

## イングランド法への国際慣習法の編入および変型

松 田 幹 夫

- 一 エイクハーストによる導入
- 二 デニング卿による展開
- 三 主要判決の動向
  - 1 トライケット対バース事件
  - 2 女王対カイン事件
  - 3 チュン・チ・チェウン対国王事件
  - 4 サクラール対内務大臣事件
- 四 ブライアリーの復権
  - 1 女王対ジョーンズ（マーガレット）およびその他事件
  - 2 ブライアリーの主張
  - 3 ウエスト・ランド中央金鉱業株式会社対国王事件
  - 4 オールバスタン卿の影響

一 エイクハーストによる導入

エイクハースト(イギリス・キール大学)は、「国際法に対する国内法体系の立場」というコンテキストにおいて、編入ドクトリン(doctine of incorporation)および変型ドクトリン(doctrine of transformation)に関し、次のように述べた。

ブリテンにおける伝統的規則は、慣習国際法は自動的に(automatically)イングランド法およびスコットランド法(English and Scots law)の一部を形成することであり、これは、編入ドクトリンとして知られている。大法官タルボット(Lord Chancellor Talbot)は、一七三五年のバルビュー事件(Barbuis case)判決(後出——松田)の中で、「国際法は、そのもつとも完全な範囲において、イングランド法の一部であって一部を形成する(the law of nations in its fullest extent is and forms part of the law of England)」と言い渡した。厳密にいうと、この意見は、余りにも幅広い。なぜなら、それは、条約については真実ではないからである。ただ、慣習法に関する限り、それは、一七六四年から一八六一年まで、多数の判決で繰り返し適用され、デニング卿(Lord Denning)によって再確認された(後出——松田)。

しかしながら、慣習国際法規則はイングランドの議会制定法(Acts of Parliament)および裁判上の判決(judicial decisions)によって受け入れられる(accepted)限りにおいてのみイングランド法の一部を形成するという変型ドクトリンを支持して編入ドクトリンを放棄するように、近年、若干の判決を解釈することが、可能である。要

するに、イングランド法の理論は、編入ドクトリンを支持している。しかし、イングランドの裁判所が慣習国際法の主たる証拠としてイングランドの判決に注目して以来、実行は、変型理論に接近する。<sup>(1)</sup>

エイクハーストはイングランドの実行では編入ドクトリンに代わって変型ドクトリンが有力になって来ていると指摘したが、はたしてそうであるか否かを、本稿は、検討するであろう。そのプロセスで、イングランドの古典的判決の変化に注目するであろう。いずれにせよ、両ドクトリンは、右のように、比較対照的に論じられる。この点は、エイクハーストが引用したデニング卿も、同様である。このさい、デニング卿にコンタクトしておくのが、効果的である。

## 二 デニング卿による展開

エイクハーストが引用したデニング卿の意見は、トレンドテックス貿易株式会社対ナイジェリア中央銀行(Trendtex Trading Corporation Ltd v Central Bank of Nigeria)事件判決において表明された。

(1) 本件は、どのようにして発生したか。一九五八年のナイジェリア法によって、ナイジェリア中央銀行(被告)は、イングランド銀行をモデルとする別個の法的人格として設置された。同銀行は、政府機能を有した。すなわち、法定通貨を発行し、通貨の国際価格を防衛し、ナイジェリア政府およびナイジェリア連邦内の各州の財政アドバイザーとして行動した。一九五八年法は同銀行がナイジェリア政府の一部局であると明示的に述べなかったが、同銀行は、それ自身の名で訴え、および、訴えられる資格をもった。

一九七五年七月、同銀行は、取引先のロンドンの一銀行を通じて、スイスの会社(原告)に信用状を発行した。それは、ナイジェリアの国防省と契約を結んだイングランドの会社に原告が売却したセメントの代金のためであった。原告は、セメントをナイジェリア向けに船積みした。ところが、ナイジェリア港での混雑により、原告は、船舶料を負担したので、その支払い、および、信用状のもとで船積みされたセメントの代金を請求した。ナイジェリア中央銀行は、信用状の引き受けを拒否した。そこで、原告が訴えを起こしたのに対し、同銀行は、ナイジェリア国家の一部局であって、主権免除ドクトリンのもとで訴えから免除されると争った。

