

## 行政の実効性確保における行政法と刑事法の交錯 — 違法漁具の撤去に関する水産庁及び自治体の取組みを題材に —

田 中 良 弘

### はじめに

本稿は、現に密漁に用いられている漁具の撤去を題材に、行政の実効性確保における行政法と刑事法の交錯について検証し、わが国の実効性確保法制のあり方について示唆を得ることを目的とするものである。

わが国の漁業関係法令は、漁業法、水産資源保護法及び都道府県漁業調整規則を中心に、水産資源の採捕について規制するとともに、違法採捕に対して刑罰を定めることで、その実効性の確保を図っている<sup>(1)</sup>。しかしながら、わが国の行政刑罰の多くが機能不全に陥っていることは多くの論者によって指摘されており<sup>(2)</sup>、漁業関係法令（漁業に關係する自治体の条例や規則を含む。以下同じ。）についても同様である<sup>(3)</sup>。また、刑罰の効果は犯罪に対する一般予防及び特別予防が中心であることから、これからまきに行われようとしている犯罪や現に行われている犯罪（以下、合わせて「現行犯罪」という。）を阻止又は排除するには、他の手段を用いる必要がある。したがって、漁業関係法令の実効性を確保するには、漁業関係法令における刑罰規定の機能不全を解消することに加えて、現行犯罪としての違法採捕をどのようにして阻止又は排除するかについても、重要な課題と

---

(1) 漁業関係法令における刑罰規定の整理につき、田中良弘「国内法の観点から — 違法漁業の規制に焦点をあてて」児矢野マリ編『漁業資源管理の法と政策』（信山社、2019年）133頁以下参照（ただし、漁業法の2018年改正〔2020年施行〕は反映していない。）。

(2) 一例として、北村喜宣「行政罰・強制金」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）140頁以下。わが国における行政刑罰の特徴と問題点につき、田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）8頁以下参照。

(3) 田中・前掲注(1)129頁。2007年改正による厳罰化前後の違法漁業に対する刑罰規定の適用（執行）状況につき、北村喜宣「厳罰化の目論見と予期せざる現実 — 漁業法改正による罰則強化後における漁業関係法令の執行(1)（2・完）」自治研究95巻1号27-43頁、同巻3号35-58頁参照。

なる。

しかしながら、前者（刑罰の機能不全の解消）については一定の先行研究が存在するのに対し<sup>(4)</sup>、後者（違法採捕の阻止・排除）に着目した先行研究は少ない<sup>(5)</sup>。また、わが国の漁業関係法令においては、違法採捕を直接に阻止・排除する手段について十分な法整備が行われておらず、一般法としての行政執行法制の整備が不十分であることと相まって、行政的手法によっては、現行犯罪として行われている違法採捕（以下、「密漁」という。）を阻止・排除することが困難である。このような中、水産庁及び一部の自治体は、刑事訴訟法に基づく捜査活動上の手法を用いて、密漁に用いられている漁具（以下、「違法漁具」という。）の撤去を行っている（後述2.（2）参照）。そこで、本稿においては、違法漁具の撤去を題材に、密漁の阻止・排除に関する法的仕組みについて整理・分析を行い<sup>(6)</sup>、その結果を踏まえ、漁業関係法令における実効性確保の仕組みのあり方について、若干の検討を行うこととしたい。

なお、本稿を執筆するにあたっては、多くの水産庁職員・自治体職員及び漁業関係者にヒアリングを行った。この場を借りて謝意を表したい。なお、本稿においては、匿名を前提に実施したヒアリング等の内容について特定を避ける観点から、検証可能性を欠くことを承知の上で、既に公表されているものを除き出所を明記しないことをご容赦いただきたい<sup>(7)</sup>。

---

(4) 漁業関係法令における刑罰規定の執行に関する先行研究として、北村喜宣「司法警察員と漁業秩序の維持 — 漁業調整規則の執行における行政・警察・海上保安庁」同『行政法の実効性確保』（有斐閣、2008年）245—311頁、北村・前掲注（3）論文（2019年）等。筆者によるものとして、田中良弘「環境犯罪の訴追と環境法の実効性確保 — 漁業調整規則違反の抑止と自治体職員の役割」鈴木庸夫先生古稀記念『自治体政策法務の理論と課題別実践』（第一法規、2017年）308—322頁、田中・前掲注（1）論文（2019年）。

(5) 違法漁具の撤去の代執行に言及する先行研究として、広岡隆『行政代執行法〔新版〕』（有斐閣、2000年）70—72頁。

(6) 違法に放置された車両等を題材として同様の整理・分析を行うものとして、荏原明則「放置等物件と道路管理」神戸学院法学32巻2号193—238頁。

(7) 行政に関する実態調査の結果について出典を明記することの困難性を指摘するものとして、北村喜宣「実態調査のススメ」書齋の窓586号2頁以下。

## 1. 違法漁業の取締りに関する組織及び権限

違法漁具の撤去に関する法的仕組みの分析をする前提として、違法漁業の取締り<sup>(8)</sup>に関する組織及び権限について概観しておきたい<sup>(9)</sup>。

### (1) 違法漁業の取締りに関する組織

#### 1) 機 関

違法漁業の取締りを所管するのは、水産庁と都道府県の水産主務部局である<sup>(10)</sup>。より具体的には、漁業監督官に任命された水産庁職員及び漁業監督吏員に任命された都道府県水産主務部局の職員が、漁業監督公務員として「漁業に関する法令の励行に関する事務」をつかさどる（漁業法128条1項）。また、海上保安庁は、「法令の海上における励行に関する」事務をつかさどることから（海上保安庁法5条1号）、漁業監督公務員と同様に、違法漁業の取締りを行う。

次に、警察は、犯罪の予防・鎮圧・捜査を所掌する（警察法2条1項<sup>(11)</sup>）ことから、漁業関係法令において刑罰が定められている違法採捕（漁業犯罪）については、警察がその予防・鎮圧・捜査を所掌する。また、海上保安庁は、「海上における犯罪の予防及び鎮圧」と「海上における犯人の捜査及び逮捕」についても所掌事務とすることから（海上保安庁法5条15号、16号）、海上保安庁も、前述の「法令の海上における励行」に関する事務とは別に、海上における漁業犯罪の予防・鎮圧・捜査を所掌する。

(8) 本稿においては、「取締り」を行政活動及び捜査活動の双方を含む広い意味で用いる。なお、漁業関係法令によって禁止されるのは「漁業」としての採捕に限られないため（漁業法132条1項等参照）、正確には「違法採捕の取締り」というべきであるが、広く定着している用語であることから、本稿においては、事業として行われたいものを含めて、漁業関係法令に違反する水産動植物の採捕を「違法漁業」と呼ぶこととする。

(9) 漁業調整規則の執行体制と各執行機関による執行の実態につき、北村・前掲注(4)255頁以下参照。

(10) 違法漁業の取締りに関する歴史的経緯につき、末永芳美「漁業取締りの歴史 — 漁業の取締りの変化を中心に」水産振興54巻4号（623号）1頁以下参照。

(11) 警察法2条の法的性質に関する議論については、藤田宙靖「警察法2条の意義に関する若干の考察」同『行政法の基礎理論〔上巻〕』（有斐閣、2005年）351—404頁及び米田雅宏『「警察権の限界」論の再定位』（有斐閣、2019年）147—167頁を参照されたい。

