

資 料

紹介・翻訳：D.P.オコーネル著「国家承継と国家の理論」

D.P. O'Connell, "State Succession and the Theory of the State", in *the Grotian Society Papers 1972: Studies in the History of the Law of Nations*, edited by C.H. Alexandrowicz, Martinus Nijhoff, 1972, pp. 23-75.

長谷川 正 国*

紹 介

この紹介の後に翻訳を掲げる「国家承継と国家の理論」(*State Succession and the Theory of the State*¹)と題する論文はD.P.オコーネル(D.P. O'Connell)により執筆されたものである。この論文は3世紀にわたる国家承継理論の発展を各時代の代表的国家論を踏まえ、英米、独、仏、伊の文献を駆使して執筆されている。この論文は国家承継の基礎理論を扱ったものとして最も重要な文献の一つであるばかりでなく、国際法史研究の上でも重要な地位を占めている。ここではこの論文を理解する一助として、初めにオコーネル

*福岡大学法学部教授

¹ D.P. O'Connell, "State Succession and the Theory of the State", in *the Grotian Society Papers 1972: Studies in the History of the Law of Nations*, edited by C.H. Alexandrowicz, Martinus Nijhoff, 1972, pp. 23-75.

の人と学問²、そして国家承継理論を簡単に紹介した上で、なぜこの論文を翻訳するか理由を述べる。

オコーネルは1924年にニュージーランドで生まれた。オークランド大学で学んだ後、ケンブリッジ大学に留学し、ローターパクト (Lauterpacht) の指導の下で1951年に国家承継に関する論文により博士号を取得した。この論文は『国家承継法』 (*The Law of State Succession*³) として1956年に出版された。1952年から1972年までオコーネルは南オーストラリアのアデレード大学ではじめは法理学と憲法を担当するリーダーとして、後に教授として国際法を講義した。この間にオコーネルは、1965年に名著と言われる2巻本の国際法教科書⁴を出版し(1970年に第2版が出版された)、1967年に2巻本の『国内法と国際法における国家承継』 (*State Succession in Municipal Law and International Law*⁵) を出版した。また、バロック時代の芸術、政治哲学、神学および外交に深い知識を有するオコーネルはリシュリュウに関する伝記を執筆した⁶。1972年、オコーネルはオックスフォード大学の国際法教授 (Chichele Professor of Public International Law) に任命された⁷。オーストラリア海軍の予備役の中佐であったオコーネルは、オックスフォードに移ってからはイギリス海軍でしばしば講義した。これは1975年に海軍力に対する国際法の影響 (*The Influence of Law on Sea Power*) として出版された。1979

² D.P. O'Connell の業績と基礎理論の概要については、長谷川正国、「ダン・オコーネルにおける国際法の基礎理論」『大沼保昭先生記念論文集、国際法学の地平、歴史、理論、実証』(中川淳二／寺谷広司)、(東信堂、2008年)、295-328。

³ D.P. O'Connell, *The Law of State Succession*, Cambridge University Press, 1956.

⁴ D.P. O'Connell, *International law*, Two Volumes, Stevens & Sons Limited, 1965.

⁵ D.P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, Vol. I: *Internal Relations*; Vol. II: *International Relations*, Cambridge University Press, 1967.

⁶ D.P. O'Connell, *Richelieu*, Weidenfeld & Nicolson, 1968.

⁷ ほぼ同時期に、オコーネルはミュンヘン大学からも国際法教授の申し出を受けていた。
“Obituary, Professor D.P. O'Connell”, *The Austrarian Law Journal*, Vol. 53 (1980), p. 680.

年、旺盛な研究活動の最中にオコーネルは54歳の若さで亡くなった。ジェニングス（Jennings）はかれの死を国際法学界にとって悲劇的な損失であると評した⁸。亡くなるまでオコーネルが集中していた海洋法に関する遺稿は弟子のシーラー（Shearer）により整理されて『海の国際法』（*The International Law of the Sea*⁹）の表題で1982年に第1巻が、1984年に第2巻が出版された。同書は「傑作」と評されている。

かれは死亡時にはすでにイギリスを代表する国際法学者であったが、その学問的資質とエネルギーな生産力からして命さえ許せば20世紀を代表する国際法学者の一人になっていたことは疑いない¹⁰。かれはその国際法理論からしてユニークであった。最先端の議論を追求する点でいかなる学者にも劣らなかったが、かれ自身ネオトミストとして、スアレス理論を基礎に特徴のある現代国際法論を展開していた¹¹。それが最後にどのような議論に結実するか興味のあるところであった。

しかし、オコーネルはなんと言っても国家承継の権威であった。1956年に出版された『国家承継法』は英米諸国の国家承継慣行を整理すると共に従来の国家承継理論を整理したものであった。しかし、1967年に出版された『国内法と国際法における国家承継』は英米、独、仏、伊の国家承継理論を検討すると共に、その時点までの全世界における国家承継慣行を検討したものである。第1巻は国内関係、つまり国家承継が法制度、行政組織、政府契約、

⁸ R.Y. Jennings, "Bookshelf", *International Law Forum du Droit international*, zero issue (1981), p. 25.

⁹ D.P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, 2 vols (edited by I.A. Shearer), Oxford University Press, 1982, 1984.

¹⁰ かれが構想していたライフワークは Holdsworth の *The History of English Law* に匹敵する国際法の Holdsworth を執筆することであった。長谷川正国、前掲論文（注2）の注73を参照せよ。

¹¹ オコーネルによるスアレス理論の現代的な展開については、長谷川正国、前掲論文（注2）を参照せよ。

既得権、コンセッション、国家債務、地方債務、国籍等に及ぼす効果が包括的に論じられる。第2巻は国際関係で、国際条約の承継に関する問題を包括的に扱う。ここで、それらの著書に関して詳細に論じる場ではない。しかし、オコーネルの承継理論を示す印象的な記述を指摘しておく。

オコーネルは第1巻で次のように述べている。

歴史的事実の問題として、主権の交替は、偶然を除き、影響を受ける領域の住民の内部的な関係またはある場合には行政当局とかれらの関係でさえ混乱させなかった。法のこの存続に関する説明は法哲学の核心に通じる。法は人間の社会的性質の付随物であるという理論は法制度の存続を推定する。法は主権者の意思の表明であるという理論—法命令理論—は承継国の黙示的又は明示的な同意にこの存続を基づかせる。いずれの理論もすべての立法の継続を企てない、しかし、前者は後者が推定するよりもいっそう広範な範囲の法の存続を推定する¹²。・・・

法命令理論の一部の支持者は、国際法の下で、法制度は明らかにその存続の現象、特に、国際法がこの存続を指示する際に果たすであろう機能を説明するいかなる必要性にも気付かず主権の交代後も存続するというありのままの命題で満足してきた。法命令学派のうちの批判的な人々は、もし人が国内裁判所において国内法の存続という内部的問題の解決を指示する際に国際法の役割を認めないならば、これが存続するかどうかの問題は完全に国内法の問題であると指摘した。しかし、国際法と国内法の二元論は法命令理論を考慮しないのであるから、この譲歩は支持できない。

司法制度は自然的に生み出され、そして法は人々の生活パターンの行為規範への結晶化であるというそれに代わる理論は、法的存続が主権の

¹² D.P. O'Connell, *supra* note 8, Vol. I, pp. 101-102

干渉から独立しているという結論を認める。そして、その理論は、国際法と国内法の本質的に調和のとれた関係を否定することなしに、この存続を達成するためにやはり国際法に依存する必要がない。その理論は、主権の交替のプロセスを通じた法の継続性を法それ自体の性質に由来するのであって、主権者または国際法のいずれかの積極的な指示に由来するのではないと考慮する・・・

・・・法を維持するための立法意思が主権交代後の5分間存在すると推定されるならば(これはフィクションである)、立法意思が明確になったときには立法意思の遡及適用を推定することが必要である。しかし、もしこの意思が黙示の場合を除いて決して表明されないとすれば、法制度の立法的是認の確信は成長しうるが、しかしそれは徐々にである。実際、この不確実なたそがれ時に締結されたあらゆる法的取引は法的継続性の推定に基礎づけられるであろう。そして、規律および確実性の人間的な必要性は集団意思の仮説よりもいっそう成熟した知的要素である¹³。

もちろん、法の継続性は推定であって、それは承継国の実定的な立法によって取って代わられる。したがって、新主権者が新たな獲得された領域において新たな統一的な法を導入する意思を表明するならばこの意思が普及するであろう。しかし、第1巻において国際請求や外国投資の保護に関して国際法が一定の役割を果たすことを除き、大多数は国内法の問題である。その際重要なのは法の継続性の推定から出発することである。第1巻はこれを実証している。

第2巻は条約の承継であるが、本書で、オコーネルは1956年の『国家承継法』とは根本的に異なるアプローチを採用する。前書ではオコーネルは人的条約と処分的条約の二分法に基づき、前者は承継されないが後者は承継され

¹³ *Ibid.*, pp. 102-104.

るという理論で貫徹した。しかし、第2巻においてオコーネルは、主権交替の諸形態を通じて、また二辺条約と多辺条約を問わず、条約承継の一般的傾向が認められることを実証する。こうして、オコーネルは条約の場合に条約の継続性の推定について語るができるとする。

国家承継法の権威であるオコーネルを憂慮させたのはこの時期に国際法委員会が国家承継法の法典化が進展していたことである。かれは、国家承継法の主題は法典化するには理論的にあまりに複雑であるために法典化に適さず、ましてや非植民地化の熱気の中でこの法典化を試みるべきではないと力説した。オコーネルは1970年のハーグ・アカデミーにおける講義「新国家に関する最近の国家承継問題」(*Recent Problems of State Succession in relations to New States*)の結論で、1814年の法典化論争のサヴィニーの論文「立法および法学に対する現代の任務」(*Vom Beruf unseres Zeitalters für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*)に依拠しながらサヴィニーの主張を次のように要約する。「サヴィニーは、法学が法を創造する能力を欠く場合に立法は新たな問題に関して法を創造するに当って果たすべき重要な役割を有すると認めた。しかし、かれは、法典化に関して普及する熱意はステレオタイプで、必ず偶然的であり、そのため法的な豊穡さを阻害するであろう法状態を永続的に固定化するという理由で、この法典化熱意に警告を発した¹⁴」。オコーネルはこの見解に全面的に賛成する。非植民地化の結果として登場した新独立国とこれを後押しする多数の学者の国家承継法の法典化賛成論に公然と反対したオコーネルはクロフォード (Crawford) の表現を借りれば、「一人にして天下を敵とする人」(*Athanasius contra mundem*¹⁵)であった。

¹⁴ D.P. O'Connell, "Recent Problems of State Succession in relations to New States", *Recueil des Cours*, 130 (1970-II), pp. 199-200.

¹⁵ James Crawford, "State Succession: The Continuity Thesis and its Rivals", in *International Law as an Open System, Selected Essays*, Cameron May, 2002, p. 280.

興味深いのは、国際法委員会が国家承継法の法典化に従事していた時期に、オコーネルは国際法協会の報告者として条約に関する承継決議の作成に中心的役割を果たしたことである。特別報告者のウォルドック報告書を基礎に作成された国際法委員会の作業は二つの国家承継条約に結実した。前者の決議と国家承継条約の比較は興味深い¹⁶。

条約に関する国家承継条約は1978年に採択され、1996年に発効したが、2015年現在で22の当事国を有するにすぎない。国家財産等に関する国家承継条約は1983年に採択されたが、未だに発効していない。今日、これらの条約の紹介と解説をもって現代国家承継法に代えている教科書は少なくない。これはオコーネルが最も懸念していたことであった¹⁷。法典化が法発展の方向を歪め、法の発達を遅らせる状況をわれわれは目撃している。そうであればこそ、一部の学者によるオコーネルの再評価が静かに進行し¹⁸、代表的国際法教科書でも確認されていることに少なからず勇気づけられる¹⁹。

さて、私事にわたるが、修士論文のテーマに国家承継を選んだため、オコーネルの著書・論文を数多く読む機会があった。そこでオコーネルの優れた点がどこにあるかをしばしば考えた。もちろん、オコーネルが、膨大な資料事実を丹念に調査し、厳密に構成する他の追随を許さない能力を備えていることはいうまでもないが、しかし、かれの最大長所はあらゆる時代の国際法学説と理論を厳密に分析しかれ独自の観点から構成しようところにある。かれ

¹⁶ これに関しては、森川俊孝「条約に関する国家承継」『ジュリスト』No651（1977年11月）106-111頁、D.P. O'Connell, "The Present State of the Law of State Succession", in *The Present State of International Law and Other Essays*, Kluwer, 1973, pp. 331-344.

¹⁷ D.P. O'Connell, *supra* note 14を参照せよ。オコーネルの絶筆は、この懸念を敷衍したものである。"Reflections on the State Succession Convention", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 39 (1979), pp. 725-739.

¹⁸ James Crawford, *supra* note 15, pp. 243-300.

¹⁹ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Eighth Edition, Oxford University Press, 2012, pp. 423-444.

はあらゆる理論を国際法発達の大きな流れにおきこれを相対的に評価することができる。これを可能にしたのは英米、独、仏、伊の文献を完璧に理解し、それらを総合できるかれの能力であった。国家承継に関する論文を読んでしばしばその慧眼に驚嘆させられた。しかし、かれの多数の論文を読んでこれだけは日本語に翻訳しておきたいという論文があった。「国家承継と国家の理論」(*State Succession and the Theory of the State*)である。この論文はオコーネルの理論的および歴史的研究の精華である。

中天の日はいつしか西に傾き、恵まれた研究室での研究生活も残りわずかになってきた。そこで、手垢で変色し、またかなり形の崩れてきた *Grotian Society Papers 1972* を本棚から取り出し、積年の思いを遂げることにした。翻訳の完成後、Martinus Nijhoff 社に問い合わせたところ、同社は Brill/Nijhoff 社に変わっていた。同社に本論文の翻訳の許可を求めたところ、出典明記を条件として直ちに翻訳を許可してくれた。同社の Laura Westbrook (Rights and Permissions Coordinator) 氏に厚く御礼申し上げたい。

なお、翻訳した論文の冒頭には全体を見やすくするために番号を付した目次を掲げた。これは原論文には存在しないことを付言しておく。

I would like to express my sincere thanks to Brill/Nijhoff and their academic generosity for kindly allowing me to translate into Japanese pages 23-75 of D.P. O'Connell's "State Succession and the Theory of the State", which appears in the *Grotian Society Papers 1972: Studies in the History of the Law of Nations*, (edited by C.H. Alexandrowicz, Martinus Nijhoff 1972), and publish it in my university's Law Review.

国家承継と国家の理論

D.P.オコーネル

目次

序論

- 一 包括承継理論
 - 二 リソルジメントと普仏戦争：ガッバ (Gabba)、スロス (Sellosse)、キャティビアン (Kiatibian)、ラリビエール (Lariviere) およびアップルトン (Appleton)
 - 三 国家の有機体理論と法的承継：フォン・ギールケ (von Gierke) とフーバー (Huber)
 - 四 米西戦争とボーア戦争の危機：フォン・ロギスター (von Rogister)、ジデル (Gidel) およびキース (Keith)
 - 五 意思理論：イエリネック (Jellinek)、カバリエリ (Cavaglieri) およびシェーンボルン (Schönborn)
 - 六 19世紀の国家承継問題：ウディナ (Udina)、グッゲンハイム (Guggenheim)、ウィルキンソン (Wilkinson)、サック (Sack) およびフェイルシェンフェルト (Feilchenfeld)
 - 七 現代の文献
- 結論

序 論

主権の移転は複雑な法的結果を有する出来事である。これらの結果の分析は、国際法の専門書において国家承継と題する章の下で要領よく行われている。

る。しかし、提起された諸問題も到達された解答も適切に国際法に属するというにはならない。実際、今世紀まで、議論された諸問題の大部分は法哲学または国内法の問題であった、また、到達された結論は実定法が19世紀に依存するようになった国家の理論に論理的に由来したということは確かである。今日、国家承継および政府承継の項目の下で列挙される諸問題に関する国際法の実定的制度が確認され、それが哲学的思索から引き出される結論から区別されるべきであるとすれば、17世紀、18世紀および19世紀にこれらの問題に関して執筆した法律家達の文献を批評する厳格な基準が必要になる。

本論文では法律家の理論はさまざまな時代に国家承継問題の解決を支配した哲学的小および政治学的な理論を確証するに際して年代順に検討されるであろう。この研究は非植民地化のプロセスが開始した後に生み出された文献を考慮せずに、併合および割譲が国家承継の特徴的な方式であった時代に普及した理論で終える。諸意見の集合体は時代と学派が慎重であった場合にのみ方法論的に擁護しうるけれども、時あるごとに提案されてきた多様な基本的理論を要約することは有益である。それらは以下の通りである。

1. 絶対的な自然権に由来する法的な権利および義務は、普遍的であり、時々それらの所持人である人々の同一性に生ずる偶然的な変更にもかかわらず、それらの同一性を保持する。そのため、主権の交替は他の主権による権利および義務の交替を意味することはできず、それらの主体の交替のみを意味する。その結果は権利および義務の移転を達成する上位の規則による真の承継である。実定国際法におけるそのような規則の存在はこうして筋違いである¹。
2. 法は主権者の意思であり、その存続はその意思の継続性に依存する。意思の消滅を含む主権の交替は法秩序の全体的な崩壊を意味する。もし継

¹ Grotius, Pufendorf, Vattel, G.F. de Martens, Kluber, Wheaton.

