

二風谷ダム判決から 20 年

弁護士 田 中 宏

1 田中宏です。二風谷ダム判決から 20 年経ちました。20 年も前の裁判例にどれ程の意義があるのか。また、この判決にはいろいろなところで評釈や解説がなされております（※注 1）。したがって、今更僕があれこれ説明する必要はないのですが、判決までの苦労や裏話を交えて話をしたいと思います。皆さんの学習へのモチベーションを高める一助となれば幸いだと思います。よろしくお付き合い下さい。

平成 9（1997）年は、私にとって、弁護士人生を左右する大変エポックメイキングな出来事が二つありました。

一つはこの二風谷ダム判決に関わったことです。もう一つは、その年の 1 月 17 日に北海道拓殖銀行が破綻しました。その子会社でたくぎん抵当証券株というノンバンクがありました。拓銀の破綻で、血液が止まつたのですから、たくぎん抵当証券も同時に行き詰まり破綻したのです。翌 18 日に、裁判所から呼び出しを受け、破産管財人の打診がありました。裁判長は、管財補助者や事務職員は、自由に選任してよいし、空前の規模なので、経費はいくらかかってもよい、但し、何年間は無給で我慢してもらいたいというのです。普通なら、冗談でないとなるところですが、裁判所も困っていたことが手に取るように分りました。男氣で引き受けました。5 人の弁護士でチームを組み、管財事務所を札幌、東京に開設しました。事務職員は、各々 10 名ずつ雇用し、回収業務に当らせました。ノンバンクですから企業にお金を貸している訳ですが、この貸出金額が約 3300 億円（貸出先が約 300 件、1 件平均 10 億円）という途方もないスケールでした。しかし、大半は、不良債権化しておりました。その不良債権を回収するのですから、大変でした。また、抵当証券会社は、貸し出した金を被担保債権として借主所有の不動産に抵当権を設定し、抵当証券を発行します。その抵当証券を細分化して顧客に売却し、再度金融を行うという仕組みです。抵当権の価値は、不動産鑑定士の鑑定に裏付けられている筈でしたが、バブル崩壊で不動産の価値は二束三文になっていました。抵当証券の購入者は、破産会社の債権者です。それが 6800 名もあり、破産処理しかなかったのです。債権回収は、あらゆる法的な英知を駆使して行わなければなりません。スキルが試されたのです。民商法の実体法は勿論のこと、破産法・強制執行法などに精通していなければなりません。不良債権化している債務者を相手に、あの手この手で回収を図らなければならぬのです。刑事告訴した件もありました。旧経営陣に対

する責任追求も行いました。5年間かかりました。回収した金額が480億円、配当金450億円（約15%）という、これまた途方もないスケールでした。まさに空前絶後の破産処理でした。皆さんも、債権回収という分野も勉強されることを期待しております。

さて、もうひとつのエポックが二風谷ダム裁判の判決です。今日の講演のゴールはどこにあるか。僕は黒板に *serendipity* と書きました。*serendipity* とは何か。辞書を引きますと、掘出し物を見つける才能とか掘出上手となっていますが、自然科学の世界では、発明発見の際のひらめきと言われています。例えば、ノーベル化学賞をいただいた鈴木章先生のカップリング、あの発見は、いろんなことをやっている中で偶然見つける訳ですね。新しい発見が予定通り進むことなんてないです。失敗して失敗していく中で、ひらめいて偶然発見する、そういう能力のことを *serendipity* と呼んでいます。LED の中村修二さんもそうです。多くの場合は、見逃すのですが、何かひらめいて発見することがあるのです。そのひらめきが *serendipity* です。*serendipity* は自然科学の研究者だけではなくて、全ての研究者にも求められます。社会科学の分野でも論文を書く時、いくつものひらめきを、整合性をもって構成していく。歴史に残る名著は、何故読み続けられているのか、まさに「ひらめき」が凄いからです。小説や詩の世界もひらめきの世界かも知れません。その意味では、*serendipity* は、創造的な仕事をする人に共通に求められる資質なのかも知れません。実は *serendipity* は、法律家、とりわけ弁護士にも要求されるのです。ある判例を読んでいるとき、今抱えている事件にその判例を適用できないかとひらめくことがあります。偶然読んでいたものを現実の事件に適用できることをひらめく。また、法の解釈だけでなく、法の適用でもひらめきが必要です。二風谷事件では①アイヌ民族を先住民族と認めていましたが、これは当初からの獲得目標ではなく、裁判の途中で考えついたことです。当時国連の先住民族権利部会で、先住民族の定義作業が行われており、これを使えるのではないかとひらめいたのです。特に、日本政府は勿論のこと、日本の全ての国家機関がアイヌを先住民族と認めていないことも分りました。そこで先住民族の政策を研究し、裁判では、先住民族性の認知が主眼になりました。これに気付かなければ、あの裁判は、あれほど社会の耳目を集めることはなかったでしょう。②また、国際人権法の活用が評価されていますが、これは、一冊の本「法廷に活かそう国際人権法」（明石書房）と出会ったことがきっかけです。読み込んでいくと、使えるとひらめいたのです。これによって弁論に厚みが出ました。③受任当初、審査請求か取消訴訟かどちらを選択するか悩みました。審査請求を選択したのは、確信があつたものではありません。審査請求は、手間がかかって大変という側面はありますが、アイヌ民族が国に異議申し立てをしていることを世の中の人に知らしめる機会が多くなる。一方取消訴訟では、簡単に蹴られる恐れもあった。先住民族に対する国際的潮流もそんなに強いものではなかった。そこで審査請

