

領海における外国公船⁽¹⁾に対する 執行措置の限界

佐 藤 教 人

目次

- I はじめに
- II 関連概念の概観
 - 1 領海の法的地位
 - 2 無害通航権
- III 「軍艦」と「公船」の同異
 - 1 通航関連規則の起草過程の分析
 - (1) 軍艦
 - (2) 公船
 - 2 免除に関する分析
 - 3 「軍艦」と「公船」の定義
 - (1) 軍艦
 - (2) 公船
 - (3) 差異
 - 4 小括
- IV 「沿岸国法令執行権」と「沿岸国保護権」
 - 1 「接合説」と「分離説」
 - 2 「沿岸国法令執行権」と「沿岸国保護権」の関係
 - (1) 法令執行権
 - (2) 保護権
 - 3 海洋法条約30条の性質
 - 4 小括

(1) ここで言う「公船」は特に断りがない限り「非商業的目的のために運航する軍艦以外の政府船舶」とする。なお、本稿の傍点及び下線による強調はすべて著者によるものである。

V 海洋法条約25条と30条の具体的運用要領

- 1 民間船舶
- 2 軍艦
- 3 公船

VI おわりに

I はじめに

2012年9月11日、日本政府が尖閣諸島を国有化して以来、同諸島領有を主張する中国の海洋監視船等が付近を徘徊するという事態が常態化している。外国公船に該当するこれら中国船舶により尖閣諸島周辺で現在行われている活動は、1982年採択された国連海洋法条約（United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982. 以下、海洋法条約と呼称）19条1項の「通航は、沿岸国の平和、秩序又は安全を害しない限り、無害とされる。」の「秩序」を害する行為に該当すると考えられ、我が国が当該活動を「無害でない通航」に該当すると判断した場合、同25条の「沿岸国は、無害でない通航を防止するため、自国の領海内において必要な措置をとることができる。」との規定に基づく措置がとれるものと考えられる。他方で、同32条「軍艦及び非商業的目的のために運航するその他の政府船舶に与えられる免除に影響を及ぼすものではない。」から分かるように外国公船は軍艦と同様に旗国の主権と独立を表すものとして免除を有しており、沿岸国の執行管轄権や司法管轄権が及ばないとされる。

そこで、例えばチャーチルとロウの『海洋法』⁽²⁾のような著名な海洋法の教科書では、軍艦について規定した同30条「軍艦が領海の通航に係る沿岸国の法令を遵守せず、かつ、その軍艦に対して行われた当該法令の遵守の要請を無視した場合には、当該沿岸国は、その軍艦に対し当該領海から直ちに退去することを要求することができる。」という規定を公船にも適用できること

(2) R. R. Churchill and A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, 1999, p. 99.

が合理的であることを示唆している⁽³⁾。すなわち、沿岸国法令に違反し遵守要請に従わない公船を軍艦と同様に領海から直ちに退去を要求できる、とするわけである。

しかし、中国の海洋監視船等に見られる沿岸警備隊（Coast Guard）等海上における法執行機関が登場したのは、20世紀、とりわけ第2次世界大戦後においてであり、少なくとも19世紀末から議論されている軍艦の法的性質から比べればその歴史は浅く、また、第1次国連海洋法会議（First United Nations Conference on the Law of the Sea, 1958. 以下 UNCLOS I と呼称）及び第3次国連海洋法会議（Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-82. 以下 UNCLOS III と呼称）ではその法的性質の議論が避けられてきた状況が見られるわけであり、軍艦と公船への対応要領を同一視するためには慎重な検討が必要であると考えられる⁽⁶⁾。

しかも、実際に採択された条文に関しても、海洋法条約第2部第3節「領海における無害通航」C「軍艦及び公船に適用される規則」の中の31条及び32条の対象が軍艦及び公船であるのに対して、なぜ、30条は軍艦だけなのか釈然としない。

さらに、公船に対して取り得る措置はいかなる状況でも退去要求が限界であるのか、または、その退去要求にも従わない場合にいかような措置をとれるのか、海洋法条約は沈黙している。

そこで本稿の目的は、現在、海洋法条約にある領海における通航規則の基本的考えが確定されたとされる1930年及び1958年の2つの法典化作業を中

(3) その他に、以下の文献において海洋法条約30条が公船に適用されることが示唆されている。

T. Treves, "Chapter 17 Navigation," R-J Dupuy & D. Vignes ed, *A Handbook on the New Law of the Sea* (1991), p. 923. 村上暦造「国家船舶の免除と執行措置」『海洋の科学的調査と海洋法上の問題点』（日本国際問題研究所、1999年6月）94頁。

(4) 村上暦造・森征人「海上保安庁法の成立と外国法制の継受—コーストガード論—」『海上保安法制』（三省堂、2009年）35頁。

(5) II章2節を見よ。

(6) III章を見よ。

心にその起草過程を検討することにより、「軍艦」と「公船」の違いを浮かび上がらせ、そして、海洋法条約25条と30条の間にどのような措置があるかを考察することにより、その具体的運用要領を一定程度明らかにすることである。

本稿では公船への対応を主題とするものの、軍艦に関する記述が多くなっている。その理由として、これまで軍艦の通航や免除に関する法的問題が伝統的に議論されており、公船の各種性質を軍艦のものと対照的に検討していくことが参照できる資料も多いため説得力あるものになるからであり、また、実際の起草過程においても、特に1950年代の国連国際法委員会 (International Law Commission、以下 ILC と呼称) の検討において、軍艦と公船の法的地位が比較・検討されているからである。

そこでこの後、領海関連概念の歴史的背景を確認した上で、Ⅲ章において関係条文の起草過程を分析することにより海洋法条約30条の公船への適用性を検討し、Ⅳ章において、一見、違いが不明確な法令執行権と保護権の差異やオーバーラップしている状況を検討し、Ⅴ章において根拠条文を踏まえた公船への執行措置要領を説明する。

Ⅱ 関連概念の概観

1 領海の法的地位

周知のとおり、広大な海洋は国際法において「公海」及び「領海」と呼ばれる2つの区域に伝統的に分類されてきて、それぞれまったく別の制度が適用されてきた。

「領海」の概念は、16世紀頃から西欧諸国が沿岸海域に対して国土の防衛及び経済的利益の保護のために特殊な地位を主張したことに基づき発達した。すなわち、沿岸国は、沿岸海域に対して、交戦国の敵対行為が禁止される中立水域、自国民漁業のための水域あるいは関税と衛生管理のための監視水域として、それぞれの目的に応じた機能を及ぼし、それが次第に領海とし

て一般的な形を整えていった。⁽⁷⁾

このような領海に対して沿岸国が及ぼす権能の性質について17世紀から20世紀にかけてさまざまな考え方が主張された。領海における沿岸国の権限の性質についての現在の不明確さを認識するためにはこれら諸説を概観しておく必要があると思われる。

①**所有権説 (Property Theory)**：この説は領海に対する沿岸国の権能を所有権 (dominium) であるとし、領海を国家の所有権の目的物とするものである。⁽⁸⁾ この所有権説は学説においては、17世紀の英国において一般的であったものであり、当時のこの説の支持者は、海洋における国王の dominion の存在あるいは国王が海洋において property をもつことを承認した。この場合の法的基礎としては、神学的なものと哲学的なものがあった。⁽⁹⁾ 所有権説は、18世紀にはそれ程前面に出ていないが、19世紀初頭まで多くの学者によって支持されている。⁽¹⁰⁾

②**警察権説 (Police Theory) 又は管轄権説 (Competence Theory)**：これらの説は、沿岸国が領海に及ぼす権能を「管轄権」で説明しようとするものである。⁽¹¹⁾ 19世紀になって、自由貿易が重商主義的保護貿易以上に重要なものとなり、この後述べる領海における無害通航権の概念が学説においても次第に確立していく中で、所有権によって領海に対する沿岸国の権能を説明することが困難となった。他方でこのころ、理論的には領域の概念と管轄権の概念の乖離が言われるようになり、それによれば、領域は所有されるものではなく、国家の権能が行使される空間的区域とみなされるようになり、また、国際法が許す限度においてこの空間的区域外で国家の警察権力が行使され得、管轄権の及ぶ範囲は空間的に領域と同一ではなくな

(7) 高林秀雄『領海制度の研究 (第3版)』(東信堂、1987年) 48-90頁。

(8) 水上千之「航行利益の尊重と沿岸国の領海における主張」『船舶の通航権をめぐる海事紛争と新海洋法秩 (第1号)』(日本海洋協会、1981年) 2頁。

(9) D. P. O'Connell, "The Juridical Nature of the Territorial Sea," *BYIL*, vol. 45 (1971), pp. 307-309.

(10) 水上千之『海洋法—展開と現代』(有信堂高文社、2005年) 63頁。

(11) 水上「前掲論文」(注8) 2頁。

った。沿岸海域に対する権限を正当化するために所有権または領域の概念をもちこむことは必要ではなく、管轄権の概念を用いればよくなったのである。また、このような管轄権は場合と対象に関して限定されているので、無害通航と容易に調和することができた。⁽¹²⁾例えば、カルボ (C. Calvo) は、「国家は、領海に対して所有権 (un droit de propriété) をもつのではなく、自国の防衛及び経済的な利益のために監視及び管轄の権利 (un droit de surveillance et de juridiction) をもつに過ぎない」と述べている。⁽¹³⁾

- ③地役権説 (Servitude Theory)：地役権説は、海洋の単一性の維持及び諸国による海洋の共同利用の促進を望む学者、特にフランスのド・ラ・プラデル (A. de Geouffre de La Pradelle) によって唱えられた。この考え方は領海自体の存在を争いそれが公海と同様、共有物 (res communis) であると考え、沿岸国が領海の所有者ないし主権者であるという考え方を否定する。そして、この共有物に対して沿岸国は非常にわずかな一束の地役権 (très mince faisceau de servitudes) の行使が認められるとする。この場合、各々の地役権 (中立、安全、警察又は課税) は、保護される利益に⁽¹⁴⁾応じて異なった空間的範囲をもちうるという。

- ④主権説 (Sovereignty Theory)：20世紀に入って、領海に対する沿岸国の権能を主権概念で説明することが一般的になっている。学説においては多くの学者が領海が沿岸国の主権に⁽¹⁵⁾服することを支持してきている。

万国国際法学会 (Institut de Droit International、以下 Institut と呼称) も1894年の草案では「主権の権利」(un droit de souveraineté) という幾分曖昧な表現をしていたの⁽¹⁶⁾に対し、1928年の草案では「国家は、以下の範囲と制限の下に自国の海岸に沿う海域において主権 (la souveraineté) をもつ」

(12) O'Connell, *supra*, note 9, p. 325.

(13) C. Calvo, *Le Droit International*, Tome Premier (1896), p. 479.

(14) A. de Geouffre de La Pradelle, Le droit de l'Etat sur la mer territoriale, *Revue Générale de Droit International Public*, Tome V. (1898), pp. 337, 339.

(15) 水上『前掲書』(注10) 64頁。

(16) O'Connell, *supra*, note 9, p. 328.

(第1条)として主権という言葉で領海に対する権能を述べている。また、報告者はこの点に関し次のようにコメントしている。「主権の問題について我々が前に述べたことから、我々は第1において、国家が主権をもつという表現によって諸国が領海に対して所有権をもつものではなく、諸国の権能がすべてこの区域に及ぶと理解されなければならないことを付け加えることが有益であると信ずる。⁽¹⁷⁾」

領海の法的性質について国際会議における決議、すなわち国家の意思によって合致が初めて得られたのは、1930年国際連盟主催のハーグ国際法典編纂会議（以下、ハーグ会議と呼称）においてである。⁽¹⁸⁾そこで採択された「領海の法的地位に関する一般規定」（以下、ハーグ規定と呼称）の第1条も次のように規定している。「国家の領域は、この条約で領海として言及される海帯を含む。この海帯に対する主権は、この条約及び国際法の他の規則で定められた条件に従って行使される。⁽¹⁹⁾」

この問題の討議においては、多くの代表は主権という言葉を支持したが、しかし、いくらかの代表（ポーランド、ギリシア、チェコスロバキア）はそれを争った。⁽²⁰⁾

結局、主権という用語を使用することによって、オコンネル (D. P. O'Connell) 教授が言うように、「領海を国家領域に含めることから権限の域外行使…まで様々な見解を accommodate することができた⁽²¹⁾」ということなのだろう。⁽²²⁾1958年に採択された領海条約 (Geneva Convention on the

(17) *Ibid.*

(18) 杉原教授は、仮説の域を出ないという前提をおきながらも、領海は主権が及ぶ水域であるとする立場に決定的な弾みを与えたのは、思いのほか、1919年のパリ国際航空条約ではなかったか、という見解を出している。杉原高嶺「フランコニア号事件と領海制度」『海洋法の主要事例とその影響』（有信堂高分社、2007年）4頁。

(19) S. Rosenne ed., *League of Nations Conference for the Codification of International Law* [1930], vol. 4, p.1414.

(20) 水上「前掲論文」（注8）3頁。

(21) O'Connell, *supra*, note 9, p. 351.

(22) 沿岸国に「主権」が及ぶという場合と、「所有権」が認められる場合とでは両者の違いは

Territorial Sea and the Contiguous Zone, 1958. 以下、領海条約と呼称) 及び海洋法条約においても主権説が採用されている。

このように主権説が一般的となった背景には、19世紀の終わりがさ次第に強く主張されはじめた海洋資源に対する沿岸国の排他的権利が、地役説あるいは管轄権説では十分に説明されえず、主権概念によって資源の独占を説明することができ、また、外国船舶に対しても有効に規制することができる⁽²³⁾ということがあると考えられる。

2 無害通航権

無害通航の制度は外国船舶の航行利益と沿岸国法益の均衡・調整の上に成立している制度であるが、オコンネル教授によれば、無害通航制度が争えない地位を獲得したのは比較的新しくせいぜい19世紀半ばとされる。⁽²⁴⁾

しかしながら、学説上は17世紀グロティウス⁽²⁵⁾とセルデン⁽²⁶⁾のいわゆる海洋論争の時代からほのめかされており、広い公海と狭い領海という2元構造が確立した18世紀にも領海の「無害の使用」の概念が多くの論者によって主張された。⁽²⁷⁾

いかなるものか、必ずしも判然としない。また「主権」が及ぶという場合でも、それゆえにそこが国家領域を構成するという意味か、あるいは単に国家の一定の権限が及ぶという意味にとどまるのか、決して自明とはいいいがたい。杉原「前掲論文」(注18) 12-13頁。

(23) O'Connell, *supra*, note 9, p. 343.

(24) D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, Vol. I (1982), p. 19.

(25) グロティウスはその著書「戦争と平和の法」(1625年)において、占有を認められた海域において「武装せずかつ害悪なき航海」は妨げられない旨を付している。H. Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres*, Translation by F. W. Keesey, The Classical of international law, (Claredon Press, Humphrey Milford, 1925), II, iii, 12.

(26) セルデンも通商の自由を尊重する立場から、たとえ海が領有されても、外国人の「無害の通航」(inoffensive passage) は許されなければならない、このことは、所有の概念と抵触しないとした。J. Selden, *Mare clausum, seu de dominio maris libri duo*, London, 1635, Lib. 1, Cap. XXIII, p. 98. スコットランドの法学者で、グロティウスの「自由海論」の批判者であったウェルウッドも同様である。W. Welwood, *An Abridgement of all Sea-Lawyers*, London, 1635, p. 62.

(27) 18世紀、ヴァッテルは沿岸国の領有に服する海は国家領域の一部として、通航に許可を要するとしつつ、しかし、なんら嫌疑のない船舶は、領海の「無害の使用」(usages

国家実行としては、18世紀後半から19世紀にかけての産業革命により蒸気船が発明・発達し、欧米の海洋国はこぞって外洋進出を果たすことにより国家間の紛争も発生しやすい環境となり、主として欧米の国内裁判を中心に自国（又は植民地）領海における外国船舶の無害通航の権利が論点として上がりその概念が確立していった。特に、19世紀初頭、ナポレオン戦争後にスペインの支配が弱まったラテンアメリカの独立により、open-door-policy⁽²⁸⁾が取られそれが無害通航制度を刺激したといわれている。

詳しくはⅢ章で述べるが、公船と比較される軍艦の無害通航権について、実はこの問題が顕著化したのも国際法の時間的尺度からいえば最近のこととなる。

19世紀初頭まで続いたといわれる所有権説の時代には、領海におけるすべての航行船舶を排除できる権能が沿岸国に一般には認められており、そのため、外国船舶の通航権はあくまで沿岸国から与えられる恩恵的なものであり、逆に言えば、沿岸国は通航権を与える義務はなかった。従って、明らかにこの時代、軍艦と商船の区別は論理的には問題とされておらず、当時の国家や学者の関心は軍艦の同時入港可能隻数であったり、戦時中立通商の確保であった⁽²⁹⁾。

19世紀中葉に一般的な無害通航の概念が確立しつつあった時点でも、軍艦の通航に関する事件は注目されていなかった。その理由として、一つは、軍艦とその他の船舶を明確に区分した1856年「海上法ノ要義ヲ確定スル宣言」（以下、パリ宣言と呼称）の発効間もなかったこと、二つ目に、産業革命の軍艦への波及が遅く遠征できる装甲軍艦が未だ発達していなかったことが考えられる⁽³⁰⁾。

innocens) が許されるとした。E. Vattel, *Droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, Liv. 1, Chap. XXIII, § 288.

(28) O'Connell, *supra*, note 9, p. 325.

(29) D. P. O'Connell, "Innocent Passage of Warships," *Thesaurus Acroasium*, Vol. 7 (1977), pp. 409-410.

(30) *Ibid.*, p. 410.

他方で20世紀に入って主権説の時代になると、船舶の無害通航権も確固たるものになっていたが、同時に沿岸国の主権との調和が問題とされ、船舶の「無害性」という点が非常に強調されるようになり、それが軍艦の通航の問題と絡み合って、そもそも軍艦というのは本来的に危険なものなので、その通航自体が「無害ではない」という見解が出てきたと考えられる。そういった意味では世界的な学会での議論⁽³²⁾やハーグ会議で審理を行うことによって軍艦の無害通航権への否定的見解が蓄積されたことも否めない。

例えば、ホール (W. E. Hall) は「軍艦については、商業的な通航の場合のような根拠がないので、無害通航は認められない。貿易のためにすべての国の船舶が最大の通航の自由を取得することは、全世界の関心事であるが、軍艦の通航権の取得については、そのような一般利益は関係しない。軍艦の通航は、一国の利益にだけに仕えるものであり、しばしば第三国には有害となり、またときには沿岸国に危険なものとなるおそれがある。」として、沿岸国は望むならば自国領海への外国軍艦の立入を拒否する権利があるという⁽³³⁾。そのほかに、「軍艦は商船と異なり脅威を与えるものであるから、沿岸国の同意なくその領海を通航することはできない。」という1910年英米間北大西洋漁業事件仲裁裁判での米国国務長官ルート (E. Root) の陳述、陸上の軍隊の通過権の否認と同様に軍艦の領海の通過権も認められないとするジェサップ (P. C. Jessup)、軍艦の通航は「権利」としてではなく「寛容」(tolérance) としてのみ認められるというジデル (G. Gidel)、などがこれで⁽³⁶⁾ある。これに対し、軍艦も「合法的使命」(lawful errand) をもつとして、

(31) 共同討議『船舶の通航権をめぐる海洋紛争と新海洋法秩序 (第2号)』(日本海洋協会 1982年) 145頁。

(32) 20世紀初頭の Institut、国際法協会 (International Law Association)、アメリカ国際法学会 (American Institute of International Law) 及びハーバード・ロー・スクールでの草案作成における議論がこれにあたる。

(33) W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8th ed. (1924), p. 198.

(34) *North Atlantic Coast Fisheries Arbitration, Proceedings*. Vol. II (1912), p. 2007.

(35) P. C. Jessup, *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction* (1927), p. 120.

(36) G. Gidel, *Le Droit International Public de La Mer*, Tome III, (1934), p. 284.