続性が実際に達成されるならば、これは承継国の意思行為によってのみ可能である²。

3. 承継は権利および義務それ自体の属性によって起こりえないけれども、また、主権の交替は意思の交替、したがって関連する法秩序の崩壊を含むけれども、国家慣行を反映する実定国際法は義務の遵守と承継国への義務の移転を規定することがある³。

4. 法は、形式を除き、主権者の意思に由来するのではなくて、社会の必要性と願望により生み出される。したがって、法は、主意主義的な原則ではなく、合理的な原則に基礎づけられる。ある主権者が退去し、別の主権者がそれにとって代わることは、立法権限を有するある権威が別の権威にとって代わる以外に現行法秩序に対していかなる法的効果も持ちえない。したがって、主権者の憲法上の権限に基本的に関係するこれらの法制度のみが消滅すると推定されうる⁴。

5. 国家は二つの要素、すなわち、主権の形式的小および擬制的な要素と社会の真の要素からなる。前者は国家承継により影響を受けるが、後者はそうではない。したがって、人民に固有の権利および義務は継続的である⁵。

6. 有機的な概念である国家は、形式的には消滅することがあるが、しかし、社会的な要素は新たな生活の中心に再結集するかまたはその中心に統合される。基本的な要素の継続性はその法的関係の継続性を意味する。その結果は関連法制度の存続および新たな人格へのそれらの移転の意味ではなくて、「交替プラス継続性」(change plus continuity)である⁶。この理論の結果は包括承継理論のそれと基本的に異ならない。

² Larivière, Jellinek, Keith, von Rogister, Cavaglieri, Schönborn, Rosenne.

³ Guggenheim, Mosler, Feilchenfeld.

⁴ Selosse, Kiatibian, Gidel.

⁵ Gabba, Fiore, Pradier-Fodéré.

⁶ Gierke, Huber, Westlale.

一 包括承継理論

国家承継の最初の理論は、包括承継理論、すなわち相続によって移転する財産に関する法人格の継続性というローマ法概念の政治的な変更の場合への適用である。この法人格の付随条件としての、また、財産の要素としての権利および義務は法律上当然に (*ipso jure*) に移転する。国家承継に関するすべての学者は包括承継理論をグロティウス (Grotius) にさかのぼって関連づけてきたが、しかし、グロティウスの考えの主要動機は探求されないままである⁷。その理論を具体化する『戦争と平和の法』 (*De Jure Belli ac Pacis*) の二つの節、つまり、王国の結合に基づく諸権利の融合⁸と資産の相続における人格の継続性⁹は、かれの考えを確認するに当って、王にふさわしい職務に関して王により行われた行為とその私的資格で王により行われた行為を区別する節ほどには関連性を持たない¹⁰。前者は概念上国家に関係する。なぜなら、王国の主権は当該共同体が結合する社会契約に究極的には由来するからである。財産は、社会の創造に先行するけれども、そのために行われるあらゆる契約的な取極によって影響を受け、こうして、契約する君主の運命とは無関係に人的な債務に服し続ける¹¹。領域は財産の一形態にすぎない¹²のであるから、人民に由来する権利を行使することによって国王により契約される債務は、国王がその権威を失ってもその領域に影響を与え続けることになる。プーヘンドルフ (Pufendorf) は、グロティウスの命題をいっそう明

⁷ グロティウスを最も適切に扱ったのは、Feilchenfeld, *Public Debts and State Succession* (1931), Ch. IIであるが、しかし、財政的な義務に関する議論に限定される。かれはグロティウスの見解を疑問視する。

⁸ II, ix, 9, 10.

⁹ II, ix, 12.

¹⁰ II, xiv, 1, 2.

¹¹ II, xiv, 10.

¹² II, viii, 4.

解に以下のように再述した。

用益権としてかれらの王国を保有する国王達の債務に関して、かれらの承継者達はいかれらの債務を直接的に、しかも、かれらが他の国王に取って代わるという理由で、支払うことを義務づけられない。というのは、そのような国王達はたった今死亡した国王から王国に対する権利を受け取るのではなくて、人民から受け取るからである。しかしながら、そのような承継者達はいかれらの先行者達の債務に関して間接的にしかも国家を介して義務づけられる。これは個人的にはなく、国家の長としての国王によって負われたあらゆる債務によって最終的に影響を受ける国家の長としてであるからである¹³。

グロティウスが、この原則が領域の移転ならびに内部的な変更による承継を含むことを意図したことは、それは「たとえば、主権的な権威を移転する場合におけるように自然的な結果」として生じるというかれのコメントから帰結するように思われる¹⁴。コクツェイ（Coccejus）はグロティウスに関するかれの注釈書において政治的変更の文脈で「相続人欠落財産」（*hereditas jacens*）のローマ法概念の利用に賛成しなかったと思われる。というのは、かれは次のように述べるからである。すなわち、「われわれは王国の承継において承継人の人格は死者（被承継人）の人格と同じであると見なされることを否定する」（*negamus, in successionibus regnorum successoris personam pro eadem censi cum persona defuncti*）¹⁵。しかしながら、かれは18世紀を通じてただ一人この見解を維持した。

包括承継理論の広範な意味合いは、19世紀後半に至り、つまり、ヘーゲル

¹³ *De jure naturae et gentium libri octo*, 1698, VIII, x. 8. かれは公的資産を恒久的に債務を負わせるものと見なす最初の学者である VIII, xii, 2, 3. しかしながら、かれは移民によって建設された植民地は本国の債務を免除されるべきであると考えた。VIII, xii, 5.

¹⁴ II, xiv, 11.

¹⁵ テキストは、Huber, p. 191, n. 42で公表された。Keith はそれをそっくり写した。p. 3.

の国家理論が影響を与えるに至り、政府承継と国家承継の明確な区別が実現して初めて理解可能となる。国際人格の概念、または国家の同一性の概念は未発達なままであり、また、ナポレオンの時代を通じて発生した革命的な事態は征服とほとんど区別不可能であったけれども、政治的な変化のあらゆる場合において権利および義務の継続性が必ず強調された¹⁶。ヴァッテル (Vattel) による「人的な」権利および義務と「物的な」権利および義務—前者は主権者の交替とともに消滅し、後者は交代後も存続する—のよく知られた区別¹⁷は、グロティウスによる支配者が自己の私的利益において締結した権利および義務とかれが国家のために締結した権利および義務の区別の再公式化である。すなわち、それは、1688年のイングランドにおけるように支配者が他の者によって取って代わられたかどうか、1775年のアメリカのように新国家が形成されたかどうか、あるいは、領域が講和条約で割譲されたどうか、を全く問題にしなかった¹⁸。マルテンス (G.F. de Martens) は、1788年に、人的条約は締結する君主本人またはその家族のために締結される条約であり、一方、物的条約はその国家のために締結される条約であると述べた¹⁹。大多数の人的条約は締結する当事者またはその家族の生活に限定されるが、物的条約はかれの同一性の変更から独立している。マルテンスが述べたように、共和国間のすべての条約は、無期限または期限付きで締結されたかどうかにかかわらず、物的条約である。物的条約は、承継者が承継または選挙²⁰により王位に就いたかにかかわらず、かれを義務づけるが²¹、一方、

¹⁶ Rutherford, *Institutes of International Law*, 2nd ed. (1779), p. 673.

¹⁷ *Le droit des gens*, II, xii, 191. かれは1742年のシシリア債務問題を根拠として財政的義務は恒久的に資産に付着するという理論を強化した。II, xiii, 203.

¹⁸ シュロット (Schrodt) は、征服の場合に包括的な承継を確信した。*Systema juris gentium*, 2nd ed., 1780, pt. iii, iv, xxxviii-x 1.

¹⁹ *Précis du droit des gens moderne de l'Europe* (1788), II, ii, 60.

²⁰ Neyron, *de Vi jederum inter gentes*, 1778を引用。

²¹ de Martens, *op.cit.*, 61.

人的条約は君主の死亡または退位のいずれかによって終了する²²。

政府の交替と主権の交替との間のこの同一視は、国家承継に関する初期の慣行がごく限定された関心事であることを明らかにする。合衆国とスペインのアメリカ諸植民地の独立時およびその後の一定期間、いかなる理論的著作もこれらの出来事とフランス革命を区別しなかった²³。したがって、イギリス植民地時代の約束²⁴に対する合衆国の消極的態度と、ラテンアメリカ諸国²⁵およびオランダ²⁶がスペインおよびフランスの約束をそれぞれ承継したという合衆国の矛盾した主張の双方は政府承継理論の反映である。この慣行は19世紀後半において初めて国家承継と政府承継の区別に基づき合理化された。また、この合理化はしたがって恣意性のあらゆる特徴を有する。包括承継理論に対して疑問が投げかけられるに至った時でさえ、そして、国際法学者がこの理論に含まれる政治的困難性にいっそう敏感になったときでさえ、かれらは、承継を二種類に二分化せず、*rebus sic stantibus* を考慮して両者を制限した。たとえば、ホイートン（Wheaton）²⁷は、家族同盟や王位の保証のよ

²² たとえば、ルイ14世とジェームズ2世との間の条約。

²³ この最も明白な証拠は、Klüber, *Europäisches Völkerrecht* (1821), p. 422. 1815年以後、ウェストファリアの傀儡国家の責任をめぐって論争が生じた。ほとんどの学者はジェローム国王を軍事占領者であると考えた。Kamptz, *Beiträge zum Staats- und Völkerrecht* (1816), I, p. 183; von Bülow, *Abhandlungen über einzelne Materien des bürgerlichen Rechts* (1819), p. 9; Pfeiffer, *Das Recht der Kriegsoberung in Bezug auf Staatscapitalien* (1823), p. 23; Zachariä, *Ueber die Verpflichtung zur Aufrechthaltung der Handlungen der Regierung des Königreichs Westphalen* (1817), p. 17. プファイアーは征服国は債務を承継しないと考えた。カンプトツは征服国は承継すると考えた。この問題は、Haas, *Über das Reparations-Princip der Staatsschulden bei Länderzerstückelungen* (1831). プファイアーとハースはフーバーによって言及されている。p. 189, n. 8. また、この参照はジデルによって無断使用されている。フェイルシャエンフェルト以前にいずれかの学者がこれらの著作を実際に検討したといういかなる証拠も存在しない。また、かれはハースの写しを発見できなかったと述べている。筆者のこの著作をコピーしようとする企ても失敗した。

²⁴ Wharton, *A Digest of International Law of the United States* (1887), Vol. II, p. 71.

²⁵ *Ibid.*, Vol. I, p. 19.

²⁶ Moore, *Digest of International Law*, Vol. V, p. 345.

うな人的条約は君主の消滅によって終了するが、一方、主権者の仮定された存在と無関係な主題を扱う条約は国家を拘束し続けると述べた。かれによれば、条約が「人的」と呼ばれようと「物的」と呼ばれようと、条約はそれが前提とした関係が存続する限り存続するであろう。これらの関係が締約当事者の一方の社会組織における変化、つまり、他方の当事者がその変化を予見したならばかれが契約を締結することを妨げたであろうような性質の重大な変化のために変わったならば、条約はかれを義務づけることを止める。

この問題に関するホイートンの解説は初歩的なものであるけれども、それにもかかわらず、かれの解決策は恐らく依然としてこれまでに考案された最も機能的な解決策である。19世紀における国家の理論の発展に伴い、国家承継と政府承継の間の区別はあまりにも厳格な形式に具体化した。一方で、(国家承継の場合に限定されるようになった) 物的義務と人的義務の区別は柔軟性を欠く、独断的な性質を帯びるようになった。20世紀後半において双方の区別は政治的な変化の問題の解決にあまりにも不向きであると判明しつつある。しかし、理論的にはそれらは依然として扱いにくいために鋭敏な分析の妨げであると判明している。ホイートンの「契約目的の達成不能」の概念は、それが柔軟であって不確定な事例に適合可能であるために復活に値する。

構造的な厳格性に向かう傾向はブルンチュリ (Bluntschli)²⁸に始まる。かれは、分離、割譲および併合を革命から、また、人的な義務を物的な (*örtlicher*) 義務から明確に区別し、そして、包括承継を人格の全的な消滅の場合に限定した。ブルンチュリはその生涯を通じて国家に関するヨーロッパの指導的な理論家である名声を享受したために、後続するすべての学者が国家人格の同一性に関するかれの概念を哲学的な公理として受け入れたことは驚く

²⁷ *Elements of International Law* (1936, 1 st pub.), (8 th ed. by Dana 1866 used) in *Carnegie Classics of International Law*, Pt. I, s. 29.

²⁸ *Das Moderne Völkerrecht der civilisirten Staten* (1867), Bk. II, s. 48.

にあたらぬ。マニング (Manning)²⁹、ウィルトマン (Wildman)³⁰およびケント (Kent)³¹はグロティウスの包括承継説を無批判に採用したけれども、ブルメリンク (Bulmerincq)³²において人的と物的の二分法を移転可能と移転不可能の二分法に、したがって承継の基準に置き換える傾向は明白である。支配者ではなくて国家が今や人的条約がその者の利益のために締結される「人」になる。そして、「物的条約」という表現は当該条約が政治目的のためではなくて、領域のために締結される例外的な場合にますます用いられる。このプロセスにおいてこの区別は大きく焦点を外して機械的に作用する結果、明らかになるよりは不鮮明になる。同時に、それは諸学者がたいていは主権の交替によって消滅するであろうと考慮した条約をかれらが比率に応じて拘束的と見なし続けた債務から区別する基準になる。そこで、フォン・リスト (von Liszt)³³においてわれわれは条約の場合に承継の基準は領域的な性格であること、そして、債務の場合にはそれらの担保化された性格であることを発見する。明らかに、双方の基準は「物的」義務の概念の諸側面である。リストにおいて、また、その解決の機械的な性格は、先行国の人的条約の消滅と承継国の人的条約の新たに獲得された領域への拡大の原則を一つの公式に連結しようと企てる「条約境界移動」(*bewegliche Vertragsrenze*)の原則において明らかになる。具体的な状態にかかわらず条約に関する主権の交替の効果に関するあらゆる問題を解決するためのこの普遍的な試金石は、それ以後は大陸の学者達を魅了し、より最近では、ドゥ・ムラールト (De Muralt) によって英語文献に投げ込まれてきた³⁴。

²⁹ *Commentaries on the Law of Nations* (1839), (1875 ed. by Sheldon Amos used), p. 91.

³⁰ *Institutes of International Law* (1849), Vol. I, p. 68.

³¹ *Commentaries on American Law* (1826), (1860 ed. used), Vol. I, p. 28.

³² *Völkerrecht oder internationales Recht* (1887), p. 195.

³³ *Das Völkerrecht* (1898), (12 th ed, 1925 used), p. 274.

二 リソルジメントと普仏戦争：ガッバ (Gabba)、スロス (Sellose)、 キャティビアン (Kiatibian)、ラリビエール (Lariviere) およびアッ プルトン (Appleton)

こうして、19世紀後半、国家承継に関する文献において明白な二つの主要傾向が存在した。*rebus sic stantibus* に基礎づけられるいくつかの限定を伴って、包括承継理論はフィリモア³⁵ (Phillimore)、ツイス (Twiss)³⁶、F. ドゥ・マルテンス (F. de Martens)³⁷、リビエール (Rivier)³⁸、デスパニェ (Despagne)³⁹ およびフィオレ (Fiore)⁴⁰ により主張され続けた。一方、主権者の意思の表明としての法の概念に基礎づけられる理論は広く普及し、ブルンチュリの構成に根を下ろしていた。プラディエール・フォデレ (Pradier-Fodéré)⁴¹、

³⁴ *The Problem of State Succession with regard to Treaties* (1954), e.g. p. 27 ; この公式は、Hojer, *Les traités internationaux* (1928), p. 474; Meyer-Lindenberg, *Völkerrecht* (1957), p. 83; Schönborn, p. 43; Waldkirch, *Das Völkerrecht*, p. 118; Dahm, *Völkerrecht* (1958), Vol. I, p. 103; Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts* (1962), Vol. II, p. 253. かれはまた意思がこの解決を排除することがあることを認める。Verdross-Zemanek, *Völkerrecht* (1959), p. 192; Ross, *A Textbook of International Law* (1947), p. 127; Guggenheim, *Staatensukzession*, p. 137, p. 404; Schwarzenberger, *Manual of International Law* (4 th ed., 1960), p. 82; Wolgast, *Völkerrecht* (1934), p. 827; Sibert, *Traité de droit international public* (1951), Vol. I, p. 208; von der Heydte, *Völkerrecht* (1958), Vol. I, p. 309; Quadri, *Diritto internazionale pubblico* (1960), p. 437.

³⁵ *Commentaries on International Law* (1 st ed., 1854) (2 nd ed. 1871 used), Vol. 1, p. 618. かれは政府の交替と主権の交替を同一視続ける。同じく、Zachariä, *Deutsches Staat- und Bundesstaatsrecht* (1841), p. 58.

³⁶ *The Law of Nations* (1861), (2 nd ed. 1884 used), p. 20.

³⁷ *Völkerrecht, Das internationale Recht der civilisierten Nationen* (1883), Vol. I, p. 368; *Traité de droit international* (1883), p. 369.

³⁸ *Principes du droit des gens* (1896), Vol. I, pp. 65 et seq.

³⁹ *Cours de droit international public* (1984), (4 th ed. 1910 used), p. 117. 同じく、Nys, *Le droit international* (1905), Vol. II, p. 31; Mérignhac, *Traité de droit international public* (1907), Vol. II, p. 14.

⁴⁰ *Nouvo diritto internazionale europeo* (1865), republished under the title *Trattato di diritto internazionale pubblico* (4 th ed. 1904 used), Vol. I, pp. 217-230; *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, Fr. trans. by Pradier-Fodéré (1868), Vol. I, p. 311.

ヘフター (Heffter)⁴²およびカルポー (Calvo)⁴³は古い理論と新たな理論の間の均衡点を占める学者と見なされるであろう。公法概念と私法概念の混合を否認しながら、かれらは消滅国の法的関係はその国と共に消滅し、一方、すべての私的権利と約束は存続すると提案する。公的領域は普遍的な権原によって承継され、したがって、承継国はそれに付着する義務によって影響を受ける。公的関係の概念が支配的になるにつれて、起こりうる承継の範囲はそれに比例して制限される。明らかに、理論的な危機は発展しつつあった。それは、批評家達を鼓舞して、かれらの意見の基礎にある哲学的な前提を深く掘り下げさせるであろう。その結果がアプリオリな基礎の上に精巧な理論体系を打ち立てる競争であった。緊急性の感覚がリソルジメント⁴⁴、アルザス・ロレーヌの割譲、そして、ハノーバー、フランクフルトおよびナッソーの併合により、また、植民地征服のプロセスによってこの活動に与えられた。カント的な精神は、たとえそれがいくぶん擬制的であると判明したとしても、また、たとえその結果がその素材を学説的な拘束服に押し込んだとしても、諸裁判所で諸問題を発生させていたこれらの全く異なる出来事を同化する統一的原則を発見する傾向があまりにも存在した。

三人の学者は19世紀の後半における国家承継に関する法思考に最大の影響を及ぼした。すなわち、それらは、ドイツのフォン・ホルツェンドルフ (von Holtzendorff)、フランスのプラディエール・フォデレ、イタリアのガッパである。フォン・ホルツェンドルフ⁴⁵は、承継は法制度を規律する法の継続

⁴¹ *Traité de droit international public européen et américain* (1885-94), ss. 158-160.

