

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

2024年1月24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	恵
弁護士	皆	岡	寿	美
弁護士	伊	川	洋	太
弁護士		藤	啓	

## 最終準備書面

### はじめに

本準備書面は、従前の原告の主張を要約してまとめるとともに、被告らの主張に対する反論を行うものである。

まず、本件訴訟において原告が求めている請求内容を整理し、次に原告の請求の根拠となっている権利の内容について論じるとともに、この権利が実定法上どのように裏付けられるのかについて主張するものである。またこの原告の主張に対して被告らが反論をしているところ、この反論は極めて失当であることも明らかにするものである。

### 第1 原告の請求内容について

原告は、第1に、浦幌十勝川において、河口と河口から上流に向かって約4キロメートルにある浦幌川との合流部分までの間で刺し網を使用してシロサケ漁を行う漁業権の確認を求め(訴状記載の漁業権目録)、第2に、昭和26年12月17日付で公布施行した水産資源保護法のうち、第28条が原告の上記漁業に関する限り無効であることを確認することを求めている(請求の趣旨の追加的変更申立)。

原告が求める漁業権は、アイヌとしての権利の主張であり、したがってそれは、アイヌの個人としての権利ではなく、集団としての権利の主張である。このようなアイヌの集団の権利は、被告国らが主張するように、憲法、法律等によって明記されているものではない。しかし、後記するように、アイヌの集団の権利、特に本件で求めるサケ捕獲権は、関係する国際法、憲法、慣習法、条理によって実定法上裏付けられ、認められる権利である。

### 第2 原告のサケ捕獲権について・集団としての権利

本件請求の根拠は、原告のサケ捕獲権という権利である。この権利は、先住民族であるアイヌの集団の権利である。この集団は、「アイヌ民族全体」をさすのではなく、現に集団としてサケを捕獲してきた、歴史的に形成された集団の意味であり、一般には「コタン」と称されている集団である。そこでまず、原告がこのような現に集団としてサケを捕獲してきた、歴史的に形成された集団であることを明確にし、次にこの集団の権利の権利性について整理することにする。以上については、訴状8ページ「第2 原告のサケ捕獲権」、準備書面(1)等において主張している。

#### 1 原告の集団性及びその権利について

原告は、ラポロアイヌネイションというアイヌによって組織される集団である。原告の構成員は浦幌町に居住(一人は釧路市に居住)ないし就業(全員)している。原告の構成員のほとんどは、その先祖が現在の浦幌町及びそ

の周辺、特に現在浦幌十勝川と称している旧十勝川流域に居住し、複数のコタンを構成していた者の子孫である。

## (1) 江戸時代から明治初期ころまでの浦幌十勝川沿いのコタン

### ア 江戸時代から明治初期までの旧十勝川沿いのコタン

浦幌町立浦幌博物館学芸員の持田は、松浦武四郎等の江戸時代及び明治初期の文献から、「近世から近代にかけて、現在の十勝川、浦幌十勝川、下頃辺川などの川筋に、アイヌのコタンがあったと考えられます。また、松浦武四郎の記録からは、これらのコタンの間を移動するアイヌがいたこと、鮭や鱒を捕って暮らしていた様子もうかがい知ることができます」と述べている(甲78)。これらのコタンは、甲5、甲6などを見ると、ヘッチャラ、アン子シウム、ウラホロボト、トカチ、ヲサウス、オヘッコハシ等々の名前が記されている。トカチは、トカチブトという場合には旧十勝川の河口部をさし、トカチコタンという場合には広く河口沿岸部、旧十勝川の上流域(ヲベツコワシからウラホロボト付近)の浦幌川合流点付近から豊北一帯をさすという考えもあり、明確には区分されていない(甲78)。準備書面(1)26ページ記載のとおり、トカチコタンは河口沿岸部のアプナイ(現厚内)、プチネオコッペ等を含む集団と考えられる。持田はさらに、「現在の十勝川と浦幌十勝川一帯には、少なくとも5-6のコタンと呼ばれる集落が川筋に点在し、漁などをしながら生活していたという事は、歴史的な事実と考えられます」と述べられ、浦幌十勝川(旧十勝川)沿いに複数のコタンが存在していた事実は揺るがないとしている(甲7、準備書面(1)24-26ページ参照)。

甲77の差間正樹の陳述書添付の別紙地図①によって、明治時代初期の浦幌十勝川(旧十勝川)沿いのコタンを概観すると、旧十勝川と大津川が分流する少し上流部にタンネオタコタン(甲5、463ページ参照)があり、下って旧十勝川沿いにアン子ウシコタン、ウラホロボトコタン、トカチコタンが存在していたことを明示している。アン子ウシコタンは、明治25年にやや上流部の現浦幌町愛牛に移住させられた(甲25、211ページ「十勝国五郡旧土人授産方法」)。

静岡藩時代の明治4年11月のアイヌの人口については、人別記録(『蝦夷乃燈』所収)に記されており、「大津村3軒17人、十勝村12軒43人、アエシネウシ村(アイネウシ=愛牛)3軒17人、ヲサウシ(ヲサウス村)、16軒55人、カンカン村(現在の豊頃町安骨・旅来付近)2軒5人、ベッチャロ村2軒9人とされてい」る(甲78)。

### イ 原告構成員の先祖と原告

原告構成員は、主にトカチブトないしトカチコタンの構成員の子孫である。かつて愛牛コタン出身者も原告の構成員であったが最近死亡してしまった。

原告は、かつて旧十勝川(浦幌十勝川)沿いに暮らしていたコタンの子孫として、旧十勝川のコタンが享受していた先住権としての自然資源を利用する権利、特にサケ捕獲権を取り戻す集団として令和2年に規約を改正した。新規約によれば「サケ捕獲権をはじめとするアイヌ先住権を獲得」することを目的と掲げ、名称もラポロアイヌネイションと変更したのである。以上は準備書面(1)28ページ以下、及び甲1を参照されたい。

原告は、上記したコタンの権利を回復、獲得することを目的とし、アイヌの集団の権利の主体たるべく活動をしている団体である。

## (2) アイヌ集団の権利、特にサケ捕獲権

アイヌ集団としての権利は、アイヌの歴史、特にコタンという集団が歴史的に、特定の河川流域に独占的・排他的漁猟権を有していたことから裏付けることができる。この点は訴状8~14ページ、準備書面(1)19ページ以下に述べているところである。本書面ではさらに補足的に人類学者渡辺仁の論文を引用しながらコタンという集団について明らかにする。

