

〈論 説〉

日本に關係する領有權問題への視座

齋藤 洋

- 一 序論—問題の所在と目的—
- 二 本論—国際法上の問題点と二つの視点—
 - (一) 領土問題における国際法上の問題点とその影響
 - (二) 領土問題の一般の問題点—critical dateと適用法の確定問題—
 - (三) 日本の有する領土問題の根本問題—竹島・尖閣問題を素材として—
 - (四) 根本問題の連動性と矛盾の発生—北方領土問題に関する法論理と政治的主張—
- (二) 領土問題に関する二つの視点
 - (一) 領域主権觀念の変遷—帰属から管理へ—
 - (二) 国際關係論における認識—時間という視点—
- 三 結論—まとめと課題—

一 序論—問題の所在と目的—

第二次世界大戦後の国際社会に緊張をもたらしていた東西冷戦体制が崩壊し、全世界が資本主義的な意味での自

由主義の潮流に飲み込まれ、同時に様々な分野で新しい發展と問題が発生している現代国際社会では、領土問題あるいは領有權問題といういわば政治的・軍事的勢力圈に関する古い問題が、天然資源の確保あるいはそれに連動した管轄海域の拡大という意味を有して、改めて生じる様になった。つまり地球上の空間の分割問題が、現代的意味を与えられて再登場あるいは再問題化しているのである。⁽¹⁾このような状況の中、日本は、北方領土問題、竹島問題及び尖閣諸島問題を領土問題（以下、「領有權の帰屬問題」と同義で使用する。）として抱えており、未だ解決に至っていない。

例えば北方領土問題については、日ロ双方の主張が有るが、その中でも日ソ中立条約の有効期間中であつた一九四五年八月九日にソ連「当時」は対日攻撃を開始し、その結果として北方四島を占領し、現在に至つていふ条約違反の点、及びサンフランシスコ平和条約で日本が放棄した千島列島には当該四島は含まれないという点で、問題化している。⁽²⁾また竹島問題については、韓国側は「『肅宗実録』の記述を基に、安龍福は干山〓松島〓（今日の）竹島が朝鮮領であることを告げて同島水域を日本人が侵犯しないように守つた、と主張している」⁽³⁾。それに対して日本側は、「元禄九年正月に鬱陵島渡航禁止の指令が出されており、安龍福が来た同年五月には日本人は渡航していない、したがって同人の供述は事実⁽⁴⁾に反する（鎖国の禁を破つた言い逃れである）、として記録としての価値を否定している」。また一九〇五年（明治三十八年）一月二十八日に内務大臣の精議によつて竹島の日本領土への編入を閣議決定し、同年二月二十二日付で島根県知事は同県告示第四〇号をもつて「…本県所属隠岐島司ノ所管卜定メラル」と告示したが、当該決定と島根県告示に対して韓国側は、「『国際法上の』無主物先占の法理によつて領土編入したというが編入当時竹島は韓国領土であつて無主物ではなかつた、また韓国に通報されなかつたから、先占は無効である」と主張したが、日本側は「歴史的に日本の領土であつたものを近代国際法上の形式に則り領有意

思を確認し公示したもので、：「中略」：編入当時もそれ以前も竹島が韓国領土であったことはない、国際法上通告は先占の要件ではない」と反論した。⁽⁵⁾ さらに一九一〇年の韓国併合（一九一〇年（明治四十三年）八月二十二日「韓国併合開スル条約」を締結、同月二十九日に施行）に関連して、日本側は、「竹島は、韓国併合により韓国の一部として日本領土となったわけではなく、併合後、行政区域上朝鮮総督府の管轄に移されたこともない」と述べている。⁽⁶⁾ 加えて尖閣問題に関しては、日本は一八八五年以降の慎重な現地調査に基づいて清国の支配が及んでいる痕跡が無いことを確認した上で、一八九五年一月十四日に正式に日本領土に編入することとしたが、中国は、日清戦争（中日甲午戦争）を通じて日本が当該諸島を奪い取ったと主張している。⁽⁷⁾

このようにみると、日本の有する領土問題はそれぞれ異なる問題であり、異なる解決方法等が存在するように思われる。北方領土問題は日ソ中立条約違反から始まり、竹島問題はもとも韓国（朝鮮）の領土であったものを日本が一方的に編入したという主張、尖閣問題は中国（清）の領土であったものを武力に基づいて奪取したことが原因であるという主張等々である。つまり北方領土についてはサンフランシスコ平和条約やヤルタ協定等の内容が論点の様に映り、竹島と尖閣諸島に関しては、本来の領有権の帰属先が歴史上の事実の提示によって論点に成っているように理解されている。

しかしここで生ずる疑問は、中立条約違反という事実自体が非難され得る問題なのか、また竹島および尖閣諸島が日本以外の国家の領土であったとしても、武力で奪取することが問題なのか、という根本的な問いである。この疑問は、*pacta sunt servanda*（合意「条約」は守られるべきである）という法格言を前提にして条約違反を非難する考えに基づいたり、武力による領土取得は違法であるがゆえに元の所有国に帰属するのが当然であるという考え方に基づいている主張に対する懐疑から発生している。つまり現在当然と思われる、そして現代では当然のこと

なのであるが、このような考え方は第二次世界大戦後の時代の産物であつて、当該問題が同大戦前あるいは同大戦中に発生したのであれば、当該発生時点での有効な法規範あるいは法原則に基づいて評価されなければならないのである。ここに critical date（決定的期日）及び適用法の確定が、上記領土問題に大きく關係することになる。

このような視点に基づいて、本稿は、領土問題がまさに問題化していることの理由あるいは原因を戦争觀念の根本的変化という事実を求めることで、現在「二〇一二年」の關係国政府がそれぞれ「領土問題は存在しない」と繰り返し述べあつているにも拘らず問題化しているという事実を、整合的に矛盾なく説明し得ることを提示するものである。したがつて、当該領土の帰属先を特定するものではないこと、および本稿の内容はあくまで筆者の個人的見解であり学会の見解ではないこと、ならびに本稿では紙幅の關係で本文及び注釈については必要最小限のものを除き割愛したことを付記する。⁽⁸⁾

二 本論—國際法上の問題点と二つの視点—

(一) 領土問題における國際法上の問題点とその影響

(1) 領土問題の一般の問題点—critical dateと適用法の確定問題—

一般に具体的事件を法学あるいは法律学を用いて解決するという行為は、当該事実に対する評価を与える—合法・違法、権利義務の帰属先の決定など—という形で行われる。その時の評価基準が法規範（実定法や慣習法など）である。

通常、特に国内法の問題に関しては、適用条項の解釈問題はしばしば発生するが、評価基準たる適用法自体はあまり問題にならない。つまり、法の一般原則などで「法の枠」が作られるため、係争者間で適用法に関する共通の

合意が成り立っているからである。

この点をもう少し掘り下げてみると、ひとつの社会には共通の認識あるいは常識・良識または価値観などがあり、それを土台にして当該社会の法規範が成り立ち、かつ有効性の一端を保持している。そのため国内法上の適用法確定は、根本的な所では当該共通認識等によって担保されているともいえよう。つまり、まず初めに当該事件の発生時点を確認し、次に当該時点で有効な法規範を確定することで、評価の基軸を設定し、あとは法解釈学を用いて事実の評価を行うという一連の行為になるのである。

さて、国際法における領土問題に関しても同様の手法が採られる。当該係争事実が発生した時点 (critical date・決定的期日) を確定し、続いて評価基準たる適用法を確定する。しかし、こと領土問題になると、critical dateの確定について係争国間で共通の認識が成り立ち難い。特にアジア地域のように古い (歴史・伝統のある) 国家が多いと、それぞれの歴史認識上の当該領土の位置づけが異なるからである。さらに critical date と関連して、適用法の確定についても一層困難となる。第二次世界大戦を挟んで、国際法規範の土台となる観念が、無差別戦争観から侵略戦争違法観に大転換したため、同大戦の前後では適用法及びその基礎となる法観念が異なってしまうからである。

