

アイヌ民族の補償問題

— 民法学からの近時の有識者懇談会報告書の批判的考察

吉田邦彦*

1. はじめに（問題意識）

— アイヌ民族の民法研究の経緯及び近時の状況への所感 (具体的論点及び最近の注目すべき事実から)

アイヌ民族の民法問題を再論するにあたり¹⁾、本稿では、ここ10年余り行ってきた補償問題²⁾との関係に留意して再検討することを目的とするが、これは今後のアイヌ政策を考える際に、不可避の根幹問題と考えられる。日本における先住民族であるアイヌ民族の歴史を振り返ると、民法の基本的な制度である所有とか集団的不法行為（その救済方法としての補償）とかの考察を抜きにすることはできず、これを基礎に据えて今後のアイヌ政策を考えていくことが不可欠だということである。ところが、近時の「アイヌ政策の展開」では、十分にこうしたことが考慮されているとは思われず、この点について、批判的考察を加えてみたい（もしその背景に、政策方向の相違があるならば、それが何に由来するのかも、内在的に検討することは言うまでもない）。

ところで、アイヌ民族という先住民族問題は、昨今の世間の注目度は高いし、ある意味で旬のテーマであろうし、それゆえに利権も渦巻いている。また、大学等の研究機関への予算の出方が近時変貌したこともあり、この分野でのプロジェクト研究も盛んである。そして言うまでもなく、この領域での研究と実践、法と政策の繋がりは深く、研究者に課せられた役割も大きいであろう（後述する近時の審議会主義との関係でも）。そしてそれゆえに、「何のためのアイヌ研究か」「ア

編集部注* 北海道大学大学院法学研究科教授

1) 本論文は、関西大学法学研究所（マイノリティ研究センター）での研究会報告（2010年12月18日開催）及び釧路アイヌ文化懇話会での報告（2011年4月3日開催）に最小限の修正を施したものである。関係者には、この場を借りてお礼申し上げる。なお、本稿においては、北海道新聞（道東版）のアイヌ関係記事（ピアラ〔アイヌ語で窓の意味〕）を積極的に引用しているのも、釧路での同懇話会での報告を意識したものであることをお断りしておきたい。

なお、これまでの筆者のアイヌ民族の民法問題を論じたものとして、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を中心として」ジュリスト1163号、1165号（1999）、同「アイヌ民族の民法問題（上）（下）——所有権の問題を中心として」ジュリスト1302号、1303号（2005）〔いずれも、同・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題（民法理論研究第3巻）（有斐閣、2006）第7章に所収〕がある。

2) これについては、吉田邦彦・前掲書（注1）（2006）6章以下、同・都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」（民法理論研究第4巻）（有斐閣、2011）5章以下参照。

イヌの人たちの真の要請に対応しているか」などという研究の原点ないしモラル、知的誠実さが問われて、襟を正すことが求められるであろう³⁾。

また、本稿の問題は、どろどろした政治の世界に関わり、しばしば目先の動向に基づいて妥協を要請されることもあるであろう(本稿のような筋論では、「その実現はいつのことになるかわからない」と迫られたりする等)。しかし、研究・実践の連携において法学者の役割の主眼として、《原理的問題を含めて、論理的筋道をつける(議論の分析軸をあたえる)》ところに主眼があると考えており⁴⁾、法学研究者としての節操を崩すことは自殺行為であろうとも考える。私としても、研究者としての折り返し地点(50歳代)を迎えて、自身の研究の有限性を意識しつつ筆を進めることにしたい(本研究構想の実現は、死後になるかもしれないが、比較法的動向を踏まえて、大局を見据えつつ論を進めることをしなければいけないであろう)⁵⁾。

1-1 アイヌ民族を巡る具体的民法問題及び背景的課題

(1) (問題関心の経緯) 本稿でアイヌ民族問題を扱うのは、「迂路を介した」かもしれないが、学問内在的に一貫した流れで行っているつもりである。すなわちまずは、多文化主義・人種法学の議論(アメリカ法学)の影響があり、その上で、民族問題に関わる民法、とくに所有法の問題として扱いたいということであり(この点、巷間本問題は、憲法問題ないし国際法問題とされるのとは異なる問題意識であるが、諸外国では、こうした民事法的分析が蓄積されていることは見逃せない)、それとともに、補償問題(集団的不法行為の後始末の問題)として、隣国との戦後補償の問題(強制連行・労働の問題、在外被爆者の問題など)と繋がっている。アメリカなどでは、ユダヤ人虐殺(ホロコースト)、日系アメリカ人の強制収容問題、奴隷制問題、またハワイ原住民転覆問題などを巡り、多くの議論があることが比較参照され、アイヌ問題も性質上それと変わらないことに留意すべきである。

そして各論的問題意識としては、第1に、①アイヌの文化継承以外に、②財産ないし補償問題、③差別(学校でのいじめ、結婚問題など)、④貧困問題、医療福祉へのアクセス、⑤環境破壊の進行、⑥観光アイヌ(アイヌの商品化、アイヌ芸術などに関する所有権・知的所有権ないしそれに準ずる問題など)すべてを、民法問題として扱うということである。そして第2に、国際法的議

3) この分野の研究・実践事情に接していると、ときに、世俗的野心・見栄・社会的名誉欲が渦巻くこともしばしばで、また利権への群がりも少なくない(アイヌ民族関連予算の和人による消化の事態は、連綿と続く、わが国の少数民族抑圧の一つの表れと言えなくもない)。私も若い頃は、皆一途に研究しているものばかり思っていたが、中年化・高齢化すると、俗流研究者の多さが目につき、嫌になることは多い。その意味で、本報告の機縁となった、釧路アイヌ文化懇話会は、草の根の真摯な市民の集団であり、利権からの断絶を前提とした真摯な学問グループであり、貴重であると思われる。

4) この点については、吉田・前掲書(注2)(2011)156頁参照。

5) 比ぶべくもないが、この点で、チカップ美恵子さんの死ないし人生の有限性を意識した叙述(例えば、チカップ美恵子・アイヌ・モシリの風(NHK出版、2001)56頁(50年も生きた自分は人生の秋の季節にいて、いずれ来る冬には、土に戻るという)、同・月のしずくが輝く夜に(現代書館、2003)80頁(人生の秋とする)、227頁(人生の最終章とする)など)は、それゆえに、その透徹さは光っていると考ええる。

論（例えば、国連の先住民族の権利宣言の採択問題、台湾先住民族の特別法との比較研究）とともに、国内法（とくに民法）の議論の詰めが重要であり、それがなければ画餅に帰するというような危機意識が必要であろうということである。

(2) (アイヌ問題の核心としての所有権問題)何故アイヌ民族の問題において、民法問題が実は核心的かということ、再度敷衍しておくならば、アイヌ民族（先住民族）問題の根底には、所有権侵害・征服の問題があるからである。従って、その集団的とも言える不法行為の救済問題（補償問題）に直面することにならざるを得ない（後述のように、わが国のアイヌ政策論議では、不思議にこの点は明示的になされていないが、その状況は日本特殊であることは諸外国の議論を比較参照すればすぐわかる。そうした財産収奪、漁場（共有財産）の剥奪などの歴史的事実については、まずはそれを克明に伝えることが重要であり、安易な博物館構想（イオル建設〔野外博物館〕事業）には、眉に唾する必要がある。

この点で、近時注目される紋別アイヌの産廃反対運動（藻別川の鮭・鱒保護運動）⁶⁾も、背後には、この問題がある（同川の鴻之舞金山による鉍毒問題に加えての「環境的不正義」の問題であるが、さらにその歴史的背景を探れば、渚滑川沿いの渚滑アイヌは放逐され、環境が悪い紋別アイヌの方だけ、居住継続したという所有権征服の問題がある）。これを意識化するためには、例えば、類似事例として、ニューヨーク州における先住民族（オノンダガ・インディアン）からの土地権請求があるが、その眼目は、環境保護請求というところにある⁷⁾。

(3) (アイヌ文化振興法後の、アイヌ所有論の議論状況の低下という皮肉)ところで今日のアイヌ

6) 産業廃棄物等の嫌忌施設を巡る全国の訴訟状況については、吉田邦彦・環境判例百選（第2版）（有斐閣、2011）2事件参照。

7) これについては、さしあたり、Kirk Semple, *Tribe Seeks Syracuse, but a Clean Lake May Do*, THE NEW YORK TIMES, March 12th, 2005, B1, B4（これまで11平方マイルの居留地にいるオノンダガ・インディアンが、1788年から1822年までの一連の条約によるニューヨーク州の所有権取得は、不法なものだとして、土地所有権の確認を求めて提訴した。その所有権主張の対象範囲は、3100平方マイルで、シラキューズ市も含まれていて、アメリカでは最大規模の土地回復訴訟である。もっとも、その眼目は、①これまで汚染されてきたオノンダガ湖の浄化請求にあり、水質汚濁に関する企業も訴えており、②現住者への立ち退き請求とか、③損害賠償とか、④カジノ業に関する請求ではないとする。オノンダガ湖には、これまで産業廃棄物が廃棄され、1994年には、Superfund法（有害廃棄物除去基金が、1980年制定の総合環境対策補償責任法で創設された）の対象地域とされており、2004年11月にHoneywell社による4億4800万ドルをかけた湖水浄化工事を行う旨の計画が発表されている）;Kirk Semple, *Challenging History and Pollution: Onondagas' Suit Is the Largest Claim in State History*, THE NEW YORK TIMES, March 31st, 2005, B1, B8（前にも書いたように、オノンダガ民族は、一連の条約の問題から、シラキューズ周辺の3100平方マイルの土地の所有権の主張をしているが、その力点は、オノンダガ湖の浄化、環境保護にある。Superfund法により4億4800万ドルを投じて進める浄化計画では、なお不十分だとしている）。

このように、先住民族との関連での所有論の議論は、アメリカでは盛んである（カナダではもっとそうである）が、日本でのアイヌ民族の所有権について、わが民法学界では盛り上がらないのはどうしてだろうか。先住民族の法とのせめぎあい問題は、わが国では、一見封じられたように見えるが、それは暫定的状態であり、比較法的な一般的動向とも違っており、ius communeとlocal lawとの関係に配慮したrelational common lawsは、批判的な再評価を重ねていかなければいけないとは、2007年秋に来札（北大講演）されたGlenn教授（McGill大学）の言である。

民法問題の状況は、旧土人保護法廃止時よりも、悪化していると言っても過言ではない。「一本の苗木」とされた（故萱野茂エカシ）文化振興へのなだれ込み現象がある。確かに、アイヌ文化の教育問題は、重要なのでそれ自体は悪くはないが、それ以前に見られた他の問題の議論は委縮した感があるのである。

象徴的問題として、「共有財産問題」、「平取ダム問題」⁸⁾がある。すなわち、前者（「共有財産問題」）は、従来からのアイヌ民族の征服の歴史の清算としての——補償問題にも繋がる——重要問題であるのに、これについて、北海道ウタリ協会〔2009年4月から、北海道アイヌ協会に名称変更〕があっさり放棄するのは、理解に苦しむ。また後者（「平取ダム問題」）は、環境の世紀に逆行する動きであり、国家予算が逼迫するのに、大変な無駄遣いである。画期的だとされた二風谷ダム判決からのレッスンを何故生かそうとしないのか。ダム建設を前提とした環境アセスメントも、本末転倒で理解できない（故貝沢正エカシが存命だったら、どのように反応されただろうか）。また、アイヌ民族の伝統的な「入会」的な土地利用形態における環境保護思想から、今こそ学ぶ時であろう。

1-2 近年の注目すべき事実から

ところで、近時はアイヌ民族の政策展開の上で、重要な事実が積み重なっているので、本稿の前提認識として、それらを整理しておこう。

(1)（先住民族の権利に関する国連宣言（2007年9月））先住民族の権利に関する国連宣言は、2007年9月13日の国連の本会議で採択され、そこには言うまでもなく、関連する重要な条項がある。例えば、土地・資源への権利（26条）、同意なく没収され、損害を与えられた場合、土地、領土、資源の返還、賠償を求める権利（28条）がそれである。また、同化・文化破壊されない権利（8条）、集団的権利（35条）に関する項目もある。日本政府は、留保〔集団的権利を認めず、国益を害さないことを条件とする〕を付して、賛成したが、当時日本政府は、アイヌ民族をそこでの先住民族とも認めていなかった。民族的政治参加（民族議席）を認めないのも政府の立場（憲法学者でも支持するものが多い〔例えば、常本教授〕）であるが、多文化社会化の今日、いずれも疑問であり、再考が必要だろう。（この点で例えば、台湾における先住民族に関する民族議席が事実上認められていたという歴史は興味深い⁹⁾）

