



Title	領海沿岸国の保護権と外国軍艦の免除
Author(s)	和仁, 健太郎
Citation	阪大法学. 2024, 73(5), p. 15-51
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/93893
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

領海沿岸国の保護権と外国軍艦の免除

和 仁 健太郎

- I はじめに
- II 海洋法条約32条の意義
- III 領海沿岸国の保護権
- IV 軍艦の免除原則の射程
- V おわりに

I はじめに

領海において無害でない通航をする外国軍艦に対し、沿岸国は、いかなる措置をとることができるか。領海における無害でない通航については、それを防止するため沿岸国は領海内で「必要な措置 (the necessary steps)」をとることができる⁽¹⁾ (海洋法条約25条1項) 一方、慣習国際法上、軍艦 (warship) は「免除 (immunity)」を享受する⁽²⁾。無害でない通航を防止するために「必要な措置」をとる沿岸国の権利のことを、沿岸国の保護権 (rights of protection of the coastal State) という。軍艦の免除とは、国の軍艦が他国の公権力のうち一定のものの行使・適用を免れる権利のことで、免れるものの範囲は明らかでないところもあるが、一般に、裁判権および執行管轄権からの免除や、不可侵 (inviolability) などが含まれると考えられている⁽³⁾。それでは、沿岸国の保護権と軍艦の免除とはどのような関係にあるか。つまり、沿岸国は、外国軍艦に対しては、免除を侵害しない範囲でしか保護権を行使し得ないのか、それとも、保護権は軍艦の免除原則の例外であり、保護権行使の場合には免除原則による制限を受けることなく必要な措置をとることができるのか。

この問題は、その実践的な重要性にもかかわらず、意外とまとまった形での研究があまりなく、海洋法の概説書とか、海洋の軍事利用について論じた論文の中などで断片的に論じられるにとどまることが多い⁽⁶⁾。そのような研究状況の中、我が国には、諸外国と比べると、まとまった形でこの問題を正面から論じた研究が比較的多く存在する（新しいものから順に、西村⁽⁷⁾（2023）、坂元⁽⁸⁾（2019）、坂巻⁽⁹⁾（2018）、坂巻⁽¹⁰⁾（2015）、佐藤⁽¹¹⁾（2014）、奥脇⁽¹²⁾（2010）、小寺⁽¹³⁾（2008）、真山⁽¹⁴⁾（2007）、小寺⁽¹⁵⁾（1999）、村上⁽¹⁶⁾（1999）など）。しかし、これらの研究を読むと、本問題を論ずる議論枠組みは、意外と固まっていないように見える。つまり、ある論文で論じられている論点が別の論文では論じられていないとか、ある論点と他の論点との関係が十分に整理されていないように見えるところが多くある。使用されている概念や概念分類の有用性に疑問のあるところもある。

そこで、本稿は、領海沿岸国の保護権と外国軍艦の免除との関係の問題を論ずるための適切な議論枠組みはどのようなものかを考える。つまり、この問題について、何を、どのような順序で論ずべきか、論ずる意味のない論点が立てられて論じられてはいないか等を検証し、適切な議論枠組みを固めるのが本稿の目的である。先行研究が指摘するように、本主題に関する国家実行や判例の蓄積は乏しく、関連条約の起草過程において本主題に関する詳細な議論がなされた形跡もない⁽¹⁷⁾。そこで本稿では、国家実行、判例、起草過程等を改めて検討し直すことやそれらに関する新たな資料を探し出すことはせず、本主題に関する先行研究の議論内容を咀嚼した上で適切な議論枠組みを組み直すことに集中する。なお、国際法上「免除」を享受する船舶としては軍艦のほかに「非商業的目的のために運航するその他の政府船舶」（海洋法条約32条および96条。「公船」と略称されることが多い）があるが、公船の免除は軍艦の免除の応用問題なので、本稿ではまず、基本問題である軍艦の免除に限定して検討する。本稿における引用文中の亀甲括弧〔 〕は、引用者（和仁）による補足を意味する。

Ⅱ 海洋法条約32条の意義

海洋法条約32条は、「この節のA及び前2条の規定による例外を除くほか、

この条約のいかなる規定も、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（With such exceptions as are contained in subsection A and in articles 30 and 31, nothing in this Convention affects the immunities of warships and other government ships operated for non-commercial purposes）」と定める（下線は引用者）。

この規定における「例外」という言葉を真に受けるならば、そして、この「例外」の中に25条1項の定める沿岸国の保護権が含まれるならば、沿岸国の保護権は免除の「例外」であり、通常なら免除の侵害となる措置であっても、保護権行使の状況においては——つまり「沿岸国の平和、秩序又は安全」が害されている状況においては——、「例外的に」外国軍艦に対して合法的にとることができる、ということになる。坂巻（2015）は、32条の意義をまさにこのように理解した上で、関連する学説を、25条1項に基づく保護権がこの「例外」に含まれるという説（A説）と、含まれないという説（B説）⁽¹⁸⁾とに分ける。A説によれば、保護権は免除原則の「例外」なので、沿岸国は、通常なら免除の侵害となる措置であっても、保護権の行使としてなら合法的にとれることになる一方、B説によれば、沿岸国の保護権は免除によって制約され、沿岸国は、外国軍艦の免除を侵害しない範囲でのみ保護権を行使できることになる、というのが坂巻の整理である。

しかし、32条で使われている「例外」という言葉を真に受けてはならない、というのが本稿の主張である（その理由は次の段落で述べる⁽¹⁹⁾）。また、坂巻（2015）がA説およびB説の例として挙げる文献に当たってみると、それらの文献は、「32条に言う『例外』の中に25条1項の保護権が含まれるか」という枠組みで問題を考えてはおらず、むしろ、32条における「例外」という語の使用が不適切であることを示唆する。この点もっとも明確なのが、坂巻がB説の例として挙げる Oxman であり、「『例外』という語は、このクロスレファレンス〔32条から海洋法条約第2部第3節Aへのクロスレファレンス〕の性質を伝えるために選ばうと思えば選べた語のうち最善の語ではなかった（The word “exception” is not the best word that could have been selected to convey the nature of this cross-reference）」と述べる⁽²⁰⁾。Oxman は exception の語を一貫し

て引用符で括っており (“exception”)、「例外」という語の使用が不適切であることを強く示唆する。また、Oxman は、32条に言う「例外」(Oxman によればクロスレファレンス)の中に25条1項が入っていないとは言っていない。32条がクロスリファラーしているのは海洋法条約第2部第3節A、30条および31条の3つであり、Oxman は25条1項については特に言及していないが、これは特に言及していないだけであり、第2部第3節Aへのクロスレファレンスには言及している以上、そこには25条1項も含まれると読むのが自然だし、32条に言う「例外」に25条1項が「含まれない」とは少なくとも言っていない。この点は、坂巻がB説のもう1つの例として挙げる Vukas も同じで、exception の語を引用符で括ることにより32条におけるこの語の使用の不適切さを示唆しているし、25条1項には特に言及していないがこれも特に言及していないだけで、32条の「例外」に25条1項が含まれないとは言っていない。⁽²¹⁾他方、坂巻がA説の例として挙げる Froman と Treves は、25条1項に明示的に言及しながら、軍艦の免除原則が海洋法条約第2部第3節Aの諸規定に「服する (is subject to the provisions of subsection A)」という言い方をしている。「服する」というのは、軍艦であっても第2部第3節A (25条1項を含む)の「適用を受ける」ということを意味するにとどまり (軍艦に対して保護権がどのような形で適用されるのかまでは述べていない)、保護権が免除の「例外」だという趣旨までは読み取れない。⁽²²⁾

それでは、Oxman や Vukas が示唆するように、そして本稿の筆者もそう考えるように、32条における「例外」という語の使用が不適切なのはなぜか。それは、32条が「例外」の語を使ってクロスリファラーしているもののほとんどが、免除原則の「例外」という性質を全然有しないからである。例えば、軍艦所属国の国際責任 (31条)は、免除原則の外の問題であり「例外」でも何でもない。「軍艦は免除を享受するけれども、その所属国は、軍艦が沿岸国に損害を与えた場合には国際責任を負う」というだけの話である。軍艦が沿岸国の法令に違反した場合における領海外への退去要求 (30条)も、そもそも免除原則と抵触することなく行えるものであり、免除原則の「例外」ではない。さらに、軍艦の免除とは立法管轄権からの免除を含まず軍艦も領海沿岸国の立法管轄権には

服するから、沿岸国の法令制定権について定める21条も、免除原則の「例外」ではなく免除原則の「外」の話である。要するに、32条がクロスリファラーしている第2部第3節A（17条～26条）、30条および31条の多くは、軍艦の免除原則の「例外」ではなく、最初から軍艦の免除原則の外にあって、「免除を享受する軍艦であってもそれら（例えば沿岸国に損害を与えた場合の国家責任、法令違反の場合の領海外への退去要求など）を免れることはない」ということを確認しているに過ぎない。

もっとも、以上のことは、沿岸国の保護権が軍艦の免除原則の例外ではないことを、直ちには意味しない。以上で述べたのは、32条で使われている「例外」という言葉に引きずられてはならないということにとどまり、保護権は免除の例外かもしれないし、そうではないかもしれない。この問題は、32条を離れて、領海沿岸国の保護権と軍艦の免除という2つの制度それ自体の検討を通じて考えるべき問題である。そこで以下では、領海沿岸国の保護権（Ⅲ）と軍艦の免除（Ⅳ）についてそれぞれ検討し、両者の関係についてどう考えればよいかを考える。

Ⅲ 領海沿岸国の保護権

領海は沿岸国の国家領域であり、領土および領空と同様に、沿岸国の領域主権が及ぶ（海洋法条約2条）。しかし、領土および領空と異なり、領海では外国船舶に無害通航権を保障しなければならない（同17条）ために、そのこととの関係で、沿岸国の領域主権が制限される。それがどのような制限なのかを定めたのが海洋法条約第2部第3節にはかならない。例えば、領海沿岸国の立法管轄権は、領海を無害通航する船舶との関係では、「外国船舶の設計、構造、乗組員の配乗又は設備」に関する法令は「一般的に受け入れられている国際的な規則又は基準を実施する場合」を除き制定してはならない、という形で制限されている（21条2項）。

沿岸国の領域主権にかかっているこのような制限は、あくまでも、外国船舶に無害通航権を保障するためにかかっている制限であるから、無害でない通航

をする外国船舶との関係ではこのような制限がかかる理由がなく、外国船舶が無害でない通航をする場合、つまり、「沿岸国の平和、秩序又は安全」が害される場合には、沿岸国の full jurisdiction が復活する。⁽²⁴⁾例えば、Churchill、Lowe および Sander は、「……無害通航権の枠の外に出た (have stepped outside the right of innocent passage) 船舶は、沿岸国の full jurisdiction に服し、(免除を享受する軍艦その他の船舶を除き) 沿岸国法令のどのような違反 (any violation) ⁽²⁵⁾についても拿捕の対象となる」と述べる。(なお、Churchill らのいう full jurisdiction とは沿岸国の領域主権全般を指しており、jurisdiction の語を特定 ⁽²⁶⁾の狭い意味で使っていない。⁽²⁷⁾次の段落で引用する Yang も同じである。⁽²⁸⁾)

