

フランシス・テラー・ピゴット著

治外法権(九)

——領事管轄権と東洋諸国における居留に関する法——

岩村 等 訳

本稿は Francis Taylor Pigott, *Exterritoriality, The Law relating to Consular Jurisdiction and to Residence in*

Oriental Countries, London, 1892 の邦訳である。

目次

序章

本主題の用語についての注釈

第一章 管轄権を支配する基本原則

第二章 忠誠義務

大使と領事とに影響を及ぼす域外法の制定についての注

釈(以上二六号)

第三章 原則の非文明諸国への拡張——治外法権の一般理

論

第四章 女王の領土外管轄権に対する議会の関係(以上二

七号)

第五章 女王の領土外管轄権に対する裁判所の関係

一般的な域外的立法についての注釈(以上二八号)

第六章 黙許による管轄権——最恵国待遇

第七章 領土外管轄権法と適用法(統)(以上第三〇号)

(承前)(以上三二号)

第八章 管轄権の特別な形式

第九章 外国人に影響を与える管轄権(以上三三号)

第一〇章 条約による付与の直接的諸結果

第一章 枢密院令の一般的構造(以上三五号)

第二章 枢密院令が基礎とする諸原則

第三章 枢密院令によって創造された犯罪

第四章 領事裁判所の特別権限(以上三六号)

第五章 ドミサイルと帰化と結婚と離婚に対する領土外
管轄権の効果(この章つづく、以上本号)

第一五章 ドミサイルと帰化と結婚と離婚に対する
領土外管轄権の効果

私は、条約上の付与のはっきり示されたまたはほのめかされた諸結果から、ただ推論によるだけの諸結果へと、移行する。われわれが最も重大な困難のうちいくつかに直面するのは、主題のこの部門である。ドミサイルの問題は、その付随する諸結果とともに、不可避免的にまず注意を引く。それは、明示の判決の主題であった若干の諸問題のうちの一つである。「トウータルの信託」^(註)は、世帯が確立した原則によって影響された社会の間での世帯の言葉である。まず、これらは、ドミサイルが東洋諸国にいるイギリス臣民によっては取得されることができない、ということである。第二に、民族社会からかけ離れたその

ような国では、治外法権的なドミサイルまたはイギリス社会の資格としてのドミサイルは存在しない、ということである。これらの諸原則は、アブド・ウル・メシ対ファラの事件(『ロー・リポーツ』、第三卷、上訴事件、四四一頁)で、枢密院司法委員会によって賛意を示して引用されている。大いにもっともであるが、私は、この判決が一定の誤った考えを含んでいると考える。少なくとも、この判決は一層の問題に対する考察の余地を残している。この判決それ自体のなかでは、これらの誤った考えと議論の尽きない性格とはほとんど重要な問題ではない。それは、幅広い理論の全結果のうちの最小限のものを含んでいるにすぎない——カエサルに対する税金の支払いである。そして、それは厳密にはすべてか無かの事例であった。国民政府は外国人または外国人の財産に課税しようとしなない。外国人の財産は転々と人手にわたっていくからである。イギリス法は、イングランドに定まったドミサイルのある遺言者あるいは無遺言相続人の人的財産から相続税をきびしく取り立てている。この原則の適用は容易であって、困難を伴わない。イギリスの出生地は、個人が上海の条約港で定住する意思をもっているにもかかわらず、持続しているとみなされた。救済の申し立ては、資金が裁判所にあるから同様に容易である。そして、裁判所の役

人は、もし相続税が支払い可能であるならば、資金が分割されるまに支払われたということを調査するように義務づけられている。この決定の有り得べき結果の一つは、私が気づいている限り、完全に議論されてはいない。資金が裁判所の支配力の範囲内に都合よくあるわけではなかったと想定すると、高等法院の規則の命令XIの諸規定のもとで、裁判所が、それが定められたドミサイルの原則の必然的な結果として問題を処理する権限をもっていることとみなすであろうと思われる。しかし、裁判所がそれを処理することを辞退するようにさせる多くの諸状況があるようだ。そして、選択的なものであれ同時的なものであれ、領事裁判所が、それに与えられた全般的管轄権のもとで、支払いが可能ならば、相続税が支払われるべきことを調査するように義務づけられていないかどうかという問題が生じる。しかし、ドミサイルの問題に戻ろう。チティ判事の判決のなかで、以下の傍論に対して異議が申し立てられなければならない。厳密に言って、それらは法についての不完全な言明に過ぎない。しかし非常に難解な主題においては、そのような言明は誤解をもたらす。それらが言及されると不当な依存が不可避免的にそれらになされることになる。

(注)『ロー・リポーツ』大法官部第三卷、五三三頁。

「婚姻の取り消し、無効および詐称に関する婚姻裁判所としての裁判所の管轄権の例外は重要であり、それらの効果は明らかにイギリス人を例外とされた事件に関してイングランドの婚姻事件裁判所の管轄権に従わせることである」。

