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

Title	歴史的水域の制度の法典化について : 歴史的湾を含む歴史的水域の法律制度・国際連合の事務局によつて準備された研究・記録に関連して
Sub Title	Some comments on juridical régime of historic waters : in connection with U. N. documents A/CN. 4/143
Author	中村, 洸(Nakamura, Kō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1965
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.4 (1965. 4) ,p.30- 52
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19650415-0030

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.

歴史的水域の制度の法典化について

―歴史的湾を含む歴史的水域の法律制度・国際連合の事務局によつて準備された研究・記録に関連して――

中村　洸

一　序　説
二　歴史的湾を含む歴史的水域の意味
三　歴史的水域は、例外的制度であるか
四　歴史的権原の構成要素の再検討
五　立証責任の問題
六　結　語

一　序　説

筆者は、一九五九年（昭和三四年）に、歴史的湾の制度・その法典化への構想――歴史的湾に関する覚書に関連して――と題する論文を発表した。その論文において、筆者は、領海及び接続水域に関する条約が、第一次のジュネーブ海洋法国際会議で採択されたことによつて、歴史的湾の法典化は、ただその第七条の最終項の、いわゆる歴史的湾に定義を加える方式に

おいて行われるか、それとも領海劃定に関する一般的規則の除外約款で、問題を処理するか、少くとも第四条の直線基線の規定が、現状のまま存続するかぎり、後の手段を選ぶことは、諸他の関連条項からみても困難な問題に当面する[1]、と説明し、あるいは、直線基線の制度と歴史的湾の制度との法的関連性の問題に今後の議論の余地を残す[2]、といつた表現を用いて、主として湾の一般的規定に対して、歴史的湾に定義を与えるという見方から、その法典化への構想を示唆するにとどめておいた。

第一次海洋法国際会議以後、歴史的湾又は歴史的水域の問題は、現状において、なお実質的な法典化への審議の機会を与えられていない。しかし、海洋法会議の歴史的水域に関する決議[3]は、その後、第一四国際連合総会の第六委員会で議題としてとりあげられ、簡単な討議（六四三―六四六会議）ののち、次のような国際連合総会の決議を生ずる結果となつた。総会決議一四五三（XIV）は、次の通りである。

一九五八年四月二七日に採択された決議によつて、海洋法についての国際連合の会議が、歴史的湾を含む歴史的水域の法制度の研究のため、国際連合のすべての加盟国に研究の結果を通報するための手配をすることを総会に要請していることを想起して、

国際法委員会に対して、委員会が得策と考えるならば、直ちに歴史的湾を含む歴史的水域の法制度の問題の研究に着手し、委員会が適当と考える問題に関して、このような勧告をすることを要請する[4]。

この総会決議に従つて、国際法委員会は、一九六〇年の第一二会期に、歴史的湾を含む歴史的水域の法制度の研究方法を討議した。この討議において、委員会は、問題の研究方法についての委員の見解が、大体において、二つに分れていることを認識した。フランソワなど、若干の委員[5]は、次のような見解を示した。すなわち、委員会は、まず国際連合の事務局に対して、各国政府に、その管轄権に従属し、またある水域を国家が要求している制度を示して、歴史的湾を含む歴史的水域に関するすべての得策な文書を送ることを要請することが必要である。各国政府によつて提供されたこれらのデーターによつ

て、歴史的水域に関する慣習国際法の規則を学ぶことができる、と。この見解は、大体において、実定国際慣習にもとづいて歴史的水域の法制度を支配する原則を決定するためには、いかなる湾、そしてまたいかなる水域が、歴史的なものとして要求され、またどのような根拠にもとづいて要求が行われているかの調査結果を前提とするという考え方に立つて、具体的事例からの原則の抽出化を試みようとする研究のしかたによつていたといえるであろう。

この見解に対して、フィツモーリスやアゴーなど、若干の委員[6]は、歴史的湾を含む歴史的水域について諸国政府から情報を集めること、そのこと自体にある種の危険を感じて反対した。すなわち、諸国政府が、将来の思惑の問題として、恐らくは何か全く新しいものを含む諸国政府の要求を行わせることによつて、その地位を保護させることになるであろう。誇張された要求は、この問題についての原則の法文化のために適切な基礎となりえないであろう。従つて、委員会は、まずこの問題を支配する原則を決定して、それから諸国政府にこれらの原則に対するコメントを要請するべきである、と。この見解は、歴史的湾を含む歴史的水域の具体的事例の諸国政府からの情報を集めることが正確に行われないであろうという危惧から、現状のままで、原則の探究を企てようとするしかたによつていたといえるであろう。

しかし、ここにおいての委員の見解は、必ずしも、これらの研究方法について明らかに分れていた訳ではなかつた。実際には、原則設定への期待と事実を集めることへの必要とが、相互に関連しあつた形で、各委員が各様に研究のしかたを考えていたという方が、より正しいかも知れなかつた。確かに、法律的にいえば、諸国政府からの歴史的湾を含む歴史的水域に関する具体的情報が、正確に提出されるかぎりにおいて、正しい事実を基礎に、慣習法を発見し、あるいは法を創設する仕方に、何らの反対もなかつたはずである。しかし、国際法委員会は、結局、フィツモーリスやアゴーの意見に従つて、歴史的湾を含む歴史的水域に関する原則を確定する、という研究方法をとることにきめて、次のような決定を行つた。国際法委員会の第一二会期の報告書は、その第四〇節において、その決定内容を次のように述べている。

……委員会は、事務局に対して歴史的湾を含む歴史的水域の法制度の研究に着手し、また第一次国際連合海洋法会議に関連して、事務局によつて準備された歴史的湾についての覚書第八節に概説された準備的研究の範囲を拡大することを要請する。(7)