無害通航権を肯定的にとらえようとしたウェストレイク (J. Westlake)⁽³⁷⁾ のような立場は、むしろ少数説であったといえよう。⁽³⁸⁾

軍艦の無害通航権に関する現行規則についてはⅢ章において詳しく検討するので、ここでは、無害通航権の存立根拠をいかに捉えるかが航行利益の問題をみる場合の前提的な問題であることを指摘しておきたい。これには大きく2つの考え方があると思われる。一つは無害通航権を公海における航行の自由の延長にある権利とみる立場である。⁽³⁹⁾ その意味で無害通航権は、沿岸国によって与えられた礼讓または恩恵ではなく、すべての船舶に認められた厳格な意味での権利である。もう一つの立場は、無害通航権の制度的地位を認めつつ、他方、これを沿岸国主権の例外とみる立場である。⁽⁴⁰⁾ ここでの無害通航権は「権利内の権利 (a right within a right)」⁽⁴¹⁾ と呼ぶべき存在である。この立場の違い及び対立が、沿岸国法令制定権・執行権、保護権、及び海洋法条約30条の解釈など、後々の検討に影響してくる。

Ⅲ 「軍艦」と「公船」の同異

本章では、1930年と1958年の2つの法典化作業を中心にその起草過程を追うことにより、「軍艦」と「公船」の違いを浮かび上がらせ、海洋法条約30条の「公船」への適用妥当性を探ってみたい。

(37) J. Westlake, *International Law*, Part I (1904), p. 192.

(38) 杉原『海洋法と通航権』（日本海洋協会、1991年）70頁。

(39) ジェサップ、杉原、水上及び広部教授がこの立場である。

(40) 沿岸国主権の例外と捉えた事件として、1933年米国・パナマ一般請求委員会のダビッド号事件がある。United Nations Reports of International Arbitral Awards, Vol. 6, pp. 382-384. 杉原教授は、領海の無害通航と公海の自由通航はいずれを欠いても他方を無意味ならしめる関係にあり、その意味で、無害通航権は沿岸国主権の「例外」とみるべきではない、とする。杉原『前掲書』（注38）65頁。

(41) 1876年フランコニア号事件（英国留保事件裁判所）におけるグローブ判事（Grove, J.）の意見。Queen v. Keyn, [1876] 2 Ex. Div. 114.

1 通航関連規則の起草過程の分析

(1) 軍艦

世界的な学会での議論や国内裁判を別にして、軍艦の無害通航が初めて国際的に議論されたのは、1930年のハーグ会議とその準備作業かと思われる。

まず、国際連盟は準備として専門家委員会を設立し、「領海」部門においてはドイツのシュッキング (W. Schücking) が特別報告者に指名され、最初の草案が以下の通り作成された (無害通航関連部分)。それが、1926年のシュッキング⁽⁴²⁾草案である。

まずは、すべての船舶 (all vessels) を対象とした無害通航に関する7条は以下のように定められた。

「第7条 (平和的通航) : すべての船舶は区別することなく、領海において平和的な通航の権利を有する。… [Article 7 (Pacific passage) : ⁽⁴³⁾All vessels, without distinction, shall have the right of pacific passage through the territorial sea. [...] .]」

次に、軍艦 (warships) を対象とした12条は、

「第12条 (軍艦) : 軍艦の自由通航の権利の行使は、沿岸国の特別規則に服する。… [Article 12 (Warships) : The exercise by warships of the right of free passage may be subjected by the riparian State to special regulations. [...] .]」

と定め、ここだけ見ると無害通航権があるか玉虫色の表現である。

一方で、同12条の中段には、

「…重大かつ継続した違反が行われる場合は、軍艦の艦長は慎重な手段によりセミオフィシャルな警告を受ける。そして効果なき場合、もし必要ならば、

(42) 他の二人 (デ・マガラエス及びウィッカーシャム) の委員の意見を踏まえたのちの修正草案である。S. Rosenne ed., *League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law* [1925-1928], vol. 2, pp. 98-101.

(43) 当該条文のコメンタリーには、領海の common user として軍艦にも無害通航権がある、との表現がある。Idid., pp. 70-71.

退去を要求される。[… […]] If a serious and continued offence is committed, the commander of the vessel shall receive a semi-official warning in courteous terms and, if this is without effect, he may be requested, and, if necessary, compelled, to put to sea. […].]

と、ここに既に海洋法条約30条の原型が存在する。この12条のコメンタリーによれば、シュッキングが参照したのはInstitutの1898年採択された「外国の港にある軍艦と乗組員の取締に関する規則」(以下、Institut港規則と呼称)⁽⁴⁴⁾13条であり、条文の文言は上記シュッキング草案12条の中段部分とほぼ同様である。この時期、Institutは「領海」に関する規則と「港」に関する規則作成の2作業を同時進行させていた。⁽⁴⁵⁾

(44) Règlement sur le régime légal des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers, the Institut de Droit international, at its session held at The Hague in 1898, proposed in the draft regulations adopted on August 23rd, 1898.

Article 13

Les navires de guerre étrangers admis dans les ports doivent respecter les lois et les règlements locaux, notamment ceux qui concernent la navigation, le stationnement et la police sanitaire.

En cas de contravention grave et persistante, le commandant, après avis officieux et courttois resté sans effet, pourrait être invité et, au besoin, contraint à reprendre la mer.

Il en serait de même si les autorités locales jugeaient que la présence de son navire est une cause de désordre ou de danger pour la sûreté de l'Etat.

Mais, à moins d'extrême urgence, ces mesures rigoureuses ne doivent être employées que sur l'ordre du gouvernement central du pays.

(45) 当時のInstitutの関連作業をクロノロジカルに列挙すれば以下ようになる。

- ・1888年ロザールヌ会期において、領海の問題を研究することを決議。そのための委員会(第3研究委員会)を結成
- ・1890年、委員会にquestionnaireを回覧
- ・1892年ジュネーブ会期、委員会での報告にて「沿岸国は“absolute and exclusive sovereignty”をその海域(領海)にもつ」を提示
- ・1894年パリ会期、「領海の定義及び制度に関する規則」(Institut領海規則と呼称)採択。結局、領海の法的性質は「un droit de souveraineté(主権の権利)」にて採択。当該領海規則9条には「navire de guerre」が登場。ただし、内容は継続追跡権を軍艦(等)にも留保するといふもの
- ・1898年ハーグ会期「外国の港にある軍艦と乗組員の取締に関する規則」採択(港規則)
- ・1927年ロザールヌ会期「平時における領海に関する規則案」審議。シュッキングが国際連盟法典化編纂専門委員会の12条(軍艦)の条文をとり入れるよう提案。しかし、委員会はあ

このように、1898年の「港規則」から海洋法条約30条の原型が出現したわけであるが、これは港における外国商船や軍艦が従うべき規則を規定している。この規則は「領海」規則ではなく「港」という内水における規則である。内水は沿岸国の領域の一部であり、領海と異なりその完全な領域主権に服し、沿岸国の管轄権が領土と同じように適用されることは当時から認識されていた。よって、1898年港規則13条のような沿岸国法令の違反に対して対処する規定も、当時から確立していたのであり、それをシュッキングは領海規則である連盟領海規則案に盛り込んだのである。

また、領海の法的性質及び無害通航権の歴史的背景から見ても、この時期(19世紀末)に Institut 領海規則ではなく、港規則からの導入は当然であるように思える。なぜなら、当時は領海に対する沿岸国の権限の性質が確定されては⁽⁴⁶⁾いなかった、すなわち、管轄権説から主権説への過渡期であったのである。さらには無害通航権についても、当時、学説としては認められていたが国家実行及び判例としてようやく確定し⁽⁴⁷⁾だした段階であり、軍艦の無害通航権に至っては十分研究されておらず⁽⁴⁸⁾、他方で港等の沿岸国の主権が確実に存在する地域・海域での法令違反にどう対応するかがやっと議論されはじめた時代であると考えられるからである。その港の規則案が領海の規則案に導入されたのである。

ところで、ハーグ法典編纂会議準備における1926年シュッキング草案に

まり詳細に立ち入るべきではないとして、その冒頭だけ採択。すなわち、「The exercise by warships of the right of free passage may be subjected by the riparian State to special regulations.」という規定振りに落ち着く。

・1928年ストックホルム会期にて上記「平時領海規則案」採択

・1928年同じく「平時における外国港軍艦及び乗組員取締規則」採択

なお、1898年採択の「港規則」について1896年まで遡って調査したが、重要な部分(法令違反、遵守要求無視、退去要求)は1897及び1898年とも特に議論なく採択されている。

(46) II章1節を見よ。

(47) フランコニア号事件(1876年):領海の法的性質及び無害通航権に問題を投げかけた先例的判例。Queen v. Keyn, *supra* note 41.

(48) II章2節を見よ。

対し、各国の意見を求めたところ16対7で無害通航肯定が優勢であった。このような各国の意見を踏まえ、ハーグ会議前の1929年最終草案「討議の基礎 (Base of Discussion)⁽⁴⁹⁾」の19項は、次のような通航に関する草案を規定した。そこでは、シュッキング草案とは主体と客体を入れ替え、対象をすべての船舶 (all vessels) から外国商船 (foreign merchant ships) に修正したもののその趣旨に変更はない。すなわち、

「沿岸国は、外国商船に無害通航権を付与しなければならない。… [A coastal State is bound to allow foreign merchant ships a right of innocent passage through its territorial waters; […] .]」

次に、軍艦の通航に関する20項は以下の通りである。すなわち、

「沿岸国は領海における外国軍艦の無害通航権を認める。… 沿岸国はその通航の条件を規定する規則を制定することができる。しかし、事前の通航許可を求める権利はない。… [A coastal State should recognize the right of innocent passage through its territorial waters of foreign warships, […] . A coastal State is entitles to make rules regulating the conditions of such passage without, however, having the right to require a previous ⁽⁵⁰⁾ authorisation (sic). […] .]」

下線部からわかるように、シュッキング草案よりも軍艦の無害通航権に対し肯定的になっている。

21項は、例の軍艦の法令遵守・退去要求の規定である。こちらのほうはその趣旨にシュッキング草案と変化はない。すなわち、

「外国領海において、軍艦は現場の法令を尊重しなければならない。どのような違反の場合も艦長は通知を受ける。：その艦長が当該通知に従わない場

(49) S. Rosenne ed., *supra* note 19, pp. 1381-1383.

(50) その他、1929年最終草案には以下のような1958年領海条約において再現された条文の萌芽がみられる。

25項：領海条約18条（課徴金）の原型、22及び23項：領海条約19条（刑事裁判権）の原型、

24項：領海条約20条（民事裁判権）の原型

合、退去を要求され得る。(In foreign territorial waters, warships must respect the local laws and regulations. Any case of infringement will be brought to the attention of the captain: if he fails to comply with the notice so given, the ship may be required to depart.)」]

では、1930年ハーグ会議において採択されたハーグ規定⁽⁵¹⁾ではどのような条文⁽⁵²⁾となったのでろう。そこでは1929年最終草案19項が3条及び4条に分派され、3条第1文が「通航の定義」を、第2文が「無害の定義」を規定し、4条は一般の通航に関する規則であるが、その対象をタイトル（下記の下線部）にあるように「軍艦以外の船舶」とした。すなわち、

「第3条（通航権）：『通航』は、内水に入ることなく領海を通過するため、内水に入るため、または内水から公海へ向かうために領海を通る航行を意味する（第1文）。通航は、沿岸国の安全、公序、または財政的利益に有害な行為を行う目的で、船舶が沿岸国の領海を使用するときは無害ではない（第2文）。… [Article 3 (RIGHT OF PASSAGE) : “Passage” means navigation through the territorial sea for the purpose either of traversing that sea without entering inland waters, or of proceeding to inland waters, or of making for the high sea from inland waters.

(51) 当該規定は、領海の幅員及びこれと密接に関連する沿岸国の海洋管轄権（接続水域）をめぐる各国の激しい対立を解消しえなかった点が直接的な基本的要因となり、条約としては採択されなかった。しかし、海洋における航行の自由を確保することが国際社会全体の利益であること、各国の沿岸にそう海域が国家領域の一部を構成するものであって、沿岸国の正当な利益を確保するために不可欠なものであること、および、領海における無害通航権が航行の自由確保のために要請される領域権に対する国際法上の制限であること、などの海洋法の支柱をなす大原則については、会議に参加したすべての代表が争う余地なしに確認したことを特筆しなければならない。したがって、これらの基本原則に基づいて法典化会議が作成した二つの報告書は、領海制度を形成する慣習法の諸規則を明文化したものととして、国際法上に不朽の価値をもつものであった。ゆえに、ハーグ会議で合意されたこれらの規則の多くは、その後28年後の UNCLOS I で採択された領海条約のなかに、ほとんどそのまま再現されたのである。加藤信行「近代海洋法法典化の試みーハーグ国際法典編纂会議・近代海洋法から現代海洋法への架け橋ー」『海洋法の歴史的展開』（有信堂高分社、2004年）71頁。高林「前掲書」（注7）204頁。

(52) S. Rosenne ed., *supra* note 19, pp. 1414-1419.

Passage is not *innocent* when a vessel makes use of the territorial sea of a Coastal State for the purpose of doing any act prejudicial to the security, to the public policy or to the fiscal interests of that State. [...] .]」

「第4条（軍艦以外の船舶）：沿岸国は、領海における外国船舶の無害通航に障害を与えてはならない。… [Article 4 (VESSELS OTHER THAN WARSHIPS) : A Coastal State may put no obstacles in the way of the innocent passage of foreign vessels in the territorial sea. [...] .]」

次に軍艦の通航規則であるが、12条がそれにあたる。すなわち、

「第12条（軍艦）：一般原則として、沿岸国は、その領海における外国軍艦の通航を禁止せず、また、事前の許可や通告を必要としない。沿岸国は、軍艦の通航の条件を定める権利をもつ。… [Article 12 (WARSHIPS) : As a general rule, a Coastal State will not forbid the passage of foreign warships in its territorial sea and will not require a previous authorization or notification. The Coastal State has the right to regulate the conditions of such passage. [...] .]」

「所見」では次のよう述べている。「沿岸国が軍艦の無害通航を禁止しないと述べることは、現行の慣行を承認することに他ならない。この慣行は、厳格な絶対的の規則を定めることなく、例外的な場合には、沿岸国に外国軍艦の通航を禁止する権能を与えている。沿岸国は通航の条件を定めること、とくに、その領海または領海の特定の部分を同時に通航する外国軍艦の数について定めることが出来る。もっとも、一般規則として、事前の許可や通報は必要ではない。」ここでは微妙な表現ながら、軍艦の無害通航権を肯定している。13条は例の軍艦の法令遵守・退去要求の条文である。すなわち、

「第13条：領海を通航する外国軍艦が沿岸国の規則を遵守せず、かつ、軍艦に対して行われる遵守の要請を無視したときは、沿岸国は、その軍艦に対して、領海からの退去を要求できる。(Article 13 : If a foreign warship passing through the territorial sea does not comply with the regulations of the Coastal State and disregards any request for compliance which may be

brought to its notice, the Coastal State may require the warship to leave the territorial sea.)」

この条文については一貫してその趣旨に変化はない。

戦後、「領海制度」を法典化が必要な分野の一つとして選択した ILC は、1954年、特別報告者の草案に従って先ほどのハーグ規定を採用した。⁽⁵³⁾ただし、軍艦の通航規定26条の第1項は「例外的事情の場合を除いて、軍艦は、事前の許可や通告なくして、領海の無害通航権を有する。」⁽⁵⁴⁾とした。その他は、概ねハーグ規定と同じである。その注釈として次のように述べている。「委員会は、事前の許可または通告なくして、通航を許されるべきであると考え。もっとも、いくらかの委員は軍艦の通航は、単なる特権 (mere concession) にすぎないから、沿岸国の同意に服させることができると考えている。」⁽⁵⁵⁾

1955年の草案では、25条1項において「沿岸国は、軍艦の領海通航を事前の許可または通告に服させることができる。(ただし)通常には、沿岸国は、第18条(沿岸国の保護権)と第19条(通航船舶の義務)の規定を守ること

(53) *ILC Yearbook*, 1954, vol. 2, pp. 158-162.

(54) SECTION B : WARSHIPS

Article 26

Passage

1. Save in exceptional circumstances, warships shall have the right of innocent passage through the territorial sea without previous authorization or notification.

2~4. [...] .

Ibid., 161. なお、軍艦の法令遵守・退去要求規定は以下のように相も変わらずその趣旨に変化はない。

Article 27

Non-observance of the regulations

1. Warships shall be bound, when passing through the territorial sea, to respect the laws and regulations of the coastal State.

2. If any warship does not comply with the regulations of the coastal State and disregards any request for compliance which may be brought to its notice, the coastal State may require the warship to leave the territorial sea.

(55) *Ibid.*

を条件として、無害通航を許すものとする⁽⁵⁶⁾」と採択し、ハーグ規定の考え方を180度変換した。注釈では、「諸国の意見に照らして再検討した結果、事前の許可または通告に服させる沿岸国の権利を強調するように修正しなければならなかった⁽⁵⁷⁾」と述べている。

その考え方が1956年の最終草案に繋がり、こうして、UNCLOS I に提出された草案は次のようになった⁽⁵⁸⁾。

「D 節 軍艦 第24条（通航）：沿岸国は、軍艦の領海通航を事前の許可または通告に服させることができる。通常には、沿岸国は、第17条（沿岸国の保護権）と第18条（通航船舶の義務）の規定を守れることを条件として、無害通航を許すものとする。〔Sub-section D. Warships Article 24 (*Passage*) : The coastal State may make the passage of warships through the territorial sea subject to previous authorization or notification. Normally it shall grant innocent passage subject to the observance of the provisions of articles 17 and 18.〕」

軍艦の沿岸国の法令遵守及び退去要求規定については、ハーグ規定の趣旨に変化なくほぼそのまま採用された。

(56) SECTION D: WARSHIPS

Article 25

Passage

1. The coastal State may make the passage of warships through the territorial sea subject to previous authorization or notification. Normally it shall grant innocent passage subject to the observance of the provisions of articles 18 and 19.

2~3. [...] .

ILC Yearbook, 1955, vol. 2, p. 41. なお、軍艦の法令遵守・退去要求規定は以下のように相も変わらずその趣旨に変化はない。

Article 26

Non-observance of the regulations

If any warship does not comply with the regulations of the coastal State and disregards any request for compliance which may be brought to its notice, the coastal State may require the warship to leave the territorial sea.

(57) *Ibid.*

(58) *ILC Yearbook*, 1956, vol. 2, p. 276.

すなわち、⁽⁵⁹⁾

「第25条：軍艦が領海の通航に関する沿岸国の規則を遵守せず、かつ、軍艦に対して行われることがある遵守の要請を無視した場合には、沿岸国は、その軍艦に対して、領海からの退去を要求することができる。〔Article 25 (*Non-observance of the regulations*) : If any warship does not comply with the regulations of the coastal State concerning passage through the territorial sea and disregards any request for compliance which may be brought to its notice, the coastal State may require the warship to leave the territorial sea.〕」

UNCLOS I では、上記の軍艦に関する最終草案24条と25条のうちで、24条について大論争となった。「領海」について審議した第1委員会では、2つの規定とも可決されたが、⁽⁶⁰⁾総会議では24条が否決され、25条だけが可決された。⁽⁶¹⁾結局、セットであった規定の片方だけが残る形となり、それが領海条約⁽⁶²⁾23条であり、そしてそれが海洋法条約の30条となっているのである。

このようにしてみると、やはり1955年 ILC 草案「沿岸国は、軍艦の領海通航の事前の許可または通告に服させることができる」という条文がターニング・ポイントであった。以上のことにより、軍艦の通航規則は不明確な点が残存しており、他方で、沿岸国の法令順守・退去要求の規則は1898年 Institute 港規則以来、不動の地位が確保され、さらに対象が軍艦のみであるということが言える。

軍艦の通航規則の起草過程がこのような有様であるので、この問題について

(59) *Ibid.*, p. 277.

(60) A/CONF. 13/C. 1/SR/, UNCLOS, *Official Records*, vol. 3, First Committee, pp. 129-133.

(61) A/CONF. 13/PL/SR/, UNCLOS, *Official Records*, vol. 2, Plenary Meetings, pp. 66-68.

(62) Subsection D. Rules applicable to warships

Article 23

If any warship does not comply with the regulations of the coastal State concerning passage through the territorial sea and disregards any request for compliance which is made to it, the coastal State may require the warship to leave the territorial sea.

