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

Title	公海の自由と定着漁業の法理 (一)
Sub Title	Sedentary fisheries and the freedom of the high seas (1)
Author	中村, 洸(Nakamura, Kō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1955
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.28, No.9 (1955. 9) ,p.29- 48
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550915-0029

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.

公海の自由と定着漁業の法理（一）

中村洸

序　説
一　定着漁業の國際法上の問題點
二　十七世紀の國際法學説における海洋及びその使用の自由の基調
三　ヴァテルの「パーラン及びセイロンの眞珠貝の漁場が、合法的に所有に歸することを疑うものがあるか。」という用句の意味するもの……以上本號
四　公海における定着漁業と公海海床の關連……以下次號
五　定着漁業の實行
六　定着漁業に對する合法的條件と法的權原の問題
七　公海の自由と定着漁業の法理
結　語

序　説

アラフラ海眞珠貝漁業事件に關連して、日本の國際法學者の關心を集め、また國際連合の國際法委員會が、公海の制度に關する討議において問題としている定着漁業の法理は、今や大陸棚理論との關係において國際法上重要な課題として提示されるに至つた。大陸棚への關心が生ずる以前の傳統的な國際法のもとで、公海における定着漁業の問題は、ごく小さな事實

上の實行としてふれられ、決して多くの學者の理論上の興味を喚び起した課題ではなかつた。だがしかし、この小さな、また奇異な事實上の實行は、――理論的關心とか國際的紛議とかを喚び起さなかつただけに――國際法學者たちが、法常識として觀念していた以上の難題を含んでいたことを、彼らに再認識せしめるに至つたといえよう。

公海の自由と定着漁業の法理という論題から知られるように、本稿の焦點は、既に國際慣習法として確立しているといわれている、公海はいかなる國家の主權のもとにも立たず、諸國は公海を自由に使用しうる、という公海ないしはその使用の自由の原則と、公海における定着漁業に對する管轄權の主張とは、いかなる關係に立つかということにある。いうまでもなく現代國際法學の多數說は、公海自由の意味を、國家の主權からの公海の開放、すなわち自由と理解し、そして公海自由のコロラリーとして、諸國の平等にして自由なる公海の使用を導き出している。しかし歷史的に、海洋自由の原則の發展を見るならば、それが航海のためあるいは漁業のために海洋を使用する自由を確かめるために主張され、諸國の支持をうけたのであるとはいえ、海洋の自由から海洋使用の自由が、完全にコロラリーとして導き出されたものではなかつたし、諸國に許容された海洋使用の自由なる態樣は、必ずしもすべての使用を含んだのではなかつたともいえよう。

公海の自由は、その主たる效果として、今や、航行の自由、漁業の自由、海底電線敷設の自由を、國際慣行の支持をえて確立された實定國際法の內容とせしめている。實定國際法の內容となつた海洋使用の自由と公海自由の原則とは原則として對應する。しかし海洋區域を公海と領海と分つ國際法における管轄權の分配の法則が、一般漁業による海洋の使用と必然的に相應するという立前を、慣習法上確立しているとしても、この海洋に對する管轄權の分配法則が、公海における定着漁業に關しても均しく適用されるか否かは、なお疑問として殘る問題なのである。しかも今日において、公海と領海という管轄權の分配法則が、海洋資源の保存・利用と必然的に相應しなければならないかどうかが、一般漁業についてさえ確立されることを望まれる法（*lex ferenda*）として論議されているのである。

從來、公海における定着漁業の問題は、法理の要請に基礎をおいてきたというよりも、むしろただ現に行われてきた事實を根據として、若干の例示された定着漁場に對する排他的管轄權の合法性が、論證されてきたにすぎなかつた。しかも、この論證の仕方においてさえ、われわれは、まつたくあい對立する二つの見解が示されていることを、充分に認識しなければならない。このような公海における定着漁業に對する管轄權の要求の合法性の論證に關して岐れる二つの岐路は、歴史的にいえば、十七世紀から十八世紀における海洋使用の自由の基調との關係で、ヴァテルが、「バーラン及びセイロンの眞珠貝の漁場が、合法的に所有に歸することを疑うものがあるか。」といつた用句の解釋について岐れ、さらに近くは名實共に漁業の自由を確立したといわれるベーリング海あざらし漁業事件（一八九三）において、浮游魚の漁業と定着漁業との間に國際法上異つた取扱いがなさるべきであるという法が確認されたか否かについても岐れることになつた。この公海の自由、とくにその漁業による使用について重要な意味をもつた國際的な事件を契機として、國際法的に定着漁業は、海床に關係づけられるものであるという觀念が、主としてイギリスの學者によつて主張されるに至つた。すなわち公海と領海という管轄權の分配法則は、使用の自由が承認された範圍に限られるもので、定着漁業という海洋乃至は海床の使用は、自由な漁業に含まれるべきでないから、定着漁業に對して隣接國は、占有の事實を示してきた場合に、排他的管轄權の合法性を主張しうるという理論が登場した。この理論は、さらに極端な形式でハースト卿が、定着漁業の問題を海床プロパーの課題として展開し、海床占有の合法性から、公海における定着漁業の合法性を單純に導き出す論證に途を拓くことになつた。しかしながら、この立場に對立する論證は、公海と領海という海洋に對する管轄權分配の法則を、公海における定着漁場に適用して、定着漁場に對する管轄權の要求は、公海自由の原則と抵觸し、また公海における使用の自由を妨げる結果、公海の自由と公海における定着漁場とは同位同格のものとして兩立しない、との理論を前提として主張されている。海洋國際法の世界的權威者といわれるヂデル教授は、かような立場において、公海自由の原則を原則法とし、公海における定着漁場に對する管轄權の要