筆者が、前の論文において準拠した、事務局の歴史的湾に関する覚書(8)は、主として領海及び接続水域に関する条約第七条の、湾の規定における歴史的湾の除外を問題とし、その定義ないし内容を正確にしようとすることを、第一次的な目的としていた。しかし、今や問題は、歴史的湾を含む歴史的水域の法制度という形において、その範囲を拡大して提示された。国際法委員会から、その研究を委託された事務局は、一九六二年に、歴史的湾を含む歴史的水域の法律制度と題する研究・記録(9)を国際法委員会に提出した。この研究・記録に対して、国際法委員会が、どのような態度を示し、またいかなる形で問題をとりあげるかは、現在のところ予測することはできない。しかし、もしこの研究・記録を機会に、歴史的湾を含む歴史的水域という形において、この問題の一般的法典化が企てられる傾向が生じてくるとすれば、歴史的湾に関する覚書に関連して、歴史的湾についての法典化を、前に論じた以上、今、その範囲を拡大して歴史的湾を含む歴史的水域に関する研究・記録(10)に関連して、歴史的湾を含む歴史的水域についての法典化を、再び論ずる必要があるように思われる。

(1) 拙稿　歴史的湾の制度・その法典化への構想――歴史的湾に関する覚書に関連して――　本誌　三二巻九号　三〇頁

(2) 前掲論文　二三頁

(3) 海洋法に関する国際連合の会議は、

国際法委員会が、歴史的湾を含む歴史的水域の制度について規定を与えなかつたことを考慮し、

これらの水域の法的地位の重要性を認め、

国際連合総会が、歴史的湾を含む歴史的水域の法的制度の研究及び国際連合のすべての加盟国に対するこれらの研究の結果の通報を取り計らうよう要請する。

(4) Yearbook of the International Law Commission, 1962, vol. II, p. 4. 参照。

(5) Yearbook of the International Law Commission, 1960, vol. I, p. 111.

(6) Yearbook of the International Law Commission, 1962, vol. I, p. 111-p. 113. 横田教授は、この問題について大体において次のように述

べた。すなわち、委員会は事務局によつて既に準備されている、歴史的湾に関する覚書の研究の範囲に問題を限つて行くことがよいであろう。……そして委員会が、その問題についての研究を完成した時、外交使節に対する特別使節の関係において行われるように、歴史的水域の研究を行うことができる。従つて、事務局は、歴史的湾の問題についての研究を続けることが望ましい、と。このような考え方が、少くとも歴史的湾についてのもつとも一般的な立場であつたように思われる。しかし、研究・記録は、このような考え方と対立する見解を示している。従つて、法典化という問題と離れて、実定法の認識の問題としても、この研究・記録は、検討の余地を残している。

(7) Yearbook of the International Law Commission, 1962, vol. II, p. 5. 国連国際法委員会報告　第一二会期　四〇節参照。

(8) Memorandum concerning Historic Bays (Preparatory Document, No. I.) by the Secretariat of the United Nations, 1957.

(9) Juridical Regime of Historic Waters, including Historic Bays, Document. A/CN. 4/143, Study Prepared by the Secretariat, 1962.

(10) この研究・記録は、一、研究の起源と背景、二、歴史的湾を含む歴史的水域の法律制度、三、結論の三部から構成されている。第二部は、A、歴史的水域、歴史的湾の用語の予備的説明、B、歴史的水域の概念、C、歴史的水域に対する権原の諸要素、D、立証責任、E、歴史的水域とみなされる水域の法的地位、F、歴史的水域のリストの問題、G、紛争の解決、という諸問題をあつかつている。

二　歴史的湾を含む歴史的水域の意味

伝統的な見解に従つて、歴史的湾を定義すれば、既に前の論文で説明したように、湾に関する国際法の一般的原則を適用すれば、内水の性質を有しない水域であるのに歴史的権原の存在によつて、一般的原則の適用を除外されて、内水の性質を有する湾をいう、といつてよいであろう。そして、この定義には何らかの形において、まず湾に関する国際法の一般的な原則が前提とされていて、その前提となる観念のうちに、問題の水域が、湾という地理的形状をもち、国際法においてその海域劃定が、湾の基準に従つて解決されるべきであるという観念に結びついていることに注目しなければならない。(1)

学説においても、実行においても、歴史的湾という用語が使用されたのは、主として湾の一般的な原則の適用を除外され、一般的には国際法において湾としてあつかうことのできない、湾口の広い湾又はそれに類する海域と理解されていた。歴史的湾に関する覚書が、その多くの実例(2)を示しているように、従前から歴史的湾とされた水域は、その程度の差はあるに

しても、地形的に湾と呼ばれるか、入江と呼ばれるか、河口と呼ばれるか、その名称は一応別として、湾に類似した地理的形状をもつた海域であつた。

一九三〇年のハーグ会議において、歴史的湾についての明確な定義はえられなかつたし、むしろその概念は混乱していたといつてよいであろう。[3] そのような事情のもとにおいて、ジーデルは、歴史的湾という語に対して、次のような見解を明らかにした。すなわち、たとえば、瀬戸、群島又は礁の間の水域にも特殊な地位が認められることがある。従つて、一般に承認された原則の諸条件に従つた他国の同意からは、その法的地位が存在していない海洋の区域に、利害関係国が、何らかの法律効果を発生させるために、歴史的権利を主張した事例を示すのに、歴史的湾という語を用いるのは批判に価いする、と。[4] ジーデルは、このような考えのもとに、これらの水域を総括して沿岸国の領有水域という表現を用いることを提唱していた。理論的にいえば、歴史的権利又は歴史的権原は、単に湾ばかりでなく、他の水域についても発生するということは認められてよいであろう。しかし、均しく歴史的権原を基礎とするとしても、歴史的湾と湾でない歴史的水域との間に何らかの区別をするかどうかが問題となるであろう。もとより、実行上歴史的湾でない歴史的水域の実例が増加してきた訳ではなかつたし、またスカンジナヴィア諸国の領海四マイルやノルウェーの直線基線の制度を、歴史的水域として理解する考え方は、全くなかつた訳ではなかつたが、少くとも一九三〇年までの学説においては、一般的ではなかつた。ただ理論的に、歴史的湾の理論は、歴史的水域に準用されるという考え方が、莫然と主張されていたということができる。

