

ILO条約とラテンアメリカ諸国の先住民法

——アイヌ新法との比較を含めて——

石 井 陽 一

はじめに

一〇七号条約と一六九号条約

一〇七号条約と先住民法

一六九号条約と先住民法

国際性欠くアイヌ新法——むすびに代えて——

はじめに

本稿は拙稿「ラテンアメリカの先住民と国際的保護——アイヌ新法への示唆を含めて——」(平成七年一〇月『法学研究』第六八巻第一〇号。以下、先稿)の続編である。

先稿において、ILO(国際労働機関 International Labor Organization の略語)が先住民の保護に果たした役

割を兩大戦間の先行段階から書き起こし、第二次大戦後の一九五七年六月五日付の第四〇回総会で採択された「独立国における先住民並びに他の種族民及び半種族民の保護及び同化に関する条約」と題する第一〇七号条約に至る経緯、当時としては先住民の人権擁護上、画期的内容を有するこの条約にも世界の先住民、人類学者、NGO 団体などから同化促進傾向への反駁が出て一九八九年六月七日付の第七六回総会で採択された「独立国における先住民及び種族民に関する条約」と題する第一六九号条約への改訂の事情、両条約の主要条文とその背景の分析、一九九三年の「国際先住民年」を盛り上げるまでの国連の併行的な動きなどを筆者なりにトレースしたが、ただ両条約のラテンアメリカ諸国の先住民法の発展に関する創造的効果の検証については、紙幅の制約もあり、近い将来別の機会に譲ることとした。本稿はその別の機会である。

ラテンアメリカ諸国のILO条約批准国における先住民法は、一〇七号条約又は一六九号条約、そのいずれかを受け止める国内立法、先住民自らの慣習法という体系から成り立っている。未批准国もあり、その場合は言うまでもなく、条約抜きの国内立法と先住民の慣習法の二本立てになる。この体系の検証は、国際条約を国内法がどの程度受け止めるかの一つの事例研究としての意味もあろう。

また先稿では、アイヌ新法への示唆を副題としたが、その新法が昨年（一九九七）五月には国会を通過し、七月一日より施行になったので、本稿でも新法との比較を副題にした。「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」という長い名称だが、内容は短かく、かつ実体に乏しい。

先稿と本稿の間に、筆者は二つの国際学会に出席し、かつ研究発表をした。一昨年（一九九六）五月二日から二四日、メキシコ国立自治大学（Universidad Nacional Autónoma de México 略称UNAM）の法学研究所（Instituto de Investigaciones Jurídicas）主催の「二一世紀の敷居における人種問題 La problemática del racismo en los umbrales del siglo XXI」というテーマの第六回ラスカサス・フォーラム（VI Jornadas Lascasi-

anas)において、「ラテンアメリカと日本の人種問題の比較」を発表し、次いで昨年（一九九七）七月一四日から一五日の二日間、スペインのオニャティ法社会学国際研究所（International Institute for Sociology of Law）主催の「法制度としての先住民の慣習法 La costumbre jurídica como sistema de derecho」という共通テーマでの国際ワークショップにおいて「一日本人研究者からみたイペロアメリカ先住民の慣習法——アイヌ民族のそれとの比較」と題する研究を発表した。メキシコでは、賛否両論の渦のなかにあったアイヌ新法（案）の審議状況や政情との関連を、スペインでは難産の末、とも角も成立した新法を副題に関連して紹介した。

各国から斯界の専門家（法人類学者、法社会学者、文化人類学者、社会学者など）が集う国際的な舞台で紹介できたことは、場所と時宜を得ていたと思う。大きな違いを感じたのは、多くのラテンアメリカ諸国の先住民法が、濃淡の差はあれ、ILO条約との関連をもっているのに対してわが国は全く関連がないこと、ラテンアメリカには法人類学という専門領域が法学のなかに市民権を得ていて、先住民法について法人類学者が発言し、あるいは参与しているのに対して、わが国では新法制定に法人類学者が参与していないこと、などである。わが国でも先駆者の千葉正士博士をはじめ少数の斯界の研究者がおられるが、それだけを専攻する固有の学者がでるまでに至っていない。法学部のカリキュラムに場を得られないからであろう。少数の研究者によって米国および英国、フランス、オランダなどの研究成果が紹介され、またアジア固有法については千葉博士による貴重な業績もあるが、ラテンアメリカの先住民の固有法はわが国では国会図書館による研究資料に含まれている位で、ほぼ未耕の処女地に等しい。

筆者がこの分野に迷い込んだのは、今から四年前に専任校である神奈川大学の短期留学の制度で、メキシコ・中米・カリブを一巡したとき、メキシコ国立自治大学（UNAM）の法学研究所のホセ・エミリオ・ロランド・オルドニェス・スィフエンテス（José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes）教授との出会いがあったからのこと

である。同教授のお誘いで前記の国際学会活動にも参加することになった。本稿は、筆者が日頃蒐集した文献、資料のほか、学会報告やその質疑応答から得られたものに依拠している。しかし、ラテンアメリカは国の数が多く、資料を容易に入手できる国と入手困難な国があり、あく迄も筆者が入手し得た範囲のデータに基づく所論であることを予めご了承いただきたい。最もデータを入手し易いのはメキシコ、就中メキシコ・シティーである。斯界の専門家が前記の UNAM、UNAM 傘下のチャピンゴ自治大学 (Universidad Autónoma Chapingo)、大学院大学のエル・コレヒオ・デ・メヒコ (El Colegio de México)、米州機構 (英略 OAS、西略 OEA) の専門機関である米州インディヘニスタ協会 (Instituto Indigenista Interamericano) などに揃っているからである。インディオの専門雑誌「エトニアス (Etnias)」もこの地で発刊されている。機関相互の横の連絡はあまりよくなく、それぞれが孤高的に研究している観もあるが、外国の研究者にとって資料蒐集上、最も便利な地である。