評価基準たる適用法が異なれば、事実に対する評価も異なる。つまり日本の有する領土問題については、critical date と法観念及び適用法の確定の段階で、係争国間に共通の認識と合意が形成出来ていないのである。この点について竹島・尖閣問題を例にして、説明しよう。

(2) 日本の有する領土問題の根本問題―竹島・尖閣問題を素材として―

現在（二〇一二年）、日中間に―今回の「中」は中華人民共和國を示すことにする（「中」が中華民国（台湾）であつたとしても北京政府の立場からは「一つの中国」故に、法論理上の問題はないとされている。もちろん中華民国にとつては大問題であるが）―いわゆる尖閣問題が存在する。識者によつて主張内容は異なるが、critical dateを中国は第二次世界大戦以前に発生した日本の武力による取得時とし、日本は当該諸島を実効支配していた一九七一年（この時点で中国の領有權主張が始まったとされる）としながらも、他方で尖閣諸島自体がもともと中国（清）の領土ではなかつたことを合わせて主張している。また竹島について韓国は、当該島は本来韓国（朝鮮）の領土であつたが日韓併合により法論理上朝鮮は日本の領土となつた。しかし当該併合自体が国際社会における違法行為であり、違法行為の結果は無効になるゆえに朝鮮（韓国）が改めて独立を回復した後は竹島は韓国に帰属することになるといふ。これに対して日本は、日韓併合とは無關係に竹島自体はもともと日本の領土であつたことを主張している。ここに、二つの点が見出される。第一は、武力による領土取得の問題であり、第二は、係争対象（島・諸島）が無主地であつたかという点である。この二点の關係は、第一点目の武力による領土取得が合法であつたならば第二点目は特に主張する必要のないことであり、武力による取得が違法であつたならば、日本にとつては主張すべき重要な内容となる。

それでは、何故に第一の点に関する議論がなされていないのであろうか。この点が、後述する法論理と政治的主張の矛盾（北方領土問題）に密接に関連すると考えられるからである。現段階では中国と韓国は係争対象（島・諸島）が本来自国領土であつたことを、第一の点―つまり武力による領土取得の違法性―を当然の基礎にして自らの主張を展開しているのに対して、日本は第一の点には言及せず、係争対象の無主物性および日本の領土であつたこ

とに重点を置く主張を展開せざるを得ないという理解が成り立つ。これらのことを以下で簡略に説明する。

最初に第一の点、すなわち武力による領土取得の合法性あるいは違法性の問題である。この問題はいわゆる戦争観念と密接に結びついている。一般的に国際法学における戦争観念の変遷は、①戦争が日常茶飯事であった時代、②正当戦争論、③無差別戦争観、④侵略戦争違法観に分類され、③と④の間に戦争違法化の萌芽の時代を入れる場合もある。重要な点は、侵略戦争違法観の始まった時期である。大沼保昭『戦争責任論序説―「平和に対する罪」の形成過程におけるイデオロギー性と拘束性―』によると、第二次世界大戦終了後の東京裁判（あるいはニュールンベルク裁判）において初めて戦争の違法化が明確に始まったといわれている。つまり第二次世界大戦前および同大戦時は無差別戦争観の時代であった。同観念の特徴は、武力行使（戦争）を外交手段の一つとみなして合法化していたことにあり、いわゆる戦時国際法（ジュネーブ法体系）を發展させた。その典型的な帰結として武力による領土取得（植民地獲得）も国際法上の合法行為であった。

しかし米国は、独立以来の伝統的な国是（中立）を変更するために、戦争の違法化は第二次世界大戦前に既に成り立っていたという論理―後の侵略戦争違法観―を前面に掲げて国内世論を動かし、諸援助法を成立させ、同大戦に参戦したのである。その結果、終戦後に「違法行為者」を審理する裁判を設置しなければならなくなった。ところが米国を除く他の戦勝国（敗戦国も含む）は、同大戦は無差別戦争観のもとで実施されたという認識で共通していたので、枢軸国に対する裁判は実質上戦勝国間での利益の分配会議になるはずであった。しかしそうなれば米国政府の主張していた侵略戦争違法観が誤りであったことを認めることになるので、米国代表ジャクソンによる他の戦勝国に対する説得が行われ、最終的に極東国際軍事裁判条例（現在では「極東軍事裁判所憲章（東京裁判憲章）」と表現されている）に、「平和に対する罪」という犯罪類型で侵略戦争違法観が明記されることになった。そして当該規

定に基づいて東京裁判が実施されたのである。⁽⁹⁾

このときを持って、侵略戦争違法法観が国際社会の主流ないし土台となり、戦後の諸々の国際法制度も当該観念（及び人權保障観念）に基づいて構築され、同時に担保するように構成されてきたのである。つまり歴史上の事実からすれば、第二次世界大戦前及び同大戦中は無差別戦争観とそれに基づく法規範が適用される社会であったが、戦後は侵略戦争違法法観とそれに基づく法規範が適用される社会に大きく変化したのである。

このような事実を前提にすれば、竹島および尖閣諸島問題の critical date を同大戦前又は中とした場合には、例えば同島・諸島が武力行使の結果日本に帰属することになったのであったとしても、それは合法的な帰属であり、また尖閣問題の場合、同大戦後の一九七一年を critical date にしたとしても、当時実効的支配をしていた日本に帰属することになるので、問題化することにはならないはずである。だが係争相手国の主張をみると、戦争観念の部分に大きな相違が見出される。

係争相手国は、侵略戦争違法法観が米国の主張の通りに同大戦前に既に成立しており、適用法も当該観念に基づいて成立し、解釈・運用されなければならないと論ずるのである。このような主張に対して米国自身は、自らの作りだしたフィクション（虚構）⁽¹⁰⁾を承知しているため、無差別戦争観と侵略戦争違法法観の時代を分ける日本の主張に与することはできず、一方で国際政治の關係から係争相手国に与することもできないまま、当事国同士の解決を希望して一歩身を引いている状態にある。換言すれば、係争相手国は、フィクションとして作られた侵略戦争違法法観が、戦後の国際社会で明らかに確立している事実⁽¹¹⁾に依拠して、さらに米国という強大国の主張に与することによって、第二次世界大戦前にすでに成立しており、日本への竹島と尖閣諸島の帰属は違法行為であるため、戦後の領有權の主張と実効的支配という法的効果は無効であると論ずるのである。さらに、領土帰属の国際判例に鑑みて、そ

ここでは「最近の実効的支配」が判断規準にされている場合が多い―地域的慣習国際法の成立とみなす―ので、現実
に実効的支配を行おうとしているのである。勿論、国際法上は当該判断規準と「一貫した反対国の法理」との関
係という興味深いテーマが見出されるが、係争相手国は実務的な判断に依拠しつつ、国際法戦略に依拠していると
いえよう。

このような視点で領土問題を考察するならば、日本の有する領土問題（竹島、尖閣、北方領土）のすべてについ
て、critical date（決定的期日）が問題であるというよりも、より一層根源的な部分、すなわち適用法規範の土台と
なる觀念―この場合は戦争觀念―に共通性を欠いている点⁽¹¹⁾が、当該事態を引き起こしている主要かつ根本的な原因
であると考えられるのである。

一方、日本で盛んに行われている歴史的事実の詳細な調査は、結局のところ、当該係争問題が無差別戦争観に基
礎を置くものであろうと、侵略戦争違法観に基礎を置くものであろうと、どちらにしても武力行使の結果ではな
く、平和的に日本に帰属していたことを証明するという目的と意義を有することになる。係争対象（島・諸島）が
無主地であったゆえに平和的に自国領土にしたという主張である。しかし歴史上の証明は極めて困難なことが多い
とも言えよう。⁽¹²⁾同時に戦争觀念の相違という問題を前面に提示することは、後述する北方領土問題にも大きく影響
することになり、現段階では日本は、觀念問題に踏み込むよりは、無主地であったという主張を展開する他に、法
論理的な選択肢が無いといえよう。

