

2018.10.30
於 北大公法演習

二風谷ダム判決を振り返って

弁護士 田 中 宏

皆さんこんにちは、田中宏です。

僕にとってこの教室は大変懐かしく、学生の時にこの教室で授業を受けました。また、2004年、法科大学院ができた時にも、4年間法曹倫理を教えたのですが、それもこの教室でした。ですから二重の意味で懐かしい思いがあります。

今日は公法演習ということでお招きいただいて、二風谷ダム裁判について話をしたいと思います。二風谷ダム裁判の経過と、その持つ意義についての話が、皆さんにとって法曹となるモチベーションを高める機会になれば嬉しく思います。何故、僕は、ここに立っているのか。それは、僕ら弁護士は、**profession** として後輩を育てる責任からです。**profession** としての弁護士は、専門的な高度な学識を持つというのは当然なのですが、**profession** の特性の一つとして、自ら後進を育成するという義務があるからです。その義務の一つとして、ここに立っているのです。ですから僕は、弁護士会の研修など色々ところで喜んで話をしていますが、それは何故かという、**profession** としての義務の履行だと思っているからです。**profession** 論については、僕の『弁護士のマインド：法曹倫理ノート』で簡単に触れています。生協か、生協になかったら、図書館にありますから、どうかお読み頂きたいと思います¹。

今、弁護士は岐路に立っています。何の岐路かという、**profession** か **business** かという岐路です。近年、弁護士の **business** 化は著しく、**profession model** は劣勢です。特にアメリカの弁護士のパラダイムの転換、**business** 化、**commercial** 化は、一層進んでいます²。アディーレという法律事務所が TV コマーシャルを流しています。アディーレは、過払金請求事件に関する限り、多分に **business** で、**profession** 性があるのか疑わしい。この僕の評価は、間違っていないと思います。何千万円もの TV コマーシャル料を払ってまで、弁護士業務が成り立つ筈がありません。TV コマーシャルで過払金請求事件をかつさらっている。僕は、過払金請求事件は、**profession** としての弁護士にとって害毒を流

¹ **profession** 論については、①石村善助「現代のプロフェッション」（至誠堂・1964年）、②石井成一「職業としての弁護士とその使命」（講座現代の弁護士・1・1970年）、③宮川光治「明日の弁護士」（変革の中の弁護士所収・1992年）、④小山稔「戦後弁護士論序説」（同上）

² ①元最高裁長官の山口繁「リーガルプロフェッションの行方」（法の支配 133・4）②吉川精一「改革とプロフェッショナルリズム」（自由と正義 2000年9月号 36頁）

したと思っています。何故かという、過払金請求事件は、何月何日にいくら借りたか、何月何日にいくら払ったかということさえ分かれば、利息計算のできるソフトがあります。僕の事務所でも PC に計算ソフトを入れてあります。自動的に過払の計算をしてくれる、有難いソフトなのです。最高裁の一連の判決は、充当の合意や一連計算そして開示義務を認めています。そして、今や取引についての記録も不要になりました。TV コマーシャルでやっている通りです。生年月日さえ分かれば、何の知識もスキルも要らない。こんなおいしい事件はありません。また、定型的な催告書がありまして、それをサラ金の方に送る訳です。そうすると開示義務を認めた最判がありますから、過払計算をした計算書がサラ金から送られてきます。それで報酬がもらえる。そんな時代が、一時あったのです。サラ金だけでなく、信販、クレジットなどみんな利息制限法に違反して高い利息を取っていたのです。膨大な過払金返還請求事件がありました。まさに、弁護士にとって初めてのバブルでした。僕は、研鑽を積んで、スキルを磨いて、マインドを持って仕事をするのが、弁護士の基本的姿勢だと思います。過払金請求事件は、研鑽もスキルもマインドも要らないのです。無能な弁護士でも、集客に成功すれば、大変な富を形成できたのです。過払金請求事件は、減少してきたので、ようやく正常化しつつあるように思います。

profess という言葉は、公に約束する、という意味です。何を公に約束するかと言うと、公の利益のために働くことを約束するのです。それが **profession** なのです。**profession** は中世のヨーロッパで発達した概念ですが、アメリカでは、19 世紀中葉から、弁護士を **profession** と定義しています³。また、もともとヨーロッパでは、弁護士、医師、聖職者が **profession** とされていた長い歴史がありますが、EU 統合までは、ヨーロッパでは、各国の弁護士制度が区々でした。CCBE（ヨーロッパ弁護士会評議会）が結成され、1988 年に **CCBE Code of Conduct** を採択し、弁護士が **profession** であることを確認しています⁴。

日本の弁護士は、自分を定義するとき、1970 年代までは在野と規定していました。権力の在朝に対する在野だと。弁護士の仕事は、権力と対抗する場面も多いのですが、圧倒的に多いのは市民・企業の事件です。市民の相談に乗るのに、何故在野性が必要なのか。「在野」では説明しきれない部分が圧倒的でした。そこで、1970～80 年にかけて **profession** 論というのが、どっと強くなってきて、今や日弁連でも **profession** であるという自己規定が定着しています。僕が皆さんに求めることは、今は法曹の卵ですが、これから大きく成長するとともに、**profession** としてのマインドを持ってもらいたいということなのです。決して金儲けの手段として弁護士がある訳ではないのです。僕がこれから話をする二風谷ダム裁判は、日本という国家が、アイヌに何をしたかを問うた裁判

³ George Sharswood, *An Essay on Professional Ethics* (1854). また ABA は、1908 年に最初の行為規範である **Canons of Professional Ethics** を採択したが、弁護士をあくまでも **profession** と位置付けている。

