



Title	伝統的国際法における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠 (二・完)
Author(s)	和仁, 健太郎
Citation	阪大法学. 2015, 64(5), p. 121-162
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71539
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

伝統的国際法における

敵船・敵貨捕獲の正当化根拠（二・完）

和 仁 健 太 郎

はじめに

一 敵船・敵貨捕獲の対象となる「敵船」および「敵貨」の範囲

1 敵性

2 敵船上の中立貨および中立船上の敵貨の扱い

二 一八世紀以前の学説・国家実行における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠

1 権利執行手段としての戦争

2 捕獲による権利の実現・「法上弁済」の法理（以上、第六四巻二号）

3 法上弁済以外の原理に基づく捕獲

4 自然法上の原理の修正

三 一九世紀～二〇世紀初頭の学説・国家実行における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠

1 一九世紀に生じた諸変化

2 敵船・敵貨捕獲制度廃止論と存置論の対立

終わりに（以上、本号）

3 法上弁済以外の原理に基づく捕獲

以上のように、概ね中世から一八世紀までの時期の学説・国家実行において、敵船および敵貨の捕獲の根拠となつた基本原理は、侵害された権利に相当する物を敵から奪つて権利の回復・実現に充てるという法上弁済の法理である⁽⁸²⁾が、それに加えて、正当戦争（正当なフェーデ）を行う国（者）は、法上弁済の法理とは別の——しかしそれと矛盾・抵触はしない——原理に基づいて捕獲を行うことができるとそれがあった。それは、第一に、敵の戦力を弱体化させるための捕獲であり（（1））、第二に、敵国に講和条件を受諾させるための物の占有であった（（2））。

（1）敵の戦力を弱体化させるための捕獲

敵の戦力を弱体化させるための捕獲が許されるという考え方には、一八世紀以前の比較的多くの学説に見られる考え方である。しかし、捕獲の対象となる物の範囲や、捕獲の効果（所有権の取得を伴うかどうか）については、学説によつてかなりのばらつきがあつた。

例えばヴィトリアは、「例えは武器、船舶、戦争の器具といった、敵が我々に対しして使用し得るもの」については、これを「取り上げる（spoliare）」のが許されることは確実である」と述べる⁽⁸⁴⁾。ヴィトリアは、罪のない者から物を取り上げることは合法ではあるが戦争終了後に残つてゐる物があれば返還する義務があるというシルヴェステル（Sylvester）の見解に反対して、戦争において合法的に捕獲した（captus）物について返還の義務はないと述べているから、ヴィトリアにおいて、「取り上げる」とか「捕獲」するということことは、単に占出し留置することにとどまらず、所有権の取得、つまり没収を意味していると考えられる。ヴィトリアによれば、「敵が我々に対しして使用

し得るもの」を取り上げることができるのは、「そうしなければ、我々は、戦争の目的であるところの勝利を獲得する」とができない」からである。ヴィトリアはさらに、「敵の力を無力にする (*debilitandum hostium vires*) ために必要であるならば、罪のない者たちの金銭を取り上げ、穀物を焼き払い、これを破壊し、馬を殺す」ともえられる」と述べた後、ついに続けて、「もし戦争が永続的であるならば (*si bellum sit perpetuum*)」、「敵国内にあるすべての物を奪い取ることが許される」⁽⁸⁵⁾。「敵国内にあるすべての物を奪い取ることが許される」⁽⁸⁶⁾。「敵国内にあらからだ」と述べている。⁽⁸⁷⁾このように、ヴィトリアによれば、①「例えば武器、船舶、戦争の器具といった、敵が我々に対して使用し得るもの」については、無条件に没収が認められる。また、②「罪のない者たちの金銭」を取り上げるといつたことについては、「敵の力を無力にする必要であるならば」という条件付きで認められる。さらに、③「戦争が永続的である」場合に限られるが、「敵国内にあるすべての物を奪い取ること」⁽⁸⁸⁾も認められる。

これに対し、グロティウスが肯定する敵の弱体化のための捕獲の範囲は、ヴィトリアよりも限定的である。グロティウスは、『戦争と平和の法』第三卷第一章で、戦争において自然法上許容される⁽⁸⁹⁾ことについて論じているが、そこで財産の取得または破壊に関して提示している命題は、次の三つである。第一に、「私に確実に危険をもたらす物」については、それを「奪う (*invadere*)」ことが許される。「しかし、私は【その物の】所有者 (*dominus*) となるのではなく、私の安全に関する十分な保障がなされるまで、それを留置 (*custodire*) でもるだけである」。第二に、「私は、私の財産であって他人が保持して居るもの、またはそれが難しい場合には、その価値に等しい物を奪い取る (*eripere*) 権利を有する」。この場合、奪った物の所有権 (*dominium*) を取得する。第三に、刑罰が正当である場合には、刑罰の一部として、「明らかに正当な範囲内」において放火その他の方法により物を破壊する

（）などが許される。グロティウスが自然法上認める物の取得または破壊は、この三つだけである。敵の戦力の弱体化に關係するのは第一の命題であるが、ヴィトリアと異なり、グロティウスは、「私に確實に危険をもたらす物」に限り、しかも、没収ではなく「留置」だけを認めている。言い換えれば、ヴィトリアは、敵の戦力の弱体化という観点から、前記の①、②および③の命題を肯定していたが、グロティウスは、敵の戦力の弱体化という觀点に限つて見れば、ヴィトリアにおける①の命題に相当することだけを認めたのである。

この点は、ヴァッテルも同様のようである。すなわち、ヴァッテルによれば、正当戦争を行う国は、「敵の力を増強し、および敵の戦争遂行を可能にし得るすべての物」を敵から「奪う (priver)」ことを許される。⁽⁸⁹⁾ 「奪う」とは、ヴァッテルによれば、「敵の財産を、可能な場合には押収し (s'empare)、または取得する (se les approprie)」⁽⁹⁰⁾ ）」^{（）}であり、没収と、所有権の取得を伴わない留置の双方が含まれているようである。

この点、ヴォルフはもう少し曖昧であり、「敵の行動能力 (vires agendi) を減殺するために、敵のいかなる動産をも捕獲する (capere)」ことが許される」と述べているが、「捕獲する」ということが所有権の取得を伴うものなのか、占有にとどまるのかは、明らかでない。

（2）講和条件を受諾させるための物の占有

講和条件を敵国に受諾させるための物の占有という考え方には、ヴィトリア、スアレス、グロティウスなど、一七世紀以前の学説には——少なくとも明確な形では——見られないのに對し、一八世紀になると、この考え方方が、学説上明確な形で現れるようになった。

この考え方をもつとも明確に提示したのは、ヴォルフであった。ヴォルフは、「正当戦争を行う者は、債務の限

度を超えて（*ultra modum debiti*）敵の領土および土地（*terras & loca*）を占領し（*occupare*）、および敵のそ
の他の物を捕獲する（*capere*）ことを許容される⁽⁹²⁾」と述べてゐる。ヴォルフによれば、これが許されるのは、「戦争
を終了させるためには各交戦国の同意が必要であるのは自明である」といふに、相手国が戦争の終了に同意しない場
合には、その領土および場所を占領し、およびその他の物を占有する」とによつて、講和を「促す（*permovere*
re）」しか方法がないからである。⁽⁹³⁾しかし、ヴォルフによれば、「債務の限度を超えて敵の物を捕獲し、占領⁽⁹⁴⁾され
るのは、あくまでも戦争を終わらせるよう敵を促すため」であるから、敵国が終戦に同意した場合、占領していた場
所または占有していた物は、「原因なしにその手元にある（*sine ulla causa penes te sunt*）」となり、それらの
場所や物は、「戦争が終了した場合には、返還されなければならぬ」⁽⁹⁴⁾になる。

同様の考え方は、ヴァッテルにも見られる。ヴァッテルは、『国際法』第三卷第九章第一六三節で、次のように
述べてゐる。「[交戦国は] 敵を合理的な条件に導くために（pour l'amener à des Conditions raisonnables）、すな
わち、敵を強制して衡平かつ確固たる講和を受諾⁽⁹⁵⁾するために（pour le contraindre à accepter une Paix équita-
ble & solide）、敵に属する物、敵の都市（Villes）および地方（Provinces）を奪取す（s'empare）。もしも⁽⁹⁶⁾
[交戦国は] 自らが権利を有してゐる（つまり敵に対して主張し得る）ものをばるかに超えるものを（beau-
coup plus qu'il ne doit, plus que l'on ne prétend de lui）敵から奪⁽⁹⁷⁾取る（lui prend）。しかし、それは、余った分
(le surplus) [= 田舎が権利を有してゐる] を超えて奪⁽⁹⁸⁾取つたもの] を講和条約によつて返還する意図の下で
(dans le dessein de restituer) 行われるのではなければならない」⁽⁹⁹⁾。

4 自然法上の原理の修正

以上の2および3で述べたことのうち、少なくとも学説についての記述は、それらの学説が自然法上の原則として論じていたことであった。もちろん原則の内容や、理論構成の仕方は学説によって異なるが、考え方の大枠では一致が見られた。すなわち、戦争とは、侵害された権利の回復のために行われるものであり、正当戦争を行ふ国は、侵害された権利に相当する物を敵から奪つて所有権を取得し、権利の回復・実現に充てることができる（法上弁済）。戦時における捕獲権は、何よりもまず、法上弁済の法理によって基礎づけられる（2参照）。ただし、侵害された権利の限度を超えて物を取得し、または占有することが認められる場合もある。それは、第一に、戦争遂行に要した費用に相当する物の捕獲である。正当戦争を行う国が戦争に訴えざるを得なくなつたのは、敵が本来履行すべき債務を履行しなかつたためであるから、そのために要した費用は敵が負担すべきだというのである（2参照）。第二に、戦争によって権利を実現するためには、戦争に勝つ必要がある。したがつて、敵の戦力を削ぐための捕獲が許される。ただし、敵の戦力を削ぐためにどの範囲の物まで捕獲することを認めるか、また、捕獲により物の所有権を取得するかについては、学説によってかなりの見解の相違があつた（3（1）参照）。第三に、一八世紀になつて現れた考え方として、敵国に講和条件を受諾させるための強制として、敵に属する物を、侵害された権利の限度を超えてでも占有できるとされるようになった（3（2）参照）。

自然法に基づけば、これら以外のことを原因に捕獲した物は、所有者に返還しなければならない。つまり、正当戦争を行う国といえども、取りすぎた分は返還の義務があるし、不正戦争を行う国は、そもそも、敵からいかなる物も捕獲することはできないから、戦争によって捕獲した物は、すべて返還しなければならないということに、原理的にはなるはずである。

