

萬有文庫

第二集七百種

王雲五主編

奧本海國際法  
平時

(五)

奧本海著  
岑德彰譯

商務印書館發行

奧本海國際法  
時平

(五)

奧本海著  
岑德彰譯

漢譯世界名著

## 第三編 國家之外交機關 (Organs of the States for their In-

ternational Relations)

### 第一章 元首及外交部 (Head of States, and Foreign Offices)

一、元首在國際法上之地位 (Position of Heads of States According to International Law)

國家必須  
有一元首

(三四一) 聚千萬人於一地，共受政府之統治，其抽象之名詞曰國家。故國家必須有元首，爲其最高之機關，對內對外，代表其整個之關係。此元首在君主國卽爲帝王，在共和國卽爲總統，或類似瑞士政府之總裁。國際法未嘗規定國家應有何種元首。故各國皆有完全之自由，可以制定其所欲制定之憲法，並得任意改變之。總之，依照國際法國家必

須有一元首，否則即爲無政府，不復得成一國家矣。

認元首之承

(三四二) 凡新元首就位，例須通告他國。他國亦循例致賀，以表示承認之意。但通告及承認，依法均非必要，元首之爲元首，係根據國內法，非有賴於承認也。雖然，通告與承認，極有法律上之價值。(註參閱第七五節) 蓋一經通告，即不啻宣告某人現爲國家最高之機關，根據國內法，有代表國家整個外務之權。他國一經承認，亦不啻宣稱願與爲國家最高機關之某人，開始交涉。但承認元首之舉，各國自有權衡。國家無要求他國承認其元首之權。例如西班牙女皇伊薩伯拉 (Isabella) 冲齡踐祚 (一八三三)，俄、普、奧 三國延至一八四八年始予承認。又例如美國 不肯承認墨西哥 新總統霍愛達 (Huerta) (一九一五)。然承認之舉，勢不能長此拖延，不但兩國因此不能正式往來，且稍自負之國家，或將憤而報復也。例如義大利 統一以後 (一八六一)，麥克稜堡 (Mecklenburg) 及巴威 (Bavaria) 兩國，不肯承認新王厄曼紐爾 (Victo Emmanuel)，於是義 相加富爾 (Cavour) 遂將兩國駐義 領事之『認許狀』 (Exequatur) 撤消。

然承認新元首，非即承認其爲合法元首之謂。蓋承認云者，不過他國之表示，願與某國最高機關之某人，進行交涉而已，不能牽涉其爲合法元首與否之問題也。

元首之權  
限

(三四三) 元首居國家最高地位，爲其整個國際關係之代表，並代表國家與他國往來，故其在法律內之行爲，皆與國家之行爲無異。此之謂『全權代表權』(Jus representationis omnimodae)。其中包括選派與接受外交代表及領事之權，訂定條約之權，宣戰媾和之權。究之此類權限，國內法中如何限制，必須就事論事，不能一概而論。蓋元首係代國家行使政權，且因其爲國家代表之故，非其本身有此權力也。假使元首不經國會之同意，批准條約，則其舉動已有越權之嫌，而此約亦不復能拘束其國家矣。

反之，此種權力，與元首之合法與否，完全無關。一經身爲元首，即有此種權力，國家即應受其拘束。然其人果爲元首與否，每難斷定，蓋革命之後，必須經過若干時期，始有清明氣象耳。

元首爲國

(三四四) 國家元首者，非國際法之主體也。元首在國際法上之地位，乃國家元首

國際法之客體

之地位，非其個人之地位也。元首之地位，係根據國家之權利義務，非其個人之權利義務也。是故元首在外國所享之權利，並非國際之權利，不過為所在國內法所賦予之權利，亦即根據其本國之國際權利而應賦予之權利也。是以元首者，乃國際法之客體，非國際法之主體，就此一端而論，與其他之私人，正復相同。

元首之榮典與特權

(三四五) 國家元首在外國所享之一切榮典及特權，皆因國際分子及國際人咸有尊榮為其公認之資格故也。關於此種榮典及特權，國際法對於君主國之帝王，及共和國之總統或總裁，顯有區別。蓋依照其國內法之規定，帝王與總統之地位，本不相同故也。帝王乃一國之主權者，但總統則否。

### 11. 帝王 (Monarchs)

帝王之主權

(三四六) 君主國之帝王，為一國主權之代表，故其本身即為一主權者，此為國際法所承認之事實。各國之國內法規定儘有區別，實際並無出入。故從各國之憲法觀之，帝王之地位，雖判若霄壤，然國際法則均視為主權者。