そして、無害でない通航に対する沿岸国の保護権を定めた海洋法条約25条1項は、無害でない通航の場合に復活する沿岸国の full jurisdiction を確認したものである。例えば Haijang Yang は、次のように述べる。「沿岸国は領海に対して領域主権をもっており、それを実質的に制約する唯一のものは、外国船舶の無害通航権である。したがって、外国船舶の行うものが無害通航でなくなった場合、その船舶は沿岸国の完全な管轄権の下に置かれる (fully under coastal State jurisdiction) ことが一般に認められている。海洋法条約〔25条1項〕は、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定めることにより、そのことを確認している (UNCLOS also confirms it) ⁽²⁹⁾」。

このように、沿岸国の保護権、すなわち「無害でない通航を防止するため」に沿岸国が自国の領域内においてとる「必要な措置」の法的性質は、沿岸国の領域主権（無害通航権保障との関係でかかっていた制約の外れた領域主権）であり、例えば、領空を侵犯する外国航空機に対して領域国がとる措置と、性質としては同じである（言うまでもなく、領空侵犯の場合、無害かどうかは問題にならず、無許可での侵入自体を阻止してよい。また、海と空との間に性質の違いがあるのはもちろんであるが、無害でない通航を防止するためにとる措置と、領空侵犯に対してとる措置は、どちらも領域の平和・安全を守るために領域主権を行使して行うものである点では共通する）。領空侵犯に対して領域国がとり得る措置の内容について、例えば山本草二の国際法概説書に次の記述が

ある（下線は引用者）。⁽³⁰⁾

- ・「……領空に侵入した外国航空機は、領域国の着陸・退去・航路変更の命令に従うことを要し、領空の侵入が故意または機長の責に帰しうる過失に基づくものである場合には、着陸後に、その航空機と乗員は、領域国の国内法上の処分（刑罰・抑留など）を受ける。……ただしこれらの措置は、領空侵入により生じる法益侵害と比例する限度内のものであることを要し……、これを逸脱すれば、領域国は国際違法行為に基づく国家責任を負う。」
- ・「とくに非武装の商業民間航空機については、専ら国際的に合意された手続（無線通信で応答を求め、翼を振り航空灯を点滅させること）に従って事前に着陸要求と警告を行い、やむをえず最後の手段として進路妨害（侵入機の国籍確認と飛行の安全に必要な誘導のためのもの）を行う場合も、つねに武器の使用を差し控えなければならない。」
- ・「他方、明らかに軍用機と識別できる外国航空機の領空侵入については、事情は異なる。領域国が、侵入機による武力攻撃に対しては自衛権行使で対抗できるのは当然として、偵察・空中撮影などもスパイ行為と認定して、撃墜し乗員を処罰する場合もある。しかし侵入機の本国は、撃墜に抗議したり領域国の刑法の適用についての違法性を争ったりもしていない。」

ここに挙げられた措置には、武力攻撃に対する自衛権行使をひとまず横におけば、①刑法に基づく事後的な処罰およびその前提となる措置（「国内法上の処分（刑罰・抑留など）」、「乗組員を処罰」、「刑法の適用」、場合によっては「着陸・航路変更の命令」や「着陸要求」も）と、②刑法に基づく事後的な処罰を前提としない措置（「退去・航路変更の命令」、「進路妨害」、軍用機の場合の「撃墜」）とが含まれている。領海⁽³¹⁾において沿岸国が保護権を行使してとり得る措置として具体的に挙げられるものの中にも、やはり①に分類されるもの（拿捕、抑留、刑事裁判手続の開始など）と、②に分類されるもの（領海外へ

の退去要求とその要求を強制するための措置など)とが含まれる。行政法学で使われる概念に即して言えば、①は司法警察権に、②は行政警察権に対応する。⁽³²⁾ 接続水域における沿岸国の権限に関する有名な Fitzmaurice・小田滋論争⁽³³⁾ に出てくる「jurisdiction」の概念は①に、「control」の概念は②に対応する。⁽³⁴⁾ (ただし、①と②とを国際法上も区別すべきだという趣旨ではない。区別に意味があるかどうかは、次段落で述べるように、適用しようとする国際法規範ごとに異なる。①と②の区別が必要な場面は国際法ではほとんど⁽³⁵⁾ (あるいはまったく) ないのではないかというのが、現時点での筆者の見解である。)

国が行使する様々な公権力を国際法の観点からどのような概念で把握すべきか(「国家管轄権」とは何か等)、法的性質に応じていくつかに分類すべきか(「法執行」、「警察権」、「武力の行使」、「武器の使用」、「敵対行為」等の区別問題)といった問題は、適用しようとする法規範ごとに考えるべきことが異なり、国際法一般に適用される統一的な概念や概念分類があると考えられるべきではないし、概念分類を所与のものとするべきでもなく、概念や概念分類の必要性や有用性についてはよく考える必要がある。例えば、国連憲章2条4項の「国際関係における」武力の行使に該当しない国の公権力行使ないし実力行使を「法執行 (law enforcement)」と呼ぶことがあるが、国によるある種の公権力行使は、「法執行」と性質決定されるからこそ「国際関係における」武力の行使ではないことになるのか、それとも、「国際関係における」武力の行使の概念の側からその射程を考えてその外に出たものを「法執行」と呼んでいるだけなのか。国連憲章2条4項(武力行使禁止原則)の適用という観点からは、前者であるなら「法執行」という概念には意味があるが、後者であるならこの概念に特に意味はない(後者の場合、「国際関係における」武力の行使に該当しないものに何か名前を付けないと気が済まないならどうしてもよいが、それ以上の意味はない)。また、「武力行使／法執行」と似た分類として、海洋法条約298条1項b号の適用上「軍事的活動 (military activities)／法執行」という概念分類がなされることがあるが、298条1項b号の適用に当たって「軍事的活動」の範囲を確定するのは、海洋法条約第15部第2節の義務的紛争解決手続の適用からの選択的除外ができる種類の紛争 (the categories of

(37) disputes) の範囲を特定するという目的のためであって、その目的のために使われる概念が、武力行使禁止原則という別の法規範の適用に当たってそのまま使えるとは限らない。

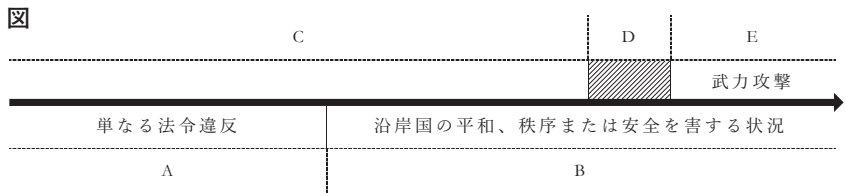
それでは、本稿の主題である領海沿岸国の保護権や軍艦の免除について論ずるために必要な概念および概念分類はどのようなものか。この点に関しては、領海沿岸国の行使する保護権の法的性質が、「国家管轄権」なのかそうではない権限なのか(坂巻 (2015)、坂巻 (2018)) とか、法執行なのか武力行使なのか(正確には、法執行と性質決定される場合はどのような場合で、武力行使と性質決定されるのはどのような場合か)(西村 (2023))⁽³⁸⁾といったことが論じられることがある。これらの議論の意義についてどう考えるべきか。

まず、前者の議論(「国家管轄権」かどうか)の意義は、「軍艦の免除」が仮に「国家管轄権からの」免除だとした場合、沿岸国の保護権の性質が「国家管轄権」なら免除と保護権との間に抵触が生ずることになる一方、沿岸国の保護権が「国家管轄権」ではないのなら免除と保護権との間に抵触は生じないことになるから、どちらなのかを決めるために沿岸国の保護権の法的性質を確定しておく必要がある、ということのようである(坂巻 (2015)、坂巻 (2018))⁽⁴⁰⁾。しかし、坂巻自身が結局は認めるように、「軍艦の免除」⁽⁴¹⁾には、裁判権免除などのほか、不可侵が含まれる。不可侵とは、艦長の同意がない場合における艦内への立入禁止という物理的かつ事実的な意味で定義される。⁽⁴²⁾そうすると、沿岸国が保護権を行使して行うことは、物理的に艦内への立入りを伴う措置であれば、その法的性質にかかわらず——つまり「国家管轄権」の行使かどうかに関係なく——免除原則(不可侵)との関係を考えなければならなくなる。そして、領海沿岸国の保護権と外国軍艦の免除との関係という主題に関して中心的に論じられるのは、沿岸国の当局が現場で、つまり領海内での措置(例えば武器使用、拿捕・抑留等)の合法性であり、それとの関係で問題になるのは不可侵であるから、沿岸国の保護権の性質が「国家管轄権」であるかどうかを考えることに意味はない。⁽⁴³⁾

次に、2つ目の議論(法執行か武力行使か)についてはどうか。たしかに、沿岸国が保護権の行使としてとる措置と武力行使禁止原則(国連憲章2条4

項)との関係が問題になることはもちろんある(本稿910-911頁参照)。しかし、この問題は、まさに武力行使禁止原則の適用の問題にほかならないのであって、沿岸国の保護権と外国軍艦の免除との関係の問題を論ずるに当たって、保護権の行使としてとられる措置を、法執行か武力行使かのどちらかに性質決定しなければならないのではない。沿岸国が保護権を行使してとる措置は、法執行だろうが武力行使だろうが、外国軍艦の免除との関係が問題になるときは問題になるし、問題にならないときは問題にならないからである。最後のこの点は、軍艦の免除原則の射程に関わる問題なので、次のⅣの中で論ずる。

Ⅳ 軍艦の免除原則の射程



この図における矢印は沿岸国にとっての緊迫度の高さを示し、矢印の右に行くほどその緊迫度は高くなる。まず、Aは無害通航が行われている状況であり、「沿岸国の平和、秩序又は安全を害しない」限り、法令の違反があっても通航は無害通航のままである(図で「単なる法令違反」と書いたのはそういう意味)⁽⁴⁴⁾。この場合、沿岸国は、商船および商業的目的のために運航する政府船舶に対しては、海洋法条約第2部第3節や第12部の関連規定に定められた限度で法令の適用・執行のための措置をとれるが、通航の無害性が失われていない以上、もちろん25条1項に基づく保護権は行使できない。法令に違反するのが外国軍艦の場合、沿岸国は、当該軍艦に法令の遵守を要請し、その要請が無視された場合には、その軍艦に対し領海から直ちに退去することを要求することができる⁽⁴⁵⁾(30条)。次に、Bは無害でない通航が行われている状況であり、沿岸国は25条1項に基づき保護権を行使できる。Ⅲで述べたように、沿岸国の保護権とは、無害通航権保障との関係でかかっていた制約が外れた領域主権(full
(阪大法学) 73 (5-24) 904 [2024.1])

jurisdiction)であり、国の公権力行使に関する一般国際法上の制約（必要性（necessity）、均衡性（proportionality）、無差別（non-discrimination）など）に従うことを条件として、必要なら原則としてどのような措置でもとり得る。⁽⁴⁶⁾ 保護権行使の対象が軍艦である場合に免除という制約に服するかどうかは、まさに本稿が検討している問題にはかならない。Bの状況において、沿岸国の法令の違反は、行われている場合も行われていない場合もあり得る。最後に、Eの状況（沿岸国に対し武力攻撃（an armed attack）が行われる状況）に至れば、沿岸国は、国連憲章51条に基づき自衛権を行使できる。⁽⁴⁷⁾

外国軍艦から沿岸国に対する武力攻撃があり（図のEの状況）、それに対し沿岸国が自衛権を行使して軍事力により反撃した場合、通常であれば両国間に国際的武力紛争（an international armed conflict）が発生し、国際的武力紛争法の適用が始まる。国際的武力紛争において、紛争当事国は他方当事国の軍艦を軍事目標として攻撃し、または戦利品として拿捕・押収してよいのであり、軍艦の免除などそもそも問題になり得ない。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾

