0017929000

③

0017929-000

３２９－Ｍ２５５ｋ３

国際法概論

松原一雄・著

巌松堂書店

１９４３　２１版

ACJ

この著作物は、著作権者不明のため、著作権法
第６７条の規定に基づき、平成１２年５月１５日
付けで文化庁長官の裁定を受け使用するものです。

法律教育圖書館

法學博士 松原一雄著

國際法概論

東京 巖松堂書店發兌

329
M255k3

国立国会
33.7.11
図書館

463331

序

さきに「現行國際法」(上下二卷)を公にして以來既に十年を經た今日、茲に本著を以て新たに讀者に見ゆるは、私の學界に對する義務の一部を履行せんとするに外ならぬ。本著は前著の改訂版ではない。全部新たに起稿したものである。唯第三編の或部分に於て、僅かに前著を利用したに過ぎぬ。

本著題して「國際法概論」と云ふ。しかし、「概論」としても、國際法全部を一平時と戰時とを合せて一本著の如く六百頁以内に收めることは餘程困難である。從て私は全體のシステムについても考へさせられたのである。

本著に於ては從來内外のテキスト・ブックに見るやうなシステムを踏襲することなく、全體の仕組を總論と各論とに分けやうと試みた。從來の仕來りのやうに全體を平時と戰時とに分かつことなく—否、國際法全體を平時と戰時とに分けるのは合理的でもなく、又必ずしも便利でもないと思はれる—それよりも寧ろ總論と各論とに分けて(本著に於て「各論」と云ふ語は用ゐなかつたが、各論を更に平時關係と戰時關係と

に分けるのが適當であると思はれる。本著は此システムによつて、全體のページの約半分を總論に割愛し、あとの半分を平時關係と戰時關係とに分配した。其當否は一に讀者の判斷に委せたい。

國際法は國內法でないこと、今更云ふまでもないが、各國の學者が派を成し、主義を異にして居る所を見ると、恰かも世界に幾つもの國際法があるやうに見える。英米の國際法あり、佛國の國際法あり、獨墺の國際法があるやうに見える、更らに近頃では伊太利派、希臘派の勢力も侮るべからざるものがある。かかる狀況の下に於て通說がどうの、定說がどうの、と云ふことは必ずしも常に容易ではない。しかし一方から見ればそれが今日の國際法なのであるとも云へやう。學說も岐れ、判例も一致しない點が多々あることが、國際法現在の姿であるとすれば云へやう。學生諸君や、一般讀者諸君を徒らに迷はさうとするのではない。成るべく說の分るる所に於いては異れる諸說を紹介するが、著者としての任務であるとも云國際法をありのまゝに讀者に紹介しやうと試みた。これが本著に於て私の執つた態度である。

從て私は何れの學派にも、何れの學說にも特に偏しやうとしない。何等一流一派に傾倒するものではない。無論個々の問題について適當と思ふ程度に說の取捨はした。一例を擧ぐれば國際法上個人の地位について私はオルソドックス的の見解を固執して、棄てない。が、同時に反對論たる個人人格說乃至國際人格否認說を紹介することを辭せなかつた。又ウイーン學派の所謂純粹法學の理論を特に國際法に結び付けやうとするものではないが、之が爲めウイーン學派の個々の國際法上の問題に對する見解を尊重するに吝なるものではない。實に個々の問題についてはウイーン學派に謝すべき所も少くないのである。否各種の問題については、英米の學派は固より、伊太利の學派でも、獨逸の學說でも、佛國の學說でも取るべきものと思へば之を取り、紹介すべきものと信ずれば之を紹介した。そして其學者名も成るべく指摘した。が、本著は特に左の凡例に揭ぐる英米佛等の諸定期刊行物に負ふ所が少くないのである。

今や我國には國際法に關する幾多有益なる著書がある。しかし本著に於ては此等邦文の著書はあまり引用しなかつた。それは私が特に之を引用するまでもなく、

讀者の手近にあり、又は讀者が參照の便を有せられるものと信じたからである。加之二三の拙著(下揭凡例參照)も亦稀に之を引用したに過ぎぬ。特に拙著にレファーしたい場合に限つて之を引用したに過ぎぬ。

內容については特に序文として談るべき必要を認めぬが、不戰條約、ステイムソン主義、日支事件等の如き特殊の問題も、テキスト・ブックとしての體裁と容るゝ範圍において之を取扱つたつもりである。

先例・判例に至つては多く件名だけを揭げるに止めた。若干の例外を除いては其內容を詳述しなかつた。これは本著のページ數が限られた爲めである。しかし特に重要と思はれる事件は內容にも立入つて說明したものがある。

若し夫れ記述の一般體裁については本著は多少の特色を有するつもりである。其便否又は當否に至つては一に讀者の批判に俟つの外はない。

索引をつけるのは近時の流行のやうでもあるが、あまり有益とも思はぬから、內容目次を以て之に代へることにした。

昭和九年四月

著者

凡例

(文獻及略稱)

一　國際法に關する文獻殊にテキスト・ブック類は多く著者名だけによつて引用した。別に書名も、ページも揭げない場合が多い。これ一には煩を避けんが爲めであり、二には本著の紙數を節約せんが爲めであつた。が、他方に於ては當該文獻を座右に有せられる讀者ならば當該個所を搜し出されるに、さしたる面倒もなからうと考へたからでもある。

二　右の方法によつて引用した文獻中重なるものを左に揭げる。(モノグラフ類は省く)

ブライアリー＝Brierly, The Law of Nations, 1928.

ホ　ー　ル＝Hall (Higgins), A Treatise on International Law, 1924.

オッペンハイム＝Oppenheim (McNair), International Law, Vol. I, 1928; Vol. II, 1926.

ウエストレーキ＝Westlake, International Law, 2 vols., 1913.

ホルランド＝Holland, Lectures on International Law, 1933.

フェンウィック=Fenwick, International Law, 1924.

ハ　イ　ド=Hyde, International Law, 2 vols. 1922.

ム　ー　ア=Moore, A Digest of International Law, 8 vols. 1906.

ピット・コベット=Pitt Cobbett (Bellot), Leading Cases on International Law, 2 vols. 1922 & 1924.

ストーウエル=Stowell, International Law, 1931.

フォーシル=Fauchille, Traité de Droit International Public, 4 vols., 1922, 1925, 1926, 1921.

ル・フュール=Le Fur, Précis de Droit International Public, 1931.

セ　ル=Scelle, Précis de Droit des Gens, 1932.

リ　ス　ト=Lisst (Fleischmann), Das Völkerrecht, 1925.

ストルプ=Strupp, Grundzüge des positiven Völkerrechts, 1928; Theorie u. Praxis des Völkerrechts, 1925; Éléments du Droit International Public, 1927.

フェアドロス=Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926.

ク　ン　ツ=Kunz, Die Staatenverbindungen (Stier-Somlos Handbuch des Völkerrechts) 1929; Die Anerkennung von Staaten und Regierungen im Völkerrecht, (ditto) 1928.

ハチエック=Hatschek, Völkerrecht im Grundriss, 1926; An Outline of International Law, (translated by Manning), 1930.

フェルネック=Hold-Ferneck, Lehrbuch des Völkerrechts, 1930 & 1932.

アンジロティ=Anzilotti, Cours de Droit International (traduction française par Gidel), 1929; Lehrbuch des Völkerrechts (deutsche Übersetzung: Bruns u. Schmid), 1929.

メ　ラ　ー=Möller, International Law in Peace and War, translated by Pratt, Part I, 1931.

三　定期刊行物(雜誌、年鑑其他)は之を引用する際一々歐文によつて呼稱するのは印刷上便ならざるにより左の略稱によることにした（此分は之を引用するに當り前記テキスト・ブック類と違つて當該號又は卷及ページを併せて指示した場合が多い）。

略稱	本稱
米　誌	The American Journal of International Law.
英　年　鑑	The British Year Book of International Law.
ルヴュー・ゼネラル	Revue Générale de Droit International Public.
レジスラシオン・コムパレー	Revue de Droit International et de Législation Comparée.
海　講（海牙講演集の略）	Recueil des Cours, Académie de Droit International.
グローシヤス協會誌	Transactions of the Grotius Society, Problems of Peace and War.

四　拙著の引用に際しては左の略稱によることとした。

略稱	本稱
現行（又は「拙著」）＝	現行國際法
外交史研究＝	外交及外交史研究
滿洲事變＝	滿洲事變と不戰條約・國際聯盟
時局關係＝	時局問題及國際法問題
委任統治問題＝	委任統治問題

尙ほ「國際條約集」とあるは立博士・横田敎授及私三人の共纂に成るものを指す。

目次

第一編　總論

第一章　國際法とは如何なるものか……一

國際法と國際團體（一）——一般國際法と特別國際法（四）——國際法團體（五）——文明國（七）——國際團體への收容（八）——非文明國に適用せられる法規（一〇）——國際法の性質（一一）——基本規範說（一四）——國際法の淵源（一六）——國際司法裁判所規程第三八條（一八）——國際通誼（一九）——國際法と國內法との關係（二〇）——國際法と國內法との抵觸（二四）

第二章　國際人格……二六

國際人格の意義（二八）——國際人格の種々相（二九）——國家と主權——主權國（二九）——ヴァティカン市（三〇）——半主權（三二）——キューバ（三四）——ダンチッヒ自由市（三四）——エジプト（三四）——イラク（三五）——瑞西——永久中立國（三五）——國家の結合（三五）——人的聯合と物的聯合（三七）——聯邦と合衆國（三八）——部分的國際法團體（殊に交戰團體）（三八）——英國の自治領（三九）——國際聯盟（四〇）——國際聯盟の性質（四〇）——個人の國際法主體性（四四）——國際法上個人の地位（四五）——國際人格否認論（四六）

第三章　國家及政府の承認……四八

（國際人格の發生・存續及消滅）

第一節　承認に關する原則……一六

慣例（四八）——原則（四九）——國家の承認と政府の承認との關係及區別（五〇）

第二節　國家の承認……二五

國家承認の意義及性質（五二）——獨立の承認、主權の承認（五三）——承認の性質（一方行爲說）（五四）——双方行爲說（五五）——基本條約說（五六）——承認の相對性（五七）——相互承認說（五八）——國家の承認と國際團體への加入（五八）——國家承認の主權（六〇）——「國際法による承認」說（六一）——「國際聯盟による承認」說（六二）——國家承認の條種及要件（六三）——國家承認の時期（六四）——事實上の國家（六六）——主權・獨立・政府（六七）——獨立の承認（六七）——國際義務の履行（六八）——完全承認と不完全承認、承認の各種の種々相、國際人格の變動（七〇）——承認の義務あるや（七一）——何早の承認（七二）——米國の承認政策（モンロー主義殊にカリヴァン政策）（七二）——國家承認の方法（七四）——多邊的條約への加入（七五）——「事實上の承認」の方法（七六）——國家承認の效果（七七）——人格創定說と認定說（建設的效果か、確明的效果か）（七八）——承認前の國家（八〇）——「事實上の承認」の效果（八一）——國際法の承認（八三）——承認は遡及するか（八四）——條件附承認ありや（八四）——承認の取消（八五）——不承認の效果（スティムソン主義）（八五）

第三節　政府の承認……六〇

政府承認の意義（八六）——事實上の政府と法律上の政府（八七）——政府の承認は如何なる場合に行はるるか（八九）——政府承認の要件（八九）——國際義務の引繼（九二）——トバール主義（合憲主義）（九二）——米國の承認政策（九四）——エストラーダ主義（九四）——政府承認の方法（九五）——外交關係の開始又は繼續（九六）——國際會議への參列又は國際條約への加入（九七）——政府承認の效果（九七）——事實上の承認（九八）——「事實上の承認」の方法（九九）——事實上の承認の效果（承認前の政府）（一〇〇）——地方的事實政府（一〇一）——交戰團體の承認（一〇二）

第四節　國際人格の存續と消滅……一〇三

國際人格の存續する場合（一〇三）——國際人格の消滅する場合（一〇五）

第四章　治外法權……一〇七

（國家及其代表機關の國際的地位）

第一節　外交官の治外法權……一〇七

治外法權なる擬制の當否（一〇七）——大公使館と治外法權（一〇八）——不可侵權と治外法權との區別（一〇九）——外交官の特權（一一〇）——外交官特權の存在理由（一一二）——裁判權の免除（一一二）——使節の不可侵には例外ありや（一一三）——庇護權の有無（一一四）——特權の人的範圍（一一四）——特權の物的範圍（一一五）——課稅の免除（一一五）——禮拜の自由（一一六）——使節の爲し得ざるもの（一一六）——任國の特別保護の義務（一一七）——外交官殺害又は傷害事件（一一九）——裁判權の免除（一二〇）——書類の送達其他（一二一）——特權の拋棄（一二三）——職務外の行爲、私契約の場合（一二四）——不動産の場合（一二四）——使節が商業を營む場合（一二五）——通商代表の場合

（一二五）——外交使節が任國人たる場合（一二六）——證言義務の免除（一二六）——裁判と執行（一二七）——使節の不法行爲に對する救濟方法（一二七）——事前の防止（一二九）——外交官に對する正當防衛（一二九）——特權享有期間（一三一）——特權終了後の訴追（一三二）——外交官は任國の法律に服するか（一三四）——使節と第三國（一三八）——國際機關の外交特權（一四一）——領事の特權（一四三）——領事裁判權と治外法權（一四四）

第二節　元首の治外法權……一四五

元首の治外法權（一四五）——外國政府の治外法權（一四五）

第三節　軍隊及軍艦の治外法權……一四六

軍隊の治外法權（一四六）——軍艦の治外法權（一四九）——軍艦とは何ぞ（一五一）——軍艦領域說（一五二）——軍艦が特權を有する場合と有せざる場合（一五三）——軍艦は如何なる場合外國の港又は領海に入ることを得るや（一五三）——軍艦所屬員の上陸（一五四）——民事裁判（一五五）——軍艦の庇護權（一五五）——軍艦と沿岸國の法律（一五七）——軍艦以外の公船の地位（一五八）——軍用航空機の治外法權（一五八）

第四節　國家の治外法權……一六五

絕對免除主義（一六〇）——國有船にして通商に從事するものの地位（バールマン・マルヂ號事件其他）（一六二）——制限免除主義（一六四）——裁判免除の特權の抛棄（一六五）——裁判と執行（呼出狀及訴狀の送達）（一六六）——國家の通商行爲（私法關係の事項）（一六七）

第五章　國際法律行爲……一七一

第一節　一方行爲……一七一

一方行爲（一七一）——宣言（一七二）——戰爭の宣言（一七二）——通知（一七二）——抗議（一七三）——承認（一七三）——拋棄（一七三）——國家は一方行爲により拘束せられるか（一七四）——東グリーンランド事件（一七四）

第二節　條約……一七五

第一款　條約遵守の義務……一七五

（所謂「事情變更の原則」）

條約遵守の義務（一七五）——條約遵守の義務と事情の變更（一七六）——所謂「事情變更の原則」（一七七）——聯盟規約第十九條（一八一）

第二款　條約の成立……一八二

條約の成立要件（一八二）——條約の種類（一八五）——法規條約（一八五）——成分的條約（一八七）——聯盟と條約（一八九）——條約の署名（一九〇）——條約の批准（一九〇）——議會の同意（一九一）——條約の國內的效力（一九二）——交換公文（一九三）——臨時合意（一九三）——批准の理由（一九三）——批准拒絕の理由（一九三）——條約成立の時期（一九四）——批准は遡及するか（一九五）——留保（一九五）

第三款 條約の效力……一九九

效力發生の時期（一九九）——條約の登錄（聯盟規約第十八條）（二〇〇）—— 登錄の效果に關する諸說（二〇〇）——登錄に關する諸問題（二〇二）——條約の效力（二〇五）—— 條約と第三國（二〇六）——第三國の加入（二〇八）——多數國間の條約（二〇九）——第三國による條約の「承認」及「不承認」（二一〇）——條約の無效及取消（二一一）——國際法無視の條約（二一二）——强行法と任用法（二一二）——條約と條約との衝突（二一四）——聯盟規約に違反する條約（二一四）——不戰條約に違反する條約（スティムソン主義）（二一五）——憲法其他國內法と條約との牴觸（二一六）

第四款 條約の消滅……二一七

條約の消滅事由（二一七）——條約の履行終了（二一七）——權利の拋棄（二一八）——履行の不能（二一八）——所謂「事情變更の原則」（二一九）——締約國の消滅又は變動（二一九）——條約の無效及取消（二一九）——一方の不履行（二二〇）——條約よりの脫退（二二一）——聯盟よりの脫退（二二二）

第六章 國際不法行爲……二二三

國際不法行爲の定義及構成要件（二二三）—— 權利の侵害、義務の違反（二二三）——國家の機關（二二六）——機關の性質によつて國家の責任異るか（二二九）——職務行爲か否か（二二九）——機關の上下によりて國家の責任異るか（二三二）——所謂裁判の拒否（二三四）——容赦說の當否（二三六）——國際標準主義（二三八）——相當なる注意（二三九）——國家の「過失」（二四一）——權利の濫用（二四四）——地方的救濟の原則（二四六）——外交的保護（二四八）——カルヴォ約款（個人は本國の外交的保護を拋棄し得るや）（二四九）——要償の國民性（二五〇）——匪賊の行爲（二五〇）——暴動の行爲（二五一）——內亂の場合外國人の被害（二五二）——ボイコットに對する國家の責任（二五三）——プロパガンダに對する國家の責任（二五四）——國家の契約不履行（二五四）——國際不法行爲に對する救濟（二五六）——損害賠償の範圍（二五七）——國際不法行爲と國際裁判（二五八）——國際不法行爲と兵力の使用（ポーター主義とドラゴー主義）（二五八）

第二編 平時法律關係……二六一

第一章 領土……二六一

第一節 領土權……二六一

領土權に關する學說（二六一）——領土權の內容（二六五）——領土の不可侵、領土保全（九國條約第一條、聯盟規約第十條）（二六七）——租借地の性質（二六八）——行政占領（二七〇）

第二節 委任統治……二七〇

委任統治とは何ぞ（二七〇）——委任統治の種類（二七二）——委任統治と內政及外政（二七三）——委任統治の性質（二七四）——委任統治と主權（二七六）——聯盟脫退と委任統治（二七九）

第三節 國際地役……二八〇

國際地役の存否（二八〇）——北部大西洋沿岸漁業問題（二八二）——蘭國鑛山事件（二八三）——ウィ

ンフルドン號事件（二八三）——ヴェルサイユ條約其他（二八四）——學說（二八五）——國際地役の性質（二八五）

第四節　領土の得喪……二八九

領土の取得原因（二八九）——先占（二九〇）——勢力範圍（二九四）——保護的保護領（二九五）——時效（二九六）——承認（二九七）——征服（二九九）——割讓（三〇二）——割讓の效果（三〇五）——領土の喪失原因（三〇六）——拋棄（三〇七）

第五節　領土歸屬變更の結果……三〇八

（所謂國家相續問題）

國家の相續（三〇九）——相續主義（三〇九）——非相續主義（意思說）（三〇一）——各場合（三一一）

第二章　公海・領海及領空……三一八

第一節　公海……三一八

公海とは何ぞ（三一八）——公海自由の原則（三一八）——公海の法律上の性質（三一九）——公海自由の原則の效果（三二〇）——公海に於ける管轄權（三二一）——公海に於ける船舶の地位（三二五）——ローチュス號事件（三二七）——公海に於ける國際立法（三二八）——戰時に於ける公海の自由（三二八）

第二節　領海……三二九

領海の範圍（三二九）——港灣の國際法上の制度（三三一）——隣接水域（三三三）——領海の起算點（三三四）——領海の法律上の地位（三三五）——無害通過權（三三八）——外國船は一國の「港」に出入する權利ありや（三三九）——沿岸國の裁判管轄權（三四〇）——英國主義（三四〇）——佛國主義（三四一）——通過船舶に對する裁判權（三四五）——外國船舶と庇護權（三四七）

第三節　領空……三四八

空間の法律的地位（三四八）——國際航空條約（三五一）

第三章　人民……三五七

第一節　在外臣民保護權……三五七

人民保護についての權利義務（三五七）——人民と國家との關係（三五八）——在外臣民保護權の性質（三五九）——在留外人に對する保護の義務（三六一）——在外臣民保護權の作用（三六二）

第二節　外國人の入國及入國後の地位……三六六

外國人の入國（三六六）——移民問題は國內問題なりや（三六七）——移民問題と國際通商（三六八）——國籍問題は國內問題なりや（三六八）——海牙法典編纂會議と國籍問題（三六九）——少數民族の保護（三七〇）——外國人の攻擊（三七〇）——外國人の國外犯罪に對する國家の管轄權（三七一）——外國人の庇護（庇蔭權）（三七二）——犯罪人引渡（三七三）——外國人の追放（三七四）

第四章　主權と其の制限……三七五

「國內管轄」——「國內問題」

國際法に於ける主權の地位（三七五）――主權と權限（三七八）――主權と管轄權（三七九）――國内管轄（國内問題）（三八一）――聯盟規約第十一條（三八六）

第五章　國家の權利義務……三八七

（特に「基本權」問題）

所謂「基本權」（三八七）――權利とは何ぞ（三八九）――生存權（三九〇）――人格尊重の義務（三九一）――國家の安全及その保障（三九二）――不戰の義務（三九三）――戰爭の權利（三九四）――主權と獨立權（三九五）――不干涉の義務（三九六）――外國に對する危害防止の義務（四〇〇）――平等權、平等待遇の義務（四〇一）――名譽權（四〇四）――交通權、交通の義務（四〇五）

第六章　國際紛爭……四〇九

國際紛爭を平和的に解決するの方法（四〇九）――海牙條約と紛爭解決方法（四〇九）――周旋と居中調停（四一〇）――仲裁裁判と司法裁判（四一一）――調停（四一二）――國際紛爭を平和的に解決するの義務（四一三）――裁判義務（義務的仲裁裁判と任意的仲裁裁判）（四一五）――聯盟規約に於ける紛爭解決の義務（四一六）――選擇條項（四一七）――ゼネヴァ議定書（四一八）――ロカルノ仲裁裁判條約（四一九）――一般議定書（四二一）――不戰條約（四二二）――國際裁判に對する留保（四二三）――法律的紛爭と政治的紛爭（四二五）

第七章　自救手段……四二一

第一節　自衞……四二三

自衞行爲の要件（四三二）――正當防衞（四三三）――危難防衞（四三四）――日支事件と自衞權（四三一）――自衞行爲の性質（四四一）――不戰條約と自衞權（四四三）――自衞と侵略（四四四）――モンロー主義と自衞（四四五）――戰數論（四四六）

第二節　復仇……四四六

復仇の定義及要件（四四七）――復仇と戰爭との區別（四五一）――不戰條約と復仇（四五二）――聯盟規約と復仇（四五二）――平時封鎖（四五四）――戰時復仇（四五四）

第三編　戰時法律關係……四五七

第一章　戰爭と其の開始……四五七

戰爭關係（四五七）――戰時法規（四五七）――戰爭以外の兵力使用（四五八）――戰爭と其他の强制手段との區別（四五九）――日支事件（四六四）――國際聯盟と戰爭（四六五）――不戰條約と戰爭（四六六）――「戰爭ニ訴フルコト」（四六六）――戰爭の開始（四六八）――戰爭の宣告（四七〇）――條件付宣戰（四七一）――實戰による戰爭開始（四七二）――戰爭開始の時期（四七四）――戰爭の終了（四七五）――開戰の效果（四七六）――外交關係の斷絶（四七七）――戰爭が條約に及ぼす影響（四七八）――戰時合意（四八三）――敵國人の取扱（四八四）――戰爭と通商（四八七）

第二章　交戰者及害敵手段……四八九

戰爭の主體（四八九）――交戰團體（四八九）――交戰國の兵力（四九三）――俘虜（四九四）――傷病兵の待遇（四九六）――陸戰・海戰・空戰の別（四九七）――害敵手段（四九八）――海牙條約による禁止事項（四九八）――毒瓦斯の使用（化學戰）（五〇〇）――背信行爲（五〇〇）――開放市邑の砲擊（五〇一）――奇計及間諜（五〇二）――戰時犯の處罰（敵國人の反法行爲）（五〇二）――敵國人に對する不法命令（五〇三）――敵の財產に關する禁止事項（五〇三）――水雷の使用（五〇三）――潛水艦の使用（船舶破壞の要件）（五〇四）――「交戰區域」又は「禁航區域」の宣言（五〇六）

第三章　戰時占領……五〇七

戰時占領の意義（五〇七）――戰時占領の效果（占領者の權利義務）（五〇八）――占領地人民の取扱（五一〇）――占領地財產の取扱（五一一）――海底電線の破壞（五一四）

第四章　捕獲……五一六

第一節　捕獲一般……五一六

捕獲とは何ぞ（五一六）――戰利品と捕獲品との區別（五一七）――捕獲手續（五一八）――船舶の破壞（五一九）

第二節　海上捕獲……五二二

海上捕獲（五二二）――巴里宣言（五二二）――海上捕獲の制限（五二三）――海上捕獲廢止論（五二五）――船舶・貨物の敵性（敵船・敵貨とは何ぞ）（五二五）――法人の敵性（五二八）――船舶及貨物所有權の移轉（五二九）――敵貨と推定せられる場合（五三〇）――中立船が敵船として扱はれる場合（五三一）――中立船が敵船となつた結果（五三二）

第三節　軍事的幫助……五三三

軍事的幫助とは何ぞ（五三三）――軍事的幫助の性質（五三四）――軍事的幫助たるべき行爲は如何（軍事的幫助の種類）（五三五）――軍事的幫助に對する處分（五三七）――戰時禁制人（五三九）――戰時禁制書（五四〇）――公船と私船（五四〇）

第四節　戰時禁制品……五四一

戰時禁制品とは何ぞ（五四一）――戰時禁制品商業の性質（五四三）――戰時禁制品たるの要件（五四五）――性質上の要件（五四五）――英佛主義（五四五）――倫敦宣言（五四六）――形式的要件（五四八）――世界大戰中（五四八）――仕向先の要件（五四九）――連續航海主義（五五一）――戰時禁制品及輸送船舶の處分（五五二）――世界大戰中（五五三）――禁制品輸送船舶の拿捕（五五四）

第五節　封鎖……五五五

封鎖とは何ぞ（五五五）――封鎖の成立要件（五五八）――實質的要件（五五八）――形式的要件（五五九）――倫敦宣言による封鎖の告知（五五九）――告知に關する英佛の主義（五六〇）――封鎖の解除（五六〇）――封鎖犯拿捕の要件（五六一）――封鎖犯の構成要件（五六二）――連續航海主義（五六二）――封鎖犯の處分（五六三）――世界大戰と封鎖（五六四）――聯盟と經濟封鎖（五六六）

第五章　局外中立……
局外中立とは何ぞ（五六七）——不戰條約と局外中立（五六九）——聯盟規約と局外中立（五六九）——局外中立國の權利義務（五七一）——中立國の避止義務（五七一）——公平義務（五七三）——軍艦其他軍用材料の供給（五七三）——中立國領域の不可侵（五七四）——中立國の防止義務（五七四）——公債の募集（五七四）——中立國の防止義務（交戰國の避止義務）（五七六）——回復及賠償の義務（五七七）——作戰根據地（五七八）——出征軍（五七九）——陸戰に於ける出征軍（五八〇）——海戰に於ける出征軍（戰爭用船艦に關する中立國の防止義務（第十三條約第八條）（五八〇）——戰鬪用艦艇が戰時禁制品たる場合と前記第八條に當る場合（五八二）——空戰に於ける遠征軍（五八三）——中立國の庇護權に伴ふ防止義務（五八三）——交戰國軍艦の中立國寄港（五八五）——二十四時間規則（五八五）——中立港内に於ける交戰國軍艦（五八七）——破損の修理（五八八）——軍需品の積込（五八八）——食料品の積込（五八八）——石炭の積込（五八八）——武裝解除及抑留處分（五八九）——捕獲船舶の引致・解放及拘置（五八九）——中立國の馳止義務（五九〇）——中立商業の自由（五九〇）——封鎖犯・戰時禁制品・軍事的幫助（五九一）——アンガリー（非常徵用權）（五九一）

國際法概論

第一編　總論

第一章　國際法とは如何なるものか

一　國際法と國際團體（International law and the international community）

國際法とは如何なるものか。國際法は果して法律たる性質を有するものであらうか。それ〳〵主權を擁して居る國家間に果して法律と云ふものがあり得るであらうか。否國際法は果して法としての拘束力を有し、義務性を有するものであらうか。此等の問題が本章に於て考へられねばならぬ。

最初に國際法の定義として數多き學者の定義の中から左の二つを撰り出して考へたい。

一は國際法を以て「文明國相互間ニ於ケル行爲ノ準則」となすものである。從來多數の學者によつて採用せられて來た。

二は國際法を以て「國際社會（國際團體）ノ法律（法律規範）」となすものである。此定義はウエストレーキ等の採る所であるが、殊に最近ウキーン學派の強調する所でもある。右第一の定義は文明國を個別的に取扱ふ傾向があるが、第二の定義は文明國を團體的に取扱ふを以て特徴とする。殊にウキーン學派に於ては國際法團體の思想を強調する。

抑も國際社會とは如何なるものか、今日の國際社會（國際團體）あれば其社會（團體）の法としての國際團體性を持つて居るものであらうか。團體としての組織を持つて居るものであらうか。

凡そ「社會あれば茲に法がある」。國際社會（國際團體）あれば其社會（團體）の法としての國際法がなければならぬと云ふべきか。其國際法は果して「法」としての力を有するものであらうか。法律規範なる性質を有するものであらうか。それとも道德規範に過ぎないものであらうか。國際法は國際團體の團員たる各國の意思（又は「同意」）にのみ其基礎を置くものであらうか。それとも國際法は團體（國際團體）の力により―「外部の力」により―強行せられ得るものであらうか。茲には先づ國際社會（國際團體）そのものについて一言せねばならぬ。

世界に於ける「文明國」は國際社會を組織して居る。稱して「國際團體」又は「國際法團體」と稱せられる。が、文明國以外のものは姑らく別として、文明國丈けでも「國際團體」なるものを組織して居るのであらうか。兎に角それは多數決によつて行動する如き强固なる團體ではない。人格を有するものではない。權利主體たり義務主體たる資格も持たない。各國の「同意」に出づることなくては各國を拘束する規則・規範を設けることを得ないのである。法律（國際法規）を作るにも又之を變更するにも各國の同意が必要である。不同意國を―多數決で―羈束することは出來ない。從て、かかる不鞏固なものに「團體性」を認めることに反對する學者もあるが、それは多數說ではない。多數說は國際社會（國際團體）の存在を認める。

果して然らば國際團體は何によつて結び付けられて居るか。「共通の文化」又は「共通の利益」によつてであると云ふ人もあるが（例、リスト）「共通の法」（一般國際法）によつて結び付けられて居るとの見方が正當である。一に「國際法團體」の稱ある所以である。

果して然らば國際團體（又は國際法團體）は世界性を有するものであるか、世界に一あつて二なきものであるか。國際法秩序の單一性（アインハイト）を爭ふ學者もあるが（例、ウェンツェル）其單一性を認むるならば之を基調とする國際法團體の單一性をも認めねばならぬ（フェアドロス）。しかし一般國際法の外に特別國際法を認め（之を認むべきや否やについても議論はあるが―後述參照）一般國際法による一般國際法團體の外に特別國際法による特別國際法團體を認めんとするの學者もある。甚しきに至つては特別國際法團

體のみを認めんとする學者もないではない（例、トリーペル）。一般國際法團體の團員は一般國際法の外に幾多の特別國際法（主として條約）を有するであらうが、特別國際法のみによつて交通する國家（所謂非文明國）は一般國際法團體―普通に所謂「國際團體」―の外に在るものと云ふべきであらう（タンロス）。しかし特別國際法團體も一般國際法團體と共に之を國際法團體の中に數へるものもある（フェアドロス）。

〔一般國際法と特別國際法〕　一般國際法は一般國際法團體を作るものである。この團體は一般國際法によつて結び付き、之によつて出來て居るのである。一般國際法團體は必ずしも世界の總ての國を包容しなければならぬものではないと同樣に、一般國際法も亦必ずしも世界の總ての國により認められたものでなければならぬ（アルンチュリー、スコット等）と云ふものではない（タンツ）。如何なる國際法規が一般的に認められたかについては必ずしも常に「數學的の正確さ」を以て答ふることは出來ないにしても、少くも世界の「大國」から認められたものでなくてはならぬ（フェアドロス）。否一般國際法團體から明示的に又少くも暗默的に認められたものでなくてはならぬ。而して暗默的に認められた場合が多い（慣習法）。從て時に當該法規の存否又は解釋について議論を生ずるも已むを得ぬ。一般國際法に對して特別國際法と稱せられるものは二國若は數國の間に妥當する國

際法規である。一般國際法は慣習法の形で出來て居るのが大多數であるが、特別國際法は多くの場合條約の形で出來て居る（間々慣習法たる特別法規を見ることがないではないが）。

右の外に世界一切の國に妥當する國際法規として「普遍國際法」なるものを認めんとする學者がある。しかし一方には此種の國際法規の存在を否定する學者もある。加之一般國際法をも否定せんとするものがないではない。特別國際法を否定し、否、かかるものは之を「國際法」と云ふを得ないとする學者は更に―殊に英米に―多い（例、英年鑑一九二五年二七―二八頁）。普通に「國際法」と云ふとき、それは文明國間一般に通用する國際法規（一般國際法）を指すことは勿論である。國際司法裁判所もローテュス號事件に於て此見解を執るやうである（或は普遍國際法のみを國際法と看るやうにも見えぬではない）。が、同裁判所規程第三八條第一項第一號は一般國際法の外に特別國際法をも認めるものと云ふべきであらう。何れにせよ從來國際法に於て―殊に戰時法規に於て―英米派と大陸派と主義を異にする點が少くない。地方的國際法（例、アメリカ國際法）を認めんとする學者もある。要するに一般國際法の外に特別國際法の存在も認めなければなるまい。

〔設問〕　聯盟規約・不戰條約・巴里宣言は國際法規として右三種の何れに屬するや。

〔國際法團體〕　「法團體」（レヒツゲマインシャフト）とは何ぞ、國際社會（國際團體）は法團體の性質を有

するものであるか。國際法團體の性質につき議論がある(之について近時ウキーン學派に屬するフェアドロス、クンツ等の外にもクヌツベン、カヴアグリエリー等の有益なる研究がある)。