⁴ <https://www.ccbe.eu/>

でした。僕らは、ボランティアで国家と対抗した。報酬は1円も貰っていません。貰うとすれば、誰から貰うのか。貰う相手がいないのです。依頼者は、形式的には原告のお二人ですが、真の依頼者はアイヌ民族だと思っています。資料2の時系列年表を御覧下さい。1989年2月に受任してから1997年3月の判決まで、丁度8年かかっています。プロボノ⁵で8年間も裁判をやった。膨大な時間と労力を注ぎこんだ。持ち出しの方も多かった。この事件での僕らの弁護士活動は、professionとしての役割、公のために働くという役割を果たすためのものでした。弁護士法1条は、弁護士の使命について、基本的人権の擁護と社会正義の実現と定めています。言葉で言うのは簡単ですが、使命の実現は、そんなに簡単なことではありません。使命を実現するマインドを業務の通底に置いて、活動しなければならないということをおきかかったのです。

そこで、二風谷ダム裁判のことですが、この裁判には論点がたくさんあります。レジュメの場面IからVIを御覧下さい。「あなたは」とありますが、実は、僕のこと、場面ごとに論点が変わると思います。この裁判の論点は、場面以外にもいくつもあります。とても80分では話きれないと思います。ただ、判例評釈や解説はたくさん出ているので、どうかお読みください（資料3の参考文献を御覧下さい。）。

レジュメの場面Iを御覧下さい。二人のアイヌの方が僕の事務所を訪ねてきて、私たちの土地が、ダムのために水没してしまうと。それに反対してくれと言うのです。僕は、依頼の趣旨は土地収用法上の問題だと思ったのです。しかし、依頼の趣旨はそんなところにはなかったのです。このダムの裁判を通して、アイヌ民族の権利の復権をお願いしたい。こういう依頼だったのです。依頼者の萱野茂さんは、アイヌ民族で唯一国会議員になった方です。そして、アイヌ語、アイヌ文化の研究者でもあります。菊地寛賞、吉川英治文学賞や道新文化賞を受賞されています。それから、もう一人の依頼者の貝澤正さんは、北海道ウタリ協会（現在は、北海道アイヌ協会）の副理事長で、アイヌ民族の権利回復に尽力された方です。岩波書店から『アイヌ、我が人生』という本が出ています。この本は、「岩波人文書セレクション」として復刻されていますから、入手は可能です。お二人は、「アイヌ民族として反対してくれ」とおっしゃったのです。僕が面食らったのは当然です。皆さんは、今、要件事実を勉強されているでしょう。裁判を起こす時に、要件事実に即して請求原因を構成しなければなりません。他方、被告は、抗弁として何をどう主張するのか。そしてそれに再抗弁。我々の思考パターンは、請求原因、抗弁、再抗弁、再々抗弁、こういう風になっている訳です。そうしますと、一体請求原因として何を持ってくる

⁵ プロボノとは、Pro bono publico というラテン語の略で、英語では＜for the good of public＞の意で、公共の善のために無償で働くことを言います。

べきか。これが大変難しかったのです。それが場面Ⅰです。

場面Ⅱを御覧下さい。土地収用法は、土地収用の手続について、大まかに二つの手続に分れております。事業認定の手続と収用裁決の手続です。今日お配りした資料 1 のチャートを御覧下さい。手続的には、まず、建設大臣（当時）による事業認定という手続を経て、次に収用委員会による収用裁決という手続を行わなければなりません。土地収用法 16 条は、土地収用のためには事業認定を受けなければならないと定め、20 条 3 号は「事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること。」と事業認定の要件を定めています。事業認定のためには、事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するということが必要です。例えば道路、港湾、ダムなどを造るため土地収用をする際に、合理的な利用目的が無いと、事業認定は、下りないのです。判決が、裁量権の濫用だと言っているのは、正にこの第 20 条 3 号の要件についてです。

もう 1 度、場面Ⅱに戻ります。実は、僕らが受任した当時、苫小牧東部工業基地構想は頓挫しておりました。ダム建設が計画されたのは、1971 年で、高度経済成長の終わりの頃でした。ダム建設の目的は、苫小牧東部工業基地に一日 25 万トンの工業用水を供給する為でした。その他にも、灌漑用水の供給などの目的はありますが、この目的に比べれば付け足しでした。事業認定の時点では、苫小牧東部工業基地構想そのものが、破綻しておりました。ダムから、工業基地へ水を送るためには、パイプを通さなければなりません。そのパイプを導水管と言いますが、導水管の敷設は北海道の役割（負担）でした。ダム建設は国の役割、導水管の敷設は北海道の役割ということでした。しかし、収用裁決が行われた時点では、まだ導水管の計画すらできていなかったのです。道は、いずれ苫東計画が破綻することを見込んで、ダンマリを決めていたのかも知れません。そして、最後までその導水管の敷設計画は立案されず、勿論工事は行われませんでした。導水管の敷設には、道の負担で、何十億円もかかります。道は、横路知事であったこともあってか、導水管の計画すら立案しませんでした。水が来ない苫小牧東部工業基地は、ただの野っ原だったのです。工業用水が不要であれば、ダムを造る必要性が無い。これは、土地収用法 20 条 3 号の要件を満たしていないということです。僕らは、これで行けると思いました。

しかし、日本という国は、一度ダムを建設するなどの政策決定をすると、どんなことがあっても政策変更を行わない国なのです。事情が変わったからもう止めましょうということにはならないのです。しかも、国民の税金なので、不要のダムは止めましょうとなる筈です。しかし、日本では、逆なのです。無茶苦茶な国なのです。本多勝一さんは、「無用のダムの建設それ自体が目的だった」と言っておられました⁶。ダムを造っても、苫東まで水は届かないのですから、無用のダムであることは誰でも分ります。二風谷ダム判決は、光の部分はある

⁶ 本多勝一「貧困なる精神」(M 集・1998 年・80 頁)

