

令和2年（行ウ）第22号・サケ捕獲確認請求事件

原告 ラポロアイヌネイション

被告 国他1名

2021年9月1日

札幌地方裁判所民事第3部 御中

原告訴訟代理人

弁護士 市 川 守 弘

弁護士 毛 利 節

弁護士 難 波 徹 基

弁護士 木 場 知 則

弁護士 今 橋 直

弁護士 長 岡 麻 寿 恵

弁護士 皆 川 洋 美

弁護士 伊 藤 啓 太

### 準 備 書 面 （ 3 ）

#### はじめに（慣習法としての検討）

本準備書面は、原告が訴状及び準備書面(1)において主張している原告のサケ捕獲権（以下「本件サケ捕獲権」という）が、慣習法として、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という）3条により、認められる権利であることを主張するものである。原告は、準備書面(1)において、本件サケ捕獲権は、原告が固有の権利として有しているものであると主張しているところ、この固有の権利

が慣習法として根拠付けられることを主張するものである。通則法3条は、「公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する」と規定する。そこで以下、本件サケ捕獲権が、①慣習となっていること、②公序良俗に反しないこと、③法令に規定されていない事項に関するものであることについて主張する。

## 第1 慣習となっていることについて

慣習とは、定まった法的な定義があるわけではないが、一般に言われているのは、「ある社会の内部で歴史的に発達し、その社会の成員に広く承認されている伝統的な行動様式。ならわし。風習。<sup>1)</sup>」とされている。ここでは、ある社会において、一定の拘束力を持って、反復継続されている行動様式をさすものと理解されている。そして、以下に述べるとおり、アイヌ集団によるサケの捕獲は、江戸時代からアイヌ集団によって反復継続されていた行動様式であり、アイヌ社会及び松前藩を含む幕藩制社会の双方に対し、一定の拘束力を持っていたものであって、確立した慣習として認められていたものである。

なお、慣習法とは、「慣習に基づいて成立する法。法たる力を有する習慣<sup>2)</sup>」とされるが、江戸時代においてはアイヌ集団及び松前藩は、アイヌ集団のサケ捕獲に関する慣習によって、サケ捕獲に関する争いを裁定していたもので、サケ捕獲に関する慣習は、慣習法として成立していた。

### 1 江戸時代におけるアイヌサケ捕獲権

---

<sup>1)</sup> 広辞苑第2版補訂版

<sup>2)</sup> 同上

およそアイヌないしアイヌ集団の先祖によるサケ捕獲権の存在は、相当古い時代より存在していたが、少なくとも文献上は江戸時代までさかのぼって認めることができる。以下、江戸時代、つまり松前藩が成立した後における幕藩制下におけるアイヌサケ捕獲権について、日本における植民学を確立し、アイヌ研究者でもある高倉新一郎の論文「アイヌの漁獵権について」(甲 27) をもとに、その内容を見ていくことにする。なお、甲 27 ではアイヌに対する侮蔑的・差別的表現が多々用いられているが、本準備書面では原文のまま引用することにする。

### (1) 松前藩とアイヌとの関係 (シャクシャインの蜂起以前)

上記論文(甲 27) では、基本的にアイヌと松前藩との関係について、「いわゆる蝦夷地のことは全くアイヌの住むがままに任せておくほかはなかった。大部分のアイヌは自治のままに放任され、彼等の風俗、習慣に対しては何等松前氏の干渉を受けることなしに生活していたのである。」(167 ページ)

「もっとも、松前藩は、その独立の基礎として、蝦夷地交易の独占を認められ、蝦夷地を若干の場所に分けてこれを家臣に分ち与えたが、知行主と場所内のアイヌの関係は交易に止まり、アイヌはこれによってほとんど束縛を受けることはなかった。松前藩はアイヌの従来 of 慣習に干渉することなくこれを認め、アイヌをして自由に漁狩に従事せしめ、その獲た所のものを交易によって獲得していたのである。」(同ページ)

\* 蝦夷地というのは、蝦夷が島(現北海道)のうち、松前藩の所在した松前周辺の和人地を除くすべてをアイヌ支配地として蝦夷地と称した(訴状 11 ページ)

以上は訴状で述べたように徳川家康の黒印状によって明記されていた松前藩とアイヌ(蝦夷と称されていた)との法的関係である。したがって、訴状及び準備書面(1)で詳述したように、各地のアイヌ集団は各集団による自治に従って自

由に漁獵、つまりサケを捕獲し、それは「アイヌの従来<sup>の</sup>慣習」によって統制されていたのである。

## (2) 松前藩とアイヌとの関係(シャクシャインの蜂起以後)

上記松前藩とアイヌとの関係は、シャクシャインの蜂起（寛文 9 年の蝦夷乱（1669 年））を経て変化している。シャクシャインの蜂起は、近世最大のアイヌ民族の蜂起といわれ、松前藩及び幕府対アイヌ集団の共同体（甲 12）との争いなのであるが、発端は、シベチャリ川（現静内川）のアイヌ漁獵権を巡るアイヌ集団同士の争いであった（シャクシャインの蜂起についての概略は甲 28（榎森進「アイヌ民族の歴史」参照）。

