特定の人種及特定の宗教に依りて限局せらるゝものに非ざるの理を表明せり。

（三）　例へば「クリューベル」（Jean Louis Klüber）の著書は獨逸文（第三版、千八百五十一年）にて Europäisches Völkerrecht と題し、佛蘭西文（「オットー」氏增訂新版、千八百六十一年）の表題 Droit des gens moderne de l'Europe なり。初版は佛文にて千八百十九年中公にせられたるが、後二年著者自ら獨逸語版を出だし大に改訂增補する所ありたり。また「ヘフテル」の著書、現行歐羅巴國際法（Heffter, Europäisches Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen）は千八百四十四年初めて伯林府に於て公せられたるが、著者の歿後「ゲフケン」の手に成りたる增訂第八版（千八百八十八年）今仍世に行はる。次に米合衆國に於ける斯學の大家にして初めて名聲を歐洲諸國に馳せたる「ホウィートン」氏の千八百四十一年の著述には「歐米國際法發達史」の名目あり。前世紀の後半期に於ける歐洲諸學者の著書中、書名に歐米の二字を冠するもの尠からず。一例を擧ぐれば Pradier-Fodéré, Traité de droit international public européen et américain, 8 vol. Paris 1885–1906. の如し。

轉じて亞細亞洲に至れば、前世紀の中葉以降、日淸兩國とも泰西諸國と國際條約を締結せしが、我日本帝國は千八百九十年代の終末に際し、歐米十有餘國との間に對等條約の適用を見ることゝ爲り、國際共同團體の完全なる一員と爲るに至りぬ。我日本國の外支那、暹羅及波斯の諸國も千九百七年の第二回平和會議の諸條約に參加するが故に、國際法の適用區域に屬するものと解するを妥當とすべし。斯て西曆千九百十四年世界戰爭勃發の當時國際法の適用あるものと認められたる邦國は歐羅巴洲に於て二十四ヶ國（其中、第二回平和會議の際代表者を參列せしめざりしもの三、「リヒテンスタイン」「モナコ」及「サン、マリノ」諸邦是なり）、南北亞米利加洲に於て二十一箇の共和諸國就中（「ホンジュラス」及「コスタリカ」の二國は同前、阿弗利加洲に於て「リベリヤ」共和國及

「アビシニヤ」帝國の二國（二者共に同前）、亞細亞洲に於ては日本、支那、暹羅及波斯の四國合計五十一國を算し、其中第二回平和會議に代表者を派遣せし國の總數四十四國なりとす（國(五)）。加之濠太利、南阿弗利加、印度、加奈陀及新西蘭が英帝國の一部として、國際法上母國と一體を爲すものと看做さるることを思ふときは、全世界中人類の棲息する地方にして國際法の適用なき區域は極めて僅小の除外例なることを知るべし。此の如くにして今日の國際法は全く人種の差別、宗教の異同、言語風俗習慣の相違等文化の各種の容態の外に超脫するに至れるものなり。

（國）　第一回の海牙平和會議に參列せる諸國は亞細亞洲に於て日本、支那、暹羅及波斯の四國、亞米利加洲に於て米合衆國又墨西哥國の二國、歐羅巴洲に於て大國六（獨逸、墺地利洪牙利、伊太利、佛蘭西、露西亞及英吉利）中小國合せて十四國（和蘭陀、白耳義、ルクサンブルク、西班牙、葡萄牙、瑞西、丁抹、瑞典、諾威、土耳其、希臘、羅馬尼亞、塞爾維、勃爾牙利亞及黒山國）總計二十六國なりき。第二回平和會議の際參列諸國の數四十四國に上りたるは中米及南米諸國の殆んど全部（十七ケ國）の參加を見たるとと、歐羅巴洲に於ては千九百五年に於ける瑞典諾威分離の結果國際法上の一單位を加へたるとに由る。

（五）　最近十數年內に世界戰爭の影響として生ぜる歐洲諸國の異動を按ずるに、先づ新興諸國として波蘭土、「チエツコスロヴアキヤ」、芬蘭、「リツアニヤ」、「ラトヴイヤ」、「エストニヤ」及「ダンチヒ」自由國を擧ぐることを得べく、墺洪帝國崩解の結果其跡に墺地利及洪牙利の二小共和國の外に、「ユーゴスラヴ」國（公稱は「セルブ、クロアート、スロヴエーヌ」國）建設せられて從前の塞爾維及黒山國（モンテ、ネグロ）の二國に代り、又「アルバニヤ」國は千九百二十年以來國際聯盟に加入し聯盟國の一員と爲れり。尙亞細亞洲に於て「ヘジヤーズ」「アフガニスタン」の二國及阿弗利加洲內に於て千九百二十二年獨立せる埃及國を加算するときは世界中の國家は總計六十有國と爲るなり。

國際法が法律の本質を有するものに非ずとする見解は嘗て「オースティン」一派の英國分析法學者の間に盛に主張せられたる結果、一時世間を風靡したるのみならず我國現代の法學界に於ても猶其跡を絕たざるが故に（清水澄博士憲法編一二〇頁參照）茲に一應其妄を辨ずるの必要あるべし。其說に曰く法律は制裁を伴なふ主權者の命令なり。主權者の下したる命令に非ざるものは法律に非す。國家相互の間には之に制裁を加ふるの實力ある共同の上長者なきが故に、所謂國際法は現實的國際道德（positive international morality）と謂ふことを得るも、決して法律に非すと。又曰く國際法は法律の三要素たる立法者、裁判官及强制手段を具備せざるが故に眞の法律たることを得ず。抑も國家は主權團體にして互に不羈獨立なり。國家主權の特色は他人の意思に依る拘束を受けざるの點に存す。されば一國の他國に對する關係は對等竝立の關係にして、其上に立ちて命令强制するの威力を有する者之あることなく、兩者間の關係は實力の問題あるのみにして法規發生の餘地なきこと、恰も動植物等自然の生物界に於けると異なることなしと。「ヘーゲル」派の國權萬能論者に屬す

る「アドルフ、ラッソン」氏が國際間の狀態は無法律なり、國家は法に服すべきものに非ず、故に國家相互の間に爭鬪の存するは自然なり。所謂國際法は法律に非ず將又道德律にも非ず、單に慣行（習俗）なるに過ぎずと論するも其趣意は同一なり。此種の學說は近世國家が國際共同團體の一員として其の生存發展を遂げむとする事實を無視し、併せて法の存在する所以の根本理由たる人の社交的本性と道義觀念とを共に否認するものと評するの外なし。蓋し國家相互間の關係が國內法上の個人相互關係と同じく實力以外、一種無形力の支配を受くることを前提とすればこそ茲に始めて其の法律關係を論ずることを得るなれ。國內法の原則は各個人が法律の前に一切平等なるを根柢とすると同じく、國家も亦其の大小强弱を問はず一切平等と觀念するに非ずんば其間に法律觀念の發生を期すべからざること既述の如し。此前提を否認するならば最早法律學の範圍を逸脫するものにして吾人法曹の論評の限に在らずと謂はざるべからず。若し夫れ國際法には立法者なきが故に法律の本質を有せずとの說に至りては、慣習其他不文の法規も亦本質上法たるに妨なきの眞理を忘却したるものなり。國內法に就て觀察するも、立法機關の整備を見たるは寧ろ近時の現象に過ぎず。何れの國に於ても國法の發達は不文法の力に待つ所甚大なりしこと歷史法學派の研究の結果一般に承認せられたる所なり。故に成文法典編纂前の歐米諸國を目して無法の狀態に在りたるものと論ずることを得ざる限り、國際法の現狀を以て法律に非ずと解することを得ざるべし。次に國際間の紛議に付ては國內法上に於けるが如く裁判官の權威を認むることを得ざるが故に、國際法は法たる本質を具備せずとの說も亦非なり。何となれば各國の法制沿革を案ずるに、常設司法機關の設置を見るに至る迄には皆長年月の經過を必要としたり、其設置を見たる後に於ても當事者は久しく其の裁判管轄權に服すると否との自由を保留せしなり。中世紀に於ける歐洲諸國法制の發達に徵するに、當時の各國司法機關の缺陷は國際法の現狀に於けると大差なく、寧ろ現時の仲裁裁判に類似する所あり。卽ち當事者が自力救濟の手段に訴ふることを欲せざる場合に使用し得る一の便宜手段に外ならざりしなり。最後に國際法の原則には强制手段（制裁）を伴はざるが故に眞の法律に非ずとの見解も亦不可なり。國內法の畛域に於ても制裁を伴はざる法規は決して尠からず。例へば各國憲法の規定に於て國家元首の義務として毎年議會を召集することを要する旨の明文ある場合に、義務違反に對する制裁の規定なきが故に此規定は法の本質を有せずと論ずるの類にして、何人も反對論の根據の薄弱なるを認めざるを得ざるべし。尙國際問題の最後の手段として今猶戰爭に訴ふることを得るは一種の制裁と解することを得ざるに非ず。尤も戰爭の結果は必ずしも正義の勝利を前定し得べからずと雖も、正邪の觀念が勝敗の決に大關係あるは言ふまでもなく、恰も歐洲中世紀の法制上民刑

裁判事件の是非曲直を決するの一手段として決闘を公認したると比較し得べきものなり（穗積博士法律進化論第一冊九四―九八頁、一一八頁及二四四頁、並同博士法窓夜話一〇四頁參照）。之を要するに國際法發達の現狀は以て文明諸國の現行內國法制と比肩し得べきに非ざること言を待たざれども數世紀前の各國法制中には却つて現時の國際關係を髣髴せしむる幾多の類似點を發見することを得るが故に、國際法は今猶發育の初期に在り、除々として向上發展しつゝあるの實況を察知し得べきものと信ず(六)。

(六) Heinrich Lammasch, Das Völkerrecht nach dem Kriege, Christiania 1917, S. 63—71.
J. de Louter, Le droit international public positif, § 6, Tome I, pp. 58—72.

殊に世界戰爭終局以後の趨勢を按するに「ヴェルサイユ」平和條約第一編國際聯盟規約の前文中にも明言する如く、各國政府間の行爲を律する現實の規準として國際法の原則を確立することを爲り、又仲裁裁判制度及常設國際司法裁判所の運用に依りて、權威ある紛爭解決機關の成立を見ることと爲りたるのみならず（規約第十三條及第十四條）、聯盟國中一定の約束を無視して戰爭に訴ふる者あるときは當然他の總ての聯盟國に對して戰爭行爲を爲したるものと看做され、所謂萬國共同の公敵たる取扱を受くることと爲るべく（規約第十六條）、國際法上の義務違反に對する制裁も漸く將に峻嚴の度を加へむとするものの如し。尤も國際聯盟の現狀は決して滿足し得べき程度のものに非ず「ウィルソン」大統領の本國たる米合衆國の政府が未だ聯盟規約を批准するに至らず。併も今や却ッて日本を失はむとするが如く聯盟規約の原則は未だ十分の實績を擧ぐるに至らず、國際聯盟は外觀のみ徒に宏壯にして其內容甚貧弱なるの嫌なきに非ざれども、其の成立は兎にも角にも我國際法の進步發達の道程上に一新時期を劃するものと謂はざるべからず。國際法は法律なりや否やの學問上の論爭が一場の舊夢と化するの日も亦當に甚だ遠からざるなるべし。

第二節　國際法沿革略史

國際法の沿革を敍述するに當りては三時期に分つを便とす。第一期は西暦千六百四十八年以前なり。第二期は「ウェストファリヤ」條約以降千八百十五年迄にして、第三期は千八百十五年以降最近の世界戰爭に至る迄なり。以下右の區分に從ひ國際法發展の行程を辿らむとす。

第一　西暦千六百四十八年以前

國際法が其の萠芽を發したるは人の知る如く西暦第十六、七世紀の交にして、其の完全なる成立は歐洲外交史の發端たる「ウェストファリヤ」條約締結の際（西暦一六四八年卽ち本朝の慶安元年）に在りと解するを妥當とす。抑も希臘及羅馬の古代文明の下に國際法觀念の發生を見るに至らざりし所以を按ずるに希臘人は本來哲學美術を愛好するの國民的性情を有し、其の文學美術は政治哲學と共に範を後昆に垂れたりと雖も、法律上の見地よりすれば遙に後進の羅馬人に若かず。此時代に於ては他國人との接觸甚だ頻繁ならざるが故（外國人を目して「バルバロス」と曰へる希臘語は本來言語相通ぜざるの義にして當初より野蠻蒙昧等の意味ありしには非ずとのことなり）に其間に法律關係を發生せざりしは言ふ迄もなく、希臘國內は無數の小邦に分裂したれば、兄弟牆

鬩ぐの現象は決して其例に乏しからざりしが如きも、全土會議の際之が解決を圖りたる爲か、列國相互間を規律する準則の發生せざりしも亦深く怪むに足らず。次に羅馬人に至りては本來法律思想に富み、其の法律沿革史を繙けば恰も法律創定の使命を有する法律傳道使たるの觀あり。羅馬法學は公法私法の二者共に理論及實際の兩方面に亘り異常の發達を遂げたるに拘らず、獨り國際法の觀念を欠缺するは何ぞや。蓋し羅馬人の政治觀念は所謂世界主權（Universal Sovereignty）の觀念にして、領土主權（Territorial Sovereignty）の思想に立脚する列國對峙關係の自覺を有せず。卽ち羅馬が萬邦に卓絶することを信じ、他邦は戰爭の結果之を征服せずんば止まざりしなり。羅馬帝政時代の盛時に於ては帝國の領土は歐羅巴洲の殆ンど全部竝に亞細亞及阿弗利加の兩大陸に跨り、凡そ古代文明の波及する處は悉く其節度に服せざるはなく、所謂萬民法（Jus gentium）は世界中之くとして行はれざるはなき人類共通法規なりき。譬へば支那の古典に「溥天の下王土に非ざるはなく、率土の濱王臣に非ざるはなし」と曰ふの類にして、既に他國の獨立及平等を認めざるが故に、自他の關係を規律する法規の存在は想像にすら上らざりしなり。降りて西羅馬帝國の滅亡後に至りても、羅馬皇帝の共同主權を戴くの觀念は亡びず。羅馬の實力衰へたる後猶帝國の餘威を存し、人民は帝國なるものの永久且世界的に保存せらるべきを信じ、羅馬は事實上帝都に非ざるに拘らず東羅馬帝

國の名目を存續したり。後東羅馬帝國も亦衰微し遂に世界主權を維持すること能はざるに及ンで此の世界的主權は「カル」大王の手に入り、紀元八百年十二月二十五日羅馬市の「バジリカ」に於て法王「レオ」三世は彼を帝位に陞らせ、茲に神聖羅馬獨逸帝國は嘗て羅馬七丘を中心としたる世界主權の繼承者と爲れり。

中世紀卽ち西羅馬帝國覆滅後約千年間の歷史は一言以て之を蔽へば俗界の君主たる羅馬皇帝と精神界の上長たる羅馬法王との對抗の歷史なりと謂ふことを得べし。羅馬法王は西歐羅巴一圓の全基督教徒の首領と仰がれ、其の權勢は一時神聖羅馬皇帝を凌駕し、凡そ王公侯伯其他の基督教領主にして法王の逆鱗に觸るるや輒ち其所領を剝奪せらるべく、法王の勢力は遠く大洋、島嶼及未開の地域にも及ぶものと思考せられたり。西曆千四百九十三年法王歷山六世が大西洋面を二分して、西班牙及葡萄牙の兩國に分與したるは歷史上の有名なる事蹟なり。此の如く法王及皇帝の實權力は時に消長ありたるも、其主張に係る政治觀念の世界的統一的なるは則ち一なりき。當時の歐洲封建諸君主は我が明治維新以前の大名小名卽ち所謂三百諸侯の類にして、共同の上長として二重に法王及羅馬皇帝を奉戴せる關係は恰も是れ我三百諸侯が政治上德川將軍家の節度に服しながら、同時に德川氏と共に京都の朝廷を尊崇し奉りし關係に酷似せり。中世紀の末葉封建割據の勢漸く崩れ、稍〻中

央集權の趨勢を見るに至りたるも、未だ完全なる領土主權の觀念を生ずるに至らず。諸領主は相互に獨立對等の人格を承認するに至らざりしが故に、其相互關係は觀念上依然として法王又は皇帝の決裁に待つの外なかりしなり。國際法の觀念が古代の希臘及羅馬に於けると同樣、中世紀に於ても遂に成立を見るに至らざりしもの決して偶然に非ざることを知るべし。

國際法學の開祖を和蘭陀人「グローチゥス」とすることは、歐米諸國に於て一般に認められたる通說なり。然れども「グローチゥス」を敍するに先ち一言することを要する二、三の先輩なきに非ず。第十六世紀の西班牙國加特力教派の僧侶中には斯學に先鞭を著けたる者あり。就中千五百二十六年より二十年間「サラマンカ」大學の神學教授たりし「ヴィトーリヤ」(Fr. de Vitoria)（一四八〇―一五四六年）、同時代に「ブルゴス」の大學教授たりし「ソト」(Soto)、和蘭征討軍の主計監「アヤラ」(Ayala)（一五四八年「アンヴェルス」市に生る父は西班牙人にして母は和蘭人なり）及「ジェズュイト」宗派の僧「フランセスコ、スュアレス」(Francesco Suarez)（一五四八―一六一七年）の如きは其の尤なるものなり。「ヴィトーリヤ」は米大陸の發見以來生じたる新問題、殊に未開人種に對する交戰權の問題を研究し、重大なる理由ある場合に限り國家に於て戰爭の權利を行ふことを得べく、且之が爲には寬厚の取扱を爲すことを要し、單に宗教傳播の爲に未開人種と戰ふの權利なきことを說けり。「ソト」も亦全然同意見にして

亞米利加印度人保護事業を奬勵せり。「アヤラ」の著戰爭及軍紀法論（De jure et officiis bellicis et de disciplina militari, 1582）及「スュアレス」の著法律及立法者たる神（Tractatus de legibus ac deo legislatore, 1612）共に世に行はる。其外「グローチゥス」と並稱せらるるものに伊太利生れの「アルベリコ、ジェンチリス」（Alberico Gentilis）（一五五二―一六〇八年）あり。新教徒たるの故を以て其生國より迫害せられ遁れて英國に渡航し「オックスフォード」大學の私法教授に任ぜらる。其著外交官論三卷（一五八五年）、戰爭法論（一五九八年）及び西班牙辯護設何れも有名なり。後年世に喧傳せられし「グローチゥス」の大著平戰法規論は「アヤラ」及「ジェンチリス」の二書に負ふ所尠からずと云ふ。

「グローチゥス」（西曆一五八三―一六四五年）本姓は de Groot 名は Hugo 千五百八十三年を以て和蘭國「デルフト」市に生る。幼より穎悟絶倫、十二歳の時「ライデン」大學に遊び、十六歳にして辯護士登錄の宣誓を爲せり。其前年彼が和蘭國特派使節の一行と共に佛蘭西の朝廷に參內するや、時の佛國王顯理四世呼んで和蘭國の神童（le Prodige de la Hollande）と曰へりしとぞ。夙に哲學の研究と羅甸語の作詩とに於て名聲を馳せたるが、其の佛國に行くや「オルレアン」に於て法學博士の學位を授けらる。歸朝の後累に要職に轉じ三十歳の時擢でられて「ロッテルダム」市の統政官に任ぜらる。又英國沿岸漁業の問題に關する蘭英兩國間の爭議を解決する爲特派使節として英國に差遣せられしも殆んど同時期のことなりき。是より先き、千六百九年の春には有名なる自由海論（Mare liberum）の匿名出版あり。卽ち西班牙及葡萄牙兩國の主張たる海洋獨占論に對抗して、和蘭政府側の主張に法理上の根據を付與したるものにして大に世間の注意を喚起したり。されば官界に於ける彼の前途は極めて多望なりしに好事魔多し、當時國內を分裂せしめたる宗教上の爭論に付、「グローチゥス」は「アルミニヤン」教徒に與して「ゴマリスト」派に反抗せしが、總督「モーリス」公「ゴマリスト」派を援けて政敵を逐ふや、「グローチゥス」も亦終身禁錮の刑を言渡され、其の全財產を沒收せられ「ロェフェスタイン」城に幽閉せらるることとなりぬ。時は西曆千六百十九年「グローチゥス」三十六歳の時の事なり。後二年にして獄を脫して佛國に遁れ、國王路易十三世の朝廷にて賓客の禮遇を受け、居ること數年にして彼の不朽の大著平戰法規論三卷（De jure belli ac pacis, libri tres）を世に公にせしは千六百二十五年卽ち本朝の寬永二年なりしなり。

「グローチゥス」の大著一たび世に出づるや其名聲天下に嘖々たり。歐洲諸國の君主爭うて「グローチゥス」を聘せむとして果さず。後千六百三十四年に至り瑞典國宰相「オクセンスティルナ」之を幼主「クリスティナ」に薦め、佛蘭西國駐在の瑞典國公使たらしむることに成功せり。「グローチゥ

ス」此任に就きて在職十年有餘の久しきに及びたるも、其間佛國宰相「リシュリユー」僧正この交情は決して圓滿なることを得ざりしと云ふ。千六百四十五年頽老の故を以て骸骨を乞ひ其官を免ぜられ瑞典政府の優渥なる御沙汰を拜したるが、「ストックホルム」よりの歸途「バルティク」海上「ダンティヒ」市に程遠からぬ邊にて難船の厄に遇ひ、意を決して陸路「リューベック」に至らむとするの途上「ロストック」市に著するや終に起つこと能はず、溘然として逝けり（八月二十八日）(J. de Louter, Le droit international public positif, 第一卷一〇〇—一〇二頁及我が國際法外交雜誌第二四卷第五號「グローチゥス」記念號參照）。

「グローチゥス」の著書が數年ならずして歐洲全土を風靡するに至り、彼をして國際法學の開祖たる名譽を獨占せしむるを得たるは、時勢の力亦與かりて大なりと謂はざるべからず。當時の時勢は文藝復興と宗教改革運動との後を承け、社會の舊組織全然敗れて新組織の之に代るものなかりき。古來の權威たりし羅馬法王も神聖羅馬獨逸皇帝も共に世人の尊信を失ひ、社會の綱紀全く弛廢せるに當り、「マキァヴェリ」の政治學說は諸國政府の當局者に權謀術數の貴ぶべく仁義正道の恃むに足らざる所以を敎へたりしかば、擧世滔々として利益と成功とに狂奔し、復た人倫道德を顧慮せざるの風あり。三十年戰爭の慘禍言語に絕せしも亦宜なりと謂ふべし。史家の記述に依れば、當時の獨逸に於ては土地は荒蕪に歸し、飢民食を爭ひて相屠り、時としては絞首の刑に處せられたる屍體も此等餓鬼の飢を醫せることあり。甚だしきは同一目的の爲に敎會の墓地を發きたることあり。殺人に次ぐに食人を以てし人間と獸類と其慘酷性を競ふに至れり。此の如くにして宗敎は地を掃ひ學問は衰へ、千六百二十六年には「ハイデルベルヒ」大學に唯二人の學生を存せしのみ。一般青年學生は轉じて從軍の壯士と爲り、兵士と共に各種の罪惡を逞うせり。此等壯士の暴行は軍隊自身よりも甚だしく、彼等青年一過の後は土地荒れ人散じて其の慘狀名狀すべからずと曰へり。加之此年惡疫流行し死者算なく、「ドレスデン」市の如き千六百三十七年に於ては其住民の半數を失ひたりしと云ふ。志士仁人の此慘狀を目擊する者誰か痛歎長大息せざるものあらむ。此時に際し「グローチゥス」出でて戰爭の法規を論じ慘忍を不可とし其弊害を一新すべきことを說きたれば歐洲全土耳を聳てて之に傾聽するに至れる次第なり。

以上は「グローチゥス」の言說に對し歐洲全土の反響を大ならしめたる外的原因なり。而も仔細に其言說を研究するときは本書の成功に付ては別に他の一大原因の內在するものあることを發見すべし。何ぞや、當時に於ける羅馬法の影響を利用し自然法（jus naturale）の觀念を力說せること是なり。抑も中世紀に於ける共同主權が當時全く消滅して其跡を留めざりしこと既述の如し。列國間

には最早共同の優長者と仰ぐべき世界主權の觀念なきが故に、「グローチゥス」は之に代るべき國際爭議決定の標準として自然法を援用せり。曰く各國は對等獨立にして唯だ自然法に依りてのみ拘束せらるること、原始時代に於ける個人相互關係に異らず。世に自然の原理なるものあり。此原理より或原則を生ず。此原則は神聖且萬代不易のものにして、全能の神も之を變更すること能はず。此原則は即ち自然其物の一部にして、神自身も其指命する所に從ふものなり。此原理及原則は個人及國家を拘束するものにして、其の國家に關するもの集りて國際法を組成す。凡ての國家又は多數國家の間に存する慣行は此の自然的國際法に附加して國際法の一部を爲すことを得れども、此の一部は自然的國際法に矛盾することを許さず。而して此一部は萬國の容認に依りて成立するも自然法の部は萬國の承認を待たざるものなりと。されば「グローチゥス」の國際法系統は二つの淵源を有す。即ち自然法と萬國の容認とにて、後者は前者の補缺に過ぎざるなり。「グローチゥス」は又國家平等の原則を論じて曰く自然法に依れば各人は互に平等にして獨立なり。故に主權國は獨立且平等ならざるべからずと。又曰く主權は領土的ならざるべからず。何となれば自然法の一部を言ひ表せる羅馬の Jus gentium に依れば、土地に關する所有權は其土地に付絕對的なることを規定するを以てなりと。

「グローチゥス」歿後三年の千六百四十八年十月二十四日を以て調印せられたる「ミュンスター」及「オスナブリュック」講和條約（通常略して「ウェストファリヤ」條約と稱す）は歐洲外交史の發端として國際法の起源と看做され、歐羅巴列強間に於ける國際關係の基礎を定むるものとしては佛國大革命に至るまでの間存續せり。蓋し英・露・波蘭及土耳其の四國を除くの外、歐洲諸大國が悉く代表者を參列せしめたる最初の國際會議にして、初めて列國間の正常的相互關係を定めたるものなり。卽ち三十年間の久しきに亘り慘禍を逞うせしめ、凡て國家の法律上の平等は宗教の新舊と政體の異同とに拘らざるの原則を確立し、又新に奮起したる瑞西聯邦及和蘭共和國の獨立を認めて之を國際法上の主體と承認したり。尙神聖羅馬帝國所屬の邦國は三百五十五國何れも自主權を認められ、主權國の名の下に相互の間及外國との間に條約を締結するの權利を取得せしなり（但し帝國の共同利益を害せざるの限度內に於てす）。將又諸外國に公使館を常設し以て彼我國交の親善に資するの制度が大に發達したるも亦此時代より始まれり。

