

翻
訳

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』(訳・その八)

広井大三

(訳者はしがき)

本稿は大東文化大学紀要・第三〇号から第三六号にまで掲載した翻訳の続きであり、ケルゼンの原書・全五章の内の第二章Dと第三章Aの部分である。

(本稿部分の目次)

(第二章)

D 国際法の物質的効力範囲

第一節 国際的、および、国家的(国内)管轄権

第二節 国内法による国際法の実施

第三節 国際法の国内法への変質

第四節 国際連合憲章・第二条七項

第五節 国際法の定義

第六節 排他的国際管轄権

第三章 国際法の本質的機能…国内法秩序(国家の法的

実在)の効力範囲の国際法秩序による決定

A 国際法による国内法秩序の効力の属地的範囲

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』(訳・その八)

(第二章)

D 国際法の物質的効力の範囲

国際法の物質的効力範囲は、属人的、属地的、および、時間的な効力範囲と同様、無限である。したがって、国際法の規範は、どんな問題であれ一切の主題に、とりわけ、国内法によって常に規制される問題にも関係し得るのである。

(国家の領域)の決定

第一節 国内法秩序の効力の属地的範囲としての国家の領域

第二節 国内法秩序の効力の属地的範囲の限界

第三節 狭義、および、広義の意味における国家領域

第一節 国際的、および、国家的（国内）管轄権

国際法の物質的効力範囲の問題は、国際法の物質的効力範囲と国内法のそれとの間に一線を画すことが可能であるか否かという問題として提示され得る。それは、まさに、その特質により、専ら国際法の規範によってのみ規制され得る問題が存在するか否かという問題であり、更に、まさに、その特質により、専ら国内法の規範によってのみ規制され得る問題が存在するか否かという問題でもある。

法が問題を「規制する」(regulate)ということは一——この関連では——この問題に関して或る一定の方法で行動する義務を法が規定するということを意味するのである。法秩序の規範は、一般的、ないし、個別的規範であり、最も重要な個別的規範は、司法上、ないし、準司法上の決定である。問題が国際法によって規制され得るということは、この問題が、慣習国際法、または、条約国際法の法則によって規制され得るか、それとも、国際機関の、とりわけ、国際裁判の判定によって規制され得るということを意味するものであり、問題が国内法によってのみ規制され得るということは、この問題

に関して或る一定の方法で行動する義務が、国家の慣習法、ないし、成文法によってのみ規制され得るか、或るいは、国際的機関の決定によってではなく、この国家の裁判所の判定によってのみ規制され得るということを意味している。こうした問題は、まさに、その本質に基づき、国家の国内管轄権の内部において、単独的か、独占的であるとして常に特徴付けられている。と言うことは、こうした問題を、国際法の一般的、ないし、個別的規範により規制することが除外されており、しかも、国家の排他的権能（裁判管轄権）が確立されていることを意味するのである。しかしながら、まさに、その特質により、国内法による規制に委ねられ、国際法による規制を受け入れないという問題は存在しないし、まさに、その特質により、国家の国内管轄権内で単独に（排他的に）存在する問題は無いし、まさに、その特質により、国際法の一般的、または、個別的規範により規制され得ない問題、すなわち、義務が一般的、または、個別的な国際法の規範によって規制され得ない問題も存在しないのである。国際法は、あらゆる問題を規制することが可能であり、通常、国内法によってのみ規制され、それ故に「国内」問題だと考えら

れるような問題、例えば、政府の形態、国籍の取得と喪失、労働問題、社会政策の全領域、宗教問題、移民や関税問題、刑法上の問題や刑事手続の問題、民法や民事上の手続の問題などのような憲法上の問題を規制することができるのである。

すべて、これらの問題は、国際法の規範によって規制されるものであり、実際に、それらが国際協定の対象である場合には、国際法によって規制されているのである。条約により、国家は、共和国や民主国の統治形体を採択したり、維持したりする義務を帯びることがあるし、或る種の条件でのみ、他国の市民を帰化させる義務や、一日八時間労働を設定したり、その国民のために信教の自由を認めたり、他の国の市民に移住を許可したり、或る一定の国からの或る商品の輸入に特別関税を課したり、刑事上、および、民事上の或る法則を国際協定で合意された方式に合わせたりする等の義務を帯びたりし得るのである。こうした問題をめぐって、もし、論争が発生するならば、それは、国際的機関により、とりわけ、もし、そうした機関が条約により確立されているのであれば、国際裁判によって解決され得るのである。以上のすべての場合において、通常、国内法の規範によってのみ、専ら規制さ

れている問題は、こんどは、国際法の規範によって規制されているか、少くとも、国際法の規範によってもまた規制されていることになるのである。

第二節 国内法による国際法の実施

法は、或る問題について、この問題に関しては或る一定の様式で行動する義務を規定することにより、積極的 (positive) な方法で規制できるのみならず、この問題に義務を規定することを控えることにより、消極的 (negative) な方式でもって規制することもあり得るのである。そこで、法に従属する人間としては、この問題について彼らが好むように行動することが法的に自由である。法的に禁じられていないことは、法的には許されているのであって、この意味で、国内法であれ、国際法であれ、法により「規制され」ない問題は存在しないのである。もし、或る一定の問題について、或る国家に義務を課するような国際法の規範が存在しないのであれば、国際法により、その国家は、それが好むように行動することが自由であり、しかも、この問題が、その国内管轄権の範囲内にあるということである。

諸問題は、国際法の規範により、積極的に規制され得ると同時に国内法の規範によっても規制され得るものであり、国際法の規範は、国内法の規範による履行を必要とし得るのである。例えば、或る一般国際法の規範は、国家に対して、戦争に訴える前に正式に宣戦布告をする義務を課しているが、この義務の遂行は、宣戦布告を行う権能を有する機関を決定することに關し、その国の国内法の規定が無ければ可能ではない。国内法により国際法を実施するもう一つの例は、犯罪人引渡に關する条約であつて、それは、締約国に対して、その条約の内容と一致するように犯罪人引渡を調整する法令をつくる義務だけを課しているのであるが、その国の主体に、その国の機関によって適用されるためには、その条約は、まず、その国の立法機関により制定される国内法令によって執行されなければならない。しかし、その条約は、締約国に対して、或る一定の内容をもつ国内の犯罪人引渡法を制定する義務ではなく、その条約の中で規定された個人を、同様に、その条約の中で規定された条件のもとで、引渡する義務を課し得るのである。すなわち、犯罪人引渡条約は、締約国の立法機関ではなく、行政、ないし、司法の機関を義務付け得る

のであつて、その場合、犯罪人引渡条約は、締約国の必要不可欠な国内法の立法行為による国際法の履行ではなくて、行政、ないし、司法の機関により適用され得るのであるが、しかし、その犯罪人引渡条約を適用する権能を有する行政、ないし、司法の機関は、国内法によって決められなくてはならないのである。もし、国内法秩序が既に犯罪人引渡を規定する規範を包含しているのであれば、国内法の規範による国際法の規範のそれ以上の履行は必要ではない。国際法の規範は、この規範により決められる犯罪を犯したために個人を処罰することを、国家に義務付け得るか、或るいは処罰する権能を与え得るのであるが、しかし、例えば、海賊の場合のように、処罰を決めることを国家に任かすことも可能である。処罰を決定する国内法の規範は、或る種の個人を処罰することを国家に義務付けるか、或るいは処罰する権限を与える国際法の規範の履行である。国際法の規範は、国家に義務を賦課するか、権利を賦与することも可能であるが、同時に、その義務を履行すべき、或るいは、その権利を行使すべき国家機関を決定することも可能である。例えば、条約が、締約国の刑事裁判所が、その条約によって決められる犯罪を犯した個人に

対して、やはり、その条約によって決められる処罰を加えなければならぬと規定することがあり得る。実際問題として、国内法は、たいてい、刑事裁判所を設置する規範を含んでいり、しかも、こうした国内法の規範は、国際法の規範の必要不可欠の履行を構成するものである。何人かの学者は、一般国際法の規範は国家元首に条約を締結する権能を賦与すると推断しているが、しかし、国家元首と看做される個人を決定するのは国内法であって、この意味において、国家に義務を賦課したり、権利を賦与したりするあらゆる国際法の規範は、国内法による履行が必要である。と言うのも、こうした国際的義務は、国家の機関によってのみ履行され得るのであるし、こうした国際的権利も国家の機関によってのみ行使され得るからであるし、更に、こうした機関は国内法によって設置されなければならないのである。しかし、もし、国内法が既に、国際法の適用を可能にする規範を内包しているのであれば、それ以上に履行は必要ないのである。国家機関によって適用可能であるが、国内法によるそれ以上の履行の無い国際法は、自動発効規範 (self-executing norm) と呼ばれ得る。

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』(訳・その八)

第三節 国際法の国内法への変質

国内法による国際法の履行は、いわゆる、国際法の国際法への変質 (transformation) と区別されねばならない。国家の憲法に基づき、行政機関、とりわけ、司法機関は、国内法、すなわち、立法機関により制定される法規 (statute)、または、権能を有する執行機関により発せられる命令 (decree)、のみを適用するように義務付けられ得るが、その場合、国際法は、たとえ、履行が必要ではないとしても、法規や命令への「変質」、すなわち、国際法の規範の内容が国内法の規範の内容にされている場合にのみ、その国の行政・司法機関により適用され得るのである。こうした変質は国際法の見地からは必要なものではない。⁽⁶⁵⁾ 国家は国際法の侵害に対して責任を負うが、それは、もし、この侵害に対する唯一の理由が、憲法により必要とされる国内法への変質が行われていないという場合である。⁽⁶⁶⁾ 国際法の国内法への変質は、国内法の見地からは必要になり得るが、しかし、或る一定の立法行為を行うように義務付けるか、或るいは行うことを授権するような国際法の慣習規範、ないし、因襲規範 (conventional norm)