甲 27 では、「例えば、寛文 9 年の蝦夷乱をはらんだメナシクルとハイクルの紛争は、先ず染<sup>シブチャリ</sup>退川（現静内川・・代理人注）沿岸の漁獵権を中心として次第に悪化していったものである。」（168 ページ）としている。ここでいうメナシクル（東の人の意）とは現静内川から東側の釧路にまで至る範囲を支配下に置くアイヌ集団の共同体である。ハイクルは狭くは現日高町の一部であるが、紛争が拡大し、のちに新冠から白老に至る範囲のシュムクルと称される（西の人の意）アイヌ集団の共同体を構成し、現在の静内川の漁獵権を巡る争いは、メナシクル集団対シュムクル集団との抗争（戦争）に発展した（甲 28、185 ページ以下及び甲 12、73 ページの地図）。

また、「寛文 5 年初頭、メナシの者が川上へ鹿取りに上ると、『オニビシ（ハイクルの酋長）是を見付、山へ押懸、其方共は川にて魚取申事は自由にて之有る可く候。是に従い奥山の義は、取らせ申すまじく談判』して取らせず、しかも翌年ハイクルが川下に来て魚を取ってメナシクルの恨みを買ひ、こうした紛争が重なって遂には殺傷をするまでに至ったが、松前藩はこれに対して、ただ和睦、調停をなすのみであった。」（甲 27、168 ページ）

つまり、現静内川の漁猟権を巡って、アイヌのメナシクルという大集団とシュムクルという大集団との抗争（戦争）に発展したものの、松前藩はアイヌの慣習に従うように「和睦、調停」を申し出るに過ぎなかったのである。

しかし、シュムクルのメンバーであるウタフが病死した際に、アイヌ側には「松前藩による毒殺」と伝わり、一挙に松前藩対アイヌ集団の闘いに発展した（甲 28、190 ページ以下）。これがシャクシャインの蜂起と称される戦争である。最終的にはメナシクルの長であったシャクシャインが松前藩によって殺害されたことによってシャクシャインの蜂起は終了することになる。しかし、この「かつてない大規模な蜂起」（甲 28、198 ページ）は幕藩体制に大きな動揺をもたらし、シャクシャインの蜂起後、松前藩のアイヌ集団への「政治的支配」が強化されていった（甲 28、204 ページ）。この政治的支配のうち、アイヌ漁猟権については次のように変化した。

アイヌの漁猟権に関しては、シャクシャインの蜂起前には、アイヌ集団同士の漁猟権を巡る争いに対しても、集団内の争いと同様にアイヌの慣習による解決に任せ、松前藩は争うアイヌ集団間にただ和睦を勧め、調停をなすに過ぎなかったものが、シャクシャインの蜂起以後は、アイヌ集団の漁猟権を巡る争いに対し「部落内部の統制は依然酋長の転身なる乙名に任せておいたが、部落同志の事は必ずその領主に訴えしむることにした」（甲 27、168 ページ、9 行目。下線は代理人）のである。

「チャランケとは、アイヌ間においてその習慣に違反したものがあ  
る場合、これを責め、犯したものはこれを弁論して理非を決する裁判法で、  
その結果は負けた方は償を出すか、もしくは実力の行使によってその  
結末を結んだものであつて、漁猟権の侵害の如きも、多くはこの方法に

よって解決していたのである。従って、部落間（アイヌ集団同士の意味（代理人注））の漁猟権争などは、これを松前藩に訴え、松前藩がこれを裁決するようになったのであるが、これは裁判の判決権を植民者が掌ったというにすぎず、判決には彼等の習慣が十分に尊重されたものと思われる。」（甲 27、168 ページ、11 行目以下）

つまり、シャクシャインの蜂起以降は、アイヌ集団内の争いは従前と同様にアイヌ集団の自律に委ねていたものの、漁猟権を巡るアイヌ集団同士の争いに対しては、当事者の一方が松前藩に訴え出ることを求め、松前藩が、どちらが正しいかを判断することにしたのである。しかし、その判断は、松前藩がそれまでのアイヌの漁猟権に関する慣習法に従って判断されるということである。このアイヌの慣習法を維持したという事実は、高倉もアイヌ集団の支配領域を画す境杭に関して次のように記述している。

「支配者が建てた境杭が争論となった場合、その判断を蝦夷（アイヌの意味（代理人注））の習慣に一任した。・・・（中略）・・・こうして松前藩は蝦夷の慣習には余り干渉せず、仕来り通りに放任して徒に蝦夷を刺激するようなことはしなかったようである。」（甲 27、169 ページ、4 行目以下）