て3通りの解釈ができるのではないかと考えられる。これに関してオコンネル教授の以下の3つの解釈が参考になる。

①領海条約14条の「船舶」という表現は、反対の表現がないので、軍艦を含む「すべての船舶」を意味する。この解釈は沿岸国に外国軍艦による領海の使用の規制権限のみを付与し、通過に要する事前の許可権限を付与していない23条によって補強される。

②14条の「船舶」という表現は商船を意味する(軍艦は入らない)。なぜなら、領海条約採択以前の慣習法に照らせば、無害通航権に関し軍艦と商船は同等であるという明確な立法が必要であったからである。23条は沿岸国に対しその規制権限の側面として事前の許可を求めることを認めており、自らの意思により領海から外国軍艦を排除できるという慣習法上の権利ゆえにも、この解釈は必要である。さらに、C節は特別規定によりA節にある一般的権利を享受しており、他方で、軍艦が位置するD節はそうではないことも、この解釈を補強する。

③UNCLOS Iにおける軍艦に関する規定の否決により、軍艦の無害通航権の問題は全体として(whole)棚上げされた状態であり、それ故、これは慣習法によって規制されることになる。問題の解決は慣習法の内容に関する論争の結果次第である。⁽⁶³⁾

なお、本稿では軍艦の無害通航権の有無を検討することが目的ではないため、ここでは「軍艦の通航規則に不明確な点が残存している」ことを確認するとどまる。ちなみに、UNCLOS III及び海洋法条約採択及び発効以降もこの状況に変化はないと考えられる。⁽⁶⁴⁾

(63) O'Connell, *supra* note 24, pp. 290-291.

(64) UNCLOS III後の大きな国家実行としては、2大海洋大国である米ソの1989年共同声明「無害通航に関する国際法規の統一解釈」内で、「軍艦を含め船舶はすべて、その積荷、装備、推進手段にかかわらず、無害通航権を有し、事前の通告または許可を条件とすることはできない。」と、軍艦の無害通航権を明確に認めたことが挙げられる。*International Legal Materials*, Vol.28 (1989), p.1446. 他方で、現在、約40ヶ国もの国が、自国の領海を通航する軍艦に対し事前の通報または事前の許可を要請(事前許可が26か国、事前通知が13か国、Source: J. A. Roach and R. W. Smith, *United States Responses to Excessive Maritime*

(2) 公船

それでは、領海通航規則の起草過程で公船はどのように扱われたであろうか。1926年シュッキング草案には公船の通航に関する規則はない。1929年ハーグ最終草案にもない。

しかし国家及びその財産の裁判権免除の文脈では、1926年の「国有船舶の免除に関する若干の規則の統一のための条約」（いわゆるブリュッセル条約。以下、ブリュッセル条約と呼称）において裁判権免除のいわゆる「制限免除説」の立場に立ち、国が所有する又は運航する船舶を扱っている。

ここで若干、ブリュッセル条約が登場した時代背景を説明する。それ以前の19世紀前半は、すべての行為を免除の対象とするいわゆる絶対免除主義の観念で理解されていた。この当時は国家の行為は主権的な統治活動に限られ、

Claims. 2nd ed., (Martinus Nijhoff Publishers, 1994), pp. 251-267.; UKHO, *National Claims to Maritime Jurisdiction*, 2012, pp. 1-21-1-24.) しており、全くの少数派とは必ずしも言えない状況も見られる。田中則夫「国連海洋法条約の成果と課題」『国際法外雑誌』112-2 (2013年8月) 19-20頁。しかし、ドイツ、イタリア、オランダ及び英国のような国が海洋法条約批准に際して、その事前許可又は事前通知が海洋法条約と両立しないと反対しており、米国もまた事前許可及び通報両方に反対を表明していることから、この問題は海洋法条約採択・発効後も未だ決着がついていないと考えるのが妥当と言える。

ところで、この問題をより精緻にとらえれば、「事前許可」と「事前通知」は峻別する必要があるかもしれない。なぜなら、「事前通知」のほうは海洋法条約21条1項(a)の射程に収まり、その場合、軍艦の無害通航権と沿岸国の事前通知を要求する権利が両立するかもしれない。他方で、事前許可の合法性には問題が残るからである。Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, (Cambridge University Press, 2012), p. 91.

海洋法条約の解釈としては、以下のように軍艦の無害通航を肯定的に捉えるものもある。すなわち、①「すべての船舶」に無害通航権を付与する17条が、A「すべての船舶に適用される規則」に位置することから、商船及び軍艦両方がその権利を享受する。②A節に位置する20条では、submarinesが海面上を航行しなければならない旨規定されているが、submarinesは殆どの場合、軍艦であるため、このことは軍艦が無害通航権を持つことを含意している。③有害航行をリスト化している19条2項は、兵器を用いた演習、航空機の離発着、及び軍事機器の発着又は積込み等多くの軍艦によって行われる行為を列挙しており、このことは軍艦が無害通航権を享受することを含意する。R. R. Churchill, "The Impact of State Practice on the Jurisdictional Framework Contained in the LOS Convention," *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, edited by A. G. O. Elferink (2005), pp. 111-112.

それ以外の経済的商取引の活動は、いわばレッセ・フェールの下に個人や私企業によって遂行されるとの前提があった。ところが、19世紀後半から20世紀になると、国家の活動領域の拡大とともに国家自身が商業活動に従事したり、一定の貿易を独占するなど、従来、私人や民間企業に委ねられてきた活動領域に国家が参入するようになった。この傾向は、20世紀における社会主義国家の出現によっていっそう顕著になった。その場合でも、20世紀前半まではその活動に免除を認める立場が実際には有力であった。イギリス控訴審のポルト・アレクサンドル号事件（1920年）⁽⁶⁵⁾、ドイツ控訴審のアイス・キング号事件（1921年）⁽⁶⁶⁾、アメリカ連邦最高裁のペサロ号事件（1926年）⁽⁶⁷⁾などは、商業用公船にも免除を認めた顕著な事例（絶対免除主義）である。もっとも、パールマン・ベルジュ号事件の第一審判決（1879年）⁽⁶⁸⁾のように、そのような公船の免除を否認した事例がないわけではないが、これが各国の一般的な立場であったわけでもない。しかし、とりわけ第一次世界大戦における商業用公船のいっそうの増大とともに、この種の船舶への免除の供与には批判が強まった。その背景には、自国民・自国企業の司法的救済という動機があった。言い換えれば、国家の通商活動に免除を認めることは弱者の犠牲において強者を保護することになり、国家通商の発展に好ましくないと思慮されるにいたったのである。このような背景の下、国有船舶の免除に関するブリュッセル条約（1926年）⁽⁷⁰⁾がいち早く制限免除を提議したのである。

(65) *The Porto Alexandre* [1920] P. D., 30.

(66) *The Ice King*, *Annual Digest of Public International Law Cases*, Vol. 1 (1919-1922), p. 150.

(67) *Berizzi Brothers Company v. Steamship Pesaro*, 271 U.S. 562, 46 S.Ct. 611, 70 L.Ed. 1088 (1926).

(68) *The Parlement Belge*, [1878-79] 4P. D., 129, 144.

(69) 仏国では1918年2月には全商船が徴発された。英国では戦争準備として当初、商船250隻（のち1,000隻以上）が直ちに徴発された。1916年12月を境に、新設の海軍省の下に全船舶が接収され、船舶監督官が、大船主より成る運営委員会と協力してこれらを最も効率的に運用することになった。岩波講座「世界歴史24 第一次世界大戦」（岩波書店、1970年）76及び78頁。

(70) 杉原高嶺「政府公船に対する裁判権免除の展開」『法学論叢』40巻3・4号（京都大学法

なお、ブリュッセル条約（1926年）の当事国は29か国にすぎないが、批准が少ない一つの理由はその複雑さにあるといわれる。⁽⁷¹⁾しかしながら、同条約は、その締約国はわずかであるものの、他の2国間条約のモデルとなるとともに、非締約国によっても適用されるなど、国家及びその財産の裁判権免除の文脈では重要な役割を演じることとなった。⁽⁷²⁾

予想通り、1930年ハーグ会議「領海」を扱う第2委員会ではブリュッセル条約の「制限免除説」の趣旨を取り入れるべきとの修正案（1929年最終草案22条（刑事裁判権）へのポルトガル修正案⁽⁷³⁾）が提出され、それが採用された。すなわち、

「第10条（1930年ハーグ規定：公船関連）：前二条の規定（刑事裁判管轄権〈8条〉及び民事裁判管轄権〈9条〉）は、政府の非商業的役務にもっぱら従事する船舶とその船舶内の人の取扱の問題を害するものではない。〔Article 10 : The provisions of the two preceding Articles (Arts. 8 and 9) are without prejudice to the question of the treatment of vessels exclusively employed in a governmental and non-commercial service, and of the persons on board such vessels. 〕」

その「所見」では、

「…。8及び9条（刑事裁判管轄権のための規定、及び民事裁判管轄権のための規定）は、商業目的のための政府船舶に適用される。〔[…] . Government vessels operated for commercial purposes therefore fall within the scope of Articles 8 and 9. 〕」

と、反対の地位にある商業目的政府船舶を持ち出して「制限免除説」を改め

学会、1997年）2及び22頁。

(71) H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford UP, (2002), p. 87.

(72) 坂元茂樹「排他的経済水域での沿岸国の同意なき海洋の科学調査－政府公船の場合の対応措置－」『海洋の科学的調査と海洋法上の問題点』（日本国際問題研究所、1999年6月）59頁。

(73) 同趣旨の意見は、英国及びスウェーデンからも出された。S. Rosenne ed., *supra* note 19, pp. 1279, 1281, 1282, and 1394.

て肯定した。

しかし、戦後、なぜかこのハーグ規定の考え方が途切れてしまう。ILC の1954年の草案には、公船に関する規定が存在しない。1955年の草案では「非商業目的に使用される政府船舶」というタイトルの下に、括弧を入れて、「これらの船舶の地位は。未定とする」とした。その注釈として、つぎのように述べている。「ILC は、軍艦を除いて、非商業目的に使用される政府船舶の取扱の問題は、未定であるということを、1954年よりも、いっそう明白に欲した。この点について、ハーグ法典会議の例にならうべきであると感じた。⁽⁷⁴⁾」1956年の最終草案は、はじめて、つぎのような規定を設けた。

「第23条（非商業目的のために運航する政府船舶）：A 節の規則は、非商業目的に使用される政府船舶に適用される。[ARTICLE 23 (*Government ships operated for non-commercial purposes*) : The rules contained in subsection A shall apply to government ships operated for non-commercial purposes.]」

A 節というのは無害通航に関する一般規則のことである。その注釈として、ILC は次のように述べている。「軍艦に関する規定（D 節）を非商業目的の政府船舶に適用するかの問題は、未定である。委員会はこの種類の船舶の地位を詳細に定めることを欲しない。これを軍艦と全く同一化するか、ある点で同一化するかの問題は、未定にしておく。これはハーグ法典会議の例にならうものである。⁽⁷⁵⁾⁽⁷⁶⁾」

これだけではその意味するところが不明であるが、ILC の議事録を確認すると次のような議論の対立があったことが分かる。すなわち、

(74) *ILC Yearbook*, 1955, vol. 2, *supra* note 56, pp. 40-41.

(75) *ILC Yearbook*, 1956, vol. 2, *supra* note 58, p. 276.

(76) 坂元教授によれば、実は注釈のこの点にこそ問題の核心があるという。なぜなら、非商業目的の政府公船を軍艦と全く同一視できるのか。それともある面では同一視し、他の面では同一視しなくてもいいとすれば、同一視しなくてもいい側面とはいかなる側面か。仮にそれが特定できれば、非商業目的の政府公船に対する執行措置の行使の態様も明らかになるからである。坂元「前掲論文」(注72) 60頁。

①免除を享受する公船が、非商業目的政府公船だけでなく商業目的政府公船まで含むのか否か。

②軍艦と非商業政府公船の性質（無害通航権及び免除）が同一か否か。

この2つの論点が絡み合うことで議論が錯綜及び膠着⁽⁷⁷⁾して、軍艦と公船の性質の同一性について ILC の議論では結論が出なかったということだと考えられる。

しかしここで振り返ってみると、既に述べたように、ハーグ会議においては非商業公船と軍艦の地位の違いについて意図的に未定にしたわけではなく、そこまで議論が進展していないだけであり、結果的に未定になっただけである。よって、「委員会は、この種類の船舶の地位を詳細に定めることを欲しない。これを軍艦と全く同一化するか、ある点で同一化するかの問題は、未定にしておく。これはハーグ法典会議の例にならうものである。」という見解はミスリーディングであり、又は、ていのよい言い訳のようにも思われる。

そのような ILC の最終草案の下で、UNCLOS I では次のように帰結した。すなわち、ここでも、非商業目的政府公船の免除の範囲をめぐる争いがあつたため、それを明らかにするために、1930年ハーグ規定10条に類似した領海条約22条2項が盛り込まれることとなったのである。他方で、1955年

(77) *ILC Yearbook*, 1956, vol. 1, pp. 209-211, and 286.

(78) 具体的には、①免除を享受する公船が商業目的政府船舶まで含むか。②非商業目的政府公船の免除の内容は如何なるものか（フィリピンの質問に対するオーストラリアの提案）。A/CONF. 13/C. 1/SR/, UNCLOS, *supra* note 60, pp. 121, 126, 127, and 133.

なお、オーストラリアから、現在、領海条約22条2項（免除に影響を及ぼさない規定）となっている条文案が提案され可決された。この提案が出されたのはつぎの事情による。すなわち、フィリピン代表が以下のような質問をした。A 節の規定が適用されるといっているから、B 節の規定は適用されないという意味を含む。しかし、B 節の草案19条第1項（課徴金、現在の18条1項）は通航を理由として外国船に課徴金を課さないとしている。そうすると、草案第23条（現在の22条1項）は非商業目的の政府船舶に課徴金を課し得ることを意味するものであるが、同じことは草案20条1項（刑事裁判権、現在の19条1項）、草案21条1項（民事裁判権、現在の20条1項）についてもいえる。この質問に答えて、そうではないことを明らかにするためにオーストラリアは上記提案を出したのである。A/CONF. 13/PL/SR/, UNCLOS, *supra* note 61, p.66.

(79) Subsection C. Rules applicable to government ships other than warships

から ILC 委員を務め、かつ UNCLOS I 英国派遣団副代表でもあったフィッツモーリス (G. Fitzmaurice) がいうように、軍艦には22条2項のような規定は不必要であると考えられた。⁽⁸⁰⁾ すなわち、軍艦の免除は公船の免除に比べて確固たる地位にあると考えられたのである。現在では、この公船に関する免除規定領海条約22条2項が、海洋法条約においては軍艦が対象として追加されて32条に引継がれている。

ここまで軍艦及び公船の通航関連規則の起草過程を考察してきて言えることは、

- ①軍艦と比較して、非商業目的政府公船の免除の範囲は明確ではない。
- ②軍艦の免除は明確なので、そのような規定は不必要であった。
- ③公船の無害通航権に関しては、結果的に領海条約では非商業目的政府船舶はカテゴリー的に軍艦に分けられ、無害通航権に関する規定 (14条) が適用されることを明確に規定することになった (22条1項)。よって、形式的に公船の無害通航権が肯定されることになる。たしかに、現在でも非商業目的の政府公船の無害通航権を否定する学説はない。⁽⁸¹⁾

Article 21

[...].

Article 22

1. The rules contained in subsection A and in article 18 shall apply to government ships operated for non-commercial purposes.

2. With such exceptions as are contained in the provisions referred to in the preceding paragraph, nothing in these articles affects the immunities which such ships enjoy under these articles or other rules of international law.

Subsection D. Rules applicable to warships

Article 23

[...].

(80) G. Fitzmaurice, "Some Results of the Geneva Conference on the Sea," *ICLQ*, Vol. 8 (1959), p. 103.

(81) 小寺彰「政府船舶に対する沿岸国の措置」『海洋の科学的調査と海洋法上の問題点』(日本国際問題研究所、1999年6月) 77～78頁。

2 免除に関する分析

次に免除に特化して公船と軍艦とを相対的に考察してみる。まず、軍艦の免除から述べれば、軍艦はその旗国の主権と独立を完全な形で表象するものとして不可侵権を有しており、また、旗国以外のいずれの国の管轄権からも完全に免除されることは確立された慣習国際法であるといわれている。⁽⁸²⁾⁽⁸³⁾

次に、国有船舶の免除を認めたリーディング・ケースとして取り上げられるスクナー・エクスチェンジ号事件をみてみたい。本件では、米国のフィラデルフィア港に入港しているフランスの武装公船スクナー・エクスチェンジ号の免除が問題とされた。もともと米国人所有の船舶であったエクスチェンジ号が1810年にフランスによって公海上で拿捕され、その後フランス政府の武装公船（public armed vessel）として就役していたところ、1811年7月、荒天によりフィラデルフィア港に入港した。そこで、元の所有者が同船舶の所有権の確認と回復を主張してペンシルベニア連邦地裁に出訴したため、外国の武装公船は免除を有し、寄港国の裁判権に服するかどうかが争点となった。これに対して1812年2月に米国連邦最高裁が示した判決が、本件であった。⁽⁸⁴⁾

本件は免除のリーディング・ケースだけあって、外国武装公船の免除をア・

(82) W.Geck, "Warship", in Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4 (1982), pp.347-350.

(83) また、最近では、国際海洋法裁判所（ITLOS）は、ガーナが自国の港に入港した ARA LIBERTAD（リベルタッ号）を差押えた事件において、アルゼンチン海軍の士官候補生の練習船として用いられている3本のマストを持つ帆船を「軍艦」と認め、内水においては免除を有しないというガーナの主張をしりぞけ、アルゼンチンによる暫定措置の要請を認め、釈放を命じた。The "ARA Libertad" (Argentina v. Ghana), Case No. 20, Dec 15, 2012,

cf. <http://www.itlos.org/index.php?id=222&L=0>

なお、2013年9月27日にアルゼンチンとガーナが和解したことにより、海洋法条約287条及び付属書VIIに基づく仲裁裁判の手続も進んでいたが、途中にて終結した。和解した主な理由は、ガーナ最高裁が軍艦の免除に関する慣習法上の立場を尊重する国内法作成を判示（2013年6月20日）したことであった。

cf. http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1526

(84) *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812).

プリアリに断定することなく慎重に判断した。すなわち、その免除の根拠を、主に、各国の相互交流の利益のために、諸国の主権者がその領域管轄権行使を放棄することに明示的または黙示的に「同意」してきたところに求めたのである⁽⁸⁵⁾。また、このように主権者がその権限を放棄したと解される事例は以下の3つがあるという。すなわち、

①外国領域内における主権者の身体の逮捕・抑留からの免除

②①と同じ原則に基づく外交使節の免除

③外国領域を通過する他国軍隊の免除（ただし、陸軍の領域通過の許可は推定され得ず、主権者の明示的合意が必要である、と注釈されている⁽⁸⁶⁾）

その免除を認める根拠は、すでに述べた領域主権者の「同意」のほかに、（相手）主権者及び国家の威厳（*dignity*）⁽⁸⁷⁾であるとか、国家間関係の円滑な交流・促進を強調する政策的配慮であるとか、はたまた、相互主義あるいは国際礼譲によるもので、結局は主権免除の根拠として有名なローマ法の格言「対等なるものは対等なるものに対して支配権をもたない」に帰着するという見解もあり、この判例に対する評価はさまざまであり、そのようなところからも免除の根拠に関してなかなか定説なるものは存在しないというのが実情である。

そこで、本稿が扱う免除を考えてみると、それは主に執行措置現場での免除であり、既述の1926年ブリュッセル条約や2004年採択の国連国家免除条約で扱う国及びその財産の裁判権免除そのものでなく、仮に山本草二教授が⁽⁸⁹⁾いう国家管轄権の3分類⁽⁹⁰⁾に従うとすれば、主に執行管轄権の行使に対する公

(85) *Ibid.*, pp. 140-143.

(86) *Ibid.*, pp. 137-139.

(87) *Ibid.*, p. 144.

(88) Dahai Qi, "State Immunity, China and Its Shifting Position," 7 *Chinese JIL* (2008), para. 1-80.

