

《研究ノート》

先占法理と「実効性」原則

牧田 幸人

- 一 はじめに
- 二 先占法理の生成過程と背景
- 三 「実効性」原則の概念と内実
- 四 「実効性」原則の現実適用
- 五 結びにかえて

一 はじめに

古来より、洋の東西を問わず、国家の領域権（領域主権）は、国家にとって、その存亡にもかかわる最も枢要かつ根源的な権利であると観念され、対外的にも、実際にその安定的で実効的な保持が表明され主張されてきた。このような意味からも、領域権は国際法における最も基本的なテーマであった。したがって、国際法の歴史的な発展過程をかえりみても、領域権をめぐる問題状況とそれにかかわるさまざまな論議のありようは、国際法そのものの歴史と発達過程を具体的なかたちで表示し、それを浮き彫りにするものでさえあった。それほど、領域権をめぐる問題は、

それが陸にかかわるものであっても、あるいは海や空にかかわるものであっても、国際法における重要なテーマであったし、また、安定的で平和的な国際秩序や国際関係を樹立するうえでも、常にそのための重要な要素であり、不断にとりくむべき課題とされてきた。

ところで、領域権の本質は、どのような要素から成り、どのように捉えることができるか。領域権をめぐっては、学説上、いくつかの説によって説明されてきたが、その本質的な要素は二つの概念、すなわち、*imperium*と*dominium*によって構成される。これに関連して、例えば、田畑茂二郎（京都大学教授）は、著名な国際法テキストブック（一九九〇年）のなかで、次のように説明する。領域は「領域そのものとして、直接国家の支配の客体となり、私所有権の対象に類する一面がある・」しかし、「領域をもつて、国家の支配が直接行なわれる客体であるとのみみることは適当でない。領域においては、国家は原則として排他的に自由な統治を行なうことを認められており、また、領域が国家法秩序の妥当する限界を示す場所的範囲としての性質をもっていることは否定されえないからである。国家の統治（*imperium*）ないし法の妥当という観念は、人に対する関係においてのみ認められるものであって、物に対する観念ではない。物は所有（*dominium*）の対象と考えることはできるが、統治の対象となることはできない。法は、物に関連して人に対し規範の遵守を要求することはできるが、物そのものに対し直接規範の遵守を要求することはできない」。かくして、「領域は、フェアドロスのいうように、両者のいずれをも含んだ、一種の混合概念（*Mischbegriff*）だといえることができるであろう。つまり、領有は、一面において、国家の領有の客体として、その使用・処分の対象たる性質を有するとともに、他面においては、国家が原則として排他的に自由な統治を行なう場所的範囲（空間）たる性質をおびているのであって、その意味において、領域権は *dominium* と *imperium* をともにその内容とする包括的な権能であるということができるのである」と説明する¹⁾。

このような意味において国家の領域権の本質を捉え理解するとき、領域権をめぐる問題の重要性はますます増大する、といえよう。それは、国際法がその妥当基盤とする国際社会の基本構造が国家を基本単位として構成され、とりわけその分権的性格や多元的権力構造を特質とする社会構造のもとで、そこにおける国際法規範の存在と作用は、領域権の現実的な変動や得喪、それにかかわる国家間の利害対立・抗争なども関連して、きわめて重大な意味をともなうであらわれ、それらによって影響を受けることが多々あるからである。また、そうした影響は、単に関係国の間だけでなく、国際社会全体の一般的な利益や秩序、あるいは国際法の妥当性ないし規範性や実効性に対してさえ大きく作用することもありうるからである。そうした領域権の本質と現実の変動にかかわる問題状況について、また、それにとりもなう多様な影響力や作用について、それらを国際秩序や国際関係の現実の展開場裡において仔細に観察し、それらのことがらの特性を、国際法の歴史的な発展過程、とりわけ近代国際法から現代国際法への史的展開の文脈において、どのように理論的・実的に捉え理解することができるか。そのためには、どのような視点から、どのようにアプローチすることができるか、あるいはどのようにアプローチすべきか。これらのことがらに留意することが、まず肝要であるといえよう。

ところで、領域権をめぐる問題、とくに国際関係における現実の領域変動にかかわる理論的かつ実際上の問題として注目すべきは、領域の得喪ないし取得についてである。これまで、国際法上、国家による領域取得の権原として多様な方式が認められてきた。それらは、大別して、国家の一定行為に領域取得の効果を認める場合と、単なる自然現象に領域取得の効果を認める場合とに区別される。そして、前者の場合には、さらに、国家の双方行為によるもの（割譲、併合）と、国家の一方行為によるもの（征服、先占）とに分けられる²⁾。これらのうち、国家の一方行為による領域取得方式たる征服（国家が一方的に実力をもって他の国家の領域を取得すること）は、現代国際法のもとでは、合

法な領域取得方式としては認められない。他方、先占については、近代国際法の時代以来、国家の一方行為による領域取得方式として認められてきた。今日では、無主地先占にもとづくこの方式は、現実の活用という観点からは、かつてのような実効的意義を失いつつあるといえよう。しかし、この方式に関連しては、これまで国際法の史的展開過程において、「先占の法理」として提示され、理論的にも確定され、実際に適用されてきたことを想起すれば、今日においても、この方式とその法理の国際法上の意義について再吟味することの価値は少なくない、といえよう。^③

本稿では、領域取得方式としての先占をとりあげ、その法理の特性と意義について検討してみたい。とくに、先占の法理に関連して、その内在的な基本要素のひとつをなす「実効性」原則 (principle of effectiveness)^④ あるいは実効的占有 (effective possession) ないし実効的支配といった概念に焦点をあてて、考察を加えてみたい。そのための作業にあたっては、これまで公表されてきた幾人かの先達 (研究者) の研究成果や国際判例 (とくに近年の若干の ICJ 判例) などにも注目し、それらを素材にして、検討作業を進めたいと考える。

(1) 田畑茂二郎『国際法新講上』(東信堂、一九九〇年)、一五三―一五四頁。この点に関連して、例えば、山本草二(東北大学教授) は、一九八五(昭和六〇)年のテキストブックのなかで、学説としての「客体説」と「空間・権能説」とに言及したあと、このような田畑教授の捉え方を肯定して、「今日では、領域権は、少なくともこれら両説の各側面を複合した特質をもつものとして、一般に解されている」と説明する。なお、山本教授は、「領域主権の法的性質」について、とくに領域紛争との関連においても、次のような注目すべき論を提示しており、それをここに紹介しておきたい。すなわち、「国家領域は、国家がその任務を達成するため、国際法上有効かつ実効的にしかも排他的な権原をもって権力を行使でき、また国際法上の義務の実現をはかる場である。国家領域は、国家が国際法上の管轄権を行使する物理的な基盤であり、その意味で国家権力の存立と安定性を確保する要因にほかならない。」・・・「国家領域の帰属・侵犯

または境界画定など、領域に関する紛争は、領土団体としての国家の権利義務の実現をめぐって生ずるものであり、今日でもなお国際紛争の主要な部分をなしている。領域紛争は国家の威信と存立をかけた権力闘争のようにとらえられがちであるが、その本質は、係争地域に対してそれぞれの紛争当事国が実定国際法上のどの範囲まで権能を保障されまたは義務を課せられているか、領域主権の性質と機能をめぐる解釈・適用を争点にするものである。現実が発生した領域紛争の請求原因を確定するためにも、領域主権の法的性質を国家領域とどのように関係づけて構成するかが、重要な課題となる」と論じる。山本草二『国際法』(有斐閣、一九八五年)、二二九―二三一頁。

(2) 田畑、前掲書、一八七―一九二頁。このほか、領域取得方式については、「国家が領域を取得するためには、割譲、併合、先占、時効、添付の五種類の権原のいずれかによる必要がある」と述べ、さらに、領域紛争の処理に関連して、そうした紛争は常にこれらの権原を基礎にして解決できるとはいえず、条約や国際判決による場合のほかは、多くの場合、係争地に対する「実効的支配」の有無が決め手になることが多く、最近では、「衡平の原則」も重視されるようになってきている、という指摘に注目しておきたい。太寿堂鼎「領域」国際法学会編『国際関係法辞典』(三省堂、一九九五年)、七八六頁。なお、「領域取得」(acquisition of territory) の概念や方式については、次のような説明に留意することも有益である。まず、領域取得方式つまり「領域主権に対する権原の取得方式」(modes of acquiring title to territorial sovereignty) には、主に五種類の方式(先占、添付、征服、割譲、時効)があり、このほか、裁判 (adjudication) すなわち判決による権原の取得も付け加えられることがある。征服は、今日では、適法な取得方式としては認められない、と説明する。また、「国家の領域」は主に「領域主権」の物理的(自然的)基礎であり、「領域主権の取得」という表現は、より適切には、「領域主権に対する権原の取得」というべきである。各種の取得方式の理論上の分類は、領域主権に対する権原の取得方式の決定的な表示としてみるべきでなく、それらは相互に関連して、変容し連動するものである、と説明する。Encyclopedia of Public International Law, Vol.10, 1987, PP.496-498。ちなみに、領域取得方式についてのわが国における戦前の国際法テキストにおいては、例えば、次のような分類がみられる。ひとつは、「領土取得の原因」として、割譲、任意的併合、強制的併合、先占、添付等を挙げ、このほか時効を挙げるものもある、と説明して、割譲と任意的併合を伝來的取得原因、強制的併合、先占、添付等、および時効を原始的取得として分類する。立作太郎『平時国際法論』(日本評論社、一九三五(昭和一〇)年)、三三五頁。このほか、領土取得の権原を、1. 国家の承認に随

伴する領土権の承認、2. 国家の行為に国際法が効果を付与するもの、(1) 先占(及征服)、(2) 譲渡(明示及黙示)、3. 自然現象に国際法が効果を付与するもの、即添付、と分類するものもある。田岡良一『国際法学大綱上』(巖松堂書店、一九三七(昭和一二)年)、一八七―一八八頁。

(3) これらの点に関連しては、太寿堂鼎「国際法上の先占について―その歴史的研究―」法学論叢六一卷二号、三九―四〇頁参照。なお、これに関連して、わが国においても、つとに戦前の時期に、「今日に於て無主の土地は殆ど存せざるに至れるを以て、先占の法理を適用すべき場合は多からずと雖も、国家の領土に関する現在の種々の紛争につき、過去の先占の有効又は無効が問題となることがあるのである」と指摘されていた。立、前掲書、三四六―三四七頁。このほか、「先占による権原取得のための無主地という前提条件については、それが過去に有していたような重要性はすでに失われた。・・・しかし、先占は権原の維持あるいは喪失に関連してなおその重要性を保持している」と説明される。*Encyclopedia of Public International Law*, op.cit., p.501. また、領土(領有権)紛争の処理に関連して、「実効的占有は、今日でも、領土紛争の解決に重要な役割を果たしている。」あるいは、「実効的占有などの国家活動は、領土紛争解決の法的基準として、重要な意味をもっている」と指摘される。安藤仁介「国家領域の得喪―とくに「権原」と領土紛争について―」寺沢一・内田久司編『国際法の基本問題』(別冊法学教室、一九八八年、一三一、一三三頁)。

(4) この点については、本稿の主要な検討事項としてとりあげて後ほど詳しく吟味検討するが、皆川洸(神戸外国語大学教授)は、東部グリーンランド事件(一九三三年PCIJ判決)において、アンチロッチ裁判官が「当該紛争地域に対する歴史的主張は重要性を失うにいたり、国際法において、つねに主権の存在をその行使の実効性 effective と緊密に結びつけ、国は、そのような行使をとまなぬいつさいの主張を争って、功を奏しうようになった」と述べたことを、紛争解決規程として適用されるべき国際法の発展に関連して、紹介している。皆川洸「竹島紛争と国際判例」前原光雄教授還暦記念『国際法学の諸問題』(慶応通信、一九六三年、三五五頁。なお、このような「実効性」(effectivities)については、最近のICJ判例においても言及されている。Case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment of 17 December 2002, paras.32―33, ICJ Press Release 2002/39 bis. また、領域紛争の処理における国際裁判の局面において、これまでも、多くの裁判官たちによって「実効性原則」は言及されてきたのである。*Encyclopedia of Public International Law*, op.cit., pp.498―499.

二 先占法理の生成過程と背景

先占(occupation)とは何か。この概念については、歴史的な観点から、とくに法概念形成史の観点から、所与の時期におけるその生成発展過程や背景などに留意してアプローチし、また国際法史における位置づけや評価などを含めて、総括的に捉え理解することを要する。¹⁾ だが、一般的な概念説明としては、例えば、田畑教授の次のような説明に耳を傾けることで十分であろう。すなわち、この概念については、大要、次のように説明される。「先占とは、無主の土地を、他の国家に先立ち、実効的に支配することによって成立する領域取得の方式である」。さらに、先占の対象となる無主の土地とは、いずれの国家にも属していない土地のことであって、「先占が有効になされるためには、(i) まず、先占を行なう国家が、その土地を自己の領有とする意思のあることを、なんらかのかたちで表示することが必要である。(ii) 次に、国家がその土地を実効的に占有することが必要である。・・・以上の二つの行為が、他の国家に先んじて行なわれる場合には、先占が成立し、その地域は当該国家の領有となる」と。²⁾ つまり、無主地先占についてここで強調されている要件は、国家による領有意思と実効的占有である。このほか、先占の法理に関する権威ある研究者として著名な太寿堂鼎(京都大学教授)は、国際関係法辞典(一九九五年)のなかで、次のように説明する。先占は「国際法上認められた領域取得の権原の一つで、どの国の領有にも属していない地域がある国が領有の意思をもって実効的に占有することにより、これを自国の領域とすることである」。そして、歴史的な経緯と背景について、「この先占の法規は、ローマ法上の無主物先占の規則を類推して持ち出され、近世初頭における地理上の大発見以来、ヨーロッパの列強がそれ以外の地域を植民地として獲得し、互いに分割するために主として働いた」と

説明する。さらに、先占が有効となるためには、国家による領有意思の表明が必要であり、また、「先占の中核的な要件は、実効的な占有を行なうことである」と説明する^③。本稿でとくに検討対象としてとりあげ、アプローチせんとするのは、まさにこの「先占の中核的要件」としての「実効的な占有」、これを基本原則ないし核心的要素として理論構成される「先占の法理」の法構造とその内実、についてである。

