

使節権に関する一考察

広 井 大 三

はしがき

- 一 外交関係樹立の権利義務
 - 二 外交使節団の設置と使節権
 - 三 使節権の概念
 - 四 使節権の系譜
 - 五 国連国際法委員会と使節権
- 結 び

はしがき

筆者は、ここ数年来、国際法における外交法と呼ばれる分野に関心を抱き、そのアプローチの手始めとして、特に、外交関係の樹立と断絶についての概念上の整理を心掛けて来たが、本稿も、そうした外交法研究の一環として、使節権に対

する従来の学問上の捉え方を、まさに捉えなおす観点から、その概念をめぐる自分なりの考察を推敲しようとするものである。その意味で、決してアップ・ツー・デートな問題とは言えないが、外交法の研究過程で避けては通れない性質の問題と思われるので、ここに敢えて拙文を呈することによって、使節権に対する自己の省察を披瀝する次第である。

なお、この主題との関連で、拙稿「外交関係樹立の法理」（大東文化大学法学部創設十周年記念論文集）と「外交関係の主体と権利」（大東文化大学紀要・第二二号）についても、批判と教示とを仰げれば幸甚である。

一 外交関係樹立の権利義務

国家承認や政府承認によって、承認国側と被承認国側の双方に、外交関係樹立の権利義務が必ずしも発生するのではない。つまり、外交関係の樹立は、承認の直接的な効果ではない。これを特に国家承認について考えてみると、確かに国家承認によって、新国家は対外主権を確立するが、それは、外交関係を現実に開設する権利までも内包するものではない。⁽¹⁾

新国家と承認国との間で外交関係が樹立されるためには、相互の同意が必要であるので、現実に外交関係を開設する権利義務は、その合意の成立によって、初めて発生するのである。この意味において、外交関係を樹立する権利義務は、一般国際法ではなく、当該二国間の特別国際法の範疇に大部分が所属するものである。もう少し敷衍すれば、「外交関係の樹立のためには、双方の同意が必要である」ということは、一般慣習国際法と一般条約国際法（従来の外交上の国際慣行を法典化したウィーン外交関係条約を指す）で認められた法原則であるが、当事国間で現実に外交関係を樹立する権利と、それに呼応する義務は、一般慣習国際法や一般条約国際法に帰属するのではなくて、あくまでも、二国間の合意に基づいて成立する特別国際法（たいていの場合、明示の合意形式としての特別条約国際法）上の権利であり義務である。したがって、承認が行われても、一般国際法上、外交関係を樹立する権利を双方が取得することにはならず、実際に外交関係を開設して外交使

節を交換するためには、承認とは別に、当該国間の合意がなければならぬ。

以上のことを換言すれば、承認された新国家は、国家にとって基本的な権利である対外主権のコロラリー（当然の結果）として、承認国との間で外交関係を樹立する資格（外交能力）を取得するが、この資格（外交能力）は、現実に外交関係を開設することができたり、現実に外交関係を開設しなければならないという性格の、具体的、実際の権利義務の総体を意味するものではなくして、一般論としての国家の抽象的な地位を表現するものである。実定国際法上の権利や義務として、相手国との間で現実に外交関係を樹立を実現させるためには、そのための双方の合意が必要不可欠であり、合意が無いのにも拘わらず、外交関係の樹立を、単独、かつ、専断的に宣言したり実行したりすることはできない。一般に国際法の定立が、国家間の合意を基礎とすることをもって原則とするように、国際法上の法的要件にしたがって行われる法的行為としての外交関係の樹立も、国家間の合意を基礎とすることにおいて、決して例外ではないのである。

このように、国家承認や政府承認において、既存の承認国は、その承認の直接の効果として、新国家や新政府と外交関係を、現実的、具体的に開設する権利を取得するのではないし、また、承認したからと言って、外交関係を是が非でも開設しなければならぬという義務を請け負うのでもない。外交関係を樹立するか、しないかは、承認国が、まさに自己の対外主権に基づいて自由に判断できることである。このことは、承認される新国家や新政府にとっても同様である。承認されたからと言って、承認国と外交関係を樹立する権利義務の関係に立たされるわけではない。各々の立場で任意に裁量できることである。したがって、承認の後、双方に外交関係が樹立されなくても、それは、国際法上の権利を侵害したり、義務に違反したことはない。

現実の国際社会においては、諸国間の通交（intercourse）は法的に自由な——それだけに、政治的判断によって決定される——行為であるので、他国との外交関係の樹立も、当該国家の自由意思に委ねられており、そのための同意を要求する

権利も、要求に従う義務も、一般国際法上、存在してはいない。と言うことは、他国との外交関係の樹立は、国家が一般国際法上で当然に享有するとされる基本的な権利義務のカテゴリーには属していないと言うことである。

しかし、一般国際法の法域には存在しなくても、特別国際法のカテゴリーには存在する。したがって、外交関係の樹立について合意が成立すれば、外交関係の樹立の声明を発表したり、外交使節団の派遣・接受について具体的に交渉したりする一連の行為を、権利として義務として遂行することになる。

前にも触れたように、承認の直接的な効果として、承認される側は、承認国との間で外交関係を樹立し得る外交能力を取得することになるが、この外交能力は、対外主権と表裏一体をなすものであるため、外交関係の樹立に限らず、広く通交上の権利義務全般にわたって国家関係を成立せしめる能力であり、対外的な意思表示を行い、国際法を定立する能力である。このような外交能力が、承認の結果として被承認側に認められることは否定できない。けだし、国家承認は、こうした外交能力を有する国家として、新国家を承認することであり、政府承認は、新政府が、国家を正式に代表して、国家として享持する外交能力を行使し得る地位にあることの承認だからである。

この外交能力に基づき、承認国と被承認の新国家、新政府は、外交関係の樹立につき、相互に意思表示をすることが可能となり、それが結局は対外主権の行使になるわけであるが、この場合の意思表示は、あくまでも外交関係樹立の是非をめぐるものであって、相手方に対して外交関係の開設を要求する意思までをカバーするものではない。外交関係を持ちたいという願望を表明することはできても、それを要求することはできない。要求できるとすれば、それは、権利のカテゴリーに入るが、そのような権利は、一般国際法上、いまだ確立されていないし、対外主権も、そこまでの外延的拡がりを持つものとして認知されているわけではない。