の変質は不可能である。当該法規の制定により、その国家は、ただ、国際的義務を果たすか、国際的権利を遂行するだけであつて、それは、国際法の国内法への「変質」にはならないのである。ただ、国家の行政行為、ないし、司法行為を規定する国際法の規範だけが、変質を必要とし、しかも、これは、行政機関、または、司法機関が専ら国内法を適用することを憲法により義務付けられている場合のみである。国家の成文憲法や不文憲法は、国際法が国内法の一部であるという規定を内包することが可能であり、この規定は国際法の国内法への一般的変質を構成するものと解釈され得るのである。この場合、国際法の特別規範の変質、とりわけ、条約の変質は、必要ではない。⁽⁶⁸⁾

(65) ダンチッチ裁判所の裁判管轄権に関する反対意見の中で、常設国際司法裁判所(一九二八年)は、『国際協定は私的個人に対する直接の権利義務を、そのままでは設定することはできない。しかし、締約当事国の意図に従つて、国際協定の対象そのものが、個人の権利義務を設定し、国内裁判所により執行され得る何らかの明白な規定についての当事国による採用になり得るということは、反駁できないのである。』と説明したが、裁判所は、国際協定は具体的事例においてダンチッチ裁判所により「直接に適用できる」

という結論に達したのである。

(66) ダンチッチにおけるポーランド国民とポーランド生まれでポーランド語を話す他の人々の取り扱いに関する反対意見の中で、常設国際司法裁判所(一九三二年)は、『一方において、国家は、他の国家に対して、一般に認められた原則により、後者の憲法の規定を援用することはできないが、十分に認められた国際法と国際的義務だけは、援用することが可能であり、他方においては逆に、国家は、他の国家に対して、国際法や効力のある条約に基づいて、自国に責任のある義務を免れるために、自国の憲法を提示することはできない。』(常設国際司法裁判所出版・シリーズA/B・四四号二四頁)。

(67) アングロ・サクソン諸国においては、国際法が国内法の一部であるという原則がコモン・ローの法則として承認されている。ドイツ連邦共和国憲法(ボン憲法)では、第二五条で『国際法の一般法則は連邦法の一部を形成する。それらは、法律に優先し、連邦領域の住民に対して直接に権利と義務を設定する。』と規定している。

(68) 条約の国内法への変質については第四章・第四節C(2)の(a)(3)を参照。

第四節 国際連合憲章・第二条七項

国家の国内管轄権の中には、まさに、その特性により単独(排他的)であり、そのために、国際法の一般規範、ないし、

個別規範による規制からは除外される問題が存在しており、国際法は、まさに、その特性により、このような問題についての義務を規定することはできない、という誤まった仮定が、国際連合憲章の重要な規定の背景になっており、それについては既に前の関連事項の中で触れておいた。⁽⁶⁹⁾それは、第二条七項の規定であり、それによると、『本質上、いずれかの国内管轄権内にある事項について』国際連合による干渉は禁じられているが、第三章のもとで取られる強制措置による干渉の例外、すなわち、安全保障理事会が平和に対する脅威や破壊が存在すると決定した後、安全保障理事会により取られる強制措置の例外はある。この規定は国際連盟規約から、若干の修正を伴いながらも引き継がれたものであって、連盟規約の第一五条八項は次のようになっている。『紛争当事国ノ一國ニ於テ、紛争カ国際法上専ラ該当事國ノ管轄ニ属スル事項ニ付生シタルモノナルコトヲ主張シ、連盟理事会之ヲ是認シタルトキハ、連盟理事会ハ、其ノ旨ヲ報告シ、且之カ解決ニ関シ何等ノ勧告ヲモ為ササルモノトス。』八項の起案者たちは、まさに、その特性により、専ら国家の国内管轄権の内だけに存在しており、そのために国際法による規制から除

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』（訳・その八）

外されている問題があるという想定から出発していた。とりわけ、国家の国内管轄権内に専ら存在するものとして移住 (immigration) と関税 (tariff) を考えていた。その結果、かれらは、紛争が、このような問題に関係するならば、国際機関である連盟理事会は、国際的法律行為の性格をもつ決定により、その紛争を解決する権能を有してはならないし、有することはあり得ないという結論に達したのである。⁽⁷⁰⁾

しかしながら、まさに、その特性により、国家の『専ら国内管轄権内に』ある問題は存在しないからには、第一五条八項の適用の必然的結果は、その用語との抵触である。もし、二国間に紛争がある場合、と言うことは、すなわち、もし、或る国が他国の或る一定の行為を要求し、その他国が、この要求を拒否する場合には、そこには、ただ二つの可能性があるだけである。つまり、被告に原告の要求通りに振舞う義務を賦課する慣習国際法、ないし、因襲国際法のいずれかの規範が存在しており、しかも、紛争が生ずる問題が、被告の国内管轄権内には無い場合か、または、そうした慣習国際法や因襲国際法の規範は存在せず、しかも、問題が被告の国内管轄権内にある場合である。問題が国内管轄権内にあるのは、

その特質によるのではなく、この問題に関して或る一定の方法で行動するように国家の義務を設定することにより紛争が発生したことの問題を、国際法の規範が、ちょうど、その場合には規制しないためである。もし、国家が、或る一定のやり方で行動することを国際法によって義務付けられないのであれば、その国は、「国際法により」自由であり、国際法のもとで、その国は自ら好むがままに行動する権利を享有していることになり、他国は、この行動を義務付けられていない国家の或る一定の行動を要求する権利を享有していないのである。その結果として、連盟理事会においては、被告側が、その国内管轄権に関して原告側の要求を拒否する場合には正当となり、原告が、義務付けられていない他国に対して行為を要求する場合には不当となるのである。もし、理事会が、紛争国の一方の『専ら国内管轄に』問題があると判定するのであれば、理事国は、実定国際法により、この国は正当で、他方の国は不当であると言明するのである。と言うことは、それは、理事会が事件を現実的に解決するということを意味しているのであるが、しかし、第一五条八項に従い、理事会は、その解決に関して勧告さえもしてはならないのである。

国連憲章の第二条七項は、次の点において、連盟規約の第一五条八項とは違っている。すなわち、(1)干渉の禁止は、安全保障理事会による論争への干渉を制限するものではなく、それは、憲章第七章のもとで取られる強制措置を除いて、機構の全ての機関の一切の活動に関係する。(2)機構が干渉を禁じられている問題は、「専ら国際法による」ものとして特徴付けられるのではなくて、国際法とは関係無く「本質上いずれかの国の国内管轄権内にある」ものとして特徴付けられる。(3)連盟規約の第一五条八項により、問題が専ら国家の国内管轄権内にあるか否かについての問題は、理事会によって決定されるべきであるのに対して、第二条七項は、国際連合の安全保障理事会や他の何らかの機関に、この問題を決定する権能を付与するものではない。結果として、その決定は当該国家に委ねられるが、しかしながら、もし、問題が、安全保障理事会や総会や国際司法裁判所のもつて、一当事国により提起されており、相手方が、問題は本質的に国内管轄権内にあると主張することにより、国際的機関の管轄権を拒否するのであれば、これらの国際連合の機関もまた、問題が本質的に、この管轄権を主張する国の国内管轄権内にあるか否かについ

ての問題に答える権能をもっているのである。その上、その問題を解決する際に、機関は、問題が国内管轄権内にあると主張する当事国の供述により拘束されているか否かという問題が生ずるのであるが、この問題については、肯定的にも否定的にも答え得るのである。第一の場合としては、如何なる国家も、その国内管轄権に関して、どのような場合であれ、機構の管轄権を排除することができないことになるし、第二の場合として、問題が本質的に当該国家の国内管轄権内にあるか否かについての問題の解決は、国際連合の各々の機関の自由裁量に委ねられていることになるが、そのいずれの解決も満足の行く結論には達しないのである。何故なら、まさに、その特質により“専ら”国家の国内管轄権内にある問題が存在しないのと同様に、“本質的に”国家の国内管轄権内にある問題も存在しないからである。“専ら”という語句を“本質的に”という語句によって置き換えることは、“国際法”との一切の関係を抜きにしても、国際法によって規律される問題、例えば、条約により国家に賦課される義務が存在することと関連する問題でさえも、——国内管轄権に訴える国の国内管轄権内では——“専ら”ではなく、“国際法による”

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』（訳・その八）

のでもなく——“本質的”であるとして宣言され得るという結果になるのであるが——それは確かにきわめて逆説的な結果である。⁽⁷¹⁾

国際機構の干渉から“国内管轄権”の事項を除外することは、こうした問題に関して、紛争国の一方に義務を課す国際法の法則が存在するか否かという問題が論議されている場合でさえも正当化されるものではない。と言うのも、もし、この問題が議論され、更に、もし、その紛争当事国が合意に達し得ないのであれば、その紛争の平和的解決には、国際機関による解決の他には方法は無いからである。憲章の第二条七項の二番目の段落部分に従って、国際連合は、第七章の強制措置を適用することにより、国内管轄事項に干渉できるのであり、国際連合の加盟国であろうとなかろうと、或る国の内部で発生する内乱の場合に、このことは特に重要である。しかし、このような干渉は、憲章の第三九条のもとで、安全保障理事会が、その内乱が国際平和への脅威になると前もって判断している場合にのみ可能なのである。

(69) 第一章B七節gを参照のこと。

(70) チュニス・モロッコ国籍事件判決において、一九二三年、

常設国際司法裁判所は、連盟規約の第一五条八項を次のように解釈した。すなわち、「一つの見地からは、国家の管轄権は国際法によって——この語法を広い意味で使うと、すなわち、慣習法と、それから特別条約法と一般条約法の双方を包含する国際法によって決まる範囲内において排他的であると言ってもさしつかえない。しかし、第一五条八項を綿密に吟味すれば、排他的な管轄権が、その八項に関係があるのは、この意味においては、ないことが立証される。『専ら国内管轄権内』という語は、むしろ、或る種の問題を予期しているように見えるが、それらは一国以上の利害に非常に密接に関係するかもしれないが、原則的には国際法によって規制されてはいない。こうした問題に関しては、各々の国が唯一の裁判官である。』

