

萬 有 文 庫

第 二 集 七 百 種

王 雲 五 主 編

奧 本 海 國 際 法
戰 爭 與 中 立

(二)

奧 本 海 著

岑 德 彰 譯

商 務 印 書 館 發 行

奧本海國際法
戰與爭中

(二)

奧本海著
岑德彰譯

漢譯世界名著

第二章 開戰 (The Outbreak of War)

1 戰爭之開始 (Commencement of War)

開戰概論

(一〇五) 照舊日慣例，戰爭狀態之發生，有由於宣戰者，有由於一國之佈告與某國已在戰爭狀態中者，亦有由於一國攻擊他國者。由上述三種方法而起之戰爭，歷史上不乏其例。格老秀斯雖嘗創有必先宣戰之定例，然就各國之慣例觀之，幾全未奉行此說。蓋自格老秀斯以來，世之不宜而戰者，已不可數計矣。學者之中，步武格老秀斯而認宣戰爲必要者，不乏其人，但在第二次海牙保和會（一九〇七年）以前，此說不但未經條約規定，且未經習慣認可，而學者之中，尤多認各國之慣例爲可行者。

此非謂昔日之國家，可以毫無衝突，陡然發難也。苟有於和平之世，未經爭議，不由交

涉，而驟起兵端者，斯乃國際法之真正罪人矣。然如於交涉失敗之後，甚或於國交斷絕以後，遽行開戰者，則不得斥爲欺詐。兩次海牙保和會之規定，所謂就情勢之所許應儘先商請友邦出而周旋或調解者，實未能稍變成例，蓋就情勢之所許一語，已不啻爲開戰國留多少回旋之餘地矣。

日俄戰爭（一九〇四年）之爆發，蓋由於日本魚雷艇攻擊旅順及俄艦之故，時兩國尙未正式宣戰也。因是而召釐定開戰規程之運動。又二年，國際法學院開會於根脫（Ghent）通過原則三項。大致以爲未經宣戰或致最後通牒以前，不得開戰。宣戰或致最後通牒後，尤必須經過充分時間，始得開戰，庶免有暗襲之事。第二次海牙保和會開會時，此案曾經提出討論，其所訂公約第三編，卽屬開戰之規程也。

宣戰

（一〇六）海牙公約第三編第一條，規定在開戰以前，必先明白施行警告，警告之方式，或爲宣戰書，聲明所以開戰之理由，或爲最後通牒，內附開戰之條件。

宣戰書者，爲國際之通牒，所以宣示終止和平狀態，而開始戰爭狀態者也。昔日之宣

戰者，儀式極爲隆重。至最近數百年間，則此項儀式均已廢止。至今則所餘者，不過一簡單之通牒而已。宣戰應附之條件，據第一條所規定者，厥有二端：（一）書中文字不容稍有錯誤；（二）宣戰必須附有理由。自宣戰至開戰中間，究應經過多少時間，尙無規定，故一國儘可於通牒送達之時，卽行開戰。茲所欲重言以申明者，凡未經交涉而遽行開戰，皆國際法之罪人也。

宣戰書究將取何種程式乎？夫既未明白規定以書面送達，則用通牒可用電報可用電話可用口頭相告亦無不可。余意此說殊不足信。夫以宣戰之重要，及公約第三編第一條之規定，宣戰書不容稍有錯誤，且必須附帶理由云云，似皆爲用書面送達之證。又如公約第三編第二條規定，凡以開戰通告中立國者，不妨竟用電報云云，是則第一條所認爲必要之宣戰書，其不能用電報可知。電報尙不能用，則電話及口頭通告之不能用可知。百年來各國之慣例，凡遇宣戰時，大抵備一戰書，以之送達對方。

就交戰國雙方而論，宣戰之日，卽爲開戰之時，惟實際衝突，或竟待諸日後耳。反之，就

交戰國與中立國而論，必待至開戰通知送達，或得到開戰確息以後，始認為戰爭開始。以此之故，公約第三編第二條規定，交戰國應於開戰後立即通告中立國，雖只用電報亦可，除通告已送達中立國，或中立國已得悉開戰消息以後，中立國不受戰爭任何影響。