⁴² *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen* (1884), s. 61; *Le droit international de l'Europe* (1873), p. 50.

⁴³ *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América* (1868), (5th French edition used), *Le droit international théorique et pratique* (1896), Vol. II, pp. 248, 262, Vol IV, p. 404; ss. 101, 105, 2487.

⁴⁴ この時、イタリアの統一は同国が新国家であるかまたは単なるサルデニアの拡大であるかを疑わしくした事情の下で達成された。

性のためにもっぱら生じうることを理由に包括承継説を唱えた。しかし、先行国の法は承継国の意思の黙示的表明として以外に継続しない。なぜなら、承継国は交替の瞬間にそれを完全に廃止することができるからである。領域の取得は公的財産のようなそれと不可分に結合される物の取得を含む。「頭格減少」(*capitis diminutio*) を被る国家の私的財産は承継国によって没収されるまで影響を受けない⁴⁶。しかしながら、ホルツェンドルフは先行国の義務に関して否定的ではない。これらが当該領域の資産と不可分に結合される限り、それらは交替にもかかわらず存続する。とりわけ、これは、債務および物的条約または地役権に当てはまる。その基準はそれらが領域に対する負担であることである⁴⁷。大幅な柔軟性は、ホルツェンドルフによる物的と人的の二分法の利用とこの区別の基準は条約解釈の規範にあるという提案において維持される。変化に耐えて存続すると意図された条約は存続する。この学者が残す印象は、かれは同時代の学者ほど独断的ではないが、しかし、同時に哲学的にそれほど完成されていなかったということである。

19世紀後半のイタリアおよびフランスの双方において包括承継説は法人格の継続性の概念から解放され、人民と領域から生ずる利益の実際的な継続性にに基づき説明されるようになった。フィオレ⁴⁸とプラディエール・フォデレ⁴⁹の双方はこの考えを普及させた。マンチニ (Mancini) は1851年の有名な教授就任講義⁵⁰においてマッツィーニの民族主義理論を国家に適用して次の結

⁴⁵ *Handbuch des Völkerrechts* (1885-1889), Vol. II, pp. 33 et seq.

⁴⁶ p. 38.

⁴⁷ 「領域的負担、すなわち、地方的に限定された義務」(*Territorialer Belastung - örtlich begrenzte Verpflichtungen*) p. 42.

⁴⁸ *Op. cit.*

⁴⁹ *Traité de droit international public européen et américain* (1885-94), ss. 158-160. かれは次のように書いた。「国家によって残された財産はまさしくそれらの性質によって併合された、合体されたまたは分割された人民および領域に結びつく。それらの人民および領域は存在を止めなかった」。

論に達した。すなわち、實際上、国家には二つの要素、つまり、束の間の形式的な主権という要素と、不変の民族集団において確認される人民および領域という真正の要素が存在する、と。この解釈はその12年後に現れたガッパの国家承継理論⁵¹の根底にあると思われる。その理論は、イタリア裁判所がリソルジメント後⁵²に追求し、そして、フィオレが人民と領域の存続の概念を基礎づけた⁵³、包括承継の政策に哲学的な基礎を与えようとした。ガッパは、政治的性質の義務と世襲の義務との間のヘフター⁵⁴とカルボ⁵⁵の区別を追求して、前者はそれらが国家の形式に関係づけられるために消滅し、一方、後者は市民の団体に関係づけられるために存続すると主張する。これはかれをして次のように提案するよう仕向ける。すなわち、実際に、政治的と社会的の二つの人格が存在し、その一方は他方よりも長生きするであろう。社会的な人格の約束は偶然にたまたま政治的人格に付与される権威に帰される。政治的人格の約束は、政治的実体が「擬制的で変わりやすい」ために「物的」ではなくて、「人的」である。その効果は、ほとんどの条約の場合に承継を

⁵⁰ Prelezioni (1873).

⁵¹ “*Successione di Stato a Stato*,” in *Quistioni di diritto civile*, 2nd ed., 1885, pp. 365-392. 類似の理論は、Mantellini, *Lo Stato e il codice civile* (1882), Vol. II, pp. 364, 682.

⁵² E.g., Court of Cassation at Florence, 21 July, 1878, *Guir.* 1 t., 1878, I, 1, 1206 : 「判決は、他の国家の一部を承継する国家は、特別な諸条約とは全く独立して、公権については承継される領域に関して先行国が合法的に締結していた義務を遵守するものとするという原則を明らかに示している。」 (*La sentenza ben rileva il principio, che nel diritto pubblico lo Stato che succede in una parte di territorio di altro Stato, sia tenuto, indipendentemnte da convenzioni speciali alle obbligazione contratte legalmente da quest'ultimo riguardo al territorio nel quale succede.*) 同じく、15 Dec. 1879, *Guir. It.*, 1880, I, 1, 293 at p. 295. 積極的と消極的の間の関係は次のように述べられた。すなわち、「新国家は先行国と途切れることのない連続性において繋がるものであり、財産に関する普遍の権利を積極・消極を問わず受け入れるべきである。」 (*Il nuovo Stato succede al precedente, per modo non interrotta continuità e raccolga in activis e passivis l'universum jus patrimoniale*) : 25 May, 1896, *Guir. It.*, 1896, I, 1, 662 at p. 668.

⁵³ *Op. cit.*

⁵⁴ *Op. cit.*

⁵⁵ *Op. cit.*

否定するが、しかしほとんどすべての経済的および司法的な関係の場合には承継を肯定することである⁵⁶。この命題が伴う根本的な困難性は国際法の視点から主権の形式的側面は国家の継続性の問題に関連する唯一の要素である。社会構造の安定という理由で承継国に権利および義務を帰属させることにはこの上ない理由が存在するであろう。しかし、この趣旨の法規則は単に社会の継続性の事実からは生じない。ガッパの命題に対する黙示的な異議を具現する「人格は国家承継問題の鍵である」というホール（Hall）の金言⁵⁷とそれを促した地方的な権利および義務のみが承継国に移転するという結論は主としてガライス（Gareis）⁵⁸とツォルン（Zorn）⁵⁹によって促進された否定的な国家承継理論の発展に影響を与えた。

「社会連帯」の要素はまた1880年にスロスが出版した国家承継に関する最初の体系的な論文に現れる⁶⁰。その初期の諸先例を検討するその論文は著しく洗練された分析である。スロスは、領域の国際関係に対する主権の交替の効果には興味がなかったが、その住民の地位、とりわけこれまでほとんど関心と呼ばなかった項目である、かれらの法律、権利および国籍に興味を抱いた。自然法の立場から、かれは法制度を主権と同一視せずに、社会と

⁵⁶ ガッパの理論は、M.P.フィオレに影響を与えた。“*Revue de la jurisprudence italienne*,” in *Journal de droit international* (Clunet), 1883, p. 78, and Chrétien, “*Revue de la jurisprudence italienne*,” in *ibid.*, 1886, p. 747; *Principes de droit international public* (1893), p. 144. 二人の他の支持者は二重の人格を処分的財産 (*beni disponibile*) と非処分的財産 (*beni indisponibile*) の区別に投影した。Fusinato, *Enciclopedia giuridica*, Vol. I, pt. 2, pp. 2055-2140, “Anessione,”; Corso, *Transmissione di obblighi patrimoniali degli stati in caso di mutazione territoriale, in studi di diritto internazionale privato* (1896) (concerning the Chilean debt controversy).

⁵⁷ *International Law* (8th ed., 1926), p. 114. 同じく、Halleck, *Elements of International Law* (1866), (2nd ed, 1885 used), p. 97.

⁵⁸ *Institutionen des Völkerrechts* (1887), p. 61. しかし、かれは積極的と消極的の間の関係を認める。

⁵⁹ *Grundzüge des Völkerrechts* (2nd ed., 1903, used), p. 150. 同じく、Fischer, *Das Problem der Identität und der Neuheit* (1892). ウルマン（Ullman）は、債務は承継国によって支払われなければならないと考えた。*Völkerrecht* (1898), p. 70.

⁶⁰ *Traité de l'annexion au territoire français et de son démembrement*.

同一視した。ある法制度の別の法制度による自動的な置換えは、形式的な法と人民の「本質」から生ずる慣習との間の「決定的な対立」を引き起こし、こうして、人間の自由の原則の侵害を構成する⁶¹。しかし、スロスは、国家の統一性の概念は領域が国家的な法的枠組内に統合されることを要求すると認める。それゆえ、征服する人民によって主張されるであろう法的代位の原則と征服される人民の社会意識が直感的に形成するであろう法的継続性との間に緊張が必然的に引き起こされる。かれは、この問題はこれらの原則を調整する問題であると理解する⁶²。

その問題はさまざまな時代にさまざまな方法で提示されるのであるから、この調整のためのいかなる絶対的で不変の規則も存在しない。このため、その解決は各場合における具体的要素の正しい評価にある。フランス革命以前、立法の統一性の概念は未発達であった。フランスが領域を取得した大多数の条約において地域的慣習の存続が認められた⁶³。同じ理由から、地域的に特定された債務は交替の影響を受けなかった。また、いくつかの場合には、通貨の下落の場合にそれらの支払いが比例的に増大した金額で行われた⁶⁴。さらに、判決と司法命令はその執行的な性格を維持した⁶⁵。また、係争中の訴訟は新主権者の下で維持された⁶⁶。革命直後の世界はヨーロッパのフランス的な変節の時代であった⁶⁷。その結果としての中央集権へと向かう法的推進力が地域法が征服にもかかわらず生き残るであろう範囲を最小化した。たとえば、ナポレオンの支配下に入った領域における財産法を支配した封建制の

⁶¹ p. 101.

⁶² pp. 102-103.

⁶³ p. 128. たとえば、1736年のロレーヌとバールをフランスに編入する条約第14条。

⁶⁴ p. 132.

⁶⁵ p. 145. たとえば、1678年のナイメーゲン条約第9条。

⁶⁶ p. 147.

⁶⁷ p. 157.

特権は人権宣言に秘められた政治的平等の概念によって否定された。

スロスによれば、その問題の適切な解決は一貫性を欠く政治的な法律の自動的な拡大ではなくて、補償と引き換えにした財産権の事後的な取用である⁶⁸。かれの自然法的な立場と一致して、スロスはまた先行国の債務の比例部分を引き受ける承継国の義務が存在すると考慮した⁶⁹。被併合国の財産に関して、かれは、承継国に移転する公的財産と私有財産不可侵の国際法規則によって先行国の財産にとどまるであろう私有財産の区別を支持する主張を行った。しかしながら、私有財産のカテゴリーに模範農場や産業工場を列挙することは別として、かれは、公的領域と私的領域を区別するいかなる基準を提示することもなければ、公的領域の承継国への移転に関する法学的な問題に関して深い考えを示しもしなかった。かれは財産権に関して承継の概念を拒否したと思われる。なぜなら、かれは、公的財産が概念的に国家に関係するという公法の持続性を否定したからである。すなわち、法が消滅するとその結びつきもまた消滅する。しかし、すべての財産はそのとき承継国によって取得される⁷⁰と結論することは不当であろう。というのは、もっぱら地域的な使用に供される財産は、以前の行政区域に一致する新たな行政区域に帰属し⁷¹、または行政的な境界が変更されるならばそれら区域の間で比例的に分割されるべきであるからである⁷²。この帰属の法的根拠は曖昧なままである。

セロスの著作は体系的であり、また、かれの理論は一貫しているけれども、かれが承継の哲学的問題を深く掘り下げて思考しなかったこと、そして、その自由意思国家の命題が否定的アプローチに根強い基礎を提供するドイツの諸学者の迫力ある挑戦に対抗するには準備不足であったことは明白である。

⁶⁸ p. 165. たとえば、1801年のルネヴィーユ条約第7条。

⁶⁹ p. 166. かれは戦争債務を除外した。

⁷⁰ 「取得する」(*recueillir*)。.

⁷¹ 「帰属する」(*attribuer*)。

⁷² p. 185.

かれは技術的なフランス法の要点に関してフランス学者のみを引用し、この主題に関する以前のあらゆる著作を無視した。かれの自然法的な基層にもかかわらず、かれの方法は、仮説的な状況へのフランス実定法の純理論的な適用を伴うことによって合理的というよりも実用主義的でしかも分析的であった。すなわち、問題の国際的側面は可能な限り回避された。

同じくフランス人による国家承継に関する第二の論文⁷³は、スロスの著作の12年後にキャティビアン⁷⁴によって出版された。かれの出発点は国家の社交性を導く人の社交性であった。かれは法の一般原則を「必要性」(*necessitas*)に基礎づけられ、人間共同体の共存に由来すると考慮した。すなわち、法の一般原則は国際法の根本を構成し、慣習と条約は補足的である。「承継」(*inheritance*)の原則はこれらの一般原則に含まれる。承継は相続(*descent*)より提起される諸問題の解決のために国内法および国際法において等しく利用可能な制度である。しかし、これはキャティビアンに包括承継説を提起させなかった。というのは、承継は財産およびそれに関連する主張に関してのみ生じるのであって、純粹に人的な権利に関しては生じないからである。それゆえ、その家産(*patrimoine*)に関して国家の権利および義務のみが主権の交替の場合に承継され、他の権利および義務は先行国にとどまるか、または、(先行国の)人格が消滅する場合には消滅する。ほとんどすべての条約は「家産的な」性格を持たないのであるから、先行国の国際関係に関する承継は例外であって、原則ではないということになる⁷⁵。次に、キャティビアンにおいて「人的」約束と「物的」約束の区別を、国家としての国家の約束とその領域に関する約束の区別へと変型することが完成する⁷⁶。キャティ

⁷³ ただし、次の専門的研究は別である。Cabouat, *Des annexions de territoire et de leurs principales conséquences* (1881). かれは1859年のニースとサボアの割譲後の債務の継続性について論じた。

⁷⁴ *Conséquences juridiques des transformations territoriales des États sur les traités* (1892).

⁷⁵ p. 13.

ビアンの見解において条約の政治的性格がこの区別の基準ではないということは、かれが、「人的」つまり非移転的条約のカテゴリーにかれのいわゆる法原則、人間性または一般利益にささげる条約ならびに犯罪人引渡条約、司法共助条約および商事条約のような「非政治的」条約と呼ぶものを含めることから明白である⁷⁶。したがって、「何人もかれ自身が持っている以上の権利を他人に譲渡することはできない」(*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*)の項目に服する条約または債務の保証のような家産の一部を構成する条約だけが承継可能である⁷⁸。キャティビアンがかれの世紀において生じ、そしてかれが実現した人的と物的の二分法の変質に気付かなかったということは、かれの理論がヴァッテルの理論と異なるということかれの論評から明白である⁷⁹。

キャティビアンの批判は、かれが、時として試みられてきた国家承継の理論のさまざまな解釈を区別し、あるいはかれがかれ自身の装置の型に押し込む選択された証拠を評価することを可能にするほど十分に洞察力に富むものではなかった。同じ論評は、キャティビアンの著作と同じ年に出版されたラリヴィエールの著作に関しても行うことができる⁸⁰。かれの方法は、国々が主権の交替の結果として条約に関して行った記述に基礎づけられるのであるから、キャティビアンの方法よりもいっそう実用主義的である。しかし、ほとんどの実用主義的な命題と同じように、それは基本的にアプリアリな前提、すなわち、かれら自身の関係を規律する主権諸国の自由の上に打ち立てられ

⁷⁶ p. 14.

⁷⁷ このカテゴリーが今日「立法」条約と呼ばれるであろうものを含むことは19世紀に於けるそのような条約の顕著なすべての例、すなわち、ウィーン会議最終議定書、特許私船に関する1856年の宣言、セントペテルスブルグ条約、および、赤十字条約から明白である。p. 21.

⁷⁸ p. 24.

⁷⁹ p. 25.

⁸⁰ *Des conséquences des transformations territoriales des Etats sur les traités antérieurs* (1892).

る。全体として、ラリヴィエールは、条約は締約国の人格の何らかの変化に耐えて生き残ることはできないと信ずる。そして、かれは非移転的な条約を「政治的条約」、そして移転可能な条約を「物的」条約として区別する。前者は経済的および行政的な条約を含み⁸¹、後者は地役権および境界条約のみを含む。出現する理論は先行する30年間の学者達によって表明された諸見解の結晶化である。また、それはラリヴィエールの後継者の大多数の定まった見解を構成した。しかしながら、ラリヴィエールは、条約は主権の交替の後に可能である場合には、とりわけもし当該条約が国々の共同体にとって一般的な有用性を持つならば、履行されるべきであると認める⁸²。

ラリヴィエールが承継に関する何らかの見解を法概念として持ったか、あるいは、かれは条約の場合に国家慣行から単に一般化したにすぎないのかは完全に明確ではない。しかし、かれの領域概念は、契約的性質よりも「財産的」性質を有する法的関係に関して承継の概念をかれに導かせたように思われる。たとえば、かれは債務の問題を地役権の問題と結びつけ、両者を「物的」約束として、したがって、移転可能なものとして分類する⁸³。植民地領域の取得の場合には、条約は存続する。なぜなら、経済的諸条件と実施立法は交替により影響を受けずに残るからである。もし帝国（the imperial power）がこれらの条約の中からえり好みすることを決意するならば、他の当事国はそれらにより拘束されることを止める。しかし、もし帝国が拘束されると見なすならば、その時には他の当事国もまた拘束される⁸⁴。人は、ラリヴィエールが地域的に適用される条約は植民地の独立によって影響を受けないと提案することを期待したかもしれない。しかし、かれは、かれの一般

⁸¹ p. 82.

