

國際法における承認理論の展開とその分析

教授 一 又 正 雄

謹しみて本稿を、私が國際法學に志した當初からの尊い激勵者であられた故松田道一博士の靈に捧ぐ。

目次

はしがき

一 國家の承認

(一) 創設的効果説

(イ) 倫理的根據に基く批判

(ロ) 既存國家の承認權に對する反對論

(ハ) 論理的根據に基く批判

(二) 宣言的効果説

(イ) 國家の存在の要件

(ロ) 承認の遡及性

(ハ) 未承認國家の地位

(三) 既存學說に對する最近の批判

二 政府の承認

(一) 政府の承認の性質

(二) 革命と既存政府の地位

(三) 政府の承認の基準

(四) 未承認政府の地位

(五) 政府の態様

三 交戦團體の承認

(一) 交戦團體の承認の態様

(二) 交戦團體の承認の法律義務的性質

(三) 交戦團體の承認前における不干渉義務

四 變則的承認

(一) 事實上の承認

(二) 叛亂團體の承認

(イ) 未承認叛亂者の地位

(ロ) 叛亂者を事實上の政府となす承認

五 承認に關するその他の問題

(一) 承認の撤回

(二) 條件附承認

(三) 默示的承認

(四) 不承認の原則

(イ) 不承認の原則の沿革

(ロ) 不承認の原則の國際法學的構成

(ハ) 不承認の原則と事實上の承認および默示的承認との

兩立性

むすび

はし が き

國際法における承認の問題は、理論の方面からも、實際の方面からも、現在、満足な解決が與えられていない。しかも、というよりは、それ故にこそ、(ラウターパットの言葉をかりれば)これほど國際法にとつて執拗であり、興味があり、意義をもち、法と政治とが密接に織込まれた部門は、ちよつとほかに見當らないのである。

國家の承認、政府の承認、交戦團體の承認という四個の承認を含む、いわゆる承認問題は、國際法の中樞をなす國際法人格の問題である。國際法人格の開始という國際社會の構成員そのものの存在に關する第一次的問題を含んでいる。これについて國際法に確立した法則がないとすれば、そのことは、まさに、國際法の最も重大な缺陷を構成することになるのであつて、國際法における制裁の不完全性や、戰爭の法的容認性にも匹敵する大きな問題である。さらに、こ

これは學說の分歧に加えて、國家の實行における承認の機能の濫用と錯亂——具體的にいうならば國家の承認權行使なる主權的作用の濫用——によつて、また法と政治の混交から、承認の法的性質を否認して、承認をもつて國家的利益によつて衡量される政策の問題であるとの見解の導入によつて、その解決の困難を倍加する。一方、現實の國際關係においては、理論構成とか理論的論争に構うことなしに、或はこれを冷笑を以て試みるが如くに、つきつきと難問題が現出する。最近では、實際上にはすでに解消したが、滿洲國、汪政權、スペイン内亂など、また今まさに噴火中の中國共產黨の中華人民共和國政府など、承認に關する試験問題には當分事缺かぬ有様である。

かゝる現状において、最近の承認理論は、承認に關する全問題に對して、包括的に、正面から、根本的に、これを取扱ひ、承認なるものの本質を衝き、その理解の上に理論構成を行をうとしている。今まで、はてしなく續いてきた承認理論は、現在、國際連盟の設立を契機とし國際連合の創立で拍車をかけられた國際平和機構中心主義により、その思想に基礎ををく理論が、一段と精緻さを加え、保守的な國家主權主義を押ししている状態にある。國際機構主義乃至所謂進歩主義、これに反撥する國家主權主義乃至所謂保守主義、兩者の折衷主義即ち前者を通じて自國の利益を増進しようとする實利主義の三つの主要動向が、はつきり對立している。

そこで、本稿では、最近のケルゼンやラウターパドなどの新論作を中心に、承認理論の展開の跡をたどり、承認の各問題についてこれを概観し、しかる後、これらの新論作にもられた理論のもつところの意義を究明したいと思うのである。

主要文献

最近における承認問題についての主要論作は、單獨にこれを取扱つた最も大きい著書としては H. Lauterpacht, Recognition in

International Law, 1947 (Cambridge Studies in International and Comparative Law, Vol. III) p. 45、注目すべき論文と
)に Hans Kelsen, "Recognition in International Law; Theoretical Observations", The American Journal of Inter-
national Law, October, 1941. があつた。ケルセンに對する反駁として、同じ「アメリカ國際法雜誌」の一九四二年一月號に Philip
Marshall Brown, "The Effects of Recognition"; Edwin Borchar, "Recognition and Non-Recognition," の兩論文が存す
る。このほか承認の個人におよぼす効果に特異性を有するシヤサップの「現代國際法」(P. C. Jessup, Modern Law of Nations—
An Introduction, 1948)中の第三章「承認」に「アメリカ國際法雜誌」本年一月號のブリッグスの論文(下出)などがある。そのほか
承認一般、國家の承認については

小谷鶴次「相互承認と國際法團體への加入」(「法學」一〇卷四號、昭和十六年四月)

同「聯盟加入と國家承認」(佐藤教授退職記念、法及政治の諸問題)中、昭和十四年)

Tsuruji Kotani, Some Considerations on the Recognition in International Law—About Recent Problems in the Far
East, 1941. (The Journal of the Sendai International Cultural Society)

松原一雄「國家の承認——その理論と實際」(中央大學五十周年記念論文集「法律之部」昭和十年十一月)

同「國際法に於ける承認」(「法學志林」三四卷一、二號、昭和七年一、二月)

大淵仁右衛門「國家の承認に關する」(「考察」)「公法雜誌」一卷一號、昭和十年一月)

同「國家承認の法律的性質」(同上、三卷八號、昭和十二年八月)

同「未承認國家の國際法的意義」(「國際法外交雜誌」三七卷五號、昭和十三年五月)

岡 康哉「國際法上の國家の承認と未承認國家の法上の地位」(「法學論叢」二六卷一號、昭和六年七月)

田畑茂二郎「國家承認とその問題」(同上、四二卷三號、昭和十五年三月)

同「國家承認行為の法的性質について」(「公法雜誌」七卷二號、昭和十六年二月)

同「國家の承認と國家の『國際法團體』への加入」(「國際法外交雜誌」四〇卷二、三號、昭和十六年三、三月)

同「國家承認再論」(同上、四五卷一號、昭和十六年七月)

立作太郎「國際法上の承認」(附ステイムソン主義)(「現實國際法諸問題」第二講、昭和十二年)および後出「滿洲國の承認」

國際法における承認理論の展開とその分析

安井 郁「國家承認論」〔國際法外交雜誌〕三一卷一一三號、昭和七年一一三月)

同 「承認」〔法律學辭典〕第二卷)

同 「承認」關する國際法典案の批判」〔國際法外交雜誌〕三四卷四、五號、昭和十年四、五月)

同上、外國文獻は

Thomas Baty, "Abuse of Terms: 'Recognition'", A. J. I. L., Vol. 30, No. 3, 1936.

Clarence A. Berdahl, "The Power of Recognition", A. J. I. L., Vol. 14, No. 4, 1920.

H. W. Briggs, "De Facto and De Jure Recognition: The Arantzazu Mendi", A. J. I. L., Vol. 33, No. 4, 1938; "Recognition of States—Some Reflections on Doctrine and Practice", A. J. I. L., Vol. 43, No. 1, 1949.

Edwin Borahard, "Recognition and Non-Recognition", A. J. I. L., Vol. 36, No. 1, 1942.

Philip M. Brown, "The Recognition of New States and New Governments", A. J. I. L., Vol. 30, No. 4, 1936; "La reconnaissance des nouveaux Etats et des nouveaux gouvernements", R. D. I. C., 1932; "The Effects of Recognition", A. J. I. L., Vol. 36, No. 1, 1942.

J. Coucke, "Admission dans la Société des Nations et reconnaissance 'de jure'", R. D. I. C., 1921.

Helmut Dauge, Die Staaten vor der Anerkennung, eine staats- und völkerrechtliche Studie, 1930. 紹介は安井郁〔國際法外交雜誌〕三一卷九號、昭和七年十一月)

E. D. Dickinson, "Les Gouvernements ou Etats non reconnus en droit anglais et américain", R. D. I. C., 1923.

R. Erich, "La naissance et la reconnaissance des Etats", R. C., 1926. (「トクク」一語彙集)

A. Hold v. Ferneck, "Anerkennung und Selbstbindung. Ein Beitrag zur Lehre vom Wesen des Völkerrechts," Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis, 1929.

Paul Heilborn, Die Anerkennung neuer Staaten, 1931. ("Völkerrechtfragen", Heft 33) 紹介は安井郁〔國際法外交雜誌〕三一卷七號、昭和七年九月)

N. D. Houghton, "Recognition in International Law", American Law Review, 1928.

- Louis L. Jaffe, *Judicial Aspects of Foreign Relations, in particular of the recognition of foreign powers*, 1933.
(Harvard Studies in Administrative Law, 6)
- J. Mervyn Jones, *The Retroactive Effect of the Recognition of States and Governments*, B. Y. I. L., 1935.
- H. Keisen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920.; "Recognition in International Law : Theoretical Observations" A. J. I. L., Vol. 35, No. 4, 1941.
- J. Kunz, "Die Anerkennung der Staaten im Völkerrecht", *Handbuch des Völkerrechts*, Bd. II. T. 3, 1928.
- R. Knubben, "Die Subjekte des Völkerrechts," *ibid.*, Bd. II. T. 1, 1928.
- J. Lorimer, "La doctrine de la reconnaissance fondement du droit international," R. D. I. C., 1884.
- Arnold D. McNair, "Judicial Recognition of States and Governments," B. Y. I. L., 1921-22.
- E. Nys, "La doctrine de la reconnaissance des Etats", R. D. I. C., 1903.
- Arnold Raestad, "La reconnaissance internationale des nouveaux Etats et de nouveaux gouvernements," R. D. I. C., 1936.
- J. Spiropoulos, *Nicht-amerikanische Staaten und Regierungen vor dem ständigen internationalen Gerichtshof, extrait de la Revue de droit internationale et de sciences diplomatiques et politiques*, 1927.
- J. F. Williams, *La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses développements récents*, R. C. 1933.
(トナキクニ一語解説) ; "Some Thoughts on the Doctrine of Recognition in International Law," *Harvard Law Review*, 1934.
- A. Verdross, "Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrechts," *Niemeyers Zeitschrift für int. Recht*. Bd. 29, 1921.; "Die Anerkennung von Staaten" und "Entstehung von Neustaaten", *Wörterbuch des Völkerrechts*, von K. Strupp, Bd. I.
- H. André-Vincent, "Le Probleme de la Reconnaissance," *Revue de droit international*, 1938.

特に承認に関するアメリカの慣例についてハル・マンのライオン・キング第一巻の序文

A. P. C. Griffin, List of References on Recognition in International Law and Practice (Library of Congress), 1904.
 J. Goebel, "The Recognition Policy of the United States," in Studies in History, Economics and Public Law (University of Columbia), 1915.

J. G. Hervey, The Legal Effects of Recognition in International Law as interpreted by the Courts of the United States, 1928.

E. D. Dickinson, "Recent Recognition Cases," A. J. L. I., 1925; "Recognition Cases 1925-1930," A. J. L. I., 1931.
 滿洲國の承認については

立作太郎「滿洲國の承認」〔時局國際法論〕第十二章、昭和九年)

同「滿洲國承認問題を繞つて」〔外交時報〕七三〇號、昭和十年)

大平善禧「國家及政府の承認を論ず——滿洲國、フランコ政權の承認」〔國際知識及評論〕一八卷五號、昭和十三年五月)

Hugo Bahr, Die völkerrechtliche Anerkennung von Mandschukuo, 1926. 紹介は安井郁〔國家學會雜誌〕五〇卷一一號、昭和十一年十一月)

拙稿「滿洲帝國の國際法上の地位」〔早稻田法學〕二二卷、昭和十七年)

一 國家の承認

承認の性質を論ずるには、相互に不可分の關連性があるが、別個に提示し得る二つの問題を解決しなければならぬ。その一つは、承認という行爲自體が本質的に(國際政治から區別された)國際法の一部であるとの説と、承認の許否が國際法の問題でなく、純政治的性質のものであるとなす説との對立であり、今一つは、承認がいかなる効果をもつかについて、即ち承認が國際法人格を創設する行爲か、或は單にその存在を宣言するに止まるものかについての

從來長く行われた二學説の對決である。

(一) 創設的効果説

創設的効果説の根本主張は、承認前は當該政治組織體は、國際法が國家に認める權利義務を有しないこと、ならびに、承認は、當該政治組織體に對して負う法律的義務ではない全く政治的な任意の問題であることの二つに存する。

傳統的な創設的効果説は、ヘーゲルにまで遡るが、國際法學において現代的理論を形成したのはイェリネックである。^(二)イェリネックは、上級法秩序に従わない二個の實體間の法律的權利義務の形における法律關係は、法人格の相互

承認の結果としてのみ生じ得る、となす。彼は、組織化された人類の一部たる各國家が、一般國際社會に事實入る

ことは認めるが、法的國際社會の部分を構成するためには、承認が必要であると論ずる。この承認に無關係の自然的

國家と、承認に依存し、一切の權利の淵源となる國際社會構成員(或は完全國際法人格者)とを區別する議論は、リス

ト、オッペンハイムにとり入れられた。^(三)一方、トリーベルは承認を以て *Verbinbung* の一部となし、^(四)この合意理論

はアンチロッチその他によつて發展せしめられた。^(五)アンチロッチの所説の根本は次の通りである。

「すべての法秩序はその主體の何たるやを決定すると共に、その主體が何時から存在を開始するかを決定する。法主體たることは結局法規範の受範者となることであるから、人格は、ある實體が法規範の受範者になる時から存在する。

國際法規範は合意によつて形成される。従つて國際法秩序の主體は、原初的合意が爲された時に存在を開始する。こ

の時から、合意に關係した實體は、各相互に、前記の合意の結果たる法規範の受範者となり、その結果として、これらの

規範が構成する法秩序の主體となる。換言すれば、すべての國際法關係の基礎には主體の合意が存する。この合意が、

普通に「承認」と稱せられる。それ故承認は *paeta sunt servanda* なる原則に基いて締結せられた約定そのものである

る。この規範によつて可能とせられる國際法人格は、承認によつて有効となり、具體的となる。従つて承認はある主體（人格）に對して相互的に法規範を發生せしめることに關する純粹且つ單純なる原初的合意である。それは觀念上當然相互的且つ形成的なものである。」

合意理論に對しては後述の如き論理的反對論が行われるが、これに應ずるため、カヴァリエリは承認する國の側の創設的一方的行爲とみなす立場をとつた。かゝる理論は必然的に承認を以て、承認國の側の政治的意思行爲となし、その法律的性質を否認する。即ち、法律原則に従うものであることを認めないのである。