以上から明らかなように、シャクシャインの蜂起以前は、アイヌ集団の漁猟権は、アイヌ集団の慣習とアイヌ集団間の統制に任されていたものの、シャクシャインの蜂起以後は、アイヌ集団間の漁猟権の争いに関してのみ（アイヌ集団内部の争いは従前どおりアイヌ集団内部の慣習に任されていた）、松前藩がアイヌ集団間の抗争事件（戦争）に発展することを防止するために、「決定者」として登場するが、この漁猟権についての争いに対する「決定」は、あくまでアイヌの慣

習を法規範とし、アイヌの慣習に従って「決定」されるに過ぎなかったのである。したがって、依然としてサケ捕獲権についても、いかなるアイヌ集団が、どの範囲において、どのような権利を有しているかは、アイヌの慣習を法規範として決められていたのである。

### (3) 小括

高倉は、以上の分析に従って、甲 27 において、イサリ・ムイサリ川での石狩アイヌ訴願事件（1822 年）、フウレン川、ベトカ川での厚岸アイヌと根室アイヌとの漁業権争い（1825 年）、ニシベツ川での釧路アイヌと根室アイヌとの漁獵権争いについて、「アイヌの持っていた漁業権に対する観念及び習慣」についてまとめている（165-166 ページ）。なお、これらはいずれもサケ捕獲権を巡るアイヌ集団であるコタン間の争いであった。高倉は、松前藩がいかにアイヌの慣習法に従ってこの争いを仲裁したかについて詳述している。

以上から、江戸時代においては、アイヌ集団のサケ捕獲権は、アイヌの慣習によって認められ、統制されていたことが明らかである。いかなるアイヌ集団に、いかなる範囲（川の範囲、魚種、漁法、漁獵時期等）の漁獵権が認められるのか、はすべてアイヌの慣習によって定められていた。この慣習は、アイヌ集団同士で解決する場合（チャランケ）にも、またシャクシャインの蜂起以後は松前藩が漁獵権の紛争を解決する際にも、アイヌ集団同士が当然に拘束される規範としての慣習として成立していたものであるから、慣習法として確立していたのである。

高倉が指摘するように 17 世紀後半以降は、このアイヌの慣習法に従って松前藩が裁決、仲裁をしてコタン間の争いを解決していたものであるから、このアイヌの慣習は松前藩も拘束されていた法規範だったのである（例えば、甲 27 の 183 ページ、8 行目以下）。

このように、アイヌの漁猟権に関する慣習は、アイヌ集団間の争いに対しても、また松前藩が裁決、仲裁をする際にも、その争いの解決のために、よって立つ法規範であったことが理解できるのである。つまり、この拘束力ある規範(慣習法)は、蝦夷地のアイヌのみならず松前藩までも拘束する規範だったのである。本件で主張している原告のサケ捕獲権は、このような少なくとも江戸初期から見ても 300 年以上にわたって成立している慣習法によって認められるものなのである。

## 2 明治以降のサケ捕獲

このようなアイヌ集団の漁猟権に関する慣習は、明治以降、表面上は変化していった。すなわち、訴状及び準備書面(1)で記述したように、十勝川では明治以降、政府によって、次のようにサケ漁が禁止されていった。

明治 9 年(1876 年) テス漁と夜漁の禁止(開拓使乙 9 号布達)

明治 11 年(1878 年) 十勝川支流でのサケマス漁の全面的禁止(同 30 号布達)

明治 16 年(1883 年) 河口からチャシコチャまでを除きサケの禁漁(チャシチャから下流は許可を受けた引き網漁のみ可能)

さらに、戦後もサケの捕獲は禁止され、現在、水産資源保護法等によって、原告を含むアイヌはサケの捕獲を禁止されている。

このような強権的な自由なサケ捕獲の禁止措置によって、原告を含むアイヌの漁猟権を巡る慣習は途絶えてしまったかにも見える。

### (1) 無視・禁止されたアイヌの慣習

訴状 8 ページ以下で主張しているように幕藩制下においてアイヌ集団が有していた漁猟権は、明治以降に「一般人と同等」という同化政策のために「為政者の都合によって」無視されたものである。

このことを高倉は甲 27 で次のように記述している。

一民族が新しい土地に向かって植民的活動を開始した時、そこが無人の郷土であるときは何等の問題なく母国人の福祉のみを考慮して政策を樹立し得るのであるが、かかる場合はほとんど皆無であって、多くの場合、そこには若干なりとも風俗習慣を異にする先住民族を有するのが常である。こうした場合は、先住民族の権利を無視して母国人の利益だけを守るということは許されず（下線は代理人）、でき得る限り先住民族の権利を尊重して、その福祉を害することがないように努めるのが植民の理想でなくてはならぬが、もしその民族が著しく未開である場合には、その民族の習慣より生じてくる権利関係なるものは、植民者にとって理解され難いものが多く、ややもすれば無視されがちのものである（甲 27、164 ページ、1 行目以下）

