

萬有文庫

第二集七百種

王雲五主編

奧本海國國際法
平時

(四)

奧本海著
岑德彰譯

商務印書館發行

奧本海國際法
時平

(四)

奧本海
譯影德平

漢譯世界名著

第二章 公海 (The Open Sea)

1. 公海自由之起源 (Rise of the Freedom of the Open Sea)

昔日統治
公海之主
張

(二四八) 自邃古以迄中古時代之前葉，公海之內，人可自由通航。烏爾批安那斯 (Ulpianus) 嘗謂公海者，天然可以公用，而席爾塞斯 (Celsus) 則謂，公海與空氣同為人類所共有。當是時，世尚無國際法，故雖羅馬皇帝批亞斯 (Antoninus Pius) (一三一八——一六一) 自稱「朕為世界之君，亦即公海之法」，但時人多不重視之。古德意志帝國之皇帝，即公認為羅馬皇帝之繼承人者，亦當自號為「海王」，然人之不重視也如故。考實際主張在公海局部行使主權者，蓋始於中古時代之後葉。總之當近代國際法萌芽之際，各國威信能於公海局部，行使主權。例如威尼斯共和國 (Republic of Jenoa) 為力究力亞海 (Ligurian Sea) 公認之主人翁，熱那亞共和國 (Republic of Jenoa) 為力究力亞海 (Ligurian

Sea)公認之主人翁是也。葡萄牙主張在印度洋全部，及摩羅哥以南之大西洋全部，行使主權，而西班牙則主張在太平洋及墨西哥海灣行使主權，皆係根據教皇亞力山大六世所頒之兩次諭旨（一四九三）即所以中分新大陸於葡西二國者也。瑞典及丹麥主張在波羅的海行使主權，而英國則主張在納羅海（Narrow Sea），北海，及大西洋（自北角起至費尼斯帶爾角止）行使主權。

以上所舉之主張，獲維持不墜者蓋數百年。當時情勢，確與有利，如防禦海盜，即其一端，公認之例，尤難枚舉。是以當德帝費德烈三世自亞甫利亞（Apulia）運穀（一四七八），行經亞德里亞海，即不得不向威尼斯請求假道。又英國在十七世紀中，當強迫外國人之在北海捕魚者，請領執照；一六三六年，有荷蘭漁人違章被捕，判罰英金三萬鎊。又當西班牙王菲利浦二世赴英與瑪利皇后完成嘉禮之際（一五五四）道經「英國海」，遇英國海軍上將，因來船懸掛西班牙國旗，即向之開砲轟擊。又丹麥王自朝英王哲姆士一世歸（一六〇六），路經太晤士河口，英艦艦長強其將所懸丹麥國旗撤下。

(二四九) 海上主權，至少可從海上禮節中表現之。凡主張在公海局部行使主權之國，莫不要求外國船舶向其國旗行禮，以爲承認主權之表示。遲至一八〇五年，英國海軍法規，尙載有下列之規定「大皇帝之船艦，如於大皇帝領海中（至費尼帶爾角爲止）遇任何外國船艦，來船應卽落帆下旗，以表示承認大皇帝主權之意；如來船不遵章辦理，所有大皇帝船艦中之司令艦長，應出全力迫使就範，不得使大皇帝之威權稍受挫折」。

海上主權之表現於外者，除禮節而外尙有向外國船舶抽收鈔捐，禁止捕魚，及取締或禁止通航諸事。例如西班牙及葡萄牙兩國，於發現新大陸後，設法禁止外國船舶在其所屬海內通航。以其主張之範圍過於寬泛，致引起各國之反對，不承認兩國有是項權利。英、法、荷三國之商船及探險船，仍照舊在印度洋及太平洋內航行，並不遵照西葡兩國之禁令。一五八〇年，西班牙大使蒙多薩因德雷克 (Drake) 太平洋航行成功，向英女皇愛里沙白提提出抗議，英女皇答稱，「海及空氣，乃人類所共有，各國船舶皆可在太平洋自由航行，大洋之所有權，不能專屬於任何一國，非特造化之所不許，亦公益之所不容也云

