

令和6年（行コ）第9号・サケ捕獲権確認請求控訴事件

控訴人 ラポロアイヌネイション

被控訴人 国他1名

2024年9月13日

札幌高等裁判所第3民事部2係 御中

控訴理由書

控訴人代理人

弁護士	市	川	守	弘
弁護士	長	岡	麻	寿
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	皆	川	洋	美
弁護士	荒	井		剛
弁護士	今		重	一
弁護士	今		瞭	美
弁護士	岡	澤	史	人
弁護士	吉	田	翔	太
弁護士	伊	藤	啓	太
弁護士	猪	原	健	弘
弁護士	斉	藤	道	俊
弁護士	長	谷	川	亮
弁護士	山	口	耕	司
弁護士	高	畑	哲	也

目次 序論 2頁～

- 第1章 第1 日本社会とアイヌの歴史についての補充 7頁～
- 第2 控訴人の主張する漁業権について 16頁～
- 第3 文化享有権の対象としての漁業権 24頁～
- 第4 河川の公共用物性について 40頁～
- 第5 原判決の国際法の理解についての誤り 47頁～
- 第6 憲法について 60頁～
- 第7 慣習法（法の適用に関する通則法3条）について
60頁～
- 第8 条理について 65頁～
- 第2章 第1 水産資源保護法第28条の無効確認の訴えについて
74頁～
- 第2 水産資源保護法第28条の効力について 76頁～

序論

1 本件訴訟の意義

本件訴訟は、明治以前において、当時蝦夷地と称されていた大地に多数のアイヌ集団（コタン）が、それぞれの支配領域を有し、支配領域内の土地や自然資源を各コタンが自由に直接的に使用し、またはそれを加工したり交易に利用して、独自の文化を築いていたにもかかわらず、明治以降になってこれらアイヌ集団が明治政府によって土地を奪われ、自然資源の使用、利用を禁止された歴史に鑑み、依然としてアイヌ集団は自然資源、特にサケを利用する権利を有するとして、サケ捕獲権を保持していることの確認を求める訴訟である。

乙15の「アイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会」の報告書（以下「報告書」という）15ページでは、土地や自然資源を奪われたアイヌは「生業を行う土地の減少や生業そのものが規制され」、「アイヌの人々の暮らしは貧窮していった」ことを認めている。また十勝地方におけるアイヌの生活の困窮の様子については、甲25で詳細に記述されている。また、現代でも「アイヌの人々の生活面等における格差や学校や就職における差別は根深く残ったまま」（乙15、18ページ）で、アイヌの世帯の生活保護率は「全国平均と比べて約2.5倍」であり、「大学進学率は」「全国平均の約半分」（乙15、19ページ）となっている。「7割以上の者が経済的な困窮を訴えている」（同）状況なのである。

控訴人は、このようなアイヌに課せられた貧困から抜け出すための第一歩として、政府や自治体による生活への援助に頼ることなく、先祖と同じように河川でサケを捕獲し、加工し、販売することによって、アイヌ自らが経済的に自立することをめざして本件訴訟を提起していた（差間正樹及び長根弘喜の意見陳述）。

このように、本件訴訟は、明治以降の北海道の歴史の中で虐げられてきたアイヌが、自らの権利を回復することによって、経済的に自立した「アイヌとしての誇りを持った生き方」を実現することを目的とした、日本の歴史においてははじめての重要な訴訟なのである。

2 本控訴理由書の構成について

控訴理由書では、主要には、次の各論点について順次論じていく。

(1) 第1章はサケ捕獲権の確認についてであり、その第1は、アイヌの歴史と幕藩制国家及び明治政府との関わりについてである。この歴史の認識は、控訴人が主張する権利の内容を裏付ける重要な事実関係であるにもかかわらず、原判決では「おごなり」にしか触れておらずその認識はあまりにも不十分である。控訴人が主張する権利は、明治になる前まで各地のアイヌコタンが集団で行使していた権利であり、その権利はアイヌの歴史やアイヌの慣習によって確立していた各コタンの固有の権利である。それが明治以降、明治政府によって、権利行使が「禁止」されたものの、現代において依然として権利としてその行使が認められるべき権利である。この権利の内容、明治以降の権利行使の「禁止」の違法性、現代における権利の復活の必要性については、江戸時代から明治以降にかけての幕藩制国家及び明治政府とアイヌとの関係性についての歴史分析が不可欠であった。にもかかわらず被控訴人国らは、控訴人の歴史的事実の主張に対し、一切その認否を拒否し、原審はその認否拒否を妥当として訴訟進行をした。この原審の審理の結果、原判決は、控訴人の主張するサケ捕獲権の権利の内容や、権利行使ができなくなった理由についての検討と判断（例えば河川は公共用物とする判示が典型的な例である）、そして現代においてその権利が復活されるべきことについて、一切の判断を捨象した結果となった。

(2) 第2は、控訴人が主張する漁業権がいかなる権利なのか、という点についてである。原判決は控訴人の主張する漁業権が、その歴史及び慣習によって成立した固有の権利であることについて深く考察することを怠り、漁業法上の漁業権を前提に検討してその中に落とし込むことしかせず、漁業権の排他性、営利行為性（同じ「営利」でも原判決が単純に用

いる「営利」という言葉と控訴人が主張する漁業権が有する「営利」性は質的に異なる)を控訴人主張の漁業権の性質であり特色である、と仮定してしまった。その仮定の上に立って、このような(控訴人主張の)漁業権は「財産権」的側面が強く、憲法13条によって保護される文化享有権の対象たる文化の内容ではないとした。この原判決の判断は、そもそも控訴人の主張する権利を正しく理解していない結果なのである。

- (3) 第3は、文化享有権の内容についてである。原判決は、文化享有権の対象としての「文化」は、「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範囲」に限定されると認定し、国内法はおろか国際法が規定する「文化」とされる範囲及び内容すら無視したのである。国内法でいえば、原判決のいう文化の定義は、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(平成31年法律第16号、以下「アイヌ施策推進法」という)2条に明記されている「アイヌ文化」の定義に著しく反している。同条は、「『アイヌ文化』とは、アイヌ語並びにアイヌにおいて継承されてきた生活様式、音楽、舞踊、工芸その他の文化的所産及びこれらから発展した文化的所産をいう」(強調は代理人)とされているところ、この「生活様式」とは経済活動である生業を意味するとされているのである。国際法でも、国連自由権規約(ICCPR)27条及びこの条項に関して自由権規約委員会が1994年に出した一般的意見23による解釈をも完全に無視した原判決独自の解釈という他はない。本控訴理由書では、再度、国際法が国内法を拘束し、少なくとも国際法に則った解釈を行う義務について主張するとともに、前記したアイヌ施策推進法、有識者懇談会報告書(乙15)、文科省文化審議会答申等によっても明らかとされる「文化とは経済活動としての生業も含む」ことを明確にする。
- (4) 第4は、原判決が、河川は公共用物であり公法的支配管理に服す、としている点である。この点は、第1に論じる歴史の検討が不可欠である。というのは、公共用物論は明治政府とアイヌとの関係性からすれば、江戸時代までアイヌコタンという集団が支配していた河川について、その支配領域を奪い、集団の支配を禁止したことに始まるからである。北海道(旧蝦夷地)という本州以南とは異なる歴史と地域の中で、河川が公共用物であり公法的支配管理に服するという考え方自体が問われなければならないのである。
- (5) 第5は、原判決が、政府が批准している国際法を無視している点である。国連先住民族の権利宣言、自由権規約、社会権規約、人種差別撤廃条約等、国際法上定められている権利の理解が乏しく、国内法と国際人権法

の優先関係について全く理解を欠く原判決に対して、原審での主張を踏まえつつさらに補充するものである。

(6) また、原審で控訴人が主張している法的根拠のうち、第6で国際法に照らしても控訴人の求めるサケ捕獲権は憲法で保障されること、第7で慣習法、第8で条理について、あらためて主張するものである。

(7) 第2章として、水産資源保護法第28条の無効確認について、第1で訴えの利益を、第2で違憲審査基準を踏まえた無効理由を主張する。

第1章

第1 日本社会とアイヌの歴史についての補充

1 原判決が明治政府のアイヌ集団に対する行為の違法性を無視していること

控訴人は訴状14ページ以下で、明治政府のアイヌ集団に対する行為は、蝦夷地（北海道）への侵略行為であり、違法であると主張している。そして、この侵略行為の一つとしてアイヌを含めて「狩猟、漁撈を全道的に規制」した行為があり、この規制が違法行為である以上、アイヌ集団の権利は依然として留保されていると主張している（訴状17ページ）。

原判決は、徳川幕府から明治政府への政体の変化に応じたアイヌとの法的関係の検討を怠ったために、明治以降現代に至るアイヌ集団の法的地位の分析、評価が抜けてしまい、結局、控訴人が主張する本件漁業権の権利性についてその判断を誤ったのである。

2 原判決における歴史認識の問題点

序論で述べたとおり、アイヌの歴史と幕藩制国家及び明治政府との関わりの歴史は、控訴人が主張する権利の内容を確定し、裏付ける重要な事実関係である。控訴人が本件で主張している権利は、江戸時代まで、つまり明治政府が成立するまでは、長年の伝統と慣習によって確立していた権利であり、明治政府がたとえその権利行使を禁止したとしても、現代において回復されるべき権利である。

つまり、①明治になるまでに、控訴人が主張している権利がどのように確立しており、幕藩制国家がその権利の存在を認めていたのかを明らかにし、②幕藩制国家がこの権利を認めていたとすれば明治になっても日本国はその権利の存在を前提にしなければならないはずで、③明治政府がこの権利の存

在を認めていないのであれば、アイヌ集団のこの権利は当然に回復されなければならない、ということになる。

ところが、原判決は幕藩制国家とアイヌとの関係及び明治政府とアイヌとの関係について、十分な検討をしておらず、あたかも江戸時代においてアイヌは完全に和人の支配下に置かれてしまい、アイヌ集団の権利はさも「消滅」していたとの、歴史的事実を無視した前提に立って判示していると思われる箇所が随所に見られる。

以下、該当する判示部分を、日本社会（幕藩制下及び明治政府下）とアイヌ社会の関係に即して、必要な限度で反論することとするが、そのほかにも例えば、江戸時代においてアイヌ集団が和人や中国等の外国と交易していた事実を真摯に確認できれば、文化享有権の「文化」の範囲として商業的活動も当然に含まねばならないし、河川やサケなどの資源を支配していたのがアイヌ集団であれば、公共用物論の根拠が崩れることになるのである。

3 幕藩制下におけるアイヌ

幕藩制下におけるアイヌとの関係については原判決34ページ以下に報告書（乙15）を引用して記述されている。以下、いくつかの点にわたり、原判決の判示する内容の「間違い」や「言葉足らず」な点について指摘しておく。この報告書はA4に42ページ、歴史に関しては実質16ページにまとめられており、かなりの事実について省略の上、簡略に記述されているため、本件訴訟に当たっては、その内容を補充する必要がある。

(1) 34ページ、下から3行目、アイヌは「和人との交易が禁じられた」との点

この判示部分は、アイヌ集団の交易という商業活動が、幕藩制国家によって「禁じられた」と断定したものである。また、もし幕藩制国家がアイヌ集団に対し「交易を禁じる」ことができたとしたならば、それはアイヌが幕藩制国家の支配下に置かれていたことを端的に意味することになり、経済的にも和人社会の一部になってしまったとも判示していることになる。したがって、この判示部分の間違いを指摘することはアイヌ集団と幕藩制国家との関係を明確にするために重要なのである。

報告書の記述は、徳川幕府から松前志摩守への黒印状（家康以外からの文書は朱印状）による定め書きについて評価している記述である。この黒印状の正確な内容は、甲72（榎森意見書）や、甲4の162ページに記載されている。黒印状を見れば明らかのように、この文書は諸国の大名や商人が松前志摩守に無断で行われるアイヌとの取引を禁止し（1条）、

松前志摩守に無断で諸国からの商船を渡海させてアイヌと交易することを禁止する（2条）ことを定めているものの、アイヌに対して和人との交易を禁止することを定めたものではない。松前藩以外の和人（例えば盛岡藩や一般の商人）がアイヌとの取引を禁止された反射的效果として、アイヌが松前藩以外の和人との取引が事実上できなくなっただけである。したがって、アイヌはこれら和人以外に樺太や中国との交易は行っていたし、和人の経済社会の中に取り込まれたものでもない。

この事実は、徳川幕府が、アイヌを支配下に置くことなく、アイヌへの規制等を一切しなかった点を明確にしている重要な事実である。つまり、アイヌは2条「附」にあるように「蝦夷次第」すなわちアイヌの自律に委ねられていたのである。原判決の記述からは、あたかも幕府ないし松前藩がアイヌに対して松前藩以外の和人との交易を禁止し、アイヌが幕藩制において「支配される存在」であるかのような表現になっており、これは明らかに間違いである。この前提事実の間違いは、前記①の事実を否定し、前記③に関し、控訴人の主張する漁業権の権利内容や文化享有権の「文化」の判断、さらには公共用物論にも重大な影響を与えているのである。

- (2) 35ページ、15行目以下、コタンが「場所請負制の下で、和人の強制により数コタンが運上屋や番屋の下にまとめられ、やがて数十戸ほどの規模になった」、及び「この役土人制によりアイヌは完全に和人の支配下に入り、労働力を搾取される存在となっていく」との点

この記述は、前項の(1)の判示と相俟って、前記①及び②の事実を否定する内容となっている。あたかも蝦夷地全体のすべてのアイヌが和人の支配下に入り、すべてのコタンが強制的に運上屋や番屋の近くに集約されたかのように読めてしまう。この不正確な判示部分もまたアイヌ集団があたかも移動の自由を失い、運上屋や番屋に集められ、「完全に和人の支配下」に置かれ、自立した存在ではなくなった、かのように間違っ

て判示しているのである。

しかし、高倉新一郎の「アイヌ研究」によれば、上記の記述の趣旨をまとめた後に「かくして和人の影響が漸く決定的になりつつあったが、北海道の産業が漁業に限られ、内地人との接触が主として海岸にとどまってい（注：「とどまってい」の意）、それも事業に関係のあるものか、役人に止まっていた時代は未だ良かった。交通不便な所にある社会は未だその影響から逃れ得たのである」（甲89、25ページ）とあるように、判示する内容は請負商人が支配する「場所」近辺における状況に過ぎず、場所から離れた地域や交通不便な所では、原判決25ページのよ

うな記述の内容は当てはまらないのである。

前項で指摘したように幕藩制国家はアイヌをその支配下には置いておらず、ただ幕末にあっては場所請負商人の経済的支配が強まったものの、それもすべてのアイヌが場所請負商人の経済的支配下にあったわけではなかったのである。この点で原判決は重大な誤りを犯している。

- (3) 36ページ、5行目以下、「このような状況にあっても、アイヌの人々の狩漁域であるイオルの境界をめぐる争いなどは、商人の意向が強く作用する場合もあったとはいえ、アイヌの人々の間の交渉により解決されていた」との点

この判示部分は、各地のアイヌ集団がイオルと呼ばれる支配領域を有し、その支配領域内において狩猟権、漁業権を有していた事実、その権利がアイヌ集団間で侵害された場合には、アイヌの慣習法によって解決されていた事実を明らかにしている点で重要である。ただ、この判示から導かれるはずのアイヌ集団の支配領域や漁業権の内容については検討が省かれてしまっている。

また、この「境界をめぐる争い」はアイヌ集団と和人間の争いではない、ということも省かれている。なぜなら蝦夷地はアイヌの自律した支配下にあり（蝦夷次第）、和人は土地や資源を支配していなかったからである。原判決はこのアイヌ集団の支配領域の問題や自律性について深く検討をしていない結果、これらが控訴人の主張する漁業権に及ぼす影響について捨象しているのである。

このように、原判決は、前記①の点について、アイヌ集団の権利がどのように確立していたかについて、アイヌ集団は既に和人社会に取り込まれてしまい、アイヌ集団の権利は認められていなかった、と判示していることになる。

- (4) 36ページ、24行目以下、「日露通好条約では、択捉以南の諸島を日本領とし、北蝦夷地（樺太）は国境を設けず……。国際社会の圧力の下で国家の近代化を進めた日本にとって、諸外国と自らの領域的境界を国際的に定めることは避けることのできない過程であった。しかし、この過程は、アイヌの人々の意にかかわらず行われ、北海道はもとより千島や樺太に住む人々の生活に直接影響するものであった」との点

この記述も前記①に関する判示である。江戸時代の徳川幕府が、「国家の近代化を進めた」という意味が不分明であるが、原判決が引用するこれらの文言だけから見ると、1855年のロシアとの条約によって国境を

定めた結果、蝦夷地は当然に日本の領土となって、「アイヌの人々の生活に直接影響を与えた」と判示していることになる。原判決は、1855年に日本の領土となった以上、1869年以降の明治政府によるアイヌの支配領域への侵入は、日本国の領土内への進出であってそもそも「侵略ではない」とする重大な誤りを与える表現となっている。原判決では蝦夷地が日本国の領土となった結果として、前記①及び②をいずれも否定する判示をしていることになるのである。

しかし、国境の画定は、そこに居住する先住民族の権利に影響を与えない、とするのが国際的な常識的理解となっている。控訴人が従前から主張しているように、ここでは日露通好条約に基づいて日ロ間で国境を画定した場合であっても、アイヌ集団が保持していたイオルと呼ばれる支配領域内における漁業権は何等の影響を受けておらず、したがってまた明治政府は、「無主の地」として蝦夷地（北海道）を一方的に支配し、アイヌ集団の漁業権を奪うことは侵略行為として許されない。またアイヌ集団が支配していた河川や自然資源も当然には公法的支配管理に委ねられるものではない。