このような状況において軍艦の免除が問題にならないのは、軍艦の免除原則の目的と、そこから導かれる同原則の射程に基づくと考えられる。軍艦の免除原則の目的が何であるかは難しい問題であるが、軍艦が所属国の主権を表象するものであること、公務遂行機能や軍事機密の保護などに加えて、⁽⁵¹⁾ 国家間における不必要な軋轢の回避が挙げられる。⁽⁵²⁾ 別稿でも述べたように、国家間の友好関係を害し得る軋轢の回避が軍艦の免除原則の目的（の一つ）だとすると、国家間の友好関係が既に破壊されてしまった状況（自衛権を行使し得る状況ないし国際的武力紛争）において同原則が妥当する余地はない。軍艦の免除原則は、まさにそうした状況の回避を目的として、そうした状況に至っていないときに妥当するからである（さらに、国際的武力紛争の状況においては、軍艦によって表象される相手国（敵国）の主権尊重など問題にならないし、また、相手国の軍事機密の保護なども問題になり得ない⁽⁵³⁾）。こう考えると、図のEの状況で沿岸国が外国軍艦を拿捕・抑留等してよいのは、沿岸国の行っていることが法執行ではなくて武力行使（自衛権行使）だからといった理由によるのではなく——つまり沿岸国がとる措置の法的性質によるのではなく——、Eの状況が軍

艦の免除原則の射程の外にあることによる。本稿Ⅲの最後の部分で、「沿岸国が保護権を行使してとる措置は、法執行だろうが武力行使だろうが、外国軍艦の免除との関係が問題になるときは問題になるし、問題にならないときは問題にならない」と述べたのは、そういう意味である。つまり、本主題は、沿岸国がとる措置の性質の側からではなく、軍艦の免除原則の射程の側から考えるべきだ、というのが本稿の主張の一つである。

軍艦の免除原則が保護しようとするものの一つ（国家間の友好関係）は、上記図のEの状況においては明らかに失われているが、Eに至らないDの状況においてもそれが失われていると考えることはできるか。つまり、軍艦の免除原則の射程の限界点がCとDの境目にあり、Cの状況では免除を侵害することになりとり得ない措置であっても、Dの状況においては合法的にとり得るということがあるだろうか。それとも、CとDの境目に限界点はなく、Eの状況に至らない限り軍艦の免除原則は適用されるのだろうか。逆に、沿岸国の保護権は軍艦の免除の例外だという議論、つまり沿岸国が保護権を行使し得る状況において軍艦の免除は問題にならないという議論（本稿897頁参照）は、軍艦の免除原則の射程の限界点がAとBとの境目にあるという議論にはかならないが、そのように考えることはできるだろうか。

それではどう考えるべきか。つまり、軍艦の免除原則の射程の限界点は、AとBとの境目、CとDとの境目、DとEとの境目のどこにあるか。

まず、限界点がAとBとの境目にあるとの見解、つまり沿岸国が保護権を行使し得る状況（Bのゾーン）において軍艦の免除はおよそ問題にならないとの見解はどうか。「沿岸国の平和、秩序又は安全」を害する行為としては、国連憲章に規定する国際法の諸原則に違反する武力行使（海洋法条約19条2項a号）のような沿岸国にとって極めて重大なものから、漁獲活動（同i号）のような重大性の低いものまで、非常に多様なものが含まれる。また、19条2項には「通航に直接の関係を有しないその他の活動（any other activity）」（l号）が挙げられていること（かなり多くのものがこれに含まれそうである）から考えても、「沿岸国の平和、秩序又は安全を害する」という基準の敷居はそれほど高くない。そうすると、図のBのゾーンに入った途端に一律に軍艦の免除が

適用されなくなるという見解は常識的に考えて行き過ぎであり、実際、保護権行使が問題となる状況では軍艦の免除はおよそ問題にならないとまで主張する学説を見つけることはできない⁽⁵⁴⁾。

そうすると、図のEのゾーンに入った場合（自衛権行使が可能な場合）に軍艦の免除が問題にならないことは上述の通り自明であり、そのことを否定する人もいないから、問題は、Dのゾーン（上記図の網掛け部分）、つまり自衛権行使が可能な状況には至っていないけれども沿岸国の平和・安全が深刻に害されている状況において、軍艦の免除原則が適用されない（同原則の射程の外にある）と考えられるかどうかである。

この点、Dの状況において沿岸国が外国軍艦に対して一定の実力を行使することができると考える人は多い（以下の引用文中の下線は引用者によるもの）。例えば、小寺（2008）は、「もちろん、外国公船によって沿岸国法益がまさに侵害されようとする場合に、あくまで国際法上の国家責任の法理によってしか対応できないというのは不合理である。軍艦を含む外国公船が退去強制に従わず、やむを得ない場合には、外国公船に対して警察力を行使することも認められようし、また外国軍艦に対しては、自衛権行使の要件を満たす場合には、沿岸国が武力行使を行うことも可能であると考えられる」と述べる⁽⁵⁶⁾。奥脇（2010）は、外国軍艦が無害でない通航をする場合について、「一般には退去の要請（本国政府を介しての要請も含む）を行っても退去しない場合には強制的な排除措置をとりうるであろう」とし、外国軍艦が「沿岸国の防衛又は安全保障を害することとなるような情報の収集を目的とする行為」（海洋法条約19条2項c号）を行う場合には、「退去の要請に従わない場合にこれを強制的に排除する必要が生じる場合がありうる。この場合を直ちに自衛権に結びつけて正当化することは困難であるが、警告射撃以上の措置に及ばないのであれば、一般には保護権の行使と認められるであろう」と述べる⁽⁵⁷⁾。Heintschel von Heineggによれば、外国軍艦が無害でない通航をする場合、沿岸国は領海外への退去を命ずることができ、それにもかかわらず領海内にとどまる場合は、「軍艦にその命令に従わせるため、実力の行使（the use of force）を含むすべての必要でありかつ均衡性のある措置に訴えることを許される」（the coastal State may re-

sort to all necessary and proportionate measures, including the use of force, in order to make the warship comply with such orders)」(ここで「the use of force」が国連憲章2条4項の対象となる「武力の行使」のことを指すのかどうかは、テキストだけでは定かではない。ここではひとまず「実力の行使」と訳してある)。さらに、「外国軍艦が情報収集その他の活動であって沿岸国の安全を害するものに従事する場合、無害通航権に係るその違反が十分に明白かつ重大であるならば、沿岸国は当該軍艦を臨検、搜索し、および一時的に拿捕・抑留することを許される (The coastal State is entitled to visit, search, and temporarily capture a foreign warship that was engaged in intelligence or other operations prejudicial to the coastal State's security if that violation of the right of innocent passage was sufficiently clear and grave)」ともいう⁽⁵⁸⁾。

沿岸国がとり得る措置の内容は、小寺によれば「警察力〔の〕行使」、奥脇によれば「警告射撃〔以下〕の措置」である。引用文中の波線部分から、これらの措置が自衛権の行使ではないことは明らかである。これらの措置は、外国軍艦の免除と両立するからとれるのか、それとも、通常であれば免除と両立しないけれども一定の場合にはとれるようになるのか、どちらの趣旨なのかは必ずしも明らかではないが、おそらく小寺は後者の趣旨だろうと思われる。この点 Heintschel von Heinegg はもっと明確で、軍艦の免除の内容として、刑事および民事裁判権からの免除、臨検・搜索・拿捕・抑留からの免除、艦長の明示的な同意がなければ沿岸国当局が艦内に立ち入れないことなどを挙げつつ、上記引用のとおり、沿岸国の平和・安全が深刻に害される一定の場合に沿岸国は外国軍艦を臨検・搜索し一時的に拿捕・抑留できるというのだから、これは、通常であれば免除を侵害することになる措置であるけれども一定の場合には合法的にとることができるという趣旨である。

領海内での外国軍艦の行動により沿岸国の平和・安全が深刻に害される場合に、沿岸国が領海外への退去要求や所属国への国家責任追及しかできないと考えるのはたしかに不合理であり、沿岸国は実力行使を含む必要な措置をとれるという見解は、常識に合致する妥当な見解だと言える。問題は、①そのような措置の国際法上の根拠は何か、②外国軍艦の免除との関係をどう考えるか、③

国連憲章2条4項に違反する武力行使になってしまわないかということであるが、上に引用した3人は、いずれも、これらの問いに答えていない。これらの問いに明確な答えを出していないのは他の人たちも同じである。それではどう考えるべきか。

まず、②について、Heintschel von Heineggのように、**図**のDの状況において、通常であれば免除を侵害することになる措置（臨検・搜索、一時的な拿捕・抑留など）をとれるというのであれば、免除原則に優越する何らかの正当化根拠を持ち出すか、あるいは、Dの状況において免除原則が適用されないと言うかのいずれかであろう。しかし、Dは武力攻撃が発生していない状況であり、一般的に受け入れられた見解に従うならこの状況で自衛権は行使できないから、自衛権は根拠にならない（仮に自衛権を援用できたとしても、さらに、自衛権が軍艦の免除原則に優越すると言えなければならない）。また、自衛権以外に根拠になりそうなものもない。⁽⁶¹⁾

そうすると、前記の常識的判断——Dの状況で沿岸国が領海外への退去要求や所属国への国家責任追及しかできないと考えるのは不合理であり、通常であれば免除を侵害することになるものも含めて必要な措置をとれるという考え——を国際法的に根拠づけようとすれば、Dの状況は軍艦の免除原則の射程の外にあると説明するしかないし、また、そう考えるのが妥当でもある。⁽⁶²⁾すなわち、先述の通り、軍艦の免除原則の目的の一つは、国家間の友好関係を害し得る不必要な軋轢の回避だと考えられる。**図**のEの状況（自衛権を行使し得る状況ないし国際的武力紛争）において軍艦の免除などおよそ問題にならないのは、軍艦の免除原則が守ろうとするもの（国家間の友好関係）が既に破壊されてしまっているからで、Eの状況は明らかに軍艦の免除原則の射程の外にある。軍艦の免除原則の射程の限界点を正確に特定するためには国家実行の詳細な分析が不可欠であり、十分な国家実行の蓄積のない本主題に関してそれを行うのは非常に困難ではあるが、⁽⁶³⁾軍艦の免除原則の射程の限界点が、Eより手前のところにある——つまりDのゾーンは軍艦の免除原則の射程の外である——可能性は十分にある。