したがって、承認国と被承認側の新国家、新政府は、承認の後、その承認国から外交関係の開設を要求されても、それ

を受諾する義務までも負担することにはならない。国際法の現段階では、国交の無い国家間において、国交を要求する権利と、それに応ずる義務は、一般国際法のレベルでは存在しないのであって、それを国際法上の権利義務として享受するためには、相互の同意という法的プロセスを完了させねばならない。その同意が得られて、初めて、外交関係の樹立が、特別国際法上の権利義務として定立されるのである。つまり、外交関係樹立の権利義務が、いわゆる、一方に権利があれば、他方に義務があるという双面的な呼応関係において展開するのは、特別国際法の範疇においてである。

しかし、以上は、実定国際法を基盤としての法理である。

世界の平和を希求する国際法の理念という究極の目標を視座に据えるならば、以上とは違った法理の演繹が可能になるかもしれない。何故ならば、世界平和の維持という国際法の理念に立脚するならば、国際社会の一層の緊密化を媒介して、なるべく多くの国々に外交関係が形成されることが、何よりも望ましいからである。したがって、国家承認や政府承認が行われた場合、それに、外交関係樹立の要望が表明された場合、少くとも理念的な合理性の見地から言えば、相互に外交関係の樹立に努力し、その実現を通して国際社会の平和の一助を担うことが、現代国家の義務であると言える。

しばしば、国家承認と政府承認をめぐって、承認することが既存国家の義務として論及される場合があるのも、これと同様の文脈においてである。

諸国の自由裁量によって行われる承認の現状から、承認を実定国際法上の義務と断定することはできないが、国際法の理念を斟酌しても、やはり、それは義務ではないと裁断できるかどうか。従来、承認の慣行だけではなく、学説においても、承認の義務は否認されたままであり、承認義務説は、国際法の現段階では実定法上の妥当性を充足させるまでに至ってはいいない。しかし、立法論的合理性を論拠とするならば、当為としての承認義務は、その存在意義を肯定されるに違いない。

「現在の国際社会では、諸国の関係が非常に密接になってきて、ほとんど不可分的である。政治上でも、経済上でも、思想上でも、たえず交渉をもち、影響を及ぼしあっている。この関係から、ある国を完全に除外することもできなければ、ある国が完全に孤立することもできない⁽²⁾」という現状認識に立脚すれば、「法律上でも、すべての国の間に権利義務の関係を認めるべきである。いいかえれば、すべての国を国際法の主体として認め、それに国際法上の権利義務を認めるべきである⁽³⁾」という帰結は正当な論理であって、国際社会の現実に国際法の理念を照射して、その止揚を意図するならば、承認義務説は、当然に妥当性を獲得する筈である。

そして、このことは、外交関係の樹立についても、そのまま当てはまるのである。

まして、一般的な趨勢として、恰も外交関係を樹立することを目的に承認が手段として行われる場合が多いことを考慮に入れるならば、手段としての承認が義務であれば、目的としての外交関係の樹立は、当然、義務ということになるであろう。諸国の慣行上、外交関係の樹立のために国家承認や政府承認が行われる背景には、日々、高まり行く国際社会の相互依存性が色濃く反映しており、外交関係の樹立が、承認と同時に公表される場合が多いという、その現実の状況が、實質的には、承認と共に、外交関係を樹立すべき義務が厳然として存在することの証左であるかもしれない。承認によって、實際上、承認した側にも、承認された側にも、外交関係の樹立に同意しなければならぬ今日の状況が現出するのかもしれないのである。

しかし、こうした義務を視点として、実定国際法をみれば、やはり、その義務に呼応する権利が見当たらない。国家は、他国と外交関係を持つべきだという主張は、義務としては肯定され得ても、権利としては肯定され得ないのが、一般国際法の現状である。とすれば、この義務は、法の次元の義務ではなく、国際道徳律の次元における義務ということになる。外交関係を樹立する義務はあっても、権利が無いとすれば、義務だけが片面的に存在する、それは、道徳律の世界の

ことである。法の世界においては、一方に権利があれば、他方に義務が存在するという権利と義務の双面的な関係が窺われなければならない。そのような関係の存在が指摘され得ず、義務のみが存在するのであれば、その義務は、法ではなく、道徳の次元で評価されなくてはならない。⁽⁴⁾

したがって、国際法の理念を基軸とする文脈の中で、外交関係の樹立を現実の国家の当為として義務付けることが可能であっても、条約と慣行を主たる法源とする実定国際法を踏まえる限り、外交関係樹立の権利義務は、一般国際法上、存在しているとは言えないのである。

こうした法の理念と現実のズレは、法と道徳との乖離の一面を晒すものであって、現代の国際法学が直面するジレンマの一つでもある。

(1) 国家承認や政府承認と外交関係樹立の法的関連については、拙稿「外交関係樹立の法理」(大東文化大学法学部創設十周年記念論文集、一九八四年刊)を参照されたい。

(2) 横田喜三郎著『国際法学(上巻)』有斐閣、一九五八(昭和三三)年版、二三八頁。

(3) 横田、前掲書、同頁。なお、ラウターパハトは、承認義務を肯定している。Lauterpacht, H., Recognition in International Law, 1947, pp. 87~97. しかし、承認を、外交関係の樹立や外交使節団の交換との関連では論及してはいない。

(4) しかし、これは、道徳律の世界への過少評価を意味するのではない。国際道徳には、漠然とではあっても、国家の行動を規律する規範力が認められるし、それは、J・フランケルが指摘するように、「国際法の解釈と発展のために進取の基準を提供する」という効験を現代において担っているからである。Frankel, J., International Relations, 1964, p. 191.