第二　「ウェストファリヤ」條約以降千八百十五年迄

「ウェストファリヤ」條約締結以後の歐洲國際政局を支配したる政治上の主義は所謂權力平衡の主

義（Balance of Power, l'équilibre politique）なり。權力平衡とは歐洲の或一國が特に强大と爲り四隣諸國の安定を脅迫する場合に、列國聯合して之に當り以て其勢を控制するの謂にして、獨逸諸邦は嘗て「ハプスブルグ」家の覇業に反抗せしものなりしが、第十八世紀に入りては佛蘭西國王路易第十四世に對する合縱連衡の姿と爲りぬ。右の形勢は千七百二年（本朝の元錄十五年）の西班牙王位繼承戰爭に於て其頂點に達したるが、同十三年（我が正德三年卽ち德川家繼征夷大將軍を拜せし年）の「ユトレヒト」條約に於ては歐洲政治組織の基礎として此主義を公認することと爲れり。曰く列國間の適正なる權衡（un just équilibre des puissances）は相互の友情及永續的結合の最善且最確實なる基礎なりと。

此時に當りて西班牙國漸く衰運の兆あり、英國徐々として代りて其の大を爲せり。歐洲西北方の形勢も亦漸く推移せむとす。卽ち瑞典榮華の夢一朝にして破れ、普魯西及露西亞の二國代りて旭日冲天の勢なりき。尤も瑞典國が「ナイスタット」條約に依りて其所領の大半を奪はれ「バルティク」海上の優勢力を失墜したるは千七百二十一年（本朝の享保六年卽ち德川吉宗將軍と爲りての後五年）の事なれど、露西亞國が公式に歐洲大國の伍班に列したるは其後五十餘年を經過したる千七百七十九年（我安永八年）の「テッシェン」條約に於てせるものにして、卽ち北米合衆國の獨立宣言より後ること正に三年なりとす。抑も第十八世紀は大戰爭を以て終始したるが、當時の大戰爭たるや多くは王位繼承問題其他專ら王家又は君主の權勢慾に起因するものにして、人民の利害は動もすれば無視せらるるの實情たるを免れず。從て國際法の進步も亦遲々として捗々しからず。列强外交の駈引のみ法外に發達せしも、當時の外交は往々にして譎詐欺瞞に陷り易く、戰爭法規も亦概して停滯不振の憾なりき。尤も戰爭の舞臺は屢次海上に移り尙進んで大西洋の彼岸に及べり。之が爲新規の問題を續發せしめ、殊に海上法の問題は中立諸國の爲最重要なる地位を占むるに至れり。蓋し十八世紀の後半期に於ては海上に於ける英國の勢力駸々として進み、海外植民地の經營に於ても英國は旣に西班牙、和蘭陀及佛蘭西等の諸先進國を凌駕することと爲り、其の海上に於ける主張も漸く橫暴に流るるに至り、爲に中立諸國の對抗運動を惹起せるものなり。右中立法規の發達は著々として進みたるが、佛國大革命の後を承けたる英佛大格鬪の當時に及んで其勢一時頓挫せり。夫の佛蘭西國の覇業に對する歐洲聯合諸國の大戰爭は、其由來を按ずるに、一方に於て佛國の內政問題に對する歐洲列强の不法干涉の結果に外ならずと雖も、他の一方より觀察すれば歐洲諸國の人民を敎唆して武力に依る朝憲紊亂を敢行せしめたる佛蘭西人の亂暴狼籍に對する正當防衞の手段と解せざるを得ず。是より少し前に波蘭國は隣邦墺地利、露西亞及普魯西三國の干涉を受け、無殘にも胴體を三箇

に分割せられ、主權國の名簿中より抹消せられたる悲慘事あり。尋で二十有餘年間の久しきに亘り斷續せる戰爭の結果、佛國「ナポレオン」の帝業は一敗地に塗れ、疲弊困憊の極に陷りたる歐洲諸國の人民は辛うじて一息したり。千八百十四年及同十五年（本朝の文化十一、十二年）の兩講和條約は所謂舊狀態（Ancien Régime）の終末を劃するものにして、千八百十四年十一月十三日より翌十五年六月九日に亘る維納會議は王政復古の名の下に實は平和的進步開發の一新時代を開始するものなり（「ラウター」前揭第一卷一〇六—一〇七頁參照）。

翻りて「グローチゥス」以後に於ける國際法學の變遷を繹ぬるに、理論と實際との間には大なる懸隔あり。又一方には重きを自然法の理論に措き從つて「グローチゥス」の所謂人定法（jus voluntarium）を無視せむとする流派と、反對に重きを條約慣行等に措くの一派とを生じ兩々相對立せり。前者は哲理派にして後者は成法派なり。十八世紀に入りてより又第三派として「グローチゥス」の傳統を重んじ哲理、成法の兩派を折衷せむとする一派を生ぜり。哲理派の最初の代表者とも見るべき獨逸の「サミュエル、プーフェンドルフ」（Samuel Pufendorf 一六三二—一六九四年）は曰く、自然法を除きては他に國際法なし。條約及慣行が國際法の一部を構成せざるは恰も私法契約及決鬪の不文律が國際法を組成せざると異ることなしと。同じく獨逸人にして「ハルレ」大學の教授たりし「クレチャン、トマジウス」（Chrétian Thomasius 一六五五—一七二八年）及佛蘭西人「ジャン、バルベイラク」（Jean Barbeyrac 一六七四—一七四四年）之を祖述せり。次に成法派の代表者として は「オックスフォード」大學の私法教授にして兼て英國海事裁判所の判事たる「ゾーチ」（R. Zouch 一五九〇—一六六〇年）を擧ぐるを得。彼は「グローチゥス」と殆ンど同時代の人にして、學者或は氏を以て國際法學の第二の建設者とするものあり。尙「グローチゥス」の海洋自由論に對抗して海洋閉鎖論（Mare Clausum, 1618）を公にせし有名なる「セルデン」（Selden 一五八四—一六五四年）は此派の先驅者と見ることを得べし。成法派の流を汲む者獨逸に「キール」大學教授「ラッヘル」（R. Rachel 一六二八—一六九一年）及「ハイデルベルヒ」大學教授「テキストル」（J. W. Textor 一六三七—一七〇一年）あり。和蘭陀人「バインケルスフク」（Corneiile Bynkershoek 一六七三—一七四三年）も亦稍〻之に近きものと認められる。第十八世紀の中葉獨逸に出でて第三の傳統派を開きたるは「ライプニッツ」の門弟「ウォルフ」（Christian Wolff 一六七九—一七五四年）なり。瑞西人「ヴァッテル」（Emmerich Vattel 一七一四—一七六七年）之を祖述し其說大に行はる。次に國際法學の歷史に特筆大書せらるべき碩學は「モーゼル」（J. J. Moser 一七〇一—一七八五年）及「マルテンス」（Georges Frédéric Martens 一七五六—一八二一年）なり。前者は「スツットガルト」生

れの獨逸人にて千七百七十七年より同八十一年迄の間に公にせられし Versuch des neuesten Europäischen Völkerrechts in Friedens-und Kriegs Zeiten 十巻最著名なり。後者は漢堡生れの獨逸人にして「ギョッチンゲン」大學の教授たり。千七百八十九年佛文にて歐洲近代國際法要論 (Précis du droit des gens moderne de l'Europe) を著はし、程なく獨譯文 (Einleitung in das positive europ. Völkerrecht auf Vertrag und Herkommen gegründet) を出だしたるが、獨逸版の方は其後改版の際訂正增補を加へたり。第十八世紀に於ける獨逸の國際法學はマルテンスに於て大成すと曰ふも蓋し過言に非ざるべし。

第三　千八百十五年以降世界戰爭に至る迄

千八百十五年の維納會議の最終議定書は歐洲諸國の國際關係を法律上及政治上新規なる基礎の上に置けり。先づ法律上よりは國際河川に於ける航行自由の原則を認め奴隷賣買を禁じ且其禁遏は國際法上の義務なることを受諾したり。次に政治上よりは所謂正統主義 (Principe de la légitimité) を認め國際團體に於て之を擁護することと爲れり。卽ち露西亞、墺地利及普魯西三國の君主は千八百十五年九月神聖同盟を結び、內政及外交に付基督教の主義たる正義、慈愛及平和の三原則の適用を

約したるが、三年の後卽ち千八百十八年「エックス、ラ、シャペル」會議の際には三國君主親臨の上國際法の原則の最も嚴重なる遵守を惹らざるべき旨 (Ne jamais s'écarter de l'observation la plus stricte des principes du droit des gens) を明文上に承認したりき。

「ナポレオン」沒落後の歐羅巴は所謂王政復古の反動時期にして、神聖同盟の三國に英佛二國を加へたる五大國は歐洲協調 (le concert européen) の名の下に歐洲管理の權を其掌中に收め現狀の維持を旨とし革命運動の抑壓を本領とせり。之が爲所々に會議を開き他諸國の利害關係をも論議決定し、若し當該國政府にして其決議を實施するの意思なきか又は實力を缺乏する時は五大國 (pentarchie) に於て武力干涉に訴へても之を强行せむずる意氣込なりしなり。抑も干涉主義は權利として使用し得る危險なる武器なり。千八百二十一年英國先づ之に反對し、歐洲列强中最先に亞米利加洲に在る西班牙領諸植民地の獨立を承認せしが、英國は葡萄牙國の內亂に依り自國の利害が脅威せらるるを見るや進んで干涉の手段に訴ふることを辭せざりき。干涉主義に對する米合衆國の抗議に至りては一層有力且重大なるものあり。米國大統領「ジェームス、モンロー」が千八百二十三年十二月三日議會に送りたる敎書中に曰く、合衆國は一方歐羅巴の戰爭及紛議の渦中に投ずることを欲せずと雖、他の一方に於て歐洲諸國が米洲問題殊に南米諸共和國の獨立戰爭に容喙することを寬容

せざるべしと。此原則は實は米國建國以來の傳統政策に外ならずして、別に新規なる考案には非ざれども「モンロー」が急遽此原則を中外に宣揚したるは蓋し五大國が干渉の手を米大陸に擴げ、南米及中米諸植民地の叛亂を鎭壓せむとする西班牙國必死の努力を支持することなきやを虞れたる結果なり。

干渉主義は大西洋の彼岸に於て米國の反對を招きたるのみに止まらず、歐羅巴に於ても程なく其權威を失墜せり。其の由來を按ずるに千八百二十二、三年の頃、土耳其帝國內の希臘人叛亂のことあり。叙上の主義よりすれば列强干渉して土耳其の正當權力を援助し叛亂鎭定を決行すべき筈なるに、反對に土帝國の海上權力を打破し希臘をして獨立の一王國たらしめ（一八二七年六月六日倫敦條約）以て主義一貫せざるの弱點を暴露したるなり。尋で千八百三十年には巴里に七月革命勃發し「ブルボン」王家の正當權力を覆したる事實あり。又白耳義人の分離運動には諸大國の後援あり、結局和蘭國を二分するに至らしめたるが故に正統主義の網領は無意義と爲り五大國の威信も亦全く地に落ちたり。斯て千八百四十八年の二月革命は三たび佛國の王位を覆したるのみならず、歐洲各地に革命運動を頻發せしめ諸國君主に危惧の念あらしめたるが、時代後れの政治的技巧は此時に於て其最後の痕跡を一掃せられたりしを見る。其後「クリミヤ」戰爭の結末を告げたる千八百五十六年の巴里講和條約に於ては土耳其帝は歐洲協調の一員として國際法の主體たる地位を公認せられたり。國際法は爾來基督教國の範圍を超越するに至りたるものにして、右と同時に海上法の要義を宣言し拿捕私船を廢し封鎖の原則を定め且中立貨物不可侵の主義を聲明したるものなり。

十九世紀の後半期は民族自覺の時代なり。千八百五十九年以降同七十年迄の間に行はれたる戰爭は所謂國民主義（Principe de la nationalité）の風潮を促進せり。其の直接の結果として出現したるは伊太利の統一及獨逸帝國の建設なるが佛蘭西に於ける第二帝政の崩解及第三共和制の開始は之れと密接の大關係あり。此の主義は巴爾幹半島にも波及し漸次に土耳其帝國の根柢を覆すの用を爲せり。露土戰爭の結末を爲せる千八百七十八年の伯林會議に於て塞爾比、羅馬尼及黑山（モンテネグロ）國の三主權國を創設し外に一附屬國たる勃爾牙利公領及自治領たる「ルメリー」州を置き以て土帝國崩解の端を開きたるも亦該主義の餘響ならざるはなし。伯林會議は同時に國際委員會を設置し「ダニューブ」河の自由航行を定めたり。其後阿弗利加大陸に於ける第二會議の結果「コンゴー」議定書に依り其爭端を杜絕の新植民地經營の競爭は歐洲諸國間に於ける嫉視軋轢の主因たりしが、千八百八十五年伯林會議の結果「コンゴー」自由國は千九百八年白耳義國に併合せられて其一植民地と爲りせり。卽ち中央阿弗利加に一新國家を創立し同時に「コンゴー」、「ニージェル」兩河の自由航行及通商貿易を開きたるが此の

ぬ。千九百六年西班牙國「アルヘシラス」の國際會議は摩絡哥に關し同樣の作用を爲せるものなり。

國際法が最近半世紀の間に長足の進歩を爲したることは何人も異論なき所なるべし。卽ち以上列擧したる國際大會議の外、時勢の進運に伴ひ郵便、電信、海底電信線等の通信機關、工業所有權、著作權等智能權の保護は國際共通事項として夫〻萬國條約の規定を見るに至り其他國別條約として は犯罪人引渡、國際司法共助、漁業保護、領事職務、仲裁裁判其他諸般の事項に付締結せらるる條約枚擧に暇あらず。尙戰時病者負傷者の保護に關する「ジュネーヴ」條約を初とし、戰爭の禍害を輕減せむとの目的を以て數次國際的會合を催したるが、就中千八百九十九年及千九百七年の兩度和蘭國首都海牙に開きたる二回の平和會議に於ては陸戰及海戰に關する法規の大部分を成文の法條たらしめ、同時に中立國の權利義務を明定したるが、右に付ては千九百八、九年の倫敦海戰法規會議に於て更に一段の進歩を促せるを見るべし。

× × ×

國際法學に關する十九世紀以降の文獻は所謂汗牛充棟到底列擧に暇なきを以て茲には其の最も著名なるもの三、四を國別に摘錄するに止めむとす、先づ獨逸に於て前世紀の中葉に至る迄弘く世に行はれたるは「クリューベル」及「ヘフテル」兩氏の著なりき。「クリューベル」の著歐洲近代國際法論（J. L. Klüber, Droit des Gens Moderne de l'Europe）は千八百十九年佛蘭西文にて初版を公にしたるが後二年著者自ら獨逸語版を出だし大に改訂增補する所あり、著者歿しての後（千八百三十七年）獨逸版は千八百五十一年第三版を出だし佛蘭西版は千八百六十一年及同七十四年の二度に亙り「オットー」氏の手にて新版を重ねたり。次に「ヘフテル」の著現行歐洲國際法（A. W. Heffter, Europäisches Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen）は千八百四十四年伯林府に於て公にせられたるが碩學「フォン、モール」の評したる如く國際法に關する法律書中最良のものとして歐羅巴大陸一圓に流布し西班牙、希臘、洪牙利、波蘭及露西亞諸國語の譯文出來したる程なり。著者（一七九六―一八八〇年）の歿後「ゲフケン」教授の手にて獨逸版は增訂八版、佛文版は第四版を重ねたり（Heffter-Geffcken）。「ヘフテル」以後の獨逸語文献にして世界の學界に歡迎せられたるものは「ブルンチュリー」の Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt を冠とす。

「ブルンチュリー」（J. C. Bluntschli 一八〇八―一八八一年）は瑞西國に生る、長じて獨逸に定住し千八百六十一年「ロベール、フォン、モール」の後を承けて「ハイデルベルヒ」大學の公法教授と爲り以て身を終れり。此書は千八百六十八年の公刊に係り同七十七年第三版を出だせり。外國語の譯文四ケ國語以上に及ぶと云ふ、彼が國際法の研究に沒頭せしは其の曉

年の事なり。後任教授たる「アルメリンク」(Bulmerincq 一八二二―一八九〇年) 亦大名あり。三代相承けて第一流の國際法大家を出だせるは實に偉觀と稱すべく「ハイデルベルヒ」大學の名が重きを公法學界に爲すも亦偶然に非ざるなり。

次に忘るべからざるは「ホルツェンドルフ」國際法全書四卷とす。「ホルツェンドルフ」外十數名の合著にして千八百八十五年より同八十九年の間に公にせられたり、合著者中には墺地利國の「ランマッシエ」及瑞西の「リヴィエ」及「マイリ」等獨逸以外の諸大家をも包容す。最後に千九百十二年以降「スティル、ソムロ」教授の編纂に係る國際法新全書は未だ完成に至らず、同書第一卷の一「國際法の基礎觀念」の著者たる「ハイルボルン」(Paul Heilborn) は國際法系統論 Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichn Begriffen, 1896 に依りて世界的名聲を馳せたる人、而して Völkerrecht und Lardesrecht (1899) の著者「トリーペル」(Heinrich Triepel) と共に當代獨逸學界の最高權威たり。又教科書用として現に最廣く行はるるは刑法學の大家たる「フォン、リスト」の著 Völkerrecht systematisch dargestellt にして戰後第十一版を出だせり。

次に英米國際法學者の特徴は概して實際に偏重するに在り從て斯學の理論的根據に至りては深く思を致さざるの傾向なきに非ず（此點大陸諸國の學者殊に獨逸學派と比較して著しき相違あり）殊に重きを海上に置き又國際法の全體を以て英米法の一部を成すものと解する者多きが如し。代表的

の大家としては英國に於て「フキリモーア」、「トラヴァース、トウキッス」、「ローリマー」、「ウェストレーキ」、「ホール」、「ホルランド」、「オッペンハイム」及「ローレンス」諸氏の名を擧ぐるを得べく、教科書としては「ホール」、「ウェストレーキ」及「オッペンハイム」最も行はる。

Phillimore, Sir Robert (1810—1885), Commentaries upon International Law. Travers Twiss (1809—1897), The Law of nations considered as independent political communities. James Lorimer (1818—1890), Instituter of the Law of nations. John Westlake (1828—1913). W. E. Hall (1835—1894), A Treatise on International Law, 7th edition by A. Pierce Higgins. 1917. Th. Erskin Holland (1835—), L. Oppenheim, Th. G. Lawrence.

米國に於ては「ケント」、「ホウキートン」、「ハレック」、「ウールジー」、「ホワートン」及「ダッドリー、フキールド」の諸家に繼ぐに「ルート」、「パセット、ムーア」及「ブラウン、スコット」三氏の名を以てするを得。伊太利學派に「マンチニー」、「ブルーサ」、「ピエラントニ」及「パスカル、フキオレ」の諸家あり、伊太利學者の特徴は重きを民族主義 (Principe de la nationalité) に措くの點に在り。「フキオレ」の如きも國際法を以て人類法の一とするが故に羅馬教會及個人も亦國際法の主體なりと曰へり。「フキオレ」の書は西佛兩語の譯文ありて廣く世に行はる。

Khent (1763—1847), H. Wheaton, Elements of International Law: London 1836. A. W. Halleck (1815—1872), Inter-

national Law or Rules regulating the intercourse of States in Peace ard War, San Francisco, 1861. Th. Woolsey (1801—1889), Introduction to the Study of International Law, 5 ed. 1879, Fr. Wheaton (1820—1889), Digest of the International Law of the United States, 3 volumes. 1886. D. Dudley Field (1805—1894), Draft Outlines of an International Code, 1872. J. Bassett Moore, James Brown Scott. P. S. Mancini (1817—1888), (1840—1914), Pasqual Fiore (1837—1913).

佛蘭西國の文献は前記數國に比し稍〻遜色あるを免れず、代表的大家としては「デジャルダン」、「プラディエ、フォデレ」、「ルイ、ルノー」、「ボンフキス」、「デバニエ」、「ピエー」及「メリニャック」の諸家を擧ぐることを得、教科書としては「ボンフキス」の國際公法論（Manuel de droit international public. 7. édition par Paul Fauchille）最も行はる、此書は第二版以下第七版迄何れも「フォーシル」の執筆に係るものなり。

Arthur Desjardins (1835—1901), Pradier-Foderé (1827—1904), Traité de droit International public européen et américain, Louis Renault (1843—1914), Introduction à l'étude du droit international, (Fromageot), H. Bonfils (1835—1897), Despagnet (1857—1908), Cours de droit international public, 4 édition 1910 (Boeck). Antoine Pillet. A. Merignhac. Traité de droit public international. Toulouse, 1905, 1907, 1912.

其外瑞西國の「リヴキエ」、「レール」兩氏、白耳義國の「ローラン、ジャックマン」、「ナイス」教授、和蘭國の「アッセル」及「ラウター」兩教授及露西亞の「マルテンス」諸氏は何れも世界的名聲を馳せたる斯學の大家にして國際法の最近の進歩に貢献したること最大なるものなり。

Alphonse Rivier (1835—1898), Lehrbuch des Völkerrechts, 1889, 2. Aufl. 1899. Principes du droit des gens, 2 Vol. 1896. Ernest Lehr, (1835—19), Manuel théorique des agents diplomatiques (1838). Ernest Nys, (1851—1920), Le droit international; les principe, les théories, les faits, 1904—1906, 2me édition, 1912. T. M. C. Asser (1838—1913). F. v. Martens, Völkerrecht. Das international Recht der civilisirten Nationen. Deutsch von Bergbohm. 2 Bde (1883—188).

次に國際法に關係ある世界的學術雜誌の最故參のものは千八百六十八年（明治元年）の創刊に係る國際法比較法制雜誌（Revue de droit international et de législation comparée）なり。白耳義の「ギュスターヴ、ローラン」※が和蘭國「アムステルダム」の「アッセル」教授及英國の「ウェストレーキ」博士と共に創立する所にして十年間の久しき間「ローラン」氏親ら編輯主任たり。創刊當初の目的は國際私法の研究資料とするに在りたるが幾もなく比較法制の論文をも掲載することゝ爲り、尋で伊太利學派の先覺「マンチニー」の再三の請求に基き遂に國際公法をも包容することゝ爲りたるなり。

※「ギュスターヴ、ローラン」Gustave Rolin は千八百三十五年白耳義國ガン府に生る「ローラン、ジャックマン」Ralin

Jacquemyns の名を以て遍く世界の學界に知らる。千八百七十八年より同八十四年迄の間自由黨内閣の内務大臣たり、後還經國皇帝の招聘に應じ同國の最高顧問たり、紮谷府に在ること十年千八百九十二年より千九百一年に及べり、歸朝の翌年六十八歲を以て「アルツセルス」に沒す。時人稱して白耳義の國寶（la gloire de la Belgique）と曰へり。

越えて千八百七十三年（明治六年）萬國國際法學會設立の議期せずして「ガン」、「ジュネーヴ」伯林及紐育の各所に起れり。今回も「ローラン」氏幹旋最も努むる所あり、同年九月諸國の學者十一名「ガン」府に會合し數日にして學會の定款を議定せり。本學會の目的は國際事項に付文明世界の法律的良心の府たるに在りたるが翌七十四年第一次會合を「ジュネーヴ」市に開き伊太利國の「マンチニー」氏を主宰者に推せり。「ローラン、ジャックマン」自ら書記長たり一身萬難に當るの概ありしと云ふ。爾來五十年間歐洲諸都市に會同すること三十回に近く年報を出だすこと千九百十五年迄に二十六輯なり其權威は年と共に益〻向上しつつあるを見る。又千九百五年には「ノベル」平和賞金を授與せられたり。

萬國々際法學會に於て根本的に審査討究を遂げたる事項にして其後條約の成立を見又は諸國法制の統一を告げたるもの數多あり。例へば國際河川、海底電信線保護、犯罪人引渡、及陸戰法規編纂の如し。其他既に研究濟の事項にして未だ國際慣習法と爲るに至らず、又條約締結の運に立至らざるもの其數尠からず、此場合に於て學會の決議は單に理論的價値を有するのみに過ぎざれども斯法發達の前途を卜するに足るものとして大に珍重せらるるの實況なり。

其後上記の國際法學者と對立して亞米利加國際法學會を設立せむとするの議千九百十一、二年の頃に起れり。主唱者は合衆國の「ジェームス、ブラウン、スコット」及智利國の外交官たる歷山「アルヴァレス」の二氏にして華盛頓府に同學會の設立を見たるは實に千九百十二年（大正元年）十月十二日の事なりき。學會設立の趣旨は別に專ら米國式なる國際法を敎へむとするには非ずして却て亞米利加の見地より國際法を審議討究せむとするに在りとの事なれば、國際法に貴重なる新資料を加へむとするものに外ならず、斯學進步の一階梯として其成立を祝福せざるを得ざるなり。是より先千九百七年には米國國際法雜誌（The American Journal of International Law）の創刊あり、同年創刊の獨逸國際法雜誌（Zeitschrift für Völkerrecht, herausgegeben von Kohler）及佛國巴里發行の國際公法一般雜誌（Revue générale de droit international public 千八百九十四年創刊）と東西相鼎立して世界の學界に重要視せらる。尙「カーネギー」平和財團には國際法部なるものありて世界的良著書の翻譯紹介に力む、國際法の研究に對する米國最近の努力は決して冷眼視すべからざるものあるなり。