國際法團體は國家の結合なるか。而して所謂「眞の國家結合」なるか(クンツ)。それとも國際法團體は國際法秩序そのものと同一であるか、卽國際法秩序の「化身」(ベルソニフィカチオン)であるか(クヌツベン)。爭はれて居る。爭は是に止まらぬ。國際法團體に國際法制定の權能を認め、或は更らに國際法を執行するの力を認め、國際法團體の名に於て國際法を强制執行し、國際法違反者に對し共同干涉又は共同制裁を行はんとすることを唱ふるの學者がある。かくして國際法團體に法制定能力・權利能力・行爲能力を認めんとするの說もある。しかしケルゼンすら國際法團體に人格を認めない。國際法團體を人格なき組合に比して居る。又國際法團體を以て「法律關係」と見て、法律關係なるが故に「組織ある社會」であると云ふ學者がある(エルンスト・マイヤー)。

何れにせよ現行の國際法に於ては法を作るもの(國際法制定主體)は國際團體でなくして、各國である。國際法上の權利義務の主體(人格者)たるものも各國である。しかし各國は單獨に國際法を作るものではない。各國は合しては國際法の立法者となり、分れては國際法の受範者(ノルムアドレッサーテン)となる。國際法團體は各國を離れて、各國以外に立法機關も執行機關も持つて居ない。特別國際法團體たる國際聯盟が如何なる機關を有するか、それは別問題である。

〔文明國〕　文明國は國際社會を形作り、國際法團體を組織するものとせられる。國際團體員たるには一定の文明が要件であるか。國際團體は法律的に考へられると同時に、他方には歷史的、地理的、文化的、利益的にも考へられねばならぬ。國際法は歐洲を以て發祥の地となし、次でアメリカに西漸し、アジアに東漸した。しかし玆には文化的、利益的の考察よりも法律的考察に重きを置く。否所謂「文明國」の解釋についても文化的意義と法律的意義とが區別せられる。「文明國」の國際的テストは「政府」の如何に存する。法律的意義に於ける「文明國」とは普通の國際交通を維持し得る實力的政府(エフエクティヴ・ガヴアーンメント)を有するものを云ふ(ウエストレーキ)。國家は政府を有しなければならぬ。文明國たる以上「實力的政府を維持するの義務」がある。玆に政府とは、內は國內を支配し、外は外國に對し國家を代表するものである。何れにせよ國內の秩序を維持し、內外人を(國際關係に於ては外國人のみが問題となる)保護するの力を有するものでなければならぬ。又右の政府は國際關係に於ては—文明國たるには—國際法に從ふて外國と交通すること、卽其交通に際して國際法を遵守するの意思と能力とを有するものでなければならぬ。斯かる政府を有するの國が文明國と稱せられる(フエアドロス、クンツ)。「實力ある組織」(エフエクテイヴ・オルガニゼ

ーション）の語が「政府」の代りに使用せられることがある。これが新國家承認の場合の要件である（國家承認の要件につき第三章參照）。

〔國際團體への收容〕　文明國たる以上―而して國際法上文明國たるの要件は前述の通りである―當然國際法團體に收容せられるか。國家としての承認と同時に右團體への加入が行はれるか。それとも別時に行はれるか。國際團體員―一般國際法團體所屬員―たるの要件は　（一）國家であること、及び　（二）國際法を遵守するの意思と能力とを有することである。故に文明國たる以上國家としての承認を受くると同時に國際團體の一員となり、國際團體への收容が行はれる。しかし非文明國はさうは行かぬ。非文明國は特別國際法により―而してそれのみにより―外國と交通するものである。從て一般國際法團體に收容せられる爲めには、一般國際法に遵ふて國際交通をなす意思と能力とが認められねばならぬ。例へばトルコは一八五六年に一般的國際團體に收容せられたが、其以前には外國との間に特別國際法團體の關係を作つたに過ぎぬ。

國際法團體への收容は明示的又は默示的に行はれる。前記トルコの收容は明示的であつた（一八五六年の巴里條約による）。日本の國際團體加入は默示的に認められた。

國際團體から脫退することは出來るか。聯盟規約からは脫退が出來る。規約が之を認めて居るからである（規約第一條第三項）。國際團體からの脫退については國際法の規定がない。脫退は出來ない。國際團體からの脫退はあり得ないと見るべきである。

〔非文明國〕　國際法が「文明國間行爲ノ準則」であると云はれ、文明國が國際團體を形作るものであるとするならば、文明國にあらざる國家は全然國際團體の範圍外に在り、國際法の適用を受けないものであらうか。（一）非文明國は國際團體に屬せずとするものあり、（二）非文明國も之に屬するとなすものあり、又　（三）非文明國は國際法の部分的支配を受けるとなすものあり、說が分れて居る。現實の問題として非文明國とは如何なる國を指すか。支那、シャム、ペルシャ、リベリア等の國際的地位については多少の議論がある。此等諸國が既に國際聯盟に加入し、而して聯盟規約は其前文に於て國際法の遵守を聯盟各員の義務として居る故に、聯盟國たる以上當然國際團體員であり、國際法の適用區域に屬する、此等の國を國際法の學者がある。右規約前文に所謂「國際法」とは一般國際法を指すものとすればさうであらう。しかし一般的國際法團體は前述の如く一般國際法によつて成立つて居るのである。聯盟規約はまだ一般國際法と云ふことが出來ないとすれば（多數說）聯盟は特別國際法團體である。兩者に於ける團員資格は同一のものではない。

【非文明國に適用せられる法規】　非文明國は特別國際法によつて支配せられる。特別國際法は多くは條約に成るものである。しかし慣習法によるものがないではない。非文明國には如何なる慣習法が行はるるか。一概に云ふことは困難である。非文明國も條約を結ぶことはある。領事裁判權を定めた條約の存在が非文明國たるの一特徴とせられる。しかし領事裁判權の存在は文明國と非文明國との區別―一般國際法團體員と特別國際法團體員との區別―の標準たるものであるか。兎に角（一）非文明國は一般國際法の適用を受けない、之を受けるとせば非文明國でなくなる。（二）國際法の適用を何等受けないとすれば文明國は非文明國に對して其恣意に任せて行動してよいか。例へば領土權の尊重は如何。これ往々特定の非文明國の領土保全の尊重が第三國間に條約によりて約束せらるる所以である。しかし非文明國の土地は文明國に於て先占し得るや。曰く否。蠻族にして未だ國家を爲さざるものに對しては文明國は之を「無主の地」と看做して先占することがある。しかし非文明國なるも苟も「國」を爲す以上は無主の地ではない。假令「完全なる國家」ではない、普通の國家ではないにしても―文明國が之と條約を結ぶ以上、條約の相手として――國家として之を認めたことになる（國家の承認につき第三章參照）。不完全人格（限定權利能力）を認めたことになる。（三）斯くして文明國と非文明國との間の關係は條約（特別國際法）の及ぶ限りに於て法律關係であるとして、非文明國も條約の關する限り國際法の適用を受くるとなすの論を生ずる。（四）しかし條約事項以外に於ても國際法の一部が適用せられると云はねばなるまい（ビット・コベット）。非文明國が他國殊に文明國と條約を結び外交使節を交換することがある。此場合「條約は守らねばならぬ」との國際法規及外交官の治外法權に關する法規は―特に條約に之を規定してある場合と、ない場合とを問はず―適用を見る。非文明國は國際責任を取るべきか。それとも之を辭し得るか。右の場合文明國と多少取扱の相違はあるとしても、國際責任に關する國際法規の適用がある。此等の國際法規を「普遍國際法規」又は「國際基本法規」（クヮッペン）として、文明國と非文明國とを問はず適用ありとする論者もある。戰爭法規は如何。文明國は野蠻人部族（「非文明國」までも行かぬもの）との戰爭に於ては、戰爭法規によらず、人道若は軍司令官の裁量によつて行動するの外はないが（米誌一九二七年四月號二七九頁以下）非文明國との戰爭に於ては如何。其國が海牙條約（戰爭の法規慣例に關する條約、局外中立に關する條約其他）に加入して居る場合には問題ではない。之に加入して居ない場合は如何。問題である。が、國際法は相互主義の上に立つものとせられる（フォーシル）。

二　國際法の性質

冒頭に揭げた國際法の定義―二つ―について、何れも其前半に關する限り―「文明國」及「國際法團體」と云ふことについては―既に說いた。これから國際法が各國「行爲の準則」として、「法律規範」としての性質に言及せねばならぬ。國際法は「法律」たる性質を有するや否や。これ學者が從來大に爭ふた所である。國際法を論ずるもの今猶此問題を取上げるのを常とする。

(1)　所謂「國際法否認」說―國際法に對し「法律」たる性質を認めざるもの　其理由として擧ぐ

る所は種々あるが、國際法が國内法の如き立法者を缺くこと、裁判所を缺くこと、制裁を缺くこと等が重なる理由として擧げらる。しかし國際法必ずしも立法者、裁判所乃至制裁を缺くものと云ふことは出來ぬ（國際法否認論につき詳細に亙る批判は玆に試みたくない。唯此問題についての多數の文獻中 Wolf, Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtstheorien を擧げたい）。しかし國際法が國内法でない以上國際法は國内法と同樣の立法者、同樣の裁判所、同樣の制裁を有するものでないことは勿論である。

(2) 國際法に法律たる性質を認めるもの　此說は更らに左の二つに大別し得る。

(甲) 自制說又は自律說　國家は自らの意思により―自己制限（自制）（ゼルプストベシュレンクング）により―又は自己拘束（ゼルプストビンドンゲ）により―國際法に拘束せられるものとなし、自制的又は自律的（アウトノーム）なることは法の法たるを妨げざるものとなし、或はそれが、法の法たる所以であるとなし、國際法に「法」たる性質を認めんとする學說は數多くある。承認說、總意說、同意說等種々のニュアンスがある。極端なものを擧ぐれば一方には國際法を以て各國の「共通法」又は「並行法」となすものあり、他方には其反對に國家が或國際法規又は條約に同意する場合各國の意思は最早複數の意思ではなく、溶け合ふて一體となるものであると云ふものもある。

(乙) 他制說又は他律說　法が法たる所以は他制的又は他律的（ヘテロノーム）なるに存するとなし、「外部の力」により强行せられることを法たるの要件となし、而して國際法も右の要件を具備するものとして、其法的性質を肯定せんとするものである。「外部の力」とは何を指すか。國際團體の力であるか。國際の輿論乃至戰爭であるか。國際法には如何なる制裁があるか。議論は分れる。ウキーン學派は其所謂「基本規範」（グルンドノルム）を揭げて國際法の他律的なる所以を說いて居る。

國際法が「法律」たる性質を有するや否やの問題については、先づ「法律」とは何ぞやと云ふことが定められねばならぬ。しかし法律の「定義」は既に學者の難しとする所である。學者は種々の定義を下して見るが、未だ一般に認められた定義と云ふものはない（エルンスト・マイヤー）。法律の「本質」（ウエーゼン）如何の問題は「法以外の問題」（メタユリスティシエ・フラーゲ）かも知れぬ。法律は「當爲」（ゾルレン）であるか「存在」（ザイン）であるか、法律は自律的のものか、他律的のものか、の問題の說明も、法律の本質を說明して遺憾なきものであらうか、疑はねばならぬ。「自然」の本質如何を定めるのは自然科學者の任務でないと同樣に、「法律」の本質如何の問題に答ふるのは法律家の任務でない。法律の本質如何の問題は「法律以外」の問題かも知れぬ（フッセル）。少くも玆には法律は「社會の規範」で

あるとの定義に滿足せねばならぬ。一國の社會に其社會規範として國內法ある如く、國際社會に其社會規範として國際法があり、其社會を組織する各員（國家―文明國）の「行爲の準則」たるものである。道德規範（オースティン）にあらずして、法律規範として文明國間に「妥當」（ゲルテン）する。國際團體員を「拘束」（ビンデン）する。國際團體員間の權利義務を定める。法としての義務性（フエルビンドリヒカイト）を有する。法としての實在性（ポジティフイテート）を有する。時としては「不完全なる法」とか「弱き法」とか又は「發達不充分なる法」とか種々の形容語が付せられるが、兎に角實際に於て（ホール、オツペンハイム）―經驗に徵し（クンツ）―國際法は法として扱はれ、法としての性質を認められる。

〔基本規範說〕　ケルゼンを先頭とするウキーン學派は「基本規範」（グルンドノルム）を說く。而して國際法の基本規範として「約束は守らねばならぬ」（pacta sunt servanda）と云ふ規範を揭げる。國際法はこの規範の上に立つ（之を基礎として）、否その下に立つと云ふ。卽ち右の基本規範が國際法の基礎をなし、又妥當の根據でもあるとせられる。國際法の妥當性はこの「前提」（ヒポテージス）なくしては考へられぬ。「約束」（條約によると慣習によるとを問はず）は約束に過ぎぬ。「法律」ではない。國家間の約束に「法律」なる力を與へ、之をして「法律」（國際法）たらしむるには何物かがその約束以外に―約束とは別に―存在しなければならぬ。國家間の約束をして「法」（國際法）たらしむるものは、實に右の「約束は守らねばならぬ」と云ふ「前提」である。それは法の前提であるから、法以前に、法以外に存在する。右の「約束は守らねばならぬ」と云ふことを國際法の「內容」たる規範とせずに、之を其「前提」たる規範とする所に、此說の特色がある。更らにウキーン學派の有力者フェアドロスの說明を借らんに、玆に甲乙の兩國があつて條約（約束）を結ぶとする。兩國は其條約によつて義務を負ふのではない。條約を結ぶとき文書に調印したり、意思表示をしたりすることは固よりある。しかし此「事實」によつて兩國が義務を負ふのではない。此事實それ自身は何等法たるの力（レヒツクラフト）を生ずるものではない。右の事實（國家間の約束）に「履行の義務」と云ふ法的效果を與ふるものは實に「約束を守らねばならぬ」とする基本規範そのものであると。

〔右の基本規範說に對しては學者間贊否の意見が大に別れて居る。ウキーン以外にも贊成者はある。國際法と國內法との關係については二元論を唱ふるアンジロテイ（後述參照）すらも右の基本規範說には贊成して居る。しかし反對論も固より少くない（フッセル、ウエンツエル等）。「約束は守らねばならぬ」と云ふ規則が國際法の內容を成すものでないとすれば―法律規範でないとすれば―それは道德規範と云はねばなるまい。が、右の規則が法律規範でないとすれば、之に法律上の意義を認むることは出來ないであらう。右の基本規範を無用視し、否却て混雜を招くものとする學

者もある（クヌッペン）。

〔國際法の淵源〕　法の淵源には種々の意義がある。語義に遠ざかつては居るが、多くの學者は之によつて「法律の成立方法」又は「法律の形式」（フォームス）―卽ち法律秩序を組成する法の形式―を指す。國際法に於ては學者は―「國際法の淵源」として―條約及國際慣習の二者を擧げるのが普通である。成文法としての國際法規は條約の形式を取り、不文法としての國際法は慣習の形式を取る。

成文法（條約法）は總て國際の特別法規に屬するか。國際法としての一般法規又は「普遍法規」は總て慣習法の形式に成るものであらうか。聯盟規約又は不戰條約の如きは一般法規と云ふべきや否や、此等の點については學者の見解が必ずしも同一ではない。

條約については別に述べる（第五章參照）。玆には慣習法について數言を費すこととする。慣習法とは如何なるものか。何故に慣習法は法たるの力を有するか。又慣習法成立の時期如何、右は何れも問題であり、又關聯せる問題である。國際社會に於て慣習法として妥當する爲めには（一）國際社會に於ける一定の慣行がなければならぬ。（二）而して此慣行たるや國際社會が法として―法律規範として之を遵行する程度に達したものでなければならぬ。何が故に右の慣行が法となるか。國際道德又は國際通誼（後述參照）と如何にして區別せられるか。此點については先きに國際法

の性質について述べた所が顧みられねばならぬ。國家が國際法（慣習法）に遵依するのは自己の意思に出づるものであるか、それとも其意思に關係なく或强行力が國家をして慣習法を遵守せしめるものであるかの問題である。前說に屬するものに暗默契約說、合意說、總意說、承認說などがある。後者に屬するものに服從說がある。前者に於ては暗默の合意（又は暗默契約）によつて初めて國家を拘束する慣習法が成立するものであり、後者によれば慣習法―法としての慣習―が「前に」存在して國家は其法に服從するのである。國家が慣行に出づるは唯法の存在を證明するものに過ぎぬ。而して法律確信說は右兩說の中間に位するものと云ふべきか、或は前者に屬するとも云ひ得やう。又後者と相提携するとも云はれやう。兎に角此說―法律確信說―卽ち各國が法によるものと信じて（故に國際禮譲としての慣行の如きは除外せられる）―國際法上の義務であるとの確信の下に―一定の行爲（慣行）に出づるとき、玆に國際慣習法が存在するものとなすの說―は廣く行はるるの說である。しかし此の問題はフェアドロスによるも寧ろ哲學的の問題であり、法律上の問題ではない。唯氏自ら契約說を以て「疑もなく正當である」として居るのは其所謂基本規範―「約束は守らねばならぬ」―を强調する立場上已むを得ぬものであらう。

國際司法裁判所規程第三十八條に所謂「法トシテ認メラレタル一般慣行ノ證トシテノ國際慣習」

は一般國際法としての慣習法（一般慣習法）を指すものである。が、外に特別慣習法はないものであらうか。國際法に英米主義と大陸主義とが分れて居る事項が少くないことは前述の通りである。

慣習法の存否は之を知るに困難を感ずる場合が尠くない。慣習法が合意によるとしても、法律確信に出づるとしても、それは國家のそれでなければならぬ。國家機關殊に國家の國際行爲に任ずる機關の行爲が―而して時としては國際的機關の行爲が―考へられねばならぬ。しかし國際裁判所と雖も裁判所たる以上自ら法を作るものではない。既存の法を解釋適用するに過ぎぬ。國際間に判例法ありや、此點につき國際司法裁判所規程は「裁判上ノ判決」には―「諸國ノ最優秀ノ公法學者ノ學說」についても同樣であるが―「法則決定ノ補助手段」たるの價値を付するに過ぎぬ（規程第三八條第一項第四號）。又「司法裁判所ノ裁判ハ當事國間ニ於テ及其ノ特定ノ事件ニ付テノ外ハ拘束力ヲ有セズ」としてある（規程第五九條）。しかし國際裁判所殊に國際司法裁判所判例の如きものの―法律上の拘束力は別としても―事實上の拘束力の大なるは勿論である。

〔國際司法裁判所規程第三八條〕　同條は第一項第一號に於て「係爭國ニ依リ明ニ認メラレタル規則ヲ確立スル一般又ハ特別ノ國際條約」及び―第二號に於て―「法トシテ認メラレタル一般慣行ノ證トシテノ國際慣習」の適用を認むるの外、第三號に於て「文明國ニ依リ認メラレタル法ノ一般原則」の適用をも認めて居る。更らに又―第四號に於て―「法則決定ノ補助手段トシテノ裁判上ノ判決及諸國ノ最優秀ノ公法學者ノ學說」の適用をも認めて居る（前述參照）。右の所謂「法ノ一般原則」とは何を指すかは問題である。これについては學者間に大いに議論がある。國際法上の一般原則ならば、前の第一號、第二號に盡きて居るものと云はねばならぬ。別に第三號を掲ぐる必要はない。故に多くの學者は之を以て―右の「法ノ一般原則」を以て―「國内法」上の一般原則にして文明國によつて認められたるもの―殊に「私法」上の原則―を指すものとして居る。

何れにせよ右第三號―即「文明國ニ依リ認メラレタル法ノ一般原則」は果してそれが所謂「國際法の缺陷」を補ふて（國際法の補充として）餘りあるものであるかについて亦議論がある。

〔國際通誼〕　知人が道路相遇ふて帽を取り互に敬禮を交換するは、個人間の禮譲にして、又社會の通誼である。之を行はざるものは相手に對し禮を失するものと看做さる、否普通人の爲すべきことを爲さざるものと看做される。國際通誼も之に似たるものがある。國際交通の圓滿・圓滑を期する爲めに存するものである。

慣習法及成文法（條約）以外に國際通誼なるものがあつて、國際交通を圓滑ならしめつつある。商法に對して、商慣行（Handelsusance）がある如く、國際法に對して國際慣行即ち國際通誼がある。國際禮譲、國際慣行等の語も國際通誼と同樣に使用せられる。曩日の國際通誼も今日の國際法規と變じ、又曩日の國際法規にして今日の國

際通誼と化するものもある。果して然らば今日の國際通誼に屬するものは如何なる事柄であるか。此問題は後に讓ることにする（第二編參照）。

三　國際法と國内法との關係

國際法の性質論は更らに其國内法との關係如何の問題となつて現はれる。國際法は法律であるとしても、それは國内法と同性質のものであらうか。それとも全然別異の性質を有するものであらうか。全然別物であるならば兩者を均しく「法律」と稱するは果して適當であらうか、と云ふことが考へられねばならぬ。

（甲）一元論（一元的構成）　國際法は國内法と性質を同じうするものとなし、卽ち兩者を「性質」（ウェーゼン）の差にあらずして「内容」（インハルト）の差に過ぎぬとする觀方である。しかし一元論は細別すれば、更らに相反する左の二つに分れる。

（イ）國内法上位說　此說はヘーグルに出で、國家主權に立脚する。此說によれば國際法は各國主權の慈悲の下に立つ。此說に屬する學者は或は國際法を以て「渉外國法」（オイセレス・スターツレヒト）と看る。或は各國の並行法規若は共通法規と見る。前揭自制說（自己拘束說）を執るもの、往々にして此說に屬する。曰く、國家は自己の意思によつてのみ國際法上の義務を負ふものである。從て自己の意思によつて右の義務を免れることも出來ると。

此種の論は寧ろ國際法否認論に屬する。國際法の妥當の根據を國家意思―又は國家の自己制限―に求める。前揭自制說（自己拘束說）の如きも、ウキーン學派の批判する所によれば、國内法上位說に屬するものであり、然らざれば矛盾に陷るものとせられる。其矛盾を避けんとすれば國際法を國内法の一部と見做し、之を「渉外國法」となすの外なきものと評せられる（ケルゼン主權論一六八頁以下參照）。

（ロ）國際法上位說　最近ウキーン學派の唱道する所である（外にも從來無いではなかつたが）。同學派に屬するものは曰ふ、國際法と國内法との區別は絶對的のものではない。相對的のものである。兩者は性質上の差異を有するものではない。「法律」たるに於て共に同一である。加之國際法は國内法の上に立ち、國内法に或權限を「委任」する（原語 Delegation 又は Verweisung）。國内法は國際法から「委任」せられた範圍に於て行動し得る。國内法秩序は國際法秩序に對し「下級秩序」又は「部分的秩序」（タイルオルドヌング）たるに過ぎぬ。國家があつて國際法、國際團體が在るのではない。國際團體があり國際法があつて、玆に「國際法直接性」を有する國家があるのである。國家主權は國際法が國家に附與した自由裁量の範圍に外ならぬ。從て國家の主權

なるものを認めない。否、強て國家主權の「內容」を求むれば、それは「國際法が國家に認めた若干の權限」に外ならぬ。主權は權限に分解される。國際法が各國家に右の權限を附與するものであるから「權限・權限」は國際法にある。卽ち主權は國際法にあると云ふ(國際法主權說)。かくして各國は國際法の下に立つ、各國は國際法の下に平等であると云ふ。從て國際法は對立法(コオルデイナチオンスレヒト)—對等者間の法—にあらずして、上下從屬の關係を定むる從立法(ズブオルデイナチオンスレヒト)—「國際の法」にあらずして「國家の上に立つ法」(ユーバースタートリッヘス・レヒト)である。卽ち國內法は國際法の下位に立つのであると云ふ。從て「國際法は國內法を破る」(優先する)ものであると云ふ。

右の國際法上位說に對しては固より贊否の議論が分れる。ウキーンにすらも反對論があると同時に、一方ウキーン以外にも—墺國以外にも—贊成者がないではない。しかし未だ贊成は一般的ではない。此說に對する批難の中、二元論の先鋒トリーペルによる攻擊は獨り氏の獨占する所ではない。氏は國際法上位說を以て非歷史的のものとして居る。國際法が開闢以來存在するものならば國際法上位說もよからうが、國家にして國際法から與へられた權限によつて初めて國內的に國家行爲を行ふと云ふが如きは歷史を無視し事實を無視した議論であると云ふ批難である。之に對してウキーン學派は辯解して曰ふ。自分達の立場は歷史とか時とかと云ふことを眼中に置くものではない。純法學上の觀察をするのみである。國際法が國內法の上にあると云ふのは、何も國家(國內法)が「歷史上」國際法から生れて來たと云ふのではない。唯兩者間に法律上・理論上、上下秩序の關係があると云ふのみであると。玆にも此論者は所謂「純粹法學」の壘に立籠るのである。

(乙)　二元論(二元的構成)　此論は國際法と國內法とは全然別物であるとする。「性質」を異にする法律秩序であると云ふ。少くも「種類」を異にするものである。固より兩者の間に上下の關係を認めぬ。從屬關係を認めぬ。兩者は(一)其妥當の根據(法の基礎—「淵源」)を異にする。(二)法の呼びかける所のもの(受範者—法の主體)を異にする。國際法は對等者間の法(對立法)であり、國內法は不對等者間の法(從立法)である。斯くして兩者間には一方が他方に優先することもあり得ない。又兩者間には眞の意義に於ける「牴觸」と云ふものもあり得ない。尤も一方が他方の規定をその儘取り入れたり、又一方が他方に規定を委して顧みないこともあり得る。しかし之を以てウキーン學派の云ふ如く一方が他方に或事項(又は或權限)を「委任」したと云ふべきではない、と論ずる。

第一章　國際法とは如何なるものか

二元論はトリーペルの唱道する所であり、今日と雖も各國に多數の贊成者を有する。基本規範說についてはウキーン學派に共鳴するアンジロティすらも二元論を執つて居る。發達の順序ともては二元論は前記國内法上位說と國際法上位說との中間にある。而して今日の通說であると云へやう（オッペンハイム、アンジロティ、ガーナー、ストルプ等、等）。

〔國際法と國内法との牴觸〕　ウキーン學派（例、フェアドロス）によるも、二元論（例、アンジロティ）によるも、理論としては國際法と國内法との間に牴觸はあり得ない。しかし實際としては兩者間の牴觸は往々見る所である。それが外交問題ともなり、又國際裁判所の問題となつたことも、往々ある。（一）兩者が異れる規定を有するとき（積極的牴觸）國内裁判所としては國内法に據り裁判するの外はない、それは國際裁判所が國際法（條約を含む）により裁判するの外はないと同樣である（オッペンハイム三四頁及四一〇頁に引用せられたるモーレー・ファース事件）。此のことはウキーン學派と雖も認める所である。右に對する救濟は國際的に求めるの外はない。右に關する爭は外交手段又は國際裁判等により解決するの外はない。若し夫れ國内裁判所が嚴存する國内法規を無視し、國際法規（又は國際條約）によりて裁判したならば、其裁判は上告破毀を免れぬであらう。しかし國家としての責任は別問題である。國家としては國際法違反の責任を辭することは出來ない。政府と

しては當該事件については相當の救濟を與へなければならぬ。又立法部としては必要の法律改正を行はねばならぬ。（二）國内法が國際法（又は條約）の要求する規定を缺く場合にはどうか。一國の裁判所は國際法（又は條約）を無視することは出來ぬ。否之によつて裁判をしなければならぬ。此場合裁判所は職權により、否職責上、國際法規を知らねばならぬか（jura novit curia）。此點については各國の法制必ずしも同一ではない。しかし何れにせよそれは各國の國内法のことである（ハチック、ストップは此問題につき三つの異れる法制を擧げて居る）。國際法を以て國内法の一部となす規定の存する場合には—例へば獨逸憲法第四條、墺國憲法第九條—裁判所は國際法を適用すべきであらう。ハチックによれば米獨は此制度を取り英國は之と異る。

國際法を以て國内法の一部となすは、獨墺の右憲法規定あるの外、英米の不文法にも認められる所であるが、右の規則—「國際法ハ國内法ノ一部ヲナス」との規則—の意義については議論が別れる。國際法上位說によれば此規定は排斥すべきものか、然らざれば無用の長物でなければならぬが、ケルゼンは之を以て國際法が國内法への「包括的改變」（コンヴェルション・グロバール）であると云ふて居り、フェアドロスは國家機關及臣民をして國際法に遵はしめんが爲めの執行的規則と稱して居る。二元論によれば右の規則は國際法を國内法に取り入れる爲めに—必要なものであるとして居るのは、敢て異とするに足ら

ぬ。國際法を國内法に移すが爲には―國内に於ける裁判所・行政官廳又は人民をして國際法によらしむる爲には―果して右の如き規則（明文又は慣習法）が必要であらうか。

一元論によれば右の如き明文の有無を問はず、國際法も法律たる以上國内裁判所固より之を適用しなければならぬ。二元論に於ても亦結論としては同様であるが、說明の方法が異る。二元論者は國際法は國内的には國際法としてでなく―國際法は對外の關係に限り適用せられるものであるから―國内的には「國内法として」―國際法が國内法に「受入れ」られて―此點につき「採用」（アドプション）又は「暗默的採用」（タシット・アドプション）若くは「受入れ」（レセプション）の語が此等學者（トリーペル、アンジロティ、オッペンハイム等）によつて使用せられる。否國際法が國内法と「形を變へて」―變形主義（トランスフォルマチオンステオリー）―國内に於て―國内裁判所に於て適用せられるのであると云ふ（ストルプ）。寧ろ窮屈な說明ではある。

「國家ハ國内法ヲ理由トシテ國際責任ヲ免ルルコトヲ得ズ」とは國際法上の一大原則である。一元論を取ると二元論を取ることによつて此原則に變りはない。國家は國内法を理由として―國際法を無視し、國際責任を免れ得るものではないと同時に、一方には國内法なきを理由として國際責任を免ることも出來ない。若し夫れ一國の裁判所が國内法の規定なきを理由とし國際法を無視し、例へば外國の大公使を逮捕し、裁判したり、之を證人として裁判所に强制出頭を命じたりしたらばどうなるか。これ英國が一七〇九年四月二十一日の法律を作るを餘儀なくされた所以である。が、かかる法律なくとも、一國は外國の外交官に其特權を認めねばならぬ。一國の裁判所は國家の機關として國際法に拘束せられる。國際法が國家を拘束するとは國家機關を拘束することである。行政機關と司法機關と立法機關とを問はず國家の機關として國際法に拘束せられる。國際法を無視することは出來ぬ（しかし此言は國際法上位說を容認するものにして始めてなし得る所であるか。それとも二元論を採るとき、前述の「變形主義」に依ることなくしては爲し得ざる言であるか。否、一元論、二元論の爭は何れが是にして、何れが非であるか。玆には此等の點に深入りしない）。（此等の問題に關し近時シャイエー及びミルキン・ゲッチエウィッチの修正態度又は懷疑的態度及之に對するデサンシエール・フェランディエールの批評につきルゾー・ゼネラル一九三三年四五頁以下參照。）

第二章 國際人格

一 國際人格の意義 (International personality)

國際法上の權利義務の主體たる能力を稱して、國際人格と云ふ。國際權利能力とも稱せられる。抑〻權利と義務とは法律によつて存する。而して其權利と義務とは何者かに歸屬せねばならぬ。卽ち權利者又は義務者がなければならぬ。權利主體又は義務主體がなければならぬ。右權利又は義務の歸屬する所が權利義務の主體であり、其主體性が權利能力と呼ばれ、人格とも稱せられる。國際法に於て、國際法により權利義務を有するもの稱して國際人格者と云ふ。「國際法上の人」とせられ、「國際法の主體」とも稱せられる。國際法の主體性卽國際人格である。

國際法の主體—國際人格—について、權利能力と行爲能力とを區別するの學者があり、又此區別を認めず唯國際人格又は國際法主體を說くの學者もある。後者は殊に英米の學者に多い。又權利能力と行爲能力とを區別する學者に於ても、兩者の定義必ずしも一樣ではない（クヌッペン二五七頁以下參照）。が、國際行爲能力としては（一）國際法律行爲能力（二）國際不法行爲能力（國際責任能力）（三）國際訴

訟行爲能力の三者を擧げ得る（クヌッペンは之を說くこと詳細である）。

國際間に於て權利能力を有するもの必ずしも自ら其權利を行使する能力、卽行爲能力を有するものとは云へぬ（例、被保護國）。しかし自ら權利能力を有せざるものが、他の爲めにする行爲能力丈けを有することはあり得ない。所謂「主權國」は右の兩者を併せ有する、而してそれを「完全」に有する。故に「主權國」を稱して完全なる權利主體—完全能力者—完全人格者—と稱する。之に對して「半主權國」又は「一部主權國」は不完全主體（部分的主體）—不完全能力者—不完全人格者—と稱せられる。

二 國際人格の種々相

國際人格—國家の國際權利能力—は一樣ではない。完全なるものあり不完全なるもののあること前述の通りである。換言すれば權利能力には段階がある（クヌッペン—反之ストルプは行爲能力には差等を認めるも、權利能力には段階を認めない）。

(1) 主權國 は「完全」なる權利能力及行爲能力を有するものとせられる。尤も玆に「完全」と云ふても、それは國際法を離れて存するものではない。國際法によつて制限付けられる。

〔國家と主權—「主權國」〕 國際人格（國際權利能力）は「主權」（サヴァレンテー）と密接の關係を有する。

兩者を同一視して國際法上主權は國際權利能力であると云ふ人もあり、又主權を以て權利能力の「基礎」となす人もある。抑も今日にありては「主權」は國家に在りとせられる（國家主權說）。「主權國」（サヴァレン・ステート）の稱ある所以である。が、沿革上から見れば主權は君主に在りとせられた時代もあり（君主主權說）、人民に在りとせられた時代もある（人民主權說）。主權が「法」にありとし、殊に「國際法」に在りとして、「國際法主權」說を唱ふるものがある（ウキーン學派）が、それは未だ一般の認むる所とはならぬ。

「主權」は種々の意義に用ひられる。「獨立」（インデペンデンス）と同義にも使用せられる。從て「主權國」の代りに「獨立國」の稱もある。主權の意義如何については後に讓るとして（第二編）、主權を有しない國家は「主權國」ではない。主權國でない國家＝「非主權國」＝は「國際法上の國家」ではない。否、ウキーン學派の言を借らば「國際法に直接する國家」卽「國際法直接性」を有する國家のみが主權國であり、國際法直接性を有しない國家は非主權國である（尙ほ半主權國及「國家の結合」につき後に述ぶる所參照）。