しかし、こうした原理を厳格に貫くことは、実際には重大な不都合をもたらす。なぜなら、侵害された権利の限度を超えて捕獲した物または不正戦争を行った国が捕獲した物について返還義務があるとすれば、つまり捕獲された側が返還請求権を有するとすれば、その返還請求権を正当原因として、新たな戦争を合法的に行い得ることになる。つまり、自然法上の原理を厳格に貫くことは、戦争中に行われたことが新たな戦争の原因となるという「戦争の無限連鎖を招来する」⁽⁹⁶⁾ことであり、この連鎖は、何らかの方法で断ち切つておく必要がある。この点について、グロティウスの戦争法を研究した奥脇直也は、次のように述べている。

対人殺傷権・加害権の問題は、基本的には実際の戦闘行為の終結とともに一応敵対者間での主要な懸案ではなくなるものである。これに対し、本章「グロティウス『戦争と平和の法』第三巻第六章」以下論じられる戦利品や捕虜の問題は、戦後にそのまま持ち越されかねない性格のものであり、したがってそれがまた新たな戦争の原因にもなりかねない。グロティウスが自然法上の「所有」に関して原始取得と承継取得とを厳密に区別してその本質を詳細に論じながら、本章以下において「外的効果において所有と呼びうる」ものを持ち出してくる背後には、こうした事柄への配慮があつたであろうことは容易に推測される。しかしながら、それゆえにこそ、グロティウスの自然法理論の体系的整合性にとって、それは致命的欠陥をもたらしかねないことになる。勝者によつて捕捉された戦利品や捕虜を取り戻す期待可能性が現実にはまつたくない以上、自然法上の効力から遮断された諸国民の法の次元において、事実上の結果を法的に確定する方が、より実際的考慮に適合する。⁽⁹⁷⁾

そのため、学説は、物の捕獲に関する自然法上の原理を、自然法とは別の法のレベルにおいて、様々な形で修正

していた。その修正の仕方は、学説によってかなりの違いがあるが、自然法の原理を厳格に貫くことが困難であることを認識する点では共通していた。（なお、以下で「ユース・ゲンティウム」とカタカナ表記するラテン語の「ius gentium」は、日本語では、「万民法」、「諸国民の法」、「国際法」などと訳されたり、あるいは「ユース・ゲンティウム」とカタカナ表記されたりするが、本稿では原則としてこのカタカナ表記で統一する。また、ユース・ゲンティウムと自然法の関係については様々な議論があり、例えばスアレスは、ユース・ゲンティウムが人間の合意により慣習として成立する実定法であることを明確にするのに対し、ヴィトリアは、ユース・ゲンティウムが実定法であると述べている箇所と、自然法と同一視しているように見える箇所があり、「[ヴィ]トリアのユース・ゲンティウムが多面的な要素を内在させた概念であったことは、否定し難いであろう」と言われる。クロティウスのユース・ゲンティウムは、著書によつて概念構成が異なるが、以下で参照する『戦争と平和の法』では、法を自然法と意思法（人間や神の意思に由来する法）とに区別し、ユース・ゲンティウムを後者の一つとして位置づけている。）

例えはヴィトリアは、「ユース・ゲンティウムによれば (*iure gentium*)、動産は、たゞ、損害賠償額を超える場合であつても (*etiam si excedant compensationem damnumorum*)、すべて、それを占有した者のものとなる (*omnium ma fiunt occupantis*)」と述べる⁽⁹⁾。また、スアレスは、「シルヴェステル (Sylvester) ……やヴィトリア (Victor-ia) ……は、戦争の過程において兵士たちが奪つた動産は、君主により原状回復 (restitutionis) の一部に含められてはならない」と述べているが、それは贅成できない」とではなく⁽¹⁰⁾ (Non displicet)。なぜなら、共通の慣習に基づくユース・ゲンティウム (*ius gentium consuetudine*) がそのように認めるからである。その理由は、兵士たちは、その生命が絶えず大きな危険にさらわれるのだから、彼らに対し何らかのものを認めなければならな

い (concedendu)’、こうしたことである」と述べている。⁽¹⁰²⁾ このように、ヴィトリアやスマレスは、ユース・ゲンティウムのレベルにおいては、侵害された権利に相当する以上の物の捕獲の合法性を肯定していた。

また、グロティウスは、『戦争と平和の法』第三巻において、「戦争において何が、どの程度、そしてどのようなやり方であれば許されるか」を自然法の観点からとユース・ゲンティウムの観点から検討している。⁽¹⁰³⁾ 自然法の観点からの検討は、既に見た通りである（2および3）。グロティウスによれば、ユース・ゲンティウムは、「正式戦争 (bellum solenne)」に不罰性と所有権という特別の効果を付与する。すなわち、グロティウスは、法を自然法と意思法とに分け、意思法（人間や神の意思に直接由来する法）を人意法と神意法とに区別する。⁽¹⁰⁴⁾ 人意法は、さらに、（i）国家法 (jus civile)（国家の権力に由来する法）、（ii）国家法より適用範囲の狭い法（国家の権力に由来せず、国家の下位に立つもので、父の子に対する命令、主人の奴隸に対する命令などが含まれる）、（iii）国家法より適用範囲の広い法、の三つに区別される。グロティウスにおけるユース・ゲンティウムは、この（iii）のことである。グロティウスによれば、ユース・ゲンティウムとは、「①『人類社会』の利益を考慮して形成された、②長時間的普遍妥当性を有する、③『国家』間の合意である」という三つの要素からなる法である。このユース・ゲンティウムの規律対象となるものの一つが「正式戦争」である。グロティウスによれば、正式戦争とは、最高権力 (summa potestas) を有する者が公に宣言 (decreatum publice) する戦争のことである（第三巻第三章）。ユース・ゲンティウムが正式戦争に付与する不罰性とは、「正式戦争のなかでなされる一定の事柄については後に処罰の問題が生じない、その意味で許されるということ」であり、所有権の効果とは、「すべての諸国民によってその占有の状態を保護され、それゆえその外的効果 effectus externus に関する限り、それは『所有 dominium』と呼び得る」状態である。⁽¹⁰⁵⁾ 『戦争と平和の法』第三巻の中で、人に対する不罰性の効果（加害権の拡張）について論じた

のが同第四章（「正式戦争における敵の殺害権および身体に対するその他の暴力について」）、物に対する不罰性の効果について論じたのが同第五章（「物の掠奪および強奪について」）、物の所有権の取得について論じたのが同第六章（「戦争において捕獲した物の取得について」）、人の所有権の取得（捕虜の奴隸化）について論じたのが同第七章（「捕虜に対する権利について」¹⁰⁸）とふう構成になっている。

本稿に関連するのは、捕獲物の取得について論じた第三巻第六章である。同章の冒頭で、グロティウスはまず、戦時における物の取得に関する自然法上の原則について述べる。既に一度引用した箇所であるが、もう一度引用しておこう。

自然法によれば、正当戦争によって我々は、我々に対する債務であるが他の方法では「=戦争による以外は」得ることのできない分に相当するもの、または、加害者に対して刑罰の公平な範囲内で損害をもたらすものを取得する。⁽¹⁰⁹⁾

グロティウスによれば、ユース・ゲンティウムにおいては、これと異なる原則が妥当する。

ユース・ゲンティウムにおいては、正当原因のために戦争を行ふ者だけでなく、正式戦争におけるいかなる者もまた、いかなる限界も抑制もなく（*sine fine modoque*）、敵から奪い取つた物（*eorum quae hosti eripit*）の所有者（*dominus*）となる。その者およびその者から権原を承継した者は、当該物を占有する状態（*in possessione rerum talium*）をすべての諸国民により保護される（*tuendi sint*）ことは、たしかなことである。そ

れゆえ、それは、外的効果に関する限り所有権と呼ぶ」とがである (*dominium quoad effectus extenuat* (10) *ternos licet appellare*)。

すなわち、自然法によれば、戦時において許される捕獲は、正当戦争を行う者（国）が行うものであつて、かつ、侵害された権利の限度で行うものに限られる。⁽¹¹⁾これに対し、ユース・ゲンティウムにおいては、「正当戦争を行う者（国）」だけでなく、正式戦争を行う者（国）であれば誰でも、また、「いかなる限界も抑制もなく」、たゞ、侵害された権利の限度を超えても捕獲を行うことができる、「外的効果に関する限り所有権と呼ぶ」とがである」ものを取得するというのである。グロティウスがこれに続けて論じていることは、捕獲した物の所有権移転の時期、敵国領土内や敵船内にある敵以外の者の所有に属する財産の扱い、⁽¹²⁾捕獲物が捕獲者個人と人民 (populo) のいずれに帰属するのか、⁽¹³⁾捕獲物の分配⁽¹⁴⁾といった技術的な問題であり、捕獲権それ自体に対する制約としては、ただ一つ、「敵のものではない物」は捕獲してはならない⁽¹⁵⁾という原則があるだけであつて、「敵から奪い取つた物」については、まことに「いかなる限界も抑制もなく」、所有権を取得できることを肯定しているのである。

捕獲に関する自然法上の原理の修正は、一八世紀の学説にも見られる。⁽¹⁶⁾例えば、ヴォルフとヴァツテルにおける「意思国際法 (jus gentium voluntarium: Droit des Gens Volontaire)」上の戦争論がそれである。⁽¹⁷⁾ヴォルフやヴァツテルの意思国際法上の戦争論は、グロティウスの正式戦争論と違い、正当戦争を行ふ國に許されることが他方交戦国にも認められるに過ぎず、正当戦争を行う國に自然法上認められる以上のことが新たに認められるようになることはない。この点について、ヴォルフは、「グロティウスが *Jure Gentium voluntario* において認めた過度の自由 (Nimia...licentia)」を「諸国民の邪悪な慣習 (perverse Gentium mores)」であると称し、その例として、グロ

ティウスが、女、子供、幼児、老人などに対する無差別の殺害権を認めないと（『戦争と平和の法』第三卷第四章）を挙げている。⁽¹⁹⁾この点は、ヴァッテルも同様であり、自然法が正当戦争を行う国に認めた以上のことを言えば、それは「堕落した習俗 (mœurs corrompues)」⁽²⁰⁾であり、「不正かつ野蛮な慣習 (une Coutume injuste & bare)」となると述べている。

ただし、ヴォルフとヴァッテルのうち、少なくともヴァッテルは、物の取得に限つて言えども、以上の原則を貫いていない。すなわち、ヴァッテルは、『国際法』の第三卷第一二章で意思国際法上の戦争論一般について論じた後、戦争における物の取得については、特別に第一三章という別の一章をわざわざ設けて次のように論じている。すなわち、ヴァッテルは、まず、正当戦争を行う国が敵から物を取得するのを自然法上認められていると述べた後、しかしそれが認められるのは、あくまでも「正義の範囲内 (dans les termes de la Justice)」、すなわち完全な満足の段階まで (jusqu'au point d'une satisfaction complete) である」⁽²¹⁾と強調する。正当戦争を行う国といえども、敵に属する物を無限に取得できる訳ではなく、それは、当該国が敵国に対して有している権利の限度などにより制限されるのである。」⁽²²⁾のよう述べた後、ヴァッテルは次のように続けている。

