

公海および外国領海における船舶の

法律上の地位と漁業法令適用の限界

飯 田 忠 雄

第一 問題の所在——北島丸事件の判決理由が提示した問題

第二 擬制としての船舶の領土性

第三 旗国主義の法的帰結

第四 公海上での漁業の自由と領海における漁業権の留保——漁業許可と漁業権設定の限界

第五 外国領海における漁業に対する旗国の法的規制の根拠と限界——漁業犯罪の国外犯説に対する批判

第六 結語——主張の要約

第一 問題の所在——北島丸事件の判決理由が提示した問題

一 はじめに

さる昭和四一年八月二日に国後島の距岸三海里以内の海上で犯された第八北島丸の密漁事件⁽¹⁾は、その漁獵行為の場所がソビエト連邦の事実上占領する海面であり、わが国の統治権の効力を事実上及ぼし得ない海域であるために、このような海域での漁獵行為にわが国の漁業法の適用があるかどうか争点となった。それに関連して、いわゆるクナシリ島の領海⁽²⁾がソビエトの領海であるか否かが問題とされた。この事件は世の注目をあつめたが、その後にも、同種の無許可漁業事件が発生し、これに関する裁判所の見解も必ずしも一致せず、最終的解決のためには、最高裁判所の新判例を待たなければならなかった。最高裁判所は、いわゆるクナシリ島の領海に関しては判断を示さなかったが、漁業法、水産資源保護法およびこれに基く都道府県の漁業調整規則に違反する日本国民の行為が、外国の領海においてなされた場合(国外犯)をも処罰するのが前記各法律の趣旨である旨を、説示した⁽³⁾。

いわゆる北島丸事件は、前記の第八北島丸事件のほか、その後相ついで発生した漁船第一一ゆき丸による小型さけ・ます流し網漁業の無許可営業事件⁽⁴⁾および漁船第一二・三光丸によるさけ刺し網漁業の無許可営業事件⁽⁵⁾をも含めていわれるものであるが、これらの北方海域の密漁事件は、法律的にみるときは、国内法と国際法との接点に関する興味深い問題点を多く蔵している。しかも、これらの事件についての判決理由に示されたところは、なお検討を要する幾多の問題点を蔵していると思われる。とくに、この種の事件においては、公海および外国領海における船

船の法律上の地位を明確にし、これとの関係において漁業法等の国内法の適用の限界が論ぜられるべきものと思われるが、いずれの判決理由をみてもこのことを説示したところが見られない。また、諸学者のこの事件に関する論文をみても、この問題を追求したものを発見することができない。学者の論文をも含めて、最も精密かつ正確に論述せられていると認められるいわゆる第二の北島丸事件における検察官の上告趣意⁽⁶⁾においても、ついにこの問題の追求をみることはない。私は、この問題の解明がなければ、北島丸事件の法律的解決は終了しないと考えるので、この一小文を世に問わんとするものである。まず、問題の所在を明らかにするために、いわゆる北島丸事件の判決理由の分析から始めたいと思う。

(1) 第八北島丸は、北島某名義の動力漁船(九・二四総トン)であり、小型機船底曳網漁業を営むために必要な北海道知事の許可を受けていなかった。被告人等(漁業経営者、漁船乗組員)は、北島丸が無許可漁船であることを知っていたながら、共謀の上、昭和四一年八月二日にクナシリ島の距岸約二・五海里の海域で、ほたてけた網を投網してほたて貝約八〇〇キログラムを採捕した。水揚のため根室港に帰港したところを、現地漁業者の強い取締要請を背景に、第八北島丸の行動を監視中であった北海道庁漁業監視船北斗丸によって検挙され、九月二〇日釧路地方検察庁検察官により起訴された(第一審判決の理由および釧路海上保安部の調査報告による)。

(2) 判決においては、大縮尺海図に記載されている国後島の海岸の低潮線から三海里の幅の線内の海帯をいうものと思われる。しかし、ソビエト連邦は、一九六〇年八月五日付のソビエト連邦国境警備規定(ПОЛОЖЕНИЕ об охране государственной границы Союза Советских Социалистических Республик)第三条において、その領海が大陸と島の周囲の最大干潮時の線もしくは内海の外部境界から測って幅十二海里の沿岸水域であることを規定して、次のようにいう……「Статья 3. Прибрежные морские воды шириной в 12 морских миль, исчисляемых от линии наибольшего отлива как на материке, так и вокруг

островов или от линии внешнего предела внутренних морских вод Союза ССР, являются территориальными водами Союза ССР.」(大陸および島の周囲の最大干潮線もしくはソ連邦の内水の外部境界線から測つて幅十二海里の沿岸水域がソ連邦の領海である。) それ故に、いわゆるクナシリ島の領海を、ソビエト連邦の領海と解する説(例、第八北島丸事件第一審における寺沢一教授の鑑定書の見解)によるときは、クナシリ島の領海は三海里ではなく十二海里だということになる。判決理由はこの点については全く無関心である。

(3) 昭和四六年四月二二日最高裁一小法廷判決、いわゆる第二の北島丸事件(二件)の上告審判決、判例時報六二七号、一五頁―三四頁。

(4) 高等裁判所判例集第二二巻六号八九四頁によれば、この事件は、北海道知事の許可を受けないで、昭和四二年一〇月九日夜、動力漁船第一一ゆき丸から、クナシリ島ハッチャウス鼻西沖合約二・五海里附近で、さけを採捕する目的で、流し網五〇反を投入し、翌一〇日午前四時頃までに、右の流し網がハッチャウス鼻西沖合約三・五海里附近に流れてきたのを揚網し、さけを採捕した行為が、漁業法六六条一項違反(小型さけ・ます流し網漁業の無許可営業罪)に問われたものである。

(5) 高等裁判所判例集第二二巻第六号八六八頁によれば、この事件は、昭和四二年一〇月五日に発生している。クナシリ島ノットテト埼西方約三海里附近の海上において、漁船第一二・三光丸から刺し網約三〇反を投網して刺し網を設置し、これによりさけ約二〇〇尾を採捕したものである。さけ刺し網漁業は、北海道漁業調整規則(昭和三九年一月二二日北海道規則一三二号)第三六条により、禁止漁業とされている(漁業権または入漁権に基づく場合に限り禁止が解除される)。

(6) 判例時報六二七号(昭和四六年六月一日号)一八頁―二六頁。

二 いわゆる第一の北島丸事件の判決理由における問題点

いわゆる第一の北島丸事件(第八北島丸事件)における第一審判決理由において、裁判所は、この事件を漁業法の場所的適用範囲に被告人の行為場所が含まれるか否かにより犯罪構成を認定すべきものと解した。そして、漁業

法の場所的適用範囲は、公用水面およびこれと一体をなす非公用水面であり、かつそれは「日本国の統治権の現実に行使されうる範囲」（外国の統治権と競合的にしる日本国の統治権が及ぶという意味において公海も含む）と解さねばならないから、漁業法が規定する「一般的禁止の範囲」も、この場所的範囲内であればならないこと、かつ、日ソ共同宣言の発効後もソ連邦の支配が継続している南千島のクナシリ島に対しては、日本国の統治権は現実に行使し得ないから、その領海（海岸から三海里内の海面）での無許可操業は犯罪とはならないことを、判示した。かくして、裁判所は、国内法の場所的適用範囲という概念を、国の領域外の場所に導入するとともに、公海はこれに属するが、外国の領海や事実上外国が支配する土地および海はこれに属しないとされた。このような見解は、国家の法的支配がその国家の管轄する領域およびその国家の国籍を有する人、船舶、航空機に対してのみ及ぶものであるとする見解と真正面から衝突する。右の第一審判決理由に含まれる最大の問題点は、ここにある。

ところで、漁業法の適用範囲に関して、漁業法は「公共の用に供しない水面には、別段の規定がある場合を除き、この法律の規定を適用しない」⁽²⁾が「公共の用に供しない水面であつて公共の用に供する水面と連接して一体を成すものには、この法律を適用する」⁽³⁾と規定する。この規定は、公共の用に供しない私有水面は、原則として漁業法の適用外であることを示したにすぎないものと解すべき理由がある。現行漁業法の制定当時の水産庁の同法立案担当課の見解では、漁業法の「適用範囲は旧法と同じである」⁽⁴⁾とされている。そして、旧漁業法（明治四三年法律五八号）の適用範囲は、旧々漁業法（明治三四年法律三四号）第二条「私有水面ニハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外本法ノ規定ヲ適用セス」とあつたのを受けついでものであるからである。⁽⁷⁾それ故、漁業法の立法の沿革的解釈からは、

右の判決理由の説示のように、公共用水面およびこれと一体をなす非公共用水面を以て、漁業法の場所的適用範囲であると解することは、誤りであるということになる。⁽⁸⁾ それでは、漁業法の客観的解釈として、漁業法の場所的適用範囲を公共用水面またはこれと連接一体をなす非公共用水面とし、このような水面は日本国の統治権が現実に及ぶ範囲（公海上も含む）に限られるとすることは、正しいであろうか。領海及び接続水域に関する条約⁽⁹⁾によれば、国の主権は、領土、内水、領海および領海の上空ならびに領海の海底およびその下に及ぶもの⁽¹⁰⁾とされる。また、公海に関する条約⁽¹¹⁾によれば「公海は、すべての国民に開放されているので、いかなる国も、公海のいずれかの部分をもその主権の下におくことを有効に主張することができない」とされ、公海⁽¹³⁾の自由には漁獲の自由が含まれると規定されている。⁽¹²⁾ それ故、各国は、自国の国籍を有する船舶について管轄権および規制の権利義務を有するが、公海においてその国の統治権を場所的に行使しようと解することには、疑問があるといわねばならない。また、外国の領海にある自国船舶に対し旗国が管轄権⁽¹⁴⁾および裁判管轄権を有することは、船舶の無害通航権および船内犯罪⁽¹⁵⁾について沿岸国の当局への船長または旗国の領事の援助要請ができる旨の規定⁽¹⁵⁾があることなどからも論証しうるのではなからうか。このようにみえてくるとき、漁業法の場所的適用範囲を「統治権が現実⁽¹⁵⁾に及ぶ範囲」とし、それに公海が含まれるが外国の事実上排他的に支配する海域（領海を主とする）は含まれないと解することは、矛盾論法を含むことになるであろう。何故なれば、国家の統治権は、国家の主権の範囲を越えて行使することは許されないし、したがって、公海上に場所的に統治権が及ぶと解することは、この国際法上の原理・原則に反することであるからである。国家は、公海上にある自国の船舶について、その管轄権、裁判管轄権および規制の権利と義務を有するとい

う意味で、公海上にある自国の船舶である漁船に統治権が及ぶと解するのであるならば、国家主権の範囲内のことであるから問題はない。しかし、このことは、公海を場所的に国内法支配の場とすることではないのである。⁽¹⁶⁾この法理は、公海のみならず、外国の領海および内水においても、その外国の国家主権を侵さない限りにおいて通用する。すなわち、外国の領海または内水にある自国の船舶に対する管轄権と裁判管轄権とが、その船舶の旗国にも留保されていることは、外国の主権を侵害することにはならないから、過去においても今日においても、これを否定する先例および学説を発見することはできない。それ故、外国領海を国内法支配の場とすることは法理論上許されないが、外国領海にある自国船舶に対し、管轄権の範囲内において自国の国内法の支配を及ぼすことは、国際法上も認められていると解される。

このようにみてくると、漁業法がわが国の領域外での海上における漁獲の規制をも目的としていることから考えて「公用水面およびこれと連接一体を成す非公用水面」の範囲を「日本の統治権内の水面」に限られると解することは、正しくないといわなければならないであろう。日本国の統治権内の水面というのは、日本国の主権が及ぶ範囲内の水面すなわち日本国の領海、内水に限られなければならないからである。したがって、漁業法にいう「公用水面およびそれと一体を成す非公用水面」とは、客観的解釈からしても、沿革的解釈が示すように「公共の用に供しない私有水面以外の水面」をいうものと解するのが正当な解釈であるということになるであろう。

次に、第一審判決理由書において提出された第二の問題点は、沿岸漁業の一般禁止の場所的適用範囲は、沿岸漁業の操業海域とみなされる海面に限られるから、外国の領海または外国が事実上支配する海域には禁止の効力は及

ばないと解していることである。この見解は、結局は法の適用範囲を空間的地域的にのみ認め、属人的適用もしくは旗国主義的適用を排除することになる点で、問題があることになるのである。すなわち、漁船ごとに北海道知事の許可を受けないで沿岸漁業である小型機船底曳網漁業を経営することを一般的に禁止していることは、このような無許可の沿岸漁業を日本国の領域（具体的には北海道の区域）において経営することを禁止したもので、その目的は、終局的には水産資源の枯渇の防止にあるが、手段的には漁船の数と漁法の制限をすることにあるのであり、沿岸漁業である小型機船底曳網漁業を日本国（北海道）において経営する者は、その漁獵の場所の如何を問わず、北海道知事の許可を必要とするものである。しかるに、右の判決理由は「行政上の目的をもって制定された漁業法の場所的適用範囲」という概念を定立し、知事の沿岸漁業の許可内容としての操業海域は日本国の統治権の現実に行使される範囲内の海域に限られ、したがって一般禁止の範囲もこの範囲内の海面に限られるべきだから、事実上外国の実力支配下にある海面（日本国の統治権が現実には及んでいない海域）における漁獵行為を内容とする北海道での漁業経営は、北海道知事の許可権限外のことであると結論を提示している。このことは、北海道での小型機船底曳網漁業の経営は、漁船ごとに知事の許可を受けなければならないという絶対的法律要件が、事実上の漁獵行為の場所如何という事実問題によって否定されるとする主張に外ならない。

これを要するに、第八北島丸事件の第一審判決が提示した問題点は、一、漁業法の適用範囲に関する主張として、属地主義（領域主義）、属人主義（自国民主義）、国家保護主義または旗国主義は、どの範囲において妥当するか、二、国内法の禁止の効力は、外国領海にある自国船舶に及ばないか、という二点に要約しうるであろう。そして第一審

の判決理由においては、第一の問題については、属地主義の見地からのみ論議を展開し、従って第二の問題については、全く考慮を払うことがない。

いわゆる第一の北島丸事件の第二審判決は、第一審判決が漁業法による規制範囲をもっぱら属地的に解して「日本国の統治権が現実には及ぶ海面」に限られるとするのを排斥し、漁業法の規定する「禁止」は本来属人的な効力を持たせうるものであるから「漁業調整の見地からする一般的禁止の効力が属地的統治の及ぶ範囲内に当然限られると見る必要はない」とした。⁽¹⁸⁾要するに、第二審の判決理由のいわんとするところは「漁業に関する一般的禁止の効力が及ぶ範囲（公共用水面またはこれと連接一体をなす非公共用水面）」は「日本国の現実に属地的統治を及ぼしうる水面に限られるものでなく」⁽¹⁹⁾「沿岸漁業の事実上可能な全海域が規制の範囲に含まれるとするのが」最も法の目的にかなうことになるから、⁽²⁰⁾その海域が外国の支配下にある海域であっても、国内法上の一般禁止の効力が及ぶものであり、その法的根拠は、国内法に本質的な属人的効力に求められるとするものである。

この見解は、漁業法の一般的禁止の効力は属人主義の支配の下にあるとするもので、日本国民の外国領海における漁業行為にも漁業法は適用され、いわゆる国外犯として処罰しようとの法的帰結を引き出している⁽²¹⁾のである。

この事件の上告審は、第二審が判示したところを正当として是認している⁽²²⁾。したがって最高裁判所は、属人主義説およびその法的帰結である国外犯処罰説を、是認したものと思われる。

国内法が属人主義に従って日本国民に適用になるという抽象的原則は認められるべき法理であるとしても、国内法の具体的内容についてみるときは、法規範の性質上、特定の地位にある人に限って適用になるに止まるものもあ

ることに注意しなければならない。わが国の領海外（公海または外国領海）の漁猟についてみるに、外国漁船には原則としてわが国の漁業法の適用はなく、したがってその乗組員にも漁業法の適用はないのであるが、属人主義に基いて漁業法が一般的に適用になるとすると、日本国民であれば漁業法違反となる行為を、外国漁船の乗組員として行なうことを、一般的に禁止するものであると解していることになる。特別の禁止規定がある場合はともかくとして、⁽²⁴⁾ そうでないのに、漁船の合法的な漁猟行為について乗組員がその国籍の故にその行為の違法性を追求されるということは、一種の矛盾論法に陥るものではなからうか。このことは、一大問題点たるを失なわないであろう。

- (1) 下級裁判所刑事裁判例集第一〇巻（昭和四三年度）三〇六頁以下三一七頁まで、昭和四三年三月二十九日釧路地裁判決
- (2) 漁業法三条、水産資源保護法二条
- (3) 漁業法四条、水産資源保護法三条
- (4) 水産庁漁政部経済課
- (5) 水産庁経済課編・漁業制度の改革・二五一頁
- (6) 旧漁業法（明治四三年法律五八号）二条、三条参照
- (7) これは、官有地取扱規則（明治二三年勅令二七六号）、公有水面埋立及使用免許取扱方（明治二三年内務省訓令三六号）等に由来すると解せられる。
- (8) 第一二・三光丸被告事件における検察官の上告趣旨は、「……漁業法三条および水産資源保護法二条は、公共の用に供しない私有水面には原則として同法を適用しない旨を定めておるにすぎず、同法の場所的適用範囲に関して、いわばその内延的限界を示すとどまるものであり、漁業法四条および水産資源保護法三条は、かかる私有水面であっても、それが公共用水面と連接一体をなすものについては、例外として同法を適用することを定めておるにすぎないのである。したがって、右規定は漁

業法および水産資源保護法の場所的適用範囲そのものを定めているものではなく……」(判例時報六二七号二二頁下段)

(8) 一九五八年四月二九日ジュネーブで作成された。昭和四三年六月二一日条約一一号を以て公布された。

(9) 領海条約一条・二条参照。

(10) 一九五八年四月二九日ジュネーブで作成された。昭和四三年六月二一日条約一〇号。

(11) 公海条約二条

(12) 公海条約五条一項参照

(13) 領海条約一四條

(14) 領海条約一九條一項C号

(15) 水産庁経済課編、漁業制度の改革、二五四頁に於て、「公海に対しては、法の属人的効力によって、公海内での日本人の漁業に対して漁業法はもちろん適用される。……公海に漁業権を設定してももちろん差支えない。但しその効力は日本人に対してであり、外国人に対しては物権的効力を主張し得ない。」と述べられているが、この記述は不正確である。公海上においては、日本国の漁業法は、日本国の管轄下にある船舶に乗っている人およびその船舶によって漁業を経営する人に適用になるのであつて、公海上にあるすべての日本人に適用になるかどうか、特に外国漁船に乗組んでいる日本人に適用になるかどうかは、検討を要することであらう。

