

# 竹島の帰属に関する一考察

中 野 徹 也

## 目 次

1. はじめに
2. 李承晩ライン宣言以降の主な動き
3. 国際法上の論点
  - (1) 紛争の性格
  - (2) 決定的期日
  - (3) 権原喪失および移転の可能性
4. おわりに

## 1. はじめに

日本が「歴史的事実にも照らしても国際法上も明らかに日本固有の領土である」<sup>1)</sup>と主張している竹島が、韓国に占拠されてから半世紀以上経過している。この間、日本は、「韓国による竹島の占拠は、国際法上何ら根拠がないまま行われている不法占拠であり、韓国がこのような不法占拠に基づいて竹島に対して行ういかなる措置も法的な正当性を有するものではない」として、再三再四文書または口頭により抗議を行っているが、打開のめどは立っていない<sup>2)</sup>。

こうした状況のなかで、国際法の観点から、日本の対応を疑問視する見解も示されている。すなわち、「日本の抗議は、ペーパー・プロテストに終わってはいないであろうか。……外交的抗議のみでは、不法占有に基づく権原の取得を阻止するには不十分である。……消極的態度を持するとすれば第三者からは

---

1) 外務省『外交青書2010』, 29頁, at [http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/bluebook/2010/pdf/pdfs/2\\_1.pdf](http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/bluebook/2010/pdf/pdfs/2_1.pdf).

2) 外務省『竹島 竹島問題を理解するための10のポイント』(以下、「10のポイント」として引用), 13頁, at [http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/takeshima/pdfs/pmp\\_10issues.pdf](http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/takeshima/pdfs/pmp_10issues.pdf).

日本が韓国の竹島領有を黙認したと受け取られることになるであろう」と<sup>3)</sup>。同様の見解はすでに1960年代なかばにも示されており、そこでは、黙認と受けとられなかったとしても、「ただ単純に抗議をくり返すだけでは、イギリスによるフォークランド島の実力占拠が、アルゼンチンの執拗な抗議にもかかわらず、時間の経過により結局世界から公認されてしまったように、竹島についても、『違法行為から権利が生じる』という事態を招かないとも限らない。そうした結果を避けるためには、日本政府は可能な限りあらゆる手段を講じてこれを阻止しなければならない」と指摘されていた<sup>4)</sup>。これらとともに、仮に日本政府の主張するように、竹島が「日本固有の領土」であるとしても、韓国による占拠が長期化すれば、日本政府の対応如何によっては、韓国が領域権原を取得する可能性を示唆している。日本政府は、黙認と受け取られる可能性を否定しているが<sup>5)</sup>、後述のように、この間基本的に日本の対応は変わっておらず、それゆえに36年の時を経て、同様の懸念が示されているとすれば、それが現実のものとなる可能性は高まっているといえよう。

はたして、抗議のみでは、韓国による竹島領有を日本は黙認したとみなされる、あるいは世界からそれが公認されてしまうことになるのだろうか。本稿は、このような問題意識に基づき、竹島の帰属をめぐる戦後の動向を考察することを目的とする。

なお、対日平和条約までの動向については、詳細な研究がすでにある<sup>6)</sup>。それゆえ、本稿は、対日平和条約締結以後、具体的には1952年の李承晩ライン宣言以降の動向に焦点をあてることにする。

3) 芹田健太郎『日本の領土』（中公叢書、2002年）、238-239頁。

4) 太壽堂鼎「竹島紛争」『領土帰属の国際法』（東信堂、1998年（初出、1966年））、153頁。

5) 国際法事例研究会『領土』（慶應通信、1990年）、183頁。

6) 塚本孝「サンフランシスコ条約と竹島」『レファレンス』389（1983.6）、51-63頁、同「平和条約と竹島（再論）」同518（1994.3）、31-56頁。

## 2. 李承晩ライン宣言以降の主な動き

1951年、巡視に赴いた海上保安庁の巡視船が韓国艦艇により銃撃を受けるといふ事件を経て<sup>7)</sup>、翌年1月18日、韓国による「海洋主権宣言」、いわゆる李承晩ライン宣言が公表された<sup>8)</sup>。この宣言に基づき設定された李承晩ラインの中に竹島が取り込まれていたことから、同月28日、日本政府が次のような抗議の口上書<sup>9)</sup>を送達し、ここに竹島の領有権をめぐる紛争が顕在化した。

「李大統領の宣言は公海自由の原則および公海における水産資源の保護開発についての国際協力の原則に反するものであり、日本政府としてはこの宣言に従うことはできない。また韓国は右の宣言で竹島として知られている日本海の小島に対する領土権を主張しているようかのように見えるが、日本政府は韓国のかかる僭称または要求を認めるものではない」<sup>10)</sup>。

これに対して、韓国は、連合国総司令部覚書（SCAPIN）677号により、竹

7) 参議院商工委員会昭和53年5月30日中江要介政府委員答弁。

8) 李承晩ライン宣言は、概要、次のようなものだった。

「1. 大韓民国政府は、国家の領土である韓半島と島嶼の海岸線に隣接する大陸棚に、その深度のいかんを問わず国家の利益のために、それら大陸棚の上部、表面及び地下において既知の若しくは、将来発見されるであろうすべての鉱物と水産の天然資源を保護し、保全し、利用するために国家の主権を留保しかつ行使する

2. ……特に水産漁撈業については涸渇しやすいこの種の天然資源が、韓国民の不利益をもたらすように開発され尽くされたり、国家の損害となるように減少又は破壊されたりすることを防ぐために、これを政府の監督下におく。

3. 大韓民国政府は、ここに下記の如く境界線を宣言し保持する」。

広部和也・田中忠「資料 日韓会談一四年の軌跡」『法律時報』第37巻第10号、45頁。

9) 法律上の定義があるわけではないが、外交実務上、口上書とは、外交事務を処理する外交文書であって、外交機関、すなわち外務省や大使館などの間で交換される文書をいうとされる。外交文書なので、それを発出する国の見解を正確に述べた文書という意味を持つ。口上書は、外交事務の日常の処理（たとえば、館員の着任といったようないわば事務的な問題）から、非常に重要な政治的な見解の表明まで、広範な目的のために用いられている。衆議院外務委員会昭和52年4月20日村田（良）政府委員答弁。

10) 広部・田中「前掲資料」（注8）、国際法事例研究会『前掲書』（注5）、173頁。

島は日本の領有から明白に除外されており、このことは同島に対する韓国の要求に同意し、これを確認するものであると反論した<sup>11)</sup>。

翌年7月12日、現地調査を行なうために派遣されていた海上保安庁の巡視船が、竹島において武装警察官を含む韓国人を発見したため、同島からの退去を要請したところ、韓国側から発砲されるという「竹島の韓国官憲発砲事件」が発生した<sup>12)</sup>。日本は再度これに抗議、その翌日「竹島が日本の領土であることは歴史的事実はもとより国際法上からみても何ら疑問の余地がない」とする外務省見解を発表した<sup>13)</sup>。

同年末、韓国は漁業資源保護法を制定し、同法にもとづき公海上で日本漁船を拿捕しはじめた。そして翌年6月、日本政府による度重なる抗議にもかかわらず、韓国は竹島に沿岸警備隊を駐留させ、占拠を開始した。7月には灯台を設置、8月には灯台設置を関係国政府に通告するなど、竹島占拠を正当化させるため、矢継ぎ早に権力行使を行なった。ここにいたって、交渉による解決がきわめて難しくなると判断した日本政府は、韓国に対し、本件は「国際法の基本原則に触れる領土権の紛争であるので、唯一の公正な解決方法は本件紛争

11) 同上、174頁。これに対して、日本政府は、SCAPIN 677号は、日本政府が竹島に対して、政治上または行政上の権限の行使を停止するよう命じたにとどまり、同島の帰属とは無関係であると反駁した。同上。この覚書を含め、対日平和条約までに連合国がとった一連の措置に対する解釈をめぐって、日韓の学者間に存在する意見の対立については、河鍊洙「『竹島紛争』再考——領域権原をめぐる国際法の観点から——」龍谷法学32巻2号、251-252頁。

12) 国際法事例研究会『前掲書』(注5)、175頁。

13) 同上、広部・田中「前掲資料」(注8)、47頁。外務省見解は、①現在の竹島はかつて松島の名によって、日本に知られ、その版図の一部と考えられていたことは文献等から明らかであること、②日本政府は、明治38年(1905年)2月23日付島根県告示第40号をもって同島を島根県所属隠岐島司の所管に編入して以来、第2次大戦発生直前まで日本国民により有効に経営が行なわれ、その間諸外国から同島が日本に帰属することについて異議が提起されたことはなかったこと、および③対日平和条約は日韓併合前に日本領であった領土を朝鮮に割譲するとの意味を含んでいないこと、を竹島が日本領であることの根拠としてあげていた。これに対する韓国の反論、さらにそれに対する日本の再反論については、国際法事例研究会『前掲書』(注5)、175-176頁。