第三節　何が故に吾人は戰時國際法を學ばざるべからざるか

世界大戰爭の幕を閉ぢたる對獨平和條約（大正八年六月二十八日「ヴェルサイユ」に於て調印）は其第一編「國際聯盟規約」の前文に於て劈頭第一に

締約國ハ

戰爭ニ訴ヘサルノ義務ヲ受諾シ

各國間ニ於ケル公明正大ナル關係ヲ規律シ

各國政府間ノ行爲ヲ律スル現實ノ規準トシテ國際法ノ原則ヲ確立シ

組織アル人民ノ相互ノ交涉ニ於テ正義ヲ保持シ且嚴ニ一切ノ條約上ノ義務ヲ尊重シ

以テ國際協力ヲ促進シ且各國間ノ平和安寧ヲ完成セムカ爲茲ニ國際聯盟規約ヲ協定ス

と明言するが故に、國際聯盟の網領は恆久不斷の平和に存し、戰爭の絕滅を期するものなること毫も疑なし。現に五十有餘を算する聯盟諸國は何れも右非戰方針を信條とするものにして、最近十數年間世界は兎にも角にも平和の恩賚に浴したり。國際聯盟に參加せざる米露二强國も亦戰爭の拋棄に關する所謂「ケロッグ、ブリヤン」條約（千九百二十八年八月二十七日巴里に於て調印）の一は首唱國たり他は參加國なるが故に、今日世界輿論の風潮は戰爭の絕滅を期するに在りて此點に於ては最早全く異論なきものの如し。然らば則ち世界各國政府間の行爲を律する現實の規準たる國際法の原則は專ら平時國際法の原則に限り所謂戰時國際法は全く無用の長物化せるものと解すべきには非ざるか。然り、將來の國際法は專ら國際間の經常狀態たる平時關係に限局せられ、非常變態關係たる交戰中立法規の無用廢絕を見るに至ることを其理想とするなり。而も今日に於て猶交戰中立法規の攻究を廢止することを得ざるは抑も何が爲ぞ。其事情を詳にせむと欲せば吾人は勢ひ國際法の淵源に溯り其の三百年來の沿革を回顧せざるを得ざるなり。

國際法は近代歐洲文明の產物たること言を待たず。今日世界に雄飛する歐米の白晳人種は好戰人種なり。就中高加索人種は其の「ラティン」民族たると「ゲルマン」民族たると將た「スラーヴ」種族たるとを問はず、其の戰爭愛好國民たることを表する希臘人、羅馬人と比肩して毫も遜色あることを見ざるなり。されば國際法の發端も亦三十年戰爭の大慘劇を度外視しては之を理會し得べからず。國際法の開祖と目せらるる和蘭陀人「フーゴー、グローチゥス」の大著（千六百二十五年卽ち本朝の寬永二年巴里に於て刊行）は表題 de jure

belli ac pacis libri tres に付邦文譯語として從來「平戰法規論三卷」の稱呼を用ゐる者多きも、實は戰爭法規論附平時法三卷と謂ふ位の意義なり。卽ち大戰役の慘禍を緩和するが爲、羅馬法曹の自然法學說を根據として幾分當時の國際關係を規律せむとするの努力が國際法學の發達を促がすの端緒と爲りたるなり。戰時法規が主たるものにして平時法は單に其附則に過ぎず。「グローチッス」以後國際法の研究に從事する者或は萬民法（jus gentium, Droit des gens, Law of Nations）と稱し或は國際公法（jus inter gentes, droit international public, International Public Law）と呼ぶも所謂公法家の研究は宣戰講和の原則を究明するを主要目的とす。列國間の樽俎折衝も亦多くは和戰兩樣の準備を必要とするなり。

按するに近世外交史の叙述は戰爭に終始すと謂ふも過言に非ざるが如し。第十八世紀より第十九世紀に亙り西班牙王位繼承戰爭、七年戰爭及佛蘭西大革命を經て「ナポレオン」戰爭に至る迄戰役に隙ぐに戰役を以てし殆んど寧日なきなり。唯十九世紀の後半に及んでは「クリミヤ」戰爭、露土戰爭等戰爭は多く「バルカン」半島又は東歐羅巴の一隅に偏倚したり。普佛戰爭の結果「ナポレオン」三世の帝政崩潰し佛蘭西國第三共和制の樹立と爲りてより所謂武裝平和の時代（千八百七十一年卽ち我明治四年以降）に入り、戰禍の中心は歐羅巴本土を離れて植民地方面卽ち東亞、極東、阿弗利加洲又は太平洋方面に移れり。南阿戰爭、米西戰爭、義和團事變及日露戰役等皆然らざるはなし。歐洲大陸の中原は三國同盟及露佛同盟の對抗に依りて權衡を維持し約半世紀の間辛うじて兵亂の巷と化するの厄を免れたりしが、同盟協商武力對抗關係の總決算が遂に千古未曾有の世界大戰爭と爲りたるなり。故に今日列强間の國際關係は平和を本則とす、戰爭は非常例外の現象に過ぎずと謂ふも實は十九世紀後半以降卽ち最近五、六十年來の政治現象を說明するものに外ならず、數百年來の傳統あるには非ざるなり。今一朝にして四海波靜なる泰平謳歌時代を實現せむとす。事の望ましきは勿論なれども天下の形勢は必ずしも樂觀を許さず。「ジュネーヴ」に於ける國際聯盟軍備縮小會議の數年來の經過の牛步遲々たるを見ても思半に過ぐるものあるべし。所謂「ケロッグ、ブリヤン」條約の效果として一切の武力衝突を禁斷し得るものに非ざるは同條約の實施後未だ半年ならざるに露支兩國間國境附近に起生したる事件の一例に徵するも明白ならむ。

戰爭の必無既に期すべからずとせば吾人は治に居りて亂を忘れざるの覺悟あるを要すること固より當然なり。所謂一旦緩急あらば義勇公に奉ずるの愛國精神あるに非ざれば以て現代の國際競爭場裏に處すべからず。西諺に「天は自ら助くる者のみを助く」と曰へり。所謂權利の上に睡る者は畢竟落伍者として自滅の運命を辿るの外なからむ。

然れども吾人が戰時國際法の攻究を必要とするは必ずしも一朝事あるの際交戰國臣民たるの關係あるが爲に限らず。平生無事の間に在りても若し世界の一隅に劍戟煌めき砲聲轟くの日あらむか、我朝野は直ちに中立國政府又は中立國臣民としての權利義務關係に入るなり。此の權利義務關係は平時國際法の能く解決し得るの限に在らざること言を待たず。吾人は又此場合に戰爭の渦中に捲込まれざらむが爲の努力を必要とす。此の努力にして效を奏せざらむか、第二の世界大戰役の慘劇を見るに至ることなきを保せざるなり。然らば則ち向後戰爭の慘禍を成るべく局部的地方的ならしめ之を世界の他方面に波及せしめざらむが爲にも戰時國際法の豫備知識を必要とす。單なる平時國際法の原則に依りて此難局を突破することを得ざるなり。

× × ×

最近三、四十年間に於ける我日本帝國の飛躍が世界の耳目を聳動せるは昭著なる事實なり。日清戰爭（千八百九十四、五年）以前、歐米諸國の有識者間に全然存在を無視せられたるか或は朝鮮、琉球と共に大淸帝國の一屬邦に過ぎざるかの如く思惟せられし極東の一小島國が一戰して支那の老大帝國に克ち、後十年ならずして世界の脅威たる舊露西亞帝國の陸海軍を東亞の天地より擊攘したるは驚歎に値する事實たるに相違なし。其後十數年を經て世界戰爭の結果、露西亞、獨逸及墺地利の三大帝國崩潰し土耳其國の帝政も亦終焉を告げたるに反し我帝國の地步は戰後益〻確立せり。然らば則ち國際間に於ける帝國現在の地位は前後三回に亙る戰捷の賚なりと曰ふも亦必しも過言に非ざるが如し。

白人の評論家が動もすれば輒ち日本を以て軍國主義（ミリタリズム）の權化とし日本人を以て無類の好戰人種と解せむとするも亦一理なきに非ず。例へば巴爾幹戰爭を語るに當り「ブルガリア」人を指して「バルカン」半島の日本人と謂ひ南米大陸の尙武國智利を以て南米の日本と稱するが如き何れも皆此思想の發露ならざるはなし。日本とは卽ち「侵略國」の別名なるが如き感想を一般の讀者に與ふる最近の「リットン」報告書も亦英米評論家の此の見地に負ふ所大なるものあらむ。蓋し歐米諸國の識者は少數の例外を除くの外、全く極東の事情に通曉せざること今仍舊の如し。彼等若し日本歷史を繙き元和偃武（西曆千六百十五年）以降三百有餘年間の事蹟を檢討したる後之を三十年戰爭以後の歐米近代史と比較對照せば果して如何。孰れか好戰にして孰れか和平、孰れか侵略にして孰れか恭順孰れか處女にして孰れか脫兎なる智者を待ちて後知らざるなり。二百年來、武陵桃源の夢を貪りたる我大和民族を誣ふるに「好戰人種」を以てし隱忍自重、殆ンど無制限の克己精神を發揮したる我當局者に擬するに「侵略國」の汚名を以てせむとす。寃も亦甚しいかな。

吾人が戰時國際法を講ずるは徒らに過去の二大戰役に於ける皇軍戰捷の記憶に陶醉せむが爲に非す。又固より今後の時局に對し「トライチケ」、「ベルンハルディ」一派の主戰論を鼓吹せむが爲の用意に非す。殷鑑遠からず夏の世に在り。吾人が世界戰爭の慘劇を語るは必ずしも軍人政治家が國家の大計を誤るの戒とせむが爲のみに限らず。傳家の寶刀は容易に齎るべからざるなり。

（昭和七年十月三十一日稿）

第四節　戰爭の開始が交戰當事國間の條約關係に及ぼす影響に就て

本編の讀者は豫め先づ立博士戰時國際公法第一編第二部第二章（現代法學全集第二五卷一一〇—一一六頁）又は松原博士、現行國際法第七編第五章の五（同書下卷二〇八—二一四頁）に就きて問題の大綱に通曉せられむことを希望す。尙松原博士の著書に引用せる諸書以外に本稿作成の際參照したる文獻左の如し。

Alphonse Rivier, Principes du droit des gens, Tome II, pp, 137—141 et pp, 242—247.

Annuaire de l'Institut de Droit International, XXIII pp. 251—281, XXiv pp, 200—223 et XXV pp. 611—630.

Sir Cecil J, B, Hurst, The Effect of War on Treaties, The British Year Book of International Law, 1921—22, pp. 37—47.

James R. Keeley, The Effect of End of War on Pre-war Treaties between the Belligerents, Transactions of Grotius Society, Vol XII 1927 pp, 7—16.

Anzilotti, Cours de Droit International (Traduction Française par Gidel) Tome I, pp, 447—456.

Thomas Baty, The Canons of International Law 1930 pp, 433—442.

戰爭の開始が交戰當事國間の條約關係に及ぼす影響の如何に付ては學說紛々たるを免れずと云ふ

も、本問題の全區域に亙りて全く底止する所を知らざる論戰を見ると曰ふ次第には非す、一方に於ては開戰以前全く適用問題を生ずるの餘地なきこと明かなる戰爭法規條約其他の條約あり、他方又戰爭の前後を通じて何等の變化を受けざること一般に承認せらるる或種の條約あり、更に又開戰の結果當然消滅に歸すること萬人の齊しく認むる所に屬する他種の條約あり、此數者に付ては大體學說の一致を見る實況なれども、右論議の餘地なき左右兩極端の區域は甚だ偏狹なるに反し、二者の間に位する中間の區域は甚だ廣大なるが故に、恰も本問題の全區域に亙り學說の分岐を見るが如き印象を一般世人に與ふるも亦已を得ざる儀なり。順序として先づ多くの異說を存せざる左右兩極端の場合を說明し、然る後問題の最錯綜せる中間地帶に及ばむ。

第一種の條約は戰爭を目標として締結せられたる條約なり。例へば戰時の病傷兵待遇に關する「ジェネヴァ」條約、陸戰及海戰に關する海牙會議諸條約、巴里宣言、倫敦宣言竝に瑞西、白耳義及「リュクサン」堡諸國領域の中立に關する諸條約又は蘇士運河の中立に關する千八百八十八年の君府條約の如し。此種の條約は戰爭の開始と共に初めて其實施力を發揮するものにして開戰前は全く睡眠狀態に在るものなり。若し開戰の際此等諸條約の覺醒を見ざるものとせば此種の條約規定は初よも存在の理由なきものとす。次に第二種の條約として說明すべき何等戰爭と沒交涉なる條約は學者の所謂永久事態設定條約（Pacta transitoria）なるもの例へば領土の割讓若は交換、境界の劃定又は獨立若は政體變更の承認に關する諸條約の如く條約の目的事項が一擧にして完成し爾後當事國間に何等權利義務關係を存せざるものとす。例へば明治八年五月締結の樺太千島交換條約は日露戰役の前後を通じ何等影響を受けざりしの類是なり。更に開戰の結果當然消滅に歸すること萬人の齊しく認むる所に屬するは同盟條約、保護權條約、擔保條約其他所謂政治條約なるもの及適用問題又は解釋上の疑義が戰爭の直接原因と爲りたる諸條約是なり。此の第三種の條約に付ては戰端の開始に拘らず依然條約の效力を存續すとするの意見あるを聞かざるなり。

「フォーシル」一〇四九節下卷五四―五六頁及び「ムーア」、「ダイジェスト」第五卷七七九節三八三頁參照。
「ポリティス」報告書（國際法學會年報第二三卷二五六―二五七頁）參照。
「ペティ」國際法の「キャノンス」四三三―四三四頁參照。

中間區域は論爭の最激甚なる區域なること既に一言したるが如し。抑も戰爭と條約關係とは本來柄鑿相容れざる觀念なりや、二者は兩立竝存を妨げざるに非ざるやの根本問題に付ては時代の變遷に伴ひ解答を同じうするを得ざること言を待たず。初より敵國及敵國人の人格を否定し敵の財產を擧げて之を無主物と觀念したる希臘羅馬の古代は暫らく措き近代國際法觀念の發生後に於ても久し

く敵人無權利の主義を持し從て戰爭を以て條約關係の存立と兩立せざるものと看做せり。此舊思想に對抗して立ち全く戰爭の觀念を一變するに至らしめたるものは「ジャン、ジャック、ルッソウ」の力なり。其說に曰く戰爭は國家の國家に對する關係にして人間對人間の關係に非ず。戰爭に於て個人が敵たるは全く偶然の事實のみ、卽ち人間として又は國民として敵たるものに非ず、偶々兵士たるが故に祖國防衞の爲に敵たるのみ祖國の一員として敵たるものに非ずと（社會契約論第一卷第四章）。尋で第十九世紀の初頭に至り佛國の碩學「ポルタリス」此原則を宣言してより戰爭は個人を敵とするものに非ずとする此の新思想は歐洲大陸諸國の學界を風靡したる觀あり、恰も人道主義盛行の風潮に乘じ此學說が戰時法の原則の發達に貢獻する所大なりしは周知の事實なり。唯だ英米法系に屬する學界の一部には舊來の傳統を墨守し此新思想を迎合せざるの傾向ありて自ら大陸學派と對峙するの形勢なきに非ず。

「リヴイエ」佛文國際法下卷二四二―二四三頁。
「アルンチュリー」國際法典案結論（「ラルディ氏」佛譯文第二版三二―三七頁參照）。
「ヘフター」歐羅巴國際法第百十九節註三（第七版二四七―八頁參照）。
「ホール」國際法第十八節第七版六四―七一頁參照。

千九百十二年八月の國際法學會「クリスティヤニヤ」決議は劈頭第一に「敵對行爲の開始及繼續は交戰諸國相互の間に締結せられたる條約、協約及約定（其の名稱及目的の如何を問はず）の存立を妨ぐるをなし」との原則を掲ぐること人の知る所なり。右の原則は本件提案者にして且報告委員たる「ポリティス」の原案第一條に由來するものにして、戰爭の本質に關する前記新派の學說を基調とすること言を待たず、以爲へらく戰爭は國家間の關係にして個人を敵とするものに非ず、從て敵國人の無權利を原則とするの理なく又當事國間に於ける無法又は無條約の狀態を本旨とすべき筈なし。蓋し戰爭は一切萬事を擧げて悉く之を係爭案件とするものに非ず、交戰當事國が從來實踐せる國際秩序は戰爭の爲一掃せらるるものに非ず、戰爭は法の一切の拘束より國家を解放するものに非ず戰爭は交戰當事國の關係を常軌の外に逸出せしめ暫らく之を非常の變態に措くと雖も右の變更たるや戰爭の目的たる强者の勝利てふ趣意に合致する一定の範圍內に止まるものなり。抑も普通法の廢棄も亦戰勝の目的を達せむが爲の一手段に外ならず、故に戰爭の目的上必要なる一定の範圍外に逸脫して迄普通法の廢棄を認むべきに非ざるは戰爭の目的上必要なる範圍外に出でて迄害敵手段たる武力の使用を認むべきに非ざると全く異なることなしと（國際法學會年報第二三卷二五三頁參照）又曰く戰爭を以て兩國人民相互間の格鬪に外ならずと觀察したる舊時代の學說に依れば交戰諸國間の法律關係は一切斷

絕することと爲り從て兩國間の條約も亦一切廢棄に屬するものと解すること當然なるべし。若し人文開發の結果唯だ右舊學說の嚴峻なる原則を緩和するに止まり全く其原則を一變するものに非ずとせば條約の存續は近來稍々頻繁と爲りたりと曰ふに止まり依然例外と看做さるべく、戰爭の效力は原則として條約を消滅せしむるに在りと謂ふことを得べし。然るに若し之に反し戰爭は國家間に於ける組織的武力の衝突に外ならず國際秩序の一時的紛糾たるに止まり決して事々物々悉く之を懸案とするものに非ずと解するならば戰爭の結果條約が消滅するの原則は既に廢絕に歸したるものと謂ふの外なく、戰爭中效力を存續する條約の數近年頓に增加せるは卽ち當然の事理と謂はざるべからず(同上年報第二四卷二〇二頁參照)。

「ポリティス」の起草に係る決議原案が戰爭の本質に關する新派の學說を根柢とし條約存續主義に立脚するものなること右の如し。然れども同委員會を組織せる九名の委員中にも例へば英國の「ウェストレーキ」及佛蘭西國の「デュプユイ」の如き共に傳統の舊學說に基き交戰當事國間の條約は原則として消滅するの主義を固持するものあり、「ポリティス」は一々右反對說の論據を駁したる後左の斷案を下せり。曰く戰爭は益〻非常事と爲り且短期のものと爲る近代の時勢に鑑みるに戰爭の效果は益〻限定的たらざるを得ず、當事國が戰爭開始に至る迄の間經過せる國際秩序は絕滅するものに非ず、單に戰爭の目的上一定の限度內に於て一時の變更を受くるのみ。此範圍外に於ては兩國間の常軌は慣習法上の規則及諸般條約の定むる法規と共に依然存續するものなり。戰爭の開始と共に條約の廢棄を認めむとする舊來の原則を墨守せむとするが如きは時代の趨勢に背馳するものと謂はざるべからずと(同上二〇七—二〇八頁參照)。

さて「クリスティヤニヤ」に於ける學會の討議の跡を尋ぬるに多數の學者は原案の條約存續說を支持するに傾きたるが故に條約消滅說を固執する少數意見は畢竟舊來の陋習に過ぎざるものと貶せられ到底大勢に抗するの力なきに似たり、殊に「フォン、バール」の如き條約存續主義は秩序(「オルドル」ordre)の主義なるに反し條約消滅主義は無秩序(「デゾルドル」désordre 支離滅裂亂脈又は滅茶苦茶と曰はむ程の義)の主義なり。學會に於て二者の間取捨選擇に躊躇すべき理なしと放言して憚らざりし程なり。尙「ストリゾヴァー」教授の如きは講和諸條約の文面に照らし實際の事例は全く慨歎すべきことなり(toutà fait regrettable)寧ろ條約消滅主義に在ることを認めながら此實例を骨子とする決議案は三日間の討議を經て條約存續主義に左袒せり。斯て條約存續主義と曰ひ平然條約存續主義に左袒せり。斯て條約存續主義を骨子とする決議案は三日間の討議を經て同年八月末日大多數の贊成を以て可決せられ了りぬ(贊成三十三票に對し反對一票棄權五票あるのみ)。當時の議場を壓倒したる多數派、條約存續主義の學者は意氣昂然恰も右決議案の議決を以て數百年來の陋習を破り一擧にし

て直に人類平和の理想境に到達し得るものと思惟せるが如し（國際法學會年報第二五卷六一一―六〇五頁殊に六一五―六一六頁及六四七頁參照）。

隨つて過去六七十年間に於ける戰爭の史實を按ずるに先づ

（甲）世界戰爭以前に付ては

（一）獨佛間千八百七十一年五月十日附「フランクフルト、アム、マイン」條約第十一條（二）露土戰爭の結末を告げたる千八百七十八年三月三日附「サン、ステファノ」條約第二十三條（三）日清戰爭の結果たる千八百九十五年（明治二十八年）四月十七日附下ノ關條約第六條（四）米西戰爭當時の西班牙國法令（千八百九十八年四月二十四日附）（五）日露「ポーツマス」講和條約（千九百五年九月五日附）第十二條（六）伊土戰爭後の「ロザンヌ」講和條約（千九百十二年十月十八日）（七）「バルカン」戰爭當時の（イ）希臘土耳其兩國間千九百十三年十一月一日（十四日）「アテネ」條約（ロ）勃土兩國間同年九月十六日附（二十九日）君府條約（ハ）塞土兩國間翌千九百十四年三月一日（十四日）「スタンブール」條約何れも皆條約消滅主義を以て基調とするものに非ざるはなし。卽ち最近半世紀間に亙り條約締結の當局者たる外交官其他の實務家は依然前世紀以來の傳統に隨ひ條約關係廢棄の原則を認むるものにして學界の輿論たる條約存續主義の原則を認むるものは一として之あるなし。「ストリゾヴァー」教授が此事例に付數聲を發したるも亦決して故なきに非す。次に

（乙）世界戰爭勃發の當初獨逸政府は敵國との諸通商條約の破毀を通達し（千九百十四年八月十日帝國官報五六七頁）尙同月二十日の商工省令を以て露西亞、白耳義及塞爾維諸國との通商條約竝に「フランクフルト」條約第十一條が宣戰の結果無效に歸したる旨明言したり。尙獨佛兩國の裁判例も亦條約消滅主義の原則を公認するものと解せらる（此一段「フォーシル」國際法第二卷五八頁の記述に依る）。

降て「ヴェルサイユ」條約（大正八年六月二十八日調印の對獨平和條約）第二百八十九條に依れば各同盟國又は聯合國は其の獨逸國との間に復活せしめむことを欲する二國條約を獨逸國に通告すべしとする原則を定め互に相約して同平和條約の趣旨に合致せざる條約を獨逸國との間に復活せしめざることとし、又右の通告は本條約實施後六月の期間內に之を行ふ同期間內に通告の目的と爲らざりし一切の條約は消滅す（tous les autres sont et demeureront abrogés）と明言せり。是れ同盟及聯合國側二十有七ヶ國の調印したる平和條約の條約正文上に明かに條約消滅主義の原則を宣明したるものに非すして何ぞや。同年九月十日「サン、ジェルマン、アン、レー」に於て調印の對墺平和條約第二百四十一條、同年十一月二十七日「ヌイイー、シュール、セーヌ」に於て調印の對勃平和條約第百六十八條及翌年六月四日「トリヤノン」に於て調印の對洪平和條約第二百二十四條の規定

は何れも全く同一の趣意を言明するものなり。卽ち墺地利、洪牙利及勃爾牙利亞、諸國に對する同盟聯合諸國の關係に付ても獨逸國に對すると同樣、條約存續主義立入るべからすの制札を樹立したるものと評するの外なし。對墺及對洪平和條約の規定（該當條第七項）中共に「二國條約は前記の通告ありたるものに限り同盟國又は聯合國と墺地利（洪牙利）國との間に復活せらるべし」とあるのみにして對獨條約又は對勃條約の如く「其他一切の條約は消滅す」「總て其の效力を失ひ且引續き效力なきものとす」の一句なきが故に別段の趣旨を定めたるものと解釋するの餘地なし（邦文「消滅す」は佛蘭西語原文 sont et demeureront abrogés の意譯にして「其の效力を失ひ且引續き效力なきものとす」は同一原文の文字譯たるの差あるのみ實質上の差異あるに非す、何れにせよ說明的注意規定なること明白なり）。然らば則ち曩に學界の輿論を代表するかの如き觀ありたる夫の條約存續主義は世界戰爭終末の諸條約調印と同時に一片の理想論に外ならざるの現實を暴露することとなり、今更ながら理論と實際との間に存する溝渠の深く且大なるものあるを痛歎せざるを得ざるなり。

國際法學會に於ける前記討議の際多數派條約存續說に對し「クリューネ」氏の加へたる左の短評は少數意見の爲に氣を吐くものにして寔に寸鐵人を殺すの概あり、讀者をして氏或は世界戰爭の大慘劇を數年前に豫感したる次第に非ざりしやを思はしむ。曰く本案第一條に條約存續の大原則を掲ぐるも第二條中許多の除外例を設くることとせば、此原則は實際上全く空文と化するに至るべし。抑も條約存續の主義は果して承認の値あるものなりや。或は哲理上の考察に訴へて之れを辯護せむとし又は法律秩序を組織留保するの說を爲すものあれども交戰當事國たる兩國民の關係は俱に天を戴かざるの關係に在るに非すや。蓋し戰爭の目的は一、二の問題の解決に存せす相互に敵國の滅亡を期するものなり假に條約存續の原則を採用するにもせよ、此の實力衝突の關係に於ては右原則の效力を生するは限られたる僅小の畛域內に止まるべく實際上左程重要ならざるべしと（同上年報第二五卷六一六—六一七頁參照）。

英米學派中傳統の學說を支持する者尠からすと曰ふも本問題に關し條約消滅主義の原則を主張する者は「ウエストレーキ」以外實は甚だ多からす（「ウエ」氏國際法下卷三二—三五頁參照）。此點に付「ベイテ」博士の態度は最明快且つ斷乎たるものあり）國際法「キャノンス」第五章第五節の五、同書四三三—四四二頁參照）。次に大陸諸國の學者中消滅說の最顯著なる代表者としては獨逸の「フオン、リスト」及佛蘭西の「ピエ」兩教授を擧ぐることを得。「ピエ」氏の消滅說は千九百十六年即ち大戰突發後のことなる（「ベティ」（同書四三四、五頁に依る）に反し「フオン、リスト」は最初より此の說の信奉者なりしが如し（「リスト」國際法第三二節三の三同書第十二版二六六、七頁）。「リスト」敎授は反對說として「オッペンハイム」「ウルマン」、「ポリテイス」、「リッペルト」及「ハイルボルン」五氏の名を擧げたるも一人の同論者をも指名し居らす。

