

Title	公海の自由と定着漁業の法理 (二・完)
Sub Title	Sedentary fisheries and the freedom of the high seas (2)
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.10 (1955. 10) ,p.64- 94
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19551015-0064

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 (二・完)

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「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……………以上前號
 - 四 公海における定着漁業と公海海床の關連……………以下本號
 - 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

四 公海における定着漁業と公海海床の關連

たとえ、十七・八世紀の國際法學説において、今日いうところの公海における定着漁業という觀念が、生じていたか否かに疑問の餘地を残すとしても、彼らにおいて定着漁業と海床との法理上の關連といふことは、まづたく認識の枠外におかれていたといふことができる。彼らにとつて、海洋の使用の面から外海と領有される海を分つ基準として、とりつくされえな

いか、とりつくされうるか、の觀念が作用していた限りに於いて、公海水域と公海の海底とを法理上區別する認識には及んでいなかった。それにもかかわらず現在、公海における定着漁業の問題が、海洋そのものよりも海床又は海底に屬するものとして觀念されるに至つたのは、公海の自由——とくに公海の使用としての公海漁業の自由——を名實共に確立したと、國際法學者が認めている一八九三年のベールディング海のあざらし漁業事件におけるイギリス側の論議に由來するといえよう。ベールディング海のあざらし漁業事件において、アメリカはあざらしに對する管轄權を領海外に及ぼす要求を、恰かもイギリスがその海外領域において領水を超えて管轄權を行使している一連の立法と比較することによつて正當化しようとした。⁽¹⁾判決そのものは、ただ三マイルの限界を超えてあざらしに對する管轄權を要求しえないとしたにすぎなかつたけれども、訴訟當事國の辯論の過程において、あざらし漁業（あざらしは浮游魚として扱われた）と定着漁業との類推が、若干の事例を借りて否定されたとみられたからである。本件においてとりつくされうるか否かによつて、海洋に管轄權を及ぼしうるか否かという自然法的な觀念は、仲裁約款からも明らかかなように事實上援用しえないものとされ、定着漁業は、單にとりつくされうるといふことよりも、むしろ對象が海床に關係づけられるといふことによつて領海外の管轄權の正當さを主張しうるとの方向にイギリス側が動かしただからであるといえよう。

かような考え方は、既に主としてイギリスにおいて一八〇〇年代の初めから若干の國內法又は裁判で認めてきた觀念⁽²⁾を、國際法において導入しようとしたイギリス側辯護人サー・チャールズ・ラッセル (Sir Charles Russell) の辯論のうちにも明らかに見出される。ラッセルによれば、⁽³⁾「多世紀に亙つて、セイロンの領土の所有者は、世界の他の諸國の承認によつて、眞珠貝漁業について所有權を行使することを許容されてきた。眞珠貝漁場は、三マイルを超えて、擴大されているが、海岸に隣接して存在するものであり、そしてその事例は、排他的所有、海岸への隣接及び漁業が行われてきた方法に關係づけられるものであり、セイロンの眞珠貝漁場に對する要求は、領土沖の海洋の一部の占有（先占）の根據によつて辯護されるも

のである。」と。さうに續けて、「當面の事件と適法に承認をうけた領域に隣接する海床 (bottom of the sea) の大部分の占有、そしてそこで行われている特殊な漁業との間にいかなる類似があるであろうか。眞珠貝、珊瑚、牡蠣の漁業と大洋において浮游魚 (free-swimming fish) を追つて行くことに依存している漁業との間には、事實において明らかな區別があつたと同じく法においてもその區別は疑いもなく確證されていた。」と。このラッセル辯護人の言葉が、定着漁業についてのイギリスの通説を形づくる契機となつたことは、ほぼ時を同じくして刊行されたウエストレイクの國際法とフルトンの海洋主權論の夫々の記述から餘りにも明白であるといえよう。

いうまでもなくベーリング海のあざらし漁業事件は、ただセイロンの眞珠貝漁場とベーリング海のあざらし漁場とが比較され論議されたのではなかつたようである。海洋の自由とくに漁業の自由を確乎のものとした本件において、比較されたのはラッセルの辯論そのものから必ずしも明らかではないが、特定の漁場の問題ではなく、アイルランドの牡蠣床、セイロンの眞珠貝漁場、オーストラリアの眞珠貝漁場の領海外管轄權の主張を、總じて、定着漁業と一般漁業との比較において、イギリスが主張したということ、このことは決して無視しえないのである。イギリス政府は、ベーリング海あざらし漁業事件におけるブリティッシュ・カウンター・ケースにおいて、明らかに政府の見解としてベーリング海におけるあざらしを保護する要求と珊瑚床並びに眞珠床に適用される原理との間の類推を一般的に否定し、「國際法は、牡蠣床、眞珠床、珊瑚床に對して行う要求が、海底の部分の要求であつて、かかる要求を、國家の權利と認めている。従つて、イギリス政府の海洋の自由、とくに漁業の自由という意味は、海洋の産物を意のままに海洋から採取する權利を含むものであるが、この關係において、その産物は浮游魚、少くとも動いている生物、すなわち浮游生物に含まれた生物であつた。」と主張しているのである。

ベーリング海のあざらし漁業事件において、判決の趣旨とするところは、ただ漁業に關して領海外の管轄權の行使は、國際法上認められないということであつたかも知れない。しかしその漁業は、イギリス側の認識しているように、もつぱら

浮游生物の漁業に關するものであつて、定着動物の採取という漁業は含まれないということが、この事件において國際法上確認されたかどうかは疑問の餘地がある。定着漁業が海床に關係づけられるという觀念は、定着動物が海底表面に見出されるという單純な事實に發している。この事實を法理上否定する理由はないように思われる。定着漁業に對する管轄權は、定着漁業の保護から生じている。そして定着漁業の保護のために、定着動物のおかれています海床の保護が要求されるのはかような事實上の觀念によつてゐる。定着漁業と海床との關係は、定着漁業を論ずるすべての學者の例外なく肯定するところであるが、この定着漁業をさらに海床プロパーの問題に還元したのは、ハーストの海床の占有の合法性によつて、定着漁業の合法性を論證しようとした「海床は誰のものか——三マイルの限界外の定着漁業——」という一九二三年—一九二四年のイギリス國際法年鑑に載せた論考であつた。

ハーストによれば、「もし海床における主權者の權利の制限に導いたものが、不使用として不使用ということであるならば、ホールによつて表現された原理の意味において海床の一部の實效的占有があり、かかる占有がなお繼續している場合には、所有權の放棄はなかつたのであつて、その結果所有權はなお繼續していることになる。この提案が正當であるとすれば、三マイルの限界外で行われている定着漁業について國際法の文言において示されていた困難さはとり除かれる。……従つて定着漁場がおかれている海床の土地の所有權は、推定され、これらの漁場からえらるべき產物に對する排他的權利は、その土地の產物として彼ら自身のものであることによつてゐる。この事情のもとで、ある地方の主權者による土地の所有權は、所有された土地に對し、また土地から產出する資源の保護のために、立法する權利を與えなければならぬ。疑いもなく、三マイル限界外のこの定着漁業の保護のために發せられた種々の立法の拘束力が必要とされるに至つたのである。」と。

ハーストの海床の占有の合法性から定着漁場の合法性を演繹する論考の歸結が、もし彼が二十數年を経てその基調を述べ

たように、公海における定着漁業についてヴァテルのいつた通りにしたのであれば、海床の所有権について論ずる必要はなかつたし、またベーリング海のあざらし漁業事件の例を借りたとしても海床プロパーの占有觀念を導入する必要はなかつたといえよう。⁽⁹⁾もしこの關係において定着漁業の合法性をいわんとするならば、とりつくされうる又は海床と關係を有している定着漁場は占有によつて沿岸國の領域の部分となる。これが定着漁業は、一般漁業から歴史的に區別されてきたという立場の歸結でなければならぬ。公海水域に關係なしに、もつぱら定着漁業の問題が海床プロパーの占有として認識されるというのは、定着漁業の法理からも實行からも共に合致しない政策論である。しかもこの政策論が、一九二九年の國際連盟の國際法典編纂會議の準備委員會が、領海問題について關係諸政府に送つた文書、すなわち「貴國は、その主權に從屬する領水外で權利を行使する要求を行うか。もし行ふならば正確にいつてそれらの權利は何であるか。かかる權利は何にもとづいてゐるか。その權利は、領水外であるが海岸に接續する水域の確定された範域又は不確定な區域に對しても要求するか、⁽¹⁰⁾との照會に送つたイギリス諸國の政府の解答のうちのような形式で表現されることになつた。イギリス諸國政府の解答は實質上の差異はないが、オーストラリア政府は、次のように解答している。⁽¹¹⁾「オーストラリア政府は、領水外の公海に對して權利を行使する要求を有しない。この解答は、問題が公海の水域に對する主權を行使する要求のみに關係するものであつて、長期に亙る慣行により占有並びに財産の問題として關係づけられることになつた三マイルの限界外の海床のある部分における眞珠貝及びなまこ等の定着漁業に對して管轄權を行使する要求に關係しないとの了解のもとに行われる。」と。