を国際裁判に付託し判決を得ることにあると認められる」とし、本件紛争を国際司法裁判所（以下、ICJ）に付託することを提案した<sup>14)</sup>。

しかし、韓国は、「独島（竹島）は太古の時代から韓国の領土であって、また現在においても韓国の領土である。……日本政府の提案は司法的な装いのもとで虚偽の主張をしようとするもの」であり、独島に対して韓国が当初から領有権を持っている以上、その確認を ICJ に求める必要はないとして、日本の提案を拒否した<sup>15)</sup>。その後、1962年3月の日韓外相会談の際にも、小坂善太郎外務大臣より崔徳新韓国外務部長官（肩書はいずれも当時）に対し、同様の提案をしたが、韓国は受けいれなかった<sup>16)</sup>。

こうして、韓国に占拠されたままの状態では、おそらく一つの節目となったのではないかと思われる出来事が起こる。日韓基本条約の締結である。

周知のように、日本政府は、竹島問題を基本条約に規定して解決しようとし、この問題を解決しないままで日韓交渉を妥結することはありえないという立場をとったが、韓国側は、従来の立場を堅持し、この島が韓国固有の領土であり、日韓会談懸案のひとつとして取り扱うことはできないという立場をとった<sup>17)</sup>。そして、全般的な交渉がいよいよ煮詰まってくると、「日韓関係の将来に関する大局的見地」から、日本政府の方針は急速に後退した<sup>18)</sup>。解決の方式として

14) 同上、178頁、広部・田中「前掲資料」(注8)、49頁。

15) 国際法事例研究会『前掲書』(注5)、178頁。

16) 外務省『10のポイント』(注2)、14頁。

17) 祖川武夫「日韓諸協定の法的フォーミュレーションの検討」『前掲書』(注8)、6頁。なお、5月に、アメリカを訪問した朴韓国大統領（当時）が、ラスク国務長官（当時）と会談した折に、同長官から「日韓が共同で管理する灯台を設置し、帰属をあいまいにしてはどうか」との提案を受けたが、「うまくいかないだろう」と語り、竹島の「爆破」を口にしたとされる。芹田健太郎「竹島を『消す』ことが唯一の解決法だ」中央公論2006年11月号、271頁。

18) この方針転換の経緯について、当時の佐藤総理大臣は、国会で次のように答弁していた。「一括解決するという、日韓間の諸問題一括解決、こういうことで臨んだのでございます。そういう意味から申せば、竹島問題も最終的な解決がされる、かように一部で期待されたことだと思います。その意味で、その期待に反したということはまことに残念だ、申しわけない……。しかし、今日まで最終的な解決は見ませんでした。この竹島問題が平和的な方法で解決するその方向がきまった、そ

は、裁判ではなく調停になり、そして、最後には、基本条約と同時に採択された紛争解決に関する交換公文の適用対象として竹島の名が明記されないままに終わった<sup>19)</sup>。

かくして紛争解決に関する交換公文は、次のように規定している。「両国政府は、別段の合意がある場合を除くほか、両国間の紛争は、まず、外交上の経路を通じて解決するものとし、これにより解決することができなかった場合は、両国政府が合意する手続に従い、調停によって解決を図るものとする」。日本政府は、双方が固有の領有権を主張している以上、両国間には「紛争」が存在し、韓国がこれは「紛争」ではないと言っても、当事者の一方の主張により「紛争」の存否が決まるわけではない、とする<sup>20)</sup>。そのうえで、日韓双方が何度も抗議しあっているような紛争は、竹島問題以外にはなく、それを交換公文にいう「紛争」から除外するとはどこにも書いていないのだから、「紛争」には竹島問題が含まれる、と主張している<sup>21)</sup>。他方、伝えられるところによれば、韓国政府は、同国の国会で、「独島はわが国の厳然たる領土であり、領有権を論争する余地がありません。……政府は、独島がわが国の領土であるから、国交正常化ができないことがあっても、日本の主張を受け入れることができない

---

ゝれて御了承をいただくということなのでございます……私は、この竹島の問題は、……平和的方法で解決するめどがついたということで、そうして、日韓間の国交が正常化する、そのほうに重点を置いて今回この条約の調印をしたということ、これが政府の考え方であります。私は、全体を見ました際に、大局的見地に立つと、ただいま申し上げるように、竹島問題を放棄したわけではない、しかし、これが平和的解決方法はちゃんとその方向がきまったというその状態で、ただいま申し上げるように、日韓間の条約を調印したわけであります」。衆議院日本国と大韓民国との間の条約及び協定等に関する特別委員会昭和40年10月27日。

19) 太寿堂「前掲論文」(注4), 125-126頁。

20) 衆議院日本国と大韓民国との間の条約及び協定等に関する特別委員会昭和40年10月27日佐藤内閣総理大臣答弁。この点は、国際司法裁判所における「平和諸条約の解釈」に関する勧告的意見でも確認されている。*Interprétation des traités de paix, Avis consultatif: C.I.J. Recueil 1950*, p. 74. 坂元茂樹「海洋境界画定と領土紛争」村瀬信也・江藤淳一編『海洋境界画定の国際法』(東信堂, 2008年), 57-58頁。

21) 衆議院日本国と大韓民国との間の条約及び協定等に関する特別委員会昭和40年10月27日椎名国務大臣答弁。

だけでなく、この問題で日本と論議する余地がないことを明らかにし、われわれの立場を最終的に貫徹させました」と述べたとされる<sup>22)</sup>。さらに、「……紛争解決のためのノート交換があるのだけはこれは事実です。……これには独島問題が包含されていないということを、椎名外相、また日本の佐藤首相が了解しました」とも<sup>23)</sup>。名指しされた椎名外相と佐藤首相はともに、このような了解があったことを否定しているが<sup>24)</sup>、いずれにせよ、両国間に竹島の帰属をめぐる「紛争」が存在することについて「合意」しなければ、交換公文に規定されている手続を利用することはできないのである。当時、合意が得られる見込みについて、担当大臣は楽観的な答弁をしていたが<sup>25)</sup>、合意がなければ利用できない「交換公文の実効性は、日本政府の忍耐強い説得と、韓国政府の誠意という、不安定な条件にかかっている」と考えられ、国会答弁ということ割り引いても、甘い予測であったと言わざるを得ない。実際、他方では、「憚らずにいえば、実際問題として竹島をわが国の手にとりもどす見込みはほとんどなくなった」という悲観的な見解も示されていた<sup>26)</sup>。こちらの予測が的中しているとまでは言えない状況ではあるが、こと竹島の問題に限って言えば、「日本側の一方的譲渡に終わった感」<sup>27)</sup>は否めない<sup>28)</sup>。

22) 太寿堂「前掲論文」(注4), 126頁。

23) 衆議院日本国と大韓民国との間の条約及び協定等に関する特別委員会昭和40年10月27日松本委員発言。

24) 同上佐藤内閣総理大臣および椎名国務大臣答弁。

25) 「……いかなる調停にも服しないというようなことは絶対できない。それならなぜこういう交換公文を取りかわしたかということになるのです。でありますから、いかなる調停にも服しないということは、これは国際信義の上から通らない理屈でございます。調停の具体的な方法に異議があるというならそれはわかる。わかるけれども、どんな調停にも服しないということは、これはもう国際条約の上からまことに不信義きわまることでございます。まさかそういうことは韓国としては考えていないと思うのであります」。同上椎名国務大臣答弁。

26) 皆川洗「竹島紛争とその解決手続」『前掲書』(注8), 38頁。

27) 太寿堂「前掲論文」(注4), 126頁。交渉の過程で、日本政府アジア局長が「無価値な島で大きさも日比谷公園程度。爆破でもしてしまえば問題がない」と発言するなど、そもそもこの問題に対処する両国政府の意気込みがちがっていたことが、こうした結果を招いたと考えられる。同上。アジア局長の発言については、芹

その後の両国の主な動きは表の通り。なお、記載の事項は、国会会議録で確認できた範囲のものであり、網羅的でないことをお断りしておく。

	韓 国	日 本
1966年	軍艦が共同規制水域で日本漁船を連行 <sup>29)</sup>	
1968年		海上保安庁、竹島に対する通常警備をやめ、年一回、周辺の調査だけに変更 <sup>30)</sup>
1971年		韓国による竹島の不法占拠という事実に対して、即時撤退を求める口上書を発出、交換公文に基づくところの外交経路による話し合いを要請 <sup>31)</sup>
1973年		韓国の竹島不法占拠に対し抗議、即時撤退を求める口上書を発出（10月26日） <sup>32)</sup>
	口上書をもって、「独島は韓国領土」と主張（12月11日） <sup>33)</sup>	
1978年		園田外務大臣（当時）、衆議院内閣委員会で、竹島問題を日韓閣僚会議の議題とすると答弁（3月2日） <sup>34)</sup>
	韓国外務省、この発言に対し、「常識外れの主張である」と反論（3月3日） <sup>35)</sup>	
1981年	ヘリポート建設 <sup>36)</sup>	
1996年		竹島付近での韓国軍の演習に抗議 <sup>37)</sup>