〔ヴァティカン市〕　一八七〇年以來の羅馬法王又はヴァティカンの地位については、國際法學者間にも從來種々の意見があつた。其の國際人格を有するや否やについて議論があつた。しかし一九二九年二月十一日ヴァティカンと伊太利政府との間にラテラン條約の締結あり、ヴァティカンは「ヴァティカン市」と云ふ小さな領土を得て、玆にヴァティカン市と稱する「國家」が出來た。而して法王は其元首となつた。今やヴァティカン市が國際人格を有することは爭ふべからざる所である（ル・フュール一三〇頁、及び米誌一九三三年四月二七一頁以下）。

(2)　半主權國　國際法學者は「主權國」の外に「半主權國」（セミ・サヴァリン・ステート）なるものを擧げる。之にも國際人格を認める。しかし「主權國」と異り、限定能力者となし、不完全人格を之に認める。尤も其權利能力及行爲能力は各場合につき考へられねばならぬ。一般的の標準は求め難い、否半主權國の內に如何なるものを含ましむべきやが旣に問題である。學者によつて異る。被保護國及び從國（從屬國又は附庸國とも云ふ）の一方若は雙方が普通「半主權國」として擧げられる。從屬國については後に讓る。被保護國は他國（保護國）との條約（保護條約）によつて其保護の下に立つものである。多くの場合外交權を右の他國（保護國）に委ねるものである。卽右の場合國際行爲能力を有せざるものであるとも云へる（必ずしも常に然りと云ふのではないが）。被保護國の權利能力は如何、條約によつて行爲能力を制限し、否之を他國に委讓したものに過ぎぬから、權利能力に至つては普通の國家同樣「完全」なるものを有するとなし、從て「主權國」のカテゴリーに屬すると云ふ學者がある。しかし之をしも主權國と云ふならば半主權國の語は無用で

ある。被保護國は半主權國の重なるものである。外交能力を權利能力の中に包含せしむべきか、行爲能力に屬せしむべきかは見解の分るる所である。外交能力を有せざるものは「主權國」にあらずとするの說も有力である。

〔半主權〕　「半主權」（セミ・サヴァレンテー）は「主權」（サヴァレンテー）でないが、「非主權」（ノン・サヴァレンテー）であるか。それとも何れにも屬せざる第三のカテゴリーに屬するかについて議論がある。主權が不可分であるとすれば「半主權」又は「一部主權」は之を認むるを得ぬ。故に國法學者には之を認めるものが少くない。しかし國際法學者には之を「半主權」又は「一部主權」の思想を排斥するものが多い。固より「半主權」の代りに、又は「半主權」の外に、「一部主權」―從て「一部主權國」（パート・サヴァリン・ステート）―を認める人もある。如何なるものを右の兩者の何れに算ふべきか。說の歸一する所がない。主權國と半主權國との區別標準を論じて、クンツは一定の標準なしとして、主權國と云ひ半主權國と云ふも寧ろ嗜好の問題であるとして居る。前者は國際法上の「通常の權限」を有し、後者は「限定せられた權限」を有すと云ふも、その境界は明白には定め難い。所謂「通常の權限」も國際法によつて可なり廣い制限を受けるものであると云ふて居る。何れにせよ保護國と被保護國との關係は各場合によつて異り、決して一樣ではない。が、兎に角被保護國は保護國の一部を成すものではない。此點、後に述ぶべき從國と異る所である。被保護國は國際的には保護國と別異の人格を有し、別異の存在を有するものである。條約關係・戰爭關係等に於て此點が重要である。

〔宗主權〕　主國と從國との關係は「宗主權」（スゼレンテー）なる語によつて言現はされる。右の關係は變態的のものであり、各場合により一樣でない。が、由來從國は主國の一部と看做される。卽、從國は「國際法上の國家」でなく、「國內法上の國家」と看做される。從て何等國際的地位を有せず、外國との關係は一切主國によつて處理せられるのが、寧ろ原則である（インドに於ける英國の從國の如きさうである）。從て右の場合從國は何等戰爭能力、外交能力（公使の派遣接受、條約の締結等）を有しない。しかし場合によつては主國の特別の認許によつて、從國が或範圍の外交能力を有することがある（例へばトルコの從國たりし時代のエジプトの如き）。此場合と雖も主國と從國との間の關係は「條約」によらず「國內法」によつて律せられる（假令兩者間に條約が結ばれたにしても、それは國際法上の條約ではないが、しかし右の認許せられた外交能力の範圍內に於ては國際權利能力及行爲能力を有する。固より限定能力者ではある。卽、部分的國際法主體の一種である（クンツ五三七頁）。

斯くの如くにして從國の國際的地位―國際能力―は狹きの推定を受くべきものではあるが、實

際には從國時代のブルガリアの如き勝手に外國と（例へば一八八五年セルビアと）戰端を開いた例がある。何れにせよ從國の地位―宗主權關係―は一時的・經過的の性質を有するものである。早晩革命により―離叛により（從國の主國に對する戰爭は性質上國際戰爭ではない）主國から獨立するか、若くは主國に併合せられるかの途上にあるものである。

〔キューバ〕　同國は或意味に於て米國の保護の下に立つ。卽米國はキューバとの條約によりその獨立を保全するため干渉の權利を有し、又キューバは第三國との條約締結權を制限せられて居る。故に同國は被保護國に「似た」ものではあるが、之が爲め同國を米國の被保護國となし、半主權國となすには學者の反對がある（オッペンハイム・マクネア二五三頁）。

〔ダンチッヒ自由市〕　同國―否、同自由市―は國際聯盟の保護の下に在り、而して波蘭が聯盟に代り右自由市の外交を行ふのであるが、此變態的事情の下に於て、同自由市を被保護國の中に數ふべきか。被保護國とすれば其保護國は國際聯盟であるか、波蘭であるか。何れでもないとすれば（コルヘット）何物であるか、何物とも分類し得ざる特殊のものであるか（フライアリー）將た「便宜上」被保護國の內に數ふべきか（マクネア）。議論の存する所である。

〔エジプト〕　同國は嘗てトルコの從國であつた時代がある（世界大戰まで）。然るに世界大戰中（一九一四年）英國はエジプトをその被保護國と宣言し、併せてトルコの宗主權終了を聲明した。しかし一九二二年には英國は右保護關係終了を宣言し、併せてエジプトを「獨立主權國」と認める旨を聲明した。右は何れも英國の一方的宣言である。右の中最後の宣言には四大事項の留保がある。學者はエジプトの現在の地位を以て法律上の分類を爲し得ざる變態的のものとなし（オッペンハイム）又は前記保護關係は名義上終了せるも、事實上は今猶存續して居ると云ふものがある（フライアリー）。

〔イラク〕　イラク國は英國の委任統治の下にあつた時代、英國との條約によつて兩國間の關係を律した。聯盟規約によれば「獨立國トシテノ假承認」を得たものである（A式委任統治である）。委任統治下のイラクは果して之を獨立國と云ふべきか、半獨立國（半主權國）の內に數ふべきか、被保護國として分類すべきか。委任統治は「委任統治」であつて、從來の被保護國のカテゴリーに入るべきものではない。兎に角イラク國は改めて最近英國との間の條約―「同盟」條約―を結んで、「獨立國」として聯盟に加入した。

〔瑞西―永久中立國〕　同國は今日現存する唯一の「永久中立國」である。永久中立國は其領土保全又は獨立が列國の「保障」の下に置かれてあるのであるが、之を以て列國の「保護」の下に立ち、乃至は從屬的地位にあるものと云ふべきではない。普通の獨立國・主權國たるを失はぬ。

三　國家の結合

二國又は數國が結合する場合、其國際人格が影響を受ける。其二國又は數國が「合併」して一國と

なる場合は別問題である。右の場合その二國又は數國の國際人格は消滅して、新なる一國際人格が生ずるのである。又二國又は數國が偶々同一の君主を戴くも、其れ以外、當該國家間に何等特殊の結合關係がない場合―「人的聯合」―も玆には問題視しない。此場合國際人格はそれ〴〵の國家が有して居る。別段の異はない。反之「物的聯合」として結び付いた二國若は數國に至つては、國内的にはそれが二國若は數國であつても、國際的には一體となり、一單位となり、一人格者として爰當し、行動するのである（國際司法裁判所は之に異れる見解を採るやうである、一九二三年ヤウオルチナ問題）。卽國際人格は物的聯合そのものに在つて、組成國にはない。故に物的聯合に在つては國家代表機關たる元首及外務大臣が共通である。組成國が別異の代表機關を有するものは物的聯合ではない。

「聯邦」（「國家聯合」）と「合衆國」（「聯合國家」）との差異は、前者が國際條約に基礎を置き、後者が憲法に基礎を置くことに求むべきか（成立上の差異）、組成國が國際法の主體性卽國際人格を喪失したか否かに其差異を求むべきか。學者の意見は分れる。後說を適當とする。合衆國にあつては組成國（州）は國際人格を失つてしまつた。最早「國際法上の國家」ではない。假令、稀に例外として「州」が或狹小なる範圍の外交能力を有することありとしても、之れが爲めにそれが國際法上の國家となりはしない。反之、聯邦にあつては、聯邦そのものとして或範圍の外交能力を有することありとしても、

組成各國は「國際法上の國家」たる資格を失はぬ。組成各國は國際人格を犧牲にして聯邦を組織するものではない。合衆國は「單一國家」と云ふべきか「複合國家」と稱すべきか、見解の分るる所である。否寧ろそれは文字の爭であらう。が、何れにせよそれは「國際法上の國家」の結合ではない。反之聯邦は「眞の國家結合」（エヒテ・スターテン・フェルビンドンゲン）に屬する（國家結合の種々相及之に關する諸種の學說につきクンツ國家結合論最も參照に値す）。

（人的聯合と物的聯合）　兩者何れも同一人の君主を戴くが（君主國以外のものが物的聯合を形作り得るや。學者の議論はあるが、從來の實例としては君主國に限られてある）、前者にありてはその君主は各別に兩國の君主であり、兩國は各別に國際人格を有し、兩國間何等の法的聯繫がない。反之物的聯合にあつては君主は兩國（二國以上が物的聯合又は人的聯合を作つた實例はない）の共同機關であり、兩國は一體として、國際人格を有すること前述の通りである。しかし物的聯合それ自體は國家ではない。兩國の結合は條約によりて―場合によりては之に加ふるに憲法によつて―一律せられる（物的聯合の現在の例としては丁抹とアイスランドとの關係が擧げられる。但し共關係を人的聯合と看做す說がないではない）。

物的聯合と聯邦との差異は、就中國際法主體性の有無又は所在に之を見出し得る。聯邦は共同機關として「聯邦議會」を有するとしても、共通の君主を戴くことはない。

〔聯邦と合衆國〕　兩者の差異は右に述べた通りである。聯邦は「條約關係」（法律關係）であるが、しかし聯邦それ自身外交權限及宣戰講和の權限を有する場合、其範圍に於ては國際法主體性を有すると見る學者がある（此點につきクンツ四五〇頁參照）。又合衆國に於ては各「州」が何等國際的地位を有しないのが普通であるが（例、北米合衆國の「州」）各州が狹小なりとは云へ或程度の外交能力を有する場合（例、瑞西及大戰以前の獨逸の「州」）其程度範圍に於て、各州も國際法主體性を有するものと云はれる。尤も右の場合何れも部分的國際法主體である。これが爲め聯邦その者又は合衆國内の各州その者が「國家」となつたのではない。又聯邦内の各國家は主權國ではあるが、其行爲能力は聯邦を作つた爲め、條約によつて制限せられる。とは云へ、其制限たるや物的聯合に於ける組成國又は合衆國内の各州のそれほどではないことは勿論である。

合衆國の實例は現在米、獨、瑞（西）、其他其例に乏しくないが、聯邦は今日は其實例を見ぬ。俗に「ソヴェート聯邦」と云ふも實は合衆國の部類に屬する。

〔部分的國際法主體〕〔殊に交戰團體〕　國家でなくして國際法上の主體たるものが存すること、及び其國際法主體性が全般的なる場合（物的聯合）と部分的なる場合（聯邦等）とあることは前述の通りである。右の外に「交戰團體」として承認せられたものも、亦部分的國際法主體性を有する。交戰團體として承認せられたものに在つては承認國との間の關係は戰爭法（又は局外中立法規）の適用を見る。此範圍に於てその交戰團體は國際法上の權利義務の主體たるものである。しかし固より全般的に國際法の下に立つものではない。殊に完全なる外交能力を有するものではない（交戰團體については別に第三編中述ぶる所參照）。

〔英國の自治領〕　自治領の國際的地位如何、否英帝國そのものの國際的性質如何、これは難問である。各自治領は印度と共に聯盟員である。從て聯盟規約上の權利義務を有する。從て少くも此意味に於て部分的國際法主體である。しかし右の如く特別國際法（聯盟規約）による權利主體であるのみでなく、自治領の或ものは外交能力を有する。さればとて自治領は「獨立國家」ではない。否「國家」でもない。國家に似たものと云へるかも知れぬが、「國際法上の國家」ではない。自治領其他英帝國組成員相互間の關係は普通の國際關係を以て律し得るものではない。右相互間の紛爭は國際紛爭として國際司法裁判所による解決に委せられては居ない（英國は選擇條項の調印に際し此點につき留保して居る）。英帝國組成員間の異常的關係は外交・軍事・通商等各方面に難問題を持上げる。右の關係は外交代表・條約締結・特惠關稅・宣戰・講和・局外中立・國際責任等に關し聯盟の内又外に於て幾多の難問題を提供する（ブライアリー）。一九二六年及其後の英帝國會議は右の諸問題について極めて不充分なる解決を與ふるに過ぎぬ。幾多の問題は將來に殘されてある。最近の日印關係―通商條約問題―の如きも其一つの現はれに過ぎぬ。

英國の自治領否英帝國の性質につき、大陸學者中、或はこを人的聯合となし、或は物的聯合となし、或は聯邦となし、或は合衆國となすものがある―英國學者中にも英帝國は「聯邦」となる「傾向」を有して居ると云ふも

のがないではないが（英年鑑一九二二―三年三九頁）―しかし英國人は英帝國を以て右何れのカテゴリーにも屬せざる全然「特殊のもの」（スイ・ゼネリス）であると見る傾向を持つて居る（オッペンハイム・マクネア二〇〇頁）

四　國際聯盟

國際聯盟は國際人格を有するか。獨り自ら國際人格を有するのみならず、聯盟員たる國家の上に在つて、超國家たる權力を揮ふものであるか。それとも聯盟は聯盟員たる國家以外の何物でもなく、聯盟としては何等別に國際人格を有せず、聯盟員の權利義務以外、聯盟としての權利義務は存在しないものであらうか。若し聯盟員の權利義務以外、聯盟獨自の權利と義務とを有するとせばそれは如何なるものであるか。此等の問題が聯盟人格論を繞つて、否聯盟の性質論として、學者間に大に議論の存する所である。聯盟人格論者も固より少くないが、私は聯盟非人格論を持して、今日に及んで居る。

〔國際聯盟の性質〕　國際聯盟は聯盟規約によつて作られた。しかし聯盟規約には聯盟の性質殊に人格の有無を明にすべき別段の規定は見當らぬ。そこで學者は種々の議論を爲すに至つた。（一）聯盟が國家でもなく（聯盟を以て「合衆國」の一種となす說があるが、固より誤である）、（二）又國家の上に立つもの―「超國家」super-state ―でもないことは明かである。聯盟方面に於ても此點は明かに認めて居る（一九二〇年總會に於けるイーマンス議長の言）。（三）聯盟を以て國際行政聯合（例へば萬國郵便聯合の如き）に比するものがないではないが、これ亦取るに足らぬ說である。國際行政聯合は讀んで字の如く、國際行政に關するもので、國際政治に關する任務を本分とする聯盟は之に比すべくもない。（四）されば聯盟を從來の「同盟」に比するも、亦誤である。聯盟は特定數國が他の特定國を假想敵とする合縱連衡たる從來の「同盟」と同一に論ずべきものではない。否、聯盟は大戰以前の同盟制度に反對して起つたものである（日英同盟につき日英兩國が聯盟成立後執つた態度參照）。（五）聯盟を以て從來の「聯邦」制度に比するの學者は少くない。此說は相當有力である。聯邦は前述の如く「條約」によつて生じた「條約關係」であるが、或範圍に於て國際的權利能力及行爲能力を認められ、國際人格を有するとせられる。しかし聯盟は其包含する聯盟員―今日に於ては五拾數國に達して居る―の多きことに於て、從來の聯邦と其選を異にする。加之聯盟の機關は聯邦の機關の如く聯盟員に對して强制力を有するものとは云へぬ。何れにせよ聯盟各國は聯盟に加入することによつて、聯邦內の各國の如く、外交能力其他に制限を受けるものではない。（六）聯盟が理想として世界性を有することに鑑み、聯盟は從來の「國際團體」に代るべき性質を有し、否從來の國際團體に憲法（聯盟規約のこと）を與へて、之を組織化（オルガナイズ）せんとする計畫であると論ずる學者がある。しかし聯盟の世界性、其一般化は學者の理想であつて、今日の現實ではない。今日の國際法團體は一般國際

法に基礎を置く無人格者である。國際聯盟は特別國際法（聯盟規約）を基調とする特別國際法團體であるが、無人格であることに於ては前者と同樣である。（七）國際聯盟を以て他に類例を見ざる一即「國家」にあらず、「合衆國」にあらず、又「聯邦」にもあらず、「同盟」にもあらざる一「特殊の國際人格者」（インターナショナル・パーソン・スイ・ゼネリス）となすの說がある（オッペンハイム其他）。クンツは此說を評して「窮餘の言」に外ならずと云ふて居る（以上各說の批評についてクンツ上揭四九八頁以下參照）。（八）聯盟人格說を唱ふる論者にして、聯盟が外交能力を有し、宣戰講和の權能を有し、又或場合主權を有すとなすに至つては、明かに不當である。右の如きは學者の主觀に過ぎぬ。その恣意に過ぎぬ。委任統治地域に對する聯盟主權說に至つては吾人の與せざる所である。聯盟は決して從來の聯邦の如き外交能力をも、又宣戰講和の權能をも有するものではない。これ等は何れも聯盟各國の手にある。又聯盟がザール地域に於ける「受託者」（トラスティー）たるの地位、ダンチヒ自由市に對する保護者、若は少數民族の保護者たるの地位を捕へて、聯盟人格說を唱ふるものがあるが、これ等は假令聯盟の權能であるにしても、「附隨の權能」であり、其本來の使命ではない。右の如きが果して聯盟の「權利」若は「義務」と云ひ得べきや。從て之を理由として聯盟を權利主體、又は義務主體—從て國際人格者—と云ひ得べきや、疑はざるを得ぬ。聯盟は國際訴權を有しない。聯盟理事會又は總會は國際司法裁判所に出訴するを得ない。唯同裁判所の「意見」を求め得るのみである（聯盟規約第十四條參照）。（九）果して然らば聯盟の性質は如何、聯盟は條約關係であり、法律關係である。法律關係に於ける主體ではない。權利主體でも、義務主體でもない。聯盟員（聯盟各國）相互間の權利義務はあるが、聯盟對聯盟員間の權利義務はない。聯盟規約の各條を通覽するに聯盟各國の義務については規定があるが、「聯盟」の權利義務を定めた規定はない。聯盟として獨立の「意思」はない。此意思を形作くる機關もない。「理事會」又は「總會」と云ふ機關はある。それが聯盟自身の機關であるか、聯盟各國の共同機關であるか。學者議論の存する所であるが、理事會又は總會に出席するものは、事實上も法律上も「聯盟各國」の代表者である（規約第七條）。其他理事會及總會の議決は全會一致を必要とする。即多數決を容れざること（規約第五條—但し例外として「手續」に關することは過半數によることを得る）、加ふるに聯盟の行動は殆んど聲明乃至勸告の範圍を出で得ざること、假令聯盟で議決（決定）したことでも、各國を拘束する爲めには更らに各國各自の同意乃至批准を要すること（例へば一九二四年ゼネヴァ議定書の失敗）等を併せ考ふれば聯盟そのものが獨自の人格を有せざることは明かである。强ひて例を私法上に求むれば聯盟は「組合」の如きものである。法人（會社）に類するものではない。聯盟規約は條約であり、同時に聯盟「規約」として組合規約の性質を有すると

は云へやうが、法人の定款ではない。現に聯盟（事務局）自身聯盟の性質を說いて「聯盟は戰爭を防止し、國際協力を增進せむが爲め各國が組織的方法に於て且一定の規則の下に提携努力する國際社會なり」（"a society of States"）と云ふて居る。又「聯盟は各國政府を離れて獨立の存在を有するインスティチューションにあらず、聯盟は有機的には聯盟組織國の總體に過ぎず」とも云ふて居る（事務局著「世界協力の十年」參照）。

五　個人の國際法主體性（國際人格）

個人は國際法に於て―一般國際法又は特別國際法（條約）に於て―權利を有し義務を負ふことありや。此問題が近頃學者によつて大に論議せられる。從來の通說は個人に國際人格を認めない。個人は國際法又は條約によつて何等權利を得又は義務を負ふものでないとせられる。個人は國內法上の權利主體、義務主體であり得るのみで、國際法上の權利義務の主體ではない。換言すれば個人は「國際法の客體」であつて「國際法の主體」ではないとせられる。此通說に對して近時反對說が可なり强くなりつゝある。しかし現行の國際法としては右の通說を採るの外はない。國際司法裁判所規程第三十四條が國家（及聯盟員）のみに訴權を認めたのは右通說を裏書するものと見るべきであらう。國際司法裁判所も右通說を採用した例を見る。曰く「國際條約は直接に個人の權利・義務を設定するものでない」と（一九二八年三月ダンチッヒと裁判所の權限に關する意見）。

〔國際法上個人の地位〕　國際法上個人は法の主體にあらずして法の客體なりとの見解―前記通說―はオッペンハイム等によつて最も强く主張せられて來た。しかしオッペンハイムを改訂したマクネアは近時に於ける反對說の擡頭を指摘して居る（二一―二二頁註）。

抑も權利とは何ぞ、個人が國際法上（又は條約上）權利を有すと云ふが爲めには國際慣習法（又は條約）によつて直接に義務者に對し一定の行爲を要求し得る場合でなければならぬ（フェアドロス一五九頁）。フェアドロスは個人が國際的に國家に對する權利を有すると云ふが爲めには國際訴權が認められた場合でなければならぬと論じて、個人が國際的權利を有することは極めて例外的であることを認め、而して其例外場合の一例としてヴェルサイユ條約二九七條以下に於ける個人の混合仲裁裁判所に對する訴權を擧げて居る。權利能力と訴訟能力との關係は姑らく措くとして、右の場合に於ける國際訴權共者の性質について議論がある（アンジロティは右混合仲裁裁判所を以て國際裁判所と云ふよりも、國內裁判所の性質を有するものとして居る。マクネアも此意見に傾くやうである。尤もフェアドロス、クヌッペン等はアンジロティに反對して居る）。

個人に國際法主體性（國際人格）を認めんとする學說に於ても、如何なる場合に如何なる範圍に於て之を認むべきやについては固より說が分れて居る。甚しきに至つては國家の國際人格を否認しつつ、個人にのみ國際人格を認めんとするものがある（例へばセルの近著）。前記フェアドロス、クヌッペンの如きは最少限度の國際法主體性

を個人に認むる論者である。フエアドロスは少數民族に國際人格を認むることも現行國際法としては出來ないと云ふて居る。此等各場合につき本問題を詳論することは此小著の範圍外に屬する（私は既に拙著「現行」上の五三九頁以下に於て本問題について可なり詳述したから、玆に之を反覆しないが、今尙右の通說から遠ざからうとするものではない）。

ガーナーは通說及現時の慣例として個人を國際法主體と看做さないこと、從て個人として國際法の保護を求めんとするには國家（本國政府）に依頼するの外なきことを認めつつ、一方には近時の學說に於て個人をして直接國際法の保護を受けしめんとして、個人に國際訴權を認めんとする傾向が顯著なることを說いて居る（海講三五卷六九四頁以下）。私も固より右の傾向を否定せんとするものではない。

六　國際人格否認論

今日の通說は前述の如く國家の國際人格を認め、しかも主義として國家にのみ之を認めんとするものである。が、一方には國際法學者にして國家の國際人格を否定し、國家の權利義務と云ふ觀念さへも排斥せんとする人がないではない。ポリティス、セルの如き然りである。デュギーの如きも同說である。此等の學者は「國家の意思」を否定し、「國家の人格」を否定し、「國家人格は誤れる擬制に過ぎぬ」、「國際法は國家に呼びかけるものでなく、個人殊に當局者（政府者）（グーヴェルナン）其人に呼びかけるものである」、「國際法主體は國家にあらずして個人である」と云ふ如き言をなすに至つた。しかし國家の人格を認めなければ—國際法が政府若は當局者を拘束するに過ぎぬものとすれば—政府の交迭に拘はらず國家の國際義務が存續する所以を說明するに苦まざるを得ぬ。從つて右は現實國際法として採用し難き說である。

ソヴェート・ロシアは帝政時代の義務若は債務を承繼することを拒み、帝政時代の外國人債權を踏倒した。ソヴェートの國際法學者は「國際人格」の思想を排斥し、「國際人格の存續」を否認して居る（ルヴュー・ゼネラル一九二五年三一九頁）。此態度は現實國際法の認め難き所であること云ふまでもない。

第三章　國家及政府の承認

（國際人格の發生・存續及消滅）

第一節　承認に關する原則

一　慣　例

今日の國際慣例としては「國家の承認」は―「政府の承認」と共に―重要なる國際行爲とせられる。從來から存在する國家（鎖國主義を執つて居つた國家―例へば往年の日本）を外國が新たに承認することも考へられるが、多くの場合、國家の承認は新しく出來た國家を承認することである。

玆に一の新しい「國家」が生じ、又は一の新しい「政府」が出來た場合、國際慣例として此新國家又は新政府を承認すると云ふことが行はれる。舊來の國家又は政府に於て右の新國家又は新政府を承認することについて、種々の問題が持上る。從來の國家、殊に國際法發祥の地たる歐洲諸舊國相互間に於ては今更其「承認」は問題ではないが、しかし歐洲の或國に革命があり新政府が樹立せられるとき、玆に新「政府」の承認問題を生ずる。例へばソヴェート政府又はスペーン政府承認問題の如きがそれである。否、歐洲にも世界大戰により新しい「國家」の發生を見るに至つた。ポーランド、エストニア、ラトヴィア、リトアニアの如きそれである。大戰後オーストリア、ハンガリーの如きも「新しい國家」と看做されて居る。右の如き新しい國家に對しては舊國は之を承認すると云ふ國際行爲に出づるのである。否、其承認を待つて初めて新國が國際法主體、卽國際人格者となるのである。「國際法上の國家」となるのである。

「承認」と云ふことは―「國家の承認」としては―舊國が自分の關する限りに於て新國の國際人格を認め、其國際團體の一員としての存在を認めるか否かの問題である。又、「新政府の承認」としては、他國が當該政府を當該國の代表機關として認め、從來の外交關係を繼續乃至更新するや否やの問題である。

二　原　則

第一、「事實上の國家」は承認（「法律上の承認」）により、「法律上の國家」となる。

第二、「事實上の政府」は承認（「法律上の承認」）により、「法律上の政府」となる。

第三、「國家の承認」（法律上の承認としての）は承認當時の政府の承認を含む、換言すれば國家の承認は同時に其政府を「法律上の政府」として承認したことになる。

第四、「政府の承認」は承認當時の「國家の承認」を含む。卽ち未だ承認を受けて居ない國家の「政府」を承認すると云ふことは、同時に「國家の承認」を意味するものである。

第五、一旦「國家の承認」をした以上、後日「政府の更迭」があつても、その場合「政府の承認」を爲すの外、改めて「國家の承認」をすべきではない。別言すれば政府の更迭あるも、さきに一旦與へられた國家の承認、從つて其國際人格は依然として存し（國際人格の存續）、何等影響を受くるものでない。

第六、政府の更迭あるも、國際人格の存續する限り、當該國從來の國際的權利義務は依然として存續するものである（以上各原則については以下に於て詳細說明する）。

三　國家の承認と政府の承認との關係及區別

新「國家」の承認は當然に、その承認當時の「政府」を「法律上の政府」として承認したこととなり、又新政府を「法律上の政府」として承認するときは、その「國家」をも當然に「國家」として承認することとなる。固より國家はその政府の更迭ごとに外國から國家としての承認をやり直して貰はなければならぬと云ふのではない。一度國家としての承認を諸外國から受けてしまへば、幾度その國の政府が變らうと、國際人格は依然として存續するものであるから、從來より存する國の政府が更迭した場合、その「政府の承認」とはならぬ。否この場合國家承認の必要はないのである。俗に露國承認問題と云ふのは「露國政府」を承認するや否やの問題であつて、「露國」の承認卽ちその國際人格のことは問題ではない。「支那共和國」の承認とは共和國成立當時の「政府」卽ち袁世凱の政府を承認することであつた。學者の屢〻例に引く如く、佛國は王朝仆れて革命政府となり又帝政となり更に共和政に逆戻りしても、佛國の國際人格は依然たりであつて、是等の場合政府の承認は問題となるが、國家の承認は問題ではなかつた。嘗て我國がポーランド國を承認した際にその國を「獨立國として」承認し、且その政府を「法律上の政府として」承認する旨を公示したのは叮嚀すぎたやうにも見える。我國がフィンランドやエストニヤを承認した際にはその政府を「法律上の政府として」承認する旨を公示するに止めた。然しこれは同時に國家の承認を含むものである。

（備考）　我國にて支那共和國政府や、葡萄牙共和國政府を承認するに當り單に「支那共和國」又は「葡萄牙共和國」と云ひ、「政府」と云ふて居ない（明治四十四年九月十六日官報及大正二年十月八日告示）。さうかと思へば、エストニア、ラトヴィア、ジョルジア三國の承認の場合には其政府を法律上の政府として承認する旨を聲明した（大正十三年三月十四日官報）。又フィンランド國の承認の場合も同樣である（大正十二年二月七日官報）。之と異りポーランドの承認の場合には同國を「獨立國として承認」し、其上「其の現政府を以て正當政府として承認する」旨を通告

して居る（大正八年四月七日官報掲載）。右の如きは理論上不整ひであると云はねばなるまい。

第二節 國家の承認

一 國家承認の意義及性質

國家の承認（レコグニション）とは一國が他國（多くの場合、新國）を國際人格者として認むる意思表示である。而してそれは承認を與へる國の一方的意思表示である。しかし相手方卽新國が之を受諾しなければ承認としての效果を生じないとして、承認を雙方行爲となす學者が近頃少くない。が、此說は承認に關する國際慣例に反する。從て贊成し難い說である（後述「承認の性質」參照）。

承認によつて被承認國は承認國との關係に於て、國際法上の權利義務の主體＝國際法の主體＝國際人格者＝「國際法上の國家」＝となるのである（「承認の效果」について後に述ぶる所對照ありたし）。「承認國との關係に於て」のみ國際法主體性＝國際人格＝を得るのである。一國の承認は他國を拘束するものではないから、一國乃至數國の承認は一般の承認として論ずる譯には行かぬ。「强國唱へて弱國隨ふ」とは政治論であつて、法律論ではない。承認は國別承認であると、共同承認であるとを問はず、相對的のものである。學者は之を稱して承認の相對性と云ふ。その結果として、新國家は承認國との間には權利主體、卽國際人格者であるが―未承認國との間には權利義務の關係なく、從つて國際人格者ではないと云ふ奇觀を呈する。が、之れ實は奇觀でない、當然のことである（承認の相對性及承認の主體につき後に述ぶる所參照）。

國家の承認は同時に「國際團體への加入」を意味するや。「國際法の主體」となつたこと（國際人格者）と「國際團體の一員」たることとは同義であり、又同時にさうなるのであらうか。國際團體又は國際法團體を如何に解するかによつて、學者意見の分るる所である（詳細については後述參照）。

〔獨立の承認〕〔主權の承認〕　條約などでは「主權の承認」又は「獨立の承認」と云ふ語が往々にして使用せられる。新國家が出來るのは必ずしも舊國家から分離「獨立」する場合に限らないが、分離獨立により出來た新國家に在りては「國家の承認」とは卽ち其「獨立の承認」のことである。

墺國がチエッコを承認し（サン・ゼルマン條約第五十三條―チエッコの「完全ナル獨立ヲ承認ス」）、獨逸がチエッコ國を承認し（ヴエルサイユ條約第八十一條―文句同前）、又獨逸が墺國を承認したるも（同條約第八十條「墺太利國ノ獨立ヲ承認シ」）波蘭國を承認したるも（同條約第八十七條「波蘭國ノ完全ナル獨立ヲ承認シ」）、皆國家の承認である。更らに遡れば伯林條約（一八七八年）第二十六條によつて「モンテネグロの獨立がトルコ國其他未だ同國を認めて居なかつた諸締約國によりて承認せられ」たるも同樣である。最近（一九二九年）所謂ラテラ

ン條約によつて「伊太利國が羅馬法王の主權を承認し」たのも亦右と其軌を一にするものである。

〔承認の性質〕（一方行爲說）　從來の學者は承認を以て承認國の一方行爲なりとして敢て怪まなかつた。殊に英米の學者に於て然りである。國際慣例も此說を支持する。獨伊の學者中にすら今尙ほ有力な一方行爲說がないではない（例へばストルプ、カヴァグリエリー等）。

凡そ承認前の國家が國際法上の意思表示をすることは出來ない。新國が其承認につき舊國との間に何等かの內交涉を遂げることはあるかも知れぬ。それはしかし國際法外の問題である。純然たる事實——事實上の意思表示——である。此事實上の意思表示による內交涉を捉へて國際法上の雙方行爲となすが如きは不當である。

クヌツペンが未承認國の意思表示を以て事實上の意思表示であると云ふのはよいが、氏は一方に承認國の意思表示（承認）は被承認國が之を受取るを要するのみならず、之を受諾するを要すると云ひ乍ら、其之を受取ると同時に一種の權利能力者（人格者）となり、國際法上の意思表示を爲し得るに至る、と云ふに至つては、吾人の贊成し難き所である。況んや其承認拒絕により忽ち其所謂「最小限度の權利能力及び行爲能力」もなくなると云ふに於てをやである。此場合、其所謂權利能力行爲能力は消滅するにあらずして、初めから發生しないのである。果して然らば、承認國と未承認國とは承認に關して何等の合意を遂ぐること能はざるか。曰く、事實上の內交涉を遂げ、合意を遂ぐる固より差支はない。しかし、事實上の意思表示は飽くまで事實の意思表示であつて、法律上の效果を生ずるものではない。未承認國の事實上の意思表示があつたにしても、承認が一承認國の一方的意思表示が一一方行爲たるを失ふものではない。

