

日本における領事裁判制度とその撤廃(二・完)

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2009-04-02 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 住吉, 良人 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/3747

日本における領事裁判制度とその撤廃 (二・完)

住 吉 良 人

- 一 領事裁判制度の成立
- 二 日本における領事裁判規定
 - (1) 領事裁判所の管轄
 - (2) 領事裁判所で適用される法律
 - (3) 領事裁判所の構成例
- 三 条約改正と領事裁判所(以上四二卷三号)
- 四 領事裁判に関する学説とその批判
- 五 領事裁判における判例研究
- 六 領事裁判制度の問題点とその意義(以上本号)

四 領事裁判に関する学説とその批判

日本における領事裁判制度は、エジプト等と異なり(エジプトには一定の、居留地は存在せず)、外国人に対し居留地という一定の土地を限つて居住を認め、その上、遊歩規定を定めてこれを犯した外国人は嚴罰に処する、という極端なまでの排外主義政策による一種の恩惠的なものとして与えられたのであった(1)。すなわち、日本の開国当時は外人の雜居を認める状態で

はなく、適用すべき法律も定かではなかった。つまり、これは日本の外交政策上の必要から生じた制度であった。一方、トルコ、支那、シヤムその他の国の領事裁判制度は、条約規定だけを見ると日本のそれと非常に類似するものがある。しかし、その運用は全く異なる場合があり、同質なものだということは危険である。またここに引用する学説は主として外国の学者のテキストその他から引用するものであり、その中から概括的に考え方を読みとることは非常にむずかしい。とくに、法的に詳細に検討されていないそれらの説を無批判にとりあげるとは大きな誤りを犯すことになるかもしれないと考える。しかし、ともかく一般的な方向づけをするためにここに引用することとした。

一 ヨーロッパ諸国との単なる文明の程度の差に根拠を求める説

イタリアのアンチロッチは、領事裁判権の根拠を次のように説明している。「土着民と外国人を唯一の法律社会に合致せしめることが不可能であったのは、文明の差であった。トルコを例にとれば、一方的に利権譲渡がなされた後、降伏条約により、また条約を補足し、かつ、時にはそれに重複した慣習によって神聖とせられ拡大された。エジプトにおけるこの制度は混合裁判所という制度に改められ、これは形式上、エジプトの裁判所であったが、外国人法官の優位を容認した。アジア諸国もヨーロッパ諸国の侵入により、トルコと類似の制度が導入せられたが、日本は僅かの間にこの制度を廃止しえた」と、この論旨からはその意味するところを深く検討することは困難であるが、ヨーロッパからの一方的強制によるものと考えている(D. Anzilotti: Corso di Diritto Internazionale, p. 405-6.)。

デパニエも、同様にこの制度の存在根拠を文明の差に置いているが、ただ中世において、領事は裁判官 (Judge) であつたから、領事裁判制度は特別な意味をもつものではないと断っている。近世になってから、外交使節との権限分化により特別な問題となつた点のみを指摘する(F. Despaget: Cour de Droit International Public, pp. 405-6.)。

ハーシェイ (Hershey) も、同様な主張をしているが、ただ治外法権は right of protection という慣行から生じ

たもので、その根源である領事裁判制度は、条約とか慣習により強められたものである。それゆえ一般国際法では説明できない技術的なものであって、やがて消滅する運命にある過渡的なものとしてゐる (A. Hershey, *The Essentials of Organization*)。アメリカのウイルソンは、領事の権限は条約によって変化してきたこと、野蛮国の文明の進歩に従って、領事裁判の機能は消滅したとする。さらに、この領事の裁判管轄権は例外的なもので、国際法の先例と認めるべきではないと主張する (Wilson and Tucker, *Inter-national Law*, pp. 197-198)。

ヘフターも、この制度を植民地と本国との関連でとらえ次のごとく説明する「貿易の発展に伴い自国人が他国に商會を建立することが盛んとなり、それにつれて本国の政治も進んできたため、領事をその地に派遣して商業上のことを管理させた。そして必然的に本国人と外国人との貿易上の紛争を審理させるだけではなく、他州に植民地を開く場合、自国民を保護するために裁判権をも付与したのである……。当時の裁判は皆本国の法律によつたのである」と。これは十二世紀の領事裁判権を説明したものであるが、十六世紀のトルコにおける商事裁判官制度の確立以後の領事の権限を説明するものとしては不適当である。ただ、国際法はヨーロッパにおいてのみ行われるとする意識は示されている (A. W. Heffer, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen*, 1848, Art. 244)。

一方、ニコルソンは領事裁判制度の根柢を、ギリシヤの Pronexos 制度に求めている。すなわち、Pronexos は中世の欧州商業都市における自国民の利益の保護を目的とした領事制度であり、この考え方を発展せしめたものが、Levant とか極東において最近まで Capitulations として地域的に発達し、自国民に対しある権限を行使することを任務とした Loglio または Consul というものになったと説明する (Nicolson, *The Evolution of Diplomacy*, pp. 8, 41, 59)。しかしこの説明は正しくない。ギリシヤの Pronexos は領事の滞在国によって一方的権限の付与という形で裁判権が認められたが、近世の領事裁判権は条約に基いたものだからである。むしろ次のバター (Butler)、マッコビー (Maccoby) の説

明が當を得ている。その説によると「現在諸国で知られている Consular Service は十九世紀にできたものである。しかしながら今日の領事は八百年昔の Levant, Constantinople, Palestine, Siria, Egypt など Genoa, Pisa, Florence, Venice その他によつて維持された Consuls の原型をとどめている。領事を任命する習慣は、十七世紀の終りから存在し、その起源は A.D. 一〇〇〇年頃南フランス地方で Consul と呼ばれていた Magistrate である。十二世紀に入り、Magistrate の body または college を表すものとして consular という用語が用いられ、貿易関係の紛争解決の機能をもつものとなった (Consules Mercatorum)。東洋諸国との関係で領事裁判制度が設けられたのは、支那における外国人取扱の不当さと無関心によるもので、日本においてはその政権の不安定によつたものである」とする (Butler and Maccohy: Development of International Law, p. 88)。

同様な考え方はザイドルホーヘンベルグにもみられる。彼はトルコの治外法権についてトルコがこの制度をヨーロッパ諸国に認めたのはイスラム教には上訴制度がないために、必然的に紛争処理も当該領事に与えたものだとする。これはまた非ヨーロッパ社会の世俗化と制度上の非近代的な思想に基づくものとし、さらに中国について特にこの現象がみられたことを強調している。いづれにせよ、この制度のもつ意義を否定していない (I. Seidl-Hohenveldern: Völkerrecht, s. 159)。

その他、レーズプロブも根拠として文明程度の差異、社会とか法とか宗教の違いによりこの制度が発生したこと、それゆえ、非キリスト教国の法が完備し、望みうる保護がなされればこの制度は消滅すると述べ、日本が領事裁判権を解消しえたのは西洋の法精神を受け入れたからだと結論づけている (R. Redslob: Traité de Droit des Gens, p. 209)。

中村進午氏も文明の程度の差異によつて領事裁判制度が生じたと説明している。特にトルコに関して「トルコは自国が完全な制度、法律を有していると信じ、外国人の争訟に関して自国の法律を適用することを嫌悪し、トルコにおける外国人は止むなく領事を派遣して裁判させた」と。たしかに領事裁判を設けた当初の理由はこのような考え

方であり、これは日本にもあてはまる。だが、日本は明治二七年の日英通商条約改訂に際し、領事裁判権撤廃のための条件として万国工業財産保護同盟と著作権保護協定に加入することを義務づけられた。このことを考慮すると、単なる文明の程度の差異というよりむしろ社会制度とか国内法の違いにその根拠を求めるべきだと考える(中村進年「国際公法論」二六二—二六三頁)。

次に領事裁判権の発生した根拠をキリスト教国と非キリスト教国との法と慣習の差異による点では前説と同様であるが、これも過渡的の制度と認めつつ、この制度の存在を肯定する立場がある。ウールジー(Woolsey)は「その国(非キリスト教国)では正しい裁判が行われないというキリスト教諸国の本質的疑念からこの特権が生じたものである」とする(Woolsey: Introduction to the International Law, 1871, p. 103)。

マルテンスの説明は、これを更に進めたもので次のようにいう「非キリスト教国において領事裁判制度を設けなかつたら、欧州人の権利と人身は悪く非キリスト教国の権力者および人民のために蹂躪されただろう。文明国における領事の任務は本国々民の社会上の利益および工業を促進することであり、そのため本国政府の機関として外国に派遣させたのである。しかし、非文明国に派遣される領事は主として外交的性質を有し、本国人の安全を計ると共に本国が非文明国の一定の範囲内において有する影響を正当に維持するのである。アジア、アフリカ諸国は文明が低く、国家的秩序を欠き常に外国人に対して敵意を有するので、これと交通するキリスト教国はその人民の生命、榮譽財産の保護と商業の安全のため領事裁判権が認められる」と徹底した意見を有している。しかし、この説明は政治政策的説明としては一つの見方であるが法的にはさまざまな矛盾を有している。この矛盾は後述の国際法の主体に関連するもので、ここでは触れない。

ローレンスも非キリスト教国の裁判の不正確さと刑罰の違いをその根拠として掲げ、次のように補足している「一

八九四年に日本は自己の力と文明を示した。ヨーロッパ諸国とアメリカは日本の裁判所がその地域に住む自国住民の生命、財産を十分に保護できると判断して条約によりこの制度を廃止した」と(Lawrence: *International Law*, pp. 232—235.)

ハイドテはこの制度は条約に基いたもので、国際法の不可分の構成要素ではない、としながらも、これは必然的に認められるものでなければならぬとする。つまりこの制度はヨーロッパ文明国の利益を守るために、国際法(条約)が国家の権利として認めたというのである(Von Heydt: *Völkerrecht*, s. 221.)。フェアドロスも保護民(Defacto-Untertanen)に関しては、イスラム教の寛容から許されたとしているが、治外法権については同様な結論に達している(A. Verdross: *Völkerrecht*, s. 214, s. 267—270.)

グッゲンハイムもこの点を次のような言葉で表現している「十分に進んだ文明に達しない国では、外国人と内国人の平等の待遇が国際法上で確保できない。よってその最低の標準を確保するためにこの制度が生じた。……保護民制度は当初一方的に廃止されうるものであったが、条約に規定されて以来、それに対抗しえないものとなった」と。彼の説明によると植民地とか信託統治の下にある住民が強国の外交上の保護を受け、その代り自己の地域の支配を受ける制度と類似するものと考えている。しかし、条約を締結しうる能力をもった国家が植民地とか信託統治の下にある地域と同様な法的地位にはない筈である(P. Guggenheim: *Traité de Droit Inter-national Public*, Tom. I, pp. 323—324.)

一方、フィリモールも同様な見方をしている。すなわち「領事制度は条約の神聖さが守られない時代に必然的に生じたものであった。外国人はしばしば傷つけられ、生命と財産の安全に対する保証は弱かった。常駐公使という制度はまだ設けられておらず、領事のみが *jus gentium* の下でこの特権を有していたのも当然である」と。そして、この意味からこの制度を領事から公使への特権の移行過程における国際法の制度的変遷として捉えている。この考え方はかなり正鵠を得たものとみることができるとする。すなわち国家の独立という觀念の発達と共に領事裁判権は全く国際法

上 variance なものとなったといえるからである(Phillimore: Commentaries upon Inter.)^o

このように当然なものとしてこの制度を認めるのではなく、国際法上、国家主権の制限という観点から説明する説もある。フェンウィックはいわゆる治外法権が一方では慣習により、他方では一方的な Capitulations として知られる義務として発達したとしながらも、これはヨーロッパと根本的に法制が異ったためであり、国家主権の侵害という性質は否定できないとする(Fenwick: International Law, p. 583.)^o ジーベルもほぼこれと同様な見解をもっているが、どちらかというところグッゲンハイムの見解に近く、法的従属関係として捉えている。彼は次のように説明する。「領事裁判制度は政治的にみて曖昧なものであり、一步誤れば大変革の危険性を包含している。つまり国際道徳的に考えてみると、国家間の関係が神聖でなければならないとすることへの逆行なのである」と。つまり彼もこの制度がヨーロッパ文明国と非キリスト教国との社会制度とか思想、法律制度の違いから生じたという前提にたちながら、これが大きな圧力(suppressions)として主権侵害という観念を植えたことを指摘している。ただ日本だけが、この制限をとり除くべく裁判制度を整備したことを高く評価しているが、日本国民に与えた主権侵害という観念がより危険性を有するものだったと指摘している点は注目してよい(M. Sibert: Traité de Droit International.)^o この点を特に強調するのはスチュアートである。彼はトルコに関しては、イスラム教の寛容によってこの制度を外国に認めたとしながらも、日本に関しては「日本においては進歩が異っていた。日本人はキリスト教がフィリピンを植民地にしたように、日本の独立を破壊するだろうと気付き始めた……極東における国際法の適用に変化はなかったが、支那はその契約を結ぶ態度が高慢でかつ形式主義的であったため、その撤廃に失敗した」(Stuart: Le Droit et La Pratiques Diplomatique et Con.)^o なおモンテリオール大学のモイエ教授も、この主権侵害という観念の危険性を指摘している(M. Moye: Le Droit des Gens Moderne, pp. 342 Far Eastern International.)^o Relation. p. 122. 政治的な見方としては、Morse and Macnair:

主権侵害ということに関して最も徹底した評価をしているのは、ソヴェトの国際法学である。ソヴェトは上記の説とは異り、両者の関係を従属的法律関係と内政干渉とみる。すなわち「領事裁判制度と領事裁判が長い間存在していた植民地、従属地における領事は従属国の内政に干渉してその内外政策に影響をあたえるような権限をもった。したがって、特別な特権をあたえる条約（領事裁判条約）は不正かつ不平等条約の一般的形式の一つであった、と断定して

いる（ソ連科学アカデミー：Мекляровичев П. В. 著、安井郁監修「ソヴェト国際法」下巻三五頁）。

二 異なる文明は同等な地位にあるが、ただその違いが領事裁判権を認めたとする説

この説を主張するウェストレーキによると、「トルコやペルシャ、支那、日本、シヤムおよびその他の諸国は、欧州文明と異なる文明を有する。それは、ただ異なるだけではなく、彼等の中においても回教を基礎とするものと、その他では互いに異っている。欧米人はこれら諸国に旅行し、もしくは居住する時、時には別のカテゴリーに属するものと見做され、その国の法律による保護に安全を感じない。たとえ、その地域の司法が公正であったとしても、異なる文明より生ずる不安感は自己の利益を十分に保護する機能をもつものだとして、それに依存することができない。しかし、条約上この権利を得た領事にしても、自己の裁判権を執行するためには駐劄国の警察権その他の援助を求めなければならぬ。それゆえ、その国が組織されたものであり、かつ固有の確定的秩序を有し、またその国の指導者が異種の文明より生ずる必要条件を理解していることが前提とされる。領事裁判制度を認めた東洋諸国も共に文明国であり国際団体に入りうるものである。よって欧州の領事はその国の力に依頼して裁判権を行使する権能をもつだけであって、自らが力を行使できるのではない」と説明する。つまり、領事裁判権が警察権の行使まで含むことを否定するのである（Westlake: International Law, Part I, Peace, pp. 271-278.）。

これと類似する考え方としてトラヴァース・トゥイスがいる。彼は領事の裁判権はきわめて制限されたものであ

り、その主眼とするところは本国からの指令に基き、自国民の私的利益の保護と滞在国人の利益の調整を計ることに限定されるもので、その範囲を越えることは不当だと述べている(T. Twiss: *The Law of Nations*)^{2nd. 1884, pp. 378-9.}

このように領事裁判権を治外法権的なものとせず、きわめて制限的なものと考えるのは米英の学者に多く見られる。たとえばホイートンは国際法は非文明国に適用がないとする学者であるが、彼も二国間条約において認められる領事の裁判権は、きわめて軽度の罪に限られているとして、その根拠を本国の裁判所への上訴制度に求めている。つまり、その限りでは領事の機能は警察長官または judge d'inspection と類似したもので、証拠集めをしたり自国の裁判所へ囚人を送還するようなきわめて限られたものだとする。しかし彼は滞在国に関しては全然ふれるところがない(Wheaton: *Element of International Law*, 7th. pp. 625, 732.)^o

一方、ストローウェルによれば、この制度はヨーロッパ諸国とは社会的法的制度が異つたために生じたとしながらも、この領事裁判制度を共同でないし協動的性質(Cooperative Native)を有するものと説明する。この考え方は、Q・ライトが支那における治外法権の廃止に関連して、この制度の廃止は相互利益の消滅を意味すると述べているのと同様な意味である(Stowell: *International Law*, pp. 328-1.)^o Wright: *A.J.I.L.* 1930, p. 226.)^o

三 領事裁判はそれを認めた国の権利の代理的行使だとする説

米国最高裁判事フイールドは、ロス事件に関する意見陳述の中で、領事裁判制度と憲法との関係について次のように述べている。「当該国において、我が憲法は何ら operative ではない。それゆえ、我政府の代表とか役人が他国においていかなる種類の権力の行使をも許されているとき、一方が他国への義務を免れるというだけではなく、それは二国が合意しうる条件でもってなされることが必要となる」。これは領事裁判権が必ずしも一方的な権利の付与を意味するものでないことを示すと同時に、領事裁判権に関するアングロ・サクソンの法理論を示している。つまり東洋

その他の国において領事が行使する裁判管轄権は、personal jurisdiction であつて、被告人または加害者の国籍を標準としていたため、英米固有の領土主権を基盤とする属地主義とは両立しえないものであつた。それゆえこのような擬制的説明がなされたのであろう。(Political Science Quarterly, Vol. 14 (1889), pp. 5—6. など)
(同様な考え方は Scott's Case on International Law; p. 380.)

一方、英国のフィンリー卿はエバンス事件の中で「エジプトにおいて His Majesty により行使される法権はなるほど治外法権と呼ばれている。しかし、それはエジプトの同意に基いたもので、それゆえ、その管轄権はこの目的のためエジプトに滞在する外国人に適用されるエジプト法の一部なのである」として同様に合意性を強調している。また「エジプトにおける外国人は一八七五年以来、エジプト法によって行なわれるエジプト裁判所で裁判される。ある場合には自己の領事裁判所に従うが、それはやはりエジプト法より生じたものである」として主権の譲渡性を否定している。しかし、実際には後述のケース「ハルトリー第一事件」の如き権判の乱用があつた。(English Law Report, 1919.)

この考え方は先のストーウェルにもみられ、彼は支那における領事裁判権にふれ「支那におけるアメリカ人の主張は、条約規定によれば、アメリカ法に従つてアメリカ領事が裁判することになつてゐる。しかし、アメリカ領事が適用するのは支那の法律の一部となつてゐる法律なのである」と述べてゐる。(American Law Institute, Restatement of the Law (of Conflict of Laws, Proposed Final Draft, No. 119, Stowell: Interna.)。このような主張は、自国の憲法が他国内で何等効力を有しないことを強調するためのものであるが、またそれと同時に、治外法権ないし領事裁判権が一方的な主権侵害となると非難されることを恐れたものである。しかし、この権利を協動的な性質と考えることは、アメリカの領事裁判の慣行からみて首肯できるところである。(Genkyns: British Rule and Jurisdiction, pp. 148—150, Hinkly.)
(American Consular Jurisdiction in the Orient, p. 17.)

四 領事裁判権が存在する国は国際社会の範囲外にあるとする説

法的に問題となるのは領事裁判制度を認めた国は国際社会において平等な主権国家とは認められないとする考え方

である。その代表的な者として、ホールは「この制度が規定された時、トルコは国際法の範圍外にあり、パリ条約によって始めて国際社会の一員となった」と述べ、さらに一般原則上はカピチュレーションは廃止さるべきものだとしながらも「法は信ずる者と信じない者との間の平等を排除する宗教的なものと密接に関連している。トルコのように行政が非常に墮落している場合には、外国人が正しく扱われることはほとんど保証できない。国際法が適用されない範圍にある領事は、その国の注意をひかずに自国民の保護のための例外的特権を条約によって享有した。国際法の特権を完全に認めた国にこのような制限を課することはむずかしい」と述べている(Hall: International Law, p. 378.)。

オッペンハイムはエジプトの混合裁判所にふれ、その制度は過渡的なものであるが、トルコにおいてはCapitulationsを通じて徐々に自国民に関する完全な管轄権を得たとする。そしてその権利は慣習と条約によって強固なものとなり、当時の領事の地位は、あたかも外交使節と同等であったと解説する(Oppenheim: International Law, 7th. Vol. I, pp. 625, 752.)。彼の第一版によると、単に東洋諸国と西洋の文明の差異によりこの制度が生じ、ただ条約上の規定で認められた制度だとのみ記している。そして日本は一八九九年にこの制度を消滅させ国際社会の仲間入りをしたが、これは上記の文明の差がなくなったためだと結論づけている。この点はかなり問題となる所であるが(後述)、日本における領事裁判制度の存在とその継続の第一の原因を、彼我の国内法の考え方に置いた点は正しい。そしてエジプトのMixed Court ならびにアレクサンドリアのInternational Court of Appeal に関し、たとえこの制度が国際的に認められたものであったとしても、国際法の原則と一致しないとする彼の立場はこの制度の過渡的性質からいって当然である(Oppenheim: Int'l. Vol. I, § 318, § 439, § 440.)。

この点をより明白に言明しているのはコーベットである。彼は領事裁判権の根拠を文明の差異に置くとする点では前者と一致している。そして、非キリスト教国の国際社会への加入を、ヨーロッパ諸国が多数国間条約に当該国の加入

を認めた時点に限定している。すなわちトルコは一八五六年に正式に The public Law and System of Europe に参加を認められたが、日本は一八九九年まで国際社会のメンバーとして認められていなかったと述べている。つまりオッペンハイムと同様に、西欧諸国との条約において領事裁判規定を廃止した時点で国際社会の一員となったというのである。彼の説によれば、条約締結能力と国際社会への参加（国際社会の一員としての平等の法的地位を主張すること）は別個のものであり、文明国としての共同行為とか組織に参加することによって国際法の主体性が認められるとするのである。そして、通常、文明国と呼ばれるためには、それら相互間に非常に強い結合関係の存在が前提条件であると結論づけている。彼はヨーロッパ社会のみが国際社会だという前提に立っているためにこのような論理の展開をしたのであろうが、この論旨はヨーロッパ文明諸国と非キリスト教国との法的関係の解明というより、むしろ政治的な不平等を説明したものであって、国際法上からみるかぎり正しいものといえない。(Pitt Cobbetts' Leading Case on Inter-national Law, Part. I pp. 147-148.)

五 学説の批判と検討

以上の各説は、それぞれ詳細に検討されたものと云うことはできないが、ほぼ一貫している考え方は領事裁判制度存在理由として、非キリスト教諸国は文化の程度低く政治組織も不備だということにある。ウエストレークのように社会組織の異質を根拠とする説もあるが、いずれにせよ在留欧米人が所在地主権の拘束を受ける場合には身体財産の保全を期しえないとすることに理由づける。しかしながら、このような見解はきわめて一面的であり、欧米キリスト教国のみが文明国であるという独断に基くものである。すでに述べたように、回教国においてはコーランに基く神聖な自国法を外国人に適用することを欲しなかったためであり、日本においても居留地を設けて外国人をなるべく疎遠な関係に置くための政策としてこの制度を認めたのである。当初、日本においてこの制度を認めた時は確かに居留地自治を容認する動きがみられた⁽²⁾。しかし、東洋諸国に來住する欧米人の中には、いわゆる「流れ者」と呼ばれる人種

が増加し、その他の者といえど専横恣に流れ易く、領事官も眞の法律を理解した者ばかりでなかつたため、様々な矛盾を誘起することになったのである。その上、条約規定上は、単に所在国の裁判管轄権を免れるだけのものではなかつたにせよ、国内の政情の不安定と地方官憲の警察権、課税権その他に関する超然的態度が彼等に対し、いわゆる治外法権と称する不可侵権限を事実上付与した形となった。しかし、日本政府（幕府）も除々にこれら弊害に気づき、きわめて強い態度でその方向に流れることを阻止し成功している⁽³⁾。このことは他国における領事裁判制度と明白に区別することを要する点である。

このように領事裁判制度のもつ意義も時代の変遷によって大きく変化してきたことは、いなめない事実である。ことに十九世紀末、日本が欧米十四ヶ国の治外法権を廃止して以来、この種の条約の存否はただちに国家の国際法上の地位に関連し、国際法学者の中にさへ、この種の条約の桎梏から脱却しない諸国は未だ国際法の適用を受けないと称する説も出現した。国際法の発達は、その根源を欧州に発することは確かである。ホイートンやリビエなども当時、国際法を *The Law of christian nations* とか *Droit de gens de la chrétienté* と定義づけていた。しかし、ペルリとの和親条約をひもとくまでもなく、アメリカ、アジア諸国もそれ等諸国と条約関係に入ることにより、国際社会に加入し国際法の適用を受けたとみるのが順当であろう。

日本に関していえば、慶応四年正月十日「外国トノ交際ハ宇内ノ公法ニ從ヒ取扱フ」と布告して日本の国際社会への加入を宣言し、欧州列国も徳川政府に代り明治政府を承認した。このことは当然日本が国際社会に加入したことを意味するものと考えられる。何故ならその行為はすでに国際法における行為（政府承認）となっているからである。この時点でヨーロッパのみを支配していた国際法は、すでに東洋に適用されたとみるべきである。

しかし、すでに学説⁽⁴⁾でみたように欧州は東洋社会と異なる故に、これを国際社会の外にあるものと断定している。

その理由の一つとして、コーベットのようによ、国際法は共同の方針をとりうる場合にだけ適用されるという考え方も出てくるのである。しかしながらこの論旨は全く根拠がないといわねばならない。一步譲ってこの理論を認めたとしても、欧米と交際を開き国際法秩序により規制を受ける以上は、すでに国際社会に入ったものとしなければならぬであろう。欧米の学者のあるものは、非キリスト教諸国が国際社会に加入するには特別に欧米諸国の同意を要すると主張し、かつ、トルコが一八五六年にパリ条約に加入したことをもって同意を与えたものとしている(学説四)、しかし、これは誤りである。国際社会は条約によって成立したのではなく、国際法にしても、国際社会の成立に従って出現してきたもので、東洋諸国も事実上国際法の管轄を認めそれに拘束される以上は、国際社会に入ったものといわねばならない。トルコに関していえば、確かに上記パリ条約七条で「ヨーロッパの国際法の利益をトルコにも授ける」ということと、領事裁判の終焉を明記しているが、これはトルコの歴史をみると何ら根拠となりえない。トルコが、それ以前にすでに国際社会に加入していたことは、当時の数多くの条約関係により明白な事実である。もし治外法権が消滅しないかぎり国際法の適用がないというのであれば、トルコが国際社会に加入した時点は少くともパリ条約より約五十年後の一九二三年のローザンヌ講和条約二八条において治外法権条項の消滅が明記された事に求めなければならぬ筈である。そうでないとしたら、トルコはパリ条約からローザンヌ条約にいたる間はどのような国際法上の地位にあったとみるべきであろうか(4)。ここに創設的承認効果説の有する矛盾が示されている。このように国際社会への加入、つまり国際法の適用を受けるためには、欧米諸国の同意すなわち特別の条約を結ばなければならないとする説は法的には全く矛盾しているのである。