(16) 高等裁判所刑事判例集二二卷五号六五七頁

(17) 前掲高裁判集同卷同頁

(18) 前掲高裁判集二二卷六五九頁

(19) 前掲高裁判集二二卷六五九頁

(20) 前掲高裁判集二二卷六五八頁

公海および外国領海における船舶の法律上の地位と漁業法令適用の限界(飯田)

(三五七) 一一

(21) 前掲高裁判集二一巻六六〇頁には、国外犯として処罰するとの文言はないが、漁業法は属人的に日本国民の国外漁猟に適用になるとの前提の上に、原判決を破棄し自判して有罪を言渡しているのであるから、結局、日本国民の国外犯として処罰しているものと解されるのである。

(22) 昭和四五年九月三〇日最高裁決定、判例時報六〇六号(昭四五年一月一日号)一三頁—一六頁

(23) 判例時報六〇六号一四頁下段

(24) 指定漁業の許可及び取締り等に関する省令(昭三八・一・二二農林省令五号)一〇二条の四……「赤道以北の太平洋の海域においては、農林大臣が許可した場合を除き、日本船舶以外の船舶において、さけ又はますの採捕に従事してはならない。」右の省令一〇二条の四違反には、同省令一〇六条(罰則)によって、二年以下の懲役若しくは五万円以下の罰金又はその併科が定められている。

右の農林省令の規定は、外国船舶に乗組んでの漁猟を禁止している事例であるが、これは、特別の海域について規定されたものであって、一般的に外国漁船に乗組む日本国民に対して漁業法を適用することを規定したものではない。むしろ、この規定のあることは、外国漁船に乗組む日本国民の漁猟行為は、外国漁船の行為として取扱うのを原則とすることを認めたものといえるのではなからうか。検討を要するところであらう。

三 いわゆる第二の北島丸事件の判決理由における問題点

いわゆる第二の北島丸事件の第一審判決理由は、⁽¹⁾漁業法の行政規制はわが国領海(属地的に統治する水面)および公海(属人的に統治権の実力を行使しうる海域)に限って及ぼし得るものであり、⁽²⁾外国領海にはわが国は属人的にも統治権を行使し得ないから条約に基く場合の外は漁業調整上の規制を及ぼし得ないこと、⁽³⁾したがって、外国領海における漁業法および水産資源保護法違反の罪は構成要件を欠くものであると説示している。⁽⁴⁾

第二審判決理由は、漁業法の場所的適用範囲は原則としてわが国の領海および公海に限られ、外国の領海はこれに含まれないこと⁽⁵⁾、および、漁業法の場所的適用範囲を限定する公用水面またはこれと連接一体をなす非公用水面は構成要件要素と解すべきこと⁽⁶⁾、したがって外国領海と同様の海域における漁業は、わが漁業法等による規制のわく外にあるから犯罪とならないと説示している⁽⁷⁾。

右のいわゆる第二の北島丸事件の第一審および第二審の判決理由とするところは、結局のところ第一の北島丸事件の第一審判決理由と同一の見解に立つものであると思われる。したがって、第一の北島丸事件の第一審判決に対する批判は、すべて第二の北島丸事件⁽⁸⁾といわれる二つの事件の第一審・第二審の判決理由にそのまま及ぼし得るのであらう。

ところで、ここに一つ問題としなければならぬことがある。それは、北海道海面漁業調整規則違反に問われた第一二・三光丸は、さけ刺し網漁業を漁業権・入漁権に基づかないで営んだものであることである。さけ刺し網漁業は、さけを漁網の網目に突っ込まさせてその自由を奪い捕獲する漁法であり、その網を、さけ刺し網という。網の敷設は、必要な網を数十反つなぎ合わせ長さ数海里に達するものを海底に垂直に沈め、両端を「いかり」をもって固定し、また浮子樽をつけて網の位置を示すものである。それは、漁業法第六条第三項にいう「北海道においてさけを主たる漁獲物とするもの」で「漁具を定置して営む漁業（定置漁業）または同条第五項二号にいう「網漁具を移動しないように敷設して営む漁業で定置漁業および内水面漁業以外のもの（第二種共同漁業）」に該当すると解されるものである。その漁業は、いづれにせよ漁業権漁業と解されるものであるから、都道府県知事に申請して漁業

権の免許を受けなければならないと解すべきものである。⁽⁹⁾ それ故、北海道海面漁業調整規則は、さけ刺し網漁業を一般的に禁止しながら、漁業権、入漁権に基づく場合を除外したものと思われる。

右のように解するとき、さけ刺し網漁業は、漁業権に基づく漁業であるから、都道府県知事の免許なくしては経営し得ないものである。ところが漁業法第九条は、定置漁業、区画漁業については漁業権、入漁権に基かないものを禁止したが、共同漁業についてはこのことを規定していない。したがって、さけ刺し網漁業を共同漁業と解する立場からは、漁業権または入漁権に基かないでこの漁業を営むことを一般的に禁止する旨の規定を、漁業調整規則の中で設けたものと思われる。ということは、北海道海面漁業調整規則三六条は、同条に列記して掲げる各漁業を、漁業権の免許を必要とする漁業としたと解さなければならぬとの法的帰結に達せざるを得ないことを意味する。そこで問題となるのは、都道府県知事の免許しうる漁業の内容としての漁場の範囲が国外海域にまで及ぶるかということである。この問題について、第一審においても第二審においても全く顧みられなかった。私はかつてこの問題を指摘したが、その後の裁判においても、この問題の論議は全くなされてない。⁽¹⁰⁾

それはさておき、上述の第二の北島丸事件の第二審判決は、検察官の上告趣意によって批判された。すなわち、漁業法ならびに水産資源保護法は外国領海において漁業を営む日本国民に属人的に適用になること、⁽¹¹⁾

海面漁業調整規則の適用範囲は、漁業調整を必要とする海面であり、外国の主権を侵害しない規制措置(例、漁業の一般的禁止)については、外国領海にも及ぶと解するのが立法目的に合致すること、⁽¹²⁾を主張するとともに、原判決の判断の誤りについて指摘した。

最高裁判所は、原判決および第一審判決を破棄し、事件を釧路地方裁判所に差し戻したが、その理由とするところは「漁業禁止の規定およびその罰則は、わが国領海における漁業および公海における日本国民の漁業に適用がある」ほか「これら（の領海または公海）と連接して一体をなす外国の領海において日本国民がした（漁業法令）違反の行為（国外犯）をも処罰する旨を定めたものと解すべきである」というに⁽¹³⁾あつた。これは、最高裁判所の新判例である。漁業法令の罰則がわが国の領海外における日本国民の漁業についての国外犯処罰規定であると解するものであるが、そうすると、使用漁船が日本船舶であると否とを問わないこととなる。使用漁船が外国船舶である場合には、日本国民である漁業経営者が外国漁船を使用して漁業を営む場合、および日本国民である行為者が外国人漁業経営者の漁船に乗組んで漁獵行為に従事する場合がある。国外犯として処罰するのは、前者の場合を指すのか後者の場合をも含むのか必ずしも明らかでないが、判決理由の文言からは、両者の場合を含むと解される。指定漁業の許可及び取締り等に関する農林省令第一〇二条の四の規定⁽¹⁴⁾のような特則がある場合は別として、一般的に漁業法令が日本国民の国外犯処罰を予定している⁽¹⁵⁾と解することには問題があると思われる。

さらに、この度の最高裁判所の判例は、従来の大審院判例⁽¹⁵⁾が、わが国の領海外（公海）における漁業法令違反について、属地主義の支配下にあるものと解し、日本船舶内の犯罪（国内犯）として刑法一条二項および八条本文の適用をうけるとしていたのを排斥しているのである。したがって、この点についても問題を提起していることになる。

そこでまず、船舶の領土性の概念について検討を加え、次いで漁業犯罪の国外犯説に対する検討を加える準備的

研究として旗国主義の国内法的帰結を追求することが必要となる。

- (1) 昭和四四年四月二一日釧路地裁判決、高等裁判所刑事判例集二二卷六号八六七頁から八七五頁まで、および八九四頁から九〇一頁まで。
- (2) 右高裁判事判例集二二卷六号八七〇頁および八九七頁
- (3) 右高裁判集二二卷六号八七一頁および八九八頁
- (4) 右高裁判集二二卷六号八七二頁および八九八頁
- (5) 高等裁判所刑事判例集二二卷六号八四六頁および八七五頁
- (6) 右高裁判集二二卷八四九頁、八七七頁
- (7) 右高裁判集二二卷八五五頁、八八二頁
- (8) 第一一ゆき丸による漁業法違反被告事件および第一二・三光丸による北海道海面漁業調整規則違反被告事件
- (9) 漁業法一〇条
- (10) 判例時報五八〇号七頁、判例時報五九四号一〇頁。
- (11) その論証として「ニュージーランド周辺の海域における漁業の取締りに関する省令」(昭四二・七・一九農省令三三号)の第三条および同省令の罰則一九条一号を挙げている。同省令第三条「ニュージーランドの沿岸の基線から十二海里以内の海域においては、船舶により漁業を営んではならない。ただし、農林大臣の承認を受けて、昭和四五年二月三一日までの間規制水域において底はえなわ漁業を営む場合はこの限りでない。」この省令の規定は、ニュージーランドの沿岸基線から一二海里以内におけるすべての漁業を一般的に禁止しているとともに、沿岸基線から六海里以上一二海里以内の水域(規制水域)については農林大臣が底はえなわ漁業を許可しうることを明らかにして、漁業許可の範囲と一般的禁止の範囲とが異なることを示している。さらにまた、ニュージーランド領海における船舶による漁業経営を処罰する(同省令一九条一号)。しかもこの

罰則は、日本国とニュージーランドとの間の漁業に関する協定（昭四三・七・一七条約一六号）を根拠とするものではなく、漁業法、水産資源保護法の委任に基づくものである。

(12) 上告趣意において指摘された原判決の判断の誤りは、(イ) 公共用水面またはこれと連接一体をなす非公共用水面の意義の解釈について、(ロ) 国際法上外国領海に立ち入って適法に漁業を行ない得ないことをとらえて、そのことから直ちに事実上も操業が不可能であると速断していること、(ハ) 許可の場所的範囲と一般的禁止の場所的範囲とを同一でなければならぬとして、(ニ) 法令の適用範囲と具体的な取り締権限の行使の範囲とを同一視していること、(ホ) 漁業法六五条一項一号、水産資源保護法四条一項一号は行政機関の権限の及ぶ地域以外には効力を有しないとしていること、にある。判例時報六二七号二〇頁以下参照。

(13) 昭和四六年四月二二日最高裁判決、判例時報六二七号一七頁。

(14) 前掲二における注24参照。

(15) 昭和四年六月一七日大審院判決、大審院刑事判例集八卷七号三五七頁以下、昭和七年七月二二日大審院判決、大審院刑事判例集一一卷一四号一一二三頁以下。

第二 擬制としての船舶の領土性

一 船舶の領土性主義とその擬制性

上述したように、最高裁判所の判例は、日本漁船による漁業法違反を国外犯として処罰すべきものとしたが、従来の大審院判例⁽¹⁾は、これを国内犯として把握すべきものとしていた。すなわち、日本船舶によって行なわれたことは、日本船舶内において罪を犯したものであるということができるからである⁽²⁾⁽³⁾というのである。

公海および外国領海における船舶の法律上の地位と漁業法令適用の限界（飯田）

(三六三)

一七

ところで、わが国の現行刑法第一条第二項には、「行為地法には関係なく」という文言を有しないが、当然外国の領域内にある日本船舶または日本航空機内における犯罪に対し、行為地である外国の法律には関係なく、日本国刑法を適用するの意義であることは、疑問のないところであろう。そこで、大審院判例のとする理論によるときは、外国の領海内における日本漁船による漁業行為は、日本船舶内における行為であるし、その外国の法律には無関係に、日本国刑法が適用になるから、刑法第八条本文により、漁業法令の適用もあることになる。⁽⁴⁾この大審院判例の立場は、刑法第一条第二項の規定を「船舶の領土性」の理論すなわち属地主義の原理の支配下にあるとする見解によっているものと思われる。

船舶の領土性の理論というのは「船舶は浮べる船舶所属国の一部分であること、およびそれ故に、船舶はその国の領土の継続または延長である」とするものである。コロンボスによれば、この主張は、擬制もしくは比喩に基づくものであり、それがあらわれている最初の文献は、一七五二年におけるプロシアの法律家による題材の説明で、イギリスの敵産を運送中のプロシア船舶からの財産没収を正当化するための論拠としてなされたものであるという。⁽⁵⁾その主張は「プロシア船舶は、イギリスの敵の財産を積んでいようと中立の場所であるから、その船舶からの右のような財産の取得は、中立国の領土においてそれを取得したことに該当する」という論拠に基づくものであったと伝えられている。

しかしながら、船舶の領土性の思想の文献上のあらわれは、コロンボスが指摘したプロシアの法律家の説明よりも、数世紀遡ることができるといえる。イギリスにおける、一五三六年の海賊および海上強盗の処罰に関する条令(ヘンリー

八世二八年一五号条令)に、海上犯罪の処罰を、王国内の場所で犯されたものと同様に、王国内の場所において普通法によって裁判する旨の規定がなされているからである。⁽⁶⁾このヘンリー八世二八年の条令は、海上犯罪をイングラッドにおいて犯された行為と擬制して属地主義の原則の支配する普通法を適用することを規定するものである。したがって、結局はイギリス船舶の領土性を認めるに等しいことになる。また、一六九八年のウイリアム三世十一年の制定法七号は、⁽⁷⁾イギリス臣民の海賊行為の裁判をイギリスの植民地または統治領において普通法に基いてなしうるものとしたが、これもまた属地主義の原則の制約の下での擬制をとっているものと解すべきであろう。⁽⁸⁾もっともイギリスの海事法学者や国際法学者が早くから船舶の領土性の理論を否定し「イギリスの海事法学の基本的な主張は、公海上にある船舶は、国家のいかなる領土の部分も構成しないということである」⁽⁹⁾との主張をなして今日に至っていることは、忘れられてはならないことであろう。それにもかかわらず、イギリスの刑法学者が、今日においても、船舶の領土性の擬制を放棄していかないことは、ドイツ⁽¹¹⁾その他の大陸法系の刑法学者と同様である。

二 擬制としての船舶の領土性説の否定

船舶の領土性の理論が、刑法学説を根拠づけるに役立つ判例として、常設国際司法裁判所によって提示されたのは、一九二七年のローツス号事件の判例においてであった。しかしこの判例は、裁判長のキャスティング・ボートによって到達されたものにすぎないものである。また、右の常設国際司法裁判所の判例は、国家の裁判権行使の場所的限界と法令適用の場所的限界とを区別して、公海上で発生した事件についても、自国の刑法を適用して裁判の対象とすることができる旨を示したものであって、旗国主義の支配を否定したにすぎないものである。⁽¹²⁾ところで、

公海に関する条約第一一条は、公海上の船舶衝突事件についての刑事責任の追求を旗国主義の支配下に置いた。これによって、ローツス号事件の判例は、国際法上変更されたと解せられる。したがって、今日では、ローツス号事件の判例を根拠として、船舶の領土性を根拠づけることは適当でないといわねばならない。

各国の刑法学者の「船舶の領土性」についての主張にもかかわらず、船舶が国家のいかなる領土の部分をも構成しないことは、沿岸国の法律に違反した外国船舶（軍艦を除く）が公海上にまで追跡され、港に連行され得ること、自国の港内にある外国商船に治外法権の特典を否認するという点で各国の制度が一致していること、さらに一般的にいつて、いづれの国家にも適用される制度のいづれにおいても、船舶の領土性の主張は、その船舶が外国の港または領海に入るときには、否定され支持されないということからみて、承認せざるを得ないことではなからうか。船舶が船籍国の法律に服従すべき理由は、公海に関する条約の条項に示されているような実際的な理由であって、領土性の擬制を借用することは、不必要なものである。そればかりでなく、このような擬制は、その論理的結論を追求されるとき、説明のつかないことになってしまうであろう。船舶が領土性を有するならば、平時において沿岸国によるその領海における外国船舶に対する裁判権の行使は許されないことになるであろうし、また、戦時における公海上での一般に承認されている臨検の権利も否定しなければならぬことになるであろうからである。

公海に関する条約によれば、国家は、船舶に対する国籍の許与、自国の領域内における船舶の登録および自国の国旗を掲揚する権利に関する条件を定めるものとされている。⁽¹⁸⁾ 船舶の国籍は、その船舶が掲揚する権利を有する国旗の国に属するものとされる。⁽¹⁹⁾ このことは、公海に関する条約によって新設されたものではなく、国際慣習法とし

て確立された原則であった。そして、旗国には、その旗を掲揚する船舶に対する行政上、技術上および社会上の事項について有効に管轄権を行使し、および有効に規制を行なう義務があるものとされている⁽²⁰⁾。したがって、船舶とその船舶が国籍を取得した国家との間には、コロンボスの指摘するように、船舶を旗国の法令の支配下に置くことを、国籍取得によって納得させるといふ本質的な結合が存在するのである。国家にとって、船舶は一個の動かし得る財産ではあっても、領土、領空、領海のいずれでもない。船舶が公海上にある間、旗国の権能による統制以外には、如何なる統制からも独立していることは、普遍的に認められている国際法の原則であるが、それは、船舶が国家領域の延長であるからではない。それは、公海自由の原則⁽²¹⁾⁽²²⁾と旗国主義の原則⁽²³⁾に基づくものである。それ故に、船舶内での出来事に旗国の法律を適用する根拠を説明するために、領土性の擬制を借用することは不必要であるのみならず、理論的混迷を生ずる原因となる。したがって、船舶の領土性の主張は棄却されるべきものであろう⁽²⁴⁾。船舶の領土性の擬制を排除すべきものとすると、刑法第一条第二項の規定の立法根拠をどこに求めるべきかが問題となるであらう。

(1) 昭和四年六月一七日大審院判決、大審院刑事判例集八卷七号三五七頁以下、昭和七年七月二二日大審院判決、大審院刑事判例集一一卷一四号一一二三頁以下。

(2) 大審院刑事判例集八卷七号三六四頁……「……領海外に於ても帝国は帝国臣民に対し或行為を命令し又は禁止することを得るは国民に対する国家主権の性質上当然なりと言ふべく……帝国外に在る帝国船舶内に於て罪を犯したる者に付ても亦帝国内において罪を犯したる者と同じく帝國刑法を適用すべきものなるを以て……本件の犯罪は帝國船舶によりて行なわれたるものにして帝國船舶内に於て罪を犯したるものと言ふことを得ればなり……」