〔雙方行爲說〕　近時獨墺伊の學者中に承認を以て雙方行爲なりとする說が擡頭して來た。卽ちアンジロティ、フエアドロス、クヌツペン等は、國家の承認は雙方行爲であると主張する。蓋し、承認は新國家の希望によることもあり、又舊國家の任意に出づることもあるが、何れにせよ承認については新國の希望と舊國の應諾とが並び存するか、又は舊國の申出と新國の受諾とが併せ存するかでなければならぬ。承認の意思表示は新國が之を受取るを要するのみならず、之を受諾するを要するものである。新國家が之を欲しない以上、他國が承認を之に押し付けることは出來ない。承認は承認者に於て之を拒むことも出來るが、被承認者に於て之を拒むことも出來る。雙方の意思が合致した場合でなければ承認は效力を生じない。卽ち、承認は雙方の意思の合致によつて始めて效力を生ずるから雙方行爲である、と云ふのである。しかし、其雙方行爲の性質如何に至つては意見の一致がない。或は右の雙方行爲を指して單に「約束」であると云ひ、又は「條約」であると云ふ。其約束又は條約は「國際法上の條約」たる性質を有するものであらうか。承認前の國家—國際人格なき國家—權利能力も行爲能力もない國家—が條約を結ぶことが出來やうか。國際法上の意思表示を爲すことが出來るであらうか。右は謬說と云はざるを得ぬ。（因みに國家の承認あるも其意思表示は聯盟規約第十八條により登錄を必要としない。このことは承認が同條に所謂「條

約」でもなければ、「國際約定」でもないことを意味する。雙方行爲でないことを意味する。）

（**基本條約說**）　フエアドロス、アンジロティ等は新國に對する舊國の承認行爲は兩國間最初の「條約」であり、それは「基本條約」であると稱して居る。承認條約は新國家が結ぶ最初の條約として爾後の國際交通に於ける條件たるべきものであるとフエアドロスは云うて居る。それは國際法の基礎ではない。國際法の基礎は「約束は守らねばならぬ」と云ふ規範である。右の基礎條約は此基礎規範の前提の下に於てのみ可能なるものである、と云うて居る。しかし右基本條約說の如きは明かに不當である。何れにせよ前記學者の所謂承認の條約なるものは國際法上普通に所謂「條約」ではない。特殊の性質を有するものとせられる。之を「基本條約」と稱すると否とに拘はらず、普通の「條約」とは其撰を異にするものである。之を文書に載せ全權の調印と元首の批准を具備する眞の「條約」ではない。「最初の條約」でもない。クヌツベンは右「承認條約」即新國（被承認國）と舊國（承認國）との間の「最初の條約」を「國際法上の條約」であるとして居る（三三四頁）。これも贊成し難い所である。

尤も新國と舊國との間に、又は舊國相互間に、新國の承認について、又その承認に際して、條約を結ぶことはある。否條約の締結それ自身が新國の承認となることも往々である。帝國政府は昭和七年九月十五日を以て滿洲國との間に議定書を締結し、同國を正式に承認したのである。しかし此場合でも日本が滿洲國の「獨立ノ一國家ヲ成スニ至リタル事實ヲ確認シタル」に過ぎぬ。卽ち同條約前文に於て日本の承認と云ふ一方的聲明を記載して居るに過ぎぬ。承認行爲そのものは日本の一方行爲たることを失はぬ。

又サンゼルマン條約第五十三條に於て墺國はチエツコスロヴァキア國の獨立を承認した。更に遡つて一八五六年の巴里條約によるトルコの承認、一八七八年の伯林條約によるモンテネグロ、セルビヤ、ルーマニヤの承認の如き例がある。しかしそれでも承認そのものは一方行爲なることを失はぬ。右の條約に於て被承認國は舊國間の條約の客體として、否承認の客體として、取扱はれて居る。

（**承認の相對性**）　人格―卽ち法の主體たること―は人格者其者に固有の「性質」（クアリテート）であるか。曰く否。「法律關係」が「關係」である以上「法の主體」も亦關係的觀念である（シュライヤー「グルンドベグリッフエ」一四〇頁）。新國が承認國たる若干國との「關係」に於ては國際法の主體（人格者）であり乍ら、爾餘諸國に對しては法主體（人格者）でないと云ふても、少しも不思議はない。右は新國が己れを承認して呉れた或國との間には國際法に從ふて交際する關係を生じたが、他國との間には未だ斯かる關係を生じないことを意味するに過ぎぬ。ハチエックが「一權利主體（一人格）が時を異にして成立するとは無意味である」と云ふたのは法主體（人格）の觀念を誤解せるものであると云ふ外國が新しく出來た國家を承認しても、それは甲國と新國家との間の關係に止まつて、甲と云ふ外國が新しく出來た國家を承認しても、それは甲國と新國家との間の關係に止まつて、乙丙丁の諸外國が未だ新國家を承認しない間は、新國家は乙丙丁の諸外國から見れば未だ國家で

はない。卽ち國際人格を有しないものである。故に新しく玆に一つの國家が出來て、それが甲乙丙丁等の諸外國から國家としての承認を受けて後、はじめて是等諸外國との間に國際關係を結び、國家としての顏出しが出來、國家としての交際が出來ることになるのである。

〔相互承認說〕　國家の承認とは舊國（承認を爲す國）が新國（承認を受ける國）を承認するのである。新國が舊國を承認するのではない。新舊兩國が相互的に承認すると云ふのも國際慣例に反する。滿洲國の承認に際しては日本が滿洲國を承認したのであつて、滿洲國が日本を承認したのではない。前記雙方行爲說乃至基本條約說は相互承認說に陷ること已むを得ない。殊にアンジロッティの如きは承認の性質を論じて、其「相互性」と「建設性」（「建設性」については後述承認の效果參照）とを强調して居る。フエルネックも承認を以て相互的のものとなし、承認に際しては承認國と被承認國との二國が互に相手を國際法主體として承認するものであると論じて居る。而して、新國が舊國に對して承認を求むるとき既に之れ相手たる舊國を國際法主體として承認したるものであると論じて居る。氏も固より雙方行爲說を執る一人であるが、果して右の如くんば、被承認國（新國）は承認國（舊國）から承認を受くる以前、既に—承認を求むる意思表示によつて—舊國を承認したことになる。加之一方的に承認したことになる。不合理のことと云はねばならぬ。

〔國家の承認と國際團體への加入〕　多くの學者は、國家の承認が—承認國の關する限りに於てではあるが—被承認國を國際法の主體と認め其國際人格を認むると同時に、之れが國際團體の一員たる資格をも認むるものであると說く。しかし「國家の承認」と「國際團體への收容」とは區別すべきものであることを說くの學者も尠くはない。近くはクンツの如きその一人である。クンツは、特別國際法の適用を受くる國家を國際法團體以外に置き、國際法團體以外に在る國家の承認、例へば舊國が之と條約—所謂不對等條約の場合が多からう—を締結することにより之を承認しても、それは完全なる承認にあらずして「部分的承認」であると稱して居る。部分的承認（國家としての承認ではあるが）を受けた國が更に後日時勢の進運に伴れて「國際團體に收容」せられることがある、一八五六年トルコが巴里條約によつて歐洲公法の圈內に收容せられた如きは其適例である。其以前トルコは既に外國との條約によつて部分的承認を受けて居つたのであると云うて居る。

抑も國際人格（國際法主體）にも種々の體樣があること（第二章）及び國際團體にも種々の意義があること（第一章）は前述の通りである。國家として承認せられ國際人格を取得したと云うても、常に其權利能力及行爲能力は同樣ではない。主權國もあれば半主權國もあり、文明國もあれば非文明國もある。又國際團體と云ふても一般國際法團體もあれば特別國際法團體もある。特別國際法團體をも國際團體の中に加ふべきや（例へばフエアドロス）

否や（例へばクンツ）は見解の分るる所である。従て國家の承認が直ちに其國家を國際團體に收容したことになるか の問題についても、右の諸點が考慮せられねばならぬ。「獨立國として假承認」を受けたものの如きは、一般國際法團體の一員ではない。しかし英國とイラクとの間の條約により、其條約の關する限り、イラクは英國と特別國際法團體の關係に入つたものと云ふも過言ではない。又極端に云はゞ承認を與ふる國の意思如何によりて、甲の承認國は新國家を一般國際法團體に迎へんとして之を承認するが、乙の承認國は之を特別法團員として迎へんとする場合もないではなからう（此等の諸點につきクヌツペン三三四頁以下參照）。

二　國家承認の主體

新國家は他國の承認を俟つて初めて國際社會に顏出しをなし得るものである。國際社會―所謂「國際團體」―は新團員の加入を常に特定の會議又は特設の機關によつて決定するやうな仕組になつて居ない。倶樂部が新入會員を迎ふるの決議をなすのとは勝手が違ふ。尤も數國が共同して―例へば國際會議（國際大條約）に於て―新國家の成立を認める（承認）こともある。近年共同の承認は其例に乏しくはない。しかし從來多くの場合新國家に對する承認は舊國の各々が各別に行ふた。そこで新國家に對する好惡の感情異るに從ふて舊國の承認にも遲速があり、一國は新國を承認しても、他國は之が承認を拒むと云ふ現象も稀なりとせぬ。

往時歐洲協調の存した頃には之に屬する「大國」の意向は國際團體の決議にも似たる作用を有したことがある。しかし、今や然らず。尤も國際聯盟が新生國家承認の機關として其任に當るべきであるとか、又は國際聯盟への加入は同時に國家の承認を意味するとか云ふ學說がある。傾聽すべき說ではあるが、議論の餘地は大にある（後述參照）。今日では―從來は―國家の承認は各國各別に行ふが常であつた。否今日の國際慣例は、各國の共同承認による場合と各別承認による場合とを問はず、承認の主體は「國家」（舊國）であり、國際團體ではない。又承認の效力は承認國以外に及ばない。若干國の承認ありとするも之れが爲め他の未承認國は法律上―事實上は別として―何等の影響を受くるものではないとするのが通說である。尤も暗默の承認ありと認めらるべき場合は別である。

〔「國際法による承認」說〕　ケルゼンの如きは『國際法又は國際法團體が新國家を國家として―「國際法上の國家」として―承認すれば―而して其承認には新國家が「國際法上の國家」たるの要素を備ふることが必要にして且充分ではある―新國家は「國際法の主體」として「承認」せられるものであり、更に進んで舊國―各國―の意思表示によつて新國を承認することありとするも、それは法律上は全く意義なきものである』と云うて居る。又『國際交通の便宜上各國の承認が望ましきことであるかは別問題である』と云うて居る。クンツの意見も之に近きものである。しかし、承認を行ふものを國際法又は國際團體となすのは現實國際法から見てポジティヴィスト

の贊成し難き議論である。

クンツは國家は國際法が國家の要素要件として定むる所のものを具備するに至らば、卽ち一國が新たに成立するに至らば、それは單に「事實上の國家」たるのみならず又實に「國際法上の國家」たるものであつて、それが從來國際法の行はれた地域內に發生せる新國家である限り、法律上（國際法上）當然に（ipso jure）而して其新國家の同意を俟たずして、國際法團體の一員となり、此瞬時より、卽ち國際法上國家の要件を具備したるの瞬時より、一般國際法規によつて權利を有し義務を負ふに至るものであると云うて居る。果してクンツの說く所の如くんば、國家の承認は不必要と云はねばならぬ。しかし、氏と雖も承認を無用視するものではない。承認は「望ましく、又必要なるものである。殊に政治的には大に意義のあるものであるが、法律上は其意義を過大視すべきではない」と云うて居る。過大視すべきや否やは姑らく別とするも、右に所謂新國家が「國際法上の國家」たる要件を備ふるに至つた瞬間は、如何にして、何人・何國が決定するものであらうか。新國自ら決定するのではなからう。舊國が一齊に決定することは不可能である。否、實際上多くの場合新國家に對する承認は各國一齊に行はるものではない。右の如き議論は到底贊し難き所である。

〔國際聯盟による承認」說〕　「國際聯盟への加入」は「國家の承認」を意味するや。否國際聯盟の出來て居る今日、少くも聯盟員間に於ては新國家の承認は國際聯盟を通じて―其機關（例へば聯盟總會）を通じて―行はるべきであらうか。此等の問題は大に議論の存する所である。何れにせよ自治領又は殖民地は假令聯盟の一員となるも之が爲めに「國家」として承認せられたと云ふことは出來ない。聯盟の一員たる資格の承認と「國家」としての承認とは別物であると、ホドソン等は見て居る。固より此點は學者間に異論もある所であつて、聯盟の一員としての承認は―一國の聯盟への加入を認むることは―其國の（それが未だこれまで承認せられて居ない國であるならば）國家としての承認を意味するものであるとの論も學者間に決して少くはない（セル、ルフュール其他）。しかしカナダ、印度の如きは聯盟の一員ではあるが「國家」ではない。少くも「國家として承認」せられたものと云ふことは出來ぬ。

（國際聯盟に於て從來如何に新國家加入（承認）問題が取扱はれたかにつき英年鑑一九二八年八四頁以下參照。）

〔承認の國內的權限〕　承認は―國家の承認でも、政府の承認でも―一國行政部の權限に屬する。一國の外交の衝に當るものが承認の權限を有する。司法部は勝手に他國（又は他政府）を承認するの權限はない。此點につき司法部は行政部の處置に（承認と否とに）拘束せられる。

三　國家承認の客體及要件

國家の承認としては如何なるものが（客體）―否、如何なる要件を具備するものが―承認せらるべきであらうか。曰く「事實上の國家」がそれである。「事實上の國家」は承認を俟つて「法律上の國家」、卽國際人格者となるのである。國際法の主體となるのである。

果して然らば「事實上の國家」とは如何なるものを云ふか。事實的に成立した國家を指すのである。

國家の「事實的成立」には「歷史的事實」と「法律的事實」とが考へられねばならぬ。歷史的事實には色々ある。從來無主の地（無國家の土地）に一國家を建設する場合もあらう。從來の一國が分れて數國となり、又は反對に數國が合して一國となる場合もあらう。一國の一部が離叛して新國家を建設する場合もあらう。しかし此等の歷史的事實そのものは、歷史家の關知する處であるかも知れぬが、國際法の關知する所ではない。國際法としては「法律的事實」を顧みるを以て足れりとする。國家の成立に關する法律的事實とは何か。學者が國家の三要素として擧ぐる所のものがそれである。國家は一定の地域内に在る人民の上に獨立なる支配權（國權若は主權—又は政府）が樹立せられるとき玆に成立するものである。卽ち國家たるには場所的要素として領土—「國土」—が必要であり、國土なきの國家はあり得ない。其大小を問はぬが、國境の不確定なることは承認の際、問題となることがある。次には國家の社會的要素として人民—「國民」—が必要である。而して其國民の文明人であるか否かは、文明の意義如何に拘はらず、重要視せられぬとは云へぬ。文明人の住する地方に新國家が出來ればそれが從來國際團體員であつた國家に代つて出來た場合の如き（國家の分裂、分離、併合等）國家としての承認を得ること迅速であり、容易でもあらう。が、國家たるの要素として最も重きを置かるるは「國權」である。「主權」である。「國權」又は「主權」たるには之を行使する「政府」がなければ

ならぬ。其政府は有名無實のものでなく「實力的政府」（エフェクティヴ・ガヴアーンメント）でなければならぬ。それが「永續する見込」（「永續する保障」ではなくとも）もなければならぬ。別言すれば國家としての「組織」（オルガニゼーション）が出來て居なければならぬ。無組織・無政府のものでは國家として承認せらるべきものではない。右の政府は國内の人に對して支配權を行ふのみならず、外國に對しては國際法に從ふて交際する意思と能力とを有するものでなければならぬ。然らざれば國家として承認せらるべき「前提要件」を缺いて居る。實に多くの場合新しく出來た國家は其成立と同時に外國に對し「外交關係の開始」を求め、而してそれには國際法に從ふて行動すべきを聲明して承認を求むるのが普通である（例へば滿洲國政府の昭和七年三月十日付列國への要請）。何れにせよ新國家・新政府にして國際法遵守を好まざる如き態度を示す場合ありとせば、之れ國家として承認せらるべき資格を缺如せるものである。他國から承認を受けんとする國家は「その承認に酬ゆるの意思と能力」とを有しなければならぬ。かかる能力なく又は能力あるも右と反對の意思を表明する如き國家は承認せらるべき資格、要件を缺くものである。

〔國家承認の時期〕　新國家が母國より分離したものである場合には（一）母國の承認があつた場合は勿論のこと（二）母國の承認なくとも前記の要件を滿せば—而して「獨立の實」を擧ぐれば—第三國は之を承認して宜しい。

此場合母國は苦情は云へぬのであるが（三）若し右承認の前提要件を滿さざる場合なるに拘はらず、第三國が之を承認すれば「尙早の承認」と見られる。（四）しかし承認を爲す國の新國に對する同情の程度如何によつて承認に遲延を生ずること往々である。第三國の承認が母國又は新國に對する「政策」の用に供せられることが往々である。（五）新國に對する第三國の承認の時期が承認の前提たるべき客體的事實よりも—新國の國家として事實的成立を遂げたか否か、卽「事實上の國家」としての存在を有するに至つたか否か、別言すれば承認の前提要件を具備するか否かの客觀的事實よりも—承認國の主觀により否其利害的打算によつて決せられること往々である。

〔事實上の國家〕　玆に「事實上の國家」とは廣く承認前の國家を指す。必ずしも革命離叛によつて母國から分離獨立した國家のみを指すものではない。新國が合法的乃至協議的に平穩に成立した場合でも新國たる以上外國からの承認が行はれる。しかしそれは問題なくして、目立たずして行はれる。外國元首又は政府からの一通の祝電によつて行はれることもある。例へば一九〇五年瑞典・諾威の兩國が平穩に從來の結合を解いて新國家となつた場合にも他國の承認が行はれた（ハイド上五七頁）。ヴァティカン市（國）が出來たときにも同樣であり、英國外務大臣は祝電を羅馬法王に寄せて之を承認した。しかし承認問題—承認をすべきや否や、又之をなすとしても其時期如何—が複雜になるのは、新國家が革命によつて母國から分離獨立する如き場合である。新國家なるものが果して國家として承認せらるべき前提要件を具備するや否やが問題となるのは主として右の場合である。しかし新國家が母國の意思に反して成立する場合は獨り革命の場合に限らぬ。世界大戰により歐洲にはポーランド其他大小若干の新國家を生じた。何れも其「承認」が行はれた。戰敗國たる母國の承認が聯合國から平和條約によつて求められた場合もある。

〔主權、獨立、政府〕　右に述べた如く國家の—又は其要素の—事實上の存在は國家承認の前提要件ではある。國家の要素中承認に際して「主權」或は「政府」が最も重要視せられる。獨立・主權・政府の存在、卽ち國家の事實的成立が國家承認の前提要件とせられる所以である。國家の承認が、往々「主權の承認」又は「獨立の承認」と稱せられる所以でもある。「政府」の承認が—「法律上の政府」としての承認が—それが最初の政府である場合「國家の承認」を包含する所以でもある（第一節「原則」參照）。

〔獨立の承認〕　新國家が母國から獨立分離したものである場合獨立分離の事實及び時期について、承認國は母國との間に見解を異にする場合があり得る。例へば一七七八年佛國が米國の獨立を承認した際に、英國は右佛國の承認を以て時期尙早なりとし、これを以て、英國の內政事項に干涉を試むるものとして佛國と爭ふたことがある。要するに承認とは承認前に存する事實を認めるに過ぎないのであるから、未だ獨立の實なき團體を他國から國家

として認めることは許されないと同時に、既に獨立の實をあげたもの、即ち獨立國となつたものを他國が承認する場合、母國がこれを不當呼ばはりすることも出來ない。尤も一國（新國）が母國より分離獨立する場合には單に「獨立の宣言」をしたばかりでは不充分であつて、右に述べた如く「獨立の實」を擧げねばならぬ。が、其「獨立の實」とは何であるか。本國が力により之を取り返すの可能性が無くなつたことを意味する（クンツ國家承認論五七頁以下參照）。未だ獨立の實を擧げざるに第三國が進んで之を承認するは尙早の承認とせられる。クンツは此點を强調して米國のマツキンレー大統領がキューバの獨立に關して一八九八年四月議會に與へた敎書中の文句を引用して居る（ムーア「ダイゼスト」一の一〇九頁參照）。しかし其後間もなく米國兵はキューバに送られて、スペインの勢力を同地方より追ひ拂ひ、同地方に於ける「政府」の樹立に努力した。米國のキューバ干涉である。又米國はパナマの獨立宣言に際しても軍隊を派して其母國コロムビア兵の上陸を阻止した事實があること後述の通りである。

〔國際義務の履行〕　新國家は他國の承認を求むるに當り、國際法を遵守し條約上の義務の履行に忠實なるべきを聲明すること往々である。が、右の如き聲明を爲すと否とに拘はらず、苟も文明國として國際法上の完全人格を要求せんとするものは國際法を遵守するの用意がなければならぬ。外國と交際するのはよいが、從來文明國間に行はれる國際法規に遵依するのは御免を蒙りたいと云ふやうな國家は外國と交際するの資格なきものである。故に學者は國家の要素の中に既に國際義務—國際法—の遵守を算ふるものがある。人民が一定の文明を有することを以て「國際法上の國家」たるの要件とするものがある（ハイド）。「文明」又は「文明國」の意義については既に述べた（第一章參照）。國際人格者を所謂「文明國」に限るべきや、「部分的承認」を與ふべきやも前に述べた。クンツは「文明」に文化的意義と法律的意義とを區別し、法律的意義に於ける文明國とは國際法（一般國際法）を遵守し國際法團體に屬する國家を云ふものとし、從て國際團體に屬するものは文化の如何を問はず「文明國」なりとして居る。國際義務を履行する意思と能力とを有するものは總て文明國なりと云うて居る。クヌッペンは、文明又は文化の如何を問はず國際法によつて交際を爲す能力ある國家機關を有するものは國家として承認せられる前提要件を具備するものとして居る。何れにせよ、「國際法又は條約—國際義務—の遵守」は國際法の主體たるの前提要件である。義務の履行を回避せんとするものは權利主體たるの資格はない。國際法又は國際義務を遵守する意思と能力とを有することを以て別に國家承認の一條件とすべきか、それとも前揭の條件の中に含まれたものと云ふべきかは第二義的の問題である。

〔完全承認と不完全承認〕〔承認の客體の種々相〕〔國際人格の變動〕　一口に國家の承認と云ふも、更に詳しく云はば完全承認（完全人格即ち完全權利能力を生ずるもの）と、限定承認（限定權利能力を生ずるもの）とがあることは言ふ迄もない。從て承認の結果出來上る國際人格は決して一樣ではない（クヌッセン國際法主體論三四六頁）。しかし普通國家の承認と云ふときは完全承認を意味する。

さきに國際人格について述べたときに國際人格の種々相を說いた（第二章）。從て國家の承認の客體にも色々ある。文明國もあれば非文明國もあり、主權國もあれば半主權國もある。又主權國が半主權國となつたり、半主權國が主權國となる場合もある。右の如く國家の國際人格が新たに生じ又は變動を受くる場合、何れも他國が之を承認せねば、其新人格の發生又は舊人格の變動を其他國に對抗することは出來ない。我國が韓國を保護國とせる場合當局者多大の苦心を要した所である。

「半主權國」たりとも國際間に類出しをしようとするには他國から承認—「半主權國」として—を受けねばならぬ（フェルネック、オッペンハイム）。例へば甲國を保護國として戴く乙國は第三國から其地位を承認せられなければ國際間に「被保護國」として妥當しない。第三國は甲國の保護國たる地位—殊に乙國の爲めにする甲國の外交權—乙國の被保護國たる地位を無視してドシ〳〵行動することにならう。否な第三國は時には進んで甲國の乙國に對する「保護國」たる地位を爭ふこともあらう。抗議乃至干涉に出づることもあらう。これ等の實例は國際の史實に於て乏しくはない。否、「半主權國」としてでなく、「主權國」と稱せられつつ、實は外國の勢力の大に加はつて居る國もある。例へば英國の埃及に於ける如きそれである。英國の被保護國としての埃及に對しては當時米國其他第三國の承認も行はれた。しかし其國際的地位たるや今日實に入り込んだものである（前述第二章）。

〔承認の義務ありや〕　前記承認の前提要件が具備する場合—「事實上の國家」が成立した場合—他國（舊國）は之を承認するの「義務」があるか。それは何國に對するの義務であるか。承認前の新國に對する義務はない。新國以外の國に對する條約上の義務でもあれば別問題であるが（ヴェルサイユ條約に於ける獨逸のチエツコスロヴァキア國承認義務の如き）—未だ權利能力を有せざる承認前の國家が承認を求むる權利はないと云ふのが通說である。しかし、事實問題として舊國が新國に對する承認を遲延すれば新國より返報（レトルシヨン）を受けることがある。それでも、それは事實問題の範圍を脫せぬ。

〔尙早の承認〕　舊國は何時新國を承認してよいか、それは前揭の要件を具備するに至つたときである。果して當該新國家が右の要件を具備すると認むべきか。それは承認國の認定問題である。しかし其認定は承認に對する利害の打算によつて左右せられる傾向あることも前述の通りである。母國から獨立しようとして居る國の承認については主義として母國との戰鬪が終つたか、又は母國が失地回復をするの見込がなくなつた時期を以て、承認の時期を測定すべきものとせられる。

然らざるものは「尙早の承認」であると云はれる。米國（ルーズヴェルト大統領時代）のパナマ承認は尙早の承認の一例として學者の擧ぐる所である。右は承認の時期決定についての好適の先例ではない、干渉の一先例であると米國自身の學者も見て居る（例、ハイド）。

尙早の承認は母國に對する承認國の「不法行爲」であるか。之を不法行爲となし、又は「不法の干渉」となすの說が多數である。承認の要件（客觀的標準）を無視したと云ふ視角から見れば此說は正しい。しかし承認が承認國の裁量（主觀的判斷）を容るるの餘地大なるに顧み所謂尙早の承認は母國に對する「非友誼的行爲」であると云ふ學者もある。他方に於て遲きに失する承認は新國に對する非友誼的行爲である（リスト）。

尙早の承認は無效であらうか。國際法に於て法律行爲の無效及取消に關する規則は未だ充分に確立したと云ふことは出來ない。殊に國家の承認行爲の無效について然りである。尙早の承認―條件の備はらざるものを國家として承認すること―は無效であると學者は云ふ（例へばクッツ承認論一〇一頁）。果して然らば、前揭米國がパナマ國を承認したのは（學者は之を尙早の承認と見做すが）無效であらうか。疑問と云はざるを得ぬ。

〔米國の承認政策〕〔モンロー主義殊にカリベアン政策〕　ラテン・アメリカ諸國が本國スペーンから獨立し又は獨立せんとしつつあつた際、米國が陰に陽に之に對して援助―少くも聲援―を與へたことは興味ある史實である。米國は此等諸國の獨立戰爭―否なスペーンの「內亂」―に對し「嚴正中立」の態度を標榜しつつも、一方には率先此等諸國の「獨立を承認」し、又歐洲諸國―殊に母國たるスペーン―の此等新生國家を承認することに盡力を吝まなかつた。米國の代表者は此等新生國家と母國スペーンとの間の承認問題につき居中斡旋の勞をも辭せなかつた。否な米國は歐洲諸大國の前記ラテン・アメリカ諸國に對する獨立運動鎭壓策―所謂「神聖同盟」の「干涉政策」―には斷乎として反對した。米國の此態度は所謂「モンロー主義」となつて現はれた。

しかし米國の「承認」政策を觀ふとき、其カリベアン海方面の諸國に對する態度は逸すべからざる所である。殊にキューバ及パナマに對する態度の如き然りである。例へばキューバに對しては往年米國政府（マッキンレー大統領）は獨立國たるには獨立の實を擧げねばならぬことを強調し、キューバが本國たるスペーンの把握から脫し切らない內に米國として之が獨立を承認することは出來ないと論じ乍ら、其舌未だ乾かざるに米國はスペーンとの戰爭を敢行して、スペーンの勢力を同地方から驅逐した史實がある。又パナマに對しては、其母國コロムビヤから離反獨立するに當つて、ルーズヴェルト大統領は特に艦隊を急派して叛軍（パナマ軍）を援け、パナマ國の獨立を助成して、米國自身其產婆役を努めた事實がある。ルーズヴェルトの此行動については國外に於ける非難は勿論、內に於ても大に贊否の分るるものがあつた。兎に角パナマの獨立宣言後數日ならずして米國はパナマ國を「承認」したが、母國コロムビヤは永くパナマの承認を拒んだ。其承認を米國に約するに至るまでには十年を費した。又コロムビヤがパナマとの間に外交關係を開始するには二十餘年を費した。一方パナマは其獨立を米

國に謝すべきものなるに拘はらず、又獨立當時（一九〇三年）の條約嚴存するに拘はらず、パナマは主權問題で今尙ほ米國といがみ合つて居る。

四　國家承認の方法

前記事實上の國家は「法律上の承認」により法律上の國家となるのである。普通に國家の「承認」と云ふとき、それは「法律上の承認」のことである。正式の承認を云ふ。明示と默示の二方法がある。卽ち其方法としては公式に（公文又は條約面又は其前文に於て―例へば日滿議定書の前文參照）相手國（新たに生じた國）を「國家として承認」する旨を聲明、通告することもあり（以上が明示の承認である）、又新國家に對して正式の外交官（大使、公使、辨理公使若は代理公使）を派遣し又は之を接受し、或は新國家と正式の條約（例へば通商航海條約）を締結することもある（調印する丈けで宜しい、批准を待たず承認を與へたことになる）。又領事の派遣接受については認可狀（エキセクアトール）の發給がなければ承認にはならぬが、其發給が新舊何れか一方の國にあれば其新舊兩國の間に承認が行はれたことになる（オッペンハイム、反對說ホール、ハイド）（以上の諸方法を默示の承認と云ふ）。讀者若し此等の先例を知らんとするならば米國が十九世紀の初期に於てラテン・アメリカ諸國の獨立（スペーン國よりの獨立）に際し承認を與へた先例を見られたい（ムーア「ダイゼスト」第一卷）。幾多の面白い先例がある。

國家の承認は承認國の一方的宣言の外、數國の共同宣言又は共同通牒によつて行はるることもある（明示の承認の場合である）。國際聯盟への加入が同時に當該國家の承認となるやについては前に述べた。新國家の代表者を國際會議に列席せしめることによつて承認が行はれた例もある（例へばポーランドの承認）。

〔多邊的條約への加入〕　新國家が多數國間の條約に加入することはその新國家が他の總ての加盟國から「國家として承認」せられたことになるか。

條約の當事者は「國家」でなければならぬ。「國家」以外の團體若くは個人は條約の當事者たる能力がない。而して「國家」として國際間に通用するには他國から「承認」を受けねばならぬ。しかし未承認國も條約の締結それ自體によつて他の締約國から「承認」せられることがある。國際會議に代表者の參列を許されることによつて新國家が承認せられることもある。それは前述の通りである。果して然らば一切の條約―二國間の條約と多數國間の條約とを問はず、又條約の種類性質如何を問はず―に加入することはそれが原締約國としてであつても、又は後から加入する場合であつても苟くも新國家に關する限り、それは其承認と見られるものであらうか。それとも多邊的條約（マルティラテラルトリーテー）―卽ち多數國間の條約―に加入するのは必ずしも新國家（又は新政府）の承認とはならぬものであらうか、議論の餘地がある。

學者によつては苟くも條約を締結する場合それが二國間の條約である場合は無論のこと、多數國間の條約であつても新國家の關する限りそれは新國家の承認となると見る學者がある（例へばオッペンハイム・マクネア四版上卷

一四五頁、ペイテ「カノン」四二四頁)。しかし之に反對する學者がないではない(例へばホドソン―アメリカン・ジャーナル一九二九年一月號)。ホドソンは幾多の實例を擧げて居る(政府承認の方法について後に述ぶる所參照)。

(二事實上の承認」の方法)　世界大戰以後、承認に「法律上の承認」(ド・ジュール・レコグニション)と「事實上の承認」(ド・ファクト・レコグニション)とを區別するの傾向を生じた。「法律上の承認」とは正式の承認のことである。普通「承認」と云はば「法律上の承認」を指すのである。確定的にして動かすべからざる承認―取消し得ざる承認―として說明する學者もある。反之所謂「事實上の承認」とは非公式の承認であり、假りの承認であつて、一時的の性質を有し、從て事情の如何によつては取消し得べきものとせられる。前者にあつては正常の國際關係を結び、正式の外交官の派遣を見るし、又正式の條約をも結ぶことが出來るが、後者―卽ち「事實上の承認」を與へたに過ぎない場合―にありては非公式の代表者が派遣又は交換せられたり、非公式の協定が結ばれることはあつても、永久的性質を有する條約―例へば普通の通商航海條約の如き―は締結することを許されない。否舊國が新國との間に此種條約を締結すればそれは舊國が新國に對し正式の承認―「法律上の承認」―を與へたことになる。しかし右に所謂非公式の協定とは如何なるものか、又如何なる事項が非公式協定の內容たり得るかについては一概に之を言ふことは出來ない。一九二一年の英露間の通商協定の如きものすら非公式のものとせらる。卽ち英國は之によつて露國政府に對し「事實上の承認」を與へたるものとせられる。これは政府の承認の例であるが、「法律上の承認」と「事實上の承認」との區別は「國家」の承認についても、又「政府」の承認についてもあり得る。兎に角新國家が出來ても其國家形態が果して完成せるや否やにつき、又其將來に對し永續の望みを繫ぎ得るや否やにつき、他國が確たる判斷を留保せざるを得ざるが如き場合、殊に母國より分離せる獨立國に對し母國が未だ承認を否んで居る如き場合には他國は急遽之を正式に承認することは(「法律上の承認」)を差控へ、暫らく事態の推移を靜觀するを便とすることがある。斯くの如き場合「事實上の承認」が行はれる。それは大戰後、一九二〇年我國が英佛等と共にジョルヂア國を承認したのを初めとして其例に乏しくない。

五　國家承認の效果

事實上の國家は前述の如く法律上の承認によつて「法律上の國家」となる。國際法の主體となる。承認を俟つて初めて國家は國際人格を取得する。稱して國家の承認は「建設的效果」を有すと云ふ(私は便宜の爲め之を「人格創定說」又は「人格付與說」と云ふ)。「聲明的效果」(私は之を「人格認定說」と呼ぶ)に對するの語である。右の兩說は國家承認の效果に付て

從來學者によつて爭はれた所である。

既に述べた如く國際人格には段階がある、完全人格と不完全人格とがある。從て承認にも完全承認、不完全（限定）承認の別がある。全部的承認と部分的承認とを區別する學者もある（前述參照）。文明國にして且つ主權國たるものが完全人格として完全承認を受け、一般國際法團體に於ける團員たるものである。國家の承認と「國際團體への加入」との關係については既に述べた。承認の「相對性」についても亦前に述べた。要するに國家の承認は「相對的」且「建設的」のものである。