ホール、オッペンハイム、マルテンスが領事裁判の存在を根拠として「東洋諸国には領事裁判の如き一種の特権を与えて国家主権を害している。これは欧米諸国の間には決して行われていない。よって東洋において行われている国

「國際法は同じものといえない」と述べていることは、上記と同様な矛盾をもっている。東洋諸国における領事裁判制度をこの地域だけに適用される特別國際法と考えるならば、その限りにおいて東洋社会には普遍的國際法の下における法秩序が制限されて適用されたといえる。しかしながら、ただ領事裁判権の存在という理由だけで、國際法の適用を否定する議論は、國際法の基盤そのものの否定を意味する。領事裁判権をこのように東洋における特別國際法と考えれば、一般國際法とは無関係のものであることは明白である。

政治的にみれば、領事裁判権の存在は国家主権の制限ないし毀損を意味する。しかし、それによって國際法の適用が否定されることにはならない。たとえば一方の国、または条約締約国双方に不利益な条約が存したとする、それが一定限度で主権を侵害するものであったと仮定しよう、これがはたして國際法上効力をもたないといえるであろうか。このように、それがたとえ領事裁判権を規定した条約であっても、國際法の拘束を受け、*Pacta sunt servanda*の原則が適用されるはずである。それゆえ、國際法が西歐社会にのみ行われた法規であり、条約上領事裁判規定を撤廃しなければ國際社会の一員ではない、いかえれば國際法の適用がないとする考え方（事実上は半主権国と考える余地があるにせよ）は法理論上成立しないのである(5)。

(1) 日澳条約三条は、横浜、兵庫、大阪、長崎、新潟、佐渡島、夷港、箱館の開港と東京の開市を認め、遊歩区域として次のとき制限を設けた。

「オーストリ・ハンガリー國民は左の規程内に於て自由に其欲する所に到ることを得べし。横浜（神奈川県下）に於ては六郷川迄其他の方位は各十里迄、兵庫に於ては京都の方位は同市を距る十里其他の方位は各十里迄大阪に於ては南は和川口より舟橋村迄及び同村より教興寺村を経て佐太迄の区域線内、堺市は此区域外に在りと雖もオーストリ・ハンガリー國民は同市を觀覽することを得べし。

長崎に於ては長崎管轄内全部、新潟及箱館に於ては諸方十里迄、夷港に於ては佐渡全島、東京（江戸）に於ては左の区域内、新利根川口より金町迄、金町より水戸街道に沿ひ千住迄、千住より隅田川に沿ひ古谷上郷迄同郷より小室、小矢田萩原、宮寺、三木、田中を経て六郷川日野渡場迄」。

この規程を犯したオストリ・ハンガリー国民は初犯は百メキシコドル、再犯は二五〇ドルの罰金に処せられた。

なお同様な規程はオランダ、ハワイ（二条）、米、英、仏、スイス、ベルギー、デンマーク、ドイツ、スペイン、イタリ、ポルトガル（三条）、メキシコ（三、四条）、ロシア（三、五条）等にある。

(2) たとえば第一回神奈川地所規則（一八六〇年八月）は英領事代理ヴァイス、米領事ドーア、オランダ副領事ファン・ポルスブルックの三名によって調印成立している。

この規定の注意する点は、七条で外人居留地域内に日本人の居住を禁止し、八条では不法行為にたいする罰金および領事の罰金徴収権限を規定。さらに九条で借地人会の自治、警察、課税その他の土地関係以外の市政、または一般公共の利害に關係ある諸事項にわたる広範囲な権能を規定していた。幕府は同じく横浜外人居留地取締規則の効力を輕視した。その理由は、外国が彼等のみで調印した約書を日本側へ送付し、日本側はこれに承諾書を与えるのみであつて、条約規定に基いていない。つまり、外国側と共に協議し調印していないという点にあつた。

(3) 一八六四年十二月、英、仏、米、蘭の各国代表によって横浜、長崎、箱館に共通する居留地分配規則案が調印された。これは、今後の土地配分に対する方針として各港に共同居留地を設定し、もつぱら各国領事の権限で、その運営計画に参加するものだった。幕府はこの規則案を拒否した。かかる規則案に幕府が同意していたとしたら、日本の各居留地も「国の中の小外国」となっていたらうと大山氏は評されている。同氏「開市開港の研究」八五—八六頁。

(4) トルコは一八五六年のパリ条約七条で領事裁判制度の撤廃に關し列国の承認を得た。そして一九〇九年二月二六日の壤土協定と一九一二年十月十八日の伊土講和条約でこれを履行しようとしたが成功しなかつた。その後、一九一四年の欧州大戦を契機として一方的宣言をもって同年十月一日以降トルコ全土はつき領事裁判の廃止を声明したが、独逸二国以外の条約国

の反対によって履行されず、一九二三年七月のローザンヌ条約二八条によって始めてその撤廃が認められた。

(5) 領事裁判権を認めた東洋諸国においては国際法は適用されず、自然法が適用されたとする説がある(ホイートン)。自然法そのものは、かつては国際法の淵源の一つと考えられ、幕末や明治初期の日本における国際法の理解もそこから出発していたということが出来る。しかし日本においても自然法そのものが適用されたのではなく、慣習や条約によって確認された定法として認識されたのである(たとえばマリア・ルーズ号事件による奴隷売買問題においては、その奴隷を解放することが公法上確立されたものとして受けとっていた)。このように国際法上は欧州と東洋の区別はなかったのであり、日本を半主権国(Der halbsoveräne Staat)と定義づけることは法的正しくない。

五 領事裁判における判例研究

国際法的にみて領事裁判権は適法な条約手続により成立したものであり、そこで適用される法律は英、仏、米、独の諸国では各々の本国法と領事の規則制定権に基く条例であった。しかしその他の国に関しては、きわめて不明確であり、上記四国といえども判決に際し多少の外交政策上の考慮を加えた事例がみられる。しかし、その数はあまり多くない。つまり問題となったケースは領事裁判の適否ではなく、そのほとんどが外交問題として轉換せしめられたためだといつてよい。また、各国との条約規定によると、きわめて限られた範囲であるが、ある種の外国人関係行政規則に関し彼我協議の上設定されることになっていた。しかし、実際にはこれに関する解釈が慣行上拡大されたためと、検疫規則や銃猟規則を設定した際にみられるように、日本の独自の見解と、アメリカを除く各国公使が主張する各自の本国法の解釈が異なったため、必要以上に日本国内の人心に対外人不信感を植えつけたものといえる。

(一) モス発砲事件 万延元年十月(一八六〇)英人モス(Moss)は、かねてより幕府が列国に禁止方を要望してい

た遊猟発砲をしたので、神奈川奉行支配向の渥美邦太郎はこれを取押えようとしたところ、モスは発砲して渥美の腕を撃抜いた。そこで、役人細倉等の援助を得てモスを捕え、十二時間入牢させた後英領事館にひき渡した事件である（外務省所蔵「通信全覽」二編類輯）。

遊猟発砲の件については幕府当局の要請によって、各国領事も一応これを禁止すべきむねを居留地民に伝達してあったので、たとえ法規といえないにしてもモスの罪は明らかであり、ましてや装飾してある猟銃をもって役人を脅かし、あやまって負傷させた罪は大きい。しかしモスは「発砲があつたとき銃は手中になく、また役人に向つて発砲したのではない」と頑強に否定し、領事裁判所もモスが実際にみずから発砲したという証拠および故意に役人を負傷させようとしたという点を否定した。しかし前述の不法という考えを認め英国側は英国法に従い判決を下した。すなわち被害者渥美邦太郎にたいして賠償金として千ドルを支払い、モスにたいしては香港にある英国の牢獄に三カ月間入牢させた後囚人として英本国に送還し、ふたたび日本への渡来を禁止した。これに対しモスは日本役人に逮捕されて自国領事に引渡されるまで十二時間も不法に留置されたことは条約違反であると訴え、日本側は細倉兼左衛門を入牢の罪に処し解決をみた。

この裁判において注目されるのは英国側が審理に際して条約に定められた領事裁判権を厳密に行使したという点である。たとえば、神奈川奉行堀利熙が裁判権を日本側に認めていない点が不満だともらしたことに對し、オールコックは「此れ其の日本長官の本職を誤解し、又条約規定をも誤解するものなるべし」と指摘し、モスの獄事についても「日本役人は只其証拠を提出し、証拠のためにのみ立会うものにして、コンシユルと商議し且は裁判等はなすべからず」として英国人に対する裁判は条約に基き自国法をもってすることを強調している。

このモス発砲事件を契機として、彼我の間に外国人取締規則に関する交渉が一年余りも続いたが、相繼ぐテロ事件

のため挫折してしまった。万延元年十一月(一八六〇年)仏代理公使ドウ・ベルクールは老中に対し外国人が過失を犯した場合の幕府の役人の処置が厳格すぎる点を指摘して日本人と同様な取扱を要求しているし、オールコック提案の規則草案をみると、警察権に対する日本側の介入を極度に警戒していることがわかる(1)。また、外国側にとって日本の刑法が非常に可酷なものに映ったということも明白である。それ故、居留地とか遊歩規定の制限を比較考慮してみると、必ずしも治外法権という言葉で表わされるように領事裁判制度が彼等にだけ有利に作用したのではなかったものといえる。このように外国人が一時的にせよ一切日本法の外にあるという考え方は、居留地の性格を考えてみて当然でてくるものであった。しかし時の経過に従い後述するような(パウルマ)変化が生じていることも注意する必要がある。

(二) アイヌ墳墓発掘事件 これは慶応元年中旬に起っている。箱館の英国領事館の警吏ヘンリ・ロートン、同領事館の小者ジョージ・ケミッシュおよびロンドンから来日した博物者ヘンリ・ホワイトレーの三名が領事館の日本人小使千代吉を伴って箱館より十一里隔てた森林におもむき、アイヌの墳墓より男女人骨二体を盗みとり英本国に送り、続いて十月中旬には前記三名は落部(オトシベ)村のアイヌの墓を掘って男体五個女体五個、小児人骨三個を盗掘した事件である。これを知ったアイヌは英国人が退去した後、箱館奉行に訴えた。奉行小出秀実は同地駐在領事ハワード・ヴァイヌに抗議したが、領事は始めは事実を否定したりして有耶無耶のうちに事を葬り去ろうとした。しかし、小出は箱館駐在の仏蘭米の三ヶ国領事の立会の下に領事裁判の開催を強く要求したため、遂に裁判を開くことが決定した。

第一回の審問においても英領事の態度は依然として隠覆的であった。そこで奉行所は関係人である源之助、庄六、久助を召喚し領事館の小使長太郎を捕縛して証拠の蒐集に努めたので英国側は次第に窮地に陥り、ついに落部より盗ん

だ人骨を返還し、犯人三名を領事館内に禁足とした。しかし第一の事件については英領事から右三名に人骨は海中に遺棄したと自白させたため、小出は犯人三名を亀田にある奉行所へ移し、森村の盜骨の返還を要求すると共に英領事館員エンズリーについても領事裁判を要求した。パークスは、アイヌの憤怒によって情勢が悪化することを恐れ、領事が被害場所に赴き被害関係者に慰籍料を払うように指示した。慶応二年正月八日犯人ヴァイスを領事裁判に付するとともに、ホワイトレには十二ヶ月の禁錮、他の二名には各々十三ヶ月の禁錮を宣言した。またアイヌの両村には一分銀千枚を贈与したいと奉行に申し出たが奉行は軽すぎるとして抗議した。

正月十七日ガワーが新任領事となり、従来の葛藤を清算すべく、すでに英本国に送付されていた人骨の返還を約束したので、小出も英の誠意を認め、慰籍料として一分銀千枚を被害を受けたアイヌ関係者に分配し、別に出訴費用として一分銀四二四枚を支払って一まず落ち着いた。そして人骨は一年後(慶應三年四月)になってエラスムス号でもって返還された。この事件は日本側の要求が貫徹したきわめて稀な例である。日本側の強硬な態度と、英国人が日本人の感情悪化を恐れたためであろうか。なお英国に帰国したヴァイス以下は本国政府によって論旨免官処分を受けている(2)。

(三) パウル・マスコ事件 明治元年九月三日神戸福原町の宇治川堤でアメリカ汽船キング・ヒリップ号乗組の水夫が同所の警備兵清水孟を斬りつけ、それがもとで死去した。この一件に関してアメリカ領事裁判所はマスコに対し、傷害罪として禁固一年、服役後日本から追放すると判決した。しかし、マスコは服役後も引続き日本に滞在したので日本側はその追放をアメリカ公使に要求した(明治三年六月七日)。同年十月十四日この日本側の抗議に対し、アメリカ側はマスコがギリシヤ人であること、それゆえ条約未済国人であるから日本国法に照らして処罰されても異存ないと回答をした(3)。しかし、当時マスコは行方不明となっており、アメリカ側もマスコの追放義務を怠り責任を廻避したのである。加えてこの事件においては彼我の犯罪と刑罰について考え方の対立が示されたものであった。日本側は、青木はマ