(3) 大審院刑事判例集一巻一四号一二七頁……「帝国外に在る船舶内の行為は刑罰法規の適用上帝国内に於ける行為と同視すべきものなれば……帝国内に船籍を有する機船に依り帝国内の領海外に於て底曳網漁業をなすものに対しても……漁業取締規則を適用するを当然なりとす……」

(4) 大審院判例およびわが国の通説は、犯罪構成事実の一部分が国内にあるときは、その犯罪は国内で犯されたものと解している。例えば、横浜港内に碇泊中のドイツ船に油紙の積み込みをするあたりなされた過失行為が原因でその船が香港近くの公海上を航行中に着火した事件について、これを国内犯としてわが国の刑法を適用した判例（大審院判決明治四四年六月一六日大審院刑事判決録一七輯二〇二頁）がある。このような考え方と船舶の領土性理論が結合することによって、日本船舶を使用してする犯罪行為は、すべて国内犯になる。また、日本船舶と外国船舶との衝突事件も、犯罪を構成する結果が日本船舶内に発生する限りに、国内犯としてわが刑法の適用があるということになる。実務上の取扱としても、昭和四一年五月二六日に発生したアメリカ船アリゾナ号と汽船明興丸との衝突事件について、公海に関する条約第一条を根拠に、アリゾナ号に対する刑事裁判管轄権を日本国が有しないことを確認するまでは、この種の衝突事件を国内犯として処理してきている。

(5) 船舶の領土性についての擬制について、C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, 6th ed. pp. 285-286. ……船舶は、浮べる船舶所属国の一部分であること、およびそれ故に船舶はその国の領土の継続または延長であるということが、論ぜられてきている。この主張は、擬制もしくは比喩に基くものである。これについてウェストレークは「公海上において、国旗によって船舶に表示された領土的性格は、擬制であつて、それが裁判管轄権のための確であるのは、擬制が常に的確であり得るといふに等しい」(Westlake, *International Law*, 2nd ed. Vol. 1, p. 179) と述べている。それは、最初は、一七五二年にプロシアの法律家によって、例えばイギリスの債権者達に対すると同様にシレシア人への貸与物の没収を正当化するために準備された「題材の説明」中にあらわれていると思われるが、それは、「プロシアの船舶は、イギリスの敵に属する財産を積んでいたといえども、中立の場所であつた。それ故、上述の船舶からかような財産を得たことは、中立国の領土においてそ

れを得たと、全く同じことであるということになる」というもつともらしい論拠に基づくものであった。その説明は、「悪法の貯蔵所」(Hall, A Treatise on International Law, 8th ed. p. 302) という言葉にびつたりとするものであるが、コンソラー・デ・マールにさかのぼる当時の確立された国際慣習に合致するところの中立国船舶内の敵貨物を捕獲するイギリス軍艦の権利を否定するためのいかなる証拠をも挙げていない。

(6) 一五三六年の「海賊および海上強盗の処罰に関する条例」(ヘンリー八世二八年一五号条令 28 Hen. 8. c. 15.) 第一条は、海上において犯されたあらゆる犯罪は、国王の委任の下に慣習法(コモン・ロー)によって裁判されるとし、「今後、海上……において犯されるあらゆる叛逆罪、重罪、強盗罪、殺人罪および共犯は、あたかもかような犯罪が陸上で犯されたと同様に……王国内における……場所において、……裁判され……この国の法令の共通の手續をふんで、かような犯罪を審問しかつ判決するように指令されるものとする。」と規定し、海上犯罪について、属地主義をとることを明らかにしている(飯田忠雄・海賊行為の法律的研究四〇五頁参照)。なおイギリス法における海上犯罪に対する属地主義の支配について、前掲、海賊行為の法律的研究七三頁以下を参照)。

(7) 飯田忠雄・海賊行為の法律的研究、四〇六頁以下。

(8) 飯田忠雄・海賊行為の法律的研究、七三頁以下。

(9) 前掲、Colombos, International Law of the Sea, p. 286. 「イギリスの法律学者 Sir George Lee, Sir Dudley Ryder 及び William Murray 等がロシア人の論点に加えた答は、論題に関する誠実な主張主義を概括しており、「返す言葉のない回答」としてモンテスキューにより特徴づけられている。それは、イギリスによって矛盾なく追求されてきたし、ストウエル卿が一八〇四年に示したように、「イギリスの海事法学の違大なるかつ基本的な主義は、公海上にある船舶は、国家のいかなる領土の部分も構成しないということである」(Report in Impression Papers, 1804)。」

(10) Kenny's Outlines of Criminal Law 19th ed. p. 549 は、「それ故に、国家の刑事裁判所の活動は、原則として、その国

の領土上においてあるいはその国の船舶内において犯罪を犯した者に限定されている。」と述べている。「原則として」とは、海賊行為の例外があるからである。ケニーにおいては、「土地も船舶も」その国の土地「その国の船舶」(its own soil or its own ships)と云う意味におつて、*territory* (領域) 性を有するところなのである。

(11) *Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. S. 101*…「国内」は「虚構された国家領域」であり、単に「国家の法」の問題としてでなく、「国民の法」において広く把握せられている。この意味で、ドイツの船舶および航空機は、公海上にあるときはばかりでなく、外国の港にあるとき外国の飛行場にあるときもまた、「国内」である。

マウラハは、「*fingierte Staatsgebiet*」(フィクションとしての国家領域) という概念を以て東西両ドイツの領域内を「国内」として把握し、この意味においてドイツ国の船舶・航空機上は、国内であるというのである。すなわち、マウラハは、船舶・航空機について、フィクションとしての領土性を認め、これを属地主義の支配下にあるものと解している。

(12) 前掲 *Colombos, p. 286*.

Oppenheim, International Law, Mc Nair, § 147a, p. 285…「その裁判所(常設国際司法裁判所)もまた、国家がその領域外で犯された犯罪に関して、外国人に対して裁判権を行使するのを禁ずる国際法の規則はないという見解を表明した。『刑法の領土性は、……国際法の絶対的の原則ではないし、かつ領土主権と一致することは全くない。』」

(13) *Charteris, The legal position of merchantmen in foreign ports, British International Law Cases, 1920-21, pp. 45-94*.

(14) *C. J. Colombos, International Law of the Sea, 6th ed. pp. 287-288*…「公海はいずれの国の主権的支配からも自由であるから、裁判管轄権は、財産に対しては、その帰属国による場合の外は公海では行使できないということおよび国旗の下で公海においてなされた行為は、国土上でなされたものとみなされる、ということがいわれている。こうした意見は、ほんの部分的に真実であるにすぎず、かつ船舶の所属国以外のどの国家も裁判管轄権の行使に利害関係を有しない事例にあてはまるにすぎない、例えは、これらの意見は、公海上の船舶上で生ずる乗組員や乗客の、出生、結婚もしくは死亡といったような一般

人としての状態、および船内で実行された売買、讓渡あるいは遺言のような行為に関しては、真実である。がしかし、そうした意見は、あらゆる事例において、およびあらゆる事情の下で真実であるのではない。かくして、継続追跡の原理のところで見たとように、一國の地域的法律を犯した外国商船は、公海上にまで追跡され、港に連行され得るのである。外国の港内にある商船の地位に関して有効な二つの張り合う制度、すなわち多くの他の諸國が固守している英米の制度とフランスの制度があるとはいへ、だがしかし、これらの制度の兩者は、兩者とも、外国商船に治外法権の特典を否認するというこのことにおいて一致する。換言すれば、あらゆる海國において適用されるこれらの制度のいづれにおいても、商船の領土性の擬制は、その船舶が外国の港または領海に入るときには、支持されていない。公海上の船舶が旗國の裁判管轄權に服従するという事実は、理にかなったかつ有利な準則である。もしそれがそうでなかったならば、かような船舶の乗組員は、どの裁判管轄權に対して責任を負うことになるのであろうか。」

(15) 公海條約五條、六條參照。

(16) 領海及び接続水域に関する條約一九條、二〇條

(17) 一九〇九年のロンドン宣言六一條、六三條は、戰時における軍艦による停船、臨檢の權利を前提とする規定である。

(18) 公海條約五條一項前段

(19) 公海條約五條一項中段

(20) 公海條約五條一項下段

(21) 公海自由の原則は、海の自由の思想圈の拡大されるにしたがつて確立されてきたものである。海の自由の思想圈は、一八世紀においては未だ國家の一群によって主張されている政治的主義というより外にいいようのないものであった。それが公海自由の原則にまで確立されるに至ったのは、一九世紀の中期以後のことである。

(22) 公海條約二條「公海は、すべての國民に開放されているので、いかなる國も、公海のいづれかの部分をその主權の下にお

くことを有効に主張することができない。……公海の自由には、沿岸国についても、非沿岸国についても、特に次のものが含まれる。(1) 航行の自由 (2) 漁獲の自由 (3) 海底電線及び海底パイプラインを敷設する自由 (4) 公海の上空を飛行する自由

(23) 公海条約六条一項「船舶は、一国のみの旗を掲げて航行するものとし、国際条約又はこの条約に明文の規定がある特別の場合を除き、公海においてその国の排他的管轄に服するものとする。……」

(24) C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, 6th ed. p. 268 は、船舶の領土性主義 (the doctrine of territoriality) の棄却について、次のように論じている。「船籍国の法律への船舶の隸属に関する規則に関しては十分に実理的な理由があり、かつそれを明らかにするために領土性の擬制を借用することは、不必要である。しかのみならず、かような擬制は、もしその論理的結論へと追求されるならば、不知の結果へと導かれてしまうであろう。かような擬制は、平和時において沿岸国によるその領海における裁判管轄権の行使を許さないことであろうし、かつまた、戦時における公海上での一般に承認されている臨検の権利の否定であるであろう。国家は、船舶にその国籍を付与し、その国旗を掲揚する権能を船舶に与えるために、一定の規則を作る。それ故に、船舶とその船舶が国籍を獲得した国家との間には、旗国の法律の船舶への適用をそれによって納得させるという本質的な結合がある。船長がその権能を行使してそれを執行するのは、これらの法の下においてである。船舶は、動産すなわち一個の動かし得る財産であるかもしれないが、しかし船舶は、特別の法により支配され、公海上にある間は旗国の権能による統制以外の如何なる統制からも独立していることは、普遍的に認められている。国家領域として船舶を語り考察することは必要でない。我々は、海賊は実質的には国際犯罪であるから、海賊がこの原則を減損するものでないことを知るであらう。乗組員は海賊になることによって自からを「人類の敵」とし、捕えた国家の裁判所は、海賊を審理する資格を有するものである。それ故に、公海上にある商船は、通常の場合の下では、船舶がその国旗を掲げる資格を付与された国家の裁判管轄権にのみ従うものであることは、国際法の規則として承認されているのである。

第三 旗国主義の法的帰結

一 旗国主義の概念とその法的根拠

船舶の領土性の観念は擬制であり、実体を示すものでないとすると、国外にある船舶とその所属国とをつなぐものは何であるかが問われなければならない。国家の法令が国の領域内に適用されることは、法の属地性からみて当然のことであるが、国外については、法の属地性は認められないから、国家の領域外にある船舶に国家の法の支配を及ぼすためには、全く別の観点から、船舶を国家の法の支配下に置くことを納得させる本質的な結合を成立させる根拠が見出されなければならない。その本質的な結合根拠として確立されてきたのが、船舶の国籍制度である。

船舶の国籍制度がいつに始まるかは明らかでないが、中世において存在した海法典⁽¹⁾には、すべての船舶に対して国旗の掲揚を要求する規定が存したと伝えられる。⁽²⁾それが当時横行した海賊船舶から自国船舶を保護し、また海事裁判における不当な取扱に対して自国船舶を保護する根拠になった。すなわち、船舶は国籍を取得することによって、国家からの保護と規制をうけた。そして、このことが船舶を国家の法の支配下に置くことを当然とする本質的な結合を形成させてきたのである。

今日の意味における旗国主義が国際法における確立された原則として現れたのは、船舶の国籍制度が公海の自由の原則と結びつくことによって、海上法を形成するに至ったからに外ならない。自国の国籍を有する船舶には自国の国籍を掲げる権利を与え、自国の国旗を掲げる船舶の公海における航行の自由および漁猟の自由を、国際の慣習

法として確立したのが公海自由の原則であり、公海上において船舶は国籍国の排他的管轄に服するものとされたのが、旗国主義の本来の意義である。それ故、旗国主義は、船舶の国籍制度と、公海自由の原則との結合の上に形成された船舶管轄に関する国際法上の原則であるといふべきであろう。かくして「船舶の国籍は、航海の自由のために国際法によって提出された保証の一つであり、公海を航行するいずれの船舶も国籍証書を所有し、かつこれについて立証を負担すべき地位に置かれるであろう。国籍をもつことは、国家による干渉と保護の根拠である」ということになる。

公海に関する条約の第五條は、この法理を成文化し「各国は、船舶に対する国籍の許与、自国の領域内における船舶の登録および自国の旗を掲げる権利に関する条件を定めるものとする。船舶は、その旗を掲げる権利を有する国の国籍を有する。その国と当該船舶との間には、真正な関利が存在しなければならず、特に、その国は、自国の旗を掲げる船舶に対し、行政上、技術上及び社会上の事項について有効に管轄権を行使し、及び有効に規制を行なわなければならない」と規定する。この規定は、船舶の国籍国（すなわち旗国）の船舶に対する本質的結びつきが真正なものでなければならないこと、その真正な関係の実体は、旗国の船舶に対する行政上、技術上および社会上の事項についての管轄権および規制を有効に行なうを要することであることを明らかにしている。この規定はまさに旗国主義の基礎を明示するものであろう。

この旗国の船舶に対する管轄権と規制義務を基礎として、これに公海の自由の原則が結合して、公海上における旗国主義の原則が生れた。また、国家の領土主権との関係から外国領海における船舶に対する旗国の管轄権・規制

義務の限界が帰結されることとなる。さらに、船舶内における犯罪に対する裁判管轄権の帰属も、旗国の船舶管轄権の基礎の上に成り立つものと思われる。

二 国家主権における旗国主義の地位

領海及び接続水域に関する条約（昭和四三年六月二日条約一一号）によれば、国家の主権はその国の領土、内水をこえ、その海岸に接続する水域で領海といわれるものに及ぶとされ（条約一条一項）、さらに領海については特に「沿岸国の主権は、領海の上空、海底およびその下に及ぶ」と規定されている（条約二条）。これらの規定は、領海には国家主権が及ぶけれども、それは国の領土、内水が国家領域の本体をなし本来的に国家主権の下にあるのとは異なり、国際慣習のみとめるところを基礎にしてではあるが、この条約により確立されたものであることを意味しているのである。したがって、国家の主権をその及ぶ場所である領海において行使する場合には、この条約の規定、国際法の他の規則に従わねばならないことになるのである（条約一条二項）。

公海はそのいずれの部分も、国家主権の下に置かれることはない（公海に関する条約二条）。しかし、いずれの国も、自国の旗を掲げる船舶を、公海において航行させる権利を有する（公海条約四条）。しかも、公海の自由を行使するには、他国の公海の自由に合理的な考慮を払うことが義務づけられている（公海条約二条二項）。

右に引用した領海及び接続水域に関する条約および公海に関する条約において述べられている国の主権は、国内的には最高、対外的には独立の排他的な領域的管轄権を意味すると思われる。ところが、公海に関する条約において確立された旗国主義の原則は、国家の自国船舶に対する国籍的管轄権を承認するものである。しかもその国籍的

管轄権は、公海においては、排他的管轄権であるとされる（公海条約六条一項）。この意味において、公海にある船舶には旗国の主権が及ぶといわれるかもしれない。しかし、この場合、主権が及ぶのは公海上ではなくて、自国の船舶が国籍に基いて旗国の排他的管轄権に服するという意味においてであることに注意しなければならない。

この旗国の国籍を根拠とする船舶管轄権は、公海における権利に限られるものではない。船舶の国籍の許与の法的効力は、自国の領海においても、他国の領海においても、消滅、増減することはないからである。自国の領域においては、そこに及ぶ国家主権すなわち排他的領域的管轄権が国籍的管轄権と結合しているが、外国の領域においては、外国の主権の支配があるから、船舶に対する旗国の国籍的管轄権は、排他性を有しない。しかし、旗国の国籍的管轄権は、外国の領域主権とは独立して存在するものであるから、自国の船舶に対する関係に限っては、自国の法の支配を制限されるものではない。要するに、外国の領海にある船舶には、外国の領域主権に基づく外国の法の支配と、旗国の国籍的管轄権を根拠とする旗国の法の支配とが重複して及んでいるのである。そして、船内において行使される旗国の国籍的管轄権は、原則として船長に委任されているが、一般的には、旗国の国籍的管轄権はその外国に駐在する旗国の領事に委任されている。⁽⁵⁾ 外国の領海を通航中の船舶に対する当該外国の主権的支配は、領海及び接続水域に関する条約によって、幾多の重要な制限をうけている。このことは後述するが、旗国の国籍的管轄権は、領海及び接続水域に関する条約その他の国際条約において認められている範囲内において、外国の領海においても有効に主張され得るものである。

わが国の国際法学者の中には、国家の主権作用を対物的主権と对人的主権とに分類し、対物的主権は属地主権で

あるから外国領海内では行使できないが、对人的主権の行使は許される場合があると説く人がある。⁽⁶⁾ また、公海には国家の統治権が外国の統治権と競合的にしろ及ぶと解する見解が、いわゆる北島丸事件における判決理由の中で述べられている。⁽⁷⁾

外国領海内で对人的主権の行使が許される場合があるとする見解は、国際法に反する見解ではなからうか。⁽⁸⁾ また統治権という言葉は、しばしば国家の主権の意味に用いられるが、⁽⁹⁾ もし公海にこの意味での統治権が及ぶと解する趣旨ならば、これもまた国際法に違反する見解となる。

国家の主権の行使は、国家の領域内に限って認められるものであるが、国家の領域外の海域にある自国の船舶および航空機については、国家の国籍的対物管轄権（旗国主義に従う管轄権）が国際法により承認されているので、⁽¹⁰⁾ これにもとづいて法的規制をすることができるといえる。この船舶および航空機に対する国籍的管轄権は、その船舶および航空機そのものの管理権にとどまらず、船舶内もしくは航空機内にある人についての裁判管轄権の国際法的承認と結合して、あたかも国家主権が及ぶかの如き観を呈する。しかし、それは旗国主義もしくは国籍主義による管轄権と裁判管轄権の主張であって、国家の領域を根拠にしての国家主権の主張ではない。それは前述したように、国籍の許与による人または船舶・航空機と国家との間の本質的結びつきを根拠にして生ずる管轄権の主張であり、これらの人および船舶・航空機を、国籍国の法律の支配に置くことの主張なのである。このような国籍国のもつ管轄権や法律の支配は、本質的なものであって、国籍をもつ人および船舶・航空機が公海にあらうと、外国の領海にあらうと、外国の領土内にあらうと、増減されることはない。外国の領域的管轄権の支配と競合するときには、その限