〔人格創定說と認定說〕〔建設的效果か、聲明的效果か〕　此兩說は國際法に於ける主觀主義と客觀主義との爭である（クヮッヘン一〇六頁）。主觀主義に出づる前說は國際人格卽國際法主體性は他國の承認によつて生じ、國家の承認は承認國と被承認國との間の「關係」に於て被承認國に國際人格なる國際的法律地位を與ふるもの（「建設」）であると云ふ。

反之客觀主義とも云ふべき後說にありては自然法說の影響を受けて國家は其成立要素を備へて成立すると同時に、他國からの承認を俟たず國際法上當然國際法主體たるの「資格」を有するに至るものである。他國の承認は唯右の「資格」を確認（「聲明」）するに過ぎぬと云ふのである。後說は自然法に影響せられて居る。前者は國際人格を以て關係的觀念なりとし後者は之を以て絕對的觀念卽人格者固有の「資格」（クワリテート）又は「性質」（アイゲンシャフト）となすものである。

右兩說共細かく見れば色々のニュアンスが認められるが、兎に角前說卽「新國は舊國の承認を俟つて初めて國際人格を得るものであるとするの說」は國際の慣例に合するが、後說卽ち「國家は承認を俟たず、其成立と共に當然權利能力卽ち國際人格を有するものであるとの說」は國際慣例に反する。國家が承認以前に既に國際人格を有するものならば、それが事實上當然なると、法律上當然なるとに拘はらず、何れにせよ承認は無用の長物である。右の認定說を唱ふる論者は、承認を無用視せざるまでも、一般にあまり之を重要視せざる傾向を有する。若し夫れ、學者にして、國家の權利能力は其成立と同時に存するが、行爲能力は他國の承認に俟つと云ふに至つては認定說に屬すと云ふよりも一種の折衷說と云ふべきであらう。人格創定說によれば、承認前の國家—所謂「事實上の國家」—なるものは「國際法上の國家」でなく、承認は「法律外のもの」から法人格（國際人格）を作り出す作用を有するものである。承認せられる前の「事實上の國家」は法律上（國際法上）存在を有せざるものであると云ふ。國家の國際人格が承認によつて生ずるものとすれば「承認前の國家」は果して如何なる性質を有するものであるかは姑らく別として、「承認前の國家」が既に「國際法上の國家」であるならば—國際人格者であるならば—「承認」

は無意義である。反之「承認前の國家」が「事實上の國家」であり「國際法上の國家」でないならば承認は有意義のものである。而して國際の慣例は承認を有意義のものとして取扱つて居る。

學者にして國家の承認を以て二重の意義を有するものとなし、卽ち一には承認國が新國を「國家として」—殖民地又は州と異るものとして—認めること(而して此點については承認は擧明的であるとして居る)、二には承認は新國を舊國(承認國)との關係に於て國際法主體たらしむるものである(而して此點については承認は建設的であると論ずる)と說く(クラツペン、フエルネック)。しかし「國家として」認めることは「國際法上の國家として」認めることであらう。果して然らば「國際法主體性」卽「國際人格」を認めることと如何に異るのであらうか。日滿議定書に於ても日本は滿洲國が「獨立ノ一國家ヲ成スニ至リタル事實ヲ確認シタ」のである。それは國家の承認であり、國際人格を認めたことにあらずして何であらうか。

承認は一國家の承認と政府の承認とを問はず—總て建設的效果を生ずるものである(固より反對說はあるが)。尤も政府の承認に於ては、國際人格を創設するものではない。當該政府に行爲能力否外交能力を付與するものである。

〔承認前の國家〕　承認前の國家は果して國際法上—國際關係に於て—無視すべきものであらうか。一國の裁判所は未承認國の「法令」の效力を認むべきものであらうか。未承認國(又は未承認政府)の法令の下に行はれたる「婚姻」又は「契約」は一國の裁判所に於て其效力を認むべきであらうか。如何に之を取扱ふべきであらうか。

「承認前の國家」の國際的地位に關して種々の說が行はれる(フエアドロス一三一頁以下)。又國內裁判所の判例も必ずしも一致しては居ない。否右の問題の如きは國內裁判所の問題であり、寧ろ國際私法の範圍に屬する(尙ほ第三節中「承認前の政府」について述ぶる所參照)。

〔「事實上の承認」の效果〕　事實上の承認が如何なる場合、如何なる方法に於て行はるるかについては前に述べた。それが如何なる效果を有するか。「事實上の國家」に「事實上の承認」をしても「法律上の國家」とはならぬ。普通の國際人格を有することにはならぬ。しかし「事實上の承認」でも何等かの效果がなければ無意味である。「事實上の政府」に「事實上の承認」を受けても「事實上の政府」ではあるが、それは兎に角事實上に「承認」せられたものである。卽或範圍、或程度の限られたる能力を認められたものである。從來學者は右の「事實上の承認」に當る場合を「承認に至らざる行爲」として說いて來た(例へばハイド)。しかし近來之を—非公式の承認も—承認の一場合と見做すこととなつた。果して然らば「事實上の承認」と「法律上の承認」とは性質上の差であるか、程度の差であるか、それとも格別差異なきものであるか、後說を唱ふるもの、又は之に傾くものがないではない(例へばマクネア、プライアリーの如き)が、惟ふに一國裁判所に於ける兩者の場合の取扱としては或はさうかも知れぬが(英年鑑一九二一—二年六六頁)、國際的には固より差異が

ある、又なければならぬ。卽ち「事實上の承認」の場合にあつては新政權（國家又は政府）と非公式の交涉を爲すに止まるから、大公使等正式外交官の派遣乃至交換は之を見ることがない。之を行へば新政權を正式に承認したことになる（「法律上の承認」）。又正式に承認する以上は之と交際する場合正式の外交官を派遣しなければならぬ。しかし事實上の承認に止まる場合には正式の外交官を派遣したり正式の條約を結んだりすることは出來ない。之を行へば法律上の承認を與へたことになる。新政權と約束をするには略式の協定又は利權契約以上に出づることは出來ない。

事實上の承認を「政府の承認」の場合に限るものもあり（例、ストルプ）、國家の承認の場合にも及ぼすものがある（例、マクネア、アンジロティ等多數）。しかし新國家の場合に於ては「國家」の承認は其際の「政府」の承認を含み、「政府」の承認は「國家」の承認を意味すること前述の通りである。從て新國家の事實上の承認は其當時の政府に對する事實上の承認を含み、其政府の事實上の承認は新國家に對する事實上の承認を意味すると解すべきであらう。が、（一）「事物の性質上」新國家の場合には國家の承認と政府の承認とを區別することは困難であり、（二）事實上の承認は「政府の承認」の場合に適當したものであることは國家の承認について事實上の承認を認むる學者と雖も認むる所である（オッペンハイム、マクネア一五三―四頁）。（三）國際慣例が「事實上の承認」と云ふ暫定的・限定的承認を認めんとするならば敢て排斥する譯にも行くまいが、（四）學者にして事實上の承認なるものを誤解を來し易い曖昧なるものとして、排斥するものも、少くない（クヌッペン其他）。

〔國際法の承認〕　國家としての承認を受けることは同時に其國家が國際法を承認したことになるかについて、議論がある。

新國―被承認國―は如何にして國際法に拘束せられるに至るのであらうか。多數の學者は承認の效果として―國家が國際人格者となつた以上―特別の約束がなくとも―國際法の適用を受くるに至るものであると云ふ。果して然らば新國は「如何なる」國際法の適用を受くるものであらうか。一般國際法團體に收容せられる以上「一般國際法」の適用を受ける。クヌッペンは、國家の承認が氏の所謂基本國際法規（Grundvölkerrechtssätze）なるものを認めたことを含蓄して居るが、一般國際法規に至つては反對の意思表示なき限り服從するのである、と云うて居る（クヌッペン三五四頁）。氏の所謂基本國際法規は氏によるも其內容に於てあまり豐富であるとは云へぬ。何れにせよ新國の承認受諾からその國際法に對する同意を推論するのは穩かでない（ウエストレーキ、アンジロティ）。新國家が國際法の主體となること、これが承認の效果である。其結果被承認國は一般國際法に拘束せられることになる。

尤も承認に際し特定の國際法規（特別國際法）に同意することは往々にしてあり得る。例へば大戰後に生じた

ポーランド等が其承認を受くるに際し少數民族保護條約に調印した如き其一例である。しかし、新國が普通の承認を受けて―限定承認にあらずして―完全なる國際人格を有するに至つた以上、從來存する國際人格者（國家）と同樣、國際法に服從すべきである。其際國際團體に如何なる國際法が行はれて居るかは別の問題である。新國は承認の際―國際團體加入に際して―既存の國際法規に變更を加ふることは出來ない。其「完全なる適用」を受ける名譽を荷ふこととなるのである。否、既存の國際法規に例外を設けんとするやうな國は、特別國際法の支配を受け、又之に甘んじなければならぬ。「部分的承認」に甘んじなければならぬ。

〔承認は遡及するか〕　國家として承認を受けた場合其承認は遡及するか、獨立宣言當時に遡及するか、遡及するとせば何時に遡及するか、遡及しないと云ふ說（クンツ）遡及するとの說（オッペンハイム）承認國の意思如何によるとの說（クヌッペン）があり、一定しない。

一國裁判所に於ける事件の取扱としては格別であるが（前揭「承認前の國家」參照）、國際法としては國家承認の遡及とは何を意味するか。國家の成立時期を例へば獨立宣言當時に遡つて考ふるの意味か。かかる意味に於ける遡及を認むるは不自然でもあり、實益も認め難い。

〔條件附承認ありや〕　國家の承認には停止條件附承認も解除條件附承認もない。一八七八年の伯林條約に於てバルカン諸邦の承認に際し、之に課したる「義務」は承認の解除條件ではなかつた。

又停止條件附で承認すると云ふのは承認をしないと云ふことである。

往年（一九二二年）列國がカンヌ會議に於てソヴエート政府承認の「條件」として帝政時代の露國債務の承認、赤化宣傳の禁止、私有財產制度の承認を持出した如き其一例である。右は「政府」の承認に關する例ではあるが國家の承認と政府の承認とを問はず同樣である。

〔承認の取消〕　國家の承認は承認國に於て之を取消し得るか。「事實上の承認」は其性質上取消し得るにしても、「法律上の承認」は取消し得ない。但し多少議論はある（反對說はリスト・フライシュマン、フォーシル、マクネア等の少數說である）。實例としては、佛國が一九一八年十月フィンランドの承認を取消したことがある。これは學者の反對する所である。一旦與へた承認は如何にして取消すべきか。國交の斷絶は國家承認の取消とは認め難い。要するに、國家承認取消問題は實際問題よりも學問上の議論に過ぎぬと云ふべきであらう。

學者往々「聯盟加入により國家として承認を受けたものは聯盟脫退若は除名によつて右の承認が取消されたことになると論ずる（フェアドロス、ストルプ）。前段既に誤つて居る（前述）。贊成し難い議論である。

〔不承認の效果〕〔スティムソン主義〕　米國政府は一九三二年一月七日日支兩國に對する公文中に於て「不戰條約ニ違反シタル方法ニヨリテ成立セル一切ノ事態・條約・協定ヲ承認セザル旨」を聲明した。世に稱してスティム

ソン主義と云ふ。右に共鳴して同年三月十一日聯盟總會も同一趣旨の決議をした。唯「不戰條約」に加ふるに「聯盟規約」を以てしたのが兩者の異なる所である。滿洲國の不承認が前記の主義及決議の直接目的とする所である。果して然らば右「不承認」の聲明若は決議は如何なる效果を有するか、玆に「不承認」とは當該事態又は條約に「抗議」するの意味か、其抗議は如何なる效果を有するか。右の主義又は決議は內容に於ても其效果に於ても疑問があり、議論の餘地もある（第五章參照、尙ほスティムソン主義の詳細につき拙著「時局關係」參照）。

第三節　政府の承認

一　政府承認の意義

「政府の承認」とは從來より存する國家に於て、政府（元首）の更迭又は政體の變更（例へば君主政體より共和政體へ）があつた場合、他國が右の新政府に對し、その國家の機關としての代表能力を認むるの意思表示である。學者或は國家の承認と政府の承認とを區別するに當り前者は新國家に「權利能力」を認むるものであり、後者は新政府に「行爲能力」を認むるものであると云ふ。しかし行爲能力も權利能力と共に國家そのものに屬するもので、政府に屬するものではない。政府は一國の代表機關たるに過ぎぬ。新しく出來た政府は他國から「承認」せられなければ他國に對して國家代表機關として行動することが出來ぬ。卽ち新政府が出來ても「承認」を受けるまでは外交關係は中斷せられる。承認をして與れぬ國との間には新政府は自國を代表して條約を締結したり、其他各般の外交を行ふことが出來ない。承認をするのは各國が各別に行ふのである。往々にして數國が共同して行ふ場合もある。何れにせよ承認の「義務」なるものは存しない（國家の承認について前に述べたる所參照）。學者によつては合憲的・合法的に成立した政府に對しては他國は承認を拒む譯には行かぬとか、又右に對しては承認をする必要はないとか云ふものがないではないが、何れも贊成し難い說である。

二　事實上の政府と法律上の政府

「事實上の政府」は「法律上の承認」により「法律上の政府」となる（第一節「原則」參照）。「事實上の政府」とは如何なるものを指すか、學者により指す所必ずしも一樣ではない。が、多くは革命若はクーデターによつて成立した政府を指す。卽非合憲的・非合法的に成立した政府を指す。之に對して合憲的・合法的に成立した政府を「法律上の政府」と稱する。此說によれば事實上の政府と法律上の政府との區別及差異は其成立由來（新政府の「起源」（オリジン））に存する。此說に於ては「事實上の政府」—革命政府—は假令他國から承認（「法律上の承認」）を受けた後でも、猶「事實上の政府」であつて、「法律上の政府」とは云はぬ（例へばクンツ）。又學者によつては革命政府（事實上の政府）も國內に於

て合法的の體裁を備ふるに至らば（憲法の發布、議會の同意等）それは「法律上の政府」となつたのであると云ふ人もある（クヌッペン）。しかし右の如きは何れも國際慣例に反する。國際慣例に於ては、「事實上の政府」も承認（法律上の承認）を受ければ—而して承認を受けて初めて—「法律上の政府」と看做される。卽「法律上の政府」は「承認を受けた政府」を云ふのである。從て「承認を受ける以前の政府」が事實上の政府である。兩者の區別は承認（法律上の承認）の有無にある（ダンマ）。國際の慣例によれば確定的承認卽ち「法律上の承認」をすれば「事實上の政府」も「法律上の政府」となるのである。「事實上の政府」が「法律上の政府」となるのは、承認—但し「法律上の承認」卽ち確定的承認—を受けるからではない。人民又は議會の承認を受けるからではない。人民又は議會の承認は國内法のことであつて、國際法—從て他國—の關係すべからざる所である。所謂「合憲主義」（レジテマシー）又は「合法主義」（レガリテー）は國家又は政府の承認を支配する原則ではない。

スピロプーロスがソヴエート政府が正式の承認卽「法律上の承認」を受けた後に至つても—何時までも—「事實上の政府」たることを失はぬと云ふのは國際慣例に反する。例へば英國は一九二一年三月十六日ソヴエート政府に「事實上の承認」をなし、從て之を「事實上の政府」として承認した。其後一九二四年二月一日同政府に「法律上の承認」を與へ、從つて玆にソヴエート政府は英國政府から見て「法律上の政府」となつたのである。

〔政府の承認は如何なる場合に行はるるか〕　政府の承認は論者の所謂「事實上の政府」卽革命若はクーデターにより—暴力により（必ずしも流血の慘を見ずとも）—憲法無視の方法により—非合憲的に樹立せられた政府の場合に限つて必要とせられるか。（一）右の場合にのみ承認を必要とすると云ふのが多數である。通說であるとも云へやう。（二）しかし合憲的・合法的に成立した新政府に對しても承認は行はれる。此場合にも承認は決して無意義ではない。唯それが多くの場合問題なく、目立たずして行はれるに過ぎぬ。新元首に宛てたる一通の祝電によつて行はれることもある。大公使信任狀の更新によつて行はれることが普通であらう（後述「承認の方法」參照）。此場合に於ても他國は新政府を承認するの「義務」ありとか、新政府は他國に對し承認を求むる「權利」ありとか云ふことは出來まい（オッペンハイム）。（三）何れにせよ革命又はクーデターに出づる政府を承認すべからずとする主義（後揭、トバール主義）は一般國際法規ではない。若し夫れ假りに國際法上—一般國際法として—革命政府を承認してはいけないと云ふならば「政府の承認」の重なる場合は無くなる譯である。

三　政府承認の要件

國家承認の場合と同樣、當該事實政權が「事實上權力を樹立したること」、卽「實力性」（エフェクティ

ヴィアビリティー）を有すること、詳言すれば「確固性」（スタビリテー）を有すること、別言すれば「永續すべき見込」（プロスペクト・オヴ・スタビリテー）あることが要件である（後述の「合憲主義」に對して之を承認に關する「事實主義」と云ふことが出來る）。此見極めがつかなければ新政權を政府として承認してはならぬ。從來の政府軍との間に戰鬪未だ止まず、何時其政權が倒れるかも知れぬ、否倒されるかも知れぬやうな場合には「政府」として―「法律上の政府」として―「法律上の承認」を與ふることは出來ない。しかし右の客觀的標準に對する主觀的判斷については各國の裁量を容るるの餘地が大にある。從て玆にも―さきに國家の承認について述べた如く―種々の政治的理由などから新政府の承認に遲速があるのは已むを得ない。

右の要件の外、新政府が「國際義務を履行するの意思と能力とを有すること」が往々承認の前提要件として强調せられる。米國の如きは政府の承認に際して「國際義務の履行」を承認の要件として强調するの傾向がある。確固性（stability）と責任性（responsibility）とは右承認の場合に於ける二つの前提要件とせられる。而して右の國際義務の中には獨り國際法上及條約上の義務のみならず、個人（外國人）に對する當該國の契約上の義務（例へば金錢債務）をも含むものと主張せられた例がある。

しかし前記の二要件は相關的のものである。抑々「政府」とは內に對しては國家統治の機關である

が、外に對しては國家代表の機關である。尤も對外的にその國を代表する爲めには、卽ちその國の名に於て行動するが爲めには、國內的にも支配の實力を有すると同時に、外國に對しても約束を履行するの實力及意思を有しなければならぬ。然らざれば徒に政府の名あつて政府の實なきものである。何れにせよ國際義務の履行に吝なる政府は他國から「政府として」―其國の「代表機關として」―承認を受ける資格はない、否承認の前提要件を缺くものと云はねばならぬ。

新政府が舊政府の受諾した國際義務を引繼ぐ意思を表明すると否とに拘はらず、從來の國際義務は依然として當該國家に附著して居るのである。尤も一國代表機關として恥かしくない程度に政府としての基礎確立するに至つた以上は、その政府が或は革命或はクーデターにより成立したものであつても、これを他國が政府として承認するに於て差支へはない。新政府が合法的に成立した場合他國がこれを承認するには問題は起らぬが（加之、此場合承認を必要としないと云ふ學者もあること前揭の通りである）。革命の結果出來た政府の承認に就ては、或は母國との關係に於て、或は承認國自身の利害に於て問題を生ずることもあり、承認に手間取ることもある。現に米國政府の如きは今猶（昭八、八）露國ソヴエート政府を承認してゐないのである。然し米國がソヴエート政府を承認しないのは、革命政府であるからと云ふよりも、ソヴエート政府が國際義務を履行する意思を有せざるを理由とするやう

である（ハイド七四頁）。（最近本著の此部分を印刷中米國はソヴェート政府を承認した。依て玆に之を附記する。）

〔國際義務の引繼〕　國家はその元首又は政體を變へることによつて從來の國際義務を消滅せしめ得るものではない。國家は右の如き國内的理由によつて、國際責任を免れ得るものではない。故に政府の變更ある場合に、新政府は否應なしに以前の政府の背負ふた國際義務―國際權利と共に―を引繼ぐのである。此場合所謂「國家相續」の場合と異り、權利義務を他國から承繼するのではない。政府の更迭あるも國際人格は依然として存するのであるから、新政府は國家機關として行動せんとする以上―代表能力を認められる以上―承認せられる以上―右の國際義務履行の任に當らねばならぬ。

從て假りに他國が舊來の義務を拒否する態度を示せる新政府と外交關係を開始しても（―之を承認しても―）その承認は義務の免除を意味するものではない。又右の如き態度を持する新政府を右の理由により他國が承認しなくてもそれは差支ない。他國の任意である。

從て或政府（例へばソヴェート政府）を或國は承認しても他の國は承認しないと云ふことがあり得る。又或國は事實上の承認を行ひ他の國は法律上の承認を行ふこともあり得る。

〔トバール主義〕〔合憲主義〕　一國の革命は其國の國内的事項であつて他國は之に容喙すべきではない。政體の變更も元首の交迭も國内事項で他國の干渉すべき所ではない。一國に於て如何なる人

が元首にならうと、如何なる政體を選ばうとそれは其國の勝手である。しかし其結果出來上つた新政府を相手として交涉すると否と、外交關係を開くと否とは、亦他國の隨意である（ハイド六七頁）。新政府が合憲的に成立したか否かは政府の承認については他國の問ふべき所ではない。換言すれば新政府の合憲性は承認の前提要件ではない。否、非合憲的政府即ち論者の所謂「事實上の政府」の場合に於て寧ろ承認の重要性が存することは前述の通りであるが、玆に新政府の「合憲性」を以て承認の要件とする主義がある。「非合憲的に―革命若はクーデターによつて―成立した政府は之を政府として承認すべからず」とする主義である。稱してトバール主義と云ふ。エクアドルの外務大臣トバールの首唱（一九〇七年）にかかるからである。トバールは革命又はクーデターにより成立した政府は中米諸國に於ては相互に承認しないことを約束することを提議した。トバール主義は一九〇七年中米五箇國間の條約に採用せられ、且つ一九二三年（二月七日）の條約により更新せられた。同條約は同年華府に於て米國のオースピセスの下に開かれた中米會議に於て出來たものである。

米國は右の條約そのものには加入しないが、其精神に贊成して居る（其適用が中米諸國に限らるることは勿論である）。ウィルソンは右の條約に共鳴し、メキシコに於てフエルタ將軍がマデロ政府を顚覆した際及びコスタ

リカに於てテノコ將軍のクーデターがあつた際米國は之を承認しなかつた。米國は右中米五箇國に現はれる革命政府については今日まで同樣の態度を持して來た。しかし他の場合の革命政府―例へばパナマ（同國は右條約に加はつて居ない）の革命政府―に對しては、事實主義で承認して居る。尤も前記の中米條約に於ては革命政府と雖も「人民の同意」（ポピュラー・アップルーヴアル）を得れば之を承認してよいと云ふことになつて居る。米國に於ても人民の同意（議會の追認）が革命政府承認の前提要件とせられた時代がある。承認に關する一種の合憲主義、合法主義である。事實主義に對立するものである。

〔米國の承認政策〕　米國は他國又は他政府に對する「承認」又は「不承認」を以て其「政策の手段」として居る。此政策を提げてソヴエート政府に向ふのみならず、ラテン・アメリカ殊に中央アメリカの諸國では米國の一顰一笑によつて―否米國よりの「承認」を受けると否とによつて―新政府（革命による新政府）が或は興り或は仆れて居る。新政府にして米國の鼻息を窺はぬものはない。偶々之を窺はぬものがあれば其壽命がない。米國は今回滿洲國につき他國を糾合して―國際聯盟を通じて―「不承認」の策動をして居る（前記スティムソン主義參照）。

〔エストラーダ主義〕　前記米國の「承認」政策に苦しめられた苦い經驗を有するメキシコ國は近年「エストラーダ主義」と稱せられたるものを唱へ出した。此主義は同國外務大臣エストラーダ氏が一九三〇年九月在外使臣に與へた訓令に現はれて居る。之によれば「一國內に新しく出來たレジームを他國が承認すると云ふことは其他國が新レジームを批評するの態度を執るものであり、之れ一國の主權に對する侮辱である。革命によつて生じた新政府と雖他國から彼れ此れ批判せらるべきものではない。他國は唯之と外交關係を持續するか否かを自ら決すればよいのである。故にメキシコは今後他國に出來た新政府に對しては特に「承認」と云ふ行爲に出づることなく、唯之れと外交關係を續けて行くか否かを考慮するつもりである」と。

右のエストラーダ主義は一種の承認無用論である。事實、外交關係の開始又は繼續をのみ考へて、所謂「承認」と云ふことは別に問題にしないと云ふのである。これは無論メキシコだけの措置振りであつて、之が爲めに各國從來の「承認」に關する慣例がなくなる譯ではない。

前に述べた如く國家又は政府の承認は必ずしも外交關係の開始又は繼續と同一義ではない。尤も新國又は新政府と外交關係を開始すれば之を承認したことになる。右の主義は外交關係の開始又は繼續だけを考へやうと云ふのである。

四　政府承認の方法

之れについては前に國家の承認について述べた所と大體に於て異る所はないが、多くの場合新政府

の承認に際しては、承認國が承認せらるべき政府に居殘る大公使に對する信任狀を更新し之を其任國へ提出せしめることによつて承認が行はれるのが普通である。抑〻一國内に政府の更迭があり、玆に新しい政府が出來た場合、他國が之を承認するや否やの問題を生ずる。新政府と外交關係を結ぶが爲めにはこれを承認しなければならぬ。否實際これと外交關係を結べば之に依つて新政府を承認したことになる。例へば新政府に向け新たに大公使を派遣したり、或は既に其國に以前から派遣してある大公使に新たに信任狀を交付したり、又は新政府を相手として正式の條約を締結するが如きことがそれである（例へば日露間一九二五年一月北京條約）。是等の承認方法は所謂「暗默の承認」に屬するものであるが、他に「明示の承認」方法もあつて、條約書又は宣言通知等に於て新生政府を承認する旨を明言する場合がそれであるが、これは寧ろ稀である。

〔外交關係の開始又は繼續〕　新國家又は新政府と外交關係を開始すること（又は新政府との間に一時中斷せる外交關係を再開すること）は、新國家又は新政府の承認を意味するが、承認は必ずしも外交關係の開始を意味するものではない。しかし「外交關係の開始」を以て承認と離るべからざる關係に在りとなすの學者がある（メラー一五九頁の如きは通說ではない）。尤も一國に革命があつても外國の大公使は必ずしも直ちに引揚げるとは限らぬ。承認するまで―事態がはつきりするまで―革命政府と非公式の交涉を爲す場合がある（ハイド七五―六頁、ウエストレ

1キ五九頁）。

〔國際會議への參列又は國際條約への加入〕　新政府の代表者が國際會議へ參列を許され、又は國際條約殊に多數國間の條約に加入したる場合、新政府の承認ありたるものと云ふを得るか。問題である。近い所で不戰條約（一九二八年）にはソヴエート・ロシアが加入して居るが、米國は此事實を以てソヴエート政府の承認とは看做さぬ。更らに遡れば一九二四年ストツクホルムに於ける會議で出來た萬國郵便條約には米露兩國ともに締約國中に見受けられる。尤も其間一九二六年巴里の會議で出來た改正國際衞生條約の調印に際しては米國代表は調印議定書に於て米國政府の未だ承認しない政府（ソヴエート政府を指す）を承認したものと解さるべきではないと特に斷つてある。しかし前記の如く一九二四年又は一九二八年には米國は此例に據らなかつた。

露國の代表は一九二二年のゼノア會議に參列したが、之を以て露國―否、ソヴエート政府―の承認とは看做されなかつた。米露兩國の代表者は一九二七年のゼネヴアに於ける經濟會議にも、又一九二八年の軍縮豫備會議にも參列して居る。が、之を以て米國が露國を―否ソヴエート政府を―承認したと云ふことは出來ない（右の諸例はホドソンの擧ぐる所である）。

五　政府承認の效果

新政府の承認は―それが「法律上の承認」である場合―新政府に代表能力を認めたことになる。卽

右承認は建設的效果を生ずることは、政府の承認の場合にも、國家の承認の場合と異る所はない。尤も建設せられるものは異る。國家承認の場合には國際人格が建設せられ、政府承認の場合には代表能力が建設せられるのである。學者によつては「政府そのもの」の承認は「聲明的」であり、其「能力」を承認するのは「建設的」であるから、政府の承認と云ふは右二重の意義及效果を有すると云ふ人がある（例、クヌッセン）。これ亦贊成し難き說である。

法律上の政府として承認せられた以上、（一）當該政府は外國裁判所に於ても訴訟能力を主張し（其之を欲する場合）（二）或は外國裁判所に對し國有財産の治外法權を主張し（外國の裁判を欲せざる場合）（三）或は外國に在る前政府時代の國有財産の引渡を要求することが出來る。又（四）承認は外國裁判所に於ける訴訟行爲に關して被承認政府の法律・契約・行政行爲等が公然認められ、援用せられることになる（而かも遡及的に）。しかし此等の問題は多く一國の「國內裁判所」に對する承認の效果である。各國の判例必ずしも一致して居ない。疑問視される點も少くない（オッペンハイム一五四―六頁）。

六　事實上の承認

以上論じた所は「法律上の承認」についてである。右以外「事實上の承認」と稱せられるものがある。兩者は承認の方法又は形式の差異と云ふよりも、寧ろ內容の差異と云ふべきである（フェアドロス）。

（一）事實上の承認の方法

「國家の承認」と「政府の承認」とを問はず、普通の場合は「法律上の承認」である。果して然らば「事實上の承認」とは何であるか。非公式（インフォーマル）又は一時的（プロヴィジョナル）の承認であつて、場合によつて―事情が變化すれば―取消し得るものである。之に對して「法律上の承認」とは正式（フォーマル）のものであり確定的（デフィニティヴ）のものであり、從て取消し得ざる（イレヴォカブル）ものであると學者は云ふ（例へばウィリヤムス、クンツ、スピロプーロス）。新國家又は新政府と非公式の（エキストラ・オフィシェル）交涉に入るとき之を「事實上に承認した」と云ふものもある（フォーシル）。

「非公式承認」である以上其承認は「非公式」の方法に於て行はれねばならぬ。正式の外交官を派したり、又は之を受けたり、或は正式の條約を締結するに至つては之れ既に正式の承認を與へたことになり、非公式の承認ではない。非公式の承認は正式の承認に「達せざる」ものである。

抑も外國は一國の事實上の權力者―事實政權―との間に隨時隨所に於て非公式の交涉を持つ必要が生ずることがある。事實政權は全國的（此場合之を「一般的事實政府」と稱する）、又は局地的（此場合之を「地方的事實政府」と稱する）に實力を揮ふものである以上、外國又は外國人は徹頭徹尾之と沒交涉であることは實情が之を許さぬ。例へば外國政府は事實政權の支配下に在る地域に在留する自國人の利害問題について、其保護上事實政

權と交渉の必要を生ずるは常に見る所である。其交渉は非公式に行はれるのである。或は從來より其地に在る自國の領事によつて行はれることもあらう。或は臨時の非公式使節によつて行はれることもあらう、しかし正式の外交官の任命派遣であつてはならぬ。正式の外交官の派遣となれば正式の承認となること前述の通りである。又事實政權と非公式の約束を結ぶこともあらう。前記英露間の通商協定の如きも—英國外務大臣の署名に代ふるに、商務院總裁の署名を以てしてある—右の非公式約束の一種であると看做され、從て之により發生せる兩國(英露)政府間の關係は非公式のものであり、英國の承認は「非公式」の承認に過ぎないものと解せられた。

〔事實上の承認の效果〕(「承認前の政府」)　「事實上の政府」が「事實上の承認」を受けても「法律上の政府」とはならぬ。やはり事實上の政府たるを失はぬ。「法律上の承認」から見れば「承認前の政府」であるが、「事實上の承認」も「承認」の一種と見れば、事實上の「承認」を受けた以上、承認國との間に或程度の限定せられた代表能力を認められたことになる。果して然らばそれは如何なる程度範圍に於てであるか。右に述べた通り非公式の交渉の相手とするだけである。其以上に及ばぬ。

しかし承認國の國內裁判所に於ける事件については同裁判所は行政部が事實上の承認を行ふた以上、法律上の承認があつた場合と同樣に見て、裁判し得るのである。例へば裁判所は新政府の法令・法律行爲・財產等を當然

463331

認めて差支ないことになる。尤も一方に於ては事實上の政府が外國から法律上又は事實上の承認を受けなかつたに拘はらず、右事實上の政府が當該外國人と結んだ契約の效力について、右外國人の爲めに其本國政府が契約の履行を右事實上の政府の後繼者に迫つた實例がある。卽ち、英國はコスタリカのティノコ政府を承認せざりしに拘はらず英國人がティノコ政府と結んだ契約に基く或權利をコスタリカ政府に對して主張した。事件は仲裁裁判に付せられたが、單獨仲裁裁判官たるタフト氏は「承認なきも事實上の政府が實際結んだ契約は有效であり、其履行の請求は認むべきである」との判決を下した(アメリカン・ジャーナル一九二四年一四七頁)。

七　地方的事實政府

以上事實上の政府として、述べた所は一般的(ゼネラル)事實政府についてである。其勢力が全國に及ぶ場合である。之と異り勢力が一地方にしか及ばぬ「事實上の政府」もあり得る。稱して「地方的(ローカル)事實政府」と云ふ。此場合外國は其事實上の政府(政權)と當該地域に於ける自國在留民の保護其他につき隨時非公式の交渉を行ふ必要が生ずることもある。斯かるとき其地方的事實政府を相手として之に「暫定的承認」卽「事實上の承認」を與へたと見るべき場合が生ずる。一國の叛軍に對し他國が「交戰團體の承認」を行ふた場合の如き其適例である。交戰團體の場合以外には地方的事實政府の例はないか。右以外にはないと云ふ學者もある(スピロプーロス)。しかしそれは誤である(クヌッペ

