

第七章 先住民族（アイヌ民族）問題と所有権・知的所有権

第一節 アイヌ民族と所有権・環境保護・多文化主義
——旭川近文と平取二風谷の事例を中心として

第一款 問題意識の由来

(1) 所有法（とくに土地法・住宅法）の領域は、——あくまで比較的・相対的なことであるが——取引技術的性格の強い契約法よりも、社会的背景・コンテクストと深く且広汎に関わっており、その分広い視野からの考察が必要となる。すなわち、ここでは講学上の「民法（所有権法・賃貸借法）」が通例予定する個別的私人（紛争二当事者）間の法律関係に止まらず、「住宅（土地）環境法」ないし「住宅空間法」とでも呼ばれるべきものに考察を拡げて、各種の利害関係者、とりわけ従来検討が手薄な各種共同体——卑近にはマンション管理組合や町内会などから、広くは地方公共団体や民族集団まで——の意義及びそれと個人主義・リベラリズムとの関係にも留意し、さらに土地政策・都市行政法や居住者の生活保障など有機的に検討の射程に収めることが必要であろう。⁽¹⁾

最近私が関心を寄せているアメリカの住宅法学においては、まさしく上記のアプローチから種々の研究がなされているが、彼地ではとりわけ人種問題に議論が集中して、⁽²⁾住宅問題として、絶え間なく進行している人種隔離（racial segregation）の構造的な問題、すなわち、都市・郊外のドーナツ型居住分離及び都市部における黒人ゲットーの荒廃の深刻化、居住環境の格差の益々の拡大、各地方公共団体（local governments）における居住補助政策の不十分さ、ホームレスの人々の処遇等々は、ホットな素材を提供している。⁽³⁾事態悪化の一途を辿る状況下で、いかに公正な人種融合策を採り、従来の居住空間形成の転換をはかり、またその際にどのような新たな社会編成原理を考案するかは、チャレンジングな課題であるが、ヘラクレスを以てしても解決困難な見通しのきかない（dauntingな）難題であると言っても過言ではないだろう。

(2) このような問題意識から、わが国の状況を振り返ると、近時は少数民族（少数民族）差別の問題について議論が高まりつつある（例えば、在日朝鮮人、同和問題、外国人労働者問題等）⁽⁴⁾のが注目されようが、本章では、その内でも先住異民族であるアイヌの問題を、民事法学的視角から論ずることを目的とする。原理的・理論的問題としては、先述の米国の人種問題と共通に語りうる根本的な難問に関わり、決してローカル（局所的）な事柄ではなく、広く日本社会の編成規範原理にも関係して、われわれの「多民族」「多文化」に関する法意識のリトマス試験紙ともなるであろう（例えば、同化主義と「他」なる異民族集団の保護、及びそれと個人の自由意思（個人主義）との関係、多民族社会における公正・平等の問題、過去における権利侵害・抑圧がある場合の填補・補償の問題などを想起せよ）。それにもかかわらず、私法学の領域では——多数の研究者を擁するの——この問題に論及するものが皆無に近かったのは驚くべきことであり、わが国における人種・民族的見地からの批判的考察が周縁化され、その希薄さを象徴しているとも見うるが、とくに北海道に身を置くものとしては「灯台下暗し」との感を強くする。

もっとも、アイヌ問題は多岐に亘るので、ここではその中でとくに所有法の観点——すなわち、土地問題及び補償問題——につき重点的に扱うこととするが、これは私の一連の所有権概念の再検討のプロジェクトの一環をなすものである。と言うのは、アイヌ民族にとっては明治政府により提示された近代的土地所有概念は、彼（彼女）らの固

有・伝来の共有的（入会的）土地利用観念とは相容れないものであり、両者の交錯・不整合（ミスマッチ）は不幸な事態を招来した。しかし、従来閉却されたところのアイヌ民族の所有概念は、自然と共生し環境保護にも資するものであり、現代的所有論を再考する上でも注目すべきところが少なくない。

ともかく以下では、まずアイヌ民族に対する土地法政策の推移を、先般廃止された北海道旧土人保護法（明治三二年法律二七号）を中心として概観する（第二款）。その上で、ヨリ個別的に実態調査やアイヌ自身の経験的論稿も交えて、「旭川近文」及び「平取二風谷」の両地区について立ち入った各論的考察を加えることにしたい（第三、四款）。アイヌの問題状況は各地域毎に微妙に異なっており、一律に論ずることは望ましくないと考え、かと言って網羅的に扱う余裕もないので、歴史的に見て特色のある二地区を抽出したわけである。

土地法の問題に即して言うならば、前者（第三款）においては、①最近提訴もなされている共有財産返還の問題（アイヌ文化振興法〔正式名は、アイヌ文化の振興並びにアイヌの伝統等に関する知識の普及及び啓発に関する法律〕（平成九年法律五二号）附則三条に基づく、旧土人保護法廃止に伴う、道庁長官〔現在は道知事〕の管理する共有財産の返還手続⁽⁶⁾）が関係し、また後者（第四款）は、②二風谷ダム建設に伴う土地収用処分をめぐる裁判（札幌地判平成九年三月二七日判時一五九八号三三頁）の舞台でもあり、近年のアイヌ土地問題を再考する上で不可欠の素材を提供するものとして、ここで扱うこととした。適宜関連問題にも論及することとなるが、最後に「結び」も兼ねて、わが国における多文化主義の現われ方、そのリベラリズムとの関わり、また土地問題をめぐる今後の課題・展望を総論的・原理的にまとめてみることにした（第五款）。以上が本節の構成である。

(1) 後者の観点から見て、近年注目される労作としては、例えば、原田純孝ほか編・現代の都市法——ドイツ・フランス・イギリス・アメリカ（東大出版会、一九九三）、早川和男・岡本祥浩・居住福祉の論理（東大出版会、一九九三）、早川和男・横田清編・講座現代居住4 居住と法・政治・経済（東大出版会、一九九六）がある。

(2) 批判法学の一種とも言いうる批判的人種理論（critical race theory）一般については、吉田邦彦「アメリカ法学における『所有権法の理論』と代理母問題（後編）——ブラクマタリズム・フェミニズム・批判的人種理論に関する研究ノート」山島五十嵐・藪古稀・民法学と比較法学の諸相1（信山社、一九九六）（同・民法解釈と揺れ動く所有論（有斐閣、二〇〇〇）第七章に所収）、大沢秀介「批判的人種理論に関する一考察」法学研究（慶應義塾大学）六九巻一二号（一九九六）、同「批判的人種理論」ジュリー〇八九号（一九九六）、木下智史「批判的人種理論（Critical Race Theory）」に関する覚書」神戸学院法学二六巻一（一九九六）参照。リチャード・ウィングとリチャード・デルガド ED. CRITICAL RACE THEORY: THE CUTTING EDGE (Temple U. P., 1995); ADRIEN KATHERINE WING ED. CRITICAL RACE FEMINISM (NYU. P., 1997) などがある。

(3) これらの問題の赤裸々な現状分析については、例えば、DOUGLAS MASSEY & NANCY A. DENTON, AMERICAN APARTHEID: SEGREGATION AND THE MAKING OF THE UNDERCLASS (Harvard U. P., 1993); WILLIAM JULIUS WILSON, THE TRULY DISADVANTAGED: THE INNER CITY, THE UNDERCLASS, AND PUBLIC POLICY (U. Chicago P., 1987), do, WHEN WORK DISAPPEARS: THE WORLD OF THE NEW URBAN POOR (Vintage Books (Random House), 1996) が参照に値する。

(4) 例えば、一九九九年五月の日本法社会学会でも、「日本の多文化社会化と法」というテーマでのシンポジウムが催されている。
(5) 民法学者による貴重な例外的論稿として、加藤雅信「所有権概念の発生の構造・私論(一)」ジュリー〇七一号（一九九五）八六―八八頁、山島正男・琉球王国と蝦夷地（沖繩国際大学ブックレット）（一九九八）があるが、前者は法人類学的考察の一事例として扱われ、後者は概括的なものである。

(6) 平成九（一九九七）年九月五日に共有財産返還の公告がなされ、同一〇（一九九八）年九月四日に返還請求の受付期間（二年間）が終了し、処理審査委員会により正当な共有者と認められた者への返還がなされることになっているが、「共有財産を考える会」の小川隆吉世話人代表らは、平成一〇（一九九八）年九月に行政不服審査法に基づく返還手続の執行停止を求める審査請求をし、翌一一（一九九九）年七月には、返還手続の無効確認・処分取消を求めて提訴している（朝日新聞（北海道版）一九九九年三月二日朝刊二八面「増子義久執筆」参照）。

第二款 アイヌの土地法政策の形成と課題

一 アイヌ民族の土地利用に対する幾重もの軛^{くわ}

明治期以降の「アイヌの歴史」とは、彼（彼女）らの土地利用が喪失させられる幾度もの苦難・試練の歴史だと言つてもよく、それは大凡以下の如く、幾つかの時期に分けて整理できよう。すなわち、第一は、明治政府の一連の立法により、アイヌ利用地が、和人（シャモ「シサムの軽蔑語」）の所有システムに取って代わられる時期であり、第二は、北海道旧土人保護法体制による勸農政策の下で、土地利用形態が強制的に変更させられ、それができなければ没収された（同法三条（五年以内の開墾が条件とされた））。これに適合できないアイヌも多く、和人と小作契約を結ぶ例も少なくなく、大正一二（一九三三）年の時点で全給与地七六三二町歩余の内、利用面積は三四三八町歩余（四割五分）、その中で自作地であったのは一四六四町歩余（一割九分）（利用面積の四割三分）とされている。⁽⁷⁾ なお、旭川においては、特殊事情からこの旧土人保護法すら施行されず、「土地所有権」の下付がないまま昭和期に入ることについては後述する（第三款参照）。

また第三は、これと併行して、——とりわけ北海道国有未開地処分法（明治三〇年法律二六号）以降、大量の土地払い下げが進められた後——濫伐・流送による「自然破壊」が進められるプロセスである。例えば、かつては日高森林王国と呼ばれた沙流川流域における三井財閥や王子製紙による濫伐がすさまじいとされ、そのために平取地区は度々の洪水を蒙ることとなる（例えば、明治三一（一八九八）年、大正一一（一九二二）年のそれ⁽⁸⁾）が、これは、「人災」とも言えることである。この点についても、後の各論的考察で触れることとなる（第四款参照）。そして第四は、終戦後の農地改革による給与地の買収であり、一九四六年に発足した北海道アイヌ協会の買収除外の申し入れにもかかわらず、連合軍最高司令部の承認は得られず一九四八年には自創法（自作農創設特別措置法）の適用除外は難しいとされて（農林省農政局長からの道知事宛通達）、全下付地（九〇六一ヘクタール（町歩））の二五・六％（二三一八ヘクタール）（農地面積について見れば、三四％の一九六〇ヘクタール余（一九五一年九月現在とされる））が農地改革の対象とされて、その後最高裁も⁽⁹⁾旧土人保護法を自創法の特別法とすることはできないとする解釈論を支持している（最判昭和三七年八月二一日民集一六

卷八号二七八七頁。地域差もあり（釧路支庁・十勝支庁では、買収地が六〇七割にも及ぶ）、これもアイヌの土地所有の観点から見れば大打撃である。

また第五、第六の問題は、前述した二風谷ダムによる強制収用及び近時の共有財産返還手続——すなわち、共有財産の道庁（道知事）管理の解除、返還額算定における名目主義（ノミナリズム）、管理責任の不問のプロセス——であり、これは後述するところに譲ろう（第三款、第四款参照）。ともかく、アイヌの土地問題を考える際には、このような一連の法政策史全体を見ていく必要があるが、ここでは事の順序として、まず「第一」「第二」について敷衍して論ずることとしよう。

(7) 高倉新一郎・新版アイヌ政策史（三一書房、一九七二）五五二頁参照。

(8) これについては、貝澤正・アイヌわが人生（岩波書店、一九九三）一〇三頁以下、一八六頁以下参照。

(9) この経緯につき詳しいのは、北海道・北海道農地改革史（下）（御茶の水書房、一九八三）（初版一九五七）二四〇頁以下であり、また後出昭和三七年最判に関する菅原勝伴「判批」民商四八巻五号（一九六三）八〇三頁以下も充実している。さらに、中村睦男「アイヌ特別立法の成立とその展開」杉原泰雄ほか編・平和と国際協定の憲法学（勁草書房、一九九〇）三三七頁なども参照。

二 旧土人保護法制の経緯とその帰結

(1) 旧土人保護法の背景⁽¹⁰⁾

明治二（一八六九）年に蝦夷地は「北海道」と改称されて日本の一部に組み込まれるが、土地政策上まず重要であるのは、(i)開拓使時代の明治五（一八七二）年九月布達の北海道土地売貸規則及びそれが組み込まれた「地所規則」であり、それは内地人（永住人・寄留人）の私有地を認める（二条、二条）とともに、従来アイヌが生活してきた山林川沢であっても——「深山幽谷人跡隔絶ノ地」でない限り——「更ニ区分相立」て地券を渡すとして（七条、私人の私的所有権の対象になるとしてあり、さらに(ii)明治一〇（一八七七）年二月に一五号達の「北海道地券発行条例」で土地私有原則の強化がはかられるが、その一六条では、「旧土人住居ノ地所」は種類を問わず^す当分総て官有地第三種

に編入するとされたことが重要である⁽¹¹⁾。当時まだ内地人の移住地域は限られていて、土地問題はさほど深刻化していなかったが、既に対アイヌの法的枠組はでき上がっており、その際にアイヌ各部落の猟区(イオル)の権利が無視されたことが注目に値し、アイヌ側から見れば「こんなばかな話があるだろうか⁽¹³⁾」ということになる。

そして、かかる法制の矛盾ないし問題状況は、——初代道庁長官岩村通俊が「資本の移住」を目指して払い下げ条件を緩め、つまり明治一九(一八八六)年の北海道土地払下規則(閣令一六号)により、一人あたり一〇万坪(三三・三町歩)を限度に払い下げられ(二〇年間無償。成功すれば返納不要(六条)、その後明治三〇(一八九七)年の北海道国有未開地処分法(法律二六号)(及び同法三条ニ依ルル貸付地ノ面積(明治三〇年勅令九八号)により、開墾・牧畜・植樹に供する大量土地(一人あたり、各々の場合につき、一五〇万坪(五〇〇町歩)、二五〇万坪(八三三町歩)、二〇〇万坪(六六七町歩)を限度とし、会社・組合の場合にはその二倍までよいとされた)の一〇年間の無償貸付、さらに「全部成功」すれば無償付与されることとなり、北海道の未開拓地の処分が急速に進行するとともに——あからさまなものとなったが、アイヌ民族側はこの問題点を追及する政治的パワーをもとより持ち合わせていなかった。

アイヌの主な生業である狩猟・漁撈の状況はどうであつたらうか。まず、明治初年には鹿猟の濫獲がなされるようになり、獲物が激減したとされ(鹿皮が、明治八(一八七五)年には七万六五〇枚とれたのに対し、明治一三(一八八〇)年には一万枚に止まったとされる。明治一二(一八七九)年の大雪も影響したようである⁽¹⁴⁾)、鹿猟規制は強化され(明治九(一八七六)年一月乙二一号布達北海道鹿猟規則により、「免許鑑札」を通じて人員制限し、禁猟区は拡げられた)、当初はアイヌの例外扱いがなされたが(右規則三条但書。猟業税も免除された)、明治二二(一八八九)年三月の庁令二二号により全面禁止となった。また鮭漁についても、和人移住による河口漁業の大規模化(ウライ、流網、テス網)による濫獲に対しては、これらの漁法を禁止、さらに上流を禁漁とし、こうして明治一六(一八八三)年五月札幌県甲三二号布達により大津川一帯を除く諸川を禁漁とする規制強化がはかられ、明治二九(一八九六)年の河川法により鮭漁は禁漁(密漁)化された。か

かる濫獲の帰結としての絶対的な獲物の減少及び狩猟・漁撈規制による相対的減少⁽¹⁵⁾に対して、アイヌは無力であり、十勝・胆振・日高地方では——原始的農業を知っていた沙流地方を別として——恐るべき飢餓に見舞われることとなった。

これに対して、三県時代の明治一六(一八八三)年(一八八三)年には「根室県・札幌管内旧土人救済方法」が定められ⁽¹⁶⁾、これは人道的見地からの暫定的措置であったが(一戸五反歩ないし一町歩程の土地の無代下付、農具・種子等の給与がなされた)、その後の旧土人保護法の母体・モデルケースとなったことは否定できない。

(2) 旧土人保護法の制定とその後⁽¹⁷⁾

北海道旧土人保護法の契機となる法案は、既に明治二六(一八九三)年、同二八(一八九五)年の第五回・第八回帝國議会上程されている(後者においては、鈴木充実氏ら五名からの、共有財産の杜撰な管理に関する質問書も付されている)が、原案は政府側から明治三一(一八九八)年一二月に「北海道旧土人保護法案」として上程され、明治三二(一八九九)年三月に法律二七号として公布されることとなった。その基本骨格は、一五年以内に「開墾」することを条件として、一戸あたり一万五〇〇坪(五町歩)が無償下付されて(一条・三条(これを、和人に対する払い下げ面積、「成功」条件(前述)と比較せよ)、下付地については、相続以外の譲渡、質権、抵当権、地上権、永小作権の設定、留置権、先取特権の目的とすることが禁じられる(道庁長官の許可なしに地役権を設定することも禁じられた)二条)というものである(なお、昭和一二(一九三七)年法律二二号により、三条の没収がなければ、譲渡・物権の設定は、道庁長官(道知事)の許可で足りることとされた)。

背後にある考え方としては、開拓使時代以降個人主義・自由主義思想が基調をなし、不当な暴利的取引に晒されたアイヌ民族の生活の悲惨な窮状に鑑みて、アイヌの土地所有権保護のためのパターナリスティックな介入の趣旨で、所有権の譲渡性制限が設けられた⁽¹⁸⁾ことであり、当時はそれなりの意義もなくはない。しかし、以下の事情にも目

を向けることが肝要であろう。すなわち――

(a) (前述の) 移住民による新天地の大量蚕食と併行してなされた、対アイヌの土地政策におけるバターナリズムは、裏を返せば、物質面における画一的同化主義の表われであり、画一的中央集権主義でもあって、勸農主義〔農業強制〕的な新たな所有権思想による、アイヌの従来型土地利用の排除ともなった。⁽¹⁹⁾ 実際下付されたのは、地味の悪いところが多く、面積も一戸平均二町歩前後であった。⁽²⁰⁾ 元来狩猟・漁撈を主に生活していたゆえに、生業転換に手間取ったことも、言うを俟たないであろう。

(b) ところで、賃貸借契約については、上記法二条の制限から脱漏していたために、少なからぬアイヌが移住農民との間で不利な条件での賃貸借契約（小作契約）を結んだとされており（僅少の小作料の先取による半永久的な小作契約である。それゆえに、大正一三（一九二四）年九月道庁訓令六五号「互助組合設立ニ関スル件」⁽²¹⁾で、互助組合設立を市町村に働きかけているが、決して万全のものではなかった、ここにおいては通常の小作事例に比して、当事者の形勢が逆転しており、和人の小作人側が優位に立っている⁽²²⁾（自己所有地を小作「転借」することもあったとされる）こと、またそれゆえに自創法の適用に際しても慎重な検討がなされるべきであったことには、注意を要しよう。

何故このようなことになったのか、につき検討を進めよう。結論を先に述べるならば、私には、ここには旧土人保護法二条ゆえの「金融〔融資〕上のアイヌの不利益」、換言すれば金融政策上のアイヌ差別があったように思われるが、その資料として、北海道庁内務部刊行『旧土人に対する調査』（一九一八年）の指摘を見てみよう。すなわちここでは、負債を有するのは総戸数の約二分の一、負債額は主業収入の約三分の一で（負債原因として、土地・農具・馬購入よりも、衣食住・娯楽費の方が多額に及んでいることにも注目される）、その際の不動産信用に際して、給与地は所有権移転・物権設定もできず、僅々五〇〇年の賃借権の設定ができるに止まり、信用は厚くないとされ、家は粗造で抵当物件として金融目的物たるもの甚だ尠しと記され、ここから、前記小作契約は融資と結びついていることがわかる。故

荒井源次郎エカシが、アイヌの土地には一般对人的信用がなく、金融機関からの融資が受けられないと嘆かれた⁽²⁴⁾所以である。思うに、昭和一二（一九三七）年改正後も、小作契約依存の金融構造という負の遺産は継承され、それが解消されたとしても、融資の〔抵当権設定〕の都度、道知事の許可が必要とされる法制は、アイヌにとって不利に作用したものと推測される。⁽²⁵⁾

かかる状況に接すると、恰度、アメリカ住宅法において人種的居住隔離、白人の郊外移住が進行する一九三〇〜五〇年代において、連邦の融資プログラムである家屋所有者貸付組合（Home Owners Loan Corporation (HOLC)）及び連邦住宅局（Federal Housing Administration (FHA)）（私的貸付保証を行う）の金融政策上、人種によってコミュニティのランキング（いわゆる「赤線引き」(redlining)）が行われ、融資差止地区が指定されていたという人種差別的処遇が、今日の人種的居住空間隔離の形成に重要な役割を演じていたことが近年指摘されている⁽²⁶⁾ことが想起されるのである。わが国の旧土人保護法立案者が、ここまで想到したかはともかくとして、この法制が、アイヌの住宅環境の貧窮化及びその差別地域化をも帰結・招来したことは顧みられてよいであろう。

(c) その他の旧土人保護法上の施策は、それほど大きなものではない。例えば、(i) 自費治療ができない者には薬代のみ支給するとの規定（五条）は置かれたが、大正一二（一九二三）年道庁令一〇三号「土人治療規程」で治療券交付により土人病院・土人救療所にかかれることとしており（三条・五条、そうしたのはアイヌの救療を避ける傾向があるためであるとされている⁽²⁷⁾）。(ii) また、自活できない者に、米麦の支給を行うとする（六条）ところも、消極的な対応である。(iii) さらに、基本的にアイヌの共有財産の収益で保護施策を行い、万一不足があるときにのみ国で負担する旨の規定（八条）も、消極的姿勢の表われであろう。

(10) これについては、今尚、高倉・前掲書（注（7））四〇〇頁以下（開拓使時代）、四四二頁以下（三県時代）が最も詳しく、さらに、榎森進・アイヌの歴史――北海道のらびと（三省堂、一九八七）一〇八頁以下、宮島利光・チキサニの大地――アイヌ民族の歴史

史・文化・現在（日本基督教団出版局、一九九四）一三三頁以下なども参考になる。

- (11) (i)各法令の関係条文については、河野本道編・対アイヌ政策法規類集（北海道出版企画センター、一九八一）三六一―三七頁、四三頁参照。
- (12) 高倉・前掲書（注（7））四〇四頁、四〇八頁（もつとも、これがアイヌの生活を脅かす場合には、適宜必要土地の割渡を行うという例もあったとのことである）。
- (13) 貝澤・前掲書（注（8））一七四頁参照。
- (14) 開拓使開設から明治一四（一八八一）年までには、鹿の捕獲は約四〇万頭に及び、苫小牧市美沢には明治七（一八七四）年から一七（一八八四）年まで鹿肉缶詰製造所があり、フランスなどにも輸出されたことについては、朝日新聞アイヌ民族取材班・コタンに生きる（同時代ライブラリー）（岩波書店、一九九三）七六頁参照。
- (15) 高倉・前掲書（注（7））四五二頁では、通例は後者のみが強調されるが、前者も逸してはならない旨述べる。
- (16) これについては、河野編・前掲書（注（11））九二頁以下参照。
- (17) 詳しいものとして、北海道庁（喜多章明・北海道旧土人保護沿革史（三田印刷所、一九三四）〔複製 第一書房、一九八一〕一九八頁以下、高倉・前掲書（注（7））四九二頁以下、とくに五四〇頁以下、また、小川正人・近代アイヌ教育制度史研究（北大図書刊行会、一九九七）二二四頁以下、三五二頁以下参照。法学者による概観としては、中村・前掲論文（注（9））がある。
- (18) 喜多・前掲書（注（17））二二二頁（船越衛賢問、白仁武答弁）参照。
- (19) この点は、高倉・前掲書（注（7））五四八頁、五五七―五五九頁が指摘する。また小川・前掲書（注（17））一三二頁でも、「先住民族に対する抑圧と排除が、その（旧土人保護法の）本質的機能だ」とされている。
- (20) 榎森・前掲書（注（10））一四一―一四三頁では、下付は、役場吏員の態度にもかかってきたとされる。貴族院の審議では、一萬五〇〇坪（五町歩）は無代下付の最高限度であった、アイヌがそれ以上の土地を所有できない趣旨ではないとの答弁（白仁武政府委員）があったが（喜多・前掲書（注（17））二〇八頁参照）、現実にはこのようなことは稀であったのである。
- (21) これについては、河野編・前掲書（注（11））二七五頁以下（給与地の整理、土人の自作奨励、賃貸の場合には、組合長が介入して賃料を保管して、必要に応じて所有者に交付せよというものであった）。
- (22) 高倉・前掲書（注（7））五五二頁。また、喜多・前掲書（注（17））二三〇頁参照（賃貸借契約は、所有権譲渡に類似するといふ）。喜多章明「旧土人保護法とともに五〇年」同・アイヌ沿革誌―北海道旧土人保護法をめぐって（北海道出版企画センター、一九八七。初出一九七二）一七六頁では、借地人は転貸により巨万の富を掴み白亜の殿堂に居住し、地主の土人は見苦しい草小屋に

住み、賃借和人の日雇いとなるという奇態な現象があったとする。

- (23) 「旧土人に関する調査」谷川健一編・近代民衆の記録⁵ アイヌ（新人物往来社、一九七二）四九九―五〇一頁（小川正人・山田伸一編集・アイヌ民族近代の記録（草風館、一九九八）五六四―五六六頁）。同頁、北海道旭川師範学校・旭川アイヌの研究（坂野印刷所、一九三六）八一頁（負債は賃賃料の形に化したとする）。
- (24) 荒井源次郎・アイヌの叫び（北海道出版企画センター、一九八四）三三三頁参照。
- (25) 朝日新聞アイヌ民族取材班・前掲書（注（14））一七六頁参照。
- (26) E.g. KENNETH T. JACKSON, CRABGRASS FRONTIER: THE SUBURBANIZATION OF THE UNITED STATES (Oxford U. P. 1985) 190-; Martha Mahoney, Segregation, Whiteness, and Transformation, 143 U. Pa. L. Rev. 1659, at 1669-1675 (1995). [本書第二章第二節も参照。]
- (27) 高倉・前掲書（注（7））五五三頁。さらに、荒井和子・焦らず挫けず迷わずに（北海道新聞社、一九九三）一八頁、二七―二八頁、三八頁でも、アイヌに対する施療拒否及び不親切で非人間的な医療の状況を描いている。

三 土地利用権の競合と将来的解決の用途

(1) アイヌ伝来の土地利用権とは

それでは翻って、明治政府や道庁側が打ち出す一連の立法に示される農業志向的・土地開発型の近代的⁽²⁸⁾所有概念とオーバーとラップして存在して、前記諸立法により無視され排斥されたところの、アイヌ伝来の土地利用権限とはいかなるものであったのだろうか。これは補償問題などを考える際には出発点となるはずの問いである。この点で、二風谷の萱野茂氏がしばしば述べる言葉として、「わたしたちアイヌは、アイヌモシリを『日本国』に売った覚えも貸した覚えもない」という件⁽²⁹⁾があるが、その前提としてアイヌについても和人同様の所有権を考えておられるようにも受け取れるが、他方で、アイヌには土地の所有概念はなかったとの有力見解がある（札幌在住の小川隆吉氏も、「ここから⁽³⁰⁾ここまでは自分の土地だという」概念はアイヌにはなかったと述べられている）。

この問題については、所有権の有無を抽象的に検討していても不毛であり、どのような所有権の中身を考えるかに

よって、結論も変わってくるであろう。そこで、アイヌの土地利用史の専門家の声に耳を傾けると、アイヌ伝来の農業は全道的に拡がってはいしたが、耨農 (Hackow) の域に止まり、無肥料でかつ焼畑農法も採らず、三年位で地力は低下して、土地放棄・休耕そして新たな土地開墾がなされるため、単なる使用权に止まり、農地に対する (永続的) 所有権は発生していなかったとされる⁽³¹⁾。