高倉は、本来、「先住民族の権利を無視して母国人の利益だけを守るということは許されず」としつつ、明治時代から始まるアイヌの権利の無視は、アイヌが「未開」ゆえ「理解され難く」したがって無視をしたとする。しかし、アイヌ集団のサケ捕獲権は、幕藩制下において、松前藩によっても認められていた権利なのであるから、これを単に明治政府には「理解できない未開の習慣」などとは評価できず、高倉もアイヌ集団のサケ捕獲権の無視は、許されないものと考えていたものである。

高倉は、この点について、次のように述べている。

例えば経済史上相当低位に位すると考えられる漁獵民族ですら、その獲物に相当する漁獵手段を基礎とする組織をもち、その組織内で獲物を分配消費する慣習をもち、多くは自己の漁獵する範囲を排他的に主

張し、またこれが種々の慣習により一般に認められている。これらの権利は、文明社会の法律観念をもってすれば固より不完全なものではあるが、これを全く無視する時は紛争の原因となり、しからずんば彼らの社会生活を混乱に陥れる危険が存するのである（甲 27、165 ページ、5 行目以下）。

と述べており、明治政府の行ったアイヌに対する上記のようなサケ捕獲の禁止措置は、「紛争の原因」となり、「彼らの社会生活を混乱に陥れる」と認め、間違った政策であることを認めているのである。

しかも、「無視」することが間違った政策であるとする考えは「19 世紀後半から」の先住民族に対する研究、理解が進んだ結果であるとしている（164 ページ、後ろから 3 行目以下）。つまり、19 世紀後半に成立した明治政府（1868 年）は、その時点での「19 世紀後半に深化した先住民族の研究・理解の成果」に反して、アイヌを「未開人」として、彼らの権利である排他的・独占的漁猟権を無視し、北海道開拓を進めたことになる。このことは、明治政府自身が、上記したサケ捕獲の禁止措置が「間違った」ものであることを承知のうえで、アイヌの権利を無視していったことを意味する。

## **(2) 「禁止措置」によってサケ捕獲の慣習は途絶えることはない**

このように明治政府及びその後の被告日本国は、依然として本件サケ捕獲権を無視したまま、アイヌ集団によるサケ捕獲を「禁止」しているが、この「禁止措置」によって反復継続性が断たれることはない。つまり、慣習としては存続している。

慣習という行為には、反復継続性が一つの要件となっているのは前記したとおりである。ただ、ここでいう反復継続性という要件は、自らの意思によって行為することをやめた場合などに反復継続性がないと評価することは可能である

が、自らは反復継続する意思を持ちつつ、強権的に反復継続することを「禁止」された場合には反復継続性がないとは評価できないからである。事実問題としてサケの捕獲が「なされていない」のは、アイヌ集団が自らサケの捕獲を「やめた」ものではなく、サケが捕獲できない状況を国によって強制的に作出された結果として「できない」だけである。

上記したように、明治政府は「間違っただ」アイヌのサケ捕獲権の「禁止措置」について強権的にそれを強行し、現在においては、被告日本国は、本件サケ捕獲権を認め保護すべき国際的義務があるにもかかわらず（後記）、依然としてアイヌ集団によるサケ捕獲に対し、刑事罰をもって「禁止」し、強権的にサケの捕獲を「させない」状況に追い込んでいるだけである。アイヌ集団はサケ捕獲を反復継続する意思を有しているのであるから、日本国の明治以降のこの強権的「禁止措置」さえなければ、自由にサケの捕獲を反復継続していたのである。

原告の先祖を含めアイヌは、自らの意思により反復継続をやめたのではなく、これらの「禁止措置」によってサケ捕獲ができなくなったのであり、このことをもって、被告日本国が、アイヌ集団のサケ捕獲の慣習が「反復継続性がない」として慣習の「消滅」を主張するとすれば、明らかに禁反言（信義則・条理）に反するものであって許されることではない。

### 3 小括

原告の構成員の先祖は、メナシクル集団の中の十勝川河口部におけるアイヌコタンないしコタン共同体としてのアイヌ集団を構成していた。

愛牛コタンからオベッコウシコタン、十勝太コタン等のコタンの構成員の子孫が原告の構成員である。

これらのコタンは、前記したようにアイヌ集団の慣習に従って、それぞれ十勝

川河口部において、サケを捕獲していた。シャクシャインの蜂起以後においても、集団内では、高倉によれば、上記のように「部落内部の統制は依然酋長の転身なる乙名に任せておいた」ものであり、集団間で争いが発生した場合には松前藩に訴えることができるが、この争いを決定する規範は、アイヌの慣習法だったのである。ちなみに原告の構成員の先祖たちが、十勝川河口部でのサケ捕獲権について松前藩の裁定を求めたことはなかったため、松前藩の関与もなくもっぱら十勝川河口部におけるアイヌの慣習法によってサケを捕獲していたのである。