このように、原始的な領域取得の権原である先占の概念については、さしあたり、それを無主物先占という観点から、どの国の領有にもなっていない無主地 (*terra nullius*) をある国家がそれを領有する意思を表明し、かつ、それを実効的に占有することによって、それを自国の領有とすることができる、という意味において理解することができるであろう。そして、この概念のなかで「実効的な占有」が「中核的要件」をなすものと捉え、いわば、その「実効性」原則の生成展開と意義について、歴史的な観点から機能的・実態的にいかに捉えアプローチすることができるか、この点について再吟味(再検討)すること、それとともに、「実効性」原則は近年の国際判例においてどのように言及し評価されているか、ということについて検討することが、ここでの課題である。

まず、そうした点に関する検討作業の前提ともなる予備的な作業として、先占の法理の歴史的な経緯や背景について概観しておきたい。この観点から概観するうえで注目すべきは、太寿堂教授による先占の法理(先占原則)に関する歴史研究の成果(「国際法上の先占について―その歴史的研究―」一九五五年^④)である。この論文では、その冒頭から、示唆に富む考え方やアプローチが多々提示されている。以下、この論文の記述に注目し、それに多くを学びつつ、それを紹介する意味も含めて、検討作業を進めたい。

はじめに、近代国際法の成立発展の現実的基礎や国際法の歴史的な性格の考察にかかわって、領域取得のひとつの方式としての先占を、ヨーロッパ近代国際社会の世界史的膨張を基礎的な背景として捉えることの重要性が指摘される。この文脈において、「ヨーロッパ諸国の非ヨーロッパ地域に対する支配」と「ヨーロッパ諸国相互の植民地分割の競争」にともなう、国際法上の領域取得方式としての先占、割譲、征服に関する規定について言及する。このうちとくに「先占の法制度は、歴史的に見て、もっぱら非ヨーロッパ未開地域を支配分割するために機能した」のであって、この点で、先占は他の二者(割譲、征服)と区別される特徴的な相違がある、と指摘する。そして、「先占制度の成立発展のプロセスは、常に国際法団体領域のいわば辺境の地において跡づけることができるのであって」、このことから、「近代国際法の歴史的な性格を説明する一つの指針を探り出すことができる」と指摘する^⑤。たしかに、先占の法理について考えるとき、近代国際法とは何かということを基礎において、その基本性格や本質との関連において、それを如実に表示するものとして先占の法理をとらえ認識することが、ひとつの重要な視点であり論点であるといえよう。

さらに、太寿堂教授は、こうした視点や捉え方を基礎として、先占の要件に言及し、それを明確化したうえで、考察上の方法論(研究の方法的支柱)にかかわる主な視座として、「植民国家相互間の利害の衝突と、非ヨーロッパ人民に対する支配の正当づけの二点に求めて、行論を進めることにした」と、考察上の視点を明示し、それについて論述する。

それでは、国際法体系における領域取得方法のひとつとして、先占の制度ないし先占法理は、どのような歴史的背景のもとで、どのようにして生成発展し、機能してきたか。この点に関連して、太寿堂教授は「先占原則の成立過程」

について、中世から近世、近代、そして一九世紀から二〇世紀はじめ頃までの数世紀にわたる時間帯のなかで、ヨーロッパ列強間の政治的、経済的などの諸関係を基礎にして、とくに近世以降の植民地獲得競争や一九世紀以降における帝国主義の展開にともなつて、次第に世界大の規模に拡大した舞台において展開された列強間の熾烈な権力闘争や確執に留意して、アプローチし検討する。それは、われわれに強烈なインパクトを与える、実証的な歴史研究のひとつであり、法社会的な国際法発展史の一面を描写する明瞭な画像の提示であり、あるいは国際法の発展史におけるひとつの「ドラマ」の提示でもある。彼は、その幕開けの描写として、まず次のように記述する。

領域取得の方法としての先占の原則は、国際関係において全く特殊な条件の下に出現した。一五世紀末ないし一六世紀初頭の地理上の大発見の後、ヨーロッパのヨーロッパ外への大膨張の運動が現れ始めた時代に、植民地獲得の熱望に駆られた諸国の間に、新しく発見された土地を分割する問題を解決する可能な手段として、先占の原則が考え出された。従つて先占原則は、近世における植民地という社会現象との関連においてのみ、国際関係に立ち現れたのである。⁽⁷⁾

このように、先占原則は近世における「新たな社会現象」との関連において現出し、その後、それは「植民地の分割を規律する法原則」として確立していった。その生成発展史において、まず登場したのは絶対主義国家スペインとポルトガルであり、両国による東方貿易の独占をめざした新通商路の発見がその生成発展史を語るうえでの重要な契機となつた。その根本的動機は「経済的利益の追及」という要素とともに、「キリスト教を異教徒の世界にも拡布する」という宗教的要因にあつた。これらの要因と動機は、両国の「新地域支配の法的主張」に反映した。それは、(1)アレクサンデル六世の法王令(一四九三年五月四日)、(2)発見優先の原則(*le principe de la priorité de la découverte*)、

であつた。両国はこれらの根拠にもとづき、後発の植民地獲得競争に加わつた国々に対抗した。両国が植民地分割の法的決定たる論拠とした法王の認許は、「法王の政治的権威の存在」を証明し、「中世において強大を誇つた法王の権威の最後の光輝」を示すものであつた。しかし、その後、両国はトラデシラ条約を締結し(一四九四年六月七日)、対抗者に対しては法王の権威を援用したが、両国間においては法王の介入を認めず、条約による自由な決定を主張しはじめた。他国は当然のごとく法王庁の行為を認めなかつた。かくして、このような時代の大転換のなかで、法王庁の権威はもはや失墜し、ここに「はじめて近代国際法は形成の途を辿ることができる」のであつた、と論述する。⁽⁸⁾

こうした中世から近世にかけての、先占原則ないし先占法理の生成過程における宗教的要因として作用した法王の認許に代表される法王の権威は、右の文脈の延長線上においてキリスト教徒と異教徒の関係についてみると、一面では、その後、中世崩壊以降の近世ヨーロッパを主舞台にして生成展開した近代国際法の基本的な性格を特徴づけるものとしてみることができよう。それはヨーロッパ公法たる近代国際法の特徴を如実に物語るものであつた。これに関連して、太寿堂教授は、さらに次のように論述する。すなわち、注目すべきは「法王令の根底に横たわる異教徒の権利を無視する思想」であり、「キリスト教徒が既に獲得した権利は尊重しても、異教徒に対してはいかなる権利も認めないという態度」である。「このように中世の法的世界像は、地域的・空間的に見てキリスト教ヨーロッパを中心とするものであり、一元的な *Respublica Christiana* の範囲外にある残余の世界は、全く権利の平面には登場しなかつた」。かくして、近世初頭のアメリカ大陸の発見により、「新大陸はヨーロッパの占領と掠奪を運命づけられた」のであつた。それはまさに「搾取と殲滅の政策」にもとづく支配戦略の強行そのものであつた、といえよう。⁽⁹⁾

次に、先占原則の生成過程においてより重視すべきは、それを法理論的に乗り超えるべき対象として措定された

「発見優先の原則」についてである。その背景には、中世末から近世初頭にかけての、当時のヨーロッパを主舞台にし、ヨーロッパ外に拡大せんとする列強間の政治的・経済的などの利害と確執が存在し、これらと深くかかわる要因が介在していた。それは、国際法体系における領域取得方式についての新たな制度と理論としての、「発見優先の原則」から「先占原則」（先占法理）への転換を導くものであった。換言すれば、それは、近代国際法の主軸をなすひとつの基本原則（法理）の確立をめぐる確執であり、その所産としての新原則確立による国際法上の領域取得方式とその制度化にかかわる大転換を意味するものであった。その転換過程については、概略、次のように叙述されうであらう。

発見優先原則は、植民地獲得競争に先発して行動したスペイン、ポルトガル両国が、後発のイギリス、オランダ、フランスなどの諸国に対して、発見にもとづく広大な地域から新参の競争相手を排除するための根拠として援用したものであった。これをめぐる状況は、混迷し、複雑化した。それは、先発のスペイン、ポルトガル両国の主張に対して、後発の国々が発見優先原則にもとづく領域取得の権原を必ずしも全面的には否定せず、状況に応じて、それぞれ自国の有利になるように、発見優先の原則を援用したり、先占原則を主張したりしたからである。かくして、領域取得方式として、先占原則が諸国の一般的合意によって承認され、発見優先原則に代わって、無主地獲得の唯一の権原として確立されたのは、一八世紀末のことである、といわれる。⁽¹⁰⁾

一八世紀末には、無主地先占が領域取得の権原として認められ、発見は「未成熟の権原 (imchoate title)」としての法的効果しか生まないことが確認された。このような文脈のもとで、太寿堂教授は、「発見優先の原則を斥けて先占の原則が定立しえた理由はどこに求められるべきであろうか」と問い、それについて、まず、「先占原則自体のもつ合理性」に言及し、「その合理性の故に国際社会の利益に適合したからだ」と指摘する。また、「今一つの理由」と

して、学説における発見の価値の否定と、現実の占有を内容とする先占の有効性の強調が、「後来の植民国家の利益に合致するが故に、次第にオランダやイギリスの受容するところとなり、植民地獲得競争における彼らの優勝とともに、国際の実行において次第に一般性をかちえてきた」。かくして、一八世紀末には、「諸国の合意により、先占は無主の土地を獲得する国際法上の原則として確立した」のであった、と指摘する。⁽¹¹⁾

さて、再び先占法理の史的背景や展開過程について振りかえってみよう。この点について、太寿堂教授は、次のように記述する。一六世紀以来の重商主義時代には、植民活動の根本動機は通商貿易の独占にあった。先占法規に関しても、土地の使用、定住、植民のような行為が理論的に重視され、一八世紀末以降における英米の植民活動の目的に適合した。一九世紀中葉まで、先占法規が主として適用されたのは、アメリカ大陸を中心とする西半球においてであった。しかし、一八七〇年代以降、帝国主義の時代になると、「植民地領有の目的に変貌が生じ、植民地獲得の主舞台がアフリカ大陸に移るに及んで、先占法規の内容もまた変貌を来し、地方権力の確立が要件として定立されるに至った」と説明する。すなわち、一九世紀の帝国主義時代に入り、列強の植民地獲得競争の主舞台はアフリカに移り、これに後進のドイツやイタリアが加わって、その競争はより熾烈をきわめ、それにもなつて、先占法規の内容も新たな発展をもたらされた、のであった。⁽¹²⁾

一八世紀末から一九世紀にかけて、先占法規の新たな展開がみられた。それは先占の効力の制限であった。とくに、先占の効力を実効的占有によって制限する傾向は、植民地獲得競争における新参者ドイツの利益に合致した。一八八四年一月に、先占法規の確定やアフリカ問題の解決のために開催されたベルリン会議では、一般議定書を採択し、新たな先占要件として「地方権力の存在」を確定した。また、一九世紀に入り、領域取得と「文明の観念」が相関的

に強調され、「先占の客体を国家の領有に属さない地域とする思想の形成に文明の観念が果たした補助的役割を否定することはできない」と指摘される。それは、一九世紀末の政治的・経済的要請を背景に展開された、「文明の名による非ヨーロッパ支配」であり、「ヨーロッパの文明と、世界的規模にひろがった資本主義経済体制への信念が、先占という法概念に結合した」ことの所産であった⁽¹³⁾。

このように一九世紀末までに先占法規が発展し、国際的に承認されるに至った理由について、植民地獲得競争の熾烈化にともない、先占要件を時間的・空間的により厳格化することは、とくに「従来の植民地の利益に合致」し、それゆえに「従来の先占法規に検討が加えられ、実効的占有の必要が説かれるに至」った⁽¹⁴⁾。結局、先占は「非ヨーロッパ地域の獲得を目指すヨーロッパ諸国の、植民地分割の闘争の過程のうちを生じてきた法原則」であった。そして、「先占が諸国の闘争と軋轢の間に低迷しながら、なお国際法上の規範として定立しえたのは、それが各時代における国際社会の必要に合致したからである」と論述する⁽¹⁵⁾。

(1) 国際法の発展史のなかで、先占ないし先占の法理をどのようにとらえ位置づけるかについては、一般的に、発見優先の原則から先占原則（先占法理）への転換、という文脈のなかで説明されることが多い。例えば、国際法史における中世から近世にかけての展開過程をたどり、そのなかで、ヌスバウム（A.Nussbaum）は、次のように概説する。彼は、中世のキリスト教（神学）世界の規範あるいはローマ教皇の権力支配から解き放たれた、一六世紀初頭以降の新たな国際法理と国家実行に留意し、発見優先の原則から先占の法理への移行・転換について言及する。とくに、一八世紀に登場した、ヴォルフ（C.Wolf）の理論的後継者でもあるヴァッテル（E.Vattel）の先占理論に注目し、「とりわけ実効的先占（effective occupation）つまり「現実の占有が法的に実効的な先占の前提要件である」ことを明確にした点を高く評価す⁹⁶。Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, Revised Edition, 1954, pp.67,157.

