

2020.11.10  
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。

コロナのお陰で大学に行くことができず、こういった ZOOM を使って皆さんにメッセージを送るのは大変心苦しいのですが、勘弁してください。僕も今 74 歳になったので、僕が罹ったら天国に行くしかないので、ZOOM にさせて頂きました。

教育、特に教師が皆さんの前で、姿を示しながら話をすることは大変重要なことです。僕も、修習生だった時に、司法研修所に何人かの素晴らしい弁護士の先生がゲストでお見えになって、その先生の姿をみて、そのお話を聴いて、ああ僕もこんな風になりたいとか、ありたいと思ったことがありました。教育というのは、ただ字面を眺めてそれを教えればよいというわけではありません。座学では、不十分なのです。やはり、先生の姿を拝見し、その声を聴聞することで学んでいくというのが大事だと僕は思っております。それが実務家になるための不可欠の作業です。ですから、僕は 2005 年から北大のローで 4 年間法曹倫理を教えましたけれども、法曹倫理を教えたときにも、あなた方のモデルはここにいるんだよ、という思いで教壇に立ったつもりです。法曹倫理のテキストはたくさんありますが、やはり言葉を発する人、その背後にある人となりや信念を含めて受け止めていく。そのことが大事なのです。今日は残念ながら皆さんの前に立つことができなかつたので、お詫びをする次第です。もし直接話を聞きたいという方がいらっしゃれば、いつでも僕の事務所のドアは開いておりますので、訪ねてください。では本論に入ります。宜しいでしょうか。

皆さんにお配りしてある、資料 1 をご覧下さい。これについている論文、東京大学の岩沢雄司先生<sup>1</sup>の「二風谷ダム判決の国際法上の意義」という論文。それから、退官されましたが、本学の常本照樹先生<sup>2</sup>の「先住民族と裁判—二風谷ダム判決の一考察—」という論文があります。それともう一つ、憲法の中村睦男先生<sup>3</sup>の「アイヌ民族法制と憲法」の一部抜粋した論文があります。先住民族やアイヌ民族に造詣の深い三先生の論文に、ほぼこの判決の意義については、

---

<sup>1</sup> 国連・先住民族フォーラムの委員。自由権規約委員会の委員長を務められ、現在国際司法裁判所裁判官。

<sup>2</sup> 北大アイヌ・先住民研究センター初代所長。

<sup>3</sup> 公益財団法人アイヌ文化振興・研究推進機構理事長

語り尽くされております。二風谷ダム判決の意義を、判例的に勉強するのであれば、この三つの論文を読めば十分だろうと思います。しかし、そうではなくて、何故我々が国と闘えたのか、何が我々を動かしたのか、判決に至るまでどんな苦労があったのかについて、裏話として話してみたいと思います。皆さんの中には弁護士になりたいという希望を持った方も多いただろうと思います。弁護士になったならば、たとえ困難であっても、依頼者のために何ができるかということを常に考えながら活動していくことが大事です。今日皆さんにお話しする中身は、判例の意義についても触れますが、弁護団は、どこに苦労したか、そして、判決に至るまでのプロセスをご理解頂きたいと思います。判決は、天から突然降ってきたものではないのです。さっき指摘した3つの論文を読めば、この事件の持つ意義などの理解は十分だと思えます。そうではなく、皆さんに分かっていただきたいのは、この判決に至るまでの、弁護団の苦労と言いますか、どのようにしてこの判決に辿り着いたのかというプロセスを学んでほしいということです。そしてそれは、皆さんもできるのです。この二風谷ダム裁判をやった原告代理人は13名いますが、その13名というのは、僕を含めて平均的なアベレージな弁護士です。特別な才能のある弁護士はいません。学者のようにコツコツやる方とか、そういう方もいませんでした。みんな平均的で、自分で仕事をして、所得を得て生計を立てているという人が全員でした。それは、弁護士の一般的な姿なんですね。その人方が集まって、何とかこの虐げられたアイヌの人たちやアイヌ民族に対して、アイヌの誇りを取り戻すにはどうしたら良いのか、みんなで議論して、みんなで考えて、それでいろいろ走った。それがこの事件だったと思います。勿論、報酬は期待できません。ロイヤリングの授業で、弁護士の報酬について勉強されたと思いますが、この事件では、報酬は全く期待できないのです。その中で、約9年間、みんな必死になって、持ち出しで、いわば力を合わせながらゴールにたどり着いたというのは、本当のところでは、僕らは特別才能があるとか、何か皆さんと違う才能があるというわけではなく、ごく普通の弁護士なのです。皆さんも、いつか司法試験受かって、法曹になって、弁護士になる方も多いいと思います。金にもならないし、いやもういいわというのも一つのスタンスだと思います。しかし、何とかしたい、何とかしなければならぬという思いで集まって活動することもある。座視できない事件もあるのです。ですから、皆さんには夢があると思います。どんな法律家になるかというときに、こういった公益的な事件もやってみたい。そして自分も、社会の発展と言いますか、よりよい社会の実現に向けて尽力したいという方はいると思います。それは、普通の能力があればできることです。まさにこれから話すことによって皆さんも納得できるだろうと思います。

