

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

2022年7月29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 （6）

第1 はじめに（日本の裁判所も国際人権意識の更なる涵養が必要であること）

1 本書面は、被告ら第4及び第5準備書面に対する反論とその他の主張を行うものであるが、原告がサケ捕獲権の根拠として主張している国際法や国際慣習法だけでなく、憲法、慣習法及び条理についても、その検討にあたって条約などの国際法規が日本国内においてどのような効果を及ぼし、またどのように生かされなければならないのかが根本的な結論の分かれ目になると解される。従って裁判所は、国際的な人権意識や人権法の解釈について、国際的な水準に到達していなければならない。

だが、残念ながら日本の裁判所は国際的な人権意識については諸外国に比べて立ち遅れていると言わざるを得ない。

2 この点、日本では、「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」との憲法98条2項の国際法順守義務の規定により、批准・加入した条約は、公布をもって、それ以上の特段の国内的措置なくそのまま国内で法としての効力を持つ（甲54、p55）。そして、このように条約が国内的効力を有する日本では、条約規範は国家機関たる裁判所にとっても有効な法規範となり、権利救済に関する条約の規定に従い、条約上の権利侵害に対する効果的な救済を与えることが要求されるし、人権条約の規定の違反の主張が争点とされている

場合にはこれを精査し、違反がある場合には適切な救済手段を確保する責務がある（甲54、p57）。また、国内法秩序における条約の序列は、憲法98条2項によって、少なくとも法律に優位する。したがって、裁判で、ある法律が条約の規定に反すると裁判所が判断した場合には、条約が優先し、その法律の適用は退けられることになる（甲54、p57）。

さらに、条約が国内的効力を有さない国（以下「二元的体制国」という。）であっても、一般的な司法慣行として、国が批准・加入している条約の規定を裁判官が参照し、国が負っている条約上の義務に違背しないような判断を下す傾向が広くみられる。これは、裁判所が条約規範およびそれに関するヨーロッパ人権裁判所の判例法を参照して司法判断を下さなければ、当該事案がヨーロッパ人権裁判所に提訴された場合に、国の条約違反が認定されうる現実的可能性があるという事情が大きく関係している。当該国のすべての国家機関の中で、ヨーロッパ人権裁判所による国際的な監視に最も体系的にさらされている立場にあるのは裁判官ということになり、ゆえに二元的体制国の多くの国で、条約の基準の国内的受入れを先導する役割を果たしてきたのは裁判所であった。

このように、二元的体制国の裁判所ですら裁判官が人権条約の規範を考慮し、それに沿った司法判断を下すという現象の背景には、個人通報制度に参加しているという制度的条件に加え、一般論として、国際基準との整合性に対する国内裁判官自身の認識の高まりがある。自国を拘束している国際人権基準の存在を意識した上で、国際的に通用する法解釈を行おうとする裁判官の姿勢である。これに対し、日本は前述のとおり批准・加入により自動的に国内的効力を有し、人権条約上の義務は国家機関たる司法機関にとっても有効な法規範となるのであるから、裁判官が人権条約規範を参照すべき理由は本来なら二元的体制国の裁判官よりも格段に大きいはずなのだが、にもかかわらず日本の司法においては、「別途国内法の整備を要する」などとして条約基準に満たない国の現状を迫認する、国際的な水準を充たさない判決が下されることが多い。

この点、慶應義塾大学の山元一教授が2012年5月の論稿で、日本国のすべての統治機構は、憲法が与えた権能の範囲内で、国家が負った国際法上の義務に積極的に応答する義務を負っており、「裁判官もその一人ひとりが国際社会に自らの身を晒すグローバル世界に立つ存在である」こと、従って例えば、自らの扱う事件において国際人権法の示唆するところと矛盾する判断を下そうとする場合には、「国際社会に向けて説得力のある説明を行われなければならない（判決文が日本語で書かれるからといって、決して裁判官はその読み手を日本語使用者だけだ、と想定してはなら

ない)」と述べていることは、傾聴に値する。日本の裁判所も、司法判断において条約機関の一般的意見や見解等をも十分に考慮しつつ条約を適切に解釈・適用し、人権侵害に対して必要な救済を与えることを通して、国の条約違反を最終的に阻止する枢要な責務を負っていると言わなければならない（以上につき甲54、p106～113）。

- 3 裁判例としては、大阪高裁平成11年10月15日判決（判例時報1202号284頁）が「条約を批准した以上、国会において、国内法の内容が条約の内容に適合するかどうかを見直し、既に制定された法律の規定中に条約の内容に適合しない規定があるような場合には、これらを改廃する、あるいは新たな立法措置を講ずるなどして、条約に違反する状態が生じないように是正すべき一般的義務があることは明らかである」と判示する。この「法律の規定中に条約の内容に適合しない規定があるような場合」には、裁判所においても「条約に違反する状態が生じないように是正すべき一般的義務」があることは日本国の司法機関として当然なのである。

また、広島高裁平成11年4月28日判決（高等裁判所刑事裁判速報集・平成11年136頁）は「憲法96条2項が、日本国が締結した条約及び確立した国際法規は、これを誠実に順守することを必要とすると規定し、B規約が条約として国会の承認を含む公布手続きを経ている点から、他に特別の立法措置等をまたずに公布によって当然に国内法としての効力が認められるものと解され、憲法の解釈上、条約は法律に優位し、その効力は法律に対して優越するものであると解される。」「各規約締結国はこの規約を即時に実施する義務を負うものであると解されるので、同規約は自動執行力を有し、裁判所においてこれを解釈運用できるものと解される。」と判示しており、規約締結国が規約を即時に実施する義務を負うことを明確にしている。さらに国内法に明文規定がなくとも自由権規約によって成文で保障されている権利について、東京高裁平成5年2月3日判決（東京高裁判決時報44巻1～12号11頁）は「通訳の援助を受ける権利は、わが国において自力執行力を有するものと解される国際人権B規約によってはじめて成文上の根拠を持つに至ったもので、これまでのわが国内法の知らないところである」としつつ、同規約上の当該権利は「無条件且つ絶対的なもの」であるとして、国内法上の規定が存在しないにもかかわらず通訳費用を被告人に負担することは許されないと判示した。このように、条約及び国際規約の効力と裁判所の規約解釈・適用義務を適正に認める判決も次第に増えてきている。

- 4 この点、自由権規約委員会においても、「規約第40条に基づき日本から提出された報告の検討 自由権規約委員会の総括所見 日本」（甲55）

において、「委員会は、裁判官、検察官及び行政官に対し、規約上の人権についての教育が何ら用意されていないことに懸念を有する。委員会は、かかる教育が得られるようにすることを強く勧告する。裁判官を規約の規定に習熟させるための司法上の研究会及びセミナーが開催されるべきである。委員会の一般的な性格を有する意見及び選択議定書に基づく通報に関する委員会の見解は、裁判官に提供されるべきである。」との重大な指摘がなされている。

- 5 以上の観点からすれば、本件に限らずそもそも条約などを批准した張本人である国が、みずからそれら条約や条約に関して設置された委員会の意見等の趣旨に反する対応をし、それを訴訟という公的場において主張すること自体憲法98条2項違反のそしりは免れないのだが、仮に国がそのような過ちを犯した場合でも、裁判所にはその過ちを正し、国際人権法が求めるレベルの人権保障を実現するという法治国家における法的救済機関としての重大な責務があることは論を待たないのであって、ましてや裁判所が国の過ちを追認することなどあってはならない。

第2 被告ら第4準備書面に対する反論 — 慣習法

1 通則法3条について

- (1)ア 原告は、原告の有する本件サケ捕獲権の法的な根拠として、慣習法、国際法、憲法及び条理を主張するところ、このうち、慣習法を根拠とする主張に対し、被告らは第4準備書面において、原告は「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するものと解される」(4ページ)としている。

これは、被告らは水産資源保護法等の法規(以下「規制法令」という。)が大前提とされ、それらによって「禁止され又は刑罰の対象とされることがない」という慣習法があるか、という論理的順序の認識を有しているためだと思われる。ここから、被告らは原告が主張する慣習法は「行政法の法源としての慣習法」であると曲解し、「少なくとも既存の法律に反しないことが必要」などと、原告が主張もしていないことをさも主張しているかのように、独自の理解・解釈を持ち出している。

- イ しかし、原告は、論理的順序としては慣習あるいは権利(サケ捕獲権、先住権)が先に歴史的に存在していると主張しているのであり、その法的根拠として通則法3条の要件である、①慣習であること、②当該慣習が公序良俗に反しないこと、③当該慣習が法令の規定により

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であること、を満たすことを論証する中で、規制法令については③の要件該当性の中で検討し、規制法令はもとから原告のサケ捕獲を規制対象としていない、あるいは国際法の解釈によって原告に適用する限りでは規制法令は違法無効であるため、いずれにしても「法令に規定されていない事項」に関するものとなるから、③をも満たすと主張したものである。

ウ このように、被告らは、意図的に、規制法令を通則法の要件外で主張し、通則法3条の③の要件で取り上げている原告の主張に対する反論として噛み合っていない状態になっている。被告は、原告の主張を曲解したり煙に巻くようなことはせず、真正面から反論すべきである。