しかし、国家間でのこのような厳格な正義を貫くことは、不可能である。意思国際法の諸規則によれば、形式戦争は、その効果に関して、双方にとって正当なものと見なされ（第一九〇節）、かつ、いかなる者も、国家の主張する」とが過度ではないかとか、国家がその安全のために必要と考える」との当否といったことについて、国家を裁く権利を有しない (n'est en droit de juger une Nation)（序言第二一節）。それゆえ、意思国際法によれば、形式戦争においてなされた物の取得はすぐり (Toute acquisition faite dans une Guerre en forme)、

原因の正当性や、捕獲した物の所有権を主張するために戦勝国が依拠した理由のいかんを問わず、有効である。^{○122)}

ここでヴァッテルは、一方に認めるなどを他方に認めるだけでなく、そもそも一方（正当戦争を行なう国）に自然法上課されていた制限（侵害された権利の限度を超えて物を取得してはならないこと）を、意思国際法の次元で、かつ、物の取得に限っては否定し、「形式戦争においてなされた物の取得はすべて……有効である」と結論づけたのである。つまり、ヴァッテルの「形式戦争」論は、人の殺傷などの問題についてはグロティウスの「正式戦争」論と異なるが、物の取得についての結論は、グロティウスと同様だったのである。

三 一九世紀～二〇世紀初頭の学説・国家実行における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠

以上で明らかになつたように、概ね中世から一八世紀頃までの学説・国家実行において、交戦国は、敵に属する物（海上財産だけでなく、陸上財産も含む）を捕獲し、その所有権を取得できるものとされていた。その根拠となる基本原理は、法上弁済の法理、つまり、侵害された権利に相当する物を敵から奪つてその所有権を取得し、それにより侵害された権利の回復・実現に充てるという考え方であった。この基本的な考え方を前提に、戦争に要した費用を回収するための物の捕獲、敵の戦力を弱体化するための物の捕獲（没収または留置）、敵に講和条件を受諾させるための物の占有などが認められ、さらには、戦争が新たな戦争を引き起こす連鎖を断ち切るため、多くの学説は、ユース・ゲンティウムとか意思国際法といった、自然法とは異なる次元の法において、少なくとも敵に属する物については、無制限（あるいは無制限に近い）の捕獲権を承認していたのである。

これに対し、一九世紀になると、敵船・敵貨捕獲制度の正当性を否定し、同制度の廃止を主張する見解が、学説

論説
上および国家実行上有力に唱えられるようになった。そうした見解が出てくるようになった背景としては、①ルソーの戦争概念、②陸上私有財産について非没収の原則が確立したこと、③戦争が権利の執行手段ではなく、講和条件の受諾を強制するための手段として捉えられるようになつたこと、の三つを挙げることができる。

以下では、一九世紀になつて生じたそれら三つの変化について確認した（1）後、一九世紀の学説・国家実行において、敵船・敵貨捕獲制度がどのように正当化されていたのか（あるいは正当化し得ないと考えられていたのか）を明らかにする（2）。

1 一九世紀に生じた諸変化

（1）ルソーの戦争概念

ジャン＝ジャック・ルソー（Jean-Jacques Rousseau）は、『社会契約論』（一七六一年）の中で、次のように述べている。

戦争は人ととの関係でなくて、国家と国家の関係なのであり、そこにおいて個人は、人間としてではなく、市民としてでさえなく、ただ兵士として偶然にも敵となるのだ、祖国を構成するものとしてでなく祖国を守るものとして。⁽²²⁾

また、戦争における生命と財産については、次のように述べる。

戦争さいちゅうにおいてさえ、正しい君主は、敵国において、公有財産はすべて没収してしまうが、個人の生命と財産は尊重する。つまり、自分の権利を基礎づける権利を尊重するのである。戦争の目的は敵国の撃破であるから、その防衛者が武器を手にしているかぎり、これを殺す権利がある。しかし武器をすべて降伏するやいなや、敵または敵の道具であることをやめたのであり、ふたたび単なる人間にかえつたのであるから、もはやその生命をうばう権利はない。ときには、国家の構成員を一人も殺さずに国家を殺すことができる。戦争は、その目的を達するために必要でないかかる権利をもあたえるものではないのだ。この原理は、グロチウスのそれではない。これは詩人の権威にもとづくものではなくて、事物の本性から生じ、理性にもとづくものである。⁽¹²⁴⁾

このように、ルソーによれば、戦争とは国家と国家との関係であり、戦争において敵となるのは、武器を手にして戦う者（兵士）だけである。戦争において生命および財産を奪えるのは、それらの者についてだけであり、それ以外の者は、たとえ敵國民であっても、生命や財産を奪ってはならないというのである。ルソーのこの戦争概念については様々な批判があるが、⁽¹²⁵⁾一九世紀の国際法学説に大きな影響を与えたことは事実であり、一九世紀の多くの国際法概説書や戦争法のモノグラフにおいて、ルソーを引用しつつ、「戦争は国家と国家の関係である」との命題が述べられている。⁽¹²⁶⁾

(2) 陸上私有財産の非没収

前述したように、⁽¹²⁷⁾一八世紀までの国際法学説において、敵に属する財産は、陸上にある場合も海上にある場合も

同様に捕獲の対象となるものとされ、陸上財産と海上財産とを区別して論じられることはなかつた。国家実行上も、敵に属する財産の捕獲は、海上捕獲だけでなく、陸上においても同様に行われていた。⁽¹²⁾

これに対し、一九世紀になると、陸上の私有財産は敵人が所有するものであつても没収できないという考え方が、学説上も国家実行上も一般化した。例えば、マルテンス (George Frédéric de Martens) は、一八〇一年の『現代ヨーロッパ国際法概説』第二版において、自然法上の原則としては、「[交戦国] は、我々の満足 (satisfaction) を獲得し、戦争の費用に充て、我々の将来の安全を確保し、敵を弱体化させて講和を受諾するよう強制するために、敵に属する財産を、それが自国内にある場合でも、公海上にある場合でも、奪い取る (enlever)」⁽¹³⁾ことができる」と述べて、海上財産だけでなく陸上財産も捕獲の対象となることを認める。「しかし、古くから陸上においては、敵臣民の不動産を保護するだけではなく、君主の個人財産やその臣民の動産 とりわけ芸術上および産業上の記念建造物については、「捕獲を」免除する」とが、戦争法規 (lois de la guerre) として受け入れられてきた」と述べている。⁽¹⁴⁾また、ホイートン (Henry Wheaton) は、一八三六年の『国際法提要』において、「一般原則によれば、国は、他国と戦争状態に入ったときかい、敵のすべての財産を、それがどのような種類の財産である、またどんにあるものであれ、捕獲 (seize)、取得して (appropriate)、自らのまたは捕獲者の使用に供する権利を有する」と述べつつ、「現代の諸国家の慣行——それは今では法としての効力を獲得している——によれば、宗教上の寺院、民用目的にのみ使用される公の建造物、芸術上の記念建造物および科学博物館は、戦争の作戦行動から一般に免除される。また、陸上の私有財産は、特別の場合、つまり戦場または攻囲された都市において敵から奪つた場合に戦利品になること、および敵国の住民に対して取立金が課されることを除き、没収を免除され、⁽¹⁵⁾と述べている。一九世紀以降に刊行された国際法概説書では、戦時における敵財産の扱いについて、陸上財

産と海上財産とを分けて記述するスタイルが定着した。⁽¹³²⁾

このように、一九世紀になると、陸上の私有財産は、敵財産であつても原則として没収されないと考えられるようになつた（陸戦における私有財産非没収の原則）。この原則がいつ確立したのかを正確に特定するのは難しいが、一八世紀以前の学説において上で引用したマルテンスやホイートンのような記述が見られないことや、マルテンス『現代ヨーロッパ国際法概説』第二版（一八〇一年）に述べられている前記引用文に相当する記述が、同書の初版（一七八九年）には存在しないことから考えて、竹本正幸が指摘するように、「一応フランス革命を経て一九世紀（一七八九年）⁽¹³³⁾には存在しないことから考へて、竹本正幸が指摘するように、「一応フランス革命を経て一九世紀の初め頃形成され確立した」⁽¹³⁴⁾と考えることができるであろう。

こうして確立した、陸戦における私有財産非没収の原則は、一八九九年および一九〇七年のハーグ陸戦規則で明文化された（一八九九年と一九〇七年規則の中の私有財産に関する規定は、第二八条と第五三条二項において若干の文言の違いがあるだけで、ほとんど同一内容である）。すなわち、一九〇七年ハーグ陸戦規則によれば、私有財産は没収できないのが原則であり（第四六条二項）、掠奪は禁止される（第一八条、第四七条）。交戦国が私有財産を破壊したり強制的に取り上げたりできるのは、「戦争ノ必要上万已ムヲ得サル場合」の破壊または押収（第二三条一項ト「g」号）、占領地における取立金（第四九条）、現品徵發（第五二条）、軍需品の押収（第五三条）などに限られるのである。

このように、陸上の私有財産について非没収の原則が確立すると、なぜ海上の私有財産（敵船および敵貨）が陸上財産と異なる扱いを受け、没収が原則とされるのかという問題が出てくる。後述するように、敵船・敵貨捕獲制度廃止論の論拠の一つは、海上私有財産と、非没収が原則とされる陸上私有財産とで異なる扱いをする合理的な根拠が存在しないということだつたのである。

(3) 強制手段としての戦争

—1で述べたように、概ね中世から一八世紀頃までの学説・国家実行において、戦争は、権利の執行手段と捉えられていた。ネフが指摘するように、「⁽¹³⁵⁾ こうした考え方の下では、「戦争が交渉のプロセスによって終結することは想定されない」。なぜなら、戦争は、講和条約という合意によって新たな権利義務関係を作り出すことを目的とするものではなく、権利を侵害された側の国が、戦争開始前にもともともつていた権利を、実力を用いて一方的に回復するためのものと考えられるからである。つまり、講和は、当事者間の合意ではなく、「勝者の権利 (*jus victoriae*)」である。講和を「勝者の権利」と見なす考え方には、例えば、ヴィトリアやゲンティリス (Alberico Gentili) ⁽¹³⁶⁾などにおいて明確な形で見られる。