次に、Dのゾーンにおいて沿岸国が無害でない通航を防止するために必要な

措置をとる権限は、沿岸国の領域主権（無害通航権保障との関係でかかっていた制約の外れた full jurisdiction）に基づく（本稿900頁参照。本稿908頁で設定した①の問いへの解答）。そして、Dのゾーンは軍艦の免除原則の射程外だという判断をするなら（そのような判断が本当に可能かどうかは今後の課題であるが、ここではそのような判断をした後の話をしている）、この場合の領域主権行使は、軍艦の免除による制約を受けない。したがって、沿岸国がとる措置は、必要であれば、臨検、搜索、拿捕、抑留等、艦内への立入りを伴う措置を含めて構わないし、また、軍艦に対して武器を使用することもあり得る。⁽⁶⁴⁾もちろんこの場合の措置は、国の公権力行使に関する一般国際法の制約（必要性、均衡性、無差別等）に服するから（本稿905頁参照）、具体的にどのような措置をとってよいかは、それぞれの具体的な状況次第である。海と空、そして軍艦と軍用機との性質の違いはあるが、軍用機による領空侵犯の場合、必要に応じて最終的には撃墜までできると考えられていること（本稿901頁参照）⁽⁶⁵⁾から考えても、沿岸国の平和・安全が深刻に害されている場合（で、かつ、自衛権行使要件が満たされていない場合）に、状況次第では、外国軍艦に対し臨検、搜索、拿捕、抑留、武器使用等の措置をとることができるとの結論は、決して不合理な結論ではない。ただ、拿捕・抑留や武器使用といった強烈な措置をいきなりとるべきではないのは言うまでもなく、領海外への退去要求を無視する外国軍艦に対しては、「並走、幅寄せ、高圧放水等によって退去を促す」といった穏便な措置から始めて、「それでも従わない軍艦に対しては、警告のうえ、警告射撃を行⁽⁶⁶⁾」といった措置を挟み、それでもなお領海外に退去しない場合にはじめて、拿捕・抑留や武器使用等の措置をとれると考えるべきである。

最後に、外国軍艦に対して沿岸国のとる措置は、図のDのゾーンでは軍艦の免除原則に違反しないと言えたとしても、国連憲章2条4項に違反する武力行使になってしまうかは別途問題になる（本稿908-909頁で設定した③の問題）。国連憲章2条4項は、「国際関係における」武力の行使」を禁止する。

「国際関係」とは、国家間の関係という意味であり、沿岸国が外国軍艦に対して実力を行使すれば（武器使用、拿捕・抑留等）、それは「国際関係における」武力の行使」に該当しように思える。この点、Ruys は、ある国の軍事・

警察組織と他国の軍事・警察組織との間の小規模な軍事衝突 (small-scale armed confrontations, between military or police units of different states) が国連憲章2条4項に言う「国際関係における武力の行使」に当たるかどうかを検討した論文の中で、「他国の軍事または警察組織による領域（陸、海または空）への不法侵入 (unlawful territorial incursions (land, sea, or air) by military or police units of another state) の文脈において、または個別の部隊 (individual units) 相互間の局地的な敵対的衝突の文脈において、国が一定の状況においては軍事力 (armed force) に訴えてよいということについては、一般に受け入れられている」としつつ、「そのような武力による反応 (forcible responses) の適切な法的根拠 (the proper legal basis) についてはなお争いがある」と述べている⁽⁶⁸⁾。この論文で Ruys が整理するように、上記の場合に国が軍事力を行使してよいという結論については多くの人の見解が一致するものの、その法律構成については、(a) そのような軍事力行使はそもそも国連憲章2条4項の範囲外の問題であるという説と (b) 同項の範囲内には入るが何らかの事由により正当化されるという説とに分かれ、さらに (a) 説の中でも、なぜ2条4項の範囲外だと言えるのかの理由についての見解が分かれ、(b) 説の中でも、その正当化事由が何であるかについて見解が分かれるという状況であり、学説の分裂はなかなか収束しそうもない⁽⁶⁹⁾。この難問に答えを出すのは本稿の射程を大きく超えることなので、本稿では、軍艦の免除原則と武力行使禁止原則とは別々の法規範であり、領海において無害でない通航を防止するために沿岸国がとる措置との関係は、軍艦の免除原則と武力行使禁止原則のそれぞれについて、別々に考えるべきであることを指摘しておくにとどめる。

V おわりに

本稿で明らかにしたことを、若干の補足を加えながらまとめれば次のようになる。

- ・ 軍艦の免除と沿岸国の保護権との関係の問題を論ずる際に、海洋法条約

32条に言う「例外」という言葉を真に受けてはならない。この問題は、32条を離れて論ずるべきである⁽⁷⁰⁾（Ⅱ）。

- 無害でない通航（沿岸国の平和、秩序または安全を害する通航）を防止するために沿岸国が領海内で必要な措置をとる権利（沿岸国の保護権）の性質は、無害通航権保障との関係でかかっていた制約の外れた領域主権（full jurisdiction）であるが、軍艦の免除との関係を論ずるに当たっては、沿岸国の保護権の性質を正確に特定する必要はない。外国軍艦の免除のうち、沿岸国が領海内でとる措置との関係で問題になるのは不可侵であるが、軍艦の不可侵は、艦長の同意なしに艦内に立ち入ってはならないという物理的・事実的な観点から定義されるので、沿岸国のとる措置の法的性質が何であれ、物理的に艦内への立入りを伴う措置であれば免除との関係は問題にならざるを得ないからである（Ⅲ）。
- したがって、無害でない通航をする外国軍艦に対していかなる措置をとれるかという問題は、沿岸国がとる措置の性質の側からでなく、軍艦の免除原則の射程の側から考えるべきである。同原則の目的の一つが国家間の友好関係を害し得る不必要な軋轢の回避だとすると、このような友好関係が既に破壊された状況において軍艦の免除原則が妥当する余地はない。そのような状況の典型は自衛権を行使し得る状況ないし国際的武力紛争の状況（904頁の図のEの状況）であるが、Eの状況に至らなくても、軍艦の免除原則が守ろうとする状態が既に破壊されていると言える可能性のある状況はあり得る（図のDの状況）（Ⅳ）。
- この状況が具体的にどのようなものであるか、さらに、このような状況（図の網掛け部分）が本当にあるかは、国家実行の分析によってしか決まらない。海洋法条約19条2項という例示規定の存在するBの部分（「沿岸国の平和、秩序又は安全を害する」の概念）や、国連安全保障理事会への報告制度（国連憲章51条）を通じて国家実行が一箇所に集積される傾向のあるEの部分（「武力攻撃」の概念）と比べると、Dの部分の存在とその範囲を特定するのは困難な作業である。しかし、困難ではあっても、問題の解決のためにはやるしかない。この作業は今後の課

題としたい（Ⅳ）。

- 図のDのゾーンが軍艦の免除原則の射程の外だと仮に言えた場合、このゾーンにおいて軍艦の免除原則は適用されないことになるから、沿岸国は、公権力の行使に関する一般国際法の制約（本稿905頁）に服することを条件として、状況に応じて必要ならば、外国軍艦の拿捕・抑留、それに対する武器使用などの措置をとることも可能であることになる。これらの措置が国連憲章2条4項に違反しないかどうかは別途問題となる。
- 図のCのゾーンでは軍艦の免除原則が適用される。Cのうち、Aの部分（軍艦が沿岸国の法令に違反するが通航の無害性は失われていない場合）において沿岸国ができることは、法令の遵守要請とそれが無視された場合における領海外への退去要求（海洋法条約30条）と、法令違反により沿岸国に損害が生じた場合の国家責任追及（同31条）だけである。BからDおよびEを除いた部分（Dの状況に至っていない場合）において、沿岸国は保護権（同25条1項）を行使できるが軍艦の免除原則は適用されるので、沿岸国は、軍艦の免除を侵害しない限度においてのみ必要な措置をとれる。⁽⁷¹⁾ また、公権力の行使に関する一般国際法の制約（本稿905頁）は、もちろんこの状況においても適用される。したがって、沿岸国が具体的に何をできるかは、それぞれの状況および軍艦の免除原則の内容次第である。しかし、軍艦の免除の内容に何が含まれるか自体も不明確さの残る問題で、臨検、搜索、拿捕、抑留など艦内への立入りを伴う措置が含まれるのは明らかであるが、艦内への立入りを伴わない措置（例えば外国軍艦への放水、幅寄せ、体当たりなど。さらに武器使用⁽⁷²⁾）が免除を侵害するの⁽⁷³⁾かどうかは必ずしも明らかでなく、この点を明らかにするのも今後の課題である。

- （1） 海洋法に関する国際連合条約（平成8年条約第6号）（United Nations Convention on the Law of the Sea, 10 December 1982, 1883 U.N.T.S. 3）。本稿では「海洋法条約」と略称する。
- （2） “The coastal State may take the necessary steps in its territorial sea to prevent passage which is not innocent.”

- (3) 海洋法条約において「軍艦」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」と定義される（29条）。
- (4) 沿岸国の保護権には、無害でない通航（non-innocent passage）を防止するために必要な措置をとる権利（海洋法条約25条1項）のほか、入港条件違反の防止のために必要な措置をとる権利（同2項）と、自国の安全の保護のため不可欠である場合に行う無害通航の一時的停止（同3項）が含まれる。「通航」に当たらないもの（non-passage）に対してとり得る措置について海洋法条約に規定はないが、慣習国際法上、沿岸国は無害でない通航の場合と同じ措置をとれると考えられている。Haijiang Yang, *Jurisdiction of the Coastal State over Foreign Merchant Ships in Internal Waters and the Territorial Sea* (Springer, 2006), pp. 215-222. 本稿では、特に断りなく単に「沿岸国の保護権」という場合には、無害でない通航を防止するために必要な措置をとる権利（25条1項）のことを指すものとする。
- (5) 立作太郎『平時国際法論』（日本評論社、1942年）492-495頁によれば、軍艦が有する免除の内容は、①「不可侵（inviolability）」（艦内への立入禁止）と②「所在国の法権の或る範囲の免除」（所在国の裁判権と警察権が軍艦内に行われないこと）である。軍艦の免除の内容については、このほかに、Robin Churchill, Vaughan Lowe and Amy Sander, *The Law of the Sea*, 4th ed. (Manchester University Press, 2022), p. 164; Wolff Heintschel von Heinegg, "Warships," *Max Planck Encyclopedias of International Law* (online edition, accessed 29 October 2023), paras. 17-25などを参照。
- (6) よく参照されるものとして例えば、F. David Froman, "Uncharted Waters: Non-Innocent Passage of Warships in the Territorial Sea," *San Diego Law Review*, Vol. 21 (1984), pp. 625-689; Ingrid Delupis, "Foreign Warships and Immunity for Espionage," *American Journal of International Law*, Vol. 78 (1984), pp. 53-75; Roma Sadurska, "Foreign Submarines in Swedish Waters: The Erosion of an International Norm," *Yale Journal of International Law*, Vol. 10 (1984), pp. 34-58; Francesco Francioni, "Peacetime Use of Force, Military Activities, and the New Law of the Sea," *Cornell International Law Journal*, Vol. 18 (1985), pp. 204-210.
- (7) 西村弓「領海内で無害でない通航を行う外国公船への対処」奥脇直也・坂元茂樹編『海上保安法制の現状と展開：多様化する海上保安任務』（有斐閣、2023年）20-35頁。
- (8) 坂元茂樹「中国公船に対する対応：外国公船に対する警告等の措置」坂元茂樹（阪大法学）73（5-34） 914〔2024.1〕