「或る一定の問題が、専ら或る国の管轄権内に有るか無いかという問題は本質的に相対的な問題であり、それは国際関係の発達に依存している。したがって、国際法の現状では、国籍の問題は、裁判所の見解では、原則的に、この保留された範囲内にある。」

当該見解のためには、国籍の問題のように、原則的に国際法によって規制されていない問題において、その自由裁量権を行使する国家の権利は、他国に対して引き受けられ得る義務により、やはり、制限されるということが当然起り得ることを観察すれば十分である。このような場合に、原則的に専ら国家に帰属する管轄権は、国際法の法則によって制限される。その場合、第一五条八項は、こうした法則に訴える権利を与えられている国家に関して適用を中止

し、国家が或る種の手段を講ずる権利を持つか否かという問題についての論争は、こうした状況では国際的な性格をもつ論争になるし、この八項に含まれる例外の範囲外に入るのである。国家が排他的な管轄権を有しないと考えることは、その国家が、このような手段を採用する権利を有するかどうかに関する最終決定を決して損うものではないのである。」（常設国際司法裁判所出版物・Bシリーズ・第四号二三頁f.）

この解釈は非常に疑問である。まさに、その特質により「専ら」国家の国内管轄権内にあるというような問題が無いのと同様に、まさに、その特質により「原則的に」国際法によって規制されない問題も存在しないのである。或る種の問題が国際法により規制され得ないとか、規制されてはならないということに「原則」は存在しておらず、裁判所は、「原則的に」国際法によって規制されていない問題が、実際には、条約により規制される場合に国際法によって規制され得るし、その場合、それは、専ら当該国家の国内管轄権内にあることを中止するということを認めているのである。指摘されるように、国際法により実際に「規制され」ていない問題は、その用語を、肯定的意味だけではなく、否定的意味で捉えるとしても、存在しないのである。或る一定の問題に関して或る一定の方法で行動するように国家に義務が賦課される慣習国際法や因襲国際法の規範は存在しないということについての問題だけがあるのである。その場合、しかも、その場合にのみ、その問題は、専ら、または、排他的に——しかし、「本質的に」ではない——

国家の国内管轄権内にある。と言うことは、国家は、法的に、この問題について随意に行動してよいということの意味する。連盟規約の第一五条八項は、「国際法により」専ら国の国内管轄権内にある問題について全く正確に述べているのである。

(71) 国際司法裁判所は、(ブルガリア、ハンガリー、ルーマニアとの) 講和条約の解釈についての一九五〇年三月三日の勧告的意見において、裁判所の勧告的意見に対して総会により行われた要請に関して、「要請の目的は……専ら裁判所から、ブルガリアとの講和条約の第三六条、ハンガリーとの条約の第四〇条、ルーマニアとの条約の第三八条の各々の特定条項 (express terms) において規定された委員会による紛争の解決のための手続きの適用に関する法的性質の或る種の浄化を得ることを志向している。この目的に対する条約の条項の解釈は、本質的に国家の国内管轄権内にある問題として考えられるべきではない。それは、まさに、その特質により、裁判所の権能内にある問題である。——こうした考察は、また、国内管轄権の原則に基づいており、かつ、裁判所の権能に対して特に向けられている異議を十分に処理するものである。と言うことは、すなわち、国際連合の機関としての裁判所は、憲章の第二七条七項を含む規定を順守しなければならないと言うことである。」と陳述している(国際司法裁判所報告・一九五〇年・六五頁)。

第五節 国際法の定義

もし、まさに、その特質により、専ら、または本質的に国家の国内管轄権内にある問題、すなわち、国内法の規範によつてのみ規制され得るのであつて、国際法の規範によつては規制されない問題は存在しないのであれば、その場合には、何であれ、すべての問題が国際法により規制され得るのである。国際法秩序の物質的効力範囲は無限であるので、結果的に、その対象によつて、つまり、その規範が関係したり、規制したりする問題によつて国際法の問題を明確にすることは不可能である。国家の対外的問題を規制する規範の体系として、つまり、国内法とは対照的に国内の、すなわち、国家内部の国内的問題を規制する国家間の関係として(若干の著者がしているように) 国際法を定義することは不可能なのである。あらゆる対内的、ないし、国内的問題が、もし、国際条約の対象になるのであれば、それらが対外的問題になるのであつて、問題が対外的問題であるから国際法によつて規制され得るとか、問題が対内的問題であるから国内法により規制され得ると言うのは正確ではないのである。反対に、問題が、国際法によつて規制されるから対外的問題であり、国家間の

問題なのであり、更に、問題が国内法によってのみ絶対的に規制されるためと、規制される限りにおいて、それは、対内的問題、一国内の問題、すなわち、「国内」問題なのである。

にも拘わらず、もし、国際法を国家間法 (interstate law) として定義するのであれば、それは、この定義が国際法の特殊の対象には関係しないで、その設立 (creation) の手続きに関係するということが、その理由である。この手続きは、国際法の規範が、二、ないし、それ以上の国家の合作によってつくられるという事実の特徴付けられ、これは、慣習国際法にとつと同様、因襲国際法にとつて当てはまっている。しかしながら、国内法は、全くもって国家の行為によつてつくられる限りにおいて、それは一国の行為によつてのみつくられるのであるが、慣習国内法や法的処理 (legal transaction) によつてつくられる法のように、国家の行為によつてはつくられない国内法の規範も存在するのである。

第六節 排他的国際管轄権

国際法によつて規制され得ない問題は存在しないが、国際法によつてのみ規制され得る問題は存在し、国内法によつて

のみ規制される問題は存在しないのである。すなわち、一国の法の効力は、或る一定の領域とその住民に限定されているからである。国際法の本来の傾向と第一義的な機能は、言つてみれば、国内法秩序の効力の属地的、属人的、世俗的、物質的な範囲を決定し、それにより、それらを整合することにあり、実際、これは、国際法だけが成し就げ得る機能である。一国の法としての国内法は、法秩序として、その法の効力、或る一定の領域と、この領域上に生活する住民に限りにおいて、この機能を遂行することはできない。そこで、この国際法の機能については、第三部で考察することにする。

国際法によつてのみ規制され、国内法によつては規制され得ないもう一つの問題は、その国内法が一国の法として考えられる限りにおいて、すなわち、法秩序として、その効力が或る一定の領域と住民に限られている限りにおいて、国際法の定立と適用、とりわけ、条約の締結や国際裁判所の樹立等である。

国際法は、本来的に国内法によつてのみ絶対的に規制された問題を規制する傾向を、ますます見せているが、それは、いわゆる、国の国内管轄権を、ますます規制する傾向である。

と言うのも、いわゆる、国内管轄権の問題が条約による規制を、ますます受けているからである。もし、それらが、同時に当該条約に基づいて国内法の規範により規制されるのであれば、われわれは、国内法と国際法の同時的権能に直面しているのである。われわれは、この現象を、法を国際化し、国内法の規範の内容を国際法により決定するか、条約によって設定される国際法により国内法を代替させる傾向の増加として特徴付け得るのである。

第三章 国際法の本質的機能・国内法秩序（国家の法的事実）の効力範囲の国際法秩序による決定

国際法の効力範囲についての以上の考察は、国際法が、国家の機関としての個人に義務を賦課し、権能を賦与し、こうした個人の決定を国内法秩序に委ねることにより、国家に義務を賦課し、権能を賦与することを示している。ただ、国際法が個人を直接に義務付け、権能を与えるのは例外的である。国際法の規範は、たいていの場合、不完全な規範であり、国際法秩序は、国内法秩序の存在を前提にしている。前者は、

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』（訳・その八）

後者なくしては法秩序の適用不能の断片になってしまう。このことから、国内法との関与は、国際法の規範の意味にとつて固有のものである。この意味において、国際法秩序は、みづからの規範の完成を国内法秩序に委任するのである。

もし、われわれが、現在の国際法の規範を、それが規制する主体的問題（subject matter）に関連して考察するのであれば、二つの異なるグループに分類することができる。すなわち、(1) 国際法によってのみ明確な方法で規制され得る問題に関する規範で、しかも、一国の法と看做され、その効力が或る一定の領域と住民に限定されている国内法を通じた規制を認めない規範。これらの規範において、国際法の本質的機能が明白になる。(2) 国内法によってもまた規制され得るし、しかも、慣習国際法や因襲国際法が明確な方法では規制しない限りにおいては、実際には国内法によってのみ規制されている、と言うことは、すなわち、こうした問題に関する義務を（例えば、市民権の取得や喪失に関する規範として）設定することによって規制されている主体的問題に関する規範。後者は、おそらく国際法の規範である規範であり、前者は、必ずや国際法の規範である規範である。

規範が、まさに、その特質により、国内法によっては規制され得ない主体的問題に関係するため必然的に国際法の規範であるとして分別される場合には、国際法と国内法との間の関係に関する或る一定の仮説が想定される。それは、国際法が国内法に優越するという仮説である。この仮説の意味と、その反対の、国際法は国内法に優越せず、国内法の一部としてのみ有効であるという仮説の意味は、本書の最後の章で検討することになる⁽¹⁾。しかし、たとえもし、国際法が国内法に優越するということが仮定されず、国際法が、もし、国家によって承認されるならば、その場合にのみ有効であるか、あるいは、同じことではあるが、国家の法の中で有効であるという理由において、国際法が、国内法の一部としてのみ有効であるということが仮定されるとすれば、その場合には、義務や責任や権利の主体としての国家が、その法に——それが国際法であれ、⁽²⁾それ自身の“国の国内法であれ——従属することが認められなければならない。われわれが、もし、国家を、社会秩序として、それは、つまり、法秩序として、すなわち、国内法秩序として考えるのであれば、われわれは、国際法秩序が国内法秩序に優越すると思われようと、国内法