もっとも他方で、イオルという「縄張り」的な生活領域への無断侵入は許されず、それは部落員の共有に帰し、酋長 (コタンコロニシバ (コタンコロクル) の管理に委ねられる (侵入した場合には、賠償として獲物を取り上げるのが慣例であったとのことである)。そして部落有を前提として、クイタクペ (「私のものを言うもの」の意) という丁字状の目印 (明認方法の如きもの) により占有の意思表示を行うことにより、他者の使用を事前に禁ずることもできたと言われている⁽³²⁾。以上を要するに、今日われわれが通例想起する個人的土地所有は観念されていないが、かと言って無権限というわけではなく——個人所有権が未分化の——各地縁集団 (コタン) 毎の共有的・入会的な緩やかな団体所有観念 (民法二六三条、地方自治法二三八条の六参照) をアイヌの土地権として肯定しても、それほど実態と隔たることはなかったであろうと思われる。

入会権については、多くの研究の蓄積があるにもかかわらず、アイヌの土地利用権につきそれに類比させた叙述があまり見当たらないのは不思議な感じもするが、その理由として推測されるのは、(i) コタン集団が十分組織されていたのか不分明で、総手的団体——そして構成員の形式的平等性 (総員一致原則)——の特質 (ギールケ、ヴェーバー) が認められるかがはっきりせず、また (ii) 猟区・生活領域 (イオル) の範囲にはアモルフなところもあるということなどであろう。しかし、やはり何と云っても、(iii) 従来アイヌにつき入会権紛争が問題にならないまでに、異民族たるアイヌ伝来の土地利用権に対する「払拭力」——ないし無主地のドグマ (民法二九条二項)——が強く、旧土人保護法による近代的所有権下付により裏面からそれが強化されたことによると言えないだろうか (i) (ii) の点は、入会権の多様な

慣行を許容する「容れ物の広さ」ゆえに、あまりゲルマン共同体的に厳格に観念しなければ、支障にはならないであろう。

(2) 土地権競合処理の仕方を選択肢

そこで、ここからの帰結として、過去のアイヌの土地権の無視・収奪についての将来的解決のあり方を若干模索してみることとしよう。すなわち、アイヌの伝来の土地利用権保護に関して説かれる主張は種々であり、最も強力な保護を求めるものとして、(a) 国有林・公有地などの返還の主張があり、後述の二風谷地区では有力である (萱野茂・志朗氏、また貝澤正氏など)⁽³⁴⁾。この立場は前項の分析から個人権的主張としては無理があるから、何らかのサイズでのアイヌ民族の団体的・集団的権利の主張ということになるから、これは「アイヌ自治区」の主張ともつながることとなる⁽³⁵⁾。β) しかし、このような見解は北海道全体では必ずしも多数ではなく、最有力であるのは、中間的に先住権の帰結としての補償要求を「アイヌ新法」に盛り込もうとする (とくに自立化基金の設置) 立場であった (例えば、前ウタリ協会理事長野村義一氏)⁽³⁶⁾。γ) そしてさらに、反対の極としては、——土地問題は残っているとしつつも——賠償は自立を妨げるから不要であるとし、またアイヌへの手厚い保護は逆差別になるとして自立化基金構想に反対する見解 (アイヌ政策は、憲法の基本的人権の原点に立った福祉厚生行政に還元・解消すべきだとする) も一部に有力なのである (とくに旭川アイヌ協議会。初代会長門別薫氏、前会長間見谷喜昭氏など)⁽³⁷⁾。

確かに、補償問題を考えると、どこで線引きをするかという厄介な問題はある (とくに、和人ととの結婚が進行する場合) が、補償原因が一般的なものになるとやはりここでも団体的処理をすることとなろうから、ある程度その問題は軽減されるのではないか。また原理的に言っても、ことアイヌ民族の共有的土地所有権喪失についての補償・填補の問題は、福祉原理一般とは別筋の事柄であることは否定できないであろう。

(3) 昨今の立法的推移の問題

このように、アイヌ民族の先住権に基づく土地返還及び補償の問題は将来的課題として残されているが、平成九

(一九九七)年に制定された「アイヌ文化の振興並びにアイヌの伝統等に関する知識の普及及び啓発に関する法律」(アイヌ文化振興法)では、文化の継承・振興に問題が「特化」されてしまっていて——それ自体、アイヌ民族の文化的アイデンティティ・誇りの醸成のために意義あることなのであろうが——補償問題などの重要な政治的課題は抜け落ちており、非政治化 (depoliticization) された事態を生んでいるようにも映る。同立法の基礎となった平成八(一九九六)年四月の「ウタリ対策のあり方に関する有識者懇談会報告書」では、北海道の土地・資源等の返還・補償という観点をアイヌに係る新たな施策の展開の基礎に置けないと指摘する(六一七頁)が、その理由は必ずしも明示的には述べられず、今後の更なる検討が求められよう(その他、やはり立法化には至らなかったが、かねて議論の的であった憲法論として、民族議席と憲法一四条との関係がある。ここでは深入りできないが、多民族・多文化主義の観点からの「平等原則」の再考それ自体はわが国では今尚議論は十分ではないことのみ述べておく⁽⁴⁰⁾)。文化振興法ができたことで、(アイヌ文化の基盤をなす)アイヌ民族の社会的生活実態に関わる政治的課題、すなわち「草の根」のアイヌの生活現実をめぐる問題が政治的過程にフィードバックされて登場する問題が解決されたかの如き錯覚を持たないような批判的スタンスが求められるのではなからうか。

(4) アイヌ文化振興に関する民事法的再検討——観光アイヌの問題

本款の最後として、アイヌ文化振興に関する若干の問題提起をしておこう。と言うのは、文化振興・伝承にあたって肝要なのは、第一に、これは発信者・受信者間の相互的 (bidirectional) なプロセスであることの認識であり、そうであるならば、受け手側の「意識改革」も問われると言うことであり、第二に、浅薄なアイヌ文化ないしアイヌ観光業の延長にしないためにも、文化の真正さ (authenticity) を追求するような法的努力も必要であろうということである。従来のアイヌ文化の質を維持して、その営利目的の商品化 (commodification) に歯止めをかけるためにも、伝承権限の限定——平井教授の言われる「適格〔資格〕付与市場」の構想⁽⁴¹⁾である——も考慮されてもよく、また、知的所有権

〔知的財産権〕のスキルの応用により、和人の文化観光産業への安易な便乗を抑え込むような工夫も求められるであろう。これらは夙に観光アイヌの問題について深い批判的省察を行った鳩沢佐美夫『対談・アイヌ』での提言(和人による勝手な観光商品化を防ぎ、アイヌ文化の自主的擁護・健全なアイヌ文化伝承のために、木彫製品やアイヌ模様などを意匠権の対象として、また、伝承者につきアイヌ協会認定制度を採って、俗化を避けよとする⁽⁴²⁾)を発展させることでもあるが、伝承権限を限定し、強化することは、一方で真正なアイヌ文化の創作・維持の方向で作用するとともに、他方で窮屈な制度となれば文化の伝播に支障をきたすことにもなりかねないことに留意する必要がある。また、アイヌ細工などの模倣の容易さは、マルチメディア、デジタル化時代における著作物の大量模倣の事情とも一脈通ずるところがあり、後者の場合に集中管理システムや補償金徴収(対価徴収権)制度が説かれて⁽⁴³⁾いることにも鑑みると、アイヌ観光業についても同様に、知的所有権的に個人権の利益を取得させるよりも、団体的処理として、観光業者の売却対価の一定割合をアイヌ民族の組織団体に還流させることが検討されてもよいであろう(団体としては、さしあたり、近年新設された財団法人アイヌ文化振興・研究推進機構が考えられるが、その用途をどうするか、また、和人の観光業への侵蝕により不利益を被るのは、現地の観光アイヌであることから、ローカルなレベルでの事情をも加味してどのように配分するかという問題は残る)。ともあれこれは、知的所有権制度プロパーによる個人権の保護と言うシステムではなく、それに類似した特則的な集団的対価徴収制度をアイヌ文化振興法にリンクさせて規定することの提案でもある。

なお最近では、人為的にイオル(伝統的生活空間)の建設計画も進行中であると聞く⁽⁴⁵⁾(これは、前記有識者懇談会の答申を承けるものである(佐々木高明氏の発案とのことである))が、成り行き次第では公共工事推進的発想の延長にもなりかねないとの危惧を持つ。やはり重要なのは、——「容れ物」もさることながら——文化伝承を現実を支える担い手、そしてそれらの人々の現実の生活実態なのであり、その改善・福祉の施策をいかに講じていくかが問題となる。その意味でも、アイヌの政治的・法的問題と文化振興とは切り離すことはできないのである。

- (28) 貝澤・前掲書（注（8））二六八頁では、これを目して、植民地的な「土地」の捉え方であり、自然を無視し、儲け本位の所有観念だとされている。言うなれば、各個人が自己の排他的土地を利用して各自の効用最大化をはかり、「コモングの悲劇」を導くような所有権観念なのである。
- (29) 萱野茂・アイヌの碑（朝日文庫）（朝日新聞社、一九九〇）（初版一九八〇）七八―七九頁。これは、二風谷ダム事件の収用委員会で述べられる（萱野茂・田中宏編集代表・アイヌ民族・二風谷ダム裁判の記録（三省堂、一九九九）一三七―一三八頁参照）。
- (30) 榎森進「近世・近代におけるアイヌ社会と日本社会」アイヌ語が国会に響く（草風館、一九九七）六三頁。小川隆吉「異民族としてのアイヌ」北海道と少数民族（札幌学院大学生協、一九八六）一九二頁。
- (31) 高倉・前掲書（注（7））四〇―四一頁。また、林善茂・アイヌの農耕文化（慶友社、一九六九）一八一―二〇頁、二三頁、一七六頁以下参照（もつとも、本邦の焼畑農業よりも原始的で、技術は弥生式ないし古墳時代のものであるとされる叙述には、進化史的で、アイヌ農法に対するやや侮蔑的な筆致を感じる）。
- 因みに、アイヌが焼畑をしないのは、「ムシ」を殺さないという生態系重視の固有の思想によるものであるとも、私は聞いている（小川隆吉氏に負う）。なお、「ムシ」（ヘビがその最大のものである）が――「サカナ」「ケダモノ」「トリ」「カイ」とともに――動物の基本分類であり、居住地（コタン）の神聖場所（ヌサ・サン）（幣所）と結びついていることについては、山田孝子・アイヌの世界観――「ことば」から読む自然と宇宙（講談社選書メチエ）（一九九四）一四六頁以下、とくに一八〇―一八二頁参照。
- (32) 林・前掲書（注（31））二〇―二二頁、同「アイヌの土地占有慣行――クイタクベを中心として」民族学研究一八巻四号（一九五四）三八〇頁、三三三頁。もつとも、萱野茂・アイヌの民具（すずさわ書店、一九七八）一九七頁によれば、クイタクベは、旧土人保護法により個人の土地所有権が確立すると、それ以後は全く姿を消したとされている。なお、イオルの土地利用については、さらに泉靖一「沙流アイヌの地縁集団におけるIWOR」民族学研究一六巻三号、四号（一九五二）（泉靖一著作集2（読売新聞社、一九七二）所収）参照（耕作権は存したが、固定的な土地所有権概念は、少なくとも明治二〇年頃まで、存在しなかったとされる（八一頁）が、IWOR侵入の罰則は嚴重であったとある（八八頁））。
- (33) 例えば、川島武宜「北海道の入会権」北海道林野入会調査報告書（林野庁、一九七〇）（川島武宜著作集八巻（岩波書店、一九八三））では、「和人」が移住定着し、幕藩体制が及んでいた地域には入会権が存在したという問題意識（仮説）から分析されている（二二二頁参照）、アイヌの土地権という視角は抜け落ちていようである（もつとも、「道南地区」以外の部落有林には典型的な総会的入会権がないとしつつも、自信がないとしてニュアンスを残している（一三四頁、三三二頁参照））。
- (34) 萱野茂「土地と権利を返せ」北海道は誰の土地か」同・妻は借りもの――アイヌ民族の心、いま（北海道新聞社、一九九四）六二頁、一五三頁（国有林をすべてアイヌ民族に返還せよとする）、萱野志朗「相内俊一」（対談）アイヌ総合学校の設立構想」別冊宝島アイヌの本（宝島社、一九九三）一六二頁（萱野志朗発言。北海道の四割を占める国有林・国有地をアイヌに返させ、その土地を他に賃貸して、地代で学校を設立することを述べる）。また、貝澤・前掲書（注（8））一九四頁では、三井の山をアイヌに返還せよという。
- (35) 一九九九年七月一日に二風谷でインタビューした貝澤耕一氏は、終局的にはかかる立場を採りたいとされた。なお、北方領土についてかかる処理を主張するものとして、アイヌ・モシリの自治区を取り戻す会編「アイヌ・モシリ――アイヌ民族から見た「北方領土返還」交渉（御茶の水書房、一九九二）参照。
- (36) 野村義一・アイヌ民族を生きる（草風館、一九九六）六二―六三頁参照（土地返還・「アイヌ自治区」を意気込んで説いても皆ついでくるとは限らず、日本の現実には合わないといわれる）。そして、同氏もメンバーであった、ウタリ問題懇話会「アイヌ民族に関する新法問題について」（一九八八）三頁（北海道ウタリ協会・アイヌ史――北海道アイヌ・ウタリ協会活動史編（北海道出版企画センター、一九九四）一三五頁）では、先住権から、土地・資源の補償として「自立化基金の創設」を考えているところが見えよう。
- (37) 荒井源次郎遺稿アイヌ人物伝（広報社、一九九二）一三四頁、一三六頁、飯部紀昭・アイヌ群像（御茶の水書房、一九九五）四四頁、五〇―五一頁。同旨、北海道新聞社会部編・銀のしずく――アイヌ民族はいま（北海道新聞社、一九九一）一七四頁。
- (38) 二風谷でインタビュー（一九九九年七月一日）した萱野茂氏は、この立法を指して「骨抜き苗木」と称され、将来的進展への期待を述べられた。後記「付記」研究会（一九九九年八月四日）に出席されたR・シドル教授（シェフィールド大学）も同様の不満を洩らされる（なお、RICHARD SIDDLE, RACE, RESISTANCE, AND THE ANNU OF JAPAN (Routledge, 1996) 192-193 には、日本社会における、国民同質性と北海道の平和的發展という支配的語り（ナラティブ）は強固なもので、日本人の多くは、アイヌの要求に無関心だとされている）。
- (39) 同懇話会の委員であった中村睦男教授は、後掲「付記」研究会で、個人的には「補償問題」は残されているとの立場を示された。報告書では「アイヌの人々の認定が困難だ」という手続問題を、消極的スタンスの根拠とするようである（七―八頁参照）。
- (40) この見地から注目される文献として、江橋崇「先住民族の権利と日本国憲法」樋口陽一ほか編・憲法学の展望（有斐閣、一九九一）とくに四八八頁がある（民族特別議席に準ずるものを構想し、それに対して、先住権の一部としての政治的権利の主張を一蹴する日本の憲法学は、驚異的であるとされている）。また、常本照樹「民族的マイノリティの権利とアイデンティティ」岩波講座現代

の法14(岩波書店、一九九八)一八三頁でも、文化享有権に関する決定過程に、少数民族構成員が実効的に参加することの保障が必要であるとする。

- (41) 平井宜雄・法政策学(第二版)(有斐閣、一九九五。初版一九八七)一三五頁参照(市場における取引交渉能力の格差を是正するとされる)。
- (42) 鳩沢佐美夫「対談・アイヌ」谷川編・前掲書(注23)一一九―一二三頁(鳩沢佐美夫・遺稿 沙流川(草風館、一九九五)二〇六―二二二頁)。
- (43) 中山信弘・マルチメディアと著作権(岩波書店、一九九六)一二四頁以下、一五八頁以下、田村善之「デジタル化時代の知的財産法制度」ジュリー一〇五七号(一九九四)〔同・機能的知的財産法の理論(信山社、一九九六)一八九頁、一九三頁以下〕。
- (44) ハワイ州などでは、観光土産物の売上げの二割が先住民族に還流される制度が採られているとのことである(M・レビン(ハワイ大学)教授に負う)。
- (45) 朝日新聞一九九九年八月五日朝刊(北海道版)二七面。

第三款 各論的考察その一——旭川近文の事例

(1) 旭川ケースの特色——近文土地紛争の経緯⁽⁴⁶⁾

多種多様な道内アイヌの状況をヨリ立ち入って検討するために、以下では対照的な近文と二風谷の事例を検討してみたい。まず旭川の場合の特色を述べると、第一に、そもそも近文地区は明治二〇年代に近隣のコタンを集中させたもので、生成に強制的・人為的側面があり(そもそも「旭川」それ自体、植民地の中心的市場、日清・日露戦争後は軍事的拠点として人工的に生み出された「町」であった)、また住居にしても伝統的な笹小屋に代えて明治四〇(一九〇七)年頃に旭川町から簡易な柵小屋(二棟一〇坪、木造平屋建)⁽⁴⁷⁾が分与された(後述する如く、当時近文アイヌには下付地もなかったことにも起因する。創設費用は後述共有財産の質料によった)という意味でも人工的であり、都市的アイヌの代表的なものと言うことが

できよう⁽⁴⁸⁾。また、和人との混交・雑婚も早くから進んでおり、さらに観光業収入もあり(観光用細工製造、客馬事業。熊彫刻は大正末頃から、松井梅太郎氏により広まったとされる)、他の純農家より生活水準は上であり、近代文明からの便益も相対的には大きかったようである⁽⁵⁰⁾。

しかし第二に、上川アイヌの給与予定地である近文原野(明治二七(一八九四)年に、三六戸のアイヌに、四八万八〇〇坪の土地割渡がなされている(旭川市史第一巻二四六―二四七頁に内訳がある))に隣接して、間もなく旧陸軍第七師団の設置が指定された(明治三二(一八九九)年二月)ために、三次もの近文土地紛争が生じた(すなわち、第一次紛争(明治三三(一九〇〇)年)は、政商大倉喜八郎らの暗躍により、近文アイヌが騙されて天塩方面に移住させられそうになったもの(天川恵三郎エカシの尽力により、移転命令は取り消された)、第二次紛争は、再度全戸移転が問題となったものであり(明治三六(一九〇三)年)、結局、道庁は官有地四六万二九九坪を旭川町に貸し付けることとなった(明治三九(一九〇六)年五月)(貸付期間三〇年、貸料年二九九円一九銭四厘。旧土人一戸につき一町歩を無料貸し付け(転貸)し、その他は「模範農耕地」とされた)。そして、第三次紛争は、三〇年の期間が満了する前頃(昭和六(一九三一)年)からの給与地返還運動であり、昭和九(一九三四)年の旭川市旧土人保護地処分法(法律九号)の公布として結実した(もっとも内容は、四九戸に各一町歩ずつ土地を下付し、その他は共有財産として道庁長官の管理下に置くというものであった)ことに示されるように、アイヌと公権力との緊張関係(Tension)は高い。ここでは、「保護」と言っても、絶えず官憲からの監視・差別、さらには和人からの営利目的での甘言・詐欺・土地蚕食と隣り合わせのものであったのであり、旧土人保護法廃止の声の「震源地」も旭川であった(一九七〇年当時は、ウタリ協会は保護法存続を主張して対立していた)のも頷けるところである。

そしてこれと表裏をなすこととして第三に、旭川の地においては旧土人保護法が他地域のようにには施行されないという不利益処遇を受けることとなり、近文アイヌは土地所有権もなにも(前述の如く、道庁から旭川町(市)が借り受けたものを、転借するという法律関係となっている)、特別法である「旭川市旧土人保護地処分法」が制定されるのは、昭和



近文給与地関係書類 (旭川市博物館所蔵)

九(一九三四)年のことだったのであり、しかも粉骨碎身の土地返還運動にもかかわらず、特別縁故ある旧土人に「単独有財産」として無償下付されたのは各戸一町歩(旧土人保護法一条による場合の五分の一である)に止まり(四九戸に交付された、その分残りは「共有財産」とされて、道庁長官の管理下に置かれた。そして終戦後の農地改革時(昭和二四(一九四九)年三月)に——買取という形式ではなかったが——近文共有地八六町歩は、地代金六七万円、離作見舞二二三万円、計三〇〇万円をコタン五〇戸に支払う(各戸六万円)ことで決着(借地人側(代表浦本庄作氏)への売却である)したが、⁽⁵²⁾実質は強制買取に近いものであった。

(2) 共有財産問題

近年クローズアップされている共有財産問題は、歴史的に根が深く、場所的にも広汎であり、多種多様である。私としては、各共有財産毎に個別的に検討を加えていく必要を感じるが、就中旭川の事例は深刻である。下賜金などに比較して、ここでは土地所有権に準ずる利益が関わっているからである。⁽⁵³⁾

問題点としては、①前述の農地改革時の売却手続の是非、及び②共有財産返還手続に際しての、売却代金の増額評価(Aufwertung)の可能性もあるが、ここで注目したいのは、③近文共有財産(共有地)についてなされた数次の(不当)処分を巡る責任問題である。すなわち、昭和九年立法で共有財産とされた土地(管理者は道庁長官で、共有地管理委員会もあったが、そのメンバー一名の内、アイヌ代表は三名だけであった)から、(a)旭川師範への無償寄付(一万五〇〇坪)、さらに近文小学校・大有小学校・教育大付属小学校への寄付(各々、六九〇坪、五三五〇坪、五九八〇坪)、道路用地への寄付(九〇〇坪)がなされているが、実質的には「取上げ」も同然であり、さらに(b)戦中に軍需工場に一万四〇〇〇坪が反あたり年四〇〇円で貸し出され、昭和三一(一九五六)年に道庁が道立林産試験場として坪五〇〇〇円で買い上げ

ているのは、「自己契約」(民法一〇八条参照)である。⁽⁵⁴⁾このような不動産処分行為の効力の有無及び管理責任の追及の余地が残されていないのかについては、やはり検討の余地があるであろう。

他地域であれば、単独所有地となるべきものが、「共有地(共有財産)」とされたこと自体、不利益待遇であった上に、共有地と言っても実質は民法物権編の共有とはほど遠く、公有・国有地感覚で捉えられたために前述の如き頻繁な処分がなされたのであろう。つまり、ここでは「共有財産」と言っても私的所有権の色彩は弱く(また場所的にも、給与地と遠く離れていて、居住者感覚としてもそれを「所有」しているとの意識はなかったとされる)、⁽⁵⁵⁾その分行政の管理責任の側面(行政的干渉の要素)が前面に出るのではなからうか。こうなると、民法一般の名目主義(ノミナリズム)的理屈も妥当しにくいこととならうし、そもそも通常の物権編共有一般のロジックに沿って単純に共有名義者に返還して手続は終了するとされる(前記アイヌ文化振興法附則三条参照)(公的責任は問われない)こと自体、問題が潜んでいて再考を要すると考えられるのではなからうか。

(3) 補償・福祉に関する支配的フィロソフィー

かく見てくると、近文地区のケースにおいては——他地域と比較して——所有の観点から見て補償要求が強くなり、そうであり、またその実現の蓋然性も大きいように予測されるのであるが、現実はそのようになってはいない。旭川における最も歴史ある組織である「旭川アイヌ協議会」(一九七二年発足。初代会長門別薫氏)においては、福祉・補償に関して謙抑的立場が支配的であり、多文化主義・民族主義的な立場にも批判的であって、従来ウタリ協会とは「水と油」の関係であった(民族議席、自立化基金にも否定的である)。

その背後にある考え方を見ると、——保護行政には消極的な——個人主義・自立主義・自己責任の哲学(自助精神)があり、⁽⁵⁷⁾ここにも、和人社会に晒され、その中に雑居することを通じて生計を立ててきており、また土地への愛着もあまりなく、むしろ土地所有権の主張による「逆差別」「特権主義」を問題にするところなども、旭川アイヌの

特色が出ているように思われる。しかしそれにしても、同化志向がやや強すぎるのではないか、また、前述の不利益処遇を受けた土地補償については——福祉対策一般とは區別して——別途別原理の問題と考えるべきではないかと思われる（前者については後に再度触れる（第五款参照））。

(46) これについては、旭川市史編集委員会・旭川市史第一巻（大日本印刷、一九五九）一四五頁以下、二五〇頁以下が詳しく、また、金田一京助「アイヌの佐倉宗五郎の話——問題の旭川土地の一件——」北の人（青磁社、一九四二）一一六頁以下（第一次近文土地紛争を処理した天川恵三郎エカシに関するもの）、三好文夫・アイヌの歴史——神と大地と獵人と（講談社、一九七三）一六四頁以下、松井恒幸「近文アイヌ地問題の発生と残こう——北海道旧土人保護法廃止の戦いの一つの側面」コタンの痕跡（旭川人権擁護委員会、一九七二）、榎森・前掲書（注（10））一九二頁以下、大塚一美「いま問われる先住民族アイヌ——アイヌ旧法と騒がれている新法とは（1）（5）」ジャーナル北海道六七号〜七十一号（一九九五）など参照。

(47) 後述の第二次近文土地紛争の一応の決着としての、明治三九（一九〇六）年の「近文給与地関係北海道庁指令」（三〇二八号）七条及び「旭川市旧土人保護規程」五条を承けた、同年二月三日の旭川町議会決議「旧土人居宅創設費に関する件」により（これらについては、河野編・前掲書（注（11））三四五—三四九頁参照）、五六八〇円が計上され、土人居宅三七棟、付属廁、共同浴場、井戸が明治四〇年四月に完成した。もっとも、この木造家屋が劣悪で、冬の寒さのため次々死者が出たことについては、砂沢クラ・クスクップ・オルシベ——私の二代の話（福武文庫）（福武書店、一九九〇）〔初版は、北海道新聞社、一九八三〕七三—七四頁参照。これに対して、上川アイヌ伝来の笹小屋の寒暖気候に対するすぐれた特質については、福岡イト子旭川竜谷高等学校郷土部「近文地方における住居」同・上川アイヌの研究（カワマタ印刷工芸社、一九九〇）一一八頁など参照。

(48) 小坂洋右・アイヌを生きたる文化を継ぐ——キナフチと娘京子の物語（大村書店、一九九四）「はしがき」二頁で、萱野茂氏は、近文アイヌについて都市型土地収奪という言葉を用いている。

(49) 既に昭和初年の時点で、「離婚は近年漸次増加する傾向があり、特にアイヌ婦人にあつては和人に接触以来其の妻婦となる事を名誉としてこれを希望する傾向がある」と指摘されており（北海道旭川師範学校・前掲書（注（23））五二頁）、これなどは、二風谷で貞操観念が強固である（これについては例えば、萱野茂・アイヌの里二風谷に生きて（北海道新聞社、一九八〇）一九八頁、貝澤・前掲書（注（8））六五頁参照）のとは、かなり異なるようである。

(50) 大塚・前掲（注（46））〔4〕ジャーナル北海道七〇号—一二頁参照。

(51) 土地返還運動においては、下付面積の主張に関して微妙な相違もあるようである。すなわち、荒井源次郎「上京日誌」小川川山

田編・前掲書（注（23））二八頁では、「和人に貸してある八〇余町歩の土地全部に完全にアイヌの所有権を法的に認めて欲しい」と述べていた（一九三二年一月一日）が、他方で、鹿川利助氏らの「旧土人ヨリ保護地附与ノ陳情」では、「一戸一町歩の現状のままの割与では不均衡となるので地価を標準とし、残地の共有財産は三九戸を主体として道庁管理とすべき旨が述べられている（一九三二年九月）（これについては、内務大臣官房会計課・旭川市旧土人保護地処分法案資料（河野本道選・アイヌ史資料集第二巻法規・教育編（北海道出版企画センター、一九八一）九三—九四頁参照）。