求が合法とされる事例を例外法として認め、公海における定着漁場の例外的な合法性は、あたかも歴史的水域の事例と同じく、個別的に特定の定着漁場について考慮されるべきで、實定法上定着漁業と一般漁業との間を區別する理論上の根據はないと主張している。

公海における定着漁業の問題は、かつてはほとんど論ずるに足らない些細な事實であつたかも知れない。しかし今日わが國が、當面した公海の自由と定着漁業の課題について、すでに右のような歴史的な、また理論的な認識上の差異があつたことを無視することはできない。このことは、公海自由の原則と定着漁業の關係において、何が國際慣習法として確立しているかの認定に關係することである。しかも何が國際慣習法として確立しているか、その實體の認定が明かになされない限り、國際法上の問題は、しばしば理論によつて補充された確立されることを望まれる法と結びつき、法政策的な解決が與えられることを念頭においておかなければならない。從つて、われわれは、公海における定着漁業に對する排他的管轄權の要求と公海の自由並びに公海使用の自由の原則との關係について、まつたく學說上對立している二つの志向點を、傳統的な國際法理論の枠内で明示してみたいと思う。

一　定着漁業の國際法上の問題點

海洋國際法の歴史的發展をあとづけたイギリスのフルトンが、その不朽の名著といわれる「海洋の主權」において、意味深い言葉で、定着漁業を次のように說明している。「原則として淺い水域に、そして常に海岸に近い處で見出される牡蠣、眞珠貝及び珊瑚のような海床に關係をもつ定着動物（sedentary animals）の漁業は、浮游魚（floating fish）の漁業と異なつた根據にあるものと常に考えられてきたので別の種類の漁業である。定着漁業は、範圍が一般に限定されており、また明かにとりつくされ（exhausted）又は破壞され（destroyed）易いものであるために非常に價値のあるものである。更に定着漁業

は、海そのものよりも海底（soil）又は海床（bed of the sea）に屬するものと考えられてきた。このことは、國内法において認められていたし、國際法もまた、ある場合において、定着漁業が、通常の領域的限界を超え、海底土にそつて擴大される時にも、このような漁業に對する要求を認めている」[1]と。フルトンの、この含蓄多い記述は、漁業規整にとつての三マイルの不相應性（The Inadequacy of the Three-Mile Limit for Fishery Regulations）という見解のもとで見出されるにしても、國際法において傳統的に問題とされてきた定着漁業が、何がしかの意味において一般の漁業から別の種類の漁業として觀念されてきたというのは、理論上誤謬があるか否かを一應別として、フルトンのいうところでは事實らしいのである。

現代の國際法學者の多くは、定着漁業の名によつて意味されているものを、ヂデルの海洋國際法、第一卷、第七編、第一章、定着漁場（Les pêcheries sédentaires）の定義に借りている。ヂデルの定義するところによれば、「定着漁場という用語のもとで、人は二種の漁場を示すことができる。すなわち海床に固着している產物の採取を認められた漁場であるか、又は浮游魚であるけれども、その採取のために海底に設けられた杭といつたような固定した設備を利用する漁場かである。[2]」と述べて、漁獲される產物の理由によるか、又は利用される器具の理由によるか、そのいずれかによつて定着的なものとして特徵づけられた漁場を指稱することに、定着漁場の名を用いている。このヂデルの定義は、國際連合の國際法委員會が、公海制度の審議の出發點としたフランソワ報告書[3]に、そのまま踏襲され――その定着漁業の定義そのものについてさえ多くの批判が行われているけれども――、從來傳統的に國際法學において定着漁業の名で呼ばれ、アラフラ海眞珠貝漁業事件において現實の問題となつているのは、施設による浮游魚の採取の定着漁業ではなく、もつぱら定着動物を採取する定着漁業である。[4]いうまでもなく、施設によつて浮游魚を採取する漁業も、漁業の行われる空間的範域、とくに施設のおかれている海洋乃至海底の場から定着漁業という名稱が與えられるにしても、定着動物の採取を指稱している定着漁業とは、事實においても法においても異なつた基調のもとに考察されるべきであろう。

われわれが、本稿において論じようとする定着漁業は、もつぱら傳統的に問題とされ、またフルトンの説明に示されている定着動物（Sedentary animals）の採取という定着漁業である。定着漁業が、國際法において問題となるのは、今日では定着漁場が、領水の範圍を超え、公海に位置している場合においてである。定着動物の採取という漁獵活動が、隣接國によつてその領水内で行われている限り、國際法において特別な問題を生じない。というわけは、領水内の定着漁場に對して隣接國のとる措置は、領海（及び内水）制度の一般法則に從つて、領水を管轄する國家の正當にして且つ單純なる權利の行使にすぎないとされているからである。[5] 從つて、國際法上の論爭は、國際法委員會も明かにしているように、定着漁業の行われる場所すなわち定着漁場が、領水の限界を超えて存在している問題のうちに含まれている。さらに公海における定着漁業の論議の究極の點ともいうべき問題は、浮游魚を對象とする漁業と定着漁業との間に、異なつた國際的處遇が與えられるべきであるという規範が、國際慣習法として確立されているか否かということである。それゆえに、公海における定着漁業の問題は、昨今國際法の話題とされている大陸棚や海洋資源の保存などの問題ときりはなしても、なおかつ論じられうる課題なのである。[6]