8) 2008年度の平取ダム関連事業に35億2800万円が計上されている〔朝日新聞2008年1月7日24面〕。2016年度完成を目指し、既に総事業費約1300億円の内7割が執行されていたが、2009年10月9日に事業一時凍結とされた〔前原国交相大臣（当時）表明〕。これに対し、川上満平取町町長は、事業継続要望を出し（2009年10月16日）、高橋はるみ同知事も、現地視察し、治水・利水のために、ダム事業は必要と述べたとのことである（2010年1月）〔苫小牧民報社ウェブ参照〕。

9) 台湾の先住民族に関する民族議席は、正式には、1991年以降の憲法改正（憲法増修条文4条1項2号）によるが、それ以前の1946年中華民国憲法の下でも、事実上認められていたとのことである。もっとも、同憲法では、わが憲法が民族議席を否定するとして憲法学者が説く日本国憲法43条（全国民を代表する議員で両議院を組織するという規定）にはほぼ対応する62条以外に、多民族国家を予定した民族議席を定める64条1項がある点で、日本とは事情が異なる。しかしそれは中国大陸を前提とした規定であり（モンゴル、チベット、

ともかく、本稿での問題意識は、国内法的に（特に民事的に）対応する保護が認められていないと、まさしく画餅ではないか（空振りに終わる）ということであることは前述したとおりである。その意味で、国際法的気運の高まりと、国内法的停滞・後退ムードとのギャップを、むしろ深刻に受け止めるべきである。

(2) (アイヌ民族を先住民族とする決議(2008年6月6日)) 2008年3月に、(超党派の北海道関係国会議員による)「アイヌ民族の権利確立を考える議員の会」が発足し(世話人代表は、今津寛自民党道連会長。その他世話人として、橋本聖子、鈴木宗男、鳩山由紀夫各氏ら)、アイヌ民族を先住民族と認めて、権利確立を求める国会決議を求める動きを起し、同年5月には、国連人権理事會が、日本政府にアイヌ民族との対話を勧告する。

その結果、同年6月に衆議院及び参議院において、「アイヌ民族を先住民族とすることを求める決議」が、全会一致で採択された。ここでは、「近代化の過程で多数のアイヌの人々が、法的には等しく国民でありながらも差別され、貧窮を余儀なくされたという歴史的事実を厳粛に受け止めなければならない。」とされ、「政府の施策としても、第1に、『先住民族の権利に関する国連宣言』を踏まえて、アイヌの人々が、日本列島北部周辺、とりわけ北海道に先住し、独自の言語、宗教や文化の独自性を有する先住民族であることの認め」、「第2に、同宣言の関連条項を参照しつつ、有識者の意見を聞きながら、これまでのアイヌ施策を更に推進し、総合的な施策の確立に取り組むこと」とする。(なお、2008年7月に、「先住民族サミット」アイヌモシリ2008も開催された。)

当時の状況としては、テーマを絞らずに、幅広く補償問題を論ずべしとの意見も見られたし、日本政府のアイヌ民族への謝罪がなされるべきであるとの議論もあり¹⁰⁾、いずれも真つ当な意見だと思われる。

(3) (アイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会報告書(2009年7月)) しかし、その後発足した「アイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会」の報告書では、そのような方向には至らなかった。同報告書は、「ウタリ対策のあり方に関する有識者懇談会報告書(1996年)」と比較してみても、正直大差ないと思われる¹¹⁾。以下にその留意すべきところを摘記しておこう。

華僑、辺境の各民族に触れられる(2~5号))、台湾を明示的に予定していないものを「流用」して、台湾の先住民族について事実上同様の扱いをしていたところが興味深いのである。わが国でも、憲法制定時には想定されなかった「多民族国家的理解」が高まれば、少数民族代表に関する事実上の柔軟な扱いについて、示唆を与えるのではないか。今後の課題として、問題提起しておきたい。

10) 例えば、北海道新聞(道東版)(夕刊)2008年6月10日11面では、これを機に、政府による過去の謝罪、賠償と権利回復を求める議論を始めるべきで、過去から現在に続く国家責任を明らかにすべきだ。協会内には、土地所有等の権利問題を正面から議論することに慎重論もあるが、テーマを絞らずに議論すべきだとされている(秋迎得平氏)。また、松本成美「『アイヌ先住民族』国会決議の意義」久摺12集(釧路アイヌ文化懇話会、2008)9頁、11頁は、国会決議をうけて、今後の展開として、日本政府は、過去のアイヌ政策の非を認め、アイヌ民族と正面から向き合って謝罪の言葉があつて然るべきだと強調されていた。

11) この点で、本報告書23頁は、1996年報告書では、アイヌ民族の先住性を認めるが、それは事実上のもので、政策と結びつけられていなかったとして、区別しようとするが、大同小異のように思われる(むしろ、補償問題に言及しない点(後述)では、後退しているのではないか)。

①（評価すべきところ）まず評価すべきは、第1に、前記国連宣言を参照しながら、アイヌ政策を考えるべきだとしたところ（25頁）、第2に、歴史的経緯を踏まえて、「国の強い責任」を指摘したところ（24頁、28頁）などが挙げられる。しかしいずれも一般論ないし方向性のレベルであり、その具体的成果は乏しい（次述）。

②（問題点）しかし次のような問題があると思われ、その提言の斬新さはあまりないようである。

(i) 第1に、やはり、文化復興という文化面への限定がなされているところ（言語、音楽、舞踊、工芸、土地利用形態等広く捉えるべきだとするが）（24頁、30頁以下）は問題で、土地利用の再検討として考えられるのは、イオルであり、これは博物館類似の公共工事であり、現実のアイヌの人々の貧困対策とは無縁であり、眉唾であろう。

(ii) 第2に、それに関連するが、アイヌ民族の歴史の根幹は、所有権侵害ないし広義の財産権侵害（例えば、旧土人保護法という差別的立法による金融上の損害）であることが看過され、それに対する救済法理として、補償問題（集団的不法行為問題）が伏在することへの理解が、欠落している（報告書を取りまとめた常本照樹教授によれば、意識的に回避したとのことである）¹²⁾。その結果として、(a)謝罪がなされていない（この点も、同教授によれば、道義的・倫理的非難については、政府が主体的に判断し、また過去の問題に留意した政策の展開でカバーするという回答であった。しかし補償問題についての救済は、そういうものではないであろう）。

また、(b)アイヌの福祉政策・生活向上施策の背後には、補償問題があることが閑却されて、それゆえに、あまり保護すると逆差別になる等の論理を滑り込ませている（26-27頁では、特別扱いする合理的理由が必要だとする）。

(c) それゆえに、本報告書で「国の強い責任」を謳いながら、「アイヌ文化振興法関連の文化政策」についての国の予算（補助率2分の1）は高まっているともいえず、さらには肝心の「生活向上施策」に対する予算の道の負担の方も不透明で（それに対する国の補助（2分の1）が増えるという話は今のところ聞いていない）¹³⁾、道の予算の逼迫との関連で、縮小される嫌いがあり、これでは本末転倒であろう。

12) 北海道新聞（道東版）（夕刊）2008年8月4日9面では、先住民族にとって不可欠の土地に対する権利、先住権が、報告書に十分に盛り込まれておらず、償いということがないとする（松本成美氏＝秋辺得平氏）。また、萱野志朗「総括甘い報告書素案」同2009年7月7日9面では、「総括は甘く、加害者側の視点・反省は見られない。」「アイヌ民族に議席を付与すべきである。」「先住民族の処遇の仕方は、その国の成熟度のバロメーターである。」とするのも、本文に記すこととオーバーラップするであろう。

13) データ的に、第1に、「アイヌ文化振興法関連」予算での国の補助は、平成19（2007）年度には3億4千9百万、同20（2008）年度は3億3千8百万、同21（2009）年度は、3億5千2百万、同22（2010）年度は3億2千4百万であり、第2に、「アイヌ生活向上施策」予算に対する国の補助としては、平成19（2007）年度は8億4千8百万、同20（2008）年度は8億1千7百万、同21（2009）年度は7億9千2百万、同22（2010）年度は7億8百万ということである（申請も減っているとのことである）。以上の情報提供は、内閣官房アイヌ総合政策室の澤野宏氏による。記してお礼申し上げる。財政的に、「国の強い責任」は未だ反映していないということであり、遺憾な事態であろう。因みに、アイヌ文化振興・研究推進機構に行く、アイヌ文化振興法関連の予算の3分の1ほどは、白老、平取でのイオル建設（さらには今後作られる予定の象徴空間）に使われるとのことであり、このあたりも考えさせられるところであろう。

(iii)第3に、アイヌ民族の集団的アイデンティティと言いながら、個人権の保護をベースにして(27頁以下)、限界がある。どうして、民族の集団的権利を認めようとしなないのかにも、疑問がある(これは論理必然のものではないだろう。しかし集団的権利を否定するという日本政府の公式的立場の踏襲とのことである(常本教授))。「入会団体類似」ならば、その名義での土地権、補償に対する権利はあってよいし、民族的アイデンティティのためには、その集団的・民族的な政治的権利(例えば、民族議席)なども、あってよいだろう。

以上を要するに、1996年の報告書との連続性が大きく、先住民族性ないしそれに対するこれまでの侵略・搾取に対する救済の政策的展開としての踏み出し方は、限定的であり、「妥協の産物」的でお役所文書の側面が強い。

③(アイヌ権利回復の多数者の利益との一致論?)ところで、この報告書との関連で、議論を呼んでいるのは、常本教授の「アイヌ権利回復における多数者の利益との一致論」である。すなわち、同教授は、アイヌの権利回復主張にあたっては、多数者の利益との一致という戦略的なことを考えないと実現しないと論じて¹⁴⁾、議論を呼んでいる¹⁵⁾。

考えるに、常本教授の主張は、要するに経済学的にパレート優位な方が、コンセンサスは得られやすいと言うだけのことで、アイヌ民族の権利主張がそれに止まるという含意であれば、おかしなことである。主張のぶつかり合いにおいては、トレード・オフということはしばしばである。しかも本件は、アイヌ民族への歴史的不正義(集団的不法行為)に対する救済としての権利回復という側面が強いのである(だから、過去のアイヌ民族が受けた損害の填補としての補償行為を「トレード・オフ」として捉えてよいかは、問題なのである)から、そうした形での「有識者による国民の方向付け」が求められるのに、その主張を抑制するような議論を展開されるのは、遺憾なことと言えよう。その意味で、秋辺氏や上村氏の反論は、もっともなことなのである。大体補償という議論はしない方がよいという役人的発想は、どこから出てくるのであろうか。

2. アイヌ民族の歴史(幾重もの「所有侵害のくびき」) — 土地問題を中心に

和人とアイヌ民族との抗争、抑圧・征服・同化の歴史は、1000年以上に及ぶ。しかし明治維新以降に、その侵食の度合いが一層高まり、所有法上悲惨な状況になっているということが、押さ

14) 常本照樹「アイヌ民族の権利回復——利益実現へ戦略的対応を」北海道新聞(道東版)(夕刊)2009年4月14日11面(そのほか、同教授は、こうした主張を既に、同「国内法における先住民族——アメリカを中心に」文化人類学研究5巻(2004)49頁以下でも述べていた)。

15) 例えば、秋辺日出男「アイヌ民族の権利回復——難しい対応・理論と現実」北海道新聞(道東版)(夕刊)2009年6月23日9面では、「多数者の利益につながろうが、つながるまいが保障という考えに立てば、国民の理解を待つ必要は全くなく、やるべきことはやるべきだと言ってしまいたいところだ。」と述べているし、上村英明「先住民族の権利実現目指し——政府は“国際基準”尊重を」同2009年6月9日11面も、「常本教授のトレード・オフ論は誤解の元であり」、(同教授に)「歴史的に不当に差別され、権利剥奪されてきた先住民族の権利回復に、法学者としての『知恵』を生かすことが本質的任務なのだから、法学者として、また良識ある市民としての積極的対応を心から期待する」(同教授はそうしていない)と批判する。

えられなければいけないだろう。

(1) (江戸期以前) アイヌ民族と和人ととの確執は、既に1000年以上前の奈良・京都の時代から記録があり(さらに、アイヌ民族は、日本人の原住民との捉え方もある¹⁶⁾)、例えば、近時のアニメ映画『アテルイ』(出崎哲監督)(平安時代、坂上田村麻呂の頃、当時のエミシは、優勢であった。789年の戦いでは、大和軍の死者は千余人、負傷者は二千余人に対し、エミシの確認された死者は、89人だけであり¹⁷⁾、当時のアイヌ民族の優越ぶりが分かる)は二風谷での会合でも放映された。

ただ、通常のアイヌ史で出てくる両民族の闘争は、室町時代以降である(すなわち、室町時代のコシャマインの戦い(1456-57年)、江戸時代初期の日高首長シャクシャインの蜂起(1669-70年)、飛騨屋久兵衛との関係でのメナシ・クナシリの戦い(1789年)がそれである)。また、アイヌへの抑圧は、商場知行制、さらには、場所請負制によってなされ、その下での漁労狩猟(そこにおける搾取と自立)については、後述するが、ここで確認したいのは、それでも当時は、基本的には、蝦夷地「隔離」(その意味での鎖国体制)であったということである。