『日本の海洋政策と海洋法』増補第2版（信山社、2019年）431-456頁。

- (9) Shizuka Sakamaki, “Measures against Non-Innocent Passage of Warships and Other Government Ships Operated for Non-Commercial Purposes,” *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 61 (2018), pp. 81-110.
- (10) 坂巻静佳「軍艦その他の政府公船に対し保護権の行使としてとりうる措置」『日本海洋政策学会誌』5号（2015年）48-60頁。
- (11) 佐藤教人「領海における外国公船に対する執行措置の限界」『同志社法学』66巻4号（2014年）1-74頁。
- (12) 奥脇直也「領海における外国公船に対する執行措置」『海洋権益の確保に係る国際紛争事例研究（第2号）』（海上保安協会、2010年）1-13頁。
- (13) 小寺彰「排他的経済水域における外国公船に対する措置：外国公船の享受する『免除』の本質をふまえて」『海洋法の執行と適用をめぐる国際紛争事例研究（海上保安体制調査研究委員会報告書）』（財団法人海上保安協会、2008年）96-107頁。
- (14) 真山全「領海にある外国軍艦に対する強力的措置に関する覚書」『国際安全保障』35巻1号（2007年）45-55頁。
- (15) 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（海洋法制研究会第1年次報告書）』（日本国際問題研究所、1999年）74-86頁。
- (16) 村上歴造「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（海洋法制研究会第1年次報告書）』（日本国際問題研究所、1999年）87-97頁。
- (17) 西村・前掲注(7)24頁；Sakamaki, *supra* note 9, pp. 85-86.
- (18) 坂巻・前掲注(10)50頁。坂巻（2018）（Sakamaki, *supra* note 9, pp. 104-109）も基本的には同様である。他方、海洋法条約32条に言う「例外」とは何か、25条1項はその「例外」に含まれるかという論点を立てない先行研究も多い（ただし、なぜ立てないのか、必要がないから立てていないのかはわからない）。例えば、小寺（1999）、真山（2007）、小寺（2008）、奥脇（2010）、坂元（2019）などがそうである。前掲注(15)(14)(13)(12)(8)。
- (19) 西村・前掲注(7)23頁は、「国連海洋法条約32条は、『この節のA及び前二条の規定による例外を除くほか』、同条約規定は軍艦・公船が享受する免除に影響を与えないと規定しており、沿岸国の保護権を定める25条はA節に置かれているから、文言の自然な解釈によれば、軍艦や公船に通常であれば与えられる免除の範囲がどのようなものであれ、保護権行使は免除による制約を受けないように思われる」と述べる。つまり、坂巻（2015）の整理に即せばA説に当たる解釈が、文言の自然な解釈だと述べる。それにもかかわらずB説に当たる見解をとる者（「25条との関連で免除について考慮する必要はないという前提を置かずに、免

除との関係を視野に入れつつ保護権の内容を特定しようとする論者」も多いとし、「32条の文言にもかかわらず、保護権の内容を検討するに当たって免除を考慮する理由について、これらの論者は明示しないが、32条の意義には以下の理由から疑問があるのも確かである」述べる。そのような疑問がある理由として、32条が「例外」として言及するもののうち31条（旗国による責任引受け）と30条（領海外への退去要求）は明らかに免除の「例外」ではないこと、海洋法条約32条の前身である1958年領海条約22条2項の起草の際にも、何が軍艦の免除の例外なのかを特定しようという積極的な合意がなされた訳ではないことを指摘する。西村・前掲注(7)23-24頁。この指摘は、端的に言えば、32条における『例外』という言葉の意味を真に受けてはならない、ということであり、本稿の主張と同じである。西村は、保護権は軍艦の免除の例外だという立場（A説）を結局採用せず、軍艦に免除（特に不可侵）が認められる根拠に照らして、沿岸国にできることの内容を特定している。西村の見解およびそれと本稿の主張との関係については、後掲・注(53)および(64)を参照。

- (20) Bernard H. Oxman, "The Regime of Warships under the United Nations Convention on the Law of the Sea," *Virginia Journal of International Law*, Vol. 24 (1984), p. 818.
- (21) Budislav Vukas, "Chapter 23: Peaceful Uses of the Sea, Denuclearization and Disarmament," in René-Jean Dupuy and Daniel Vignes, eds., *A Handbook on the New Law of the Sea*, Vol. 2 (Martinus Nijhoff, 1991), p. 1251.
- (22) Froman, *supra* note 6, pp. 644-645; Tullio Treves, "Chapter 17: Navigation," in René-Jean Dupuy and Daniel Vignes, eds., *A Handbook on the New Law of the Sea*, Vol. 2 (Martinus Nijhoff, 1991), p. 916. Froman は、免除を享受する軍艦であっても「服する」規定として、30条や31条など明らかに免除原則の「例外」とは言えないものも含めており、「服する」という表現に「例外」という意味まで読み込むことはできない。また、Froman は別の頁（p. 664, note 179）では、「軍艦は伝統的に免除を享受するため、無害でない通航に対してとり得る措置は、商船に対する場合よりも軍艦の場合の方が、介入の程度の低い措置のみを含むことになるだろう（Due to the traditional immunity of warships, such steps against warship would likely involve less intrusive measures than those taken against non-innocent passage of merchant ships）」と述べており、沿岸国が保護権を行使してとる措置が軍艦の免除によって制約される（商船と比べて less intrusive measures しかとれない）ことをむしろ肯定している。Treves の上記引用頁には「例外」という言葉が出てくるが、保護権が免除の「例外」だと言っているのではない。「無害でない通航に対して沿岸国がとる対応措置の権限は、問題となる

のが外国軍艦である場合には、いかなる例外にも直面しないのではない (These powers of reaction on the part of the coastal State as against passage which is not innocent do not encounter any exception when foreign warships are concerned)」。ここで、「例外」はむしろ外国軍艦の免除の方である (沿岸国の保護権が外国軍艦の免除によって制約される)。そして、その免除が、「〔第2部第3節〕Aの諸規定 (上述の25条1項を含む) にのみ服する (only subject to the provisions of subsection A)」のであるが、それがどのような「服し」方なのかについて、ここでは何も述べられていない。

- (23) Churchill, Lowe, and Sanders, *supra* note 5, p. 164 (“However, both warships and other government-operated non-commercial ships are subject to the legislative jurisdiction of the coastal State, it being only the enforcement of law against them which is precluded by reason of their immunity. Hence they are under an obligation to respect coastal State laws...”); Heintschel von Heinegg, *supra* note 5, para. 23 (“While the coastal State retains its right to prescribe...”).
- もっとも、軍艦の免除とは立法管轄権からの免除を含まないという点については異論もない訳ではない。例えば小寺・前掲(13)は、「軍艦に対しては、原則として、旗国以外の国の管轄権は、立法管轄権も含めて一切及ばない」としつつ (100頁)、外国軍艦による「領海の通航に係る沿岸国の法令」の「違反」や「遵守」について定める海洋法条約30条に言及し、「領海内では、軍艦にもその海域の通航に関する沿岸国の法令の遵守義務が課されていることが30条の前提である」と考えることができ、通航に関する限りで、沿岸国の立法管轄権が及ぶとされていると考えることができる。この点も、外国軍艦に対して与えられている『免除』の例外と評価できるのである」と述べる (102頁)。つまり小寺によれば、軍艦の免除とは、立法管轄権を含む外国の管轄権からの包括的な免除のことであり (原則)、領海の無害通航に係る沿岸国の法令制定権について定めた海洋法条約21条 (第2部第3節Aに入っている) で軍艦を含むすべての船舶に適用される) や「領海の通航に係る沿岸国の法令」の「遵守」義務を前提にしていると考えられる30条は、免除原則の「例外」を定めたものだということである。ただし、仮にそうだとすると、本文で述べた結論は影響を受けない。本文で述べているのは、32条が「例外」という言葉を使ってクロスリファラーしているものの「多く」が軍艦の免除の「例外」という性質を有しないということであり、「例外」としての性質を有するものが「含まれる」可能性は否定していないし否定する必要もないからである。

- (24) 注(25)および(29)に引用するもののほかに、例えば、Erik Jaap Molenaar, *Coastal State Jurisdiction over Vessel-Source Pollution* (Kluwer Law International,

1998), p. 249; Richard A. Barnes, “Article 25: Rights of Protection of the Coastal State,” in Alexander Proelss ed., *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (C.H. Beck, 2017), p. 224; 坂元茂樹「領海」山本草二編集代表『海上保安法制：海洋法と国内法の交錯』（三省堂、2009年）141頁。

- (25) Churchill, Lowe and Sander, *supra* note 5, p. 149.
 - (26) 国家管轄権 (jurisdiction) の語を狭い意味で——裁判手続およびそれと結びついた措置という意味で——使うものとして、坂巻・前掲注(10)51、58頁；Sakamaki, *supra* note 9, pp. 95–98.
 - (27) Churchill らは、「沿岸国の執行管轄権 (Coastal States’ enforcement jurisdiction)」と題する節において、無害でない通航をする外国船舶を領海外に退去させる措置に言及し、このような措置は、「当該船舶を拿捕し、国内裁判所において〔刑事裁判〕手続を開始することに替わる便利な手段になり得る (may be a convenient alternative to arresting it and instituting proceedings before municipal courts)」と述べている。Churchill, Lowe and Sander, *supra* note 5, p. 164. 刑事裁判手続の開始に替わるもの (alternative) としている以上、上記の措置は、明らかに刑事裁判権の行使と結びつかない措置 (司法警察権ではなく行政警察権の行使) である (司法警察権と行政警察権については後掲注(32)、(33)および(35)参照)。また、同じ節において、Churchill らは「国際法における自衛の一般的権利 (a general right of self-defence in international law)」に言及し、「沿岸国が領海内の外国船舶からの差し迫った攻撃に直面しており (are facing an imminent attack from foreign vessels)、防衛のために他に手段がない場合には、沿岸国は自らを守るため当該船舶に対して必要な実力 (any necessary force) を行使することができる」と述べる。これもやはり刑事裁判手続とは結びつかない措置である。Churchill, Lowe and Sander, *supra* note 5, p. 165.
 - (28) Yang は、coastal State jurisdiction を legislative jurisdiction と enforcement jurisdiction とに分け、後者をさらに criminal jurisdiction、civil jurisdiction、administrative jurisdiction の3つに分ける。Yang によれば、海洋法条約25条が定める沿岸国の保護権は administrative jurisdiction に分類される。Yang, *supra* note 4, pp. 185, 215–225. Criminal jurisdiction および civil jurisdiction と異なり、administrative jurisdiction は裁判手続と結びつかない措置であり、我が国の行政法学の分類 (後掲注(32)) で言えば行政警察権に相当する。
 - (29) Yang, *supra* note 4, pp. 216–217.
 - (30) 山本草二『国際法』新版 (有斐閣、1994年) 466–467頁。
 - (31) Yang, *supra* note 4, pp. 217–218 (“The commonly used measures in this context comprise warning, warning shot, stopping, boardings inspection,
- (阪大法学) 73 (5–38) 918 [2024.1]

detention, institution of proceedings, diversion or expulsion. Where the foreign merchant ships concerned defy orders to cooperate during enforcement, the competent authorities may resort to coercive measures, including the use of force as the last resort.”).