哀的美敦
書

(一〇七) 公約第三編第一條所規定之警告程式，其第二種曰：最後通牒，連同條件附之開戰宣言。

最後通牒者，亦係一專門術語，蓋指國際間之書面通告，所以中止某案之交涉，而條列其最後之要求條件者也。最後通牒計有兩種，一曰單式，其中不載通牒國擬取之行動；一曰複式，則通牒國擬取之行動，如報復，懲戒，和平封鎖，佔領土地，或戰爭之類，一一詳細聲明。公約第三編第一條所規定者，為複式之最後通牒，其措詞必須使對方明瞭，苟加拒絕，可以立召戰禍。以此之故，如所發者係單式最後通牒，或雖為複式最後通牒，而其所擬採辦法並非戰爭，則當對方拒絕要求之後，非先行宣戰，不宜開釁。例如義大利於一九一一年對土爾其宣戰，但其發最後通牒聲稱將佔領的里波黎 (Tripoli) 則尚在宣戰以

前也。

公約第三編並未規定於發最後通牒後，至少須經過若干時日，始得開戰，故其期限，可以極短，如若干小時之類。茲所欲重言以申明者，苟未經交涉，遽發最後通牒，則真爲國際法之罪人矣。

最後通牒後所發生之戰爭狀態，亦必須立即通告各中立國，蓋公約第三編第二條之規定，對此正復適用。又最後通牒中附有開戰之條件者，必須以書面送達敵方，其理由與宣戰書同。

衝突之開始

(一〇八) 凡未經宣戰或曾發複式最後通牒而遽行開釁者，皆在公約第三編禁止之例。但不經此類預備手續而開戰者，亦所恆有。故國家儘可不經過宣戰或最後通牒手續而開戰。又如兩國軍隊，宿怨已深，不待政府之命令，忽起衝突，而兩國政府，亦不從而制止之。又如因報復干涉或和平封鎖而施用武力者，苟對方起而抵抗，亦足以召戰爭。

凡有意不待宣戰或發最後通牒遽行開釁者，是之謂國際愆尤，然其爲戰爭自若也。

又凡有因其軍隊違令開釁致被牽入戰爭漩渦者，亦屬國際愆尤但其參加戰事自若也。又如因報復干涉或和平封鎖而遭抵抗者，亦足以發生戰事。凡在上述諸例，一切戰時法規，均得適用。蓋戰爭之開始，縱不合法，引起戰爭之武力行動，縱非意在開戰，然在國際法眼中，其為戰爭則一。

因是而引起戰爭者，應即按照公約第三編第二條之規定，通告各中立國，使其遵守中立國之義務，而在中國方面，苟明知有戰事發生，縱尙未得到通告，亦應遵守中立國之義務。

II 開戰之影響 (Effects of the Outbreak of War)

影響之一
班

(一〇九) 戰事雖只限於雙方其影響實普遍於國際。蓋凡未參加戰事之國，均屬中立國，中立國者各有其權利與義務，而中立國人民之感受戰事影響者，尤不一而足。戰爭之流毒初不以全世界之工商業為限，他如在公海之中立商船，在交戰國境內之中

立商民，莫不因之變更其法律上之地位。蓋交戰國有於公海中臨檢中立商船之權，遇必要時，並得加以拘捕，而外國人之居住交戰國境內者，縱屬中立國人民，亦不免取得多少敵性。雖然戰爭之開始，於各交戰國及其人民間，最有關係。然此非曰其法律關係，皆因開戰而一律繼絕也。按戰爭本非一無法混亂之局，雖雙方之和平關係，不免因之破裂，而其受國際法之支配固自若也。

(一一〇) 戰事既作，兩國之國交如尙未中斷者，應立即斷絕，兩國所派使領，即日召回，各向駐在國政府請發出境護照，或駐在國政府不待請求，先以護照送來，在出境前相當時間以內，仍得繼續享受治外法權及外交官之權利。

使節既行之後，例以使館轉託他國使館照料，館中檔卷，均各封存，往往以隨員一人，留館看守，但須得駐在國政府之同意耳。

領事職權，亦隨開戰而終止，領館檔卷，則留僱員一人看守，或託他國領事照料，但領事是否可以回國，世界大戰之初，頗有爭議，交戰國中禁止他國領事返國者，不乏其例，彼

此之間，每以所派領事爲敵虐待，時起責難。

取消條約

(一一一) 交戰國間平時所訂條約，除係專爲戰爭而訂定者外，皆於開戰後，當然失其效力。此本舊說，至今尙有少數學者，深信不疑，但大多數之國際法學者，早已屏棄此說，而一般人之意見，則又以戰爭並不能廢止一切條約。究之何項條約可以廢止，意見殊不一致。卽在各國慣例之中，亦無一定之辦法。其明白宣稱廢止一切條約者，不乏其例，故至今仍屬懸案。雖然，大多數之學者，對於下列辦法，尙能一致贊同，世界大戰中，各交戰國之態度，至少在若干點上，可以證實此說。