(2) (明治維新以降の「近代」土地所有権システム)

①(無主物先占(民法239条2項)の論理から)しかし明治維新以降は、明治5(1872)年の北海道地所規則、明治10(1877)年の北海道地券発行条例によって、「旧土人住居ノ地所」は、官有地とされて、ここには、いわゆる「無主物先占」的発想があり、その反面で、それまでのアイヌ民族の何千年間の土地利用権は、無視されていることは見逃されるべきではない。

そしてその上で、本州から移動してきた和人に対して、北海道(アイヌ・モシリ)の大量の土地払い下げ(明治19(1886)年北海道土地払い下げ規則、明治30(1897)年北海道国有未開地処分法)がなされたわけである。

②(アイヌ民族の生業の締め付け)他方で、アイヌに対しては、狩猟禁止(明治22(1889)年)、鮭の禁漁化(明治29(1896)年)の措置がとられた。その関連で、従来、濫獲などによる不漁・飢餓問題が強調されていた(故高倉新一郎教授)が、それは、それまでのアイヌ民族の豊かさ、ないし明治体制によるアイヌの生業奪取、財産搾取を隠蔽する効果を持ったことに注意を要する(井上勝生教授)¹⁸⁾。

16) これについては、梅原猛ほか・アイヌは原日本人か(小学館創造選書)(小学館、1982)。なお、梅原猛教授は、単なる自然人類学的な繋がりレベルのみならず、アイヌ文化には、狩猟採集文化としての日本の縄文文化を最も純粋に残しており(そして東北の人たちは、蝦夷の子孫であり、縄文時代に東北は日本で最も高い文化を保持したとする)、日本文化の基層・古層をなすという見地から着目されている。とりわけ、そこにおける、「まれびと」信仰(人間の世と神の世との往来)における動物(熊など)の神化(これに対して、農耕社会では、人間化した)、霊送りの宗教、また、「自然と調和して生きるという思想」に留意され、——農耕・牧畜社会の「人間の自然からの孤立化」から生じた仏教、キリスト教、儒教とは対蹠的な——原文化的なものを見ておられて(梅原猛ほか・アイヌ学の夜明け(小学館ライブラリー)(小学館、1994)13-14頁、37-41頁、45-46頁、52頁、65-67頁、69-70頁など参照)、この面でも、極めて注目し値するであろう。

17) 上村英明・知っていますか? アイヌ民族一問一答(解放出版社、1993)31頁参照。

18) 井上勝生「保護法制定前夜のアイヌ民族——十勝アイヌと共有財産」(2008年1月12日)(北大アイヌ先住民

その上で、明治政府は、アイヌ民族に対して、農耕を強制しようとし、そのための土地として、「アイヌ民族保護」と称して、概して不毛の未開拓地を賦与するという対策を取るわけである。これは、明治16-17（1883-84）年根室県・札幌県管内旧土人救済方法に始まり、明治32（1899）年法律27号北海道旧土人保護法として結実した（そしてこのような法的スキームは、平成9（1997）年の廃止まで存続した）。

(3) 留意事項

①（勸農主義的土地所有権思想）本法律によるアイヌ民族に対する5町歩（5ha）の下付というのは、農業の開墾に15年以内に成功することが条件となっており（1条、3条）、それまで狩猟漁労を生業としてきたアイヌ民族にとっては、戸惑うものであったし、宛がわれた下付地は、不毛な傾斜地なども多く（釧路の春採コタンの場合等）、成功しないところも少なくなかったことに注意が必要である。

なおこの点で、農耕資本主義的な所有論の見地から、（保護法以前の）アイヌの所有権を否定する民法学者の見解（加藤雅信教授¹⁹⁾）などは、受け入れられるものではないと考える。

②（譲渡制限の金融上の意味）2条では、下付地に関する譲渡制限の規定があり、とくに担保の設定ができないとされることは、金融が得られない（それゆえに、对人的信用がない）ことを意味しており、事業を興そうとするアイヌ民族にとっては、決定的な打撃であった²⁰⁾。従ってかろうじて、2条の規制から漏れていた、賃貸（小作）を金融的に利用していたくらいである（つまり小作料の先払い）。そしてこのような倒錯的小作からすると、これに農地改革を実施するのは問題であった。

この点で、想起されるのは、アメリカ黒人に対しても、人種差別的な金融制度が20世紀前半には、採られていたということであり、これが、アメリカの黒人の居住隔離の背景をなしたということである²¹⁾。

③（先住民の土地利用との関係）①の措置は、裏面として、それまでのアイヌ民族の土地利用を無視・黙殺しているということであり、それを前提とした先住民の土地利用侵害という集団的不法行為については、補償問題が伏在している。わが国では、未だ近時の有識者懇談会の報告書でも、これに触れようとしませんが、かかる対応は極めて異例であり、アメリカなどでは、アメリカンインディアンとの関係で、民法（所有法）の問題として、議論が蓄積されていることに注意を喚起しておきたい。

④（旭川近文アイヌの特別扱い）旭川の近文アイヌに対しては、近くに第7師団という軍事基地があったこともあり、特別法である昭和9（1934）年旭川市旧土人保護地処分法により、不利益

センター講演）、同「戦前期の北大植民学について——高倉新一郎の植民学（アイヌ史）」（2007年6月7日）（北大文書館講演）に、教示を得ている。吉田邦彦・前掲書（注1）311頁も、高倉叙述に拠っているところがあり、改める。

19) 加藤雅信・「所有権」の誕生（三省堂、2001）168頁以下参照。

20) この点は、荒井源次郎・アイヌの叫び（北海道出版企画センター、1984）33頁参照。

21) これについては、吉田邦彦・前掲書（注1）68頁以下、313頁、351頁参照。

待遇がなされ、下付されたのは、通常の5分の1の1町歩（1ha）に止まった（1条）。そして残りの5分の4は、次述の「共有財産」として処遇され、同庁長官の管理下に置かれたが、その管理たるや不明朗且杜撰で、20世紀末の返還手続きも諸外国の研究者に話すことも憚られるほど、いい加減なものであった（算定もいわゆる名目主義であった）（次述参照）。

3. 近時の民法的諸問題その1 ― とくに共有財産返還問題

(1) 共有財産返還のプロセス

平成9（1997）年のアイヌ文化振興法（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9年法律52号））（その前提には、1984年に北海道ウタリ協会が出した、「アイヌ民族に関する法律（案）」（アイヌ新法といわれる）があったが、その文化振興面に絞り、立法されたもの。アイヌ新法には、差別撤廃、アイヌ特別議席、経済的自立促進施策、民族自立化基金などが含まれていた）の制定とともに、北海道旧土人保護法の廃止がなされ、それとともに、同法附則3条に基づく共有財産返還手続きが行われた。

そしてそのプロセスを略述するならば²²⁾、平成9（1997）年9月に、共有財産の官報による公告（1年以内の請求が求められた）がなされ、同10（1998）年11月には、旧土人共有財産等処理委員会が設置され、同11（1999）年4月返還・不返還の決定がなされるというものであった。しかし、このプロセスに対しては、周知のように、返還手続の無効確認ないし取消し訴訟（行政訴訟）が提起された。しかし、これに対しては、却下ないし棄却の判決（第1審（札幌地判平成14.3.7）、第2審（札幌高判平成16.5.27））、さらに、最高裁も、上告不受理決定（最決平成18.3.24）という形で、斥ける形で着したかのごとくである。しかし、そう単純なものではないことを次に述べよう。

(2) 若干のコメント

本問題は、まさしく北海道旧土人保護法による「アイヌ給与地」、さらにはそうならなかった共有財産の処遇にかかわる事柄であり、アイヌ民族史の根幹をなすのが、所有権問題であり、それは補償問題に繋がるという本稿の問題意識との関連でも、重要な問題であり、十分に注目されるべきであろう（それなのに、当時北海道ウタリ協会は、道庁のこうした進め方に異論を唱えなかったことは、理解に苦しみ、また近時の有識者懇談会の報告書でも触れようとしなないのは、民法の見地からは、理解できず、これは意識的に補償問題に踏み込まないとの立場にも関連しているかもしれない）。従って、今となっては、「後の祭り」の感も無くはないが、問題点を列挙しておこう。

①（脱漏した共有財産の問題）すなわち第1は、公告された共有財産には、かなりの脱漏財産があることが、共有財産訴訟で明らかとされ（井上勝生教授の尽力による）、これはアイヌの財産問

22) これについては、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、2004）。また、本稿のコメントに関する詳細は、吉田邦彦・前掲書（注1）355頁以下参照。

題の清算手続きとして、原理的にも補償法学上の重要なプロセスなのに、その杜撰さを窺わしめる。追加的にやればよいというのが、司法の立場だが、その後どれだけ慎重な補足手続きがなされたのかも、怪しいところがある。

②（「増額評価」手続の不在）第2に、一番問題であるのは、名目主義が採られ、「増額評価」がなされていないところである。「名目主義」がとられる典型である金融取引契約の場面（そこでは、名目主義の理由として、金融取引の膨大さ故に、増額評価プロセスを行うことの実際の困難さにも触れられる）と、本件とは大いに異なる。本件は、具体的衡平が求められる不法行為領域、ないしそれに類似する、共有財産管理委任契約における、管理の杜撰さに関わる責任問題にも関係し、あっさり「増額評価手続」もせずに、名目額の返還だけで事足りるとの判断は、民法学的には理解し難いところがあり、このような制度設計における民法研究者の介在の欠如なども関係しているのかもしれない。

③（民事訴訟の余地）第3に、本件は、行政訴訟に拠ったわけであるが、行政訴訟に伴う制約は否定できず、民事訴訟（増額評価しての返還請求、さらには、杜撰な共有財産管理責任追及の問題。つまり、道庁の財産管理の責任訴訟である）をどうして問題にしなかったのかという疑問は拭いきれない。共有財産訴訟は、本人訴訟としてなされているわけではなく、だとすると、担当した弁護士の訴訟戦略の問題、法律家の責任問題にまで発展する余地はあろう。

④（期間制限の厳格さ）第4に、期間制限の問題であり、アイヌ民族からの権利主張を封ずる期間制限は、1年としており、恐るべき厳格さである。所有権問題という権利の重大さ（所有権問題は、消滅時効にかからないというのは、時効法の基礎であろう）に鑑みても、権利意識の弱いアイヌ民族の事情（同化圧力の強さ故に、アイヌ民族としての権利主張は、抑圧されているとも言える）への配慮は希薄であり、行政の便宜のみが先に立つ、「所有権抑圧・征服してきた補償問題にもかかわる総決算」としてのプロセスとしては、あまりにも一方的であり、先住民族のパワーが強い諸外国ならば、とても受け入れられないものであろうし、先住民族の権利高揚の世界的潮流の時代にも逆行するもので、その意味で、懇談会報告者が批判的にコメントしようとしのないのも、不可解というより他はない。

(3) アイヌ共有地問題の背景——「場所請負制とアイヌ」論小史

ところで、近世漁場制度たる「場所請負制」におけるアイヌの位置づけに関する北方近世史の研究は進展し、①近代資本主義（その資本蓄積）に類比した形態論的研究から請負人の経営帳簿の実証的研究に向かい、また、②場所請負人制度下の「出稼ぎ（二八取り）漁民ないし浜中漁民」の役割、さらには、アイヌ漁民の「自分稼」の意義も重視されるに至っている。

そのことの帰結として第1に、アイヌ漁民の搾取の面とともにその自立性にも留意されることとなり、「場所共同体」としての漁民サイドの組合・団体形成が道東の漁場の共有地ないし共有財産の背景として指摘され、第2に、東蝦夷地におけるアイヌ活動の独立性の高さも認められている。また第3に、アイヌの「自分稼」の一環としての遠隔地漁業形態の存在も指摘され、この点で、共有地裁判における原告が、天塩川、千島でのアイヌの活動の主張をしていたことも想起されよう。ともかく、幕藩期の鎖国法制ゆえの「夷北のことは蝦夷次第」という権力関係と明治維

新以降のその崩壊という時代推移が背景となっており、いわば、前近代のアイヌ漁民の活力をうかがい知る結節点としての「共有財産問題」なのである。

(4) 各論的考察——厚岸、近文の場合

① ((その1) 厚岸における共有地訴訟²³⁾) 厚岸における共有地の背景としては、アイヌ民族の先覚者太田紋助(1846~1893)の存在が無視できない。そして、1950年代に問題浮上し、固定資産税に堪えられず、釧路市長の共有財産管理が解かれ、アイヌ共有者への引渡し、そして、賃借人への売却という処理がなされた(1953年4月)。