- (5) 38ページ、19行目、「『自分稼ぎ』として従前どおりのコタンでのサケ漁も行われていた」との点

この判示は、報告書（乙15）に記載のない認定である。この幕末における「自分稼ぎ」の存在は、幕藩制国家においてアイヌ集団の自律した支配領域内の自然資源に対する権利が認められていたことを示す重要な事実関係である。しかし、原判決はこの「自分稼ぎ」の事実認定をしながら、反面で34ページ以降の「アイヌに関する歴史的経緯」では、場所請負制の下でアイヌは商人によって強制的に移転させられ、各場所における漁場の労働力として酷使され、コタンは強制的に集合させられ「アイヌは完全に和人の支配下に入り、労働力として搾取される存在となっていく」（35ページ、20行目以下）などと、江戸時代末期においてアイヌは和人に支配され、コタンを中心にしたアイヌ社会の生活様式が完全に「崩壊」したかのように矛盾した記述をしているのである。

しかし、現実には、前記のように商人の経営する場所以外においてはこのような支配関係は無いが、あっても少ない影響にとどまっていた。また各場所においてすらもアイヌはコタンの領域内においてコタンの決まりに従って漁業を営み（自分稼ぎ）、商人との交易品として漁獲したサケ等を販売していたのである。つまり、「『自分稼ぎ』として従前どおりのコタンでのサケ漁も行われていた」との記述は、アイヌが過酷な

経済的支配下にあっても、蝦夷地全体、あるいは請負商人が支配する各場所のアイヌでさえ、伝統的・慣習的な漁業を河川で行い（自分稼ぎ）、漁獲物は商人に売却していたことが重要なのである（榎森意見書参照）。

(6) 以上のまとめ

前記したように、アイヌ集団の漁業権については、コタン集団間の権利争いはアイヌの慣習によって解決（シャクシャインの蜂起以降は松前藩の仲裁下）し、また幕末においてすらコタンの支配領域内での当該コタン構成員の漁猟は「自分稼ぎ」として認められ、漁獲したサケ等は商人へ販売し、交易を行い、従前どおりの生活様式が維持されていたのである。

したがって、幕藩制下におけるアイヌと和人との関係性は、確かに経済的な抑圧下にアイヌが置かれながらも、伝統的・慣習的なアイヌコタンの集団としての生活が維持され、このコタンとしての生活は、漁業に関していえばコタンの支配領域において漁業権を有し、その権利行使の結果として得た漁獲物は、集団内での消費のほか、交易品として和人商人に販売して生活していたのである。本件で控訴人が固有の権利と主張している漁業権の内容はこのように伝統的・慣習的に継続していた権利である。しかし、原判決は幕藩制国家におけるアイヌ集団の権利についての検討を怠り、次に見るように明治政府の行為への評価についても重大な誤りを犯している。

4 明治以降におけるアイヌ

原判決は37ページ、13行目以下で次のように明治以降のアイヌ社会を述べている。

「明治維新後の明治2年（1869年）、蝦夷地一円は北海道と改称されるとともに、日本の他の地域と同じく「国郡制」が導入され、北海道は明治政府の統括下に置かれる。これにより蝦夷地の内国化が図られ、大規模な和人の移住による北海道開拓が進められることになった。」また、「北海道の開拓が進むにつれ、乱獲による資源の枯渇などが見え始めたため、狩猟、漁撈が全道的に規制されることとなる」、「このように、生業を行う土地の減少や生業そのものが規制された結果、アイヌの文化のよりどころであった自然とのつながりが分断され、生活様式を含む広い意味での文化が深刻な打撃を受けるとともに、アイヌの人々の暮らしは貧窮していった」。

原判決のこの記述は、現象として現れた表面の事実を羅列したにすぎず、明治政府の、アイヌ集団に対する侵略行為を無視している。

(1) 江戸時代と明治以降の質的な差異

前述したように、江戸時代までは場所請負商人によって経済的に抑圧された状況下に置かれていたアイヌではあるが、アイヌ集団にとって明治以降と質的に大きく異なる点は、幕藩制国家において、蝦夷地は「化外の地」であり、アイヌは「化外の民」とされ、アイヌ集団（コタン）の支配領域は維持され、コタン集団の漁猟、狩猟という権利を有していた点である。

訴状11～12ページ、甲4の374ページ以下で述べているように、「幕藩制国家が存続する限り」、「幕藩制国家が支配する『異域』としての『蝦夷地』や『化外の民』としてのアイヌ民族の存在それ自体幕藩制国家にとって不可欠なものだった」とされ、アイヌは「松前藩を介して幕藩制国家そのものと直接的な対峙関係に置かれると同時に、政治的・身分的には幕藩制国家に従属した「野蛮人」・「化外の民」としての「蝦夷」、経済的には交易相手ないしは収奪対象としての「蝦夷」として位置付けられた、とされている。つまり、政治的・身分的には幕藩制国家に従属しつつも、法制度的には上下関係ではなく「直接的な対峙関係」、つまり対等な当事者間での対立関係にあったのである。この対等な当事者間においてその一方はアイヌ集団としての権利を保持していたのである。

ところが、原判決の判示によると、幕藩制国家とアイヌとの直接的な対峙関係とアイヌ集団の権利が、明治政府発足後になると、明確な根拠もなく「北海道は明治政府の統括下」に置かれたとされ、そして当然のように「蝦夷地の内国化が図られ、大規模な和人の移住による北海道開拓が進められる」、「北海道の開拓が進むにつれ、乱獲による資源の枯渇などが見え始めたため、狩猟、漁撈が全道的に規制されることとなる」とされ、原判決の中から、アイヌ集団の権利が、いつの間にか「消えて」しまっているのである。控訴人の主張する漁業権の内容、文化享有権の「文化」の内容、河川は公法的支配管理に服する、等の主要な判示部分は、この明治政府の行為の評価の欠落に原因するものである。

第2 控訴人の主張する漁業権について

(以下、カッコ付の「本件漁業権」は原判決のいう「本件漁業権」のことである。これに対して控訴人が求める漁業権は、そうわかるように明記するほか、「サケ捕獲権」などとして区別する。)

1 原判決が判示する「本件漁業権」

原判決は、第5、4の(1)の、「原告の主張する本件漁業権の性質及び内容」(41ページ)において、「一般的に漁業権とは、免許等の行政行為により設定される、一定の水面において特定の漁業を一定の期間排他的に営むことができる権利」であり、「法令の範囲内において営利目的で譲渡等できるものといえる」と判示し、まず一般的な漁業権を定義する。その上で原告の主張する「本件漁業権」は「刺し網を用いたシロザケの漁業を排他的に営む権利であり、これに基づき捕獲したシロザケを法令の範囲内において営利目的で譲渡等できるものであると解され」、「本件漁業権の上記性質及び内容を踏まえれば、原告の主張する本件漁業権は、アイヌの生活、文化、伝統等に関する精神的側面とともに、財産権としての側面を有するもので」、「原告の主張する本件漁業権は、その目的、方法等において、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範囲を超えるものであることは明らかであることを踏まえれば、本件漁業権は、財産権としての側面が強いものというべきである」と結論している(41～42ページ)。

原判決の「本件漁業権」についての定義や理解は明確ではないものの、「排他性」「営利目的」「財産的側面が強い」等の文言からすれば、原判決のいう「一般的な漁業権」をもって控訴人の主張する「本件漁業権」と同一の内容であると理解していることが分かる。つまり、「本件漁業権」は、営利の目的をもって漁業を営み、特定の水面におけるサケ刺し網漁という特定の漁業を、排他的に行う権利であり、かつ、この漁業権は行政官庁の免許のない漁業権の主張であると認定しているのである。

2 原判決の本件漁業権に関する誤った定義と結論

原判決は、控訴人が主張する本件漁業権を真摯に検討することなく、「免許等の行政行為により設定される、一定の水面において特定の漁業を一定の期間排他的に営むことができる権利」であると前提し、次の結論を導いている。

- (1) 免許を得ていない「本件漁業権」は「漁業法、水産資源保護法及び本件規則において、」「認められていないことは明らか」(46ページ)とする。
- (2) 「排他的に営む権利」としての「本件漁業権」については、河川は「公共用物であり、国又は当該河川の存する地方公共団体の直接の公法的支配管理に服し、特定人による排他的支配の許されないもの」であり、サケのような水産資源については、「特定人又は特定の集団が固有の財産権と

して排他的に漁業を営む権利を有すると認めるのは困難」（47ページ）とする。

- (3) 自由権規約27条の適用については、「本件漁業権は、アイヌ固有の文化を享有するという側面にとどまるものではなく、公法的支配管理の及ぶ河川において排他的に漁業を営むという財産権の行使についての可否、範囲、条件等は、・・・（中略）諸条件を踏まえた立法政策や公共用物に係る管理政策等に委ねざるを得ないもの」であるから、自由権規約27条が「公法的支配管理の及ぶ河川において少数民族が伝統的な活動の範囲を超えて排他的に漁業を営む権利を当然に認めているとまでは解することができない」（48ページ）と解釈する。
- (4) 社会権規約15条の適用についても全く同様の理由から「公法的支配管理の及ぶ河川において先住民族が伝統的な活動の範囲を超えて排他的に漁業を営む権利を当然に認めているとまでは解することができない」（49ページ）と解釈する。
- (5) 人種差別撤廃条約5条についても「公法的支配管理の及ぶ河川において先住民族が伝統的な活動の範囲を超えて排他的に漁業を営む権利を当然に認めているとまでは解することができない」（50ページ）と解釈する。
- (6) 国連先住民族の権利宣言についても、法的拘束力はないとした上で「公法的支配管理の及ぶ河川において先住民族が伝統的な活動の範囲を超えて排他的に漁業を営む権利を当然に認めているとまでは解することができない」（51ページ）とする。

以上のように原判決は、「本件漁業権」を、「免許等の行政行為により設定される、一定の水面において特定の漁業を一定の期間排他的に営むことができる権利」と定義し、ここから、控訴人の原審で主張する漁業権を否定し、その法的根拠についてもすべて否定しているのである。

3 控訴人が主張するサケ捕獲権

(1) 原判決で適示された控訴人の主張

原判決では、主張の整理として、控訴人の主張が第4 当事者の主張2の争点(2)（7ページ以下）に整理され、また、要約した内容が11ページ以下に示されている。それによると原判決は控訴人の主張する本件漁業権について、「以上のように、原告の主張するサケ捕獲権は、アイヌの歴史によって形成され、その文化、精神的伝統及び哲学に由来する権利で

あり、集団としての固有の権利」であって、その内容は訴状の別紙漁業権目録記載のとおり、とまとめている。

しかし、このように「当事者の主張」を整理しておきながら、原判決がそれとはまったく異なる権利を判断・認定していることは、大きな誤りである。

すなわち、原審での控訴人の漁業権の主張は、国連先住民族の権利宣言前文7段落、26条1項等によって規定される「固有の権利」であることや「資源の利用権」として位置付けられること、自由権規約27条の文化享有権として保障されること等から根拠づけられることを主張していたものであり、当然ながら本件漁業権についても国連先住民族の権利宣言や自由権規約27条の文化享有権によって規定されることを主張していたのであって、原判決のいう「一般的な漁業権」を主張していたものではない。また、控訴人は、排他的・独占的な権利だと主張していたものでもない。

原判決は適示した当事者の主張とは別に、一方的に控訴人の主張を「認定」し、判断を進めているのであり、当事者主義に反する。

(2) 控訴人が主張するサケ捕獲権

ア 控訴人が主張するサケ捕獲権の内容

控訴人が主張している漁業権は、訴状別紙に記載しているとおり、浦幌十勝川河口部（約4キロメートル）の範囲において、船外機を使用してシロザケを捕獲する刺し網漁としての漁業権を主張しているのである。もちろん、この漁業権には捕獲したサケを加工し販売することも含まれている。

浦幌十勝川河口部という特定の水面でのサケ捕獲権を主張しているのは、それが歴史的な慣習であったからであり、サケの捕獲という特定の漁業を主張しているのも、蝦夷地のアイヌ集団の生業としてサケ漁が慣習上成り立っていたからである。そして、アイヌ集団は、捕獲したサケを交易し、経済的活動も営んでいた。刺し網漁という漁法の主張も網針の発見や入北記に記載される網や網針の交易内容（甲8）などから、係る慣習が存在していたからである（持田誠意見書、甲77、4頁）（甲75、3頁、写真2）。本件漁業権は、あくまで伝統と慣習によって確立された権利であることを主張しているのである。

このような伝統と慣習によって確立された先住民族の権利は国連先住民族の権利宣言（甲13、以下「先住民族の権利宣言」という）でも当該先住民族の固有の権利とされている（原審での準備書面（1）、3ページ以下及び19ページ以下等）。控訴人の構成員の先祖は、歴史的、慣習的に浦幌十勝川河口部という特定の水面でのサケ捕獲を生業として行っていた（訴状17ページ以下等）ので、控訴人は先住民族の権利宣言でいう固有の権利として旧十勝川河口部（現浦幌十勝川河口部）において刺し網漁によってサケを捕獲する権利を有し、獲ったサケを販売する等によって生業としてのサケ捕獲権を有するのである。

そもそも先住民族の権利宣言は、「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でも、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際人権文書としての権威を持つ。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、活かしていくべきことは当然である」（申恵豊青山学院大学教授意見書甲63、17頁）。すなわち、先住民族の権利宣言は、上記国際人権条約の解釈の指針としてその基準となるだけでなく、これに賛成した日本の国内裁判所においても、司法判断の指針、基準とされなければならないのは当然である。

イ 排他的・独占的との主張をしていないこと

このように控訴人の主張する（原判決の「当事者の主張」で記述されているとおりの）漁業権を整理すれば、「免許等の行政行為により設定される、一定の水面において特定の漁業を一定の期間排他的に営むことができる権利」という、原判決が認定した内容の権利を主張していないことは明らかである。

特に、「独占的・排他的」なサケ捕獲権の主張は、歴史的事実としてコタン間における他のコタンによる侵入とサケの捕獲を排除できる権限があったという事実を主張しているにすぎず、現在において、控訴人のサケ捕獲権が「独占的・排他的」な権利であると主張しているものではない。

そして控訴人が求めている漁業権は、先住民族の権利宣言に沿った内容とし、また後記するように、本件漁業権が認められる法的

根拠の一つとして自由権規約27条を主張しているところ、先住民族の権利宣言や自由権規約27条等において、先住民族の権利が「独占的・排他的権利」として定義づけられているわけではないし、そのような権利を前提として規定されているものでもない。先住民族の権利宣言が触れておらず、法的根拠としての自由権規約27条等が「独占的・排他的権利」として規定されていない以上、控訴人が主張する漁業権が、「独占的・排他的権利」であるはずはないのである。国際人権法上保障される先住民族の資源に対する権利は、必ずしも「排他的権利」に限定されていない。

結局、控訴人の漁業権の主張は、先住民族の権利宣言前文7段落、26条1項等によって規定される「固有の権利」として、歴史的・慣習的に確立していた、浦幌十勝川河口部（約4キロメートル）の範囲において、船外機を使用してシロザケを捕獲する権利なのであり、それ以上に「排他的・独占的」な権利だと主張しているわけではない。

(3) 小括

原判決は、現行法制度（漁業法）上の一般的な漁業権をもって、控訴人の主張する漁業権とみなしている前提に大きな誤りがあり、その結果、控訴人が主張している先住民族の慣習によって確立していた漁業権について、根拠もなく「免許等の行政行為により設定される、一定の水面において特定の漁業を一定の期間排他的に営むことができる権利」であると断定し、結局、控訴人の伝統と慣習に基づいて確立していた漁業権についての判断、及びその法的根拠についての考察が完全に抜け落ちている判決なのである。この前提となる審理の対象の誤りは、判決の文化享有権、公共用物論にも結び付くことを指摘しておく。

第3 文化享有権の対象としての漁業権

1 原判決の文化享有権の理解

原判決は44ページから45ページにかけて、「アイヌ固有の文化を享有する権利」について検討し、「アイヌ固有の文化を享有することはアイヌの人々において重要な人格的価値を有するものというべきである」（45ページ、5行目以下）とし、「アイヌの人々は、憲法13条により、アイヌ固有の文化を享有する権利（以下「文化享有権」という。）を有するものと認められる」（同ページ、13行目以下）と判示する。

また、「サケの採捕がアイヌの生活、伝統、文化等において重要な部分を占めるものと認められることを踏まえれば、アイヌの人々の文化享有権の行使との関係において、サケの採捕は最大限尊重されるべきものというべきである」（45ページ、16行目以下）とする。

しかし、反面では、「アイヌの人々の文化享有権の行使との関係において、サケの採捕は最大限尊重されるべきものであることを考慮しても、原告が本件漁業権を文化享有権の一環又は固有の権利として有すると認めることはできない」（47ページ、10行目以下）と断定する。

その理由は、「前記4のとおり、原告の主張する本件漁業権は、アイヌの生活、文化、伝統等に関する精神的側面とともに、財産権としての側面を有するものであるが、原告の主張する本件漁業は、その目的や方法等において、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範囲を超えるものであるから、本件漁業権は財産権としての側面が強いものというべきである」、とする点にある（45ページ、20行目以下）。

原判決での「本件漁業権」が、控訴人が主張しているサケ捕獲権の権利内容と異なる点については、前記第3において述べたとおりである。文化享有権との関係においては、原判決は控訴人の求める漁業権について、「その目的や方法等において、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範囲を超えるものであるから」、「文化享有権の一環又は固有の権利として有すると認めることはできない」としたものである。この判断は、控訴人の求める漁業権について文化的・精神的側面と財産的側面とに分け、前者は文化享有権の行使と認められるものの（明確に断定してはいない）、後者は文化享有権の行使とは認められない経済行為であり、財産権の行使であると判示しているのである。そして、文化享有権の行使と認められるものは、「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範囲」と限定して理解していることが明確に判示されている。

