

Title	J、L、ブライアリ著 国際法 : 平時国際法入門 (四版)
Sub Title	J.L. Briery : The law of nations : an introduction to the international law of peace, fourth edition
Author	中村, 洸(Nakamura, Kō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1951
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.24, No.11 (1951. 11) ,p.47- 54
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19511125-0047

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

J. L. Brierly; THE LAW OF NATIONS

—An introduction to the international

law of peace—

Fourth edition. 1949, 306pp+ix

J. L. Brierly著

國際法——平時國際法入門——(四版)

—

健全な國際法秩序の建設に役立つ神話も萬能藥もない事は眞實である。だが、それに役立つ他のものの中には一つの制度がある事も眞實である。

ブライアリー教授は彼の國際法(四版)の序文をかく結んでいる。著者ブライアリーはオックスフォード大學の教授として、英國國際法學會に有力な地位を占める純粹な學者である。教授は殊に國際法の基礎に關する諸問題を常に検討され、英國國際法年報やハーグの講演集などに機會ある毎に、その研究の成果を發表されている。本書の第一版は、一九二八年に出版され、一九三六年、一九四二年と版を改め、一九四九年に四版が出版された。定評ある本書は、次の九項目から構成されている。その内容は、(I) 國際法の起源、に始まり(II) 現代(國際法)體系の性格、(III) 國際社會の法的構成、(IV) 國家、(V) 國家の領域、(VI) 國家の裁判權、(VII) 條約、(VIII) 國際紛争と國際秩序の保持、(IX) 國際法と強制手段、に終つている。此の形式と項目とは一九三六年の二版と全く同一であるが、その細

目においては、國際連合を始め、第二次世界大戰の結果、種々の國際法上の諸問題の發生に伴つて改訂したのは、云うまでもないが、二版に比して増補が約三十頁に亙り、しかもその半ば以上を、國際法の起源と性格とに充當した事は、ブライアリ教授の研究を大いに物語るものと云うべきであらう。

ブライアリ教授は、此の書において、その基礎的な諸問題を二つの面から取扱つてゐる。國際法の起源の項は、§(1) 現代國家の誕生、§(2) 主權の原則、§(3) 自然法原理の影響、§(4) 國際法における古典的著作、の四節を含み、現代(國際法)體系の性格の項は、§(1) 國際社會、§(2) 近代主權國家、§(3) 現代國際法における義務づけの基礎、§(4) 現代國際法の法源、§(5) 國際法の法的性格、§(6) 國際法體系の缺陷、§(7) 英國裁判所における國際法の適用、の七節を含んでゐる。此の各節の關係から理解されるようにブライアリ教授は、一面においては國家制度と國際法の關係を歴史的に跡づけて、國際社會の確立を企圖する事であり、他面においては所謂國際法學の發展に關して、自然法と實定法の對峙の中に、國際法が如何に育くまれて來たか、と云ふ點を指摘して國際法の妥當根據へ持ち込み、兩者を綜合して國際法の法的性格を明らかにし、併せて國際法と國內法(英國法)の關係を論じて、國際法の基礎付けを試みたものと理解される。以下その内容を殊に國際法の基礎理論に相當する問題について、紹介の筆を進める事とする。

