

通商条約における通商自由の原則

— 日米通商航海条約を中心として —

桑 原 輝 路

1. 通商条約における通商自由の原則
2. 通商自由の原則の二つの形式
3. 通商自由の原則と通商制限

1. 通商条約における通商自由の原則

通商条約はときに居住通商条約、通商航海条約、また居住通商航海条約の名称をもつ⁽¹⁾。その名称からもわかるように通商条約は一般に居住に関する事項、⁽²⁾通商に関する事項、航海に関する事項を内容とする。そのうち通商に関する事項が中心であることはいうまでもない。

通商条約の基礎をなす最も根本的な原則は通商自由の原則である。日米通商

(1) 居住通商条約の名称をもつものに日本スイス間の条約(1911年)があり、通商航海条約の名称をもつものに日米、日英、日本スウェーデン、日本ノルウェー、日仏(以上1911年)、日本デンマーク、日蘭、日伊(以上1912年)、日本ポーランド(1922年)、日本ユーゴ(1923年)、日本ベルギー、日本フィンランド、日本メキシコ(以上1924年)、日本ラトヴィア(1925年)、日独(1927年)、日本リトアニア、日本オーストリア、日本トルコ(以上1930年)、日本ウルガイ(1934年)間の条約等があり、その数は多い。また居住通商航海条約の名称をもつものにフランス・ギリシャ(1929年)、フランス・ドイツ(1934年)、ドイツ・ルーマニア(1935年)間の条約がある。なお修交ないし友好の語が付されることがあるが(修交【友好】通商航海条約の名称をもつものに日本ブラジル(1895年)、日本チリ(1897年)、日本アルゼンチン(1898年)、日本ギリシャ(1899年)、日本コロンビア(1908年)、日本エクアドル(1918年)、日本ペルー(1924年)間の条約がある)；これは直接内容とは関係なく、むしろ儀礼的なものである。その他単に通商条約また修交通商条約、修好交通条約、居住航海条約等の名称をもつものもある。

外務省「友好通商航海条約典型に関する研究」(昭和24年11月) p. 35—37.

(2) 1911年の日本スイス間の「Traité d'établissement et de commerce」は居住通商条約と訳されており、居住(établissement)の語は通商条約との関連においては、いわゆる居住条項として人の入国、居住、訴権、会社の設立、事業活動、財産権の取得等の人に関する規定においてみられる意味において用いられる。

⁽³⁾ 航海条約は第19条第1項において次のように規定している。

「両締約国の領域の間においては、通商及び航海の自由があるものとする」

すなわち通商自由の原則の宣言である。通商自由の原則は通商の国際的規制の基礎となる大原則である。通商条約が存在する限り、この原則は常に認められたし、またこの原則がすべての近代的通商条約の本質的な部分を構成している。一般的にいつて通商条約はその発生において自由貿易を促進するための政策であつたといいうるから、このことはけだし当然であろう。日米通商航海条約第19条第1項は、通商自由の原則を一般的に宣言することによつて、この条約の最も根本的な規定となつている。

通商条約の起源は非常に古く、14世紀にまで遡る。1351年イギリス王エドワード三世がカスティーユ (Castille) 王国及びビスカーユ (Biscaye) 伯領の沿岸都市との間に、相互貿易に関し締結した条約がその濫觴とされている。エドワード三世は次いで1353年及び1354年にポルトガルの沿岸都市及びバイヨヌ (Bayonne) 市とそれぞれ1351年の条約とほぼ同じ内容の通商条約を締結した。⁽⁴⁾ この時代に締結された通商条約のうち、その内容が最も詳細であり、その

(3) 日米友好通商航海条約 (1953年4月2日署名、同年10月30日発効) については、
兼松武「逐条解説 日米通商航海条約」I・II・III (時の法令 No.97—99)

鈴木文彦「日米友好通商航海条約の概要」(ジュリスト No.34)

入江啓四郎「日米通商航海条約要解」(法律時報. 25巻6号)

「日米友好通商航海条約」(世界週報. 34巻12号)

(4) もつとも、これらの条約は両国が相互の通商につき同一の地位に立ち、相互に特権を賦与するという相互的なものであり、国家間の通商条約といいうるものであつて、そうではなく主権者の一方的行為による特権の賦与、または主権者と外国商人団体との契約という形をとっているものは、勿論それよりも遙かに古く、例へばリプソン (Lipson, An introduction to the economic history of England. 1926 4th ed., p.444—445.) は通商条約の最古のものとして、796年にマーシア (Mercia) 王 Offa へあてたシャルルマーニュの手紙を挙げている。

通商条約史に関して

Nolde, Droit et technique des traités de commerce, Recueil des Cours d'Académie de Droit International de La Haye, 1924 II, p. 299—318.

Nussbaum, A concise history of the law of nations, 1954 (revised ed.) p. 11—12, 127, 203—207, 263—266 etc.