控訴人の主張する歴史的に慣習によって確立された漁業権が、営利を目的とする経済活動としての側面を有するものであることを前提としても、この漁業権は文化享有権によって保障される固有の権利であることは揺るぎのないものである。この点について以下、アイヌ施策推進法、報告書（乙15）、及び文化審議会答申を根拠として裏付けるとともに、ここ数年政府が推進している捕鯨と比較することによって、さらには「文化」の概念についての一貫した国際的理解について国際法を通じて明らかにするこ

ととする。

2 文化享有権で保障される文化とは何か

控訴人は、憲法13条によって保障される文化享有権にいう文化とは、「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範囲」に限定されず、アイヌの歴史や慣習によって培われ、成立し、確立した生業を含み、営利を目的とする経済活動も文化享有権の対象として憲法13条によって保障されなければならない、と主張するものである。

(1) アイヌ施策推進法の定める文化

原判決では、アイヌ施策推進法について、33ページでその概要を記述し、38ページでアイヌ施策推進法の定めるアイヌ文化について述べている。

アイヌ施策推進法では、2条において、「この法律において『アイヌ文化』とは、アイヌ語並びにアイヌにおいて継承されてきた生活様式、音楽、舞踊、工芸その他の文化的所産及びこれらから発展した文化的所産をいう。」とされている。

ところで、このアイヌ文化の定義は、アイヌ施策推進法の成立の際に廃止されたアイヌ文化の振興並びにアイヌの伝統等に関する知識の普及及び啓発に関する法律（以下「アイヌ文化振興法」という）2条に定める「アイヌ文化」より、その範囲が拡張されている。アイヌ文化振興法2条では、「この法律において『アイヌ文化』とは、アイヌ語並びにアイヌにおいて継承されてきた音楽、舞踊、工芸その他の文化的所産及びこれらから発展した文化的所産をいう。」とされており、アイヌ施策推進法で定義するアイヌ文化のうち「アイヌにおいて継承されてきた生活様式」がなかったわけで、つまり、アイヌ施策推進法では、それまでアイヌ文化振興法で「アイヌ文化の振興を図る」（1条）とされてきた「アイヌ文化」の範囲を「生活様式」にまで広げているのである。

アイヌ施策推進法1条では、アイヌ文化を「アイヌの伝統等」とし、2条で「アイヌ施策」とは「アイヌ文化の振興並びにアイヌの伝統等に関する知識の普及及び啓発（以下「アイヌ文化の振興等」という。）並びにアイヌの人々が民族としての誇りを持って生活するためのアイヌ文化の振興等に資する環境の整備に関する施策」とし、3条の「基本理念」では、「アイヌ施策の推進は、アイヌの人々の民族としての誇りが尊重されるよう、アイヌの人々の誇りの源泉であるアイヌの伝統等並びに我が

国を含む国際社会において重要な課題である多様な民族の共生及び多様な文化の発展についての国民の理解を深めることを旨として、行われなければならない。」と定め、5条では、国、地方公共団体の責務として「国及び地方公共団体は、前二条に定める基本理念にのっとり、アイヌ施策を策定し、及び実施する責務を有する。」と規定している。

このように、アイヌ施策推進法では、アイヌに継承されてきた生活様式を含めて、アイヌ文化の振興を図り、環境を整備し（2条）、国や地方公共団体は、それを実施する責務を有するとしているのである。裁判所も国の機関なのであるからアイヌ施策推進法に沿ってアイヌ文化の振興、環境の整備を実施する責務を負っているはずであるが、原判決ではアイヌ文化の内容についてアイヌ施策推進法のいうアイヌ文化から「アイヌに継承されてきた生活様式」を根拠なく削除し、その結果、アイヌ施策推進法に従った文化享有権を否定しているのである。

(2) 生活様式とは何か

では、アイヌ施策推進法で拡張された文化の内容としての「生活様式」とは何か。

一般に生活様式 (way of life) とは、ある社会あるいは集団の成員が共有している生活の営み方、とくに人間の基本的活動である生産、消費、再生産の本質と関係について共有している認識と行動の枠組みのこととされ、このような生活様式が民族や時代の違いによっていかに相違するかという、生活様式の洞察が、異文化理解にとって重要である（世界大百科事典）とされている。

生活の営み方は、日々の生活の営み方であり、例えば生業もその一つであって、生業は経済的活動のことを指している。この点では、文化審議会答申（平成13年4月に文部科学大臣から「文化を大切に作る社会の構築について」の諮問に対する答申）（甲90）は、「文化の在り方は、人間の生き方や暮らし方、生活様式に大きなかわりのある経済活動に多大な影響を与えます。同時に、今日の社会においては、文化そのものが経済活動になっています。」と述べられ、文化そのものが経済活動になっていることを指摘している。

アイヌ施策推進法が、アイヌ文化振興法より進んで、文化として生活様式を定義したことは、まさにアイヌ文化とは、アイヌ文化振興法のいう「アイヌ語並びにアイヌにおいて継承されてきた音楽、舞踊、工芸その他の文化的所産及びこれらから発展した文化的所産」にとどまらず、

文化審議会答申と同様に「アイヌにおいて継承されてきた生活様式」を含めた概念であることを明記したものとして重要なのである。

そして、この「アイヌにおいて継承されてきた生活様式」とは何か、は、アイヌの歴史や慣習によって培われ、成立し、確立した生業であり、経済的活動なのである。

(3) 生活様式に関する報告書（乙15）の指摘

報告書では、国がとるべきアイヌ政策の具体的政策として、国民の理解の促進（30ページ）の他に文化に係る政策について、33ページの②として、「近代化政策の結果として打撃を被った先住民族としてのアイヌの人々の文化の復興の対象は、言語、音楽、舞踊、工芸等に加えて、土地利用の形態等をも含む民族固有の生活様式の総体と考えるべきである。その上でアイヌの人々がアイヌとしてのアイデンティティを誇りを持って選択し、アイヌ文化の実践・継承を行うことが可能となるような環境整備を図っていくことや、経済活動との連携等により自律的な生活の回復に結びつけていくような取り組みを促進していくことが重要である。」と述べている。

つまり、有識者懇談会は、「近代化政策の結果として打撃を被った」アイヌの「文化の復興の対象」は、「土地利用の形態等をも含む民族固有の生活様式の総体」であり、その上での経済活動を含んだ自律的な生活を回復させる取り組み、政策を国に求めているのである。ここでは、原判決が判示するような「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範囲」だけがアイヌ文化ではなく、「土地利用の形態等をも含む民族固有の生活様式の総体」が復興されるべき文化であると、経済活動を含んだ自律的な生活を回復させることが裁判所を含めた国の責務と明記しているのである。

現在アイヌは福祉対策の対象として、生活保護を受給する世帯が多く（乙15、19ページではアイヌの生活保護率は全国平均の2.5倍となっているとする）、高校就学援助、住宅建設のための補助等、国や自治体の援助によって生活しているアイヌが相当数にのぼっている。控訴人の前代表者差間正樹の陳述書（甲76）では、「私たちアイヌの日々の生活の中に、アイヌの文化を復活させ、先祖が暮らしてきた生き方を取り戻したいと強く願っているのです。そのサケが自由に捕獲することのできない現状は、私たちのアイヌとしての誇りを持って生きたいという願いを根本から否定するものなのです」（3ページ）とある。これは先祖が持っていた権利を取り戻し、生活としての文化を取り戻し、自立した生活をお

くりたいとの強い願いであって、有識者懇談会の報告書の内容やアイヌ施策推進法の目的、そのものなのである。

また、差間正樹は日本外国特派員協会での会見で、「私は生活と文化は切り離せないと思っています。」、「今のままでは私たちの文化は博物館に押し込められて、やがては消え去ってしまうのではないかという恐れをいただいています。」（甲88、226ページ）と述べており、まさに原判決の文化の定義では、生活と切り離されたアイヌの文化として「消え去ってしまう」文化でしかないことを指摘しているのである。差間正樹は、アイヌがサケ捕獲権を有することを認められ、生業としてサケ漁を行い、サケを加工・販売することによって福祉対策の対象でしかないアイヌから経済的に自律した生活を回復させたいと願っているのであり、この願いは報告書の内容そのものであり、アイヌ施策推進法に沿った願いであり、この願いこそがアイヌとしての誇りを持った生き方であることが理解できるのである。原判決は、まさにこの願いを踏みにじる判決である。

なお、このようにアイヌが歴史的に抑圧状況におかれてきたことに原判決が正当な評価をしていない点については、学説からも批判がある（新・判例解説Watch 桐山孝信、甲91）。

(4) 捕鯨と鯨食文化

このように経済活動も生活様式の一部として文化と認められている例として、捕鯨文化の例を挙げたい。

水産庁は、その捕鯨に関するホームページ（水産庁の鯨食文化とクジラ漁（[index-3.pdf \(maff.go.jp\)](#)参照）のQ&Aで次のように記述している。（下線の強調は代理人）（甲92）

*（問8）わざわざクジラを食べなくても、他の食べ物を食べれば良いのではないのでしょうか？という質問に対して、

「四方を海に囲まれた日本は、古来、クジラを食料としてのみならず、油やヒゲなどを様々な用途に利用し、それぞれの地域で、クジラを利用する文化を育んできました」

と、クジラ利用の文化は日本古来の文化であるとする。

*（問9）「捕鯨は日本の文化」だからといって、捕鯨を正当化する理由にはならないのではないのでしょうか？という質問に対しては、

「もちろん、「文化」だからといってあらゆる活動や行為が許容され

るべきではありません。しかしながら、・・・日本では、古来、クジラを含めた様々な水産資源を食用として利用してきました。捕鯨はそのための一つの活動であり、「食文化」と同様に、持続的である限り、尊重されるべきであると考えます

と回答している。

本件の被告国と同視できる水産庁は、クジラを食用等に利用する文化は日本古来の文化であり、このような食文化は認められるべきであり、捕鯨というクジラを捕獲する行為は、水産資源を食用として利用する一つの活動であり「食文化」と同様である、すなわち、「食文化」と同様に経済活動としての捕鯨行為をも含んで日本文化である、としているのである。

逆に言えば、水産庁は、「鯨食は日本文化であるが、経済活動としての捕鯨は、日本文化ではない」、とは言っていない。つまり、捕鯨問題を考えるとき、捕鯨という経済的活動は文化ではない、と指摘する者は誰もいないのである。原判決が経済的活動は文化ではないと断じたことは、和人の捕鯨行為と比較すると「アイヌの文化には経済活動は含まない」とした重大な差別行為なのである。

(5) 国際法が規定する文化享有権

以上の生活様式を含んだ文化の定義、生業としての経済活動をも含めた文化享有権の理解は、国際法上は当然のこととなっており、当然、経済活動は文化享有権として保障されている。

ア 自由権規約27条及び一般的意見書23

自由権規約27条一般的意見書23は、「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」としつつ、「同時に本条によって保護される個人の権利のある側面（例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族の共同体に属する者に当てはまる。」としている（甲30の1、2 一般的意見23para3.2）。

そして、同一般的意見para7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。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」としている。

つまり、自由権規約27条が保障する文化享有権には、資源使用に結び付いた独特の生活様式として先住民族の漁業権・狩猟権が含まれることを明示し、締結国にその積極的な法的保護措置を命じているのである（甲30の1、2）。

イ 国際人権法の解釈としての裁判例

国際人権法の解釈においては、その解釈を具体化するにあたって、ヨーロッパ人権裁判所や米州人権裁判所等の国際的人権裁判所の判例法が参照されなければならない（甲63、18頁以下）。

例えば、先住民族の資源に対する権利について、米州人権裁判所は、

- ・「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」
- ・「先住民共同体の構成員の文化は、彼らの伝統的領域及び資源との密接な関係に基づいて発展してきた、その世界で生存し、見、行動する特有の方式に直接関連している。それは、彼らの伝統的領域と資源が彼らの生存の主要な手段であるからというだけではなく、それらが彼らの世界観、信仰、そしてそれ故その文化的アイデンティティの一部だからである」「先住民共同体の構成員の、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、他の基本的権利に影響を及ぼすのである」（Inter-American Court of Human Rights, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, June 17, 2005, 甲44の1、2）。
- ・「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、社会的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。」（Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka People v. Suriname*, November 27, 2007, 甲45の1、2）

と判示し、先住民族の土地や資源に対する権利が、その文化、精神生活という民族のアイデンティティそのものであり、且つその民族が民族として生存・存続し、その文化を次世代に継承していくために必要不可欠なものであると認めているのである。

これに対し、原判決は、先住民族の漁業・狩猟の権利を、文化享有権の対象とはせずに、「財産的側面が強い」として単なる財産権として位置づけ、さらには公共の福祉の制限に服する立法政策の問題とまでしているのであり、この判示は、国際法の理解からすれば、根本的且つ完全に、先住民族の文化享有権の理解を誤っている。

3 小括

原判決は、冒頭に述べたように、文化享有権の行使と認められる文化は、「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範囲」と限定している。しかし、その根拠は全く示していない。原判決の文化の定義は、アイヌ施策推進法に反するとともに、乙15の報告書において国の政策としてとるべきと提言されている内容とも矛盾している。しかも、文化審議会の答申とも相容れないうえ、そもそも自由権規約27条の定める文化享有権についての国際的解釈とも異なる、極めて原審独自の特異な理解であることが分かるのである。

文化享有権として保障されるべきアイヌ文化は、生活様式も含んだ文化的所産及びこれらから発展した文化的所産（アイヌ施策推進法2条）、であり、したがって、アイヌの慣習的・伝統的生業、ないし経済活動であるサケ漁という生産活動もアイヌ文化として文化享有権によって保障されなければならないのである。

4 控訴人の主張するサケ捕獲権は文化享有権として保障される

(1) 控訴人の主張するサケ捕獲権の内容の確認

前述のとおり、控訴人の主張するサケ捕獲権は、アイヌの歴史によって形成され、その文化、精神的伝統及び哲学に由来する権利であり、集団としての固有の権利であること、またこのサケ捕獲権の権利内容は訴状別紙に記載しているとおり、浦幌十勝川河口部（約4キロメートル）の範囲において、船外機を使用してシロザケを捕獲する漁業権である（訴状8ページ以下、原審での原告準備書面(1)、19ページ以下等）。

このサケ捕獲権は、少なくとも江戸時代を通じた伝統と慣習によって、旧十勝川（現浦幌十勝川）の河口部に存在したアンネウシコタン（愛牛コタン）、十勝太コタン等の複数のコタンが、単独で、あるいは

共同した川筋集団として、幕藩制国家の支配の及ばない蝦夷地において有していたサケ漁の権利であり、アイヌ集団が先住民族として本来的、固有的に有してきた権利である（持田誠意見書、甲77）。

控訴人は、これらの旧十勝川（現浦幌十勝川）の河口部に存在したコタンの構成員の子孫によって構成される集団であるから（原審での準備書面(1)、28ページ以下等）、これらのコタンが有していたサケ捕獲権を承継している。

かつてのコタンは、漁獲したサケを家族の食料とするとともに、商人を通して交易を行い（甲8等）経済的利益を得ていた（営利活動）。またそれのみにとどまらず、カムイから送られた食糧（カムイチェプ）として、アシリチェプノミなどの儀式を通じて、アイヌとしての精神的世界を築き上げていた（甲20、343ページ）のである。

(2) 控訴人の漁業権は認められなければならない

報告書（乙15）では、前記のように、33ページの②として、「近代化政策の結果として打撃を被った先住民族としてのアイヌの人々の文化の復興の対象は、言語、音楽、舞踊、工芸等に加えて、土地利用の形態等をも含む民族固有の生活様式の総体と考えるべきである。」とする。

また、アイヌ施策推進法は、アイヌにおいて継承されてきた生活様式を含むアイヌ文化の振興、実現のために施策を立てることを義務としている。

この点では、先住民族の権利宣言（甲13）の28条1項が「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若しくは使用してきた土地、領域及び資源で、その自由で事前の及び事情を了知した上での同意なしに、没収され、占拠され、使用され、又は損害を受けたものについて、原状回復を含む方法により、それが可能でない場合には正当で公平かつ衡平な補償によって、救済を受ける権利を有する。」と定めることと共通する。

司法を含めた国の機関は、控訴人の求める漁業権は、アイヌ集団がその自由な事前の同意なしに一方的に否定された権利であって、したがって控訴人の主張する漁業権を認めるべきことが国際的にもアイヌ政策推進法によっても義務付けられている。

(3) アイヌ集団の生業が奪われた

訴状及び原審での準備書面(1)等に詳述しているとおり、明治政府は、

それまで化外の地（異域）とされた蝦夷地に侵入し、化外の民（日本国民ではない民）を、その支配下に置いた。その際、アイヌ集団が有していた支配領域や自然資源への権利を、一方的に無視し（甲2、甲3）、蝦夷地を「無主の地」とし、土地や自然資源を「官」に属するとして侵略したのである。「近代化」と称されている内容は、土地を和人に開放し、鉱物資源（夕張等の石炭、鴻之舞の金等々）を開拓使自ら開発し、水産資源（サケ等）すら開拓使が独占して、例えば石狩川河口でのサケ缶詰工場を経営していったことをさしている。

当然ながら、アイヌは「打撃」を受けた。各コタンが支配していた土地、資源を奪われ、居住地すら「官有地第三種」（管理人が置かれる官有地・・・代理人注）とされた（明治10年12月13日開拓使達（北海道地券発行条例）16条）。なお右達の3条は、「河岸海岸はすべて官有地」ともされている。

この明治政府の侵略は、漁業権との関りでは、十勝川は1883年（明治16年）に、十勝川流域の陸部でのサケ漁を全面的に禁止し（札幌県布達）（原審での準備書面(3)、8ページ以下等、甲25）、多数のアイヌの餓死者を発生させた（甲25）。