云」。

格老秀斯
反對海上
主權之論
辯

(二五〇) 英女皇愛里沙白提之主張，不啻一顆種子，今日之公海自由，實生於是。英女皇答語後二十九年（一六〇九），格老秀斯之海洋自由 (Mare Liberum) 一書始出版。格老秀斯之意，在證明荷蘭有與印地茲通航及通商之權，初不問葡萄牙之有無禁令也。其說略謂大海者不能為國家之產業，蓋因其不能實際占有之故，是則大海者天然不能受國家主權之支配也。格老秀斯之抨擊，引起各國學者之論戰。真提利 (Gentilis) 在其所著 (Advocatio His panica) 一書中（真提利死後始出版（一六一三））為英吉利及西班牙兩國主張辯護。同年威廉衛爾吳德 (William Welwood) 著 (De Dominio Maris 一書，為英國辯護。約翰雪爾登 (John Selden) 所著之 (Mare clausum sive de Dominio Maris) 一書（一六一八）至一六三五年始出版。又約翰布羅 (John Buroughs) 於一六三三年著一書名（“The Sovereignty of British Seas proved by Records, History & the Municipal Laws of this Kingdom”）

(從紀載上，歷史上，國內法律上，證明英國海上之主權) 但至一六五一年始克出版。又保羅薩爾畢 (Paolo Sarpi) 於一六七六年發表其所著 (Del Dominio del mare Adriatico) 爲威尼斯辯護。在上舉諸書中，以雪爾登一書，最爲擁護海上主權之重要著作。英主查爾斯一世於一六三五年將雪爾登所著 (Mare Clausum) 一書付諸剗削，深爲其說所動，復使其駐荷大使向荷政府抗議，請查禁格老秀斯所著 (Mare Liberum)，並將格老秀斯處罰。

格老秀斯之抨擊海上主權說，既經各方面一致之反對，致未能即時收效。蓋因舊說之根蒂過深，勢難以海洋自由之新義搖動。所得到之進步，不過一點，即海上『航行』自由是也。英吉利從未擴大其主張，禁止一切船舶在英國海內自由通航。威尼斯之統制亞德里海航務，雖能維持至十七世紀中葉，然自是以後，各地之公海莫不能自由航行。關於其他各點，海上主權之主張，仍繼續維持不墜。例如尼德蘭在威斯敏斯德條約 (一六七四) 第四條中，尙承認本國船舶在『英國海』中應向英旗行禮，以爲承認英國主權之

證。

海洋自由
之漸獲承
認

(二五一) 格老秀斯雖經反對，然其工力並未虛耗。十八世紀中之著名學者，莫不重申前議爲海洋自由辯護，但就領海與公海之間，細加區別，以爲前者可受沿海國家之支配，而後者則非沿海任何國所能私有。其中最著名之學者曰本格秀克 (Byn Ker-shoek) 所著 (De Dominio Maris) 一書，於一七〇二年行世。佛代耳 (Vattel) 地馬騰斯 (G. F. de Martens) 及亞佐尼 (Azuni) 等，相繼而起。雖英國在十八世紀及十九世紀初葉，仍堅持『英國海』中外船須向英旗行禮，然自他國海軍日形強大海洋自由之原則，亦呼聲日高；至一八二五年左右，而海洋自由遂在事實上及在理論上同爲全世界所公認矣。英吉利悄然放棄其向英旗行禮之主張，因而併放棄其海上之主權，至今遂一變而爲主持海洋自由最力之國。當 (一八二一) 俄國宣佈禁止一切外國船舶駛入亞拉斯加 (Alaska) 附近海面一百義里時 (時亞拉斯加尙屬俄國)，英美兩國爲爭海洋自由，聯合提出抗議，俄國不得已，與抗議諸國訂約 (一八二四，一八二五)，取消前令。又自