すべての婚姻関係事件における海外のイギリス臣民に対するイギリス裁判所の管轄権は、すでに考察された一定の諸原則によっている。しかしそれらの全結果は、無数の事件において、管轄権がもう一つの国にあるもう一つの裁判所の管轄権と同時にあるということである。日本にある全領事裁判所が一定の事件でそれらに与えられた管轄権をもっているという事実、イギリスの裁判所の管轄権が既に存在しているならば、それを除去することはできない。また、一定のその他の事件で管轄権がそれらに与えられていないという事実は、イギリスの裁判所の管轄権が既に存在しないならば、イギリスの裁判所に管轄権を与えることもできない。この点で、全領事裁判所の管轄権は、植民地裁判所または外国裁判所の管轄権と完全に同等である。「上海のイギリス人社会はちっばけなものではあるが、外国の領土にあるのだ。それはイギリス植民地ではないし、まして直轄植民地でさえない。上記の制定法によって、国王は、国王自身とそこにいる臣民との間と同様に、征服されたかまたは

割譲された領土において行使されている管轄権と同様の管轄権をもっているのだけでも。

間違つた推論をこのように法的に確認することは、その起源を制定法における不適切な表現形式に負っているが、非常に残念なことである。管轄権は、直轄植民地で行使されている管轄権とは同様ではない。しかし外国に存在するような管轄権は、それが直轄植民地で行使されるのと同じの方法で行使されている。

「上海の高等法院に与えられている管轄権は、単に女王陛下が中国で行使できる管轄権であるに過ぎないのであって、イギリス臣民に結び付けられている。それは排他的ではないし、イングランドの女王陛下の裁判所から管轄権を奪うことはない。」この言明は学生を誤って導くように考慮されている。それは、イングランドの女王陛下の裁判所が中国にいるイギリス臣民に全般的に管轄権をもっているという推論をほとんど不可避的に示唆する。しかしながら、この意味は、一定の事件について領事裁判所が管轄権をもっているという事実が、イギリスの裁判所がこれらの事件について管轄権をもっているならば、イギリスの裁判所から管轄権を奪うものではない、ということである。しかし、これは、なにがすべての裁判所にあてはまるかを言明

しているだけである。それは「同時の管轄権」という用語のなかに含まれている基本的な考え方である。そしてそれは、全裁判所がその点に関して機能する規則である。上海の裁判所で立証されることができるといふ遺言が、イングランドの検認裁判所の管轄権の範囲内にもあるという事実は、その裁判所の規則によつてゐる。それはこの点に対して何も一切立証しない。なぜなら、フランス、あるいはドイツ、あるいはロシアで立証できる多くの遺言がイギリスの検認裁判所の管轄権の範囲内にもあるからである。そして、一定の事件では、多くの遺言は、それらがイングランドにある財産に対する実効ある権原として使用することができる前に、検認裁判所の認可を受けることができるのみならず、受けなければならぬ。

しかしながら、これらの傍論はこの判決の重要な部分を決して構成しない。すなわち、作られた重要な問題点は以下の三点である。すなわち、第一に、中国のドミサイルが全くない。第二に、イギリス中国ドミサイルが全くない。第三に、治外法権的ドミサイルが全くない。そして、したがって優先的なドミサイルが、出生に基づくドミサイルであると決定される次の事件で、残された。

最初に、中国のドミサイルが一切ない。

この立場は若干の説明を必要とする。この原則は、西洋と東洋の民族の混和できない性格によつてゐる。しばしば引用される文句を引用するならば、「中国人とイギリス人の宗教、法律、生活様式と習慣の間の相違は、そのようなドミサイルに反するあらゆる推定を提起するほどに大きい」。この推定はそれに反する。わたしが見ることができる限り、そのようなドミサイルが取得されることができないと言ふことにたいする優先的な権限は一切ない。マルタス対マルタス(ロバートソンの教公リポート第一巻)、および「ベゼルに関する」最近の判例(『ロー・リポーツ』大法官部第三八巻、二二〇頁)とにおける論拠の流れは、ある場合に、条約の要件を別にして、イギリス人がトルコ人になつて、トルコの法律に服従することは不可能でない、と想定する。そして別の場合に、ベゼル氏が現実にはパロング人になつたことを承認するのに、わずかな証拠が必要とされるだけである。もちろん、国籍に関するこの点は、次に考察されよう。すなわち、もし国籍が野蠻人の国またはイスラム教国で取得されることができるといふならば、ドミサイルがそこでも取得されることができるといふことになるだろう。それに反するのは推測だけである。

しかし、条件は、治外法権の条約が、「未開国または非キリ

スト教国」と締結された時に、変更される。そして、このことは国籍とドミサイルとの両者に関してもそうである。条約、制定法、枢密院令は、特権でもつてイギリス臣民を取り巻いてきた。さらに、外国にあるイギリス人社会の各々の構成員が特権を取得するとともに、他の別の者とは反対の各自の権利の取得が生じた。単純な例をあげると、ある一人のイギリス臣民は、領事裁判所でもう一人のイギリス臣民に対して訴えを提起することができ。しかし、そのような臣民が自分のイギリス国籍を捨てて東洋の国の臣民となることができるとすれば、領事裁判所で彼を訴える権利は消滅するだろう。

そして、われわれが、東洋の国におけるイギリスの法の立法当局を、その国の主権者であるとみなすか、あるいはイングランドの女王であるとみなすとしても、この点では同一の結果となる。すなわち、問題となつてゐる権利は、イギリス臣民に対する法によつて生み出されたのは明白である。われわれがみてきたように、それは、かれらの仲間の臣民とならんで、その他の人々に与えられてゐる。そして、かれらが、それらの権利の包圍から自発的に身を引くことも、強制的に身を引かされることとも、いずれも不可能である。この点で、国籍(条約ではつきりと扱われない限り)とドミサイルとは同一の基礎のうえに立っ