帝王在國  
內應受之  
敬禮

帝王在國  
外應受之  
敬禮

(三四七) 當帝王端拱國內之日，他國應有之敬禮，不必多贅於此。大致公文往來，例有相當之敬禮。各帝王之尊號權勢縱有萬殊，然其待遇，無不平等。

(三四八) 雖然，一旦帝王巡幸他國，如其時並無戰爭，而所在國之政府復經通告，而表示同意者，則招待之禮，必須詳述於此。其中應包括榮典，不侵犯權，及治外法權三項。

(一) 因帝王乃一國之主，故其本國政府可要求他國對於帝王及其眷屬侍從，表示致禮。稱帝王必須用其尊號。海陸軍必須向之致敬，以此類推。

(二) 又因帝王之身，乃神聖不可侵犯，故其本國政府可要求他國特別保護其安全，尊嚴，及與本國通信之自由。如有侵害者，必須從重治罪。而在另一方面，則必須免除其刑事管轄。帝王之后妃，與帝王享同等之權利。

(三) 帝王應得享所謂治外法權，此即 *par in parem non habet imperium* 之原則也。故凡一切捐稅及徵收法則均須豁免，除國君自為原告外，並應免除民事管轄。所居之房屋，必須與大使之居屋，同享治外法權，非經其許可，警察等官吏不得擅入。縱使

有罪犯匿居邸中，警吏亦不得入捕，惟遇故意拒絕拘捕時，所在國政府可要求其立刻出境，再捕罪犯。外國帝王之不動產，應受所在地政府管轄。一旦帝王遷入居住，則暫時亦可享治外法權。又帝王之旅居他國者，仍可照常處理政務，惟遇其本國與第三國開戰，而所在國適為中立國時，不在此例。又帝王仍可管理其侍從人等，與在國內時無異。在昔尙往往有刑罰其侍從人員者，至今則都已廢止。帝王之后妃，應一例享受治外法權，但其他家屬則否。

雖然，外國帝王所享之治外法權，同屬一種假定，只能為某種目的，並在相當範圍以內，維持不墜。假使帝王在國外時有濫用此權之情事，則所在地之政府，可要求其出境，不必長此容忍。又如帝王施用暴力，致危及所在地安全之行爲，則不妨暫加拘禁，防其再犯，但同時須從速將其護送出境。

（三四九）帝王旅居國外時，其侍從人員之地位如何，尙屬疑問。若干學者主張，帝王之本國政府，不但可代帝王主張治外法權，且可代其侍從人員主張治外法權；其他學

帝王在外  
從時之位



者則否認之。余意前說無誤，蓋帝王之侍從，安有不如外交代表侍從之理？

帝王之徵行者

(三五〇) 以前所舉各例，皆以曾經正式通告他國爲限。有時帝王偶作徵行，仍正式通告他國，亦可享受其應享之權利。惟外國帝王所應享之敬禮，當徵行時不得不姑從末減，其區別不過如是而已。但有時帝王徵行他國當地政府毫無所知。則其所受待遇，與其他外國僑民相等，設一旦暴露其真實面目，則仍可享受其一切應享之權利。昔荷蘭王威廉，嘗徵行瑞士，(一八七三) 嗣因違章被罰，乃宣佈其真實姓名，而法院之判決，亦遂未能執行。

帝王之遜位者

(三五一) 上述各例，必其實實際上爲一國之元首而後可。帝王一旦遜位，卽不復爲一國之主。例如法國法院嘗准許原告向西班牙女皇伊薩伯拉 (Isabella) 訴追債款，(一八七〇——一八七二)，卽因女皇業已遜位，方僑寓巴黎故也。各國之國內法，如欲以同等權利予諸外國遜位之帝王，自無反對之理，惟國際法上則並無如是之義務耳。

(三五二) 凡代理幼君或病帝治國之攝政，不問其爲皇族與否，在國內國外，皆可

攝政

與帝王享同等之權利。

帝王而在  
他國服務  
者或爲他  
國臣民者

(三五三) 帝王而充任他國之官吏者，如曩日德意志小國侯王服務於他國軍中之例，則就其職責範圍以內，應服從他國之命令，其本國不得代主張平時應享之權利。

一國之帝王同時爲他國之臣民者，其帝王與臣民之行爲，必須加以區別。就其爲臣民之行爲而論，應受其所屬國之管轄，但其爲帝王之行爲則否。例如昆布蘭公爵 (Duke of Cumberland) 於一八三七年就漢諾佛國王位，但因其同時襲封公爵，故亦爲英國之臣民。一八四四年，伯理瑞克公爵控告漢諾佛王一案，掌案官之意見，漢諾佛王以英國臣民資格所爲之行爲，英國法院可以受理。