## 2) 人員等

水産庁の調査によれば、2018年12月における漁業監督公務員の任命数は、水産庁職員（漁業監督官）373人、都道府県職員（漁業監督吏員）1,373人の計1,746人であった。都道府県別にみた場合、最も任命数が多かったのは北海道（244人）であり、続いて、長崎県（84人）、愛媛県（75人）、東京都（63人）、宮崎県（61人）の順であった。これに対し、長野県、山梨県、埼玉県、栃木県では、漁業監督公務員の任命数が5人以下であった。また、漁業監督公務員のうち、司法警察員に指名されているのは、水産庁職員239人、都道府県職員705人の計944人であり、都道府県別では、北海道（54人）、長崎県（42人）、宮崎県（40人）、愛媛県（39人）、福岡県（35人）の順に多く、反対に、長野県、山梨県、埼玉県、栃木県では、司法警察員に指名された職員は0人であった<sup>(12)</sup>。

次に、2019年3月における海上保安庁の職員（巡視船艇・航空機等の定員）は6,958人であり<sup>(13)</sup>、また、2019年4月における警察官の総数は262,063人であった<sup>(14)</sup>。ただし、海上保安庁・警察とも、違法漁業の取締りに従事する人員は全体の一部であり、特に警察については、ごく一部が違法漁業の取締りに従事するにすぎない。ちなみに、2018年において警察が検挙した違法漁業の件数は277件であり<sup>(15)</sup>、同年における特別法犯（交通犯罪を除く）の検挙件数74,031件<sup>(16)</sup>の約0.37%にとどまっている。

なお、各機関に配備されている船舶については同時期のデータを発見することができなかったが、水産庁には、2021年2月時点において計45隻（官船8隻、用船37隻）の漁業取締船が<sup>(17)</sup>、海上保安庁には、2019年3月時点において465隻の船艇が<sup>(18)</sup>、

---

(12) 水産庁資料「漁業監督公務員の活動に関する調査票」参照。

(13) 海上保安庁「海上保安レポート2019：海上保安庁の任務・体制」（[https://www.kaiho.mlit.go.jp/info/books/report2019/html/ninmu/ninmu19\\_01.html](https://www.kaiho.mlit.go.jp/info/books/report2019/html/ninmu/ninmu19_01.html) 2021年2月13日閲覧）「3定員」参照。

(14) 警察庁「令和元年版警察白書」218頁参照。

(15) 警察庁生活安全局「平成30年における生活経済事犯の検挙状況等について」（[https://www.npa.go.jp/publications/statistics/safetylife/seikeikan/H30\\_seikatukeizaijihann.pdf](https://www.npa.go.jp/publications/statistics/safetylife/seikeikan/H30_seikatukeizaijihann.pdf) 2021年2月13日閲覧）32頁。

(16) 警察庁「犯罪統計資料（平成30年1～12月分）」（[https://www.npa.go.jp/toukei/keiji35/new\\_hanzai30.htm](https://www.npa.go.jp/toukei/keiji35/new_hanzai30.htm) 2021年2月13日閲覧）11表。

(17) 水産庁ウェブサイト「水産庁所属船舶」（<https://www.jfa.maff.go.jp/j/koho/senpaku.html> 2021年2月13日閲覧）参照。なお、末永教授の調査によれば、2020年2月時点において、少なくとも72隻の漁業取締船が都道府県に配備されていたとのことである（末永・前掲注(10)58頁）。

(18) 海上保安庁・前掲注(13)「5装備」参照。

警察には、2015年3月時点において全国で159隻の船舶が<sup>(19)</sup>、それぞれ配備されていた。

## (2) 違法漁業の取締りに関する権限

### 1) 漁業監督公務員の権限

漁業監督公務員は、必要があると認めるときは、漁場、船舶、事業場、事務所、倉庫その他の場所に臨んでその状況若しくは帳簿書類その他の物件を検査し、又は関係者に対し質問をすることができる（漁業法128条3項）。また、漁業監督公務員は、検査又は質問をするため必要があると認めるときは、停船を命ずることができる（漁業の許可及び取締り等に関する省令103条、都道府県漁業調整規則例54条参照）。なお、漁業監督公務員による検査を拒み、妨げ、若しくは忌避し、又は質問に対し答弁をせず、若しくは虚偽の陳述をした者は、6月以下の懲役又は30万円以下の罰金に処せられる（漁業法193条4号）。

次に、漁業監督公務員のうち、司法警察員に指名された者は、漁業犯罪に関し、刑事訴訟法上の捜査権限を行使することができる（漁業法128条5項・刑事訴訟法39条3項・同法189条2項）。刑事訴訟法に基づく捜査は、「刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現すること」（同法1条）を目的として行われる活動であるが、後述するように、結果として現行犯罪を阻止・排除することが可能となる場合がある<sup>(20)</sup>。

### 2) 海上保安官等の権限

海上保安官は、海上における「漁業に関する法令」の励行に関する事務を行う場合には、漁業監督公務員としてみなされ（海上保安庁法15条・漁業法128条）、前述した漁業法128条3項に基づく検査・質問やそれに伴う停船命令を行うことができる。また、海上保安官及び海上保安官補は、海上保安庁長官が警察庁長官に協議して定める離島（以下、単に「離島」という。）における犯罪に対処することができ（海上保安庁法28条の2第1項）、かかる活動については、警察官職務執行法の

---

(19) 警察庁生活安全局地域課「警察用船舶の整備」（[https://www.npa.go.jp/yosan/kaikei/yosankanshi\\_kourituka/27review/pdf/27-19sannkousiryu.pdf](https://www.npa.go.jp/yosan/kaikei/yosankanshi_kourituka/27review/pdf/27-19sannkousiryu.pdf) 2021年2月13日閲覧）2頁。

(20) 犯罪捜査には、将来の犯罪発生を防止する機能ないし効果もあるが（島田茂「警察法における犯罪防止義務論」甲南法学51巻3号84頁以下参照）、本稿では取り上げない。

一部の規定が準用される（海上保安庁法28条の2第2項）。

次に、海上保安官及び海上保安官補は、海上における犯罪及び離島における犯罪について、司法警察職員として職務を行う（海上保安庁法31条1項、同条2項・同法28条の2第1項）。刑事訴訟法に定める各種の捜査権限を有していることは、司法警察員に指名された漁業監督公務員と同様である。捜査の対象は、海上及び離島における犯罪であるが、漁業法128条5項に基づき司法警察員に指名された漁業監督公務員と異なり、漁業犯罪に限定されることはない。

なお、司法警察職員には司法警察員と司法巡査とがあり（刑事訴訟法39条3項）、司法巡査は司法警察員に比べて行使できる権限が限定されている。海上保安官及び海上保安官補のうち、司法警察員として職務を行うのは、一等海上保安士以上の海上保安官及び二等海上保安士以下の海上保安官で海上保安庁長官が必要であると認めて指名した者であり、これ以外の者（海上保安庁長官による指名を受けていない二等海上保安士以下の海上保安官及び全ての海上保安官補）は、司法巡査として職務を行う<sup>(21)</sup>。

### 3) 警察官の権限

警察官は、漁業監督公務員や海上保安官と異なり、漁業関係法令に定める漁業取締りの権限は有しておらず、犯罪一般に関する取締りの権限を有するにとどまる（警察法2条1項参照）。警察官職務執行法は、犯罪一般に関する取締り権限として、職務質問（同法2条）、犯罪の予防・制止（同法5条）、他人の土地・建物・船車への立入り（同法6条）について規定している<sup>(22)</sup>。また、捜査活動等において犯人の逮捕や逃走の防止、自己又は他人の防護、公務執行に対する抵抗の抑止のために必要と認める相当の理由のある場合には、一定の要件の下で武器の使用が認められる（同法7条）。このうち、同法2条、5条及び6条については、海上保安官及び海上保安官補の離島における犯罪への対処に準用されるが（海上保安庁法28条の2第2項）、海上における犯罪に対する捜査活動には準用されない。なお、警察官職務執行法7条については、海上保安官及び海上保安官補のすべての活動に準