この慣習は、どの範囲がどの集団の漁場なのか、同一集団の中のどの構成員の漁場がどこなのか、を定めており、この規範は現在においても拘束力を持って生きているのである。

したがって、そもそも原告のサケ捕獲権は、少なくとも江戸時代から引き継がれ、現代に至る慣習であり、この慣習は拘束力を持って継続されているものなのである。

## 第2 公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習である

通則法 3 条では、慣習法として法律と同一の効力を有するためには、公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習であることが求められている。

「公の秩序」とは、国家社会の一般的利益をさし、「善良の風俗」とは、社会の一般的道徳観念をさす、といわれている<sup>3</sup>。例として挙げられるものは、人倫に反する行為、正義の観念に反する行為、他人の無思慮・窮迫に乗じて不当の利を博する行為、個人の自由を極度に制限する行為、営業自由を制限する行為、生存の基礎たる財産の処分行為、著しく射倖的な行為などがあるとされている<sup>4</sup>。

---

<sup>3</sup> 我妻栄「民法総則」（昭和 48 年第 11 刷）271 ページ

<sup>4</sup> 同上、272 ページ以下

原告がその確認を求めている本件サケ捕獲権を根拠づける慣習は、このような例示に該当するものではなく、日本国家や社会の利益を害するものでもなく、一般的道徳観念に反するものでもない。

したがって、通則法 3 条にいう公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習であることは明らかである。

### 第 3 法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項について

通則法 3 条は、慣習法として認められるためには、「法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項」に限定をしている。「法令の規定による」場合は、「…慣習による」等の規定をさすとされているので、本件サケ捕獲権については、もっぱら「法令に規定されていない事項」という点について整理、主張するものである。

#### 1 法令の規定の有無及び現行法制度と国際法制度間の矛盾

訴状 5 ページ以下及び答弁書 16 ページ以下では、漁業法、水産資源保護法等の現行法制度をまとめている。被告日本国（被告北海道を含む）は、この法制度を盾に本件サケ捕獲権は法令によって明確に否定されていると主張しているものと思われる。

しかしながら、被告日本国は、一方でこの現行法制度を主張しながら、他方で先住民族の権利を認める国際法に署名しており、この結果、国内法制度と国際法制度の間における矛盾した「二つの制度」を有している。

そこで、本件サケ捕獲権がこれらの現行法制度に依って否定されるのか（この場合には、「法令に規定され」かつ認められない、となる）、それとも現行法制度

そのものが違法となるのか、あるいは現行法制度は本件サケ捕獲権については全くの白紙、つまり「規制をしていない」と解されるのか、について検討することとする。現行法制度が本件サケ捕獲権を否定するものとして違法となる場合及び本件サケ捕獲権について現行法制度は白紙であるとする場合は、通則法3条にいう「法令に規定されていない」場合に該当することとなる。

## 2 国際法の国内法的効力について

### (1) 国際法は国内法秩序の中で実施されることを予定した規範

次項に記載する国際法は被告日本国が締約国となっている国際法であり、これらの国際法が成立したことによって、国際法が定めている内容は、国内法的効力を有している。いうまでもなく、日本国憲法では、これらの国際法は批准（署名）され国会の承認を得ることによって国内法的効力を認められている（憲法98条2項）からである。

被告日本国が締約国となっている国際法は、「国家の単なる対外的な法的約束であるにとどまらず、締約国の国内法秩序の中で実施されることを予定した規範でもありうることは、もはや周知の現象である（下線は代理人）」（甲29、211ページ）とされている。

### (2) 直接適用可能性とは別の議論

甲29では、上記文言を受けて「20世紀後半以降、人権や環境の分野で多数締結されている多数国間条約はその典型であり、条約締約国は、それぞれの条約の定める内容を、国内的履行措置によって実現することが求められる」（同ページ）、とする。

しかし、このことと「条約の規定が国内で国内法の介在を要せずに直接に裁判規範となるか」という問題とは別の問題である（甲29、212ページ、後ろから6

行目以下)。後者は従前「自動執行性 (self-executing)」という概念を用いて論じられ」ていた (甲 29、221 ページ (注 8))。

したがって、この区別から国際法に関する司法判断としては、「条約が国内法の効力を有する国の裁判官は、国が負っている国際法上の義務であり、かつ国内法秩序の一部でもある条約の規定について、それにできる限り沿う方向で国内法を解釈・適用することによって国家機関としての義務を果たすことが求められるほか、国内法に根拠がない事項や人権条約の方が手厚い人権保護規定をおいている事項については、場合によって条約規定に直接依拠して司法判断をすることが期待される」(甲 29、212 ページ、9 行目以下) のである。

つまり、国際法に関する司法判断としては、日本国憲法に従って国際法として成立し、国内法的効力を有した結果として、第 1 に国内法秩序の一部として国際法に沿って国内法令を解釈・適用する (間接適用ないし解釈基準とする)、第 2 に国際法の規定をもって、裁判規範として直接適用する、という二つの面が存在するのである。

