

私と憲法（第5回）－二風谷ダム裁判について－

弁護士 田 中 宏

はじめに

過去4回分の「私と憲法」を読み返してみました。いずれも熱い思いが溢れています。第1回（中山博之）は憲法的刑事手続、特に無能な弁護人は「資格を有する弁護人」と言えないこと。刑事に限らず、民事においても「有能な」代理が求められています。無能な代理は有害なのです。登録間もない方は肝に銘じてもらいたいと思います。第2回（山中善夫）は在宅投票違憲訴訟における立法不作為違法論と不断の努力の必要性が説かれています。若い弁護士だけではなく、中堅・ベテランともに不断の努力がなければ、無能な代理につながります。第3回（増川拓）は、若手弁護士に対する熱い思い入れが語られています。増川先生は60期ですが、弁護士会にも、中堅・ベテランとフランクに話し合える仕組みがあると望ましい。私が登録した時、研修そのものに反対されたベテランがおられました。自分の努力で獲得した知識を何故公開しなければならないのかと述べておりました。今日、研修の機会は数多くあります。隔世の感があります。第4回（佐藤義男）は、司法の危機の最中に弁護士となって、様々な弁護士会活動を通して、憲法を武器にした弁護士としての生き方が語られています。「司法の危機」は、若い先生には、過去の歴史的事実としか受け止められないかもしれません。「司法の危機」と呼ばれた時代があったこと、そこで何があったのかを是非銘記し、その延長線上に現在の裁判所・裁判官の在り方があることを認識していただきたいと思います。このように、各々の先生方が熱い思いを持って後輩弁護士たちをエンカレッジしたいというメッセージがひしひしと感じられます。今回、憲法委員会の藤本明委員長代行から二風谷ダム裁判について報告してもらいたいとの依頼を受け、私も拙稿を草する次第です。

1 判決があった 1997（平成 9）年に弁護士登録されていた方は、約 220 名。

現在の会員の約 4 分の 1 程度でしょうか。とするならば、大半の会員の方は、二風谷ダム裁判の名前は知っていても、どんな事件で何が争点であったのかはお分かりにならないだろうと思います。そこで、二風谷ダム裁判とは、何であったのか、そもそもどうしてこの事件が起きたのか、そして裁判の意義はどこにあったのかについて話をしたいと思います。憲法的には、二風谷ダム判決は、アイヌ民族が先住民族であり、憲法と国際人権法を結び付けて先住民族の文化享有権を認めた意義は大きいと思います。もっと大きいのは、アイヌ政策史的に見ると、この判決がアイヌ民族を先住民族とする政策の原点となったことです。この判決は、先住民族としての政策形成を求めたからです（判例時報 1598-48 は、「アイヌ民族に対する最大限の配慮を要する」と表現しています。）。

2 皆さんには、北海道旧土人保護法という法律があったことをご存知でしょうか。北海道旧土人とは、勿論アイヌのことです。二風谷ダム判決は、アイヌ民族を初めて先住民族と認めました。国の行政は勿論、地方行政においても、そして国会においても、日本には先住民族は存在しないという前提で政策が展開されていました。判決の時から 20 余年を経て、本年 4 月には、白老のポロト湖畔にウポポイ（民族共生象徴空間）がオープンします。判決時には想像もつかなかった展開です。この間、国会においてアイヌ民族を先住民族と認める国会決議が全会一致で採択され、内閣官房長官の諮問機関として「アイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会」ができ、内閣官房に「アイヌ政策推進会議」が設置されました。また、国連総会では、2007（平成 19）年に、「先住民族の権利に関する宣言」が採択されており、日本は、この宣言決議に賛成しています。日本では、アイヌ民族をようやく先住民族と認めるようになりました。国連で、日本には先住民族はおろか少数民族すらないと報告していた時代があったことを考えると、大きな時の流れを覚えます。

先日（1月14日）の麻生太郎財務大臣の单一民族発言は、この間の経過を否定するものです。そもそも日本には、王朝なんかありません。情けない。アイヌ民族を先住民族と認めることは、当然のことながら、先住権を認めることになります。先住権の内容については、前記国連の先住民族権利宣言をお読みください。「先住民族・国連広報センター」