一九七七年、イングランド控訴院民事部(Court of Appeal, Civil Division)は、ナイジェリア中央銀行は主権免除で訴答する資格をもたないと述べる判決を与えた。<sup>(2)</sup>

(2) この判決の中で、デニング卿は、編入および変型ドクトリンについて次のように論じた。

われわれのイングランド法において、国際法のあるべき位置は、なんであろうか。一つの学派は、編入ドクトリンを堅持する。それは、国際法規則は議会制定法と抵触しない限り自動的にイングランド法に編入されイングランド法の一部であると考えられるという。もう一つの学派は、変型ドクトリンを堅持する。それは、国際法規則は裁判官の判決もしくは議会制定法または長期に確立された慣習によってすでに採択され(adopted)、われわれの法の一部とされた場合以外はイングランド法の一部と考えられるべきではないという。あなたがたが国際法規則の変化に直面するとき、その相違は、重大である。編入ドクトリンのもとでは、国際法規則が変化するとき、われわれのイングランド法は、それとともに変化する。しかし、変型ドクトリンのもとでは、イングランド法は、変化しない。それは、先例(precedent)によって拘束される。それは、過去において受け入れられ採択された

国際法規則に拘束される<sup>(3)</sup>。

デニング卿は、右のように、両ドクトリンについて説明した。このあと、両ドクトリンの起源とみられる判決を掘り起こし、自分がどちらのドクトリンを支持するかを明らかにする。

編入ドクトリンは、一七三七年のビュボー対バルビユー (Buyot v Barbut) 事件判決にさかのぼるが、同判決における大法官タルボット卿 (Lord Talbot L.C.) の意見は、一七六四年、トライケット対バース (Triquet v Bath) 事件判決の中で、マンスフィールド卿 (Lord Mansfield) によって次のとおり採択された。タルボット卿は、明確な意見を述べた——「国際法は、その完全な範囲においてイングランド法の一部である……国際法は、種々の国家の実行 (practice) および学者の権威書から収集されるべきである」。同ドクトリンは、マンスフィールド卿自身によってのみならず、サー・ウィリアム・ブラックストンその他の偉大な人々によっても受け入れられた。

変型ドクトリンは、女王対カイン (R v Keyn) 事件におけるコックバーン首席裁判官 (Cockburn C.J.) の一八七六年の判決にたどり着く。「国際法学者にとって、国際法の原則および規則を解明し確認する労力がいかに高価であっても、法とすることは、できない。拘束的であるためには、法は、それによって拘束されるとする国家の同意 (assent) を受けとっていなければならない (must have received) ……」。

私にこれに追加するのは、チュン・チ・チェウン対国王 (Chung Chi Cheung v R) 事件におけるアトキン卿 (Lord Atkin) の一九三八年の意見である。「……とにかく、この国の裁判所が関する限り、国際法は、その原則がわ

れわれ自身の国内法によって受け入れられ採択される(are accepted and adopted)場合以外は、効力をもたない」  
そして、私自身は、サクラール対内務大臣 (Thakrar v Secretary of State for the Home Department) 事件では、問題なく、これを受け入れた。

これら二つの学派の中で、私は、編入ドクトリンが正しいと、いまや信じている。そうでないと、私は、われわれの裁判所がかつて国際法規則上の変化を承認できたことを理解しない。国際法が変化することは、確実である。私は、ガリレオが地球について使った言葉「それでも、地球は動く」を国際法についても使いたい。国際法は、変化する。そして、裁判所は、議会制定法の援助なしに変化を適用して来た。<sup>4)</sup>

このように、デニング卿は、両ドクトリンについて説明したのち、自分の立場は変型から編入に変更したと述べ、ガリレオの名言まで引用して、変更理由を明確にした。

### 三 主要判決の動向

デニング卿の判決引用がいずれも簡潔であるので、これらを補足しながら若干の検討を試みることに、これからの作業となる。もちろん、それは、デニング卿の単なる重複であってはならない。