まず、お配りしている資料2をご覧ください。場面I。これはまさに、僕らが受任した時の様子です。原告のお二人が私の事務所に来た時には、既に北海道収用委員会で、収用裁決が出ておりました。収用裁決については、資料3を

ご覧ください。土地収用法上の収用手続きが分かり易く図解されています。これは綱森先生が用意してくれたものです。この図の中で、左に事業認定手続きがあり、そして、右の方に収用裁決手続きがあります。私のところに二人が来たときには、もうこの右側の収用裁決手続きの一番下のところ、権利取得裁決、明渡裁決、これが出た後でした。少し解説しますと、権利取得裁決というのは、その裁決によって起業者に所有権が移転するという効果を持つ裁決です。それから、明渡裁決というのは、明渡を命ずる債務名義と同じように明渡を執行できる、もし明渡をしなければ行政代執行ができる、これによって明渡が実現できる効果を持っています。この二つの裁決を併せて収用裁決と言っています。ですから、このアイヌのお二人が事務所に来た時には、収用裁決が既に出た後でした。これに対してどんな方法で闘えばいいのか、皆目見当がつかない状況でした。僕も、資料 2 の場面 I にあるように、少し時間をくださいと言って引き取って頂きましたが、どこを争点にするべきなのか皆目見当もつかないわけです。それで、僕はその後何をしたらかという、とてもこれは一人で闘うことはできない、何人かのメンバーを集めてやらなければならないということで、弁護団を募りました。そうしたところ、何と 13 人もの札幌弁護士会の弁護士が、俺はやる、俺もやりたいと名乗り出てくれたのです。もちろん、報酬は期待できません。ただ働きだけどやるって言ってくれたのです。僕は感激しました。13 人もの弁護士が、すぐに集まってくれるとは思いませんでした。

依頼者の依頼の趣旨は何か。レジュメにありますけれども、二人の依頼者は裁判に何を求めたか。お二人は、お金のことは全く不服ではない。土地収用に当たっては、補償金を支払わなければならない。憲法 29 条 3 項で、私有財産は、正当な補償の下に、用いることができると定めています。その正当な補償とは、金銭による補償のことなんですね(土地収用法 46 条 2 項など)。萱野茂さん<sup>4</sup>は、そのお金が多いとか少ないとか、そんなことに文句があるわけではない。アイヌ政策を断罪して、収用裁決を何とか取り消してもらいたい。これが違法だということを訴えてくれということです。それから、もう一人の依頼者である貝澤正さん<sup>5</sup>は、100 年分の年貢を払えとおっしゃっていた。つまり、明治政府になってから、アイヌがどんどん衰亡していくわけです。この寒い北海道で、木を切るな(明治 8 年・山林仮規則)ということです。家を建てるにも、暖房のためにも木が必要です。当時、暖房は、白樺の皮(「がんび」と呼んでいました)を剥いて火をつけて暖を取っておりました。その木を切るなど。それから、鮭を獲るな(鮭鱒規則)。熊や鹿を獲るな(明治 9 年・鹿猟規則)。全部禁止です。もっとも酷いのは、アイヌ語を使うな、アイヌの風習をやめろと(明治 11 年・布達<sup>6</sup>)。アイヌが衰亡していくのは当然だったのです。そういった歴史がある

<sup>4</sup> <https://ja.wikipedia.org/wiki/%E8%90%B1%E9%87%8E%E8%8C%82>

<sup>5</sup> <https://ja.wikipedia.org/wiki/%E8%B2%9D%E6%BE%A4%E6%AD%A3>

<sup>6</sup> 布達というのは、開拓使の行政命令

ので、依頼者の一人だった貝澤正さんは、100年分の年貢を払えと言っていました。もうこの時には、明治維新から120年くらい経っていて、まあ100年というのもオーバーなものではなかったと思います。要するに貝澤さんは、地代を寄越せというのではなく、明治以来のアイヌ政策に異議の申立をしてくれというものでした。この点でお二人は、共通しておりました。このように、アイヌ政策に対して不服を申し立ててくれというのが、お二人の依頼の趣旨でした。