ますけれど、陰の部分もある。判決の 82 頁の中段の(4)を御覧下さい。「原告らは、本件事業認定当時、苫東基本計画が頓挫していたとし、1日 25 万立方メートルもの工業用水は必要でない旨主張する」とあります。その次が一番問題なのです。「しかし、証拠及び弁論の全趣旨によれば、北海道は、本件事業認定時において、参加人（国のことです）に対し、本件事業計画による苫東基地に対する一日二五万立方メートルの工業用水の供給について、変更を求めていなかったことが認められる」とある。北海道がダンマリを決め込んで計画の変更を求めなかったことは事実ですが、水の需要があったかどうかは、全く別のことです。これでもまだ目的があると思いますか。僅かこれしか理由が書いていない。僕らが最初に目を付けた、最も重要な争点に対する判断は、たったこれだけです。水を使う需要が無いのであれば、ダムは必要ない筈であるのに、判決はまだ必要性があるというその理由は、北海道が計画の変更を求めていなかったからだと。こんな理屈がどこにありますか。情けない判決です。この判決には、評価できる部分もありますが、欠陥も多い。もし政策決定というものが、ニーズとそれに対応する政策によって成り立つとするならば、判決の論理は有り得ないことです。裁判所は、これ程、行政庁の判断に切り込むことに臆病なのです。

まず場面Ⅰの時点では、収用裁決が出た後のことでした。収用裁決が出て、それを取消してくれと、こういう場面だった訳です。それで、僕らはどこに目を付けたかということ、それが場面Ⅲです。場面Ⅲには、僕らの本当の悩みが書いてあります。請求原因、訴訟を起こすのに請求原因をどう構成すればいいのか。僕らは、どこで裁量権の濫用に思い至ったかということ、先程読んだ、20 条 3 号の要件についてです。どうしてそうと思ったのかということ、国は、事業認定に当り、アイヌ民族にどんな配慮をしたのか。ダム建設がアイヌ民族に与える影響について、どんな調査を行ったのか。事業認定の申請書には、一言もアイヌ民族のことが記載されていませんでした。十分な調査も行わない政策決定は、裁量の濫用だと考えたのです。これはまさに行政過程に対する司法審査の問題です。後日行政法の教科書等で判断過程審査と位置付けがされたのです⁷。僕らが裁判をやっていたときには、まだそういう講学上の概念はありませんでした。

日光太郎杉判決⁸に気付いたのは、場面Ⅱに書いてある通りです。この事件は、1964 年の東京五輪のために、日光太郎杉を伐採するための収用裁決ですが、その収用に日光東照宮が反対して、事業認定が取り消されたという事件でした。東京高裁判決は、比較衡量論によって裁量権の濫用と認めました。僕らも、あつ、これは使えるかもと思いました。ダムを造ることによって得られる利益と、

⁷ 亘理格他編「個別行政法」259 頁、小早川光郎他編「論点体系・行政判例法 2」478 頁など

⁸ 東高判 S48・7・13・判時 710-23、その評釈：塩野宏・判時 718、原田尚孝・判タ 301 など

そのダムを造ることによって失われる損失、この比較衡量をどうするのかということ考えた訳です。得られる利益は、工業用水は不要ですから、無いに等しい。一方、失われる損失は何かを考えたときに、アイヌ文化だということに気付いたのです。何故かという、憲法 29 条 3 項では、私有財産は、正当な補償の下に、公共のために用いることができると定めています。「正当な補償」というのは、要するに金銭での補償という意味です。金銭以外の補償というのは有り得ない。補償金を算定するに当って、その対象となるのは、土地の価格だとか、建物の価格だとか、どんな木が生えているのかとか。それが補償の対象になるのです。目に見えない文化が対象になったことはないのです⁹。そこで、失われる損失としては、アイヌ文化への影響というのを打ち出した。文化の損失は定量的に測定できない。そうするとこれを金銭に換算できる筈もない。バランステストが出来ないのです。それで、これはいけるのではないかと思った訳です。それがきっかけで、失われる損失というのは、アイヌ文化だと訴えていくことになったのです。審査請求では、吉崎昌一北海道大学教授に、裁判では、大塚和哉国立民族学博物館教授に御助力をいただきました¹⁰。なお、僕らは、アイヌ文化に対する影響は訴えましたが、輪中堤訴訟のように補償金が不満であるとの作戦はとりませんでした。補償金を問題にすると、下劣な日本人は、あいつらは金が欲しいんだと曲解しかねないからです。

場面Ⅲですが、これがアイヌ文化を持ち出した経過です。判決の最後の頁に地図があります。判決の 99 頁です。上の右の図を御覧下さい。上の図に、上流案、中流案、下流案とあります。要するに、沙流川のどこにダムを造るのかということなのですが、中流案は、正に二風谷、アイヌの集落のあるところなのです。上流案、下流案ともに、人口がまばらで、アイヌ文化とは、それ程関係がありませんでした。開発局の役人に、どうして中流案の二風谷なのかと尋問しました。答えは、一番金がかからないから、建設費が安いからということで二風谷に決まったということでした。そこはよりもよって、アイヌの方が多く居住している集落であって、アイヌの人口密度が高かった。従って、アイヌ文化が比較的良好に保存されており、アイヌ研究のメッカとも呼ばれていました。そこに、ダムを造るというのです。勿論文化的影響もあります。特に、精神文化についての影響が大きい。文化というのは、人々の、生まれてから死ぬまで、生まれたときにどういう儀式を行って、どういう環境の下で人を育て、民族の精神をどう伝えるのか、そして最後死ぬときにはどんな儀式を行うのか。それから、一日朝起きてから夜寝るまで、色んな行動があるわけです。それを

⁹ 最判 S63・1・21・判時 1270-67 は、木曾川と長良川に挟まれた輪中堤の損失補償について、文化的価値があっても、経済的でない特殊な価値についてまで補償の対象とする趣旨ではないとしている。