この創設的効果説に對する反對論は、次のように、いろいろの角度から行われている。

(イ) 倫理的根據に基づく批判

創設的効果説に對する倫理的根據に基づく批判はこうである。即ち、未承認國家は、承認前は國際人格を認められなから、既存國家との間に國際法上の權利義務關係が生ぜず、従つて、既存國家によつて侵入され得る、既存國家より分離した場合は、從來國際法によつて間接に保護されていたその臣民は、人格消滅 (*capitio diminutio*) の不幸を喫する。また戰爭の場合は、戰爭法規を無視して待遇され、第三國もこれに對して中立義務を負わない。これらは未承認國家から既存國家に對する關係においても同様である、というのである (クンツ、ブライアリー、フィッシャー・ウィリアムス)。この批判に對する創設的効果説の論者の反駁は、傳統的には國家は承認した國家をも侵略し得る。戰爭法規その他は、人道上、且つ報復のおそれから、また軍事上の便宜などから、遵守される、未承認國家は、國家の承認がなくとも、交戦團體又は叛亂團體の承認によつて、國家がもつ實質的な權利を與えられる、というにある。

(ロ) 既存國家の承認權に對する反對論

次に新しい國家に法人格を與え、權利義務を發生せしめる「權利」を既存國家に與えることは、あまりにも大なる權利であるという反對論がある。これに對して特に創設的効果説の論者中、後述の如き承認の法律義務的性質論を行うものは、この反對が創設的効果説の本質的部分に向けられたのでなく、承認を政策の問題とみなして濫用と獨斷によつて、承認の機能を誤解した場合に生ずる異常な結果に向けられている、とて、承認の決定についての國際社會の中央機關なき限り、國家にその權限が委ねられている、と論ずる。^(一九)

(ハ) 論理的根據に基く批判

この論理的根據にもとずく反對論にも次のような相違がある(承認の遡及性については宣言的効果説のところ併せて説明する)

(一) 承認を新國家と既存國家の協約とすることに對する反對論

フェドツチは、現實の經驗では、承認の過程には全く相互性は存しない、承認する國は、對價を求めることなく恩恵を與える、となす。^(二〇)より、一般的な論理的なものは、法律上存在を有しないものが、人格を前提とする條約をどうして締結し得るか、という反對論であつて、ケルゼン、クンツ、ディエナ、カヴァリエリ、ストルツ、ザンダールの唱えるところである。^(二一)この反對論に對しては、前述の如く、ガヴァリエリやストルツは承認する國の一方的行為による創設的効果説をとり、^(二二)ラウターパハトは、國家の實行では、承認は原則として、一方による一方的要求と、他方による一方的受諾の結果であるとなし、承認が條約で行われる事實が、必ずしも條約によつて行われべきことを意味しない、條約は單なる方便で、新國家に對する一方的承認行為を記録すると共に、それによつて將來の關係の詳細を契約的に決定するという二つの目的を達するものである、となす。^(二三)

(2) 承認が、承認する國の側の一方的行爲となす觀念に對する反對論

これは、すでに法人格を與えられたもの之間以外では一方的行爲の法律的效果は生じないとなすものであるが、承認を以て法律義務履行のための國際法適用行爲となす論者(ラウターバハト)は、前記(1)と同様の理由で反駁する。^(一四)

(3) 新國家の存在が承認する國の意思より生ずるならば、一種の從屬を生ずるとの反對論

創設的效果論者は、たしかに國家の意思より新國家の存在が生ずることは認めるが、承認は、一度行われるや、他の國際義務と同様、當該國家の意思によつてではなく、國際法によつて拘束力を有する義務を發生する、從屬の生ずる可能性は國際法の適用でない政策的行爲の場合であるが、これは創設的效果説の必然の結果ではない、といふにある。

(4) 新國家は承認した國に對しては國家として存在するが、その他の國に對しては然らず、となす反對論

これは創設的效果説の最大の弱點と思われるが、これに對してラウターバハトは、新國家の存在を承認する權限を有する國際的權威者がない事實、即ち國際社會組織の不完全性によるとなし、宣言的效果説はたしかにこの困難を除いたことを認めるが、それは、國家はそれが存在するやいなや國際法上存在するとの安易な考案によるもので、決して解決を與えていない、承認が、政治的取引でなく、國際法に従つて、公平に事實が確認されれば、この困難は解消すると、やゝ現實的でない解答を與えている。

(二) 宣言的效果説

宣言的效果説の根本主張は、承認は當該政治組織體に對する義務ではないこと、ならびに、當該政治組織體は承認

前に國家として存在し、國家として有する特質を享有することにある。

この宣言的効果説をとるものは、ウールマン、ニース、ハイルボルン、メリニアック、ド・ルーテル、ブスタマンテ、フェアドロス、ブライアリー、エーリッヒ、フィッシャー・ウイリアムスなどであるが、アンスタチユ國際法學會の一九三六年の決議や、一九三三年の國家の權利義務に關する汎米條約第三條などにもこの理論がとられている。これらの宣言的効果説の論者も、承認の法律的意義についての態度は決して一致してないのであつて、(イ) 卒直にその政治的性質を認めるもの(ブライアリー)、(ロ) その唯一の法律的効果は承認する國と、承認される國との間の通常の外交關係の設定にあるとなすもの(クントツ、フェアドロス)、(ハ) 新國家が國際社會の構成員たることを承認國が受諾することを意味するとなすもの(最も多數説で、ニース、ホルツェンドフ、ルージエ、カルヴォー)、(ニ) 承認前は新國家は、國際法が國家に與える一切の權利をもちはずするが、その享有がはじめて確保されるのは、承認後であるとなすもの(ブラディエ・フォデレ、フォーシユ、フィオーレ、リヴィエ、ディエナ)、(ホ) 承認する國が、自己の宣言によつて、爾後拘束されることに、最も顯著な價値を認めるもの(エーリッヒ、ケルゼン) などがある。

(イ) 國家の存在の要件

さて宣言的効果説の主張たる承認前における「國家」の存在について考察しなければならない。國際法が定める國家の要件は、一定の地域において、効果的な權力を行使する獨立政府の存在である。最も重要なことは、(イ) 母國をも含む他の諸國政府より現實に獨立した政府が存在すること、(五) 住民の大部分が政府に從屬し、政府によつて効果的な權力の行使が行われていること(これについては政府の承認のところで再述)で、國境の確定の有無は關係なく、また文明の程度、正統性、宗教、政治制度などには關係がない。これらを要件となすことは、承認の法則を不明瞭ならしめるから、これを

排除しなければならないが、現在國際組織の不備より各國の手に存する承認權の濫用のため、これらの國際法上の要件が、承認の目的に無關係な動機や考慮によつて負かされ、承認する國家の利益の確保のみを目的とする取引としての承認が、實際において行われることがあるが、これは嚴格にいえば、政治による承認の法的機能の歪曲である。

國家の存在の要件の充足と共にその存在を開始することを前提的に認める宣言的効果説に反對の論者は、法律人格は法の產物で自然の產物でない如く、法人もまた自動的な事實問題でなく、國家存在の開始の決定に關係がない、單なる存在のみでは不可で、獨立していることが大切であると論ずる。^(一六)

一方國家の存在は、獨立を認めた承認があれば、自動的に決定されるかという問題がある。例えば一九四四年二月一日ソ連の「連邦を構成する共和國に對外關係の領域における權限を興える法律」は、共和國の獨立を明かに認めているから、承認は不要であると唱えたものもある。この場合は母國が認めたものとして納得され得るが、一九二九年のラテラノ條約によるヴァチカン市國の承認は、その領土の狭さといふ(四十一エーカーに達せず)その他についても、國家としての存在が疑問であるが、諸國による「承認」によつて存在が決定されたのである、保護國も「國家」として「存在」とするとされるが、これもまた國際法上の國家ではないこともある。かくて國家としての存在が國際法における國家を成すとすることは間違で、國際法上は一に獨立の如何が國家の要件である。^(一七)

(ロ) 承認の遡及性

承認の遡及性は國內裁判所によつて一般に認められている。即ち、承認は一度與えられれば、國際的權利義務、特に當該國家の國內行爲の外國における有効性に對する當該外國裁判所による承認は、當該國家が活動を實際に開始した日にまで遡及するのである。かくて、この遡及性は、傳統的二學説にとつては共に、理論的障害であるが、特に宣

言的効果説にとつては、承認の性質論のほとんど全問題が未承認國の法律的地位の理解にかけられているから（クンツ）、かゝる裁判所の實行によつて、全く性質論としての意味を失うことになる。即ち、國家が存在するやいなや國際的權利義務の主體となるならば、これらの權利義務をはじめから有効と認めるとの特殊の理論構成は必要がないからである。^(二九)

(ハ) 未承認國家の地位

宣言的効果説をとるものは、國內裁判所が承認前の國家の立法の行爲の有効性を認めることをその論據の一つとする。^(三〇)しかし、このためフェアドロスが例證する判決はすでにストルップやカヴァリエリの指摘するように、特殊なもので、事實は、すべての國の裁判所は一般的には未承認國家の行爲の有効性を認めず、ただ二つの例外の場合にのみこれを認めている。未承認國家又は未承認政府の司法的又は立法的行爲を認める第一の例外は、衡平、便宜、公正裁判の考慮から、當該行爲を考慮することを必要とする場合、^(三一)第二の例外は承認を拒否する行政府の決定が、承認を拒絶された政權の現實の存在および平常の承認機能に無關係な、疑ある基準乃至理由に基くことが明かなる場合である。これは政府の承認についても同様とされる。

ラウターパハトはかくて宣言的効果説に對する批判として、この理論が、承認を以て、承認する國の側の單なる政策取引とし、しかも新國家の國際的權利義務を創設するとなす創設的効果説に對する反動として現われたことはフィッシャー・ウィリアムスやブライアリーの所説よりも明かであるとなし、^(三二)宣言的効果説はかく法律義務的性質を否認するが、承認を以て單なる形式又は外交關係開始の希望の表明に止まるとするならば、これが直ちに政治的、政

策的の問題となす必然的論理關係は有せず、これを法律義務とみなすことは、むしろ創設的効果説よりも、容易に受諾し易きはずである。しかも何故なおこれに反對するかといえは、それは國家の主權についての法實證主義にこだわつてゐるからである（承認理論で實證主義は最も攻勢的である）。しかし、國家の實行はかえつて、創設的効果説に赴かしめる、と論ずる（前掲第三十三項）（総合的な批判に）
（）は次項参照。

（三） 既存學說に對する最近の批判

（イ） ラウターバハト

既存の兩學說に對して最近行われた顯著な批判はラウターバハトの所論である。彼は承認を以て（イ）國家の要件の存在を確認することによつて、國際法規範を適用する行爲となし、（三三）この承認機能の履行は、國際法が國家に與える平常の權利義務を生ぜしめる、となす。彼はこの二つの前提の間に一つの矛盾の存することを自ら指摘する。即ち、承認が權利（國際人格）を創設するとなすと共に、承認の要件が備われば、（承認前に權利を有し得ない）實體に對して國家としての存在の事實を宣言する承認義務の存在を肯定することは、承認の効果は事實については宣言的、權利については創設的ということになる。彼は、承認を以て、既存國家が、國際法によつて與えられた承認の權限をば、國際社會のために、且つこれに對する義務として、行使するものであるとなし、承認前の社會は、國家としての通常の權利を有しないが、承認を求める資格がある、國際法の現狀では、これは強制し得ぬ不完全權であると論ずる。（三五）しかし彼自身は、自説を以て、承認を法律義務行爲とする創設的効果説とするのであつて、筆者の理解においては、彼は國家の實行、特に裁判所の實行を考慮に入れたところより、創設的効果説をとり、國家の政治的、恣意的承認行爲を排除するところより法律義務説をとつたものと考えられる。（二七）ただ彼は、國家がしばしばこの義務履行に忠實でなく、與

えられた承認の権限を濫用することのある事實を以て（尙早承認、不當遲延承認）、國際法の現狀における不備に歸せしめるが、こゝに國際法の發達を條件とする彼の議論の相對性が存するわけである。

(ロ) サルヴィオリ

次にサルヴィオリは承認前は、國家は、いわゆる基本的な國際法上の權利をもち得るが、その他の點では承認の効果は創設的であるとす折衷論が存する。

(ハ) ケルゼン

ケルゼンはまず「承認」なる用語は、全く異なる二個の行爲たる政治的行爲と法律的行爲よりなるとす。國家又は政府の承認の政治的行爲とは、承認する國が、承認される國家または政府と、政治的その他の關係（國際家族の構成する如き種々の關係）を生ぜしめんと欲するために行う行爲である。一般國際法によれば、國家は他の國家とかゝる關係に入ることに於いて義務を有しないから、これは承認する國の專斷的決定内に存する行爲であつて、一方的行爲（宣言）でも、また雙方的行爲（公文書交換）でもよく、條件附または無條件的でもあり得る。それは何等の法律的效果をも有しないから、承認される國家または政府の法律的存在にとつては創設的ではなく、従つて宣言的性質をもつ行爲である。次に承認の法律的行爲とは、所與の場合に「國際法の意味における國家」が存在する事實を認定する行爲である。ケルゼンはこのことを次のように説明する。即ち、國際法は、あらゆる他の法秩序と同様、ある事實に、ある結果を與える。従つて、一定の結果を與えるためには、條件たる事實の存在は、いかなる態様で、且つ特に何人によつて認められる（*certum est*）べきかを決定しなければならない。法の領域では、絶對的な、直接明瞭なる事實、即ち「それ自體における」事實なるものは存せず、法秩序によつて定められた手續において、權限ある者によつて認められた事實

が存するのみである、という根本的な法學上の原則をこの場合に當てはめて見ると、こうなる。國際法は、その主體たる國家に義務を課し、權利を與える、即ち國家の特定の行爲に、ある結果を與える。それ故、國際法は、國家とは何かということ、さらに、國際法の意味における國家はいかなる特質をもたねばならないかを決定しなければならぬ。これを決定しないならば、國家に權利義務を歸屬せしめる規範は適用不能である。そこで一般國際法によれば、その問題はいかに決定されるべきか、「國際法の意味における國家」たる法律的事實が、所與の場合に存するか、所與の人間社會は、國際法の主體の要件たる特質を現實に有するか、換言すれば、この社會に對して、その他國との關係において、國際法は適用可能か、ということこそ、承認の法律的行爲が國際法によつて定められた機能を果すところの點である。ところが、一般國際法は未發達のため、きわめて非中央集權的であつて、これらの機能を果すべき特別機關を設けず、これを關係當事者に委ねる。かくて、この事實の認定 (establishment; la constatation) は關係國家の管轄内に入る。

しからば、「國際法の意味における國家」なる事實とは何かといへば、これは國家の實行の觀察から、大差なき結論を得る。
(三三)

従つて承認の法律行爲の性質は、ある事實の認定であつて、意思表示ではない、*recognition* というより、むしろ *cognition* である。その効果は、承認された社會が、承認する國自體との關係において、國家、即ち、一般國際法によつて定められた權利義務の主體となることである。承認の行爲によつてのみ、承認された國は、承認する國との關係において法的に存在 (即ち國際法の主體として存在) するに至る。(承認前は、未承認社會と承認する國とは相互に、法的に存在しない)。この意味において、國家の法的存在は相對的であり、他の國家との關係においてのみ、法的に存在

し、これらの間の關係に國際法が適用されるに至る。従つて、承認の法律的行爲は、創設的性質をもつ行爲である。

次に承認の法律的行爲は、事實の認定としては、一方的行爲であるが、國際法が承認する國と承認される國との關係に充分適用されるためには、承認は相互的でなければならぬのであつて（承認の相互性）承認される國もまた承認する國を認めなければならない。このことは、認められるべき社會が、一般國際法に従つて、自ら國家なることを宣明し得る場合にのみ行われる。ケルゼンは、こゝで承認の義務的性質に言及し、既存國家は、實定國際法上、承認行爲を行う權限のみを有し、その義務を負うていない（承認の非義務性）。従つて、新國家の存在を承認することの拒否は、一般國際法の違反ではない。しかし、國際法上の條件を備えない社會を國家として承認することは國際法違反である、となす。また承認の遡及性については、一般國際法によれば遡及力を有する法律的行爲は可能であるから、當該承認行爲が遡及力を有するか否かは、行爲國の意思に従つて、決定されるべきである、となす。ケルゼンの爾餘の議論については、關係ある問題のところ觸れることにする。

(一) 拙著、第一分冊、二五頁參照。

(11) Jellinek, Die Lehre von dem Staatsverbindungen (1882), pp. 92-9; Die rechtliche Nature der Staatenverträge (1880), p. 48.