また、受任した時点では、大変なハンディがありました。この収用裁決をひっくり返すにはどうしたら良いのか。見当もつかないわけです。皆さんは、要件事実を学んでいますね。では土地収用ができる要件事実は何なのだろうか。土地収用法という法律に基づいて手続きが行われて、資料3の図のようになったわけですが、この土地収用法の20条3項は、「事業計画が土地の適正且つ合理的な理由に寄与するものであること」と定めています。そして4項で「土地を収用し、又は使用する公益上の必要があるものであること」と定めています。この二つなのです。普通ダムを造ると言ったら、その造る目的があるわけで、ダムに何百億円とか、1000億円を超える予算を注ぎ込むわけです。そういった事業を、目的もなくやる筈がないのです。そうでしょう。「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」とありますが、大体ダムを造るときは、「適正合理的な利用」から外れる筈がない。ダムを造れば、水を貯めますので、一定の治水効果があることは明らかです。去年も今年も全国で水害がたくさんありました。九州の球磨川でダムを造ろうとしたら、反対運動が起きて、ダムが造れなかった。その結果、洪水が拡大したという噂があるのですが、本当かどうかは分かりません。いずれにしても、ダムを造れば、水を貯める効果があるから、水害の調整（100%防止はできないが、被害を軽減することはできる）にはなります。それだけの公益性があるということになります。そこで、僕は、これが要件だとすれば、こんな抽象的な要件だったらもうどうにもならないのではないかと。そういう風に思ってしまったのです。ただ、当時高度経済成長の真っ只中で、二風谷ダム建設の主目的は、約100キロ下流にある苫小牧東部工業基地へ1日25万トンの工業用水を送るという、そういう計画のもとに建設されたのです。ところがその苫小牧東部工業基地には、進出する企業がなかったのです。つまり、工業用水を使う企業がなかったのです。そうすると、「目的を失ったダム」ではないかと考えました。そうすると、この20条3項の要件を満たしていない。取消の理由になるのではないかと考えたのです。ただ、それは全然甘くて。行政事件訴訟法30条をご覧ください。「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があった場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる」とあります。要するに、行政行為というのは、ほとんど、99%が、裁量行為なのです。いくら法律で要件を書いても、その解釈によって要件に該当するし、該当しないという解釈も可能なのです。処分が無効だというためには、裁量権の濫用だと主張しなければならない。次に、主張はしても、裁量権の濫用をどうやって立証するのか。昔僕が習った時の行

政法は、裁量行為を自由裁量と羈束裁量に分けて、後者は司法審査の対象となるが、前者はならないというものでした。今は、この二分説の意義は低下しています。濫用になるかどうかをどこで決めればいいのかということなのです。しかも、基準となる法規の規定は不確定です。この「適正且つ合理的な理由」というのは、まさに不確定です。ですから、なかなか、苫小牧東部に工業用水を使う企業が進出しなかったからと言って、それだけで収用裁決が裁量権の濫用と考えたり、収用裁決を取り消すことができるのかと考えたら、それは駄目じゃないかというようなことがありました。ですから、どうやってこの裁量権の濫用を構成していくのか、これについては本当に悩みました。

ところで、少しだけ脱線しますが、皆さん、今年の5月か6月に、この北大の学長が解任されるということがありました。憶えていますか。これは文科大臣が北大の学長を解任したのですが、僕は新聞と地元の月刊誌でしか情報を得ていませんが、解任した理由は、職員に対するパワハラだということです。パワハラですよ。職員に対するパワハラが、大学の学長として相応しくないということです。

国立大学法人法第17条は、文科大臣は、1項で「学長が職務を行うことができないとき、心身の故障のために職務ができないとか、職務上の義務違反があったとき」に解任できると定めてあります。加えて、2項で「学長に引き続き当該職務を行わせることが適当でないと認めるとき」に解任できるとあります。2項の「適当でないと認めるとき」とは、1項に準ずるような事由があることが必要です。学長の役割とは何か。その役割を果たせず、職務を行わせることが適当でないと、どんな場合か。その理由は、パワハラだということです。僕は、新聞記事や月刊誌の記事を見て笑ってしまいました。今回の学長解任は、文科省が気に食わない学長は追放できるということを示した事件だと思います。全国の国立大学にとんでもない委縮効果をもたらしたと思います。日本学術会議の比ではない。文科省に逆らったら学長の首が飛ぶことを示した例です。事務方の重要なポストは、文科省の出先機関です。学長と事務方の対立があって、学長が事務方のコントロールに従わない。学長は、公然と文科省と対立した。そんな対立する学長には、お辞めいただくというのが、文科省のスタンスのようです。パワハラ行為は、隠し録音されていたようです。場所は、学長室や学長車です。こんな場所で録音が可能となるには、事務方の組織的な協力がなければできません。解任された学長は、工学部出身で、ビジネスの世界に精通されていたようです。これも月刊誌「財界さっぽろ」の情報ですが、彼は民間の発想をされていて、役人の発想と全然合わなかったのかも知れません。そうすると、気に食わない学長を解任しようという政治勢力が動いてくるのです。そもそも解任された学長は、職員の選挙で2位の2倍も獲っているのです。ところが、学長選考会議では、辛うじて過半数を取って学長に指名されたというのです。学長選考会議では、選挙で選ばれた筈の人を推薦しないこともあり得た。ということは、就任のときからもう前途多難だったようです。選挙で選ばれた