秩序の一部であると思われようと、この国内法秩序の効力の範囲が、国際法秩序によって決定されるということ認めなければならない。もし、国際法が、国内法の一部としてのみ有効であると仮定すれば、国際法である国内法秩序の規範と、その性格をもたず、したがって、(国際法を含まない)用語の狭義で、かつ、特別な意味での国内法である国内法の規範とを区別することが必要である。その場合、(用語の広い意味における国内法の一部である)国際法によって決定されるものこそ、この狭い意味での国内法の効力範囲なのである。いわゆる、国家の要素なるものを考察する際には、われわれは、国家の存在の範囲が、少くとも、属地的、属人的関係で境界設定されることを理解しなければならない。各国は、“その領域”を、空間の一部としてのみ主張し、“その人民”を人類の一部としてのみ主張することができるわけで、他国の属地的、属人的範囲への或る国の干渉——例えば、他国の領域へ、その同意なくして強制行為を行ったり、他国の市民を兵役に就くように強制したりすること——は、その他国の“権利”の“侵害”として禁じられているものと看做される。緻密に考察すれば、現存する国家の存在とその法により規制

されるべき主体的問題とが、規範秩序 (normative order) によっても決定されるということが明きらかになるが、こうした国家の存在の規範的境界設定 (normative delimitation) と言うか、それと同じことではあるが、国際的な規範秩序による国内法秩序の効力の範囲の決定が、国際的秩序の法的性格を否定する人たちによってさえも認知されているのである。国家が、平等な主体として、すなわち、国際的秩序に對等に從属するものとして、相並んで共存すると看做され得るということを可能にするのは、この規範的境界設定のみである。

この境界設定が国際法の特別の機能であり、国内法の世俗的、物質的な効力範囲と同様、属地的、属人的範囲が決定されるのは、実際のところ、国際法によるのである。こうした主体的問題を規制する規範は、本質的、かつ、必然的に国際法の規範である。

- (1) 第五章B・第一節を参照のこと。
- (2) 第五章B・第八節aを参照。

A 国際法による国内法秩序の効力の属地的範囲 (国家の領域) の決定

第一節 国内法秩序の効力の属地的範囲としての国家の領域

伝統的教義は、“国家の三要素”を分類している。すなわち、領土、人民、それに独立、かつ、実効的な政府により行使される権力、である。国家は或る一定の限定的な領土を保有することが、その本質であると想定されており、社会的単一体 (unity) として考えられる国家は、また同様に地理的單元をも意味するように思われるが、しかし、綿密に考察するならば、国家領域の単一体は決して自然地理的なものではないことがわかる。国家領域は必ずしも一片の土地から成り立つことを必要とするものではなく、そうした領域の種類は“統合領域” (integrate territory) と名付けられている。国家領域は“分割され” (dismembered) 得るし、時には全く同一の国家領域が、物理的には近接するのではなく、他国に属する領域により相互から分離されたりする空間部分に属す

るか、または、全く国家に属さないことがあるし、国家領域が植民地に属していたり、大洋により分離されることもあり得るし、また、他国の領域により完全に包囲されている、いわゆる、「囲い込み」(enclosures) のこともある。こうした地理的に連がりの無い地域が、全く同一の法秩序が、そのすべてにとって有効である限りにおいてのみ、単一体を形成し、したがって、国家領域の単一体と、国家の領域的単一体とは、法的なものであって、地理的に自然の単一体ではない。と言うのも、国家領域は、法的に、国家と呼ばれる国内法秩序の属地的効力範囲以外の何ものでもないからである。

こうした国家と称される規範的秩序は、その属地的効力範囲が限定されているという、まさに、その事実によって特徴付けられるが、このことが、他の社会秩序、とりわけ、国際法から、その規範的秩序を区別するのであって、この点、国際法は、到る処で有効であるという属地的効力範囲が無限であることを主張するのである。

国家と呼ばれる強制秩序の効力範囲を、一定の領域に限定することは、この秩序、すなわち、国内法秩序が、国際法に従って——原則的に——その領域、つまり、その国家領域に

対し、国内法秩序によって規定される強制行為の遂行を制限することを意味している。実際には、或る一定の国家の法秩序の一般的、ないし、個別的規範が、強制行為が他の国家の領域内で実行されることと、前者の国家の機関が、この規範を実施することとを規定するということは不可能なことではない。しかし、こうした規範が一国によって(他国の同意無くして)制定されたり、実施されるとすれば、その規範の制定とその実施、つまり、他国の領域内における強制行為の遂行は不法になる。こうした行為によって侵害される法秩序は国際法であるが、その理由は、さまざまな国内法秩序の効力の属地的効力範囲を決定し、各々の境界を定めるのが、実定国際法だからである。もし、そうした属地的効力範囲が法的に境界画定されなかったり、国家が国境を画定しなかったりすれば、さまざまな国内法秩序、と言うことは、それは多くの国家を意味するのであるが、紛争無く共存することは、おそらく不可能である。

国内法秩序の効力の属地的範囲の限界、つまり、——少くとも原則的に——境界内の空間に対する国家の法的存在の限定は、指摘されるように規範的な性格を帯びている。国家の

領域は、国家の行為や、とりわけ、強制行為が現実に実行される地域ではない。国家の単一の行為が或る一定の領域上で行われるという事実により、この領域は、機関が行為を実行した国の領域になるのではない。国家の行為は、他国の領域上で不法に実行され得るのであり、国家の領域は、国家の行為、とりわけ、強制行為が実行され得ることが一般国際法によって認められる空間であり、国家の行為が合法的に遂行され得る空間である。

しかし、例外として、国家は、他国の領域上で、行為、とりわけ、強制行為を合法的に遂行し得るのであって、これは、(1) 国家が特別国際法、すなわち、他国と締結した条約により、その条約の中で決められた或る種の行為を、この領域上で遂行する権限が認められている場合と(2) 戦時に国家が敵の領域の一部を占領している場合とであるが、その場合、占領国は、被占領地で、その法により決定される或る種の行為の遂行を、一般国際法により認められるが、それによって、そこが占領国の領域になるのではない。ここにおいて、われわれは、国家の領域を、国家が、その国内法によって規定されるすべての行為を遂行することを、一般国際法により認められる空間

であり、同じことではあるが、国内法秩序によって決定される機関が、この法秩序を実施することを認められる空間であるとして定義することが可能である。国際法秩序は、国内法の効力が、如何にして或る一定の空間に限定され、そして、この空間の境界とは、どのようなものであるかを決定するのである。

第二節 国内法秩序の効力の属地的範囲の限界

国内法秩序の効力が国際法秩序により或る一定の空間、いわゆる、国家領域に限定されるということは、国内法秩序が、この空間内で行なわれる個人の行為だけを規制することが認められるということを意味するのではない。その限定は、まず第一に国内法秩序により規定される強制行為に関係し、これらの行為に至る手続きとに関係する。

法は、人間の行為を、それに反する行為に、すなわち、違法行為に制裁を伴なわせることにより規制するのであるが、しかし、この違法行為は——指摘されるように——制裁の唯一の条件ではなく、例えば、典型的な民事の不法行為の場合には法的取引や契約は、その不履行が不法行為を構成する

ように結ばれていなければならぬ。国際法の一般に認められた法則に従い、或る国の領域上に滞在するあらゆる個人は、その国の法に従属しており、ここにおいて、この法は、原則として、不法行為や他の限定事実 (conditioning facts) が、どこで発生しようとも、この点で或る種の規制が他の一般国際法上の法則から生じない限り、当該国家の領域に滞在する個人に科せられる制裁を (他の限定事実と共に) 不法行為に伴わせることが可能である。このような法則が、国家に、或る一定の方式で他国の市民を扱うことを義務付ける規範なのである。国家の法が制裁を伴わせることができる不法行為やその他の限定事実の場所に関して、当該国家の市民と他国の市民との間には違いがあり、それ自身の市民に関しては規制は存在しないのである。国家の法のもとでは、制裁は、外国の領域で犯された或る種の不法行為のために、この国の市民に科せられ得るものであるが、しかし、国家の領域外に存在する或る種の事実と、国家の領域外で行われる或る種の行為とがあり、もし、不法行為が他国の市民によって行われるのであれば、それらの制裁の条件は、この国の法によって決められてはならないのである。そこで、もし、或る国の法が、

他国の市民に納税の義務を課したとするならば、換言すれば、税の滞納の場合に、例えば、その外国人が彼自身の国の領域上で所有する不動産に対して制裁を与えたとするならば、或るいは、もし、或る国の法が、他国の法によれば犯罪ではない行為、例えば重婚のような行為に対して、その国の市民によって、その領土上で、その行為が行われた場合に、処罰を加えたとすれば、それは国際法の侵害を構成することになるし、外国人の裁判と処罰は、彼の国により、権利侵害と看做され得る。しかし、こうした場合を決定付ける明白な法則は存在しないのである。とりわけ、海外で外国人によって行われる犯罪に対する国家の裁判管轄権に関して、国際法の学者間に合意が存在しないのである。何人かの著者は、自国領域外で行われる犯罪を処罰する国家の権能は自国市民の処罰に限定されるという所見を主張しているが、しかし、この見解は、国家の慣行とは一致していない。国家が、自国領域外で、他国の市民によって行われる犯罪に対して、少くとも、(1) もし、その行為が、裁判管轄権を主張する国家で行われる共通の犯罪を準備したり、加担したりするか、実行を試みたりする場合か、(2) これらの行為により、もし、裁判管轄権を主張

している国の国民が損害を蒙る場合、または、(3)もし、これらの行為が自国の安全に反する方向に向けられている場合、⁽³⁾には、当然、裁判管轄権をもつものと考察し得るのである。

国家の刑事裁判管轄権の行使、とりわけ、刑事制裁の執行に関しては、市民と外国人との間に差異は無く、それは、あらゆる場合に、その裁判管轄権を行使する国の領域上で行われねばならない。