求を選択したのですが、これが当りました。これもひらめきの一つかと思っています。このように二風谷ダム裁判は、いくつかのひらめきと偶然によって勝ち取られたものです。そのひらめきが *serendipity* なのです。今思い起こしてみると、偶然が偶然を呼んで、そしてうまく時流に乗り、よい結果に結びついた、と思います。その偶然を引き出すのは *serendipity* だったと思うのです。

2 裏話の一つとして受任の経緯について述べます。ダムを建設すると土地が水没します。土地の地権者に二人のアイヌの方がおられたのです。萱野茂さん（※注2）と貝澤正さん（※注3）です。萱野さんは、かねてより存じており、交流もありました。萱野さんは、依頼のため私の事務所を訪ねてきたときに、アイヌ民族として反対してくれと言われたのです。アイヌ民族として反対してくれと聞いたとき、絶句するしかありませんでした。弁護士は、事件を受任するとき、まず要件事実を考えます。本件の場合の要件事実は何か。土地収用法20条で事業認定の要件を定めています。「事業計画が土地の適正かつ合理的な利用に寄与するものであること」と。事業認定と収用裁判決がこの要件を満たしているかどうかなのです。依頼に来られた時は、土地収用法の要件なんかは全然関係なくて、アイヌ民族として反対してくれと。困惑したのは当然です。それから、もう一人の依頼者貝澤正さんとは、面識がありませんでした。初めて貝澤さんにお会いしたのです。貝澤正さんに至っては、80年分の年貢を払うように求めてもらいたいと。つまりですね、アイヌは北海道を和人に貸した覚えもなければ、条約を結んだわけではない。にも関わらず、一方的に國のものとして召し上げられてしまった。アイヌの土地が国有地になってしまって、アイヌが窮屈化してしまった。その過程を考えると、80年分の年貢を払ってほしい。そして、虐げられたアイヌ民族の復権を訴えてもらいたい。そういう依頼の趣旨だった訳です。増え困惑しました。

お二人の話を聞いて、僕はお二人の気持ちは分るが、お二人の希望を裁判で実現するのはとても無理だと思いました。皆さんは法律家の卵として要件事実論を勉強していると思います。要件事実に該当する事実をどうやって抽出して、その法律効果をどう主張するか、そういうトレーニングをしている訳でしょう。そうすると、まず事業認定が土地の適正且つ合理的な利用に寄与することを否定できなければなりません。そのうえ、処分が行政庁（事業認定の場合は建設大臣、収用裁決の場合は収用委員会）に与えられた裁量権の範囲を超えたものであることを立証しなければなりません。違法の疑いがあるとか、多少のダークではだめなのです。ですから、行政訴訟は、二重三重に大変なのです。

当然僕らは困惑しました。既に事業認定が行われていて、そして収用裁決もあった。それから依頼に来られたのですから。判決（※注4）を御覧ください。まず表題に＜事業認定の違法性は収用裁決取消訴訟における取消事由

となるか>とあります。これは事業認定と収用裁決の連結性を言っている訳です。お二人が僕のところに来られたのは収用裁決が出てからのことです。僕は、これは何とも、如何ともしがたいなあ、困ったなあと思うのは当然です。検討させて下さいと言うことでお引き取り頂きました。それで次の日から、何人かの弁護士に、今こういう事件が来そうなんだけど一緒にやってくれないかということで弁護団を結成しました。そうしたところ13人の弁護士が集まりました。13人で処分（事業認定も収用裁決も行政処分です）の取消理由を考えたのですが、なかなか難しいという印象でした。1989年3月のことです。ただ、ダム建設の一番の目的に苦小牧東部工業基地（以下苦東といいます）への工業用水の供給がありました。一日25万トンの工業用水を苦東へ送る、ところが収用裁決の時には苦東は破綻していました。苦東に進出する企業（工場）はなかったのです。ダムから苦東まで水を送るためには、導水路が必要です。しかし、その導水路建設の目途も立っていないのです。何故かというと、水を使う需要がないからです。皆さんもこれはやれるなって思うでしょ。最大の事業目的が無くなつたのです。ダムを造る必要がない。これなら行けるかなと思ったのです。ところが日本の公共事業は、目的がなくなつても続けられるのです。ダムのためのダムなのです。国は、二風谷ダムは多目的ダムであり、最大の事業目的がなくなつても色々な事業目的をくつ付けて建設の正当化を図つたのです。その一つが洪水調節です。洪水の「調節」とは、オカシイと思いませんか。ダムを造れば、一定の貯水効果があるので、洪水の調節効果があるのは当たり前ではないですか。2003年の台風10号で358mm/日の雨が降り、二風谷ダムが決壊しそうになつたことがありました。貯水量が危険水位を超えたのです。ダムを護るため、一秒間に5500m³もの放流をしたのです。その結果、下流の富川町で洪水が発生したのです。ダムを護るために洪水が発生したのです。パラドックス以外の何物でもありません。どこに洪水の調節がありますか。僕は、その水害訴訟を担当しました。請求原因は、国賠法1条です。水害訴訟は、多くの場合、国賠法2条の「道路、河川その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵」があったことを請求原因としています。洪水が起こっているですから、どこかに瑕疵があったのでしょうか。しかし、大東水害訴訟の最高裁判決（※注5）以来、住民側の連戦連敗です（ただし1974年の多摩川水害訴訟が唯一の例外です（※注6））。まさに水害訴訟冬の時代です。その中で、唯一勝訴したのが、僕らが担当した富川の水害訴訟なのです（※注7）。これは2条でいったら負けるから、1条の「公権力の行使」を請求原因としたのです。つまり樋門操作員が適切に樋門の操作を行わなかつた（これは、公権力の行使です）ということで、それで勝てたのです。これもserendipityかも知れません。