(52) 松井・前掲書（注（46））二七二—二七七頁、大塚・前掲（注（46））〔8〕ジャーナル北海道七四号六六—六九頁（「人を馬鹿にした金額」だとする）。

(53) 旭川事例以外の共有財産として、しばしば議論に上るものとしては、明治初期の漁業組合解散に由来する海産干場などの厚岸事例がある。これについては、チカップ美恵子・風のめぐみ——アイヌ民族の文化と人権（御茶の水書房、一九九二）二一八頁以下、堀内光一・消されたアイヌ地（三一書房、一九九八）。共有者の一人三田一良さんの共有地引渡処分無効確認訴訟については、平成一一（一九九九）年四月二七日釧路地裁では、道の行政処分当たらないとして却下判決が下されている（北海道新聞一九九九年四月二七日夕刊一面参照）。（本章第二節も参照）。

(54) この点は、松井・前掲書（注（46））二六八頁以下、小坂・前掲書（注（48））一一九頁（当時アイヌはどうすることもできず、ただ耐えるだけであったとされる）。

(55) 長年、給与地の近文地区に居住されている杉村フサさんへのインタビュー（一九九九年七月）による。

(56) 山川力・明治期アイヌ民族政策論（未來社、一九九六）一四八頁以下では、「共有財産」発想の根底には、私有化の否定があり、これは「公有化」の一つの形式であり、植民地支配的監視の発想があると指摘されるのが、注目に値しよう。

(57) 例えば、門別薫「アイヌ民族と法の下の平等」人権通信一三八号（一九八九）四六頁、同「アイヌ新法について」旭川精神衛生六三号（一九九六）二四頁参照。

(58) 門別薫さんへのインタビュー（一九九九年七月）の時の発言による。戦後の旭川アイヌの農家は二軒にすぎないとの指摘も印象的である。

第四款 各論的考察その二——平取二風谷の事例

(1) 二風谷ケースの特色——歴史的・構造的課題の所在

これに対して、二風谷でのアイヌは、種々の意味で旭川の場合とは異なっている。すなわち第一に、ここでは数百年来の伝来的・定着型アイヌの自然発生的な集団居住 (congregation) がなされている (そして、二風谷地区五〇〇人程度の人口の内、七八割がアイヌだとされて、最近では多少減少気味だが、比較的人口は安定している)⁽⁶⁰⁾。また第二に、産業の方は農業中心であり、日高沙流地方は古来最も農耕の盛んな所とされ、江戸時代から既に稗・粟・黍・麦・大豆・小豆・菜豆・蕪などが栽培されて、明治一〇年代の飢饉も例外的に免れた (しかしその手法は原始的なものであった。また勸農政策を承けた水田 (造田) への切り換えなども、他地に比べて比較的早くから行われ (もっとも、度重なる水害に見舞われたことは後述する)、その分、土地との密接性・依存度は従来強かったと言える⁽⁶¹⁾。また、農地改革の打撃は他と比べてそれほど大きくはない⁽⁶²⁾。コミュニティとしては比較的閉鎖的であり、観光業もさほど大きなウェイトを持っていない。

しかし第三に、生活環境には厳しいものがあり (生活水準も決して高いとは言えない)、とくに農業政策が転換されて、減反政策が採られるようになってからは農業も下火となる (今では専業農家は戸だけとのことである)⁽⁶⁴⁾。ダム建設によって多くの農地はダム湖に沈んで、職業変更を余儀なくされて、今や二風谷地域のアイヌの八割は日雇い労働 (出面) に従事することとなり⁽⁶⁵⁾、皮肉なことにこれが土地開発を支えることになっている。

そしてこの前段階の話として、戦前・戦後の造田にあたり、(濫伐に由来する) 森林 (自然) 破壊ゆえの数々の洪水被害に遭遇することとなり、多くの負債を抱え込むこととなり、そのため逆説的なことに、「農地消失」を招来する取引交渉に住民の多数が応ずることを迫られたわけである。この点で、故貝澤正エカンは、コタンの生活を破壊したのは三井を中心とする大資本家による森林破壊・自然破壊であるとして、アイヌへの補償などを主張されている⁽⁶⁶⁾。

これを民法的に翻訳するならばどのようなことになるであろうか。①まず当時の三井財閥の濫伐による洪水は、理屈の上では三井の自然環境侵害による不法行為責任となりうるが、もはや消滅時効 (民法七二四条) が成立したと主張されることとなろう。②さらに、公健法 (公害健康被害の補償等に関する法律 (昭和四八年法律一一一)) のように、行政庁が介入して損害填補システムが作られてもおかしくはないが、当時の政治的力関係 (アイヌ側の劣位) からして、これとても実現可能なものではなく「泣き寝入り」するほかなかったであろう。③それでは、三井側としては責任をもって健全な植林・造林義務を負うとは言えないだろうか。農地が水没した今となってはもはや「後の祭り」とも言えそうだが、環境保護のための究極的課題としてやはり、この点は残されている (濫伐を放置しては、ダムの効用も早晚滅殺されることとなろう)。そこでこの問いに対して積極的に答えるとしても、従来の所有概念だけでは中々そのような制約を課することは難しい。ここでは、——アイヌ的な自然と共生する所有観念などを参考にして、——所有概念の再検討を通じて、環境保全のための共同体 (生態系共同体) 的な責任 (所有権の内在的制約) が強化されるべきこととなるのであろう⁽⁶⁷⁾。

さらに二風谷地区の特徴の第四として、土地問題の解決について、森林返還・自治権回復という民族主義的な主張が根強いことも挙げられよう (前掲第二款三(2)参照) が、そこには、身近に自然が存在し、伝統的なアイヌの生活空間が奪取されたという意識が日常感覚として存在していることが表れているのであろうか。原状回復的解決 (土地返還方式) については、各地域によってアイヌ側も見解が分かれるため、仮に二風谷地域でのアイヌの主張として、この方向での解決が模索されるとしても、地域レベルでのローカルな問題処理として構想していくこととなる。さらに、単に山林の所有権をアイヌの地域的団体に移すだけでは、アイヌ民族にとってさほど実益はないことになる (むしろ、前述の如く負担が残ることになる) ならば、オーストラリア・エアーズロック地区に見られるような、所有権を先住民に移した上で国家への土地貸与による賃料 (地代) 収益を (アイヌ側に) 得せるといった法制度設計も十分検討に値するであろう。

(2) ダム建設・農業土地収用に関する所有論的考察

二風谷地区における最近のホットな問題は、ダム訴訟に関わることであるが、所有権法的見地から留意すべきこと



二風谷アイヌ文化資料館にて
(故萱野茂さんとともに)

を列記しておく。

まず第一に、原告側は、当該収用対象土地はその文化遺産的特異性——すなわち、先住民族たるアイヌの聖地（チノミシリ）を含み、少数民族の文化享有権に関わる——に鑑みて、収用は許されないとする新しい土地収用の解釈論を展開したことが注目され⁽⁶⁹⁾、これは判決（札幌地判平成九年三月二十七日掲（本節第一款））にも反映して、収用裁判の違法判断にも繋がっている。そしてこれは、レイディン教授（スタンフォード大学）の人格的所有理論（personal property theory）の系譜の収用（takings）観⁽⁷⁰⁾とも通ずるところがあり興味深い。

他方第二に、収用に伴う補償額については十分に論じられていない。これは、補償金額については一切触れないという弁護団の訴訟戦略にも由来するが（なお、不服審査手続においては、補償額は問題にできないとの規定がある（土地収用法一三二条二項）が、その趣旨は、損失補償（財産評価）については、公益的判断を任務とする建設大臣よりも、裁判所の判断を求める方が合理的だとされるところにあるから、取消訴訟の場合には別論のはずである）、この点は実は当の原告本人（とくに貝澤氏）の方は絶えず燻っていたところである⁽⁷³⁾。土地収用に関する収用委員会の裁決取消の抗告訴訟と併せて、予備的に起業者に補償金増額を請求する主観的予備的併合は、——民事訴訟の場合（最判昭和四三年三月八日民集二巻三号五五一頁参照）とは違って——積極的に解する見解が優勢なのであるから、⁽⁷²⁾ここでも補償額を争う余地はあったのではなからうか。

すなわち、①二風谷ダムの場合には、土地収用後にダム底の砂利の掘削・売却によって起業者は相当の利益を得ているとの特殊事情があることを考慮すると、「補償」額はなお少なすぎるとも言いうるのであり、②また、補償額（土地収用法六八条の「土地所有者が受ける損失」、同八八条の「通常受ける損失」）を代替的な市場価値と等置しようとする実務

の立場（精神的損失についての補償を否定しており（一般補償基準要綱の施行についての閣議了解（昭和三十七年六月二十九日））、また、文化的価値についても、「経済的評価になじま」ず、「客観的・社会的に見て被収用者が当然受けるべきであろう経済的・財産的な損失」には該らないとするのが判例である（最判昭和六三年一月二日判時二二七〇号六七頁（輪中堤に関する））は、本件のようなアイヌ民族にとって独特の価値を有する個人的所有物（personal property）——平井教授のタームを用いれば、「資産特異性（asset specificity）のある財」——については一段と妥当しにくく再検討を必要とし、増額がなされるべきであるとの立論もできるであらう⁽⁷⁶⁾。さらには、③元来「アイヌ民族への土地補償問題」が正面から扱われていないのであれば、せめて「収用補償」という場面を通じて、過去の土地収奪の経緯をも考慮するという柔軟な態度もあってよくはなかつたらうか。

また第三に、萱野茂氏の主張の原点は、アキアジ（鮭）やサクラマスの捕獲権の回復要求であったのであり、それゆえにダム建設に当たっても、一四〇一五億円を費やしても魚道の設置を主張されたのである。鮭捕獲権は元々アイヌ協会平取支部にあったが（一九六三〜六四年頃取得）、その後門別漁協に二〇〇〇〜三〇〇〇万円で売却されて、現在は富川漁協にあるとのことである（それゆえダム建設前でも、二風谷地域にはあまり鮭は遡上していなかった）が、それにもかかわらず萱野氏は、富川漁協の設置するウライをはずして、鮭を遡上させて、伝統的漁法での捕獲の回復を求めている⁽⁷⁸⁾。そしてこのような捕獲権の主張は、通常の法律論の論理として無理があると映るかも知れない（すなわち、売却したものは、戻ってこないのが原則である）。しかし、ここでもアイヌ伝来の自然と共生的な所有概念の分岐としての捕獲権概念を基本に据えることにより、自然環境保護の見地から、富川漁協の捕獲権には内在的制限が付されるとして、上記主張が導けることが、今日的（脱近代的）な所有再検討の見地からは注目されるのではなからうか。

ところで第四として、ダム建設の是非に関して萱野氏の主張はトーン・ダウンして、町議会議員としてはダム建設（そして、平取町への一五億円の提供）に賛成し、他面で自己の土地収用には反対したと述べられていて、この

部分の非一貫性を批判する向きもあろう。しかしここには「二律背反」「八方塞がり」(double bind; catch 22) 的状況がアイヌ側に存することに目を向ける必要がある。すなわち、前述した如く、二風谷アイヌはダム補償への依存ないしダム建設への従事により「生計の資」を得るものも少なくないのであり、各々の「生活が懸かる」ゆえに、アイヌ伝承の所有・環境保護思想とは相容れざる土地開発公共事業に構造的に巻き込まれざるを得ないという悲劇的矛盾の事情・状況に留意するならば、前記の「歯切れの悪さ」はそれなりに理解ができるのである(そしてその後さらに、沙流川上流の平取ダム建設計画も進行しているとの報を聞くにつけ、暗鬱たる事態への嘆息を禁じ得ない)。

(59) 平取町・平取町史(北海道出版企画センター、一九七四)四五頁によれば、沙流川沿いに住むアイヌの祖先は、口伝えにより一八代もしくは一六代まで遡って記憶され、一代三〇年として約五百数十年前(一五世紀半ばないしもう少し古い時期)からとのことである。

(60) これについては、判時一五九八号四〇頁参照(一九九三年四月で、二風谷人口約五〇〇人の八割の約四〇〇人がアイヌ民族であり、一九九五年二月には同地域人口五〇〇人弱でその七割以上がアイヌ民族と認定されている)。その後の二風谷人口は、一九九七年三月に四七二人、一九九九年三月に四八二人である(平取町人口は各々六七九人、六六五八人と過疎化傾向がある)(平取町役場町民課町民係及びウタリ対策室山田俊男氏に資料を提供していただいた。御厚意にお礼申し上げる。なおアイヌ人口は目下調査中とのことである)。

(61) 二風谷部落誌編纂委員会・二風谷(二風谷自治会、一九八三)一九二―一九四頁(蓮池悦子執筆)。造田に関しては、同書一七六頁以下(船越光次執筆)。

(62) 昭和二三(一九四八)年六月までの平取町のアイヌ給与地八八八・〇七〇四町歩の買収状況は、自作反別八一三・九二〇一町歩(九一・七パーセント)、貸付反別二五・一町歩(二・八パーセント)、農地改革による買取四九・〇五〇三町歩(五・五パーセント)であって(平取町・前掲書(注59)三五九頁参照、全道平均(前述)より低いことがわかる)。

(63) 貝澤・前掲書(注8)七〇頁では、日高支庁管内の生活保護率(そこにおけるアイヌの割合)の高さの記事を紹介している。もっとも、平成五(一九九三)年六月の調査では、北海道全体におけるアイヌの生活保護率(人口一〇〇〇〇人中の割合)は三八・八パーミル、住民税非課税世帯率は三六パーセントである(北海道生活福祉部・平成五年北海道ウタリ生活実態調査報告書(一九九四)七頁参照)のに対し、平取町のアイヌの場合には、生活保護率三二・四パーミル、住民税非課税世帯率は三七・一パーセントで

あって、全道のアイヌの状況と大差ないことがわかる。しかしそれでも、北海道市町村一般の生活保護率一六・四パーミルとは大きな開きがある。

(64) 貝澤・前掲書(注8)一三三―一三八頁。

(65) 貝澤耕一氏の「文化伝承の現状と課題」と題する講演(一九九九年八月三日。於(財)アイヌ文化振興・研究推進機構)に関する私の質問に対して、このように答えられた。「当日の講演は、平成一一年度普及啓発セミナー報告集(アイヌ文化振興・研究推進機構二〇〇〇)一六〇頁以下に収録されているが、私とのやりとりで本文記載部分は載っていない。」

(66) 貝澤・前掲書(注8)一八九―一九〇頁参照。

(67) この点で、吉田邦彦「環境権と所有理論の新展開——環境法学的基礎理論序説」新・現代損害賠償法講座二巻(日本評論社、一九九八)「同・民法解釈と揺れ動く所有論(有斐閣、二〇〇〇)第八章」も参照。

(68) これについては、斉藤憲司「オーストラリア先住民に関する法制度の歴史と動向」外国の立法一八四―一八五合併号(一九九三)二一七―二一八頁、また、比較法的な土地権回復の諸態様については、常本照樹「先住民族の権利」深瀬忠一ほか編・恒久世界平和のために(勁草書房、一九九八)九九六―九九七頁も参照。

(69) これについては、房川樹芳「アイヌ民族の『少数先住民族』性に関する考察——いわゆる二風谷ダム判決を素材として」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル六号(一九九九)参照(巖島神社の例も出している)。

(70) MARGARET JANE RADIN, REINTERPRETING PROPERTY (U. Chicago P., 1993) chap. 4.5. この「人格的所有理論」につき、詳しくは、吉田邦彦「アメリカ法における『所有権法の理論』と代理母問題(前編)」星野古稀・日本民法学の形成と課題(下)(有斐閣、一九九六)「同・前掲書(注67)第七章」参照。

(71) 田中宏「備忘録に代えて」萱野・田中編集代表・前掲書(注29)五八頁参照。この点につき、田中宏弁護士にお尋ねしたところ、補償額のことを予備的に持ち出すと、迫力に欠けるとのことであった(一九九九年七月一六日のインタビュー)。ここには、いわゆる「価値紛争」においては金銭的問題を混入させるべきではないとする日本の訴訟観が反映していると思われる。(この点は、萱野茂「たった二人の反乱」イヨマンテの花矢——続・アイヌの碑(朝日新聞社、二〇〇五)九五―九六頁にも言及され、萱野氏はダム関連の代金受取を一切拒否したとされる)。

(72) 小高剛・土地収用法(特別法コンメンタール)(第一法規、一九八〇)六三三頁参照。

(73) 貝澤正氏の収用委員会における陳述では、一〇〇年分の年貢(賃料)の補償を求めている(前掲書(注29)一三四頁参照)。高橋剛「二風谷ダム裁判の経過」同上書六頁は、これをジョークとするが、必ずしもそうとは言えないだろう。

(74) 小澤道一・逐条解説土地収用法（下）（ぎょうせい、一九八七）五九五―五九六頁（改訂版（一九九七）六二九―六三〇頁）、また、古崎慶長「行政訴訟上の主観的予備的併合について」民商八七巻一号（一九八二）七一頁以下、とくに八七―八八頁、井上治典「訴えの主観的予備的併合」講座民事訴訟②訴訟の提起（弘文堂、一九八四）三五七頁、阿部泰隆・行政救済の実効性（弘文堂、一九八五）六〇―六一頁、反対、時岡泰「審理手続」雄川一郎ほか編・現代行政法大系5 行政訴訟II（有斐閣、一九八四）一五九頁。

(75) これについては、平井宜雄「契約法学の再構築(2)——法律家の養成という視点から」ジュリー二五九号（一九九九）一三八―三九頁参照。

(76) もっとも、土地収用に関する行政法学界の支配的な見解は、精神的損失の補償を全て否定しないにしても、認められる場合を「格別な大きな精神的打撃を与える場合」に限定している（財産的損失の填補により精神的損失も填補されるという）（例えば、金澤良雄「総合開発に伴う損失補償」法時二五巻二号（一九五三）一八頁、高田賢造・新訂土地収用法（新コンメンタール）（日本評論社、一九六八）三六四頁（精神的苦痛が肉体的障害を伴い、財産上の実害を生ずるときに限る）。近時は、小澤・前掲書（注（74））（改訂版）二八〇―二八二頁、また西壁章・損失補償の要否と内容（一粒社、一九九二）二七二頁以下（財産権補償が適正になされた場合を前提にするから、ことさらに補足的・調整的機能の観点から算定する必要はなく、財産権補償額の一定割合とすることもできないとする）も同旨であるが、緩める方向で再考すべきではないか（夙に、鈴木祿彌「収用補償に関する私法的課題」（一九七四）同・物権法の研究（創文社、一九七六）八四―八五頁が、被収用者の立場から、それを示唆されている）。

(77) この点も、田中宏弁護士から伺ったところである。

(78) この経緯については、萱野茂「収用委員会における陳述」前掲書（注（29））一四二頁、同・国会でチャランケ（討論しよう）——二風谷にアイヌとして生きる（社会新報、一九九三）四八―四九頁。また、本多勝一・先住民族アイヌの現在（朝日文庫）（朝日新聞社、一九九三）二二八頁参照。

(79) 萱野茂「二風谷ダム事件によせて——当事者として」前掲書（注（29））二三―二四頁。

第五款 結 び——多文化主義との関わり

(1) アイヌ民族の共同体的価値の意義

近年はアイヌ民族のアイデンティティないしその共同体的価値に注目する気運が高まってきている。とくにわが国

においては、これまで同化圧力が強く、社会の同質性（homogeneity）も高く、その負の側面として生ずる少数（先住民族の抑圧・差別の状況には敏感になる必要がある）、総論的には、多文化主義的な民族権的主張は強調されてよい。そしてこの点で、昨今のアメリカ合衆国においては、多極化が進行する余りに国民統合のあり方に腐心している状況があり、⁽⁸¹⁾両者では社会的コンテクストがかなり異なっていることに注意する必要がある。

しかし、アイヌの実態は各人各様なのであって、その集团的・個人的権利の具体的実現の仕方は難しい。例えば、アイヌと和人との混交・雑婚が進行していくと、「アイヌ民族」の線引きが難しくなることはしばしば指摘されることとであり、この点でカナダやアメリカ合衆国のインディアンの状況とは異なるところがある。しかし、わが国における同化教育の強靱さ及び少数民族文化抑圧の歴史的経緯に鑑みると、W・キムリカ教授（クイーンズ大学）が——インディアンやイヌイトなどを念頭に置きつつ——「少数民族の権利（minority rights）」の意味をリベラリズムとの関連で整合的に説いたことを、⁽⁸²⁾十二分に前向きに受け止めていくスタンスが求められ、安易に、団体的権利について、「特権」とか「逆差別」という形で平板な個人主義的・同質主義的な還元に戻るべきではなく、文化・民族の多様性に留意していくべきものである。⁽⁸³⁾

とは言うものの、民族主義的・共同体主義的烙印が、逆に個人の意思にとって桎梏となり抑圧的に作用するという事態が存することにも思いを致す必要がある⁽⁸⁴⁾、かかる場面では個人の選好（preference）を重視することがリベラリズムからは求められることとなろう（キムリカとて同趣旨であろう⁽⁸⁵⁾）。本節の考察に則して言うならば、前掲旭川アイヌの哲学（第三款（3参照））、つまりアイヌ・アイデンティティとは無関係の職種に就き、和人と同様の「生き方」を志向する個人主義論（例えば、砂沢チニタ氏の主張等⁽⁸⁶⁾）には、このような側面があることに注意されねばならないだろう。

(2) 土地所有問題の解決策の整理

次に、アイヌ福祉対策一般（このように一般化させて保護を求める程、反面として、「逆差別」との批判が妥当し

やすくならう」とは区別されるところの土地問題に限定して、つまり土地返還・補償の解決策について、もう一度まとめておこう。すなわち、アイヌの土地所有問題は重層的であって、①伝来の団体的・入会的部落有と②明治期法制下での下付地所有権の双方の収奪の歴史が存するのである。そして、それに対する救済方法を検討すると、①については集团的・団体的補償の処理ということになり（もっとも、金銭的補償となれば、その分割的権限とその個人補償の処理もありえようが）、他方②については、個人補償の処理がなされることになる。各々の留意点を述べるならば、以下の如くなる。

(i) 集团的・団体的補償の処理をするためには（前述分析（第二款三(1)参照）により、現物返還の場合には、この処理によらざるをえないであろう）、その母体となる共同体的基盤が必要とならう。しかしアイヌ民族の政治的結集力は決して強くはない。これが、日本社会の同化圧力の強さの所産なのか、それとも、元来イオル毎に政治権力が分散していたアイヌ社会の——小規模集団の寄り合いという——属性によるものなのか分明ではないが、アイヌの絶対的少数性ゆえに、集団相互のネットワーク作りの重要性にヨリ敏感になる必要があるであろう。現物返還の主張が有力な二風谷アイヌは、この処理の有力候補とならうが、果たして共有管理を支える組織があるのであるか（もっとも、国・道への賃貸という手法（第四款(1)参照）によるならば、事情は少し異なるであろう）。

ところで、このような集团的処理には、従来の一連の入会理論の議論との関連では、新たな現代的意義を有することに注意すべきである。すなわち、支配的な捉え方として、(a)「共同態的規制」の弱体化・解体とともに成員の私的な経済的利益が成長し、共同体は專業化する（土地の「共同占取」から「私的占取」へ）というスキーム（ヴェーバー）⁽⁸⁷⁾を承けて（ギールケの仲間の共同体（*Genossenschaft*）論も結びつけ）、総有の入会権の私有財産性を強調する（村落共同体構成員個々人の総体として全員一致原則を導き、また構成員と区別される団体財産を否定する）——その意味で個人権保護的な——川島理論がある⁽⁸⁸⁾。しかしこれに対しては、(b)入会権におけるゲヴェーレン的な事実的共同利用の側面（すなわち、薪伐・

稜刈、草・下枝の共同採取という「入会稼」を重視し、そこにおける——家族と国家とを結ぶ——「生活協団体としての村落」ないし「有機体的な協同者意識」に注目しようとする有力説（戒能博士）が対峙しており、近時は(b)が脚光を浴び、中間団体である入会生活集団を、自治的な公共的社會生活の担い手として注目し、また入会権の環境保全的側面が強調されるに至っている⁽⁸⁹⁾ことが興味深い。

私もアイヌ民族との関連で、入会のアナロジーを語るに際しては、従来下火であった(b)の系譜——すなわち、同民族伝来の自然と共生的な生活の享受、そして現代的には、環境保護的な森林保全・維持、伝統の知恵とも言える植物（薬草）文化の伝播、生態系の再生・健全化のあり方等——に関心を寄せるが、その意味でも、ここに述べる集团的な土地利用管理を巡る政治的メカニズムの形成の課題は、改めて考究に値すると思われるのである。

(ii) 他方で、個別的処理を行うのであれば、填補原因が具体的に特定の（*specific*）な程、その主張は認容されやすいこととならう。もはや詳言しないがその意味でも、前述（第三款）の旭川アイヌの不利利益処遇ないし共有財産返還の問題は、「近代的」下付所有権及びそれに準ずる権利を基礎とする填補の主張であり（元来個人的土地所有となるべきはずの「共有地」についての個人補償の補填の現実的実現ということである）、——例えば「一〇〇年の年貢」というかなり一般化した補償請求と比較すると——特定性の程度も高く、理屈上はその実現の蓋然性も高くなると言えないだろうか。

(3) 時間の経過の問題

最後に、最近問題とされている共有財産返還における、問題発生以降の長年月の経過についてのどのように考えたらよいのかを述べて、終わりにしたい。

すなわち第一に、不当な（共有）財産処分に関する管理責任の追及ないし実質的な財産返還（補償・填補）請求権に關しては、「共有財産」とは言われるもののそれに対する公的コントロールが強く「公有」「国有」に類似していたという実質に留意して、請求権行使の具体的可能性を問題とすべきであろう。そうだとすれば、旧土人保護法廃止（平

成九（一九九七）年七月施行時）までは、道知事の管理下にあったのであるから、旧法廃止時点を責任追及の消滅時効（債務の原因により、時効期間の長短はあるが（民法一六七条、七二四条、地方自治法二三六条）の起算点とする（「それまでは」権利ヲ行使スルコトヲ得」なかつた（民法一六六条参照）し、不当な管理による被害（民法七二四条参照）も、管理が終わって、具体的清算がなされて初めて知ることができると解するわけである）ことで、追及可能性について前向きに考えられることになる」と解したい。

もう少し敷衍するならば、①事実上の障害は時効の進行を阻止できないという従来の起算点に関する前提は、夙に批判されているところであり（星野博士⁽⁹²⁾、近年はそれに歩み寄る裁判例が登場していることも注目されて、それに拠るならば、ここで共有財産処分につき「責任追及の事実上の困難な事情」を考慮するアプローチを採ることができるとであろうし、②また、不法行為構成の場合には不法行為時から二〇年という除斥期間（民法七二四条後段）（そう解してよいかは、近時でも議論がある）があるという問題があり、本件道知事の財産管理を継続的不法行為と見ることにも無理があるならば、債務不履行構成による管理責任追及の方を選択することになろう（しかし、同条後段の起算点としても、損害発生時を考慮するのが多数説であるとのことであり、⁽⁹⁴⁾そうであるならば不法行為構成でも、ここに述べた困難な状況は生じない）。③さらによしんば、消滅時効の成立が認められるとしても、それを「援用」に委ねる良心規定（民法一四五条）があることとの関連で、本件事情の下で責任の消滅時効を主張することは、援用権の濫用・信義則違反で認められないと論じうるであろうし⁽⁹⁵⁾（ここで問題とする損害賠償責任は、援用不要の会計上の金銭債務（会計法三一条、地方自治法二三六条二項参照）とは同断ではないであろう）、仮に援用も可能だとしても、法的責任とは別の政治的責任を道側は負っているとも考えられるであろう。

また第二に、増額評価（Aufwertung）の可否についてはどう考えるべきであろうか（とくに、共有財産返還手続で、例えば、下賜金や救恤費、またかなり古い時点での不動産売却代金が「共有財産」である場合に、貨幣価値が変わった今日においても、そのままの金額で返還する、いわゆる「名目主義」（nominalism）⁽⁹⁶⁾でよいのかどうか問われることになる）。確かに、通常の金銭債権一般については、名目主義を採るのが判例実務であり、⁽⁹⁷⁾学説も比較法的通説や国民経済における影響ということから一般にこれを支持しているが、しかし近時の傾向としては、名目主義をあまり硬直的に捉えずに、⁽⁹⁸⁾典型的に考察して適宜貨幣価値変動を考慮する「価値主義」（valorism）が採られるべきだとする見解が有力である（現に判例実務でも、⁽⁹⁹⁾例えば、相続人間の公平が問題になる場合や損害賠償については増額評価がなされている）。