この定着漁業に對するイギリスの認識は、とりつくされうるものは領有される海となるというヴァテルの解釋から、漁業の自由は海床に關係づけられた定着動物の採取の自由を含まないというベーリング海のあらざし漁業事件の解釋へ、さらに公海水床の占有は公海水域と關係なく、海床占有の合法性は定着漁業の合法性を演繹するというハーストの見解を通じて、一九二九年のこの解答に至つたわけである。しかし定着漁業が海床プロパーの問題として把握されるとの立證は、海床が海

水におおわれた海洋の場であり、定着漁業が海床そのものの使用として行われていない限り、事實上不可能なのである。實際行は、正にこの事實を示している。

- (1) Behring Sea Arbitration, Case of United States, 1893, pp. 281-287.
- (2) Smith, H. A., Great Britain and the Law of Nations, vol. II, 1925, pp. 119-123.
- (3) Moore, J. B., History and Digest of the International Arbitration to which the United States has been a party, vol. i, 1898, pp. 899-902.
- (4) Westlake, J., International Law, vol. i, 2nd ed., 1910, pp. 190-191.
眞珠貝漁業は、ターマンにておいて海床から採取される眞珠貝が、水域に浮遊している魚を追って行くところとなした、場所とて不變の要素と物理的關係を有しているもので、特殊なものである。眞珠貝漁業が、……セイロン沖やメルシヤ灣内で行われているように、國家の保護の下に行われている場合には、それは海床の占有として見られるようになる。眞珠貝漁業は、その性質上、水域の淺さが、國家に沿岸海として一般に定められている限界を超えて行われることを許容している。産物の領土的性質は、その保護のために必要なものとすべし、の場所における海洋の領土的性質を伴うものである。
- (5) Fulton, T. W., The Sovereignty of the Sea, 1911, p. 697.
- (6) Parl. Pap. 1893, Behring Sea, U. S. No. 4 (Cd. 6921), pp. 51, 59, British Case (Cd. 6918) & Counter-Case (Cd. 6920)
未見
- (7) O'Connell, D. P., Sedentary Fisheries and the Australian Continental Shelf, American Journal of International Law, 1955, April, pp. 204-205, note.
- (8) Hurst, C., Whose is the Bed of the Sea? Sedentary Fisheries outside the Three-Mile Limit, Collected Papers of Sir Cecil Hurst, 1950, pp. 57-58.
- (9) 小田 滋、大陸棚の法理、國際法外交雜誌第五三卷第四號四二一-四三頁。
- (10) League of Nations, Conference for Codification of International Law, Bases of Discussion, volume II, Territorial Waters, 1929, p. 22. Point III. Breadth of the Territorial Waters.
- (c) Does the State claim to exercise rights outside the territorial waters subject to its sovereignty? If so, what

precisely are those rights? On what are they founded? Are they claimed within a belt of fixed breadth or within an indeterminate area of the waters adjacent to the coast but outside the territorial waters?

(H) Great Britain.

(c) No claim is made by His Majesty's Government in Great Britain to exercise rights over the high seas outside the belt of territorial waters.

There are certain banks outside the three-mile limit off the coasts of various British dependencies on which sedentary fisheries of oysters, pearl oysters, chanks or *bèches de mer* on the sea bottom are practised, and which have by long usage come to be regarded as the subject of occupation and property. The foregoing answer is not intended to exclude claims to the sedentary fisheries on these banks. The question is understood to relate only to claims to exercise rights over the waters of the high seas. (Ibid., p. 28)

Australia.

(c) They make no claim to exercise rights over the high seas outside the belt of territorial waters. This answer is made on the understanding that the question relates only to claims to exercise sovereign rights over the waters of the high seas, and does not relate to claims to exercise jurisdiction over sedentary fisheries for pearl oysters and *bèches de mer*, etc., on certain portions of the sea bottom outside the three-mile limit which by long usage have come to be regarded as the subject of occupation and property. (Ibid., p. 24)

五 定着漁業の實行

定着漁業が、國際法においてとくに問題となるのは、若干の定着漁場が國際法の原則のもとで公海とされるべきところにあるながら、沿岸國が法律上又は事實上ある種の管轄權を行使してきた、また行使している實行についてである。この定着漁業に對する領海外管轄權の行使という事實は、かつてイギリス・フランス間に國際的紛争を生じたけれども、定着漁業が行われている限り、國際的紛争を生ずることなく、行われている限り問題とならなかつたといえよう。⁽¹⁾ 問題を生じなかつた

理由は、定着漁場が極めて限られたところで行われていること、沿岸國の立法は概して自國民に對して拘束力をもち、たまたま外國人に立法をあてている場合でも、外國人を漁場から排斥するものではなかつたこと、また定着漁場における外國人の操業がほとんど行われず、事實上沿岸國の保護立法のもとで操業したか、いわゆる公海漁業として自由に操業したか明確に意識されなかつたこと、などによるものであらう。事實の説明は、本來客觀的に把握されるべきであるが、各定着漁場の歴史、立法などについての第一次的資料に接しないわれわれは、若干の文献からの間接的引照にとどまらざるをえない。⁽²⁾従つてここで記述した國際實行が、正確な事實の認識であるか否か、とくに外國人の操業に對する沿岸國の態度について明らかでない場合がある。

グランヴェイユ灣⁽³⁾の牡蠣漁業は、一八三九年のグレート・ブリテン及びフランス海岸における牡蠣漁業及びその他の漁業に對する排他的權利の限界を劃定し、且つ規律するためのイギリス王とフランス王の間の條約にもとづき、フランス海岸に沿い、條約に定められた限界内で、フランス國民は牡蠣漁業並びにすべての種類の漁業に對し排他的權利を享有することとなつた。イギリスの漁夫は、この地區においては一切の漁業従つて浮游魚の漁業に従事することも禁止された。條約によりフランス人に留保された區域は、ある部分では公海に亙り、ある部分では領海(三マイル)線の内部にある。フランスに留保された漁場以外の牡蠣漁場は、イギリス・フランスの共同の漁場とされ、共同漁場においては、兩國によりそれぞれ保存のための立法措置がとられた。フルトン⁽⁴⁾は、「イギリスのフランスに對するこのような讓歩は、定着漁業が特別な取扱いを必要とするという原則の承認であつた。」といつてゐる。グランヴェイユ灣の定着漁業についてその後一八四三年、一八六七年及び一九二三年に條約が定められているが、現在の制度は詳かでない。國際連合國際法委員會の第三會期に提出された報告では、グランヴェイユ灣についてふれていない。

チュニジア及びアルジェリアの定着漁業は、干潮時に水深三メートルを超えない淺瀬にあつて、ケルケナ島から一〇マイ

ルないし一二マイルの距離にある定着漁場、チュニジア海岸から水深五〇メートルを超えない淺瀬にあつて、約一七マイルの距離にある海綿の漁場、並びに北海岸の珊瑚の漁場である。ガベ灣における海綿漁場及びアルジェリアにおける珊瑚さんごの漁場は、それぞれフランス政府の管理のもとで開發され、一八九六年の布告を始めとする立法によつて漁業を規律している。この漁場では、海床にうち込まれた棕櫚の杭に水深線をふして、ダイバーその他の漁夫に漁區をわりあてている。これらの漁場は、一八四七年以來外國のコンスルに通告された後、地方の政府によつて管理・統制されてきた事實により、他國政府の反對なく承認されている。チュニジア政府の定着漁場に對する嚴格な統制にもかかわらず、一九二八年無免許操業を行つたイタリー人を處罰した事例を含み、國際紛議を生じなかつたのは、その規則が定着漁業の保存のためであり、外國人の操業を禁止していないからであるといわれている。⁽⁶⁾