領海及び接続水域に関する条約の第七条が、その末項において、前諸項の規定は、いわゆる「歴史的」湾について、又は第四条に定める直線基線の制度が適用される場合について適用しない、と規定して、いわゆる歴史的湾の除外約款をとくに設けたのは、この意味において、歴史的湾に関する従来の考えを法文上示したものといえるであろう。[5] 海洋法会議の準備記録として提出された覚書の第八節は、このような理論の推移を次のように述べている。すなわち、歴史的湾の理論は、一般

的適用範囲をもつものである。歴史的権利は、単に湾に関して要求されるだけではなく、アルキペラゴーの水域、アルキペラゴーと本土との間にある水域などの海域に関しても要求されている。歴史的権利は、また海峡、入江および他の類似の水域に対しても要求されている。これらの水域を歴史的湾としてではなく、歴史的水域として述べる生成的傾向がある。この覚書は、湾ではない歴史的水域の考慮を省略している。しかしながら厳格な意味において湾ではないが、その特殊な地位の理由によつて歴史的水域が生じた論議又は決定の理由によつて、この関係において特殊な関係をもつ若干の海域をあつかつている[6]、と。

ここで注意しなければならないことは、歴史的湾と歴史的水域とは、同義語ではないことである[7]。ジーデルの提唱した観念としての歴史的水域は、歴史的湾を含む観念として用いられたのに対して、覚書に示された観念としての歴史的水域は、ジーデルの観念より狭く湾といつた形状をもたない水域に対する観念として用いられている。歴史的水域の概念を包括的概念として理解しようが、湾を除くという意味においての狭義の概念として理解しようが、歴史的権原の理論そのものに別段の影響を与えないかも知れない。しかし、この問題の法典化という面から、問題をとりあげる場合には、その概念を慎重にきめておく必要があろう。

国際法委員会が、事務局に対して研究を委託した問題は、歴史的湾を含む歴史的水域という用語で表現されている。このような用語は、海洋法会議における歴史的水域に関する決議案のなかに、正式に用いられている。しかし、この決議案が、会議に提出された時、歴史的湾を含む歴史的水域という表現に特別な説明はなかつたし、この決議の提案国（インド・パナマ）さえ、一方は歴史的湾と説明し、他方は歴史的水域と説明し、発言者もこの二つを概念的に区別するという明確な態度を示していなかつた[8]。とにかく、決議は、歴史的湾を含む歴史的水域という包括的な形においての研究を要請していた。歴史的湾を含む歴史的水域に関する事務局の研究・記録は、この要請に応じて国際法委員会に提出された。

歴史的湾を含む歴史的水域という観念に従つて、問題を考えた場合に、確かに理論的には、歴史的権原の理論が、従来多くは歴史的湾について適用されてきたことから、湾以外の水域に、その理論は適用されないという結論を導き出すことはできない。現状においても、多くの学説が、歴史的湾の理論の湾以外への適用可能性を示唆していることも事実である。この意味において、歴史的湾の理論を歴史的水域に準用することができるかも知れない。ここにおいて問題なのは、歴史的湾の用語あるいは歴史的水域といつた用語の差異ではなく、むしろ歴史的権原の理論の適用の場を同じレベルで考えてよいかどうかにある。歴史的湾を問題としていたかぎり、問題は、湾の規定の適用の場で事態は解決されてきたのに対して、歴史的水域を問題とするかぎり、問題は、海域劃定の法全般の適用の場に拡大するということである。(9)

(1) 拙稿 歴史的湾又は歴史的水域の法理(一) 本誌 二九巻六号 六—一一頁参照。
(2) 拙稿 歴史的湾・その法典化への構想 本誌 三二巻九号 二五—二九頁参照。
(3) 註(1)論文(一) 本誌二九巻一一号 三〇—三四頁。
(4) Gidel, G., Le Droit International Public de la Mer, Tome III, 1934, p. 633.
(5) 歴史的湾に定義を与えようとする海洋法会議での諸提案は、日本をはじめほとんど歴史的湾を基点として考えていたといえよう。
(6) Historic Bays, Memorandum by the Secretariat of the United Nations, 1957, § 8.
(7) Yearbook of the International Law Commission, 1962, vol. II, Juridical régime of historic waters, including historic bays, § 30 参照。
(8) Ibid., § 16.
(9) 歴史的湾を含む歴史的水域の法制度についての事務局の研究・記録は、歴史的湾と歴史的湾を含む歴史的水域との間に、重要な差異を認めようとしない。しかし、問題は、単に歴史的湾の理論を歴史的水域に拡大適用することでよいかどうかにある。

三 歴史的水域は、例外的制度であるか

前項に従つて、歴史的水域の概念を、歴史的湾を含む歴史的水域という概念として把えた場合に、原理的には、歴史的湾

が、湾の一般的な法を前提として考えられたのに対して、歴史的水域は、海域劃定に関する一般的な法を前提として考えられなければならない。しかし、伝統的な考え方において、歴史的湾の理論は、歴史的水域に準用されるということが莫然と認められていたが、湾一般に対する歴史的湾といつた関係におけるように、歴史的水域が、海域の劃定に関する一般制度に対するものとして理解されることはほとんどなかつた。