(89) 1926年ブリュッセル条約や国連国家免除条約が、執行管轄権一般を念頭においた条約ではないが、これらの条約の趣旨や定義が、これまでの海洋法関連規則の起草過程や解釈に影響していることは確かである。

(90) 「立法管轄権」(legislative or prescriptive jurisdiction) とは、国内法令を制定して、一定

船なり軍艦の免除であるといえるが、その根拠は二つの流れからきているものと思われる。一つはエクスチェンジ号事件で領域主権者がその権限を放棄したと解される事例で挙げられた (i) 外交使節の免除、または外国元首の免除であり、もう一つは、やはり起草過程でも登場した (ii) 国及びその財産の裁判権免除である。さらにその2つの流れから導き出される免除の細部根拠を列挙すれば以下のようなものが考えられる。①治外法権説⁽⁹²⁾ (浮かぶ領土説)、②代表説、又は尊厳(威厳)説、③国際礼让説、④同意による領域権能放棄説、⑤政策的配慮説⁽⁹⁵⁾、⑥国家機関としての機能説⁽⁹⁶⁾、⑦主権国家平等・独立説、及び⑧軍事機密保護説⁽⁹⁷⁾。

これらは、いずれかが決定的効果をもつものであるとみるよりも、むしろこれらが複合的に作用して形成されたものと解されるが、軍艦に関しては、現在ではそれは擬制(フィクション)にすぎないが、治外法権説とそこから

の事象と活動をその適用の対象とし、合法性の有無を認定する権限を言う。また、「執行管轄権」(executive or administrative jurisdiction)とは、行政機関が逮捕、捜査、強制調査、押収、抑留などの強制措置により国内法を執行する権限をいい、さらに「司法管轄権」(judicial jurisdiction)とは、司法機関がその裁判管轄の範囲を定め、国内法令を適用して具体的な事案の審理と判決の執行を行う権限をいい、両者を合して「強制管轄権」(enforcement jurisdiction)とよぶ場合がある。山本草二『国際法(新版)』(有斐閣、1994年)232頁。

(91) 小寺「前掲論文」(注81)80頁。

(92) 治外法権説に関連して、かつて本土と遜色ない主権を有するという意味から「浮かんでいる領土説」が唱えられた。また、治外法権と不可侵権は密接な関係にある。横田喜三郎『国際法Ⅱ(新版)』(有斐閣、1972年)237及び283頁。

(93) 治外法権説と威厳説の付随的根拠となり得る。

(94) 11 U.S. (7 Cranch), *supra* note 89, pp. 140-143.

(95) 以下のような場合、この根拠が用いられやすい。①現場で強制的な対応をするよりも、じ後の外交ルートからの対応にて処理するほうが利益がある場合。②事態のエスカレーション防止の必要性が高い場合。

(96) *Oppenheim's International Law*, 9th ed, 1992, pp. 1167-1168.

(97) 西村弓「第7章 海洋安全保障と国際法」『海洋安全保障の諸問題と日本の対応』(財団法人 日本国際問題研究所、2012年3月)95頁。浅田正彦「九州南西海域不審船事件と日本の対応—継続追跡の問題を中心に—」『日本における海洋法の主要課題』(有信堂高文社、2010年)100頁。

(98) *Chung Chi Chung v. The King*, [1939] AC 160. Brierly によりフィクションであることが

導きだされる不可侵権がかなりよくその地位を表していると学説上は言われる。

しかし軍艦以外の公船に関していえば、そこまでの免除を享受するかは明瞭ではない。そうした見解を判示したのがクリコフ船長事件（1954年）⁽⁹⁹⁾である。この事件は、ソ連の公船が日本の法令違反により領海内で拿捕され、そして起訴された事件である。被告は使われた巡視艇がソ連の国有であり、その管轄下にあるので公船として治外法権があり、日本の裁判権には服さないと主張したのに対して、旭川地裁は、政府船舶の免除について次のように判示した。

「…そこで公船についてはこれを大別すると軍艦とその他の公船に分けることができ、軍艦についてはつとに不可侵権と治外法権が完全に認められているが、その他の公船については諸国の態度が必ずしも軌を一にせず一国においてすら主義が一貫していないので、いまだ公船に関する国際慣習法が確立していない」⁽¹⁰⁰⁾

国家実行としては、1952年の李承晩ライン⁽¹⁰¹⁾設定以降の数年間に、日韓の竹島をめぐる係争海域において日本の海上保安庁の巡視船及び水産庁監視船

同意されている。M. Whiteman, “Immunity of Warships and Noncommercial State-owned or -operated Vessels,” *Digest of International Law*, Vol. 4, U.S. Department of State Publication (1965), p. 633; A. Clapham, *Brierly's Law of Nations*, 7th ed, (2012), pp. 233-234.

(99) 事実の概要：旧ソ連邦サハリン漁業総局所属の巡回艇の船長クリコフは、1953年8月1日、関三次郎^{さんじろう}を不法上陸させるために有効な旅券・乗員手帳を所持しないで宗谷郡沖領海に入った。同月8日、巡回艇が同一人物を収容するため再び領海に入ったところ、日本の保安庁巡視船が同船を臨検・拿捕し同船長を逮捕した。ここでは、不法入国という（旧）出入国管理令第3条違反、及び、巡回艇を不開港場である北海道領海内に停留させたとして船舶法第3条違反が問われ、旭川地方裁判所に起訴された。同裁判所は被告人に対し懲役1年執行猶予2年の刑を宣告した。クリコフは1954年3月28日、同巡回艇とともにソ連側に引き渡された。

(100) 旭川地判昭和29年2月19日判時21号475頁（477頁）。

(101) 1952年1月18日、大韓民国の李承晩大統領は、朝鮮半島周辺の広範囲の水域に対し、一片の声明をもって韓国の主権を宣言したが、そのときのラインがこれである。

が韓国警備艇や韓国軍艦から、発砲、接舷・臨検、及び、拿捕・抑留等を受けた事例がある。本諸事例の国際法的妥当性に関しては非常に危ういものがあるが、少なくとも韓国の立場から言えば、日本公船の免除を一切考慮することなく法執行を行ったのであり、他方で、軍艦⁽¹⁰²⁾に対しこまでの法執行を行うことは考えられない⁽¹⁰³⁾。

さらに、これは領海での実行ではないものの、2014年5月、南シナ海パラセル（西沙）諸島付近での中国石油掘削装置設置をきっかけとするベトナムの反発において、中国海警の公船とベトナム海上警察の公船とが、放水や接舷規制を応酬的に行っているが、両政府とも軍艦での対応は控えているようである⁽¹⁰⁴⁾。

よって以上のことから、軍艦の免除は慣習法上確立していると言えるが、軍艦以外の公船の免除は軍艦と同程度まで確立しているとは言えないのでは

(102) 例えば、1953年7月12日、海上保安庁巡視船「へくら」が、韓国人40名が竹島に上陸し、日本領であることを示した標柱も撤去されていることを確認した際、韓国の警察官が巡視船に來船し、退去を要請した。巡視船が海域から離脱しようとする際に、韓国側が10発発砲し、うち2発が被弾したという事例がある。高井晋「韓国竹島領有論の再吟」『島嶼研究ジャーナル』2巻1号（2013年3月）6頁。

(103) 1952年10月25日、海上保安庁巡視船「PM いき」が、韓国警備艇を発見したので退避したところ、距離2海里のところから十数発の銃撃を受けたのでやむなく停船。相手船（韓国警備艇）は接舷して調査した。海上保安庁総務部総務課編「十年史・海上保安庁」（平和の海協会、1961年5月）158頁以下。

(104) 1954年2月20日、海上保安庁巡視船「PM さど」が韓国艦艇らしきものを発見したので警戒接触中、突然銃撃を受け停船を命ぜられた。当時附近に2隻の日本漁船が操業中であつたので、これを保護するためあえて退避せず、相手船と直接折衝を行おうとし停船のうえ接舷、会談を行ったが「李承晩ライン」侵犯と公務執行妨害を理由に拿捕を通告、済州島まで実力により連行された。済州島入港後船内に軟禁を受けたが、同夜船体・乗組員共に釈放された。同上。また、1953年9月27日には水産庁監視船も拿捕された記録がある。「朝日」（1953年9月）343頁。

(105) なお、日本政府は実力による対抗的な措置をとることは避け、じ後的に外交ルートを通じて抗議をしたものの、その違法性を国際的な第3三者機関に訴えるようなことはしなかった。海上保安庁総務部総務課「海上保安庁三十年史」（海上保安協会、1979年5月）28頁。

(106) 中国外務省は掘削装置の周辺海域に「軍艦を派遣することは断じてない」と強調している。「日本経済新聞」2014年6月19日朝刊7面。

ないだろうか。

さらに免除について、1958年公海条約（Geneva Convention on the High Sea, 1958. 以下、公海条約と呼称）における公船の免除規定の起草過程についても触れておきたい。1930年ハーグ会議では「公海」は扱われていないので、ILC の起草作業から検討を始めることにする。1956年 ILC 最終草案では次のような条文が採択された。すなわち、

「第33条（その他の政府船舶の免除）：…、もっぱら政府役務に使用される船舶は、…、軍艦と同一視され、これと同一の免除を有する。〔Article 33 (*Immunity of other government ships*) : [‘…’], ships owned or operated by a State and used only on government service, [‘…’], shall be assimilated to and shall have the same immunity as warships. ⁽¹⁰⁷⁾ 〕」

ここで注目されるのは条文の文言上、公船の免除を軍艦と同一視しているところである。しかし、UNCLOS I では、結局、米国修正案が提議されこれが後に採択された。⁽¹⁰⁸⁾ すなわち、以下のように現行公海条約では軍艦の免除（8条1項）と公船の免除（9条）規定とが内容は同じだが別個の条文になったのである。

「第8条（軍艦）：公海上の軍艦は、旗国以外のいずれの国の管轄権からも完全に免除される。 Article 8 (*Warships*) :

1. Warships on the high seas have complete immunity from the jurisdiction of any State other than the flag State.

2. [‘…’ .]]

「第9条（国が所有し又は運航する政府の非商業的役務にのみ使用される船

(107) ILC Yearbook, 1956, vol. 2, *supra* note 58, p. 280. なお、軍艦と公船の免除の関係について、1954年草案では「…, assimilés à des navires de guerre. (軍艦とみなされる。)」 A/CN. 4/79, *Regime of the High Seas* (1954), p. 11. 1955年草案では「… shall be assimilated to warships. (軍艦と同一視される。)」 ILC Yearbook, 1955, vol. 2, *supra* note 56, p. 23. というふうに、1956年最終草案までその趣旨は一貫している。

(108) A/CONF. 13/C. 2/SR/, UNCLOS, *Official Records*, vol. 4, Second Committee, pp. 67, 68, 71, and 76.

舶) : 国が所有し又は運航する船舶で政府の非商業的役務にのみ使用されるものは、公海において旗国以外のいずれの国の管轄権からも完全に免除される。[Article 9 (*Ships owned or operated by a State and used only on government non-commercial service*) : Ships owned or operated by a State and used only on government non-commercial service shall, on the high seas, have complete immunity from the jurisdiction of any State other than the flag State.]」

ここで重要なことは草案に継続してあった「軍艦と公船の免除は同一」であるという文言が削除されたことである。

そこで当該米国修正案に付随するコメントを確認すると、以下のような理由により修正案が提出されたことが分かる。⁽¹⁰⁹⁾すなわち、

- ①軍艦と公船をパラレルではあるけれど同一視できない関係ととらえたため。
- ② ILC 草案の懸案である公船には付与されない警察権を排除するため。⁽¹¹⁰⁾

よって、ここにおいても軍艦と公船の性質を同一視できない証拠が存在することになる。

3 「軍艦」と「公船」の定義

さらに「軍艦」と「公船」の性質の違いについて、それぞれの定義のし方から証明を試みるが、まず、それぞれの定義そのものについてその沿革と付随する問題について述べ、最後にその差異について言及する。

(109) *Ibid.*, p. 135.

(110) なお、この米国修正案の趣旨から言えば、本稿が主対象としている公船、すなわち、海上警察機関の巡視船が軍艦と同じ性質ではないかという疑念が生じ得る。しかし、当該疑念には以下のように反論する。すなわち、たしかに現行の公海条約21条「公海における拿捕の行使」権は軍艦の他に、政府の公務に使用されているその他の船舶に付与されている。しかし、1956年の最終草案45条では、まだ、軍艦（又は軍用航空機）のみへの付与（… only by warships or military aircraft）であった。さらには、UNCLOS I では、公海条約9条（公船の免除）のほうが21条（拿捕の行使）より先に審理されている。以上のことから、9条（公船の免除）審理時は、拿捕権は軍艦のみにあるという認識であったのであり、海上警察機関の巡視船といえども軍艦とは異なるという見解が支配していたこととなる。

(1) 軍艦

まず、軍艦の定義に関する現行規則であるがそれは海洋法条約29条にある。すなわち「この条約の適用上、『軍艦』とは、一の国の軍隊に属する船舶であって、当該国の国籍を有するそのような船舶であることを示す外部標識を掲げ、当該国の政府によって正式に任命されてその氏名が軍務に従事する者の適当な名簿又はこれに相当するものに記載されている士官の指揮の下にあり、かつ、正規の軍隊の規律に服する乗組員が配置されているものをいう。」

他方で、この定義は1994年に作成された「海上武力紛争に適用される国際法に関するサンレモ・マニュアル」(以下、サンレモ・マニュアルと呼称)の軍艦の定義と全く同じものであり、その意味ではいわゆる戦時・武力紛争時においても適用されるといえる。⁽¹¹¹⁾

ところで、国際法において軍艦を定義する必要性は何であろうか。それは軍艦が旗国の主権を表象するものとして免除を有し、さらに、平時・戦時問わず国際航行に干渉する権利をもつことから⁽¹¹²⁾、他の船舶からの峻別によりその適格性を確保し、権利の濫用を防止するためである。

多くの論者が、軍艦として認められる基準を最初に定めたのは1907年の「商船ヲ軍艦ニ変更スルコトニ関スルハーグ第7条約」(以下、ハーグ第7条約と呼称)であると指摘するが、1856年パリ宣言において、その基準が私

(111) なお、サンレモ・マニュアルの意義について、同マニュアルの日本語訳を作成して出版した訳者たちは、「主として国家実行に重きを置いた現実的な研究により導かれ、また、各国専門家の多数意見を反映していることから、相応の説得力を持つものということができる。ただ、多数決で導かれた規定の一部には必ずしも主要海軍国の見解を反映していないところもあり、また、法の漸進的発達を考慮して設けられた規定には、既存の慣習法を重視する一部の国には受け入れ難いと思われるところもある。しかしながら、全体的にみると、不明瞭とされてきた部分を明確化したのみならず、国際社会の進展に適合させるべく海戦法規の再構築を図った画期的な成果であるということができよう」と評価している。人道法国際研究所(竹本正幸監訳、安保公人・岩本誠吾・真山全訳)『海上武力紛争法サンレモ・マニュアル解説書』(東信堂、1997年) v-vi 頁。

(112) R. W. Tucker, *The Law of War and Neutrality at Sea*, US Government Printing Office, Washington DC, (1957), p. 34.

掠船の廃止に密接に関連していたことを忘れてはならない。⁽¹¹³⁾パリ宣言発効以降、敵対行為のみならず、捕獲法における臨検、搜索及び拿捕の権利は軍艦のみが有することとなった。⁽¹¹⁴⁾

その後は周知の通り、ハーグ第7条約1～4条において軍艦であるための構成要件が採択され、ほとんどそれがそのまま1958年公海条約8条2項に引き継がれている。⁽¹¹⁵⁾そこで採用されているのが、所属国の直接の管轄、監督及び責任、外部の特殊標識、正式に任命された士官の指揮、並びに、軍紀に服する乗務員という形式的な4要件であった。海洋法条約29条では、カナダ国防軍に見られるような三軍統合の傾向を考慮し、公海条約での「海軍」の用語を「軍隊」に拡大しことに伴う所要の修正の他に変更はない。なお、すでに国内法上軍隊の一部とされていた米国 Coast Guard のカッターの軍艦としての国際法上の地位がこれにより明白にされることになった。⁽¹¹⁶⁾

なおここで、軍艦を定義づけることに伴う最も重要な問題を1つだけ摘出しておく。それは軍艦の無害通航との関係である。前述したように軍艦が領海において無害通航権を有するかの従来からの議論では、軍艦の実質に着目していたことは否定できない。すなわち、軍艦が沿岸国に対して有形又は無形の力を行使しうるものであることである。特に軍艦の無害通航権を否定す

(113) 近世初頭の国家は常備海軍力が少なかったので、免状を発行することにより私船に交戦者資格を付与する私掠船という実行でそれを補っていた。私掠船は、利益を重視する私人の事業であるため、危険が少なくて収益の多い商船の捕獲にもっぱら従事し、特権を濫用して中立国船に対して戦争法上許される捕獲の限度を超える掠奪を行って、交戦国と中立国との間の紛争になることが多かった。そういった理由からパリ宣言では私掠船の全廃を宣言することになったのである。高林秀雄「私掠船」『国際関係法辞典（第2版）』（国際法学会、2005年）492-493頁。

(114) R. W. Tucker, *supra* note 112, pp. 40-41.

(115) Article 8

1. [...].

2. For the purposes of these articles, the term “warship” means a ship belonging to the naval forces of a State and bearing the external marks distinguishing warships of its nationality, under the command of an officer duly commissioned by the government and whose name appears in the Navy List, and manned by a crew who are under regular naval discipline.

(116) 真山全「軍艦の定義」『海洋法・海事法判例研究（2号）』（日本海洋協会、1991年）55頁。

る側においては、その有する武力からくる脅威を強調する。つまり、沿岸国に対する脅威は、軍艦の実質から生じるのであって、形式的に軍艦としての基準を満たすものすべてを当然に脅威源としていたかが問題となろう。定義に形式的基準のみを用いた結果、海洋法条約29条に合致すれば、戦闘能力を有する実質の意味での軍艦以外もこの範疇に入ることになる。逆もしかりである。すなわち、形式的には軍艦ではないが、実質的には軍艦であるものをどう取り扱うかである。例えば、米国海軍には、武装を備えているが、公海条約や海洋法条約でいう軍艦にあたらないものがある⁽¹¹⁷⁾。現在、少なからぬ国が外国軍艦の領海航行を規制しているが、実質的軍艦であるものを規制しているとすれば、あるいは、そうでなければ意味がないとすれば、海洋法条約29条との関係で問題が生じることになる⁽¹¹⁸⁾。

(2) 公船

「非商業的目的のために運航する軍艦以外の公船」といってもその範囲にはかなりの幅があり、例えば、UNCLOS Iにおける非商業目的政府公船の

(117) 海洋法条約236条には「軍艦 (warship) 若しくは軍の補助艦 (naval auxiliary)」という文言があり、ここでいう補助艦は、軍により所有されているかまたはその排他的支配下にあるもので、29条以外でいう軍艦以外をさす。この補助艦に分類される艦船は、実際には輸送、補給、救難、観測といった補助的任務に用いられているものが多いが、29条の定義でいう軍艦を除くものであるため、武装の有無等の実質には関係がなくなることになる。このような補助艦は、政府の非商業的役務に使用されており、免除を有する。尚、補助艦は軍艦に変更されない限り、武力紛争時に臨検等の権利を行使しえないが、軍艦か補助艦かの区別は、合法的な攻撃目標となるかどうかの問題や自艦の防御のために発砲し得るかの問題とは直接は関係ない。米国海軍の場合、軍事海上輸送団 (Military Sealift Command; MSC) の運航するすべての艦船がこの補助艦である。同上、57-58頁。Cf. *Department of the Navy, Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M, 1997, 2.1.3. なお、サンレモ・マニュアルによれば、軍艦と補助艦は軍事目標であり、それらの船舶の乗組員は敵軍に捕らえられた場合には捕虜となる。International Institute of Humanitarian Law, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea: Prepared by International Lawyers and Naval Experts convened by the IHL* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), pp. 154, and 228. 軍艦と補助艦を分ける意味は、前者のみが敵対行為を行う資格を有するからである。Ibid., p. 90.