はずの人が、実は学長選考会議では選ばれないという、そういった可能性もあった。酷いケースです。話を戻すと、国立大学法人法 17 条 2 項では、「引き続き当該職務を行わせることが適当でないと認めるとき」とある。適当でないと認める時、文科大臣は、学長をクビにすることができる。では、どんな要件があれば、職務を行わせることが適当でないのか。これが、職員に対するパワハラだっていうのだから笑ってしまうでしょう。「適当でない」との判断のディメンションが全く違うところで判断されたのです。事務方は、本省と十分連絡をとっていたうえでの作戦だったと思います。しかも今回の学長の解任というのは、国立大学始まって以来、初めてのことなんですね。仮にパワハラの実事が認められたとしても、それが犯罪でもない限り、はいあなた学長の資格ありませんなんてならないでしょう。法律の文言は、解釈次第で「職務を行わせることが適当でない」ということに、パワハラが含まれるとなる。僕は馬鹿でないかと思いました。ですから、闇の勢力と言ったら変ですが、アンチ学長の政治的な勢力が大学の中を支配しているということだと思います。もし、解任された学長が裁判を起こして、後で言うような比較衡量論を展開して、どういう要素が学長としての資質なのか、能力なのか。そこが問われるだろうと思います。それと、パワハラをやったということが学長の解任の理由なのだから、それは、パワハラを理由として追放できると考えた勢力があったということでしょう。北海道大学の学長選考会議が解任を申し入れているわけですよ。文科大臣に上申して、文科大臣は上申をそっくりそのまま受け容れて、はいクビですとやってしまった。こんなことがあるのかということ。ずれましたね、ごめんなさいね。

ですから、行政事件訴訟法の、ここの裁量権の範囲をこえ、又はその濫用があった場合に限りという、この裁量権の濫用をどうやって考えていけばいいのかということが問題となるわけです。それは、レジユメの 2 ページの 1 の(3)。「行政事件訴訟法第 30 条の裁量権の逸脱・濫用の判断は、どうおこなわれるべきか」。教科書的には、狙い撃ちにしたりとか、平等原則に反するとか、目的違反があったとか、動機の違反があったとか、比例の原則違反があったとか、色々な判断基準が教科書に載っています。大変興味深い論点ですので、調べておいてください。この濫用の主張・立証について壁にぶつかっていたときに、日光太郎杉事件<sup>7</sup>の判決を見つけたわけです。日光太郎杉事件は、土地収用法の事件で、日光に高速道路を通すために、東照宮の森となっている部分を収用するという事件です。日光東照宮は断固反対だったのです。反対でも、無理矢理道路を通すためには、木を切らなくてはならない。比較衡量論によって、木を切って道路として使うことによって得られる利益（道路建設の利益）と、被侵害利益、木を切ることによって失われる利益、東照宮の静謐や佇まいなどの利益を比較考慮をしたうえで、濫用があったかどうかを決めなさいという先例を見つけたわ

---

<sup>7</sup> 東京高裁判決 S48・7・13・判時 710-23

けです。ああ、これだと思いました。だけど、じゃあ、被侵害利益というのは何なのだと。今回のダム。ダムを造るといふときに、ダムを造ることによる被侵害利益といふのは何だろうと考えた時に、はたと困ったわけです。それはそうですよね。で、どうしたら良いだろうかといふことで、文化といふのが出てきた。これも偶然出てきたものです。資料 2 の場面Ⅲがそういうことです。これは、やり取りの中で、文化といふのは何だろうかと考えました。そして、アイヌ文化を被侵害利益として持ってきた。窮余の一策ともいえます。自分の愛する土地が水没するから困るといふ。それでは、全然、比較衡量の対象にならない。それで、どうしたら良いかといふことで、この場面Ⅲにあるように、文化といふ目に見えない価値を持ってこられないかと考えたんです。これがうまく当たった。ですから、瓢箪から駒のようにアイヌ文化が出てきたものです。それが先住民族の文化とか、その文化享有権といふものに繋がってきて、それがどんどん広がってきたのです。それも弁護団がみんなディスカッションの中で出来上がってきたといふことです。