然らば則ち大戰終了後十有餘年の今日本問題に對する代表的學說と見るべきもの全く之なきやと曰ふに必ずしも然らず。當今の學界に於て最有力なる學說と見るべきは重きを當事國の條約締結當時の意思に措き各個の場合に付戰爭開始後に於ける存否の運命を決せむとするの說にして假に此說に命名することせば意思探求說と稱するを得べし。從來の學說は多く條約の種類別を試み或種の條約は消滅し或種の條約は存續すと曰ふが如き說明を爲したるも此說は動もすれば形式に捉はれて實情に適切ならず例へば通商航海條約は戰爭の結果失效すと曰ふも其規定事項中私權保護に關するものの如く却て反對の解釋を取るべきものあるの類なり。故に當事國の締約當時の意思を探求して各箇の場合に其存否を決するの外なしと謂ふに在り。初めて此點を明白に說明したるは英國の學者「サー、セシル、ハースト」（英國國際法年鑑一九二一、二年號三七―四七頁參照）にして伊國「アンチロッティ」教授の如きも此說を祖述するものの如し。

今「アンチロッティ」の著書に基き意思探求說の要旨を述べむに國際條約は特に戰爭を目標とするものに非ざる限り平時の正常關係が持續するの前提より發足するを例とす。故に戰爭の突發するや其義務を解除することが當事國の本來の意思に合致す、戰爭が條約を消滅せしむと曰ふに非ず、當事國は初より平時ならでは義務を負はざるの趣意なりと謂ふに在り。

條約の締結は當事國間に於ける平和關係を前提する以上戰爭の結果單に條約の執行を停止するのみにて條約の效力は存續すとの見解は正しからず、或特別の事情に基き戰爭の際條約上の義務を消滅せしめず、單に之を停止するの趣意にて條約を締結したる事を證明し得る場合必ずしも之なしと謂ふべからずと雖も是れ寧ろ通常の場合に非す。凡そ戰爭の本旨は敗者に加ふるに勝者の意思を以てするに在り、交戰當事國は其相互關係に付逆睹すべからざる重大變化を見るに至らむ事を覺悟せざるを得す。苟も戰爭を開始する以上誰か戰後猶戰前の如くなるべき事を期待するものあらむ。されば現存の平和關係を前提として義務を負へる國家は戰後の豫見すべからざる事情の下に同樣の義務を負擔するの趣意なりしものとは推論すべからず。反對の證明なき限り當事國の意思は平和狀態の存續する間條約を存續せしむるに在りたるものと思考せざるを得す平和狀態が終止すれば條約も亦消滅す、新なる協定あるに非ざれば之を復活せしむる事を得ざるなり（「アンチロッティ」國際法論佛譯文四五一―四五二頁參照）。要するに「アンチロッティ」教授の意思探求說は戰前の通說と異なり大に消滅說に近似すと謂ふことを得べきが如し。（昭和六・一〇・一六）

附錄

〔附錄第一〕

臺灣の國法關係を論じて律令違憲論に及ぶ

（國家學會雜誌第十八卷二〇四號所載）

臺灣我版圖に歸してより茲に八年有餘。其の間法院判官保障問題は一時世論を沸騰せしめ、律令制定權を臺灣總督に委任するの法律は憲法に違反するものに非ざるかの疑問は三度議院の討議を經たり。臺灣の國法上の地位如何及び憲法の條規は臺灣に於て施行せらるるや否やの問題は既に十分に解決し盡されたるべきの理なり。而も我輩の寡聞なる未だ學者の深く此憲法問題を論じて明確なる斷案を下せしものあるを聞かず。彼の新領土に對する立法主義の異同を辨じて臺灣に關する立法の錯誤を指摘せられたる有賀長雄博士の如きすら、臺灣澎湖列島を以て帝國憲法の行はるる範圍なりとするや否やの問題に對する答案としては「臺灣に對する支配權の作用も天皇の統治權たるは疑なし。是を以て帝國憲法の行はるる範圍內たることは無論にして、若し帝國憲法に依るべき條規あれば則ち之に依るべく無ければ則ち依らざるのみ」（有賀博士、國法學上卷五五二頁）と放言して憚

らず。多數の學者は憲法が臺灣に行はるるは一般の理論、疑を容れざる所として何等見るべきの論據を提出せず。帝國憲法の施行範圍が國土の膨脹に伴なふ當然の結果として擴張することは恰も說明を要せざる一の公理なるが如く思惟するに似たり。我輩不敏にして多數の見解に同することを能はず、是れ茲に拙論一篇を草して教を大方の識者に乞ふ所以なり。

× × ×

帝國憲法は臺灣に施行せられたるものなりや否や、是れ實に國法上の大問題なり。多數者の見解は積極說に在ること既に述べたるが如くなれども、其論據に至りては必ずしも一ならず。諸種の誤解と各般の迷想とが交互錯綜して以て世論の風潮を形成したるものの如し。我輩は立論の順序として先づ反對說の論據と爲りたる諸種の思想と見解とを敍述し逐次之を論評せむとす。

新領土の法律關係に對する最幼稚なる思想は帝國國權の作用を以て全然憲法の畛域內に限局せられたるものとし從て憲法條規の範圍外に一步を出だすこと能はずとするに在り。以爲らく國家一旦憲法を制定して統治權行使の原則を明定せり。帝國の國權が憲法の條規を離れるは何等の活動を試みるに由なきこと固よりなりと。憲法第四條を論據として天皇と雖も「此ノ憲法ノ條規ニ依」るに非ざれば新領地に對し統治權を行ふことを得ざるものと解するの論者は實に此の幼稚なる思想を脫却すること能はざるものなり。山田三良博士も亦臺灣に行はるる我國權の作用が憲法に從ふべきや否やの問題に對し論ずらく「國權の作用は我版圖內なると將又外國たるとを問はず、臣民に對すると或は外人に對するとを論ぜず、恒に憲法の條規に從はざるべからず。國權の行はるる所卽ち憲法の活動する所にして、國權の作用と憲法の規定とは造次顚沛も離るべからざるものなり云々（國家學會雜誌第百二號、第九卷六六二頁參照）と。異なるかな博士の言ふ所を以てすれば博士は立憲君主諸國に於て國法學者の近來の研究の結果既に打破し了せる舊時の學說を襲踏するものなり。立憲君主諸國の國法學者は國權の作用と憲法の條規との關係に付、民主國の國法と君主國の國法との間法理上重大なる差異あることを認めざるはなし。其說に曰く革命の後を承けて新に國權を設定したる國家——所謂民主國家——に於ては憲法の制定に因りて國家組織を成すを例とするが故に其國權は憲法に依るに非ざれば初より活動すること能はざるに反し、君主諸國に於ては從來の國權が憲法を制定したるものなるが故に成文憲法の典章を以て國憲の全般を網羅するものと解することを能はず。憲法の條規に依るに非ずして國權の活動すべき場合尠しとせざるなり。抑も憲法は國權行使の原則を定むるものなるが故に、憲法の明文ある範圍內に於ては其條規に依り拘束せらる

ること勿論なれども、或一派の學者が主張する如く、憲法の規定を離れては從來專制なりし國權が一切活動を中止すべきものと解するは誤なり。此誤解は民主國法の法理を混淆するの結果に外ならず。蓋し民主國成立の歷史を按するに從來の國權は一朝にして之を破碎したれども、尨然たる國民の集合體は本來何等の人格なく從つて一切の行爲能力を欠缺せり。多數者が法律上の活動を爲さむとするは必すや一定の組織なかるべからす。此の組織を定むるもの卽ち憲法なり。故に民主國の憲法は國民的意思の第一宣言にして總ての公法の基礎を爲すものなり。此の如く憲法の制定が從來の法制に對し法律的聯絡を有せざる民主諸國の國法に於ては、憲法の條規を離れて國權の活動を見るべからざること良に當然の事理に屬す。獨逸君主諸國の如く憲法の規定に依りて從來の法制を補足せし諸國の國法に此原則を援用すること能はざるも亦其憲法の本然に出づと（「ボルンハク」國家論三七、四六―七、五七及一八三頁竝に國家學會雜誌第三卷九七―一〇七頁所載穗積八束博士、新憲法の法理及び憲法解釋の心得參照）。立憲君主諸國の君主は權限の廣き推測を受くると云ふも此研究の結果として闡明せられたる原則の一のみ。憲法義解の著者も亦元首の大權は憲法の正條を以て之を制限するの外及ばざる所なきことを論じ「此書固より逐節敍列するを待ちて存立するものに非ず云々、其の之を略するは卽ち包括する所以なり」と明言せり。博士の學識深遠なる何ぞ此の如きことを辨ぜざるの理あらむ。博士の言ふ所語簡にして委曲を悉さず。我輩は此點に關する吾人の疑惑が一に誤解に基づくものたらむことを望む。

積極說の論據と爲りたる第二の見解は帝國憲法が其施行當時に於ける領土を揭記せざるの一點を捉へ來りて、帝國憲法の施行範圍は帝國國權の消長に從ひ領土の事實的伸縮に隨伴して伸縮するものとするなり。以爲らく憲法が新領土に施行せらるるは猶ほ領土の一部を他國に割讓したる場合に帝國憲法が其地方に對する效力を失ふの關係と同じく、事實の當然の結果にして別に公文を以て其施行を宣言するを須ゐざるなりと。此學說は二、三外國憲法の正條に領土の地理的記載を試みたるもの又は領土の變更は法律を以て規定せらるべきことを命ずるの明文あるものを見て、此の如き明文なき以上は憲法施行範圍の問題は事實の問題にして成法の問題に非ずと速斷せるものならむ。果して然らば此學說は一方に於ては外國憲法立法例の趣意を誤解し同時に帝國憲法が領土に關する規定を爲さざるの精神を沒了するものなり。何を以て爾云ふや。論者が援用せむとする立法例中領土の記載あるもの例へば獨逸帝國憲法第一條及白耳義憲法第一條の如きは何れも特殊の事情より生じたる結果なり。此二者は共に新造の國家に屬す。從來存在せる國家が憲法を制定せるものに非ず。

却つて憲法を制定して初めて國家組織を爲したるなり。憲法の制定以前に國家なし。若し憲法の條項中に領土の記載なくんば如何なる土地の範圍の上に國家を建設せむとするかを知るに由なからむとす。憲法が國家の體軀として領土の記載を爲せるも亦實に已むを得ざるに非すや。憲法の制定以前に儼然たる國家を爲したるものに在りては此の如き必要を見ざるが故に此種の規定を存せざるを例とす。今此種の規定なき諸國の憲法を解釋するに當り憲法に領土の記載なきの故を以て領土の範圍は單純なる事實上の關係にして國法上の關係に非すとするは妄も亦甚しきものと謂はざるべからす。次に領土の變更は法律を以て定むと曰ひ又は國土の變更に關する條約は議院の承諾あるに非ざれば其效力を生ぜずと曰ふ類の規定は其例少しとせず（孛漏西憲法第二條、白耳義憲法第三條、伊太利憲法第五條、索遜憲法第二條第一項及佛國千八百七十五年七月十六日憲法法律第八條二項參照）帝國憲法が此種の立法例を採らざるは務めて大權事項の範圍を限局せざるの趣意に基づく。元首が宣戰講和の大權を有することは憲法第十三條の規定する所にして、講和條約の結果領土の伸縮を生する場合も亦議院の關與を容さざるなり。然れども之が爲に領土を以て單純なる事實關係にして法律上の關係に非すとする結論を生ぜず。抑も帝國憲法の施行せらるべき帝國領土の範圍は憲法施行の當時に於ける帝國の全版圖なること新領土の獲得以前何人も疑を容るるものなかりしなり。此關係は一の事實關係なるのみならず又實に一の法律關係なり。何を以て其の法律關係たることを知るや。試に帝國の一部に帝國國權より逸脫せむとする地方ありと假定せよ。此場合に於ては帝國憲法は事實上一時其地方に行はれざるに至るべしと雖も之が爲に帝國憲法の施行區域を限局するものと謂ふこと能はず。知るべし領土の關係は憲法施行區域の問題として單に事實の關係たるに止まらざることを。

憲法の正條に領土の記載なき場合に於ては、領土は國法上伸縮自在の性質を有するものにして必しも憲法制定當時の區域を墨守するものに非すとする論者は動もすれば輒ち獨逸帝國憲法第一條の規定を引用することを前に述べたるが如し。此種の論者は我帝國憲法第一條の規定に對し特殊の解釋を試みたり。其說に曰く帝國憲法第一條に所謂「大日本帝國」とは憲法義解第一條に曰へるが如き五畿八道及附屬諸島を地理的に指定したる名稱には非すして、我國家の統治權に屬する地球の一定部分を謂ふ。故に亞洲を併合するも大日本帝國たり、五大洲を統一するも亦大日本帝國たるを妨げず（國家學會雜誌第百十三號、第十卷七七八頁所載、山田三良博士、新領地臣民地位參照）と。此種の說は頗る世人の自大心に投合するものあるが故に多數の雷同者を得たること亦怪むに足らず。我輩は國法上の領土が伸縮自在性を有することを信ぜず、却つて國家の領土は領土の國法上の變更

する迄を自ら一定の限界を有するものなることを主張せむとするなり。帝國憲法第一條に所謂大日本帝國の意義に付ても亦論者と正反對の見解を持すること後段更に詳論する所あらむとす。我輩は茲に論者の迷想を解かむが爲に一の論題を提出して論者の解答を促さむ。論者は實に獨逸國法に精通するの稱あるが故に、獨逸帝國憲法第一條に關する設例を以てすること最も妙ならむ。獨逸帝國憲法は論者の謂ふ如く聯邦の領域は孛漏西、巴威倫、索遜其他獨逸諸國より成立することを規定せり。然れども聯邦の組織員たる獨逸諸國の憲法には其正條に領土の範圍を掲げざるもの寧ろ多きに居る。今獨逸諸國中憲法上領土の範圍を明記せざる或國家が獨逸以外新に領土を取得したる場合に其の帝國領土に對する關係果して如何。論者の筆法を以てすれば、獨逸憲法第一條は孛漏西其他諸國の領土を以て帝國の領土とすることを規定するのみにして、其の北獨逸聯邦成立の當時又は南獨逸諸國の聯邦加盟當時に於ける領土なることを明言せざるが故に、右假定の場合に於ては帝國の領土は自ら擴張するものとする論結を下さざるを得ざるべし。論者或は獨逸帝國憲法の成立沿革を根據として其說を主張するなるべし。曰く千八百四十九年四月二十八日の帝國憲法——世に所謂「フランクフールト」憲法なるもの——は其第一條第一項に「獨逸帝國は從來の獨逸聯合の領土より成る」と規定し其第二條以下、獨逸の或一國が獨逸以外の國家を併合したる場合に關する特別規定を揭ぐるに非ずや。世に所謂「エルフールト」合同憲法の草案も亦其第一條に「獨逸帝國は從來の獨逸聯合に屬する諸國中帝國憲法を承認するものの領土より成る云々と規定し、第二條以下「フランクフールト」憲法と同一の特別規定を爲したるを以て見れば、以上の二者は特別の明文を以て獨逸の一國が新に獨逸以外の國家を併せたる場合に帝國憲法が當然新領土に施行せらるるものに非ざることを認めたるものなり。現行帝國憲法が單に帝國は某某諸國より成立すと規定するのみにして其當時の領域を指定せざるのみならず、諸國が新領土を取得する場合に關する特別規定を削りたるを以て之を見れば、帝國憲法の精神は此場合に於ける新領土が獨逸聯邦一國の領土として當然帝國の領域に編入せらるべく帝國憲法は當然新領土に施行せらるべきことを豫見するものに外ならずと。論者の說は實に巧妙の極致に達するものあり、能く世間の學徒を眩惑するに足らむ。知らず果して能く獨逸帝國憲法の精神を得たるものと稱することを得べきか。我輩は此問題に對し多數の獨逸國法學者の說を列擧するの勞を取ることを要せず、單に「マギス、フォン、ザイデル」の解答を揭ぐるを以て足れりとするなり。獨逸帝國憲法第一條に對する「ザイデル」の釋義の一節に曰く、新領土取得の問題は聯邦內の一國が新に領土を取得する場合と帝國が新に之を取得する場合を分ちて之を論ぜざるべからず。第一の場合に關して「ゲオルグ、マイヤー」は論ずらく「聯合諸國が將來新

に領土を獲得せむとするには當該國家の單獨行爲を以てするを得す必すや帝國國權の同意を經ることを要す。何となれば諸國が獨立に領土を擴張するときは其の新に取得したる領土は帝國領土の範圍外に存するの結果を生すべく、此結果は聯合諸國が其領土の全部を以て帝國に屬すべきものとする帝國憲法の趣旨と相容れす。假に其新領土が當然帝國領域の一部を爲すものと解すれば、帝國國權の協力なくして各國が獨立に帝國領域を變更することを爲り、其憲法に反するや疑なければなりと（「ゲ、マイヤー」北獨逸聯邦法要領六八頁）。後半の理論は之を正當と認む。然れども帝國憲法は聯合諸國の新に領土を取得するを禁するの法文を掲げす。唯此場合に或國家の新に取得せる地方が當然帝國の領域に屬するや否やが問題と爲るのみ。今憲法第一條の文義に基づき此問題に答へむとすれば積極の解答を下すべきが如く見ゆ。何となれば第一條には帝國領域は左の諸國より成立すと規定しあり、而して新領土も亦取得國領土の一部を爲すべきこと疑なければなり。然れども此解釋が當事國家の意思に合ふべきや頗る疑なきこと能はす。本條の趣意は當事諸國の北獨逸聯邦成立當時又は南獨逸諸國の聯邦加盟當時の現在の境域を指したるものと謂はざるべからす。果して然らば新領土を聯邦領域内に編入せむとするは憲法第七十八條に依る法律（憲法變更の法律）を要するものとす云々（「ザイデル」獨逸帝國憲法第一條釋義第三、註釋書第一版三〇—三一頁參照）。按するに「ザイデル」が「マイヤー」氏學說の前半を承認せざりしもの其意蓋し獨逸諸國は必すしも帝國國權の同意を經るを要せす新に領土を取得することを得るものとするなり。從て帝國憲法第七十八條に依る法律案が否決せられたる場合には、聯邦内の一國が帝國領土に非ざる地方を以て其領土の一部とすることあるを認めたるものに似たり。「ザイデル」が獨逸帝國憲法の法理を說明するや、常に聯合諸國の獨立對峙を旗幟として標榜するものにして、其說に依れば法理上所謂聯合國家（ブンデス、スタート）なる觀念なし、皆國家聯合（スターテン、ブンド）に外ならす。獨逸帝國と曰ふ名義は國際法上の權利主體に命名したるものにして國法上帝國なる獨立主體あるに非すと論すること人の周ねく知る所なり（「ザイデル」氏國法政治論集、一八九三年版一—一二〇頁參照）。各邦の權限を解すること廣きに過ぎて往々實際に反するの斷案を下すこと實に氏が學說の特徴とす。而も此假設の問題に對しては「ザイデル」すら帝國の領土が聯邦内一國の新領土取得に由り當然擴張するものには非ざることを認むるの已を得ざるに非すや。論者若し其の大日本帝國憲法第一條の解釋に用ゐたる論法を以て之を此場合に應用するならば是實に獨逸帝國憲法の突飛的解釋を試みることを一步を「ザイデル」に進めたるものなり。我輩は切に論者が千八百六、七十年當時の獨逸に出でざりしことを惜まずんばあらす、論者は當に一方の驍將として異彩を獨逸當年の法曹界に放つべかり

しなり。

積極説の論據と爲りたる第三の見解は憲法と他の法規とを區別し憲法は特定の施行區域を有するものに非ずとするなり。其説に曰く憲法は統治權の體と用とを規定する根本法なるが故に他の諸法令と異なり、必しも特定の領域を限りて適用せらるべきに非ず。何れの時に於ても其當時國家の領土に屬する區域に效力を有するものにして、領土の伸縮と同時に當然其施行區域を伸縮するものなり。憲法第四條には「天皇ハ國ノ元首ニシテ統治權ヲ總攬シ此ノ憲法ノ條規ニ依リ之ヲ行フ」と規定せり。故に何れの領域に向ひても、常に此の憲法の條規に依るに非ざれば統治權を行ふことを得ず。新領土に對する統治權の發動も亦常に憲法に準據すべきものなること勿論なりと（國家學會雜誌第百二十九號雜報欄「臺灣總督府法院判官の國法上の地位」と題する記事、同誌第十一卷九六九頁參照）。山田三良博士が新領土の法律關係を論ずるに當り極力、內地現行法令卽施の主義を非難せられたるに拘らず、憲法の成典に至りては當然新領土に施行せらるるものと解するが如きを以て之を觀れば、我輩は博士も亦憲法に施行範圍なしとする此種の見解を奉するものに非ざるやを揣摩せざるを得ず。是れ亦自ら一種の見解ならむ。然れども各種の內國法令は場所に關する一定の限界內に其效力を有すること一般の原則なるが故に、明確なる反對理由あるに非ざるよりは其例外を認むること能はざるを如何にせむ。統治權の體と用とを規定する根本の法規は特定の施行區域を有するものに非ずとするの理由何處にか在る。國家の領土は伸縮自在なるが故に、憲法の施行區域も亦自ら伸縮自在なりとする説は領土の國法上の性質を誤解するのみならず、羅馬の昔時又は古代支那に於けるが如き世界帝國（ヴェルトライヒ）の觀念を取るに非ざれば說明し得べからざる所にして正に近代の國家觀念と相容れざるなり（近代の國家觀念と相容れざる法律上の見解に付ては北島傳四郎氏著、新領地法律論參看）。彼の憲法第四條を論據として新領土に於ける國權の發動も亦憲法の條規に依るべきことを論斷せむとする説は前に第一種の見解として揭げたる誤謬を包含するのみならず、同時に論理上の錯誤に出づるものなり。論者は憲法第四條の明文を論據として帝國憲法が臺灣に施行せらるることを證明せむとす。未だ知らず論者の引用する憲法第四條の規定は憲法の一部として其の臺灣に施行せらるるや否やの問題中に在るものなるを。此の如きは解決せらるべき問題を既に解決し得たるものとする前提を基礎として一定の斷案に到達せむとするもの、所謂循環論法の最も露骨なるものにして其底止する所なきや知るべきのみ。

學者或は明治二十九年法律第六三號の規定を論據として積極說を主張する者あり。其說に曰く法律第六三號は臺灣總督に委任するに其管轄區域内に法律の效力を有する命令を發するの權を以てせり。立法者が臺灣に關し特例を設けたるは蓋し新領土が内地と國法上の地位を異にし隨ッて憲法の逐條に依り難きものと思惟したるが爲ならむ。然れども内地と國法上の地位を異にするものとするは卽ち屬領地主義を取るものにして、此主義を取る以上は殊更法律を以て委任する必要なく、初より命令を以て百事を規定して可なるに非ずや。法律第六三號は實に軍政時代に於ける屬領地主義を捨てて別格行政地主義に遷徙せるものなり云々（有賀博士、國法學上卷五五二―五六一頁及び國家學會雜誌第百七十二號所載、同博士講演「臺灣に關する立法の錯誤」參照）。思ふに臺灣に關する立法主義の混亂せるは蓋し之あらむ。立法者は時として憲法逐條の法規内に新領土を律せむとするの理想を有せしことあらむ。然れども立法者は又時として新領土は全然之を憲法適用の範圍外に置かむとするの抱負を有せしことあらむ。此の如きは單に立法者の心理現象たるに止まり、成法の解釋として憲法が果して臺灣に施行せらるるや否やの問題に對し何等の解答を與ふるものに非ず。人若し憲法の施行範圍を論ぜむと欲せば必ずや先づ立論の根據を憲法自體に求めざるべからず。彼の憲法自體は之を高閣に束ね他の法令に基き立案者の私見を援用し來りて憲法が臺灣に施行せらるるや否やの問題を解決せむとする如きは明かに解釋法の順序を顚倒するものと謂はざるべからず。

有賀博士は一方に於て憲法は領臺當初より當然施行せられたるものと斷言すること本論の冒頭に述べたる如くなれども、博士の所謂屬領地主義なるものは憲法の逐條を新領土に施行せざるの謂に外ならざるが故に、博士が法律第六三號の制定を以て臺灣に關する屬領地主義を拋棄したるものと解するは、卽ち法律第六三號の制定に依り憲法の逐條は臺灣施行濟と爲りたるものと論ずると異ならず。是れ我輩が玆に博士を以て法律第六三號の規定に基づき積極說を主張する學者の一人とする所以なり。

竊に帝國憲法制定の沿革を按ずるに、我憲法の制定は實に明治維新の初年、今上天皇踐祚の際に發せられたる五箇條の御誓文に由來せり。明治元年三月十四日百官諸侯を召し

（一）廣ク會議ヲ興シ萬機公論ニ決スヘシ
（二）上下心ヲ一ニシ盛ニ經綸ヲ行フヘシ
（三）官武一途庶民ニ至ル迄各其志ヲ遂ケ人心ヲシテ倦マサラシメムコトヲ要ス
（四）舊來ノ陋習ヲ破リ天地ノ公道ニ基クヘシ
（五）知識ヲ世界ニ求メ大ニ皇基ヲ振起スヘシ

の五事を神明に誓はせられたること是なり。明治八年四月第五八號を以て元老院を設け地方官を召集するの詔、明治十四年十月十二日國會開會の勅諭何れも皆五條御誓文の趣旨を擴充するに非ざる

はなし。明治二十二年二月十一日に至り大日本帝國憲法を頒布せらる。是れ明治十四年十月十二日の詔命を履踐し給ふ所にして、卽ち踐祚の初神明に誓はせられたる五箇條御誓文の趣旨を茲に發揮したるものに外ならず。憲法發布勅語の一節に曰く

朕我カ臣民ハ卽チ祖宗ノ忠良ナル臣民ノ子孫ナルヲ回想シ其ノ朕カ意ヲ奉體シ朕カ事ヲ奬順シ相與ニ和衷協同シ益〻我カ帝國ノ光榮ヲ中外ニ宣揚シ祖宗ノ遺業ヲ永久ニ鞏固ナラシムルノ希望ヲ同クシ此ノ負擔ヲ分ツニ堪フルコトヲ疑ハサルナリ」と又

朕カ親愛スル所ノ臣民ハ旣チ朕カ祖宗ノ惠撫慈養シタマヒシ所ノ臣民ナルヲ念ヒ其ノ康福ヲ增進シ其ノ懿德良能ヲ發達セシメンコトヲ願ヒ又其ノ翼贊ニ依リ與ニ俱ニ國家ノ進運ヲ扶持センコトヲ望ミ」云々

