
種 別： 論説

タイトル： 領海警備に係る法整備の提言

著 者： 兼原 敦子

所 収： 『上智法学論集』第 65 卷 4 号（令和 4 年 3 月）11-57 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

領海警備に係る法整備の提言*

兼原 敦子

1. はじめに
2. 本稿の検討の視点を与える理論枠組
 - (1) 国際法上の概念等
 - (2) 国内法上の概念等
3. 国内における硬直的な議論
 - (1) 国際法上の論証の必要性
 - (2) 海上保安庁の行動や取る措置の国際法上の評価
 - (3) 国際法上の「法執行」
4. 海上保安庁の行動や取る措置の国際法上の法的性質とその効果
 - (1) 海上保安庁の行動や取る措置の実質的機能
5. 領海警備が保護する法益
 - (1) 国際法による領海沿岸国の主権の明定
 - (2) 国内法による領海における主権の規定の欠如
 - (3) フランス法における無害通航権に係る法
 - (4) 外国船舶の無害でない通航への対処にみる日本政府の立場
 - (5) 「領海警備法」をめぐる議論
6. 海上保安庁に求められる機能の変化・発展
 - (1) 主権国家の対外的前線としての海
 - (2) 海上保安庁の行動や取る措置の外交・安全保障上の意義
 - (3) 海上保安庁の行動や取る措置がもつ国際的側面と法的性質
 - (4) 海洋の安全保障（maritime security）概念の拡大ないしは拡散
 - (5) 自衛隊（軍）と海保庁（警察）との連携・協力の強化
7. 領海警備の法的性質の複層化の可能性
 - (1) 無害でない通航をする外国公船や外国軍艦への対処
 - (2) エスカレート回避の要請

* 本稿における URL は、すべて、2021 年 11 月 15 日に最終アクセスした。

8. おわりに

1. はじめに

本年(2021年)2月1日に、中国海警法(China's Coast Guard Law、以下、混乱を生じない限り、海警法と記す⁽¹⁾)が施行された。それは、中国海警局が、海上法執行の任務を担うだけでなく、中央軍事委員会の命令に基づき、防衛作戦等の任務も遂行することを明記している⁽²⁾。

中国海警法の施行は、海上保安庁に大きな課題を再認識させた。第一には、海上保安庁による実効的な領海警備⁽³⁾の確保である。第二には、海上保安庁と海上自衛隊との関係の明確化である。両者の課題は、密接に関連すると同時に、海上保安庁の法執行機関としての存立の問題を含み、領海警備に係る法制の見直しに基づく整備という、根本的な要請を突き付ける。

ここ十年を超えて、中国海警局の船舶や漁船、さらには、軍艦が、尖閣諸島の周辺海域に入域し⁽⁴⁾、海上保安庁がこれらに対処するという緊張した状態が常態化している⁽⁵⁾。したがって、第一の点として、尖閣諸島周辺の

(1) 筆者は、中国海警法の英訳として、次を用いた。Coast Guard Law of the People's Republic of China,

https://www.airuniversity.af.edu/Portals/10/CASI/documents/Translations/2021-02-11%20China_Coast_Guard_Law_FINAL_English_Changes%20from%20draft.pdf?ver=vrjG35ymdQsmid0NF66uTA%3D%3D.

(2) 海警法により、中国公船が、法執行の機能のみならず、防衛作戦にも従事することについて、Atsuko Kanehara, "Refining Japan's Integrative Position on the Territorial Sovereignty of the Senkaku Islands," *International Law Studies*, Vol. 97 (2021), V. D. 2.; 山本勝也「中国海警と人民武装警察 - 海警法への違和感と懸念」笹川平和財団

https://www.spf.org/iina/articles/yamamoto_06.html。以下も参照、

土屋貴裕「中国海洋安全保障政策カントリーブローファイル」日本国際問題研究所、

http://www2.jiia.or.jp/pdf/research/H28_Indo-Pacific_country_profile/01-tsuchiya.pdf

https://www.spf.org/iina/articles/yamamoto_06.html.

(3) 「領海警備」の概念については、国会や学説における議論を中心に、後に検討する。

(4) 統計的な分析は、海上保安庁レポート2020年版、(海上保安庁、2020年)、特集2最前線のいま、https://www.kaiho.mlit.go.jp/info/books/report2020/tokushu/toku20_02html.

(5) 日本の対応例について、Ministry of Foreign Affairs of Japan, Status of Activities by Chinese Government Vessels and Chinese Fishing Vessels in Waters Surrounding the Senkaku islands

領海の警備は、海上保安庁の最重要課題であることは、十年を超えて継続している⁽⁶⁾。これについては、それ以上の説明は不要であろう。そして、さらに事態が深刻化すれば、海上保安庁だけではなく、海上自衛隊の出動も想定される⁽⁷⁾。ここで、第二の点として、海上保安庁と海上自衛隊の関係の明確化が重要な問題として浮上する⁽⁸⁾。この点に関してたとえば、海警法施行直後に自民党の政務調査会は、「尖閣諸島をはじめとする我が国の領土・領海・領空を断固守り抜くための緊急提言」を発売した⁽⁹⁾。それは、「防衛出動又は治安出動が下令された場合の防衛大臣の統制下における海上保安官の役割を明確化」することを求めている。ここでは、とくに、自衛隊法 80 条 1 項により⁽¹⁰⁾、これらの事態において海上保安庁が防衛大臣の統制下に入ることが想定されているであろう。むろん、後に検討するように、海上保安庁と海上自衛隊との連携は、防衛出動や治安出動の場合には限らない。本稿は、領海警備を検討するので、領海警備の法的性質をどのようにとらえるにせよ、そのための海上保安庁と海上自衛隊の連携が主たる論題となる。

海上保安庁と海上自衛隊との連携は、海上保安庁が法執行機関であり軍事機関ではないという、その存立の問題をも惹起する。

海上保安庁と海上自衛隊との関係を特定の場合に規定しているのは、自衛隊法 80 条 1 項である⁽¹¹⁾。防衛出動（自衛隊法 76 条）や治安出動（自衛隊法

(August 26, 2016), <http://www.mofa.go.jp/files/000180283.pdf>.

- (6) 海上保安庁レポート 2020 年版参照。前注 4。
- (7) 海上自衛隊の活動が、防衛活動か警察活動かなどについては、領海警備の概念にも密接に関連する。これについては、国会や学説における議論を中心に、後に検討する。
- (8) この問題につき、近年の検討として、森征人「海上警察機関と軍事機関の相関について」海上保安体制調査研究委員会報告書『海洋権益の確保に係る国際紛争事例研究』1（財団法人海上保安協会、2008 年）、99-109 頁；奥蘭淳二「海上保安庁―海上自衛隊関係の変化と海賊対処法」鶴田順編『海賊対処法の研究』（有信堂、2016 年）、とくに 188-191 頁。
- (9) <https://jimin.jp-east-2.storage.api.nifcloud.com/pdf/news/policy/201441-1.pdf>.
- (10) 自衛隊法 80 条 1 項：内閣総理大臣は、第七十六条第一項（第一号に係る部分に限る。）又は第七十八条第一項の規定による自衛隊の全部又は一部に対する出動命令があつた場合において、特別の必要があると認めるときは、海上保安庁の全部又は一部を防衛大臣の統制下に入れることができる。

78条)において海上保安庁は、防衛大臣の統制下に入る。さらに広い視点から関連する国内法をみると、憲法9条⁽¹²⁾と海上保安庁法(以下、庁法と記す)25条⁽¹³⁾のもとで、海上保安庁と海上自衛隊との間には、日本に独自の関係がある⁽¹⁴⁾。端的にいえば、憲法9条の戦争放棄の原則のもとでは、自衛隊が防衛出動するのは、日本に対する武力攻撃⁽¹⁵⁾がある場合(およびそのおそれがある場合。混乱を生じない限り、以下、「武力攻撃がある場合」と記す)である。海上保安庁は、海上保安庁が組織され庁法が起草された戦後期の特殊性を反映して、庁法25条により、軍隊として組織されることはない。

海上保安庁は、海上自衛隊の防衛出動か治安出動において、防衛大臣の統制下に入る。以下、防衛出動に焦点をあてると、防衛出動に際して行動するとしても、海上保安庁は軍隊ではない。外部からの武力攻撃がある中で、軍隊としてではなく、海上保安庁はいかなる任務や機能を果たすのであろうか。法的にみれば、庁法25条に従って、海上保安庁の行動や措置の性質は、軍隊のそれらであってはならない。そして、実際的にみれば、最も根本的で最優先される要請であるが、武力攻撃が行われている状況で、海上保安庁員及び海上保安庁船舶を危険から守り安全を確保しなければならない。自民党

(11) 自衛隊法80条1項、前注参照。

(12) 憲法9条：日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。

(13) 海上保安庁法25条：この法律のいかなる規定も海上保安庁又はその職員が軍隊として組織され、訓練され、又は軍隊の機能を営むことを認めるものとこれを解釈してはならない。

(14) 日本国憲法が、第二次大戦後の日本の占領下で外国語(英語)で起草されたこと自体、極めて特殊である。憲法9条が戦争放棄を宣言しているのは、第二次大戦と憲法起草の経緯によるであろう。それに加えて、庁法25条は、海上保安庁の軍事化を否定する趣旨をもって制定されたのである。廣瀬肇「海上保安庁法第25条の意義」『広島文化学園大学大学院社会情報研究科20周年記念論集』(2020年2月)、とくに22頁以下。

(15) この憲法及び自衛隊法上の「武力攻撃」が、国際法上の武力攻撃とどのような関係に立つかの問題がある。1986年ニカラグア事件(本案)で、国際司法裁判所が武力攻撃を定義している。Military and Paramilitary Activities against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of June 27, 1986, *I. C. J. Reports, 1986*, paras. 184, 188. 本稿では、いくつかの点で、国際法と国内法との整合性を検討するが、武力攻撃概念については、問題の指摘にとどめる。

政務調査会の緊急宣言は、それらを指して、防衛大臣の統制下における海上保安官の役割の明確化を求めているといえよう⁽¹⁶⁾。

海警法の施行後、最近、庁法 25 条の意義の議論がとくに関心をひいている⁽¹⁷⁾。この問題は、本稿が考察する領海警備に係る法整備の一環として位置付けられる。25 条の維持あるいは改正・破棄等の是非は、海上保安庁という機関やその任務および機能の法的性質をあまねく論ずることを不可欠とする。ゆえに、本稿でその結論まで導くことは、筆者の能力をはるかに超える。けれども、ただ単に「そこに庁法 25 条があるから」という主張は、問題の核心と本質を見据えないで済ませる危険を大きく孕む。かりに、庁法 25 条を維持するのであれば、領海警備に突き付けられた最近の諸課題を認識し、海上保安庁という組織の任務及び機能を現在の状況に照らして改めて検討した上で、25 条の維持をはかるべきである。このように、庁法 25 条は、領海警備に関する様々な議論の一環をなすのである。

先に述べた二つの問題、すなわち、海上保安庁による実効的な領海警備の確保と、海上保安庁と海上自衛隊との関係の明確化という二つの問題は、広く深い含意の中でこそ、まさに密接に関連している。

広く深い含意を法に則していえば、それは、領海警備の法的性質を含めて、領海警備に係る法整備の問題に帰着する。領海警備が、海上保安庁の任務と機能に収斂するのか、それとも、海上自衛隊の任務と機能である、防衛にまで及ぶのだろうか。海上自衛隊が領海警備に従事するならば、海上自衛隊の任務や機能は、法執行ないしは警察機能かそれとも防衛なのか、そしてそのとき、海上保安庁と海上自衛隊の関係はいかなるものであろうか。海上

(16) ここでは、海上自衛隊と海上保安庁との現場における実際の作戦行動（オペレーション）が問われるのであり、軍事戦略が決定的に重要となる。筆者は軍事戦略の専門家ではない。よって、本稿は、国際法の観点からの検討の域を出ない。しかし、昨今の情勢で、実際の具体的な作戦行動に照らして、海上自衛隊と海上保安庁の関係と、海上保安庁の役割の明確化が喫緊の課題であることは、強調しておきたい。そして、実際の「現場」での作戦行動をふまえないければ適当な法整備はできない。

(17) 廣瀬前掲論文（注 14）、19 頁は、「現在の国際情勢も踏まえて、この条文（25 条―筆者）の持つ意義を再確認する必要がある」とする。「再確認」は、ただ単に、「25 条がある」という事実だけではなく、その意義を現在の国際情勢において検討し直すことの必要性を指摘している。

保安庁の任務と機能は、現行法に照らせば、法執行や警察機関⁽¹⁸⁾としてのそれらである⁽¹⁹⁾。領海警備は、法執行や警察機関としてのそれに収斂するのであろうか。換言すれば、海上保安庁は、現行法に基づくその任務と機能により、実効的な領海警備を確保できるのであろうか。

そして、領海警備に係る現行法を考察し、また、新たな法整備を考案するとき、国内法と国際法との整合性が不可欠である。現在の状況で、尖閣諸島の周辺海域での中国の行為こそが何よりも直接の対象となる領海警備は、その意味で必然的に「対外的」ありで「国際面」をもつ。そうであるならば、国内法制に基づく海上保安庁の任務や機能の法執行や警察措置という法的な性質は、国内法だけではなく、国際法上のそれらとの整合性を意識しなければならない。国内法に照らした法的性質は、外国や国際社会に対しては、あくまで事実としての意味しかもたず⁽²⁰⁾、国際法としての主張にはならない。同じことは、領海警備のために海上保安庁と海上自衛隊の連携を法的に明確化することについても該当する。そのような連携における海上保安庁や海上自衛隊の任務や機能についても、国内法と国際法の整合性の意識は不可欠である。

以上の問題意識に基づき、本稿は、結論として、領海警備に係る法整備を提言する。それは、筆者の専門である国際法の観点からの検討に基づいた提言である。

本稿は、以下の構成で検討をすすめる。第2節では、本稿の検討対象とその範囲を明らかにするために、検討の枠組として、主に国際法上および国内法上の関連する概念や原則等を抽出して提示する。第3節では、海上保安庁が法執行機関であるとか、警察機能を果たすと説明される点について、その

(18) 「法執行」や「警察としての任務や機能」については、国内法と国際法とでは、当然には同一ではない。それについては、後述する。

(19) 国内法上の海上警察に関する検討として、たとえば、廣瀬肇「海上警察に関する一考察」高田敏・畑博行編『憲法と行政法の現在—伊藤満先内閣官房内生米寿記念』(北樹出版、2000年)73-94頁。

(20) 国際法の平面では、国内法は事実にとどまることにつき、Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Fond), *Recueil des Arrêts, Publication de la cour permanente de justice internationale*, Série A-N.7, p. 19.