セイロンの眞珠貝漁業⁽⁷⁾は、數世紀このかた沿岸國の排他的管轄のもとに行われてきている。漁業のための領海外管轄權の主張は、一八一一年の植民地法によつて行われ、その範圍はしばしば變更されているが、海岸から最大約二五マイルとされている。法律によつて定められた漁場においては、すべての船舶に對し漁業規則を適用し、航行、投錨、碇泊を禁止又は制限し、浮游魚の採取も制限される。セイロンの眞珠貝漁場について、一九〇三年ないし一九〇四年のマドラス・インド高等裁判所、上訴刑事部の判決は、次のように述べている。「眞珠貝漁場に對する要求は、國際法の一般原則としての三マイルの原理の否定といつたことよりも、眞珠床はボーク灣に存在し、同灣の地理的形狀、インド及びセイロンの隣接地區住民によつて數世紀に亙り占有されてきた歴史、眞珠貝漁場が王の所有地の構成部分としてヴァテルによつても主張され、他の諸國にも承認されているということによつてである。」⁽⁸⁾と、いうまでもなく立法は、すべての國籍をもつすべての船舶に適用され、それは眞珠床の保護のために科せられている。漁獲を行う權能を示す免許狀を外國人に賦與しない規定は存在しないようである。

アイルランド東海岸の牡蠣漁業は、十九世紀以來アイルランド當局によつて規律されてきた。一八六八年の、一八六七年十一月十一日にフランスとの間に調印された條約を實施するための法律は、その範圍をラムベイ島とカーンソー岬との間にひかれた線から沖の方へ二〇マイルの距離内の牡蠣漁場とし、漁業法にもとづいて發せられた勅令は、すべてのイギリス漁船、勅令に定められた他のすべての漁船並びにその漁船の乗組員に適用される。と規定している。この實施命令が、もつぱらいギリス漁船とその乗組員に適用されるにすぎなかつたかどうか、法律、命令共に明らかでない。⁽¹⁰⁾主としてフランスとの關係で問題となつた漁場であり、一八六七年の條約の發効がなかつたので、この規則はイギリス人に適用されたにすぎない。現在では既に牡蠣床が放棄され、牡蠣漁業は消滅し、一九三三年の海洋漁業法により、一般に排他的漁業の限界は國際法により、また他國との間の實定的協定、條約又は約定によるものとされている。

オーストラリア周邊の水域には、多くの定着漁業がある。⁽¹²⁾西オーストラリアの眞珠貝なまこ漁業は、一八八九年の法により、クインズランドの定着漁業は、一八八一年の法によつて規律されることになつた。右立法はしばしば改正されているが、漁場は三マイルの限界を遙かに超え、西オーストラリアでは最大二五〇マイル、クインズランドでは一〇〇マイル以上にも擴大されている。いずれの漁業立法も、その適用をイギリス國民に限つて⁽¹³⁾いる。この點について、立法後ほとんど一八九〇年八月二十九日、リバプールにおける國際法典化協會で、右領域の遠隔さはオーストラリアの港に入ることなく、眞珠貝漁業に従事することを外國船に事實上不可能ならしめてゐるため、外國船もオーストラリアの法に従うことになつており、またオランダ人漁夫は、一九一一年漁業法に違反した理由で拿捕されたことがある。日本が、アラフラ海水域の漁場で操業した実績について、少くとも外國の國際法學者は當面の問題が生ずるまで無知であつたし、國際法の教科書でそのことによつて述べられたものはなかつた。

フロリダ州沖の海綿漁業⁽¹⁶⁾は、一九二七年の法律によつて規律されている。法律は、メキシコ灣、フロリダ海峽ないしフロ

リダ州の他の領水において、ダイバーなどにより商業上の海綿を採取する行為に制限を加えている。法律の範囲は沿岸から三海洋リーグ（九マイル）とされている。海綿漁業に關する事件 (Skirrites v. State of Florida, April 28, 1941. U. S. Supreme Court) について、合衆國裁判所は、次のように判示した。「上訴人は合衆國及びフロリダ州の市民であり、合衆國は、公海においても合衆國市民の行為を取締ることが出来る。従つてフロリダ州は、その場所が領域の限界を超える場合においても、合衆國市民による海綿の採取を規律する権利を有す⁽¹⁷⁾。」と。裁判所は、外國の市民に對して領域の限界を超えた定着漁業ないし海綿採取に對する権利をもつか否かについて論及していない。

ヴェネズエラの眞珠貝漁場、パナマ灣及びその周邊の眞珠貝漁場が、それぞれ立法によつて規律されている旨を、フランスの第二報告書は述べている。この立法が、その適用を自國民に限つているものか、また外國人にも適用を豫定しているが、獨占でない保護立法に服することになつているのか、明らかではない⁽¹⁸⁾。

ベルシャ灣の眞珠貝漁場について、排他的統制權 (exclusive control) を規定した立法はないといわれている。ヴァテルの指摘したバーランの眞珠貝漁場は、ベルシャ灣内にある。イギリスの眞珠貝漁場に對する保護權は、古い慣習ないし慣行にもとづき、法的權威よりもイギリスの政治的及び海軍の優位により支配されている⁽¹⁹⁾。

その他、サルジニア並びにシシリー沖の漁場が公海におかれ、またフランス領オセアニア、ニューカレドニア、フランス領ソマリランドの漁場は、領海三マイル内に位置し、古くから立法が行われている。前者の現在の制度については不明である⁽²⁰⁾。

右にあげた若干の定着漁場が、そのすべてではないにしても、少くとも國際實行がどのようなものであり、沿岸國が必要なものとして置ける措置がどのようなものであるかを示したと思う。いま一度これらの實行を定着漁業の問題點から整理してみるならば、通常の領海の限界（三マイル）を超える定着漁業について、沿岸國が法律上明らかに外國人に排他的管轄權な

いし保護權を行使する事例として、グランヴィユ灣、チュニジアの漁場、セイロンの漁場をあげることができる。このうちグランヴィユ灣の實例は、イギリス・フランス間に互る定着漁業及びその他の漁業を、明示的に條約によつて解決したもので、定着漁場の一部ではフランスが獨占的管轄權を認められ、他の部分では英・佛共通の漁場として、兩國の保護的管轄權を認めている。チュニジア及びセイロンの定着漁業について、立法は外國人にも及んでゐるが、外國人の出漁を禁止し、沿岸國の獨占のもとにおいてゐるのではないようである。兩漁場とも漁業區域の指定のための施設をおき、航行及び一般漁業に制限を加へてゐる。ペルシャ灣の事例は、立法上の根據によつてではないが、事實上セイロンの例と同じであろう。これらの實例を歴史的灣又は歴史的水域としての内水と理解する見解も成立しうるけれども、灣の範圍と領域性の面から何らかの疑問が残されるであろう。これらの事例は、少くとも定着漁場の占有が、實行上領海以上の權利を要求する必要のないこと、否むしる領海と同質かまたはそれ以下の權利の要求で足ることを示してゐる。

かつてアイルランド東海岸にあつた牡蠣漁場、メキシコ灣、フロリダ沖などの定着漁業について立法は自國民にあててゐるか、外國人にあてても有效なものか、明らかでない。學者の見解によれば、たとえばフロリダ沖の定着漁業について、外國人が採取する行爲に對して合衆國が管轄權をもつか否かについて、漁場の國家的獨占、海床の實效的占有、天然資源の保存のための保護管轄權の歴史的主張とそれに對する默認により外國人に對しても法規の適用を拓くものと解釋され、あるいは浮游魚を保護する國家の權利について、一般的な承認がないが、定着漁業の場合においては領水を越えた海洋の保護權は諸國によつて承認されてゐるといわれている。⁽²²⁾ オーストラリアの眞珠貝漁場は、立法上その適用を自國民にあて、それが漁場の占有として不十分なものであつたことを認めてゐる。⁽²³⁾ たとえ外國人に對して、ある時はその管轄權を行使し、またその意圖を立法時においてもつたとはいへ、外國人の操業を許容しなかつた譯ではないし、また特別の免許も必要としてゐなかつた。⁽²⁴⁾ それにもかかわらず、學者によつては、「この區域の多島海的性質は、多くの島嶼によつて多かれ少かれ圍まれた水