＼田「前掲論文」（注17）。

28) なお、紛争のそもそもの発端である李承晩ライン宣言については、同宣言によって設定されたライン自体を法的に否認するのではなく、「韓国沿岸に12カイリの漁業水域を認めること、12カイリの外に一定範囲の共同規制水域を設けて両国の操業を規制すること、および、その外側に共同資源調査水域を認めることによって、全体の範囲を李ラインとほぼ同じくするかたちで解決された」。高林秀雄「漁業協定の問題点」『前掲書』（注8）、16-17頁。また、祖川「前掲論文」（注17）、8-9頁

29) 参議院商工委員会16号昭和53年5月25日稚山篤発言。

30) 参議院商工委員会17号昭和53年5月30日安武洋子発言。

31) 衆議院内閣委員会6号昭和46年3月10日愛知国務大臣答弁。

32) 参議院予算委員会12号昭和48年3月27日大平国務大臣答弁。

33) 同上。

34) 衆議院内閣委員会7号昭和53年3月2日園田国務大臣答弁。

35) 衆議院外務委員会21号昭和53年5月26日土井委員発言。

36) 衆議院予算委員会第五分科会2号昭和60年3月8日吉井分科員発言。

37) 衆議院予算委員会19号平成08年2月27日池田国務大臣答弁。



## 竹島の帰属に関する一考察

1997年	500トン級船舶が利用できる接岸施設を完工 (11月) <sup>38)</sup>	
1998年	有人灯台を完工 (12月) <sup>39)</sup>	
2002年	独島切手発行 (8月) <sup>40)</sup>	
2004年		竹島に韓国の一般住民1世帯3名が居住しているほか、警備隊員38名が常駐されていることを確認 (1月) <sup>41)</sup>
	独島切手発行 (1月16日) <sup>42)</sup>	2002年の切手発行とあわせて、外務大臣から在京韓国大使に対し、また、韓国においては、在韓日本大使から外交通商長官代行に対して嚴重抗議を行う。同時に、万国郵便連合事務局を通じて、2002年8月および2004年1月発行の切手は、万国郵便連合憲章前文及び諸決定の精神に反することを同連合全加盟国に対して回章の形で訴えるという措置をとる (1月16日) <sup>43)</sup> 。
2005年		島根県、「竹島の日」条例可決 (3月16日)
	竹島への一般観光客の入島を許可 (3月24日) <sup>44)</sup>	佐々江アジア大洋州局長 (当時)、在京韓国大使館公使に対し、竹島への一般観光客の入島を許可したことに対して強く抗議 <sup>45)</sup>
2006年	2010年までの5年間で約41億円を投入することを含み竹島の持続可能な利用のための基本計画を発表 (5月4日) <sup>46)</sup>	「遺憾の意」を表明 <sup>47)</sup>
	統一地方選挙のための投票所を開設 (5月25日) <sup>48)</sup>	投票所の開設計画に抗議 (23日) <sup>49)</sup>

38) 参議院本会議 4号平成09年11月7日小淵国務大臣答弁。

39) 衆議院安全保障委員会 5号平成16年3月25日石破国務大臣答弁。

40) 衆議院予算委員会 7号平成16年2月10日藪中政府参考人答弁。

41) 衆議院安全保障委員会 5号平成16年3月25日石破国務大臣答弁。

42) 衆議院予算委員会 7号平成16年2月10日藪中政府参考人答弁。

43) 衆議院予算委員会11号平成16年2月17日川口国務大臣答弁。

44) 衆議院外務委員会 4号平成17年3月30日逢沢副大臣答弁。

45) 同上。

46) 衆議院外務委員会13号平成18年5月10日伊藤大臣政務官答弁。

47) 同上。

48) 衆議院外務委員会18号平成18年5月31日麻生国務大臣答弁。

49) 同上。

2010年	ヘリポート改修，海洋科学基地を竹島の沖合1キロの地点に建設予定（9月着工予定） <sup>50)</sup>	ヘリポート改修について，衆院外務委員会で，武正外務副大臣（当時）が，「報道については承知している。韓国政府に対しては，累次の機会に竹島の領有権に関する我が国の立場を申し入れてきている」と答弁（3月26日） <sup>51)</sup>
-------	--------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

このように，韓国側は，着々と既成事実を積み重ねている。もちろん，これに対して，日本は傍観していたわけではない。「新しい憲法のもとで，日本はあらゆる紛争を平和的に解決することを宣言し，その後国連にも入り，あらゆる紛争は平和的に解決することを約束したので，相手が不法占拠を行い，既成事実を積み重ねている場合でも，それを力で解決するという道」を選ばず，「話し合いによって解決するという道をあくまでも追求する」<sup>52)</sup> という基本方針に沿って，「将来，恐らく国際司法裁判所なり調停なり，いわゆる紛争解決に関する交換公文に基づいて本件が最終的な解決に具体的に乗り出したときに，わが方の立場が国際法的に見て不利にならない」ように，種々の措置をとってきた<sup>53)</sup>。

50) 衆議院外務委員会 8号平成22年 3月26日新藤委員発言。

51) 同上。

52) 衆議院外務委員会19号昭和53年 5月10日中江要介政府委員答弁。すでに海上保安庁の巡視船が韓国艦艇により銃撃を受けるという事件があった昭和28年（1951年）にも，次のような答弁がなされている。「……元来，憲法にも国際紛争解決の手段としては武力を用いないということになっておりますので，我々としても飽くまでも忍耐強く我が方の正当な主張を納得させて，平和的に本問題を解決するつもりでおります」。参議院本会議22号昭和28年 7月15日国務大臣岡崎勝男答弁。「ただ日本として慎まなければならないことは，この領土権の紛争……を解決するために武力を行使するということは，憲法第9条で，国際紛争の解決のために武力を行使しないということを規定しておりますので，警察権の取締り，すなわち不法入国者取締りという面で強制的措置に出ることは許されるものでありますが，竹島問題全体の国際紛争を解決するために武力を用いるということは，これは憲法が禁じておることとございます。そこで先ほど申しましたように，国際的紛争の解決手段としては，あくまでも平和的な手段によるべきであると存するのであります」。衆議院水産委員会19号昭和28年 7月28日下田政府委員答弁。

53) 参議院外務委員会 5号昭和52年11月 1日中江要介政府委員答弁。

交換公文は、「両国政府は、別段の合意がある場合を除くほか、両国間の紛争は、まず、外交上の経路を通じて解決するものとし、これにより解決することができなかつた場合は、両国政府が合意する手続に従い、調停によって解決を図るものとする。」と規定している。しかし、「別段の合意」は現在までのところなく、「別段の合意」がない場合の手段として規定されている調停も、どの国あるいはどういう第3者を調停者にするかということについて、話し合いによって決めていかなければできないことであって、いままで機会あるごとに日本側としては早く解決をしたいということで申し入れているとのことであるが、韓国側は応じていない<sup>54)</sup>。したがって、もっぱら「外交上の経路を通じて」の解決を追求しているところである<sup>55)</sup>。

主たる措置は、文書および口頭による抗議である。文書による場合は、口上書の発出という形態をとることが常であって、一番最初は1952年1月28日に出されたもので、1960年までの9年間に24回送達している<sup>56)</sup>。以後、2004年1月16日の時点で79回出している<sup>57)</sup>。加えて、口頭による抗議を随時行っている。

上述のように、ICJへの付託提案については、これまで2回行っている。付託合意が成立すれば、それは交換公文上の「別段の合意がある場合」にあたりとされる<sup>58)</sup>。

---

54) 同上。

55) 「私どもの主張を口上書によってその都度韓国に伝えまして、できるだけ早い機会に外交上の解決を図りたいと考えておりますけれども、もしそれが最終的に不可能であるというようなことになれば、交換公文にごぞいますような仲裁調停という手続に頼らざるを得ないかもしれませぬ。しかし、やはり外交上の努力で解決をいたしたいと考えます」。衆議院予算委員会15号昭和50年2月18日宮澤国務大臣答弁。

56) 国際法事例研究会『前掲書』(注5), 177頁。

57) 衆議院安全保障委員会4号平成17年3月25日西宮政府参考人答弁。

58) 「……あの交換公文にごぞいますように、別段の合意があればそれによると。日本は、この問題は国際司法裁判所の判定を求めるにふさわしい法律的な問題であるということで一貫しておりますけれども、韓国はそれに応じない。韓国を国際司法裁判所の法廷に権力をもって出廷させるという手だてがいまのところはないわけでごぞいますので、この方法はなかなか実現がむずかしい」。参議院外務委員会-5号昭和52年11月1日中江要介政府委員答弁。

この点に関連して、一方的提訴を検討してみてもどうか、という提案が国会でなされたことがある<sup>59)</sup>。これに対して、「もちろん可能ではございましょうけれども、その場合におきましても、あくまで相手国である韓国が紛争当事者としてこれに事後に同意するという手続が必要なわけございまして、その同意がない限りにおきましては国際司法裁判所の管轄権は及ばない」とし、消極的な見解を示していた<sup>60)</sup>。推測の域を出ないが、こうした姿勢の背景には、「一方的提訴は、相手国が裁判による平和的解決を回避する国であることを世界に知らしめようとするもので、裁判所の政治的利用として必ずしも好ましいものではない」ので、「政治的には一方的付託はしてはならない」との考えがあるのかもしれない<sup>61)</sup>。