二 外交使節団の設置と使節権

国家間の状況のいかんによって、外交関係は開設されていても常駐外交使節団が設置されていない場合が、⁽¹⁾ 現実

使節権に関する一考察(広井)

ばしば発生することからもわかるように、外交関係の開設(樹立)と外交使節団の設置とは、本来、別々の概念をもつ異なる行為である。したがって、ウィーン外交関係条約でも、各々について、「相互の同意」を条件にしており、外交関係が樹立されれば、自動的に、外交使節団の設置が可能になるのではない。実際の国際慣行においては、外交関係の樹立を宣言する際に、同時に外交使節団の設置についての合意も一緒にして公表するのが普通であるので、両者を同一の行為や現象として見聞しがちであるが、両者は共に別々の「同意」という法手続きを基礎に成立するのである。別々の条件から成立する以上、たとえ、外交関係の樹立について同意が得られても、外交使節団の設置について合意が成立しなければ、後者の実現は不可能である。

これを権利義務の観点から言えば、外交使節団の設置の権利義務は、それに関する相互の合意に基づいて発生するので、外交関係樹立の権利義務と全く同様に、特別国際法上のものである。国家は、国際法の主体として、当然に外交使節団を設置する権利義務を享有するのではなく、一般国際法上、国家に認められるのは、外交関係を開設して常駐外交使節団を交換する資格としての外交能力である。それは、国家の国際法人格を源泉とする権利能力と行為能力の総体を示すものではあるが、具体的に他国に対して外交使節団の交換を要求できる権利そのものではない。この外交能力を具体化させ、現実に外交使節団の交換を実現せしめるためには、相手国の同意が必要であるので、外交使節団の交換(派遣・接受)の権利義務は、特定二国間の合意によって成立する特別国際法上のそれである。

この意味において、国家承認と政府承認の直接的な効果として、外交使節団の派遣・接受を説くことは適正ではない。承認の効果として生ずるのは、けだし、原則として、一般国際法上の権利義務関係だからである。

承認国と被承認の新国家・新政府との間に、常駐外交使節団が交換されるためには、承認とは別に、外交関係を樹立させ、しかる後に、外交使節団の設置についての合意を成立させなければならぬ。この相互の合意により、外交使節団を

交換する権利義務が発生するのである。

この外交使節団の設置についての合意とは、使節団の長の階級⁽²⁾、随員の数と職種、職務の開始時期、公館や事務所の設置場所等の、どちらかと言えば事務的な内容の事項をめぐる同意を得ることであるが、これらの事項について合意が成立すれば、それに基づく外交使節団を相手国に設置する権利、すなわち、外交使節団を派遣する権利を取得し、他方、相手国の外交使節団を接受する義務を負うことになる。合意事項に反しない限り、一方の派遣する外交使節団の受け入れを拒否することはできない。それを接受することは、当該国家間の特別国際法上の義務であり、他方は、特別国際法上の定立された権利として、外交使節団を派遣できるのである。

もっとも、派遣されてくる外交使節団の長や随員が、接受国にとって、いわゆる、*「好ましからざる人物 (Persona non grata)」*であれば、その者について接受を拒むことは可能であるが、⁽³⁾外交使節団そのものの接受を拒絶することは不可能である。また、外交使節団の設置について合意が成立しても、ただちに、外交使節団が設置されるとは限らず、かなりの準備期間の後、使節団の長が赴任して正式に業務を開始するまでには、二、三ヶ月が経過するのが普通である。

ところで、従来、国際法学において、外交使節団の派遣・接受の権利義務の中でも、とりわけ、論議の対象とされてきたのは、外交使節団を派遣する権利としての「使節権」(能動的使節権)であるが、使節権は、二国間の合意に基づく特別国際法上の権利としては名実共に存在するのである。それを、恰も、一般国際法上の権利として、国家であれば、当然に享有する権利であるかのように詮索され、議論されたために、結果的に、使節権という権利それ自体の存在が全く国際法上から放逐される形の結末に終わっている。

すなわち、「外交使節を派遣し接受する権利を使節権という。これを自国の外交使節の派遣に関する権利、能動的使節権と他国の外交使節の接受に関する受動的使節権とに分ける。使節権は、国家の交通権の一つとしてあげられるが、かっ

ては、国家主権の属性と考え、積極的に主張されることもあった。このため、その権利の性質について争いがあり、外交使節の派遣と接受に関する単なる国家の国際法上の能力にすぎないのか、あるいは、国際法上承認がなされれば、国家は当然に使節の派遣・接受を要求し、相手国は常にこれにこたえる義務があるとするのか、について一致がなかった。しかし、「外交関係条約」第二条によれば、外交関係の開設と常駐の使節団の設置は国家間の合意によって行われることとされたから、相手国の同意なくして外交使節を派遣し得る権利という意味での使節権は存在せず、単なる能力としてとらえるべきである⁽⁴⁾。

しかし、もともと、国家であれば当然に享有し、相手国の同意も無しに自国の外交使節を派遣できるという意味での使節権は、国際法上、存在してはいなかったのである。それを恰も存在するかのよう設定して議論するのは、いわゆる、法の擬制（フィクション）であり虚構である。この点を歴史的に省察しても、例えば、H・ニコルソンは、古代ローマ帝国が、対等国の使節についても入国許可を申請させたことを指摘し、⁽⁵⁾ A・ヌスポームが、常駐外交使節団の設置に関して、一五二〇年に神聖ローマ帝国とイギリスの間で特別の条約が締結された事例を引用していることから推察して、⁽⁶⁾ 他国の同意を得ないで使節を派遣できる権利など、昔から、少くとも対等国家の関係においては存在しなかつたはずである。

と言って、しかし、使節権のレーゾン・デートルを国際法上において全く否認してしまうことは妥当ではない。国家は、一般国際法上の当然の権利として、使節権を享有するのではないが、特別国際法上では、使節権を取得することが可能である。外交使節団の設置について合意した以上、双方は、使節団の設置に応ずる義務を負い、また、それを正当な権利として実現することができる。したがって、使節権は歴然として実在するが、それは、あくまでも特別国際法上の権利として把握されるべきである。