つまり、正当な理由なく、各アイヌ集団は、土地、自然資源を奪われたのである。

報告書（乙15）の13ページは、アイヌの伝統的生業であった狩猟、漁撈が「規制」され、シカ猟は、サケ漁と共に「明治後半までに北海道全域において禁止されることとなった」事実を、すなわち漁撈、特にサケ漁をアイヌの伝統的生業と認めている。そして、14ページ第一段落では「生業を行う土地の減少や生業そのものが規制された結果、（中略）生活様式を含む広い意味での文化が深刻な打撃」を受けたと論述している。つまり、アイヌ文化としてのサケ漁撈を生業とする生活様式が「深刻な打撃」（実際は奪われた）を受けたのである。

以上のとおり、江戸時代までに伝統と慣習によって確立されていた控訴人の漁業権は、たとえそれが経済活動を含む権利であるとしても文化享有権として、国際人権法及び憲法13条によって保障される権利なのである。

(4) 江戸時代のサケ漁の復活ではない

なお、控訴人が主張する権利は、江戸時代のサケ漁の復活ではなく、現代に即した漁法・内容によるサケ捕獲権である。

というのは、前述のアイヌ施策推進法2条では「この法律において『アイヌの文化』とは、アイヌ語並びにアイヌにおいて承継されてきた生活様式、音楽、舞踏、工芸その他の文化的所産及びこれから発展した文化的所産をいう。」と明記し、承継されてきた生活様式等のみならず、これから「発展した文化的所産」も「アイヌの文化」としている。かかる文化観を前提とすれば、アイヌの儀式等に従った漁法であれば、現代的なエンジンを使用したり、刺し網を用いた漁法であっても、当然にアイヌの文化の一環と認められるべきである。また、文化には前記のとおり「生活様式」も含まれる概念であって、儀式のためのサケ採捕だけではなく、アイヌの古来からの生活様式である、「さけ漁を生業とする生活様式」もアイヌ文化に含まれることは明らかである。

この点、差間正樹が陳述書3ページの中で「伝統的生活といっても、大昔のような『狩猟生活』を言っているのではありません。自然に対する考え方、先祖が暮らしてきた生き方、それらを維持しつつアイヌとして生きていく、アイヌとして誇りをもって生きていく、それが私のいう伝統的生活であり、文化です。」と言っているように、サケ漁を復活するといっても、昔ながらの「丸木舟を使い、アイヌ衣装を着て、マレックというモリを使うサケ漁」を復活させることは意味がない。なぜなら、明治政府による正当な理由のない土地、資源、権利のはく奪がなければ、和人との交易、交流によって、エンジン付きの舟を所有することができ、化学繊維による網を入手でき、現代的なサケ漁ができたはずだからである。先住民族の権利宣言31条は、この当然のことを「発展させる権利」と規定している。

第4 河川の公共用物性について

1 原判決の考え方

- (1) 原判決は、河川は海と同様に公共用物であるとし、「国又は当該河川の存する地方公共団体の直接の公法的支配管理に服し、特定人による排他的支配の許されないものであると解され、河川において特定人又は特定の集団が排他的に漁業を営むことについても当然には許されない」とし、これを許すかどうかは「立法政策の問題」であり、「漁業法等において本件漁業権が認められていないことは明らか」であるから、「我が国の立法政策として本件漁業権は認められていない」と結論する（46ページ）。

この理解は漁業法60条1項、5項5号による第5種に規定する内水面漁業で、同168条によって免許を得た漁業についての理解であるが、そもそも

控訴人が主張するサケ捕獲権は、漁業法上の漁業権とは異なり、憲法13条等によって文化享有権として認められる漁業権であるから、原判決の論理は、文化享有権としての漁業権にはまったく当てはまらないものである。

- (2) また、原判決は自由権規約27条との関係においても、「本件漁業権は、アイヌ固有の文化を享有するという側面にとどまるものではなく、公法的支配管理の及ぶ河川において排他的に漁業を営むという財産権としての側面が強い」のであるから「立法政策や公共用物にかかる管理政策等に委ねざるを」得ず、自由権規約27条が「公法的支配管理の及ぶ河川において少数民族が伝統的な活動の範囲を超えて排他的に漁業を営む権利を当然に認めているとまでは解することができない」とし（48ページ）、同様に社会権規約15条との関係においても「公法的支配管理の及ぶ河川において先住民族が伝統的な活動の範囲を超えて排他的に漁業を営む権利を当然に認めているとまでは解することができない」とし（49ページ）、人種差別撤廃条約5条との関係でも、同条が、「公法的支配管理の及ぶ河川において先住民族が伝統的な活動の範囲を超えて排他的に漁業を営む権利を当然に認めているとまでは解することができない」とする。

このように原判決は控訴人の主張する漁業権を漁業法上の漁業権と同一であるとの前提に立って、「公法的支配管理の及ぶ河川」において、排他的な漁業権を認めることはできない、という論理を展開させている。前者の漁業権に内容についてはすでに論じているところ、後者の「公法的支配管理の及ぶ河川」の問題点について、以下論ずることとする。

2 河川が公共用物であってもアイヌ集団の権利は失われない

先住民族の権利宣言28条1項は、「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若しくは使用してきた土地、領域及び資源で、その自由で事前の及び事情を了知した上での同意なしに、没収され、占拠され、使用され、又は損害を受けたものについて、原状回復を含む方法により、それが可能でない場合には正当で公平かつ衡平な補償によって、救済を受ける権利を有する。」と規定する。この趣旨は、先住民族が伝統的に使用してきた資源は、事前の同意なく奪われることはなく、原状回復を求め、又は補償請求ができるという趣旨である。

前述したように、アイヌ集団の捕獲権は、幕藩制下において明確に認められていた漁業権を明治政府によって一方的に無視され、奪われたのであるから、原状回復を求める権利を有している。

しかも、この漁業権はアイヌの文化享有権として憲法上保障されている権利であるから、憲法上の権利として認められる権利である。

したがって、河川が公共用物であるとしても、控訴人は浦幌十勝川が「公共用物」となる以前から有していた漁業権を保持していることに変わりはない。

3 河川はいつ公共用物となったのか

また、公共用物論に関して、原判決の最も重大な誤りは、明治政府が一方的に北海道を侵略し、アイヌ集団から土地や領域の利用権を剥奪し、狩猟漁業採集等の先住民族としての生活手段を剥奪したという、歴史的事実を無視していることである。

訴状14頁以下に述べたとおり、明治政府は、それまでアイヌ集団が独占的・排他的支配領域を有し、その自決に任されていた蝦夷地を、明治政府は一方的に日本の支配領域に組み込み、「日本の領土」としてしまった（訴状14頁ないし17頁）。

この点において、海洋や河川に関する法制度の歴史的な経過における事実は以下のとおりである。

本州以南について、明治政府は明治8年12月9日、海面官有宣言を行い（太政官布告第195号）、それまで一ないし数村限りの管理が行われていた漁場はすべて官有であるとされ、村の漁場使用権は消滅させて漁業をする者は新たに出願しなければならなくなった（甲93）。明治9年10月3日の内務省達乙116号は、「湖川といえどもすべて海面に準じ」として、この趣旨を河川にも及ぼすことにした。これにより、海面も河川も、漁業については府県税を賦課し営業の取締を制度として確立した。ただし、営業の取り締まりは、「従来の慣習による」とされ、江戸時代の漁業生産の形態がそのまま継承されていた点が、北海道の場合と異なっている（甲93）。

北海道では、明治2年（1869年）に、海面における漁場を支配する場所請負制度を廃止し、「漁場持ち」と改め、これにより「彼らに従来の権利を認めながら、他方で幕末に急成長を遂げてきた直接生産漁民と移住漁民に新たな漁場の割り渡しを行いながら、徐々に廃止する方向にもっていった」ものである。その後、明治9年（1876年）に、この独占的支配を許していた漁場持制も廃止し、これによって、「より多くの直接生産漁民に漁場を与えただけでなく」「長い間『化外の地』として人為的に設定された『蝦夷地』そのものが体制的に廃止」した。ここでは、アイ

又は「和人の直接生産漁民に与えられたような漁業の権利を与えられなかった」、のである。この結果「新たな漁業制度が実施される中で、鮭の遡上する河川や豊富な海の幸を与えてくれる海での漁場が奪われることとなった」。(甲94、393ページ)。榎森がいう「直接生産漁民」とは、本州以南の漁業者であり、移住してきた漁業者を指している。

なお、北海道における河川は、開拓使明治5年9月布達の土地売貸規則1条「原野山林等一切の土地」を官有にした際に官有とされたもので、同月の開拓使布達である地所規則7条では、「山林川沢従来土人等漁獵伐木仕来し土地といえども」「地券を渡し」とされ、官有を前提に「川沢」の払渡を行うとされた。

北海道が本州以南と異なる点は、蝦夷地がアイヌの支配及び伝統的慣習的権利すら「無視」し、「無主の地」であり、明治政府が新たに「土地所有者として出現した」という建前をとり、かつ従来のアイヌの慣習であった漁業生産の形態をも無視し、一方的に規制していった点である。そこでは、既に独占的経済的利益を得ていた場所請負人や漁場持ちを一時的には「無主の地」の例外として対応しつつ、明治9年に全国と統一して、これらの利権を廃止し海面や河川をすべて官有としつつ、和人の漁民に漁場を解放していった。

これによって、アイヌ集団が有していた「共有の漁獵区」(甲2、21ページ)は無視され、「豊平、発寒、琴似、篠路」での漁網の使用、ウライ漁が禁止され(乙15、参考資料3ページ、明治6年8月29日開拓使達)、次々と河川でのサケ漁が禁止されていき、十勝川では明治16年に禁漁とされ、アイヌ集団の一切のサケ漁が禁止されていった。

つまり、北海道においては、海面は明治9年から、河川は少なくとも明治5年以降官有とされ、いわゆる、国による「公法的支配管理」が行われるようになった結果、アイヌ集団の慣習的に確立していた河川での漁業権が一方的に奪われたのである。

これにより、川でのサケ漁を生業とするアイヌは、著しい打撃を受け、深刻な飢餓と窮乏に至った(2023年3月15日付原告準備書面(9)の2~11頁)。これを見かねた戸長や郡長が県に上申書を提出し(甲25、212~213頁)、十勝の開拓移民団晩成社の団長依田勉三もアイヌ救済の嘆願書を提出したほどである。

甲3の北海道庁が編纂した新北海道史第三巻、887ページでは、開拓使達「地所規則」について、「この規則において、従来アイヌの有していた漁獵区域を無視し、それについてなんらの規程をも設けなかった」と

記述している。

本州以南の漁場については、前記のとおり、「一ないし数村限りの漁場」を官有化しつつ、漁業生産の形態は慣習に従ったのであるが、北海道においてはアイヌ集団の漁猟区を無視し、かつ、その慣習に基づく権利の行使をも否定したことになる。この結果、アイヌ集団は漁業権の行使が不可能となり、権利を奪われたのである。

このように「国又は地方公共団体」が、法的根拠のない（訴状16ページ）いわゆる侵略行為によって、アイヌ集団から河川を取り上げて「直接の公法的支配管理」を行うことを認めた原判決は、アイヌ集団が前歴史から長きに亘って保有してきた河川における、伝統と慣習によって確立した固有の権利であるサケ捕獲権を否定し、結局政府の侵略行為を正当化するものであって、到底認められないのは当然なのである。

このような、明治政府のアイヌに対する漁業権のはく奪は違法といわざるをえない。

4 原判決が引用する最判昭和61年12月16日第三小法廷判決について

原判決は、「海は、古来より自然の状態のままで一般公衆の共同使用に供されてきたところのいわゆる公共物であって、国の直接の公法的支配管理に服し、特定人による排他的支配の許されないものであると解される（最高裁昭和55年（行ツ）第147号 同61年12月16日第三小法廷判決・民集40巻7号1236頁）ところ、海と接続する河川（河川法3条1項所定の一級河川及び二級河川並びに同法100条1項所定の準用河川）も、海と同様に、いわゆる公共物であって、国又は当該河川の存する地方公共団体の直接の公法的支配管理に服し、特定人による排他的支配の許されないものであるというべきである。」（原判決46頁）等と述べて、控訴人のサケ捕獲権を否定した。

しかしまず、原判決の引用する最判は、海面下の土地が所有権の客体たる土地にあたるかという判断に関するものであり、「海は、社会通念上、海水の表面が最高高潮面に達した時の水際線をもって陸地から区別されている」として、そのままの状態では、所有権の客体たる土地にあたらないと判示したものである。したがって、これは海面下の土地所有権の存否という特殊な事案に関するものであり、本件には妥当しない。

他方、同判決は、「過去に国が海の一定範囲を区画してこれを私人の所有に帰属させたことがあったとしたならば、現行法が海をそのままの状態私人の所有に帰属させるという制度を採用していないからといって、その所有権客体性が当然に消滅するものではない」とも判示している。すな

わち最高裁が、公法的支配管理に服するかどうかは、画一的に判断されるものではなく、過去の権利状況をふまえて判断されるべきであると判示しているのであり、この論旨は本件にも妥当する。そして、本件において、控訴人の構成員の祖先がアイヌ集団を構成し、アイヌ集団として浦幌十勝川でサケを捕獲する権利を有していた歴史的事実または過去の権利状況をふまえれば、現在における国ないし地方自治体の画一的な「河川の公法的支配管理」を理由に控訴人の権利を否定した原判決は、最高裁判決の引用、あるいは判示の理解として誤っている。

第5 原判決の国際法の理解についての誤り

原判決が国際法の適用について極めて重大な誤りを犯しており、無理解である点は、控訴理由書の該当箇所において論じているが、ここでは、原判決の国際法の理解が誤りであるその他の点について、まとめることにする。

1 条約の効力

- (1) 原判決は、自由権規約、社会権規約、人種差別撤廃条約及び先住民族の権利宣言は、いずれも「本件漁業権の法的根拠となるものではない」（48～51頁）と判示する。しかし、この判示は、上記国際人権法の解釈を誤っており、破棄を免れない。
- (2) 国際人権法の専門家である申恵丰青山学院大学教授は、その意見書において、「日本は条約の『自動』ないし『一般的受容』と呼ばれる体制を取り、国が批准した条約は、公布のみによって国内的効力を持つ（憲法98条2項の国際協調主義による）。また、国内法の序列としては、条約は、同じく憲法98条2項によって、法律に優位するというのが政府見解・通説・判例である。よって、法令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（条約適合的な法解釈）し、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（条約の直接適用）」と論じており、この見解は政府見解であり、判例・通説である（甲63、22頁）（小坂田裕子中央大学法科大学院教授意見書甲64、10頁、甲29、近藤敦「人権法第2版」日本評論社甲95、22頁以下）。

「国際人権規約など日本が批准した人権条約は、国際法ですがそれ自体国内法としての効力を持ちしたがって裁判で直接もちだすことができます。自由権規約違反である、ということを経験で争うことができるのです。」「条約は法律よりも上位の効力があり、実務上もそういう取り扱いになっておりますので、法律で人権条約に違反するものがある場合には、法律の方を改正しなければならないわけです」（芦辺信喜「人権の普遍性と憲法」甲96、29頁）。

したがって、少なくとも日本政府が批准した自由権規約、社会権規約、

人種差別撤廃条約は、国内法として効力を有し、法律に優位するのであり、また日本政府が賛成した先住民族の権利宣言は、その内容において、日本の国内裁判所においても司法判断の指針となる（甲63、17頁）（前同）。

2 自由権規約1条及び27条

(1) 自由権規約1条

日本が批准した自由権規約は、1条において「人民の自決の権利」を認めており、自由権規約委員会は、この自決権が「独立国内のマイノリティである先住民族にも適用されることを認めている」（小坂田裕子中央大学法科大学院教授意見書甲64、2頁）。

すなわち、先住民族集団である控訴人は、自由権規約1条に基づく自決権の内容として、「資源に対する権利を有するが、その保護される資源には、民族としての消滅を防ぐために必要な水産資源であり、先祖が伝統的に漁を行ってきた領域におけるサケも含まれうる」（前同、2・3頁）。

(2) 自由権規約27条

前述のとおり、自由権規約は27条において少数民族の文化享有権を保障しており「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・・・も含まれる」とする（一般的意見23・para7）（甲30の1、2）。

上記小坂田教授意見書は「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うる」としている（甲63、3・4頁）。そして上記一般的意見は、「同条項は・・・『権利』の存在を認め、かかる権利が否定されないことを要求している」と具体的な権利性を認め、「従って、締結国はかかる権利の存在及び行使が否定され又は侵害されることのないよう保護されることを確保する義務を負う。このため、締結国自身の行為（立法当局によると、司法当局によると又は行政当局によるとを問わず）に対してだけではなく、締結国内の他の者の行為に対しても、積極的な保護措置が必要とされる」と定めている（一般的意見23para6.1）（甲30の1、2）。

本件において、控訴人の先住民族としての漁業権としてサケ捕獲権を否定した原判決は、上記のとおり自由権規約27条に定められた司法の義務に反するものであって、破棄を免れない。

また前述のとおり、河川が公法的支配管理の対象であることを理由に控訴人の漁業権を否定する原判決の論理は、結局、先住民族が伝統的に支配していた土地や河川その他の自然の管理権を政府が奪ってきた歴史を無視し、奪われた先住民族の権利を否定することを正当化するものであって、上記先住民族の権利についての理解を完全に欠くものである。

(3) 国連委員会による「一般的意見」「総括所見」の意義

国際人権規約をはじめ、国連で作成された人権条約はいずれも、締結国による国内的な条約履行を国際的に監視するための条約機関（treaty body）として、委員会を設置し、報告制度や個人通報制度等の制度を運用させている。各締結国は、条約の国内実施の状況について定期的に報告書を提出し、条約機関の審査を受ける。条約機関は、その報告書を審議して、評価する事項や懸念する事項、勧告等を述べた書面を採択する（総括所見）。