とありて、「此ノ不磨ノ大典」は「此ノ光輝アル國史ノ成跡ヲ貽シタル」吾人日本臣民に對し與へられたるものなること義理甚だ分明なり。尙帝國憲法頒布に付ての告文中

顧ミルニ世局ノ進運ニ膺リ人文ノ發達ニ隨ヒ宜シク皇祖皇宗ノ遺訓ヲ明徵ニシ典憲ヲ成立シ條章ヲ昭示シ內ハ以テ子孫ノ率由スル所ト爲シ外ハ以テ臣民翼贊ノ道ヲ廣メ永遠ニ遵行セシメ益〻國家ノ丕基ヲ鞏固ニシ八洲民生ノ慶福ヲ增進スヘシ

の句あり。八洲とは古語に所謂おほやしまくに（大八島國）より由來する用語にして、帝國憲法頒布の當時に於ける帝國の領土を概稱したるものなるや疑を容れず。帝國憲法第一條に所謂「大日本帝國」なる文字は憲法發布勅語中「我カ帝國ヲ肇造シ」と曰ひ又「我カ帝國ノ光榮ヲ中外ニ宣揚シ」と曰へる帝國なる用語と同じく、我が二千五百有餘年の歷史的關係を基礎とする帝國を指示するものにして、我萬世一系の天皇を奉戴する國土及臣民は歷史的に形成せられたる一定の國土及一定の民衆なることを表彰すること是れ實に憲法第一條の大趣意なりとす。彼の大日本帝國とは我國家の統治權に屬する地球の一定部分を謂ふと定義する如きは特殊の見解にして、文字の普通の意義に非す。假に數步を讓りて大日本帝國の文字を此意義に解するときは憲法第一條の規定は「天皇ノ統治權ニ屬スル地球ノ一定部分ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス」と曰ふ規定と爲りて何等の意義を爲さず。是猶馬は馬にして牛は牛なりと曰ふ規定に非ざるなきを得んや。我輩は我帝國憲法の明文が劈頭第一に此の如く無意義なる規定を置きたることを信ずる能はざるを如何にせむ。或は說を爲して曰く憲法發布の勅語は其末文に「朕カ現在及將來ノ臣民ハ此ノ憲法ニ對シ永遠ニ從順ノ義務ヲ負フヘシ」と曰へり。所謂將來の臣民中には新領土の土著人種を包含するものと解することを得るに非らずやと。嗚呼是れ殆んど遁辭のみ、若し此論法を以てすれば同一の勅語中

茲ニ大憲ヲ制定シ朕カ率由スル所ヲ示シ　朕カ後嗣及臣民及臣民ノ子孫タル者ヲシテ永遠ニ循行スル所ヲ知ラシム

と曰へるを取りて將來歸化に因り帝國國籍を取得する者は憲法發布當時の日本臣民に非ず、又其子孫にも非ざるが故に帝國憲法に對し循行の義務を有せずと論斷するに至るやも知るべからず、文字に拘泥するの說は我輩の取らざる所なり。新領土の土著人種は國際法上之を帝國臣民と云ふこと蓋し之あらむ。之を憲法上の帝國臣民と稱せむが爲には特殊の國家行爲（スターツアクト）を必要とす。新領土取得の當然の結果として土著人種が憲法上の臣民資格を取得したるものと解すること能はざるなり。

我輩は憲法制定の沿革に徵し憲法發布の勅語及告文に照らし新領土を以て帝國憲法の施行區域に屬せず、土着人種を以て國法上帝國臣民の資格を取得せるものに非ずと解するなり。論者或は曰はむ、然らば則ち法律第六十三號は實に無用の規定に屬す。初より既に憲法に拘束せられざるならば何を苦んでか法律を以て特例を臺灣に開くことを要せむ。法律第六十三號の規定を以て律令制定の權を臺灣總督に委任したるは猶明治二十三年法律第八十四號を以て罰則の規定を勅令に委任したると同樣、立法事項を委任するの趣意たること寔に明白なるに非ずやと。答へて曰く然らず。立憲諸國の法律は必ずしも法律に依るに非ざれば規定するを得ざる事項（所謂憲法上の法律事項）のみを規定するものに非ず。命令を以て規定することを得る事項は法律も亦自由に之を規定することを得。加之、法律命令を以て規定することを要せざる事項も亦法律の內容たることを妨げず。施政の大方針を發表するものあり、單に事實を告白するに過ぎざるものあり、或種の學說を宣布するものあり又は政府事業の將來の豫測を揭ぐるに止まるものあり。例へば佛國共和第二年花月十八日、法律第一條に「佛國人民は上帝の存在と靈魂の不滅とを承認す」と規定するが如き又は我國の鐵道敷設法が幾多の鐵道豫定線路を列擧する如き毫も法律事項に關涉することなきものに非ずや（此種の立法例に付ては「イェリネク」法律命令論二三二頁附註及公法雜誌第一卷「ラバンド」豫算法論中一八一頁以下參照）。論者果して能く此種の法律は一切無用の法律なりと斷言することを得るか。我輩の解する所に依れば、法律第六十三號は其の臺灣に於ける施政の大原則を定めたる點に於て良に有用の法律たるなり。唯だ純然たる法理論よりすれば、此種の規定は法律を以て之を定むると勅令を以てすると詔勅を以てすると其他何等の形式を以てするとを問はず有效なりと謂ふのみ。時の政府當局者は是實に事體極めて重大なるものなるが故に之を議院の討議に付するが爲め法律の形式を以て規定するを得策とせしものならむ（請ふ「ラバンド」が公法雜誌第一卷一八三頁に於て千八百七十

六年七月四日の孛漏西法律に付論する所を對照せよ思半に過ぐるものあらむ)。次に彼の法律第六十三號を以て二十三年法律第八十四號の規定と同一範疇內に置かむとする說の如きは畢竟立案者二三子の私見に過ぎず。立案者は或は世間多數の見解を脫却すること能はず、新領土の國法關係に付明確なる意見を有せざりしが爲に、法律を以てするに非ざれば此種の權限を臺灣總督に付與することを能はざるものと思惟せしならむ。然れども立案者一個の見解は必ずしも法律の解釋を左右するの效力なきこと言ふまでもなし。要するに論者が法律第六十三號を根據として憲法が臺灣に施行せられ居るの說を主張せむとするは、凡そ法律を以て規定する事項は必ず憲法上の法律事項ならざるべからずとする臆斷に基づくか、然らずんば則ち法律第六十三號立案者の私見を以て直に法律解釋の標準とせむとするものにして殆んど論駁の價値を有せざるなり。

我輩の見る所を以てすれば、法律第六十三號は却ッて帝國憲法が臺灣に施行せられざる事實を反映するものなり。何を以て爾云ふや。曰く法律第六十三號は其第五條に「現行ノ法律又ハ將來發布スル法律ニシテ其ノ全部又ハ一部ヲ臺灣ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」と規定せり。本條の規定は法律第六三號制定當時に於ける內地の現行法及將來發布せらるべき法律が共に當然臺灣に施行せらるるものには非ざるが故に其の必要を生じたるなり。若し內地の各種法令が法理上當然新領土に施行せらるべき性質のものならば、勅令を以て更に其の臺灣に施行するを要するものを指定するの規定は全く無意義なればなり。假に憲法以下各種の法令が法理上當然新領土に施行せらるべきものとする多數者の見解が果して眞ならば、立法者は當に反對の方面より觀察して「現在又ハ將來ノ法律ハ勅令ヲ以テ特ニ定ムルモノノ外之ヲ臺灣ニ施行セス」と云ふが如き消極的規定を爲すべきの理なり。而も法律の明文は此に在らずして彼に在り。世間多數者の見解が法律の精神を得たるものに非ざること以て想見すべし。然り、法律第六三號制定の當時に於ける內地の現行法及將來の法律は共に勅令の指定を待つに非ずんば、臺灣に施行せらるるものに非ざること同法第五條の明文に照らして毫も疑を容るるの餘地なし。既に當時の現行法が法理上當然臺灣に施行せらるるものに非ざること明かなるに、帝國憲法のみ乃ち法理上當然の結果として臺灣に施行せらるるものとするは、果して何の根據ありて爾く斷言することを得るか。帝國憲法の條規を以て特定の施行區域を有せざるものとする學說の取るに足らざることは、我輩の既に辯明したる所なり。各種の法令は領土の擴張に伴ひ當然其施行範圍を伸張するものには非ざるに、獨り憲法のみ能く國權の消長に從ひ自由に其適用區域を伸縮するものとするは抑も何の理由に出づるや解すべからず。我輩の解する所に依れば、憲法と各種の法令とに論なく、其の施行せらるべき區域は法令制定の當時に於け

る立法者の明示又は默示の意思表示に依りて定まるものにして、特別の施行法令に由るに非ざれば之を他の地域內に施行することを得ざるなり。法律第六十三號第五條の規定は實に此法理を闡明するものにして、間接に臺灣が帝國憲法の施行區域に屬せざるの關係を說明するものと謂はざるべからず。

帝國憲法の逐條は臺灣に施行せらるるや。曰く我得て之を知らず。然らば則ち憲法の條規は一切臺灣に施行せられざるや。曰く我得て之を知らず。一部は行はれ一部は行はれずと。此の如きものは實に所謂一部施行說を取る論者の答案なり。此種の說明は法律上の議論として殆んど顧みるに足らざること何人か首肯せざらむ。而も此種の曖昧論は不幸にして往々政府代表者の口に上り且多數者の甘諾を得たるものに非ざるなきやの疑あるが故に一言之を辯ぜざるを得ず。此派の論者は曰く例へば憲法第二章、臣民の權利義務に關する規定の如きは臺灣に施行せられたるものに非ず。之に反し憲法第一章の規定の如きは則ち臺灣にも施行せられたるものと解せざるべからずと。論者は何を標準として其施行せられたる一部と施行せられざる他の一部とを區別せむとするか。帝國憲法七十八ヶ條の規定は前後相通じて一體を爲すものなり。故に國家元首が特殊の意思表示に依り其一部を新領土に施行したる場合は格別、未だ何等の國家行爲あらざるに其一部を施行せられたるものとし他の一部を施行せられざるものとするは法理論としては全然無意義なるものとす。私に思ふに論者は事實上の現象と法理上の現象とを混同するものに非ざるか。若し事實上の現象より論ずれば憲法の條規は其の帝國議會に關するものを除くの外、概ね憲法發布前數年又は十數年以來行はれたるものなり。否、憲法第一條及第三條の規定の如きは建國以降茲に二千五百有餘年恒に間斷なく行はれ來りたるものなり。論者は何が故に憲法の一部が臺灣に行はるるものとする同一の筆法を以て明治二十二年制定帝國憲法の一部は其施行以來既に二千五百有餘年を經たりと論結せざるや。要するに一部施行說なるものは法理論として全く無意義たることを免れざるなり。

以上の說明を以て我輩は現行法制の解釋上、新領土たる臺灣が帝國憲法の施行區域に屬せざるの法理を闡明し得たるものと信ず。以下世間に流布せる律令違憲論なるものを論評して以て本論を結ばむ。

律令の稱其の由つて來る所を詳にせず、明治二十九年法律第六十三號の規定に基き臺灣總督の發する命令は總督府の慣例上之を府令と區別して律令と曰ふなり。臺灣總督は同法第一條の規定に依り其の管轄區域內に法律の效力を有する命令を發することを得。律令の制定は帝國議會の協贊を經

るを要せず。臺灣總督は評議會の議決を取り內務大臣を經て勅裁を請ふべきものとす（同法第二條）此の如く律令制定の正式の手續は評議會の議決と勅裁との二條件を具備して成立するに在れども、同法第三條の規定は律令制定の變則手續を認め臨時緊急を要する場合に於ては前記の手續に依らず總督に於て直に律令を發するを得しめたり。此の場合に於ては發布後直に勅裁を請ひ且之を臺灣總督府評議會に報告せしむ。緊急律令にして勅裁を得ざるときは總督は其命令の將來に向つて效力なきことを公布すべきものとす（同法第四條）故に律令は臺灣總督の管轄區域內に於ける法律にして緊急律令は同區域內に於ける緊急命令なり。律令の發布に帝國議會の協贊を要せざるが如く、緊急律令も之を議會に提出して事後承諾を求むることなし。發布後直に勅裁を請ふは事後承諾を元首に求むるものと推測することを得べし。

律令制定の權限を臺灣總督に委任する法律は憲法違反なりとする說の大要に曰く立法權は帝國議會の協贊を以て之を行ふものたること憲法第五條の明文に規定する所なり。此原則に對する例外としては憲法第八條に規定する緊急勅令あるのみ。緊急勅令の規定は憲法の一般原則に對する例外なるが故に制限的に之を解釋せざるべからず。臺灣總督をして法律の效力を有する命令を發せしむるは憲法第八條の精神に背馳するものなりと（有賀博士、國法學上卷五六〇頁參照）。何ぞ必しも憲法の精神に反すとのみ曰はむ。我輩の見る所を以てすれば、是れ直に憲法第五條、第六條及第三十七條の明文と衝突するものなり。彼の緊急勅令に對する權衡上憲法の精神に違ふの嫌あることを縷々するが如きは無用の言說にして且末の末なるものなり。何ぞや曰く法律の效力を有する命令は名は命令にして實は特殊法制の上に認められたる限地的法律なり。律令は臺灣總督の管轄區域內に法律の效力を有する命令なりと謂ふは卽ち其區域を限り行はるる法律なりと謂ふに外ならず。限地的法律は法律に非ずと言ふの理なきが故に、若し臺灣が帝國憲法の施行區域に屬するものとするならば律令の規定は當に帝國議會の協贊を以て天皇之を裁可すべきものたること憲法の明文に照らし炳焉たり。法律の名稱を附せざるが故に議會の參與を要せざるものと論ずることを容さず。果して然らば臺灣總督が勅裁を經て律令を發布するは是れ當に憲法の精神に違ふのみならず、直に憲法の正條に衝突するものなり。彼の律令違憲論者が律令制定の手續を以て憲法第八條の精神に背馳するものとするは、思ふに律令も亦一種の命令として勅令省令等公文式に列擧せらるる命令と同一の範疇內に位すべきものとし、其の法律を變更するの效力を有する點に於て最も憲法第八條の命令に類似するものと思惟するならむ。是れ我輩の服すること能はざる所なり。若し律令にして公文式に所謂命令の一種たらしめば其の臺灣に於て法律の效力を有するの外、內地に於ても一定の效力を有するも

のならざるべからず。內地に於ける律令の效力果して如何。律令を以て勅令省令の規定を動かすことを得るや。律令の規定は臺灣に於て法律の效力を有するのみにして、內地に在りては何等の效力を有せざること世上何人も疑義を挿むものあるを聞かず。然らば則ち律令の規定を以て內地臺灣共通法制上の命令に屬するものとするは既に觀念上の誤謬を包含するものに非ずや。律令なるものは帝國の內地國法上に所謂命令の一種を爲すものに非ず、特殊法制の上に認められたる法律なり。此特殊の法制が憲法を基礎とするものならば、總督の律令制定權を認めたるは明かに憲法違反なり。曾に憲法の精神に違ふの嫌あるのみならず實に憲法の正條に衝突するものなり。故に曰く彼の緊急命令に對する權衡を云々するが如きは無用の言說にして且ツ末の末なるものなりと。

之を要するに臺灣の立法に關する論爭の紛々擾々たるものあるは、其の由て來る所に溯るに實に帝國憲法の新領土に對する關係の根本原理を忽緒に付するの一點に存す。此の根本問題に對する我輩の解答にして幸に大差なからしめむか、世上の律令違憲論者は的なきに矢を發するものの如く又實に蜃氣樓に對し突擊を試みるものに似たり。是れ或は無暴なる斷定ならむ。我輩は學問界の先覺者が此點に關する吾人後學の惑を解くの勞を取らむことを切望せざるを得ざるなり。

（追　記）

本稿所載の國家學會雜誌が世間に出で多少の反響を喚起せるは明治三十七年二月卽ち日露戰役開始當初の事なり。然るに越えて明治三十八年二月の法學協會雜誌は「臺灣總督の命令權に付きて」と題する穗積八束博士の一論文を揭載せり。冒頭の十行餘を轉載すれば左の如し。

法律ヲ以テ行政官ニ法律ノ效力ヲ有スル命令ヲ發スルノ權ヲ授クルコトヲ得ルカ（明治二十九年法律第六十三號、臺灣總督ノ命令權ニ關スル件）

予ハ之ヲ憲法ニ違フノ所爲ナリト認ムルコトハ旣ニ久シク同學多數ノ知ル所ナリ然レトモ未タ大方ノ贊同ヲ得ルコト能ハスシテ此ノ事項者復世上ノ議ニ上ラントス遺憾禁スル能ハサルモノアリ予ハ最早喋々ノ辯ヲ爲スヲ好マス所謂政事家ハ刻下ノ政策ニ顧慮スルカ爲ニ其良心ヲ自白スルニ躊躇スルコトアルヘシ窃ニ怪ム獨立獨步ノ學者ニシテ尙此ノ憲法ノ理論及實際ノ大問題ニ付公平ノ解決ヲ試ムルモノ甚尠キハ果シテ何事ソ

臺灣ハ憲法ノ效力ノ及ハサル地ナルコトヲ證明シ得レハ此ノ疑議ハ或ハ生セサルヘシ又法律ヲ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ妨ケスト云フノ我國法上ノ原則ヲ證明シ得レハ此ノ問題ハ亦自ラ消滅セン（穗積八束博士論文集七二九頁參照）。

穗積八束博士が當時我公法學界の最高最大權威と目せられたるは人の知る所なり。而も學界當時の雰圍氣より超然たること能はず、臺灣が憲法の及ばざる地なることを證明するの難きは恰も我國法上法律を以て憲法を變更することを妨げずと云ふ原則を證明するの難きが如く困難にして寧ろ到底不可能の事項に屬するものと觀念するに似たらずや。此點に於ては穗積教授と梅、有賀、一木其他の諸先輩を初とする多數學者との間に何等擇ぶ所なきが如し。

穗積八束教授の前記論文の結語に至りては最雄辯にして且最奇拔なるものあり。曰く

臺灣ニ怪物アリ法律ニ非ス又命令ニ非ス律令ト自稱シテ白晝公行ス明治ノ昭代ニ源三位ナキカ嗚呼源三位ナキカ（法學協會雜誌第廿三卷第二號、穗積八束博士論文集七三二頁參照）

と。源三位歌人賴政の靈にして若し知るあらば、當に大喝一聲するなるべし。曰く周章まいぞよ「枯尾花」を射むとする者は誰ぞと。（昭和七年七月中旬識）

〔附錄第二〕

領事裁判の制度は竟に憲法違反たるを免れざるか

（法學志林百號記念第九卷第十一號所載）

緒言

領事裁判の制度は司法組織の一變態なり。領事官は其の裁判權を行使することを得るものと然らざるものとに論なく、通常の行政官吏にして判事の如き終身官に非ざるは勿論、其の任用資格は勅令の定むる所に依り（二十六年勅令第一八七號外交官、領事官及書記生任用令竝同年勅令第一八八號領事官特別任用令參照）其の身分に付ては文官分限令（三十二年勅令第六二號）の適用を受くるが故に、同令第三條乃至第五條の規定に該當するときは何時たりとも其の官を免ぜらるべく、同令第十一條第一項各號の規定に該當するときは之に休職を命ずることを得。其の懲戒に付ても一般文官と同じく文官懲戒令（三十二年勅令第六三號）の規定に依るものにして、何等法律を以て其の條

規を定むることなし。是れ憲法第五十八條「裁判官ハ法律ニ定メタル資格ヲ具フル者ヲ以テ之ニ任ス（第一項）裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルノ外其ノ職ヲ免セラルルコトナシ（第二項）懲戒ノ條規ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」の明文に牴觸するものに非ざるか。又憲法第二十四條には「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシ」の明文あるに拘はらず、現行法規が在外帝國臣民を強制して法定の裁判官に非ざる領事官の裁判權に服從せしめむとするは是れ憲法が保障する臣民の權利を蹂躙するの最も顯著なるものに非ざるや、の疑問を生ぜざるを得ず。以上の疑義は領事裁判制度の國法上の根據に關するものにして、如何に之を釋明すべきかは實に憲法上の一大問題に屬す。

領事裁判制度の國法上の根據は如何にして之を釋明すべきか、是れ本論の骨子なれども、寄稿者は此の問題に對する自家の見解を說明するに先だち、現行の領事裁判制度は憲法違反論に對し從來如何に辯護せられたりしやを窺知せむと欲す。

一、領事裁判違憲論に對する從來の辯護諸說竝に其批判

領事裁判違憲論に對する從來の辯護說に數種あり。今淸水博士の著述に係る憲法篇に依りて之を列擧すれば

（一）　憲法は國土外に其效力を及ぼさずとの說

（二）　憲法制定前の制度なるが故に、憲法第七十六條第一項の規定に依り其闕陷を補充せらるとの說

（三）　憲法に所謂裁判所及裁判官とは形式的の意義なりとの說

（四）　領事官は憲法第二十四條に所謂法定の裁判官なりとする說

の四種と爲る。以上諸說中如何なる說が現在比較的有力なる學說として世間に通用するやを知らむが爲、左に順次其の說明を揭げ、併せて之に對する自他の批判を附記すべし。

第一、憲法不可及說の要旨は、憲法は領土外に其效力を及ぼすものに非ず、從て外國に駐在する領事官の裁判は憲法に牴觸するの理由なきものなりと謂ふに在り。此說に對しては學者の批難最大なるものあり。曰く臣民は臣民として單獨に統治權の客體なり。臣民に對する統治權の作用は絕對的にして、國土の內外を問はず、其の到る處に追隨するものとす。卽ち臣民は其本國の版圖外に在るが爲に兵役納稅等憲法上の義務を免かるるものに非ざると同じく、本國版圖外に於ても亦憲法上の權利を主張することを得るの理なりと（淸水博士憲法篇一二三頁參照）。法學士岡實君著行政法論

綱も亦領事裁判の制度と憲法第五十八條との關係に付「余輩は是に至りて最早現行法を辯護するの論據なし」と說明したる後「若し强て辯を設けて之を辯護せむとすれば」と前置して「領事裁判の行はるるは帝國の領土外なるを以て憲法の及ばざる地域なり、故に帝國領土外の臣民は憲法の下に支配せらるるものに非す。故に統治者は憲法の規定に拘らず在外臣民に對する法制を設くることを得べしと謂ふに在らむか」と云ふ假定辯護說を揭げ、直に一轉して「然れども苟も條約の規定に依り外國に於て國權の活動する以上は、其の國權が憲法の規定を離れて行動するものと論ずるは異常の獨斷なるのみならず、憲法其ものの性質本體を沒了したる理論なり。況むや帝國在來の慣行は斯の如きの主義に據らざるに於てをや」と論破し遂に「果して然らば在外帝國臣民は憲法の保障を受けずと云ふ最後の辯解は遂に效用なきに終り、余輩をして現行制度の違憲なるやを疑はしむるに至るなり」てふ論結を下せるを見る（行政法論綱八一四頁參照）。憲法不可及論は學者の批難最大にして決して有力なる辯護說として世間に歡迎せられつつあるものに非ざること以て知るべきなり。

第二、憲法第七十六條說の趣旨は領事裁判の制度は憲法制定以前のものなるが故に憲法第七十六條第一項の規定に依り其の闕陷を補充せらると謂ふに存す。此說は吉見謹三郎氏著はす所の日本憲法論中、憲法第二十四條の明文を說明するに當り、或學者が集治監囚人の裁判管轄に關する明治十五年の布告第六號等及明治十八年の布告第三十一號違警罪卽決例を以て違憲なりとせる說明に對する辯解として述ぶる所なり（吉見氏日本憲法論二〇八—九頁參照——或學者が違憲なりと論じたりと謂ふ諸件中に吉見氏は現行領事官の職務に關する法律を揭げざるが故に、同氏は領事裁判違憲論を辯解するに此說を以てするや、將又領事官を以て憲法第二十四條に所謂法定の裁判官なりと解するや趣旨判然せず）。案ずるに憲法第七十六條第一項には「法律規則命令又ハ何等ノ名義ヲ用ヰタルニ拘ラス此ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ總テ遵由ノ效力ヲ有ス」と明定するが故に、憲法施行前の法令は憲法上法律を必要とする事項を規定するに勅令其の他の形式を以てするに拘らず、現行戒嚴令は明治十五年之を以て違憲なるが故に遵由の效力を有せずと論ずることを得ず。例へば戒嚴の要件及效力は法律を以て之を定むること、憲法第十四條第二項の明言する所なるに拘らず、現行戒嚴令は明治十五年の布告として其の遵由の效力を存するの類なり。故に領事官の職務に關する現行法（明治二十二年法律第七十號）の前身たる清國竝朝鮮國駐在領事裁判規則（明治二十一年勅令第七十一號）が憲法施行以後に至る迄遵由の效力を存續したりしは憲法第七十六條第一項の結果たること疑を容れず。田中法學士の憲法論中（帝國百科全書第三十三編二五一頁）に前記裁判規則を以て憲法上非難すべきものと論じたるが如きは全く誤解に屬すること明かなり。然れども領事官の任用資格、分限及懲

戒を規定する諸種の勅令は前既に緒言中に引用したる如く、何れも憲法施行後の勅令に屬するが故に、憲法第七十六條第一項の規定に依り法律として遵由の效力を有するものと論ずること能はず。況んや該制度と憲法第二十四條との關係に至りては、假令淸國竝朝鮮國駐在領事裁判規則が今日迄存續したりとするも、此の說を楯として違憲論の鋭鋒を避くることを得ざるをや。何となれば右裁判規則は領事官の任用資格を定めたるものに非ざればなり。要するに第二說の取るに足らざること に付ては寄稿者も亦淸水博士と其の見解を同じうするものなり。

第三、憲法に所謂裁判の意義は形式的なりとする說。此說は岡氏の行政法論綱に述ぶる所なり。同氏は前既に引用せるが如く、現行領事裁判制度に違憲の疑あるを免れざるは畢竟司法の觀念を實質的に求めたるの結果なりとし、更に司法の形式的意義を說明したる後、自家の斷案を下して曰く憲法に所謂裁判官なるものは裁判官なる名稱を與へたる官職を指すものにして、裁判所とは裁判所なる名稱を與へたる官廳のことを謂へるものと解するなり。故に縱令民事刑事を裁判する官廳ありと雖も其法律上の稱號にして裁判所又は裁判官と稱せざる以上は、之を以て憲法の所謂裁判所又は裁判官なりと斷定するを得ず。領事官は民事刑事を裁判するも是れ領事官職務法の所謂裁判所の職務を行ふのみなれば直に之に依て領事官が裁判所なり又裁判官なりと斷定することを得ずと爲すも