### ア コタンについての分析

甲86は、人類学者の渡辺仁がまとめた「アイヌの生態系」という論文であるが、ここでは、コタンについて詳細な分析をしている。

#### ① コタンについて

「コタンは1戸から10戸以上までであるが普通は10戸をこえない」とされ、「コタンは河川にそって分布し、その間隔は8km以内4km前後が普通」でコタンの「立地条件は飲料水と漁猟採取場であるが、特に重要なのはサケの産卵場であり、「発達したサケ産卵場に近い河岸段丘の辺縁に位置するのが普通である」。コタンのサイズと生産上の協力関係は、3戸あるいはそれ以下の場合、「何らかの漁猟活動上で単一協力群を形成」とするとされる。上記した旧十勝川河口流域のコタンは基本的に戸数の少ないサイズのコタンであるため、相互のコタンが協力関係にあったとみることができる。原告の構成員の先祖は、上記したコタン同士が協力関係にあったため、現在において共同してラポロアイヌネイションという集団を結成したものである。

#### ② コタンの権限

そして、コタンを「単一の経済的単位として結びつける要因として明らかなのはサケ産卵場である。」すなわちコタンは「同一のサケ産卵場を習慣的に共同利用する点で集団的単位を形成する」。「サケ産卵場にはアイヌのナワバリがあり、その主体はlocal group（小地縁集団）である」としている（391-392ページ）。ここでいうナワバリとは、本件で問題となっているサケ捕獲権の独占的・排他的漁猟権という意味である。

渡辺によると、local group（小地縁集団）は政治的自治団体と位置付けられ、一つのコタンの場合もあるが複数のコタンからなることもあるとされる（392ページ）。local group（小地縁集団）の標識は、共通の首長、サケ産卵場の集団的所有-ナワバリ、サケ祭りの集団儀礼等が挙げられ、首長の機能はその集団の宗教-儀礼的規制であり、主な任務は対外的にはナワバリ侵入者の儀礼的制裁、外来者の漁猟に対する儀礼による許可、対内的には儀礼の指導統率、集団員各自による禁忌と儀礼の実行についての指導監督、食物不足の家族の保護、その他生活指導等々が指摘されている（以上は392-393ページ）。

このようにコタンは、「サケ産卵場」を独占的・排他的に支配し、これを犯す侵入者に対してはコタンとして制裁を科す、という支配領域をもって存在していた。

#### ③ 川筋集団としてのコタン

渡辺は、さらに「一つの川筋にあって互いに隣り合ういくつかのlocal group（小地縁集団）がある場合、この集団はその河川およびその流域を縄張りとする事で他から区別される。このナワバリはあらゆる資源の開発について四季の別なく外部者の無断侵入を拒否する」。このような川筋集団は、地域を単位としてその土地のカムイ（神）とそこアイヌとの間に設定され、川筋集団はカムイとの地縁的結合関係を共有する人々の集団として最大の単位とされている。（395-396ページ）。

#### ④ 原告の場合

原告は、かつて旧十勝川河口部流域の存在したコタン構成員の子孫によって構成されているのは前記のとおりである。かつてのコタンは、一つあるいは複数のコタンからなるlocal group（小地縁集団）として存在し、旧十勝川河口部流域において独占的・排他的漁猟権（渡辺のいうナワバリ）をもって同流域を支配していたのである。原告は、浦幌十勝川の河口部において、その土地のカムイとの地縁的結合関係を共有する人々の川筋集団（コタン）の現代における承継組織である。この点、裁判所においても、原告を、その構成及び活動内容（イチャルパ等の祭りの実施、各種文化・生活様式等の承継）等から、旧十勝川河口部流域を含めた浦幌町内のコタンの承継組織として位置づけ、同町内のアイヌ遺骨の返還先主体で

あることを認めている（甲10）。

#### ⑤ 小括

渡辺の科学的分析からすると、原告は、先祖がそうであったように local group（小地縁集団）として、旧十勝川河口流域での独占的・排他的漁猟権を引き継いでいる。そしてコタンはサケ産卵場を中心の集団を形成するために、基本的にはサケの捕獲について独占的・排他的権限を有するのである。

### 2 アイヌ集団の権利の性質

原告が主張するアイヌ集団としての権利は、世界の先住民族の集団としての権利と同様であり、それは先住民族の固有の権利である。この点は準備書面（1）4ページ以下で主張しているところである。固有の権利という意味は、「人権は人が人であることに基づいて当然に有するとされる権利であり、君主（天皇）から恩恵的に与えられたもの、憲法によってはじめて認められたものではない」（甲26・芦辺信喜「憲法学」II、56ページ）、という意味と同じで、憲法や法律等によってはじめて認められる権利ではないという意味である。カナダ憲法1982年35条が先住民族の権利を規定したうえで、先住民族の権利は「先住民族によって享有される権利であり、それは国王、法律、条約によって与えられたものではない」と明記しているのは、まさにこのことである（準備書面（1）6ページ以下、甲16、157ページ参照）。甲13の先住民族の権利に関する国連宣言（A/RES/61/295）前文7項において、「先住民族の政治的、経済的及び社会構造並びにその文化、精神的伝統、歴史及び哲学に由来する先住民族の固有の権利」と明記されているのもカナダ憲法と同様であり、特に固有の権利として「その文化、精神的伝統、歴史及び哲学に由来する先住民族の権利」を掲げているのである。

原告のサケ捕獲権は、有史以前から（アイヌに関して和人によって記録される7世紀以前の意味）「その文化、精神的伝統、歴史及び哲学」に基づいて確立されてきたものであり、まさに固有の権利なのである。以下、この点について述べていく。

#### (1) アイヌの歴史

原告のサケ捕獲権が、歴史的に確立されたものである点は、すでに訴状8～14ページ、準備書面（10）、甲72等で明らかにされている。この歴史的に確立されてきた、と言う点は、人権がマグナカルタ以降の歴史を基礎に人権が確立していく過程と非常に類似している。人権も権利章典、フランス革命、フランス人権宣言等の歴史の中で固有の権利として確立したものである（伊藤正巳「憲法」昭和57年3月10日、178ページ以下）。