つぎに、「国連安全保障理事会に紛争を付託することは考えないのか」<sup>62)</sup>、という質問に対しては、国際司法裁判所への付託と同様、「最後の手段としてそういう方法を考えなければならないということは考えておりますけれども、タイミング、もう少し情勢の進み方を見てということで考えておる次第でございます」と答弁している<sup>63)</sup>。

また、日本漁船の安全確保および日本の主権を意思表示するという観点から、竹島周辺海域に巡視船を常時1隻（場合によっては2隻）配備して、日本漁船の拿捕防止のための指導あるいは情報提供を実施するとともに、日本漁船の出漁状況等を勘案して、必要に応じて巡視船を増強配備し、警戒を行っている。加えて、外務省の要請により、最低年1回、竹島の現状を把握するための調査を巡視船により実施しているとのことである<sup>64)</sup>。

最後に、公式地図への記載がある。これは、「領有意思」の表明とみなされ

59) 衆議院外務委員会21号昭和53年5月26日土井たかこ委員、参議院商工委員会17号昭和53年5月30日対馬孝且委員。

60) 同上村田良平政府委員答弁。

61) 芹田「前掲論文」(注17)、273頁。

62) 衆議院内閣委員会45号昭和48年7月26日加藤（陽）委員。

63) 同上吉田（健）政府委員。

64) 衆議院運輸委員会3号平成8年2月23日加藤（甫）政府委員。

る措置であるが<sup>65)</sup>、旧建設省、現国土交通省の特別機関である国土地理院の許可を得て発行された地図<sup>66)</sup>、および国土地理院自らが発行している『日本国地図』(1977年)は、竹島を日本の一部として表示している。

### 3. 国際法上の論点

それではこのような日本の措置は、国際法上どのように評価されるべきであるか。韓国による権原取得を阻止しえず、また、同国による竹島領有を黙認したとみなされてしまう措置でしかないのか。その評価に密接な関係を有する前提的な事項を2点確認しておきたい。

#### (1) 紛争の性格

日本の学説は、竹島問題の構図を次のようにとらえている。国際法の見地からすると、竹島は日本か韓国の領土であって、第3国の領土ではなく、帰属未定の無主地でもない。他の国が領有権を主張していないからである<sup>67)</sup>。そして、竹島の帰属を明確に定めた条約はなく、両国は、互いに自国こそが古くから竹島を平穩に領有し続けてきたという「固有の領土論」を主張している。いわゆる「原始的または歴史的権原」を領有の根拠とする主張である<sup>68)</sup>。

65) 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『(別冊法学教室) 国際法の基本問題』(1986年), 132頁。

66) 1964年発行の『帝国日本全図』(1982年版, 1995年版も同じ), 1991年発行の『日本地図』(平凡社地図出版)。

67) 太寿堂「前掲論文」(注4), 139頁。

68) 河「前掲論文」(注11), 228頁。朴培根「日本による島嶼先占の諸先例——竹島／独島に対する領域権原を中心として——」『国際法外交雑誌』105巻2号, 176頁。「言い換えれば、竹島／独島はヨーロッパより起源した近代国際法が東アジアに受容される以前より東アジアの『国際的』規範秩序の中で韓国または日本の『版図』に属するものとなっていた土地であって、韓国と日本がヨーロッパ起源の近代国際法秩序に編入される過程において自らの領土として認められた土地であるという論理である」。同上, 176-177頁。

なお、当初(1954年2月10日)、日本は、「1904年の中井養三郎の貸下願」、「1905年1月28日の閣議決定」および「1905年2月22日の島根県告示40号」による「先占取得」を領有権主張の根拠にしていた。しかし、後に(1962年7月13日)「竹島」

このように、係争国が歴史的事実を援用し、相競う主張をしているという意味で、本件は ICJ のマンキエ・エクレオ事件<sup>69)</sup> に類似している。この事件で、ICJ は、「決定的重要性を持つのは、中世における事件から引き出される間接的推定ではなく、マンキエ・エクレオ島の占有に直接関連する証拠である」<sup>70)</sup> としたうえで、紛争当事国（イギリスおよびフランス）による主張の優劣を相対的に判定した。竹島問題を解決するためには、この判決にならい、いずれの側がより「優越的な主張」を提示しているかを判定するほかない<sup>71)</sup>。

この前提の下で、日本政府や国際法の立場からこの問題を論じた日本の学説の大勢は、歴史的根拠、1905年の日本政府による編入措置の効力およびカイロ宣言から対日平和条約にいたるまでにとられた一連の措置の解釈に照らして、日本の主張に優越性があるとしてきた<sup>72)</sup>。つまり、日本は竹島の占有に直接関係のある証拠を提示しているが、韓国はそれに匹敵するまたはそれをしのぐような証拠を提示していない、とみなしているのである<sup>73)</sup>。それゆえ、竹島を領

は昔から日本固有の領土である。固有の領土であるか否かは、実効的に支配・経営してきたかが最も決定的な要素となる」とし、「原始的権原の存在と相対的に強い実効的支配・占有による取得」を主張するようになった。河「前掲論文」(注11), 232-233頁。この立場は現在でも維持されており、上記の一連の措置は、領有の意思を「再確認」したものと説明されている。外務省「10のポイント」(注2), 3-9頁。これに対し、最近の研究によれば、「竹島／独島に対する領域権原を近代国際法に照らして確実なものにするために」、日本が追加的措置をとることは、「論理的に可能なこと」であるが、日本による他の島嶼編入の諸先例と比較して、一連の措置にそのような意図があったと結論するに足る根拠はないとされる。朴「前掲論文」, 188-189頁。

69) *The Minquiers and Ecrehos case, Judgment of November 17th, 1953: I.C.J. Reports 1953* (hereinafter, *The Minquiers and Ecrehos case*), p. 47

70) *Ibid.*, p. 57.

71) 太寿堂『前掲書』(注4) 140-141頁, 皆川洗「竹島紛争とその解決手続」『前掲書』(注8), 38頁。

72) 太寿堂『前掲書』(注4), 139-150頁, 皆川洗「竹島紛争と国際判例」『国際法学の諸問題』前原光雄教授還暦記念論文集, 慶応通信 (1963年), 359-369頁外務省「10のポイント」(注2)。これに対し、両国が主張する国家権力の行使または実効的支配は、「一方当事国の領域主権の存在・成立を証明する程度の……国家権力の行使ではなかった」(傍点原文) とする見方もある。河「前掲論文」(注11), 273-274頁。

73) 皆川「前掲論文」(注71), 39頁。

有する権原は日本にあり、「権原なき」領域支配は法的に認められないので<sup>74)</sup>、韓国による占拠は国際法上何ら根拠のない「不法」占拠であり、このような占拠に基づいて韓国が竹島に対して行ういかなる措置も法的な正当性を有するものではない、ということになる<sup>75)</sup>。この主張内容からして、「決定的期日」は、李承晩ライン宣言が発せられたとき、または遅くとも韓国による占拠が開始される1954年6月であることを前提にしていると思われる。実際、皆川教授は、李承晩ライン宣言後、日本が正式に抗議を行った日（1952年1月28日）を決定的期日とされている<sup>76)</sup>。そこで次に、決定的期日について、若干触れておきたい。決定的期日は、戦後の日韓両国の行動を評価するにあたって、重要な法的意味をもたらす概念だからである。

## (2) 決定的期日

領域紛争の解決にさいしては、当事国間に紛争が発生しまたは領域主権の帰属が決定的となったとみとめられる時期の確定が重要である。この時期を基準として、領域権原の根拠となる事実の証拠力が定められ、当事国の請求原因をなす法律関係の有無や性質が認定されるので、決定的期日とよばれている<sup>77)</sup>。

もともと、決定的期日は、継続的な状態について一義的な判断を求められる裁判過程において、変動する法律関係を固定化し、裁判所が特徴的な時点を取り出して判断することができるようにするために提唱された概念である<sup>78)</sup>。

裁判所により決定的期日が定められれば、それ以前に存在した事実または行為に限り証拠力が認められる。もっとも特殊な事情が存在するならば、この期

74) 許淑娟「領域権原論再考（一）」国家学会雑誌第122巻1・2号，6頁。権原は多義的な概念であるが、さしあたり本稿では、「一定の地域において領域主権を有効に設定し行使するための原因または根拠となりうる事実」という意味で、この用語を用いることにする。山本草二『国際法〔新版〕』（三省堂，1994年），278頁。権原概念の多義性およびその相対的把握の可能性については、許「前掲論文」，11-21頁。

75) 外務省「10のポイント」（注2），13頁。

76) 皆川「前掲論文」（注72），354頁，河「前掲論文」（注11），262頁。

77) 山本『前掲書』（注74），281-282頁，安藤「前掲論文」（注65），135頁。

78) 許淑娟「領域権原論再考（四）」国家学会雑誌122巻7・8号，903頁。

日以後の事実または行為が考慮されることもあるが、いずれにせよ、それ以後当事国が自己の立場を有利にするために行った行為については、証拠力が否認される<sup>79)</sup> (傍点筆者)。