(三) Eiszt, Das Völkerrecht (1925), p. 91.

(四) オックスンタイム「國際法」第三版第一卷、七一項。

(五) Triepel, Völkerrechts und Landesrecht (1899) p. 102

(六) アンチロッチ、佛譯、一六〇頁以下、邦譯一七七頁以下。

(七) 相互的合意に基く創設的効果説をとるものはクヌッセン (Knubben, Die Subjekte des Völkerrechts, 1923, p. 317) とピロプーロス (四八頁) その他である。

- (八) ラウターバハト、前掲「國際法における承認」第二十二項。
- (九) 同上、第二十三項。
- (一〇) 同上、四〇頁、註一。
- (一一) 同上、四〇頁、註二—五。このうちケルゼン（アカデミー講演集）一九三二年、二六八頁以下は、最初は、國際人格の創設を否定する一方、法律的（即ち創設的）効果を認める立場をとつたが、後に變更して、創設的效果説をとるのであるが、彼の議論はやゝ複雑である。彼は第一に新國家は國家たることを宣言することによつて「自らのために國際法の主體となり」、第二に、他國により創設的效果をもつ承認が行われ、第三に、新國家はこの承認を今度は他の諸國に及ぼす、となす。なおケルゼンの理論全般については後出参照（「アメリカ國際法雜誌」一九四一年六〇九頁）。
- (一二) この一方的行爲説に對するラウターバハトの反駁は、前掲、四〇頁。
- (一三)（一四）以下の反駁はラウターバハト、前掲、二十四項参照。
- (一五) これは母國の態度とは無關係である。しかし、又獨立の意味は母國よりの現實的獨立の達成では不充分で、他國よりの獨立をも含まねばならない。滿洲國は中國より獨立しても、日本より獨立しなかつたとされる（反對説、ボーチャード）。又第二次大戰中のスロヴァキア、クロアチアもドイツより獨立し得なかつたと見られた。
- (一六) ラウターバハト、前掲第二十項。ラウターバハトはこれを根據にして、滿洲國が獨立性を缺いたことを指摘する。Lauterpacht, "The Principle of Non-Recognition in International Law" in "Legal Problems in the Far Eastern Conflict" ed. by Quincy Wright, 1941.
- (一七) 國家の「存在」の自動的決定を主張するものにフィッシャー・ウィリアムスがいるが（「ハーヴァード法律評論」一九三四年、第四七卷七八五頁、「アカデミー講演集」一九三三年、二三九頁）、ラウターバハトはこれを反駁する（前掲、五一頁）。一九三六年四月の國際法學會の決議も（「アメリカ國際法雜誌」一九三六年附録、六〇七頁）同様の理由で批判されている。
- (一八) 週及性は創設的效果説に對しても影響を與えるが、ラウターバハトは創設的效果説擁護の立場から、次のように論ずる。週及性は創設的效果説にとつては、國際法における便宜の原則に基く例外である（宣言的效果説にとつては、その例外とすること論理的に不可能である）。新舊事態の法的繼續性を保たせるための（これが國際法の目的の一つである限り）便宜と安定のため用

いられる例外である。承認後に、該國の承認前の收用行爲を以て盜賊行爲とするならば友好を保持し得ないという(前掲、第二十五項)。

(一九) ヴェンドロス (Verdross, *Verfassung der Völkervereinigungsgemeinschaft*, 1926, pp.182 etc; *Völkervereinigung*, 1937, p.113) の議論はケルゼン、クニツに受け入れられてゐる。

(二〇) ストルツ (アカデミー講演集) 一九三四年、四三四頁)、カウアリエリ (イタリア國際法評論) 一九三二年三〇五—四四五頁)。

(二一) ラウターバート、前掲、第三十項。

(二二) ウイリアムスは、中央權力なきときは國際社會の構成員は、彼等が加入を認めるのは、國際社會に對する義務の履行として行動するのであるから、自己的獨斷的な利害のみではなく、ある一般原則にもとづくべきであるとなしながら(「ハーヴァード法律評論」一九三四年七八〇頁)、「承認では、各國は自己の政策を宣明する以上のことを行ふと考へ得ぬから、承認の行爲は、新しい國際人格者を作るといふ意味で創設的なものではあり得ない。新しい國際人格者が生れた事實を自ら受諾するといふ宣言に限局されねばならぬ」となす(同上)。プライアリーは、國際法は各國家に對して、國家なることを主張する社會が、必要な要件を満足させたか否かを決定する權限を委任したとの前提から出發しながら(「アカデミー講演集」一九三六年五二頁)、承認行爲は政治的目的のため濫用され、承認する國が事實の判斷に従つて自由に決定を下し得る事情から、承認は單に「政策行爲であつて、法律行爲でなく、何等法律的结果を生じない」と結論する(同上五九頁)。

(二三) この機能の行使は、國家の行政機關によつて行われる。現在では、他の外交關係事項と同様、政府の關係機關のとする立場が最も尊重されること、裁判所は原則として、行政府による通告に絶對的に依存することが確乎たる原則である。しかも、これが、政治的行爲ではなく、國際法を適用する法律行爲であることは、行政府が行ふことによつて何等影響を受けなから、となす(前掲、第三十項)。

(二四) 彼は、これが社會は構成員なくしては存在し得ないとの最高論理法則に基くとなし、直接關係ある受益者に實質的權利が完全に興えられていない事實に係わらぬことは、すべての國の法律、特に刑法においてそうであるとなす(前掲、第三十一項)。承認の法律的性質を否認するものは、創設的效果説、宣言的效果説の兩者に存する(クニツ、ヴェンドロス、ド・ルーテル、ハーン)

エー、フォーシル、オッペンハイム、ストルツ、ブライアリー、フィッシャー・ウィリアムス、ケルゼン)。アンチロッチは一應は否定しながらも、これを認めるが如くである。

(二五) かゝる権利も、もし國際裁判所の義務的管轄が一般に認められるようになれば、不當遅延に對して損害賠償を請求し得るといふように、法律上強制性を有するようになるであらう、と彼は述べている(同上)。

(二六) この法律義務論の根據として、(イ)國家の上に法が存在する、(ロ)この法が國家たるの要件を決定する、(ハ)社會は構成員なしには存在し得ない、(ニ)社會構成員は、他に權限ある機關がない場合は、構成員の條件を確定する法を、何時でも、適用しなければならぬ、(ホ)完全國際人格は既存國家の側の恩惠行爲ではない、との五つを挙げ、各構成員が善意に義務履行を行わなければならぬ、となす(前掲、第三十三項)。

(二七) 彼は、承認の現行手續の不備を克服する途は、承認の行爲の重要性を極度に減ずるか(宣言的効果説)、或は承認の創設的効果説を認めて、法律的權利義務の支配下におくかのいずれかであるとなす。彼はこの後者をとるのである(前掲、第二十六項)。

(二八) 國家は從來、集会的に承認を行つたことはあるが(一八三〇年ギリシア、一八三一年ベルギー、一八七八年バルカン諸國、一八八五年ロンゴ、一九一三年アルバニア、一九二一年歐洲諸國)、まだ國際連合や、國際裁判所にこの機能を行わせるところまでには至つてゐない。

(二九) 「イタリヤ國際法評論」一九二六年、ラウターバハト、前掲、四二頁註六參照。

(三〇) ケルゼンが、國家の承認に關する政治的行爲を行わんとする意思表示は、何ら法律的義務を構成しないとして、政治的行爲に何らの法律的效果を認めない一方、かゝる法律的義務は、兩國間の條約によつてのみ生じ得る、かゝる條約は、單なる承認の宣言以上のものを含む、となすことは、政治的行爲のうちの雙方的行爲によるものなから、條約によるものだけに法律的效果を認めるということになる、この點、ケルゼンの理論に一貫性がないように思われる。

(三一) ケルゼンはこの場合、「宣言的」にすぎないということによつて、ある行爲が何らの法律的结果を有しないという消極的事實を指示することを條件として、政治的行爲が「宣言的」であると斷つてゐる。

(三二) その條件は(一)當該社會は、政治的に組織されねばならぬ、(二)一定領域内に居住する個人の永續的服従を強制し得る權力又は權威が存在しなければならぬ、(三)當該社會は一般的又は特殊の國際法にのみ従ひ、いかなる他國の法律にも従わな

いところの獨立の法的社會でなければならぬ、の三つである。

(三三) ケルゼンはこの「一般國際法によつて國家であると自ら宣明する新社會は、この宣言によつて、その法的存在を開始するが、それは自己に對してのみ存在するので、他國との關係において存在するものではない」となす。

二 政府の承認

政府の承認^(二)には本質において國家の承認と同一の原則が適用される。各獨立國は、その對外關係においては、該國の國民の大多數が服従し、該國領土内で權力を効果的に行使する政府によつて代表される資格を有する。この國家の權利は否定され得ないのであつて、さればこそ、通常生起する政府の構成や、形式における變更は、國家の國際人格における變更には無關係なのである。これは當該國家の憲法に従つてなされた變更であると、然らざるものであると問わない。前者の場合は承認を必要としないが、後者の場合は、多くは革命によつて行われ、相争う兩當事者が存在するのであつて、外部諸國は、そのいずれを當該國の政府として取扱うかを決定しなければならぬ。即ち政府の承認を行わねばならない。^(三)新國家成立の場合、國家の承認が行われないで政府の承認が行われる場合がしばしばあるが、これは當然國家の承認が行われたことになる、新國家の成立は認めるが、現政府を認めないということは、事實上ほとんど見られないところである。

(一) 政府の承認の性質

政府の承認についてこれを法律上の義務的行為となすものと、政治的選擇の行使で承認拒否を自由と認める政治的行為となすものがあることは、國家の承認と同様である。後者の場合は、承認を受けようとする政府は、法律問題

として承認を要求する権利は認められない（ルージェ、マックネヤー、ハイド、ウエストレーク^(四)）。國家の承認のとき法律的義務を否認したもので、政府の承認ではこれを認めるものもある（カヴァリエリ、フォーシル、アンチロッチ）。ラウターパハトは政府や裁判所は、國家の承認の場合と同様、行政府が行うとの意味で「政治」問題であるとなすが、國家の實行は、その基準に相違があり、不満足ではあるが、その法的性質を認めているとて法律的義務論をとる。政府の承認についても宣言的效果説と創設的效果説とが存するのは、國家の承認の場合と同様である。

(二) 革命と既存政府の地位

國際法は革命を非合法としないが、革命軍と既存政府との區別を無視しないから、革命が成就しない限り、そして既存の合法政府が、なお領土内でその權力を主張する限り、國家全體を代表するものと推定される。この有利な推定の結果、革命軍がまだ革命に成功しないのにこれを政府として承認することは、尙早の承認となり、承認權の濫用^(五)であり、且つ國內干渉の行爲となる。一方この有利な推定も絶対的なものでなく、革命成功の見込がある際、相當の將來のために、政治的商業的の條約を、既存合法政府としてすら、締結し得るか、換言すれば、かく内戦中に締結された條約は、國家繼續に關する一般原則にかゝわらず、成功した革命政府を拘束するかは疑問である。勿論事情により、また締結の相手國の危険と責任によるものであるが、締結の事情によつては革命政府がその拘束を否認し得ると認めなければならないであらう。

(三) 政府の承認の基準

外部國にとつて一方では尙早承認とならず、他方承認すべき義務が生じ、且つ新政府に承認要求權を生ずる時期はいつかというところ、その基準はやはり國際法の定める政府承認の要件の充足に求められねばならないが、實際のところ、

その要件はなお不明瞭であり、未解決の域を脱しない。しかしその最も重要と思われるものは、権力行使の實効性である。この實効性の原則は十七世紀の初期國際法學者によつて明かとされ、政府の正統性の要件が排除されたが、十九世紀初めには再び正統性が強調された。しかし現在はこれを要件とするものは全くない。

次に革命の方法が殘虐だとの理由で承認が與えられなかつた事例が存するが（例えば一九一七年のロシア革命）これは國際法上の要件とは必ずしもいえない。また、新政府が前政府の約定した國際義務の履行の約束を與えないとの理由で承認を拒否した事例もあるが（例えば一八七七年の米國の對メキシコ・ディアツ政權、一九一七年の米國の對ソヴィエト連邦政府）、これまた眞の承認の機能と無關係であると論ぜられる。^(八)

さて正統性の原則は、いろいろの經驗の結果、國民の眞意思に反する殘忍な政權の承認となり得ることが判つたので、新事態を認める被治者たる國民の意思が憲法規定によつて通常の且つ實質的に宣明されねばならないという實行が行われるようになった。これは米國では古くジェファースンの時代よりはじまり、一九〇七年ラテン・アメリカでトバール (Tobar) 主義として方式化され、一九二三年二月七日の條約で中央アメリカ共和諸國はこれを確認した。^(九) ウイルスン時代は、米洲諸國間の民主主義の原則および安定秩序の促進の要望から特に合憲性の基準が強調されたが、一九三〇年アルゼンチン、ペルー、ボリヴィアに對する（事實上の）政府の承認の頃より合憲性の原則を抛棄して、國民の同意の原則に重要性を置いた。英米とも、第一次世界大戦後は、この傳統的な同意の原則を一時抛棄して、専ら、事實主義に基く實行を採用し始めた。^(一〇) 第二次大戦後は再び同意の原則に戻つたようである。^(一一)

(四) 未承認政府の地位

まだ承認されない政府は、その承認の要件が備わり、承認要求權を得るに至つてゐるか否かは別として、外國では

やはり、未承認政府として取扱われるほかはない。この問題は特に國內裁判所における事件處理に關連してしばしば生起する。未承認政府に對する取扱は、各國によつてその細部は異なるが、^(一三)大體、例外を除いて、承認前は、未承認政府自體も、その行つた行爲も無効とされる。

(五) 政府の承認の態様

新政府が相當の永續性をもつて、實効的に權力を行使する事實の確認は、各國が行わなければならないが、時には國家は集團的にこれを行う。これは各國の個別的責任を最も軽くするからである。當該國首都における外交團の勸告により、又はそれに基いて承認が行われるのは、ラテン・アメリカによく行われるところである。^(一四)一九一一年のポルトガル政府の承認は、ヨーロッパ諸國の集合的行動によつて行われた。將來國際連合の如き國際機構がこの承認に重要な役割を演ずることが豫想される。^(一五)國際裁判所が承認を行うことは未だ將來のことに屬する。

なおケルゼンは、政府の承認についても、前述の國家の承認の理論を用い、個人又は個人の一團が現實に國家の政府であるとの事實の認定を行う法律的行爲と、この政府と相互關係を生ぜしめんとするところの意思表示たる政治的行爲とを區別する。^(一六)