スコの傷害により死に至らしめられたとして殺人罪(傷害致死罪)を主張したが、アメリカ海軍医は死体解剖が行われていないので致命傷と確信できないとして、結局傷害罪とされた。この事件においては、同じ傷害罪にしても、日本人が外国人を傷つけた場合よりも刑が軽すぎるという印象を与えずには置かなかつた(本件に関する裁判の様子は日本外交文書二卷一冊一二〇文書に記載あり)。

近代的医療の措置の違いなどが刑罰認定の分岐点となつたのであるが、客観的にはどうであれ、日本人の対外感情を悪化させ、外国の領事裁判に対して大きな不信感を生じさせる原因となつたことは容易に推察できる(4)。

(四) 北海道五稜郭によつて榎本軍に参加したフランス軍人処罰問題 これは領事裁判のカテゴリーには入らないが、一説によるとこれをもつて領事裁判権が拡大解釈された事件とされている。そこで問題としてとりあげてみた。

明治二年一月十八日、明治政府から各国代表に各々自国民が叛徒であつた場合の処罰方を紹介したところ、フランス公使は二月一日附で「条約面に従い貴国に居留中の仏国人は自国の裁判に因り候に付、我人民罪科有之節は仏国の公法に従、罰謹可致候」と回答した。事実、榎本軍に参加したコラッシュは明治二年五月八日フランス側の要求によつて引渡されている。この例をもつて日本の国家主権の極端な侵害であり、領事裁判権の拡大解釈の前例だと断定される説がある(5)。しかし榎本政権は一度は確かに存在していたのであり、たとえこれを認めないとしても、少くとも交戦団体または叛乱団体と認めるならば、このフランスの処置を通商条約に規定する領事裁判権の拡大と見ることはかなり疑問が生ずる。C国(この場合はフランス)の一個人がB国(明治政府)と交戦中のA国(榎本軍)の軍事作戦行動に参加した場合、C国の一個人はB交戦国に対して中立義務を破つたことになる。よつてその者はB交戦国よりいかなる処分を受けても仕方がない。しかしその者がC国に帰国した場合、自国法(スウェーデン)をもつて嚴重に処罰することが国際法におけるC国の積極的義務である(勿論この場合一個人がB交戦国に対して中立義務を侵したのではなくC国が守るべき中立義務を危くしたという理由でそのC国人は処罰されるのである)。このことは、英、仏等の外国就役条例の中にも明白に規定されているところであつた。

また先の二月一日の仏公使の回答も、その前段で「賊徒に党与し或は糧食等輸送し外国人これあり候はは我國の政府において罰金その外御処置委細に御聞入度由承知いたし候」とあつて、さらに右の場合、フランスが従うべき規則は「仏国法ならびに万国公法による」と明確に戦時国際法の規定にふれている。これを見ると、必ずしも仏国が日本の主権を侵害したということはできないのである。明治政府がこのように理解していたかどうか確かではないが、少くとも二国間の通商条約に規定された領事裁判権の拡大とみるべきではなく、日本がコラッシユを処罰しようとすればそれも可能であつたのであり(事実上、そのような政府の処置が、とれたかどうかは問題であるが)、フランスの処置を日本の主権侵害とのみ考えることはできないといえる。また氏がこのような拡大解釈が行政権についても慣行的に行われていたとされ、その例として外国人居留地約定書が条約国の同意をえて制定したことを挙げておられるが、これは居留地そのものの性格から必然的に生じてきた慣行であり、法的な領事裁判権の拡大解釈の先例とみることはできない。ただ幕末から明治にかけて居留地自治との関係で、このような約定書が作成されたのは事実であり、慣習上、居留地内自治という政策が崩れてゆき、明治元年の銃猟規則制定経過にみられるように外国の介入が存在したということは疑いない事実である。

(五) スパン事件 明治二年一月二十六日付のフランス公使ウートレーからの抗議文によるとこの事件は次のごとく報告されている。「大阪の仏国貿易商シュミット・スパン (Schmit Span) が雇用していた人足が右のフランス人雇主の家に徒を組んで押しかけ、その商人とそれを助けた西洋人を殴打した。事件当時、近くの番所役人はこのことを傍観しながら阻止しようとしなかった。仏領事の援助によってその暴行人足をとり押えたが、犯人の引渡しを受けた番所はその者を釈放してしまった。右事件については貴国の法ですみやかに処罰されたい」。

これを受けた日本側は、関係人足を取調べると共に、大阪在勤のフランス領事レック (Legues) と大阪府外国掛判事が関係外国人を呼んで対決吟味したところ、スパン側には昨年十一月以来、未払賃金があり、人足がその催促に赴い

たことから争いになり、双方負傷者を出した。そして最初スペインが人足兼吉を殴打し、ピストルを発射したためやむを得ずたち向ったということが判明したので、日本側は三月二十九日フランス公使あてにスペインの処罰方を申入れ、ついで十月十七日にはその処罰を督促した。

これに対し十月二十四日になってフランス公使からシュミット・スペインはスイス人であるから当方の管轄にはないと回答してきた。つまり、もともとスペインはスイス人であつて、大阪において当分の間フランス領事の配下にあつたが、裁判管轄は当該外国コンシユルの配下におかれるのが自然であるといふのであつた。またスペインからフランスの法律によつて裁判を実施してくれと要請してきているが、我々には裁判管轄権がない、よつて貴政府はスイスの領事と交渉されたいと突っぱねたのである。

この事件が最初フランス副領事から大阪府外国掛判事五代才助に申出があつた際、スペインの国籍は元スイス人でフランス領事の管轄下にあつたものと理解されていた。フランス側は約九ヶ月を経過した後、始めてスイス人であると述べ裁判管轄権がないと断つてきているのである(當時は大阪在勤のオランダ領事^{がスイス領事を兼任していた})。もともとこの事件はその真相について彼我の見解が相違していたため外交上の問題となつたのである。このように、属人主義の根本となる国籍が不明確な場合には、領事裁判が行われぬという弊害が生じた。また領事裁判を行使するためには、当然ながら裁判を行ひうる官吏の派遣が条約義務として存在する。この事件はそのような官吏としての領事を各開港場に在勤させないため生じた条約違反による矛盾の一例といえる(6)。

(六) 竹溪紙幣偽造事件 当時横浜在留の中国人は条約未済国人として横浜外国人居留地取締規則四条によつて刑法上もしくは民法上を問はず日本側の管轄下にあつた。本件は日本官憲によつて外国人に対する死刑が執行された唯一の例である。

事件は明治三年英國公使パークスが不在中、公使館の使用人である中国人が、同国人を公使館に引入れ金札を偽造したというものである。パークスはこの事件につき一八六七年十一月締結の居留地取締規則四条に従って中国人を取調べるよう日本側に勧告し、寺島も領事立会の下で取調べるつもりであった。

神奈川県における下取調の結果、判明した偽造事件の輪郭はほぼ次のごときものであった。関係者は主犯竹溪で、他に英公使館使用人である亜福および日本人峯吉、善吉、房吉の計五人であった。神奈川県では、外務省からの指示に基づき、居留地規則四条による外国領事の助言を求めた。この事件の審議には米伊白の三国領事と英副領事の四人が立会い、竹溪、亜福、峯吉の三人はただちに罪状を承認して吟味は問題なく終った。その際、米領事より刑罰の見込につき質問があったが、神奈川県側では死刑以上の処罰の際は刑部省に経伺する必要があるので確定的なことはないが、先例によれば偽造に直接従事した竹溪と日本人二名は梟首、亜福は三年の徒罪に相当するが、竹溪、亜福は条約未済国人なので外務省へも上申し同省の評議を経なければならぬと回答している。

一方立会い領事側では六月一日午後二時より各国領事協議の上（九ヶ国）、上記日本側の刑罰見込に対し竹溪の死刑を十五年以下の刑にし、亜福の刑を三ヶ年増す事と、日本人被告の刑の軽減を要請してきた。しかし神奈川県は彼等の本国は条約未済国であるので外務省と刑部省が協議されたいとして上告した。

当初、外務省は、中国人は条約未済国であるから地方官の見込で処罰して差支えないという見解をもっていた。一方刑部省は独自に判断し、竹溪ほか二名の斬罪と亜福を三年の徒刑を決定した。また、ベルギー領事からは日本の法律と被告の本国の法律とはなほだしく差異がある場合の処置に対し疑義が表明されたので、外務省はこれに対し八月十八日神奈川県に対し次の訓令を発している。

「右竹溪犯科素より我刑律に処し候は当然の義、縦令他の条約未済国の人民たりとも悪事有之ものは支那人同様我

刑律を以て所置いたし可申候、畢境彼我刑典異なり候より右様異論生し候とも、右は余議なき次第にて、是を忍せにいたし置候て、開港場の取締相立ち難きのみならず、後に我国律をも矯め候様なりゆき、第一国政に関係いたし候義に付何分同意いたしかね候」。

このような命令を発する共に、政府は当時中国にあった柳原外務卿大丞をして中国側の了解を求めさせた。中国は「条約に両国居留民が法度を踰越し奸を作し科を犯すときはその地の律例によって処断し本国は干渉しない」とある以上は竹溪の処断に関しては日本側の処置に一任すると答え、結局竹溪、善吉、峯吉三人の死刑は十一月三日に執行され、亜福もまた徒罪に服したのである(七)。

(七) 在留外国人の紙幣贋造事件 明治四年、金札贋造容疑者山岸鑲次郎外三名を逮捕して吟味したところ、三人は米人ロシス(ロージャス)の提案により金札贋造したと答えたので、日本側はロシスを上記三名の日本人と突合せて糺したいとしたが、ロシスは病氣と称して談合に応じなかった。神奈川県知事井関盛良は、横浜在勤のアメリカ領事(Samuel Lyon)に要請して日本人容疑者の取調べを行い、その結果、ロシスの犯行も明瞭になった。しかしそれより前容疑者ロシスは香港(上海)に逃亡していたので、リヨンの後任である米領事シェパード(C. D. Shepard)に逮捕のための手配を要請したが自己の権限外だと断わられた。そこで日本側は沢外務側が米公使と交渉したところ、ロシスは仏人であるとの回答をえた。

一方兵庫の米領事裁判所ではロシスが未逮捕のため贋造紙幣を行使した米人カセイだけは服罪させたがその仲間の伊人は証拠不十分として無罪とされるような状況にあった。そこで日本側はロシス手配方依頼のため兵庫の官員(平野少輔)を上海へ派遣して仏領事と交渉させた。しかし、仏領事は、当人は仏人名簿にないので証明を添えてかけ合ねばならない。また日本政府からも仏のミニストルからもその件に関し公報が来ていないので貴下と話合ふことはできない

と断わり、ただロシスがアメリカ人でジョン・ロジャース (John Rogers) であることを説明した、そこで米総領事と交渉した結果、上海米領事が一応の吟味の末、彼が Naturalization Paper を所持していないので規程は無国籍であるが、横浜在勤米領事と日本官憲の協議により、もし彼の無罪が判明すれば損害は日本側が負担するという条件で折合った。その結果ロジャースは日本に送還され、横浜米領事館は次のごとき判決を下した。

「一八七一年十二月七日 米国民ジョン・ロジャース 贖札の罪

裁判席に於て愈罪人有罪たる事判然いたすに付ロジャース儀は一ヶ年の間入牢為疑使役申付候上は日本国在任を構ひ候事

合衆国領事 シオ・セパルト印

立 会 ジョージ・イ・レーン

エス・ケ・ロウロップ

日本側はこの判決に同意し、アメリカ領事は彼を明治六年一月十三日刑期満了につき除籍させた後、日本をたち退かせたのである(8)。このように、犯罪者の国籍決定が複雑な場合は、とくに日本の司法権の制約が強く感じられたものであるが、これをもって領事裁判権の乱用だということとはできない。

(八) 仏国の日本漁夫殺害事件

明治四年七月二十九日ドイツ人ジンメルマンが東京鉄砲州船松町海岸で酒食売船に乗込み無鉄飲食と船賃不払をして逃亡中、附近の道で見かけた佃島の漁夫由次郎と安次郎をおどして漁船を出させ、これに乗って逃げる途中品川浜御庭砲台沖で由次郎を射殺した。安次郎は驚いて海に飛び込み他の通船に助けられて佃島に帰り船松町常備兵屯所へ右の始末を訴えた。当局が捜索に当たったところ、ジンメルマンは下総国猫実で漂流中のところを捕えられたことが判

明した。これを直ちにドイツ側に通報し、ドイツ側の要求によってジメルマンを東京牢獄に収容した後、身柄をドイツ側に引渡した。その後東京府大少参事から領事へールに対しその処置について要請をくりかえしたが、領事は吟味糾弾の権はないと答え、東京府としては右のような人命に關する重大な事件は一日も差置くことができないと強く抗議した(9)。八月二十三日にドイツ側からジメルマンはドイツ人ではなくフランス軍艦アルマ号脱走水夫であると通告があり、次いで九月一日ドイツ代理公使からフランス軍艦リノア(Linois)の脱走水夫ロラン・ジブリ(Roslin d'Ivory)だと判明したので横浜在勤フランス領事に引渡したと通告があった。またフランス公使からはフランス法に従い裁判を行なうとして東京府官員の立会を求め、九月十三日に横浜領事裁判所から判決が下されることになった。判決は一八三六年五月のフランス法書三七章の四十四条の規定に基き刑法をもつて処罰することとしたが、犯人はすでにフランスの軍法會議において脱走のかどで三年の徴役刑をうけており、海軍従属者として一八五八年六月四日の法書その他によりアルマ号に引渡すこととなった。結局、九月二十一日のフランス海軍法廷において由次郎殺害の罪として獄舎二年ならびに科金六百フランの支払いが決定され、償金として六千五百フランを由次郎の父に払うことが決定された。海軍裁判所が適用した法律はフランス刑法三一九章、本人が誤殺した場合の項「法則氣付ケサルニ依リ不処ニ依リ、怠リニ依リ、不心得ニ依リ、仕損シニ依リト雖モ不慮ヲ以テ害殺ノ科ヲ犯シ或ハ不慮ヲ以テ其科ニ陥ル者ハ三ヶ年乃至二ヶ年間入牢ノ上五〇フラン乃至六〇〇フランの罰金タルヘキコト」を適用したのであった。