¹⁰ 田中宏・萱野茂編著「二風谷ダム裁判の記録」224 頁以下で、吉崎教授の「沙流川に依存するアイヌ伝統文化・人類学的視点から見た懸念」が転載されています。

総称して文化というのです。そしてその文化は尊重すべきものだと考えたのです。今日、文化という言葉は、全く場違いに使われています。例えば、<札幌にはラーメン文化がある>とか。これは文化という言葉の使い方を間違っていると僕は思うのです。要するに、人間の行為の総体みたいなものが文化であって、ラーメンは、食生活のごく一部にすぎないと思います。その一部を殊更に取り上げて文化というのは、文化という言葉の濫用ではないかと思う訳です。

まず比較衡量の中で文化を打ち出した事情が、御理解いただけたと思います。

さてそこで、ダム建設によって失われる損失について検討をすると、失われる損失というのは、先程述べたようにアイヌ文化への悪影響でした。失われるアイヌ文化への影響とは、具体的に何のことかと。判決では、色んなことが書いてあります。判決 89 頁には、チャシだとか、チノミシリとか、色んなことが書いてあります。チノミシリというのは、アイヌ語で「私・祈る・場所」という意味の宗教的なスポットです。そこに、工事をするクレーンを建てたのです。ところがそのクレーンが倒れるという事故がありました。二風谷のアイヌの人たちにしてみると、一番大事だと思っている神聖な場所に土足で立ち入った。工事の関係者にはチノミシリとされる箇所がどんな意味を持つか知らなかった。それが倒れた。そうすると、日本的な仏教的な考えですけれど、罰（ばち）が当たったと。そんな表現をしておりました。チノミシリというのは、そこに住むアイヌにとっては、その場所は絶対に崇めなければならないスポットなのです。また、部落ごとにチノミシリというのはそれぞれ違っている。それは公表されていないのです。それは調査すれば分るのですが、調査などしなかったものでこういう事になってしまったのです。それから、チャシは、三つありました。このチャシのうち二つは破壊されてしまった。このチャシというのは、砦とか、川を利用した交易所とか、それから食物の保管所を意味していると言われています¹¹。その三つのチャシのうち、二つのチャシが破壊されることになる。それで、その破壊したチャシをレプリカで保存すると。レプリカって何なんだと。レプリカで保存することが、保存か。それから、チプサンケという舟祭りもありましたが、これもダムによって行えなくなりました。最も大事なことは、今、白老に国立アイヌ博物館を建てています。全国に国立博物館は、五つあります。まず、東京の上野。それから京都と奈良、九州にもできました。今 5 つ目の国立博物館を白老に建設中です。この国立博物館のテーマは、象徴空間・イオルと呼んでいます。僕は、イオルという言葉の使い方が間違っているように思います。証人の国立民族学博物館の大塚教授は、イオルとは、自分が自分を確認できる空間のことです。要するに自分の出自を確認する、あなたは誰ですか、二風谷のアイヌですと確認する、祈る、そういう場・空間をイオルと言っているのです。つまり、二風谷というイオルの中に、ダムという、全く違質

¹¹ 司馬遼太郎「街道をゆく (38)・オホーツク街道」(208 頁)

のものができあがる。ダムによって、イオルが破壊される。と証言されています。国立博物館の建物が、アイヌの精神文化の象徴空間な訳がありません。

それで次のことですが、もう一度資料 1 のチャートを見て下さい。僕が受任したのは、収用裁決が行われてからのことでした。土地収用法では、二つの道が選択できると書いてあります。それは、審査請求で行くのか取消訴訟で行くのか。このチャートの 2 と 3 を見ていただきますと、収用裁決を申し立てたのは建設大臣（今の国土交通大臣）。審査請求を受けるのは建設大臣。

要するに、2 と 3 は時計を逆廻しにただけなのです。分りますか。これは当事者対立構造になっています。建設大臣対地権者で、収用委員会に矢印が向いている。それが、審査請求になりますと、地権者が建設大臣に不服申し立てをする訳です。そしてその相手方が収用委員会だと。結局、2 と 3 は、逆時計回りにずれただけになる。この場合、建設大臣は自分が求めた収用裁決、その前の事業認定も自分でやっている。そして、自分で事業認定して、今度は収用裁決の申立をした。そして、審査請求についての裁決を行う。こういう構図なのです。自作自演です。この構図は、自分が申立人であって、同時に裁判官、審判者であるということになる。法の諺に、「何人も自己の事件について裁判官にならず」とあるのですが、これは当然でしょう。例えば、民事訴訟法 23 条は、裁判官が関与してはいけない法定の除外事由（除斥事由）が定めています。裁判官が自分の事件について裁判してはいけない、関与してはいけないのです。刑事訴訟法 20 条以下も同じです。これは、裁判の公平性を保つために当り前のことです。訴訟進行のなかで偏頗だとか公平でないと思ったら、当事者は忌避の申立の制度がありますが、その前にそもそも関与してはいけないという仕組みがあるので。それとの対比で行きますと、この 1~3 の仕組みは全くおかしいと思います。

しかし、我々は、審査請求の途を選びました。何故かと言いますと、審査請求を行う中で、時の経過の利益もあるからです。資料 2 の時系列表を御覧下さい。この表には、国内・海外の動きやイベントが書いてあります。それと、審査請求から裁判に至る経過が書いてあります。1993 年、国連の「先住民の国際年」がありましたが、その 10 年ほど前から、先住民権利確立のための動きが国連の中でありました。国連には、二つの理事会があります。安保理事会と言うのはよく出てきますが、社会経済理事会は、めったに記事になりません。後でお調べ下さい。社会経済理事会の下に先住民族に関する作業部会があり、先住民の権利を担当したのです。では、先住民というのは、一体どういう人なのか。先住民の定義から作業が始まりました。それでも定義が確定するまで 10 年近くがかかっています。本件収用裁決は、その最後の作業をやっていた時のことです。メディアでこの作業の経過が逐一報道されていたのです。萱野さんも国連人権委員会に対して、アイヌ先住権の保護、二風谷ダム建設の差止を求める要