このような状況の下で、本件をどちらの系列に位置づけるかであるが、前述した如く「共有」と言っても実質的には強制的な管理の側面が強く、国有・公有財産に近く、持分の自由処分性（民法二五六条参照）などはないのが現実であったのであり、そうであるならば金銭債権における名目主義の前提を欠くのではなからうか。むしろ填補・矯正原理に資する実質的公平に留意した「価値主義・実質主義」が志向されるべきであろうと考えたい。さらにまた、共有財産の不当処分（不法行為等）による損害賠償が請求される場合には、——かなり以前の不法行為ないし債務不履行ではあるが——ここではそれによる損害の金銭的評価の基準時が問題となっていると考えられるから、その際には全部賠償（全額評価）（reparation integrale）に沿う現時点（訴訟の場合には、事実審の口頭弁論終結時）で評価されるのが原則となると解されて⁽¹⁰⁰⁾、やはり「価値主義」が採られるべきこととなろう（後掲（注（99））の判決例を参照）。

しかし第三に、時間の「経過」が不利に作用すると予想される局面もなくはない。例えば、自創法のアイヌ給与地に対する適用については既に五〇年以上前に——十分な議論が尽くされたかは、今日的に見て怪しいが——一応積極説の立場で決着しているかの如くで（その旨の判例もあることは前述した（第二款一参照））、それを前提にその後の取引も進行している。かかる場合に「共有財産」に農地改革がらみの買取（ないしそれに近い売却）対価が含まれる場合に（例えば、旭川事例）、当時の処分対価をそれ自体が「不当」であるとしてその実質的修正が認められるのであろうか。虚心公平に当時の不動産処分を検討すると、大いに問題があることは既述のとおりであるが、現時点でこのような実質的

蒸し返しが可能なのかどうか、実質的修正を認めた場合に他の給与農地の買収との間のアンバランスをどう考えるかなど斟酌すると、やはり司法制度の運用の仕方として難しいのではなからうか（付言するに、この点で消極論を採ったからと言って、買収〔売却〕対価について増額評価できないことにはならないことは前記「第二」で述べたところである）。

- (80) 武者小路公秀「先住民族と非先住民族の共生ということ」二風谷フォーラム実行委員会編『アイヌモシリに集う（悠思社、一九九四）一〇九頁でも、わが国ではエスノクラシー〔自民族中心主義（ethnocentrism）の意であろう〕がひどく、共生（symbiosis）のためには、先住民族の自決権を認めない民主主義はおかしく、真のデモクラシーにしていくなければならないとされる。
- (81) アメリカ合衆国の多文化主義の動向については、古矢旬「マルチカルチュラルイズムと国民統合——一つの歴史的眺望」北大法学部ライブラリー四巻・市民的秩序のゆくえ（北大図書刊行会、一九九九）、油井大三郎「遠藤泰生編『多文化主義のアメリカ——揺らぐナショナル・アイデンティティ』（東大出版会、一九九九）参照。
- (82) WILL KYMICKA, LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE (Clarendon Press, Oxford, 1989) 135-.
- (83) アイヌ文化保存対策協議会編『アイヌ民族誌 上』（第一法規出版、一九六九）七八頁では、「アイヌ問題は、もはや人種・民族の問題としてではなく、むしろ社会経済的な辺境に住むが故の貧困の問題として捉えねばならない時期に来ている」とされる（高倉新一郎執筆）が、今日的には、むしろ反対に、「民族（race, ethnicity）の観点からの再検討が求められていると考える。
- (84) 多文化主義論——そこにおける集団的アイデンティティの強調——に対しては、その内部における差異（「他者」性）に留意し、生まれついた文化を所与とすることを懐疑するポスト・モダニズムの批判があることについては、さしあたり、杉田敦「寛容と差異——政治的アイデンティティをめぐる——」岩波新・哲学講義7 知のパラドックス（岩波書店、一九九八）参照。
- (85) 井上達夫「多文化主義の政治哲学」油井「遠藤編」前掲書（注（81））一〇二頁、一〇四頁参照。
- (86) 例えば、門別薫「砂沢チニタ」アイヌ新法の制定はアイヌ系住民の総意でない」ジャーナル北海道八二号（一九九六）九頁における、「アイヌ・イメージ」の幻影・固定観念の批判を見よ。なお、奥田統己助教授も、アイヌ文化に即して民族的アイデンティティの確立の必要性を説きつつ、他方で、「素晴らしい」アイヌ民族観・文化観を強調することのないように、個人を単位として、伝統文化と現代生活を自分自身で選択できる権利を強調している（「和人とつとめる民族と文化」アイヌ文化の現在（札幌学院大学生協、一九九七）三〇九頁、三一二頁、三一四頁、三三〇頁、三三五頁参照）ことが、注目されよう。
- (87) 大塚久雄「共同体解体の基礎的諸条件」大塚久雄著作集第七巻（岩波書店、一九六九）初出一九六二—一〇七頁以下、とくに一二二頁以下。また同「共同体の基礎理論」同上書（初出一九五五）七七頁以下、とくに一〇三頁（「ゲルマン的」共同体における私的・商品貨幣経済の展開を論ずる）も参照。
- もつとも、当時の国制理解として、ゲマインデの「形式的平等権」の側面のみならず、他方で裁判領主による政治権力の強化という面をも見なければならぬことについては、例えば、山田欣吾・国家そして社会——地域史の視点（創文社、一九九二）初出一五八—一五九、二四四頁、三〇八頁以下、三三二—三三三頁参照。
- (88) 川島武宜「入会権の基礎理論」川島武宜著作集第八巻（岩波書店、一九八三）初出一九六八—九六頁、一〇一頁参照。川島博士は、従来の多数説に反対して、構成員の「持分」も肯定すべきだとされる（同書七四頁）。
- (89) 戒能通孝・入会の研究（一粒社、一九五八）初版、日本評論社、一九四三—四九八—五三三頁参照。
- (90) 糊澤能生「名和田是彦」地域中間集団の法社会学——都市と農村における住民集団の公共的社会形成とその制度的基盤——利谷選暦・法における近代と現代（日本評論社、一九九三）とくに四二—三三頁の糊澤執筆部分（新潟県石打地区における独自の自治活動の状況を紹介する）。
- (91) 例えば、中尾英俊「国家権力による入会権の保護と解体」土地・環境問題と法社会学・法社会学四八号（一九九六）一五頁、矢野達雄「入会権の一三〇年と今後の課題」同上書二〇—二二頁など。
- (92) 星野英一「時効に関する覚書——その存在理由を中心として」同・民法論集第四卷（有斐閣、一九七八）初出一九七四—三二〇頁（法律上権利行使できる時からと解する必然性はなく、債務者の職業・地位・教育などから「権利行使を期待し要求することができる時期」と解すべきだとされる）。
- (93) 例えば、最大判昭和四五年七月二五日民集二四巻七号七七一頁（供託物取戻請求権（民法四九六条）に関して、「権利行使の現実の期待可能性」を要求する）、最判平成六年二月二二日民集四八巻二号四四一頁（安全配慮義務違反によるじん肺の損害賠償請求につき、「健康管理区分に関する」最終の行政上の決定を受けた時」を起算点とする）、最判平成八年三月五日民集五〇巻三三三八三頁（自動車損害保障事業としての損害填補請求（自賠法七二条）に関して、同法三条の請求権不存在が確定した時から二年の時効（同法七五条）は進行すると述べる）。
- (94) これについては例えば、松久三四彦「民法七二四条の構造」星野古稀・日本民法学の形成と課題下（有斐閣、一九九六）一〇一—一〇七頁参照。
- (95) 時効援用が信義則違反・権利濫用となりうることは判例でもある（例えば、最判昭和五一年五月二五日民集三〇巻四号五五四頁（農地法三条の許可申請協力請求権に関する）、最判昭和五七年七月二五日民集三六巻六号一一—三頁（裏書人の償還義務消滅の主張に関する））。もつとも、民法七二四条後段の期間制限の主張については信義則違反を否定する判決も近年出されて（最判平成元年一

二月二日民集四三卷二二二〇九頁、注目を集めている。

(96) 最判昭和三六年六月二〇日民集一五卷六号一六〇二頁(昭和九年発行の債券につき、貨幣価値が約三〇〇分の一に下落しているも、券面額の弁済で足りるとした)。また、最判昭和五七年七月一五日判時一〇五三号九三頁(郵便貯金目減り訴訟)も参照。

(97) 例えば、五十嵐清「契約と事情変更の原則」契約法大系I(有斐閣、一九六二)四二頁(同・契約と事情変更)(有斐閣、一九六九)に所収(同「事情変更の原則と行為基礎論」民法の争点II(有斐閣、一九八五)も参照)、また星野英一・法協八〇巻二号(一九六三)二七〇―二七一頁(現代社会のすみずみにまで浸透する血管である消費貸借の増額評価についての裁判所の役割の限界を問題にする)。もっとも、かつてはわが国においては増額評価を認める見解が多かった(例えば、勝本正晃「民法に於ける事情変更の原則(有斐閣、一九二六)六二九頁以下、とくに六四六頁、小町谷操三・貨幣価値の変動と契約(有斐閣、一九二五)一九一頁など)。

(98) 和田安夫「金銭債務と貨幣価値変動(三・完)」民商九三巻二二二(一九八五)二二二頁以下参照。

(99) 前者については、最判昭和五一年三月一八日民集三〇巻二二二―二二二頁(遺留分(額)算定において、特別受益(民法九〇三条)につき贈与時の金額を相続開始時の貨幣価値に換算せよとする)、後者につき、東京高判昭和五七年五月一日判時一〇四二号四〇頁(慰謝料算定につき、事故後一〇年間につき年四分でインフレを斟酌加算している(倉田判決))。

(100) 平井宜雄・損害賠償法の理論(東大出版会、一九七二)二六三頁以下。また同・債権各論II不法行為(弘文堂、一九九二)一三八頁以下。

[初出 ジュリスト一一六三号、一一六五号(一九九九年)]

〔付記〕本節を草するにあたっては、幾人かのアイヌの方々のインタビューを試みた。煩瑣なことにも拘らず誠実に対応して下さったことにまず感謝申し上げる。御教示を受けた箇所はその都度摘記し、また、それぞれの方の立場の内在的理解に努めたつもりであるが、万一誤解があるならば、私の責任である。とくに萱野茂エカンは、(時にはゼミ生同伴での)度々の聞き取りに対しても、労を厭わず御教示して下さいました。本書をお見せする前に昇天されました(二〇〇六年五月)が、巨星の後の課題の大きさを痛感するのみである。さらに、北大民法理論研究会における報告に際しては、――私以上に「アイヌ民族問題」に造詣の深い――国内外の多方面の出席者陣との討論からも種々啓発されるところがあ

った。記してお礼を申し上げる次第である。

第二節 アイヌ民族の民法問題――所有権の問題を中心として

第一款 はじめに――アイヌ民族の民法研究の経緯及び問題意識

一 研究経緯

私の「北海道の先住民族」であるアイヌ民族の民法問題の研究は、アメリカ法学における多文化主義・人種法学の席捲という状況からの刺激により、いわば「迂路を通じて」「灯台下暗し」を実感する形で、突き動かされるように遅まきながら始められた。すなわち、彼の地においては、民法に関わることとして例えば、①住宅法や都市法を勉強するには、「人種の居住隔離」の問題を抜きには語れないし、また、②人種の差別問題に関わる不法行為法(とくにいわゆる「補償問題」)や家族法の議論も盛んである。さらに、③一番根幹の所有の問題については、アメリカではフロンティア開拓にフィットするロッキ的な「労働理論」という所有論(無主地に対する労働投下の見返りとして所有権を基礎付ける)が支配的であったが、近年は先住民族であるインディアンの所有権との関係ないし「征服」という側面について多くの議論が出ているという次第なのである。

そして目を、日本、とくに北海道に転ずるならば、民族問題としてのアイヌ問題が厳然として横たわること気付かされ、その歴史的悲劇を知れば知るほど、民法研究者としても社会的・学問的発言を余儀なくされ、数年前に未熟を承知の上で、ささやかな成果を発表した。そして、この二〇〇五年は、国際先住民年(一九九三年)後の、「世界の先住民の国際一〇年」(一九九五年～二〇〇四年)が終わり、第二のそれに入る区切りの年であり、身近にも数多くの行

事が行われて参加の機会を得た(例えば、「平取・二風谷フォーラム二〇〇五」が十余年ぶりに行われ、また、北海道大学法学研究科でも、夏の公開講座のトピックとして、先住民族問題が扱われ、多くのアイヌ民族の方々をはじめとする熱心な聴講者とともに議論することまでできた)。私としても、改めてアイヌ民族の民法問題を再考する貴重な機会が与えられたのであり、さらに、前節では手薄であった道東(釧路(久留)、厚岸、阿寒など)のアイヌの問題についても、数度の現地調査を踏まえて、研究の補充を行うこととした。

- (Ⅲ) 文献は膨大であるが、代表的なものを①Douglas Massey & Nancy Denton, *AMERICAN APARTHEID: SEGREGATION AND THE MAKING OF THE UNDERCLASS* (Harvard U. P., 1993) ②Martha Minow, *BETWEEN VENGEANCE AND FORGIVENESS: FACING HISTORY AFTER GENOCIDE AND MASS VIOLENCE* (Beacon Press, 1998); Eric Yamamoto, *INTER-RACIAL JUSTICE: CONFLICT & RECONCILIATION IN POST-CIVIL RIGHTS AMERICA* (NYU Press, 1999) があり、③家族問題に関するRandall Kennedy, *INTER-RACIAL INTIMACIES: SEX, MARRIAGE, IDENTITY, AND ADOPTION* (Pantheon Books, 2003) が見逃やなく、④Joseph Singer, *ENTITLEMENT: THE PARADOXES OF PROPERTY* (Yale U. P., 2000) esp. 170-は、必読であろう。私もこれらのアメリカ法学の領域については、若干の研究をしておる(吉田邦彦「アメリカの居住事情と法介入のあり方」とくにボストンの場合)——居住隔離とレント・コントロール、居住適格保証、コミュニティ再生運動(一)〜(三・完)「民商二九卷一〜三三号」二〇〇三)「本書第二章」同「つづける」補償問題へのアプローチに関する一考察(上)(下)——民族間抗争の不法行為の救済方法(日米比較を中心として)「法時七六卷一、二、三、四」(本書第六章第一節)など、更なる文献は、それによりた。
- (Ⅳ) 吉田邦彦「アイヌ民族と所有権・環境保護・多文化主義(上)(下)——旭川近文と平取二風谷の事例を中心として」ジュリー一六三号、一一六五号(一九九九)「本章第一節」。そして、この過程で、①地に足の着いた「地域研究」から普遍的問題を発信することの意味を考えることができ、②現実調査やナラティブ研究を含む法社会学的研究に着手し、③マスとしての不法行為に関わるいわゆる民族的「補償問題」研究の皮切りともなっており、私自身の民法学研究にとっても、ひとつの転機となっている。

二 問題意識

(1) 私の本節における問題意識はこうである。その第一は、アイヌの民法問題の研究の重要性ということであり、この点で従来は、アイヌ民族問題という、憲法問題だと考えられてきたふしがある。確かに、それは当たっているところがあり、例えば、教育問題、政治的代表的出し方、自治権、医療・福祉の充実など、公法問題ないし政治・統治機構のあり方と密接と言えよう。しかし、それとともに、所有権問題を中心として、重要な(そしてアイヌ民族にとって核心的な)問題は、民法問題ではないかというのが、私の所感である。

一九九七(平成九)年のアイヌ文化振興法(「アイヌ文化の振興並びにアイヌの伝統等に関する知識の普及及び啓発に関する法律」)の制定以降、最近ではアイヌ文化継承(例えば、アイヌ語、アイヌ料理、刺繍、踊り。さらには、博物館作り、イオル構想(狩猟生活空間の再生)など)の局面が前面に出る観があるが、それとともに重要なのは、①民法問題の柱をなす、そして、まさにこれまでのアイヌ民族の歴史的帰結とも言える所有権ないし財産の問題であり、それと表裏をなすこととして、補償問題(「侵略についての責任問題」)が控えている(ちなみに、前記文化振興法と、アイヌ民族がそれ以前に求めていたいわゆるアイヌ新法(「民族立法」とは似て非なるものであり、前者は後者の一部分に過ぎないことはこの分野の基礎知識である)。さらに、②(財産収奪の)実質的帰結ともいえる貧困問題、また、③(同化政策の裏返しとも言うべき)差別問題(学校でのいじめ、名誉毀損、婚姻差別など)、④(「自然との共生」というアイヌの思想に反する)環境問題、⑤観光アイヌの問題(アイヌの商品化、アイヌ芸術に関する知的所有権法上の財産収奪)など、これらすべてが民法問題とっておかしくなく、しかるに、わが国での民法学者の関心は不思議なまでに低調であり、アメリカ・カナダなどの活況とは対蹠的なのである。以下では、これらすべてを射程として民法問題を検討することとした次第である。

(2) 問題意識の第二は、法学界の議論の仕方ないし作法・研究方法論に関わる。すなわち、これまで、アイヌ問題への法学者のコミットメントの仕方としては、主として国際法的な議論ばかりが目立つように私には映る(法学者のみならず、過日の二風谷フォーラムでの北海道ウタリ協会討論会のテーマも、先住民の権利宣言の国連での採択問題であった)。もとより、国際法レベルでの先住民の権利充実に向けての取組みは重要であり、近時は国連レベルでも注目すべき動きが見られ

る（とくに、前記先住民権利宣言は、一九九三年に国連先住民作業部会で採択され、翌九四年には、同差別防止・少数者保護小委員会でも採択され、人権委員会で審議中であり、二〇〇二年以降は、先住問題常設フォーラムも設けられている⁽¹⁰⁾）。しかし、そうした動きを国内法、とくに中心的役割を演ずる民法の解釈論的詰めと結びつける努力をしないと、「空振り」、つまり現実の法状況の改善と結びつかない理念だけの議論に終わってしまうのではないかと危惧される。その意味で、近年の問題として重要であるのは、後述する「共有財産返還問題」であり、ここでは、原理的にアイヌ所有権の侵害に対する「補償」が求められており、もっと注目されてよい。

さらに、それと関連することとして、アイヌ法学研究スタイルの問題に一言すれば、法学者で通例採られるのは、国際法的な先住民の権利に関わる法源を分析するというものであるが、やや一般論に終始しており、疑問がなくなっているのではない。アイヌ民族の問題分析をする際には、その現況に迫るべく、もっと「法社会学的手法」が求められるのではないか。それは、実態調査という大掛かりなものでなくとも、せめて、既にかんりの蓄積のある（アイヌ自身のものも含めた）アイヌ民族問題の文献——そのほとんどは非法律家のものだが——をきちんと渉猟して、その上で「法学的視角」を打ち出すというプロセスを踏まないと、現場を押さえたアクチュアルな分析にならないのではないかと思われるのである。

(10) 国連での動きについては、例えば、上村英明監修、藤岡美恵子「中野憲志編・グローバル時代の先住民族——「先住民族の二〇〇年」とは何だったのか（法律文化社、二〇〇四）、岩沢雄司「先住民族に対する国連の新たな取組み——「先住問題常設フォーラム」新設の意義」ジュリ一二九三号（二〇〇五）など参照。

第二款 アイヌ民族の歴史（幾重もの軛）——土地問題を中心に

一 前史——江戸期以前

和人とアイヌ民族との抗争、抑圧・征服・同化の歴史は、一〇〇〇年以上に及び、その領域も北海道に限られない。ここでは、それらについて叙述する紙幅も能力もなく、ごく簡単に江戸期までの流れを略述するに止める⁽¹¹⁾。もっとも、中世の頃までは、伝承の世界であり（また、アイヌ英雄叙事詩ユーカラが何時の時代をさすのかについても議論がある（古代のオホーツク文化人との戦いとする伝統的見解と後述シャクシャインの頃の幕藩制との対立という有力説の対立がある⁽¹²⁾）、不透明な部分が多いが、例えば、最近封切られ、過日の二風谷フォーラムでも上映された『アテルイ（阿互流為）』（出崎哲監督）は、九世紀初めの坂上田村麻呂征夷大將軍の頃の東北地方岩手県あたりを勢力圏としたエミシ⁽¹³⁾の首長である（京都で処刑されている（八〇二年）。その他、出羽のエミシ問題として元慶の乱が生じている（八七八年））。



静内真歌の丘にあるシャクシャイン像

そして、ずっと時代を下って、蛸崎氏（江戸期からの松前氏）が、交易権を持つようになる一五〜一六世紀の頃から資料も充実してくるが、まず第一の蜂起であるコシャマインの戦い（一四五七年。鍛冶屋がマキリでアイヌを刺殺したことがきっかけ）は、渡島半島南部海岸沿いの一〇もの館が攻め落とされるといふものであった（最終的にその後の蛸崎氏に繋がる武田信弘が、コシャマイン父子ら多数のアイヌを斬殺している。その後一六世紀前半にもしばしば蛸崎氏によるアイヌの謀殺がなされた）。そして、第二の蜂起であるシャクシャインの戦い（一六六九〜一六七〇年）は、江戸初期の島原の乱と並ぶ大規模なものであり、日高首長シャクシャイン（静内（シブチャリ）に銅像がある）が属するメナシウンクル（東の人）と門別（ハエ）のオニビシを長とするシムウンクル（西の人）との広範な地域集団対立が、松前藩に対する闘争となったもので、和人数二七〇人余が殺される大規模なものだったが、結果的には松前氏の道南（西蝦夷地）における支配確立をもたらした。そして、こうした松前氏の勢力進

出を経済的に裏づけた（そして前記戦いの背景をなした）のが、一七世紀からはじめられた商場知行制（蝦夷地の特定場所が知行地として藩主一族・家臣に与えられるもの）、さらに、その発展型としての一八世紀からの場所請負制（場所の運営を商人にまかせて、運上金を納めさせるもの）であり、それらのもとで、アイヌ民族は不利益交易、さらには、場所請負人による漁場経営、使役（奴隷的労働）という形で、利益搾取が進められたわけである。

なお、第三の蜂起は、クナシリ・メナシ（標津地方）の戦い（二七八九年）であり、これは（それまで、アイヌ勢力の独立性が強く、和人のコントロールが及んでいなかった）道東（東蝦夷地）における松前藩のアイヌ掌握の転機となっている（当時のアッケシ、キイタップ、クナシリ、また、クスリ・シラヌカヤエトモ（絵柄「室蘭」）での場所請負人・飛騨屋久兵衛のもとでの苛酷労働に対する不満からの蜂起により、和人七〇人余りが殺されたが、結局アイヌ側は（全面的戦いを避けて）松前勢力に屈服して、マメリら三七名は根室郊外のノツカマップで処刑された⁽¹⁰⁶⁾）。このように、明治維新以前からも既に、和人勢力からの絶えざる侵蝕・抑圧の歴史があつたわけであるが（なお、場所請負制度の近時の新たな捉え方については後述する）、それでもここで注意しておきたいのは、江戸期までは当時の鎖国政策とも相俟って、基本的には蝦夷地「隔離」体制が採られたことであり、土地所有権制圧には及ばず、その限りで間接的なものであつたということである。次に述べる明治以降の侵蝕（侵略・征服）の態様の方が、江戸期までと比べるとはるかにドラスティックであつたわけである。

(104) 参照した代表的文献として、古代・中世のエミシの問題にまで詳しい導入書は、海保嶺夫・エゾの歴史——北の人びとと「日本」（講談社、一九九六）、菊池勇夫「蝦夷島と北方世界」同編・蝦夷島と北方世界（吉川弘文館、二〇〇三）三二頁以下。また、三大蜂起に関しては、さらに、榎森進「北海道近世史の研究——幕藩体制と蝦夷地」（北海道出版企画センター、一九九七）一七七頁以下、菊池勇夫・幕藩体制と蝦夷地（雄山閣出版、一九八四）五〇頁以下、海保嶺夫・近世蝦夷地成立史の研究（三一書房、一九八四）二八四頁以下など参照。

(105) これについては、さしあたり、榎森・前掲書（注（104））一七二頁以下（伝統的見方である知里真志保説を支持される）参照。

(106) これについて詳しくは、根室シンポジウム実行委員会編・三七本のイナウ——寛政アイヌの蜂起二〇〇年 根室シンポジウム

「クナシリ・メナシの戦い」（北海道出版企画センター、一九九〇）参照。また、蝦夷槍伐採事業、アイヌ使役による漁業開拓という新事業に着手した冒険的開発商人性ゆへの利益搾取の強化については、山口啓二・鎖国と開国（岩波書店、一九九三）二二一—二四五頁。

(107) 海保・前掲書（注（104））エゾの歴史二二二頁参照。

二 明治維新以降

明治維新以降の（アイヌ民族のそれまでの蝦夷地での生活を無視した）近代土地利用権の北海道への導入が、多大な変化をもたらした——要するにアイヌ利用地は、和人（シャモ）の所有システムに取って替わられることになった——ことは、既に私自身前節第一款（注（102））で論じているので、ここでは略述するに止めたい。

(1) すなわち、第一に、無主物先占（民法二三九条二項）的論理から、「旧土人住居ノ地所」は官有地とされた（一八七七年北海道地券発行条例一六条。そして、一八七九年の統計で、そうしたアイヌの官有地は、二二万四七六〇坪に及んでいる⁽¹⁰⁸⁾）もとよりこれは、アイヌ居住・生活域の一部に過ぎないことはいうまでもない。なお、既に、一八七二年北海道地所規則で、内地人の私有地化を認めていた。そしてその上で、一八八六（明治一九）年の北海道土地私下規則で、一人あたり一〇万坪（三三・三町歩（三三・三ha））を限度に、またその後、一八九七（明治三〇）年には、北海道国有未開地処分法により、開墾・牧畜・植樹のために、和人入植者に対して、大量土地（それぞれ一五〇万坪（五〇〇ha）、二五〇万坪（八三三ha）、二〇〇万坪（六六七ha））の一〇年間の無償貸付がなされ、開拓に成功すれば、無償付与された。かくして、前述アイヌ官有地も含めて、大量の北海道土地（官有地）が払い下げられたわけである（なお、ここには誤解があつたことが近年指摘されている⁽¹⁰⁹⁾）。

(2) 他方で、アイヌ民族に対しては、狩猟禁止（一八八九年）及び鮭の禁漁化（一八九六年）などの立法がなされたことにより、生業が失われることになり、各地で窮乏化した。これに対する対策として、例えば、一八八三—一八八四

年に根室県・札幌管内旧土人救済方法（二戸一町歩以下の土地の無償給付、農具・種子の給与を内容とする）が設けられたわけであり、これらをもとに、アイヌに関する従来の基本的立法であった、北海道旧土人保護法（二八九九（明治三二年法律二七号）が制定され、一九九七（平成九年）の廃止まで存続した。

その骨格は、第一に、一五年以内に「開墾」することを条件として、一戸あたり五町歩（二万五〇〇〇坪）五ヘクタール（五）を上限として、無償下付され（一条・三条、第二に、下付地については、相続以外の譲渡、質権・抵当権・地上権・永小作権の設定、留置権・先取特権の目的とすることが禁じられた（二条）ということである（もともと、後者に関しては、一九三七（昭和一二）年改正により、三条で没収されない場合には、譲渡・物権設定には、「道庁長官（その後、北海道知事）の許可」がなければ、効力が生じないとされた）。

（108） このデータの詳細は、高倉新一郎・新版アイヌ政策史（三一書房、一九七二）（前掲書（注（7））四〇五―四〇六頁参照）。

（109） すなわち、アイヌ地が「官有地」に編入されたのは、その散逸・喪失を防ぐためであったのだが、役人の交代によりその経緯が忘れられて、「一般官有地卜誤認」されて、一般人に払下処分がなされたというわけである（麓慎一・近代日本とアイヌ社会（山川出版社、二〇〇二）五〇頁）。