日本側はこれを異存ないものと認め、結局遺族の扶助科として明治五年八月四日までの利息を加えた合計七千フラン余が支払われ事件は落着した。この事件のようにドイツ人と自称した水兵がフランス水兵だと判明するまでドイツ領事がフランス人を管轄するなど、国籍問題は非常に複雑な面を示したのであった。

(九) ニューヨーク号事件 明治七年の台湾生蕃事件に対処するため、日本政府(大蔵省)はアメリカ太平洋郵船会社

のニューヨーク号を雇入れ、英国船ヨークシャーと共に台湾まで航海する契約を結んだ。この台湾事件に際し、アメリカは日本の征台計画を清国が認めるまでは中立政策をとることとし、同船の台湾航行を差止めよう日本政府に要望するところがあつた。日本政府は一応長崎にて同船の出航を見合せ、ついで征台計画に参加する契約を結んだ三人のアメリカ人 (General C.W. Le Gender, Lieut. Commander Casselle, Mr Hason) と同船との契約を事実上保留した。一方、郵船会社は日本政府との雇船契約に記載された契約金の全額の支払いを請求してきた。そこで、明治七年六月、日本側は大蔵省が原告となり同郵船会社を相手としてニューヨーク号航海差止めによる契約違反と、その損害賠償を在横浜領事裁判所に提訴した。しかし裁判所は日本側の主張を認めなかつたためやむなくこの事件をカルフォルニアにある District Court に上訴と決定した。

— 法 律 論 叢 —

日本側は雇船契約条項を唯一の根拠として郵船会社の破約責任を主張したが、もともと船主へ払った契約金を取戻すだけの積りであり、ただ船主が雇船契約面の全額を要求したことから訴訟を提起したものであつた(10)。明治七年十二月アメリカ側から和談の申込みがあり、加えて控訴手続書類の不備、証拠不十分等の不利が重なり結局明治十一年七月になって原告(日本)の口頭の中立により訴をとり下げた(11)。この事件は、もともと領事裁判にはなじまない性質をもつていた。それをあえて裁判で解決しようとしたところに日本側の判断の誤りがあつた。

(11) イウエルセン事件 これは明治九年京都の商人窪田某が大柳某を代言人として独人イウエルセンを代金不払のかどで兵庫在勤ドイツ領事へ提訴した事件である。しかし、被告は原告との商行為を否認したので、ドイツ領事は原告に対しこのことを告げ、原告が更に裁判を主張するならば独領事が指定する独人の代言人に依頼せよと通達した。しかし原告は従来の慣例を理由に右指定代言人の選択を拒否したため、事件はドイツ領事裁判規則に関する問題となり外交々渉となつた。九年四月、寺島外務卿は兵庫県令神田孝平の意見を入れドイツ公使に対し、この事件の代言人は

各国の領事裁判の場合と同様に訴訟手続や代言人選定に関し原告の希望を入れるように要請した。しかしドイツ公使(アイゼンデ)はドイツ法を理由にこれに応じようとしなかった。そこで外務省は神奈川における判例を検討したところ、被告ドイツ人が原告の申立を拒否した場合には、便法によらずドイツ法規によっていることが判明した。しかし、寺島は同年十二月ドイツ公使に対し、ドイツが便法を認めなければこれから後日本側裁判にも便法を認めないものとする。だが、これでは双方の人民の成否に拘るから施行前に協議したいと申入れた。その結果、翌十年二月、ドイツ公使から相互にこれまでの便法を存置させ出来るかぎりおだやかに措置したいと解答があった。これは領事裁判そのものではないが、裁判手続という附帯的なことから時として外交上の問題となった一例で、日本側の要求が認められたのである(12)。

(四) 英艦オダシユス号事件 これは明治十年六月十一日、神奈川港に碇泊中の英国軍艦オダシユス (Audacious) 号が暴風雨の際、錨を引き終り、同艦の後方約1/4里に碇泊していた郵便汽船三菱会社の汽船千里丸に衝突し重大な損失を負わせた事件である。

三菱会社はオダシユス号艦長コロムに対し修繕費を要求したが船長はこれを拒絶した。そこで該会社は同氏を相手どり、六月二十日横浜領事裁判所に提訴した。英艦船長は領事裁判所に管轄権なしと申立てたが棄却されたため、上海高等裁判所に提訴しようとしたが果せなかった。しかし、領事裁判所においても本件の審理をなすべき陪審者がこの事件の決定をすることができず散会となった。陪審員が決定できなかった最大の理由は、オダシユスは暴風雨に吹流されて千里丸に衝突したのであって、これは天災に由って生じたものだということにあった。

一方三菱会社はこれに抗弁して広い湾内では暴雨の際は一挺の錨を投げ、危険が迫ってきた場合に第二の錨を投すべき筋だとし、オダシユスは当夜一挺の錨しか投げておらず、危険を予防すべき蒸気も用意していなかった。もし

両錨を投下していたら、この危険は避けられたらうとしてこれら注意義務を怠った英艦の責任を追求した。

しかしコロムはこの無効な裁判の翌日出港してしまつたので、裁判は延期された。同年十一月十三日三菱会社は一八七八年四月一日まで裁判の延期を求めると共にロンドンの海軍局委員大臣に当日の事件を詳細に報告し、裁判以外の方法で補償を求めようとした。この場合、領事裁判は後になって日本側が否定したのである。

一方明治十一年六月六日交渉に当つた駐英大使上野景範は英国海軍省の前海相 *Late Secretary of Admiralty* に相談したところ、同氏は裁判所に付託しない前であつたらどのようにも打つ手はあつただろうが一応付託したかぎりでは海軍省がこの事件を扱えば裁判所の権限を犯すことになる⁽¹³⁾と拒絶した。この事件も外交交渉によつて解決されるべきものであつた。ただ、反英感情を煽る効果だけは生じたのである。

(四) ハルトリー事件① 明治十年十二月英人ハルトリーは阿片二十ポンドを二個の罐に入れ、染粉と偽つて通関を求めた。不審に思つた横浜税関が検査したところ、阿片だと判明したのでその阿片を税関で抑留すると共に同年十二月二十六日附をもつて横浜税関長より日英条約(一八五七年八月二六日締結) 附属協定二条の末項および一八六五年の支那および日本に関する *Order in Council* 八十四節に基いて訴を神奈川領事裁判所に提起した⁽¹⁴⁾。

被告ジョン・ハルトリーはこれまで数回となく阿片の密輸を計つていた常習犯であつた⁽¹⁵⁾。原告は次のように主張した。「被告は薬種類の輸入業者であるが、十二月十四日に貨物陸上の届け状には山藨葉及び呀囉虫とあるのでその一箱を税関で検査したところ、この二品の外に阿片十ポンド入り錫が二個発見された。これは明らかに密輸入の意図あることを証明する。もし密輸入の罪がないとしても密輸入を企てた廉において有罪と認定される」、一方、被告はこれを反駁して本訴の阿片は吸煙阿片ではなく薬用阿片であるから貿易規則の違反ではないとした。

明治十一年二月二十日の判決によると、被告の主張する薬用阿片かどうかに焦点を置いている。すなわち条約面にい

う輸入禁止の阿片の中に薬用阿片が含まれるかどうかを問題とし、日本政府が阿片の輸入防止のために公布した三つの通告^①(一八六八年四月、^②一八七十年九月布告)をとりあげた⁽¹⁶⁾。そして一八六八年までは阿片に関する国法がなく、一八七二年までの間、薬用阿片の禁止した証拠がない。また原告は政府の布告に関し、初めて布告を発したときはあたかも大君政府に代る時であり、皇帝政府の官吏は多分まだ条約の條款を知らないと申立てているが、布告は条約と直接関連がないので根拠となし得ない。現在までの税関処理の法則を考慮し、ハルトリーが輸入した阿片は鑑定により薬用阿片であることが明瞭である以上、被告は日英貿易章程によって処罰できないとして無罪を言い渡した⁽¹⁷⁾。

同年三月七日、寺島外務卿は運上目録輸入品第三種を吸烟用だとする判決の不当なることを英公使にあてて申入れた。しかし薬用阿片と吸烟阿片との区別がなく、日本側にとって判決が不当だとしても外交交渉により遵守を求めより他に手段がなかった⁽¹⁸⁾。

ハルトリー事件^② 明治十一年(一八七八年)再びハルトリーは陸揚中の貨物の中に阿片を隠して輸入しようとした。本件も横浜税関長より神奈川英国領事裁判所に告訴したが、当初英国領事は、この阿片が吸烟阿片でなければ処理できないと却下したので、横浜税関長はその分析表を添えて吸烟阿片であることを証明した。そこで裁判所は日英貿易章程第二条末項に該当するとして百六十五弗の罰金の支払を命じ、抑留中の阿片の内三斤は被告に積戻しを認め、それ以上は日本政府の減却にゆだねた。被告ハルトリーはこの判決に不服であるとして上訴を計ったが、判決以後四十八時間を経由した以上受理すべからずとして却下され、罰金を納付した⁽¹⁹⁾。

日本側はこの判決に不服として英国の内閣議院の司法委員へ上告したいとして英公使と交渉した。一方英外相ソルズベリーから、自分も裁判が不正だと考えるので外交的解決に求めたいという提案があり、上告はとり止めた。英国東阿片貿易禁制公社からも熱心にこの阿片問題について質問があった^(明治十二年二月十九日)。

二月七日に英外務省より正式に判決は不適當かつ公平でない」と表明された。しかしながら英国法によれば刑事事件に関する事件は、一度び判決があつた場合には他の機関が勿論介入できないといふことであつたので、日本側は再度英国裁判所に上告せんとした。一方、これに対し英国側は阿片密輸入の件と阿片禁止規則設立一件を別個の問題として捉え、規則草案を提示した(明治十二年七月十九日)。日本側は英国政府の意向をほぼ全面的にとり入れ、阿片売買規則を作成したのである。その主たる問題点は三条における阿片購入量、六条において日本政府吏員の検査に自国領事を立会わせる、七条の疑いある葉舗への阿片売渡禁止等であつた。交渉の結果七条を削除し、他に罰則規定を設けて問題は落着した。

これによると、明治初期の慣行と異り、たとえ阿片規則が日本側のみで制定されたとしても、条約の制限上領事裁判所で適用できないといふことがきわめて明白に示されてきているといふことである。このことは米國などの条約國が領事裁判においても自國の法律と両立するかぎりでは適用するとした考え方と全く対立するものであつた。国内では領事裁判規定の弊害を痛感せしめた事件であつたが、判決が領事の判断の誤りから生じたものだといふことは第二事件に関する英外相の言明からも明らかである。これは領事裁判のもつ必然的な危険性を意味するものであつたが、このような例はあまり多くはない。

(四) ル・ショペレイラ (Lucio Pereira de Campos) 事件 これは明治二十二年九月 (一八八九) 香港で犯罪を犯し日本に渡航したショペイラを居留地外の兵庫縣有馬郡湯山町の旅館で英国領事館員が逮捕した事件である。

日本側は英国に逮捕権はないとして外務省より兵庫縣宛次のごとく指令した(同年十一月一日)「英国領事はル・ショペレイラを逮捕したとのことであるが、もし右のことが事実なら同人を解放すべきことを英国領事に照令し、かつ日本政府は英国領事が同人を香港に送ることができないという立場をとつているので、強いて送らうとすれば巡査に命じてこれを差止めさせると伝えるべし。英国

領事は日英条約により日本国内に於て罪を犯した英国人を審問裁判する権能を有しており、そのかぎりでは逮捕権を有しているが日本領地外で罪を犯したものを逮捕する権利はない。日本国内に逃れて来た犯罪人は日本政府に対して犯罪人引渡の請求がない場合には日本領地外に送ることができないのである。本件の場合に英国領事が逮捕権を有しないのは居留地内外を問わない」と。

これに対し英国領事は一八八四年の英国枢密院令によると英国国民が罪を犯し日本、支那、朝鮮に逃走した場合は、英国領地内におけると同様の処置をとるべしという正文があり、かつ日本駐在の英公使宛の逮捕令状が発せられた電報もあることゆえ犯人の解放は英公使への電報で請訓の上、措置すると答えた。

本件は大隈外相と英公使との談判に移され、英国側が日米犯罪人引渡条約に準じた処分を求めると共に在神戸英国領事には犯人の解放を求めた。そこで日本側も神戸始審裁判所検事から犯人逮捕の令状を発して英国領事が犯人を釈放すると同時に身柄を逮捕、拘留し、後に来航した香港警吏へ身柄を引渡し事件は落着いた⁽²⁰⁾。この事件は領事裁判の段階から中央の交渉に移されたが、日本側も国際法認識がかなり進んでいたということを証明している。

(四) ダラス、リング事件 この事件は領事裁判ではない。しかし日本側と外国の刑罰適用を対比させる上で記載した。明治三年十一月二十三日、大学南校雇教師ダラス、リングが神田鍛町を通行中、鹿児島藩士肥後壮七と杵築藩士助藤竜吉、関宿藩士黒川反次郎に襲撃され深疵を負った。犯行の理由はダラス、リングが妾と共に通行していたの腹を立て酒の酔いも手伝って斬りつけたというものである。

