令和２年（行ウ）第22号・サケ捕獲権確認請求事件

原告　ラポロアイヌネイション

被告　国他１名

2021年11月11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（４）

第１　先住民族である原告のサケ捕獲権は、国際法上認められている

１　先住民族である原告にとって重要な意義を有するサケ捕獲権

サケが、アイヌにとって、民族の食料としてのみならず、その文化にとって極めて重要な存在であり、先住民族であるアイヌの政治的、経済的、社会的、文化的、及び信仰・世界観等の精神的基盤をなすことは、訴状１７頁以下、更に原告準備書面（１）１６頁以下、同（３）で詳述したとおりである。

サケは、アイヌにとって単に食料資源というだけではなく、漁法、調理法、保存法などを含めたサケ文化がアイヌ文化の重要な根幹をなすとともに、サケ等の土地の資源は「神」として信仰の対象と位置づけられ、その捕獲は神々との繋がりを意味する宗教的な行為でもあったものであり、アイヌの口碑、伝説、祭儀など宗教的、精神的世界も、サケを巡って形作られてきた。

このような、先住民族の政治的、経済的、社会的、文化的、及び信仰・世界観等の精神的基盤をなす資源への権利は、国際法上認められてきており、国内法上も権利として認められる。

２　市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約、Ｂ規約）によるアイヌのサケ捕獲権保障

(1)　（市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約、Ｂ規約））

市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「自由権規約」という）（甲３２）は、後述する社会権規約とともに、世界人権宣言の内容を基礎として条約化したものであり、１９６６年の第２１回国連総会において採択され、１９７６年に発効した。日本は、１９７９年に批准している。

(2)　（自由権規約２７条・少数民族の文化享有権）

自由権規約２７条は「種族的、宗教的又は言語的少数民族が存在する国において、当該少数民族に属する者は、その集団の他の構成員とともに自己の文化を享有し、自己の宗教を信仰しかつ実践し又は自己の言語を使用する権利を否定されない。」と定め、少数民族の文化享有権を保障している（甲３２）。

札幌地裁平成９年３月２７日判決（「二風谷ダム事件判決」）は、以下のとおり判示して、自由権規約及び憲法９８条２項、憲法１３条により、少数

民族であるアイヌ民族固有の文化を享有する権利を認めた。

「Ｂ規約は、少数民族に属する者に対し、その民族固有の文化を享有する権利を保障するとともに、締結国に対し少数民族の文化等に影響を及ぼすおそれのある国の政策の決定及び遂行に当たっては、これに十分な配慮を施す責務を各締結国に課したものと解するのが相当である。そして、アイヌ民族は、文化の独自性を保持した少数民族としてその文化を享有する権利をＢ規約２７条で保障されているのであって、わが国は憲法９８条２項の規定に照らしてこれを誠実に順守する義務があるというべきである。」

「少数民族にとって民族固有の文化は、多数民族に同化せず、その民族性を維持する本質的なものであるから、その民族に属する個人にとって、民族固有の文化を享有する権利は、自己の人格的生存に必要な権利ともいい得る重要なものであって、これを保障することは、個人を実質的に尊重することに当たるとともに、多数者が社会的弱者についてその立場を理解し尊重しようとする民主主義の理念にかなうものと考えられる。

また、このように解することは、前記Ｂ規約成立の経緯及び同規約を受けて更にその後一層少数民族の主体的平等性を確保し同一国家内における多数民族との共存を可能にしようとして、これを試みる国際連合はじめその他の国際社会の潮流に合致するものといえる。」

サケは、アイヌにとって、民族の食料としてのみならず、その文化にとって極めて重要な存在であり、先住民族であるアイヌの政治的、経済的、社会的、文化的、及び信仰・世界観等の精神的基盤をなしている。すなわちサケ捕獲権は、原告にとってもまた原告構成員にとっても、「自己の文化を享有

する」権利であり（自由権規約２７条)、「自己の人格的生存に必要」な権利である。

(3)　（自由権規約の国内的効力―自動執行性・直接適用）

ア　（条約と国内法の関係－憲法９８条２項）

憲法９８条２項は、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と定めており、条約の国内法効力については「特別の国内法を制定する必要はなく、条約が公布されることによって国内法的効力を持つに至ると解せられ」（清宮四郎「憲法Ｉ新版」有斐閣４３７頁)、且つ条約は一般の法律に優先する効力を有するものとされる。

イ　（自由権規約が自動執行性を有し、直接適用されること）

そしてわが国の判例上、自由権規約は「その内容にかんがみると、原則として自力執行的性格を有し、国内での直接適用が可能であると解せられるから、B規約に抵触する国内法はその効力を否定されることになる」（大阪高裁平成６年１０月２８日判決、判例タイムズ８６８号５９頁）（同旨、徳島地裁平成８年３月１５日判決、判例時報１５９７号１１５頁）とされており、国内において特別の立法を要することなく直接適用される。

上記徳島地裁判決は

「憲法９８条２項は『日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする』と規定するが、これは、我が国において、条約は批准・公布によりそのまま国法の一形式として受け入れられ、特段の立法措置を待つまでもなく国内法関係に適用され、かつ、条約が一般の法律に優位する効力を有することを定めているものと解される。もっとも、わが国が締結した条約の全てが右の効力を有するものではなく、その条約が抽象的・一般的な原則あるい

は政治的な義務の宣言にとどまるものであるような場合は、それを具体化する立法措置が当然に必要になる。ところでＢ規約は、自由権的な基本権を内容とし、当該権利が人類社会のすべての構成員によって享受されるべきであるとの考え方に立脚し、個人を主体として当該権利が保障されるという規定形式を採用しているものであり、このような自由権規定としての性格と規定形式からすれば、これが抽象的・一般的な原則等の宣言に止まるものとは解されず、したがって、国内法としての直接的効力、しかも法律に優位する効力を有するものというべきである。」と判示している。

また大阪高裁平成１８年１１月１５日判決も、自由権規約は国内法的効力を有し、同規約は裁判規範性を有すると判示している（甲４９、ジュリスト１３３２号２８２頁以下参照）。

(4)　（自由権規約 27 条の解釈）

では、本件において国内法に優位する効力を有する自由権規約２７条の保障する「少数民族の文化享有権」の内容はどのようなものか。

ア　（権利の主体―集団の権利保障）

同条は「種族的、宗教的又は言語的少数民族が存在する国において、当該少数民族に属する者は、その集団の他の構成員とともに自己の文化を享有し、自己の宗教を信仰しかつ実践し又は自己の言語を使用する権利を否定されない。」としており、その主語は「少数民族に属する者」となっている。

Ｂ規約の起草過程では、多くの代表が２７条の保障する権利を集団的の権利と考えていたが、「少数民族に属する者」が主語として選ばれた。それは、集団の権利の主体となったマイノリティが自決権の主体となり、主権や領土を主張し始めることへの懸念に基づいていた。

イ　（国連自由人権委員会一般的意見２３）

しかし１９９４年、国連自由人権委員会は自由権規約２７条の解釈について、一般的意見２３（CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 26 April 1994）において「第２７条によって保護される権利は個人の権利であるが、かかる権利は少数民族の集団が自己の文化、言語又は宗教を維持する能力にも依存している。従って、少数民族の同一性及びかかる少数民族の構成員が他の構成員とともに自己の文化及び言語を享有し発展させ、また自己の宗教を実践する権利を保護するための締結国による積極的措置もまた必要である。」（ para ６．２として、同条の文言に関わらず、同条の個人の権利を保障する前提として集団自体も保護されるとした（甲３０の１、２）。

「その民族に属する個人にとって、自己の人格的生存に必要な民族固有の文化を享有する権利」は、その民族集団そのものが経済的な基盤の下に存続し、その文化を維持することができて初めて保障されるからである。民族集団がその基盤を失い、存続しなくなり、又は共同体としての文化を維持できなくなれば、個人としての文化享有権も失われ、同条は意味を失ってしまう。従って、自由権規約２７条は、少数民族に属する個人のみならず、少数民族の集団そのものの権利を保障しているのである。

同意見は、自決権と第２７条で保護される権利を区別し、「第２７条に関連する権利の享受は、締結国の主権及び領土保全を侵害するものではない。」として、第２７条の主語を個人とした理由であった上記懸念を払拭した上で「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。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」（甲３０の１、２、para ３．２）としており、

先住民族について集団の権利を認めているのである。

ウ　（漁業・狩猟の権利）

少数民族の中でもとりわけ先住民族においては、共同体としての領土や資源の使用に関係する生活様式がその文化として維持されており、文化享有権と領土・資源使用権とが密接に結びついている。

そして前記国連自由人権委員会一般的意見２３は更に「第２７条において保護される文化的権利の行使に関して、委員会は、文化というものは様々な形、特に資源使用に結び付いた独特の生活様式といった形で、それ自身を表現すると考える。この権利には、漁業又は狩猟などの伝統的な活動を行う権利及び法律によって保護された居留地で生活する権利も含まれる。かかる権利の享有は積極的な法的保護措置及び少数民族の集団に属する構成員が自己に影響を与える決定に実効的に参加することを確保する措置を必要とする」（甲３０の１、２、para７）としている。

すなわち、自由権規約２７条が保障する「少数民族の文化享有権」には、先住民族の漁業・狩猟権が含まれるのである。そして、国連自由人権委員会は「第２７条に関連する権利は、締結国に対し特定の義務を課すものである」と結論している（前同 para　９）。

エ　学説も「規約人権委員会が採択した『一般的意見』では、２７条でいう『文化』には、いろいろな表現のかたちがあり、特に先住民族についてはそのライフ＝スタイルが『土地』の資源の利用に結びついている。よって、先住民族についてはその文化の享有権に、狩りや漁撈のような伝統的経済活動に従事する権利と（集団の他のメンバーと一緒になって文化を享有するため）法律で保護された保留地に住む権利が保障されている。（１９９４年のマイノリティに関する一般的意見２３）」と指摘する（甲４８、苑原俊明「先住マイ

ノリティの権利保障」４５頁)。

また「委員会は、第２７条の消極的文言にもかかわらず、同条の個人の権利を保障する前提として集団も保護されること、また、第２７条の趣旨が起草時には想定されていなかったマイノリティの集団的アイデンティティ保護にまでおよび、国家はその保護のために積極的措置をとる必要があることを明確にした。さらに先住民族については、土地資源の利用がその文化の一側面であることを認め、その文化に影響を与える決定への効果的参加を確保する義務を締結国が負っていることを明らかにした」と指摘される（甲４６、小坂田裕子「先住民族と国際法―剥奪の歴史から権利の承認へ―」信山社１８０頁)。