ヂデルは、かつてこの課題を設問の形式で、次のように表現している。すなわち「一國が、浮游魚の漁業について、その海岸に隣接する公海の水域において、一方的措置によつて外國の漁船又は外國人の漁夫を規制し、また禁止する權利をもたないとすれば、右の範域における定着漁業の場合に、この權利は認められるべきか」[7]と。實定國際法の規則に從えば、利害關係國が別段の合意をしない限り、領海を超えて漁業の獨占あるいは保護のための管轄權の對外的行使を、沿岸國に許容する法は、一般的にいえば確立されていないとみるべきであろう。この實定國際法の規則が、單に漁業ということによつて公海における定着漁業にも均しく適用されるとみるならば、ヂデルの設問は、一般的にいえば否定的に解答することができる。反對にこの規則は、公海における浮游魚を對象とする漁業について妥當し、定着漁業は、國際法上、別の種類の漁業と

して特別な地位が認められているとするならば、ヂデルの設問は、一般的にいえば肯定的に解答することができよう。たしかに定着漁場の多くのものは、國際法の原則のもとで——歴史的灣といつた制度を導入しなければ——公海とされる部分に存在しているし、しかもその若干の事例では、隣接國が一方的に外國の漁船又は外國人の漁夫に、その領水外で管轄權を行使したし、また行使しているのである。學者が定着漁業の法理を論ずる場合において、彼がいかなる見解をとるにせよ、理論は、すべて事實行われている實行から出發し、定着漁業の法理の志向點を、公海の自由ないし公海使用の自由の原則と公海における定着漁業に對する管轄權の合法性との調整においてきたのである。

(1) Fulton, T. W., The Sovereignty of the Sea, 1911, pp. 696—697.

(2) Gidel, G., Le Droit International Public de la Mer, Tome I, 1932, p. 488: Sous ce nom on peut désigner deux sortes de pêcheries: ou bien celles qui comportent la cueillette d'espèces fixées au sol ou aux accidents du relief marin; ou bien celles qui ont pour but la capture d'espèces mobiles mais qui, pour cette capture, utilisent des installations fixes telles que des pieux plantés dans le fond de la mer.

(3) United Nations General Assembly, International Law Commission, Second Session, General A/CN. 4/17, Report on the High Seas by J. P. A. François, p. 31. (外務省國際協力局第一課、國際法委員會〔第一會期・第二會期〕議事錄よりの引照)

(4) Moulton, M. W., The Continental Shelf, 1952, p. 138.

(5) Gidel, op. cit., Tome I, p. 489.

(6) United Nations General Assembly, International Law Commission, Third Session, A/CN. 4/42, Second Report on the High Seas by J. P. A. François, p. 62. (外務省國際協力局第一課、國際法委員會〔第三會期〕議事錄關係文書〔英文〕よりの引照) 第二報告書において、公海における定着漁業の問題を、大陸棚及び海洋資源の制度の雙方から次のような形式で表現している。(一)國家は、一方的に定着漁業を規制しうるか。(二)國家は、自國民のために定着漁業を留保しうるか。この設問に對して報告書は、大陸棚制度を定着漁業に適用した場合に、定着漁業は、大陸棚の海床の使用にあるから、(一)(二)共に肯定の解答を、また隣接國は、海洋資源について保護立法を行う優越的地位を認めるべきであるとの制度が、定着漁業に適用される場合に、(一)は肯定、(二)は否定の解答を示している。

(7) Gidel, op. cit., Tome I, p. 489: Le problème est le suivant: si un Etat n'a pas le droit d'interdire, voire même de réglementer par des mesures unilatérales, la pêche ou la chasse des étrangers dans les espaces maritimes de haute mer avoisinant ses côtes, lorsqu'il s'agit d'espèces marines mobiles, ce droit doit-il lui être reconnu dans le cas de pêcheries sédentaires dans ces mêmes espaces?

二　十七世紀の國際法學說における海洋及びその使用の自由の基調

海洋は、いかなる國家の專屬的支配のもとに立つことなく、原則として各國の自由なる使用に開放されるべきであるという海洋自由の思想が、國際法のうちに法原則として受容されたのは、十七世紀初頭の海洋論爭と諸國の實行の結果であるといえよう。今日一般的にいえば、公海自由の原則は、公海が諸國の獨占的管轄權の外にある空間であつて、公海においては各國家は原則として平等であり、各國家の船舶は、公海を自由に航行し、使用し、收益することができる、ということを意味している。それゆえに、公海自由の原則が、公海という空間におけるすべての使用の自由を伴つて國際慣習法として成立しているならば、理論的に公海における定着漁業をとくにとりあげて論ずる必要はないであろう。(1) しかし國際法委員會の公海制度の覺書にも示されているように——法典化の職務のために多少强調しすぎている傾向がないとはいえないが——、公海の自由という語は、實際には純粹に消極的な、また陳腐な概念であつて、對句として用いられる場合を除いて積極的な概念は意味をもたなかつた、とまでいわれているのである。(2) 海洋の自由を確立しようとする十六・七世紀の學說は、海洋の使用の面から見れば、たしかに海洋のすべての使用の自由を確立したものではなかつた。そして、この十六・七世紀の海洋使用の自由の基調が、今日公海における定着漁業の問題に一つの課題を投げかけているのである。この意味において、われわれは、まず十七世紀の海洋とくにその使用の自由の基調を考察する必要があろう。