(一) 政府の承認については、ラウターバハト、前掲、第二部、第三十五—五十五項のほか次のような文献が存する。

立作太郎「新政府の承認」『國際法外交雜誌』二七卷八號、昭和三年十月

小谷鶴次「新政府承認の要件」『法學』八卷三號、昭和十四年三月

C. C. Hyde, "Concerning the Recognition of New Governments by the United States", A. J. I. L., Vol. 13, No. 2
1919.

- A. S. Hershey, "Recognition of New Governments," A. J. I. L., Vol. 15, No. 1, 1921.
- G. H. Hackworth, "The Policy of the United States in recognizing New Governments during the Past Twenty-five Years," Proceedings of the American Society of International Law, 1931.
- P. M. Brown, "Recognition of New Governments," A. J. I. L., Vol. 26, No. 2, 1932.
- L. H. Woolsey, "Recognition of the Government of El Salvador," A. J. I. L., Vol. 23, No. 2, 1934.
- ソウイット連邦政府の承認について
- 安井郁「勞農政府の承認に對する米國の態度」〔國家學會雜誌〕四六卷八號、昭和七年八月）、「勞農露西亞の國際法的地位——承認問題を中心とする考察」〔法學協會雜誌〕五一卷九號、昭和八年九月）
- J. B. Scott, "The Recognition of Soviet Russia," A. J. I. L., Vol. 17, No. 2, 1928.
- P. M. Brown, "Recognition of the Union of Soviet Socialist Republics," A. J. I. L., Vol. 27, No. 2, 1933.
- G. P. Anderson, "Recognition of Russia," A. J. I. L., Vol. 23, No. 1, 1934.
- G. G. Wilson, "British Recognition de facto and de jure of the U. S. S. R.," A. J. I. L., Vol. 23, No. 1, 1934.
- (一) この場合は當該國家の國內問題で、外國が承認問題を起して干渉することを得ないのは、國家獨立の觀念の本質上當然とされる。一九四〇年英國において、當該國憲法によつて設けられた多くの亡命政府については承認が不必要として行われなかつたが（オランダ、ギリシア、ノールウェイ、ポーランド、ベルギー、ルクセンブルグ、ユーゴスラヴィヤ）（チエコスロヴァキヤは法律的繼續性について明かに斷絶があつたので、特別の承認行為を必要とするとして、英國は一九四〇年七月二十一日假承認）一九四一年七月十八日完全承認した（ラウターバハト、前掲、九一—一二頁、註一參照）。
- (三) 承認を不必要とするエストラダ（Estrada）原則なるものがある。一九三〇年九月二十七日メキシコのエストラダ外相は、爾後同政府は、承認賦與の宣言を行わず、その外交代表を適當と認めるところに従つて維持するか又は引揚げさせることに止める。ただし、承認は侮辱的慣行であつて、他國の主權を侵害し、他國の國內事項について決定を下すことであると考ふるからである、と在外使臣にコミュニケを發した（「アメリカ國際法雜誌」一九三一年附録、二〇三頁）。ラウターバハトはこの原則を排除し、承認の必要を論じ、充分待てば時が解決するというものもあるが、長く待つことの不利は、明示的決定のもつ危険と責

任の不利より大であるとなす(前掲、第五十一項)。

(四) ウェストレーク(「國際法」第二版一九一〇年、第一卷五八頁)は、「新政府の安定を判断するため、他國には相當の時期を許すべきである」となし、安定の後は承認の義務を認める如きである。

(五) スペイン内亂は一九三六年七月に勃發したが、同年十一月十八日にはドイツ、イタリアはフランコ革命政權をスペインの合法政府として承認し、從來の合法政府を赤色政權とみなした。又一九三九年十二月ソ連はフィンランドに侵入して、ソ連占領地域にのみ權力をもつソ連の息のかゝつた政府をフィンランド政府として承認したが、當時合法政府はフィンランド全領土を實際上保有してをり、ソ連以外のすべての國はなおこれを認めていた。日本が蔣政權を否認して、汪政府を承認したのもこれと同様である。

ラウターバハトは、この尙早承認禁止の原則の效果は、事實上の承認などの實質的交際によつて、實際上減ぜられるとなす。英國のフランコ政權承認については下述參照。

(六) グローチウスは法律的考慮よりも、むしろ内亂の慘害緩和の見地よりこの承認を取扱つた(「戦争と平和の法」一卷四章十五節)。この時代の學者は問題を(イ)叛亂政權に對する従順の義務、(ロ)叛亂政權の使節權という二つの局面より取扱つた。

(七) 一七九三年フランス政府、一九〇三年セルビア政府、一九二二年ギリシア政府に對する英國の態度。ラウターバハト、前掲、第四十一項。

(八) ラウターバハト、前掲、第四十二項。

(九) これについては、アンチロッツ、邦譯、一九八頁以下。

(一〇) 同條約で、中央アメリカ共和諸國は、國民による爾後承認があるにかゝわらず、大統領、副大統領又は國家元首として自由選舉によつて選ばれるべきものが、次の如きものであつた場合はこれを承認しない義務を確認した。(イ)彼が、クーデター又は革命の首謀者又はその一人であるか、又は血族或は姻族關係によつて、かゝる首謀者の尊屬、卑屬又は傍系親族である場合、(ロ)彼が、クーデター、革命の遂行中、又は選舉の施行中、國務大臣であつたか、又は高級軍司令官であつた場合、又はクーデター、革命又は選舉後、六ヶ月間かゝる官職にあつた場合。

米國は條約に参加しなかつたが、同意協調する旨を明示し、一九二五年ニカラダアのチャモロ將軍の革命の際、中米の革命政

府承認に關する政策に基き、同政府の承認を拒絶する旨を明示的に宣言した。これは一九一七年のコスタ・リカ、一九二四年のホンデユラスにも適用された。

(二一) 一九三一年のスペイン内亂に際して、英國は、新政府が人民投票で支持され、憲法上の大統領が選舉されるまで、スペイン駐劄の自國大使に新任任状を與えなかつた。一方、一九三九年のスペイン内亂では、フランコ政府の承認の場合は、國民の同意に言及しなかつた。これらについてはラウターバハト、前掲、第四十三―四十七項参照。

(二二) 一九四一年七月、英國の在ロンドン、チェッコスロヴァキア政府承認、一九四五年七月の英米のポーランド假政府承認、その他解放諸國に對する態度にあらわれてゐる。ラウターバハト、前掲、一七三―四頁註二参照。たゞ最近の同意の原則が、革命の爾後合法化をも認めて、傳統の原則を緩和してゐることについては、同上、第四十七項。

(二三) 英國の實行では、未承認政府は(イ)通常の管轄權上の免除を受ける權利を否認される。(ロ)裁判所への出訴權はない。(ハ)該政府の立法上、行政上の行爲に對してその法律的效果を認めない。(ニ)借款その他の經濟的便益を利用し得ない。(ホ)宣戰講和の權利はないとされる。(ヘ)該國民に對する外交保護を認められない。(ラウターバハト、前掲、第四十八項)。

(二四) 一九〇八年十二月のハイチ、一九二四年十一月の中國段祺瑞政府(この場合は事實上の政府と認めた)の承認。

(二五) 集團的承認の構想については一九四三年七月のロンドンにおける國際法學者の會合の勸告が存する(「アメリカ國際法雜誌」一九四四年、二九四頁、ラウターバハト、前掲、一六八頁、註五)

(二六) ケルゼンによれば國際法の意味において政府をもたぬ社會は、國家でないから、國家として社會を承認することは、その承認された社會が政府をもつてゐることを默示的に意味する。従つて、政府承認の法律的行爲は、國家承認の法律的行爲と不可分離である。かくて、國家たることを認める以上、政府の存在を否認できないことになる。しかし、政治的承認は、未承認政府の國家も、承認しない國家との關係では、依然國際法の主體たること、ならびに、一般および特殊國際法により定められた一切の權利義務は、兩國の相互關係において有効たることを續けるとの限定をもつて、これを推絶し得る。

三 交戰團體の承認

國家や政府の承認に關する基本原則は、交戰團體 (Balligency) の承認^(一)についても同様である^(二)。前者について法律的義務を認めるものは、後者についても、その政治的、選擇的性質を否認して、ある情勢の事實について、國際法によつて課せられた任務であるとなす。交戰團體の承認は、當該團體の行ふ戰爭が、法律上あたかも二主權國間の戰爭と同様に、取扱われる効果を生ぜしめる。

交戰團體承認の要件は國際法によつて定められる。^(三)

(イ) 國家内に地方的でない一般的武力闘争の存在すること。^(四)

(ロ) 叛亂軍が領土の相當の部分を占領し且つ施政していること。

(ハ) 戰爭法規に従つて、且つ責任ある權力者の下に行動する組織ある兵力によつて、敵對行爲を行つてゐること。

(ニ) 交戰團體の承認の方法によつて、その態度を決定することが、承認する國にとつて必要な事情が存すること、(従つて叛亂者に對する同情や激勵という政治的意圖は承認の眞の目的と無關係である)。

母國が叛亂軍を交戰團體として承認し、またはそれとして取扱う事實が存する場合は、^(五)前記イ、ロ、ハの三條件が存在する有力な推定の存在を構成する。従つて、外部諸國は母國による承認によつて拘束されはしないが、これを無視し得ないのである。交戰團體の承認は、本質において、これらの四條件より成る事實狀態の存在を確認する宣言であつて、これらの條件が存するのに承認しなかつたり、また條件が存しないのに承認したり、または尙早の承認を行うことは國際法上の不法行爲を構成する。^(六)

(イ) 交戰團體の承認の態様

交戰團體の明示的承認は、承認する旨の正式宣言によつて行われるが、まれである。^(七) 中立の正式宣言 (國內的立法

乃至布告でないもの)は交戦團體の正式宣言に準ずるものである。封鎖權の行使に従うことは、反對の表示なき限り、交戦團體を承認したものと推定される。一般に國家の實行は、明示的宣言を行わず、布告その他より推定される場合が多い。米國の如きは、はじめは叛亂軍に屬する商船の入港許可よりはじまつて、徐々にその取扱を改めて行く主義であり、承認拒否の事例の方が多い。

(ロ) 交戦團體の承認の法律義務的性質

この問題はまず、交戦團體の承認を求める権利が叛亂者側に存するかという形で提起され得る。國家の實行は、承認について廣汎な任意性を主張することがあるが、これは多くは國際法の定める條件の存在の推定についてであつて、條件が具備された以上は、叛亂者に承認要求權が生ずるし、合法政府の交戦權行使が認められた場合は、當然叛亂者にもこれが與えられるべきことを要求する權利があることが普通認められる(特に英國)^(九)。一方母國が叛亂者を交戦團體と認めたのにかゝらず、外部諸國がこれを認めない時は、母國の交戦權行使の否認となつてやはり母國に對する不法行爲となるかという問題がある。一九三六—九年のスペイン内亂では、列國は、交戦團體の承認は勿論、双方に對して交戦權を認めなかつたが、これは前述の如き特別の事情があつたとはいへ、從來の慣行に反する。^(九)

この交戦團體承認について、國際法の定める條件が具備された以上は、叛亂者に要求權を生じ、外部諸國に義務を生ずるとの見解は、從來は主として人道上の理由に基いていた。あるものは、戰爭法規の遵守により戰爭行爲の殘虐性を防止するために必要であると言ひ、あるものは、承認がなければ海上における叛亂者の行動が不法となり、海賊として取扱われるに至ると主張する。ラウターパハトは承認が叛亂者に對する法律的義務となし、未承認叛亂者が國際法上の主體でないから、承認要求權をもち得ないとの形式論を捨てるべきであると論ずる。^(一〇)

從來の學說で、叛亂者に要求權なしとするものはルージエ、ニース、ガムマ、ウールシー、ホール、クンツ、マツクネヤー^(一三)などで、ウエストレークはこれに屬してはいるが、叛亂者が國際人格を有しないとの理由で反對してはをらず、むしろ要求權は認めつゝ、國家の實行や、法律義務論を過少評價して、これを採らなかつたのである。^(一四) 要求權を認めるものは、ファッテル、ブルンチュリ、フィオレ、ロリマー、ケント、ホイートンであり、一九三六—一九三九年スペイン内亂中は大多數の學者はこの立場をとつた(セル、ウエーベルク、パツデルフォード、スミス、オールールク、ポリチス)。^(一五)

(ハ) 交戦團體の承認前における不干渉義務

叛亂者に對する交戦團體の承認以前は、合法政府が叛亂者に比して有利な取扱を受ける資格があることは一般に認められている。一九〇〇年の國際法學會の決議、一九二八年二月二十日の「内亂の場合の國家の權利義務に關する」汎米條約^(一六)、一九二五年六月十七日の武器彈藥取引禁遏條約第二條第一項などこの傾向に屬する。合法政府に對する好遇は干渉であるとの反對論があるが認め得ない。ただし、合法政府に好遇を與えねばならぬ國際法上の義務は有しないし、合法政府尊重の推定も、尙早の承認を行つたり、外國領土を合法政府に對する軍事根據地としてならないこと以上には出ない。これ以上の合法政府に對する一方的好遇は、交戦團體承認以前でも、干渉となり、自決權の否定となると論ずるものもある。^(一七)

(一) 交戦團體については次のような文献がある。

大淵仁右衛門「交戦團體の承認」(「外交時報」八一卷六號)

J. H. Beale, "The Recognition of Cuban Belligerency," *Harvard Law Review*, Vol. 9,

J. M. Garner, "Recognition of Belligerency," *A. J. L. L.*, Vol. 32, No. 1.

Vernon A. O'Rourke, "Recognition of Belligerency and the Spanish War", A. J. I. L., Vol. 31, No. 3.

H. A. Smith, "Some Problems of the Spanish Civil War", B. Y. I. L., 1937.

(二) 交戦当事者の双方がいずれも主権を有しないものであることもあり得る。

(三) ラウターバハト「國際法における承認」第五十六項參照。

(四) これを理由に承認を拒絶した例。一八九四年ブラジル革命中、列強はデ・メロ將軍の叛亂軍が一團の海軍だけなので、承認を拒絶した。

(五) 合法政府が叛亂者に對する國際法上の封鎖を布告することは、交戦状態の承認を意味する(英國政府は實行においてかく認める)。但し、實効性なきものは國際法上の封鎖と認められず且つ封鎖宣言の撤回は、はじめから無効と考えられる(ラウターバハト前掲、第六十一項)。

(六) 條件存在のときの不承認は、特に、叛亂者に對する不法行爲であり、條件不存在のときの承認は、合法政府のみに對する不法行爲である。

(七) 交戦團體の承認がまれである理由として、ラウターバハトは次のような理由を擧げる。(イ)承認を必要とする條件が充分となることがまれなこと(内亂はしばしば起つても、長引くことはまれである)、(ロ)外部諸國が、承認を必要とするほど、その紛争によつて影響を受けないときは、承認は不當とされること、(ハ)一九三六—一九三九年スペイン内亂の如く、一切の要件が備つても、内亂が國際的コンテスタの特長と意義をもつときは承認の餘地がないこと、(ニ)承認の主眼點が、これと與える法律的權利と、これと與えるべき法律的義務のいずれにあるかが從來理解し難かつたこと。

(八) 米國は交戦團體の承認は本質的に事實問題であるとなし、當該事實の確認は、關係政府の自由考量の問題であると主張し、拒絶の場合は、この條件不充足を理由としている。一方、米國はかつて獨立戰爭中交戦團體の承認を與えなかつたデンマルクに對し損害賠償の請求を行つた事例が存する。

(九) スペイン合法政府の封鎖權を承認しなかつた理由を、英米兩國は、實効性なき事實に求めている。列國は一九三七年九月十四日のニロン協定で、「スペインにおける紛争の兩當事者に交戦權を行使すること、ならびに、たとえ海上で戰爭法規が遵守されても公海で商船に干渉することを認めない」と宣言した。ラウターバハトはこれが從來の實行に反すると主張する(前掲、第六

十一項)。但し、ラウターバハトは國際法違反とは言つていない(後述参照)。

(一〇) 前掲、第六十四項。條件が具備されているのに承認を拒否した國が、叛亂者に對する差別待遇を行うならば、國家の主權と獨立の本質たる政治的自決の原則を否定する干渉となり、國際法違反になると論ずる。

(一一) ラウターバハト、前掲、第六十九項。

(一二) ホール「國際法」第三版(一九〇年)三五頁。

(一三) Law Quarterly Review, 1937, p. 483.