域に對する管轄權の特別な要求を正當化するものであろう。」とさえいわれている。

定着漁業の實行から導き出される事實は、三マイルの限界外の管轄權の沿岸國の要求が定着漁業の保存のための立法及び事實上の要求であること、また外國人に管轄權を及ぼすか否かは、必ずしも立法からのみ明らかにされるのではなく、事實上の行使の問題であること、従つてある漁場において外國人が操業しても、事實その漁場における規律に合致した形で操業した限り問題を生じないこと、である。定着漁業に對する領海外管轄權に對して問題が生じなかつたのは、かような事實に反對する理由のなかつたことを反映しているといえよう。

- (1) Gidel, G., *Le Droit International Public de la Mer*, Tome I, 1932, p. 489.
- (2) 桑原輝路「公海における定着漁業」商學討究第五卷第一號五五頁—六六頁。
- (3) Fulton, T. W., *Sovereignty of the Sea*, 1911, pp. 611 et seq., p. 612, Fig. 16; Mouton, M. W., *Continental Shelf*, 1952, pp. 138-139, etc.
- (4) Fulton, op. cit., p. 612.
- (5) Gidel, op. cit., pp. 491-493; Second Report on the High Seas by J. P. A. François, 1951, A/CN. 4/42, pp. 70-71 etc.
- (6) Gidel, op. cit., p. 493.
- (7) Jessup, P. C., *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction*, 1927, pp. 16-17; Mouton, op. cit., pp. 153-155 etc.
- (8) Jessup, op. cit., pp. 16-17.
- (9) Fulton, op. cit., pp. 620-621; Gidel, op. cit., pp. 490-491; Second Report on the High Seas, A/CN. 4/42, p. 72.
- (10) Higgins & Colombos, *International Law of the Sea*, 3rd Rev. ed., 1954, p. 118; *Bering Sea Arbitration*, The Case of United States, 1893, p. 232.
- (11) Second Report on the High Seas, p. 72.
- (12) Riesenfeld, S. A., *Protection of Coastal Fisheries under International Law*, 1942, pp. 167-169; Jessup, op. cit., pp. 153-155 etc.

- 16-17: Second Report on the High Seas, pp. 66-68, etc.
- (31) Counter-Case of Great Britain, Fur Seal Arbitration, Proceedings of the Tribunal of Arbitration, vol. VIII, 1893, p. 82.
- (41) Behring Sea Arbitration, The Case of the United States, 1893, p. 232.
- (49) Goldie, L. F. E., The Occupation of the Sedentary Fisheries off the Australian Coast, Sydney Law Review, vol. 1, April, 1953, No. 1, pp. 87-89.
- (49) Borchard, E., Jurisdiction over the Littoral Bed of the Sea, American Journal of International Law, vol. 35, 1941, pp. 516ff. etc.
- (51) Ibid., pp. 563 ff. also, Reonard, L. L., International Regulation of Fisheries, 1944, pp. 147 ff.
- (81) Second Report on the High Seas, pp. 72-74.
- (61) Ibid., pp. 71-72.
- (62) Ibid., p. 71; Behring Sea Arbitration, The Case of the United States, 1893, p. 235.
- (12) Borchard, op. cit., pp. 518-519.
- (22) Leonard, op. cit., p. 145.
- (33) Goldie, op. cit., p. 89. 又 O'Connell, D. P., Sedentary Fisheries and the Australian Continental Shelf, American Journal of International Law, vol. 49, April, 1955, pp. 186-187.
- (24) トートンは「オーネストラリンの立法は三マイルの限界外で、外國人に適用される排他的權利又は保存權の存在を示すのに役立たな
く」(Mouton, M. W., The Continental Shelf, 1952, p. 141, note.
- (25) Jessup, op. cit., p. 17, note.

六 定着漁業に對する合法的條件と法的權原の問題

實定國際法のもとで領水を超える管轄權の行使は、海賊の取締並びに繼續追跡權の例外を除いて合法視されず、漁業に關

して領海外の管轄権の行使が、保存のためにせよ、あるいは獨占のためにせよ許容されるのは、關係國間に合意のある場合に限られている。定着漁業の場合においても、この公海制度の一般法則は、疑いもなく妥當するものであるうか。定着漁業に關する實行は明らかに三マイルの限界を超えて隣接國が排他的管轄権を行使し、規則を明らかに外國人に對しても適用する事例があつた。セイロンやチュニジアの事例に關する限り、學說も實行もともに三マイルの限界を超える管轄権の要求を疑いもなく合法なものと承認しているようである。しかし何故にこのような三マイルの限界外の管轄権の主張が正當であると認められるのか。いかなる權原が、その合法性をきそづけているのか。われわれは、この問題を管轄権の面から考えてみよう。

三マイルの限界を超える定着漁場に對する管轄権の權原と合法條件の問題ほど、定着漁業の問題を迷路に追い込んで行くものはない。というのは、定着漁場に對する管轄権の主張が、現代の國際法學說のもとで一般に海床の實效的占有の效果として考えられているからである。⁽¹⁾現代の學說を海床の實效的占有に追い込んだのは、グロチウス以來、海洋の自由の確立に學問的な貢獻をしてきた、公海が占有されるためには、占有が實效的でなければならぬ、という原理であつた。⁽²⁾いいかえれば、學問上公海に對しては實效的占有を行へないが、公海海床は公海水域と異なつて實效的占有の可能なものであるという觀念であつた。従つて海床の實效的占有は、海床の領域的性質を否定するものでない限り、海底表面に存在する定着動物の採取の權能を海床占有國に留保せしめることができる。そして學者の見解は、定着漁場に對する要求をしばしば海床の取得あるいは海床に對する管轄権の擴大として表明し、このために用いられた權原は、領土取得の權原を海床の領有にも擬制的に適用しようとするものであつた。學者が、定着漁業について公海海床の法的地位を論じ、それを前提として海床の領有を論證してきたのは、この關係を如實に示しているといえよう。

たとえばハーストと同じ基調に立つているH・A・スミスは、⁽³⁾「海洋という區域は、總じて現實には水によつておおわれた

土地から成立している。公海⁽⁵⁾の海床にある土地は、すべての人類に共同に所有されている共有物 (res communis) というよりも、むしろローマ法が無主物 (res nullius) と名づけられている誰れのものでもない土地 (no man's land) である。……眞珠貝、海綿などの定着漁業に關して、特定の國家が、慣行並びに妨げられない所有によつて、これらのおかれてゐる海床の小部分に對する排他的權原を取得しようということは、實行によつて確立されているように思われる。」⁽⁶⁾といひ、アイルランド、セイロン、チュニジア、メキシコ及びコロンビア等の例があげられている。海床の實效的占有が、海床の部分の排他的權原 (exclusive title) を生ずること、それは、單にセイロン、チュニジア、だけでなく、メキシコ、コロンビア、アイルランドの定着漁場に對してもその權原によつて合法とされることを述べてゐる。オッペンハイム・ラウターパハトのいうところもまた實質的には同じである。「海底の表面 (the surface of the bed) が、先占 (occupation) の對象となるか否かは今日争われている。従來の傾向は、海底の表面は、法律的には、公海の海洋そのものと結びつけられなければならないとするにあつた。……實際に、國家が自國民の活動によつて海底の表面の資源を常に開發している例は多い。これらの事例を時效の根據にもとづかせるのが傳統的であるが、法律上國家は、定着漁業及びその他の目的のために、航行の自由及び浮游魚類の繁殖を妨げない限り、海床の表面に主權及び財産權を取得すると認めるのは、原則にも反しないし實行に合致するものである。」と。

同様な基調に立つ他の學説をあげるまでもなく、かような見解が海洋の占有を妨げた二つの理由——グロチウスの用語では *Occupatio non procehdi nisi in re terminata* (理論的理由) 及び公海水域の自由は、諸國の間の交渉の自由 (主たる實行上の理由) ——は、海床又は底土に適用はない、⁽⁶⁾として公海海床の先占が可能であると説明する。公海海床に對する主權、所有權ないし財産權の設定といふことは、事實において公海におおわれた海床の領域化を意味する。領域化された海床の表面にある定着動物は、海床先占國の領域たる海床の産物であり、その國家は定着漁業に對して排他的な管轄權をもつことに