(2)ア また、被告らは、I C C P R第27条、先住民族宣言、及び生物多様性条約第8条(j)（以下「I C C P R等」という。）が、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、とする。

イ しかし、これもまた被告らの（おそらく意図的な）曲解であり、原告は慣習法を法源とする主張の中ではI C C P R等が慣習の「根拠」だとは述べておらず、通則法3条の要件③の検討の中で、I C C P R等の条項や趣旨に反する国内法の解釈は認められていないこと、国際法に則って解釈すれば規制法令が原告のサケ捕獲権を対象としていない、あるいは原告に適用する限りでは違法無効であると解釈するほかないので、「法令に規定されていない事項」に関するものとなる、と主張したものである。そして、規制法令が原告のサケ捕獲権を対象としていない、または原告に適用する限りで違法無効であると解釈すべき理由として、I C C P R等を締約したり賛成票を投じた被告国にはそれらを尊重し、少なくともそれらに反することをしてはならないし、国内法の解釈にあたってはそれらに反しないように行うことが求められている、と主張したものである。

ウ そして、はじめに述べた国際人権意識の観点からすれば、日本が批准・加入しているI C C P R等の基準に適合するように通則法3条の要件を解釈・適用するならば、規制法令があるから原告の主張は認められない、という短絡的な結論にはなりようがなく、条約に劣後する法律に過ぎない規制法令は、条約の基準に適合的に解釈するのが当然となる。具体的には、繰り返しになるが、規制法令はもともと原告のサケ捕獲権は対象としていないと解釈するか、あるいはアイヌ民族の

集団である原告に適用する限りでは違法無効であると解釈するほかないので、どちらの解釈を取るにしても「法令に規定されていない事項」に関するものとなるわけである。

エ なお、原告は、国際法や国際慣習法も直接の法源としても主張しており、そこでは国際法の直接適用を主張しているが、それと慣習法を法源とする上記主張とは別である。原告は、あくまで条約などが直接適用され、それによってサケ捕獲権が認められると考えているが、万が一そのような解釈・認定にならないとしても、慣習法を法源とする主張としては上記のような国内法の解釈をしなければならないことは最低限必要である以上、通則法3条により原告のサケ捕獲権が認められる。

オ 以上に対し、ICCPR等が「権利の保障を締約国に義務付けるものではない」、「締約国に対して法的拘束力を有するものではない」などと、国際法の直接適用や時代遅れの伝統的「拘束力」論にこだわった内容となっている被告らの反論は、ここでも噛み合わないものとなっているだけでなく、国際的に通用しない反論となっていることを指摘しておく。なお、原告は、本件訴訟で被告国が主張している内容がいかにか国際的に通用しない主張であるか、締結当事者である被告国らの主張を、自由権規約委員会における日本国報告に対する資料として提供する所存である。

2 国連先住民族の権利宣言及び生物多様性条約8条J

(1)ア 被告らは、国連先住民族の権利宣言（以下「先住民族権利宣言」という）について、「勧告にすぎず」と主張している（8ページ）。確かに、先住民族権利宣言は「条約」ではなく「宣言」である。

イ しかし、例えば国連人権宣言も条約ではなく宣言であるにもかかわらず、この人権宣言は締約国が遵守すべきものと理解されている。たとえ法的拘束力がなくても、賛同して締結した以上、その遵守は憲法98条2項に照らしても当然のことなのである。先住民族権利宣言も、権利の内容を詳細に定義し、その権利の保障を国連加盟国に求めているのであって、賛成した締約国には、自ら自国を拘束する締約国としての義務が存する。少なくとも先住民族の権利の保障は締約国の国内法において担保されることが求められており、条約に準じて締約国は拘束されるものと理解されている。

(2)ア また、被告らは、生物多様性条約8条Jについて、条文上「自国の国内法令に従い」とあるから、前記した規制法令に従うにすぎないと主張する（9ページ）。

イ しかし、問題なのは、前記のように、この「国内法令」が、それより優位に立つ国際法によって無効となるという点なのであるから、被告らの反論は反論になっていない。

3 自己の文化を享有する権利が適切に保障されているとはいえないこと

(1) 被告らは、「我が国においては、アイヌの人々が、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とをもって、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 27条の趣旨に沿った国内施策が実施されている」と主張する(8ページ)。この主張は、原告の主張との関係でどのように位置付けられるのかは不明だが、極めて問題がある主張であるため、ここで反論しておく。

(2) まず、「儀式若しくは漁法の伝承及び保存」とは謳っているが、この許可を受けて行うサケの採捕は、実際にはかつてのアイヌ民族が行っていた漁法を自由に行えるわけではなく、漁労する場所、尾数等が厳しく制限され、漁の様子は期間中、道職員が監視しており、採捕したサケの利用方法についても、伝統的料理等に利用するように制限され、もちろん売却することは禁止されている。この利用方法についても、報告が義務付けられている。

(3)ア また、儀式としてサケを捕獲するのは神に捧げて感謝することで今後の(日常の)豊漁を祈念するためであるのに、その日常的なサケの捕獲が自由にできないのでは、儀式とは名ばかりの、目的を果たせない形骸化した行為に過ぎず、日々の生活の中にある真の意味での儀式や伝承にはならない。甲30の1及び2は、I C C P R 27条に関する一般的意見23であるところ、「特定の文化を享受すること」は、「その資源の使用に密接に関係する生活様式(in a way of life)に存する」としているのは、サケの使用に密接に関係する日々の生活を享受することを文化享有権として保障しているのである。この日々の生活と切り離された「儀式」は、もはや「文化」ではない。

イ この点、日本では、農作物の中でも米が歴史上も重要視されてきたことを例として挙げるができる。税金を米で納めたり、豪族や大名の領地の範囲を表すのに米の生産力を示す石高が使われたのは、世界史の上でも日本だけである。それほどまでに、日本や日本国民に

とって米は単に食糧である以上に精神的・文化的にも重要であり、これを端的に表すのが天皇自らが参加する祭事である新嘗祭（毎年11月23日）である。宮内庁のホームページでも、「天皇陛下自らご栽培になった新穀もお供えになる」とあるとおり、その年の新米を捧げて神に感謝するのであるが、それは来年の豊作を祈願するのが目的であり、すなわち日本全国で今でも稲作が行われているからこそ行う儀式である。これに対し、仮に日本が侵略されて稲作を一切禁止され、唯一、年に一度、新嘗祭の実施だけは認められた場合を想像すると良い。そのような日常的な稲作と切り離された、単にそれだけがある新嘗祭にどれほどの意味があるというのか、容易に想像がつくであろう。これが形骸化された儀式という意味である。

ウ これを想えば、許可制での儀式は認めているのだからICCPR等の趣旨に沿った国内政策が実施されているんだ、そこまでやってあげているんだ、だから要求されている保障は十分なんだ、と言わんばかりの高慢な態度が透けて見える被告国の主張が、国際的に恥ずべき内容であることは明らかである。そして、このような被告国の態度が国際的に見抜かれないはずもなく、日本政府の報告に対して人種差別撤廃委員会からは既に3度もアイヌ民族の権利向上について改善を勧告されている（甲39ないし41）ほか、さらに2014年8月20日付け自由権規約委員会の日本から提出された第6回定期報告に関する総括所見においても、自由権規約委員会はアイヌの集団の伝統的な土地及び天然資源に対する権利が認められていない点について、あらためて懸念を表明している（甲56）。

今後、被告らの準備書面を検討した国連委員会からどのような指摘がなされるかも注目されよう。

- (4) 以上のとおり、被告らのこの主張は、本来なら主張するのも憚られるような国際的水準の主張であることを指摘しておく。

第3 被告ら第5準備書面に対する反論 — 国際法

1 条約に基づく権利性について

被告らは、原告が本件サケ捕獲権の根拠として挙げた各条約について、いずれも「水産資源保護法の規制の及ばないサケ捕獲権」を保障することを締約国に義務付けたものではないとの主張を行っているので、以下、条約ごとに反論を行う。

2 ICCPR（市民的及び政治的権利に関する国際規約）27条について

- (1) 被告らは、ICCPR27条が本件サケ捕獲権の根拠規定となること

を否定し、その理由として、①「I C C P R 2 7 条は、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サケ捕獲権等の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」こと、及び②「原告がその主張の根拠として援用する自由権規約委員会の一般的意見は、我が国を含む I C C P R 締約国に対して法的拘束力を有するものではなく、I C C P R 締約国がこれに従うことを義務付けられるものではないこと」を挙げている。また、原告が I C C P R 2 7 条の解釈に際して、先住民族宣言や I L O 1 6 9 号条約を尊重すべきであると主張していることについては、③先住民族宣言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こと、及び④そもそも我が国は、I L O 第 1 6 9 号条約を批准していないこと」を理由に、原告の主張を否定している。

そこで、以下、上記被告らの理由付けの相当性について検討する。

- (2) 前記①の理由付けについては、そもそも本件サケ捕獲権の本質及び条約と法令の優位性についての基本的理解を欠き、前記大阪高裁平成 1 1 年 1 0 月 1 5 日判決、広島高裁平成 1 1 年 4 月 2 8 日判決、東京高裁平成 5 年 2 月 3 日判決にも反する主張であることは既に述べたとおりであるが、国際法上の基本原則にも反する主張となっており、その意味でも失当である。

