

主 文

- 1 本件控訴をいずれも棄却する。
- 2 控訴人が当審で追加した被控訴人らが控訴人に別紙漁業権目録記載の漁業をさせないことが違法であることの確認を求める訴えを却下する。
- 3 当審における訴訟費用は全て控訴人の負担とする。

事 実 及 び 理 由

(前注) 略称は原判決の例による。

第 1 控訴の趣旨

- 1 原判決を取り消す。

2(1) 主位的請求

控訴人が別紙漁業権目録記載の漁業権を有することを確認する。

(2) 第 1 次予備的請求

水産資源保護法（昭和 26 年法律第 313 号）28 条が控訴人の別紙漁業権目録記載の漁業に関する限り無効であることを確認する。

(3) 第 2 次予備的請求

被控訴人らが、控訴人に別紙漁業権目録記載の漁業をさせないことは違法であることを確認する（控訴人は、当審においてこの請求を追加した。）。

第 2 事案の概要

- 1 本件は、北海道十勝郡浦幌町内に居住するアイヌで構成される団体であって、権利能力なき社団である控訴人が、被控訴人らに対し、控訴人はアイヌの集団としての固有の権利として別紙漁業権目録記載の漁業権（本件漁業権）を有する旨主張するとともに、内水面におけるさけの採捕を原則として禁止する水産資源保護法 28 条が控訴人の別紙漁業権目録記載の漁業（本件漁業）に関する限り無効である旨主張して、行訴法 4 条後段所定の実質的当事者訴訟とし

て、控訴人が本件漁業権を有することの確認を求める（本件漁業権確認の訴え）とともに、水産資源保護法２８条は本件漁業に関する限り無効であることの確認を求める（本件無効確認の訴え）事案である。

5 原審は、①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、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ころ、控訴人と被控訴人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して、本件無効確認の訴えを却下し、②控訴人が本件漁業権を有するとは認められないとして、本件漁業権確認の訴えに係る請求を棄却した。

これに対し、控訴人が本件控訴をし、当審において、本件漁業権確認の訴えに係る請求を主位的請求とし、本件無効確認の訴えに係る請求を第１次予備的請求とするとともに、行訴法４条後段所定の実質的当事者訴訟として、被控訴人らが、控訴人に本件漁業をさせないことは違法であることの確認を求める訴え（以下「本件違法確認の訴え」という。）を第２次予備的請求として追加した。

2 前提事実（関係法令等の定めを含む。）、争点及び当事者の主張は、後記３の当審における控訴人の補充主張並びに後記４の本件違法確認の訴えに関する争点及び当事者の主張を付加するほかは、原判決「事実及び理由」の「第２事案の概要」の１、「第３ 争点」及び「第４ 当事者の主張」に記載のとおりであるから、これを引用する。

3 当審における控訴人の補充主張

(1) 控訴人が本件漁業権を有することについて

ア 本件漁業権が文化享有権として保障されること

アイヌ集団（コタン）は、江戸時代において、当時蝦夷地と称されてい

た北海道においてそれぞれの支配領域（イオル）を有し、その支配領域内において漁獲したサケ等を販売し、交易を行っていた。ところが、アイヌ集団は明治政府によって土地を奪われ、サケを含む自然資源の利用を禁止された。このように、本件漁業権は、江戸時代において、長年の
5 伝統と慣習によって確立していた権利であり、明治政府がその権利行使を禁止したのであれば、現代において回復されるべき権利である。また、本件漁業権は、先住民族宣言前文 7 段落、26 条 1 項等によって規定される固有の権利であり、これは排他的・独占的権利ではない。

アイヌ施策推進法 2 条において、「アイヌ文化」とは、アイヌ語並びに
10 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定義されている。そして、アイヌにおいて継承されてきた生活様式とは、アイヌの歴史や慣習によって培われ、確立した生業であり、経済的活動である。アイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会の報告書（乙 15）においても、
15 アイヌの人々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と考えるべきであるとされている。自由権規約 27 条の定める文化享有権についても、その対象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・狩猟権が含まれると解釈されている。本件漁業権は先住民族であるアイヌ集団の固有の権利であり、
20 本件漁業は生業としての経済活動であるから、文化享有権により保障されるものである。

河川が国又は地方公共団体の直接の公法的支配管理に服するかどうかは、過去の権利状況を踏まえて判断されるべきである。北海道において河川は明治 5 年以降官有とされ、国の公法的支配管理が行われるようになり、
25 それ以前に慣習的に成立していたアイヌ集団の河川での漁業権が一方的に奪われた。そうすると、国又は地方公共団体による河川の公法的支配