二

「國際法とは、文明諸國家の相互の關係において、文明諸國家を拘束する行爲の規則及び原則の總體である。ブライアリ教授は、國際法をかく定義する。諸國家が相互に關係する様相が、ヨーロッパの國家制度においてどのように現われて來たであらうか。又我々が國際法と云ふ場合には、現代國際法を意味してゐるのであるが、現代國際法の特殊な性格は、近代ヨーロッパ國家制度によつて決定されるのであるから、その背景を知つて置く必要がある。教授は、そこで中世の國家から宗教改革を経た近代國家との區別を、その政治制度に求めている。先づ中世の國家を一面において封建制 *feudalism* と土地領有とその人的關係における領土的君主制 *territorial monarchy* とが、國民國家に對する障害であつた點を強調し(四頁)、他面において教會と政治體制の關係を取扱つてゐる。即ち近代國家に至る経路には、キリスト教國の統一の打破のための宗教改革 *Reformation* が、一つの大きな契機をなした事を述べてゐる。教會は國家の主體の服従を要求し、容認し、その諸要求は常に純粹な精神的分野に對するものであるとは限らなかつた。教會の權力の強大さと國家の絶對性との鬭争は、教會に對する國家の謀反を三十年戰爭によつて解決し、その結果としてウェストファリアの講和が、新しい政治秩序の承認となつて現われた。かかる發展が國家の完全な分離 *separateness* と無責任 *irresponsibility* に導かんとした時、通商と冒險に對する不信がアメリカの發見やインドの新航路の發見に育くまれ、共通の知的背景、同情、戰爭に對する反抗が、夫ルネサンス、宗教家、宗教戰爭によつて起つた。是に法の最高性によつて相互を拘束した事を宣言し、中世的世界國家を放棄して、

國民國家以外により廣大な無統一的的存在を認める事が必要となつた。かくて國際法の誕生は、此の事實の承認にあつた(七頁)。と論じている。

國際法は、かくヨーロッパの國家制度に影響されながら誕生したのであるが、宗教改革から發達した國家の性質殊に主權の原則 *the doctrine of sovereignty* が國際法の研究に必要なものとしていゝる。ボーダンによつて唱えられた主權の理論は、所謂絕對永久の權力として主權を承認する事であつて、最高の權力 *summa potestas* を缺く國家は舵のない船の如しとたとえてゐる。だが、ボーダンは主權者は、神法、自然法或は理性の法更にすべての諸國家に共通な法及び彼が *leges imperii* と呼ぶ一定の法には拘束される事を承認するのであり(九頁)、云わば、主權を最高の權力における一つのものであつて、他の權力主體との關係で最高乃至絕對と述べた譯である。更に又、ボーダンは主權を以て立法者への變成を試みた事にあるので、その主權は國內政治的秩序の基礎原則として意味を有するのであつて、國際法學徒に對しては特別な問題を提示したものである(一〇頁—一一頁)。勿論ボーダンの主權理論は、所謂對内主權についてのみ論究したのではない。だが、その對外的な意味では、單に封建制と教會の支配からの離脱のためのものであつた。

之に比してホッブスの主權理論は、我々が主權絕對の原則と呼んでゐるものであるが、主權が秩序の基本原則として提示され、主權は全體主義的政治支配者の力としてであり、それ自體以外のものによつても制限され得ない絕對にして無限であるべきものとする(一二頁—一三頁)。法律的な權利の代りに力 *might* を主權と同一視する

結果は、法律學の範圍から逸脱して政治學の範圍に入る事である。此等二つの意味で同時に主權となる事は出来ない。之を立憲國家について考へれば、ボーダンの意味での主權は認められるが、ホッブスの意味での主權は認められないとする(一四頁—一五頁)。所謂人民主權の理論が登場して特殊な人或は團體に絕對的權力を位置させる事は放棄されたようなものの、十九世紀の國民感情の緊張や獨占は、又又政治的事實の反影としての主權を表現してしまつた(一六頁)。若し主權が絕對的權力を意味するものならば、諸國がその意味での主權を有するものならば、同時に法に従い得ないものであり、その前提が正しいものであるならば、國際法は唯幻想 *delusion* であると云う結論で甘んじよう、と結んでゐる(一六頁)。

三

國際社會は多數の國家を前提として成立する。ボーダンやホッブスの信じた國際的無政府における國家主權の絕對は、諸國家相互の關係に殆ど考慮を拂わない政治理論家によつて、發達させられたやうなものである。國際法は同格 *co-ordination* の法であつて、從屬 *subordination* の法ではないと云う理論によつて、主權の自己制限の理論の變形で救済しようとする。しかもオッペンハイムさえ彼は絕對主權の信奉者ではないのに、我々に國際法は數國家の上に *above* 在るのではなく、數國家の間の *between* 法として常に關係づけられると教えてゐる。オッペンハイムが、諸國家は國際法の主體であると認める如く、若し諸國家が國際法の主體であるならば、法は確かに彼等の上に存在しななければならないし、彼等は法に