亞拉斯加售與美國後（一八六七），美國特訂取締白令海捕捉海狗辦法，對於公海之一部，主張有管理權，因是遂與英國發生爭執（一八八六），後經仲裁解決（一八九三），主張海洋自由方面獲勝。

11. 公海之概念 (Conception of the Open Sea)

公海與領海之區別

（二五二）公海者一名大洋，乃靡漫全球鹹水之總稱，惟領海及境內之海峽海灣，不在此例，因其為海之一部，而非公海之一部也。凡有鹹水海之處，即為公海所在地，但其不與大部分鹹水隔絕，而入口處復可以通航為度。海之四周陸地，縱使屬諸一國或數國，苟與公海間有一段鹹水啣接可供各國船舶之通航者，仍屬公海之一部。雖其啣接之一段鹹水，適在一國或數國境內，所弗計也。是故當死海屬諸土耳其，鹹海屬諸俄羅斯之時（一九一四），瑪摩拉海 (Sea of Marmora) 乃公海之一部，蓋因其四岸雖屬土耳其，通海之之博斯福魯及達達尼爾兩峽，亦歸土耳其所有，然各國船舶尚可通航故也。反之，阿速夫海 (Azof Sea) 與黑海啣接之處，雖尚可通航，然仍不失為俄國之領域，非公

海之一部也。阿速夫海與黑海啣接之處，名刻赤海峽 (Strait of Kerth) 各國船舶依法不能通航，蓋因阿速夫海實本非海，不過黑海之海灣，故不得爲公海也。日本內海之性質，至今尙難確定。其三處海口，均廣不及三哩，事實上各國船舶，皆可通航，特不知此項慣例，是否係根據國際習慣法，抑僅根據國際禮貌而已。就地理上言，其形狀較似一大海灣。日本之主張爲其領域，大約不致引起各國爭議。

公海部分
之顯例

(二五三) 公海之各部分，似不必——亦不能——一一列舉。姑述數例，足概其餘。屬於公海者，首爲各大洋，如大西洋、太平洋、印度洋、北冰洋、南冰洋是也。大洋之支流，各有專名，支流復有支流，亦各有專稱，皆屬於公海。例如北海、英國海峽、愛爾蘭海、波羅的海、波的尼亞灣 (Gulf of Bothnia)、芬蘭灣、迦拉海 (Kara Sea)、白海、地中海、力究力海 (Ligurian Sea)、亞德里海、替里尼亞海 (Tyrrhenian Sea)、愛奧尼亞海 (Ionian Sea)、瑪摩拉海、黑海、基尼亞灣 (Gulf of Guinea)、摩贊裨克海峽 (Mozambique Channel)、阿拉北海、紅海、孟加拉海灣 (Bay of Bengal)、中國海、暹羅灣、東京灣、東海、黃海、鄂霍次

克海 (Sea of Okhotsk)、白令海、墨西哥灣、加勒比海 (Caribbean Sea) 及巴芬灣 (Baffin Bay) 皆是也。

尚有若干港灣，究屬公海，抑爲國有，性質甚欠明瞭。

III、公海自由 (The Freedom of the Open Sea)

「公海自由」之意義

(二五四) 『公海自由』一語，係指國際法中之定例，即公海不受任何國家主權之支配是也。夫公海既非任何國之領土，故不能在其任何部分，行使立法、行政、司法、或警察權。又按公海既不受任何國家主權之支配，故各國亦不能占領其任何部分，蓋就領土之取得而論，公海實不啻羅馬法中之 (res extra commercium) (不可買賣之物) 也。(但海底不在此例，蓋沿海國家可因開礦或建築隧道而取得所有權也) 但公海雖非任何國家之領土，仍不失爲國際法之客體。國際法中規定，公海不受任何國家主權之支配，即此可見。但尚有其他理由。如國際法只限制列國不得以公海爲國家產業，勢必陷公海於無法混亂之境。爲避免此種混亂局勢起見，國際習慣法中曾載有定例數條，用以