権利の執行手段としての戦争という考え方を戦争終結のレベルでも貫徹させれば、戦争は合意によって終了するのではなく、権利を有する側の国が権利を回復した(と考える)段階で終了するのが原則である」となるが、この原則を貫くとの困難さは、既に一八世紀の学説によつて指摘されていた。例えば、ヴォルフは、次のように述べている。

講和 (Pax) は、権利を有している者がその権利を完全に獲得する形では成立し得えない。そうではなく、講和は、取引 (taransactionem) によつてのみ成立し得る。講和が、厳格な正義の命ずるといふ (rigor justitiae exigit) に従つて、権利を有している者にその権利が割り当てられなければならないとすればどうなるかを考えてみよう。正当原因を有する者は、その元々の権利、つまりその権利のために戦争を行つたところの権利を獲得するだけでなく、戦争のために要した費用も獲得すべきとなる。また、戦争中に「敵国の」不正な武

力によつて奪われた財産は返還されるべきであり、被つた損害はどのようなものであつても回復されるべき」とになる。それだけでなく、戦争中になされた侵害について、相手国は罰を受けなければならず、そのためには満足 (satisfaciendum) が与えられ、および将来のための保証が与えられるべき」とになる。他方、正当な交戦國も、その債権の限度を超えて取得した物を返還しなければならないことになる。……講和条約がこのようない形で成立しなければならぬとすれば、そのような条約は一本たりとも締結できない」とは、あまりにも明らかである。あるいは、戦争は、交戦国の一方または双方が破滅する (internecione) リュによつてしか終わらぬことになつてしまふ。⁽¹³⁸⁾

したがつて、ヴォルフによれば、「権利の問題は横に置いておいて (seposita quæstione de jure)、争われている財産を有すべきなのはいづれの当事者なのか、一方当事者が他方に返還すべき物はいれか、保持すべきものはどれか、一方当事者が他方に對してなすべき」とは何か、といったことにについて当事者が合意しなければならない。」このようないうな条約は取引であり、講和は取引によつてしか成立しないのである⁽¹³⁹⁾。そして、いふした「取引」を通じてなされた合意内容は、「法として扱われる (pro iure habendum)⁽¹⁴⁰⁾」。ヴォルフは、講和条約において明確な規定がなされない場合に関するいくつかの推定原則——例えば、別段の合意がなされない限り、戦争によつて生じた損害について賠償は請求しないとの推定や、特に明示されない限り、戦争中に取得した動産は相手国に返還すべき財産に含まれないとの推定など——を提示しているが、それらはあくまでも推定であつて、それらと異なる合意をすることを排除していないから、講和条約は、もともといづれの側が権利を有していたかとは無関係に、どのような内容の合意であつても定めることができる」とになる。その意味で、戦争を権利の執行手段と性格づけることの実際上の

意味は、ヴォルフにおいてはかなり薄れていると言える。なお、ヴォルフが以上の認識に到達した根拠は、「多くの経験的事実 (experiencia abunde)」がそのことを示しているからであった。⁽¹²⁾

戦争は交戦国間の合意によつてしか終了し得ず、交戦国間の戦後の権利義務関係は講和条約という合意により決定されるという考え方は、一九世紀になるとより一般化した。そうした考え方をもつと明確に提示したのが、クリューバー (Johann Ludwig Klüber) であった。クリューバーは、一八一九年の『近代ヨーロッパ国際法』において、「戦争は正当 (juste) でなければならない」とし、戦争が正当であるためには「侵害されるおそれがあるか、または既に侵害された外的権利 (droits externes) を保全する必要性」に基づかなければならないと述べ、正戦論 (少なくとも正戦論的な考え方) を採用する。クリューバーによれば、戦争は、「上位者 (supérieur) や裁判官 [の存在]」を認めない諸国家」が、「被つた侵害に対して実力 (forces) を行使し、自ら権利を実現する (se faire droit à elle-même)」行為にはかならない。⁽¹³⁾

このように、クリューバーにおいては、戦争は権利の執行手段として位置づけられている。しかし、それはあくまでも戦争開始のレベルでの議論であり、戦争終結のレベルでは、権利を有する (と信ずる) 側による一方的な戦争の終結の余地を明確に否定している。すなわち、クリューバーによれば、「[戦争] 当事国は、その政治的独立の帰結として、共通の裁判官 (un juge commun) を認める」とを義務づけられない。ましてや、「[戦争当事国の] 一方が他方の同意も黙認もなしに自らの「[戦争]」原因について決定する (décider)」ことはできない⁽¹⁴⁾。クリューバーは、「講和 (paix)」とは「戦争を終了させる取決め (arrangement [sic])」であるとする。⁽¹⁵⁾クリューバーによれば、交戦国間にこうした「取決め」が成立しなければ、「敵対行為が再開する」だけであり、クリューバーは、一方交戦国の方の一方的な判断により戦争を終結させ権利義務関係を確定する余地を認めていない。「もし仮に、講和条約が有

効であるためにはその諸規定が戦争原因および当事国によりもたらされた損害に関して完全に正義の原理に従つていなければならないとすれば、共通かつ上位の裁判官を認めない交戦国間において講和に至ることは、決してあり得ないか、少なくともほんどあり得ないことになる」。⁽⁴⁸⁾ したがつて、講和条約は、各交戦国がそれぞれの権利ないし主張を互いに放棄し合うことによつてしか締結され得ない。そして、「そうした「権利ないし主張の」放棄は、他方当事国により受諾されれば、条約、つまりそれを締結したすべての国を義務づける条約としての効力を有するのであり、その講和は、争い得ない権利（droits incontestables）を放棄しなかつた当事国にとつてさえ、義務的だと言わなければならぬ」⁽⁴⁹⁾ のである。」のよう、クリューバーの戦争論は、戦争開始のレベルについて見れば正戦論的であるが、戦争終了のレベルについて見れば正戦論的ではない。戦争は、講和条約という「取決め」によつて終了するのであり、その取決めにおいて、「争い得ない権利」を放棄せざるを得なかつたとしても、条約である以上は当事国を拘束し、それによつて戦後の権利義務関係が確定するというのである。

こうした考え方は、一九世紀において一般化し、一九世紀後半から二〇世紀初頭にかけて、戦争終了の方式として、①講和条約（treaty of peace）による場合、②敵対行為の単なる終了（simple cessation of hostilities）、③デベラーチオ（*debellatio; subjugation*）の三つを挙げる見解が定着した。⁽⁵⁰⁾ このうち、①が合意による戦争の終了および権利義務関係の創設であることは言うまでもない。②の場合、敵対行為終了後の元交戦国間の法関係は、多数説によれば、敵対行為終了時点において存在していた事物の状態である（*uti possidetis* の原則）⁽⁵¹⁾ が、それが戦後の法関係の基礎となるのは、「敵対行為を終了せることにより默示的に承認せられてゐる（silently recognized through such cessation）」⁽⁵²⁾ であり、やはり「默示的な合意（un accord tacite）」⁽⁵³⁾ による権利義務関係の確定として捉えられた。③は、合意によらない戦争の終了であるが、デベラーチオの場合、相手国は国家として消滅するのであり、

国家の存在を前提としてその国家に対する一方的な権利の執行の余地はやはり認めていなかつたのである。このように、一八世紀後半から一九世紀にかけて、戦争は、当事国間の合意によつて終了し、その合意により、戦争開始前に存在した権利義務関係とは無関係に、どのような内容の権利義務関係も新たに創設できると考えられるようになつた。つまり、戦争は、それ自体が権利の執行手段なのではなく、自国にとつてできるだけ有利な条件で講和条約を成立させるために、敵国を強制して自国の提示する講和条件を飲ませるための手段と捉えられるようになったのである。⁽¹⁵⁾

2 敵船・敵貨捕獲制度廃止論と存置論の対立

(1) 廃止論

1で述べた三つの変化を背景に、一九世紀にならむ、敵船・敵貨捕獲制度の廃止論が有力に主張されるようになつた（いわゆる「海上私有財産の不可侵 (inviolability of private property at sea)」の主張⁽¹⁶⁾）。敵船・敵貨捕獲制度廃止論を最初に主張したのは一八世紀中期のマブリー (Abbé de Mably) であつとされ、その後、一八世紀末にはガリアーニ (Ferdinando Galiani) やトゥーズー (Dominique-Albert Azuni) が廃止論の立場をとつた。⁽¹⁷⁾ 一九世紀になると廃止論の立場に立つ学説はさらに増え、ブルンツヒュリ (J. C. Bluntschli)⁽¹⁸⁾、フィオーレ (Pasquale Fiore)⁽¹⁹⁾、ボック (Charles de Boeck)⁽²⁰⁾、カルヴァ (Charles Calvo)⁽²¹⁾、リヴィエ (Alphonse Rivier)⁽²²⁾、プラティエ=フォデル (P. Pradier-Fodéré)⁽²³⁾、リス (Ernest Nys)⁽²⁴⁾、マーロッパ大陸諸国の学者を中心としたの立場は広く支持された。万国法学会 (Institut de Droit International) も、一八七七年のチューリッヒ会議で、「1 中立人は敵人の私有財産は、敵国旗を掲げて航行する場合であるか、中立国旗を掲げて航行する場合であるかを問わず、

不可侵とする。2 拿捕の対象となるのは、次のものである。戦争の用途に充てられる (*destinés à la guerre*) 物品または直ちに戦争に用いられ得る (*susceptibles d'y être employés immédiatement*) 物品。交戦国政府は、各戦争において、そうした物品に該当するものを事前に決定するものとする。また、敵対行為に参加し、または直ちに参加し得る状態にある商船、もしくは宣言された実効的封鎖を侵破した商船も拿捕の対象となる」と定める決議を採択して、敵船および敵船上の敵貨といえども、戦時禁制品輸送と封鎖侵破の場合を除いて不可侵であり、捕獲の対象とならないとの立場を採用了。⁽¹⁶⁾

こうした主張は、学説上のものにどくまらない。例えば、一九〇七年に開催された第二回ハーグ平和会議では、「敵国旗を掲げる商船の没収に関する現行の慣行を維持するべきか、それとも廃止すべきか」⁽¹⁶⁾が議題の一つとされ、「締約国のすべての国民の私有財産は、戦時禁制品を除き、海上において締約国の武装船舶または軍艦による捕獲(capture)または拿捕(saisie)を免除される。ただし、この規定は、締約国海軍により封鎖された港に入ることを試みる船舶およびその貨物の不可侵を意味するものではない」と規定する米国条文案⁽¹⁷⁾をもとに、第四委員会で討議がなされた。同委員会において、米国案に賛成した国は、一二一カ国（ドイツ、米国、オーストリア＝ハンガリー、ベルギー、ブラジル、ブルガリア、中国、キューバ、デンマーク、エクアドル、ギリシア、ハイチ、イタリア、ノルウェー、オランダ、ペルシア、ルーマニア、タイ、スウェーデン、スイス、トルコ）であったのに対し、反対した国は、一二一カ国（コロンビア、スペイン、フランス、英國、日本、メキシコ、モンテネグロ、パナマ、ポルトガル、ロシア、エルサルバドル）であり（棄権一カ国（チリ）⁽¹⁸⁾）、敵船・敵貨捕獲制度廃止論を支持する國の方が優勢だったのである（ただし、第四委員会は、全体会議に対し、「海戦の法規慣例に関する特別の規則の作成が次回[「第三回平和」]会議のプログラムに含められることを希望する」という「希望(want)」案を提出するにとどめ、