從屬せねばならぬ(四七頁)。我々の奉仕者たる者がその奉仕者の制限に對して奉仕者の結果と無關係に、現實の存在として處理され且つ發展せしめられた場合、ある偉大なアメリカの裁判官が我々に警告しているように、我々の奉仕者と云うよりは、寧ろ我々の暴君になる事を引用して主權の妖魔的問題を、不幸にして、國際法學徒は除去出来ない(四七頁—四八頁)。として主權については、我々の概念で處理すべきものであるとしている。とは云え、國家法に對比して國際法は權力を有する國家を法に服従せしめようとするものであるから、その有效的な處理には困難なことが伴うとしている。國際法學徒の實務的な目的にとつて、主權は形而上學的概念でも又國家の地位の本質的部分でもないと論ずる。それ故國際法上では、國家自身のためその近隣を顧みずに行動するのが主權國家であると云うならば、かかる主權の態度は制限されなければならぬ。此の意味では單に對外的に他の國家との關係で、諸國家自身のために慣行的に在る廣範な要求と特殊なものとの集積を稱する用語にすぎない。云わば主權を以て固有な國家の本質であるとし國際關係の事實が支持されないとは誤つた原理である。ブライアリ教授は、主權の原則と現代主權國家をかく論じた後、國際社會の構成に論を進めている。

法は社會においてのみ存立する。社會における構成員相互の關係を規整する法の體系なくして社會は存立し得ない。ホッブスの鬪争状態から、國家間の物質文化の交流の増大に伴つて、十六世紀以來國際法團體の體系的な擴大が齎らされたが、排他的國家主義の存在や法は最高者の意思に基づく命令であると云う概念に出逢い、今日においても國際社會への發展は易易たるものではない(四四頁—

四五頁)。國際社會の構成が、現在も歴史的にも困難さがある事に變りはないが、之についてブライアリ教授は、人間の事象がもつと賢明に處理されていたならば、諸國家の相互依存 *interdependence* と共同の社會に對する分配された責任 *shared responsibility* の意識と感情が伴つて、必要な力を背景とする均衡ある法體系が保持されるのである。世界社會は人間の努力なくして齎らし得ないものである事を體得すると共に、國際社會には一つの制度が緊急に必要である事を認めてからは、一世代しかすぎないのだが。として國際社會における秩序の必要を印象づけている。

國家と國際法の關係を考察する場合と同様自然法と國際法を考察する場合にも中世的基礎付けが必要である。

ブライアリ教授はそこで、萬民法と自然法の關係についてローマの法制度を一瞥した後、中世の自然法學の考え方を分析する。例えば、トーマス・アキナスは、自然法を人間理性によつて發見された神の法の一部であるとす。かく自然法と神の法とを同一視する事は、當然に人間の規則 *human ordinance* の單なる實定法の權威より以上に最高の權威を與える事である。又、或者は自然法と抵觸する實定法の拘束力 *binding force* を否定した(一八頁—一九頁)。更にかかる概念と主權との關係、ローマ法が國際法に及ぼした點を述べ、自然法の中世的概念に對する批判的立場、即ちその批判が二つの面から現われている事を指摘する。一つは、中世的自然法概念が普遍的合理性に關して誇張された嫌があり、現實性から離れて餘りに理念的傾向にある事。他は、實定法と自然法とが抵觸する場合、自然法の實定法に對する優越を認めた事である。前者に對しては何

が正なるものかを問う場合、それは現在とその場所で判断されるから自然法の内容は可變的 with a variable content で此の點から理性と現實を接近せしめるべしとする批判と、後者に對しては實定法によつて保持された法の支配を理性による自然法が無効とし得るならば、立法の機能や社會における法の規整的力の妥當な機能を如何に説明するかと云つた點である。此等の批判を一應正當と認めるブライアリ教授は、更に自然法或は何か他の名稱に基づく原理と云つたようなものは、立法の方法につき本質的に設定された原則であるが、それはその全てではない。新しい法が承認される以前に公布された法以外の原則に訴える事によつて、すべての事情を考慮して合理的な解決を計る場合、理性へ訴えられる。だがそれは單に自然法に訴える事ではないと論じている。