なる⁽⁶⁾。三マイルの限界を超えた定着漁場において、沿岸國が外國船の碇泊、航行を制限し、また浮游魚の採取を制限し、更に定着漁業について内外人を問わず無免許操業を禁止するセイロンやチュニジアの例が、海床先占の効果として生じたとすれば、他の漁場についても海床先占の權原により定着漁業に對する排他的管轄權を法理上容認しうる。しかし、海床先占によつて領域化された海床上の公海が、理論的には依然として公海たる性質を失わないという構成をなしうるとしても、事實上公海水域の使用すなわち航行の自由あるいは漁業の自由と牴觸し、他國の公海において享有する使用の自由に對する制限的效果を伴ふことになる。定着漁業に關して、公海海床の先占國が事實上公海における他國の一般的權利に優位する地位を取得するということは、先占の法理そのものうちに存在していない。

公海海床の領域化を先占によつて論證する學說が、公海海床の法的地位を無主の地と理解したのに反して、公海海床は公海水域と結びつけられなければならないという立場は、定着漁場に對する管轄權の要求をただ時效によつて合法化しうるにすぎないと論じている。たとえば、ヒギンス・コロンボスによれば⁽⁷⁾、「海床については、いかなる國家による先占の對象ともなりえず、その法的地位は海床上にある公海水域と同じである。航行の自由という利益において海洋を領有せしめえないものとする理由は、同じ力をもつて海床にも適用せられる。例外的に、歴史上及び時效の考慮にもとづいた根據によつて、公海海床の限られた部分は、明確な目的のために個々の國家による占有の對象となりうるものが一般に認められ、また他國によつても承認されるに至つてゐる。このことは、とくに超記憶的慣行と實效的占有によりイギリスに屬するセイロン沖並びにペルシャ灣内の眞珠貝漁場の事例においてそうである。」と。ヒギンス・コロンボスによつて代表されている時效の權原による論證は、傳統的立場を傳えているものであるが、かつてのアイルランドの漁場やメキシコあるいはコロンビアの漁場が、歴史的な考慮や時效によつて領有に歸すべきものか否かは解決されていない。この意味において時效の權原をいいながらリントレイが「海底の表面の一部の占有は、實際上公海そのものの一部の占有から區別されるべきものでなく、セイロ

ンヤベルンシャ灣の眞珠貝漁場に對する要求は、公海に對する領有が許容されていた時代に遡る時效の根據にもとづいてのみ正當なものとされるにすぎない。従つてそれは領水外の海床の表面の一部の新しい占有を正當化する先例として關係づけることはできない。」といつて、將來の時效取得への途をとざし、他の定着漁場の排他的管轄權を一般的に時效によつて合法化しえないといつてゐるのは——そこで國際法における經過法と既得權の原理を以て補充すれば——一面の眞理がある。しかしながら國際法における時效の原理そのものから、公海に對する領有が許容されていた時代に遡るといふ條件を、何故に海床の領有についていなければならぬかをなお疑問として残すことになる。もし時效によつて定着漁場の取得が認められるならば、將來における時效取得もまた、時效を採用しうる限りに於いて法理上可能でなければならぬ。ヒギンス・コロンボスの場合にしても、リントレイの場合にしても、最近のムートンの場合にしても、權原として説明された時效が、領土取得の態様に擬せられた海床の時效取得であつたことに批判の餘地があらう。彼らの場合にも、海床の取得時效による領域化を認定し、領域化された海床における定着漁場に對する排他的管轄權は、事實上公海水域に及ぶけれども、公海に對して排他的管轄權は許容されないと理論に拘泥して、特定の定着漁場に對する排他的獨占的管轄權の合法性を例外的に論證したにすぎなかつた。時效の本質は、他のもの不法占有に對する一國の明示的又は默示的承認であり、元來不法性を豫定した點に先占との差異がある⁽⁹⁾。また時效は、すべての種類の權利を取得する手段であつて、定着漁業について海床占有をいい、またその權原を領土の時效取得に擬する理由は、理論的にも實行上も必要ではないように思われる⁽¹⁰⁾。

少くとも傳統的な見解によれば、公海は占有をうけられないものであるという古典的觀念から逃れるために、學者はローマ法の概念を借りて公海海床の法的地位を、あるいは共有物 (res communis) といつて例外的に漁場の時效取得をいうか、あるいは無主の地 (terra nullius) として先占をいうかであつた。國際法における海洋に對する管轄權の分配法則が、海洋の場所か、人か、船舶かによつて構成されている限り、外國人又は外國船に管轄權を公海において及ぼす事實は、理論を

して海洋の場所に對する管轄權を豫定しなければならなかつた。その結果三マイルの限界を超えた定着漁業に對する管轄權を、先占説も時効説もともに海床の實效的占有の効果と考へたのであつた。理論的には、公海海床の法的地位を公海水域の法的地位から區別しようとしても、海床の實效的占有の効果と、公海海床の領域化に求めているかぎり、領土化された海床に對する排他的管轄權と上部水域としての公海に對する管轄權との間に、現行國際法においては少くとも何ら豫定されてい
ない管轄權分配法則の成立を容認せざるをえないのである。たとえば、「トロール網による魚類の非良心的な漁業は、定着漁業にとつて大きな災害であり、従つて海洋自由に對する制約が認めらるべきである。」⁽¹¹⁾ というような事實が、セイロンやチュニジアそして恐らくは他の漁場においてさえ制限的措施を事實上又は法律上許容しているのである。海洋に對する管轄權の理論構成から、セイロン、グランヴィユ灣、チュニジアの漁場を、歴史的灣又は歴史的水域と承認することもできよう。しかしこれらの灣又は水域が、他國によつて内水として承認をうけ、またうける必要性をもつた灣又は水域であるかどうか疑わしいのである。たとえこれらの事例が歴史的灣又は水域として諸國の承認をうけたものとしても、それは定着漁業に對する實效的占有だけの效果ではなく、むしろ地理的條件、沿岸國の諸々の權益などの要素から導かれた明示的又は默示的承認⁽¹²⁾なのである。これらの灣又は水域において、なお航行、一般漁業が、ある種の制限のもとに開放され、また定着漁業の採取を外國人についても許容している事實は、果してこれらの灣又は水域を領海以上に完全な主權のもとにおく必要を認められた内水に對して、沿岸國がその自由な意思として決定した結果なのであるか。國際法において灣の制度が確立されてい
ないだけに、その例外として生ずる歴史的灣又は水域の制度にも疑問の餘地がある。海洋に對する管轄權の理論構成からみれば、歴史的灣又は水域としてこれらの事例を説明する限り、時効により海床の取得をいふまた海床占有が公海水域に及ぶという説明と同じように、現行法上海洋に對する排他的管轄權分配の理論だけは生きるであらう。

問題は、海床の實效的占有の効果が先占説において明らかなように事實上公海の自由から條件づけられ、あるいは時効説

において明らかなように海床の實效的占有が公海水域に及ぶという事實によつて、理論上構成された公海海床の領域化と公海自由の原則とはいかに調整されるか、という點に集約されるであろう。定着漁業について、海床占有の觀念が豫定されているのは、ただ定着動物が事實上海床と公海水域の接觸面に存在しているからにすぎない。われわれは、海洋に對する管轄權の理論構成とは別に、公海使用の側面から公海自由の原則との關係を考へてみる必要がある。

- (1) 小田 滋、定着漁業の法理——アランラ海の眞珠貝採取をめぐつて、ジュリスト一九五三年一月二日號 (No. 45) 二二頁。
- (2) Hall, W. E., *Treatise on International Law*, 8th ed. by Higgins, 1924, pp. 189-190.
- (3) Smith, H. A., *The Law and Custom of the Sea*, 2nd ed., 1950, pp. 63-64.
- (4) Lauterpacht, H., *Oppenheim's International Law*, 8th ed., vol. i, 1955, p. 628.
- (5) *Ibid.*, p. 628.
- (6) *Ibid.*, p. 629. とくに第七版に比して、公海海床の先占との關係を明らかにし、大陸棚に對する權利が國際法によつて承認されることになつたので、この權利は底土でも海底表面にも及ぶとする表現が加えられた。
- (7) Higgins & Colombos, *International Law of the Sea*, 3rd. Rev. ed., 1954, pp. 56-57.
- (8) Lindley, M. F., *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, 1926, pp. 68-69.
- (9) Johnson, D. H. N., *Acquisitive Prescription in International Law*, *British Yearbook of International Law*, 1950, pp. 350-351. 拙稿「國際法における取得時效と公海海床の領有(三)」、法學研究第二七卷第一二號一八頁参照。
- (10) 小田 滋、大陸棚の法理(二)、國際法外交雜誌第五三卷第四號四四頁—四五頁。
- (11) Mouton, M. W., *The Continental Shelf*, 1952, p. 155.
- (12) Gidel, G., *Le Droit International Public de la Mer*, Tome III, 1934, p. 629 et seq.