ン三四四頁）。交戰團體の政府は「事實上の政府」として承認せらるべき一つの場合に過ぎぬ。

地方的事實政府に對して「事實上の承認」をなす外に「法律上の承認」を爲す場合も想像し得る。しかし此場合―「法律上の承認」の場合―其事實政府は母國より「獨立」したことになる。右法律上の承認は被承認團體が「獨立」した場合に限られる。一國に二個の政府はあり得ない。否「法律上の政府」と「事實上の政府」と對立することはあり、又「事實上の政府」が相對立することはあり得るとしても、二個若しくは二個以上の「法律上の政府」が一國內に同時に存在することはあり得ない。政府とは國家の意思を形造り、これを表示する機關である。一國に二個若しくはそれ以上の意思があつては、これ其の國の分裂を物語るものである。政府（法律上の政府）の數だけに其國は分裂したものである。法律上の政府以外、事實上の政府ありて對立する場合若くは數個の事實上の政府が對立する場合はこれ其國が內亂狀態にあるか又は分裂せんとする途上にあるものである。尤も分裂するや否やは其當時明白でない。或は分裂せずにすむかも知れぬ。故に事實上の政府、即ち一時的の政府の存在を認むる次第である。事態が確定すれば一個若しくは數個の法律上の政府の存在を認めなければならなくなるのである。而して後の場合（數個の「法律上の政府」あるに至る場合）には其國が數國に分裂したものである。

〔交戰團體の承認〕　之については別に述べる。玆に一言すべきは交戰團體として承認を受けるが爲には叛軍が一國の或地方を占據し其地に「事實上の政府」を樹立することが承認の前提要件である。又叛軍が「戰爭に關する國際法規を遵守すること」も要件である。支那で交戰團體の承認を受けた例があるか。從來支那の內亂にあつては軍閥は何れも戰時國際法に頓著なく戰爭を行ふて居る。故にこれまで支那には交戰團體として承認される資格ある叛徒團體はなかつたのである。しかし地方的の事實上の政府は之を想像し得る。張作霖の滿洲政府を相手として、往年ソヴエート政府が露奉協定を結んだ如きは其一例と云ふべきであらう。

第四節　國際人格の存續と消滅

一　國際人格の存續する場合

領土に變更があり（例へば領土の割讓）又は政府に更迭があつても國家の人格には變りがない、と云ふことは今日國際法上一の重要法則とせられる。

國際人格の「同一性」（アイデンティテー）又は「繼續性」（コンティニュイテー）は（一）領土の變更又は（二）政府・政體の變更によつて影響を受けぬ。政府は國家の「機關」である。「機關」に更迭があつても、「國家」そのものが消滅したものではない。後繼政府が當該國家の機關として妥當し、行動するのである。而して前後の政府間には權利義務が當然引繼がれる。法律上の政府と事實上の政府（一般的）との間に於ても―加之事實上の政府に次で、法律上の政府が新たに出來たり、又は前の法律上の政府（一般的）が復活した場合でも―權利義務の引繼が行はれる（しかし內亂の際「事實上の政府」が「法律上の政

府」に反抗する爲めの資金を得る爲め、外國から借金する場合の如き債務は別とする）。「地方的事實政府」の義務は「一般的事實政府」又は「法律上の政府」に於て引繼がない。それでも此場合不當利得の原則の適用ある限り法律上の政府が引繼ぐべしとの論もある。

國家の消滅―國際人格者の死亡―の場合には國家相續即ち權利義務相續の問題を生ずるが（この問題については別に述べる）、政府更迭―即ち國家存續―の場合には國際權利義務は依然として同人格者に屬するものであるから、右の問題を生じない。大戰後の露國は依然舊來の國際人格を保有するものにして、政府の更迭あつたに過ぎないと看做される。新「政府」の承認は舊「國家」の國際人格の「存續」を意味する。

しかしソヴエート政府は國際人格又は其存續に關する原則を認めない。が、政府（國家代表機關）の更迭毎に（―革命毎に―）國際義務が消滅しては、國際關係は不安に堪へない。國際義務、國際債務は無意味のものとなる。ソヴエート政府が欲すると否とに拘はらず、露國が國家として負ふ所の債務は―又其國際義務も其國際權利と共に―任意に變更し得るものではない。列國がソヴエート政府を承認しても其國際義務不履行を是認したものではない。國際義務は權利義務の主體としての國家―「露國」―にあくまで附著して居る。ソヴエート政府が之を免れんとしても免れ得るものではない。其單獨意思によつて免れ得るものではない。

二　國際人格の消滅する場合

國家は國土・國民・國權の三者を以て其成立要素とすること前に述べた。右は國家の存續にも要素・要件たるものである。國土がなくなつたり國民がなくなつたりすれば、國家―從て其國際人格―もなくなる。「國民」の消滅の如きは今日殆んど想像し得ないが、全國民が他國に移住し盡した場合の如き、空想的ではあるが其一例と云へやう。「國土」の消滅の場合は一八七〇年伊太利が法王領を併せたことにより法王の國家がなくなつた如きその一例である。しかし國家の要素としては「國權」が最も大切であること嘗て述べた通りである。故に「國權の喪失」（「主權の消滅」）が國家の消滅を來し、從て其國際人格の消滅を來すものとせられる（フェアドロスの如きは國土、國民の消滅は國權消滅の前提にすぎぬと云ふて居る）。以上は國家の消滅に關する法律事實である。國家の消滅に際しては固より種々の歷史的事實があること前に國家の發生について述べたと同樣である。一國が他國に併合されたり（例、韓國の併合）、數國に分裂したり（列國は世界大戰後のオーストリアを以て新生國家と看做して居る。）即ち、大戰前の墺洪國は消滅したものと看做して居る）又は反對に數國が合併して一國となつたりする（現在のイタリー國は、往時のサルデニア國の大きくなつたものか、それとも一八七一年イタリー統一以前の諸國の合併による新國家―新人格―なりや、につき議論がある。前說が正しい）。しかし歷

史的事實は玆に問ふ所ではない（所謂國家相續問題については後に讓る）。

國際人格が他國の承認によつて發生するならば他國は其承認を撤回（取消）することによりその國際人格を消滅せしめ得るか。承認が總ての場合又は或場合取消し得るか、どうか、については前に述べた。承認―法律上の承認―は取消し得ない。否、取消し得ない承認が卽法律上の承認である。事實上の承認は別である。兩者の存在理由の存する所である。

第四章 治外法權

（國家及其代表機關の國際的地位）

第一節 外交官の治外法權

一 治外法權なる擬制の當否

國家は國內に於ける總ての人及物に對して排他的管轄權を有する。が、しかしそれは絕對的のものではない。國際條約又は國際法によつて「制限」を受ける。其制限の一が「治外法權」（extorritoriality）である。

國際法上「治外法權」なる擬制は外交使節の特權として發達した。此思想もグローテュスに負ふものである。曰く「一國の領土內に在る人は總て其國の主權に服從するものであると云ふ一般原則は外國大使の場合一例外を見るものである。卽擬制によつて大使は任國領土の外にあるものと看做される。從て任國の國內法に拘束せられないものである」と。かかる意義に於ける治外法權はたしかに「擬制」

（フイクション）である。「擬制」は法律の進歩に寄與したが、同時に一方では排斥せられる。今日では治外法權の擬制に反對する學者が可なり多い。一國の外交使節が身現に任國に在るに拘はらず、任國以外に在るものと看做すとは不當の擬制である。任國以外に在るならば治外法權と云ふ特權は無用である。加之右の擬制は事實に卽せざる不合理な結果を招くに過ぎぬと、彼等は云ふ。又單に外交官が治外法權を享有すると云ふ丈けでは如何なる特權を享有するのか判明せぬ。その「特權及免除」（此語は條約上外交官の特權を言現はす爲め―治外法權と云ふ代りに―使用せられる）は一々について吟味せねば分らぬと云ふ（ブライアリー）。又同じく治外法權と云ふも外交官の治外法權と軍艦・軍隊のそれとは內容上多少の相違がある。しかし治外法權は便利なる擬制又は譬喩であるとして、今尙此思想を支持する學者がある。殊に英米の學者間に此傾向がある（例、ハースト、ベイテ。固より英米にも反對說はある、例へばブライアリー、ホール）。

〔大公使館と治外法權〕　治外法權の擬制が强調せられた往時に在つては、其擬制が外交使節の「身體」より次第に其「公館」に擴大せられ、遂に「公館附近」は特權區域として、任國の官憲（殊に警察官、稅吏）も手をつけることが出來ず、公館は犯罪人を庇護することが出來た（庇護權）時代がある。斯の如きは固より種々の弊害を生じたから、右特權區域の制は旣に廢止せられた―今日支那に公使館區域を見るはこれは條約によるもので、右とは別の理由によるのである。―又庇護權もなくなつた。唯支那及南米に間々其實例を見るのみである。米國は外國に於て、在外大公使館について、嚴格なる庇護權は要求しないが「一時の庇護」を要求することがあるさうである（ウイルソン）。何れにせよ大公使館が任國の領土の外に在るとの思想は今や廢たれた。故に使館內に行はれた犯罪は任國に於て行はれたもので、使節の本國に於て行はれたと見るべきではない。從て右の犯罪は犯人が特權者でない限り―常人たる場合―殊に其捕縛を任國官憲に依賴したる場合の如き―任國の管轄に屬する（例、ニキチエンコウ事件）（又使館內に行はれた婚姻についても、任國は必ずしも之を有效と認めない。例へば佛國では、使節其人の面前に行はれる右の如き婚姻は之を認めるが、使館內僧侶の手による婚姻は認めない）。「外交使節は任國の權力にも、法權にも又法律にも從ふものではない」と唱ふるハーストすらも、外交使節又は使館が任國の外に在りとする擬制には反對して居る。

〔不可侵權と治外法權との區別〕　外交官の特權を論ずるに當り治外法權なる擬制を排斥して、不可侵權（inviolability）の語を撰ぶ學者がある。不可侵の原則は國際間に最も古きものである。外交官の特權について基本的のものであり、他の特權は之に從たるものであると云ふ。使節の「身體」も不可侵であり、「使館」も不可侵であると云ふ（例、フオーシル）。しかし他方には不可侵權の效果を

蔑視せんとする學者もある(例、ストリゾワー)。斯くの如くにして學者或は外交官の特權免除を概稱するに「不可侵權」を以てするあり、或は「治外法權」を以てするものもある。又兩者を併せ揭ぐるものもある。此最後のものに在つては兩者を區別するに當り其區別標準亦同一ではない。

(一)不可侵權は私人の不法行爲に對し、治外法權は官憲の適法又は不法行爲に對し使節を保護するものであると云ひ、(二)不可侵權は私人若は官憲の不法行爲(不法の侵害)に對し使節を保護し、治外法權は官憲の職務行爲に對し使節を保護するものであるとて兩者を區別するものがある。しかし任國の官憲が外交使節に權力を加へること(逮捕、裁判其他)は官憲の職務行爲でもなければ正當の行爲でもない。不法の行爲である。(三)治外法權は任國の法權を免かれると云ふ消極的の特權であるが、不可侵權は外交使節が任國に於て任國の官憲から「特別の保護」を受けると云ふ積極的の特權であると解するものがある(サトウは不可侵權を以て外交官が常人と異る特別の保護を受くることを意味するものであると云ひ、且つそれは民刑事裁判權よりの免除其他の免除の淵源をなすものであると說く)。

二 外交官の特權

之を不可侵權と云ふと、治外法權と云ふとを問はず、外交官の特權免除としては左の事項を擧げることが出來る。

(1) 任國權力の免除(使節尊重の義務)

任國政府及官憲は外交使節に對して左の行爲をなすことを避けるの義務がある。卽ち外交使節の(一)身體・自由・名譽(二)財産及使館を「尊重」するの義務がある。換言すれば政府又は官憲は右に對し自身何等の侵害を加ふることを避けねばならぬ(避止義務)。不可侵權を以て論ずれば(一)使節の身體・自由・名譽は不可侵である。警察權・司法權を之に加ふるを得ない。(二)使節の財産も不可侵である。所有物と占有物とを問はぬ。館内に在る物は勿論のこと、廐舍にある車馬も(假令借物であつても)不可侵である(使節所有の不動産については別に述べる)。(三)使館も(事務所と居宅とを問はず)不可侵である。任國の官憲は外交使節の要求・同意又は承諾によることなくして、使館に立入ることは出來ない。固より使館に就き任國の官吏が職務行爲に出づることは出來ない。殊に例へば警察官・稅吏・執達吏等が大公使館に赴き、職務を執行することは出來ない。外交使節その人の身柄に對し警察官憲其他の官憲が權力を加へたり、又は其財産に對し差押をしたりすることは、使館の内外を問はず出來ないこと勿論である。(四)外交使節の發し又は受ける通信も不可侵である。殊に本國政府との通信に使用する信書使も—其携帶し若は監守す

る嚢及書類と共に―不可侵である。右が所謂使節の不可侵權―少くもその一半―であり、又從來學者往々外交使節の「獨立」と稱し、任國官憲より獨立して、其干渉を受くることなく職務を執行するには、前記各種の特權及免除が必要であると稱せられて來た。

〔外交官特權の存在理由〕 特權の存在理由については種々說をなすものがある。或は職務執行上の必要に出づと云ひ、或は一國の代表者としての地位に理由を求むるものもある。或は兩者を併せて理由として掲ぐるものもある(例、ストルプ)。又使節を以て國家の威嚴を代表するものとなし國家の名譽權―「相互尊重」の義務―に理由を求むる人もあるが(例、ハイド)、使節は國家を代表するものである。國家は平等である。「對等者間に權力行爲はあり得ない」。故に任國は外交使節に權力を及ぼし得ない。これが外交官特權の存在理由と見るべきである。換言すれば外交使節は國家の代表者であるから特權を認められるのである。此點は元首の特權についても―軍艦・軍隊の特權についても―同樣である。しかし理由は何でもよい、國際法としては「何故に」使節の特權が認められるかの問題よりも「如何なる範圍に於て」使節の特權が認められるかを見れば足りるのである。が、私は使節が一國の代表者たることに右の理由を求めたい。

〔裁判權の免除〕 外交使節が任國の裁判を受けないことは、之を治外法權と稱すると、不可侵權の一部と看做すとに論なく、兎に角外交使節の特權中の重なるものである。之については後に特說

することにする。

〔使館の不可侵には例外ありや〕 任國官憲は使館に立入り得る場合ありや。原則として任國官憲は固より大公使館内に立入ることは出來ぬが、之には何等か例外場合があるか。使館内又は附近に火災があつたり、暴徒又は示威運動者が館内に闖入せる場合の如き任國官憲殊に警官が鎭撫の爲め使館内に入るを得ざるか。此等の場合は急を要する場合であるから、使節の同意を待つまでもなく入り得ると說く人がある。又同意は明示と默示とを問はないから、右の如き場合は默示の同意ありたるものと推定し得ると說く人もある。固より當該場合、事情の如何によつては外交問題となることもある。

傳染病流行に際し、又は犯罪行爲あるに際し、館内に於て緊急措置を執る爲め使節の同意なくして官憲が使館に入るが如きは問題である。否、避くべきである。

大公使館内に於て使節自ら任國の公安を害する如き行爲を爲す場合如何、任國官憲は之を搜索し得るや。使節其他を逮捕し得るや、逮捕は無論のこと搜索も出來ない(詳細後述)。一九二七年五月英國政府がアルコス手入れを行ひ、同年四月張作霖が北京の露國大使館構内を搜索した事件があるが、右は何れも露國の大使館内を搜索したのではない。通商代表の事務所に手入れをしたのでもない。之に「近接」せる建物―アルコス、極東銀行、東

支鐵道事務局―に手入をしたにすぎぬ、が、兎に角露國の使節其他が英國で赤化宣傳を爲すは外交特權の濫用なりとして、英國は「十日以内に引揚ぐること」を露國使節に要求し、英露の外交關係を斷絶せしめた（トインビー一九二七年二六六頁、三四二頁、五四六頁）。露國通商代表部は大公使館同樣の特權を有するか。一九二四年の伯林に在る同通商代表部に獨逸警官の進入したる事件は獨逸側の屈服となつて終つた（フォーシル第三册七三頁）。

【庇護權の有無】　大公使館は之に逃げ込みたる館外の犯人を庇護（庇蔭）するの權利ありや。前述の如く往時にはそれが出來た時代がある。が、今や此種の特權は無くなつた。唯支那及南米の或國に於て政治的亡命者につき庇護權が―地方的慣習として―殘つて居るのみである。又大公使館内に於ける犯罪行爲についても犯人が普通人ならば―治外法權を有するものは格別―外交使節は之を庇護することを得ぬ。任國官憲の要求ならば之に應じて引渡すべきである。しかし任國官憲は外交使節の了解を求むることなく、使館に逃げ込んだ犯人又は館内の犯人を勝手に使館に就いて逮捕することは出來ぬ。豫め外務省を經て外交使節の了解を求むべきである（一八二七年ガラテン公使御者逮捕事件はよい先例ではない）。

【特權の人的範圍】　外交使節の特權は不可侵權・治外法權共に（一）其家族（二）館員及其家族に及ぶ（ルヴュー・ゼネラル一四卷一六三頁）。（三）單純なる使用人にも或程度まで及ぶが、其程度については慣例一樣でない（ディエナ報告八三頁、海講一二卷二〇一頁）。任國人なる場合には其犯行ある場合、犯行の場所が館内であると館外であるとを問はず、任國官憲の要求あるとき（外務省を通じての）其要求に應じて、之を引渡すべきである。又は之を解傭して任國官憲の措置に委すべきである（しかしさうすることがその「義務」であるかについては議論がある）。館内に於ける臨時の仕事人（大工・左官）の如きものは館外へ出れば何等特權の及ぶ所がない。

未だ法律上の承認を受けない國又は政府の外交使節は普通の外交特權を享有しない。革命政府に革命以前から駐劄する外國の大公使については革命政府を改めて承認する前と雖も事實上特權が與へられる。

【特權の決定】　特定大公使館の「如何なる人」に外交官特權を認むべきやにつき疑あるとき裁判事件に於ては外務省の意見を求め、之によらねばならぬ。此點につき裁判所は獨自の見解を下すことは出來ぬ。

【特權の物的範圍】　外交使節は前記各種の不可侵權及裁判權免除の外、猶若干の特權・免除を有する。或種課稅の免除及禮拜の自由の如き然りである。

【課稅の免除】　使節には前述の如く任國の直接の稅權が及ぶものでない。換言すれば使節は各種の對人的直接稅―所得稅其他―を免除せられる。使館の建物又は土地についての稅金も免がれる。唯私有の不動産については此限りではない（實際は禮讓によりこれも免除せられることが多い、後述參照）。間接稅は關稅を除くの外免除せ

られぬ。關稅の免除は館長については一少くも禮譲による免除として一一般に認められる。館員については關稅の免除は相互主義（我國の如き）其他色々ある。水道・瓦斯・電氣の使用料の如き報償の性質を有するものは使節と雖も免るるものではない。

〔禮拜の自由〕　使節は其使館内に禮拜堂を設けて館員及自國人と共に禮拜を行ふの自由を有する。之が爲めに專屬の僧侶が使節隨員の名簿に揭げられることがある。

〔使節の爲し得ざること〕　外交使節は館内に於て部下を裁判したり、之を處刑したりすることは出來ぬ。部下にして犯罪行爲ありたる場合、之を本國に送還するまで一時機宜の措置を執るのは差支ないが、それ以上に及ぶことは出來ぬ。館内に館員又は館員以外のものを不法に監禁したり、其他國法を無視するやうな行爲に出づることは出來ない。例へば館内に賭場を開帳したりすることも出來ない。殊に使用人（任國人たる）の斯かる行爲は任國警察の關心を持つ所である。唯如何にして之を逮捕するかは別問題である。外交手段を必要とする場合があらう。何れにせよ館長の了解を得ることなく、警官が館内に踏込んで之を逮捕することは出來ない。

前述の如く使館は不法監禁の場所として利用せらるべきではない（マセドウスキー事件）。又例へば使節が自國人（特權なき者）を本國に送還する豫備行爲として館内に之を留置・監禁するが如きは任國の國法を蔑視した不法の行爲である。任國政府は之に抗議し得べく、使節は速かに之を解放すべきである（一八九六年在倫敦支那公使館に於ける孫逸仙監禁事件―ルヴュー三卷六九五頁）。一六七〇年のカルクスタイン事件の如き（オッペンハイム上六三二頁註）今日に於ては使節として出來ない行爲であらう。

外交使節―使館―は法の禁止に觸れる物品を藏するを得るか、禁酒法施行時代の米國は從來外交官が所藏する酒類を差押へないことにつき特に規則を制定して居つた（一九二三年六月二日の規則）。外交官が輸出禁止品を國外に持出し又は輸入禁止品を國内に持込むことを得るか、此點につき外交官の特權に關する米國案は一個條を設けて居る（第二十一條）。

(2)　**任國の特別保護の義務**

任國は個人が外交使節に對する侵害行爲を爲すことを「事前に防止」し又之を「事後に救濟」する（殊に犯人を處罰する）ことについて特別の義務を有する。「特別の保護」を使節に與ふるの義務である（ハースト、其他）。不可侵權の一半である。果して然らば其所謂「特別の保護」とは如何なる内容を有するものであらうか。國家は一般外國人についても、他人（私人）より受くる被害に對して「事前防止」の義務―所謂「相當注意」の義務―を有するものとせられる。而して「特殊の資格者」に對しては「特別の注意」又は「特別の警戒」の義務を有するものとせられる。**而**

して外交使節は右特殊資格者の最テイピカルのものと云ふべきであらう。往昔一般外國人が法の保護を受け得なかつた時代には外交使節の不可侵權は有意義のものとせられた。しかし今や一般外國人も其身體・財産について國際法上在留國から所謂「文明國標準」即「國際標準」による保護（此點につき第六章參照）を受けるのであるから、外交使節の不可侵權は重要性を失ふたと稱する人がある（フリッシュ、ストリゾワー）。果して然らば全然無意義のものとなつたのであらうか。曰く否、外交使節に對しては普通外國人に對すると異り「特別の注意」が拂はれねばならぬ。即「特別の保護」が與へられねばならぬ（サトー）。尤も「特別の注意」と云ひ「特別の保護」と云ふも實際の運用は時と場合により異る。例へば戰爭開始の當時激昂せる人民が敵國外交使節又は使館に對して暴行を働かんとするときの如き、任國官憲は特別の注意を拂ふべきである。然らざれば—之を傍觀すれば—其責任を免れないであらう（例、世界大戰開始のときの獨逸人民の英佛使節に對する激昂）。平時でも或特定國に對する人民の反感が高まつた際の如き、其國の使節又は使館を保護する爲め特別の警戒が行はれる如きも其一例である。しかし右特別の保護も、注意も、當該外交使節の迷惑がる方法に於て行はれてはならぬ。平穩無事の際徒らに外交使節の身邊又は居館に警官を附きまとはしめるが如きは却て其迷惑とする所であるが、必要の場合使節自ら保護警戒を任國に要求する場合もある（海講一二卷一三五頁）。尚ほ又「特別の保護」と云ひ、「特別の注意」と云ふも、任國は絶對に外交使節の危害なきこと、即其「安全を保障」し得るものではない。が、出來得る限り、當該場合の事情に鑑み必要とせられる丈けの注意・警戒はしなければならぬ（その上で不慮の出來事があつてもそれは不可抗力である、固より不可抗力の場合でも實際は任國から陳謝其他の方法により所謂滿足方法を講ずることは勿論である）。否、任國は前記暴動等に對する警戒に出づるは勿論、各國は外交使節に對する侵害につき事後の處罰の爲め特別の規定を有するが常である。例へば我刑法第九十一條の規定の如き然りである。我國に派遣せられたる外國の使節に對し暴行・脅迫若は侮辱を加へたるものに對する特別の規定である。

〔外交官殺害又は傷害事件〕　外交使節又は館員が殺害若は傷害せられて、外交問題を惹起した例は少くない。一九二七年六月ワルシャウの停車場に於て露國公使ヴオイコフが十九歲の露國人に殺された事件がある。ソヴェート政府は取締の不充分を理由として波蘭政府の責任を問ふた。同政府はヴオイコフが護衛を附することを拒絶した事實を指摘した。しかし同氏の一族に損害賠償を支拂ふべきを聲明した（トインビー一九二七年二三三頁）。一九二三年十一月ソフィアに於てユーゴースラヴィアの公使館附武官クラスティッチ大佐に對する傷害事件起るや、ブルガリア政府は直ちに遺憾

及陳謝の意を表し、犯人の逮捕に努力すべきを約し、ブルガリア兵士の一部隊は右公使館前に至つて表敬した。

外交官ではないが國境査定委員の如き國際的任務を帶びた委員（コムミッショナー）が殺害せられた場合一國の責任が問はれた事件がある。一九二三年八月大使會議の任命にかゝる國境査定委員たる伊國將官テリニーの一行がギリシヤに於て殺害せられるや、同國の責任が問はれた。右の事件に關する法律家委員會の聯盟理事會に對する回答に於ては「公認せられたる公けの資格を有する外國人」に對して其滯在國は「特別の注意」（特別の警戒）を必要とする旨が述べられてある。「公認せられたる公けの資格を有する外國人」とは外交官たる資格を有するものを云ふか。右の事件は外交官又は「委員」の殺害事件について適當なる先例となすに足るか、議論の餘地がある。又「領事」の如きは外交官ではないが其殺害事件は時に外交問題となり、國家の責任問題となる。しかし外國領事に對する一國の保護義務の範圍程度は國際法上漠然たるを免れぬ（米誌一九二五年四月三〇三―三一〇頁）。

三　裁判權の免除

之を治外法權と稱すると、又不可侵權の作用となすとを問はず、兎に角外交使節は「裁判權免除」の特權を有し、任國の裁判所に於て裁判を受けることはない。外交使節は民事刑事共任國の裁判權に服しない。外交使節に對しては他人は之を訴へることも出來ず、官憲は之を逮捕することも出來ず、

處罰することも出來ない。嘗て（一七〇八年）英國に於て露國大使逮捕事件があつて、大騒ぎとなり、遂に外交使節の逮捕・監禁・審問其他の行爲を處罰し、之に對する判決等を無效とする法律を作つた。使節の不法行爲があつた場合如何にすべきや。これについては後に述べる。

（書類の送達其他）　裁判所（其他任國官憲）は外交使節との直接通信を許されぬ。殊に訴狀の送達・呼出狀の送付を大公使館に對し直接なすことは出來ぬ。館内に在る「非特權者」に對する場合でも同樣である。裁判所（其他任國官憲）が大公使又は大公使館と通信する必要がある場合は外務省を通じて行はれねばならぬ。外務省を通じて希望（request）を述べるとか、意向を聞く以上に出でることは出來ぬ（例へば應訴の意あるや否や、又は證言陳述の意あるや否やを確むる如き場合）。

外交使節が裁判所に對して其特權を主張したり、又はその反對に特權を抛棄したりするのも、外交經路（外務省經由）による。しかし直接裁判所に對して―其代理人（辯護士）を通して―爲すとも差支はない。

使節は任國の法律（刑法其他）に服從しなければならぬか。使節の行爲は犯罪行爲を構成するか。此問題は後に讓る。前記裁判權免除の特權には例外があるか、如何なる例外があるか。左に述べる。

〔特權の拋棄〕 使節が右の特權を拋棄する場合が例外の一である。特權は特權者に於て之を拋棄することを妨げぬ。此特權も亦同樣である。が、本來此特權は使節個人の爲めに存するものではない。特權は國家が持つて居るのである。從て其拋棄も「國家の意思」によらねばならぬ。特權の侵害問題があれば使節の意向はどうあらうと、本國政府として默視する譯には行かぬ。故に當該場合特權（裁判權免除）の拋棄についても使節は其の「本國政府の意思」によつて動かねばならぬ。本國の同意がなければならぬとせられる。しかし其同意ありたるや否やについては任國官憲は「使節の言」を信ずるの外はない。又之を信ずれば足りる。任國裁判所は其上使節の本國政府の意向を問ひ質す必要はない。

「使用人」の場合には拋棄の爲めに本國政府の同意は必要でない。使節限りで之を拋棄し得る。使節が「原告」として訴を提起するときは本國政府の同意ありや否やはやかましく云はぬ傾向がある（海講一二卷一九七頁）。米國では一國務省の見解によれば一使節の私事に關する訴訟については政府の承知なく、否、加之政府の意向に反しても一使節は任國の裁判所に訴訟當事者となることが出來る（ハイド上卷七五〇—七五一頁）。

特權の拋棄は明示的（エキスプレス）でなければならぬ。明白（アンアムビギュアス）でなければならぬ。任國の外務省に對して其旨を表示するか。或は任國の裁判所に訴訟を提起し、訴訟に參加し又は

應訴したのでなければ特權の拋棄があつたと認むべきではない（一旦參加したるも後になつて特權を主張し得るや。取扱は分れて居る。—海講一二卷一九九頁、米誌一九三二年四月一二八頁）。原告代理人に對して何と云つたとしてもそれは特權の拋棄にはならぬ（昭和三年十二月二十八日大審院第二民事部決定、ウエストレーキ國際私法二七九頁）。關係の個人との間に特權拋棄の豫約もあり得ない（ストリゾワー）。概括的の拋棄もあり得ない。特定の場合についての拋棄のみがあり得る。

治外法權權利者（例へば館員の一人）の犯罪ある場合、使節が其逮捕を任國官憲に要求したときは、之が裁判權免除の特權をも拋棄したものと見るべきか。消極的に解すべきであらう。裁判權免除の特權を拋棄するには明かに其意思が表示せられねばならぬからである。しかし元來任國が裁判權を有する「使節の使用人」の場合は別問題である。

「刑事」については使節は館員の爲めに特權を拋棄し得るも、自分自身の爲めに之を拋棄することは想像し得ない。否刑事事件についての特權拋棄の實例は「使節の使用人」に關する場合が多い。使節の家族に關する拋棄の例もある（ワッデントン子息事件）。「民事」については自分の爲めにも館員の爲めにも特權を拋棄し得る。館員又は其家族は館長（政府）の拋棄聲明を爭ふことは出來ない。館員又は家族が自ら特權を拋棄する旨を裁判所に於て聲明したときは裁判所は館長の意向

を確かめることを要する（ハースト）。

使節が或民事事件について特權を抛棄したときは相手方より反訴を提起し、又は上告をした場合にも同一事件に關する限りは之に應じなければならぬ。

〔職務外の行爲―私契約の場合〕　使節は其職務行爲についても又職務外の行爲についても任國の裁判に服することはない。任國の裁判權に服するとき職務の執行に妨害となることは兩者の場合共に同一である。

イタリーの裁判所に於て使節が私人の資格に於てせる契約上の債務につき民事裁判をした例が二回ある（一九一五年、一九二一年）。しかしこれは先例として適當なものとはせられぬ（ハースト）。イタリーに於ても右の判例は非難せられた。同國に於ても之に定まつたものとはせられぬ（外交官特權に關しディエナが聯盟の國際法典編纂委員會に提出した報告參照）。

〔不動産の場合〕　使節が任國に於て私有の不動産を有する場合、右の不動産については任國の法律及裁判權に服せねばならぬとの說がある。否それが通說である（ハイド、ディエナ其他）。しかし實際に於て外交使節が私財を投じて買つた別莊の如き任國の法律及裁判に服すべきか。使館そのものすら時には使節の私財を投じて買ふ場合もある。私有であると否とにより裁判免除の特權が左右せらるべきではないと論ずるものがある（ハースト）。

〔使節が商業を營む場合〕　外交使節が商業を營む場合ありとして、其商行爲については任國の裁判所の管轄に服するか、使節が商業を營むとは如何なる場合を指すか明白でない。使節が所謂商行爲をすることは往々ある。商人から品物を買ふこともある。銀行から金を借りたり、小切手を振り出したりすることはある。此等の場合と雖も使節は其意に反して裁判所に引き出されることはない。しかし學者は使節が「商業」（commerce）又は他の職業（profession）に從事する場合には、其商業又は職業については任國の法律に服すると云ふ。商業又は職業に從事する場合には之に關係せる行爲については外交特權を「暗默に抛棄」したものであると云ふ（此點につき上揭ディエナ報告參照）。此見解には贊成し兼ねる。佛（一八六七年チチェリ事件―露國大使館員たる同人が巴里に於て新聞社を經營した理由により其新聞社が破產した爲め債務者から訴へられた事件である）、英（一八五四年テーロア對ベスト事件、一八五九年マグダレナ汽船會社對マルテン事件）の判例は外交官が假令商業に關係した場合でも外交特權を抛棄したものではないことを認めて居る。加之職務に出づる行爲と商業に出づる行爲とを區別することも往々にして困難である（ハースト）。

〔通商代表の場合〕　一國の通商代表（例、露國の通商代表）―は外交官としての特權を有するか。如何なる範圍

に於て之を有するか。各國との取極（條約）如何による（スタウフェンベルグ）。而して各國の取扱必ずしも一樣ではない。英露間の通商協定に於ては露國通商代表は逮捕、搜索を免除せられるが、民事裁判權の免除は有しない（第五條）。我國に於ては昭和六年十二月東京地方裁判所は嘗村與一對露國通商代表事件に於て―仲裁人選定の請求訴訟―原告の主張を認めて仲裁人を選定する判決を下したことがある（同年十二月十五日時事）（尙ほ國家の治外法權につき後に述ぶる所參照）。

〔外交使節が任國人たる場合〕　任國の國籍を有する外國の使節は外交特權を主張し得るや。外交使節として任國人を任命しようと云ふ國があれば任國政府は之を謝絕する―アグレマンを拒絕する―が慣例である。しかし館長と館員とを問はず無條件に（外交特權を與へないとの明白なる條件を附せずに）自國人を外國の使節又は館員として認めた場合には外交特權を與へると云ふのが慣例である（ピット・コベット三〇九頁以下）。尤も任國の國籍を有する「使用人」たる場合は別問題である。

〔證言義務の免除〕　外交使節は任國の裁判所に呼出されて證言をしなければならぬ義務はない。任國裁判所の依賴に應じて（此依賴は外交經路によつてなされる）使館に於て所要の供述をするは別問題である。

固より使節は右の特權を抛棄することは出來る。之を抛棄した例もあり（一八八一年駐米のヴェネズエラ公使事件）、又抛棄を肯んじなかつた例もある（一八五六年駐米の瑞國公使事件）。

外交使節又は館員の起訴によつて持上つた民事訴訟又は刑事訴訟事件について當該使節又は館員が證人たることを拒み得るや（ハイド上七五二頁、ムーア四卷六四二頁）。

〔裁判と執行〕　「裁判」とその「執行」とは別物である。假令外交使節が自己について、又は館員について、裁判權免除の特權を抛棄して、任國裁判所に於て民事の裁判を受けても、其執行に至つては別問題である。裁判所は執行官吏を使節の公館に派して「强制執行」（差押等）をしたり、當該使節又は館員に對して直接執行をなすことは出來ない。館外に在る使節の動產（例へば銀行に在る有價證券）に對して、又は私有の不動產に對して差押をなすことが出來るか。出來ると云ふ學者があるが（リスト）大に疑問と云はざるを得ぬ。但し使節が特權を抛棄した場合には其「資格消滅後に於て」執行するを妨げない（一九一七年スアレズ對スアレズ事件）。尤も使節は職を罷めても、相當期間內なら自由に任國を立去ることが出來る。