りにおいて国籍国の管轄権や法の支配の有効性が排除されるにすぎないものである。

三 船舶に対する排他的管轄権と旗国の法律適用の関係

船舶に対する旗国の排他的管轄権は、本質的には国籍の許与に基づくものであり、その内容は、行政上、技術上、社会上の事項についての管理権であり、有効な規制の義務である。旗国は、この管理権、規制義務に基いて、自国の国籍をもつ船舶に対し、自国の法令を適用する。また、それ故に「旗国の法令は、船内において発生し、かつ法的効果を生ずるあらゆる事件に適用しうるものである」⁽¹¹⁾。かような法令の適用は、自国の領域、公海または外国領海に対してではなく、自国の領域内、公海上または外国の領海上にある船舶、財産および人に対してなされるものである。

旗国の船舶管轄権が排他性を有するのは、自国の領域内を別にすれば、公海上に限られる。このことは、船舶の国籍の単一性と、旗国にのみ船舶管轄権が属すること、および公海がいずれの主権的支配の下にもないことによるのである。それ故に、外国の領域主権の支配下にある外国領海においては、旗国の船舶管轄権と、当該外国の領域主権とが同一の船舶に対して並んで及ぶことになる。したがって、両者の行使の衝突を調整する規定が領海及び接続水域に関する条約に設けられた。同条約の無害通航権に関する第一四条から第二三条までの規定がこれである。これによれば、外国の領海内における旗国の船舶管轄権は、外国領海における旗国の裁判管轄権の限界として規定されている。これについては項をあらためて論ずるが、外国の領海内における船舶の法律上の地位は、当該外国のその領海内における船舶への刑事裁判権の行使の制限により維持されている。外国はその領海内において船舶の

無害通航を妨害することを禁止されている。とくに、外国領海における漁獵行為が有害行為とされるのは、その外国がその領海におけるその国以外の国の漁船の漁獲を防止するための法令の制定をしている場合に、その法令に違反するときに限るのである。このことは、外国の領海における漁業法令による領海国以外の国の漁船の漁獲行為が禁止がなければ、外国の領海内における漁獵行為は無害通航と認められることを意味する。それ故に、外国領海内での漁獵が一般的に外国領海なるが故に当然禁止されていると解することには疑問がある。⁽¹²⁾

無害通航権を行使する船舶は、通航する外国領海においては、領海及び接続水域に関する条約およびその他の国際法の規則に従って制定した法令、特に運送および航行に関する法令に従う義務を負わされている。⁽¹³⁾しかし、それ以外の当該領海に主権を行使する外国の法令に従うべき義務は、一般的には課せられていない。ただ、外国領海を通航するにあたって、当該外国の平和、秩序または安全を害することは許されず、また当該外国の領海内での漁獲防止法令に違反すること、麻薬の不法取引に関係をもっていることが、許されないにすぎない。このような禁止にふれない限り、当該外国の内水に入らず、その領海を通航するに止まる船舶は、右の領海及び接続水域に関する条約に規定する規制をうけるほかは、領海国の裁判管轄権の支配を一般的にうけるものではなく、旗国の船舶管轄権と裁判管轄権の一般的支配下に置かれているものである。⁽¹⁴⁾この旗国の船舶に対する地位が根拠となって、船舶が外国の領海にある場合にも、旗国のすべての法令の遵守が要求されることとなる。

四 船舶に行使しうる裁判権および裁判管轄権

国家が船舶に対して行使しうる裁判管轄権は、その領域内におけると領域外におけるのでは、その性質を異にす

る。自国の領域内にある船舶に対して行使しうる裁判権は、領土的裁判権（属地的裁判権）である。それ故に、自国の船舶のみならず国際法的制約の下にはあるが、他国の船舶に対しても行使しうる。

ところが、国家が公海上においてその国旗を掲げる船舶に合法的に行使しうる裁判管轄権は、領土的裁判管轄権（属地的裁判管轄権）ではなく、旗国の船舶および船内の人および財産に対する裁判管轄権である。⁽¹⁶⁾ コロンボスは、この裁判管轄権が認められる根拠は、いずれの国家の裁判管轄権も存在しない場所における財産であるという事実から発生していると説明している。⁽¹⁶⁾ この見解をもってすれば、外国の領海にある船舶に対する旗国の裁判管轄権の根拠の説明に窮することになる。それ故、公海における船舶に対する旗国の裁判管轄権の根拠は、公海における船舶の旗国の排他的管轄権に服すべき地位と、公海がいずれの国家主権の下にも置かれていないこと⁽¹⁸⁾に求めるのが、合理的であろう。⁽¹⁹⁾

公海に関する条約第一一条は、公海上の船舶について衝突その他の航行上の事故が生じた場合の、船長その他当該船舶に勤務する者に対する裁判管轄権を、船舶の旗国または行為者の本国（国籍国）に附与している。すなわち、旗国主義または属人主義に従う規定を設けている。この規定は、学者のいわゆる対人主権が公海においては一般的に行使し得るのではなくて、旗国主義による管轄権行使と併存していることを示すものである。この場合の裁判管轄権は、船舶の旗国および事故を発生させた当事者の国籍国の両者に属する（懲戒処分としての免状の取消処分権は、資格交付国のみが有する）。なお、公海上での衝突の場合には、衝突したそれぞれの船舶の旗国の裁判管轄権が、旗国の船舶のみを管轄することになるから、衝突事件を一括して一国の裁判管轄権の下に置かれるのではない。

次に、外国の領海における船舶についての裁判管轄権については、無害通航であるか否かにより、または、船舶内の事件であるか、犯罪の結果が船舶外に及んだ事件であるかにより、さらにまた、沿岸国（当該外国）の平和、領海の秩序攪乱の性質をもつ犯罪の事件でないか否かにより、沿岸国の刑事裁判管轄権と旗国の裁判管轄権の限界に、大きな変動がみられる⁽²⁰⁾。外国の領海を航行中の船舶内で発生した犯罪に対する裁判管轄権は、その犯罪が外国領海に入る以前に行なわれたものである場合はいうまでもなく、外国領海に入ってから後の犯罪であっても、原則として旗国のそれである⁽²¹⁾⁽²²⁾。外国領海を通航中の船舶内の犯罪に対し、当該外国がその刑事裁判権の行使をなしうるのは、原則として、犯罪の結果が当該外国（沿岸国）に及ぶ場合、犯罪の性質が当該外国の平和を乱すものかまたは当該外国領海の秩序を乱すものである場合、および麻薬の不法取引の抑止に必要な場合に限定されているのである⁽²³⁾。

外国の内水における船舶の地位は、領海を通航中における場合に比して、その対外的独立性を著しく弱化される。内水においては、領海における法は通用せず、領土主権が完全に行使されるからである。それ故、内水にある船舶内で発生した犯罪については、その内水を管轄する外国の刑事裁判権の行使が、全面的に認められる。しかし、それにもかかわらず、外国の領土主権には、旗国の船舶管轄権および裁判管轄権を排除する能力は認められていないから、外国の内水にある船舶内での犯罪についての裁判管轄権は、当該内水を管轄する外国にも、当該船舶の旗国にも共存することになる。

この問題について、コロンボスの著書に引用されている「アンダーソン被告事件」は興味深い。この事件の犯罪は「橋の下でかつ潮の干満があり、大船舶が停泊したり交通したりする」フランスのガロン河に停泊中のイギリス

船内において発生したものであり、犯人は外国人であった。その事件は、イギリスの中央刑事裁判所に告発されて刑の宣告がなされた。その有罪判決は、刑事留保事項裁判所 (Court for Crown Cases Reserved) によって肯定された。しかしながら、その裁判所は、フランスの司法当局もまた共存する裁判管轄権を有していたこと、かつフランスの司法当局が適当と考えた場合には、その裁判管轄権を行使することもできたであろうということに、同意した。⁽²⁵⁾そこで、外国の国民が関係している犯罪が船舶上で発生した場合、その船舶の旗国の裁判所に、その事件を裁判する十分な資格が排他的に存在するかどうかの問題となったのである。前述のイギリスの刑事留保事項裁判所の見解は、この問題に答えたものである。ホールは、これに関連して「自国の国民が外国船上にあるとき、その国家は、船舶の掲げている旗の国家の第一次的な裁判管轄権を排除せず、もしくは押しつけて代らないという条件の下で、その国家が適当と考えるように評価し、かつかような行為に、その国家が適当と思う結果を結びつけることができ⁽²⁶⁾る」と提言している。この提言は、船舶内の犯罪について、その船舶のいる位置が公海、外国領海または外国内水の如何にかかわらず、旗国に第一次的裁判管轄権を認め、犯人の国籍国の属人的裁判管轄権の併存を第二次的に認めて属人主義に従う不処罰犯罪の処理手段を認めようとするものである。⁽²⁷⁾

前述したアンダーソン被告事件におけるイギリスの刑事留保事項裁判所の見解は、外国の内水にある船舶内での犯罪について、旗国の第一次的裁判管轄権を認めたものであるが、犯罪地の国家の裁判管轄権と旗国の裁判管轄権の共存を認め、犯罪地国家の裁判管轄権の行使はその国家の適当と考える場合に可能であることの承認でもあった。この考え方は、領海及び接続水域に関する条約の規定するところとも一致する。この条約第一九条二項は、沿岸国

の刑事裁判権の行使に対する制限規定は「沿岸国が、内水を出て領海を通航している外国船舶内において逮捕又は捜査を行なうため、自国の法令で認められている措置を執る権利に影響を及ぼすものではない」と規定し、沿岸国の内水にあった船舶内で発生した犯罪について、その船舶が内水を出て領海を通航中に、沿岸国の刑事裁判権の行使を、旗国の裁判管轄権に優先してなしうることを宣明していると解されるからである。また、公海に関する条約第二三条は、沿岸国の公海への継続追跡権を規定しているから、これによって、内水を出て領海を通過して公海を航行中の船舶に対しても、継続追跡権行使の条件を充すことによって、旗国の裁判管轄権に優先して沿岸国の刑事裁判権の行使をなし得るものである。しかし、それにもかかわらず、外国の内水にある船舶内に発生した犯罪に対する旗国の裁判管轄権は、否定されているのではない。むしろ、領土主権としての国家の刑罰権は、その国の安全または法秩序に危険を及ぼさない限り、外国船舶内の犯罪に対しては行使することに消極的であり、旗国の第一次的裁判管轄権の行使を認めて放任し、旗国の領事または犯罪発生船舶の船長の要請があつてはじめて、その刑罰権を発動するのが通例である。ただ、自国民が加害者または被害者である場合には、犯罪の性質により国家の刑罰権を属人的に及ぼす国があるから、このような場合には、内水にある船舶または内水を出て領海を通行中の船舶内で発生した沿岸国の法令による犯罪についての刑事裁判権の行使が、旗国の裁判管轄権に優先してなされることがあることはいうまでもない。それ故、外国の内水または内水を出て領海を通航中の船舶内における犯罪については、当該外国の領土主権に基づく属地的裁判管轄権、船舶の旗国の裁判管轄権、および犯罪行為者の国籍国の属人的裁判管轄権が競合して成立している。場合によっては、この外に、被害者または被害国の裁判管轄権が競合すること

もある。しかし、これらの裁判管轄権の競合が、実際に問題となるのは、船舶の旗国の裁判管轄権との関係においてである。公海においては、旗国の裁判管轄権が排他的に支配しているから、競合問題は起らない。それが発生するのは、船舶がこれらの裁判管轄権を有する国の内水に入った場合か、その内水から出てその国の領海を通航中に限るのである。⁽³⁰⁾

船舶内で発生した犯罪に対しては、その船舶の旗国の法令を適用しうるものであることは、旗国の船舶管轄権の効果として認められているところである。そして、船舶の旗国の裁判管轄権は、多くの国家の法令によって、船舶内の規律を保持し、船内の人々と財産を保護する責任とそれをするに必要な権限とを付与されている船長に、委任されている。船長は、この目的のために、司法警察権を付与されており、犯罪の告発をされた人々を船内において監禁する権限を有する。かつ、船長は、船内規律を励行する権限の行使を必要としたあらゆる事件の説明を、航海日誌に記載し、寄港する最初の港において、その本国の領事またはその本国の港の当局に、できる限り速かに、これらの発生事件を報告する義務を有する。⁽³¹⁾⁽³²⁾

これまでに述べてきたところは、船舶内に発生した犯罪についての裁判管轄権の帰属の問題であったが、次に論ぜんとするのは、船舶を使用してなされる犯罪についての裁判管轄権の帰属と、その行使の問題である。主として、船舶の故意または過失による衝突事件、漁業法令に違反する事件、麻薬の不法取引に関する事件、人身売買移送事件などのように公海または外国領海において発生する事件についての裁判管轄権の帰属と行使に関するものである。

これらの船舶を使用してなされる犯罪が公海において発生した場合には、原則として、その船舶の旗国に排他的

な裁判管轄権が認められている。⁽³³⁾ 故意による船舶の衝突が海賊行為の成立要件を具備する場合には、その船舶を掌捕した国も裁判管轄権を有する。

しかし、右のような船舶を使用してなされる犯罪が外国の領海においてなされる場合には、いずれの場合にも旗国に裁判管轄権があることはいうまでもないが、それらの犯罪が領海国の法令に違反する限り、領海国の裁判管轄権および刑罰主権の支配が同時に存在することになる。

船舶を使用してする犯罪においては、その船舶の船長自身が犯罪行為に関与するものであるから、これに対する旗国の裁判管轄権の委任は、犯罪行為者となることによつて解除されているものと解さなければならぬであらう。したがつて、旗国の裁判管轄権の行使は、公海においては旗国の司法警察職員としての資格を付与された取締船の船長その他の職員に委任されることになる。ところが、外国の領海においては、その外国の主権的支配があるため、旗国の取締船による国家の主権活動は許されない。したがつて旗国の法令に違反する行為が外国領海においてなされても、その行為が領海国の法令に違反するものでない限り、放任される。それ故に、このような場合には、旗国の裁判管轄権のみが存在することになるが、裁判権の行使は、その船舶が公海または旗国の領海に入ったときでないとなし得ない。裁判管轄権が特定の国家にあることは、その国の裁判権の行使が可能であることと同一のことではない。

(1) *Benedict, On Admiralty, 6th ed. v. 4, p. 352.* によれば、一般的海事法則を示した海法は、第一回の十字軍において建設されたエルサレム王国の海法まで遡りうるといふ。また、同書によれば、ベニスとゼノアは、各貿易港に執政官 (consul;

Consular) を置いて、いわゆるコンソラート組織により海上貿易権を把握し、ギリシヤ、ドイツ、フランス、スペイン、シリヤ、キプルス、マイヨルカ、ベニス、ゼノアなどの海法を作りあげた。これらの海法を集大成し「海の執政」に役立たせるために、一四九四年に最初バルセロナにおいて印刷され、その後各国語にほん訳されたのが、コンソラートデルマーレ (Il Consolato del Mare) と呼ばれる海法典である。また、オレロン法 (Les Rôles d'Oleron)、ウィスピー海法も、一般海法として存在した。その外多くの各地の海法があった。

(2) William Clarence Webster, *A General History of Commerce*, p. 105 によれば、中世において存在した海法典は、すべての船舶に国旗の掲揚を要求する規定を有した。また、中世の海法の傾向は、海上貿易における独占を破り、海の自由を実現しようとする一つの傾向 (それは中世においては実現し得なかったものであるが) を宣言するものであった。

(3) C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, 6th ed. p. 289.

(4) 一九五八年四月二十九日ジュネーブで署名され、一九六二年九月三〇日発効。わが国は、一九六八年六月一〇日加入書寄託、昭和四三年六月二一日条約一〇号として公布した。

(5) 領海及び接続水域に関する条約一九条一項(C)号は、外国領海を通航中に船舶内で発生した犯罪について、犯人の逮捕および犯罪の捜査をする権限が、原則として当該船舶の船長および旗国の領事にあることを明示していると解される国際法の根拠である。

(6) 入江啓四郎・北島丸事件、ジュリスト三九九号 (一九六八・六・一) 五八頁は、国家の主権作用を対物主権 (属地主権) と対人主権とに分類し、クナシリ島の領海内では、日本の対物主権は行なわれないが、対人主権が行使されるか否かは場合に よって異なるとし、クナシリ島の領海内にある日本国民にも日本国の対人的統治権が及ぶことを認めている。しかし、この論文では、国家の船舶・航空機に対する排他的管轄権については、全くふれられていない。国家の主権作用を対物主権と対人主権に分類することはよいとして、対物主権を属地主権と断定することは疑問があるろう。船舶・航空機に対する主権作用は、対

物主権・対人主権のいづれに属するとされるのであろうか。刑法第一条二項によれば、船舶・航空機は犯罪行為の場所として規定されているから、これに対する主権作用が対物主権に属することは明らかであるが、しかし、そうだからといって、これを属地主権と解釈することは誤りであろう。船舶、航空機の領土性の主張がフィクションに基づくものすぎないことは、今日の海事国際法における常識となっていることだからである。対物主権には、属地主義に基づく属地主権の外に、旗国主義の原理に基づく主権作用がある（仮りに旗国主権と名付け得よう）。対人主権が国外にある日本国民に及び得るように、旗国主権も国外にある日本船舶・航空機に及び得るものなのである。したがって、外国領海にある日本船舶に対し、わが国の対物主権が及ばないとするは当らないといわねばならない。

なお、ついでながら、対人主権も属地主義に基づくもの（属地主権）と属人主義を根拠とするもの（属人主権）とがあることを指摘しなければならない。そして、属地主権は、それが対物主権であると対人主権であるとに拘らず、自国の領域外には及ばないが、属人主権および旗国主権のように自国の国籍を有する者に対する主権（仮りに国籍主権と名付け得よう）は、自国の領域外にある者にも及ぶのが原則なのである。この意味で、ジュリスト所載の入江教授の所説は、正確とはいえない難いであろう。

(7) 下級裁判所刑事裁判例集一〇卷三〇六頁以下、高等裁判所判例集二二卷六号八七〇頁・八九七頁。

(8) 公海に関する条約二条一項、領海及び接続水域に関する条約一条一項参照。

(9) 美濃部達吉・日本憲法第一卷（大正一〇年）二七一頁以下。

(10) 公海に関する条約五条は船舶について、また、国際民間航空条約（昭二八・一〇・八条約二一号）一七条は航空機について、登録を受けた国の国籍を有することを規定する。公海条約五条はさらに、自国の国籍を有する船舶に対する管轄権について規定し、領海及び接続水域に関する条約一九条は、外国領海においても船舶内の犯罪は原則として旗国の裁判管轄権が支配することを規定する。また、航空機内で行なわれた犯罪その他ある種の行為に関する条約三条は、航空機内の犯罪についての