かくて、自然法の最大の機能は、サー・ヘンリー・メーンは述べている、現代國際法にその誕生を與えて解任された、と。此の發展は國際法にとつて不幸な影響を與えた(二五頁)。とは云え、國際法の體系的な形式をその初期において與えた諸著者の貢獻を跡づける事が必要である。ブライアリ教授は、そこで國際法を神學の一部として扱つたヴィクトリア、倫理學や神學から國際法を最初に法學の一部として扱つたゲンチリを始めとして、グロティウスの自然法と國際法の考え方について「戰爭と平和の法」を解説し、又、實際上諸國の先例を基礎に置き實定法學派の先驅者と呼ばれるゾーチ、逆に自然法學派の先驅者と呼ばれるブーフンドルフの體系を略述し、實定法學派の有力な後繼者であるバインカースフックについて論じた後、ヴァッテルの國際法論を殊に necessary law (必要法)

と voluntary law (任意法) とから構成する點を把えて國際法學の發展を回顧する。かく初期の國際法學に見られる如く、國際法を法學として構成する場合、中世からの影響によつて、自然法の概念が結合していたためか、國際法の確立された諸原則の或るものは自然法學派によつて齎されたものがある。國際法における義務づけの基礎はかかる問題の検討に結びつけられる。

自存、獨立、平等、名譽及び交通の諸々の國家の國際法上の基本權 fundamental rights の原理は、自然状態に基づく自然權 natural rights に由來し、國家平等の原理と同様に確立した自然的秩序の一部の如く定置されたものである。自然法的な見方よりすれば、かかる點に國際法の義務づけの基礎を設定するのである(五一頁—五二頁)。之に反し實定法主義の原理 doctrine of positivism は國家が義務づけられる事に對して合意された connected 規則の總體を國際法とするのであるから、國際法義務づけの基礎は此の合意に在る。合意には明示的なものと默示的なものがある。問題は第一に此の默示的の合意による拘束と云う事である。國際慣習法が法として效力があると云われるのは、合意された故でなく拘束されると信ぜられるが故に行われるのであるとして、默示的の合意の理論は理論家によつて提示された一つの擬制 fiction である。第二に P、S、S、の法則が合意に基礎づけられるのは、その範圍において云われるだけで、合意が廢棄されればその合意によつて作られた義務は終るべき筈である。多くの實定法學者は之に反對する。實定法學派の理論は自から先天的なもの演繹に由來したのではなく、國際法體系の諸規則が國家の實行によつて確かめられたものであるとする。しかも實

定法論者は自己の説く所が眞實であるとはせず、恰も法の本質の説明に走っている。國際法の妥當性 *validity* が何か特殊な問題を起しているとの觀念は、主權の原則が國際法理論に導入された混亂 *confusion* に由來するものである。自然狀態 *state of nature* と政治的國家 *political state* は對蹠的なもので兩者の共存は説明する事は出来ない。國家はしばしば人格化される。しかも人格者 *persons* ではなく一つの制度である。かかる制度は政治的眞空 *political vacuum* において存在しないが、相互の繼續的政治關係において存在し來つたものであり、法への服従は不完全とは云え、それが行われる限りそれは事實なのである(五六頁)。ブライアリ教授は、是で國際法の義務づけの基礎を四版において大要次の如く結んでいる。即ち、國際法がその主體を何故に拘束しているのかを説明する特別な義務の下に國際法學徒が立たされるのではない。すべて法の本質が命令であり命令し得る人の意思が受ける人の意思より優る事を必要とするならば、特別な説明を國際法學徒に要求される。又どの様な種類の法が何故に拘束するかの説明が求められれば、再び中世或はギリシヤ、ローマの自然法に關して述べたと同様な假定を避けざるを得ない。だが要は、すべての法の拘束力の統一的説明は、個人であれ國家であれ生き行く世界において秩序を信じ、無秩序を排する事が支配的原理であるからである。