この様に考えるならば、日本及び係争相手国との間には、法規範の土台となる觀念についての相違があり、それ
に基づく適用法及びそれに係る解釈・運用の相違が顕在化しており、そのため、竹島問題および尖閣問題は未だ
（国際）法上の問題―法解釈上の問題―にすることが出来ないものである。

(3) 根本問題の連動性と矛盾の発生―北方領土問題に関する法論理と政治的主張―

このような状況下で日本が歴史上の事実⁽¹³⁾に依拠して無差別戦争観に基づいた主張を行った場合、竹島問題と尖閣問題については一定の結論を出せるかもしれない。しかし他の領土問題―北方領土問題―に重大な影響が生じると推測できる。

北方領土問題について、日本の主張は、日本の敗戦がほぼ決定した段階でソ連邦(当時)が日ソ中立条約を破り、北方領土を不法占領したというものである⁽¹³⁾。そのため係争相手国(現在のロシア)に対して同諸島の返還を要求している。だが、もし日本が竹島問題や尖閣問題で無差別戦争観を主張するのであれば、北方領土問題も同じ時代の、同じ戦争観に基づき、適用法や解釈・運用も同じにしなければならない。ということは武力行使(戦争)は合法であったゆえに、そして当時の枢軸国は絶対主権観念に基づいていたために、係争相手国にも同様にそれらを認めなければならない。

ここで絶対主権観念とは、国際法学上の主権観念の一つであり、自然法的国家主権観念に対抗して創られたものである。両者の相違は、国家主権観念が「最高・絶対・何ものにも服さない」という性質のものであったとしても、それでも自然法(時代によって神の法・理性の法とも呼ばれていた)には従わなければならないということを確認するか否かである。ボダン、グロチウス、ヴァッテルなどの系統に属する自然法的国家主権観念はそれを認めるが、一方、当該観念のイデオロギー性を見抜き、対抗観念として創られたのがヘーゲル、ラーソン、イエリネクの系統に属する絶対主権観念であって、自然法を認めない。ラーソンに至っては国際法は対外的国内法ゆえに国際法否定説に帰結する。イエリネクは、絶対主権観念に基づくと国家主権を拘束するものが無いにもかかわらず何故に国家は条約に拘束されるのか、という問題に対して、「国家の自己拘束説」を提唱することで回答した。つまり

国家は条約に拘束されているように見えるが、実は国家自身が当該条約を順守しようと決めているから客観的には拘束されているように見えるだけであり、国家が自己の意思で条約順守を中止ないし放棄したならば当該条約に意味がなくなる、という考え方である。¹⁴ この観念に基づいて第二次世界大戦中のドイツは周辺諸国との関係を築いていたのである。

明治政府下においてヨーロッパ大陸法体系を受容した日本(当時)は、この絶対主権観念をも受容した蓋然性が非常に高い。そうであるならば、枢軸国の連携が、自然法的国家主権観念を担う英仏を主とする当時の支配国グループに対抗するために結成されたことも、論理的に充分に推測できる。

そこで国家行動の基本となる主権観念を異にする国家グループ間に適用される国際法の最も根本的な原則は、相互主義(reciprocity)であるため、第二次世界大戦時の枢軸国対連合国の関係にも相互主義が当てはまり、この点で、現在の日本が竹島問題や尖閣問題に対して無差別戦争観及びその対(ついで)となる絶対主権観念を主張するのであれば、ロシア(当時のソ連邦)に対しても同様の事を認めなければならない。その結果は、当時のソ連邦による日ソ中立条約を一方的に失効させる行為は条約違反を構成しない―「国家の自己拘束説」に基づいても説明される―と云うことになり、武力を持って占領された北方領土は係争相手国の領土として認定されてしまうのである。

ここに領土問題に関する法論理上の問題が存する。日本は自然法的国家主権観念と侵略戦争違法観を認めなければ、法論理上、北方領土の返還を要求できなくなる。同時にそれは竹島や尖閣の領有権を―係争相手国が主張するように武力行使の結果、日本へ帰属したのであるならば―主張できないことになる。領土問題には、このような法論理上の根本問題の連動性と、政治的主張(返還要求など)との間に矛盾が存在するのである。この点を解決しな

ければ、日本の有する領土問題は—政治的決断で問題となつてゐる島々の領有權の主張を放棄する以外に、あるいは係争相手国が放棄する以外に—解決できないことになるといえよう。

(二) 領土問題に関する二つの視点

領土問題は学問的にみれば領有權あるいは領域主權の問題である。現段階においては当該問題は膠着状態にある。しかし、長期的には領域主權觀念自体が帰属から管理へと変遷しつつある傾向を見出すことができ、ある種の領土問題の建設的な解決に繋がる可能性も出てきた。その一方で、各国家の行動原理を時間觀念あるいは時代觀念を持つて類型化すると、少なくとも東アジアにおける領土問題の解決は容易でないことも予想できる。

(1) 領域主權觀念の変遷—帰属から管理へ—

I. 従来の領域（領土）取得と判断規準

これまでの領域取得については、①原始取得（先占、添付）、②承継取得（割讓、征服、併合、時効）を領域権原としてきた。これに疑義のある場合、その紛争を解決するために、第一に実効性の原則（主權的行為の継続的発現）、第二に競合する主權的活動の相対的強さ、第三に黙認・エストoppel・反禁言、第四にウテイ・ポシデティス（*uti possidetis*）の原則（現状承認の原則）、第五に条約（割讓条約・国境画定条約）を主要な規準とし、かつ、個別具体性を有する諸事実とこれら諸規準とを組み合わせる¹⁵⁾ことによつて判断されてきた。しかし、どちらにしてもこれらは、係争地域の帰属先の決定、あるいは何処の国家の領域になるのか、という発想に基づく解決規準と方法であつた。

II. 領域主権の法的性質に関する学説

領土主権の法的性質に関しては物権説、空間説、権限説が主に唱えられてきた。立作太郎（タチ サクタロウ）によれば、物権説は最も古く、土地所有権の觀念が国家の領土に関する権利に準用され、領土の取得喪失について土地所有権の取得喪失に関するローマ法の法理が自然法の名を持って国家間に有効とされ、そこから国家が領土に関して物権的権利を有すると考えられたのである。これに対して唱えられた空間説は、領土は国家の要素であり、国権の行使される地理的範囲即ち空間に他ならないとするもので、国家が領土に関して物権（又は主権）を有することを認めない考えである。また権限説は、領域とは領土高権が国際法上の国際人格者に許与する場所的権限に限る場所的限界である、という思想に基づくものである。

しかし立は、空間説に対しては、「一九二九年当時の」領土に関する種々の国際法上の現象を十分に説明することはできないことを指摘し、権限説に対しては、国家の有する国権自体が国際法によって許与された権限であるという觀念が現時「一九二九年」の国際団体の法律的確信に適していないと批判している。つまり、いずれの国家も国権あるいは主権が国際法に基いて初めて許与される権限であると認めることはほとんどないということである。

続けて立は、物権説に対するこれら二つの新説が唱えられた理由を、フリッカー（Fricker）の説を採り上げて説明している。というのもフリッカーがイエリネック（Jelinek）に先立って、いわゆる国家三要素説を唱えたからである。⁽¹⁷⁾フリッカーの見解は一八六七年に著されたものであり、領土をめぐる争いを続けていたヨーロッパの現状を土台とし、その中で物権説を検討することから始めている。つまり人にとって有益な土地・財産、特に所有地を動産の総計であるとし、それと所有者（人）との関係では後者（人）は動く「移転する」ことが無いので、代わって前者（土地）が動く「移転する」所有者の変更による移転」こととなり、これを承認すると、国家に対する領土と

は國家の拡がりと關係することになるので、領土とは國家の拡大によって定められる國家の所有地、ということになる。⁽¹⁸⁾そして既に認知されてきた國民・國家權力と並んで、國家の客體としての領土が規定され、⁽¹⁹⁾國家三要素説の原型になったのであるという。