裁判権を行使する権限を、航空機の登録国に属させている。

(11) C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, 6th ed. p. 297

(12) 入江啓四郎・北島丸事件・ジュリスト三九九号五九頁は、「公用水面とは日本漁業活動のために公共の用に供される水面を指すのであって、ソヴェト領海は、条約上の合意でもないかぎり、日本漁業にとって公用水域とすることはできず、また公海に接続するソヴェト領海にも、漁業法の適用はない。」としているが、外国領海において一般的に漁獵を禁ずる国際法は存在しない。沿岸国がその領海における外国漁船の漁獲を妨止する法令を公布している場合に限って、沿岸国の領海における外国漁船の漁獲行為が禁止されるに止まるのである。したがって、法理論上は、外国の領海の部分をわが国法上の公用水面とすることは何らさしつかえないところである。

(13) 領海および接続水域に関する条約一七条

(14) 裁判管轄権と裁判権とは同一概念ではない。裁判権は、国家の裁判をする権利そのものを指すが、裁判管轄権は、裁判権の帰属する国はどこかに関するものである。すなわち、裁判管轄権は、裁判権を管轄する権利であり、国家の裁判権は、裁判管轄権のある事件について行使されるものである。裁判権の行使は、国家の主権的活動であるから、国家主権の及ぶ場所でないければなし得ないが、裁判管轄権は主権の行使を意味せず、裁判権の帰属を主張するものにすぎないから、外国の領域内にある人や船舶についてこれを認めても、他国の主権を侵害することはない。

(15) C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, 6th ed. p. 288. 「公海における航海の自由と安全は、国際法則と国内法との結合によって、可能性が与えられている。……かような裁判管轄権は、……公海についてはなくて、公海上の財産と人について存在する。……」

(16) C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, 6th ed. p. 285 は、「公海における商船の法律的地位について、次のように説明する。……「国家が公海上においてその国旗を掲げる船舶に合法的に行使しうる裁判管轄権は、その国の公民としての

人と財産に対する裁判管轄権である。それは領土的裁判管轄権（属地的裁判管轄権）ではない。この裁判管轄権が拠っている根拠は、単に「それが地方的な裁判管轄権が存在しない場所における財産であるという事実から」発生している。船舶に対する裁判管轄権が特定の国家に付与されるであろうことは、多くの目的のために必要である。船舶の所有者へ裁判管轄権を付与するようにとのその要求が、いづれか他の者の側にある優位な権利によって反対されるまでは、船舶の所有者に裁判管轄権を認めるのが自然であり、そして船舶についてのいかなる裁判管轄権も、予期された目的の範囲内において船舶を自国のものとする国家の権利に対し、優位ではあり得ない。」

(17) 公海に関する条約六条一項

(18) 公海に関する条約二条一項前段

(19) C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, 6th ed. p. 298. は、犯罪に関する裁判管轄権について次のように述べる。……「この具体的な原理は、イギリスおよびアメリカの裁判所によって下された幾つかの判決を引合に出すことによつて明らかになされ得るであろう。一八六〇年に、イギリスの船舶ルイサ・ブラギントン号 (*The Louisa Braginton*) の船長のキャプテン・レスレーは、チリから追放された若干の政治犯人をバルパライソからリバプールに輸送するようチリ政府と契約を締結した。これらの人々は、船上において逮捕されて彼らの意思に反してイギリスに連行されたので、リバプールに到着したときに、彼らは、公海上における殴投および不法監禁についてレスレーに対する告発状を提出した。レスレーは犯罪を認められた。エール裁判官は、「公海上のイギリス船舶が、外国の領域の外においてイギリスの法に服従するものであることは、明白であると、判決した (*Reg. v. Lesley*, 1860, *Bell's C. C.* 220)」。この事件においては、その犯罪は、船舶がチリの領海を離れるや否や、イギリスの臣民でもあったその船舶の船長によつて、犯された。旗の法は、犯罪人が公海上にあるイギリス船上の外国人であった場合にも等しく適用される、と判決されたイギリスの刑事裁判所の判例がある (*Reg. v. Sattler*, 1858, *Dears and Bell's C. C.* 525)。」

(20) 領海及び接続水域に関する条約一九条は、領海通航中の外国船舶における犯罪に関連して、その外国船舶内において沿岸国の刑事裁判権の行使をしうる場合を、犯罪の結果が沿岸国に及ぶ場合、犯罪が沿岸国の平和を擾乱する性質のものか、領海秩序を乱すものである場合、または麻薬の不法取引の抑止に必要な場合に限定している。

(21) 領海及び接続水域に関する条約一九条一項、五項参照。

(22) C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, 6th ed. pp. 297-298...

「一八九四年の商船法 (Merchant Shipping Act) は、イギリス船舶の船長および海員を、イギリス領土 (今日のイギリス連合王国) 外の海上で犯した人身もしくは財産に対するあらゆる犯罪について、あだかもそれが海事裁判所の裁判管轄権内で犯されたと同様に、責任を負うべきものとしている (六八九節)。」

(23) これについては例外がないわけではない。例外の一は、船長または旗国の領事の援助要請に基いて司法共助する場合である。例外の二は、外国の内水を出てその外国領海を航行中の船舶内で、当該外国の法令に従って当該外国が犯罪捜査権を行使する場合である。

(24) C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, 6th ed. pp. 298-299.

(25) (1868), 11 *Cox's Criminal Cases*, 198.

なお「日本国内の港湾にある外国船内における日本人の刑法犯とその裁判権」について、昭和二七年四月四日東京高等裁判所の判決は、「たとえ外国船であっても、日本国内の港湾に繋留されている船舶内において、日本人が刑法所定の犯罪を犯したときは、国際法または国内法において特別の規定のないかぎり、日本の裁判所は、その犯人に対し裁判権を有する。」と判示してゐる (高等裁判所刑事判例集五卷六四六頁)。

(26) Hall, *A Treatise on International Law*, 8th ed. by A. Pearce Higgins, p. 308.

(27) 前掲 Colombos, *International Law of the Sea*, p. 299.

(28) 明治四一年四月二三日大審院判決・大審院刑事判決録一四輯四二五頁「……國家の刑罰權は、その國の安寧秩序に対する妨害を除却するを以て目的とするものなれば、いやしくも我國の法律に服従するの義務あるものにして、この目的に背馳する犯罪を遂行することあれば、その場所の我が領土内なると領土外なるとを問わず、我が國の刑罰權を適用するは當然の措置にして、現行刑法の趣旨またここに在ること論をまたず。而して、日本國民たる身分を有する者は、その身外國に居住する場合と雖も、本國の法律に服従するの義務を有すること、また論をまたざれば、……」

(29) 國家保護主義に基づく刑罰權を規定している國は、この裁判管轄權を主張し、犯罪行為者の乗船する船舶がその國の内水に入ったとき、その刑罰權を行使しうる。

(30) 領海および接続水域に関する條約一九條二項、五項參照。

(31) 前掲 *Colombos, International Law of the Sea*, p. 297.

(32) 前掲 *Colombos, International Law of the Sea*, p. 298. 「……船長の裁判管轄權はいうまでもなく、イギリス船舶内で發生するあらゆる犯罪について、イギリス裁判所法 (*Act on British Courts*) によって付与された裁判管轄權に従屬しているものである (同法六八六—六八七節)。

(33) アメリカ合衆國の最高裁判所は「公海はすべての國民に共通であつて、いづれの國民も無關心であり得ないから、船舶を有するいづれの國民も、公海におけるその國の船舶に統制を加え、かつまた自國の法令の侵犯に対してその船舶を逮捕する權力を有する」(*Maul v. United States*, 1927, 274 U. S. 501, 511) と判示することによつて、この規則に同意であることを表明してゐる。(C. J. *Colombos, International Law of the Sea*, 6th ed. p. 298)。

第四 公海上での漁猟の自由と領海における漁業の権利の留保

——漁業許可および漁業権設定の限界

一 公海上における漁猟の自由

公海上のいづれの場所での漁猟も、あらゆる国家の国民に開放されていることは、公海の自由の原理に基いてい⁽¹⁾る。しかし、水産資源の保護のために、多くの国家が海上漁猟の統制のための法令を作っているが、このような国内法令は、国際条約に基かない限り、その法令を制定した国家の国民についてのみ、拘束力をもつものであるにすぎない。⁽⁴⁾⁽⁵⁾このことは、公海はいづれの国家の主権的支配の下にもないこと、および国民および船舶・航空機に対する国家の法的支配は、それらが国家の領域外にある場合にも、属人主義または旗国主義の原理によって及ぶものであることに基いている。それ故に、公海上における漁猟の自由は、外国の漁猟統制からの自由を意味する。

ところが、最近に至り、公海の生物資源の保存についての国際協力の必要性が自覚され、⁽⁶⁾一九五八年のジュネーヴ条約（漁業及び公海の生物資源の保存に関する条約）によって、公海における漁業の自由は、関係諸国間の合意による規制をうけることとなった。⁽⁷⁾また、この条約により各国は、自国の国民のみが漁業に従事している水域における生物資源の保存のため必要な規制措置を、自国民に対してとることを義務づけられている。⁽⁸⁾それ故に、公海における漁猟の自由は、右のような規制をうけない種類の水産動植物に限って認められるにすぎないものとなっている。^{9。}

二 公海上における漁猟に対する国内法的規制の限界

公海上における漁猟に対する国内法的規制は、漁船、漁具、漁法、漁期ならびに漁場の統制によってなされるが、それは、漁船ごとに許可を得させることによって可能となる。漁具、漁法、漁期ならびに漁場の制限は、漁船ごとになされる漁業許可の条件の基本的なものである。漁業許可にあたっては、使用する船舶、操業区域、操業期間、漁業の方法、漁業根拠地、漁獲物等陸揚港、許可の有効期間が指定されるのが通例である。しかし、操業区域の指定は、公海のいかなる場所をも排他的に占有することを許容することを意味するものではない。それは、国民がある種の漁業を営むことを一般的に禁止し、許可を受けた者に限ってその漁業を営むことを許す場合における、許可をうけた漁船に対する漁業許可海域の限定をいうものである。

ここに注意を要することは、漁業者と漁猟行為者とは区別されなければならないことである。わが国の漁業法は、漁業従事者と漁業者とを区別し「漁業者は漁業を営む者をいう」が「漁業従事者は、漁業者のために水産動植物の採捕又は養殖に従事する者をいう」として⁽¹⁰⁾いる。漁猟行為者は、右の漁業者または漁業従事者のいづれにも一致しない概念である。漁猟とは、水産動植物の採捕行為をいうものであるが、漁業従事者は漁猟行為に従事する者であれば足り、漁猟行為を実行した者であるとは限らないからである。また、漁猟行為者は、漁業従事者であるとは限らないし、漁業者であることを要しない。それ故、外国人漁業の規制に関する法律（昭和四二年七月一四日法律六〇号）は、原則として日本国籍を有しない者が日本国の水域において漁業（水産動植物の採捕または養殖の事業）を行なうことを禁止しているが、漁業を営まない限り、漁猟行為そのものを禁止しているものとは解されないか

ら、外国人がわが国の水域で趣味としての釣をしたとしても、それは違法ではない。しかし、漁業者、漁業従事者以外の者の漁獵行為でも、爆発物を使用しての水産動植物の採捕、水産動植物をまひさせまたは死なせる有毒物を使用するの採捕行為は、水産資源保護法により原則として禁止されるから、このような漁獵行為については、漁業者、漁業従事者とはより、それ以外の者にも禁止の効力は及ぶものである。

外国漁船は、法定の除外例に該当する場合の外は、農林大臣の許可がなければ日本国の港に寄港を禁止されている⁽¹¹⁾。また、わが国を根拠地としている漁業者は、日本国籍を有する者に限られるのが原則であり、漁船は漁船法に基づく漁船の登録がなければ使用が禁止され、かつこの場合の漁船は日本船舶でなければならない⁽¹²⁾。したがって、わが国の漁業者が漁業を営むにあたり使用する漁船は、日本船舶に限られることになる。しかし、漁業従事者については、国籍の限定はない。それ故に、外国人が日本漁業者に雇用されて漁業従事者となっている場合、その外国人漁業従事者の公海における漁獵行為には、わが国の漁業法令の適用があるであろう。

しかし、外国漁船に乗組む日本国籍の漁業従事者は、外国の漁業者のために漁獵行為に従事する者であるから、わが国内法令で特にこれを禁ずる旨の規定がない限り、公海においては、わが漁業法令の規制をうけることはない⁽¹³⁾と解さなければならない。船舶は公海上においては旗国の排他的管轄権の下に服するものであるから、公海上にある外国漁船に対してわが国の裁判管轄権の主張はできない。したがって、日本国民の外国漁船による漁獵行為の禁止がわが国の法令で規定されている場合においても、わが国の属人的裁判管轄権に基づく取締を公海上においてすることは許されない。

公海上における漁猟に対する国内法的規制についてのわが国の従来の判例には、昭和一二年一月二日大審院判決⁽¹⁵⁾（和歌山県令漁業取締規則違反被告事件）におけるように、県の管轄地先海面で県知事の取締・監督の実力行使が事実上可能な区域内の公海には漁業法令の効力が及ぶとするもの、および昭和四年六月一七日大審院判決⁽¹⁶⁾（機船底曳網漁業取締規則違反被告事件）や昭和七年七月二一日大審院判決⁽¹⁷⁾（機船底曳網漁業取締規則違反被告事件）におけるように、日本領海外における日本漁船による漁業行為は日本国内における漁業行為と同一視すべきもの（刑法一条二項、八条適用）とするものがあった。

和歌山県漁業取締規則違反被告事件というのは、和歌山県漁業取締規則第一条に、秋刀魚（さんま）流網漁業を為さんとする者は知事の許可を受けなければならない旨の規定があるのに、知事の許可を受けないで和歌山県の地先海面にあたる公海上において秋刀魚流網を使用する漁猟を繰り返した行為が、無許可漁業とされた事件である。この事件において、原裁判所は、右漁業取締規則の効力の及ぶべき海面上の範囲は、県の管轄地先における海面であって知事が取締もしくは監督に関する實力を行使し得べき区域であると判示し、被告人の無許可操業を認め有罪とした。これに対し、弁護人の主張は、(イ) 和歌山県漁業取締規則が刑法第一条二項および第八条の規定によって公海にも適用がすると、右の取締規則は県の地先海面であると否とを問わず一般的に日本国外にある日本船舶内にも適用せられることと解されることになるから妥当でないこと、(ロ) 府県令が公海上にある船舶にも適用があるためには、公海の一定の地域が府県の区域に属するか、中央官庁の特別の委任によって府県令の効力を公海上に及ぼし得る場合でなければならぬこと、(ハ) 漁業法（明治四三年法律五八号）および昭和八年農林省令一六号（秋刀魚

漁業ノ制限ニ関スル件)を綜合するに秋刀魚流網漁業は自由漁業であると解されるから、県令でこれを許可漁業とするためには右漁業法三四条の委任の趣旨に基かなければならないが、右三四条には、この委任に基いて地方長官の発する命令を府県の区域外に及ぼし得る旨の規定はない、したがって和歌山県の区域外の公海において秋刀魚流網漁業をした被告人(静岡県の漁業者)に和歌山県令を適用するのは、違法であること、(一) 静岡県漁業取締規則(大正一三年九月四日公布)は、秋刀魚流網漁業を禁止していないが、もし県令が県の区域外の公海にもその効力を及ぼすものであるならば、静岡県漁業取締規則もまた静岡県の地先海面である公海に属する和歌山県勝浦町八川の沖にも適用があるといわねばならないから、いづれの県令が優先するか問題であること、(二) 原判決は県知事が実力行使していた区域に属するから県令の効力がその場所に及ぶとするが、実力の行使があるから命令の適用があるのではなく、命令の適用があるから実力行使しうるものと解するのが正しいこと、(三) 和歌山県令が公海に及ぶとしても、その及ぶ範囲について規定がないから、犯罪の構成要件が不明確な刑罰法規による処罰となり、罪刑法定主義に反すること、の諸点にあった。これに対し、大審院は、一々反論することなく、ただ和歌山県漁業取締規則およびその基礎法たる漁業法の規定からみて、同規定の立法目的は同県「管轄地先海面における水産動植物の繁殖保護、漁業者の利益保持、漁業者間の利害の調和等を図る」にあること、操業海面が「和歌山県管轄地先海面であつて従来同県知事が取締もしくは監督の実力を行使してきた区域内に属する」ことを理由にして、右の「規則の効力は、同県知事が従来取締並監督を為し来りたる海面に及ぶもの」と説示した。

右の被告事件における弁護人の主張するところは、法理論的にもっともな論議が多く、当時の漁業法令の法的欠

陥を鋭くつくものである。しかし、これに対して大審院の判示するところは、法理論的には根拠の薄弱さを否定し得ないが、行政目的の達成を判決によって補強せんとするものであったと思われる。

ところで、判例が提出した「府県管轄の地先海面」という概念は、府県の地先海面として知事の取締、監督の實力行使がなされる領海および公海の区域であるとされていると解されるが、しかし、その範囲は法律上も判例においても明確に指定されてはいないものである。元来、都道府県の管轄区域が地域的に公海に及ぶと解することは、国際法を無視するものであって許されない。それ故に、都道府県の管轄が公海に及ぶという意味は、地域的にはなく、事物的にのみ理解されなければならない。公海における日本国民の行動について禁止または禁止を解除する権限が法律によって都道府県知事に委任されている場合に、都道府県の公海に関する物的管轄が生ずるものである。この場合、都道府県の管轄海域として公海の一部が含まれるのではない。都道府県の管轄区域は、領海の部分に限られると解すべきものであらう。

公海は、国家の領域の外にあるから、都道府県の管轄区域に属さないのに、公海における日本国民の行動について禁止または禁止の解除をなしうるのは如何なる理由に基くのか。この問題は、船舶または航空機を使用するか、または船舶内、航空機内の行為である場合と、船舶、航空機に全く関係なくされる行為である場合とで、区別して考察するを要するであらう。前述したように、船舶、航空機は、公海においては旗国主義の原則に従うことなるから、公海における日本国民の行動が、日本船舶、日本航空機によるものである限り、日本国が有する日本船舶、日本航空機に対する排他的管轄権を根拠にして、公海上における行動の禁止およびその解除をなしうるものである。