⁸² p. 83.

⁸³ pp. 102, 103.

⁸⁴ p. 110.

に否定的な出発点から推論することにより白紙理論を支持し、合衆国⁸⁵、ギリシャ⁸⁶、ベルギー⁸⁷およびルーマニア⁸⁸の事例に関する不十分な歴史的分析によってこの結論を支える。

条約に関する国家承継の問題は多くの学者によって十分に扱われたと考えたために、1895年、アップルトンは債務の問題に限定した⁸⁹。債権国と債務国との間の法的関係およびこの関係に関する国家責任法の検討から開始することにより、かれは、全的併合の場合に被征服国の債務が征服国に「移転する」ことは学者達に共通する意見であり、また、普遍的な国家慣行であると記録した⁹⁰。アルザス・ロレーヌの場合のように、これが制限に服した場合には、その状況は「先在する法」(*droit préexistant*)からの条約的な逸脱であると見なされなければならない⁹¹。アップルトンは相続に関する私法規則との類推と法的継続性の基礎としての住民の存続の概念を拒否する⁹²。同時に、かれはかれのすべての先行者達が承認していたこと、すなわち、国家承継の否定的な見解は意図しえない経済的および社会的な結果を生み出すであろうということを認める。そこで、かれは承継国の義務に関して新たなそしていっそう説得力のある説明を提示するよう強いられると感じた。

それゆえ、かれは積極財産と消極財産のいかなる相互的な結びつきも否定する。国家の積極財産、つまり公的資産は承継理論を理由に承継国に移転しない。なぜなら、承継国はその領域における財産的利益を取得するのではなくて、その主権的権限をそこに拡大する自由を取得するにすぎないからであ

⁸⁵ p. 110

⁸⁶ p. 96.

⁸⁷ p. 99.

⁸⁸ p. 93.

⁸⁹ *Des effets des annexions de territoire sur les dettes de l'Etat démembré* (1894).

⁹⁰ p. 26.

⁹¹ p. 27.

⁹² p. 35.

る⁹³。国家の積極財産は承継国が領域と共にそれを併合するためにたまたま承継国のものになる。というのはそれ以前の所有者の結びつきは交替の時点で解消されたからである⁹⁴。消極財産の併合に関するいかなる観念も存在しないのであるから、交替による後者の移転は不可能である。それでは、消極財産に関する承継国の法的義務の根拠は何であろうか。アップルトンにとってそれは相続の類推にあるのではなくて、「自権者養子縁組」(*adrogatio*)の類推にある。というのは、主権の交替は国家の生命、その知的能力およびその生産力を消滅させるのではなくて、これらの要素を征服者の人格の相応する要素と融合させるからである⁹⁵。ローマ法理論に従い、かれは、「契約上の義務」(*obligations ex contractu*)は「自権者養子縁組の両親」(*abrogator*)に移転するが、不法行為と戦争債務の双方を含む「不法行為上の義務」(*obligations ex delicto*)は「自権者養子縁組の養子」(*adrogatus*)に残るであろうと提案した。

アップルトンは、歳入および割賦償還の経済的源泉と債務との関係により抵当権を設定されたものとしての債務の概念を批判し、たとえこの関係が法的に確立されたとしても、承継国が領域に対する「所有権」(*dominium*)を取得しない限り、それは承継国への義務の移転を依然として伴わない結果になるという結論に達する⁹⁶。かれの結論は被併合国または被併合地域は債務国にとどまり、承継国はその債務関係を承継せず、かくして債権国の追求権 (*droit de poursuite*)は維持されるというものである。行政実体(管轄区域 *circonscription*)が分割されるときには、そこに関係する債務または担保や譲渡抵当権によってその資産に負わされた(抵当権の負担が付された *gré-*

⁹³ p. 46, 109.

⁹⁴ p. 37.

⁹⁵ p. 38.

⁹⁶ p. 43.

vants hypothécairement) 債務はそれらが属する実体間で分割される⁹⁷。この理由のために、アップルトンは、先行国はもし存続し続けるならば分離された地域の債務に関して債権国の主張に服し続けるという見解と分離された地域の債務は承継または更改により承継国の債務になるという見解の双方に異議を唱える⁹⁸。取得された領域が自己の債務と承継国の債務の比例部分の双方を負担すべきであるというのは不公平であるという異議に対しては、かれは、これは政治的考慮であって法的考慮ではないと論評する⁹⁹。承継国は先行国の債務によって利益を得るという主張に対してはアップルトンは、これは必ずしも当てはまらないと回答する¹⁰⁰。

アップルトンの生き生きとした、そして刺激的な著作に関して行われる主な論評は、国家承継の問題がいつどこで生じようともそれはその問題に合理的な解答を与えることを目指すが、実際には、それはフランス行政法に基礎づけられ、部門的統治のフランス的構造を前提とするというものである。もし全的に併合された国が部門として吸収されるのではなくて、全体として一元的で集権化された行政制度に統合されるとしたならば、アップルトンの見解はどうであるかは決して明白ではない。そして、この範囲でかれは実を言えば国家承継の問題を回避する。

三 国家の有機体理論と法的承継：フォン・ギールケ (von Gierke) とフーバー (Huber)

団体に関するギールケの有名な著書¹⁰¹の出版はフーバーによるその採用を

⁹⁷ pp. 71-75.

⁹⁸ pp. 104-119.

⁹⁹ p. 55.

¹⁰⁰ p. 46.

通じて国家承継理論に即座のそして重大な影響を与えた。団体の法的側面に関する研究の過程で、ギールケは団体の正式な解散の後で社会団体の資産および関連する権利および義務の処分の問題を調査するに至った。かれの理論上、国家は究極的な道徳的団体に他ならないのであるから国家承継の場合における問題の解決は、何らかのより限定された社会集団の消滅する場合に生起するであろうこととほとんど異ならない。ギールケによれば、社会的有機体は、自然的有機体とは異なり、死亡によってめったに消滅しない。通常生ずることは、その同一性はその生活中心（*Lebenszentrum*）の破壊によって失われるが、しかし、以前にそれを支配した有機的な力は影響を受けずに残り、新たな生活中心に奉仕する。一元的な実体としてのその存在を失う社会団体は、消滅したり死亡したりせずに、別の社会実体または当該実体の衰退によってそれらの個別的な実体を主張する孤立した諸要素に吸収されることになる。解体された社会人格に代わる、つまり、後者の遺産への参加の意味での承継は交替の直接的かつ第一次的な結果である。こうして、ギールケは法人格の資産はその人格自体が帰した実体に帰する¹⁰²、また、社会的・法的な承継は常に法人格の性質の結果、つまり全的承継であると結論する。「それゆえ、以前の団体人格¹⁰³の財産はそれに付着するすべての権利および義務を伴って単一の実体としての新たな所有者に移転する¹⁰⁴」。同じ結論は、社会団体の有機的な生活の一部が複合実体から解き放たれ、その人格の核心から切り離されるときに、部分的な交替の場合にもまた当てはまる。なぜなら、それは別の共同生活（*Gemeinleben*）に組み入れられるか、または、自身の自由な生活を生きるように解放されるかのいずれかであるからである¹⁰⁵。

¹⁰¹ *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung* (1887). 本書の写真印刷版が1963年に出版された。pp. 809-905.

¹⁰² p. 864.

¹⁰³ 「団体人格」（*Verbandperson*）

¹⁰⁴ p. 876.

ギールケの有機的国家理論はフーバーの国家承継理論¹⁰⁶を支配する。主権交替の効果の問題を対外および対内秩序に対するあらゆる効果に関して体系的に説明する最初の学者であったフーバーにとって、国家は、人民と領域の物理的要素と全体的な構造的形式を与える社会的な要素から構成される特別なカテゴリーの有機体である。相関的な相互関係が二つの要素の間に存在する。それらの要素は、法的思考がそれらの論理的分類を考案する範囲に従って厳格であったり緩やかであったりするであろう。というのは、擬制によって法的思考は真実を無視するかもしれないし、その結果、法的説明は事実を追い、事実と平行し、あるいは完全に事実を超えるということが出来るからである。法学の社会学的方法の機能は事実と規範の相互関係を維持することである¹⁰⁷。

フーバーにとって国家の出現と消滅は事実問題である。なぜなら、国家的法的概念は、人民および領域の事実的要素と組織的法的要素の一致を前提とするからである。有機的な存在が消滅するときには、その法人格もまた論理的に消滅する¹⁰⁸。その基礎から、フーバーは、国家承継と政府承継の間を、または、事実的要素の継続性と非継続性の間をはっきりと区別する¹⁰⁹。有機的な資料の再配列は領域に導入された国家権力の新たな中心が存在するときのみ主権の交替を構成する。したがって、かれは、国家承継を「領域主権がその先行国の統治権限を自国の統治権限で置き換えるそのような種類の国家領域における承継である¹¹⁰」と定義する。

¹⁰⁵ p. 880.

¹⁰⁶ *Die Staatensukcession, Völkerrechtliche und staatsrechtliche Praxis in XIX Jahrhundert* (1898).

¹⁰⁷ p. 4.

¹⁰⁸ p. 6.

¹⁰⁹ p. 7.

¹¹⁰ p. 8.

次に、この代位の結果の検討に進むに際して、フーバーはこの主題に関する以前の諸学者を批判する。かれは、以前の諸学者が政府承継と国家承継を混同していたとして退ける¹¹¹。そして、フィオレとその同時代人の場合にのみ、この主題は適切な「法的鮮明さ」を獲得したと主張する。かれはガッパを最も重要な貢献者であると見なした。かれはスロスを不完全な実証主義者であって、分析的であると認めた。かれはラリヴィエールの著作を理論的に十分に鮮明ではないが、検討において洞察力に富むと考えた。フーバーは、確固たる慣行の基礎の上に打ち立てる企てという理由でキャティビアンに賛成したが、しかし、かれは最も優れた法的解説はアップルトンの説明であると確信した。かれは、債務のカテゴリーと承継の種類に関するアップルトンの区別とその理論のおよび事実的な分析の混合を賞賛した¹¹²。次に、かれが綿密な検討に値すると考慮した主たる二つの理論はガッパとアップルトンの理論であった¹¹³。その双方に関してかれは直ちにそして極めて明確にその根本的な弱点を暴露した。かれ自身の理論の結果がガッパの理論に似ていることを認めながら¹¹⁴、かれは、法人格は単なる擬制であって、社会的人格が唯一有効な考慮すべき事柄であるという概念に異議を唱えた。アップルトンの理論に関して、かれは、取得された領域が権利を行使し義務を履行しうる行政実体として存続することを許されるかどうかの問題は承継国の意思の問題であり、それゆえ、その理論は十分に集権化された国家の場合には当てはまらないと指摘した¹¹⁵。

フーバーはまた国際法の承継概念と私法の相続概念との間の類推を退けた。かれによれば、私法における相続の概念は相続人が被相続人の関係に参入す

¹¹¹ p. 9.

¹¹² p. 12.

¹¹³ p. 13.

¹¹⁴ p. 14.

¹¹⁵ p. 16.

ることを認めることである。一方、公法において承継の機能は承継国にそれらの関係を配分することである。すなわち、私法の相続人は被相続人の意思行為によってそうなる¹¹⁶のに対して、承継国は取得した領域に自国の統治権限を導入するのであって、先行国のそれを引き継ぐのではない。それゆえ、主権において承継は現実に存在せず、人格における代位が存在する¹¹⁷。もし先行国の権利および義務が引き継がれるとするならば、それは承継国の法に従って行使されなければならない¹¹⁸。要するに、私法において相続人は法によって被相続人の法的関係を継続する。これに対し、国際法では取得によって継続する。すなわち、前者は擬制により、後者は事実により継続する¹¹⁹。しかしながら、私法概念と国際法概念の間の類推は失敗することにはならない。なぜなら、フーバーが述べるように、それらの概念は、相続人が実際には被相続人の不動産を取得し、それを分配する原始的法において基本的に同一のままであるからである。すなわち、法的説明の進展に伴って初めて、先行国と承継国との間にきずなを与えるために承継の擬制が考案された。国際法のこの段階におけるこれらの技術的詳細の私法領域から国際領域への置き換えは欺瞞であろう¹²⁰。

そこで、フーバーは伝統的理論が前提とする包括承継を拒否するけれども、かれは、領域、権力および承継に関するかれの理論に基づきそれによく似た理論を公式化する。先行国が所有したものはみな承継国のものになる。その一方的意思から直接生ずるものはみな消滅する¹²¹。したがって、意思行為を表す先行国の法律は承継国の裁量による以外に承継されないことになる。し

¹¹⁶ p. 20.

¹¹⁷ p. 18.

¹¹⁸ p. 19.

¹¹⁹ p. 21.

¹²⁰ p. 22.

¹²¹ 「個別的国家意思」 (*Individuellen Staatswillens*)

かし、第三国が先行国に対してまたは関して取得する権利および義務は消滅の規則に服さない。なぜなら、権利が一方的意思の行使によってではなく、意思の結合によってのみ創造されかつ終了することは法的関係の本質であるからである。義務は公的資産において消極的要素を構成し¹²²、そして、承継国は「負債を控除したものにあらざれば、財産とは考えられず」（*bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*）の原則に基づき積極財産のみを自己のものとなしうるのであるから、積極財産と消極財産の双方に関して承継国の代位が法的に生ずることになる。国家承継はこうして事実上の承継の法的側面である¹²³。法的継続性の基準は一方の当事国、つまり先行国だけが考慮されるべきか、または、当事者のうちの1が影響を受けずに存続し、第三の当事者が共同者の靴を履く法的関係が考慮されるべきかどうかである¹²⁴。この関係は国の盛衰の法的解釈の根底にある事実的な、つまり、有機的な要素の一部を構成する。その結果は、ローマ法の包括承継¹²⁵とは区別されるものとしてのフーバーのいわゆる一般的または全体的な承継（*Gesamtnachfolge*）¹²⁶である。

承継の形式はフーバーにより個別的就かまたは結合してか用いられる三つの概念に従って体系化される。それらは、拡大つまり権力の地理的拡大、意図つまり中核的権威の強化を通じた社会集団の再組織、および、承継国の数である。かれによれば、これらの三つの概念は現実の社会的事実を反映する。下等な有機的生命の観察はより高等な生物の研究にとっていっそう示唆的であるというギールケの有名なテーゼ¹²⁷に従って、かれは、「区別化」の原則

¹²² p. 22.「義務は消極財産を形成する。」（*Die Pflicht ein Passivum im Vermögen bildet.*）

¹²³ p. 24.

¹²⁴ p. 23.

¹²⁵ p. 24.

¹²⁶ 「全体承継」（*Gesamtnachfolge*）

¹²⁷ *Op. cit.*, 825.

を用いる¹²⁸。原始的有機体は中心的な衝動が拡大する範囲によって確認されるのであるから、国家は「中心」(Centrum) をとりまく領域に対して行使される諸機能に照らして広範囲にそして集中的に確認されうる。肉体の周辺における変化はいかなる変化も衝動の中心に効果を生じない限りその同一性に影響を与えることができないのと全く同じように、国家は、中心的機能が外部から取って代わられない限り、同一のままにとどまり、いかなる承継も生じない。この暗喩は、分割(解体)、融合(結合)、分離(独立)、および、合成体(求心的な政治的趨勢、すなわち連邦)の場合に追求される¹²⁹。この区別化はフーバーをして、分析の目的上、部分的承継と全体的承継の出来事の分類へと導く。

国家が消滅してしまったかどうか議論の余地がある場合において同一性の問題の解決は有機的暗喩によって促進される方法であるか疑わしい。実際、フーバーは国名の変更および首都の移転にかかわりなく、1814年のネーデルランド連合王国の形成とイタリアの統一の双方を全的承継の事例として、つまり、前者は二国の合同として¹³⁰、後者はサルデニアによるイタリア残部の併合として分類する¹³¹。双方の結論には異議が申し立てられてきた。また、この解決は何らかの国家の理論に依存するのではなくて、複雑な現実の事実の分析に依存する。それにもかかわらず、この点に関するフーバーの貢献は重要である。というのは、かれは、国家の継続性の概念と国家承継の概念は区別されるべきであり、後者は交替の法的結果にのみ関係し、交替の基準と混同されるべきではないことを証明したからである。

主権の交替により提起される現実問題を検討するようになると、フーバー

¹²⁸ P. 27.

¹²⁹ P. 28.

¹³⁰ p. 36.

¹³¹ p. 27.

は、かれの先行者達の著作において結晶化されてきた意見から大きく逸脱しない。かれは、ほとんどの条約は主権の交替に伴い消滅すると認める。なぜなら、人的条約は意思の相互性によってのみ解消されうる法的関係を生ま出さないからである¹³²。しかし、かれは、かれの二辺的な法的関係の理論に対するこの明白な例外に法的理由を与えることに完全に失敗する。そのため、かれの理論の焦点はかれの経験的な本能がかれの純理論的な本能を圧倒するにつれて、その明快さの多くを失う。そこで、集合的な承継に関するかれのテーゼは実際には国家の私法関係、特に債務の場合にのみ適用可能であると思われる。ここでさえ、それは、部分承継の場合において承継国は先行国の債務の一部を引き継がなければならないかどうかの問題に関して破綻する。というのは、かれは肯定的回答をかれの社会的・法的理論に基礎づけようとするけれども、実際には、かれの分析はかれの相互的な法的関係の理論とほとんど関係がなく、性質において再び経験的であるからである¹³³。

四 米西戦争とポーア戦争の危機：フォン・ロギスター（von Register）、ジデル（Gidel）およびキース（Keith）

ウェストレイク（Westlake）はフーバーの理論を採用した唯一の学者であった¹³⁴。かれは、権利はその存在を国家の人格に依存しない、それゆえ、その人格の消滅と共に消滅しないと述べることにより、すべては当事国の人

¹³² pp. 43, 61.

¹³³ p. 87.

¹³⁴ *International Law* (1904), p. 69; 同じく、in *Law Quarterly Review*, Vol. 17 (1901), p. 392 and, Vol. 21 (1905), p. 335. 同様の見解は、オリヴァルト (Olivart) によっても達せられた。 *Tratado de derecho público* (1903), Vol. I, p. 174; *De los principios que regien la sucssesión territorial en los cambios de soberania* (1906). オッペンハイム (Oppenheim) の理論もまたフーバーの見解を反映するように思われる。 *International Law* (1907), s. 80.