#### 1 トライケット対バース事件

デニング卿は、編入ドクトリンは一七三七年のビュボー対バルビユー事件判決にさかのぼるといったが、ここで

は、同判決を肯定的にフォローした一七六四年の王座裁判所 (Court of King's Bench) によるトライケット事件判決をとりあげる。

(1) グレート・ブリテン駐在バイエルン公使の家庭内使用人 (domestic servant) である被告が外交免除を首尾よく請求した本件にさいし、マンスフィールド卿は、イングランド法における国際法の位置を次のように主張した。

外国公使およびその家庭内使用人の特権は、国際法に依存する。議会制定法すなわちアン女王の治世七年目の法律第一二号 (7 Ann. c. 12) は、そのことを確認する……。

私は、バルビユー事件でのタルボット卿を想起する。「被告は、プロイセン国王によって任命され、そのようなものとして、ここで接受された通商代表である」。……「判決の規則は、なにか。議会制定法か国際法か」。タルボット卿の意見は、明白であった。「国際法は、その完全な範囲においてイングランド法の一部である」。

(2) ハリス (ノッティンガム大学) は、トライケット事件およびバルビユー事件はコモン・ローの一部として慣習国際法を受けとるとする「編入」アプローチを連合王国が採択するむねの見解を支持するため共通に引用される二件であると、無難にコメントした。これにより、慣習国際法は、特定の事件での国内裁判所の判決なしに、自動的に国内法の一部とみなされるわけである。<sup>(5)</sup>

バルビユー事件判決は古典的先例として位置づけられる重要判決であるが、同判決を担当したタルボット卿は、新しい原則を導入したのではなく、充分に確立された原則を述べたに過ぎなかったようである。また、前に触れたように、マンスフィールド卿によれば、タルボット卿は、国際法を「種々の国家の実行……」と把握していた。し

たがって、タルボット卿の念頭には実証主義的観念が芽生えていたと推測される。しかしながら、やはり、当時支配的であったのは、自然法的観念であつたであらう。<sup>(6)</sup>

そうすると、イングランドで実証主義的観念が確立されたのは、いつごろであつたか。国際法はイングランド法の一部であるとするレイシオ・デシデンダイは、いまなお妥当するのか。編入および変型ドクトリンの消長は、どのようにトレースされるか——これらの論点に本稿は直面するであらう。

## 2 女王対カイン事件

前述のように、デニング卿が変型ドクトリンの最初にあげたのが、本判決である。

(1) ドイツ船「フランコニア」号が、イングランド沿岸三カイリ内のイングランド海峡で、イギリス船「ストラスクライド」号と衝突した。被告人すなわち「フランコニア」号のドイツ人船長カインは、衝突の結果、死亡した。「ストラスクライド」号の船客故殺のため、中央刑事裁判所 (Central Criminal Court) で訴追された。被告人は、有罪と認定された。しかし、イングランドの裁判所が本件を審理する管轄権をもつか否かの問題は、刑事留保問題付託裁判所 (Court for Crown Cases Reserved) に留保された。一八七六年、同裁判所は、七対六で、もたないとして決定した。多数派のひとりコックバーン首席裁判官の意見をみると、デニング卿が引用した部分より次の部分のほうが、変型ドクトリン的色彩が、濃厚である。

公海における外国船上では、外国人は、外国船の法にのみ責任をもつ。外国船が他国の港または水域にはいるときだけ、同船および同船上の人々は、他国の法に服する。これらは、国際法の確立された規則である。それら



は、われわれ自身の国内法に採択されて来ており (have been adopted into our own municipal law)、その一部を形成すると思えられなければならない。

……それゆえ、被告人カインが犯罪実行時にイギリス領域またはイギリス船上にいないならば、彼は、明示的立法 (express legislation) が欠如した場合、イングランド法のもとで適切に審理されない<sup>(7)</sup>。

(2) つまり、「われわれ自身の国内法に採択」「明示的立法」といった文言は、変型ドクトリンへの立脚をあらわしており、その意味で、本判決は、エポックメイキングである<sup>(8)</sup>。