料 ている。だが、国籍に関しては、直ちに考察されるべき他の条件がある。

資

マルタス対マルタスの事件で、ラシントン博士は、もう一つの観点からこの問題を考察した。すなわち、オスマン帝国政府との条約は、トルコ帝国の領土内に一時的にも永久的にも居住しているすべてのイギリス臣民に対して適用されたかどうかである。そして、明白な答えは適用されるということであった。さらにこのことから合法的な推論として、ちょうど取り上げられた問題点と一致して、イギリス臣民が条約の保護の外でトルコに住むことが不可能であるということになる。

しかしながら、この東洋の国でドミサイルを取得する結果に關して、もしそれが可能であるならば、ドミサイルの法が適用されることができるすべての事例において、結果は、それが不可能であるならば、と同一である。たとえば、この地位は、「日本にドミサイルのあるイギリス臣民」ということになる。「ドミサイルの法」が適用されなければならないイギリスの全裁判所におけるどのような事件においても、この法は日本の法であろうし、それはイギリス臣民の場合に、条約によってイングラントの法なのである。未開の土着の裁判所は国籍とドミサイルの区別を無視するだろう。それらは前者だけを考慮するは

ずだ。そして日本のような文明化された土着の裁判所は、イギリスの裁判所と正確に同一の方法で「ドミサイルの法」を適用するだろう。問題が重要である事件においては結果が同一である。だが、問題が重要ではないと想定することは安全ではない。私は、それが、条約が言及する人々がかれらに課された義務を緩和することができないように、条約が人々を拘束するという広い原則によって決定されると考えている。

結果は、野蛮国でドミサイルすることになったイギリス臣民に対する推定を論ばくすることは可能であるけれども、そのような国との治外法権的条約がある場合に、その国でドミサイルを取得することは不可能であるのははっきりしているようだということであると思われる。

可能であるならば若干の光を当てなければならぬこの問題の逆の側面がある。この国での東洋人の立場はどんなものか。おそらく、「混合しない性格」という原則は、西洋の社会において「野蛮人」によるドミサイルの取得に対する推定を提起するように両方の方法で適用されるだろう。しかし、前と同様に、可能性は認めなければならない。そして、帰化に關しては、イギリス人になろうとする希望は、一定の制定法の形式に従って示されることができる。

しかし、治外法権的条約は互恵的ではない。^(註)すなわち、条約が与えるすべての権利は、権利を与える国に限定されている。そして、こうして、イングランドの朝鮮人は、その他の外国人の居住者と同様にイギリスの裁判所で訴えを提起されることができた。さらに、かれの自国の法が「改正の意思」に対する推定を提起するのを禁じていないので、そのようなものがなぜイギリスのドミサイルを取得すべきでないのかということの有効な理由がないようだ。

(注) しかしながら、ペルシアの条約のいくつかにあるこの規則に対する例外を参照せよ。ここでは、他の条約締結列強の領土にあるペルシア人は、最恵国の臣民という基盤の上に置かれていた。

決定された第二の問題点は、その性格においてイギリスインドのドミサイルと同じようなイギリス中国のドミサイルのようなものは一切ないということであった。問題が議論の余地を認めないことを理解するためには、イギリスインドのドミサイルという用語がなにを意味するかを理解することだけが必要である。あのよく引用され、非常に誤解されている事件、「インドの族長」(ロビンソンの『アドミラルティ・リポーツ』第三卷一二頁)における判決は、現在理解されている治外法権

とはまったく関係がない。西洋人が東洋人の真ただ中でかれらの在外商館を設立したときでさえ、古来より西洋人と東洋人から区別しつづけていた混和しない性格の上に、ウィリアム・スコット卿が自分の判決の基礎をおいたのは真実である。しかし、「他国人と一時滞在者」は、イギリスの商館で働く外国人であって、イギリス人そのものではない。そして、これらの外国人は、かれらがその国の一般的主権のもとで国籍を取得しないし、また、その保護を得ていないだけでなく、かれらがかれらのもとの国籍を保留するように自分の国の承認された権限のもとで貿易しただけでなく、その保護のもとでかれらが生活し貿易を営む商館の資格からかれらの現在の資格を引き出しているから、他国人であり一時滞在者なのである。取得されたドミサイルはインドのものではなかった。なぜなら、ムガールの権威は実際には存在しなかったからである。それは、イギリスまたはイギリス植民地のものでもなかった。なぜなら、女王の権威がまだ完全には存在しなかったからである。それは、イギリスインドのものである。なぜなら、かれらはインドでイギリス人によって設立された商館で働いていたからである。同じように、私は、シャンデルナゴルではフランスインドのドミサイル、ゴアにはポルトガルインドのドミサイル、そしてお

