慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	國際法における取得時効と公海海床の領有 (三・ 完)
Sub Title	Acquisitve prescription in international law and prescriptive acquisition over the sea-bed of the high seas (3)
Author	中村, 洸(Nakamura, Kō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1954
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.27, No.12 (1954. 12) ,p.13- 38
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19541215-0013

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.

國際法における取得時効と公海海床の領有（三・完）

中村　洸

序　説
一　國際法における取得時効の意義と形相
二　國際法における取得時効――その學説的發展……以上前々號
三　國際實行における取得時効
四　取得時効の條件……以上前號
五　取得時効と先占の區別……以下本號
　　――パルマス島仲裁事件と東部グリーンランド事件を比較して――
六　公海海床の領有の法的根據としての時効
結　語

五　取得時効と先占の區別

――パルマス島仲裁事件と東部グリーンランド事件を比較して――

一般に、原始取得の方式として分類されている取得時効と先占の區別は、國際實行において極めて微妙な關係に立つている。理論的には、無主の地（terra nullius）を國家が繼續的に占有する場合には、その國家の權原を先占（originäre Okkupation）となづけ、[86] 取得時効は、領土の繼續的なまた實効的占有を要件とする點において、これと類似するが、取得時効は、所

有の時まで他の國家の領域にあるか、または當事國間に領土の所有が爭われている領域に關する點で區別される。[87] 學說から用意された私法を類推しての無主物先占と取得時効の純理的な分類は、國際事件の多くのものに對する法の適用において、事件のいかなる點に法律効果を賦與するかといつた問題を提供する。時効の先例として既に指摘した若干のものは、時効の法を先占の法に極めて接近せしめた事件を體得せしめているであろう。就中、既に指摘されたパルマス島事件を先占の法によつて決定しているか、また時効の法によつて決定しているか、恐らくは仲裁者フーバ教授さえ明らかに敍べていないことからも推察される所である。[88] 從つて、この事件を後代の學者が、あるいは先占を以て例證し、あるいは時効を以て例證することは決して理由のないことではない。この點に着目した英國の優れた國際法學者ビケットは、このパルマス島事件と、事實において極めて類似した東部グリーンランドの法的地位に關する事件を、前者の仲裁判決と後者の常設國際司法裁判所の判決とを比較して、パルマス島事件は、時効の根據にもとづいてオランダのために決定され、東部グリーンランド事件は、先占の根據にもとづいてデンマークのために決定が行われたと論結している。[89]

ビケットは、パルマス島事件の仲裁裁決を檢討した後、[90] この事件について問題とされた領域は土着民の居住する島である。評價の日にそしてそれ以前一百年以上にも亙つて、オランダによつて占有（又は時効）にもとづいた權原を、オランダの利益のために創り出すために、主權の充分に實効的な行使がある。少くともこのことはスペイン（後に合衆國に讓與された）の、より以前の權原によつて排除されえないものである。それは、いささかも評價の日に島が無主物（res nullius）であつたという問題ではない。單なる發見にもとづいたスペインの權原は、精々一九世紀に、その權原の開始をきそづけるにすぎない。それは實効的占有にもとづいたオランダの權原を排除するに不充分である。仲裁者は、オランダの權原が、先占であるか、また時効であるかどうかを認識する理論上の問題を考えなかつた。もし島は、オランダがそれを占有したときに無主のものであると考えれば、先占であり、反對の場合には時効であるとみなすことができる。……占有が開始された時に、島

は少くともスペインの權原による開始、發見にもとづいた權原のもとにおかれているのは確からしい。もし古い權利が、發見から主權の屬性である行爲を行わしめているならば、そしてこの結末が、なおオランダによる實効的占有をなす時において變化していなかつたならば、スペインの主權のもとにおかれるであろう。仲裁者は、國家的權威の行使にもとづいた權原の開始（いわば主權を創造するに不充分な又は非常に短い期間の）は、發見にもとづいた權原の開始が先占によつて完全にせしめられることなく長い間放置されているならば、前者は後者に優るものと考えた。

この決定が、グリーンランド事件の判決と反對の極限を示している思想界は、現時まで事情によつて必要とされた程度を考慮して實効的占有が存在するのでなければ、いかなる主權も、要求されうるのではないとしている。そして國家は、みずから實効的占有のもとにおいていない領域において、他の國家を排除する權利を要求することはできない、というのが仲裁者の見解なのである。(91)

ビケットにとつて、パルマス島事件は、評價の日にパルマス島は、先占の對象となる無主の地とは考えられることなく、そこにはスペインによる發見によつて未熟の權原が存在していたこと、從つてパルマス島は、スペインによる先占が完成されないままにおかれていた無主ではない地であつた。この點において、不完全ながら他の國家に從屬している領土の取得の手段が、この事件に適用される。從つてそれは、時効の權原によつてである。

之に反して東部グリーンランドの法的地位に關する常設國際司法裁判所の判決は、先占にもとづいていることを明らかにしている。(92) 先占は、國家が領土主權についての根源的な權原を取得する態樣であり、一つの國家がその主權を、それまで無主の地であつた、いわば他のいかなる主權のもとにもおかれていない領域に對して擴大する手段の一つである。先占は、animus と factum というラテン語から示される二つの要素から成立している。animus は、領域に對して主權を擴大する國家の意圖であり、factum は、領域の實體的且つ實効的な占有にもとづく管理、統制の確立と行使とである。實効性の程

度は、問題となつている領域の性質によつて異るものである。[93]

東部グリーンランド事件は、周知のごとく一九三一年七月一〇日、ノルウェー政府が、デンマーク王の主權のもとにある東部グリーンランドのある地域の支配を續ける聲明をなしたことによつて生じたものである。訴訟事件においてデンマークは、ノルウェー政府によつてなされた先占の宣言及びこの關係においてとられたすべての措置は、存在する法律狀態の侵犯を構成し、從つて違法且つ無効なものであると主張し、ノルウェーは、デンマークがエーリック・ラウデス・ランド(Eirik Raudes Land)に對して主權を有しない。ノルウェーは、エーリック・ラウデス・ランドに對して主權を要求する。東部グリーンランドに對する併合の聲明は、(一)併合された地域は、無主の地であり、その結果として先占による取得の可能なものであること。(二)領域の取得を行うことからノルウェーの權利を制限するいかなる條約も、いかなる契約上の義務も存在しないこと。の假定にもとづいている。この兩國の主張から明らかなように、重要な爭點は評價の日において、當該地域が、デンマークの主權のもとにある地であるか、それともノルウェーの主張するように無主の地であるかにある。ビケットは、この事件の事實と判決を檢討[94]した上で次のように述べている。

パルマス島の裁決が、なお我々の心にある間に、私は比較によりまた對照によつて、このいま一つの事件の最も顯著な事實をとりだしてみよう。發見は非常に重要な役割を果すものではない。それが、無主のものであるか、デンマークの領域であるかを知る問題が、一九二三年以來爭われたといつても、評價の日までデンマーク以外の他のいかなる國も領域を要求しなかつた。擇一は、それゆえに無主のものか、デンマークの主權かである。評價の日において、そして少くとも八世紀又は九世紀以來デンマークは、グリーンランドの全體に對してデンマークの主權を確立する意圖(animus)を表明したことは爭いの餘地はない。しかし、それが一〇世紀以來この態度を有したとしても、一九二三年以前には充分な力を伴つたこの意圖を事實上表明したかどうかを知る點について、人は議論があろう。人はまたデンマークが、評價の日に又はいずれかの以