海域の劃定が、もつぱら沿岸国の意思に依存して成り立つという観念のもとでは、歴史的水域の概念は、沿岸国にとつて必要な理論ではなかつた。ある海域の領有について争いが生じたり、海洋諸国間に海域劃定に関するある種の基準が一般化したりした時、沿岸国は、その基準に従えば、管轄権外にある海域を、その安全又は経済にとつて死活と考えられる海として、領有しつづけようとするため、歴史的権原を援用した。

この意味において、海域劃定に関する国家間の基準が、国際法の規則として法式化される傾向に従つて、歴史的水域の理論は、その重要性を増大したともいえよう。なかでも、湾の類型に属する海域が、国家間の紛争を生じてきたことと、湾の制度の法典化の試みとに応じて、歴史的湾が、まず湾に関する一般的法典化と現存の事態との牴触を救済する手段として、他の海域に先立つて問題とされるようになつた。[1] 歴史的湾に対するこのような考えが、湾以外の海域にも適用されるという考慮は、実際には一九三〇年のハーグ法典編纂会議において、明確に認識された。

ハーグ会議の第二委員会の報告は、この点について、次のように述べている。すなわち、委員会が、その議題の数々の点についての審議の過程において当面した一つの困難性は、領海の幅に関する一般的規則の確立が、とにかく理論においては、ある水域の現存の地位についての不可避的な変化に影響するということである。この関係において、歴史的湾として知られている湾を説明することは、ほとんど不必要である。その問題は、そのうえ、いかなる方法においても、湾に限られるものではない。法典化の仕事は、国家が、その沿岸海の一定部分に対して有しているいずれの権利にも影響するものではな

い……と。[2] 歴史的湾の理論の他の海域への適用を提唱した、ジーデルは、法典化の関係において、歴史的水域の理論は必要理論である、といい、その理論は、海域の劃定において一種の安全弁として作用する。この理論を認めないことは、国際公法のこの分野に関する一般的原則を工夫するすべての可能性の終末を意味する、[3] と述べていた。つまり法典化による一般原則の確立と現状維持とを両立させる必要理論として、歴史的水域の理論を考え、同時に法典化の計画において、歴史的水域は、一般原則に対する例外として考えられたのである。ジーデルは、かさねて、歴史的水域の理論は、必要な理論であるが、それは一つの例外的理論である、と強調している。

一体、歴史的水域が例外的制度であるということの意味は、どこにあるのであろうか。この点について、事務局の研究・記録は、かなり詳しい検討を加えている。この点を、しばらく、研究・記録[4] に従つて追究してみよう。

歴史的水域は、国家の海域支配の劃定に関する国際法の一般原則に対して、例外を構成するということに、学説上支配的なものがある。ジーデルやフィツモーリスは、明らかにこのような見解に立つている。たとえば、ジーデルは、歴史的水域の請求を行う沿岸国は、これらの水域が、例外的な処遇を与えられるべきことを要求しているのであつて、このような例外的処遇は、例外的事情によつて正当化されなければならない、といい、更に、ある国は、このような海域に原則として適用される一般に認められた原則のもとにおいて、公海として考えられてきた海域を、国の領有された海の部分として要求する、という形で原則からの離反を説明したし、フィツモーリスは、歴史的考慮にもとづく権原又は権利は、問題の行動が、認められた規則に従つて正当化されない時にのみ実質問題になるにすぎない、と説明する。[5] つまり、このような見解においての例外は、例外的事態の有効性に、他国の側における何らかの黙認の必要性が、要求されるという形において解説されている訳である。歴史的水域の例外性を、もつとも明確な形で表現したのは、イギリス・ノルウェー漁業事件におけるイギリスの答弁書にみいだされる。すなわち、

㈠　国家は、ある一定の幅の領海に対して――一般的に認められた限界は三マイル――権能を有する。しかしノルウェーは、四マイルの領海に対して、歴史的又は時効上の権原を有する。

㈡　領海帯は、若干の例外に従うが、陸土上の低潮線に従う基線から計られなければならない。

㈢　湾又はある一定の性質をもつ沿岸の類似の出入がある場合には、陸土上の低潮線に従うことを止め、そしてある一定の海域を内水としてとりかこむ領海の基線を認める一般国際法の原則がある。

㈣　国家は、歴史的又は時効上の権原にもとづいて、これらの国際法の一般的規則にもたらされない海域に対して、権原を確立しうるにすぎない。

㈠の問題に対して、漁業事件において両国は争わなかつたという意味で、問題はなかつた。しかし、ノルウェーの四マイルに対する歴史的又は時効上の権原という観念が、イギリスの主張のままに、ノルウェーによつて認められたのかどうか、は一つ問題となるであろう。[6] またもしノルウェーの四マイルが、歴史的水域の理論の適用によるものであるとすれば、領海の幅の統一化において、何故に歴史的領海帯を除外する方式が、一般的法典案において用意されなかつたかが問題となるであろう。㈠の問題を一応別とすれば、イギリスの主張は、㈡㈢の一般原則に対する例外として㈣を考え、請求が、一般慣習国際法のもとにおいて認められたものを超えて行く場合に、例外的請求に対して法的有効性の認可を行うのは、長期の慣行にもとづいた、他国の明示的又は黙示的な承認である、という立場をとつたといえるであろう。

このような考え方に対して、ノルウェーは、海洋支配権の劃定に適用されうると主張された一般原則が、存在していないし、または慣習的規則の確実性を未だ取得していないという基調のもとで、歴史的水域の理論は一般原則に対する例外的地位に立つものではない、とする立場を主張した。この立場は、またブルカーンの歴史的湾という論文においても明らかにされた。[7] ノルウェーの見解の要点は、次のように集約される。