日光太郎杉事件に気づいたのはいいのですが、では、アイヌ文化といふのは、どこにあるのか、といふことになったのです。被侵害利益がアイヌ文化だとすれば、それは目に見えてどうなっているのか、それは比較衡量の対象となるのか。そこでまたはたと止まるわけですね。民族には、各々独自に形成した文化があります。文化といふのは、朝起きてから寝るまで、生まれてから死ぬまで、人が生きていくうえで様々な習慣だとか儀式だとかそういったものを行って、生まれて死んでいくわけです。その総体を文化だと位置づけたわけです。アイヌの文化といふのはもともとあったのだけれど、それが、和人がどんどん入ってきて、衰退していったといふいきさつがあるわけです。そうすると、その何とか残っている文化を、被侵害利益として構成できないかと考えたところ、裁判所が取り上げてくれた。そしてその文化を、少数民族の文化享有権とリンクさせて考えたわけです。裁量権濫用の主張が、後日「判断過程審査<sup>8</sup>」と呼ばれるようになるとは考えてもいませんでした。

資料 1 の 1 枚目の 1 の(1)のイ、先住民族とは何かといふことですが、国は、アイヌが少数民族であることは認めていました（当初は、日本は単一民族であり少数民族はいないと国連に報告していました）が、アイヌを先住民族と認めることはなかったのです。政府は勿論、自治体もそうです。ここで突然先住民族といふのが出てきましたが、アイヌの少数民族性を研究していったときに、国連の動きが並行してありました。資料 2 の 6 頁の時系列表があるので見てください。この右側の表を見てください。右側の表を見ると、1995 年から 2004 年にかけて、国連で、「世界の先住民族の国際 10 年」といふのがありました。この 10 年は、先住民族の権利擁護の動きをブーストしてくれました。この運動の

---

<sup>8</sup> 曾和俊文「行政法総論を学ぶ」（2014・有斐閣）201 頁

ゴールは、2007年の国連総会での「先住民族の権利宣言」にありました。このゴールに向かって、いくつものイベントが開かれました。ここの時系列表にはないのですが、1982年に、国連の中に先住民族作業部会ができて、ずーっと継続して定義作業が進んでいったわけです。その時に、この作業部会には、北海道ウタリ協会という、アイヌの人で組織する協会がありますけれども、これが、オブザーバー参加が許され参加しておりました。それはそうですよ。先住民族作業部会と言っておきながら、先住民族を排除した作業部会というのは、意味がないわけです。それで、原告の萱野さんや証言していただいた小樽商科大学助教授（当時）の相内俊一さんが、この先住民族の作業部会に出席して、日本のアイヌの状況を訴えていったということがありました。それから、この表では、1993年に国連の「世界の先住民の国際年」では、ウタリ協会の野村理事長が、国連総会で、アイヌ民族の衣装で演説をしたというのがありました。歴史的な資料を見たいという方は、どうか調べていただきたいと思います。

要するに、この裁判がラッキーだったのは、裁判の進行と、世界の先住民族に対する政策の潮流とがピタッとあっていたということです。これは稀な偶然でした。それから、この表の中で、1991年5月、マーボ判決<sup>9</sup>というのがあります。このマーボ判決というのは、オーストラリアの先住民族であるタレス海峡民という、北の方にタレス海峡 (Torres Strait) というのがあって、そこに住んでいる先住民の一人がマーボ (Mabo) という方で、彼がクイーンズランド州政府に対して、無主地 (terra nullius) としていた土地には、先住民がおり、無主地ではない、土地を返せという裁判を起こした。連邦最高裁 (High Court of Australia) は、マーボの訴えを認めました。このマーボ判決を受けて、オーストラリア政府は、Native Title Act という法律を制定しています。先住民権原法という法律です。これによって土地の返還を行ったということです。そして、オーストラリア政府は、この5月何日だったか忘れましたが、Mabo判決を機会に、社会的和解の日 (Social Reconciliation Day) とし、この日を National Holiday としているのです。こういった、新しい情報をどんどん裁判所に提供したのです。その結果、裁判所もやはり国際的な潮流というものは無視することができなかったと思います。

次の国際人権法の活用というところですが、この国際人権法である自由権規約27条を何とか主張できないかと考えました。国際人権規約の直接適用はできないかを考えました。社会権規約については難しい。しかし、刑事手続に関する自由権規約については、直接適用したケースもありました。それで、この自由権規約27条は、少数民族の文化享有権というのを謳っている。これと憲法13条を絡めて主張して、アイヌは先住民族であると、それから先住民族の文化享有権があると主張したのです。したがって、先住民族としての文化享有権とい

---

<sup>9</sup> 1991.5.28 Mabo vs State of Queensland



うものを主張した。民事訴訟は、弁論主義ですから、主張しない限り裁判所は取り上げない。そうですよね。裁判官は、当事者が主張していない法律構成を勝手に創造することはできません。我々はこの憲法 13 条の中に、いわば自由権規約 27 条の文化享有権を持ち込んで一つの権利として主張したわけです。こういった世の中の動き、世界の動き、これを逐一裁判所に準備書面という形で報告していった過程がありました。ですから、判決の中にも、「国際潮流に合致する」という表現もあったのはそのためです<sup>10</sup>。そんなことから、人権規約を 13 条と結び付けて主張していったのですが、これもみんなが知恵を出し合って、次々と主張を展開したのです。最初訴えを起こした時から予想もつかない展開になっていきました。