---

(21) 檀上弘文「特別司法警察職員の権限行使 — 海上保安官の法執行権限についての検討」社会科学研究39巻1号15頁参照。

(22) 田宮裕＝河上和雄編『大コンメンタール警察官職務執行法』（青林書院、1993年）24頁〔渡辺修〕は、警察官職務執行法2条、5条及び6条の各措置を「犯罪の予防」（同法1条）のための措置と位置づける。

用される（海上保安庁法20条1項）。

次に、警察官は、司法警察職員として職務を行う（刑事訴訟法189条1項。いわゆる一般司法警察職員<sup>(23)</sup>）。個別法に基づき特別に任命・指名された司法警察職員（特別司法警察職員。刑事訴訟法190条参照）と異なり、捜査の対象は限定されず、漁業犯罪についても、刑事訴訟法上の捜査権限を有している。なお、検察官及び検察事務官も刑事訴訟法上の捜査権限を有しているが（刑事訴訟法191条参照）、違法漁業に関して積極的に捜査活動を行うことは想定されない。

## 2. 違法漁具の撤去に関する法的仕組み

上述したように、違法漁業の取締りについては、水産庁及び都道府県の水産主務部局、海上保安庁並びに警察が担当している。水産庁の調査によれば、これらの機関によって検挙された違法漁業（内水面におけるものを含む）の件数は、2018年において計1,569件であり、2009年以降の10年間に於いて、概ね1,500件から2,000件の間で推移している<sup>(24)</sup>。このことから、上記の各機関による違法漁業の取締り活動は、違法漁業を検挙（認知）するための法的仕組みとして、一定程度機能しているといえることができよう<sup>(25)</sup>。なお、具体的な検挙件数が記載されるようになった平成24年度（2012年度）版以降の水産白書に記載されている漁業関係法令違反の検挙件数の推移は、表1のとおりである。

(23) 「特別司法警察職員」は法令用語であるが（犯罪捜査規範50条等）、「一般司法警察職員」を使用している法令は、e-gov法令検索（<https://elaws.e-gov.go.jp/>）において見当たらない（2021年2月13日確認）。

(24) 水産庁資料「密漁の現状について」（<https://www.jfa.maff.go.jp/j/enoki/attach/pdf/mitsuryotaisaku-1.pdf> 2021年2月13日閲覧）参照。ただし、海上保安庁「海上保安レポート2019：1 治安の確保CHAPTERⅢ 国内密漁対策」（[https://www.kaiho.mlit.go.jp/info/books/report2019/html/honpen/1\\_05\\_chap3.html](https://www.kaiho.mlit.go.jp/info/books/report2019/html/honpen/1_05_chap3.html) 2021年2月13日閲覧）によれば、2018年に海上保安庁が送致した国内における違法漁業の件数は2,307件であり、水産庁の資料の数値は、あくまで水産庁が把握した検挙件数と理解すべきであろう。

(25) ただし、実際に行われている違法漁業の総数を把握することができないため、検挙件数から取締りの抑止効果を評価することはできないことに留意が必要である（北村・前掲注(3)（2・完）44頁参照）。

表 1 漁業関係法令違反検挙件数の推移

2011年	2012年	2013年	2014年	2015年	2016年	2017年	2018年
1,567	1,850	1,713	1,767	1,856	1,630	1,834	1,569

出典：水産白書<sup>(26)</sup>をもとに筆者作成

他方、漁業法は、漁業監督公務員が違法漁業を認知した後の措置については、農林水産大臣又は都道府県知事による停泊命令又は漁具等の使用禁止若しくは陸揚げ命令（同法131条）のほか、明確な規定を設けていない。都道府県漁業調整規則の中には、知事が無許可漁業に用いられる漁具等を自ら封印できる旨の規定を設けているものもあるが<sup>(27)</sup>、予防的な措置であり、密漁の現場において漁業監督公務員が実力を行使することを認めるものではない<sup>(28)</sup>。そのため、同法131条所定の措置を用いて密漁を強制的に阻止・排除することは現実的ではなく<sup>(29)</sup>、行政指導によって対処するほかない。しかしながら、刺網漁や籠漁のように漁具を仕掛けた者が必ずしも現場にいない漁法については（図1、2参照）、違法漁業を認知しても行政指導を行うことができないことが多く、行政指導による対処が困難である。

(26) 水産庁「水産白書」（平成24年度版～令和元年度版）参照。

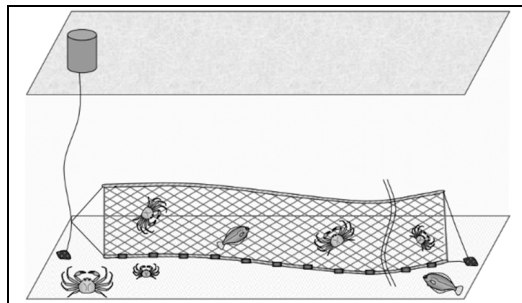
(27) 一例として、新潟県漁業調整規則50条。なお、漁業法の2018年改正〔2020年施行〕に伴い水産庁が新たに作成した都道府県漁業調整規則例（令和2年4月28日付け2水管第155号水産庁長官通知）には、従前の都道府県漁業調整規則例51条に存在した都道府県知事による無許可船舶の漁具等の封印に関する文言が削除されている。これに合わせて漁業調整規則から知事による封印の文言を削除したものとして、千葉県漁業調整規則、高知県漁業調整規則等。

(28) これに対し、道路交通法は、違法駐車を認知した警察官等に、運転者等に対して移動命令を発すること（同法51条1項）や、一定の場合に実力を行使して当該車両を移動させること（同条2項・3項）を認めている。

(29) 漁業法132条1項に基づく処分を行うのは農林水産大臣又は都道府県知事である上、処分に先立ち聴聞を行わなければならないことから（同条2項）、現場において密漁を阻止・排除するための手段として用いることは現実的に困難である。なお、放置車両に対する道路管理者の監督処分（道路法71条1項）についても同様の問題があり、「制度目的・手続と実態の乖離」が生じているとの指摘がなされている（荏原・前掲注(6)206頁）。ただし、放置車両の多くは、道路交通法51条に基づく措置（違法駐車に対する警察官等の措置）によって違法状態の是正が可能である（荏原・前掲注(6)205頁参照）。

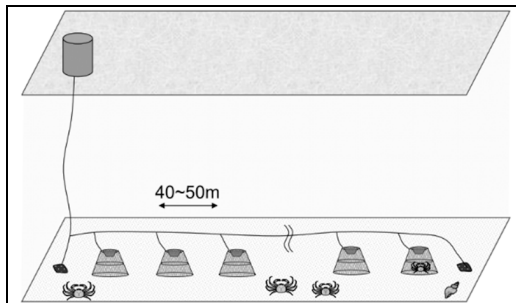


図1：底刺網漁法（イメージ図）



出典：水産庁ウェブサイト<sup>(30)</sup>

図2：かに籠漁法（イメージ図）



出典：水産庁ウェブサイト<sup>(31)</sup>

このような状況の下、水産庁及び一部の自治体においては、捜査活動としての押収（後述）という刑事訴訟法上の手法によって、違法漁具の撤去を行う取組みを行っている<sup>(32)</sup>（写真1～4参照。その法的仕組みについては後述する。）。この取組みは、漁業関係法令の不備を補う現場の工夫として評価できるのみならず、かかる不備の解消に向けた関連法令の見直し、ひいては行政の実効性確保の仕組みのあり方を検討するにあたって、有益であると思われる。そこで、以下、違法漁具の撤去に関する現行法の法的仕組みについて、刑事的手法を含めて整理・分析することとしたい。