このほか、先占の概念、生成発展過程、国際法史における位置づけや評価など、より一般的な視点から説明し論じたものとして、例えば、次のようなものがある。W.E.Hall, *A Treatise on International Law*, Eighth edition 1924 (First edition 1880), pp.125-143. ハルは、原始的権原としての発見から実効的先占への歴史的背景や経緯について詳論し、先占の要件や範囲などについて「近代国際法の発展史をベースにして説明している⁹⁷。G.H.Hackworth, *Digest of International Law*, Vol.1, 1940, pp.401-409. ハックワースは、先占は、原始的な領域取得方式のひとつであり、「通常は、必然的であるわけではないが、先占をおこなう国家による当該領域の発見に連結するものである」と指摘し、先占の要件や発展について論じる。とくに実効的占有（effective possession）の程度や範囲にかかわって、東部グリーンランド事件判決などについて言及し、「実効的先占（effective occupation）の概念をこくは「実質的な実効性」（virtual effectiveness）についても説明する⁹⁸。L.Oppenheim, *International Law*, 1920, pp.383-390. L.Oppenheim, *International Law A Treatise*, Vol.1, Fifth edition by H.Lauterpacht, 1955, pp.554-563. オッペンハイムは先占の概念、要件、態様などにかかわる基本事項について「歴史的發展過程をベースにフォローする。とくに、今日では、理論上も実際上も、先占については、先占によって領域を取得する国家の名における、またその国家のための領域に対する所有行為と施政の確立によって、実効的なものとされる。かくして、先占は「真正な先占」（real occupation）となり、「擬制的先占」（fictitious occupation）に対して、「実効的先占」（effective occupation）と称されるものになる⁹⁹。J.Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, 1982, pp.155-189. ハルは、「国際的権原」（international titles）としての発見や先占について「歴史的な経緯を説明し、未成熟の権原（inchoate title）としての発見から先占への成熟過程を辿り、先占の地理的範囲や文明的影響などについても論じる。C.C.Hyde, *International Law*, Vol.1, 1983, pp.167-173. ハイデは、先占の概念や歴史的経緯を辿り、一八八五年のベルリン一般議定書、一八八八年の国際法学会（Institute of International Law）の宣言などについても言及し説明する。

(2) 田畑、前掲書、一九一一九二頁。なお、これに関連して、無主地の発見による「未成熟の権原」について、「無主の土地を他の国家に先立って発見した場合、『未成熟の権原』が主張されることがあるが、それだけでは領域取得の効果は生じない」とし、常設仲裁裁判所のバルマス島事件判決（一九二八年）においても、未成熟の権原は「実効的先占によって主権を確立すべき請求権としてのみ存在する」のであって、「未成熟の権原は、継続的かつ平和的な主権の発現にもとづく終局的権原に優先しえない」と判示されたことに言及する。田畑、前掲書、一九一一九三頁注（一）。

- (3) 太寿堂鼎「先占」、国際法学会編『国際関係法辞典』（三省堂、一九九五年）、四八八―四八九頁。このほか、先占の法理に関して、例えば、山本草二は、「実効的先占」(effective occupation)という観点から、大要、次のように説明する。すなわち、「一八世紀の半ば以来、無主地に対する領域権原の原始取得は、実効的先占 (effective occupation) によることになった・・・」と述べ、先占の要件として、「領域取得の意思 (animus occupandi) と、その意思の存在を立証するための占有・支配など、具体的に表示される国家活動 (corpus) とであり、とくに後者の要件が重視される」と指摘する。さらに、「超国家的制度を欠く国際社会では、完全な司法制度に担保されて抽象的な所有権が承認される国内法制とは異なり、領域主権の存在を抽象的に推定することはできない。したがってその排他性はつねに、国家活動の平穩かつ継続的な表示 (実効的占有) により維持されることを要するからである。このことは、国際法上の実効性の原則の最も端的な現われとみることもできよう」と論じる。山本、前掲書、二四二―二四三頁。
- (4) 太寿堂、前章注(3)の前掲論文(「国際法上の先占について―その歴史的研究―」、法学論叢六一巻二号所収。なお、太寿堂教授には、具体的な先例についての実証的研究として、「先占に関するわが国の先例」と題する研究がある。このなかで、これらの先例から、「先占に要求せられる実効的占有の内容や程度」について、それらがきわめて相対的であること、「相対的」とは、「先占がいつの時代になされたかによっても、また先占される土地の地理的状況や居住人口の密度によっても、占有の度合いを異にすることをいう」と論じる。法学論叢七〇巻一号、一六〇―一七二頁。
- (5) 太寿堂、前掲論文(「国際法上の先占について―その歴史的研究―」、三六―三七頁)。
- (6) 先占の要件については、第一 先占の主体は国家でなければならぬ。すなわち、先占は国家機関によって行なわれることを要する。第二 先占の客体は、国際法上の無主の土地 (terra nullius) である。第三 先占の精神的要件として、国家が領有の意思をもって行なうことを要する。第四 先占の実体的要件として、実効的な占有を行なわなければならない、と提示する。太寿堂、前掲論文、三八―三九頁。なお、戦前のわが国の国際法テキストブックにおいても、一八世紀にはすでに実効的先占の原則が確立していたこと、また先占の成立要件として「領土取得の意思」と「実力の樹立なる事実」との二条件が必要であることを、明示していた。立、前掲書、三四七―三四八頁。
- (7) 太寿堂、前掲論文、四一頁。なお、先占すなわち occupation の権原について、古代においても occupation という概念が存在したが、それは *occupatio bellica* であって、ここで検討対象とする先占ではない。「われわれが扱う occupation は、

- 権利者の存在を前提しない原始的領域取得の方法としての先占である」と説明する。四五―四六頁(注) 2 参照。
- (8) 同、四一―四五頁。
- (9) 同、四八頁参照。
- (10) 同、五四―五六頁。
- (11) 同、五七―五九頁。
- (12) 同、七三―七七頁。
- (13) 同、七八―八七頁。
- (14) 同、九二頁。
- (15) 同、九八頁。

三 「実効性」原則の概念と内実

先占の法理(先占原則)における「中核的要件」をなすといわれる実効的占有あるいは「実効性」の原則は、先占の法理やその法構造の面において、どのような位置を占め、どのような意義を有し、どのように機能するであろうか。ここでは、そうした「実効性」原則の概念と内実について、すこしばかり、検討してみたい。

すでに概観してきたように、領域取得方式としての先占は、国家の一方行為により、無主地すなわちいずれの国家の領域にも属さない地域を領有する意思を表明し、それを実効的に占有することによって、自国の領有とすることができるという国際法上の原則(法規)である。この先占原則ないし先占法規の中核は、実効的占有である。つまり当該地域が現実的に占有されていること、換言すれば、その占有の「実効性」にある。その「実効性」を法的な規範内容の基本的かつ不可欠な構成要素とする実効的な占有の意義と重要性は、先占法理の生成発展過程において、

理論的にも実際のにもきわめて重要な要素とみなされ、その明確化をはかる観点からも積極的にアプローチされてきた。それについては、近世から近代にかけて展開された列強間の熾烈な植民地獲得競争とあいまって、国家の一方行為による領域取得の方式とその法論理として、発見優先原則に代えて、先占の法理が確立してきた経緯にかんがみ、その生成過程における背景や意義に注目することは、ここで検討する主題に関連して、より重要な意味をもつといえよう。

ところで、「実効性」原則の概念や内実については、どのようにアプローチし、どのように捉えることができるであろうか。この点に関連して、近年、史ICJ所長は、インドネシアとマレーシア間の島の帰属（領有権）をめぐる事件（the case concerning *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*）に関するICJ判決（二〇〇二年一月一七日）に注目し、ICJは、インドネシアが両島に対する主権を主張するために援用した一八九一年英蘭条約によってはいずれの当事国も相続による両島に対する権原を有せず、結局、「実効性」(effectives)（両島に対する実効的、継続的な国家権力の行使を立証する活動）にもとづき、両島に対する主権はマレーシアに属すると判示した、こと而言及した⁽¹⁾。ここでは、「実効性」の概念とその内容に関連して、「実効的、継続的な国家権力の行使、それを立証する活動」といった意味で説明されている。以下、先占の法理における「実効的」ないし「実効性」とは何か、その実質的な概念(意味)は何かということについて、主に学説上の理論展開や国家慣行などに留意しながら、検討してみよう。

先占法理の基本的な構造とその基本要件について、太寿堂教授は、先述のように、次のように分析し、指摘した。第一に、先占の主体は国家であり、先占は国家機関によって行われること、第二に、先占の客体は国際法上の無主地であること、第三に、先占の精神的要件として、国家が領有意思をもって行なうことを要する。そして、第四に、先

占の実体的要件として、実効的な占有を行わなければならない、と指摘する。これについてはさらに、「実効的な占有とは、自国民が土地を使用し、或いはその上に定住するといった事実ではならず、当該土地を支配する地方的権力が確立されることを意味する」と指摘する。なお、このような国際法上の先占の要件は「ローマ法や私法の先占制度や占有理論に似ている」とも指摘する⁽²⁾。

先占が植民地分割を規律する法原則として確立したのは一八世紀末においてであったが、この間に、多くの「理論的・実効的な障碍」があった。それは、近世から近代にかけての、植民地という「社会現象」、あるいは列強間の熾烈な植民地獲得の競争を背景にし、それらにかかわるものであった⁽³⁾。すでにみてきたように、発見優先の原則は植民地獲得競争に先発して行動したスペインとポルトガルが後発の諸国に対抗して論拠とした法的主張であった。こうした中世から近世、近世から近代にかけての国際法史における大きな変化発展の時代背景のもとで、国際法学史におけるスペイン学派を代表し、一六世紀スペインに開花した後期スコラの偉大な神学者であるビトリア（E. Victoria）やスアレス（F. Suarez）の思惟は、中世的法学世界の伝統と近世の合理主義との間の二面的性格をもつものであり、彼らによつては未だ先占は語られなかった。ローマ法のアナロギーによつて、最初に国際法上に先占の理論を導入したのは、オランダの法律家グロティウス（H. Grotius）であった、と説明される⁽⁴⁾。

こうした歴史背景のもとで、新たな時代への転換と、その文脈における新たな法理論の提起にかかわる論点は、発見優先原則の法的効力（法的存在理由）への疑問と否定にあった。すなわち、「現実の占有を伴わない単なる発見という事実」は、象徴的併合行為ともなうとしても、他国に対抗しうる領域取得の権原を構成することができるか、という法的問題として提起されたのであった。この点に関連して、グロティウスは、オランダの権利を擁護する見地から、発見にもとづく主権主張を反駁し、「発見の行為が明白な主権の権原を与えることのできるのは、現実の占有

に伴われた場合だけである」として、学者としてはじめて先占の権原を語った、といわれる。⁵⁾

そして、さらに、一八世紀末における先占原則の確立は、領域紛争の解決(例えば、この時期のスペイン・イギリス間のヌートカ海峡事件(一七九〇年)では、紛争が条約締結によって解決し、先占が唯一の有効な権原であることが認められた)や、学説における先占原則の「合理性」ないし「有効性」の確認、それに関する後発の植民国家による支持(国益への合致)と国家慣行にもとづく一般的承認などによって推進された、といわれる。⁶⁾

それでは、無主地先占原則が慣習法規として生成発展してきた経緯や、そのための理論的基礎を提供した学説などは、どのように展開されてきたであろうか。それについては、国際法史の展開を省みて、グロティウスの時代から、啓蒙期自然法思想にもとづく市民的自由を主張したとして名高いヴァッテル(E. Vattel)⁷⁾の時代における学説の推移発展を辿ることによって、明確な形で跡づけることができるであろう。

そうした学説の推移ないし展開過程を鳥瞰し、それらについて、太寿堂教授は、次のように総括的にフォローして説明する。ここでは、それらの説明に多くを学び、それらを基礎にして、再確認のための作業をしておきたいと思う。

まず、グロティウスからヴァッテルへの理論展開(転換)に注目しておこう。グロティウスは、ローマ法規やローマ法学者の学説を引用しつつ、「先ず自然状態の考察によって先占の起源を説明し、私的所有権の原始取得は先占によつてのみ行われることを述べた後、これを領土権獲得に応用せん」とし、二種の所有形態、すなわち公的所有権ないし支配権 *imperium* と、私的所有権 *proprietas* との概念を区別して、先占がいずれの権利の獲得にも適用されることを説き、国際先占について語った。また、先占の要件としては、ローマの占有理論の影響を受けて、意思行為と外部的行為を必要とし、先占は「実効的支配」を要することを説いた。さらに、グロティウスは先占理論において、「国

際先占を始めて領域取得の原則として理論的に定立し、その法規内容を與えた・・・功績は大きいが、近代国際法の観点から見ればなおいくつかの欠陥を免れなかった」と評価し指摘する。⁸⁾

このような学説検討の文脈のなかで、太寿堂教授は、次に、「国際法上の先占をはじめて自覚的に理論構成」したのはヴァッテルであるにとらえ、彼の先占理論について、次のように評価し説明する。ヴァッテルは「国際法が人の住んでいない土地に一国の *proprieté* と *souveraineté* を認めるのは、この国がその土地に植民をなし、または実際にこれを使用するなど、現実これを先占する場合に限る」と論じ、「現実の占有」(実効的占有)論における土地の使用・定住・植民などの事実を重視する。このような考え方は一九世紀におけるとくに英米系の国際法学者に影響を与え、また、現実の占有以外に領有権を認めない考え方によって、ローマ法王の認許の効力は否定され、発見や、これにもとなう象徴的占有行為は「空虚な儀式」として斥けられた、と説明する。⁹⁾

さらに、次のように説明する。すなわち、ヴァッテルは、国際法上の領土権を私法上の所有権との混同から解放し、家産国家の観念をも斥けた。彼においては、国家は君主の私有財産でなく、人民の同意にもとづいて成立する近代国家であった。国家の領土は、一国民の住んでいる土地によって構成され、それに対して国家が固有の排他的な権利をもつ。この権利は二つの要素から成り、ひとつは *dominium* (la *domaine*) であり、他は *imperium* (l'*empire*) である。前者は領土を使用・収益・処分する権利、後者は最高の管轄権である。かくして「領土権の概念は明確な形で整えられ、先占が国家の行為によるものでなければならぬことがハッキリした」と叙述する。そして、ヴァッテルの先占法規の構成内容を次のようにとらえ、摘示する。¹⁰⁾

第一 先占の主体は国家である。先占は国家の名において、その委任を受けた者によってなされることが必要である。しかし国民の行為を追認することによつても可能である。

- 第二 先占の客体は無主の土地である。しかし人が住んでいても、遊牧民の土地は先占しうる。
- 第三 先占の精神的要件として、国家の領有意思が十分に表明されなければならない。
- 第四 先占の実体的要件として、現実の占有が行われなければならない。現実の占有とは、土地の使用・定住・植民の如き行為を指す。

さらに続けて、ヴァッテル以降の動向について、太寿堂教授の叙述するところに留意し、以下において、それを概略的にフォローしてみよう。一八世紀から一九世紀中葉にかけて、このようなヴァッテルの先占理論とくに先占の意味を土地の使用・定住といった行為に解することは、国家実行や学説においても受け入れられ、それは一八世紀末以降、とくに英米の植民地領有の目的に適合したからであった。しかし、一八七〇年代に入つて、帝国主義の時代になり、植民地領有の目的に変貌が生じ、植民地獲得の主舞台がアフリカ大陸に移るに及んで、先占法規の内容も変貌し、「地方的権力の確立」が要件として定立されるに至る。「この時期になると、ヴァッテルの理論は、法規としてそのままの形では妥当しなくなるのである」。そして、一九世紀の帝国主義の時代に入ると、とくにドイツやイタリアの参加によって、資本主義列強の植民地獲得競争がますます熾烈となり、それは先占法規の内容にも新たな展開をもたらした。一八世紀末から一九世紀にかけて、先占の効力は次第に制限されていく傾向を示し、とくに先占の効力の時間的・空間的な範囲をめぐる問題が現出した。とりわけ、先占の効力を実効的占有の規則によって制限する傾向があらわれるなかで、植民地獲得競争の新参者として登場したドイツ帝国の領土権主張は、先占法規の確定を含め、アフリカ問題の解決のためのベルリン会議の開催（一八八四年一月）へと連結したのであった、と叙述する¹¹⁾。