チエツコスロヴァキアの高等法院が一九二七年の混合仲裁裁判所の判決に對し執行判決を以て同國內に在るハンガリーの公使館に對し强制執行を爲さんとしたのは違法である（米誌一九二九年七月五八二頁以下）。

〔使節の不法行爲に對する救濟方法〕　外交使節（又は館員）が不法行爲ありたるとき（一）裁判上の救

濟　刑事と民事とを問はず裁判上の救濟を求めんとならば其本國の裁判所に訴ふるの外はない。本國の裁判所は外交使節及隨員に對して管轄權を有する。外交使節と雖も不法行爲をするの特權を有するものではない。之に對しては無論「制裁」がなければならぬ。唯其制裁方法が常人の場合と異るのである。刑事事件についても、民事事件についても、使節（及館員）は本國の裁判權に服することあるは固よりである（其裁判籍は本國に在りとせられる）。前述の如く任國は之を裁判することは出來ぬ。（二）裁判外の救濟（示談）　民事事件たるべき外交官の不法行爲については、多くは被害者との「示談」で話がつけられる。外務省が仲に入ることもある。例へば使節が自動車にて人を轢きたる場合、被害者に對して弔慰金を拂ふが如きことともある。（三）外交上の救濟（召還請求）　使節の不法行爲ありたる場合、事重大なるときは任國政府は之が「召還」を本國に要求する。本書起草の當時墺國駐劄の獨逸公使が墺國内閣顚覆の陰謀に參加した爲め墺國は其召還を獨逸本國に請求せんとして居るとの風說が傳へられる。（四）自力救濟（追放）　事急にして召還を請求する遑もない場合には任國は使節を「國外に放逐」することもあり得る。以前は使節が任國の君主に對して「陰謀」を企てた場合の如き之を追放するばかりでなく、「一時逮捕」の手段に出でたこともある。が、これ等使節に對する「直接行動」（强力行使）は第十八世紀の初頭以來其實例を見ない。今や「不使用」の慣例となつたと云へやう。「復仇」手段として使節を抑留するが如きも同樣であらう（ハースト二一三頁）。

（事前の防止）　外交官の不法行爲による損害を「事前に防止」する爲め―例へば自動車にて暴れ廻はり、人を轢かんとするとき―任國官憲（例、警察官）は臨機必要の處置を執ることが出來るか。それとも警察官は袖手傍觀せねばならぬか。「事前の防止」（警察事故）は、「事後の處罰」（犯罪の處罰）とは別物であるとして、兩者の場合を區別し、事前の防止の爲めには已むを得ざる範圍に於て外交官の身體に直接の拘束を加へてよいとの說が少くない（ムーア、ウィルソン其他）（正當防衛については後に述ぶる所參照）。　しかし例へば外交官の自動車が反則の速力を出して疾走する場合の如き交通巡査が之を止めて、之に注意する位はよいとしても、それ以上之を「逮捕」したり、之に「罰金」を科したりするときは、却て「外交官の特權侵害」が問題となり、外交官の「規則違反」は問はれず、警察側から反對に謝まらねばならなくなつた例が多い。疾走自動車の如きは警官が之を注視して、後から外務省を經由し當該公使に注意を加へる位が通例である（此等の事故につき米誌一九三一年四月二六一頁以下參照）。

（外交官に對する正當防衛）　急迫不正の侵害に出づる外交官に對して正當防衛は成立する。侵害を受

けんとするものが「個人」である場合、外交官に對して「正當防衞權」がある。正當防衞は「第三者」の爲めにも成立する。「任國又は任國官憲」が被害者たる個人の被害を防止する爲め外交官に對し正當防衞（第三者の爲めにする正當防衞）を行ひ得るか。任國官憲（例へば警官）は外交官に對し、「職務行爲に際して」正當防衞權を有するか。否、進んで任國が「自國の安寧秩序を防衞」する爲め「緊急の必要」に應じ―「緊急行爲」として―或措置に出づる場合、而して其措置が外交官に對する「强力的措置」を必要とする場合でも、正當防衞又は緊急行爲を以て之を辯解し得るか。「强力的措置」の何物たるやを先づ考へねばならぬ。使節を「逮捕」又は「抑留」することについては―假令一時的のものであつても―國家の「自衞」又は「正當防衞」を理由として之を行ひ得るか、大に疑問である。學者の意見も分れて居る（プールカン―海講一六卷一四〇頁參照）。使節が「間諜」行爲をなし又は「陰謀」を計畫する場合、任國は自衞手段として之を「逮捕」し得ることを說くものもある（フート、メラー、ハースト）。しかし逮捕の場合あるを認めつつも、其理由を自衞以外に求めんとするものもある（ホールは危急の場合に已むを得ざる行爲に出づることは、「自衞權」よりも、寧ろ國家が初めから「外交特權の除外例」として認めた所であると說く）。米國案（米誌一九三二年四月附錄五三頁）は危急の場合任國は使節に對し自衞又は正當防衞の行爲に出づることが出來ることを認めつつ、之を理由とする例外は「範圍及場合の限定」が困難であることをも認めて居る。アンスティューのキュムプリッジ案（第六條）は、使節の不法行爲に對して、任國が「豫防的又は防衞的措置」に出づるを得るとしながら、萬已むを得ない場合の外、任國政府は使節の召還又は處罰を本國に請求するか、公館を取り卷く位に止めること（館內犯人の逃走に備へ又は外部との不法交通を妨ぐる爲め）を可となして居る。又前記米國案は任國官憲の「館內搜索」の如きは、其理由のあつたことが搜索の成績によつて證明せられざる限り、任國の責任は免れないと云ふて居る。又各場合の事情の如何によつて執るべき措置も一樣ではないから、豫め膠柱的の規則を設くることは出來ないとして居る。傳染病流行の際外交官が所要の措置を甘んぜざるときは、一種の緊急狀態であつて、任國は使節に對して合理的な壓力を加へることが出來ると說く學者がある（オッペンハイム）、「合理的な壓力」とは如何なるものか明かでない。何れにせよ外交使節は右の如き場合「進んで」當該規則に從はねばならぬ（露國大使檢疫事件につき昭八、四、一四、日々）。

〔特權享有期間〕　外交官は、何時から何時まで、その特權を享有し得るか。不可侵權及治外法權を享有する期間は如何。任務の始期・終期と特權の始期・終期とは同一ではない。使節が公然任務を行ひ得るのは信任狀を捧呈

した時からであるが、前記特權は使節が任國に足を入れるときから享有する(異說はあるが)。而して任國を去るとき其國境を越えるまで—又は其退去に必要なる時期まで—繼續する。任務終了後不必要に長く舊任國に滯在するものに對しては任國は特權を認むるに及ばぬ。

〔特權終了後の訴追〕 使節又は館員が任務を離れて後、舊任國に滯在し又は再來する場合舊任國に於て在任中の犯罪行爲其他不法行爲につき又は契約の不履行につき訴追訴訟が行はれるか。右については刑事の訴追と民事の裁判とを區別すべきか。(一)刑事については外交官は任國に於て任國の刑法の支配を受けるか。それとも本國の刑法の下に在るか、これが問題である(外交官は任國の法律に服從するの義務ありやについて後に述ぶる所參照)。任國の刑法に服從すべきものでないならば、任國での犯罪行爲はあり得ない、從て其訴追もあり得ない。兎に角使節又は館員の場合、特權終了後、任期中の犯罪行爲につき任國裁判所が刑事訴追をした例は見當らぬ。(二)民事については先例がないではない。巴里裁判所は一九二五年四月九日前米國大使館員ベリンが其在任中自動車で人を傷害したのに對し、其特權終了後、被害者の要求により運轉手と共に十四萬フランの賠償金を支拂ふべしとの判決を下した(米誌一九三一年四月二五八—九頁)。之より先き—一八九一年—佛國の一裁判所は支那公使館書記官の十三萬フランの借財に對する訴訟に於て、被告たる右書記官の「在任中に」訴訟が提起せられたのであるからとて—其提起後被告が特權を喪失したに拘はらず—特權者たるの故を以て—訴訟手續を無效に歸せしめた例がある。ハーストは之を正當視しながら、若し被告の特權喪失後に於て訴訟が提起せられたならば、別異の宣告が下されたかも知れぬと云ふて居る。(三)特權喪失後に於て「在任中の職務行爲」(official act)については訴へられることがない。が、「在任中の私的行爲」(private act)については訴へられるとの說をなすものがある(米國案も之を採る—米誌上揭一三六—一三七頁)。此說は民事事件に限り右の區別によらんとするのであるか、それとも刑事事件に迄も此區別を及ぼさんとするものであるか、明かでない。否右の兩說がある。しかし「職務行爲」と「私的行爲」とを區別することは往々にして困難である。兩者の限界は時々明白であり得ない。殊に刑事の場合困難である。例へば使節が上司(本國外務大臣)の命により或犯罪行爲(例へば暗殺敎唆)に出でた如き場合、上司の命によると否とが重要なる點であらうが、任國裁判所は如何にして其眞否を確かめ得るであらうか。(四)よく引用せられる一八九八年伯林カムマーグリヒトの判決はスペーン大使館の「僕隷」が解雇後裁判に付せられた事件(傷害事件)で、使節又は館員に關する事件ではない(フォン・ベールの如きも特權喪失後の訴訟を「僕隷」の場合について論じて居る)。一八四一年スヰイスに於ける墺國大使館の料理人も解傭後裁判に付せられた例が

ある（脫稅事件）。大正十年三月の我大審院判例も犯人は支那公使館及露國大使館の使用人（料理人）であり、使節又は館員が犯人ではなかつた（後述參照）。

〔外交官は任國の法律に服するか〕　外交官の特權としての所謂治外法權又は裁判免除は唯「任國の裁判を受けないこと」を意味するか、それとも外交官は「任國の法律に服從する義務がない」のであるか。換言すれば外交官の行爲が不法行爲（殊に犯罪行爲）を構成しないからであるか、それとも唯それは外交特權として唯特權期間中裁判權の發動が停止せられるに過ぎないのであるか。此問題については議論が分れてある。否國際法上未決の問題と云ふべきであらう。外交官は「任國の外に在り」とするの擬制說を強調する學者は勿論、然らずとも外交官は「任國の權力及法律の下に在らず」、「法律に服するものにあらず」との說を執るものがある（ハースト、ベイデ其他英米學者に往々之を見る）。外交官は任國の支配（統治）に服せず、法律に服せずとの「條件附で」任國に在るのであると云ふ。しかし此說を採る學者と雖も外交官は「任意に」―「自ら進んで」―任國の法律に從ふべきであると說く（殊にオッペンハイム、フェンウイック）。「任國の法律を尊重するの義務」を認める。しかし此義務は「法律に服從するの義務」より來るものではなくて、使節が「任國に侵害を加ふることとなるべき一切の行爲を避くべきの義務」より來るものであると說いて居る。

使節にして任國の法律を無視する行爲があつたときは任國は使節の本國政府に之を訴ふるの外なく、任國は裁判所に引出して使節を裁判し處罰し得ざるものであるから、使節は任國の法令に服從する義務あるものと云ふことは出來ないと云ふて居る（ハースト）。

右に對抗して、外交官も任國の法律に服從するの義務があるとの說を爲すものがある。外交官も任國の刑法其他の法律に服するものであると云ふ。此說は獨逸學者に多い（ツォルン、ベーリング、ストルプ、フリッシュ、ハチェック等がある）。しかし此等の論者と雖も「多數說は前說（非義務說）である」ことを認めて居る。獨逸學者中にもリストの如きは前說に屬する。外交官は任國の刑法にも私法にも服するものではない。服從を强制し得ざる法律はあり得ないと云ふ。ツォルン等は之に反して强制し得ずとも法律としての拘束力（義務性）を有する以上、法律たり得るものであると論じて居る。

右の何れによるも外交官の「任期中」任國裁判所は之を處罰し得ないから、實際に於て遠ひはない。問題は外交官が其特權消滅後「個人として」滯在するとき又は任國に來るとき、其在任中の犯行につき、又は其他の不法行爲につき、或は契約につき、任國裁判所は之を裁判し得るや否やにある。

此問題に關する佛國其他の先例については前に述べた。我大審院判決に於ては外交官と雖も任

國の統治權の作用を受け、任國法令の支配に服するものと判定し、外交官たるの資格を保有する限りは外交官の犯罪行爲に對し任國裁判權の行使は停止せらるるに過ぎずして、其資格消滅後に於ては公訴時效に罹らざる限り任國に於て之を訴追し得るものと論斷して居る。

【備考】「外國使臣及び其從者等の有する不可侵權は單に其の資格又は身分關係を有する者が在留國の法律適用に依りて其の生命、身體、自由、名譽等に關し侵害を受けざるべき特殊の權利たるに止まり、之に依つて如何なる犯法行爲と雖も之を敢行するの自由を許容せられたるものと解すべきに非ず。故に其行爲が果して在留國の法律に照し犯罪を構成すべきものとせば國より之を以て犯罪行爲なりと目せざるを得ず。蓋し一國の統治權が其の作用を領土全體に及ぼすべきことは國家存立の必然の結果にして而も前示の如き特權を認むるは國際上の必要に依る慣例に外ならざれば、其結果統治權の作用に多少の制限を來たすも之が爲めに該特權者をして全然在留國の統治權より離脫し、以て絕對の自由行動を爲すことを得しむべきものに非ざるは洵に明瞭なり。從て其の者の爲したる犯罪行爲は本來の性質を失ふものに非ず」。又曰く「右特權及治外法權は特定の資格又は身分關係に隨伴するものなれば、其の資格又は身分關係を保有する限りは、其の犯罪行爲に對し在留國裁判權の行使は停止せられ、之によりて訴訟を爲すことを得ざるも、其の資格又は身分關係を喪失したるときは、公訴時效に罹らざる限り、同裁判權に依りて之を訴追することを得るに至るものと論斷せざるべからず」(大正十年三月二十五日宣告、判決錄第二七輯第八卷第一九五頁)。

本件は前述の如く當該大公使館の「使用人」(僕隷)に關するものである。使節又は館員が犯人たる場合ではない。殊に本判決は之を他の判例(昭和三年十二月二十八日大審院第二民事部決定—外國否外交使節に關する民事訴訟であ

る)と對照するとき、使節(又は館員)が犯人なる場合については前記判決の價値は疑なきを得ぬ。

使節は任國の刑法には從ふが、民法・商法には從ふの要なしと云ふべきであらうか。使節が任國に於て任國人と契約を結び又は手形を振出す如き場合此等の法律行爲をして任國に於て效力を生せしむる爲めには任國の法律によることが多からう。これ實は國際私法の問題である。國際私法の原則によつて決すべき所であらう。當事者の意思によつてである。使節と雖も任國の法律に從ふことを妨げぬ。「任意に」之に從ふことを妨げぬ。否時としては之に從ふて行爲をするのでなければ小切手一枚も振出すことは出來まい。尤も此場合任國の法律に準據しても、之により訴へらるることはない。しかし使節と雖も「強行法の關する限り一切の任國の法律に從はねばならぬ」と論ずるとき(例、ツオルン)玆に問題は生ずる、疑問も起る。強行し得ない強行法はあり得ないからである(ツオルンと雖も任國の法律は使節については「不完全法律」であることを認める)。學者或は曰ふ「使節は任國の警察規則を無視するを得ない」と。更に他の學者は曰ふ「無視するを得ないのは獨り警察法規ばかりではない。一切の法規皆然りである」と。しかし議論は服從義務の存否如何に在る。義務がなければ義務違反もない。刑罰のない犯罪行爲はない。使節は原則として本國の刑法に服し本國の刑法に服する。しかし其特權を拋棄すれば、任國の裁判權に服する結果として刑事事件

に就ては任國の刑法により處罰せられること勿論である(刑法の屬地性)。民事事件の場合何國の法律によりて當該法律關係を律するやは國際私法の原則によつて決定せられる。殊に契約の效力については當事者の意思が尊重せられるであらう。それは兎も角として使節は任國の法律を「尊重」すべきも、之に「服從」するの義務なく(任國は使節に對し、使節は任國―法律―に對し、互に尊重の義務を有する)(任國の使節尊重義務につき前述參照)。任務終る後(否特權喪失後)も任期中の行爲については其意思によるの外任國の裁判に服せずとする說が、說としては正當である。殊に刑事問題について然りである。尤も「使用人」(僕隷)については別問題である。これは本來任國が裁判權を持つて居るのであり、使節の使用人たる間は任國の裁判權の行使が停止せられてあるのみであるからである。

〔備考〕　近時我國に於て大公使館用自動車事故の多いのに顧み米國大使館は外務省を通じ、警視廳に對し、自動車取締規則に自發的に從ひ度い旨を申出でた(一般自家用自動車と同樣に試驗の上警視廳の免許證を受けること、又車體車庫の檢査をも受けることとし)と云ふことである(昭和五、一〇、一六、時事)。

〔使節と第三國〕　使節の前記特權は「任國に於て」有するものである。「本國又は第三國に於て」有するものではない。しかし使節は「第三國に於て」何等かの特權を有しないか。(一)使節は任國に往復する途中、「第三國を通過」することがある。又第三國の領海を―船舶にて―通過することもある。第三國は右の場合使節に對して「無害通過」を許すべきである。右の場合國家が互に他國の使節に無害通過を認めないと云ふやうでは、外交使節は任國に赴任しやうがない。(二)しかし「無害通過」と云ふ以上それは(イ)「無害」のものでなければならぬ。通過國の治安又は利益を害したり、其好まざる人物である場合通過國は之を通過せしめる義務はない(一九二六年米國はメキシコに赴任する露國公使カロンタイ夫人の通過を拒んだ)。(ロ)「通過」でなければならぬ。「滯在」を禁ずると否とは、通過國の自由である。「通過に必要なる程度以上の滯在」を許すの義務は通過國にない(例、一八五四年巴里經由スペーンに歸任せんとせる米國公使スーレーが佛國政府から佛國「滯在」を拒まれた例がある)。尤も右の無害通過を許すべきこともそれが第三國の「義務」であるか、或は「好意」(禮讓)に出づるものかについては議論が分れて居る(オッペンハイム上卷六三八頁、ムーア四卷五五七頁)。(三)使節は第三國に於て不可侵權を有するや。第三國は使節に「特別の保護」を與ふるの義務はないと云はねばなるまい。しかし第三國に豫め通知して(外交經路により)無稅通關の便宜を求むる如きことが行はれる。此種「便宜」を許與すると否とは法律上は被通知國の自由と云ふべきであらうが、差支なき限り之を與へる慣例ではある。(四)假令第三國に於て「特別の保護」は受けなくとも、「其裁判

權は免れる」と云ふ説がある（例、ハースト）。固より此點につき説は分れて居る。通過國は不可侵權及治外法權共に使節に之を認めるに及ばぬと云ふ説もある（例、オッペンハイム）。説としては前説が多いかも知れぬ（ハーストによれば）。實際の取扱―判例―も必ずしも歸一する所を示さぬ。同じ米國の判例でも或は民事裁判の免除を認め（一八八九年ウイルソン對ブランコ事件）或は之を認めない（一九二四年カーボーン對カーボーン事件―但し本件に於ても使節の「逮捕」はいけないとした）。佛國の判例（シクル對シクル事件）及同國外務省の意見（一九〇〇年のヴェラガ事件）は同國が裁判免除説に傾けるを示して居るやうでもあるが、一方には非免除説を執つた判例もある（一九一七年ストイエスコ對ストイエスコ事件）。（五）「戰時」に於ては別に考へねばならぬ。卽ち（イ）交戰國の外交官は中立國に赴任し、又は中立國から歸國する場合、敵國の領土又は其領海を通過する權利はない。右の外交官が敵國の領土又は領海に入れば敵國は之を捕へ之を俘虜として扱ふことが出來る。尤も斯かる結果を豫防する爲め豫め敵國政府から「安導券」を求むることが行はれる（例、世界大戰中米國から歸國せんとする獨墺の大使の爲め米國は英佛の安導券を求めた）。（ロ）交戰國は公海に於て中立船內に在る敵國使節にして中立國に赴くものを拉致し之を俘虜となすことは出來ない（一八六一年トレント號事件）。（ハ）交戰國が敵國領土を占領した場合占領地に在る中立國の外交使節に對し交戰國（占領軍）は如何なる程度に其特權を尊重すべきや。國際法上未決の問題と云ふべきであらう。中立國使節が立退かんとする場合占領者は之を拒むことは出來ない。しかし其使節が依然任國（任國は未だ無くなつたのではない）に踏止まらんとする場合、占領軍は之を逐ひ出すことも出來まい。しかし占領軍は使館の不可侵權、治外法權、殊に外部との通信の自由を如何なる程度に認めなければならぬかが問題であるとせられる。

〔國際機關の外交特權〕　外交官にあらずして外交官の特權・免除を享有するものがある。國際機關に屬するものがそれである。玆に國際機關に屬するものと云ふても、國際機關に於ける「各國の代表」もあり（例へば國際會議又は聯盟の會議に出席する各國の代表）、國際機關そのものを構成するものもある（例へば聯盟の職員）。聯盟規約に於ては聯盟國代表者と聯盟職員とを竝べて規定してあるが（第七條第四項）聯盟國の代表として總會に出席する「各國代表者」の如きは普通の國際會議に出席する各國の代表と性質に於ても特權に於ても變りはない。後者には從來の國際慣例に於て外交特權が認められて來た。が、兎に角右兩者につき聯盟規約は「聯盟ノ事務ニ從事スル間外交官ノ特權及免除ヲ享有ス」と規定した。常設國際司法裁判所規程（第一九條）に於ては同裁判所の裁判官につき同樣の規定がある。常設國際仲裁裁判所の裁判官については國際紛爭平和的處理條約（第四六條）に於て「裁判部裁判官ハ其ノ職務ノ執行ニ關シ自國以外ニ於テ外交官ノ特權及免除ヲ享有ス」と定めてあ

る。司法裁判所の裁判官や、聯盟の職員については「自國以外ニ於テ」の制限がない。しかし實際に於ては關係國たる瑞西及和蘭は自國人にして右裁判官又は職員たるものに對し差別待遇を要求した。殊に課稅の免除（聯盟よりの所得に限る）、裁判權の免除（職務行爲に限る）についてさうである。聯盟の職員については其職員の範圍についても問題が生ずる。これ等の特權者の種類・範圍及特權の內容につき聯盟に關しては聯盟當局と瑞西政府との間に前後二回に亙り（一九二一年及一九二六年）協定が遂げられ、又國際司法裁判所裁判官については一九二八年同裁判所長と蘭國外務大臣との間に協定が遂げられた（米誌一九三一年十月七〇一頁以下）。此種の機關及その以外のものに「外交官ノ特權及免除」を享有せしむるとしても、果してそれは外交官のそれと同一のものであるか、又同一のものであるべきであるか、については議論の餘地がある。又疑問の點もある（米誌一九二五年七月四六九頁以下參照）。況んや特權につき何等條約の規定なき國際機關に於てをやである。しかし何等條約の規定なくして慣例上外交官の特權に類する特權を享有する國際機關もある。が、如何なる特權を認むるかは各場合について考ふべく、一定して居ない（前揭米誌一九三一年六九六頁以下參照）。

〔領事の特權〕　國際法上領事は何等かの特權を有するか。領事は外交官ではない、從て外交官の特權・免除を享有しない。治外法權も不可侵權も有しないのは勿論である。しかし（一）例外として、

「領事裁判權」を有する領事は、自身外交官の特權に「類似の」（メラーによれば外交官と「同樣の」）特權を有するのみでなく、更に裁判權其他の廣き權限を有する。（二）普通の領事は本國の任命にかかる官吏として外國に於て職務を執行するものであるから、條約又は地方的慣習の認むる範圍に於て特權を有する。條約を離れて、國際法上—慣習法として—如何なる特權を有するか。現行の國際法としては明確ではない（オッペンハイム）。が、任地に於て其職務執行が「認可」せられる以上、職務執行に必要なるだけの特權は認められねばならぬ（ホール、ビット・コマット）。而して其特權としては、條約なくとも（イ）領事館に在る公文書は不可侵とせられる。任地官憲は之を捜索したり、之を押收したりすることは出來ぬ。公の通信も不可侵である。領事は本國政府と通信の自由を有する。（ロ）職務行爲については任地の裁判所に訴へられることはない。（ハ）領事に對する凌辱・暴行又は領事館の國旗に對する侮辱は個人（一般外國人）に對するそれよりも重大視せられる。卽國際不法行爲を構成する（ハイド）。しかし（ニ）領事は右以外、原則として民事・刑事の事件につき任地の裁判權に服する。私の債務については其財產を差押へられることもある。刑事事件については重罪の場合に限り訴追せられるとする條約もある。此點につき何等條約なきときは別段の特權を有しないが、徒らに之を逮捕・監禁するは職務の執行に妨害となるから、刑事被告と

なつた領事には保釋又は假出獄を許すべしとの說もある（ホール、ビット・コベット）。又逮捕しないで訴追丈けすべしとの說もある。（ホ）稅金（直接對人稅）の免除、證言義務の免除は任地國の義務ではないが、公の收入（俸給）には課稅しないのが普通である（ハイド）。（ヘ）領事も或範圍に於て自國民保護の爲め地方官憲と交涉の權限を有する（ハイド）。（ト）何れにせよ領事の特權は任地國政府から認可狀（エキセクワトゥル）を受けた時に始まり、之を取上げられた時には終るものである。

〔領事裁判權と治外法權〕　領事裁判權を往々稱して「治外法權」と云ふことがある。支那に於ける領事裁判權は通常「治外法權」と稱せられる（例へば支那の「治外法權」に關する華府會議の決議）。トルコに於ける領事裁判權は「カピテュレーション」と稱せられた。トルコの領事裁判權はローザンヌ條約によつて廢止せられた。支那のそれは未だ一般に廢止せられるに至らぬ。領事裁判權は條約によつて生ずる。故に之が廢止にも條約によらねばならぬ。然るに支那は一方的に之を廢止せんとして、列國との間に葛藤を惹起した。領事裁判權は其發生原因（條約）、存在理由（文明を異にし、法律制度を異にすること）、內容及作用（裁判權の行使）、特權享有の主體（特定國の領事、否特定國民）に於て、前記外交官其他の享有する特權たる治外法權と異なるものである。

第二節　元首の治外法權

一國の元首は外國に在るとき固より特權的地位を有する。特權の內容については大體に於て前記外交官の特權について述べた所と同樣である。就中不可侵權及治外法權を享有する。少くも外交官の特權免除は元首も之を有する。一國の元首は固より公然たる資格に於て海外に在る場合「特別の禮遇」を受ける。しかしそれは國際法の問題ではない。法律上の特權問題でもない。

大統領の特權を君主の特權と區別せんとするの說（例、オッペンハイム）がないではないが、國際法上之を區別すべき理由はない（例、ストルプ）。元首の特權は其俱に旅行する皇族（又は家族）及隨員に及ぶ。元首と離れて別に旅行する場合の皇族の特權は禮讓の問題である（例、メラー）。事實に於ては少くも外交官同樣の特權は受ける。

君主は「微行」（インコグニト）にて外國に旅行する場合がある。其資格を當該國に知らせずして旅行する場合（嚴正なる微行の場合）には特權の問題は生ぜぬ。しかし此場合でも元首は何時でも其欲する場合其身分を現はして特權を主張することが出來る。資格を明かしての非公式旅行は特權に影響はない。

〔外國政府の治外法權〕　一國の政府にして一時他國の領土內に在る場合、其國の管轄權に服せず、又其國の法律

にも服しない。之に服すれば獨立國の政府でなくなる。例へば大戰中ベルギー政府は佛國ル・ケーヴル附近のサント・アドレスに移つて居つたが、佛白兩國間に何等正式の條約なくして佛國政府はベルギー政府の要人に外交官同樣の治外法權を認めた(海牙一二卷一四四頁)。

第三節 軍隊及軍艦の治外法權

一 軍隊の治外法權

一國の軍隊は外國に在る場合其國家機關たるの故を以て治外法權なる特權を享有する。しかし軍隊の治外法權については未だ外交官の治外法權ほど精細に定まつて居ない(ストリゾワー)。右につき往々にして條約・協定の定めがある場合もある(例へば聯合國のラインランド占領軍所屬員が其本國の軍法及軍事裁判所の下に在ることにつきライン協定第三條—ハイランド占領論一五三頁)。しかし何等條約規定のない場合でも外國軍隊に治外法權が認められなければ種々の不便がある(ホール)。卽ち(一)右軍隊に對しては全體として、其所在の土地(兵營所在地の如き)と共に治外法權が認められる。地方官憲は隊長の明示若は默示の同意なくして當該地域に立入ることは出來ぬ。但し之が爲め當該地域を以て軍隊所屬國の土地と同一視すべきものではない。(二)軍隊所屬員は職務行爲については地方官憲より民事又は刑事事件として責任を問はれることがない(マクレオッド事件につきホール、反對說ハイド)。軍隊の或行爲が果して國家の責任たるべき行爲を構成するかの問題は別問題である(國際不法行爲の部參照)。(三)右の所屬員は私行爲についても其土地の刑事裁判權に服しない。所屬軍又は所屬國の裁判に服するのみである(例へば殺傷事件)。被害者又は犯罪の場所の如何を問はぬとするものあり(例、ストリゾワー)、犯罪が軍隊所在地域内に於て行はれ又は當該軍人の職務に從事中に於て行はれた場合に限り土地の裁判權を免れるとなし、反之市内を遊歩中犯罪を犯した場合の如きは地方官憲に於て逮捕處罰し得ると論ずるものがある(例、オッペンハイム)。後說が正しい。しかし此場合でも其所屬軍に歸着したる上は地方官憲に引渡す必要はあるまい(ストリゾワー)。尤も犯罪の場所如何を問はず隊長にして地方官憲(裁判所)を信賴して任意之に犯人を引渡す場合は別問題である(ホール)。(四)民事事件について右軍隊所屬員は土地の裁判權に服するか。此場合にも外國軍隊が治外法權を主張した例はあるが、土地の裁判權(民事につき)を認める學者もある(ストリゾワー)。しかし何れにせよ地方官憲は外國軍隊の所屬員及所屬物を拘束又は差押ふることにより軍隊の妨害になるやうなことは避けねばならぬ。殊に隊長の同意なくして被告を土地の裁判所に呼出すことは出來ない(ラインランド占領軍については職務行爲と私行爲とに區別し、後者については獨逸の裁判權に服せしめたやうである。ハイランド上揭一九七頁)。(五)何れにせよ軍隊又は其所屬員の治外法權を享有するは所在國の「同

意」によつて其國に入來又は滯在する場合に限る。外國軍隊の入來・通過若は滯在に對して許可を與へたる國は之に對し法權を拋棄したものと看做される。反之所在國の「意思に反して」入りたる場合、外國軍隊は其國に對して治外法權を主張することは出來ぬ。換言すれば其國としては自分の同意を得ずして入り來りたる外國軍隊に治外法權の特權を認めねばならぬ理由はない。自衞出兵又は戰時占領軍に對して裁判權其他の權力を及ぼさないのは事實上の問題であつて、法律上の問題—治外法權有無の問題—ではない（尤も戰時占領軍については戰時占領の法規による）。(六)假令同意を得て駐在する外國軍隊と雖も其權力を脫したる兵士に對して權力を行使するに至つては問題である。殊に例へば駐在地以外に脫走兵を追跡し之を逮捕・處罰することについては滯在國は之を許すの義務はない。好意又は便宜上之を許すことは別問題である（ハイド）。(七)軍隊に屬せずして單獨に外國に滯在する軍人は軍隊同樣の治外法權を有するものではない。外交官たる取扱を受くる場合（大公使館附武官の如き）又は特に取極ある場合は別問題である。他の場合には土地の官憲の法權の下に在る。假令本國政府の訓令の下に行動した場合（例へば秘密情報の蒐集）でも同樣である。しかし好意上右の如き軍人を其所屬國に引渡す場合は別問題である（ハイド）。(八)戰時に於て交戰國の軍隊が中立國に逃げ込みたるときは中立國は「成ルベク戰地ヨリ隔離シテ之ヲ留置ス」べきものである。卽所謂留置處分（インターンメント）に付せられる（海牙第五條約第十一條）。右の場合右の軍隊は固より治外法權を享有しない。

二 軍艦の治外法權

一國の軍艦は外國の港又は領海に在る場合其「國家機關」たるの故を以て治外法權を享有する。不可侵權を享有する。故に

(一)軍艦は沿岸國から相當の尊敬及禮遇を受けるのみならず、地方官憲は軍艦に對し又は軍艦內に就き何等の權力行爲・職務行爲に出づることは出來ない。殊に臨檢・搜索・捕獲等の行爲に出づることは出來ない。(二)更に地方官憲（裁判所）は軍艦に對し民事・刑事の裁判を爲し、又は差押を命ずることは出來ぬ（フィラデルフィア港に於ける佛艦エキスチェージ事件）。救助料の支拂についての民事裁判の如きも同樣である（英國海岸に於て坐礁したる米艦コンスティチューション救助事件）。(三)軍艦の治外法權は軍艦其者に屬する。艦內に在る人も艦內に在る限り沿岸國の裁判權に服せぬ。否軍艦內に行はれたる犯罪ならば犯人の何人たるを問はず、又犯罪の性質如何を問はず、軍艦所屬國の法律及法權に服する。軍艦內に在る以上は乘組員は勿論、一時的の外來者（例へば商人）と雖も同樣である。軍法に觸れるものは艦內に於て軍法會議により之を處罰することも出來る。これも外交使節の特權と異る點である。しかし(四)軍艦に屬する人（乘組員）は軍艦を離れて治外法權を享有するものではない。これが亦外交官の