都道府県知事は、国の機関として、この法理に基いて、公海における漁業の許可権を行使しうるであろう。すなわち、公海漁業の許可は、漁船に対してなされるものであって、公海の漁場を指定するとしても、それは国権を公海に及ぼすという意味ではないと解さなければならない。ここに公海漁業の許可が必ず使用漁船を指定してなされなければならない理由がある。

公海漁業の許可が漁船を指定しないでなされるときは、許可を受けた人は、許可条件に従う限りどの漁船を使用してもさしつかえないが、外国漁船を使用した場合には問題がある。公海にある外国漁船には日本国の規制権は及ばないからである。公海漁業の許可制の脱法手段として、外国漁船を使用してする方法があるので、特にこの脱法行為を防止する必要があるときは、これを禁止する立法がなされなければならない。例えば、指定漁業の許可及び取締り等に関する省令第一〇二条の四（さけ又はますの採捕の制限）の規定は、そのためと思われる。

船舶を使用しない公海漁業、例えばいかだを組んでそれに乗ってする場合や、航空機を使用してする場合についても、漁業法令の規制が及ぶか。この問題は、その漁獵行為が漁業の概念に含まれるかどうかによって、または毒物や爆発物を使用する等の禁止漁法でないかどうかによって、漁業法令の適用の有無が判断されなければならないであろう。それが漁業者の行為とみとめうる限り、または漁業者でなくとも禁止漁法をとるものである限り、漁業法、水産法資源保護法の規制の範囲に属するであろう。ただ、いかだには旗国主義は適用にならないので、漁獵行為者が日本国民である場合に限って、属人主義に基いてのみ国内法令である漁業法令の適用があると解すべきであろう。航空機による場合は、その航空機が日本国籍を有する以上、旗国主義の適用により乗組の行為者の国籍にか

かわりなく、わが漁業法令を適用して規制することができるであろう。

前掲した昭和四年六月一七日および昭和七年七月二一日の大審院判決は、公海漁業について、日本領海外における日本漁船による漁業行為は、日本国内における漁業行為と同一視すべきものと解した。刑法一条二項および八条を適用して、公海漁業もまた国内犯と解したのである。この論法でいけば、外国領海内での漁業行為も、国内犯であると主張することになるであろう。この種の見解は、船舶の領土性のフィクションを基礎にしてのみ成立するのであるが、更に船舶を使用してする船外行為と、船舶内で船舶の使用とは関係なしになされた行為とを同一視する事実に関するフィクションの主張という二重のフィクションの上に成立する見解というべきであろう。元来、船舶および船舶内の行為に国内法が適用されるのは、その船舶の旗国がその船舶に対する管轄権（公海においては排他的管轄権）および裁判管轄権を有するが故であって、領土性のフィクションに基づくものではないと解すべきものである。この点に関するわが国の学者の見解は不徹底なものがみられる。⁽¹⁸⁾

(1) 公海に関する条約二条一項(2)号。なお、公海の自由の行使は、他国もまたこの自由を有するから、他国の利益について合理的な考慮を払ってするを要する。このことは、公海に関する条約二条二項によって確立されている。

つらに前掲 *Colombos, International Law of the Sea, 6th ed. p. 401.* 参照。

(2) イギリスにおいて漁業取締の必要性が認められたのは、ヘンリー七世の治世に、稚魚を荒す器具を使用することを禁止する法律 (4 Hen. VII, c. 21) ヘンリー七世四年二一条条例) によって、違反者に一〇ポンドの罰金を科した一四八七年に遡るものである。一六〇五年には、ジェームズ一世によって更に広範な制定法が制定され、沿岸海における「漁業者の大打撃や傷害および国家の妨害」となる或る種の漁獵手段が可罰的とされた。この法律 (3 Jan. I, c. 12 ジェームズ一世三年の一二

号条例)は、その後のイギリスの統治者によって継承された。シバーネス被告事件 (Rex. v. Sibbemes, 1687) という古い判例において、毎年七月二十九日から九月一日まで、「バーンサム別名ウエルフリート河において、かきを引網ですくい」としてはならない」と漁業者に戒告がなされている(一六八七年 Marsden's Admiralty Cases, p. 216)。もとはるか最近の漁業資源保護の国内法の例としては、一九五五年の The Sea Fish Industry Act がある。この法律では、イギリスにおける白身の魚の産業に対する一そう進歩した組織についての詳細な規則を設けている。

このような魚類保護の国内立法は、イギリス王国とノルウェー、デンマークおよびアイスランドとの間に、一九五九年と一九六一年の間に締結された協定に従って、今や必要不可欠のものとなった。そして、その結果として、イギリスの船舶は、今日ではこれらの三国の領海の三マイルの線の外側のところで漁獵することを禁止せられている (G. J. Colombos, International Law of the Sea, 6th ed. pp. 147-148)

- (3) イギリスにおける一九六四年の漁獵限界条例 (Fishing Limits Act, 1964) については、前掲 Colombos, International Law of the Sea, pp. 150-151. 参照……「イギリスは、一九六四年に、増強する外国との競争および他国の漁場拡大のためにイギリスの漁業が近年に受けた甚大な損失を防ぐために、領海三マイルの制限を漁業目的のために拡大する法律を通過することを決定した。しかしながら、漁業保護のための領海の拡張と同様の根拠において、伝統的な三マイル領海帯の問題を、二つのことは全く別個のこととして、商議するための有効な理由が存在しない。領海の範囲を最少限にすることは、グロチウスの時代におけると同様に今日においても確かに必要である。しかし、常に膨張する世界の人口の増加を迎えるために海の食料資源を保護する必要は、全く異なった取り上げ方を要求する」(Allen, Freedom of the Seas, A. J. I. L. vol. 58 (1964), p. 984)。

- (4) G. J. Colombos, International Law of the Sea, 6th ed. p. 402 参照。

- (5) この問題については、前掲 Colombos, pp. 148-149 は、次のように述べる。……「一八三九年と一九六四年の間に通過し

たすべてのイギリスの制定法は、漁業権のあらゆる問題について領海の三マイル限界を一貫して適用した。(一八三九年の制定法は、その年の英仏協定を実施に移したビクトリア女王の二年および三年の条令九六号 Act of 2 & 3 Vict. c. 96 である。)この制定法の著名な例は、一八九五年の条令である。この条令は、スコットランドの沿岸から一三マイル以内では或る種のトロール網曳の方法を用いてはならないと制定した後、「いうところの一三マイルの限界内の海帯は、一八八年の北海協定の全署名国により、右の海帯に関係をもつ署名各国の臣民を拘束するものと認められているのでなければ、この節のために、イギリス王国の裁判管轄権の下にあるとはみなされてはならない」と規定する。次の協定、それはグレートブリテン、フランス、ベルギー、デンマーク、オランダ、およびドイツによって批准されたものであるが、この協定の第二条は、「各国の漁業者は、各国の沿岸の全範囲に沿う低潮線から三マイルの距離の以内において独占的漁業権を享受しうる」と明示した。同様に、一九〇九年の禁止区域におけるトロール予防条令 (エドワード七世九年八号条令 9 Edw. VII, c. 8) は、「その条項の適用は、沿岸三マイル以上には拡大されないが、禁止された漁法によって捕獲された魚は、イギリス王国において陸揚することも売却することもできないと、規定する。当時の外相エドワード・グレー卿は、一九一一年に下院における質問に対する答弁において、「低潮線から三マイルの外で外国漁船がトロール船猟をするのを禁止することは、一般に承認された国際法の原則に反するであらう」と述べた」(Hansard, Commons, 5th series, vol. 21, col. 1422)。

(9) C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, 6th ed. pp. 150-151. 「イギリスがこの新条令 (Fishing Limits Act, 1964) にも拘らず、今日なお伝統的な三マイルの範囲を固守していることは、一九六四年六月一五日に草案の第二読会の際、当時の農業、漁業および食料長官によって幾度も明らかにされた。彼が強調したのは、「三マイルの限界は最近の世紀の間において一般的に確立せられたが、連合王国は、単にそれが国際法の伝統的見解であったこと故ではなくて、それが全体としてイギリスの漁業の利益と一致したという理由でもまた漁業制限主義を一貫して支持してきた」(Hansard, vol. 696, col. 994-1027) という点であった。しかし、以前に当時の国璽尚書のヒース氏によって強調されたように、「国際的漁業問題は、若干の

諸国民によりかつ特にその沿岸からはるかな北大西洋海域に主たる漁場の多くを有する諸国による次から次への強引な公海の区域に加えられた拘束によって近年一そう悪化した。国際法の現在の状態においては、我々は、イギリス漁業者に、彼ら自身の沿岸水域におけるその排他的権利の同様の拡張を否定することに、もはや正当性の根拠を有しない。次に、我々は、我々の行動の自由を留保するために、一八八二年の北海漁業協定へのイギリスの参加の終了、それは一九六四年五月一五日発効、および一八三九年の英仏漁業協定の下で作成された漁業取締規定をまた一九六四年六月二四日発効の我々の意図を通報するよう決定した。これは、これらの複雑な問題の満足すべき確定のための国際会議を進捗させるよう関係諸国に機会を与えるであろう。』(Hansard, vol. 676, col. 715-717)。

(7) 公海における漁業の自由の制限は、近代技術の発達による乱獲の危険が増大したことに対する措置である。漁業及び公海の生物資源の保存に関する条約は、すべての国に対して、その国の国民が公海において漁業に従事する権利を認める条件として、(a) 漁業条約上の義務に従うこと、(b) 漁業及び公海の生物資源の保存に関する条約に定められている沿岸国の利益および権利に関する規定に従うこと、および(c) 公海の生物資源の保存に関する諸規定に従うこと、以上の三条件を掲げている。

(8) 漁業及び公海の生物資源の保存に関する条約三条。

(9) 水産庁経済課編、漁業制度の改革、二三九頁……「漁業者とは、漁業を営む者、つまり自己の名をもって漁業を営業とする者であつて、しかも単にその営業に出資するのみでなく自ら経営に参与する者をいう。……雇用される漁夫、雇人、その他漁業に使用される者が漁業者でないことはもちろん、……法定代理人、……支配人……会社が漁業を営む場合の取締役……は、漁業者ではない。」

(10) 漁業法二条。

(11) 外国人漁業の規制に関する法律四条。

(12) 右に同じ法律三条。

(13) 漁船法九条一項。

(14) 漁船法二条一項。

(15) 大審院刑事判例集一六卷二一頁一五三〇頁以下。

(16) 大審院刑事判例集八卷七号三五七頁以下。

(17) 大審院刑事判例集一卷一四号一一二三頁以下。

(18) 小暮得雄・北島丸事件決定をめぐって、ジュリスト四六七号一三九頁は、「……元來、屬地主義なり屬人主義の法原則は、罪の成立ないし犯罪構成要件の該當を前提としてのちに生ずべき、刑法の地域的または人的適用範圍の問題である。したがって、そもそも犯罪の成否をはなれて、罰則の屬地的ないし屬人的適用を論じる余地はありえない。」という説を提出していらる。刑法の適用があるからこそ犯罪構成要件の該當性の問題が生ずるのであるから、刑法の適用範圍の問題が犯罪成立の前提なのである。それ故、小暮教授の見解には疑問がある。また、同教授は、「……かりに同条項（漁業法六六条一項）の違反が成りたつとすれば、そこではじめて、いわゆる旗国主義の援用により、操業海域がたとえ外国の領海であろうと、漁業法罰則の適用を免れない、という關係にあった……」と説かれているが、漁業法違反に漁業法の罰則を適用するのに、何故に旗国主義の援用を要するのか、私には全く理解し難いところである。元來、旗国主義は、船舶に対する排他的管轄権（行政上、技術上および社会上の事項についての管轄権）、裁判管轄権および行政上、技術上、社会上の事項についての規制義務を、その船舶の登録国（国籍国）に帰属させること（公海に関する条約五、六、一一條）の主張をいうものである。船舶の国籍所属国は、その船舶に対して有する管轄権を根拠として自国のすべての法令を船舶内にあるすべての人と財産に適用するものである。

三 領海における漁業権の留保

公海上における漁業の自由の絶対性の崩壊は、濫獲による水産動植物の枯渇の危険に諸国民が自覚したことに基くものであるが、沿岸国の領海における漁業権の確保もまたこれと同じ根拠に基づくものであった。⁽¹⁾しかし、沿岸

国の領海であることから必然的にそこにおける外国人の漁業が国際法によって排除されるのではない。⁽²⁾ 領海における外国人の漁業を禁止するかどうかは、全く沿岸国の政策によることである。⁽³⁾ 現実の各国の制度は、決して一樣でなく、大別すれば次のように三種の国家群に類別しうる。⁽⁴⁾ (1) その領海内においては、自国民のための排他的漁業権を確保する制度を採る国々。例えば、イギリス、フランス、ドイツ、ソビエト連邦およびイスパニヤがこれに属する。⁽⁵⁾ (2) その領海内における外国人の漁業を禁止することはないが、自国の国民に特別の法的保護を認める国々。例えば、ノルウェー、スウェーデンおよびイタリヤがこれに属する。⁽⁶⁾ (3) その領海内における漁業の自由を、互惠主義に従って、すべての外国人に認める国々。例えば、ポルトガルおよびギリシヤがこれに属する。⁽⁷⁾

各国が領海漁業について採る政策の相違にもかかわらず、公海と全く同一でないことは、領海が国家主権の及ぶ海帯とされることに根拠を有する。ところが、領海と呼ばれる海帯の範囲についての確立された国際法はなく、⁽⁸⁾ 各国の国内法または一方的宣言によってその範囲が主張されているにとどまるのが今日の実情である。⁽⁹⁾ このことは、漁業の自由を保障される公海の範囲が、沿岸国の一方的な領海宣言によって制限されることを意味する。そして、漁業に関する限り、領海の幅に対する各国の制度の不一致は、法と事実との不一致を招来している。すなわち、国内法の立場からは、自国の法のみが法であって、外国の法は事実すぎないから、領海とは自国の領海をいい、公海および外国領海は、国外の地域（国家主権の属地的には及ばない地域）としての法的地位を有するにすぎない。そして、国内法的には、外国の国内法を自国の法的内容とすることは、特別にその旨の国内法がない限り認められないことであるから、外国の領海の幅について自国の国内法に規定がない限り、国内法の解釈にあたって、これを

考慮する必要はないであろう。ところが外国の国家主権の及ぶ海帯である外国の領海が存在することは事実である。しかもこの事実は、自国の法とは無関係に、外国の一方的措置で決定的に作り上げられているのである。この事実は、必ずしも国内法が予想する事実と一致するとはいい難いであろう。例えば、わが国の法制上領海を三海里とするとしても、ソビエト連邦や中華人民共和国の領海も三海里として国内法を解釈するならば、それは法律上の擬制を以て事実を律しようとするものであり、正しい見解とはいい難いであろう。

それはそうとして、前述したように、領海における漁業権の留保が国によって一致しないことは、領海における自国民のための排他的漁業権の確立が、国際法として確立されたものでないことを意味する。それとともに領海に接続する一定海域について、漁業に関する保護区域が設定せられる新傾向があることは、領海の幅の不統一から生ずる漁業政策の修正の根拠を確保する運動として注目される。⁽⁸⁾そしてこのことは、漁業政策の必要性は、領海と公海との区別を排除するものであることを物語るであろう。すなわち、漁業資源の枯渇を防止するためには、領海における漁業権の留保という思想から、領海と公海との区別なく、自国民と外国人との区別なく自国の政策の下に統一するとの思想への転換がみられると思われる。しかしながら、漁業保護海帯を公海上に設けることが、公海としての性質および航海の自由を拘束するものではないとされていることは、十分に注目するを要することであろう。⁽⁹⁾漁業保護海帯の設定は、公海を一般的に一国の主権の下に置こうとする企図ではなく、漁船（漁業に従事中の船舶）に限り、漁業保護海帯においては、旗国主義の一般的適用を制限しようとするものにすぎないと思われる。もっとも、このことの実施のためには、漁業及び公海の生物資源の保存に関する条約に基づき関係諸国間の協定を必

要とするであらう。

領海における漁業権の留保が前述のようなものであるとすると、漁業法令の立法および解釈において、外国の領海を除外することを一般的原則と解することには、法的にも事実上にも疑問なきを得ないであらう。しかしながら、漁業資源の保護施策の必要によって、公海の自由の原則、特に航行の自由や海底電線及び海底パイプラインの自由を排除するものであってはならない。それ故に、公海の部分に漁業保護海帯を設けるとしても、それによる公海自由の拘束は、漁業の自由の制限に限られなければならない。したがって本質的に航行の自由を制限することになる性質をもつ漁業権（例えば定置漁業、区画漁業、共同漁業のような海面を排他的に占有することを認める漁業権）を、公海上に設定することは、漁業資源の保護を名目にするとしても、国際法上許されないことである。この法理の根拠は、更に一そう本質的であり、公海上に定置漁業等の海面を排他的に占有して行なう性質を有する漁業権の設定をすることを免許する権限は、いづれの国家にも認められていない。いづれの国家も、公海において海面を排他的に占有することを有効に主張することは、国際法により認められていないからである。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

漁業権（排他的に海面を占有して営む漁業をする権利）設定の限界は、これを免許する権能を有する国家またはその権限を委任された都道府県知事の権限の範囲に限られる。このことは、漁業の許可権が国外漁業についても成立するのと根本的な違いである。漁業権の設定免許は、海面の主権的支配を伴わずしてはあり得ないが、漁業の許可は漁業の一般的禁止の解除にすぎず、海面の主権的支配を生ずることはないものだからである。特定海面における漁業を許可することが、その海面の主権的支配を意味しないことは、漁業許可が特定の漁船に対し一定の海面

で漁獵することの許可であつて、これにより一定の海面を排他的に占有することを許可するものではないし、また事実上も許可漁業においては一時的にもせよ一定海面を排他的に占有することを許すものではないことから、根拠づけられる。したがつて、許可漁業は、海面の主権の支配すなわち海面の排他的占有を伴わなない性質をもつ漁業に限られなければならない。そして、免許漁業すなわち漁業権漁業は、国家の主権的支配の及ぶ海面すなわち自国の領海に限つて成立するのが原則である。ここに原則というのは、外国の領海においても、国家間の同意があれば、漁業権の免許も法律上可能だからである。しかしながら、公海は如何なる国家も主権的支配を及ぼすことの許されない海域であるから、如何なる国家も漁業権漁業を公海において免許し得ることを有効に主張することは許されないのであらう。

(1) C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, 6th ed. p. 147. 「漁獵する権利の留保——公海においては、漁獵はすべての者に絶対的に自由である。しかし、領海においては、いづれの国も、その国民に漁獵する権利を確保し、または指定した制限内でその行使（漁獵する権利の行使）を限定する規定を制定する権利を有する。ウイリアム・ウェルウッドは、一六一年に著述して、この基本的な考え方のわかりやすい説明を与えたが、その根拠づけを、彼は、一地方の居住者の沿岸漁場に対する固有のかつ排他的な権利の上に置いた。海のこのような部分が沿岸国に所屬しなければならない主要な理由の一つは、これらの漁場が万人による自由使用の結果として枯渇してしまうかもしれない恐れがあることである。(William Welwood, *Abridgement of all sea-laws*, chapter 26)」