このような推移について、ショー (レスター大学) も、「イングランドのコモン・ローの一部としての慣習国際法規則の受け入れは、一八世紀の一連の判決で活発に述べられた」が、「一九世紀にはいると……立法または判例法によって明確に採択された場合、慣習国際法規則がイングランド法の一部を形成するとする」変型ドクトリンを編入ドクトリンと交代させる一連の判決があらわれ、「この物語におけるターニング・ポイント」は、女王対カイン事件によってマークされる<sup>(9)</sup>とみた。

しかも、デニング卿が引用した「……法は、それによって拘束されるとする国家の同意……」という部分、および、これに続く「この同意は、条約または政府に承認された賛成 (acknowledged concurrence) のように明示的であるか、確立された慣行 (established usage) から含意されるであろう」という部分に注目すると、コックバーン首席裁判官が認識した国際法は、実定法であった<sup>(10)</sup>。

### 3 チュン・チ・チェウン対国王事件

前述のように、デニング卿がカイン事件の次に短かくあげたのが、本判決である。

(1) 上訴人チュンは、中華民国の任務に服する武装税関巡視船のキャビン・ボーイであって、巡視船の船長を射殺し、一等航海士に重傷を負わせ、自分自身をも射って負傷した。被殺害者および上訴人は、中国政府の任務に従事するイギリス国民 (British nationals) であつた。犯罪実行時、船舶は、香港領水にあつた。上訴人は、巡視船に乗船した香港水上警察によって逮捕された。香港最高裁判所での審理において、殺人は外国政府の武装公船で行なわれたから、イギリスの裁判所は管轄権をもたないということが、上訴人のために主張された。

一九三八年、枢密院は、以下のような判決を下した。外国領水の公船は、それ自身の国家の領域ではなく、領域として扱われない。国内裁判所は、国際法の原則に従つて、船、その乗組員およびその内容に一定の免除を与えるが、これらの免除は、客観的な領域外性に依存せず、国内法の含意に依存する。それらは、条件つきであり、公船が属する国家によって放棄される。本件の事情は、イギリスの裁判所が完全な同意を得て行動し、管轄権に有効な異議がなかったことを明白にした。本院は、上訴棄却を国王陛下に助言する<sup>(1)</sup>。

(2) ところで、アトキン卿の意見の中では、デニング卿が引用した部分より次の部分のほうが、注目される。

これまでは、とにかく、この国の裁判所が関する限り、国際法はその原則がわれわれ自身の国内法によって受け入れられ採択される場合以外は効力をもたないということが、常に想起されなければならない。われわれ自身の実体法または手続法の法典にその規則を課する外部の権力は、存在しない。裁判所は、諸国が諸国自身間で受

け入れる一団の規則が存在することを認める。いかなる司法上の論点についても、裁判所は、関連規則を確認しようと努め、それを認定したのちは、制定法によって定められるか、裁判所によって最終的に宣言される規則と抵触しない限り、国内法に編入されたものとして、それを取り扱うであろう。<sup>(12)</sup>

右のように、アトキン卿は「国内法によって受け入れられ採択される」という文言のほかに「編入された」の語も使ったから、本判決は、デニング卿がいうほど、変型ドクトリンに傾斜していないのではないか。はたせるかな、ショーは、本判決をもって「修正された(modified) 編入ドクトリン」<sup>(13)</sup>と断定した。それより、「このパッセージは編入ドクトリンおよび変型ドクトリン両者を結びつけていると解される」としたコリアーのコメントが、適切である。<sup>(14)</sup>

#### 4 サクラール対内務大臣事件

かつて自分は変型ドクトリンを採用していたとデニング卿が告白した判決が、これである。

(1) 本件は、アジア出身で一九三九年にウガンダで出生した上訴人サクラールによって提起された。当時、ウガンダはイギリス保護領(a British protectorate)であって、一九四八年イギリス国籍法(British Nationality Act 1948)通過後、上訴人は、同法の意味内でのイギリス被保護民(British protected person)であった。ウガンダは、一九六二年ウガンダ法のもとで保護領でなくなり、独立国となった。以前、一九四八年法の意味内でのイギリス被保護民であった個人は、ウガンダ市民(Uganda citizens)とならない限り、その地位を保持した。