したがって、1954年以前に決定的期日が設定されれば、それ以降韓国が行なっている「不法占拠」は「自己の立場を有利にするために行なった行為」であり、領域権原の証拠にはならないので、竹島紛争が国際司法裁判所に付託された場合には、「日本が勝訴する公算はかなり大きい」となる<sup>80)</sup>。要するに、「このような考え方は、1952年以後の韓国による竹島に対する支配・占有に関わるいっさいの行為を排除することにその目的がある」<sup>81)</sup>。

紛争発生後に自国に有利に創設された諸行為の証拠力が排除されるのは、上記のような実際上の理由に加えて、もっとも正義に適ったかつ衡平と思われる根拠に基づき判決が下されることを確保するためであり、決定的期日を設定する根本的な目的はそこにあるとされる<sup>82)</sup>。たとえば、争点が明らかになったあとで、一方の当事国が、他方の当事国からの仲裁付託提案を拒否するなど、いったんは解決を拒否又は回避しながらも、なんらかの措置をとることにより自国の立場を一方向的に改善したうえで、仲裁付託に同意したことがあるとする。このような場合、付託の日を決定的期日にすれば、当初から仲裁を受け入れる意思を表明してきた他方当事国を非常に不利な立場におくことは明らかである。したがって、いわば「やった者勝ち」を許さないように、決定的期日を、他方当事国が最初に仲裁付託を提案した日に設定し、「正義に適ったかつ衡平と思

79) 山本『前掲書』(注74), 282頁。 *The Minquiers and Ecrelzos case, supra note 69, p. 59; Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), Judgment, I.C.J. Reports 2002* (hereinafter, *Pulau Ligitan and Pulau Sipadan Case*), p. 682, para. 135; Ian Brownlie, *Public International Law*, Seventh edition, Oxford University Press, 2008, pp. 130-131. 皆川「前掲論文」(注72), 353-355頁。

80) 太寿堂『前掲書』(注4), 153頁。

81) 河「前掲論文」(注11), 276頁。

82) Oral Argument of Sir. Fitzmaurice, *I.C.J. Pleadings, The Minquiers and Ecrehos Case (United Kingdom/France)*, pp. 67-68. 杉原高嶺『国際法学講義』(有斐閣, 2008年), 290-291頁,



われる根拠に基づき判決が下されることを確保する」のである<sup>83)</sup>。

このように、決定的期日の設定時期は、権原の帰属に関する判断に大きな影響を与えることから、決定的期日をどの時点に設定するのかは重要な問題となる。しかし、決定的期日は、個々の事案の特定の事情に大きく左右されるため、さまざまな設定基準が考えられる。たとえば、この概念の創出者とされるフィッツモーリスは、「当事国がもはや交渉もせず、抗議もせず、お互いを説得しようとする試みすることもない」状態、すなわち「紛争の結晶化」時点を決定的期日の選択基準の1つとして提案している<sup>84)</sup>。また、同じくフィッツモーリスによれば、これ以外にも、ある条約や出来事が、紛争主題の焦点となっている場合には、その条約締結時（パルマス島事件）<sup>85)</sup>・出来事の発生時（東部グリーンランド事件）、紛争が始まった期日、紛争当事国のどちらかが明確な主張を行なった期日、司法的解決以外の紛争の平和的解決（交渉・調停等）を提案した期日、それらの手続が実施された期日、司法的解決を提案した期日などが、決定的期日の選択基準として考えられるという。さらに、決定的期日は1つとは限らず、複数存在する可能性も示唆している<sup>86)</sup>。

このように、決定的期日の設定にあたっては、さまざまな基準が考えられるため、竹島問題の決定的期日についても、学説は一致していない。これまでに候補として挙げられているのは次の期日である。

83) Oral Argument of Sir. Fitzmaurice, *supra* note 82, p. 69. 許「前掲論文」(注78), 879頁。

84) Oral Argument of Sir Fitzmaurice, *supra* note 82, p. 69; Gerald Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-1954", 32 *BYIL* (1955-56), pp. 24-25. 許「前掲論文」(注78), 879頁。

85) *Island of Palmas Case*, *RIAA*, Vol. II, (hereinafter, *Palmas Case*), p. 843.

86) Fitzmaurice, *supra* note 84, pp. 23-24. 許「前掲論文」(注78), 903頁。複数の決定的期日を認定した事例として、*Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2007* (hereinafter, *Territorial and Maritime Dispute Case*), pp. 697-701, paras. 117-131; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2008* (hereinafter, *Pedra Branca Case*), p. 28, paras. 33-36.

- ① 日本政府が竹島を編入したと主張する1905年2月22日（島根県告示40号が公布された日）
- ② 対日平和条約締結の日（1951年9月8日）
- ③ 李承晩ライン宣言後、日本が正式に抗議を行った日（1952年1月28日）
- ④ 日本がICJへの付託を提案した日（1954年9月25日）
- ⑤ ICJへの付託合意が成立し、正式にその手続が開始される日（将来）<sup>87)</sup>

さらに、紛争の構図が竹島問題に類似しているとされるマンキエ・エクレオ事件では、「決定的期日は明確に設定されなかった」<sup>88)</sup>ので、本問題についても、同様に決定的期日は明確に設定されない可能性が高い、との見解も示されている<sup>89)</sup>。しかし、マンキエ・エクレオ事件判決のこのような理解に対しては、異論も提起されている。裁判所によれば、フランスが1886年と88年にマンキエとエクレオ両島に対する主権を主張するまで、紛争は発生していなかった。しかし、両島に対する活動の多くは、紛争が発生する前から漸次展開されてきたものであり、中断されることなく同様の形態を保ってきた。そのような特殊事情から、紛争の発生以降の行為であっても、「当事国の法的立場を改善する意図でなされた措置でない限り」考慮するとしたのである<sup>90)</sup>。それゆえ、1886年と1888年を、紛争の結晶化時点としての決定的期日として選択したことになるとされる<sup>91)</sup>。マンキエ・エクレオ事件判決をこのように理解すれば、決定的期日は紛争の発生時となる。

近年、国際司法裁判所が下した以下の3つの判決からも、決定的期日を紛争

---

87) 河「前掲論文」(注11), 262頁

88) 同上, 263-264頁, 山本『前掲書』(注74), 282頁, 中村道「領域権原としての実効的支配」松井芳郎編『判例国際法〔第2版〕』(東信堂, 2006年), 135頁(「この期日の選定に決定的な意義を認めなかった」)。See also, Brownlie, *supra* note 79, p. 126.

89) Jon M. Van Dyke, 'Legal Issues Related to Sovereignty over Dokdo and Its Maritime Boundary', *Ocean Development & International Law*, Vol. 38, 2007, p. 158.

90) *The Minquiers and Ecrelzos case*, *supra* note 69, pp. 59-60.

91) 許「前掲論文」(注78), 879頁, 杉原『前掲書』(注82), 290頁。

発生時に設定するという傾向がうかがわれる。

2002年のリギタン島及びシバダン島に対する主権事件判決で、裁判所は、紛争当事国（インドネシアおよびマレーシア）が、これらの島に対して相反する請求をしたとき（1969年）を、紛争が結晶化した日とした<sup>92)</sup>。2007年のカリブ海における海洋画定事件判決（2007年）では、島の帰属をめぐる紛争と係争海域における境界画定の問題に関する決定的期日は異なるとされ、前者については、ニカラグアが係争区域で主張するすべての島と岩に付属する主権的権利をはじめ明示的に留保したとき（2001年）、後者については、境界線に関する見解の相違が表面化したとき（1982年）とされた<sup>93)</sup>。2008年のペドラ・ブランカ／ブラウ・バツ・プテー、中岩、南暗礁脈に対する主権事件判決では、ペドラ・ブランカ／ブラウ・バツ・プテーに対する主権についての紛争が結晶化したのは、シンガポールが、これらをマレーシア領とした地図をマレーシアが刊行したことに抗議した日（1980年2月14日）とされた。他方、中岩、南暗礁脈に対する紛争については、シンガポールが、両国間の交渉中に、はじめてペドラ・ブランカ／ブラウ・バツ・プテーに加えて中岩、南暗礁脈を盛り込んだ日（1993年2月6日）とされた<sup>94)</sup>。

このように、これらの判決で、同裁判所は紛争が結晶化した日を決定的期日に設定しているが、それらは対象領域の帰属について見解の相違が表面化したとき、すなわち紛争の発生時であり、もともとフィッツモーリスが提唱した「紛争の結晶化」概念とは異なる内容となっている。いずれにせよ、こうした傾向を見る限り、竹島問題については、1952年の李承晩ライン宣言設定後、日

92) *Pulau Ligitan and Pulau Sipadan Case*, *supra* note 79, p. 682, para. 135. そのうえで、「結晶化した日以降に生じた行為を考慮することはできない。ただし、その期日前から日常的に継続している行為、および当事国自らが依拠する法的立場を改善する目的で行われたものでない行為は、その限りでない」とした。 *ibid.* See also, *Territorial and Maritime Dispute Case*, *supra* note 86, p. 659, para. 117; *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh Case*, *ibid.*, p. 12, para. 32.