(30) [https://www.jfa.maff.go.jp/sakaiminato/kantoku/pdf/gyogu\\_sasiami\\_1.pdf](https://www.jfa.maff.go.jp/sakaiminato/kantoku/pdf/gyogu_sasiami_1.pdf)（2021年2月13日閲覧）。

(31) [https://www.jfa.maff.go.jp/sakaiminato/kantoku/pdf/gyogu\\_kanikago.pdf](https://www.jfa.maff.go.jp/sakaiminato/kantoku/pdf/gyogu_kanikago.pdf)（2021年2月13日閲覧）。

(32) 水産庁パンフレット「水産庁の漁業取締り」14頁参照（<https://www.jfa.maff.go.jp/j/koho/pr/pamph/attach/pdf/index-10.pdf> 2021年2月13日閲覧）。水産庁ウェブサイト「漁業取締りの活動」（<https://www.jfa.maff.go.jp/j/kanri/torishimari/3naiyou.html> 2021年2月13日閲覧）も参照。なお、筆者の調査によれば、水産庁・都道府県とも、2018年において漁業監督公務員の行った強制捜査の過半数が違法漁具の差押えであった。



写真1：違法漁具（底刺網）の押収



写真2：押収されたカニ籠



写真3：違法漁獲物の海中還元



写真4：押収されたカニ籠

出典：水産庁ウェブサイト<sup>(33)</sup>

### (1) 行政的手法による違法漁具の撤去

行政法上の実力の行使を用いた直接的な違法状態の排除の手段として、行政法学上、行政上の強制執行と即時強制とが考えられる。両者を行政上の義務の不履行を前提とするか否かによって区別した上で、行政上の強制執行の手段として、行政代執行、金銭徴収、行政上の強制徴収、直接強制、執行罰を挙げるのが一般的である。即時強制を含めたこれらの措置のうち、物に対する直接的な実力の行使が可能であるのは行政代執行、直接強制、即時強制であるが<sup>(34)</sup>、直接強制については個別法による特別の定めが必要となることから、違法漁具の撤去に関する法律上の明文規定がない現行の漁業関係法令の下では、直接強制によって違法漁具を撤去することはできない。

(33) [https://www.jfa.maff.go.jp/sakaiminato/kantoku/photo\\_oushu.html](https://www.jfa.maff.go.jp/sakaiminato/kantoku/photo_oushu.html) (2021年2月13日閲覧)。

(34) もっとも、行政代執行、直接強制、即時強制の3つの概念の整理については議論が尽くされているとはいえない。この点を指摘した上で、歴史的経緯を踏まえて概念整理を試みるものとして、須藤陽子『行政強制と行政調査』（法律文化社、2014年）。

行政代執行は特別の定めがなくとも実施が可能であるが、相手方に代替的作為義務が課せられていることが前提となるため（行政代執行法2条）、法令が不作為義務のみを定めている場合、当該不作為義務の違反から生じた違法状態を代執行によって排除するには、法令に基づく処分によって違反物件の除却や移転を命じるなどして、不作為義務を代替的作為義務に転換する必要がある<sup>(35)</sup>。かかる転換の方法として、法制度上は、漁業法120条1項に基づいて海区漁業調整委員会又は連合海区漁業調整委員会が違法漁具の撤去を所有者等に指示した上で、相手方がこれに従わない場合に、所定の手続を経た上で、同条11項に基づき都道府県が当該指示に従うことを命じることが考えられるが<sup>(36)</sup>、指導から命令に至るまでに一定の期間を要することから、現に密漁に用いられている違法漁具を撤去するための手段としては、現実的ではない。また、条例に違法漁具の撤去義務に関する規定を設けることで行政代執行の前提となる代替的作為義務を課すことも考えられるが、かかる内容の条例については、漁業法が不作為義務のみを課している趣旨に反するとの懸念が示されている<sup>(37)</sup>。この点については慎重な検討が必要であるが、少なくとも、漁業法には上述した同法120条1項以外に不作為義務違反によって生じた違法状態の是正を命じることを可能とするような規定は存在せず、即時強制についても同様である。

## （2） 刑事的手法による違法漁具の撤去

上述したように、現行法の下では行政法的手法によって違法漁具を強制的に撤去することは困難であることから、水産庁及び一部の都道府県において、刑事的手法を用いた違法漁具の押収が行われている。

---

(35) 広岡・前掲注(5)66頁以下参照。

(36) 広岡・前掲注(5)71頁。ただし、同書は、漁業法120条1項に基づく漁業調整のための指示は、本来、適法な漁業についての指示であると解せられるとして、同条に基づいて違法漁具の撤去義務を課すことについて疑問の余地がある、と指摘する。

(37) 広岡・前掲注(5)72頁は、「漁業法は、不作為義務の結果から生じた有形的結果を是正するための命令権について定める諸法律と異なり、不作為義務について罰則だけしか設けていないから、法律の趣旨はその罰則だけで法律の実効性を担保しようとしているものと解され、条例で右のような規定〔筆者注：不作為義務を作為義務に転換するための規定〕を設けることは、法律の本来の趣旨を超えて条例の規定を設けたということになるであろう」と指摘する。

## 1) 刑事訴訟法上の押収手続の概要

捜査活動としての押収には、差押えと領置がある<sup>(38)</sup>。差押えとは、物の占有を強制的に取得することをいい、裁判官の発する令状によって行われるのが原則であるが（刑事訴訟法218条）、被疑者を逮捕する場合において必要があるときは、逮捕の現場において無令状で差押えをすることができる（同法220条1項2号）。これに対し、領置とは、遺留された物又は所有者等が任意に提出した物を占有することをいう（同法221条）。領置行為そのものは任意手続であるが、いったん領置が行われると、権利者から返還請求があってもこれを拒否できることから、強制手続としての側面を有している。

押収を行うことができるのは、検察官、検察事務官又は司法警察職員である（刑事訴訟法218条1項、同法220条、同法221条）。司法警察職員の典型は警察官であるが、前述のとおり、海上保安官や海上保安官補、漁業法128条5項に基づいて司法警察員に指名された漁業監督公務員は、特別司法警察職員に該当するため、刑事訴訟法に基づく押収が可能である。

押収された証拠物は、それが犯罪行為を組成した物や犯罪行為の用に供した物、犯罪行為によって生じた物等である場合には、刑法上の没収（同法19条）の対象となる。没収がされない場合（証拠物が没収の対象でない場合や、被疑者が起訴されない場合を含む）、押収された証拠物は、一定期間保管された後、所有者に返還される。ただし、押収物の所有者が判明しないときは、公告手続を経て、国庫に帰属する（刑事訴訟法499条1項・3項）。実務上、所有権放棄による処理がなされることも多く、この場合も国庫に帰属する。いずれの場合も、無価値物である場合は廃棄される（同条4項参照）。

なお、証拠物の所有者は判明したが、当該所有者が犯人であると特定するに足りる証拠がない場合、所有者が所有権放棄に応じなければ、留置の必要性がなくなっ

---

(38) 裁判所による提出命令（刑事訴訟法99条3項、同法100条1項、同条2項）も押収に含まれるが、捜査活動としては認められていない。なお、裁判所も公判活動として差押え及び領置を行うことができるが（同法99条以下）、通常、現に密漁に用いられている違法漁具に対して行われることは想定し難い。