次に、この判決まで、日本政府も、どの自治体も、アイヌ民族を先住民族と認めたことは一度もありませんでした。我々の獲得目標が、次第にアイヌ民族が先住民族であることを認知させようという方向に傾いていきました。被告は、北海道収用委員会です。綱森先生のペーパーにもありますが、今であれば北海道になるかもしれません。それで、事業認定を行ったのは建設大臣ですから、国です。国が、北海道収用委員会を被告とする裁判に参加人として参加しました（行政訴訟法第 22 条）。この参加によって、構図は完全に「日本政府 VS アイヌ民族」というものになりました。それで、我々は、国に対して、アイヌ民族は先住民族であるのかどうかということを求釈明したわけです。求釈明というのは、民事訴訟法 149 条の「訴訟関係を明確にするため、事実上及び法律上の事項に関し、当事者に問を發し、又は立証を促すことができる」という規定により、裁判所に釈明権の発動を求めるものです。不明なところがある場合に、裁判所に明らかにすることを促す手続きです。民事訴訟法の授業で既に勉強したかもしれません。この求釈明の手続を行って、何回か弁論をやりました。追い詰められた国は次回までにその釈明に応えると言っていました。調書にも載っています。その次回期日の調書がここにあります。次回期日で国は、本件収用手続と、原告がアイヌであり、アイヌが先住民族かどうかは、全く関係がないことなので、認否しないというのです。ということは、国は、アイヌを先住民族であることを認めれば、それなりの先住民族に対する色んな施策として文化享有を妨げてはならないという義務を負うことになります。そういう義務を負ってはいけないので、ただ、ダム効用、ダムができると水害が防止できるし、発電もできると。こういった公益があると対抗していたのです。しかし、次第に国際的な潮流ということからだんだん国は追い詰められていったのですが、最後まで認否はしませんでした。そんな経過で、結審に至ったのです。

レジュメの 1 枚目のイで、「先住民族はなにか」というところで、①から⑤まであります。これらは、お配りしてある岩沢先生の論文の 57 頁に、3、右の欄の、アイヌ民族の先住民族性という項目がありまして、(1)先住民と国際法の記

---

<sup>10</sup> 資料 1 の 9 頁。

載があり、次の 58 頁の中に左側の欄で、国連は、マルティネス・コーボを先住民族に対する差別研究の報告者にして、この方に作業部会として先住民族の定義をお願いしていたとあります。そして、ずーっと下を見てください。(2)先住民の定義というのがあります。この先住民の定義の中に、1983 年マルティネス・コーボが定義した作業定義が広く受け入れられております。これが国際社会の潮流でした。コーボは次の 5 つのことを言っています。先住性、歴史的連続性、文化的独自性、非支配性及び自己認識。自己認識とは、アイヌ民族という集団への帰属をどう意識しているのかという問題です。これらの 5 つの要件を、先住民族の定義としておりました。この二風谷ダム判決も、5 つの項目それぞれを丁寧に検討し、アイヌ民族を先住民族と認めたわけです<sup>11</sup>。ここまでは本当に国際的潮流を上手く使ってよくできたなあと思っていますが、手放しで喜べません。この時系列表をもう一度ご覧ください。2007 年の 9 月に国連総会で「先住民族の権利に関する宣言」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。彼は、北海道知事だった町村金五さんの息子で、北海道のことをよく承知しておりました。彼は、札幌の一部を選挙区とする衆議院議員でした。彼は、何と言ったかということ、先住民族の定義がないから、アイヌが先住民族に当たるかどうかは分からないといったのです。この岩沢先生の論文にありますように、国連では 1970 年代から作業をずっとやってきて、先住民族とはこういうものですよということを明らかにした。にも関わらず、当の外務大臣が、アイヌが先住民族に該当するかどうかは分からないと答弁した。全くもって残念なことですが、政治というのはそんなものですね。そして、日本は、この国連総会での決議に賛成しているのです。投票するときに、先住民族とは何なのかわからなかったら、投票などできません。ところが、賛成しているのです。賛成しておきながら、大臣は、定義がないという。本当にまあ、呆れてしまうようなことです。これは裁判と関係のないことですから端折ります。