何度も言いますが、国は、「洪水の防止」とは絶対言わないので。洪水が起きても、10の被害があれば、8くらいで止まるとか、7くらいになると

か、それが洪水の調節だって。これはインチキですね。また、何番目かの建設目的はダムでの発電です。最大発電量は、3000キロワット。この北大で使っている電力はいったい何万キロワットくらいなのか。3000キロワットなんて、もう付け足しのような目的をつけて、それが、多目的ダムだというのです。とても「適正かつ合理的な土地の利用に寄与する」とは言えないとして、取消の理由としました。お二人の依頼の趣旨から大分離れてしまいました。ただ、お二人と話をしていくうちに、徐々に、当方の主張をお分かり頂くようになりました。また、徐々に、方向性が出てきました。先住民族についての国際的な流れに適合することができました。当時、国連では、先住民族の権利宣言のため、先住民族とは何かという定義のための作業部会を毎年開いていました。その時に萱野さんを含めたアイヌの人たちもNGOとして参加されておりましたし、証人になって頂いた小樽商大の相内俊一教授も参加されておりました。そして弁護団も徐々に先住民族の権利性っていうものの理解が深まるようになった。折から1990年、国連で、<先住民族年>が始まった。収用裁決があったのは、ちょうどその前年だったのです。そうすると、新聞等で、先住民族という言葉が使われるようになったのです。1986年中曾根康弘元首相が「日本人は单一民族だ」と発言していました。国連には、自由権規約人権委員会（以下「人権委員会」といいます）が設置され、締約国がどの程度人権規約を実現しているかの審査を行っています。日本は、人権規約（B規約）を1983年に条約として批准しています。したがって、政府は、人権委員会に報告義務があります。政府は、1980年、人権委員会に先住民族はおろか少数民族もいないと報告をしていたのです（その後1991年の報告では、「アイヌ民族は、本条にいう少数民族であるとして差支えない」と変化しています）。これが突破口だと思いました。国は、裁判でアイヌが先住民族であっても、事業認定には影響しないと主張していました。「アイヌ民族は先住民族かどうか」の求釈明にも答えませんでした。国は、我々の先住民族論争に引き込まれたのです。そして、二風谷ダム判決は日本の国家機関の中で、初めて先住民族の承認を勝ち取ったのです。本当にすごいことだと思います。

3 それともうひとつ、serendipityの自慢になってしまいますが、僕らは、当初からアイヌ文化を前面に出したことです。二風谷は沙流川の中流に位置していますけれども、沙流川はシリムカといって、アイヌにとって聖なる川なのです。どうしてかというと、アイヌの神様オキクルミが、シンタという乗り物に乗って下りてきたという神話があるところなのです。天孫降臨の神話にも匹敵します。その沙流川にダムを造る。しかもよりによって二風谷に造る。当然アイヌ文化に影響する。チノミシリ（私・祈る・場所）と言って神聖なスポットもある。それで、この聖地という事を、何か使えないかな、と考えたのです。そもそも、文化とは何か。我々は、日常生活を送るに当って、社会的なルールや慣習の中で生きています。朝起きてから寝るまでの一

日、そして正月から大みそかまで一年間、人が死んだとき、子どもが生まれたとき、結婚するとき、その時々のルールや慣習とか習俗がある訳です。人は、そういう習俗の中で生きている、そういうものの総体が文化だと思います。そうすると、ダムを造ることによって、必ずアイヌの文化に影響が出るだろうと思ったのです。国は、チノミシリにクレーンを建ててチノミシリに土足で立ち入った。これを批判したところ、大きな共鳴を呼びました。それがすごく大きかった。チプサンケという舟祭りも出来なくなる。水没する三つのチャシ（砦とか交易所といわれています。※注8）は破壊されてしまった。ダム建設によって、アイヌ文化に影響が出る筈だ。あまり深く考えたことではありませんが、これも serendipity だったと思います。

判決では、比較衡量論の中で、最も重視すべきアイヌ文化への影響の調査研究を怠った。行うべき調査を行わないまま、安易に事業認定をしたことが、濫用だとされたのです。ダムが出来ることによってアイヌ文化、特に二風谷アイヌの生き様にどんな影響が出るのか。萱野さんは、鮭をアイヌに返せと言っていました。鮭を返せっていうのは、アイヌに鮭の捕獲権を認めろという意味です。鮭は、川を上ってきて産卵します。上ってくる筈だけれど、実は、一番川下の富川漁協が、鮭の漁業権を持っている。そして、ウライという柵を設けて鮭を一網打尽に捕獲する。ウライを外さない限り、アイヌが鮭を捕獲する余地がなかったのです。アイヌにとって、鮭は米と同じように主食で、主食のことを<シェペ>というのです。萱野さんが社会党から参議院選挙に出たときも、「シェペ」というタイトルの冊子を出しておられました。だからアイヌにとっての鮭というのはほかの魚とは別の意味を持っているということなのです。審査請求の中で、北大の吉崎昌一先生に「沙流川に依存するアイヌ文化」と題するレクチャーをしていただきました（※注9）。弁護団で、ダムの建設により鮭が上がってこれなくなったらどうなるのだと、いろんな話をしているうちに、鮭の重要性に弁護団が気付いていくんですね。レジュメの①の3番目の、<文化は金で補償できない>とあります。憲法29条は、私有財産は公共のために正当な補償の下で用いることができる定めています。では、文化というものを、お金で量りにかけることができるのか。文化という定性的なものをお金という定量的なもので測定できるのか。定性的なものを定量的に測定して正当な補償と言えるのか。おかしいのではないかと考えたのです（※注10）。そこから、鮭とアイヌ文化の問題が始まつたということです。アイヌ文化というものを、僕らは前面に出したのは、そんな経過でした。