前の時に體素（factum）の條件（いわば充分に實効的な占有を確立したかの）を充足しているかを認める點にも論爭があるであろう。

パルマス島と比較すれば、グリーンランドは大陸的廣さを有する廣大な島（二二〇萬キロ・メートル・カレー）である。その全面積の凡そ六分の五の本土は、常に氷におおわれ、見かけでは、完全に居住しえないものである。之に反して、海岸は多數の點に定住しうるものである。エスキモーの土着民は、海岸に孤立して定住所に生活している。そしてまたそこには、同時にいくらかのデンマークの定住所がある。一五世紀と一八九四年の間に、すべてこれらの定住所は西海岸におかれていた。一八九四年に、東海岸のアングマグサリクには、デンマークの定住所は、一つ存在じたにすぎない。ノルウェーが、併合を要求する地域は、アングマグサリクの北と南にある。ノルウェーは、決してデンマークの定住所に近い地區を併合しようとしたのではなかつた。……ノルウェーの議論は、グリーンランドに對するデンマークの主權が、デンマークの定住所をとりまいた領域に制限されるということである。この事件においても、均しく經過法（droit intertemporel）の問題を含んでいた。デンマークは、その主權を一〇世紀に獲得した。しかしそれは訴訟の基礎に直接關係する所は少ない。基本的な問題は、その場所の特別の事情に關して、グリーンランドの東海岸に對する主權の充分な行使があつたことを決定することにあるであろう。(95)

このような比較と對照を通じて、ビケットは、一方を時効に、他方を先占によつて說明し、兩者の差異を强調することに論考の中心をおいたのであつた。再び原理に還つて時効も先占も原始取得の一態樣とされ、また意圖（animus）と體素（factum）の二つの要素を認容する點においても同樣である。二つの事件の比較から明らかにされたように、時効は、無主の地ではない領域を取得する方法、從つて取得の對象が他の國家の完全な主權のもとにおかれている領域、更にはビケットの見解では、發見を行いながら占有を缺いている部分的又は不完全な權利のもとにおかれている領域を取得する手段であ

る。いいかえれば、昔は明らかに主權者であることを表明した國家が、その所有又は實効的な統制を喪失し、または放棄したのではないが、反對に主權を許容する場合にも同様である。かくしてビケットは、時効による取得に關する紛爭がある場合には、いつでも論爭は次の問題に還元される。いいかえれば、「評價の日に、その領域はAに屬するかBに屬するか」である。先占による取得についての紛爭がある場合には、反對に問題は、「評價の日に、その領域は無主の地であるかAに屬するか」である。このことは、「パルマス島事件における紛爭が、時効にもとづいて支持され、グリーンランド事件では、先占にもとづいて支持されたということを前に私が宣明した理由なのである。」と述べている。(96)

かくして時効と先占の雙方の要素である animus と factum は、兩者において類似性がある。しかしながら、それは全く同一のものではない。先占によつて權原を確立することと比較されたものとしての時効によつて權原を確立するために、要求國は占有のより嚴格な證據と占有のより長い期間の雙方を示さなければならない。というわけは、先占と異なり時効の本質は、他のものの惡意の所持についての、一つの國家の明示的又は默示的承認であるからである。(97) 他方において先占は領土主權の取得の一つの方法にすぎないが、時効はすべての種類の權利を取得する手段である。權利の取得の方法として且つ義務の消滅の方法としての時効は、すべての法體系に存在している。國際法においても、すべての他の法體系におけると同様に重要なものである。勿論それは國内法のそれと同様ではない。時効の問題が提起される場合には、いつでも事件の各形相は、個々の考慮によつて規律されなければならない。(98) この意味において、ビケットは、國際法における時効について現代の最も共通な見解に立脚して、二つの國際判決を比較し對照したと考えられるであろう。

時効と先占と題する項において、敢てビケットの所説を微細に引照したのは、兩者の特徴を最も明白にし、更に時効の對象を領土主權の對象としての領土に限らなかつたからである。定着漁場を含む公海海床の權利の取得について學説が、あるいは先占と呼びあるいは時効を以て説明していること、そしてこの學説の分岐とそれから派生する問題は、その論理的前提

として、時効と先占の區別を豫定しなければならなかつたからに他ならない。從つて、我々は次にこの問題に及ばなければならない。

(86) Verdross, Völkerrecht, 2 Aufl., 1950, S. 183.

(87) a. a. O., SS. 185—186.

(88) 前述、第二七卷一一號七三頁以下參照。

(89) Bokett, W. Eric (Sir), Les questions d'intérêt général ou point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale (Juillet 1932—Juillet 1934). Recueil des Cours. Académie de droit international, 1934, IV. pp. 218—55.

(90) パルマス島事件は、合衆國が、一八九八年一二月一〇日の平和條約によつてスペインから讓與されたフィリッピン群島にパルマス島が含まれたものであるということを主張し、オランダは、その島に對して長く繼續した且つ爭いのない權威を行使して來たことを主張した事件である。仲裁者の判決は、次の三つの點に要約することができる。即ち、(一)スペインから引きつぎ且つそれに基礎をおいた合衆國の要求は、發見の權原、條約による承認の權原及び接續性の權原にもとづいている。發見の權原は、未熟な權原であり、スペインによる島の實効的先占によつて、相當な期間内に完成されたものではなかつた。條約による承認の權原は、適用されなかつた。また領土主權の基礎として理解された接續性の權原は、國際法においていかなる基礎も有しなかつた。(二)提出された證據によれば、オランダの主權の權原は、長い期間に亙つて權威の繼續的及び平穏な顯示によつて相應に確立された。(三)それゆえにパルマス島は、全體としてオランダ領域の一部を形成する。

本件について以下、かような裁決を下されるに至つた事件に對する評價を判決の文からおおむねビケットの方式に從つて引照することとする。

(一)仲裁者は、主權の取得について他日にそれがなされたとしても、領土主權の保持が、評價の日においても全體として存在していなければならないことを指摘し、且つ主權の實効的且つ繼續的行使の必要性について次のように述べている。

現代の國際法のもとにおいて、領土主權の取得の權原は、先占や征服といつたような實効的取得の行爲か、割讓國及び被割讓國又は少くともその一方が割讓された領域を有効に處分しうる資格を有していることを前提とする割讓に、もとづいている。……主權の構成にとつて本質的である要素は、その繼續性を缺いているものであつてはならないことは當然のことのように思われる。このことは非常

に眞實なことであるので、領土主權の繼續的な平穩な顯示が、權原を正當なものとする――異なつた法律的方式と要求された條件に對して若干の差異を以ているとはいえ――ということが、學說においても均しく實行においても認められている。一八世紀の中葉以來、國際法において先占が實効的でなければならないと要求する生成しつつある主張は、もし實効性がただ取得の行爲に對してのみ要求されるのであつて、權利の維持に對しては要求されていないとするならば、それはほとんど考えることのできないものとなつてしまうであろう。實効性が、なかんずく先占（占有）について主張されているとするならば、これは既に確立された事物の秩序がある領域に關しては問題が稀にしか生じないからである。(Scott, op. cit., pp. 92—93.)