管理を理由に本件漁業権を否定することはできない。

イ 本件漁業権が条約等により保障されること

日本政府が批准した自由権規約、社会権規約及び人種差別撤廃条約は、
5 憲法 98 条 2 項の国際協調主義により公布のみによって国内法としての
効力を有し、法律に優位する。また、日本政府が賛成した先住民族宣言
は、日本の裁判所においても判断の指針となる。本件漁業権は、以下の
とおり、自由権規約、社会権規約、人種差別撤廃条約及び先住民族宣言
によって保障されている。

(ア) 自由権規約 1 条及び 27 条

10 自由権規約 1 条は「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。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し、その
資源には先祖が伝来的に漁を行ってきた領域におけるサケも含まれ得
15 る。

自由権規約 27 条は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伝統的な活動を行う権利も含まれる（一般的
意見 23）。また、同条で保護される文化には、経済活動も含まれ得
る。そして、上記一般的意見は、自由権規約 27 条で保護される権利
20 の具体的権利性を認め、締結国は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旨を
定めている。

したがって、本件漁業権は自由権規約 1 条及び 27 条により保障さ
れる。

25 (イ) 人種差別撤廃条約

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、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が人種差別とされるという趣旨の判例を発展させた。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)ところ、河川でのサケ捕獲を禁止することは、サケを主食とし、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の人々に対し、その生存及び文化享有権を害する効果を持つ差別に当たる。

したがって、本件漁業権は人種差別撤廃条約により保障される。

(ウ) 社会権規約15条1項

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、社会権規約委員会は、2009年、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。一般的意見21は、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とする。また、社会権規約15条1項は文化的慣行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から、裁判規範性を有し、控訴人が先住民族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保障するものである。

したがって、本件漁業権は社会権規約15条1項により保障される。

(エ) 先住民族宣言

先住民族宣言 26 条は、「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）」と定める。先住民族宣言は、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国際社会の支持を得た国際人権文書であり、日本政府もこれに賛成したのであるから、司法判断の指針として活かしていくべきである。

したがって、本件漁業権は先住民族宣言により保障される。

ウ 本件漁業権が憲法により保障されること

憲法 98 条 2 項は条約の誠実遵守義務を定めており、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必要がある。

本件漁業権は、上記イの各国際人権法の規定を踏まえて解釈された憲法 13 条、14 条、20 条、29 条及び 25 条によって保障される。

エ 本件漁業権が慣習法により保障されること

通則法 3 条は、公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するもの限り、法律と同一の効力を有すると定める。本件漁業権は法令の規定により認められたものではない。しかし、国内法は条約等に抵触しないように解釈適用しなければならないところ、後記(2)イで主張するとおり、本件漁業権を禁止する水産資源保護法 28 条は上記イの条約等に反し違法無効である。したがって、同条は本件漁業権をその禁止対象とはしていないと解釈

するか、控訴人に適用する限り違法無効であると解するほかない。その結果、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当たることとなる。また、アイヌ集団には、現行の公共用物の管理に関する各種法律の制定がされる前から河川でサケを捕獲する慣習があったのであるから、
5 河川が国又は地方公共団体の直接の公法的支配管理に服するものであるからといって、慣習として本件漁業権を認めることが困難であるということにはならない。

以上によれば、本件漁業権は通則法 3 条により保障される。

オ 本件漁業権が条理により保障されること

10 条理とは、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と認められている諸原則であり、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考えられるところ、すなわち条理に従って裁判すべきである。控訴人の祖先は我が国の統治が及ぶ前から本
15 件漁業権を行使してきたのであるから、かかる歴史的事実を踏まえた正義にかなう普遍的原理である条理によって本件漁業権は認められるべきである。

(2) 本件無効確認の訴えについて

ア 訴えの適法性について

20 (ア) 法律上の争訟性について

水産資源保護法 28 条の規定により、控訴人の先住民族としての本件漁業権の行使が現実妨げられており、現行法下において今後同様の状態が継続するのであるから、控訴人が有する憲法上の権利に係る法的地位に現実の危険が生じているといえる。したがって、本件無効
25 確認の訴えは法律上の争訟に当たる。

(イ) 確認の利益について

本件漁業権確認の訴えは、本件漁業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、本件無効確認の訴えは、本件漁業権の存在が認められない場合でも、水産資源保護法 28 条が、控訴人の文化享有権の行使として最大限尊重されるべきサケの捕獲に関する重要な法的利益に対する差別を構成し、憲法 14 条や人種差別撤廃条約 1 条 1 項等に反すると認められる場合であれば認容される訴えである。上記のとおり本件漁業権確認の訴えと本件無効確認の訴えはその要件、効果が異なっており、本件漁業権確認の訴えの方が本件無効確認の訴えよりも適切な訴えであるということとはできない。したがって、本件無効確認の訴えには確認の利益が認められる。