93) *Territorial and Maritime Dispute Case*, *supra* note 86, pp. 698-701, paras. 118-131.

94) *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh Case*, *ibid.*, p. 28, paras. 33-36.

本がはじめて抗議した日が決定的期日とされる可能性は高いと思われる。

もっとも、領域紛争において、常に決定的期日が存在する、または存在しなければならないというわけではない<sup>95)</sup>。決定的期日が設定されない、または上記⑤の紛争の付託時に設定される可能性もまったくないわけではない。その場合には、戦後韓国が半世紀以上にわたり竹島を占拠しているという事実、それに対して日本が抗議等の措置を繰り返してってきたことも考慮されることになる。本稿の主題は、一部の学説により示されている懸念、すなわち「不法占有に基づく権原の取得」という事態が発生しうるかいなかであるが、それは、決定的期日のこのような性格を念頭においたものだろう。その意味で、戦後の動向は、古くからの歴史的事実と同様、場合によってはそれ以上の重みを持ちうることに注意しなければならない。

### (3) 権原喪失および移転の可能性

以上の考察に基づき、権原喪失および移転の可能性を検討してみることにしよう。

周知のように、先占、時効、割譲、征服および添付の5つの様式は、伝統的に認められてきた領域権原である。しかし、これらがすべて喪失様式に対応していることにふれられることはそれほど多くない。すなわち、時効、割譲および征服は喪失様式でもあり、先占は遺棄 (dereliction or abandonment)<sup>96)</sup>、添付は自然作用に対応している<sup>97)</sup>。また、これら以外にも、黙認が権原移転をもたらすことは、国際司法裁判所のいくつかの裁判例で指摘されているところである<sup>98)</sup>。

95) Malcolm N. Shaw, *International Law*, Sixth edition, Cambridge University Press, 2008, p. 509; Brownlie, *supra* note 79, p. 126.

96) 不完全な (inchoate) 権原の喪失は、先占その他の様式により、すでに取得されていた領域の遺棄 (dereliction) とは区別される。Jennings & Watts (ed.), *Oppenheims International Law*, Vol I, Peace, Parts 2 to 4, 1992, p. 716.

97) *Ibid.* これに加えて、反乱があるとされる。*ibid.*

98) E.g., *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh Case*, *supra* note 86, p. 50, para. 120.

割譲は国家間の合意による領域の一部移転をいうが<sup>99)</sup>、日韓の間にこの種の合意は存在しないので、本稿の主題とのかかわりはない。竹島は武力の行使により取得されたとは主張されていないことから、征服も同様である。自然作用によって変動したという事実もない。

遺棄については、若干の説明が必要だろう。ある領域に対して権原を保有している国が、当該領域を遺棄した場合、その領域は無主地となる。遺棄の要件は、対象領域を実際に放棄すること、および当該領域に対する主権を放棄する意図を示すこととされる。このような意図が示されておらず、権原保有国が、当該領域の占有を奪い返す意図と能力を有していると推定される限り、遺棄したことにはならない。たとえば、暴動により、国家が領域から撤退せざるをえなくなった場合、当該領域は、旧占有国が占有を奪い返す能力があり、その努力をしている限り、遺棄されたものとはみなされない<sup>100)</sup>。国際関係の安定性を維持するため、また遺棄の意図が示されていない領域に「居座る」(squatting) 衝動に駆られることがないようにするため、遺棄は推定されない<sup>101)</sup>。

上述(1)でみたように、日韓両国ともに竹島が無主地になったことはないと主張している。また旧占有国である日本は、繰り返し抗議しており、遺棄の意図を表明していないので、これも関係がない。ただし、最近の国際司法裁判所のいくつかの判決は、このような意味で遺棄という用語を用いておらず、学説上、放棄 (renunciation) または移譲 (relinquishment)<sup>102)</sup> として説明されている意味を示すものとして、遺棄を用いている<sup>103)</sup>。どちらも対象領域を放棄する

99) 杉原『前掲書』, 282頁。

100) Jennings & Watts, *supra* note 96, p. 717.

101) Brownlie, *supra* note 79, p. 139. 遺棄する意図を立証するに足るものがなく、それゆえ遺棄はなかったとした事例として、*Affaire de L'île de Clipperton*, RIAA, vol. 2, pp. 1110-1111.

102) Brownlie, *supra* note 79, pp. 131-132. See also, *Case concerning Sovereignty over certain Frontier Land Judgment of 20 June 1959: I.C.J. Reports 1959*, p. 227.

103) *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C. I. J. Recueil 2002, pp. ↗

という点では同じであるが、それにより当該領域が無主地になるか、それとも直接いずれの国が領域権原を取得するかという相違があるとされる。もっとも、この後者の意味での遺棄は、後述のように、黙認により発生するとされているので、本稿もそれにならうことにする。

したがって、竹島との関係で、「不法占有に基づく権原の取得」という事態が発生しうるのは、時効または黙認が成立するときということになる。

(a) 時効

時効とは、他国の領土または帰属について争いのある土地に対して、領有権を成立させる権原である<sup>104)</sup>。時効によって権原を取得するには、占有が①主権者として（領有の意思を持って）、②平穏かつ中断されることなく、③公然と、④一定期間継続して行われる必要がある<sup>105)</sup>。このように時効の本質は、もともと瑕疵または疑義のあった権原を、旧領域支配国の同意および黙認により、瑕疵を治癒しまたは疑義を払しょくすることにある。それにより、国際秩序と安定性を維持することができるとされ、多くの論者はその点に国際法の規則としての時効制度の存在理由を見出している<sup>106)</sup>。

さて、以上の要件は、国際法上、伝統的に認められてきた権原の1つである先占とほぼ同じであるが、先占が「無主地」を対象とするのに対し、時効は「他国の領土または帰属について争いのある土地」を対象とする点で、両者は

↘ 353-355, paras. 67-70, pp. 414-416, paras. 222-223; *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh Case*, *supra* note 86, p. 51, para. 122.

104) 安藤「前掲論文」(注42), 132頁。

105) D. Johnson, "Acquisitive Prescription in International Law", 22 *BYIL* (1950), pp. 344-348. カシキリ/セドゥドゥ島事件で、紛争当事国は、時効により権原を取得できること、およびその要件は本文記載の4つであることを認めていた。裁判所は、「国際法における取得時効の地位または時効による領域権原の取得条件に立ち入る必要はない」としつつ、本件の事実を照らせば、これらの諸条件はみたされておらず、したがって、ナミビアによる取得時効に関する主張を認めることはできないとした。 *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, *Judgment*, *I. C. J. Reports* 1999, pp. 1103-1106, paras. 94-99.

106) Johnson, *supra* note 105, p. 333; Brownlie, *supra* note 79, p. 146; Shaw, *supra* note 95, p. 504.

区別されてきた<sup>107)</sup>。もっとも、「帰属について争いのある土地」を対象としている場合、競合する国家活動の存在が同時に主張されていることになる。パルマス島事件判決以降、このような場合、「国家権能の継続的かつ平穏な表示」<sup>108)</sup>を基準として、権原の有無およびその維持が決定されており、その意味で時効の範疇として説明する意義に乏しい<sup>109)</sup>。したがって、時効が権原喪失または移転様式として独自の機能を果たすのは、「他国の領土」を対象としている場合に限られる。

時効に関してとくに問題となるのは、②および④の要件である。④の期間については、イギリス領ギアナとベネズエラ間の国境紛争を仲裁により解決することを目的として、1897年にイギリス＝アメリカ間で締結された条約で、「50年間の敵対的保有または時効は有効権原となる」と定められたことがある（4条(a)）<sup>110)</sup>。しかし、一般には、各事案の事実により期間は異なるとされ、あらかじめこれを特定することは難しく、また特定すべき必然性に乏しいとされる<sup>111)</sup>。

②の平穏とは、①の要件が満たされているときに、他方当事国がその占有を黙認している状態をさす。他方当事国の猛反対にあいながら、実力により占有が維持されているような場合には、「平穏」とはみなされない。しかし、当初、強制的な手段により占有が開始されても、その後平穏に占有が継続する場合には、「平穏」とみなされる。相手国の黙認が推定されるからである<sup>112)</sup>。

黙認の推定を覆す、すなわち時効を中断させるには、相手国が外交上の抗議を行うだけでよいのか、それ以上に積極的な措置（例えば国際裁判への付託）を必要とするかについて、学説は対立している<sup>113)</sup>。

107) *E.g.*, Brownlie, *supra* note 79, p. 134; Shaw, *supra* note 95, p. 505.

108) *Palmas Case*, *supra* note 85, p..

109) Brownlie, *supra* note 79, pp. 147-148. パルマス島事件判決で、フーバーは、「いわゆる時効」として、「国家権能の継続的かつ平穏な表示」に言及している一節を除き、「時効」という用語を用いていない。

110) Johnson, *supra* note 105, p. 340.

111) 安藤「前掲論文」(注42)。

112) Johnson, *supra* note 105, pp. 345-346.