水野伊太郎「通商航海条約の変遷を論ず」(外交時報. No. 741)

形式が最も整っており、また真の意味の通商条約すなわち両締約国の権利の平等の思想を含んでいるところの通商条約は、1406年及び1417年イギリスとブルゴーニュとの間に結ばれた通商条約であるといわれるが、その1406年のイギリス・ブルゴーニュ間の通商条約においてすでに通商自由に関する条項がみられる。それは先に引用した日米通商航海条約第19条第1項のように通商自由を一般的に抽象的に規定しているのではなく、むしろ第19条第3項のような規定、すなわち両締約国の商人が貨物をもつて相手国の都市または港に自由に到来し滞在することを認めるという趣旨の条項であつたが、この通商自由に関する条項が後世の通商条約の基礎をなし、その形式は今日の通商条約にまで保存されている。

2. 通商自由の原則の二つの形式

日米通商航海条約第19条第1項においてみられるような通商自由の宣言の規定は、通商条約における最も根本的な規定であるといいうるが、それはあくまでも通商自由の原則を一般的に抽象的に述べているにすぎない。従つてそれは更に個別的な具体的な規定となつて現われてこなければならない。その現われ方に二つの形式がある。通商自由の原則は通商条約において、通商に参加する人の主権的法すなわち権利として現われるとともに、またそれとは別個に客観的規則の形式をもつて述べられる。前者を主観的形式、後者を客観的形式とよびうるとするならば、通商条約における通商自由の原則の具体的表現形式には、主観的及び客観的の二つがあるといいうる。⁽⁵⁾

まづ主観的形式についてみるならば、通商自由の原則は通商活動に従事する人の主権的法すなわち権利として現われる。両国間の通商といつても実際に通商活動に従事するのは原則として国民である。しかし国民以外に会社があり、またときに国家自身がある。そこで通商活動に従事する自然人、法人及び国家を包含するものとして商人（*commerçant*）という概念を用いるとすれば、通商活動に従事するのは商人であり、通商自由の原則は、まづ商人の通商に関す

(5) 通商条約における通商自由の原則の主観的形式及び客観的形式の分類はノルド（Nolde, op. cit., p. 373）においてみられる。

る権利、すなわち商人の自由通商権 (le droit au libre commerce) として現われるといいうる。

実際の通商条約においてそれはどのような規定となつて表現されるか。まづ自然人としての商人についてみるならば、われわれが通商条約を一見すればわかるように、自然人としての商人のみを対象とした規定はとくにみあたらない。たしかに初期の通商条約において最も大きな関心がはらわれたのは商人の安全についてであつた。この商人の安全を保障する古い通商条約の規定が、その後ゆるやかな進化をへて近代的通商条約のなかにおける外国人一般の法的地位に関する一連の規定へと発展していつたのである。このようにして近代的な通商条約は、そのなかに外国人の権利章典を含むようになったのであり、また近代的な通商条約のなかにとくに自然人としての商人のみを対象とした規定が見出されないのは、このような経緯によるものである。日米通商条約⁽⁶⁾においてみるならば、この権利章典は極めて詳細なものとなつており、伝統的な権利のほかに多くの新しい権利が付加されている。しかしそれらの規定は外国人一般を対象としているのであつて、商人のみを対象としているのではない。従つて通商目的をもつ外国人、すなわち外国商人は、他の目的をもつものと同じ法的地位を有しているといいうるわけである。

それではこれら外国人一般に関する規定のなかで外国人の自由通商権はどのような規定のなかに現れているか。日米通商条約においてみるならば、その最も重要な規定は第7条第1項であるが、その他についても若干の考察を必要とする。

日米通商条約との比較の意味において1911年（明治44年）の日英通商航海条約をあげるならば、その第6条に次のような規定がみられる。

「両締約国版図の間には、相互に通商及び航海の自由あるべし。締約国の一方の臣民は、他の一方の版図内において、外国通商のために開かれ、又は開かることあるべき一切の場所、港及び河川に船舶及び貨物を以つて自由に到ることを得……」

(6) Nolde, op. cit., p. 361 et siv.

この規定の前段は日米通商条約第19条第1項と同様であり、通商自由の原則の宣言である。そしてこの原則が臣民（人）の通商に関する主観的法すなわち権利として具現されているのが後段の規定であるということが出来る。従つて後段は通商自由の原則が主観的形式をもつて現れている規定であるといいうる。

日英通商条約第6条と同趣旨の日米通商条約の規定は第19条である。第19条は先に引用した第1項につづいて第3項で次のように述べている。

「いずれの一方の締約国の船舶も、他方の締約国の船舶及び第三国の船舶と均等の条件で、外国との間における通商及び航海のため開放された他方の締約国のすべての港、場所及び水域に積荷とともに入る自由を有する」。

しかしこの規定は明らかに日英通商条約第6条後段の規定と異なる。すなわち自由を有する主体が日英通商条約においては臣民（人）であるのに対し、日米通商条約においては船舶である。従つてこの規定はむしろ航海の自由の規定とみる方が妥当である。航海の自由は、それが通商活動に関連する限りにおいて通商の自由を含む⁽⁷⁾、という意味においてそれは間接的に通商の自由を意味するにすぎない。そこで日米通商条約において、日英通商条約第6条後段の規定にみられるような主観的形式をもつて現われる通商の自由すなわち商人の自由通商権の規定を他に求めるとするならば、それは第1条第1項の規定であると思はれる。日米通商条約第1条第1項は次のように述べている。