イ 水産資源保護法 28 条の無効原因について

(ア) 水産資源保護法 28 条は本件漁業権に抵触し無効であること

上記(1)のとおり、控訴人の本件漁業権は文化享有権、自由権規約 27 条、憲法 13 条のほか、社会権規約、人種差別撤廃条約、先住民族宣言及び憲法 14 条、20 条等により保障される。

本件漁業権は財産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位置づけられるべきであるから、本件漁業権に抵触する規制については、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る。そして、水産資源保護法 28 条の水産資源枯渇の回避という目的自体は、極めて抽象的ではあるもののある程度の相当性が認められる。しかし、目的と手段との間の実質的関連性については、より制限的でない他の選び得る手段を採用することができたか否かという見地からも検討されるべきである。そして、サケ資源の枯渇回避という目的のため、河川でのサケ採捕の一部禁止や一定時期の禁止等の方法、河川でなく沿岸部で

の採捕制限という方法もあるから、河川でのサケ採捕の一律禁止という手段は、より制限的でない他の選び得る手段が認められるとともに、上記目的との間には実質的関連性がない。したがって、水産資源保護法 28 条は違憲無効である。

5 また、比較衡量的見地からみても、サケ資源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からすると、河川での捕獲だけを規制する必要性は乏しい。河川での捕獲を制限するとしても数量規制や時期規制等の方法でもサケ資源の枯渇を回避することができる。水産資源保護法 28 条によって制限されるのは先住民族であるアイヌの
10 文化享有権の一環としての本件漁業権であり、この権利は経済的側面を有するものの、精神的自由権である。本件漁業権は憲法制定以前から公然と行使されてき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ではく奪されたものである上、制限の態様は原則として本件漁業権の行使を全面的、一律に禁止するというものである。これ
15 らの事情を比較衡量すれば、水産資源保護法 28 条の規制内容は、その目的を達成する手段として均衡を著しく欠き、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。

 なお、北海道漁業調整規則（本件規則） 52 条の特別採捕許可制度は、あくまでも「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」に限って認められるにすぎず、先住民族の文化享有権の保障たり得ない。具体的には、特別採捕においては必ずマレックという銚の一種を用いなければならない、網目の大きさが 14.5 cm より狭くてはならず、丸木舟を使用しなければならない、網の設置個所、設置方法を監視されるなどの制限がある。また、利害
20 関係者の同意を得ることが求められており、控訴人の特別採捕に係る許可尾数は利害関係者である漁業協同組合の同意を得た 100 匹と制

限されている。捕獲したサケは儀式のためにしか用いることが許されず、控訴人の構成員に分配したり、自家用消費することは禁止されている。

(イ) 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

憲法 14 条は実質的平等を保障しており、人種差別撤廃条約 1 条 1 項は、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人種差別として禁止している。

水産資源保護法 28 条は、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り、憲法 14
条後段に列挙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される。そして、上記
(ア)のとおり、水産資源保護法 28 条の目的と手段との間には何ら実
質的関連性がなく、より制限的でない他の選び得る手段も存在する以
上、上記区別にやむにやまれざる事情は存在しない。また、アイヌと
いう民族は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変
えることができない事柄であり、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。以上によれば、水産資源
保護法 28 条は憲法 14 条及び人種差別撤廃条約 1 条 1 項所定の平等
原則に反し違憲無効である。

比較衡量の見地から検討しても、上記(ア)で検討した事情に加え、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
となる利益・不利益は法的権利である必要はなく、法的保護に値する
利益であればよく、本件漁業が最大限尊重されるべき保護法益である
ことは明らかであるから、それが差別の対象となった場合には平等原
則違反となること、水産資源保護法 28 条はアイヌに対してのみ深刻

な損害を与える規制であることなどに照らすと、水産資源保護法 28 条は憲法 14 条及び人種差別撤廃条約 1 条 1 項所定の平等原則に反し違憲無効である。

4 本件違法確認の訴えに関する争点及び当事者の主張

5 (1) 争点

ア 本案前の争点

訴えの適法性

イ 本案の争点

被控訴人らが控訴人に本件漁業をさせないことが違法であるか

10 (2) 当事者の主張

ア 訴えの適法性について

(被控訴人らの主張)