ノルウエー政府は、歴史的権原が基礎とする慣行が、平穏かつ継続的でなければならず、その結果、外国の反対行動が、歴史的権原の評価に考慮されなければならない要素を組成していることを認める。しかし他国の黙認(acquiescence)が、歴史的権原の唯一の基礎であるという説明を拒否する。つまり、他国の反対の欠除は、慣行についての平穏かつ継続的な性質を与えるものである、と考える。反対の意味づけにおいて人は、"quieta non movere"「静かなるものを動かすなかれ」という法諺の助言を心におかなければならない。ノルウエー政府は、一般法が否定している海洋区域を請求するために、例外的権利を正当化する歴史に依拠しているのではない。それは一般法を適用する方法を正当化するため他の要素と一緒になつて歴史に依拠しているのである。このノルウエーの見解は、裁判所に全面的に認められた。

ここにおいて、歴史的水域は、国家の海洋支配の劃定に関する例外的制度であるか、といつた疑問が発生するであろう。事務局の研究・記録は、歴史的水域が、海域劃定に関する国際法の一般原則に対する例外であるという、この分野において伝統的とされてきた見解に、種々な観点から批判を加えている。

まず第一に、もしこのような一般原則が存在するとすれば、その内容がどのようなものであつても、一般原則は、明らかに慣習法でなければならない。領海及び接続水域に関する条約が発効し、そして広く批准されるならば、この事態は、ある程度まで変更するであろう。しかしながら、現状では、一般的規則も歴史的水域に対する権原もともに慣行にもとづくものである。何故に、歴史的水域に対する権原が、例外と考えられ、また他国の黙認がその権原を有効にするため必要であるとされるほど、有効性に劣りがあるのか。研究・記録は、一般慣習法と歴史的水域に対する権原とを均しく慣行を基礎とする点に注目し、opinio juris は、いわゆる一般的規則の場合にも、歴史的水域の場合にも存在している、といつている。(8)

第二に、いわゆる一般原則は、歴史的水域に対する例外的権原よりも、より一般的に適用されるという意味においてのみ一般的なのである。しかし一般原則は、例外的な歴史的権原に対する関係において、より優る有効性をもつという意味にお

いて一般的なのではない。一般的規則も歴史的権原も、慣習国際法の一部であり、歴史的権原が、他国の黙認にもとづく場合にのみ有効であるということを、ア・プリオリに要請される根拠はない。[9] 慣習国際法の枠内において、一般的制度と歴史的権原にもとづく例外的制度との間の区別は、全く恣意的なものとなる。つまりア・プリオリに、ある場合を通常的と分類し、ある場合を例外的と分類することによつて、一般慣習規則に到達しているにすぎない。

第三に、海洋支配の劃定に関する何らかの一般的規則が存在することが疑われるかぎり、歴史的水域の制度は、慣習国際法のある正確な一般的規則から離反する例外的制度であるという見解は、疑わしいものにさえなるであろう。もし領海の幅又は湾口の幅といつたような基本的問題についての慣習国際法の規則が、争われているとすれば、一体どこで歴史的権原は、一般原則から例外となるのか。歴史的権原は、一般的慣習法と関係なく、それ自身の特徴にもとづいて、独立に歴史的水域に対する権原と考えられる。[10]

第四に、歴史的水域に対する権原を組成する要素の問題と立証の問題とは、独立して考えられるべきであり、歴史的水域に対する権原が、一般国際法に対する例外を組成するという仮定において考えられてはならない。とくに問題が、たとえ又はある範囲で、歴史的水域に対する国家による請求が、他国の黙認に従うとしても、このことは、例外的請求であるという、ア・プリオリな仮定によつて害されることなく研究されなければならない、[11] と。

事務局の研究・記録は、歴史的水域は、海域劃定に関する一般原則に対する例外であるという伝統的な見解を、ほとんど全面的に否定する立場をとつている。海域劃定に関する一般的な法の理解に関して、またそれと歴史的権原との関係に関して、またとくに外国の黙認との関係に関して、このような考え方が、法典化に影響してくるとすれば、歴史的水域の問題は、海域劃定に関する制度全般に対してかなり重要な意味をもつといえよう。

（1）拙稿　歴史的湾又は歴史的水域の法理参照。

(2) Acts of the Conference for the Codification of International Law, Minutes of the Second Committee, vol. III. 1930, p. 211.
(3) Gidel, G., Le Droit International Public de la Mer, Tome III, 1934. p. 651
(4) Juridical régime of historic waters, including historic bays, 1962, § 42–§ 61.
(5) Ibid., § 42–§ 43.
(6) Ibid., § 76, Note 62, cf..
(7) ブルカーンの説については、拙稿　歴史的湾又は歴史的水域の法理(三)　本誌　三〇巻七号　二七頁以下参照。
(8) Juridical régime of historic waters, including historic bays, 1962, § 54
(9) Ibid., § 55.
(10) Ibid., § 58.
(11) Ibid., § 59.

四　歴史的権原の構成要素の再検討

歴史的権原の構成要素について、筆者は、前の論文において、歴史的湾に関する覚書に関連して、慣行、沿岸国の死活利益、他国の黙認、立証責任について、一応の解説を加えておいた。[1] 事務局の研究・記録は、この関係において次の三つの要素を検討している。[2] 第一に、歴史的権原を取得するため、問題の海域に対して権威を行使しなければならないこと。第二に、このような行使は、相当な期間継続し、慣行として発展していなければならないこと。第三に、外国が、この権威の行使に対してとつた態度の考慮、である。

第一の、請求海域に対する権威の行使について、一般的にいえば、その権威は、主権又は所有権的性質の権能であること、行使の権威と権原の請求とが均合つていなければならないこと、行為が、国家機関からの領有行為 (*actes d'appropriation*) でなければならないこと、[3] 更には、行為の公然性、実効性といつた内容について、再び論ずる必要はないであろう。また第

二の、権威の行使の継続性に関しても、つけ加えるべき説明はない。[4] つまり、第一および第二の問題に関するかぎり、研究・記録も一般に支持されている歴史的湾の理論の立場を、歴史的水域に準用しているにすぎない。