- 4 先住民族の定義については、判決の87頁を御覧下さい。87頁の2段目ですね。<証拠によると>とあります。判例タイムスにしても判例時報にしても、証拠の内訳は（略）となって具体的な証拠や証人の記載はありません。裁判所は、どんな証拠からどんな事実を認定したのか、そのプロセスが大事なのに、全て省略されています。判例研究の限界です。どこかで改善しなけ

れば、裁判の実相にたどり着けません。それはそれとして、僕らは、国連の先住民族の権利宣言作業部会で議論されているものをどんどん証拠として出していました。文中の証人の相内というのは、先程述べた小樽商大の相内俊一教授です。判決は、結論として先住民族とは、<歴史的に国家の統治が及ぶ前に、その統治に取り込まれた地域に国家の支持母体である少数民族と異なる文化とアイデンティティを持つ少数民族が居住していて、その後、少数民族の支配を受けながらなお従前と連續性のある独自の文化及びアイデンティティを創出している社会の集団である>と言っています。これは、国連の先住民族の権利に関する作業部会でずっと議論してきて、先住民族を定義したのと同じ内容です。その意味では、判決は、最先端の議論をフォローしていましたことになります。判決は、先住民族の五つの要件を示している。

①一つは先住性です。先住民族とはと言うのだから先住していることが当然の要件なのです。

②二つ目は、歴史的連續性があること。

③三つ目は文化的独自性があること。

④四つ目は非支配性だと。つまり後から来た人が支配者になっていくこと。

⑤そして最後に、アイデンティティを喪失していないこと。

この五つが、先住民族の要件だと言っているのです。①②⑤については、歴史学者の田端宏教授（北海道教育大学岩見沢校）、②③⑤については、大塚和義教授（国立民族学博物館）に証言をお願いしました。判決は、①～⑤の要件について文献や証人の証言を検討して、次の88頁の2段目、(3)で、<以上認定した事実を総合すれば、先住民族に該当すべきである>と言っているのです。

5 その後のアイヌ政策の展開

レジュメの6番、<その後のアイヌ政策の中で判決は生かされているのか>です。2007年、国連総会で<先住民族の権利宣言>が採択されました。この時の外務大臣は町村信孝さんでしたが、彼は、とんでもないことを言いました。まだ先住民族の定義が確定していないのでアイヌが先住民族かどうか分らないと（※注11）。僕は、それを聞いて、うそでしょと思いました。では、定義は確定していないというのは本当か。長い時間をかけたコーポの定義はどうなったのか。決議に参加した国々は、定義も知らずに投票したのか、そんなことがある筈がない。また日本政府は、国連総会で権利宣言に賛成したのは何故なのか。定義が分らないまま賛成したのか。国連総会で賛成しておいて、外務大臣は、アイヌが先住民族かどうかは分らないと。こんな二枚舌が通るのか。結局、町村さんは、何もわかつていなかったのです。北海道選出の国会議員でありながら、アイヌを、役人の言う通り、存在すら否定しようとしたのですから。

先住民族と認めることは、先住権と不可分に結びついています。先住民族と認めることは、先住権を保障しなければならないのです。本当は、町村さ

んもアイヌを先住民族だと思っていたと思います。判決の翌日、首相の橋本龍太郎氏が「アイヌが先住していたことは事実だ」と言ったのです。そうしたところ、翌日、梶山静六官房長官が、
「アイヌは先住民族であっても先住権は発生しない」と談話を発表したのです。要するに先住民族と認めることは、先住権につながるから、先住民族とは言えないとしてしらを切るしかないので。そうやって政府はしらを切って来たわけです。次にレジュメに、琉球民族（ウチナンチュ）は先住民族じゃないのかってことを書きました。

2014年国連の人種差別撤廃委員会は、日本政府に沖縄の人を先住民族と認めるようにと勧告したのです。そうしたところ政府は国連に対して抗議をしたのです。日本にはアイヌ民族以外先住民族はいないのだというのです。琉球新報など沖縄の地元の新聞は、「またか」「あきれた」と評していました。琉球をめぐる歴史認識に余りにも隔たりがあるとの論調を展開しておりました。確かに琉球王国というのは450年続いた。450年も続いた琉球王国があった。それが日本の支配に属していたと言えるのか。ペリーは、1854年、幕府と日米和親条約を結んだのち、琉球王国と琉米修好条約を結んでいます（日米修好条約は、1858年）。アメリカは、沖縄を日本とは異なる国際法上の主体と認めていたのです。アメリカばかりではありません。琉球王国は、フランス、オランダとも同様の修好条約を結んでおりました（※注12）。このように琉球王国は、島津藩が支配した訳じゃない。ただ琉球王国は、明と日本の島津藩の双方に、朝貢外交をやっていたのです。貢物を両方に出してはいた。だからと言って、沖縄を日本が支配していたということにはならないでしょう。一体沖縄は、いつ日本の主権が及ぶようになったのか。日本政府は、国会でもこの点について、明確な見解を示しておりません（※注13）。にもかかわらず、琉球民族を沖縄の先住民族ではないというのです。皆さんにこうした問題があることを、喚起するためここに書いたわけです。北海道のアイヌと沖縄のウチナンチュは、同じ構造なのです。