ような主張が当然には国際法上は正当化できないこと、従来の議論が硬直的な論理やそれに従う想定を伴っていることを指摘する。この硬直的な論理や想定は、第一に、尖閣諸島付近の海域で不測の事態が発生した場合に、海上保安庁の行動や取る措置が受けうる国際法上の法的評価とそれに伴う効果の認識を阻むという危険をもたらす。第二に、それは、長期にわたり日本で領海警備の議論が進展してきておらず、法に基づく実効的な領海警備の確保を困難にしているという危険な状況を生ずる主たる原因となっている。そこで、第4節では、海上保安庁の行動や取る措置が、武力紛争時に国際法により受ける法的評価と効果を考察する。第5節以下では、領海警備に係る現行法制を多角的に検討する。それは、本稿は領海警備のための法整備を提言するのであり、その根拠として法の不備を指摘するためである。第5節では、領海警備が保護する法益、領海警備法をめぐる議論を考察する。それに際しては、領海における外国船舶の無害通航権をめぐる国会の議論等に注目し、外国法との比較において、日本の領海法の特徴を明らかにする。また、領海警備の現代における特徴を明らかにして、それが、法執行機関ないしは警察機能を果たす海上保安庁が独占的に所掌できるのかにつき検討する。第6節では、国際的な側面でも現代において海上保安庁に期待される任務や機能を明らかにする。そこでは、法執行ないしは警察措置と防衛や自衛との区別が相対化せざるを得ない要因をみる。第7節では、本年（2021年）の国会での議論には、領海警備の法的性質のいわば「複層化」の可能性を読み取りうることを明らかにする。そして、最後に、領海警備に係る法整備を提言する。

2. 本稿の検討の視点を与える理論枠組

(1) 国際法の概念等

領海警備の法制において根幹といえるのは、領海警備により守る法益であろう。それに関しては、国連海洋法条約（UNCLOS）2条1項が、領海における沿岸国の主権を規定している。すなわち、主権が保護法益である。

領海警備を実施する事実状況について、それを法的に評価する概念や原則

等がある。たとえば、武力紛争、法執行、武力行使および武力による威嚇は、そのような概念である。さらに事実状況を法的に評価する原則等には、国連憲章2条4項、国連海洋法条約(UNCLOS)の法執行関連規定がある⁽²¹⁾。これらの概念や原則等により事実状況が法的に評価されることに伴って、当該事実状況を「舞台」として行われる実力の使用が、武力行使ないしは武力による威嚇にあたるのか、法執行に伴う実力の使用であるのかという論点が生じてくる⁽²²⁾。

事実状況が、武力紛争であると法的に評価される場合⁽²³⁾、武力紛争に関する原則等の中で、かりに武力紛争時に海上保安庁が行動するとすれば、その行動や措置の法的な評価に関わる概念や原則等として、軍事目標、捕虜・病院船があり、1949年ジュネーヴ第二条約22条・24条・27条、1949年ジュネーヴ条約への1977年第一追加議定書43条1項および3項、51条、52条、59条、60条等がある。海上保安庁の行動や措置を武力紛争法の視点から評価するに際しては、たとえば、当該行動や措置に加えて、装備・船の規

(21) 近年、国際法上でも国内法上でも、グレーゾーン事態の議論がある。国際法では、とくに、大規模テロや反徒の制圧が、犯罪の鎮圧であるのか、それともその範囲を超えた特別な事実状況なのかは、それが国際の平和と安全の破壊あるいはそれへの脅威なのかも含めて、まさに現代的な問題である。これに関わる重要な国連安保理決議とそれをめぐる議論もあるが、ここでは問題の指摘にとどめる。日本におけるグレーゾーン事態について、森川幸一「グレーゾーン事態対処の射程とその法的性質」『国際問題』No. 648号(2016年1・2号)、29-38頁。

(22) この問題については、Atsuko Kanehara, “The Use of Force in Maritime Security and the Use of Arms in the Current Wide Understanding of Maritime Security,” *Japan Review*, Fall 2019, pp. 35 *et seq.*

(23) 国際法上の武力紛争には、国家間の武力紛争に加えて、非国家間武力紛争がある。本稿では、中国と日本との関係に焦点をあてるので、国家間の武力紛争を想定する。もともと、中国漁船の漁民が民兵化する状況では、これに対する行動は、国家間武力紛争上の行動とはいええないかもしれない。この点は、問題の指摘にとどめる。これらの点について、真山全「海上保安庁の武力紛争法上の地位」『海洋ビジョンに関する調査研究報告書—沿岸域管理・海洋教育・海上安全保障—』(シップ・アンド・オーシャン財団、2003年)、

<https://nippon.zaidan.info/seikabutsu/2002/00249/mokuji.htm>; James Kraska & Michael Monti, “The Law of Naval Warfare and China’s Maritime Militia,” *International Law Studies*, Vol. 91 (2015), pp. 450 *et seq.*

模・施設・予算等も考慮の対象となる⁽²⁴⁾。

これらの概念や原則等を論ずる際に、本稿では議論の趣旨を明確にして混乱を回避するために、自衛隊を軍事組織と想定した議論をしたり、参照する文献の用語に従って、自衛隊を軍と表現したりすることがある。それは、あくまで議論の必要性に応じてであって、自衛隊が軍であるか否かという、日本国憲法の根幹にかかわる難しい問題について、本稿が一つの立場をとっていることを示すわけではない。

(2) 国内法の問題等⁽²⁵⁾

領海警備の法制で根幹をなすのは、領海警備により保護する法益である。それについては、領海法がなによりも想起される。法益に関わる概念としては、安全 (safety) と安全保障 (security) がある⁽²⁶⁾。また、領海警備という

- (24) 国内法上で海上保安庁が法執行機関であり、「国内法 (庁法)」により①目的、②任務や機能 (法執行、警察活動)、③軍事的性質をもたない (庁法 25 条) ことが規定されているとしても、国際法上では、それらの国内法が考慮されることはありうるものの、「国際法上」で「当然に」、海上保安庁が法執行機関であり、軍ではないという判断がなされるとはいえない。そこで、「実際に」考慮されうる要因としてこれらを挙げておいた。
- (25) 本稿は、海上保安庁と海上自衛隊、法執行機関と軍事機関、警察活動と防衛活動といった対比を基軸として検討するので、法執行機関に固有の、たとえば、「行政警察」と「司法警察」といった概念等はとりあげない。
- (26) これらの用語が、日本語と英語の対応関係も含めて、文献でも常に統一的に用いられているわけではない。一般的には、安全 (safety) は、船舶の航行の安全というように、事故や災害からの安全を指す。安全保障 (security) は、国内法上は「保安」という用語に対応する場合もあるが、一般的には日本の憲法体制では「防衛」という表現になると考えられる。1988 年の航行の安全に対する不法な行為の防止に関する条約 (海洋航行不法行為防止条約、Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation) では、航行安全 (safety) は、海上テロ行為からの保護を意味している。それが、一般的意味での船舶の航行の「安全」といえるかは疑問である。また、海上テロからの保護が、海上犯罪からの保護の問題であるのか、それとも、海上テロの規模等によっては、安全保障の問題になるのかというのは、議論のあるところである。ここではその指摘にとどめる。海上人命安全条約 (SOLAS 条約) 附属書改正において、海上の安全 (security) を「保安」とする例として、森川幸一「海上暴力行為」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) 300 頁以下。また、庁法 2 条の任務規定において、「安全」の意味を明確にするために修文された経緯があることにつき、森前掲論文 (注 8)、104 頁。

概念との関係では、国会での議論や学説をみると、「国境警備」が密接に関連して取り上げられている⁽²⁷⁾。

領海警備を実施する海上保安庁について、その目的(1条⁽²⁸⁾)、任務(2条⁽²⁹⁾)、所掌事務(5条)は⁽³⁰⁾、領海警備の内容を知る手がかりとなる。海上保安庁の機関やその任務および機能の法的性質は、先に述べたように25条が限定する。そして、これに密接に関連するが、海上保安庁による実力の使用に関連する規定は、20条1項である。平成13年(2001年)に20条2項が加えられ、これは、警察官職務執行法(警職法)7条の「他」の場合で、実力を使用できる場合を規定する⁽³¹⁾。海上保安庁による実力の使用は、海上自衛隊が警察活動に従事する場合も含めて、警職法7条に基づくので、これも本稿の検討の対象となる。

その他には、海上自衛隊の活動に係る概念や原則等として、自衛隊法の76条(防衛出動)、80条1項(防衛大臣による海上保安庁の統制)、82条(海上警備行動)がある。

以上で、本稿が領海警備の法整備を検討するに際しての、理論枠組を構成しうる概念および原則等を抽出しておいた。これらのすべてを、とくに詳細に検討するわけではない。以下の節において、適当な箇所ですらに考察を適宜加える。

次節では、海上保安庁に係る国内法上の法的な評価が、そのまま国際法上で同じ結論を導くわけではないこと、従来の議論やそれに従う想定が硬直的

(27) 国境警備の概念が国会でどのように使われているかなどは、後述する。

(28) 庁法1条(目的)は、「海上において、人命及び財産を保護し、並びに法律の違反を予防し、捜査し、及び鎮圧するため、…」と規定する。

(29) 庁法2条1項(任務)は、「法令の海上における励行、海難救助、海洋の汚染防止、海上における船舶の航行の秩序の維持、海上における犯罪の予防及び鎮圧…海上の安全及び治安の確保を図ることを任務とする」と規定する。

(30) 条文の再録は控えるが、海上保安庁の所掌事務は5条が規定し、海上保安庁が取る措置に関連する規定には、法令の励行(15条)、書類提出命令・立ち入り検査・質問(17条)、強制的措置(18条1項、2項)がある。

(31) 海上自衛隊が、たとえば自衛隊法82条に基づいて海上警備行動を実施するような場合には、防衛ではなく警察活動を行うのであり、警職法7条および庁法20条1項と2項が準用される。

な性質をもち、それゆえに領海警備をめぐる実際上かつ理論上の危険が生じていることを明らかにする。

3. 国内における硬直的な議論

(1) 国際法上の論証の必要性

①国内法上で海上保安庁は、法秩序維持のために警察目的の法執行を行う機関という法的性質をもつ⁽³²⁾。しかし、海上保安庁の具体的な行動や取る措置が、国際法上も、法執行ないしは警察措置であるといえるかは、全く別の問題である。国際法において、国内法は一つの事実すぎない⁽³³⁾。これは、国際法と国内法の関係に関する根本的な原則である。ところが、日本の議論の傾向を見てみると、こうした根本原則に従い国際法上で日本の立場を論証することを著しく阻むような理論枠組、ないしは強い表現をすれば、硬直的な論理やそれに従った想定があるようにみえる。

②従来の議論における論理とそれに従う想定硬直的な特徴は、次にある。第一に、海上保安庁は法執行機関であり、庁法 25 条に従って軍事機関ではなく、それゆえに、海上保安庁の行動や取る措置は、法執行ないしは警察措置であるという「論理」である。第二に、海上保安庁の行動や取る措置の「舞台」となる事実状況の如何、その法的性質の如何によって、海上保安庁の行動や取る措置の法的性質は影響を受けないという「想定」である⁽³⁴⁾。

(32) 田中利幸「外国船舶に対する執行と国内法の整備」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）72-74頁。斎藤誠「海上執行措置の組織法と作用法」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）46頁。

(33) 前注 20 参照。もっとも、例えば大陸棚の境界画定紛争において、裁判所が、紛争当事国がすでに国内法により資源開発ライセンスを与えていて、しかもそれが長期的に継続しているような場合に、ライセンス上の資源開発区域の画定線を考慮すべきかが議論されることがある。原則としては考慮されないとするのが先例である。最近の事例として、Dispute Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/ Côte d'Ivoire), Judgment of September 23, 2017, *ITLOS Reports 2017*, paras. 113-163, 456-479.