四

かく論を進めたブライアリ教授は、國際法の法源と題して條約、慣習、法の一般原則、裁判先例、著述、及び現代國際法體系におけ

る理性 *reason* の地位を述べた後、二版における國際法における缺點 *shortcoming* を國際法の法的性格と國際法における何らかの缺陷 *defects* とに分けて考察した。

國際法の法的性格において先ず國際法が法であるか倫理であるかを問題とし、法としてよりも倫理學の一派と分類すべきであるとしばしば云われるが、それは一面において法の定義に關する問題に由來するとしてゐる。我々が諸國家に行われる通常の慣行について國家の行爲の正當性を判断する道德的な審査と道德から獨立していると感じられるようなものとを區別するべきであり、兩者共道德であると云うのは混同であり且つ術學的であるとし、云わば理論家の術學であつて實務家のものではない(六九頁—七〇頁)。一國家の行爲が國際紛争へ齎された場合、關係當事國はその紛争の歸結點を單に一國家の私的判斷に基いて權利を要求する事によつて防禦されるのではない。それが道德に關係づけられるならば、それは防禦の意味を持つが、その場合でも國際法上の如何なる規則をも侵犯しなかつた事を立證しなければならぬ。かく國際道德と法とが區別され、少くとも何か重要な關係で少くとも確かに法に類似するものであれば、法的性格を與えるのにためらふ事はない。勿論ホップスやオーステンとその後繼者の法の概念を政治的最高の者の意思とする立場からは反對がある。だが此の反對は英國普通法を法でないとするのか。そこでサー・フレデリック・ポロックが云つてゐるように「法の存在に對する本質的條件が、政治共同體の存在とその資格 *capacity* において構成員を拘束している固定した規則がその構成員によつて承認されている事である。」かかる要件であれば國際法は

全體として此等の諸條件を充足するよう思われる(七一頁—七二頁)。としてゐる。

ブライアリ教授は、かく國際法の法的性格を素描した後、國際法が法として呼ばれるか或は他の用語で呼ばれるかを論究するよりも、國際法體系の本質を理解する事がより重要な事であるとして國際法の缺陷を論じている。國際法を慣習法の體系として構成しながら、之に對する侵犯がしばしば存在すると言ふのは誤謬である。法の侵犯は慣習の體系においては寧ろ稀なものであり、僅か二世代の間に協約的或は立法的條約法がその上部構造として創造されたと云う歴史の側面を忘れてはならない。國際法の發展は諸國家に犠牲を要求するためではなく寧ろ諸國家が便宜であるから構成されたのである。國際法を強化する事に對してはよりよき體系を創造して行く事によつて保持されるのであつて、國際法の弱點は制裁よりもつと深い所に在る。法の強ち strength は國家法と國際法を比すれば、前者は法の命令的性格を一般に強制機關によつて非常に強く感ぜしめる。後者はそれが限定されているもの前者においても侵犯を不可能にせしめる程のものではない。

現代國際法體系の重要な缺陷は二つある。立法と法の適用の制度が初歩的なのである點である。殊に國際法の多くの諸規則が不確實であると言ふ事は、權威ある法の宣明する機關 authoritative law-declaring machinery を缺いてゐる事の當然の結果である。

不確實さは事實の可能的結合が無限に種種なものである限り、法から除去され得るものではないから、問題に數學的に一定の解決を規定するのは、すべての法の實質に存在するのではない。此の關係か

ら云えば、國際法と國家法の差異は、degree に關するものであつて kind に關するものではない。そこで確實性を備えた國際法の諸規則を構成する事の困難さは、我々がそれらのものを確立する事に頼らねばならぬと云う證據の當然の結果である(七六頁)。と結んでゐる。