(一四) ウェストレーク「國際法」第二版(一九一〇年)第一版、五五頁。

(一五) ラウターバハト、前掲、二四三頁、註四參照。

(一六) 一九三〇年のブラジル革命では、米國政府はこの條約に則つて處理した。

(一七) ラウターバハト、前掲、第六十五項。ラウターバハトはこの理由から、ニヨン不干渉協定は國際法違反と云ひ得ないとす。

(これを違反となすものは、前掲論文のオールルク、四〇九頁、ヌミス、二八頁)このラウターバハトの見解は、前述の主張とやゝ矛盾する如く見えるが、それは、彼が、後述の叛亂團體の承認という融通性のある措置を實際上廣汎に認めているからであつて、「合法政府に有利な傾向は必ずしも有用な原則でなく、」その結果は、この叛亂團體の承認で除去されるといつている(第六十六項)。この態度は、國家や政府の承認における事實上の承認の格上げと同様、ラウターバハトの承認理論の特徴をなす如く思われる。

四 變則的承認

以上に述べた國家の承認、政府の承認および交戰團體の承認は、衆知の如く、傳統的國際法における通常の承認の種類であつた。しかるに、最近において、かつて例外的、暫定的なものとしか見られなかつたところの「事實上の承認」と「叛亂團體の承認」とは、きわめて重要な地位を與えられるに至つた。このことは、承認理論の展開と不可分

離の關係をもつ。國家の承認や政府の承認についての理論構成は、事實上の承認の機能を考慮に入れて、行われている。同様のことは、交戦團體の承認に對する叛亂團體の承認についても言われ得る。そのいずれもが、舊來の、傳統的且つ非融通的な觀念と理論に對して、融通的な彈性性ある觀念と理論として生じ來たつたのは、現代の複雑な國際關係によるものとも言える。このことの意義は、さらに後で詳述することにする。

(一) 事實上の承認

事實上の承認 (*de facto recognition*)⁽¹⁾なるものの正確な法律の意味については學者の間に一致した意見はない。(イ) 法律においては全く法律上の承認と區別し得るか否かを疑い、結局法律上の承認の政治的なニュアンスであるとするもの^(二)、(ロ) 默示的承認と同じであるとするとするもの、(ハ) 事實上の承認によつて生ずる國際的能力が、法律上の承認の場合生ずるよりも一層制限的であるとするとするもの、(ニ) これを條件附承認又は暫定的承認、又は、兩者の結合した承認であるとするもの、(ホ) その本質が取消可能性のうちに存するとなすもの、(ヘ) その効果が、平常的又は完全なる外交の實際の不存在にあるとなすもの、など種々である。

そもそも、事實上の承認なるものが、いつから、いかなる風に行われるに至つたかという点、十九世紀第一四半期に遡る。即ち、ラテン・アメリカの諸共和國が分離した際、英國その他の國が、スペインおよびポルトガルの正統主義理論と、承認の實際的必要とを調和するために選んだ解決方法なのであつて、眞の承認とほとんど同一であるが、母國の獨立と權原に對する主張の法律的當否に對する態度を表明する意味のないものとされた。^(三) ついで十九世紀の次の段階では、米國が「事實上の政府」の承認を繰返し使用し、一たび國民の同意が見られるや、これを完全なる承認と

する方法をとつた。二十世紀初頭には、米國によつてはじめて「事實上の承認」の慣行が始められ（一九〇三年の對パナマ、一九一五年の對メキシコ承認）、第一次世界大戰後の新興諸國家について、その將來の地位と領土との不確定のため、この方法が行われ、また一九二〇年以後におけるソヴィエト連邦の承認に對しても、ほとんどすべての國は暫定協定によつてこの形式をとつた。ついで一九三五—一九三六年のイタリアによるエチオピア併合に對しても、多くの國ははじめ事實上の承認を與え、後に法律上の承認を與えた。最後に一九三六—一九三九年のスペイン内亂では、フランコ政權は、前述の如く、最初英國によつて「スペインの大部分に對し、事實上の行政的統制」を行使する政府として承認され、内亂が一切解決した後、法律上の承認が與えられた。

さて、この事實上の承認の本質はどこにあるか、また法律上の承認といかなる點で異なるかを究明しなければならぬ。まず第一に考へねばならないことは、「事實上の承認」という言葉が法律的に無關係の如き印象を與えるが、それは政治的、外交上の工夫ではなくて、正式の、法律上の行爲であつて、しかも法律上の承認とは法律上の効果と本質とを異にするものだということである。特に國家の實行に基礎をおく英米の學者は、この事實上の承認を重要視して、理論的なカテゴリーカルな解決を排除する。次に事實上の承認は國內憲法上の見地からする合法性の問題には全く無關係で、専ら、國際法上、承認されるところの政府又は國家が當該國又は領土を効果的に代表すると考へるべきか否かの判断のための表現だとされる。國際法上の要件が一つでも具備されぬ以上承認が行われ得ない、とか、完全承認が承認の全面的拒絶かの二者擇一だとすることが國際交際の必要上あまりに嚴格すぎる、承認の要件中最も重要な有効性の條件が備われれば、適當な承認行爲によつて、その結果は認められるべきである、というのであつて、こゝに事實上の承認の必要性とその意味と限界とが認められるのである。

かくて、事實上の承認は、これを與えられた政府又は國家が、當該國家の領土上で權限の有効な行使をなしていることを承認する外國國內裁判所でその行爲の有効性を事實上認められ、且つ裁判管轄權の事實上の免除を認められる限りにおいて、法律上の承認と區別し得ないが、事實上の承認は（イ）必ずしも完全な外交的交際の開始又は代表者に對する外交上の特權・免除の賦與を生じないこと、（ロ）その暫定的、過渡的な性質上、後述の如き法律上の承認の撤回に必要な理由以外の理由でこれを撤回し得ること、において法律上の承認と異なるのである。^(八)

又、事實上の承認は、法律上の承認でないから、形式を要せず容易に與えられるというのは間違で、これは明示的^{デクレート}に、慎重に、時には法律上の承認よりも一層形式を履んで行われるので、この點で、後述の默示的承認と區別される。^(九)

ケルゼンによれば、法律上の承認と事實上の承認の區別は、承認の法律的承認についてのみ適用可能である。けれど政治的承認は、かりに暫定的なものだとしても、それは法律的行爲でなく、従つて法律的（*de jure*）ではないからである。しかし、いわゆる事實上の承認でも、それは法律的行爲をなす故に、法律的承認となるのである。この事實上の承認の法律的行爲と、狹義における法律上の承認行爲との差異は、しからばどこに存するか、といへば、所與の新社會が存在を開始した直後においては、所與の事實が國際法の要件に完全に一致するや否やが疑問の場合があるから、承認の法律行爲が、この段階において爲される場合は、承認する國は、その承認が、單に事實上のものであることを宣明することによつて、その行爲のうちにおいて、その事態に言及することを欲し得る。しかし、かゝる表示を以てなされる承認ですら、法律的行爲であつて、承認する國と承認される國との間の關係では、法律上の承認と同一の效果をもつ。かくして承認された社會が、國際法によつて定められた要件を充たさない場合は、承認する國は、何

時でも、これを認定し得る。かくて、法學の見地よりすれば、法律上の承認と、事實上の承認の間の區別は、重要でなく、これを全然無視することができ⁽¹⁰⁾、さうなのである。これは後述の如く、理論上の構成から發展したケルゼンの所説が、實際の見地から事實上の承認に重要性をもたせたラウターバントの所説と、異質的ではあるが、方向が同じであることは、興味深きところである。

(一) 事實上の承認については次のような文献がある。

- Thomas Baty, "So-called 'de facto' Recognition," *Yale Law Journal*, Vol. 31, 1921-22, p. 469ff.
- L. A. Podesta Costa, "Rules for Recognition of de facto Governments," *International Law Association Report*, 1922, Vol. 1,; "Règles à suivre pour la reconnaissance d'un gouvernement de facto par des États étrangers", R. G. D. I., Tome 29, 1922.
- Finch "The Recognition of the de facto Government in Mexico," *A. J. I. L.*, Vol. 10, No. 2.
- A. S. Hershey, "Notes on the Recognition of de facto Governments by European States", *A. J. I. L.*, Vol. 14, No. 4, 1920.
- Hans E. Stille, *Die Rechtsstellung der de-facto-Regierung in der englischen und amerikanischen Rechtsprechung*, 1932. (紹介は、前原光雄「法學研究」一一卷二號)
- F. Schlüter, *De-facto Anerkennung in Völkerrecht*, 1936. (紹介は小谷鶴次「國際法外交雜誌」三六卷八號、昭和十二年十月)
- Spiropoulos, *Die de facto Regierung im Völkerrecht*, 1926.
- Lauterpacht, "De facto Recognition, etc." *B. Y. I. L.*, 1945.
- Nebl-Henry, *Les gouvernements de fait devant le juge*, 1927.
- 水垣進「事實政府に關する若干の考察」(中村進午博士追悼記念「時局關係國際法外交論文集」)
- その他については、ラウターバント、前掲、三二九頁、註二の文献参照。

(二) フィッシャー・ウィリアムス「アカデミー講演集」一九三三年、二六一—二頁、アンチロッチ、(邦譯、一八七頁)クマツペン、レッドソールブ等。

(三) これは、英國の外相カニング (Canning) が用いた外交政策で (ラウターバント、前掲、三三一頁、註一参照)、これを國際法上理論づけたものはフィリモアなどであつた (Phillimore, Commentary upon International Law, 3rd ed., 1879—88, Vol. II, p. 283.) なおこの歴史的考察についてはラウターバント、前掲、第九十六項参照。

(四) エチオピア併合の承認については Quincy Wright, "The British Courts and Ethiopian Recognition," A. J. I. L., 1937, 小谷鶴次「エ國併合の効力と承認」『法學』七卷三、四號、昭和十三年三、四月。

(五) 事實上の承認 (*de facto recognition*) とか法律上の承認 (*de jure recognition*) とするのは、元來、事實上の (又は法律上の) 政府 (又は國家) としつゝ承認、即ち *recognition as a de facto (or de jure) Government (or State)* の省略であるが、*recognition de facto (or de jure)* としう表現を行つたものがあるため、事實上の承認の法的性質を不明瞭ならしめ、事實上の承認と法律上の承認との區別を輕視させるに至つた、とラウターバントは指摘する (前掲、三三〇頁)。

(六) 従つて、承認に至らず、また承認の意圖なき代表者の交換が行われるに拘わらず、これが非公式交際乃至事實上の交際と混同すべきでないといされる。

(七) 法律上の承認と事實上の承認との差異が全く政治的なもので、國內法上および國際法上は兩者に區別がないとの主張は、前記註一のほか、最近でも、フライアリー「國際法」一九四二年版 (一〇七、一〇九頁) やマックタネアー (McNair, Legal Effects of War, 1944, p. 353) がとつてゐる如くであるが (右文献未入手)、これに對し、ラウターバントは、これは事實上の承認の國際機構の現狀において果す役割を無視するものであり、英米の裁判所の實行とも異なると反駁してゐる (前掲、第九十八項)。

(八) ラウターバント、前掲、第九十八項。一九二〇年十二月、エストニアとラトヴィアとは、連盟加入を拒否されたが、それは當時まだ兩國が事實上の承認しか與えられていないことが總會における主なる拒絕理由の一つであつた。

(九) 註六を参照。

(一〇) ケルゼン、前掲「アメリカ國際法雜誌」一九四一年十月號。

(二) 叛亂團體の承認

叛亂團體 (Insurgency) の地位はまだ明確に定義されていないが、ある一國の内亂において、叛亂者 (rebels) に對して外部諸國が與える權利および特權の總體で、承認の形式で、或は明示的に、或は默示的に表示される結果生ずる事實的關係に基くある種の地位である。^(二)但し、叛亂者との關係においては、この權利賦與が協定される限りにおいて法律關係の實體をなすのである。これは外部國が、交戰團體の要件の一以上を缺くとの理由で、叛亂者に對する交戰團體の承認を拒否する一方、叛亂者を單なる違法者として取扱うことを欲しないで、明かに暫定的でも、これと平常的基礎の關係をもちたいとの意欲をもつところから生ずる。かくて外國が、國內法令で、當該國民の内亂參加を防止するため、叛亂團體の承認を行うことを便宜となすのである。實例としてはキューバの對スペイン獨立戰爭（一八六八年^(三)）と、一九三六—一九三九年のスペイン内亂および若干の例がある。

ラウターパハトは叛亂團體の承認は、限定された目的で與えられ、且つ全く交戰團體の承認とは區別された、事實上の交戰團體の承認である、とし、所謂默示的な交戰團體の承認の擬制を排除せんがために、國家の實行は、この叛亂團體の承認という中間的措施を發展させたのだという。^(四)

(イ) 未承認叛亂者の地位^(五)

叛亂團體の承認をまだ受けない叛亂者は、自國のみならず、外國より見ても、單純なる違法者である。その陸上における行爲については、叛亂者が外國又はその國民に害を生じない限り、外國は全く關係がないが、これらに害を生ずるときは（もし叛亂者が合法政府ならば國際法違反を構成する如き場合）、その母國または叛亂者に對して責任を追求し、適當の行爲をとるべく、時には叛亂者に對して直接賠償を求め、一般に適當な強壓手段をとるであらう。

公海上における叛亂者の外國又はその國民に對する暴力行爲は明かに不法で、海賊行爲と同じとされる。しかしある點では、これを海賊と取扱ひ得ない事情も存して、困難な問題を生ずる。一九三六—一九三九年のスペイン内亂では、列國は、紛争兩當事國外の船舶に對する潜水艦による海賊的行爲 (piratical act) に對する集團的對策を協定した。⁽⁷⁾この際内亂における海上作戰に關連して「海賊」なる言葉を用いることの適否について學者の意見は異なるが、合法政府自ら、叛亂者を海賊とする宣言を行つた場合はどうか。この宣言が拘束力あることを(叛亂者の活動が自國に限られる限りは)外國が拒絶し得ることは相當に一致した原則である。國家の實行および大多數の學者は、未承認叛亂者が、自國のみにその活動を限ることなく、第三國又はその國民の船舶に干渉するときはこれを「海賊的」として取扱ひ得るというに一致してゐる。この場合、その行爲の政治的動機と、國際法上の海賊行爲の構成要件たる掠奪意思 (animus furandi) の不存在が、刑罰を通常の海賊の場合より緩和するとしてもやはり海賊である。さらに第三國の船舶に對し叛亂者が掠奪するのみならず、現實に、生命の損失を惹起するような残忍な犯罪行爲が行われたときは、かゝる加害者を逮捕した第三國は、國際法上の海賊に對して國際法が認める通例の刑罰(司法判決を要せず、即決的刑罰が可能である)を加え得る。前記の掠奪意思の有無は、かつては海賊決定の要素であつたが、これが次第に重要性を失つて、海賊觀念は擴張されるに至つた。但し、實際には未承認叛亂者の船舶の士官又は乗組員が裁判に附せられ、海賊として判決を受けた事例は存しない。⁽⁸⁾