(34) 先にみたように、事実状況の法的性質は、国内法によるか国際法によるか、そのいず

この硬直的性質には、いうまでもなく、庁法25条がその重大な原因となっている。庁法25条の制約のもとで、海上保安庁は軍事的性質を持つことはない。それゆえに、海上保安庁が防衛を担うことはなく、海上保安庁の行動や取る措置は、いかなる事実状況においてであろうとも、防衛とは異なり、法執行ないしは警察措置であるということになる⁽³⁵⁾。

硬直的な論理は、憲法9条と庁法25条の墨守により、法執行ないしは警察措置が広くとらえられるという結果を生ずる。なぜなら、「法執行ないしは警察措置か、それとも、防衛か」、という選択に限れば、防衛活動が認められる武力攻撃という事態が、憲法9条により狭く限定されている以上、法執行ないしは警察措置が実施される事態は、相対的に広くとらえられるからである。

さらにいえば、海上保安庁による実力使用は、必ず、法執行あるいは警察措置に伴うそれであり、したがって、警職法7条の制約を受ける⁽³⁶⁾。海上自衛隊についても、法執行に従事する場合には、その実力の使用は、警職法7条の制約を受ける⁽³⁷⁾。

③硬直的な論理に従った想定とは、次のものである。海上保安庁が行う行動や取る措置の国内法上の法的な性質は、それらが実施される事実状況の法的な性質の如何にかかわらず、影響を受けないということである。海上保安庁の行動や取る措置の「舞台」となる事実状況は、たとえば、国内法上で、「法令の励行や犯罪の抑止および取締りを要請する状況」、換言すれば、「法

れによって決定されるかにより、異なりうる。事実状況が複数の法に従って、異なる法的性質を帯びることの認識を不可欠の前提として、海上保安庁の行動や取る措置の法的性質を議論することができるはずである。ただし、本稿は、後述のように、多様な場合を整理して、いわばマトリクスを描くことを目的とはしていない。

(35) この点は、海上自衛隊についても同様である。自衛隊法82条に基づく海上警備行動は、外部からの武力攻撃の存在を前提とはしておらず、したがって、海上自衛隊が行うのは警備行動であり、警察活動である。

(36) ただし、庁法20条2項の改正により、警職法7条が規定する場合の他であっても、実力の使用が認められている。これは、いわゆる不審船事例を契機とし、これは領海警備の議論の中で、海上保安庁の実力使用の場合の拡大という立法措置によって応じたものである。その意味で、領海警備それ自体に係る議論は進展しなかったことは、後述する。

(37) この点で、庁法20条2項の改正もある。

令違反やその可能性がある状況、容疑者の逃亡や確保という状況」、といった法的な評価を受ける事実状況であり、法執行という行動や措置を導く事実状況といえよう。そして、その事実状況が、国際法により異なる法的評価を受ける場合、たとえば、武力紛争という法的性質を持つ場合に、海上保安庁の行動や取る措置の法的な性質は、国際法による武力紛争という法的性質づけによっては影響を受けないという想定があるようである。それは、第一に、国内法による事実状況の法的評価を、そのまま、国際法による事実状況の法的評価として想定し、第二に、それゆえに、そのような事実状況における海上保安庁の行動や取る措置の法的性質についても、法執行ないしは警察活動であると、当然に、想定することである。これは、およそ循環論法としかいえない結論を導く。

順列組み合わせにしたがって考えれば、事実状況の法的評価が国際法によるか国内法によるか、その事実状況という「舞台」での行動や措置の法的評価が国際法によるか国内法によるかというように、多くの場合を数えることができる。しかし、本稿の問題関心に照らして、実際にその硬直性を問題にするのは、「海上保安庁の行動や取る措置は、国内法上で法執行や警察措置であるが、その国内法上の法的評価は、事実状況が国際法により武力紛争と評価されても、影響を受けない」という想定である⁽³⁸⁾。

武力紛争は、国際法上の概念であり事実状況の法的評価のための概念である。ここに説明した論理や想定は、暗黙に、こうした国際法の適用による法的効果を考察の対象から遮断し、一切の検討もないままに、「国際法上も」、海上保安庁の行動や取る措置の法的性質は、国内法上のそれとしてそのまま成立するという結論を導くのである⁽³⁹⁾。

(38) 同様の指摘として、真山前掲論文（注23）、2.9.

(39) 冒頭で述べたように、本稿は、海警法の施行が招来する尖閣諸島の周辺海域の緊張状態で、日本の領海警備の問題が先鋭化したことを、一つの出発点としている。そして、ここに述べたような硬直的な論理や想定がながしかでも該当するとするならば、それらが最近まで深刻に早急の見直しを迫られなかったのは、現実には実効的な領海警備を要求するいわば「現場」が発生しなかったという偶発的な事情によると考えられる。その事情を変更したのが、北朝鮮による工作船、いわゆる不審船事例であり、中国の海警法の施行である。

④こうした硬直的な論理や想定は、日本の領海警備にとって、いわば実際上と理論上との、二つの危険な状況をもたらす。それらは、相互に密接に関連する。

第一に、実際上で、尖閣諸島付近の海域で海警法施行により緊張が高まり、不測の事態において海上保安庁が直面する危険な状況である。不測の事態の法的性質が、国際法により武力紛争と評価されることがありうる。武力紛争時に、海上保安庁の行動や取る措置は、武力紛争法の適用を受けて、いかなる法的効果を生むのか。これは、決して仮定にはとどまるとはいいきれず、現実起こりうる問題である。

それにもかかわらず、硬直した論理と想定ゆえに、国際法と国内法のすり合わせがなく、国内法上の「法執行機関」「法執行ないしは警察措置」を主張するとどまり、行為や措置の実質的機能をそれ以上に想像する余地を排除している。そのために、不測の事態で海上保安庁が直面する危険の認識が阻まれているのである。

第二に、理論上で、硬直的な論理とそれに従う想定が主原因となってもたらした危険な状況がある。それは、長期にわたる理論状況であり、日本において、領海警備に係る法制の議論の進展を阻んできており、実効的な領海警備が考案されてきてはいないということである。

そこで、以下では、最初に、第一の危険な状況への対処として、硬直的な論理や想定を解くことで、海上保安庁の行動や取る措置が国際法による法的評価を受ける前提を整えて、次に、第4節で、尖閣諸島の周辺海域の緊張した状況という文脈を想定しながら、海上保安庁の行動や措置が国際法上でいかなる法的性質をもちうるのであり、その効果がありうるかを検討する。それは、行動や措置を実質的機能に還元してとらえることによって可能になる。

さらに後続の節において、第二の危険な状況への対処を検討する。それは、領海警備に係る法の整備についての様々な課題を明らかにすることになる。

(2) 海上保安庁の行動や取る措置の国際法上の評価

ここにみたような硬直的な論理や想定から脱却して、事実状況が国際法に

より法的評価を受けて、そこにおける海上保安庁の行動や取る措置が、やはり国際法により受けうる法的評価を正確に理解するためには、次の認識が不可欠である。

まず、海保庁の行動や措置を「事実上」のそれとして、換言すれば、それらの「実質的機能」に着目して理解することである⁽⁴⁰⁾。それは、国内法上の法執行や警察活動としての法的性質をもつ行動や措置であることを一旦は放念し、つまり、行動や措置からそのような法的性質をはぎ取って、それらを事実としてその実質的機能においてとらえることである。それゆえに、「(国内法上は)『法執行』なのに、『海難救助・人民救助』なのに、それでも、『敵対行為』とみなされたり、『軍事目標』(無警告の攻撃を受ける)とみなされたりすることはあるのか」といった問いを立てることは、そもそも、海上保安庁の行動や取る措置を、国内法上の法的性質をまとませたままで、国際法である武力紛争法上で、敵対行為に該当するかどうか、軍事目標になるのか、といった問いを立てている点で、自身の論理と想定による自縄自縛に陥っている。海上保安庁の行動や取る措置を事実としてとらえて(「実質的機能」においてとらえて)、それに国際法(武力紛争法等)を適用して、そうした行動や措置が、とくに軍の行動や措置等との比較において、「敵対行為」にあたらないのか、海上保安庁の構成員・船・施設等は、「軍事目標」にならないのか(無警告の攻撃を受けないのか)を検討する必要がある⁽⁴¹⁾。

(3) 国際法上の「法執行」

さらに、国際法上では、そもそも「法執行」という概念が確立していると

(40) このような「実質的機能」という考え方に基づく検討として、真山前掲論文(注23)、4.以下。

(41) 国内法上の法的性質にとらわれたままで、海上保安庁の行動や取る措置は法執行あるいは警察措置であるから、「敵対行為」には当たらないはずであるとか、「軍事目標」として無警告の攻撃は受けないはずであると考えるのであれば、何よりも、海上保安庁員やその船舶を重大な危険にさらすことになる。なぜなら、それらの行動や措置の国際法上の法的評価は、実質的機能において武力紛争法上でいかなる法的性質をもつかという視点を欠落させているからである。その結果、海上保安庁員やその船舶への、不可欠な保護を致命的に欠落させることになるからである。この点は、領海警備における海上保安庁と海上自衛隊との関係を論ずる際の、最も重大な考慮要因の一つとなる。

はいきれない。この点は、国内法の議論では、法執行や警察措置について、共通理解が成立しているといえることとは相違する。たしかに、たとえば、UNCLOS73条や第XII部の海洋環境の保護と保全に関する規定の中には、執行措置を明記したりそれを想定したりする条文がある⁽⁴²⁾。また、法執行そのものではないにせよ、たとえば、UNCLOS25条は、領海沿岸国の「保護権」を規定するが、それも法執行を含意する。UNCLOS以外にも、国連公海漁業協定のように、乗船措置等とその手順のモデル規定をおくものもあり、これも執行措置の規定という側面をもつ⁽⁴³⁾。また、海洋法の分野では、特に公海における旗国以外の船舶による介入・干渉行為について、警察措置という表現がとられてきた⁽⁴⁴⁾。さらに、国際判例でも、海上法執行の検討がなされている⁽⁴⁵⁾。

本稿の主眼は、国際法上の法執行の定義が定まっているか否かにあるのではない。それは、国際法上の法執行の定義は、国内法上の法執行や警察措置の定義ないしは共通理解とは、同じであるとは限らないという点にこそある。そうであるがゆえに、海上保安庁の行動や取る措置が、国内法上は法執行や警察措置であるとしても、それらが、国際法に照らしていかなる法的評価を受けるかを、慎重に検討しなければならないのである。いうまでもなく、ここに挙げた条文や判例が想定する事実状況が存在し、かかる事実状況を「舞台」とする行動や措置が、海上保安庁の行動や取る措置に合致するならば、かなりの程度に、それらは、国際法上も、法執行や警察措置という法的評価を受けるであろう。けれども、行動や措置の「舞台」となる事実状況が、国際法上では武力紛争という法的性質をもつとすれば、そこでの行動や

(42) これらの条文により、国際法上の法執行の概念を探るものとして、Kanchara, *supra* n. 22, pp. 43-47.

(43) 同条約21-22条。

(44) 廣瀬前掲論文(注19)；国司彰男「海上警察権の再構成をめぐる諸問題—特に新海洋秩序との関係視点において」大國仁〔ほか〕編『海事法の諸問題—伊藤寧先生退職記念論集』(中央法規出版、1985年)207-244頁；田中前掲論文(注32)、74-76頁等を参照。

(45) 最近の例として、Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), Request for the Prescription of Provisional Measures, Order of 25 May, 2019, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/26/C26_Order_25.05.odf, paras. 63-66.

措置の法的評価は、行動や措置をいわば一旦それらの実質的機能に還元して、それらの実質的機能が、武力紛争法ではいかなる法的評価を受けうるかを考察しなければならないのである。

海上保安庁の行動や取る措置の「舞台」となる事実状況が、国際法上で武力紛争ではないとすれば、それらの行動や措置が国内法で法執行ないしは警察措置の性質をもつことに対して、国際法上で重大な疑問が提起される可能性は高くはないであろう。しかし、「舞台」となる事実状況が国際法上で武力紛争である場合には、国内法上では、その「舞台」である事実状況は、自衛隊法の規定する防衛活動の「舞台」となる「武力攻撃あるいは武力攻撃の緊迫した状態」と評価できるような事実状況といえるかもしれない。その場合でも、ここにいうように、海上保安庁の行動や取る措置の「実質的機能」に還元した検討が、行動や措置の国際法上の法的性質を認識するために必要であることには変わりはない。

日本が現在直面しているように、尖閣諸島の周辺海域での領海警備が高度に緊張を帯びている。それに鑑みると、海上保安庁の行動や取る措置の「舞台」である事実状況が、現段階では、国内法でも国際法でも、法執行ないしは警察措置を想定する事実状況、すなわち、「法令の励行や犯罪の抑止および取締りを要請する」という法的性質をもつ事実状況でありうるとしても、国際法において⁽⁴⁶⁾、武力紛争として評価される事実状況へと移行する可能性が高い。それゆえに、海上保安庁が法執行ないしは警察措置として行う行動や取る措置が、それらの「舞台」である事実状況が国際法により武力紛争という法的性質をもつ状況になったときに、それらの行動や措置の法的性質を武力紛争法に照らして評価し、それに伴う法的結果を正確に認識する必要がある。具体的にいえば、海上保安庁の行動や取る措置が、武力紛争時に、

(46) 厳密に言えば、国内法上の法執行あるいは警察措置と、国際法上の法執行あるいは警察措置との間の異同を正確に認識した上でなければ、前者の「舞台」となる事実状況の法的性質と、後者の「舞台」となる事実状況の法的性質との間の異同を認識することはできない。ここでは、法執行あるいは警察活動の「舞台」となる事実状況の法的性質を、「法令の励行や犯罪の抑止および取締りを要請する」として、一般的に定義した。最大公約数としては、国際法上の法執行あるいは警察措置についても、その「舞台」となる事実状況の法的性質は、このように定義できると想定するからである。

戦闘行為にあたるか、船舶や施設が軍事目標になるかといった問題である。

上述したように、論理的可能性だけでいえば、国際法と国内法との間では、事実状況の法的性質が異なりうること、国際法と国内法との間では、法執行ないしは警察措置の意義が異なりうることから、海上保安庁の行動や取る措置の法的性質は、これらの基準を適用することで、多様なパターンごとに、いわば「解として」導くことはできよう。しかし、本稿が目的とするのは、そのようなマトリクスを描くことではない⁽⁴⁷⁾。本稿は、尖閣諸島の周辺海域における現実の緊張状態に照らして、実際に生ずる事実状況の推移とそれに伴う法的評価の変化を想定する。しかも外国を相手にするのであるから、国際法上の法的評価を想定して、海上保安庁の実際の行動や取る措置を実質的機能に還元してとらえて、それらが武力紛争法(国際法)によりいかなる法的性質と効果をもつかを明確に認識することこそが、本稿の目的である⁽⁴⁸⁾。