七 公海の自由と定着漁業の法理

三マイルの限界を超える定着漁業に對する管轄權を公海海床の實效的占有に結びつけるに至つた論據は、既にくりかえし

述べたように公海に對する占有が、グロチウス以來法理上許容されないということに由來したからであるといえよう。その意味で學理上公海水域と公海海床との區別が認識され、後者には領域取得に對する權原が擬制的に適用されると考えたのは決して理由のないことではない。しかし公海と領海という管轄權の分配法則が、公海水域の問題に關してのみ妥當するものか、また公海海床及び底土にまで及ぶものかといった點は、必ずしも明確に國際慣習法として確立していた譯ではない。それゆえにこそ學説が、公海海床の法的地位の認識について全く岐れた所説を展開し、また定着漁業の問題について、たとえ學者が先占、時效又は承認という權原によつてその排他的管轄權を説明しているとしても、それらはすべて事實上公海自由の原則との關係を完全に無視して立論されえないことを示しているのである。このことは定着漁業の合法性を公海海床プローパーの先占から演繹しているハースト、オッペンハイム・ラウターパハト、H・A・スミスにおいてさえそうであつた。彼らは、公海の自由と牴觸しないということを餘りに強調しえないといひ、あるいは、航行の自由並びに浮游魚の繁殖あるいは一般漁業の採取を妨げてはならないともいつている。⁽²⁾ この意味において公海における定着漁業の合法性は、既に確立された航行の自由及び漁業の自由を内容とする公海の自由の原則から條件づけられた形で認められるにすぎない。三マイルの限界外の定着漁場に對する管轄權の要求を海床の領土化の合法性から演繹しながら、なお上部水域の公海たる性質によつて條件づけられるならば、現實に牴觸を豫定される諸國の海洋の使用の自由の要求はいかに調整されるべきか。ある學説は、ある漁場について少くとも海床占有國に、他國の海洋使用に優位する權能を與えている。これに反して、公海における定着漁業の問題を海洋制度の問題とし、公海海床の占有の合法性による定着漁業の合法性の演繹の不正を、いいかえれば公海における定着漁場に對する權利の要求は、明らかにこの定着漁業が行われている、いわば三マイルの限界を超えた公海に對する要求の違法的性質を含んでいる、と論じたのはデデルである。

デデルは、ハーストの海床の占有の合法性による公海における定着漁場の合法性を演繹する見解を批判して、次のように

述べている。「ハーストが、領水外の水域についての使用は、特定の國家の私的な權利となりえないものであるが、海床は占有（先占）の効果によつて財産權という思い切つた言葉によつて示しているこの種の權利の對象となる。すなわち公海海床は、先占の手段によつて取得され、又は取得される財産、いしかえれば無主の地であるという理論は、自由であるべき水域と先占の手段によつて財産權をうけ入れる海床との間の問題の根底におかれては法的な區別が、それ自身において公海に對する侵破の反對を豫定していること、それは全く納得しえないものである。海床占有の合法性による公海における定着漁場の合法性を演繹するという純粹にして單純な肯定は、一つの論證を要求する。海床の占有の合法性という原則を承認することは、必然的に海洋の自由の原則に對する制限的效果を含んでいる。この結果に對して人がいかに論じた所で、海洋の自由の原則に對する制限的效果から脱することはできない。いしかえれば、公海における定着漁場に對する要求を合法化することは、三マイルの限界を超えた公海に對する要求の違法性を含んでいる。」と。従つてデデルにとつて、公海における定着漁業の權利の合法性と定着漁業の行われている場所の公海に對する違法性とは並列的に同位同格のものとして兩立しえないものである。それゆゑに定着漁場の合法性を海洋自由の原則との關係において見るならば、一方を原則とし、他方を例外として考へなければならぬのである。デデルの場合、明らかに海洋の自由とくに公海の使用の自由として航行、漁業、動植物の採取、海底電線の敷設及び公海上空の飛行などを例示し、とくに一般漁業を定着漁業から區別する建前を一應否定し、定着漁業もまた萬人に開放された海洋使用の自由なる類型として考へている。⁽⁴⁾ それゆゑに公海使用の自由と定着漁業に對する管轄權の要求とは、いかなる場合にも兩立しえないものとして登場する。このような基調は、リントレイもいつていするように「漁業は、一般漁業の場合においても定着漁業の場合においても共に、事實上海洋の表面から行われるのであり、行使される警察並びに他の統制は海洋の表面から行使されるにすぎない。二つの事例の間には原則上現實の差異を見出すことは困難である」。⁽⁵⁾ さらにまたデデルによれば、「海洋の自由は、締約國に制限を加える國際協定のない限り、公海において

すべての者のために自由に漁業する権利を含んでいる。すべて定着漁業が實行されている所では、定着漁業の権利の行使を妨害している。定着漁業は、問題とされた海洋における他の種類の漁業の権利の行使もまた妨害している。更に海洋自由の原則は、公海においてすべての者に對して自由に航行する権利を含んでいる。定着漁場が施設をおいている場合には、航行のこの安全なる自由を妨げ更にまた常に制限している。それゆゑに領水外の定着漁場の合法性と公海自由の概念とを調和せしめようとするのは圓を正方形にしようとするようなものである。」⁽⁶⁾と。

しかしながら公海の自由という原則は、本來いかなる國家も公海に對し管轄權を行使しえないということを意味してきた。そして管轄權の海洋に對する分配法則が、公海海床及び底土に及ぶものかどうか、また定着漁業にも適用されるかどうかは國際慣習法として明らかに確立されてきた譯ではない。歴史的な側面から公海の自由という原理をその使用の面から考察して、海洋の自由という用語は、國際法によつて認められた國家又は諸國民あるいはその國民又は市民に對して海洋及びその部分の使用について、その時において國際法によつて授けられた自由の範圍として把えるならば、⁽⁷⁾海床の利用あるいは定着漁業はその自由の範圍に含まれたかどうかと慣習法の認定の問題として生ずるのである。現代國際法のもとで航行の自由と漁業の自由は、⁽⁸⁾國際實行と學說から共に支持をうけた海洋使用の自由の内容として慣習法的に生成された自由の範圍である。海洋の自由は獨占的使用を拒けて、海洋の平等な使用の觀念と必然的に結びつけられるに至つた。すなわち公海に對する主權の設定に反對することを主たる任務とした海洋の自由論は、單に學說上の支持をえただけでなく、諸國の實行も國家利益と國際社會の利益の調和として、その思想を支持したのであつた。十七世紀から十八世紀にかけて航行の自由を認め、またそれよりも遅れて漁業の獨占權の放棄という形で漁業の自由が、あざらし漁業事件を最後として確立されたのであつた。そして今日公海の自由は、「すべての國籍の船舶は、すべて可能な方法において公海を使用する平等な権利を有している。」⁽⁹⁾と、一般的に學說においていわれるに至つた。そしてこの原則は、ローチュス號事件の常設國際司法裁判所

の判決でも、「公海はいかなる國家の主權にも從屬することはない。この點についてどんな見解がとられようと、すべての國家は平時において公海の使用について平等にして獨立な權利を有するという原則について事實上の一致がある。このコローリーは、いかなる個々の國家も明示的な又は長期に亙る時効上の使用から默示的な他國の承認なしに公海のいかなる部分についても、使用の排他的權利を合法的に主張しえないのである。」⁽¹⁰⁾とされたのであつた。