た時点で所有者に還付するしかない（同法222条1項・123条1項）<sup>(39)</sup>。

## 2) 捜査活動としての押収による違法漁具の撤去

違法漁具については、犯罪捜査活動として、押収することが可能である。差押えのほか、任意提出による領置も可能であるが、現に密漁に用いられている漁具が遺留物であるとは考えにくいことから、任意提出がなされない場合は差押えが必要となる。条文上は逮捕の現場における差押えも可能であるが、違法漁具については犯人が特定できないことが多いため、令状による差押えが現実的である。水産庁や一部の自治体においても、撤去が必要と判断した場合、令状を請求して差押えを行っている<sup>(40)</sup>。なお、押収の際の漁獲物については、水産資源の保護のためその場で海中還元されているようである<sup>(41)</sup>。

水産庁の資料によると、2014年から2018年までの5年間のわが国のEEZ（排他的経済水域）内における水産庁による違法漁具の押収件数は、表2のとおりである。なお、沿岸等における違法漁具の押収件数は公表されていないため、押収の有無を

(39) 漁具そのものではないが、違法漁業に用いられた漁船について留置の必要性が争われた裁判例として、松山地決平成15年2月12日刑集57巻6号899頁がある。同裁判例は、海上保安官が密漁を現認し（犯人らは逃走）、現場に残された船舶を差し押さえたところ、当該船舶の所有者から還付請求がなされたが、司法警察員である海上保安官が却下したため、所有者が準抗告を申し立てた、という事案である。松山地裁は、「差押物件についての留置の必要性は、犯罪の態様、軽重、留置物の証拠としての価値、重要性、留置物が隠滅毀損されるおそれの有無、留置によって受ける被差押者の不利益の程度その他諸般の事情に照らして総合的に判断されるべきである」とした上で、「本件船舶は、本件被疑事実にかかる潜水器漁業に用いられたものと思料されるが、現在でも、前記関係者の特定はなされておらず、申立人も、その当日に同船を使用した事実及び同船を使用した者について明確な供述をしていないことなども合わせ考慮すると、本件物件は、本件被疑事実に関する唯一の証拠ともいえるほどにその証拠価値、重要性が高いものと言わざるを得ない」こと、「本件被疑事実は、数隻の船により多数回行われている密漁の一環であって、多数関係者が関与していることが疑われる」ことなど諸般の事情を考慮すると、「差押え後相当期間が経過したとはいえ、本件船舶の還付請求を却下することにもやむを得ない理由があると解され」、かつ、「本件船舶は、当初から密漁目的で改造されたことが強く疑われると言わざるを得ず、同船舶の留置を継続されることによる不利益はさほど大きいものとは認められない」と判示して、上記の却下処分に対する準抗告を棄却した。

(40) 水産庁パンフレット・前掲注(32)14頁。水産庁ウェブサイト・前掲注(32)も参照。

(41) 同上。

含めて不明である<sup>(42)</sup>。

表2：水産庁によるEEZ内における違法漁具の押収件数

	2014年	2015年	2016年	2017年	2018年
件数	20	21	14	24	26
刺網 (km)	22	40	0.3	10	0
延縄 (km)	0	2	0	42	4
罟漁具 (個)	1,486	1,783	1,939	3,022	2,040
漁獲物 (トン)	9.8	15.8	36.7	28.6	14.7

出典：水産庁資料<sup>(43)</sup>をもとに筆者作成

### (3) 警察官職務執行法に基づく措置による違法漁具の撤去

上述した行政的手法及び刑事的手法とは別に、密漁の現行犯罪としての側面に着目した場合、法制度上、警察官職務執行法5条所定の措置を利用した対処が可能である。同条に基づく措置は、法制度上は可能であるというにとどまり、実際に同条所定の措置によって違法漁具の撤去が行われることは通常考えにくい。とはいえ、現行法が認める手法について分析することは、立法論の観点から関連法令の見直しについて検討するにあたって有益であると考えられる。そこで、以下、警察官職務執行法5条所定の措置について分析する。

#### 1) 警察官職務執行法5条所定の措置とは

警察官職務執行法5条は、「警察官は、犯罪がまさに行われようとするのを認めるときは、その予防のため関係者に必要な警告を発し、又、もしその行為により人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受ける虞があつて、急を要する場合においては、その行為を制止することができる」と規定し、「まさに行われようとする」犯罪について、警察官が「警告」又は「制止」の措置をとることができる旨を定めている。

なお、同条の「犯罪」には、刑法犯のみならず、行政法規において刑罰を定める

(42) 例えば、水産庁「令和元年度水産白書」104-107頁には、「我が国の沿岸部等における密漁防止・漁業取締り」と「外国漁船の監視・取締り」と題し、沿岸部と沿岸部を除くEEZ内における違法漁業の取締りについてそれぞれ記載されているが、沿岸部における違法漁具の押収実績についての記述はない。

(43) 水産庁「漁政の窓」163号4頁。

違反行為（行政犯）も含まれる<sup>(44)</sup>。したがって、刑罰が定められている違法漁業についても、後述する措置の要件を満たせば、同条に基づく各措置の対象となる。

## 2) 措置の要件

警察官職務執行法5条所定の「警告」及び「制止」のいずれについても、①犯罪がまさに行われようとするのが要件となる。また、「制止」については、「警告」と異なり人の身体や財産に対して実力を行使するものであることから要件が加重されており、②人の生命・身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受けるおそれがあること及び③急を要することも措置の要件となっている。

同条の措置の主体は「警察官」であるから、上記の要件該当性を判断するのは、現場における警察官である。措置を講じた際の判断が社会通念に照らして合理的なものであれば、客観的に上記の要件を満たさないことが事後的に判明したとしても、直ちに当該措置が違法となるものではない<sup>(45)</sup>。

### ① 犯罪がまさに行われようとする事

警察官職務執行法5条にいう「犯罪」とは、刑法学上の犯罪と異なり、犯罪構成要件に該当する違法な行為であれば足り、有責性は不要と考えられている。したがって、行為者が14歳未満の者や心神喪失者であって責任能力を欠き刑罰を科すことができない場合であっても、同条所定の措置を講じることは可能である。有責性を措置の要件としない理由は、同条の目的が、行為者の刑事責任の追及ではなく、犯罪行為を防止して個人の生命・身体・財産を保護し、公共の安全と秩序を維持する点にあるからである<sup>(46)</sup>。他方、正当行為（刑法35条）、正当防衛（同法36条）、緊急避難（同法37条）などの違法性阻却事由に該当する場合は、

(44) 古谷洋一編著『注釈警察官職務執行法〔5訂版〕』（立花書房、2021年）341頁。田宮＝河上・前掲注(22)318頁〔渡辺咲子〕も同旨。

(45) 田宮＝河上・前掲注(22)304頁以下〔渡辺〕、古谷・前掲注(44)329頁、田村正博『現場警察官権限解説 上巻〔第3版〕』（立花書房、2014年）55頁。なお、大阪高判昭和34年9月30日下刑集1巻9号1924号（本文①及び③参照）は、警察官職務執行法5条に基づく制止行為につき、「単に当該公務員において適法要件が備わっていると信じただけでそれが適法な職務行為となるものでないことは勿論であるけれども、……たとえ事後の判断においては当該公務員の認定に誤認があったと認められる場合でも職務執行当時の状況を基準として判断すれば公務員として用うべき注意義務を尽したとしてもその認定が妥当であったと認められるときは、その要件は客観的にも充足されていたものとして、その他の要件に欠けるところがない限り、その職務行為は適法なものといわなければならない」と判示している。