オ　（先住民族の権利に関する国際連合宣言（A/RES/61/295））

我が国も賛成して２００７年に採択された先住民族の権利に関する国際連合宣言（A/RES/61/295）も、

「第２５条

先住民族は、自己が伝統的に所有し、又はその他の方法で占有し、若しくは使用してきた土地、領域、水域、沿岸海域及びその他の資源との独自の精神的関係を維持し、及び強化する権利並びにこの点について将来の世代に対する自己の責任を果たす権利を有する。

第２６条

１．先住民族は、自己が伝統的に所有し、占有し、又はその他の方法で使用し、又は取得した土地、領域及び資源に対する権利を有する。

２．先住民族は、自己の伝統的な所有、又はその他の伝統的な占有若しくは使用に基づき保有する土地、領域及び資源並びに自己

がその他の方法で取得した土地、領域及び資源を所有し、使用し、開発し、及び管理をする権利を有する。

３．国はこれらの土地、領域及び資源に対して法的な承認及び保護を与えなければならない。この承認は、当該先住民族の慣習、伝統及び土地保有制度に対する十分な尊重をもって行わなければならない。」（甲１３）

と定めており、自由権規約２７条の解釈においても、上記宣言の規定が尊重されなければならない。

カ　（IL0１６９号条約（「原住民及び種族民条約」）

またIL0１６９号条約（「原住民及び種族民条約」1989/06/27）は、先住民族の「社会的及び文化的独自性、慣習、伝統並びに制度を尊重して、その社会的、経済的及び文化的権利の十分な実現を促進すること」「原住民とその国の共同社会の他の構成員との間に存在しうる社会経済格差を除去するため、関係人民の構成員をその希望及び生活方法と適合する方法によって、援助すること」（第２条２項(b)(c)）と定め、天然資源に関する先住民族の権利は「特別に保護される」と定めている（１５条１項）（甲３５）。

我が国は、IL0１６９号条約について未批准であるが、国連委員会から再三に亘って批准を勧告されており、また同条約の定めは、先住民族の人権に関する国際法上の理解である。後述（１８頁以下）するとおり、人権条約は、その解釈が時代の発展、特に現在の生活条件に適応しなければならない、生きた国際文書なのであり（甲４３の１、２、米州人権裁判Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua判決　para 146)、国際的な他の条約、宣言等をふまえて解釈されなければならない。

米州裁判所Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay判決も、「条約の

解釈は直接に関連する文書だけではなく、それが一部をなすところのシステムも考慮すべき」「国際人権法の関連する発展を考慮し・・・IL0１６９号条約のような､米州条約以外の他の国際条約に依拠することが有益であり適切である」と判示している（甲４４号証の１、２、para １２５、１１２７）。

従って、先住民族の権利宣言はもとより、IL0１６９号条約の内容も、自由権規約２７条の解釈においても援用され、具体化されるものである。

３　経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（社会権規約、A 規約）によるアイヌのサケ捕獲権保障

(1)　（社会権規約１５条及び一般的意見２１）

経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（以下「社会権規約」という）は、自由権規約とともに、わが国において１９７９年6月２１日批准され、同年9月２１日発効した（甲３３）。

社会権規約第１５条１項（a）は、すべての者に対し「文化的な生活に参加する権利」を保障している。

同条について、社会権規約委員会は 2009 年、上記「文化的な生活に参加する権利」について一般的意見２１を採択した（E/C.12/GC/21(2009)）（甲３４の 1、２）。

同意見において委員会はまず、同条の保障する文化的な権利が、人間の尊厳の維持と多様で多文化な世界における個人と共同体の間の積極的な社会相互作用にとって本質的なものであると指摘する（para １）。そしてこの権利は、その本質において「自由」として特徴付けられると指摘し、国家に積極措置を求めるとともに、文化的な慣行等への不介入を要求するものであるとしている（同上 para ６）。

(2)　(集団的権利性及び先住民族の資源についての権利)

さらに同意見は、１５条の権利は集団的な権利でもあって、個人として、他者と共同して、又は共同体ないし集団として行使しうるとし(同上para　7，para９)、特に先住民族の同権利については、非常に共産的であるか、又は共同体としてのみ表現され行使されると指摘する（同上 para　３６)。

特に先住民族について同意見は、以下のとおり、第１５条には、先住民族の先祖伝来の土地、領域、資源についての権利が含まれ、締結国はこの権利を承認し、保護する措置を講ずる義務を負うとしている。

「先住民の文化的生活が有する高度の共同性という側面は、彼らの存在、幸福及び発展に不可欠なものであり、彼らが伝統的に所有、支配し、又はその他の方法で利用・獲得してきた土地、領地及び資源に対する権利もこれに含まれる。先住民の、生活手段を含む特有の生活様式の衰退、彼らの天然資源の喪失、さらに究極的には、先住民が有する文化的アイデンティティの喪失を防ぐため、先祖伝来の土地や自然との関係性と結びついた先住民の文化的な価値観と権利には、敬意と保護が与えられるべきである。締結国は、先住民が共有する土地、領地及び資源を所有、開発、管理及び使用する先住民の権利を承認し、これを保護する措置を講じなければならず、先住民の自由意志と十分な情報に基づく同意なくこれらが居住または使用に供されている場合には、当該土地及び領地を返還する措置を講じなければならない。」(para　３６)

上記意見の指摘するとおり、先住民族の文化は伝来の土地や自然と密接に結びついており、土地や資源に対する権利が認められなければ、先住民族はその生活手段を失い、生活様式や文化は衰退し、文化的アイデンティティは失われ、先住民族の文化に参加する権利は失われる。

(3) （社会権規約の裁判規範性）

社会権規約の裁判規範性について、大阪高裁平成１８年１１月１５日第６民事部判決は、社会権規約９条について、「国家から差別を受けないという自由権的側面が問題となるのであって、かかる側面に関する事項については、社会権規約の規定であっても裁判規範性を有する」と判示している（甲４９）。

前記のとおり、社会権規約に関する一般的意見２１は、同条の保障する文化的な権利はその本質において「自由」として特徴付けられるとし、国家に対して不作為すなわち「文化的習慣の実践や、文化的な物資及びサービスへのアクセスを妨害しないこと」を要求しているとする（同、para ６）。

従って、先住民の文化享有権及びその具体化としての資源に対する権利は、自由権として裁判規範性を有している。そして社会権規約１５条の解釈に際しては、IL0１６９条約やその他の国際人権条約、宣言、決議、とりわけ先住民族の権利についての国連宣言等の到達点をふまえてなされなければならないことも、自由権規約２７条に関して既に論じたとおりである（前記８ないし１０頁）。

また、原告の文化的習慣の実践であり、文化そのものの基盤をなす河川での鮭捕獲を禁止し、文化的資源へのアクセスを制限することは、自由権規約２７条のみならず社会権規約１５条に反し、無効である。けだし、国内の法令が自由権規約ないし社会権規約に反する場合には、条約の優越性により、当該法令は無効となるからである。

(4) （結論）

前述の通り、先住民族であるアイヌの文化と生活様式は、とりわけ、川を遡上するサケ捕獲と密接に結びついてきた。

従って、アイヌ集団としての原告の本件サケ捕獲権は、人格的生存に必要な

民族固有の文化を享有する権利として自由権規約２７条により、また文化的生活に参加する権利として社会権規約１５条により保障される。

そして水産資源保護法２５条、漁業法及び北海道内水面漁業調整規則は、先住民族である原告構成員らが浦幌十勝川で営んできたサケ捕獲を禁止する点において、またその限度において自由権規約２７条及び社会権規約１５条に反し、無効である。

４　「あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約」（人種差別撤廃条約）によるアイヌのサケ捕獲権の保障

(1)　（人種差別条約と日本の加入）

国際連合憲章は、すべての人間に固有の尊厳および平等の原則に基礎を置いており、世界人権宣言はすべての人間は生まれながらにして自由であり、且つ尊厳および権利について平等であること、更にすべての人がいかなる差別をも、特に人種、皮膚の色又は国民的出身による差別を受けることなく同宣言に掲げるすべての権利及び自由を享有することができることを宣言している。これらの理念に基づいて、「あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約」（以下「人種差別撤廃条約」という）が、１９６５年第２０回国連総会において採択され、１９６９年に発効した。日本は１９９５年に加入している（甲３６の２）。

(2)　（人種差別撤廃条約による先住民族に対する差別の禁止）

ア　（「人種差別」の定義）

同条約第１条は、「この条約において『人種差別』とは、人種、皮膚の色、世系又は民族的もしくは種族的出身に基づくあらゆる区別、排除、制限又は優先であって、政治的、経済的、社会的、文化的その他のあらゆる公的生活

の分野における平等の立場での人種及び基本的自由を認識し、享有し又は行使することを妨げ又は害する目的又は効果を有するものをいう。」と定めており、先住民族に対する差別が同条約により禁止されることは明らかである（甲３６の１）。

外務省も、アイヌが「独自の宗教及び言語を有し、また文化の独自性を有していること等により、社会通念上、文化的諸特徴を共有するとされる人々の出身者である」として同条約の規定する「『民族的又は種族的出身』の範疇に含まれる」としている（外務省ホームページ「人種差別撤廃条約 Q&A」）。

また、同条約により禁止される「差別」は、平等の立場での基本的自由の享有、行使を妨害する「目的」行為だけではなく、結果として妨害する「効果」を有するものを含んでいることを留意しなければならない（甲３６の１、第１条１項）。

イ　（締結国の措置義務）

同条約第２条１項は、「締結国は、人種差別を非難し、また、あらゆる形態の人種差別を撤廃する政策及びあらゆる人種間の理解を促進する政策をすべての適当な方法により遅滞なくとることを約束する。」と定め、締結国が以下の措置をとることを定めている。

「(a) 各締結国は、個人、集団または団体に対する人種差別の行為又は慣行に従事しないこと並びに国及び地方のすべての公の当局及び機関がこの義務に従って行動するよう確保することを約束する。