問題は、従つて、第三の外国の態度の考慮に集中されることになる。研究・記録が、前項において批判した、歴史的水域は、例外であり、それゆえに外国の黙認を要件とするという立場に対して、研究・記録は、次のように説明している。

歴史的権原の要素として黙認の概念を支持する学者も、承認又は合意との混同をさけ、基本的に消極的概念として黙認(acquiescence)を理解しようとする見解に立つ場合が多い。[5] つまり、黙認は、この関係では、権利を嚇かされ又は侵害されるような事態に当面した国家の不行為を示すものと理解されてきている。従つて、歴史的権利の理論の真の役割は、国家の明示又は解釈上の合意というすべての証拠を欠いているために、その事件の事実からそして諸国の不行為および容認(toleration)から生ずる黙認の推定を創設することによつて補充されている。このような黙認の観念の推移は、黙認の必要性を実際上緩和している訳である。この意味において、prima facie に、合意の考えを伝えている黙認の語を避けて、消極的観念としてその考えをよりよく表現している容認という語を使用することがより好ましいであろう。[6] そのうえ、歴史的水域に対する権原が、一般国際法に対する例外を構成するという疑いある理論が放棄された時に、黙認の用語を落すことに困難さはあつてはならないであろう、[7] と述べている。しかしここにおいて、多くの学説が、例外理論と黙認を結びつけて考えていたことは、事実であるが、黙認を容認に置きかえることを認めることが、直ちに歴史的水域は例外的制度ではないという結論に結びついていく訳ではない。

容認という語は、イギリス・ノルウエー漁業事件において、国際司法裁判所が、ノルウエーの実行に関する外国の一般的容認は、異議のない事実といい、更に、事実の周知性、国際社会の一般的容認、北海におけるイギリスの地位、問題となつているイギリスの利益、そしてイギリスの長期に亘る不作為(abstention)は、いかなる場合においても、イギリスに対して、

ノルウエーの制度の実施を保証する、[8]と述べたことから一般化した概念である。研究・記録は、この見解は、黙認の概念の支持者も反対者も、雙方によつてとられる究極の地位に全く正しく相応するように思われる、[9]と判断している。

しかしながら、問題は、実際には容認があつたかなかつたかの判断ないし考え方にあるといわなければならない。研究・記録は、どちらかといえば、容認という概念を厳格に解釈しようとする立場を支持していない。まず、いかなる種類の反対が、歴史的権原を発生することを妨止するか、という問題に対して、外交上の抗議、仲裁裁判への付託、行動の実施に対する抵抗などをあげている。しかし、結局、これらの反対は、その事情が要求しているところに従つて、実効的なものでなければならないし、主権の行使に応じて抗議の更新、継続が必要であるという説明を行つている。次に、どの程度広い範囲の反対でなければならないか、という問題[10]に対して、単一の国の単なる反対は、歴史的権原の発生を妨げるものではないという一般的な考えを踏襲している。しかしここで問題なのは、国の数ではなく、単純な反対という点にあるはずである。従つて、問題は「広さ」にある訳ではない。この点を一応別とすれば、反対国の地位について、格差を認める一連の考え方と基本的な立場の差異はない。[11]研究・記録は、もし歴史的水域が、一般原則に対する例外であるという前提を貫くとすれば、いずれの国もその反対によつて歴史的権原の出現を妨げることができる筈であるといい、反対国の間にウェイトの差を設ける傾向が、暗に例外理論でないということを説明しているように思われるとしている。最後に、いつ反対を行つた場合に歴史的権原の形成を疎止できるかについて、[12]研究・記録は、権原の存在以前に実効的に行われるという以外の基準をたてていない。もとより主権行使の公然性に応じて、外国の知得にもたらされる事態の周知性が、予定されなければならない。しかし知得又は周知性も、結局判断の問題となるであろう。

研究・記録が、この項において展開した歴史的水域に対する権原の構成要素の問題[13]は、現在広く行われている学説に妥協と調和を以て解説した以上に、とくに新しいものを加えている訳ではない。しかし、歴史的水域は、一般原則に対する例外

であるという立場への批判のうえに、これらの構成要素が検討されたことは注意しなければならない。というのは、構成要素の判断に、このような考え方が影響することが少くないからである。

（1）拙稿　歴史的湾の制度・その法典化への構想　本誌　三二巻九号　一三頁以下参照。
（2）Juridical régime of historic waters, including historic bays, 1962, § 80 et seq.
（3）Gidel, G., Le Droit International Public de la Mer, Tome III, 1934, p. 633.
（4）若干興味があるのは、研究・記録が、慣行（usage）の語を全体として明白なものではないとしながら、一方において行態の一般化された型を意味し、他方において同じ又は類似の行動の同一人による反覆を意味する、という形で区別し、前者から慣習法が形成されるのに対して、後者から歴史的権原が生ずるとしている点である（一〇二節）。
（5）この点の学説の推移については、拙稿　歴史的湾又は歴史的水域の法理　本誌　三〇巻七号　二三頁―二九頁参照。
（6）Juridical régime of historic waters, including historic bays, 1962, § 110
（7）Ibid., § 110.
（8）International Court of Justice, Reports, 1951, p. 138-p. 139.
（9）Juridical régime of historic waters, including historic bays. 1962, § 111.
（10）Ibid., § 120.
（11）Gidel, Fitzmaurice, Bourquin, などこの分野の支配的見解は、ほとんど一致している。
（12）Juridical régime of historic waters, including historic bays, 1962, § 121 et seq..
（13）死活利益は、この研究・記録によっても要素であることが否定されている。

五　立証責任の問題

前項において明らかにしたように、歴史的権原の存否に関する認定が、主として事実の評価の問題であるとすれば、その枠内において、立証責任の問題は、第二次的な意味をもつにすぎないかも知れない。しかし、歴史的水域は、例外的制度であるか否かの問題が、一般に立証責任と関係をもつ形において論じられることが多かつたし、筆者も、法典化の政策といつ