(46) 田宮＝河上・前掲注(22)298頁以下〔渡辺〕、古谷・前掲注(44)323頁以下、田村・前掲注(45)54頁。

犯罪構成要件に該当したとしても適法に行うことができる行為であるから、ここでいう「犯罪」には該当せず、警察官職務執行法5条所定の各措置をとることはできない<sup>(47)</sup>。

次に、犯罪が「まさに行われようとする」とは、犯罪が行われる可能性が高いことが客観的に明らかになることを意味する<sup>(48)</sup>。この点につき、「『まさに行われようとする』というのは……犯罪の実行行為に着手する直前の状態であることを要するものではなく、社会通念上犯罪の危険性が切迫していると考えられる場合であれば足りる」と判示した裁判例がある（大阪高判昭和34年9月30日下刑集1巻9号1924頁<sup>(49)</sup>）。

## ② 人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受けるおそれがあること

「人」とは、犯罪行為の直接の相手方のみならず、通行人等の第三者や警察官、犯罪行為を行う者自身も含まれる<sup>(50)</sup>。

殺人や傷害、強盗などの犯罪類型が本要件に該当することはいうまでもないが、これらに限らず、具体的事実関係の下で「生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受けるおそれ」が認められれば本要件に該当する。なお、財産的損害については「重大な」損害であることが要件となっているが、これは、實力を行使して制止するだけの必要性がないような軽微なものを除く趣旨であり<sup>(51)</sup>、回復困難な損害でなければ要件を満たさないと趣旨ではない。

## ③ 急を要する場合であること

「急を要する場合」とは、「警告」その他の任意活動では、犯罪による危害の

---

(47) 田宮＝河上・前掲注(22)299頁〔渡辺〕、古谷・前掲注(44)324頁。

(48) 田宮＝河上・前掲注(22)300頁以下〔渡辺〕、古谷・前掲注(44)324頁、田村・前掲注(45)54頁。

(49) 同判決は、他方において、「『まさに行われようとする』というのは犯罪を行う危険性が時間的に切迫していることをい〔う〕」とも判示している。しかしながら、同判決は、具体的事案に係る判示部分において、時間的切迫性の要件を緩やかに解釈して警察官の制止行為を適法と判断して、警察官の制止行為を違法とした原判決を破棄しており、文字どおりの「時間的切迫性」を要件としたものではない。行われようとしている犯罪の内容が相当程度に具体的であれば、特に厳密な意味における時間的密着性を要するものではないとするものとして、田宮＝河上・前掲注(22)300頁〔渡辺〕。

(50) 田宮＝河上・前掲注(22)312頁以下〔渡辺〕、古谷・前掲注(44)338頁、田村・前掲注(45)56頁。

(51) 田宮＝河上・前掲注(22)313頁〔渡辺〕、古谷・前掲注(44)338頁、田村・前掲注(45)56頁。



発生を防止できない程度にまで事態が切迫している場合をいう。時間的に切迫している場合はもちろん、実行の着手に至るまで若干の時間があつたとしても、社会通念に照らして、その時点で「制止」しなければ犯罪の発生を防ぐことが困難な状況であれば、当該要件を満たすと考えられている<sup>(52)</sup>。

この点につき、前掲大阪高判昭和34年9月30日は、「『急を要する場合』とは、その場で制止しなければその行為を阻止しえない状況にあることをいうものと解すべきであるが、果してその場で制止しなければ阻止しえないかどうかということは、もとより物理的な可能性の有無をいうのではなく、社会通念によって判断すべきものであ〔る〕」とした上で、「犯罪行為に着手しようとするのを認めたと上始めて制止行為に出でるべきであるとすれば、それは徒らに警察官に難きを求めるものであるのみならず、これがために無用の摩擦、混乱を来すことも考えられ、到底社会通念に合致した解釈ということとはできない」として、物理的に犯罪の実行行為に着手する直前の状態でなければ「急を要する場合」にあたらないという原判決の考え方は採用できない旨を判示している。

### 3) 措置の内容

#### ① 「警告」

警察官職務執行法5条前段所定の「警告」とは、犯罪行為を行おうとしている者に対して行為の中止を求めたり、犯罪行為の相手方など被害を受けるおそれのある者に対して避難を求めたりすることをいう<sup>(53)</sup>。ただし、かかる求めに従う義務を相手方に課すものではない<sup>(54)</sup>。

「警告」の方法については特に定めがないが、口頭や文書による方法のほか、警笛を鳴らしたり、動作で示したりすることも想定される。行われようとする犯罪の重大性や危険の程度等に照らしてやむを得ない場合には、相手方の進行方向に立ちはだかる等の手段をとることも許容されるが、任意活動の一種であるから、実質的な強制行為にあたる手段は認められない。例えば、けん銃を構えることは実質的に相手方の意思を制圧する行為であるから「警告」の手段として用いることはできないが、実質的な強制に至らない程度の実力の行使は、具体的な状況の

(52) 田宮＝河上・前掲注(22)318頁以下〔渡辺〕、古谷・前掲注(44)341頁以下、田村・前掲注(45)56頁。

(53) 古谷・前掲注(44)331頁以下、田村・前掲注(45)54頁。

(54) 田宮＝河上・前掲注(22)307頁〔渡辺〕、古谷・前掲注(44)323頁、田村・前掲注(45)54頁。

下で相当と認められる範囲であれば許容される<sup>(55)</sup>。例えば、警棒を構える行為を「警告」の手段として適法と判断した裁判例として大阪高判昭和27年3月22日刑判特報23号86頁、手で相手の肩を押さえる行為を適法と判断した裁判例として東京高判昭和38年7月30日東高刑時報14巻7号147頁がある。

## ② 「制止」

警察官職務執行法5条後段所定の「制止」とは、犯罪行為を実力で阻止することをいう<sup>(56)</sup>。かかる行為は、相手方の権利や自由を制約する権力的事実行為であり、即時強制に該当する<sup>(57)</sup>。

「制止」の内容について特に定めはなく、身体の一時的拘束や、凶器等の所持品の取上げなどの措置も「制止」として許容されると考えられている<sup>(58)</sup>。また、「制止」には、文字どおりの制止（押さえ止めること）だけでなく、人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受けるおそれのある行為の全部又は一部を、必要な限度において「実力を以て排除」することが含まれる（福岡高判昭和28年10月14日高刑集6巻10号1366頁）。

このような措置は、犯罪による危害の発生が切迫していることを要件に一時的措置として認められるものであるから、危害の発生のおそれが解消すれば、実力の行使を終了しなければならず<sup>(59)</sup>、凶器等の物品を取り上げていた場合には、他の法令に基づき押収や没収をする場合や所有権放棄がされた場合を除き、相手方に返還しなければならない<sup>(60)</sup>。また、警察官職務執行法1条2項は、「この法律に規定する手段は、前項の目的のため必要な最小の限度において用いるべき

---

(55) 古谷・前掲注(44)331頁。田宮＝河上・前掲注(22)308頁以下〔渡辺〕参照。

(56) 古谷・前掲注(44)336頁以下、田村・前掲注(45)55頁。

(57) 宮田三郎『実践警察法』（信山社、2012年）59頁、古谷・前掲注(44)322頁、田村・前掲注(45)54頁。「行政上の即時強制」と明示するものとして、田宮＝河上・前掲注(22)320頁〔渡辺〕。これに対し、警察官職務執行法5条（及び同法3条、4条等）に基づく措置を「警察上の即時強制」と呼び、実質的にも行政上の即時強制と異なる性質のものとして扱う見解として、田上讓治『警察法〔新版〕』（有斐閣、1983年）109頁、関根謙一「いわゆる警察上の即時強制について」同『警察法等論文集』（立花書房、2018年）3頁以下。須藤・前掲注(34)59頁以下は、警察上の即時強制と行政上の即時強制の関係について、戦後の警察改革によって戦前の広範な行政警察権限が警察組織から一般行政組織へと移管されたことが、従前は警察作用として論じられていた即時強制を行政作用として位置づけ得る根拠ではないか、と分析する。