外務省と刑部省が協力して犯人を捕え次の如く刑を言渡した。肥後、加藤両人は絞罪。黒川は相手に負わせた傷の程度から準流刑十年を課すとし、さらに肥後壮七と同行しながらその行為を制止しなかった松本、永田両人は閉門九十日と決定した。また日本政府はイギリス公使の要請により治療費としてダラスに三七五ドル、リングに三二五ドルを支払った。このように日本には明確な刑罰を定めるべき基準があった訳ではなく外国の法律に比すると、かなり可酷

なものだったといえる(21)。以上きわめて限られたケースをとりあげてみたが、問題点の指摘は後述するとして(六の(二)、六〇頁)、領事裁判権は必ずしも拡大されたものではないということが判明する。

(1) 本規則案はきわめて詳細にわたって規定されているが、日本役人が外国人を逮捕することが、いかにむづかしかつたかを示している。逮捕手続は日本側が提案したものであるが、それは「不列顛の臣民、日本役人に乞ひて其の全權委任状を見し後、コンシユルの調印ありて、其の姓名及び宿所を記せる鑑札を示せば日本役人これを捕ふることなかるべし」、また「些細の罪科を犯せる者は只捕えざるを当然となす、唯免許の鑑札を渡すを以て十分となすべし」とある。一方、日本役人が犯人を捕えても、ただ領事館に連行するのみで、領事裁判に委ねなければならず、領事不在のときは「其の歸るを待て裁判を受くべし」と規定してある。

(2) 大塚武松「幕末外交史の研究」三七三—三八九項参照。

(3) 大日本外交文書三卷五七三—五七四項。

(4) 下村、前掲書三七—三八頁、同氏「明治維新の外交」二二七—二三一頁。下村氏はこの判決について次のように云われる。「裁判は公正であった。しかし領事が自国外の人民を裁判したという手落はあった。領事は常に良必的ではあつても何時も優秀な法律家であるとは限らなかつた」。けだし当を得た批評である。

(5) 下村富士男「明治初年条約改正史の研究」三〇頁は、次のように説明されている。

「日本は法権を通商条約(日独、日墺の刑事に関する領事裁判権)によって外国に与え、日本の主権はその限りにおいて制限されたけれども、それ以外の条約によって譲与していない法権はすべて日本に存在するとしなければならぬ。そして日墺通商条約六条はオーストリア・ハンガリーの人民が日本の人民又は他の外国人民に対し罪を犯した場合、したがって日本国家に対し罪を犯した場合でなく、私人に対し常事犯に属する罪を犯した場合には、オーストリア・ハンガリー人は本国の法権に服する権利があるだけであるから、日本国家に対する犯罪は当然日本の法権が及ばねばならない……。領事裁判権がこ

のように、日本在留の外国人が日本国家の存在を危くしても、日本の主権外にあると解釈されれば……明らかに主権の極端な侵害であり、拡大解釈であるが、早くも明治二年にこのような前例がつけられたのである」と、しかし、これは本文中に指摘したように正確とはいえない。

(6) 大日本外交文書二卷一冊、三七、三八、五五、七三、一〇四、一四七文書。同二卷三冊五四九、五六三文書。下村、前掲書四一頁。

(7) 大日本外交文書二卷一冊二六一—二六二頁。

(8) 明治六年一月十八日の副島外務卿から大江神奈川県令宛の指令は次のようになっていた。「相等の猶予を与へ本港立退候様申渡候て差支無之若し又其命を用いず或は不法の所為これあり候へは我国法を以て相当の所置におよび然るべく候」。

(9) 大日本外交文書四卷一冊五〇七。

(10) 大日本外交文書第七卷一一二文書。

(11) 大日本外交文書第七卷二〇四文書。

(12) 下村富士男「明治維新の外交」二三二—二三三頁。

(13) 日本外交文書第十卷事項十七。

(14) 貿易規則二条末項は「阿片ノ輸入ハ禁制タルニ付キ英国ノ何船ヲ問ハス商業ノ為メ日本ニ渡航スルモノ若シ其船中ニ阿片三斤以上ヲ有スル時ハ其三斤以上ノ分ハ日本官吏ニ於テ没収シ之レヲ滅却ス可シ又何人ヲ論セス阿片ヲ密輸入シ或ハ其企ヲ做スモノハ阿片每一斤ニ付罰金十五弗ヲ科ス可シ」とあった。

また「オールド・イン・コンシル」八四節は「若シ日本ニ在ル英国臣民シテ英国日本トノ条約面ヲ遵守セサル者アル時ハ其犯罪条約面ニ於テ罰金ニ処スルトノ明文アルモノナレハ之ヲ条約犯罪ト見做シ其罪此条例ニ照シテ判然タル上ハ条約面ニ掲載スル罰金ノ額ヨリ多カラサル罰金ヲ科ス可」とあった。

(15) ハルトリーは明治五年七月に十ポンド、同年九月十二ポンドの阿片を横浜税関で抑留された、明治六年一月にも二回にわた

り五ポンドの密輸を計り横浜税関で抑留されていた。ハルトリーは明治七年三月と五月に今迄抑留されていた阿片の積戻しの免許を横浜税関長へ申請した。これに対し明治八年三月横浜税関長から特に抑留の阿片は、日本国外へ輸出を差許すが、かかる措置は将来に適用すべきものでなく今後禁制品を輸入しないように告知した。しかし、これにこりず明治八年五月と六月にも再度輸入を計り嚴重に注意を受けていた。大山梓「開布開港の研究」二二五頁。

(16) 第一布告は「吸煙嚴禁」として「吸煙阿片ハ人ノ生氣ヲ損シ人ノ生命ヲ縮ムルノ品タルヲ以テ外國人之ヲ輸入スルハ兼テ彼我條約ノ嚴禁スル勉ニコレアリ近來秘カニ持渡ル者コレアルヤニ相聞キ候方一右國中ニ蔓延スルニ於テハ人民禍害ヲ蒙ル……」とありさらに第三布告の三条では「薬用阿片欠乏ニ及ヒ外國ヨリ輸入ヲ要シ候節其趣地方官ヨリ開港場ニ照会候ハハ特別ノ「オールドル」ヲ以テ買入方取計可申事」とあった。

(17) 日本外交文書十一卷二〇四号附属書一の判決文参照。

(18) 大山、前掲書二二二頁。

(19) 大山、前掲、二二六頁。日本外交文書十一卷二二一号〜二二九号。日本政府としては第二事件の判決で吸煙阿片が輸入禁止とされたことについては了としたが、条約上阿片は全て輸入禁止措置をとっている立場としては満足すべき筈はなかった。そこで各国公使宛外国産薬用阿片買入ならびにその製造規則を作成して送致した。この規則は明治三年の阿片規則を全く一変したものであった。

(20) この事件について大山、前掲書二五〇〜二五一頁参照。

(21) 大日本外交文書三卷事項二八。領事裁判権の乱用が明白に現れてきたのは、むしろ明治二十年代以後であり、日本側が外人関係法を制定せず、遊歩規定の拡大を事実上認めためたために生じたのである。大和雄助「日独通商条約と条約違反」外交時報、一〇六四号。

六 領事裁判制度の問題点とその意義

安政諸条約に始まり、明治二年の日独、日奥条約で領事裁判規定が完成され、それが締約各国との最恵国條款により治外法権と称される利益を均霑せしめた。そして、この権利の撤廃のために明治期の三分の二が費されたのも事実であった。この論理はたしかに部分的には正しいが、しかし、そのように簡単には断定できない面もある。

(一) 領事裁判権の根拠について結論的に述べると、これは二つの考え方に要約されうる。

(イ) 日本側からいえば、条約で外国人に認められた権利は、単に日本の開港場において、全ての締約国は各々の本国法に従って自国民を管轄し、きわめて限られた範囲の貿易を許し、またその限りにおいて領事の裁判管轄権を与えらるるものであった(日奥条約三条(開港場規約と居留規則)、同五条(民事裁判権)、同六条(刑事裁判権)との関連)。

(ロ) 外国側からいえば、自国と全く異質な文明と法制度をもつ国において自国民の生活権を保護しようとするれば、必然的に自国文明(キリスト教文明)と全く対立する法の適用を排除し、自国の代表に自国民の管轄を託することが要請される。それゆえ後者に関してはアメリカのように、日本法規の中に彼等のコモン・ローにみられる類似の法規を見出し得た場合には、それを適用することにしたもので、ただその適用は条約で認められた領事裁判所において行うこととされたのである(前記判例)。このことは日本の法規から外国人が絶対的に免除されたという主張を否定すると共に、他方では、外国の考え方から奇異だと考えられた日本の法律は、その限度で適用する危険を避けたものといふことができる。

居留地についてこれをみれば、一八六七年の横浜居留地取規則において、神奈川県令の下に外国人世話人を置き、その者が居留地内の外国人の安全保護と犯罪人の逮捕に対する援助を命じ(同規則三條)、外国領事は関係国民に神奈川港ま

たは外人居留地内の酒類の売買と妓楼の設置を制限することを命じ(条六)、さらに爆発物の管理を一定場所に制限して貯蔵させ、他の場所の使用を認めないということを取りきめている(条七)。この規則(arrangement)によると、一般には無意識に治外法権という呼称で包含されている領事裁判権は、日本に関しては規定上、きわめて厳重な制限の下に置かれていたことが判明する。また自国領事に対する当該国民の服従義務も厳格なものであったといえる(一)。しかし、文明開化の声と共にいわゆる「欧州の流れ者」といわれる外国人が来日して、犯罪を犯し、国籍の抵触問題が発生し、日本がそれら外国人の出入国をチェックしえないことから領事裁判への不信が強まったものといえる(二)がきる。

(二) 次に判例に関して問題点をとりあげてみると、いわゆる主権侵害という意識の形成である。明治初期に生じたヴァン・リードのハワイ移民事件とか猟銃規則に関する彼我の交渉においては、領事裁判権から日本法の適用が完全に除外されていたといえる。しかし、四年後に生じた紙幣贋造事件においては何が犯罪を構成するかをまず日本法規に求め、その犯罪に対する裁判と刑の執行が外国の本国法(この場合はアメリカ法)によって行われるようになっていた。しかし、イギリスやその他の国はこの考え方と全く対立した場合もあり、日本法による犯罪の認定と鋭く対立するものもあった。このように、彼我の罪の認定の差異は、領事裁判が正しく行われたどうかに関係なく日本の対外感情を悪化させる一因にもなったと思われる。

それ以上に、実際に裁判をする場合、国籍の認定に困難な場合が多く、領事裁判権は国籍を基礎として、その管轄権を主張するだけに一層この感情に拍車をかけたものといえる。だが、領事が在日自国民を正確につかんでいないという場合と、条約義務である自国民を管轄すべき領事が派遣されていないという場合を除けば、領事裁判権は一応は正当に行われたと考えられる。ただ領事の権限がきわめて限定されていたため、事件はしばしば外交上の問題となる

ことが多く、このことが日本の国内の感情を刺激したのである(3)。また事件が一審(領事裁)で日本側に不利と判断され、それについて上訴する場合、その事件が日本人の目の前で判決されないということと、費用その他の問題によって事実上、上訴をとり下げねばならなかったことも対外感情を悪化する原因となったといえる(4)。

しかしながら、判例を通じていえることは確かに領事裁判権そのものに附随する欠点が随所に現われてきているということも認めなければならぬ。その欠点は次のように指摘できる。

(1) 領事裁判権の基礎である国籍の不明確による裁判不能ないしは遅延。

(2) 彼我の罪刑決定への認識の相違からくる混乱。たとえば、明治四年五月十三日アメリカに雇用されていた日本人がキリスト教を信仰するなどで逮捕されたことに對し、アメリカ公使は日本側に對し同人をアメリカ領事及び雇主に予め諒解なしに逮捕するのは日米通商等約三条末項に違反すると抗議し、日本は封建的主従関係を主張し對立した(下村氏は日本側の立場を「新律綱領」でもって説明され、奴婢雇人は雇主たる主人の為に犯罪を容認することを(許され、主人に對する犯罪はその反対の場合よりも重く処罰される雇傭関係の封建的主従関係で説明されている)。

(3) 犯罪が多数国にまたがる場合の困難。たとえば関係国の中の一国が誠意を示して自国民を処罰しても、他の国が協力しないかぎり公平な裁判はできない(ロジャース)。

(4) 外国官憲の干渉による刑罰を受ける範圍の拡大。これは日本の成文法が確立していなかった点も大きく作用している(明治元年の神戸事件における日本側の処置、堺事件の処置、イギリス公使襲撃事件において、またダラス事件において准流刑十年の刑に処せられた黒川は獄中で同監獄の囚人の犯罪を聞知したので禁獄三年で解放されたが、この処分をとるに當って、日本側は予めイギリス代理公使の諒解を求めたというような点も考慮すべき日本側の姿勢である(5)。

(5) 後述するところと関連するが、日本側が唯一の基礎と考えていた条約規定そのものの不備から来る外国側の拡大解釈(たとえば日韓条約五条では外国人は民事訴訟において被告である場合は事件の如何を問はず本國領事の裁判を受ける。しかし六条のオーストリア・ハンガリー人が日本