(ア) 法律上の争訟性について

15 本件違法確認の訴えは、被控訴人らが、控訴人に対し、本件漁業権
を行使させる義務があるのに、これを行行使させないことが違法である
ことの確認を求めるものである。水産資源保護法 28 条本文が「内水
面においては、溯河魚類のうちさけを採捕してはならない。」と一律
に禁止する旨規定していることからすれば、本件違法確認の訴えの審
理の対象となる「違法」の実質は、当該禁止規定の不適用や規制解除
20 を求めるものでないとする、被控訴人らが控訴人に対し本件漁業権
の行使を可能にするための立法措置をとらないという立法不作為の違
法をいうものと解される。そうすると、本件違法確認の訴えは、一般
的・抽象的に上記違法を確認することを求めるものにすぎず、具体的
な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であるということでは
25 できない。また、本件違法確認の訴えに係る請求が認容されたとしても
当該判決に基づいて実定法上直ちに本件漁業権を行使することが認め

られるわけではないことに照らせば、裁判所における実定法の適用によって終局的に解決することができるともいえない。

したがって、本件違法確認の訴えは法律上の争訟に当たらない。

(イ) 確認の利益について

5 本件違法確認の訴えに係る請求は、被控訴人らが控訴人に対し本件
漁業権を行使させる義務を負うことを根拠とするものであるから、控
訴人が本件漁業権を有することが前提となると解さざるを得ない。そ
して、法令により控訴人の本件漁業権又は本件漁業権に基づく漁業を
10 行うことができる地位が侵害されているというのであれば、その権利
又は地位の確認を求めることが、控訴人の権利又は法律上の地位に生
じている現実的な危険や不安を除去するために有効かつ適切であるこ
とは明らかであるから、本件漁業権確認の訴えの方が有効かつ適切な
手段・方法であるといえる。このことは、本件漁業権確認の訴えにお
いて控訴人の主張する本件漁業権が認められるか否かによって変わる
15 ものではない。したがって、本件違法確認の訴えは、対象選択を誤っ
たものとして確認の利益が認められない。

(控訴人の主張)

(ア) 法律上の争訟性について

20 本件違法確認の訴えに係る請求は、控訴人に対し、浦幌十勝川の一
定の範囲において先住民族集団としてサケ捕獲漁業を行うことを認め
ないことが違法であるかという具体的な権利義務又は法律関係の存否
に関するものである。また、本件違法確認の訴えに係る請求は、水産
資源保護法その他の法令等によって控訴人に対し本件漁業を制限して
いることが違法であることの確認を求めるものであり、立法不作為の
25 違法確認を求めているものではない。以上によれば、本件違法確認の
訴えは、法律上の争訟に当たる。

(イ) 確認の利益について

本件違法確認の訴えに係る請求は予備的請求であり、他の請求が認容されない場合には、他に有効適切な救済手段がない以上、確認の利益が認められる。

5 イ 被控訴人らが控訴人に本件漁業をさせないことが違法であるかについて
(控訴人の主張)

10 本件漁業権が条約、憲法等により保障されることは上述のとおりであるが、仮に控訴人が本件漁業を行うことが権利とまでは認められない場合であっても、アイヌの人々の文化享有権の行使として最大限尊重されるべきであり、個人の人格的尊厳と結びついた重要な法的利益であるから、その禁止等の措置は違憲、違法と評価され得る。そして、被控訴人
らが控訴人に対し、本件漁業をさせないことは、先住民族宣言、自由権
規約、社会権規約、人種差別撤廃条約、アイヌ施策推進法等の定める法
的義務に反し、違法である。

15 (被控訴人らの主張)

本件漁業権の存在は認められないから、本件漁業権の存在を前提とする本件違法確認の訴えに係る請求は理由がない。

第3 当裁判所の判断

20 1 当裁判所も、原審と同じく、本件漁業権確認の訴えに係る請求を棄却し、本件無効確認の訴えを却下するのが相当であると判断する。その理由は、後記2
のとおり当審における控訴人の補充主張に対する判断を付加するほかは、原判決「事実及び理由」の「第5 当裁判所の判断」の1ないし6に記載のとおり
であるから、これを引用する。

25 また、当裁判所は、当審において追加された本件違法確認の訴えを却下する
のが相当であると判断する。その理由は、後記3の本件違法確認の訴えの争点
に対する判断に記載したとおりである。

2 当審における控訴人の補充主張に対する判断

(1) 控訴人が本件漁業権を有するかについて

ア 本件漁業権が文化享有権として保障されるかについて

(ア) 控訴人は、本件漁業権が憲法上の文化享有権の一環として保障され
ると主張し、①本件漁業権は、先住民族宣言前文7段落、26条1項
等によって規定される固有の権利であり、排他的権利ではない、②文
化享有権の対象となる文化には資源使用に結び付いた独特の生活様式
としての先住民族の漁業権等が含まれ、本件漁業権は先住民族である
アイヌ集団の生業としての経済活動であるから、文化享有権により保
障される、③アイヌ集団の河川での漁業権は、河川の公法的支配管理
が行われるようになった明治より以前に慣習的に成立していたから、
河川の公法的支配管理を理由に本件漁業権を否定することはできない
ことを挙げる。