(甲) 以交戰國爲締約國者：

(一) 交戰國間所訂之一切政治條約（如同盟條約之類），苟非意在維持永久之情勢者，皆於開戰後當然廢止。

(二) 專爲戰爭而訂之條約，不因開戰而廢止（如規定交戰國領土之某部份爲中立區者是）。

(三) 政治條約或其他種條約，意在維持永久之情勢者，不因開戰而廢止，但如戰勝國於和約中加以修改或取消者，自亦無可避免。

(四) 非政治條約，無意維持永久之情勢者，不因開戰而廢止（如通商條約之類），但締約各國得斟酌情勢取消或停止其效力。

照巴黎和約所訂辦法，凡以交戰國為締約國者，其條約均因戰爭而廢止，惟戰勝之國在某種條件之下得回復條約之效力。

(乙) 以交戰國與中立國為締約國者：

(五) 所謂造法條約者（巴黎宣言之類），不因開戰而廢止，多數國家共訂之條約亦然（如國際郵政同盟之類），但交戰國間為作戰必要起見，不妨暫行停止其效力，此世界大戰時諸國之通例也。

巴黎和約規定，凡條約之經載明有「經濟或專門」性質者，始可在同盟國及協商國與參戰國間重新適用，其中數種尚須加以修正始可適用。條約中無經濟及專門

性質但爲多數國家所協定者，和約中並未道及，然各國莫不認其回復效力。

交戰國境
內敵僑地
位之危險

(一一二) 此外感受開戰影響者，尙有在敵境內之交戰國人民。此在昔日原可加以拘禁，視同俘虜。當此之時列國莫不於平時互訂條約，規定於開戰後若干時間內，彼此人民，皆得自由返國，不加留難。此類條約，至十八世紀已極普遍，由是遂生一國際慣例，凡敵國僑民，皆應於相當時間以內，准其退出。十九世紀中，遂無復拘禁敵僑之事。至今雖尙有少數學者，主張照嚴格法律而論，舊例仍當有效，但今日之國際習慣，則謂凡一切敵僑，苟非現在或將來足以加入敵軍作戰者，皆應許其於相當時間內退出國境。反之，敵僑中之爲現役或後稱軍官者，或後稱士卒者，皆可阻其出境，並可拘禁如俘虜然。蓋各國爲自保起見，不得不拒絕以攻守之資，供給敵國也。

世界大戰時，有若干國於開戰之後，允許敵僑於相當時間內離境。例如英國准許德僑於一九一四年八月十日以前自由離境也。反之，德奧兩國於開戰後，即禁止一切敵僑離境。

雖然，交戰國不必定許敵僑留居境內。例如當克里米之戰，英法兩國均許俄僑留居。又如當日俄之戰，俄僑之留日者，及俄國多數城鎮之日僑，均未返國。又如當義土之戰，土僑亦均留居義境。更如世界大戰時，各交戰國幾皆許境內敵僑之有住所者繼續居住。反之，法國於德法戰時（一八七〇年），遣送境內全數德僑出境。南斐共和國對英開戰時，（一八九九年）亦遣送大部份英僑出境。俄國於日俄戰時，曾驅逐遠東各省內日僑出境，一九一二年五月，當義土戰時，土爾其政府下令盡逐義僑出境，但略有例外耳。又世界大戰時，葡萄牙及英屬各地，亦曾遣送未及服兵役之德僑出境。

交戰國如許敵僑留居，自可加以限制。或令其宣誓永不參加戰事，或令其承諾不離去某處地方。世界大戰時，各交戰國對於境內敵僑，皆設有相當限制。又凡敵僑之獲許留居者，不得參加本國軍隊作戰，如遇所住地方爲本國軍隊佔領時，亦不得予以協助，否則於佔領軍撤退以後，當受叛逆罪之刑。

世界大戰時，各交戰國對於境內敵僑，不但監視甚嚴，且復採用看管政策。蓋其視敵

僑不啻國蠹，而敵僑之本身，當羣衆興奮之際，亦復時有生命之虞。例如英國於開戰之初，所看管德奧敵僑，不過三分之一，但自露西坦尼亞船被德艇擊沉以後，男女老幼無辜遇難者，竟在一千一百人以上，一時全國人心大憤，咸欲得敵僑而甘心，於是英政府乃將全數敵僑看管，或酌量遣送出境。德法兩國亦取看管政策，惟美國則不然。