特權と異る所以である。外交官の特權に在つては使節其人の特權が使館に及び館員に及ぶのである。其治外法權は人的(パーソナル)である。反之軍艦の特權は物的(リアル)である。軍艦と云ふ「物」が治外法權を有する。「物的治外法權」である(ストリゾワー、ホール)。物(軍艦)の治外法權が其內に在る人に及ぶのである。故に(五)軍艦乘組員にして軍艦(又は端艇其他附屬船舟)を離れて—上陸すれば—原則として何等の特權を有しない(ホール、ハイド、ムーア)。但し右の原則については艦長其他乘組員にして「公務用にて上陸」する場合と「私用上陸」(例へば遊歩)の場合とを區別し、後者の場合には右原則通りであるが(フォーシルは右に關する幾多の實例を擧げて居る)、前者の場合には治外法權(裁判權免除)を認める說が少くない(ペレールス、フォーシル、オッペンハイム、ハイキング)。蓋し公用上陸が許された以上は地方官憲は右乘組員に對する法權の行使を拋棄したものと看做すべきものであると論ずる學者がある。又右の場合陸軍軍隊の特權(前述)と同一視すべきであるとの論もある。右の論者は右の場合(公用上陸の場合)地方官憲は臨機犯人を逮捕しても結局は之を艦長に引渡さねばならぬと云ふ。(六)しかし時には權利問題をやかましく云はずに、便宜の處分が行はれる。「權利の拋棄」が行はれる。例へば艦長が艦內犯罪あるに際し、犯人たる沿岸國人(外來者)を沿岸國官憲に引渡し、又沿岸國官憲が上陸中の微罪の乘組員(例へば泥醉者)を一時拘束しても、後に之を艦長に引渡す如き然りである。(七)乘組員上陸中罪を犯しても一旦本艦に逃歸りたる以上は沿岸國官憲は之を逮捕し得ぬ。引渡すにも及ばぬか(ペレールス、ハイキング)。しかし犯罪にして「重大なるとき」は、假令犯人が一旦本艦に逃歸りたる後と雖も沿岸國は艦長に對し犯人(乘組員)の引渡を請求し得べく、軍艦之に應せざれば其立退を請求し得るとなす學者がある(ボンフイス、ビット・コベット、曖昧說ハイド)。又犯人の本國の裁判權に委し沿岸國は其裁判の結果につき報告を受けるに滿足すべしとの論もある(アンステイテュー一八條)。(八)沿岸國官憲の好意により士官は水兵の泥醉者を陸上から本艦に連れ歸る位は差支ないが、權利として「脫走兵」を陸上に於て搜索・逮捕する如きことは出來ない。(九)戰時に於て交戰國の軍艦が中立港に在つて中立侵害又は中立國の規則違反の行爲に出づるとき、中立國に對し特權を主張し得ない場合がある。否右の場合交戰國の軍艦は其特權に種々の制限を受ける。時に特權の無くなることもある。中立港に入りたる交戰國軍艦が武裝解除を命ぜられ抑留處分に付せられる場合の如きそれである(詳細については局外中立法規の說明に讓る。第三編參照)。

〔軍艦とは何ぞ〕 軍艦とは國家の任命に係る海軍將校の指揮する船舶であつて、乘組員は軍の紀律に服し(內部的要件)軍艦旗及指揮官旗を掲ぐる(外部的要件)ものを云ふ(拙著「現行」上三〇四頁、アンステイテュー一八九八年決議第八條)。海軍將校により指揮せられることが第一要件である。其任務の如何、武裝の如何を問はぬ(ペレールス)。

軍艦の端艇其他附屬船舟にも軍艦の特權が及ぶ。國家の元首殊に君主の座乘する船舶は特權の點については軍艦に準じて扱はれる。

軍艦は乘組員を有する場合にのみ軍艦として扱はれる。乘組員なき軍艦は單純なる國家の「財産」たるに過ぎぬ。從て國家の「財産」としての特別取扱は受くるとしても軍艦としての特權は認められぬ（ホール）。一國が外國に註文して造つた軍艦は註文國の軍艦旗を掲ぐるまでは其國の軍艦たる資格を有するに至らぬ。固より註文國の「財産」として地方官憲の裁判を免れることはある（ハイド）。

戰時に於て中立國の許可を得て、否、中立規則違反に出づることなく、中立港に立寄る「捕獲船」は交戰國捕獲員の監督の下に航海するものに限り、中立港に於て軍艦同樣沿岸國の法權を免れる（シトカ號事件―ビット・コペット、ムーア）。

〔軍艦領域說〕　國際法上軍艦に特權が認められるのは外交官の場合と同樣「國家機關」としての地位に基くものである（オッペンハイム、ビット・コペット）。軍艦が一國の「領域の延長」であるとか又一國の「浮動領域」であるとかの說明に依賴する必要はない。船舶領域說（例、ハイキング）は商船については勿論、軍艦についても不合理である。一國の軍艦が他國の港又は領水に入りたる場合玆に二國の領域が重り合ふものではない。例へば軍艦內に沿岸國の犯人が逃込んだ場合の如き、それは軍艦所屬國に逃込んだものではない。當該犯人の引渡は嚴正なる意味の「犯罪人引渡」（エキストラディション）ではない。軍艦が其本國の「領域」であるとの說は、沿岸國の「領域外」に在るとの說（擬制的治外法權說）と同樣、何れも取るに足らぬ。

〔軍艦が特權を有する場合と有せざる場合〕　一國の軍艦は外國の港又は領海に入ることが出來るか。沿岸國の意思に反して入ることが出來るか。かくして入りたる場合でも治外法權の特權を有するか。さきに軍隊の場合について述べたと同樣、他國（此場合沿岸國）の意思に反して入つた場合には他國は之に治外法權を認める必要はない。「招かざるの客」を好遇する必要はない。亂暴を働く客人は之を辭わることが出來ると同樣に、沿岸國の意思に反し、又は其規則を無視した行動に出づる如き場合には、沿岸國は當該軍艦に對し退去を求むることが出來る。「追放」することが出來る。之が爲め必要なる場合强力に訴ふることも出來ないではない。殊に戰時に於て中立國が中立規則を維持し擁護する場合に於て然りである。沿岸國は外國軍艦に對し不法行爲防止の爲め適宜の手段（自衞手段）を講ずることは出來る。しかし如何なる場合にも軍艦そのものに對し沿岸國の裁判權が發動するものではない（オッペンハイム）。

〔軍艦は如何なる場合外國の港又は領海に入ることを得るや〕　軍艦は外國の領海に於て「無害通過」の權利を有するや、換言すれば沿岸國は外國軍艦に對し無害通過を認めるの義務があるか。學說は分れる。（一）かかる義務なし、又權利なしとするものあり（例、ホール）。（二）之ありとするものあり

(例、ウエストレーキ)。(三)「原則として」(例、ウエストレーキ)「實際に於ては」「平時に於て」各國は外國の軍艦に對し領海通航の自由を認める。殊に國際的通航路に當る領海の部分について然りであると論ずるものもある(例、オッペンハイム)。一九三〇年の海牙會議(國際法典編纂會議)でも此點が問題となつた。前述の義務を認める國と認めない國とに分れた。結局前記第三の說に近いものが採用せられた(領海の法律的地位に關する條約案第一二條)。戰時に於て交戰國軍艦の中立國領海通過については別に考へられねばならぬ(拙著下卷八七九頁)。次に一國の「港」に立寄る場合若は領海に「碇泊」する場合は領海「通過」の場合と全然別個に考へられねばならぬ。沿岸國は其「港」に—又は「如何なる港」に外國軍艦を「如何なる條件」の下に入らしむるかについて、自ら之を決定するの權限を有する。各國の取扱必ずしも一樣ではない(フォーシルは此問題につき可なり詳細に論じて居る、第二分冊九四五頁以下)。要するに軍艦は沿岸國に於て特に禁止し又は制限せざる限り外國の港に入ることが出來る。海難に遭遇せる場合には不可抗力として最寄りの港に入ることが出來る。

〔軍艦所屬員の上陸〕 軍艦乘組員が上陸する場合は種々である。沿岸國に行はれる儀式其他に參列する爲め、又は陸上射擊演習の爲め上陸する如きは、沿岸國の明示若は默示の同意あるものと看做される。かかる「一隊として」上陸する場合其治外法權は軍艦乘組員の治外法權として論ずべきではない、寧ろさきに軍隊の治外法權につき述べた所に據るべきである(ハイド)。陸戰隊の上陸が沿岸國の意思に反して行はるる如き場合(例へば在留民の保護、自衞權の行使)治外法權如何の問題の如きもさきに軍隊の治外法權について述べた所と同樣である。

〔民事裁判〕 軍艦自身は沿岸國の裁判所に於て何等—民事と刑事とを問はず—裁判を受けないことは前述の通りである。又乘組員の艦內犯罪、艦外犯罪についても前に述べた。乘組員の民事事件については如何。沿岸國人は軍艦乘組員を職務行爲以外の民事事件につき—例へば不法行爲の損害賠償又は契約の履行問題につき—土地の裁判所に訴ふることが出來るか。「軍艦の特權を侵害せざる限り」右の場合沿岸國に於て民事裁判を行ひ得るとなすものがある(ストリゾワー、フォーシル、尙ほアンスティテュー上揭決議二三條參照)。しかしその場合でも裁判所は軍艦に就き「呼出狀又は訴狀を送達」したり、艦內に在る人又は物に對し判決を「執行」したりすることは出來ぬ。卽執行力なき判決である。此種の判決(執行力なきもの)は軍艦についてすら行はれた先例がある。民事事件否衝突事件につき(英國軍艦が外國の港に於て外國船と衝突したる事件である)外國裁判所が爲したる判決に基いて英國が損害賠償を支拂ふた先例である。しかし右の判決は眞の判決と云ふよりも事實の正確なる審査として、外交上の談判を支持する資料となる位のものに過ぎない(ホール)。

〔軍艦の庇護權〕 軍艦は庇護權を有するか。其庇護權は國家の庇護權又は大公使館の庇護權問題と

如何に異るか。軍艦は原則として庇護權はない。從て沿岸國で罪を犯した者が軍艦に逃込んでも軍艦は之を庇護することは出來ぬ。沿岸國官憲に之を引渡さねばならぬ（犯罪人引渡條約の有無に拘はらぬ。否此場合は眞の「犯罪人引渡」ではない、ストリゾワー）。しかし例外として「政治犯人」―政治的亡命者（ポリテイカル・レフュージー）―については軍艦の方から之を誘導したものでない限り又は內亂を支援することとならぬ限り、一時之を―後日安全の地に移すまで―軍艦內に收容し得るとなす說が多數である（例、テーロア、ストリゾワー）。沿岸國の引渡要求があつても必ずしも之に應ずる必要はない。一に艦長の裁量事項に屬すると說く人がある。尤も一方には地方官憲は右の犯人引渡要求に應せざる軍艦に對して退去を求むることが出來ると論ずるものもある（ビット・コベットは政治犯人についての軍艦の庇護權を「慣行」と看做すも、「權利」と看做さぬ。否嚴正に云はば右の場合の庇護も國際不法行爲であると說く）。沿岸國は其「好まざる客」を好遇する義務はないからである。但し非常例外の場合として人道上の見地から―例へば暴徒の追跡を免るる爲め逃込みたる政治的亡命者に對する如き―庇護を與ふる場合の外、寧ろ一般の場合には艦長は庇護を拒絕すべきである（ハイド）。

艦長が不法に犯罪人を庇護し、地方官憲の引渡要求に應ぜざるときは犯罪人の本國政府は軍艦所屬國に對し外交經路により引渡の要求をすることが出來るか。之を肯定し、此場合普通の犯罪人引渡手續（エキストラデイション）に依るべきであると說く學者がある（ハイド）。何れにせよ地方官憲は自ら軍艦に就き之を逮捕することは出來ぬ。

〔軍艦と沿岸國の法律〕　軍艦は沿岸國の法律規則を無視するを得ぬ。否之を「尊重」することを期待せられる。港則、衞生規則（殊に檢疫規則）、警察規則、輸出入の取締に關する規則、其他沿岸國が國防等各般の利益を保護する爲めに設けた規則を無視してはならぬ。軍艦は其地位を利用して沿岸の砲臺・要塞等を測量してはならぬ。密輸入の媒介をしてはならぬ。政治的陰謀の中心となつてはならぬ。かかる行爲があれば或は退去を要求せられ、或は外交的抗議の因となる。領海又は港內の軍艦の衝突事件も外交上の交涉により解決せられる。軍艦にして沿岸國の國權を無視し不法の行爲に出で、又は出でんとする場合には、事前には沿岸國の自衞手段が（オッペンハイム）、事後には沿岸國の復仇手段が（ビット・コベット）講ぜられる（外交的交涉の外に）ことがあると云ふ人もあるが、前記の退去の要求（又は「追放」）で多くの場合事足りるであらう（アンステイテュー上揭一三條）。

軍艦は沿岸國の課稅を免れる。（一）軍艦は外國の港に入るも稅關吏の檢査を受けない。但し艦員が陸上に物品を陸揚する場合には關稅免除の特典を有しない。（二）軍艦は港稅、噸稅其他航海に關する諸稅を免れる。運河の通航料、水先案內料は此限でない。尤も水先案內を取るか否かは其任意である。

軍艦が前記の如く沿岸國の法律規則を尊重すべきは之に「服從の義務」あるによるものであるか（マーリング）、それとも「任意尊重の義務」あるに過ぎないものであるか（オッペンハイム、ビット・コベット）、議論が分れる。しかし何れにせよ軍艦が右の法律規則を無視した場合、沿岸國は之に對して制裁を課し得ない。之を裁判し處罰することが出來ぬ。故に右の問題はアカデミックな問題にすぎぬ（外交官について述べたる所參照）。

〔軍艦以外の公船の地位〕　軍艦以外國家の公用―例へば警察用、稅關用等―に供せられる船舶がある。多くの場合國家の「所有」し且國家の「公用」に供せられるものである。其外國に在る場合軍艦に準ずる特權―就中「裁判權の免除」―を享有する。しかし往々にして(一)國家の所有する船舶が公用にあらずして、商業用に使用せられることがある。又(二)國家の所有に屬せずして、國家の公用に供せられる船舶がある。國家の傭船又は徵發して、又は其他の方法により國家直接の管理（コントロール）の下に置かれた船舶である（此種の船舶は大戰中殊に多かつた）。右の如きは總て「公船」として―假令國家が當該船舶を商業用に供する場合でも―人又は物を運送して運賃を利得する普通の通商行爲に使用する場合でも―一般に外國に於て船舶及載貨共に「裁判權免除」（此意味に於て治外法權）の特典を有するものとせられる。尤も右の問題殊に商業用に供せられる國有船の地位については近時各方面に問題となりつつある（詳細については下揭第四節參照）。

三　軍用航空機の治外法權

國際航空條約（一九一九年）によれば、(一)軍用航空機とは當該航空機を指揮するの命を受けたる軍人により指揮せられる航空機を云ふ（第三一條）。(二)締約國間に在つても一國の軍用航空機は他國の許可を得るにあらざれば其國の版圖上を飛行し又は其國の版圖に着陸することを得ない。(三)右の許可を得て航過又は着陸する場合に限り外國（許可國）に於て軍艦同樣の特權（「外國軍艦ニ慣例上許與セラルル特權」）を享有するを原則とする。(四)反之許可を得ずして飛行又は着陸したる場合、卽着陸の已むなきに至り又は着陸を求められ若は命ぜられたる軍用航空機は右の特權を有しない（第三二條）。

第四節　國家の治外法權

國家は主權を有し獨立權を有する結果として他國の裁判所に出廷を求められることはない。若し夫れ一國の裁判所が個人の訴により（個人を原告とし）、外國政府を被告として―其意に反して―出廷せしむることを得るとせば、一國が外國に對して命令權を行ふことになるから、其の外國の主權及獨立を侵害するものであるとせられる。加之、一國の裁判所が例へば或民事事件につき外國政府を呼出さうとしても、それは事實出來ない相談である。又假令裁判をし、判決を下しても、外國に對して之を執行するの途がない。此等の理由で、一國の國內裁判所は民事商事の事件についても外國を被告として（外國が原告たる場合は別とする）裁判することが不可能であるとせられて來た。所が近來國家が外國に於て私人

同樣、否所謂商人と同樣、商取引に從事することがある。或は鐵道を經營することにより、又船舶を所有することにより、外國人と取引を爲し、契約をすることもあり得るし、或は此等の場合他人に損害を加ふることにより損害賠償の問題も起り得る。甚しきに至つてはソヴエート・ロシヤの如き國家自ら一手に外國貿易を管掌するものすらある。斯くの如く、國家が外國人と契約を結んだり、其他私法上の取引をしたり（殊に商取引）、又は私法上の損害賠償問題を起したりした場合、國家が國家たるの故を以て私人と異り外國裁判所は之に手を付けることが出來ないとあつては、日常の取引にも不都合を來すの虞がある。理論上から云ふても個人との釣合上面白くないと云ふの論を生じて、玆に國家も商行爲に從事する場合には個人と同樣一國の裁判所に當事者たるべきであると云ふ判決も現はるることになり、又此傾向を示せる條約も生ずるに至つた。が、此傾向は未だ一般的とはならぬ。一般國際法と云ふことは出來ぬ。しかし兎に角最近國際聯盟の國際法典編纂に際しては、「國家も就中其商行爲に從事する場合には外國裁判所の管轄に服すべきやや」の問題を考慮することとなつた（クェッショネール第十一）。

〔絕對免除主義〕　主權國は互に平等のものであつて、從て一國が他國の法權の下に立つべきものではない（「對等者間に權力行爲はない」（Par in parem non habet imperium）。國家は他國の裁判權を免るるものである。「國家の（裁判權）免除」State immunity と稱せられる。國家の「治外法權」とも稱せられる。右の觀念は英國の判例に徹底的に採用せられ、米國の判例亦之を踏襲し、佛獨の實際も亦從來此規範を脫することを得なかつた。此主義を稱して絕對免除主義（theory of absolute immunity）と云ふ。此主義によれば(一)外國の君主及(二)外國の國家の「財産」（例へば國有船舶―それが「商業用」に供せられる場合であつても―又私有船舶にしてそれが國家の「公用」に供せられる場合でも同樣であるが）は外國の裁判及執行から免除せられる。

右の所謂絕對免除主義と雖も何等の例外を認めないものではない。殊に

(一)　外國が裁判免除の特權を拋棄した場合、就中自ら原告となつて一國の裁判所に出訴した場合

(二)　外國が一國內に於て土地を所有する場合

(三)　原告たる外國に對し一個人が原訴訟に牽連する反訴又は反對請求を提起した場合

の如きは例外として一國裁判所が外國を訴訟當事者として扱ひ得るものとして居る（フート、ウエストレーキ）。

佛國に至つては、一八四九年一月二十二日の大審院判例に於て英國等と同樣絕對免除主義を採つた。事件は、スペイン政府に軍隊用の靴を賣つた佛國商人が原告となつて、同政府の佛國に在る債權を差押へんとしたものである。右判例は、外國が主權を有するを理由とし、及び外國と契約する商人は其裁判免除を承知の上で契約した

こと、並に外國に對する判決は執行の困難なることを理由としたものである。しかし、後年に至り、佛國の判例は外國政府の經營に係る鐵道についての民事の訴訟を取上げた例があるやうである（一八八五年五月五日の大審院判例）（ウェース）（佛國最近の判例につき下掲〔備考五〕參照）。

〔國有船にして通商に從事するものの地位〕　〔パールマン・ベルジ號事件其他〕　パールマン・ベルジ號事件（the Parlement Belge）（一七八〇年）として現はれた英國の判例は右の絕對免除主義を代表するものである。此船舶はベルギー政府の所有する船舶であつて、同國海軍士官によつて動かされて居つた。又、郵便船たることが主たる任務で、普通の乘客をも載せて居つたがそれは從たる任務に過ぎなかつたと云ふ。又當時―卽ち今より數十年前のことである―一國の國有船が商業に從事すること、卽ち普通の商船同樣の任務に從事することは稀であつた。然るに近來は國有船にして商船同樣の任務に從事するもの多きを加ふるに拘はらず、又、乘組員も一國の士官水兵でなく單に普通の水兵であるに拘はらず、又、右國有船の或ものは民間の會社又は個人が傭船したものであるに拘はらず、此等の場合に對し一切―船舶の所有權が國家に在るの故を以て―卽ち其船舶が「國家の財產」たるの故を以て―而して國家は他國の裁判權の下に立たざるの故を以て―裁判免除の特典を與へたことは單に先例（前記パールマン・ベルジ號事件）に拘泥すると云ふ以外、何等理由なきものである

ると學者は云ふ。英國が今尙は舊套を脫することを得ざるは近年の判例卽ちボルト・アレキサンドル號事件（一九一九年）（The Porto Alexandre）等に現はれて居る所であり、又米國もエキズチエーンジ號事件（一八一二年）（The Exchange v. McFaddon）以來の同樣の態度を改めざることは、近年の判例―一九二六年のペサロ號事件（The Pesaro）に於ける判事ヴアン・デヴァンターの意見―に現はれて居る。曰く「政府が所有し運用する船舶は假令通商に從事する場合と雖も軍艦同樣に公船と看做すべきである。一國民の經濟的利益を增進するは海軍力の維持と同樣公けの目的に役立つものである」と。

玆に一見不可思議なるは右船舶はイタリー政府の所有に係るものであり、而してイタリーは後に述ぶる如く、自國裁判所に於ては右の絕對免除主義に反對し、卽ち制限免除主義を採つて居るに拘はらず右事件に於てイタリー大使の名に於て米國裁判所に對し裁判免除が主張せられたことである。更に不思議なるは獨逸の裁判所に於て米國の船舶局に屬する船舶に對して裁判免除の特典を認めたことである（一九二一年）（the Ice King 事件）。米國は其國內法に於て、在外使臣に對する訓令に於て、船舶局所屬船舶に對し裁判免除の特典を外國に對して主張せざるの意思を明示して居るが（下掲〔備考三〕參照）、前記事件に於て獨逸裁判所は原告の之を援用したるに拘はらず之を取り上げなかつたことである。

〔制限免除主義〕　前記の絶對免除主義に對して制限免除主義（theory of limited immunity）と云ふのがある。此主義を援用した著しいものは伊國の判例である。ベルギー及エジプトの判例も同樣の傾向を示して居る（米誌一九三一年一月五〇頁以下參照）。

一八八七年伊國の控訴院は外國に對する伊國裁判所の管轄權を論ずるに當りて、外國の「主權行爲」と、然らざるものとを區別し、前者については伊國裁判所が管轄權なきは勿論なるも、後者については管轄權を有するものとした。又一九二五年六月十二日の伊國高等法院の判例に於ては「一國の裁判所は原則として他國に對する管轄權を有しないが、此原則は絶對のものではない、例外がある。殊に例へば外國が其裁判免除の特權を拋棄した場合の如き然りである。而して外國が之を拋棄するは、獨り原告として伊國の裁判所に出訴した場合のみでなく、伊國の領域内に於て「商業に從事する爲め或行爲をなすとき」も亦右の拋棄ありたるものとすとして、露國が其代理人により伊國内に於て商業に從事するにより、伊國裁判所は露國に對し管轄權を有する旨を以て、判決を下した。次で翌一九二六年三月十三日の判例に於ては伊國裁判所は更に進んで「私法關係の事項」については凡て外國に對しても私人（外國人）に對すると同樣、伊國裁判所は管轄權を有することを明にした。しかし事玆に至つては伊國の學者と雖も反對の主義を持する他國の同意を得難いであらうことを認めて居る（ディエナ）。白耳義の判例も亦類似の主義を採用する。卽ち一九〇三年六月十一日同國大審院の判例である。事件は白耳義の或會社

が蘭國―同國の鐵道管理者―を相手取つて、さきに契約によつて支拂つた或金額の償還を請求したものである。右大審院の見解によれば、外國の財産を「差押」へることは出來ないが、しかしそれが爲め本件に於て白國裁判所が管轄權なしと云ふことは出來ぬ、例へば一白國人が白國政府に對する爭訟に於て勝つても、之が「執行」の爲め白國の財産を差押へることは出來ないが、しかし白國は其債務を支拂ふであらう。それと同じで外國政府に對し同樣のことを期待するも決して不當ではないと云ふてゐる。エジプトの混合裁判所（上級審）に於ても英國の判例に背き、伊白の判例と同樣に制限免除主義を採用した（一九二〇年 The Sumatra 號事件其他、上揭米誌一九三一年五〇頁以下）。瑞西も亦同主義を採るやうである（一九一八年三月十三日の判決）。

〔裁判免除の特權の拋棄〕　國家は如何なる場合其裁判免除の特權を拋棄するものと認むべきか。之について議論がある（外交使節の特權拋棄について前に述べたる所參照）。右特權拋棄は明白否明示的のものでなければならぬか、國家が自ら外國裁判所に訴訟を提起し、又は訴訟に參加し若は應訴した場合には特權を拋棄したものと認むることが出來る。反訴又は反對請求の提起については議論がないではない（米誌一九二五年七月五五三頁以下）。仲裁條項を含む契約は裁判權免除の拋棄と見るべきかについても議論がある。否英國の先例は此問題につき消極的の解釋を取る（ケランタン政府事件）（同上）。要するに、英國の判例は特權拋棄を嚴正に解せんとする傾向がある。しかし大陸派中には―例へ

ば佛のウエースの如き—默示の拋棄を認め而かも之を廣く認めんとするものもある。「沈默は承諾なり」と認め、外國が一國の裁判に反對さへしなければ免除の特權を拋棄したものとして居る。「情況による拋棄」を認めて居る。更に進んでは佛國內に於て外國が商工業に從事する場合はこれ暗默に右免除の特權を拋棄せるものなりと見て居る。(下揭〔備考五〕參照)。

〔裁判と執行〕〔呼出狀及訴狀の送達〕　「裁判」と「執行」とは別問題である。ウエースの如き判事は裁判をすればよいのであつて、執行は執行吏のすることである、債務者貧困にして執行が事實だめであつても、裁判官は法の命ずる所によつて裁判し判決を下さなければならぬではないかと云ふて居る。伊國は外國に對しても一例へば外國船舶に對して—強制執行をなし得るものとして居るが、白耳義の如きは、外國に對し判決を爲し得る場合に於ても執行はしない、否出來ないと云ふ見解を持して居るやうである。實に外國に對する訴訟に於て(一)呼出狀又は訴狀の送達及び(二)強制執行についての困難は絕對主義者側から相對主義者に對して浴せかける非難である。右の困難あるは事實であるが、必ずしも困難でない場合がないではない。一國內に外國のエゼントが居る場合—例へば露國の通商代表が居る場合の如き—之に對して呼出狀や訴狀を送達したり又其通商事務所が保有する財產に對して執行をしたりすることが出來ないではない。從て右の如き場合露國通商事務所に對し—露國に對し—訴訟當事者たるの取扱をすることは、事實上敢て困難でない。

〔國家の通商行爲〕〔私法關係の事項〕　國家は其經濟的活動殊に通商行爲については、其他國內に於て行はる限り、他國の裁判權の下に立つべきであらうか、それとも裁判免除の特權を主張し得るものであらうか。外國貿易を國營として居る露國は他國內に於て通商代表部の爲した法律行爲に關しては諸國との「協定」によつて右の特權を拋棄して居る例がある。現に露國は一九二一年五月獨逸との間の條約に於て「獨逸國內に於て行はるる私法關係の取引及之より生ずる經濟上の結果に付ては露國政府は獨國司法官憲の裁判に服し又其執行手續に服する」旨を約束して居る。同年十二月の墺國との條約に於ても露國は墺國に對して同樣のことを約した。一九二四年伊國との條約には右ほど明白ではないが似寄つた條約規定がある。又、ヴエルサイユ條約(第二八一條)及サン・ゼルマン條約(第二三三條)には「獨國(又は墺國)の政府が國際貿易に從事する場合には主權に屬する何等の特權免除を有するものと看做さず」との規定がある。又米國の船舶局は國內規程に於て其所屬船舶について免除の特權を主張しない旨を規定し、其趣旨を在外公使に訓令して居る。右等諸般の趨勢に鑑みて、學者間今や明示の拋棄とか默示の拋棄とか詮索し、默示の拋棄と認むべき場合如何などを詮議するよりも、一步を進めて「私法關係の事項」については—或は jure gestionis (jure imperii に對するの語)として爲した行爲については—國家も他國の裁判權に服すべき

ものとするを可とするの說を見るに至つた。固より「主權行爲」と「私法關係の行爲」との區別は時に明白ならざる場合もないではない。jure imperii と jure gestionis との區別も必しも常に明瞭であるとは云へまい（米誌一九三二年七月附錄文書六〇六頁）（國際法の問題のみならず時には國際私法の問題も生ずる。米誌同上五九八頁以下）。國家の借金一つでも前者に屬する場合もあり後者に屬する場合もある（公債の性質につき同上六三二頁、公債の準據法につき國際司法裁判所判決セルビア國債事件參照）。が、しかし一方には兩者何れに屬するか明白なる場合もある。其後者に屬すること明白なる場合一國裁判所が管轄權を有することとしても、別段不當と云ふことはあるまい。尤も從來各國の實際―判例―が前述の如くである以上―伊國の如き例もないではないが、それはまだ極めて少數である―新なる「條約」を作つて各國の同意を得るに非ざれば、右の如き進んだ見解を各國の裁判所に强ふる譯には行かぬ。これ本問題につき條約の締結を必要とする所以である。尤も多數の國が果して右の如き進んだ見解に贊成するか、それは今の所全く疑問である。

【備考一】一八九一年アンステイテユーの決議は（其第四條に於て）六箇の場合を擧げて外國に對する一國裁判所の管轄權を認めて居る。曰く

（一）物―不動產のみならず動產をも含む―に對する訴訟。

（二）國家が外國人の相續人又は受遺者たる資格に於て關係する訴訟。

（三）國家が外國に於て商工業の設備又は鐵道を有する場合、之が爲め關係する訴訟。

（四）國家が明かに外國裁判所の管轄を認めたる場合の訴訟（卽免除の拋棄）。但し國家が自己に對する訴訟に對し答辯すれば裁判所の權能を認めたるものと看做さる。

（五）國家が他國內に於て取扱ひたる契約に關聯する訴訟。但し明示の約款又は訴訟自體の性質により法廷所在國に於て完全なる執行をなし得る場合に限る。

（六）國家が他國內に於ける不法行爲又は準不法行爲より生ずる損害賠償問題についての訴訟。

【備考二】昭和三年（一二、一八）我大審院第二民事部決定に係る中華民國に對する約束手形金請求事件に於て、判決は「凡ソ國家ハ其ノ自制ニ依ルノ外他國ノ權力作用ニ服スルモノニ非サルカ故ニ……民事訴訟ニ關シテハ外國ハ我國ノ裁判權ニ服セサルヲ原則トシ」と云ひ、唯外國が自ら進んで我國の裁判權に服する場合のみが例外であることは國際法上疑なき所であるとて、其例外については「條約ヲ以テ之カ定ヲ爲スカ又ハ當該訴訟ニ付、若ハ豫メ將來ニ於ケル特定ノ訴訟事件ニ付、外國カ我國ノ裁判權ニ服スヘキ旨ヲ表示シタルカ如キ場合ニ於テ之ヲ見ルモノトス」と云ひ、而して一國が任意に外國の裁判に服する旨の表示は「常ニ國家ヨリ國家ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論ニシテ、假ニ外國ト我國民トノ間ニ民事訴訟ニ關シテ外國カ我國ノ裁判權ニ服スヘキ旨ノ協定ヲ爲スモ、其ノ協定自體ヨリ直ニ外國ヲシテ我國ノ裁判權ニ服セシムルノ效果ヲ生スルコトナキモノト謂ハサルヘカラス。……本件手形ノ振出行爲ニ因リテ假ニ之ニ關スル訴訟ニ付中華民國ニ於テ我國ノ裁判權ニ服スル旨ノ當事者間ノ合意ヲ認ムヘキモノナリトスルモ、未タ之ニ因リ中華民國ヲシテ我國ノ裁判權ニ服セシムルノ效果ヲ生セ」ざるものであると云ふて居る。本件に於て抗告は中華民國公使が裁判外で「法廷ニ於テ力爭抗議スル旨ヲ言明シ」たと云ふが、假令その事實ありとするも、それは單に裁判外の言明にすぎない。訴訟手

續上の行爲と見ることに出來ない、と云ふて居る。

次に外國に對する「訴狀の送達」について―原告から「外國」に對して我裁判所に訴訟を提起した場合、裁判所は訴狀を相手方（「外國」）に送達し期日を定めて相手方を呼出し、これによつて應訴の有無即ち裁判免除の特權を抛棄するや否やを檢する機會を作るべきであるとの議論（抗告）に對しては、判決は「必スシモ論議ナキニ非スト雖……職權ニ依リ爲サルル送達及期日ノ呼出ハ卽我國權ノ行使ニ外ナラサルカ故ニ我國權ニ服セサル外國ニ對シテ之ヲ發スヘキモノニ非サルヘキヲ俟タサル所」であると云ふて居る（大審院判例集七卷一二號）。

【備考三】　大正十五年原告朝鮮銀行、被告米國船舶局非常船舶株式會社間に損害要償事件が橫濱地方裁判所に繫屬し、十數回辯論の末、昭和三年十一月訴の取下となつた。其際鑑定人の一人たりし高柳敎授が「米國國有商船は日本の裁判管轄權に對しイムミユニテイを主張し得るや」につき國際法外交雜誌（昭七、五、一）に揭ぐる鑑定參照。尙ほ右米國船舶局が其所屬船に對し外國に於て裁判免除を主張せざること（但し場合によつては船舶自體の差押免除を主張し、米國政府の信用に於て判決の結果たる金錢請求に應ずべき約束の下に船舶の釋放を求むべきことを留保してはあるが）につき英年鑑一九二五年一三六頁參照）。

【備考四】　國有船舶の免除に關しては一九二六年四月十日のブラツセル條約がある。此條約は批准未だ出揃はないものがあるが（一九三二年七月米誌附錄による）のみならず、米露兩國は加入して居ないが、「國有の船舶及貨物」を「國家」と共に―但し專ら公用に使用せられる船舶・貨物を除く―私船・私貨・私人と同樣の法律・義務及裁判管轄に服せしめることとしてある（米誌上揭五六三頁）。

【備考五】　佛國裁判所は一九二九年二月十九日の判決を以つてソヴエート政府通商代表部に對し裁判免除の特權を認めず、其財產について裁判の結果執行を命じた（米誌一九三一年一月五九頁）。

第五章　國際法律行爲

第一節　一方行爲

一　一方行爲

國際法律行爲は一方行爲と双方行爲（條約）とに分れる。多方行爲＝多邊的條約＝多數當事國間の條約には、大體に於て双方行爲に關する原則が適用せられる。

當事國の一方的意思表示によつて法律上の效果を生ずる場合（但し發信主義でなく受信主義による）稱して一方行爲と云ふ。一國の一方的意思表示（例へば申込）に對して相手方の意思表示（承諾）がある場合、其他双方の意思表示が一致して茲に法律上の效果を生ずる場合には、一方行爲ではない。しかし一國の一方行爲に對して相手國が其效果の發生を妨げたり、又は之に迎合することはあつても、一方的意思表示だけで一定の法律上の效果が生ずる場合には、それは一方行爲であり、双方行爲ではない。

一方的國際法律行爲は國際間に於て常に見る所である。學者の分類によれば（一）宣言又は（及び）通知（二）承認（三）抗議（四）拋棄が一方行爲とせられる。