た見地から、立証責任は、原則として歴史的水域を請求する国に課せられるべきであることを強調した。[1]

歴史的水域に関する立証責任に、支配的影響をもつたのは、ジーデルのこの点に関する次のような説明である。すなわち、

立証責任は、その沿岸に接するある海域が、それらが通常は有しない内水の性質を有するということを請求する国におかれる。沿岸国は、この種の訴において請求者である。その請求は、公海に対する侵害を組成する。請求国による若干の水域の領有の結果である公海のその縮小によつて、権利を侵害された国家に立証責任を転換することは、海洋の全公共的国際法の基本的基礎である公海の自由の原則と矛盾する。[2]

このような考え方を法文化したのが、一九三〇年のハーグ会議の討議の基礎案第八であつたとみることもできよう。領海の幅は、もし慣行によつて湾が沿岸国の排他的権威に従属するならば、その幅がどんなであろうと、湾の入口にひかれた直線から計られるべきものとする。このような慣行を立証する責任は沿岸国におかれる、[3]と。

ところで歴史的水域に関する立証責任の問題は、一九五一年のイギリス・ノルウェー漁業事件においても、論議された。イギリス・ノルウェー両国ともに歴史的権原を請求する国に立証責任がおかれることに合意していた。もとより、ノルウェーは、慣行を求める国において、慣行が立証されなければならないとしただけで、立証の条件なかんずく立証要素の性質についてまで、イギリスと見解を同じくした訳ではなかつた。イギリスは、立証責任が請求国におかれるということの意味は、歴史的要素の役割が、一般原則に対する例外であつて、それゆえに本質的に無効なものを有効なものとするものであるから、と主張した。ノルウェーは、この意味をもつた立証責任に合意した訳ではなかつた。

この点を考慮して、立証責任が請求沿岸国にあるという見解に、多くの学説の支持があることを疑い、研究・記録は、立証責任に関する一般原則を、ここで確定することは妥当でないという見解を展開している。[4]

歴史的権原の立証責任が、請求国におかれるという見解は、歴史的水域は国際法の一般原則に対する例外であり、従つて

公海自由の侵害を組成するという見方か、あるいは広く認められた手続上の規則を説明するか、の立場に立つている。しかしながら、歴史的権原を請求する国が立証責任を負担するという規則は、請求者がその事実を立証しなければならないという手続上の原則に均しい。紛争において、原告の地位にあろうと被告の地位にあろうと、歴史的権原の請求国におかれるという説明は、正確な意味をもつていない[5]、と。

このような見解を、研究・記録は、とくに立証の内容との関係において明らかにしている。請求国は、主権の実効的行使を立証しなければならないし、主権が長期に亘り継続的に行使された事実を立証しなければならない。反対国は、その行使の不存在あるいは非継続性について立証しなければならない。裁判官が、主権の行使に疑いをもち、あるいは継続性に疑いをもつ場合、立証責任は請求国におかれる。この意味においては、対立者は、それぞれ自から主張の依拠している事実について立証責任を負つている[6]、ということなのである。外国の態度に関して、黙認又は容認の立証責任は、常に請求国におかれる訳ではないし、この場合にも、各当事国が、それぞれ依拠している事実を立証しなければならないという意味で差異はない[7]。結局のところ、当事国は、裁判官に対して、自からの主張を説得しえなかつた範囲で、責任を負担しなければならない、と述べている。

研究・記録は、このような見地に立つて、立証責任に関する一般的説明を、歴史的水域の制度の規則のうちに含むことは不必要であり、恐らくは誤りであろうという結論[8]をみちびきだしている。

（1）拙稿　歴史的湾の制度・その法典化への構想　本誌　三二巻九号　一七―一八頁。
（2）Gidel, G., Le Droit International Public de la Mer, Tome III, 1934, p. 632.
（3）Acts of the Conference for the Codification of International Law, vol. III, p. 179.
（4）Juridical régime of historic waters, including historic bays, 1962, §152. 参照。
（5）Ibid., §153.

(6) Ibid., § 155.
(7) Ibid., § 157.
(8) Ibid., § 158 et § 159.

六　結　語

国際法委員会が、国際連合の事務局に、その調査を要請したのは、歴史的湾を含む歴史的水域の制度である。事務局の、歴史的湾を含む歴史的水域の法律制度と題する研究・記録は、海洋法会議の準備記録であつた、歴史的湾についての覚書以上に、その研究の範囲を拡大している。しかし、研究の範囲の拡大のしかたが、このような方式で行われることが妥当であつたかどうかについて、筆者はかなりの疑問をもつている。

まず、歴史的湾を含む歴史的水域の法律制度を問題とするかぎり、いわゆる歴史的湾以外の狭義の歴史的水域の実態の探究が行われなければならなかつた筈である。スカンジナヴィアの領海四マイルの海域、アルゼンチンのリオ・デゥ・ラ・プレート、アメリカのロング・アイランド・サウンドの海州、河口水域を、何故に海域劃定に関する関連条約ないし慣習法との関係で考察しなかつたのか。また、アルキペラゴーの海域を、あるいは海峡的海域を、試論的にとりあげることを行わなかつたのか。湾、入江、群島間の海域、海州、河口水域、海峡などそれらをすべて海域劃定における同一のレベルで考察してよいかどうか、この問題を考える場合に、領海、湾、群島間海域、海峡など、それぞれに対しての歴史的権原を考え、もし理論的にそれらを総括しうることが認められた場合に、海域劃定の法全般に対する一般的な歴史的権原を考えることが正当な研究の態度であつたように思われる。研究・記録は、歴史的湾は、海域に対する歴史的権原の古典的実例を提供している。疑いもなく、原則として歴史的権原は、湾以外の他の水域、たとえば、海峡、アルキペラゴー、一般に国家の海洋支配