(b) 各締結国は、いかなる個人又は団体による人種差別も後援せず、擁護せず又は支持しないことを約束する。

(c) 各締結国は、政府（国及び地方）の政策を再検討し及び人種差別を生じさせ又は永続化させる効果を有するいかなる法令も改正し、廃

止し又は無効にするために効果的な措置をとる。

(d)各締結国は、全ての適当な方法(状況により必要とされるときは、立法も含む。）により、いかなる個人、集団又は団体による人種差別も禁止し、終了させる。

（e）各締結国は、適当なときは、人種差別の融和を目的とし、かつ複数の人種で構成される団体及び運動を支援し並びに人種間の分断を強化するようないかなる動きも抑制することを約束する。」

上記のとおり同条約は、２条１項において、締結国には国及び地方のすべての公の当局及び機関が人種差別撤廃の義務に従って行動する義務があること、また「人種差別を生じさせ又は永続化させる効果を有するいかなる法令も改正し、廃止し又は無効にするために効果的な措置をとる」義務があることを定めている。

ウ　(「単独で及び他の者と共同して財産を所有する権利」)

同条約５条は、「第２条に定める基本的義務に従い、締結国は、特に次の権利の享有に当たり、あらゆる形態の人種差別を禁止し及び撤廃すること並びに人種、皮膚の色又は民族的若しくは種族的出身による差別なしに、すべての者が法律の前に平等であるという権利を保障することを約束する」として、「(d)（ｖ）　単独で及び他の者と共同して財産を所有する権利」を定めている。

すなわち、差別撤廃条約は、先住民族が「単独で及び他の者と共同して財産を所有する権利」の享受にあたり、締結国があらゆる形態の差別を禁止し撤廃すること、差別なく法の下での平等を保障するよう求めているのである。

(3)（財産権享有についての差別の禁止と権利の集団的性格）

ア　一般的な国際人権法における「財産」とは、動産のみならず土地や土地に

付着するなど動かしたり引き離したりできない財産を含む。

そして同条約のコンメンタールによれば、第５条（d)（ｖ）の「『単独で又は他者と共同して』という語句は、集団的特質を持つ権利を示唆している」（甲３８の１、２、３４７頁）(Patrick Thornberry, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination A Commentary,* Oxford University Press,347 (2016))。

そして条約第５条の上記権利の用語法は、「世界人権宣言で表明された財産権及び、少数者に属する者の「集団の他の構成員と共同して」享有する権利を保障した自由人権規約２７条の準用と構造的に同様である」「先住民族の権利は、集団的権利の意味において『ハードな』集団的権利と『ソフトな』集団的権利の意味合いの両方で構成されており、多くの例において個人の集合体というよりは、共産社会的な権利概念が一般化していることを示唆しており、UNDRIP（先住民族の権利に関する国連宣言）においては自己決定につながる権利に包含されている。共産社会的・集団的概念は、先住民族の権利に関する国際文書において最も広範に反映されており、財産権の集団的概念の注目すべき原理的拡張が、ICERD（人種差別撤廃条約）のような先住民族について特別な言及を行わない文書において、特に米州制度の機関、とりわけ『すべての人が財産を有し享有する権利を有する』と述べる米州人権条約 ２１条に集中して、生じている」(同上)。

すなわち人種差別撤廃条約においても、先住民族の財産権概念については、共産社会的、集団的概念として原理的に拡張されているのであって、先住民族に属する個人のみに保障されるのではなく、集団的な特質を持つ権利として集団的に保障されるものである。

イ　この点について、ニカラグアの先住民族が先祖代々居住する土地での森林

伐採事業への政府の認可に対し、米州人権条約[1]２１条の財産的規定に基づいて米州人権委員会に司法救済を申し立て、米州人権裁判所に付託された事案において、裁判所は「先住民族の中には、土地の所有権が個人にではなく、むしろ集団や共同体に集中するという意味において、土地の集団的財産の共同体形態に関する共同的伝統が存在する。先住民族の集団は、まさにその存在そのものという事実によって、自身の領域において自由に生活する権利を有している；先住民族の有する土地への緊密な結びつきは、その文化、精神生活、社会統合及び経済的生存の根本的な基盤であることが認知され、理解されねばならない。先住民族の集団にとって土地との関係は、単なる所有や生産にかかる事柄ではなく、その文化的遺産を維持し将来の世代へ受け継いで行くために、彼らが全面的に享受しなければならない物質的および精神的な要素なのである。」と判示した（Inter-American Court of Human Rights. The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Judgement of August 31,2001）（甲４３の１、２、para１４９）。なお、同判決は続けて、先住民族の土地の権利については、先住民族の慣習法が特に考慮されねばならないのであって、国家による公式な認証証書がないとしてもその成立、保護に支障はないとし（前同、para １５１）、ニカラグア政府が、米州人権条約２１条で保障された財産権を侵害し、本件先住民族共同体構成員に損害を与えたと判示している（前同、para １５５）。

前記 Thornberry コンメンタールは、Saramaka v.Suriname(甲４５の１、２), Moiwana v. Suriname, Yakye Axa v. Paraguay（甲４４の１、２），

[1] 米州人権条約は、1978 年発効し、加盟国は 19 カ国。米州機構は 1951 年に発足した米州における唯一の汎米国際機関であり、正式加盟国は 35 カ国、日本は 1973 年に常任オブザーバー国となっている。米州人権裁判所は、前記米州人権条約により設立され、同条約の適用、解釈を行う。

Sawhoyamaxa v. Paraguay, Marry and Carrie Dann v. the U.S.等の米州人権裁判所の判例についても、同様に「集団的な財産権の特有で自律的な性格」を承認したものとして引用している（甲３８の１、２、３４８頁)。

また前記 Thornberry のコンメンタールによれば、「米州人権機関により用いられる解釈手続きは、米州の関連条項は国際法における人権の発展的理解に照らして理解されるという点において、CERD の用いる解釈法と相等しいものであることは特筆すべき」であるという（前同）(CERD Committee on the Elimination of Discrimination, 人種差別撤廃委員会)。

米州人権裁判所の Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay (June 17,2005)判決も、条約の解釈方法について以下のように判示している（甲４４の１、２、para １２４ないし１２７)。

> 「本件において条約２１条の内容及び適用範囲を分析するにあたり、当裁判所は、従前行ったように、同条約２９条において明らかにされている解釈の一般的原則に照らして、政府がこの権利を十分に効果的なものとした手段と同様に、文化的アイデンティティを維持し将来の世代に伝えることを含んだ、先祖伝来の土地の共同財産の先住民にとっての特別な意味を考慮することとする。
>
> 当裁判所はかつて、欧州人権裁判所と同様に、人権文書は生きているものであり、その解釈は時代の発展及び現在の生活状況と相伴ってなされなければならないと判示した。ここでいう発展的解釈とは、「条約法に関するウィーン条約」で明らかにされているものはもちろん、米州人権条約２９条で具体化された解釈の一般原則と一致する。
>
> この点において、当裁判所は、条約の解釈は直接に関連する合意

や文書（ウィーン条約３１条第２段落）だけではなく、それが一部をなすところのシステムも考慮すべきと判示してきた（同条約３１条第３段落）。

本件においては、条約２１条の適用範囲を考えるにあたり、当裁判所は、国際人権法の関連する発展を考慮し、米州機関の発展と一致するようにその条項を解釈するために、IL0１６９号条約のような、米州条約とは別の他の国際条約に依拠することが有益であり適切であると思料する。」

上記のとおり、自由権規約や社会権規約、人種差別撤廃条約等を解釈するにあたっては、国際人権法の発展と現状を考慮し、IL0１６９号条約や先住民族の権利宣言等、他の国際条約の解釈や内容、その国際的な到達点をふまえてなされなければならないのである。

ウ　上記のとおり、人種差別撤廃条約第５条が先住民族に対し差別なく享有することを保障する財産的権利は、先住民族社会における共同体的・共産社会的な権利概念を反映して、本来的に集団的な特質を有しており、その解釈においても集団的概念に拡張されている。

(4)（人種差別撤廃条約の国内的効力）

ア　（国内的効力）

前述のとおり、憲法９８条２項に基づいて、条約の国内効力については、特別の国内法を制定する必要はなく、条約が公布されることによって国内法的効力を持つに至るものであり、且つ条約は、一般の法律に優先する効力を有する。

イ　（直接適用、自動執行性及び原告のサケ捕獲権）

人種差別撤廃条約が直接適用されることについて、静岡地裁浜松支部平成１１年１０月１２日判決は、前述のとおり条約は憲法９８条２項により国内法よ

りも優越した効力を有するとして、人種差別撤廃条約は「わが国においても国内法としての効力を有する」と判示し、国内的効力を認めた。

更に同判決は、外務省が「『この条約の実施のためには、新たな立法措置及び予算措置を必要としない』旨」説明していることは、「わが国の憲法がその前文において主権が国民に存する民主主義を人類普遍の原理として採り、また、国際協調主義を標榜しているのみならず、その第三章において、個人の尊厳と生命、自由及び幸福追求の権利、並びに人権、信条、性別、社会的身分又は門地により差別されないという法の下の平等を謳い、さらには思想良心の自由等個別の基本的人権を掲げ、これらの基本的人権は侵すことのできない永久の権利であって、国民の不断の努力によって保持しなければならないと規定していることから、これで充分賄えるとして、敢えて立法措置や予算措置を必要としなかったものと考えられる。」「人種差別撤廃条約は、この条約の前文に掲げている世界人権宣言等が、自由権、平等権、人種差別の禁止等の基本的人権を高らかに世界に宣言しているのにとどまるのに比べて、一歩を進め個人や団体の差別行為についての採るべき立法その他の措置を締結国に要求している。このことは、我が国内において、人種差別撤廃条約の実体規定に該当する人種差別行為があった場合に、もし国または団体に採るべき措置が採られていなかった場合には、同条約第六条に従い、これらの国または団体に対してその不作為を理由として少なくとも損害賠償その他の救済措置を採りうることを意味する。そしてまた、何らの立法措置を必要としない外務省の見解を前提とすれば・・・右条約の実体的規定が不法行為の要件の解釈基準として作用する」と判示し、特別の法律の制定を必要とせず、人種差別禁止条約が適用されると判示した。