すなわち、条約法に関する一般条約として、条約解釈の指針とされている「条約法に関するウィーン条約」（以下、「ウィーン条約」という）2 7 条（甲 5 7）では、「当事国は、条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用することができない。」ことが明記され、また、I C C P R 5 条においても「この規約のいかなる規定も、国、集団又は個人が、この規約において認められる権利及び自由を破壊し若しくはこの規約に定める制限の範囲を超えて制限することを目的とする活動に従事し又はそのようなことを目的とする行為を行う権利を有することを意味するものと解することはできない。」とされている（甲 3 2）。

この点、大阪高裁平成 6 年 1 0 月 2 8 日判決（判例時報 1 5 1 3 号 7 1 頁、判例タイムズ 8 6 8 号 5 9 頁）においても、ウィーン条約（甲 5 7）「2 7 条では、条約の不履行を正当化する根拠として国内法を援用できないことが、3 1 条 1 項では、条約の一般的解釈原則につき、文脈により、かつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈すべきことが、3 2 条では、文言が曖昧であったり、3 1 条に則った解釈によると明らかに常識に反した又は不合理な結

果がもたらされる場合には、解釈の補足的な手段に依拠することができることがそれぞれ規定されている。よって、わが国の裁判所がB規約（ICCPR・代理人注）を解釈適用する場合、右解釈原則にしたがってその権利の範囲を確定することが必要である。」とされており、ウイーン条約27条は、我が国の裁判所がB規約（ICCPR注）を解釈、運用、適用する場合の解釈原則となることが明確に判示されている。

前記「水産資源保護法の規制の及ばないサケ捕獲権等の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」との被告らの主張は、まさに水産資源保護法28条という国内法を援用して、自由権規約等の条約に基づくサケ捕獲権を制限することを目的とした主張である。よって、かかる被告らの主張は前記ウイーン条約27条に反する主張であるとともに、国内法に過ぎない水産資源保護法が法令よりも優位する条約を規制するという国内法秩序、憲法98条にも反する内容の主張となっており、明らかに失当である。

- (3) 被告らは、前記②において「自由権規約委員会の一般的意見は、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、ICCPR締約国がこれに従うことを義務付けられるものではない」との主張を行っている。

しかし、前記のとおり、ウイーン条約31条1項では、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。」とされ、同条3項では「文脈とともに、次のものを考慮する。」として「(b) 条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」、「(c) 当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則」が提示され、さらに同条約32条では、「前条の規定による解釈によっては意味があいまい又は不明確である場合」には、前条の規定の適用により得られた意味を確認し、意味を決定するために、「解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる」とされている。

この点、自由権規約委員会の一般的意見については、同規約の有権的解釈とされており、自由権規約委員会の権威、構成、業務実績等に照らしても、上記「解釈の補足的な手段」に該当するものであることは明らかである。前記大阪高判（平成6年10月28日）においても、「B規約28条以下の規定に基づいて、高潔な人格を有し、人権の分野において能力を認められた締約国の国民18名で構成され、締約国から提出された報告を審査すること並びに市民的及び政治的権利に関する国際規約

についての選択議定書（わが国は未批准）に基づくB規約に掲げられている諸権利の侵害の犠牲者であると主張する個人からの通知を審理し、これに対する『見解』を送付することをその主な職務とする規約人権委員会が設置されている。同委員会は、B規約の個々の条文を解釈するガイドラインとなる『一般的意見』を公表しており、右『一般的意見』や『見解』がB規約の解釈の補足的手段として依拠すべきものと解される（強調は代理人）。更に、ヨーロッパ人権条約等の同種の国際条約の内容及びこれに関する判例もB規約の解釈規約の解釈の補足的手段としてよいものと解される。」旨判示されている。

また、広島高裁平成11年4月28日判決においても、「所論は、B規約の解釈に当たっては、同規約の発行後に効力が発生した条約法に関するウィーン条約31条の条約解釈に関する一般的な規則の趣旨に従うことを主張するところ、同条の解釈規則が、一般に成文法の解釈上も尊重されている理論的な基礎を有するものと考えるので、当裁判所もこれを採用し、同条約32条の趣旨を尊重し、B規約28条によって設置された規約人権委員会が同規約40条4項に基づき採択した一般的意見等も同条約31条の規定の適用によって得られた意味を確認するために補足的手段となるものといえる。」旨明確に判示している。

この点、最高裁においても、民法900条4項ただし書（当時）の規定のうち、嫡出でない子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1とする部分の合憲性（憲法14条1項）が争われた案件（平成25年9月4日最判）では、「我が国は、昭和54年に『市民的及び政治的権利に関する国際規約』（昭和54年条約第7号）を、平成6年に『児童の権利に関する条約』（平成6年条約第2号）をそれぞれ批准した。これらの条約には、児童が出生によっていかなる差別も受けない旨の規定が設けられている。また、国際連合の関連組織として、前者の条約に基づき自由権規約委員会が、後者の条約に基づき児童の権利委員会が設置されており、これらの委員会は、上記各条約の履行状況等につき、締約国に対し、意見の表明、勧告等を行うことができるものとされている。

我が国の嫡出でない子に関する上記各条約の履行状況等については、平成5年に自由権規約委員会が、包括的に嫡出でない子に関する差別的規定の削除を勧告し、その後、上記各委員会が、具体的に本件規定を含む国籍、戸籍及び相続における差別的規定を問題にして、懸念の表明、法改正の勧告等を繰り返してきた。最近でも、平成22年に、児童の権利委員会が、本件規定の存在を懸念する旨の見解を改めて示している。」との認定を行った上で、「昭和22年民法改正時から現在に至る

までの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。」とし、「嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていたというべきである。」として、「自由権規約委員会の勧告等」の内容も踏まえた上で、民法900条4項ただし書の規定のうち、嫡出でない子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1とする部分は憲法14条1項に違反する旨判示している。

また、婚姻の際に夫又は妻の氏を称すると定める民法750条の合憲性（憲法13条、14条1項、24条1項及び2項）が争われた案件（平成27年12月16日最判）では、結論としては同条の合憲性が判示されたものの、反対意見では、複数の裁判官から、民法750条が憲法24条に違反する根拠として、「我が国が昭和60年に批准した『女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約』に基づき設置された女子差別撤廃委員会からも、平成15年以降、繰り返し、我が国の民法に夫婦の氏の選択に関する差別的な法規定が含まれていることについて懸念が表明され、その廃止が要請されているところである。」旨の指摘がなされており、女子差別撤廃委員会の勧告等の内容が憲法判断の根拠となり得ることが当然の前提とされている。

このように、自由権規約委員会の一般的意見はもちろんのこと、関連する国際条約の内容、及びこれまで原告が引用してきた各種外国判例等は、法的拘束力の有無に関わりなく、ICCPRの解釈の補的手段となり得るのであって、「自由権規約委員会の一般的意見は、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、ICCPR締約国がこれに従うことを義務付けられるものではない」との被告らの主張は、上記最高裁判決にも実質的に違背するものであって、上記ウィーン条約及び自由権規約委員会の一般的意見に対する無理解に基づく暴論と言わざるを得ない。

また、かかるウィーン条約による条約の適用という観点とは別に、裁判官において上記条約、一般的意見、及び海外判例等の内容を条理として理解し、構成することが出来ることは既に述べたとおりである。

なお、ICCPRは、昭和55年（1980年）発効であるところ、ウィーン条約は、昭和56年8月1日（1981年）発効であり、同条

約は遡及効を持たないものとされている。しかし、前記大阪高判においても、「同条約の内容はそれ以前からの国際慣習法を規定しているという意味において、B規約の解釈においても指針になるものと解される。」とされており、B規約の解釈指針になることは明らかである。

- (4) 被告らは、前記③において「先住民族宣言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」ことを理由に、同宣言15条1項の内容がICCPRの解釈指針になることを否定している。

この点、原告においても、先住民族宣言自体に法的拘束力があることを主張するものではない。しかしながら、先住民族宣言は、国連宣言として締結されたものであり、前文にあるとおり「条約や協定、その他の国家との建設的取り決めで認められた先住民族の権利を尊重し促進する緊急の必要性をさらに認識し」て締結されたものである（甲13）。したがって、同宣言の内容は、ウイーン条約31条3項「(a)条約の解釈又は適用につき当事国の間で後に締結された合意」、又は同条約32条の「解釈の補足的な手段」として、当然にICCPR27条の解釈について考慮されるべき内容となる。なお、この点については、前記大阪高判においても、「同種の国際条約の内容」が解釈指針になることを明示している。

したがって、先住民族宣言には法的拘束力がないことを理由に、同宣言15条1項の規定を無視するかの被告らの主張には理由がない。

なお、仮に先住民族宣言自体に法的拘束力がなかったとしても、裁判官は、その内容を条理として理解し、構成することが出来ることは既に述べたとおりである。

- (5) 被告らは、前記④において「そもそも我が国は、ILO第169号条約を批准していないこと」を理由に、ICCPRの解釈に当たって、同条約の内容を尊重すべき旨の原告の主張を否定している。