前者の司法判断としては、裁判所は、「国を拘束している条約規範の存在を認識し、それに照らして国内法令や行政行為を違法なものとして取消し又は適用を退ける」(甲 29、216 ページ、第 3 段落) ことも可能である。

本準備書面では、この第 1 に記載したサケ捕獲に関する現行法制度の解釈・適用に関して、次の(3)項の国際法に沿って考察を行うものである。

なお、これらの国際法によって、本件サケ捕獲権の法的根拠を直接具体的に裏付けられる点 (直接適用、裁判規範性) については、改めて別途準備書面において主張するものである。

### (3) 本件サケ捕獲権に係る国際法

#### ア ICCPR (市民的・政治的権利に関する国際規約) 27 条

## (一) 集団の権利主体性

ICCPR27 条に規定されている文化享有権は、訴状で記載したように体裁上は、「個人の権利」として規定されている。しかし、同規約 28 条に基づき、同規約の実施を監督するために設置された自由権規約人権委員会 (United Nations Human Rights Committee) が、1994 年に採択した一般的意見 23 の 3.2 では次のように意見されている (甲 30 の 1 及び 2)。

3.2 The enjoyment of the rights to which article 27 relates does not prejudice the sovereignty and territorial integrity of a State party. At the same time, one or other aspect of the rights of individuals protected under that article - for example, to enjoy a particular culture - may consist in a way of life which is closely associated with territory and use of its resources 2/. This may particularly be true of members of indigenous communities constituting a minority

(訳文 3.2 第 27 条に関連する権利の享受は、締約国の主権及び領土保全を侵害するものではない。同時に、本条によって保護される個人の権利のある側面 (たとえばある特定の文化を享有すること) は、領土及びその資源の使用に密接に関係する生活様式に存する場合がある。\*2 このことは特に少数民族を構成するその先住民の共同体に属する者に当てはまる。

つまり、一般的意見では、27 条の規定する文化享有権というものは、少数民族である先住民族の場合 (先住民の共同体という集団) には、土地や資源と密接に関連する生活様式 (way of life) に本質的に依拠しているとするものである、とするのである。この土地や資源と密接に関連する生活様式とは、先住民族の場合には、集団として土地を利用し、資源を利用するという生活様式であるのだから (個人としての生活を享受するものではなく)、個人はあくまで集団の一員と

して権利行使するに過ぎない。

したがって、27 条自体は個人の権利として規定されているものの、少数民族のうちの先住民族の場合であって、かつその権利行使が土地や資源と密接に関連する生活様式となっている場合には、その先住民族の集団の一員として権利行使するものであって、27 条によって先住民族の集団として権利行使することが、前提として保障されていなければならない、とするものである。

一つの国には、多くの少数民族が生活している。これらの個々の少数民族の個人は、ICCPR27 条によって文化享有権を有するが、その中でも先住民族の場合における文化享有権は、土地や資源と密接に関連する生活様式として権利行使される場合には、集団としての権利行使も保障される、と一般的意見 23 の 3.2 によって規定され、集団の権利主体性が解釈基準として確定されたのである。

## (二) 本件サケ捕獲権は文化享有権として保護される

アイヌにとってサケは、食糧としてのみならず、交易品の中心としてその生計を支える経済的基盤を構成し、アイヌは、多くの独自のサケ調理法を生み出し、サケを「神の魚」として敬い、宗教、儀式を行い、サケに関わる独自の精神的世界をも生み出している。アイヌにとってサケを捕獲することは、スポーツフィッシングのように「サケを釣る」行為とは全く次元を異にし、まさに生活様式そのものとなっているのである（準備書面(1)参照）。そして、それは、コタン（ないしコタン共同体）というアイヌ集団によって担われてきた。

したがって原告を権利主体とする本件サケ捕獲権は、ICCPR27 条によって保障された文化享有権として国内法的効力を有しているのである。

## イ 先住民族の権利に関する国連宣言

### (一) 先住民族の権利に関する国連宣言の国内法的効力

準備書面(1)において詳しく主張しているように、日本国は 2007 年に採択さ

れた先住民族の権利に関する国連宣言（以下「宣言」という）に署名した。なお、被告はアメリカ合衆国、カナダ、オーストラリア、ニュージーランドが反対したことを強調する（第1準備書面、12ページ）が、いずれの国もその後賛成し、現在、反対する国は存在しない。アメリカ合衆国はオバマ大統領が「前任のブッシュはどうだったか知らないが僕は賛成！」と言って署名したと伝えられている（甲31、140ページ）。

宣言では、第7パラグラフにおいて、先住民族の固有の権利として資源に関する権利について言及している。被告日本国は、原告の有するこの固有の権利である資源に対する権利（サケ捕獲権）を「尊重し、及び促進する」（第7パラグラフ）ことが明記されている。また宣言26条3項では、このような資源に対する権利について被告日本国は「法的な承認及び保護を与えなければならない」（下線は代理人）と規定されている。