格に依存するというホール (Hall) のテーゼ¹³⁵に異議を唱える。しかしながら、ウェストレイクの用語法はフーバーへの依拠を立証困難にするほど曖昧である。たとえば、かれは、承継国は「資産の所有者としての先行国 (the dispalaced State) のすべての地位を承継する、いわゆる積極的承継である¹³⁶」と述べる。しかし、承継国は「先行国の民事責任を引き受ける」。このプロセスは「消極的承継¹³⁷」と呼ばれる。かれは、また、トタンスバール・コンセッション委員会はこのコンセッションの存続は承継国の公法および政策と抵触しないことに依存すると正確に報告したという結論をフーバーから引き出した¹³⁸。1898年のスペイン・合衆国講和条約の交渉中に生じたキューバ債務論争時に、ル・フル (Le Fur) は次のように論評した。かれは、その論評で、「利益の存する所には責任を負担する者もいる」 (*ubi emolumentum, ibi onus esse debet*) という道徳原則は「物は負担と共に移転する」 (*res transit cum suo onere*) という法原則の基礎であり、それゆえ、後者は法と倫理の関係のために私法におけると同様に国際法においても有効な法の一般原則であると主張した¹³⁹。かれによれば、領域を引き継ぐ国家はまたそれに付着する負担も引き継がなければならない¹⁴⁰。同じ問題を扱った際に、フォン・バール (von Bar)¹⁴¹は現代文明国 (*Kulturstaat*) は一体化した文化的諸要素から構成されるのであって、財政はその一要素である。文明国はもし「野蛮」 (*barbarism*) のそしりを受けたくないのであれば、文明の諸要素を引き継

¹³⁵ *International Law* (8th ed., 1926 used), p. 114.

¹³⁶ p. 74.

¹³⁷ p. 75.

¹³⁸ p. 83.

¹³⁹ In *Revue générale de droit international public*, Vol. 16 (1899), p. 620.

¹⁴⁰ 「領域に結合される諸権利を伴ってと同じく領域に課される諸負担を伴って」 (*avec les charges qui le grèvent comme avec les droits qui y sont attachés.*)

¹⁴¹ “*Die kubanische Staatsschuld*”, in *Die Nation*, Vol. 16 (1899), p. 425. かれの主張はコラー (Kohler) によって採用された。 *Grundlagen des Völkerrechts* (1918), p. 99.

がなければならない。国家領域のすべての部分は借款によって「肥沃にされ」また「実り豊か」にされる。しかしながら、戦争債務や搾取的な負担のような「忌まわしい債務」(Odious debts) はそのような文化的要素を構成しない。この理由で、スペインの義務に対するアメリカの態度は正当化される。

条約に対する国家承継の効果に関するフォン・ロギスターの著作¹⁴²は、後に「権限理論」(Kompetenztheorie) とよばれたものを最初に具体化したものである。すなわち、この理論は、領域は主権的機能の対象にすぎないのであって、移転されるべき財産ではないというものである。承継国はその主権的権限¹⁴³を取得した領域に拡大する。したがって、もし条約関係の継続性が存在すべきであるとすれば、これは承継国が自己の権利によって¹⁴⁴条約関係に入るために初めて可能である。そうすることが要求されるかどうかは国際法の問題である¹⁴⁵。かれは、キャティビアンはかれが区別を維持するよう提案した二つの問題、承継が存在したかどうか、そして、承継国は条約関係を維持することを外部的に義務づけられるかどうか、を誤って混同したと考えた。後者の問題に関する限り、かれは、承継国が決意するまでの間、少なくとも暫定的な継続が通常であろうと考えた¹⁴⁶。条約の他の当事国は条約関係を維持することに利益を有し、承継国は相互主義の原則の作用の下でこの利益を尊重しなければならない。承継国の利益と第三国の利益の間には緊張を引き起こされるが、これを妥協によって緩和するのが国際法の機能である。ロギスターは、中立化条約のように領域的に執行されるという意味で「地域

¹⁴² Zur Lehre von der Staatennachfolge: Gibt es still-schweigenden Eintritt in Staatsverträge? (1902). 著者の注によれば、この諸作はイエリネック (Jellinek) の *Allgemeine Staatslehre* の出現前に実質的に執筆された。

¹⁴³ 「高権」(*Hoheichtsgewalt*)

¹⁴⁴ 「自己の権利によって」(*Zu eigenem Recht*)

¹⁴⁵ p. 13.

¹⁴⁶ p. 14.

化される」諸条約と、交通および港湾施設に関する協定のような、もっぱら地域的に適用のある諸条約とを区別した。後者の条約は *rebus sic stantibus* の原則¹⁴⁷に服するのに対して、他の当事国が前者の条約において有する利益は領域の分離に伴って解消されえない¹⁴⁸。

私的利益に関する主権交替の効果は19世紀においてほとんど注目されなかった。コンセッションに関してフィオレ¹⁴⁹とカボウ (Cabouat)¹⁵⁰だけが何らかの含意を引き出した。したがって、トランスパール・コンセッション委員会が報告した時点で、報告書が取り扱った問題に関する学問的な分析は実質的に存在しなかった。このことが、ジデル¹⁵¹をして、政治的併合のコンセッションに対する効果の主題を1905年にかれの博士論文として選択させた。この著作は驚くほど洞察力に富んでいたが、長年の間注目されずにいたのは奇妙であった。たとえば、同書は、キース、カバリエリ、シェーンボルンおよびオリヴィ (Olivi) に知られていなかった。そして、同書は、出版のほぼ20年後に初めてグッゲンハイム (Guggenheim) において突如として表れる。ハーバード大学は1913年に漸くその一冊を取得した。

ジデルは、かれと同時代の学者達と同じように、主権の譲渡という概念は「支配権」(*imperium*) と「所有権」(*dominium*) の受け入れがたい混同であるという理由で、この概念に反対した。国家はその所有権を譲渡することはできるが、その権限を譲渡することはできない。というのは、ジデルは、君主はかれの権利を共和国に移転することができるかを問うからである¹⁵²。それゆえ、かれの意見によれば、国家承継は二つの出来事、第一に、主権の

¹⁴⁷ pp. 30, 35-37, 41.

¹⁴⁸ p. 34.

¹⁴⁹ *Op. cit.*

¹⁵⁰ *Op. cit.*

¹⁵¹ *Des effets de l'annexion sur les concessions* (1904).

¹⁵² p. 62.

撤退と当該領域の無主物（*res nullius*）への復帰であり、第二に、承継国によるその専有である¹⁵³。したがって、「何人もかれ自身が持っている以上の権利を他人に譲渡することはできない」（*nemo plus juris ad alium transferre potest suum ipse habet*）という格言はこの文脈では無益であると同時に危険でもある¹⁵⁴。この出来事の法的性格に関する説明はフーバーのそれと基本的に異ならない。しかし、十分に理解できるのであるが、ジデルは、フーバーの継続性の理論に追隨することは決してできないと述べる。なぜなら、かれは、先行国の社会関係に関する事実的代位がそれだけで承継国に先行国の意思が生み出した法的関係を尊重するよういかにして義務づけうるかを問うからである¹⁵⁵。ジデルによれば、フーバーは、継続性の原則を受け入れたり受け入れなかったりするために、かれが基本的に拒絶してきた承継の観念に復帰する。その結果、かれの結論は、その出発点において「適切」であった理論を破壊する¹⁵⁶。明らかに、ジデルは、国家の有機的理論を少しも理解することができなかつたし、また、この理論に少しも共鳴しなかつた。こうして、かれは、フーバーの理論の全体的様相を捉えることができなかった。これは、多分、かれがフォン・ギールケに言及しさえしないことを説明する。

ジデルの警告は、かれが冒頭でスコラ哲学の格言「しばしば識別する」（*distingue frequenter*¹⁵⁷）を引用することから明白である。かれにとって、法は正義の原則あるいはかれの言う衡平の原則に基礎づけられた法的論理の問題である¹⁵⁸。しかし、法的論理は私法において発達した理論の国際法への移入を必ずしも要求しない。もし承継国が先行国の法的義務によって影響を

¹⁵³ p. 64.

¹⁵⁴ p. 65.

¹⁵⁵ p. 74.

¹⁵⁶ p. 76.

¹⁵⁷ p. 12.

¹⁵⁸ p. 14.

受けうるとするならば、これは実定法のためでなければならない。国際法は道徳原則の神聖化であり、したがって、承継国の負担を履行するよう承継国に命じることができるのであるから、それらの負担が何らかの法技術的な意味において承継国に移転したと仮定することは不必要である¹⁵⁹。全問題を移転または人格の継続性の概念からこのように解き放つことは¹⁶⁰飛躍的な前進であった。ジデルの直接的な後継者達がかれの独創的な解決策に気付かなかったことは残念である。

ジデルによれば、国際法における承継に肯定的な規則の存在は慣行を精査することによって理論的かつ経験的に確証されうる。かれの理論的基礎は二つの原則に分けられる。すなわち、第一は、主権の交替の効果は最小限であるべきであるという原則であり、第二は、私有財産は「絶対的に」不可侵であるべきであるという原則である¹⁶¹。双方の原則は、個人は政治的行為によって不正を被るべきではないことを命じる衡平の原則に由来する。前者の原則は一般的な性格を持ち、後者の原則はカテゴリーに関して特殊な性格を持つ¹⁶²。法律の不遡及の法理は、法の一般原則であるので、承継国は獲得した領域で私人によりすでに取得されている権限を否認するために当該領域に自国の法を拡大してならないという結論をもたらす¹⁶³。この出発点から、ジデルは、既得権概念を詳述することへと進む。この概念はそれ以前のすべての著作において未発達の形式で現れたか、あるいは不明瞭な前提にすぎなかった。ジデルによれば、すべての既得権を包含するそして既得権に特有である

¹⁵⁹ p. 26.

¹⁶⁰ p. 60.

¹⁶¹ p. 78.

¹⁶² p. 82.

¹⁶³ p. 83. ピレ (Pillet) は既得権の概念を抵触法に組み入れ、主権の交替の場合に既得権の尊重は外国法の承認問題であると主張した。*Principes de droit international privé* (1903), p. 526. かれは債権者の権利をこれらの規則に含めない。この理由から、ペランジャクウエ (Perrin-jaquet) により批判された。*Les Annexions déguisées de territoires* (1909), p. 51.

であろう既得権の定義を公式化することは不可能なのであるから、その概念の有効性を完全に否定することは無意味であるだろう¹⁶⁴。

ボーア共和国征服後の同共和国の義務に対するイギリス政府の消極的態度は多くの公的な論評を引き起こした。また、それは、外交または外交的な研究に直接に従事しない人々の心におそらく初めて併合が引き起こし法的諸問題をはっきりと認識させた¹⁶⁵。チューリッヒ大学のマイル（Meile）教授は、フーバーの主張を採用してイギリスの立場を論駁する意見を書いた¹⁶⁶。これは植民地省と外務省の関係者によく知られ、何人かの公務員にあるもう一つの考えを生じさせたと思われる。イギリス政策の学究的な弁明がひたすら待望された。それは1907年に出現したキースの博士論文によって与えられた¹⁶⁷。本書は公正な見解というよりも代弁者の所信であるという同書に対するフェイルシェンフェルト（Feilchenfeld）の論評¹⁶⁸は正当化される。内的証拠によれば、キースは、フーバーの著作を検討し、少なくとも以前の学者の一部が述べなければならなかったことに関するかれの知識を同書から引き出したと思われる。したがって、受け売りの淵源および選択された情報という印象

¹⁶⁴ p. 84. 既得権の概念はさらにデカン（Descamps）によって定義される。*Revue générale de droit international public*, Vol. 15 (1908), p. 385; Goupy, *Des droits civils maintenus en cas d'annexion* (1907). これらのすべての学者は、ジデルと共に、承継国は権利を永久的に維持することを義務づけられると考えた。ペランジャクウエは外国人は差別されないと単に主張した。

¹⁶⁵ リチャーズ（Richards）は戦争債務は承継から免除されるという見解を支持し、いずれにせよ承継の規則の存在を疑問視した。in *The Law Magazine and Review*, Vol. 28 (1903), p. 129. Pollock, *Law Quarterly Review*, Vol. 16 (1900), p. 1, and Barclay in *ibid.*, Vol. 21 (1905), p. 30.

¹⁶⁶ *Die Rechtsstellung der Niederländisch-Südafrikanischen Eisenbahngesellschaft in Amsterdam sowie ihrer Aktionäre und Obligationäre gegenüber Grossbritannien als Rechtsnachfolger der südafrikanischen Republik* (1903). 同じく、Kaufmann, *Zur Transvaalbahnfrage* (1901). 本書は私権の尊重に基づけられた。

¹⁶⁷ *The Theory of State Succession, with Special References English and Colonial Law* (1907). この当時、キースは植民地省の役人であった。

¹⁶⁸ *Public Debts and State Succession* (1931), 404.

を受ける。

キースの著作は、多分、その時代まで企てられてきた法実証主義における最も徹底した試論である。したがって、かれの経験的および懐疑的な態度は、たとえその過程において正義と社会的安定の双方を考慮しそこなうとしても、最も破壊的な方法でかれの先行者達の構成を覆すことを可能にした。たとえば、かれは義務の移転をもたらした割譲条約を記録することによって得られるものは何もないと述べる。なぜなら、これらは慣習国際法の強化と全く同じようにその排除を容易に表すであろうからである¹⁶⁹。社会的および衡平な考慮の圧力を暗示するそのような条約の評価は、明らかに、その規則を確立しようとする者に立証責任を負わせ、証拠を純粹事実のカテゴリーに限定する。実際、この立場は国家承継法ばかりでなく、国際法のほとんどすべての制度を否定するとおそらく言えるであろう。

キースは、法的関係の継続性は人格の承継に由来しないというまさしくフーバーの理由¹⁷⁰に基づき、ローマ法の承継理論との類推を拒否する¹⁷¹。ガッバの理論の弱点は、たとえ社会的人格が義務を引き継ぐとしても、それがかなえられるかどうかを決定するのは政治的人格であり、また、継続性の問題の見せかけの解決は実際は問題の先送りにすぎないというコメントによって暴露される¹⁷²。フーバーの理論はすべての肯定論のうちで最も説得力があると認めながら、キースは、それは国債の一部を引き受ける法的根拠を与えないと主張した。かれは国債を政治的偶然に服する契約であると考慮した¹⁷³。承継国によって通常は継続されるとキースが認めた「移行」条約は便宜の問題としてそのように継続した。キースは、たえず先例に注目する。そして、

¹⁶⁹ p. 2.

¹⁷⁰ p. 3.

¹⁷¹ p. 18.

¹⁷² p. 4.

¹⁷³ p. 4.

かれは、先例が常に否定的結論を導くと認める。しかしながら、もっぱら経験的な調査における基本的な欠陥は権利と義務の間の恣意的な区別である。キースは、承継国が先行国の公的財産とその諸権利を「承継する」と明言することを躊躇しない¹⁷⁴。これは一つには慣行を理由として、もう一つには財産は征服により帰属するという理由に基づき実証される。後者の主張は征服以外の手段による主権の交替の場合には参考とならず、いずれにせよ、かれによれば、承継国による訴訟において主張されえない国外に所在する公的財産に関して注目すべき結論を導く¹⁷⁵。これはキースが「承継」という言葉を非常に曖昧な意味で使用することにより、承継の理論を組み立てるところか、承継国は相続人曠缺の財産（*bona vacantia*）を取得するという理論を実際に提案していることを示唆する。しかし、もしこれがそうであるとすれば、かれは、いかなる他の学者も主権の交替の場合に放棄されると確信しないと思われる先行国の私的分野の征服をどのように正当化しうるのであろうか。この点に関するキースの分析は実際あまりに浅薄であるため決して説得力を持たない。それは戦亡（*debellatio*）の例外的事例へのかれの集中があまりに硬直した極端な結論を導き、独立や合併の諸事例にほとんど適用不可能であるのと全く同じである。

五 意思理論：イエリネック（Jellinek）、カバリエリ（Cavaglieri）およびシェーンボルン（Schönborn）

フーバーの著作の5年後に現れた、学説上、有機的国家論とは対照的なイエリネックの国家に関する大著¹⁷⁶は単独で次の25年間の国家承継の著作に最も重要な影響を及ぼした。なぜなら、同書は法命令理論が承継国の負担に対

¹⁷⁴ p. 49.

¹⁷⁵ p. 52.

峙させる障害について初めて断定的に述べたからである。イエリネックは、主権の交替を通じて法的関係の継続性の問題を解明することは国際法に関するかれの一般理論にあると考慮した。この理論に従えば、国家は自己の意思により、すなわち「自己制限」の行為によって、国際法規則の遵守に同意し、それらの規則に基づき形成された他国に対する義務を履行する（意思理論 *Willenstheorie*）¹⁷⁷。承継国は自己否定のプロセスを通じて先行国の約束に従うようになるであろう。イエリネックの批判者達¹⁷⁸は、かれは法と道徳を一致させようと奮闘しているが、それらは人がもつばら命令の観点から法のカテゴリーを孤立させるならば論理的に調和しがたいと論評した。カント的な体系における定言命令は主観的な指示、つまり、道徳的な行為者の意思に対して指示を与えうるにすぎない。すなわち、それは「当為」と「存在」の形式的な分離のために外部的な権威に行為者を服従させるのに役立たない。しかし、イエリネックにおいてこれはまさしく発生することである。というのは、かれは、新国家が創造される時には、その国は国際交際の必要性のために国際法により拘束されると「認識する」と述べるからである¹⁷⁹。こうして自制の道徳的行為は、すべての国が同意する場合を除き、いかなる脱退も許されない法的きずなに変型される¹⁸⁰。

たとえイエリネックにおいて正義と実定法の形式的な分離が失敗すると思われるとしても、国際法と国内法の分離は強化される。かれによれば、国際法は国家の内部問題について指図することができない。それゆえ、割譲された領域に存在する法の承認を承継国に命じることはできない。しかし、以前

¹⁷⁶ *Allgemeine Staatslehre* (1900) (revised in 1905, and more considerably revised in 1914) (1960 reprint of the 5th ed., 1928 used).