本人または他の外国人に對して犯罪をなした場合、日本側は私人に對し常事犯に屬する犯罪を想定していたものと考えられる。よって皇室とか日本國家に對する罪

はこの条項では考慮されなかつたものと考へるが実際の事件では、これをも拡大されて範圍の中に入れてゐる。さらに七条は条約違反とか貿易規則及び税則に違反した場合の裁判権だけを与へたものといえる。しかし実際にはこれもハルトリー事件とか明治十三年の外國人所有の諸車へ課税しようとしたが果さなかつた事件等にその顯著な例がみられる)による弊害の増大。これについてはイギリスが特に強硬意見をもち、パークス(英公使)などは日英条約よりも樞密院令(オランダ・シン)により制定した法規にのみ従うとまで極言した。しかし、これをもつてイギリスが一方的に拡大を強制したとみることは正しくない(6)。

(三) 上記(5)のごとく日本が条約規定を唯一の根拠とするときは(外國人が日本法に拘束されないと主張する場合)条約上で外國人の權利義務を詳細に規定することが根本的な要請であつた。しかし当時の日本の國際的認識は、とうていそこまで及んだものではなかつたのである。このように、条約規定の拡大解釈は、大きな危険性を有するものであつた。それがある程度食い止めたのは、日本政府の努力もさることながらお雇ひ外國人と好意的な外國公使の援助によつたのである。

試みに日本以外の治外法権条項に苦しんだといわれていた国の条約を引用してみよう、この種の条項は日本との条約には存しなかつたものである。

(イ) 外國人の權利及び義務について(民事)

○トルコ・アメリカ通商航海条約三条(一八三〇年)
(五月七日)

「合衆國人民或は其代人にして、購入したる生産物或は製造物或は製造物を、トルコ内地需要のため販売するとき、その品物を売買し、又は營業を営むか爲めに、最惠國待遇を以て、同一の税金を払ふべし」

○ベルシャ・アメリカ和親通商条約(一八五六年)
(十二月十三日)

「兩締約國の一方の人民或は臣民が他の一方の版図内に於て死去したる場合は、其財物は死者の家族或は其分財人に悉皆引渡すべし、若し家族或は分財人、存在せざる時には、其財物は死者の国籍ある國の領事或は代理に引渡すべく領事は自國の法律に

従ひ、之を治却するを得るものとす」。(同様な規定は米・マスカット条約二条(一八三三、九、二二)、英・トルコ条約二条(一八三八、八、二六英・ベルシャ条約一条(一八四二、十、二八)、仏・マスカット条約五、七条(一八四四、二二、十七))。

日本においては外国人居留地が存する以上は、このような規定は必要がないものと考えられていた。つまり内地雑居となるまで外国人の権利義務は考慮されなかった。

(四) 帰化及び移住に関する権利、義務

○米・清追加条約五条(一八五八年六月十八日)

「合衆国及び清国皇帝は国籍及び民籍を交換する固有不拔の人権を明確承認す、又両国の人民或は臣民か、互に採見、商業の目的或は永久住居のため、一方より他の一方に自在に移住し、成は帰化するの利益を承認す、故に両締盟国は以上の目的にて、全く随意に出てたる帰化の外は、之を処罰することを締約す、故に両国は互に随意の承認を経ることなくして、合衆国人民或は清国臣民に向ては、清国臣民を合衆国或は他外国に誘致するか、又清国臣民或は合衆国人民に向ては、合衆国人民を清国或は他外国に誘致する者を、刑罰に処する法令を制定することを約す」

○米・清移民通商条約一条(一八八〇年十一月十七日)……略。

日本が帰化に関する国内法規を定めたのは明治六年三月、外国人民婚姻条規七項であつた。これも当面の問題となつたために制定されたもので、領事裁判権と並立させるべき居留地の性格そのものが、この時点より崩れていったのである。

(四) 条約の廃止条項ないし終了規定の欠如　日澳条約二二等はこれについて「米る壬申年即一八七二年第七月一日、

或は其後に至り、此条約、貿易定則并輸入輸出の商税を實驗し、緊要なる変革或は改正を加ふるため、之を再議し得べし、然りと
いへとも、此再議の起は、一ヶ年前に告知すべし、若し日本天皇陛下此期限内に、各国の条約を改議せん事を欲し、其事に付て他
の条約済の各国にて同意せば、澳地利及洪噶利政府も、亦日本政府の望みに従ひ、此会議に加わるべし」

と規定していた。これと類似する条約規定は韓・英条約十一条の「本条約実施の日より、十年の後、両締盟国は本条約或は附録税関目録は、雙方の承諾を以て、実験上緊要なる修正を加ふるかため、再議を開くを得べし、但し再議を開くには、一方より一ヶ年の前に通知すべし」と規定されていた（同様な条約規定は朝鮮・米和親条約十二条、シヤム・マダカスカル・仏条約八条二項）。またトルコ・アメリカ通商航海条約二十条では「改正を通告し、其通告の日より一ヶ年を経過せば、廃止終了するの自由ありとす、而して再び二二年の末に至り、改正を約すものとす」として、通告後一ヶ年を経過すれば廃止することとなっていた点は注意を要する（同様な規定は米・ペルシヤ和親通商条約八条）。

条約の締結期限に関しては、締約国双方が期限を限るのが通例である。当時の欧米諸国の条約では、一般的に一方の締約国の通告のみで条約を改廃できるものとされていた。しかし、日本との条約では緊要なる変革改正を加えるために再議ができるというだけであつて、一方的な通告で終了することができないだけでなく、極論すれば他方の承諾がなければ一字一句の修正すらできないことになつていた。条約期限について欧米の通例によらなかつたのは当時の外交上の知識の欠如にもよるが、条約に対する認識の不足にも存在する。いやしくも条約は締約国にとっては法律である。その条約を当初から厳密に取極めることをせず、後の運用にまかせることは誤解と不利益を招くことになる。

このことは現在日本が条約を認識する態度と一脈通ずるものがある（たとえば日米安保条約における事前協議とか、いわゆる極東条項の解釈、日米通商航海条約の規定に対する事実上の拒否にみられる考案方がその例といえよう）。

(五) 改正条約締結時の若干の混乱 最初に締結された日英条約は、明治二七年七月十六日に調印され、調印の日より少くも五ヶ年後迄は実施されず、日本政府より本条約実施に関する要望書を英国政府に通知した後、一ヶ年を経過しなければ実施されないことになつていた。そこで陸奥外相は明治三二年七月十七日をもって各国との条約実施日と決意し、米國との条約では、たんに明治三二年七月十七日より実施すべきこととした（その後の日葡、日秘条約と同様

に規定された)。一方日仏条約は絹織関税交渉に手間どり、明治二九年八月四日パリで調印された。しかし、同条約二四條に「本条約は調印の日より少くも三ヶ年間の間は実施せられず」とあり、これに対する何らの修正も加えられなかったため、日仏条約のみは明治三二年八月四日より実施されるということになった。このことは最惠国條款の解釈とからみ合い混乱を生じたのである。すなわち、米葡秘の三国に対しては、必ず明治三二年七月十七日より改正条約を実施すべき義務を負い、フランスに対しては同年八月四日以前には改正条約を実施しない義務を負うという妙な現象を生じた。一方、ドイツとの条約は明治三二年七月十七日以後は、何時でも改正条約が実施されると規定したが、外交文書でもって領事裁判権の抛棄は、他の各国の領事裁判権の消滅と同時に効力を生ずることとしていたため、ドイツに対しては、フランスが領事裁判権を撤廃するまでは、その領事裁判権を抛棄させることができないこととなった(8)。

もし七月十七日よりフランス以外の国との改正条約を実施するときは、ドイツが八月三日まで領事裁判権を保有しながら新条約による利益を享有するという不都合が生ずるだけでなく、フランス以外の諸国も、新条約の最惠国條款によって仏、独の有する領事裁判権を均霑することができ、フランスも領事裁判権を保有しながら、旧条約の最惠国條款によって、諸外国と同様な内地開放その他の利益を要求できるという危険性が存在した。各国が最惠国條款の適用に関し無条件主義をとり、このように主張して来る可能性が存在したからである。そこで大隈外相は栗野公使に命じて日仏条約の実施期日を繰り上げて七月十七日より実施すべく交渉せしめたが、フランス政府は、七月十七日以後生じた事件に関しては事実上領事裁判権を行使しないと口頭で伝達してきただけであった。

そこで止むなく英、米、独その他の国に対し、フランスが七月十七日より八月四日まで有する全ての特権を認めることとし七月十七日より発効せしめた(9)。条約実施の期日が同時でないということは上記の矛盾の外に、たとえそ

の期間は十数日にすぎないといえ、各種の徴税について英、米等は新条約により、仏、墮に対しては旧条約に基いて執行することになり領事裁判権同様の紛議を生ずる虞れがあった。このため条約の実施は全て八月四日からとされ、新条約実施の時、領事裁判所において繫属中の事件はその最終判決にいたるまでは領事裁判所において審理されたのであった。

(六) 日本における領事裁判権の撤廃の国際的意義 まず第一に挙げられるのが英清追加条約(一九〇三年) 十二条である。これはいわゆる「マツケー条約」といわれるもので次のごとく規定している「清国カ其司法制度ヲ改善シテ泰西諸國ノ司法制度ニ適合セシムトスルノ熱望ヲ表明シタルニ鑑ミ英国ハ右改善ニ対シ一切ノ援助ヲ与フヘキコトヲ合意シ且清国法典ノ状態、其運用ノ方法他ノ情況ニヨリ治外法権ヲ撤去シ得ルコトヲ確ムルニ至ラヘ之ヲ撤去スルノ用意ヲ有ス、(Will also be prepared to relinquish its territorial rights when satisfied that the state of chinese laws, the arrangements for their administration and other conditions warrant her in so doing)」。これは日本における領事裁判権撤廃により刺激された結果であるといわれている⁽¹⁰⁾。たしかにそのような一面も存しただろうが、日本における該条項撤廃以前、一八八三年五月二二日の韓米条約四条にすでに同じ規定が存したことを指摘したい。同規定は「朝鮮国王にして同国法制及司法手続を改善し、合衆国の視て以て自国の法制及司法組織に適合すと認めたるときは朝鮮国在留の合衆国人民に対する治外法権的裁判管轄権 (the right of extritorial jurisdiction) は之を抛棄し爾後合衆国人民は朝鮮国領域内に於て地方官憲の管轄権に服する」というものであった⁽¹¹⁾。また翌年十一月二六日の韓英条約附属議定書一条の規定もほぼ同様な意味を規定している。これは「韓国の律令及び審判弁法の改善の結果、英国臣民をして在留国法権の拘束より免除される故障消滅し、韓国法官に於て法制に通曉し、且独立の地位を保障されることが英国法官の如くなるに於ては、英国官員に於て本国々民の審判に当る特別権能は撤去する」と規定された⁽¹²⁾。

これは英米法の觀念(屬地主義)から生じてきたものとみられ、英、米領事が清国内において行使する裁判権は本来清国皇帝固有の主権であり、また韓国内において行使する権利は韓国国王の主権に外ならないという考えである。

このように英米法理論が、屬地主義をとる以上、大陸法系が主張する在留国の領土主権と関係ないとする屬人主義とは全く対立するものであった。このことは日本との条約改正交渉においても明確に証明される所であり、よって日本の条約改正による刺激によりマツケーヤ条約十二条が締結されたと簡単に断定することは正確ではない⁽¹³⁾。

(七) 以上のことから領事裁判権の撤廃の条件として、日本が西欧的文明国となる必要があるであつた。そして一方では、国内法を西欧風に改めると共に他方では、明治十九年十一月十六日赤十字条約に加入し、同二十年三月には海上法の要義に関するパリ宣言に加入した。このことは条約改正交渉に好影響を与えたところである。それと共に一八七五年の万国公法会議においてアメリカ委員より次の如き提案がなされ、欧州諸国の注目を集めていたこともその背景として存在していたことも忘れてはならない。

「東洋ノ非耶蘇數國ト雖モ西洋ノ耶蘇數國ニ於テ行ハルル司法制度ヲ採用シテ実施シタルトキニハ西洋諸國ト均シク國際公法上ノ權利ヲ享有シ又其義務ニ服徒スヘキモノナリ⁽¹⁴⁾」。

(八) 領事裁判権の意味するもの

領事裁判権の起源は本質的に商業上の利益保護を意味していた。この権利を一方的附与という形で諸外国に認めたとトルコにしても、白国の西欧化を企てたエジプトのケルマ・パシヤにしても、これによって自国の利益が増大すると信じたからにほかならない。それゆえ、外人に許されたこの特権と免除は平和的な居住に対するもので、必要でないものはその意味で排除されるべきであつた。しかしながらヨーロッパの文明が進歩するに伴って、本来二国間の友好関係において排除すべき特権が自国にとって、必要なものとなり、それは自己の利益保護を覆い隠すための条約の

絶対性という法的主張によって正当化されていたのである。すなわち、国際法は文明国間のみ適用されるという理論は、ヨーロッパ諸国の既得権を保護し、その侵略性を隠すための口実として幾度用いられてきたかはかり知れない。その事は歴史が事実をもって証明している。この意味からいえば、この領事裁判権を認めなければ外国人は日本に滞在しなかつたであろうし、日本の進歩もあり得なかつたであろうという仮説は一面からみると、はなはだ偽満的である。

しかし特権は情勢の変化に伴い、当初は予期しなかつた功罪を作りだして行った。明治期の条約改正交渉の教訓を通して、日本の国内法が西欧風の文明を加味しつつ作成されていった進歩の過程はその一つと考えられ、また、かたりの識者が国家主権の絶対性という主張を変更し、国際社会に対応すべき意識を生成発展せしめたことはその第二の利点であつた。この意識は日清、日露戦役における戦時国際法規の遵守という他国に例をみない評価を勝ち得ていったことにも現れている(16)。