だがこの見解は、物理的な人の可動性と土地の固定性という性質の相違を中心にして國家と土地（領土）とを深く結合させて、当該領域に入ったものを支配できるという考えに至り、國家と領土との關係は本質的であるゆえに、⁽²⁰⁾國家の領土の変更は國家自身の変更となり、領土の取得喪失によって前國家と異なる新しい國家が生ずるということになるのである。⁽²¹⁾このフリッカーの見解は極端であるが、しかし國家の要素として人民と政府並びに領土とする見解は広く行われており、このような見解に基づいて國家が領土に対して物權を有すること（物權説）を否認するものが少なくないと云われていた。⁽²²⁾その結果、先に述べた空間説、權限説が唱えられるようになったのである。

しかし、立自身も、この様な見解は総ての時代を通じ、総ての國にわたって國家の法規上の本質を明らかにするものではない、と認めているように、⁽²³⁾いわゆる學說ないし見解は、それぞれの時代及び社会的背景を基にして形成されている。立も当該状況に依拠して所説を批判的に検討しているのである。

このような學說に対する評価が正当であるならば、立には否定的に評価された見解が、現代「二〇一二年」では異なる評価を受けることもあり得る。例えば石村は權限説に対して、「この思考がもつ長所として、二〇世紀以降にあって多く成立することとなった國際機構・団体に対しても、ここに國際法から付与された權限があるとするこ

とで、國家の領土と國際組織を同位に扱うことを可能とした点にある。むしろ國家は領土を離れて存立し、その權限行使がなされるという現象が將來において展開されるであろうという見通しがこの説からは展望できることにな

る。⁽²⁴⁾」と積極的に評価している。確かに例えば宇宙開發に関して、一九六七年発効の宇宙條約が領有禁止原則（第

二条⁽²⁵⁾を規定したときから、宇宙物体に対して「動く領土原則」(the floating territorial principle)の適用を主張する見解や、より固定的な宇宙ステーションに関する管轄権への問題を提起する見解⁽²⁶⁾、さらに月面という天体上の基地及びその管轄範囲の問題など、国際法の分野では領土自体の意味ないし位置づけに対する検討の必要性が提起され続けている。特に宇宙空間に関しては、民法上の財産権の概念を援用する無主物説と共有物説、また行政法上の公物性の概念を援用する説などが唱えられており、これも科学技術の発達と時代の変化及び関係分野の特殊性に基づいて発生した見解といえよう。しかし後述するように、領土(領域)主権との関連でいえば、宇宙空間における研究は一種の先取的な意味をもつものと考えられる。

Ⅲ. 領域主権の法的性質に関する今日的傾向―社会変化と領域管理原則―

領土(領域)主権もそれに関する諸学説も、社会の現状認識が大きく影響している。国際社会に関する認識については、第二次世界大戦後に様々な理論が国際関係論で提示され始めた。現実主義からは勢力均衡論・覇権安定論・覇権循環論・ポスト覇権システムなどであり、理想主義からは国際統合理論(新機能主義理論・相互作用主義理論)・新制度主義理論(相互依存論・国際レジーム論)、また構造主義からは従属理論・構造的暴力論・世界システム論などが順次提唱されて来た。そこでは「自由主義者はしばしば主権が縮小後退していくことが、善であり進歩であるかのように論じ、現実主義者はそれを否定する議論を展開して対立してきた⁽²⁹⁾」のである。

特に戦後の国際社会では侵略戦争違法観⁽³⁰⁾とそれを担保する民主主義あるいは人権保障を大きな土台として、国際制度ないし法が形成されてきたが、「領土の不変更(憲章の「領土保全」)の実現は、事実上の武力不行使の一つの帰結といってもよい。「中略」「無主」の領土はなくなつたし、「中略」この結果、主権のもつ意味は二〇世紀前半

と較べ大きく変容した。「中略」今や国内主權は國際法上の管轄權に、對外主權も少なくとも先進国間では事実上各種の外交權という性格が著しく強くなったのである⁽³¹⁾。そして、「主權についての誤解は管轄權の國際化と国家の役割の縮小の混同から生じている。「中略」それは国家が一国単位で管轄するのが難しくなつた分野に国家の同意によつて世界的、地域的な國際組織などのいっそう普遍的、実効的な管轄能力を取り込み、自らの管轄を補完しつゝ拡大していると見るべきであろう⁽³²⁾」という認識も可能である。

つまり國際關係論の理論を用いると、ポスト覇權システムにおける覇權国グループが世界システムにおける中心国グループと重なりつゝ戦後の様々な制度を用いて国家間關係を固定化あるいは安定化させ、同時に国家が単独で対処できない事項が増大してきたため、国家自らの意思で関連する國際制度を設けて、不足部分を相互に補完させていると考えられることになる。もちろんこの様な現状を國際協力あるいは統合と評価することも可能であるが、この点は研究者ごとに異なるといえよう。

どちらにしても特に冷戦後の國際社会は經濟分野、科学技術の發展に伴うその他の分野でも一国だけでは対処し難い事項が生じている。とりわけ近年では領域管理原則（国家は、他国の法益を侵害する結果を導く領域の使用および使用の許可の權利をもたない）が、裁判実践および環境保護の分野で繰り返し確認されている⁽³³⁾という認識および見解が拡大している。この「領域使用の管理責任」概念は、領域主權の本質を説明したパルマス島事件（常設仲裁裁判所一九二八年四月四日）においてその端緒が示された⁽³⁴⁾。当該事件の仲裁人であるフーバー（Max Huber）は、最初に主權と領域に関する一般所見が必要であるとし、その中で次の様に述べた。「国家間關係における主權は獨立を意味する。地球の一部分に関する獨立は、その範囲内で、他のいかなる国家をも排除し、国家の機能を行使する權利である⁽³⁵⁾」。そして「領域主權は、一般的に、國際法によつて認定されたいわゆる自然境界によつて又は外部に向

かつた誰もが認めた限定のしるしによって、あるいは関係近隣諸国間で有効な法的取決によって、もしくは確定した国境を超えない諸国家の認定行為によって、空間的に限定され且つ認定された状態 (situation) である⁽³⁶⁾。このことを前提として、領域主権は、「国家がはつきりと諸行為を行うことのできる排他的権利を含む。この権利には、原則として次のような義務が含まれる。すなわち、他国領域における自国民のための各国の有する請求権とともに、自国領域内において他国の権利、とりわけ平時及び戦時における保全と不可侵の権利を保護する義務」である⁽³⁷⁾。この義務の考え方がコルフ海峡事件 (国際司法裁判所本案一九四九年四月九日) に受け継がれ、特に環境保護に関する右記の「領域使用の管理責任」概念を生み出したといわれている⁽³⁸⁾。

この領域管理原則のわが国における理解については、概ね二つの潮流に分けることができよう。その端緒になったと考えられるのは国際行政法の研究であろう。そこでここでは社会状況の変化と合わせつつ具体的な現象 (例えば多くの国際行政組織及びその活動) と、それを整合的に説明しようとする諸学説 (概念を含む) を歴史を追って順次示し、いわゆる超国家的な国際行政機能設定と各国の国内行政機能の対外的発動という二つの異なる認識あるいは学説を概観することで、各研究者の社会認識や傾向の相違によってそれぞれの見解が提示されていることを明らかにできるものと考えられる。

その中で山本草二は、「一六世紀いらい、個人の追求する生活利益が、国家利益と原理的に同一のものとされ、国際関係の面でも国家の次元に編入・吸収されて、国家を通じてその利益の実現がはかられてきた (Durchstratichung) 体制が、一九世紀から崩れた」ので「国家と市民社会の相互浸透現象と、近代国家の領域的な統治主権を修正する機能主義的な原理が登場してくる時期」になった⁽³⁹⁾。つまり、「市民社会の利益が、国家だけではなく国際的な産業社会を通じて制度的に実現され保護される現実の必要性が出てきたからである⁽⁴⁰⁾」。これに対処するため、「国