しかし、厚岸ポンモシリ(小島)の問題は残された(当時アイヌ共有地は海没したとされたが、公図上は小島中央部に存続していることが判明した)。これに対する、アイヌ共有財産相続人(三田一良さん)からの共有財産処分の無効確認訴訟(行政訴訟)が提起され、これについては、処分には当たらないとして請求が棄却された(釧路地判平成11.4.27;札幌高判平成11.11.30;最判平成12.3.13)。さらに、小島17番地について、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、判決(釧路地判平成14.3.19)は、請求棄却したが、小島17番地は、水没したという道・厚岸町側の主張は、斥けられている。しかし、国・道側は、もはや共有財産(共有地)を管理していないという理由から、実測を拒んでいて、「有耶無耶のまま迷宮入り」の観がある。

民法の問題点として、第1に、明治40(1907)年の小島17番地の共有地取得の際の指示対象の錯誤の有無(しかし、錯誤だとしても、当事者が主張していないから有効であろう)、第2に、契約解釈としての基準の問題として、(i)当時の当事者の意思(島北部)か、(ii)公図なのかという問題(なお、前者に解しても、海没しても直ちに所有権の対象とはならないわけではないというのが判例である(最判昭和61.12.16民集40巻7号1236頁))、第3に、島中央部の小島17番地の取引がなされたと解した場合に、それを「国有地」と称しての事後的処分(昭和35(1960)年のそれ)の、無権限の処分としての無効性、そうだとすると、学校用地部分その他についての、取得時効の成否という問題がある。(しかしそれでも、同17番地でまだ処分されていない部分については、アイヌ共有地が残っていると解される。)

他方で第4に、道庁のそうした処分には、管理責任が問われうる。さらには、低廉賃貸を継続し続けて、事実上アイヌ共有者に共有地譲渡を余儀なくさせたことについても、善管注意義務違反(民法644条違反)であり、損害賠償責任を負うべきものであろう。(こうした杜撰な管理責任問題は、近文共有地など他にも幾らでもあったことも忘れてはならないが、アイヌ文化振興法附則3条の手続時(平成9(1997)年)から、消滅時効期間が進行していることにも留意が必要であろう。)

② ((その2) 近文の共有財産問題²⁴⁾) 旭川の近文においては、明治20年代に近隣のアイヌを集中させられた。もともと人工的に作られて、住宅も、伝統的な笹小屋ではなく、簡易な柵小屋が分

23) これについての詳細は、吉田邦彦・前掲書(注1)363頁以下、さらに、堀内光一・消されたアイヌ地(三一書房、1998)、同・アイヌモシリ奪回——検証・アイヌ共有地財産裁判(社会評論社、2004)参照。

24) これについては、吉田邦彦・前掲書(注1)322頁以下。

与された(共有財産の賃料による)。しかし、その後旧陸軍第7師団が設置されて(明治32(1899)年)、3回もの近文土地紛争が生じた。

すなわち、(i)第1次紛争(明治33(1900)年)は、政商大倉喜八郎により、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るが、天川恵三郎エカシの尽力で取り消された。(ii)第2次紛争(明治36(1903)年)は、再度全戸移転が問題となり、結局、道庁は、官有地46万299坪を旭川町に貸し付けて(貸付期間30年、賃料年299円19銭4厘)、旧土人1戸につき、1町歩を貸付け(転貸)、その他は、「模範農耕地」とされる。(iii)第3次紛争は、給与地の返還運動(昭和6(1931)年以降)である。そして結局、昭和9(1934)年の旭川市旧土人保護地処分法(法律9号)に結実する。

しかし、(i)特別縁故ある旧土人49戸に、「単独有財産」として、各戸1町歩の無償下付に止まり、(ii)その残りは、「共有財産」とされて、同庁長官の管理下に置かれる。しかし、(iii)戦後の農地改革時(昭和24(1949)年)に、近文共有地86町歩は、地代金67万円、離作見舞い233万円、計300万円をコタン50戸に支払う(各戸6万)ことで決着される(借地人(代表浦本庄作氏)への売却である)。そして、戦前戦時中に、同共有財産については、(a)旭川師範への無償寄付(1万5000坪)、(b)近文・大有・教育大付属小学校への寄付(各、6900坪、5350坪、5980坪)、(c)道路用地への寄付(900坪)、(d)軍需工場への貸し出し(1万4000坪)(年40円)及び同地の道庁による道立林産試験場としての坪500円による買い上げ(昭和31(1956)年)などがなされた。

以上については、共有財産としての扱いがそもそも不利益処分であり、さらに、戦前・戦中の共有財産処分に関しては、管理責任を問う余地があり、農地改革時の強制的処分にも、同様の問題があり、そうした管理責任は、道庁(知事)の共有財産管理態勢から解放された平成9(1997)を責任追及の期間制限の起算点とできるが、もう10年の時効期間は経過しており、後は、自然債務ないし道義的な補償責任を問題にできると言うことになろう。また、前述の共有財産返還時の責任も併存することは言うまでもない(前記国会決議を受けて、返還手続きにつき、増額評価手続き、期間延長も含めて、制度の再構築の必要性があることは後述のとおりである)。

(5) (共有財産問題とは別の土地補償問題)以上は、とくに近代土地所有システムの土俵上の財産(所有権)保障の問題だが、さらに、アイヌ地の土地侵略・征服にかかわる「補償」(reparation)の問題は残る。その具体的対策(貧困対策など)の検討が重要であろう。つまり、福祉対策の背後には、責任ないし補償の問題があることに、留意される必要があろう。

この点で、7年ごとになされ、アイヌ総合施策(従来のウタリ福祉対策)の参考資料とされる「アイヌ民族生活実態調査」が注目されるが、最新の調査は、2006年10月に実施され、差別・生活苦が激減と報ぜられて、議論を呼んでいる(前回(1999年)調査との比較で、前者は12.4%から2.1%に減少、後者は31.0%から0.3%に減少という結果が出た)。しかし生活保護率は、上昇しており(3.83%と0.11上昇)、年収100万円未満の人の割合も上昇し(8.1%と1.7上昇)、高校・大学進学率も道内平均との差が拡大している。さらに、調査の聞き方の問題とか、孤立的に生活して

いるものは調査外になっているとか、指摘されており(秋辺得平氏)²⁵⁾、一概に生活状況が改善したとは言えないだろう。

4. 近時の民法的諸問題その2 — 環境問題

(1) (二風谷・平取ダム問題) 既に触れたように、近時は、平取ダム建設の問題が浮上しており、改めて、二風谷ダム訴訟(札幌地判平成9.3.27判時1598号33頁)は活かされているのかが問われなければならない。周知のように、二風谷判決(一宮判決)では、文化的享有権(国際人権規約(自由権規約)27条)を援用したことで注目される。そして、「文化的所有権」(cultural properties)について一言すれば、長年の土地利用権(所有権)ないし自然環境思想と密接な関係を有することに注意が必要で、その属性として、「譲渡性」(alienability)「金銭代替性」(monetary fungibility)を有しないという側面があるのではないかという問題は十分に原理的に詰められているとは思われない。二風谷ダム水没地、平取ダム建設予定地に、チノミシリ、チャシ[多用途で、①砦以外に、②居住区、③祭祀場所、④鮭などの資源の見張り場だといわれる(釧路市埋蔵文化財調査センター松田猛所長)²⁶⁾]が出てきていることをどう考えるか、その所有法上の処遇をどう考えるかという問題なのである。

この点で、貝沢耕一氏の土地トラスト(ナショナルトラスト)的な「チコロナイ」による植林活動²⁷⁾は、注目に値する。二風谷ダム一帯が、国有地ならば、それを目的指定で、アイヌ民族管理のトラスト化はできないか(脱ダムの時代に巨額をかけて、環境ないし先住民族文化遺跡破壊のダム建設の歴史を繰り返すよりも)。そしてこれは、部分的な土地返還の基盤ともなりうるのではないかと思われる。

(2) (紋別アイヌによる産廃建設反対運動²⁸⁾)

①(状況の推移) こちらは、ホットな動きであり、紋別アイヌによる環境保護運動であるが、その背後には、所有権侵奪に対する異議申し立ても控えているところにも留意したい。すなわち、アイヌ政策見直しの一環で、阿寒視察に來た高橋はるみ知事の地元問題の聞き取りのリップサービス(2009年5月)に呼応する形で、同年8月に、畠山敏氏(アイヌ協会紋別支部長)(なお、その父方の祖先(曾祖父)である藻別村大石蔵太郎氏は、惣乙名(キケニシバ)として、幌内から湧別までの海岸筋から川筋山奥までを統率していた²⁹⁾)は、要望書を提出し、(i)藻別川の鮭・鱒

25) 北海道新聞(道東版)(夕刊)2007年5月8日11面参照。

26) 北海道新聞(夕刊)2007年3月20日13面参照。

27) 北海道の開発、開拓の名の下に、自然破壊が進められたことに鑑みて、1994年の大阪の「緑の地球ネットワーク」(その会員の武田繁典氏)との提携で発足し、全国に寄付金を募り、目下約20haの山林を買い取り、寄付者は、山を散策する権利以外はないとされ、毎年ゴールデンウィーク等に山の手入れの行事がなされる。

28) 畠山敏ほか・アイヌ民族・兵庫交流会報告書「要求は、先住民族アイヌの権利の回復です」(アイヌ民族・兵庫交流会実行委員会、2010)。また、鷲頭幹夫「母なる川をこれ以上汚さないでください——『私にはアイヌとしての夢と誇りがあるんです』」月刊むすぶ476号(2010)も参照。

29) これについては、新紋別市史上巻(新紋別市史編纂委員会、1979)90頁、256頁以下参照。

資源管理権、(ii)水源域への産廃処分計画審議手続きへの参加（国連宣言29条による）、(iii)オホーツクの深海底未利用資源の活用権、水産資源の持続可能な漁法での有効活用の許可（国連宣言20条による）を要求した。しかし、これに対する回答（2009年9月、11月）には、知事の裁量権行使の形跡はない。

そこで、翌2010年6月には、モベツサンクチュアリネットワークの呼びかけがなされ（これなどは、近時畠山氏が、藻別川河口で毎年行っているカムイチェップ・ノミの儀式、さらに、アイヌ政策として制度論的に議論が多いイオル構想の漁撈版と連携しても、おかしくはない）、さらに、2011年3月には、豊丘川上流で進む産廃施設について、公害審査会への調停申請がなされた。しかし他方で、2010年2月に紋別市の産廃施設の建設計画承認がなされ、同年7月には、道の建設許可もなされて、目下建設は進行していて、樂觀を許さない状況である。

②（問題の所在）ところで、本件産廃施設が建設される場所は、シュマリタブコブ（キツネのいる瘤山の意味）であり、さらにそれにより汚染される豊丘川（豊岡川）は、ユクシクシュナイ（熊がいつも通る沢の意味）とされており³⁰⁾、アイヌ民族にとっては、長年ゆかりのある、神聖なところでもあると言っても過言ではない。しかし、本建設計画は、そのような山を削り取るものであることにも、注意を要するところであろう。

さらに、藻別川は、既に鴻之舞金山の鉍毒の被害にあっている。そして、その支流の元丘川は、既にある一般廃棄物処理場（安定型。防水シートなし）により鮭の遡上は、難しくなり、今回の産廃処分場建設で、別の支流の豊丘川にも遡上しなくなると申し立てている。

③（アイヌ民族の主張の特徴）生態系に訴える主張は、確かに注目されて、アイヌ民族の——環境保護的で譲渡不可能な——漁撈民族ならではの伝統的権利の主張ということができよう（そしてこれは、萱野茂エカシの二風谷ダムへの反対論や門別漁協のウライに対する反対論³¹⁾とも通ずる）。

しかし、こうした産廃施設を巡る紛争は、近時判例でしばしば問題とされていることであり、類例で通常取りあげられている別の論点である、ダイオキシンの生活用水の汚染など³²⁾も併せて主張していくことが、手堅い法的主張とするために必要であろう。

(3)（先住民族による「環境保護的なコモンズ論」の復権・再検討の必要性）

①（アイヌ民族に見て取れる「環境保護的なコモンズ論」）考えてみると、北海道の「アイヌ・モシリ」は、近代的・個人主義的土地所有システム導入により、和人の搾取の対象となり、それが濫伐など環境破壊の事態も招いた。しかし、——紋別アイヌの自然環境保護の主張の仕方にも垣間見られるように——アイヌ民族本来の土地利用権は、環境に配慮し、共同所有・共同利用的な土地利用（いわば「生活空間利用」）であり（この点で、チカップ美恵子氏は、アイヌ民族の大地と

30) 前掲（注29）新紋別市史上巻126頁。また、因幡勝雄編著・アイヌ伝承ばなし集成——日本海・オホーツク海沿岸（北海道出版企画センター、2007）191頁によれば、シュマリタブコブは、狐の神様（シュマリカムイ）がいて大事にされたところとある（原典、更科源蔵・紋別市内アイヌ語地名解（1960））。