そんなところで、先住民族の文化享有権というものが、僕は、二風谷ダム判決が認めた一番大きいものではないかなと思っています。これは、中村睦男先生の論文の中にも、アイヌ民族の文化享有権、13 条によるアイヌ民族の文化享有権の保証だということを言っています (164 頁)。この岩沢・常本・中村という先生方の論文では、いずれも共通して、先住民族の文化享有権を認めたとされています。ジュリストから毎年出る重要判例解説があります。平成 9 年、この二風谷ダム判決が出たのは平成 9 年ですが、これに載っているのは 2 件。行政法の課題として事情判決が一つ。それからもう一つは、国際法の関係で、マイノリティである先住民族の権利というのが載っています。僕は、一番載せるべきものは、憲法であったろうと思います。先住民族の文化享有権というものを正面から認めた画期的な判決であるにも関わらず、ジュリストの編集者は、その重要性に気づいていなかったのだと思います。それから、東京大学の芦部

---

<sup>11</sup> 上村英明「二風谷ダム判決と先住民族・少数民族の権利」(田中宏他編・二風谷ダム裁判の記録)(1993.3・三省堂)

信喜先生は、判決の日のコメントで、文化享有権というものを、権利として確立されているかどうか分からないとおっしゃった。芦部先生にしてそうだったということです。

綱森先生との約束で、あと 5 分で話を終えなくてはなりません。まず、二風谷ダム判決の意義というのは、以上のとおり要約されているだろうと思います。これらは光の部分です。それから次に、影の部分について述べなければなりません。光があれば影があるようにこの判決にも影があります。この影というのは、レジュメでは「判決のキズ」と書いているところです。レジュメの 3 頁です。国際人権法上の権利を、公共の福祉で制約できるのか。二風谷ダム判決は、国際人権法上認められた権利であっても、公共の福祉の下にある、と言っているのです<sup>12</sup>。しかし、みなさん、人権規約を、特に自由権規約を見ていただくと、そういった公共の福祉による制約というのは、全然出てこないのです。だから、判決が言う B 規約上の権利といえども、おのずからその制限があるということはその通りですが、公共の福祉という名のもとに一網打尽に制限できるというのは、ちょっと無理かなあという気がいたします。それから、次は、事情判決のことです。事情判決は、行政事件訴訟法の 31 条で、原告にとって勝ち筋の事件であっても、特別の事情があれば請求を棄却できる。その場合、判決の主文において、処分又は裁決が違法であることを宣言しなければならないと述べております。ですから、判決の主文は、原告の請求を棄却する。但し、平成元年 2 月 3 日の北海道収用委員会の収用裁決は違法であるという、違法宣言がついたということです。これはどうして、請求棄却になったのか。本来であれば、請求を認めて、ダムのない状態に戻すべきではないかと思いますが、なかなかそういう風にはならなかったということです。常本先生は、資料 1 の論文で事情判決があるから破天荒な論理で原告のいわば実質的な勝訴にしたのではないかと言っています。常本論文の 53 頁をご覧ください。要するに、事情判決があるということは、「相撲に勝って勝負に負ける」ということわざがありますが、そこでうっちゃりを食らったということです。せっかく中身では勝っても、残念ながら負けてしまったということです。事情判決の制度は、行政事件訴訟法の構造的欠陥だと言っている人もおられますが、それはそれなりに正鵠を射ているかも知れないけれども、「現実には、裁決を取り消さないという最後の一线を押さえることによって初めて少数民族の文化享有権の承認という、ある意味では破天荒な論法をとることができたということもできるのではないだろうか」と言っています。裁判官の思考の構造を忖度してこういう風に述べているということですが、それは、判決文以外からは推測できないので、これも一つの考えかも知れませんが、当たっているのかどうか分かりません。

影の部分については、これで終わりたいと思いますが、最初に皆さんに述べ

---

<sup>12</sup> 資料 1 の 8 頁

たように、皆さんは法曹になりたいという強い希望があると思います。法曹になるということは、プロフェッションとしての資格を与えられるわけです。その資格をどう活かすのか。いやいや俺はそんな馬鹿馬鹿しいアイヌのことなんかやってられないよ、というのも一つの生き方だし、そうではなくて、やっぱり公的な、これはプロボノ、プロボノというのは、公益事件において報酬なしで依頼者のために働くということプロボノ<sup>13</sup>と言います。ラテン語で pro bono publico と書きますが、英語では for the good of the public、公共の善のために無償で働くことを言います。ですから、皆さんが弁護士になってから、皆さんの持っている時間、1日30分でも1時間でもいいから、それを for the good of the public のために使うという弁護士になっていただきたいと受け止めてもらえれば、今日の話は意味があり、大変ありがたいと思います。もうそろそろやめろという声がかかると思いますので、終わろうと思いますが、もし質問がありましたら遠慮なくしてください。

(事情判決に対して、控訴はなされたのか)