国家の法的権力が、それ自身の領域に限定されているということは、国家の行為が、法的に、この国家の領域外では実行され得ないということの意味するのではないし、その限定は、原則的に強制行為の予備をも含む用語の広い意味についての強制行為を意味するものでもない。しかし、これらの行為は、他国の領域上で後者の同意無しには行われてはならないものである。こうした同意が無ければ、それらは国際法の侵害を構成するが、しかし、国家の行為には、他国の領域上で後者の同意を求めること無く行われ得るものも存在しており、したがって、例えば、外国に滞在中の国家元首は、彼が訪問中の国の権限を全く侵害すること無しに、条約を締結したり、法律を公布したり、関係書類に署名することにより官

吏を任命することが可能である。しかし、彼は、もし、彼が賓客である国の領域上で、彼の国民の一人を彼の警察に逮捕させるといふことがあれば、国際法を侵害することになってしまう。しかしながら、国家の行為について、それらが行われる領域上の国家の同意を必要とする行為と同意を必要としない行為との間に明確な一線を画すことは不可能なのである。

(3) 前掲・オッペンハイム・第一巻一四七を参照。A・K・カッティング事件(ムーア著『国際法総覧』第二巻二二八)でメキシコの裁判所(一八八六年)は、申し立によればメキシコ市民を中傷する論文をテキサスで出版した理由で、アメリカ市民に対する刑事裁判管轄権を行使したが、その論文はメキシコで出版されたものではなかった。アメリカ合衆国政府によってなされた陳述にも拘わらず、裁判管轄権はメキシコの裁判所によって維持され、メキシコ政府の執行部によりメキシコ法の權威に基づいて承認されたが、それは、「外国人によりメキシコ人に対して：外国で行われた刑事犯罪で」、「被告人が自発的に来たか、犯罪人引渡手続きにより連行されて来たかを問わず、メキシコにいる」という条件では「メキシコ(共和国)において、メキシコの法に従って処罰され得る」と規定していたが、一八九九年に合衆国とメキシコによって締結された犯罪人引渡条約では、その第三条で「各締約国は専ら他方の領域内で行われた犯罪の処罰について裁判管轄権を行使しないこと

に同意する」と規定していた。

ロータス号事件 (The Lotus Case 常設国際司法裁判所 刊行物・シリーズA・第一〇号) において、常設国際司法裁判所 (一九二七年) は、その領域外で行われた犯罪に関して、外国人に裁判管轄権を行使することを国家に禁ずる国際法の法則は存在しないという見解を表明したが、それによると、「法の全体系の中で刑事法のもつ領域的性格の原理は基本的なものであるということは事実ではあるが、ほとんどすべての法体系が、そうした法体系を採択する国の領域外で行われる犯罪に対する訴訟にも及ぶということもまた同様である。したがって、刑事法の領域性は国際法の絶対的原理ではなく、決して領域主権と一致するものではない。」(二〇頁) しかし、反対意見の中で当裁判所の一裁判官は、「国家は、容疑者の時点では断じて国民ではなかった国の法により申し立てられた違反のために、外国人を処罰することを合法的に引き受けることはできない。」と述べている。

アン・ル・バヨット事件 (In re Bayot フランス、大審院、刑事室、一九二三年、年鑑一九二三―一九二四年五号事件) で、ベルギー国民バヨットは、第一次世界大戦の期間中、ドイツ当局のためにベルギー内であらゆる種類の金属や物資を調達し、更に、事実上の賠償として、持ち主が隠匿していた物資をドイツの役人や警察官が見つけるのを支援した廉で告発されて、これらの嫌疑で彼は逮捕され、起訴されて処罰を受けたが、裁判所は、「主権的権力から流出する処罰権が、たとえもし、原則として領域的範

囲を越えては及ばないとしても、逆の法則が刑事訴訟法 (Code d'instruction criminelle) 第七条に規定されている場合について認められ、それは正当防衛権に基礎を置くものであるが、フランスの裁判所に、フランスで逮捕された外国人によりフランス領外で行われた国家の安全を目標とした犯罪を審理する裁判管轄権を与えている……」との判決をくだした。

第三節 狭義、および、広義の意味における国家領域

(a) 国の境界…実効性の原理

国内法秩序の効力の属地的範囲としての、いわゆる、国家領域内、すなわち、或る一定の国家が、その国内法の実施を一般国際法により正当と認められる空間内において、われわれは、国家領域を狭義と広義の意味とに区別しなければならぬ。狭義の意味での国家領域とは、原則として一国だけのつまり、その領域が属する国だけが、その法的権力を行使する、とりわけ、強制行為を實行する権限のある空間であり、そこからは、すべての他国が排除される空間のことである。それは、一般国際法により、或る一定の国内法秩序だけが強制行為を命ずる権限を認められる空間であり、この秩序によ

り規定される強制行為だけが実行され得る空間である。それは、いわゆる、国家の境界内の空間なのである。

国家の境界は、国際法において重要な役割を果たす実効性の原理に従って決定されるのであり、国内法秩序の排他的有効性は、国際法によれば、まさに、この秩序が確固として確立されているところまで、すなわち、要するに、国内法秩序が永久的に遵奉され、適用されるところまで及ぶのである。

伝統的な学説では、“^{ナチュラ}自然的”と“^{アーティフィシヤル}人為的”、すなわち、法的境界とを区別しているが、しかし、国家の境界は、それが、そうした“自然的”^{ナチュラ}辺境、例えば、河川や山脈のようなものと一致していようとまいと、たいてい、法的性格をもつのであり、水で構成される、いわゆる、自然的境界には、河川、湖水、囲繞海、海帯など、さまざまの種類がある。

(b) 領域の取得

国家の境界は条約により決定され得る。実効性の原理に従って確定される実在の境界は、こうした条約により確認され得るのであるが、しかし、条約によっては、例えば割譲条約(a treaty of cession)によっては新しい境界もまた確定され得るのである。こうした条約は、領域が譲渡された国家に対

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』(訳・その八)

して、割譲国の反対である譲受国(cessionary)という法的名称を与えるのであるが、前者は、割譲条約によって割譲された領域を所有する、すなわち、その地域に法秩序の有効性と妥当性とを及ぼす権利、を取得するのである。しかしながら、割譲された領域は、譲受国が現実に割譲された領域を所有するまで、割譲国の領域の一部でなくなるわけではないし、譲受国の領域の一部になるでもない。もし、割譲国が、その条約義務に違反して、割譲された領域から撤退することを拒否するのであれば、それは、国際的違法行為を犯すことになり、譲受国は、一般国際法により、その違法行為国に対して強制行動を取る権限を与えられることになる。しかし、当該領域は、その違法行為国の領域のままであって、領域の変更は発生しないのである。もし、譲受国に、売買契約に加え、所有権の移転のための実効的な所有物の取得が必要であるとすれば、法的状況は、割譲国の国内法のもとに存在するのとほとんど同じである。

国家は、国際法の侵害を構成する行為によって領域を保有するだけではなく、取得することも可能である。このことは、多くの著者により、いわゆる、時効(prescription)の場合

に、すなわち、国家が、或る一定の期間、領域の平穩な所有をしている場合に、認められており、こうした領域は、たとえもし、実効的所有が違法な行為によって行われたとしても、法的に所有国の領域と看做されるのであり、また、これは、実効性の原理の適用にもなるのである。

不法行為による領域の取得はまた、いわゆる、征服 (subjugation) の場合も発生する。もし、国家が、戦争の過程で、敵の領土を占領し、敵対者を完全に敗北させ、そのため、敵領土での抵抗が、もう不可能であるとすれば、戦勝国は——征服領土上で確固たる支配を確立した後——その領土を自国領域に合体させることが可能であり、正当な所有主の同意無しに生ずる領域の合体は、併合 (annexation) と呼ばれている。征服される国の領域は、戦勝国により永久的に合体する意思をもって併合されるか、或るいは、遅かれ早かれ処分される。例えば、第三国に譲渡するか、そこに新国家を樹立するというような意思のもとに併合され得るのである。征服国の意図が、どのようなものであれ、併合される領域は、たとえもし、被征服国に対して勝利国によって行われる戦争が違法な戦争であり、被征服国の併合が国際的違法行為であ

るとしても、法的に併合国自身の領域になるのである。この領域変更の発生もまた、国際法の原理としての実効性の原理なのである。

国家が、国家に属さない領域 (無国籍の領域) を占有によって取得する場合に、実効性の原理は、特別の明白さを呈示するのであって、そうした占有は、それが実効的である場合にのみ、すなわち、もし当該国家が領土を真正な所有にとり込み、そこに、何らかの種類の行政機関を設立するのであれば、領域の取得の効果をもつわけである。領域の単なる発見は権原を産み出さないということが、今、一般に認められているが、若干の著者は、単なる発見であっても、創始的 (inchoate) 権原を与えると主張しており、それは、その領域の発見後、実効的所有を確立するに必要な期間中、他の国が当該領域の占有からは法的に排除されていることを意味している。⁽⁴⁾

実効性の原理は、国家の法である国内法のもとにおけるよりも一般国際法のもとで、より広範囲に行われているが、それと言うのも、中央集権的な強制秩序のもとで法的状況が維持され得て、しかも、不法に変化が生じたり、元に戻ったり

した場合でも、法的共同社会の中枢機関によって行使される執行権の介入によって維持され得るからであるが、これもまた、締結国の領域上の統合を実効的に保障する特別因襲国際法によって設立される中央集権的な国際社会内部の事例である。一般国際法のもとでは、国家は、他国の領域上の統合を尊重するように義務付けられているが、しかし、この義務の違反は法的状況の変化を除外しないのである。若干の著者により主唱されている原理——*ex injuria jus non oritur*（不法行為では権利は発生しない）——は、国際法の中では適用されないか、或るいは重要な例外無しには適用されないものである。