アイヌの歴史の中で、本書面で強調したい点は、幕末の幕府直轄時代においても蝦夷地は「異域」（化外の地）であり、アイヌは「異域に住む者」（化外の民）として、幕藩制の直接の支配下には置かれなかった点である（甲8、374ページ）。

また、幕末には場所請負人によってアイヌは労働力を搾取されていたものの、「自分稼ぎ」と称するアイヌ集団の一員としての漁猟を行っていた事実である。「自分稼ぎ」とは、各コタンが有していた支配領域においてコタン集団の一員として漁猟をなし、捕獲物の所有権を取得していたことをさす。この点は甲72が指摘するように、幕末においてもアイヌは捕獲したサケをはじめとする海産物や狩猟で得た動物の毛皮などを商人と交易をしていた点から裏付けられるのである（甲8参照）。原告との関係では、甲72において、原告の先祖が形成していたコタンが「トカチ場所」にあり、「自分稼ぎ」の交易をしていたことが明らかにされている。

したがって、アイヌは歴史的にコタン集団を形成し、集団として独占的・排他的漁猟を営み、漁猟で得た産物を生活の糧とするのみならず、

交易をすることによってその生計を立てていたのである。この長年にわたる歴史的事実こそが、アイヌの権利として確立し、固有の権利とみなされるのである。

被告らは、このアイヌの歴史について、一切の認否を拒否している。本件のサケ捕獲権が原告に固有の先住民族としての権利である点は上記のアイヌの歴史から導き出される当然の権利なのである。被告らがこの認否を拒否し、反証すらしていないことは、この事実関係を認めたものであり、裁判所は原告のサケ捕獲権がアイヌ集団の固有の権利として認定しなければならない。

また、被告らは原告のサケ捕獲権が憲法、法律によって明記されていない点をもって法制度上認められる権利ではないとも主張している。しかし、この立論からすれば人権の固有性をも否定する（後述のとおり、憲法上保障される権利は条文に明記されたものに限らない。）こととなるうえに、先住民族の権利に関する国際的理解、常識にも反する特異な見解である。

## (2) 文化、精神的伝統、哲学

ア アイヌの権利の固有性は、アイヌの文化、精神的伝統や哲学によっても確立されてきたものである。

この点については準備書面（1）16ページ～19ページ、準備書面（9）8ページ～10ページ等で述べており、甲67、甲76等々を提出している。

例えば、サケにまつわる精神的世界、サケに関わる料理方法や衣服製作等々、サケを中心としたアイヌ独自の文化を築いてきた（萱野志朗意見書（甲75）、萱野尋問調書6～8ページ及び差間正樹尋問調書3ページ等）。差間正樹は法廷で「サケを獲って、神に捧げ、サケが獲れたことを神に感謝し、地域のお年寄りに配り、仲間と共に喜び合う」という伝統的生活としての文化を復活させたい、と話すのも、このアイヌの精神的伝統、哲学を表している（調書1ページ）。

また上記の渡辺論文にあるようにサケ捕獲を通じて川筋流域の「カムイとの地縁的結合関係を共有する」精神的世界観を形作っている。このように文化、精神的伝統、哲学もサケ捕獲権の固有性を根拠づけるのである。

本準備書面で強調したい点は、甲30の1ないし2を提出し、準備書面（4）の6ページ以下で主張している、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）27条の解釈について統一見解としての一般的意見23（CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 26 April 1994）についてである。

イ 文化とは生活様式によって表現されるものである

一般的意見23の7項は、「27条において保障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、特に資源利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」としている点である。つまり、文化は、資源利用に結び付いた生活様式（way of life）なのである。この生活様式としての権利には「漁業又は狩猟などの伝統的活動を行う権利」「も含まれる」としており、単に「伝統的活動」にとどまらない先住民族の生活様式によって表現されるものが文化なのである。

萱野の尋問調書6ページに、サケにまつわるマレブ（マレップともいう）という捕獲道具、アンガイという網の目を決める道具、チェブケレというサケで作った靴、アバリというマミの修理道具、チェブモクラブというまじないに使うサケのヒレ等の伝統文化について証言するのみならず、サケを自由に捕獲して交易も行い生計を立てていたことも証言する（8ページ）。この萱野証言は、アイヌにとってサケは主食であるにとどまらず、アイヌの生活全体になくてはならない生活様式そのものであり、サケの捕獲権は、このようなアイヌの生活の基礎をなすもので

あって、文化そのものを形作るものなのである。

アイヌの集団は、サケを捕獲することによって生活の糧とするとともに、干しサケに加工して交易をしていたのであり、これは生業としての文化なのである。甲64で小坂田が「第27条で保護される「文化」には、マイノリティの文化の本質的要素となっている経済活動も含まれる。」(5ページ)とし、サーミのトナカイ牧畜という経済活動も保護されるとしているのは以上の一般的意見に従った意見なのである。

被告らは、北海道漁業調整規則52条によって、原告がアシリチュエプノミという儀式のために、100尾のサケの捕獲を知事が許可しており、これによって原告の文化享有権は保障されている旨主張をしている(第4準備書面8ページ)。しかし、捕獲した100尾のサケは、販売が禁止され、かつて生業としていたサケ漁に関わる一切の経済活動が不可能となっている。差間正樹は「自分たちの生活のため、仲間のためサケを捕獲することは」「到底できない」(3ページ)と証言する。被告らの知事の許可によるサケ採捕が自由権規約27条の文化享有権の保障であるとする主張は、そもそも自由権規約27条に規定する文化を保障したものではなく、同条の保障を拒否する日本独自の見解に基づく主張なのであり、国際的に受け入れられてはいない。

#### ウ 文化についての権利は集団の権利

準備書面(4)6ページ以下で主張しているように、一般的意見23の6.2項は、このような先住民族の文化についての権利は、集団に対してもその権利の主体となることを認めている。これは先住民族社会では、土地や資源の所有、管理、使用の権利等は、個人ではなく、集団に属するとされており、個人の権利に解消できない側面があるからである。アイヌの場合も集団としてその文化的活動を維持、発展させてきた。自由権規約委員会は、マイノリティに属する個人の権利を共同して行使しうること、またマイノリティに属する個人の権利を保障する前提としてマイノリティ集団自体も保護されることを指摘し、集団の権利主体性を認めたものである(甲64、小坂田意見書)。