ベルリン会議では、一般議定書の第三五条において、実効的占有の条件を承認し、「地方的権力の存在」がそのための必要な要件として確認された。この結果、原住民保護のための進歩とともに、その反面、原住民の土地を先占の権原によって獲得しうる事が当然のこととして認められた。これに関連して、一九世紀の国際法（近代国際法）学においては、「自然法理論を圧倒して実定法主義が支配的な地位を占めるようになった」、つまり、国際法主体は近代国際社会の組成員たる国家のみに限定し、近代国際社会の外にある地域は権利の平面には登場させず、これらの地域は当然に「原始的権原取得のための対象」となりうるという論理（思想）が認められた。その正当化こそ、近代国際法の歴史的 성격にある。換言すれば、「アフリカ支配の正当づけは、優越したヨーロッパ文明を拡布することが白人の責務だという思想に基づいている」と叙述する。これに関連して、さらに、一九世紀になると学説の態度は逆になり、「文明の觀念が領土獲得の正当づけとして前面に現れ」、また圧倒的多数の説は「文明国の領有しない地域はすべて先占の対象となりうる」と説き、「先占の客体を国家の領有に属さない地域とする思想の形成に、文明の觀念が果たした補助的役割を否定することはできない」と叙述する¹²⁾。

かくして、「ベルリン議定書の確定した先占の法規は、植民地支配をめぐる一九世紀末の政治的経済的要請と無関係に成立したものでなかった。・・・自ら正当づけるヨーロッパの文明と、世界的規模にひろがった資本主義経済体制への信念が、先占という法概念に結合した」のであった、と説明する¹³⁾。なお、ベルリン議定書における先占の要件としては、「地方的権力の確立」のほかに、先占の「通告の義務」も確認された。ただし、これに関しては、ベルリン議定書を廃棄したサン・ジェルマン条約（一九一九年）において、地方的権力維持の義務は確認されたが、通告義務は除外されたため、「今日、条約上の義務としては、通告の要件は存在しない」し、「慣習法上の義務としても存在するとは言い難い」と論及する¹⁴⁾。

このような先占原則の発展、これにかかわる理論的基礎の提供を背景にして、一九世紀末から二〇世紀初頭にか

て、実効的占有の必要と実効的占有規則の確立は、領土帰属問題のより明確な標準を与え、無用な紛争を回避するためにますます重要視された。ただ、実際には、指摘されるように、「今世紀に入って未だ帰属の確定しない地域は、植民地としての価値が乏しいか、または住民の殆ど存せぬ地に限られることになった。このことは実効的占有の要件を解釈する際に特別の考慮を必要としているものようである。実効的占有は自国民や外国人の身体および財産を保護するに足る権力の存在を必要とするが、無人島には保護すべき対象が存在しない。だから無人島においては、当時権力の存在を必要とせず、いつでもこの地に対して権力を行使しうる態勢が整っていれば足りると解すべきである」ともいわれる⁽¹⁵⁾。

国際法の発展史、とくに先占の法理における実効的占有の要件や法規内容の確定は、国際社会における法的信念 (opinio juris) の合致にあった。それは、一面、近代国際法の基本性格ないし本質を表象するものであった、といえよう。これに関連して、その背景には、資本主義列強の熾烈な植民地獲得競争や植民国家間の利害の葛藤が認められ、これにかかわる「植民地人民に対する支配の正当づけは、優越したヨーロッパ文明の観念によって行われた」であった。いずれにしても、「先占が諸国の闘争と軋轢の間に低迷しながら、なお国際法上の規範として定立しえたのは、それが各時代における国際社会の必要に合致したからである」といった指摘⁽¹⁶⁾に留意すべきであろう。

(1) Speech by H.E. Judge Shi Jiuyong, President of the International Court of Justice, to the General Assembly of the United Nations, 31 October 2003, p.2.

(2) 太寿堂、前掲論文、三八一―三九頁。これに関連しては、すでに、先占の要件として、領土となす意思と、国家機関を置く事実との二要素を必要とし、とくに第二の要素を欠く時は先占の効果を生じない、と指摘されていた。田岡、前掲書、一八〇頁。さらに、実効的先占ないし先占の実効性に関しては、その具体的な内実・要件にかかわって、次のように、かなり詳細な説明がなされている。まず、立作太郎は、次のように論じる。「第一八世紀に於て、実効的先占の原則が国際法規として確立するに至った」と述べ、「一定の土地につき実効的な先占が存するために、上述の国家の意思表示の外に、現地に於ける実力の樹立なる事実が存するを要する。・・・実力の樹立には、該地方に於て兵備を為し、殖産上の経営を行ひ、又は統治を行ふの設備を設くる等、当該地方に於て実力が行はるることを示すの或る事実を存するを要するのである。実力が伴はずして、単に先占を行はんとする旨の一片の宣言を為せるに止まるときは、所謂実効的な先占を存すと言ふを得ずして、国際法上に於て先占の効果を生ぜぬのである」と論じる。そして、これらの二条件のほかに、「他国に対する先占の通知」について、これはベルリン会議において定められたものであり、一般の国際法の規則として、先占の必要条件のひとつとされていなが、実際には他国への通知が行なわれた事例も多いという。また、実力の及ぶ区域の認定は、各場合に諸般の事情を考慮して決すべき事実の認定問題であると述べ、ほかに、実効的先占と植民的保護関係や勢力範囲との関連についても論及する。立、前掲書、三四七―三五四頁。このほか、山本草二教授は、次のように論じる。まず、実効性の程度について、「先占が有効な領域権原となりうるためには、国家活動が、係争地域での国家作用の達成に十分な措置と制度を用いて具体的に表示されるなど、実効性を具えていることを要する。ただし、その具体的な程度は、到達の難易、人口の多少、国家機関の常駐の要否、他国の競合する権原の有無など、各地域の個々の事情により異なる。実効的先占については、単純な物理的支配よりも、当該地域内で必要最小限の法秩序を維持し法的保護を確保して、第三国の介入をゆるさない程度の実力を保持していることがなによりも重要であり、そのようにして国家責任原則と表裏をなす国家権力の恒常的・規則的な発現と維持を重視するからである」と論じる。そして、その具体的要件・内実について、国家機関の常駐、国家による直接・間接の領域主権の継続的・平和的な表示、裁判権や地方行政の実施、法令の適用など、法秩序を維持し実現するための国家活動を通じての、占有と直接関係のある証拠の存在などについて論及する。なお、「通報の要件性」については、これは植民地獲得の競合を防止し規制するための特別の法規であって、一般国際法上の要件ではなく、国際判例においても否定され、条約上でもその後削除された、と述べる。山本、前掲書、二四三―二四五頁。

- (3) 太寿堂、前掲論文、四一頁。
- (4) 同、四二―五二頁。
- (5) 同、五四―五五頁。
- (6) 同、五六―五八頁。
- (7) このようなヴァッテルの側面について、「精神的に、ヴァッテルの活動はヴォルフのそれと異なる。ヴァッテルの態度は、よりヒューマニタリアンで、よりコスモポリタンで、かなりデモクラチックでさえあった」といわれる。A.Nussbaum, *op.cit.*, p.157.
- (8) 太寿堂、前掲論文、六二―六三頁。太寿堂教授は、その批判的評価の論拠として、次の諸点を指摘する。すなわち、グロテュウスは、(1) インペリウム (*imperium*) とプロプリエタス (*proprietus*) を区別し、インペリウムが人および領土の双方に及ぶ主権的概念であることを指摘するが、しばしば両者を混同していること、また、私的先占と国際先占とが明確に区別されていないこと、(2) 当時の国際関係のもとで原住民の支配する土地に対する先占の合法性を説き、これと同時に、先占によることなく、正当戦争の結果たる征服によって原住民の土地が獲得できるとしていること、を指摘する。同、六三―六四頁。
- (9) 同、六五、六八頁。
- (10) 同、六八―六九頁。
- (11) 同、七三―七四、八〇頁。
- (12) 同、八二―八四頁。
- (13) 同、八六頁。
- (14) 同、八八頁。
- (15) 同、九四―九五頁。
- (16) 同、九八―九九頁。

四 「実効性」原則の現実適用

国家の一方行為による領域取得方式のひとつとしての先占は、現実には、どのように行使され適用されてきたであろうか。すでに概観してきたように、国際法史における先占の法理は、中世から近世、近世から近代にかけて、国際社会において展開された列強間の熾烈な植民地獲得競争、そしてまた帝国主義にもとづく領土獲得（領域主権にもとづく支配圏の拡大）闘争の過程を通して、徐々に確立されてきた。こうした経緯のもとで確立してきた先占の法理ないし先占原則は、当然のことながら、近代国際法上の基本原則のひとつであり、それは、ヨーロッパ列強を国際法の主体とし、非ヨーロッパ地域をその客体とした特殊な法システムのもとで確立された法規範である。それはまた、ヨーロッパ国際法ないしヨーロッパ公法たる基本性格を特性とし、それを具体的に表象する特質を内在する規範である。これまで、無主地先占の法制度のもとで、先占は多くの領域取得の局面において現実に適用され、これにかかわって領域権の確定（領有権の帰属問題）をめぐる紛争も多々生じ、それらの多くが国際裁判によって処理されてきた。このような事情からも、むしろ、先占の現実の適用にかかわる論点や問題状況を把握するうえでは、国際判例の分析検討を通じてアプローチし把握することが有益である。

一方的な国家行為として、先占が領域取得方式として実際に適用される場合、それは先占の法理ないし先占原則にもとづき、それを基準として実行されることが必要である。すなわち、先占が国家行為として実行される場合、それは先占の要件にもとづいて実行され、その要件が適用され充足されることが必要である。具体的には、先占に際して、その行為主体として国家の行為（国家機関の行為）であること、客体として無主地（どの国の領有にもなっていない土地・地域）であること、そして精神的要素として国家による領有意思の表明、実体的要素として実効的な占有がない

されていること、が必要である。これらの要件は、すでに概観してきたように、発見優先原則から先占原則への発展過程において確定され、また一八世紀末から一九世紀、二〇世紀初頭にかけての帝国主義時代には、先占の法理とくに実効的占有ないし「実効性」の内容にかかわって若干の変化もみられた。そして、さらに、第一次大戦後、とくに第二次大戦後の国際社会の構造変化にもなう新たな国際舞台においては、近代国際法から現代国際法への発展、あるいは国際法の新展開にもなつて、先占の法理に関連して、新たな変化や問題状況もあらわれてきた。こうした先占の法理をめぐる生成展開過程を顧みて、具体的な適用の局面における論点や問題状況について検討し考察せんとするとき、それらの論点や問題状況を具体的にクロースアップさせ明確化するうえで、先述のように、国際判例を参考にして検討しアプローチすることが便宜であり有益でもある、と考える¹⁾。

ところで、国際裁判によって処理されてきた領域紛争は、何をめぐって争われ、主要な争点はどのような点にあつたであろうか。これを先占の法理との関連でみれば、紛争の主要な争点は「実効性」原則にかかわるものであつた、といえるであろう。これまで、多くの領域紛争が生じ、それらは国際裁判によっても処理されてきたが、一般的に、それらの紛争の争点は、それが領域主権（領有権）帰属の確定やその境界（国境線など）画定をめぐる争いの形をとるものであつても、領域主権にたいする権原の存否やその確定をめぐるものであつた。そうした紛争の多くは、原初的に、領域取得方式に関連して争われた。とくに先占に関連しては、先占の実体的要件である実効的占有原則ないし「実効性」原則にかかわる論点が、紛争の核心をなすものであつた。

国際裁判による領域紛争の処理過程において、領域紛争そのものの本質的な論点や、領域紛争をめぐる国際判例上のさまざまな争点や問題点については、これまでも、種々な観点から分析検討され、叙述され説明されてきた。わが国でも、近年、いくつかの国際判例集などにおいて、領域紛争にかかわる主要な論点や問題点について、簡潔明瞭に手際よく叙述され解説されている。とくに国際判例上の留意事項として、先占の法理や「実効性」原則にかかわる論点や問題点に関する概説等を、それらにおいて見ることができ²⁾。ここでは、領域紛争に関する国際判例のうち、先占の法理における実体的要件である「実効性」原則に関連して、これを概観するうえで参照することがきわめて便宜で有益であると思われる、ブラウンリー (Brownlie) の論述³⁾に注目し、まず、それを素材にして簡単に参照し論及してみたい。そのうえで、さらに、これまで関連事例として多々言及されてきたいくつかの領域紛争に注目し、かつ近年の ICJ 判例にも目を向けて、それらを素材にして「実効性」原則にかかわる論点や問題点について、簡単に論及してみたいと思う。

実効的先占の要件あるいは「実効性」原則の内実は、どのようなものによって形成され構成されるであろうか。ブラウンリーは、具体的な占有行為 (acts of appropriation) あるいは主権に合致する国家活動の発現 (display of state activity consonant with sovereignty) は、権原の重要な構成要素である、という。そして、一九世紀における先占の考え方は定住や物理的占有に重きを置くものであつたが、これらは、その後、三つの事件の判例によって決定的に変化した、と述べる。それらの三つの事件の判例として、パルマス島事件仲裁判決 (一九二八年)、クリップパートン島事件仲裁判決 (一九三二年)、東部グリーンランド島事件判決 (一九三三年) をとりあげ、論及する。さらに、その後の法展開において、現代法は権原や主権の立証に集中し、先占の観念はしだいに精錬されてきたと述べ、これに関連して、マンキエ・エクレオ島事件判決 (一九五三年)、国境地方に対する主権事件判決 (一九五九年)、プレア・ビヘア寺院事件判決 (一九六二年) などを取りあげ、論及する⁴⁾。ここでは、まず、これらの事例のうち、五件を取りあげ、