海洋の自由という原則を、國際法において確立しようとする十六世紀から十七世紀の時代に、登場した海洋論爭の二人の

主役が、グロチウスとセルデンであつたことはいうまでもない。グロチウスは、有名な自由海論においてまたその後の戰爭と平和の法において、海洋使用の自由として航行の自由と漁業の自由をあげ、漁業の自由について、次のように論じている。「海洋は廣大であり、何人が使用しても他人に害を及ぼすことはないし、すべての人の用水、漁業、航行の使用に供されている。[3] 海洋は、……自然法によつてすべての人類に共通なものである。航行に關して適用されると同じ原則が、漁業に對しても適用される。漁業は、すべての者に對して自由であり、開放されている。航行の點から見ても、漁業の點から見ても、海洋は、すべての人の使用に適するものである。[4] 漁業にあつては、魚がとりつくされうるということが主張できるので、漁業を禁止することができるとしても、海洋は、使用することによつてもちいつくすことはできない。[5] さらにまた、たとえ人が、他の人々に漁業することを禁止したとしても、その法外な强慾に對する非難から免れることはできない。[6]」と。グロチウスの所說は、いうまでもなく、ポルトガルの海洋に對する主權の主張に對して、オランダの、海洋の航行權のために論じられたものである。しかも航行の自由と均しく漁業の自由を主張したのは、ポルトガルに對してではなく、當時イギリス王ジェイムス一世が、イギリス近海における外國人の鰊漁業に新に課稅しようとする意圖をもつていたことを知つて、この意圖に抗議するために主張されたものであると、傳えられている。[7] グロチウスは、海そのものの自然的性質の故に、海洋は占有をうけいれないものであり、また性質上とりつくされることなく、萬人の使用に充てられているものを專有させる必要がない、といつて海洋の自由を事物の自然的性質と道德的ないし制度的理由から說明した。このグロチウスの海洋の自由の主張に對して、セルデンは、海洋が占有をうけいれないという論は根據がないと主張し、イギリスの海洋に對する領有を正當化し、イギリスの獨占的漁業權を、ある海洋に確保しようとした。セルデンによれば、[8]「海洋は、廣大であり、とりつくされえないものであり、他人に害を與えることなしに、海洋を使用しうるというのは誤つている。海洋は、決してとりつくされえないものではなく、他人の漁業、航海、通商によつて海洋を所有している者に、それだけ利益を減少せしめるもの

である。このことは、眞珠、珊瑚、その他の産物のある海においては、特に然りである。この理由づけは、そのまますべての漁業にもあてはまるものである。」といつている。

グロチウスとセルデンの海洋論爭において、グロチウスは、海洋における漁業の自由を航行の自由と同格に主張したのに對して、セルデンは、漁業の自由を彼ほど容認しようとしなかつた。二人の海洋論爭において、眞珠、珊瑚その他の産物と一般の魚類とは必ずしも明かに區別して認識されている譯ではない。しかしながら、ある國の所有權をうけいれないという海洋自由の觀念は、明かにその對象を、海水ないしは海水から成立している海洋としていたということ、これに對して漁業の對象は、決して海水そのものではなく、魚でありその他の産物であつたこと、そのことが漁業という海洋の使用に若干の疑問を殘していたという點は無視しえないであろう。二人の主役によつて論じられた海洋の使用のあり方の基調は、使用の對象が、とりつくされうるか否かという觀念によつて支配されていたといえよう。

この十七世紀における海洋使用の自由の基調は、國家の政策から獨立し、海洋の所有權について論爭者の多數が、眞理の尊重よりもむしろ愛國の至情にかられていたと批判して、國家政策から獨立した主張を展開したプーフェンドルフの海洋使用の自由においてさらに明確に指摘されたといえよう。プーフェンドルフによれば、「所有權が海洋にうけいれられない道德的な理由は、海洋の使用がとりつくされえないものであり、海洋を個人に歸せしめようとするのが無益なほど、すべての人の一般的な役務に足るものである、という考慮から導きだされる。[9] われわれは、すべて海洋の使用において、海洋がすべての部分において、すべての人々の使用に足るということが、確證されるならば、このことは海洋及びその使用の自由の究極の論據となろう。しかしながら、海洋が、すべての海洋の使用について、またすべて海洋の部分においてとりつくされないかどうかは、海洋の使用を何ほどか詳細に考える場合に、もつとはつきりするであろう。[10] すなわち、用水、水浴、製鹽、更には航行のための使用は、とりつくされえない（inexhaustible）使用の例である。これらの使用と異なつた使用は全體と