(ロ) 叛亂者を事實上の政府となす承認 ⁽¹⁰⁾

さて叛亂者に對して交戦團體の承認を拒絶することより、反つて叛亂者に對して、實質的な行動の自由と、その官憲との廣汎な交際とを許與する結果を生ずる。この後者の事實は、事實上の政府としての承認と兩立し得ることにな

る。内亂の繼續中叛亂者を法律上の政府として承認することが國際法違反の措置であることは確立した原則であつて、もしかゝる承認が行われると、その結果は交戦團體の承認と無關係な、完全交戦權を有し得る二個の法律上の政府が存在するという事態を生ぜしめる。従つて、叛亂者を政府として承認することについては、前記の原則に照して考慮しなければならぬ。そこで、國際法が許す限界は如何という問題に當面する。外部諸國が、國際領域において、叛亂者を主權國として取扱ふことなく、しかも叛亂者の施政者となる交際を維持する立場に立つことは、合法政府の法律的利益と牴觸するものでない。一方、外部諸國をして、事實上の政權の法律と施政を長期にわたつて無効となし、法律上の政府の法律と施政を、事實上の政府の施政地域においても有効と認めさせることは、(該政權が國際法違反によつて作られたのでない限り)健全な原則ではない。革命と叛亂が國際法に反しない以上、國家はそれ自體法に反しない事實をあくまで無視しなければならないというものでない。従つて、内亂中の政府の尙早なる承認を禁ずる國際法の原則は法律上の政府の承認のみに適用され、事實上の政府の承認には適用がないと考えられる。従つて、この場合、國際法は、かゝる叛亂者の事實上の政府としての承認を許すが、これを法律上の政府の承認と同一にするところまで擴張することは許さない。こゝに國際法上の限界が存するのである。しかし、これはたしかに程度と事情の問題ではあるが、どこかで區別の線を劃さねばならぬとすれば、どこでこれを引くか。ラウターパハトは、スペイン内亂におけるアランツアツ・メンディ號事件とロシア革命のときのルーテル對サゴール事件に對する英國裁判所の判決を比較論評した後、法律上の政府が、事實上の政府の主張し得ない程度の裁判管轄權上の免除を有する資格があるといふところにこの區別を求め、國內裁判所は事實上の叛亂者政權の、その施政地域内における法令の有効性を認めなければならぬが、それは、この政權を、——自國領土外で裁判管轄權上の免除を得る資格ある——外國主權國家の獨立

政府に變えるものでない。特に財産又はその代表に關して法律上の政府の利益に反してかく變えられるものでない、と述べている。さらに法律上の政府は（外國の公安を紊さず、國內法に反しない限り）所有權を主張し得るが、事實上の政府は、たとえ、實際上又は推定上所有權をもつていても、その權利を證明しなければならぬ、それは、明かに不便であり、事實上の政府の威嚴に反することではあるが、合法政府を排除せんとするもの忍ばねばならぬところであると、なす。^(一三)

(一) ラウターバハト、前掲、第七十五項、第七十九項。

(二) 同上、第七十六項。米國は交戰團體の承認を拒絶する一方、自己の國民に對しては、キューバにおける叛亂狀態の存在を告知した。一八九五年六月十二日大統領は布告を出して、キューバに内亂が存し、スペインに對する武力抗爭が行われていることを明示し、米國民は、中立法で禁止されたことを避けるべきであることを命じた。米國裁判所は、これを以て、中立法適用と、交戰團體の地位と異なる叛亂狀態の存在を推定する權限があるとなした。

(三) 同上、第七十七項。スペイン内亂では、最後まで交戰團體の承認をなさず、しかも叛亂者がその相手方のみに對して行う海戰（又は空戰）は、公海でも、領海でも（領海の場合は、國際法に違反しない限り、外國船舶に向けられても）、干渉を加えられなかつた。又、國民の保護、商業上の利益保護および、俘虜の交換その他仲介の提供によつて戰爭行為の緩和を確保するために、叛亂者との間に公式交際關係が續けられる。後には、正式には外交官の資格を與えられないが、多くの點で外交代表の職能を行つた代表者^{チンセント}を交換した。最後に英國は交戰團體の權利賦與を拒否しながらも、叛亂者を“insurgent” or “nationalist” de facto government（スペインの彼等の支配する地域の政府たる）として認めるとの先例なき措置をとつた。そこで英國裁判所は、彼等に主權國家の政府に與えると同じ程度の取扱を與えた。但し叛亂者の封鎖は、實効性なきことと、交戰團體の承認なきことを理由としてこれを認めなかつた。

(四) ラウターバハト、前掲、第七十九項。

(五) ラウターバハト、前掲、第八十項。

(六) 一九三七年九月十四日のニオン協定(英國、ベルギー、エザプト、フランス、ギリシア、ルーマニア、トルコ、ソ連、ユーゴスラヴィア間)。右には更に一九三〇年のロンドン條約第四部の規定に反して、スペイン内亂兩當事國に屬しない船舶を攻撃した潜水艦に對しては、これを反撃し、必要あれば、協定當事國の兵力によつて破壊すべきことを規定した。同月十七日の追加協定はこれを水上艦、航空機に擴張した。オランダ政府は右協定前に(同年三月)、スペイン叛亂者の船舶でオランダ船舶を拿捕することは海賊行爲と看做す旨を宣言した(ラウターパハト、前掲、第八十八項)。

(七) ラウターパハトは、ニオン協定中の船舶破壊の規定は行きすぎであるとしている(第八十八項)。

(八) たまには、第三國が、海賊として取扱う義務を拒絶しながら、これを海賊と認める權利を主張することもある。

(九) その理由は、海賊として取扱うことが、彼等に對する強い警告であること、干渉行爲があつたときも、これを司法上の問題としないので、片附けるにある。但し、司法判決を受けたのに近い事例は存する。

(一〇) ラウターパハト、前掲、第八十一—六項。

(一一) このアランツアツ・メンディ號(Arantzazu Mendiz) (以下ア號と稱す)事件は非常に重要と思われるから、その經過を少しく詳述する。ア號はビルバオ港に登録されて了た。同號は一九三七年五月以前にスペインを出帆していた。一九三七年六月、スペイン内亂中、ビルバオは叛亂軍の手に陥ちた。一九三八年三月二十三日、同船の所有主はロンドンで、一九三七年六月二十八日附徵發令により、共和政府側への徵發通告を受けた。一九三八年四月五日、ロンドンにおける叛亂國民政府の權限ある官憲は、所有主に對して同年三月二日附命令の下に徵發の通告をなす。同四月十三日、所が者の會社の支配人は、三月二日附國民政府の命令に従う旨を聲明。同日共和政府は、同船の所有權確認の訴を提起。國民政府は反訴を提起して、これが、外國主權國家、即ち、正當に權限を有するものによつて同船を所有する國民政府の國家を訴えたとの理由で、訴の棄却方を求めた。バクニル(Bucknill)判事は中間判決で、國民政府が同船を所有するとなし、一方、同政府が外國主權國家の政府なりや否やの問題によつて、外務省に情報を求めたが、その外務省の回答は次の通りであつた。(一)英國政府は、スペインを外國主權國家として承認している。(二)英國政府は、現在バルセローナにあるスペイン共和政府を以て、スペインの法律上の政府なりと認めている。

(三)右以外のいかなる政府をも、スペイン又はそのいかなる部分の法律上の政府とも認めていない。(四)國民政府は在バルセローナ共和政府と争つてゐる政府であつて、スペイン政府なりと主張し、共和政府を倒さんとし、スペイン全土にその權力を設定

しようとしている。(五)英國政府は國民政府を、現在スペインの大部分 (larger portion) に事實上の行政的統制 (administrative control) を行つてゐる政府と認めてゐる。(六)英國政府は、國民政府を、現在スペインのバスク地方全體に事實上の行政的統制を行つてゐる政府と認めてゐる。(七)英國政府は國民政府に對し、右以外の承認を與えてゐない。(八)國民政府はスペインにおけるいかなる他の政府にも從屬する政府ではない。この回答に基いて、バクニル判事は、國民政府が、本件のためには、外國の主權國政府なること、共和政府の訴は、外國主權國家の政府を訴えたものとして、これを棄却する旨を言渡した。控訴院もこの兩點について原審判事の決定を支持し、上院も、控訴院の決定を確認した。判決の當時、スペインにおける國民派は交戰團體の承認を受けてゐない叛亂政府であつた。當時、英國政府は、英國國民の保護、通商上の利益、戰爭の慘害緩和のため、國民派と公式交際をもち、そのため、代表者が相互に任命された。彼等はその任務遂行のため、若干の特権を與えられたが、主權國の外交使節の有する外交官の特権免除を否認されてゐた。この措置をとつたとき英國政府は繰返して、これが叛亂團體に對する主權承認の意圖なしと言明した。

ラウターバハトはこゝで、外務省の通告中に記された承認の性質と程度が、裁判所の到達した結論を、必然的に (irresistibly) に導いたか否かにつき問題とする。即ち、裁判所が外交問題特に外國の國家および政府の地位については、行政府より受ける情報に依據するとの原則は、司法上の實行において確立した原則ではあるが、これは行政府の回答を解釋して、適當な法律的结果をこれより抽出するという本質的義務より裁判所を解放するものでない。もしこの回答が不明瞭であるときは、國際關係において、國際義務と兩立しない結果を避けなければならないとの考慮によつて指導されるべきである、とて、裁判所の判決が英國政府の宣明された意圖から行きすぎてをり、前記回答よりこの判決を抽出することは困難であつて、内亂中の尙早の承認をなすものである (これについては國際法の原則は嚴格である)。裁判所の目では、事實上の政府と法律上の政府と同一でも、國際法の求める區別を確保しなければならない。事實上の政府の承認は、裁判所がこれによつて、叛亂收権のその施政地域内の國內行爲の合法性を認めねばならないことを意味するが、主權國とあらゆる點でこれを同一に取扱うべきであることを意味しない。一度同一に取扱えば、兩者の差異は消滅する。ア號事件の判決によつて、スペインの法律上の政府は、叛亂者たる事實上の政府も有するとされた裁判管轄權上の免除のため、救済手段を失ふことになつたが、かゝる結果は輕々しく認めるべきでなく、兩者の差異を認める英國政府の明示的意圖に反すると論評している (前掲、第八十一項、第八十五項)。

- (二二) 本件では、英國控訴院は、この判決で「法律上の承認と事實上の承認との外交的區別はあるが、兩形式の間に法律上の相違はない」となし、事實上の承認を受けた政府の立法、行政上の行為の有効性を認めることにおいては、兩者の間に區別がない、となした。英國控訴院はビルバオ銀行對レイ事件でこのルーテル對サゴール事件を援用し、「英國政府が叛亂團體の事實上の承認を行つたのに鑑み、その支配下にある國民政府の命令を有効とし、一方その地域に對する共和政府の命令を無効とせざるを得ない」となした。ラウターバハトはこのア號事件とルーテル對サゴール事件との相違として、後者の場合はソ連が全地域を支配し、前者がスペイン全土を支配していないといふのではなく、ソ連では内亂が終つていたが、スペインでは、内亂が進行中であることに存する、とて、それ故、内亂進行中のかゝる承認は、尙早の承認となる、としている(前掲、第八十四項)。
- (二三) ラウターバハト、前掲、第八十五—六項。

五 承認に關するその他の問題

以上述べた如く國際法における承認は、それ自體が國際社會の構成の根本問題であるにかゝわらず、一は學說の分歧と一は國家の實行の多様性から、種々の複雑な問題を提起する。それらのなかには、承認の撤回、條件附承認、默示的承認、不承認主義の意義と効果の如きものが存する。承認と國際不法行為(尙早承認ならびに不當に遅延した承認の不法性)については、すでに各所で觸れているから、こゝでは別に取扱わないことにする。

(一) 承認の撤回

國家の承認、政府の承認、交戰團體の承認などが、ひとたび與えられた上は、これを撤回し得ないか。法律上の承認と事實上の承認とはこれについて、何等かの差異があるか、という問題がある。承認をもつて契約的に考へるものは、ひとたび與えられた承認は *pacta sunt servanda* の原則その他によつて承認した國を拘束するとなす(クッツ)。

これに對して、承認をもつて法律的義務と考ふるものは、この撤回が專斷的な政治的行爲でない限り、承認の基礎が失われたとき（例えば承認された國が獨立を止め、組織體として必要な程度の結合を止め、政府が有効な權力を有し得なくなり、承認された交戦團體が完全に敗北するとき）、外部諸國は、この事實を認める權利を生じ、またこれを認めねばならない義務をもつ、となす（ラウターパハト）^(一)。

承認の撤回を認めるとして、それは國家、政府、交戦團體、併合の各々についてどうか、法律上の承認と事實上の承認とについてはどうかであるか。

國家承認の撤回は、明示的な撤回表示によつて行われず、新政權の明示的又は默示的承認という行爲を通じて行われる。併合による國家の消滅の場合は、被征服國の政府は一國の亡命者となり、承認の撤回の明示的宣言は不必要で、通常滅亡國の外交代表に對しその任務が終了したと看做されねばならぬこと、而して爾後當該國を代表するものと認め得ない旨を通告することによつて行われる^(二)。政府の承認の撤回も大體國家の場合と同じである。新政權の承認と、舊政權の承認撤回という二つの行爲が行われる^(三)。外交關係の斷絶は、承認の撤回とは異なる^(四)。

交戦團體の承認の撤回は、正式の撤回表示のほか、内戰當事者の一方の敗退により、交戦團體承認の主要々件たる大規模の敵對行爲の状態が存しなくなつた時、または當事者が戦争法規に従わなくなつた時、行われる。

領土併合の承認の撤回の先例としては、一九四〇年英國によるイタリアのエチオピア併合に對する法律上の承認の撤回が存するが、かゝる撤回は、本來は當該國の當該領土に對する實効的支配の終了によつて行われるべきであるが、前記エチオピアについては若干の疑義が存するとされている^(五)。

ラウターパハトは、事實上の承認は法律上の承認と異なり、暫定性を有するから、承認の要件が止んだり、充足さ

れない場合、撤回され得る。法律上の承認は、本質上、最終性 (finality) の性質を有するが、事實上の承認との差異が實質上は程度の差である以上、これとても、例外的の場合、且つ正確な證據があるときにのみ承認が撤回され、かくてその最終性が破壊されることもあり得るとなす。^(五)

ケルゼンは、承認された社會が、國際法上の條件を、すべて、事實において、充たしていないことが後に判明した場合、承認した國は、何時でもこれを認定し得るが、これは承認の撤回ではなく、以前の認定が、これと反對の認定によつて代えられることによる、となす。^(六)