再確認の意味も含めて、ごく簡単に紹介してみたい。そのうえで、主に、ブラウントリーの「国家権能の実効的かつ継続的な発現」(effective and continuous display of state authority)にかかわる判例分析にもとづく論述に留意し、併せて、その他の分析評価などにも注目して、いくつかの関連事項についてごく概括的に言及してみたいと思う。

1 パルマス島事件仲裁判決(常設仲裁裁判所、一九二八年四月四日判決)

本件は、実効性原則の内実について検討するうえで、いくつかの基本的な論点を提示する判例である。事件の概要、当事国の主張、裁判所の争点(論点)に関する判断の順で、概観してみよう。

本件は、パルマス島の領域主権(領有権)をめぐるアメリカとオランダの間の争いである。事件の発端は一九〇六年一月二日のことであった。それ以前には、アメリカ(またはスペイン)とオランダの間で同島をめぐる争いはなかった。事件発生後、両国間で外交交渉が行なわれ、一九二五年一月二三日、事件を常設仲裁裁判所に付託する特別協定が締結された。これにより、事件は同裁判所のマックス・フーバー(Max Huber)裁判官を単独の裁判官とする裁判所に付託され、一九二八年四月四日、判決が下された。

アメリカは、パルマス島の領域主権に対する権原の根拠を一八九八年の米西戦争終結後の平和条約におき、同島は平和条約によりスペインからアメリカに割譲されたフィリピン群島に属すると主張し、次のような論拠を示した。

(1) アメリカは、フィリピンに対するスペインの権利の継承者である。権原の基礎は「発見」にある。(2) 領域主権の存在は、諸種の地図のほか、一六四八年のミュンスター条約(スペインとオランダ間の平和状態を確立し、東西インドの両国間の領域関係を扱う)によって承認されており、その権原は消滅しておらず、一八九八年の平和条約により割譲された時点においてもそのままであった。したがって、パルマス島に対する主権の現実の発現を示す事実の立証は不要である。(3) パルマス島はフィリピン群島の地理上の一部を構成し、隣接性原則(principle of continuity)によってフィリピンに対する主権を有する国に属する。

他方、オランダは、パルマス島に対して長期にわたるかつ争われない権能を行使してきたと主張し、次のような論拠を示した。すなわち、スペインによる発見の事実も、その他の形での取得も立証されておらず、たとえスペインがいずれかの時点で権原をもっていたとしても、その権原はすでに失われていた。オランダは、植民地化の最初の時期は東インド会社によって代表されていたが、一六七七年から、または一六四八年以前の日からさえ、今日まで主権の諸権利を保有しかつ行使してきた。この主権はパルマス島を含む領域に対するオランダの宗主権を確立するものから生じた。⁽⁵⁾

裁判所は、次のように判示した。

まず、一般問題として、主権ないし領域主権について、次のように述べる。

すなわち、領域の一部分に対する主権に関して紛争が生じる場合には、主権を請求するいずれかの国家が譲渡、征服、先占などの権原で、他の国家がこれに対抗して提示しうる権原に優位する権原を保持しているかどうか、を検討することが慣習である。しかし、紛争が他の当事国が主権を現実に発現してきているという事実にもとづいている場合には、領域主権がある時点において有効に取得されたという、その権原を立証することでは十分ではありえない。さらに、領域主権が存在し続けてきており、かつ、紛争を確定するために決定的(critical)と考えねばならないその時点において存在したことについても提示されなければならない。この立証は、領域主権者にもみ属するような国家活動の現実の発現(the actual display of State activities)にも⁶⁾。

今日の国際法においては、領域主権取得の権原は、先占や征服のような実効的獲得行為(act of effective apprehen-

ston) にもとづいているか、または、割譲のように、讓渡国および讓受国もしくは少なくともそれらの一方が讓渡領域を実効的に処分しうる能力をもっていることを前提としている。また、領域主権の継続的かつ平和的な発現がひとつの権原同然である (the continuous and peaceful display of territorial sovereignty . . . is as good as a title) ことを慣行も学説も承認している。十分な地形学的精確さの協定線が存在しないか、または別段に確定した国境にギャップがあるか、または協定線に疑問の余地が残されているか、または、例えば公海上に位置する島の場合に、権原が対世的に有効である (a title is valid *erga omnes*) かどうかの問題が生じるとすれば、国家機能の現実の継続的かつ平和的な発現が紛争の場合には領域主権の健全かつ自然な基準である。

次に、両当事国の主張について、結論的に、次のように判示する。

アメリカは、請求の基礎を発見、条約による承認および隣接性の諸権原、すなわち、主権の取得にいたる行為や事情に関する諸権原にいたが、そのようにして取得された主権がいかなる国にも実効的に発現されたという事実を確証しなかった。発見の権原は、最も好意的かつ最も広い解釈をしても、単に未成熟の権原としてのみ、実効的先占によって主権を確立すべき請求権としてのみ存在し、未成熟の権原は、継続的かつ平和的な主権の発現にもとづく終局的権原に優先しえない。また、隣接性の原則は、領域主権の基礎としては、国際法上の基礎をもたない。条約による承認の権原は適用されない。

他方、オランダは、主権に対する請求の基礎を本質的にパルマス島に対する国家権威の平和的かつ継続的な発現 (peaceful and continuous display of State authority) という権原にいた。この権原は、国際法上、国家権威の現実の発現をとみなさない主権取得権原に優先する。そして、オランダは、次の行為を確証することに成功した。(a) パルマス島は、少なくとも一七〇〇年以来、サンギ島の土着の諸国のうちの二国の一部を引き続いて形成した島と同一

であること。(b) これら土着の諸国は一六七七年以来、宗主契約によって東インド会社と、そしてそれによってオランダと関係を結び、この契約が宗主権者に対して付備国を自己の領域の一部であると考えるのを正当化するような権原を付与したこと。(c) パルマス島に関して付備国または宗主国のいずれかが行使した国家権威に特徴的な行為が一七〇〇年と一八九八年の間の時期において、また一八九八年と一九〇六年の間の時期においても、起きていることが確証されたこと。かくして、オランダの主権の発現の平和的性格は、発現行為に関する証拠の關係する全期間(一七〇〇年から一九〇六年)にわたって、認められる。なお、オランダの国家権威の発現は法的に瑕疵あるものではなく、アメリカはオランダの権原に対してより優れた権原を提出しえなかった。

以上の理由から、パルマス(またはミアンガス)島はその全体においてオランダの領域の一部を形成する、と判決する。⁶⁾

2 クリップパートン島事件仲裁判決(仲裁裁判、一九三二年一月二八日判決)

本件は、メキシコの南西約六七〇海里沖の太平洋上の無人島クリップパートン島の領域主権(領有権)をめぐるフランスとメキシコ間の争いである。一八五八年一月一日、フランス海軍士官が同島の沖あいを航行中の商船上で、海軍大臣の命令に従って、同島に対するフランスの領有を宣言した文書を起草した。このことはホルルのフランス領事に報告され、同領事によって同島に対するフランスの主権宣言がホルルの英字新聞に掲載された。しかし、これ以降一八八七年まで、フランスは同島に対して積極的かつ明白な主権行為をなら行なわなかった。他方、メキシコは、同島が長い間自国に帰属する領域であると考えていた。一八九七年一月三日、同島に上陸したメキシコ海軍分遣隊はメキシコ国旗を掲げ、一月二日に同島を離れた。フランスはこれを知り、一八九八年一月八日、同島

に対するフランスの権利の存在をメキシコに想起させた。一九〇九年三月二日、両国は紛争をイタリア王エマニエル三世を単独仲裁人とする仲裁裁判に付託することに合意し、一九三二年一月二八日、判決が下された。

裁判所は、次のように判示した。

メキシコは、同島はかつてスペイン海軍が発見し、スペインに帰属した後、一八三六年以降はその承継国であるメキシコに帰属することになった、とその領有を主張する。しかし、スペイン人による発見は証明されておらず、仮に発見されていたとしても、「スペインは国家として同島を自国領域に編入する権利を有していただけでなく、その権利を実効的に行使していたことが証明されなければならないのである」が、これらについてはまったく示されていない。また、証拠として提出された地図がスペインの命令や監督のもとで作成されたものかどうか不明で、その公的性は確認されていない。メキシコは同島に対する主権を一八九七年の遠征まで表示してこなかったため、その歴史的権利を証明できない。同島がメキシコに帰属する領域であるという単なる確信は、それが一般的で古くから知られていたものであっても、維持されえない。この結果、一八五八年一月にフランスが同島に対して主権を主張した時点において、同島は無主の領域 (*territorium nullius*) という法的状態にあり、先占が可能であったと認める理由がある。

一八五八年にフランスが同島の領有意思を表明したことは法に合致する。他方、フランスによる同島の実効的占有が争われており、そうした実効的占有がなければ先占は無効であるとも主張される。超記憶的慣習 (*un usage immémorial*) によれば、領有意思に加えて、現実の占有実行 (*la mise de possession*) が先占の必要条件である。ある領域に全く人が住んでいないという事実により、占有する国家がそこに登場した最初の時から、この国が絶対的かつ争いのない自己処分可能な状態にある場合には、占有実行はその時点で完了し、それによって先占は完成する。一八八五年のベルリン議定書は権力機関の存在を義務づけるが、議定書はフランスによる占有後に締結されたものであり、適

用対象をアフリカ大陸に限定していることなどから、本件ではこの義務を考慮する必要はない。また、議定書は列強への通告義務を定めるが、これも本件には適用されない。フランスは同島を放棄する意思がない以上、遺棄によって権利を失ったとは考えられず、積極的に権能を行使してこなかったという事実は、すでに達成された取得の失効を意味しない。

以上の理由により、同島に対する主権は一八五八年一月以降フランスに帰属する、と決定する。

3 東部グリーンランド事件判決 (常設国際司法裁判所、一九三三年四月五日判決)

本件は、東部グリーンランドの法的地位、換言すれば、当該地域の領域主権をめぐるデンマークとノルウェーとの間の争いである。紛争の発端は、一九三一年七月一日、ノルウェーが東部グリーンランドを無主地とし、これに対して先占を主張したことに始まる。他方、デンマークは、一九世紀以来、グリーンランドは自国の主権下にあるとし、第一次大戦中やその戦後にアメリカ、イギリス、フランス、ノルウェーなどに主権の承認を求めた。これに対して、ノルウェーだけは、東部グリーンランドにおける自国民の漁業や狩猟の自由を主張して、承認を拒否した。両国間における外交交渉の後、両国による常設国際司法裁判所の選択条項の受諾にもつぎ、デンマークは、一九三一年七月一日のノルウェーによる東部グリーンランドに対する主権宣言は現存の法律状態に違反し、違法かつ無効であるという判決を求めて、裁判所に提訴した。なお、デンマークは、(a)グリーンランドにおける主権は長年にわたって存在し、継続的かつ平和的に行使され、この紛争以前に他国によって争われたことはない、(b)ノルウェー自身、条約その他によってデンマークのグリーンランド全体に対する主権を承認している、と主張した。裁判所は、一九三三年四月五日、判決を下した。

裁判所は、次のように判示した。

デンマークの請求は、特定の先占行為に基礎づけられるものでなく、パルマス島事件判決の言葉を用いると、「島に対する国家権能の平和的かつ継続的な発現にもとづく」権原である。権能の発現にのみ基礎づけられる主権の主張には、二つの要素が含まれなければならない。主権者として行動する意図および意思と、そのような権能の現実的な行使または発現である。本件では、一九三二年までデンマーク以外の国によって主権の主張がなされておらず、一九二二年までデンマークの主権は争われなかった。他国が優越的立場を立証しえなかったならば、主権の現実的行使はごくわずかなもので足りる。このことは、人口希薄または定住者のいない地域に対する主権の主張に関してとはとくに当てはまる。デンマークは、一七二一年から一八四四年まで、主権の有効な主張に十分な権能を発現しており、一八一四年から一九一五年までにおいても、主権の有効な権原を付与するに十分な権能を発現していた。一九一五年から一九二二年の間でのデンマークの立場の承認要請の目的は、グリーンランド全体に存在する主権の承認であった。一九二一年から一九三二年七月一〇日まで、デンマークはグリーンランド全体に対して主権を発現し行使したのであり、その意図および意思と国家活動の発現を十分な程度に示した。

グリーンランド全体に対するデンマークの主権について、ノルウェーによる承認は与えられている、と考える。デンマーク・ノルウェー連合が終了した時(一八一四―一八一九年)、ノルウェーは、グリーンランドに対するデンマークの主権を争わないことを約束した。多様な二国間、多国間条約によって、そうした約束が与えられた。また、ノルウェー外相の宣言により、デンマークの主権は争われず、グリーンランドの一部の先占は差し控えなければならないことが約束された。

以上の理由により、ノルウェーの先占の宣言とそれに関してとられたすべての措置は、現存の法律状態に違反し、違法かつ無効である、と決定する(12対2)⁽⁸⁾。

4 マンキエ・エクレオ島事件判決(国際司法裁判所、一九五三年一月一七日判決)

本件は、マンキエ・エクレオ島に対する領域主権をめぐるイギリスとフランスとの間の紛争である。マンキエおよびエクレオは、イギリス領の海峡諸島のジャージー島とフランス本土のノルマンジーの間にある小島群で、一九世紀の末以来、イギリスとフランスの間でその帰属が争われていた。一九五〇年一月二月、両国はこの紛争を特別協定にもとづいて国際司法裁判所(ICJ)に付託することに合意し、五一年二月五日に提訴した。請求内容は、マンキエおよびエクレオの島嶼と岩礁が領有の対象となる限りで、これらに対する主権は両国のいずれに帰属するか、ということにあった。両国はいずれも、中世以来からの「古来のないし原初的権原」(ancient or original title)、または実効的占有による権原にもとづいて、領土権の存在を主張した。裁判所は、一九五三年一月一七日、判決を下した。裁判所は、次のように判示した。

特別協定および両当事国の申述書から判断すると、裁判所は、当事国のいずれが当該島群に対する権原の、より確信的な証拠を提出しているかを決定しなければならない。

両当事国はいずれも、エクレオ・マンキエに対する古来のないし原初的権原を有すると主張し、その権原は常に維持され一度も喪失されなかったと主張した。それゆえ、本件は、無主地の主権獲得に関する紛争の特徴をあらわしていない。・・・決定的に重要なことは、中世のできごとにもとづく間接的推定でなく、問題の島群の占有に直接関係する証拠である。