三 留意事項

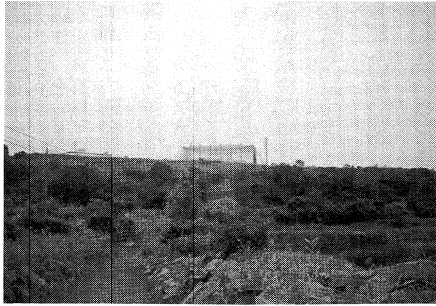
（1） 以上の法制について、留意すべきことを幾つか述べておこう。まず、当時は「救済立法」の如くだが、それは基本的に勤農主義（農業強制）的な土地所有権思想に支配されたものであり、その意味で、アイヌ民族のそれまでの狩猟・漁労中心の土地利用の仕方は完全に無視されている。その結果当然のことながら、生業転換に手間取ることになり、給与地の没収例も多かった。さらには、次述するように賃貸借（貸地）する例も少なくとも、戦後はそれが農地改革の対象とされるといふ更なる悲劇に見舞われている。

なお、アイヌ下付地（給与地）は、五町歩と記憶されがちであるが、これは現実と乖離することは、改めて指摘しておきたい。実際に下付されたのは、平均二町歩くらいであったことは、既に指摘されているし、とくに道東の給与地の状況は劣悪のようである（例えば、白糠・釧路春採などでは、一戸一町歩程度しか与えられず、しかも春採の場合には、傾斜地が多く、ほとんど不合格（没収）となっている（大正の終わりに、当時春採尋常小学校「旧土人小学校」長三浦政治氏による給与土地調査がある）⁽¹¹⁾。また、厚岸糸魚沢の給与地においても、名目上の面積は五町歩当てられても、起伏地・沼沢地であり（私は現地を訪ねたが、今でも、農耕不適地は多い）、下付一五年後の評価で合格したものは皆無という状況であった⁽¹²⁾。なおそれらのアイヌの人々は、漁業のために海岸沿いに居住していたのであり、給与地下付は、「強制移住」を意味したことも忘れてはならない）。

（2） 次に、担保権の設定ができないことの意味を考える必要がある。すなわちそれは、金融が得られない、事業が営めないということであり、金融機関からの信用がないというアイヌエカシの切実な嘆き（荒井源次郎氏⁽¹³⁾）に端的に表れている。それゆえに、旧土人保護法上制約のない「賃貸借による融資」というねじれ現象（この場合には、小作人の方が裕福なのである）も生じたというわけである。

これはちょうど、アメリカの黒人に対する人種差別的融資（黒人居住区と「赤線引き（redlining）」されたところでは、連邦の住宅融資は得られないという金融実務であり、一九三〇―一九四〇年代以降には、民間金融機関でも踏襲されて、人種の居住空間隔離の決定的要因になっている⁽¹⁴⁾）を想起させるものであり、一九三七年改正は一步前進であるが、それでも金融上の桎梏であったと評せざるを得ないであろう（この点で、麓助教教授が、同改正は現状追認とされるのは、⁽¹⁵⁾ やや理解に苦しむ）。

（3） 今なおわが国では、この旧土人保護法で、アイヌ民族は土地所有権を原始的に取得したという言説が根強いが、これでは、それ以前のアイヌの土地利



釧路春採コタンの給与地

（正面の急斜面部分。雨が降るとカボチャの実は春採湖に落ちた）

用を説明することができないのではないか。やはり、アイヌ民族のイオル（猟区、生活領域）毎の団体的な土地所有があり、それが黙殺・征服されて、今日の近代土地所有権制度ができていることを直視する必要があるであろう（これに対して、近年でも、例えば、加藤雅信教授は、アイヌ民族の叙述をしつつ、農耕資本主義的な所有論の立場から、アイヌの（旧土人保護法以前の）所有権を否定する⁽¹¹⁶⁾）。

この問題をどのように解決するかについては、(a)土地返還にするか、(b)金銭的賠償にするかなど諸説ある（すなわち、①北海道でも、人里離れた深山幽谷ならばいざ知らず、ほとんどの居住地には、現に居住する人がいるのであるから、それらの者の「現時点での所有権原の静的安全保障（現在の安心居住の必要性）の要請」もあり、これと「過去の不正義の矯正の要請」との原理的調整問題は容易ではない（この点、アメリカでも盛んに議論されているところで、原住民からの土地奪取についての主観的態様を考慮する見解も有力だが（J・ウォルドロン教授）、謙虚に先住民抑圧の歴史を学ぶものよりも、厚顔に自己利潤追求するものの方が得をするというのも妙である。また、負担の公平さということも考えなければいけない（M・ミノウ教授）⁽¹¹⁷⁾）。②また、行政的プロジェクトにより、土地返還させて、「アイヌ居住区」を作るとしても、民族的マイノリティを集住させることが新たな差別・隔離の問題を生じさせないかという懸念は、アメリカの経験が教えるところである（もっとも、状況次第で事情は異なり、カナダ先住民などは土地返還が数多く実践されてはいるが）。③さらに、もっともアイヌ民族が先住していた千島列島についても、同民族の頭越しに領土交渉がなされるのも、おかしいことであり、何らかの民族的発言・交渉参加の手續が認められるべきであろう⁽¹¹⁸⁾）。

ともかくここでは、アイヌ民族の従来所有権（それは、今日の個人主義的な私的所有権ではないにしても、団体的な狩猟・漁労・居住のための土地利用権・漁業権である）を考えると、わが明治以降の近代所有権システムの基底には、先住民の権限の「侵蝕」「征服」(conquest)の側面が否定できず、まさにそうした所有の問題の延長で、「補償」(reparation)論を考へることが、原理的に求められていることを確認しておきたい（この点は、アイヌ問題に関する外国人研究者の方が既に明確に打ち出している⁽¹¹⁹⁾）。冒頭でも示したが、従来ロック的所有論が根強かったアメリカにおいても、近時はアメリ

カン・インディアンの所有征服の側面をどう考へるかの議論が、民法学者（所有法学者）で有力になってきている（とくに、J・シンガー教授⁽¹²⁰⁾）ことを、再度強調しておきたいし、哲学者の側からもかつての通俗的ロック理解は正確ではなく、ロックのテキスト自体は、先住民の権利に配慮があることが指摘されてきている（J・タリー教授⁽¹²¹⁾）状況なのである。

(4) 留意点の最後として、旭川近文アイヌの場合の特異性がある。軍都旭川においては、第七師団が設置されたこともあり、旧土人保護法は施行されず、道庁から旭川町（その後旭川市）が借り受け、それをアイヌの人々が転借するという変則的態様を示しており、土地下付がなされるのは、一九三四（昭和九年）の旭川市旧土人保護地処分法によるのである。しかもそこで下付されたのは、明文上各戸一町歩（一ha）に止まり、残りは「共有財産」とされて、道庁長官の管理下に置かれた（そして、農地改革時には、その内八〇町歩については、三〇〇万円で買い取られた）。従って、旭川の場合には、共有財産といっても、——他地に見られた下賜金などは違って——土地所有権に準ずるものであったが、しばしば不当に処分（寄付、廉価売却など）された⁽¹²²⁾。

(116) 榎森進・アイヌの歴史——北海道の人びと(2)（三省堂、一九八七）前掲書（注(10)）一四一—一四三頁。

(117) 松本成美ほか・コタンに生きる——アイヌ民衆の歴史と教育（現代史出版会、一九七七）一九—二〇頁、一〇八一—〇九頁、一三四—一三六頁。三浦自身の指摘及び調査結果は、松本成美編・迫害に抗して（三浦政治顕彰碑建立期成会、一九七八）五二頁、五九頁以下参照。当時の三浦氏の給与地改善、とくにアイヌ教育改善の功績については、永らく埋もれていたが、一九七〇年代後半に顕彰がなされた。もっとも、それでも時代的制約があったとして分析するものとして、小川正人・近代アイヌ教育制度史研究（北海道大学図書刊行会、一九九七）（前掲書（注(17)））一六九頁以下参照。

(118) 厚岸町史編纂委員会・厚岸町史上巻（厚岸町、一九七五）二五一頁。さらに、佐藤保治・厚岸のアイヌ（私家版、一九七四）四九頁以下が詳しく、一九〇〇年に四三戸の入植がなされたが、背丈以上の熊笹が生い茂る現地の耕作は困難を極め、一九一四年に成功者はなく、期間延長により、一九二八年の一二名を皮切りに下付が始まり、最後に下付されたのは一九五七年で、現在の下付地耕作者は、三戸に過ぎないとのことである。

- (113) 荒井源次郎・アイヌの叫び(北海道出版企画センター、一九八四)(前掲書(注(24))三三三頁参照。
- (114) 詳しくは、吉田・前掲(注(10))民商一二九巻一号一九頁以下(本書六八頁以下)参照。
- (115) 麓・前掲書(注(109))七九一八〇頁。同助教教授は、取引制限をアイヌ保護法的に支持するが、その負の側面を見ていないように思われる。
- (116) 加藤雅信・「所有権」の誕生(三省堂、二〇〇二)一六八頁以下、同・新民法体系Ⅱ―物権法(有斐閣、二〇〇三)三五四―三五八頁、同「民法の人間観と世界観」河合隼雄・加藤雅信編著・人間の心と法(有斐閣、二〇〇三)四六―五二頁参照。
- (117) 例えば、現実の善意の占有・所有者の利益を考えると土地返還には慎重にならざるを得ないとするものとして、Jeremy Waldron, *Superseding Historic Injustices*, 103 *ETHICS* 4, at 9~ (1992) があり、これに対して、MINOW, *supra* note 101, at 108-110 は、原住民からの土地奪取後の居住者が、完全に善意(innocent)ということではできず、また、現在の必要性や新たな所有システムへの適合・調整の自己責任の問題に転嫁するのも、過去の不正義を閑却するものだとする。ただ、負担の公平さという点から、金銭的補償の道を志向する。
- (118) この問題を扱うものとして、アイヌ・モシリの自治区を取り戻す会編・アイヌ・モシリ―アイヌ民族から見た「北方領土返還」交渉(御茶の水書房、一九九二)がある。そこでの「自治区」構想とは、領土問題とは切り離し、アイヌ民族に一定の自治区・場所を認めてもらって、自由に往来ができ、また商売ができて、他方で、ロシア人・和人も仲良く共生するというようなものである(同書六八頁、八〇頁、一一九―一二〇頁、一四六頁など参照)。また、近時の秋辺今吉「エカシの語るアイヌ文化」平成一六年度普及啓発セミナー報告書(アイヌ文化振興・研究推進機構、二〇〇五)一四―一五頁では、「千島列島を日本に返してもらい、漁業権の一〇％でもアイヌに認めてほしい」とされている。なお、歴史的な北千島アイヌの悲劇(一八五五年の日露通好条約では、南千島は日本領、北千島はロシア領とされたが、一八七五年の樺太・千島交換条約では、ウルップ島以北の北千島も日本の領土とされ、日露両国民の定住の継続が認められた。しかし、アイヌ民族に関しては国籍を指標として強制移住させられた。つまり、北千島のアイヌはロシア国籍を持っていたので、一八八四年に九〇余人の北千島アイヌは、色丹島に強制移住させられ、その後も余り定着しなかった)については、小坂洋右・流亡―日露に追われた北千島アイヌ(北海道新聞社、一九九二)二〇八頁以下参照。また、第二次世界大戦の敗戦により、三〇〇世帯のアイヌが千島から引き揚げたとされている。
- (119) E.g., BRETT WALKER, *THE CONQUEST OF ANNU LANDS: ECOLOGY AND CULTURE IN JAPANESE EXPANSION 1590-1800* (California U. P., 2001) (一七―一八世紀における和人と交易による侵蝕を描く); RICHARD SIDDLE, *RACE, RESISTANCE AND THE ANNU OF JAPAN* (Routledge, 1996) (*supra* note 38) (明治以降のアイヌ史を主に叙述する。結びとして「同化圧力はなお強く

多くの日本人は、アイヌ民族の人種的アイデンティティ及び民族的要望に対してほとんど関心を示していないと不満を表明している(193))。

(120) SINGER, *supra* note 101, at 179~; do., *Starting Property*, 46 *SANCT LOUIS U. L. J.* 565, at 566~ (2002); do., *Canons of Conquest: The Supreme Court's Attack on Tribal Sovereignty*, 37 *NEW ENG. L. REV.* 641, 642~ (2003).

(121) See, James Tully, *Rediscovering America: the Two Treaties and Aboriginal Rights*, in: do., *AN APPROACH TO POLITICAL PHILOSOPHY: LOCKE IN CONTEXTS* (Cambridge U. P., 1993) 137~.

(122) これらについては、吉田・前掲(注(102))シヤリ一六五号九七頁(本書三三三―三三五頁)参照。

第三款 近時の諸問題その一―共有財産返還問題など

一 共有財産返還手続の概要と関連訴訟

(1) 近年、最も注目を集めているアイヌ民族の財産問題(所有権問題)は、いわゆる共有財産返還手続と言われるものである。それは、一九九七(平成九)年のアイヌ文化振興法制定によって、北海道旧土人保護法が廃止されるに至り、それとともに、それまで北海道知事が管理してきた旧土人共有財産が返還されるに至った手続を指している。すなわち、同法附則三条二項により、一九九七(平成九)年九月に官報による共有財産の公告がなされ、同法附則三条三項により返還請求する者は、一年以内に申し出て、申し出る者がいない共有財産については、新設されるアイヌ文化振興・研究推進機構に帰属するとされたわけである。

(2) ウタリ協会の対応及び関連訴訟

これに対する北海道ウタリ協会の対応は、基本的にこの手続を支持するというものであった。それは、翌一九九八年(平成一〇)年六月に声明が示され(「北海道旧土人保護法の廃止に伴う共有財産の処分について」、第一に、新法(アイヌ文化振興法のこと)は支持して、附則による処理は認めないとは主張できないとし、第二に、共有財産の管理の問題は承

知しているが、過去よりも将来に向かった論議をする。また第三に、返還申請について協会は可能な支援をするし、第四に、関係者の主張は、個人の自由であるというものであった(もともと、その後(二〇〇一年八月)秋田春蔵理事長(前理事長)に代わってからは、後述訴訟を支援する方向でややスタンスが変わっているようである)。

そして、返還申請は、一九九八年九月初旬で締め切られ、一九九九年(平成一二年)四月には、共有財産の返還の審査結果の決定通知がなされたが、この返還手続に納得できない者たち(代表小川隆吉氏(元ウタリ協会理事、札幌支部長)は、かかる手続は無効ないし取り消されるべきだとして行政訴訟を提起することとなった(一九九九年七月。なお、返還されなかった財産につき、道庁は前記機構に組み入れようとしたが(一九九九年一月、二〇〇〇年二月)、同機構はそれを否決している)。これに対して、目下第一審(札幌地判平成一四年三月七日判例集未登載)、第二審(札幌高判平成一六年五月二七日判例集未登載)はともに、請求を却下ないし棄却したことも、周知のところであろう。

(123) これについては、既に、小笠原信之・アイヌ共有財産裁判——小石一つ自由にならず(緑風出版、二〇〇四)五〇—五一頁で紹介されており、ここでは、北海道ウタリ協会は「道庁にコントロールされている」という巷間の批判を、本声明はまさしく証明しているとコメントしている(五一頁)。

二 若干のコメント(判決の紹介・分析)

(1) 脱漏した共有財産の問題

以下では、アト・ランダムにコメントを加えつつ、裁判所の判断の概略の紹介・分析を行うこととするが、第一に、本件共有財産返還手続には、杜撰ないしやや不可解なところがあり、その内の一つとして、訴訟の過程で脱漏している共有財産があることが判明した。そして高裁判決では、それらについては別途、追加の返還手続をすればよいとされ、これが唯一の本訴訟の収穫とも見得る。

(2) 名目主義・増額評価の可否

第二に、一見して一番問題であるのは、数十年も強制的に財産管理しておきながら、名目額で返還するという寄託一般の原理(名目主義)を、本件の場合に適用するところであり、こうしたやり方は、おかし(非常識)と考えるのが自然ではないか。任意に何時でも引き出せる銀行への預託金返還請求権の場合に名目主義が採られる(最判昭和三十六年六月二〇日民集一五巻六号一六〇二頁(貨幣価値が三〇〇分の二に下落していても、名目額「券面額」の弁済でよいとする)など)のとは、事情が異なるし、本件で別異に解して「増額評価」を認めても(例外的にそのような処理を認めるのも判例である)、金融秩序を混乱させて、取引安全を害するというようなことにもならないからである。

共有財産の性質にもよると言われるかも知れないが、そうであるとしても、少なくとも旭川近文の事例のように、土地所有権に準ずる財産という性格が強い場合には、正当な財産権補償の趣旨に鑑みても、「増額評価」して返還すべきものであろう(この点は、既に前節第五款でも論じているので、これ以上立ち入らない)。

(3) 手続問題——行政訴訟の限界と民事訴訟

もともと第三に、行政訴訟として増額評価を行うことができるのか、また、杜撰な財産管理責任を問えるのか、という手続問題が、本訴訟では一審以来クローズアップされているところである。そして、行政訴訟である取消訴訟や無効確認訴訟でできることは、当該返還手続を肯定するか否定するかということに止まるのであって、それ以上のことはできない(従って、これを求める訴えの利益もない)とする一審判決(中西茂裁判官)の論理は、——返還手続全体の瑕疵を問うて、ともかくこの手続をストップさせたい原告側にとっては、余りに顕微鏡的見方であり、全体が見えていないという不満が残るであろうが——それが「行政訴訟の制約」だと捉えれば、それ自体として手堅い理屈であり、もったもなところがある。

そうだとすれば、第四に、弁護士側の訴訟戦略としては、原告当事者の思いを反映する「法的構成」として、何故民法問題ないし民事訴訟として、提起しなかったのかがよくわからないところである。例えば、①預託金返還請求と

いう行政上の契約履行の問題として、金銭請求を法律構成すれば、その「増額評価」の主張についても、実質審理がなされやすかったであろう。また、②杜撰な共有財産管理（例えば、無造作な寄付、低廉売却、廉価な賃料の設定の放置（それによる共有財産の充実懈怠）など）については、国家賠償法上の不法行為（損害賠償請求）を追及して、そのルートで実質的増額評価をなし得るであろう。これに対しては、行政側は「国家無答責」の抗弁をしてくるかもしれないが、杜撰な管理は、一九九七（平成九）年まで継続していたのであるから、その論理は妥当しないと対処できることも多からう（また不法行為構成の場合には、短期消滅時効「三年」〔民法七二四条〕の問題もある）。

さらに、③本問題については、債務不履行構成によることもできよう。この点で、この共有財産訴訟の過程で、原告側証人となった井上勝生教授（北大文学研究科）は、興味深い事実を明らかにされており、注目に値する。すなわち、旧土人保護法制定前の問題として、十勝アイヌに関する杜撰な共有財産管理があった（管理委託された開拓使や大津村有力者が、共有財産で不振会社の株式を購入して失敗したり、不良貸付などに用いたりしたという問題である）ことは、これまでも知られていたが、その対処策として、「十勝国中川河西河東上川郡古民財産管理法」（二八九三年）が定められ、そこでは、管理人の注意義務の規定も存在し（二四条、一五条）、旧土人保護法では省略されたが内容的に先進的な財産管理法が、時期的に先行する立法に認められることが明らかになっているのである。そしてこの指摘は、むしろ民事責任（債務不履行責任）の構成にとつて、示唆するところが大きいと思われる。つまり、共有財産管理においては、道庁は無償受寄者ゆえに注意義務が軽減される（民法六五九条）わけではなく、委任同様の善管注意義務を負い、債務不履行責任が導かれる（その消滅時効「一〇年」〔民法一六七条〕）の起算点は、共有財産管理が解かれた一九九七年と考えるべきものである。

もつとも、民事訴訟を考える場合には、期間制限の問題を忘れてはならないが、まずこの点で、附則三条で共有財産の返還請求に一年の期間制限が付されていることが問題となる（手続上の便宜ゆえであろうが、やや理由がわかりかねるところがある）。つまり、ここで論じている民事責任についても、その期間制限の長さとして、附則三条との制度間調整を行うと、一年になってしまふのかということである。私としては、一年は余りに短くその合理性が怪しく、従って調整を行う必要もなく、民事訴訟については民法の時効の原則で行けばよいと考えるし、請求権ごとに属性を考える判例の立場からもそうなるであろう（それでも、不法行為構成の場合には、前述のごとく三年で短い）。次にその起算点をどう考えるか。本件のように行政訴訟が先行している場合にも、旧土人保護法廃止の一九九七年からとなるのであろうか。それでは、不意打ち的に民事救済が切られてしまうことにもなりうるので、さしあたり、行政訴訟が確定したときからと解しておきたい（この点で参考になるのは、自賠法七二条に基づく政府保障請求権の短期消滅時効「二年」同法七五条の起算点〔民法一六六条〕の解釈に関する最判平成八年三月五日民集五〇巻三三三頁である）。

(4) 小括——共有財産問題で問われていることの重要性

ともかく、ここで問われているのは、この一〇〇年ほど施行されてきた北海道旧土人保護法におけるアイヌ民族の所有権の問題の最終的帰着点であり、先住民族の基本的権利に関わる重要な事柄である（国連の採択が問題とされる「先住民族の権利宣言」に即して言うならば、その七条bに規定される「土地・領土・資源を収奪する行為」を防止し、それに対する賠償・強制を求める集団的・個人的権利に対応する民法問題なのである）。アイヌ文化振興とは別次元の問題であり、「抱き合わせ」的立法にもなじまず、あっさりこの附則手続を呑んでしまったウタリ協会の立場にも理解しかねるところがある（この重要な国内法〔民法〕問題をゆるがせにして、先住民族の権利宣言だけを抽象的に議論していても空虚ではないか）。

やはり、これまでのアイヌ民族の土地「侵蝕」「征服」という事実を鑑みても、それへの反省を込めて慎重に旧土人保護法の後始末としての共有財産返還手続制度を構築すべきであったのである。つまり、前記の「増額評価」の必要性の指摘は、まず寄託契約ないし財産管理責任一般の問題として論じてみたのであるが、いわんやここでは、集団的不法行為的な「補償問題」にも関わってくるとするならば、なおのこと、そうした方向で再考が必要であろう。本

件行政訴訟は、制度的制約また訴訟戦略上の問題もあり、入り口の議論に終始しているが、問われている事柄は実に大きく、民族問題の根幹に繋がることを再度強調しておきたい。

(124) 吉田・前掲(注102)ジュリー一六五号一〇三頁(本書三三八―三三九頁)参照。

(125) 高倉・前掲書(注7)五〇三―五〇四頁。

(126) これについては、小笠原・前掲書(注123)二二七―二三八頁参照。同法律の二四条には、「良家夫(ママ。良家父)ノ注意ニ於ケルニ等シキ責任」と定められることについては、井上勝生「北海道旧土人陳述書」北海道立アイヌ民族文化研究センター研究紀要五号(一九九九)一七一頁参照。なお、「古民」とは、後に「旧土人」という用語で統一される前に用いられた、アイヌを指す言葉である。

三 アイヌ共有地問題前史——「場所請負制とアイヌ」論小史

(1) ところで、以上に検討した共有財産訴訟に時期的に先行して、やや異なる形でアイヌ共有地が問われた例として、厚岸アイヌ共有地(とくに小島(ボンモシリ))の問題がある。また既に、十勝の漁業組合の共有財産の管理問題にも言及しているが、このように道東地方では、旧土人保護法施行に際して、漁場のアイヌ共有地の例が目立つことに気付かれよう。そして、返還の対象となった目に付く共有地問題の淵源は、——特別法がらみの旭川近文の例などを別にすれば——近世漁場制度である場所請負制におけるアイヌの位置づけに関する、近世蝦夷史の近時の議論の的とも関係がありそうなのである。この点を以下に概略してみたい。

(2) 従来の方とその後の研究の進展

すなわち、従来は、商場知行制が場所請負制となり、アイヌ民族からの搾取という側面が強調され(遡れば、松浦武四郎以来の見方である)、それが近代資本主義(前期資本主義)の漁業資本蓄積であるとのマルクス経済学流の図式的・段階論的説明が加えられたりしていた。⁽¹²⁷⁾

しかし、ここ三〇年ほどの間に、(a)場所請負人の経営帳簿の実証的研究が注目され(田端宏教授の研究が、その皮切り

である)、また、(b)搾取の面と同時に、近年は、場所請負制度下の「出稼ぎ(二八取)」ないし「浜中漁民」、さらにはアイヌ漁民の「自分稼ぎ」の意義も重視するようになってきている(田島佳也・谷本晃久両教授などの研究が代表的である)。

(3) アイヌ漁民の捉え方の変化と「共有財産」

こうした研究の推移の帰結として、アイヌ漁民との関係では、第一に、その自立性の側面にも光を当て(とくに、昆布・鮑・海鼠などの採取にも適合的であった)、その受け皿としての「場所共同体」としての漁民サイドの下からの組合・団体形成ということが注目されているのである。そして、明治維新となり、場所請負制が廃止されても(二八六年)、「漁場持ち」としてその実態は維持され、さらに、漁場制廃止(二八七六年)後も、アイヌ自らの自立的経営はあったことも近年指摘されているのである(田端論文⁽¹²⁸⁾)。おそらくこうした事情が、道東などの共有地ないし共有財産の存在の背景となっているものと思われる。

第二に、東蝦夷地においては、松前・箱館との距離ゆえに、そのアイヌの漁業・交易活動の独立性も高かったと指摘されることも、押さえておきたい。またさらに第三に、このアイヌの「自分稼ぎ」の一環として、かなりの遠隔地の漁業形態もあったわけであり、こうしたアイヌ漁民の活動の広域性、「移動可能性」「流動性」にも注意する必要がある。共有財産訴訟で、原告の中には、石狩アイヌの天塩川での出稼ぎ、久摺アイヌの千島遠征の主張をした者もいた(豊川重雄氏、秋辺得平氏⁽¹²⁹⁾)。ことには、こうした事情への理解が不可欠であろう。この点、裁判では充分検討されていない憾みがある。

これを要するに、近世においては、幕藩期における「夷地ノ事ハ夷次第ニ可致」という鎖国法制ゆえに、——交易・使役を通じて和人からのアイヌ民族抑圧は時期を追うにつれて強まりつつも——他面でその自立性も一定程度認めるといって、権力バランスが保たれていた。しかしそれも、明治維新以降の近代法制(とくに漁業規制と、反面での勸農法制)の破壊的威力の前に、それまでとは比較にならないほどに、破壊的帰結を余儀なくされたわけである。そうし

た中で、いわば「共有財産問題」とは、前近代のアイヌ漁民の活力を窺い知る結節点ないし悲劇的帰着点であると捉えることができるのである。

- (127) 白山友正・松前蝦夷地場所請負制度の研究(増訂)(巖南堂書店、一九七二)二九九―三〇一頁(初出は、一九三二―一九五二)では、松前封建制が崩壊し、商人階級のマニユファクチュア的企業に屈服した形相(前期資本主義の役割)を物語る、とまとめられている。
- (128) 例えば、田端宏「松前藩における場所請負制成立過程についての一考察」地方史研究協議会編・蝦夷地・北海道——歴史と生活(雄山閣出版、一九八二)。その他、同「場所請負制度崩壊期の請負人資本の活動」道教大紀要二四巻一号・二号(一九七三)一九七四。
- (129) 場所請負人に雇用されない出稼ぎ和人漁民のことを指し、場所において自己の商品漁獲物収入(請負人への販売による)の二割を請負人に納めることから、この呼称がある。
- (130) 例えば、田島佳也「場所請負制後期のアイヌ漁業とその特質」田中健夫編・前近代の日本と東アジア(吉川弘文館、一九九五)、同「場所請負制の研究について——形成しつつある『場所共同体』の把握に関連して」北海道・東北史研究会編・場所請負制とアイヌ——近世蝦夷地史の構築をめざして 札幌シンポジウム「北からの日本史」(北海道出版企画センター、一九九八)、また、小林真人「成立期場所請負制の制度的考察」同書七六頁以下、谷本晃久「アイヌの『自分稼』」菊池編・前掲書(注(104))二〇七頁以下参照。さらに、岩崎奈緒子・日本近世のアイヌ社会(校倉書房、一九九八)五八頁以下、二二二頁以下では、アッケシからエトロフにかけての有力アイヌの多彩で広範な生産・交易活動を描いている。