(二)仲裁者は、主權の行使の性質について要求されるものは、原因たる領域の性質の異なるに從つて異なるものであるとの考えを明確にしている。

領土主權の表明は、たしかに時と場所との條件に從つて異なつた形式をとつている。原則上、繼續的であるとはいえ、主權は領域のすべての點において、またすべての時期において事實上行使されることはできない。權利の維持と兩立しうる間歇性と非繼續性は、含まれた地域が居住されるものか居住されえないものかにより、また主權が議論の餘地なく顯示された領域のうちに含まれた地域か、また例えば公海から到達しうる地域か、によつて當然に異るものである。(Scott, op. cit., p. 94.)

(三)仲裁者は、スペインによる島の發見とそれを繼承したアメリカの主張について、次のように裁決している。

國際法が、居住されない地域の又は未開人あるいは半文明人によつて居住された地域の發見と取得の權利に關して、中世末期と一九世紀の終りとの間には、意味深い變更を經驗したということは雙方の當事者において認められた。兩當事國は、また法律的事實が、それについての紛爭が發生し又は解決にゆだねられた時に効力ある法に照されるのではなく、それと同時代の法に照して評價されなければならないということにも一致している。スペインによる發見の効果は、それゆえに一六世紀の前半において……有効であつた國際法の規則によつて決定さるべきものである。

もしアメリカの議論にとつて最も好都合な見解が、採擇され、いゝかえればもし我々が、先占をなすについては、標式的なものでさえいかなる占有の行爲もなく、單に島を見たという單なる事實というような發見が、法律上當然に（ipso jure）領土主權を含むことになり、そして相當な期間に現實の且つ永續的な占有をなすことによつて結局補完されるべき jus ad rem としての未熟の權原（inchoate title）にすぎないものではないという規則が、問題の期間における實定法として考えられるとしても、問題は、評價の日においても卽ちパリ條約の締結及び發効の時に、なお主權が存在したかどうかに生ずる。

前後に亙る期間において行き亙つている異なつた法體系は、特定の事件にいずれが適用されるべきであるかといういわゆる inter-

temporal law の問題について、一つの區別が權利の創設と權利の存續との間になされなければならない。權利の創設行爲は、權利の發生する時に有効な法に從うという同一の原則が、權利の存續、他の用語でいえば、その繼續的表示は、法の進化によつて必要とされた條件に從うべきであるということを要求する。地球の大部分が國際法團體の構成員たる國家の主權のもとにおかれ、そして主のない領域は、比較的にわずかとなつたという事實に關係づけられた一九世紀の國際法は、一八世紀の中葉以來既に存在し、またとくに發展した傾向を考慮して、領土主權に對する要求を組成するべき先占は、實効的でなければならない。いわば他の國家及びその國民に對して確かな保證を示さなければならないという原則を設定した。從つて、一國の實効的主權のもとになく、また主のないものでもない、だがそれはたとえかような權原が、かつて領土主權を與えたとしても、現在の法によつてはもはや認められない取得の權原だけの力によつて、一國の排他的勢力範圍に留保されている地域があるということは、實定法のこの規則と兩立しないように見える。これらの理由によつて、いかなるすぐ次の行爲のない發見のみでは、現在の所パルマス島に對する主權を立證するのに充分であることはできない。そしてそこに主權がない限りにおいて、他の者の主權がその地位をとるために一國による主權の適當に云つて放棄の問題は生ずるものではない。

もし他方において、發見は主權の確定的な權原を創設するのではなく、單に未熟な權原を創設するにすぎないとの見解がとられるならば、かような權原は、たしかに對外的な表示なしに存在する。しかしながら、少くとも一九世紀以來行き亙つている見解によれば、發見の未熟な權原は發見されたことを主張する地區の實効的先占によつて相當な期間内に補完されなければならない。この原則は、それにつづく法體系が適用されるべきである（所謂 intertemporal law）ということを決定する規則について既に與えられた理由があるから、この事件にも適用されなければならない。今や最近の時期を除き、スペインによるパルマス島に對する主權のいかなる行使も確實とされたものは存在しない。しかしスペインの權原が、一八九八年において未熟なものとしてなお存在し、そしてパリ條約の第三條にもとづく割讓のうちに含まれたものと考えなければならないと認めたとしても、未熟の權原は、他の國家による權威の繼續的且つ平穏な顯示に優りうるものではない。というのは、かような顯示は、他の國家によつて主張された、先行的な確定的な權原に對してさえ優りうるからである。この點はオランダの證據が調べられ、且つその權威の顯示についての雙方の主張が比較されうる時に考慮されるであろう。(Scott, op. cit., pp. 100—101.)

㈣仲裁者は、接續性の原則にもとづく論議を次のように處理している。

最後に接續性（contiguity）から生ずる權原を考えることが殘されている。國家は、一定の事情のもとに、その海岸に比較的に近接した島は、その地理的な地位によつて彼らに屬するということを主張したとはいえ、領海外におかれた島は、その領域が、その陸地

terra firma（最も近い大陸又は相當な大きさの島）を形造るという單なる事實から、國家に屬すべきであるという効果をもたらす實定國際法の規則の存在を示すことは不可能である。かような國際法の規則を確立する關係において、充分に頻度あるまたそれに充分に明確な先例は存在しないように思われるのみならず、主張された原理は、それ自身その眞の性質上同じ國家の政府でさえ種々の事件においては、その正當さと反對の意見を主張しているほど、不確か且つ爭いのあるものである。島に關して接續性（contiguity）の原則は、他の國家よりもむしろ一つの國にそれを割り當てる問題である場合には、その場所からではなく、當事者間の合意によるか又は必ずしも法にもとづかない決定によってなされうるであろう。しかし特別な國家のために主權の推定を ipso jure に確立する規則としては、この原則は領土主權について及びある地方から他の國家を排除する權利とそこで國家の行爲を顯示する義務との間の必要な關係について云われたものと抵觸することになる。この接續性の原則は、領土主權の問題を決定する法律的な方法として認められうるものではない。というのは、それは全く正確さを缺き、そして適用において恣意的な結果に導きやすいからである。このことは正しく一つの大陸に比較的に接近していないが、異つた部分の間の嚴格な境界決定が、自然的に明白ではない大きな群島の一部を形造っているような問題の島について、とくに眞實である。しかしながら接續性の根柢には、パルマス島（又はミアンガス島）に關してもまた考えられねばならぬ一つの點がある。領土主權の行使においては、時間において間歇性と空間において非連續性といった當然に間隙が存在するということを上に說明した。この現象は、部分的にしか居住されていない又はなお部分的にしか征服されていない植民地の事件においてとくに顯著であろう。國家はかような部分の領土に關して主權の顯示を立證することのできないという事實は、主權が存在しないということを示すものと直ちに解釋されえない。各々の事件は、特別な事情に從つて評價されなければならない。

しかしながら領土主權についての紛爭において、國際仲裁々判の裁決は（たとえば Alpe Craivarola Lafontaine, Pasicrisie internationale に關するイタリーとスイスランドの間の仲裁における裁決 p. 201—209）——個立したものでさえ——たとえかような接續性 continuity が、自然の境界の存在と結合するとしても、領土の接續性に對してよりも主權の顯示の行爲に、より大きな重要性を歸したように思われるのである。（Scott, op. cit., pp. 111—112.）

かくしてアメリカの主張は、その發見に根據をもつにすぎないことになる。もしこの權原が、一五世紀及び一六世紀に主權を組成したとしても、それは實効的先占を伴わなかつたので、いいかえれば一八世紀及び一九世紀に主權に對する權原に賴ることを繼續していたのではない。從つて、オランダの主權の繼續的及び平穩な行使にもとづいた權原を奪い去ることはできない。（Beckett, op. cit., p. 227.）

(91) Beckett, op. cit., pp. 229—230,

(92) Permanent Court of International Justice, Series, A/B. No. 53.
(93) Beckett, op. cit., pp. 218—219.
(94) 本件についても以下、前掲のパルマス島事件の例に準じ、判決に至る事件に對する評價を、判決文から引照することとする。(Beckett, op. cit., pp. 240—247.)