#### (3) 小括

以上のように、本件で主張する原告のサケ捕獲権は、アイヌの歴史によって形成され、その文化、精神的伝統、哲学に由来する権利であり、集団としての権利として原告の固有の権利なのである。この権利は自由権規約27条のいう文化的権利として保障されなければならない権利である。

#### 3 サケ捕獲権の具体的内容

本件では権利主体はラポロアイヌネイションという集団である。またサケを捕獲できる権利の範囲は、浦幌十勝川(旧十勝川)の河口部から上流へ4キロメートルまでの範囲である。魚種はシロサケである。漁法は船外機を付けた舟を利用した刺し網漁である。集団の権利、歴史的な漁猟流域については前記したとおりである。

この船外機を付けた舟を利用した刺し網漁について、最後に述べておく。

北海道漁業調整規則52条による要件は、「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」のために不当な要件が付されている。原告が、知事の許可を得てサケを捕獲する場合には、舟は丸木舟を使用し、マレックと呼ばれるアイヌ独特の鉞を使った漁を行うように指導されている。前記のとおり販売はできない。

しかし、江戸時代まで続いていたサケ漁が、明治以降に違法に禁止されていなければ、当然ながら新技術を用いた、エンジン付きの漁船やナイロン網を使用していたはずである。実際に、江戸時代においても、当時普及していた刺し網漁は行っていたことは網針が遺骨副葬品として返還された際に確認できた。

このように新技術を利用した漁猟を行うことは、権利として認められていることは、小坂田意見書(甲64)5~6ページ記載のとおりである。

したがって、原告が請求しているサケ捕獲権の内容は上記のように整理することができる。

### 第3 原告の主張するサケ捕獲権の実定法上の根拠

上記第2において主張した原告のサケ捕獲権は、原告の固有の権利であるものの、日本の憲法や法律では確かに明記していない。しかし、例えば憲法において、「保障される人権は憲法に列挙されるものに限定されるわけではない」（甲26）のは当然であり、原告の固有の権利は先住民族の権利として憲法の内容をなし、13条等の包括的規定によって根拠づけられる。また、この原告の固有の権利は法律に明記されていなくても国際法によって根拠づけられることも当然のことである。そしてこれらの根拠づけられる権利は、具体的権利として裁判規範となるものなのである。本項では、原告の主張するサケ捕獲権が国際法、憲法等によって根拠づけられ、裁判規範として効力を持つものであることを論じるものである。

#### 1 国際法からの根拠づけ

##### (1) 少数民族である原告の本件サケ捕獲権は、国際法上保障されている

我が国において、国が批准した条約は、公布のみによって国内的効力を持ち、法律に優位する（憲法98条2項）（清宮四郎「憲法I新版」有斐閣437ページ）。

したがって、法律は条約に適合するように制定され、また解釈適用されなければならない。条約に抵触する限りにおいて裁判では適用を退けられなければならない（大阪高裁平成6年10月28日判決、判例タイムズ868号59ページ）（同旨、徳島地裁平成8年3月15日判決、判例時報1597号115ページ）（甲63申意見書22ページ以下）（甲64小坂田意見書10ページ以下）。

原告準備書面（4）（6）で詳述したとおり、我が国が批准し賛成した各条約、宣言は少数民族である原告の漁業権を保障しているのであり、裁判所は、上記条約に基づく原告の漁業権を保障する義務を負うのであって、またこれを認めない法律等は、その限りにおいて無効としてその適用を退けなければならない。

##### (2) 条約に抵触する漁業法、水産資源保護法は無効である

ア 自由権規約（甲32）は、1976年に発効し、日本は1979年に批准している。

また、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）（以下「社会権規約」という）は、自由権規約とともに、我が国において1979年6月21日批准され、同年9月21日発効し（甲33）、「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）は、1965年第20回国連総会において採択され、1969年に発効し、我が国は1995年に加入している（甲36の2）。

また、我が国は、2007年に採択された「先住民族の権利に関する国連宣言」に賛成している。

イ 上記のとおり、我が国が批准した条約は公布のみによって国内的効力を持ち、法律に優位するのであって、法律は条約に適合するように解釈適用されねばならず、条約に抵触する限りにおいてその適用を退けられなければならない。

実際、最高裁平成20年6月4日国籍法違憲判決や同平成25年9月4日相続分差別違憲判決を含めて、多くの判決において上記条約の適用が認められており、例えば東京高裁平成5年2月3日判決は、自由権規約14条3項に基づいて刑訴法181条1項本文の適用を退けている。

また大阪高裁平成18年11月15日第6民事部判決は、社会権規約についても「自由権的側面・・・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）。後述のとおり、社会権規約においては、少数民族の資源についての権利

は、その本質において「自由」として位置づけられ、国家に積極措置のみならず文化的な慣行等への不介入を要求するものであって、自由権の側面に関する事項であるから、国内法における裁判規範性を有している。

人種差別撤廃条約についても、例えば静岡地裁浜松支部平成11年10月12日判決は、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、国内的効力を認めるとともに、同条約の「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、人種差別撤廃条約が適用されると判示している。人種差別撤廃条約第2条1項(a)ないし(c)は、締結国が人種差別行為に従事しないこと、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のであって、同条約は、裁判所による適用を当然に前提としている(甲50・132ないし134ページ)。

これらの点については、改めて国際人権法の専門家である申教授の意見書を参照されたい(甲63)。

ウ したがって後述のとおり、我が国の批准した各国際条約が、少数民族である原告の天然資源に対する権利、漁業狩猟についての権利を保障していることに基づいて、法解釈がなされなければならない。

被告らは、漁業法及び水産資源保護法が原告のサケ捕獲権を保障していない旨主張するが、法律の上位規範である国際法により原告の本件サケ捕獲権は保障されているのであり、上記法令が同権利を原告に認めないのであれば、これらは原告に適用する限りにおいて無効である(原告準備書面(6)ないし(9))。

(3) 我が国の批准した国際条約が、原告のサケ捕獲権を保障していること

この点については、既に原告は準備書面(4)(6)ないし(9)等において詳述しているところであるが、以下簡潔に再述する。

#### ア 自由権規約

##### ① 自由権規約27条

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」)も、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ている。