(47) 論理的可能性という観点からいえば、海上保安庁の行動や取る措置の法的性質は、事実状況の法的性質によって決定されるのか、それとも、事実状況の法的性質と行動や措置の法的性質との間には、相互に論理的先決性はないと考えるのかという問題もある。たとえば、国内法で考えれば、事実状況が「外部からの武力攻撃がある」という法的性質をもち、けれども、そこでの海上保安庁の行動や取る措置は、事実状況の法的性質には既定されず、防衛や自衛の措置ではなく法執行あるいは警察措置という法的性質を保持する場合があるかという問題である。その論理的な議論の複雑さに替えて、本稿では、海上保安庁の行動や取る措置を、実質としてのそれ、つまり「実質的機能」に還元する。このように行動や措置の法的性質を捨象して、それらの行動や措置を国際法上で武力紛争という法的性質をもつ「舞台」に置き、それらの法的性質と効果を探るという手法をとる。おそらくは、行動や措置の「実質的機能」に注目された真山教授も、こうした趣旨で議論しておられると考えられる。真山前掲論文(注23)、4。以下。

(48) 同じ発想は、別の場面でも有用である。近年、中国公船による日本近海での海洋科学調査が問題となっている。沿岸国である日本の同意を得ていないとか、同意を得た調査とは内容の異なる調査を行っているということである。2018年海上保安庁レポート、https://www.kaiho.mlit.go.jp/info/books/report2018/html/hopen/1_03_chap2/html。こうした中国の海洋科学調査については、一方で、UNCLOSが要件とする沿岸国の同意を得ていないという手続違反を指摘できる。また、日中間では、海洋科学調査における事前通報の口上書の交換がなされており、それに対する違反を指摘することもできる。https://www.mofa.go.jp/mofaj/press/release/13/pdfs/rls_0213d.pdf。しかし、海洋科学調査の内容やその実質的機能に目を向けると、中国の海洋科学調査が、いわば戦争準備の機能をもつことがある。そうした実質的機能をみれば、中国の海洋科学調査は、単なる手続違反や覚書違

以上で、海上保安庁の行動や取る措置について、従来の論理や想定のもつ硬直的な傾向を詳細に説明した。そこで、次節では、海上保安庁の行動や取る措置の法的性質につき、これまでの硬直的な論理や想定による拘束を解いて、国際法に照らして、海上保安庁の行動や取る措置のここで論じてきた意味での「実質的機能」を評価する。それは、端的にいえば、行動や措置の「舞台」となる事実状況の法的性質が武力紛争である場合に、行動や措置のありうる法的性質と効果を、国際法に照らして検討することである。

4. 海上保安庁の行動や取る措置の国際法上の法的性質とその効果

(1) 海上保安庁の行動や取る措置の実質的機能

①ここでは、第一に、海上保安庁の行動や取る措置が「事実上で」果たす機能、つまりは、事実としてそれをとらえることを前提とし⁽⁴⁹⁾、第二に、実質的機能に国際法を適用して、行動や措置に法的評価を与え、その結果としての効果を探る。繰り返し述べてきたように、本稿の問題関心に照らして、この問題が先鋭化するの、国際法により「武力紛争」という法的性質を付与される事実状況においてである。

海上保安庁の行動や措置を網羅的に取り上げることはできないが、武力紛争時では「実質的機能」の観点からみて、敵対行為にあたり、海上保安庁員やその船舶が軍事目標になる⁽⁵⁰⁾可能性があるのは以下の任務（行動や措置）、

反とはいえない。むしろ、中国の海洋科学調査は、戦争体制準備であり、日本に対する敵対行為の準備であると評価できる。そして、日本は、このような行為に適当で実効的な対応をしなければならない。それは、海上保安庁による法執行あるいは警察措置とは異なる行動となるであろう。つまり、防衛の一環をなす行動や措置が想定されるということである。奥脇直也「外国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、平成22年）、10頁。

(49) 真山前掲論文（注23）、1.2。

(50) 軍事目標になれば、無警告の攻撃を受ける。それは、船舶に対する発砲において、警告射撃や船舶の乗員のいない船尾や船首への発砲や船体射撃などを経て、その後、乗

装備、施設であるとされている⁽⁵¹⁾。

②まず、沿岸海域の巡視警戒である。その目的が武力紛争時における法秩序維持という警察目的でなされるのであり、警察活動であると日本が主張するとしても、「実質的機能」の点では次のようにいえる。武力紛争時に海上保安庁の巡視船が紛争相手国の軍艦の所在を確認すれば、関係機関に通報するであろう。関係機関には、当然、武力紛争に従事している海上自衛隊も含まれる。そのような通報は、「敵部隊位置視認の通報」という実質的機能を持ち、武力紛争法において、敵対行為となる。したがって、係る行動に従事する海上保安庁員やその船舶は、無警告の攻撃を受ける軍事目標となる。

この点で、1923年戦時無線通信取締り規則案の6条1項は、「敵国の又は中立国の船舶又は航空機が公海又はその上空において交戦者の即時使用のため軍事情報を無線通信により伝送することは敵対行為とみなすべく右船舶又は航空機は射撃せられるべきものとす（現代字表記および傍点は筆者による）」と規定する。そして、これは、慣習国際法の反映と評価されている。この規定の適用海域は公海に限定されるが、沿岸海域であれば、同じ行為が「敵対行為」とみなされないとは考えにくい⁽⁵²⁾。

つぎに、武力紛争時に外国船（敵対国の船舶）の臨検等を行うことは、海上捕獲の一連の措置に該当する。これも敵対行為であり、その法的効果は上述のとおりである。また、自衛隊船舶への海上保安庁船舶による洋上補給は、その運搬物資は多様でありうるものの、自国の交戦行為を利する行動であり、やはり敵対行為となりうるものであり、その法的効果を受ける。さらに、水路測量、海象観測、水路誌と航空図作成のための活動は、これらも軍事的有効性から軍隊の用に供されるときには、軍事目標となりうる⁽⁵³⁾。

③海上保安庁の装備については⁽⁵⁴⁾、それ自体は「敵対行為」のトリガーに

具のいる船腹の攻撃といった手順が踏まれることがないという意味である。

(51) 真山前掲論文(注23)、4。

(52) 同上、4.3。

(53) これらの活動の拠点である施設等については、後述する。

(54) 海上保安庁の装備（の程度）にも注目して、海上保安庁の法的性質を論ずる見解にふれるものとして、奥蘭淳二「海上保安庁に対する国会の認識変化」『海保大研究報告 法文学系』第62巻1号(2017年)、61頁。また、装備ではなくその使用の態様に注目すべ

はならない。警察比例（警職法7条）が保たれているという烈度であれば、海上保安庁の実力の使用が行われても、対象である外国船舶の旗国に対する「敵対行為」にはならない⁽⁵⁵⁾。このような実力使用は、「武力行使」に該当しない。しかし、海上保安庁の行動に実力使用が伴い、かつ、その程度（列度）が高まると、実質的に警察比例の程度を超える実力使用が伴うと、それは、敵対行為になりうるという見解もある⁽⁵⁶⁾。これは、実力使用の国際法上の法的性質が、その列度に関わるという見解である。2件のいわゆる「不審船」事例においては、実力使用の根拠法として、海上保安庁は漁業法をあげた⁽⁵⁷⁾。これについても、実質的に警察比例の程度を超える実力使用では、「敵対行為」になりうるとの評価がある⁽⁵⁸⁾。

④施設については、上記のように、水路測量、海象観測、水路誌と航空図作成のための活動は、これらも軍事的有効性から軍隊の用に供されるときには、軍事目標となりうるものであり、その拠点となる施設が、軍事目標となるという指摘がある⁽⁵⁹⁾。1977年ジュネーブ条約第一追加議定書52条2項は、「軍事目標は、物については、その性質、位置、用途又は使用が軍事活動に効果的に貢献する物で、その全面的又は部分的な破壊、奪取又は無効化がその時点における状況の下において明確な軍事的利益をもたらすものに限る」と規定する。

海上にある装備や施設についても、この規定に該当すれば、「軍事目標」となる。これは、個別具体的に判断する他はない。

⑤以上のように、国内法上の法的性質は、法執行ないしは警察措置である海

きであるとも述べる、奥蘭前掲論文（注8）181頁、注(5)。

(55) これは、武力紛争法の観点からの「武力行使には該当しない」という判断である。実力使用の烈度によって、その国際法における法的性質が変化するかは議論があろう。ここでは、問題の指摘にとどめる。実力使用の法的性質とそれを伴う行為や措置の法的性質との関係については、Kanehara, *supra* n. 22, pp. 36-37.

(56) 真山前掲論文（注23）、4.4。

(57) この事例については、Atsuko Kanehara, “The Incident of an Unidentified Vessel in Japan’s Exclusive Economic Zone,” *The Japanese Annual of International Law*, Vol. 45 (2002), pp. 116 *et seq.*

(58) 真山前掲論文（注23）、4.4。

(59) 同上、4.3。

上保安庁の行動や取る措置は、施設も含めて、その実質的機能に還元してとらえて、武力紛争法により武力紛争という法的性質をもつ事実状況に置かれると、武力紛争法の適用によって、敵対行為にあたり、軍事目標となる可能性があることを明らかにした。これらの認識を欠けば、海上保安庁員や海上保安庁船舶が軍事目標になるにもかかわらず、不可欠な保護が担保されないという、著しく危険な状況となるのである。

ここまでは、従来の議論がもつ硬直的な論理や想定がもたらす、第一の、いわば実際上の危険な状況への対処を検討してきた。そこで、次節以下では、第二の、いわば理論上の危険な状況、すなわち、領海警備の法制をめぐる議論が長期にわたり阻まれてきていること、その結果、法に基づいた実効的な領海警備の確保が実現されえないことについて、多角的な視点から検討する。その対処として、本稿は、領海警備に係る法の整備を提言する。そのゆえに、次節以下の領海警備の法制をめぐる検討は、本稿の提言に根拠を与えるために、国内法の不備を指摘することになる。

領海警備の法制の問題は、根本的には、領海警備の法的基盤をなす保護法益の問題にたどり着く。後述のように、国内法では、領海警備の法的性質やその保護法益が明確化されておらず、かつ、議論が尽くされているとはいえない。そこで、最初に、保護法益の考察からはじめる。

5. 領海警備が保護する法益

(1) 国際法による領海沿岸国の主権の明定

国際法では、UNCLOS2 条 1 項が⁽⁶⁰⁾、領海における沿岸国の主権を明記している。UNCLOS 当事国の国内法をみると、領海法および類似の国内法により、領海における保護法益として主権あるいはそれに類する法益を規定する国は多い⁽⁶¹⁾。

(60) UNCLOS2 条 1 項：沿岸国の主権は、その領土若しくは内水又は群島国の場合にはその群島水域に接続する水域で領海と言われるものに及ぶ。

(61) たとえば、米国の Territorial Sea of the United States of America by the President of the

歴史的には、学説は、領海を一定の帯状の海域として制度化するに際して、外国船舶の通航をいかにして理論的に整理するかに腐心してきた⁽⁶²⁾。現在では、国際法上で領海沿岸国が領海において主権をもつことは確立している。そして、後述のように、領海警備をめぐる日本の国内法の不備—とくに領海における法益の法的基盤の欠如—は、まさに、海上保安庁の外国船舶

-
- United States of America, A Proclamation of 27 December 1988, は、“International law recognizes that coastal nations may exercise sovereignty and jurisdiction over their territorial seas. The territorial sea of the United States … the United States exercises sovereignty and jurisdiction…”と規定する。ロシアの Act on the State Border of the Russian Federation, 1 April 1993 (1) は、1条で、“The State border of the Russian Federation … is, the special limit of the State sovereignty of the Russian Federation.”と規定する。2021年2月施行の中国海警法は、1条で、“This law is formulated in order to regulate and guarantee the performance of duties of coast guard organizations, safeguard national sovereignty, security and maritime rights and interests, and protect the legitimate rights and interests of citizens, legal persons and other organizations.”と規定する。カナダ An Act Representing the Oceans of Canada, S. C. 1986, C. 31, の前文は、“Canada recognizes that the three oceans, the Arctic, the Pacific, and the Atlantic, are the common heritage of all Canadians.”と規定し、さらに、“Parliament wishes to reaffirm in Canada’s domestic law Canada’s sovereign rights, jurisdiction and responsibilities in the exclusive economic zone of Canada.”と規定する。イエメンの Act No. 45 of 1977 concerning the Territorial Sea, Exclusive Economic Zone, Continental Shelf and other Marine Areas (Act. No. 45 of 17 December 1977) は、3条で、“The territorial sea, its and subsoil thereof as well as the airspace above it are subject to the sovereignty of the Republic.”と規定する。その他に、海域における自国の保護法益を明示する規定例等を列挙すると、たとえば、以下の通り。フランスの Décret No. 2004-112 du 6 février 2004 relatif à l’organisation de l’action de l’Etat en mer (1条)；北朝鮮、Decree by the Central People’s Committee Establishing the Economic Zone of the People’s Democratic Republic of Korea, 21 June 1977 (2項)；ホンジュラス、Decree No. 172-99 (前文、1条2項、4条)；ブルガリア、The Republic of Bulgaria Maritime Space, Inland Waterways and Ports Act of the Republic of Bulgaria, 28 January 2000 (1条)等。
- (62) 領海制度の成立と、領海における沿岸国の権利と外国船舶の通航との調整をはかる理論的な発展について、D. P. O’Connell, *International Law of the Sea*, Vol. I (Clarendon Press, 1982), p. 64-72. 領海の領域としての確立について、Jean-Pierre Quéneudec, “Mer territoriale et territoire maritime,” *Annuaire du droit de la mer: revue de l’INDEMER, Institut de droit économiques de la mer*, Tome 1 (1996), pp. 105-166. 村上暦造・森征人「海上保安庁の成立と外国法制の継受—コストガード論—」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）は、日本が1870年に普仏戦争に際して領海を中立水域として意識していたこと、また、国際社会では領域の法的性質をめぐる議論がほぼ決着していたことから、日本では領海をめぐる主たる関心は、その幅員の問題に置かれ、領海の法的性質についての議論が行われてなかったとする、37-38頁。