この点、アイヌの人々は、独自の文化を持ち、自律的な集団として我
が国の統治が及ぶ前から北海道等に居住していた先住民族であり、遅く
とも江戸時代以降、さけが遡上する川筋にあったコタン（集落）におい
てさけ漁を行っており、アイヌの人々にとってさけは重要な生活上の食
糧資源であるとともに、干したさけは交易品としても利用され、対外的
な収益の源でもあった。そのため、アイヌの人々は、さけを「シペ」

（本当の食べ物）と呼び、さけは神により人間の世界に送り込まれる魚
とされ、その年に最初に獲れたさけを歓待する宗教的儀礼であるアシリ
チェプノミを行うなど、アイヌ文化においてもさけは特別な地位を有し
ていた（原審認定事実、甲77、106、125、130、証人A、証
人B、控訴人代表者）。

上記のようなアイヌの人々とさけとの関係とその歴史のとおり、さけ
の採捕は、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

のであるといえる。そして、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であり、これに加え、自由権規約 27 条は少数民族に属する者が自己の文化を享有する権利を否定されない旨を定めていることを考慮すると、原判決が説示するとおり、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（文化享有権）を有すると認められる。

しかしながら、本件漁業権は、特定の河川のうち一定の範囲において特定の集団が排他的にさけ漁を営む権利であり、アイヌの生活、文化、伝統等に関する精神的側面を有するものの、財産権としての側面が強いといえることができる。憲法 29 条 2 項は「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」と規定しており、財産権は立法府が社会全体の利益を図るために加える規制による制約を受ける。この点、河川におけるさけの捕獲について検討すると、公共用物である河川は国や地方公共団体の公法的支配管理に服し、特定の人や集団による排他的な支配は一般には許されず、排他的に漁業を営むことも同様と解される。国は行政行為（免許）によって一定の水面において特定の漁業につき一定の期間排他的に漁業を営む権利の設定が可能であるが、その設定に当たっては水産資源の持続的な利用の確保等について考慮する必要があり、上記権利の設定は立法政策の問題である。また、さけは海から河川に遡上し、その河川において産卵生育をする溯河魚であり、水産資源であることに鑑みれば、その保護培養を図る必要がある。これらを踏まえると、特定の人や集団が固有の財産権として河川において排他的にさけ漁を営む権利を有すると認めることは相当といえない。

以上によれば、本件漁業権が憲法 13 条による文化享有権の一環として保障されるものと認めることはできない。

（イ）その上で、上記のとおり、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、アイヌの人々が文化
享有権を有することに照らすと、立法政策上もアイヌの人々によるさ
けの採捕は最大限尊重されるべきものである。そして、水産資源保護
法 28 条は、内水面においてさけを採捕してはならないが、その例外
5 として都道府県知事等の許可を受けて採捕する場合を定めるとともに、
アイヌ施策推進法 17 条は、都道府県知事等は認定アイヌ施策推進地
域計画に記載された内水面さけ採捕事業（同法 10 条 5 項）が円滑に
実施されるよう適切な配慮をするものと定めている。これらの規定は、
河川に遡上したさけが採卵前に採捕され次世代の再生産が絶えること
10 によるさけ資源の枯渇を防ぎ、さけ資源を確保するという要請とアイ
ヌの人々が文化享有権を有することを踏まえたさけ採捕の尊重という
要請に配慮したものであり、合理性を有するといえる。そうすると、
水産資源保護法 28 条は、アイヌの人々の有する文化享有権を不当に
制約するものとは認められない。

15 (ウ) これに対し、控訴人は、上記①ないし③のとおり、本件漁業権が文
化享有権に含まれる（文化享有権の一環として保障される）と主張す
る。

①については、文化享有権が憲法 13 条により保障されるとしても、
本件漁業権が財産権としての側面があることに照らすと、本件漁業権が
20 文化享有権の一環として保障されると解することができないことは上記
説示のとおりであって、このことは控訴人が主張する先住民族宣言の規
定によっても左右されない。これに付加すると、先住民族宣言における
先住民族の「資源に対する権利」の内容は一義的に明らかでないことから、
先住民族宣言に基づく主張であるとしても、本件漁業権が排他的権
25 利ではないということとはできない。また、公共用物である河川において
漁業権を有するということは、排他的に漁業を営むことが認められるこ

とを意味するにほかならないといえる。したがって、控訴人が主張する本件漁業権は、特定の河川の一定の範囲においてさけを捕獲する漁業を排他的に営む権利であると解さざるを得ない。そうすると、本件漁業権（又は本件漁業）が固有の権利であり、排他的権利でないことを理由に、文化享有権の一環として保障されると認めることはできない。