「いずれの一方の締約国の国民も、(a) 両締約国の領域の間における貿易を営み、若しくはこれに関連する商業活動を行う目的をもつて、(b) 当該国民が相当な額の資本を投下した企業若しくは当該国民が現に相当な額の資本を投下する過程にある企業を発展させ、若しくはその企業の運営を指揮する目的をもつて、又は (c) 外国人の入国及び在留に関する法令の認めるその他の目的を

(7) Cour Permanente de Justice internationale, Série A/B, n°63, 83. (Paul Guggenheim, Traité de Droit international public, Tome I, p. 415 より)

もつて、他方の締約国の領域に入り、及びその領域に在留することを許される」。

戦前の通商条約は、入国に関し殆んど例外なく「国内法に従つて（国法に遵由するにおいては）最恵国待遇を与えられる」と規定しているのみであるから、この「国内法に従つて」（conforming to the laws of the country）という言葉の解釈如何によつては、すなわちそれを「国内法の定むる範囲内においては」と解釈する場合には、国内立法の如何によつては相手国の国民の入国に制限または禁止を課しうる可能性があり、従つて商人の入国も必ずしも保障されない不安定な地位におかれた。これに反して日米通商条約が第1条第1項の（a）（b）の目的をもつもの、すなわち貿易活動及び投資活動を行う目的をもつものの入国について相対的待遇である最恵国待遇を排し、絶対的な保障を条約上与えたという点において、戦前の通商条約にはみららなかつた大きな特色であるといいうる。そして第1条第1項はこのような形で入国を許されるものの一つとして「両締約国の領域の間における貿易を営み、若しくはこれに国連する商業活動を行う目的をもつ」国民すなわち商人が、このような目的すなわち通商目的をもつて、他方の締約国に入国することを許されるとしている。そこで第1条第1項は通商自由の原則が通商に参加する人すなわち商人の権利として現れている規定であるとみることができる。換言すればこの条項は通商自由の主観的形式の規定であるといいうる。

通商目的のための入国が許されたとしても、次に通商活動に従事する権利が保障されなければならない。日米通商条約第7条第1項は次のように規定している。

「いずれの一方の締約国の国民及び会社も、直接であると、代理人によつてであると、又は何らかの形態の適法な団体を通じてであるとを問わず、他方の締約国の領域内ですべての種類の商業、工業、金融業その他の事業の活動を行うこと、従つて、（a）支店、代理店、事務所、工場その他その事業の遂行のため適当な施設を設置し、及び維持し、（b）会社に関する当該他方の締約国の一

般法に基いて会社を組織し、及び当該他方の締約国の会社における過半数の利益を取得し、並びに（c）自己が設立し、又は取得した企業を支配し、及び経営することに関して、内国民待遇を与えられる。……」

この条項は国民及び会社が事業活動を行うことに関し内国民と同等の権利を有するという趣旨の規定であつて、それは国民及び会社のそのような事業活動に従事しうる権利を当然の前提としているものである。そしてその事業活動のなかには「すべての種類の商業」があり、そこに通商活動も含まれることはいうまでもない。すなわちこの規定は、第1条第1項の通商目的をもつ国民の入国自由について、通商自由の原則が、通商に参加する国民及び会社の相手国領域内における通商活動に従事しうる権利として現れているものであるということが出来る。

この規定においてみられるように、相手国領域内において通商活動に従事する権利は、自然人としての商人に対してばかりでなく、また法人としての商人すなわち会社にも与えられる。同様な規定は——形式において国民と会社とを分けて規定しているものもあるが——大部分の近代的通商条約の中においてみられる。そして会社については

「……いずれか一方の締約国の領域内で関係法令に基いて成立した会社は、当該締約国の会社と認められ、且つ、その法律上の地位を他方の締約国の領域内で認められる。」

とのいわゆる会社互認の規定（第22条第3項）——これは単に営利活動を行う会社のみに限られるものではないが——があり、それはまさに自然人の入国規定に相当するものと思はれる。

次に商人の資格の外国人として現れる国家すなわち国家商人（Etats-comm-⁽⁸⁾erçant）についてであるが、通商条約はしばしば通商活動に従事しうる国家自

（8）自由通商権の主体としての国家に関しては

Nolde, op. cit., p. 367 et suiv.

Hawkins, Commercial Treaties and Agreements, Principles and Practice, 1951, p.199.