(118) 真山「前掲論文」(注116) 56-57頁。

定義の英国案では、①ヨット、巡視船、病院船、艦隊補助船、軍需品輸送船、軍隊輸送船、②海底電線船、気象観測船、科学調査船、漁業保護船、③第1と第2の船舶に類似する任務に使用される船舶をあげていた⁽¹¹⁹⁾のである。しかし、この提案に対しては多くの国から反対の声が上がった。例えば、トルコ代表は、コンスタンティノーブル海峡制度に関するモントルー条約のような国際条約では、艦隊補助艦、軍需品輸送艦が軍艦のうちに含まれているのに、英国案では軍艦以外の非商業目的の政府船舶とされているといい、国際法上で軍艦と認められる船舶について、通航に関して許可も通知も必要としない商船と同一化するのは不当であると非難し、他方、デンマーク代表は、英国案では国有鉄道の連絡船、政府の砕氷船などがもれていると指摘し、このことは列挙だけによる定義が困難なことを示すものであると述べた⁽¹²⁰⁾。確かに英国案をみると、第1の種類の船舶は軍艦に引きつけて考えることが比較的可能な船舶であるのに対して、第2の種類の船舶は多少それとは異なる取扱いをする余地があるように思える⁽¹²¹⁾。結局、ひとくちに非商業目的の政府船舶といっても、取扱いの上で軍艦並みに扱うべき船舶とそうでない船舶があることになるが、いずれにせよ、列挙方式による定義付けの試みはその困難性から最終的には放棄され、不明確な部分が残ることとなった。しかしながら、本稿において主として扱う海上警察機関の巡視船が公船に該当することに⁽¹²²⁾ UNCLOS I では争いはなかった。

次に、海洋法条約において公船を扱っている第2部「領海及び接続水域」の31条及び32条、第7部「公海」96条、並びに、第12部「海洋環境の保護

(119) ちなみに、資料的に古い⁽¹⁾が、わが国が非商業用政府公船として所有している船舶はつぎの通りである。税関監視船（財務省）、検疫艇（厚労省）、警備艇（法務省）、警察用船舶（警察庁）、漁業監視船（農林水産省）、漁業調査船（農林水産省）、練習船（文科省、国交省）、支援船（海上自衛隊）、研究船（文科省）、気象観測船（国交省）、浚渫船（国交省）、油回収船（国交省）、測量船（国交省）、巡視船（海上保安庁）、水路業務用船（海上保安庁）、灯台業務用船（海上保安庁）である。辺見正和「海洋法条約草案上の通航問題等について」『海洋法と海洋政策（第5号）』（外務省、1982年）4頁。

(120) 横田喜三郎『海の国際法（上巻）』（有斐閣、1959年）226頁。

(121) 坂元「前掲論文」（注72）60頁。

(122) 横田「前掲書」（注120）229頁。

及び保全」236条では、その表現の仕方に差異はあるがその効果について若干付言する。

起草委員会は、各条文の表現上の調整過程の一部として、免除が与えられる軍艦や他の政府船舶に関する様々な条文を精査したといわれる。とりわけ、起草委員会は、31条、32条、96条及び236条において「軍艦、国の航空機、又は国によって所有若しくは運航され、もっぱら非商業目的のために使用される船舶又は航空機」という語句が用いられていることに注目し、同時に96条で「航空機」や「軍艦」への言及がないことに注目したといわれる。しかし、結果的には31条、32条及び96条の条文に変更は加えられなかった⁽¹²³⁾。関係条文の規定振りの統一を意識したもの、UNCLOS IIIでは最終的に採用されなかったことを考えると、これら条文にある「公船」の意味に実質的な差異はないと考えるのが妥当である⁽¹²⁴⁾。

(3) 差異

「軍艦」については上述したように海洋法条約29条で定義されている。この規定は1958年公海条約の軍艦の定義規定（8条2項）を、海洋法条約の領海規定に援用したものであるが、冒頭の「この条約の適用上（この部の適用上ではない）、『軍艦』とは…」という文言から分かるように、領海、EEZ、又は公海等海域に関係なく適用される定義である。ここで注目すべきは、軍艦は識別のために外部標識を掲げることを求められていることである。

他方、「公船」はどうであろうか。外部標識に関して、たしかに、海賊の拿捕、臨検、又は追跡を行うなどの公海における警察権行使を行うためには、「政府の公務に使用されていることが明らかに表示されておりかつ識別される」ことが求められるが（海洋法条約107条、110条5項、111条5項、なお、

(123) S. N. Nandan and S. Rosenne et al., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary*, Vol. II, pp. 263-264. Vol. III, pp. 161-162.

(124) 坂元「前掲論文」（注72）62頁。なお、海洋法条約31・32条の「非商業的目的」及び96条「非商業的役務」という表現上の相違の原因は、領海条約と公海条約の表現をそのまま受け継いだ結果に基づくものである。

224条も参照)、外国の領海を通航する際に外部標識を掲げることを明示的に求められているわけではない。この部分も「軍艦」との差異であり、V章の軍艦及び公船への25条と30条の具体的運用要領に関係してくる。

4 小括

以上、軍艦と公船の通航及び免除の規則を中心にその起草過程を検討した点をまとめると、「軍艦」と「公船」は必ずしもその性質が同一ではないことが判明した。繰り返しになるがその論拠として以下の点が挙げられる。

- ①通航：軍艦の通航規則は相対的に不明確な点が残存するが、他方で、公船の無害通航を否定する主張は見られない。
- ②免除：軍艦の免除は慣習法上確立していると言えるが、公船の免除は軍艦と同程度まで確立しているとは言えない。
- ③沿岸国の法令順守・退去要求の規則：19世紀末からその内容は一貫して確立しており、かつ、その対象は現在の海洋法条約30条においても軍艦のみであるが、公船にもこの規則が適用できるかどうかは不明である。

IV 「沿岸国法令執行権」と「沿岸国保護権」

本章では「沿岸国法令執行権」と「保護権」について検討する。まず、なぜここで分析するかその理由を示しておきたい。領海内を航行する外国船舶が沿岸国の法令に違反する場合、または、無害通航の要件を満たさない場合には、沿岸国は具体的な執行措置をとることになる。その場合には、それぞれの事案について、その事由や要件を分類して、とるべき執行措置の態様を特定する必要がある。⁽¹²⁵⁾ 一般的に言えば、この時沿岸国がとり得る措置としては、国内法令を前提とした執行措置、または、海洋法条約25条に基づく無害

(125) 山本草二「無害通航に当たらない領海侵犯」『我が国の新海洋秩序（第3号）』（財団法人海上保安協会、1990年）86-87頁。

でない通航を防止するための必要な措置、すなわち、保護権行使がある。

そこで、海洋法条約25条、及び、沿岸国法令違反における執行措置規定と⁽¹²⁶⁾考えられる30条の具体的運用要領を一定程度明らかにすることになるV章に先立ち、この保護権と法令執行権の間、さらには海洋法条約25条及び30条の間に何があるかを整理しようとするのである。具体的には、この二つの措置が発動され得る数居、すなわち、無害でない通航の認定と法令違反がどのような関係があるのか、また、措置を発動するにしてもその制裁要領に違いはあるのか、さらには、二つの措置にオーバーラップする部分があるとするならば、その交錯要領はいったいどうなるか、最後に海洋法条約30条の措置とは如何なる性質のものであるかを明らかにしたい。最初に、無害でない通航の認定と法令違反がどのような関係があるかを探求すべく「接合説」と⁽¹²⁷⁾「分離説」についてみていく。

1 「接合説」と「分離説」

周知のように、無害性の認定基準と沿岸国の国内法令の違反の有無との関係については、国際法上、両者を結びつけるいわゆる「接合説」と両者を無関係なものとするいわゆる「分離説」の対立が存在する。すなわち、領海を通航中の外国船舶が沿岸国の国内法令に違反する行為を行った場合のみ、その通航を「沿岸国の平和、秩序又は安全」に対して無害でないとする立場（接合説）と、逆に、国内法令の違反にかかわらず、沿岸国の重要利益を害すれば無害でない通航とみる対場の対立である。

後者の立場に立てば、国内法令の違反がただちに通航の無害性の否定に結

(126) 奥脇直也「領海における外国公船に対する執行措置」『平成21年度海洋権益の確保に係る国際紛争事例研究（第2号）』（財団法人海上保安協会、2010年3月）2頁。西村「前掲論文」（注97）94頁。『新海洋法条約の締結に伴う国内法制の研究（第2号）』（日本海洋協会、1983年）62頁。

(127) 無害性と沿岸国法令の違反の有無とを密接に結びつける「接合説」と、両者を無関係のものとして切り離す「分離説」の概念の存在自体の認識は諸国の国際法学者に共通であるが、この「接合説」「分離説」という2分法的名称を最初に考案したのは山本草二教授ではないかと思われる。薬師寺教授からの聞き取り。

びつくわけではなく、沿岸国の重要利益を害しない限り、無害通航権は否定されず、単に法令違反の責任を問われるのみである。他方、前者の立場に立てば、国内法令違反が無害性の認定と結びつくことになるので、沿岸国の立場からすれば、みずからの法益を保護するためには、国内法上あらかじめ無害通航にあたらない場合をすべて規定しておく必要がある⁽¹²⁸⁾。

後に詳しく触れるが、例えば、1958年の UNCLOS I における沿岸国の保護権に関する ILC 最終草案17条1項には、接合説と分離説の保護権に対するアプローチの違いを極端に示す修正案が出された。一つは接合説に基づくオランダ修正案で、「沿岸国は、(ILC 最終草案) 18条に定める法令の領海内での違反を防止し、かつ、この法令の執行を確保するために必要な措置を領海内で執る権利を有する」と定める。ここでの沿岸国の保護権は、沿岸国法令の違反を防止し法令の執行を確保するための措置に純化されている。他方は分離説に立つ米国修正案で、「沿岸国は、無害でない通航を防止するために領海内で必要な措置をとることができる」と定める。ここでは、沿岸国の保護権は無害でない通航すなわち沿岸国の安全を害する通航を防止する措置に純化されている⁽¹²⁹⁾。

また研究者間の対立で言えば、幾つかの場所で「接合説」の立場を取っていると理解される林久茂教授は、沿岸国の法令制定権に関する領海条約17条の解釈において、沿岸国が制定する法令は、当該条約の規定及び国際法の他の規則（無害通航権の主義を含めて）に従って制定されたと考えられるものであって、「沿岸国の平和・公序・安全」にかかわる性質の法令であり、したがって、これらの法令に違反したときは、外国船の「通航は無害でない」ということになるという。そのため、UNCLOS I デンマーク政府代表であ

(128) 坂元「領海」『海上保安法制』（三省堂、2009年）134頁。

(129) 葉師寺公夫「領海における海洋汚染防止法令の執行と無害通航権」『21世紀の国際機構：課題と展望』（東信堂、2004年）536頁。

(130) 例えば、接合説派：ンガンチャ（F. Ngantcha）、林久茂教授。分離説派：ソレンセン、フローマン中佐、山本教授、葉師寺教授。

ったソレンセン (M. Sørensen) の「沿岸国は、領海を通航する外国船に対して、その法令を執行する (enforcement) 権利はあるが、その法令に違反したという理由のみで、船舶の通航を防止することは⁽¹³¹⁾みとめられない」という分離説に基づく解釈に対し、すべての法令についてそうでなければならない、というわけではないが、法令の執行を行うために、通航の防止がまったく認められないというというのは、実際を無視した解釈であり、法令の実効確保措置がなければ、無害でない通航の防止は不可能であると非難して⁽¹³²⁾いる。

この「接合説」と「分離説」の対立は歴史的に変遷がある。当初は「分離説」が有力であり、19世紀から20世紀初頭にかけて、主として英米法系の諸国が主張した。⁽¹³³⁾1926年のシュッキング草案もこの立場を踏襲した。⁽¹³⁴⁾この立場によれば、通航の無害性の認定に際しては、平和 (軍事的な安全)、安全 (非軍事的で社会経済面での国の安全) または秩序など、沿岸国の公益とか国家としての存立にかかわる重要利益が侵害されるかどうかを基準とすべきであり、これらの事項は必ずしも沿岸国の法令でその要件が特定されているとは限らない、という考えであった。逆に、通航中の法令違反の行為が

(131) M. Sørensen, *Law of the Sea, International Conciliation* No. 520 (1958), p. 234.

(132) 林久茂「無害通航と沿岸国の権能」『海上保安大学校研究報告第1部』(海上保安大学校、1965年) 37-38頁。

(133) 山本「前掲論文」(注125) 77頁。Churchill and Lowe, *supra* note 2, p. 82.

(134) シュッキング第一草案 (本稿でいう「シュッキング草案」の第一草案のことである) の7条は、(現在の無害通航権にあたる)「平和通航権」(pacific passage) の概念を使用し、…、平和的通航権は自己保存のため以外の国家の恣意的制限に服しないという規定を置いていた。他方同案10条第1文で、「沿岸国は、領海内で、航行の規則、海上信号及び灯台の保全、海難防止、水先案内の規則、海底ケーブルの保護、輸出入禁止品目の検査を含む税関検査の規則、漁業の監督、衛生管理、海上救難及び衝突に関する立法権限及び行政権限を有する」と定め、同条第3文では、「沿岸国は、その立法権と行政権の範囲内で違反に対処することができるようにするために、自国の管轄権の執行に必要な強制手段を使用する権利を付与される」と定めた。シュッキング第一草案には平和通航権の定義はなかったが、同案は、「平和通航権」でなくなる事由として沿岸国の自己保存を脅かす場合のみを掲げ、沿岸国法令の違反に対しては「平和通航権」の喪失ではなく、沿岸国の強制手段を使用した執行措置で対処している点で分離説に与するものといえるだろう。Churchill and Lowe, *supra* note 2, p. 83. 山本『海洋法』(三省堂、1992年) 129頁。

行われても、沿岸国のこのような国家実益に対し有害な結果を生ずるものでない限り、無害通航権自体は奪われることはなく、単純な法令違反の責任を追及されるだけである、としている。⁽¹³⁵⁾

これに対して当時的大陸法系の諸国は「接合説」をとり、通航の無害性と法令遵守の要件を密接にリンクさせ、通航中の外国のその時々⁽¹³⁶⁾の行動様式 (behavior) の合法性を基準とするよう主張した。ハーグ国際法典編纂会議も、これら諸国の強い反対にあつて先のシュッキング草案を改め、接合説を考慮した折衷的な立場に傾いた。すなわち、1930年のハーグ規定は無害通航の概念を定義し、その3条において、通航が無害でなくなるのは、外国船舶が沿岸国の安全 (security)、公序 (public policy) または財政的利益 (fiscal interests)⁽¹³⁷⁾ の侵害となる行為を行う目的で領海を使用する場合、とした。「所見」は、「財政的利益」という文言が、「広義に解釈され、関税に関するすべての事項を含 (み)」、輸出入の及び通過の禁止は公衆衛生のために定められている場合も「財政的利益」に含まれると説明している。つまり、当時、外国船舶の領海通航が有害になるのは、人や商品の輸出入や領海通過が関税、⁽¹³⁸⁾

(135) 山本『前掲書』(注134) 128-129頁。

(136) 山本「前掲論文」(注125) 78頁。

(137) 無害性の定義が必要になった一つの契機は、ハーグ会議前の1929年最終草案では船内の「人と商品」にも無害通航権が認められていたことによる。ハーグ会議では米国は、特に領海を航行して港に向かう船舶の無害通航から「人と商品」を除外するよう求め、これを支持した英国が「無害通航権の定義」と題する提案を行い、「通航は、沿岸国の安全 (safety)、公序 (public order) 又は歳入 (revenue) に害を与える行為を行う目的で沿岸国の領海を利用するときは無害ではない」という条文を提示した。S. Rosenne ed., *supra* note 19, pp.1260 and 1264.

(138) S. Rosenne ed., *supra* note 19, p.1415.

RIGHT OF PASSAGE

Article 3

1. [...].

2. Passage is not *innocent* when a vessel makes use of the territorial sea of a Coastal State for the purpose of doing any act prejudicial to the security, to the public policy or to the fiscal interests of that State.

3. [...].

出入国管理、衛生管理に違反する場合が想定されており、「公序」や「財政的利益」に害を与えるという概念は、これらの国内法令違反と相当重なりあっていたといえよう。⁽¹³⁹⁾

第2次世界大戦後にも、実行上は分離説と接合説の対立がくりかえされたが、大勢はしだいに両論併記の形となった。⁽¹⁴⁰⁾

周知のとおり、1949年のコルフ海峡事件（本案）に関する国際司法裁判所（以下、ICJと呼称）の判決は、無害性の認定基準として、船種別規制を排除し、通航中の外国船舶（軍艦を含む。）の具合的な行為・態様をとらえるという行為・態様別規制⁽¹⁴¹⁾の立場をとった。つまり沿岸国の国内法令で軍艦の無害通航について事前許可の要件を定めていた場合に、これに違反して通航が行われたとしても、その違反をもって直ちに通航の無害性を否認することは許されない、という判断である。この考えは、無害性の認定について、沿岸国が一方的に行う主観的判断の危険を防止し、外形的行為の意味を客観的に判断する足掛かりを与えること、及び、第一次的な沿岸国による無害性の否認を国際法に準拠して争える余地を認めるものである。その意味では、最も客観的な基準に基づく分離説の立場を新たに構成した、ともいえよう。⁽¹⁴²⁾

しかしその後、領海条約の草案の作成に当たった ILC では、再び両説が対立を繰り返した。その結果、外国船舶が「沿岸国の安全を害するか又はこの草案に定める規則又は国際法の他の規則に違反する行為を行う」場合には無害に当たらないとした。⁽¹⁴³⁾ この規定は、沿岸国の安全の場合を除き、草案で認

(139) 薬師寺「前掲論文」（注129）524-525頁。

(140) 山本「前掲論文」（注125）79頁。

(141) 無害性の認定基準として、船舶の種類・装備・積荷・仕向地などの内在的な要素を重視する「船種別規制」、領海通航中に船舶の上で行われる明白な行為または通航の具体的な態様などの外形的な要因に着目する「行為・態様別規制」がある。山本『前掲書』（注134）121頁。

(142) 山本「前掲論文」（注125）79頁。

(143) *ILC Yearbook*, 1956, vol. 2, *supra* note 58, p. 272.

SECTION III. RIGHT OF INNOCENT PASSAGE

Sub-section A. General rules

Meaning of the right of innocent passage

めた国内法令違反又は国際法の他の規則違反をもって有害通航とみなすとする点で、接合説の立場に大きく傾斜していた⁽¹⁴⁴⁾。

しかし、UNCLOS I では、通航自体が沿岸国の平和、秩序、安全（沿岸国の主権に対する軍事的その他の脅威がないこと。経済・イデオロギー上の安全を含まない。）を害しない限り、無害であるとした⁽¹⁴⁵⁾。したがって沿岸国法令（漁業法令を除く。）の違反行為があっても、沿岸国のこれらの権利を現実に害するものでない限り、その違反だけでは、通航の無害性を否定することはできないと定められたのである⁽¹⁴⁶⁾。すなわち、この規定は有害通航を沿岸国の法令違反から完全に断ち切っているのである。この劇的転換をもたらしたのは、UNCLOS I に提出された米国修正案である。その内容はつぎの通りである。「通航は、沿岸国の安全に有害でない限り、無害である。このような通航は、この条約の規則に従って行われるものとする」。その説明として、第一に、有害通航を沿岸国の安全を害する場合に限定することにより最大限度通航の自由を認めようとするもので、「安全」の意味は厳密ではないが、「沿岸国の主権に対し軍事的その他の脅威がない」⁽¹⁴⁷⁾ことを意味し、経

Article 15

1~2. [...].

3. Passage is innocent so long as the ship does not use the territorial sea for committing any acts prejudicial to the security of the coastal State or contrary to the present rules, or to other rules of international law.

4. [...].

(144) 薬師寺「前掲論文」（注129）527-528頁。

(145) SECTION III. RIGHT OF INNOCENT PASSAGE

Subsection A. Rules applicable to all ships

Article 14

1~3. [...].

4. Passage is innocent so long as it is not prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State. Such passage shall take place in conformity with these articles and with other rules of international law.

5~6. [...].

(146) O'Connel, *supra* note 24, pp. 268-269.

(147) A/CONF. 13/C. 1/L. 28/Rev. 1, UNCLOS, *Official Records*, Vol. 3, First Committee, *supra* note 60, p. 216.

済的又はイデオロギー的安全を含まないこと、第二に、無害通航船舶は沿岸国の法令に従わなければならないが、沿岸国の法令は無害通航を禁止できないことを狙いと⁽¹⁴⁸⁾した。

この米国案は、通航の態様ではなく通航そのものが沿岸国の安全を害するとみなされる余地を残しており、通航の仕方のみを問題にすべきだという意見がいくつかの国から表明されたが、沿岸国法令の違反と有害性を完全に分離した点につき英国、イスラエル、ノルウェーが支持表明をし、結局は米国案に基づく規定の仕方がそのまま残された⁽¹⁴⁹⁾。したがって、林久茂教授は、「無害性の認定の対象は、船舶の「通航」自体であって、通航の仕方だけではなく、その性質・目的をも含むものと解される。もっとも、この規定によって、具体的に問題となるのが、軍艦とか軍需品輸送船であるとするならば、軍艦（および非商軍用公船）の無害通航に関する事前の通告・許可に関する慣行の不統一性（条約上では無規定となった）等を勘案するとき、必ずしも不合理ではないであろう。」⁽¹⁵⁰⁾と評価する。

海洋法条約（19条）では、通航の無害性の認定について2段階の複雑な規定をおいたが、その適用にさいしては、それぞれについて、沿岸国法令違反の行為と関連させてとらえ得るかどうか、点検しなければならないことになる。

(148) *Ibid.*, pp. 82-83, para. 22-23.