この判決は、一審で確定しています。ですから、控訴はありません。今日のお配りしてある資料の中に、萱野さんの「私のなかの歴史」という新聞の切り抜きがあります。控訴を検討したのは、我々原告ではなく、違法だという風にされた被告なのです。控訴するとすれば、控訴の利益がなくてははいけません。しかし、国は一審で勝っています。主文をもう一度見てください。「原告の請求を棄却する」。国は裁判に勝っているのです、控訴の利益がないのです。原告は請求を棄却すると言われたので、控訴する気になれば控訴の利益はあった。国は、法務省を中心に、主文の中に違法宣言があるので、控訴が出来るのではないかと考えていたようです。この「私のなかの歴史」の下の段を見ていただきますと、当時の建設大臣は亀井静香さんでした。かれは、法務省は控訴すると言っているけれど、私は打ち切りたいと、述べたそうです。亀井さんは、萱野さんはどうしますかと聞いているのです。萱野さんの気持ちを聞かせてくださいと。萱野さんは、アイヌは先住民族であると認められたこと、それから、収用裁決には裁量権の濫用があると認められたこと、これだけでもう十分なので、事情判決を不服だと言って控訴する気はないですということを書いて、亀井静香と萱野さんとで直接交渉をして、一審で確定ということになりました。ただ、法務省は真剣に控訴の利益はあると考えていたようです。先例となる判例もない事件なので、国が控訴していたらどうなったか。

あともう一つ、主文にくっついている、訴訟費用の負担についての判断も興味深いものがあります。訴訟費用だけではなくて、参加によって生じた費用は、

---

<sup>13</sup> Pro bono Publico

アメリカ法曹協会 (American Bar Association) は、会員に年間 50 時間以上プロボノ活動を行うことを推奨している。

国が参加人として裁判に入ってきて色んな訴訟活動をやった、その参加に要した費用も全部、負担は被告と国の負担とするという判決です。訴訟費用というのは、勝訴の割合に応じて負担されます。100万円の請求をして50万円が認められたら、訴訟費用は半分にして、その1を原告、その1を被告と、2分の1ずつに分けるのです。30万円が認められたら、7:3で訴訟費用を負担させると。負けた方に負担させるのです。判決は、原告の請求を棄却するという事になっていますから、原告は負けているのです。しかし、訴訟費用は、全部被告及び参加人の負担とするとなっています。ということは、この判決の中身からすると、請求棄却がされた場合であっても、勝った被告に負担させたという珍しい例です。

あとは、裁判所法74条で、アイヌ語は日本語かという問題がありますが、これは時間がないので割愛します。

(事情判決が出たということは、ダム建設は止まらなかったということか)

判決の時には、もう完成していて、試験湛水も終わっていました。試験湛水、湛水というのは水を貯めるということです。行政事件訴訟法25条は、執行停止について定めています。裁判には時間がかかります。ダムが完成してしまいませんか。そうすると、その執行停止、工事をさせないことによって、完成させないという状態を作るということはできるわけです。勿論我々は、それはやりました。だけど、裁判所は、執行停止の申立書をポケットの中に入れておきました。ポケットというのは、アメリカで大統領が明確に拒否権を行使するのではない。議会を通った法案について、拒否権を行使しないまま会期が切れれば、廃案となります。明示的に拒否権を行使しないが、間接的に時間切れを狙って大統領はポケットに入れておいたままサインしないという場合をPocket vetoと呼んでいます。この二風谷事件におけるもう一つのキズというのは、執行停止について全く判断をしないでポケットに入れておいたまま、判決の日棄却していることです。つまり、事情判決によって原告の請求が棄却されたから、それは裁判所が工事を止めなかったからでしょう。僕は工事しちゃいけない、完成させたらいけないと主張しているのに、裁判所は執行停止の申立に判断を示さず、ダムを完成させてしまった。そして、ダムは完成しているので、駄目だよというのが事情判決ですよね。請求棄却されているから、執行停止も棄却する。こんなバカな。執行停止の申立に判断しなかったのは、あなたのせいでしょうと裁判所に言いたいくらいです。これもやはり、僕は傷・影だと思います。

(国際人権規約の直接適用か間接適用かという点にも関わるが、憲法98条2項で、「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」とあるが、その点について原告はどのように主張をしてい

たのか)

僕らは、自由権規約は、批准した条約ですから、当然、憲法と同様、遵守義務があるということは主張しました。ですから、直接適用間接適用に関わらず、憲法に書いてあるとおりですので、国はそのことについては争ってこなかったと思います。特に僕らは、先住民族の文化享有権を、さらにもう一つオブラートに包んでというか、憲法 13 条の中に盛り込んで主張したのです。ですから、それに対しては、正面から裁判所は応えてくれている、そのように思っています。

最後に皆さんへのメッセージ。皆さんには、勉強を続けられて、試験に受かり、司法修習を経て、どうか良い法律家になってもらいたい。今日の話が、少しでもモチベーションの形成に役立てば、喜ばしい限りです。そして、我々の仲間になってください。期待しております。(拍手)