家相互間でも、科学技術文明の各分野で国際的な行政機構を創設し、それを通じて行政の調整・標準化を図るようになったのであり、「窮極的には、近代国家の領域主權に基づく法秩序（地的管轄權配分の原則に基く領域權能の法理）を多少とも克服し、新たに科学技術文明の即物的な基準を單位にした（機能主義の原則に立った）国際社会を制度的なものとして再構成せざるを得ないであろう。」⁽⁴¹⁾という。さらに国際的公共事務（service public international）の問題を論じる際に人間の生活や国内社会の發展過程において、国家と国際社会の構成要素も変わらざるを得ないと認識し、次のように指摘している。第一に領域的要素に代わった地域的要素については、「一九世紀における欧米諸国の国民經濟とこれを結ぶ世界經濟は、領域の分割取得・擴張の基礎の上に發展したが、今日「一九六九年時点」ではもはやそれは不可能であつて、地域的に密接に結合し限定された分野で經濟の拡大發展が行なわれるだけであ」り、このようにして「地域的な結合と統合は、国家の支配權または私的所有權の基盤であつた領域の意義を変え、今日「一九六九年時点」の行政国家の任務を実現するための機能的な基盤として、領域をみなすようになって⁽⁴²⁾いる」。この指摘は特に新しいものではなく、既にケルゼンが *Allgemeine Staatslehre* (1925) において、国家の領域とその地域的な組織化をもつて、「国家または組織の機関のための、抽象的な權能の範圍」、「国家法及び超国家法の法規範の範圍」という新しい空間理論を立てていた、とも指摘している⁽⁴³⁾。また第二に、専門職能的要素について、「伝統的に国家の權力作用の対象であつた領域が、専門職能に基づく事項別に再区分されて国際的に統合し、複数の専門的行政的法秩序の構成單位に変わるのである（たとえば、經濟的自由化の原則が實現される場として、國際的に經濟地域が形成される）」⁽⁴⁴⁾という。そして第三に、時間的要素について、「一定の行政目的を國際的に設定し実現するための『過程』という側面が、重視されるようになる⁽⁴⁵⁾」のである。このような事態は「国家の伝統的な管轄權の基盤であつた空間的時間的な要素を超越し轉換させるものである以上、主權概念の側からする激しい抵抗に直

面せざるをえない⁽⁴⁶⁾」とも指摘している。このような見解は、「二国間の対抗関係では実現できない国際公益が設定されるとともに、国際公益を実現する国際公共事務を実施するにあたり、伝統的國家の管轄権のストレートな適用が制限ないしは排除される。ここに、地的管轄権配分の原則に基づく領域権能の法理としての、領域主権の修正・克服をみることができ⁽⁴⁷⁾。」と評されている。特に国際環境法の分野でも「領域性をまとわない新たな国際共通利益（海洋環境・共有資源・地球環境など）を国際法益として設定し、その実現のための権限として、領域主権を『機能化』することである。ここでは、領域は、共通利益を実現するために、一定程度に国際的に統一された立法や措置が実施される空間となる⁽⁴⁸⁾」。これは「領域主権を、国際法益の実現のために、その行使を国際法により規律される機能的権限へと変更することにおいて、実現されているのである⁽⁴⁹⁾。」とまとめられている。

この見解に対して、「領域を基準として、国際法が國家の基本的権利と基本的義務を決定し、國家の権利相互の関係を規律する根本原理の展開」が領域管理原則の発展であるとし、領域主権の「相対化」を主張する見解⁽⁵⁰⁾もある。ここにいう「相対化」については、「国際法が領域主権をすべて國家に付与しているがゆえに、同時に、国際法は領域主権相互の対立が現実化した場合の、調整の法理を生み出さなければならぬ。つまりこの調整は、領域主権原理がむしろ『内在的』に要請するものであり⁽⁵¹⁾」、そこに「相対化」の意味もあるという。そして領域管理原則とは「対等な権利の調整の法理である⁽⁵²⁾」とする。

これらのほかには、領域主権に限らず国際社会においては主権が一般的に制限される傾向にあることを指摘する者もいる。例えばB・コンフォルティは、実際に締結されている多くの条約を例に出し、特に人権保護関係（拷問禁止条約など）を例示しながら、その中の國家に対する義務規定などによって國家主権の具体的発現に対する制限あるいは規制が行われている⁽⁵³⁾、という。またノッテボーム事件判決（国際司法裁判所一九五五年六月四日）を採り上

げ、従来、国家主權の問題とされてきた国籍付与に關しても、その効力は国内法の段階においてはともかく国際法の段階においてはいわゆる真正結合無しに国籍の付与を国際的に正当化できると考えることはできない⁽⁵⁴⁾、といひ、少なくとも国際的な場面における主權の規制という現状及び事實を指摘している。この見解は、国家を超えた超国家的傾向という理解ではなく、国家主權の存在と発現の自由を前提にして、国内法制度との整合性を念頭におきつつ条約を作成し、加入するという現実も含まれていることから、第二次大戦後の国際法社会の大枠あるいは示唆された方向性の中で、主權間の調整を当該方向性に合わせながら実行している状況であるとも理解することができよう⁽⁵⁵⁾。

ところで、これら見解の相違は何処から来るのであろうか。執筆者のすべての文献を精査したわけではないが、それぞれの根拠の相違が見解の違いに現れているように考えられる。すなわち前者（山本）は、国際社会で実際に生起している様々な国際（行政）機関とその背景たる状況に基づいて、実態的に導き出した認識に基づいて主張・展開されており、国家を超えるという考え方につながり易いと考えられる。それに対して後者（対等な權利の調整の法理）は、主として国際裁判の分析に依拠している。法律学としては判例を扱うのは常であり、その意味では全く問題はないが、未だ十分に組織化されていないゆえに国際行政法の研究も行われているのだが、国際社会における裁判は、紛争当事国の利害の調整という民事法的な傾向を色濃く残している場合が多く、そのような裁判例に基づいて領域管理原則を研究するならば、国家を超えるという性質よりも紛争当事国それぞれの領域主權の調整という性質が見出される蓋然性が高くなる。また最後の見解は、前二者にも共通している国際法社会の大枠をより直接的に反映した認識に基づいて表されたものと考えることができよう。このような視点でこれらの見解を理解するならば、それぞれは対立するものではなく、共通の理解に基づきながら、領域主權あるいは領域管理原則の一側面を

それぞれ表しているものと考えることができよう。

(2) 国際関係論における認識—時間という視点—

組織化された社会のほとんどの法制度は時間制度である。⁽⁵⁶⁾ 年齢計算、定年の設定や労働時間、授業時間等々、法制度の相当の部分が時間の制度になっているあるいは時間を基礎にして成立しているということである。その時間制度は、いわゆる直線的時間制度であり、それゆえに過去・現在・未来、先進・途上、進化・発展といった観念および表現が使用されている。ということは、本稿で取り上げた領域主権観念および学説も、時間経過による変化であり、地域別・分野別・項目別に領域主権観念が相違すると云う指摘もそれぞれの分野の実質的な時間経過（発展段階ともいえる）の相違を云い表している。

それと同時に、各分野別に異なっている時間経過が、現在という同一の時間帯に併存している。この併存状態は、それぞれの分野における国家の行動を基礎づける原理ないし原則の相違を確定する。しかし、異なる時間的性格を帯びた原理・原則が現在という同一の時間帯に併存している限りは、当該原理・原則も現在の枠組みの中で存在および行使が許されるのであり、当該枠組みから逸脱すれば、通常は国際法違反行為（国際不法行為・国際違法行為）と認定されることになる。というのも中央集権化されていない国際社会では、多くの正義が併存しているため、国際紛争とはいわば正義対正義の衝突という性格を有しており（大抵が共通の事実に対する評価の相違—つまり規準たる法規範の相違—である場合が多い）、どちらの正義がその時間帯および地域あるいは項目における国際社会共通の正義に近いかという規準で判断されることになるからである。当該時間帯が同じで、原理・原則もほぼ共通化し、正義の共通性の程度が高いところでは、紛争の平和的解決のなかでも裁判による解決の成功率が高くなると考