- (32) 伝統的な行政法学では、警察組織が行う活動であるかを問わず（それを行う行政機関が何であるかを問わず）、公共の安全と秩序を維持する行政主体の活動一般を「警察」ないし「警察作用」と呼び、そのような活動のうち、①司法活動としての性質をもつもの（犯罪の捜査、被疑者の逮捕等）を「司法警察」と、②行政活動としての性質をもつものを「行政警察」または「警察行政」と呼んで区別してきた。藤田宙靖『行政法総論』新版（青林書院、2013年）104頁。①は司法の作用に属し、それを規律する法規は刑事訴訟法であって行政法規ではない。田上穰治『警察法』新版（有斐閣、1983年）30頁。講学上「即時強制」と総称される行政活動形式（義務の履行を強制するためでなく、即時に国民の身体や財産に実力を加えて行政上必要な状態を実現する作用）が認められる場面の多くが、②に属する。その例としては、他人に害を及ぼす恐れのある精神障害者の強制入院（精神衛生法29条）、消火活動のための土地の使用・家屋等への立入り・処分（消防法29条）、狂犬の殺害（狂犬予防法9条）、酔払いや行倒れ人の保護（警察官職務執行法3条）、感染症予防法が定める健康診断の強制や強制入院などが挙げられる。藤田・前掲注(32)320-321頁。
- (33) 西村弓「第8章 警察・法執行」黒崎将広ほか『防衛実務国際法』（弘文堂、2021年）188頁。「司法警察権」および「行政警察権」と国際法で用いられる「執行管轄権」の概念との対応関係については、仲野武志『防衛法』（有斐閣、2023年）59-62頁；小寺彰「執行管轄権の域外行使と旗国管轄権：旗国管轄権の非旗国（沿岸国）による補完とその意義」山本草二編集代表『海上保安法制：海洋法と国内法の交錯』（三省堂、2009年）177-179頁も参照。
- (34) 小寺・前掲注(33)178頁。接続水域において沿岸国が行使できる権限（いわゆる in-coming の場合：接続水域内にいるがまだ領海に入っていない船舶に対して行使できる権限）は jurisdiction ではなく control だと主張する Fitzmaurice は、「[接続水域において沿岸国が行使できる] 権限は、行政官または裁判官の権限ではなくて警察官の権限である。……その権限は、本質的に監督的ないし予防的なもの (supervisory or preventive) である。[その権限が行使される] 時点で、沿岸国の法令の違反は現に行われていないからである」と述べる。Gerald Fitzmaurice, “Some Results of the Geneva Conference on the Law of the Sea: Part I-The Territorial Sea and Contiguous Zone and Related Topics,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 8 (1959), pp. 113-114.

- (35) 西村・前掲注(33)188頁は、「また、自国での刑事訴追を前提とする司法警察権限と並んで、即時強制のため（たとえば、後述する領空侵犯機への対応措置や領海において無害でない通航を行う外国船舶を領海外に退出させる措置等）、あるいは条約等に基づいて他国による管轄権行使を補完するために（たとえば、海洋航行不法行為防止条約や国連公海漁業協定に基づく執行協力等）行われる行政警察権の行使については、監理（コントロール）権として執行管轄権とは別概念と整理する説もあるが、公権力の行使に対する国際法の授權や制約を論ずるにあたっては双方を区別する意義は薄いので、本書においては両者を広義の執行管轄権に含めて解説する」と述べる。本稿の筆者も、基本的には——つまり、本文901-902頁の①と②とを区別することに意味がある場面がある可能性を現時点では完全には否定しきれないものの——西村の見解に賛成する。小寺・前掲注(33)178頁も、海洋法を論ずる際に使う「管轄権」ないし「執行管轄権」の概念を、①と②の両方を含む意味で用いるのが適切だという。

なお、接続水域における沿岸国の権限に関する論争（前掲注(34)）の本質は、通関・財政・出入国管理・衛生の4事項に関する沿岸国の法令の効力が接続水域に及ぶかどうか——及ぶのであれば、この4事項については外国船舶が接続水域にいる段階で法令の違反が成立し、沿岸国は刑事裁判手続に関連する措置（船舶の拿捕、物の押収、被疑者の逮捕等）（jurisdiction）を接続水域内でとれることになる（いわゆる「立法管轄権説」）一方、4事項に関する沿岸国の法令の効力が接続水域に及んでいないのであれば、接続水域内では法令の違反は成立せず、沿岸国は、接続水域では、4事項に関する法令の違反が領海内で行われるのを防止するための予防的措置（control）のみをとれることになる（いわゆる「執行管轄権説」）——という点にあり、接続水域で行使できる権限がjurisdictionなのかcontrolなのかという形で問いが立てられているのではない。接続水域における沿岸国の権限については、北川佳世子「密輸と組織犯罪」山本草二編集代表『海上保安法制：海洋法と国内法の交錯』（三省堂、2009年）261-265頁。

- (36) 後掲注(69)参照。
- (37) 海洋法条約298条によれば、同条約の締約国は、「次の種類の紛争（the following categories of disputes）」のうち1または2以上のものについて、海洋法条約第15部第2節の義務的紛争手続を受け入れないことを書面によって宣言することができる。「軍事的活動」に関する紛争は、海洋の境界画定に関する紛争などと並んで、そのような「種類の紛争」の1つとして挙げられている。
- (38) 坂巻・前掲注(10)51頁（「UNCLOS25条1項に規定されるところの保護権の行使としてとられる『必要な措置』については、狭義の国家管轄権の行使の一環として位置づける理解と、それとは区別される又はそれには必ずしも包摂されない、

国際法上認められた権限の行使としてとられる措置と位置づける理解とがあるように思われる」); Sakamaki, *supra* note 9, pp. 95-98.

(39) 西村・前掲注(7)28-30頁。

(40) 坂巻・前掲注(10)52頁; Sakamaki, *supra* note 9, p. 97 (“If the right of protection is different in nature from the enforcement jurisdiction of coastal States in their territorial sea (and especially if the nature of the right is the right of self-defense), the right would not necessarily conflict with the immunity of warships and public ships, leading to the conclusion that the measures available to coastal States are not limited in that regard.”). 坂巻の議論の下敷きになっている小寺 (1999) は、次のように述べる。「このような疑問が持たれるのは、管轄権という概念自身が国際法上一義的に理解されているわけではなく、管轄権を、大きく立法・裁判・執行というプロセスを中心に捉える見方と、管轄権を国家の統治権と同視する見方があることに由来する。前者の狭義の理解では、民事事件・刑事事件を念頭におき、裁判権を中心に据えて、裁判の実効性を高めるための捜査や執行権限を含めて管轄権を理解する。それに対して、広義の管轄権の理解では、国が統治機構として行うすべての行為が含まれる。管轄権を狭義に理解すれば、沿岸国の保護権行使は対象船舶を沿岸国の裁判に付すための手続ではなく、沿岸国の裁判権と関係しない以上、保護権と主権免除に矛盾はないとも言う。それに対して、管轄権を広義に理解すると、主権免除には保護権との対立の契機が見出されることになる」。小寺・前掲注(15)80頁。この論文で小寺が指摘するのは、様々なもの(国、外交官、外交使節団、公船、軍艦等)が「外国の管轄権から免除される」と言われる場合の「管轄権」とはどのような意味でのそれであるかを、それぞれの問題に即して明らかにする必要があるということであり(81頁)、沿岸国の保護権の性質については、「沿岸国の保護権行使は対象船舶を沿岸国の裁判に付すための手続ではなく、沿岸国の裁判権と関係しない」という理解を最初から前提にしている。それでは軍艦および公船の免除が「何からの」免除なのかという点について、小寺はこの論文ではあまり明確にしていないが、まずは民事裁判権免除、次いで刑事裁判権免除であるとしつつ、それらに尽きる訳ではないとの理解が示されている(81-82頁)。これに対し、小寺(2008)では、軍艦および公船の免除を主権免除(民事裁判権免除)に引きつけて理解する見解を明確に批判し、軍艦および公船の免除は、「所在地国の立法管轄権を前提とする『裁判権免除』ではなく、より包括的な内容をもつ、『不可侵性(inviolability)』の概念によって理解すべきものである」と述べる(小寺・前掲注(13)101頁)。ただし、小寺が言う「不可侵性」とは、所在地国の統治権(裁判権だけでなく立法管轄権を含む)からの包括的免除という意味であり、本稿が立・前掲注(5)492-495頁に

依拠して使っている「不可侵」の語とは意味がややずれる。立によれば、軍艦の免除（「軍艦の特権」）の内容は、①「不可侵」（「軍艦所在国の官吏は、艦長の承諾を得るに非ざれば、艦内に入るを得ない」こと）と、②「所在国の法権の或る範囲の免除」（「所在国の裁判権及警察権は、軍艦内には行はれない」こと）の2つであり、本稿で「不可侵」の語はもっぱら①の意味で用いている。これに対し、小寺が「不可侵性」と言うのは①と②の両方をおそらく含むが、①よりもむしろ②の方に議論の重点がある。

- (41) 坂巻・前掲注(10)52-53頁；Sakamaki, *supra* note 9, p. 99.
- (42) 前掲注(5)参照。
- (43) 沿岸国の保護権と軍艦の免除原則との間に接点がない（＝両者の関係を考えなくてよい＝沿岸国は免除原則に縛られずに保護権を行使できる）とすれば、それは、①軍艦の免除とはもっぱら「管轄権からの」免除であり、②沿岸国の保護権は「管轄権」ではなく、③これらの場合における「管轄権」とは裁判権およびその前提となる措置（司法警察権）に限られる、という3つすべてが成り立つ場合にはじめてそうなるが、①が成り立たない以上（軍艦の免除には不可侵、すなわち目的が何であれ艦内へ立入ることの禁止が含まれる）、それで話は終わりで、②を考える意味はない。なお、②についても、沿岸国の保護権に狭い意味での「管轄権」（裁判権およびその前提となる措置）が含まれない、というのも変な話で、沿岸国は、無害でない通航を防止し、また将来に向かって抑止するために「必要」ならば、公権力行使に関する一般国際法の制約（本文905頁および後掲注(46)参照）に従うことを条件として、刑事裁判手続を開始してよいし、その前提となる司法警察権を行使することもできるはずである。これは、まさに25条1項が言う「必要な措置」の一つにはほかならない。沿岸国の「保護権」の性質と中身については、後掲注(47)参照。
- (44) Richard A. Barnes, "Article 30: Non-Compliance by Warships with the Laws and Regulations of the Coastal State," in Alexander Proelss ed., *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (C. H. Beck, 2017), p. 246.
- (45) 30条は、軍艦が法令違反を行う場合についての規定であり、軍艦の場合、通航が無害性を失っていないくても、単なる法令違反を理由に領海外への退去を要求できるところにこの規定の主眼がある。軍艦が無害でない通航を行う場合には、沿岸国の保護権を定めた25条1項の問題となる。25条は、海洋法条約第2部第3節A（「すべての船舶に適用される規則」）の中に入っているから、軍艦にも適用される。「無害でない通航を防止するため……必要な措置」の一つとして、領海外への退去要求は当然に含まれるが（これは30条に基づく措置ではなく25条1項に基づく措置）、領海外への退去要求が外国軍艦に対して現場でできることの最大

のことであるかどうかは、軍艦の免除原則との関係により決まることであり、まさに本稿が検討している問題にほかならない。

- (46) Yang, *supra* note 4, p. 217. 国の公権力行使に関する一般国際法上の制約については、西村・前掲注(33)192-193頁も参照。公権力行使に関する一般国際法の制約について、2007年のガイアナ・スリナム海洋境界画定事件仲裁判断では、法執行活動において使用する実力 (force) は「不可避であり、合理的で、かつ必要 (unavoidable, reasonable and necessary)」でなければならないと、2015年の *Arctic Sunrise* 号事件仲裁判断では、「合理性、必要性および均衡性の一般原則 (general principles of reasonableness, necessity, and proportionality)」と定式化されている。 *The Delimitation of the Maritime Boundary between Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname), an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations on the Law of the Sea, Award, 17 September 2007, R.I.A.A., Vol. 30, p. 126, para. 445; Arctic Sunrise (The Kingdom of the Netherlands v. the Russian Federation), an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations on the Law of the Sea, Award on the Merits, 14 August 2015, R.I.A.A., Vol. 32, p. 268, para. 224.*
- (47) 「沿岸国の保護権 (rights of protection of the coastal State)」(海洋法条約25条)とは、rights が複数形で用いられており定冠詞が付いていないことからわかるとおり、無害でない通航などを防止するために沿岸国がとる諸措置を総称する言葉であり、単一の法的性質をもつ1つの権利として理解すべきではない。まず、海洋法条約25条では、無害でない通航を防止するために必要な措置をとる権利(1項)だけでなく、自国の安全の保護のために無害通航を一時的に停止する権利(3項)や、入港条件違反を防止するために必要な措置をとる権利(2項)も含めて「沿岸国の保護権」という言葉を使っている。また、無害でない通航を防止するために必要な措置をとる権利(1項)について言うと、本文で述べたように、その性質は、無害通航権保障の必要との関係でかかっていた制約が外れた沿岸国の領域主権 (full jurisdiction) であるが、この領域主権は、領海内において、刑事裁判手続の一環(船舶の拿捕、被疑者の逮捕、物の押収等の司法警察権)として行使されることもあるし、刑事裁判を前提としない措置(領海外への退去強制等の行政警察権)として行使されることもある。さらに、「沿岸国の平和、秩序又は安全を害する」行為には、「武力による威嚇又は武力の行使であって、沿岸国の主権、領土保全若しくは政治的独立に対するもの又はその他の国際連合憲章に規定する国際法の諸原則に違反する方法によるもの」も含まれる(19条2項a号)から、本文904頁の図のBとEは一部重複する(沿岸国に対する武力行使ないし武力攻撃は、「沿岸国の平和、秩序又は安全」を当然に害する。「武