31) 例えば、萱野茂・アイヌの里二風谷に生きて（北海道新聞社、1987）73-74頁、210-214頁参照。

32) これについては、吉田邦彦・前掲（注6）環境判例百選（2版）（2011）における関連裁判例の分析を参照。

のハーモニー、共生の思想を、神話・昔ばなしにおける不滅の精神世界に求める〔だから、欧米式の近代的所有的な「大地（聖地）を切り売りする」などということは考えられないとする³³⁾〕、環境の世紀である21世紀において、本州における「入会」（それによる森林保護）とともに、注目されてよいであろう。

②（比較民族学・植物学的研究）この点で、比較研究として参考になるのは、例えば、中国雲南省における多くの少数民族による伝統的な土地利用形態であり、特に唐時代以来1300年も続くとされる、梯田（棚田）における灌漑制度を見てみると、急勾配で、水利用の地理的条件が厳しいところほど、共同利用の制度を作り上げてきており（例えば、アール族〔彝族の一支族〕の村単位での分水木等を使った灌漑技術）、参考となろう³⁴⁾。さらに、同省西双版纳のタイ族などの「神聖な森」（中国語では、「龍山」と言う）は—— 仏教寺院（南伝仏教と言う小乗仏教）と井戸とともに—— 少数民族の伝来の思想と結びつき、村落の共同管理下に置かれて、大切にされ（その近隣の「茶の森」もそうであり、高品質のお茶の生産をなす）、それが伝統的な生物多様性に寄与するとの指摘（裴盛基教授〔中国科学院・昆明植物研究所〕³⁵⁾）も、やはり同様に先住民族のアイヌ民族のチノミシリ、自然環境保護思想と通ずるものがあり、注目されるであろう。

なお、近時の民族学・環境社会学の開発途上国民族の実証研究では、個人主義ではなく、団体的・共同的な民族（クラン）土地所有・利用で、しかも他者に対して排他的でもなく、「所有」と「利用」とは重なりあう、重層のコモンズだとされ（ソロモン諸島マライタ島の場合）（宮内教授³⁶⁾）、しかも境界ははっきりしない「ルースなコモンズ」だとされて（カリマンタンの場合）（井

33) チカupp美恵子・前掲（注5）アイヌ・モシリの風（2001）40頁では、アイヌ・モシリは、生活空間であると同時に聖地であるとし、アイヌ民族には土地所有という概念はなかったとする。また同書44頁、47頁では、アイヌ・モシリとの調和による生の倫理、尊厳というアイヌ民族の素晴らしい世界観に着目し、さらに、同・前掲（注5）月のしずくが輝く夜に（2003）134頁、146頁、159-160頁、216頁などでは、アイヌ民族の神話・昔ばなしへの分析にメスが入られ、雷神とチキサニの火の神（アベ・フチ・カムイ）とが結ばれて誕生したという『アイヌラックル伝』をアイヌの「生命のめぐりの環」の原型的なものとして捉え、カムイたちとの暮らしの中で、生の倫理・尊厳を知ることになるとし、それは大地（アイヌ・モシリ）（聖地）との共生思想であり、現世の二元的な世界から、儀式などで、一元性の永続的魂としての真実、心を知る重要な機会だとする。そしてこうした類似の思想は、ヒンドゥー教、特にその基層をなし（差別的なカースト思想に抑圧されている）インドの先住民族の伝統思想と通ずるところがあるともして（62頁、220頁以下）、興味深い。

34) これについては、西谷大「灌漑システムからみた水田稲作の多様性——雲南国境地帯のタイ、アール、ヤオ族の棚田を事例として」国立歴史民俗博物館研究報告136集（2007）、同「棚田の灌漑システムからみた水利用と環境利用の多様性——多民族が暮らす雲南国境地帯を事例として」同145集（2008）参照。

35) See, Pei Shengji, *The Road to the Future?: The Biocultural Values of the Holly Hill Forests of Yunnan Province, China*, in: JEFFREY McNEELY ET AL. EDs., SACRED NATURAL SITES: CONSERVING NATURE AND CULTURE (Earthscan Pub., 2010) 98; do., *The Role of Ethnobotany in the Conservation of Biodiversity*, in: THE IMPORTANCE OF SACRED NATURAL SITES FOR BIODIVERSITY CONSERVATION (Proceedings of the International Workshop held in Kunming and Xishuanbanna Reserve, People Republic of China) (UNESCO, 2003) 111. さらに、裴盛基=準虎銀・民族植物学（上海科学技術出版社、2007）110頁以下も参照。私も雲南省西双版纳滞在中に、中国科学院西双版纳熱帯植物園の楊大榮教授の教示の下、同研究所の劉永氏の案内で、同研究所近くの城子^{チンズー}のタイ族の「龍山」「茶の森」を調査した（2011年5月）。

36) 宮内泰介「重層的な環境利用と共同利用権——ソロモン諸島マライタ島の事例から」環境社会学研究 4号

上教授³⁷⁾、参考となる。しかしだからと言って、そのような重層的・共同的な利用形態が、アイヌ民族のようにトータルとして無視・閑却される場合に、補償しなくてもよいということにはならないであろう。

そして、漁撈における伝統的鮭の狩猟の復権論も、コモンズに配慮したもので、今だからこそ注目に値すると言えるであろう。またこれらは、資源枯渇にならないような草の根のコモンズ管理組織についての制度論的研究(オストロム研究³⁸⁾)などとも、通じてくることになるし、生物多様性条約等の趣旨にも適合的である。

5. 近時の民法的諸問題その3

—— 差別・観光アイヌの問題など（とくに、アイヌ民族の知的 所有権ないしそれに類似した権利・利益侵奪の問題）

続けて、現代社会におけるアイヌ民族の民法問題の別領域として、差別、観光を巡る利益侵奪等を、既にかいたことと重複を避けつつ、とくに知的所有権の問題に力点を置きつつ論ずることしよう。

- (1) (差別問題)差別問題については、民族的アイデンティティの高まりによる変化はあると言うものの、依然根深い問題であることは否定できない。さりとて、これまでの肖像権侵害・名誉毀損・プライバシー訴訟³⁹⁾の意義はあろう。しかし、結婚に関わる差別などについては、強固に続いているということができ⁴⁰⁾、人権教育の重要性は、強調し過ぎることはない。
- (2) (観光アイヌの問題など)次に、観光アイヌの問題としては、①アイヌ民族の商品化(commodification)の問題を挙げることができるが、他方で、そうした中で生活していかなければならないアイヌのディレンマの問題もある。

次に、②アイヌ民族創作にかかる刺繍・彫刻の和人による利益潜脱の問題と、意匠権法制ないし商号的保護の可能性の議論があり、これについて、比較法的には、オーストラリアの事件(ミルプルル事件)が有名であるが、北海道でも阿寒湖温泉のホテル「あかん遊久の里鶴雅」で類似の事例が生じている。すなわち、同ホテルでは、アイヌ文様を客室調度品に使われているが、アイヌ民族の要請で座布団には使わないこととされた。また、アイヌ文様の知的所有権の問題につ

(1998) 125頁以下、井上真=宮内泰介編・コモンズの社会学——森・川・海の資源共同管理を考える(新曜社、2001) 153頁以下、宮内泰介編・コモンズをささえるしくみ——レジティマシーの環境社会学(新曜社、2006) 12頁以下。

37) 井上真・焼畑と熱帯林——カリマンタンの伝統的焼畑システムの変容(弘文堂、1995) 140頁以下参照。

38) See, ELINOR OSTROM, GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION (Cambridge U.P., 1990) 14, 29.

39) 例えば、現代企画室編集部・アイヌ肖像権裁判・全記録(現代企画室、1988) 参照。

40) これについては、例えば、高木喜久恵「私の中のアイヌ(アイヌと自覚した時に)」シラリカコタン編集委員会・シラリカコタン——白糠アイヌ文化の継承(藤プリント、2003) 88頁。さらに、アイヌ女性に対する複合差別につき、多原良子「アイヌ女性のエンパワーメント」北海道ウタリ協会札幌支部ほか編・立ち上がりつながるマイノリティ女性(反差別国際運動日本委員会(解放出版社)、2007) 151頁以下参照。

き、「阿寒アイヌ民族集団的知的所有権研究会」(松田健治代表)が発足したとのことである(2006年以降)⁴¹⁾。

ところで、「鶴雅」の場合には、「アイヌ民族の彫刻の利用」の際には、それに対する(単発的)対価を支払っている。また随所にアイヌ文様を旅館に取り込んでいる(とくにレラの館)こと自体、注目されるが、それにより経済的利益をあげた場合には、まさに知的財産権類似の法理からは、「アイヌ文様の利用」に伴う)何らかの(継続的)利益分配が、アイヌ民族(ここでは、アイヌ協会阿寒支部や阿寒アイヌ工芸協同組合など)になされることが望ましいであろうし、今後は、このような方向での議論が深まるであろう。

ところで、③アイヌ文様刺繍には、多元的意味があることが指摘されているので、振り返って考えてみよう。すなわち、アイヌ文様刺繍(イカラカラ)には、単なるデザインと言うに止まらず、そこには、深く追求できる神秘的なものがあり、また、和人の侵略に対する抵抗・防御のための除魔力があると信じられ、さらに、同化圧力の強い頃には、イカラカラ自体が禁止されたから、そこには民族のアイデンティティ的なものも認められるとされるのである(チカップ恵美子氏)⁴²⁾。こうなると、経済的保護は必要なのであるが、それだけに収まらないということになる。そして、そもそもアイヌ民族のアイデンティティとかアイヌ精神にも通ずるもので、商品化にもなじまないということが言えるだろう。しかし、それが、第三者への便益に供される場合には、次善の策として、何らかの経済的利益の均霑ということを考えざるを得ないのではないか。

(3) (アイヌの伝統的薬学的知識⁴³⁾とその「知的財産的搾取」からの保護の必要性)

①(先住民族の薬草文化等伝統知識・遺伝資源の特許的搾取からの保護の必要性)アイヌ民族との関連では、搾取の実例は報告されていないが、諸外国では、特許系列に関して、例えば、ニーム(インドセンダン)に関する先住民族の伝統知識を侵奪する形での殺虫剤の特許などがなされているので、理論的には、アイヌ民族についても将来的にその可能性があり、少なくともこうした伝統的知識体系の保護の必要性は議論しておく必要がある(ここでもやはり、中国雲南省の少数民族について、同様の議論がある⁴⁴⁾ことも参考になる)。

②(「伝統的知識」「遺伝情報」を巡る国際法制的調和の必要性)「伝統的知識」(traditional knowledge)を巡る知的財産権的搾取に関する国際法制には、不整合が見られる。すなわち、一

41) 以上につき、北海道新聞(道東版)(夕刊)2009年6月9日11面「阿寒湖で進む知的財産権守る動き」参照。

42) これについては、チカップ恵美子「アイヌ文様刺繍とわたし」自主の道58号(1995)125-129頁参照。だから、刺繍には、子どもの健康、家族の無事を祈る、家族への優しいまなざし、ぬくもりが込められるともされ、そしてそこには、力強い生命が息づき、さらに大地に連なるカムイたちのメッセージが送り込まれているともされる(同・前掲(注5)アイヌ・モシリの風(2001)24頁、43頁)。

43) これについては、例えば、萱野茂・アイヌの民具(すずさわ書店、1978)188頁以下、福岡イト子・アイヌ植物誌(草風館、1995)22頁以下、アイヌ民族博物館編・アイヌと自然シリーズ4アイヌと植物薬用編(白老民族文化伝承保存財団、2004)など参照。

44) See, PEI SHENGI ET AL., ETHNOBOTANY AND ETHNOMEDICINE TRAINING MATERIALS AND RELEVANT REFERENCE (Kunming Institute of Botany, Chinese Academy of Sciences, 2010). 中国雲南省北部の魯甸の納西族の薬草文化に関わる分析をされる。

方で、知的財産権法（特に特許法）の国内法及びそれを国際法に投影しようとする TRIPS 協定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights）（1994年）（WTO 設立の際の付属議定書の一つ）があり、他方で、生物多様性条約（Convention on Biological Diversity）[CBD]（1992年5月採択。同年6月のリオの地球サミットで開放（1年間の署名開放期間に168の国・機関が署名した）。1993年12月に発効し、2010年8月の時点で193カ国が締結した）では、遺伝資源への各国のアクセス権・主権的権利、その利用に配慮した利益の公平な配分が認められ（15条）（かつては、1983年の国連食糧農業機関の植物遺伝資源に関する国際的申し合わせでは、共同財産とされていて、その立場の転換がはかられた）、不整合がある。そして、CBDに関する第10回締約国会議（COP10）が名古屋で行われ（2010年10月）、その議定書（名古屋議定書）（ABS [Access to Genetic Resource and Benefit Sharing] 議定書と言われる）では、36条中11条が先住民民族に言及し、公正な利益配分（5条）、遺伝資源へのアクセス（6条）などがある。CBDでは、著作権・意匠権系列の「伝統的知識」よりも、特許権系列の「遺伝資源」に力点を置いた規制がなされているようである。