の無害ではない通航への対処における議論に鮮明に表れている。よって、国内法上の保護法益の検討のためには、領海沿岸国の主権と外国船舶の無害通航権との対立があることから、無害通航権を具体的な素材として国内法の検討をすることが適当である。「主権」という保護法益の具体的な内容やその類型化は、無害通航権に係る規定群やそれをめぐる議論に照らして検討することが有用なのである⁽⁶³⁾。

(2) 国内法による領海における主権の規定の欠如

①日本が、領海における法益を主権とすることは、尖閣諸島の周辺海域での緊張状態に対処する議論において、繰り返し述べられている⁽⁶⁴⁾。したがって、領海における日本の保護法益が主権であることに、疑問の余地はない。

ところが、日本の領海及び接続水域に関する法律(領海法)は、1条で領海の幅員(12海里)を規定しており⁽⁶⁵⁾、同法による領海における日本の保護法益の規定はない⁽⁶⁶⁾。庁法に目をむけると、庁法では、目的を規定する1条があるが⁽⁶⁷⁾、これは、領海での保護法益や主権を規定する条文ではない。そして、庁法の2条(任務⁽⁶⁸⁾)、5条(所掌事務⁽⁶⁹⁾)は、海上保安庁の

(63) 同様の指摘として、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(海上保安協会、1990年)、71、89頁。

(64) たとえば、外務省が令和3年7月14日に発表した「尖閣諸島周辺海域における中国海警局に所属する船舶等の動向と我が国の対処」、https://mofa.go.jp/mofaj/area/page24_000162.html。

(65) 領海法1条：我が国の領海は、基線からその外側十二海里の線(その線が基線から測定して中間線を超えているときは、その超えている部分については、中間線(我が国と外国との間で合意した中間線に代わる線があるときは、その線)とする。)までの海域とする。

(66) 海域の種類(内水・領海・排他的経済水域など)により、沿岸国がUNCLOS上でもつ権利が同一ではない。よって、国内法でも個々の海域で保護法益はそれぞれ異なりうる。本稿では、領海警備を考察しているため、領海に焦点を当てる。海洋法秩序の発展と海上警察権との関係につき、国司彰男「海上警察権の再構成をめぐる諸問題—特に新海洋秩序との関係視点において」大国仁〔ほか〕編『海事法の諸問題—伊藤寧先生退職記念論集』(中央法規出版、1985年)207-244頁。

(67) 庁法1条は、前注28。

(68) 庁法2条は、前注29。

(69) 庁法5条は、前注30。

任務および所掌事務を規定するのであって、これらも、領海における保護法益を規定しているのではない⁽⁷⁰⁾。同様の趣旨は、庁法 25 条の議論に際して、国会答弁でも確認できる⁽⁷¹⁾。

法による明示の規定がなくても、領海警備が保護するのは主権であることに共通認識があれば、少なくとも実際には、問題はないのではないかという考えもあるかもしれない。しかし、とくに海上保安庁は、領海警備を任務とするが、何を守るために、何のために、それを遂行するのか、そして、その法的根拠はどこにあるのか。法において、領海の保護法益を宣言することの明白な重要性は、諸外国の国内法でおびただしい数のそれらが、なにがしかの形で法益を規定していることが、雄弁に物語っている。それが、主権国家の姿勢といえよう。日本の領海法が、比較法の観点から、そして主権国家としての姿勢の観点から、極めて異例であり疑問であることは明らかである。

では、なぜ、領海警備の根幹をなす領海の保護法益を規定する国内法が存在しないのであろうか。この問題を、海上保安庁は任務や機能の遂行に際して、どのように処理しているのであろうか。ここには、上述のように、領海における外国船舶の無害通航権への対応の根拠となる法についての、政府の認識が密接に関連している。

②無害通航にいう「無害」とは、UNCLOS 19 条 1 項により、「沿岸国の平和、秩序、又は安全を害しない」ことをいう⁽⁷²⁾。そして、19 条 2 項は、無

(70) 行政法上の海上保安庁法の位置付けについては、斎藤前掲論文（注 32）、52-53 頁。

(71) 「庁法 2 条に、主権侵害行為の鎮圧を入れてはどうか」という質問に対して、宮澤康一国土交通省総括審議官の回答は庁法 2 条が任務規定であり 5 条が所掌事務規定であると回答しており、ここにいう趣旨と読むことができる。第 204 回国会参議院外交防衛委員会会議録第 8 号、令和 3 年（2021 年）4 月 20 日、<https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=120413950X00820210420&spkNum=132¤t=1>。

(72) 「無害」「通航」のうち、UNCLOS 18 条は「通航」を規定する。18 条：

1 通航とは、次のことのために領海を航行することを用いる。

(a) 内水に入ることなく又は内水の外にある停泊地若しくは港湾施設に立ち寄ることなく領海を通過すること。

(b) 内水に向かって若しくは内水から航行すること又は (a) の停泊地若しくは港湾施設に立ち寄ること。

2 通航は、継続的かつ迅速に行わなければならない。ただし、停船及び投じようは、航行に通常付随するものである場合、不可抗力若しくは遭難により必要とされる場合又は

害ではない場合を、12の具体的な場合として列挙している⁽⁷³⁾。領海における日本の保護法益の問題と外国船舶の無害ではない通航への対処との密接な関連を浮き彫りにするためには、外国法との比較、とりわけフランス法との比較が有用である⁽⁷⁴⁾。そこで、まず、フランス法を確認することから始める⁽⁷⁵⁾。

(3) フランス法における無害通航権に係る法

①フランス法(デクレ85-185号、3条)は、19条2項1項(通航に関係のない活動)に特殊な意義を与えている⁽⁷⁶⁾。同項は、次の一般規定の一部として、「前出し」されている。一般規定は、「通航は、フランス国の平和、秩序または安全を害しない限り無害とする」とする。つづけて、「外国船舶の通航は、領海内で通航に直接に関係のないいずれかの活動(次に掲げるものを含める)に従事する場合には、フランス国の平和、秩序、または安全を害するものとみなす」と規定する⁽⁷⁷⁾。以下、1. 武力による威嚇若しくは武力の行使、2. 武器を用いての演習または訓練... と具体的な活動が11項目列挙

危険若しくは遭難に陥った人、船舶若しくは航空機に援助を与えるために必要とされる場合に限り、通航に含まれる。

(73) UNCLOS19条1項は、「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。無害通航は、この条約及び国際法の他の規則に従って行わなければならない。」と規定する。同2項は、「外国船舶の通航は、当該外国船舶が領海において次の活動のいずれか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される。」とし、12の具体例を挙げる。19条1項と2項との関係、とくに、19条2項は19条1項の例示列挙あるいは限定列挙か、その解釈次第によって、19条1項を根拠として無害ではない通航を主張できるか、という問題がある。ここでは、問題の指摘にとどめる。

(74) フランス法に注目して係る視点から分析するものとして、山本前掲論文(注63)、72-74頁。

(75) フランス法制について、拙稿「海上警察に関する国内法制-最近のフランスを素材として」『海上保安国際紛争事例の研究』(財団法人海上保安協会、2000年)第1号、22-45頁；橋本博之「海上警察の法概念の比較法的検討」『海上保安国際紛争事例の研究』(財団法人海上保安協会、2000年)第1号、1-21頁。

(76) フランスのデクレ、Décret n° 85-185 du 6 février 1985 Portant réglementation du passage des navires étrangers dans les eaux territoriales française, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000884994/>.

(77) 訳は、山本前掲論文(注63)による。73頁。

される。つまり、UNCLOS19条2項の「12」の活動のうち、12番目の1「通航に直接の関係がない、いずれかの活動」を一般規定として「前だし」している。「通航に直接の関係がない」という規定は、「無害でない」活動の一つとして並列的に規定されているのではなく、一般規定に含まれているのである。その結果、この規定により、「通航に直接の関係がない活動」は、通航要件をみたしてはいないということになる⁽⁷⁸⁾。デクレの解釈は必ずしも容易ではない。しかし、フランスの学者により、このような解釈が明確に示されている⁽⁷⁹⁾。

沿岸国が無害でない通航に対して自国の平和、安全、秩序をいかにして守ることができるかという観点からすると、このフランス法の規定は、次の意義をもつ。すなわち、外国船舶が領海に入る際にもつ「意思・目的」により、領海に入ること・存在すること（presence）自体が無害通航にはあたらないとして、領海への入域を阻止する根拠を与えることである。そのような阻止は、UNCLOS25条⁽⁸⁰⁾の保護権の行使といえよう。

19条1項は、UNCLOSでは19条2項の12のカテゴリーの一つである。そして、それらは、外国船舶が領海に入った上で、領海内で具体的に行う活動を規定していると解することが可能である。そのように解すれば、19条2項1項も、外国船舶がすでに領海内に存在することを前提としている。

沿岸国からすれば、外国船舶が領海に入り、通航に関係のない活動を行っていることを待たなければ、同項による「無害ではない」通航の認定はできない。これに対して、フランスのデクレは、「通航に関係のない活動に従事する場合」は、「通航」要件を充足しないので、無害通航とはいえない。そのことにより、同デクレは、「通航に関係のない活動」を行おうとする外国船舶が、領海に入域する「前」であっても、「通航に関係のない活動」を行

(78) 同上、73頁。

(79) Jean Pierre Quéneudec, “La réglementation du passage des navires étranger dans les eaux territoriales française,” *Annuaire française de droit international*, Tom. XXXI (1985), pp. 787-789.

(80) UNCLOS25条1項：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。

う「目的・意図」で領海に入域しようとするのであれば、これを、通航ではないと認定して、当該外国船舶の領海への入域を阻止することを可能にしているようである。領海沿岸国にとって、外国船舶の領海への入域をまたなければ、無害ではない通航を阻止できないのか、入域をまたなくても阻止できるのかは、極めて重大な要因である⁽⁸¹⁾。

②ここに記したようにフランスのデクレを解することは、フランスの学説が、フランスの核実験に反対する政治的プロパガンダを流す意図・目的で領海に入域しようとするグリーンピース船舶を阻止するという事例で説明していることから明らかである⁽⁸²⁾。さらにいえば、本稿の目的は、フランス法の解釈やその是非それ自体の検討ではなく、ここに記したような解釈によれば、フランス法が領海における法益を、どのように設定し、いかにして法益を、無害でない通航に対する対処によって保護しようとしているかが注目されるからである。

さらに、同デクレは、フランスの平和、安全、秩序を法益として設定し、それらは軍事的安全(安全保障)や国家としての安全(領土保全)を含めて具体化されよう。かつ、フランスは、それらを立法府による法律ではなく、デクレ(大統領令)により設定している。つまりは、立法権が法律を制定する対象事項である「法律事項」になじまない法益がありうるのであり、そうした法益として、国の防衛をはじめ領土保全その他の国の安全(national security)が考えられている。そして、大統領令がそれを設定したのである⁽⁸³⁾。

③以上のフランスのデクレとその一般規定の考察からは、日本の国内法による保護法益の規定に関する考察に際しては、領海の保護法益は法律事項になじむか⁽⁸⁴⁾、仮になじむとすれば、一般法かそれとも個別法による規定かという論点が浮かび上がる。個別法と一般法との区別は、必ずしも一義的では

(81) 無害通航をめぐる学説の整理として、たとえば、O'Connell, *supra* n. 62, pp. 271-273.

(82) Quéneudec, *supra* n. 79, pp. 787-789.

(83) 山本前掲論文(注63)、74頁。

(84) この点で、無害ではないことと国内法違反との関係について、従来、分離説と接合説の議論がある。ここでは、問題の指摘にとどめる。保護される利益が法律による規定になじむかという問題とも関わるが、詳細な検討として、山本前掲論文(注63)、77-82頁。

ない。外国船舶の有害通航との関係で、日本の現行法に即していえば、フランスのデクレに対応するような、外国船舶の無害通航を包括的に扱う法はない。それは、無害でないことの内容を包括的に規定している法という意味においてであり、そのような法は、「一般法」と呼ぶことができる。他方で、外国船舶が、海洋汚染、違法漁獲などを行う場合に、海洋汚染防止法や漁業法の適用がある。それらは、無害でないことの内容を具体化する「個別法」と考えることができる⁽⁸⁵⁾。

領海の保護法益の規定を想定しやすいのは、なによりもまず、領海法である。さらには、後述のように、領海警備が喫緊の課題となる現状において、国会の議論や学説に明らかなように、領海警備法の制定を考えうる。領海法や、ありうれば領海警備法は、一般法ということができる。

こうした個別法と一般法の区別を前提として、領海における保護法益の法による規定という観点から、外国船舶の無害通航をめぐる日本の見解を、国会答弁を中心としてみていくことにする。ここに、外国船舶の無害でない通航に対する対処の法的基盤に関する、日本の根本的な認識が表れている。

(4) 外国船舶の無害でない通航への対処にみる日本政府の立場

①外国船舶の無害でない通航への法的な対処における日本の基本方針は、「個別の法による」というものである。たとえば、国会では、平成 24 年(2012 年) 8 月 3 日「海上保安庁法及び領海等における外国船舶の航行に関する法律の一部を改正する法律(案)」の議論の中で、「(害が) あるということが明確にわかって、なおかつ、それについてただ退去命令、出て行ってくれということではなくて、領海侵犯という新たな法の枠組みによって対応してはどうか」「法的な整備をするべきではないですか」という質問に対して、鈴木久泰海上保安庁長官は、「無害か有害かは UNCLOS にいろいろな類型があり、我が国では個別法で対応」と回答している⁽⁸⁶⁾。同じ答弁は、