さて、そこで、使節権に関する、これまでの論議を整理するため、著名な国際法学者の使節権に関する所説をピック・

アップしてみよう。

〔オッペンハイム〕

「使節権とは、外交使節を派遣、接受する国家の権利のことである。この内、使節を接受する権利が、受動的使節権と呼ばれるのに対比して、使節を派遣する権利は、能動的使節権と呼ばれている。国際法に関する何人かの論者（例えば、ホイートンやハイルポーン……原注による）は、外交使節を派遣・接受することを、国家は、国際法によって義務付けられていないと主張することにより、外交使節の派遣、接受が、国際法上の権利として存在するのではなく、単なる能力として存在するにすぎないと明言している。しかし、これは疑いなく概括の間違いである。国家が外交使節を派遣したり、常駐使節を接受したりすることを拘束されていないことは明白であるが、他方において、国際社会の存在そのものが、その構成国に対し、或る一定の目的で、折りにふれて交渉することを必要ならしめており、このような交渉は、或る構成国が、常に、かつ、あらゆる場合に、他の構成国からの使節の受け入れを拒絶できるならば不可能となる。したがって、普通の場合、あらゆる構成国が、他の構成国によってもたらされる伝言を聴取する義務は、国際社会のまさに構成員の資格そのものの結果であり、しかも、この義務は、あらゆる構成国が、こうした使節を派遣するための権利に呼応する。しかし、積極的使節権の行使は、任意のものであって、国家は、どうしても外交使節を派遣しなければならぬというのではないが、実際には、すべての国家が、少くとも折りにふれて、このような使節を派遣したり、たいていの国家が、他の多くの諸国に常駐使節を派遣している。消極的使節権は、常駐使節の接受に関してのみ任意である。⁽⁷⁾」

〔デイ・アンチロッツ〕

「外交使節を派遣する権利、即ち、外交的性質を帯び、且この性質に一致する特権免除を享有する資格を有する者を、外国に対して信任することは、通常、『積極的使節権』と称している。この権利は、その外交代表を国際社会の他の構成員に委任する義務を有することなき又は、他の国家に従属せざるところの国際社会の全構成員に属する。……積極的使節権に対応するものが、所謂『消極的使節権』即ち外交的性質を帯びる外国の代表者を接受する権利である。この権利はその資格で接受する者に対して、国際法の要求する特殊的地位を附与すべき義務を生ずる。外交使節を派遣接受する『義務』と称することは正確ではないようである。過去に於ては、この義務は、時に条約に於て規定せられたのであるが、今日では外交関係は、事実上、及び特殊事情を除いて（所謂外交関係の断絶）、国際社会の殆んど全ての構成員によって維持せられている。而して、国家は、国際社会の外に出ない限りは、全くそれを免れることは出来ないであろう。しかし、他のすべての国家に対して、すべての国家が有するという本来の意味の外交使節を派遣接受する権利は、証明せられ得ぬもの（⁸）のようである。」

〔横田喜三郎〕

「いわゆる使節権 (right of legation) として、国家は国際法上で他国と外交関係を開設し、外交使節団を設置する権利があるという主張がある。この権利は、国家が国際法上で当然に有する権利であるとされ、しばしば国家の国際法上の基本的権利であるといわれる。これには、反対がある。国際法上の当然の権利としてではなく、他国との合意によつてはじめて……できるといのである。実際の慣行上では、外交使節団の設置は、常に他国との合意によつていた。他国の合意がないのに国際法上の当然の権利として、他国に強制することはできなかった。国際法

委員会の草案でも、ウィーン条約でも、この慣行にそつて、国家間の相互の合意によることを明示的に定めた。こうして、いわゆる使節権は、国際法上の当然の権利としては認められない。もし、この言葉を用いるとすれば、他国の同意をえて、外交関係を開設し使節団を設置する能力という意味でなければならない。つまり、権利能力である。⁽⁹⁾

「外交関係を維持する権利についても、外交使節の交換に関しては、国家はその権利能力をもつだけで、当然に権利そのものをもつのではない。すなわち、他の国との同意によつて、たがいに外交使節を交換できるという能力をもつだけである。この能力に基いて、他の国と具体的な合意をとげた場合に、はじめて交換する権利を取得し、相手国に対して、外交使節の交換を要求することができる。」

このような合意がないのに、他の国に対して、いきなり自国から外交使節を派遣したり、相手国から自国に派遣すべきことを要求することはできない。⁽¹⁰⁾

(1) 一九七六(昭和五一)年の日本・カンボジア間の外交関係の樹立の場合の他、一九七三(昭和四八)年のシンガポール・ベトナム間の外交関係の樹立の場合も、外交使節団の設置については合意が成立しなかったが(昭和五三年六月六日、朝日新聞)、外交関係が樹立、開設されていても、常駐外交使節団が設置されていない場合を要約すれば、(一)外交使節団の設置について合意が得られないとき、(二)外交使節団の交換に合意したもの、当該国双方、または、一方の側の国内政情不安により、交換実現が困難となるとき、(三)国家利益の不一致や一方の側の非友好的行為を理由にして外交使節団の召還、退去引揚げが行われたとき、などがある。

(2) 使節団の長については、ウィーン外交関係条約・第十四条で、(a)大使、(b)公使、(c)代理公使の三階級に分類されているが、第二次世界大戦以後、各国は、公使よりも大使を派遣することが圧倒的に多くなっている。しかし、今日でも、外交関係の樹立と外交使節団の設置について、対外的に公表する場合には、共同声明などで「大使級の」という用語を用いることによつて、使節団の長を明確にし、相互の外交関係の「格付け」を強調することが、普通である。

- (3) 使節団の長に対しては、アグレマンの拒絶（ウィーン外交関係条約・第四条）とペルソナ・ノン・グラータによる拒絶（同・第九条）があり、外交職員である随員に対しては、ペルソナ・ノン・グラータによる拒絶（同条）になる。
- (4) これは、使節権に関する国際法学者による記述として、本稿執筆時点で最も新しいものである。小田滋・石本泰雄編『解説・条約集』三省堂、一九八三（昭和五八）年、一一四頁参照。次に新しい記述は、内田久司・皆川洸編『講義・国際法』青林書院新社、一九八二（昭和五七）年版の中の、国家の対外権能として使節権に触れた部分であるが、やはり、使節権の存在を否定して、「外交関係の樹立は相手国との合意が前提となるから、権利というよりは能力ないし権能と呼ぶほうが適当であろう。」としている（一〇四頁）。だが、合意や契約から生ずる権利は、国内法同様、国際法でも存在するのである。
- (5) Nicolson, H., *The Evolution of Diplomatic Method*, 1956, p. 19.
- (6) Nussbaum, A., *A Concise History of the Law of Nations*, 1962, p. 68.
- (7) Oppenheim's *International Law*, vol. 8th ed., 1957, p. 773.
- (8) 一又正雄訳『国際法の基礎理論』酒井書店、一九七一（昭和四六）年復刻版、二八七～二八八頁。
- (9) 横田喜三郎『国際法Ⅱ』有斐閣、法律全集五六、新版、一九七二（昭和四七）年版、二五三～二五四頁。これと同様の説明は、同『外交関係の国際法』有斐閣、一九六三（昭和三八）年版、四四～四五頁にも見られる。
- (10) 横田『国際法（改訂版）』有斐閣全書、一九七六（昭和五一）年版、八七～八八頁。