そして条約機関は、多数の締結国の報告審査によって得られた知見や条約規定の解釈についてすべての締結国に対し「一般的意見」（人種差別撤廃条約と女性差別撤廃条約においては「一般的勧告」）を採択、公表する（申恵丰「国際人権法 第2版」信山社 甲97、36・37頁、甲63、12頁以下）。また、個人通報制度において条約機関は、その受理・審査後、条約違反について「見解」を採択し、通報者と当事者に通知する。

「これら『総括所見』『一般的意見』『見解』は、条約上、制度運用の任務を与えられた条約機関である委員会が、その任務を遂行し、機関として採択したものであるから、締結国がこれらに十分な配慮を払うことは、条約の誠実遵守義務の一環である。人権条約機関の発出するこれら文書の規範内容は、人権条約についての権威ある解釈として広く用いられている。国際司法裁判所（ICJ）も、人権条約の規定の解釈にあたっては、条約機関の「総括所見」「一般的意見」「見解」を援用し、権威ある解釈として依拠していることが知られる」（甲63、13頁、甲64、11～13頁）。

本件においても、人権条約機関である委員会の一般的意見や日本政府に対する総括所見は、各条約についての権威ある解釈として依拠されなければならない。

(4) 自由権規約委員会による総括所見

1998年11月19日の自由権規約委員会の総括所見は、日本に対し、「土地への権利の不認定と同様に、言語及び高等教育に関するアイヌ先住マイノリティ（Ainu Indigenous minority）の人々に対する懸念を有する」（14項）とするとともに、「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」（32項）とした（甲55）。

その後約4半世紀もの年月が経過した後言い渡された原判決を見ると

き、自由権規約委員会の上記所見が未だに正当という外ないのは極めて遺憾である。

また、2008年及び2014年にも、日本政府は、自由権規約委員会から、アイヌに対し「土地の権利を認めるべき」（甲65、32項）、「コミュニティの伝統的な土地及び天然資源に対する権利を十分保障するためのさらなる措置をとるべき」（甲56、26項）と、その規約履行の不十分性を指摘されているが、更に2022年にも、アイヌに対し「共同体の伝統的土地及び天然資源に対する権利を完全に保障し、彼らに影響を与えるあらゆる施策に自由かつ事前に情報を与えられた上で参加する彼らの権利を確実に尊重するよう」求められている（甲66の1、2、43項）。

アイヌ集団にとって最も重要な河川でのサケ捕獲権の否定は、明白な自由権規約違反である。

3 人種差別撤廃条約

(1) 日本は、1995年に人種差別撤廃条約に加入した。

同条約は、その起草過程において、自動執行性を否定する合意があったとは言えず、またその文言上も自動執行性を否定するものではない。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（村上正直「人種差別撤廃条約と日本」日本評論社甲50、132～134頁）。

(2) 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、その第4段落において、締結国に以下の要請を行った（甲37の1、2）。

- 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の異なった文化、歴史、言語及び生活様式を認識し、かつ尊重すること
- b. 先住民の構成員が自由であり、か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持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. 先住民に対して、その文化的特性と両立する、持続的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
- d. 先住民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
- 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

上記勧告により、人種差別撤廃委員会は「先住民族の土地、領域及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（苑原俊明「先住民の土地権；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」甲47、59頁）

（なお、人種差別撤廃条約による先住民族の土地資源の権利保障について甲63、6～10頁）。

- (3) 人種差別撤廃条約において禁止される人種差別とは、「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目的又は効果を有するものをいう」（1条1項）（甲36の1）。

河川でのサケ捕獲を禁止することは、サケを主食とし、また交換等の経済的手段とし、生活及び文化の中心として「当てにして生活して」きたアイヌに対し、その生存及び文化享有権を害する効果を持つ差別に他ならない。

証人萱野志朗の父親である萱野茂は、自らの父親がサケの密漁の疑いで逮捕されたとき、祖母が「和人が作った物 鮭でもあるまいし 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あたらないとは 全く不可解な話だ」と嘆いたと記している。

また、同じく萱野茂は「シャモ（和人）が作った鮭の禁漁などという法律は、鮭を当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」と、サケ捕獲禁止が、特に、「サケを当てにして」サケを生活の基盤として生きてきたアイヌに深刻な打撃を与え、差別的効果をもたらし、窮乏させたことを嘆いた（甲62）。同時に、萱野志朗は「アイヌの文化は、生きてきた生活の中にあってはじめて本当の文化です。サケが自由に捕獲できるからこそ、漁や料理の伝承もできるし、家族や仲間の会話など、日々の生活の中にサケが息づくのだと思います。自由にサケを捕獲できない現状で、本当のアイヌ文化は承継も保存もできません」という（甲75、2頁）。

河川が公法的支配管理の対象であることを理由に控訴人の漁業権を否定する原判決は、先住民族の資源利用の権利を国家が保護しなければならないという上記締結国の義務に反し、逆に先住民族の土地、領域及び

資源を奪って国家が自らの管理下においたことそのものを理由に先住民の権利を否定するものであって、「それ自体が人種差別とされる」ものであって許されない。

(3) 人種差別撤廃委員会による総括所見

前述のとおり、日本政府の報告に対する委員会の総括所見は権威ある解釈であり、これを誠実に遵守する義務があるところ、2001年、人種差別撤廃委員会は日本政府に対し、「先住民としてのアイヌの権利を更に促進するための措置を講ずることを勧告する。この点に関し、委員会は、特に土地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保障を呼びかけている先住民の権利に関する一般的勧告23（第51会期）に締結国の注意を喚起する。また、締結国に対し、原住民及び種族民に関するILO第169号条約を批准すること及び（又は）これを指針として使用することを慫慂する。」（甲39、17項）とした。

また、同委員会は2014年にも日本政府に対し、「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、文化と言語に向けた措置の実施を促進すること」を勧告している（甲40、20項）。

更に2018年にも、同委員会は日本政府に対し「アイヌの言語及び文化の保存のための努力がなされているものの、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」に懸念を表明し、「先住民族の権利に関する一般的勧告23（1997年）を想起し、委員会は締結国に以下を勧告する」として「（c）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り組みの強化を係属すること」を勧告している（甲41、15項）。

4半世紀近くにも亘って日本政府は、アイヌ集団の資源についての権利を保護するようにとの人種差別撤廃委員会の勧告を無視し続け、原判決はこれらの勧告に明白に反し、アイヌ集団の最も重要な河川でのサケ捕獲権を否定したのであって、国際人権基準に照らしても、条約の誠実遵守義務に照らしても、破棄を免れない。

4 社会権規約15条1項（a）

(1) 日本政府は、1979年自由権規約とともに社会権規約を批准した。

社会権規約15条1項（a）は、「すべての者の」「文化的な生活に参加する権利」を保障し（甲33）、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。

社会権規約委員会は、上記権利をその本質において「自由（freedom）」として特徴付けられるとし、国家に積極的措置を求めるとともに、文化的な慣行への不介入を要求するものであるとした（甲34の

1、2、para6)。

そして上記一般的意見21は、「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、更に究極的には、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ない、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又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。」(para36)としている。

- (2) 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日判決 は、社会権規約9条において「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(大阪高裁平成18年11月15日第6民事部判決、甲49)。

上記のとおり、社会権規約15条は「文化的慣行等への不介入を要求する」自由権としての本質を有しているのであるから(甲34の1、2para6)、先住民が政府成立以前から有してきた文化的慣行(それは前述のとおり、先住民が使用占有してきた資源の使用と不可分である)への不介入、すなわち控訴人が先住民族アイヌ集団として先祖から有してきた浦幌十勝川でのサケ捕獲の慣行への不介入を、国内の裁判規範として保障するものである。

このような控訴人の権利を、控訴人らアイヌ集団から河川の管理を奪った政府の河川への「公法的支配管理」を理由に否定した原判決は、社会権規約に反し、破棄されなければならない。

- (4) また社会権規約15条に対応する締結国の義務は、「権利を自ら侵害しないという『尊重義務』、第三者による妨害を防ぐ『保護義務』、権利実現のために適切な措置を講じる『充足義務』にわたる」(申恵丰青山学院大学教授意見書 甲63、11頁)。

そして、社会権規約委員会是一般的意思において、「権利を自ら侵害せず権利を『尊重する』義務を最も基本的な義務に位置づけ、権利を侵害する国家機関の行為によって締結国の規約違反が生じうることを明らかにしている」(申恵丰「国際人権法 第2版」信山社 甲97、183頁)。

控訴人らアイヌ集団から河川の管理を奪いサケ捕獲を禁止した日本政府の河川への「公法的支配管理」を理由に、先住民族のサケ捕獲権を否定した原判決は、上記国家の「尊重義務」を定める社会権規約に違反する。

5 先住民族の権利宣言

- (1) 2007年、国連は「先住民族の権利宣言」を採択し、日本政府も自決権が分離独立権を含まない旨を述べつつ賛成した。

先住民族の権利宣言は、先住民族が、共同体の伝統や慣習、文化に基づくアイデンティティを有しており、その保護を受けるべき存在であることから、強制的に同化され又はその文化を破壊されない権利（8条1項）や、民族的アイデンティティを剥奪する目的又は効果を持つあらゆる行為、土地・領域又は資源を奪う目的又は効果を持つあらゆる行為等を防止し是正するための効果的な措置を取る国の義務（8条2項）を定めている（甲13）。

そして同宣言25条は、先住民族が「自己が伝統的に所有し、又はその他の方法で占有し、も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」と定め、26条において

「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（1項）。」

「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、開発する権利を有する（2項）。」

「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（3項）。」

と定めている（前同）。

- (2) 先住民族の権利宣言は、「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でも、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際人権文書としての権威を持つ。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、活かしていくべきことは当然である」（申恵丰青山学院大学教授意見書 甲63、17頁）。

すなわち、先住民族の権利宣言は、上記国際人権条約の解釈の指針とし

てその基準となるだけでなく、これに賛成した日本の国内裁判所においても、司法判断の指針、基準とされなければならない。この点においても、同宣言に何らの配慮も払っていない原判決は、国際司法の基準に反するものとして破棄を免れない。

なお原判決は、先住民族の権利宣言について十分に考慮していないとして批判されている（新・判例解説Watch 桐山孝信、甲91、4頁）。

6 国連人権理事会「ビジネスと人権」作業部会の報告書（甲98、甲99）

2024年5月1日、国連人権理事会に設置された「ビジネスと人権」作業部会は、2023年7月24日から同年8月4日に日本を訪問して行った調査の結果を、2024年6月18日から7月12日に行われる第56会期人権理事会に報告した。国連人権理事会の作業部会は、人権理事会によって任命される独立した人権専門家で構成され、関係する国を訪問し、人権侵害の可能性のあるケースや懸念について国に通報を送り、テーマ別の研究を行い、専門家による協議を行ってその結果を公表するものである。毎年人権理事会に報告し、その多くは総会で報告される。

作業部会は、アイヌの人々が先住民として認められ、2019年アイヌ施策推進法が制定されたことは、アイヌの人々の権利を認めることに向けての前向きな動きと評価しつつも、アイヌの先住民としてのアイデンティティの定義に基づく統計調査が行われていないために、アイヌの人々は未だ様々な場面で目に見えない差別に直面しているとし、特に本件訴訟について、以下のとおり論及した（甲98、甲99）。

「41 作業部会は、アイヌの人々の漁業権を取り戻すことを求めた、中央政府及び地方政府に対する訴訟について知らされた。水産資源保護法28条は、わずかな例外はあるものの、アイヌの人々を含むすべての日本人に淡水でのサケの捕獲を禁止している。しかしこの法令は、その生活様式が狩猟や河川でのサケ捕獲を歴史的に伴ってきた、先住民としてのアイヌの人々の伝統的なサケ捕獲権を適切に考慮していない。この法令は、文化的・儀式的目的でのサケ捕獲を許可するだけで、サケ捕獲によりアイヌの伝統的な生計を支えることはできない。作業部会は、この状況はアイヌの権利を制限し、且つ海でサケを捕獲することを許可された事業者に利益をもたらすことを懸念し、政府による再検討を正当とする。」

また作業部会は、再生可能エネルギー分野を含む様々な開発プロジェクトに、アイヌの人々の自由で事前の、十分な情報に基づく同意を得ていないことの問題も指摘するとともに、「更に、アイヌ施策推進法は、アイヌの人々の文化を推進する目的のためにのみ、アイヌの人々が森林の産物を採集することを認めている。作業部会は同法がアイヌの人々を当該国の先住民と

認めていることを認識する一方、政府が、森林を管理し狩猟するアイヌの人々の集団的権利を認めていないことは適切でない」としている（甲98・甲99、42項）。

これらの作業部会の指摘は、国際的人権の専門家による重要な指摘であり、被控訴人らの対応及び原裁判所の判決は、国際人権の基準に著しく反している。

第6 憲法について

1 憲法13条、14条、20条、29条、25条による保障

前記のとおり、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、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、同項により条約は法律に優位する。

そして「条約適合的な国内法解釈の手法は、法律のみならず憲法の人権規定についても行われる必要がある」（甲63、23頁）。

すなわち、「人権条約の規定が日本国憲法よりも保障する人権の範囲が広いとか、保障の仕方がより具体的で詳しいとか言う場合は」「憲法の方を条約に適合するように解釈していくことが必要」である。「つまり、人権条約の趣旨を具体的に実現していくような方向で憲法を解釈する、それが憲法解釈として必要に」なるのである（芦辺信喜「人権の普遍性と憲法」甲96、29頁）。

条約の誠実遵守義務を定める憲法98条2項は、そのような憲法の『人権条約適合的解釈』を要請しているのである（近藤敦「人権法（第2版）」甲95、1頁、5頁以下）。

従って、原告2021年11月11日付準備書面(4)36～47頁で詳述したとおり、先住民族アイヌ集団である原告のサケ捕獲権は、上記国際人権法の規定を踏まえて、憲法13条、14条、20条、29条によって保障されている。

なお、前記近藤敦「人権法第2版」は、アイヌ集団の本件サケ捕獲権について、前記自由権規約27及び総括所見をふまえて、「憲法『25条と結びついた13条』がサケの狩猟などの伝統的な土地・天然資源に対する権利や自己の言語で教育を受ける権利を含む『先住民族の健康で文化的な生活を営む権利』が保障されるものと解しうる」としている（甲95、29・30頁）。すなわち、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を保障する憲法25条と、二風谷ダム事件札幌地裁平成9年3月27日判決がアイヌの文化享有権の根拠とした憲法13条を結びつけて、アイヌのサケ捕獲権保障の憲法上の根拠とするものである。

2 以上のとおり、法令が条約に抵触する場合には、その法令の適用は退けられなければならない。また、憲法に反する法令も無効である。

従って、アイヌ集団に対して河川でのサケ捕獲を一律に禁止し、先住民の資源に対する権利を一切認めない水産資源保護法は、後述するとおり、少なくとも控訴人に対する関係においては無効である。

原判決の評釈においても、「本件のような特定集団による限定された範囲内でのサケの捕獲権という具体的な権利の確認では、憲法と条約それぞれについて適用違憲や合憲限定解釈の可能性も追求されるべき」と指摘されているところである（甲91、4頁）。そのような検討を一切行わず、原告のサケ捕獲権を一切否定し、無効確認請求を却下した原判決はこの点においても誤っている。

第7 慣習法（法の適用に関する通則法3条）について

1 原判決は、通則法3条について、まず、「現行法上、本件漁業権は認められていないから、本件漁業権は法令の規定により認められたものには当たらず」とする。確かに、本件漁業権を明文で認めている国内法は存在しないことから、この点は控訴人も争うものではないし、原審においても同様であった。

2(1) しかし、原判決は続いて、「現行法の解釈として、本件漁業を営むことが禁止されていることも明らかであるから、本件漁業権は法令に規定されていない事項に関するものにも当たらない」とするが、この点は極めて問題である。

(2) 前述のとおり、国が批准または賛成した条約や国際宣言では、先住民の天然資源に対して有する権利の保障が謳われているのであって、これらの条約等から直接、控訴人のサケ捕獲権が認められる。しかし、万が一、これらの条約等から控訴人のサケ捕獲権が直接認められないとされた場合であっても、これらの条約等は、これらに抵触しない、逆行しないように憲法や国内法を解釈適用すべきという指針にならないはずである。

そして、この指針に照らして解釈するならば、控訴人のサケ捕獲権を禁止する形で制約している規制法令はこれら条約等に抵触するどころか逆行しており、敢えて又は意図的に違反している、とまでいえるほどの国内法であるから、そのような規制法令をこれら条約等に抵触しない方向で解釈する（むしろ解釈しなければならない）結果、「規制法令は控訴人のサケ捕獲権をその禁止対象とはしていない」と読むか、または「規制法令は控訴人に適用する限りでは違法無効である」と読むほかない。そして、どちらに読んだとしても、規制法令によって控訴人のサケ捕獲権は禁止されていない結果、控訴人のサケ捕獲権を規定する法令は

ないことになるから、通則法3条のその他の要件も満たす以上、通則法3条によって控訴人のサケ捕獲権が認められる。これが論理的な帰結である。

(3) これに対し、原判決は前述した理由で否定をしたわけであるが、規制法令を控訴人のサケ捕獲権との関係でも盲目的に有効とし、よって控訴人のサケ捕獲を禁止する法令があるのだから「法令に規定されていない事項」にも当たらない、としたその理由付けは、まさに原審で控訴人が主張した「短絡的な結論」（2022（令和4）年7月29日付け準備書面(6)の8p）以外の何物でもないのである。

3(1) 次に、原判決は通則法3条の明文上の要件以外の部分について、アイヌの人々が遅くとも江戸時代以降、反復継続的にその属するコタン周辺の河川で遡上するさけの漁をしていたことという「歴史的経緯」までは認めておきながら、その「歴史的経緯を踏まえたとしても」、河川が公共用物であり、国又は地方公共団体の直接の公法的支配管理に服し、特定人による排他的支配の許されないものである性質で、さらにさけの遡河魚類たる特質からは特定河川の一定範囲に限定したとしても、通則法3条にいう慣習としてサケ捕獲権を認めるのは困難だとした。