(85) いうまでもなく、日本の法制において、政令その他の下部法もある。

(86) 第 180 回国会衆議院国土交通委員会会議録第 13 号、平成 24 年 8 月 3 日、5 頁。

羽田雄一郎国土交通大臣によるもので、平成24年8月28日にもある⁽⁸⁷⁾。

上述したように、現行法である関連する一般法としては領海法があるが、領海法には法益の規定はない。1条は、領海の幅員を規定するだけである。また、庁法による保護法益についての根拠づけは不適當である。庁法の1条や2条や5条は海上保安庁の設立目的や任務および所掌事務等を規定しており⁽⁸⁸⁾、実体法上の法益を規定するものではない。この点は、国会答弁において政府によっても確認されている⁽⁸⁹⁾。

②領海における保護法益として、主権という用語で規定するか、あるいは、安全(security)や重大利益(vital interest)等の用語を規定するかは、立法趣旨と技術の問題であろう。いずれにせよ、こうした法益を規定するためには、海上汚染防止法や漁業法といった個別法では不適當であることはいうまでもない。

一般法による領海での保護法益の規定の必要性は、不審船事例⁽⁹⁰⁾を契機として、国会で繰り返し提起された。2件の不審船事例では、政府の立場は、いずれも漁業法違反に対する同法に基づく措置というのが⁽⁹¹⁾、これに対しては、「別件逮捕」という批判があった。たとえば、平成14年(2002年)1月10日国土交通委員会(閉会中審査)で、前原誠司委員より、「沿岸国の防衛または安全を害するような情報収集目的の行為については、国内法の整備がない」との発言をうけて⁽⁹²⁾、縄野克彦海上保安庁長官は、不審船への

(87) 第180回国会参議院国土交通委員会会議録第11号、平成24年8月28日、23頁。

(88) 庁法にいう「安全」の意味を明確化する修文があったことにつき、森前掲論文(注8)、104頁。

(89) 庁法25条に関連させて、庁法2条に「主権侵害行為の鎮圧」を入れてはどうか、という質問に対する、宮澤康一国土交通省総括審議官の回答はその趣旨と読むことができる。第204回国会参議院外交防衛委員会会議録第8号、令和3年(2021年)4月20日、<https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=120413950X00820210420&spkNum=132¤t=1>。

(90) 北朝鮮の工作船であることが確認されるまでは、「不審船」と呼ばれた。本稿では、この通称に従い、「不審船」事例とする。

(91) Kanehara, *supra* n. 57, pp. 121-122. 兼原ダイジェスト

(92) 第153回国会衆議院国土交通委員会会議録第5号(閉会審査中)、平成14年(2002年)1月10日、13頁。

対応についても、(無害でない通航に対しては)「個別法による」という基本方針を繰り返した。それに対して、前原誠司委員は、UNCLOS 上の無害でない通航について、国内法整備ができていないとして、法整備の必要性に言及した。そして、不審船、すなわち、工作船に対する措置では、(法が欠落しているゆえに) 別件逮捕が行われたと指摘した⁽⁹³⁾。

③このように、不審船事例の議論を背景として、領海制度に関する法整備の議論が浮上したのである。前原誠司委員は、「法的な整備が足りない。UNLOS に認められた領海内での権利についても、穴がいっぱいある」と発言している⁽⁹⁴⁾。

法整備の主張に対して、扇千景国土交通大臣は、口頭発言の記録であるために日本語は整っていないが、次のように発言している。

「領海警備に関する法制度... (不審船の態様をいくつか述べて一筆者) あらゆる面で海保庁としては、一義的に、自衛隊ではなく海保庁の任務として、これに停船命令をしたり、あるいは調べさせてくださいといって、乗り込みますよ、捜査に入りますよという警告を発することもできる... 突き詰めて法令として、世界中に、この条項の何項によってということになれば、不審船というのはごまかすことが目的で向こうはかかってくるわけですから、漁船の恰好をしたり一般船の恰好をしたり、どういう対応をしてくるかわかりませんので、そういう法的な整備というものは明快に突き詰めて、今回のことも教訓としながら、私は中谷長官(防衛庁長官-筆者)とも今後連絡を密にして... 不備があるとすれば、それは改正するようにわたくしどもしていきなさいいけないと思っております。」

さらに同大臣は、次のようにも発言している。すなわち、「8日の閣議が終わった後に、新しい法律を、沿岸警備のための法律を整備する必要があるのではないかというコメントをお出しになられまして、...」という指摘を受けて、同大臣は、「これだけ海に囲まれている日本、海洋王国日本といわれ

(93) 第153回国会衆議院国土交通委員会議事録第5号(閉会審査中)、平成14年1月10日、13頁。

(94) 第153回国会衆議院国土交通委員会議事録第5号(閉会審査中)、平成14年1月10日、13頁。

ていますけれども、どこでも国境がつながっているようなところには国境警備隊があるわけですね。ですから、海上警備隊があってもいいのではないかと。カナダ、アメリカ...の海上警備隊。私はそれに匹敵するのが海保庁だと思っておりますので...」と回答し、新法の整備をさらに問われて、「検証した上で、どこをどう直すべきか、どこをどうしたらいいのか、それは改めて国会の場も通じて、こういう委員会で検討したいと...」と述べている⁽⁹⁵⁾。

④本年(2021年)に海警法の施行を受けて、国会では、「領海警備法」への言及がある⁽⁹⁶⁾。領海警備やその根拠となる法益の議論が国会で集中して行われたのは、不審船事例の後と、海警法の施行後である。不審船事例後には、庁法20条2項による、実力の使用に関する規定の改正がなされた。つまり、領海警備の概念や、領海警備の根本にある保護法益の議論には対応しないで、政府は、法整備として、海上保安庁の実力使用の要件の修正によって対応したのである⁽⁹⁷⁾。

⑤領海における保護法益は、領海警備により守られる。それでは、そもそも領海警備の概念について、共通の認識が成立しているのだろうか。国会の議論では、そのようにはみえない。領海警備の概念も含めて、領海警備法に関する政府や学説の見解をみておきたい。

(5) 「領海警備法」をめぐる議論

①領海警備に近似する概念には、国境警備がある⁽⁹⁸⁾。国会での政府の答弁を見ると、海上保安庁の任務である領海警備を、国境警備と表現することがある。たとえば、「国境警備隊は日本でいうと海保庁にあたる」という発言がある⁽⁹⁹⁾。また、海上保安庁長官の見解として、海上保安庁が国境警備を

(95) 第153回国会衆議院国土交通委員会議事録第5号(閉会審査中)、平成14年(2002年)1月10日、26頁。

(96) 第204回国会衆議院予算委員会議録第12号、令和3年(2021年)2月17日、46頁。

(97) 村上歴造「領海警備」『警察政策』第4巻1号(2002年)192-211頁。とくに、208-211頁；福山潤三「海上保安庁の国際活動」『レファレンス』2010.1、注24。

(98) 村上前掲論文(注97)参照。

(99) 第153回国会衆議院国土交通委員会議録第5号(閉会審査中)、扇千景国土交通大臣発

担っているという趣旨の発言がある⁽¹⁰⁰⁾。海上保安庁の任務であるとする以上は、そこでの国境警備は、法執行ないしは警察措置によるものと理解されているのであろう。しかし、諸外国の例をみると、国境警備は、安全保障の事象とする例もある⁽¹⁰¹⁾。

②平成23年(2011年)1月7日「海上警察権のあり方に関する検討の国土交通大臣基本方針」⁽¹⁰²⁾では、海上警察、国境警備、それらの所掌についての見解は、次のとおりである。「海上警察権の責務の範囲は、人命・財産を保護し、法秩序を維持し、…」 「海上警察権の性格は、自国領域を外国から防衛する軍事作用と国内の治安を維持し国民の生命・財産を保護する警察作用の両者の特徴を兼ね備えた国境警備に例えられることがあるが、…」 「我が国では、戦前においては海上交通の安全確保、海難救助、法秩序の維持は諸機関が独立して分掌し、海上を警戒・防護する意味での海上警備は海軍が所掌していた。… 現在の海洋法制の下では、海上秩序を確保するには軍事力による対応ではなく、海上警察権による対応がより適切と考えられ、これを実施する体制として、我が国においては、第一義的に海上保安庁が海上警察権により対応し、それが困難となった場合に限り、自衛隊が、海上警察権の範囲で行動する海上警備行動等を発動して対応するという重層的なシステムとなっている。」

これは、概念の整理と歴史的経緯の理解には資するかもしれない。しかし、海上保安庁が国境警備を担うという、上記①で示した国土交通大臣や複数の海上保安庁長官の見解とは相違する。海上警備の実施主体は、第一義的には海上保安庁とし、海上自衛隊の海上警備行動も想定している。ただ、実際の具体的な事案において、軍事作用と警察作用の区別がどのようになされるのかは疑問である⁽¹⁰³⁾。

言平成14年(2002年)1月10日、26頁。

(100) 廣瀬前掲論文(注14)は、平成26年(2014年)2月、海上保安協会から発行された非売品の『海の同志たちへー尖閣警備のみなさん・ご家族のみなさんへー』という冊子における複数の海上保安庁長官の発言を紹介している、31-32頁。

(101) ロシアやドイツの国境警備および英米のホバリングアクトにつき、村上前掲論文(注97)、195-202頁；山本前掲論文(注63)、75-76頁。

(102) <https://www.kaiho.mlit.go.jp/info/kouhou/h23/k20110107/k110107.pdf>.

他方で、グレーゾーン事態をめぐる議論において、野党である民主党と維新の党が国会に共同提出した「領域等の警備に関する法律案」も海上警備の実施主体の点で、自衛隊に平素から「領域警備行動」という新たな権限を付与するものであった⁽¹⁰⁴⁾。

③領海警備が、法執行ないしは警察措置に収斂しない点は、さまざまに指摘されている。そして、それゆえに、領海警備を軍事か警察かのいずれかの作用に位置づけることは難しいという指摘がなされているのである⁽¹⁰⁵⁾。

たとえば、「領海侵犯」⁽¹⁰⁶⁾は自衛権の問題であるとか⁽¹⁰⁷⁾、「国際法上の通航の無害性を侵害している外国軍艦については、外交レベルの問題なのだろうと思います。外国軍艦の有害通航は直接には沿岸国の法令違反の行為であっても、結果的には、その不遵守により沿岸国の国際法上の法益を侵害しているわけですから…」という発言も⁽¹⁰⁸⁾、領海警備が法執行ないしは警察措置に収束しないことの指摘といえよう。

学説は、領海での暴力行為が、その主体(個人や集団、国家や非国家組織等)においても態様においても多様であるとする⁽¹⁰⁹⁾。そうであるならば、

(103) 学説で、軍隊と警察の区別要因を挙げるものとして、例えば、岩本誠吾「平和安全法制における自衛隊の法的地位」『産大法学』51巻3・4号(2018.1)3-7頁。

(104) この点につき、森川前掲論文(注21)、34頁。

(105) たとえば、村上前掲論文(注97)、194頁。

(106) 領海では外国船舶の無害通航権があるため、「領海侵犯」という表現は正確ではない。それは、「領空侵犯」という概念が成立する領空とは異なる。しかし、ここに挙げる「領海侵犯」は、その文脈に鑑みれば、沿岸国日本の主権侵害を意味しており、それは、法執行ないしは警察措置で対処する事項ではなく、防衛であり自衛権の問題でありうるという趣旨であろう。同様に、この問題を熟知している山本教授や村上教授が、文脈に応じて「領海侵犯」の語を用いるのも、沿岸国日本の主権侵害には、法執行ないしは警察措置では対処できない事実状況がありうることを意識してのことと解される。山本前掲論文(注63)、71頁。

(107) 田中移・成田頼明・西村康雄・山本草二「座談会・海と法—新海洋時代の国内法と国際法の課題をさぐる」『ジュリスト』第753号(1981年)座談会、成田教授発言30頁；廣瀬肇「海上警察機関による実力行使」海上保安協会『海上保安国際紛争事例の研究』第1号(2000年)100頁。

(108) 田中移・成田頼明・西村康雄・山本草二前掲(注107)座談会、山本教授発言30頁。

(109) 森川幸一「海上暴力行為」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)、295-296頁；村上前掲論文(注97)、194頁。

侵害される保護法益も多様となるのであって、これらの暴力行為に対処する措置の法的性質も一義的ではありえない。措置が法執行ないしは警察措置である場合も、そうではなく、防衛や自衛権行使となる場合もありえよう。よって、措置をとる主体も、一義的に海上保安庁であるわけではなく、海上自衛隊による場合もありうる⁽¹¹⁰⁾。この点で、政府は、領海における「主権侵害」があるとしつつ、それに対して法執行で対処するという見解を示しているが、これが、法執行だけに収斂するという見解であるとすれば、疑問である⁽¹¹¹⁾。同様の疑問は、縄野克彦海上保安庁長官が、不審船を犯罪目的の工作船とし、警察機関である海上保安庁が犯罪の確認、防止により対応するという見解⁽¹¹²⁾を示していることにもあてはまる。

④先に述べたように、憲法9条と庁法25条のもとで、武力攻撃を要件とする「防衛」が狭くしか認められず、相対的に、「法執行ないしは警察措置」は、広くとらえられることになる。そうした日本に固有の「法文化」により、広く解される法執行ないしは警察措置に照らすために、領海警備が法執行ないしは警察措置には収斂しきれないことに対して、正確な認識を欠いているといえるかもしれない。

⑤領海警備をめぐる議論では、領海警備が法執行ないしは警察措置に収斂せ

(110) そもそも、その両者のいずれかの任務や機能に分けることができるかも、疑問となりえよう。同上(村上)、194頁。

(111) 「主権侵害」と認識しているが、それに対して「法執行」での対処「だけ」で足りると思うことが適当であるかという議論として、第204回国会参議院外交防衛委員会第7号、令和3年(2021年)4月15日、<https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=120413950X00720210415&spkNum=81¤t=2>。