㈠裁判所は、デンマークの主張と主權の行使乃至取得について次のように述べている。

デンマークの要求は、特定の先占の行爲に基礎をおいているのではなく、ただ一九二八年四月四日の常設國際仲裁裁判所のパルマス島事件において用いられた用語を用いて、島に對する國家權威の平穏且つ繼續的な顯示にもとづいた權原を申し立てている。デンマークは、デンマーク＝ノルウェー王が、一八一四年までグリーンランドに對して享有したすべての權利を現在も享有しているという見解に基礎をおいている。それゆえ、これらの權利の存在と範圍はともに、その日以來デンマークの主權の主張と同じとみなされなければならない。(Hudson, World Court Reports, vol. iii, 1932—1935, 1938, p. 170, A/B. No. 53, p. 45.)

法廷に付託された證據を詳細に審理する前に、主權の主張は、割讓條約といつたような何らかの特定の行爲又は權原にもとづくのではなく、單に權威の繼續的な顯示にもとづいているものであるということができよう。それは二つの要素、卽ち主權者として行動する意圖及び意思、そしてかかる權威の何ほどかの現實の行使又は顯示であり、それらが存在していることを證明しなければならない。

特定の領土に對する主權の要求についての決定をなすに際し、すべての裁判所が考慮しなければならない今一つの事情は、主權が他の國家によつてもまた要求されている程度である。國際裁判所に付託された領土主權の要求を含む事件の多くのものにおいて、主權に對して相競う二つの要求があつた場合には、そのいずれがより有力であるかを決定しなければならなかつた。この事件の一つの特殊な形相は、一九三一年まで、グリーンランドに對する主權が、デンマーク以外のいかなる國家によつても要求されなかつたことである。全く一九二一年までいかなる國家も、デンマークの主權の要求を爭わなかつた。

多くの事件において、裁判所は、他の國家がそれにより優る要求をなしえない限り、主權の現實の行使の方法について、非常に僅かなものを以て滿足したということを觀ることなく、領土主權についての事件の決定の記錄を讀むことはできない。このことは、稀薄にしか居住されているにすぎない又は植民されていない地方の地域に對する主權が要求される事件においては、殊に眞實である。(Hudson, op. cit., pp. 170—171, A/B. p. 46.)

㈡裁判所は、一七二一年から一八一四年までの時期に、デンマークが主權を確立するに必要な animus と factum を有し且つ行使したかを次のように評價している。

一七二一年にハンス・エグードが、植民地を設置した後、グリーンランドには主權の表示及び行使が、少くとも部分的には存在した。その結果主權に對して有効な權原を確立するに必要な二つの要素――即ち意圖と現實の行使――は示されていた。しかし問題は、これらの作用がいかなる範圍まで擴大されるかについて生じている。

植民地の設置の時において存在した王の主權の主張は、その意圖を表明するに充分なものであり、それは地方のどのような特定の部分にも制限されたものではなかつた。

全地域に對する主權について有効な權原を賦與するような主權的權利の行使があつたか。植民地の設置は、通商の獨占權の賦與を伴つた。そして間もなく法令が、獨占權を保護し實現するために必要となつた。ヤコブ・セヴェリンが、獨占權の保證人であつた時に發せられた一七四〇年から一七五一年の命令において、通商の禁止は植民地に制限されていた。しかしそれらの命令もまたグリーンランド人の迫害的處遇の禁止を內容としていた。そしてこれは植民地に制限されることなく、グリーンランド全體に作用した。更に通商の禁止は現存の植民地においてのみならず、確立されるであろうすべての將來の植民地にも適用された。法令は主權的權力の行使の最も顯著な形式の一つである。そしてこれらの諸法令の効力は、植民地の範圍に制限されないことが明白である。それゆえ諸法令が公布されたことによつて主權的權利が、植民地の範圍に制限されえないものであるということになる。

ノルウェーは、デンマークがその主權の行使の證據として依據している一八世紀の立法及び行政上の諸文書において、グリーンランドという用語は、地理上の意味において用いられたのではなく、それは單に西海岸の植民地又は植民された地區を意味するにすぎないと主張している。

このことは立證責任が、ノルウェーに歸せられる點である。グリーンランドという用語の地理的意味、いいかえれば慣行上全島を指稱するものとして地圖において用いられている用語は、用語の通常の意味として考えられなければならない。もしある通常のものでない又は例外的意味が、それにあるということが、當事國の一方によつて主張されたならば、それはその當事國にその爭點を確定せしめるものである。裁判所の見解ではノルウェーは、その爭點を確定することに成功しなかつた。これらの立法及び行政上の諸文書の多くのものにおいて、行動が植民地においてとられたにすぎなかつたということを示すだけではノルウェーにとつて充分ではない。その行動の大部分のものは、植民地において生じたもので、その地方の殘りの部分に生じたものではない事象を取扱つていた。これらの記錄の大多數のものは、植民地において生じたものに關係づけられ、また植民地がすべて西岸におかれていたという事實は、それだけで行爲を行つた權威――立法上又は行政上の――が、植民された地域に制限されていたということを主張するに充分な根據ではない。かように制限されない限り、この制限された意味においてグリーンランドという用語を解釋するいかなる根據も生じない。

この期間の諸々の記録に用いられたものとしてのグリーンランドは、東海岸が知られていなかつた時におけるものであるから、東海岸を含まなかつたということが、ノルウェーのためにも論じられた。しかし一七世紀及び一八世紀の地圖を調べれば、グリーンランドの東海岸の一般的形狀は、製圖者に知られていたことを示している。たとえ海岸においてはいかなる上陸の證據が示されなかつたとしても、グリーンランドの東部の水域において捕鯨に從事する船舶は、陸地を望見し、觀察された顯著な形狀に名稱を與えた。正に地理上の用語としてのグリーンランドは、グリーンランドの西岸又は植民された地域を敍べるものとしてしばしば用いられた、ストラートダヴィスという語で示された西岸よりも、東海岸についてもつと用いられたものであつた。

裁判所が到達した結論は、他の國家による主權に對するいかなる要求も缺いていること、植民されない地方が北極のまた接近し難い性質のものであることを考慮して、デンマーク＝ノルウェー王は、一七二一年のハンス・エグードによる植民地の設置以來一八一四年に至る時期まで、主權に對する有効な要求をその國に與えるに充分な程度に、その權威を行使し、グリーンランドに對する王の權利は植民された地區に制限されなかつたのである。

一八一四年のキール條約の日まで、王がグリーンランドに對して有した權利は、ノルウェーの王としての彼によつて享有されていた。グリーンランドは、その條約の第四條において取扱われ、それによつて王が、ノルウェー王國"la Groënlande……non comprise……"をスウェーデン王に割讓したのはノルウェーの所有としてであつた。條約の結果はノルウェーの所有であつたものが、デンマーク王に殘され且つその後デンマークの所有になつたことであつた。この關係を除きキール條約は、グリーンランドに對する王の權利に影響を與え又は擴大せしめたものではなかつた。(Hudson, op. cit., pp. 172—175, A/B. pp. 48—51.)