日本政府は、人種差別撤廃条約が「締結国は・・・約束する」等と規定していること及び条約９条が何らかの国内的な措置を講ずることを予定しているこ

とを理由に、同条約の自動執行性（直接適用可能性）を否定している。

しかし、「人種差別撤廃条約の起草過程をみれば、『条約』の規定方式がその自動執行性を否認することに合意があったとは言え」ず、他条約と比較してもその主語の相違が意図的なものであるかどうかは疑わしいのであり、規定の明確性において大差はない。更に人権条約は、同一の権利に関して必ずしも同一の規定方式をとっているとは限らないのであり、人種差別禁止条約の規定が自動執行性を否定するとは言えない。また、同条約９条は条約の自動執行性を否定する趣旨ではないし、そもそも報告制度に関する規定であって自動執行性とは関係がない。むしろ同条約９条は「締結国がこの条約の諸規定の実現のためにとった立法上、司法上、行政上その他の措置を・・・国際連合事務総長に提出する」と定めており、裁判所による条約適用を前提としていると考えられる（甲５０、村上正直「人種差別撤廃条約と日本」日本評論社１３２ないし１３４頁)。

結局、直接適用の有無は、条約の規定の趣旨から実質的に判断されるべきであり、条約第２条１項（a）ないし(c)は、締結国が人種差別撤廃条約に従事しないこと、国及び地方公共団体の公の機関が差別禁止の義務に従うこと、締結国は人種差別を後援、擁護、支持しないこと、人種差別を生じさせ又は永続化させる効果を有するいかなる法令も改正､廃止､無効にすることを定めており、これらの規定を裁判所において直接に適用することに障害はない（前同１３４頁参照)。

人種差別撤廃条約の直接適用性が問題となるのは、同条約４条を中心とする私人間への適用ないし差別への刑罰の点であり、差別の効果を有する法律の適用を含めた締結国ないしその機関の行為については､同条約は直接適用される。

(5)（人種差別撤廃条約の内容―条約解釈の指針である人種差別撤廃委員会―

般的勧告２３（１９９７年、第５１会期）及び日本政府に対する最終所見）

では、上記国内的効力を有する差別撤廃条約は、先住民族に対してどのような内容を有しているのか。

人種差別撤廃条約の内容を解釈するにあたり、主要な指針となるのは、人種差別撤廃委員会の一般的勧告である。

１９９７年８月１８日、人種差別撤廃委員会は、「先住民族の状況は常に密接な注目と関心をよぶ事項であった。この点で、委員会は、常に次のことを確認してきた。すなわち、先住民族に対する差別は条約の適用範囲内のものであること、及び、かかる差別を戦い、かつこれを撤廃するためのすべての適当な措置がとられなければならないということである。委員会は、総会が１９９４年１２月１０日から開始される『世界先住民国際１０年』を宣言したことを注目し、『あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約』の規定が先住民族に適用されることを再確認する。委員会は、世界の多くの地域において、今日まで先住民族が差別を受け、その人権及び基本的な自由を奪われ、現在もそうであるという事実、特に、先住民が、その土地及び資源を入植者、商業社会及び国営企業に奪われてきたという事実を認識している。その結果、今日まで先住民族の文化及びその歴史的アイデンティティの維持が脅かされ、現在もなおそうである。」として、一般的勧告２３（先住民族に関する一般的勧告）を行った（甲３７の１、２）。

その内容として、委員会は締結国に対し、第４段落において、以下ａからｅの要請を行った。

「a. 国家の文化的アイデンティティを豊かにするものとして、先住民族の異なった文化、歴史、言語、および生活様式を認識し、且つ尊重すること、並びにその維持を促進すること

「b. 先住民族の構成員が自由であり、且つ尊厳及び権利において平等であり、いかなる差別、特に先住民の出身であること又は先住民としてのアイデンティティをもつことを理由とした差別を受けないことを確保すること

「c. 先住民族に対して、その文化的特性と両立する、持続的な経済及び社会発展が可能となる諸条件を提供すること

「d. 先住民族の構成員が公的生活に効果的に参加することについての平等の権利を有することを確保し、並びに、十分な説明を受けてなされる同意（informed consent）なしに、先住民の権利及び利益に直接関係する決定を行わないことを確保すること

「e. 先住民の社会が、その文化的伝統及び慣習を実践し、及びこれらを再活性化する権利並びにその言語を維持し実践する権利を行使することができるよう確保すること。」

更に同勧告は以下のとおり規定する。

「５． 委員会は、締結国に対して特に次のことを要請する。

先住民族の共有地・地域及び資源を所有し、開発し、管理し及び使用する先住民の権利を承認し及び保護すること、先住民族が伝統的に所有してきた土地・地域が奪われ、又は当該土地・地域が先住民の自由な且つ十分に説明を受けてなされる同意なしに、他の者に居住され若しくは使用されている場合には、当該土地・地域を返還するための措置をとること、である。

実際上の理由によりこれが不可能な場合にのみ、原状回復を受ける権利に代えて、正当な、公正な且つ迅速な補償を得る権利が認められるべきである。かかる補償は、可能な限り土地・地域の形態をと

るべきである。

６．委員会は、さらに、締結国に対して、自国領域内の先住民族と協力して、条約のすべての関連規定を考慮に入れて先住民の現状に関する十分な情報をその定期報告書の中に含めることを要請する。」（甲３７の１、２）

上記勧告は、「現代における企業による先住民族の土地及び資源の剥奪のみならず、入植者による剥奪にまで言及して」おり、「このような歴史への言及は・・・自由権規約委員会や社会権規約委員会には見られない特徴である」（甲４６、小坂田裕子「先住民族と国際法―剥奪の歴史から権利の承認へ―」信山社２１２頁）。

すなわち、このような先住民族の土地の返還又は補償の権利は、人種差別撤廃委員会の最終所見から、遡及的な効果を持つことが想定されている（前同２１０頁）。同委員会は、日本に対する最終所見において「先住民族としてのアイヌの権利の更に促進するため措置を講ずることを勧告」し、「特に、土地権に関わる権利の認知及び保護並びに土地の滅失に対する賠償及び補償を呼びかけている先住民族に関する一般的勧告２３（５１会期）に締結国（注：日本）の注意を喚起」している（甲３９、Concluding observations for Japan, U.N. Doc. CERD /C /58 /CRP (2001) ,para 17.）

更に２０１４年９月２６日には、人種差別撤廃委員会は、アイヌの人々の権利を保護し促進するための日本政府の対策の不十分性、とりわけ「土地と資源に対するアイヌの人々の権利の不十分な保護と，彼ら自身の文化と言語への権利の実現」について懸念を表明し、前記先住民族の権利に関する一般的勧告２３（１９９７ 年）及び「先住民族の権利に関する国際連合宣言」の観点から、「土地と資源に関するアイヌの人々の権利を保護するための適切な措置をとり，

文化と言語に対する権利の実現に向けた措置の実施を促進すること」等を勧告し、前回の勧告同様、「独立国における原住民及び種族民に関する ILO 第 １６９ 号条約（１９８９年）」の批准を勧告した（CERD/C/JP/CO/7-9）（甲４０、para ２０）。

更に２０１８年８月３０日にも同委員会は日本政府に対し、「アイヌの人々の土地及び資源に対する権利並びに言語及び文化遺産が十分に確保されていないこと」を指摘し、「先住民族の権利に関する一般的勧告２３（１９９７年）」をふまえて「アイヌの人々の土地及び資源に関する権利を保護するための措置をとること並びに文化及び言語に対する権利の実現に向けた取組の強化を継続すること」を勧告した（CERD/C/JPN/CO/10-11）（甲４１、para １５、１６）。

(6)（アイヌ集団のサケ捕獲権は人種差別撤廃条約により保障されている）

上記のとおり、人種差別撤廃条約は、先住民族が差別なくその集団的な財産権を保有することを保障し、先住民族がこれまでも、又今もなお、差別されて人権と基本的な自由を奪われ、歴史的にその土地と資源を奪われて、自らの文化や歴史的アイデンティティの保持が危機にさらされていることをふまえて、締結国に対し、先住民族の土地・資源に対する所有・開発管理・使用の権利を承認・保護することを求め、それが奪われている場合には返還することを求めている。

よって、人種差別撤廃条約第５条により、先住民族集団である原告が歴史的に有してきたサケ資源に対する権利が承認されているのであり、国はその権利を保護し、それが奪われている場合には返還する義務を負っている。

(7)（原告が先住民族としてサケ捕獲権を有すること及びその権利を奪うことは人種差別禁止条約、憲法１４条、アイヌ施策推進法に反し違法であること）

ア　人種差別撤廃条約が自動執行性を有するか否かによらず、条約として公布

されている以上、同条約は憲法９８条により法律に優越する効力を有する。

従って、先住民族が伝統的に所有・占有してきた土地における自然資源を保有し、管理し、使用する権利を保障する同条約に反する法律は無効である。

また後述のとおり、自動執行性が直ちに認められず国内法的整備がなされていない場合であっても、裁判所による司法的救済が期待されるのであり、この場合には「憲法の人権条項の解釈を通じて救済が図られる」(「日本国憲法論第２版」佐藤幸治、成文堂１３８頁)。従って日本国憲法第１４条が「すべて国民は、法の下に平等であって、人権、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的、社会的関係において、差別されない」と定めている以上、人種差別撤廃条約の内容は、日本国憲法１４条の解釈を通じて実現されるのであり、人種差別禁止条約に反する差別をもたらす法令は同条に反し、違憲無効である。

イ　なお前述のとおり、人種差別撤廃条約により禁止される「差別」は、平等の立場での基本的自由の享有、行使を妨害する「目的」行為だけではなく、結果として妨害する「効果」を有するものを含んでいる（第１条１項)。

この点について、「客観的に異なる状況にある個人又は集団を平等に扱うことは、客観的に同じ状況にある者を不平等に扱うことと同じように、効果としての差別を構成する。人種的差別の定義に関する一般的勧告１６は以下のように述べている;『異なった取り扱いをすることは、もしその基準が条約の対象と目的に照らして合法と判断されるのであれば、差別を構成しない』(U.N.Coc.A/48/18 at 114(1994) 」(Jeremie Gilbert, ”*CERD’s Contribution to the Development of the Rights of Indigenpous People under International Law*”, Fifty Years of the International Convention on the Elimination All Forms if Racial Discrimination(2016))。