そしてこの調和のほかり方は多様である（知的所有権法の枠外で追及するものとして、例えば、鈴木教授⁴⁵⁾）。また、伝統的知識・遺伝資源は、なかなか知的所有権のスキームに乗りにくいという問題もある（例えば、独創性、新規性、著作者、特許クレーム、物質的形式、個人権等の要件との比較で、口承、流動的、精神的・非物質的、共同体的所有等という特色がある）。

③（補償問題及びそれへの処し方）先住民の伝統文化に関しては、補償問題も存在する。この点で、アメリカ音楽業界における黒人音楽の搾取について、補償の議論が起きつつある（例えば、K・J・グリーン教授⁴⁶⁾）。なお、ユネスコ（国連科学文化機関）が、アイヌ古式舞踊を「無形文化遺産」に登録しており（2009年9月30日）、これなどは、文化搾取の予防にも有効な措置ともなろう。

ところで、文化保護のためには、受身ではなく、アイヌ民族のイニシアティブで、そのアイデンティティを犯されなければ、むしろ「商品化」「市場化」「知的財産スキーム」を積極的に活用するようなスタンスも問われているのではないか（例えば、阿寒コタンにおける「まりも祭り」、故山本多助エカシを中心とするユーカラ劇、故貫塩喜蔵氏のサコロベのDVD化、四宅ヤエさんの伝承歌謡のDVD化）。このような意味で、近時のアメリカの知的所有権法学において、知的所有権に関する経済的・功利主義的な捉え方（そして多くは、原住民の文化の商品化には、積極的ではない）に抗して、原住民族などのために、その文化的統合及び自己決定権を守る人権として（知的所有権の）積極的活用を説こうとする動きが出ている（サンダー教授。レイディン的人格理論の知的所有権分野での新たな展開として、承認の政治（テイラー教授）と結びつける動きであ

45) 鈴木将文「生物多様性条約と知的財産制度」ジュリスト1409号（2010）29頁参照。

46) See, Kevin J. Greene, *Copynorms, Black Cultural Production, and the Debate over African-American Reparations*, 25 *CARDOZO ARTS & ENT. L. J.* 1179 (2008) ; do., *Copyright, Culture and Black Music: A Legacy of Unequal Protection*, 21 *HASTINGS COMM. & ENT. L. J.* 339 (1999).

る)⁴⁷⁾ ことにも注目しておきたいのである。

因みに、阿寒コタンのアイヌ民族が同化を免れ、道内でも有数の結束の固い有力なアイヌ民族集団を形成している⁴⁸⁾ のは、前田一步園（とくに故前田光子氏）による——私的補償的な——無償でのコタン土地提供の意義が大きい。それは、知的所有権レベルでの搾取も免れるという効果ももたらしていることが注目されよう⁴⁹⁾。

6. 「補償」の観点からの再検討・再構成

(1) (「補償アプローチ」の意義と可能性——その否定への疑問) 近時の有識者懇談会報告書でも、アイヌ民族に対する歴史的不正義に関する補償論は、避けられている⁵⁰⁾ (ウタリ対策のあり方に関する有識者懇談会の報告書では、明示的にそうである) が、その理由は、不明である (こうした言説は、アイヌ民族の若者にも浸透しているようである⁵¹⁾)。しかし、「補償」論は、比較法的に視野を広げれば、少数民族・先住民族問題にアプローチする際には、王道ないし正論であり、その回避こそが、特殊日本的状況であることがわかる。ここでは、もし「補償アプローチ」を採ったならば、どうなるかを試論的に示してみよう。なお、補償については、「対立的モデル」と「償いモデル」との対比的考察もある (ブルックス教授)⁵²⁾ が、ここでは融合的・包括的に考えて進めていこう。

確かに、これまでの同化政策ゆえに、アイヌ民族の組織は脆弱である。またその範囲の確定が難しいことも否定できない。しかしそれゆえに、頭から集団の権利を否定したりするのも、飛躍

47) Madhavi Sunder, *Property in Personhood*, in: MARGARET JANE RADIN ET AL. EDs., *RETHINKING COMMODIFICATION* (NYU Press, 2005) 165-, esp.167-168, 171-172. See also, do., *Cultural Dissent*, 54 STAN. L. REV. 495 (2001); do., *Piercing the Veil*, 112 YALE L. J. 1399 (2003).

48) この点は例えば、北海道新聞 (道東版) (夕刊) 2009年2月3日11面等。

49) これについては、吉田邦彦・前掲書 (注1) 386-387頁、391頁注 (188) 参照。また、前田光子さんのアイヌ結束に向けての尽力については、大野直栄「在りし日の前田夫人を偲ぶ」北海道開発功労賞受賞に輝く人々 (昭和58年) (北海道総務部知事室渉外課、1984) 131頁、143-144頁参照。

50) これはちょうど、ハワイ原住民の問題に関するリーディングスカラーであるヤマモト教授が、ハワイ州における1993年の謝罪決議以前の連邦・州の問題状況として、ハワイ原住民の問題を「単に人種問題として捉え」「そこにおける補償の側面が閑却されている」(だから安易に逆差別の議論が出る) として問題指摘するが (See, ERIC YAMAMOTO, *INTERRACIAL JUSTICE: CONFLICT & RECONCILIATION IN POST-CIVIL RIGHTS AMERICA* (NYU Press, 1999) 75)、アイヌ政策に関する有識者懇談会の報告書の問題状況は、これと見事に一致している。

51) 例えば、岡田路明編著・未来へ——若きアイヌ民族からの伝言 (札幌テレビ放送 (株)、2008) 10-11頁、43頁、127頁では、補償の話をしてダメ (昔のことを言っても仕方がない。いまさら言っても解決しないことを主張してもダメ。国からアイヌにお金を出すのは厭な部分がある) という形で、補償論回避的なトーンが基調になっている。

52) ROY BROOKS, *ATONEMENT AND FORGIVENESS: A NEW MODEL FOR BLACK REPARATION* (U. California Press, 2004) 98.

がある⁵³⁾。

またアイヌ文化振興法に関する予算のように、多くがそれに関わる和人の人件費に費やされるのも、どうかと思われる。文化振興法も一種の補償法的意味合いがあるが、それで尽きるものではなく、補償法を別途検討しておかしくない。

補償をする際の難点としては、①関係者の確定の問題、それと関連して、②歴史的不正義との因果関係の問題、③期間制限との関係、④国家無答責との関係であろう。しかし道義的責任にレベルを上げて、償いモデル的に補償を考えると、そうした制約も無くなるということが、戦後補償実践の教えるところである。そして比較法的には、アメリカにおける黒人、先住民族、ハワイ原住民に対する補償論⁵⁴⁾、特に黒人の奴隷制ないし差別・虐待に関する黒人補償(black reparation)に関する議論⁵⁵⁾が比較材料として、参考になろう。

(2) (アイヌ民族への補償の見取り図(その1))

すなわち第1に、過去の不正義に鑑みて、加害者側でその歴史的事実を認め、その歴史的責任を認めつつ、まずは、謝罪を行うべきである。この点で、報告書には、肝心の謝罪が、欠落しており、欠落に関する理由は、理解に苦しむ。

(3) (アイヌ民族への補償の見取り図(その2))

第2に、所有権返還に関して、①まず、共有財産返還に関しては、再施すべきである。また、そこには補償の意味合いがあることから、増額評価して行うべきで、名目額で返還するやり方については、配慮に欠けたとして、謝罪しつつ改めるべきである。

②土地返還は、一般論として難しいが、国有地の一部を象徴的にアイヌ協会に——目的・利用方法等を指定しつつ——返還するということはあってよい(特に、その要望のある二風谷など。現にアイヌ民族のイニシアティブのチコロナイによる自然保護の取り組みを見ていても、非現実的とは言えないだろう)。環境適合的な持続可能な資源利用としての「アイヌ民族ならではの土地所有形態」の実験場となるならば、今世紀的取り組みとしても、注目されるであろう。

もっとも、諸外国においては、所有権返還は、珍しくない(例えば、1999年カナダの先住民族イヌイトにヌナブット準州が設立された(さらに、14年間にわたる十億米ドルの補償金支払い)。1978年には、デンマークからグリーンランド先住民族に対して、自治政府も設立された。他方で、オーストラリアでは、1986年にアボリジニー土地権利法で、先住民族アボリジニーに対する土地返還が開始された(なお、1992年マーゴ判決では、無主地宣言は、無効とされたし、1993

53) 例えば、常本照樹「(解説)『先住民族の権利に関する国際連合宣言』の採択とその意義」北大・先住民研究センター編・アイヌ研究の現在と未来(北海道大学出版会、2010)197-198頁では、集团的権利を認めないのが、欧米及び日本の立場だと強調するが、基本的人権の主体に関する議論と混乱は無い。民・商法的な財産的権利には、団体的権利というのはしばしばではないか。

54) ERIC YAMAMOTO, *supra* note 50, at 60, 210. またヨリ国際的コンテクストで論じたもので重要なのが、MARTHA MINOW, BETWEEN VENGEANCE AND FORGIVENESS: FACING HISTORY AFTER GENOCIDE AND MASS VIOLENCE (Beacon Press, 1998); ELAZAR BARKAN, THE GUILT OF NATIONS: RESTITUTION AND NEGOTIATING HISTORICAL INJUSTICES (Norton, 2000) などである。

55) E.g., BROOKS, *supra* note 52; ALFRED BROPHY, REPARATIONS: PRO & CON (Oxford U.P., 2006).

年の先住権限法で、先住民共同体の慣習による土地利用・管理が認められた)。そしてオーストラリア全土の16%、北部特別地域 (northern territory) の約50%が返還された。

この点で、阿寒のアイヌコタンに対する前田一步財団の対応 (コタンに対する土地の使用貸借の提供、入会権の容認) は、一種の私的補償的なものであり (これについては前述)、注目されよう。

これに対して、博物館的箱モノづくり的なイオル建設には、補償の意味があるとも思われぬ。また補償的な土地返還ならば、返還先の自主的な利用方法の自己決定が重視されるから、それに関して、(上からないし外から) 博物館的に「用途指定」ということも起りえない。現在進行中のイオル構想については、榎森進教授も、「現在のアイヌ民族の生活に資する機能を持たせなければならない」「これでは、アイヌ民族の伝統文化を伝承し、『再生』するための単なる『野外博物館』と言っても過言ではないだろう」「アイヌ民族にとって、どれだけ役に立つものなのか、大きな疑問を抱かざるを得ない」とし、「この『イオル』の『再生』事業をよりアイヌ民族に有利で、アイヌ民族の生産・生活基盤を保障する性格を有したものにへ変えていく」必要性を説かれている⁵⁶⁾。また、イオル構想に向けて尽力する能登千織さん(アイヌ政策推進会議委員)も、イオル構想を成功させるためにも、人材育成が必要である (例えば、イオルにおける自然の利用方法の伝承者が必要である) が、それができておらず、取り敢えずの事業だが、今後どうするかを真剣に求める必要があるとする⁵⁷⁾ ことにも、耳を傾けるべきであろう。

③さらに、埋葬品・遺骨の盗掘関連についても、例えば、「児玉コレクション」(児玉作左衛門(1895-1970) (北大名誉教授・医学部解剖学) が、アイヌの人骨・副葬品資料を収集したもの。この問題につき、北大医学部は、1982年にアイヌ人骨1004体の公表をし、1984年に医学部構内に納骨堂を建立し、以後毎年慰霊祭 (イチャルパ) を行っている) として出回っているものは、返還し (ないしは北大の追悼施設に収めて)、慰謝料賠償などがなされるべきものである。(そしてこの点では、アメリカでも先住民族の遺骨の処遇を巡り議論が多いところであり、1990年には、「原住アメリカ人の墳墓保護及び遺骨帰還法」(Native American Graves Protection and Repatriation Act) も制定されてそれなりに奏功しているところであり (同法律によれば、各大学博物館等に収蔵されている先住民族の遺骨類については、遺族がわかる限りは返還すべきだというもので、その手続きを行わない研究機関などは、連邦政府の補助を受けられないという形で、間接的に圧力が課せられる)⁵⁸⁾、わが国でも参考になろう。)

かつての北大研究者によるアイヌ人骨の盗掘・考古学的研究の問題は、北大の問題でもあるの

56) 榎森進「これからのアイヌ史にむけて」北大アイヌ・先住民研究センター編・前掲書 (注53) 31-33頁。また榎森教授は、共有財産返還手続きについても、共有財産に関する原史料を示さないこと、広告の仕方が、限定的だったことについて、北海道を批判する (同上書36-37頁参照) ことも注目すべきであろう。

57) 岡田編著・前掲書 (注51) 204-207頁、227頁参照。

58) これについては例えば、DEVON MIHESUAH ED., REPATRIATION READER: WHO OWNS AMERICAN INDIAN REMAINS? (U. Nebraska P., 2000); KATHLEEN FINE-DARE, GRAVE INJUSTICE: THE AMERICAN INDIAN REPATRIATION MOVEMENT AND NAGPRA (U. Nebraska P., 2002) esp.117- 参照。