全体会議もこの「希望」を探査しただけで、敵船・敵貨捕獲制度の廃止について具体的な決定を何ら行わなかつた)。

一九世紀になつて、こうした議論が出てきた背景は、1で整理した三つの変化に由来する。すなわち、第一に、戦争は国家と國家の関係であつて人ととの関係ではなく、人は武器をとつて戦う場合にのみ敵となる（ルソーの戦争概念）とすれば、敵国民（敵人）であつても、武器をとつて戦わない以上は敵ではなく、その者から生命・自由・財産を奪うことはできないことになる。⁽¹⁶⁾ 第二に、敵船・敵貨捕獲制度廃止論によれば、陸上私有財産について非没収の原則が確立したのは、戦争は国家と国家の関係であつて人ととの関係ではないという戦争概念が定着したことの現れにはかならない。この戦争概念が海戦について妥当しない合理的な理由は存在せず、海上私有財産も陸上私有財産と同様、非没収を原則とすべきである。⁽¹⁷⁾ たしかに、陸上の私有財産も、徵發や取立金の制度により強制的に取り上げられることがあるが、敵船・敵貨捕獲制度廃止論によれば、それは没収ではなく、公共目的のために行われる収用と同様の性質を有するものであつて、海上においてなお行われている敵船・敵貨の捕獲とはまつたく性格が異なるといふ。⁽¹⁸⁾ 第三に、戦争は、敵国を強制して講和条件を受諾させるための手段だとすれば、戦争において許されるのは、敵国の兵力の弱体化に限られる。この点について、ブルンチユリは次のように論ずる。「海上における商品の捕獲は、戦時禁制品を除けば、交戦国にとつて明らかに何の意味もない。商品は、戦時禁制品たる物品を除けば、戦争の手段（Kriegsmittel）として使用し得ないからである。したがつて、それらの物の没収は、戦争の目的（Kriegszweck）じみで正当化されない」。⁽¹⁹⁾ ブルンチユリによれば、敵船については、戦争において輸送手段（Transportmittel für den Krieg）として用いられることがあるが、たとえそうだとしても「没収は正当化されない」のであり、せいぜい「戦後に返還し、私人に補償を行うことを条件として、戦争の間そ

れを留置する（Beschlagnahme）」じゃんぬくわであるところ。⁽¹⁷⁴⁾

（2）存置論

他方、一九世紀になつても、敵船・敵貨捕獲制度の存置を主張する学説や国家は引き続き存在した。敵船・敵貨捕獲制度の存置を主張した学説としては、例えば、ホイートン（Henry Wheaton）⁽¹⁷⁵⁾、マリハグ（William Oke Manning）⁽¹⁷⁶⁾、リチャード・ヘンリー・ダナ（Richard Henry Dana）⁽¹⁷⁷⁾、オーティフュール（L.-B. Hautefeuille）⁽¹⁷⁸⁾、オルトラン（M. Théodore Ortolan）⁽¹⁷⁹⁾、ハレック（H.W. Halleck）⁽¹⁸⁰⁾、ローリマー（James Lorimer）⁽¹⁸¹⁾、トライバス（Travers Twiss）⁽¹⁸²⁾、ホール（William Edward Hall）⁽¹⁸³⁾、ウェストレイク（John Westlake）⁽¹⁸⁴⁾、ファンク・ブレンターノ（Th. Funck-Brentano）⁽¹⁸⁵⁾、ソレル（Albert Sorel）⁽¹⁸⁶⁾、ピレット（A. Pillet）⁽¹⁸⁷⁾、リスト（Franz v. Liszt）⁽¹⁸⁸⁾、ラフティ（Almá Lafti）⁽¹⁸⁹⁾、アルマ・ラフィー（Charles Dupuis）⁽¹⁹⁰⁾などがある。前述の一九〇七年第一回ハーグ平和会議で敵船・敵貨捕獲制度の存置を主張した国は、スペイン、フランス、英國、日本、メキシコ、ポルトガル、ロシアその他計一ヵ国であった。

敵船・敵貨捕獲制度存置論の主張するところを、廃止論が依つて立つ前記三つの論拠に対応させて整理すれば、次の通りである。

まず、第一の論拠（戦争は国家と国家の関係である）について、敵船・敵貨捕獲制度存置論は、国家とは抽象的なものであつて、戦争は実際には具体的な人間によつて行われるのだと反論する。例えば、デュピュイは、「国家は、個人により構成される。国家は、国家を構成する個人を通じてのみ行動し、発展し、そして戦うのである。國家を構成する個人を除けば、国家は、純粹に抽象的なもの（pures abstractions）に過ぎない。しかし、戦争といふものは、非常に具体的なものである」と述べる。また、ラフティは、カールソーンの言ふように、国家がその構成

員とは別個の法人格を有する有限責任会社のようだすれば、敵国民に対して徵發・取立金といつたもつとも穩當な措置さえとれないことになり、「戦争は一日たりとも行えない」となつてしまふ」⁽¹⁾と述べている。

次に、第二の論拠（陸上私有財産非没収の原則）について、敵船・敵貨捕獲制度存置論は、交戦国の利益のためにはじた慣行であり、利益状況の異なる海上ではそうした慣行が生じていないだけだと反論する。例えば、第二回ハーグ平和會議において、フランス代表ルノー（Louis Renault）は、「陸戦における私有財産の尊重が、侵入または占領された地域の住民に関する人道的考慮や正義の考慮からではなく、正確に理解された交戦国、自身の利益（l'intérêt bien entendu du belligérant lui-même）によつて生まれたものである」と示すために、ほとんど議論の必要はない」と述べている。⁽²⁾この点についてルノーは、「ほとんど議論の必要はない」と述べてそれ以上何も説明をしていないが、しばしば指摘されるように、⁽³⁾陸上において私有財産の捕獲を行うと、軍隊の規律の弛緩を招き、また、住民の反発を買つてその後の占領地行政が困難になるから、そうした不都合を回避する交戦国自身の利益のために私有財産非没収の慣行が生じただけであつて、「私人は戦争と無関係であるからその財産を奪うことができるない」といった原理的な根拠から生じた慣行ではないという趣旨であると解される。また、陸上財産と海上財産の性質の相違、すなわち、陸戦において財産を捕獲されるのは、たまたま敵軍が侵入してきた場所に住んでいた住民であるのに対し、海戦において財産を捕獲されるのは、利得を得るために自ら海運に従事し、しかも保険により保護される者である点が異なるから、陸上において私有財産が保護されるからといって、海上でも同じ原則が妥当すべき理由はないとも主張される⁽⁴⁾（海上捕獲の方が相対的には正当化根拠が強い）。

最後に第三の論拠（敵船・敵貨の没収は敵国に対する強制という戦争の目的によつて正当化されない）について、敵船・敵貨捕獲制度存置論も、戦争が敵国に対する強制手段であることを出発点とする。例えば、前述した第二回

ハーケ平和会議におけるフランス代表ルノーは、敵船・敵貨捕獲が「講和の締結に向けた圧力（une pression dans le sens de la conclusion de la paix）」をかけるための「強制の手段（un moyen de coercition）」であることを強調している。⁽¹⁵⁾ 学説では、例えばオルトランが「既に述べたように、戦争の目的は、敵国を強制して講和を受諾させる」とあり、その目的は、勝利によってのみ達成される」と述べ⁽¹⁶⁾、オートファイユも、戦争において害敵手段の行使が認められるのは、「敵を追い込んで講和条件に同意させるため」であると述べ⁽¹⁷⁾。

そのため、一八世紀以前に敵船・敵貨捕獲の根拠とされていた法上弁済（敵国により侵害された権利に相当する物を取得して権利の実現に充てるとの説明）は、一九世紀以降の学説・国家実行において、もはや援用されなくなった。ウエストレイクが言うように、「原理上、敵財産それ自体の海上捕獲は、軍事的措置（a military measure）、すなわち戦争作戦（an operation of war）であり、したがって、主権者なし国家とその臣民との連帯性（solidarity）」⁽¹⁸⁾ という中世のドクトリンとは別の点に根拠が求められる、と言わなければならない⁽¹⁹⁾のである。「主権者なし国家とその臣民との連帯性」という中世のドクトリンとは、国家が他国の権利を侵害した場合に、前者の国家の臣民は、当該他国に対し、国家とともに連帯責任を負うものと観念され、当該他国から財産を捕獲されたといふことである。

それでは、いっした「中世のドクトリン」と別の根拠とはどのような根拠であろうか。この点については、主に二つのことが指摘された。第一に、戦時において、交戦国は、自国の船舶およびその乗組員を徴用して、軍隊の輸送や軍艦への物資の補給に従事させ、または軍艦に変更して軍艦として使用することがしばしばあるから、敵船の捕獲は、船舶が敵国によりそくした目的で使用されるのを防ぐ意味がある。この点について、立作太郎は、次のように述べる。「私船も仮装巡洋艦として使用せられ、又偵察、輸送等の為め軍用船として使用せらる」とある。

而して現代の海戦に於て軍艦に石炭又は石油を輸送、供給すべき船舶の必要は甚大なりと言はねばならぬ。而して許多の国に於ては、其國の汽船会社と特約して、汽船の製造につき戦時の使用に供し得べき設計を採用せしめ、戦時に至れば之を徴収して軍用に供することが行はる。故に私船は現時に於ても戦闘力の重大なる資源の一たるを以て、敵の私船を拿捕して敵の海上輸送機関の供給の資源を殺ぎ、我が供給に加ふるは、敵の戦闘力を殺ぎ、我が戦闘力を加ふる所以である。且つ戦時の軍艦の乗員の補充は、之を私船の船員に須たざるを得ざるを以て、敵の商船を拿捕し、其船員を俘虜とするは、軍艦の乗員補充の供給を少くし、敵の戦闘力を殺ぐの結果を生ずる⁽²⁰⁾。第二は、敵人の行う貿易活動自体が敵国にもたらす経済的利益を理由とするものである。この点について、例えばウエストレイクは、「貿易は、産業的なものであつても通商的なものであつても (whether industrial or commercial)、富の源泉 (a source of wealth) であり、それゆえ、それが行われる場所の国にとって力 (strength) の源泉である。なぜなら、そこで金銭が使われ、また、収益に対しても課税されるからである」⁽²¹⁾ と述べる。立作太郎も、「敵船及其載貨たる敵貨を捕獲物とすることに依りて、敵が海洋を其通商、航海の為めに使用することを禁ずるは、……敵国の通商及航海に妨害を與へて敵国の經濟に打撃を加へ、戦争に於ける敵国の經濟上の資源を殺ぎ、又經濟上の逼迫に依り敵国人民をして平和を思はしめ、間接に敵国の抵抗力を鈍くするの結果を生ぜしむべきである」と述べる⁽²²⁾。なお、敵人の財産を奪つて敵国の經濟を逼迫する必要は、陸上財産についても存在するはずであるが、一九世紀以降の國際法では、陸上の敵財産は没収の対象とならないものとされている。この点について、敵船・敵貨捕獲制度存置論は、敵人の財産が敵国の富の源泉となることを防ぐため、陸上では占領によつてその目的を達成する」とが可能であるのに対し、海上ではそのような手段が存在しないために、捕獲という手段によらざるを得ないのであると説明する。⁽²³⁾