一九六七年三月、上訴人のふたりの子のうちの年長者の出生登録にさいし、上訴人の国籍は、「ウガンダ市民」であると提示された。一九六九年、上訴人は、ウガンダ市民にのみ有効な貿易免許を取得した。一九七二年八月、

ウガンダ政府は、すべての非ウガンダ・アジア人 (Non-Ugandan Asians) の国外退去を命令した。上訴人は、ウガンダを去り、一九七三年九月、イングランドに来た。彼は、入国証明書をもたず、ヒースロー空港到着時、入国管理官によって連合王国への入国許可を拒否された。

上訴人は、その決定を破棄する命令を求めて、合議裁判所 (Divisional Court) に申し立てた。問題は、さらに、内務省によって審議された。内務省当局は、上訴人がウガンダ市民権を申請し取得したと、証拠に基づいて決定した。したがって、内務大臣は、上訴人がイギリス被保護民であるという条件を満足させなかったと決定した。その決定後、同裁判所は、上訴人の申し立てをしりぞけた。

上訴人の上訴内容は、以下のようである。

(i) イギリス被保護民として、自分は、連合王国および植民地と同じイギリス国民である。(ii) 自分は、イングランド法上、イギリス被保護民であり続ける。なぜなら、自分は、イギリス被保護民としての地位を放棄する宣言を在ウガンダ高等弁務官事務所に提出しなかったからである。

一九七四年、控訴院民事部は、上訴棄却の判決を下した。連合王国で生活しなかったイギリス被保護民が彼自身の国から追放されたため連合王国で定住する資格があるとする国際公法規則は、存在しない。たとえそのような規則が存在するとしても、上訴人は、以下の理由で、それに依拠することが、できない。(a) イングランドの国内法によって採択されなかったということは、イングランドの裁判所によって執行されないということである。国際法規則は、国内法によって受け入れられ採択される範囲で効力をもつに過ぎない。(b) 国際法規則は、国家間の関係を規律するだけであって、上訴人によって上訴人自身のために依拠され<sup>(15)</sup>ない。

(2) デニング卿は、「私の意見では、国際法規則は、われわれによって受け入れられ採択される限りで、われわ

れの法の一部となるに過ぎない」と述べ、チュン事件判決におけるアトキン卿の言葉である「これまでは、とにかく……想起されなければならない」を「フォローする」<sup>(16)</sup>と念を入れて、たしかに、変型ドクトリンをとった。これがデニング卿の独断ではない証拠に、コリアーは、変型理論のために「非常に強いサポートである」<sup>(17)</sup>と評した。

#### 四 ブライアリーの復権

##### 1 女王対ジョーンズ(マーガレット)およびその他 (Regina v Jones (Margaret) and Others) 事件

本判決は、デニング卿以後の新しい重要判決であるが、オキーフ(ケンブリッジ大学)によれば、デニング卿が編入ドクトリンとしてトレンドテックス事件判決で引用した決まり文句すなわち「慣習国際法は、イングランド法およびウェールズ法の一部である」を上院が検討するよう要請された最初の機会であった。<sup>(18)</sup>

(1) 被告人たちは、二〇〇三年のイラクでの軍事行動に関して連合王国の軍事基地で抗議したとされる犯罪で起訴された。被告人たちは、上院に上訴した。彼らは、以下のように主張した。①侵略(aggression)は、国際法したがってイングランドの国内法のもとの犯罪である。②イラクに対する軍事行動は、侵略犯罪を構成する。③自分たちは、犯罪の実行を防止するため行動した。