一八一四年から一九五一年までの期間に、デンマークが、植民されていない地方において主權に對する有効な要求を與えられるに充分なほど、權威を行使したかどうかの問題は殘つている。(Hudson, op. cit., p. 176, A/B. p. 52.) その陳述において、デンマークの辯護士は、主として通商、狩獵、採鑛などのため東海岸における排他的權利を、一八六三年にテイラーに賦與した免許にもとづかしめた。免許の賦與に關係したすべての記錄の結果は、一方において、デンマーク王が東海岸において有効な獨占權を賦與すべき地位にあつたこと、そして彼の主權的權利は彼にそうする權能を與えたものであるという根據にもとづいて賦與されたものであり、他方において、イギリスにおいて免許を取得した者は、彼らの計畫の遂行について獨占權の賦與を基本的なものと考え、また賦與された權利の有効性については、何らの疑いのないものであることを示したことであつた。(Hudson, op. cit., pp. 176—177, A/B. pp. 52—53.)

グリーンランドに對して、一般的に適用されるものとして制定された法令と結びついてとられた上記の諸々の事實、デンマークが他の締約國と競合して一般にはグリーンランドに對して條約の不適用を規定した數多の條約並びに他のいかなる國によつてもグリーンラ

ンドに對する主權のいかなる要求をも缺いていたことを考慮すれば、デンマークは、一八一四年から一九一五年の期間に主權に對する有効な權原を賦與するに充分な程度まで、その地方の植民されていない部分に對しても、この權威を行使したとみられなければならない。(Hudson, op. cit., p. 177, A/B. p. 54.)

(三)裁判所は、一九一五年から一九二一年に至る期間と一九二一年から一九三一年に至る期間におけるデンマークの主權行使の意圖及びそれに必要な現實の行使を次のように評價している。

主權の擴大という表現が、デンマーク側における最も重要な記錄の二、三のものにおいて表明されていることは疑いがない。それだけによつて見るならば、デンマーク政府がこれらの適用において得ようと努めたものは、現存する主權の承認であつて、新らしい主權の取得に對する合意を求めるものではないという政府によつて現在主張されている見解と兩立するのは非常に困難である。法廷が到達した結論は、この事件においてデンマーク政府によつて主張された見解が正當であり、且つ政府が保證しようとした目的は、全グリーンランドが既にデンマークの主權に屬しているものであるとの見解を外國政府に承認せしめ、且つグリーンランドの植民されていない部分に對してもデンマークの行動が及んでいることを是認せしめることであつた。

グリーンランド周邊の海洋における航行に關する一九二一年六月一六日の命令は、海岸全體及び島とデンマーク及び外國の船舶にも及び、この措置の嚴格性は、一九二四年の條約が締結された際にすべての航行を排除し、その接近が條約、命令又は特別な權限によつて權利を與えられている場合を除き規則として存續している。

一九二五年に法令が狩獵及び漁業を規律するために制定された。そして同年グリーンランドは、すべて通商上の活動がデンマークに留保されると宣言した法令により、行政區に分割された。

狩獵及び漁業に關するこの法令及びその地方を行政區に分つ法は顯著なものであり、同時にまた一九二五年のデンマークとイギリス・フランス政府間に交換された文書により、東部グリーンランドにおける最惠國待遇をフランス及びイギリス國民に與える許狀の發行は、主權に對する有効な權原を確立するに必要な要素即ちかような主權を行使すべき意圖及び意思並びに國家活動の表示は充分な程度を示している。

たとえ一九二一年から一九三一年七月一〇日までの時期をそれだけとしてそれ以前の時期と關係なく考えたとしても、法廷が到達した結論は、この時期にデンマークは、自から全グリーンランドに對する主權を有するものと考え、且つ主權についての有効な權原を構成するに充分な程度までその主權的な權利を顯示し且つ行使してきた。以前の時期の諸事實との結びつきにおいて考えられた場合に、事件はデンマークのためにより、確定的な且つより強固のものとされる。

法廷は、デンマークが評價の日において即ち一九三一年七月一〇日に、全グリーンランドに對する主權の有効な權原を所有したという主張をデンマークが確立することに成功したと認める。

これらのものは、デンマーク政府が、今や紛爭となつている領域について政府としての機能を行使していたというすべての事例である。これらのデンマークの行爲の性質は、しばしばノルウェー政府によつてなされた抗議又は態度によつても變更しえないものである。

デンマーク政府によつて主張されたデンマークの狩獵のための航海の活動と、政府の權威と奬勵によつてその地方の地圖を作り、また調査に從事する科學的探檢の增大と結びつけられた諸行爲は、たとえ航海が非公式機關として組織されたものであつても、國家に所屬し、ある時は海軍士官の指揮のもとにおかれた船舶（Godthaab）は、視察の職務のために東岸に行つたものであり、一九三〇年に發せられた規則にもとづいてデンマーク官憲がつづけてきたということで充分である。

この結論は、それ自身ノルウェー政府による一九三一年七月一〇日の先占及びこの關係においてとられたすべての措置が、違法にして且つ無効なものであるということを支持するに充分な理由を構成する。（Hudson, op. cit., pp. 184—186, A/B. pp. 62—64.）

(95) Beckett, op. cit., pp. 232—233.
(96) Ibid., pp. 248—249.
(97) Johnson, op. cit., pp. 348—349.
(98) Beckett, op. cit., pp. 249—250.

六　公海海床の領有の法的根據としての時効

國家の領域を組成する領海外の、從つて公海のもとにある海床が、一國の排他的な占有の對象となるか。問題は、必ずしも新しい課題ではない。公海の海床は、公海の性質をうけることによつて、排他的占有の對象となりえないと考察するか、あるいは公海そのものと海床を區別して排他的占有の對象となると考察するかについて、學說は岐れている。嚴密にいつて前者に屬する學說は、いかなる事情のもとにおいても國際法の基本原理とみてきたものを損減することは、時効によつてさえ疑わしいという結論を導き出している。この見解とは異つて、公海海床は、公海の性質をうけるけれども、それは時効の

根據によつてのみ排他的占有の對象となると考えるのが最も傳統的な見解であるということができる。之に反して公海海床は、公海の性質をうけないものであるから、本來無主の地と考えられ從つて先占の對象となるという見解も現われ、更にこの先占の理論から近時接續性という原理を以て、その排他的占有を主張する立場も現われている。これらの學說は、少くとも若し公海海床の排他的占有が、法的に許容されるとすれば、その取得には法的根據がなければならないとする點において一致している。その法的根據は、少くとも大きく分けて、先占によるものと時効によるものとに大別される譯である。

オッペンハイム・ラウターパハトによれば、「國家は嚴密に地域的な先占（占有）によつて、定着漁業及びその他の目的のために海床の表面に對し主權及び所有權を取得することがきる。但し公海の自由及び浮游魚類の繁殖に關して決して妨げとなることがあつてはならない。[99]」と敎え、ヒギンス・コロンボスは、「例外的に歷史的及び時効の考慮にもとづいて公海の海床の制限された部分は、明白に定められた目的のために個々の國家による占有の對象となり、……このことは他の國家によつても承認されるに至つている。[100]」と述べている。これら二つの見解の眞に岐れる理由は、つまるところ公海のもとにある海床の法的地位をいかに理解するかといつた點にある。先占（占有）を以て說明しようとするフォーシィュ[101]は、その法的地位を次のように分析している。公海の海床とこの海床の底土は、海洋の水と同樣に取り扱わるべきであるか、反對に一國の排他的主權のもとにおかれることを認められるべきであるか、陸地の支配權の問題において表面に對する主權は、原則として地下に對する主權を伴う。というわけは地下は表面の附屬物又は從屬物と考えられるからである。もし海洋にこの規則を擴大するならば、人は當然に海床及び底土は主權をうけ入れないものであるという結論を導き出す。というのは、海に對してと同じように海床とその底土は、いかなる國家も支配權も管轄權も排他的權原によつて行使できないからである。しかし同樣な擴張は、現實には事物の性質とは反對である。海洋の海床及び底土は、陸地の地下の如くその表面から力をうけた附屬物を組成するものではない。陸地について、どこで地表が終り、どこで地下が始まるかを正確に決定することに障害があり、また同時に人