ブライアリ教授は、現代國際法體系の性格の最後の節を、英國裁判所における國際法の適用と題して國際法と英國國內法の關係について論じている。英國では國際法は英國法の一部である事は承認された原則であり、その實務の結果は、合體の原則 doctrine of Incorporation と呼ばれて國際法を外國法として取扱わない。その結果として國際法の規則は裁判所に顯著なる事實 judicial notice として採用される(七七頁)。合體の原則は英國法においてやはり事件を通じて生成されたもので、その適用には一定の要件或は資格 qualification があり、その要件の發展を説明している。此の合體の原則が有益なものである事をデッキンソンの言葉を引用して承認している。此の英國法廷における適用は、四版において新に増補された節で、それだけに英國法廷における國際法が如何に取扱われているかを簡單であるが事件を通じて示し、國際法と國內法の關係を種種の理論によつて取扱う我々として異色ある個所であると云えよう。

五

私は本書の基礎理論の概要を述べて紹介にかえた。ブライアリ教授は以下、國際社會の法的構成では國際憲法の創始、國際立法、執行及び行政の權能、國際連盟と國際連合、國際労働機關。國家の項では國際法における國家の一般的觀念、獨立國及び非獨立國、國家

平等の原則、非獨立國の形相、國家存立の開始、國家存在の存續と終了。國家領域の項では、領域權、領域取得の態様、領域に對する權利、領水、領空。國家の裁判權の項では、領水、公船、港、空、内陸水路の裁判權、外國主權者及び外交官の免除、在留外人に對する裁判權、刑事裁判權の制限、公海における裁判權。條約の項では、その成立と廢棄。國際紛争と國際的秩序の保持の項は解決の平和的方法、仲裁及び司法的解決とその制限、周旋、居中調停、和解、連盟規約及び連合憲章に基づく解決。國際法と強制手段の項では干涉、自衛、復仇。を處理し、平時國際法に關する諸問題の殆どすべてを取扱つてゐる。本書は教科書の類ではなく、入門書であり、殊に廣く法學を學ぼうとする學生諸君及び國際關係において法が當む何らかの理想的地位を期待している専門家以外の方を對象として書かれたものと、ブライアリ教授は序文で述べてゐる。だが此の入門書から得られる種種の知識は、歴史に深い考慮を、哲學に深い思索を、そして現代國際關係の姿を如實に體得せしめるに價いするものであろう。勿論その基礎理論は、所謂大陸的に見れば法論理的檢討に不充分なものがあるかも知れないが、英國的な國際法の基礎理論の解明は充分に行われてゐる。かかる理論よりも諸國家の法的關係に理知的な理解を與える事によつて、よりよき國際社會の發展に大きな期待をかけようとするブライアリ教授の意圖は充分に了解されるであらう。

云わば、國際社會の健全な發展に個人と國家の努力を求める建設的な著作の一つとして、その價值は高く評價されるであらう。

(中村 光)

尙本稿執筆後、英國國際法年報(一九四九)が到着した。此の年報において、R. Y. シュニングス氏(R. Y. Jennings)が本書第四版についてその全體としての均衡と明晰さを讃え、國際労働機關の項に僅かの批判を加えて書評を行つてゐる事を附記して置く。

蠟山政道著

『比較政治機構論』

一 先に「日本における近代政治學の發達」なる勞作を著はされた著者は、その序文に於いて、「政治學の再建の根本問題は資料の側ではなくて、むしろ政治學の構造とその重心を決定する方法論にある。」そして「その重心を何處に求めて、その構造的諸要素の配置編成をいかに實行するかにある。恐らく、政治權力の構造と機能との相關々係にその重心が求められるべきことについては多くの異見はあるまいと思う。」と述べられ更に「政治權力の一定の制度化と機構化を前提とする政府論の研究である。それには近代民主主義の最も安定化している米國の如く、政府論を以て國家論や政治學の殆んどすべてを蔽うてしまふわけにはゆくまいが、それにしてもイデオロギ一の相剋と複雑な諸要素の動的把握に苦しみ、諸社會科學乃至人文科學の自由な討議に惱まされる政治權力論の領域に止まつてはならないと思う。」(蠟山氏「日本における近代政治學の發達」序文八頁)と述べられて居り此の問題提起に對する著者自からの一解答として、此の「比較政治機構論」は意圖されたと考へられる。即ち「現代政治學におけるイデ