料

そらく、ザンクトペテルブルグのイギリス商館では古い時代のイギリスロシアのドミサイルがあつたにちがいないと想像する。

資

それがわれわれの現在の主題に係る問題点は、このことである。すなわち、商館のドミサイルは多くの国籍からなる人々を含んでいた。治外法権制度のもとでは、各国民は、条約の承認のもとで各自の国籍を保持している。したがって、イギリス中国のドミサイルがあり得なかつたのは明白である。イギリス人の会社のために日本で働くベネズエラ人は、イギリスと日本の条約による特権を主張することはできなかった。すなわち、ベネズエラと日本の間には条約がまゝたくなないので、かれは、日本の国法のもとにある、日本の裁判所に従う。

商館ドミサイルへの直近のアプローチは、イギリスの保護令状のもとでの人民の事件のなかで見いだされよう。「イギリスの保護令状を受けた臣民」は、イギリス臣民と同じ特権を与えられたものとして、幾つかの条約のなかではっきり明示されている。しかし、これらは一般的に土着民であるか、ある程度同族の民族の土着民である。かれらは大体そうであつたのだらうけれども、通常は他のヨーロッパ諸国の国民ではなかつた。より高い程度で、また、この事例はあらゆる外国人が保護国の管

轄権に従う保護国の事例と類似している。

第三に——そしてこのことはこの事例の最も重要な部分である——造詣の深い裁判官は、東洋の諸国の条約港での居住から、なんらかの種類のドミサイルがまゝたくなないと考えていた。すなわち、適切な言葉を使用すると、「治外法権的ドミサイル」はないと考えていた。にもかかわらず、ワトソン卿の付随的な意見によれば、そのような社会における恒久的な居住は、先行する選択的ドミサイルを破壊し、出生によるドミサイルを復活させる。拡張された形態において、定められた原則は次のとおりである。すなわち、通常の状態で外国で選択ドミサイルを創造するあらゆる条件は満たされるけれども、どのようなドミサイルも、治外法権的特権を与えた国に設立されたイギリス人社会に関して、一切取得されることができない。そして、なおさら一層そこには出生によるドミサイルはあり得ないのである。条約港での社会が純粹にイギリス人だけのものならば、そして、なんらかの修正のないイギリス法が裁判所によって運用されるなら、問題点はほとんど重要性をもたない。というのは、治外法権的ドミサイルは、もし存在するとすれば、あらゆる場合にイギリスのドミサイルと同じ結果をもたらすはずだからである。しかし、問題の重要性は、われわれが帝国の各々の部分

に対するその適用を考察するに至ると、すぐさま理解できよう。一定の困難な事例はすでに提出されていた。モリーリヤスで出生によるドミサイルをもつ人物は、横浜で恒久的に定住し、定住を続ける完全な意思をもっている。かれは、かれのモリーリヤスのドミサイルを留保して、子供はそれは継承するのだろうか。フランス法によって統治されている植民地ほどにずっと踏み込んで行く必要はない。スコットランドでドミサイルを取得した人々は、ずっとかれら自身とかれらの家族のために、たとえば、以後の婚姻による準正の法を有効とするのだろうか。

(注) ラシントン博士は、かれのマルタス対マルタス事件の判決のなかで最も困難な一つとしてこの点を指摘している。

主題を本当に一べつしたなら、困難と複雑性が明白になる。この困難と複雑性を共同体の利益のために除去するのは立法政策であると考えられる。

先験的に、つぎのような論拠でもって発見しなければならぬ。多くの欠点はないようだ。「選択ドミサイル」という表現は、外国での居住との関連で一定の状況と一定の考え方の存在および一定の法原則の適用をとまなう。すなわち、同じ状況と同じ考え方が、治外法権の社会での居住に関連して存在するときに

は、同一の法原則が適用されるべきであって、全体は、一選択ドミサイル」という表現によって等しく明示されるべきである。状況は、恒久的な居住、確定した家の設立、帰還の意思の欠如である。この考え方は、社会の恒久的構成員に加えられている社会のその他の人々との関係を設立することである。法の原則は、社会のある構成員とその他の構成員との個人的関係のすべての形式が、同じ規則によって規制されなければならないということである。この考え方は、その国の法によって統治されるある国の社会に関する本国法によって統治される治外法権的社会に同じように適用されることができるようだ。

しかしながら、この論拠は、チテイ判事の判決によっては支持されない。その判決は、ドミサイルが地方よりも社会にもっと密接に関連しているという考え方を完全に拒絶する。賢明な判事は、至高の、または主権的領土的権力をもつ社会ではない社会の一員として個人が定住させられることができるというイギリス法における権威は一切ないと言った。しかしこのことは、当面している問題を言明しているだけである。権威の欠如は、「ドミサイル」という用語に与えられた数多くの定義に、われわれは不可避免的に投ぜられる。

領土または国に居住することは、ドミサイルの法的考え方の

資料
不可欠の部分である。ウェストベリーはウドニイ対ウドニイの事件（『ロー・リポーツ』、スコットランド人の上訴、第一巻四五八頁）で、「選択ドミサイルは、無期限にそこに居住し続ける意図をもって、特定の場所における単独のまたは主たる住居を任意にある人が定めるといふ事実から法が引き出す結論または推論である」。かれは、特定の場所における住居について語っているのであって、この場所に居住する特定の社会に加入している人について語っているのではない。ベル対ケネディの事件（『ロー・リポーツ』、スコットランド人の上訴、第一巻五二〇頁）で、かれは同じような表現を使用した。ドミサイルは法の考え方である。「ドミサイルは、法が個人と特定の地域または国との間で創造する関係である」。かれは地域または国に言及するのであって、地域または国に存在する特定の社会に言及しているのではない。ワトソン卿は、すでに言及されたアブド・ウル・メシの事件で、「ドミサイルの考え方は、地域とは独立しており、単に特権的社会的構成員であることから生じるが、本のなかで発見されるドミサイルの数多くの定義と調和しない。ほとんど、これらのすべてではないとしても、ローマ法から物語の紛争にいたるまで、ドミサイルは土地として——人が主な事業所と家をもつ場所として定義されている」……