(4) パルマス島仲裁事件（アメリカ国際法雑誌二二号（一九二八年）八六七頁）において、仲裁人は、「現代国際法における領域的主権の取得の権原は、占有や征服のような実効的な認識をもつ行為に基づいているか、或るいは、割譲のように、割譲国と譲受国、或るいは少くとも、その内の一つが、割譲される領域を実効的に処分する能力をもっていることを意味するものである。同様に、自然の添付（*accretion*）も、活動範囲に含まれる地点にまで及ぼすこととの可能な、現実的主権が存在する領域の一部への添付として看做され得るにすぎない。したがって、主権国の憲法

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』（訳・その八）

にとって本質的である要素が、その連続性の中で欠如してはならないということは当然のように思える。そこで、教義と同様、慣行も——必要とされる条件に関して、異なる法的な定則のもとで、或る種の相違を伴っているけれども——領土主権の連続的で平和的な（他国との関係で平和的な）表示が事実上の権原であることを認めているということも事実である。十八世紀の中期以降、国際法が、占有が実効的であるべきことを要求してきているという主張の増大は、もし、実効性が、取得行為にとってのみ必要であって、権利の維持にとっては必要ではないとすれば、到底、考えられなくなる。……或る一定の地域内における国家機能の連続的、かつ、平和的な表示は、領域主権の憲法制定的な要素であるという原則は、（政治史の経験によって示されたように）独立国の成立の条件とその境界にのみ基礎付けられるのではなく、広く認められている国際的な法学と教理にも基礎を置くのである。その上、この原則は、裁判管轄権が、国際法上の法則を国家構成国の国内関係に適用するために確立されている一つ以上の連邦制国家でも認められているのである。」クリパートン島仲裁事件・二二五頁参照。

(c) 領土主権

国家の境界によって囲われる領域は、法的に、その国家に所属するということが、或るいは——常に特徴付けられるように——それは領土主権、ないし、国家主権のもとにあるとい

うことは、この領土上に居住するすべての個人は、原則として、その国の法的権限に従属し、更に、その国の法的権限にのみ従属することを意味しており、これは、*Qui in territorio meo est, etiam meus subditus est*（もし、誰かが私の領域内にいれば、その者はまた私に従属している。）という法則の中で表現されているが、それは、領土が国の財物であることを意味するものではない。財物というのは、個人（或るいは個人の集団）と他のすべての個人との間の物に関する特殊な関係であつて、この関係の本質は、所有者が、その物を処分する権利をもち、他のすべての個人は所有者の処分に干渉しない義務を負っていることである。この関連性は、通常、国内法によって設立されるものであり、それは、国内法のもとの個人間の関連性である。こうした関連性は、或る一定の領域は、或る一定の国家に属するという説明からは示されず、“国家の領域”というのは、国内法の或る一定の特質——その有効性の属地的範囲——を示す比喩的表現であつて、その法のもとにある諸個人の間に関連性ではないのである。国家の領域は物ではないし、とりわけ、土地ではないし、一片の土地でもない。それは、国際法によって決定される空間

なのである。この空間内の土地にある財物は、法人格としての国家の財物になり得るか、或るいは、なり得ないかもしれないのであるが、しかし、国家は、それ自身の空間内において、と言うことは、すなわち、それ自身の法の有効性の属地的範囲内において、或るいは、それ自身の領域的覇権のもとで、或るいはまた、主権のもとで、土地を所有し得るだけではなく、他国の領域内、例えば他国の領域的覇権、ないし、主権のもとでも、土地所有が可能なのである。

国家の領域は国家の財物であるという誤った考え方は、おそらく、国際法が、或る国家に権利を与えれば、他国には義務を与えるということに起源がある。と言うのも、それは、財物に含まれる権利・義務に対する或る一定の類似性を示しているからである。すべての国家は他国の、いわゆる、領域上の統合を尊重すべく義務付けられているが、それは、他国の“領域”である空間内で、或る種の行為を遂行することを慎しむように義務付けられていることを意味している。国際法は、各々の国に対して、その領域を処分する権利を与えているが、国際法のもとでは、領域が存在する境界内の国家だけが、この領域を処分する権限があるのであつて、それは、

一般国際法によれば、国内法秩序の機関だけが、その国内法秩序の有効性の属地的範囲である領域に関する国際的で法的な取引をする権限をもつことを意味するのである。こうした法的取引は、他の諸国（または、国際的共同社会）が、この空間内で、或るいは、この空間の或る一定の部分内で、国家の或る種の機能を、或るいは、すべての機能さえも、行使する権利を取得するという効果を有するのである。国家が他国に対して、前者の領域の一部内で国家のすべての機能を永続的に行使する権利を、他国に対して、この権利を譲渡する（その領域を処分する）権利を含めて、与える場合には、われわれは割譲について語っているのである。領域の単なる賃貸は、もし、国家の領域の部分内で国家の全機能を遂行する権利が、この国家により他国に対して一定の期間のみ、しかも、この権利を他国に譲渡する権利無しに与えられる場合に設定されるのである。領域に関する、或るいは領域の一部に関する他の国際的取引は、領域（または、その一部）が国際連合の信託制度のもとに（または、以前は国際連盟の委任統治制度のもとに）置かれている条約、つまり、国家が他国に、その領域上で要塞を建設したり、軍隊を保持する権利を与え

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』（訳・その八）

る等の条約である。⁽⁵⁾

(5) 例えば、一九五一年九月八日にサン・フランシスコでアメリカ合衆国と日本とによって署名された条約は、次のとおりである。すなわち、「第一条…日本は、アメリカ合衆国が講和条約とこの条約の効力発生に関して日本国内、および、その周辺でアメリカ合衆国の陸軍、空軍、海軍を配置する権利を、日本は譲渡し、アメリカ合衆国は受諾する。このような軍隊は、極東における国際的平和と安全保障の維持に貢献するために利用され、かつ、外部の国家による扇動や介入によって惹き起こされる日本における大規模な国内暴動や騒動を沈静するために日本政府の明示の要請で授与される援助を含む外部からの武力攻撃に対して日本の安全保障に貢献するために利用され得る。第二条…第一条に言及される権利の行使の間、日本はアメリカ合衆国の事前の同意無くしては、一切の第三国に、基地に関して、或るいはまた、守備隊や演習の権利、或るいは地上軍、空軍、海軍の移動の権利に関して、何らかの基地や権利、権限や如何なる権威をも授与してはならない。第三条…日本の国内、および、周辺のアメリカ合衆国軍隊の配備を管理する条件は、二政府間の行政協定によって決定されなければならない。第四条…この条約は、アメリカ合衆国政府、および、日本の政府の見解において、日本地域における国際的平和と安全保障についての、国際連合やその他のものによる保持を十分に供給するような国際連合の取決めや、個別の、集団的安全保障の二者択一的配備が発効する場合に消

滅する。第五条…この条約は、アメリカ合衆国と日本とによって批准されなければならず、また、その批准書がワシントンで双方により交換された時に発効することになる。」

(d) 国家の「不可入性」

国内法秩序は或る一定の領域、つまり、狭義の国家領域に対する排他的な有効性をもち、更に、この領域内において、すべての個人は、専ら、この国内法秩序のみに、或るいはまた、この国の強制力に、従属している、という原理は、常に、一つの国家のみが同一領域上に存在し得ると言うことにより、或るいは——物理学から言葉を借用するならば——国家は「不可入 (impenetrable)」である、と言うことによつて表現される。しかしながら、この原則には例外が存在する。一、国の領域上に滞在する或る種の個人で、一般国際法により、その国の法的権力に従属しない、とりわけ、その国の強制力には従属しない個人が存在しており、それは、いわゆる、治外法権 (extritoriality) を享受する個人である。この問題は、国内法秩序⁽⁶⁾の有効性の属人的範囲との関連で検討することになるが、その秩序もまた、この特権により規制されているのである。国内法秩序の有効性の属地的範囲だけが規制さ

れていると言うか、同じことではあるが、一国の領域上で、他国は、或る国が条約により或る種の機能を行使する、とりわけ、前者の領域上で強制行為を遂行する権利を他国に授与する場合には存在しているのであつて、そうでない行為は一般国際法のもとでは許されないことになる。もつとも、戦時には、国家は、一般国際法によつてさへも、軍事的に占領している外国の領域上で強制行為を行うことが認められているのである (交戦国占領)。

もう一つの例外は、同一領土上で、二(ないし、それ以上の) 国家によつて行使される、いわゆる、共同統治 (condominium) である。この領域に有効な法秩序は、共同統治を行使する国の法秩序の共通部分であつて、この法秩序の規範は、共同統治を行使する国家間の協定により制定され、これらの国家の共通機関によつて適用される。共同統治の領域は、これらの国々の共通の領域であり、彼らの国内法秩序の有効性の共通の属人的範囲である。

更に、連邦制国家 (federal state) も、もう一つの例外として言及され、各々の構成国の領域は同時に連邦制国家の領域の一部であると論じられる。しかし、連邦制国家の、い

わゆる、構成国 (component states) は、国際法の意味する国家ではないし、また、彼らが条約を締結する限定的な権利をもつ場合でさえも、彼らは、そうした条約により他の国家に対して領土権を与える権限はもたないのである。

(6) 第三章B2を参照のこと。

(e) 海帯

用語の狭い意味での国家の領域、すなわち、原則として国家だけが法的権限を行使する権限を授与されている領域は、あらゆる国家が法的権力を行使することが認められている地域とは区別されるべきであり、そうした地域は、公海 (open sea, high seas) と非国家 (nostate) の土地の性格をもつ領域であるが、それと言うのも、法的に、それらは何の特定の国家にも属さないからである。

公海は、領海 (territorial waters, または、海帯 maritime belt) を越えて存在する海の部分である。領海は、国家の沿岸に隣接して、後者の実効的支配のもとにある海の部分である。領海が沿岸国 (littoral state) に属しているということ、グロチウス (Grotius) によってさえも認められている国際法上の法則であり、グロチウスは、「海の部分に対する