三 使節権の概念

従来から、外交使節団の派遣・接受は、相手国との合意に基づいて行われるのが、国際法上の確立された国際慣行であり、ウィーン外交関係条約第二条は、そうした現実の国際慣行を踏まえた規定であると考えることができる。したがって、使節権を、国家相互の同意を前提とする外交使節団の派遣・接受の権利と解するならば、その意味の使節権は、国際法上、確かに存在すると言わなければならない。⁽¹⁾ウィーン外交関係条約において、今日でも、外交使節団の設置に関しては、相互の合意を条件にしているので、外交使節を派遣・接受する国家の権利としての使節権は、国家間の合意という契

約の属性として現実に存在が確定されているのである。しかし、この意味の使節権は、あらゆる国家に対して主張できる絶対権として存在するのではなく、合意した特定二国間のみ認められる特別国際法上の相対権として位置付けられ得るものである。

今日、外交関係が、ほとんどすべての国々によって維持されている事実が、使節権の存在を実証していることにもなるが、その使節権は、決して「他のすべての国家に対して、すべての国家が有する」ような絶対権ではなく、あくまでも、合意によって成立する相対権である。ウィーン外交関係条約第二条は、使節権という用語こそ明記していないが、「相互の同意」を条件にすることによって、絶対権としての使節権を否定したのであって、相対権としての使節権までを否定し去ったものではない。むしろ、それは、実際の国際慣行の線に沿って、国家相互の同意による使節権の存在を肯定したものと看做すことが可能である。もともと、相手国の同意も無しに、外交使節団を派遣する権利という意味での使節権は、国際慣行としても、本来、存在しておらず、それは、否定されてしかるべきであるが、相手国の同意を得て取得する権利としての使節権は、国際社会存立の要件として本質的に否定し得ないものである。

ところが、わが国の国際法の著書においては、ウィーン外交関係条約によって、使節権が恰も全面的に否認されたかのように扱われ、「使節権」という用語さえ、国際法のテキスト類から削除されそうな傾向さえ窺われるのであるが、使節権の意味を、従来の概念規定に拘泥するあまり、国際法上の当然の権利としてのみに解釈し、専ら相手国の同意も無しに外交使節を派遣・接受する権利として把握することによって、その国際法上の存在を否定するというアプローチの仕方は、明らかに誤まりである。国家が、国際法上で当然に享有するという意味での使節権は、アンチロッチ説や横田説を引き合いにするまでもなく、それは、現実の虚構から演繹されたドグマにすぎず、国際社会の現実と照合する限り実情にそぐわない仮説でしかなかった。国家間のあらゆる通交(Intercourse)が、原則として国家の相互の合意から成立するよう

に、使節権も、国家の同意に基づいており、対等な国家間において相手国の同意も無しに外交使節を派遣する権利としての使節権は、*de iure* にも、*de facto* にも、到底、論証し得るものではないであろう。

この点、横田説では、従来のドグマ化された使節権と、外交使節を交換する権利とを区別され、使節権は、国際法上、認められないが、“外交使節を交換する権利”は、他国との合意によって発生すると指摘しておられるが、⁽²⁾使節権の概念を今日の意味で捉えるならば、これは使節権の存在を肯定する説と言えるであろう。

こうした使節権 (*right of legation, droit de légation, Gesandtschaftsrecht*) の概念は、外交使節を派遣する能動的使節権と、外交使節を接受する受動的使節権とに分けられるが——前者を積極的使節権、後者を消極的使節権とする場合もあるが、⁽³⁾後者の“消極的”という語義には否定的な意味の用法もあるので、術語として妥当かどうか疑問である——この能動的使節権と受動的使節権は、共に、法的権利であるので、各々に義務が呼応して存在する。したがって、外交使節団の設置について合意が成立すれば、双方が、外交使節を派遣する権利義務と外交使節を接受する権利義務をもつことになる。外交使節を接受する権利、つまり、受動的使節権は、果して権利なのか訝しくも感じられるが、外交使節の交換について合意が得られたにも拘わらず、相手国が外交使節団を派遣してこないという事態が発生した場合には、この受動的使節権を援用して、外交使節の派遣を要求することが、思惟としては考えられ得るので、やはり、それは権利の範疇に含まれるであろう。また、その受動的使節権に対応する外交使節派遣の義務は、かつてのグロチウスのように、常駐外交使節の存在価値を疑問視する場合⁽⁴⁾として、現実の国際社会において国家が自己の立場を維持しようとすれば、他国と意思の疎通をはからねばならず、そのためには、相互に外交使節を交換することは不可欠の要件であり、その意味において、外交使節を派遣する義務は義務としての存在意義を有している。義務であるからには、外交使節の設置に、一旦、同意した以上、外交使節派遣の義務を履行すべきであって、恣意的に留保したり拒否したりすることは許されること

ではない。国際社会の現状と、国際社会の存立という国際法の理念とに照らして、外交使節を派遣する義務を遵守するところ、平和と友好のための何よりの信義則である筈である。

ここでの使節権の対象としては、常駐外交使節を視座に据えており、一応、臨時外交使節については論外に置いているが、普通に、国際法上で外交使節の交換（派遣・接受）というときには、常駐外交使節を指しているの⁽⁵⁾で、使節権の論議の対象として、常駐使節にのみ焦点をしばったとしても、あながち不当とは言えないであろう。と言うのも、たとえ、臨時の一次的な使命を帯びた外交使節団であっても、相手国の同意なくして入国を果たすことは困難であり、入国が実現することは、究極において、相手方の同意があったものと看做すことが可能である。一次的なものとは言え、他の国に対して、いきなり一方的に外交使節を派遣することはできないという論点に立てば、臨時外交使節団の使節権に関しても、以上と同様の文脈において、特別国際法上の権利義務という構図を組み立てることが可能であるので、それは、オッペンハイムが指摘するような「概括(generality)」の間違⁽⁶⁾いということにはならないであろう。