### 三、共和國之總統 (Presidents of Republics)

總統非國  
主也

(三五四) 共和國，主權在民，故人民自稱爲一國之主人翁，與君主國之情形，絕端相反。且共和國之元首，或不只一人，如瑞士之總裁制是也。但在美法兩國，則總統對外完全代表國家。然總統究非一國之主，不過其所代表者之國民而已。

總統地位  
之一般

(三五五) 因是總統對內對外之地位，均與帝王不同，依照國際法，總統之本國但能主張與帝王類似之權利，而不能主張與帝王同等之權利。無論在國內或國外，總統與帝王斷難平等。按各國之帝王，常互稱「兄弟」，儼如家人昆弟，而總統則不過稱以「吾友」而已。總統之本國固可代其主張相當之榮典，然與帝王所享之榮典，究不相同。

總統在國  
外之地位

(三五六) 總統在國外之地位，其說不一。或謂總統既非一國之主，其本國不能爲其主張與帝王同等之權利，如治外法權之類。或謂總統在國外時，如係以國家元首資格，自可享受治外法權，如係以個人資格，則否。或者又謂，總統在國外之地位，與帝王並無差別。關於總統因公出國應受之敬禮，則有一九一八年十二月美總統赴英之例在，當時所受敬禮與帝王並無差別。關於治外法權一點，余意將來情勢，必能爲各國製造新例，准許總統及其侍從人員，享受治外法權，與帝王相等，吾不知此中有何危險。如不許其享受治外法權，恐將召無數之爭論，甚至發生衝突。總統雖非一國之主，然以其職位之崇高，則准其享受治外法權，正所以尊禮其所代表之國家耳。

#### 四、外交機關 (Foreign Offices)

外務部長  
之地位

(三五七) 一國之元首，不問其爲帝王或爲總統，雖有時與外國直接交涉，然於例不得出此。自衛斯提費利亞和會以來，各文明國莫不設立外交部，以當交涉之任。外交部之首領，名曰總長，爲內閣中之一員，以元首之同意，代表國家處理一切對外事務；元首與他國之間，以外交總長當其折衝之任。雖有若干國之元首，親理外務，然一切之交涉，必須經過外交總長。外交總長在國內之地位，有國內法爲之規定。但與他國之國際往來，則由國際法規定。凡一國所委任之大使，領事，及一切辦理國際事務之人員，均受其節制。與外國辦理交涉，皆由外交總長或其所派外交代表擔任。如外國之外交總長或外交代表有事商洽，亦惟外交總長是問。他國之外交代表呈遞國書，外交總長例須在側。一切重要之外交文件，必須經外交總長或次長簽署。因此凡遇外交總長易人時，例須向派有代表之國，一一通知；此項通知，以新總長之名義行之。

## 第二章 外交代表 (Diplomatic Envoys)

### 1. 使館制度 (The Institution of Legation)

使館之源流

(三五八) 使館之爲國際交涉機關，幾與人類歷史同一悠久。上古之世，國際使節往來，時見記載。當是時，國際法雖尚未發生，然大使，已在在得享特別保護或某種權利，蓋根據宗教——雖非法律，大使固神聖不可侵犯者也。雖然，固定使館之設立，尙在中古時期之末。先是羅馬教皇嘗派代表常駐法蘭克王京，及君士坦丁堡，迄東西兩教會分裂時爲止，(Apoeriscariū or responsales) 然其所處分者爲教會中事務爲限，不涉國際問題，故不能視作固定使館之先例。固定使館之設立，約在十三世紀中。當是時，義大利諸共和國如威尼斯者，爲交涉便利計，常互派代表，實開風氣之先。迨十五世紀，乃更派代表常駐於西班牙、德意志、法蘭西、及英吉利等國。他國羣起仿效。英、法、西、德諸國，自十五世紀之

末，即互派常駐代表。固定使館之通行，各國約在十七世紀之後半期，則法王路易第十四世及李錫劉（Richelieu）倡導之效也。最奇者，國際法始祖格老秀斯乃謂固定使館並非必要。證以後來史實，此言實乏遠識。今日如無使館，則國際社會，或恐不能存在，蓋國際社會之重要正式往來，皆有賴於使館爲之通轉也。