が、それを異なつた實在に屬する累積された二つの主權が當然に存在すると考えなければ、人は逆にそれを全く明らかに異なつた二つの物と考えることができる。海床及び底土と海そのものとは性質も同じように分離されるものであり、各々その法的存在を有するものであり、從つて、海床と底土とは全くその性質からして排他的占有の對象たりうるものである。[102] フォーシィユの見解自身において公海海床と公海そのものとをいかなるカテゴリーに屬せしめるかについて斷定はない。[103] しかしながらこの見解を繼承したと見られるシベールは、領海外の海洋の海床が、先占の手段によつて主權を取得できるのは、それが無主の地 terra nullius であるからとし、波によつて浸されない地域という理由で解決への類推は、完全であると述べている。更にまたフェアドロスは、[104] 先占の項において、先占は領域取得に對する紛爭の解決にその役割を果しただけではなく、また同時に領海外の海床、底土及び極地の取得についても同じであると指摘している。右にあげた若干の權威ある學者の見解の根據には、少くとも海床の法的地位が res nullius であるとの前提がおかれている。しかしながらリントレイが、[105]「取得可能な地域として territorium nullius であるとはいえ、公海は時効の權利が海床における定着漁業に要求される若干の事例を除いて主權を受容しうるものではない。」というに及んで公海海床の法的地位と、その取得の態樣との間にある混亂が生ずる。公海は、いかなる國家も統治關係をおいていない範域という意味ではなく、いかなる國家も統治關係をおくことができない範域である。公海は、國家が國際法によつて領有を禁止された範域であり、すべての國の共同の支配のもとにおかれた、國際社會の res communis である。現代國際法における權利の對象として res nullius のうちに res communis は含まれない。

公海が、無主地に比較された意味での res communis（國際社會の共同領域）であることには疑いがない。この公海の性格が、公海の海床に及ぶか否か、先占說は、[106] 少くとも及ばないことを前提としている。公海の性格が公海の海床に及ぶと見る學說――恐らくリントレイも含めて――は、ほとんど一致して海床の領有は、時効の根據によつて可能であることを敎えて

いる。ヒギンス・コロンボスを再びとりあげるならば、海床に關しては、いかなる國家によつても占有しえないものであり、その法的地位は、その上にある公海の水のそれと同樣であるというよりよい意見が現われている。航行の自由という利益において、それをいかなる者の所有にも屬しないものとして保持する理由は、平等な力を以て海床にも適用される。しかし例外的に、歴史的及び時効上の考慮にもとづいて……占有の對象たりうるものであることが一般的に認められ、他の國家によつても承認されるに至つている。[107] 更にまたヂデルは、[108] 定着漁場の項において、現實に實行された國際法の規則は、公海自由の原則と定着漁場の合理性とを同時に承認していると指摘し、兩者の關係を次のように敍べている。公海自由の原則は原則であり、公海における定着漁場の合法性は例外である。定着漁業は嚴格なある條件のもとで行われるにすぎないのであつて、解釋上疑いのある場合において、合法化しようとすることは許されない。原則法は例外法に優る。この說明は、少くとも海床の表面においても公海の性質が、反映していることを意味している。ヂデルのいう條件は、他國そしてとくに地理的事情から反對を行うことができる國が、明確な執拗な抗議によつて、この慣行に反對しない定着漁場について、公海の部分の實効的且つ長期に亙る慣行ということに歸せられる。從つて、ヂデルの見解もその實質において時効に根據をおくものと考えてよいであろう。

傳統的に學說から用意された領土取得の態樣としての先占を、公海の海床に擴大することには、先占に內在した障害があるといわなければならない。本來公海海床が、無主の土地である地に對して主權を取得する手段——卽ち先占——によつて可能であるならば、世界の諸國は、それが公海のいずこにあろうと競つて先占を行うことができまたできた筈である。公海海床の先占について、學者は公海の自由を妨げてはならないことをあげている。その意味において海床の占有乃至は先占ということは、公海の自由の制約を當然にうけていたということ、少くともそれが無主であるといつても、本來の意味の無主地とは觀念されていなかつたことは明白である。領土取得の態樣としての先占は、旣に前章に指摘したように主權者として

の意思と實効的な現實の占有とが必要である。[109] 公海の海床について主權者としての意思を表明した事例は、後述するように極めて尠い。このことは、公海海床が少くとも公海の性質をうけているとの觀念にもとづいている以外の何物でもない。更に實効的占有の觀念は、無人の地や人口稀薄な領土について、それが極めて僅かなもので充足されていることが正しいとすれば公海の海床については、それ以下の實効性の程度で足りる筈である。それにもかかわらず、先占が公海海床に行われた實例が少いということは、やはり經濟的又は地理的理由の他に、公海には海洋自由の原則が作用し、公海の海床にもそれが及ぶものと觀念されていたからに他ならない。かくして先占を以てその法的根據を明らかにしようとした學者は、實効的占有という本來の意味を奪われた概念から、地理的接續性という概念に轉換しようとしている。[110] たとえばラウターパハトは、隣接海底地域に對する權利の合理的説明は、地理的近接性のうちにこそ求められなくてはならない。それは事態の特殊的現實と國家の安全と國際社會の安全に合致する効用と合理性の法的基礎を提供するものである。[111] といい、ヤングもまた傳統的な時効又は先占とは、獨立のものとして接續性をあげて主張している。しかしこの見解は、現在までのところたかだか實効的占有の一つの考慮される要素と考えられて來たにすぎないのであつて、地理的接近性のみが、領域取得の權原を構成したという事例を發見することは困難である。勿論若干の國際實行において、あるいは極地の取得についてかかる理論が採用されている例がないではない。しかしそれらにおいてさえ接續性は、實効性の一つの考慮さるべき要素乃至は國際法上確立していない原則であつたにすぎない。我々は、ここで再びパルマス島事件を喚び起す必要があろう。[112] この事件以來、接續性の理論が、國際法上重要な轉換を生じなければならない證據は發見できない。公海海床が、無主の地で先占の對象となると考えた理論は、何よりもその取得が合法であり、合法なものを合法なものとする理由づけを敍べたにすぎないといえよう。

かくして先占の理論が、種々の障害に出逢つて異常な方向に轉化した現在、我々は、再び公海海床は、公海の性質をうける限り國際社會の res communis であるとの立場に歸らざるをえない。[113] 時効は既に、ビケットも指摘していたように、種