いずれにしても、外交使節を派遣・接受する権利としての使節権は、以上の観点からして、あらゆる国に向けて主張し得る一般国際法上の権利としては存在しないが、同意し合った特定国家間の特別国際法上の権利としては存在するのである。現実に国家間の相互の同意に基づいて、外交使節の交換が可能であり、また、そのように実行されていることを論拠とすれば、同意を基礎とする使節権の存在を論証することは可能であって、ウィーン外交関係条約で使節権が明示されなかった事情というのも、決して、使節権の存在を国際法上で全面的に否定しようとする動向を表徴するものではないのである。

したがって、わが国の国際法学において窺われるような、使節権の存在を全面的に否認することによって、使節権という用語さえ排斥するようなようなアプローチの仕方は妥当ではなく、このような傾向を思うにつけ、「法律用語から、その

言葉を排除してしまうには、あまりにも性急すぎる⁽⁷⁾」というド・ナシメント・エ・シルバ(一九六一年のウィーン外交関係会議におけるブラジル代表)の感慨には、特に同調せざるを得ないのである。

- (1) この点、小田・石本・寺沢編『現代国際法』有斐閣双書、一九八一(昭和五八)年版、四九頁では、ウィーン外交関係条約が「権利としての使節権を認めなかった」としているが、これは説明不十分である。
- (2) 横田、前掲『国際法Ⅱ』同頁。同、前掲『外交関係の国際法』同頁。同、前掲『国際法(改訂版)』同頁を参照のこと。特に、『国際法(改訂版)』では、「他の国と具体的に合意をとげた場合に、はじめて交換する権利を取得し、相手国に対して、外交使節の交換を要求することができる」と明言されている。
- (3) 『オープンハイムの国際法』では、active right, passive right が用いられている (Oppenheim, *ibid.*)。また、Do Nascimento E Silva, G. E., *Diplomacy in International Law*, 1972, p. 35. でも同様で、しかも active right を jus activum, passive right を jus passivum としている。なお、アンチロッチ、前掲『国際法の基礎理論』二八七頁と田村幸策『国際法(中巻)』有斐閣、一九六三(昭和三八)年版、一九四頁では、//積極的//消極的// が用いられている。ちなみに、田岡良一『国際法講義(上巻)』有斐閣、一九五五(昭和三〇)年版、五〇五頁では、//能動的//受動的// が使用されている。
- (4) グロチウスは、自己の体験を踏まえて「慣習的に行なわれている常駐使節は、最高の権利によってこれを斥け得るのである。けだし、これらがいかに不必要なるかは、これを知らなかった古代の慣習が教えるところである。」と、常駐外交使節に対する不快感をあからさまに示している。グローチウス『戦争と平和の法』(一又正雄訳)第二巻、巖松堂書店、一九七二(昭和四七)年復刻版、第十八章三(六六二頁)。
- (5) 「単純に外交使節団というときには、常駐外交使節団のことである。」前掲、横田『国際法Ⅱ』二五〇頁。
- (6) Oppenheim, *ibid.*
- (7) De Nascimento E Silva, *op. cit.*, p. 36.

四 使節権の系譜

ローマ法に堪能なゲンチリスは、その『外交使節論』(一五八五年刊)の中で、外交使節の種類や特権や資格などについて

てローマの史実を引用しながら詳述しているが、どういうわけか、外交使節を派遣・接受する権利や義務には触れていない。⁽¹⁾だが、グロチウスは、その『戦争と平和の法』(一六二五年刊)の中で、使節権について論じており、⁽²⁾それによれば、当時、使節権は、万民法(*ius gentium*)上の権利と看做されていたことがわかる。このことから、使節権の存在をめぐる問題が、かなり前から法的な議論の対象とされていたことも推察されるのであるが、グロチウス自身は、使節権を、万民法上、絶対化することに対しては、すこぶる懐疑的になっており、国家は、正当な理由があれば、外国使節を拒絶できることを、古代ギリシア、ローマの忠実に則して説いている。ホイートンによれば、バインケルスフークにも、使節権に触れた論文があるようであるが、⁽³⁾『外交使節に対する裁判権』(一七二二年刊)では、外交使節に対する裁判権問題を詳細に論じてはいるが、使節権には論及していないので、その指摘される論文というのは、『公法上の諸問題』(一七三七年刊)を指すのかもしれない。ヴァッテルは、その『国際法』(一七五八年刊)の中で、使節権に関する一章を設けて、かなり体系的な論述を試みている。⁽⁴⁾彼は、使節権、すなわち、外交使節を派遣・接受する権利の存在を肯定するのだが、その理由は、外交使節が国家間の問題の処理と通信の伝達にとって必要な手段だという点にある。⁽⁵⁾ヴァッテルは、使節権に対応する外交使節派遣・接受の義務までは説いていないが、ホイートンは、外交使節の派遣・接受の権利と義務について、その『国際法原理』(一八三六年刊)の中で、自然法的な省察を加えることによって、次のように述べている。すなわち、「あらゆる独立国家は、平和と親善の関係を維持しようと希求する他の一切の主権国家と公式の外交使節を派遣し、接受する権利を保有している。しかし、厳密に言って、実定国際法によって、国家は、公式の外交使節を派遣し接受する義務を負っているわけではないが、この点において、諸国家の慣例と礼譲とは、一種の相互的義務を確立しているようにみえる。しかしながら、明らかに、これは、不完全な義務以外の何ものでもないし、さまざまな国家間で外交上の通交手段によって維持される関係の性格や重要性のいかんによって変更されなければならないものである」⁽⁶⁾と。また、彼と同時代のハイルボー

ンも使節権を論じているようであるので、以上の先学たちの所説から判断する限り、使節権の存否が、明確な問題意識のもとに、国際法学のリサーチの対象として理論的に探究されるようになったのは、十八世紀以降と言えそうである。