えられる。

領域主權の問題に關して、このような法的な視点とは別のとらえ方が、國際關係論ないし國際（關係）学にある。例えば田中明彦『新しい「中世」』⁽⁵⁷⁾では、この異なる時間帯の併存という発想及び認識とほぼ同様のことを別の表現で表している。それは、第一圏域・第二圏域・第三圏域という分類および「近代」と「新しい中世」のきしみ、という指摘であろう。その中で特に東アジアに關しては、「第一圏域に属する日本は、一方で『新しい中世』的國際關係に身をおきながら、他方で未だに『近代』的な要素をざらざらと輝かせている国々と対峙しなければならない。⁽⁵⁸⁾」と指摘されている。なお同書の執筆時と現在（二〇二二年）では、國際關係に変化が生じている点にも注意しなければならぬ。⁽⁵⁹⁾

このような思考に基づけば、「ヨーロッパ地域のみならず他の地域と比較しても、とくに、極東地域は、經濟的な相互依存が著しく緊密化しているにもかかわらず、紛争処理システムの適用環境に大きな格差があるように思える。⁽⁶⁰⁾」という状況の東アジア地域に發生している諸問題（領土帰属問題を含む）も、紛争当事国のそれぞれが依拠している時間的性格を帯びた原理・原則を解明し、それを現在という時間枠の中で許容される方法で処理することが必要である。

三 結論—まとめと課題—

以上述べてきたように、日本の有する領土問題は、単に事實關係のみを提示しても解決には結びつかない。係争國間に適用法及びその土台となる觀念の相違が存在するからであり、日本にとってもそれぞれの領土問題が法論理的に關連してしまうからである。それを承知の上で、各問題に於いて關係諸事實が有する意味を明確に理解して調

査・提示するのであれば、それなりの意義を有するであろう。

そして、国際法学の視点からは領域主権觀念が帰属から管理に変遷しつつあること、また実際に日韓の間でいわゆる北部協定と南部協定が締結されて（ともに一九七八年発効）、南部協定に於いて大陸棚に関する共同開発区域（J D Z / Joint Development Zone）が設けられているという現実を考えれば、領域主権の管理原則への変更も現実味を帯びてくるだろう。

しかし国際関係論の視点の一つをとれば、日韓での共同化が可能になったのは、日本が第一圏域で、韓国は第二圏域でありながらも第一圏域にも架かっている位置にある国家同士であることが理由となる。だが日中間では、中国は明らかに第二圏域に属しており、ここでは未だ武力の行使が国際関係の重要且つ現実的な選択肢の一つとして挙げられる故に、異なる圏域間で共通する紛争解決方法を見つけ出すのは、非常に困難であると言わざるを得ない。

これらの諸要素が絡み合いつつ領域（領土）問題が存在していることが、日本の有する当該問題を解決に導くことが出来ない理由と考えられるのであり、国際法、国際関係論及びその他の研究を総合しなければ、解決の方向性を見出すことが出来ず、それが今後の課題であると思料できる。

以上

注

(1) 一つの問題が時代の変遷を経て異なる意味を有する問題として継続している例として、海洋漁業資源が従来の経済的資源という観点からの保護だけでなく、当該資源自体が他の生態系とともに環境問題化していること、そして国連海洋法条約のみならず、

その他の条約等によつて環境問題化した漁業資源の「環境保護」が、複数の制度によつて実施されていることなどが挙げられよう。(都留康子「海洋漁業資源ガバナンス現状と課題―重層化する制度の協働の模索―」『世界法年報』第二十七号、二〇〇八年、所収)。

- (2) 調査及び立法考査局(塚本孝)「北方領土問題の経緯【第四版】」国立国会図書館 ISSUE BRIEF NUMBER 697 『調査と情報』第六九七号(二〇一一年二月三日)二頁、六〜七頁参照。落合忠士「北方領土―その歴史的事実と政治的背景―」(鷹書房、一九七一年)参照。太壽堂『領土帰属の国際法』(東信堂、一九九八年)一九〇〜一九七頁参照。
- (3) 調査及び立法考査局(塚本孝)「竹島領有権問題の経緯【第三版】」国立国会図書館 ISSUE BRIEF NUMBER 701 『調査と情報』第七〇一号(二〇一一年二月二十二日)二頁参照。太壽堂、前掲書、一二五〜一五六頁、一九七〜二〇〇頁参照。
- (4) 調査及び立法考査局、前掲論文(塚本)、二頁。それによると、当時の朝鮮も鎖国であつたという。
- (5) 同論文、六頁参照。
- (6) 同論文、七頁参照。同論文(九頁)によれば、対日平和条約作成過程で韓国政府から要求された修正案に対して、米国のラスク国務長官補佐は国務長官に代わり、「合衆国政府は：「中略」：ドク島または竹島ないしリアンクール岩として知られる島に関しては、この通常無人である岩島は、我々の情報によれば朝鮮の一部として取り扱われたことが決してなく、一九〇五年ころから日本の島根県隠岐支庁の管轄下にある。この島は、かつて朝鮮によつて領土主張がなされたとは思われない。」といい、当該修正要求を拒否したのである。
- (7) 外交防衛課(濱川今日子)「尖閣諸島の領有をめぐる論点―日中両国の見解を中心に―」国立国会図書館 ISSUE BRIEF NUMBER 565 『調査と情報』第五六五号(二〇〇七年二月二十八日)五頁参照。外務省情報文化局「尖閣諸島について」(一九七二年)および緑間栄「尖閣列島」(ひるぎ社、一九九三年)などを参照。太壽堂、前掲書、二〇〇〜二〇六頁参照。
- (8) 本稿は、拙稿「領土問題の根底にあるもの―日本の領土問題はなぜ解決に至らないのか―」東洋大学通信教育部『東洋通信』第四十九巻第二号(二〇一二年五月)三十三〜四十八頁に加筆修正したものであることを付記する。
- (9) 大沼保昭『戦争責任論序説―「平和に対する罪」の形成過程におけるイデオロギー性と拘束性―』(東大出版会、一九七五年)

八〇三―一五頁。このときの様子を同書は次のように記述している。「米国は、国際軍事裁判所条例「東京裁判条例」の犯罪定義規定に侵略戦争の開始、遂行を含めるよう強く主張し、さらに侵略の定義をも規定するよう主張したが、これは、米国代表ジャクソンが率直に認めたように、侵略戦争を犯罪として規定することが、自国民に対する米国政府の立場上必要であるという国内政治上の要請に基づくものであった。つまり、米国政府は、一貫して国民に侵略戦争の違法性を説き続け、政策の基礎をその点に求めた。ここで侵略戦争を犯罪と規定しない条例を受け入れるなら、従来の米国政府の立場が誤りであったことを国民に対して認めることになる。米国政府にとってそれは決定的な打撃故、条例には如何なる犠牲を払っても―それが受け入れられなければ、たとえ条例が不成立に終わっても―侵略戦争が犯罪であることを規定しなければならない。ロンドン会議で侵略戦争違法観を強硬に主張した米国政府の立場はこのようなものであった。米国政府にとって、侵略戦争違法観が、それ自身価値あるものとして考えられているのでなく、他の現実的な利益―ここでは、米国政府の従来からの立場を条例に表現することによって、「米国」国民に右の立場の正当性を事後的に証明し、国民の政府に対する信頼感を確保する―に仕える道具概念として用いられていることは明らかである」。それゆえに、「ジャクソンにとって、侵略戦争の開始は犯罪であり、如何なる政治的・経済的事情もこれを正当化できないという命題が否認されることは、従来の米国政府の、そして自身の立脚点の全面的否認を意味するものであった。ジャクソンは次のように考えたのである。