二〇〇六年、上院は、五名の全員一致で、上訴を棄却した。判決理由は、次のようである。

①あらゆる関連時期において、慣習国際法は、侵略犯罪を認知した。

②慣習国際法のもとで認知された犯罪は、ときどき、および、将来、国内法に同化されるものの、同化は、自動

的ではない。

③ 一九六七年法における「犯罪」の語は、イングランドの国内法で確立された犯罪に限定され、国際法レベルにおいてのみ存在する犯罪を包含しない。

④ 侵略は、イングランドの国内法のもとでは、犯罪ではない。現代において、慣習国際法で確立された犯罪は、立法によって、イングランド法上、効力を与えられた<sup>(19)</sup>。

(2) 本判決の中で見逃されてならないのは、ビンガム卿 (Lord Bingham) の次の意見である。すなわち、上訴人たちは、国際法はその完全な範囲においてイングランド法およびウェールズ法の一部であると主張した。王冠は、この供述の一般的真理に異議を唱えない。なぜなら、トライケット事件判決等の古くて高度の先例が存在するからである。しかし、私は、この供述を全く無制限に受け入れることをためらう。上訴人たちによっても支持されたが、国際法はイングランド法の一部ではなく源泉の一つ (one of the sources) と述べたブライアリー (オックスフォード大学) の主張に真理があると考えられる<sup>(20)</sup>。

なお、編入ドクトリンが慣習国際法上の侵略犯罪に適用されないという点で上院が一致したとショー<sup>(21)</sup>が観察したのは、おそらく、右の判決理由中の②に着眼したからであろう。

## 2 ブライアリーの主張

前記の「ブライアリーの主張」とは、具体的には一九三五年発表の論説<sup>(22)</sup>を指す。そして、ブライアリーを引用したのは、前記の二〇〇六年ジョーンズ事件判決だけではない。一九八九年のコリアー、二〇〇八年のブラウンリー (オックスフォード大学)、同年のショー、同年のオキーフらも、ブライアリーを引用した<sup>(23)</sup>。

ブライアリーの主張とは、いかなる内容であつたか。彼は、「……イングランドの裁判所の判決は、国際法体系を構成する原材料の源泉の一つである」と前おきして、ウエスト・ランド中央金鉱業株式会社対国王 (West Rand Central Gold Mining Co. Ltd. v King) は国際法とイングランド法の関係についての裁判所の宣言として興味深いと述べた。なぜなら、マンスフィールド卿によってタルボット卿に帰せられた古いドクトリン、つまり、国際法はイングランド法の一部を形成するという古いドクトリンを制限したからである。「実質的に、裁判所は、国際法はイングランド法の一部ではなく源泉の一つであるという確実に正確な見解であるものを受け入れたと考えられる」と、ブライアリーは、評価した。国際法はイングランド法の源泉の一つであるとする立場をイングランドで初めて表明したのはウエスト・ランド事件判決であると、ブライアリー自身が、述べた。<sup>(24)</sup>

ただ、このとき、ブライアリーは、ディキンソン (ミシガン大学) を引用した。<sup>(25)</sup>そこで、ディキンソンに照らすと、彼は、ブライアリーより三年前に、ウエスト・ランド事件判決を担当した首席裁判官オールバスタン卿 (Lord Alverstone CJ) の意見にとくに注目するとともに、こう明言していた。「一九世紀に法の概念の変化および裁判方式の制約によって、編入ドクトリンは、一層穩健に調整された。国際法は、国内法体系の構成要素というよりむしろ一つの源泉 (a source) となつた」<sup>(26)</sup>。

こうして、ブライアリーのみならず、ディキンソンも、ウエスト・ランド事件判決に言及した。同判決を瞥見しておかなければならない。

### 3 ウエスト・ランド中央金鉱業株式会社対国王事件

それは、どのような事案であつたか。

(1) 原告は、次のような権利請願を申し立てた。①旧・南アフリカ共和国 (late South African Republic) とグレート・ブリテンのあいだで戦争が勃発する前に請願人が所有した同国内の鉱山の産物である金は、同国政府のために行動する公務員によって取得されていた。②同国法により、同国政府は、請願人への金またはその価値の返還に責任を負う。③故・女王陛下 (ビクトリア——松田) による同国領域の征服および併合のため、金に関する請願人への同国政府の義務は、いまや、国王陛下 (エドワード七世——松田) を拘束する。