(2) 領海及び接続水域に関する条約一四條五項の反対解釈。

(3) この点について、わが国の国際法学者の中には、一国の領海であることが必然的にその排他的漁業権の根拠であると解し

ていると思われる人があつたが、このような見解が国際法の原則として確立されているかどうかは疑問であらう。「ジュリス」に発表された北島丸事件に関するいくつかの論文の論者は、この疑問の多い考え方を当然の法理としていられるようである。その一例として、

入江啓四郎・北島丸事件、ジュリスト三九九号五九頁は、「……ここに公共用水面とは、日本漁業活動のために公共の用に供される水面を指すのであつて、ソヴェト領海は条約上の合意でもないかぎり、日本漁業にとつて公共用水域とすることはできず、また公海に接続するソヴェト領海にも、漁業法の適用はない。」とされているが、この論法は、領海及び接続水域に関する条約の規定を全く無視してなされたもので、法理論としては正確でない。漁船といえども領海の無害通航権を有するし、領海条約一四條五項の規定によれば、外国漁船の通航が無害でないといふのは、沿岸国がその領海における外国漁船の漁獲を防止するために制定公布する法令に、外国漁船が従わない場合に限られるのである。したがつて、沿岸国の漁業法令が禁止していない漁獲を、外国漁船が外国領海において行なうことは、国際法上許されるのである。それゆゑ、日本漁船によるソヴェト領海における漁獲について漁業法を適用する必要性が法理論上全くないとはなし難いであらう。そうであれば、無許可操業罪の構成要件の場所的限定を問題とすにあつても、外国領海を一般的に排除する論拠は、薄弱であるといわねばならない。ソビエト連邦の国内法がその領海における外国人漁業を禁止していることは、国際法の一般原則を左右することにはならない。それはわが国にとつて事実問題にすぎず、ソビエト領海にあるわが国の漁船に対しわが国の国内法を適用することを法的に排除する理由にはならないであらう。

(4) これについては、J. T. Jenkins, *The sea fisheries* (1920), 44-45; Fenn, *The origin of the right of fishery in territorial waters* (1926) を参照。

(5) C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, 6th ed. p. 147 参照。

(6) 一九五八年のジュネーブ条約(領海及び接続水域に関する条約)においても、領海を測定する方法が採択されたにとどま

り、領の幅については、遂に各国の一致点を見出すことができなかつた。

(7) 領海の幅について、三海里(三マイル)制をとる国の主要なるものに、イギリス、アメリカ合衆国、日本等がある。イギリスが領海三マイル制を宣明したのは、一九世紀の初めにおける捕獲審検においてであつたといわれる。すなわち、一八〇〇年における *The Twee Gebroeders* 事件および一八〇五年の *The Anna* 事件において領海三マイル制が宣明されたのである。その後、一八一八年一〇月の英米間に締結された漁業および奴隸制限条約においても、漁業許容区域について三マイル制をとつていた。国内法としては、一八七八年の領水管轄法 (*The Territorial Waters Jurisdiction Act*) がある。ところが、この法律は、領海を定義して、「領土主権のうちにある」と国際法で認められる沿岸接続の海の部分を意味する」ものとし、直接にイギリスの領海を三マイルとするとの規定ではない。しかし、この法律は、イギリスの領海を三マイルとする慣例を法律によって間接的に認めたものと解されている。しかしながら一九六四年の漁獵限界条例 (*Fishing Limits Act, 1964*) は、漁業目的による領海三マイルの制限を拡大するものとして注目される。

アメリカ合衆国が領海の範囲について宣言したのは一七九三年四月二二日付の大統領布告(中立布告)であつた。この布告において、合衆国の領海の範囲は当分の間沿岸から一海リーグ(すなわち三ジオグラフィカル・マイル)とすると述べられている。その後も領海三マイル制の主張は原則として変更されていない。

日本が領海三マイル制を採用したのは、明治三年(一八七〇年)七月、領海を三里とする旨を布告し、明治五年四月二四日布告第一三〇号によって、明治三年の布告にいう領海三里の里は海里の意味であり、「海里ハ一度六〇分一ヲ以テ一里ト定ム、即チ陸里二六丁九分七厘五毛ナリ」と規定したのに始まる。

ソ連は、領海一二マイル制を採用しているが、それは、一九二一年五月の人民委員会の決議であつた。さらに一九二七年六月一五日付の「ソビエト連邦国境警備条令」第九条B項は、「海岸境界に沿ひ、ソビエト連邦の国際取極めに別段の規定のある場合を除いて、大陸および島嶼の最大干潮線から起算して幅員一二海マイルの海上地帯」をソ連の領海とした。この条令を改

正した一九六〇年八月のソ連邦国境警備条令第三条にも、同様の規定を設けている(前掲第一、一の注2参照)。
ブルガリヤ人民共和国は、一九五一年一〇月の改正憲法で、領海一二海マイル制を採用している。

中華人民共和国は、一九五八年九月四日全国人民代表大会常務委員会の批准により、「領海に関する声明」を宣布して、「中華人民共和国の領海の幅は一二海里とする」としている。

(8) C. J. Colombo, *International Law of the Sea*, 6th ed. pp. 152-153.: 「アメリカ合衆国における漁業権——一般に三海里に固定された、領海に属する海帯内における漁業について制定法を制定する権限は、連邦最高裁判所によって、特殊的にはマンチェスター対マサチューセツ (Manchester v. Massachusetts, [1891] 139 U. S. 240, 257.) の判例において、再三再四支持された。領域裁判管轄権は、「漁業に対する統制権を含むもので、魚が回游魚であると海底に定着もしくはもぐり込んだ魚であることを問わない」ということは、そこにおいて支持された。最近の太平洋の漁業資源を保護するようにとの切望は、合衆国において、外国人と国民と同様に統制権を行使しうる範囲の拡大のための唱導を導き出した(例えば Leonard, *International Regulation of Fisheries*, 1944, pp. 135, 157-172; Allen in A. J. I. L., vol. 36, 1942, p. 115; および Bingham in Stanford University Press, 1938, p. 3). 一九四五年九月二八日には、沿岸に接続する領海線の外側の水域における漁業に関する新政策が、大統領の声明を以て、合衆国によって開始された。この声明によって、合衆国は、漁業資源の保存に対する緊急の必要があるとの見地から、漁業活動が大なぎスケールで展開され続けられてきた、あるいは将来において展開され続けられてゆる可能性のある、合衆国の沿岸に接続する公海のこうした海面において、保護海帯を確立した。漁猟が合衆国民のみで経営されるころでは、取締と統制とは合衆国単独でなされるであろう。漁猟が他の国々の国民と合同して営まれるころでは、合同の保護海帯が確立されねばならない。その声明は、他の諸国に保護海帯を確立すべき類似の権利を認容することにも、「保護海帯が確立された海域の公海としての性質および航海についての諸国民の自由かつ妨害されない権利は、前述した如く、如何なる方法によつても影響をうけなく」(A. J. I. L., vol. 40, 1946, Supplement, pp. 46-47 に於て)と述べて終

っている。同様の声明が少し後にメキシコの大統領によって発せられている (New York Times, October 31, 1946 (247)) が、アメリカの法令と明らかな対照をなして、アルゼンチン、ニカラガ、チリ、ペルー、コスタリカ、エクアドル、エルサルバドルおよびホンジュラスは、その後、声明によって、大陸棚の全水域に及ぶ国家主権を主張した。これらの一方的要求の法的効力は、アルゼンチン、チリ、エルサルバドルおよびペルーに対する覚書において合衆国政府によって既に指摘されたように疑う余地のあるものである。これらの声明が「国際法の一般に承認された原則と相違して」いると思われる理由で、その政府は、これらの法令もしくはそれを実施にうつす手段の「効力に関する限り、合衆国の権利と利益を留保した」。その後になって、合衆国は、メキシコおよびコスタリカとの二つの双務条約を締結したが、それは専らこれら締約国の沿岸から離れた、かつ締約国の各領海の外側における漁場の「保護」に対するものであった。」

(9) 前掲注(8) 参照。

(10) 水産庁経済課編、漁業制度の改革、新漁業法条文解説、二五八頁……「[定置]とは、従来の定置と同じ概念で、一定の場所のみ漁具を敷設し、その敷設場所を変更することはないことである。……もっとも敷設および撤去が短期間に反覆して行なわれても、つねに敷設場所が客観的に一定していればよい。」

右同、二五九頁……「漁具を定置して……すべて定置漁業権である。」

(11) このことは、公海に関する条約第二条が、「公海は、……いかなる国も、公海のいずれかの部分をもその主権の下におくことを有効に主張することができない。」と規定していることからの法論理的帰結である。

(12) 漁船第一二・三光丸によるさけ刺し網漁業の無許可営業事件においては、さけ刺し網漁業が、漁業法第六条に定義する定置漁業の疑があるのに、この問題の究明は全く顧慮されなかった。同時に審理された第一ゆき丸による小型さけ・ます流し網漁業の無許可営業事件と、漁業形態において相違があるのに、同種の事件として取り扱かれた。罪刑法定主義の原理に照らすとき疑なきを得ない。漁業法の定義は、次のとおりである。

漁業法第六条、「定置漁業」とは、漁具を定置して営む漁業であつて、左に掲げるものをいう。

二 北海道において、にしん、いわし、さけ又はます（陸封性のますを除く。）を主たる漁獲物とするもの

第五 外国領海における漁猟に対する旗国の法的規制の根拠と限界

——漁業犯罪の国外犯説に対する批判

一 外国領海における漁猟の国内法的規制の問題点

外国領海における漁猟に対して外国の主権的規制があるかどうかは、国内法の立場からは事実であるにすぎないことは、前述したところである。したがって、国民の外国領海における漁猟を禁止するか否かは、国内法の規定内容の問題である。外国の領海には、自国の国家主権を属地的に及ぼすことは許されない。しかし、外国領海内における自国民の行動を国内法によって制限したり、あるいは制限の解除をすることは、外国領海に対して自国の主権を属地的に及ぼすことにはならない。漁業政策上の必要から、漁船の数を規制し、許可のない漁船による漁業経営を禁止するために、自国の漁業者が無許可の漁船を使用して外国領海内で漁猟することを禁止することも必ずしも無意義なことではない。学者の中には、外国領海には自国の主権は及ばないから外国領海は漁業法の適用範囲外であると説く人があるが、その意味は、外国領海における漁猟については漁業法を適用して処罰することはできないとするにあるから、この見解は疑問である。漁業法の適用を以て海面そのものへの適用、いいかえれば漁業法の属地的適用の意味に解するならば、論者のいうとおりであろう。しかし、国内法である漁業法が国の主権を及ぼすこ

とのできない外国の領域に属地的に適用できないことは、論ずるまでもないことである。ここでいう漁業法の適用は、そのような意味におけるものではない。元来、漁業法は、わが国の漁業者およびその漁業手段である日本漁船を規制するための法律である。国の主権の及ぶわが国の領海内においては、属地的な漁業法の適用（例、漁業権の免許、取締りもなされるであろうが、公海および外国の領海については、漁業法の適用は漁業者および日本漁船を対象としてなされるものであり、属地的な適用は主張し得ないものであることは当然である。問題は、外国領海内での日本漁船の漁業について、わが国の国内法である漁業法によって規制することが、法理論上許されるか、許されるとすればその規制方法の限界はどうかということである。

外国領海内での日本漁船の漁業が、もっぱら外国漁業者のためにするものであるか、またはわが国内における漁業経営の手段でない場合には、わが国の漁業法による規制の必要はないであろう。したがって、漁業法の適用は考慮外に置かれるであろう。しかし、外国領海内での日本漁船による漁業がわが国内における漁業経営の手段としてなされている場合には、漁業政策上、それに対する法的規制を必要とする場合があるのである。特にクナシリ島の領海のように、その地理的關係から北海道の沿岸漁業の漁場とみるのが事実問題として妥当な海域における日本漁船による漁業が、北海道における漁業者によってなされる場合には、これに対し、わが漁業法令による規制を加えることが、わが国の漁業政策上重要なことになるであろう。

このことは、クナシリ島の法的地位が事実上外国領海に等しいか否かによって影響をうけるものではない。すなわち、事実上日本国の取締権の行使をなし得ない海域であるかどうかは、漁業法令の適用について障害となるもの

ではない。外国領海にある日本漁船の漁獲をわが国内法である漁業法令で禁止または制限することは法的に可能であるし、国外にある日本漁船に対する国内法としての漁業法令の適用は、旗国の船舶管轄権および裁判管轄権を根拠として、法的に可能となるのである。ただ、外国の領海においては、その外国の領土主権と刑罰主権がすべての国の船舶内にある人とその行為に及ぶ場合があるので、この場合には、事実上、領海国の法令と旗国の法令とが重複して適用になるという現象を生ずることがあるであろう。しかし、この場合においても、旗国の国内法の立場からは、領海国の法令による規制の有無は事実問題にすぎず、旗国の船舶管轄権と裁判管轄権を根拠とする旗国の法令の適用のみが法律上の問題なのである。

(1) 入江啓四郎・北島丸事件・ジュリスト三九九号、五九頁、小暮得雄・北島丸事件決定をめぐって、ジュリスト・四六七号・一三九頁、横田洋三・涉外判例研究・ジュリスト・四二四号・一五〇頁。なお、今井威・南千島周辺海域に対する漁業法の適用・阪大法学七二・三合併号・二五二頁は、日本が法律的に領土権を保有しない場合、領土権を保有するが施政権を有しない場合、領土権は保有するが事実上施政を行ない得ない場合とに分ち、前二者の場合には漁業法の適用はないが、第三の場合には漁業法の適用も可能であるとする。この説も、結局は外国領海には漁業法の適用はないとの見解に帰する。

二 外国における漁獲の国内法的規制の法的根拠と限界

国家が領海内における自国民の漁業について特別の保護を与え、外国人の漁業を禁止または制限する制度をとることは、国家主権に基づくこととして一般的に認められているところであるが、しかしこのことは、他国⁽¹⁾に対しては、これに対応する法的措置をとることを義務づけるものではない。外国人が外国漁船を使用して禁止された領海漁獲を行なうときは、領海の主権国家は、直接にその国内法を以て外国漁船を取締り、違反行為者を処罰する

ことが認められており、⁽²⁾この場合、外国漁船の旗国に責任は及ばない。しかし、外国漁船の旗国が有する船舶管轄権が領海の主権国家の刑罰主権によって拘束をうけるに至ることは避け難いことであろう。それ故に、旗国はその国内法によってその管轄する漁船（自国の国籍をもつ船舶）の外国領海における漁猟行為を禁止または制限することによって、自国船舶管轄権の防衛と自国漁船の間接的保護をする権利を有すると解しうるであろう。この国内法による自国漁船の他国領海への出漁の禁止・制限は、国家の権利であるが義務ではない。したがって、外国領海における漁猟について国内法的規制をする必要があるかどうかについては、船舶管轄権の維持および漁猟行為者に対する予防的保護の問題が重要な要素として考慮されなければならないであろう。それとともに、漁業調整の目的からなされる漁船統制の必要のため、自国の取締権の行使のできない外国領海における漁猟を禁止する必要があることも見逃がせないところであろう。要するに、外国領海における漁猟の国内法的規制の根拠は、領海国の法的規制に従うものではなく、自国の漁業政策と船舶管轄権の維持ならびに漁猟行為者の予防的保護とに求められるべきものと思われる。

最近、いわゆる北島丸事件の判決をめぐって、漁業法の適用範囲が公共の用に供しない水面には及ばないとされていることを取り上げて、外国領海は公共の用に供しない海面であるから漁業法の適用範囲外であるとの議論がなされた。これに対し、札幌高等裁判所は、⁽³⁾昭和四三年一月一九日の判決において「水産資源の適正利用の見地からは、沿岸操業の事実上可能なおよそ全海域が規制範囲とされ、また漁民保護の立場からも、それには抜け駆けるな漁獲競争も抑止されるべきだから、同様におよそ事実上操業可能な全海域が規制の範囲に含まれるとするのが最

も目的にかなうことになる。すくなくとも、当該海域での操業が、わが国における水産資源の適正利用と漁民保護とに相当の影響を有する場合には、これを……（漁業法）の適用範囲に含めなければならぬ積極的な必要性が認められる」と説示した。公共用水面であるかどうかは国内法の立場から判断されなければならないから、国内法によって私有水面とした水面以外の水面を指すと解するのが正当であろう。外国領海を国内法によって私有水面とした例はないし、国際法によるも外国領海は公共用水面とされているし、⁽⁴⁾事実上もいづれの国もその領海を一般的に私有水面とした例はない。したがって、札幌高等裁判所が外国により事実上占領されている外国領海ともみなすべき水面をも公共用水面とする前提の下に「事実上操業可能な全海域」を漁業法の適用範囲としたことは正当な解釈であるといわねばならない。

それはそうとして、この札幌高等裁判所の判決理由の中に、外国領海における漁獲の国内法的規制の限界として、「わが国の水産資源の適正利用に相当の影響を及ぼすものであること」と「漁民保護とに相当の影響を有すること」を指摘していることは、注目すべき見解であろう。外国領海における漁獲がこのような影響をもつ以上、国内法によりこれに規制を加える必要があると解することは不当ではないであろう。ただ、国内法的規制の根拠と限界がこれに止まるかといえ、問題は残るであろう。

この問題のうち、規制の根拠については既に述べたから、ここでは規制の限界について検討を加えることとする。まず、外国領海における漁獲を禁止する限界として「その漁獲が自国の漁業調整に相当の悪影響を及ぼすものであること」があげられる。もしわが国の漁業調整に影響を及ぼさない外国領海もしくは漁業形態においてなされる

のであれば、このような外国領海での漁猟行為は、わが国の漁業法令の適用外のものとして解するのが至当であろう。例えば、南洋諸国の領海内で沿岸漁業を営んだ場合の如くである。

次に「自国の漁船による漁猟行為」に限られなければならない。このことは、自国の漁民保護のためであることからくる帰結に限られない。それは、国外にある漁船に対し国内法を適用しうるための国家の権能の根拠として、国家の船舶管轄権の範囲内であることが必要だからである。このことからの法的帰結として、外国の領海における漁猟行為が外国漁船によってなされるものである場合には、自国民による漁猟行為を処罰する旨の国内法の規定を設ける必要性が特に認められない限り、規制の対象にはならない。この場合の規制は、船舶管轄権を根拠とする旗国主義に基づくのではなく、属人主義に基づく規制である。船舶を使用しない外国領海内漁猟の規制も属人主義に基づくものであるが、外国漁船による外国領海内での漁猟や、船舶を使用しない外国領海内での漁猟を、属人主義に基づき、国外犯として処罰する必要性が、漁業政策上の必要性と認められるかどうかは、疑問が多いといわなければならないであろう。