身について規定することを忘れがちであつた。しかし、その規定のない場合でも、外国人及び外国法人による通商の自由行使に関する条項は、商人の資格の外国人として現れる国家自身の能力をも覆つていとみることもである。日米通商条約における国家商人に関する規定としては、第17条と第18条第2項をあげることができる。このうち商人の資格の外国人として現われる国家に関する規定は第18条第2項である。

「いずれの一方の締約国の公の所有又は支配に属する企業（社団法人、団体及び政府機関を含む。）も、他方の締約国の領域内で商業、工業、海運業その他の事業の活動を行う場合には、自己又は自己の財産のため、私の所有又は支配に属する企業が課税され、訴えられ、又は裁判の執行を受けることその他当該領域内で負う義務を当該領域内で免除されることを請求し、又はその免除を享有しないものとする。」

この規定は国家商人が相手国領域内において特権、免除を享有しない旨の規定であるが、そこにおいて当然に自由通商権の主体としての国家が認められているわけである。

国家商人に関して問題となるのは、この規定においてみられるように、国家が商人として現れた場合のその地位の問題である。すなわち国家が外国において享有する特権、免除を、国家が商人として外国に現れた場合にも認めるべきか否かの問題である。この問題は経済生活のある分野が国有化され、国家管理のもとにおかれるという傾向の発生とともに問題となり、第一次大戦後この傾向は強められ、特に外国貿易の国家独占の制度をとる国の出現によつて一層大きな問題となつて浮び上つた。この問題が提起せられ、その解決に迫られたとき直ちにためらうことなく否定的な解答が与えられた。すなわちもしも国家が対外通商に従事することを欲する場合には、国家はその特権、免除を放棄すべきである。

ヴェルサイユ条約第281条、サン・ジェルマン条約第233条、ヌーイ条約第161条及びトリانون条約第261条は、同一表現をもつて次のように規定して

いる。

「ドイツ政府（オーストリア，ブルガリア，ハンガリー政府）が国際貿易に従事すとも，これにつき主権に付属する何らの権利，特権または免除を有することなく，また有すと看做することなかるべし」。

この問題についてイギリス政府は，第一次大戦後，コールウィン卿（Colwyn）の主宰する特別委員会を設けその研究にあたらせたが，そこにおける結論もやはり国家商人は私的商人と同一視されるという原則を確認している。ヴェルサイユ条約等の規定は強ち敗戦国の不利益において設けられたものではなかったといいうる。

国家商人に関し指摘すべき最も重要な問題は以上の如きものであるが，いずれにしてもそこに自由通商権の主体としての国家が前提されているのであり，われわれは今その点を問題とする。通商に参加する商人としての国家の自由通商権に触れている規定として，日米通商条約第18条第2項の如き規定は，従つて通商自由の主観的形式の規定とみることができる。

日米通商条約より引用した以上の如き諸規定が通商自由の主観的形式のものであり，通商条約における通商自由の原則はまず通商に参加する人すなわち商人（国民，会社，国家）の自由通商権として現われる。すなわち主観的形式をもって現われるといふことができる。

なお日米通商条約第13条における商業旅行者（commercial travelers, voyageurs de commerce, commis-voyageurs⁽⁹⁾）の規定も，商人たる商業旅行者の権利を規定したものとして通商自由の主観的形式の規定といふことができる。商業旅行者の規定は，他の人に関する諸規定が外国人一般についてであるのに対し，とくに商業旅行者たる商人について規定しているものとして特殊な存在である。

通商自由の原則は通商条約において以上の如く主観的形式をもって示される

(9) 商業旅行者について
Nolde, op. cit., p. 364.

とともに、また他方客観的な規則の形式をもつて規定される。その最も典型的な規定は、いわゆる輸出入禁止制限撤廃に関する規定である。日米通商条約においてみるならば、その第14条第2項は次のように述べている。

「いずれの一方の締約国も、他方の締約国の製品の輸入又は他方の締約国の領域への製品の輸出について、制限又は禁止をしてはならない」。

しかしこの規定はそれについて

「但し、すべての第三国の同様の製品の輸入又はすべての第三国への同様の製品の輸出が同様に制限され、又は禁止される場合はこの限りでない」。

となつてゐる。従つてこの規定は輸出入禁止制限撤廃の規定というより、一般に輸出入禁止制限に関する規定とよばれる。

輸出入の禁止制限撤廃をはつきりと積極的に謳つたものとしては、この日米通商条約のほかに1927年の輸出入禁止制限撤廃に関する条約⁽¹⁰⁾第2条及び関税及び貿易に関する一般協定第11条（未発効ではあるが国際貿易機構憲章第20条第1項）があるのみである。日本は1927年の条約に積極的な支援を与えた国の一つであつたが、日本が結んだ通商条約のなかで輸出入禁止制限撤廃を謳つたものとしては、その他に日仏通商条約（第6条）、日伊通商条約（第9条）及び日本メキシコ通商条約（第11条）があるにすぎない。もつともこれら三条約は輸出入の禁止制限措置を行わないということを積極的に規定しているのではなく、輸出入の禁止制限措置により相互の通商の自由を阻害しないということを規定した、いわゆる「通商無害の原則」を述べているものである。そのほか諸外国間の通商条約ではスイス・チェコ条約（第2条）、ブルガリア・トルコ条約（第5条）、独シヤム条約（第5条）、チェコ・ブルガリア条約（第19条）、仏スイス条約（第3条）等がある。

通商自由の原則が通商条約において客観的形式をもつて現われる最も典型的

(10) 輸出入禁止制限撤廃に関する条約について

外務省監修・日本学術振興会編纂「通商条約と通商政策の変遷」 p. 348.