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』(訳・その八)

主権は」「海岸に沿って海域を航行する人たちが陸地から束縛され得る限りの領域によって」獲得されると主張していたのである。⁽⁷⁾ バインケルスフーク (Bynkershoek) は、彼の論文『海洋主権論』(De Dominio Maris)⁽⁸⁾ の中で、頻繁に引用される文章の中で当該法則を簡潔に述べている。すなわち、Terrae potestas finitur ubi finitur vis armorum. (陸地に対する支配は武力の終るところで終る)。そして、彼は、「陸地の海を越えた支配は、大砲が届く限りに及ぶ。」と結論付けたのであるが、これは、干潮線から測定した三海里の距離であると考えられた。⁽⁹⁾ 三海里法則は、一般に一九世紀の間と二〇世紀の初めにかけて、それが最低距離の位置を決定する限りにおいて認められていた。多くの国が、きわめて広大な海域に対する覇権を主張したし、更に何人かの著者が、各国は、その領海の範囲を、みずから決定する権利を有するという教義を主唱した。今日、三海里は、確かに時代おくれであるが、しかし、領海は、沿岸国が実効的支配を行使できる海域以上には及ばないという原理は有効なままである。⁽¹⁰⁾

領海は、指摘されるように、沿岸国の領域の一部であるが、しかし、一般国際法は、その国家に対して、平時には他のす

すべての国家の商船の無害通航を認める義務を課している。こうした義務が軍艦に関して存在するの否か、どの程度で存在するのかが議論されるが、例えば、オッペンハイム (Oppenheim) は、沿岸国には国際交通の公道の一部を形成する海帯の部分を通る外国の軍艦の無害通航を認めることを義務付ける法則が存在すると主張している。⁽¹¹⁾ 国家の海帯に投錨する外国の商船は、その国家の管轄権のもとにあるが、海帯を通過するだけで停泊しない商船が、沿岸国の管轄権下にあるか否かは疑わしい。⁽¹²⁾ しかし、一般的には軍艦やその他の公船は、常に、この管轄権から除外されている。⁽¹³⁾

湖水、運河、河口を含む河川、港の水域等の国内水域と、国の領海とは区別されるのであって、国内水域は、法的には用語の狭い意味では、国家の領域に属しており、国内水域に関して国家は一般国際法による一切の規制に従わない。しかし、国家の領海や国内水域が、不帶物と看做される領土の隣接地と一緒である限り譲渡され得るということが銘記されるべきである。

(7) グロチウス、『戦争と平和の法』(De jure belli ac pacis) 一六二五年刊、第二卷・第三章一二節。コルフ海

峽事件で国際司法裁判所(一九四九年)は、「アルバニア人民共和国は、一九四六年一月二二日にアルバニア水域で発生した爆発とその結果としての人命の損失と対して国際法上の責任を有する。」との判決を下した。裁判所は、「一九四六年一月二二日に爆発を起こした機雷の敷設は、アルバニア政府の諒解無くしては成し遂げられ得なかつた」と臆断したが、裁判所の考えは、アルバニアが、「アルバニアの領海における機雷の存在を一般的な船舶の利益のために通告し、かつ、接近するイギリス軍艦に急迫の危険を警告する義務に違反した」というものであった。裁判所は、アルバニアの責任を「他の国の権利に反する行為のために、その領域が使われることを意図的には許さないあらゆる国の義務」に基づくものとした。だから、裁判所は、アルバニアの領海をアルバニア国の領域と宣言したのであり、その結果として、裁判所は、一九四六年一月二二日と一三日にイギリスの軍艦による機雷掃海作戦は、アルバニアの主権を侵害して、「アルバニア政府の明白に表明された要望に反して」実施されたと判断したのである。そこで、裁判所は、「一九四六年一月二二日と一三日の作戦中のアルバニア水域におけるイギリス海軍の行為により、イギリスはアルバニア人民共和国の主権を侵害したこと、更に、裁判所によるこの宣告は本質的に妥当な満足を構成するものである。」との判決を下したのである。

(8) バインケルスフーク、『海洋主権論』(一七〇二年)第二章。先に引用した文の続きは次のようになっている。「それも、制海権と所有権の両方を、われわれがもっているよ

うに思える限りにおいてである。しかしながら、私は現代について語っているのであって、この時代では、われわれは兵器を使うのである。別の言い方をするならば、陸地からの支配は人間の兵器の威力が終るところで終るといふことを一般的条件として言わなければならない。」

(9) アンナ事件(五C、ロビンソン報告三七三)においてイギリス海軍高等裁判所(一八〇五年)は、「この主題についての法則が、陸地に対する支配は武力の終わるところで終わる」であること、火器の導入以来、その距離は常に海岸から約三海里であると承認されていることを、われわれは、みんな知っている。」と判決した。

(10) エリーダ号事件(ドイツ、帝国最高捕獲審検所判決、一九一五年: *Entscheidungen des Oberprisengerichts*)²⁾、スウェーデンの材木運搬船エリーダ号は、ドイツの水雷艇によって禁制品の輸送を理由にスウェーデンの沿岸から四海里以内で捕獲されたが、三海里の外側であった。捕獲審検所は、その見解の中で、次のように述べた。「かなりの数の諸国が、国内法により、彼らの属地的管轄権を、全体的に、或るいは或る種の法的権利をもって三海里の範囲を越えて拡大したことは確かである。このことは、特に国家の水域を四海里の距離にまで拡大したスウェーデンとノルウェーに妥当している。他の多くの諸国でさえも、この点に関しては、かなりの効果を挙げているが、しかし、ドイツ帝国との関係で、有効であり、したがって、捕獲審検所により斟酌される特別の国際的権原は存在しない。」と言う

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』(訳・その八)

のも現在に至るまでスウェーデンの要求はノルウェー政府によってのみ承認されているからである。ドイツ外務省の公式情報によって、ドイツは、特に、一八七四年に発生した、この問題に関する議論の過程でスウェーデンの見解を受け入れず、国内水域の問題を開放された水域として扱ったのであるが、イギリスは、三海里を主張した。同様に一八九七年にスウェーデン政府は漁業管轄権に関してストックホルムでドイツ使節に連絡文を手交した際に、ドイツ政府は、漁業と、この海域における中立化の問題についての、それにより戦争が影響を受けない場合のスウェーデンの四海里の境界線要求に対して自制して反対を提起しなかった。したがって、こうした事情のもとでは、判決はドイツの捕獲規則を基礎にしなければならず、その三のaは、中立国沿岸の低潮線から僅か三海里の区域内での捕獲法の適用を禁止している。」しかし、審検所は、船荷が禁制品ではなかったことを理由にして、その捕獲の適法性を否定したのである。

パナマ共和国(国营海運会社 *Compañía de Navegación Nacional*) 対・アメリカ合衆国事件(アメリカ合衆国—パナマ、損害賠償請求一般委員会、一九三三年。ハント「アメリカ・パナマ仲裁裁判報告」一九三四年、八一—二頁。)において、委員会は、「三海里区域における主権拡張の一般原則は明確に設定されている。この主権の完全性に対する例外は明白な権威によって支持されるべきである。この主権が、無害通航権として知られるものによって限定されることと、この制限が、その領海を通航する外国商船の無

害通航を現実に禁止することを主権者に対して禁じているという結果に対して、権威の明白な優越性が存在している。

——こうした船舶が領海を通過する場合、民事上の拘束からは免除されているという結果に対する権威の明白な優越性は存在してはいない。こうした権威が欠如している場合、委員会は、国家が、国際法の法則のもとで、その領海を通過する商船を、民事の令状で拘束する権利を主張することは妥当ではないと言うことは不可能である。」と陳述した。

- (11) 前例・オッペンハイム・第一巻一八八参照。コルフ海峡事件(前掲・注7参照)において、国際司法裁判所は、「国際法のもとにある国家は、平時において海峡を含まない領海を通過して軍艦を派遣する権利をもつかどうか」が一般の問題だとは看做さなかった。しかし、裁判所は、「国家が、平時において、沿岸国の事前の諒解無く、二つの公海部分の間の国際通航のために使用される海峡を通過して軍艦を派遣する権利を有することが、一般的に承認され、かつ、国際慣行に合致しており、国際協定で違った規定が無い限り、平時において、このような海峡の通過を禁止する権利は沿岸国には存在しない、と言うのが裁判所の見解である。」と宣言した。

- (12) 国際法の漸進的法典化のためのハーグ会議最終議定書(一九三〇年)は、領海を通過する船舶に対する刑事、民事の管轄権に関して次の法則を内包している。すなわち、「第八条・沿岸国は次の場合のみを除いて、領海を通過する外国船舶の船中で何らかの人物を逮捕するため、または、通過中に船舶内で行われた何らかの犯罪を理由にして捜索

を行うため、何らかの措置を取ってはならない。すなわち、(1)その犯罪の結果が船舶外に及ぶか、または、(2)その犯罪が、もし、国の安寧や領海内の秩序を妨害する性格のものである場合、または、(3)船舶の船長により、或るいは、その船舶の掲げる旗の国の領事により、地方当局の援助が要請されている場合。第九条・沿岸国は、船中における人間に関係して民事の裁判管轄権を行使するために、領海を通過する外国船を、差押えたり、方向転換させてはならない。沿岸国は、沿岸国水域を通る航海の過程か、航海のための船舶自身から生じた義務や責任に関係する場合のみを除いて、一切の民事訴訟を目的に船舶に対して執行令状を課したり、船舶を拿捕してはならない。」

- (13) ベルギー議會号事件(一八一九年四月・法律報告書・遺言検証部・一九七頁)で、イギリス控訴裁判所(British Court of Appeal)は、「外国の主権者に所屬し、かつ、主権者から委託され、郵便物を運行するために雇われた職員に管理された非武装の定期船(「ベルギー議會号」(Parlement Belge))は、衝突のための賠償を行う財物訴訟のための差し押えを免れるが、この免除は、その定期船が商品や雇用のための乗客をも運搬することを理由にして喪失されることはない。」と判決した。