（3）小括

以上のように、敵船・敵貨捕獲制度を存置すべきかについて、学説レベルでも国家レベルでも見解が対立しており、廃止論の方が優勢だったほどである。もちろん、廃止論の主張は、敵船・敵貨捕獲制度を「廃止すべきである」ということであり、同制度が実定国際法として現に存在することを否定するものではなかつた。しかし、敵財産が敵国の戦争遂行に必要な富の源泉であり、敵船が敵軍によつて輸送等に使用されるとしても、没収まで正当化するのはかなり難しいと言わざるを得ない。⁽²⁴⁾ ブルンチユリが指摘したのはまさにその点であり、第二回ハーグ平和会議でも、敵船・敵貨捕獲制度存置論と廃止論の折衷案として、「没収に代えて差押えまたは係争物寄託 (la substitution de la saisie ou du séquestre à la confiscation par voie de capture)」にこじめるべきであるとという案も出されていた。⁽²⁵⁾ なお、第一回ハーグ平和会議で主張された敵船・敵貨捕獲制度廃止論は、一九〇八〇九年ロンドン会議では主張されず、同制度の存在を前提にして、船舶や貨物の敵性決定基準などが討議されることとなつた。

おわりに

本稿は、伝統的国際法（第一次大戦前の国際法）における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠について検討した。その結果として明らかになつたことをまとめれば、次のようになる。

伝統的国際法において、中立船および中立貨が一定の理由がある場合——例えば、交戦国にとって危険な物品である場合（戦時禁制品）や、交戦国の作戦行動を妨害する場合（封鎖）など——に限つて拿捕・没収されたのに対し、敵船および敵船上の敵貨は、敵船または敵貨であるというだけの理由で、すべて没収の対象となつた（單に留

置する、だけではなく、没収され、所有権が交戦国に移転するものとされた)。二で明らかにしたように、このことは、一八世紀中期頃までの国際法(学説・国家実行)では、法上弁済の法理——権利を侵害された側の交戦国が、侵害された権利に相当する物を敵から奪つてその所有権を取得し、それによつて権利の回復・実現に充てるという考え方——によつて基礎づけられていた。そして、その前提には、戦争は権利の執行手段であるという考え方、つまり、戦争、それ自体、によつて権利を回復・実現することができるという考え方があつた(正戦論は、そうした考え方の一つである)。一八世紀中期頃までの国際法では、戦争遂行に要した費用の回収、敵の戦力の弱体化、敵に講和条件を受諾させるための強制といった目的のために敵財産を捕獲することも認められていていたが、敵船・敵貨捕獲を基礎づけていた基本原理は、やはり法上弁済の法理だったのである。

ところが、三で明らかにしたように、一八世紀後半から一九世紀にかけて、戦争はそれ自体が権利の執行・実現手段なのではなく、敵国に講和条件を受諾させるための強制手段であるという考え方が一般化した。この考え方によれば、交戦国間の戦後の権利義務関係は、交戦国の一方的行為によつてではなく、あくまでも交戦国間の合意(通常は講和条約)によつて決定・確定されることになる。そして、このように考えられると、法上弁済の法理——侵害された権利に相当する物を敵から奪つて権利の実現に充てるという考え方——によつて敵船・敵貨捕獲を根拠づけることができなくなる(実際、一九世紀に法上弁済の法理によつて敵船・敵貨捕獲を説明した学説や国はほとんどない)。一九世紀から二〇世紀初頭にかけて、敵船・敵貨捕獲制度廃止論が学説レベルでも国家レベルでも有力になつた背景には、ルソーの戦争概念の影響や、陸上において私有財産非没収の原則が確立したこともあつたが、何よりも、戦争の基本的性格に関する以上のような考え方の変化があつたのである。もちろん、敵船・敵貨捕獲制度廃止論はあくまでも立法論であり、敵船・敵貨捕獲制度は、本稿が検討対象とした第一次大戦前

の時点で明らかに実定国際法上の制度として存在していた。しかし、敵船や敵貨が敵国の戦争遂行能力の源泉であり、それを捕獲することが戦争遂行上有益な手段だとしても、なぜそれらを留置するだけでなく没収までする必要があるのかについては、敵船・敵貨捕獲制度存置論の側からも説得的な説明はなされなかつた。第一次大戦前の時点において、敵船・敵貨捕獲制度はたしかに実定国際法上の制度として存在してはいたが、その正当化根拠は、相当地に揺らいでいたのである。

敵船・敵貨捕獲は、戦時禁制品捕獲や封鎖と違つて第三国（中立国）に迷惑をかけない制度であるため、この制度が現在の国際法において妥当し得るのかどうかについて、あまり突っ込んだ議論はなされない。しかし、本稿で明らかにしたように、戦争が自由であった一九世紀および二〇世紀初頭においてすら廃止論が有力だったとすれば、戦争が違法化された現在においてこの制度が妥当し得るのかどうかについては、より慎重な検討が必要なはずである。本稿によつて明らかになつたことを踏まえ、第一次大戦以降の国家実行・学説を検討することが、我々の次の課題である。

- (82) ちなみに、ローマ法においては、敵の財産の捕獲は、無主物先占の法理により説明されていた。この点について、山内進は、次のように述べる。「ガイウス自身『從来だれにも属しなかつたのでわれわれが先占によつて取得する物』のなかに『敵から捕獲した物』を含め、掠奪による捕獲の合法性を確認している。これは、いわゆる無主物先占なのである。敵の財産が無主物であるというのは、敵に対してはローマ市民法が適用されないからである。現代ローマ法学者マックス・カーザーは言う。『ローマ法では……法の保護をうけない敵から掠奪される物を先占によつて取得することは、司令官の掠奪禁止あるいは引渡し命令によつて排除されない』」。山内・前掲注（49）三〇頁。この点については、竹本・前掲注（73）一二頁も参照。
- (83) 本稿において「戦力」とは、兵力（軍事力）だけでなく、交戦国が戦争を遂行するための力一般を意味し、交戦国の

経済力なども含む意味で用いられる。

- (84) Victoria, *supra* note 57, p. 289 (*De jure belli*, sec. 39).
- (85) *Ibid.*, p. 290 (*De jure belli*, sec. 40).
- (86) *Ibid.*, p. 289 (*De jure belli*, sec. 39).
- (87) *Ibid.*
- (88) Grotius, *supra* note 41, pp. 424-425 (Lib. III, Cap. I, ii).
- (89) Vattel, *supra* note 43, p. 133 (Liv. III, Chap. IX, §161).
- (90) カタツトルは、敵から物を奪うるのを意味する語である。“driver”、“semparer”、“sapproprier”といった語を使つており、それらの語の意味内容およそそれらの相互関係については必ずしも明確かではない部分もあるが、“semparer”に付いては、講和条約によって返還することを前提とした物の押収または敵国領土の一部の占領について述べた箇所(91)の語を用いている(*ibid.*, p. 135 (Liv. III, Chap. IX, §163))から、この語は、所有権の取得を前提としない、「押収」、「強置」、「占有の取得」、「占領」などの意味で用いられてゐると考えられる。
- (91) Wolff, *supra* note 42, p. 310 (§ 849).
- (92) *Ibid.*, p. 286 (§ 87) [傍点^{参考}用者].
- (93) *Ibid.*
- (94) *Ibid.*, pp. 286-287 (§ 87).
- (95) Vattel, *supra* note 43, p. 135 (Liv. III, Chap. IX, §163) [傍点^{参考}用者].
- (96) 田中氏「ト・ハ・ズ・ハ・タ」大沼保昭編『戦争と平和の法：フーケー・グロティウスにおける戦争、平和、正義』補正版（東信堂、一九九五年）四七二頁。
- (97) 奥脇・前掲注(67)四二二頁。
- (98) 柳原正治「ユース・ゲンティウム」国際法学会編『国際関係法辞典』第一版（三省堂、1100五年）八五五一八五六頁。
- (99) 柳原正治『ヴァルフの国際法理論』（有斐閣、一九九八年）一二四頁参照。

- (100) 同書、1111—1回頁。
- (101) Victoria, *supra* note 57, pp. 293-294 (*De iure belli*, sec. 51) 「傍点引用者」.
- (102) Suárez, *supra* note 40, p. 814 「傍点引用者」.
- (103) Grotius, *supra* note 41, p. 424 (Lib. III, Cap. I, i) グロティウス『戦争と平和の法』第三巻の構成、内容、意義等についても、奥脇・前掲注(67)三九一—四四六頁および田中・前掲注(96)四四七—四九一頁を参照。
- (104) グロティウスにおける法の分類およびユース・ゲンティウム(諸国民の法)の概念については、田中忠「法の概念」大沼保昭編『戦争と平和の法：フーケー・グロティウスにおける戦争、平和、正義』補正版(東信堂、一九九五年)七七一—二二頁；柳原・前掲注(99)一九一—三四頁を参照した。
- (105) 柳原・前掲注(99)110頁の整理による。
- (106) Grotius, *supra* note 41, p. 450 (Lib. III, Cap. III, iv, v).
- (107) 奥脇・前掲注(67)四一四、四一一頁。
- (108) 本稿では検討しないが、中世から近世のヨーロッパでは、人が捕獲の対象となつており、捕獲された人、つまり捕虜は、殺害、奴隸化、または買い戻し(身代金による捕虜の身請け)の対象であつた。山内・前掲注(49)五〇一—三八頁参照。グロティウスの章立ては、当時のいわした現実を反映したものである。
- (109) Grotius, *supra* note 41, p. 472 (Lib. III, Cap. Vi, ii).
- (110) *Ibid.*, pp. 472-473 (Lib. III, Cap. VI, ii) 「傍点引用者」. なお、アーフュンツルフは、グロティウスの著書のまことにこの箇所を引用して、「つか」、諸国民の慣行によれば、正式戦争において(in bello solemnis)敵かし奪つた物については、戦争を開始の目的であつたといふの主張をはねかに超えてこうむ(etsi longe ecclendant prætensionem)、いかなる限界もない(sine fine & modo)、やの物の所有者いなむ(sit dominus eorum)。Vid. *Grotius* 3. c.6 §12 *seqq.* へ述べてゐる。Pufendorf, *supra* note 59, p. 892 (Lib. VIII, Cap. VI, §20).
- (111) Grotius, *supra* note 41, p. 564 (Lib. III, Cap. XIII, i) も参照。
- (112) *Ibid.*, p. 474 (Lib. III, Cap. VI, iii, iv). グロティウスによれば、動産については「陣営内(intra præsidia)」に持ち込まれた時に所有権が移転するのが原則であるが、船舶やその貨物については、ヨーロッパ諸国の慣習上、交戦国が占有して