しかしながらかような學理上及び實行上の表現は、管轄權の側面から考えられ、その對向ないシコロラーリとして主張された公海使用の自由にすぎないといえよう。このことは、一八九三年のイギリス・アメリカ間のベーリング海あざらし漁業事件においても確認されたところである。すなわち公海において、いかなる國家も自國國旗を掲げる以外の船舶に對して原則として管轄權を行使しえず、あざらし漁業を通じ漁業について領海外管轄權の行使は認められない。しかし仲裁裁判は、ただそれだけのことを解決したのではない。グロチウス以來とくに自然法思想にもとづいた海洋使用の自由の基調とされてきたとりつくされることなく萬人によつて使用されるものは、單一の國家の排他的支配に服すべきでないという説明は、歴史的にとりつくされるものを使用の自由の枠外におくことを示してきた。そしてとりつくされる魚類については、國際法上異なつた處遇が與えられるべきであるから、海洋の使用が制限されるべきであるという理論及び實行が生じているのである。たとえば公海の使用について、「すべての國家は、平時において、また原則として戰時においても、自國の國旗下にあり、その法律の排他的支配のもとにある商船及び軍艦をして公海を航行せしめる權利並びに海洋の深い所に提供されているとりつくされえない富を漁獵によつて自國のために使用する權利を有している。」⁽¹¹⁾と。そしてまた仲裁裁判においても、當事國が仲裁約款において國際的協力によつてあざらし漁業を規制し、また保存措置をとることを豫定したために、判決は約款にもとづいた協定の基礎を與えたのであつた。現行國際法のもとで、ある種の魚類について、ある特定の漁場について、とりつくされる漁業を制限している若干の事例がある。あざらし漁業や捕鯨漁業は、その最も顯著な例であり、これ

らの漁業は制限され、これを公海使用の面から見れば公海使用の自由の制限である⁽¹²⁾。だが自然法思想にもとづいた対象がとりつくされうるといふ理由によつて、漁業に對する領海外管轄權の合法性を、現行國際法上導き出す慣行は確認されていないのである。合衆國が、プリビロフ島の繁殖地から離れ公海にあるあざらしに對し、あざらしが *animus revertendi* (回歸の意思) をもつ動物といつて、財産權を要求した際に、法廷の論議は回歸性動物について國際法の規則がないことを認め、またあざらしを *ferae naturae* (野獸) とし、野獸に對する財産權は現實の物理的所有によらなければならぬといつて⁽¹³⁾、三マイルの限界外にある場合には、合衆國はいかなる保護權も財産權ももたない、と仲裁裁判は述べている。

公海自由の原則を名實ともに確立したといわれる一八九三年のこの事件において認められた原則が、定着漁業の事例にそのまま適用されるかどうか、定着動物もまた *ferae naturae* であることに變りはない。だがこの事件の反訴において、イギリスは、あざらしの領海外管轄權の主張と定着漁業に對する領海外管轄權の主張との類推を明白に否定したのであつた。否定の根據は、定着漁業が浮游魚の漁業から區別されてきたということ、及び海床の物理的所有であつた。海床の物理的所有については、前項において公海自由の原則と管轄權の行使の側面から抵觸を事實上生ずることを示した。われわれが公海における定着漁業の究極の問題は、定着漁業が浮游魚の漁業から區別されてきたかどうか、にあると冒頭にいつたのは、定着漁業の問題が、ここにおいて公海(あるいは公海海床の)使用の自由という國際慣習法の認定に關係づけられるからである。

- (1) Hurst, *Whose is the Bed of the Sea?* International Law, The Collected Papers, 1950, p. 61.
- (2) Smith, H. A., *The Law and Custom of the Sea*, 2nd ed., 1950, p. 64; Lauterpacht, H., *Oppenheim's International Law*, 8th ed., 1955, p. 629.
- (3) Gidel, G., *Le Droit International Public de la Mer*, Tome I, 1932, p. 498-499.
- (4) *Ibid.*, p. 125.

- (e) Lindley, M. F., *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, 1926, p. 68.
- (e) Gidel, *op. cit.*, p. 500.
- (f) Potter, P. B., *The Freedom of the Seas, in History, Law, and Politics*, 1924, p. 1.
- (g) Hatschek, J., *Völkerrecht als System rechtliche bedeutsamer Staatsakte*, 1923, *An Outline of International Law*, translated by Manning, 1930, p. 145; Verdross, A., *Völkerrecht*, 3te Aufl., 1955, SS. 231-232; Kelsen, H., *Principles of International Law*, 1952, pp. 224-225; Sibert, M., *Traité de Droit International Public*, Tome 1, 1951, § 395, p. 657 et seq. 及 著者 Higgins and Colombos, *The International Law of the Sea*, 3rd Rev. ed., 1954, p. 54 以下乃至 171 の 國際法學會 (The Institute of International Law) の 1927 年 の ローマ 會議の 宣言 參照せよ。
- (g) United Nations, *General Assembly, International Law Commission, Second Session, Memorandum on the Regime of the High Seas*, A/CN. 4/32, pp. 3-4.
- (g) Permanent Court of International Justice, *Series, A*, 10, p. 25.
- (11) Liszt, F. von, *Freischmann, Das Völkerrecht*, 12te Aufl., 1925, § 36, SS. 291-292.
- (12) 前原光雄 ‘國際法’ 昭和二十四年 一四一—一四二頁。
- (13) Lauterpacht, H., *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, § 99, pp. 225-227.

結 語

公海の自由と定着漁業の法理と題して、傳統的國際法學の枠内で、三マイルの限界を超える定着漁業に對する管轄權の問題を、國際慣習法の認定事項としてとらえようとしたわれわれは、本稿の冒頭において豫定したようなデデル教授の設問への解答を迫られることになつた。

一國が浮游魚の漁業について、その海岸に隣接する公海海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るれば、定着漁業の場合にこの權利は認めらるべきか。⁽¹⁾

定着漁業と一般漁業が、法においても事實においても國際的取扱いを同じくしてきたということが、正しい國際慣習法の認識であるとすれば、海洋に對する管轄權分配の法則が、定着漁業による海洋の使用にも妥當し、リントレイの述べたように、定着漁業も一般漁業もともに、漁業は現實に海洋の表面から行われ、また行使される警察並びに他の統制も海洋の表面から行使されるにすぎない。二つの事例の間に原則上現實の差異をみいだすのは困難である。海床表面の一部の占有は、實行上公海自身の一部の占有から區別されるものではない……領水外の海床の自然の富を集めるために公海のある部分に對して何らかの統制を行使することが必要であれば、その富が海床にあらうが上部水域にあらうが、利害關係國間の協定により定められるべきである。そしてこの認識を公海自由の原則との關係においてとらえれば、デデルのいうように、若干の定着漁場に對し公海の一部の實効的な且つ長期に亙る慣行によつて、とくに反對を行う地理的條件のもとにある他國が、この慣行に對し、公式のまた執拗な抗議を行わなかつた場合に、それを沿岸國の排他的領有におくことができる。この事例を合法とするのは、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ことによつてゐる。このことは、定着漁業がある、嚴格な條件のもとで行われるにすぎないのであつて、解釋の問題について疑いのある場合には、原則の規則が例外に優るといふことによつてのみ合法とされるにすぎないことを意味している。⁽³⁾

これに反して、定着漁業と一般漁業とが、法においても事實においても國際的取扱いを異にしてきたということが、正しい國際慣習法の認識であるとすれば、ベーリング海のあざらし漁業事件において、イギリス政府が、その反訴において示し、またフルトンの定着漁業に對する認識のように、更には公海海床の占有理論を借りて、定着漁業は、公海漁業の自由という一般法に對し、特別法として容認され、その排他的管轄權は、公海自由の原則の枠外におかれ、定着漁場の占有國は他國に優位する特別な地位を認められることになる。

イギリスにおいて主として支持されてきた定着漁業を特別法とみる見解は、特定の定着漁場を例外とする説を以て *lex*

ferenda であると評し、また反對にこの見解は、歴史的灣又は歴史的水域に類似した理論を適用する立場から誤れる見解と評されている。定着漁業の問題は、理論の分野から生じたのではなく、實行の分野から生じているのである。定着漁業の問題を實行の面から扱えた場合に、海洋に對する管轄權の理論構成と海洋使用の問題とが必然的に結びついているという慣行は、確實に立證されているわけではない。一般漁業に關して領海外管轄權の要求をことのほか排斥してきたイギリスが、定着漁業を特別な漁業としているものの、他の諸國とくに海洋問題に關心をもつ國において定着漁業のゆえに特別な處遇を與える必要はないとも主張されているのである。⁽⁵⁾ 定着漁業に關心を抱きまたそれに對する管轄權を主張しまた否定しているのは、それが國家の政策と合致しまた合致しないという政策的基調が禍いしているからである。われわれは、本來實行の分野から生じている問題を更に眞實性を求めて論究する必要はないであらう。