¹⁷⁷ pp. 367-375.

¹⁷⁸ たとえば、Triepel. *Völkerrecht und Landesrecht* (1899; reprinted 1958), p. 77.

¹⁷⁹ p. 278.

¹⁸⁰ *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (2nd ed., 1905 used), p. 324.

の法秩序において自国に適するものをすべて引き継ぐまたは拒否することは形式上自由なのであるけれども、国家は、実際には、自己の目的を実現するためにその秩序の最小の混乱のみを容認するよう実質的に要求される。したがって、実際には、国家は、自国法秩序の内部に当該秩序と両立しそして明示的に廃止されないすべての現行法を統合する¹⁸¹。こうして、イエリネックは断絶よりも継続性を強調する。そして、継続性の法的きずなをすべての関係当事国の黙示の同意の基礎の上に打ち立てる。それゆえ、実用的な政策決定は沈黙および推定によって新たな法的きずなに変型される。その結果は、現行の法的関係を維持するよう国家に命じるいかなる国際法規則も実際に存在しないけれども、これらの法的関係は実は更改によって維持されるということである。

この解決はその後の多くの学者によって提案されてきた。そして、これは独立の場合に実際に生じることの現実的分析と広く見なされてきたために、その新奇性、そしていっそう重要なことにその論理的欠陥は見過ごされがちであった。法は衝突を最小限にするために存在し、すべての者がある解決に合意するような事例においてではなく、合意が不可能と判明するような事例において最も重要な役割を果たす。もし法が意思の問題であるとするならば、権利と義務は平等におかれたパートナーの意思の合致から相互的に生じると認められなければならない。そのため、承継国は唯一自由な政策決定者ではないということになる。他の諸国が既存の義務の履行を主張し、かれらによる新国家の承認を当該新国家による既存の法的関係の維持に明示的または黙示的に依存させることさえある。イエリネックの体系において承認は創設的であり、また条件付きであることもあるのであるから¹⁸²、新国家は、それゆえ、まさしく法的誕生行為によって先行義務を負担させられることがある。

¹⁸¹ p. 279.

¹⁸² p. 273.

そのような場合にその法的関係に関する政策を採用する自由は幻想である。バン・パンユイ (van Panhuys)¹⁸³は、論理的に同じ前提から出発して、新国家が条約上の権利および義務を先行国から引き継ぐときには、他の当事国は承認行為に付加される黙示的条件によってそれとの「法的紐帯」(*vinculum juris*)を達成すると提案するまで進んだ。これを極端にまで推し進めると、イエリネックの理論は実際の観点からほとんど包括承継の理論になる。

しかしながら、イエリネックの直接的な信奉者であるカバリエリとシェーンボルンは意思理論の採用に際してきわめて否定的な理論に達した。1910年に現れたカバリエリの著作¹⁸⁴は、キースと異なり、超思索的であって多分に慣行に無関心であるが、しかし、同じく懐疑主義で徹底している。カバリエリにとって問題は国家の必須的要素の一つの喪失に伴い生ずるもっぱら人格の喪失問題であった。それは一つの法秩序の崩壊と承継国の意思の問題としての他国によるその代位を意味する¹⁸⁵。法的関係における真の中断は主権における中断の結果として生ずる。カバリエリはガッバによる人格の二重性をその政治的権威が公的および私的の両領域に浸透する現代国家の「完全な統一性¹⁸⁶」と両立しないとして拒否した。かれによれば、社会的同一性でさえ法的継続性をもたらすために政治組織における空白 (*lacunae*) を埋めることができない¹⁸⁷。かれは、領域的権威の交替という具体的な事実を法的権原に変型することができないという説明によって、ギールケとフーバー理論の欠陥を暴露する¹⁸⁸。かれが到達する結論は、国家の消滅は権原を伴わない権

¹⁸³ In *Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht*, Vol. 2 (1955), p. 55.

¹⁸⁴ *La dottrina della successione di stato a stato e il suo valore giuridico* (1910). かれはかれの見解を *Hague Recueil*, (Vol. 26 (1929), *Annuaire de l'Institut de Droit International, Session de Paris*, Vol. 34 (1934), *Revista di diritto internazionale*, Vol. 16 (1924), p. 26. において再述している。

¹⁸⁵ pp. 17, 191.

¹⁸⁶ pp. 43, 196.

¹⁸⁷ p. 43.

利および義務を残す、そして、部分承継の場合には承継国は残存する実体の義務のいかなる部分も引き継ぐことを義務づけられないということである。

カバリエリによれば、国家対国家の関係に関する限り、これらは「人的要素の考慮によって」(*intuit personae*)、つまり締約当事者の特性を含む事情と密接に関係するために、いかなる承継もありえない。この種の関係は行為者の一方の消滅後に存在することはできない¹⁸⁹。そして、このことは不法行為から生ずる (*ex delicto*) 義務に関して更にいっそう当てはまる¹⁹⁰。概念としての承継は法制度における一定の自律性を仮定する。この仮説によって法制度はその主体の交替にもかかわらず継続する。だが、人的関係はこれと対照的である¹⁹¹。カバリエリが、いわゆる「物的または地域的」(*reali o locali*) 義務はそれらが当事国の特別な条件と必要性に常に一致するために¹⁹²、また、同じくかれがその支配者とは区別される領域への権利および義務の帰属の法学的可能性に異議を唱えるために¹⁹³、決して例外的ではないと主張する時に¹⁹⁴、かれの意見において、すべての国際関係はこの人的性質を有することを明らかにする。国家の平等および独立の理論の効果は領域的權威の排他性に関して先行国と承継国の間に尊重の相互性を確立することである。この意味は、領域はそれ以前の法的衣装を剥ぎ取られ、(当該領域を) 取得する主権者の法的衣装をまとうことである。かれは、条約が主権者の交替後に適用されることを意図する事例はありうると結論する。したがって、これらの場合に承継は起こりうるであろう。しかし、カバリエリは、そのような意思を証明す

¹⁸⁸ p. 54.

¹⁸⁹ p. 75.

¹⁹⁰ p. 86.

¹⁹¹ p. 91.

¹⁹² p. 90.

¹⁹³ p. 79.

¹⁹⁴ pp. 96, 126.

る困難性は並大抵ではないと確信する¹⁹⁵。継続性が生じた場合には、その継続性は条約により明白にあるいは容認により黙示的に表明される承継国の意思によって生じ、衡平および便宜の理由によって説明される¹⁹⁶。この点でキースとカバリエリは手に手を取り合って進む。カバリエリは次のように指摘する。すなわち、主権の交替にもかかわらず条約が存続する大多数の場合において、それらの条約は諸国の一般的利益のために締結されたばかりでなく、承継国がすでにそれらの取極の当事国であったためである、と¹⁹⁷。

カバリエリは先行国の非国際的な関係についてもやはり同じ否定論を展開する。かれは、経済的性格の義務、とりわけ公的債務の移転に関して¹⁹⁸ほぼ普遍的な慣行は道徳的な考慮に対する反応であると述べる。それは法規を生み出すことができない。なぜなら、これらの関係のプロパー・ローは先行国の国内法であり、プロパー・ローでの代替は法命令理論に反するからである¹⁹⁹。カバリエリの基本的にカント的な法理学²⁰⁰を反映する「存在」と「当為」の明確な二分法は、法は意思の発露であり、倫理的に規範的な圧力は主権者の同意によって政治的に採用されるまで実定道德のカテゴリーに分類されるというキースのオースチン的な見解を想起させる。しかしながら、カバリエリは、キースと異なり、先行国の関係の継続性の法的可能性とは区別されるものとしての現実の可能性に対していっそう微妙な態度を採用する。それゆえ、かれの命題はキースの命題よりもいっそう独断的であるけれども、それが逆説的にそれほど厳格でない。イエリネックに従い、かれは、あらゆる他の国家と同じく承継国は社会的安定性の考慮によりその主権的意思の

¹⁹⁵ p. 199.

¹⁹⁶ p. 103.

¹⁹⁷ たとえば、1815年のウィーン会議最終議定書および1884年のベルリン会議最終議定書。

¹⁹⁸ p. 114.

¹⁹⁹ p. 108.

²⁰⁰ p. 112.

「自己制限」の方向へと促されて²⁰¹、現状 (*status quo*)²⁰²を維持する傾向があることを認める。しかしながら、キースは、唯一の関連する点は法的関係の自動的消滅であるという印象を伝える。

カバリエリの命題はその後のイタリア理論を支配したけれども、公式化されるとそれはユニークであった²⁰³。マリノーニ (Marinoni) はそれを不十分な実証主義者であり、消極的であると見なした²⁰⁴。というのは、カバリエリは、国際法の一般原則が是認し、国家であるという理由で服する権利および義務の承認を通じて承継国の意思を束縛することを認めたからである。かれは承継に関する規則は存在しないと主張した。これにたいして、アンチロッチ (Anzilloti)²⁰⁵は先行国によって締結されたかれが「世襲的国际義務」と呼ぶものに関して承継に関する規則の存在を強調し、以前のイタリア学者が入念に公式化した人的約束と世襲的約束の区別の有効性を維持しようと努めた。

第一次世界大戦前に出現した²⁰⁶国家承継に関する最も明快で最も体系的な

²⁰¹ p. 114.

²⁰² p. 103.

²⁰³ 同年に、フォルチエリニ (Forcherini) は承継に反対の意見を述べた。しかしながら、かれは主権の交替は可能な限り私権を妨げるべきでないと考えた。*Le Successione degli Stati* (1910)、本書はグッゲンハイムによって無視されたが、フェイルシェンフェルトによって注目された。p. 409.

²⁰⁴ In *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 7 (1912), p. 312.

²⁰⁵ *Corso di diritto internazionale* (1912), p. 297.

²⁰⁶ フロイントによるより以前の著作は債務 (*Anleihen*) の国家財産 (*Vermögen*) への密接な附着性を主張した。債務関係に関してはいかなる承継も生ぜず、各資産は債務を負担したままにとどまる。*Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Anleihen* (1907), pp. 172 et seq. シェーンボルンの著作と同じ年に出版されたシュミットの別の著作は債務関係の承継を支持した。*Die Übergang der staatsschulden bei Gebietsabtretung* (1913)。いずれの著作もグッゲンハイムに知られていなかった。しかしながら、かれは、Koch, *Die territorialen Veränderungen der Staaten und ihr Einfluss auf die Schuldenhaftung* (1913) に通じていた。債務と歳入の間に密接な関係があるという議論は、Andreade, in *Revue générale de droit international public*, Vol. 15 (1908), p. 585で行われた。

小論は、ジールーズムロ (Sier-Somlo) により最初に編集された包括的な国際法ハンドブック中のこの主題に関するシェーンボルンの巻²⁰⁷であった。それは学說的に完全であるばかりでなく、また、この時期の大多数のドイツ語の国際法書物よりもずっと曖昧でない文体で、つまり、同書を外国人にさらに受け入れやすくする事情を伴って書かれている。シェーンボルンは、二つの可能な承継の形式、すなわち、承継の対象に基づく法的特性による承継とそれに代わる外部的な法規定による承継を区別する。前者の方式は包括承継の方式であって、かれによれば、諸権利の貯蔵所の同一性の偶然的な変更にもかかわらず、要するにそれらを不変の、したがって同一性を保持するものとして見なす (グロティウスの自然権論を意味する) 自然法論に基づいてのみ正当化される²⁰⁸。しかしながら、実際には、権利は法規則によってのみ確認される。それゆえ、法が確認されるまで、人はそれが同一のものとして扱われる権利であるかどうか、ある権利が別の権利に代位するものであるかどうかを決定することができない。行為者における承継をかれらが相続により享有する権利の同一性におくローマ法の考慮は、国家承継の場合にはいかなる決定的な結果をもたらすことができない。なぜなら、内部法秩序の継続性はより高次の法秩序によってまたは承継国の法秩序によって達成されうにすぎないからである。

シェーンボルンは国家承継を「以前に他の国家の権威に帰属した領域に対する完全で絶対的な権威の拡大の結果としての一国による当該他国の権利および義務の承継」と定義する。特定の権利および義務が実際に承継されるか

²⁰⁷ *Staatensukcession* (1913). Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus* (1911), p. 80.

²⁰⁸ p. 7. 「新たな権利が古い権利に取って代わろうとするのではなくて、新たな主体の権利は古い主体の権利と同一であると見なされる。」 (*Es woll nicht ein neues Recht an Stelle des früheren treten, sondern das Recht des neuen Subjekts als identisch mit dem des alten Subjekts gelten.*)

どうかは実定国際法が述べることであって、これは証拠の問題である。そこで、シェーンボルンが取り組む問題は、国家は意思の集合的な「自己制限」を通じて、一国から他国への権利および義務の譲渡（*passing*²⁰⁹）を規定する規則を創造してきたかどうかである。もしそのような規則の証拠が出現しないならば、関連する唯一の推定は、国際法は国々にかれらの領域的な主権的権能を表明する権限を与えるということである²¹⁰。事実、シェーンボルンは、純理論性と経験性とを融合させるこの企てを肯定的な結論と否定的な結論との間で不安定に釣り合わせる。シェーンボルンは、ケースとカバリエリにより「精力的に」提案され、そしてドイツ語文献²¹¹において「突然に」出現したとかれが述べた懐疑的議論を実定国際法の証拠の問題を予断するものであるとして退けた。しかし、実際の調査から、かれは意思理論に同意することによって、かれの師であるイェリネックが到達した立場に劣らず懐疑的で、実際に更に否定的な立場に導かれる。

シェーンボルンは権利および義務における現実の承継が規則的に発生することを率直に認め、これを確立された利益に対する交替の影響を最小限にするために承継国と諸国の共同体によって感じられる必要性に応じるものとして説明する²¹²。このように刺激され条件付けられた慣行はイェリネックが事実の「規範性」と呼んだものによって達成される実定法規則の基礎である。割譲条約において採用される不変のそして統一的な解決は法的確信の意識を通じて事実の法への変換を達成することができる。しかし、シェーンボルンは慣行はあらゆる分野で一貫しているわけではなく、いかなる条約も介在し

²⁰⁹ 「譲渡」 (*Übertragung*)

²¹⁰ 現実の法的承継は、客観的法秩序が一定の要件が存在する場合に他の法主体への移転を規定することによって、当該法秩序が問題の権利および義務の内容と移転可能性を定めるところでのみ生じうる。

²¹¹ Gareis, *op. cit.*, p. 67, and Zorn, *op. cit.*, pp. 32, 77, 152を引用。

²¹² p. 11.

ない併合の場合は特にそうであって、英米の慣行は全く矛盾していると警告する。こうして思慮深い学者は事実が法になったという主張に注意を喚起する²¹³。事実、シェーンボルンは同意の証拠を評価する際にきわめて慎重であるために、承継問題に関する現実のカテゴリーを扱う際にかれが認めるものは「発展しつつある」国際法規則であるのがせいぜいである²¹⁴。その結果、シェーンボルンの作業は奇妙にも一貫性を欠く性格を有する。法律家として語るとき、かれは実定法へのかれの誓約によって抑制されていると気付く。しかし、政治的事実の観察者、そして「衡平²¹⁵」の要求に敏感な道徳主義者として語るとき、かれは義務が承継国によって引き受けられる規則性を記録するように導かれる。人は次のような印象を得る。すなわち、イェリネックの意思理論と、実際にはカント的な全哲学が、拡大させた法と衡平の間の懸隔に巧みに架橋することにより、シェーンボルンは、グッゲンハイムが述べるように²¹⁶、かれの疑念を静めた、と。

シェーンボルンは関連領域の法的地位に対する分離の効果という特殊問題に相当な注意を捧げた最初の学者であった。また、中央および東ヨーロッパ帝国の解体が1919年に起きた時に、かれの著作は主要な典拠になった。かれ以前もまたはかれ以後においていかなる学者も「白紙理論」におけるかれの支持ほど徹底していない。その理論とは、新国家はその本国のいかなる約束にも妨げられずにその生存を開始するというものである。分離領域に特別に適用される条約でさえ、かれによれば、「他人の物における権利」(*jus in re aliena*)の規則に対する例外を構成しない。これはかれを移転可能性の理論、したがって地役概念の否定へと導く²¹⁷。少なからず驚くことに、チェコスロ

²¹³ p. 12.

²¹⁴ pp. 59, 61.

²¹⁵ p. 58.

²¹⁶ *Staatensukzession* (1925), p. 40.

²¹⁷ p. 73.

バキア最高裁判所が後に多面的な司法共助条約に関してこの否定的見解を採用したときに、シェーンボルンは独立に基づく条約関係の更改をもたらす慣行と一致しないと批判した²¹⁸。かれの書物において、シェーンボルンはこの慣行を無視し、大国が以前にかれらに影響を与えてきた条約の分離国による承認を確保するために行った熱心な試みに言及せずに、ベルギーとラテンアメリカ諸国の独立に付随的に言及した。かれはそのような承認を新国家と他の当事国との間の法的紐帯 (*vincula juris*) を「創設し」、「宣言的」ではないと確信した²¹⁹。先行国に帰属する不法行為に関して、シェーンボルンによる国家承継と政府承継との間の厳格な区別は、違法行為が独立を獲得した革命党派によって行われ、特に、外国人財産の保留のようにその違法行為が継続するときに、承継国は責任を負うかも知れないとかれが認めるときに破綻し始める²²⁰。

本国の債務に関する限り、シェーンボルンは新国家の側でのその債務に関するあらゆる義務はそれらが地域的利益に関係するか否かを問わず、もっぱら倫理的であると主張する。これは担保付き債務に当てはまる。というのは、担保を創造するのは国内法であり、承継の瞬間に国内法は承継国の意思の創造物になるからである²²¹。かれは、国家の利得と債権者の損失との間の密接な結びつきの欠如から、不当利得の理論を退ける²²²。この点に関して、シェーンボルンの理論において意思理論が独断的に主張する国際法と国内法の絶対的二分法は最も明白になる。国際法は国家間関係を規律するが、国内裁判所における解決を命ずることはできず、ましてや、承継国と先行国の債権者達との間の結びつきを達成することはできない。カバリエリは、後者はもし不

²¹⁸ *Juristische Wochenschrift*

²¹⁹ p. 75.