しかし、ILO151号条約についてであるが、同様に未批准の同条約について、東京高判平成22年3月29日（判例タイムズ1340号105頁）は、「ILO151号条約は未批准とはいえ、様々な分野でグローバル化が進む中で、世界標準という視点からも改めてこの問題は考えられるべき」との判断がなされており、未批准の条約であっても、判断の考慮対象となることが示唆されている。また、前記大阪高判（平成6年10月28日）においても、「同種の国際条約の内容」が解釈指針になることを明示しているのであって、ILO169号条約の内容については、ICCPRの解釈に当たって尊重されるべきである。

3 ICESCR（経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約）15条1項について

- (1) 被告らは、ICESCR15条1項が本件サケ捕獲権の根拠規定となることを否定し、その理由として、①ICESCR第15条1は、「ICESCRの締約国は、『すべての者』に対し、『文化的な生活に参加する権利』を認めると定めており、その文言から明らかなどおり、個人が文化的な生活に参加する権利を規定するにとどまり、『少数民族』という『集団』の『漁業権』を保障することまでも同締約国に義務付けるものではない」こと、②「ましてや、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サケ捕獲権等の権利を保障することまでも同締約国に義務付けるものではない」こと、を挙げている。
- (2) 前記①の理由付けについては、ICESCR15条1項の「すべての者」との文言については、個人だけではなく、先住民族を含む概念として理解することが可能なのであるから、かかる形式的文言だけから、同項の対象から先住民族が除外される理由はない。

そもそも、前記のとおり、一般的意見は、規約の解釈の補足的な手段となるところ、同条項に関する一般的意見21（甲34）では、先住民は「国連憲章、世界人権宣言及び国際人権法、並びに先住民の権利に関する国際連合宣言において認められているように、全ての人権及び基本的自由を、集団又は個人として完全に享有する権利を有する」（一般的意見21、p a r a 7）とされるとともに、「文化的生活の価値観は、高度の共同性を有する可能性がある一方で、先住民の人々のみだけが表現し、コミュニティとしてのみ享受しうるものである可能性もある。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。」（同p a r a 36）とされており、「集団」としての行使が当然の前提とされているものと認められる。また、先住民族の権利宣言の前文においても「先住民族が、その生存、福利及び民族としての全体の発展のために不可欠な集団的権利を有することを認識し、及び再確認」することが明記されており、かかる「集団的権利」を認めた同宣言の規定は、同種の条約に準じて、ICESCR15条1項の解釈の補足的手段とされるべきである。

また、前記のとおり、ウイーン条約31条1項は「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。」旨規定しているところ、ICESC

R 1 5 条 1 項の趣旨及び目的に照らせば、「すべての者」との解釈に先住民族を含めて解することは、むしろ同条項の趣旨に合致する解釈である。

- (3) 前記②の理由付けについては、かかる主張が失当であることは既に述べたとおりである。
- (4) 以上より、ICESCR 1 5 条 1 項が本件サケ捕獲権の根拠規定となることを否定する被告らの主張はいずれも理由がない。

4 人種差別撤廃条約について

(1) 被告らは、水産資源法護法 2 8 条の規定は、「これによりさけの保護培養を図り、将来にわたってさけ資源を維持するためのものであり、アイヌの人々に限らず、一般の人々との関係でも、免許又は許可のない限り、一律にさけの採捕を禁止するというものであって、およそ、アイヌの人々を差別し、その『平等の立場での人権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』ものではないから、人種差別撤廃条約が水産資源保護法の規制の枠を越えて、原告が主張するようなサケ捕獲権を保障することを締約国に義務付けるものではないことは明らかである。」旨主張している。

(2) しかしながら、原告は、「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」旨主張しているのである（原告準備書面（4）1 4 頁）。上記被告らの主張は、目的にしか言及していないのであって、意図的か否かはともかく、明らかに的外れな反論と言わざるを得ない。

すなわち、人種差別撤廃条約 1 条 1 項は、「差別」の定義として、「平等の立場での人権及び基本的自由を認識し、享有し又はこうすることを妨げ又は害する目的又は効果を有するもの」（強調は代理人）と明記するとともに、同条約 2 条 1 項（c）では「各締約国、政府（国及び痴呆）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。」ことが明記されている（甲 3 6）。

また、ヨーロッパ人権規約 1 4 条の事案ではあるが、スリムメノス対ギリシャ事件のヨーロッパ人権裁判所大法廷判決 2 0 0 4 年 4 月 6 日においても、「裁判所はこれまで、条約の下で保障された権利の享受において差別されないという 1 4 条の権利は、国家が、同様の状況にある人を、客観的かつ合理的な正当化事由なく異なって取り扱うときに侵害されるとみなしてきた。しかし、裁判所は、これは 1 4 条における差別禁

止の唯一の側面ではないと考える。条約の下で保障された権利の享受において差別されない権利は、国家が、状況が顕著に異なる人に対して、客観的かつ合理的な正当化事由なく、異なる取扱いをしないことによっても侵害される。」（甲54、p374）旨判示されているが、かかる解釈は、当然に人種差別撤廃条約の差別にも該当するものである。また、「裁判所はまた、いくつかの事案で、特定の集団に対して不均衡に有害な効果（disproportionately prejudicial effects）を持つ政策や措置は、当該集団に特に向けられたものでないとしても、差別とみなされうるとしている」（甲54、p391）。

さらに、既に述べたとおり、1997年の一般的勧告23（甲37の1及び2）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が、「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』（下線は代理人）という趣旨の『判例』を発展させた」と評価されている（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」59頁）。

- (3) これを本件について見るに、原告アイヌのサケ捕獲行為は、原告アイヌのアイデンティティ、文化、精神生活、宗教生活、社会統合、及び経済的生存の根本的な基盤となっていたという特殊性に鑑みれば、かかるサケ捕獲行為を一律に禁止することは、他の和人との比較において、アイヌに対してのみ、「重大かつ不均衡に有害な効果」を持つ措置なのである。

よって、客観的かつ合理的な正当化事由なく、特定の集団たるアイヌに対してのみ、不均衡に有害な効果を有する行為水産資源保護法28条は、同条約に基づき無効であり、むしろ被告国は積極的に「無効にするために効果的な措置をとる」義務すら有しているとともに、被告ら国が当該権利を承認しないことそれ自体が人種差別に該当するものなのである。

- (4) なお、水産資源保護法28条が違憲無効であることについては、改め

て後述する。

第4 被告ら第5準備書面に対する反論 — 国際慣習法

- 1 被告らは、本件漁業権が国際慣習法上、確立した権利とは言えないと主張し、その論拠として、「原告が国際慣習法として成立していると主張する先住民族の権利の内容は、先住民族宣言26条に規定されるものと同様のものであるところ」、「2007年（平成19年）9月13日の先住民族宣言の採択の経緯に照らし、『集団的権利』は、国際慣習法上、確立した権利であるとはいえない」ことを挙げている。

そこで以下、集団的権利と一般慣行・法的確信の見地から反論する。

2 集団的権利について

原告が国際慣習法として成立していると主張する、先住民族の権利の内容は、先住民族宣言26条に相応するものではあるが、そのみならず、原告準備書面（4）29頁以下で記載したとおり、ICCPR27条、ICESCR15条1項（a）、人種差別撤廃条約、ILO169号条約、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）での国連宣言、及び米州人権裁判所判決等に反映されたものとなっている。また、一般的意見は、規約の解釈の補足的な手段となるところ、例えばICESCR15条1項（a）に関する一般的意見21（甲34）では、先住民は「国連憲章、世界人権宣言及び国際人権法、並びに先住民の権利に関する国際連合宣言において認められているように、全ての人権及び基本的自由を、集団又は個人として完全に享有する権利を有する」（一般的意見21、para7）とされるとともに、「文化的生活の価値観は、高度の共同性を有する可能性がある一方で、先住民の人々のみが発現し、コミュニティとしてのみ享受しうるものである可能性もある。先住民の文化的生活が発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。」（同para36）とされており、「集団」としての行使が当然の前提とされているものと認められる。

3 一般慣行と法的確信について

- (1) 一般慣行と法的確信という見地の参考となるものとして、明治44年（1911年）7月7日アメリカ、インド、日本及びロシアとの間で締結された膾炙保護条約（獵虎及膾炙保護国際条約）（ラッコ及オットセイ保護国際条約）（甲58）では、第1条にて、「白令海、勘察加

海、「オコック」海及日本海ヲ包含スル北緯三十度以北ノ北太平洋ノ洋海ニ於テ膾炙ノ海上獵獲ヲ爲スヲ禁止スヘキコト」がさだめられていたが、同4条では、「各締約國ハ第一條ニ掲クル洋海ノ沿岸ニ棲息スル印甸人「アイノ」人、「アリユート」人其ノ他ノ土人カ他船ヲ以テ運搬セラレ又ハ他船ト相關聯シテ使用セラレサル「カヌー」艇ニシテ專ラ橈權ノ類又ハ帆ヲ用キテ推進シ一隻ノ乗員五人ヲ超過セサルモノニ依リ從來慣行ノ方法ニ從ヒ銃器ヲ使用スルコトナクシテ膾炙ノ海上獵獲ヲ行フ場合ニ付本條約ノ規定ヲ適用セサルコトヲ約ス」と明記されていた。