さて、エクレオに対する両当事国の主張を検討する。イギリスが援用する司法権、行政権、立法権の行為に関する

諸行為に、当裁判所は立証的価値を付与する。フランスは一八八六年に至ってはじめてエクレオに対する主権を主張した。相対立する主権の主張の相対的な力 (relative strength) を評価して、エクレオに対する主権がイギリスに属することを認める。

次に、マンキエについて検討する。フランス政府がマンキエに主権者として行為する意図をもっていたことを示す十分な証拠はない。一九世紀のはじめ以来、両国政府の間で交換された外交文書もこの見解を裏づける。フランスがマンキエに対する主権を主張したのは一八八八年になってからである。このような事情のもとで、かつイギリス政府の提出した証拠にもとづき、マンキエに対する主権はイギリスに属すると判定する。

これらの理由により、裁判所は、エクレオおよびマンキエの島嶼および岩礁に対する主権は、これらの島嶼および岩礁が取得の対象となりうる限り、イギリスに帰属するものと認定する (全員一致)。⁹⁾

5 リギタン島およびシバタン島に対する主権に関する事件判決 (国際司法裁判所、二〇〇二年二月七日判決)

本件は、北ボルネオ沖のセレベス海に浮かぶリギタン島とシバタン島に対する領域主権 (領有権) の帰属をめぐるインドネシアとマレーシアとの間の争いである。一九九七年五月三十一日、両国政府はクアラルンプールで署名された特別協定にもとづきこの紛争を国際司法裁判所に付託することに合意し、九八年一月二日に提訴した。特別協定において、両国は裁判所に対して「諸条約、協定、その他の両国が提出した証拠にもとづき、リギタン島およびシバタン島は両国のいずれに属するか」の決定を求めた。インドネシア、マレーシア両国はそれぞれ、裁判所に提出した陳述書や口頭陳述において提示した事実や法的考慮にもとづき、これら二島が自国に属することを決定し宣言するよう、裁判所に求めた。なお、本件に関連して、二〇〇一年三月三十一日、フィリピンは、裁判所規程六二条にもとづき、

訴訟参加を申請したが、この申請は二〇〇一年一月二三日の判決によって許容されなかった(14対1)。このあと、本件の本案に関して、裁判所は、二〇〇二年二月七日に判決を下した。

裁判所は、本件に関して、主に、地理的関連事項、歴史的背景、二つの島に対する両当事国の請求根拠の基礎などの観点から審理し、それぞれのことからに関する論点や争点について判示した。ここでは、とくに、両当事国の請求 (主張) の基礎のうち、とりわけ「実効性」 (effectives) 原則にかかわる論点に関する裁判所の判断に注目し、それらを簡潔にとりあげ紹介してみたい。

両当事国は、それぞれ、二島に対する主権に関する請求の根拠を、次のようなことに基礎づけて主張する。インドネシアは、主に一八九一年六月二〇日に締結された英蘭条約 (ボルネオ島のオランダ所有地とイギリス保護下にあったボルネオ島の諸州との間の境界画定のためのもの) に依拠して主張する。また、条約上の権原を確認するオランダおよびインドネシアによる一連の「実効性」に依拠する。さらに、インドネシアは、口頭陳述手続において、もし裁判所が一八九一年条約にもとづく権原を拒否しても、ブルガンのスルタンに対する継承者として当該の争われている島に対する主権をなお請求しうる、と主張した。他方、マレーシアは、前の主権者たるスルのスルタンが元々保有していた一連の権原の伝達によって、二島に対する主権を取得した、と主張する。その後その権原は、相続によって、スペイン、アメリカ、北ボルネオの州に代わってイギリスに、さらに英連邦に、そして最終的にマレーシアに移行した。なお、マレーシアは、もし裁判所が当該の争われている島は元々オランダに属していたと結論しても、かかる実効性はいずれにしてもそのようなオランダの権原にとって代わるものである、と主張する。(paras.32-33)

次に、裁判所は、「実効性」 (effectives) について、次のように述べる。

裁判所は、当事国が依拠する「実効性」に関して提出した証拠は、二島に対する主権がどちらの国に属するかとい

う問題について決定するための基礎を提供する、と考える。裁判所は、両当事国はそれらが依拠する実効性は単に条約にもとづく権原 (treaty-based title) を確認することを請求している、と判断する。別の基礎により、マレーシアは、インドネシアまたは権原上のその先任者から抗議されることなく、「継続的平和的な所有と管理」(continuous peaceful possession and administration) によつて二島に対する権原を取得した、と主張する。裁判所は、両当事国のいずれも二島に対する条約にもとづく権限を有しないと判断し、これらの実効性を独自のかつ別個の事項として考える。

実効性に関する議論を支持して、インドネシアは、オランダ海軍船舶による当該水域におけるパトロール、インドネシア海軍の活動、自国の漁民活動を引用する。さらに、群島水域基線を定める一九六〇年二月一八日のインドネシア水域に関する法令に関して、当時、二島は基線を設定したり、群島水域や領海を確定するための基点として二島を含めなかったが、このことはそれらの島がインドネシア領に属しないことを表明するものとして解釈されえない、と主張する。他方、マレーシアは、二島に対する実効性に関して、ウミガメの捕獲やその卵の収集に関する管理、それは長い歳月にわたるシパダン島での最も重要な経済活動であることに言及し、また、同島における一九三三年の野鳥保護区域設定にも依拠する。さらに、英国北ボルネオ植民当局は一九六〇年代当初に二島に灯台を設置し、これらは今日まで存続し、マレーシア当局によつて維持されていることを指摘する。

裁判所は、まず、東部グリーンランド事件における常設国際司法裁判所の判断、すなわち、「割譲条約のような特定の行為や権原にもとづくか、単に権威の継続的発現にもとづく主権に対する請求は、それらについてその存在が示されなければならない二つの要素を必要とする。それらは、主権者として行為する意図および意思と、そのような権威の現実の行使または発現である」を想起する。また、特定領域に関する主権に対する請求について裁判するうえで留意すべき別の事情は、その主権が他国によつても請求されている程度についてである、と論じる。さらに、裁判所は、とくに、人が定住せずまたは恒常的に定住していない小島——リギタンとシパタンのように、経済的重要性が小さい(少なくとも最近までは)——の場合には、一般的に、実効性は事実上乏しいであろう、と述べる。さらに、裁判所は、当事国間の紛争が具体化 (crystallized) した日付以後にとられる行為については、そのような行為が以前の行為と正常に継続性を有するか、またはそれらに依拠する当事国の法的立場を改善する目的でなされたものでない限り、考慮に入れることはできない。それゆえ、裁判所は、主に、一九六九年、すなわち、当事国がリギタンおよびシパダンに対する経済的な請求を主張した年、以前の時期における実効性について分析する、と述べる。最後に、裁判所は、疑いなく争われている島そのものにとくにかかわると思われる、関連する権威発現行為のみを考慮に入れることができる。一般的性質の立法、行政行為は、それゆえ、それらが二島に関係することがその条件や効果の点から明らかである場合にのみ、リジタンおよびシパダンに関して実効性を有しうる、と述べた。

インドネシアが依拠する実効性に関しては、それらは立法的、規定的な性格をもつものでなく、またオランダおよびインドネシアによる二島周辺海域におけるパトロール活動等を含む継続的駐在 (presence) については、提出された資料等から判断して、関係海軍当局が二島および周辺海域をオランダまたはインドネシアの主権下にあるものと考えていたことを十分に立証しておらず、さらに、インドネシア漁民のような私人による活動は、それらが公式の規定や政府の権威にもとづいてなされたものでなければ、実効性あるものとみなされえない。かくして、裁判所は、インドネシアが依拠する活動はその資格において行為する意図と意思を反映する「主権権原行為」(acts a titre de souverain) を構成しない、と結論する。

マレーシアが依拠する実効性については、裁判所は、まず、一九三〇年の条約によつてアメリカは二島の所有に関する請求を放棄し、その当時に、これら二島に対する主権を主張したり、北ボルネオ州による継続的施政を否定する

国はなかった、ことに注目する。さらに、裁判所は、その条約締結前の活動は「主権権原」行為とみなされえず、その当時、英国は北ボルネオに代わって、三海里を超えた島に対する主権を請求しなかった、ことなどに注目した。裁判所は、ウミガメの卵の収集を規制管理する措置や野鳥保護区の設置は、これをマレーシアは島に対する実効的施政の証拠として引用しており、特定の領域に関する権威の規制・施政上の主張としてみなされるべきである、と考える。灯台の建設・運用や航行支援は通常は国家権威の表示とは考えられない、と述べる。しかし、「カタルとバーレン間の海洋境界画定および領域問題」事件判決（二〇〇一年）を想起し、ある種の活動が主権権原行為とみなされたことなどに言及する。そして、裁判所は、次のように判示する。すなわち、マレーシアが依拠する活動は、数量的には適当であるが、性格的には多様であり、それらは立法、行政、準司法的な活動を含む。それらはかなりの期間にわたるものであり、かつ、より広範な島の施政に関する文脈での二島に関する国家機能行使の意図を明示する形式を示すものである。さらに、これらの活動がなされた時期に、インドネシアも、その前任者であるオランダも、それについて不意または抗弁を表示しなかったという事実を無視しない。この点で、裁判所は、一九六二年および一九六三年に、インドネシア当局は北ボルネオ植民地当局、または独立後のマレーシアをして、灯台建設がインドネシア領と考えられる領域になされたことを想起させることさえしなかったことに、注目する。こうした本件の諸状況から、とくに両当事国が提示した証拠にかんがみて、マレーシアが上記の実効性にもとづくリジタンおよびシパダンに対する権原を有する、と結論する。（paras.126—149）

これらの理由によって、裁判所は、リジタン島およびシパダン島に対する主権はマレーシアに属する、と判断する（16対1）⁽⁹⁾。（para.150）

以上、実効的先占の要件あるいは「実効性」原則の内実にかかわる事例として、五件をとりあげ、ごく簡単にそれらを個別に素描し、紹介してきた。ここでとりあげた事例は、いずれも国際判例であるが、これらすべてが領域取得方式としての先占に直接関係する事例であるわけではない。しかし、これらは、直接・間接に、「実効性」原則という論点や視点にかかわる事例として言及することは可能であり、先述のように、少なくとも、ブラウンリーのいう「国家権能の実効的かつ継続的な発現」にかかわる国際判例の範疇においてとりあげ、言及することは可能であろう。それらはまた、「実効性」原則の内実吟味へのアプローチに際して、近代国際法の発展史における「発見優先の原則」から「先占の法理」への発展過程や、これら二者間の法理転換にかかわる文脈において、ある意味では象徴的ないし画期的な法的現象を招来した事例であった、ともいえよう。とくにそれは、一九世紀から二〇世紀半ばまでの事例において、印象的であった。

ブラウンリーは、先述のように、具体的な占有行為や主権にかかわる国家活動の発現は権原の重要な構成要素であるとしたうえで、一九世紀における先占理論は、とくに「定住」や「厳密な物理的占有」に重点をおくものであったが、先占理論に関する法は、その後、二〇世紀半ばまでの三件の国際判例、パルマス島事件仲裁判決（一九二八年）、クリッパートン島事件仲裁判決（一九三一年）、東部グリーンランド島事件判決（一九三三年）の結果、大きく変化した、と指摘する。これらの三件が、そうした先占理論やこれに関する基本的な規範の展開ないし変遷の過程において、どのような意義を有し、どのような役割をはたし、どのような影響を与えてきたかは、すでに素描したそれらの個別の事件の内実や判決内容を概観することによっても、多少のことは知ることができるであろう。

そうした「変化」をもたらしした、これら三件の判例の意義なり効果にかかわって、ブラウンリーは、次のような点に注目して論及する。まず、パルマス島事件判決において、フーパー裁判官が「領域主権の継続的かつ平和的な発現

がひとつの権原同然である」と述べ、さらに「領域主権の表示は時間や場所の諸条件に応じて、なるほど、異なる形をとる。主権は、原則として継続的であるとしても、あらゆる時に領域のあらゆるところで、実際に行使されることはできない。権利の維持と両立する間欠と断続は、人が住む地域や住まない地域、あるいは主権が争う余地のないほど発現されている領域内の圍繞地域または例えば公海から接近できる地域に応じて必然的に異なる」と述べたことに注目する。また、「国家機能の現実の継続的かつ平和的な発現は、紛争の場合に、領域主権の健全かつ自然な基準である」と判示し、アメリカの主張や論拠が立証不十分であるとして、パルマス島に対する国家権能の平和的かつ継続的な発現に依拠するオランダの主張について検討し、「一七〇〇年から一九〇六年までの時期におけるオランダの主権の平和的発現行為はなんら争われたことはなく、オランダの主権の行使を十分に証明するとみなしうる証拠が存在する」と判示したことに注目したのであった。

彼はまた、クリップarton島事件仲裁判決については、この判決の理由は特別な事実に関連し、そのことからいくつかの原則を推論することを必要としたが、しかし裁判官は「現実の名目的でない占有行為は、先占の必要条件である」こと、また、占有行為は当該領域の状況のもとで十分な国家権能の行使からなると明白に判示した、ことに注目した。さらに、東部グリーンランド島事件判決において、ノルウェーは無主地先占を主張し、デンマークはグリーンランド全体に対する国家権能の種々の発現にもとづく権原を主張した。これについて、常設国際司法裁判所はデンマークの主張を支持して、一九二一年と一九三二年の間の種々の活動に留意し、ノルウェーの先占は違法かつ無効であるとし、その理由として、デンマークが、少なくともノルウェーの先占の前一〇年間に、「主権に対する妥当な権原を構成するに十分な程度で主権的権利を発現し行使した」ことをとりあげた、ことに注目した。

ブラウンリーは、これらのことに留意して、総括的に、次のように論じた。すなわち、このように、国家活動の発現についての強調、および、安定性を支持し、人が住んでいないかつ遠隔の領域の特性を許容する法政策にかんがみて諸事実を解釈することは、「法における変化」(a change in the law)の証左である、と論じる¹¹⁾。