条約改正という一大事業が日本に課せられなかつたとしたら、あのような短期間に法制度が完備しえたかどうか疑問であるが、日本人の考え方が少くとも一方に偏していたことも事実であつた。すなわち、日本にとって国内の改革は、あくまで領事裁判権を廃止することを目的としたものであり、そのために西洋の立法、行政、司法の諸制度を口本に同化させるといふ本来の近代国家の発展過程と違つた方向、つまり西洋文明が許容する国際社会への到達といふことのみに置かれたのである(16)。これは、国家社会を構成する個人の保護という人間としての認識が欠けた法を生みだすことにつながつた。すなわち、国内法整備には外国人の参加を認めるが裁判官としての外人を採用することに絶対反対であるというような国家意識が形成され、近代的国際関係への加入を求めるために努力した真意は変型されてしまった。ドンダグリの実は必ずしも樫の木にはならなかつたのである。

トルコにおいても一九二三年のローザンヌ會議において領事裁判権撤廃を提議した際、列国よりトルコ裁判所に外国人の司法官として参加させることが要請された。しかし、トルコ全権はトルコの独立及主権を害するものとして強硬に反対し、結局欧州人を法律顧問として招聘することで解決をみた⁽¹⁷⁾。

このように、治外法権乃至領事裁判権は個々の条約で認められたものであり、その国が外国人の権限の拡大を暗黙のうちに承認することによって慣習的に拡大されてきたものである。その意味から慣習国際法というより、むしろ特別法というカテゴリーで捉えられるべきものである。一方、政治的な意味をもつ条約というものは、一国の立法府において厳密に用語例を検討して作成された法律と異なり、種々の政治的事情のもとに成立し、解釈や運用面においても融通性を有している。これが好作用を与える場合には事態は弾力的かつ友好面を発揮する。日本の条約に関しては、すでにみてきたように治外法権の立場からなされた消極的な規定と、明白な領事裁判を規定する積極的な規定が相錯していた。それは条約締結時の四囲の事情に原因を發する立法技術上の無知の結果であった。

しかしながら、第一次大戦前後において、この治外法権理論は再びその形を変えて (一) 委任統治制度へと受けつがれ、(二) 保護民制度にとり入れられている。この制度はフランスにおいては非条約国民の保護という名目の下に(ルンヤ、ギベリシヤ、メーメル、モナコ、ポーランド、ルイジマニア、シャム、チエコスロヴァキア、ユーゴ)を自国の管轄に置き、イギリスも一時ではあるがペルシヤ人に、オランダはルセンブルグ国民に、またロシアはブルガリア、セルビア、モンテネグロ人を、そしてイタリアはサンマリノ人をこの制度の下に置いた。ただ一九二〇年以来、中国は保護民制度による治外法権の拡大に強く反対し、一九三〇年前に全てを放棄しえた事実がある。治外法権はこのように近代法律制度とは両立しえないものであった。いかえれば領事裁判権は国内における法制度の確立という意識をもたらしたという功績を一方で有しつつ、反面、その地域の歴史的發達の必然性を否定する役割を果たしたのである。

(九) 現在における類似制度の存在

日米安保条約六条は「日本国の安全に寄与し、並びに極東における国際の平和及び安全の維持に寄与するため、アメリカ合衆国は、その陸軍、空軍及び海軍が日本国において施設及び区域を使用することを許される」と規定し、それに附随する米軍地位協定が結ばれている。この六条はその種類にも、数にも、なんらの制限をつけない外国の Armed Forces が日本全国内に駐留することを認めている。このことは当該外国人に国際法上の治外法権を認めていることに他ならない。現在日本ではこの条約と地位協定については内容が詳細に研究されているのでここでは触れない。安保条約六条は規定上からいえばたんに国防権を米国に与え、米軍を日本に駐させることにある。しかしながら、旧行政協定は安保条約の詳細をとりきめた膨大な特権を明記していた。これは明白な二国間条約でありながら、その実、付属協定という名によって国会の審議を避け国際法における治外法権という名の下に一方的に治外法権を認めたものである。すなわち外国に軍隊を駐屯させる場合には必ず治外法権を件うことは国際法上当然の権利である。しかしながら、旧行政協定十七条二項においては、あまりにも露骨にこの治外法権が認められていた。そして現行の地位協定でも、形の上では日本の裁判権を最大限に認めながら、実質的には、日本の裁判権、警察権を制限し、米国に従属させる不平等な性格を有している(19)。

安政条約以後の領事裁判権と、現在の日米安保条約における軍隊と同一の線で論ずることは誤りだとされる人もいるかもしれない。しかし、私は問題提起として次のことを述べたい。

安政条約以後、明治二年の日澳条約に規定され、日本の主権を侵害したと一部の人々に考えられた領事裁判権はなんらの不法を意味するものではなかった。それは当時、国際法を全く知らない朝廷派の壮士や、討幕の野心家により行われた攘夷、排外的行為から守るためにヨーロッパ諸国の権利として幕府が認めたもので、しかもそれは一定の場

所と、小地域の居留地に滞在することに限られていた。その人数にしても数千人が住んでいたにすぎない(20)。

現在の日米安保条約の下における数万の外国人が使用するいわゆる治外法権地域は「三六万六千方キロ」にも、またそれを越すものともいわれている。しかもそれは自由に移動する特権まで認められている。この現象は日本にかつて存在したことのない未曾有の一大集団の存在を認めた「一国中の一国」そのものの姿ではあるまいか。

(1) この規則は一八七三年のマリア・ルーズ事件において日本とペルー間で大きな論争を生じた。すなわち日本が条約未済国のペルー人の裁判をなしうるかどうかについて各国領事は規則四条「横浜居留地又は神奈川港内に居住する支那人或は条約未済国の外国人取締向竝に刑法は、神奈川奉行より取締役存寄を尋ね、且外国コンシユルへも相談の上取計ふべきこと」を根拠として、横浜在勤の各国領事との協議を要請し、ロシア皇帝の仲裁裁判の時にもペルー代表が、四条を根拠として「日本の法権が及ぶのは日本居住の外国人に限るのであって、本件はペルー国法によって律せられる」と主張したが、日本政府はこれに反対した。その理由は、この規則は批准交換されたものでなく、緊急の必要に対応して取極められた暫定的なもので、これを存続することも廃止することも日本政府の随意であるという点にあった。

(2) Moor; *International Law Digest*, vol. II, pp. 656—658. P. J. Treat; *Diplomatic Relations between the U.S. and Japan*, vol. I (1932) pp. 398—401. 下村富士男「明治初年条約改正史の研究」四九頁。

(3) 日本に在勤する領事の裁判権に関しては、法律論叢四十二卷三号、四七一—五二頁を参照されたい。

(4) 下村富士男、前掲書四三頁。

(5) 下村、前掲書四〇、四七頁。

(6) 法律論叢四二卷三号六一頁参照。なお前記ハルトリ事件によれば、これは、これはむしろパークスだけの考え方によるとみるべきで、イギリスの主張はこれと異なっていたことを注意したい。

(7) 大隈外相は、最惠国條款につき有条件主義を主張したが、これが認められた形跡はない。そこで陸奥外相は無条件主義に

基く外国の主張を回避するためにこのような苦心をした。

(8) ドイツは日本が国内の法制度を改めかつイギリスが日本における領事裁判権の撤廃した時点になっても、その撤廃を容易に承諾しようとしなかった。その理由として日本の西欧的法制化が真実かどうか疑点を有していたためである。なかんずく宗教に関してはキリスト教を採用していないので危険とまで指摘している。秘書類纂外交篇上「ドイツ雑誌エツヒョ」。

(9) 山本茂「条約改正史」六一四—六一六頁。Moor; op. cit., vol. II, pp. 659—660。条約改正関係大日本外交文書四卷四—四文書以下。

(10) 再訂条約彙纂一四三頁。支那及び滿州関係「条約及公文集」二八三頁。なお、一九〇三年の米清追加通商条約十五條、一九〇四年の日清追加通商条約十一條にも同様な規定がある。同じく一九〇八年七月二日スエーデン支那通商条約二條。

(11) 菊地駒次「公法涓滴」一四七—一四八頁。

(12) 統監府編「韓国条約類纂」一二二、一八一頁。

(13) 大山梓「条約改正と外人法官」国際法外交雜誌五九卷四号に明治十七年四、五月の英国覚書が引用されている。それによると、第一覚書「日本政府の熟知アル如ク英国政府ハ日本ニ於テ領事裁判法ヲ永存スルノ意ナク随テ苟モ英国利益ノ正当保護ニ必要ナル年限ノ後迄モ該法ヲ保存セントスル意ハ更ニ之ナキ所ナリ乍去英政府ニ於テ如斯成丈ケ日本ノ意見並ニ希望ニ応セン事ヲ欲スト雖トモ該議案ノ如キハ極メテ重大ノモノナルカ故右裁判所ニ於テ施行スヘキ新法律並ニ裁判法ヲ全ク整頓シテ且ツ其反訳ノ出来スル迄ハ何分之ヲ討議スルニ縁ナキナリ」。

第二「覚書英政府ハ敢テ其領事裁判権ヲ日本ニ永存スルノ意ナク又英國人民ノ利益ノ正当保護ニ必要ナル年限後マテモ該裁判権ヲ保存セントスルノ意更ニ之ナキナク」とある(同十六—十七頁)。

(14) 大山梓、前掲書九頁。

(15) 有賀長雄「日露陸戦國際法論」フォーションの序文。Nagao Ariga; La Guerre Sino-Japonaise, 1896. Preface par Fauchille.

(16) 明治二五年五月二六日第三帝國議會の榎本外相演説では一八七三年の國際法協會が東洋各国における領事裁判につき検討をはじめたことについて次のように述べている。

「諸君御承知の通、トルコ、支那、ペルシャ、シャム是等諸国ニ所謂文明世界ノ人民ニ適スベキ法典ナルモノハアリマセシ、故ニ領事裁判ノ撤去ナドト云フコトハ思ヒモ依ラヌコトデアリマス……モ一ツ他ノ案ハ之ト異リマシテ日本國現行條約ト、現ニ実施セラレ若クハ已ニ發布セラレテ居ル彼ノ刑法、民法、商法、刑事訴訟法、民事訴訟法ノ所謂五大法典ナルモノヲ研究スルタメ其法典ノ送附ヲ請求シ越シテアリマス、然ルニ金料玉条トシテ此会ニ持出サントスル法典ハ早ク既ニ其実施ヲ四年後トナシ剩ヘ四年ト云フ期限モ実ハ当テニモナラヌ見据ヘガツカヌト云フ様ナコトニナリマシタナラバ領事裁判撤去ノ望ミハ殆ト期シ難キコトデアリマセヌカ所謂自滅ヲ図ルニ等シクアリマセヌカ……」。

明治二五年六月のボアソナード新法典に關スル意見はこれを受けて

「外務大臣ハ若シニ法典ノ実施セラレテ徒ラニ法学講究ノ材料タルニ至テハ余輩ノ多年切望シタル條約改正ノ事業も止ムラ得ズ中止セザル可ラザルニ至ルベキコトヲ貴族院ニ於テ演説セラレタリ。實ニ從來條約改正ノ最大障害ハ民法、商法ノ制定ナカリシニ在リ今ヤ漸ク此障害ヲ除キ得ベキ時機ニ達シテ而シテ之ヲ除クヲ図ラズンバ是レ策ヲ得タルモノト謂フ可カラズ」とある。條約改正關係日本外交文書追補事項九四。

原敬は「新條約實施論」の中で條約と法律の牴触に關して同様な意味のことを述べている。

「我條約改正なるものは維新以来の宿業にして之が為には如何なる事物をも犠牲に供して惜まざりしものなり、之が為には如何なる法律規則をも制定し又如何なる法律規則をも廢止したるものなり、対等條約を實施して始めて各国と伍をなさんとするに當り、たとえ法理上区々議論あり、又議論に多小の真理ありとするも、此の如き理論の爲めに新條約の實施を妨ぐることを得ず」。前掲書所収五五九頁。

(17) シャムは一九〇七年三月にフランスと、また一九〇九年三月イギリスとの條約により、領事裁判權撤廢の一條件として外國人を自國裁判所の司法官として任用し、これを外國人關係の裁判に参加せしめた。エジプトの混合裁判所は日本、トルコ、

シヤムの如き領事裁判権廃止までの過渡的なものとしての外国人法官を認めたものでなく、国際裁判所 (Tribunaux Internationaux) とも呼ばれ、条約の設置期限経過後に、これを改正して存続せしめるか、又は廃止せしめた後領事裁判を復活せしめるかであった。それゆえ、万国公法会議における過渡的な措置としての混合裁判所の提案とも異っていたので日本その他と同様な観点から考えることはできない。

大山梓、前掲書九頁。なおエジプトの混合裁判所の性格が日本とシヤムとか異なる点については J. H. Scott; *The law affecting foreigners in Egypt*. pp. 182—209.

(18) 試みに一九世紀において、西欧諸国との間に領事裁判乃至治外法権が存在した国を挙げてみると次のようである。トルコ、アルジェリア、モロッコ、トリポリ、チュニス、ペルシャ、マスカット、ザンジバル、エジプト、コンゴ、アビシニア、マダカスカル、セナ (Senna) (以上中近東、アフリカ)。

○中国、日本、朝鮮 (一九一〇年の日本併合まで)、シヤム、ボルネオ、トンガ、サモア、インド、マラヤ (以上アジア)。

(19) 法律時報昭和四十四年五月号臨時増刊二〇一—二〇四頁参照。

(20) 日本における居留地の総面積は一八九九年 (明治三十二年) において五二万坪余りだといわれる。大山梓「開市開港の研究」二八五頁。