してはとりつくされえないではない使用であるか、または海洋の使用をやりすぎることによつて他人に損失を與えることになる使用である。この理由によつて海洋のすべての部分が、すべての人々の亂雜なる使用に開放されているというのは眞ではない。前の分類に漁業並びに海に產出するものの採取がある。漁業は、部分的にとりつくされうるものであり、もしある國民又はすべての諸國民が、ある特定の海洋にそつた所で漁業しようとするならば、海洋に接する人々に對して次第に利益を減少せしめることが明かとなつた。このことは、なかんづく、眞珠貝、珊瑚、琥珀といつたような魚ないし有價物は、ただ特定の部分において見出されるにすぎないものであつて、海洋のうちに非常に廣く存在しているものでないのが普通だからである。かかる場合において、その海岸又は隣接する海洋にそつて住んでいる人々は、それよりも遠く離れて住んでいる人々より以上に、その幸に强い要求を行いうることから、妨げられる理由は何もないし、またその場所から排除された人々が、この排斥に憎惡したり、嫉妬したりすることはまつたくないのである(11)」と。

十七世紀においては、まだ今日みるような領海と公海という制度が、確立していたわけではない。海洋の自由を主張した十七世紀の學說は、廣大な海洋に對する特定國の領有を阻止し、諸國民の自由なる使用に海洋を開放することにその焦點をおいていたといえよう。そしてその時代の海洋使用の自由の基調は、使用の對象がとりつくされえないものについて使用の自由が認められ、使用の對象がとりつくされうるものについて使用の自由を認める必要はない、という論據に支配されていた。この論據は、初期の國際法學說が、海洋は占有をうけいれないという自然の性質からと竝べて、自然法思想にもとづいて海洋使用の自由を主張したことによると考えられる。海岸に接する近海の漁業は、とりつくされうることが明かであると觀念され、それはとくに眞珠、珊瑚、琥珀を產出する漁場は、十七世紀の海洋制度の基調において、事實、占有を伴つた領有さるべき海であつたといえよう。しかしながら、かつて海洋使用の自由の根據又は理由として、援用されたとりつくされえないという論據が、實定國際法における公海自由の原則に、どれだけの價値を與えているか疑わしいとしても、なおフル

トンの述べたように[12]、定着漁業の特性として、範圍が一般に限定されており、また明かにとりつくされうる又は破壊され易いという點が指摘されているのである。とりつくされうるか否かによつて、領有される海と外海とを分ち、また海洋使用の自由をとりつくされえないことに求める自然法的立場を、われわれは十八世紀のヴァテルの所説にも見出すことができよう。

(1) Gidel, G., Le Droit International Public de la Mer, Tome I, 1932, p. 125 et p. 236.
(2) United Nations, General Assembly, International Law Commission, Second Session, Memorandum on the Regime of the High Seas, A/CN. 4/32, pp. 2-3, 15, etc.
(3) Grotius, H., De Jure Belli ac Pacis, vol. ii, C. 2, § 3. グロチウス、一又正雄譯、戰爭と平和の法、第一卷、昭和二十五年、二七二頁。
(4) Grotius, H., Mare Liberum, The Freedom of the Seas, translated by Magoffin, 1916, p. 32.
(5) Ibid., p. 43.
(6) Ibid., p. 38.
(7) Gidel, op. cit., Tome I, pp. 154-156 ; Fulton, The Sovereignty of the Sea, 1911, pp. 346-347.
(8) Selden, J., Mare Clausum, Chap. 21. 原典が手もとにないので、同學の小笠原君の譯文をそのまま借用した。小笠原　督、海洋の自由、法學研究第二七卷、第七號、六一頁。
(9) Puffendorf, S., De Jure Nature et Gentium, 1688, The Law of Nature and Nations, translated by C. H. Oldfather, 1934, Book IV, Chap. V, Sec. 6, p. 561.
(10) Ibid., Book IV, Chap. V, Sec. 6, p. 562.
(11) Ibid., Book IV, Chap. V, Sec. 7, pp. 562-563.
(12) 前述三二頁參照、They……, and are admittedly capable of being exhausted or destroyed ; (Fulton, op. cit., p. 697)

三　ヴァテルの「バーラン及びセイロンの眞珠貝の漁場が、合法的に所有に歸することを疑うものがあるか。」という用句の意味するもの

われわれは、さらに史的素描を十八世紀の學說に追つてみようと思う。十八世紀にヴァテルによつて樹立された國際法學の體系は、十九世紀及び二十世紀の初頭までの國際法學を強く指導することになつている。公海における定着漁業を國際法においてとりあげるすべての學者が、引照する「バーラン及びセイロンの眞珠貝の漁場が、合法的に所有に歸することを疑うものがあるか。」という用句は、すでに餘りにも有名なヴァテルの著述に表現されているものである。現代の學者がこの用句を理解する仕方において、われわれは二つの方向を見いだすことができる。從つて、この二つの解釋の生じてくる絲口を、十七世紀及び十八世紀のヴァテルの海洋の自由又は海洋使用の自由の基調との關係から考察して行く必要があろう。