(58) 古谷・前掲注(44)344頁、田村・前掲注(45)55頁。

(59) 田村・前掲注(45)56頁。

(60) 田宮＝河上・前掲注(22)322頁〔渡辺〕。

ものであって、いやしくもその濫用にわたるようなことがあってはならない」と規定しており<sup>(61)</sup>、「制止」についても、同法1条1項所定の目的（個人の生命、身体及び財産の保護、犯罪の予防、公安の維持並びに他の法令の執行等）を達成するために必要最小限度の範囲で行使されなければならない。

#### 4) 既に犯罪に着手している場合

警察官職務執行法5条に基づく「制止」は、「犯罪がまさに行われようとする」ことをその要件としており、その段階を超えて既に実行に着手している場合には、実施の要件を満たさない。しかしながら、実行の着手前であれば実力を行使して犯罪を阻止することが可能であるにもかかわらず、実行の着手後はもはや実力を行使できないというのは不合理であることから、実行に着手した後であっても、現に行われている犯罪行為については、実行の着手前と同様に「制止」をすることができるとするのが通説である<sup>(62)</sup>。ただし、犯罪行為が既に完了している場合には、犯罪行為の阻止や排除をする必要性がなくなることから、結果の是正のためであっても、「制止」としての実力の行使はできない。

次に、現に行われている犯罪行為については、それ自体が公共の安全や秩序の維持を害する行為であることから、警察官職務執行法5条後段の「その行為により人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受ける虞がある」場合でなくても、当該行為を「制止」することができる<sup>(63)</sup>（このことを明言する裁判例として、東京高判平成18年10月11日判タ1242号147頁等）。

なお、犯罪行為が反復又は継続して行われている場合には、実行の着手があった後であっても、これから反復又は継続して行われる犯罪行為について「まさに行われようとする」ということができるから、上述した解釈によって認められる「制止」

(61) もっとも、警察官職務執行法1条2項の趣旨は、あらゆる行政活動に共通するものである。同項を、比例原則を確認的に規定したものと説明する見解として、田上・前掲注(57)136頁、田村・前掲注(45)20頁以下。

(62) 結論につき、田宮＝河上・前掲注(22)332頁〔渡辺〕、古谷・前掲注(44)372頁以下、田村・前掲注(45)56頁以下。かかる旨を判示した裁判例として、本文中に掲げた東京高判平成18年10月11日のほか、福岡高決昭和45年11月25日高刑集23巻4号806頁、東京高決昭和47年10月20日高刑集25巻4号461頁等。なお、現に行われている犯罪に対して「制止」が認められる根拠について、見解は分かれている。学説の整理につき、田宮＝河上・前掲注(22)332頁以下〔渡辺〕参照。

(63) 古谷・前掲注(44)383頁、田村・前掲注(45)57頁。反対、田宮＝河上・前掲注(22)343頁〔渡辺〕。

とは別に、警察官職務執行法5条に基づいて行為を「制止」することができると思われている<sup>(64)</sup>。もちろん、この場合には同条5項後段所定の要件を満たす必要がある。

#### 5) 警察官職務執行法5条所定の措置による違法漁具の撤去の可否

違法漁具の撤去については行政指導による対処が困難であることは既に述べた。警察官職務執行法5条は「警告」と「制止」の2つの措置について定めているが、「警告」については、その性質上、行政指導と同様に違法漁具への対処に用いることは困難である。また、「制止」についても、警察官職務執行法5条に基づく措置として行う場合には「犯罪がまさに行われようとする」ことが要件となるから、既に仕掛けられている刺網漁具や籠漁具を撤去することはできない。

これに対し、現に行われている犯罪行為に対する「制止」については、前述のように、他の要件を満たさなくても実力の行使が可能であり、かつ、当該犯罪行為の全部又は一部を実力を用いて排除することもできると考えられている（その旨を明示した裁判例として、前掲東京高判平成18年10月11日<sup>(65)</sup>）。かかる立場からは、現に行われている漁業犯罪を「制止」するため、現に用いられている違法漁具を撤去することも可能であるといえよう。

他方、現行法上、警察官職務執行法5条所定の「制止」は警察官にのみ認められている措置であり、特別司法警察職員であっても、明文の準用規定がない限り、同条所定の「制止」措置を講じることはできない。そして、漁業監督公務員について同条は準用されておらず、また、海上保安官及び海上保安官補についても、前述のように、離島において犯罪に対処する場合にのみ同条が準用されるにとどまり、海上における犯罪の予防・鎮圧・捜査に従事する場合には、同条は準用されない。したがって、現行法上は、極めて例外的な場合を除き、警察官のみが同条所定の措置

---

(64) 田宮＝河上・前掲注(22)302頁〔渡辺〕、古谷・前掲注(44)327頁、田村・前掲注(45)54頁。

(65) 同判決は、「犯罪が実行される段階に至った場合については、……現行犯として行為者を令状なしに逮捕することすら認められているのであるから、警察法2条1項、警職法5条に照らして、公共の安全と秩序の維持に当たる警察の責務として、当該犯罪を鎮圧し、終息させることによって、犯罪の続行、拡大を防ぐため、警職法5条に定めると同様の『制止』の手段、方法を執ることが当然許されるというべきであり、かつ、この場合の『制止』は、警職法5条の『その行為により人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受ける虞がある』場合に限定されずに行い得る」とした上で、その場合の「制止」には、犯罪を鎮圧・収束させるために必要最小限度の範囲で「犯罪の現場から強制的に他の場所に移動させ、犯罪現場から隔離する方法……を執ることも許される」と判示している。

を用いて違法漁具の撤去をすることができるにとどまる（もっとも、警察官が同条所定の措置を用いて違法漁具の撤去を行うことは現実的ではない）。

### 3. 結びにかえて — 若干の考察と今後の課題 —

以上のように、現に密漁に用いられている漁具（違法漁具）の撤去については、現行法上、行政法的手法については、法制度上の整備がなされていない。また、警察官職務執行法5条に基づく措置についても、法制度上は実施が可能であると考えられるものの、同条が漁業取締りを任務とする漁業監督公務員や海上保安官に準用されていないことから、違法漁具の撤去に用いられることは現実的ではない。これに対し、刑事訴訟法上の差押えについては、司法警察員に指名された漁業監督公務員や海上保安官等による実施が可能であり、現実には、水産庁及び一部の自治体において、令状による差押えによる違法漁具の撤去が実施されている。かかる運用は、法制度の不備を現場の工夫によって克服しようとするものであり、政策法務の観点から積極的な評価が可能である。他方において、行政上の目的を達成するために刑事司法上の権限を行使することについては、それが権限の濫用にあたらぬか、ケースごとに慎重な検討が必要であると思われる。そこで、以下、違法漁具を撤去する目的で令状による差押えを用いることの適否について検討した上で、違法漁具の撤去に関する法的仕組みのあり方について、若干の考察をすることとしたい。