三マイルの限界を超える定着漁業の問題を傳統的國際法學の理論が、航行の自由並びに漁業の自由との牴觸を避くべきことを條件として、海床占有の合法性から定着漁業一般に對する排他的管轄權の合法性を演繹し、また特定の定着漁場に對する排他的管轄權の例外的合法性を、一般には領土取得の態様に擬せられた時効により、あるいは歴史的灣又は歴史的水域としての内水と考へた點を、定着漁業の實行から見ると、それは實行上不必要と思はれる排他的獨占的管轄權の合法性との關係で認識されてきている。公海漁業の自由の確立において、諸國の利益と合致しなかつた實行は、海洋に對する漁業の排他的獨占的管轄權の要求であつた。しかし他面において漁業資源の保護、漁船相互の紛争の調整として一般にいえば公海漁業の國際的規整の必要から、公海漁業の自由を一般的には國際條約によつて制限する方式が用意されていた。公海において諸國が平等な漁業の權利ないし自由を享有するという原則は、多かれ少かれ廢れた自然法の思想に由來しようとはまた國際社會の利益の調和に由來しようとは、そのいずれにせよ國際法における一般的慣行となつてゐる。定着漁業の實行において必要であつたのは、定着漁業を近海で操業してきた國の漁業の排他的獨占的要求ではなく、排他的ではあるにせよ保護權の

要求であつたのである。

ヂデル教授が、定着漁業と一般漁業の差異は法理上存在しないことを認めながら、理論は多くの定着漁場が適法と認められている事實を證明し、海洋の自由という原則をできる限り侵さないという限度で、この實行を維持していることを認めなければならぬといひ、定着漁業を統制している國家による定着漁業の規則は、國籍の區別なしに漁業者にその使用に益せしめるほど充分に自由であり、且つ公平にわりあてられ且つ認められた賦課の手段は、漁業のより大きな利益のために海床についての警察と保存の確保にある限り、定着漁業の制度は合法であるのみならず、望ましいものである。⁽⁶⁾と結んでいるのは單に個人のいつている *les ferenda* ではないように思われる。事實において定着漁業に對してかような保存水域の制度を容認するとすれば、それは一方的行爲にきまつけられた國際法の制度として批判されることになる。⁽⁷⁾しかしながら國際實行において示されているのが、隣接國による定着漁業の保護であり、他國による公海使用の平等性にあつた限り、この提案は⁽⁸⁾理論的對立と諸國の政策の對立の妥協點として容認されうべきであらう。定着漁業に對する領海外の保護權の要求は、海洋に對する管轄權分配の法則と牴觸する。しかしその牴觸において海洋に對する管轄權分配の法則が、沿岸國の定着漁業の占有事實に何らかの程度で讓歩しなければならない何もものが國際慣行と漁業資源の保護の必要のうちに生成しているように思われる。それは法理の要求ではない、しかし事實から動かされる衡平ないし合理性の要求なのである。

(1) Gidel, G., *Le Droit International Public de la Mer*, 1932, Tome I, p. 489.

(2) Lindley, M. F., *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, 1926, pp. 68-69.

(3) Gidel, *op. cit.*, pp. 500-501.

(4) Hall, W. E., *A Treatise on the Foreign Powers and Jurisdiction of the British Crown*, 1894, pp. 242-243.

(5) 國際連合國際法委員會に對するスウェーデン及ノルウェーの回答は、「何故にいむゆる定着漁業が他の漁業と異なつた方法で取りあつかわれなければならないかを理解するのは困難である。」といつてゐる。

(e) Gidel, *op. cit.*, pp. 500-501.

(f) *La Loi de 1950 sur la L'auterpacht, H., Sovereignty over Submarines Areas, British Yearbook of International Law, 1950, pp. 403-406.*

(g) United Nations, Report of the International Law Commission, 3rd Session, 1951, A. 6th Session, Supp. No. 9 (A/1888) (外務省國際協力局第一課「國際法委員會報告」第三會期) p. 20. 國際連合國際法委員會が「第三會期において採擇した法典案は次の構成のもとで定着漁業を規定している。

第一部 大陸棚(略)

第二部 關連問題

海洋の資源(第一條、第二條)

定着漁業(第三條)

接續水域(第四條)

第三條

定着漁業の規制は、同漁業が一國の國民により長期に亙つて維持され且つ行われてきた自國領海に接續する公海において、當該國がこれを企圖することができる。但し、自國民と平等の立場で他國民が漁業活動に参加することを許すものとする。かかる規則は公海としてのその區域の一般の地位に影響を及ぼすものではない。

1 委員會は定着漁業は大陸棚の問題と關係なしに、規制さるべきであると考え。大陸棚に關する提案は底土の礦物資源の開發に關係するものであるのに對して、定着漁業の場合は、提案は漁獲される魚種又は海底に建てられた杭のような使用漁具のために定着的と認められる漁業に關係する。この差異が二つの問題を分割する充分の根據を示すものである。

2 定着漁業は、同漁業が領海の限界を超えたところにある場合にのみ法的紛議を生ずる。

3 定着漁業が行われており、領海の沖合に接續する區域に位する洲は、若干の沿岸國によつて、その占有に屬し、且つ、その領土の構成部分であると考へられている。しかしこのことは殆んど紛糾を起してはいない。委員會は、このような區域を「占有されている」とか「財産を構成している」とかとすることを回避した。しかし委員會は、このような區域の特殊地位は、自國民が長時間に亙りその場所で漁業を行つてきた沿岸國に特殊な權利が屬すると認められることを正當化するものと考えている。

4 このような區域で沿岸國が行使しうる特殊な權利は、承認された目的の達成上本質的に必要な權利のみに嚴重に制限されなければならない。

らない。定着漁業の規制に關する以外は、漁場の所在している海床をおおつている水域は依然として公海の制度に従う。他國の國民が沿岸國の國民と同一立場でかかる漁業に従事することは自由であるという慣習法の現行規則は、引續き適用せらるべきである。

(なお一九五一年の國際法委員會の作成した大陸棚並びに關連問題についての條文案の邦譯は、大平善梧、大陸棚の法理、比較法雜誌第二卷第一號五九頁以下に記載されている。)

この提案は、定着漁業の問題を、一般漁業とも大陸棚とも別個にあつかひ、それぞれに對する管轄權を區別して扱つた根據には、私がかれまで論じたような背景が必ずしも明らかでないが、認識されていたということができよう。その後一九五三年にフランソワ委員は、右草案の一部を「沿岸國が従來、他國の國民に漁業に参加することを許していた場合には、今後それらの者を排除する權利を有しない。」と改めた。この修正案の一面をとらえた第五會期の報告書は、定着漁業の問題を大陸棚問題に還元した。その註解において委員會は礦物資源 (mineral resources) から區別して、天然資源 (natural resources) の語を導入し、定着漁業の産物は、海床に恒常的に固着した天然資源であることによつて、大陸棚制度の枠外におく必要はないとみている。また沿岸國の排他的權利は、他國の現存の權利と牴觸する方法で行使しえないこと及び現存の權利への干渉は、天然資源の利用及び開發の要求によつて已むをえず必要とされる際には、外國人の權利の尊重を確保する國際法の規則に従うものとする。とした (United Nations, Report of the International Law Commission, Fifth Session, General Assembly, Eighth Session, Supplement, No. 9 [A/2456], 外務省國際協力局第一課「國際法委員會報告」[第五會期]一九五三年 p. 14, 70 et 71.)。第三會期の報告から第五會期の報告への轉換は、保護權から獨占權への轉換を示している。この轉換は、少くとも定着漁業と公海自由の原則との調整として提示されているものではない、明年この問題を再び討議するであろう國際法委員會が、今一度定着漁業の問題を、歴史、理論、實行の面から充分に検討し、國際法における法的安定の要請と合理性の要請とを適格な方式で調整することが望まれる。