「イギリス法によれば、結論または推定は、人が、かれが任意に定住した領土の自治体の法を彼自身に引き付け、そうして、それが、かれの成年または未成年、かれの相続、遺言、または無遺言がよるべき、かれの個人的資格の尺度となるということである。しかし、こうしてかれの個人的身分を規制する法は、かれがその領土に住む統治する権力の法である。そして、外国での居住は、その自治体の法と慣習に従うことなく、したがって、新しいドミサイルを創設することはできない」……「しかし、この話題をこれ以上追究する必要はない。裁判官閣下たちは、社会から生じ、土着の地方との関連では生じないドミサイルのようなものがあると考えることに對する原則も権威もないことに満足している」。

しかしながら、主題についての二つの権威のなかの引用におかれた解釈が健全であるならば、例外なく治外法権的ドミサイルを取得することに反する引用を積み上げることは不要である。有名な定義がドミサイルを「地方」に関連させ、「社会」に関連させないのは承認されてよい。そしてまた、その点に大いに関係して、私は、この論拠が極めて決定的であるとは思わない。

この定義が粹づけされた時には、治外法権は存在していなかつ

たし、あるいは、定義を粹づけした判事たちの心のなかになかったのである。地方、または領土は、明白に使用される用語であった。人々が定住した社会は明白に地方と同一視されていた。しかし、その適合性に関してなら問題が存在しない事件における定義において「地方」が使用されるから、したがってそれは、そこでは問題が「社会との関連性」がドミサイルに含まれているかどうかである議論のためにやってくる最初の事件においては、「社会との関連性」という考え方を排除すると主張することは、この言葉に不当な重要性を与えるように思われる。

ちょうど同じように、「社会」という言葉がその定義において利用して来たのであれば、それはうまくいったかも知れないが、したがってそれが治外法権の社会的例外的状況に適用されるといふことは問題を回避することであった。「地方」あるいは「社会」のいずれがより適切な用語であるかどうかを調査することを必要としたのは、まさにこれらの例外的状況であった。そして、私は、領土的社会においてドミサイルという言葉によって表明された考え方について法的結果が、この考え方に含まれている状況が治外法権の社会に存在している時に、その考え方につかないのかどうかを調べた痕跡をすべての判決のなか

に見いだすことはない。

これらの法的諸結果がなにかを調べてみよう。

それらの諸結果は、一つの短い文章で要約される。かれのドミサイルの法は、人の個人的身分または資格を支配する。ドミサイルの法は、社会の構成員のその他の社会に対する関係を支配する。もつとも少ない程度で、ドミサイルの法はかれの地方との関係を支配する。すなわち、それは、本質的に社会の人間的關係を平均して規制する法である。それは、社会の一体化を維持する法である。いずれかの構成員が他の土地へもっていくのはこの社会の法であり、人はかれがいる国の法に服従するという根本原理に対する例外をなすのはこの社会の法である。かれの個人的身分において、かれは、かれが住むことを選んだ社会の法によって支配される。土地の法はこのような問題では姿を隠す。なぜなら、かれが事実上属している社会の法と反対の原則を、土地の権力の支配下に一時的にだけ入る人に土地の法が押し付けるならば、大きな不都合、困難、不正が生じるからである。社会は、社会の法を強制する。なぜなら、個人的身分に関してかれを扱ううえで、裁判所は、かれのなかで結び付けられている数百の権利にふれているからなのである。どのような観点からみられようと、この問題は、社会のなかでの居住

という問題に解消するのであって、地方のなかでの居住という問題に解消する訳ではない。ニボイエト対ニボイエト事件における当面のエッシャー卿の判決(『ロー・リポーツ』検認部第四卷、九頁)では、ドミサイルの法は完全に、一定の制定または断定された原因のために、個人の相互的な個人的関係またはこれらの社会に対する関係に影響を与える法として扱われる。

賢明な判事は言う。「婚姻の地位は、社会における、または社会との関係における結婚した人物の法的立場である。そのような関係に関するものはどのような社会であるのか。かれが構成員であるのは、次における社会以外のいずれの社会でもない。すなわち、かれがそのなかの部分として生活している社会なのである。しかし、それが、事実上そのなかの家族のひとつであるように生活している社会なのである。それは、かれが、そのなかで、それがかれの結婚生活を営む家であるという意図でその家に住んでいる社会である。しかし、それはかれのドミサイルの場所である」。

多数の裁判所の判決は、なおずっとこの考えを維持している。ドミサイルの法が、領事の事件におけるように、恒久的居住が確定された社会の法にならう義務に対する技術的救済を發動するならば、現実のドミサイルの法は、姿を隠さなければならな