のなり（行政法論綱八一五頁）と。此の如くにして行政法論綱の著者は領事官の任用、分限及懲戒に關する現行の法規が憲法第五十八條の規定に準據せざるも亦必ずしも憲法に牴觸するものに非ずと辯解せむとす。然れども著者の說の如く裁判官に非ざる領事官をして、在外帝國臣民に對し裁判權を行使せしむるは卽ち日本臣民が法定の裁判官の裁判を受くるの權利を奪ふものに外ならざれば憲法第二十四條の明文に矛盾するものなり。著者も亦憲法第二十四條の關係を說明するに當りては領事官は所謂法律に定めたる裁判官なりとし「日本臣民が領事の裁判に服するは卽ち法律に定めたる裁判官の裁判を受くるの權を侵さるるものに非ずと論ずることを得べし」（同上八一三頁）と明言するに非ずや。形式的觀念を取らむか、以て第五十八條の難關を突破することを得べからむも第二十四條の規定を說明すべからず。實質的觀念を取らむか、以て第二十四條を辯解するに足らむ（是れ亦曲解に外ならざることに付ては第四說に對する批判を參觀せよ）も爲に第五十八條の難關を如何ともすること能はず。斯くて行政法論綱の著者は終に形式實質兩義の間に彷徨し遂に其の適從する所を知らざるに似たり。加之、司法及裁判の意義を形式的のものと說明するの結果は憲法第五十七條に「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」の明文あるに拘らず、天皇は天皇にして裁判所に非ず、又裁判官の名義を有せざるが故に元首にして民事、刑事の裁判事務を親裁する

ことあるも是れ決して憲法に牴觸するものに非すと辯解することを得るなるべく、畢竟憲法第五章各條の規定及憲法第二十四條の規定は全く無用の長文たるに至るを免れす。是の如きは憲法の解釋を誤ること最甚しきものに非すや。此點は淸水博士の指摘する所にして何人も其の論評を批難することを得ざるべし。然らば則最後の辯解說は如何。

第四、領事官は憲法第二十四條に所謂法定の裁判官なりとする說。此說は辯護說として比較的多數の同論者を吸收したるものの如し。其說に曰く法定の裁判官とは法律に由りて其の資格を定めたる裁判官と謂ふ意味に非す。又法律にて其の資格を定めたる裁判官を法定の裁判官なりと解するも法律にて其の資格を定むるとは裁判官と爲るの資格要件を法律にて悉く定むるを必要とするものに非す。或者に對し法律を以て裁判を爲すべき權限を與へたるときは其の者を法定の裁判官と稱して誤なし。然るに領事官に關しては三十二年法律第七十號を以て其の裁判の權限を定めたるものなるが故に、是亦法定の裁判官と稱せらるべきものなり。故に領事裁判の制度は憲法に牴觸するものに非すと。然れども憲法第二十四條「法律ニ定メタル裁判官」の用語は第五十八條第一項「裁判官ハ法律ニ定メタル資格ヲ具フル者ヲ以テ之ニ任ス」の規定と對照し、法定の任用資格を有するが爲任用せられたる裁判官の意義なること一點の疑を容るべからず。法律を以て權限を授與するが故に法定の裁判官なりと解することを得べきに非す。要するに此說たる憲法の文辭を曲解したるに止まり領事裁判の制度と憲法第二十四條との關係を疏明し得たるものに非す。假令此の種の曲解を是認し得るものと假定するも憲法第五十八條の關係は之を說明すべからざるを如何せむ。

以上說明する所に依り、從來の辯護諸說は批判の結果何れも支持するに足らざるが如く、違憲論の根據は牢として拔くべからざるものあるに似たり。然らば則領事裁判違憲論に對する寄稿者の見解奈何。予は世間多數の憲法違反論に與せず、却て從來諸學者の間に最も不人望なる憲法不可及說を取るものなり。

二、予が領事裁判の制度を以て憲法違反に非ずと解する所以の根據

領事裁判制度の國法上の根據は憲法不可及說を以て之を說明するの外なしと曰はば、世間或は予を以て牽强附會の說を爲すものと評するなるべく、或は異常の獨斷を敢てするものと難するなるべし。然れども予が憲法不可及說を取るに至りたるは寧ろ稍〻眞面目なる研究の結果に屬す、決して詭辯を弄して一時の快を貪らむとするものに非ざるなり。

予の見る所を以てすれば、憲法の規定は到る處臣民に追隨して其の效力を發現するものに非す。憲法が日本臣民に保障する各種の權利及自由は帝國臣民が憲法施行區域內に於てのみ完全に享有する所にして、其の區域外に於ける日本臣民は憲法の保障を援用すること能はざるものなり。此見解は其の由來する所帝國憲法の施行區域に關する寄稿者の見解に存す。予の見る所を以てすれば、憲法の施行區域は帝國の舊領土內に限局せられ、彼の日淸、日露兩戰役の結果たる帝國の新領土及租借地區域に及ばざるものにして、此の見解に依れば臺灣、澎湖列島、南部樺太及關東州租借地は憲法の施行區域に非ざるが故に、該區域內に於ける帝國臣民は帝國國權の下に服從すること勿論なるに拘らず憲法の保障を有せず。帝國の國權が該區域內に行使せらるるの方式は全く憲法の條規以外に超然たるものなり。此見解は數年前予が嘗て臺灣の國法上の地位を攻究するに當りて歸著したる論結にして（國家學會雜誌第二百四號〔明治三十七年二月分〕揭載拙稿參照）憲法制定の由來に徵し、又憲法發布の勅語及告文に見はれたる立法者の精神に稽へ、予が今日に至る迄其の所信を動かすこと能はざる所なり。多數の學者は憲法の施行區域に關する寄稿者の見解を否認すれども、予は今日に至る迄の間に、幸にして有力なる二人の同論者を得たり。二人の同論者とは法科大學教授法學博士美濃部達吉君（法學志林第七卷第三號所載同君論文參照）及現に統監府書記官として同府法務課長の職に在る法學士荻田悅造君の（統監府法政研究會講演集第一輯一五—二二頁參照）のことにして、殊に美濃部博士の前記法學志林誌上の論文は簡明に我輩の素論を解說して復餘蘊なきものなり。讀者意あらば請ふ、同博士の論文に就きて憲法施行區域に關する前記の見解が決して誣妄の說に非ざることを會得せられよ。

帝國憲法の施行區域は帝國の舊領土內に限局せらるとする我輩の見解は多數學者の承諾せざる所なること前既に述べたるが如し。然れども反對論の論據は一として吾人を首肯せしむるに足るものなきを如何にせむ。學者概ね憲法第四條、統治權は此の憲法の條規に依りて之を行ふの原則を引用して憲法の條規を離れては何等國權の行動を見ること能はざるが如く說明すれども、此種の法理は予が嘗て詳說したる如く、專ら主權在民主義の憲法に對する解釋上に應用せらるべきものにして、以て立憲君主制の憲法を解釋するに足らず（國家學會雜誌前出號二七—三〇頁參照）。又憲法は領土の地理的記載を爲さざるが故に、憲法施行の範圍は帝國領土の消長と共に當然伸縮するが如く說明する者あれども、帝國憲法の正條に領土の地理的記載を爲さざりしは畢竟憲法制定の當時に於ける帝國の疆域に付何等明文の規定を必要とするが如き錯綜せる事情なかりしに因るものにして、領土の地理的記載なきは卽ち其の當時に於ける領土の全部に對し帝國憲法を施行するの趣意に外ならず

決して後來獲得すべき地域に此憲法を推及することを豫想したるものに非ざること明かなり。試みに憲法義解の著者が帝國憲法第一條に對する說明を參照せむに第一條釋義の一節に「我帝國ノ版圖古ニ大八島ト謂ヘルハ云云（中略）現在ノ疆土ハ實ニ古ノ所謂大八島、延喜式六十六國及各島竝ニ北海道、沖繩諸島及小笠原諸島トス蓋土地ト人民トハ國ノ以テ成立スル所ノ元質ニシテ一定ノ疆土ハ以テ一定ノ邦國ヲ爲シ而シテ一定ノ憲章其ノ間ニ行ハル故ニ一國ハ一個人ノ如ク一國ノ疆土ハ一個人ノ體軀ノ如ク以テ統一完全ノ版圖ヲ成ス」とあり。帝國憲法の起案者が後來獲得せらるべき新領土に當然憲法の效力を推及するものと豫見せざりしこと此の如く明白なる以上は、國家が憲法の全部又は一部を新領土に施行するの意思を發表せざる限り、帝國憲法は其の本來の施行範圍を改めざるものと解すべきこと寧ろ當然なるに非ずや。

憲法の施行區域に關する我輩の見解にして誤なからむか、新領土又は租借地域內に於ける帝國國權の行動は在留帝國臣民に對しても何等憲法の條規に拘束せらるるものに非ざるなり。然らば則外國在留の帝國臣民が帝國憲法の保障を援用すること能はざるも亦當然の事理と解せざるを得ず。

以上の見解は前記憲法論の推理上の當然の結果なるのみならず、國際法上の原則より推論するも亦此見解に歸著せざるを得ず。蓋し近世の國家觀念は國家主權の行動範圍を限定するに土地の區域を以てし人種又は宗教を以て其の標準とすることを認めざるが故に、帝國在留の外國人が自國の憲法を援用して我國憲の權力行使方法に付異議を挿むことを得ざると同じく、外國在留の日本臣民は帝國憲法の條項を援用して所在地官憲の行動を非難する能はざること疑を容れず。然らば則ち外國在留の帝國臣民は原則として所在地の主權に服從するの外なく、復又帝國憲法の保障を云云するの餘地なきこと多言を要せずして明かなり。唯だ條約又は慣例に依り在外臣民が所在地の法權に服從することなく、却つて本國官憲の裁判を仰ぐことを得るの特例を開きたる場合に於て、所謂領事裁判制度なるものの成立を見るに至り從つて憲法違反論の問題を生じたるものとす。彼の領事裁判違憲論を主張する學者は、先づ憲法上の保障が到る處臣民に追隨すと云ふ前提の下に、事苟も帝國臣民の利害休戚に關係する以上、統治權行使の方法は憲法の條規に準據することを要すと說明するなり。此學說は其前提に於て誤あるのみならず、同時に又領事裁判制度の本質に關する誤解を包藏するを免れず。何を以て領事裁判の本質に關する誤解を包藏するやと謂ふに、在外帝國臣民をして所在國の專擅なる裁判を受くるの災厄より免れしむるは是れ偏に條約の結果に外ならざるが故に、若し條約の規定にして會審の制度を認めたるときは、在留帝國臣民は帝國領事官の立會の下に其國裁判官の裁判を受くるの外なかるべく、決して憲法に所謂法律に定めたる裁判官の裁判を受くべき旨

を主張することを得ざるなり。條約の規定が所在地官憲をして毫も我臣民に關する訴訟事件に容喙せしめざる場合に於ても、素是れ帝國官憲をして所在地法權の一部を行使せしむるものなれば、其の如何に法權行使の方式を定むべきかと謂ふ問題は條約執行方法の問題にして、條約執行の權限を有する國家機關に於て隨意に決定し得べき性質を有す。條約執行機關は固より在外臣民に關する裁判に付憲法上の司法組織を施行することを得ざるに非ざれども、是れ單に此の如く爲すことを得と曰ふに止まり、決して此の如く爲すことを必要とするものに非ず。蓋し領事官の裁判は本來帝國固有の裁判權を行使するの問題に非ざるが故に、憲法の定むる如く　天皇の名に於て法律に依り裁判所之を行ふと、所在地主權又は本國主權の名に於て其國駐在の公使、領事又は其他の官吏をして之を行はしむると初より全く自由なるの理なればなり。

三、領事裁判違憲論に關する外國の學說

領事裁判制度の國法上の根據に關する寄稿者の見解は以上二項の下に論述する所を以て略ゝ其の大綱を悉したるものと信ず。以下領事裁判違憲論に關する外國の學說及裁判例を紹介せむと欲するは他なし。是れ亦上記我輩の見解が必しも獨斷論ならず又必しも牽强附會の說に非ざることを說明するの一助たるべきを信ずればなり。吾人の知る限を以てすれば、領事裁判違憲論の喧しかりしは北米合衆國に若くものなく、從て此點に關する米國の學說及裁判例は其の豐富なること他の諸國に於て多く類例を見ざる所に屬す。依て以下專ら領事官の裁判に關する米國憲法上の疑義竝學說及裁判例の上に見はれたる釋明論の梗概を記述して讀者の參考に供せむとす。

米國に於ける領事裁判違憲論の骨子は憲法補則第五條、犯罪人の審問は陪審制度に依るの原則が領事の裁判には認められざるの點に存せり。其外尙合衆議會（コングレッス）が東洋諸國より讓與せられたる權原に基き在留米國人民の身體及財產に關し直接立法するは其の憲法上の權限を踰越すること及駐在公使に法規を定むるの權を與へたるは、立法權の委任に外ならざれば憲法違反なること等の諸點を包含す。千八百五十九年中「カリフォルニヤ」州の最高法院に於て Frobes v. Scannel 事件に關し領事裁判違憲論ありたるとき判事「ボードウィン」氏の言渡したる裁判所意見の一節として領事裁判違憲論に對する辯解の說を爲したるを見るに「在外米國人の保護に關する此種の權力を違憲なりと主張するは極めて明白なる憲法違反の場合たることを要す云ゝ、條約及法律に依り非基督教國在住の合衆國人民をして所在國政府の管轄權に服從することなからしめ其の身體及財產に關する權利は之を自國の司法官吏に委託することとしたるは、是れ憲法が合衆議會に付與したる諸外國との通商事

項を定むるの一般權限（憲法第一條第八節參照）を行使するの手段として此の如く有益且適切なるはなかるべく、若し外國政府の同意あるに拘らず此の平穩且妥當なる方法を以て在外人民に對する保護及取締の有效なる手段を執ることを得ざるならば政府は實に軟弱の譏を免かれざるべし」とあり。（Hinckley, American Consular Jurisdiction in the Orient, Washington 1906 P. 65.）是れ畢竟するに事情已を得ざることを說明したるに止まり法理論としては十分明確ならざるが故に以て憲法違反論の辯解とするに足らざるが如きを覺ゆ。

當時の米國法制に依れば在淸米國領事廳は犯罪人たる米國人民を死刑に處するの權限を有し、被告人に對しては何等上訴の權利を認めざりしに拘らず領事廳の訴訟手續中には本國憲法の保障せる陪審の制度を採用せざりしが故に、刑事被告人辯護士側より領事裁判違憲の說を領事廳に提出したること曾に一再ならざりき。殊に千八百六十三年中在上海米國總領事廳に於て「バックレー」謀殺被告事件の審理ありたる時、辯護士「エヴァンス」氏（同書中所々「イームス」と綴りあり Evans, Eames 孰れか正しきを知らず）の主張せる憲法違反論は最痛切なものありしが、米國總領事「シーワード」氏は之を否認するに付十分の理由を擧示せざりしなり（Diplomatic Correspondence, 1864 Part 3, pp. 392—419, especially p. 413 and p. 415）。此の如くして淸國及我日本國に於ける米國領事廳が重罪犯人たる米國人民に對し死刑の言渡を爲したること千八百六十年代より千八百八十年に至る約二十年の間前後六回に及びたり（Sen. Exec. Doc. No. 21, pp. 6—8, 47th Congress, 1st Session）。其の結果憲法違反の說漸く世間を動かすに至り、大統領は實際上の必要に迫られて數次減刑を爲すの已を得ざるものありき。千八百八十一年十二月十九日附を以て國務長官「ブレーン」氏より大統領「アーサー」氏に宛てたる報告意見書中には、當時の現行制度より生ずる憲法上の疑義を列擧し、以て領事裁判制度の改正を必要とする諸點を說明せるを見る（前出議院提出文書參照）。然るに翌千八百八十二年四月中國務長官「フレリンガイゼン」氏より合衆國上院に提出せる意見書中には全然領事裁判違憲論を否定したり。其說に曰く憲法は其の文言の通り合衆國の爲に制定せられたるものにして（The Constitution, by its terms, is ordained and established "for the United States"——國務長官意見書中の此文言は合衆國憲法の前文に We, the people of the United States, ……do ordain and establish this Constitution for the United States of America とあるを受けたるものなり）其他の地方の爲にするものに非ず。本件諸法律の行はるる場所は合衆國以外の地にして吾人が領土の一部を成すものに非ず。合衆國の憲法及憲法の規定に從ひ制定せられたる諸法律竝に合衆國の權原に基き作成せられたる諸條約は國の最高法律なりと曰ふ（憲法第六條第二項參照）と

雖も、合衆國以外の土地及該土地に住する米國人民は右諸條規を以て最高法律と爲すものと謂ふべからず（The Constitution and the laws of the United States made in pursuance of it and treaties made under its authority, are to be the supreme law of the land; but not of any other land, nor for American citizens living in any other land.）。又曰く米國の治外法權を認めたる諸種の條約は右條約國の領域内に我憲法の規定を推及するの趣意に非ずして却つて米國人民の民事訴訟及其の犯罪事件を所在國裁判所の管轄以外に特立せしむるの作用を有するものなり。若し該條約規定の結果として法律の規定の下に陪審制度の組織を完了するに至る迄は、右米國人の民事事件に付出訴を許さず又右犯罪事件を審理して犯人を處罰すること能はざるものと論ずるならば、是れ正義に反するの最甚しきものと謂はざるべからず（Sen. Misc Doc. No. 89, pp. 14—15, 47th Congress, 1st Session.）と。右國務長官意見書中の領事裁判權辯解說は判事「フキールド」氏の意見に負ふ所大なるは國務長官意見書の明かに自認する所なりとす。

其の後千八百九十一年判事「フキールド」氏が「ロッス」事件に關し合衆國最高法院の意見として下したる論斷は實に米國憲法の下に於て數十年來の疑義と爲りたる領事裁判違憲論に對する最後の鐵案なり。曰く我憲法は合衆國の爲に制定せられたるものにして、其の區域外の諸國の爲に制定せられたるものに非ず。憲法が大陪審に依るの外重罪の告發を爲すことなく且右告發ありたる場合に於て被告人に陪審組織に依る公平なる審理を受けしむるの保障は、合衆國内に於ける市民其の他の者竝に他の地に於て行はれたる犯罪に付審理の爲該區域内に送致せられたる者にのみ適用あるものにして、外國に於ける住民及一時滯在者に適用せらるべきものに非ず。（中略）抑も憲法は他國内に於て何等效力を有することを得べきものに非ず。故に我政府の官吏にして他國内に其の法權を行使することを許されたるときは、其の之を行使するの諸條件は必ず兩國間に協定せられたるものならざるを得ず。締約國の一方の法律を以て他の一方の國家を拘束することを得るものに非ざればなり（「ロッス」謀殺事件は千八百八十年（明治十三年）五月合衆國汽船「ブリオン」號が我横濱港内碇泊中に起りたる事件なれば、本編の讀者に取りて多少の興味なき事件には非ざるべし。本件事實の要點は載せて Political Science Quarterly, Vol. 14 (1889), Burgess, Government of Distant Territory. pp. 4—5. に在り。尙本文「フキールド」判事の意見は同書第五頁より第六頁に亙る引用文中より譯出したるものなり）と。又曰く我國が非基督教諸國の人民と通商關係を開始するの曉に於ては、駐在米國領事に於て司法權を行使するの必要あること、憲法の起案者が十分自覺したる所なれば、該諸國内に於て重罪を犯したる一米國人を告發審問するが爲には豫め先づ内國司法組織の上に於て犯

人に認むる諸種の保障を領事裁判制度中に採用することを要すと曰ふが如き說は憲法起案者の夢想することに能はざりし所なるべく、此種の要求は領事官に司法權を付與するの主たる目的を蹂躙するものなること憲法起案者の當に了知したる所なるべきなり。故に上記諸國內に於て犯罪事件の爲に告發せられたる米國人は告發の不正なることなく又審理の不公平に陷ることなかるべき爲の憲法上の保障を有せざる爲、一面より見れば大に憫むべきものあるが如しと雖も、他の一面より見れば、往々にして專擅且壓制的にして時として甚殘酷なる拷問をさへ附隨する所在國裁判所の審理手續以外に特立するの點に於て、兎に角自國官吏の裁判を受くには寧ろ在留米國人の幸福なりと謂ふことを得べし（前出政治學雜誌第八頁引用文參照）と。後段の說明は寧ろ事情已むを得ざることを說明したるものにして、前に引用したる「ボードウキン」氏の說と多く擇ぶ所なきに似たれども、前段憲法の施行區域に關する說明は論理透徹一點の疑義を貽さざるの風ありて、老吏善く獄を斷ずるものと評することを得。吾人が同官の意見を以て違憲論に對する最後の鐵案なりと稱する所以實に茲に存す。

碩學「バルヂェッス」博士は前記「ロッス」事件に對する合衆國最高法院の判決理由を論評して自ら一種の見解を立てたり。曰く本件は畢竟、日本國の所在地主權が日本國在留の米國人に對し許與したる特典の問題なること是なり。此の如く領事官が外國に於て法權を有することは中世紀に於ける凡そ法は人的（人種的又は國民的なるの義）のものにして個人の到る處に追隨すと云ふ思想の遺物なること恐らく眞に近からむ。然れども近代の原則は凡そ法は地域的のものなることに在り。此の原則に適合せざるものは畢竟例外に外ならずして、例外の存在することは却つて原則を明白ならしむるものなり。故に吾人が前記例外的特典の存在を說明するには土地主權の原則と調和する樣之を解釋せざるべからず。二者調和の唯一手段は特典範圍內に行使せられたる一切の權力は其の由來する所實に所在地主權に存すと解するに在り。此の見解に依れば右の權力は所在地主權に代りて之を行使するものにして、唯だ之を行使する人が當事者所屬國の國人にして其の行使の方法は當該官吏又は本國政府の考案に出づるものなることの差異あるに過ぎず（Political Science Quarterly, ibid p. 9 and Hinckley, ibid., p. 97）と。此學說は「ヒンクレー」氏の命名するが如く一言にして曰へば法權代理行使說（Theory of Agency）なり。卽ち領事裁判權の行使に關し米國政府が定めたる諸法令は實體上東洋諸國の政府に代はりて之を定めたるものと說明せらるべく合衆國政府は右の諸法令を制定するに當り憲法の條規に拘束せらるるものに非ず。從て內國同樣の保障を在外人民に認むることを要するものに非ずと云ふ論結に歸著するものなり（寄稿者が前項末

段の說明に於て本說の一部を加味したるは讀者の既に看破せる所なるべし)。

結　論

以上縷說する所に依り、讀者は主權在民主義の北米合衆國憲法の下に於て、領事裁判違憲論に對する大膽なる辯解說が如何に反對論を擊碎し了したるかを會得せられたるなるべし。國權の行動と憲法の規定とは造次顚沛も離るべからざるものなりと稱せらるる民主國憲法の下に、他の諸件に付ては憲法違反の故を以て現行法律の無效を宣告したるの實例に乏しからざる合衆國最高法院が政府の憲法以外の行動を是認すること此の如きものあるに拘らず、我國の學者及諸先輩が領事裁判違憲論は到底辯解の餘地なきものなるが如く說明するは對照の奇なる亦甚しからずや。

北米合衆國に於ては領事裁判違憲論が遂に大膽なる辯解說に依りて壓倒せられたるに拘らず、政府當局者は銳意領事裁判制度改善策を講じたる結果、遂に昨千九百六年の法律を以て獨立裁判所を淸國內に設立し、領事館の司法事務は大に之を輕減したり。然らば則領事官の職務に關する帝國現行制度は憲法違反を以て之を論難すること能はざるの論結に達したるに拘らず、現行制度は諸種の點に於て改善の餘地を存するが故に、須らく早時機に於て之を改正することを要すと論ずる者あらむか。然れども、領事裁判制度改善論は亦自ら別箇の問題に屬す。本編の目的とする所に非ざるなり。(一九〇七・一一・三脫稿)

〔附錄第三〕

外國商船内の犯罪に對する裁判管轄權問題に就て

（國際法雜誌第五卷第四號及第五號所載）

緒言

外國商船内の犯罪に付ては船舶所屬國の領事官專ら之を管轄するの權限を有し、犯罪事件が陸上若くは港内の安寧秩序を妨害すべき性質のものなるか又は該事件が船舶乘組員以外の者に關係ある場合を除くの外、港灣所在地の官憲に於て之に干渉するを得ざることに關し各國間の領事職務條約中明文の規定を設くるもの尠からず。日獨領事職務條約第十六條及日白領事職務條約第十一條の如き亦其の一例なり。參照の便に供せむが爲め左に其の規定を揭載すべし。

日獨領事職務條約第十六條

本國商船内の秩序を保維することは專ら總領事、領事、副領事又は代辨領事の職責に屬するを

以て該領事官は船長役員及水夫の間に生じたる紛議殊に雇入料及其の相互の義務履行に關する紛議を仲裁すべきものとす。故に商船內に生じたる紛議にして港內若は陸上の安寧秩序を妨害する場合若は其船の役員及海員外の者にして右紛議に關係したる場合を除くの外は何等の口實を以てするも該地の裁判所若は其の他の官廳に於て之に關涉することを得ざるものとす(第二項以下略)

Den Generalkonsuln, Konsuln, Vizekonsuln oder Konsularagenten steht ausschliesslich die Aufrechterhaltung der inneren Ordnung an Bord der Handelsschiffe ihres Landes zu; sie haben daher allein Streitigkeiten zwischen dem Schiffsführer, den Schiffsoffizieren und Matrosen zu schlichten, insbesondere solche, welche sich auf die Heuer und die Erfüllung gegenseitiger Verpflichtungen beziehen. Weder ein Gerichtshof noch eine andere Behorde soll unter irgend einem Vorwande sich in solche Streitigkeiten mischen dürfen, ausser in Fällen, wenn die an Bord fallenden Streitigkeiten der Art sind, dass dadurch die Ruhe und öffentliche Ordnung im Hafen oder am Lande gestört wird, oder wenn andere Personen als die Offiziere und Maunschaften des Schiffes an der Unordnung oder Streitigkeit betheiligt sind.