そして、１９９７年の一般的勧告２３において人種差別撤廃委員会は、締結国に対し、「先住民族の共有地、領域及び資源を所有し、開発し、管理及び使用する先住民の権利を承認し、保護すること」及び「先住民が伝統的に所有してきた土地・地域が奪われ、又は当該土地・地域が先住民の自由なかつ十分に説明を受けてなされる同意なしに他の者に居住され若しくは使用されている場合には、当該土地・地域を返還するための措置をとること」を特に要請している。

国際法における先住民族の権利の発展に対する条約の貢献を分析したイギリスのジェレミー・ジルベール教授の前記論文によれば、「このアプローチに基づいて委員会は先住民族の土地、領域および資源にかかる所有、利用及び管理の権利を国家が保護すること、そして国家が当該権利を承認しないこと『それ自体が人種差別とされる』という趣旨の『判例』を発展させた」という（甲４７、苑原俊明「先住民族の土地権；人種差別禁止規範から見たオーストラリアの判例と国内法の展開」５９頁）（Gilbert, *supra*）。実際、後述のとおり、米州人権裁判所及 ACHPR（人及び人民の権利アフリカ委員会）等の判例及び意見は、上記一般的勧告の内容を基本としている。

人種差別撤廃条約の内容は、日本国憲法 14 条の解釈を通じて実現されるから、後述のとおり憲法 14 条は日本が批准した人種差別撤廃条約の内容をふまえて、日本政府にアイヌのサケ資源の所有、利用、管理を保護することを求めている。

更にまた、アイヌのみを対象とせず一律にサケの捕獲を禁止する法令であっても、結果としてそれは先住民族であるアイヌの自然資源保有・管理・使用の権利を認めず、妨害し、その民族的存続に差別的な効果をもたらすものであるから、先住民族に対する差別として無効である。

ウ　以上のとおり、原告らのサケ捕獲権を禁止する法令及び条例等は、先住民族であるアイヌ民族の資源に対する権利を奪い、その文化・信仰・アイデンティティの保持を危機にさらす差別であって無効である。同条約に基づき、被告らは原告の先住民族の権利を回復する義務を負っている。

(8)（アイヌ施策推進法によるアイヌのサケ捕獲権保障）

「アイヌの人々の誇りが尊重される社会を実現するための施策の推進に関する法律」（以下「アイヌ施策推進法」という）第４条は、以下のとおり規定し、アイヌ民族への差別を禁止し、アイヌ民族の権利利益の侵害を禁止している。

「第４条　何人も、アイヌの人々に対して、アイヌであることを理由として、差別することその他の権利利益を侵害する行為をしてはならない。」

前記のとおり、自由権規約及び差別撤廃条約は直接的国内効力を有しており、国内法に優先する効力がある。また、社会権規約１５条は、自由権としての性質を有するものとして国内における裁判規範性、優越的効力を有する。従って、少なくとも、先住民族であるアイヌ民族に対する差別の禁止及び権利利益の保障についての上記４条の解釈にあたっては、自由権規約２７条及びその解釈基準である一般的意見２３、社会権規約１５条１項（a）及び一般的意見２１、差別撤廃条約第５条及び一般的勧告２３の規範的内容に基づかなければならない。

従ってアイヌのサケ捕獲権は、先住民族であるアイヌに対する差別禁止の内容として保障される。

また先住民族集団である原告のサケ捕獲を禁止することは、先住民族であるアイヌ民族の資源に対する権利を奪いその文化・信仰・アイデンティティの保持を危機にさらす差別であり、先住民族としての権利を侵害するものであって、

アイヌ施策推進法第４条に反し、違法である。

５　国際慣習法に基づく原告のサケ捕獲権

(1) 国際法の法源の１つとして国際慣習法があげられるところ、国際司法裁判所（ＩＣＪ）規定第３８条１項（ｂ）は、国際慣習法とは「法として認められた一般慣行としての証拠としての国際慣習」と定められ、事実的・客観的要素としての慣行と心理的・主観的要素としての法的信念を成立要件とする（2 要素理論）。

以下のとおり、多くの人権条約において先住民集団の資源についての権利が認められ、これを具体化し解釈基準となる国連委委員会の意見及び勧告が積み重ねられていること、先住民族の権利が明言されていない条約においてさえ、その権利保障について先住民族の上記権利が特別に考慮されていること、国連における各宣言の積み重ねや、人権裁判所においても先住民集団の土地、領域および資源等に関する権利が認められ、これを妨害し又は承認しない国家の対応を違法なものと判示する判決が積み重ねられていること等からすれば、既に先住民集団が先祖伝来の土地において資源に対する権利を有することは、客観的な慣行として存在し、国際社会及び人権裁判所においても法的な信念として確立しているものである。

(2)　前述のとおり、１９４８年に採択された世界人権宣言にもとづき、１９６６年には「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（自由権規約）及び「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」（社会権規約）が採択された。

自由権規約２７条は、「種族的、宗教的又は言語的少数民族が存在する国において、当該少数民族に属する者は、その集団の他の構成員とともに自己の文化を享有し、自己の宗教を信仰しかつ実践し又は自己の言語を使用する権

利を否定されない。」と定めて少数民族の文化享有権を保障している（甲３２）。

更に国連自由人権委員会が一般的意見２３（General Comment 23 (50) (Art. 27, Minorities' Rights)4/6/1994）において、Ｂ規約第２７条は個人の権利を保障する前提として集団の権利を保障しており、この権利には、漁業または狩猟などの伝統的な活動を行う権利及び法律によって保護された居留地で生活する権利も含まれる」と明示していることも、前述のとおりである（甲３０の１、２）。

また前述のとおり、社会権規約第１５条１項(a)は、すべての者に対し「文化的な生活に参加する権利」を保障しており、社会権規約委員会は２００９年、上記「文化的な生活に参加する権利」について一般的意見２１（Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No.21, Rights of Everyone to Take Part in Cultural Life, U.N. Doc. E/C.12/GC/21(2009)）において、同条の保障する文化的な権利が、人間の尊厳の維持と多様で多文化な世界における個人と共同体の間の積極的な社会相互作用にとって本質的なものであると指摘し、同条には先住民族の先祖伝来の土地、領域、資源についての権利が含まれ、締結国はこの権利を承認し、保護する措置を講ずる義務を負うとしている（甲３３、３４の１、２）。

１９６５年に採択された人種差別撤廃条約においても、前述のとおり人種差別撤廃委員会は一般的勧告２３において、先住民族がこれまでもまた今もなお差別されその土地と資源を奪われてきた事実と、それにより自らの文化、歴史的アイデンティティの保持を困難にされていることを指摘し、先住民族の土地・資源を所有、開発、管理、使用する権利を承認し保護すること、返還の措置をとることを締結国に要請し、被告日本政府の定期報告に対してもアイヌの人々の土地及び資源に関する権利を保護するための措置をとるよう

勧告している（甲３６・３７の各１、２）。

また前述のとおり１９８９年に採択された IL0１６９号条約（原住民及び種族民条約）も、先住民族にその影響を受ける開発計画への関与を認めるとともに土地及び資源についての権利を保障することを定めており、人種差別撤廃委員会は被告日本政府の定期報告に関する総括所見において繰り返し、同条約の批准を求めている（甲３５）。

また、２００１年に南アフリカのダーバンで開催された「人種主義、人種差別、外国人排斥及び関連する不寛容に反対する世界会議」（ダーバン会議）（甲４２）において国連加盟国が採択した宣言は、先住民族について特に言及し、「先住民の権利を十分に認識し・・・適切な憲法、行政、立法及び司法上の措置を採用する必要性」（甲４２、para２３）を指摘し、「自己に特有の形態の組織、ライフスタイル、文化及び伝統を維持する権利、自己の居住する地域において自己の経済構造を維持する権利、教育の制度及びプログラムに参加する権利、狩猟及び漁業の権利も含め、自己の土地と自然資源を管理する権利、並びに、司法に平等にアクセスする権利」を認め（前同 para４２）、「先住民がその精神的、肉体的及び文化的存在の基礎として土地との間に特別の関係が存在することを認識し、諸国に対し可能な限り、先住民が国内法で保障されている自らの土地及び天然資源の所有権を保持できるようにするよう奨励」（前同 para４３）した（前同 para３９ないし４５）。

２００７年には「先住民族の権利に関する国際連合宣言」が採択され、同宣言において先住民族自己決定権及び自治の権利が保障され、その伝統と慣習についての権利、土地や資源との精神的なつながりを維持・強化する権利、土地や領域、資源に対する権利が認められている（甲１３）。

(3) このような国連宣言や条約の積み重ねを経て、前述のとおり米州人権裁判

所は、先住民族にとって土地が経済的のみならず精神的にも重要性を有していることを強調し、米州人権条約が先住民族の自決権やマイノリティの権利等についてその条文上規定を有しないにも関わらず、個人の財産権を保障した同条約２１条を発展的に解釈して先住民族の土地に対する集団的な財産権を認めた（Mayagna(Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Judgement of August 31,2001）（甲４３の１、２）。

また前述のとおり、米州人権裁判所はその後、Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay 判決において、米州人権条約の財産権保障の解釈においては、人権保障規定の解釈は時代の発展と現在の生活状況に合わせたものでなければならないとし、国際人権法の発展を考慮して、IL0１６９号条約等の国際条約に依拠することが有益であり適切であると判示し、先住民族アイデンティティの精神的及び物質的基礎が先祖伝来の土地との独特な関係に求められること、土地に対する先祖伝来の権利は文化的アイデンティティと先住民共同体とその構成員にとって生存に関わる死活的な権利であることを認定した（甲４４の１、２）。同判決は、

> 「政府は、先住民の領域についての権利は、その文化の再生産のため、その発展のため、彼らの人生の目標を実現するための必要な条件であるとして、居住地を管理する、統合された人々として生存するための集合的な権利に関連するより広範な、また異なった概念を含むことを考慮しなければならない。土地の財産は、先住民の共同体構成員がその文化遺産を維持することを保証するものである。
>
> 先住民共同体の構成員の彼らの領域に対する先祖伝来の権利を無視することは、文化的アイデンティティや先住民共同体及び