②については、文化享有権の対象となる文化には資源使用に結び付いた生活様式としての先住民族の漁業が含まれ、アイヌの人々が生業としてさけ漁を行っていたことを考慮しても、特定の河川の一定の範囲において排他的にさけを捕獲することを内容とする本件漁業権は、財産権としての側面があることから、文化享有権の一環として保障されないことは上記説示のとおりである。

③については、アイヌの人々は我が国の統治が及ぶ前から北海道等に居住し、遅くとも江戸時代頃以降、コタンにおいてさけ漁が行われていたが、明治後半までに政策的考慮から北海道全域においてさけの捕獲が禁止されたことが認められる（原審認定事実、乙15）。しかし、このような歴史的経緯を踏まえても、本件漁業権の財産権としての側面に照らすと、本件漁業権が文化享有権の一環として保障されていると解することはできない。

以上によれば、本件漁業権が憲法上の文化享有権の一環として保障されていると認めることはできない。

なお、アイヌ施策推進法17条を受けた水産資源保護法28条ただし書及び本件規則52条による特別採捕制度の運用は、アイヌ施策推進法1条がアイヌの人々が民族としての誇りを持って生活することができ、その誇りが尊重される社会の実現を図る旨、同法2条1項がアイヌ文化とはアイヌにおいて承継されてきた生活様式等の文化的所産をいう旨、同法3条が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、アイヌの人々が民族としての誇りを持って生活することができるよう行う旨規定していることを踏まえ、憲法 13 条による文化享有権の保障に配慮し、アイヌの人々の民族としての誇りの尊重、生活様式等を含むアイヌ文化の承継とその普及啓発という観点を十分に踏まえたものであることが求められるというべきである。

5

イ 本件漁業権が条約等により保障されるかについて

(ア) 自由権規約 1 条及び 27 条

自由権規約 1 条 1 項は、「すべての人民は、自決の権利を有する。この権利に基づき、すべての人民は、その政治的地位を自由に決定し並びにその経済的、社会的及び文化的発展を自由に追求する。」と定め、同条 2 項は、「すべての人民は、互惠の原則に基づく国際的経済協力から生ずる義務及び国際法上の義務に違反しない限り、自己のためにその天然の富及び資源を自由に処分することができる。人民は、いかなる場合にも、その生存のための手段を奪われることはない。」と定める。また、自由権規約 27 条は、「種族的、宗教的又は言語的少数民族が存在する国において、当該少数民族に属する者は、その集団の他の構成員とともに自己の文化を享有し、自己の宗教を信仰しかつ実践し又は自己の言語を使用する権利を否定されない。」と定める（前提事実）。しかしながら、自由権規約 1 条は人民の自決権等、同 27 条は少数民族が自己の文化を享有する権利等について定めたものであり、これらの規定が控訴人に本件漁業権という具体的な権利を付与する旨を定めたものとは解されない。また、本件漁業権のような財産権の行使の可否、範囲、条件等については、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ことは原判決を引用して説示したとおりであり、これを考慮すると、自由権規約 1 条及び 27 条により、直接、本件漁業権が保障されると解することはで

10

15

20

25

きない。

(イ) 人種差別撤廃条約

人種差別撤廃条約 1 条 1 項は、「この条約において、「人種差別」とは、人種、皮膚の色、世系又は民族的若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、文化的その他あらゆる公的生活の分野における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。」と定める。そして、同条約 5 条は、「第 2 条に定める基本的義務に従い、締約国は、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) 他の市民的権利、特に、」「(v) 単独で及び他の者と共同して財産を所有する権利」を掲げている（前提事実）。しかし、人種差別撤廃条約 1 条 1 項は、同条約における「人種差別」を定義し、同条約 5 条は、締約国が人種差別を禁止すること等を約束する旨を定めるものであり、これらの規定が控訴人に本件漁業権という具体的な権利を付与する旨を定めたものとは解されない。また、上記のとおり、本件漁業権のような財産権の行使の可否、範囲、条件等については、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。これらを考慮すると、人種差別撤廃条約 1 条 1 項、5 条により、直接、本件漁業権が保障されるとは解されない。

(ウ) 社会権規約 1 5 条 1 項 (a)

社会権規約 1 5 条 1 項は、「この規約の締結国は、すべての者に次の権利を認める。」とし、「(a) 文化的な生活に参加する権利」を掲げている。そして、国際連合の機関である社会権規約委員会により 2 0 0