そして自由権規約1条及び27条は、前記したとおり、経済活動を含めた少数民族の天然資源利用の権利、漁業狩猟の権利を、集団的権利として保障している(甲64小坂田意見書10ページ)。

##### ② 自由権規約委員会一般的意見23

人権条約においては、条約の国内実施を各国の恣意に任せないよう、条約上、制度運用の任務を与えられた条約機関である規約委員会が、その任務を遂行し、機関として条約解釈を行っている。従って、条約の解釈においては、これら委員会の総括所見、一般的意見、見解が権威ある解釈とされ、締結国は条約の誠実順守義務の履行として、これらに十分な考慮を払わなければならない(甲63申意見書13ページ以下)(甲64小坂田意見書11ページ以下)。大阪高裁平成6年10月28日判決や広島高裁平成11年4月28日判決においても、規約委員会の「一



般的意見」や「見解」が条約法に関するウイーン条約32条の「解釈の補的手段」に該当することが明確に判示されている。

自由権規約委員会は、自由権規約27条の解釈について、一般的意見23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、また自己の宗教を實踐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)、「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」(para 3. 2)(甲30の1、2)として、先住民族について、資源利用の集団的権利を認めている。

更に、上記一般的意見23は「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」(para 7)(甲30の1、2)とし、経済活動も含めた先住民族の漁業・狩猟権を保障している(甲48・45ページ)(甲64小坂田意見書3・4ページ)。

③ アイヌが先住民族であることは、被告らも認めるところであり、争いはない。

そして「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」とされており(前同para 9)、締結国である日本政府は、原告に対し、経済活動も含めた「漁業狩猟などの伝統的活動を行う権利」を具体的に保障する義務を負っている(甲46・180ページ)(甲63申意見書4ページ以下)(甲64小坂田意見書3ないし7ページ)。

すなわち、わが国裁判所は、日本国の機関として、原告に対し漁業狩猟の権利を具体的に保障する義務を負っているのである。

## イ 社会権規約

### ① 社会権規約15条及び一般的意見21

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」を保障しているところ、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し(para 1)、この権利は、その本質において「自由」として特徴付けられ、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と指摘している(同上para 6)。

### ② 先住民族の資源に対する権利

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、para 9)、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、第15条には、先住民族の先祖伝来の「土地、領域および資源に対する権利」が含まれ、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「締結国は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ぬ」としているのである(para 36)。

## ウ 人種差別撤廃条約

### ① 人種差別撤廃条約による先住民族に対する差別の禁止

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(甲36の1)、外務省も、アイヌは同条約の規定する「『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、いわゆる間接差別を含んでいる(甲36の1、第1条1項)。

### ② 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。

### ③ 人種差別撤廃条約5条(d)(v)「単独で及び他の者と共同して財産を所有する権利」の保障

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、人種差別撤廃条約は、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。

そして、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おり、先住民族に属する個人のみならず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ことは、同条約のコンメンタールや米州人権裁判所判決に基づいて、既に原告準備書面(4)15ページ以下で詳述したとおりである(甲38の1、2・347ページ以下、甲43ないし45の各1、2)。

### ④ 一般的勧告23及び日本政府に対する最終所見

人種差別撤廃委員会は1997年、一般的勧告23(先住民族に関する一般的勧告)を行い(甲37の1、2)、締結国に対し、

「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。」

を要請し、更に締結国に対し、「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」を要請した。そして、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と、かかる補償は、可能な限り土地・地域の形態をとるべきとしている。

そして、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とされている (甲 4 6・210 ページ)。

同委員会は我が国に対し、先住民族であるアイヌの土地や資源に関する権利を保護するよう、繰り返し勧告してきた (甲 3 9 Concluding observations for Japan, U.N. Doc. CERD /C /58 /CRP (2001), para 17.) (CERD/C/JP/CO/7-9 甲 4 0 para 2 0) (CERD/C/JPN/CO/10-11 甲 4 1 para 1 5、1 6)。

⑤ 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おり、これを禁じる法律は、同条約に反し無効

上記のとおり、人種差別撤廃条約第 5 条は、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を承認しているのであり、締結国である我が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。

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 9 8 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、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 1 3 8 ページ)。従って人種差別撤廃条約の内容は、日本国憲法 1 4 条の解釈を通じて実現されるのであり、同条約に反する差別をもたらす法令は憲法 1 4 条に反し、違憲無効である。

すなわち、先住民族である原告のサケ捕獲を禁じる限度において、漁

業法及び水産資源保護法は、人種差別撤廃条約及び憲法に反し、無効なのである。

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から、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 Indigenous People under International Law", Fifty Years of the International Convention on the Elimination All Forms of Racial Discrimination(2016))。むしろ、前述のとおり、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」を特に要請しており、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承認しないことは、それ自体が人種差別とされる（甲47・59ページ）（Gilbert, supra）。

#### (4) 先住民族の権利に関する国際連合宣言

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条及び第26条において、先住民族の土地、領域および資源に対する権利を保障し、「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」と定め、第2条において「先住民族及び先住民族である個人は・・・その権利の行使に当たり、いかなる差別、特に先住民としての出自又はアイデンティティに基づく差別を受けない権利を有する」と定めている（甲13）。

同宣言は、「国際人権法の諸原則とその発展をふまえたその内容の面においても、先住民族当事者が積極的に関与したという手続き面でも、高い正当性を有し、国連総会で圧倒的多数の賛成により採択されている点で、（反対票が多数にのぼった決議の場合と異なり）国際社会の支持を得た国連人権文書としての権威をもつ。まして日本は、その内容に賛同して賛成票を投じているのであるから、この宣言が述べる国際的な基準の趣旨を、先住民族に関する施策の策定や実施にあたって、また日本の国内裁判所においても司法判断の指針として、活用していくべきことは当然である」（甲63・申意見書17ページ）。

#### 2 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、自由権規約及び人種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、前述した自由権規約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、人種差別撤廃条約第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。

また、我が国は上記人権条約の締結国であるとともに、前述のとおり先住民族の権利に関する際連合宣言に賛成しているのであるから、上記条約及び同権利宣言の内容を国の施策に反映させ、アイヌ施策推進法の内容として具体化する義務を負っている。