(一) 前掲、第百一項。および前掲、イギリス國際法年鑑一九四五年。彼は、承認の撤回は重大だから、承認の付與よりも慎重でなければならぬ、政治的な強壓の用具とされ得ないが、そのことは、かゝる撤回が不必要だとか、不可能だとかいうことを意味しない、となす。

(二) 國家の繼承者に承認を與えないで、國家の承認を撤回したことは今までにない、一九三八年英國のエチオピア承認撤回は、イタリアのエチオピア併合の法律上の承認の形式をとつた。承認の撤回は、新權力者の單なる事實上の承認、或は、それにすら至らぬ行爲によつては、これを推定し得ない(ラウターバハト、前掲、第百二項)。

(三) 一九三三年十一月十六日、米ソ間に承認に關する公文が交換され、同日、ロシア國の財産管理を委託されたロシア假政府任命(一九一七年)のロシア大使館附財務官に承認撤回を通告した。

また一九四五年七月英米その他の諸國はポーランド假政府の承認を行い、同年八月二日のボツダム會議公表文中、英米の右假政府との外交關係の設定は、もはや存在しなくなつた在ロンドンのポーランド前政府の承認撤回を生じたとなした。

(四) 一九四〇年十一月英國植民相はパレストイン高等辦務官宛通告で、英國政府のイタリアによるエチオピア征服に對する法律上の承認が撤回されたことを通告した。しかし一九四一年二月五日英國外相は下院で「英國政府は獨立エチオピア國の再現を歓迎し、ハイレ・シセラシー皇帝の皇位要求を承認す」と述べた。これは英國の撤回が、イタリアのエチオピアに對する實効的支配の終止とも(これは戰爭の後期まで起らなかつた)、エチオピア主權の同時承認とも無關係で行われた。ラウターバハトは、こ

の措置は、一九三八年に與えられた法律上の承認が、ヨーロッパ及び世界の安定と平和のため行われたが、一九四〇年の英佛に對するイタリヤの宣戰で、この目的が破壊されたという法律的解明が行われるだろうが、新しい權原の承認が、他の種類の承認と異なつて、契約的取極の性質を有する限り、英國の措置を專斷的とは認め得ないとしても、本質において履行濟領土協定 (executed territorial arrangement) をかく取扱うことには反對があるう、と論じている (前掲、三五六頁)。

(五) 前掲、第百六項、事實上の承認の場合には、承認撤回の責任は、明かに、承認を與え又はこれを受ける國の心中にある、撤回の責任は、通常撤回を伴う (これと代つて承認が行われると否とを問はず) 所與の事情に照して考えられる。法律上の承認の場合には、同時に、國家又は政府たるの要件を一層有効的に具備した他方に、これが與えられる場合にのみ、撤回し得る、となす。

(六) ケルゼン、前掲、「アメリカ國際法雜誌」一九四一年十月號。十一項終り。

(二) 條件附承認

承認の撤回に關連して、條件附承認ということが問題になる。國際法の定める條件の喪失のため承認が撤回され得るといふ場合は、すべての承認は條件附ということになるが、一般にいう條件附承認とは、通常の要件以外の附款の履行にかゝわらせることを意味する。例えば、新國家又は政府による通商上の最惠國待遇の許與、懸案の要求の解決、少數民族の適正待遇、奴隸取引の放棄と禁遏などである。かくて、かゝる場合用いられる「條件」といふ言葉は、(イ) 國際法上の要件、(ロ) 留保 (紛争の對象たる權利承認を留保して行ふ承認)、(ハ) 承認される國の約束および義務 (承認する國の利益又は一般的利益について、承認に付せられるもの) の意義をもつが、いずれも、法律上の意義における條件ではなく、(ハ) の場合でも、不履行のとき承認撤回權を生ずるような確立した原則は存しない。(Dunn)

ケルゼンによれば、國家の承認は、法律的行爲としては、國際法によつて決定された事實の認定であるから、條件附ではあり得ず 所與の社會が「國際法の意味における國家」であるか否かの問題は、可否いずれかのみであり得る。承認の宣言に附せられる條件は、事實の認定に關係なく、この場合法律的行爲と結合して承認の政治的行爲にのみ關

連性を有し、承認される國がこの條件を受諾して、しかもこれに基く義務を果たさぬときは、一般國際法による通常の權利侵害が生ずるだけである、というのである。この立論には、國家の實行から見て多くの困難が存するようである。⁽¹¹⁾

(一) ラウターバハト、前掲、第七項、および前掲、「イギリス國際法年鑑」一九四五年中。

(二) わが國における先例としては、大正十三年三月の日露國交恢復交渉に關する北京會議における芳澤カラハン會談中、條件的承認を行う意圖で、尼港事件の解決、ポーツマス條約の効力その他の條件をロシア側に提示したことがある。

(三) ケルゼン、前掲、「アメリカ國際法雜誌」一九四一年十月號。

(三) 默示的承認

承認問題では、推定が國際法の他の部門に類例ないほど重要な役割を演ずる。承認は第一次的に且つ本質的に國家意思の問題であるから、その意思は行爲から生ずる疑ある推定によつて代えられることは出来ない。かくて、默示的承認の各種の形態を考究して、各場合に承認というところに達しているか否かを判斷するほかはない。⁽¹²⁾

一、條約の締結

かつては條約の締結およびその交渉又は締結の任務を有する全權代表の任命すらも、國家又は政府の承認の證據であると論ぜられたが、これは廣汎すぎる議論で、多數國間條約、二國間條約の各々について検討しなければならない。

(イ) 多數國間條約の締結

多數國間條約の場合、承認しない國又は承認されない國のいずれがこれに署名し、或は加入しても、それ自體が承認の結果を生じない。承認の意思を否定する留保が充分これに附加されていると看做されるのである。

(ロ) 二國間條約

多數國間條約の場合は、承認しない國や承認されない國以外の國の間において條約が充分効力を生ずるが、二國間條約の場合はかゝることはなく、全く承認に係る當該國間のものであるから、承認の推定の度合は非常に強いわけである。そこで二國間條約の場合は、これを締結することによつて當然、承認を與えていない國は、承認を受けていない國又は政府を承認する結果を生ずるはずである。これに反對の説として次の如きものがある。即ち、二國間條約のなかでも、通商航海條約や同盟條約の如きものの締結は、當事國の承認の意思について疑の餘地なきものであるが（國家はしばしばかゝる條約の締結の方法によつて承認することを選ぶ）、他の條約は必ずしも承認の意思が確かに推定されぬことがある。完全承認と契約關係の完全な不在の間には中間段階があつて、承認の拒絶に伴う平常關係の不存在は、暫定的な取極や協定を必要とする。従つて未承認國家又は未承認政府との協定の締結は必ずしも非論理的ではない。既存國家は、未承認國家又は政府と協定を締結することによつて、他の理由と目的から承認を拒絶しながらも、條約締結の領域においてその契約締結能力を全般的に認めるのである、と主張する。これはラウターパハトの説であるが、彼は、その事例として、ソ連と滿洲國との北滿鐵道讓渡條約の締結を挙げ、承認否定の理由が、單に承認される政府又は國家が事實上も法律上も存しないというにあるならば、かゝる國家又は政府の存在を肯定することなくしては論理的に不可能な協定の締結は、一切承認に等しいとの見解をとらなければならぬであろうが、承認は非存在以外の他の理由のためにも否定されるのである。しからば、條約締結を含むある限定された目的のために行う行動が必然的に承認を推定することは困難である」といふ、かくて條約の交渉又は締結のための代表者の任命も、承認の意思の充分な證據とならない、となす。

このラウターパハトの見解は、結局は、條約の種類によつて意思推定の標準としようとなし、終局的には巧みに國家

意思による國家意思の主觀的、排他的推定にもち込むことになると思う。しからは、嚴格な條約締結の形式をとり、且つは「獨立」を認める宣言まで行つたことは、虚偽であり、僞瞞であることになるわけである。この點において、もし客觀的標準を設けるならば、條約の種類のみならず、その形式、即ち非暫定的な、假協定以上に不必要な嚴格な形式に遵依した條約締結の形態にも當然考慮が拂われるべきであると私は信ずる。

二、會議參加

國際會議への參加も、必ずしも承認とはならない。^(五)國際會議への公式且つ嚴肅な參加の容認によつて承認を與えることは、便宜な方法であるが、そのためには、特に承認を行う旨の意思の有力な證據がなければならぬ。^(六)

三、外交代表の任命、接受

外交代表の正式の任命接受は、平常關係の假定を伴う承認の一形式であつて、争うべからざる推定とされる。但し、信任狀の公式及び正式の提示を伴わぬ外交代表の派遣は、政府の默示的承認とならず、單なる代表者と看做される。

また革命の結果樹立された政府との通信のため外交代表を維持することは、該政府の承認を意味しない。

四、領事の任命接受

領事の任命接受については、まだ承認しない國が、承認されない國又は政府に對して、(イ)認可狀發給の請求なき場合、(ロ)認可狀の請求ある場合、(ハ)認可狀の發給ある場合にわけて考えねばならない。第一の場合には、承認とならず、未承認政府との領事保持の場合のみならず、その更新もまた派遣されたことのないときの派遣もやはり承認とならない。第二の場合には、各國の實行は異なり、米國は、承認の意思が明かにないときも、しばしば發給を請求し、英國は、大體において、かゝる請求が承認に等しいとなす、一般には後者の意見が行われている。第三の場合には、國

家の實行の事例に乏しいが、これは承認になると考えられる。滿洲國の場合は、滿洲國はソ連領事に對してこれを發給し、ソ連は、ソ連における滿洲國領事の職務執行を認めたのである。^(八)

五、代表者の任命

外交的性質をもたぬ代表者^{ネーショナリ}又は使節^{ミッシン}の任命は承認とならず、逆に、承認を與えて通常の外交關係を維持する意圖のないか、又は不可能なることの表示と看做される。

六、文書送受の事實と態様

前述の如く、條約の締結も、必ずしも承認とならないならば、他のいかなる通信も承認とならない筈であるが、從來、ある地域において國家主權者たることを主張する者に對して、國家元首としての稱號を以て文書を送受すること、又は條約においてこの稱號の使用を認めることについては、特に慎重な態度がとられて來た（例えばエチオピア併合後におけるイタリア國王の稱號、一九三七年のモントルー會議における接衝）。又前述の如く承認を拒絶しながら、該國政府に通信を行つた例としては、米國のソ連承認前において、ソ支衝突に際して一九二八年十二月二日兩國に對し不戰條約の義務について注意を喚起する通牒を發したことなどがある。自國民保護に關して未承認政府に對して行う通信や抗議の提出なども承認にはならない。^(九)

七、一般國際機關への加入

國際連盟では規約第十條の保障義務その他より、加入の容認はすべての連盟國にとつて承認を意味するとの議論もあつたが、實行はこれと異なり、ソ連加入の際は、スイス、ベルギーは承認拒否を繼續する權利を主張した。國際連盟においては、まだこの點について、解決されないが、承認の要件の存在の確認についての法則が確立し、集合的承

認手續が樹立される方向に向うものと期待されている。

交戦團體の默示的承認

交戦團體の承認は、重要な海上交戦權の付與と、中立義務の負擔を意味するし、一方、尙早の承認の非難を受けないようにするため、慎重を要するから、他の承認と同様、交戦團體の承認を行う意思を充分に推定し得ない場合は、すべて承認と解釋することはできない。かくて反亂者との公式接觸^{コンタクト}のみでは充分でなく、自國民に對する中立義務遵守の正式宣言ですら、默示的承認を構成しない。

かくて、明かに默示的承認を構成する場合は、國家又は政府の場合は、(イ)全く二國間關係のみを規律する雙務的條約で、ある限定された目的のための暫定的取極乃至協定にあらざるものの締結、(ロ)外交關係の公式開始であり、交戦團體の場合は、中立宣言又はこれに類似の明瞭なる行爲をとることである。

從來承認行爲が國家の任意の政治的行爲とされた結果、默示的承認が不當にその重要性を誇張されたことは事實である。この不明瞭な行爲による正式化を排除して、正式承認と未承認の間に「事實上の承認」を介在せしめんとするラウターパハトの見解は、その意味において、意義を有するのである。ただし「事實上の承認」が不當に利用されば、やはり默示的承認の不當なる利用と大差なきことだけは留意すべきである。

(一) 默示的承認についてはラウターパハト、前掲、第十二章、参照。

(二) 同上、三七五―九頁。

(三) 一九三五年三月二十三日のこの條約及び議定書の締結は、日ソ間の摩擦を生ずる如き事態に對處せんとしたものであるが、

獨立國を代表すると主張する政府の存在の承認を越えた、他の承認を與えたものと主張することは不正確である。事實、この協定は東京で締結され、ソ連の首席署名者は日本政府に向つて信任されたソ連の外交代表であつた、當時、ソ連の外交代表は、滿洲國政府と主張するものに向つては信任されていなかった」とラウターバハトは論じている。そして、かゝる條約の締結は、一九一八—二〇年、ソ連が法律上、事實上のいずれの承認も受けていない時に、各國と俘虜解放その他の問題で多くの協定を締結したのと同じである（英國との間では一九二〇年二月のロペンハーゲンにおける俘虜解放條約）となす。

(四) この例として、一九二〇年英國は通商協定交渉のため、ソ連のクラッシン(Крассин)を接受したが、英國外務省は事實上又は法律上の承認を行つたことを認めず、單にクラッシンが、この國において代表するのがソ連政府なることを主張するに同意した」となしたことを挙げ、米國の實行も同様であるとす。

(五) 一九二五年米國は武器彈藥國際取引の監視に關する會議に代表を送つた時、國務省は、この單なる参加がソ連を承認することにならないと強調した。又國際連盟の滿洲國不承認に關する總會諮問委員會は、多數國間條約(開放的又は非開放的のいずれを問はず)への参加は默示的承認でない、としたが、承認國の参加を許さないのは、不承認の政策又は義務の精神であるとした。

(六) 一九一九年一月十八日、ボーランド代表の平和會議参加により承認に達したとされたが、同國は各別の明示的宣言によつて承認されたのである。

(七) 滿洲國不承認に關する國際連盟總會諮問委員會は、更新をもつて承認と考えず、これは、本國への情報供給の維持と自國々民の保護のため任命されるものと看做すとの理由であつた。

(八) ラウターバハトは前記の如く、北滿鐵道讓渡條約についてはソ連の滿洲國承認を否定するが、こゝではむしろ承認を肯定する如くである。

(九) 犯罪人引渡又はその要求については、ラウターバハト、前掲、三九四—五頁。これまた承認となることについての原則も實行もないとされる。

(四) 不承認の原則

滿洲國に對する不承認に關して、フーヴァー主義、スチムスン主義が指導原則となつたことは記憶に新しいところである。

(イ) 不承認の原則の沿革

不承認の事例は史上古くより存するが、最近の事例としては、一八九〇年、フランスは、サンデバールに對する英國保護領設定に關する英獨條約が、一八六二年の英佛條約に反するとて、これを承認しなかつた。フランスは又一九〇四年の英佛條約を理由に、英國のエジプト占領を認めず、一九〇八年英國はベルギーのコンゴ取得を認めず、一九一五年五月米國は門戶開放の原則に反するとて日本の對支二十一ヶ條要求を認めなかつた。最近のもつとも重要な事例が滿洲國不承認に關する一九三二年一月七日の米國の對日通牒であり、これがフーヴァー主義、スチムスン主義として、不承認の原則に急角度の國際法化をもたらしたことは言うまでもないことである。⁽¹⁾