二風谷ダム判決が出たときの内閣総理大臣は、橋本龍太郎であり、内閣官房長官は梶山静六でした。判決が出た翌日、橋本首相は、アイヌが先住民族であることは歴史的事実だと述べていました（この発言は、うっかり発言であり、従来の政府見解に反するものでした。）。すると翌日、梶山官房長官は、アイヌ民族は先住民族であっても、先住権は発生しないと釘を刺しました。政府の本音はここにあります。先住民族であることは認めても、それに伴う先住権は認めないとというものです。その後政府は、アイヌにお目こぼしのようにいくつかの権利を復活させましたが、事実上はゼロに近いものです。1月13日の北海道新聞によりますと、鮭の捕獲権の確認を求めて、浦幌のアイヌの方が裁判を起こす予定であるとのことです。これは当然の動きだろうと思います。国は、口では先住民族であることを認めて、それに付随する権利を一切認めていない。内実を伴わない先住民族になってしまふおそれがあります。国連の先住民族権利宣言は、裁判において国際人権法上の重要な法源となるものであり、裁判所は、おそらく、困惑するでしょう。

3 この裁判は、13人の弁護士が力を合わせて遂行したものです。原告は、アイヌ語・アイヌ文学の伝承者の萱野茂さん、北海道ウタリ協会副理事長の貝澤正さんの二人でした。お二人は、アイヌの世界のスーパースターでした。お二人ともダムの底に沈む農地を保有されておりました。その農地が収用の対象となったのです。北海道収用委員会は、お二人の農地の収用を認めたのです。お二人の委任の趣旨は、収用裁決に反対することは勿論ですが、「アイヌ民族の復権」「鮭の捕獲権をアイヌに返せ」「日本政府は、アイヌに謝罪し

る」というものでした。委任の趣旨に沿う弁護活動とは、どんなものか。また、この裁判は、北海道収用委員会の収用裁決の取消しを求めたのですが、弁護団は、土地収用法の事件は経験したことがなかったし、どんな要件があれば取消ができるのかも分かりませんでした。途方に暮れるばかりでした。

しかし、受任したからには少しずつでも、依頼の趣旨に沿った弁護活動を開けなければなりません。収用委員会の収用裁決が裁量権の濫用であると方向付けるまで、相当な時間がかかりました。では、何をもって裁量権の濫用とするのか。行政事件訴訟法第30条を、もう一度ご確認ください。収用委員会が行った収用裁決を取り消すには、収用委員会に裁量権の濫用があったことを立証しなければならないのです。二風谷ダムは、苫小牧東部工業地帯へ、工業用水を送るためのダムです。当時、苫小牧東部工業基地に進出する企業（水を使う重工業）はありませんでした。広大な原野が広がっているだけです。したがって、工業用水を供給する必要は消滅していました。工業用水は必要ないということに気付いたわけです。ダムから苫東まで工業用水を送る送水管を建設しなければなりませんが、その建設は北海道の役割でした。道は全く送水管の建設に着手するどころか、逆に、建設する目的がなくなったのであるから、ダム建設にかかる道の負担金を国に返すよう求めておりました。

これらの事実は、明らかに工業用水を供給するという目的が消滅していたことを意味しております。そうすると、土地収用法20条3号の「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」、さらに4号の「土地を収用または使用する公益上の必要があるものであること」の要件を満たしていないのではないかと考えたのです。そこで私たちは、二風谷ダムは目的を失ったダムであり、収用の要件を充たしていない。裁量権の濫用だと主張したのです。ところが国は、多目的ダムだと抗弁していました。付け足しの「屁理屈」ですが、目的の大部分が失われたというだけでは、「灰色」になつても「黒」にはなりません。私たちは、裁量権の濫用について、先例として日光太郎杉事件（東京高判・昭和48年7月13日）があることを知りました

た。この判決の枠組に準拠して、主張を構成したわけあります（比較衡量論）。幸い裁判所は、ダム建設に伴うアイヌ文化への影響の調査を怠っていると認定し、裁量権の濫用を認めてくれました。