いし、当事者が事実上属している社会の法が優勢になるにちがいない。

そして、人の身分、またはそれが契約の資格かどうかのいずれにしても資格の全体の法、または正常または精神異常の問題、または相続の問題、または、ドミサイルの法によって支配されるその他の問題を通じて、ただ考察され影響を受けたのは、社会の他の人々との関係での人の地位である。

言及されている社会は、もちろん、ある国または、はっきりした地方に居住する社会である。言葉を変えたと、その構成員たちに強制することができる独自の法と慣習をもつ社会である。しかし、問題は、規則の理由、すなわち、規則の全体としての原則が、領土内の社会に対してと同様に治外法権的な社会にも等しくそれを適用できるものとしなにかどうかである。仮説の上ではあるが、状況はその他におけるのと同様にもう一つにおいても同じである。人は条約港でかれの家を設立してもよい。かれは、自分の生まれた国に戻るといふ考えを永久に払いのけたのであろう。定住の意思はまったく確かに明白である。仮説の上ではあるが、社会を規制する一体の法もまた存在する。なぜ、通常の法原則が適用され、社会の恒久的な構成員の人的関係が選択ドミサイルの法として恒久的にその法のもとに来るの

が不可能なのか。社会の構成員として生まれた人々の人間関係が、出生によるドミサイルの法として恒久的にその法のもとに來ることがなぜ不可能なのか。

とはいえ、もう一方の側に力説されてよい理由がある。結局、二つの事例の状況が正確に同一であるのは確信がもてない。社会の居住の条件は安定していない。恒久的な居住は、社会に設立する人々によって申し込まれるだろう。しかし不可抗力が別の形で解決してよい。土着の政府は、外国の社会の存在なしで済ますことを決定してもよい。本国政府は、土着の法を選んで治外法権の特権を放棄するのを決定してもよい。従って、イングランドに決して帰らないという意図と結び付いているとしても、条約港における居住に与えられた不確定性がある。その不確定性は、ドミサイルの考えに不可欠の条件の存在とおそらく矛盾するであろう。このことを根拠として、トゥータルの信託における判決が支持されるのは可能であり、私は、あえてこの根拠だけで考えよう。

この問題についての決定的な問題点は、日本における定住の意思がこれまでの選択ドミサイルを破壊し、議論の前提から言つてそのドミサイルに対する帰還の意思がない出生によるドミサイルを復活させるということである。

チティ判事の判決に対する付加条項は、だれもドミシルなしでやっていけないという規則から生じる。前に存在する選択ドミシルは破壊されなければならない。なぜなら、議論の前提から言つて、ドミシルとしての地方の選択は停止するからである。この点に関して選択ドミシルと出生によるドミシルの間の相違は以下のであるようだ。すなわち、帰還の意思の欠如と結び付けられて、母国からの出発がただちに選択ドミシルを破壊する一方で、それは、新しい選択ドミシルが決定されるまで、出生によるドミシルを破壊しない。しかし、選択ドミシルが破壊されると、出生によるドミシルが再び始められる。人は、ドミシルなしでやっていけない。なぜなら、かれ自身とかれの財産として関連する一定の問題がドミシルの法によってのみ決定されることができ、したがって、この大変十分な理由によつてか、あるいは究極的には本国へとさまよう足取りをむかわせる自然法のために、出生によるドミシルは支配を始めると考えられるからである。しかし、とどのつまりはつきりした意図の不足を補う技術的工夫である規則を、はつきりした意図があるだけでなく、新しいドミシルという想定のもとに含まれているあらゆる単一の要素と考へてがある事例に、どのようにして適用することができるのか。はつきり

料

資

した地方に固定されて遊牧民族と似ても似つかない社会がある。それは、ドミサイルの法によって通常支配された諸関係が生じる社会である。それらの諸関係に適用される支配する一体の法がある。そして、社会の構成員になりたい、それらの諸関係に入りたいという望みがある。もし、ドミサイルの考えとこの社会に適用することを認めるほどにはこの類推が不完全であるならば、出生のドミサイルの再開という事例に対する類推は、なお、ずっと完全ではない。そこで、住居を突然たむむことについて、私が言及した可能性はこの問題に影響するか。

たとえば、問題なくモーリシャスに帰還する考えをすべて放棄し、一方の不可欠の条件を満たしたと主張することは可能である。さらに日本のイギリス人居住者の間で恒久的に住み続ける意思を言行によって表明し、もう一つの不可欠の条件を満たしたと主張することも可能である。かれの意思が、不可抗力がかれのぞみを履行することを妨げるから実効あるものとなることができないと主張するのは可能なのであろうか。さらに、この望みが完全に満たされると、ドミサイルの問題はしばしば死後生じないということが思い出されなければならない。そして、結局日本での定住の意思に含まれるすべての問題は、きわめて特権的な社会の一部として、特権と課税からの自由を享有