一九〇五年、王座裁判所 (King's Bench Division) は、被征服領域の併合後、これに反する明示的規定のない場合、征服国が戦争勃発前に負った被征服国の財政義務を果たすべき責任をもつとする国際法の原則は存在しないむねの判決を言い渡した。<sup>(27)</sup>

(2) ここで、ディキンソンが注目したオールバスタン卿は、原告側の主張を三点に要約した。①国際法によると、征服国の主権者は、被征服国の義務に責任を負う。②国際法は、イングラッド法の一部を形成する。③被征服国を拘束する権利および義務は、征服国の国内裁判所によって保護されなければならない<sup>(28)</sup>、また、執行され得る。

これに対し、被告側は、王冠のために引用される判例は、国際法がイングラッドのCOMMON・ローの一部ではないこと、および、請願人の請求が権利請願によって執行され得ないことを疑いの余地なく確証すると反論した。<sup>(29)</sup>

#### 4 オールバスタン卿の影響

オールバスタン卿の意見の中で、レイシオ・デシデンダイ的部分は、次のようである。国際法は「文明諸国のコンセンサスに依存する」。それは、公正に「法」と名づけられるよう「普遍的にアプローブされるかアセントされる規則または実行 (practice) の宣明」である。<sup>(30)</sup>



国際法はイングランド法の一部を形成するという原告側の主張は、説明およびコメントを要する。「文明諸国の共通のコンセントを受けとったものは、なんであれ、われわれの国のアセントを受けとっていたに違いないということ、および、われわれが他の諸国一般とともに適正に国際法と呼ばれるものにアセントしていたということは、全く真実である」。援用されるいかなるドクトリンも、諸国間で拘束的であるとして、現実に受け入れられなければならない。適用されることを要求される国際法は、十分な証拠によって立証されなければならない。<sup>(31)</sup> オールバスタン卿は、こう念を押した。

また、オールバスタン卿は、一八九六年のラッセル卿 (Lord Russell) の発言を再現した。「それでは、国際法とは、なにか。それは、相互の交渉において拘束するであろうことに文明諸国がアグリーした規則または慣行 (usage) の総体であるということよりベターな定義を知らない」。<sup>(32)</sup>

さらに、オールバスタン卿は、国際法はイングランド法の一部を形成するというマンスフィールド卿の表現について、グレート・ブリテンがアセントしたという証拠のない問題をイングランド法の一部として含めるよう解釈されるべきでない<sup>(33)</sup>と論じた。

二〇〇六年、ビンガム卿は、一九三五年の「ブライアリーの主張」を想起させた。その「ブライアリーの主張」の根底には、オールバスタン卿の一九〇五年の意見が、存在した。さらに、一八七六年のコックバーン首席裁判官の実証主義が、注目された。「アセント」「コンセント」など似たような意味の単語を多用したオールバスタン卿の実証主義<sup>(34)</sup>は、コックバーン首席裁判官のそれより積極的である。

しかし、コックバーンの意見も、オールバスタンの意見同様、いまなお参照される現代的価値をもつ。なぜなら、両意見を踏まえて、二〇〇五年、カッセーゼ (フローレンス大学) が次のとおり書いたからである。「慣習は、国

際社会のすべてのメンバーを拘束する規則を生じさせるが、やはり、究極的には、コンセンストに依存した。したがって、過去において、指導的著述家は、慣習は『默示的アグリーメント』に要約されると主張した<sup>(35)</sup>。

振り返ると、バルビュー事件判決およびトライケット事件判決は、国際法はイングランド法の一部であると編入ドクトリンを示したが、当時認識された国際法は、自然法であった。カイン事件判決以降は、実証主義的国际法が、台頭した。カイン事件判決およびチュン事件判決では、変型ドクトリンが、出現した。サクラール事件判決が変型ドクトリンを採用したものの、トレンドテックス事件は、編入ドクトリンに準拠した。ジョーンズ事件判決は、編入ドクトリンの一部不適用を認めた。結局、イングランド法は変型ドクトリンにも配慮するが基本的には編入ドクトリン維持という姿勢であると解するのが、妥当である。