E・サトーは、『外交慣行入門』(一九一七年刊)の中で使節権に言及し、「すべて承認された独立国は、その利益を他国で代表するため、外交官を派遣し、かつ、互恵的に、このような外交官を受け受する権利を有するとされているが、しかし、そのいずれの権利を行使する国際法上の義務はない」⁽⁸⁾としながらも、外交使節を派遣する権利が、実際の条約の中で、どのように扱われてきたかを、歴史的な例証を挙げて説明している。それによると、「例えば、中国や昔の日本のような若干の東洋諸国との条約においては、外交代表をもつ権利が、はっきり明記されているが、しかし、この慣行は、かなり古い時代に始まっている。一六一四年、スウェーデンとオランダ間の条約では、両国は、相互に駐在使節を信任して派遣しなければならないと規定された。また、一六一四年に、オランダは、同様の取極を、ブランデンブルク、アンハルト、バーデン、オエティンゲル、ビュルテンベルクと締結した」⁽⁹⁾とあるように、理論上は兎も角として、少くとも事実上においては、かなり以前から、いわゆる、使節権が、国家間の問題とされていたことが推察できるのである。⁽¹⁰⁾

ちなみに、一八五八年(安政五年)の日米修好通商条約では、外交官の相互派遣に関し、第一条で次のように規定している。

「……日本政府は華盛頓に居留する政事に預る役人を任し又合衆国の各港の内に居留する諸取締の役人及び貿易を処置する役人を任すへし……」

合衆国の大統領は江戸に居留するチプロマチーキ、エージェントを任し又此約書に載る亜米利加人民貿易の為に開きたる日本の各港の内に居留するコンシユル又はコンシユラール、エージェント等を任すへし……⁽¹¹⁾」

さて、外交使節の派遣・接受を条約中に規定したものととして、とりわけ、著名なのは、一九二八年、ハヴァナで調印さ

れた「外交官に関する条約（別称・汎アメリカ条約）」であるが、その第一条で、「各国は、相互に外交官によって代表される権利をもつ」と規定している。⁽¹²⁾

しかしながら、使節権の存在をめぐる問題は、理論的には、なかなか決着がつかなかった。

前記のオッペンハイムやマンチロッチの他にセレーニも、その著書において、使節権を考察しているようであるが、⁽¹³⁾大方の論考の過程で、使節権は、国際法上の権利としての存在を否認される傾向が強くなったように窺われる。

- (1) Gentili, A., *De Legationibus Libri Tres*. (Classics of International Law), 1964. 参照。
- (2) 前掲『グローチウス『戦争と平和の法』第二巻』六五九～六七七頁参照。
- (3) Wheaton, H., *History of the Law of Nations in Europe and America*, revised ed., reprint, 1982, p. 259.
- (4) Vattel, *Law of Nations*, 4th English ed., corrected, 1811, B. IV. ch. V, pp. 452～458.
- (5) Vattel, *op. cit.*, p. 453.
- (6) Wheaton, H., *Elements of International Law*, 1836, pp. 167～168.
- (7) ヘンリッヒ・フォン・ヘールマンの『Elements of International Law, 8th ed., 1866.』とハイルボーン (Heilborn) の『Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen, 1896.』を紹介しつつ。Oppenheim, *op. cit.*, p. 773. n. 1.
- (8) Satow, E., *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, 4th ed., p. 116.
- (9) Satow, *op. cit.*, *ibid.*
- (10) H・ニコルソンは『十五世紀の大使権 (droit d'ambassade)』をめぐる宗主国と小国との関係に触れている。Nicolson, *op. cit.*, p. 39.
- (11) 維新史学会編『幕末維新外交史料集成』第三巻、第一書房、一九七八（昭和五三）年復刻版、一六一頁。
- (12) 横田喜三郎編『国際条約集』全訂版、有斐閣、一九五三（昭和二八）年版、一三三頁、外交官に関する条約。
- (13) G・F・ド・ナンメント・イー・シルヴァによれば、マンチロッチは彼の『Cours de Droit International,』vol. I. p. 265. に於いて「また、セレーニ (Angelo Sereni) はその『Diritto Internazionale,』vol. II, p. 494. に於いて、各々、使

節権の存在は確証できないとしているとのことである。Do Nascimento E Silva, G. E., op. cit., p. 35.

五 国連国際法委員会と使節権

使節権の有無をめぐる学理上の探究は、長い歴史的系譜を辿りながらも、遂に結論が出る迄に至らず、結局、その解決は、一九四七年に組織された国連国際法委員会と、それを基盤とする一九六一年のウィーン外交関係会議とに委ねられることになった。

すなわち、国際法委員会においては、一九五七年から、外交関係と外交特権に関する法典化の一端として、使節権をめぐる問題が審議の対象とされたが、そこでの各国代表の意見を集約してみると次の通りである。

まず、特別報告者（スウェーデン代表サンドストローム）の提出した「使節権をもつ二つの国がたがい⁽¹⁾に常駐的外交関係を設定することに合意したときは、おのおのの国は、他方に外交使節団を設置することができる」という原案に対して、

国際法上の当然の権利として国家は使節権を享有するか否かが問題とされ、フランス代表（セル）は、「どの国も、例外の場合を除いて、外交関係に入ろうとする他国と外交関係を設定する権利をもつ⁽²⁾」と主張し、使節権の存在を強く肯定した

が、他の多くの代表は、現行国際法のもとでは、当然の権利としての使節権は存在せず、外交関係の設定は、関係国の合意を俟って成立すると主張した。例えば、キューバ代表（アマドール）は、「いわゆる使節権は、他国に対して強制できる

という意義では、決して権利ではない⁽³⁾」とし、エジプト代表（エル・エリアン）も「国家がたがい⁽⁴⁾に外交関係をもつことは理想的立場からは、どんなに望ましいにせよ、どの国も、そうすべき法的義務を負わない⁽⁴⁾」として使節権の存在を否定し

た。インド代表（パール）、タイ代表（コーマン）、シリア代表（エル・クーリ）なども、外交関係は合意によって設定されると主張した。⁽⁵⁾ 日本代表（横田）も「外交使節団は、接受国の合意をえてはじめて、これを派遣できるもので、それは国際法の

確立した規則である」⁽⁶⁾と発言している。

こうした反対意見によって、国際法委員会では、「諸国の相互依存と友好関係の促進の重要さとは、外交関係の設定を必然的にするが、しかし、当事国間の合意が無ければ使節権を行使できない限り、草案の条文中に、使節権について言及する必要はない」⁽⁷⁾との全員一致の了解のもとに法典草案の中に使節権に関しては何も規定しないことになった。