ヴァテルの、「國際法又は諸國民並びに主權者の行動及び事務に適用せる自然法の原理」(Le Droit Des Gens, ou Principes de la Lois Naturelle, appliqués à la conduite et affaires des Nations et des Souverains〔1758〕) という書は、その基本的構成を同時代のウォルフの萬民法論(一七四九)に借りている。ヴァテルは、航行と漁業とから成立している公海の使用は、無害のものであり、とりつくされえないものであるから、すべての者の自由なる使用に開放されるといつている。(1) この基調は、すでに述べたプーフェンドルフの海洋使用の自由と本質的な差異はない。すなわち無害に使用され、またとりつくされえない、そしてすべての人の使用に足る物——ウォルフのいわゆる無制限的使用物(2)——を、自然は特定人の權利として領有せしめることはない。從つて、海洋において航行又は漁業を禁止し、他の者をそこから排除する者は、他の者の權利の侵害であるばかりでなく、全諸國民に對する侵害である。いなそれは海洋における排他的權利を僭稱し、また實力によつて、その主張を支持しようとする國民は、全諸國民に對する侵害行爲を行つているのである。ヴァテルの場合、海洋使用の形態

として航行と漁業とがあげられ、漁業には、甲殻動物、眞珠、琥珀などの採取も一應含んで考えられている。[3] しかし均しく航行の自由と漁業の自由を海洋使用の自由としてあげるウォルフが、航行の自由は絶對的であるといい、漁業の自由は條件的なものであるといつていることを考えるならば、[4] 航行と漁業との間には、何らかの區別を豫定しなければならない。十七・八世紀の海洋使用の自由の基調から考えるならば、恐らくプーフェンドルフの述べたような意味において、航行による海洋の使用は、まつたくとりつくされえない使用であり、漁業による使用は、相對的にとりつくされうる、從つてその富を減損せしめる場合のある使用と考え、海岸に近い海の漁業による使用が事實上その對象をとりつくしうるとの觀念によつて、二つの使用類型を區別したと考えられるであろう。

問題は、海洋使用の自由との關係において、ヴァテルの豫定していた十八世紀の海洋制度が、今日制度的に確立された公海と領海ではないということ、使用の自由は、とりつくされえない使用について認められ、とりつくされうるものについては認められなかつたのである。とりつくされうる對象物のある海岸に近い海は、事實において占有を伴つた領有された海であつた。この關係を度外視して、今日定着漁業の合法性を、ヴァテルの引用句に借りて、不用意に論證するのは誤りである。ヴァテルによれば、「海岸に近い海の種々な使用は、それをまつたく財産權となしうることになつている。海は、魚、甲殻動物、眞珠貝、琥珀などを産出する。今やすべてこれらの關係において、その使用はとりつくされえないものではない。されば沿岸の國民は、あたかも彼らが生活している土地の領有權を所有すると同じ仕方で、國民が占有してきた海を、領有し、そしてそれを國民自身の利益とすることができる。バーラン及びセイロンの眞珠貝の漁場が、合法的に所有に歸することを疑うものがあるか」と。この用句のある第二八七節は、「海岸に近い海は財産權となりうる」[5] (La mer près des côtes peut être soumise à la propriété) という表題がつけられている。ヴァテルの時代には、なお今日みるような領海三浬說は登場していなかつたし、ヴァテル自身において何らかの領海の幅員を事實上の占有から豫定していたであろうけれど

も、その範圍ないし決定の劃一的基準を明白には提言していないのである。從つて、ヴァテルの海岸に近い海は領有されうるという領有された海は、幅員の問題としてもまた制度の問題としても、今日いうところの領海ではない。

この用句につぐ數行を追つてみよう。「魚の漁業が、前ほど（この比較は、眞珠貝などを指すものであろう）とりつくされえないようにみえ、もし國民が、その海岸において特別なまた有益な漁業をつづけてきて、そのことに關しては、彼らがマスターとなりうるとしても、果して彼らは土地の附屬物としての自然の豐かな惠贈物を自分のものとして領有したり、また隣接する諸國民に供給するに足るほど魚の豐裕さがある場合に、隣接諸國民の從事を、その場所から剝奪するような大きな有利な權益を留保したりすることが許されないであろうか。しかしもしその權益を占有しつづけるようなことは少しもなく、ある國民が、ひとたび他の國民にそこへきて漁業をする共通の權利を認めるならば、そのことは少くともその利益をうることを慣行としてきた人々については、根源的な自由にその漁業を委せることになる。イギリス人は、もともとその海岸の鰊漁業について排他的所有をつづけてきたのではない。それはイギリス人にとつて他の國民と共に共通のものとされている」[6]と。この數行は、魚の漁業について述べられ、この場合には眞珠貝や甲殼動物という用語を使用していない。この關係において魚の漁業と眞珠貝などの採取とが比較して考察されたとみるならば、ヴァテルにおいては、定着漁業が一般漁業から區別されていたとの解釋が生じないわけではない。

われわれは、ここにおいて、ヴァテルの、「バーラン及びセイロンの眞珠貝の漁場が、合法的に所有に歸することを疑うものがあるか。」という用句について、まつたく異なつた二つの解釋が現代の學說によつてなされていることを知る必要がある。海洋自由の原則の成立において、學理のうえで最も强調されたのは、ホールが指摘しているように、海洋の占有が有效であるためには、實效的でなければならないという原理であつた。[7] そしてこの原理を借り、ヴァテルの用句の意味を、公海における定着漁業に對する排他的管轄權の合法性をいつたものと解釋したのは、海床は誰のものか——三マイルの限界を超