アイヌ施策推進法の制定に際しても、「『先住民族の権利に関する国際連合宣言』の趣旨を踏まえ、・・・我が国が近代化する過程において多くのアイヌの人々が苦難を受けたという歴史的事実を厳粛に受け止め」（衆議院）、「『先住民族の権利に関する国際連合宣言』の趣旨を踏まえるとともに、我が国のアイヌ政策に係る国連人権条約監視機関による勧告や、諸外国における先住民族政策の状況にも留意し、アイヌの人々の施策の更なる検討に努めること」（参議院）との付帯決議がなされている。

すなわち、先住民族集団である原告のサケ捕獲を禁止することは、上記国連宣言や人権条約が保障する先住民族であるアイヌ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、先住民族としてアイヌが有しまた行使してきた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。

### 3 憲法上の保障

憲法によって原告のサケ捕獲権を根拠づけられることは、準備書面(4)38ページ以下に主張している。ここでは、原告のサケ捕獲権の経済的側面、精神的側面、宗教的側面等に応じた適用条文を区分しているが、これらを包括するものとして憲法13条の適用も主張している。

本準備書面においては、原告のサケ捕獲権が憲法上の権利として根拠づけられる理由について補充することにする。

#### (1) 憲法の保障する権利は条文に明記されたものに限らない

最大判昭和33年9月10日(民集12.13.1969.1973)の旅券発行拒否事件における田中・下飯坂裁判官が次のような意見を述べている。

「憲法の人権と自由の保障リストは歴史的に認められた重要性のあるものだけを拾ったもので網羅的ではない。従ってその以外に権利や自由が存せず、またそれらが保障されていないというわけではない。我々が日常生活において享有している権利や自由は数限りなく存在している。・・・それらは一般的な自由または幸福追求の権利の一部分をなしている」(前記伊藤「憲法」193ページ)

アイヌ集団のサケ捕獲権は、アイヌが和人の記録(日本書紀)に登場する7世紀以降だけを見ても1300年以上慣習的に認められてきた権利である。シャクシャインの蜂起が起こったのは、このサケ捕獲権が存在することを前提に、その権利侵害を理由として発生したことはその証左である(準備書面(3)3ページ以降、甲27参照)。

確かに明治16年以降は十勝川河口部のアイヌのサケ捕獲が違法に禁止されたが、100数十年程度の期間、禁止されていたにすぎない。しかし、この禁止期間においてさえ、原告構成員の曾祖父、祖父等は、監視の目をかいくぐってサケを捕獲してきた。証人萱野は祖父が逮捕された事実及びそれについて祖母が語った言葉が述べられている(7-8ページ)。

十勝川河口部のアイヌ集団のサケ捕獲権は、たまたま憲法に明記されていないだけであり、保障されていないというわけではなく、少なくとも憲法13条の幸福追求の権利の一部を構成しているのである。

#### (2) 具体的権利としての内容を有する

原告は、抽象的にサケ捕獲権の存在を主張しているものではなく、具体

的権利として主張している。それは次の理由によるものである。

**ア 国際法上具体的に先住民族の権利が認められていること**

諸外国における自由権規約に基づく諸判決は、いずれもそれぞれの先住民族の集団の具体的権利として、漁猟権等の権利を認めている（甲64、小坂田意見書）。

**イ 本件請求の趣旨は具体的内容を明記している**

前記したように、原告のサケ捕獲権は、浦幌十勝川の河口から上流へ4キロメートルの範囲におけるシロザケの刺し網漁という具体的内容を持った権利を主張しており、漠然と「サケ捕獲権を有する」という抽象的権利を主張しているものではない。

原告はこのような具体的権利が、憲法上保障されていると主張しているのであり、裁判規範として成立しているのである。

**(3) 憲法14条**

前記の通り、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。

上述のとおり、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、一般的勧告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、日本国内において憲法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。

原告のサケ捕獲を禁止する水産資源保護法28条、漁業法及び北海道漁業調整規則は、原告のサケ捕獲を禁止する限りにおいて人種差別撤廃条約及びアイヌ施策推進法4条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。

**(4) 憲法29条**

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、人種差別撤廃条約により承認され、保護される権利である。

前述のとおり、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、日本国憲法は、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。

**(5) 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ページ、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ページ)。

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ページ)。

すなわち、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(日本評論社「基本法コンメンタール 憲法 第三版」58ページ)。

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。

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、証人萱野志朗が当法廷において詳述したとおりである。同証人の証言のとおり、サケは、アイヌによって単に食料資源というだけでなく、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。

札幌地裁平成9年3月27日判決(「二風谷ダム事件判決」)は、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、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。

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のであり、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、先住民の伝来の資源を享有する権利は、先住民の生活手段を保持し、生活様式を維持し、先住民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なのである。

本件先住民の資源享有権は、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ページ)のために前提となり、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。

## (6) 憲法20条

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、超人間の本質（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）。

これまで述べたとおり、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、超人間の本質（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なつたり、祈りをささげるといふ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である。

アイヌの行うサケの捕獲は、まさに宗教儀式の中核であり、サケの捕獲が禁止されるのであれば、その豊漁とアイヌの繁栄、神への感謝を行うアシリチュプノミ等の儀式そのものが意味を失う。

#### 4 慣習法からの根拠づけ

前記伊藤「憲法」80ページでは、「公序良俗に反しない慣習は、法令が認め、あるいは法令が規定しない事項については法律と同一の効力をもつものであり、憲法の領域において合理的な内容を持ち、規範意識を伴って遵守されていく慣習法は、成文法規を補充する憲法の一つの法源となりうる」と記述している。ここでは、「法律と同一の効力」（法の適用に関する通則法）のみならず、憲法の法源として憲法上の権利としての効力を有するものとされている。

法の適用に関する通則法からアイヌ集団のサケ捕獲権が、法律と同一の効力を有する慣習として認められるという点については、準備書面（3）に詳述しているのでここでは繰り返さない。