なものとして、輸出入の禁止制限措置を行わない旨を積極的にまたは消極的に規定する上の如き条項をあげることができる。通商自由の原則の客観的形式の規定はこの種のもののみでなく、その他に多くみられるが、それについては後に再びふれることにする。

以上述べてきた如く通商条約における最も根本的な原則である通商自由の原則は、通商条約において主観的形式及び客観的形式をもつて表現される。すなわち一方においては通商に参加する外国商人の自国領域内における自由通商権を相互に認め、また他方において両締約国間の商品の輸出入を相互に禁止制限しない旨を約束する。しかしながらそれだけでは決して充分ではない。何故なら通商活動は競争を伴い、従つて常に競争者を予想しなければならないからである。そこで一方の国民の通商活動が、他方の国の領域内において、その国民の通商活動と同じだけ大きな自由が与えられること、及び一方の国民が他方の国の領域内において、他のすべての第三国の国民と同じ程度によく待遇されることが要求される。いうまでもなくそれは内国民待遇及び最恵国待遇である。通商の自由は、この二つの保障と結びつくことによつて自らをよりよく実現するということができる。

およそ待遇は比較基準の有無によつて相対的待遇と絶対的待遇に分けられ、相対的待遇は比較基準が内国民であるか第三国民であるかによつて内国民待遇と最恵国待遇とに分けられる。内国民待遇及び最恵国待遇は比較基準の相違による分類であつて、両者の本質はいうまでもなく平等待遇である。

通商自由の原則は通商の平等待遇の原則と不可分であり、平等待遇の保障は通商自由の実現にとつて不可欠である。かくして平等待遇の原則は近代的通商条約のなかにおいて内国民待遇條款及び最恵国條款となつて現れている。そして通商条約における通商自由の原則の主観的及び客観的形式に内国民待遇及び最恵国待遇が、それぞれ別個に、または二つ同時に適用される。一般的にいうならば内国民待遇は通商自由の主観的形式に、最恵国待遇はその客観的形式に適用されるといいうるが、ここではこの点に立ち入ることなく、次に通商自由の客観的形式に関してさきほど後に残した問題に移ることにする。

3. 通商自由の原則と通商制限

通商自由の原則は、その形式がどうあろうというまでもなく絶対的な原則ではない。国家はすべての場合において、すべての商品が自由に自国のなかに入り、または自国から出て行くことを許すことを未だかつて欲しなかつたし、また将来も欲しないであろう。通商の自由は実際さまざまな条件やさまざまな制限に支配されるところの原則である。

前にみたように通商自由の原則が客観的形式をもつて示される最も典型的な規定は、輸出入の禁止制限措置を行わない旨の規定である。日米通商条約においてみるならば、それは第14条第2項前段の規定である。しかしながらこの規定は決して両国の通商に対して制限作用を営むすべての人為的な障害の撤廃を謳ったものではない。第14条第1項は当然のものとして関税の賦課を規定しており、また第16条第1項は内国税を認めている。これらの商品に対する関税及び内国税が通商に対して制限的作用を営む可能性のあることは否定しえないであろう。第14条第2項の輸出入の禁止制限撤廃の規定は、従つてこれらの関税及び内国税を容認しつつ、それ以外の禁止制限に関してそれを行つてはならないと規定し、原則としてそれを否認しているものである。「輸出入の禁止制限」という言葉は、一般にこの意味において、すなわちそこに関税及び内国税を含まない意味において用いられてきたのである（多くの通商条約においてみられる日米通商条約第14条第2項後段と同趣旨の規定のなかに用いられる禁止制限の意味も同様）。そしてこの否認は原則としての否認であつて——勿論それは決して無意味ではない——第14条第2項はこの前段につづいて「但し、すべての第三国の同様の産品の輸入又はすべての第三国への産品の輸出が同様に制限され、又は禁止される場合は、この限りでない」と規定し、前段の原則に対する例外について云つている。第3項以下はその具体的な規定である。普通に通商条約において認められているいわゆる「一般的例外」⁽¹¹⁾（日米通商条約においては第21条に列举）は、一応考慮外におくとしても、このようにいくつかの

(11) 「一般的例外」について

入江啓四郎「日本講和条約の研究」p. 203.