113) 藤田久一『国際法講義Ⅰ 国家・国際社会 [第2版]』（東京大学出版会、↗

ここで抗議とは、国家が、他国の行為または主張が国際法に反している、または国際法上根拠のないものであるとして、それらに対し異議を申し立てる公式の通信手段をさす<sup>114)</sup>。他国の領域権原の有効性を争うことは、他国の行為に対する抗議にあたる<sup>115)</sup>。抗議は、外交レベルで、当事国を公式に代表する者（元首または政府の長、外務大臣、外交使節など）により行なわれなければならないが、またそれらの者に宛てたものでなければならない。定まった様式はないが、通常外交経路を通じて伝えられるので、ある程度の形式性を備えることになる。また、口頭で行なうことも可能であるが、通常は書面により確認される。このように、抗議の主たる法的機能は、権利の保全にあり、抗議がなされないことから生ずる法的効果（承認または黙認：*Qui tacet consentire videtur*「沈黙する者は同意するものとみなされる」）を排除する。したがって、抗議は一方的法律行為である<sup>116)</sup>。抗議を行なう側が、関連事実を了知していた、または少なくとも了知していたと予測されうる場合には、可能な限り迅速に抗議を行なわなければならない<sup>117)</sup>。

抗議の法的意味をこのように理解すれば、時効の中断事由としては、外交上の抗議で足りると思われるだろう。しかし、学説上は、一度抗議を行なっただけで、その後長期間抗議をしなかった場合だけでなく、抗議を繰り返すだけで、国際連合への提訴や国際裁判への付託など、あらゆる実効的な異議の態様を尽くさなければ、「ペーパー・プロテスト」とみなされ、他国の主張または行為を黙認したと解される場合があるとする見解が有力である<sup>118)</sup>。なぜ、抗議を繰り返すだけでは不十分なのか。概要、次のように説明されている。

武力行使が違法化されていなかった頃、征服による領域権原取得が認められ

（2010年）、249頁。

114) Wolfram, Karl, 'Protest', in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume I (1997), p. 1157.

115) 奥脇直也・小寺彰編『国際法キーワード〔第2版〕』（有斐閣、2006年）、68頁

116) Wolfram, *supra* note 114, pp. 1157-1158. また、皆川「前掲論文」（注71）42頁。

117) *Affaire des pêcheries, Arrêt du 18 décembre 1951: C.I.J. Recueil 1951*, p. 139.

118) 安藤「前掲論文」（注42）、132-133頁、皆川「前掲論文」（注72）、370-371頁、奥脇・小寺編『前掲書』（注115）、Fitzmaurice, *supra* note 84, 33.



ていた。征服された国は、いかに果敢に戦おうとも、権原を喪失した。とすれば、戦うことなく、外交上の抗議をするに甘んじていた国は、黙認の推定を覆すことができず、当然権原を喪失することになる。外交上の抗議は、相手国の主張がまかり通らないことを、当該相手国に対し警告し、係争中の問題に対して国際世論の関心を引き付けるという効果を有する。しかし、その他の行動が続かない抗議は、やがて「空疎」(academic)で「役に立たない」(useless)ものとなる。武力行使が違法化される前に要求されたその他の行動は、何がしかの強制的な反対だった。武力行使が違法化されてからは、国際連盟または常設国際司法裁判所へ紛争を付託すること、1945年以降は、国際連合または国際司法裁判所へ付託することになった。この新しい国際紛争解決機構の出現により、時効制度のなかで抗議が果たす役割は大きく変わった。外交上の抗議の意義は減少し、今日では時効を中断する主たる手段でないことは確かである。1919年以降、抗議は、時効の停止事由にすぎなくなっている<sup>119)</sup>。

マンキエ・エクレオ事件で個別意見を著したカルネイロ判事は、そのなかでこれと同趣旨のことを述べていた<sup>120)</sup>。「外交上の抗議を繰り返すだけでは、不法占有に基づく権原の取得を阻止できない」との懸念は、こうした見解に基づくものである。

しかし、これと異なる判断を示した先例が存在する。エル・チャミザル事件である。この事件は、エル・チャミザルと呼ばれる土地の帰属をめぐって、アメリカとメキシコとの間で発生した紛争であるが、解決を委ねられた国際国境委員会は、時効の中断事由について、次のような判断を示していた。「国内私

119) Johnson, *supra* note 105, pp. 345-346.

120) Opinion Individuelle de M. Levi Carneiro, *The Minquiers and Ecrehos Case, supra* note 69, pp. 106-108. もっとも、マンキエ・エクレオ事件では、「実効的占有を証明するに足る証拠の相対的優劣」に基づいて権原の帰属が決定されたので、当然のことながら、カルネイロ判事の個別意見もその文脈で記されている。ただし、時効の要件である占有と実効的占有は、現実の占有という観点からとらえれば、その実態に違いはないと解されるので、時効との関連で参照することも許されると思われる。比較対象が先占であるが、小寺彰・森田章夫・岩沢雄司編『講義国際法』(有斐閣, 2004年), 247頁(柳原正治執筆部分)。

法上、時効の中断は訴えの提起によりもたらされるが、国家間の関係においては、国際裁判所がこのような目的のために設置されるまで、当然のことながら「不可能」なので、外交上の抗議により時効を中断させることができる<sup>121)</sup>。また、この判決では、次のような判断が示されていたことも注目になる。「時効の請求を受けている国が、散発的に外交上の抗議を提起する一方、暴力を導きかねない行動を控えていたとしても、それは責めに帰すべきことではない。……メキシコは係争地域に税関を設置することを望んでいたが、もしそうしていれば、暴力シーンを誘発していたことは明らかだった。そのような状況のなかで、メキシコが、外交文書に抗議を含めるという穏やかな形式に訴えたことを非難することはできない」<sup>122)</sup>。

このように本件では、外交上の抗議だけで時効の中断事由になるとされたが、「国際裁判所がこのような目的のために設置されるまでは」という一節があったことにより、上記のような抗議だけでは不十分であるとの見解にもその根拠を与えることになってしまった。

さて、それではどのように解すべきであるか。時効を中断させるには、黙認していないことを相手国に示すことができれば良いのであるから、外交上の抗議以上のことを求めるに足る根拠はないと思われる<sup>123)</sup>。国際司法裁判所への付託を要件とすれば、合意付託にいたらない場合には、必ず一方的付託をしなければならないことになり、そうしなかった国が、領域権原を喪失することになるのは、あまりにも均衡性を欠く結末である<sup>124)</sup>。係争国に対し、領域権原に関する係争を国際組織や国際裁判所に付託する義務が課されていない場合、他国の領域権原の有効性を争う手段は、抗議しかない<sup>125)</sup>。

121) *The Chamizal Case*, RIAA, Vol. XI, p. 329. 高島忠義・百選, 72-73頁。

122) *Ibid.*, 同上, 72頁。

123) Brownlie, *supra* note 79, p. 149; Shaw, *supra* note 95, p. 506.

124) Brownlie, *supra* note 79, p. 149.

125) H. Lauterpacht, "Sovereignty over Submarine Areas", 27 *BYIL* (1950), pp. 396-397; I. C. MacGibbon, "Some Observations on the part of Protest in International Law", 30 *BYIL* (1953), pp. 314-317.

したがって、さしあたり、外交上の抗議を繰り返していれば、時効が成立することはないと思われる。それゆえ、竹島問題に即していえば、日本が現在の立場を維持する限り、時効による権原喪失および移転は起こらないと解される。

ところで、多くの論者が指摘するように、時効による権原取得を認めた先例は皆無に近い。時効による権原喪失および移転も同様である。その理由は、次のように説明されている。実際の紛争では、係争地域が無主地であったのかわかったのかが明確でないことが多いので、当該地域に対する権原が先占なのか、時効なのかを決定することも難しい、と<sup>126)</sup>。しかし、とりわけ国際司法裁判所は、これまでいくつかの事例で、権原が一方当事国に帰属すると認定したうえで、それが喪失するまたは他方当事国に移転する可能性を検討してきたが、その際、当事国が主張した場合を除き、時効についてふれることはなかった<sup>127)</sup>。つまり、係争地域の地位を明らかにした場合にも、時効という様式を用いて権原の帰属を判断していないのである。そのような場合、裁判所は、もっぱらその解決規準を黙認に依拠してきた。

(b) 黙 認

時効の成立にあたって、黙認が不可欠とすれば、時効と黙認との異同が問題となる。実際、この点については議論のあるところである。しかし本稿では、以下の理由により、一応別個のものとして検討を進めていくことにしたい。第1に、学説上、時効は領域権原取得または喪失様式であるが、黙認は、紛争解決の局面にあって国際裁判所が用いる紛争解決規準として別個に位置づけられていることによる<sup>128)</sup>。第2に、国際司法裁判所をはじめとして、これまでの国際裁判で時効を適用した事例が希少であることは否定できないが、カシキリ／セドゥドゥ島事件で、当事国双方が時効による権原取得の可能性について、

126) 小寺彰・森田章夫・岩沢雄司編『講義国際法』(有斐閣, 2004年), 247頁(柳原正治執筆部分), 太寿堂『前掲書』(注4), 13-14頁, 許淑娟「領域権原論再考(三)」国家学会雑誌122巻5・6号, 600頁。Ian Brownlie, *supra* note 79, p. 134; Shaw, *supra* note 95, p. 504.