日白領事職務條約第十一條

兩締盟國の總領事、領事、副領事及代辨領事は專ら本國商船內の秩序を保持することに任じ且起因の如何を問はず船長役員及乘組員間に海上又は港內にて起る一切の紛議就中給料の整理及契約の履行に關する紛議を單獨に處理すべし。其の起りたる紛擾が陸上若は港內の安寧秩序を妨害すべき性質たるか若は其の國の人民或は乘組員に非ざる者の關係したるときの外地方官廳は之に關涉することを得ざるものとす(第二項以下略)。

Les consuls-généraux, consuls, vice-consuls et agets consulaires respectifs seront exclusivement chargés du maintien de l'ordre intérieur à bord des navires du commerce de leur nation, et connaîtront seuls de tous différends qui se seront élevés en mer ou s'élèveront dans les ports entre les capitaines, les officiers et les hommes de l'équipage, à quelque titre que ce soit, particulièrement pour le reglement de salaires et l'exécution des engagements réciproquement consentis. Les autorités locales ne pourront intervenir que lorsque les désordres survenus seraient de nature à troubler la tranquillité et l'ordre public à terre ou dans le port, ou quand une personne du pays ou ne faisant pas partie de l'équipage s'y trouvera mêlée.

此種の規定は通商航海の實際上の便宜に鑑みたる法規にして、管轄權の分界も亦理論上頗る明白

なるが如しと雖も、實際問題としては本條の規定と關聯して幾多の疑問を發生せしむるに至れり。

今其の二三を列擧すれば左の如し。

（一）外國商船内の或犯罪事件に付、所在地の司法官憲が港内又は陸上の安寧秩序を妨害するものと認定して犯罪の捜査に著手したる場合に、船舶所屬國の領事又は船長に於ては公安の妨害ありたるものと認むることを得ざるの理由に因り司法警察官の職務執行に抗拒することを得るや。

（二）船員其他の者より犯罪事件の告訴告發ありたるときは所在地の司法官吏は右の事件が其地の安寧秩序を妨害するの程度に達したるものなりしこと、裁判手續進行の結果として後日に追することを得るや。

（三）所在地司法官憲の認定に依り港内の靜謐を妨害する性質の犯罪として豫審處分を求めたる事件が本來公安妨害の程度に達せざるものなりしこと、裁判手續進行の結果として後日に至り明白と爲りたる場合に於ては右豫審處分を求めたる司法官吏は違法の責を負ふべきものなるか。

（四）此種の條約規定を有する國家は如何なる場合に對手國に對し條約違反の責に任ずべきものなるか。

本條約規定の解釋問題としては、前記第一點に揭ぐるが如く所在地官憲と領事と共に其の管轄權あることを主張する場合の外、兩者共に其の管轄權なきことを主張する場合をも生ずることあり。即ち所在地官憲の認定に依れば專ら船内の紀律に關するものにして外部の安寧秩序を妨害するに至らざる事件に付、領事は却つて公安妨害の犯罪事實ありたるものと認定し互に其權限を推委する場合是なり。抑も外國商船内に於て如何なる犯罪ありたらば、條約規定に所謂陸上又は港内の安寧秩序を妨害するものと爲り、因て以て所在地官憲の干渉を正當とするに至るべきやの問題に關しては學者間見解の分岐するものあり。歐米諸國に於ける先例も亦甚區々たるものあるを見る。されば前記諸點に對する鄙見を開陳するに先だち本問題に關係ある數多の先例を擧げ之を説明論評せむとするも亦敢て無益の業に非ざるべきを信ず。以下敍述する所の諸先例は或は以て本條約規定の由來する所を審にするに足るべく或は以て鄙見の據る所を考察せしむるに足るものあらむ。

第一節　本問題に關係ある諸先例の檢討

碇泊中の外國商船内に起りたる犯罪の裁判管轄權問題に關する先例中、最先にして且最著名なる

ものを「ニュートン」號及「サリー」號事件とす。左に其顚末を抄錄せむ。

第一　「ニュートン」號及「サリー」號事件

西紀千八百六年(本朝の文化三年)中の事なり。白國「アンヴェルス」港に在りたる米國商船「ニュートン」號所屬の端艇内に於て二名の乘組水夫互に爭鬪したることありしが、米國領事は該事件に付、獨り專ら之を處理するの職權を有することを主張したりしかば、此爭鬪事件は端なく同領事と其地の司法官憲との間に管轄權問題を惹起するに至れり。同じ頃佛國「マルセーユ」港碇泊中なる米國船「サリー」號船内に於て類似の事件ありしが、同港駐在の米國領事も亦自己のみ專ら之を處理すべき旨を主張せり。此の第二の事件は「サリー」號の乘組士官(副長)が其命を受けずして端艇を使用したる一人の水夫を毆打して重傷を負はしめたる事實に係るものなり。以上二個の事件に依り爭議と爲りたる管轄權問題に付、佛蘭西國參事院(コンセーユ・デタ)の執りたる意見は、米國領事の主張は正當なれば佛國裁判所に於ては該事件を管轄すべきものに非ずと謂ふに在り。其の理由に曰く

(前略)　凡そ中立船舶は無限に中立地と思惟せらるべきものに非ず。佛國諸港に於ては中立船舶に對し保護を加ふれども、苟も國家の利害に關係ある一切の事件に對する管轄權は之が爲に毫も傷害せらるるものに非ず。卽ち一國の港灣内に入ることを許されたる外國船は當然接受國の警察諸法規に服從すべく、乘組員が船内に於て乘組員以外の者に對し犯したる犯罪竝に乘組員と船員以外の者との間に爲すことあるべき民事契約は共に其地の法廷に於て之を管轄するものなり。此點に至るまでは所在地官憲の管轄權に付些の疑なしと雖も、外國船内に於て乘組員相互の間に行はるゝ犯罪に付ては全く然らず。此場合に於ては單に船舶内の紀律に關係あるのみにして、地方官憲に於ては苟も援助の請求あるか、又は港灣の靜謐を害することあるに非ざる限り(toutes les fois que son secours n'est pas réclamé, ou que la tranquillité du port n'est pas compromise.)之に干涉すべきものに非ず。卽ち船舶所屬國の權利は之を尊重せざるべからず云々。因て本件に付ては米國領事の主張を是認し佛國裁判所が前記二件を審理することを禁止すべきものとす」と。(Vh. Ortolan, Règles Internationales et Diplomatie de la Mer, 4ème Edition. Paris 1864. Tome Ier, pp. 270—272 et Annexe J. pp. 445—446.)

自國港灣に於ける外國商船内の犯罪に關する佛國の學說が　(一)純然たる船舶内の紀律に關する犯罪又は乘組員相互間の犯罪にして港灣の靜謐を害せざるものと　(二)同じく船内の犯罪にして加害者又は被害者の孰れか一方が乘組員以外の者たるとき及乘組員相互間の犯罪なれども港灣の靜謐を害するものとを區別し、前者に付ては船舶所屬國の管轄權を認むると同時に後者に對する所在地

官憲の管轄權を主張するは實に上記佛國參事院の意見に胚胎するものとす。右の意見は曾に佛國學說の根據と爲りたるのみならず、其勢力は延いて英米兩國の學界に波及し殊に米國の學者をして凡そ他國の領海内に航入する一國の商船は反對の明約なき限り、沿岸國の管轄權を免るるものに非ずと云ふ原則は必しも絶對的のものに非ざることを承認せしむるに至れり。尙第十九世紀中葉以降締結せられたる多數の領事職務條約中、本問題に關する明文の規定を設くるは何れも前記參事院意見に依りて言明せられたる佛國の學說を採用したるものに外ならず。

先例第一の說明を終るに臨み追加として記述すべき二、三の小事件あり。左の如し。

（一）千八百三十七年中佛國「ペンブーフ」港に碇泊せる瑞典國商船「フォールサトニング」號内に於て一名の船員が他の一名を毒殺したる事件起りたるが、當時「レンヌ」控訴院の檢事は管轄權有無の問題に付疑を懷き之を政府に伺出でたるに、佛國政府は犯人は之を其船舶内の取締方に引渡すべき旨の指令を下だせり。

（二）千八百四十四年「マルセーユ」港内に於て英國船船長某が其船舶の港内に於ける位置に關し他の佛國船船長に暴行を加へ、怒に乘じて該佛國船の旗を裂きたることあり。同港の海員懲戒裁判所は右の事件に付管轄權あることを主張し加害者に懲戒罰を加へたり。

（三）千八百五十六年中佛國某港に於て座礁したる米國の一商船に雇入れられたる水先人、同船士官の暴行を理由として之を海軍官廳に告訴したることあり。米國領事は本件に付千八百五十三年の米佛領事條約第八條を引援し審判の權限を有する旨を主張したれども、佛國外務大臣の意見は同條約の規定は本件水先人の如く船員名簿に登錄せられ居らざる者が關係者たる場合に至る迄も領事の裁判權を推廣することを認むるものに非ずと謂ふに在りて米國領事の要求は容れられずして已みぬ（「オルトラン」前出書第四版第一卷二七三―七五頁參照）。

先例の第二として說明すべきものを「ジャリー」事件とす。本件は米船「テンペスト」號事件として諸書に引用せらるるものにして其の事實は下の如し。

第二　「ジャリー」事件

千八百五十九年中「アーヴル」港碇泊中の米國商船「テンペスト」號船内に於て一等運轉士「ジャリー」と云ふ者一名の水夫を謀殺し他の一名に重傷を負はしめたる事件出來したり。此事件は當時同港に碇泊中なりし多數の米國船の乘組員を憤怒せしめたるが、激昂せる彼等船員は加害者に對し私刑（リンティング）を加へむとすと云ふ風評高く港内到る處人心恟々たり。加害者「ジャリー」は此の復讐手段を免れむが爲め任意に佛國官憲の手に收容せられたりき。「ルーアン」の佛國裁判所は

本件審理の結果之を下「セーヌ」縣重罪裁判所に付するの判決を下だしたりしが、被告「ジャリー」は「ニュートン」號及「サリー」號事件に關する佛國參事院千八百六年の意見を援用し佛國法廷が管轄權を有せざることを理由とし原判決を不當として大審院に上告したり。然るに佛國大審院に於ては原判決を正當とし其上告を棄却したり。判決理由書の一節に曰く

（前略）國家が其領土内の如何なる場所に於ても最高の管轄權を有することは國際法の原則なり。「ナポレオン」法典第三條の文言にも警察及治安に關する諸法律は佛國領土に住する一切の人を拘束するものにして、一般外國在留民は勿論、其の一時領土内を通過する者に至る迄悉く之に服從するものとすとあり。船舶が他國の港灣内に入りたる場合に之をして土地の裁判管轄權に服せしめざるに於ては、事の苟も港灣所在國の利害に關するものある以上は政府の威信を傷くるに至らざるを得ず。凡そ如何なる國家も自國の港灣内に行はるることあるべき重罪輕罪を防遏することに付ては利害關係を有するものなり。此事たるや單に外國商船の乘組員が乘組員以外の者に對して犯したる罪に限らるるものに非ず。犯罪行爲が港灣の靜謐を妨害すべき性質のものなるとき地方官憲に對し干渉の要求ありたるとき又は犯罪行爲が普通法上の重罪に屬し、其情狀重大にして如何なる國家も其の裁判管轄權及領土主權を傷害することなくして之を不問に付することを得ざるものなるときは（Soit lorsque le fait est de nature à compromettre la tranquillité du port, soit lorsque l'intervention de l'autorité locale est réclamée, soit lorsque le fait constitue un crime de droit commun que sa gravité ne permet à aucune nation de laisser impuni, sans porter atteinte à ses droits de souveraineté juridictionnelle et territoriale）乘組員相互間の犯罪に付ても亦然らざるを得ず。蓋し此種の重罪たるや各國が其領土内の如何なる場所に於ても尊重せしむるの任務ある法律に對し最明白且顯著なる傷害の行爲たるを以てなり。一方に於て他の國家は特別の條約あるに非ざる限りは自國商船に付き以上の原則に對する例外を認むべき旨を要求するの利害關係を有するものに非ず。蓋し該船舶たるや商業を爲すの目的を以て海外に航行するものにして公用に從事するものに非ず單に私人の利益を講ずるものに過ぎざれば、其乘組員も亦個人が要求し得ると同一程度の保護を受くるの外他に何等特殊の權利を有すること能はざるべきの理なればなり。

此の如く商船は所在地の管轄權に服從することを原則とし、唯だ例外として船内の紀律及管理に關する事項に付ては地方官憲に於て之に容喙することを得ず、一般の慣行に依り諸國間に認められたる相互の權利を尊重することを要するのみ。殊に地方官憲に對し干渉の要求ありたる

とき又は外國人の犯したる重罪輕罪が船舶の所在地たる港灣の公安を害すべき性質のものなるときは以上の原則に依らざるべからざること明かなり。原判決及一切の訴訟書類に依り本件犯罪の事實を按ずるに「アーヴル」港碇泊中の米國船「テンペスト」號の運轉士たる被告「ジャリー」は豫め謀りて乘組員の一人たる「ヴァイス」を毆打し之に創傷を加へたるものなり。當時港内に碇泊中なる船舶の多數乘組員は本件犯罪の事實を聞知して激昂を極めたる結果、被告に對し復讐手段を取らむとするものあり。被告は纔に身を以て免かれて佛國官衙に投じたるものなり。此の出來事に依り人心を狂奔せしめたることの如何に甚しかりしかは地方官憲が諸〻不慮の事なからしめむが爲め殊に被害者「オーブライアン」葬儀の際の如きは極力之に干渉することを要し遂に警察の非常勤務を編制するに至りたるを以て之を推測すべきなり。尙本件は法定數の判事之に判決を下だしたるものにして、被告「ジャリー」を重罪裁判所に付するの理由たる事實は佛蘭西刑法第二九五條、第二九六條、第二九七條及第三〇二條の重罪を構成するものなり。

以上の理由に因り原裁判所が佛國の法廷に被告「ジャリー」の犯罪事件を裁判するの權限あるものと認めたるは正當なり。故に被告が下「セーヌ」縣重罪裁判所に付せらるるの判決に對し千八百五十九年二月十九日附を以て提起したる原判決無效の申立は之を棄却する旨を言渡すものなり」と（「オルトラン」前出書第一卷附錄四五五―五七頁參照）。

本件判決は前記「ニュートン」號及「サリー」號事件に對する參事院の意見を承繼し其の適用範圍を明確ならしめたるものにして、實に本問題に關する佛國學說の要旨を發揮して復餘蘊なきものと謂ふべし。殊に本件に關する檢事總長「デュバン」氏の調書を一讀するときは、外國の軍艦及商船が佛國諸港に於て享受する特典の程度問題に關する佛國の學說が當時既に理路井然たるものありしことを知るなり。然るに英米兩國の學者中本件に關し佛國大審院が同國法廷の管轄權を肯定したる事實のみを觀察し、佛國の學說が前後一貫せざる如く評論する者あるは吾人の服する能はざる所なり（「ホール」國際法第四版第五八節參照）。

因みに我高橋博士の平時國際法論第四版四六七頁には佛國主義の先例として「スノー」氏先例集第一二二頁以下を引用し、「テンペスト」號事件の名の下に本件の要旨を揭げたるに拘らず後段四七四頁に至りては佛國主義の反對の例と題して本件に對する「ホール」の評言を其儘襲踏したり。博士の眞意が前後何れに有るかは後學の忖度するに苦む所なり。

先例第三として說明すべきものは墨斯哥國大審院の一判例たる「アネモーヌ」號事件是なり。

第三　「アネモーヌ」號事件

千八百七十五年十月中、墨斯哥合衆國「カンペーシュ」州「カメルン」島に碇泊せる佛國船舶「アネモーヌ」號内に於て船長「ユージェーヌ、アントーニ」と云ふ者を殺害したる事件あり。「カンペーシュ」地方裁判所に於ては同月二十六日の裁判を以て墨國刑法第一八九條第三項の規定に依り管轄權なき旨を宣言したりしが「ユカタン」巡回裁判所に於ては上記殺人事件を裁判するの權限を有する旨の判決を言渡したり。依て船長「アントーニ」より墨國大審院に上告したるに、大審院に於ては翌年二月二十五日附の判決を以て更に原判決を破毀し墨國官憲に於ては佛國船舶内に起りたる前記の事件を管轄するの權限なきものとし被告人の自由放免を言渡したり。判決理由の要旨は本件の犯罪が港民の安寧を妨害したりと云ふ形跡なきのみならず、加害者及被害者共に佛國船舶の船員たる佛國人にして、同船の船員及乘客は嘗て墨國官憲に對し保護を要求したることなく、又殺人事件の告發を爲したることなきが故に刑法第一八九條第三號の規定に照し墨斯哥國に於て管轄權を有せざるものなり。將又墨斯哥共和國と佛國との間には相互條件を以て本件の如き事件を管轄する旨を定めたる條約の規定あるに非ざるが故に原判決は不法たるを免れずと謂ふに在りたり。本件審理の際前記「テンペスト」號事件の先例を引用して墨國官憲に管轄權ある旨を主張するの論出でたりしが、

彼此の間事實全く異なるの故を以て聽かれず結局犯人を放免するに至りしなり（Snow's Cases on International Law, pp. 124—5.）。

本件は純然たる内國刑法の規定の適用上、自國港灣に於ける外國商船内の犯罪に對する管轄權問題を解決したるものとして一種の異觀を呈するものとす。本件の判決理由中に引用せられたる墨國刑法第一八九條の規定は左の如し。

第百八十九條　左記各號の罪は共和國の領土内に於て行はれたるものと看做す。

（上略）

三、共和國の内國港又は領水内に碇泊中なる外國商船の船内に於て犯されたる犯罪にして加害者又は被害者が船員以外の者なるとき又は事件が港灣の靜謐を妨害したるとき其の然らざる場合に於ては相互主義の法則を遵守すべきものとす

此の如く墨斯哥共和國は内國刑法の規定を以て本問題に關する佛國主義の學說を採用したるものとす。されば後年北米合衆國政府より本論冒頭に揭ぐるものと同趣旨の條約規定を締結せむとする交渉あるに當り、共和國政府が國内法の規定以外に此種の條約規定を設くるの必要なき旨を回答し米國政府をして其提議を撤去せしめたるも亦固より其所なり（Foreign Relations of U. S., 1902.

pp. 816—828.)。

次に第四の先例として掲ぐべきは墺國船「アララット」號及洪國船「ミミ、ベー」號事件是なり。

第四、「ミミ、ベー」號及「アララット」號事件

千八百八十二年十一月中、洪牙利國帆船「ミミ、ベー」號米國「フィラデルフィヤ」港内に在りたるときの事なり。同地の司法官憲は同船船長「アンドレア、ランヂッヒ」と云ふ者船室給仕に對し重罪を犯したる廉を以て該船長を逮捕するが爲に勾引狀を發せり。船長は令狀執行の爲船中に向ひたる司法官吏に抗拒し其の職務執行を妨げたりしが、司法官吏は一旦退却したる後援助を得て更に同船に向ひ遂に船長を逮捕したり。是に於て華盛頓駐劄の墺洪國公使は洪牙利國海事省の電訓に依り事實調書を合衆國國務省に提出し問責する所あり。船長は其後放免せられたれども墺洪國政府は費府の裁判所が裁判管轄權を收めたるを以て千八百七十年七月十一日の墺米間領事條約の規定を蹂躙したるものとし、翌年二月十九日駐米公使をして抗議の覺書を米國國務省に提出せしむ。墺洪國公使が此の本國政府の覺書を國務省に送付するの書翰中には「ニュートン」號及「サリー」號事件の要領を記述し、米國政府に於て其の該事件に對する記憶を喚起せむことを請へり。其後幾もなく同年五月中同じく「フィラデルフィヤ」港碇泊の墺國商船「アララット」號の船長「シルヴィオ、フェルラン」と云ふ者同港に於て解雇せられたる船室給仕の告訴に依り毆打創傷事件の被告人として同地司法官憲に逮捕せられたり。是亦地方官憲が外國商船内の犯罪に干渉することを得る場合を限定したる前記領事條約の規定に違反するものなれば同府駐在の墺洪國領事は自己の管轄權を主張して其地の司法官憲に船長の引渡を要求すると同時に之を華盛頓駐在の同國公使に報告したるが墺洪國公使は米國國務省に對し地方官憲が條約規定に違反するの非を鳴らせり。國務省は墺洪國公使の見解を是認したるものの如く、司法長官より費府の合衆國檢事を指揮し、被告船長の代理人として法廷に出頭し本件は米國裁判所に於て管轄權を有せざるの理由を以て公訴不受理の言渡あらむことを申立てしむることとせり。然るに裁判所は檢事の申立を却け審理を續行したる結果として無罪の判決を言渡したり。是に於て墺洪國代理公使は地方の司法官憲が條約の規定に違反して外國商船内の事件に干渉することとせば米國諸港に碇泊中の外國商船内に於ては命令の違反及脫船等の事件今後續發すべきこと明かなりとし、同年六月七日附の書翰を以て本國政府の名に於て正式の抗議を提出し、將來此種の事件をして其跡を絶つに至らしむる樣有效の手段を講ぜむことを米國政府に要求せり。米國國務省も亦條約規定の趣旨を貫徹するの手段に不備の點あるに非ざるやの疑義を言明し一件書類を司法長官に回付し其の意見を求めたり。然るに司法長官の

意見に基き國務卿より墺洪國公使に送りたる十一月十三日附本件最終の書翰には實に左の如き一節あるを見る。曰く

凡そ單に外國商船内の紀律にのみ關係する事件は地方の法廷に於て之を管轄すべからざることは是れ嘗て當國政府の行政部より裁判所に勸告したる所にして、爾來合衆國及各州の裁判所が概ね此原則を恪守しつつあるは予に於て本懷とする所なり。然れども裁判所は合衆國の憲法及法律に依り凡そ如何なる行爲たりとも其地の法律に違反するものなること一應顯然たるものに付ては告訴を受理するの義務を有するものなり。從つて斯かる場合に其事件が果して單に船内の紀律にのみ關するものなるか或は又陸上若は港内の安寧を妨害するに至るべき性質を具有するものなりやを判定し得るが爲には裁判官は須らく先づ證據を取調ぶること必要なり。而して裁判所に繫屬中なる事件に關しては政府の行政部に於て之に干渉するを得ざることは實に米國憲法及條例の規定の結果なれば如何ともすべからざるなり。云々 (Foreign Relations of the U. S., 1883 pp. 9—37.)。

千八百七十年の墺米間領事職務條約第十一條の規定は本論の冒頭に掲げたる日獨及日白兩條約の規定と同じく、外國商船内の犯罪は其の外部の安寧秩序を妨害する場合及船員以外の者に關係ある場合を除くの外、所在地の官憲に於て之に干渉することなかるべき旨を明言するものなり。故に本件墺洪國船舶内の事件に關し米國地方官憲が其の果して陸上若は港内の安寧秩序を妨害したるや否やを審査せずして直に起訴の處分を爲したるは被害者の告訴ありたる場合とは謂へ稍〻輕率に失するの嫌なきに非ず。從つて墺洪國代理公使が抗議を米國國務省に提出したるは十分の理由あるものと認むることを得べし。而も國務省が右の抗議に對し「事件が果して船内の紀律のみに關するものなりや否やを判定するが爲には裁判官に於て證據調を爲すこと必要なり」と曰ひ又「裁判所に繫屬中の事件は國法上行政部に於て之に干渉することを得ざるが故に如何ともすべからず」と回答して本件の局を結びたるを以て之を見れば墺洪國政府も亦畢竟船長が無罪の言渡を受けたるに滿足し米國政府の以上の說明を甘受したるものなるが如し。

次に第五の先例として米國大審院が領事職務條約の規定あるに拘らず、外國商船内の殺人犯事件に付管轄權ありと主張したる一判例を示さむ。「ウィルデンハス」事件卽是なり。

第五　「ウィルデンハス」事件

千八百八十六年中白耳義國の汽船「ノオルドランド」號米國「ニュー、ジャーシイ」州「ジャーシイ」府内の船渠に在りたる際、船内に爭鬪事件起り「ジョセフ、ウィルデンハス」と云ふ者「フィジ

ウス」と云ふ者を殺害したりしが、加害者「ウィルデンハス」は同地の官憲に逮捕せられたり。白耳義國領事は合衆國巡回裁判所に訴へ被告の釋放を求めたりしが、裁判所は該囚人を引渡し其裁判を覆へすことを拒絶したるに因り領事は合衆國大審院に上告したり。然るに大審院に於ては千八百八十年の白米兩國間領事條約第十一條に商船內の犯罪は其港內又は陸上の安寧秩序を妨害すべき性質のものに非ざる限り地方官憲に於て之に干渉せざるべき旨の規定あるに拘らず之を管轄するの權利あるものとし上告を棄却したり。判決理由の一節に曰く若し犯罪行爲が外部に知れたる場合に陸上又は港內の人心に影響あるべき性質のものなるときは、其實行の際之を目擊せる者が船員に限られたりといふ事實の如きは全く無關係の事なり。蓋し船舶內に於ける船員の喧嘩口論に付ては其の甲板上に於てすると船室內に於てせるとに論なく、船內に在らざる者に於て特に之を注意するもの に非ず。船舶內の事件にして單に船舶內の紀律又は命令秩序の維持に關するものに付ては船外の者之に留意せざるを例とす。然れども犯罪事件の事體重大にして其の外部に知らるると同時に人の耳目を聳動せしむるに足るべきもの殊に開明諸國が其の自國領域內に行はるるものに付嚴罰を科するの義務ありと思惟するが如き性質のものに至りては全く然らず。此種の犯罪ありたる場合には其の如何にして行はれたりや又何が故に此に及びたるかを確かむるが爲に卽刻犯罪の搜査に著手すべきこと必定なり。此くて風評傳播し且つ事實の知れ渡るに從ひ世間の感動は爲に一昂一低するものとす。凡そ犯罪の性質は獨り行爲の表顯的なると否とに依りて定まるものに非ず、又其行爲に隨伴する喧囂騷擾の程度如何に依り甲乙あるものに非ずして却て行爲其物の如何に依るなり。若し外間に知らるるとき人の耳目を聳動せしむるに足る性質のものならば卽ち一般社會に影響あるものなるを以て、之に對しては安寧を害せられたる地方の政廳が其權力を行使すべきものなり。此の如き行爲は其性質上平和なる社會の靜謐を擾亂するものにして、條約規定に所謂陸上又は港內の安寧秩序を妨害するものに外ならず。要するに紛擾事件にして單に船舶內部の治安を妨害するものは船舶所屬國の主權專ら之を處理すべく、一般の治安を妨害するものは所在地の正當官憲に於て之を防遏することを得べく、必要あるときは加害者を罰することを得るものとす。尤も各箇の事件に付二者孰れの管轄權に屬すべきかを決定するは必ずしも常に容易なりと謂ふべからずして、多くは各箇の場合に於ける諸種の事情に依り決定せらるべきものなり。されど恐るべき殺人事件の如きは所在地の管轄權に屬すべき事項にして正當官憲に於て正式に裁判手續を進行しつつあるときは領事に於て之に干涉し又は之を妨害するの權利なきこと何人も之を認容せざるを得ず」と判決文は更に語を「此の如きものは佛國に於ける實例と全然合致するものなり」と云ふに起し前記「ジャリー」事件の判決