9 年（平成 21 年）にされた一般的意見 21 は、同条について、文化的な生活に参加する権利には、先住民が「伝統的に所有、支配し、又はその他の方法で利用・獲得してきた土地、領地及び資源に対する権利もこれに含まれる」こと、「先住民の特異な生活様式（彼らの生活手段を含む。）の衰退、先住民の天然資源の喪失、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、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」ないことを指摘している（前提事実、原審認定事実）。しかし、社会権規約 15 条 1 項は、締約国が当該権利の実現に向けた積極的政策を推進すべき政治的責任を負うことを定めたものであって、個人に対し即時に具体的権利を付与すべきことを定めたものではない（最高裁判所昭和 60 年（行ツ）第 92 号平成元年 3 月 2 日第一小法廷判決・集民 156 号 271 頁参照）。また、上記のとおり、本件漁業権のような財産権の行使の可否、範囲、条件等については、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。これらを考慮すると、社会権規約 15 条 1 項により、直接、本件漁業権が保障されるとは解されない。

（エ） 先住民族宣言

先住民族宣言は、「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し、若しくは使用してきた土地、領域、水域、沿岸海域及びその他の資源との独自の精神的関係を維持し、及び強化する権利並びにこの点について将来の世代に対する自己の責任を果たす権利を有する。」（25 条）、「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。」（26 条 1 項）などと定める（前提事実）。

平成 21 年 7 月に取りまとめられたアイヌ政策のあり方に関する有識

者懇談会の報告書においても先住民族宣言は、先住民族と国家にとって貴重な成果であり、法的拘束力はないものの、先住民族に係る政策のあり方の一般的な国際指針としての意義は大きく、十分に尊重されなければならないとされており（乙１５）、アイヌ施策推進法等の解釈において先住民族宣言の内容は十分に尊重されるべきものであると解される。

しかしながら、先住民族宣言には法的拘束力はない。また、上記のとおり、本件漁業権のような財産権の行使の可否、範囲、条件等については、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。これらを考慮すると、先住民族宣言により、直接、本件漁業権が保障されるとは解されない。

ウ 本件漁業権が憲法により保障されるかについて

上記のとおり、憲法１３条により保障される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である。また、アシリチェプノミ等のさけの採捕に係る宗教的意義を持つ儀式は憲法２０条により尊重されるべきものであると解される。しかし、本件漁業権が文化享有権の一環として保障される権利であるということができないことは上記アのとおりである。また、憲法２０条は、信教の自由等について定めるものであって、同規定が控訴人に対し本件漁業権を付与する旨を定めるものと解することはできない。

本件漁業権が財産権として憲法２９条により保障されるものと解することができないことは原判決を引用して説示したとおりである。

法の下の平等等について定める憲法１４条及び生存権等について定める憲法２５条についても、これらの規定が控訴人に対し本件漁業権を付与する旨を定めるものと解することはできない。本件漁業について重要な法的利益と解したところで、上記のとおり水産資源保護法２８条が各種調整を趣旨としている旨に鑑み、またさけの採捕が一律に禁止されていることに

照らすと、同条が憲法 14 条に違反すると認められるものではない。

エ 本件漁業権が慣習法により保障されるかについて

通則法 3 条は、公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するもの限り、法律と同一の効力を有すると定める。

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ない。また、水産資源保護法 28 条は、漁業の免許を受けた者、漁業法 119 条 1 項又は 2 項及び水産資源保護法 4 条 1 項の規定に基づく農林水産省令又は規則により農林水産大臣又は都道府県知事の許可を受けた者が、当該免許又は許可に基づいて採捕する場合を除き、内水面においてさけを採捕してはならないと定めており、河川においてさけを捕獲する権利である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。したがって、本件漁業権が通則法 3 条により慣習として保障されると認めることはできない。

これに対し、控訴人は、水産資源保護法 28 条が、条約等及び憲法により保障される本件漁業権を不当に制限するものであり、違法無効であるから、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当たると主張する。しかし、上記アないしウのとおり控訴人が主張する条約等及び憲法の各規定は控訴人に対し本件漁業権を付与する旨の規定とは解されないから、水産資源保護法 28 条が控訴人の本件漁業権を不当に制限し、違法無効であるということとはできない。

また、控訴人は、伝統的に河川で遡上するさけの漁をしてきたアイヌの人々に対し河川でのさけ捕獲を禁止する水産資源保護法 28 条は、アイヌの人々の民族としての文化を享有するという、個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益の享受における差別に当たり、憲法 14 条及び人種差別撤廃条約 1 条 1 項の平等原則に反し違法無効であるとも主張する。しか