で、同大学キャンパス内で、誠実な謝罪文、過去の事実の説明・責任の表明とともに、納骨堂、慰霊堂などを充実させる方向で考えるべきものであろう（この問題について、長年検討してきた小川隆吉エカシも同意見である）。この点で、やはりアメリカでは、近時の奴隷制補償を巡る「草の根の動き」として、奴隷制支持者に存立を依存する各大学（例えば、イエール大学、ブラウン大学）では、歴史的不正義と向き合い、事実を認め謝罪を行う等の動きを21世紀になって起こしており⁵⁹⁾、いわゆるミニ補償の動きの連鎖として、大いに注視すべきものであろう。

ところがこの点で、アイヌ政策推進会議では、イオルないし象徴空間に持っていくという考え方が出されているようだが、これは前記の諸外国の動きにも逆行するものであり、慎重に扱うべきではないか（他地に移すと、責任主体との関連性が希薄になる）。これに関して、アイヌ政策会議が、「共生空間」（民族共生の象徴となる空間）を白老に総事業費100億円超かけて設置し、そこに各地大学保管のアイヌ民族の遺骨を納める慰霊施設や、アイヌ民族の歴史・文化に関する教育・研究・展示施設等の整備を検討する決定を行ったとの報道がなされている⁶⁰⁾。しかし、(i)このような動きについて、アイヌ民族相互で、コンセンサスがなされているのかどうか、(ii)こうした北大の遺骨の白老への移動が、補償・慰霊の趣旨に適合するか（過去の不正義の責任主体（北大）から、遺骨を遠ざけて、補償・責任問題を隠蔽することにならないか）、(iii)そもそもこのような多額を投じて、慰霊施設を作る（これも一種の公共工事的な予算消化である）ことが、意味あることなのかについて、批判的に考える必要があるであろう。またさらに、(iv)アイヌ民族の慰霊の仕方は、元来は追悼施設を設けて行うものではない（アイヌ民族には、墓参りという習慣はない。墓地には、埋葬するときにはしか行かないのが本来の慣行であり、シヌラプパは、先祖のあの世への食べ物送りの儀式であり、異なるものである）との意見（阿部ユボ氏）も聞いている。

④その他、アイヌの先祖供養・慰霊を考えさせる近時のこととして、紋別アイヌ墓地の問題がある。象徴空間に遺骨など集中させるよりも、各地での慰霊・追悼作業の問題が残されていることの良い例である。

ところで、紋別市元紋別アイヌ墓地改葬移転問題を説明するならば、紋別には、アイヌ墓地としては、興部境のオサムロ墓地、渚滑片川牧場墓地、新渚滑墓地と並び、元紋別墓地があった。これらは、明治中期からとのことで、それ以前は、必ずしも一定の場所に埋葬したとは限らないとのことである⁶¹⁾。しかし、元紋別地域は観光地域「ガリアゾーン」としての再開発計画に取り込まれたこともあり、アイヌ墓地にトラック団地が建設計画され（結局それは回避された）、北紋運

59) これについては、e.g., BROPHY, *supra* note 55, at 49-50. また黒人奴隷の墳墓の取り扱いで、不当な処遇を改める動きについては、Jesse McKinley, *In California, Headstones Bear Witness to a Time of Prejudice and Casual Sturs*, THE NEW YORK TIMES, June 10th, 2011, A12（エルドラド丘陵の墓地には、黒人の不名誉な形での36名の無名墓地がある。これは、もともとゴールドラッシュ時代にできた街のニグロヒルから、ダム湖に沈むというので、1954年に移動して持って来られたものである。人骨の鑑定も含めて、当時の黒人労働者の寄与の確認も行い、黒人関係者に敬意を込めた墓地作りに向けて（資金難の問題はあるが）話は進行しているとする）なども参照。

60) 北海道新聞（夕刊）2010年12月17日1面参照。

61) 前掲（注29）新紋別市史上巻94頁参照。

輪（大成漁業）への代替土地として、アイヌ墓地をつけて付与された（こうしたアイヌ墓地に対する杜撰な市の取扱いにも驚かされる）。そういうこともあり、畠山寿男氏（当時のウタリ協会紋別支部長。敏氏の父）の同意の下に、元紋別墓地の改葬移転事業は、平成元（1989）年、同9（1997）年に行われることになった⁶²⁾。

しかしそもそもこういうことを行ってよかったのか疑問であるし（それよりも、墓地所有権をアイヌ協会等に戻すべきであったろう。そして、他方で、アイヌ墓地には、軽々に手を触れるべきではないとする見方も有力なのである⁶³⁾）、改葬するならば、すべからく丁重に行うべきで、その点の再検討も求められるであろう。

(4) (アイヌ民族への補償の見取り図 (その3))

第3に、金銭授受ということになるが、従来の福祉施策ないし生活向上施策というのが、実質補償の性格があるが、それが明示されていないために、諸事情から削減されていく可能性があるし、余り意味がない使われ方がされたりする可能性もあるし、差別的構造が強固で、福祉施策が微温的だと『焼け石に水』ということにもなりかねない。また、安易に和人に使わせない金銭ファンドを作るという意味はある（後述する「和人のモラルハザード」の回避ということである）。そしてこれは、1984年アイヌ新法（当時の北海道ウタリ協会総会で採択され、政府に制定要求されたもの）における「民族自立化基金」に類似するものであろう。

ところで、中村康利氏は、差別と偏見の歴史の中で作られた人種別分業ゆえに、「差別的経済構造」があるとする⁶⁴⁾（なお同氏は、民族的福祉施策には、慎重なJ・W・ウィルソン教授にやや付きすぎているようにも思われる）。そしてさらに実態調査分析としても、アイヌ生活向上施策に基づく教育・生活支援策は、アイヌと一般人との生活水準格差を十分に埋めるほどの効果をもたらしていないとする⁶⁵⁾。

そしてまた、巨額の補償金をアイヌ協会などに授受すると、その不正利用に供されたりして、

62) これについては、早坂忠司＝因幡勝雄・紋別市旧元紋別墓地移転改葬事業発掘調査報告書（早坂工務店、1998）参照。

63) 例えば、横山孝雄・アイヌの歴史②イシカリ神うねる河（汐文社、2009）94頁には、「ワシらのしきたりでは、墓地は埋葬のとき以外は踏み込んでならん場所だ。」との発言もあるし（また、同・北の国の誇り高き人びと——松浦武四郎とアイヌを読む（かのう書房、1992）328-330頁でも、アイヌの生死観は、シャーマニズム的な世界で、死者は生者に悪霊を放ちかねない存在で、葬送も古くは、風葬で遺体は自然サイクルに帰るという縄文時代の日本では普遍的な習俗で、生者にとって死は靈魂との絶縁でなければならず、死霊が漂泊する墓地への立ち入りは、あってはならず、墓参りなどはもってのほかの行為で、先祖供養は、あくまで家で行うという重要な指摘をされている（そして、江戸期の同化政策として、仏式葬祭の強要があり、松浦武四郎が、アイヌの墓参り行為を描く（『近世蝦夷人物誌』参編卷之上孝子伝）のも、アイヌの孝養を仏教観、儒教的道徳観にすり替えて和人にわかりやすく説いたためとする）、チカップ美恵子・前掲（注5）月のしずくが輝く夜に（2003）208頁では、「アイヌ民族には墓に近寄ると、死霊に取り憑かれるという世界観が〔あり〕、墓に近寄ることを非常におそれ、またきつく戒められた」と指摘する。

64) 中村康利・アイヌ民族、半生を語る——貧困と不平等の解決を願って（さっぽろ自由学校「遊」、2009）168頁。

65) 小内透編・現代アイヌの生活と意識——2008年北海道アイヌ民族生活実態調査報告書（北大アイヌ・先住民研究センター、2010）56頁（中村康利執筆）。

その有効利用ができない、という問題も指摘される（しかしそういうことを懸念するよりも、まずは、目的・用途指定など行っただけで、信託金などで、授受すべきだとも言える）。ともかく、生活向上施策が、補償的性格があることを踏まえて、各種の費目の検討がなされるべきである。

例えば、①失業対策、就職訓練、②教育補助、③アイヌ文芸品店舗などの商業補助（これは文化振興法関連としても良い）、④医療福祉支援、⑤高齢者支援（アイヌには、無年金者が多いということで、年金に準ずる保護は、急務であろう⁶⁶⁾）、⑥住宅支援（これもアイヌ文化振興法と引っ掛けてなされる）など生活基盤をなす居住福祉関連項目を、きめ細かく検討すべきである。

(5) (アイヌ民族への補償の見取り図 (その4))

(広義の)知的所有権関連の補償(損害賠償)問題についても、慎重な検討が必要である。刺繍などの意匠権の侵害事案については、知的所有法的システムを超えて、伝統的な知的所有権保護の制度を構築し、さらに、補償金授受がなされて良い。薬草文化などの伝統的知識の特許権の弊害については、聞いていないが、もしそのようなことがあれば、打開に向けた取り組みが必要となる。

また、観光アイヌの問題は、アイヌ民族のアイデンティティ侵害に関わるような商品化には、慎重な扱いを要し、また差別的行為に対しては、人格権的保護(個人人格権、集団人格権的保護)の充実をはかり、効果としては、差止めのものを認める。

そして、アイヌ文化振興法上の財政的支援も必要である(また過去の文化演出の搾取の場合には、補償的支払いもあってよい)。さらに、『ユーカラ劇』のような商品化がなされる場合には、知的所有権法上の保護も認められるべきである。

(6) (「補償アプローチ」の限界・制限——「福祉アプローチ」との比較)

①(「補償アプローチ」における諸課題)しかし、以上の補償アプローチにも、制限があることは押さえておく必要はある。すなわち、その主眼は、過去の不正義・集団的不法行為に関する事実及び歴史的責任の認識、その表明としての謝罪にまず主眼があり、それとともにする補償金の償いの支払いとすることで、損害填補には、きりが無いところがあり、完全な填補は、困難であるという側面があるということである。ただ、アイヌ民族の貧困問題が、構造化されていて、かなりの額の金額が補償として投入されても、解決に至っていないときなどは、悩ましい問題があり、この点で、黒人補償(black reparation)の問題と共通点があろう。(そしてアメリカの黒人補償を巡る議論は、分裂している⁶⁷⁾ことにも留意しておきたい)。

66) この点は、上田文雄札幌市長が、小川隆吉エカシの要請を受けて、仙谷由人内閣官房長官(当時)に直接申し入れた(これについては、アイヌ政策推進会議(第2回)(2010年8月24日)議事録参照)。

なお、小内透編・現代アイヌの生活と意識——2008年アイヌ民族生活実態調査報告書(北大アイヌ先住民センター、2010)51-54頁(中村康利執筆)によれば、厚生労働省の試算では、公的年金の未加入者と未納者の全体は、364万人で、5.1%(2001年3月段階)であるのに対して、石狩、十勝、釧路・根室管内では、10%を超え(各々、18%、13.5%、11.6%)、かなり高いことが示されている。

67) すなわち、アメリカでは、奴隷制を巡る補償について数多くの議論があり、黒人補償においては、一方で、「償い」というよりも、人種格差是正的な財産的「填補要求」を強く打ち出す補償論が有力である(そしてそこにおける不法行為なり不当利得の填補算定の仕方として、単に「奴隷の無償労働の算定」に止まらず、

また、補償金の支払いの仕方が、(a)一時払いが良いのか、継続払いが良いのか（アイヌ生活向上施策の実質が補償ならば、後者とも見うるが、わが国では、明示されていない）という問題があるし、(b)用途を一般化するか、かなり特定の、費目分化したメニューを提供するかという実施上の問題もあろう。

ともかくこうしたことは、補償的アプローチが明示されていない今日の状況では、将来的課題として、これくらいに留めたいが、こうした検討がなされていないと、前に進まないことも事実であろう。ただ、補償の前提として、「アイヌ民族の組織的自主性」が措定されており、その意味で、(i)組織の強化、(ii)民族的意識・アイデンティティの意識の活性化、(iii)現今の政治的・法的問題状況の把握力、将来的展望力が求められるであろう。同化圧力の強さゆえに、アイヌ民族の組織的脆弱さがあるならば、和人の支援・協力（その意味での和人の公共的意識の高さ）も不可欠であろう。（拒否すべきは、「和人のモラルハザード」である。）

なお、しばしば言われるように、補償アプローチには、関係者の外延の確定が、前提とされて、その点から困難に逢着するということが指摘される（ウタリ対策のあり方有識者懇談会報告書（1996年）の立場〔それゆえに、土地返還・補償という観点から、新たな施策の展開の基礎におけないとする〕）。しかし、「一応の認定」でクリアさせて——あまり外延確定を厳密に行わなくとも——補償の議論に入っていけるのではないか、という前提でここでは論じている（救済方法にもよりけりであろう⁶⁸⁾）。またアイヌにより補償アプローチに拠るかどうかにも、意見が分かれよう（かつての旭川アイヌ協議会は、消極的であった）。その場合には、各自の自由意思に委ねたらよいであろう。