同条約4条は、アイヌが、オットセイの捕獲に関して、一般慣行として、印甸人（インディアン）やアリユート等の他の先住民族と同様の独自の「從來慣行ノ方法」による漁業権を有していたこと、そしてかかる漁業権については、近隣関係国を含めた国際的承認がなされており、一般慣行及び法的確信が存在したことを示唆するものである。

- (2) ところで、サーモンピープルと称されるアイヌにとって、オットセイの捕獲に比べて、生業としての重要度が格段に高いものであり、また、遊動性の高いラッコやオットセイとは異なり、サケの場合には、特定の川に回帰するという強い回帰性から、特定の漁区という高い明瞭性を有していた。のみならず、コタンを挙げてカムイノミ、アシリチェプノミ等の崇高な儀式が行われているが、かかる行為は、外形的にはサケ漁業権の宣言・表示行為性を伴った行為であったのであるから、外形的にも、地域的にもオットセイ捕獲よりもはるかに明白な態様で行われていたものである。よって、アイヌのサケ捕獲に関しては、オットセイの捕獲よりも遙かに強度の一般慣行と法的確信が存していたものと認められる。

よって、アイヌのオットセイの捕獲についてすら、前記ラッコ及びオットセイ保護国際条約に基づく漁業権が認められていたことに鑑みれば、アイヌのサケ捕獲権についても当然に同様の慣習法上の漁業権が存在していたものと認められる。

- 4 以上より、原告が主張する本件サケ捕獲権は、国際慣習法上、確立した権利であるとはいえないとの被告らの主張は理由がない。

第5 被告ら第5準備書面に対する反論 — 憲法

- 1 原告は、原告のサケ捕獲権の根拠として、憲法14条1項、憲法29条、憲法20条、憲法13条を主張している。この点、サケ捕獲権は、繰り返しになるが日本国憲法の制定（1946年）以前からアイヌ民族が有していた権利であるから、憲法以前の権利すなわち自然権の一種であるが、憲

法の保障する権利は決して限定的なものではなく、権利の具体的な内容は、人権についての考察の発展、国際的な理解の進展に伴って発展するものである。この前提をもとに、以下、これらの憲法の各規定の主張に対する被告の反論を検討する。

2 憲法14条1項について

(1) 被告らは、規制法令が、アイヌ民族であるか否かに基づく法的な差別的取り扱いを定めておらず、アイヌ民族とそうでない者との間の形式的な不平等は存在しないとして、規制法は憲法14条1項に反しないと主張する。

(2)ア しかし、この主張は、形式的平等でありさえすれば憲法14条1項に違反することはない、と言うものであり、同条の解釈を誤ったものである。すなわち、ある規定や措置が形式的平等に反しないとしても、それが実質的に不平等の結果をもたらす場合には、憲法14条1項に違反し違憲無効となりうるのである。

イ この点、神戸地裁尼崎支部平成24年4月9日判決は、いわゆる阪神バス勤務配慮事件において、バス運営会社が、障害を持つバス乗務員に対する特別の勤務配慮をしなかった（廃止した）ことについて、

「 障害者に対し必要な勤務配慮を合理的理由なく行わないことは、法の下での平等（憲法14条）の趣旨に反するものとして公序良俗（民法90条）ないし信義則（1条2項）に反する場合があると解する」

と判示している（判例タイムズ1380号110頁）。

これは、特別の配慮をしない、すなわち形式的平等に扱うことが憲法14条に違反する場合があることを示したものである。すでに原告準備書面(4)の26ページ以下において、平等の立場での基本的自由の享有、行使を妨害する「目的」行為だけでなく、結果として妨害する「効果」を生じさせるのであれば、人種差別撤廃条約1条1項が禁止する「差別」になることを述べたが、本判決は、憲法14条がこれと同趣旨にあることを示したのである。本判決では明示こそはされていないものの、憲法14条の解釈において、人種差別撤廃条約の内容を取り込むことにより、同条約の内容を実現したものといえることができる。

ウ (ア) また、最高裁判所も、いわゆる夫婦別姓訴訟において、結論としては民法の規定を合憲としたものの、以下のように、実質的な平等が保たれるように図ることは憲法14条1項の趣旨に沿うものであり、立法裁量の範囲の検討にあたって留意すべきものである、と述べている（最高裁判所大法廷平成27年12月16

日)。

「もっとも、氏の選択に関し、これまでは夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めている状況にあることに鑑みると、この現状が、夫婦となろうとするもの双方の真に自由な選択の結果によるものかについて留意が求められるところであり、仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して夫婦間に実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法14条1項の趣旨に沿うものであるといえる。そしてこの点は、氏を含めた婚姻及び家族に関する法制度の在り方を検討するにあたって考慮すべき事項の一つというべきであり、後記の憲法24条の認める立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討にあたって留意すべきものと考えられる。」

(イ) ここで最高裁は、「この現状が…仮に、社会に存する差別的な意識や慣習による影響があるのであれば、その影響を排除して…実質的な平等が保たれるように図ることは、憲法14条1項の趣旨に沿うものである」と述べている。

これを本件についてみれば、これまで再三主張してきたように、原告を含むアイヌ民族においてサケ捕獲権が認められていないという現状があり、それは、先住民族たる立場をなんらの正当性もなく「日本国社会」によって一方的に奪われたという事実によって作出されているのであるから、その状況を排除して実質的な平等を図ることが憲法14条の趣旨に沿うものであることは論を待たない。

エ さらに、このような実質的平等の価値観は、障害者差別解消法において被告国自身がその必要性、相当性を自認しているところでもある。同法は2013年に成立したが、その内容は上記神戸地裁尼崎支部判決と同じ趣旨に立つものである。これは、同判決が示した「結果における平等が実現されないならばそれは憲法14条が禁ずる差別となりうる」との解釈が、我が国の法律レベルでも取り入れられたと言える。

すなわち、我々一人一人は様々な場面で人的サービスや社会的インフラなどを利用しているが、これらは非障害者を基準に構築されており、この基準から大きく外れる障害者には利用できない形でしか提供しない、言い換えれば障害者が利用できるように合理的配慮を提供しないことは、実質的には障害のない者との比較において障害者に対して区別、排除又は制限といった異なる取扱いをしていることになる。この、一律かつ形式的な措置は障害者によっては十分な権利の享有や

行使が困難だという問題意識から、2013年成立（2016年施行）の「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律」第7条2項や8条2項では、「合理的配慮義務の不履行」を禁止することとしたのである。

これは「人種」差別の例ではないが、この例から被告（国）も、結果として妨害する「効果」を生じさせるもの、あるいはそのような状態を続けることは差別にあたり、是正すべきと考えていることが明らかである。

オ 原告準備書面(4)26ページ等で述べたように、条約によって保障されている人権（価値）について、日本国憲法上明文での保障規定を欠く場合、憲法の人権条項の解釈を通じて、条約によって保障された人権の実現を図られる、すなわち、条約における人権保障を日本国憲法に取り込むこととなる。

そうすると、客観的に異なる状況にある個人また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し、憲法14条違反となるのである。被告国は、先に述べたように障害者差別禁止法を成立・施行し、その政策を推進している者であり、そうである以上、人種差別撤廃条約が「差別」だとして「禁止」しているものは、被告国でも同様に差別と捉え、禁止し又は差別を解消するための措置を取るべきだという認識のはずである。逆に、人種差別撤廃条約が「差別」だとして「禁止」しているものを、憲法14条1項は「許している」などと主張することなどあってはならない。ところが、被告の主張は、アイヌ民族であるか否かに基づいて異なる取扱いをしていないことだけを理由に、憲法14条1項に反しないとすものであり、同じ国なのに上記とは別人格かのような主張となっていることは明らかで、当然、有効な反論にはなり得ていない。したがって、単に、形式的平等に反しないとす理由のみで、規制法令が憲法14条に違反しないとす被告の主張は失当である。

(3) 本件において規制法令が憲法14条違反となること

以上、形式的平等であったとしても憲法14条1項違反になりうることを指摘してきたが、では本件で、アイヌ民族にも一律に適用される規制法令は憲法14条1項に反し違憲となるかについては、本書面や原告準備書面(4)の37ページで述べたとおり人種差別撤廃条約の一般勧告23で先住民族の資源（≡特定の河川とその河川をのぼるサケ）を使用（≡捕獲）する「先住民の権利を承認し及び保護する」義務が被告国に課されていること、同じく26～27ページで結果として妨害す

る「効果」を有するものも人種差別撤廃条約が禁止する差別にあたり、アイヌ民族を含め一律にサケの捕獲を禁止することがこの差別的な効果をもたらしている実情に鑑みれば、規制法令は少なくともアイヌ民族すなわち原告に適用される限りにおいては人種差別撤廃条約に反しないよう解釈されるべきことを加味した憲法14条1項により、違憲と言わざるを得ない。

3 憲法20条1項、憲法29条について

(1) 被告は、「憲法の各規定によってさけ捕獲行為が権利として保障される余地があるとしても、絶対無制約のものではなく、公共の福祉による制約を受けるものであるし、アイヌ民族のさけ捕獲行為にも水産資源保護法の規制が及ぶものであることも踏まえると、憲法の規定によって、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さけ捕獲権が直ちに保障されるものではない。」と主張する。