水産資源保護法28条が、サケ捕獲権を一切認めていないことは、前記したように国際法上先住民族の権利の保障規定に反する法律なのであるから、原告のサケ捕獲権は法の適用に関する通則法にいう「法令に規定されていない事項」に該当すること（同準備書面、23ページ）、及び前記したとおり、たった100数十年間にすぎない明治16年以降のサケ捕獲の禁止は、事実として原告の慣習が「途絶えた」ことを意味せず、サケの捕獲は「密漁」として継続していた。そのため伝統的漁場は、先祖から言い伝えられ、依然として原告構成員に引き繋がれている。

原告のサケ捕獲権が、1300年以上にわたるアイヌ集団の慣習に基づく固有の権利なのであるから、現行の日本において、法の適用に関する通則法に基づく慣習法によって根拠づけられるとともに、憲法の法源（慣習憲法）として、憲法上の権利としても位置付けられるものである。

#### 5 条理による根拠づけ

(1) ここまで述べてきたとおり、原告の本件サケ捕獲権は、憲法規範（13条、14条、20条及び29条等）、国際法と国際的知見（自由権規約27条、同条に対する国連自由権規約委員会一般的意見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、社会権規約委員会一般的意見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等によって、認められる権利であることは明らかである。

(2) しかしながら、仮に上記憲法、国内法、国際法、慣習法等が原告の本件サケ捕獲権の根拠規定とならないとの解釈が行われた場合であっても、それは「法律に規定がない」だけであって、同権利は条理によって認めら



れる権利と解釈されなければならない。

この点については、原告準備書面（４）４７ページ以下に記載したとおりであるが、以下、若干補足する。

そもそも、「条理」とは、「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」であり（原田尚彦「行政法概論」甲５２、３６・３７ページ）、「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から従って裁判すべきである」、「裁判官は法律に規定がないと言って裁判を拒むことはできない」（我妻栄「民法雄則（民法講義Ⅰ）」甲５１、２１ページ）とされている。

この点、原告の本件サケ捕獲権は、アイヌが和人の記録（日本書紀）に登場する７世紀頃には、既に行われていたものであり、少なくとも１３００年以上にわたって延々と維持されてきた原告らアイヌの排他的な権利であった。かかる権利は、言うまでもなく日本国憲法や国際法以前から存在している権利であるから、仮に憲法や国内法に具体的な明文規定がないことや国際法の国内法的効力の解釈等によって、原告の本件サケ捕獲権の根拠規定がないと解釈された場合であっても、同権利の存在に何ら消長を来すものとは言えないはずである。しかしながら、明治１６年には、原告の本件サケ捕獲権は、日本政府によって何ら合理的な根拠なく、また何ら代償措置がとられることもなく、全面的に禁止措置がとられるに至ったものであり、かかる措置は国家による不正義の最たるものと言える。また、前述のとおり、人種差別撤廃条約の関係では、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承認しないことは、それ自体が人種差別とされていること、そして、これまで述べてきた先住民族の漁業権を認めている前記各種国際法、条約、宣言等は、国境を越えた普遍的原理になっているものと認められること等に照らせば、裁判官においては、かかる正義にかなう普遍的原理を条理とみなして、原告の本件漁業権を認定することが可能であり、かつそれが法律が存在しないと解釈した場合の司法機関としての責務と認められる。

以上より、原告の本件サケ捕獲権は、憲法、国際法、慣習法等によって認められない場合であっても、条理によって認められる権利である。

なお、原告らアイヌが１３００年間以上の長期間にわたって河川でのサケ捕獲権を行使してきたという事実や、かかる権利が何ら合理的根拠や代償措置もなく、全面禁止とされた史実は、条理による原告の本件サケ捕獲権を認めるに当たって極めて重要な評価根拠事実であるにもかかわらず、被告国らは、認否すら行わないという、民事訴訟法規則第８０条１項違反の訴訟行為を行うに至っている。このように対国民との間の訴訟において、自らが設置した訴訟規則の義務に反する違法な訴訟行為を行うことは国家による不正義の上塗りであるだけでなく、国家自身による司法手続きの否定に他ならない。裁判所においては、かかる不当な訴訟対応についても、放任することなく自白擬制等の厳正な対応をとるべきである。

#### 第４ 被告らの反論に対して

被告らの反論に対しては、準備書面（８）、同（９）等において、反論をしているところである。ここでは、以下の諸点について強調しておくことにする。

##### １ 被告らの主張は同化政策の主張である

被告らは、水産資源保護法２８条によってサケの捕獲を禁止するのは、アイヌを他の日本人と同様に扱っているものであり（第６準備書面、８ページ、その他）差別ではないと主張している。

ところで、このように、日本の法律においてアイヌの文化、世界観、習俗等の違いを無視して、アイヌを和人と形式的に平等に扱うことを同化政策という。明治以降、日本政府のアイヌに対する政策は、「一般人民と同等の人格を認め、その特別取扱を廃し、漸次内地人と同等の取扱いをな

す」(甲1、405ページ、後ろから8行目)として同化政策を押し進めた。つまり、和人と同様に扱うとして、農民化しようとし(北海道旧土人保護法1条)、アイヌにアイヌ語の使用を禁止し、日本語を「教える」とし(明治4年開拓使布達、北海道旧土人保護法7条、明治34年北海道庁令43号等)、アイヌに善良な風俗を広めるとしてアイヌ独自の風俗を禁止し(明治4年開拓使布達)た政策等々が存在する。これらの政策によって、アイヌは和人と「対等平等である」としてアイヌの土地や自然資源に対する権利を「奪っていった」歴史、「幕府によって認められていた広大な漁猟権は無視された」(甲1、405ページ、後ろから2行目)歴史を、現代においても国が踏襲していることは非常な驚きである。

原告はアイヌの集団として、またその構成員はアイヌの個人として、国のこの同化政策に対して、同化させられない権利を有している(国連先住民族の権利宣言8条)。前記したように国のこの「形式的平等」という同化政策は、人種差別撤廃条約に明らかに違反するものである。

万一、裁判所がこの国の主張を受け入れた場合には、司法が同化政策を後押しし、司法自らが人種差別撤廃条約の違反行為を行うことを意味するのである。

## 2 水産資源保護法28条は「サケ資源保護」のためという欺瞞

被告国らは、一貫して、水産資源保護法28条があらゆる人に対し、サケ捕獲を禁止するのは「サケ資源保護」のためであると主張している。これに対する反論は主に準備書面(9)に述べている。

