

# 副本

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 国ほか1名

## 被告ら第4準備書面

令和4年2月10日

札幌地方裁判所民事第3部合議係(チ) 御中

① 慣習とtoozumi  
 ② 国内の権利とtoozumi  
 ③ 文化遺産法にtoozumi? 解釈を要

被告ら指定代理人


鬼頭 忠 広 

三浦 浩 

吉田 直 樹 


被告国指定代理人


梶本 洋 之 

蹴 揚 秀 男 


嶋 本 祐 幸 

實 重 貴 之 



















松 山 円 香 

青 木 祐 真 

松 尾 龍 志 


佐 藤 友 介 

添付

- 若 命 洋 一 
- 丹 羽 龍 一 
- 坂 本 清 一 
- 櫻 井 政 和 
- 石 川 聡 子 
- 野津山 喜 晴 
- 渡 邊 幹 夫 
- 小 森 康 広 
- 水 野 由 梨 
- 坂 本 誠 一 
- 矢 萩 圭 人 
- 片 岡 拓 夢 
- 小 島 圭 介 
- 林 淳 一 
- 齋 藤 弘 純 
- 小野寺 湍 寛 
- 小 川 春 人 
- 山 口 千 寿 

被告北海道指定代理人

中 田 智 雄 

大 野 仁 嗣 

被告らは、原告の2021（令和3）年9月1日付け準備書面(3)（以下「原告第3準備書面」という。）に対し、必要な範囲で反論する。

なお、略語については、本準備書面で新たに定めるもののほか、従前の例による。

## 第1 原告の主張

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、この慣習は何ら公序良俗に反しないものであって、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（原告第3準備書面24ページ）。

この点、原告が主張する上記慣習の内容は、必ずしも判然としないものの、原告は、原告第2準備書面1(1)（2ページ）において、「原告は、（中略）現在の法制度の下において、浦幌十勝川の下流部において、サケ捕獲権を有するものであることを主張し、したがって、原告のサケ捕獲は、権利の行使として、漁業法、水産資源保護法、北海道内水面漁業調整規則等によって禁止され又は刑罰の対象とされるものではない、と主張するものである。」としている。そうすると、原告は、慣習の内容として、原告の主張するサケ捕獲権について、上記のような漁業法、水産資源保護法、本件調整規則等によって禁止され又は刑罰の対象とされることはないということが慣習法として成立していると主張しているものと解される。

また、原告の主張する慣習の内容が上記のとおりであるとすると、原告が主張する「慣習法」とは、行政法の法源としての慣習法であると解される。

## 第2 行政法の法源としての慣習法が成立するためには、少なくとも、

### 既存の法律に反しないことが必要であること

行政法の法源としては、成文法源が重要であるとされているが、その補完としての不文法源の存在を否定することはできず、被告としても、慣習法が行政法の法源として認められる余地があることを否定するものではない。

しかしながら、行政法においては、制定法主義が採られ、「法律による行政」の原理がその基本原理として働くものである。そうすると、行政権限行使の対象としての私人の権利自由の根拠について、行政法の法源としての慣習法が成立するためには、少なくとも、既存の法律に反しないことが必要というべきである。

(以上につき、宇賀克也・行政法概説Ⅰ〔第7版〕13ページ、塩野宏・行政法Ⅰ〔第6版〕69ページ、村上裕章・スタンダード行政法20及び21ページ、藤田宙靖・新版行政法総論(上)66ページ)

### 第3 原告の主張する慣習が、行政法の法源たる慣習法として成立する余地はないこと

#### 1 原告の主張する慣習が、行政法の法源たる慣習法として成立する余地はないこと

前記第2で述べたことを前提に、本件についてみると、原告が前記第1で主張する慣習の内容、すなわち、原告の主張するさけ捕獲権が、漁業法、水産資源保護法、本件調整規則等によって禁止され又は刑罰の対象とされることはないとの慣習は、水産資源保護法28条の規定内容、すなわち、同条が、漁業の免許を受けた者(免許権者は都道府県知事。漁業法69条)や、漁業法119条及び水産資源保護法4条の規定に基づく農林水産省令又は都道府県漁業調整