6 次は、判決のときに、北海道旧土人保護法（以下「旧土法」といいます）が生きていたことを指摘しておきたいと思います。旧土法は、1899（明治32）年アイヌの同化政策の一つとして制定されたものです。この法律によって下付された土地（給与地といいます）を売買したり、抵当権を設定するためには、北海道長官（戦後は道知事に読み替え）の許可が必要だったのです。本件の収用の対象となったのは、給与地でした。日本中どこを探しても、このような制限の付いた所有権はありません。民法206条を御覧下さい。自由に使用・収益・処分することが所有権の本質です。旧土法の立法趣旨は、アイヌが無学で文字を読めないため、長官が代って許可を与えるというもので、アイヌにとって屈辱的なものでした。法の下の平等にも反します。民族差別の典型的のようなものです。その法律が戦後50年間も廃止されないで存続していたのです。「立法の不作為（※注14）」というより、日本政府の、差別を存続させるというアイヌ政策が続いていたのです。二風谷ダム判決は

3月27日ですが、旧土法はその年の5月14日に、アイヌ文化振興法（これは、一歩前進だと評価することはできるのですが）の附則の中で廃止されています。アイヌ政策の「負の遺産」をこっそり、誰も知らないうちに附則の中で廃止したのです。この法律がずっと廃止されないで生きてきたこと自体が驚きなのですが、二風谷ダム判決は、この法律を廃止するきっかけになったと思います。また、その後のアイヌ政策の展開や2008年の国会決議や2020年開館予定の国立アイヌ民族博物館構想にしても、二風谷ダム判決は、考え方の基礎を提供してきたと思います。その意味で、政策形成訴訟でもありました。判決から20年を経て、一体どれだけアイヌ政策に進展があったのかを問われると、胸を張って誇れるほどのものはありません。現に国はアイヌを先住民族と認めたものの、アイヌの先住権を何一つ認めていないのです。マーボ判決のちのオーストラリアにおける先住民の権利回復過程とは、著しい違いです（※注15）

7 その次は、アイヌ民族の文化享有権という論点です。これも、正にserendipityなのです。僕らは、裁判になってからアイヌ民族が先住民族だと訴えていましたが、当初はB規約の27条に気づいていなかった。裁判の途中で気付いた。それは、日弁連が編集した一冊の本「法廷に生きよう国際人権法」がキッカケです。それを何気なくぱらぱらめくって見ると、少数民族の文化享有権というのが出てきたのです。何だこれは、と思いました。これは使えるのではないかと思って、B規約27条の主張を展開した訳です。で、僕らの主張の基本は、B規約の27条があるからと言ってそこからすぐにアイヌの文化享有権になるのではなく、それを憲法13条の解釈のバックグラウンドとして使った。要するに憲法13条をベースにして間接的に使った。判決の中の、85頁の下の段のところから、86頁の上の段、そこで(1)として、B規約との関係となっています。そして、3段目に、(2)で、憲法13条との関係、とこういうふうになっていて、B規約と13条の関係がこういうふうに整理されているので、後でお読みください。ただ、このB27条は少数民族なのであって先住民族ではないのです。そうすると、少数民族の方が先住民族より広い概念なので、そうであるならば先住民族はなおのこと文化享有権が必要なのだと訴えた訳です。僕らはここにたどり着いた時に、これだと思った。もう偶然、ダメ元でやってみようということでやった。そうしたところ裁判所はそれに見事に飛びついてくれたのです。一般的に裁判官は国際人権法に精通していないために適用を躊躇しがちであると言われるなか（※注16）で、よく踏み込んで判断してくれたと思います。憲法には少数者の権利を保障する規定が一つもない。B規約を使うことによって、少数者の権利を正面から掲げることができたのです。13条は個人の尊厳を謳っていますが、13条の外延は、ぼわーっとどこまでかが分りにくい。一方27条はクリアで、はっきりしている。27条の立てつけは、「権利を否定されない」となっていますが、国の積極的作為義務と解されている。そうすると、権利

の内容もはっきりしてくるとなった訳です。13条と27条をくつつけて解釈することを思いついたのです。これもまさに、serendipityで、うまくいったということです。しかも判決（87頁の一番上の段）は、<これを試みる国際連合はじめその他の国際社会の潮流とも合致するものと言える>、と評価しています。

8 もうひとつは、判決の表題の3つ目に、<アイヌ民族を先住民族と認定した上で国を企業者とするダム建設に関わる事業認定について、アイヌ民族の文化を不当に軽視ないし無視しているとしてこれを違法とした>とあります。ここが比較衡量の部分です。先程申しましたように、土地収用法上の要件、土地の適正で合理的な利用に寄与するかどうかはどっかに飛んじやって、ここを焦点として裁判所は判断しております。これもですね、実はserendipity。何故かというと、日光の太郎杉判決（※注17）がありますね。僕らはこの判決を知らなかつたのです。裁判をやっている途中で知つたの。あ、これ比較衡量論で比較はこういうふうにやるのだということがわかりました。村上裕章教授が、個別行政法（2013年～有斐閣）の中で、収用事業適確性判断における濫用審査の在り方として、二風谷ダム判決は日光太郎杉事件の判断枠組みを承継しているというふうに述べております（※注18）。日光太郎杉事件をベースに主張したのですから、そのとおりです。

また、曾和俊文教授は、判断過程への司法審査について「行政法総論を学ぶ」（有斐閣、201頁）の中に、判断過程審査について、ケーススタディの形で検討されています（※注19）。大変光栄なことです。この判断過程審査については、判決の一番最後のところ、比較衡量で、90頁の一番下の(4)、以上のところを総合すると、というところが、その部分です。時間がないのでどうか後でお読みください。