したがって、被告日本国は、宣言に署名したことによって、アイヌの資源に対する権利について、法的に承認し、保護を与えるべき国際的義務が課せられており、宣言の国内法的効力として、アイヌの資源に対する権利について、法的に承認し、保護を与えるべき国内的義務を負っている。

したがって、国際的に認められた先住民族であるアイヌの資源に関する権利、本件では原告のサケ捕獲権に関して、被告日本国は、これを尊重し、承認し、保護し、促進する国際的・国内的義務を負うのである。

## （二） 被告の反論は意味不明

被告日本国は、第1準備書面27ページで、宣言には「法的拘束力がない」と主張している。この趣旨は明確ではない。直接適用可能性、裁判規範性を否定しているだけのようである。また、条約と宣言とは異なるという意味ともとれる。しかし、国際法の文言上は、宣言であっても上記のとおり義務として明記してい

る以上、その国際法的・国内法的効力は条約と異なることはない。そもそも「条約」とは国家間（複数国の場合も含む）の合意をさすもので、宣言も国家間の合意である点に変わりはないからである。上記したように宣言も日本国が署名して成立した国際法であり、当然ながら国内法的効力を有している。宣言の26条3項は、「国は・・・」先住民族の「資源に対する」権利（同条1項及び2項）について、「法的な承認及び保護を与えなければならない」と締約国に対して義務を課しているのであるから、被告日本国は、宣言の内容を国内において履行し、措置しなければならない国際的義務及び国内的義務を負っていることは明確なのである。

### （三） 宣言8条の「同化されない権利」

以上の（一）及び（二）は、宣言に規定されている先住民族の資源に対する権利に関しての問題である。宣言では、さらに8条1項において、

「先住民族及び先住民である個人は、強制的に同化させられ、又はその文化を破壊されない権利を有する」とし、

同2項では、締約国に対して、次の措置義務を「講じなければならない」としている。具体的には、

- (a) 民族としての一体性、文化的価値、民族的アイデンティティーを奪う目的や効果を有する行為の防止と救済、
- (b) 先住民族の資源をはく奪する目的や効果を有する行為の防止と救済、さらに、
- (d) あらゆる形態の強制的同化又は統合の防止と救済、等々である。

（下線は代理人）

この宣言8条の規定する同化されない権利と同化政策の防止義務は、現行法制度の検討には不可欠のものである（後記）。

### ウ 生物多様性条約 8 条(j)

本件サケ捕獲権は、実際に浦幌十勝川河口部においてサケを捕獲することを目的とする権利である。当然ながら、本件サケ捕獲権はサケ資源の持続的・安定的な存在を前提としている。捕獲の対象であるサケがいなくなればサケの捕獲権を論じる意味がなくなるからである。つまり、本件サケ捕獲権の主張はサケ資源の保全を前提とし、それは浦幌十勝川の生物多様性の保全及びその持続可能な利用を含む主張なのである。

ところで、生物多様性条約 8 条(j)は、被告日本国に対し、「生物多様性の保全及び持続可能な利用に関連する伝統的な生活様式を有する先住民族（indigenous peoples）の社会及び地域社会の知識、工夫及び慣行を尊重し、保存し及び維持すること」と規定し、また「そのような知識、工夫及び慣行を有する者の承認及び参加を得てそれらの一層広い適用を促進すること」としたうえで、さらに「それらの利用がもたらす利益の衡平な分配を奨励すること」と定めている（下線は代理人）。

被告日本国は、生物多様性条約の 8 条(j)に関して何らの留保もなしに平成 5 年 12 月 21 日に署名した。したがって、被告日本国は、生物多様性条約の国内法的効力の結果、第 1 にサケという自然資源について、先住民族であるアイヌの知識、工夫、慣行を尊重、保存、維持する義務を負い、第 2 にサケの利用促進について、アイヌの承認及び参加を認め、第 3 にサケ資源についてアイヌに対して衡平な分配をするべき義務を負っている。したがって、被告日本国は、生物多様性条約の 8 条(j)の国内法的効力の結果として、本件サケ捕獲権を保障することによって、原告のサケ資源の利用、サケ資源の衡平な分配という国内的履行措置をすべき義務があるのである。

### 3 国際法から解釈する現行法制度について

## (1) 国際法による解釈

条約等の国際法が法令の上位法であることに争いはない。前記したように一方では現行法制度はアイヌを含めて河川におけるサケの捕獲を一律に禁止しているように見えるが、他方では上記した国際法では、先住民族であるアイヌのサケ捕獲権を認めて、これを保護し、サケ資源の衡平な分配をも要求し、それを否定することは強制的同化政策として禁止している。そこで、現行法制度について、国内法的効力を有する国際法から解釈する必要がある。