保障公海中相當之秩序；列國復以此種目的，訂定重要公約多起。

公海中之
法規

(二五五) 除各公約所載關於救護、援助、互撞及海上生命安全等事項，須留待後來討論外，今日海上之合法秩序，係由國際法與海軍國內法合作所產生。下列定例，業經各國一致承認：(一) 凡有海軍旗之國，應訂定章程，俾船舶之懸掛其國旗者，有所遵守，並應頒發憑證，交各船舶收執，以爲有權懸掛之據；(二) 各國對於冒用國旗之外國船舶，皆可處罰；公海中之船舶，連同其所載客貨，應受其所懸旗國之管理；(四) 公海中之海盜罪縱犯者爲外國人，皆可依法懲辦。並爲肅清海盜起見，各國軍艦遇可疑船舶時，皆可令其懸旗相示。

上述國際習慣法之規定，復經各海軍國之國內法爲之補充。(一) 關於懸掛國旗之條件；(二) 關於船內客貨管轄之明細規定；(三) 關於船中秩序，及船主與水手，及搭客之關係；(四) 關於擅用國旗之處罰。

海洋自由
與戰爭

(二五六) 按公海固屬自由，不在任何國家版圖以內，然有時其全部可一變而爲

戰場，蓋作戰之區域，本不以交戰國之領土爲限，如其中一國有海軍旗者，則亦可以蔓延至公海之內。交戰國之軍艦，在公海中相遇，隨地皆可開戰，如與敵船相遇，則隨地皆可捕獲。且一經開戰，則交戰國之管轄及警察權，可擴充至他國之船舶，故能行使其臨檢之權，而遇中立船舶之破壞封鎖，或私運違禁品者，並可行使其捕獲權也。

雖然，公海之局部，有時可以宣告中立，不准劃入戰區以內。例如依照巴黎和約（一八五六）第十一條之規定，黑海應屬中立區域，其文曰『茲規定黑海爲中立區域；各國商船皆可通航，其水面及港內，永遠禁止軍艦通過，沿海國家及其他諸國，一例遵行』。此項中立之規定，後經倫敦條約（一八七一）第一條取消，自是遂無在公海中規定中立區域者。

公海中之
航行及儀
節

（二五七）以公海之自由。故各國之軍艦及公私船舶，咸可自由通航。並無必須遵守之儀節。依照國際法之規定，兩船在公海中相遇，並無互致敬禮之權利義務。因之所謂海上儀節者，大抵出於禮貌或習慣，或條約及所懸旗國法律之規定。總之世無國家可以

強迫他國商船向其軍艦行禮。

因公海之自由，故各國之商船，皆可安然通過他國之領海，如遇領海為國際交通大道時，他國之軍艦，亦可通行。否則各國船舶在公海中自由航行，事實上萬難實現。

懸掛海軍
旗之權

(二五八) 夫各國只能保護懸掛本國旗之船舶，而為公海中之秩序及安全計，每船皆須懸掛一國之國旗，因是在世界大戰前幾經討論之問題無他，無海岸線之國，是否亦得懸掛海軍旗是已。當是時，無海岸線之國，均無海軍旗，其人民之船舶，皆改懸他國之海軍旗航行。此項問題，在瑞士討論最多。在外國港內之瑞士商人，歷於一八六四、一八七四、一八八九及一八九一各年，向瑞士政府請准懸掛瑞士國旗；瑞士政府本可主張採用海軍旗，但卒不肯採用海軍旗者，蓋慮及本國並無海港，懸掛本國旗之船舶，勢須仰承他海軍國之鼻息故也。