(f) 公海

公海(open sea, high seas)は、一切の国家が一切の行動を行う、すなわち、自国船の船中で、と言うことは、つまり、

国旗を掲げて合法的に航行する船舶中で、その管轄権を行使する——特に、その強制力を行使する権限のある区域である。公海上の船舶の法的状況を述べる普通の方法は、それが、その船舶の本国の浮遊部分として看做されなくてはならないと言ふやり方である。それは、公海上の船舶は、それが合法的に航行している国旗のもとで国家の排他的管轄権のもとにあることを意味している。排他的管轄権とは、旗国以外の国家は、旗のもとに合法的に航行する船舶中で強制力を行使する権限を有しないことを意味するのである。更に、その船舶が本国の浮遊物であると看做されるということは、その旗国の国内法が、その船舶上で発生する一切のことは、子供の出生、法的処理、犯罪等、その旗国の領域上で発生したものととして看做されるべきであると規定できることを意味している。⁽¹⁴⁾

国家が公海上で有する管轄権は、それが、外国船上で、或るいは、外国船に対して、行われることは認められていないという限りにおいて規制されており、とりわけ、強制行為は、一国の船舶の乗組員によって、他国の船上で、或るいは、他国船に対して行われてはならない。しかし、この法則には例外がある。或る種の状況のもとでは、国家が軍艦を通して行

動する場合に、公海上で他国の船舶に対して武力を行使することができ。すなわち、(1)沿岸国は、その領海内で違法行為をする外国の商船を公海にまで追跡して、裁判にかけるために連行するため拿捕することが認められる。(2)各国には、国旗を掲げて不法に航行する外国船を、拿捕し、裁判にかけるため連行することが認められる。(3)交戦国には、封鎖侵犯、または、禁制品輸送のため、中立国商船を、連行して裁判にかけるため拿捕することが認められる。(4)最後に、すべての国は、軍艦、または、国旗のもとに合法的に航行する他の一切の船舶を通して航行する場合、海賊を連行して処罰するために海賊船を拿捕することが認められる。

こうした例外とは別個に、国家が、他国に対して武力を行使することは許されない。と言うことは、つまり、公海上にある他国の船舶に対して、それは意味をもっているのである。だから、国家は、外国の漁場設定や海底電信・電話線敷設等を妨害することにより、公海の一部を法的に占拠したり、排他的使用のために保留することはできない。これらの法則は、海洋は、まさに、その本質上、国家の財産たり得ないと主張したフーゴ・グロチウス (Hugo Grotius) により宣言され

た、いわゆる、「公海の自由」(freedom of the open sea)を構成するものである。⁽¹⁵⁾

近代国際法理論においては、公海の自由は、公海の一部は、如何なる国の主権にも従属し得ないし、したがって、先占(Occupation)を通して如何なる国家の領域にも編入され得ないという原則として公式化されているのである。そのことは、国家が公海上では「主権」や法的権力を行使できないことを意味しているのであるが、それは反対に、各国には、一般国際法により行動すること、すなわち、公海上で自国法を執行したり、とりわけ、強制行為を遂行したりする権限があるということになるが、しかし、それは、あくまでも自国船上でのことであって、他国の船舶に対して——或る種の例外はあるが——認められない。公海は、すべての国の領域であるが、しかし、それは、一国の排他的領域ではないし、或る国内法秩序の効力の排他的な属地的範囲でもない。それは、いわば、さまざまな国内法秩序の属地的効力範囲が、相互に浸透する区域である。

(14) レックス対ゴードン・フィンレイソン事件(イギリス、高等法院・刑事裁判所部門…年次総覧一九四一年—一九四

二年、事件番号六七)において、「軍法に従う者は、イギリス国内で行われた反逆、殺人、過失致死、重大反逆、強姦のため、軍司法廷では裁判されない」という一八八一年のイギリス陸軍刑法の規定は、公海上のイギリス船舶でイギリス軍の将校によって行われた殺人事件に適用できるか否かという問題が発生したが、裁判所(一九四一年)は、公海上のイギリス船舶は、陸軍刑法・第四一節の但し書の中のイギリス連合王国の一部ではないので、申し立てられた犯罪は、イギリス国内で行われたものではないとの判決を下した。すなわち、裁判所いわく。「イギリス船上で行われた犯罪に対して裁判管轄権をもつことは、何らかの裁判所にとって必要であるという理由で、イギリスで犯罪をやったのではない者でも、すべての者がイギリス国旗の保護のもとにあり、国旗と共に、イギリス臣民の権利と特権と、イギリス法への責任を携行するイギリス船舶で犯罪をやったと申し立てられているからには、事情によっては恰かもイギリスで犯罪をやったのと同じ方法で、その者を裁判する管轄権が存在するということが考えられ、また、それが非常に長い間、常に法になつていたのである。」

(15) フーゴ・グロチウス『自由海論』(Mare Liberum)一六〇八年刊(英語版、カーネギー国際法財団、一九一六年)第五章…「これまで言われてきたことから、二つの結論が引き出される。第一は、占有され得ないものとか、占有されたことのないものは、なにびとの財産にもなり得ない。その理由は、すべての財産は占有から生ずるからである。第二は、すべてのものは、天性によって構成されるの

で、或る何人かの人に奉仕するとしても、なお、他のすべての人の共通の使用に十分足り得るものであり、そうしたものが、今日、かつ、継続的に、天性によって最初につくられた時と同じ条件でとどまっていなければならぬというものである。……空気は、二つの理由で、この種の事物に属する。一つは、それは占有できないこと、二つは、その共通の使用は、すべての人を予定していること。それと同じ理由で、海は、すべての人にとって共通である。何故ならば、それは無限であるため、なにびとの所有にもなり得ないし、われわれが、海を、航海や漁業の立場から考えようとも、それは、あらゆる人の使用に適合しているからである。」

(g) 無主の陸地

無主の陸地である領域は、公海に類似した法的地位をもちており、こうした領域では、あらゆる国が、自分の国の領域上、すなわち、自国の境界内の領域と同じやり方で、その法的権力を行使できる。しかし、本質的な相違が存在する……つまり、無主の陸地は、法的に、如何なる国家によっても有効な先占によって、すなわち、有効性の原則に従って取得され得るのである。⁽¹⁶⁾

(16) クリッパートン島仲裁事件（フランス・メキシコ、一九三一年。アメリカ国際法雑誌「一九三二年」三九〇頁）に

ハンス・ケルゼン『国際法の原理』（訳・その八）

において、仲裁人としてのイタリア国王は、クリッパートン島はフランスに帰属するとの決定を下した。彼の裁定の中で、彼は、「一八五八年一月、フランスがクリッパートンに対する主権を宣言したとき、その島は法的に無主の地 (territorium nullius) の状況にあった。したがって、先占が可能であったことを認める理由が存在している。問題は、フランスが、この種の領土取得の合法性についての国際法により必要とされる条件を満たす効果的な先占を続けたか否かである。……法としての力をもつ太古の慣例によると、占有意思 (animus occupandi) の他に、現実に名目的ではない占有をしていることが、先占の必要条件であることは疑いが無い。この占有をするということは、占有国が問題の領域を所有状態にし、かつ、そこでの排他的権威を行使する処置をとる行為、ないし、一連の行為の中に存在する。厳密に言って、通常の場合には、国家が、その法を順守させることの可能な組織を、その領域内に設立するということが行われるだけであるが、しかし、この措置は、正確に言えば、占有を行うための手続きの一手段にすぎないので、したがって、後者と同じではない。こうした方法に頼ることが不必要な場合も存在し得るのであって、そのため、もし、領域が、完全に無人であるという事実によって、占有国が、そこで占有を始めた最初の瞬間から、その国の絶対的、かつ、明白な自由になっているのであれば、その時から、占有を行うことは完成されたものと看做されなければならない、しかも、それによって先占は完成されているのである。」と述べた。

(h) 下層土と大気空間

国家の領域は、通例、地表の限定的な部分として看做されているが、この考え方は間違っている。国内法秩序の妥当性の属地的範囲としての国家領域は、平面ではなく、三次元の空間である。国内法秩序の効力と同様に妥当性は、幅と長さだけではなく、深さと高さにも及ぶのであって、伝統的理論が「国家領域」——国家の境界によって定められる地表部分——として定義するものは、国家の三次元の空間の横断的部分によって形成されて肉眼で見える平面にすぎないのである。伝統的理論によると、国家領域としての、この平面の下の空間は、その国家に属し、原則的に地球の中心にまで及び、隣国の領域の下の類似空間によってのみ境界が定められるが、沿岸国の場合には、公海の下空間によって定められる。国家の領海の下層土は、用語の狭い意味での国家領域と同じ法的地位を有している。同じ原則は、国家領域上の大気空間に適用され、伝統的理論によると、それは無限である。この理論に基づいて、一九一九年に締結された国際航空協定 (International Air Convention) の第一条は、「すべての国は、その領土と領海の上の大気空間において、完全、かつ、

排他的な主権を有する⁽¹⁷⁾」と宣言しているが、この理論は、有効性の原則を無視している。しかし、一般国際法のもとでは、国家領域の上下の空間が、実効的支配とは無関係に、また、結果的に実効的支配が無くても、その国家に属すると主張することは、ほとんど不可能である。

公海上の大気空間は公海の法的地位を共有するが、しかし、公海の下にある海床と下層土は、無主の土地の法的地位をもち、それは、実効的な先占を通して取得され得る。このことは、墜道、炭坑等に関して重要である。しかし、公海の自由を危険に晒すような公海海床下の海床や下層土の先占は不法である。

(17) 一九四四年一月七日の国際民間航空会議の最終議定書は、一九一九年の国際航空協定の第一条に規定された原則を踏襲しなかった。

(続く)