の部分を形成できるすべての水域に対して存在しうるように思われる、と結論している。[1] たとえ、その結論は、同じに到達するとしても、歴史的湾の理論を、安易に歴史的水域に適用することを認めるのは、それぞれの海域のもつ固有の意味を失わせる危険があるように思われる。それぞれの海域の国際法的な処遇に応じて、mutatis mutandis な歴史的権原の原則の問題が、検討されなければならなかつたはずである。

第二に、研究・記録は、歴史的水域の制度が、国家の海洋支配の劃定に関する国際法の一般的原則に対する例外を構成するという意見に積極的に反対し、例外的性質にもとづいた歴史的権原の原則又は規則を主張することは、避けなければならない、[2] と述べている。確かに、研究・記録のいうように、一般法も歴史的権原も、均しく慣習法を基調とし、両者間に有効性の優劣の認められない場合もあるであろう。国際司法裁判所で争われたノルウェーの沿岸海の劃定に関して、裁判所は、このような態度をとつた。しかし、ノルウェーの事件は、それが直ちに歴史的水域に関する一般的な法として適用可能性をもつという保証はどこにもない筈である。領海及び接続水域に関する条約が、その第四条に直線基線の制度を導入した方式が、すべての歴史的水域にも準用されるとは考えられない。ある歴史的水域は、海域劃定の一般法に対して、条約の通常基線と直線基線の関係に立つような場合もあるであろう。またある水域は、海域劃定の一般法に対して、例外の関係に立つような場合もあるであろう。いいかえれば、歴史的湾を含む歴史的水域は、海域劃定に関する一般的な基準に対して、例外的地位に立つこともあるし、例外的地位に立たないこともある。研究・記録は、歴史的権原を専ら、Status quo ante の問題に限定しようとする傾向と海域劃定に関する法の不確実性によつて、例外理論を否定しようとしている。しかし、海域劃定に関する一般的に認められた法的限界が、たとえないにしても、実行上歴史的権原の援用が行われているかぎり、そこでは、ある基準の実行上の存在を認めなければならないであろう。一般的基準を何らかの形において考えることは、ア・プリオリに理論を構成していることになるかも知れない。しかしそのことは必ずしも恣意的といえるかどうかは疑問があろう。

quieta non movere といつた現状維持だけの問題の解明とするならば、一般法と歴史的水域との関係を同格に評価する方式を部分的に認めることもできるであろう。しかし、歴史的水域の問題が、専ら現状維持の問題としてでだけ発生するとは考えられない。将来における歴史的水域の請求をいかに処理するかも、現状維持の問題と均しく考えられなければならない。例外的な地位に立つ歴史的水域と特別慣習法あるいは一般慣習法にもとづくとされる歴史的水域とを、いかに一般条約上あつかつていくかが、もつとも重要な法典化上の課題なのである。後者の保護に対して、この研究・記録は大きな意味をもつ、しかし前者の処遇に対して、この研究・記録は充分な役割を果しうるとは思われない。

第三に、歴史的権原の存否の決定に当つて考慮されなければならない三つの要素、つまり、(i)歴史的水域としてそれを請求する国家により海域に対して行使される権威 (ii)このような権威の行使の継続性 (iii)外国国家の態度、について。[3] 外国国家の態度は、外国の一般的容認 general toleration として考えられる態度で充分であるという立場を認める。他の権原要素の問題は、特別な論議を必要としない。

第四に、歴史的水域に対する権原の立証責任が、このような権原を請求する国家におかれる、という点について、研究・記録は各当事者は、それぞれ自から依拠している事実の立証責任を負つているのであつて、請求国におかれるという一般的説明が、明確な標準として現実に有用かどうか疑わしい、[4] としている。研究・記録のように、歴史的水域を専ら現状維持として理解するかぎりにおいて、その趣旨に反対はない。しかし、将来における請求の判断を予定するとすれば、この原則を場合により明確にすることが妥当であろう。

第五に、本論において、とくにとりあげなかつた、歴史的水域の法的地位、歴史的水域のリストの作成の問題、紛争の解決については、研究・記録に加える意見はとくにもつていない。すなわち、歴史的水域の法的地位については、前の論文に指摘した、内水又は領海に、請求内容に応じてなりうるということ、[5] また紛争の解決に関して、歴史的水域についての請求

に関する紛争の義務的解決のための手続を確立することは望ましいことである。もとより解決の手続を、どのような形において規定するかは、歴史的水域に関する実体規定が整備されてからの問題であろう。

以上、筆者は、一九六二年の事務局の歴史的湾を含む歴史的水域の法制度という研究・記録に関連して、歴史的水域に関する法典化の問題点を説明してきた。問題は、この研究・記録の示唆していた論旨が、必ずしも伝統的立場に従っていなかつたことである。とくに、歴史的水域が、例外的制度であるという主張にかなり鋭い批判を示していることは、この問題の法典化にかなりの影響を及ぼすことになるであろう。もとより、この研究・記録は、厳格な意味での現状維持を目的としたという意味からいえば、歴史的権原の緩和を必ずしも策したと考えてはならないであろう。

残された課題は、国際法委員会が、この研究・記録をいかなる形においてとりあげるか、そして、領海及び接続水域に関する条約の海域劃定に関する一般規定と歴史的水域の関係をいかなる法式でとりあげるか、ということであろう。

（1）Juridical régime of Historic waters, including historic bays, 1962, § 183.

（2）一般原則から歴史的権原を例外とする全目的は、より厳格な条件に従わせる意図ではなく、現状を維持することである。Ibid.' § 78 参照。

（3）Ibid., § 185–§ 187

（4）Ibid., § 188.

（5）拙稿　歴史的湾の制度・その法典化への構想　本誌　三二巻九号　一九頁以下。