(149) 例えば、デンマーク代表ソレンセンは「コルフ海峡事件はある船舶が、沿岸国が安全に反する任務に従事していると考えて提起された事件であるが、ICJ は、無害であるかどうかを判定するために、通航が行われた方法にまで立入って審議したのである」と反対した。林「前掲論文」（注132）31-32頁。

(150) もっとも、通航の有害性を沿岸国の安全を害する場合に局限することについては異論が出され、「平和（peace）、秩序（good order）又は安全を害する」という文言に改めるよう求めたインド修正案が可決された結果、領海条約14条4項の規定となった。沿岸国の「平和」と「秩序」というのは領海通航中の船舶内で行われた犯罪に対する沿岸国の刑事管轄権を定めた条項に定める「沿岸国の平和又は領海の秩序」という文言にヒントを得たものである。UNCLOS, *Official Records*, vol. 3, First Committee, *supra* note 60, p. 98, para. 39.

(151) 林「前掲論文」（注132）31-32頁。

第一に、19条1項は、領海条約14条4項の規定をそのまま踏襲しており、⁽¹⁵²⁾実質的に同じ立場をとっていると解される。

また第2項で列挙された各種の有害行為については、その実質的な要件が国際法で定められているものと、国内法による特定化・補完の必要なものがある。⁽¹⁵³⁾

分離説の対場をとる米海軍法務総監付のフローマン (F.D. Froman) 中佐によれば、有害性の認定と沿岸国法令違反行為は必ずしも相互排他的な関係にあるのではなく、商船、漁船及び調査船に関して言えば、この二つの要因は殆ど総合的に融合するという。すなわち、海洋法条約19条2項及び21条1項は両方とも通関、財政、出入国管理及び衛生上の規則の遵守を要求している。⁽¹⁵⁴⁾ また、汚染、⁽¹⁵⁵⁾ 漁業、⁽¹⁵⁶⁾ 調査・研究活動、⁽¹⁵⁷⁾ 及び、沿岸国の通信系又は他の施設の保護⁽¹⁵⁸⁾の規則についてもオーバーラップが存在する。これら有害行為と沿岸国法令違反の分野は、主として商船、漁船及び調査船に対するのが適切である、とするのである。⁽¹⁵⁹⁾

反対に、19条において有害とされる残りの行為は21条において法令制定⁽¹⁶⁰⁾

(152) 山本「前掲論文」(注125) 82頁。

(153) 山本『前掲書』(注134) 132頁。

(154) 19条2項 (g) と21条1項 (h)

(155) 19条2項 (h) と21条1項 (f)

(156) 19条2項 (i) と21条1項 (d) 及び (e)

(157) 19条2項 (j) と21条1項 (g)

(158) 19条2項 (k) と21条1項 (b) 及び (c)

(159) F. D. Froman, "Uncharted Waters: Non-innocent Passage of Warships in the Territorial Sea," *San Diego Law Review*, Vol. 21 (1984), p. 661.

(160) 19条2項 (a) ～ (f)。山本教授：…。19条に違反する有害通航は、一体刑事罰になじむ、あるいは刑事罰をもって強制し得るような行為なのかどうかですね。田中教授：これは純粹に国内法的に見ますと、(a) から (f) などのような場合には、これはどちらかという⁽¹⁶⁰⁾と刑事法的な色彩に必ずしもなじむかどうかについて、疑問がなくもない。…、しかしながら、これに対し、(g) から (k) にかかわるような場合には、項目自体も刑事法的な色彩になじまないわけではありませんし、つまりそれは警察力による実現過程をたどるということになじまないわけではありませんし、それに実際上も犯罪化が行われてきているのではないかと思います。共同討議『新海洋法条約の締結に伴う国内法制の研究』(日本

を許容される分野とオーバーラップせず、その行為主体は軍艦であるとい⁽¹⁶¹⁾う。他方で、軍艦に関し、航行の安全 (safety) 及び海上交通の規制⁽¹⁶²⁾に関する法令を制定する沿岸国の権利の部分にそのオーバーラップが、一見、存在するようにみえるが、そこでは軍事的安全 (security) を意図しているわけではなく、領海を通航する国内外船舶の安全 (safety) 及び規制を予期している。しかし、軍艦の通航に関しては異なる基準が使われており、それは security であって、safety ではなく、沿岸国の security を危険に晒す行為を禁止するのである。したがって、軍艦の有害通航は沿岸国法令違反とは独立して、軍艦の通航に security に関する要求を課す試みは21条の枠外である、と主張することになるわけである。

ここまでの「接合説」と「分離説」の対立の歴史的変遷を総括すれば、1930年、1958年及び1982年の条文採択に至る法典化作業においては、領海通航の無害性基準を具体化・客観化することが目指されたことがわかる。しかし、それを目指せば目指すほど国内法令の遵守と結び着くことになり「接合説」に傾斜する結果となる。それへの反動がまさに領海条約14条4項であり、その基となったのが米国修正案であった。オコンネル教授は、この規定はILC（最終）草案とは反対の極端さを示すもので、無害性を沿岸国の法規の遵守に依存させはしないが、無害の定義を船舶が領海内で行った行為に関係づけていないために、領海内で沿岸国に害を与える行為をしなくても、他の何らかの事由により有害だとして通航が無害でなくなることがあり得る、⁽¹⁶³⁾と評価する。この米国修正案は海洋法条約の解釈においてもインパクトを与えている。それが19条1項と2項の関係についてであり、1項は領海条約14条4項をそのまま採用しており、当時の条文採択の経緯からして行為・態様別基準に限定していなかったことは明らかであるため、2項に該当しない

海洋協会、1983年）218頁。

(161) Froman, *supra* note 159, p. 662. 林茂久『海洋法研究』（日本評論社、1995年）49頁。

(162) 21条1項 (a)

(163) O'Connel, *supra* note 24, p. 273.

行為であっても、1項により無害とされない行為があり得るという解釈を生じさせる。山本草二教授がこの立場をとっている。⁽¹⁶⁴⁾しかしこれには反対論があり、19条2項は「無害とされない行為の網羅的リスト」であるとし、しかも1項の例示にすぎないという解釈がある。⁽¹⁶⁵⁾中村洸教授及び1989年の米ソの「無害通航に関する国際法規の統一解釈」⁽¹⁶⁶⁾がこの立場をとる。⁽¹⁶⁷⁾

(164) 山本草二「軍艦の通航権をめぐる国際紛争の特質」『船舶の通航権をめぐる海事紛争と新海洋法秩序（第1号）』（日本海洋協会、1981年）56頁。

(165) 中村洸「核搭載軍艦の領海通過について」『法学教室』No. 13（1981年10月）96頁。

(166) International Legal Materials, *supra* note 64, pp.1444-1447.

(167) この19条1項と2項の関係の解釈の違いは、1980年のソ連事故原潜領海通過事件において日本政府がとった対応について異なった見解に繋がる。中村洸教授は次のように言う。「〔海洋法条約〕草案は、外国船舶の通航は、その船舶が領海において次のいずれかの行為に従事する場合には、沿岸国の平和、秩序又は安全を害するものとみなされる、と規定して12の行動を限定列举している。…無害でないとされる場合のこの限定列举のしかたは、反対にこれら無害とされない行為に従事しないかぎり、艦船は、沿岸国の領海において無害通航権を行使すると認めなければならないし、沿岸国はその通航を妨害してはならないことを意味している。…軍艦の無害通航に関する実定国際法は、核の積載の有無について回答がないことを理由として、当該軍艦の通過を目的とする領海への進行を領海侵犯と認定し退去を要求することを沿岸国に許していない。海の実定国際法は、沿岸国が自由に無害性の範囲を縮小したり、国内法令によって無害でない通航のカテゴリーを拡大することを許していない。従って、非核三原則、とくに核搭載艦の領海通過を無害と認められないという、昭和43年以来の政府の国会内での解釈は、領海条約への加入を何ら留保もつけずに行った以上、国際的対抗力をもっていない。…ソビエトが不可抗力の状況を考慮して航路短縮のために事故原潜を沖永良部島と与論島の間の、2つの公海を結ぶ日本の領海（海峡）を通過して、東シナ海へ曳航したいという通告を受けた時、日本政府はその時点でその通告を了承すべきであった。日本政府とその機関が、ソビエト原潜による日本領海への核持ち込みの恐れを理由として、その通過自体が無害でないとして事故原潜らに対して、領海条約と非核三原則の立場を根拠として、侵犯を警告・退去を命令したことは、実定国際法が一般的に承認している沿岸国の権限を著しく踰越した措置であったと判断される。」中村洸「前掲論文」（注165）96及び98頁。杉原教授もこの事件に関しこの立場をとる。杉原『前掲書』（注38）76-78頁。

他方で、山本草二教授は以下の通り主張する。「草案19条2項は、すでに指摘した通り『みなし』規定であって、通航中の外国船が従事した活動の有害性（これらの活動の及ぼす結果・影響の有害性）を認定するについて、その性質上、沿岸国の裁量ないし举证責任になじまないものである。この点、領海条約第14条4項（したがって、同草案第19条1項）では、沿岸国の裁量（ただし、その举证責任が伴う）によって、沿岸国の平和・秩序・安全を害する通航に該当すると判断されれば、直ちに『無害の推定』が排除されるのとは区別

このように、現在の海洋法条約の解釈においても、「接合説」と「分離説」の対立は決着を見ていないわけであり、さらには「接合説」は「行為・態様別規制」の考えに、「分離説」は「船種別規制」の考えにつながり易い傾向をもつため、以前より複雑な対立構造となっている。

したがって、無害性認定と沿岸国法令違反の有無の関係を意識しながら沿岸国に何らかの害を与える外国船舶の行動類型⁽¹⁶⁹⁾を列挙すれば以下の通りになる。

- ①そもそも通航に該当しない有害または違法な来入・存在⁽¹⁷⁰⁾
- ②沿岸国法令を違反しないが、沿岸国の重要利益を侵害するという理由で無害性を否定される通航⁽¹⁷¹⁾
- ③②と同時に法令違反に該当するという理由で無害性を否認される通航⁽¹⁷²⁾

しなければならない。…、我が国は、少なくとも通常の領海に関する限り、核兵器搭載艦に特定していわゆる船種別規制説により、無害通航権を否定し得る権利を留保しており、このことは、以下の条件を満たす限り、領海条約の規定に適合しうるものと考えられる。…同条約という通航の無害性の基準（14条4項、海洋法条約草案19条1項も同文）によれば、沿岸国は『特定の』軍艦については、それが沿岸国の平和・秩序・安全に有害であることが客観的に立証され、かつ、その内容が事前に関係諸国に周知されている限り、船種別規制説に基づいてその無害通航権を否認することも妨げない、と解されるからである。ただし、非核三原則にいう核兵器の持込の禁止を有効に外国軍艦に適用するためには、外国各常備艦の単純な無害通航がそもそも『核の持込』に該当するかどうかの判断をいっそう詳細に確定することのほか、この種の軍艦の通航がもたらす有害性・危険性の性質、これを認定する基準、その適用を確保するための事前通報手続の整備、このような規制に違反して通航を敢行する外国軍艦に対する対抗措置（領海外への退去要請の方法と、これを担当する国家機関の権限）などについて、必ずしも新規立法を要するとは考えないものの、今後ますます、その内容を整備し関係外国への一般的な周知をはからなければならないであろう。」山本草二「前掲論文」（注164）56及び61頁。

(168) 坂元「前掲論文」（注128）151頁。

(169) 山本「前掲論文」（注125）88頁。

(170) 領海内での徘徊（hovering）、巡航（cruising）、停船、投錨その他の不審な行為。同上、72頁。

(171) 沿岸国の防衛又は安全を害することとなる情報収集のように19条2項の規定を違反するが、それにかかわらず、21条に基づいて制定された規則は遵守することになる通航

(172) 例えば、漁業、海洋調査活動又は測量活動のように、21条に基づく沿岸国法令によっても禁止され、19条2項の有害行為リストに該当する行為

- ④無害通航権とは無関係の（無害とも有害のいずれとも認定されない）、法令違反の行為や有害・危険行為⁽¹⁷³⁾

また、法令違反と有害通航の関係については、本質的に分離説の立場をとる限りは、フィッツモーリスが指摘するように、有害通航は「単なる国内法令の存在を超えるもの」「ある特定の法令—それを違法とする—がたとえ存在しなくとも通航を汚損する（taint）もの」でなければならない⁽¹⁷⁴⁾。しかし他方で、法令違反は有害通航と完全に区別されるわけではなく、無害でないことの1つの有力な証拠、あるいは1つの基準を提供するものである⁽¹⁷⁵⁾と考えることもできるのである。

2 「沿岸国法令執行権」と「沿岸国保護権」の関係

本節では前節の「接合説」と「分離説の」の対立及び交錯状況を踏まえ、法令執行権と保護権のそれぞれの措置要領、又は制裁要領がいかなるものであるかを探るために、まずその起草過程をみた後に若干の検討をそれぞれに加えてみることにする⁽¹⁷⁶⁾。

(1) 法令執行権

1926年のシュッキング第一草案（本稿でいう「シュッキング草案」の第一草案にあたる）は10条第1文で、「沿岸国は、領海内で、航行の規則、海

(173) 理論上は以下のような行為が④の行為である。海洋法条約19条2項（h）は、外国船舶による沿岸国の領海における「この条約に違反する故意かつ重大な汚染行為」を無害とはせず、他方で、21条1項（f）は「沿岸国の環境の保全並びにその汚染の防止、軽減及び規制」に関する沿岸国の法令制定権を定めている。その結果、沿岸国の法令違反が常に「この条約に違反する故意かつ重大な汚染行為」に該当するとはいえず、単なる法令違反に止まり、無害性を喪失しない場合もありうることになる。もちろん、「この条約に違反する故意かつ重大な汚染行為」の場合には、航行の無害性は喪失する。坂元「前掲論文」（注128）139～140頁。

(174) G. Fitzmaurice, *supra* note 80, pp. 94-95.

(175) 共同討議「前掲論文」（注31）152頁、杉原教授のコメント。

(176) 本節の目的については、IV章冒頭の第1段落を見よ。

上信号及び灯台の保全、海難防止、水先案内の規則、海底ケーブルの保護、輸出入禁止品目の検査を含む税関検査の規則、漁業の監督、衛生管理、海上救難及び衝突に関する立法権限及び行政権限を有する。」と定め、同条第3文では、「沿岸国は、その立法権と行政権の範囲内で違反に対処することができるようにするために、自国の管轄権の執行に必要な強制手段を使用する権利を付与される。」⁽¹⁷⁷⁾として、外国船舶の法令違反行為に対する沿岸国の執行権限を定めた。また刑事管轄権に関する9条は、領海に固有の法令違反ではなく普通刑法上の犯罪（水先案内人の殺害等）に関するものと断っており、⁽¹⁷⁸⁾船内刑事犯罪につき容疑者を逮捕、捜査するための沿岸国の刑事管轄権と、領海通航に係る沿岸国の法令違反に対する制裁措置とは区別していた。⁽¹⁷⁹⁾

なお、専門家委員会の最終案、すなわち、シュッキング草案では、デ・マガラエスの意見を入れて、「沿岸国は、領海内で、この条約が定める制限に従うことを条件として、公的活動のあらゆる分野において完全な立法及び行政権限を有し、かつ違反に対処できるようにその管轄権の尊重を確保するために必要なあらゆる強制措置をとることができる。」と修正された。⁽¹⁸⁰⁾これは、

(177) S. Rosenne ed., *supra* note 42, p. 78.

ARTICLE 10

Regulations.

Within its territorial waters, the riparian State shall have the power of legislation and administration for the following purposes: regulation of navigation, preservation of marine signals and lighthouses, prevention of shipwreck, regulation of pilotage, protection of submarine cables, regulation of Customs, inspection including the inspection of prohibited imports and exports, supervision of fisheries, health control, assistance at sea and collisions.

[...].

Within the limits of the riparian State's right of legislation and administration, it shall be granted also the right to employ the necessary means of constraint to enforce its jurisdiction in order that it may be able to deal with offences.

[...].

(178) *Ibid.*, pp. 75-76.

(179) 薬師寺「前掲論文」(注129) 523頁。

(180) S. Rosenne ed., *supra* note 42, p.93 and p. 99.

ARTICLE 10

前述したようにシュッキング草案が「分離説」の立場をとっていたので、法令違反が直ちに「平和的通航権」を失わせるものではないとしても、沿岸国は領海内では完全な主権を有し、あらゆる分野で国内法令を制定しその遵守を強制する権利を有するという考えが、専門家委員会では強かったことを窺⁽¹⁸¹⁾わせる。

ところが、ハーグ会議の準備委員会が作成した1929年最終草案「討議の基礎」19項の第一文では、沿岸国の強力な法令制定権・執行権に代えて、「沿岸国は、外国商船に対して領海での無害通航権を認めなければならず、船舶が従わなければならない警察規則又は航行規則は通航権を尊重するようにつ⁽¹⁸²⁾差別なく適用されなければならない。」という規定が置かれた。この案は、沿岸国の法令執行権に関する規定を落とし、逆に法令適用に当たり無害通航権の規定を強調した点でシュッキング草案とは好対照をなす。もっとも1929年最終草案の基礎となった政府回答を見ても、この転換がなぜ行われたのか⁽¹⁸³⁾は定かではない。

ハーグ会議では沿岸国の主権と無害通航権のいずれかを優位させるかについて相当議論になったが、ハーグ規定6条は「通航権を行使する外国船舶は、

Regulations.

Within its territorial waters, the riparian State shall have full powers of legislation and administration in all domains of public activity, subject to the restrictions imposed by the present Convention, and may employ all measures of constraint necessary to ensure respect for its jurisdiction so as to permit it to deal with offences.

[…].

(181) 薬師寺「前掲論文」(注129) 523頁。

(182) S. Rosenne ed., *League of Nations Conference for the Codification of International Law* [1930] , Vol. 2, p. 289.

No. 19

A coastal State is bound to allow foreign merchant ships a right of innocent passage through its territorial waters ; any police or navigation regulations with which such ships may be required to comply must be applied in such a matter as to respect the right of passage and without discrimination.

[…].

(183) 薬師寺「前掲論文」(注129) 523頁。

沿岸国が国際慣行に従って制定した法令、特に次のものに従わなければならない。」として、航行の安全と水路・標識の保護など4つを例示するに止めた。⁽¹⁸⁴⁾「所見」も沿岸国の法令制定権につき、当初、沿岸国は「無制限の立法権限を有するわけではなく国際慣行に従わなければならない。」という説明を用意していたが、最終的には、「国際法は、航行の一般利益のために、沿岸国が、領海内で無害通航権を行使する船舶に適用される特別の規則を制定する権利を認めている。このため、これまで国際法が沿岸国に属すると認めてきた主要な権限がこの条で定義された。」という説明に落ち着いた。⁽¹⁸⁵⁾つまり、無害通航権を行使する外国船舶が遵守しなければならない法令の範囲は領海に対する主権に基づいており、例示された4つの法令はその代表的なものに過ぎず、それに限定されるわけではない、とされたのである。

もっとも、ハーグ規定4条第1文は「沿岸国は領海における外国船舶の無害通航を妨害できない。」と定めるから、外国船舶が6条に定める法令に違反した場合、沿岸国がとり得る措置との関係が問題となるが、6条に関する所見は、「適正に制定された法令に違反した船舶は、明らかに沿岸国の裁判所に服する。」⁽¹⁸⁶⁾と述べる。従って、法令違反船舶が、直ちにそれが有害通航とならないとしても、4条違反を生じさせることなく、沿岸国の裁判所で裁判されることが示されており、そのための執行措置も当然認められるという

(184) S. Rosenne ed., *supra* note 19, p.1416.