(2) しかし、被告の主張は、水産資源保護法が憲法に優位する、というまったく根拠のない独自の主張と言わざるを得ない。

(3) また、少なくともアイヌ民族のサケ捕獲行為に適用される限りにおいて規制法令が違憲無効であることは、前述したとおりである。したがって、被告が理由の一つとする、アイヌ民族のサケ捕獲に規制法令による規制が及ぶとする点は、もはや制約を正当化する理由にはならない。

(4)ア さらに、そもそも「公共の福祉による制約を受ける」との点についてであるが、本件サケ捕獲権は、公共の福祉による制約を受けるものではない。

イ この点被告らは、「公共の福祉」による制約について、二風谷ダム事件判決もアイヌ民族固有の文化を享有する権利が絶対無制約のものとして保障される旨を認めたものではないとする。確かに、同判決では、「B規約27条に基づく権利といえども、憲法12条、13条の公共の福祉による制限を受けることは被告ら主張のとおりである」としており、「公共の福祉」による制約があり得ることを示唆している（ただし、「B規約27条制定の趣旨に照らせば、その制限は必要最小限度に留められなければならない」ともしている）。

ウ しかし、同判決はB規約をもアイヌ民族の権利の根拠としている以上、その権利の制約はB規約が定める制約事由によってのみ正当化されるのであって、それを実質的に検討することなく、また「必要最小限度に留められなければならない」との限定を加えたとしても、憲法上の一般人権制限事由である「公共の福祉」を安易に持ち込むことは、条約解釈として妥当とは言い難い（甲54、p92）。この点につ

いては、自由権規約委員会においても、「（「公共の福祉」を指して）この概念は、曖昧、無限定で、規約の下で許される範囲を超える制限を許容しうる。」とした上で、第4回日本政府報告書審査（1998年）で「規約で保障されている権利に対して、「公共の福祉」を根拠として制限が課されうることに對する懸念を再度表明する、としている。このように規約にない事由をもって、「公共の福祉」だとして制約を課すことは国際人権法上、認められていない。

エ そして、憲法20条1項に関連する自由権規約27条では、種族的、宗教的又は言語的少数民族に属する者である限り、自己の文化を享有し、自己の宗教を信仰しかつ実践する権利を否定されないことについては何らの制約も課されていない。つまり、同規約27条が無制約である以上、「公共の福祉」による制約も課し得ないのである。したがって、憲法20条1項により保障される限り、サケ捕獲権は憲法12条の「公共の福祉」による制約の対象とならない。

オ また、原告が主張するサケ捕獲権は交易の対象たる純然たる財産という側面のみならず、サケという魚自体が神からの贈り物であったり、様々な祭祀の際に神に奉納するものとして文化的・精神的な側面を有するものであることは、既に原告が何度も主張しているとおりである。したがって、サケ捕獲権は、憲法29条単体ではなく、憲法20条1項と複合的に保障される権利というべきであって、憲法29条2項の「公共の福祉」という制約は憲法20条1項に相当する自由権規約27条が無制約である以上、アイヌ民族のサケ捕獲権に関する限りにおいて憲法12条の「公共の福祉」による制約の対象とならないというべきである。

(5) 以上のとおり、憲法20条1項や憲法29条に関する被告の反論には理由がない。その上で、被告はこれらに基づきサケ捕獲権が保障される余地を認めており、かつ、この反論以外にはサケ捕獲権が保障されない理由について主張していないのであるから、結局、保障されることを認めたものと考えられる。

(6) なお、被告らが主張するように「アイヌ民族のサケ捕獲行為が憲法の各規定によって保障される」ことを前提とすれば、これを全面的に禁止する規制法令は、憲法で保障された人権に対する強度の規制であって、その合憲性が問題とされなければならない。上記のように被告らは、アイヌ民族のサケ捕獲権も「公共の福祉による制約を受ける」というが、そうであるなら、規制法令がアイヌ民族のサケ捕獲権を全面的に禁止していることが「公共の福祉による制約として許容されるのか」が、規制

目的と規制態様・程度について厳格に検討されなければならないのである。それにもかかわらず、被告らはそのような検討を何ら示すことなく、「水産資源法の規制が及ぶから憲法によって保障されるものではない」とだけ述べているのであり、到底、法的論理的な主張とは言えず、このような被告らの主張は是認される余地はない。

4 憲法13条について

(1)ア 更にまた、原告らのサケ捕獲権は、憲法13条を根拠に認められるものである。憲法13条は、憲法14条以下の個別的人権規定（いわゆる「人権カタログ」）にない権利であっても、時代や社会情勢の変化に応じて新たに認められるべき権利の源泉的役割を有する根拠規定となってきた（プライバシー権のうち肖像権について最大判昭和44年12月24日 京都府学連事件）。決して、明文にある個別的人権以外には権利がないと考えているわけではない。このことは、原告準備書面(4)の40ページ以下でも説明したとおりである。

イ また、時代や社会情勢の変化に応じて新たに認められるべき権利だけでなく、憲法以前からある自然権ではあるが明文化されていないものについても認めるものであるし、さらには憲法以前からある自然権が、時代や社会情勢の変化に応じて、あらためて権利として再認識されるべき場合にも当然認めるものとして、憲法は懐の深さを持つものといえる。アイヌ民族のサケ捕獲権は、まさにこの憲法以前からある自然権であると同時に、先住民族を侵略しその権利をなく奪した時代から文明が先に進み、その侵略を反省して、先住民族宣言や人種差別撤廃条約その他の先住民族に関する条約が制定され各国に批准されてきたという時代や社会情勢の変化を受けて、あらためてその権利性が国際的に認められ保護の対象として再認識されている権利であるといえる。そうである以上、憲法13条がこれを保障していないという方がむしろ困難だとさえ言える。

(2) なお、憲法13条は、個人の権利を守ることで集団の権利を守る趣旨を含むものであり、集団の権利をも認めていることは、原告準備書面(4)の41ページや43ページで述べたとおりである。

(3)ア この点、憲法13条が憲法14条以下で明文化されていない人権の源泉的存在であるとしても、あらゆる権利利益が憲法13条を根拠に認められ、あるいは保護されるわけではない。

イ 一般的には、憲法14条以下に列挙されると同程度の、人が人らしく生きるために必要不可欠な権利利益であることを要するとされているが、アイヌ民族にとってサケを捕獲することは社会的・文化的・精

神的に極めて重要であり、アイヌ民族がアイヌ民族として生きるために必要不可欠な権利であることは、既に原告が何度も説明しているとおりであり、明らかである。

この点、原告前代表者会長である長根弘喜は、「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」と述べている。これこそがアイヌ民族にとってのサケを捕獲する権利の意味である。

ウ また、例えば「環境権」は判例上認められていないが、その理由として、内容や範囲が不明確であるという点が挙げられる。

しかし、原告の求めるサケ捕獲権は、先住民族の権利の一つとして、原告が挙げた条約、特に先住民族宣言やILO169号条約と、それらに関して積み重ねられた総括所見、一般的意見などによって内容が画され（内容の特定。特定する際の資料となれば足りるため、被告国がILO169号条約を批准していないことはここでは関係がない。）、また浦幌十勝川河口から4kmでの捕獲に限っており（物理的範囲の特定）、さらに、アイヌ民族を取り巻く文化と歴史（既に主張済み、被告は認否をせず争うことを明らかにしないため、自白したものと看做される（民事訴訟法159条1項））から、アイヌ民族にとってのサケ捕獲が各条約で保護されている先住民族の権利に該当することも明らかである（歴史・事実からの特定）。そうすると、原告の主張するサケ捕獲権は、憲法13条を根拠として認められるだけの具体性を有している。

- (4) さらに、「公共の福祉」による制限の対象とならないことは、前述の憲法20条1項で述べたことと同じである。
- (5) したがって、仮に憲法20条1項、憲法29条によって認められないとされた場合であっても、憲法13条を根拠に原告のサケ捕獲権は認められる。

第6 被告ら第5準備書面に対する反論 — 条理

- 1 被告らは、規制法令がその立法趣旨等に鑑みて強行法規であるとして、そうだとすると規制法令に抵触する内容の条理を推考する余地はないという理由で、条理を根拠に原告のサケ捕獲権が認められる余地はないと主張する。

2 しかし、条理は、現行法制度によっては「正義にかなう普遍的原理」を体現できない場合の受け皿として、これまでの裁判例でも度々挙げられている。原告が主張する国際法、国際慣習法、憲法、および慣習法（通則法）上の権利が、いずれも単体としては認められないとされても、これらを総合した結果、条理が根拠となって原告のサケ捕獲権は認められるべきである。

すなわち、明治8年の太政官布告第一〇三号裁判官事務心得第三条には、「民事ノ裁判ニ成分ノ法律ナキモノハ習慣ニ拠リ慣習ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スベシ」とある。したがって、司法が条理を根拠として判決を下すことは可能であり、むしろ事案によっては正義のために率先して条理を根拠に救済を図るべきといえる。この点、行政法に関する条理による法解釈の重要性について、「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なければならない。」とする学説が参考になる（甲52）。