敵僑之法
律地位

(一一三) 在昔有一通例，謂敵僑無訴訟當事人之能力，(no persona standi in iudicio) 由是戰事一經爆發，敵僑即無在法院攻擊及防衛之權。考此例之所由起，蓋以昔日之視戰爭，不啻兩國全體人民之鬪爭，敵僑不分男女老幼，皆得任情殘殺，敵僑所有產業，皆得任情沒收。當此之時，戰爭已置敵人於法律以外，故否認其有訴訟當事人之能力，乃當然之結果。至今各國既不以敵僑爲法外之民，於是昔日禁止敵僑在法院攻擊及防禦之例，在奧德荷義等國，於大戰以前，早經廢止，惟英美兩國，尙不許敵僑有起訴之權，但亦有例外耳。

依照海牙陸戰法規第二十三條第八項規定，「敵僑之權利及行爲能力，不得於法

院中宣布其消滅停止或無效云云。」因是論者遂謂英美兩國或有修改其法律之必要。英國正式否認此種解釋，設照原條文之詞句論，照其在陸戰法規中之地位論，或照其訂定時之原意論，皆不應作爲是解釋。

至世界大戰將作之際，此點尙懸而未決。德既宣戰，乃布告各國，謂照「英國先例」，停止一切英人對德人訴訟之權，俟得到英國互惠條件之時爲止。英人自行其是，並未另訂何種辦法，然在各交戰國內，敵僑之享有訴訟便利者，較之英國，或遠遜焉。英律之例外甚多，故敵僑之喪失訴訟能力者，幾以無住所之敵僑爲限，且卽在此類敵僑之中，亦非盡人喪失其訴訟權也。

第一，敵僑之居住協約國或中立國境內者，或領有執照者，皆保留其起訴權。凡敵僑之遵章註冊者，與領有執照者縱或因實行看管政策，致被視同俘虜，然其執照仍屬有效。第二，敵國僑民，不問其居住何處，苟自信其應受海牙公約（一九〇七年）之保護或救濟者，皆得陳訴於捕獲法院。尙有他種例外，凡敵僑於戰時喪失其訴訟能力者，其能力並

非完全消滅，一至和平恢復，即可照舊行使，縱或和約中並未規定，然戰爭中之年月，可不併入時效中計算。

敵僑無論能否爲原告，然皆可爲被告，依照對敵訴訟條例 (Legal Proceedings against Enemy Act) (一九一五年) 國會對於在管轄外之敵僑，於某種訴訟時，特定送達通知之方法。

對敵通商

(一一四) 在世界大戰以前，大多數之英美學者與判例，及若干之德法學者，皆主本格秀克之說，以爲國際法中有一定例，兩國一經開戰，一切之交通如通商之類，當然皆在禁止之列，惟曾經國際習慣法所許，(例如贖金票據之類) 或領有特別執照者，不在其限。又交戰國人民在戰前所訂之一切契約，亦一律因開戰而中斷，或完全失效。反之，大多數之德法義國學者，則不認有此定例。其意以爲國際法中另有定例一條，即交戰國得以命令禁止其人民對敵通商是也。

此說也，蓋起於國際法與國內法尙未明白區分之時。夫國際法者，所以範圍國家之

行爲者也，與個人之行爲，直接不發生任何關係，故上例兩說，今日皆不能成立。無已，其以下列一說代之。國家既享主權，則於開戰以後，和平關係已經斷絕之時，自可訂定法規，以取締其人民對敵交通，如通商之類。

試取大戰前各國之法律加以研究，約可分爲兩大類：第一類，如奧德荷義諸國，其政府皆可於開戰後以命令禁止人民對敵通商。故在此數國中，如其政府未於開戰後特頒禁令者，則其人民仍可繼續對敵貿易。第二類，如英法諸國，其法律以爲一經開戰，則對敵貿易應即停止，但政府以命令特許者，不在此限。自十八世紀之末，英美兩國即有一普通法例，除某種事件外，一切對敵交通如貿易之類，苟非領有執照者，皆在禁止之列。

大戰既作，各國乃紛紛以法律或命令變更其對敵通商條例。英國於一九一四年九月頒佈對敵通商條例，舉凡戰時交易爲普通法及法令所不許者（除領有執照者外），均在禁止之列。其中如可以增進敵境商人或對敵通商之人之金融或商業上地位之事，類如償還欠債，買賣股票，買賣貨物，及訂立契約等，皆所不許。法國於一九一四年九月二