Article 6

Foreign vessels exercising the right of passage shall comply with the laws and regulations enacted in conformity with international usage by the Coastal State, and, in particular, as regards:

- (a) the safety of traffic and the protection of channels and buoys;
 - (b) the protection of the waters of the Coastal State against pollution of any kind caused by vessels;
 - (c) the protection of the products of the territorial sea;
 - (d) the rights of fishing, shooting and analogous rights belonging to the Coastal State.
- [...].

(185) S. Rosenne ed., *supra* note 19, pp. 1405 and 1416.

(186) S. Rosenne ed., *supra* note 19, p.1416.

ことが黙示されているものと考えられる⁽¹⁸⁷⁾。

ところで、1930年ハーグ会議第2委員会の特別報告者を務めたフランソワ（J. P. A. Francois、オランダ）は戦後 ILC で海洋法に関する条約草案の特別報告者を再び務めることになり、ハーグ規定を彼の提案のモデルとした。このため、ハーグ会議における主要論点が再び ILC で議論されることとなった。

ILC 最終草案18条は、外国船舶の沿岸国法令遵守義務につき、「通航権を行使する外国船舶は、沿岸国がこの条約草案の規定及び国際法の他の規則に従って制定した法令、特に運送及び航行に関する法令に従わなければならない⁽¹⁸⁸⁾。」という条文を採択した。しかし、ハーグ規定と同様に、ILC 条文草案にも、沿岸国による法令の執行権について定めた規定は設けられなかった。しかし既述したように、ILC 最終草案15条3項は、沿岸国の安全を害する行為を除き、有害通航の意味を沿岸国の国内法令違反と同一視する接合説を採用していた。この接合説の下では、外国船舶の国内法令違反の行為に対する沿岸国の執行措置と無害でない航行に対する沿岸国の保護措置が殆どオーバーラップすることに注意する必要があるだろう。実際 ILC は、沿岸国保護権に関する規定を接合説に基づく無害通航権の定義条項と一致させるために、最終草案17条1項では、「国の安全又はこの条文草案の規定及び国際法の他の規則に基づき沿岸国が保護する権限を有する他の利益を害する行為」⁽¹⁸⁹⁾に対して自らを保護するために必要な措置をとることができる、という規定形式を

(187) 葉師寺「前掲論文」(注129) 526頁。

(188) *ILC Yearbook*, 1952, vol. 2, pp. 39-40 and *ILC Yearbook*, 1956, vol. 2, *supra* note 58, pp. 273-274.

Duties of foreign ships during their passage

ARTICLE 18

Foreign ships exercising the right of passage shall comply with the laws and regulations enacted by the coastal State in conformity with the present rules and other rules of international law and, in particular, with the laws and regulations relating to transport and navigation.

(189) *ILC Yearbook*, 1956, vol. 2, *supra* note 58, p. 273.

採用した。「この条文草案の規定及び国際法の他の規則に基づき沿岸国が保護する権限を有する他の規則」という文言は、無害通航の定義に関する最終草案15条3項では有害通航が「この草案に定める規則又は国際法の他の規則に違反する行為」と定義されていたことに対応させるための文言である。要するに、沿岸国の保護権は、自国の安全を保護する措置を除けば、国内法令に基づいて沿岸国が保護する権限を有する利益を害する行為に対して、自らを保護するために必要な措置をとる権利を意味していた。

しかし、前述したように、1958年の UNCLOS I では、無害通航権の定義は国内法令違反とは完全に分離される根本的転換がはかられた。従って、国内法令違反が直ちに有害通航にならないということであれば、沿岸国の違反に対する独自の執行措置に関する条文が必要になるはずである。⁽¹⁹⁰⁾

ILC 最終草案についても幾つかの修正案が提出されたが、ここでは修正案の一本化が図られた結果、6カ国（米国、英国、オランダ、ギリシア、ポルトガル、ユーゴスラヴィア）は次のような修正案を提示した。すなわち、修正案1項は「通航権を行使する外国船舶は、この条約草案の規定及び国際法の他の規則に従って沿岸国が作成し公表した法令に従わなければならない」と定め、2項は「沿岸国は一に定める法令の違反を防止し、並びに、この法令の執行を確保するために必要な措置を領海内で執る権利を有する」と定め⁽¹⁹¹⁾た。沿岸国の法令違反の防止と法令執行の権限を明示したのである。分離説が採用された以上、無害通航船舶に関する法令の執行権についても、6カ国修正案のような規定を整備することが規定に首尾一貫性を与えることになる

Rights of protection of the coastal State

Article 17

1. The coastal State may take the necessary steps in its territorial sea to protect itself against any act prejudicial to its security or to such other of its interests as it is authorized to protect under the present rules and other rules of international law.

2~4. [...].

(190) 葉師寺「前掲論文」(注129) 536頁。

(191) A/CONF. 13/C. 1/L. 72 and 33rd meeting, *Official Records*, vol. 3, First Committee, p. 231 and p. 96, para. 13.

と思われるが⁽¹⁹²⁾、審議はメキシコ案の可決⁽¹⁹³⁾によって相当な混乱を示し、詳細には討議されることなく、6か国修正案は投票に付されず、採択されなかった⁽¹⁹⁴⁾。

要するに、1958年 UNCLOS I では、無害通航権について接合説から分離説への決定的な転換がはかられ、次項で述べるように、これに伴い保護権規定もこれに適合するように修正がなされたのである。さらに沿岸国の法令遵守義務に関連して、分離説の立場から、国内法令違反ではあるが未だ無害通航権を喪失していない外国船舶に関して沿岸国の法令執行権を明示に認める規定が用意された。しかし上記のような事情により、国内法令の執行に関する規定が完備することなく UNCLOS I は幕を閉じたのである⁽¹⁹⁵⁾。これによって、沿岸国の法令執行権が無害通航を妨害しない義務との関連でしばしば問題となるのであるが、これまでの経緯を見るならば、たとえ領海内で無害通航権を行使している外国船舶であっても、沿岸国は法令違反を防止し、法令の執行を確保するために必要な措置をとることができることは、米、英、オランダをはじめ多くの国によって自明のことだと考えられていたように思われる。ただし、領海条約17条は、その条件として沿岸国法令が無害通航権に関する領海条約の諸規定と他の関連する国際法規則に則ったものであることを求めていたのである⁽¹⁹⁶⁾。

(192) 薬師寺「前掲論文」(注129) 537頁。

(193) メキシコ修正案は、ILC 最終草案18条の「沿岸国が制定する法令に従わなければならない」という文言を修飾していた「この条約草案の規定及び国際法の他の規則に基づいて」という文言を、領海内を通航する外国船舶を修飾するように変更する修正案で、これは再び接合説に回帰することを意味する提案であった。無害通航権の定義及び沿岸国保護権に関して分離説を採用した委員会で、これと矛盾する内容の提案がなぜ採択されたかは議事録からは不明である。A/CONF. 13/C. 1/L. 45, UNCLOS, *Official Records*, vol. 3, First Committee, p. 222. See also, 27th meeting, First Committee., p. 80, para. 28.

(194) 林「前掲論文」(注132) 37頁。メキシコ修正案を受けた条文案を最終評決にかけたところ、この修正案が否決されるという珍しい事態が起こったため、極めて異例ではあるが、再び元の ILC 最終草案18条が採択され、これが可決され、領海条約17条の規定となった。34th meeting, *ibid.*, p. 101, para. 27-31, 35th meeting, *ibid.*, p. 102, para. 16.

(195) 薬師寺「前掲論文」(注129) 538頁。

(196) 同上。

1982年海洋法条約においても、沿岸国の法令制定権に関する規定が具体化されたものの、法令違反に対する沿岸国の執行権の一般規定は整備されなかった。⁽¹⁹⁷⁾

このような状況において、チャーチルとロウは、沿岸国は領海条約17条（海洋法条約では21条）により付与された立法管轄権の結果として領海に特別関係する法を執行する権利があるし、他の法についても、沿岸国は犯罪が同国の平和又は秩序等を害しない限り刑事裁判権を「行使できない（may not）」と定めていた ILC 最終草案の規定が、領海条約19条では「行使すべきではない（should not）」という文言に代えられたことに鑑みれば、領海における沿岸国の執行管轄権は原則として完全であって、ただ19条5項に定めるように領海に入る前に犯された犯罪については管轄権を「行使でき（ない）」だけであるが、もっとも領海条約19条1項や海洋法条約27条1項（a）（b）の要件に該当する場合、それが船内の犯罪であっても、船舶そのものの領海中に行う犯罪であっても逮捕又は捜索はできるわけであり、逆に要件を満たさない場合は礼譲により通航中の船舶に管轄権を行使しないように求められる、という見解をとる。⁽¹⁹⁸⁾ 他方で、イタリアのトレヴェス（T. Treves）は、海洋法条約は商船と商業目的の政府船舶に関して沿岸国法令の違反の効果につき何も指示しておらず、これは国内法が定めるあらゆる措置をとることができることを意味するが、この権限には同条約24条1項による重大な制約があり、法令の適用は無害通航権の行使を否定し又は害する結果となってはならず、したがって通航権を行使している船舶に対する実質的な干渉となるほとんどの措置は許されない、⁽¹⁹⁹⁾と説明する。これは船内犯罪の裁判権に関する英米主義とフランス主義の違いが影響しているように思えるのだが、それにもかかわらず、それぞれの主張は重点の置き所が異なるために単純に比較で

(197) 海洋法条約21条

(198) Churchill and Lowe, *supra* note 2, pp. 97-98.

(199) T. Treves, *supra* note 3, p. 923.

きないし、沿岸国の執りうる措置と無害通航権を妨害しない義務との調和をどう図るかについて、条約規定上は決着をみていないのである。その要因としては「無害通航権の尊重」と「沿岸国の法令制定・執行権」のいずれに優位性を認めるかをめぐる諸国の歴史的な攻防があり、さらにその背景には、無害通航権の存立根拠、すなわち、それを公海において航行の自由が認められることの延長で捉えるのか、それとも沿岸国から与えられた恩恵的な利益として捉えるのかの対立があると思われる。

(2) 保護権

1930年ハーグ規定において海洋法条約25条「沿岸国の保護権」の根源となったのは5条であるが、その出現の発端は既述の「無害通航の定義」に関する英国の提案であった。⁽²⁰⁰⁾そこではハーグ規定3条の「通航が無害でなくなる要件」を踏襲し、5条において「通航権は、沿岸国が自らの安全 (security)、公序又は財産的利益を害するような行為から、また、内水に向かって航行している船舶の場合では内水に入るための船舶の許可条件の違反から、沿岸国を保護するためにすべての必要な措置をとることを妨げるものではない。」⁽²⁰¹⁾と規定した。しかし、「所見」では「本条は、沿岸国に必要ならば船舶の航行の無害性を検認 (verify) し、みずからの安全、公序又は財政的利益を害するような行為から、沿岸国を保護するためにすべての必要な措置をとる権利を付与するものである。⁽²⁰²⁾…」と、「すべての必要な措置」には「無害性を検認 (verify) する権利」及び「すべての必要な措置をとる権利」が含まれ

(200) S. Rosenne ed., *supra* note 19, p. 1264.

(201) S. Rosenne ed., *supra* note 19, p. 1405.

Article 5

The right of passage does not prevent the Coastal State from taking all necessary steps to protect itself in the territorial sea against any act prejudicial to the security, public policy or fiscal interests of the State, and, in the case of vessels proceeding to inland waters, against any breach of the conditions to which the admission of those vessels to those waters is subject.

(202) *Ibid.*

ると解説するだけで、具体的な措置の内容については触れられなかった⁽²⁰³⁾。

戦後、領海条約の起草に当たっては、ハーグ規定5条が1952年のILC特別報告者フランソワの報告書16条として登場した。その後、ILCの各会期の審議を経る過程で、「財政的利益」が削除され、また「公序」という表現は多義的であるとして「自らの安全又はその他の利益」という表現に変更されながら、最終的には領海条約16条1項の「沿岸国は、無害でない通航を防止するため、その領海内において必要な措置をとることができる。」という簡潔な表現に落ち着くことになった⁽²⁰⁴⁾。それが、現在の海洋法条約25条に採用されている⁽²⁰⁵⁾。

林久茂教授によれば、「必要な措置」の具体的内容として沿岸国に認められている権利とは、一般的には、①船舶の通航自体の無害性を検認する権利、②有害な通航に対して、その通航を防止する権利、③有害な通航につき、それを処罰する権利と説明される⁽²⁰⁶⁾。

①について林教授は、必要な場合 (if need should arise)、つまり通航の

Observations

The article gives the Coastal State the right to verify, if necessary, the innocent character of the passage of a vessel and to take the steps necessary to protect itself against any act prejudicial to its security, public policy, or fiscal interests. [...].

(203) S. Rosenne ed., *supra* note 19, p. 1416.

(204) 「Right of Protection of the coastal state」のタイトルは1954年 ILC 草案から付いた。

(205) 領海条約 Article 16

1 .The coastal State may take the necessary steps in its territorial sea to prevent passage which is not innocent.

2～4. [...].

(206) 簡素になった原因は米国の提案である。説明として、56年 ILC 草案の1項後半は無害通航の意義を述べたものであるが、14条に無害通航は規定されているから簡単にすることができるというのである。ILC Yearbook, 1956, vol. 2, *supra* note 58, p.78.

(207) 林『前掲書』（注161）59頁。この点につきわが国の立場について、1977年3月2日の衆議院外交委員会において、間海上保安庁長官（当時）は次のように述べている。「こうした無害でない通航を行いましたものにつきましては、これを発見いたしました場合にはその中止を求める。そして、それに従わない場合には領海外への退去を求める。あるいはわが国の法令に違反する行為がありました場合にはこれを検挙するという措置をとっております。」「新海洋法条約の締結に伴う国内法制の研究（第2号）』『前掲書』（注126）44頁。

無害性が疑わしい場合、必要な質問を行い、また、国旗の掲揚を求めるなどの船舶の識別 (identification) を行うこと、さらに状況により、乗船して必要な検査を行うことも可能であるとし、この手続は公海上の臨検の権利 (海洋法条約110条) と同じであって海事慣行としてすでに確立されているとい⁽²⁰⁸⁾ってよい、と述べる。しかし、②については、有害通航の防止措置、無害通航船舶に対する法令適用上の行政措置、軍艦の法令違反に対する退去措置について少なくとも理論上は明確に区別して適用する国内法上の根拠規定を検討するべきだとして法令執行権と適正な交錯を指摘するものの、その不明確性を指摘する⁽²⁰⁹⁾。

他方で、③についてはまさに法令執行権と保護権がオーバーラップし交錯する部分である。例えば、韓国の1977年の領海法は、かかる場合の措置に関して幾らか詳細に規定している。それによれば、無害通航権に関する5条の規定に違反する嫌疑があると認められる外国船舶 (軍艦及び非商業用政府船舶を除く) には、関係当局は、必要な命令を発し、停船・搜索・拿捕などの必要な措置をとることができ (6条)、5条2項の有害とみなされる行為の列举項目に違反した乗組員又はその他の乗船員は、5年以下の懲役又は2,000万ウォン以下の罰金に処せられ、かつ、事態が重大であると考えられる場合には、当該船舶、その設備、採捕物その他の物品が没収され得る (7条1項)。また、上記の命令や措置に従わないか、それらを妨害又は回避した外国船舶の乗組員又はその他の乗船員は2年以下の懲役又は1000万ウォン以下の罰金に処せられる (7条2項)。これらの場合に行為が他の法律の下で同時に犯罪を構成するときは、各法律の下で定められるいずれかの重い罰則が適用される⁽²¹⁰⁾ (7条4項)。

(208) 林『前掲書』(注161) 59-60頁。

(209) 同上、60頁。

(210) United Nations Treaty Series, *ST/LEG/SER, B/19*, (1980), p. 97.

3 海洋法条約30条の性質

海洋法条約30条は、第2部「領海及び接続水域」第3節「領海における無害通航」A節「すべての船舶に適用される規則」ではなく、C節「軍艦及び非商業的目的のために運航するその他の政府船舶に適用される規則」に位置するところからみれば特定船舶を対象とした特別規則であることは明らかである。さらに規定の文言からその対象は軍艦⁽²¹¹⁾であり、沿岸国保護権に対応する規定ではなく沿岸国法令執行権に対応する特別規定である。

まず、同じC節にある各条項の関係についてみていきたいと思う。32条(軍艦及び公船に与えられる免除)は、すべての船舶に適用される無害通航の制度(17～26条)、30条(軍艦の法令遵守・退去要求)、及び、国際責任(31条)を例外として、軍艦及び公船に対しては免除が適用されるものとしている。この例外ではないとされる規定は27及び28条、すなわち、刑事及び民事裁判権に関する規定であり、条文を厳格に解釈すれば、この部分から免除されることを32条は示している。また、端的に言えば軍艦及び公船は沿岸国の裁判管轄権から免除されるため、沿岸国に損失・損害を与えた場合には、旗国がこれに対して国際責任を負わなければならないことは当然であり、1958年条約には見られなかった規定であるが、当然のこととして、31条が規定されたものと思われる。これは国際責任の特則であり、軍艦の沿岸国法令違反(国際違法行為そのものではない)のように、一般国際法上は直ちに国家責任が発生しない場合についても、31条によって旗国に国際責任が発生する⁽²¹²⁾。

ただし、第3節Aの無害通航制度が免除の例外とされたことについては、必ずしもその意味するところは明確ではない。たとえば、軍艦又は公船が21条の沿岸国の法令に違反した場合に、沿岸国の管轄権が及ぶという意味であろうか。そうであれば、免除の意味はなくなるから、単に軍艦も含めてすべての船舶が無害通航の制度の享受には全く同じ地位に立つことを表したもの

(211) 海洋法条約30条が「公船」にそのまま適用できるわけではないことはⅢ章で述べた。

(212) 小寺「前掲論文」(注81) 77頁。

ということだけなのであろうか。⁽²¹³⁾

また、30条と32条の関係についても議論がある。村上教授は、30条がいうような領域からの退去要求という措置は、主権免除を享有する国家機関、例えば外交官などが領域国の法令に違反し、あるいは領域国の利益を害する行為を行ったにもかかわらず、その管轄権免除を有するがゆえに領域国が有効な執行措置をとることができないこととなる場合に、領域国に認められた古典的な救済方法であるからして、領海内で国内法令に違反した外国軍艦について、30条はこの領域内の措置を確信的に規定したものと解さなければならない、とする。⁽²¹⁴⁾ そのように解するのであれば、32条が30条の例外を除く⁽²¹⁵⁾ ほか同条約のいずれの規定も外国軍艦又は公船の免除に影響を及ぼすものではないと規定するが、この規定はミスリーディングであると言わざるを得ない、なぜなら30条に定める退去要求の措置は当該船舶の免除に何等影響を及ぼすものではないからである、とする。⁽²¹⁶⁾

本節の最後に、30条がいう「退去要求」という執行措置手段の相手に対する制裁の程度が非常に弱いものだということがよく指摘されるが、これについて若干触れたいと思う。例えば、デルピス (I. Delupis) は、1981年スウェーデンのゲーセフィヨルド湾にあるカールスクローナ海軍基地にソ連潜水

(213) 広部和也「船舶に対する主権免除」『船舶の通航権をめぐる海事紛争と新海洋法秩序（第2号）』（日本海洋協会、1982年）41頁。UNCLOSⅢは非公式協議を主とするコンセンサス方式とパッケージディールによって運営されたが、その効果として「条約文の不明確性」の残存が指摘されている。すなわち、最大限多数を確保するための交渉手続は、必然的に細部にわたって明確化できない妥協的文言となって表現されることが多くなり、条約解釈上の問題を残す。利害関係が基本的に対立する場合はそうであって、対立する意見の「絶妙なバランス」を読み取ることは極めて困難となる。この点と関連して、非公式協議は当初の提案と協議結果としての解決策が示されるが、実質的な審理内容が公式記録としては示されず、準備文書（条約法条約32条）が不在となる。それゆえ、文言の意味を客観的に確定できず、「立法者意思」が不明確となる。林久茂「国連海洋法条約の成立と概要」『海洋法の新秩序』（東信堂、1993年）24-25頁。

(214) B. H. Oxman, "The Regime of Warships Under the United Nations Convention on the Law of the Sea," 24 *Vir. J. Int'l L.* p. 817.