規則の規定により農林水産大臣又は都道府県知事の許可を受けた者以外に、河川等の内水面においてさけを採捕することを認めていないことに明らかに抵触するものである。

そして、水産資源保護法は、水産資源の保護培養を図り、かつ、その効果を将来にわたって維持することにより、漁業の発展に寄与することを目的としているところ（同法1条）、さけを含む<sup>まぐ</sup>溯河魚類の保護培養という公益目的を達するため、農林水産大臣は、毎年度、さけ及びますの個体群の維持のために国立研究開発法人水産研究・教育機構が実施すべき人工ふ化放流に関する計画を定め（同法23条1項）、同機構において当該計画に従って人工ふ化放流を実施すること（同法5項）、関係各機関において<sup>まぐ</sup>溯河魚類の通路を保護することなど（同法25条ないし27条）を定めている。また、産卵生育等をするために河川に遡上した親魚を産卵前に採捕すれば、その河川から発生する次の世代の再生産が途絶えてさけ資源が枯渇するというさけの特性に照らし、上記のような保護のほか、河川等の内水面におけるさけの採捕を原則として禁止しているのであって（同法28条）、このような水産資源保護法28条の趣旨等に鑑みれば、同条が強行規定であることは明らかである。

そうすると、原告が前記第1で主張する慣習は、強行規定である水産資源保護法28条に反することが明らかであるから、それが行政法の法源たる慣習法として成立する余地はないというべきである。

## 2 原告が主張する慣習は水産資源保護法28条及び同法に基づく本件調整規則に何ら抵触するものではないとする原告の主張には理由がないこと

この点、原告は、ICCPR（市民的及び政治的権利に関する国際規約）第27条、先住民族宣言、生物多様性条約第8条(j)に適合す

るように国内法を解釈することによって、河川等の内水面におけるさけの採捕を原則として禁止する水産資源保護法28条及び同法に基づく本件調整規則はアイヌのさけ捕獲権を対象としていないと解釈することができるとして、原告が前記第1で主張する慣習は水産資源保護法28条及び同法に基づく本件調整規則に何ら抵触するものではないと主張するようである（原告第3準備書面第3・13ないし23ページ）。

しかしながら、前記1で述べたとおり、原告の主張する慣習の内容は、水産資源保護法28条及び同法に基づく本件調整規則に明らかに反するものであり、また、国際法上、原告の主張する慣習の内容を根拠づけるものは存在しないことからすれば、原告の上記主張に理由がないことは明らかであるが、なお念のため、以下の点を補足する。

(1) ICCPR第27条、先住民族宣言及び生物多様性条約第8条(j)は、いずれも原告の主張する慣習の内容を根拠づけるものとなり得ないこと

ア ICCPR第27条について

まず、ICCPR第27条は、その文言から明らかなどおり、少数民族が自己の文化を享有する権利について規定するにとどまり、原告が主張するような水産資源保護法の規制の及ばない権利を保障することまでを同締約国に義務付けるものではない。

また、原告は、その主張の根拠として、自由権規約委員会の一般的意見を援用するが（原告第3準備書面第3の2(3)ア・16及び17ページ）、一般的意見は、我が国を含むICCPR締約国に対して法的拘束力を有するものではなく、これに従うことをICCPR締約国に法的に義務付けているものではない。

そのため、一般的意見をどのように踏まえて、I C C P Rを解釈し、実施するかについては、各締約国において、個別に判断されることとなる。

なお、我が国においては、アイヌの人々は、道知事の許可を受けて、試験研究、教育実習、増養殖用の種苗の自給又は供給を目的とする採捕を行うことができることに加え、アイヌ施策推進法17条により、内水面における伝統的な儀式若しくは漁法の伝承及び保存並びにこれらに関する知識の普及啓発を目的とした採捕をより簡素化された手続で行うことができるとされている。このように、アイヌの人々に対しては、その文化を享受する権利が然るべく保障されており、I C C P R第27条の規定の趣旨にも沿った国内政策が実施されている。

以上を踏まえれば、I C C P R第27条は、同条が規定する少数民族に対して、原告の主張するような水産資源保護法の規制の枠を超えたさけ捕獲権を確保することを締約国に義務付けたものではない。その上で、我が国においては、同条が規定する少数民族が自己の文化を享有する権利が適切に保障されている。

#### イ 先住民族宣言について

また、被告ら第1準備書面第4の2(1)(27ページ)で述べたとおり、先住民族宣言は、平成19年に国連総会において採択された決議であるところ、このような国連総会決議は飽くまで勧告にすぎず、国連加盟国に対する法的拘束力を有するものではないから、原告が主張するようなさけ捕獲権の法的根拠となるものではない。なお、念のため付言するに、我が国は平成19年に先住民族宣言の採択に際し賛成票を投じたが、原告が