また、使節権の主体についても、どのような国が外交使節団を派遣できるかを特に規定する必要がないという見解が多く、チェコスロヴァキア代表（ズーレック）の「すべての主権国は、外交使節団の長によって代表される権利をもつ」⁽⁸⁾との主張も、イギリス代表（フィッツモーリス）による「使節権を認めると、他の国に接受の義務をおわせることになること、すべての主権国という、主権の意義を定める必要が生じること、非主権国でも、外交関係をもつ場合があること」⁽⁹⁾との反対理由が支持されたために、結局は否定された。しかし、全体として、「すべての独立国が、外交関係を設定することができる」⁽¹⁰⁾ものとして認められ、更に、オーストリア代表（フェアドロス）やソヴィエト代表（ツンキン）の「連邦構成国も、連邦の憲法が認めれば、制限された範囲で、この権利をもつことがある」⁽¹¹⁾という主旨の発言に基づき、連合国家（連邦）のメンバーについて外交関係を設定する資格は、連合国家の憲法によっても決定されることが了承されたが、⁽¹²⁾しかし、こうした使節権の主体についても、やはり、草案の中には盛り込まないこととされた。

このようにして、使節権に関する国際法委員会の審議は、「どのような実体が使節権を有するかの決定は、派遣国と接受国のいずれによって行なわれるものなのかという問題を提起したが、その権利が存在するものと仮定した場合、他の国家には、派遣されてくる使節を接受する義務があるかどうか。もし、それが同意に基づくものであれば（全員が認めたように）その「権利」の効力は何であるのか。こうしたことの判断に照らして国際法委員会では、使節権について、草案の中で言及しないことを決定した」⁽¹³⁾のであった。

しかし、これによって、使節権の問題が、決着をみたわけではなかったのである。何故なら、以上のような国際法委員会の結論を踏まえて行われたウィーン外交関係会議においても、使節権の存在が、再び論議的になったからである。

すなわち、チェコスロヴァキア代表(ズーレック)は、国際法委員会におけると同様、「すべての国は、外交官を派遣・接受する権利を含む使節権を有する⁽¹⁴⁾」という規定を設ける修正案を提出した。しかし、やはり、これには反対が少なくなかった。特にアジア・アフリカ諸国が、その修正案は、あまりに「攻撃的(aggressive)」であると反対したために、チェコ代表は、その提案を撤回した⁽¹⁵⁾。したがって、ウィーン外交関係会議においても、国際法委員会同様、国際法上の当然の権利としての使節権は認められず、使節権を条約中に明記しようとする国々の試みは功を奏さなかった。そして、国際法委員会の作成した確定草案が、何の修正も受けることなく、そのまま全会一致で採択されることになった。それが、ウィーン外交関係条約・第二条の「諸国間の外交関係の開設及び常駐の使節団の設置は、相互の同意によって行なう」との規定である。

こうして、使節権論議は、使節権を国際法上の当然の権利としては認めないことで総括されたが、しかし、これをもって、使節権の存在が、国際法上、全面的に否定し去られたかのように考えることは誤りである。

一九五七年の国際法委員会でも、一九六一年のウィーン外交関係会議でも、「当事国間の合意が無ければ使節権を行使できない⁽¹⁶⁾」という点では、まさにコンセンサスがあつたわけであり、他国との合意から生ずる使節権の存在は認められていたのである。否定されたのは、あくまでも、国際法上で当然に存在するような使節権であり、そのような使節権は、もともと、法理上も、実際の慣行上も存在してはならず、それは法の擬制であるとか言いようがない。「すべての独立国が、外交関係を設定することができる⁽¹⁷⁾」というのは、外交関係を設定し得る権利能力、行為能力としての外交能力を独立国がもっていることであつて、すべての国が、一般国際法上、外国と外交関係を設定する権利を当然にもつことを

意味するのではない。もし、当然にもつとすれば、その発想は、まさに“攻撃的”だと批判されても仕方の無いものである。

したがって、純正な意味での使節権は、それが、外交使節団の設置についての相互の合意に基づいて発効するという、実定の国際条約や国際慣行に照して把握されなければならないのである。

- (1) 横田、前掲『外交関係の国際法』三八頁。
- (2) 横田、前掲書、同頁。
- (3) 同頁、註①。
- (4) 同頁、註②。
- (5) 同、三九頁、註③。
- (6) 同、四〇頁、註④。
- (7) Reports of International Law Commission, 1958, p. 12.
- (8) 横田、前掲、三九頁。
- (9) 前掲、同頁。
- (10) I. L. C. Reports, op. cit., *ibid.*, Commentary (4).
- (11) 横田、前掲、同頁。
- (12) I. L. C. Reports, op. cit., *ibid.*
- (13) Hardy, M., op. cit., Commentary 3.
- (14) 横田、前掲、四一頁。
- (15) Hardy, M., *Modern Diplomatic Law*, 1968, p. 13.
- (16) I. L. C. Reports, op. cit., *ibid.*
- (17) I. L. C. Reports, *ibid.*

結 び

以上の考察を踏まえる限り、国際法上、使節権は、確かに存在するのである。

この点、使節権の概念を整理するために、文脈上の錯綜を懸念しながらも、敢えて敷衍するならば、一般論として、使節権という権利が、国際法上、存在するということが、換言すれば、そうした権利を国家が抽象的な意味合において享有し得るということは、一般国際法で認知されることであるが、その使節権を具体的な権利として行使するための根拠を提供するのは、当該国家（原則として二国）間の合意を基礎とした特別国際法である。その意味で、使節権は、特別国際法上の権利である。したがって、それは、一般国際法上、国家が当然に行使できる性格の、いわゆる、基本的権利の範疇に属するものではない。これまで述べてきたように、外交使節の派遣と接受に関して、国家が、一般国際法で享有するのは、具体的権利としての使節権それ自体ではなく、国家主権の中の対外主権のコロラリーとしての、諸外国との外交関係を処理する権利能力としての、外交能力である。その外交能力に基づいて、当該二国間に合意が成立して、初めて、使節権を特別国際法上の具体的権利として、その当該国家は取得するのである。

以上、使節権に対する省察を総括してみたが、本稿は、あくまでも、外交法の立場から、使節権をめぐる法理を説明しようとする一試論の域を出るものではない。