3 また、裁判例にも、条理を判断根拠としたものは数多く存在する。

- ・ 国際裁判管轄に関して「当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念により、条理にしたがって決定するのが相当」だとした最判昭和56年10月16日（マレーシア航空事件）
- ・ 「条理に照らし、一定の法律上の作為義務を負うべき場面もあるというべきである。」として条理上の作為義務とその義務違反を認めた東京地判平成9年5月26日（ニフティサーバー事件）
- ・ 「適用すべき準拠法の内容が不明である場合には、条理によって、換言すれば当該国法秩序の全体からみた拡張・類推解釈、条理等によって当該事件につき当該外国法秩序においておそらく妥当すると思われる法を発見すべきものと解する」とした札幌家審昭和49年7月23日
- ・ 「結局、本訴における離婚の準拠法は条理であると解すべきである」とした神戸地判昭和30年12月19日

など、条理を根拠に判断したものがいくつも見受けられる。

4 本件において、被告らは頑なに原告主張の事実関係への認否を拒否しているが、すでに原告らが提出済みの証拠で証明は十分であるし、また被告らはこれら事実関係について争うことを明らかにしないため自白したものとみなされることは前述した。明治政府が先住民族であるアイヌの集団が有したサケ捕獲権を正当性なく奪ったことは否定しようがなく、その奪取

者が被奪取者のための法律を作っていないことをもって、原告のサケ捕獲権を認めないのであれば、これ以上の不正義、不合理、理不尽はないといっても過言ではない。まさに本件のような権利の救済のために、条理を根拠として原告の請求が認容されなければならない。

- 5 付言するに、我が国の現行法制度があらゆる観点、範囲、社会的要請等々に対してすべてを網羅しており、現行法制度に従う限りすべての正義が実現できるという完全性・完璧性は、目指すものではあっても、決して自負するものではない。このような傲慢は、人権侵害や権利侵害を放置したり見逃す要因になるものであり、慎まなければならない。その意味で、被告らが、「規制法令が強行法規である」というだけでこれに反する条理を推考する余地がないと断言するのは、まさにこの傲慢に他ならない。被告らの反論こそ顧みる余地がないものである。

第7 その他（水産資源保護法28条の規制の目的の合理性について）

- 1 被告は、内水面においてサケの捕獲を原則として禁止しているが、その理由については、サケは「回帰遡上して産卵し、その一生を終えるという特性を持つ魚である」とした上で、「このような特性を持つさけについては、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ることになり、サケ資源が枯渇することとなる。このようなサケの特性に鑑み、我が国では、戦前から内水面においてサケを採捕することが原則として禁止されている（水産資源保護法28条、改正前は25条）。加えて、サケが重要な水産資源である北日本においては、サケ資源の保護培養のため、早くから積極的にサケの人工ふ化放流が実施されている。～サケ資源は、他の魚類と大きく異なり、このような人工ふ化放流によって維持されている。（以上につき、乙第27号証及び乙第28号証）」と主張する。

しかしながら、被告が水産資源保護法28条にて内水面におけるサケ捕獲の禁止理由として挙げているふ化放流事業には、合理性が認められず、また原告のサケ捕獲権がサケ資源保護に影響を与えるものでもない。以下で指摘する。

- 2 ふ化放流事業がサケ資源の保護に繋がっておらず、かえって資源量減少に繋がっている可能性があること
- (1) 北海道内では、毎年9月から12月にかけて、産卵のために母川へ戻ってきたほぼすべてのサケの親魚を捕獲している。捕獲は魚道式もあるが多くはウライ式（河川を格子等で遮断し、その一部に捕獲槽を設け一網打尽にする）である。捕獲した親魚から卵や精子を採取し

(具体的には雌の腹を裂いて取り出した卵に、雄の腹を絞って排出させる精子をかける)、人工授精させ、孵化させ、稚魚が一定の大きさになるまで育てて、翌3月から5月にかけて河川や港湾に放流している(以下、まとめて「ふ化放流事業」という。)。つまり、規制法令は河川で「一切サケを獲らない」というよりも、「ふ化放流事業をするために河川回帰するサケを行政が主導して関係機関(サケマス増殖事業協会)が捕獲できる」ことを実質的な目的とするものなのである。

- (2) 当初は、このふ化放流事業の結果として、サケの回帰量・捕獲量が増えたとされていた。ところが、近年は、ふ化放流事業によるサケ(以下「放流魚」という。)は天然の産卵・受精・成長をしたサケ(以下「天然魚」という。)に比べて生存競争で負ける、あるいは多様性に乏しいなどとする研究結果が示されるようになった。また、かつては天然魚(稚魚)は放流魚(稚魚)よりも小さく、海に下っても十分に泳げなかったり天敵に食べられてしまうと考えられてきたが、実際には回帰率は変わらず、むしろ天然魚の方が多く回帰しているとする研究結果も示されている(甲59)。
- (3) また、2011年から、北見漁協を中心としてサケのMSC認証(持続可能な水産物の国際的な認証制度)を申請しようとしたこともあったが、認証機関が提示する認証条件をクリアすることができず、2014年に認証取得を諦めることになった。その条件というのが、「天然魚の資源量を回復させる方策が実施されていること。その回復のための増殖がほとんど行われていないこと」であった。つまり、ふ化放流事業ではなく自然産卵による天然魚を増やせ、そのためにふ化放流事業はするな、ということである。近年のサケの不漁の原因の一つとされる地球温暖化などの自然条件の変化は日本だけでなく世界共通であるはずだが、アラスカ(米国)やロシアではサケの漁獲量はあまり減少しておらず、むしろ豊漁となっている(以上、甲60)。その理由はまだはっきりしていないものの、日本ではできるだけ捕獲し採卵して放流する手法を取っているのに対して、アラスカでは自然産卵を重視しているという違いがあり、これが持続可能性に影響すると考えられているからこそその条件なのであろう。
- (4) さらに、実は河川で捕獲したサケのうち、ふ化放流事業に使われる(卵を取り出し、精子を絞られる)のは捕獲数の半数程度と言われており、漁獲が多かった15年ほど前ではおよそ4分の3が使われなかったこともあるという(甲59)。ではその使われなかったサケは

どうしたかという、河川に戻すことはせず、生食・加工品などの消費に回されているとしか考えられない。これは、被告らが主張する規制法令の立法目的を行政自ら（例えふ化放流事業の主体が民間であったとしても、余ったサケが消費に回る実態をわかって行政が捕獲の許可を出していれば同じである）が脱法する行為ではないのだろうか。

- (5) このように、近年の研究結果や諸外国との比較、さらにはふ化放流事業に使用しないサケを余剰に捕獲し消費に回していると思われる点で、規制法令が実質的な目的とするふ化放流事業こそがサケの資源量を減少させている一因になっている可能性が否めない。したがって、規制法令の目的については、何ら科学的根拠・合理性が認められない。これは、原告に対するサケ捕獲の禁止とサケ資源保護との間に因果関係がないことを示している。

3 十勝川の河川整備計画からも、原告の捕獲するサケはふ化放流事業に影響を与えないこと

(1) 十勝川サケ捕獲場所

ふ化放流事業として、十勝川においてサケを捕獲している場所は、十勝川本流の幕別町にある千代田堰堤と称される場所と十勝川本流の猿別川捕獲場が主なものである。つまり、ふ化放流事業として、親魚のサケを捕獲する場所は、すべてが十勝川本流沿いであって、原告がサケ捕獲権を主張する浦幌十勝川とは異なっている。

浦幌十勝川は、下頃辺川、浦幌川、浦幌静内川が合流して流下する川である。次項cで記述する導水路によって十勝川からごくわずかに水量が流れてくるものの、水系としては十勝川とは別の川である。

(2) 十勝川水系河川整備計画（甲61）

訴状で指摘したとおり、原告がサケ捕獲権の確認を求めている場所は、浦幌十勝川の河口部である。ところで、この浦幌十勝川は、戦後の河川改修等によって、著しく河川の流れが変更されてしている。この十勝川の変遷を北海道開発局が作成している十勝川水系河川整備計画によって、確認することとする。

a 昭和37年まで

浦幌十勝川は十勝川本流とされ、現在の十勝川は大津川とされていた。

b 昭和38年

当時の十勝川から現在の浦幌十勝川をトイトッキ築堤を建設して分断し、現在の浦幌十勝川は十勝川水系から切り離され、支流であった下頃辺川の下流部の河川となった。

c 昭和58年

現在の浦幌十勝川は、十勝川から切り離された結果、水量が著しく低下し、昭和46年頃から河口閉塞が生じるようになった。このため、水量を増加させるために、昭和57年にトイトッキ築堤に導水路を設け、十勝川から毎秒最大9 m³の水を導水するようになった。このため、再び下頃辺川から浦幌十勝川として十勝川水系に編入し、計画高水流量を河口の十勝太で毎秒1、500 m³とした。この流量は、十勝川の河口部の流量の10分の1にすぎない。

(3) 十勝川に遡上するサケは浦幌十勝川には遡上しない

前記のように、サケの人工ふ化放流事業（サケマス増殖事業）のために親魚を捕獲する施設は、十勝川の中流域に存在するところ、浦幌十勝川を遡上するサケは十勝川には遡上していない。