オールバスタン卿による実定国際法の強調なしには、「国際法はイングランド法の一部ではなく源泉の一つである」というブライアリーの主張は、あり得なかった。「国際法はイングランド法の一部」となると、国際法はイングランド法の中に埋没したのかという疑問が、浮かばないこともない。しかし、「源泉の一つ」となると、国際法は、議会制定法、慣習法、判例などとともに、裁判基準としてクローズ・アップされる。自然法が「条理」の名でかりに裁判基準となるにしても、その順位は、下位にとどまる。<sup>(36)</sup>

注

(1) P. Malanczuk (ed) *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (1997) 69: なお、タルボット卿の意見は、このあとも登場するが、引用文献によって細部は異なる。

(2) [1977] 1 All ER (The All England Law Reports 1977 Vol. 1をイングランドの慣用に従って、このような省略形で引用する。以下同様) 881-882 松田幹夫「制限免除主義の確立過程」松田編・寺沢一先生古稀『流動する国際関係の法』(平成

- 九年)二七一ページ。富岡仁「国家免除(2)」山本草二ら編『国際法判例百選』【別冊ジュリスト】一五六号(平成一三年)五四―五五ページ。
- (3) [1977] 1 *All ER* 888; 松田・前掲・二七三ページ。なお、同所で“incorporation”を「受容」と訳したが、「編入」に改める。
- (4) [1977] 1 *All ER* 888 n3; 松田・前掲・二七三ページ。
- (5) D.J. Harris *Cases and Materials on International Law* (2004) 72-73; 畝村繁『英米における国際法と国内法の関係』(昭和四四年)一九―二五ページ。
- (6) J.L. Brierly *The Law of Nations* (1963) 86-87; ブライアリー(一又正雄訳)『国際法』(昭和三〇年)七七ページ。畝村・前掲・二九―三三ページ。
- (7) Harris *op cit* 73; 畝村・前掲・四七―四八ページ。
- (8) 田畑茂二郎『国際法Ⅰ(新版)』(昭和五五年)一七一ページ注(五)は、そういう立場をとらない。
- (9) M.N. Shaw *International Law* (2008) 141.
- (10) Harris *op cit* 74; 畝村・前掲・四八ページ。
- (11) [1938] 4 *All ER* 786-787, 796.
- (12) *Ibid* 790; 畝村・前掲・一〇一―一〇三ページ。
- (13) Shaw *op cit* 143.
- (14) J.G. Collier “Is International Law Really Part of the Law of England?” *International and Comparative Law Quarterly* 38 (1989) 931.
- (15) [1974] 2 *All ER* 261-262.
- (16) *Ibid* 266.
- (17) Collier *op cit* 931.
- (18) R. O’Keefe “The Doctrine of Incorporation Revisited” *The British Year Book of International Law* 2008 7.
- (19) *International Law Reports* 132 (2008) 669-670.

- (20) *Ibid* 675.
- (21) Shaw *op cit* 147.
- (22) Brierty "International Law in England" *The Law Quarterly Review* 51 (1935) 24-35.
- (23) Collier *op cit* 935 n37; J.M. Crawford *Brownlie's Principle of Public International Law* (2008) 68 n151; Shaw *op cit* 147 n86; O'Keefe *op cit* 8.
- (24) Brierty *supra* (22) 25, 31.
- (25) *Ibid* 31 n28.
- (26) E.D. Dickinson "Changing Concept and the Doctrine of Incorporation" *The American Journal of International Law* 26 (1932) 258-260.
- (27) *British International Law Cases* 2 (1965) 283.
- (28) *Ibid* 288-289.
- (29) *Ibid* 287.
- (30) *Ibid* 289.
- (31) *Ibid* 291.
- (32) *Ibid*.
- (33) *Ibid* 292.
- (34) Brierty *supra* (6) 87; プライアリー・前注(6) 七八ページ。畝村・前掲・五〇―五一ページ。
- (35) A. Cassese *International Law* (2005) 153 n2.
- (36) 『幸栖三郎著作集Ⅰ』(平成一六年)一〇二―一〇三ページ。