②（「福祉アプローチ」との利害得失の比較）現状の福祉アプローチとの利害得失の比較も、難し

「奴隷制ないしそれに続く差別立法による加害の継続としての経済的・教育的達成度の相違」を根拠とされることがほとんどである（e.g., Mari Matsuda, *Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations*, 22 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 323, at 374- (1987); Rhonda Magee, *The Master's Tools from the Bottom Up: Responses to African-American Reparations Theory in Mainstream and Outsider Remedies Discourse*, 79 VA. L. REV. 863, 874- (1993); Robert Westley, *Many Billions Gone: Is It Time to Reconsider the Case for Black Reparations?*, 19 B. C. THIRD WORLD L. REV. 429, at 436- (1998); RANDALL ROBINSON, *THE DEBT: WHAT AMERICA OWES TO BLACKS* (Penguin, 2001) 8-) と同時に、他面で、(世代を超えて)とめどなく補償をすることに対する警戒から、消極論も出されて(e.g., DAVID HOROWITZ, *UNCIVIL WARS: THE CONTROVERSY OVER REPARATIONS FOR SLAVERY* (Encounter Books, 2001); Eric Posner & Adrian Vermuele, *Reparations for Slavery and Other Historical Injustices*, 103 COLUM. L. REV. 689 (2003); Keith Hylton, *Slavery and Tort Law*, 84 BOSTON UNIV. L. REV. 1209 (2004))、議論は分断していると言ってもよいだろう。

68) 例えば、北海道の多くの森林を維持・管理する製紙会社などが、近時の企業の社会的責任（corporate social responsibility [CSR]）に鑑みて、アイヌ民族に所有権レベルで名義を移しその信託的譲渡をし、その維持・管理は従前どおりにする（実態はこれまでと大差ない）などというやり方をする（類似の議論は、釧路アイヌ文化懇話会の討論時にも出された（秋辺日出男氏））ことは、先住民族論がわが国でも注視されようとする21世紀において、極めて社会的注目を浴びることになるが（それはまさしく草の根のミニ補償の実践である）、その場合には、名義主体は、例えば、アイヌ協会釧路支部とか阿寒支部等という具合に柔軟に処理できるのではないか。

いが、(i)福祉アプローチの方が、「和人のモラルハザード」を生じやすい（例えば、和人の人件費へのアイヌ民族予算の消化、公共工事的予算の膨張など）ということもいえるだろうし（他方で、補償アプローチの方が、帰属先はともかくアイヌ民族となるから、和人は安易に手をつけられなくなるという一線は守られるし、基金につき、目的指定は可能であろう）。また(ii)福祉アプローチだと、しばしば常本教授が出される「逆差別的な反論」が生まれやすいということも言えるであろう。(iii)しかし逆に、補償アプローチならば、どこかで補償金の額を決めなければいけない（その額の設定は容易ではないが、歴史的な不正義に対する諸外国の補償額は、莫大なものではない。ただ本件においては、黒人賠償ないし黒人の貧困・差別政策と同様に、「貧困・差別問題が、過去の不正義に由来して構造化されている」という特殊性には、留意する必要がある）という限界があることも事実である（もっとも、両アプローチは二者択一のものではなく、現状の「福祉アプローチ」に加えて、「補償アプローチ」も採るべきだということになるかもしれないが、目下のアプローチに補償の側面があるとされるならば、微妙になる）。

7. 終わりに——アイヌ政策の展開の立法プロセスの問題

(1) (アイヌ政策展開の留意点)再度アイヌ文化振興法制定以前の初心に立ち返り、アイヌ民族の社会問題の本質を見抜く必要性があり、狭隘な利権に捕われず、真に社会的な本質問題にメスを入れていく姿勢が問われている。

また大所高所から、アイヌ民族の団体的結束、ネットワークの形成の重要性に注意する必要がある、アイヌ民族自身の主体的統治力、企画力も問われていると言えよう。本稿で私は、アイヌ民族への福祉対策は、責任問題の表れとして重視するが、他方で、単なる福祉財政への依存だけでも、将来的展開に繋がらないであろう。この点で、従来あまりにも強かった同化圧力の負の遺産としての民族的パワーの弱さにどう対処するかという問題が残されていよう。

さらに、第三者の協力態勢、とくにプロボノ的な法律家の役割が重要である。その意味で、北大アイヌ先住民センターセンターの意義も問われているが、その前提として、行政に取り込まれずに〔御用学者にならずに〕距離を置き、学問的な「批判の自由」を保っていることが生命線であろう。

(2) (有識者懇談会報告書の問題点)有識者懇談会の報告書の立場では、先住権の侵略・侵奪の問題、従って、それゆえの補償問題という、先住民族の所有権・知的所有権問題の根幹問題を打ち出さず、アイヌ民族支援の根拠を明らかにせず、またそれが北海道のローカルな問題に止まらず、日本の近代化に伴う所有権問題ゆえの全国的問題であることを説得的に示し得ておらず、それゆえに、その成果としての政策的展開にも繋がっておらず、従来路線の域を出ておらず、折角の国連の先住民族の権利宣言、それを受けた国会の先住民族決議にもかかわらず、今後の方向付けと

して、成功していないと言わざるを得ず、遺憾な事態である。

文化振興的救済に絞るにしても、折角「強い国の責任」を謳いながら、結局現実的にも国の財政負担の強化に繋がらず(注13参照)、報告書作成者としても、このような事態には、不満が残るのではないか(例えば、高橋はるみ北海道知事)。

国会決議との関連でも、有識者懇談会(さらに、2010年1月からそれを承継するアイヌ政策推進会議)のアイヌ政策展開における役割の大ききゆえに、今日の事態に対するその責任は大きいと思われる。アイヌ協会(ウタリ協会)の方でも、これに対する要望とか、批判的コメントとかがあつてしかるべきではないか⁶⁹⁾。

(3) (アイヌ政策形成の立法・行政プロセスの問題点) 結局、国会決議との関連で重要な役割を演ずる、『有識者』をどう選ぶかというプロセス、すなわち、『アイヌ政策アドバイスの有識者権限のレジティマシーをどのように認めるか』が、不透明なところにも、問題があろう⁷⁰⁾。従来と同じメンバーでは、以前と大差のない提言しか出てこないだろう。わが国の近時の立法メカニズムの特色として、「有識者懇談会中心主義」とでもいうべきものがあり、これが果たして、本当に民主主義的立法になっているかという問題がある。日本では、諸外国に比べて、草の根の政治的回路の少なさも指摘されており⁷¹⁾、もし有識者が、関係者、とりわけ人種的マイノリティであるアイヌ民族の市民の声を反映していないとするならば、少数の閉じた空間による政策決定という問題が出るのである(例えば、象徴空間の建設への巨額予算の投入にしても、それが関係するアイヌ市民の意向を無視するものならば、巨額の「不正使用」ということにならないかという問題である)。

(4) (最後に) アイヌ政策の骨子を定めてからアイヌ民族の面々を参画させるというやり方ではなく、ヨリ「草の根」的に、アイヌ民族に関する政策的課題を幅広く挙げて、多角的議論を通じて、その政策課題の序列化を図ることが求められよう。そしてその際に、諸外国の先住民族の所有権侵害等の民法問題の諸事例との比較で、「補償問題」はやはり根幹的地位を占め、それを回避すべくルールを敷いてしまうという今のやり方は、戦後補償について責任回避をはかるといふ日本社会特殊の構造的な問題と通じており、抜本の問題を孕んでいると思われる。

仮に、本報告書の補償論に踏み入らないとした立場に好意的に、その背後には、アメリカの奴隷補償の議論に見られるような、意見対立に巻き込まれたくないという配慮があつたと考えるにしても、やはりその点は議論の俎上に挙げるべきものであり、しかも、その終局目的は、歴史的に虐げられてきたわが国の先住民族であるアイヌ民族との歴史和解、関係修復にあるとの認識か

69) 因みに、秋辺日出男氏は、国連に「日本政府の審議状況や内容をチェックし、『先住民族の権利に関する国連宣言』に沿った『アイヌ民族に関する先住民族法』の制定を促進させる勧告をしてほしい」とする(2009年8月ジュネーブにおける「国連先住民族の権利に関する専門家機構」会議にて)(北海道新聞(道東版)(夕刊)2009年9月1日11面参照)。

70) 近時の民法改正についても、同様の問題があることを指摘したことがあるが(吉田邦彦・前掲書(注2)391頁以下)、本稿のアイヌ政策の場合には、民法改正以上に、根幹的なアイヌ政策に関わることなので、その問題は深刻となる。

71) 例えば、原子力行政との関連で、本田宏・脱原子力の運動と政治——日本のエネルギー政策の転換は可能か(北大図書刊行会、2005)27頁参照。

ら、補償プロセス自体は、忽せにすることができないであろう。

そして確かにアイヌ民族への補償問題は、奴隷問題補償と同様に議論の対立を招くかもしれないし（もっとも、これまでの同化圧力の大きさ故に、その人種・民族的アイデンティティ及びその政治的パワーのいずれの点でも、黒人〔アフリカ系アメリカ人〕の比ではないであろう）、奴隷制ないし黒人差別補償と同様に、長年の構造的差別加害ゆえに、単なる象徴的補償では対応できず、財産的填補要求が強く出る側面は今後あるかもしれない。しかし、そうであるからこそ、——こうした問題を隠蔽し、議論させないのではなく、——再配分の財の限定性を意識し、真に補償的救済の必要な課題から順序をつけて行く必要があることも、正面から議論していくべきであろう⁷²⁾（そういう目で見ると、限られたアイヌ民族補償予算を真に必要な貧窮アイヌの救済ではなくて、野外箱物的なイオルや象徴空間施設に費消するというのは、理解に苦しむものであろう）。

また、あまり大規模な補償プロセスではなくて、草の根的に様々な公的・私的な先住民族へのマイクロ補償（micro-reparation）（例えば、近時の企業の社会的責任（CSR）との関連での、環境保護に馴染むアイヌ民族への信託的又は使用貸借的な所有権補償（前述）など）ということも起きてきて不思議ではないであろう⁷³⁾。

そしてその際に重要なのは、やはり補償の議論で従来閑却されがちだったその究極目的としての「民族間の関係和解・関係修復」という点であり、それとの関係で、補償の道義的な償いの側面を強調する⁷⁴⁾ことで、そうした議論を通じて、補償の議論の分裂を避けて行くことがまずは出発点として肝要と思われる。しかしその上で、長期的な構造的差別にも繋がるアイヌ民族からの財産搾取の問題においては、「損害填補」の要請も問題にせざるを得ないという意味で、奴隷制ないし黒人差別補償と類似したところがあり、そこにおける議論を参酌しつつ、望ましい包括的解決の方途を追求していくべきものであろう。

72) この点で、奴隷制補償についての議論として示唆的なものとして、see, BROPHY, *supra* note 55, at 92-94, 169; Rhonda Magee Andrews, *The Third Reconstruction: An Alternative to Race Consciousness and Color-Blindness in Post-Slavery America*, 54 ALA. L. REV. 483 (2002). またこうした考慮に適合的な補償アプローチは、地域レベルでの「コミュニティ的な請求」(community-based reparation) であることについても、BROPHY, *id.* at 174, 177; Charles Ogletree, *Reparations for the Children of Slaves: Litigating the Issues*, 33 U. MEM. L. REV. 245, at 261 (2003) 参照。

わが国のアイヌ民族の補償問題に関する訴訟は、封じ込められているのであるが、アメリカでの黒人奴隷補償訴訟では、請求棄却になっているものの訴訟経験をばねにして、それをどのように公平に全体化していくかの議論がこのようになされており（わが国でも、強制連行補償については、花岡和解以来類似の動きがあり参考になろう（これについては、吉田・前掲書（注2）第7章参照）、これは、「政策志向型訴訟」（平井教授）（平井宜雄・不法行為法理論の諸相（平井著作集Ⅱ）（有斐閣、2001）（初出1980）155頁以下）が辿る必然の動きとも言えよう。比較法政策的に、大いに参照されるべきものであり、補償論の議論を封ざる報告書の立場からはこうした方向性は出てこないという意味で、時代錯誤的ではやはり問題である。

73) この点を奴隷制補償との関連で説くものは、Kaimipono David Wenger, *Injuries Without Remedies: "Too Big to Remedy?" Rethinking Mass Restitution For Slavery and Jim Crow*, 44 LOYOLA OF LA L. REV. 177, at 227- (2010) であり、参考になる。

74) 従来の議論へのアンチ・テーゼとして、補償論のこうした潮流に筆者が影響を受けていることについては、吉田邦彦・前掲書（注1）（2006）6章、同・前掲書（注2）（2011）「はしがき」など参照。