²²⁰ p. 77.

²²¹ p. 83.

²²² p. 84.

当利得の概念が承継国の法規範であるならば、これに訴えるであろうし、それによって救済手段を得るであろう（また、大多数の現代法制度はこの救済手段を有するであろう）と考えた。シェーンボルンによれば²²³、これはもっぱら承継国の法における関心事であり、国際法にとって無関係である。国際法は先行国と承継国との間の債務の配分の問題を規律することができず、また、債権者に承継国に対する権利を得させることができない。こうして、シェーンボルンは承継問題の国内法的解決に関するあらゆる利益を明白に排除したのであるから、この理論の否定的な性格は強化される。

シェーンボルンはかれの理論を実定的慣行に基礎づけると公言したけれども、かれは実際にはアプリアリな前提から主張した。この二重焦点的なアプローチは読者に知的不安の意識を引き起こす。シェーンボルンが検討した慣行は無意味であり、また、多くの点で誤解を招きやすい。そして、キースへの言及は独自の調査に代わるものである。人は補強のために哲学的に洗練されないイギリス人に依拠し、それによってかれの独断主義を経験的な発見によりあえて正当化しようとする哲学的に洗練されたドイツ人の光景によって惑わされることはありえない。

六 19世紀の国家承継問題：ウディナ (Udina)、グッゲンハイム (Guggenheim)、ウィルキンソン (Wilkinson)、サック (Sack) およびフェイルシェンフェルト (Feilchenfeld)

19世紀後半に現れた理論的不一致は1920年代に純理論的な混乱状態を生み出した。イギリス²²⁴、ドイツ²²⁵、オーストリア²²⁶の学者は否定的な理論を独断的に主張したけれども、二人のイタリア学者、ロマーノとウディナは実際

²²³ p. 102.

に生起するような権利および義務の承継に関する法的根拠を発見する新たな試みを開始した。ローマノの理論²²⁷は、国家は特定の法秩序にすぎず、したがって、この秩序は主権の交替によりさまざまな方法で、さまざまな程度において影響を受けるというものである。特定の法秩序が承継国の法秩序に組み入れられる限りで、権利および義務の承継よりも継続性が存在する。人民と有形的資産は法秩序の表明であって、法組織の偶有的な性質により共に結合され確認される。ローマノの結論はフィオレ、ガッパおよびフーバーの結論に似ていた。すなわち、国家の消滅は承継国の法秩序と融合して存続するその法秩序の完全な消滅ではなくて、人格の消滅を伴う、と。ウディナはかなり輝かしい論文²²⁸において、かれが賛同したこのアプローチはあまりに一般化された結論を導きがちであると考えた。このため、かれは、具体的事例において承継の可能性を確立するのは法制度の法的性質というよりも法的論理であると主張することを好んだ。もし法的関係が主権の交替の後に継続しうるとするならば、その時には法的関係は最初にそれを生み出した事実の必

²²⁴ Hurst in *British Year Book of International Law*, Vol. 5 (1925); Baty in *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 9 (1923), and *Yale Law Journal*, Vol. 35 (1926). コールマン・フィリップソン (Coleman Philipson) は *lex ferenda* に関して幾分消極的であった。 *Termination of War and Treaties of Peace*, (1916), p. 41.

²²⁵ Strupp, *Grundzüge des positiven Völkerrechts* (1921), p. 49 and in *Hague Recueil*, Vol.47(1934); Schätzel, *Gebietsserwerb* in Strupp's *Wörterbuch des Völkerrechts*, Vol. II, pp. 366, 578.

²²⁶ Henrich, *Theorie des Staatsgebiets* (1922), p. 115. この時期の指導的なフランスの書物は、国家承継に関する事実に関するその議論においてほぼ徹底しているけれども、理論的に深く関与していない。Fauchille, *Traité de droit international public* (1922), Vol. I, pt. I, pp. 391-394. Lauterpacht は承継理論を軽視した。 *Private Law Sources and Analogies of International Law with Special Reference to International Arbitration* (1927).

²²⁷ In *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 20 (1925). 同じく、専門化された側面は、Zucchelli, *Il Debito pubblico nelle conseguenze giuridico patrimoniali delli annezioni* (1919). Olivi, *Considerazioni giuridiche intorno al problema della successione di Stato a Stato* (1927) i. カバリエリおよびその他のイタリア学者の理論に関する同書の批判的分析はカバリエリに厳密に従う。それは独創的なものを何も加えない。

²²⁸ In *Hague Recueil*, Vol. 44 (1933), p. 669.

要性に一致するために継続すると結論することが合理的である²²⁹。しかし、かれによれば、新たな法秩序に組み入れられるけれども、この関係が継続することを証明することは、承継国がそのようなものとしてその関係を維持することを義務づけられると証明することに役立たない。そのような義務は国際法にのみ由来しうる、また、先行国との関係で承継国の代位を伴わなければならない²³⁰。

ウディナは国際法がこの代位の意味での「承継」を命じうることを疑わない。かれの分析の重要性は、代位の問題に関する答えは国家理論、領域理論、法理論、国際法と国内法の関係理論の受諾と拒否にあるというかれの事実認識にある。二元論者として、かれは、国内法と国際法の明確な分離は代位を禁じるとは信じなかった。ただし、かれは意思理論が含意する国内法優位の理論は代位を禁じると認めた²³¹。反対に、かれは、領域が国家の構成要素の一つであるという理論のかれによる容認は主権の移転の概念を妨げるけれども、主権によりもたらされる関係における代位の概念を助長したと考えた²³²。かれは、ローマノに従い、国内関係が国際法によって直接に規律されるときには、国際法がそれらの履行方法を規定するという意味において国内的な関係に関してさえ「国際承継」(international succession)の概念が受け入れられうると主張した²³³。移転可能性は世襲的な権利および義務の全体が物質的なものまたは法的制度(法的実体 *entités juridiques*)に結合される(連結点を見出す *trouvent un point de rattachement*)という事実から生ずる²³⁴。そして、国際法の作用は、今度は、それを創造した当事国の意思に依存するであ

²²⁹ p. 693.

²³⁰ p. 694.

²³¹ p. 695.

²³² p. 680.

²³³ p. 674.

²³⁴ p. 690.

ろう関係の移転可能的または移転不可能的な性格を前提にすることになる²³⁵。もしこれらが義務づけることだけを意図したならば、そのとき移転可能性は排除される²³⁶。先行国と承継国が移転不可能な関係を移譲することに合意する場合でさえ、この移譲は他の当事国に影響を与えることができない²³⁷。この枠組み内でウディナは条約、契約および債務の運命を扱い始める。かれの論文に関して注目すべきことは20世紀のいかなる学者も擁護しようと考えなかった「承継」、つまり「移転」(transmission)の概念に復帰することである。しかし、反動的であるどころか、ウディナはこの点で非植民地化の現代で法的関係の譲渡が基礎づけられる法理学を予見していた。

グッゲンハイムは1925年のかれの書物²³⁸の最初の頁の予備的問題においてかれが自然法理論と同じく法命令理論にも組まないことを示唆した。かれによれば、かれが議論するよう提案した問題は、先行国の法秩序は承継国の意思にかかわりなくかつ国際法の上位の規範的役割によって主権の交替後も存続するかどうかであった。かれにとって国際法は主体たる国家の意思に上位する淵源に由来する。また、国際法は国際共同体に加わるあらゆる国に対して課されるのであるから、その承継規則はしたがって新国家または承継国の態度にかからせることができない²³⁹。かれはイエリネックの解決を創設的承認理論に由来し、かれ自身の宣言的理論と両立しないとして退ける²⁴⁰。かれは、真の問題は実定国際法が承継を達成するかどうかであると理解する。そこで、かれは、実定国際法は政府の違憲的な交替にもかかわらずまた領域の変更にもかかわらず国家の継続性に関する規則を確実に含み、しかも、これ

²³⁵ p. 697.

²³⁶ p. 691.

²³⁷ p. 698.

²³⁸ *Beiträge zur völkerrechtlichen Lehre vom Staatenwechsel* (Staatusukzession) (1925).

²³⁹ p. 11.

²⁴⁰ p. 13.

らの規則が諸国の慣行に基礎づけられていると指摘して、この問題にアプローチする²⁴¹。国家の継続性と非継続性との間の区別の基準を公式化する実定的慣行はなぜ非継続性が作り出す法的ギャップに架橋する規則を同様に公式化しないのであろうか²⁴²。そのような架橋は先行国と承継国の合意によってしばしば達成される²⁴³。また、普及する見解は、そのような移転は当事国の自由に行使される裁量に由来し²⁴⁴、衡平法上の権利の承認になるのがせいぜいであるというものであったけれども、グッゲンハイムの意見によれば、それは実定国際法の規則が基礎づけられるであろう慣行を表す。グッゲンハイムは私法の類推を拒否するけれども、かれは国際法における法的承継の概念にたじろがない。というのは、かれによれば、承継はきわめて普遍的な概念であるので、それは法の一般原則と見なされなければならないからである²⁴⁵。権利および義務がある国際法人から他の国際法人へと移転するときはいつでも、これは承継を構成する²⁴⁶。

グッゲンハイムが現実の慣行を検討しようとするときに、かれは、かれの関心を先行国の積極財産 (the *actif*) と消極財産 (the *passif*) の問題に限定し、国際的な権利および義務の問題をごく付随的にしか扱わない。この制限はその書物の重要性を限定し、かれの積極的承継理論を不鮮明にする。すべての側面に関するかれの理論を評価するためにはかれのその後の教科書²⁴⁷を参照しなければならない。国内法制度は承継国の意思によって有効であり続け²⁴⁸、条約の問題は条約境界移動の方式によって解決される²⁴⁹。他方、か

²⁴¹ pp. 17, 18.

²⁴² p. 26.

²⁴³ p. 28.

²⁴⁴ p. 42.

²⁴⁵ p. 43.

²⁴⁶ p. 44.

²⁴⁷ *Lehrbuch des Völkerrechts* (1947-51); *Traité de droit international public* (1953). 仏語版使用。

²⁴⁸ p. 569.

それは物的権利の継続性²⁵⁰と抵当付債務の継続性²⁵¹を説明するために承継の概念を用いる。

国家承継慣行に対する合衆国の重要な貢献を考慮すると、合衆国学者によるこの主題に関する徹底した調査がひじょうに遅れたのは意外である²⁵²。既得権の尊重に対するアメリカ人の態度に言及したのは、大陸とイギリスの学者、特にジデルとフィリモアーであった。しかし、ザイアー（Sayre）の論文²⁵³が1918年にこの主題を適切に扱ってはじめて、そしてハイド²⁵⁴によってようやく、それは学問的な重要性を帯びた²⁵⁵。1934年のウィルキンソンの著作²⁵⁶は国家承継に関する唯一の単独の書物にとどまる。しかし、同書は事実の徹底的な調査の典型であるけれども、理論へのその貢献は乏しい。ウィルキンソンは、アメリカの慣行はアメリカ的な社会哲学に深く根ざした二つの競合的な原則、つまり、不可分かつ無制限で最高の国家主権の原則と私権の自然的神聖性の原則の反映であると考えた。公的または政治的な利益と私的利益との間のこの二律背反によってある緊張が引き起こされる。すなわち、国家主権は保護されなければならないが、しかし、個人は侵害されてはなら

²⁴⁹ p. 464.

²⁵⁰ p. 465.

²⁵¹ p. 472.

²⁵² アメリカの学者は包括承継に向かう傾向がある。Walker, *A Manual of Public International Law* (1895), p. 32; Halleck, *Elements of International Law* (1866), (edn. of 1885 used); Field, *Outlines of an International Code* (1872); Tayler, *A Treatise on International Public Law* (1901), p. 201; Maxy, *International Law* (1906), p. 145; Hershey in *American Journal of International Law*, Vol. 5 (1911), p. 285.

²⁵³ In *American Journal of international Law*, Vol. 12 (1918), pp. 475, 705. かれは不当利得を負担と利益の方式の基準として主張した。

²⁵⁴ *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States* (1922), (2nd ed., 1945 used), pp. 394-437.

²⁵⁵ ボーチャードは否定的な見解を採用した。 *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1918), p. 202.

²⁵⁶ *The American Doctrine of State Succession* (1934).

ない。こうして、取得国に対するいかなる法的制限も存在しないであろうが、しかし、取得国は衡平な義務に服するであろう²⁵⁷。負担は利益を伴って移転するという奇妙なアメリカ理論はなぜ義務は承継国に移転するのかを説明するあらゆる企てのうちでもっとも洗練されていないものであるが、ウィルキンソンはこの理論をこの命題の要約と見なす。モスラー（Mosler）がかれの批判において指摘するように、それは、国家がすべてを考慮して利得する何かを持つときにのみ当該国家に責任を課するという理論である。ウィルキンソンは、かれがそれは承継国の責任の範囲を測るための方策であると述べるときに、これを率直に認めている。この責任は義務が地方的に結合されるならばいっそう大きいであろう。それは、当該義務が有する何らかの法的性格のためではなくて、地方的義務の危険は国家に対して一般に与えられる借款に付着する危険ほど債権者によってあらかじめ割り引いて考えられていないと思われるためである。この命題がいかなる政治的長所を持つとも、それは法的重要性をほとんど完全に欠いている。大多数のアメリカの学者のうちでハイド²⁵⁸だけは次のように述べる用意がある。すなわち、「いずれかの他の国家に関して特別な負担を受け入れる道徳的義務がある国家に課されると認識されるときに、慣行が状況に応じて形作られ、回避に違法な性質を刻印する法規則を発展させるという主張を支持する確固たる理由が直ちに明白になる²⁵⁹」。かれにとって承継問題の解決は、結局、承継国の「良心²⁶⁰」に依存する。

オーストリア・ハンガリー帝国の解体に続く財政的な調整とそれが1920年代に引き起こした継続する財政危機は国家承継の国家債務に対する効果に関

²⁵⁷ p. 123.

²⁵⁸ *Op. cit.*

²⁵⁹ p. 401.

²⁶⁰ p. 413.

する一連の研究を促進した²⁶¹。それらの研究のうちで三つの研究は基本的重要性を有する。この主題に関する諸学者間での見解のほとんど完全な不一致と増大する理論的混乱によって懐疑主義に陥ったジェズ²⁶² (Jèze) は国際法は不明確であるという結論に達した。しかし、かれの合理主義的な背景はかれが厳格に否定的な立場をとることを禁じた。スロスとジデルに従って、かれは、衡平な考慮が具体的問題の解決を規律すべきであると確信した。そして、かれは、ドイツの諸学者がこれらを法的に規範的であると見なした際に発見したと同じ困難性を発見しなかった。主権的絶対主義の時代は人民のための政府の概念に屈するというかれの確信は19世紀半ばの諸学者が非常に重要であると考えた、そして意思理論の支持者達が放棄した、社会的要素をかれに強調させた。サックのきわめて独創的な著作²⁶³は、国際的な財政取引を国際公法と国際私法の間を仲介する法の一般原則の支配に従わせる現代国際法学派の創造的な先駆者と見なされるであろう。この試みは法理学の歴史において偉大な知的闘争の一つを表す。そして、サックも、また、かれの師のアップルトンも、この問題を満足のいくように公式化することにまたは共感を呼ぶことに成功しなかったことは驚くに当たらない。しかし、両者は、それによって正当化されるけれども、正式な国際法でもなければ、もっぱら国内法でもない国際財政法を主張することにおいて正しい方向にあったことは

²⁶¹ これらはこの文脈では詳細に検討されない。Watrin, *Essai de construction d'un contentieux international des dettes publiques* (1929), esp. pp. 163 et seq.; Decoudu, *Le partage des dettes publiques autrichiennes et hongroises, 1918-1926* (1926); Burchard, *Der Wert der Schutzgebiet-sanleihe* (1925) (dealing with the German colonial debts); Penesco, *Les clauses financières du Traité de Saint-Germain-en-Laye* (1921).

²⁶² In *Revue de science et de législation financières*, Vol. 19 (1921), p. 59; Vol. 21 (1923), p. 81.

²⁶³ *Les effets des transformations des États sur leur dettes publiques* (1927); *La succession aux dettes publiques d'État* (1929). 同じく, in *Hague Recueil*, Vol. 23 (1928). 同じく、オーストリア・ハンガリーの債務に関して, in *Revue d'économie politique*, Jan. 1927; *Finanz-archiv*, 1927, p. 469.

明らかである。サックの不都合な点はかれが債務履行の問題をフランス行政法の専門事項から解放することに失敗したことにある。これは、それがアプルトンを導いたと同じように、サックをして公的債務への拠出を伴う行政区域の恒久的な負担に解決を見出させた。言い換えると、財政契約を法の一般原則に従わせることによりそうした契約の国際化を主張する代わりに、サックは、領域と債権者との間の財産的な関係にかれの国際財政法の基準をおこうとした。この企ては失敗を運命づけられた。なぜなら、それは国際法が私法制度により規律される契約を保護するに当って果たしうる役割の基本的な誤解を含むからである。私法制度は国家資産の担保に関するあらゆる観念を完全に欠くであろう。しかしながら、人は、「サックの著作はその主題に関して書かれたおそらく最も深い書物であり、この問題の詳細な注意深い分析で匹敵するものがない」とする—その著作が細心の、そして網羅的な学識の記念碑的な事例で依然としてある—フェイルシェンフェルト²⁶⁴に同意しなければならない。

フェイルシェンフェルト²⁶⁵は、すべてのかれの同時代人と同じように、国家承継は債権者の究極的な利益にめったに干渉しないという明白な事実を法的方法で公式化する必要性を感じた。しかし、かれの理論的な公式化は、かれが国家承継は権限に関する代位にすぎないという見解から逸脱することを禁じた²⁶⁶。それゆえ、かれは、その議論を何らかの特定の国家理論から解放しよう試みる²⁶⁷一方で、意思理論を、つまり、主権の交替により法秩序は承継国の意思の表明としてのみ存続するというその論理必然的な結果を支持する²⁶⁸。同じ哲学は、かれに何が正当または衡平であるかに関する命題の法

²⁶⁴ *Public Debts and State Succession* (1931), p. 575.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ p. 611.