(2) しかし、控訴人が主張しているのは、規制法令を含めた現行の公共用物の管理に関する各種法律の制定や、それどころか現在存在する日本国という国の成立（これがいつの時点を指すのかは、歴史観や政治解釈など様々な要素があると思われるため深入りはしない）や日本国が本日現在の国土になる（少なくとも江戸幕府が北海道全体を自国領としていなかったことは明らかであり、その江戸時代には既にアイヌが河川でサケを捕獲する慣習があったことは原判決も認めている）よりも、はるか以前から存在した慣習、特に先住民族としての慣習には、その後誕生した国やその制定した法律による拘束力（あるいはより大まかに言えばその国にとっての常識）が単純・短絡的に及ぶと解すべきではない、ということである。

日本がアイヌ集団にしたことと同様に、世界各国でも先住民族がはるか以前から行ってきた事物を後から上陸したり侵略してきた他の民族が制限し、禁止し、奪ってきた歴史がある。それをあらためて直視し、反省し、先住民族に少しでも元の生活を保障すべきではないか、という考えが、前述の条約等を生み、その反省に立つ各国が批准や賛成をしてきているのである。このような国際的な経過にまで踏み込んで検討すれば、公共用物の管理は国や地方公共団体の支配に服するものだからとい

う理由だけで通則法3条の適用を否定した原判決が、いかに不勉強であり、控訴人の主張の真髓を理解していないかがわかるというものである。

言い換えれば、本当に「このような歴史的経緯を踏まえ」て検討したのであれば、安直に「公共用物だから」だけで否定の結論になど至れないはずで、アイヌのサケ捕獲、それが奪われた経緯、現代の国際的傾向と条約等の制定、そして日本が批准や賛成をした後の国連等から日本への指摘などをすべて考慮してもなお、後からできた国や法律による拘束が及ぶのだ、ということをも日本国内だけでなく全世界の人々が読んで納得できる理由を説明してはじめて、否定の結論に至ることができるのである。原判決には、この点が決定的に欠落している。

(3) また、もしも、被告や裁判所が、控訴人の訴えを認めると今後誰でも国内法の規定が適用されないと主張して、様々な訴求をしてくるかもしれない、と考えているのだとすれば、それは誤りである。控訴人の請求が特別なのは、国や法律の制定以前から独自の文化をもって生活してきた（さらには前身となる国の法律上・事実上の支配に服していたわけでもない）先住民族としての請求であることや、その先住民族としての請求が国際的にも条約等の形で保障されてきているという、例外的かつ極めて特殊な争点であるということに基づく点にあり、先住民族でない者から行う請求とは根本的に異なるのである。

4 したがって、仮に条約等から直接、控訴人のサケ捕獲権が認められないとしても、通則法3条によって、控訴人のサケ捕獲権が認められなければならない。

第8 条理について

1 原判決の判示

原判決は、「条理とは、法令に具体的定めはないが、社会秩序に内在する一般的・普遍的な諸原則（道理、信義誠実、公序良俗等）をいうものと解される。」とした上で、条理は控訴人の主張する漁業権の法的根拠となるものではないとし、その根拠として、①河川は海と同様に、いわゆる公共用物であって、国又は当該河川の存する地方公共団体の直接の公法的支配管理に服すること、②特定人による排他的支配の許されないものであること、及び③本件漁業権のような権利を設定するかどうかは立法政策の問題であるところ、我が国の立法政策として本件漁業権は認められていないことを挙げている。

しかしながら、上記条理についての原審の判断及びその理由付けは、いずれも明らかに失当である。

2 原審の判断には「正義」の視点が欠けていること

- (1) 原審は条理について、前記のとおり「社会秩序に内在する一般的・普遍的な原則（道理、信義則、公序良俗等）」との位置づけを行っている。
- (2) しかしながら、条理については、既に述べたとおり、行政法学においては「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（下線部控訴人代理人、以下、同様）と認められている諸原則」（原田尚彦「行政法要論」甲52、36～37頁）であるとされ、また、民法学においても、「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（我妻栄「民法総則（民法講義Ⅰ）」甲51、21頁、）ところである。

かかる太政官布告の有効性については、最もポピュラーな法律学事典においても、前記太政官布告は「大日本帝国憲法76条の『此（コ）ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令』に当たり、日本国憲法98条の『その条規に反する法律』等に当たらないから現在でも有効と考えられる。」とされている（甲100、491頁）。また、条理の内容についても、上記我妻説が掲載されるとともに、「条理の客観性を認める立場は自然法論の一種と考えられ、『自然法の再生』の過程で注目された。」とされている（甲100、491頁）。

- (3) このように、条理については、「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」すなわち、上記原田の指摘する「一般に正義にかなう普遍的原理」が重要であるが、原審の条理についての判断には、正義に関する考察が一切なされておらず、かかる視

点が完全に欠如しているものと言わざるを得ない。

- (4) この点、アメリカにおける1872年のHolden v. Joy判決 (84 U.S. 211(1872)) (いわゆるホールデン事件判決) (甲101、102) において同国の連邦最高裁は「終始、トライブないしネーションとしてのインディアンは、記録にない太古から土地の明白な占有者として根源的な自然の権利を保持している (それぞれ) 別個の独立した共同体とみなされてきた」と判示して、先住民族としてのインディアントライブが土地についての権利を有しており、その自然資源を含めた土地に対する権利は太古に遡る彼ら自身の固有の権利であって、政府の承認に基づくものではないことを明確にしている。

また、同国の1905年のU.S. v. Winans判決 (198 U.S. 371(1905)) (いわゆるウィナンス事件) (甲103、104) は、インディアントライブが条約によって連邦政府に占有する土地を売り渡した場合のサケ捕獲権についての連邦最高裁判決事案である。ウィナンス事件では、ヤクマインディアントライブ (Yakima Indian Tribe) が、昔からサケ漁をしていた場所 (漁場) に連邦政府から土地の払い下げを受けた白人の土地を通行して赴き、そこでサケを捕獲し、川岸の白人所有の土地に干場も作っていたが、これらの土地所有者であるウィナンスという白人が州の許可を受けてサケ捕獲を行うようになり、インディアンの私有地への立ち入りを拒否した事件であり、連邦政府はウィナンスを相手にヤクマインディアンのサケ捕獲権に基づく通行権と土地利用権を求めて訴えを提起した (アメリカでは連邦政府がインディアンの権利を保護するために行動することが義務付けられている (trust relationship(信託関係)))。結論からいうと連邦最高裁は、インディアントライブは固有のサケ捕獲権を有し、この権利に基づき白人の土地となった場所を通行し、サケの干場を建てることもできるとした (US v. Winans 198 US 371(1905))。連邦最高裁は、この判決の中で、「争点となっている漁場に行く権利は、インディアンが有しているもっと大きな権利の一部であり、その行使にあたっては障害の影もなく、インディアンにとって呼吸する大気と同様に必要なものであった。その権利が調節されなければならない新しい条件が存在するに至ったが、それらの制限は、必要なものにすぎず、権利を奪い去るものではなかった。言い換えれば、条約は、インディアンに対して権利を与えたものではなく、これらの権利は、彼ら自身に留保されたものとして、彼らから与えられたものであった。」と判示した (in other word, the treaty was not a grant of rights to the Indians, but a grant of rights from them - a reservation of those not granted.)。

上記のとおり、ホールデン事件及びウィナンス事件いずれにおいて

も、アメリカ連邦最高裁の考え方及びその根拠となったインディアン法学者等の考え方の根底には、いずれも先住民族であるインディアンの権利は、インディアンないしインディアントライブに固有の権利であり、条約等によって与えられ、あるいは認められるものではないという正義にかなう普遍的原理・法理が明確に存在している。

そして、「呼吸する大気と同様に必要なもの」との評価は、アイヌにとってのさけ捕獲にも同様に当てはまるものである。このような現代の国家以前から存在していた先住民族の権利に関する、正義にかなう普遍的法理・原理は、日本におけるアイヌについても当然に妥当する法理念であって、まさにそれこそ条理によって認定されるべき内容となっている。

3 原審の判断は「道理」に反するものであること

- (1) 原審は、条理の内容として、「道理、信義誠実、公序良俗等」を挙げているが、このうち、信義誠実は民法1条2項、及び公序良俗については同法90条に明記されていることから、原審の条理の定義に従えば、法律の規定がない場合に適用される狭義の条理としては「道理」ということになる。

では、原審が「条理は本件漁業権の法的根拠となるものではない」との根拠として挙げた前記各理由付けは道理にかなっているのだろうか。

- (2) 河川はいわゆる公共用物であって、国又は当該河川の存する地方公共団体の直接の公法的支配管理に服するとの上記①の理由付けについて、原審は、上記のとおり、河川は海と同様に、いわゆる公共用物であって、国又は当該河川の存する地方公共団体の直接の公法的支配管理に服することを理由として、条理に基づく控訴人の本件漁業権の存在を否定している。

しかしながら、アイヌが古来から河川での漁業権を脈々と承継し、営んできたにもかかわらず、突然、何の合意も、代償も、協議も、そして合意もなくして、突然、強制的にアイヌの漁場であった河川が、「直接の公法的支配管理」に置かれることによって奪取されたという我が国の同化政策の歴史は、法的には違法な奪取との評価を免れないものであることは明らかである。

従って、控訴人が主張する漁業権の存否を検討するに当たっては、アイヌが強制的に漁業権を奪取され、河川の漁場が公共用物（公法的支配管理）にされたこと自体の正義が当然に問われるべきである。この点については、先住民族の権利宣言においても、以下のとおり明記されているのであって、少なくとも現代国際社会においては、アイヌからの権利剥奪は違法との評価がなされるべきである。すなわち、同宣言8条1項（甲13）は、「先住民族及び先住民である個人は、強制的に同化させら

れ、又はその文化を破壊されない権利を有する」とし、同2項では、締約国に対して、次の措置義務を「講じなければならない」としている。

具体的には、

(a) 民族としての一体性、文化的価値、民族的アイデンティティを奪う目的や効果を有する行為の防止と救済、

(b) 先住民族の資源をはく奪する目的や効果を有する行為の防止と救済、さらに、

(d) あらゆる形態の強制的同化又は統合の防止と救済、

等々が明記されている。

また、仮に公共用物となった原因が、現時点において、国際法的見地等から違法と評価される場合には、対象が公共用物であることは何ら理由にならないはずである。

さらに、原審の論法では、奪取後に対象が公共用物となったことを理由として、奪取前の権利の存在を否定するものとなっているが、アイヌから奪取して公共用物（公法的支配管理）となったことを奇貨として、奪取された権利を否定することは、道理の対極にある「詭弁」に過ぎないのであって、それこそ信義則はもとより、「物の道理」からも明らかに反する論法と言わざるを得ない。

まして、原審は、「アイヌの人々は、独自の文化を持ち、他からの支配・制約などを受けない自律的な集団として我が国の統治が及ぶ前から日本列島北部周辺、とりわけ北海道に居住していた先住民族であると認められる。」（原判決44頁）とし、さらに「さけの採捕がアイヌの生活、伝統、文化等において重要な部分を占めるものと認められることを踏まえれば、アイヌの人々の文化享有権の行使との関係において、さけの採捕は最大限尊重されるべきものというべきである。」（原判決45頁）と認定している。

このように、原審においても、我が国の統治が及ぶ前から控訴人の祖先が本件漁業権を行使してきたことを事実上認めているのであるから（これを否定する見解は被告からも示されていない）、条理の見地から判断するに当たっては、我が国の統治以前に遡った歴史的経過を踏まえた、自然法思想にも通じる普遍的な正義の見地から、かかる事実を直視することが当然に必要とされるところであるが、原審判断においては、かかる正義の観点からの判断が欠落していることは前記の通りである。

加えて、原審は、海や河川といった公共用物について、それが「地方公共団体の直接の公法的支配管理」下にあることを理由として、先住権に基づく権利を認めないとしている点も極めて問題である。原審の理屈では、海や河川での先住民族の権利は一切認められないという結果とな

るが、かかる海や河川での先住権の権利を一律に否定する論拠は皆無であるし、先住権に関する条約等の国際法等にも存在しない独自の見解と言わざるを得ない。また、先住民族の原初的な権利の多くは、海や河川での採取や漁撈の権利なのであるから、原審の理論は、かかる先住権の性質を無視した立論であって、先住権自体の否定に他ならない。

- (3) 公共用物たる河川が、特定人による排他的支配の許されないものであるとの上記②の理由付けについて

上記の通り、原審は、河川は公共用物であって、特定人による排他的支配の許されないものであることを理由として、条理に基づく控訴人の本件漁業権の存在を否定している。

しかしながら、既に述べたとおり、控訴人は、本訴において、その主張する漁業権が排他的な支配権である等の主張はしていないのであるから、かかる理由付けは明らかに失当である。

- (4) 本件漁業権のような権利を設定するかどうかは立法政策の問題であるところ、我が国の立法政策として本件漁業権は認められていないとの上記③の理由付けに関する原審の判断は、立法政策自体の適否を考慮することなく安易な立法政策論に依拠するものと言わざるを得ない。すなわち、本件の立法政策に着眼するのであれば、先住民族であるアイヌから、古来から脈々と承継してきた漁業権を強制的に禁止し、奪取し、その後、回復措置を取らないという同化政策の下における積極的・消極的立法政策を指すものとなるが、立法政策論に依拠するのであれば、その前提としてかかる立法政策の当為が当然に検討されて然るべきである。歴史的に見ても、裁判所がそのような立法政策の当為まで検討したからこそ、尊属殺重罰規定や優生保護法等の国の違法・不当な立法政策に基づく法律が違憲とされ、改正されるに至ったものである。そして何よりも、誤った立法政策によって権利侵害が発生した場合にそれを救済することこそがまさに司法の役割なのであって、正義、信義則、公序良俗等に反した立法政策の結果生じた権利救済について、それも民主的手続きによる権利回復が困難なマイノリティへの権利侵害について「立法政策」を根拠に安易に拒絶することは司法の責務を放棄したものと言わざるを得ない。

4 最後に

もう一度繰り返すが、条理とは、「必ずしも法令上に示されていないが、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」であって、「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」。

裁判所には、歴史的事実を踏まえた正義にかなう普遍的原理（条理）の

観点から本件漁業権の存在を認定されたい。

第2章

第1 水産資源保護法第28条の無効確認の訴えについて

1 訴えの利益について

- (1) 本件において控訴人は、控訴人が訴状別紙漁業権目録記載の漁業権を有することを確認する旨の権利確認の訴え（以下、「本件漁業権確認の訴え」という）と、被控訴人国が昭和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条は、控訴人の訴状別紙漁業権目録の漁業に関する限り無効であることを確認する旨の水産資源保護法第28条の無効確認の訴え（以下、「本件無効確認の訴え」という）を行っている。
- (2) かかる控訴人の2つの訴えについて、原判決は「本件漁業権確認の訴えは、原告又はその構成員が刑事処分を受けるような事態になる前に原告が本件漁業権を有することの確認をあらかじめ求めるものであると解される。これに鑑みれば、本件漁業権は確認の訴えの対象として適切であるといえることができる。」（原判決43頁）とした上で、「本件無効確認の訴えは、当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴え（行訴法4条後段）であると解されるどころ、他により適切な訴えによってその目的を達成することができる場合には、確認の利益を欠き不適法であるというべきである。本件においては、前記(1)のとおり、本件漁業権確認の訴えは適法であると認められ、また、原告と被告らとの間の具体的な権利義務を確認の対象とする本件漁業権確認の訴えの方がより適切な訴えであるといえることができるから、本件無効確認の訴えは確認の利益を欠き不適法であるというべきである。」（原判決44頁）として、本件無効確認の訴えを却下した。

しかしながら、以下に述べるとおり、原判決の却下判決には何ら理由がないから取消が相当である。

(3)ア 本件漁業権確認の訴えについては、言うまでも無く控訴人が主張するサケ捕獲権の存在が立証された場合に認容される訴えであるのに対して、本件無効確認の訴えは、当該サケ捕獲権の存在までは立証できない場合でも、無効原因が存在することが立証された場合には認容される訴えとなっており、立証内容とそのレベルに明らかに差違が認められる。その意味では、本件漁業権確認の訴えが主位的請求で、本件無効確認の訴えが予備的請求の関係にある。

イ また、要件事実の見地から見ても、本件無効確認の訴えは、当該漁業権の存在が立証できなかつた場合であっても、水産資源保護法28条が憲法14条や人種差別撤廃条1条1項等の人種差別禁止規定に違背することが立証された場合には認容される訴えとなっている。両者は、明らかに要件が異なっているのであって、いずれかがいずれかに包含される関係でもないし、またいずれかが「より適切な訴え」であるとの認定がなされる関係にもない。

ウ それにもかかわらず、原判決は、何ら合理的な理由を示すことなく、「本件漁業権確認の訴えの方がより適切な訴えである」として、本件無効確認の訴えを却下した。しかしながら、立証のハードル及び立証手段の多さの見地から見た場合、本件漁業権確認の訴えの方が「より適切な訴え」との判断は明らかに不合理であつて、原判決が、原告の訴訟上の利益や意向等を全く考慮することなく、全くの独断でもって「本件漁業権の確認の訴えの方がより適切な訴えである」として、本件無効確認の訴えを却下したことは、明らかに処分権主義及び当事者主義に反するものと認められる。言うまでもなく本件漁業権確認の訴えと本件無効確認の訴えとは、その要件及び効果が異なっている以上、いずれの訴えについても訴えの利益は認められるべきであつて、原判決には、「本件無効確認の訴え」という極めて重大な訴

えについて判断の遺脱の違法が認められる。

なお、原判決は、「水産資源保護法28条の効力について」（原判決53頁）と題して同法の有効性についての判示を行っており、かかる対応は上記判断の遺脱との批判を考慮したものと考えられる。しかしながら、却下した請求について判示を行っても法的には何ら意味を有さない余事記載に過ぎないのであって、前記判断の遺脱の違法を治癒するものとは認められない。