このように考えますと、アイヌ文化を前面に出すという思い付きも、まあよかつたかなと。それから日光太郎杉事件と判断過程審査、これも行政法の教科書に載るようにうまく使つたのかなと。そして国際人権法の活用につきましては、阿部浩己教授が、随分高く評価していただいております（※注20）。テキストブック国際人権法の37頁から38頁にかけて、この判決を評価して頂いておりまして、上から6行目、<この判決の持つ革新性は、正に国際人権法によりもたらされたと言えよう>、というように持ち上げられている訳です。これも、全く持ってserendipityの結果だったかなというふうに思つてゐるところです。ここまでが、この判決の光の部分です。

9 それから、光と陰のうち、陰とは言うまでもなく、事情判決をしたことです。この判決は、91頁の2段目の5で、<行政事件訴訟法の31条1項の適用>とあります。つまり請求を認容することは、公の利益に著しい障害があるから、請求は棄却するという部分です。要するに、収用裁決の違法が確定すればダムは撤去しなくちゃいけない。そして元に戻して土地を返さなければならぬ。それを避けるための手法が、事情判決だということです。

問題はいくつかありますて、一つは、国際人権法上の権利には、<公共の福利（公共の福祉と同義）に反しない限り>という制約はないのです。B規約には、そんな制約は一つもない。ところが、判決では、公共の利害ということを前面に持ってきてています。判決の86頁の、下から二段目、上から三段目です。<もっともB規約の27条の権利に基づくと言えども、無制限ではなく、憲法12条13条の、公共の福利により制限を受けることは、被告らの主張する通りであるが、前述したB規約27条の制定趣旨に照らせば、その制限は最小限度にとどめなければならない>、と言っているのです。これは、公共の福祉に反する場合には、27条に基づく権利でも、否定されますよと予告しているのです。その予告した結果が、91頁の、2段目の5です。えっそんなのありかい、っていうことですね。これは、国際人権法学者は、こぞってこの点については遺憾であると言っています。

次に、31条の適用は、原告が主張する訳がないし、本件では被告も主張していないのです。裁判所は、当事者が主張していないのに、31条を適用した。では、31条は、職権探知なのかという疑問があります。ここはあまり研究されていないところなのです。ですから、教科書にも事情判決の主張立証責任はどっちが負うのかということについて、殆ど記述がありません。あとで勉強しておいてください。要するに、この判決は原告にとっても、被告にとっても不意打ちだったのです。

三番目は、この事情判決が言う公共の利益（公共の福祉）とはなんだろうか。これは、その前の本文で散々、この比較検討を怠ったということで言つてきたアイヌ文化、アイヌ文化に対する影響というものが、どこへ行ったのか。要するに判決のいう「公共の福利」の内容は、チャシは破壊してしまった、ダムはすでに湛水して運用が始まっている、元に戻すには膨大な金がかかる、巨大な金をかけて完成させたのが無駄になるというものです。そして、<ダムで湛水しないと正常な流水を妨げるであろうことは容易に推認できるから、かえって洪水などの危険性が増すことになる>って。これこそ、比較衡量のところで否定してきた中身の筈です。それを、この程度の理由だけで事情判決とは。精緻に考察した筈のアイヌ文化への影響はどこへ行ったのか。ここが、僕が影の部分と指摘するところです。

最後に、本学の常本照樹教授は、事情判決があったから、安心して先住民族論に踏み込んだ破天荒な論理を展開できたと述べています（※注21）。裁判官の判断過程は、判決文からしか読むことができません。判決に出ていない推測は、控えたいと思います。

10 そこで、もう一度判決の77頁を御覧下さい。1は判決の主文そのものです。2で<訴訟費用のうち参加によって生じた分は、参加人の負担、その余は被告人の負担とする>と述べている。皆さんはまだ、請求を基礎づける事実と、それからその法律構成に关心があって、その勝ったか負けたか、100万請求して、30万しか認められなかつた、その場合、訴訟費用はどうす

るのか。あんまり勉強したことはないかもしれない。訴訟費用は、裁判所に訴えを提起する際の印紙代、証人の日当、あるいは弁護士の旅費だとか、そういうしたものも訴訟費用になっています。ただ、弁護士費用は訴訟費用じゃない。ドイツのように弁護士強制制度を採っている国では、弁護士費用は訴訟費用になります。日本では弁護士強制制度はとられていないので、弁護士費用は訴訟費用にならない。それで、この訴訟費用については全部、国と北海道収用委員会が払えと、そういう判決です。これは例外中の例外でしょう。どうしてかと言ったら、訴訟費用と言うのは、敗訴した当事者が負担するのです。原告は敗訴しているのです。主文を見て下さい。<原告の請求は全て棄却する>とあります。つまり原告の100%敗訴なのです。そうすると、原告に訴訟費用を100%負担させないといけないことになります。ところが、判決は、訴訟費用は、国と収用委員会が払えと述べています。という事は内容的には、原告の100%の勝訴ということを言っているのです。皆さんはこれから訴訟費用に関する法律を勉強する機会があるかと思うから、何かの機会に、事情判決の訴訟費用についても研究してみてください。