理由を引用し犯罪行爲が普通法（ドロア、コンモン）〔英文にて「文明諸國に共通なる法制」と註釋しあり〕の重罪に屬し其情狀重大にして如何なる國家も其裁判管轄權及領土主權を傷害することなくして之を不問に付することを得ざるものあるときは當然所在地官憲に於て管轄權を有することを論結したり（Scott's Cases on International Law, pp. 225—30.）。

思ふに本件の判決は稍〻專擅の譏あるを免れざるに似たり。蓋し本件論爭の目的たる白米兩國間の領事條約第十一條の規定は本論冒頭に揭げたる日白條約規定と殆んど同文にして「陸上又は港内の安寧秩序を妨害すべき性質のものなるとき及乘組員に非ざる者又は其國の人民之に關係したるときの外地方官憲に於て之に干涉すべからざる旨（The local authorities shall not interfere except when the disorder that has arisen is of such a nature as to disturb tranquillity and public order on shore or in the port, or when a person of the country or not belonging to the crew shall be concerned therein.）を明言するものなり。故に犯罪事件が船員相互間に生じ全く所在國の人民に關係せざる本件の如き場合に於て所在地官憲の管轄權を主張するが爲には、事件が外界の安寧秩序を妨害するものなることを證明することを要す。然るに判決文中には、本件は殺人の重大なる事件なれば事實外間に聞ゆるときは人の耳目を聳動するに足るものなりと謂ふに過ぎずして、毫も實際上外界の安寧秩序を妨害したる事實ありしを說かず。犯罪の當時現場を目擊したるものは船員のみにして毫も外間の人心を刺戟したることなき事實は判決文も亦之を認めつつあるに非ずや。其の「ジャリー」事件を引用したる如きは牽强附會の最甚しきものなり。彼に於ては港内の人心恟々たるものありしに反し、此に在りては何等船外に知られざりし犯罪なり。彼に於ては犯人自ら佛國官憲に投じて總に私刑の慘に遭ふことを免かれたるに反し、此に在りては白國領事其管轄權を有する旨を抗爭するなり。彼を以て此を律するの不當なること殆んど辯明に値せざるなり。是れ吾人が本件の判決を以て專擅の譏あるを免れずと爲す所以にして此點に於ては「ホール」の評言（國際法第四版第二一二頁參照）に贊同せざるを得ざるなり。

第二節　本問題に關係ある國際法學會の決議

船舶及其乘組員の外國港灣内に於ける法律上の地位に關しては國際法學會千八百九十八年の海牙會議に於て二章四十六條の確定條項を議定したり。上記の決議中總則及第一章平時狀態の規定は前年「コーペンハーゲン」に於ける會議の際議定したるものにして、翌年の海牙會議に於ける再討議の結果更に多少の修正を加へて確定條文と爲りたるものなり。學會の決議中本問題に關係ある條文

を譯出すれば左の如し。

第二十九條　船舶は其の所屬國の如何を問はず、同種制度の存する國の港灣又は領海内に存在する事實のみに因り、事件が船内に起りたるとき又は陸上に生じたるとの別なく凡て所在地の法權に服從するものとす。

公海上の商船内に於て行はれたる犯罪事件は船舶の到著地たる外國港の官憲の管轄に屬せず然れども船員の港灣内に於て爲したる行爲に付之に加へらるべき處分を脱せむが爲に船舶の逃避したる場合に於ては本學會が領海の地位に關して採用したる規則第八條第二項に指示する條件の下に之を公海内に追躡することを得。

第三十條　（前條第一項の原則に對する）例外として寄港中の船舶内に行はれたる行爲にして單に海員の紀律及其職掌上の義務違反に過ぎざるものは專ら船舶所屬國の司法管轄に屬すべく所在地の官憲は正式に其の助力を要求せられたる場合又は右船内の行爲が港の靜謐を害するが如き性質のものなる場合を除くの外之に干渉すべからず。此の最後の場合に於ても該行爲が船内紀律の違反たると同時に普通法の犯罪を構成するときに非ざれば所在地法權の管轄に歸することを得ず。

第三十二條　乘組員相互の間、乘組員と船長との間又は同一港灣内に於ける同一國籍の諸船舶の船長間に水夫の雇入又は類似の紛議より生ずる凡ての紛爭は所在地官憲の干渉に依らずして之を終了すべきものとす（國際法學會年報一八九八年度二八一、二八二頁參照）。

國際法學會に於て上記の確定條文を議決するに至る迄の審議の經過は本問題の研究に資する所尠からざるを以て茲に其の梗概を記述せむに確定條文第三十條の末段此の最後の場合に於ても云々の一句は同會の前年「コーペンハーゲン」會議に於て決議したる第二十九條の條文中には存せざりしが所にして、同條末文には別に他の一句ありしを見る。其の全文を擧ぐれば左の如し。

第二十九條　例外として寄港中の船舶内に行はれたる行爲にして單に海員の紀律及其職掌上の義務違反に過ぎざるものは專ら船舶所屬國の司法管轄に屬す。所在地の官憲を正式に其助力を要求せられたる場合又は右船内の行爲が港の靜謐を害するが如き性質のものなる場合を除くの外之に干渉すべからず。

生したる事件が其性質を變ぜざる限り其干渉を以て管轄權歸屬の理由とするに足らず。

本條の規定に對しては「クリーン」博士より公安妨害云々以下の文句を削除せむとする修正意見出でたり。其の理由に曰く或特定の行爲が公の安寧を害する性質のものなりや否やの問題に付ては

意見の一致を見ること到底不能なり。蓋し極眞面目なる者は犯罪行爲其物が既に安寧を害するものと解すべきに反し喧噪なる輩は犯罪の結果として騒擾を見るに至るも猶公安妨害の程度に達せざるものと思惟するなるべし。其外尚船内の行爲にして純然たる紀律事件に過ぎざるものは其の同時に性質上所在地法權に服從すべき行爲を包含するか又は之と關聯する場合を除くの外港内の靜謐を害するに由なかるべし。故に本條末段の規定は一方よりすれば實際的ならず又他の一方よりすれば蛇足たるを免れざるものにして結局無用の規定なりと。千八百九十八年の海牙會議に於ては八月廿二日午後本條討議の際「クリーン」博士より右の修正説を提出したるが「デジャルダン」氏は假令所在地官憲にして之に干渉したればとて云々以下の削除に同意し公安妨害云々の規定は之を存置すべき旨を主張したり。「クリーン」氏は公安妨害云々の規定をも併せて削除するの説を固執し是れ畢竟主觀的觀念なれば所在地官憲の認定次第にて如何樣にも決定せらるべく、其認定は自然專擅に流れ易きが故に不可なりと曰へり。斯て兩説各〻二、三の贊成論者ありて討論を重ねたる末投票の結果「デジャルダン」氏提出の修正案を可決し以て確定條文に見るが如き規定を採用するに至りたるものなり（前記年報第四九五〇頁及二四五―四七頁參照）。

「クリーン」博士の修正説は此の如く少數を以て消滅したれども其の公安妨害云々の規定に依り實際上數〻疑義を生ずるの弊を一掃せむと試みたりしは大に參考の價値なくンばあらず。尚「フェロー、ジロー」氏が前記「コーペンハーゲン」決議案の第二十九條中「又は右船内の行爲が公の安寧を害するが如き性質のものなる場合（Soit de nature à troubler la tranquilité publique）の文句を採用したるは認定權を行使する當局者が公安妨害の性質を有するや否やの事實を認定するに當り動もすれば輒ち專擅に流るる嫌ありと說けるも亦其理由なきに非ず（前記年報四〇二頁參照）。蓋し所在地官憲の管轄權を認むるが爲には往々にして此種の規定を曲解し專擅的に事實を認定するの傾向あるは前節の末段に說明したる「ウィルデンハス」事件に徵しても之を知ることを得ればなり。「フェロー、ジロー」氏の意見に依れば、所在地の官憲が船舶内部の紀律に關する事件に干涉することを得る場合は陸上又は港内の安寧が實際上妨害せられたるときに限るべきものにして、苟も公安を害する性質の事件ならば則ち之に干涉することを得と曰ふは廣きに失すと謂ふに在り。然れども國際法學會の確定決議は、此點に付ては依然前年の決議案の文句を襲踏したるが故に所在地官憲の不當干涉を招くべき餘地も亦依然として存續するを免れざるが如し。

次に確定決議の第三十條末段に於て「此の最後の場合に於ても該行爲が船内紀律の違反なると同時に普通法の犯罪を構成するときに非ざれば所在地法權の管轄に屬することを得ず」と云ふ一項を

追加したる所以を案ずるに是れ彼の「ジャリー」事件の判決及理由中に採用せられたる學說に胚胎するものにして（前節先例第二の條說明參照）決して偶然に非ざること彼此對照すれば自ら明かなり。本項の規定は文明諸國の法制に共通なる犯罪事件あるに非ずンば、假令公安妨害の事實あるも所在地法廷に於て之を管轄することを得ざるべき旨を聲明したるものにして多少の實益なきには非ざるべし。

以上說明したる國際法學會の海牙會議に於ける決議條項が本問題の研究に貢獻したる諸點を條示すれば左の如し。

第一、商船及其乘組員の外國港灣内に於ける法律上の地位に關し同種制度の存する文明諸國間に於ては、原則として所在地の法權に服從することを明言したること（決議第二十九條參照）此の原則は他國港灣内に在る商船の地位を支配するものにして、軍艦に至りては全く別箇の原則に支配せらる。卽ち外國港灣内に於ける軍艦は其所屬國國權の行動に服從するを原則とし、軍艦又は其の附屬船艇内に於て行はれたる重罪輕罪は犯人が軍艦乘組員なると其他の人員たるとを問はず、又加害者及被害者の國籍如何を論ぜず、凡て所屬國裁判所の管轄に屬し本國法の規定に從ひ裁判せらるるものにして、艦長の自由意思に依り犯人を引渡す場合を除くの外所在地官憲が軍艦内の人員に對し行政權及司法權を行使することなく又艦内の事件に干涉することなし（同上決議第十五條及第十六條參看）。蓋し一國の軍艦は其の所在如何を問はず本國の主權を代表するものにして一種の治外法權を有すること國際法上の原則たればなり。

第二、一國が外國港灣内碇泊中の自國商船内に生じたる或種の犯罪事件に付管轄權を有するは全く前條の原則に對する例外に外ならざること。船舶内部の紀律及海員の職務違反事件に付前條の原則に屬する例外を認むるに至りたるは全く通商航海の便益を主眼とする條約規定又は國際慣例に基因するものにして、決して軍艦の場合に於ける如く船舶に一種の治外法權を認むるの結果に非ざるなり。故に所在地の法權と船舶所屬國の法權とが共に其の管轄權を主張する場合に於て、前者が往々にして廣き權限の推測を受け後者が狹き權限の推測を受くるも亦事理の當然と謂はざるを得ざるなり。

第三、船舶所屬國が管轄權を有する場合の例外として所在地官憲が干涉することを得る場合を比較的明晰に規定したること。船舶所屬國が專ら管轄權を有するは上に述べたる如く船舶内部の紀律及海員の職務違反に關する事件なり。所在地の官憲が例外として之に干涉すること

を得る場合は　(一)正式に其勢力の要求ありたるとき及　(二)陸上港灣の安寧を害する性質のものなるときの二種に限らる。例外の例外は原則に復歸するものにして解釋上廣き推測を受くるを例とするが故に、假令港灣内の靜謐を害する性質の事件たりとも文明諸國の法制に共通の犯罪と爲るに非ずンば干渉すべからざる旨を明言し以て廣義解釋の極端なる結果を豫防せしむとしたるの法意と解すべきなり。

第三節　本問題に關聯して生ずる諸種の疑義に對する鄙見

前二節に於て吾人は本問題に關係ある諸〻先例及國際法學會に於ける討議の一班を窺ひたるが故に本節に於ては本問題に關聯して生ずる諸種の疑點を解說するの順序と爲れり。依て左に緒論中に掲げたる數點を捉へ順次に鄙見を開陳せむとす。

第一、外國商船内の或犯罪事件に付、所在地の司法官憲が港内又は陸上の安寧秩序を妨害するものと認定して犯罪の搜査に著手したる場合に、船舶所屬國の領事又は船長に於ては公安の妨害ありたるものと認むることを得ざるの理由に因り司法警察官の職務執行に抗拒することを得るや。鄙見に依れば此種の場合に船長又は領事が所在地官憲の職務執行に抵抗するは不法たるを免れず。蓋し

公安妨害の事實の有無を認定するものは所在地官憲なりや、船長又は船舶所屬國の領事なりやの問題に關し條約規定に於ては何等言及する所なきを例とするが故に、領事又は船長に於ても認定の自由を有すること疑なしと雖も、之が爲に其の認定が所在地官憲の所見と異なりたる場合に於ては同官憲の職務行動に抗拒することを得と云ふ論結を生ずるものに非ず。所在地官憲も亦其職務權限の範圍内に於て自由に事實の認定を爲すものなれば、領事又は船長が反對の見解を持するの理由を以て其の職務執行を中止すること能はざるなり。而して所在地官憲が其職務を執行するに當りては强制及命令の權能を以てするものにして何人の抵抗あるにせよ結局之を實行せずんば已まざるべきが故に、領事は所在地官憲の行動が條約の規定に違反せりと思惟する場合に於ては其本國政府を代表する外交官を經由し駐在國政府の反省を求むるの外なかるべし。卽ち領事と所在地官憲とは對等の認定權を有するものとしても、事實上の見地よりすれば一應所在地官憲の認定に讓らざるを得ざるの結果と爲るなり。此の思想は本問題に關する學說の發源地たる佛蘭西國に於ても亦十分承認せられたるものと見え、商船に關する領事の職務を規定したる同國千八百三十三年十月二十九日の條例は其第十九條に於て「領事は其管轄區域内の諸港（中略）に於て佛國商船に對し警察權を行使す。但し所在地官憲の權利と調和することを得る限度内に於て、條約慣例又は相互主義の原則に從ひ之

を行ふべし」と規定せり(「オルトラン」前出書第一巻二七七頁附註參照)。該條項が佛國領事に負はしめたる任務は地方官憲の權利と調和することを得る限り (en tout ce qus pourra se concilier arec les droits de l'autorité locale) 其の警察權を行使するに在るを以て、該條例の精神より推すときは佛國商船内の或犯罪事件が所在地方の公安を妨害したる事實ありや否やの問題に關し佛國領事が所在地官憲と認定を異にする場合に於て、領事又は船長が地方官憲の行動に抗拒すべからざるは寧ろ當然の事理と謂はざるべからずと信ず。

上述の理論は第一節中に說明したる「ミミ、ベー」號事件の先例に徵するも其の決して失當に非ざるを知るべし。尙前節に於て說述したる如く國際法學會の討議に際し學者が所在地官憲の認定の專擅に流れ易きの弊を救濟せむと苦心したるは畢竟、領事が一應所在地官憲の認定に讓らざるを得ざる前記の結果を前定したるが爲に外ならず。されば「ホール」が其の「英國王權の海外管轄權」と題する著書の第八一、八二頁に於て「凡そ犯罪が外國港灣内に於て行はるる場合に該港灣の平和及秩序に對する擾亂が如何なる種類に屬し且如何なる程度に達したならば其地の國憲が其の注意を喚起すべきやの問題に付ては、各國家に於て自ら別箇の見解を執るべきこと必定にして、國家が如何なる狀態の下に其法權を行使すべきやを自ら決定するの權利は何人も之を否認することを得ざるなりと明言したるは、此點に關する國際法の現狀を說明して復餘蘊なきものに似たり (Hall, Foreign Jurisdiction of the British Crown p. 81—82.)。然らば則ち或場合に所在地官憲が惡意を以て船舶内部の紀律事件に干涉し、毫も外界の秩序公安に關係せざる事件に付船長其他の船員を拘留審問する等のことあるも被害者及其本國政府は何等救濟の手段を有せざるやと云ふに決して然らず。此點に關しては後段更に說述する所あるべし。

第二、船員其他の者より犯罪事件の告訴告發ありたるときは所在地の司法官吏は右の事件が其地の安寧秩序を妨害するの程度に達したるものなりや否やの認定を爲すことなく直に之を訴追することを得るや。鄙見に依れば所在地官憲は此種の告訴告發ありたる場合と雖も、其の認めて以て地方の公安を害するものと爲さざる事件を訴追することを得ざるなり。蓋し條約の規定は地方官憲が船内の犯罪に干涉する事を得べき場合を港内又は陸上の安寧秩序を妨害するとき及船員以外の第三者が之に關係あるときの二種の場合に限定したるが故に、所在地官憲が此二種の場合の外れかに該當するものと思惟せざる事件に干涉するは條約の規定に違反するものと謂はざるを得ざるが爲なり。

然るに千八百六年以降佛蘭西國に發展せる國際法の理論及國際法學會の決議條文に依れば、正式に援助の請求ありたるときは地方官憲に於て外國商船内の犯罪に干涉するを得るものなること前二

節に於て說述したる如くなるを以て人或は此の國際法の理論を援用し、凡そ被害者其他の船員より告訴告發ありたる場合に於ては地方官憲に於て直に犯罪を訴追することを得べしと論するものあらむ。此說は一理あるが如くなれども實は誤解たるを免れず。蓋し被害者其他の船員より告訴告發ありたる一事を以て直に正式の援助請求ありたるものと看做すの結果は例へば給料支拂問題等純然たる船内の事件に付或船員が船長虐待の趣を地方官憲に告訴したる場合の如き毎に所在地官憲の干渉を是認することと爲り條約規定の精神を沒却するの外なければなり。按ずるに所謂正式の援助請求は船舶所屬國の管轄權に屬する事項を移して所在地官廳の管轄に服せしむる所以の條件なれば代表權限を有する船舶所屬國の官憲より援助の請求を申出でざる限り所在國に於ても其の管轄權を行使するに由なかるべく、結局領事其他の官憲が本國政府の名に於て其の管轄權を抛棄したる場合に限り所在地法權の原則に復歸するものと解するを正當とすべし。是れ吾人が或人の說を以て實は誤解なりと斷言する所以なり。

以上の論結は墺國船「アララット」號事件に關し米國國務省が執りたる見解とは全く趣を異にするものなれば該事件に關する米國政府の地位が果して正當なりしかの問題を茲に併せて審檢せむとす（第一節先例第四の條說明參照）。米國國務卿より墺洪國公使に送りたる書翰の一節中「裁判所は合衆國の憲法及法律に依り凡そ如何なる行爲たりとも其地の法律に違反するものなること一應顯然たるものに付ては告訴を受理するの義務を有するものなり」と曰ふと雖も、是單に普通の場合に於ける原則を指示したるに止まり、之を以て該件に於けるが如く條約の特別規定に依り或種の事件が專ら船舶所屬國の管轄に屬し米國司法權の管轄に屬せざるべき旨を明言したる場合を律せむとするは妄斷の最甚だしきものとす。是事たるや常識の要求する所にして何人も首肯せざるを得ざるべきなり。況ンや米國に於ては合衆國憲法第六條を以て條約の規定は國家最高の法律なることを宣言したる以上毫も疑を容るべき餘地を存せざるをや。前記書翰は又「斯かる場合に其事件が果して單に船内の紀律にのみ關するものなるか或は又陸上若は港内の安寧秩序を妨害するに至るべき性質を有するものなりや否やを判定し得るが爲には裁判官は先づ證據を取調ぶること必要なり」と曰ふと雖も所謂正式の援助請求あるに非ざる限り所在地官憲が公安妨害の認定に基くに非ずして此種の犯罪事件を訴追するは不法たるを免れざること前項述ぶる所の如し。故に米國裁判所が該件に付直に告訴を受理して司法處分を爲したるは鄙見を以てすれば一の職務過失たるを免れずして假令其過失が善意なるにせよ、米國政府は事件の發生に付少くとも遺憾の情を表示するの値ありしものあり。

第三、所在地司法官憲の認定に依り港内の靜謐を妨害する性質の犯罪として豫審處分を求めたる

事件が本來公安妨害の程度に達せざるものなりしこと裁判手續進行の結果として後日に至り明白と爲りたる場合に於ては右豫審處分を求めたる司法官吏は違法の責を負ふべきものなるか。地方官憲が一旦公安妨害の事件と認定して起訴したるに拘らず、後日に至り該事件は單に船員間の小葛藤事件に過ぎず從つて船舶所屬國の管轄に專屬すべきものなること明白と爲る場合は實際問題としては最頻繁に發生すべき所なり。此場合に裁判所が管轄違又は免訴の言渡を爲すは條約規定の效果として當然の事理なれども、最初の認定を爲したる當該官吏の責任を問ふべきや否やは問題なり。按ずるに當該官吏が當初公安妨害の事件ありと認定して司法處分を求めたるは四圍の事情に照らし或は何等過失の問ふべきものなき場合あるべく、或は重輕過失ありたる場合あるべく、更に又惡意を以てしたる場合も之を想像することを得べし。第一の何等過失なき場合に於ては當該官吏に責任なきこと固より當然なれば故意又は過失に依る場合が問題と爲るなり。凡そ官吏が其職務上の過失に付如何なる範圍に於て責任を負ふべきやに付ては各國國法の規定に依り廣狹一ならず。民法不法行爲の原則よりすれば、一般に故意又は過失に因り他人の權利を侵害したる者は之に因りて生じたる損害を賠償するの義務を負ふものなれども、此原則は當然官吏職務過失の場合に適用せらるるものに非ずして多くは特別法の規定に依り責任の限度を定むるを例とす。例へば我刑事訴訟法第十四條の規定に於て官吏が故意を以て被告人に損害を加へ又は刑法に定めたる罪を犯したる場合に限り被告人に賠償請求の權利を認めたるが如し。故に本問の場合に於ても我國法の解釋論としては司法官吏が惡意を以て船長其他の船員を拘留審問したる場合に非ざれば何等の制裁を受くべきものに非ざるなり。

第四、此種條約の規定を有する國家は如何なる場合に於て對手國に對し條約違反の責に任ずべきものなるか。司法官憲が公安妨害の事件に屬するものと認定して公訴を提起したる後其認定が誤なりしこと明白と爲りたる場合に於ても官吏が其過失の責に任ぜざること前項所述の如し。然らば如何なる場合に被害者の本國政府は外交手續に依り對手國の責任を問ふことを得るやと云ふに鄙見を以てすれば（一）當該官憲の行動が條約規定に違反すること明瞭なる場合に政府が其の違法を覺知しながら何等適法の手段を取らざりしとき及（二）官吏が惡意を以て船長其他の船員を拘留したること明瞭なる場合に被害者の損害賠償の訴に對し裁判所が故なく裁判を拒絶し又は遲延したるときに非ずンば外交問題として國家の責任を論ずることを得るものなり。

此の國家責任範圍論は本問題に關聯して生ずる疑點中最重要なる關係あるものと信ずるが故に以下鄙見の據る所の根柢を說明せむとす。近來の國際法學者は國家の國際法違反に對する責任を論ず

るに當り二種の責任を區別す、直接責任及間接責任即ち是なり。國家が直接責任を負ふ場合とは國際的代表權限を有する國家機關例へば元首、外務大臣、公使及領事の權限内の行爲竝に軍司令官の戰時の行動が國際法に違反したる場合にして、其の間接責任を負ふ場合とは裁判所及行政諸官廳の如く國際的代表權限を有せざる國家機關の行動が國際法に違反したる場合を謂ふ。第二の間接責任の場合に於ては、國家は其機關の違法行爲を防遏せず又は之を處罰せざることに對してのみ責任を負ふべきものとす。又被害者にして此等の場合に國家より賠償を求めむと欲せば先づ當該官吏を被告として裁判所に出訴することを要す。裁判所に於て故なく裁判を拒絶したる場合に非ざれば國家の國際的責任を生ぜざるなり（F. Lisst, Das Völkerrecht, 24. Aufl. S. 187—190. Oppenheim, International Law, Vol. I S. 148—S. 167, pp. 198—214.）。

本問題に關する國家責任範圍論に以上の國際法の理論を應用すれば次の論結を生ず。曰く司法機關が故意又は過失に因り又は何等の過失なくして不當に外國商船内の犯罪に干渉したるは國家機關の行爲たるに相違なけれども、其の機關たるや國際的代表權限を有する機關には非ざるが故に、其干渉が條約規定に違反したる場合に於ても國家直接責任の原因と爲るものに非ず。國家は單に間接責任を負ふものに過ぎざれば、其機關の行爲が條約規定に違反せることを覺知すると同時に之を匡正するが爲め、例へば檢事をして裁判所に管轄違の申立を爲さしむるか或は又惡意ある當該官吏を處罰する等適法の手段を取ることを要するのみ。若し政府にして其官吏の違法を覺知しながら何等の手段を講ぜざるに於ては始めて其國際的責任を生ずるに至るものなり。次に官吏が惡意を以て船内の事件に干渉したる場合に於ては被害者より該官吏を被告として損害賠償を裁判所に出訴することを得。此場合に裁判所が故なく裁判を拒絶したるときは被害者の本國政府は始めて外交事件として處理することを得べきなり。未だ國法上の救濟手段を盡さずして初より外交手續に依り求償問題を解決せむとするは國際法の通議に反するのみならず、國家直接責任の原則を不當に擴張せむとするものなるが故に對等國の間には決して實行せらるべきものに非ず。是れ吾人が本問題に關聯して生ずる國家の責任を上記二種の場合に限定したる所以なり。（一九二四・八・二校）

昭和十年七月十一日印刷
昭和十年七月十四日發行

不許複製

公法消滅
定價金參圓也

著作者　菊地駒次
東京市世田谷區北澤一ノ一二三

發行代表者　田村幸策
東京市赤坂區新町三丁目卅七番地

印刷者　武關千代壽

發行所　日本外交協會
東京市麹町區丸ノ内三ノ十（仲五號館）
電話丸ノ内一〇四五番