## 外交

（三五九）自有固定之使館，然後新增一種官吏，其名曰外交家；「外交家」及「外

交」兩名詞之通行，尙在十八世紀之末。夫外交之爲術，固隨國際往來以俱生，然必待使館業已普設，始能自成一派。此爲事擇人之例也。外交官應具之資格，由各國自行規定，重要如『外交慣例』，往往一變而爲國際習慣法，國際法亦不過問。惟其中有一慣例，不可不知，即外交上所用文字是也。此項文字在昔原爲拉丁文，後因法王路易第十四世威權日甚，乃改用法文，然此仍不過一種外交慣例，非國際法也。各國公文往來，例可用其本國文字，兩國文字相同者，尤多循此慣例。如兩國之文字不同，或當舉行國際會議之時，則最好選用一種通行之文字。此種文字，在今日固爲法文，然外交家儘可隨時改用他種文字。維

也。納會議所訂一般條約第一百二十條曾明白規定，此次使用法文，不得援以為例，而各國復保留其於將來使用習用文字之權。巴黎和會（一九一九）時，英法兩國文字，同時並用，不分軒輊，對德和約及附載之國聯盟約，亦均以英法文同為正本。

## 11、使館權 (Right of Legation)

使館權之  
概念

（三六〇）所謂使館權者，乃國家選派并接受外交代表之權也。選派之權，謂之『自動的』使館權；接受之權，謂之『被動的』使館權。學者或謂依照國際法，國家但有選派并接受外交代表之能力，而無選派并接受外交代表之權利，因國家在國際法上，並無選派并接受代表之義務故也。此說誤矣。夫國家固顯然不負選派外交代表，或接受『固定』代表之義務。反之，既有國際社會，即不能無交涉。苟長期拒絕他國之代表，則此次交涉，斷難實現。故各國不得不接受他國外交代表之使命，正因其為國際分子之故，而此種義務，正與他國之選派權利符合。但『自動的』使館權其行使與否，悉聽各國自便。雖各國在事實上莫不有選派外交代表之事，而大多數之國家，更在外國設有固定之使

館，然究之選派外交代表，並非一種義務。關於『被動的』使館權，則惟接受他國『固定』外交代表一點，可聽各國自便。

國聯雖非一國家，然爲一特殊之國際人，有使館權。

（三六一）各國不必咸有使館權。惟完全獨立國有之，其他諸國，則在某種條件下，始有此權。

何種國家  
有使館權

（一）半獨立國，即承認他國之宗主權，或受他國之保護者，例不能選派或接受外交代表。是以埃及即無此權，各國所派駐埃及代表不過領事而已。但亦有例外，依照俄土兩國所訂之開納基條約（Kainardgi）（一七七四），麥打維亞（Moldavia）及華拉加（Wallachia）一半獨立國皆可選派代辦，往駐他國。又在波耳（Boer）戰爭以前，雖英國自稱爲南非共和國之宗主國，然是國會在某數國派有常駐外交代表。

（二）邦聯國之各邦，乃局部獨立國家，能否與邦聯政府同有使館權，並無定例，須視邦聯國之憲法，如何規定。例如美利堅及瑞士之各邦均無使館權，惟德意志之各邦



孰能行使  
使館權

(在世界大戰前)則有之。故巴威 (Bavaria) 所選派并接受之外交代表，常若干人。

(三六二) 依照國際法，元首乃全國之代表，故國家之使館權，亦歸元首行使之。然何人爲元首，既由國內法規規定，故元首之行使使館權，亦受國內法律之限制。如經法律許可，元首不妨以行使此權之責，委諸素所識拔之人員。

有時因革命風潮，至不知何人爲真正之元首，則區別之權，各國應自操之。但不能同時接受兩個號稱元首之代表，亦不能同時派代表至雙方。一旦承認革命首領爲新元首，則與舊元首之邦交，即須斷絕。

叛黨之獲承認爲交戰團體者，他國雖可派政治代表——無外交代表之權利——與之作非正式交涉，藉以保護境內僑民之生命財產，然叛黨固無使館權也。凡叛黨之得爲交戰團體者，只能在某種範圍內，視同國際法之主體，其本身既非一國家，國際法又安能以選派并接受外交代表之權予之。

復次，元首之已遜位或被顛覆者，無使館權。