- (131) この点は、田島・前掲(注(130))「場所請負制の研究について」一八四頁参照。
- (132) 田端宏(二七)一九世紀の政治・社会「アイヌ民族に関する指導資料(アイヌ文化振興・研究推進機構、二〇〇〇)(改訂版二〇〇五)五一頁参照。なお、これに関するアイヌ側からの珍しい記録として、アイヌへの久摺(釧路)場所の漁場許可、産物の勝手許可を認め、それに対してアイヌ側が深く感謝していることを記す、結城庄太郎「蝦夷みやげ——御即位礼奉祝記念」(一九一四)竹内涉編・結城庄太郎研究報告書(結城庄司研究会、二〇〇五)二九―三〇頁参照。
- (133) 谷本・前掲(注(130))二二四頁。また、時代は少し前のことだが、川上淳「奥蝦夷地(クナシリ・子モロ・アッケシ)の惣乙名ツキノエ・シヨニコ・イトコイについて——個別具体的なアイヌ史」根室市博物館開設準備室紀要三号(一九八九)三九頁以下が、一八世紀後半のクナシリ・メナシの蜂起の収拾に当たった首長の個別分析を通じて、道東地域のアイヌ統率者の組織力の大きさ、ロ

シアとの交易を巧みに使った和人(松前藩、幕府)との交渉力の独自性を論じている(とくに五五―五六頁参照)ことも参考になる。

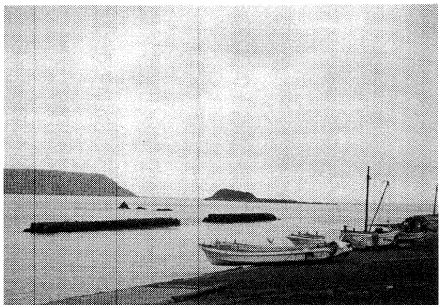
(134) 谷本・前掲(注(130))二〇七頁以下。さらに、この問題に関するヨリ総合的研究として、遠藤匠俊・アイヌと狩猟採集社会——集団の流動性に関する地理学的研究(大明堂、一九九七)(根室、紋別、高島、三石アイヌの流動性を分析する)参照。また、近文に集住させられる以前の上川アイヌの活動の広域性については、谷本晃久「明治中期の上川のアイヌとコタン」旭川市史編集会議編・新旭川市史第二巻通史二(旭川市、二〇〇二)八八―六頁以下がある。

(135) これについては、小笠原・前掲書(注(123))九五頁以下、一四一頁以下のほか、秋間達男・民族の復権——アイヌ連帯と教育の軌跡(あゆみ出版、一九八五)九二頁以下、九七頁以下参照。

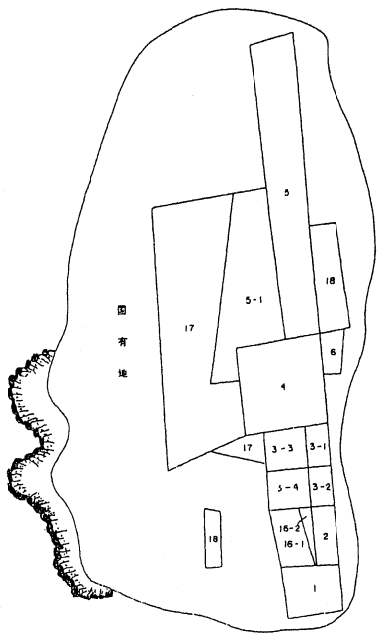
四 厚岸アイヌ共有地問題

(1) 厚岸に何故目立って多くのアイヌ共有地があったかも興味深いところであるが、厚岸コタンのアイヌ民族の先覚者である太田紋助(一八四六―一八九二年)(当時の厚岸場所請負人山田文右衛門の番人中西紋次郎とアイヌ女性シラリコトムの子)国泰寺で教育を受け、農漁業に従事するほか、佐賀藩分領や北海道開拓使にも勤務し、その後も農商務省通信員などの嘱託も受ける。厚岸松葉町の総代人(一八八五年)で、さらに、屯田兵村の土地選定をしたために、今でも太田村と呼ばれている)の存在が大きいようである。すなわち、太田は、昆布採取のために、海岸干し場を借り受けて漁業を行い(一八七〇〔明治三〕年頃から)、さらに「古民組合」を設立して(一八八二〔明治一五〕年)(組合長を務める)、その所有する共有地(海産干し場、畑地、宅地など)は、明治末年まで増加していて、ニシン漁、コンブ漁のために供されたが、しかしその後徐々に和人に貸与(しかも破格の廉価賃料で)されることとなった。そして、アイヌも自ら漁業するよりも、資本のある仕込み親方などに雇われたり、また明治終わりには、糸魚沢の給与地に移住させられたりしていったわけである(なお、一九二四〔大正一三〕年に、本件共有財産(共有地)は、道庁の管理下に置かれるべく指定されて、実態としては第三者(和人)に賃貸され続けた)。

因みに、近世の厚岸は道東最大の漁場(場所)であったのであり、一九世紀初めのアイヌ人口は、九〇〇人近くであったが、その後既に江戸期(文化・文政・天保年間)に激減しており(その理由は、①地震による津波被害や②疫病の流行、



厚岸末広海岸から見えるポンモシリ
(中央部分。番屋も見える)



小島の公図

昆布干しなどには最適の島である）については、当時海没したとされて、他の共有地と違って、賃借人への売却はなされなかつたが、その後昭和四〇年代半ば頃には、徴税資料（かつての土地台帳資料）である公図（一九一六（大正五）年に調製されたものが、一九九七（平成九）年に再調製されている）によると、実は小島中央部に位置して、存続している（海没していない）ことが判明するに至り、問題となった。ただアイヌ共有者側も、購入時には、島北部のつもりで同島一七番地を入手したが、それが公図上は島の中央部分だったというわけである。これに対して、その中央部分に当たるところは、部分的に「五番地先」の国有地という扱いで、一九六〇（昭和三五）年には、厚岸町に学校敷地などとして払い下げられたりしているようである。⁽¹⁰⁾

さらには、③労働の激しさ、④生活様式の変化にあるとされる）、明治期には一五〇人ほど、さらに昭和戦後には、三〇〇人弱という変化からも、生活事情の激変ぶりないし困難さが窺えよう（なお、統治形態としては、クナシリ・メナシの戦い（二七八九年）を受けて、幕府の開国的開発派が台頭して「国泰寺建立（二八〇四年）はその表れである」、幕府の直轄政策が一時採られたが（二七九九〜一八二二年）、鎖国的慎重論から松前藩の間接統治によっている（幕領期には、直別制度も採られたが、投資の割にうまく行かず、直ぐに場所請負制が復活した）（二八一三年）。山田文右衛門が請負人になるのは、一八三〇年から明治期までである）。その意味で、前項で述べたように蝦夷統治は間接的であった。⁽¹³⁾ 明治維新後も場所請負は、漁場持ちとして継続されたが、それも廃され、厚岸では太田の尽力もあり、例外的にアイヌの漁業組合も明治期には存続したが、勸農政策とともに、共有財産は道庁に管理されて、アイヌ漁民への国家干渉は強大になっていったわけである。

(2) 共有財産管理解消とポンモシリの問題

時期がぐつと下って、一九五〇（昭和二五）年あたりから、——それまで賃料が低く設定されたままであったため——アイヌ共有地の所有者が、固定資産税を支払わなければならないという事態から、アイヌ共有地問題が俄かに浮上し、結局、一九五二（昭和二七）年九月には、釧路支庁（道庁ということである）の共有財産管理は解かれて、一九五三（昭和二八）年四月に、共有地はアイヌ共有者（代表三田良吉氏）に引き渡された（実測の上という但書も文書にはあったが、なされなかつた）。そして程なく同共有地は、賃借人に売却（廉価売却）されることになった（そして、その売却代金（金銭）である共有財産の返還手続については、前述の他の事例と同様である）。共有者たちは、徴税義務の履行を迫られていることもあり、売却価格を増額させる交渉の余裕もなかつたようである。

ところが、その内ポンモシリ（小島）にある共有地（二番地「五畝二五歩（二七五坪）」、そしてとくに一七番地「六反二畝二六歩（二八八六坪）」のそれ（これは、一九〇六（明治三九）年九月に共有金から、当時国有未開地管理をしている内務省から九四円三〇銭で購入したものである）（なお、ポンモシリは、厚岸町床潭から沖合一・四kmのところであり、松浦武四郎も当時既に言及しており、⁽¹⁰⁾

(3) 訴訟の推移

本問題に関しては、アイヌ共有財産相続人（三田一良氏）は、前述した一九五三（昭和二八）年四月の共有財産処分（つまり、共有財産管理指定廃止に基づく共有者への共有地引渡し行為）の無効確認という行政訴訟を提起した（本訴訟では、小島に限らずすべての共有地の引渡しの無効を求めており、その理由として、①実測がなされずになされているものがあり（小島の場合はそうである）、②それ以前に自作農創設特別措置法で、農林省に買取され、第三者に売り渡されているものがあり（また鉄道用地の一部編入されている）（門静畑地の場合）、さらに、③それ以外でも、本件共有地引渡しは、わずかな収益しかもたらさない管理により、土地を手放さざるを得ない状況にして、第三者への売却のためになされており、その結果、結局共有者の権利を喪失させられたものであるからだとしている。それに対して、裁判所は、「本件共有地引渡し行為は、行政上の処分には当たらない」という根拠から、請求却下判決ないし決定で確定した（釧路地判平成一年四月二七日判例地方自治二一〇号七二頁、札幌高判平成一年一月三日判例集未登載、最決平成二二年三月二三日判例集未登載）。

さらに続けて、小島一七番地については、国を相手方とする共有地引渡し訴訟（民事訴訟）が提起されたが、判決（釧路地判平成一四年三月一九日判例集未登載）は、請求を棄却した。しかし、小島一七番地は、島の北側であって水没したという道・厚岸町側の主張も、決め手に欠けるとして斥けられている。「請求棄却」の根拠は、本件土地（小島五番地先）は、小島一七番地（それが現存することは認める）であると認めることができないものであるが、国・道庁側は、もはや共有地の管理をしていないという理由で、実測を拒んでいるので、「有耶無耶のまま迷宮入り」の観がある。

(4) 法的問題点

民法的問題点としては、第一に、一九〇六（明治三九）年の共有地取得の際に、「小島一七番地」の売買がなされたことは間違いないが、その「指示対象についての錯誤」をどう扱ったらよいかということがある。しかし、これが錯誤（表示行為の意味に関する錯誤）だとしても、本件取引当事者（とくに、表示上の錯誤があった表意者側（アイヌ共有者側）

から、錯誤により売買が無効になる（民法九五条）との主張がなされていないから、売買は有効であるとするのが通説の見解である（民法九〇条の公序良俗違反とは異なる）⁽¹⁴⁾。さらには、民法九五条の無効は、「取消的無効」であって、時間的に無制限に主張できるものではないというのが有力説であり、本件のように長年錯誤の主張がなされていない場合に、それを主張することは難しいと思われる。

第二に、本件売買契約の解釈として、何を基準とすべきかが問題になる。つまり、①当事者の当時の意思か（当時のアイヌ漁民としては、島北部の海浜地区を購入したかったであろう。これに対して、国有地を売却した国が、どれだけそれに対応する意思があったかは、必ずしも明らかではない）、それとも、②徴税当局ないし法務局の公図は、どれだけ決め手としての意味を持つかということ、これは、契約解釈における「意思主義」「表示主義」の原理的議論とも関係している。そしてこの原理論について一言すれば、私は、一般論として「意思」「表示」の対立を強調すべきではなく、換言すれば、どちらの観点も必要であり、選択的に考えるべきではないという立場を示したことがある（もともと、わが国では、従来表示主義的解釈が強すぎたわけで、その下で出された意思主義的契約解釈論のアンチ・テーゼの意味合いは失われない）。この点で、平井宜雄教授は、最近では従来の叙述とニュアンスを少し変えて、両者には、解釈論的相違があり、前者（意思主義）は、後者（表示主義）よりも、契約不成立として扱うとされる如くである（いわゆる「無意識的不合意」の問題。この点について、どう考えるかと問われれば、私としては、故G・ギルモア教授の驥尾に付して一応客観主義的に錯誤レベルで処理したい）。

これを本件の問題状況に戻って、一つに、当該当事者の「権力関係の考察」を加える必要がある。すなわち、本件は、明治末年における国有未開地処理をする内務省とアイヌ漁民との契約関係なのであり、旧土人保護法による給与地下付と同一ではないにしても、それに類似した面もあるだろう。だから、契約解釈として、あまりに意思自律的な立場で臨み、意思に沿わないから契約不成立を論結するのは、非現実的である。また二つ目として、未開地売却の結果として共有地の位置決定における「公図」の持つ意味である。確かに、これは一時期法的根拠づけを失い（しかし今では、

不動産登記法上の位置づけがなされている⁽¹³⁶⁾、その意味で不確実性が伴い、それゆえこれを決め手としない前述釧路地判の立場が導かれたのであろう。しかし、他方でその精密性について、実務家の信頼は今でも厚い⁽¹³⁷⁾こともここでは確認しておきたい。

それでは第三に、公図どおりに島中央部の小島一七番地について、売却がなされたと解されるならば、それを爾後に、「国有地」として重複的処分（一九六〇〔昭和三五〕年のそれを）をすることは、無権限の処分（他人物売買）であり、有効に所有権譲渡はなされない（不動産登記が及んでおらず、民法一七七条の論理は妥当しないことに留意せよ）。ただ当時から、既に長年月を経ており、学校用地部分その他については、取得時効が成立する余地がある（しかしそれを除いてもなお多くのアイヌ共有地があるということになろう）。

また第四に、国のこうした処分には、売主の債務不履行責任を追及し得るし、さらにはその前段階の問題として、低廉の賃料による賃貸という杜撰な共有地管理をし続けた道庁についても、受寄者の管理責任を問題にすることもできよう（それが、事実上アイヌ共有地の第三者への譲渡を余儀なくさせたのであるから）。しかも、前述のようにアイヌ共有物管理については、十勝の先進的立法例（注⁽¹³⁸⁾）に倣い、善管注意義務（民法四〇〇条、六四四条）違反の損害賠償責任を問い得ると考えるべきである。こうした請求に対しては、国・道側が必ず出してくるのであろう、消滅時効の抗弁が事実上大きな「障害」となるであろう。実質的には民事訴訟の管理責任問題が、厚岸でもまず行政訴訟として争われているのは、そのような苦境が窺われる（しかし行政訴訟では、制度的に限界があることは前に述べたのと同様である）。しかし、五〇年ほど前に共有地管理の廃止はなされても、第三者（賃借人）への売却後の代金（共有財産）は、一九九七（平成九）年の旧土人保護法廃止まで続いていたのであり、ちょうど旭川市近文の杜撰な共有地管理責任の問題と同様に、ここでも共有地の管理と共有地売却代金の管理の両問題を分断させず、一体としてなお責任追及し得るとする余地は残されているように思われる。さらに、杜撰な土地管理責任の意味も込めて、共有財産の返還に際しては、名目

主義によるべきではなく、「増額評価」の上乗せをした上で、寄託金返還がなされるべきであろうことは、先に検討したとおりである（二参照）。

最後に（第五に）、小島については、位置の食い違いないし海浜の水没という偶然的事情も相俟って、第三者への共有地売却はなされず、アイヌ共有地が残されている可能性は高い（よしんば、釧路地裁の判断と違って、一七番地は島北部にあり、水没したとしても、なお所有権の対象となるというのが判例の立場である〔最判昭和六一年二月一六日民集四〇巻七号二二三六頁参照〕）。かつてのアイヌ共有地の事実を世間に知らしめる例外的かつ貴重な事例としてシンボリックに土地所有関係を明確化すべく、土地実測がなされるべきであろう。行政側は、数十年前に共有地管理が終わったことを理由に実測を拒んでいるが⁽¹³⁹⁾、回避されてよいものではない。共有地管理契約（寄託契約）の余後効として、また、委任の顛末報告事務（民法六四五条）の一環としても、管理した土地の実測義務があると考えるべきである。そしてこれは、所有権に関わる物権的請求権牽連の請求権として、消滅時効にかからない（民法一六七条二項）と解せないだろうか。そして実測義務を怠り、事実上アイヌ共有地の確認・引渡しができない状態にしていることは、その所有権侵害の不法行為（国家賠償）責任が成立する余地があると考えられる。

(136) これについては、佐藤・前掲書（注⁽¹¹⁾）四六一―四九頁、厚岸町史編纂委員会・前掲書（注⁽¹¹⁾）二四六頁以下が詳しい。

(137) 厚岸アイヌの人口推移は、一八〇九（文化六）年八七四人（二七三戸）、一八三二（文政五）年八〇四人（二六四戸）、一八四八（嘉永元）年五六七人（二三七戸）、一八五七（安政四）年二〇一人（四八戸）、一八七二（明治四）年一五九人（五〇戸）、一九〇八（明治四二）年一四一人（五一戸）、一九一七（大正六）年二五人（四九戸）、一九三五（昭和一〇）年七六人（二三戸）、一九五二（昭和二七）年二八人（七戸）という具合である。原因分析も含めて、こうしたデータは、厚岸町史編纂委員会・前掲書（注⁽¹¹⁾）一一九―一二四頁、佐藤・前掲書（注⁽¹¹⁾）二九頁以下、五一―五二頁による。なお、ロバート・G・フラッシュェム・ヨシコ・

N・フラッシュェム・蝦夷地場所請負人——山田文右衛門家の活躍とその歴史的背景（北海道出版企画センター、一九九四）一一三頁のデータは、不正確であろう。

(138) 厚岸国泰寺建立に関連して、幕府の蝦夷統治を巡る「開国」「鎖国」の対立構図については、田端宏「一九世紀初頭の国際情勢

と蝦夷地寺院」北の大地に二〇〇年——国泰寺フォーラム実績報告書（厚岸町海事記念館、二〇〇五）一五頁から示唆を得た。

- (139) さしあたり、松浦武四郎「納沙布日記抄」松浦武四郎蝦夷日記集（釧路叢書一巻）（釧路市、一九六〇）九二頁参照（周開八丁皆岩磯にして、奇岩簇々たり」と述べる。一八五八（安政五）年、彼が四一歳のときの日記である。
- (140) この問題は、チカップ美恵子・風のめぐみ——アイヌ民族の文化と人権（御茶の水書房、一九九二）二二八頁以下、山岸利男ほか編「アイヌ民族に関する人権啓発写真パネル展」写真集（アイヌ民族に関する人権啓発写真パネル展実行委員会、一九九二）四九一—五〇四頁でも触れられていたが、堀内光一・消されたアイヌ地（三一）書房、一九九八）、同・アイヌモシリ奪回——検証・アイヌ共有財産裁判（社会評論社、二〇〇四）が詳細である（さらに、斎藤貴男「アイヌ民族の尊厳を回復するために」法セ五九三号（二〇〇四）でも、紹介されている）。ここで紹介する判決例は、堀内光一氏に見せていただいた。記してお礼申し上げる（なお、以下に記す事実関係は、かなりは、堀内・前掲書に負うが、判決での記載事実と違う部分は、判決によった）。
- (141) 例えば、我妻栄・新訂 民法総則（岩波書店、一九六五）（三三二）三〇二—三〇三頁、川島武宜・民法総則（法律学全集）（有斐閣、一九六五）二九五頁、幾代通・民法総則（第三版）（現代法律学全集）（青林書院新社、一九八四）二七六頁、また、川島武宜「平井宜雄編・新版 注釈民法(3)」（有斐閣、二〇〇三）四五九頁（川井健執筆）など参照。これは、判例でもある（最判昭和四〇年九月一〇日民集一九卷六号一五二頁（但し、第三者が主張した事例であり、所有権譲渡に関する錯誤につき、借地人が無効を主張したケース。原則として錯誤無効を主張できないとして斥けた））。
- (142) 周知のように、末弘徹太郎「無効の時効」同・民法雑記帳(出)（日本評論社、一九五三）（復刻版、一九八〇）が嚆矢であり、その後、川島・前掲書（注（141））四一七頁、幾代・前掲書（注（141））四一八—四一九頁。なお、四宮和夫・民法総則（第四版補正版）（弘文堂、一九九六）一八一頁は、権利失効の原則を根拠とする（また、四宮和夫・能見善久・民法総則（第七版）（弘文堂、二〇〇五）一九八—一九九頁も参照）。

- (143) 吉田邦彦「契約の解釈・補充と任意規定の意義」同・契約法・医事法の関係的展開（有斐閣、二〇〇三）一一七頁。
- (144) 平井宜雄「法律行為前注」川島・平井編・前掲書（注（141））六六一—六八頁参照（単純に「意思主義」を採用するわけにはいかない」とされるが、わが国における市場機構の重要性に対応する人間論から「合意」「意思主義」を一次的に志向する如くである）。川島武宜編・注釈民法(3)（有斐閣、一九七三）三二—三三頁の叙述と比較せよ。
- (145) See GRANT GUMORE, THE DEATH OF CONTRACT (Ohio State U. P., 1974) 35-39.
- (146) すなわち、「公図」とは、旧土地台帳法施行細則（一九五〇（昭和二五）年法務府令八八号。同年に台帳事務が、税務署から登記所に移管された）二条一項の地図であり、かつては税務署の土地台帳事務で用いられたが、一九六〇（昭和三五）年の不動産登記

法の一部改正（旧土地台帳法「昭和二年法律三〇号」の廃止）で廃止されたのである。しかし実際には、不動産登記法一七条（現一四条）の地図の備付けがない地域では、「地図に準ずる図面」として維持管理され（不動産登記事務取扱手続準則（昭和五二年九月三日民三第四四七三号法務省民事局長通達）二九条参照、現実には、法務局の備付けの半数以上が公図であるとのことである。そして、一九九三（平成五）年の不動産登記法一部改正（平成五年法律二二号）で、再度不動産登記法上の位置づけが与えられた（不登法二四条ノ三（現不登法一四条四項、五項））。これについては、さしあたり、藤原勇喜・公図の研究（改訂版）（大蔵省印刷局、一九九二）三頁以下、古畑泰雄「地図・公図」鎌田薫ほか編・新不動産登記講座Ⅰ——総論（日本評論社、一九九八）参照。

(147) 例えば、鎌田薫ほか「不動産法セミナー」平成・六・一七年不動産登記法改正(B)——表示に関する登記・筆界特定制度等」ジュリー二九七号（二〇〇五）一一二頁（松岡直武発言）では、公図は当時としては、精度は良く、一時期扱いが粗雑であったが、それでもかなり重要な資料だとされている。また同旨、藤原・前掲書（注（146））三二—三三頁（公図は、精度において必ずしも十分ではないかもしれないが、地図が完了するまでは、各筆の土地の位置・形状・境界線・面積などの概略を明らかにするための公的な資料として、現実の不動産取引においても、重要な機能を営んでいるとする）。

(148) 因みに、同法四条では、現金以外の財産（漁場、干し場、宅地の如き）は、便宜の方により、漸次利殖を図るものと規定されている（前掲（注（126））所引箇所参照）ことも、改めて注目されるのである。

(149) 一九八五（昭和六〇）年三月に、この問題を厚岸町議員として追及した（その模様は、堀内・前掲書（注（140））消されたアイヌ地五五—六五頁に詳しい）。菊池長英氏を、厚岸町糸魚沢（アイヌ給与地があるところである（前述））に訪ねて、インタビューしたところ（二〇〇五年八月）、行政側は、アイヌ地が出てくることを危惧して、その実測を嫌がった旨述べられた。

五 関連問題——補償・責任問題としての福祉対策

(1) 以上に述べたのは、とくに明治以降に導入された近代所有法システムの土俵上の財産（所有権）保障の問題であるが、アイヌ財産史の悲劇に鑑みると、それ以上に「征服」「侵略」問題に対する「補償」(reparation) をどのように行うかという課題は、アイヌ文化振興法制定以前には、しばしば議論されたものである。しかもそれは、多文化時代における真の民族間の関係形成にも関わることなのである（アイヌ新法（民族立法）制定化の一連のプロセスに関与された中村睦男教授も、そうした補償の必要性を肯定されていた）。

近年は、「アイヌ文化振興」に特化して、相当額の予算（毎年七億円程度）が組まれることに目を奪われがちだが、それが、現実のアイヌの人々の生活改善に繋がっていないこともここでは確認されるべきであろう（北海道ウタリ生活実態調査報告書（一九九九（平成一一）年）はそれを裏書しており、①文化振興法による変化として、「生活に結びついていない」という回答が最も多く「文化活動が活発になった」がそれに続く）、②生活意識としても「とても苦しい」との回答が、道民調査（一九九六（平成八）年）との比較でも依然として高く、③住宅の老朽化状況に関しても、一九九三（平成五）年のウタリ生活実態調査との比較でも、悪化していて、修繕不要住宅は減り、修理必要住宅が増えていることは見逃してはならないであろう。さらに、④農業の規模にしても、全道と比べて未だに零細であるとされるのは、旧土人保護法の限定給与地の下付の歴史が投影し続け、未だに「アンチ・commons」的状况があるということであろうか。確かに、文化伝承は重要であることを私も否定しないが、本章で扱った土地所有権論との関連で向き合うべき肝心の問題とは、従来のアイヌ民族からの財産取奪の長年の歴史の結果としての貧困問題（つまり、前記「生活実態調査報告書」からも、概して所得は低く、生活保護受給率も高いと言う事実が示される。またそれと関係してか、大学進学率もなお低い）にどのように対処して、実質的「補償」を如何に行うかということである。そして、多民族社会における所有権問題と捉え得る補償問題について、わが国では正面から取り組まれているとは言えないように思われる（その理由としては、いろいろ考えられて、第一に、わが島国社会の同化圧力の強さの裏面として、比較法的動向とは対照的に、まだ先住民族への補償という論議は手薄であるし、第二に、そもそも過去にマスとしてなされた不法行為に対する補償ないし責任の問題一般について、わが社会が（さらに、民法学界も）鈍感であることは、外国人労働者の強制連行などに関する戦後補償の議論が示すところである。さらに第三に、昨今の貧富の格差を拡大させる新保守主義的規制緩和路線の風潮においては、アイヌ民族への補償の議論をする、——過去の同民族への歴史的経緯を閑却して——逆差別とか、依存心を増幅させるとか言われかねない）。

(2) もっとも、この問題については、一九七四（昭和四九）年度から七年度区切りで、「北海道ウタリ福祉対策」予算が組まれており（二〇〇一（平成一三）年四月のウタリ福祉対策検討会議報告書〔委員長中村睦男教授〕「アイヌの人たちに対する今後の総合的な施策のあり方について」を経て、二〇〇二（平成一四）年度からは、「アイヌの人たちの生活向上に関する増進方策」と改称されている）、多い時には毎年三一〜三三億円もの予算が投じられていたのであり（一九八〇年代）（これに対して、一九九〇年代終わりには、二一億円台、二〇〇五（平成一七）年には、一六億円台と減少傾向にある）（そして、その四割ほどが国家負担である）、行政側は、これが実質的なアイヌ民族への補償的施策であると答えるであろうし、ある意味でそれは当たっている。そしてこの「福祉ないし生活改善対策」の中身は、大きく五つほどあり、(a)生活安定のための生活館の運営整備費やアイヌ住宅改善事業費補助など（五億二〇〇万円ほど）、(b)教育充実に向けた高校進学奨励金など（四億四七二〇万円ほど）、(c)雇用安定としての職業訓練手当など（二五七〇万円ほど）、(d)産業振興としての農林漁業対策事業費、中小企業振興対策費（六億円ほど）、そして、(e)民間団体の活動促進として、ウタリ協会補助費など（四七〇〇万円ほど）がそれである（金額は、二〇〇五年度）。もとより、その意義は否定されるべきではなからうが、昨今の構造的経済不況で、生活不安が高まっているにもかかわらず、ほとんどの費目は、昨今の国家予算の逼迫を反映してか、ジリ貧の一途を辿り、なし崩し的にそうなっているのも、その「補償」としての基礎づけ理念の検討の不十分さが関係しているよう。