(112) 縄野克彦海保庁長官の発言は次のように言う。「不審船というのが、…軍艦であるのか犯罪の工作船であるのかということですが、不審船と言われるものは一義的に犯罪を目的とした船である、そういう観点から、その犯罪の確認あるいは防止あるいは対応というものをを行うために警察機関たる海上保安庁がこれに対応することとございまして、その次に海上警備行動が発令された段階、これも治安出動までは行っていない段階で、海上保安庁では対処できないという段階で海上自衛隊に発動されるものがございますので、一義的には警察機関が対応するということがそれぞれの任務からでてきているものというふうにご理解いただきたいと思います。」第153回国会参議院国土交通委員会会議録第3号、平成13年(2001年)10月25日、16頁。つまり、国防に関わる機密をねらう工作船(不審船)は、「一義的に」(犯罪を行う船として)、警察機関が対応するという趣旨であろう。

ず、したがって、海上保安庁の任務や機能により完全に所掌されるのではないことを示している。そして、なによりも領海警備の議論の根幹をなすのは、日本が領海警備法をもたず、領海における保護法益の法による明示がないことへの深刻な懸念でこそある。

領海法の修正によるにせよ領海警備法の制定によるにせよ、領海での保護法益を明記することは真剣に検討すべきである。それは、個別の法による対応ではなく、領海法あるいは領海警備法という一般法による法の整備を意味する⁽¹¹³⁾。そして、領海での具体的な行為に即して、無害でない通航への対処において議論が行われてきたように、個別法等による法益侵害の類型化をはかること、それぞれに対応する適当な措置を取ることが必要である⁽¹¹⁴⁾。その措置の法的性質も、主権(侵害)に照らして決定される。

以上で、不審船事例や海警法施行を契機とした国会での議論や学説の検討を経て、結論として、そもそも、領海警備により守る法益が現行法では法の根拠をもたないという根本的な問題が明らかになった。さらに、領海警備は、法執行ないしは警察措置には収斂しきれない。そこで、本稿が冒頭で挙げた二つの問題、第一に、海上保安庁による実効的な領海警備の確保、第二に、海上保安庁と海上自衛隊との連携における両者の関係の明確化という二つの問題は、領海における保護法益の法による明定を前提とし、その保護にあたる任務や機能の法的性質を決定し、海上保安庁と海上自衛隊との連携関係を明らかにしなければ、十全に解明されえないのである。

次節では、海上保安庁と海上自衛隊との関係の検討する手がかりとして、海上保安庁の任務と機能の背景にある、国際環境の変化を考察する。海上保安庁に対する、国内的にだけでなく国際的な期待を認識しておく。それは、海上保安庁は法執行ないしは警察措置の実施主体、海上自衛隊は防衛の実施主体という、いわばカテゴリーカルな区別を相対化する契機となると考えられるのである。

(113) 村上前掲論文(注97)、210頁。

(114) この点で、「無害でない」とことと国内法との関係につき、分離説と融合説の議論があることなどにつき、山本前掲論文(注63)、77-82頁。

6. 海上保安庁に求められる機能の変化・発展

(1) 主権国家の対外的前線としての海

海の特質が次の点にあることは、確立した認識であるといつてよい。「国際法からみますと、歴史的にそうですが、海は軍事行動の一番の有効な場であったということは否定できない事実…」ということである⁽¹¹⁵⁾。無害通航権に照らせば、「有害通航として指定されているのに、それに触れる形で領海に入ってくる外国船については、これを単純な法令違反としてはとらえられない面が多い…したがって、領海外への退去強制とか対抗措置が必要となり、単に実行行為者の処罰ですむ問題ではありません。しかし、国内法的には、それはいったい領海侵犯なのか、それとも通常の海上犯罪なのか、…といった問題が出てくる…」という意識となる⁽¹¹⁶⁾。

この認識は、最近のものではない。けれども、不審船事例や海警法の施行により、この認識の重要性が飛躍的に増大したといえる。それは、海上保安庁の任務や機能の対外的局面の強調に現れている⁽¹¹⁷⁾。

(2) 海上保安庁の行動や取る措置の外交・安全保障上の意義

①第二次大戦後に海上保安庁が設立された事情とは異なり、現在の国際社会の情勢において、海上保安庁のいわば外交・安全保障上の意義が指摘されている⁽¹¹⁸⁾。それは、海上保安庁に関する国会の議論にみる認識の変化⁽¹¹⁹⁾、

(115) 田中移・成田頼明・西村康雄・山本草二前掲（注107）、山本教授発言、30頁；奥蘭淳二「国際的外部環境の変化と海上保安庁」『海保大研究報告 法文学系』第61巻1号（2016年）49頁。

(116) 田中移・成田頼明・西村康雄・山本草二前掲（注107）、山本教授発言、30頁。

(117) たとえば、不審船への対処であった海上警備行動において、海上保安庁と海上自衛隊が連携し、海上保安庁が対応すべき事象を外交安全上の問題と明確に位置付けられるようになったという指摘として、奥蘭前掲論文（注54）、86頁。

(118) 同上。

外交主体やアジア諸国との国際協力の主体としての海上保安庁の活動が顕著になってきているということである。海上保安庁は、日本の外交政策と密接に関わりながら、外交政策の一環として、任務や機能を遂行するといえる。いうまでもなく、尖閣諸島の周辺海域における海上保安庁の対中国船舶等への対応は、そうした外交政策の一環である。また、「自由で開かれたインド大太平洋」構想⁽¹²⁰⁾に基づき、東南アジア諸国等への能力構築・人材交流・船舶供与などを、海上保安庁は精力的に行ってきた⁽¹²¹⁾。

つまりは、海上保安庁が法執行ないしは警察措置の主体であるとしても、その任務や機能は、国際場裏において、これらの多様な任務や機能を果たすようになっていることを認識すべきである。

②海上保安庁が保護する法益に注目すると、洋上暴力行為が多様な態様をとることとも密接に関連して、対処措置により保護される法益も多様化する。海上の安全や治安維持、日本の安全保障といった日本の法益や、国際の平和・安全の維持の法益がある。また、国際の平和と安全(の維持)という法益は国際法上の法益ではあるかもしれないが⁽¹²²⁾、日本も国連憲章等を根拠としてその法益を保護する義務を負う⁽¹²³⁾。

(119) 同上。

(120) Ministry of Foreign Affairs of Japan, Free and Open Indo-Pacific (Apr. 1, 2021), https://www.mofa.go.jp/policy/page25e_00278.html. 著者は、外務省の依頼を受けて2018年に、「自由で開かれたインド大太平洋」構想につき、それと第三期海洋基本計画との密接な関連という視点から、インド、バングラデシュ、スリランカで講演を行った。たとえば、スリランカでの講演につき、Atsuko Kanehara, Keynote Speech on “Japan’s Ocean Policy and Free in the context of the Free and Open Indo-Pacific and Open Indo-Pacific Strategy” at Colombo University (Sept. 28, 2018), <https://www.lk.emb-japan.go.jp/files/000416654.pdf>.

(121) 『海上保安レポート2021』(海上保安庁、2021年)、134-140頁。Kei Koga, “Japan’s Strategic Interests in the South China Sea: beyond the Horizon?” *Australian Journal of International Affairs*, Vol. 72, No. 1 (2018), pp. 16 et seq.

(122) 福山前掲論文(注97)、93頁。

(123) 権限根拠としてのみ、庁法の5条17項が規定する「海上の安全」で、安保理決議の国際の平和と安全のために、海上保安庁は活動ができるのかという問題について、森川幸一「海上保安庁の活動海域に係る諸問題」『平成21年度海洋權益の確保に係る国際紛争事例研究(第2号)』(海上保安協会、平成22年)、105頁。

(3) 海上保安庁の行動や取る措置がもつ国際的側面と法的性質

①海上保安庁は国益を守るとともに国際義務をはたすのであり、その海上警察措置は、国家秩序のみならず、国際秩序を執行し維持する⁽¹²⁴⁾。

②海上保安庁が、日本の法益以外の法益を保護することは⁽¹²⁵⁾、たとえば、次の具体的な条約等による国際協力の仕組みの一環をなす。2005年の海洋航行不法行為防止条約（SUA条約）改正議定書による非旗国措置の実施⁽¹²⁶⁾、国連安保理決議等を根拠とする、国際テロ対処、海賊対処⁽¹²⁷⁾などである。その結果、国際社会の要請にこたえるために、海上保安庁の機能や行動・措置の性質が変化する可能性がある⁽¹²⁸⁾。

③端的に言えば、こうした国際社会の要請に応ずるに際して、海上保安庁の行動や取る措置は、従来のように、法執行ないしは警察措置に収束するのであろうか。

これについて、消極的な議論の仕方ではあるが、従来の法執行ないしは警察措置であるための基準、それは、自衛隊による防衛活動との区別の基準が主たるものであるが、そうした基準が意義をもちにくくなることを指摘できる。たとえば、有害行為の実行主体（国か国ではないか）は、軍（自衛隊）と警察（海保庁）の区別の基準とはならない場合がある。

(124) 廣瀬前掲論文（注19）、80頁；国司前掲論文（注66）、215頁。

(125) 田中前掲論文（注32）、81頁。自国以外の法益といっても、海賊対処と国際テロ対処とでは、法益が異なるという指摘につき、奥脇直也「海上テロリズムと海賊」『国際問題』No. 583（2009年7・8月）、28-29頁；海賊対処法の保護法益の検討および「国際の平和と安全」という保護法益（security）を根拠として、庁法で海上の安全（safety）を任務とする海上保安庁が活動できるかという指摘として、森川前掲論文（注123）104-105頁。

(126) 8条 bis。海洋航行不法行為防止条約と改定議定書については、前注26参照。

(127) 海賊対処法制の検討は、森川幸一「海賊取締りと日本法—海賊対処法制定の意義と背景」『国際問題』No. 583（2009年7・8月）49頁以下。

(128) 庁法2条に言う「海上の安全」（safety）を根拠として、国連安保理決議にいう「国際の平和と安全」（security）の維持のための活動に、海上保安庁が従事できるかという疑問につき、前注125参照。

海上保安庁の権限を限定する基準として、「実際に日本政府の対応も外国の軍艦が入ってくるということは、外国自身が主権行使をしようとしているのですから、主権対主権の関係であれば当然これは外交の問題として理解するので、単なる国内の法令励行なり警察権行使とするということではないということは、海上保安庁の権限行使の基本だと思います」という見解がある⁽¹²⁹⁾。しかし、これは、現在では有意義とはいえない。国対国以外の場合であっても、国に準ずる組織に対する場合、個人や集団に対する場合という区別、つまり、有害行為の実行主体を基準として、自衛隊や外交による対処と、海保庁の警察権行使とを区別することができる状況ばかりとはいえない⁽¹³⁰⁾。

さらに、法執行ないしは警察措置と、防衛ないしは安全保障との区別という、海上保安庁が自らの機能を語る時に堅持してきた区別についても、その相対化が生じている。

(4) 海洋の安全保障 (maritime security) 概念の拡大ないしは拡散

海洋の安全保障の概念は、従来の軍事的攻撃や脅威に対して自衛権で対処する事実状況だけではなく、より広い概念として確立してきている。たとえば、次のような海洋の安全保障の説明例がある。“Maritime security”… in addition to military threat, combatting various threats, including terrorism, weapons proliferation, transnational crime, piracy, environmental/resource destruction, and illegal seaborne migration.”⁽¹³¹⁾ 日本でも、第三期海洋基本計画の支柱は「総合的な海洋の安全保障」としており、これは様々な海洋政策の連携を確保しそれらを包含する⁽¹³²⁾。

(129) 田中移・成田頼明・西村康雄・山本草二前掲(注107)、西村運輸省観光部長発言30-31頁。

(130) 国に準ずる組織に対抗するとき、警察権の行使か武力行使とみなされる自衛権かなどの問題につき、森川前掲論文(注127)、60頁；同(注21)、35頁。

(131) Douglas Guilfoyle, “Maritime Law Enforcement Operations and Intelligence in an Age of Maritime Security,” 93 *International Law Studies*, Published by U. S. Naval College, 2017, p. 299.

このように海洋の安全保障を広くとらえれば、その結果として、従来の法執行ないしは警察措置と、防衛ないしは安全保障との区別の意義は減少する。そこで、たとえば、大規模テロや海賊への対処、また、中国公船および軍艦や大挙した漁船の日本領海への侵入が、はたして、海上保安庁による法執行ないしは警察措置による対処に収斂するののかという疑問が生ずる。日本が、武力攻撃には至らない事態、つまり、自衛隊の防衛活動が発出されない事態であっても、グレー・ゾーン事態があるとして閣議決定⁽¹³³⁾したのも、同じ問題意識に基づくといえよう。

海上保安庁による UNCLOS の 25 条 1 項に基づく対処なのか、それとも自衛権行使に至るのか、両者の区別は事実の問題として明確に行えるのか、その区別は広くとらえた海洋の安全保障概念に照らして有意味なのか、仮にその区別を明確に行えるとして、上述のように、自衛・防衛と法執行ないしは警察措置との区別や分掌も困難である海上保安庁と自衛隊が「隙間なく」交代できるのか。

これらの問題は、国際社会の情勢変化における海上保安庁の果たす任務や機能に照らして、再検討しなければならない。第三期海洋基本計画が、「総合的な海洋の安全保障」における海上保安庁の役割と期待の増大を求めるのも⁽¹³⁴⁾、まさに、こうした認識に基づいてのことである。

さらに、国際情勢が海上保安庁の任務や機能に変化や発展を期待する状況で、海上保安庁と海上自衛隊との連携および協力の強化については、一定の進展がある。次にこれをみていく。

(5) 自衛隊（軍）と海保庁（警察）との連携・協力の強化

①不審船事例を契機として、海上保安庁はその英名を、Maritime Safety Agency から Coast Guard へと変更した。航行安全や救助、防災を担当する機関であるとの印象から⁽¹³⁵⁾、コーストガードとして、海上保安庁の「国境

(132) 拙稿「第三期海洋基本計画が描く安全保障の姿」『公明』（2018年8月1日号）22頁以下。

(133) グレーゾーンについて、閣議決定の分析も含めて、森川前掲論文（注21）。

(134) 第三期海洋基本計画、とくに、16、28頁。

警備機関⁽¹³⁶⁾としての位置付けを明確にする趣旨であり、海の国境を対外的脅威から守り、領海における日本の主権を保持する⁽¹³⁷⁾という発想であるとう指摘がある⁽¹³⁸⁾。

そこで海上保安庁が装備を拡充し実力使用の要件を緩和し、それを伴って、ここにいう「海の国境を対外的脅威から守り、領海における日本の主権を保持する」任務や機能を強調するならば、そうした場合における海上自衛隊との協力および連携が一層現実のものとなる。

②海上保安庁と海上自衛隊が連携および共同するとき、その事実状況の法的性質はいかなるものであろうか。国内法上は、自衛隊法 82 条の海上警備行動は警察活動であり、海上保安庁とともに海上自衛隊も法執行ないしは警察活動を行う。ところが、先に領海警備の議論をみたように、領海警備の事実状況は、海上暴力行為の主体や態様が多様であることに典型的なように、一義的ではありえない。よって、国内法上であれ国際法上であれ、法執行ないしは警察措置を海上保安庁が所掌するとしても、領海警備が海上保安庁の任務や機能に収斂するとも限らない。領海警備であっても、法執行ないしは警察措置での対応が適合せず、国内法上の防衛活動であり、国際法上で自衛権の行使が要請されることがありうる。それは、明確に海上自衛隊が対処する事実状況である。

③海上保安庁と海上自衛隊の連携や共同とは異なり、海上保安庁に代わって

(135) 比較法的見地から、村上・森前掲論文(注 62)、33-35 頁。Sam Bateman, "Coast Guards: New Forces for Regional Order and Security," *Asia-Pacific Issues, Analysis from the East-West Center*, No. 65 (January, 2003), pp. 1 *et seq*; Douglas Daniels, "How to Allocate Responsibilities between Navy and Coast Guard in Maritime Counterterrorism Operations," *University of Miami Law Review*, Vol. 61 (2007), pp. 467 *et seq*.