著者之意，公海既屬自由，各國無不可懸掛海軍旗之理；且自世界大戰以來，各締約國在和約中規定，凡協約國與參戰國之無海岸線者，如在境內指定地點為船舶登記之

所，則其船舶一例可懸海軍旗。

凡有海軍旗之國，例於商用旗之外，兼備軍用旗；然以一旗兼供兩用者，亦恆有之。但國家每因受條約之限制不能備海軍旗，則其所有者，只商用旗一種而已。黑山國依照柏林條約（一八七八）第二十九條之規定，即屬此類。

加拿大、澳大利亞、及紐西蘭，各有一海軍旗，係就英國之海軍旗改造而成。

公海自由
之根據

（二五九）格老秀斯及其學派，曾臚舉兩事以為公海自由之根據。（一）公海者，非海軍所能實際佔有者也，故公海不能受國家主權之支配；（二）凡物之能永遠供人使用者，造物不許獨佔。按第二說至今已無價值，而以業經脫離自然法之羈絆者為尤甚。且因近代海軍之發展，第一說亦見動搖，蓋各國船艦之多，足敷佔據一部分公海之用而有餘也。公海自由之真正理由，即為反對海上主權說之動機及用意——換言之，即謀各國間海上之交通，及商務之自由是也。夫公海既屬國際交通要道，故殊方異域藉之得以聯絡，故不能為某一國所獨佔。是則公海自由原則之獲得舉世承認並永遠維持者，乃為

謀各國間之往來自由計也。

四、公海上之管轄 (Jurisdiction on the Open Sea)

公海中之
管轄大抵
與國旗有
關

(二六〇) 公海中之管轄問題，大都與所懸之國旗有關。此蓋由於國際法與各海軍國法律合作之結果，其詳已見上文。但有兩點應加注意。此處所謂管轄，並非指公海之管轄，乃指公海上船舶及所載客貨之管轄也。其次，公海中之管轄問題，亦非絕對與所懸之國旗有關，蓋各國之軍艦，例有管轄商輪之權也。本節所討論之問題，不外下列數種：懸掛國旗之權一也，船上文書二也，船名三也，船與所懸旗國領土之關係四也，海上運輸之安全五也，軍艦管轄商輪之權六也，船隻沉沒七也。

懸掛某國
旗幟之主
張

(二六一) 國際法中並未規定船舶懸掛國旗之權，但責成各海軍國務於法律中，規定懸掛國旗之條件而已。為維持公海中之秩序起見，凡未懸掛國旗之船，不能享受任何保護，蓋公海航行自由云者，乃專指懸掛國旗之船舶言也。但國家之制定懸掛國旗規程，本有完全自主之權。故雖係外國船舶，亦不妨准其懸掛本國國旗；但一經懸掛是國國

旗，即須受其管轄耳。各國所訂船舶懸掛國旗之規則，彼此不同。其在英德兩國，則以完全本國人之船舶，或在境內設立之公司爲限。其他如阿根廷，則准許外國人所有船舶懸掛其國旗。又如法蘭西，則凡船舶之產權一部分爲法國人所有者，亦得懸掛其國旗。

但業經懸掛他國國旗之船，不能再聽其懸掛本國國旗。凡懸掛兩國國旗之船，與無國旗之船相同，不能享受任何之保護。又如妄用無海軍旗國之國旗者，亦不能享受保護。是國之人民，如欲在公海中享受保護，必須向他國取得懸掛其國旗之權。凡外國船冒用本國旗者，軍艦可加捕獲，並向之控追，處罰，或沒收之。

船上文書

(二六二) 凡備有海軍旗之國，均應遵照國際法之規定，責成懸掛本國國旗之商船備具各種之文書，以資證明。但此項文書之數目及種類，均不見諸國際法，各國關於此事之規定，亦彼此不同。惟左列數種文書，則咸認爲必要：

(1) 『官廳憑照』(official voucher) 即准許其懸掛國旗者。內附『登記證』(Certificate of Registry) 凡國家之設有商船登記處者——如英德兩國是——皆有