127) *Kasikili/Sedudu Island Case*, *supra* note 105.

128) 杉原『前掲書』(注82), 287-293頁。

裁判所の判断を求めることに意見が一致していたように、黙認とは異なる独自の制度として時効が存在することは完全には否定されていないと解されることである。

さて、黙認は、領域権原を有する国が、当該領域に対して他の国が主権者として行った行動や、他の国による領域主権表示の具体的発現<sup>129)</sup> に対し、抗議しなかった場合に成立する<sup>130)</sup>。換言すれば、対応を要すると思われる事態が生じているときに、異議を申し立てない国は、新たな事態を受け入れたと解釈されるのである<sup>131)</sup>。

たとえば、領土・島・海洋境界紛争事件で、フォンセカ湾のミアングェラ島のエルサルバドルの支配に対するホンデュラスの公式の抗議について、ICJ は、次のように設定した。「ホンデュラスの抗議は、エルサルバドルが、同島に対して実効的占有を開始してから、1世紀以上の時を経て出されたものであり、同島におけるエルサルバドルの主権行使に対するホンデュラスの黙認が推定されることに影響を及ぼすには遅きに失したものである。それ以前のエフェクティヴィテに対するホンデュラスの行為は、承諾、承認、黙認、あるいはこの状況に対する他の形態の黙示的同意の存在を明らかにする」<sup>132)</sup>。

もっとも、ICJ は、すでに1959年の国境地方に対する主権事件判決で、黙認による権原移転の可能性を肯定していたが<sup>133)</sup>、上記の領土・島・海洋境界紛争事件判決のように、権原を確認するという意味で黙認の成立を認定したこと

129) *Palmas Case supra* note 85, p. 839.

130) *Pedra Branca Case, supra* note 86, p. 50, para. 121.

131) Shaw, *supra* note 95, p. 516. 黙認の概念は、「他方当事国が同意と解釈しうる一方的行為により示された黙示の承認に相当する」。 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 305, para. 130.

132) *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) Judgment, I. C. J. Reports 1992*, p. 557, para. 364. 杉原高嶺「領土・島・海洋境界紛争事件」『国際法外交雑誌』95巻1号, 108頁。

133) *Case concerning Sovereignty over certain Frontier Land, Judgment of 20 June 1959: I. C. J. Reports 1959*, pp. 227-230.

はあったが<sup>134)</sup>、黙認による権原移転を認定することには慎重な姿勢を示していた。

たとえば、2002年のカメルーンとナイジェリアの領土及び海洋境界事件判決では、チャド湖周辺地域に対し、カメルーンが権原を保有していたうえで、当該地域でナイジェリアが公衆衛生、教育施設の整備、警察活動および司法行政といった、通常は「主権者としての」行為とみなされうる活動をしていたことに鑑み、カメルーンがナイジェリアへの権原移転を黙認したとすることに足る証拠があったかなかったかが検討された<sup>135)</sup>。

ICJ は、カメルーンがナイジェリアの行為に対してそれほど強く抗議した形跡はうかがわれず、また当該地域で行政管理を行使しようとした試みはほとんど実を結ばなかったとしつつ、その間ナイジェリアが当該地域で行っていた活動を主権者としてのそれとはみなしていなかったとした。それゆえ、カメルーンの黙認による権原遺棄 (abandonment) は成立しないとの結論にいたっている<sup>136)</sup>。上述したように、ICJ は、学説上、放棄 (renunciation) または移譲 (relinquishment) として説明されていた意味で遺棄を用いている。

こうした傾向が見られるなかで注目に値するのが、2008年のペトラ・ブランカ/プラウ・バツ・プテー等に対する主権事件判決である。この事件では、シンガポール海峡にある2つの島と1個の低潮高地の領有権が、シンガポールとマレーシアとの間で争われた。ペドラ・ブランカには、現在のマレーシアの一部になっている Johor スルタン国の許可を得て、19世紀にイギリスが建設した灯台があり、現在それはシンガポールが管理している。ICJ は、この島を含めシンガポール海峡にある島嶼が歴史的にジョールの領土であったとし、その承継国であるマレーシアに原始的権原 (original title) があることを認め<sup>137)</sup>。しかし、1953年にイギリスが海峡植民地の境界画定に関連してこの島

134) Shaw, *supra* note , p. 517.

135) *Frontière terrestre et maritime*, *supra* note 103, pp. 353-354, paras. 67-68.

136) *Ibid.*, pp. 354-355, paras. 69-70.

137) *Pedra Branca Case*, *supra* note 86, pp. 29-37, paras. 37-69.

についてジョホールに照会した際、「ジョホールは所有権を主張しない」と回答したこと、その後シンガポールが行ったさまざまな行政権行使（難破事件の捜査、マレーシアの官吏による島の周辺海域の調査をシンガポールが許可したこと、シンガポール港湾当局による島周囲の埋め立て計画）に対しマレーシアが適時に反応（抗議）することを怠ったことから、決定的期日の1980年までに、同島に対する主権はシンガポールに移転していたと認定した<sup>138)</sup>。

このような認定を行なうにあたって、裁判所は、国際法上および国際関係上、領域主権、その安定性および確実性が有している重要性を考慮し、「当事国の行為に基づく領域主権の移転は、当該行為および関連事実により、明確にかつ一点の疑いもなく表明されなければならない。実質的に、一方当事国が領域の一部に対する主権を遺棄したことになるような場合には、特にそうである。」とことわっていた<sup>139)</sup>。実際、裁判所が特に重視したのは、ジョホールが、ペトラ・ブランカ／プラウ・バツ・プテーの所有権を主張しないと回答していたことだった<sup>140)</sup>。

この判決の論理にしたがえば、何らかの形で遺棄する意図を表明しなければ、黙認は推定されないことになるのではないか。とすれば、これを黙認と呼ぶことが妥当か否かはさしあたりおくとして、黙認による権原移転の要件は、実質的に伝統的な喪失様式の1つである遺棄と同じと言ってもよいのではないか。このような理解が正しければ、時効の場合と同じく、外交上の抗議を行っていれば、竹島に対する権原の移転または喪失が発生する可能性はない。

## 5. おわりに

以上見てきたように、韓国による、日本側からすれば「不法占拠」であるが、それが長期化しているとは言っても、日本が外交上の抗議を適時行っていさえすれば、権原が移転するという最悪の事態を招くことはないと考えられる。こ

138) *Ibid.*, pp. 73-96, paras. 192-276.

139) *Ibid.*, p. 51, para. 122.

140) *Ibid.*, p. 74, para. 196, pp. 79-80, para. 221, p. 96, para. 275.

れまでの国際裁判所の裁判例や学説による限り、それ以上の対応をしなければ、権原が移転するとするに足る国際法上の根拠はないように思われる。

ところで、2010年9月7日、尖閣諸島沖で中国漁船が日本の海上保安庁巡視船に衝突、翌8日に中国人船長を公務執行妨害の疑いで逮捕するという事件が起こった。この「国内法を肅々と適用する」とした日本の対応は、中国側の激しい反発を招き、レアアースの対日輸出停止、国連総会における温家宝首相による対日批判などの一連の措置により、「国際社会は日中間に領土問題があることを強く認識した」とされる。周知のように、「尖閣諸島は日本固有の領土であり、しかも実効支配している。北方領土や竹島と異なり『領土問題』は存在しない」というのがこれまで何度も繰り返してきた日本の立場であり、それが今回中国により展開された「国際的な宣伝戦によって大きく傷ついた」格好になった<sup>141)</sup>。

ひるがえって、わが国の竹島に対する姿勢はどうか。もちろん、一般論として、領土問題は個々の事情に大きく左右されるので、安易な類推は厳に慎まなければならない。竹島問題に限っても、韓国側は「独島は日本の侵略の犠牲となった最初の韓国領土であった」とし、日本による韓国併合の第一歩と位置付けているため、竹島問題は歴史認識の問題にもなっていることが、解決をいっそう困難にしているという特有の事情があることを忘れてはならない<sup>142)</sup>。しかしそれでも、領土の問題は主権が絡む「核心的利益」に関わるものであるが<sup>143)</sup>、今回の中国、および折に触れて韓国がとってきた措置に比して、日本の政治家には、それを守ろうという意識があまりにも希薄に思える。こうした政治家の意識に、日韓基本条約締結時にも指摘されていた国民一般の認識不足が反映されていることも否定できない。その意味では、国民全体が領土問題に対する関心をより一層持つべきであり、政治家に問題の重要性を認識させなければなら

141) 朝日新聞2010年9月22日2面。

142) 坂元「前掲論文」, 58頁。

143) 朝日新聞2010年9月26日2面(ボニー・グレイサー米戦略国際問題研究所(CSIS)上級研究員コメント)。

ない。繰り返しになるが、領土問題は「核心的利益」に関わるものなので、並大抵のことでは改善しない。今回の尖閣諸島に対する一連の対応と結果を教訓として、竹島問題については新たな対応を模索する時期に来ているのではなかろうか。