通商に対する制限が設定される。通商条約における通商自由の原則は、これらの制限に対して如何に作用するか。ここで問題とすべきはそのような制限そのものの可否ではなく、通商条約の基本原則である通商自由の原則との関連において、そのような制限措置をとる場合に如何なる準則が要求されるかということである。

この点をもう少し別な観点から考えてみよう。通商の自由という言葉は今までそれを用いてきたような意味において、すなわち通商条約上の原則、通商の国際的規制における原則という意味において一般に使用されるのであるが、それにはもう一つ別の意味があるように思はれる。それは一般国際法上における国家の基本的権利の一つとしての国際交通権 (*le droit du commerce international*) に関していわれる場合である。これは広義においてはいわば国際関係⁽¹²⁾権ともいふべきものであつて、国家が他国と国際関係一般をもち、維持する権利をいい、また狭義においてはその一部分である通商関係権をいう。国家の権利として国際交通権を認めうるか否かについては、肯定する学説あり、また否定する学説もあつて争いのあるところであるが、その狭義の意味を考慮しつつ国家には他国と通商関係をもち、またはもたざる自由があるということについては、すべての外国との同時的な関係を論じない限り否定しえないように思われる。そしてこの国家の通商に関する自由を国家の通商の自由という場合がある。

通商の自由を、すなわち国家の通商の自由をこのように解するとしても、それはやはり絶対的なものではない。通商は例えば航海と異り一つの契約だからである。すなわちそれは二つの意志、売手の意志と買手の意志の一致を必要とする。従つて例えば一方の国家が通商関係をもつ意志があつても、他方がこれを拒絶するならば（拒絶も通商自由の行使）、すなわち意志の一致がないならば、一方は他方を強制することはできない。また国家は通商に関して条件を設定することも——その条件が制限的作用を営むものであらうと——自由であ

(12) 国際関係権 (*le droit à des rapports internationaux*) なる語は、Tauno Suontausta, *La Souveraineté des Etats*, Helsinki, 1955, p. 62. においてみられる。Suontausta は狭義のそれを「国際通商の自由行使権」(*le droit au libre exercice du commerce international*) とよんでいる。

る。そのような条件の設定は一方的になされる場合があり、また双方の明示的な合意としてなされる場合がある。一方的になされる場合にはそれは通商に対する制限法、関税法という形をとる。そしてこれは通商の自由に対する侵害では決してない。それはむしろ反対に国家のこの自由の行使の結果であるといえる。これらの通商制限法、関税法は他方の通商活動に対しその国が同意を与えるところの条件なのである。他方は勿論その条件を拒否することは自由であつて、その場合には意志の一致はなく、従つて両国間の通商関係が開かれただけである。しかし他方が設定せられたその条件に同意するならば、その条件のもとに通商関係は開かれ、いうまでもなく他方はその条件を忠実に守らなければならない。双方的な場合には互に通商関係をもつことについての一致した意志と如何なる条件のもとに通商を行うかについての同意された条件のある場合であつて、その現れが通商条約ということになる。そしてそこにおいて同意された条件の寛嚴、すなわちそれがもつ通商に対する制限的作用の寛嚴は、ここでいう意味の通商の自由との関連においてはなんら問題とすべきものではない。何故ならそれは一方的な場合において見たと同様、両国のこの自由の行使の結果とみるべきだからである。従つて通商条約の中において両国の合意によつてどのような条件を設定しても、条件の設定そのことについては、国家の通商の自由になんら反するものではなく、またそのことについてはここで問題とする必要はない。たゞ通商条約が一方において条約上の基本原則として通商自由の原則を宣言しながら、他方において自由なる通商に対し制限的作用を営む諸条件を設定するとき、そのような制限措置が条約上の原則たる通商自由との関連において如何なる形で行われねばならぬかの問題が生ずる。

再び日米通商条約にもどるならば、日米通商条約は第19条第1項において通商自由の原則を宣言し、この原則の客観的形式の一つとして第14条第2項前段において輸出入の禁止制限の撤廃を謳っている。しかしここにいう制限のなかに入らないが通商に対し制限的作用を営むものである関税及び内国税の賦課を第14条第1項及び第16条第1項において規定している。そしてまた第14条第2項前段は、輸出入の禁止制限撤廃を原則として謳いつつ、すぐつづいて後段にしかしながら制限の設けられることのあることをいい、第3項において輸出入

制限の最も典型的な具体的表現形態である量的制限について規定し、さらに第4項及び第7項においてその他の禁止制限のなしうることを述べている。通商に対し制限的作用をなすものは以上のものだけではなく、その他にもあり、また日米通商条約においてもその他のものについて触れているが（第15条 税関行政、第17条 国家貿易、第12条 為替管理等）、ここでは第14条のみを問題としてもう少しそれを検討してみよう。