々な種類の權利を取得する手段である。その意味においてその對象は領土に限定されない。從つて公海の性質をうけた公海の海床も時効によつて權原を取得できる。最も傳統的に海床の領有を根據づける時効の學說は、若干の定着漁場の事例にも現われている。既にヴァッテル[114]によつて指摘されたバーラン及びセイロンの眞珠漁場が、海岸を去ること一二乃至二〇マイルに亙つて、英國がその定着漁場に長い慣行と爭いのない享有にもとづいて排他的主權を確立したのを始め、チュニス灣の、あるいはグランヴィュ灣の夫々の海綿及びかき漁業は、關係國の明示的又は默示的な承認にもとづいている。[115]これら若干の定着漁場に關して排他的主權を行使していることの正當化は、長期に亙る繼續的且つ實効的な占有がなされ、しかもそれについて他國が承認しているということである。公海海床の表面における定着漁業は公海の性質をうけ、それゆえに底土と結合された海底地域のカテゴリーに直ちに含まるべきものではない。むしろ定着漁業は、海床と水域とが結合されたカテゴリーに屬せしむべき性質を有している。從つて時効と承認の原理は、水域そのものとしてもまた主張されているのである。たとえばスペインが、キューバ[116]の海岸から六マイルの沿岸海を要求したことについて、アメリカ國務長官セワードは、一八六三年八月一〇日付便において、三マイル以上の沿岸海に對する要求は、例外的な場合において認められるものであることを承認した後、いかなるものが例外的な場合を形成するかについてその見解を表明している。即ちかかることを要求しまた强要する要求は、當然にもし彼らの注意を喚起ししかも彼らがそれについて承認を與えたことが示され、または他國の注意を喚起しても世界の海洋國によつてその一般的承認を含んでいるほど、それらの國々によつて非常に廣く許容されたことが示されるならば、今や合衆國によつてそのことは、尊重され、また讓步されなければならない。セワードのこの意見、即ち合衆國がスペインの要求を知らされ、しかもそれについての承認を含んでいる場合には、かかる領海外の水域に對する要求も有効であるという考え方は、ヂデルによつても明確にされている。それは單に定着漁場に關するもののみならず、歷史的灣又は歷史的水域と呼ばれるものについても同樣である。歷史的水域の理論は、例外的理論である。その適用は、嚴格に與

えられた物理的條件に結びついている。……歴史的水域の主張の神聖化は、ただ國際的承認からのみ導かれるにすぎない。そしてこれは、一般に宣言をなした長い慣行とその理論が示している歴史的なという用語に含まれている實相の分與なのである。[117]

先占は領域取得の一方的行爲であつて、この概念には本來承認という要素を含まない。時効はそうではない。從つて、ほんらい一國の排他的占有の對象となりえない公海海床を、一國が領有し――それは國際法の原則のもとで不法であるが――しかも利害關係國から相當な期間内に何らの抗議をもうけないならば、その場合にのみ一國の所有物と例外的に認められるというのが、現代國際法のもとにおける學說と實行であるにすぎない。もしこの認定が正しいとするならば、公海下の海床の領有は、唯時効と承認によつてのみ正當化されるにすぎないことになる。領土に對する時効取得と公海海床に對するそれとでは重要な差異がある。ジョンソンが指摘するように、一國が土地である領域に對して時効の要求をする場合には、それは、他の一國の犧牲においてなされるが、公海の水域に對する主權の時効上の要求をする場合には、諸國家の全社會いいかえれば國際社會の犧牲において、その區域に對する權威の行使によつてなされる。その結果は同樣である。……土地である領土の事件において抗議をなし、また要求が確立されることから妨げるために他の措置をとるのは、唯一國のみに開かれている。水域の場合には抗議し、また他の措置をとるのは全國際社會に開かれている。水域に對して、時効の要求を行うために要求される證據の分擔は、それゆえ土地たる領域に對する類似の要求をなすために要求された證據の分擔よりもそれに應じて大きなものである。……承認は、沿岸の利益が影響されず又は主權のかような顯示によつて影響されないような國家を含む必要はない。いかに多くの國が抗議しなければならないか、そしていかに強く公海の區域に對して時効の要求の生成を妨げるために抗議しなければならないか、を說明する一般的規則を定めることはできない。[118] しかし少くとも支配的な原則は――世界の海洋國によつて、その一般的承認がなされなければならないことは明白である。それゆえ時効によつてのみ一般

國際法によつて認められたよりも廣い沿岸海に對して一つの要求をなすことができる――ただ時効によつてのみ――それゆえ他の國家の承認によつて――國際法によつて確立されたものとは異なつた沿岸海を限界づける制度についての要求を確保することができる。そしてまた同樣に時効によつてのみそれゆえに――他の國家の承認によつて――歷史的な灣又は歷史的水域に對して一般的に一つの要求を確保することができる。[119] 更に海床もまた公海の性質をうける限りにおいては、時効によつてのみ一つの要求を確保することができるのである。

かくして海洋の自由という一般的な規則を減損するような諸々の權利は、[120] ただ世界の海洋國によるその一般的承認によつて、當該水域に對する主權の繼續的且つ平穩な顯示が、時効の根據にもとづいてのみ取得されるのである。

(99) Lauterpacht, Oppenheim's International Law, 7th ed., vol. i, p. 575.

(100) Higgins and Colombos, The International Law of the Sea, 2nd ed., 1951, §73, p. 55.

(101) Fauchille, op. cit., Tome I, Part ii, §483[6], p. 17.

(102) なおフォーシィユの見解は、歷史的灣や歷史的水域に關しては、地理的形勢、超記憶的慣行及びかような主張を正常化することを擁護する必要、にもとづくものであることを指摘し、このことは、沿岸國によるこれらの灣に對する主權の要求が、他の國によつて承認されていること及びこの要求について他の國家の抗議のないことを條件として認めている。Fauchille, op. cit., Tome I, Part ii, §516[4], pp. 380—382.

(103) Sibert, M., op. cit., Tome I, pp. 671—672.

(104) Verdross, a. a. O., S. 183 u. S. 185.

(105) Lindley, The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law, 1926, pp. 68—69.

(106) 先占を以て說明する學者には、セシル・ハルスト、ウェストレイク及びH・スミスなどがあげられる。ハルストは、公海の海底の表面にある底土の法律的地位は最初の支配者が、すべての世界に對して善意である權原を確保することのできる res nullius の地位に類似する。人はまた公海の海底の表面も同樣に認めることができるといつている。(Annuaire de l'Institute de Droit International, 1925, p. 160.) 後代の學者がよく引照する Whose is the Bed of the Sea? (British Yearbook of International Law, 1923-

4.）の論文において、ハルストは三マイルを超える定着漁業について領有が認められるのは、三マイルの制限という國際法の規則より以前の先占であつたと推定する以外に明確な論據は存在しない。勿論本文のうちで時効という用語が全く用いられていない譯ではない。（International Law, The Collected Papers of Sir Cecil Hurst, 1950, pp. 51—61.）H・スミスは、ハルストの論文の多くを引用した後、公海の海床が res nullius でありそれゆえ專用の對象となりうるものであるか、又いかなる國家も排他的權利を取得できない res communis であるか、どうかは爭われて來た。しかし、諸々の實行は前者を選ぶことを示しているという。（Smith, H. A., Great Britain and the Law of Nations, vol. ii, 1935, pp. 122—123.）ウェストレイクの見解も、ほぼスミスのそれと同樣である。（Westlake, International Law, vol. i, 2nd ed., 1910, p. 190.）なお海床又は定着漁業について用いられている occupation の用語が、單なる占有の意味に用いられているか、先占の意味に用いられているか、その認定は極めて困難である。

（107）Higgins Colombos, op. cit., p. 55. なお海床に關係づけられている定着漁業について § 126 參照、三マイルの制度の原理の發展に先んじた時期以前から、中斷のない且つ爭いのない所有權を享有したセイロン及びバーランの眞珠漁業について、しばしば超記憶的時代からの慣行という用語が用いられている。そしてこの實行をうらづける英國の政府の見解は、排他的權利が數世紀に亙る實効的占有と他國による默示的承認にもとづいていると云われている。Ibid., § 353.