このように、実効的先占の要件あるいは「実効性」原則の内実の検証にかかわる諸事例において示されたことは、そうした要件や内実の確認のためにも必要な要素である。とくに領域取得方式としての「発見」から「先占」への展開過程において、これらの概念における本質的な「権原」がそれぞれ相互に関連しあって作用し、また、領域主権に対する権原の根源的なありようにかかわって、まさに「実効性」ないし「実効性」原則が、一連の文脈のなかで、媒介項ないし相互要因として存在し作用してきたことに留意すべきであろう。このことは、パルマス島事件判決のなかで言及されたように、「発見の権原は・・・最も好意的かつ最も広い解釈をしても、単に未成熟の権原としてのみ、実効的先占によって主権を確立すべき請求権としてのみ存在する。未成熟の権原は、継続的かつ平和的な主権の発現にもとづく終局的権原に優位しえない」という考え方によって例示され、説明(論証)されることであろう。このようなどらえ方、その文脈のなかでの「発見」から「先占」への展開過程にかかわって、「未成熟の権原」をどのよう¹²⁾に位置づけ評価するかは、重要な論点のひとつである。この点に関連して、山本教授は、パルマス島事件判決に留意して、次のように論述する。すなわち、「発見は領域主権の確定的な権原を設定せず、単に『未成熟の権原』(inchoate title)となるものであり、そのような権原としては、国家権力の外面的な表示がなくともその後も有効に存続する、と主張する立場もある。しかし、一九世紀以降の国際法規に従えば、発見という未成熟の権原は妥当な期間内に実効的先占により完結されることを要し、たとえこの権原が決定的期日の時点まで有効に存続していたとしても、継続的かつ平和的な権力の表示に基づく他国の確定的な権原との関係では、これに優越することはできない」と論じる¹³⁾。こ

ここで確認され強調されていることは、発見は「未成熟の権原」であって、それはその後の妥当な期間内に「実効的先占によって完結」され、また「未成熟の権原」は「継続的かつ平和的な権力の表示にもとづく確定的な権原」に優越しない、ということである。このような考え方なり、そうした視点にもとづくアプローチの方向性や推論の論拠は、先述のように、最近のICJ判決「リギタン島およびシバタン島に対する主権に関する事件判決」(二〇〇二年)においても、踏襲され確認されている。それは、発見という原始的取得にもとづく「未成熟の権原」から実効的先占(実効的占有)への完結プロセスであり、あるいは、継続的かつ平和的な権力の表示(国家権能の発現)にもとづく「確定的な権原」への実質的転換の形をとってあらわれる、といえよう。なお、これらのことにかかわり、あるいは、それらを基本的な内容とする具体的な領域紛争の場合には、時際法(intertemporal law)や決定期日(critical date)という基準なり要因が直接・間接に重要な判断要素として介在することにも留意すべきである¹³⁾。

- (1) これまでも、実際に、多くの領域紛争が発生してきた。それらは領域取得方式そのものの有効性や妥当性、あるいは領域権(領有権)帰属の確定ないし領域権の限界(国境線)の画定などをめぐって争われ、それらは国家の利害に直接・間接にかかわる重大な紛争としてあらわれた。また、それらの紛争の多くは、法的手続きすなわち国際裁判(仲裁裁判、司法裁判)によって解決されてきた。
- 領域取得方式については、すでに概観してきたように、種々に分類され説明される。ここできさらに、これに関連して、国際判例における領域権原取得にかかわる基準や原則、とくに「実効性」原則の内実にもかかわる留意事項を摘示し、それについて簡潔に説明する記述を、簡単に紹介しておきたい。それによると、まず、「領域取得方式についてそれを適正に認識するためには、それらのプロセスの各々のいくつかの要素にかかわる一連の一般原則・規則の相互関係が、とくに競合する主張が関係する場合に、領域にたいする権原が実際にどのように取得されるかどうかを確定するうえで、きわめて重要である」ことに留意すべきであるという。なお、「これらの原則・規則は、所与の方式にたいして、

あるいは権原の取得にたいしてさえ、限定されず、(それらはまた、権原の維持、拡大、統合、変革、喪失に関連する)、一般的な(共通の)規則である」と述べる。そして、これらのことを前提にして、その一般規則を実質的規則と手続的規則(時際法、決定期日の確定など)とに大別し、前者についてはさらに、実効性原則(principle of effectiveness)と基本原則(fundamental principles)に分ける。実効性原則については、これまで、国際裁判において、これらの取得方式(発見や先占)はじめその他の全体的な態様において、領域紛争処理に関連して実効性原則がしばしば援用されてきたことに言及し、いくつかの判例をもとに、実効性原則に関連した裁判所の判断内容について説明する。また、基本原則については、これには平和的紛争解決、自決権が含まれる。判例によって確認された実効性原則と同様に、これらの原則は、歴史的には領域権原取得方式にたいして示されたものであるが、今日ではそうした方式が具体的事態において考慮される際に、その妥当ないし効果についての一般的な試金石として適合する、という。Encyclopedia of Public International Law, op.cit., pp.498-499. こうした視点に関連して、今ひとつ傾聴すべき論述があるので、それをこの節で簡単に紹介しておく。それは、大要、次のように論じる。まず、「法は歴史である」といい、領域取得関連規則の意味や、その特別なケースにおける適用に関する法律家の認識は、法の歴史的発展についての知識によって、より鋭敏になるであろう、と述べる。そして、法の歴史的発展を顧みて、一九世紀になると、かなり重要であるが、ある程度で矛盾した発展がみられた。ヨーロッパやラテンアメリカでは、「国籍の原則」(principle of nationalities)があらわれ、それは「自決の原則」(principle of self-determination)と同様に、次第に重要となった。同時に、ヨーロッパ列強は、無主物の概念(concept of the *res nullius*)を用い、それは形式上は法的なものであったが、実際の適用上はしばしば政治的であった。それは、実際には組織化された社会(organized communities)であった、アジア、アフリカ地域の先占に関連するものであった。より近年では、紛争解決や領域取得のための武力行使や武力による威嚇は違法であるという原則が確立されており、この原則は、自決原則と同様に、領域取得に関連してこれまで存在し適用されてきた法(the pre-existing law on acquisition of territory)への調和を必要とする、と論じる。Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, sixth edition, 2003, p.124.

- (2) これまで、わが国においても、仲裁裁判や司法裁判(とくにPCIJおよびICJ)の国際判例を分析検討し、それらの研究成果を基礎にして編纂された国際判例集がいくつか刊行されてきた。これらのうち、七〇年代以降の判例集の

なかで、とくに領域紛争を国際判例全体の一分野として位置づけ、それをひとつにグルーピングしてまとめて扱って収録したものを、いくつかみることができる。例えば、田畑茂二郎・大寿堂鼎編『ケースブック国際法「新版」』（有信堂高文社、第八刷、一九九七年、初版は一九七二年）では、第八章「領域」において、プレア・ビヘア寺院事件、パルマス島事件、東部グリーンランド事件、マンキエ・エクレオ事件などを収録している（九五―一二五頁）。また、波多野里望・筒井若水編著『国際判例研究 領土・国境紛争』（東京大学出版会、一九七九年）は文字通り領域紛争に関する国際判例集であり、それには、パルマス島事件など仲裁裁判二二件、東部グリーンランドの法的地位事件、マンキエ・エクレオ諸島事件など司法裁判（P C I J、I C J）七件を収録している（三一―三八六頁）。

近年の国際判例集としては、例えば、田畑茂二郎・竹本正幸・松井芳郎編『判例国際法』（東信堂、二〇〇〇年）では、第四章「領土」において、パルマス島事件、東部グリーンランド事件、マンキエ・エクレオ事件、プレアビヘア事件、など六件の判決を収録している（二一六―一四〇頁）。これらのなかで、パルマス島事件判決（執筆担当・松井芳郎）の論点において、「本件は、領域取得に関する国際法上の要件を明らかにした判例として著名であるが、それと並んであるいはそれ以上に領域主権の本質を説明したものとしてみても注目されねばならない」、「判決は領域取得の権原としては実効的支配を重視した。『領域主権の継続的かつ平和的行使は、権原として十分に有効である』と判決は言う。本判決のこの判示もまた、東部グリーンランド事件、マンキエ・エクレオ事件など、その後の判例に大きな影響を与えた」と、論評し指摘する（一一九頁）。また、東部グリーンランド事件、マンキエ・エクレオ事件の二件の判決を「領域権原としての実効的支配」に関連するケースとして扱った判例分析検討（執筆担当・中村道）では、論点において、「この二つの判決は、一九二八年のパルマス島事件の仲裁判決とともに、領域取得の方法ないし領土紛争の解決基準として実効的占有がもつ意義を確認した重要な判例である」とし、前者の事件判決では「デンマークの中心的主張は、特定の先占行為や割譲条約など明白な根拠に基づくものでなく、国家権能の平穏かつ継続的な発現に基づく権原の申し立てであり、この実効的占有の主張が認められ」、他方、後者の事件判決では「英仏ともに中世以来の固有の権原を主張したが、裁判所は、歴史的な権原も後の法に従って他の有効な権原により代替されなければ今日では法的効果がないとして、実効的占有に直接関係する証拠に決定的重要性を付与した」と、論評し指摘する（一二四―一二五頁）。

このほか、山本草二・古川照美・松井芳郎編『国際判例百選』別冊ジュリストNo.156（有斐閣、二〇〇一年）では、「V領域」において、パルマス島事件、東部グリーンランド事件、クリッパートン島事件など七件の判例を収録する（六四―七七頁）。このなかで、パルマス島事件判決を「領域主権の機能」に関するケースとして扱い、その解説（執筆担当・芹田健太郎）において、本件は「島の領有権に関する国際判例」であり、「領土紛争の古典的ケース」としてしばしば引用され、これに続くのは、マンキエ・エクレオ事件、クリッパートン島事件の判決である、と指摘する。また、「本判例百選においては、ある一定の地域（島を含む）に対する主権主張が、先占や割譲のような権原ではなく、国家権能の平和的かつ継続的発現に基づく場合の一連の判決の中に位置づけられており」、その意味では、P C I Jの東部グリーンランド事件判決や、I C Jの西サハラ事件勧告的意見につながっている、と指摘する。さらに、「本仲裁判決は、マンキエ・エクレオ事件の解決の決め手になった実効的占有の有無についての審議に多大な影響を与えた。なお、本仲裁判決は竹島や尖閣諸島に関して大きな意味を持つている」とも指摘する（六五頁）。また、クリッパートン島事件を「先占」に関連するケースとして扱い、その解説（執筆担当・酒井啓巨）において、「本件は、国際法上の先占の問題を扱ったものとして、パルマス島事件、東部グリーンランド事件と並ぶ著名な事件である。一八世紀末以降における植民地領有の目的の変化を背景に、発見や領有の確信だけでは領域取得の権原として不十分であり、先占の要件、特に占有の実効性を強調することで一九世紀末に実効的占有原則が確立していく過程を後づける（ママ）判決内容となっている」、「本判決はさらに先占の成立に必要な条件として、領有意思の有効な表示と実効的占有の存在を挙げ、後者については名目的なものではなく現実の占有実行が必要であるとした。・・・本判決は、無人島であっても実効的占有を要するとしてスペインによる発見に依拠するメキシコの主張を退け、発見は未成熟の権原にすぎないとしたパルマス島事件判決を踏襲するとともに、『発見の法理に対する先占の法理の優越化』を表したものと評価することができる」と、論評し指摘する（七一頁）。

(3) 領域紛争の態様、とくにその先占との関連について、どのように捉えることができるであろうか。このことは、領域取得方式のひとつである先占や先占法理の歴史的展開や意義にかんして考えるうえでも重要なテーマであり、本稿における検討事項のひとつでもある。こうしたテーマや論点に関連して、ブラウンリーは、総論的な視点から、とくに領域紛争の処理手続、先占あるいは「実効的先占」(effective occupation) の概念と特性などに留意して、次のように論述している。すなわち、領域権原に関する紛争や明確な境界画定は、しばしば、国際裁判、交渉、仲介といった手続の主題

とされてきた。いずれの国家にも属さない地域(無主地)の取得の場合でさえ、こうしたことは現在では起りえないが、過去における先占との関連性や存在が、しばしば現存の紛争の争点となっている。法的には関連する出来事は数世紀前に生じていたことであった、という。I.Brownlie, op. cit., p.123.

また、彼は、「実効的先占」の概念や特性について、国際判例にも目配りしながら、大要、次のように論述する。国際法における実効的先占の概念は、私法における占有 (possession) と称されるタイプの法的関係を代表する。条約や判決に公式な権原の基礎を欠く場合や、制度のうえで権原の登録が無い場合には、占有が重要な役割をはたす。その概念は複雑で、諸事実に原則を適用するうえで多くの困難が生じる。さらに、重要なことは、国家活動とくに統治行為 (acts of administration) である。ここでいう「先占」(occupation) はローマ法上の *occupatio* から派生し、現実の定住や物理的所有の意味での先占を必ずしも意味しない。実効的先占は一般的に、無主地——例えば、火山島、以前の主権者により放棄された領域、社会的政治的組織を有する社会(共同体)により所有されない地域——に対する主権の拡大に関係する。無主地との関連性は、実効的先占と取得時効との区別における重要な点である。後者の場合には、ある国家の争われえない主権下にあった土地が競争者による主権行為に服させられることになる。取得時効の要件が充足されれば、実効的先占のパラダイム(理論枠組み、方法論)が主権の確立過程における重要な要素となる。実際には、実効的先占と時効とを区別することは容易でなく、パルマス島事件仲裁判決や東部グリーンランド事件判決において、そうしたカテゴリーを採用することはなされなかった。しかし、パルマス島事件、マンキエ・エクレオ事件において、二つの競争的主権者のいずれがより正当性をもつかという単純なことが、争点であった、と指摘する。さらに、実効的先占については、無主地の取得以外の関連要素をも考慮すべきであり、それらの要素は国家による占有や主権の発現の立証、要するにより正当な権利を有することの立証に関係する、と述べる。占有意思 (*animus occupandi*) の立証については、東部グリーンランド事件判決において、二つの要素、すなわち主権者として行為する意図と意思、その権能の現実的行使・表示がとりあげられた。前者の要件は占有意思ないし所有意思 (*animus possidendi*) とも称されるが、これらの概念は多くの問題を生じさせ、それらは主観的要件ないし主観的基準であって、非現実的あるいは「空虚な幻影」であるとして批判される。これに関連して、パルマス島事件仲裁判決、マンキエ・エクレオ事件判決では、国家活動の客観的事実、主権の発現が強調された、と指摘する。さらに、占有意思については、三つのことがらにかかわって、必要な機能を有