から「四時間で所有権が移転するもの」とそれでいて、不動産については、「恒久的な要塞で取り囲んだ時 (mansuris mutationibus ita includitur)」に所有権が移転すると述べている。

(13) *Ibid.*, pp. 474-475 (Lib. III, Cap. VI, v, vi). グロティウスによれば、捕獲の対象となるか否かを決定する際に重要なのは、敵に属する物であるかどうかであり、物が所在する場所ではないから、敵に属しない物は、敵国領土内や敵船内にあっても捕獲の対象とならない。この立場は、コンソラート・デル・マーレが採用した主義であり（本稿注（33））、グロティウスも、典拠としてコンソラート・デル・マーレを引用している。

(14) *Ibid.*, pp. 476-482 (Lib. III, Cap. VI, viii;ix).

(15) *Ibid.*, pp. 482-486 (Lib. III, Cap. VI, xx-xxiv).

(16) 本稿注（74）およびそれに対応する本文を参照。

(17) グロティウスの『正式戦争 (bellum solenne)』論とヴァッテルの『形式戦争 (guerre en forme)』論およびヴォルフの意思国際法上の戦争の位置づけの関係について、柳原正治は、次のように述べている。「……ヴァッテルは、意思国際法上の戦争を『形式戦争 (guerre en forme)』と呼ぶが、ヴォルフはそれに該当する言葉を用いていない。ヴァッテルの用語は、グロティウスの『正式戦争 (bellum solenne)』を連想させる。ヴォルフもそうした用語自体は用いていないものの、内容的には、グロティウスの考えとの間に類似性が見られる。すなわち、グロティウスの考え方のうち、自然法上の正戦とユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウム上の正式戦争とを区別すること、正式戦争については事由の正・不正を問題とせず効果に関する限り双方にとって正当とみなすこと、人に対する加害は不可罰性の効果を与えられること、などである……。ヴォルフが意思国際法上の戦争の位置づけを考えるにあたって、グロティウスの『正式戦争』論を下敷きにしたことは間違いない……。しかしながら、グロティウスのユース・ゲンティウム・ヴォルンターリウムとヴォルフの意思国際法が法概念として異なることは別としても、両者の考えはすべての点で一致するわけではけつしてない。たとえば、グロティウスの不可罰性の効果と所有権の効果という外的効果に基づく説明と、ヴォルフの『国法の自然理論』という体系的な理論のなかの一つとしての不可罰性付与という説明との間には、明らかな相違が見られる。両者が決定的に異なるのはしかし、ヴォルフの場合に見られる、自然国際法上許容されていることのみが不正な側に許容されるという『歯止め』が、グロティウスには見られない、という点である。」柳原・前掲注（99）一二五頁。

- (118) ヴォルフおよびヴァッテルにおける「意思国際法」の概念については、柳原・前掲注（99）を参照。同書において柳原が詳しく論じているように、ヴォルフの「意思国際法」論とヴァッテルの「意思国際法」論はいくつかの重要な点において内容が異なるが、いずれにおいても、「意思国際法」は、国家間関係の現実を考慮に入れ、自然国際法の厳格さに変更を加えた実定国際法として構想されたことだ。回上、111—111[五、111][八、111]四八、111[六頁などを参照。
- (119) Wolff, *supra* note 42, p. 322 (§890).
- (120) Vattel, *supra* note 43, p. 167 (Liv. III, Chap. XII, §191).
- (121) *Ibid.*, p. 170 (§194).
- (122) *Ibid.*, p. 171 (§195) [傍点引用者].
- (123) ルソー（桑原武夫・前川貞次郎訳）『社会契約論』（岩波文庫、一九五四年）114頁。
- (124) 同書、115頁。
- (125) 本稿注（22）～（25）に掲げる文献のはかに、例へば¹²⁵ John Westlake, *Chapters on the Principles on International Law* (Cambridge: The Clarendon Press, 1894), pp. 259–264; 田匯也・『戦時国際法』（篠松書店、一九三七年）1111—1115頁。
- (126) E.g., Pasquale Fiore, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, traduite de l'Italien et annotée par Charles Antoine, 2e éd., tome 3 (Paris: Durand, 1886), p. 235; Charles de Boeck, *De la propriété privée enemis sous pavillon ennemi* (Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1882), p. 552; Alphonse Rivier, *Principes du droit des gens*, tome 2 (Paris: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1896), p. 331; A. Mérignac, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après de le droit international moderne et la codification de la Conférence de La Haye de 1899* (Paris: A. Chevalier-Marescq & Cie, 1903), p. 15.
- (127) 本稿122（第六四卷）[中]111[七]—111[八頁] 参照。
- (128) 山内・前掲注（49）を参照。
- (129) George Frédéric de Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*, 2e éd. (Gottingue: Dieterich, 1801), p. 412 [傍点用脚].

- 論 論
- (130) *Ibid.*, pp. 414-415 [憲兵用脚].
- (131) Henry Wheaton, *Elements of International Law. With a Sketch of the History of the Science* (Philadelphia: Carey, Lea & Blanchard, 1836), p. 252 [憲兵用脚].
- (132) E.g., Fiore, *supra* note 126, pp. 213-310; T. J. Lawrence, *The Principles of International Law* (London: Macmillan and Co., 1895), pp. 350-416; Rivier, *supra* note 126, pp. 318-359; Oppenheim, *supra* note 8, pp. 142-154, 196-207.

- (133) 「現代第一回の国際法概説」の初版（一七八九年）によれば、マニトベイは「陸上財産の捕獲免除」を規定するが、注（130）を付けた文章に対する脚注によると、マーテンス（*Precis du droit des gens moderne de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*, tome 2 (Gottingue: Dieterich, 1789), pp. 349-354. (134) 竹本・前掲注（73）四七頁。
- (135) 本稿・前掲注（21）。
- (136) Neff, *supra* note 37, p. 66.
- (137) *Ibid.*; Randall Lesaffer, "Alberico Gentili's *ius post bellum* and Early Modern Peace Treaties," in *The Roman Foundations of the Law of Nations: Albertus Gentili and the Justice of Empire*, ed. Benedict Kingsbury and Benjamin Straumann (Oxford: Oxford University Press, 2010), pp. 210-240.
- (138) Wolff, *supra* note 42, p. 354 (§986).
- (139) *Ibid.*
- (140) *Ibid.*, p. 356 (§991).
- (141) *Ibid.*, pp. 356-358 (§993, 996).
- (142) *Ibid.*, p. 354 (§986). チャルトと同様の考え方だ。ガウテルによると、講和条約には「譲和」、「講和条約」、「合意（une Transaction）」にはならない。厳密かつ厳格な正義の規則に従う。各国が自らの属する規範によって認められるを得ないからである。譲和は不可能になってしまったからだ。Vattel, *supra* note 43, p. 264 (liv. IV, Chap. II, §18).
- (143) Jean Louis Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe*, tome 2 (Stuttgart : Librairie de J.G. Cotta, 1819), pp. 375-

376 (§237).

- (144) *Ibid.*, pp. 368-369 (§232).
- (145) *Ibid.*, p. 494 (§318).
- (146) *Ibid.*, p. 495 (§319) [ヘタリック体原文].
- (147) *Ibid.*, p. 499 (§322).
- (148) *Ibid.*, pp. 501-502 (§325).
- (149) *Ibid.*
- (150) E.g., Robert Philimore, *Commentaries upon International Law*, Vol. 3 (London: William G. Benning and Co., Law Booksellers, 1857), p. 640; J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 2. Aufl. (Nördlingen: C. H. Beck, 1878), S. 393-394 (§700-703); von Kirchenheim, "Beendigung des Krieges und Postilium," in *Handbuch des Völkerrechts: Auf Grundlage europäischer Staatspraxis*, Bd. 4, herausgegeben von Franz von Holtzendorff (Hamburg: J.F. Richter, 1889), S. 792; Henry Bonfils, *Manuel de droit international public* (Paris: Arthur Rousseau, 1894), pp. 885-886; Rivier, *supra* note 126, pp. 435-441; Lawrence, *supra* note 132, p. 457; Oppenheim, *supra* note 8, pp. 274-279. なよ、當時の学説において、*debellatio* による宣戦せむしの使われぬるいの方が多かいためである。右に挙げたもの以外、他の宣戦を使うのはアランソ (Alphonse Rivier) だけであつて、他の学説は、「服従 (subjagation)」(オッペルハイム)、「一方交戦国の他方交戦国への無条件の服従 (unconditional submission)」(ハイリヤー (Robert Philimore))、「戦勝国に対する敗戦国の服従 (Unterwerfung)」(キルヒハイム (von Kirchenheim))、「一方交戦国の他方交戦国への完全な服従 (soumission complète)」(ボンフィルス (Henry Bonfils)) など別の宣戦ドリのりを表現している。
- (151) E.g., Bonfils, *supra* note 150, p. 885; Oppenheim, *supra* note 8, p. 287. これは「開戦時点の状態に復帰する (*status quo ante bellum*)」へと満足感をもつた (Philimore, *supra* note 150, p. 641) が、この場合も、開戦時点の状態に復帰する根拠は、当事国がやむを得ない黙示的な合意をしたと推定されるからであるけれども (In such a state of things the presumption of law would be, that both parties had agreed that the *status quo ante bellum* should be revived.) [傍縞引用]

者]。

(152) Oppenheim, *supra* note 8, p. 276 [傍点引用者].

(153) Bonfils, *supra* note 150, p. 885.