える定着漁業――の筆者ハーストであつた。[8] ハーストによれば、「ヴァテルの説明は、もしバンクからえられる眞珠貝に對する排他的權利は、バンクがおかれている海床の所有權から生ずるものであつて、水域に對する海洋の管轄權のいかなる要求からも生ずるものではないということが實現されるならば、領海の限界は三マイルを超えるものではないという原理の頑固な支持者にとつてさえ、いかなる難點を生ずることはない。個々の牡蠣床、ちやんく貝漁場、海綿漁場がどこに存在しようと、また三マイルの限界外で問題の定着漁業の個々の形式が、どのようなものであつても、常に隣接する土地の主權者によつて占有されつづけてきているのである」と。從つてハーストは、ヴァテルの用句の意味を、もつぱら公海における特別な漁業に對する占有を合法化するものであると解釋した。[9] しかしながらハーストは、この解釋を決して十七・八世紀の海洋使用の自由の基調との關係において解釋したわけではない。彼は、その解釋を、ヴァテルが少しも論及しなかつた公海海床の實效的占有に結びつけた點において、決してヴァテルのいう通りにしたのではない。

ハーストの立場とは、對照的にヴァテルの用句の意味を單に領海をいつたにすぎないと解釋しているのは、ヂデルである。ヂデルによれば、[10]「ヴァテルの引用は、定着漁業の事例にある難點にどのような知識をも投げかけるものではない。というのは、まずこの引用句は、純粹にして且つ單純な肯定文にすぎないのであり、またその句は領海として明かにあてられた展開のうちで、書かれているからである。ヴァテルは、財產に歸せられうる（peuvent être soumises à la propriété）海岸から近い海（la mer près des côtes）という部分のためにいかなる範圍も定めていない。從つて定着漁場は、領海の部分を組成するものと考えられたし、定着漁場の存在は、ヴァテルにとつて、領海を正當化し、またその限界を定める理由の一つなのである。というのは、ヴァテルにとつて、領海は、隣接國によるすべての現實の行爲からまつたく獨立しているような必要な區域を形成していたものではなく、領海の存在は、海岸から近い海のある部分についての排他的利用の反復的な行爲によつているからである。海岸に近い海における漁業の排他的權利は、占有によつて沿岸國のために權原を與えているの

である。それは魚の漁業が行われる場合と定着漁業が行われる場合とでまつたく同じことを示している。というわけは、定着漁業の場合も魚の漁業の場合も、海岸に近い海の使用はとりつくされえないものではないからである。ヴァテルにとつて定着漁業の事例は、法的に魚の漁業から區別されるものではない。海岸に接するところに存在する漁場の問題は、今日われわれが領域的なものと呼んでいる海のうちにあつたのではない。というわけは、領有された漁場のある場合には、ヴァテルにとつての領海があつたからである。領海と公海という法的な區別がおかれている現代において、領海外の定着漁場の問題は、ヴァテルにとつては、まつたく知られていないものであつて、ヴァテル、國際法、第一巻、第二三節のこの行のくりかえされた引用は、骨董的興味以上には、現實の問題の解決を示すものではない」と。果してヂデルのいつているように、定着漁業は、魚の漁業から區別されなかつたし、ヴァテルの用句の意味はもつぱら領海の問題として理解して疑いのないものであろうか。

われわれは、ヂデルが骨董的興味以上に現實の問題を解決するものではないと評價した用句が、事實定着漁業を論ずるすべての學者によつて引照され、それがしばしば公海における定着漁業に對する排他的管轄權の合法性を主張したものと理解されてきていることを無視してはならない。眞珠貝漁場について何故にバーランやセイロンを引照してその合法性をいい、また魚の漁場について何故にイギリス近海の鰊漁場に對する排他的占有の違法をいわなければならなかつたか。この關係は、正に十七・八世紀の國際法學說が海洋使用の自由の基調としていた、とりつくされえないという觀念にもとづいていたといえよう。それは魚の場合には、總じて對象が萬人の使用に供するほど豐裕さがあるとみられ、眞珠貝や甲殼動物の場合には、總じて對象がとりつくされうると觀念されていたからであろう。定着漁業と一般漁業の區別ということが、もしヴァテルにおいて認識されていたとするならば、それはただとりつくされうるものであるという根據によつていたにすぎない。ヴァテルの場合、定着漁業という觀念は、明かには生じていないし、定着動物に固有な定着觀念[11]という特性は、今日理解

されているような形でとらえられていたわけではない。定着動物の採取に關する限り、とりつくされうる對象と海床への定着性ということの間には、事實において密接な關係があるとしても、ヴァテルの場合に定着漁業を海床とくに公海海床の占有に關連せしめて理解するという見方はまつたく生じていなかつたのである。(12)