『右の命題が条例に規定されないなら、米国政府は、そして自分は、国民に対して虚偽の主張ないし誤った主張をしてきたことになる。しかし、国際軍事裁判所「東京裁判」は、自己を含む米国政府の政策が正しかったことを証明するためにこそ設立されるのであって、それが虚偽であった、あるいは間違っていたと告白するために設立されるのではない。もし後者の結果がもたらされるのであれば、国際軍事裁判所などは設立しないほうがましである。』

ジャクソンは、右の考えを英仏三国代表に率直に表明し、侵略戦争違法観が犯罪定義規定の中に受け入れられぬ場合は、国際軍事裁判所の不成立も辞せず、という強い態度を示した。米国不参加の国際軍事裁判所が著しくその光彩を減ずることを熟知していた他の三国代表は、右のジャクソンの恫喝を前に不承不承、米国の主張を認めた。かくして、条例には侵略戦争の開始、遂行が犯罪として定義され、今日の『平和に対する罪』の「内容となったのである」(同書、三六三―三七八頁)。この戦争観念と東京裁

判との關係については、拙著『戦後日本の課題と検討』（虹有社、二〇〇九年）一―二十八頁参照のこと。

(10) 例えば侵略戦争違法観は第二次世界大戦前にすでに成立していたとする根拠を次のように言うが、それに対する反論がある。すなわち、例えば、一九〇七年の第二回ハーグ平和会議で「契約上の債権回収のために兵力使用制限に関する条約」（ポーター条約・ラテン・アメリカ諸国が提唱）で、私人との契約履行のために本国が武力を用いて介入することを排除することを規定し、一九一三年―一九一四年の「ブライアン条約」（アメリカ諸国間の二国間条約）では、一定の紛争を常設委員会に付託する義務を定め、委員会報告終了まで兵力の使用を禁止することを規定した。また国際連盟規約第十二条第一項は連盟理事会による審査、同第二項は三ヶ月の冷却期間内での戦争の禁止、第十三条第四項は判決に服する国に対する戦争の禁止、第十五条第六項は勸告服従国に対する戦争の禁止を定めていた。一九二三年の「相互援助条約案」では「侵略戦争は国際犯罪である」と明言し、一九二四年の「国際紛争平和的処理議定書」（ジュネーブ議定書）では、国際連盟決議に基づく以外の戦争を禁止、一九二八年の「不戦条約」（パリ条約またはブライアン・ケロッグ条約）第一条は「国家の政策の手段としての戦争の放棄」、第二条は「紛争の平和的解決」を定めていた。一九三二年の「ステイムソン・ドクトリン」は不戦条約違反のあらゆる事態・条約・協定の不承認を主張し、一九三三年の「ラテン・アメリカ不戦条約」（中南米諸国間で締結）では侵略戦争を非難していた。

しかし、このような主張に対して次のような問題点を指摘することができる。すなわち、一見するとあたかも戦争の違法化が国際慣習または慣習法として成立していたかのようなようであるが、その根拠となっている条約等を個別かつ詳細に調べると、どれも法的な意味での慣習または慣習法の成立要因にはなり得ない、ということである。

例えば、一九〇七年の「ポーター条約」は、国家対国家における武力行使ではなく、私人の契約の履行に国家が武力を用いて介入することを阻止しようとするもので、従来の無差別戦争観における国家の対外政策としての武力行使とは異なる対象を念頭に置いているので、これをもって戦争の禁止が全世界に認められたというには、無理がある。また「ブライアン条約」は、委員会報告までの兵力使用の禁止を定めているだけであり、その後の兵力使用については認めていることから、一定期間の戦争のモラトリアムにはなっても、兵力使用の完全な違法化を定めているわけではない。「国際連盟規約」においても、戦争を当事国の何らかの戦意表明によって成立する法状態と捉え、単に手続上の問題として取り上げているに過ぎなかった。「相互援助条約案」では、侵略

戦争を国際犯罪としながらも、侵略そのものの定義が定められておらず、勧告や判決を受諾しなかった国に対して行われる戦争は侵略戦争とみなされない(条約案第一条)としたため、戦争制限にとつては無効であり、また結局は案のままで実定法化しなかった(成立しなかった)。「国際紛争平和的処理議定書」も同様に成立しなかった。「不戦条約」についても、その規定内容が限定的であったため、実際には戦争の禁止にとつて多くの抜け道が用意されていた。「ステイムソン・ドクトリン」については、厳密に言えばアメリカ合衆国という一国のドクトリンに過ぎず、これが全世界の国々を拘束するとはいえない。「ラテン・アメリカ不戦条約」も実質は不戦条約と同様である。

これらのほかに、戦争違法化アメリカ委員会設立(一九二二年)や一九二五年の軍縮会議開催要請決議(連盟総会の決議の一つで、侵略戦争を国際犯罪とみなすべきことを宣言した)、一九二七年の侵略戦争に関する宣言決議(連盟総会決議で、侵略戦争の禁止を謳った)、一九二八年の第六回米州国際会議決議(侵略戦争を人類に対する犯罪とし、すべての侵略戦争の禁止を宣言)などを示す論者もいるが、戦争違法化アメリカ委員会とは、ソルモン・レーヴィンソンによつて組織された米国の民間団体であり、そのような民間団体の設立が慣習国際法形成の要因になるとは言い得ない。また三つの決議は、それが決議であるゆえに法的拘束力を有するものではない。

以上のように詳細に見てゆくと、国際法社会全体を拘束する条約としては未成立なもの、法的拘束力のないもの、いわゆる「ザル法」であるもの、定義の不十分なもの、一国だけのドクトリンや民間団体の設立といった普遍性のないもの、このようなものばかりであることが歴然としている。当時の多くの人々の中に、戦争(武力行使)を制限しようとする考えや気持ちがあったことは窺い知ることができる。しかし、慣習国際法の成立要件に照らすと、一般的慣行の実体が伴っていなかった、すなわち表面上は戦争違法化の一般的慣行があつたように見えるが、実際は当該違法化が実行されていたとは言い難い状況にあつたといえよう。また戦争違法化の萌芽はあつたが、それが法的確信にまで昇華されていたとも断言できないであろう。したがつて法理論からいえば、戦前成立説の主張する根拠をもつて戦争の違法化が慣習国際法として戦前に既に成立していたとはいえないことになる。

これらの米国の主張に関しては、大沼、前掲書に依拠したほかに、防衛庁編集協力『セキユリタリアン』一〇月号(二〇〇一年)の「国際法の歴史と未来」(大沼保昭)および、シエルドン・グリユック『戦争犯罪の法理』横田喜三郎訳(道遙書院、

一九四八年）を参照した。この原書名は、Sheldon Glueck, *The Nuremberg Trial and Aggressive War* であり、「この書物は、連合国最高司令部によって、とくに翻訳を許された最初の一〇〇冊のうちの一冊である。」（訳者「はしがき」より）。その内容は、まさに米国の代弁である。

勿論、このような米国の考えとは別に、侵略戦争違法観は、第一次世界大戦と第二次世界大戦の戦間期においてユース・コーゲンスとして確立していたとする見解もある。つまり、連合国の戦後処理を連合国（＝国連）という国際組織の平和回復と再建のための法的機能としてとらえるかぎり、「平和に対する罪」の観念は戦間期と第二次世界大戦の戦争期間中を通じて明確に確立していたと見るほかないのであり、「平和に対する罪」は、ニュールンベルク国際軍事裁判所や極東国際軍事裁判所の設置によって始めて創設された観念であり、したがって適反性をもたせない限り処罰権を行使し得ない犯罪類型だとは決していえないのである、というのである。さらに、後述する米国の中立法規違反に関しても、第二次世界大戦が連合国の武力行使の集団的正当化 (collective legitimization) の法理が作用する戦争であったとする学説は既に定着しているとし、第二次世界大戦中の英国に対する米国の武器貸与協定 (The Lend-Lease Agreement) の締結とその履行は、一九二八年の不戦条約を法的根拠とし、「侵略」に対抗する国際社会の正当手段とされ、したがって「第二次大戦は 'collective defense and sanction' の行動であった」と述べるラックス (M. Lachs) の見解を引いている主張もある。広瀬善男『戦後日本の再構築』（信山社、二〇〇六年）一九四～一九九頁、二〇六頁参照。