力攻撃」は「武力の行使」より狭い概念であり「武力の行使」の概念の中に包摂される)。つまり、無害でない通航を防止するために沿岸国がとる「必要な措置」には、自衛権の行使も含まれる(沿岸国に対し武力攻撃が行われている状況において「必要な措置」は、自衛権に基づく軍事力の行使にほかならない)。このように、無害でない通航を防止するために沿岸国が領海内で「必要な措置」をとることができる権利である「保護権」とは、沿岸国がもともと持っている領域主権や自衛権を、それぞれの場合の必要に応じて行使できることを表現したものであり、海洋法によって「保護権」という特別な権利が沿岸国に付与されている訳ではない。

- (48) 「国際的武力紛争」、「武力攻撃」、「武力の行使」の3つは、それぞれ目的の異なる概念であり、3つがぴったり重複するわけではない(「国際的武力紛争」は国際的武力紛争法の適用の始期を定める概念、「武力攻撃」は自衛権の発動要件を定める概念、「国際関係における」武力の行使は国連憲章2条4項で禁止の対象となる行為である)。ただし、一般に、「国際的武力紛争」の成立に必要な国家間での暴力行為については、それほど高い強度(intensity)は求められず、また、行為の目的や法的根拠と無関係に暴力行為が行われたという事実をもってその成立が認められるとされているから、ある国が別の国に武力攻撃を行い、後者の国がそれに自衛権を行使して軍事力で反撃すれば、普通は国際的武力紛争が成立すると考えられる。真山・前掲注(14)51頁参照。

- (49) Heintschel von Heinegg, *supra* note 5, paras. 55-56.

- (50) 国際的武力紛争においても、紛争当事国(交戦国)ではない国(中立国)との関係では軍艦の免除原則は引き続き適用される。ただし、1907年海戦中立条約(「海戦ノ場合ニ於ケル中立国ノ権利義務ニ関スル条約」、大正11年条約第12号・官報8567号(明治45年1月13日)66-72頁; Clive Parry ed., *Consolidated Treaty Series*, Vol. 205, pp. 395-404) 24条1項は、「交戦国軍艦ニシテ中立官憲ノ通告アルニ拘ラス滞留スルノ権利ヲ有セサル港ヲ去ラサルトキハ中立国ハ該軍艦ヲシテ戦争ノ継続中出航スルコト能ハサラムル為必要ト認ムル手段ヲ執ルコトヲ得(a le droit de prendre les mesures qu'elle pourra juger nécessaires)」と、同2項は、「交戦国軍艦中立国ノ為ニ抑留セラルル(est retenu)トキハ将校其ノ他ノ艦員モ亦均シク抑留セラルヘシ」と定めており、一定の場合において中立国が交戦国軍艦を抑留できることを認めている。この規定は、入港を禁じられているにもかかわらず中立国港に入港する交戦国軍艦および認められた滞留期間を超えて中立国港に碇泊し続ける交戦国軍艦について、軍艦の免除原則の例外を定めたものである。なお、海戦中立条約24条所定の場合以外の場合、例えば中立国領海において「単なる」通航(le simple passage)(海戦中立条約10条により沿

岸中立国が認めてよいと定められているもの) 以外の通航や活動を行う交戦国軍艦に対して拿捕・抑留等の措置をとってよいか(またはとらなければならないか)については学説が対立する。以上について、和仁健太郎「武力紛争時における国際海峡の法的地位：通過通航権制度と海戦法規・中立法規との関係」坂元茂樹編『国際海峡』(東信堂、2015年)246-250頁を参照。

- (51) 西村・前掲注(7)25頁。
- (52) Sakamaki, *supra* note 9, p. 102. 西村・前掲注(7)25-26頁は「軍事衝突の回避」と表現するが趣旨は同じである。See also, *ARA Libertad (Argentina v. Ghana), Provisional Measures, Order of 15 December 2012, I.T.L.O.S. Reports 2012*, p. 349, para. 97.
- (53) 和仁健太郎「日本周辺の海峡と外国潜水艦の通航」奥脇直也・坂元茂樹編『海上保安法制の現状と展開：多様化する海上保安任務』(有斐閣、2023年)44頁。これと同じ観点は、西村・前掲注(7)26頁でも述べられている(下線および丸数字は引用者によるもの)。「無害でない通航を行う軍艦については、その公務を保護する必要性は薄く、また沿岸国の領域主権も侵害されていることから軍艦本国の象徴的主権の保護の必要性も減じられるとしても、軍事衝突回避の必要性はなお問題となり得る。／この点をどう判断すべきかは難しいが、両国間の関係および保護権としてとられる措置の内容によって評価は分かれるように思われる。前者について、①不可侵権尊重の根拠が衝突の回避にあるとすると、仮に友好関係が既に破壊されているような場合には尊重によって保護・維持すべき関係が既に失われていると考えられる。②例えば、武力紛争時に相手国の軍艦に対して実力行使することは当然に認められるが、この段階では免除や不可侵権の基盤となっている関係は既に存在しない。この観点からは、③沿岸国の平和、秩序または安全に対する侵害度が極めて高い態様の有害通航への対応が問題となるが、④そうしたケースでの対応は海洋法が前提とする免除や不可侵権の枠を超えて武力行使の問題となると言えるかも知れない。」下線部①では、軍艦の免除(不可侵)の根拠の一つが軍事衝突の回避(友好関係の維持)であることが述べられ、それを前提に、下線部②では、少なくとも国際的武力紛争が発生している場合には不可侵の尊重により保護しようとする関係が既に破壊されているから免除は適用されないという見解が述べられている。下線部③は、国際的武力紛争は発生していないけれども沿岸国の平和・安全が深刻に侵害されている状況に言及するものであり、本稿904頁の☒で言えばDの状況に当たる。この状況を法的にどう説明・処理するかが本主題の核心であるが、西村は下線部④のような曖昧な述べ方をしている。下線部③および下線部④についての本稿の筆者の見解は、この状況を軍艦の免除原則の射程外に出した後、武力行使禁止原則との関係を別途考えればよ

いというものである（本稿910-911頁）。つまり、沿岸国が保護権を行使して外国軍艦に対してとる措置については、軍艦の免除原則との関係と武力行使禁止原則との関係をそれぞれ考えなければならないが、それらは別個の問題であり、2つの問題を連続的に考える必要はないということである。

- (54) 沿岸国の保護権が軍艦の免除原則の例外だとはっきり述べる学説が見当たらないことについては、前掲注(22)参照。
- (55) 海洋法条約19条における「平和」と「安全」の相違について、山本草二『海洋法』（三省堂、1992年）128頁は、「平和」とは「軍事的な安全」であり、「安全」とは「非軍事的で社会経済面での国の安全」のことであると述べる。
- (56) 小寺・前掲注(13)103頁。
- (57) 奥脇・前掲注(12)6頁。
- (58) Heintschel von Heinegg, *supra* note 5, paras. 42, 43.
- (59) *Ibid.*, para. 23 (“Any exercise of criminal or civil jurisdiction constitutes a violation of the warship’s sovereign immunity.... Therefore warships may neither be visited nor searched or captured. Officials of the coastal State may enter a foreign warship with the commander’s express consent only.”).
- (60) 法的な位置づけはともかく本文904頁の図のDの状況において具体的にとり得る措置の内容に関して結論的には学説が概ね一致することについて、西村・前掲注(33)198-199頁（「具体的状況において、無害でない通航を防止しやめさせる必要性がどれだけあるか、当該防止の目的と比例する措置であるかが措置の国際法上の合法性如何を判断するための基準であること、具体的手段としては、まずは退去の要請を伝達し、要請に従わない外国軍艦に対しては、段階に応じて、並走、幅寄せ、高圧放水等によって退去を促すことが考えられ、それでも従わない軍艦に対しては、警告のうえ、警告射撃を行い、さらに退去のためのあらゆる手段を尽くした後に船体射撃を行うことも状況次第では許容されうること等については多くの学説が一致しているものの、そうした措置が法的にいかに位置づけられるかについては、武力行使禁止原則の射程にも依存する。」）。
- (61) 仲野武志は、2017年の論文で、「無害でない航行を行っている軍艦等」で「退去の要求に応じない」ものについて、「そのような軍艦等はもはや執行管轄権の免除を享有しないと考えられる」と述べているが、免除が否定される根拠は示していない。仲野武志「武力行使・武器使用の法的規制（3・完）」『自治研究』93巻11号（2017年）30頁。同論文の注169に挙げられている文献を見ると、無害でない通航をする軍艦等が退去の要求に応じない場合、退去を強制するのに必要な「force」を使用できるとは言っているが、免除が否定されるとは言っていない。

R. R. Churchill and A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3rd ed. (Manchester

University Press, 1999), p. 99; Anne Bardin, "Coastal State's Jurisdiction over Foreign Vessels," *Pace International Law Review*, Vol. 14 (2002), p. 65; 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」栗林忠男・杉原高嶺編『現代海洋法の潮流—第3巻：日本における海洋法の主要課題』（有信堂、2010年）102頁・注112。仲野は、2023年の著書では、海洋法条約20条にもかわらず浮上せずには領海を通航する外国軍艦に関して、やはり Bardin の論文を引用しつつ、「国際法学界では、『一般に、沿岸国は、潜水艦に領海から退去するよう要求することができるにとどまるが、当該潜水艦が当該要求に応じない場合において、他に適当な手段がないとき（In the last resort）は、実力〔行使〕も許容されるであろう』と考えられている。そのような実力行使は、『武力攻撃』には至らない『国際関係における『武力の行使』に対する一般国際法上の実力行使（第41問参照）として認められ、“不法から法は生じない”（ex iniuria ius non oritur）の原則により、軍艦に与えられる免除（海洋法条約32条）とも両立し得るという趣旨であろう」と述べる。仲野・前掲注(33)386頁。ここで「不法から法は生じない」という場合の「不法」が、国連憲章2条4項違反のことなのか、海洋法条約20条違反のことなのかやや明確ではないが、おそらく前者の趣旨であろう。ただ、外国軍艦の免除は「不法」から生じたものではなく、外国が最初からもっている権利で、この権利が、当該外国が「不法」を行ったことを理由に否定されると言えるかどうかはかなり疑問である（例えば、「不法」を行った国が国際法上もっている権利はすべて否定されることになってしまうのか、それでよいのか、否定される権利の範囲には何らかの限界があるのか、その限界はどのようにして決まるのかといった疑問）。