請をされておりました¹²。それで僕らは、この流れをうまく使うことができれば、アイヌ文化、アイヌ民族を訴えることができるのではないかと考えたのです。その経過も逐一、書証として出しました。比較衡量の対象は、アイヌ文化であり、ダム建設がアイヌ文化にどんな影響を与えるのか。また、アイヌ文化を構成しているアイヌとはどういう民族なのかという位置づけが、先程の先住民族論なのです。判決の 87 頁から 88 頁を御覧下さい。結論としては、先住民族の定義とアイヌ民族が先住民族に該当するとしています。

更に、調べていきますと、日本政府は、アイヌを一度も先住民族と認めたことがないことが分かりました。何故かという、日本政府の言い分は、先住民族の定義が定まっていないからだ。では、国が考えている先住民族とはどんな民族なのか。おかしいと思いませんか。日本政府は、1899 年、北海道旧土人保護法を制定して、アイヌのことを旧土人と呼んでいました。しかし、先住民族とは誰の事なのか分からないと言うのです。こんな事ってありか。アイヌ民族を先住民族として認知させることが裁判の一つの獲得目標になりました。僕らは、アイヌ民族は先住民族なのかと求釈明しました。参加人（国）は、のりくりと回答しませんでした。裁判所からの釈明に対して、アイヌの先住民族性の認否については「次回までに意見書を出す」と約束しました。調書に記載されています。今まで、日本の国家機関が、内閣も国会もそうですが、アイヌを先住民族と認めていた例はなかったのです。国は次回までに回答すると約束した。そして次回で、「アイヌの人々が先住民族であるか否かということは、本件事業認定の適法性を左右する要素とはならない」と回答したのです。国は、もともと、事業認定に当たってアイヌのこと、アイヌ文化のことなど全く考えていなかったのですから、この答えは当然です。事業認定の申請書には、アイヌという言葉は、一言も出ていないのです。また、国は、国会も行政機関も司法機関を含めて、アイヌの先住民族性を一度も認めたことはない。もし、法廷で認めたら、突出することになります。だから、回答出来ないということになったのだらうと思います。それで、この裁判では、アイヌ民族の先住性が、クローズアップされるようになりました。判決 87 頁以下で、アイヌを先住民族と認めています。ほぼ国連での定義（委員長の名をとって「コーボ定義」と呼ばれています）を採用しています。明治学院大学の上村英明教授は、国際基準（コーボ定義に準拠）からしてほぼ満点に近いと評釈されています¹³。

次に、場面Ⅳを御覧下さい。収用される土地が給与地であったことが分ってきました。給与地とは何か。1899 年、北海道旧土人保護法によって、アイヌに対して一人当たり 4 町歩の土地が払い下げられた。給与地とは、この法律によって、アイヌに下付された土地、無償で払い下げられた土地のことを言います。

¹² 北海道新聞・1989 年 6 月 2 日朝刊

¹³ 田中宏・萱野茂編「二風谷ダム裁判の記録」19 頁

明治政府は、下付してアイヌの定住化を図った。アイヌ民族は、狩猟民族なので、定住化していなかったのです。稲作とか畑作とか、それがあれば定住するのですが、それが無いために、なかなか定住化しないという状況がありました。そこで土地を与えて、定住化させようとしたのです。実はこの法律を制定する前に、明治政府がアイヌにどういう事をやったかということも触れておかなければなりません。アイヌ絶滅政策とも言うべきジェノサイド政策でした。食べ物については、鮭などの、川を上ってくる魚は獲るなど。それから熊とか鹿は獲るなど。それから、山に入って木を切るな。すると、家も建てられないし、燃料とすることも出来ない。火の元となる木がなかったら、どうやって冬を乗り切ればいいのか。アイヌが困窮したのは当然の結果です。それともう一つ、大事なことは、アイヌの風習、例えば、女性が口に入れ墨をするとか、死人が出た家は焼くなどのアイヌの風習を禁止した。そして、極め付きは、アイヌ語を使うなど。皆さんは今日本語を使っていますね。自由に日本語を使っている。ある日、見知らぬ民族の人が侵略者として乗り込んできて、明日から日本語を使うなど言ったらどうしますか。そして、ロシア語を使えとか英語を使えとか言ったらどうなるか考えてみてください。明治政府は、アイヌを困窮させることはできましたが、絶滅させることはできなかった。そのために、次は、同化政策をとった。このプロセスは、後に多数民族となる人が来る以前に、先住民民族がそこにいた。例えば、アメリカの場合にはネイティブアメリカンと今は呼んでいますが、ネイティブアメリカンが居住していました。そこへ、イギリスから次々と移民が来るわけです。オーストラリアも同じ構造です。オーストラリアには、アボリジニという先住民がいた。そこは、イギリスの流刑地にされて、移民が送られてきた。そして、移民の方が多くなった。イギリス政府は、当初、アボリジニの絶滅政策をとった。けどなかなか絶滅できなかった。アウシュビッツのようにユダヤ人を虐殺することまでは考えなかった。それで、必ず衝突が起きて、治安が悪くなる。それは当然の結果です。反乱も起きる。それでどうしたかと言うと、今度は同化政策をとった。アメリカ、カナダ、オーストラリア、ニュージーランド、皆共通しています。そして明治政府も、北海道旧土人保護法で、土地を4町歩確保して、アイヌのために国立の小学校を作った。国立ですよ。国の予算で小学校を建てた。萱野さんや貝澤さんが出た二風谷小学校は、もともとは国立の小学校だった。それは北海道旧土人保護法によってつくられた学校だったのです。それは同化政策の一環だった。