被告日本国は、答弁書や第 1 準備書面からは、現行法制度ではアイヌ集団のサケ捕獲権が認められていないと主張するようである（第 1 準備書面、30 ページ、3 項）。被告日本国は、一方で現行法制度が「正当な」法令として存在することを前提とし、他方で原告に対し、本件サケ捕獲権が「いかなる法令・条項に基づくのか、と求釈明をしているのである。このように、被告日本国は、日本のサケ捕獲に関する現行法制度の是非については全く不問に付したまま、原告に求釈明をしているに過ぎないのである。そこで、被告日本国が大前提としている現行法制度に関して、国内法的効力を有する国際法から検討する必要があるのである。

## (2) 現行法制度は、アイヌの集団及び個人を含めてサケ漁を禁止しているとする見解に対して

もし、被告日本国が、仮に水産資源保護法などの現行法制度によって本件サケ捕獲権を含むアイヌのサケ捕獲権が禁止されているという解釈をとる場合には、その解釈は明らかに上記国際法の定める法規範に抵触することになる。

これは、被告日本国が自ら国際法によって課された義務違反行為を犯すことを自認することでもある。被告日本国は、アイヌのサケ資源に対する権利であるサケ捕獲権を認め、促進させ、サケ資源の保全のためにその決定過程に参加させ、

サケ資源の衡平な利用・分配をすべき義務を国内法的効力を持つ国際法上負っている。現行法制度は、これら国内法的効力を持つ国際法が定める被告日本国の義務に反している。つまり上位法である国内法的効力を持つ国際法に違反する内容を持つ国内法制度なのである。

被告日本国が、アイヌも和人（非アイヌ）と同じ日本国籍を持つものとして現行法に従わなければならないと主張するとすれば、これは、同化政策そのものである。そもそもアイヌにとってのサケ資源は、繰り返し述べているようにアイヌの生活、経済を支えるだけでなく、文化的・精神的基盤をなしており、これはアイヌの生活様式の根幹をなしている（準備書面(1)参照）。被告日本国が、アイヌからこのサケ資源を奪うことは、宣言 8 条が規定する、「民族としての一体性、文化的価値、民族的アイデンティティを奪う行為」なのであり、「先住民族の資源をはく奪する行為」でもある。そして、この現行法制度は、刑罰をもって強制されているため、「あらゆる形態の強制的同化又は統合の防止義務や救済義務に明確に違反しているのである。

したがって、被告日本国が、真実、現行法制度は、アイヌの集団及び個人を含めてサケ漁を禁止しているとする見解に立っているとすれば、現行法制度自体が国内法的効力を持つ国際法に明確に違反する違法・無効な制度である、と言うほかはない。

### **(3) 現行法制度はアイヌのサケ捕獲権については規定していないという理解**

現行法制度が国際法と抵触せず、したがってまた適法な法制度であるという見解に立つ場合には、水産資源保護法等の現行法は、本件サケ捕獲権を含む先住民族であるアイヌのサケ捕獲権について、一切規制をしていない、として理解するほかはない。準備書面(1)で主張したように、現行法は、条文上「アイヌは」あるいは「アイヌを含む」という規定の仕方はしておらず、本件サケ捕獲権を含

むアイヌのサケ捕獲権については、全くの白地状態と言うほかはないからである。かかる解釈は、前記した上位法である各国際法の国内法的効力から解釈すれば、妥当な解釈であろう。

#### (4) 小括

前項のように現行法制度はアイヌのサケ捕獲権について規定していないとすれば、水産資源保護法等の現行法上は、本件サケ捕獲権については、一切触れておらず、したがって本件サケ捕獲権は明らかに「法令に規定されていない事項」として慣習法として認められる権利である。

もし、被告日本国があくまで本件サケ捕獲権は現行法において一切認められないという解釈を堅持するのであれば、前記したように、裁判所は、「国を拘束している条約規範の存在を認識し、それに照らして国内法令や行政行為を違法なものとして取消し又は適用を退ける」（甲 29、216 ページ、第 3 段落）ことによって、現行法制度を違法・無効と判断しなければならない。

違法・無効な現行法制度では、結局、本件サケ捕獲権について現行法は何等の規定もしていない、と解釈せざるを得ない。

いずれの場合であっても、通則法 3 条の要件である「法令に規定されていない」権利であることに違いはない。

## 第 4 結論

原告は準備書面(1)において主張しているとおり、本件サケ捕獲権は、アイヌ集団である原告に固有の権利である。このことは被告日本国においても宣言を署名することによって認めているものである。残念ながら被告日本国は、宣言に署名していながら、本件サケ捕獲権を否定している。被告日本国の主張は、サケ捕獲を禁止している現行国内法に関する一つの違法な解釈を主張しているにす

ぎない。

原告は、原告に固有の権利である本件サケ捕獲権は、江戸時代までさかのぼることができる慣習に基づき、この慣習は何ら公秩良俗に反しないものであつて、法令に規定されていない事項であるから、慣習法の適用に関する通則法 3 条に基づき、慣習法として認められなければならないと主張するものである。