サケ資源保護のために「サケの一律捕獲禁止」をすることの不合理性は、同書面で明らかにしているが、本書面では以下の点を強調するものである。

そもそも、サケ資源の減少を招いたのは、明治以降に沿岸部において大量にサケを捕獲したことから始まる、主に和人による営利のみを目的とした定置網漁による乱獲である。国は、乱獲の原因を明らかにし、その乱獲を防止して持続的漁業を構築することが必要なのに関わらず、持続的漁業を確立するための漁業政策をとらず、単純に「サケ捕獲の一律禁止」を「サケ資源保護」目的とするのは、非科学的、打算的な非持続的漁業政策でしかない。

また、地球温暖化による海流の温度変化や人工ふ化事業の在り方、自然産卵床が河川改修や上流部での森林伐採によって失われている現状、遡上するサケがダムによって遡上を阻止され産卵場所にたどり着けない事実(二風谷ダムでの現状)等々、サケ資源の減少には様々な原因が指摘されている。しかし、人工ふ化事業を一旦停止して調査を行うこともなければ、森林伐採を止めることもなく、河川改修やダム建設も止まることはない。

このような中で、「サケ捕獲の一律禁止」は、サケ資源の回復の手段になることはない。原因から考えた対策、政策ではないからである。

## 第5 原告の請求は国際的にも支持されている

原告は2023年5月27日及び28日に、浦幌町で「先住権として川でサケを獲る権利・海と森と川に生きる先住民の集い」と題する国際シンポジウムを開催した。この国際シンポジウムには、サーミ評議会議長のアスラック・ホルムバルグ(フィンランド)、ハイダネイション世襲チーフのラス・ジョーンズ(カナダ)、ニューサウスウェールズ・アボリジナル土地評議会議長ダニー・チャップマン、台湾からアミ族アモス・リン、タオ族マラオス、セディック族で東華大学法学部学部長アウェイ・モナ、チョクトーインディアンで元全米考古学会会長ジョー・ワトキンスの各先住民族のメンバーとオーストラリアの弁護士キャサリン・リッジが参加し、各国の先住権の状況について報告と討論を行った。

この報告の内容は、甲80号証のとおりであるが、この国際シンポジウム参加者は、その後議論と検討を重ね、2023年11月30日に、共同宣言

「2023ラポロ宣言」を公表した（甲87号証）。

ラポロ宣言では、「私たちは、世界の先住民族が連携し、連帯して、この共通課題である先住民族の権利の回復のために闘うことの重要性を認識し、共同して、以下の宣言をなすものである。」と謳い、9項目にわたって宣言をした。

以下、いくつかについて触れておく。

① **伝統・慣習に基づく先住権**

（1項）私たち先住民は、植民地国家が成立するはるか以前から、各地域において伝統的、慣習的に使用する土地や資源に対する集団的権利を有している

世界の先住民族の当然の理解は、数十世代にわたって生きてきたその土地での、伝統や慣習に基づく「土地や自然資源に対する権利」はその地の先住民族の集団的権利である、ということである。この点はゆるぎない国際的一致点である。

② **憲法等に明記がなくても認められる権利**

（2項）先住権は、植民地政府の憲法や法律によって作られた権利ではなく、伝統・慣習に基づく各集団の固有の権利である

本書面で繰り返し述べているように、先住民族の権利は、固有の権利であり、憲法等に明記されていなくても当然に認められる権利である、という点も世界の共通認識である。

③ **資源保護を名目にした先住権剥奪の禁止**

（8項）代替的な保全措置が可能である場合、各国は、自国の自然資源保護を理由、名目として、先住民族の各集団の固有の権利を奪うことはできない

自然保護を名目として、先住民族の権利を奪うことはできない、という考えも、世界の先住民族にとって重要な点である。重要な点は自然を破壊した原因を正しく究明し、まずはその原因の除去と対策をとることであって、安易に先住民族の権利を制限することは許されない。

④ **持続可能な漁業で資源を次世代に**

（9項）私たちは、私たちこそが伝統の知恵を生かしながら持続可能な漁業を行っていることを確認し、私たちこそが、自然資源を次世代に残していくものであることを自負する

先住民族こそが歴史的・伝統的に持続可能な社会を築き、持続可能な漁業を営んできた。世界の先住民族はその自負を持って、自然資源の管理に対しても参加権を主張し（6項）、安易に「非先住民による資源の商業的及びリクリエーション的利用が先住民の各集団の資源利用を奪うこと」を拒否する（7項）ものである。

日本の水産資源保護法28条の「サケ資源保護」の理由付けは、アイヌのサケ資源の利用を奪うための、欺瞞に満ちた言い訳でしかない。

このような共同宣言は、国際シンポジウムを通して、上記した先住民族の共通の理解となり、今後、この目標の下で連携して闘うこと意思を表明した。

本件訴訟は、日本政府及び日本の司法が、日本の先住民族であるアイヌの権利について、どのような理解をするものかを明らかにするものであり、世界の先住民族が注目している訴訟である。

アイヌの集団の権利を、本件サケ捕獲権を、権利の固有性を、国際法を、

裁判所がどのように理解しているのか、本件訴訟によって国際的に問われている。

## 第6 結論

本件訴訟は、日本で初めてのアイヌ集団による集団の権利としてサケ捕獲権の確認を求める訴訟である。

世界では、先住民族の集団の権利を憲法上明記したり（カナダ、フィンランド、スウェーデン、台湾）、法律によって明記したり（オーストラリア（The Native Title Act）、台湾(原住民基本法)）、あるいは判例によって認めたり（アメリカ合衆国）、いろいろな形態が存在する（甲80参照）。

しかし、一貫しているのは、この先住民族の集団の権利は、長年の慣習によって確立した権利であり、憲法や法律に規定があっても、この憲法や法律によって「初めて与えられた」権利ではないと言う点である（同）。

この先住民族の集団の権利の固有性は、世界の共通認識であり、したがって国連先住民族宣言にもこのことわりを前提とし、各国の裁判所もこれを当然の前提としている。

裁判所におかれては、この世界の共通認識の上に立って、正しい判断を求めるものである。この世界の共通認識に立てば、当然に原告のサケ捕獲権は具体的権利として確認され、これを制限する法律は無効という結論に至るものである。

以上