（108）Gidel, G., Le droit international public de la Mer, Tome I, 1932, pp. 500—501.

（109）前述一五—一六頁參照。

（110）Lauterpacht, H., Sovereignty over Submarines Areas, British Yearbook of International Law, 1950, pp. 376 ff.

（111）Young, The Legal Status of Submarine Areas Beneath the High Seas, American Journal of International Law, 1951, pp. 225 ff.

（112）前述二一—二二頁參照。なおラウターパハトは、所で反對論者は、パルマス島に關するフーバー博士の判決を有力な典據として引用する。しかしそれが判決の正當な解釋だとしても諸國の慣行の中に極立つて表われている理論を處理しえているかどうか疑わしい。又それが判決の意圖であるかどうかも疑わしいのである。更に東部グリーンランドの法律的地位に關する國際司法裁判所の判決も、裁判所が何らかの國家活動によつて占有されたと見なした地域と不可分の一體をなすグリーンランド無人未開地域に對し、主權の行使の効果を擴張した點を重視すべきである。そうでなくては判決を充分に理解することはできないといつているが、この解釋には疑問の餘地があるように思われる。Lauterpacht, op. cit., pp. 423—429.

（113）前述一八頁參照。

(114) ヴアッテルは、多くの學者が引用しているように Qui doutera que les pêcheries de perles des Bahrem & de Ceylan ne puissent légitimement tomber en propriété? (Who can doubt that the pearl fisheries of Bahrem and Ceylon may lawfully become property?) (Vattel, op. cit., vol. I, § 287, p. 247.) と主張しているが、疑う者がない譯ではない。It would seem doubtful whether any such jurisdiction can be validly claimed or exercised, even by prescription. (Pitt Corbett's, Leading Cases on International Law, vol. i, peace, 4th ed., by Bellot, 1922, p. 167.)

(115) 諸々の定着漁業の實行については、Hackworth, op. cit., vol. ii, pp. 673—679; Gidel, op. cit., Tome I, pp. 489—495; Mouton, Continental Shelf, 1952, pp. 138—158; 桑原輝路　公海における定着漁業　商學討究　第五卷第一號五三頁以下

(116) Moore, op. cit., vol. i, p. 710; Johnson, op. cit., p. 350.

(117) Gidel, op. cit., Tome III, p. 651.

(118) Johnson, op. cit., pp. 350—351. ジョンソンは、公海下の海床が、無主の地であるか否か疑問であることを指摘し、先占と時効の夫々について解答を與えている。Johnson, op. cit., pp. 350—351.

(119) Johnson, op. cit., p. 350.

(120) 當面の定着漁業については、海床そのものに關係づける必要があるか、また一般の漁業(浮游魚類のそれ)と區別する理由があるか、更に定着漁業のうちでも棚其他海床表面に施設を設ける場合としからざる場合とで規整の仕方の異るかなどについて考えなければならない。ここでは逐一それらに檢討を加えない。しかしそのいずれにせよ原則論はあくまで公海の海床の法的性格が定着漁業に關する限り res communis であり、水域と關係した海床に對する權利は時効のみによつて取得しうるとの考えを一應繼承するにとどめる。定着漁業及び歴史的水域については前者の實態と後者の地理的形狀をよく檢討した上で、近く稿を更めて再論する。

結　語

かくして國際法において取得時効が認められるか否かに論を發した我々の考察は、國際法における取得時効とは、國家權威の行使が、ある條件のもとで時の經過と利害關係國の承認とによつて權原を賦與される方式をいい、この意味で取得時効の原理は、國際法において存在していると認めなければならない。しかし取得時効の法規そのものが充分に確立されている

という結論に至ることは、なお我々をためらわせる何らかのものがある。しかしながら、時効の原理そのものから事實上の支配を行つて來たものを法律的なものに變えるには、利害關係國の承認と結合した時の經過が必要である。國家の領域を時効取得する國家は、前國家の默示的であるにせよ承認が必要である。まして公海水域に關係した國際法團體の共同領域(Staatengemeinschaftsgebiet)を時効取得する國家は、國際法團體の承認が必要である。

國際法における時効の存在意義は、社會の秩序、平和そして平穩にある。一九四九年の國際連合國際法委員會の法典化の準備記錄のうちに、國際法における取得時効を確立された原理及び司法上並びに仲裁上の實行を充分に檢討することが提案されている。しかもこの提案は、前の國際連盟の委員會が、その存在を否定したことに對してなされている。取得時効を學理上認めるとしても、承認という要素を大きくクローズアップする見解において、それがなお領域の原始取得の方式に分類する限り、そこには何らかの再檢討を要請されるであろう。學者によつて用意された領土取得の態樣に、純粹に適合する國際實行を表明することに困難を示す限り、傳統的に用意された方式は、實行と合致するように解明して行かなければならない。無批判的に私法から借りた取得時効は、國際法には存在しない。

領土取得の態樣としての時効は、そのまま水域と關係した公海の海床に擴大することはできない。それは、他の國に屬する領土といつたような一國の犧牲において行われるのではない。それは、廣く國際社會のすべての構成員に犧牲を強いることになる。從つてすべての構成員が承認する必要があるというほどでないにしても、その利益が關係する國の承認が必要である。オーストラリアが、大陸棚の他に時効を以て主張しているということに、公海水域に關係した海床乃至定着漁場に對する理解において重大な岐路がある。そしてオーストラリアの見解が、もし時効にもとづくのであれば、以上我々が明らかにした所から、明らかなように我が國はこれらの定着漁業に對する排他的管轄權を阻止することができるであろう。それはオーストラリア政府の時効取得の要件としての心素及び體素が、援用された期間のうちには缺けていたとみられうるからで

ある。單なる自國民に對する公海における管轄權の主張は、主權者の權原の顯示に充分なものではないからである。歴史的水域、歴史的灣、更には公海のもとにおける定着漁場、これらのものは、理論上また實行上ヂデルの言葉を借りるまでもなく、例外であつて原則ではない。原則法は例外法を破る。例外的實例を類似によつて例外に含ましめることは、それに應じた多大の證據が必要である。公海海床殊に公海の性質をうける定着漁場の排他的管轄權の例外的主張を、未だ確立されているかどうか疑わしい大陸棚宣言に事寄せて一般化しようとすることは、學理と國際實行に牴觸する。もし今回の事件が國際司法裁判所で處理され、その合意書のうちに時効がフォミュレートされるならば、恐らく國際司法裁判所は、國際法における取得時効の原理の存在を肯定的に解釋するであろう。そして取得時効の事實に對する適用は、單なる時の經過以外に測り知れない事情と影響とが作用し、これらの事情や影響は、政治的及び歴史的性格を有する事實に對する評價に歸せられるであろう。（完）

後記　本稿印刷中東北大學助教授小田滋氏の「大陸棚の法理」と題する優れた論文（國際法外交雜誌五三卷三、四號）が發表された。とくにその㈢において定着漁業に關する世界の諸學者の誤解を指摘しておられる。本稿においてこの勞作を使用することができなかつた。私は取得時効という限られた面からこの問題について一應の解說を試みたにすぎない。