#### （1） 差押えによる違法漁具の撤去の適否

令状による差押えは、「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」にすることができる（刑事訴訟法218条1項）。捜査の必要性には、差押えという強制処分をする必要性も含まれ、その有無は「犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅毀損されるおそれの有無、差押によって受ける被差押者の不利益の程度その他諸般の事情」に照らして判断される（最判昭和44年3月18日刑集23巻3号153頁）。現に密漁に用いられている漁具は、漁業犯罪の事実を直接に証明する証拠物であり、かつ、犯人が特定できないときには、多くの場合、当該犯罪の唯一の証拠となることから、証拠としての価値・重要性は高い。また、違法漁具は、犯罪に使用された物件である上、適法な漁に用いることが想定されていないものも多く、保護すべき相手方の利益が大きいとはいえない。したがって、組織的かつ反復継続して行わ

れていることが疑われる密漁については、通常、差押えの必要性は認められると思われる<sup>(66)</sup>。

次に、差押えによる違法漁具の撤去は、捜査権限の行使により違法状態の是正を図るものであるから、それが刑事訴訟法が捜査機関に差押え権限を付与した目的に違反する場合には、権限の濫用として違法となる<sup>(67)</sup>。このことは、行政法学上、権限行使における目的違反又は動機の不正の問題として議論されており<sup>(68)</sup>、例えば、最判昭和53年5月26日民集32巻3号689頁は、一般に、児童遊園設置認可処分が個室付浴場の開設阻止という不正な動機により行われたことを理由に、当該処分が行政権の濫用にあたり違法であると判断したものと考えられている。ただし、ここでいう「目的違反」ないし「動機の不正」の有無は、権限を行使した者の主観的意図のみによって判断されるものではなく、権限の行使の効果が当該権限を付与した法令の予期しないものであるか否かによって決せられるべきであるから<sup>(69)</sup>、差押えによる違法漁具の撤去についても、かかる観点からその適否を判断すべきである。そうすると、差押えとは占有を捜査機関に強制的に移転させる行為にほかならないから、撤去という効果は捜査機関に差押え権限を付与する刑事訴訟法の規定が当然に予期するものといえ、差押えによって違法漁具の撤去を図ることが直ちに「目的違反」又は「動機の不正」にあたるということとはできず、権限の濫用にはあたらないと解される。

## (2) 違法漁具の撤去に関する法的仕組みのあり方

上述のとおり、差押えによる違法漁具の撤去については、漁具の撤去そのものを目的とする場合であっても通常は権限の濫用にあたらないと考えられるが、本来、行政法規の目的実現のための活動は行政権限に基づいて行うべきであるから、それを刑事

---

(66) 松山地決平成15年2月12日・前掲注(39)は、留置の必要性に関する判断を示したものであるが、差押えの必要性に関しても参考となる。

(67) 島田・前掲注(20) 85頁は、「犯罪捜査は、特定の犯罪の解明に向けられた司法警察活動であって、この権限を犯罪予防の目的に用いることは、わが国の法制度では原則として認められていない」とする。田宮＝河上・前掲注(22) 312頁〔渡辺〕も、「行政警察と司法警察は、その目的や手段が異なるのであって、一方の目的のためにのみ他方の手段を用いることは許されない」とした上で、「犯罪の鎮圧制止のみを目的として犯罪捜査上必要が全くないのに、現行犯逮捕することは許されない」とする。

(68) 目的違反・動機の不正に関する議論や裁判例につき、高橋正人「裁量審査における目的違反・動機の不正について」同『行政裁量と内部規範』（晃洋書房、2021年）153－169頁参照。

(69) 田中良弘「判批」判例評論693号18頁以下参照。

司法上の権限に基づいて行うことは、法制度のあり方として望ましいものとはいえない。立法論の観点からは、漁業関係法令に、監督処分としての違法漁具の撤去に関する規定を設けた上で、当該規定に基づいて漁業監督公務員が違法漁具の撤去を実施すべきであると思われる。

次に、監督処分の規定を設けたとしても、その権限を行使することが現実的に困難であれば、実効性を確保することはできない。道路管理者に任命された道路監督者による監督処分を認めている道路法71条についても、処分に先立ち行政手続法13条に基づく意見の陳述又は道路法71条3項に基づく公告を行うことが必要であることから、実際に同条に基づく監督処分がとられることは少ないようである<sup>(70)</sup>。行政権の行使にあたって事前手続が重要であることはいうまでもないが、緊急的に対応する必要がある、かつ、それによって相手方が被る不利益が小さいような場合には、それを即時強制と呼ぶかはさておき、事前手続を省略する形での執行が認められてよいと思われる<sup>(71)</sup>。違法漁具の撤去についても、道路交通法51条3項に基づく違法駐車車両の移動のような必要最小限の範囲での緊急的な措置を漁業監督公務員に認める規定を漁業関係法令に設けるべきであろう。

さらに、警察官職務執行法5条所定の措置についても、海上における犯罪に警察官が対処することは現実的に困難であることから、海上保安官による離島における犯罪への対処に同条が準用されるように、漁業監督公務員や海上保安官による漁業犯罪への対処について、警察官職務執行法5条を準用することもあり得るとと思われる。なお、一般論としては、現に行われている犯罪の「制止」（前述2.(3)4.）についても、警察官職務執行法に明文の規定を設けるべきと考える<sup>(72)</sup>。

### (3) 今後の課題

以上みてきたように、漁業関係法令においては、水産資源の採捕について各種の不作为義務を課す一方で、それに違反する行為については、漁業法131条所定の停泊命令等の一部の例外を除いて、それを阻止・排除するための措置に関する規定を設けて

(70) 荏原・前掲注(6)205頁参照。

(71) 道路法71条所定の監督処分が機能していないことを踏まえ、違法車両の撤去について「即時強制的な制度」（傍点は筆者が付した）を創設すべきである、とするものとして、荏原・前掲注(6)236頁。

(72) 田宮＝河上・前掲注(22)331頁〔渡辺〕。

おらず、刑罰を定めるにとどまる。しかしながら、行政法規に違反する行為に刑罰を定めて犯罪として扱う一方で、行政的手法による違法状態の是正のための規定を設けないことは、行政の実効性確保の観点から問題であるだけでなく、比例原則や刑法の謙抑性の観点からも問題であると思われる<sup>(73)</sup>。漁業関係法令違反を犯罪という反社会的行為として位置づける以上、行政としても、かかる違法行為の阻止や排除に、公共の秩序の維持・回復の観点から積極的に取り組む必要がある<sup>(74)</sup>。反対に、違法行為の阻止や排除に取り組むまでの必要がない行為については、刑罰を定めて犯罪として扱うべきではないと思われる。

最後に、行政代執行を原則とする現行の行政上の義務履行確保法制を前提とすると、行政的手法によって漁業犯罪を阻止・排除するには、前述したように、漁業関係法令が刑罰の対象としている不作為義務を代替的作為義務に転換する必要がある。行政的手法による犯罪行為の阻止・排除を可能とするには、不作為義務の代替的作為義務への転換のための手法や、不作為義務そのものに関して実力の行使を認める直接強制の活用についても検討する必要がある。これらの点を含め、即時強制を含めた行政の実効性確保法制全体のあり方について再検討することが、今後の課題である。

(たなか よしひろ 新潟大学法学部教授)

#### 【付記】

本稿は、J S P S 科研費（課題番号18K12625、19H01414、19H01438及び19KK0028）による研究成果の一部である。

キーワード：実効性確保／漁業法／水産資源保護／行政強制／違法漁具の撤去

---

(73) 田中・前掲注(2)191頁以下参照。

(74) 刑罰や過料の対象となる行為を阻止するための即時強制 (sofortiger Vollzug) を包括的に認める立法例として、ドイツ連邦行政執行法 (VwVG) 6条2項。