(62) 同様の見解を示すものとして、西村・前掲注(7)26頁。前掲注(53)参照。

(63) 国家実行の少なさについては、前掲注(17)。

(64) 西村・前掲注(7)27頁は、無害でない通航をする外国軍艦に対し沿岸国ができることについて、結論として次のように述べる。「軍艦は不可侵権を有し、無害でない通航を行う場合であっても、通常、沿岸国は、軍艦内部への立入りや軍艦の拿捕は行い得ない。他方で、無害でない通航を行う軍艦に対して領海からの退去要求を行うことは可能であり、軍艦が退去要求に応じない場合に、領海からの退去を強制する目的に厳密に限定して必要な範囲での実力行使を行うことも、不可侵権が認められてきた理由に照らして肯定される余地が残る」。西村は、「軍艦内部への立入りや軍艦の拿捕」について、「通常」は行い得ないと述べる。西村は、本稿と同様に、軍艦の免除原則の根拠（国家間の友好関係の維持、軍事衝突の回避）から考えて同原則の射程を特定する考え方を採用するので（前掲注(53)参照）、「通常」でない場合、つまり免除原則の射程の外的場合を想定するはずで、

そのような場合であれば軍艦内部への立入りや軍艦の拿捕も行い得ると考えるはずである。

- (65) 黒崎ほか・前掲注(33)599頁(真山全)は、「武力紛争の存在しないときですら領空侵犯の軍用航空機を撃墜する事例があり、そうした無許可進入軍用航空機撃墜が違法であるとする国家実行はむしろ少ない」と指摘する。
- (66) 前掲注(60)参照。
- (67) Albrecht Randelzhofer and Oliver Dörr, “Article 2(4),” in Bruno Simma *et al.*, eds., *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3rd ed., Vol. 1 (Oxford University Press, 2011), p. 214.
- (68) Tom Ruys, “The Meaning of ‘Force’ and the Boundaries of the *Jus Ad Bellum*: Are ‘Minimal’ Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2 (4)?,” *American Journal of International Law*, Vol. 108 (2014), p. 177.
- (69) 外国軍艦に対する実力の行使が場合によっては「国際関係における」武力の行使に該当しないことがあり、実際にそれに該当しないと判断された先例として、ウクライナ艦船抑留事件(2019年国際海洋法裁判所暫定措置命令、2022年国連海洋法条約附属書Ⅶ仲裁裁判所仲裁判断)が挙げられることがある(西村・前掲注(33)192頁; 仲野・前掲注(33)80頁)が、適切ではない。すなわち、この事件で問題になったのは、裁判所に付託された紛争が、海洋法条約298条に基づき海洋法条約第15部第2節の義務的紛争解決手続の適用からの選択的除外ができる種類の紛争の一つである「軍事的活動……に関する紛争」(298条1項b号)に当たるか否かであった(裁判の当事国であるウクライナとロシアはこの種類の紛争について選択的除外宣言をしていた)。裁判所は、298条1項b号の意味での「軍事的活動」と対比させる語として「法執行 (law enforcement)」の語を用い、本件紛争の主題であるロシア海軍によるウクライナ海軍の艦船の拿捕・抑留とそれに至る両国海軍の行動(実力 (force) の使用を含む)の少なくとも一部は「法執行」であって「軍事的活動」ではなかったと判示した。*The Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine/ The Russian Federation), Request for the Prescription of Provisional Measures, Order, 25 May 2019, I.T.L.O.S. Reports 2018-2019*, p. 283, paras. 63-77; *The Detention of Ukrainian Naval Vessels and Servicemen (Ukraine/ The Russian Federation)*, an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, PCA Case No. 2019-28, Award on the Preliminary Objections of the Russian Federation, 27 June 2022, paras. 104-125. たしかに、「法執行」の概念は、海洋法条約298条1項b号の「軍事的活動」との対比においてだけでなく、国連憲章2条4項の「国際関係における」武力の行使」との対比でも用いられる(本稿(阪大法学) 73 (5-48) 928 [2024.1])

902頁参照)。しかし、海洋法条約298条と国連憲章2条4項は目的のまったく異なる規定であり、海洋法条約298条1項b号の「軍事的活動」との対比で用いられる「法執行」の概念(義務的紛争解決手続からの選択的除外が認められる種類の紛争の範囲を特定するための概念)が、国連憲章2条4項の「国際関係における」武力の行使との対比で用いられる「法執行」の概念と一致する保証はどこにもない(結果として一致する可能性はなくはないが、両規定の目的の大幅な違いに鑑みれば、一致しないとひとまず考えておくのが妥当だろう)。

- (70) 筆者はかつて次のように述べたことがある。「平時における領海沿岸国の保護権については、国連海洋法条約第32条における『この節のA及び前2条の規定による例外を除くほか』との表現からは、『免除』原則の例外という位置づけがなされているように見えるが、問題は、保護権の内容として、軍艦に対する臨検・搜索・拿捕・抑留といった措置まで含まれているかどうかであろう。」和仁・前掲注(50)248頁。この記述のうち、前半部分については、海洋法条約32条における「例外」という言葉は問題解決の手がかりにならず、むしろそれに引きずられるべきではない、という見解に改めたい。また、後半部分について、保護権(無害でない通航を防止するために必要な措置をとる権利)という観点^{だけ}から考えるなら、臨検・搜索・拿捕・抑留といった措置であっても必要ならとれることになるから、問題はやはり免除原則の内容と射程の観点から考えるべきであるという見解に改めたい。
- (71) 領海沿岸国の保護権と外国軍艦の免除との関係の問題に関連してよく引用される国会答弁として、次のものがある(下線および丸数字は引用者によるもの)。
「①国連海洋法条約第25条では、無害でない通航を防止するため、沿岸国が自国領海内において必要な措置を取ることができると規定されており、この規定は軍艦等にも適用されます。／同時に、そのような必要な措置は、②当該外国政府船舶が有する免除を侵害しない範囲で行わなければならない、③当該外国政府船舶の侵害行為との比例性が確保されたものでなければならないと解しております。／その上で、海上保安庁の対応について、一般論として申し上げれば、外国政府船舶への対応については、④個別具体のケースに即して総合的に判断すべきであり、一概にお示しすることは困難です。／ただし、海上保安庁は、領海において外国政府船舶が無害通航に当たらない航行を行っている場合には、⑤当該外国政府船舶が有する免除を侵害しない範囲で、⑥当該外国政府船舶の侵害行為との比例性を確保しつつ、必要な措置を取ることができるものと解しております。」(政府参考人(海上保安庁総務部長)宮澤康一)。「一般論として申し上げますと、⑦国際法上、船舶は免除を有します。外国政府の船舶が日本の領海内で国際法違反を行っている状況の下においては、国際法上の要件を満たす形でこれを排除するため

に限定的な実力を行使すること、これにより国際法上問題が生じるとは解されないというのが我々の立場でございます。／これに基づいて海上保安庁が一定の措置を取った場合には、それは国際法上認められた正当な法執行活動とみなされる、位置づけられるものと考えております。」（政府参考人（外務省国際法局長）岡野正敬）。『第204回国会衆議院外務委員会議録第6号』（令和3年4月7日）6頁。宮澤政府参考人は、全体として、本稿904頁の図で言えばBの部分のうちDやEに至っていない状況に言及している。本稿で論じた通り、この状況では軍艦の免除原則が適用されるから、沿岸国が保護権を行使してとる措置は「外国政府船舶が有する免除を侵害しない範囲で行わなければならない」ことになる。下線部②と⑤はそのことを述べたものであり、その前提として、沿岸国の保護権は外国軍艦に対しても行使できることが下線部①で述べられている。下線部③と⑥で言及されている侵害行為との比例性は、国内法上の要請であると同時に、国の公権力行使に関する一般国際法の制約（必要性、均衡性、合理性、無差別等。本稿905頁および前掲注(46)参照）の一つでもある。何が必要かつ合理的で、侵害行為との均衡が保たれた措置であるかは、個別具体的な状況ごとに異なる。下線部④はそのことを述べたものである。問題は、岡野政府参考人の答弁（下線部⑦）で、外国軍艦等が免除を有すると述べつつ、「日本の領海内〔における〕国際法違反を……を排除するために限定的な実力を行使すること」は国際法上許されると述べる。この「限定的な実力〔の〕行使」は、免除原則が適用される状況であっても免除を侵害せずにできるという趣旨なのか、免除原則が適用されないからそういうこともできるという趣旨なのか、どちらの趣旨なのかは明らかでない。

(72) ただし、軍艦の免除原則の根拠として挙げられるもの（本稿905頁参照）のうち、軍事機密の保護を重視すれば艦内への立入りを伴わない措置は免除を侵害しないことになる一方、国家間における不必要な軋轢の回避（軍事衝突の回避）を重視すれば、武器使用や体当たりなども免除を侵害することになりそうである。

(73) 坂巻・前掲注(10)56頁は、軍艦の免除（不可侵）の内容に関して、「艦長の同意なき乗船、立入検査、拿捕、体当たり、放水、電子的妨害、船体への武器の使用といった直接的又は物理的な妨害や侵入に相当する措置はとることはできないと考えられる」と述べるが（Sakamaki, *supra* note 9, p. 108も同じ）、軍艦の免除がここまで幅広い内容を含むものかどうかはやや疑問である。軍艦の免除の内容に関して坂巻が参照する文献のうち（坂巻・前掲注(10)53頁；Sakamaki, *supra* note 9, p. 100）、J. L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed., edited by Sir Humphrey Waldock (The Clarendon Press, 1963), p. 267は、「〔軍艦およびその他の公船〕に対しては、訴訟手続を開始することができない（can no process be instituted）だけでなく、〔軍艦およびその

他の公船]は不可侵であり、所在地国の当局は、艦長の同意がなければいかなる目的のためであっても艦内に立ち入ってはならない (the local authorities may not enter her for any purpose without the consent of the commanding officer)」と、C. John Colombos, *Higgins and Colombos on the International Law of the Sea*, 2nd revised ed. (Longmans, Green, and Co., 1951) は、軍艦の免除の内容として、「他国の裁判権 (jurisdiction) に服しない」ことと (p. 171)、「領域国の官吏は艦長の意思に反して艦内に入ることを許されない (no official of the territorial State is permitted to board the vessel against the wishes of her commander)」ことを挙げている (p. 176)。どちらも、軍艦の免除の内容として、裁判権の免除と艦内への立入禁止を挙げており、「艦長の同意なき乗船、立入検査、拿捕」が免除を侵害するのは明らかであるが、「体当たり、放水、電子的妨害、船体への武器の使用」といったものが免除を侵害するかどうかは定かではない。坂巻が参照するもう 1 つの文献である I. A. Shearer, "Problems of Jurisdiction and Law Enforcement against Delinquent Vessels," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35 (1986), p. 357 は、「軍艦および非商業的目的のために運航するその他の政府船舶は、いかなる形態の妨害も免れる (exempt from any form of interference)」と述べているが、「interference」が具体的に何を含むのかについては一切何も述べておらず、また、このように言える典拠も示していない。したがって、この文献のこの部分だけを拠り所にして、外国軍艦の活動を少しでも妨害すれば免除を侵害すると考えるのは早計である。軍艦の免除の内容については、前掲注(5)および(40)も参照。