なぜなら、浦幌十勝川は昭和37年から同57年までの20年間にわたり十勝川からは切り離された別の川となっていたからである。サケは稚魚が放流されてから来遊するまで4ないし5年かかると言われている。すると、浦幌十勝川に回帰してきたサケは5世代ないし4世代にわたって十勝川に遡上していなかったのであるから、現在浦幌十勝川に回帰するサケは、十勝川で産卵し流下していった（あるいは採卵され、人工ふ化され、放流された）サケではないのである。遡上する母川は十勝川ではなくなっているからである。

しかも、昭和57年以降に導水路によって十勝川と繋がっているとはいえ、その延長は約1.5 kmもあるうえ、コンクリートで建設された工作物であり、水量も最大で毎秒9 m³しかなく、ほとんど流れのない水路でしかない。このような場所をサケが通過することは困難であり、実際に通過するサケは確認されていない。つまり、導水路の上流にある十勝川のふ化増殖事業施設には行き来しないのである。

したがって、原告のサケ捕獲権を認めても、国が主導している十勝川での人工ふ化事業にはまったく、影響を受けないし、影響を与えてもいないのである。

(4) 北海道開発局はサケは生息していないとする

十勝川水系河川整備計画では、十勝川に生息する回遊魚としてサケが確認されている（p45）。しかし、浦幌十勝川ではサケの生息は確認されていない（p49）。この点からも浦幌十勝川でのサケの捕獲は、十勝川本流でサケ資源保護の名目で行われている人工ふ化事業へは全く影響を与えるものではないことが明らかであり、本件サケ捕獲権の規制と資源保護とは何ら因果関係が認められない。

- (5) 以上のとおり、内水面におけるサケ採捕を原則禁止することによって、本件サケ捕獲権を規制する水産資源保護法28条の規定については、何ら合理性は認められない。

第8 原告のサケ捕獲権の権利性

- 1 本書面第2～第6で述べたとおり、アイヌが集団としてサケを捕獲することが、関係する国際法及び憲法等によって裏付けられ、保障されている事実を述べてきた。このアイヌのサケ捕獲権は、当然ながら国際法や憲法等によって与えられた権利ではなく、もともとアイヌが先住民族として有していた権利について国際法や憲法等は、それを権利として認めたものである。この点について、あらためて整理しておく。

2 歴史的に認められていた権利

すでに訴状8ページ以下、準備書面(1)3ページ以下(特に15ページ以下)等で述べているように原告のサケ捕獲権は、十勝川河口域において長年のアイヌの歴史によって独占的・排他的権利として形成されたものである。この権利は国連先住民宣言前文第7パラグラフの要件に合致する、国際的に認められている先住民族の固有の権利である。そして、上記のとおり、この権利はICCPR27条等の国際法や憲法によって、権利性を認められているものである。

明らかなのは、1600年代から一貫してアイヌコタンという集団(コタンの共同体も含む)が、独占的・排他的に一定の領域においてサケ捕獲の権限を有していたこと、サケは貴重な食糧として、また重要な交易品としてアイヌの生存的、経済的基盤をなし、サケにまつわる儀式、口碑や伝説が生まれ、サケに対する祭儀が行われてきた、という事実である。十勝川河口域においても、複数のアイヌコタンがサケを捕獲し、食糧、交易品として経済的生活を営み、様々な文化をはぐくんできたという事実である。

これらの事実は、アイヌである原告のサケ捕獲権が、先住民族権利宣言7段落(第7パラグラフ)でいうところの、原告の固有の権利であり、国際法や憲法によって法的保護が認められるにふさわしい権利性を有することが確認されることを示している。日本政府も先住民族の権利宣言に賛成し、ICCPRに署名したことによって、アイヌである原告のサケ捕獲権の権利性を認めたものなのである(前記のとおり)。

原告のこのサケ捕獲権は、明治以降も「継続して」権利行使されており、文化として引き継がれてきた。

3 密漁とされても権利行使をしていた事実

甲62は、萱野茂氏が著した「アイヌの碑」である。ここでは、萱野氏

の父が逮捕される様子が描かれている。引用すると、

*父は、鮭の密漁のかどで逮捕されたのです。毎夜毎夜獲ってきて、私たち兄弟や近所のお婆さんたちに、さらに神々にも食べさせていた鮭は、そのころ獲ってはいけない魚でした。(72ページ)

*祖母がのちに、そのときの悲しみを思い出して、私に嘆いた言葉は次のようなものでした。(74ページ)

「シサムカラペ チェブネワヘ クポホウツワ カムイエパロイキ
コエトウレンノ ポホウタラエレプ アコパクハウエタアン ウェ
ンシサムウタラ ウィヒアナツ ソモアパツハウエタアン」

(和訳)「和人がつくった物 鮭であるまいし 私の息子がそれを獲って神々に食べさせ それと合わせて子供たちに食べさせたのに それによって罰を与えられるとは何事だ 悪い和人が獲った分には罰が当たらないとは 全く不可解な話だ」

*アイヌ民族が死に絶えることなく、生き続けてこられた理由の一つに、食糧を充分手に入れることができたということがあります。食糧とは鮭と鹿の肉です。(74ページ)

*シャモ(和人のこと・・・代理人注)が作った鮭の禁漁などという法律は、鮭をあてにして生活してきたアイヌにとっては「死ね」というような法律です。アイヌにとっては悪い法、まるで「まだ羽の生えないひな鳥へ餌を運んでいる親鳥をなぐり殺すような」法律でした。(75ページ)

甲62からも分かるように、アイヌとサケは生活上、経済上、文化上、密接な関係を保っていた。それは数百年にわたり歴史によってつくられてきた関係なのであり、アイヌはサケ捕獲を日本政府によって禁止されても、その伝統を脈々と受け継いできたのである。

4 原告構成員にとってもサケと密接な関係がある

(1) 明治以降も継続していたサケ漁

甲25の217ページには、明治政府の十勝川における禁漁措置に対して、「旧土人の密漁」として、「昼夜の別なく『マレキ』(マレクというモリであろう・・・代理人注)で突いたり『ヤシ』(ヤシヤという網のこと・・・代理人注)という長さ十間幅1間半の細目の網を張ったりして『孕鮭』を捕っている」とし、アイヌはこれを食用に充てるほか交易にも充てている、ことが記述されている。つまり、十勝川におけるアイヌは、明治政府の禁漁措置に対して、実際にサケを捕獲することによって、事実としてサケの捕獲を継続していた。

(2) 原告の元構成員もサケを捕獲していた

現代においても十勝川河口部のアイヌはサケを捕獲していた。原告の前身である浦幌アイヌ協会（その前身である旧浦幌ウタリ協会）の会員であったK. Y、M. Y、M. Tは、2016年頃まで浦幌十勝川河口部で刺し網によってサケを捕獲していた（いずれもすでに死亡）。彼らは定職を持ち大津や厚内で漁師として働いていたが、夜間は十勝川でサケを捕獲していた。これらのサケは家族での食用に供したりしたほか、販売も行っていったようである。浦幌十勝川は河口部付近の川幅は50メートルを超えるため、船がなければサケ漁はできなかつたため、船を所有する者がサケ漁を行っていた。

浦幌十勝川河口部では80年代まで各アイヌが所有する船は10艘を超えていたそうである。彼らは、夜間になるとサケ漁を行っていた。これらの船は日中は見つからないように浦幌十勝川と新川の合流部付近の藪の中に隠れていた。21世紀に入っても、3艘ほどの船がこの繁みに隠されていた。

サケ漁は禁漁とされていたため、主に夜間に漁をしていた。ただ昼間も漁をする場合があり、このような場合は北海道警察のヘリコプターが巡視に来るため、ヘリコプターが来ると川岸の繁みの下に隠れたそうである。

浦幌十勝川は河口部のために砂の河床が流れによって変化をする。このため夜間のサケ漁は極めて危険な行為であった。原告の構成員である※※※※（実名）の叔父は夜間にサケ漁をしていたところ、暗闇の中で船が座礁し転覆してしまい死亡した（前記した3名とは別人）。

※※※※（実名）は子供のころ父親とサケ漁に出て、警察に見つかって逃げたものの、その後警察官の事情聴取を受けたことがあったそうである。この時使用していた父親の刺し網は警察に没収された。

原告の構成員は、現在はサケの「密漁」をしていないが、10年ほど前までは十勝太周辺のアイヌはサケを捕獲していた。

これらの捕獲したサケは自家用に止まらず、トバなどに加工して販売していた。

また、各自の漁場は明確で、上流部のアイヌ集団の「漁場」には入らないという不文律が存在していた。この不文律は現在も伝えられている。

(3) 小括

以上から明らかなように、明治政府あるいは戦後の法制下においても、原告構成員の先祖や構成員（死亡）は、サケ捕獲を禁止されていても連綿としてサケの捕獲を継続していた。しかも、江戸時代からのコタ

ンの伝統的漁場が受け継がれ、他のアイヌ集団の領域ではサケ漁をしないという慣習に従ってサケ捕獲を行っていたのである。したがって、慣習行為がそのまま継続しているのである。

原告によるサケ捕獲は、「その構成員の体に染みついた」伝統であり、文化であり、アイヌとしての誇りなのである（長根弘喜意見陳述書「私たちには、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」）。アイヌとして生きることとサケの捕獲とは密接な関係にあり、先住民族の権利宣言、ICCPR 27条等のいわゆる生活様式としての文化の一環となっており、サケ捕獲権は原告の固有の権利として権利性を有するのである。

以上