問題は、この給与地というのは、ものすごく特異な側面があります。何故かと言うと、給与地の売買、抵当権の設定については、北海道長官の許可が必要だった（戦後は北海道知事に読み替え）。民法の206条を見て下さい。「所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する。」となっています。所有権は、使用、収益、処分を自由にできるというのが基本なのです。ところが、給与地は、相続を除く譲渡にあたっては、北海道長官の許可が必要でした。抵当権の設定、例えばこの土地を担保にお金

を借りたいとしても、長官が駄目だと言ったら出来ない。そういう性格なのです。何故こういう規定があるかという点、同法の国会審議の中での理由書は、こういう風に言っています。「北海道舊土人保護ニ關シテハ一視同仁ノ叡旨ヲ奉シ」、これは、慈悲深い天皇の分け隔てないお考えにも関わらず、「明治初年ヨリ之カ方法ヲ講シタリト雖未タ十分ニ其目的ヲ達スルニ至ラス」、要するに、なかなか、明治政府の政策は十分な効果を挙げていない、「蓋シ舊土人ノ皇化ニ浴スル日尚淺ク其知識ノ啓發頗ル低度ナリトス」と言っています。要するにアイヌは文字が読めなくて、簡単に言えば、売買とか抵当権設定などの取引をする能力が劣っているから、国親思想で北海道長官の許可が必要なのだということです。これは未成年者に対する後見人だとか、成年後見と同じ構造だと考えればいいです。つまり、アイヌ民族は、文字の読めない劣った民族であるという位置づけだったのです。これ程露骨な民族差別はありません。このようにこの法律は、アイヌにとっては屈辱的な法律だったのです。

場面Ⅳの給与地の特異性について話しています。その特異性ゆえに判決 90 頁は、僅か 100 年も経たないうちに取り上げられることは、慎重な上にも慎重を重ねなければならない、と述べています。判決の歴史認識は正当なものです。まさに歴史に翻弄された土地と言うことができます。なお、北海道旧土人保護法は、この判決の 2 か月後に廃止されています。

次に、場面Ⅴは、国際人権法を使えるかどうかを検討しています。国際人権規約の B 規約というものがあります。これは、市民的自由に関する規約と書かれております。日本は、この規約を条約として批准しています。その 27 条で、少数民族の文化享有権について定めております。条文上は、文化を享受することを妨げられないと書いてあります。妨げられないということは、妨げてはいけないということではなくて、積極的に文化享有権を確保しなければならないという意味だと理解されています。そこで、この B 規約 27 条を使って何とかできないかと考えました。そこで、先住民族のアイヌには、B 規約によって文化享有権、自らの文化を享有する権利があるのだと打ち出したのです。B 規約は、「少数民族」とは書いていますが、「先住民族」とは書いていません。少数民族と先住民族のどちらが幅の広い概念なのか。この二つのうち、大きな概念としては当然少数民族であって、その中に先住民族があると解釈されると主張したのです。加えて、この少数民族の文化享有権を、憲法 13 条の規定と結び付けて理論構成をしたわけです。僕らは直接 B 規約を適用するのではなくて、B 規約を憲法 13 条の背景にある思想として主張したのです。この手法は、後に包摂の理論と言われ、憲法 13 条の中に国際人権法を持ち込んで解釈するという手法でした。但し、東京大学の岩沢雄司先生は、二風谷ダム判決は、B 規約 27 条を直接適用したと解釈されておられました¹⁴。直接適用か間接適用かは別として、憲

¹⁴ 岩沢雄司・二風谷ダム判決の国際法上の意義（国際人権第 9 号 56 頁）

法 13 条を持ち出したのは、正解だったと思っています。また、神奈川大学の阿部浩己先生は、「本判決の持つ革新性は、まさに国際人権法により齎された」と述べております¹⁵。このように評価されることは大変嬉しいことであり、僕らも、長い苦勞が報われた思いです。

次に、事業認定の違法の承継についてです。もう一度この資料 1 のチャートを見て下さい。事業認定というのは、建設大臣が行います。実はこれは北海道開発局長が代理人として、自分が自分に申請している。開発局長が、当時の建設大臣の代理人となって行っている。これは当事者対立構造にない、そういう意味です。ここの事業認定の違法が次の収用裁決に引き継がれて、一体となって収用手続き（収用裁決）が行われるのです。そこで国と北海道収用委員会は、建設大臣の行った事業認定が仮に違法であったとしても、収用委員会の裁決は違法性を承継しませんと主張したのです。国は、全ての収用関係事件でこの主張をしているようです。土地収用を行うのは建設大臣、収用裁決を行うのは北海道収用委員会、従って別々の機関であるので、ここに仮に事業認定の違法があったとしても、違法は承継しません。うちの判断ですと、こういう風に言っているのです。レジュメに、この仕組みはおかしくないかと書きました。そもそも、収用委員会は、事業認定の適否を判断することはできないのです。もし適否を判断できたら、二重の判断機関になってしまいます。だから、事業認定を行ったらそれで決まり。あとは収用委員会が、収用の必要性があるかどうか、補償金をいくらにするとか、そういったことを決める。お二人の土地がダムの底に沈むのだから、必要性はあるに決まっています。そうすると、この二つの組織のそれぞれの意思決定は、一つの収用という結果を齎すのだから、これを分けて考えるのはおかしいということです。僕らは、この二つの機関の二つの判断が一つの収用という結果を齎すのだから、これをバラバラに考えるのはおかしいと主張しました。判決は、事業認定の違法は、収用裁決の違法となり、収用裁決は無効であるとなりました（判決 78～79 頁）。