4 私たちは、アイヌ民族が、明治維新以降どれほど抑圧されていたのか、その歴史を振り返ることなく、単に工業用水の供給の目的が失われたというだけでは不十分であると考えました。北海道におけるアイヌ抑圧の歴史を背景として理解する中で、土地収用の問題を位置付けるべきだと考えたのです。明治の元勲の一人である岩倉具視は、「岩倉公実記」の中で皇国の隆替（存亡のこと）は次の三つに懸かっていると明治天皇に進言しています。一つは予算です。日本には、国家予算の概念がなく、従って財政制度についての概念もありませんでした。まずは、予算の制度を確立すること。二つ目は、「富国強兵」。強兵には、強大な軍隊が必要です。江戸幕府の装備や戦法では、帝国主義の列強と対峙できません。軍事力を近代化し、強化すること。それによって南下するロシアと対抗し、外交をマネージメントすること。そのためには、軍事力を支える産業が必要になります。中国や韓国、近年ではベトナム・インドネシアなどの「開発独裁」と呼ばれる国々の先駆けが日本でした。ご承知のとおり、八幡製鉄所や富岡製糸場そしてサッポロビールなどを政府が資本を注入して産業を興し、後に払い下げる手法をとり、成功しました。日本は、遅れてきた産業国家となったのです。この意味では、日本は、後発の帝国主義国家でしたが、成功した例でした。三つ目は、蝦夷地の開拓であると言いました。アイヌモシリ（人間の大きいなる大地）は、明治元年に松浦武四郎によって北海道と命名されておりますが、明治政府は、北海道開拓に当時の国家予算の3分の1余りを投入しております。明治9年に開拓使ができました。これは、強力な国家予算の裏付けをもって北海道を拓殖する目的の新しい官庁でした。そして同じ年に開拓使仮学校（札幌農学校）が、芝・増上寺の片隅に開設されました。札幌農学校は、卒業生に農学士の称号を与え

る、日本で最初の大学でした。東京大学よりも早いものでした（東京大学は、色々な経緯を経て、学士の称号を与える大学となりましたが、それは、明治 11 年のことです。）。しかも、国内に教官となる人材はなく、教官はお雇い外国人でした（初代教頭のクラーク博士が著名）。授業は、全て英語で行われております。その外国人教授の給料は、後に東京大学ができますが、その東京大学のそれの 3 倍だったそうです。また、札幌農学校の学生には給費が支給されていました。明治政府は、北海道開拓にとんでもない金をかけていた一端が分かります。その北海道には、アイヌという先住民族が居住しており、そのアイヌをどうするかが問題でした。明治政府のアイヌ政策は苛烈を極めました。酷すぎるわけです。まず、土地を全部国有化しました。通常であれば、先住民族との間で条約を締結する（アメリカ、カナダ、ニュージーランドなど）とか地権者から購入するなどの手続きが行われるのですが、有無を言わせず北海道の全ての土地を国有地化しました。この辺のところはどうか皆さんで学習してください。北海道に居住している縁があるのですから、北海道がどのような過程で成立していったのかを勉強していただきたいと思います。当時は、未だ帝国議会が開設されていませんので、内閣が作る規則が最高の法規がありました。山林仮規則は、アイヌに木を切ることを禁じております。鮭鱒規則は、アイヌに鮭や鱒を取ってはならないと定めております。この寒い北海道で、暖も取れない、家も建てられない。そのうえ食料も制限される。どうやって生きていくのか。必然的にアイヌは困窮を極めました。明治政府は、1899（明治 32）年に、北海道旧土人保護法を制定しました。この法律は同化政策が目的であり、アイヌに対し一人当たり 4 町歩の土地を下付するというものでした。下付された土地を、給与地と言います。これによって、狩猟民族から定住した農耕民族への転換を図ろうとしたのです。詳しいことは述べられませんが、原告お二人の土地は給与地だったのです。それがダムの底に沈むため、土地収用の対象となったわけです。収用の対象地が給与地であることを理解するためにも、明治政府のアイヌに対する政策の歴

史を理解しなければならない必然性があることはご理解いただけたと思います。民法 206 条の、「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。」と定めています。所有権絶対です。ところが、この給与地に限っては、売買などの処分や抵当権の設定などには、北海道長官（戦後は、北海道知事と読み替え）の許可が必要だったのです（北海道旧土人保護法第 3 条）。日本全国どこを見ても、このような所有権はありません。この法律の立法趣旨は、アイヌは字が読めず、和人に騙されるから、地権者であるアイヌに代わって北海道長官（戦後は北海道知事）が判断するという国親思想です。これほどアイヌを馬鹿にした法律はありません。この法律は、二風谷ダム判決の 2 か月後に廃止されております。本シリーズ第 2 回の山中先生の論旨に従うと、この法律が戦後 50 年も見直されないまま経過したことは、立法不作為の違法のように思います。