し、水産資源保護法 28 条は、アイヌの人々であるか否かを問わず、免許又は許可のない限り、一律に内水面におけるさけの採捕を禁止するものであり、アイヌの人々とそれ以外の人を区別する取扱いをしていないから、憲法 14 条及び人種差別撤廃条約 1 条 1 項の平等原則に反するとはいえない。控訴人は、アイヌの人々は伝統的に河川でさけ捕獲をしてきたのであるから、河川でのさけ捕獲を禁止するか否かに関し、アイヌの人々とそれ以外の人々を区別して扱うことが法の下での平等の要請であると主張するものとも解される。しかし、そのような歴史的経緯を踏まえて、アイヌの人々による河川でのさけ採捕に関し、どのような取扱いをするかは立法政策の問題であり、現行法上は、アイヌ施策推進法 17 条を受けた水産資源保護法 28 条ただし書及び本件規則 52 条等により、内水面における伝統的な儀式若しくは漁法の伝承及び保存並びにこれ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おり、これが合理性を有するといえることは上記のとおりである。

したがって、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 項の平等原則に反し、違法無効である旨の控訴人の主張を採用することはできない。

オ 本件漁業権が条理により保障されるかについて

条理とは、法令に具体的な定めはないが、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。上記エのとおり、本件漁業は現行法上禁止されており、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は当たらないから、条理によって本件漁業権が認められるということとはできない。

(2) 本件無効確認の訴えについて

控訴人は、本件無効確認の訴えは、本件漁業権の存在が認められない場合

でも、水産資源保護法 28 条が控訴人の重要な保護法益に対する差別を構成する場合には認容される訴えであるから、本件無効確認の訴えより、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うこととはできないと主張する。

5 しかし、本件無効確認の訴えは、「水産資源保護法 28 条が控訴人の別紙漁業権目録記載の漁業に関する限り無効であることを確認する。」ことを求める訴えであり、控訴人が本件漁業権を有することを前提として、これを制限する水産資源保護法 28 条が違憲・違法であり、無効であることの確認を求める訴えであると解するほかない。そうすると、控訴人と被控訴人らとの
10 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、本件無効確認の訴えよりもより適切な訴えであるということが出来るから、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り、このことは本件漁業権確認の訴えに係る請求が棄却される場合でも同様であると解される。

15 また、本件無効確認の訴えが、控訴人が本件漁業権を有することを前提とするものでないとすれば、本件無効確認の訴えは、その請求の趣旨に照らし、一般的・抽象的に水産資源保護法 28 条が違憲・違法であることの確認を求める訴えであり、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であるとはいえないから、裁判所法 3 条 1 項にいう「法律上の争訟」
20 に該当せず、不適法である。

 以上によれば、本件無効確認の訴えは不適法であり、却下すべきである。

3 本件違法確認の訴えの争点に対する判断

 まず、本件違法確認の訴えの適法性について判断する。

 本件違法確認の訴えは、「被控訴人らが、控訴人に別紙漁業権目録記載の漁
25 業をさせないことは違法であることを確認する。」というものであり、控訴人が本件漁業権を有することを前提として、水産資源保護法 28 条が控訴人に対

し本件漁業を制限していることは違法であることの確認を求める訴えであると解するほかない。そうすると、控訴人と被控訴人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、本件違法確認の訴えよりもより適切な訴えであるといえることができるから、本件違法確認の訴えは確認の利益を欠き不適法である。

仮に、本件違法確認の訴えが、本件漁業権の存在を前提とするものではないとしても、控訴人が本件漁業をすることができないのは、水産資源保護法 28 条が内水面におけるさけの採捕を原則として禁止しているからであって、本件違法確認の訴えは、実質的には一般的・抽象的に水産資源保護法 28 条が違憲・違法であることの確認を求める本件無効確認の訴えと同旨の訴えであると解される。したがって、本件違法確認の訴えは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であるとはいえないから、裁判所法 3 条 1 項にいう「法律上の争訟」に該当せず、不適法である。

なお、憲法上の文化享有権に照らしたとしても、水産資源保護法 28 条が違憲・無効であるといえないことは上記説示のとおりである。

第 4 結論

よって、原判決は相当であり、本件控訴はいずれも理由がないからこれを棄却することとし、控訴人が当審において追加した被控訴人らが控訴人に別紙漁業権目録記載の漁業をさせないことが違法であることの確認を求める訴えは不適法であるからこれを却下することとして、主文のとおり判決する。

札幌高等裁判所第 3 民事部

裁判官

宮 崎 雅 子

裁判官

山 原 佳 奈

裁判長裁判官齋藤清文はてん補のため署名押印できない。

裁判官

宮 崎 雅 子

別紙 漁業権目録

1 対象魚類 シロザケ (*Oncorhynchus keta*)

2 場所 浦幌十勝川河口から4キロメートルまで（浦幌川合流地点）

添付地図参照

5 3 漁法 刺し網漁

以 上