し、それらが支配されている法のもとになる希望である。存在する列強のいずれかの可能な行動がどのようにしてこの問題に影響を与えるかを理解することは困難である。日本での居住が不意に終了されるならば、あるいは、特権が自発的に放棄されるならば、新しいドミシルを選択しなければならなくなる。日本での居住の継続は、事物が変更された状態のもとで日本のドミシルを採用したいという望みを示す。それ以外のところで定住することは、新しいドミシルを確定したとの希望の一定の証拠をもたらす。この法が生じるであろうすべての事例にあてはまるわけではない。しかし、この事例は例外的であって、人がドミシルなしでやっつけていけないという規則は、治外法権の可能性を考慮しないで形成される。問題は一つの原則であり、私は、ドミサイルの原則が社会の一員であろうとする人の意思のなかに見いだされるものと考えている。私は、社会が統治する社会であるのだということが不可欠であるとは考えることができない。しかし、私は、社会が統治されている法がその国の確立された政府の部分の形成していることが統治する社会によって確認されるべきだと考えている。

私は、トゥータルの信託に関する判決で反対の理論の結果の一つを見てきた。この意図は非常に容易であって、それは「基

金は法廷のなかにあるからであつた」。

しかし、存命中のトゥータル氏に対してイングランドで提起された訴訟の事例を取り上げよう。かれのドミサイルはイギリスにあるとみなされ、最高法院規則第一一条第一項(e)のもとで、令状は管轄権外にあるかれに送達されてよい。管轄権外への送達は、なんらかの救済が管轄権内にドミサイルのある人物に対して求められているときに許可される。

以上のことは、ほとんどこの原則の背理法である。

すでに言及されたアブド・ウル・メシ対ファラの事件は、この原則を保護される臣民にこの原則を適用する。そして思うにそれは、チュニスでのフランスの例のように、完全な保護の事件にあてはまる。そこには、通常の治外法権の事件のように、多くの外国人の社会にはない。しかし、国籍がなんであろうとも、すべての外国人居住者は、保護する国の法のもとに、保護国の法によって設立された社会に集められる。この論拠の要点を繰り返して述べる必要はない。しかし、それらの論拠が治外法権的ドミサイルを支持する上で、単純な事件よりも強力であることが提起されている。

一つの点は一層の注意を必要とする。もし、治外法権的ドミ

サイルが存在しないものであれば、生じる問題は、第一に裁判所の管轄権である。すなわち、この人物が臣民であるか、保護されている臣民であるのか。第二に、かれの現実のドミサイル。第三に、この事件にイングランドの法、すなわちこのドミサイルの法を適用すること。もし、ドミサイルの法によって決定されることができる問題であるならば、そして、これらの規則はトゥータル氏の信託の理論によれば、アブド・ウル・メシの事件で、この理論が存在しないならば、治外法権的ドミサイルをもつ人物の財産に適用された。遺言者は、バクダッドで生まれ、そこに住むトルコ人を両親にもつていた。人生の初期において、かれはインドに行き、そこで相当期間を過ごした。かれはそれからジェッダにおもむき、それからカイロに行つて、死ぬまでそこにいた。そして、かれはかれの住所を変更する意思をもつていなかったようだ。その間、かれはイギリス政府の保護下にあった。そのようなドミサイルが可能であるならば、カイロでの選択ドミサイルの条件は存在していた。かれがインドでのドミサイルを取得していたとしても、かれはそれを放棄した。そして、したがって、オスマントルコの領土内にあるかれの出生によるドミサイルを回復したとみなされた。にもかかわらず、イギリスの保護下にあつて、コンスタンティノーブルのイギリ

料
 ス領事裁判所はかれの遺言の検認を承認する管轄権をもっている。しかし、個人の遺言相続の効力を考察し、かれの財産を配分する上で、イギリスの裁判所は、上記の議論に合致するトルコの法であるドミサイルの法を適用した。

(注釈)「保護されている臣民」という用語はある程度の説明を必要とする。ピクトリア女王の治世第三十九年から四〇年にかけての法律第四六号、第四条と第六条は、女王陛下と同盟しているインドの藩王国の臣民が「女王陛下下の保護を享受する人物」という表現のなかで含まれることになっていると宣言した。この表現は、一八六六年のザンジバルに関する枢密院令と、一八六七年のマスカットに関する枢密院令で使用された。そして、この表現が領土外管轄権法のもので制定されたその後の枢密院令で使用されるべきときはいつでも、そのような臣民がそれぞれの枢密院令に含まれている領土に住するか滞在するときには、そうなのである。この制定法は、一八九〇年の統合法の第一五条によってとってかわられた。「女王陛下下の保護を享受する人物」は、二つの等級に分割される。第一に、女王が保護条約を締結した国の臣民である。第二に、特別に治外法権的条約による保護のもとにおかれた

人物である。第一の等級は、「イギリスによって保護されている臣民」と叙述されるのが適切であろう。第二は、「保護されている人物」として叙述されるのが適切である。

第一五条は、インドの土着の国、すべての対外関係を管理するインドの宗主国としてのイギリス政府が臣民に特に言及している。若干困難な問題が生じる。すなわち、条約の解釈によって、保護国の臣民は特権を享受していると解釈されるのは適切かどうかという問題である。たとえば、ハイデラバードのニザムの臣民は、日本で犯した罪についてイギリス領事によって審理されると主張することができるのだろうか。おそらく、別の条約、または特別な言及が必要であろう。この条項は、女王陛下下の保護を享受する人物に拡張する枢密院令についてのみ言及している。そして、枢密院令は、いくつもの枢密院令のなかで次のような規定を与えている。