ヴァテルの「バーラン及びセイロンの眞珠貝の漁場が、合法的に所有に歸することを疑うものがあるか。」という用句を、ハーストの如く公海海床の占有に結合させる理由はないし、またヂデルの如く領海をきそづけるにすぎないといつて、定着漁業と一般漁業の差異のないことを導き出すことにも疑問の餘地がある。いうまでもなく、とりつくされうるか否かが、今日まつたく採用されえない概念であるとしても、(13) 海洋自由の原則の生成過程において、この問題をみる場合には常に同時代の法の基調のもとで考えられなければならない。從つて當時の領海と公海という制度における領有される海について、ヴァテルは何らかの範圍を考えていただろうけれども、完全な說明が加えられているわけではない。そしてこの不完全な敍述を、當時の法に照して考えれば、一面において海に對する占有の面から定着漁場の存在は領有される海をきそづけるものであつたし、また他方において海洋の使用の面から特別な種類の魚類とくに眞珠貝が、棲息する海洋の一部の占有を均しく正當化しうるものとも解釋しうるのである。(14)

(1) Vattel, E. de, Le Droit Des Gens ou Principes de la Loi Naturelle, 1758 (Published by the Carnegie Institution of Washington, 1916), Lib. I, Chap. XXIII, §279, p. 243.

(2) Wolff, C., Jus gentium methods scientifique pertractatum, 1764, The Law of Nations treated according to a scientific method, translated by H. Drake, 1934, §121, p. 69.

(3) Vattel, op. cit., §279; Wolff, op. cit., §120 において、coquillages (shell), ambre (amber) perles (pearls) を採取することを漁業といつている。

(4) Wolff, op. cit., §120, The former use of sea (navigation) is absolute, but the latter (fishing) contigent.

(5) Vattel,op. cit., § 287. Qui doutera que les pêcheries de perles de Bahrem & de Ceylan ne puissent légitimement tomber en propriété?

(6) Vattel, op. cit., § 287, p. 247.

(7) Hall, E., A Treaties on International Law, 8th ed. by Higgins, 1924, pp. 189-190. 當初において、海洋は領有されうるものであるということが、疑いもなく妥當していた。そして實效的に、ある場合にはまつたく不充分な行爲でありながら廣大な要求が行われた。しかし大きな範圍の領有が、一般に現實ではなくなり、外國人には不便多く、またその利益を缺いたために、あるいは無意識のうちに放棄され、あるいは不充分な又は繼續しない統制の行使に對する反對によつて、より大きな範圍の要求は次第に消え去つて行くことになつた。そしてただ國家の安全に必要と考えられる、またはその支配權力のうちにあると考えられた部分に對する所有のみが、認められることになつた。そしてこの變遷に、……海洋は占有をうけ入れないものであるということを肯定する理論が、重要な影響をなしたかどうかは疑わしい。……理論の枠外では、この理論が優位の權威を確立したとは考えられない。そして過去二五〇年の經驗の結果を文字上で表現すれば、法の發展に對する眞の鍵は、海洋の占有が有效であるためには實效的でなければならないという原理に由來している。この原理と一國の利益と國際團體の利益との實際の調和が、今日ある公海制度を確立したというるであろう。

(8) Hurst, C., Whose is the Bed of the Sea? Sedentary Fisheries outside the Three-Mile Limit (1924), International Law, The Collected Papers of Sir Cecil Hurst, 1950, pp. 57-58.

(9) Hurst, C., The Continental Shelf (1948), International Law, The Collected Papers of Sir Cecil Hurst, 1950, p. 164 で、ハーストは三マイルの限界を超える定着漁業の論考の立場を、次のようにいうている。That view I still believe to be correct. After all it was not an original idea on my part; I was only following in the footsteps of Vattel when he wrote, 'Who can doubt that the pearl fisheries of Bahrein and Ceylon may lawfully become property?'

(10) Gidel, G., Le Droit International Public de la Mer, Tome I, 1932, pp. 496-497.

(11) Hyde, C. C., International Law chiefly as interpreted and applied by the United States, vol.i, 2nd ed. 1945, pp. 758-760.

(12) 小田滋、大陸棚の法理(二)、國際法外交雜誌、第五三卷、第四號、四八頁—四九頁。

(13) Gidel, op. cit., pp. 208-211. 公海の自由は、決して一つの斷乎たる證據によつて確立されたのではない。公海自由の原則の一般的な承認が、反對の原則の論證よりも直接證明したところが少くないことにもよるものと考えられる。われわれが公海自由の原則とよん

ているものは、他の多くの法律上の原則と同じように、われわれが眞實のためにえようとしている理由（raisons）ではなく、その規則のために用いられる動機（motifs）から存在している假説の一つなのである。……この假説の動機は、結局諸々の理由づけのうちに有益な支脈を有してきたものである。曰く海洋は本來共有のものである。曰くすべての人々の使用に充分で、使用がとりつくされえないものであるから海洋は私的領有の對象とする必要がない。曰く海洋は限界を設けることができないから私的所有權の對象にならない。これらの理由は、つまるところグロチウスの二つの考え方、すなわち恒久的占有の不可能性、とりつくされえない使用といつた思想に由來している。領海、沿岸海と公海に異なつた規則が適用されることによつて、この理由はまつたく確信を與えてくれるものではない。從つて公海自由の假説を眞のものとする理由は存在しないと認めるより仕方がない、とヂデルはいう。

(14) Lindley, M. F., The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law, 1926, p. 61.