さらに、より問題であるのは、これだけの公共的支援があるのに（もちろんそれはなお補償として不十分という議論は当然あり得る）、肝心のアイヌ住民の生活改善に繋がっていないふうであることであり（それは、前記「生活実態調査報告書」からも窺える）、反省の余地があり、具体的な補償（生活改善）施策をもっと詰める必要がある。例えば、第一に、住宅補助にしても、単なる貸付制度に止まり、公共住宅の提供には至っていないし、また、失業対策としても、職業訓練だけでは、なお対策として不十分との不満も起こり得よう。さらに、アイヌ社会でも高齢化時代に備えた医療福祉の充実の政策的優先順位は高いであろう。また第二に、生活環境改善と称して、下水道、道路改修などの公共事業に偏りがあり、他方で、住宅に関して不良住宅整理という同和行政の水準にも至っておらず、アイヌ民芸品への補助行政も手薄であるとの批判もある⁽¹⁵⁸⁾。第三に、生活相談員・教育相談員などの上層部アイヌ（彼らは、文化振興法との関連でも利

益を受けることが多からう)の人員費への投資が、うまくアイヌの貧困解消に奏功しているのかも洗い直す必要がある。他方で、第四として、問題は構造的であり、貧困対策も抜本的になされなければならないであろう。例えば、アイヌの地場産業・販路の開拓をどうするか、民芸品などアイヌ文化の和人による財産的搾取をどうするか、つまり観光業にしても、うまく自民族に利益還流するようになってきているか、さらに、アイヌ経営の公共宿泊施設の建設による観光客の誘引(都市との交流の推進)の検討もなされてよいし、またイオル建設などの公共事業がなされるのであれば、うまくアイヌ関連の業者に利益が均霑される装置を考える必要がある。その意味で、補助金とともに、アイヌ民族自身による自立的経済再生の企画力も問われているのではないか。⁽¹⁵⁴⁾

(150) 勸アイヌ文化振興・研究推進機構の予算規模は、平成一六年度で、七億四三三万余円(その内、補助金(国・道が折半する)は七億三三三万余円)、平成一七年度で、六億九八六五万余円(その内、補助金は六億九七六八万余円)である(勸アイヌ文化振興・研究推進機構・財団のあらまし平成一七年度—アイヌ民族の誇りが尊重される社会の実現を(アイヌ文化振興・研究推進機構、二〇〇五)六頁参照)。

(151) 北海道環境生活部「平成一二年北海道ウタリ生活実態調査報告書」(北海道環境生活部総務課アイヌ施策推進室、二〇〇〇)四六頁参照。

(152) 前掲(注151)報告書二九頁では、アイヌの人々の「生活意識」として、平成八年度民調査との比較で(これをカッコ内に記す)、「とても苦しい」が三一・〇%(一五・三%)、「多少困る」が四九・六%(四七・一%)、「少しゆとりがある」が一八・〇%(三一・九%)という具合である。

(153) 前掲(注151)報告書一四頁によれば、一九九三(平成五)年ウタリ生活実態調査(これをカッコ内に記す)との比較で、「修理の必要なし」が五三・六%(五七・三%)、逆に、「増改築を要する」が五・五%(四・五%)、「大修繕を要する」が八・七%(七・七%)、「小修繕を要する」が二九・二%(二七・七%)、つまり、「修繕の必要あり」の合計として、四三・四%(三九・九%)となっている。

(154) 前掲(注151)報告書一〇頁では、三ha未満の農家は、全道的には、二八・七%であるのに対して、アイヌの場合には、一九九三(平成五)年調査で、五四・三%、一九九九(平成一一)年調査で四二・八%を占めている(逆に一〇ha以上の農家は、全道で

四一・九%であるのに対し、アイヌの場合、一九九三(平成五)年調査で一三・九%、一九九九(平成一一)年調査でも二一・七%であることを示している。M・ヘラー教授は、アメリカ原住民に即して、政府による所有権限の分断策による「賦与的アンチ・コモンズ(allocation anticommons)の悲劇」が生じている(原住民は、土地譲渡は否定され、相続により土地細分化が進められ、未開墾・未耕作のまま放置される)との(Michael Heller, *The Tragedy of Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 622, at 685-87 (1998). *ゆふび* 吉田邦彦「ロシヤの住宅事情とその所有理論的考察」アメリカ法(二〇〇一) (二〇〇一)一六〇頁も参照)が、同様のことは、アイヌ民族についても妥当するであろう。もっとも、アイヌ地の零細化・荒廃の原因として、権限の細分化というだけでは説明しきれず、さらに、不毛な傾斜地・沼地などの給与、生活様式の相違、金融の困難さなど、もっと多面的に考えられることは、既に述べたとおりである。

(155) 平成一一年の調査では(カッコ内には平成五年調査のデータを記す)、①まず年間所得としては、世帯平均で三九四万円(三〇二万円)であり、その内訳は、一〇〇万円未満が六・四%(二二・六%)、一〇〇万〜一九九万円が一六・二%(二二・〇%)、二〇〇万〜三四九万円が二七・六%(二八・〇%)、三五〇万〜四九九万円が二〇・八%(一九・七%)、五〇〇万円以上が二九・〇%(二七・七%)となっている(前掲(注151)報告書二八頁)。②また、生活保護率は、北海道全体(これをカッコ内に記す)との比較では、一九七二(昭和四七)年に一五・七%(一七・五%)、一九七九(昭和五四)年に六八・六%(一九・五%)、一九八六(昭和六一)年に六〇・九%(二二・九%)、一九九三(平成五)年に三八・八%(二六・四%)、一九九九(平成一一)年に三七・二%(二八・四%)であり(なお、%は、パーミルであり、一〇〇〇人における割合を示す)、減ってきたといってもなお北海道平均の倍以上の高率である(同報告書五頁)。③さらに、大学進学率は、北海道全体(これをカッコ内に記す)との比較で、一六・一%(三四・五%)である。これに対して、高校進学率は大差なくなつたが(九五・二%(九七・〇%)、かつては開きがあった(例えば、一九七二(昭和四七)年では四一・六%(七八・二%)、一九七九(昭和五四)年では六九・三%(九〇・六%)、一九九三(平成五)年でも八七・四%(九六・三%)である(同報告書六頁参照)。

(156) これについては、吉田邦彦「在日外国人問題と時効法学・戦後補償」(一)〜(六)完——いわゆる「強制連行・労働」問題の民法的考察」ジュリー二一四〜二一七号、二一九号、二二〇号(二〇〇一〜二〇〇二)〔本書第八章第一節〕、同「北海道の掘り起こし運動」と民法学研究」法の科学三五号(二〇〇五)〔本書第八章第三節〕参照。

(157) 手島武雅「先住民族の権利、アイヌ、そして日本」論集いぶき一(一九九一)五七頁以下、とくに七〇頁以下が、これに関する数少ない文献であり、北海道環境生活部からも関連資料を提供していただいた。記して、お礼申し上げる。

(158) 土方鉄・反差別に生きる人びと(明石書店、一九八四)三六一〜三八頁参照。

(159) 手島・前掲(注(157)八二―八三頁)では、「共同体決定権のない福祉政策の失敗例」という言葉を引き、真の「終結なき自決政策」の確立が必要とされていると説く。なおこの点で、本文で触れたウタリ福祉対策検討会議報告書「アイヌの人たちに対する今後の総合的な施策のあり方について」一〇頁でも、「アイヌの人たちの自主的努力を重ねることが不可欠である」とされる。ただ、同報告書は、「アイヌの人への総合的施策」(従来のウタリ福祉対策)は、「アイヌ文化振興施策」とともに施策の両輪として、二〇〇二年度以降も積極的に推進されるべきだとしつつ(同報告書八頁、一〇頁)、近年の予算削減の状況について、評価を加えていないのはやや遺憾である。私としては、アイヌの人たちの「自主的企画力」は重要であるし、従来の「生活環境整備」と称しての公共工事優先の傾向にも反省は必要だが、安易に「自助努力」を強調することによる(ウタリ福祉対策系列の)「アイヌ総合施策」の予算を削減していくことには、慎重でなければいけないと考える。

第四款 近時の諸問題その二——環境・差別・観光アイヌの問題など

一 公共工事によるアイヌ文化破壊・環境破壊の問題

(1) 近年もう一つ注目を集めたのは、二風谷ダム判決(札幌地判平成九年三月二七日判時一五九八号三三頁)であり、①アイヌ民族の先住民族性の肯定、②国際人権規約(自由権規約)二七条の適用及び憲法一三条に基づく先住民族の文化享有権の肯定、③それに基づき、事業による公共の利益との比較衡量の結果、事業認定は違法だと判じたこと(土地収用法二〇条三号の裁量権を逸脱した違法があるとする)、④その瑕疵は、土地収用裁決の違法性に承継されるとしたことのいずれにおいても高く評価されていることは、周知のところであろう。しかし、同判決は、いわゆる事情判決であり、ダムは存置されて、上記判決の画期性とは裏腹に(判決や学界でも注目される、文化的・宗教的遺産の水没以外にも)二風谷ダムによる生態系破壊の深刻さは大いに懸念されることである(二風谷ダムの魚道もほとんど機能していないようである)。さらに問題であるのは、沙流川の上流には、新たに「平取ダム」の建設に向けて事態は推移しており、それによって、チャシ(アイヌ民族の遺跡)が十数件水没することも指摘されている。これでは、上記判決で文化享有権

などが説かれた意義は何だったのか、と首を傾げるよりほかはない。

(2) この点についてももう少しこの間の経緯を敷衍しておこう。すなわち、(a)一九九七年四月に、北海道開発局長の諮問機関である「沙流川総合開発事業審議委員会」は、二風谷ダム判決を受けて、審議を再開させたが、同事業で進められる「平取ダム」の要否について、委員間で意見は真つ二つに分かれ、東三郎北海道大学名誉教授(同委員会委員長)自ら、建設中止を主張した(その論拠として、①雨量の正確な把握の困難さ、②利水という経済的行為が優先しすぎていること、③自然の生態系を保全する必要性、④二風谷ダム判決の違法性判断の射程は、平取ダムにも及ぶことなどを挙げる)(しかし、答申としては、ダム建設を事実上認めるものとなった)。(b)さらに、平取ダムの建設に向けての実質的政策決定は、二〇〇〇年一月から二〇〇二年四月にかけて九回にわたり設けられた、北海道開発局室蘭開発建設部主催の「沙流川流域委員会」(委員長新谷融教授)でなされ、それを受けて、二〇〇二年七月には、北海道開発局から「沙流川水系河川整備計画」(「明日につながる川づくり——沙流川流域の未来へ向けた河川整備」という報告書)がまとめられている(イオル構想で、アイヌ文化は伝承されるから、ダム建設をしても良いというような議論もなされるが、理解に苦しむ)。(c)そして、平取ダム建設を前提に、その後(二〇〇三年四月から二〇〇五年六月まで)「平取ダム環境調査検討委員会」が開催され、また、「アイヌ文化環境保全対策調査委員会」も持たれているとのことである。しかし、もうダム建設の政策決定はなされているのであるから、しばしば悪しき「環境影響評価(アセスメント)」に批判がなされるように、これでは順序が逆ではないかと思われる。

環境保護のアイヌの思想にも反し、自滅的な生態系破壊を進めるダム建設が、目先の補償金ゆえに、不可逆的に進行するという悪循環のシナリオは、如何にしたらストップできるであろうか(地元平取町は、ダム建設に賛成で「二風谷ダムについても、大方は賛成であった」、土地収用交渉の場面でもまず反対は出ないだろうとの見通しも仄聞している)。ここにも背景として、貧困問題があるのであろうし(もっとも、ダム建設関連の雇用面での利益は地元には余り均霑されないとのことである)、

環境問題への配慮は、ある程度生活に余裕があつてこそ議論できることなのか、とも思われる。また、アイヌ問題研究者の社会的役割・任務についても、いろいろ考えさせられる問題である。ともかく、画期的判決が出たにもかかわらず、「第二の二風谷ダム」が再現される公算は高く、残念なことである。

(160) 詳しくは、萱野茂・田中宏編纂代表・二風谷ダム裁判の記録(三省堂、一九九九)、房川樹芳「アイヌ民族の『少数先住民族』性に関する考察——いわゆる二風谷ダム判決を素材として」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル六号(一九九九)、田中宏「二風谷ダム訴訟判決」国際人権八号(一九九七)、同「国際人権法と二風谷ダム裁判(一)〜(三)・完」札幌弁護士会会報四二七〜四二九号(二〇〇五)、また、岩沢雄司「二風谷ダム判決の国際法上の意義」国際人権九号(一九九八)など参照。私も、前節第四款で、民法とくに所有論的観点から論じているので(吉田・前掲(注162)ジュリー一六五号九十九頁以下(本書三二九頁以下)、ここでは、詳論しない)。

(161) 私は何度か現地(二風谷ダムの魚道)(吉田・前掲(注162)ジュリー一六五号一〇〇頁の写真参照)に出向いたが、遡上する魚を見かけたことはなく、例えば、最近(二〇〇四年六月)視察したアメリカ合衆国オレゴン州のコロンビア川のボンヴィルダムに設けられた魚道(アメリカ環境法では良く知られる「陸軍工兵隊(Army Corps of Engineers)」により管掌され、水門タービンも魚を損傷しないように工夫している)に、びっしり鮭が遡上する様とは、全く対照的である。同ダムの魚道は、ダムの建設とともに一九三二年、ヨリ本格的には、一九三四年の報告書に基づき、一九三四〜一九三五年の冬努力により魚類保護の同意が取り付けられ、当時七〇万ドルの予算を投じて設けられたものであり(この経緯については、WILLIAM WILKINGHAM, WATER POWER IN THE "WILDERNESS": THE HISTORY OF BONNEVILLE LOCKE AND DAM (revised edition) (US Army Corps of Engineers, 1997) chap. 4 Fish Facilities (p. 47〜)参照)生態系保護理念にかける熱意の日本の隔絶がわかる。

(162) 前述(第一款参照)「平取・二風谷フォーラム二〇〇五」における貝沢耕一氏の「先住民族と環境問題」と題する報告による。

(163) これらの点については、中村康利(萱野茂・貝沢耕一協力)・二風谷ダムを問う(さっぽろ自由学校「遊」二〇〇一)一四〇〜一四三頁参照。

(164) この報告書などは、室蘭開発建設部のホームページから参照できる。なお、二風谷ダム判決を称揚される常本教授(常本照樹「先住民族と裁判——二風谷ダム判決の一考察」国際人権九号(一九九八)、同「アイヌ民族をめぐる法の変遷(さっぽろ自由学校「遊」二〇〇〇)四三頁以下)も、「流域委員会」の判断を受けた「アイヌ文化環境保全対策調査委員会」に関与されているが、ダム建設に反対できる雰囲気ではなかったとの由である。詳細は明らかではないので、ここでは、これ以上立ち入らない。

二 アイヌ差別・名誉毀損の問題

(1) 近時のアイヌの名誉毀損・プライバシー侵害などの問題事例

次に差別問題に移るが、これは古くて新しい、島国社会であるわが国では根深い問題である。

まず近年のアイヌの名誉毀損・プライバシー侵害などの問題事例としては、以下のようなものがあり、ここでは、活字媒体における差別的・名誉毀損的表現が問われており(ほとんどは、裁判外で処理されている)、主としてアイヌ研究者ないし作家の責任が問責されているという特色がある。

すなわち、例えば、①一九八一年七月に、日本交通公社がシャパンタイムズに載せた外国人向け北海道勧誘広告(「名高い毛深いアイヌの風習・文化を目的に当たりにするために」「白老の本当のアイヌ部落を見学する」云々の表現)に対して、同年一月から一九八二年五月にかけて糾弾会が催され、同社からの謝罪広告・反省文書が出された。⁽¹⁶⁵⁾②また時期的に遡る書物である一九六九年刊の『アイヌ民族誌』(第一法規出版)におけるチカップ美恵子氏からの更科源三氏(途中で死去)、高倉新一郎氏を相手方とする肖像権侵害訴訟が提起され(一九八五年)、一九八八年に高倉氏の謝罪文及び和解金一〇〇万円により、和解が成立した。⁽¹⁶⁶⁾③さらに、国際先住民年であった一九九三年に復刊された長見義三著『アイヌの学校』(恒文社版)(アイヌの子の誕生に関する詳細な物理的描写、またアイヌであることの差別的境遇や「アイヌは学問がない」「アイヌと結婚するとおしまい」「禁酒が不可能な土人たち」「土人は手癖が悪い」などの民族侮蔑的叙述が多数ある)に対して、一九九四年二月にウタリ協会北海道支部から、著者及び解説者小笠原克氏に対して、「公開質問書」が出され、同年四月に小笠原氏からの謝罪がなされ、和解が成立し、同年六月には回収された同書は、断裁された。⁽¹⁶⁷⁾④さらに、同じく復刻が問題とされたものに、一九八〇年刊の河野本道氏編集の『アイヌ史資料集第三巻医療衛生編』(北海道出版企画センター)の中の『あいぬ医事談』(「梅毒は、種族固有の病気」などの叙述が含まれる)がある。これについては、一九九八年九月に、プライバシー・名誉侵害の不法行為であるとして、謝罪広告・感謝料・書籍の回収・印刷差止めを求めて提訴さ

れたが、第一・二審ともに請求棄却となっている（札幌地判平成一四年六月二七日、札幌高判平成一八年三月二三日判例集未登載（上告中）⁽¹⁰⁶⁾）。

(2) 問題点

まずこれらの紛争事例についての問題の所在について一言すれば、まず第一は、こうした「人種差別的表現」と「表現の自由ないし知る権利」との関係という問題であり、アメリカ法学においてもヘイト・スピーチを巡って議論があり、立場も分かれるところである⁽¹⁰⁷⁾。上記の例に対しても、（とくに古い文献の場合、時代的制約もあるのだから）それ程目くじらを立てなくともよいのではないかと考える向きがあるかも知れないが、ここでは、これまでの悲劇的歴史から財産・文化・宗教・言語などの全てが否定されて、身体的特徴などを理由とする差別・いじめに常時晒されてきたアイヌの人たちが、痛みを感じる表現か否かという被害者（被抑圧者）の視点に注意して、積極的に不法行為を認定する姿勢が必要と考える（また復刊であれば、現代の人権感覚に適合的な形で修正することが求められよう）。わが国のアイヌ差別問題に関しては、長年の同化政策の蓄積としての「差別意識」が問われるという社会構造的な問題であるから、そのような積極姿勢なしには、なかなか体質改善は難しいと思われる。

第二に、これに関連して、名誉毀損判例では、民法七二三条で保護される「名誉」とは、品性・徳行・名声・信用等の人格的価値についての社会からの客観的評価であり、単なる主観的な名誉感情は保護されないとされている（最判昭和四五年二月一八日民集二四卷一三号二五一頁（但し、これは、共産党員に対して、反対党の候補者の選挙対策委員委嘱状を送付したというやや特殊なケースである）⁽¹⁰⁸⁾）が、このような二分論には、反省が求められよう。もっとコンテクストに即した肌理細やかな名誉毀損ないしプライバシー侵害の認定が必要のように思われ、その意味でいわゆる名誉感情（人格的価値についての主観的評価）の侵害について、積極的に慰謝料を認める近時の多数の下級審裁判例の動向⁽¹⁰⁹⁾（そしてこのような見解は学界の有力説（五十嵐清教授ら）⁽¹¹⁰⁾）が志向されるべきであろう。

第三に、具体例を見てみると、裁判外の解決の方が実効的で、謝罪を引き出しやすいと映るかもしれないが、他方で、威圧的な「糾弾」という解決方法が望ましいかは、再考が求められるのではないか。山本多助エカシもこのような手法には、アイヌのチャランケ（談判）の伝統にも反する（そこには、相手方にも逃げ道を残し、名誉を害せずには負かせるという度量・優しさが必要である）⁽¹¹¹⁾として、不満を呈していたとの由であることは、示唆的であり、相手方に自由に自由な反論の余地を残しつつ議論を通じて問題解決するのが、法的問題処理の原点であろう。さらにまた、この種の公共的問題に関しては、議論の過程を原則公開にして、更なる社会的議論に繋がっていくような工夫が必要であろう⁽¹¹²⁾。

(3) 更なる現実的課題

こうした名誉毀損・プライバシー法理の充実により、差別意識変革に努めることは肝要であるが、さらに、これらは「氷山の一角」という受け止め方が大事であり、実際のところ、もっと深刻な差別の方が、日常には多いであろう。誠に、アイヌ差別は、①幼稚園時代からの教育現場でのいじめに始まり、②地域・職場での差別、③公共施設（例えば浴場・プール施設）の使用を巡る苦悩、また④結婚・交際における差別など生活の万般にわたっている⁽¹¹³⁾。アイヌ同士の結婚は身内から反対され、差別の受け手としては、素足を出したり、病院で肌を見せたりするのも憚られるほど、意識は抑圧されていることに、謙虚に耳を傾けるべきであろう。しかもこうした切実な日常的差別問題（不法行為問題）は、ほとんど法的紛争とはならないことにも留意すべきである。

アイヌ民族としての文化的アイデンティティの意識が重要だといった一般論を説くことは容易だが、誠にその現実的実現・差別意識の具体的解消は簡単ではない。また差別ないし同化圧力の実態も、都市型社会と農村型社会とは異なるところがある（私の現場調査の感触として、例えば、旭川アイヌのような都市型社会の方が、同化志向は強く、民族的補償要求なども弱いのである）。その意味で、法的手法を超えた、民族的意識改革に向けた人権教育の意義は強調しすぎることはないであろう⁽¹¹⁴⁾。

- (165) 詳しくは、成田〔秋辺〕得平ほか編・近代化の中のアイヌ差別の構造（明石書店、一九八五）参照。
- (166) 和解については、現代企画室編集部編・アイヌ肖像権裁判・全記録（現代企画室、一九八八）二七四―二七五頁。チカッブさんは、同書を手にしたとき、自身の中に流れる「民族の血・誇りが一気に噴出した」とのことである（三二五頁）。さらに、本訴訟は、更科氏の山本多助エカシが始めた阿寒湖まりも祭りに対する批判（そのような伝統はなく「でたらめ」だとする。これに対する反論として、四宅豊次郎「まりも今昔」まりも祭り五〇年のあゆみ（阿寒湖アイヌ協会、一九九〇）一七―一八頁（古来あるものではないが）一九五〇年からである）、アイヌ民族の自然崇拜・感謝の思想から、また自然保護運動の先駆としても、そのような祭事（カミノミ）をしてはならないことにはならないとする（参照）に対する「敵討ち」的意味合いがあるとのことである（チカッブ美恵子「伯父山本多助の生誕百年を記念して」久摺山本多助生誕百年特集号（釧路アイヌ文化懇話会、二〇〇五）五〇頁で引用される丹葉節郎発言参照）。
- (167) この経緯及び問題の所在については、森山軍治郎ほか「座談会」『アイヌの学校』に学ぶ「北方文芸三二六号（一九九五）一〇頁以下が参考になる。
- (168) 本訴訟及び関連訴訟については、『飛礫』編集委員会・アイヌネンアンチャランケ（人間らしい話し合いを）——河野本道の差別図書を弾劾する（いぶて書房、二〇〇一）がある。
- (169) 規制（不法行為）積極論として、例えば、Richard Delgado, *Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling*, 17 HARV. CIVIL RIGHTS-CIVIL LIBERTIES L. REV. 133 (1982); Mari Matsuda, *Public Responses to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, 87 MICH. L. REV. 2320 (1989); CATHARINE MACKINNON, *ONLY WORDS* (Harv. U. P., 1993) 22～23、他方、表現の自由を重視する消極論として、KENNETH KARST, *LAW'S PLOMISE, LAW'S EXPRESSION: VISIONS OF POWER IN THE POLITICS OF RACE, GENDER, AND RELIGION* (Yale U. P., 1993) 43～; Kathleen Sullivan, *Resurrecting Free Speech*, 63 FORDHAM L. REV. 971 (1995) など参照。
- (170) 例えば、成田ほか編・前掲書（注（165））二五頁、森山ほか・前掲（注（167））二三頁（森山発言）も、同旨である。
- (171) 例えば、大阪高判昭和四四年一月二七日判時九六一号八三頁（タクシー運転手に対する「昔は駕籠かき」「人間並みではない」などの継続的言辭）、浦和地判平成三年一〇月二日判時一四一七号一〇三頁（精神障害者としての根拠のない保護申請）、名古屋地判平成六年九月二六日判時一五二五号九九頁（カメル顔、カッパ頭」という容貌に関する揶揄的表現）、大阪地判平成十一年三月一日判タ一〇五五号二二三頁（身体障害者に対する駅員の侮蔑的差別言動）など。これに対して、東京高判平成九年一月二五日判タ一〇〇九号一七五頁は消極的である（もともと、これは、文部省への報告書に虚偽記載された大学教員が名誉感情の侵害を主張したという事例である）。

という事例である）。

- (172) 既に、名誉感情の侵害は一般的人格権で保護されるとしたものに、宗宮信次・名誉権論（増補版）（有斐閣、一九六二）二二八頁があるし、判例を批判しつつ述べる代表的なものに、五十嵐清・人格権論（一粒社、一九八九）一四頁、同・人格権法概説（有斐閣、二〇〇三）二六―二七頁がある。
- (173) これについては、花崎皋平・静かな大地——松浦武四郎とアイヌ民族（岩波書店、一九九三）二八八頁、また、チカッブ美恵子編著・森と大地の言い伝え（北海道新聞社、二〇〇五）三二七―三二九頁（アイヌには死刑はなく、寛容性があるという）参照。なお、日本交通公社への糾弾にもこのような基準を充たしていたとの自己応答として、成田ほか編・前掲書（注（165））二六九頁。
- (174) 同旨、篠田博之「小説「アイヌ学校」絶版回収事件の顛末」創一九九四年五月号一三六―一三七頁。なお、松木新「アイヌの学校」絶版問題に「民主文学三九七号（一九九四）一四〇頁は、回収・絶版の措置は、「正当性の独占者」による決着という構図があり、公共的議論にふたをして、「闇に葬る」ことになり、民主主義ないし表現の自由の基本を危うくするとする。しかし、「闇に葬る」「焚書」云々に関しては、既に前の版が出回っているから当たらないとの反論がなされている（森山ほか・前掲（注（167））一五一―一七頁（阿部ユボ発言）、被害者サイドからは、「差別的表現による民主主義」などあるのかとされる（同二三頁「森山発言」）（これは、本文の第一の問題である）ので、「議論の公開の必要性」の問題は、分けて論ずる必要があるだろう。
- (175) 前掲（注（151））報告書四四―四五頁では、差別の場面として、学校が四六・三％、結婚が二五・四％、職場・交際がそれぞれ九・五％であり、差別の態様として、多い順に「馬鹿にされる」「交際・結婚の拒否」「身体的特徴・容貌の指摘」というものがあるとされる。
- (176) 森山ほか・前掲（注（167））二二―二三頁（多原発言）参照。
- (177) この点とはとくに、井上司・地域・民族と歴史教育（岩崎書店、一九七八）一九九頁以下、とくに二四二頁参照（社会問題を正しく見て分析する力、社会の諸矛盾を解決する力及び実践との結合を強調する）。

三 観光アイヌの問題

(1) 観光アイヌの所有権原理的問題と最近の発展形態

続けて、観光アイヌの問題ないし知的所有権の問題を考えてみたい。まずここでは、観光アイヌの原理的問題であるが、これは、アイヌ民族の人々の人格（personhood）やアイデンティティの根幹に関わることで、例えば、カムイノ

ミなり古式舞踊なり、さらには、衣装や容貌(シヌエ(入れ墨)などの宗教的意味合いのあるものなど)を、「商品化」(commodification)すなわち「観光化」して、市場取引の対象とできるのか、という悩ましい問題(内在的ディレンマ)のよ
うなものである。⁽¹⁸⁾そして実は、この問題は、「所有権(所有の対象)ないし市場取引と人格」との関わりという、(比較
的最近まで十分に議論されてこなかった)所有論の根本問題(私は、この問題を例えば、人工生殖の領域で論じてみたが、臓器移植で
も、赤ちゃんのやりとり(養子縁組・売買)でも、売春問題でも、問題は共通している)⁽¹⁹⁾と通底することと思われる。