構成員のまさに生存そのものというような、他の基本的な権利に影響を及ぼしうる。」（前同、para １４６、１４７）

「先住民の共同体的財産の権利を保障するためには、土地が、自然や料理技術、慣習法、衣服、哲学や価値に関する彼らの口頭の表現や伝統、慣習や言語、芸術や儀式、知識や経験に密接に結びついていることを考慮することが必要である。彼らの環境、自然との統合や歴史に関して、先住民共同体構成員は、この非物質的な文化遺産を１つの世代から次の世代に伝えていくのであり、それは先住民集団や共同体の構成員によって、絶えず再生産されている。」（para１５４）

と判示している。

そして同判決は、私人と先住民族共同体の土地に対する権利主張が衝突し、その領域及び資源を先住民族に返還する措置がとれない場合には、関連先住民族とのコンセンサスを得た公正な補償がなされなければならないと判示し、ニカラグアが米州人権条約２１条に違反していると判示した（甲４４の１、２）。

この判示は、先住民族の土地や資源に対する権利が国際条約等により国際人権法において確立しており、これを認める法的信念が確立していることを証している。そうであればこそ米州人権裁判所は、先住民族の権利について明文のない米州人権条約の適用において先住民族の権利を認定したのである。

更に２００７年には、米州人権裁判所は、先住民族の権利を保障する国内法が存在せず、IL0１６９号条約も締結していないスリナムに対しても、自由人権規約及び社会権規約を批准していることから、これらの実施監督機関が、実行上先住民族が伝統的に使用及び占有している領域との独特な精神的関係

を享受する権利を保障していることを指摘し、先住民族の先祖伝来の領域における天然資源の調査に対してこれを保護するための必要なセーフガードが実施されていないと指摘した（甲４５の１、２）（ Saramaka People v. Suriname, Judgement of November 28, 2007)。

(4) １９８１年に採択された「人及び人民の権利に関するアフリカ憲章」(バンジュール憲章）に基づいて、人及び人民の権利アフリカ委員会（ACHPR）も２００５年に WGEIP/C 報告書を作成して「先住民の権利を認め、先住民族の伝統的生活様式を維持し、民族としての彼/彼女らの消滅を防ぐために必要な先祖伝来の領域内の天然資源についても先住民族が権利を有している」と判断している（African Commission on Human and Peoples’ Rights, Centre for Minority Development(Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, Communication 276/2003, February 4. 2010.）(甲４６、１５４ないし１６５頁)。

また自由権規約委員会は、個人通報制度に基づきカナダの先住民族がカナダ政府の森林伐採許可に対して権利侵害を申し立てた事案について、「規約２７条で保護される権利は、他の者とともに、彼らが属する社会の文化の一部である経済的社会的活動に従事する権利を含むことを認める。」「長年にわたる不公正と近年の開発は、ルビコン湖部族の生活様式や文化を脅かし、それらが継続する限り、規約２７条の違反を構成する。」と判示している（Chief Bernard Ominayak and the Lubikon Lake Band v. Canada(167/1984)自由権規約委員会 1990 年 3 月 26 日見解)。そして、サーミ族出身者がフィンランド政府の樹木伐採及び道路建設計画許可について権利侵害を申し立てた事案について、自由人権規約の一般的見解２３をふまえて「通報者が規約２７条の意味での少数者であること、及びそのような者として固有の文化を享有する

権利があること、さらにトナカイ牧畜がサーミ族の文化を構成する基本要素であることに争いはない」「委員会は２７条に関する一般的意見の７項の文言を想起する。それによれば、少数者または先住民は、狩猟、漁労または牧畜のような伝統的活動について保護を受ける権利を有し、且つ『自己に影響の及ぶ決定に実効的に参加することを確保する』措置が取られなければならない」と判示している（IImari Lansoman et.al. v. Finland(671/1995) 自由人権規約員会１９９６年１０月３０日見解)。

(5) 各国の国内法においても、先住民族の土地や資源に対する権利が認められている。

たとえばカナダは、憲法第２５条において「本憲章における特定の権利および自由の保障は、次の各号に掲げる権利および自由を含むカナダの先住民に関する本来の、条約上の、あるいはそれ以外の権利または自由を廃止し、もしくは制限するものと解釈してはならない」と定め、同３５条は「カナダ先住民の既存の本来的権利および条約上の権利は、これにより承認、かつ確認する」と定めている。この点については、原告準備書面（１）６頁以下で詳述したとおりである。

またアメリカにおいて極めて早い段階から先住民族の自治権を認め、その占有する土地及びその土地上の資源についての権利、先住民族の狩猟、漁業及び採集の権利を保障する判例が積み重ねられてきたことも、既に原告準備書面（１）８頁以下で述べているところである。

オーストラリアにおいても、１９９２年のマボ判決（Mabo and others v. The State of Queensland(No.2)(1992)175 C.L.R.1.）により、オーストラリアのコモン・ローは、先住民の土地における権利・利益の保持を認めていること、発見理論に基づく「無主地（tera nullius)」の領域獲得の理論は先住

民とその社会組織及び慣習への差別的侮辱によるものであってコモン・ローの基本価値に反し無効とし、「先住民権限は州が有効な立法権あるいは執行権を行使して当該権限を消滅させない限り、クィーンズランド州に対し、また何人に対しても効力を有する」と判示し、先住民の土地や資源に対する権限を認めている（甲４７、苑原俊明「先住民族の土地権；人種差別禁止規範から見たオーストラリアの判例と国内法の展開」）。

ニュージーランドにおいては、１８４０年に先住民と入植者の権利を規定するワイタンギ条約が締結され、具体的係争は「ワイタンギ審判所」において審理されるが、特に土地については、１９９３年「マオリ土地法」（Maori Land Act 1993）が制定され、国土の３分の２が白人系ニュージーランド人による不法略奪と想定されている。そして「マオリの諸権限の回復と自然観の尊重は、ニュージーランドの環境保護に通じるものだとの指摘もある」という（山本英嗣「ニュージーランドにおける人権の歴史（３）―国際人権法からの検討―」早稲田大学比較法学４５巻２号９４、９５頁）。

(6) 上記のとおり国際社会においては、各国際条約、監視機関である国連委員会における一般勧告ないし最終所見、人権裁判所における判決、更には国内法における法令や判決が積み重ねられており、国際社会において法的信念に基づく実行が認められるのであり、先住民族に対し先祖伝来の土地及び自然資源についての権利が存するとの国際慣習法が成立している。原告のサケ捕獲権は、このような国際慣習法にもその根拠を有している。

第２　原告のサケ捕獲権は憲法上保障されている

１　憲法１４条

上述のとおり、アイヌのサケ捕獲権は、先住民族としてその伝統的に居住

する土地上の資源に対する権利であり、被告らは、アイヌの先祖伝来の土地における資源に対する権利を承認し及び保護する義務を負っている。

にもかかわらず被告らは、原告の財産権侵害を継続し、アイヌという特定の民族とその構成員の法的権利を合理的な理由なく且つ何らの補償なく剥奪してきた。人種差別撤廃条約は、先住民族の土地及び資源所有、管理、使用の権利を奪うことは、違法な差別であり、締結国はこのような差別を行ってはならないと定めている。同条約は国内法的効力を有し、その効力において法令よりも上位であり、国際的な差別禁止に関する条約の解釈は、わが国において差別を禁止する憲法１４条の解釈にも関わるものである。

前述のとおり、人種差別撤廃条約についての解釈権限を有する人種差別撤廃委員会は、一般勧告２３において締結国に対し、

「先住民族に対し、その文化的特性と両立する、持続可能な経済発展及び社会発展が可能となる諸条件を提供すること」

「先住民の社会が、その文化的伝統及び慣習を実践し、及びこれらを再活性化する権利並びにその言語を維持し及び実践する権利を行使することができるよう確保すること」

「先住民族の共有地・地域及び資源を所有し、開発し、管理及び使用する先住民の権利を承認し及び保護すること」

「先住民が伝統的に所有してきた土地・地域が奪われ、又は当該土地・地域が先住民の自由かつ十分に説明を受けてなされる同意なしに他の者が居住され若しくは使用されているばあいには、当該土地・地域を返還するための措置をとること」

を要請している。従って、人種差別撤廃条約の上記内容をふまえ、憲法１４条は先住民族であるアイヌ集団に対し、その伝統的に居住する地域における

資源であるサケの捕獲権を保障するものである。

そして、原告のサケ捕獲を禁止する水産資源保護法２５条、漁業法及び北海道内水面漁業調整規則は、原告のサケ捕獲を禁止する限りにおいて人種差別禁止条約及びアイヌ施策推進法に反するのみならず、日本国憲法１４条に反し、違憲無効である。

２　憲法２９条

(1)　アイヌのサケ捕獲の権利は、慣習法上及び条理上の財産権であり、憲法２９条により保障されることは言うまでもない。

しかしこの権利は、単なる財産権ではなく、前記各条約・宣言、人権裁　判所判決等の指摘するとおり、先住民族の文化的アイデンティティの前提となる精神的権利でもある。そしてまたこの権利は、先住民族に対する差別故に入植者や政府によって奪われてきた権利として、差別禁止法により承認され、保護される権利である。

(2)　前述のとおり、財産権を保障する米州人権条約２１条について米州人権裁判所は、

「先住民の有する土地への緊密な結びつきは、その文化、精神生活、社会統合及び経済的生存の根本的な基盤であることが認知され、理解されねばならない。先住民の集団にとって土地との関係は、単なる所有や生産にかかる事柄ではなく、その文化的遺産を維持し将来の世代に受け継いでいくために、彼らが完全に享受しなければならない物質的及び精神的要素なのである。」（甲４３の1、２、para１４９）

「当裁判所は、先住民の土地との密接な関係は、彼らの文化、精神生活、全体性、経済的な生存及び将来の世代への維持と伝承にとって本

質的な基礎であることが承知され、理解されなければならないと強調してきた。」（甲４４の１、２、para１３１）

「土地の財産は、先住民の共同体構成員がその文化遺産を維持することを保証するものである。先住民共同体の構成員の彼らの領域への先祖伝来の権利を無視することは、文化的アイデンティティや先住民共同体及び構成員のまさに生存そのものというような、他の基本的な権利に影響を及ぼすのである。」（前同、para１４６、１４７）

「先住民の共同体的財産の権利を保障するためには、土地が、自然や料理技術、慣習法、衣服、哲学や価値に関する彼らの口頭の表現や伝統、慣習や言語、芸術や儀式、知識や経験に密接に結びついていることを考慮することが必要である。彼らの環境、自然との統合や歴史に関して、先住民共同体構成員は、この非物質的な文化遺産を１つの世代から次の世代に伝えていくのであり、それは先住民集団や共同体の構成員によって、絶えず再生産されている。」（para１５４）