²⁶⁷ p. 600.

²⁶⁸ p. 617.

的性格を拒絶することを強いる²⁶⁹。もし債務が承継国を拘束すべきであるならば、これは、法的関係の移転ではなくて、交替の結果としてのみ起こりうる²⁷⁰。また、この交替は国家慣行を表す実定国際法によってのみ規定される。この結論は、「権利の承継、同一性または消滅の法的結果がこれらの交替に付随するかどうかの問題は完全に実定法の問題である」、また、いかなる一般理論も不可能なのであるから、承継の、したがって、その下で発生する法的関係の各事例が検討されなければならないということである²⁷¹。これはフェイルシェンフェルトをキースがそうであったほど完全な実定法主義者にしない。なぜなら、フェイルシェンフェルトは経験的なプロセスの相対的な価値をはっきりと認め、この主題に関する新たな学徒は他の者の分析的技術にめったに依拠しえないと主張したからである²⁷²。

フェイルシェンフェルトがこの主題に関する他の学者にまさり享受した主たる長所はかれが経済学者の訓練を受け、また、実際に債権保持法の先駆者であったということである。それゆえ、かれは、国家承継が提起する財政問題の複雑性に関していかなる他の学者も持たない洞察力を持ち、具体的な問題の解決に影響を与えるであろう法的、経済的および政治的なすべての諸要素を大局的に捉えることができた。投資の危険性、そして投資が行われる諸形式の分析から、かれは金銭債務は財産それ自体ではなくて、財産に対する請求権である結論した²⁷³。債権と物権との間のこの区別は多くの解説者によって共有される区別ではないが、しかし、いずれにせよ、フェイルシェンフェルトが実定国際法は以下の三つの基本的な理由のために有体財産と同じく債務の「維持」(maintenance)を規定したと主張するときその関連性

²⁶⁹ p. 8.

²⁷⁰ p. 611.

²⁷¹ p. 621.

²⁷² p. 10.

²⁷³ p. 625.

を失う。すなわち、第一に、見解は依然として外国人の私的利益の保護を支持するためであり、第二に、国際通商はもっぱら法的確実性の要素に基礎づけられうるためであり、第三に、そして最も重要なことに、維持の規則は諸国間での富の相対的な配分、そしてそれにより国際的なバランスシートを保護する。国民の財産はその国内制度に属するけれども、外国人財産は利益が送り返されるその所有者の本国の国内経済制度に部分的に属する。外国人財産の没収は国際経済利益の均衡を覆す。また、この考慮は債務の取消しにも等しく当てはまる²⁷⁴。債務の維持はひたすら償還し続ける承継国によって事実的レベルで生ずるであろう。そして、これは債権者と債務者の法的関係を明らかに更改によって維持する²⁷⁵。維持しないことまたは事後の取消しはこの関係を終了させる。しかし、「国際慣習は、承継国は併合された国家または地域の債務を破壊してはならないという規則を発達させた²⁷⁶」のであるから、そのような行為は承継国に通常の国家責任を負わせる。フェイルシェンフェルトの主張は疑いなく素晴らしいけれども、その経済的な基礎はその主張を法的に飽き足らないものにする。法学は「維持」に関するいかなる概念も持たない。それゆえ、それは、たとえ債権者と債務者の間の法的関係がもはや存在しないとしても、債務は支払われなければならないという命題の簡潔な言い方にすぎない。正義と衡平により加えられる圧力なしに、経済的な考慮は承継国に債権者の有利にその意思を働かせることを要求するという実定規則を裏付けることができない。フェイルシェンフェルトはこの圧力の有効性を認めないのであるから、かれの維持概念はかれの構想のジレンマを不可思議に解決する機械仕掛けの神 (*deus ex machina*) にすぎない。

²⁷⁴ p. 635.

²⁷⁵ p. 670.

²⁷⁶ p. 671.

七 現代の文献

第二次成果大戦の終結によって、国家承継の新段階、すなわち非植民地化の段階が開始した。最初、イタリア講和条約において、それは領域の一部の割譲に同化された。しかし、独立は領域移転の他の形式と政治的および社会学的な結びつきをほとんど持たないカテゴリーの出来事であることは今や明白である。著者達がどの程度厳格な態度にコミットしているか、あるいは提起される問題の正確な評価を要求しうることを認める用意がどの程度あるのかを確認することは重要である。国際法に関する多くの一般的な教科書は条約の消滅、物的義務の基準のとしての地役の無効、地方的債務以外の他の債務の引継ぎを尊重する規則の欠如について賛成意見を述べ続ける²⁷⁷。その否定的な立場において最も極端なのはイタリアの学者である。かれらの多くはカバリエリにより影響されてきた。セレニ (Sereni)²⁷⁸は、かれが「処分」条約と述べることに同意する者を除き法的継続性のあらゆる根拠を否定する。処分条約の場合、そのテストは先行国が自国のためばかりでなく承継国のた

²⁷⁷ Ross, *A Textbook of International Law* (1947), pp. 127-131; Delbez, *Manual de droit international public* (1951), pp. 179-182; Guggenheim, *Traité de droit international public* (1953), pp. 98, 117-118, 459-477; Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts* (1962), Vol. II, 249-261; Verdross-Zemanek, *Völkerrecht* (1959), pp. 190-199; de Visscher, *Theory and Reality in International Law* (1953), pp. 170-171, 191; Svarlien, *An Introduction to the Law of Nations* (1955), pp. 112-119; Cavaré, *Le droit international public positif* (2nd ed., 1961), pp. 373-379 (かれは衡平な解決を主張する) ; Schwarzenberger, *Manual of International Law* (4th ed. 1960), pp. 81-82; Sibert, *Traité de droit international public* (1951), Vol. I, pp. 208-216; L'Huillier, *Éléments de droit international public* (1950), p. 201; Meyer-Linderberg, *Völkerrecht* (1950), pp. 84-86; Briery, *The law of Nations* (6th ed. by Waldock, 1963 used), pp. 151-161; Menzel in Strupp-Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts* (1962), pp. 306-312; von der Heydte, *Völkerrecht* (1958), Vol. I, p. 309.

²⁷⁸ *Diritto internazionale* (1958), Vol. II. 同じく、Balladore-Pallieri, *Diritto internazionale pubblico* (6th ed., 1952 used), pp. 180-184. しかしながら、クウアドリ (Quadri) は限定的な承継を受け入れる。 *Diritto internazionale pubblico* (1950), pp. 436-439

めに義務を引き受けたかどうかである²⁷⁹。キースと共に、セレニは、公的財産が移転によってではなく、無主物 (*bona vacantia*) の併合によって承継国に属するという理論が承継国は他国に所在する資産を主張することができないという含意を生むことを是認しさえする用意がある²⁸⁰。かれは、また、地方的債務に関してさえそのいずれかの部分の引き受けに関して任意的以外のいかなる根拠も与えないように思われる。というのは、かれは担保の全概念を否定するからである²⁸¹。

しかしながら、いっそう柔軟な態度がますます明らかになっている。おそらく、その原因は今世紀初期のフランスの新自然法学者、とりわけル・フルの著作にある²⁸²。しかし、それはドゥ・ラ・プラデル (De la Pradelle) による二つの論文において明確な方法で現れる。一つは1924年にかれがメカニック号事件に関して書いたコメントであった²⁸³。そこで、かれは、具体的な状況は評価されるべきであり、解決は複雑な事実状況への正義の概念の適用であるべきであると主張した。もう一つは法秩序に対する承継の効果に関するかれの研究であった²⁸⁴。ルソー (Rousseau) はこの立場を採用して、実定的または経験的なアプローチは「確実な解決ではなくて、傾向、そして方向を引き出すことを許すにすぎない²⁸⁵」と述べた。かれは、立法条約は移転可能な条約のカテゴリーに入ると信じる。もう一方で、かれは、かれが支持しない法命令理論からの発露としての公債に対する否定的な態度に反対する²⁸⁶。ルテール (Reuter) はこの意見を支持するが、しかし、加えて不当利

²⁷⁹ p. 395.

²⁸⁰ p. 397-400.

²⁸¹ p. 408.

²⁸² *Loc. cit.*

²⁸³ Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Vol. II, pp. 422-440.

²⁸⁴ In *Révue générale de droit international public*, Vol. 32 (1925).

²⁸⁵ *Droit international public* (1953), p. 283 ; 同じく、in *Annales de droit et de sciences politiques*, Vol. 12 (1962), p. 3.

得の解決を是認する。不当利得は究極的には自然法哲学に依存する²⁸⁷。柔軟なアプローチはまたドイツの法理論をその命令的な枠組みから解放する過程にあるドイツの学者においても明白になりつつある²⁸⁸。ザウアー（Sauer）²⁸⁹はもしある領域の人民と文化が主権の交替の後にその同一性を保持するならば、条約の継続性を維持することはそれらがこの同一性を失う場合よりもいっそう容易である。主権の交替が憲法的発展のプロセスより生ずるときには国家承継と政府承継の厳密な区別はその明確さを失い、そして真の法的承継²⁹⁰が生ずる²⁹¹。ダーム（Dahm）²⁹²はガッパの見解を想起させる立場に復帰する。かれにとって国家承継の否定理論は人民が権利および義務の所有者であり、そしてこれらの権利および義務に依存する国際関係は抽象的な主権者間の関係というよりも人民間の関係であるという民主的見解に対して侮辱的である。現代国家は経済的および社会的な生活に浸透し、統合された生活の基礎は主権の交替が混乱させることを許されるべきではない条約、債務および他の約束からなる。それゆえ、ダームの著作では継続性が決定的に強調さ

²⁸⁶ p. 275.

²⁸⁷ *Droit International Public* (1958), pp. 120-131. スペイン学者は承継に向かう傾向がある。Bello, *Principios de Derecho internacional* (1946), p. 149; Bustamante y Sirven, *Derecho internacional público* (1936), Vol. 3, p. 321.

²⁸⁸ 命令的な体系は戦争前にドイツの文献を支配した。Waldkirch, *Das Völkerrecht* (1926), pp. 116-120; Vanselow, *Völkerrecht* (1931), p. 142（もともと、かれは義務は資産に付着し続けることを認めた）；Wolgast, *Völkerrecht* (1934), p. 827; von Rauchhaupt, *Völkerrecht* (1936), p. 63; Schwartz in *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht*, Vol. 48 (1934), p. 166；私はヘッカーの博士論文を利用することができなかった。Hecker, *Staatusukzession und Unge-meindung* (1932). 地域化された条約の特別問題に関する貢献はフォン・モースによって行われた。von Moos, *Zur Lehre von der Staatsservituten* (1933), pp. 83-86; Münch, *Ist an dem Begriff der völkerrechtlichen Servitut festzuhalten* (1931), pp. 39, 56-59, 75-81.

²⁸⁹ *System des Völkerrechts* (1952).

²⁹⁰ 「法的承継」(*Rechtsnachfolge*)

²⁹¹ p. 149.

²⁹² *International Law*, (1959), p. 157. *Völkerrecht* (1958), Vol. I. 同じく、マカロフの私的財産の取扱いを同じく見よ。in *Annuaire de l'Institut de droit international* (1950), p. 208.

れる²⁹³。かれの一般的な展望に一致して、かれはこの継続性の法的基礎として不当利得の理論を採用する²⁹⁴。

1949年に現れたモスラーの重要な専門書²⁹⁵は意思理論とこれと結合される理論的複雑性からのその完全な離脱のために注目に値する。同書は、ジデルの法学の含意の受け入れについて躊躇するけれども、ジデルからのインスピレーションにかなり期待する。モスラーは主権の交替の結果として生ずるコンセッションの運命に関する規則を既得権の理論に基礎づけた。かれによれば、既得権の理論は、この権利に特別な内容を与えるのは国内法であるけれども²⁹⁶、国内法の理論ではなくて国際法の理論である²⁹⁷。コンセッションは通常は公法と私法が混合した関係である。そして承継国に義務を課すのもっぱら私的要素である²⁹⁸。しかし、承継国の法はその関係を生み出した法により排他的に決定されえない私的要素を評価する際に考慮されなければならない²⁹⁹。たとえば、承継国の法はコンセッションを与えられた企業に関して国家に独占権を付与するかもしれない。それゆえ、コンセッションは、常に補償の支払いに服することを条件として³⁰⁰、承継国の公法に一致しないと取り消され、または必要として修正されるかもしれない³⁰¹。もし承継国の公法と一致し、かつ、適切に取得されるならば³⁰²、コンセッションは承継国により尊重されなければならない。

²⁹³ pp. 102-106.

²⁹⁴ p. 117.

²⁹⁵ *Wirtschaftskonzessionen bei Änderung der Staatshoheit* (1949).

²⁹⁶ pp. 127-132.

²⁹⁷ p. 33.

²⁹⁸ pp. 14, 71.

²⁹⁹ p. 86.

³⁰⁰ p. 165.

³⁰¹ pp. 163-166.

³⁰² pp. 127-132.

この解釈は既得権の保護に関する国際法規則に基礎づけられる³⁰³。モスラーは領域の移転を主権に関する代位と見なすのであるから、かれは法的関係におけるあらゆる承継の可能性を否定し³⁰⁴、権利がその下で創造される法制度は理論上その根拠を失うと認めさえする³⁰⁵。しかしながら、現代社会は法秩序の崩壊が企図されるにはあまりにも複雑なのであるから、かれによれば、国家慣行はこの結論を回避してきた。そこで、たとえ法的ではないとしても現実的継続性を確保するために国際法規則が発達してきた。それらの衝動は「衡平³⁰⁶」であり、社会学の圧力である³⁰⁷。その結果は、承継国は獲得した領域に対する主権行使によりコンセッション保有外国人の本国に対してその者の既得権を尊重する義務を負うということである³⁰⁸。それゆえ、個人との契約関係においていかなる継続性も存在しない³⁰⁹。また、厳密に言えば契約の更改さえ存在しない³¹⁰。なぜなら、国際法は個人に対して権利も義務も付与することができないからである³¹¹。承継の全問題はこうして国家責任の制度に吸収される。同様に、コンセッション保有外国人のみが（主権）交替後のコンセッションから利益を得ることができることになる。というのは、国家は自国民に関していかなる国家責任も負わないからである³¹²。しかしながら、正義は自国民が外国人と等しく扱われることを要求するのであるから、外国人の場合に国際責任を実施する国内法規則は自国民にも拡大される。自

³⁰³ p. 13.

³⁰⁴ pp. 16, 22, 93, 160.

³⁰⁵ p. 23.

³⁰⁶ 「衡平」 (*Billigkeit*), p. 37.

³⁰⁷ p. 122-124.

³⁰⁸ p. 16.

³⁰⁹ p. 92.

³¹⁰ p. 16.

³¹¹ p. 41.

³¹² p. 13, 40.

国民はこうして国際基準から間接的に利益を得る³¹³。

直ちに発生する問題は、仮説上、承継国はその主権行使の開始時にもはや存在しない権利および義務に関しにかんして責任を負うか、である。モスラーの回答は不確定である。ある点で、かれは、国家承継は政治的出来事であり、私的利益に影響を与えることはできないと述べる³¹⁴。別の点で、かれは、権利は国際法によってそれらに認められた性格のために取得されるのであり、したがって、それを創造した国内法と共に消滅しえないと述べる³¹⁵。しかし、かれは、国々がかれの先行国のコンセッションに関してかれらの責任を規則的に認めてきたことを証明する実用主義的なアプローチに主として依拠すると思われる。こうして、その作業は性格上経験的である。不思議なことに、それはキースの経験主義の正反対の結論に到達する。おそらくそれは、モスラーが具体的な問題に対する裁判所の法的アプローチに上位の価値を認め、これにより外交慣行を最小限にする傾向があるという事実に起因する。こうして、その主張はキースの主張をこえる一貫性を達成するが、しかし、それは、承継国には一方的な義務を課すけれども、理論上、同国に対する義務が終了する私的契約者にはいかなる義務も課さないという根本的な反論にさらされる。私的契約者は、かれが当該関係を継続しようと欲する場合にのみ、履行により承継国に課される国際基準の利益を黙示的に受け入れるであろう。

結 論

現代の国際法教科書は、国際法は条約やその他の権利および義務の承継を

³¹³ p. 41.

³¹⁴ p. 34.

³¹⁵ p. 33.

規定したりしなかったりとするというように、国家承継問題に関して一般化する傾向がある。事件の複雑性と多様な具体的状況を考慮すると、教科書から引き出されるこの種の包括的な公式は道徳的および社会的に満足のいく分析を妨げる。その危険はこれらの包括的な公式が深い哲学的な根底を持つ複雑な理論の表面的な要約にすぎないと認められるときに更にいっそう明白である。国家承継に関する多くの学者はかれらの結果を「国家慣行」に基礎づけようとしたとされるけれども、かれらが検討した慣行は不完全でしばしば不正確に記述され、そしてしばしば不完全に分析されたことは明らかである。より深い調査は経験的な方法が想像されているほど有用であるかを疑わしくする非一貫性を暴露する。事実、それを利用しようとするいかなる学者も実際にはそうしていない。すべてがアプリアリナ前提から出発し、かれらの先入的な確信の観点から慣行を評価してきた。百年もの間、国家承継理論はヘーゲル的な用語での究極的な自由意思実体としての国家概念によって、そして、主権的意思の表現としての法概念によって支配されてきた。こうして主権の交替は国家理論によって概念的に吸収されてきた。

19世紀の国家理論を考慮しない法命令理論は、今日、国際秩序の民主主義的な見解によって生み出された社会的および道徳的な安定性の諸要求に譲歩するプロセスにある。国家承継理論はもしそれが現代的な願望と調和すべきであるとするならば、19世紀的な傾倒から解放されなければならない。明らかに行われるべき第一歩はこれらの傾倒がいかに出現したか、そしてそれが実定法にいかに深く影響を与えたかを検討することである。この目的のために過去の著作を調査することはもし意見よりも学識がこの調査の分野で普及しなければならないとすれば不可欠である。