原告第3準備書面第3の2(3)イ(一)(17及び18ページ)において主張するような同宣言への「署名」なる手続は存在しない。

#### ウ 生物多様性条約第8条(j)について

さらに、生物多様性条約は、生物多様性の保全、生物多様性の構成要素の持続可能な利用及び遺伝資源の利用から生ずる利益の公正かつ衡平な配分を目的としており(第1条)、同条約は、さけを含む水産資源の保護培養を図り、かつ、その効果を将来にわたって維持することにより、漁業の発展に寄与することを目的とする水産資源保護法と整合的である。

その上で、原告が援用する生物多様性条約第8条は、その柱書において、「締約国は、可能な限り、かつ、適当な場合には、次のことを行う。」と規定した上で、同条(j)において、「自国の国内法令に従い、生物の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原住民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、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並びにそれらの利用がもたらす利益の衡平な配分を奨励すること」(下線は引用者)と規定しており、同条については国内法令の範囲内で実施することが明文で規定されている。

したがって、生物多様性条約第8条(j)が、さけの資源保護に必要な水産資源保護法上の規制の枠を超えて、原告が主張するようなさけ捕獲権を保障することを締約国に義務付けたものでないことは明らかである。

#### エ 小括

以上のとおり、原告が指摘する I C C P R 第 2 7 条、先住民族宣言及び生物多様性条約第 8 条(j)はいずれも原告が主張するようなさけ捕獲権の根拠となり得るものではない。

(2) 水産資源保護法 2 8 条について、原告が主張するような内容の法解釈を導く余地はないこと

水産資源保護法 2 8 条は、その本文において、「内水面においては、溯河魚類のうちさけを採捕してはならない。」と定めており、ただし書で定める免許又は許可を受けた者以外に例外を認めていないから、同条ただし書が定める免許又は許可を受けていない者についてもさけの採捕の禁止が及ばないとする事は、同条の規定に明らかに反するというべきである。

また、被告ら第 1 準備書面第 3 の 3 (2)及び(3) (2 2 ないし 2 4 ページ) で述べたとおり、水産資源保護法 2 8 条ただし書は、漁業法 6 9 条の規定に基づく免許を受けた場合のほか、漁業法 1 1 9 条及び水産資源保護法 4 条の規定に基づく農林水産省令又は都道府県漁業調整規則の規定により農林水産大臣又は都道府県知事の許可を受けた場合にも、内水面においてさけの採捕が許されるとするが、内水面におけるさけの採捕を許す農林水産省令の規定は存在せず、本件調整規則 3 4 条 2 項によって、さけを採捕することを目的とする刺し網及び引っ掛け釣りによる漁業が禁止され、同規則 3 8 条 2 項により、原則としてさけを採捕することが一年中禁止されているのであって、唯一、同規則 5 2 条における道知事の特別採捕許可がある場合にさけの採捕が許されるにすぎない。そして、本件調整規則 5 2 条は、特別採捕許可の申請を受けた道知事において、採捕しようとする水産動植物の数量や期間、区域などを審査 (同条 2 項) した上で、許可を与えることにより、

水産資源の保護培養を図る仕組みを採用している。そうすると、水産資源保護法28条ただし書が定める免許又は許可を受けることなく同条本文の適用を免れることを認めることは、上記のような仕組みを通じて水産資源の保護培養を図ることとした水産資源保護法28条や同法に基づく本件調整規則に係る立法者意思にも反するというべきである。

したがって、水産資源保護法28条及び同法に基づく本件調整規則がアイヌのさけ捕獲権を対象としていないなどという解釈を導くことはできない。

よって、原告が主張する慣習は水産資源保護法28条及び同法に基づく本件調整規則に反するものではないとする原告の主張には理由がない。

### 3 小括

以上のとおり、原告が前記第1で慣習として主張する内容は、強行規定である水産資源保護法28条に明らかに反するものであるから、それが行政法の法源たる慣習法として成立する余地はないというべきである。

### 第4 結語

以上のとおり、原告の主張するさけ捕獲権が、漁業法、水産資源保護法、本件調整規則等によって禁止され又は刑罰の対象とされることはないとの慣習法が成立しているとする原告の主張には理由がない。

以上