(11) 最近のものとしては、次の研究がある。永石啓高「戦前における尖閣諸島の法的地位」苦小牧駒澤大学『苦小牧駒澤大学紀要』第二十四号（二〇一一年十二月）五十三～八十六頁。

(12) Seokwoo Lee, "Territorial Disputes among Japan, China and Taiwan Concerning the Senkaku Islands," *Boundary and Territory Briefing*, vol. 3 No. 7, (University of Durham, 2002) において、例えば尖閣問題に関して次のようにまとめられている。尖閣諸島に対する領有権問題を解決するキーポイントは *critical date* の確定である。つまり中国側が主張するように、日本が当該諸島を日本領に編入した一八九五年一月とするのか、あるいは日本側が主張するように、日本が中国（台北と北京）両政府の公式態度を知った一九七一年なのか、ということである。台北と北京の双方とも主として歴史的証拠に依拠しており、その立証性は疑い

なく高いであろう。他方で日本は尖閣問題と直接関係する、最も近々の国家権力行使行為を前提としている。これまでの検討から、日本側が領土問題に対してより強い主張を有していると思われる。換言すれば、本件の critical date は、日本が主張するよう一九七一年であるべきである。このことは、本件に関する歴史上の証拠は、単なる歴史としてそれ自身が価値を有するのでなく、領域の取得及び喪失に関する国際法の枠内で評価されなければならないからである (*Ibid.*, p.30)。このように critical date とは、Lauterpacht によれば「領土問題が具体的に具現化したと考えられる日 (date)」であることから (*Ibid.*, p.10)、尖閣問題については油田の存在が見込まれたことに関連して一九七一年が当該日に当たると考えられることになるという。しかし、これを国際法の枠内で検討することについては、今日的な困難性が付随するのであり、軽々に領有権の帰属について断じることができないのである。

- (13) 落合忠士『北方領土―その歴史的事実と政治的背景―』(鷹書房、一九七一年) 六十二―六十五頁参照。
- (14) 田畑茂二郎『現代国際法の課題』(東信堂、一九九一年) 三―三十九頁。Cf. Ige, F. Dekker and Wouter G. Werner ed., *Governance and International Legal Theory*, (Martinus Nijhoff, 2004), pp.125-155.
- (15) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed., (Oxford, 2002), pp.125-167.
- (16) 立作太郎「国際法上の國家の觀念と國家の領土」『国際法外交雑誌』第二十八卷第三号(一九二九年) 一―二十二頁(以下、同じ)。
- (17) 石村修「憲法における領土」新潟大学『法政理論』第三十九卷第四号(二〇〇七年) 一七三―一七四頁。
- (18) 同論文、一七四頁。
- (19) 同論文、同頁。
- (20) 同論文、一七五頁。フリッカーの見解について、立は批判的に紹介・検討している。立、前掲論文(注16)、三―十八頁。
- (21) 立、同論文、四頁。
- (22) 同論文、同頁。
- (23) 同論文、五頁。

- (24) 石村、前掲論文(注17)、二十五頁。
- (25) Riccardo Luzzatto e Fausto Pecar, *Codice di Diritto Internazionale Pubblico*, (Giappichelli Editore, Torino, 2006), p.278.
- (26) Andrew J.Young, *Law and Policy in the Space Stations' Era*, (Nijhoff, 1989), p.153.
- (27) Bin Cheng, *Studies in International Space Law*, (Oxford, 1997), pp.472-474.
- (28) 龍澤邦彦「宇宙法システム—宇宙開發のための法制度—」(丸善フラインネット、二〇〇〇年)二〇—二十五頁。
- (29) 納家政嗣「二〇世紀における国家主權の變容」國際法学会編『國際社会の法と政治』日本と國際法の二〇〇〇年第一卷(三省堂、二〇〇一年)三十六頁。
- (30) 大沼、前掲書(注9)、三六三—三七八頁参照。
- (31) 納家、前掲論文(注29)、五十二頁。
- (32) 同書、六〇頁。
- (33) 兼原敦子「領域使用の管理責任原則における領域主權の相對化」村瀬信也・奥脇直也編集代表『国家管轄權—國際法と国内法—』山本草二先生古希記念(勁草書房、一九九八年)一七九頁。
- (34) The Island of Palmas Case (or Miangas). United States of America v. The Netherlands. Permanent Court of Arbitration. The Hague, 4 April 1928. <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?page_id=1029>, <Island%20of %20Palmas%20awrd%20only%20+ %20 TOC [].pdf>, (6 June 2011, Tokyo), p.4.
- (35) *Ibid.*, p.8.
- (36) *Ibid.*
- (37) *Ibid.*, p.9.
- (38) Cf. The Corfu Channel Case, the United Kingdom v. Albania, 9 April 1949, *ICJ Report* 1949, pp.1-20. 松井芳郎編『判例國際法〔第二版〕』(東信堂、二〇〇六年)一二九頁参照。
- (39) 山本草二「國際行政法の存立基盤」『國際法外交雜誌』第六十七卷第五号(一九六九年)十五—十六頁。

- (40) 同論文、二十六頁。
- (41) 同論文、同頁。
- (42) 同論文、四十二頁。
- (43) 同論文、四十三頁の注三。ハンス・ケルゼン『一般国家学』（改版第九刷）清宮四郎訳（岩波書店、二〇〇四年）二二八～二四六頁参照。特に「地域団体」に関しては二三八～二四〇頁。この文章の中には、今日のグローバル法にも関係する内容が含まれており、示唆的であるともいえよう。また特に注目され得るのは、本書では随所に「時間」が取り上げられている点である。ここでは、「国家の要素中に、もとより空間は採用するが、時間は、空間と同等に要素に属するであろうにもかかわらず：「中略」…国家と時間との関係にはなんらの原理的研究もなされないということである。」（同書、二四六～二四七頁）等々、重要な指摘がなされている。
- (44) 山本、前掲論文（注39）、四十三頁。
- (45) 同論文、同頁。
- (46) 同論文、同頁。
- (47) 兼原、前掲論文（注33）、一八一頁。
- (48) 同論文、一八二頁。
- (49) 同論文、同頁。
- (50) 同論文、同頁。
- (51) 同論文、二〇一頁の注8。
- (52) 同論文、一八〇頁。
- (53) Benedetto Conforti, *Diritto internazionale* 7th ed. (Editoriale Scientifica, 2006), pp.183-188.
- (54) *Ibid.*, p.185.
- (55) 第二次大戦後の大枠と方向性とは、いわゆる侵略戦争違法観（戦争の違法化）と民主主義（その基準としての人権保障）であ

ると考えられる（大沼、前掲書（注9）、参照）。

（56） 法制度と時間制度に関する我が国における文献としては、以下を参照。千葉正士『法と時間』（信山社、二〇〇三年）、ゲルハルト・ドールン・ファン・ロッスム『時間の歴史―近代の時間秩序の誕生―』（藤田幸一郎・篠原敏昭・岩波敦子訳（大月書店、一九九九年））。

（57） 田中明彦『新しい「中世」』（日本経済新聞社、一九九六年）。

（58） 同書、二五四頁。

（59） ヘドリー・ブル『国際社会論―アナキカル・ソサイエティー―』（白杵英一訳（岩波書店、二〇〇〇年））では、近代社会と伝統社会と未開社会という表現を同時代の状態として使用していることにも、いわゆる発展段階の時間的差という発想を伺い知ることが出来る（例えば、同書、四十七―四十八頁）。

（60） 大谷良雄「フランス・ドイツ合同国際法シンポジウムと尖閣問題―紛争処理システムの適用格差について―」（『時の法令』第一八七―号（二〇一〇年十二月十五日）五十四頁）。

—さいとう ひろし・法学部教授—