5 アイヌの歴史についてに、日本で最初に植民地政策の講座ができたのは、札幌農学校です。新渡戸稻造は、その申し子のような人物で、台湾で製糖業を実践したり、後に東大経済学部の植民地学（植民地政策）の教授になります。日本は、明治維新から 73 年目にして、太平洋戦争に突入しました。それとほぼ同じ期間、戦後の平和な時が流れました。最初の 73 年間は、戦争の連続です。それも、帝国主義的な侵略の連続でした。まず第一に、1877（明治 9）年に、琉球処分を行い、琉球を日本の植民地にしました。琉球は、日本とは全く別異の国家でした。琉球処分までは、琉球王国が治めていたのです。先日火災で焼失した首里城は、王家の居城です。ペリーは、浦賀に来る前に琉球に寄港し、琉米和親条約の締結を打診しております。その後、琉米修好条約が締結されております。同種の条約は、アメリカのみならず、イギリス、フランス、ロシアとも締結されており、国際的にも琉球は、日本と別の国家と承認されていたのです。北海道と沖縄は、国内の植民地です。その違いは、北海道は開拓型植民地であり、琉球は収奪型植民地がありました。その後、

日本は台湾を領有し（下関条約）、北海道開拓をモデルに海外植民地經營に乗りだしたわけです。明治政府は、当時の国家予算の4分の1余りを台湾に注ぎ、台湾の何もないところに都市、港湾、ダムや鉄道を造っていました。この台湾での成功体験をもとに、南樺太、遼東半島（ポーツマス条約）、朝鮮併合（併合条約）、南洋諸島の委任統治（ベルサイユ条約）、そして満州国という幻の国まで作っていました。そして最後は米英を相手に戦争を仕掛け自滅するわけです。裁判では、田端宏北海道教育大学教授に中世以来のアイヌ政策史について3期日にわたり証言していただきました。被告らからは、反対尋問はありませんでした。

6 私たちは、苦東計画が破綻し目的のないダムになったことに加えて、ダム建設によるアイヌ文化への影響を主張しました。沙流川は、イオクルミのカムイがシンタという籠に乗って降臨したサルンクルの伝説のある川です。その中流の二風谷は、アイヌの人口密度が濃く、アイヌ文化がよく保存されているところでした。アイヌ語学者や文化人類学者は、必ず二風谷を訪れておりました。ダム建設によりアイヌ民族の伝統行事であるチプサンケ（舟祭り）が行えなくなったり、三つのチャシ（砦とか交易所といわれています）などの遺跡は破壊され、チノミシリ（私・祈る・場所）という聖なるスポットにクレーンを建てるなど、アイヌ民族の心情を無視するものでした。裁判所は、比較衡量論を展開して、ダム建設によるアイヌ文化についての影響を十分調査しなかったとして、裁量権の濫用であるとしました。また、アイヌ文化については大塚和義国立民族学博物館教授に2期日にわたり証言をお願いしました。ここでも、被告からの反対尋問はありませんでした。

7 国際人権規約（B規約）27条は、少数民族の文化享有権を定めていることが分かりました。少数民族に文化享有権が保証されるのなら、先住民族は一層保護される筈だと考え、これを憲法13条に組み込んで主張しました。折か

ら国連では、「先住民族のための 10 年」が始まっており、2 で述べた「先住民族の権利宣言」のための起草作業が進行中でした。その経過も、逐一準備書面にして主張しました。特に 1993（平成 5）年、国連において先住民族の定義がなされておりますが、判決は、その定義に即してアイヌ民族を先住民族と認めております。国連での作業の詳細は、小樽商科大学の相内俊一助教授（国際人権法）に証言していただきました。国は、アイヌ民族が先住民族であろうとなかろうと、収用裁決には関係がないというスタンスでしたので、相内助教授に対しても反対尋問はありませんでした。