(215) 村上「前掲論文」（注3）94頁。

(216) 同上、97頁。

艦が侵入した事件に関連して、沿岸国法令遵守の要請無視における退去要求だけに頼ることは不十分であって、そのような要求は、非常に軽い (much milder) 法令違反に対してデザインされた措置であり、スパイ行為による領土保全を犯すような違反に対応するものではない、と指摘する。⁽²¹⁷⁾ 確かに、沿岸国の安全上の脅威となりうる軍艦に対し退去要求しかなし得ないのであればそれは不十分かもしれない。しかし、30条の意義は、一方では、軍艦に対しては裁判管轄権を行使しえないことからその代替機能を果たし、他方では、民間船舶については法令違反があっても無害性を喪失しない限り退去させることができず可能な範囲で管轄権を行使しうるに過ぎないのに対して、軍艦については法令違反のみで退去要求を可能にするところにあると考えられる。⁽²¹⁸⁾

4 小括

ここまで沿岸国法令執行権と保護権を見比べてその違いや関係について考察してきた。2つとも沿岸国がとる措置であるが、執行権については無害通航を妨害してはならないという義務はあるものの、自ら違反行為を制定できるので取り締まる枠が広い。他方、保護権については有害性の基準が国際法によって決められるので、その枠の中のより重大なものに対する措置と考えられている節があるように思える。しかし、軍艦や公船に関していえばその有する執行免除により、海洋法条約19条2項にあるような沿岸国に対する重大な侵害行為であるのに、退去要求のような単に追い出すだけの軽い措置、つまり実力をもって直接強制するような制裁的な措置ではなくて、より軽い必要な措置の実行という、何か矛盾した結果になることも考えられる。⁽²¹⁹⁾ 1968年のプエブロ号事件における米国務省の出先機関への電信がそれを物語って⁽²²⁰⁾

(217) I. Delupis, "Foreign Warships and Immunity for Espionage," *AJIL*, Vol. 78 (1984), p. 73.

(218) 西村「前掲論文」(注97) 94-95頁。

(219) 共同討議「前掲論文」(注31) 150頁。

(220) 1968年1月23日、米海軍情報収集補助艦プエブロ号が北朝鮮東側のウォンサン沖の海上

いる。すなわち、「たとえ、プエブロ号が北朝鮮内の領海内にあったとしても、その拿捕は不適切であっただろう。何回にもわたって、同様のソ連船が米国領海に侵入した。我々は彼らに退去を警告し、外交ルートを通して抗議を提出した。武力攻撃の急迫した脅威が存在しない場合（プエブロ号は機関銃2丁しかなかった）外国軍艦を領海外へ誘導する（escorting）のが、沿岸国として執り得る最強の措置である。外国軍艦の拿捕やこれへの攻撃は余にも危険かつ挑発的過ぎて、国際法では許されない。沿岸国の武力行使の制限は1958年領海条約23条に規定され、これが唯一の救済手段として軍艦に領海からの退去を要求することだけを認めている。⁽²²¹⁾」

この電信から分かるように、現代の武力不行使原則の影響は大きく、国際法平面にある保護権でできることは、無害でない通航の中止要請、領海からの退去要求、外交ルートによる抗議、事後的な無害通航の一時的停止（海洋法条約25条3項）、及び、事後的な無害通航の航路帯の指定等に限られると思われる。それ以上の軍艦に対する実力行使となると武力行使に該当する可能性があり、海洋法のみの問題とは言えなくなる。

また、保護権発動のトリガーである有害通航は国際違法行為であるので、当該有害性の是正を促すために対抗措置に訴えることも理論的には考えられなくはない。⁽²²²⁾しかし現代においては武力を用いた対抗措置は一般に禁止されると解されるので、結局、有害通航という先行違法行為と同じ現場で執り得

で米国国家安全保障（NSA）の秘密情報収集任務に就いていたところ、北朝鮮警備艇によって拿捕される事件が発生した。坂元茂樹「排他的経済水域における軍事活動」『海の国際秩序と海洋政策』（東信堂、2006年）100頁。

(221) D. J. Harris, *Case and Materials on International Law*, 6th ed., Sweet & Maxwell (2004), p. 463.

(222) そもそも海洋法は対抗措置のレジームになじまないシステムであると言われる。その理由としては、①海洋法は外交関係法同様の独自の特徴を有するシステムであるため、無害通航制度と外交関係を規律する原則との間にはアナロジーが作用し、それゆえにこのシステムの中に対抗措置のレジームを導入することは適切ではない。②相互主義の抑止効果が外交関係法同様、海洋の航行についても存在する。O. Y. Elagab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law* (1988), p.114.

る対抗措置は外見的に退去要求等と同じ措置になるのではないと思われる。

最後に、25条と30条の関係、すなわち、領海内の外国軍艦に対する措置が25条による保護権の行使なのか30条による措置なのかについても、本稿のような問題認識をもつ論者の中では議論され得るので、このことについても若干付言しておきたい。ここまでの検討で分かるとおり、25条を適用させるか30条の措置を行うかは、当該軍艦の沿岸国に対する侵害が、国内法令違反によるものなのか18及び19条による無害通航に該当しないものなのかの違いによる。また、当該軍艦の侵害が法令違反であり、かつ有害通航であることもあろう。その場合は取り得る措置がオーバーラップするが、どちらを適用させてもおそらく退去要求等に限定されるであろうから、実は25条と30条の関係、特にその峻別を議論することにあまり実益はないと考えられる。

V 海洋法条約25条と30条の具体的運用要領

ここまで、「軍艦」と「公船」の違いを浮かび上がらせ、そして、法令執行権と保護権の差異やオーバーラップしている状況を検討してきたが、ここでは、それらを踏まえ、民間船舶、軍艦及び公船それぞれに関し、事例を参照しながら根拠条文を踏まえその具体的運用要領を簡潔に説明する。

1 民間船舶

繰返しになるが、領海を航行中の船舶に有害通航にあたる行為がある場合、海洋法条約25条を適用して、その無害でない行為を防止するため「必要な措置」をとることができる。

民間船舶に対してであれば、たとえば当該船舶を領海外に退去させる措置をとることができる。さらに、そうした退去要求に止まらず、当該船舶を沿岸国の刑事手続にのせて処罰することも可能であるが、その場合には、無害通航にあたらない各種の類型があらかじめ国内法令違反の行為、特に刑罰規定の対象になる行為として実体法上規定されていなくてはならない。それな

くして、被疑船舶の拿捕や被疑者の逮捕などの執行措置はとれないことになる。田中利幸教授によれば、こうした場合の「執行手段としては、①国籍の確認に始まり、②無害通航かあるいは有害通航もしくは通航にあたらないものかの確認、③その有害通航が国内法令とくに刑罰規定に違反しないかの確認、④刑罰規定に違反する場合の捜査や逮捕といった刑事手続の遂行が考えられる」とされる。⁽²²³⁾

2 軍艦

軍艦であれば、法令違反の段階でも30条の特別規則により退去要求が可能である。有害通航に対しても、海洋法条約25条はA節「すべての船舶に適用される規則」内にあるので、それを適用して必要な措置をとることができるが、その保有する免除により、または事態のエスカレーションを防止（不測の戦闘行為を回避）⁽²²⁴⁾するためにも、一般的には退去要求が限度であろう。⁽²²⁵⁾⁽²²⁶⁾

例えば、ソ連軍艦「820号」領海内錨泊事件（1977年7月30日）⁽²²⁷⁾は、ソ連軍艦が日本領海内において理由不明の投錨を行った例であるが、それに対し

(223) 田中利幸「外国船舶に対する執行と国内法の整備」『海洋法条約に係る海上保安法制第1号』（海上保安協会、1994年）48頁。

(224) Ⅲ章2節、免除の細部根拠を見よ。

(225) IV章で取り上げたとおり、慣習法上における軍艦が享受する免除と領域国への侵害への古典的な救済方法により、退去要求を行うことができると考えることもできる。村上「前掲論文」（注3）94頁。

(226) IV章4節を見よ。

(227) ソ連「軍艦820号」領海内錨泊事件『海上保安事件の研究—国際捜査編』（中央法規、1992年3月）71頁以下。

- ・1310 巡視船「きくち」は、海上自衛隊からの通報に基づき沖の鳥島台193度11.4海里的の領海内に艦番号820のソ連海軍ベチャ級フリゲート（1050トン）が錨泊中であることを確認
- ・1320 入域理由を質問したが回答なし、不法入域船と判断
- ・1354 「きくち」はRD（貴船は抜錨されたし）を掲揚。「きくち」搭載艇はベチャに接近し海図を示し、無害通航とは認められない旨を告げ領海外への退去を要求
- ・1405 ベチャ「回答」旗を掲揚し主機を起動
- ・1451 ベチャ航走開始
- ・1507 ベチャ再び領海内に漂泊

海上保安庁の巡視船が数度にわたり忍耐強く退去要求を繰り返している。逆に言えば、それ以上の執行措置はできないことを如実に表した事例である。

米海軍のフローマン中佐は、軍艦について、特定のな形で退去要求が軍艦に対して為されれば、軍艦が要求を拒否する可能性は低いとし、しかしにもかかわらず拒否した場合には、無害性を喪失し、強い制裁をまねくという。そして慎重に対応しなければならないことを留保しつつ、沿岸国が自衛権を⁽²²⁸⁾発動できる場合もあるとする。

なお、フローマン中佐は、スウェーデン内水へのソ連潜水艦の侵犯に対して、スウェーデンが爆雷を使用して潜水艦を強制的に浮上させようとした行為について、海洋法条約30条上の法令遵守要請・退去要求を超えてはいるが、沿岸国の保護権を規定した海洋法条約25条の「必要な措置」の範疇に入ると⁽²²⁹⁾考えている。しかし、自衛権とこの海洋法上の保護権の関係をどのように捉えているのか答えは示していない。

3 公船

公船は軍艦と違って、自衛権の行使が直接に正当化される場合があると一般的には考えにくい。が、警察力行使の一環として実力行使が行われることは、これまでの検討から理論的には認められる。もちろん、それは「無害でない通航を防止する」のに「必要」と評価される範囲のものでなければならず、政策的な配慮も踏まえれば一般には退去要求までに止めるとともに、手段が状況において均衡性を保持すること（proportionate）が必要だと解され

-
- ・ 1522 「きくち」RV 1（貴船は目的地に向けて進航されたい）掲揚
 - ・ 1540 「きくち」ベチャの艦首付近に占位し誘導を試みる。
 - ・ 1600 ベチャ、「きくち」に信号弾3～4発発射
 - ・ 1610 「きくち」ベチャの正横70メートルで海図の裏側にロシア文字で書いた退去要求文を表示。再びRV 1掲揚、ベチャ退去要求文を双眼鏡で確認
 - ・ 1638 ベチャ航走開始、「きくち」追尾
 - ・ 1714 ベチャ、沖の島灯台218度12.4海里で領海海外へ出る。

(228) Froman, *supra* note 159, pp. 665, 673-675.

(229) *Ibid.*, p.682.

⁽²³⁰⁾ 例えば、中国公船が尖閣諸島周辺領海において漂泊・徘徊などを行ったとしても、一般の場合には、現場では領海外への退去の要請をし、また本国政府との間で外交チャンネルを通じて抗議を申し入れる等の措置をとることができるにとどまるであろう。因みに、Ⅲ章で述べたように領海を通航する外国公船は軍艦と違って外部標識を掲げる義務はないので、外部的な徴表から外国公船と確認できず、かつ、外交チャンネルを通じた本国との連絡においても公船との同一性が確認できない場合も考えられる。その場合にはとりあえず一般の商船と同様に扱い乗船、検査等を行うことにより、後に外国公船であって免除対象であるということが発覚すれば、その時点でそのように扱うことになる⁽²³¹⁾。

それでは沿岸国の行い得る措置の中には、乗船、検査、拿捕等は含まれるであろうか。海洋法条約32条により公船は刑事・民事裁判権から免除されていることは明らかである以上、裁判権を行使するための乗船等を行うことは許されない。しかし、海洋法条約31条を適用するための旗国の国際的な責任を追及するのに必要な、当該船舶の国籍、またはその船舶が行った行為を特

(230) 法理論的には、均衡性を保持した規制 (control) 措置、たとえば、進路、放水、又は接舷規制は可能かと思われる。

(231) 奥脇「前掲論文」(注126) 4頁。浅田「前掲論文」(注97) 86頁。

例えば、中国公船「公辺319」立入検査事件 (1993年) がこの事例にあたる。1993年2月1日午後4時40分頃、久米島の北西約150kmの公海上で、鹿児島船籍の貨物船「ゆうしょう」が台湾に向け航行中、不審船が約20メートルまで接近し発砲 (約10発) した。連絡を受けた保安庁機が2時間後現場付近で国旗、船名のない不審船を発見。同機が監視中、不審船は午後10時25分ごろ、第一現場から約40km北東で、名古屋に向け航行中のパナマ船籍自動車運搬船「オレンジ・オーシャン」に発砲 (約10発) した。保安庁機は無線で不審船に発砲理由を英語で問いかけたが応答はなかった。翌2日午前7時半、巡視船が不審船に接近し停船を命じたが、無視して航行を続けたため、8時ごろ巡視船2隻が両側を挟むように航行し、前方を他の1隻の巡視船で塞いで停船させた。不審船は「公辺319」と表示した看板を掲げた。海上保安官が立入検査を実施したところ、自動小銃2丁と拳銃1丁を発見した。制服を着用した「浙江省公安边防治安管理」と記された身分証明書を所持していた。事情聴取では、民間船を借り上げて密輸取締を実施中であつたが日本船とは知らずに間違えて発砲したと主張した。海上保安庁は、8時40分、乗員を解放し立入検査を打ち切った。外務省が中国側に照会したところ、同船は公船で公務にあたっていたことを認め、また発砲については遺憾の意を表明した。『海上保安の現況』(1993年10月) 3頁。

定するために、当該船舶への乗船、検査が全く許されないとは言えないのではなかろうか。

さらに、公船への執行措置に関し若干参考となるのが、中国がその EEZ 内での米海軍音響観測艦インペカブル⁽²³²⁾の軍事調査を排除するために用いた理屈である。軍事海上輸送団 (Military Sealift Command. 以下 MSC と呼称) の運航するすべての艦船は補助艦⁽²³³⁾であり、インペカブルはこの MSC に属する。この補助艦は、政府の非商業的目的役務に使用されており、免除を享受する。さらに、軍艦に変更されない限り、武力紛争時に臨検等の権利を行使しえないという、極めて、本稿で扱う公船と法的性質が類似した船舶である。中国は、米国の軍事調査と中国に対する戦闘準備態勢 (preparation for battle field、又は war preparedness) の確立とを結びつけて、EEZ における軍事調査を停止させ排除するために強制力を行使できるとする。実際、中国政府はインペカブルの軍事調査を停止させるべく、フリゲート艦や情報収集艦による同船周辺での進路妨害措置及び軽飛行機による超低空飛行などの阻止行動をとったのである⁽²³⁴⁾。この措置は海洋の平和利用に関する規定、とくに海洋法条約の一般的な義務 (301 条) によって説明される。それゆえ海洋法条約上のすべての権利行使は、軍事調査活動を含め、武力による威嚇または行使と直接に関連するものであってはならないというわけである。

EEZ における軍事調査を戦闘準備と結びつけてこれを停止させるための強制措置を沿岸国がとり得るのであれば、領海における違法な情報収集活動⁽²³⁵⁾について保護権を行使する際にも、こうした措置がとり得るであろう。

(232) 当該艦艇には大口徑の武器は搭載されておらず、軍人・文民の混合クルーが乗組んでいた。Thom Shanker, "China Harassed U.S. Ship, the Pentagon Says," *N.Y. TIMES*, Mar. 10, 2009, at A8; Ann Scott Tyson, "China Draws U.S. Protest over Shadowing of Ships," *WASH. POST*, Mar. 10, 2009, at A8; Thom Shanker & Mark Mazzetti, "Tussle at Sea Has US. and China Quarreling," *N.Y. TIMES*, Mar. 11, 2009, at A9.

(233) Ⅲ章 3 節 (3) 軍艦、注117を見よ。

(234) Mark Valencia, "The Impeccable Incident: Truth and Consequences," 5 *China Security*, No. 2, (2009), pp.22-28, Ji Guoxing, "The Legality of the Impeccable Incident," *Ibid.*, pp.16-21.

(235) 奥脇『前掲論文』(注126) 6-7 頁。

しかし、このような相手の戦闘準備を根拠とした執行措置（米国からみれば違法なハラスメント行為）の国際法的妥当性には注意が必要である。なぜなら、武力攻撃の急迫な恐れがないにもかかわらず、かつ当該補助艦の享受する免除を侵害してまでこのような実力行使に訴えることは、国連憲章2条4項にいう「武力による威嚇」に該当することも考えられ、そこでは自衛権行使の要件を満たさず、国際法違反の非難を免れないからである。⁽²³⁷⁾

VI おわりに

ここまで、領海にける公船への執行措置の限界を探るべく、1930年及び1958年の2つの法典化作業を中心にその起草過程を追うことにより、「軍艦」と「公船」の法的性質は必ずしも同一ではないことが判明した。よって、両者への対応要領を暗に同一視することは誤っていると言わざるをえない。故に、軍艦への対応要領を規定した海洋法条約30条を公船にそのまま適用することもその場の状況に応じて慎重に判断しなければならぬ。⁽²³⁸⁾

また、本稿では沿岸国の法令執行権及び保護権はいかなるものかについても一定の見解を出し、それを公船への執行措置要領のヒントとした。そこでは「公船」を「軍艦」と比較して検討したことにより付随的に判明したことがある。それは公船の相対的に曖昧な地位についてである。すなわち、国家機関として外国からの免除を享受するもののそれは軍艦ほど完全ではなく、

(236) The Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and in Accordance with the Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea in the Matter of an Arbitration between Guyana and Surinam, in the Award of 17 September 2007, para. 445.

(237) 山本『前掲書』（注134）257頁。

(238) しかしながら、ここで一つ注意してもらいたいことがある。それは公船が享受する免除についてである。本稿では「軍艦」との比較のため、「公船」の免除があたかも存在しないかのような錯覚に陥る読者もあったかもしれない。これは「軍艦」との比較上、相対的に「公船」の免除が低く捉えられがちであるだけであって、公船も国家機関である以上、慣習法上も条約規定上も免除を享受するのである。本稿は冒頭で述べたとおり、「公船は免除を享受する」ことを前提としている。

逆に、軍艦ほど外国への脅威にならないから行動の自由が相対的に高いことである。そして、その帰結をうまく活用している国家が存在することである。すなわち、各国沿岸警備隊（Coast Guard）等の巡視船は係争海域での国家間の衝突等において、ある程度の実力行使を行っても反対に行われても、事態のエスカレーションを抑える機能をもっている⁽²³⁹⁾のである。

ところで現在尖閣諸島周辺領海において中国公船の無害でない通航に対し措置を行う日本の執行機関は第一義的には海上警察である海上保安庁である。また、相手の規模や強度において海上保安庁では対応できないという状況になれば、海上警備行動等による自衛隊の出動により対応することも選択肢としては考えられるが、「警備行動」という名称から分かるようにそれは当該中国公船を取り締まる法執行活動であり、国際関係における自衛権を発動しているわけではない。しかし、中国政府系メディアがかつて述べたように中国政府としては、日本が自衛隊という軍隊を出動させる場合、それに中国は人民解放軍により対応すると述べている⁽²⁴⁰⁾。その場合、中国においても尖閣諸島の領有を主張していること及び日米安保条約第5条発動による米国の介入を防ぐためにも、自国の法執行活動として対応する可能性が考えられる。そこでこの状況を第三者的に見ると非常に奇妙な現象が存在する。すなわち、二つの国の軍隊が実力を行使しあい、一見、国際的武力紛争に見えるものの実は両当事者の意思が奇妙に一致して武力紛争法が適用されないという現象が生じるのである。しかし、いくらお互い事態をエスカレーションさせたくないという黙示の合意が成り立つとはいえ、このままでよいのだろうか。本来ならば人道法により保護される者が保護されなかったり、また、いわゆる

(239) Ⅲ章2節を見よ。

(240) Source: Xinhua, *China's defense minister vows no territorial compromise*, 2014-April-8 20:17.

(241) 浅田正彦『国際法における「武力紛争」の概念－国際的武力紛争における武力紛争法適用の敷居をめぐる－』『現代国際法の思想と構造Ⅱ 環境、海洋、刑事、紛争、展望（第2巻）』（東信堂、2012年4月）308-309頁。

平時のままの状態第3国の貿易等の海上交通に障害をもたらしてよいのであろうか。よってこの点が次なる検証項目として浮上してくる。こういった場合の法執行活動と武力紛争の区分基準の検討が必要であると考え。