- (4) 以上より、本件無効確認の訴えを却下した原判決については取消を免れない。

第2 水産資源保護法第28条の効力について

1 水産資源保護法28条の無効原因について

控訴人が主張する水産資源保護法28条の無効原因は、一つは同条項が控訴人の本件サケ捕獲権に抵触するという点と、もう一つは同条項を和人と同様にアイヌである控訴人にも一律に適用する場合には憲法14条及び日本も批准している人種差別撤廃条約1条1項の平等原則に違背するという点の2点である。そこで、以下、上記2点の無効原因について述べる。

2 無効原因①（水産資源保護法28条が本件サケ捕獲権に抵触し無効であること）について

- (1) 本件サケ捕獲権は、自由権規約27条及び憲法13条等により認められる権利であることについて

ア 原判決は、憲法13条は「個人に等しく固有の人格的価値が存在することを認め、社会や団体等の集団より第一時的に個人を尊重するという個人主義を定めたものであると解されるところ、このような趣旨は、多数の集団と独自の文化を有する少数の集団との関係についても同様に当てはまるというべきである。」（原判決44頁）とした上で、「アイヌ固有の文化を享有することはアイヌの人々において重要な人

格的価値を有するものというべきである。」（原判決45頁）とし、
「以上に加え、我が国が批准した自由権規約27条も、『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、アイヌの人々は上記少数民族に当たることをも併せて考慮すれば、アイヌの人々は、憲法13条により、アイヌ固有の文化を享有する権利（以下、「文化享有権」という）を有するものと認められる。」とした。

その上で、「さけの捕獲がアイヌの生活、伝統、文化等において重要な部分を占めるものと認められることを踏まえれば、アイヌの人々の文化享有権の行使との関係において、さけの捕獲は最大限尊重されるべきものというべきである。」と判示している。

イ 上記の判示内容は、さけの捕獲は、アイヌの文化享有権の行使の一環として最大限尊重されるというものであり、その点の法的判断は正当なものと認められる。

ウ ところが、原判決は、上記認定をしておきながら、A：「原告の主張する本件漁業権は、その目的や方法等において、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範囲を超えるものであることは明らかであるから、本件漁業権は財産権としての側面が強いものというべきである」こと（原判決45頁）、B：河川は海と同様に公共用物であるから、本件のような漁業権を設定するかどうかは立法政策の問題であるところ、我が国の立法政策としては、本件漁業権は認められていないこと（原判決46頁）、及びC：「さけは、海から河川に溯上し、その河川において産卵生育等をする特性を有する溯河魚類であって、特定の限られた場所に留まらない性

質を持つ天然の水産資源であることに鑑みれば、このような水産資源について、特定の河川のうち一定範囲に限定したとしても、特定人又は特定の集団が固有の財産権として排他的に漁業を営む権利を有すると認めるのは困難であるというべき」（原判決47頁）ことを理由として、「アイヌの人々の文化享有権の行使との関係において、さけの採捕は最大限尊重されるべきものであることを考慮しても、原告が本件漁業権を文化享有権の一環又は固有の権利として有すると認めることはできない。」旨判示した（原判決47頁）。

エ しかしながら、原判決が控訴人の主張する漁業権の権利性を否定する論拠として挙げた上記AないしCの理由付けはいずれも何ら合理性が認められない。

a すなわち、まず上記Aの理由付けについては、原判決が前提とする文化が狭きに失することについては、既に第1章第4で主張したとおりである。原判決の定義は、北海道漁業調整規則52条所定の特別採捕の要件としての「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」を引用したに過ぎず、何ら「文化」のあてはめとはなっていない。

原判決の言う「文化」を前提とするならば、アイヌがサケ漁が始まる前の「ペツ、カムイノミ」（川の神の祭儀）（甲20、345頁）、アシリチェプノミ（新しいサケを迎える儀式）等の祭儀を行って、川の神に感謝しながら、古来からの各種タブー等を守りながら行う漁であっても、エンジン付きの船を使ったり、現代的な刺し網を使った漁を行うならば、それは文化享有権を越えるものとして保護の対象とならないことになる。それでは、原始のままの様式で、危険な丸木舟を使用して現代では効率の低くなった漁法を履践することだけがアイヌの文化であって、現代的に発展した文化的所産はア

イヌ文化ではない、という極めて不合理な考え方に基づくものであって、アイヌ推進法等で想定するアイヌ文化の定義とも著しく乖離した文化観であると言わざるを得ない。

この点は、アイヌ施策推進法2条について前述したように、「発展した文化的所産」も「アイヌの文化」とされている以上、アイヌの儀式等に従った漁法であれば、現代的なエンジンを使用したり、刺し網を用いた漁法であっても、当然にアイヌの文化の一環と認められるべきである。また、文化には前記のとおり「生活様式」も含まれる概念であって、儀式のためのサケ採捕だけではなく、アイヌの古来からの生活様式である、「さけ漁を生業とする生活様式」もアイヌ文化に含まれることも、前述したとおりである。

以上より、本件漁業権の権利性を否定する原判決のAの論拠には何ら理由がない。

b 次に、前記Bの理由付けについては、第1章第4や第1章第7にて記載したとおり、河川が公共用物であることを理由としてアイヌの漁業権を否定することは、明らかに道理に反する理論であって、失当である。

c 次に、前記Cの理由付けについては、既に述べたとおり、控訴人はそもそも本件漁業権は排他的な権利であるとの主張などは行っていないのであるから、かかる排他性を根拠に控訴人の主張する漁業権の権利性を否定することは明らかに失当である。

また、原判決は、サケが「溯河魚類であって、特定の限られた場所に留まらない性質を持つ天然の水産資源であること」も本件漁業権の権利性を否定する論拠として挙げているが、何故に溯河魚類であれば、漁業権が否定されるのか全く理解不能である。この点、被控訴人においても、「海又は湖沼から河川に溯上し、その河川にお

いて産卵生育等をする特質を有する魚類全体を『溯河魚類』といい、さけのほかには、ます・あゆ・きゅうりうお・ししゃもなどが該当する。」としているところ（被告ら第1準備書面21頁）、ますやあゆやししゃも等の溯河魚類に漁業権が設定され、かかる溯河魚類が市場に流通していることは公知の事実である。よって、サケが溯河魚類であることは、何ら漁業権を否定する論拠にはなり得ない。

オ 以上のとおり、本件サケ捕獲権は、アイヌの文化享有権の行使の一環として認められるとしながらも、その権利性を否定した原判決の根拠は、いずれも合理的な理由がないのであって、本件サケ捕獲権は、自由権規約27条及び憲法13条に基づき、アイヌの文化享有権の一環として、その権利性が認められて然るべきである。

なお、本件サケ捕獲権が権利として認められることについては、上記自由権規約27条及び憲法13条以外にも、既に述べたとおり、社会権規約15条1項、人種差別撤廃条約5条、及び先住民族宣言25条・26条並びに憲法14条・20条等も根拠規定として存在しているのであるから、本件サケ捕獲権が権利性を有することは明らかである。

(2) 違憲審査基準の見地からの検討

ア 原判決の違憲性判断基準について

原判決は、水産資源保護法28条の効力を検討するに当たって、「さけが遡河するのは、産卵を目的とし、産卵に適するまでに成長したさけが、その生まれた河川に回帰するものであるが、溯河にあたり、さけは群をなして、やや密度の高い状態で上流に向かって移動するのであり、川に入った直後では十分卵巣が成熟しておらず、河川を溯上するに従い成熟度が増すものであるところ、このようなさけの性質を受けて、水産資源保護法は、その第2章第4節に溯河魚類の保護培養の項を設け、同法23条は、溯河魚類のうち、さけ及びますの増殖を図るた

め、人工ふ化放流につき定め、同法25条ないし27条には、溯河魚類の通路を確保する規定を置き、さけ及びますをして内水面を無事溯上させ、自然の産卵増殖をはかるほか、人工ふ化放流によるさけ及びますの増殖を国の事業としており、同法28条は、再生産を確保することなくさけを捕えることによる水産資源の枯渇を防止するため、同条ただし書の免許または許可に基づいて採捕する場合を除き、内水面における溯河魚類のうち、さけの採捕を禁止している（最高裁昭和45年（あ）第950号同46年11月16日第三小法廷判決・刑集25巻8号964頁参照）。上記さけの特性及び同条の趣旨・目的等を踏まえれば、同条によるさけの採捕の規制には合理性があると解される。」（原判決54頁）と判示しており、いわゆる「合理性の基準」によって判断しているものと認められる。

イ 本件に適用されるべき違憲性判断基準について

原判決が合理性の基準に基づき判断しているのは、控訴人の主張する漁業権について自由権規約27条及び憲法13条に基づくアイヌの文化享有権としての権利性を否定し、財産権的側面のみを捉えた結果である。しかし、アイヌの文化享有権としての権利性を否定する理由はいずれも理由がないことは前記のとおりである。

よって、前記のとおり、本件漁業権については、財産権的側面を有することは否定できないものの、基本的には自由権規約27条及び憲法13条に基づくアイヌの文化享有権としての権利として位置づけられるべきである。

そうであるとすれば、控訴人の主張する漁業権に抵触する規制については、純粋な財産的権利に適用されるいわゆる合理性の基準ではなく、少なくとも中間審査基準（厳格な合理性の審査基準）が適用されるべきであり、目的審査の観点からは水産資源保護法28条には「重要

な目的」が必要であるし、手段審査の観点からは目的と手段との間に実質的関連性が必要になるものと認められる。

ウ 中間審査基準の内容について

かかる中間審査基準に照らした場合、水産資源保護法28条の水産資源の枯渇の回避という目的自体には、極めて抽象的にではあるものの、ある程度の相当な目的が認められる。

しかしながら、かかる目的と手段との間の実質的関連性については、本件漁業権が自由権規約27条及び憲法13条に基づく精神的自由たる先住民族の文化享有権に基づくものである以上、より制限的でない他の選べる手段を採用することができたか否かという見地（最判昭和50年4月30日 薬事法距離制限規定違憲判決）（L R Aの基準）からも検討されるべきである。

この点、先住民族サーミの商業漁業権が争われた2022年4月13日フィンランド最高裁判決（甲64、9頁）においても、サーミの漁業権の制約については、「目的が他のより制限的でない方法によって達成できない場合にのみ認められうる」ことを確認した上で、「サーミの定置網漁への漁業制限を、彼らにとって特に重要な季節に拡大することは、当時のサケ資源の状態の観点から、均衡がとれていなかったことを証拠は示していると最高裁判所は指摘する（para46）」（甲64、9頁）とされている。

エ 目的と手段との間の実質的関連性の有無についての具体的検討

（L R Aの基準からの検討を含む）

- a 前記のとおり、水産資源保護法28条による河川でのサケ採捕の一律禁止の趣旨については、「さけ資源の枯渇を回避する」こととされている。

しかしながら、「さけ資源の枯渇回避」という目的と、河川での

サケ採捕の一律禁止という手段との間には、明らかに論理の飛躍が認められる。すなわち、「さけ資源の枯渇回避」という見地から見れば、より制限的ではない、河川での一律禁止以外の方法、すなわち一部禁止や一定時期の禁止等の方法によっても「さけ資源の枯渇」を回避することは可能であるし、また「さけ資源の枯渇回避」という見地からは、河川ではなく沿岸部での採捕制限という方法もあるのであるから、河川での「一律禁止」という手段と前記同条の目的との間には明らかに実質的関連性を欠いている。

もっとも、河川でのサケ採捕については、サケ資源を取り尽くすことが沿岸部等よりも物理的に容易な状況にあることは何ら否定するものではない。しかしながら、この点については、河川でのサケ採捕権を有するアイヌにおいて、権利と表裏をなす資源管理権に基づく自主規制として、採捕数量、採捕時期、採捕方法等の制限等を設けることによって、河川を遡上するサケを取り尽くす危険を回避することが可能である。また、実際にアイヌによるサケ捕獲の歴史は、有史以前にまで遡るとされているが、この間、取り尽くすようなサケ採捕によってサケ資源が枯渇したという事実は存在しないのであって、少なくともアイヌによるサケ捕獲に関する限りは、河川でのサケ捕獲がサケ資源の枯渇を招くという立法事実は存在しないことが歴史によって証明されている。

- b なお、このような先住民族の資源管理権について若干付言する。かかる資源管理権は、先住民族の権利宣言（甲13、26条2項）、自由権規約27条及び同条に関する自由権規約委員会の一般的意見23（甲30、para7）、社会権規約15条及び同条に関する社会権規約委員会の一般的意見21（甲34の2、para36）、人種差別撤廃条約9条及び同条に関する人種差別撤廃委員会の一般的勧告23（甲37の2、para5）等で認めら

れている。

また、実際に行われていたアイヌのサケ漁を見ても、サケ漁が始まる前のカムイノミには、「川の神々には、ただいまカムイチェ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。」（甲20、345頁下段）といった祈りの言葉が添えられていることから明らかなとおり、アイヌのサケ漁という行為の中には元来、河川環境を保全して遡上数を増やすという資源管理の概念が織り込まれており、アイヌには古来から、かかる祈りや各種の厳しいタブーを通して自主的に健全な河川管理を行ってきたという歴史的経過が認められる。

- c 原告準備書面(9)「サケ捕獲数の現状」（同準備書面12頁）に記載したとおり、サケの捕獲数は、河川で採捕されるサケ（ふ化事業のためにだけ採捕）の尾数の10倍を超える尾数のサケが沿岸部、海岸部で漁獲、採捕されている。言い換えれば、河川に上るべきサケのほぼ9割は沿岸部等において既に「ほぼ取り尽くされている」と言える。

サケの資源保護の観点から見れば、河川での採捕であれ、沿岸部等での採捕であれ、採捕による減少効果は全く同一の筈である。だとすれば、沿岸部等での採捕を「無制限」に認めながら、一方で河川での採捕のみを「一律禁止」という極端な規制方法には、目的との間に何ら実質的な関連性は認められない。

甲87の1は、令和5年11月30日、台湾のアミ族・タオ族・セディック族、オーストラリアのアボリジナルの人々、オクラホマ州チョクトー族、カナダのハイダネイション、サーミ及びアイヌの先住民が共同で作成した共同宣言（以下、「ラポロ宣言」という）である

が、同宣言では、世界の先住民が、「各国は、自然資源の利用にあたって、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のないよう」求める（宣言7項）と共に、「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」（同、8項）と宣言している。このことはまさに河川での採捕のみを「一律禁止」という極端な規制方法に対する不当性が先住民共通の認識となっていることを示すものといえる。

- d 被控訴人らは、「河川に遡上した親魚を産卵前に採捕」することによって、「その河川から発生する次の世代の再生産が絶え」て「サケ資源が枯渇する」との主張を行っている。

しかし、日本国内では、沿岸部等において採捕されたサケのいくらかや筋子が広範囲に流通に回っていることは公知の事実であって、沿岸部等での採捕によっても、「親魚を産卵前に採捕」することは行われている。というよりもむしろ前記水揚げ量の現状に照らせば、「約9割の親魚」は、沿岸部等に回帰した段階でほぼ取り尽くされていることになる。

かかる状況に鑑みれば、「親魚の産卵前に採捕する」ことを禁止して、サケ資源の枯渇を防止するという水産資源保護法28条の目的に照らしても、沿岸部等では無規制として、約9割もの親魚を取り尽くすこととを放置しつつ、一方で、河川では一律に採捕自体を禁止するという規制方法には何ら合理性は認められない。

- e 以上のとおり、水産資源保護法28条による河川での一律のサケ捕獲の禁止という手段は、より制限的ではない他の選び得る手段が認

められるとともに、同法の目的と実質的関連性も認められないのであるから、同条項は違憲無効と言わざるを得ない。

なお、前記サーミの漁業権に関するフィンランド最高裁判決では、漁業制限の拡大という一部規制でさえLRAの原則に抵触すると評価されるのに対して、本件では「一律禁止」措置というさらに厳しい全面規制となっているのであるから、前記フィンランド最高裁判決事案と比較しても、水産資源保護法28条の不当性はより明らかであると言える。

(3) 比較衡量の見地からの検討

次に、比較衡量的見地から水産資源保護法28条の有効性について検討する。比較衡量的見地から検討する場合には、同条項のサケ資源の枯渇の防止という利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由・権利の内容、性質及び程度、当該権利にかかる歴史的背景、制限される権利主体の性質、並びにこれに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量することが相当である。以下、順次検討する。

ア 同条項によって制限が必要とされる程度について

同条項によって制限が必要とされる程度については、前記のとおり、サケ資源の枯渇という同条項の目的に照らした場合、河川での捕獲と海での捕獲とでは捕獲方法の容易性には相違はあるものの、枯渇との関係で最も影響を及ぼすのは捕獲数であることに鑑みれば（母川の近海で溯河準備のため回遊するサケも時間の経過とともに全て河川に溯上する）、ことさらに河川での捕獲だけを規制する必要性は乏しいことは明らかである。すなわち、海で取り尽くせば、河川での捕獲を禁止するまでもなく、河川に溯上するサケは枯渇する関係にある。

なお、河川では、対象範囲が限定されるので取り尽くすことが容易

であることを根拠として、「捕獲の一律禁止」が必要とする考え方も理論的にはあり得る。しかしながら、規制方法としては、数量規制や時期規制等の方法もあり、取り尽くすことの回避という面では、同様の効果を得ることが出来るのであるから、河川では取り尽くすことが容易であるという点は、「捕獲の一律禁止」の必要性を根拠付ける理由にはならないはずである。