と判示している。まさに上記判決の判示する通り、原告のサケ捕獲権は、単なる財産権ではなく、先住民族としての文化、精神生活、社会統合、経済的生存、更に文字化されていない、土地と結びついた非物質的な精神世界に関わる文化遺産を、維持し、将来の世代に伝えていくための、根本的な基盤を構成する重要な権利である。

この点において、上記判示が、先住民族の権利について言及していない財産権保障規定に基づいてなされていることは、重要である。また、米州裁判所は前記のとおり、国内法において先住民族の構成員の共同財産に対する権利を認知しておらず又 IL0１６９号条約も批准していないスリナムに対し、自由権規約および社会権規約を批准していることから、これらの人権規約に

鑑みて、財産権保障規定に基づいて先住民の土地・資源に対する共同財産の権利を認め、スリナムの財産権保障条項違反を認定した（甲４５の１、２）。

日本国憲法２９条の財産権規定は、先住民族の権利について明言していないが、わが国が上記自由権規約および社会権規約を批准し、更には人種差別撤廃条約を批准していることに鑑みて、これら国際人権法の到達点をふまえて、先住民族であるアイヌ集団の資源に対する共同的権利を保障しているものである。

３　憲法１３条

(1)（包括的基本権としての憲法１３条）

憲法は「憲法以前に成立していると考えられる権利を」「実定法的な権利として確認し、これを不当な侵害から擁護する、という趣旨を示したもの」（芦部信義「憲法学Ⅱ人権総論」５７頁、甲２６）であって、憲法上保障される人権は「憲法に列挙されたものに限定されるわけではない」（前同５９頁）。

憲法１３条は「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と定めている。この「『幸福追求権』は前段の『個人の尊重』を受けて、人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続けるうえで重要な権利・自由を包括的に保障する権利（包括的基本的人権）であると解される」（佐藤幸治「日本国憲法論　第２版」成文堂、１９６頁）。

(2)（全体主義・利己主義否定としての憲法１３条）

憲法１３条前段にいう「個人の尊重」は、「一方では、個人を超えて価値を持つ『全体』のためと称して、個人を犠牲にするところの全体主義を否定し、他方では、すべての個人が個人としてひとしく尊重されるべきことを要求す

ることによって、他人の犠牲において自己の利益をつらぬこうとするところの利己主義を否定する」ものであるとされる（日本評論社「基本法コンメンタール　憲法　第三版」５８頁）。

このように、憲法１３条に定める「個人の尊重」は、個人を犠牲にする全体主義を否定するものであって、先住民の文化における共同性を否定するものではない。先住民族が伝来の土地や資源について、共同性を持って利用してきたことは、その文化的や精神性において不可欠であり、憲法上も尊重されるべきものである。

(3)　（アイヌの政治的、経済的、社会的、文化的、更には精神的基盤としてのサケ）

サケは、アイヌにとって、民族の食料としてのみならず、その文化にとって極めて重要な存在であり、先住民族であるアイヌ民族の政治的、経済的、社会的、文化的、及び信仰・世界観等の精神的基盤をなすことは、既に詳述したとおりである。

アイヌにとってサケは「カムイチェップ（神の魚）」と称され、「シエペ（本当の食べ物=主食）」と呼ばれてきた。更にサケは、コタンのアイヌ主食としてその生存を支えるだけではなく、交易品として、商品経済活動の中心的物産をなし、コタンの経済活動を支えてきた。

アイヌにとってサケは神でもあり、また「シエペ（本当の食べ物=主食）という言い方で大切にした食べ物であり、本当にあてにしてくらしていた」（甲１９、８４頁）。鮭を獲る道具も約１５種類、食べ方も大雑把に数えて２０種類もあり（同８５頁）、伝統的な料理方法も様々あった（同８８頁以下）。知里真志保「分類アイヌ語辞典／植物編・動物編（１９７５）」には各地で１５０にも及ぶサケの呼び分けが収録されている。アイヌ文化においてサケは、

雌雄か、大型か否か、海から川を遡上して産卵・ふ化に至る過程ごと等に、生態的に様々な名称がつけられ、区別されてきたし（甲２０、３４８頁以下）、サケの身体の部位ごとにも詳しく名称がつけられている（同上）。そして、サケの捕獲には、様々な神事や行事が行われ、忌事も多かった（同、３４３頁以下）。また「アイヌの口碑、伝説の中にはサケに関するものが非常に多く、サケに関する行事はこれに基づいてなされることが多かった」という（同上）（甲１９、９１頁）。

すなわちサケは、アイヌによって単に食料資源というだけではなく、漁法、調理などを含めたサケ文化がアイヌ文化の重要な基盤を構成し、アイヌの宗教的、精神的世界を形成してきた（なお、甲４４号証の１、２、para１５４参照）。

(4)　（二風谷ダム事件判決と憲法１３条）

札幌地裁平成９年３月２７日判決（「二風谷ダム事件判決」）は、前述のとおり、憲法９８条２項により少数民族の権利を保障したＢ規約が適用されるとし、「少数民族にとって民族固有の文化は、多数民族に同化せず、その民族性を維持する本質的なものであるから、その民族に属する個人にとって、民族固有の文化を享有する権利は、自己の人格的生存に必要な権利ともいい得る重要なものであって、これを保障することは、個人を実質的に尊重することに当たるとともに、多数者が社会的弱者についてその立場を理解し尊重しようとする民主主義の理念にかなうものと考えられる。また、このように解することは、前記Ｂ規約成立の経緯及び同規約を受けて更にその後一層少数民族の主体的平等性を確保し同一国家内における多数民族との共存を可能にしようとして、これを試みる国際連合はじめその他の国際社会の潮流に合致するものといえる。そうとすれば原告らは、憲法１３条により、その属する

少数民族たるアイヌ民族固有の文化を享有する権利を保障されている」と判示し、憲法１３条に基づいて、少数民族であるアイヌ民族固有の文化を享有する権利を認めた。

(5)　（原告のサケ捕獲権は憲法１３条に基づいて保障される）

前述のとおり、サケはアイヌにとって、民族の食料としてのみならず、その文化にとって極めて重要な存在であり、先住民族であるアイヌの政治的、経済的、社会的、文化的、及び信仰・世界観等の精神的基盤をなしている。すなわちサケ捕獲権は、原告構成員にとっても、民族固有の文化を維持しこれを享有するという、「自己の人格的生存に必要」な権利である。

そして自己のアイデンティティの基礎となる民族の自覚、「民族固有の文化」は、民族集団の存在を離れて維持し、享有することは不可能である。踊りも歌も言語も詩もその信仰世界も民族としての統合も、民族集団が存在し、その集団が生活手段を保有して存続していなければ雲散霧消して失われてしまうのであり、個人のアイデンティティは、民族としての集団の存在及び存続と深くかかわっている。

以上のとおり、先住民族の伝来の資源を享有する権利は、先住民族の生活手段を保持し、生活様式を維持し、先住民族集団が経済的に存続し、次代につながっていくために必要不可欠な権利であり、属する個人にとっても文化的アイデンティティを保持する前提となる権利である。原告会長である長根弘喜は当法廷において、

> 「漁師として海では鮭を獲っていますが、アイヌとして、私の先祖と同じように川でサケを獲ることは、全く違うということを感じました。川でのサケの捕獲はアイヌの文化そのもので、サケの捕獲にアイヌとしての誇りを感じました。先祖と同じようにサケを獲り、神に祈り、

カムイノミをしながら、『俺はアイヌだ』と身体が震えました。アイヌとして誇りをもって生きるためには、私たちに和人とは違う、サケを捕獲する権利が絶対に必要だと思いました。」

と、先祖伝来の土地において川でサケを捕獲することが、アイヌとしての文化、誇り、精神世界、更には民族の将来に関わる基本的な権利であることを述べている。

すなわち本件先住民族の資源享有権は、個人がその尊厳を保ち「かけがえのない生の形成を目指す、いわば『自己の生の作者』として己の道を歩む」（前掲佐藤幸治、１９４頁）ために前提となり、また人格的自律の存在としてあり続ける上で必要な権利として、憲法１３条により保障される。

４　憲法２０条

(1) 憲法による信教の自由の保障について

憲法２０条１項は、「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない。」旨規定している。

ここでいう「宗教」とは、「超自然的、超人間的本質（すなわち絶対者、造物主、至高の存在等、なかんずく神、仏、霊等）の存在を確信し、畏敬崇拝する心情と行為」をいうとされている（名古屋高判昭和４６年５月１４日等）。

「信教の自由」は、かかる「存在の確信」及びそれにかかわる行為について、公権力により妨げられないことを意味しているものであり、具体的には、①内心における信仰の自由、②宗教的行為の自由、及び③宗教的結社の自由より構成される）（佐藤幸治「憲法」新版、４３５頁等）。

(2) アイヌによるサケ捕獲行為の宗教行為性について

ア　サケとサケ漁の位置づけについて

既に述べたとおり、北海道の先住民族であるアイヌにとって、サケは、冬場の最も重要な食料であるとともに、１年を通じての保存食でもあった。

このように、アイヌにとってサケ漁の豊凶は生活上の重要問題であったから、サケ漁に際しても、サケの取扱についても極めて慎重で、ほかの重要食糧資源となる諸動物と同様に神扱いをし、カムイチェプ（神の魚）と呼んだ（甲２０、３４３頁)。なお、サケについては、その他、シペ（シ・イペで本当の食糧の意)、シ・チェプ（本当の魚)、シペ・カムイ（サケ神）等の呼称もなされている。

このようなサケの位置づけから、「さけの多く遡上する河川は、そこに発達したコタンが不文律に漁業権を持っていて、他のコタンの者でこのコタンに近親者のある者は漁獲を許されたが、漁獲権はお互いに尊重した。」とされている（甲２０、３４３頁)。

イ　サケ捕獲行為とともに行われた様々な宗教的行為について（甲２０、３４３～３４７頁）

まず、サケ漁が始まる前には、コタンのエカシたちは川口に集まって、「ペッ、カムイノミ（川の神の祭儀)」をなした。このカムイノミをしないうちは何人もサケをとることが許されなかった。