外国領海における漁猟を規制する限界として第三に取り上げるべきことに「自国の漁船を使用するものである限り、行為者の国籍は問わないこと」がある。これは、船舶がその旗国（国籍国）の船舶管轄権に服するものであること、およびその船舶内にある人はすべてその船舶の旗国の裁判管轄権に服すべきものと解されるからである。

更に、規制の方法としては、特定の漁業について一定の海面における操業を一般的に禁止し、特定の漁船に限って船舶毎に漁業者に許可を与える方式がとられなければならない。漁猟の規制は、漁船を統制することによって可

能となるからである。この場合、船舶の同一性が問題となる。⁽⁵⁾

- (1) 領海および接続水域に関する条約一四条五項参照。
- (2) 領海および接続水域に関する条約一六条一項と同条約一四条五項との関連からの法的帰結である。
- (3) 高等裁判所判例集二一巻五号六五四頁以下。
- (4) 領海及び接続水域に関する条約は、領海が公共用水面であることを前提とするものである。領海が沿岸国の主権の下にあることは、水面の公共用性を排斥するものではない。
- (5) E. C. Benedict, *The American Admiralty its Jurisdiction and Practice*, 4th ed., p. 126. 「船は、その後の修繕および改造によってそれを組立てている原材料が時の経過するにつれて完全に代替せられてしまったかもしれないとも、常に同一船舶であるが、もし改造の意図なくして船が全く解体され、かつその同じ材料によって厳密に同じ方法で船の再建がなされた場合には、それは同一ではなくて他船である。」

三 無許可漁業犯罪の国外犯説

いわゆる第二の北島丸事件の上告審判決は「漁業法……は、……漁業法……の性質上、わが国領海内における同法……違反の行為のほか、前記範囲の公海およびこれらと連接して一体をなす外国の領海において日本国民がした同法……違反の行為（国外犯）をも処罰する趣旨を定めたものと解すべきである」とし、また「漁業法の漁業禁止の規定およびその罰則は、当然日本国民がかかる外国の領海において営む漁業にも適用される趣旨のもの」と解するのが相当である」と説示した。⁽¹⁾ 最高裁判所は、右のほか、さけ刺し網漁業を禁止する北海道海面漁業調整規則違反についても同趣旨の説示をしている。⁽²⁾ すなわち漁業者による無許可の漁獵行為（無許可操業）は、それが外国の領

海内でなされても、わが漁業法令の適用があるのは、漁業法令の立法目的からみて、日本国民の国外犯として処罰する趣旨であると解されるからであるとするのである。

この最高裁判所の見解は、従来の大審院判例がとっていた日本船舶内行為説（国内犯説）を排除する新判例である。大審院の判例の見解は、船舶の領土性のフィクションを根拠とするものであって、今日の法感覚からは結局維持され難いものであることはいうまでもないが、この度の最高裁判所の判例のとる国外犯説も、いろいろの点で疑問がないではない。例えば、日本漁船に乗組む外国人漁業従事者の無許可漁獵行為は、日本国民の国外犯とすることはできないであらうし、また、旗国の法律上は適法な外国漁船に乗組む日本人漁獵従事者の国内法上は無許可の漁獵行為は、日本国民の国外犯とされることになるであらう。⁽³⁾ 国外犯説が含むこのような疑問点は、結局、漁業犯罪が漁船によって行なわれるものであるが、その漁船には旗国の船舶管轄権による法的支配とその裁判管轄権による法的支配が第一次的に及んでいるため、乗組員や乗客の国籍を根拠とする法的支配が第二次的地位に置かれていることを看過したことから生ずるものと思われる。漁業の許可が漁船毎になされるものであることは、漁船が漁業手段の単位的基础であることを意味するであらう。すなわち、漁業における漁獵行為は、漁船を単位として実行されるものであり、乗組漁夫の一人一人を単位とするものではないであらう。このことは、国外漁業上の違反行為もまた漁船を単位として成立するものであることを認めなければならない根拠となる。

国外漁業における国内法違反が漁船を単位としてのみ成立するとされなければならない一つの根拠は、漁船が海上に孤立する船内社会を形成する運命共同体であり、乗組員や乗客の行動は、すべてその漁船の統率者の統制下に

おいてのみ許容されることである。したがって、漁船を使用する漁業犯罪においては、その正犯は、漁船の統率者である漁船長およびその協力者である船長である。また、漁船長の外に漁業者があるときは、その漁業者もその漁行為を命じまたは予見している限り正犯である。しかし、それ以外の乗組員については、違反漁船であることについて予見もしくは認識して漁行為をしたものでない限り、期待可能性のない行為であるといわねばならない。その反面、違反漁船に従事する漁船であることを認識しながらその漁船に乗組むものであれば、その乗組漁業者が外国人であっても、国内法によって刑事責任を追求されるであろう。それとともに、外国漁船に乗組む日本国民である漁行為者は、自からが漁船長もしくは船長であると、単なる乗組員の一人であるとかかわらず、日本の領海の外においては、その漁船の旗国の排他的な船舶管轄権に基づく法的規制をうけ、その裁判管轄権に服することになるから、その漁船は日本の漁業法令に基づく許可を得る義務を課せられることはない。したがって、日本国民が外国漁船を使用してする日本の領域外における漁行為は、それが国内法によって禁止されていない限り、刑事責任を問われることはない。もし、前掲の最高裁判所の判例が、わが国の領海外における日本国民の漁業につき、使用漁船が日本船舶であるかどうかを問うことなく、これを国外犯として処罰する趣旨の説示であるとすれば、上述した理由で正当な見解とはいえない。しかし、右の最高裁判所の判例は、無許可漁業罪を以て日本国民の国外犯としたに止まり、使用漁船が日本船舶であるかどうかを問わないとは、述べていないから、判例の趣旨をこのように解するならば、疑問であるといわねばならないであろう。

しかしそうとはいっても、日本国民の国外犯という考え方は、国外にある船舶に対する旗国の管轄権および裁判

管轄権が国外においては旗国の法が適用される根拠であるとの、海事国際法の原理と必ずしも結びつかないものであるし、また漁業法令が国外における違反を日本国民の国外犯とすると明規した場合が特殊な場合に限られていることからみても、全面的には肯定し得ないものであろう。したがって、漁業法の罰則を以て、日本国民の国外犯処罰規定であると断定することは正しくないと思われる。

(1) 判例時報六二七号二七頁四段。

(2) 判例時報六二七号一七頁三段。

(3) 判例時報六二七号一六頁は、「本件各判決は、本件各罰則は、わが国領海外における日本国民の漁業につき、使用漁船が日本船舶であるかどうかを問うことなく、これを国外犯として処罰する趣旨であると解した」としている。

(4) 指定漁業の許可及び取締り等に関する農林省令一〇二条の四は、「赤道以北の太平洋の海域においては、農林大臣が許可した場合を除き、日本船舶以外の船舶において、さけ又はますの採捕に従事してはならない。」と規定し、同省令一〇六条においてその違反者に対する罰則を定めている。この規定は、国外犯処罰の立場に基くものである(判例時報六二七号一六頁二段)。しかし、この規定をもって、漁業法令が国外犯処罰を原則としたものと解することは誤りである。

四 無許可漁業罪の本質と漁猟場所の犯罪構成要件上の地位

それはさておき、無許可漁業罪の本質を究明するためには、さらに、この罪の保護法益および客観的刑事責任の根拠について、分析検討を試みねばならない。

まず、無許可漁業罪の保護法益であるが、それは水産動植物そのものなのか、あるいは水産動植物採捕の適正確保のために確立された漁業秩序なのかが問われなければならないであろう。

漁業の許可制が、水産動植物の濫獲を防止し、水産資源の保護培養を図り、その効果を将来にわたって維持するために設けられた漁業生産に関する基本的制度の一つであることは、漁業法および水産資源保護法の規定から知ることができ⁽¹⁾る。そして、一般的に禁止された漁業を許可を、得ることなく営む行為は、漁業者が漁業法令による漁業統制に服さないが故に違法とされるものと解し得るであろう。許可を得てなされる水産動植物の採捕は違法とはされない。このことは、水産動植物そのものが保護法益ではなく、水産動植物採捕の適正確保のために確立された漁業秩序が無許可漁業罪の保護法益であるとの結論を引き出す根拠となるであろう。

すなわち水産動植物採捕の適正確保という漁業政策から設けられた漁業者に対する法的規制に違反する漁猟行為であるからこそ、無許可漁業の実行は可罰的行為とされるのである。そうであるならば、無許可漁業行為の可罰的違法性の根拠は、漁猟行為そのものにあるのではなく、漁業秩序に従がわないこと、すなわち漁猟行為をするにあたって許可を得ていないことにあるというべきであろう。そして、このような無許可漁業行為に加えられる刑事責任非難は、第一次的には、漁業政策の立場からなされるものであるが、それだけではなく、漁業政策により確立された漁業秩序に服することが社会的要請として漁業者間の道義となっている場合には、道義的責任の性質をも帯びてくるであろう。

無許可漁業行為の可罰的違法性を右のように解する場合、この行為の罪の本質は、侵害犯ではなく、抽象的公共危険犯であると解するのが妥当であるといわねばならない。すなわち、無許可の漁船を以て漁猟行為に着手することにより犯罪が成立し、現実に水産動植物の採捕をしたかどうか、具体的にどのような漁業秩序が危険となったか

は、犯罪の成否に関係しないと解すべきものであろう。

無許可漁業罪の性質は、右のように解すべきものであるから、その犯罪構成要件は、許可を必要とする漁業について、許可を得ていない漁船を使用して漁猟をすること（故意犯）であり、漁猟場所が領海内であると、領海外（公海または外国領海）であるとは、犯罪の構成要件を直接に左右するものではないであろう。領海外の海面であることが犯罪構成要件に関連をもってくるのは、許可を必要とする漁業の限界を決定する際に、問題とされる場合においてである。しかも、この場合においても、漁猟の場所が領海外であることが直接に犯罪構成要件とされているのではなく、間接的な地位を占めているにすぎないとみるべきであろう。⁽²⁾

(1) 漁業法一条、五二条、六六条、水産資源保護法一条、九条、一〇条等参照。

(2) 漁猟の場所が外国の領海である場合には、国家権力に基づいて規制できないから、結局は国内法の適用外の場所での行為であり、したがって犯罪構成要件に該当しないと見る見解が裁判所（高等裁判所刑事判例集二二巻六号八六九頁以下、特に八七二頁参照）および学者（入江啓四郎・ジュリスト三九九号五九頁、小暮得雄・ジュリスト四六七号一三九頁）によって発表されたことがある。この種の見解は、昭和四六年四月二二日の最高裁判所の判決理由および検察官の上告趣意における見解によって克服せられたと解しうるであらう。

五 無許可漁業罪の可罰的違法性の大きさおよび質の問題と漁猟場所との関係

次に、無許可漁業の可罰的違法性の大きさと質の程度を認定する根拠・基準は何かと⁽¹⁾いうことを問題とするであらう。特に、外国の領海における無許可漁業行為を、無許可漁業罪として処罰しうるためには、それが現行犯罪に對するものでないだけに、重要性をもつと思われるからである。

この問題に関連して、第八北島丸事件の控訴審判決の理由書の中で「当該海域での操業が、わが国における水産資源の適正利用と漁民保護とに相当の影響を有する場合には」これを漁業法令の「適用範囲に含めなければならぬ」積極的な必要性が認められる」と述べていることが回顧されるであろう。この判決理由の趣旨は、当該海域の操業に可罰的違法性を認めるべき根拠として「わが国における水産資源の適正利用と漁民保護とに相当の影響を有すること」を指摘したものと解すべきものであって、漁業法の適用範囲を示したものと解すべきでない。何故なれば、国内法の地域的適用範囲は、国の領域内に限られるものであるからである。国の領域外の海上については、船舶、航空機に対する国籍を根拠とする管轄権と裁判管轄権とを基礎として、その船舶、航空機に国内法を適用するといふ関係が成立するに止まることは、これまでにしばしば論じてきたとおりである。そして、漁業法令において問題になる国の領域外の海面は、国内法の属地主義的適用の海面としてではなく、漁船毎になされる許可の内容としての海域であるにとどまるものだからである。したがって、判決理由にいう「適用範囲に含める」ということの意味は、許可をするかしないかの対象となる海域の範囲、すなわち、漁業政策にあたり考慮されている海域の範囲内にあるという意味であると解されるであろう。

それはそうとして、無許可漁業罪の可罰的違法性の大きさは、この犯罪が漁業政策上確立された漁業秩序に対する抽象的危険罪であることから論ずれば、結局、無許可漁業行為（無許可で漁猟しその漁獲物を国内に搬入して営業する行為）がもつ漁業秩序に対する危険の程度によって、認定されるものというべきであろう。その危険は抽象的危険で足りるが、その危険の大きさは、具体的な行為の漁業秩序に及ぼす影響の大きさである。したがって、無

許可の漁業行為であっても、それがその国の漁業秩序に影響を及ぼさない場所でなされたものであれば、可罰的違法性はないから犯罪とならない。例えば、無許可の日本漁船を使用して公海である地中海において沿岸漁業である小型機船底曳網漁業をして日本国内に陸揚し漁業を営んだ場合、外国政府の許可をうけて外国領海内で漁業をし、漁獲物を外国に陸揚して国内に搬入しない場合の如きである。しかし、国内の港を根拠地として営まれる漁業である場合は、無許可漁業の行為は、漁業秩序に影響を及ぼすと認められる事情が存在する限り、可罰的違法性があるであろう。この場合、漁業秩序に影響があるかどうかについては、漁業者の一般的意見または世論が考慮されなければならぬであろう。

(1) 可罰的違法性の意味およびその大きさと質の問題の理論については、佐伯千仞・刑法講義(総論)一七七頁以下、飯田忠雄・刑法要説(総論)一一一頁以下参照。

(2) 高等裁判所判例集二一巻五号六五六頁以下。

第六 結 語——主張の要約

昭和四一年八月以降、滿五年にわたって北辺領土に関連する問題として漁業法令の適用が争われた一連のいわゆる北島丸事件も昨年四月の最高裁判所の判決によって、一応終止符がうたれた。しかし、一審から上告審までの判決理由およびこれに対する学者の論説は、必ずしもすっきりとした理論的根拠を提出したものとはいえない。最高裁判所の説示した「国外犯説」も、いろいろの点で疑問があることは、これまでに述べてきたとおりである。

私は本論文で述べた主張を要約すれば、次のとおりである。

一、従来の大審院判例は、国の領域外の海面における漁業犯罪を、日本船舶内における犯罪として扱え、国内犯と解したが、船舶外の海中に網を下ろし漁船によって曳く行為や、海中に網を張ってこれに魚類がかかる装置をする行為などが、船内行為であると主張するのは、牽強附会の見解であろう。元来、刑法一条二項の規定は、属地主義に基づくものと刑法学者により主張されているが、船舶の領土性が擬制であって、海事国際法はこれを否定しているところである。一審、二審における検察官の主張にもかかわらず、裁判所が終始一貫してこれを否定してきたのは、ここにあったと思われる。

二、船舶の領土性のフィクションの崩壊のあとの理論づけについて、裁判所は、あるいは構成要件理論をもって、あるいは国外犯説を以て解決せんとした。学説もまたこの両者のいづれかに従うものであった。しかしこのような見解はいづれも正しくないであろう。この問題は、船舶の国籍制度と国家の法の支配との本質的結合の形成を認め、海事法の慣例を導入することによって、正当な解決が得られるものと思われる。公海に関する条約は、確立された国際慣習の制定法化として右の海事法の慣例を採り入れ、旗国主義の法理を制定法的に確立した。このことは、船舶は旗国の法規制に従うとの原則の確立がなされたことであり、国家の領域外の海域にある船舶に旗国の国内法が有効に及ぶ根拠が一般的に、国際法によって承認せられたことを意味するであろう。

旗国は、その船舶に対する一般的管理権を基礎にしてその所属船舶を旗国の法令の支配下に置く権能を有するが、それとともに、船舶内にあるすべての国内法違反者に対する裁判管轄権を有する。そして国の領域内に入った国内

法違反者をその刑罰主権の下に置く。

三、公海上における漁獵の自由は、漁船の旗国以外の国家からの漁獵の自由を意味する。公海上においても旗国の法的規制に従がわなければならないことは、右に述べた旗国主義の国内法的帰結である。それ故、公海上における漁獵に対する国内法的規制には、旗国主義と航行の自由とを侵害しないことという限界がある。したがって、公海上に海面を排他的に占有しなければ成り立たない漁業権を設定するための免許をすることは、いづれの国家もなし得ないと解さなければならない。また、公海を地域的に管轄し都道府県の法令の支配下に置かれるものと解されたいいわゆる都道府県の「地先水面」は、国際法に違反する見解であるとともに、国内法的にも矛盾を含む見解でもある。

四、領海における漁業権の留保に関する各国の制度は一致していない。領海における外国人の漁業を禁止するかどうかは、全く沿岸国の政策によることである。外国の領海内の漁獵についてその領海国である外国が取り締まるとは限らないのである。したがって、国内法の立法または解釈にあたって、一般的に自国民の外国領海内の漁獵を国内法の規制外であるとする根拠に、外国の領海における外国の排他的漁業権の存在を以てすることは正しくない。外国の領海内での自国民の漁獵が、わが国の漁業秩序に影響を及ぼすものであるならば、これに可罰的違法性を認め、漁業法令による規制の対象とすべきことは、漁業政策の本旨からいって当然のことであるといわねばならない。

五、無許可漁業罪の保護法益は、水産動植物の採捕の適正を確保するために確立された漁業秩序であり、このような漁業秩序に対する侵害の危険に可罰的違法性の根拠を求めるのが、この罪である。したがって、この犯罪の構

成要件は、許可制をとる必要のある漁業について、無許可漁船を使用して漁獵することであり、漁獵場所がいづれであるかは要件ではない。もっとも、許可制をとる必要性がある漁業であるかどうかの實質的判断において、漁獵場所が考慮されることがあることはいうまでもないであろう。しかしその考慮は、その漁獵場所での漁業が、漁業法令の立法目的にそつ漁業政策により確立せられた漁業秩序に及ぼす影響の有無および程度についてである。そして、その影響の有無および程度についての判断にあたっては、漁業界の一般世論に耳をおほうてはならないであろう。(昭和四七年一月九日)