次に、この判決の陰の部分についても話をしたいと思います。先程ダム建設の必要性について、工業用水の需要がない。従って、ダム建設の目的は、なくなった。しかし、北海道は変更を求めているから必要性があるという茶番の論理を指摘しました。陰の部分の一つです。もっとひどいのは、事情判決によって請求を棄却していることです。収用裁決は違法だけれども、もうダムは既に完成して、湛水されている。従って、今更違法としてダムを取り壊すということは、金もかかっていることだから駄目だということです。判決の 91 頁を御覧下さい。行政事件訴訟法 31 条 1 項の適用について述べております。これはマユツバではないかと思わせる箇所です。比較衡量の際に、事業認定が裁量権の濫

¹⁵ 阿部他編著「テキストブック国際人権法」36 頁～

用により違法である理由を述べておりながら、ここにきて掌を返したように、ダムには公益性があるから、請求は棄却するというのです。行政事件訴訟法 31 条の事情判決については、典型的な事例は二風谷ダム裁判だというのはどの教科書にも載っていますので、どうかお読みください。判決の 92 頁を見て下さい。事業認定の際に比較衡量を誤った。行政事件訴訟で、本来であったら、違法な収用裁決を取消ということになる筈ですが、そうではなく、事情判決で請求を棄却した。既製事実を追認しているのです。ここにも、裁判官の自己抑制が認められます。この立法をした役人の知恵（悪知恵）には驚きます。本来なら処分などの行政行為が取り消されて、処分がなかったことになるのですが、違法であっても取り消されない手立てを作っていたのです。この法律は、1962 年（昭和 37 年）に制定されたのですが、国会でどんな議論がされたのか。役人の真骨頂です。

皆さんは、民事訴訟法、行政事件訴訟法を勉強する中で処分権主義、当事者主義にぶつかります。裁判所は当事者が主張した事項について理由があるかどうかを判断する機関の筈です。実は、この事情判決は、原告も被告も求めているのです。原告は収用裁決を取り消せと主張している。被告の北海道収用委員会と参加人の国は、棄却を求めている。しかも、被告らは予備的にも事情判決を求めている。既にダムは完成しているから、負けた場合には事情判決をお願いしますとか、そんなこと言っていないのです。双方主張していないのに、裁判所が勝手に事情判決している。これは、当事者主義に反していないか。逆に、事情判決のベースとなる事情は、職権探知主義で裁判所が探知しなければならないのか。この点については、双方控訴なく一審判決が確定していますので、上級審での判断を得られませんでした。

国は、この違法宣言に対しても反発しました。控訴する場合には、控訴の利益が必要です。被告の北海道収用委員会は、勝っている。原告の請求を棄却している。しかし、事情判決によって棄却した。その場合、勝った被告は、違法宣言の部分について控訴できるのかという問題です。特に反発したのは、参加人の国です。アイヌ政策が断罪されたからです。実は判決が出てから 2 週間、法務省はこの違法宣言の部分については控訴できると判断したらしいのです。僕らは主文で請求を棄却しているから、被告は、控訴は出来ないと思っていた。ただ、この違法宣言だけは、国は負けていますね。しかも、主文の中で違法宣言を行っている。国は、この点で控訴できると考えていたらしいです。ただ、お配りした道新の記事のように、この時の建設大臣が亀井静香さんでした。亀井さんは、役人にもう止めにしろと言ったようです。そして、議員会館の萱野さんに電話を掛けて、もう止めにしたい、と言ったようです。僕も、メディアの方から連絡が入り、法務省は、控訴を考えていると分かりました。慌てて大学で民事訴訟法の教えを受けた小山昇先生の御自宅まで押しかけて、御意見を伺ったことがあります。被告は請求棄却を求め、その通り棄却されていても、違

法宣言についてだけ控訴されたという例は、今日までありません。ただ法務省はできるということだったらしいのですが、最終的には、亀井静香さんの決断で終止符が打たれました。

その次、判決の 77 頁を御覧下さい。上から 3 段目で主文がありますね。1 は原告の請求を棄却する。そして違法宣言があります。そして 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、その余は被告の負担とする。と述べています。訴訟費用というのは、皆さんなかなか勉強する機会がないと思いますが、訴訟費用に関する法律があります。いつか読んでみて下さい。何が訴訟費用になるかというのがずらっと載っています。印紙代だとか証人に払った日当だとか、色々なものが載っています。原則として訴訟費用は、敗訴した当事者が負担するものです。例えば、請求を棄却と言ったら、原告が全部負担しなければいけない。100 万円請求して、30 万だけ認めたら、それは、訴訟費用を 10 に分けて、3 を勝った方、7 を負けた方に負担させるということになっています。この訴訟費用の所をよく見て下さい。面白い。原告の請求棄却だから、原告が負けているのです。事情判決によって負けた。にもかかわらず、この訴訟費用の負担については参加によって生じた分は参加人の負担、その余は被告ということは北海道収用委員会が負担する。負けた筈の原告が負担するものはないと言っているのです。裁判官は 100%原告の勝ちだと認定したのです。それなら、事情判決をするのはどうなんだと問いたいところです。

裁判所法 74 条は、「裁判所では、日本語を用いる」と定めています。要するに、法廷の中では日本語を用いなくてはならないと書いてある。問題はここなんです。依頼者の萱野さんは 100%アイヌの人なのです。それで、一家三世代の家だったので、おばあさんに育てられたおばあさんっ子だったのです。そのおばあさんは、先程述べたように、明治政府が通達を出して、アイヌ語の使用を禁止したのですが、アイヌ語しか知らないアイヌは、アイヌ語を使うしかないのです。萱野さんのおばあさんは、禁止されているアイヌ語を使って、萱野さんを育てたのです。ですから萱野さんは、アイヌ語のエキスパートなのです。その萱野さんが、裁判が終わるに当って、アイヌ語で意見陳述を求めたのです。意見陳述というのは訴訟法において法定された手続ではないのですが、第一回期日とか、最終の弁論期日に、当事者がその思いを裁判所に伝えるため意見陳述を行うことが認められております。それで、萱野さんが最終の口頭弁論期日に、アイヌ語での意見陳述を求めたのです。勿論通訳付きです¹⁶。刑事訴訟法 175 条では、通訳に通訳させなければならない。民事訴訟法 154 条では、通訳人という言葉を使っている。要するに外国人が当事者の時は、通訳が必要なのです。通訳によって日本語化をして、裁判が進行していく訳です。萱野さんは、