(136) 領海警備および国境警備について、概念の明確化がないことについては、第 5 節参照。

(137) ただし、日本の主権を保持するといっても、海上保安庁の任務や機能が保護する法益について、一般法による規定は存在しないことは、前述のとおりである。第 5 節参照。

(138) 山崎元泰「海上保安庁と日本の安全保障—国境警備機関への変貌」、名古屋商科大学論集第 51 卷 1 号 (2006 年) 89 頁。海上保安庁が法執行機関であることを強調する趣旨であるという指摘として、村上・森前掲論文(注 62)、34 頁。この名称変更は、米国のようにコーストガードを一軍種の呼称とらえる諸国が少なくないことから、果たして適切であったかという疑問として、真山前掲論文(注 23)、(注 10)。

海上自衛隊が活動するのは、政府の説明では「海上保安庁で対処することが困難なとき」である⁽¹³⁹⁾。これは、事実上の基準であろう。事実上の基準で、海上保安庁の任務・機能と、海上自衛隊のそれらを区別することは、まさに、本稿が先に述べた意味での「実質的機能」の視点と同じであるかもしれない。そうであるならば、この点においては、概念・理論上の防衛と法執行ないしは警察措置との区別とは、政府は、必ずしも適合しない区別基準を認めているといえるのであろうか。海上保安庁と海上自衛隊が、近年における国際情勢に対応して、新たな「補完関係」にあるという指摘がある⁽¹⁴⁰⁾。それは、いわば原理的な法執行ないしは警察措置と防衛との区別が、事実上即して柔軟になる可能性を示唆しているのかもしれない。近年では、海上自衛隊の活動が増加しており、軍事機関・防衛力の果たす役割の変化を受けて、海上保安庁と海上自衛隊との役割分担の再考が促されているのも⁽¹⁴¹⁾、同じ趣旨といえよう。

もっとも、海上保安庁の独自の意義としては、防衛を担う海上自衛隊ではなく海上保安庁が対処することにより、緊張状態をエスカレートしないことにあるという⁽¹⁴²⁾。それに異論はない。しかし、他方で、軍事戦略の観点からは、エスカレーションの阻止は、海上保安庁の法執行という権限の顕示によって実現するよりも、公船の数と能力、つまりは、装備によるという指摘も傾聴に値する⁽¹⁴³⁾。そして、憲法9条のもとで、法執行ないしは警察措置を広くとらえ、極めて限定的にしか海上自衛隊による防衛活動を認めないのであれば、海上自衛隊も、そのように広くとらえられる法執行ないしは警察措置を実施する。そして、装備の点で、海上自衛隊もその実力使用におい

(139) 海上警備行動の発動要件について、奥蘭前掲論文（注8）、182-183頁；笹本浩・高藤奈央子「ソマリア沖・アデン湾における海賊対処としての法整備」『立法と調査』No. 295（2009.8）24頁。

(140) 奥蘭前掲論文（注8）、189頁。

(141) 森前掲論文（注8）、107頁。

(142) 先に紹介した代々の海上保安庁長官が、海上保安庁は国境警備を担うとし、その理由に、事態をエスカレートしないことを挙げている。前注110参照。

(143) 神保謙「シームレスな安全保障体制への課題—『グレーゾーン』事態からのエスカレーションを巡って」日本国際問題研究所『安全保障政策のリアリティ・チェック』（2017年）、34頁。

て、警職法7条の制限を受けることに注意すべきである⁽¹⁴⁴⁾。

本稿の最後に、領海警備に係る法整備を提言するに先立ち、本年(2021年)2月1日の中国による海警法施行を受けた国会での議論には、領海警備の法的性質を複層的にとらえる可能性を見出し得ることを指摘しておく。

7. 領海警備の法的性質の複層化の可能性

(1) 無害でない通航をする外国公船や外国軍艦への対処

①平成27年(2015年)5月14日の「我が国の領海及び内水で国際法上の無害通航に該当しない航行を行う外国軍艦への対処について」という閣議決定は、かかる軍艦に対して、国際法に従って領海外への退去要求などを行うこととし、不法行為に対する当該措置は、自衛隊法82条による海上警備行動による実施を基本としている。これは、外国軍艦への対処において、海上自衛隊を実施主体とするが、その根拠は、外国軍艦による「無害でない通航」であり、それによる日本の法益の侵害であろう。「無害でない通航」であり不法行為に対する措置は、UNCLOS25条の保護権を根拠としよう。海上自衛隊の活動は、海上警備行動である。したがって、外国軍艦による無害でない通航は、不法行為に対する警察措置による対処という評価である。ここには、外国軍艦による無害でない通航が、日本の主権を侵害し、それは、警察措置ではなく防衛により対処する事態であるという発想はない。

②これに比して、次の議論が注目される。

免除を享受する中国公船への対処について、国会では、①免除を尊重して、軍艦への退去要請、というUNCLOSの確認的な答弁に加えて⁽¹⁴⁵⁾、②

(144) ただし、庁法20条2項の改正により、警職法7条という場合の「他」の場合に実力使用を海上保安庁が認められる場合、かりに、その任務において海上自衛隊が同時に活動すれば、海上自衛隊にも庁法20条2項の準用がある。

(145) UNCLOS30条は、軍艦に対する退去要請を規定している。では、同じく免除を享受する政府公船に対する対処はどのように考えられるか。この点につき、UNCLOSの32条および沿岸国の保護権を規定する25条との関係は必ずしも明らかではない。少なくとも、国内法令に違反する軍艦については退去要請ができるにとどまるのであり、それを

「免除を否定」して比例性原則のもとで実力使用できるという見解として解釈できる答弁がある⁽¹⁴⁶⁾。典型的には、「外国公船が無害通航にあたらぬ航行を行っている場合には、当該外国公船が有する免除を侵害しない範囲で、当該外国公船の侵害行為との比例性を確保した上で必要な措置をとることができる… 国際法上許容される範囲において、武器を使用することは排除されないと認識しております（傍点筆者）」という発言である⁽¹⁴⁷⁾。そこにいう「国際法」が、免除原則を指すのであれば、そもそも、免除の尊重と実力の使用とは常識的に考えて両立するとは考えにくい。そうであるとする、「実力使用に係る国際法」に従って、外国公船の免除を「否定して」実力使用の対象とする、という答弁であると解する可能性がある。そこには、UNCLOS および海洋法上の政府公船の免除原則からの離脱の契機がある。その根拠は、主権国家の根本的な法益である主権を侵害する外国公船に対して、免除を認めてこれを尊重する必要はなく、主権保護のために、当該外国公船に対して実力を使用することができるという点にある。

そのような事実状況は、法執行ないしは警察措置の「舞台」となる事実状況ではなく、国際法上では、武力行使や武力紛争という法的性質の事実状況になりえよう⁽¹⁴⁸⁾。同様の指摘は、領海内で中国公船が海洋科学調査と称し

基準として、政府公船への対処も考えることになる。解釈の問題などにつき、ここでは詳細には踏み込まない。政府公船の免除については、奥脇前掲論文（注 48）参照。

(146) ①の例として、第 180 回国会衆議院国土交通委員会議録第 13 号、平成 24 年（2012 年）8 月 3 日、鈴木久泰海上保安庁長官発言、7, 10, 12 頁。②が明確になるのは、中国海警法の議論においてである。たとえば、第 204 回国会衆議院予算委員会議録第 12 号、令和 3 年（2021 年）2 月 17 日、45 頁（岡野外務省国際法局長発言）、同、46 頁（奥島海上保安長官発言）；第 204 回国会参議院外交防衛委員会議録第 7 号、令和 3 年（2021 年）4 月 15 日、岡野外務省国際法局長と瀬口良夫海上保安監の発言を合わせ読めば同じ趣旨と解される、<https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=120413950X00720210415&spkNum=81¤t=2>；第 204 回国会参議院外交防衛委員会議録第 8 号、令和 3 年 4 月 20 日、宮澤康一国土交通省総括審議官発言、<https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=120413950X00820210420&spkNum=132¤t=1> 等。

(147) 第 204 回国会衆議院予算委員会議録第 12 号、令和 3 年 2 月 17 日、奥島高弘海上保安長官発言、46 頁。

(148) この点で、ここにいう政府公船への武器の使用を明言しておきながら、これを、「国際法上の法執行」とする政府の見解は、理解しにくい。たとえば、第 204 回国会参議院外交防衛委員会議録第 7 号、令和 3 年 4 月 15 日、岡野外務省国際法局長発言、<https://>

て「戦争体制準備」に該当する行動をとる場合には、沿岸国である日本は中国公船を領海外への退去を強制することができ、それは、海上保安庁の職責を超える、という見解にも示されている⁽¹⁴⁹⁾。中国公船ではなく中国軍艦であれば、一層そのようは法的性質が該当する。

(2) エスカレート回避の要請

たしかに上述のように、法執行機関である海上保安庁が前面にたつことで、事態のエスカレートを回避するということに意義がありうるとしても、エスカレート回避のためには、装備こそが決定的であるとの指摘もある。そして、事実状況を、国内法上で法執行ないしは警察措置が適合する事実状況ととらえる限り、海上保安庁だけではなく連携・共同して係る措置を取る海上自衛隊も、その実力使用は、法執行ないしは警察措置に伴うものであり、警職法7条により制限される。しかし、先に検討したように、海上保安庁の行動や取る措置が、その「実質的機能」の観点で、国際法上で武力紛争と評価される事実状況において、武力紛争法に従って「敵対行為」にあたり、「軍事目標」となる可能性がある。これらの場合において、最も重要な要請であるべき、海上保安官や海上自衛隊員の「危険」は回避できるのだろうか。

8. おわりに

本稿は、領海警備に係る法整備を提言するために、実効的な領海警備の確保と、海上保安庁と海上自衛隊との関係に関わる論点を、多角的に取り上げて検討してきた。そこには、日本に固有の論理とそれに従う想定があった。すなわち、国内法上で海上保安庁を法執行機関とし、警察措置の実施主体すること、海上自衛隊の防衛出動とは厳然と区別すること、防衛出動は憲法9条により武力攻撃という厳格な要件のもとにしか実施できないこと、それゆ

kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=120413950X00720210415&spkNum=81¤t=2.

(149) 奥脇前掲論文(注48)、10-11頁。

えに、法執行ないしは警察措置は広く解されることである。ところが、海上保安庁が担う領海警備は、海上暴力行為の多様性に鑑みても明らかなように、法執行ないしは警察措置に収斂するとは限らない。また、海上保安庁の国際的側面で果たす任務や機能に照らすとき、海上保安庁の法執行ないしは警察措置と、海上自衛隊の防衛活動との区別について、相対化の契機が存在する。そして、海警法の施行を受けて、国会では、領海警備が、法執行ないしは警察措置には収斂されえないことが、政府により認識されているかのような議論が見出された。

領海警備をめぐっては、繰り返し領海警備法が国会で提言されたにもかかわらず、その実質的な議論が行われたとはいえない。なによりも、領海警備が保護する日本の法益の明示規定が存在しない。これは、主権国家の姿勢としても、諸外国の国内法実践と比較しても、真剣に内省すべき問題である。主権を保護法益とし、それを根本にすえてこそ、事態や取る措置の法的性質やそれに基づく海上保安庁と海上自衛隊の共同や任務の分掌を、法的に決定できる。さらに、そもそも領海警備の概念についても、かつ、それを前提とする領海警備の法的性質についても、国際情勢に対応しながら、日本は確立した見解を醸成させるという意識を欠落させている。

本年（2021年）の中国による海警法の施行は、まさに、領海警備に係る法制の不備を、鋭く浮彫にした。領海警備が切迫した問題となっている現状において、致命的な欠陥である。これは、領海警備の根幹にかかわるにもかかわらず、長期にわたり、放置されてきた結果でもある。機が熟している。そして、今、喫緊にこの課題に取り組まなければ、日本の国益に対して、取り返しのつかない損害が発生するであろう。

それを防ぐために、領海警備に係る法整備は、喫緊かつ不可欠の課題なのである。

（本学法学部教授）