- する、と述べる。第一は、国家活動は主権の権原 (*a titre de souverain*) であるべきこと、第二は、その概念は、その活動が他国の同意によるか、あるいは他の者が正当な主権者として認められる場合には、当該国家活動は主権に成熟しないという、否定的な役割を有すること、第三は、活動全体の主要な性格は、主権の存在がほぼ確実に想定される場合のみ、説明可能とされること、を指摘する。Ibid., pp.133—135.
- (4) I.Brownlie, op. cit., pp.135—137.
 - (5) Ibid., p.135. 『ケースブック国際法〔新版〕』九九頁、『国際法判例百選』六四頁、『判例国際法』一一六頁、L.C.Green, *International Law Through the Cases*, 1959, p.349.
 - (6) RIAA, Vol.II, p.829. 判決内容については、前述の判例研究・紹介の関連部分のほか、L.C.Green, op. cit., pp.349—365. 芹田健太郎『島の領有と経済水域の境界画定』(有信堂、一九九九年)、二六二—二七五頁など参照。
 - (7) RIAA, Vol.II, p.1105. 芹田、前掲書、三二六—三三三頁、『国際法判例百選』七〇—七一頁。
 - (8) PCIJ, Ser.A/B, No.53, p.22. 『ケースブック国際法〔新版〕』二〇三—二〇五、『判例国際法』一一二—一一三、『国際法判例百選』六八—六九頁など参照。
 - (9) ICJ Reports 1953, p.47. 『ケースブック国際法〔新版〕』一〇六—一〇九、『判例国際法』一一三—一一四頁など参照。
 - (10) International Court of Justice, Press Release 2002/39 bis. <http://www.icj-cij.org/cjwww/ijpresscom/ijpre.../ijpresscom 2002-39 bis-ima-20021217.ht>

International Court of Justice, Year 2002, Case Concerning Sovereignty Over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), 2002 17 December General List No.102. なお、本件にかかわるフィリピンの訴訟参加に関する判決については、ICJ

Reports 2001, pp.579—581, paras.1—11. 国際司法裁判所判例研究会(項目執筆担当・浅田正彦)『国際法外交雑誌』一〇四卷一号(二〇〇五年九月)、八〇—一〇七頁参照。

- (11) I.Brownlie, op. cit., pp.135—137.
- (12) 山本、前掲書、二四六頁。これらのごとくからに関連して、山本教授は、さらに以下のようにも説明をする。まず、「一八世紀の半ば以来、無主地に対する領域権原の原始取得は、実効的先占 (effective occupation) によることになったが、

多くの国際判例でその詳細な要件が定められた」という。また、「完全な権原の取得」について、次のように論じる。「今

日では、発見だけでその後の現実の占有行為を伴わない場合には、無主地に対する領域主権の取得の権原とはみとめられない。もつとも、この点については、中世末から一九世紀にいたるまでの間で国際法規は著しく変化した、と解されている。・・・少なくとも一六世紀前半までに關する限り、発見に対して完全な領域権原の取得をみとめる立場がある。もつともこの立場のなかにも、無主地を単に発見または望見しただけでそれ以上の占有意思を示す行為がなくとも十分とするものと、さらに現地に上陸し立入調査してもそれだけでは不十分であり、国旗の掲揚とか標柱の設置など占有を示す象徴的行為を要するものがある。これらの立場に従えば、このような行為によって当然かつ即時に当該地域に対する有効な権原が確定したことになり、実効的占有など他の行為により補完されることを要しないのであって、征服・条約・遺棄による移転があるかまたは他国の継続的な占有が優越する場合を除けば、その後の競合する主張に有効に対抗できるものとされる。しかしこれらの立場によるにせよ、時際法理論の適用がある以上、現行国際法上は、その後もこの種の領域権原が有効に存続したものと、みとめることはできない。一九世紀以来、無主地が希少になった事実にかんがみ、国際法規も実効的先占を領域権原取得の要件とするようになり、発見だけを理由に一国が排他的な影響を行使できるようにその地域を留保しておくことは、ゆるされなくなったからである」と論じる。山本、前掲書、二四二、二四五―二四六頁。

(13) 時際法の概念については、例えば、次のように説明される。「国際法においては、・・・年月の経過の間に法規内容が変わり、法の変化前に生じていた行為ないし事実について、それが新旧いずれの法によって支配されるべきかが問題となることが多い。このような法の時間的抵触を解決するための規則を時際法という。・・・領域の取得については取得したと主張する当時に有効であった国際法を基礎として現在の領域主権を評価するのであって、現行法規の適用的な適用は原則として認められない。新法の適用的適用を認めることによって、すでに成立している権利を否定することは法的安定を害するとされるからである。一九二八年のパルマス島事件判決において、・・・時際法に新しい考え方を導入した。領土主権のような長期にわたる継続的な法的関係の価値を判断するにあたっては変化する条件を無視することはできないので、権利を創設する行為（たとえば無主地の発見）を、権利が発生した時に有効であった法に服させるという原則は、同時に、権利の存続、権利の継続的表示の法（領域の実効的占有）の発展によって要求されるようになった条件に従うべきであると判示した。領域主権も、領域取得後の継続的占有を必要とするという法の変化によって、占

有が欠ければその効力を否定されるというのである。この考え方は、現在の時点で領域紛争を解決するうえで一定の有効性をもつ。」国際法学会編（項目執筆担当・東寿太郎）『国際関係法辞典』、三七九頁。

決定的期日（クリティカル・デート）の概念については、例えば、次のように説明される。「紛争当事国間に存在する法的状態を決定する事実関係の基準となる期日のことをいい、・・・争われている権利義務関係はこの期日において凍結されたものとして扱われ、その後が生じた事実が証拠力を否定され、その影響を受けない。こうした期日を設定することが特に要請されるのは、すでに消滅した法的状態に基づいて紛争の解決が行なわれることを排除しなければならぬこと、また、とりわけ紛争の発生後に当事者によって作り出された自己に有利な事実を考慮の外に置くことが必要であることによる。そのため、観念的には決定的期日の設定はすべての紛争において問題となりうるものの、必ずしもすべての場合に明示的に特定の期日を選定する必要があるとは限らず、たとえば領域紛争など、歴史的事実や紛争発生後の実力による支配が援用される際に、特に重要な意味をもつものといえよう。・・・領域紛争に關する国際裁判の先例では、領域に対する主張が競合するようになった時点ならびに領域紛争が具体化した時点が主として考慮されている。・・・パルマス島事件では、当該地域が従来当該第三国に帰属し有効な割譲の対象であったかどうかが問題とされ、割譲の時点が決定的期日とされた。また、先占による取得が主張された地域の帰属が争われた東部グリーンランド事件では、当該地域が有効な先占の対象となりうる無主地であったかどうかという観点から、先占宣言の時点が決定的期日とされた。・・・さらに、マンキエ・エクレオ事件のように、紛争当事国双方の主張が長期にわたり相互に競合する支配や権限行使に基づく場合に、特に決定的期日を定めなかった例もみられる。もつとも、この場合でも主権をめぐる紛争が発生した時点以後の行為に關しては独自の権原取得事実とは認められない。」国際法学会編（項目執筆担当・高田映）、前掲書、一九一―一九二頁。

五 結びにかえて

この小稿でとりあげ、考察の対象としてきたことは、「はじめに」で述べたように、領域取得方式としての先占、

この先占の法理と意義について検討することであった。それは、とくに先占の法理に関連して、その内在的な基本要素のひとつをなす「実効性」原則や実効的占有ないし実効的支配といった概念を念頭において、これらについてアプローチし検討するということにあつた。こうした作業課題の設定とそのための作業過程は、当初の方針においても、結果的にも、先達の思考や考察あるいは研究成果に多くを学ぶことに終始し、ある意味で、それは、筆者自身にとつてのひとつの「メモランダム」としての域を越えるものではなかつた。とはいえ、ここで学びえた多くのことは、先占の法理や「実効性」原則の意義や機能を国際法史の展開過程のなかでどのように位置づけ、どのように捉え評価しうるかという観点から再度アプローチせんとするとき、多くの有益な示唆を提供してくれる。それはとくに、そうした先占の法理や「実効性」原則の今日的な位相や意義について、そうした法理や原則の歴史的な生成発展過程を辿りつつ、再考し再確認するうえで、特別な意義を有すると思われる。

国家の領域主権は、それぞれの国家にとって最も枢要かつ根源的な権利であると観念されてきたが、それは国際法においても最も基本的なテーマであつたし、そのことは現在においても変わらない。それは領域紛争の発生、原因、処理方法などをめぐる一連の関連する論点にかんがみても、現実にはその重要性（重大性）がいつそう顕著な様相をともなつてあらわれることによって、例示されよう。その重要性は、それぞれの関係国のみならず、国際社会全体にとつても、大きな意味と影響力を有する。

具体的な領域紛争の処理に際して、その紛争の根源的な原因が領域主権に対する権原をめぐる争いである場合に、とくにそれが領域の原始的取得たる発見にもとづく「未成熟の権原」からスタートし、実効的占有や「実効性」の原則にかかわる論点としてクローズアップし、それらの原則や実効的先占について紛争当事国のいずれが十分に立証しうるか、あるいは、「継続的かつ平和的な国家権能の発現」による「確定的権原」ないし「終局的権原」について紛

争当事国のいずれが十分に立証しうるかが、具体的な紛争処理の結果を導くうえでの最大の論点となりうる。そうした類の領域紛争の多くは、すでにみてきたように、紛争原因を過去のできごとに起源を有し、発見や先占、あるいは「実効性」にかかわる論点に直接・間接に関連する。それは、わが国が一方の当事国としてかわる未解決の領域紛争についても、例えば、「竹島紛争」についてあてはまることからもある。¹⁾

こうした類の紛争の処理にあたっては、紛争の発生、原因、性格などを含め、紛争の内実を法的観点から客観的に分析検討するとともに、それを基礎として、さらに、紛争当事国間の観点からだけでなく、より広い対世的な観点からも、国際社会の秩序や利益に抵触せず、むしろそれらに合致するように、具体的な紛争処理をはかる方策を追及することに留意すべきである。

(1) 「竹島紛争」については、より一般的には「竹島問題」としてとりあげられ、論じられることが多い。国際法上の一定の基準や要件にもとづき、国際紛争の定義や概念を意識してアプローチするとき、「竹島問題」は、国際法を論拠として争われている紛争であり、国際法を適用して解決することが可能な日韓両国間の領有権をめぐる「竹島紛争」としてとらえることができる。これらの問題あるいは紛争については、先占の法理との関連において、あるいは「実効性」原則との関連において、種々にアプローチし、考察することが可能である。そうした考察や研究として、例えば、太寿堂教授は、一九六一年の時点で、「目下懸案中の竹島の帰属問題は、先占を根拠として争われているものであるが、独立したテーマとして追求すべき問題である」と指摘し、その後、これに関連して、「竹島問題」としてとりあげ、「竹島の帰属をめぐる日韓両国の論争を国際法の見地からみると、争点は三つにしぼられる。第一は両国の主張する歴史的根拠の有効性、第二は一九〇五年の日本政府による領土編入措置の効力、第三は第二次大戦中のカイロ宣言から対日平和条約に及ぶ一連の措置である。・・・本件解決のきめ手となるのは、信憑性が疑われる歴史的事実に基づく根拠ではなくて、実効的占有の有無であろう」と論じる。太寿堂鼎、前掲論文「先占に関するわが国の先例」、一六一頁、同「竹

島問題」『ケースブック国際法〔新版〕』、一九八七年、一一二頁。太寿堂教授には、ほかに、「竹島紛争」にかかわる歴史的事実や国際法の観点からの詳細な分析検討にもとづく考察として、「竹島紛争」国際法外交雑誌六四卷四・五号、一九六六(昭和四二)年、一〇五一―一三六、これの英文論文、“The Dispute between Japan and Korea respecting Sovereignty over Takeshima”, *The Japanese Annual of International Law*, No.12, 1968, pp.1—17.” などがあ⁹⁸。

このほか、皆川教授は、次のように論じる。「竹島紛争は、(日韓両国の間で) 双方がこの小島を長期間領有してきたという相反する主張によって構成されており、・・・問題の解決は、根本的に、それぞれの相競う主張の主張を、どちらの当事者がいつそう確信的な証拠をもつて支持しうるかの決定にかかるとみななければならぬであろう。・・・竹島紛争の実体について考察をすすめるにあたり、まず解決の規準として適用されるべき国際法を明らかにしておく必要がある。なによりも第一に指摘しておかなければならないのは、一九世紀以降通用してきた領土に関する国際法は、一定地域に対し、主権者として行動する意思だけではなく、主権の現実的・具体的な発現を、その正当な主張のために要求していることである」と指摘する。そして、さらに、竹島に対する日本の原始的タイトルは、一九〇五年の実効的占有 effective possession という実体国際法の要求する権原に代替されたのである、すなわち、「日本はすでに一七世紀はじめ竹島を発見し、それを現実的専用の対象とすることによって原始的権原を有していたのであり、それは、一九〇五年同島の正式な領土編入により確定的権原に代替された」と論じる。そして、結論的に、「竹島問題は、・・・法律的紛争であり、しかも領土主権に関する紛争である。エッセンシャルな争点は、竹島に対する領土主権が日本に属するか、それとも韓国に属するかにある」と指摘し、これにかかわって、日本政府は、一九五四年九月二十五日の口上書において、この紛争を国際司法裁判所(ICJ)に付託することを提案したが、韓国政府はこれを拒否したことに言及し、「この拒否の動機は一体どこにあるか」と問う。皆川洸、前掲論文、三五二、三五五、三六六―三六七、三六八―三七〇頁。

このほか、竹島問題あるいは竹島紛争については、横川新「竹島」、国際法事例研究会編『領土』慶応通信、一九九〇(平成二)年、一六五―一八三頁、芹田健太郎、前掲書、二二五―二九九頁、また、近年の論考としては、多少ジャーナリスティックであるが、領土問題等特集した『中央公論』二〇〇四年一〇月号所収の、芹田「政治は国民と領土を守ることを忘れていないか」九二―一〇一頁、塚本孝「竹島領有権紛争」が問う日本の姿勢」一一二―一九頁、などがある。