漁期中でもサケ漁の時は、改めて酒をつくり、イナウを作ってカムイノミをした。なお、白老のアイヌのニシタップ川で行われていたカムイノミにおいては、ヌサを作り、イナウとして、トマリオルンカムイ（入り江の神）に２本、チワシコルカムイ（渚の神）に２本、ペットルワッカウシカムイ（川下の神）に２本、ペットノワッカウシカムイ（川上の神）に２本、チロヌプカムイ（きつねの神）に２本がそれぞれ捧げられていた。

「カムイノミの祈り言葉は各自多少異なるが、大体は同じで、トマリオルンカムイには、秋が来ました。このコタンのために海から沢山のさけをのぼらせて、お恵み下さい。チワシコルカムイには、さけがのぼる時は、海と川の争いがあって、海が荒れる（ペトオムシ）とさけがのぼらないから、油断することなく見守ってください。川の神々には、ただいまカムイチェップがのぼって来るが、川を掃除して綺麗にし、不潔な物は川に入れませんから、チェップを沢山にのぼらせて下さい。きつねの神には、海の幸、山の幸をとわず、われわれに多くの獲物を与えて下さい。カムチェップも油断せずに沢山のぼらせて下さい。万一に凶漁のようなことがあると、貴方は他の神々の間で威厳を落とすことになります。等々である。」（甲２０、３４５頁）

また、川でのサケ漁が始まって最初にとったサケについては、新しいサケを迎える儀式として「アシリチェプノミ」が行われた。

また、とったサケについては、イサバキックニという長さ４０ｃｍほどの叩き棒で頭を叩いてとどめをさすが、イサバキックニはイナウの一種と考えられ、これを持ってサケが神の国に行くという意味が込められている。

さらに、サケ漁が終了した際には、今年も無事にサケ漁が終わり、多くの恵みを与えてくれたカムイ（神）や先祖に感謝する儀式でサケ漁に関わる全ての儀式が終了する。

問題なのは、これらの宗教的儀式の中核になるべきサケの捕獲自体が「禁止」されている事実である。サケの捕獲は、これら一連の宗教的行為の中心であり、サケの捕獲ができなければ、アシリチェプノミ等の儀式も全く意味をなさないという事実である。

(3) 以上のとおり、アイヌの行う川でのサケ捕獲行為は、儀式や漁法はもとより、漁が始まる準備段階から、行為全体を通して、カムイ（神）への感謝、

カムイとの繋がりという宗教的要素が色濃く認められる。

従って、かかるアイヌのサケ捕獲行為は、「超自然的、超人間的本質（すなわち絶対者、造物主、至高の存在等、なかんずく神、仏、霊等）の存在を確信し、畏敬崇拝する心情と行為」という側面を有することは明らかであって、原初の時代から不文律の権利として認められてきた権利であるとともに、現行法下においても、先祖伝来の土地及びその土地における資源を通じて神々とつながり、祈りをささげるという宗教的行為の自由として憲法２０条１項によって保護されるべき権利と認められる。

なお、前記のとおり信教の自由の中には、宗教的結社の自由が含まれていることに鑑みれば、先住民族という集団についてもかかる宗教的行為の自由が認められることについては論を待たない。

第３　条理を根拠とする漁業権の主張について

１　裁判規範としての条理について

既に述べたとおり、原告は、本件漁業権については、現行憲法及び諸法規の制定以前から既に存在していた権利であるとともに、憲法、国際法及び慣習法上も認められた権利である旨主張しているが、仮に明文の根拠規定がないこと等を理由として、かかる法源を理由とする漁業権の存在が認められない場合であっても、条理に基づき、本件漁業権は認められる。

すなわち、明治八年太政官符布告第一〇三号裁判事務心得第三条は『民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ慣習ニ依リ、慣習ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スベシ』と規定しており、法律上の明文規定等が存在しない場合であっても、条理に従って裁判を行うことは可能である。

この点、学説においても、民法学者である我妻榮は「法律に規定のない場

合には、条理に従って裁判しなければならないことは、今日においては、一般に認められている。明治八年太政官符布告第一〇三号裁判事務心得第三条は『民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ慣習ニ依リ、慣習ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スベシ』と規定している。また前記スイス民法第一条は『文字または解釈上この法律に規定を存する法律問題に関してはすべてこの法律を適用する。この法律に規定がないときは、裁判官は、慣習法に従い、慣習法もまた存在しない場合には、自分が立法者ならば法規として設定したであろうところに従って裁判すべきである。第二項の場合において、裁判官は確定の学説及び先例に準拠すべきである。』とう条文を掲げている。しかし、裁判官は、法律に規定がないといって裁判を拒むことはできないし、その場合には、自分が立法者ならば規定したであろうと考えられるところ、すなわち条理に従う他はないのであるから、右の両規定は、結局、裁判の本質上当然のことを規定したに過ぎない。従って、この太政官布告が布告として今日その効力を持続するかどうかに関係なく、かような結果を是認しなければならない。」と論じている（甲５１、我妻栄「民法総則（民法講義Ｉ）」２１頁）。

また、行政法学者である原田尚彦も、「必ずしも法令上に示されてはいないが、一般に正義にかなう普遍的原理と認められている諸原則を法の一般原則ないし条理と呼び、法として扱うことがある。」とした上で、「行政法の解釈にあたっては、このように、法の目的、法の成立時期、他の法との調和、現実の社会的要請などを考慮し、柔軟かつ臨機応変な態度で臨み、できるだけ現代の要請にかなった結論を求めることが肝要である。条理ないし正義感覚が、とりわけ重要な意味をもつといわれなければならない。」としている（甲５２、原田尚彦「行政法要論」３６・３７頁）。

２　裁判例における条理の位置づけについて

裁判例においても、昭和６３年１２月２０日最高裁判例は「政党が党員に対してした処分が一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、裁判所の審判権は及ばないというべきであり、他方、右処分が一般市民としての権利利益を侵害する場合であっても、右処分の当否は、当該政党の自律的に定めた規範が公序良俗に反するなどの特段の事情のない限り右規範に照らし、右規範を有しないときは条理に基づき、適正な手続に則ってされたか否かによって決すべきであり、その審理も右の点に限られるものといわなければならない。」旨判示するとともに、平成１７年１２月２７日知的財産高等裁判所判例は「本件のように事業者間の公正な競争を確保するための差止請求権の準拠法に関しては、法例等に直接の定めがないから、条理により決するのが相当と解する」旨判示しており、条理が裁判規範となり得ることを明確に認めている。

３　本件漁業権が条理により認められるべきであること

本件においては、既に述べたとおり、

① アイヌ民族は日本における先住民族であること、

② 先住民族の漁業権等の自然資源に対する権利は、「先住民族の固有の権利」であり、そのことは日本も賛成した国連先住民族の権利宣言やアメリカの判例等においても確認されていること（原告準備書面（１）３～１１頁）、

③サケはアイヌにとって基本的食料（主食）であり、また交易等の中心的産物であっただけでなく、サケそのものをカムイチェップ（神の魚）と呼んで神として扱い、サケを巡って口承、伝説、祭儀（アシリチェプノミ等（訴状７頁））などが形成され宗教行為の対象とされていたとともに、サケの漁

獲方法、料理方法などの独自のアイヌ文化が生み出されていたものであって、サケはアイヌの生活、社会、文化、哲学、宗教及び精神世界等で構成されるアイヌ民族のアイデンティティの根幹をなす特別な対象であったこと（前記第２、４項及び訴状７頁、原告準備書面（１）１６～１９頁）、

④ そのようなことから、特にサケについては、各コタンが独占的排他的漁業権を有していたこと（原告準備書面（１）１７頁）、

⑤ 本件漁業権についても、かかる先住民族の漁業権行使の一環として行われていたものであること（原告準備書面（１）２４頁～２６頁）、

⑥本件漁業権にかかるアイヌ民族の支配領域については、日本政府の明治５年９月の土地売貸規則、地所規則等の開拓使布達によって何ら合理的根拠及び権限なくして剥奪されるとともに（訴状１４～１５頁）、本件漁業権についても明治９年（１８７６年）８月２８日乙第９号布達にて十勝川流域のテス網と夜漁が禁止され、明治１１年（１８７８年）１０月２０日乙第３０号布達にて支流でのサケ・マス漁が全面的に禁止され、明治１６年（１８８３年）５月には、十勝川河口部からチャシコチャ（十勝川と大津川との分岐の少し上流部）までを除き、サケが全面的に禁漁とされるに至り（チャシコチャより下流部は官庁の許可を受けた曳き網漁のみが許された）、これによって、許可を受けることのない、アイヌの伝統的サケ漁猟は、何ら合理的根拠及び権限なくして、すべて禁止されることになったこと（原告準備書面（１）２７頁、甲２５・２１６頁、２２０頁）、並びに

⑦原告は、本件漁業権を行使していた各アイヌ集団の構成員の子孫らにより構成され、地理的・流域的同一性、及び血縁的連続性を有し、アイヌの文化、信仰、伝統面等の承継を行い、サケ捕獲に伴うアシリチェプノミ等の宗教儀式を執り行うだけでなく、同地域のアイヌ遺骨の管理主体となって

イチャルパ等の慰霊行為も執り行い、従前のアイヌ集団のアイデンティティを承継するとともに、本件漁業権を行使する確固たる意思を有する組織であること（訴状２２頁）

等の事情が認められる。

以上に述べた原告及びアイヌ民族の位置づけ、アイヌ民族における本件漁業権の位置づけ、及び本件漁業権にかかる歴史的経緯等に鑑みれば、既に述べた憲法規範（１３条、１４条、２０条及び２９条等）、国際法と国際的知見（Ｂ規約２７条、同条に対する国連自由人権委員会一般的意見２３、先住民族の権利に関する国際連合宣言２５条・２６条、人種差別撤廃条約２条１項、５条、同条約に関する人種差別撤廃委員会一般的勧告２３、及び社会権規約１５条１項、経済的社会的文化的権利委員会一般的意見２１等）、国内法（アイヌ施策推進法４条）並びにこれらの内容を包含している国際慣習法と慣習法が直接・間接に適用とならない場合であっても、かかる知見ないし規範は、「正義にかなう普遍的原理」として条理を構成しているものと認められるのであるから、原告の漁業権は、かかる条理に基づき認められるべきである。