- (154) Rivier, *supra* note 126, p. 436; Oppenheim, *supra* note 8, p. 278. なお、デベラーチオの要件・効果や理論構成については、学説が分かれた。①の問題は今後の検討課題へしたが、約あたり、次の二つの考え方の存在を指摘できる。①一には、交戦国が敵国の領土全部を征服し（conquer）、当該領土を自国領土に併合する（annex）措置をとる②によつて、領土の全部を失つた敵国が国家として消滅し、やれによつて戦争が終了する（such annexation makes the enemy State cease to exist and brings thereby the war to an end）。②にも、デベラーチオもださ subjugation へとべ、との考え方である。L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Vol. 1 (London: Longmans, 1905), p. 287. ②もへ ②には、敵軍の降伏およその中央政府の廃止（the surrender of its armed force, and the abolition of its national government）によって敵国が国家として消滅（cease[s] to exist as a sovereign state），やれによつて戦争が終了する（automatic termination of the state of war） もうぐ一チオムツバ、との考え方である。Hans Kelsen, "Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *American Political Society Review*, Vol. 41 (1947), pp. 188-189. ①せ、敵国が國家三要素のうち領土の全部を失つた②によつて国家として消滅するよへ考え方であるのに対し、②は、國家三要素のうち政府を失つた②によつて国家として消滅するよへ考え方である。②によれば、領土の併合はデベラーチオに必然的に伴つものではなく、戦勝国は、旧敵国の領土を自国領土に併合するか、または旧敵国の領土に新国家を創設するかのいずれかを選べることになる。
- (155) 第一次大戦後のヴエルサイユ講和条約は、戦勝国（連合国）と敗戦国（ドイツ）との交渉によつて条約文が作られたのではなく、連合国から一方的に提示された講和条件をドイツが受諾することにより成立したものである。そのため、この講和は、「交渉に基づく講和（negotiated peace）」ではなく、「命じられた講和（dictated peace）」であったと言われるにじがある。牧野雅彦『ヴエルサイユ条約：マックス・ウェーバーとドイツの講和』（中公新書、一九〇九年）一九七頁。しかし、ヴエルサイユ講和条約も、少なくとも形式的には、国家間の合意に基づく条約として成立しているのであり（ドイツは同条約に拘束される旨の同意をしてくる）、戦争終了に関する一九世紀以来の考え方は、依然として維持されてい

た。

伝統的国際法における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠（二・完）

- (156) リの問題に関する簡潔な紹介として、立作太郎「海上私有財産捕獲の禁止」『国際法雑誌』第六卷1号（1907年）1—1〇頁。
- (157) Ernest Nys, *La guerre maritime: Étude de droit international* (Bruxelles: Librairie Européenne C. Muquardt, Merzbach et Falk, 1881), p. 135; ⇒・前掲注（155）1頁参照。
- (158) J. C. Bluntschi, *Das Beuterecht im Krieg und das Seebeuterecht insbesondere* (Nördlingen: C.H. Beck, 1878), S. 1-168.
- (159) Fiore, *supra* note 126, pp. 234-262.
- (160) De Boeck, *supra* note 126, pp. 551-582.
- (161) Charles Calvo, *Le droit international théorique et pratique: Précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, 4e éd., tome 4 (Paris: Guillaumin, 1888), pp. 332-359.
- (162) Rivier, *supra* note 126, pp. 329-336.
- (163) P. Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public européen et américain: Suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines*, tome 8 (Paris: A. Pedone, 1885-1906), pp. 24-135.
- (164) Nys, *supra* note 157, pp. 133-147.
- (165) Institut de Droit International Public, Session de Zurich, "Traitement de la propriété privée dans la guerre maritime," http://www.idiif.org/idiif/resolutionsF/1877_zurich_02_fr.pdf (accessed 23 November 2014).
- (166) Ministère des Affaires Étrangères, *Deuxième conférence internationale de la paix, La Haye 15 juin-18 octobre 1907: Actes et documents*, tome 3 (La Haye: Imprimerie Nationale, 1907), p. 746.
- (167) "Proposition de la délégation des Etats-Uni d'Amérique," dans Ministère des Affaires Etrangères, *supra* note 166, p. 1141.
- (168) *Ibid.*, pp. 834-835.
- (169) Ministère des Affaires Étrangères, *supra* note 10, p. 237.
- (170) E.g., Fiore, *supra* note 126, p. 235; Rivier, *supra* note 126, p. 331.

- 溫
議に及ぶる米國の影響（Joseph H. Choate）（註）
- (171) E.g., Rivier, *supra* note 126, pp. 330; Ministère des Affaires Étrangères, *supra* note 166, p. 756 (紙) に亘る一々詳説
- (172) Fiore, *supra* note 126, p. 250.
- (173) Bluntschli, oben Ann. 158, S. 147.
- (174) Ebd. S.148.
- (175) Wheaton, *supra* note 131, p. 254.
- (176) William Oke Manning, *Commentaries on the Law of Nations* (London: H. Sweet, 1875), pp. 182-183.
- (177) Henry Wheaton, *Elements of International Law*, The Classics of International Law: The Literal Reproduction of the Edition of 1866 by Richard Henry Dana, Jr., edited, with notes by George Grafton Wilson (Oxford: Clarendon Press, 1936), pp. 378-379.

- (178) L.-B. Hautefeuille, *Des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime*, 3e éd., tome 2 (Paris: Librairie de Guillaumin et C^{ie}, 1868), pp. 2-5.
- (179) M. Théodore Ortolan, *Règles internationales et diplomatique de la mer*, 4e éd., tome 2 (Paris: H. Plon, 1864), pp. 35-56.
- (180) H. W. Halleck, *International Law, or, Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War* (New York: D. Van Nostrand, 1861), pp. 470-495.
- (181) James Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities* (Edinburgh: Blackwood, 1884), pp. 93-118.
- (182) Travers Twiss, *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities: On the Rights and Duties of Nations in Time of War*, 2nd ed. (Oxford: The Clarendon Press, 1875), pp. 138-142.
- (183) William Edward Hall, *A Treatise on International Law*, 2nd ed. (Oxford: The Clarendon Press, 1884), pp. 404-409.
- (184) John Westlake, *International Law*, Part II, *War* (Cambridge: The University Press, 1907), p. 130.
- (185) Th. Funck-Brentano et Albert Sorel, *Precis du droit des gens*, 3e éd. (Paris: Librairie Plon, 1900), pp. 402-404.
- (186) A. Pillet, *Les lois actuelles de la guerre* (Paris: Arthur Rousseau, 1898), pp. 118-120.

伝統的国際法における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠（二・完）

- (187) Franz v. Lisz, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt* (Berlin: O. Haerting, 1898), S. 236-237.
- (188) Almá Lafti, *Effects of War on Property: Being Studies in International Law and Policy* (London: Macmillan and Co., 1909), pp. 117-143.
- (189) Dupuis, *supra* note 7, pp. 35-47; Charles Dupuis, *Le droit de la guerre maritime d'après les Conférences de la Haye et de Londres* (Paris: Pedone, 1911), pp. 54-86.
- (190) Dupuis, *supra* note 7, p. 37.
- (191) Lafti, *supra* note 188, pp. 122-123.
- (192) Ministère des Affaires Étrangères, *supra* note 166, p. 793 [傍点引用者].
- (193) E.g., Dupuis, *supra* note 7, p. 14; 田園良一「非戦闘員の戦争法上の地位（1）」『法學』（東北帝国大学）第五卷四号（一九三〇年）七五—七七頁。
- (194) Hall, *supra* note 183, p. 408; Wheaton, *supra* note 177, p. 379; Dupuis, *supra* note 7, p. 38. りの点、敵船・敵貨捕獲による損失は、最終的には保険料を支払う者（荷主や船主など）にのみ負担されるべきを捉えて、敵船・敵貨捕獲は、陸戦における微発およぶ取立金の制度に類似すべしと指摘する者もいた。Lafti, *supra* note 188, p. 124.
- (195) Ministère des Affaires Étrangères, *supra* note 166, p. 793.
- (196) Ortolan, *supra* note 179, p. 40.
- (197) Hautefeuille, *supra* note 178, p. 2.
- (198) たゞし、一九世紀後半においても、戦争を権利の執行手段と捉え、敵財産の捕獲を、敵財産の所有権を取得するいふことによって侵害された権利を回復する行為として捉える学説は、まったくなくなつた訳ではなく、極めて少数ながらなお存在した。例えば、トゥイイスは、一八七五年の『独立した政治共同体として考察された国際法』（第二版。初版は一八六一年刊行）において、戦争を「国家がその権利を実力により執行する (prosecute)」ものだと性格づけた。Twiss, *supra* note 182, p. 49. その上で、敵財産の捕獲については、グロティウスやヴァッテルなど、「一八世紀以前の学説を引用しつつ、「交戦国が、過去の侵害に対する合理的な満足 (reasonable satisfaction) および将来の侵害に対する合理的な保証 (security) へやるのに必要な限度において、敵の財産を取得する (appropriate to itself)」ことは合法である」と述べる。

Ibid., p. 120. まだ、別の箇所では、「戦争の主たる目的は、損害に対する賠償を得る」と (*reparation of damage*) であり、戦争は、多くの部分において、敵の財産に対する復仇の意味合いで含んでゐる (implies Reprisals against the property of an enemy)。しかし、戦争が復仇と違うのは、復仇は、与えられた損害およびそれが原因となって生じた損害の限度まで (*ad danni dati modum et damnum consequendum causa*) しか認められず、戦争と区別されたすべての復仇は、完全な満足が得られた場合には止めなければならないのに對し、戦争は、救済を得る) に加えて、不正義または暴力の処罰や、将来の侵害に対する保証の確保のために敵からその財産または領土 (property or possession) を奪うことが認められてゐる点である」と述べる。*Ibid.*, p. 140. のように、トウェイスは、一八世紀以前の学説と同様に、敵財産の捕獲を、講和条件の強制という觀点からではなく、捕獲それ自体により権利を実現するものとして捉えていた。

- (19) Westlake, *supra* note 184, p. 130.
- (20) 立・前掲注 (一) 1111-1111頁。
- (21) Westlake, *supra* note 184, p. 141.
- (22) 立・前掲注 (一) 1111-1111頁。
- (23) Ortolan, *supra* note 179, pp. 40-42; Laffi, *supra* note 188, p. 127; Dupuis, *supra* note 7, p. 47.
- (24) 本稿注 (173) よみど (174) に対応する本文を参照。
- (25) Ministère des Affaires Étrangères, *supra* note 166, p. 802. の案は、結局採択されなかつた。*Ibid.*, p. 842. なお、係争物寄託 (séquestration) へば、「一般には、係争物件（または差押物権）を紛争の解決まで第三者による保管 garde のために寄託する」ことを云ふべ。山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、二〇〇一年）五四七頁。

〔付記〕本稿は、平成二〇年度～平成二一年度日本学術振興会科学研究費補助金（若手研究（B））による研究成果の一部である。