「枢密院令の規定は、イギリス臣民に関係しており、出生によるか帰化によるかを問わず、女王陛下下の臣民にも、スルタンの領土で女王陛下下の保護を享受するすべての人々にも、拡張され適用される」(ザンジバルに関する枢密院令、一八六六年)

「臣民」は出生と帰化による女王陛下下の臣民を意味する。

「保護されている人物」は女王陛下下の保護を享受する人物を意味する」(トルコに関する枢密院令、一八六三年)

「この枢密院令の規定は、イギリス臣民に関係しており、出生によるか帰化によるかを問わず、女王陛下のすべての臣民に適用される」(中国と日本に関する枢密院令、一八六五年)

「『イギリス臣民』は、女王陛下がそのような人物に関しして管轄権をもっているかぎりにおいて女王陛下下の管轄権を享受する人物と、ビクトリア女王の治世第三九年から四〇年にかけての法律第四六号によって、ペルシャに居住する女王陛下下と同盟関係にあるインドのいくつかの藩王国の臣民を含んでいる」(ペルシャに関する枢密院令、一八八九年)

「『イギリス臣民』はブルネイで女王陛下下の保護を享受している人物を含み、ブルネイに居住するインドのいくつかの藩王国の臣民を含んでいる」(ブルネイに関する枢密院令、一八九〇年)

おそらく、ペルシャの枢密院令は、意味されていることを最も正確に表現している。すなわち、もし条約が女王に、女王の固有の臣民だけでなく、イングランドの保護下にあるそれらの国の臣民に対しても管轄権を与えているならば、枢密

院令の規定はかれらに適用されるだろう。

しかし、第二の等級の「保護されている臣民」は、通常領土外管轄権の特権を与えた国の臣民である。かれらは特別に、条約かその後の協定または条例で言及され、通常、公使館または領事館の現地人の使用人である。保護はその性格から一時的である。そこから生じる権利ははっきり限定されている。こうして、トルコの条例によって、一八六三年から一八六五年に、外国の領事館で、現地の通訳と領事館警備員の雇用に関して、多くのことが厳格に制限されている。そしてそれらの権利は短く次のように叙述されている。

「一時的に保護されている人々は、通常保護されている人々と同じ権利を享受する。……領事館の特権を与えられた使用の保護は個人的なものであって、かれらの役割につけられたものである。保護は、死亡または職務の停止の場合に壊れる」。条例は、一八六五年二月二〇日にトルコの知事たちに送付された後の回状で説明されている。イギリス法をそのような保護された人物に適用する一つの事例は、アブド・ウル・メシ対ファラの事件で見いだされるし、上で引用された。

この特権を現地の使用人に与えることは、決して普遍的ではない。多くの条約において、かれらは現地の裁判官に引き

料 渡されるといふことがはっきり規定されている。

II 帰化

資

ドミサイルから、われわれは、帰化に移行する——帰化は、複雑なことのより少ない主題である。だが、より難しくないといふことではないけれども。一般的な法のもとでイギリス臣民が東洋諸国で国籍を与えられるかどうかという問題は、すでに考察された。その国の支配者によって東洋の国で女王の臣民に關して女王に与えられた管轄権が、その臣民によって拒否されることができないのは明白なようだ。また、かれに対してその管轄権によって他の人が取得したすべての権利が、かれによって侵害されたり、どのようにしても変更されたりすることができないのも明白なようだ。この立場は、ドミサイルの変更と帰化の両者に適用されることができると思われる。しかし、国籍法がどの程度まで後者の問題に影響を与えるかを検討することが必要である。第六条「ビクトリア女王の治世第三三年と第三四年の法律第一四号」は、国籍離脱または、女王に対する忠誠を拒否するイギリス臣民の資格について扱っている。それは次のように規定する。外国にあって行為無能力の状態にはないときに、その国で任意に帰化するに至ったイギリス臣民は、その

外国で帰化したその時以後、イギリス臣民であることをやめたとみなされ、外国人であるとみなされる」。

今や最初に、イギリス臣民が、国籍を離脱することを望んで、帰化してもよい国についての制限は、この第六条には一切ないのである。それはなんらかの形式的な国籍放棄の問題ではない。かれは事実上別の国で帰化するとイギリスの臣民であることをやめるのである。しかし、多分、かれは、その国の国籍法によるか、そのような国籍法に相当する野蛮な部族の間での一定の慣習によるか、そのいずれかによって帰化する。かれが望むならば、かれがバロンの部族の一員になったかもしれないという可能性は、ベテルの事件での議論の全体を通じて承認された。形式的儀式が所管大臣の証明書を受領であるのか、牛の贈り物の王への贈与なのかのいずれであろうとも、その効果が、そのときから当該人物がその国の国民また部族の一員であるときとみなされるということであるならば、イギリス法は、それから後はかの人物を外国人とみなすのである。

しかし、東洋の国では、条件は変わっているようだ。第六条の別の言葉はさておき、そのなかで含まれている許可が、東洋の国にいるイギリス臣民が統治されている明示の法によって制限されることができないかどうかは、疑問のあるところである。

しかし、第六条それ自体は「行為無能力のもとにない」臣民について言及している。そして、問題がはっきりしていることにはずつと及ばないけれども、明示の法の存在が、イギリス臣民がそのような東洋の国で帰化することを妨げる行為無能力ということにはならないということは示唆されている。

(この章つづく)