イ 同条項によって制限される自由・権利の内容、性質及び程度について

本件で問題となっているのは、一般市民のサケ捕獲権ではなく、先住民族の文化享有権の一環としての先住民族によるサケ捕獲権であり、かかる権利は、経済的側面は有するものの、自由権規約27条や憲法13条によって保護されるべき精神的自由権であることは既に述べたとおりである。この点、原判決は、本件漁業権については財産権と位置づけた結果、国の広範な立法裁量を認めるとともに単なる合理性のみで同条項の有効性を判断しているが、かかる判断は明らかに失当である。

また、同条項による制限される権利の程度は、先住民族の文化享有権としてのサケ捕獲権についての全面禁止、すなわち権利行使不能というものであって、権利行使の局面における最も強度な犠牲を強いる態様となっている。

ウ アイヌのサケ捕獲権に関する歴史的背景について

人権を論ずるに当たっては、当該権利の歴史的背景は無視をできない重要な要素であって、憲法前文を見ても明らかなおろ、歴史を直視することは人権の本質を理解するに当たって避けては通れない過程と言える。

これを本件アイヌのサケ捕獲権についてみるに、アイヌによる漁業

権の行使は、遅くとも江戸時代においては、アイヌコタンによるサケ捕獲権の行使が公然と行われていた。また、原告準備書面(10)の5頁以降に記載したとおり、江戸時代には松前藩が蝦夷地に配置はされていたものの、松前藩の領民は和人のみであり、アイヌは領民ではなかったし、松前藩の領地は、渡島半島西南端部の松前地だけであり、厳密な意味では、蝦夷地の日本国の領域はこの松前地だけであった。その後、1855年に蝦夷地全域が幕府直轄地とされるに至ったが、アイヌは依然として「化外の民」として扱われるとともに「自分稼ぎ」としてのサケ捕獲権を行使していた。

しかるに、明治に入ると北海道内のアイヌの多くは河川でのサケ類漁撈の法的規制を強く受けるようになり、本件の十勝川では明治16年以降は、全面的に禁止されるに至った。

上記のとおり、本件サケ捕獲権は、憲法発布のはるか以前から、アイヌが享受してきた権利であることは歴史的にも明らかとなっている。そして、江戸幕府及び明治政府による同化政策の過程において、アイヌの領地や河川でのサケ捕獲権については、何の代償を受けることもなく剥脱されたこともまた歴史的には明らかな事実である。

この点、原判決は、原判決は、河川は海と同様に、いわゆる公共用物であって、国又は当該河川の存する地方公共団体の直接の公法的支配管理に服することを理由として、条理に基づく控訴人の本件漁業権の存在を否定している。しかしながら、アイヌの河川でのサケ捕獲権については、アイヌが古来から河川での漁業権を脈々と承継し、営んできたにもかかわらず、突然、何の合意も、代償も、協議も、そして合意もなくして、突然、「直接の公法的支配管理」に置かれることによって奪取されたという歴史的事実が厳然として存在している。

そうであるとすれば、控訴人の主張するサケ捕獲権の存否を検討す

るに当たっては、アイヌが強制的に漁業権を奪取され、河川の漁場が公共用物（公法的支配管理）にされたこと自体の正義が当然に問われるべきである。仮に公共用物となった原因が、現時点において、国際法的見地等から違法と評価される場合には、対象が公共用物であることは何ら理由にならないはずである。

エ 制限される権利主体の性質について

本件で問題となっているサケ捕獲権の主体は、言うまでも無く、先住民族であり、そして我が国においては少数民族たるアイヌであるが、かかる少数民族、少数グループに対する規制については民主国家においても特に慎重な判断が必要なはずである。

すなわち、国内の多数グループに対する不当な規制がなされた場合には、多数決による民主過程において、その是正が容易に実現できるのに対して、かかる少数民族・少数グループに対する規制については、多数決原理の支配する民主過程において是正することが困難な状況にあるものと言える。よって、少数民族の権利については、より積極的に司法的救済が求められる局面と言える。

オ 本件条項の制限の態様及び程度について

本件条項は、アイヌ集団の文化享有権に基づく本件漁業権の行使を原則として全面的、一律に禁止するものであって、権利・自由に対する制限の態様としては、言うまでもなく最も高度な態様となっている。

この点、国連ビジネスと人権作業部会訪日調査最終報告書においても、「作業部会は、アイヌの人々の漁業権を取り戻すことを求めた、中央政府及び地方政府に対する訴訟について知らされた。水産資源保護法28条は、わずかな例外はあるものの、アイヌの人々を含むすべての日本人に淡水でのサケの捕獲を禁止している。しかしこの法令は、

その生活様式が狩猟や河川でのサケ捕獲を歴史的に伴ってきた、先住民としてのアイヌの人々の伝統的なサケ捕獲権を適切に考慮していない。この法令は、文化的・儀式的目的でのサケ捕獲を許可するだけで、サケ捕獲によりアイヌの伝統的な生計を支えることはできない。作業部会は、この状況はアイヌの権利を制限し、且つ海でサケを捕獲することを許可された事業者に利益をもたらすことを懸念し、政府による再検討を正当とする。」との評価がなされているとおりである（甲98、甲99・41頁）。

カ まとめ

以上のとおり、本件条項のサケ資源の枯渇の防止という利益を確保しようとする目的との関係において、本件条項の手段による規制の必要性は比較的軽微であること、本件条項によって制限される本件サケ捕獲権は、自由権規約27条及び憲法14に基づく先住民族の文化享有権を根拠とするものであって、精神的自由として高い要保護性を有するものであること、その侵害の程度はサケ捕獲権の行使不能という権利にとって致命的なものとなっていること、本件サケ捕獲権については、憲法制定以前から公然と行使が許されていた権利であったにもかかわらず、和人による蝦夷支配の過程において、何らの補償等もなされることなく剥奪された権利であったこと、本件サケ捕獲権の権利主体はわが国での少数民族たるアイヌであり、多数決原理が支配する民主過程においてもその権利救済が困難な状況に置かれているのであって、より積極的な司法救済が必要な状況にあること、並びに本件制限の内容は、アイヌの権利行使も含め原則として一律に禁止するというものであって、権利・自由に対する制限の態様としては最も高度なものとなっていること等の具体的な事情を比較衡量をすれば、本件条項の規制内容は、その目的を達成する手段として均衡を著しく欠いてい

ることは明らかである。

よって、具体的比較衡量の見地からみても、同条項が控訴人に適用される限りにおいて、自由権規約27条及び憲法13条に反するものと認められる。

(4) 特別採捕許可制度の存在について

なお、原判決は特別採捕許可の存在について指摘しているので、この点について若干付言する。

すなわち、原判決は、北海道漁業調整規則52の特別採捕許可制度に基づき、アイヌには「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等のためのものについては特別採捕許可を受けて、さけの採捕をすることができることとされている。かかる例外的扱いはアイヌの人々に文化享有権が保障されていることに配慮されたものであると解され、水産資源保護法28条による規制がアイヌの人々の文化享有権に対する不合理な制約となっているとまで解することはできない。」旨判示している（原判決54頁）。

しかしながら、同規則の特別採捕許可は、あくまで伝統的な儀式・漁法の伝承・保存・知識の普及啓発に限って認められたものに過ぎない。これでは、博物館的に儀式と漁法を伝承・保存することが文化の保存ということになるが、かかる見識は極めて貧困な文化観と言わざるを得ない。

先にも述べたとおり、アイヌ施策推進法2条では「発展した文化的所産」も「アイヌの文化」としている。かかる文化観を前提とすれば、現代的なエンジンを使用したり、刺し網を用いた漁法であっても、現代の科学技術を取り入れた「発展した文化的所産」に該当することは明らかである。また、文化は前記のとおり「生活様式」も含まれる概念であって、儀式のためのさけ採捕だけではなく、アイヌの古来からの生活様式

である、「さけ漁を生業とする生活様式」もアイヌ文化に含まれることは明らかである。

原判決の前記判示は、アイヌの文化享有権を博物館的な儀式と漁法のみ限定した極めて不当な価値判断であるし、そもそも「アイヌの文化」について極めて貧困な文化観を前提としたものであって前記アイヌ推進法の記載に照らしても、失当の誹りを免れない。

3 無効原因②（水産資源保護法28条が憲法14条及び人種差別撤廃条約1条1項の平等原則に抵触し無効であることについて）

(1) 平等原則の意義について

ア 憲法14条の平等原則の意義について

憲法14条所定の平等原則とは「『法の下での平等』と『法の平等』とを併せ意味し、独立宣言にみられるような人間の生来の自由・平等という大原則を定めたもので、法の適用たると立法たるとを問わず、およそ国政全般にわたって差別を禁止する趣旨である」（甲105、佐藤幸司憲法419頁）。

また、かかる平等原則については、形式的な平等ではなく、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が必要であるとされている（最高裁判所大法廷平成27年12月16日判決）。

さらに、日本も加入している人種差別撤廃条約1条では、「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。」と定められている（甲36の1）。前記日本国憲法の意義及び前記のとおりそ

れが実質的平等を意味するものである以上、憲法14条の理解においても、上記人種差別撤廃条約と同様に、差別的目的を有する事項のみならず、差別的効果を有するものもまた禁止されているものと認められる。

加えて、前記人種差別撤廃条約はわが国における直接適用が認められている。すなわち、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での平等を謳い、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。」とした上で、「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として作用する」として、特別の法律の制定を必要とせず、人種差別禁止条項が適用される旨判示している。

イ 憲法14条後段列举事項の位置づけについて

憲法14条後段列举事由の位置づけについては、諸説があるが、日本国憲法は、成文憲法であって、その具体的記載内容は極めて重要であ

る。また、日本国憲法は、英語に訳した場合の単語数が5,000語にも満たない、比較法的にみても、極めて単語数の少ない憲法であって、いわば憲法規範のエッセンスが記載されているものと認められるから、憲法の文言は忠実に理解すべきであって、憲法14条後段の列举事由には当然に記載されただけの法的効果が認められるべきである。

従って、平等が問題となる領域は多様であり、平等・不平等観も社会意識の変化の影響を受けることは否定できないが、憲法は、平等思想の根源と過去の経験に鑑み、一定の事項（憲法14条後段列举事項）については、特に「差別」を警戒し、その事項に関してはやむにやまれざる特別の事情が証明されない限り「差別」として禁止する趣旨と解すべきである（甲105、佐藤幸司憲法419頁）。また、そのように解しなければ、平等原則については抽象的な合理性以外の何らの基準も存しないことになるが、かかる裸の合理性判断基準については、「目盛りのないものさし」で計るに等しいとの批判がなされているところである。

(2) 違憲審査基準の見地からの検討について

以上の理解に基づき、違憲審査基準の見地から、本件条項の違憲性について検討する。

ア 違憲審査基準について

- a 違憲審査基準について検討するに、本件条項は、前記のとおり、アイヌという先住民族にとってのみ文化享有権の行使が否定されるという効果を有する規定であるところ、アイヌを対象とする区別という点において、まさに前記憲法14条後段に列举された「人種」に基づく区別であるから、「やむにやまれざる特別の事情が証明されない限り『差別』として禁止する趣旨（『差別』につき疑わしい範疇）」とされているものと解すべきである（甲105、佐藤幸司421

頁)。

この点については、前記2(2)エの「目的と手段との間の実質的関連性の有無についての具体的検討（L R Aの基準からの検討を含む」において指摘したとおり、本件条項については、その目的と手段との間に何ら実質的な関連性はなく、より制限的ではない他の選びうる手段も存在する以上、やむにやまれざる特別の事情は存在しないし、またそのような事情が存する点については、控訴人からも何ら主張立証されていない。

- b また、憲法14条後段列举事由を例示列举とする立場を取った場合でも、「自らの意思や努力によっては変えることができない事柄については、合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要であるとされている。すなわち、最高裁大法廷平成20年6月4日国籍法違憲判決においても、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。したがって、このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。」とされている。

この点、アイヌという民族は、まさに生まれながらのものであって、自らの意思や努力によっては変えることができない事柄の最たるものであるから、このような事柄をもって区別を生じさせることには何ら合理性は認められないはずである。

- c 以上より、違憲審査基準に照らした場合に本件条項が憲法14条及び人種差別撤廃条約1条所定の平等原則に反することは明らかである。
- d なお、国連の人種差別撤廃委員会は、1997年の一般勧告23におい

て、「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」を特に要請しているが（甲41）、イギリスのジェレミー・ジルベール教授によれば「このアプローチに基づいて委員会は先住民族の土地、領域及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」とされている（甲47、59頁）。

(3) 比較衡量の見地からの検討

ア 本件条項が平等原則に違背するかについての比較衡量的見地からの検討については、本件条項がアイヌの文化享有権としてのサケ捕獲権に抵触することによる違憲無効の場合の比較衡量（前記2(3)）と同様の指摘が妥当するが、以下、若干、留意すべき事項について付言する。

イ 不平等分配の対象となった利益・不利益は、法的権利でなくても良いこと

平等原則違反の検討過程における比較衡量においては、不平等分配の対象となった利益・不利益は法的権利である必要性は認められない。従って、仮に、本件において本件サケ捕獲権が憲法上の権利としてまでは認められない場合でも、法的保護に値する利益が差別された場合には、当然に平等原則違反となる。

この点、前記のとおり、原判決は、「アイヌの人々は、憲法13条により、アイヌ固有の文化を享有する権利（以下「文化享有権」という。）を有するものと認められる。」とした上で、「さけの採捕がアイヌの生活、伝統、文化等において重要な部分を占めるものと認められることを踏まえれば、アイヌの人々の文化享有権の行使との関係において、さけの採捕は最大限尊重されるべきものというべきであ

る。」（原判決45頁）とされているのであるから、仮に控訴人が主張するサケ捕獲権が憲法上の権利とまでは認定されなかった場合であっても、「最大限尊重されるべき保護法益」であることは明らかなのであるから、それが差別の対象となった場合には、平等原則違反と位置づけられて然るべきである。

ウ アイヌに対する強度の差別が存在していること

河川でのサケ捕獲の一律禁止がアイヌに与えた影響については、原告準備書面(9)の6頁以下にて述べたとおり、①飢餓の発生（アイヌの生存権への脅威）、②自分稼ぎの喪失（経済的基盤の喪失）、③コタンの立地環境、ひいては社会構造の崩壊、④サケを中心としたアイヌ文化、宗教等の精神世界の破壊等をもたらし、国連宣言・条約、憲法、及び条理等で認められるアイヌらしく生きる権利それ自体のはく奪を意味する、人権上も極めて深刻な結果をもたらすものであった。

一方、本条項の規制の対象となる者には、営利目的の採捕者やレジャー目的の採捕者が想定されるところ、かかる規定が営利目的の採捕者に与える影響は、経済的利益の「一部制限」に過ぎない。また、沿岸部等での採捕による収益は何ら規制されていないのであるから、その損害回避のために、代替性のある回復手段が残されていることは明らかである。まして、レジャー目的の採捕者に至っては、他の魚種の採捕や沿岸部ないしは河口部での採捕によって、ほぼ同等の満足が得られる規制であって、損害は殆ど無いか、あったとしても損害回避のための十分な代替性のある回復手段が残されている。

このように河川でのサケ捕獲を禁止する本条項の規定は、アイヌに対してのみ憲法13条及び自由権規約27条によって認められる文化享有権という重大な権利に対して、極めて深刻な損害を与える規制となっており、またその損害については、代替性のある回復手段は全く認め

られない。よって、同規定は、営利目的採捕者やレジャー目的採捕者等の他の採捕者と比較してもアイヌに対してのみ、著しい損害、不利益をもたらす規定であって、実質的な平等が欠如しており、効果において特定の少数民族にのみ不合理・不均衡な不利益を課する差別規定と言わざるを得ない。

また、かかる法的価値判断は、先住民族サーミの商業漁業権が認められた事件における前記2022年4月13日フィンランド最高裁判決においても明言されているところである。すなわち、同最判は、「事件当時、漁獲割当も地元のサーミに認められておらず、地元のサーミは憲法17条3項の保護を受ける権利を有しない釣り人と許可に関して同じ立場に置かれていたことを指摘した（para44）。そして最高裁判所は、漁業法10条2項の規定と、それに関する許可手続は、サーミ民族の先住民族文化の要素としての漁業権を本質的に制限していたと述べる（para44）。」とされ（甲64、9頁）、同最判では「漁業法の規定が地元のサーミの文化享有権に配慮を行わず、他の釣り人等と同じ立場に置いていることを問題視している。」（甲64、10頁）との判示内容は極めて正当である。

エ 区別された項目の属性と区別された主体の属性について

先にも述べたとおり、区別された項目の属性が「人種」といった本人の意思や努力では変更不可能な属性のものである場合には、前記最高裁大法廷平成20年6月4日国籍法違憲判決でも指摘されたとおり、「区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要」とされている。

また、区別された主体が先住民族たる少数民族であって、日本国内において多数決主義の支配する民主的政治過程を通じて、差別を是正できる程の比率を占めるに至っておらず、差別に是正のための積極的

な司法的救済が必要な局面であることもまた当然に留意されるべきである。

オ 比較衡量のまとめ

上記検討に照らせば、本件条項の有効性についての平等原則に関する比較衡量においては、本件条項がアイヌの文化享有権としてのサケ捕獲権に抵触することによる違憲無効の場合の比較衡量の場合以上に、均衡を欠くものとなっていることは明白であって、本件条項は、憲法14条及び人種差別撤廃条約1条に基づく平等原則に違背するものとして違憲無効と言わざるを得ない。

- (4) 以上より、本件条項は、控訴人が主張するサケ捕獲権に適用される限りにおいて、憲法13条及び自由権規約27条の保障するサケ捕獲権に抵触すること、及び憲法14条及び人種差別撤廃条約1条所定の平等原則に抵触することの2つの理由により、違憲無効と認められる。

なお、控訴人のような限定された範囲内でのサケ捕獲権については、適用違憲といった可能性も追求されるべきだとして、原判決に批判的な学説が存在する（新・判例解説Watch 桐山孝信、甲91）。

以上