11 次は、アイヌ語は日本語か、という問題についてです。誰か、裁判所法の74条を読んでくれませんか。<裁判所では、日本語を用いる。>とある。要するに裁判所では、外国語を用いちゃいけないと言う趣旨です。例えば、今の時代にカタカナの文字が溢れています。判決の中でも、アイデンティティという言葉を使っている。民族としての同一性の自覚という意味で使われています。もともと英語なのですが、まあ許された外国語。準備書面を英語で書いてはいけないのです。僕はかつて交通刑事事件で、事故を起こした運転手に、トラックの運転席から見えるそのパースペクティブはどのくらいですかって聞いたことがあります。そしたら裁判長から日本語で聞いて下さいって注意されたことがあります。パースペクティブは、見通しという意味で、どこまで見えますかという趣旨で尋ねたのですが、これがダメだって言われたことがあります。民事訴訟法でも刑事訴訟法でも、外国人については通事、通訳を付すると、ちゃんと書いてあります(※注22)。この事件で、萱野茂さんが弁論終結の時に、「裁判を終えるにあたって」と題する意見を、アイヌ語で陳述をしたのです(※注23)。裁判長は、制止しませんでした。そうすると、アイヌ語は日本語なのか。そうだとすると、裁判長も代理人も分らない日本語となります。それとも、アイヌ語は外国語なのか。皆さんどう思いますか。結論を言ってしまえば、アイヌ語が外国語とすれば、日本人と称する民族が、アイヌがいたこの北海道に、どかどかと入ってきて少数民族となり、北海道を支配したということでしょう。アイヌ語が外国語だとすれば、日本人が北海道を、アイヌを支配してしまったという証拠に他ならないでしょう。そこで萱野さんは、意見陳述の冒頭で「これから私が話すことは、皆さん分らないしようと。あなた方は、違う国から来た人だからです」って。そういう話しをされたのです。この言語の問題は、日本の近現代、日本が明

治維新後帝国として発展する過程で、植民地をつくっていく時に必ず出てくるコンフリクトなのです。アイヌ語の問題は、北海道が植民地であったことを示す名残ではないのかな、と思っているところです。

12 もう少しで終わります。今北大を相手にアイヌの遺骨を返せという裁判が行われています。御存知だろうと思います。北大の先生方が戦前に人類学研究や解剖学研究のためにアイヌの墓を掘り起こして、遺骨を持ち去り北大に今あるわけです。僕は、アイヌの方が遺骨の返還を求めるることはもっとだと思います。問題は、どういう法律構成をすれば、裁判所が遺骨を返せという判決をするのかということなのです。遺骨は祭祀の承継者の所有に帰属するという最高裁判決があります（※注 24）。したがって祭祀の承継者が骨を返せと訴えれば、裁判所は認容すると思います。しかし、戦争前の盗掘ですから、祭祀の承継者を見つけるのは難しい。もっと云えば今から 70 年も 80 年も前に掘り出した遺骨の祭祀承継者が誰だか分る筈がない。仮に分ったとしてもその人個人の解決にしかならない。多くの遺骨にとつては祭祀の承継者は分らないままになってしまう。そうすると、結局は、大半の骨は返ることはないということになってしまう。北大としては、はっきり言えば、返したい。返したいけど返す相手がいない、というところで困っているのだと思います。原告代理人の弁護士は、遺骨は、コタン（集落）に返せと主張しているようです（※注 25）。コタンとは何か。コタンは当事者適格を持つのか。もう既に消滅してしまったコタンもある。そして、コタンというのは、どういう要件があればコタンに認定されるのか。そもそもコタンは遺骨返還の受け皿足り得るのか。何も確定していないのです。ところが原告は、裁判では、コタンに返せと主張しています。何故かというと、アイヌの人骨はコタンが祀っている、慰靈する慣行があるから、コタンに返せって理屈なのです。仮にアイヌにこうした慣行があることを立証できたとしても、それはちょっと通らないんじゃないかな、という気はしています。裁判である以上法的な構成をちゃんと考えて主張した方が良いと思います。例えば、憲法 13 条と国連の先住民族の権利宣言・第 12 条（※注 26）を結びつけるとか、入会権ってありますね。入会の考え方を準用してはどうか。いきなり、アイヌの骨をコタンに返せって言われたって、コタンって何だいと。誰がコタンなんだいってことになるでしょ。そのうえ原告は、コタンではなく個人です。選定当事者なのかなとも思います。そうすると当事者適格があると思う方がおかしいんじゃないかと思うんですよね。僕はもっと知恵を絞ってやらないと、こういう訴訟は難しいのではないかと思っております。

13 時間ですのでまとめますと、自画自賛のようですが、二風谷ダム裁判判決は、やはり、歴史の残る判決だと思います。アイヌを先住民族と認めたことに始まって、多面的な論点で輝いています。今思い起こしても、すごい判決だったと思います。

また、serendipity の話をしました。ひらめきは、法律家にも必要な資質で

す。否、必要不可欠の資質です。皆さんが法律家となって何かの現象や事実にぶち当たった時、ひらめきをもって対応していただけると、良い結果も出るでしょう。そのためには、日頃から、自分の頭でよく考える癖をつけることです。

皆さんは、目先のことだけではなく、志を高く持って、倫理的に優れた法律家になってもらいたい。それを期待して、私の話を終わりたいと思います。では頑張って、良い法律家になってください。(拍手)。

※注1：①－1 岩沢雄司・国際人権9－56

二風谷ダム判決の国際法上の意義

①－2 同・国際人権規範の形成と展開(2006・信山社)にも①－1の論文が掲載されている。

②常本照樹・国際人権9－51

先住民族と裁判—二風谷ダム判決の一考察

③山村恒年・判例地方自治178－109

二風谷ダム収用裁決取消訴訟事件(北海道)