8 また、この判決には、手放しで喜べない、陰の部分もあります。それは、事情判決（行訴法 31 条）で原告の請求を棄却したことです。穿った見方をすると、判決理由の中でアイヌ民族を先住民族とは認めておりますが、請求を棄却するという最後の一線を守ったことから、アイヌ民族を先住民族であると丁寧に認定したと指摘する学者の方もおられます。裁判官の心理として、判決の影響の大なるを恐れ、事情判決に傾いたのかもしれません。これは陰の部分です。また、もう一つの陰があります。この裁判は取消訴訟ですので、行訴法 25 条の執行停止を申立てました。収用裁決を、裁量権を濫用した違法と認めるのであれば、当然、執行停止も認められるはずでした。しかし、原告が再三にわたって判断してほしいと求めて、裁判所はポケットに入れたまま何ら判断をしませんでした。その結果、ダムは完成し、湛水しました。判決と同じ日、つまり原告の請求が事情判決によって棄却された日に、執行停止の申立も棄却しております。収用裁決が違法であるなら、執行停止を認めるのが制度の趣旨の筈。こんなことはありかよ、と思う次第です。まさに陰の部分です。

9 余談（その1）

審査請求手続きを行ったものの、建設省は一向に手続きを進めようとしたませんでした。ところが萱野さんが、社会党から参議院の比例代表区で立候補するとの情報が流れるや、建設省は大慌てで手続きを進めたのです。萱野さんは、惜しくも落選（次点。後に繰り上げ当選）すると、今度はだんまりを決め込む。建設省は、萱野さんが当選すると、国政調査権を使って収用の経過などを調査されるのを恐れたようです。落選が決まると、手続きが全く進まず、審査請求棄却の裁決があったのは、申立から5年と2か月後のことでした。その間ダム建設工事が着々と進んだことは言うまでもありません。

余談（その2）

萱野さんは、弁論の最終日にアイヌ語で意見陳述をしました。裁判所法74条では、「裁判所では日本語を用いる」となっていますが、裁判長は、アイヌ語での陳述を制止しませんでした（勿論通訳がついていました。）。おそらく裁判長は、原告が勝つ（実質的な勝利）という心証を持って最後の弁論に臨んだのだろうと思います。長かった裁判の結末において、裁判長が見せたアイヌへの共感であったように思います。アイヌ語が日本語でないとすれば（つまり、アイヌ語が外国語だとすれば）、北海道が明治政府によって国内植民地にされた明白な証拠でもあります。萱野さんは、言いました。「あなた方は、別な国から来た人だから私の言葉が分らないんですよ」と。皆さんは、アイヌ語での陳述には、先に述べた植民地支配の問題が含まれていることに気付かれたと思います。

余談（その3）

審査請求手続中に、建設省で証人調べが決まりました。ある著名なアイヌの研究者は、原告本人の飛行機代や宿泊代は弁護士が負担すべきだと意見を述べたことがあります。こちらは手弁当で裁判をやっているのに、旅費などの実費まで弁護士が負担すべきだというのです。弁護士は、金がある筈だから弁護士が負担せよというのには、驚きました。世の人の弁護士を見る眼

の一端を知らされた思いです。

余談（その4）

裁判の進行中、裁判所から和解の勧告がありました。どう和解することができるのか。大変難しい問題でした。裁判は、お二人の個人の思惑を離れて、アイヌ民族 vs 日本政府（被告は北海道収用委員会ですが、法務大臣が補助参加し、国が事実上の当事者となっていました。）の構図になっておりました。傍聴席が満員となり、閉廷後の報告会もアイヌの方ばかりではなく、多数の心あるシサム（友人）の方も参加されておりました。国の代理人は、裁判の都度東京法務局から来ておりました。そのため簡単に和解ができる状況ではなくなっていました。和解に関連して、団長格の鈴木悦郎先生が辞任されたことは、痛恨の極みでした。大きな政治の影があることを教えられた事件でもありました。

10 この判決が示した、事情判決、判断過程審査論、国際人権法適用論などの論点は、行政法や国際人権法の基本書において取り上げられております。昨年11月、北大法科大学院でこの事件についての講演を行いました。私の事務所のHP (<http://tw-law-office.jp/>) に講演記録と参考文献が載っておりますので参照ください。紙面の関係で、これで終わりますが、この拙稿が皆様に先住民族の権利、北海道に居住にするアイヌの権利とその距離についてお考えいただけた端緒になれば幸いです。拙稿を読み直してみて、どうも「私と憲法」にそぐわない内容になってしまいました。御勘弁を。