注目されるのは、アイヌ民族の側から鋭くこの問題を抉り出していることであり、故鳩沢佐美夫氏や故結城庄司氏
の叙述がそれである。ここでは、「観光アイヌ」の商品化に対する消極的評価となり、和人に凌駕され、「動物園の檻
の前の眼」の如きものに晒され、「観光見世物」となる。しかし、そうした観光で潤うことも認め、それが生活の糧
となるというディレンマ的状况を見事に捉えている(とくに鳩沢氏)。さらにここからは、文化伝承という社会的貢献
に対する功勞報償を受けるのはともかく、あまり金銭所得ないし利潤追求的な市場原理とは相容れないという疑問に
も通ずるし、さらに、そうした観光によって時代錯誤的なアイヌ観のステロタイプ化や新たな差別意識(差別感覚)
も醸成しかねないという問題はあろう(既に、結城氏も指摘する)。⁽²⁰⁾

では、こうした観光アイヌ問題の「後ろ暗さ」ないし原理的内在的矛盾はどうにもならないものなのであろうか。
この点で、注目されるのは、阿寒アイヌコタンの「ユーカーラ座」の取組であり、ここでは、こうした問題状況を踏ま
えつつも、「光を見る」という新たな観光観(これは、「易经」に由来する)からいわば積極的に「売りに出て」(例えば、
秋辺日出男氏の場合)⁽²¹⁾、例えば、古来のユーカーラを「見せるユーカーラ」として(このはしりは、故山本多助氏による「アイヌ・
ラックル伝」のバリ公演(一九七六年)の試みである)、単なる伝承に止まらず、近時のユーカーラ劇は、「衣装」「音楽」「動
作の振り付け」などオリジナルな芸術作品となっており、私も見ていて、さながら「アイヌ民族のオペラ」のごとき
もので、ここでは、こうしたアイヌ文化芸術と有償的対価報酬とは両立すると思われる。つまり、近年のアイヌ観光

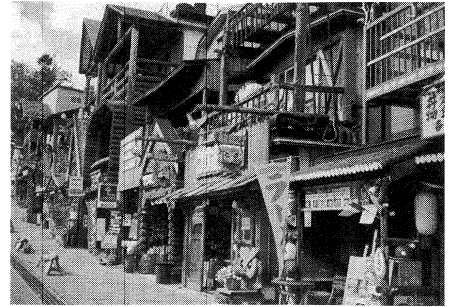
は理念的にも新展開を示しており、有償取引になじむものとなじまないものに、多様化しているのではないか。

(2) アイヌの知的所有権ないし伝統的知識の侵害の問題

① 以上が、アイヌ文化・伝統・芸術の「商品化」自体に潜む所有原理内在的な問題であるが、他面で、その「商
品化」は、知的所有権(知的財産権)レベルでの財産搾取という現代的課題をもたらしている。つまり、アイヌ民族
の「伝統的知識」(traditional knowledge)ないし「フォークローア」(folklore)と呼ばれるもの(例えば、アイヌ刺繍、彫刻、
さらには、古来の薬草的知識、伝承叙事詩であるユーカーラ、サコロベ、さらにそれを元にした上述作品など)に、知的所有権法(知
的財産権法)(著作権法、意匠法、特許法など)がうまく対応できていない。そのため、その「商品化」(ないし模倣による
海賊版の市場出回り)による利益が、うまくアイヌ側に還流できず、その意味で財産搾取されていくという問題であり、
かなり深刻な現代的課題だと思われるが、競争法ないし知的所有権法上どのように考えていったらよいのであろうか。

② 著作権・意匠権との関係——実効的保護の方途

国際法的動向及び比較法的状況(とくにアメリカ、カナダ、オーストラリアの先住民との関係で問題とされる。例えば著名なオ
ーストラリア原住民のケースとして、先住民の神聖なデザインが、オーストラリア企業家により絨毯に使われた(著作権法のない)ベ
トナムで製造された)⁽²²⁾というミルプル事件⁽²³⁾は後に見るが、アイヌ自身の問題としては従来必ずしも十分に議論さ
れておらず、しかし事実先行的にこの種の搾取問題は生じている(因みに、前記「生活実態調査報告書」によれば、民芸品関
連の事業者も近年は落ち込み、職種別のアイヌの所得比較でもこの分野は最低となっており、生活保護受給率も高く、⁽²⁴⁾ここには、搾取問
題の伏在、そして何らかの利益均霑の社会的必要性を窺わせる)。例えば、白老のアイヌコタンなどへ行くと、数多くの和
人の土産物店が並んでいて、(必ずしも古来あるものでないにしても)元来アイヌ民族が創作した刺繍や彫り物の商品販売
による利益は、アイヌ以外のものに占奪されていると言えよう(かなりのものが、アジア隣国で製造されていると仄聞してい
る)。しかもアイヌ側が、この種の利益侵害に苦情を申し立てたら、かえって相手方から脅されるという状況も報告



阿寒アイヌコタン

されており、事実上「泣き寝入り」状態で、アイヌ民族の経済的・政治的力の弱さゆえに、十分な保護スキームは与えられていないのが現実である（夙に、故結城氏も指摘する）⁽¹⁸⁶⁾。

もつとも、こうした意匠権侵害類似の問題現象への対策について、従来議論が皆無だったわけではなく、既に前節第二款でも触れた如く、(a) 故鳩沢佐美氏は、『対談・アイヌ』で問題提起していて、(i) 意匠権登録を取ることとか、(ii) アイヌ文化の伝承に関しては、アイヌ協会認定制のようなものを構築して、伝承権原を限定し、その商品化による俗化を防ぐ法的装置を議論していた。もつともこれに対しては、(b) アイヌ民芸品販売に従事する現場の声として、実際には、意匠登録は難しく、和人の観光業者にアイヌの看板を掲げることが禁ずるために、商号上の問題として扱われるべきことの提案もなされていた（成田〔秋辺〕得平氏）⁽¹⁸⁷⁾。

しかしなかなか実効的手段もないままにきている中で、ここで興味深い例として紹介しておきたいのは、(c) 土地利用のレベルで規制をかけることにより、結果的に、ここでの競争法ないし知的所有権法上の利益搾取問題にも対処している阿寒アイヌコタンの例である。すなわち、阿寒アイヌコタンの一画（湖畔の八一〇坪余〔二七〇〇㎡余〕）は、阿寒湖一帯を保有して、それを公共的目的に投じていることで有名な財団法人前田一步園が昭和三〇年頃より阿寒アイヌ住民に土地を無償提供（使用貸借）されておき、（ここには、アイヌ居住地を払い下げられた者からの一種の私的「補償」的なものを私は読み取る）、そこに整然とアイヌ民芸品店ないし住宅及び共同浴場、そしてアイヌ古式舞踊などが演じられるオンネチセが設けられている。そして、その契約目的が「アイヌ住民の共同生活のため」とされていることを受けて、当地アイヌ住民から構成される「阿寒湖アイヌ協会」の規約で、土地利用者（有資格者）をアイヌ民族に制限し、ア

イヌ所有の店舗・住宅の賃貸も原則として認められず、例外的に同アイヌ協会の「調整委員会」及び一步園財団の許可を経て（その場合もアイヌに賃借人資格を制限する）、できることになっているのである（同協会規約細則四項、六項）⁽¹⁸⁸⁾。かくして、知的所有権ないし商号レベルでの規制をせずとも、未然に和人の席捲によるアイヌ民芸品を巡る利益奪取は回避されている（さらに言えば、こうした土地利用スキーム（ないし資格制限）は、阿寒アイヌ住民のコミュニティの維持に寄与するところは大きく、注目すべき「まちづくり」例でもある。当事者がこうしたことを当初から想定したかどうかはともかく、いわば民間団体を介させた公共的住宅の提供に類似したインフラ整備であり、その社会的効用は「一挙両得以上」のものであり、大変意義深い実践例だと思われる。しかし将来的課題としては、使用貸借のもととなる信頼関係依存に伴う不安定要因を解消していくことではなからうか）⁽¹⁸⁹⁾。

③ 特許権との関係

やや話が広がってしまったが、もう一度知的所有権法レベルに戻して、次に特許法上の問題を考えてみると、これに関係がありそうなのは、種々の薬学的知識に関するアイヌの豊かな伝統文化である（例えば、ヒグマの胆のう〔腹の薬〕、ケヤマハンノミ〔増血、腹痛止め〕、キハダ〔傷薬〕、ノリウツギ〔汚れ落とし〕、クサノオウの黄色い汁〔肛門薬、湿布薬〕、フッキソウ〔風邪薬、肝臓腎臓の体毒出し〕、エゾエンコグサ〔トマ〕〔腹薬〕、オオウバユリ〔腹痛、便秘薬〕、タラノキの根〔胃腸薬〕、ハマナスの実〔疲労回復〕、マタタビ〔心臓薬〕、エゾノウズミザクラ〔キニン〕〔風邪防止〕という具合である）⁽¹⁹⁰⁾。アイヌ民族に関しては、法的紛争として顕在化していないが、こうした薬草知識の搾取（Diphthacy）に関しては、特許紛争が各地で地球規模的に生じて、それによる利益搾取は「南北問題」の大きな課題となっている。つまり、（多くは発展途上国の）伝統的薬学知識について、摂取した先進国の薬剤会社が特許を取得して、従来からの知識利用にはライセンス料を支払わなければならなくなるという知的所有権スキームによる搾取が問題とされているのであり（著名なものとしては、例えば、(i) 防虫・殺菌の効果のあるニーム（インドセンダン）について、アメリカの企業がその種子を輸入して殺虫剤を開発して特許を得たが（一九九二年）、その後取り消され、さらにヨーロッパ特許庁によっても取り消された（二〇〇五年）事例、また、(ii) ウコンについて、ア

アメリカ特許庁は、ミシシッピ大学医療センターに感染防止剤として特許を認めたが（一九九五年）、その後インド政府の新規性がないことを理由とする不服申立てで差し止められたというケースなどがある⁽¹⁷⁸⁾、アイヌ民族にとっても他人事ではない。

④ 国際的取組ないし若干の比較法との関係

この点は、国際法的には近時はかなりの議論がなされつつあり（例えば、既に言及した国連で採択が議論されている先住民の権利宣言では、二六条・二九条で、土地・天然資源に関する権利、伝統的権利に関する権利の規定があり、またリオの地球サミット（一九九二年）で署名された生物多様性条約でも、伝統的知識の利用に留意した利益の衡平な配分、遺伝資源を提供する国の主権が謳われている（八条丁項、一五条一項・七項））、わが国でも紹介されつつある⁽¹⁷⁹⁾。しかし問題は、第一に、開発途上国側は、それに応じた国内法の改正をしているのに対し、先進国側はこれと対照的に、国内法を従前どおりとしており（アメリカなどは、生物多様性条約の署名すら、バイオ産業を害するとして、拒否している）、第二に、従来の知的所有権法のスキームでは先住民の伝統的知識はうまく保護できないということである。後者（第二点）は何故かという点、「獨創性」「新規性」「著作者の存在」「物質的形式」「保護期間の限定」などという要件があり、さらには、個人主義的権利という前提があり、「口承」「流動的」「精神的・非物質的」で、「共同体的所有」の特徴がある伝統的知識ないしフォークロアとは、齟齬をきたしているというわけである。

アイヌ民族の民法問題を総合的に論じている本節では、この点を深入りできないが、これに対する対処策についてコメントしておきたい。第一に、知的所有権法制で保護されないとすると、個別交渉の契約的アプローチと言うことになるが、政治的・経済的力が弱いアイヌのような先住民民族にとっては、あまり多くを望めないであろう。そこで第二は、伝統的知識の保護に関心の強い国際的グループで、既存の知的所有権法以上の特別法制（*sui generis regime*）を作ろうとする動きが注目される。その代表的なものとして、太平洋コミュニティ事務局（Secretary of the Pacific Community）（一九四七年設立）による二〇〇二年の「伝統的知識及び文化的表現の保護に関する南太平洋モデル法」があり、

そこでは、(i)新たなタイプの集団的（共同体的）所有権を問題にし、(ii)アイデンティティないし民族的尊厳に関わる故に権利の存続も永久化し、(iii)安易に商品化にならないものとし、譲渡性・アクセスにも制限を設ける。さらに、当然のことながら、(iv)立法過程には、先住民が参画するなど、従来の知的所有権システムとの比較で、事態適合的に理論的検討を深め、さらには、国際法一般よりも法源性を高めようとする動きとも見得る⁽¹⁸⁰⁾。そうであるならば、その適用の射程を広め、アイヌ民族としても自主的参画をしていくことも有望なルートとなる。

さらに考えてみると、第三として、伝統的知識の問題のされ方も様々であり、従来の知的所有権制度で、どこまで先住民の利益保護ができるのかという類型的考察が必要であろう。この点で例えば、一つに、先住民が伝統的芸術の市場化に参画し、コントロールしようとしている場合には（アイヌ民族に即して言えば、最近のユーカラ座の取組がそうであろう）、既存の制度でも集団的保護ができる（また、その場合には、知的所有権制度の保護目的とも乖離していない）との見解が出されていることであり（Ch・フアリ論文⁽¹⁸¹⁾）、参照に値しよう。反面で二つ目に、観光アイヌ問題の冒頭に扱ったように、商品化・譲渡性になじまない伝統文化の保護に関しては、知的所有権法制の枠外の問題として、前述モデル法などを参酌しつつ、区別して国際的取組も交えて、更なる検討がなされるべきであろう。また、三つ目に、グローバルな問題に行く手前でも、民芸品に関わる空洞化・利益搾取の問題解決も一部の例外を除いて、決め手を欠く状況である（知的所有権の登録制度などにも乗りにくい）ことは既に見たとおりである。その場合には、こうした状況に鑑みた、観光コタンレベルのアイヌ民族への利益還元システムのローカルな制度構築、さらには、保護制度欠落による構造的利益搾取問題への対策として「アイヌ総合施策」（前掲（注（57））に対応する箇所参照）としての補助を考えていくなどの措置が必要であろう。

(178) だから、例えば、小川早苗さんが、「デパートのショウとしてのアイヌの踊りは、それが本当の踊りであっても見えて辛いで」とされる（松本ほか・前掲書（注（11））一五八頁）のは、この悩みを示しているし、また、塘路コタンのベカンベ祭り、コ

タンの祭りとして貫き、和人たちによる観光資源とされることを拒んだとされる(チカップ・前掲(注(166))一八八頁)のも、こうした事情を物語る。

(179) 吉田邦彦・民法解釈と揺れ動く所有論(有斐閣、二〇〇〇)第七章参照。このような議論をする際に、示唆を受けたのは、M・J・ナイディン教授の業績(MARGARET JANE RADIN, REINTERPRETING PROPERTY (U. Chicago P., 1993) chap. 4, 5; do, CONTESTED COMMODITIES (Harvard U. P., 1996))である。

(180) 鳩沢佐美夫「対談アイヌ」同・遺稿 沙流川(草風館、一九九五)(前掲書(注(42))一八四—一九八頁参照)。

(181) 結城庄司・アイヌ宣言(三一書房、一九八〇)二〇三頁(アイヌ観光では、一世紀前の風俗に似せた格好となり、商売として観光客を喜ばせることにより、観光客は時代錯誤となると言ふ)。なお、同氏は、「急進派」として片付けられやすいが、その社会問題の剔出の鋭さは改めて再評価に値すると思われる。

(182) 例えば、秋辺日出男「昔の青年の主張」久摺十一集(釧路アイヌ文化懇話会、二〇〇五)八二—八三頁、八七頁、九〇頁では、アイヌ文化の商品化として危ないことをしており、ステロタイプ化したイメージ作りには、責任があることを意識しつつ、アイヌの心を変えない、祖先に迷惑をかけないやり方を探っているとの指摘をする。そしてその上で、同「アイヌ文化と北海道観光」普及啓発セミナー報告集平成一五年度(アイヌ文化振興・研究推進機構、二〇〇四)一五—一七頁では、「観光」とは、見せ物ではなく、「地域の光」を見て「アイヌの良いところ」に触れることであり、アイヌの主体性の下に、自分の姿勢、生き様、アイヌ民族としての特性を伝えることが大事だとし、「アイヌの情報発信の素晴らしい仕掛け」を考えていて、ここに観光アイヌ論の新展開がなされているわけであり、注目されるであろう。なお、ユーカーラ劇の最近の公演については、竹内渉「ユーカーラ劇札幌公演を鑑賞して」けし風四七号(二〇〇五)七四—七五頁参照。この点で、最近「観光アイヌ」問題について人類学的に深めた考察をされている東村岳史助教は、アイヌを見る(そしてその「誇り」「尊厳」を説こうとする)側の多数派の視線・偏見・意識の批判的な捉え直しの必要を説くが(東村岳史・戦後期アイヌ民族——和人関係史序説(三元社、二〇〇六)二二八—二九頁、二二八—三〇頁)、新たな「観光」観による多面的な発信により、「相互に認識し合う誇り」にも展開が見られてくるのではないか。

(183) See, *Milipurruru v. Indofurn Pty. Ltd.* (1994) 54 F. C. R. 240; (1995) 30 I. P. R. 209.

(184) すなわち、一九九九(平成一一)年の調査では、①アイヌの第二次・第三次産業従事者の中で、一九九三(平成五)年の調査との比較で、民芸品製造業者の比率は、五・二%から三・一%に減り、民芸品卸小売業者の比率は、八・二%から五・〇%に減退している(前掲(注(151))報告書三三頁)。(2)所得であるが、民芸品製作販売部門の世帯平均所得は、年二九四万円と最低であり、混合世帯四九四万円、農村世帯四〇九万円、漁村世帯三九〇万円との間に格差が生じている(全体の平均は、三九四万円である)(同二

八頁)。(3)生活保護率にしても、民芸品製作・販売地区では、四二・九%で、都市地区の五四・四%に次ぐ高率である(同一六頁)。

(185) 例えば、戸塚美波子・金の風に乗って(札幌テレビ放送株式会社、二〇〇三)一三六—一三九頁、一四五頁では、木彫りペンダントを真似た業者に抗議した実例に触れている。

(186) 結城・前掲書(注(181))一六頁では、観光アイヌにおいては、アイヌ民芸品による収益は大きいとしつつ(当時)、アイヌ民芸品として販売される土産品の生産者ほとんどは和人であり、アイヌは民芸品製作業者から疎外されつつあり、これは、アイヌの組織の弱さ、経済資本の基盤の浅さの証左だと、問題を喝破している。

(187) 貝沢正ほか「座談会 現代の問題点——歩みを振り返って」郷内満・若林勝編・明日に向かって——アイヌの人びとは訴える(アリス館、一九八三)二二頁における成田(秋辺)得平発言。

(188) この一帯五〇〇haは、一九〇六(明治三九)年に、初代前田正名氏に払い下げられ、本件土地使用借関係の構築に当たっては、とくにアイヌからも「ハポ」(母)として慕われた三代目の故前田光子氏の尽力が大きかった。これについては、さしあたり、山口理喜三企画編集・前田一步園財団二〇年のあゆみ(前田一步園財団、二〇〇三)三四—三六頁参照。なお、財団法人の設立は、一九八三(昭和五八)年のことであり、権利義務関係が承継されている。また、アイヌコタンの土地利用は、秋辺今吉エカシ(阿寒湖アイヌ協会会長)によれば、一九五三(昭和二八)年くらいからであり(書類の遣り取りは一九五五(昭和三〇)年とのことである)(阿寒コタン有志「座談会」山本多助エカシ生誕百年をふりかえる)前掲(注(166))久摺特集号三八頁及び同エカシからのインタビュー(二〇〇五年一〇月)による)、阿寒町史編纂委員会・阿寒町百年史(阿寒町、一九八六年)五八九頁で、一九五九(昭和三四)年からとされるのは不正確であろう。なお、同財団現理事長の前田三郎氏により、本件関係契約書類を閲読する機会を得たが、原始契約(書)はもはや存在していなかった(しかし既に、利用契約を前提とした昭和三〇年の関係文書がある)。同氏のご好意について、記してお礼申し上げる。

(189) 「阿寒湖アイヌ協会規約」の閲覧については、秋辺日出男氏(前北海道ウタリ協会阿寒支部長)の配慮によった。記してお礼申し上げます。

(190) ちょうど、アメリカ合衆国ポストンの貧困地区のロックスベリ・ダドリー通りの近隣団体(NPO)が、住民に対して低廉住宅を提供して、住民の定着、地元の再生への積極的参加をインフラ面から促した事例(これについては、吉田・前掲(注(181))民商二九卷三号三一二頁以下(本書一三三頁以下)参照)と機能的に酷似して、興味深い。

(191) 阿寒の観光拠点であるアイヌコタンについて、前田一步園財団がアイヌ住民に不利益行為を将来的に行うことは、同財団のいわゆる「団体的社会的責任」(corporate social responsibility (CSR))の見地からもあり得ないことと思うが、金利も低く構造不況

が続く昨今のことであるので、紛争予防法学の見地からは、「まさかのこと」に備えたことも考えておかねばならない。すなわち第一に、使用借権に対抗力がないこととの関係で、同土地の所有権譲渡の回避を図ることであり（そのために既に同財団の寄付行為の取決めがあるとのことである）、第二に、借地借家法の適用がなくなるとも、このような土地利用関係の社会的意義の大ききゆえに、同土地の使用貸借契約の継続性の確保に努めることである（現行契約は、二〇一四年三月までとなっているが、民法五九七条一項にもかかわらず、更新する旨の合意を取り付けておくことが求められるであろう）。この点で、関係当事者は貸借借だと考えているふしがあるが、民法的には「不安定因子の大きい」使用貸借であり、その点をはっきり認識し、また従来の長年の実践を踏まえた予防法学的な詰めが必要であろう。さらに第三に、アイヌ居住地提供の将来的負担如何では、その公共的意義に鑑みて、同財団を国及び地方自治体が補助金などで、バックアップして、観光アイヌコトンのモデル例としていく価値は、本文に述べた様々な理由からしても充分あると思われる。

(192) アイヌの薬草知識に関する古典的文献は、吉田巖「アイヌの薬用並びに食用植物」人類学雑誌三三巻六号（一九一八）であるが、近時の手近なものとしては、萱野茂「アイヌの民具」刊行運動委員会編・アイヌの民具（すずさわ書店、一九七八）三二六―三二七頁、福岡イト子・アイヌ植物誌（草風館、一九九五）が有益である。

(193) See, Keith Aoki, *Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection*, 9 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 11 (1998); Kamal Puri, *Biodiversity and Protection of Traditional Knowledge*, in: DONALD CHISUM ET AL., *PRINCIPLES OF PATENT LAW* (3rd ed.) (West, 2004) 428-.

(194) 例えは、高倉成男・知的財産法制と国際政策（有斐閣、二〇〇一）三三九頁以下、鈴木将文「自由貿易体制における知的財産制度に関する一考察」名大法政論集二〇五号（二〇〇四）、青柳由香「伝統的知識、遺伝資源、フォークロア」石川明編・国際経済法と地域協力（信山社、二〇〇四）一三三頁以下、同「伝統的知識をめぐる問題の状況」企業と法創造一卷三号（二〇〇四）一〇一頁以下、大澤麻衣子「伝統的知識の保護と知的財産権に係る国際的な取り組み」同号一―一頁以下、常本照樹「先住民族の文化と知的財産の国際的保障」知的財産法政策学研究所八号（二〇〇五）など。

(195) sui generis 制度については、青柳・前掲（注（194））「伝統的知識をめぐる問題の状況」一〇五頁以下、大澤・前掲（注（194））一四頁以下でも触れられているが、本文で述べるモデル法については、それについてリーダーの地位を占めるベネーリ（Kamal Puri）教授の北大講演及び教授との質疑討論（二〇〇五年八月）に負うところが大きい。

(196) Christine Farley, *Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?*, 30 CONN. L. REV. 1, at 4, 55-57 (1997). ウィルソン「一〇日」「二〇日」の類型は、この論文から示唆を得ておるのべ、略述しておく。ここでは、伝統的

知識の保護を、既存の知的所有権と関連づけていて（しばしば説かれるように両者をアブゾリにミスマッチとはしない）、実際的である。すなわち、一つ目の場合には、伝統的知識を知的所有権の枠組みに乗せても、「表現の自由」との適切な衡量がなされることになるとする。また、二つ目の場合であっても、知的所有権は使われるが（例えは、前述ミルブル事件（注（18）参照）、その使用目的は、神聖なデザインの商品化（頒布・流通）の禁止というところであり、著作権法の制度目的とは異なる法使用がなされているとして）。そして、後者（二つ目の場合）は知的所有権の問題というよりも、「文化的植民地化」の問題であり、先住民芸術の硬直化（健全な伝統文化の発展の妨げ）にならないように、その保護のあり方を検討していくべきだとする（従って伝統的知識の過度の静態的保護にも批判的である）（*ibid.*）。アイヌの伝統文化の搾取の現状に鑑みると、もっと伝統文化の保護に重心を置くべきものとも思うが、踏まれるべき検討枠組みを示しているであろう。

第五款 おわりに

一 アイヌ文化振興法により、確かにその局面では、事態は好転しているが、他方で、アイヌ民族のその他の重要問題が閑却されるという弊も指摘されている。かなりの額の予算が計上されながらも、アイヌ民族の人々の現実の生活改善に必ずしも繋がっていないとの不満もしばしば耳にすることである。他方で、もう一つのアイヌ支援策の柱である「総合的施策」（従来のウタリ福祉対策）にしても、近年は先細りの傾向にあるが、ここで改めて何故アイヌ民族の支援（その意味での補償）を行っているかについての基礎理念的考察が求められているように思われる。

本節では、「民法問題」としてできるだけ射程を広く取り、満遍なくアイヌ民族の問題群を扱い、歴史的考察の概略も交えて、施策の根拠づけにも配慮したのはそれゆえである。最後に改めて、留意すべきことを簡単にまとめておくことにする。

二 すなわち、第一に、もう一度「文化振興法」制定以前の初心に立ち返り、アイヌ民族が抱える諸問題を見据える必要があるわけであるが、本考察を終えて痛感するのは、アイヌ民族問題における所有権問題の中枢性ということである。先住民族である彼（彼女）らの在来の所有権的権利は、いわゆる近代的所有システムの採用とともに、それ

までとは比較できないまでに、侵略・征服される形で、塗り替えられることとなり、その後も幾重にも利益閉却は続き、旧土人保護法レジームの最終局面としての「共有財産問題」の扱いの杜撰さも、先住民族への補償問題に関する議論が盛んな諸外国とは、極めて対照的である。

のみならず、そうした「悲劇的なわが先住民所有権史」の帰結は、その後に掲げた、貧困・差別の問題、さらには、文化・芸術的利益侵奪であるアイヌの伝統的知識の知的所有権問題への鈍感さに貫流し、いわば「通奏低音」となっている。その意味で、改めてアイヌ民族の所有権問題についての意識変革、それとともに、多民族共生時代に向けて過去の清算的補償問題を真摯に直視することが求められているということになる。

そして第二に、そうした核心的問題に迫るためにも、目先の利害関係に捉われるのではなく、大所高所から「社会的本質問題」に対峙する姿勢が必要であろう（その意味でも、「共有財産返還」などは、先住民族と日本政府との基本的レジームに関わり、しかも過去の歴史を清算するという核心問題に触れる事柄であり、これを巡って、民族内部で内扮しているのは好ましいことではなからう）。民族的アイデンティティに裏付けられた結束を——民族的マイノリティならばなおのこと——強め、そのためのネットワーク形成、また、公共的関心に志向するリーダーないし後継者の養成に努めることも肝要であろう。さらに第三は、その際の第三者（和人）の協力態勢ということである。アイヌ民族が従来 of 財産収奪の帰結として、社会的弱者が多く、政治的発言力も強くないことに鑑みると、とかくその法的支援は弱体になりがちである（折角、司法の場に声を発しても、「訴訟戦略」的に見て疑問に思うところも少なくない）。しかし、多民族・先住民族問題の解決の社会的重要性に鑑みても、先住民族マイノリティの社会的地位向上に向けて公共的視野から尽力するプロボノ的な法律家の役割は決して小さくなく、そのような法曹養成の充実も時代的要請であると思われる。

〔初出 シュリスト一三〇二号、一三〇三号（二〇〇五年）〕