④今村直・別冊ジュリスト156－98

先住少数民族の権利—二風谷ダム事件—

⑤大貫裕之・ジュリスト臨時増刊1135－49

二風谷ダム事件

⑥苑原俊明・ジュリスト臨時増刊1135－273

マイノリティである先住民族の権利—二風谷ダム事件

⑦太田幸夫・判例タイムス978－260(平成9年度主要民事判例解説)

国を起業者とするダム建設のための土地収用裁決がアイヌ民族の文化を軽視ないし無視した事業認定の違法性を承認して違法ではあるが、同裁決を取り消すことは公共の福祉に適合しないとして事情判決がされた事例—二風谷ダム事件第一審判決

⑧松本祥志・法学セミナー518－18

アイヌ文化振興法および二風谷ダム事件(ロー・ジャーナルアイヌ新法)：判決とアイヌ民族の国際法主体性

⑨山下竜一・別冊ジュリスト171－192

〔環境法判例百選〕二風谷ダム事件：先住少数民族であるアイヌ民族の文化的環境の保護

⑩孫占坤・別冊ジュリスト204－100

〔国際法判例百選 第2版〕先住少数民族の権利—二風谷ダム事件

⑪山下竜一・別冊ジュリスト206－200

〔環境法判例百選 第2版〕二風谷ダム事件—先住少数民族であるアイヌ民族の文化的環境の保護

⑫保屋野初子・法学セミナー567－77

二風谷ダム訴訟 アイヌ民族への“償い”の言葉に代えた歴史的判決（市民と行政訴訟 連載 第4回）（ロー・ジャーナル）

⑬田中宏・国際人権 8-65

二風谷ダム訴訟判決

⑭上村英明・週刊金曜日 1997・4・25-24

いまアイヌ民族問題を考える

※注2：萱野茂さん（1926-2006）は、100%アイヌの方で、アイヌ文学の研究者です。アイヌ出身の唯一の国会議員。多数の著作があり、「ウェペケレ集大成」で菊地寛賞、その他にも吉川英治文化賞、毎日出版文化賞、北海道文化賞などを受賞。

※注3：貝沢正さん（1912-1992）は、父親がアイヌで母親は和人。篤農家。元北海道ウタリ協会副理事長。著作に「アイヌ・我人生」（1993・岩波書店）がある。

※注4：札幌地裁 平成9年3月27日判決 判例タイムス938-75

※注5：①最高裁 昭和59年1月26日判決 判例時報1104-26

②橋本博之・行政判例百選（第四版）324頁

※注6：①東京高裁 平成4年12月17日判決 判例時報1453-35

②最高裁 平成2年12月13日判決 判例時報1369-23

③古崎慶長・私法判例リマークス 4-63

④橋本博之・法学教室 154-22

※注7：①札幌地裁 平成23年4月28日判決 LEX/DB 25443654

札幌高裁 平成24年9月21日判決 LEX/DB 25444906

②法学セミナー増刊 速報判例解説13-63

※注8：司馬遼太郎「街道をゆく」第38巻<オホーツク街道・2009朝日文庫版>203頁

※注9：萱野茂・田中宏編「アイヌ民族ドン反乱・二風谷ダム裁判の記録」224頁

※注10：なお、最高裁 昭和63年1月21日判決 判例時報1270-67は、輪中堤訴訟において、「歴史的・学術的な価値は、特段の事情のない限り、当該土地の不動産としての経済的・財産的価値を何ら高めるものではなく、その市場価値の形成に影響を与えるものではない」として、文化財的価値は、それ自体経済的評価になじまないものとして、損失補償の対象とならないと判示している。損失補償におけるアイヌ文化も一つの論点かと考えたが、アイヌ文化を個人的補償の原因とすることは出来ないと考え、損失補償の金額については、一切注文をつけなかった。

※注11：北海道新聞 2007年9月15日朝刊

※注12：①佐藤優「佐藤優の沖縄評論」（2014・光文社）146頁

②外間守善「沖縄の歴史と文化」（1986・中央公論新社）

③高良倉吉「琉球王国」（1993・岩波書店）

※注13：前出※注11の①・147頁

※注14：最高裁 平成17年9月14日判決 判例時報1908-36

※注15：窪田幸子「この土地は私のものではない。この土地は私そのもの—オーストラ

※注16：岩沢雄司・前出※注1①

※注17：東京高裁 昭和48年7月13日判決 判例時報710-23

※注18：亘理格他編・個別行政法（2013・有斐閣）259頁

※注19：①曾和俊文・行政法総論を学ぶ（2014・有斐閣）201頁

②小早川光郎他編著・判例行政法2（2017・第一法規）479頁

※注20：阿部浩己他編・テキストブック国際人権法（2002・日本評論社）37頁

※注21：※注1②の常本論文

※注22：民事訴訟法第154条・刑事訴訟法175条

※注23：①前出注7・505頁

②田中宏・日本語とは何だ（自由と正義2005年7月号・日本弁護士連合会）

※注24：最判平成1年7月18日 家裁月報41-10-128

※注25：北大開示文書研究会編 アイヌの遺骨はコタンの土へ（2016・緑風出版）

※注26：①国連「先住民族の権利宣言」は、2007年9月13日国連総会で採択されました。（URL:http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_japanese.pdf#search='先住民族の権利に関する国連宣言'）

②12条2項は、以下のように定めています。

国は、関係する先住民族と協力して設けた公正で透明かつ効果的な措置によって、国が保有する儀式用具並びにその遺体及び遺骨へのアクセス並びに／又は返還を可能にするよう努めなければならない。