¹⁶ 田中宏「日本語とは何か」（「自由と正義」2005 年 7 月号）に、意見陳述の内容が載っている。

母語であるアイヌ語で意見陳述をしたいと申し出たのです。裁判長は、認めました。貝澤正さんの息子さんが、逐語訳で通訳をしました。裁判長は、訴訟指揮権の中でそれを許すのか許さないのかを決定できます。アイヌ語は外国語であるので、アイヌ語による意見陳述は、許可しないという訴訟指揮も可能だったのです。もし不許可と言ったら、外国語だからということになる。それは、日本という国は、北海道を領土にしているけれど、実は、日本という国が北海道を侵略したという証拠に他ならないでしょう。裁判長は制止しなかった。では逆に、アイヌ語は、日本国内（主に北海道）で話されていますが、日本語かと言えば、全く日本語ではない。言語の体系が違う、多くの国民が全く理解できない日本語というのもおかしいでしょう。レジュメにも「アイヌ語は日本語か」と書きましたが、アイヌ語の問題は、日本と言う国が北海道を侵略したことの裏返しの問題なのです。もっと言うと、今北海道命名 150 年で、色んな行事が行われています。松浦武四郎が命名したのですが¹⁷、その 150 年の間にアイヌの人たちは、どんな仕打ちを日本政府や日本人から受けてきたのか。皆さんよく考えてもらいたい。皆さんは、アイヌと和人の関係について見聞する機会がないかも知れません。二風谷のアイヌ文化資料館がありますから、是非、そちらに行って、少しでもアイヌ文化に触れていただき、新しい認識をもってもらえればありがたいなと思う次第です。

最後に、*serendipity* という言葉があります。これは、理工科系の人にはなじみのある言葉なのですが、文系の人には、なじみが少ないかも知れません。*serendipity* という言葉は、物事を偶然発見するとか、発見する能力とか言われています。先日、本庶佑さんがノーベル賞を受賞されました。本庶さんの発見も失敗して失敗して、はっと思いつく訳ですね。それで思いついて、やってみて、癌の免疫療法に気付くわけです。ノーベル賞をもらった訳です。それまでも何年も何年もかけて、色々考えて、そしてああでもないこうでもないと実験して、そして、はっと閃くということもあるのですね。ノーベル化学賞の北大の鈴木教授の「スズキカップリング」も偶然発見されたようです。僕は、*serendipity* は、文系の、弁護士にも必要だと思っています。例えば証人尋問をやっている中で、この証人は嘘をついている、嘘でしょうと言っても反対尋問にはならないのです。じゃあ、あなたの言っていることは、世の中で行われていることとは全然違う。どうしてあなたはそういう風に言えるのですか、となったときに、追求がちゃんと出来るかどうか、その分れ道を発見することが、僕は *serendipity* だと思うのです。ですから、僕らが国際人権法を使ったきっかけが、日弁連から出ている『法廷にいかそう国際人権法』を読んでいるうちに、

¹⁷ 花崎皋平「静かなる大地－松浦武四郎とアイヌ民族－」（岩波現代文庫）10 頁によると、6つの命名案のうちから北加伊道と海北道を折衷したかたちで北海道となったとある。カイ（加伊）はアイヌ民族が自分たちの国をカイと呼び、同胞相互にカイノーまたはアイノーと呼んでいたとのことである。

はっと思いついたの。これは使えるぞとなって、皆で協議をして、B 規約や日弁連での動きを主張したということがありました。それがなかったら、この裁判で、先住民族に対する国際的潮流とか国際人権法の適用とかはなかったと思います。日光太郎杉判決もそうです。どこかではっと思いついて、あっこれだとなる、そう思う能力は、法律家にも必要なのです。ですから皆さんは、事象をみていて、あっ、おかしいな、とか、ふと何か思うところがあると思うのです。そういうものを身に付けて、法律家になってほしいなと思います。それはどこで養うことができるか。やはり、高校や大学で本をたくさん読むことですね。法律学の本ではありません。小説でもいいし、評論でもいいし、何でもいいのです。そういったものを読んで、頭を使って思考回路の中に少しずつ埋め込んでいって、それを後で使えるようにすること。それが **serendipity** を養うのだと思っております。皆さん試験に受からなくてはいけないのですが、試験に受かることは通過点であって、ゴールではありません。ゴールは、良い法律家になることです。その時に、**serendipity** というものも考えてもらいたい。反対尋問で、相手の言い分を補強してしまう尋問を「壁塗り尋問」と呼んでいます。何のために尋問したのか。やらない方が良かったという尋問があります。尋問が下手ということは、法律を知らない以上に弁護士の資質に欠け、依頼者に迷惑をかけることとなります。経験則から見れば、証人の行動は異常だ。異常な行動、説明できない行動をすることに特段の事情はあるのか、そんなイレギュラーがあるのはおかしいぞと、どうしてだろうかと考えていって、尋問していく。そのためにはこの **serendipity** の能力も必要だということです。どうか、それを身に付けて良い法律家になってください。(拍手)

本稿は、2018年10月30日に北大法科大学院の公法演習で行った講演録に加筆したものである。