(ロ) 不承認の原則の國際法學的理論構成

不承認の原則は、しからばいかなる意義を有し、いかに法學的に理論構成されるかという点、ラウターバハトはこれを次のように解明する。國際法は非合法行爲の結果でないところの事實を、事態の權利義務の淵源として認める。承認行爲が國際法適用の法律義務たる以上、國際法に一致しない行爲を承認しない不承認の原則が生ずることは當然である。承認は單なる法律義務の履行に止まらず、新權原を發生する行爲の基礎たる行爲の合法性又は、權原の存在に疑あり、或はこれについて争ひあるときは（合法性が明瞭なるときは承認自體が無用である）承認するものの側に對抗要求權の拋棄と、將來當該權原に挑戦しないことの約束が結合される。従つて、主張された新權原を生ずる事實が國際法に違反する場合における承認は、もはや國際法の執行でなく、それは政治的機能に屬し、終局において、こ

の非合法事實を有効ならしめることになる。こゝに不承認の義務の向けられる本質が存する。一國は一般國際法に違反した行爲をも承認することができるか、もしできるとすれば、國際社會および國際平和の一般利害關係においては、その承認は準立法的措置 (quasi-legislative measure) となる。そこで不承認政策又は不承認義務の目的は、他の點では合法且つ有効な行爲を不法とするのではなく、法律的に無効なものの有効化を防止することを目的とする。承認の拒絶は新權原又は新事態を生ぜしめんとする特定の企てが、國際法又は承認を與えない國の既得權を侵害しているとの宣言である。この不承認の意義を分析すると次の二つの推定に基く。第一は、不法行爲は、不法行爲者に有利な法的効果を生じ得ないこと、第二は、國家は、他國の行爲の合法性について判斷し、該行爲によつて取得される新權原の有効性を決定することができること即ちこれである。^(三)從來は不承認が行われても、國家は將來完全な行動の自由をもつてをり、不承認の義務を含まなかつたが、一九三二年の滿洲事件における連盟總會および理事會の決議は、これを義務化した。さらに、その後の國際行動はこの點を明瞭化した。^(四)かくて國際法は不承認原則による集團的義務を導入するという新局面を展開した。そこでラウターバハトは、不承認原則の法學理論的構成として、「國際法に違反する行爲は無効であつて、不法行爲者にとつて法律的權利の淵源となり得ない」との見解をとり、これが「文明國の認める法の一般原則」たる「不法から權利は生じない」(ex injuria jus non oritur)の國際法への適用であるとなし、この原則は常設國際司法裁判所によつても、しばしば採用されて來たし、^(五)國家の實行においても、不法なる戰爭又は武力行使による領土變更および戰敗者に對して課した條約、戰爭法規に違反して沒收した財産の移轉などについて不承認が宣明されたと述べ、この原則は反對原則たる「事實から權利を生ずる」(ex factis jus oritur)によつては影響を受けない、たゞ法は社會的實在の產物だから、事實を長く無視することはできないとして、この法と事實との調和のため暫

定的なバランスとして、國際交際の必要と根本的法原則の維持との調和のため「事實上の承認」が必要である、となし、不法性は終局的には時効、被害國の同意、承認の三者によつて有効化されるが、特に被害者の同意があつても、一般國際法の違反の場合は、これのみにて合法化されないとなし、最後に不承認の原則は、國際機構の現段階では、法の權威の維持のため重要な役割を有し、事實の法創造的効力 (Law-creating effect of facts) に對抗するもので、國際法に現實性を與える力を附加する價值ある法原則であると結んでゐる。

(ハ) 不承認の原則と事實上の承認および默示的承認との兩立性

不承認の原則の適用によつて負う不承認の義務が、事實上の承認、又は默示的承認と兩立し得るかが問題となる。まず事實上の承認についてこれを見るに、滿洲國不承認に關する國際連盟總會諮問委員會は、「兩立し得ない」との見解であつた。しかし、これに對して、不承認の態度は、事の性質と、長期にわたつて國際的錯綜を生ぜしめることなく、經濟的その他の分野における効果的強壓手段で、その目的は、道徳的不承認と、法律上における國際法違反行為による變更に對する行動の自由の留保とにあるから、この種の態度は事實上の承認と兩立し得る。事實上の承認の暫定性は、この承認を繼續する義務を全く存せず、新事態の非常性と、不法性を強調するもので、必然的に、不完全な不承認の制裁の限られた目的と兩立し得るとなすものもある。^(六)

次に默示的承認については、前述の如く默示的承認に嚴格に入るものについては義務違反となるが、そうでないものについては、違反にならないことが主張される。これについての先例は一九三四年滿洲國不承認の場合における萬國郵便連合の措置、一九三八年ドイツのオーストリア併合の際、その不承認宣言後における英米の措置などが存する。^(七)

(一) 不承認の原則を最も法學的に取扱つた最近の文献はラウターバート、前掲、第二十一章であるが、それ以前の文献としては次のようなものがある。

中央アメリカにおける不承認政策のつらばは、

C. P. Anderson, "The Central American Policy of Non-Recognition," A. J. I. L., Vol. 19, No. 1, 2, 1925; "Our Policy of Non-Recognition in Central America," A. J. I. L., Vol. 25, No. 2, 1931.

L. H. Woolsey, "The Non-Recognition of the Omorro Government in Nicaragua," A. J. I. L., Vol. 20, No. 3, 1926.

満洲國不承認のつらばは

拙稿「不承認主義の現勢」(「國際法外交雜誌」三七卷五、七號、昭和十三年五月、九月)

立作太郎「フーズアー主義」(「時局國際法論」第五章、昭和九年)

横田喜三郎「滿洲事件とフーズアー主義」(「國際法外交雜誌」三二卷一號、昭和八年一月)

同上「メチムン主義の國際法化」(「國際法外交雜誌」三三卷八號、昭和九年十月)

Chesney Hill, "Recent Policies of Non-Recognition," International Conciliation, Oct., 1933.

Quincy Wright, "Stimson Note of January 7, 1932," A. J. I. L., Vol. 26, No. 2, 1932.

A. D. McNair, "The Stimson Doctrine of Non-Recognition—A Note on the Legal Aspects," B. Y. I. L., 1933.

J. W. Garner, "Non-Recognition of Illegal Territorial Annexations and Claims to Sovereignty," A. J. I. L.,

Vol. 30, No. 4, 1936.

(二) この第二の推定は、フイツシャー・ウィリアムによつて批判されている。「アカデミー講演集」一九三三年、二八二頁以下、「フーズアー法律評論」一九三三—四年、第四十七卷、七八七頁以下。

(三) 一九三三年十月十日の不侵略及び調停に關する反戰條約第二條、一九三三年十二月二十六日モンテヴィデオの國家の權利義務に關する條約第二條、一九三八年の第八回アメリカ諸國會議宣言。

(四) この不承認の原則の適用から次のような法律効果を生ずる。即ち、まず違反者に法律責任を生ずる。國際交際のためおよび

一般的安全保障のため、善意に行動する第三者には権利の淵源となる。暫定的には、不法行為者にその所有權保護の措置を行わしめる。もし時の経過その他の要件が充たされる場合は、時効によつて法律權利となる。確立された例外は別として、これを認めるならば、不法行為又はこの直接の結果は、法律組織にある矛盾を導入する。この矛盾はその法的性格を否定するのほか解決され得ないものであつて、國際法はこれを認めることはできない(ラウターバハト、前掲、第百二十四項)

(五) 一九二七年七月二十六日のコルゾー工場事件、一九二八年三月三日のダンテツヒ裁判所管轄權事件、一九三〇年十二月六日の自由地帶事件、一九三二年の東部グリーンランド歸屬事件、一九三三年四月五日の同上事件の判決、意見である。

(六) ラウターバハト、前掲、第百項。

(七) 同上、第百十五項、米國はドイツによるオーストリア併合の後、在米オーストリア公使館閉鎖の通告受理、およびその在ウイン米國公使館の閉鎖の措置をとつたが、一九四二年七月二十九日に至つて、米國國務省は、米國が、ドイツによるオーストリア併合を法律的に決して認めたことのないことを明かとした。

あとがき

さて以上で、國際法における承認理論の展開を概観し、少しくその分析を試みたのであるが、最後に、はしがきにも述べた通り、特に最近における理論的發展の動向とその意義について、要約的に一言付け加えたいと思う。

(一) 承認の本質論

承認を以て、國家の政策にすぎないとする政治的性質論は、特に國家主權主義の論者により、國家の實行を後楯として、今でも根強い勢力をもつてゐる。これに對して、國際法人格の創始という國際法の根本問題を、政治的諮意に任せるを潔しとせず、國際法理論の缺陷補充の意圖から、敢然これに對抗し、これを以て、國際法上の義務にまで昇めようとするのが、ラウターバハトである。ケルゼンはさらにこの政治的局面を、承認の政治的行爲に封じ

こめて、これより承認の法律的行爲を分離し、國際法上意義があるのはこの法律的行爲のみであるとなし、明瞭ではないが、法律的行爲については實質的に義務性を認めるような態度をとつている（ボーチャード、前掲の論評でも、これを指摘している）。この兩者は、國家たるの要件の存在を確認乃至認定する機能を、承認行爲に與えることについて一致している。こゝに兩者の傳統的本質論に對する革新的意義が存する。

(二) 理論構成

従來は、承認の効果について、創設的效果説と宣言的效果説にわかれ、兩者の對立が決定的であつた。この絶對的對立に對して、ラウターバハトとケルゼンは、承認の機能から目的的に兩説を選択し、結局ラウターバハトは、承認は事實については宣言的、權利については創設的であるとなし、ケルゼンは、承認の政治的行爲については宣言的、法律的行爲については創設的であるとなしている。これは傳統的な觀念からすれば、一見理論的矛盾のようであるが、こゝにも、傳統理論の絶對的對立への疑問符が大きく打たれていることは否定できない。

(三) 變則的承認の重要性

最近において、傳統的な承認の三型態に對する大きな例外は、事實上の承認と叛亂團體の承認の効用である。これは前述の如く、最近國際關係の複雑性の所産であるが、なぜかくもその重要性が増大したかといへば、國際外交の實際面から見ると、法律上の承認を直ちに行い難い場合は、當然未承認國家或は政府と何等かの連繫關係をもたないわけに行かない。かくて、「事實上の承認」を行うことによつて、情報の入手、通商關係の設定、領事の設置が可能となる。この政治的効果が十二分に發揮されると、實質的には、法律上の承認とほとんど同じく、たゞフォーマルな條約の締結や、正式外交使節の派遣接受が行われただけとなる。英米の實利主義外交においては、この効用を見逃すは

ずはない。かくて、従來も、その理論構成において、英米派は、事實上の政府を以て、大陸派ほどの區別を重視せず、むしろその差異を無視する傾向をもつていた。かゝる大陸派と英米派の對立のためかは知らないが、一九四五年メキシコ・シテイでの全米會議で事實上の政府に關する問題が、リオ・デ・ジャネイロの法律委員會に付託されたが、同委員會はボコタ會議で、これに關する報告書を遂に提出しなかつたため、本問題の解決が行われなかつたといふこともある。^(三) 事實上の承認に對するラウターパハトの理論は、彼の承認理論のむしろ中核をなすといつてもよい位である。英米の實利主義、實際主義を少しく悪く言うならば、事實上の承認の重要性を強調し、その効果を十二分に發揮せしめることによつて、法律上の承認そのものを効果の點からは無意義なものとし、その上に承認の法律義務的性質論を築き上げていると言つても過言ではない。ケルゼンが理論的方面より、法律上の承認と事實上の承認の無差別論に到達していることは前述の通りである。いずれにせよ、事實上の承認の地位乃至重要性の向上は、最近における承認理論の重要な一つの動向である。

次に、事實上の承認について言われたことと同じことが「叛亂團體の承認」についても言い得る。叛亂者の團體に交戦團體の承認を與えることなく、叛亂團體として承認することによつて、次の段階において事實上の國家又は政府の承認に結びつけ、場合によつては法律上の國家又は政府の承認をすら行ふという効用が見された。これまたスペイン内亂その他による複雑な國際關係の結果の苦心の解決策である。かくて、この二つの變則的承認型態は、傳統的承認の地位そのものに大きな影響を與えているのである。

(四) 不承認主義の理論付け

不承認主義に對しては、保守主義の首領たるボーチャードの如き、「いかにその意圖が高尙でも、不承認主義は、破

壞的效果をもつ。それは法律原理ではなく、政治的干渉又は制裁のプログラムである」といつて非難している。これに對して、國際平和機構中心主義の立場からは、何とかこれを理論付けたいところである。結局これは、國際法における制裁という根本的な問題の解決を前提としなければならぬ。この制裁機構が不充分の場合は、どうしても理論の空虚なるは已むを得ない。たゞ理論的にいえば、國家或は政府たるの要件を充足しない場合は不承認なる制裁が與えられるには、その前提が明示されねばならない。今まで、國家たるの要件には、この點が缺けている。もつともこれに關連して論議の的となる「獨立」の意義についても不明瞭である。政治的背景についての意圖を別としても、今まで通常示される國家或は政府の要件が充足された場合の不承認主義は、理論的には、創設的效果説或は宣言的效果説のいずれをとるにしても（特に後者においては）、兩立し難い。まさにそれは「制裁」として觀るほかないが、それにしても、現在の一般國際法における國家の要件を充足している法的存在そのものを否定することはきわめて困難なことであらう。

(五) 承認權の集約

現在の承認問題の混亂の根本問題は、國家が主權行爲として、いわゆる承認權を濫用することに存する。ケルゼンといえども、現在承認機能を果すものは國家以外にないことを認めざるを得ないが、國際連合による眞の國際平和機構の實現強化という手がかりに、この國家の承認權の行使を、國際法社會の中央機構たるべき國際平和機構に移讓して、こゝに國家成立の認定のみならず、國家終止の認定をも行う權限を集中化專屬化せんとするのである。これは結局、國家主權の制限の問題に關連するが、ラウターバハト、ケルゼンいずれもこの方向にむいている。

(六) 殘された問題

かくて、理論的であり、そして世界平和機構への志向と直結しているケルゼンも、實利的で、國家主權との合致を忘れず、國家の實行、特に英國の國際法政策を巧みに理論化しているラウターパハトも、別々の意味ではあるが、いずれも、傳統的な承認理論に對する修正を企てていることは、甚だ意義のあるところであつて、國際法學者は充分これに注目しなければならない。この兩學者の大きくわれわれに提示したところを見れば、國家の實行を廣く理論に含めても、事實上の承認や叛亂團體の承認のような變則的承認にかくまでの重要性をもたせれば、この方面ではラウターパハトの理論が最大限度であり、國家の主權行爲を制約して、國際平和機構へ承認權を集中化せんとする理論は、ケルゼンの議論のなかから「國家の實行」をとりさればこれもまた極限である、ということである。結局そこに残された問題は何かと言へば、やはり國家の主權、國際法の本質に眞正面に關連することだということになるのである。

(一) 「ハル回想録」一八五頁以下、ウイシー政府との關係、参照。

(二) 前掲、シュテイルレの論文参照。

(三) Fenwick, "The Recognition of De Facto Governments," A. J. I. L. October, 1948.

本稿中に参照したラウターパハト「國際法における承認」(一九四八年)は外務省條約局の厚意により使用することができた。ここに謝意を表する次第である。

(一九四九年八月三十日稿)