第14条第2項前段の輸出入禁止制限撤廃の規定は、それを形式的に解釈するならば、たしかにそこにおいていわれている禁止制限は、第14条第1項の関税第16条第1項の内国税を含まないそれ以外の禁止制限である。しかしそれを次のように解釈することは不可能であろうか。すなわち形式的にみてそこにいう禁止制限に含まれるものは勿論そのような措置をとつてはならない、と同時に形式的には禁止制限に含まれない措置であつても、それが実質的に禁止制限と同等の効果を有するようなものはやはりここにおいて禁止されているのだと。すなわち関税及び内国税は、それを賦課する方法如何によつては輸出入の禁止制限と同じ効果をもつ。そこで輸出入に対して禁止制限措置をとつてはならないと規定することは、当然に関税及び内国税の賦課に関しても実質的な禁止制限とならないようそれが行われねばならないことが要求される。それは要するに少なくとも関税に関しては最恵国待遇が、また内国税に関しては内国民待遇が保障されねばならないということである。第14条第1項は、すべての種類の関税、課徴金、その賦課の方法及び輸出入に関するすべての規則、手続について最恵国待遇とし、また第16条第1項は、内国税その他に関して内国民待遇及び最恵国待遇（内国民待遇と合わせて最恵国待遇を保障しているのは、同様の内国産品のない場合がありうるから、従つてその場合には少なくとも最恵国待遇が要求されるわけである。）としている。関税に関する最恵国待遇及び内国税に関する内国民待遇が保障されてはじめて、通商条約の基本原則たる通商自由の原則がこの点において貫かれるといいうる。

第14条第1項及び第16条第1項はともに通商自由の原則の客観的形式に属するものである。第14条第2項前段の規定を通商自由の原則の客観的形式の最も典型的なものであると先に述べたのは、まず第一に関税及び内国税の制定との

関連における以上のような意味からである。

次に輸出入の禁止制限という言葉は、また当然にその形式的な意味において解されなければならない。すなわち関税及び内国税を含まないそれ以外の禁止制限である。日米通商条約第14条第2項前段の輸出入禁止制限撤廃の積極的規定は、通商条約が通商自由の原則を基本とする以上当然の規定とみることができる。しかしまた次のような事情をも無視することはできない。すなわちわれわれが第一次世界大戦前までの通商条約史をみるときに、そこに大勢として無条件最恵国條款が採用されているか、或いは条件付最恵国條款が採用されているかということを見ることによって、自由貿易政策または保護貿易政策の反映を時代的にみえたのであるが、第一次大戦後の国際貿易情勢の複雑化により——関税のほかに為替管理、輸入制限等の多面的な交錯——もはや自由貿易政策もしくは保護貿易政策を二者択一的に遂行しえない状態となり、また通商条約及び最恵国條款が両大戦間に味はわされた経験は当然戦後の通商条約に反映せざるを得なかつた。形式上の点からだけみても、従来単に最恵国待遇を相互に交換することのみで足りたいわゆる物に関する規定が、次第にその数をまし、複雑化してくるといった傾向をみることができる。日米通商条約においても以上のような事情と経験の影響からまぬがれるものではない。すなわち形式的にみて第14条第2項の禁止制限に属するものの一つとして、第14条第3項は伝統的な禁止制限のほかに量的制限についての規定を設けている。この規定は数量または価額による制限が当然に許さるべきことを前提としている。輸入割当制、輸入許可制等をその内容とする数量制限、割当制度は、このほかに両大戦間において諸国によつてとられた諸措置とともに、その運用上関税政策よりはるかに強力なものである。

それではそのような措置、例へば量的制限を行う場合の準則は何か。第14条第2項後段は、「但し、すべての第三国の同様の製品の輸入又はすべての第三国への同様の製品の輸出が、同様に制限され、又は禁止される場合は、この限りでない」と規定している。この規定は禁止制限をなす場合にとらるべき一般原則を示している。先に待遇の分類をした際、相対的待遇のうち比較の基準を第三国に求めて、それと同等の待遇をするのが最恵国待遇であると述べた。最

恵国待遇をこのように解するならば、第14条第2項後段は第三国の同様の産品を比較の基準としており、それが同様に禁止制限される場合には禁止制限をなしうるとして禁止制限の第三国産品との平等、いうならば不利益の第三国との平等をいつているという点において、それは少くとも形式的には最恵国待遇であるといいうるであろう。この第14条と同趣旨の規定が GATT（及び ITO 憲章）にあることを先に指摘した。日米通商条約の一つの特色として、通商経済関係の多数国間条約の基本的な考え方が、明示的にまた黙示的に織り込まれているという点をあげることができる。この第14条もその一つである。⁽¹³⁾ すなわち日米通商条約第14条第2項前段は、GATT 第11条第1項と同趣旨の規定であり、また後段は GATT 第13条第1項と同趣旨の規定である。そして GATT はその第13条第1項においてみられる原則を無差別待遇の原則とよんでいる。とすればその規定をうけついだ日米通商条約第14条第2項後段の規定も、やはりそこにおいて示されている原則は無差別待遇の原則とよびうるものである。無差別待遇はその言葉が示すとおり当然比較さるべきものを予想するものであり、その比較の基準が第三国であるならば、すなわちそのように単に形式的にのみ解するならば、それは最恵国待遇であるといいうる。それでは何故とくに無差別待遇という表現が用いられるのか。

日米通商条約第14条においてこれをみるならば、その第3項は輸出入の禁止制限の最も具体的な表現形態である量的制限について規定している。そしてその (b) において次のように述べている。

「当該一方の締約国は、いずれかの第三国に割当を行うときは、その産品の貿易に影響を与える特別の要因に妥当な考慮を払った上で、他方の締約国が以前の代表的な期間中に供給し、又は供給された産品の総数量又は総価額に比例する割当を当該他方の締約国に与えねばならない」。

(13) その他、第4条第2項の商事仲裁に関する規定と「外国仲裁判断の執行に関する条約」（1927年）、議定書第7項の輸入貨物の原産地虚偽表示の防止と「貨物の原産地虚偽表示の防止に関するマドリッド協定」、第18条の競争制限的商慣行と ITO 憲章第5章及び1951年9月の国連経済社会理事会の決議、第12条第2項3項の為替管理と国際通貨基金（IMF）、第17条の税関行政・第17条の国家貿易・第20条の通過・議定書第9項の映画フィルム of 映写割当と GATT。

すなわちここにおいてとられている割当の方法は、いわゆる「比例的」方法である。最近数十年における最恵国条款に関する論議は、主として輸入割当制度との関連においてであつた。この制度がとられたとき最恵国条款を援用していわゆる「数学的」方法が主張されたことがある。しかしこの方法が最恵国条款の目的とする平等待遇と相容れないことは明らかである。そこで考えられたのが比例的方法であるが、それは一切の国に同一量を割当てるという形式的な平等を排し、基礎期間に輸入された全量または全額の一定の割合に該当する量または額を割当るという方法をとることにより、むしろ実質的な平等を狙つたわけである。基礎期間の選定等この方法にもいろいろ問題はあるが、この方法が最も公正な割当を確保しうると考えられた。日米通商条約第14条第3項 (b) はこの方法を採用している。いうまでもなく GATT も同様である。とするならば第14条2第項後段において示されている原則を無差別待遇の原則とよぶとして、それは具体的には第3項 (b) において示されているような待遇、すなわち実質的な意味での第三国との平等待遇、いいかえれば実質的な意味での最恵国待遇であるといいうるように思はれる。

最恵国待遇は通商事項に関しては関税に関して適用せられていた。関税事項に関しては形式的平等を保障することによつて決して実質的な不平等をもたらしうことはなかつた。しかし関税以外の強力な制限措置に直面したとき、もはや最恵国条款のみによつては平等待遇は保障されず、最恵国条款の援用によつて形式的平等が要求される場合には、かえつて不平等な結果を招くことになる。そこで無差別待遇なる概念を定立することによつて、実質的な意味の最恵国待遇を狙い、もつて平等待遇を保障しようとしたものと思はれる。

最後に再び通商条約における最も根本的な原則である通商自由の原則との関連において問題を整理することが残される。

日米通商条約において通商自由の原則の客観的形式の最も代表的な規定として第14条第2項前段をあげた。すなわち輸出入の禁止制限をしてはならないという規定である。関税及び内国税は、ここにいう禁止制限には形式的には入らないものであるが、しかしその賦課の方法如何によつては輸出入の禁止制限と同等の効果をもつ。従つてそのような賦課方法をとらないことがこの規定の精

神に一致することであり、それぞれその事項の性質により第三国商品との平等待遇すなわち最恵国待遇、また内国商品との平等待遇すなわち内国民待遇がとらるべきである。このように通商自由の原則は、関税及び内国税に関して最恵国待遇及び内国民待遇の保障を要求する。関税及び内国税に関しては競争者との平等待遇が保障されることによつてのみ通商自由の原則を確保しえ、また維持しうるのである。

第14条第2項前段は輸出入の禁止制限がなさるべきでないと規定する。そしてこれが例外なく守られることが通商自由の原則に一致することである。従つてこれに対する例外措置がなるべくとられない方が望ましい。しかし諸般の事情は輸出入の禁止制限の絶対的否認を許さない。輸出入の禁止制限は、通商の自由と相容れないものであるとしても、通商自由の原則は少なくともその原則の不可分の一要素である平等待遇の保障を禁止制限に対して要求する。また人は利益においてもまた不利益においても平等に取扱われることを要求するだろう。平等待遇の保障の技術として最恵国条款なるものが存在したが、数量的制限等の禁止制限に対しては、もはやその技術をもつてしては平等待遇を保障することはできない。そこで新たに無差別待遇の原則を定立することによつて、禁止制限における平等待遇を保障しようとしているということが出来る。すなわち輸出入の禁止制限は条約の基本原則である通商自由の原則とは相容れないが、そこに無差別待遇の原則なる新しい技術を導入し、それにより少なくとも平等待遇の保障をはかることによつて、条約の基本原則たる通商自由の原則は、この点に関しても、その存在を主張しているといいうるだろう。

以上本稿においては、通商条約における基本原則は通商自由の原則であるとし、この考え方を軸として通商条約にあらわれる通商自由の原則の主観的形式及び客観的形式を日米通商航海条約に例をとりつつ概観し、問題を客観的形式にのみ限定して客観的形式の規定における最も中心的な規定を第14条第2項前段にもとめ、そこにおいて具現されている通商自由の原則と諸々の通商に対する制限との関係をみてきたわけである。