一〇七号条約と一六九号条約

先稿で既述のように、ILO 条約の場合、統一最終条項により、一〇七号条約を批准している国で、一六九号条約を批准しない場合は、引き続き一〇七号条約批准国として残る。但し、一六九号条約発効後は新規に一〇七号条約を批准することはできない。このために世界には一〇七号条約批准国と一六九号条約批准国が併存しているのだが、先稿から二年の歳月を経ているので、一六九号条約批准国は五カ国から三カ国増えて八カ国になった。一九九六年現在において、ラテンアメリカ二〇カ国の分布は次のようになる (括弧内は批准年)。一〇七号条約批准国は、キューバ、ドミニカ共和国、エルサルバドル、ハイチ (一九五八)、アルゼンチン (一九六〇)、ブラジル (一九六五)、エクアドル (一九六九)、パナマ (一九七二) の八カ国、一六九号条約批准国は、メキシコ (一九

107号条約・169号条約比較表

107-1957	169-1989
統合、同化、社会的・文化的・経済的保護の推進	思想的・社会的・経済的な文化の相違を認知。多様性のなかの単位を形成、文化の尊重
集団形成は認容	固有のアイデンティティとしての人間の集団とその集団の権利を認容。
文化的な価値体系、先住民の慣行、その社会的共生を統治するための固有の権力機構の軽視	文化的な価値体系、先住民の慣行、その社会的共生を統治するための固有の権力機構の受容と尊重
先住民との協議も合意もない統合計画の推進	先住民の意思決定、先住民との協議、参加を得た計画の推進
先住民の定義は皮相かつ非先住民によるもの	先住民自らの、基本的には自己意思決定の過程を経た先住民の定義
天然資源の利用と保護は除外	諸権利の保護、地下資源の保護、その管理と保存の奨励、先住民対土地の関係を認容、土地を抜きにして先住民の将来なし
教育は同化奨励の方向	文化、歴史、社会的・経済的な志向性を踏まえた、教育の必要性を徹底、安全な生活空間、対話と理解に最適なチャンネル、アイデンティティの中心的な象徴としての固有言語の有効性の認知

出所：José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, Justicia y pueblos indígenas, CIDECA, Guatemala, 1997, p.117.

九〇）、ボリビア、コロンビア（一九九二）、コスタリカ、パラグアイ（一九九三）、ホンジュラス、ペルー（一九九四）、グアテマラ（一九九六）の八カ国だから、同数である。いずれの条約も批准していない国は、チリ、ニカラグア、ウルグアイ、ベネズエラの四カ国になる。⁽²⁾

一〇七号条約と一六九号条約の相違点は、先稿でも触れたが、十分とはいえないので、オールドニエス・スィフエンテス教授作成の比較表に基づき敷衍したい。

両条約とも先住民が伝統的にもっている共同体の土地総有権、慣習、慣習法や文化享有権を基本的に尊重し、かつ就職の機会均等、保健衛生の改善などに配慮しているあたりまでは大筋においては軌を一にしているのだが、一〇七号条約の方は遅れた先住民を文明社会に統合・同化することが先住民の幸福という理念に立っているのに対し、

し、一六九号条約の方は統合 (integration)・同化 (assimilation) という用語を回避し、あく迄も独自の文化、伝統、制度などの存続こそが先住民の幸福という理念に立ち、土地のみならず、地下資源の権利も擁護、先住民に影響を及ぼす立法や行政措置には先住民との事前協議が必要、などの新路線も打ち出した。このため、一見似たような個々の規定にも、基本理念の微妙な食い違いが散見される。

因みに、その違いを慣習や慣習法の許容度を示す両条約の規定で比較してみると、一〇七号条約の第七条では、先住民の権利義務を定めるに当たってその慣習法を考慮しなければならないこと(第一項)、先住民は、自己の慣習と制度が所属国の法制又は同化計画の目的と矛盾しない場合にはその慣習と制度の維持が可能(第二項)とし、さらに第八条では、国全体の社会の利益と国の法制に合致する範囲内で(a)先住民が実行している社会統制の方法は、先住民の構成員が行った犯罪又は違反を処理するため、できるだけ用いなければならないこと(b)前記の社会統制の方法を用い得ないときは、当該問題の処理に当たる機関と裁判所は、刑罰に関する先住民の慣習に留意しなければならない、と定めている。さらに一条置いた第一〇条では、先住民は予防拘禁の不当な適用に対して保護され(第一項)、一般的法律に定める刑罰を先住民に科する場合にはその文化的発達の程度の考慮を要し(第二項)、方法的には拘置よりも更正を優先しなければならない(第三項)ことになっている。家父長的な保護の気配が感じとれる。一六九号条約の同趣旨の規定は一条ずれて第八条から始まり、先住民に国内法を適用する際は慣習が慣習法に適切な考慮を払い(第一項)、先住民は、国内法で定義された基本権と国際的に承認された人権に矛盾しない場合はその慣習と制度の維持が可能(第二項)であり、第九条では、国内法と国際的に承認された人権に適合していれば、先住民が犯した違反には先住民が慣習的に行っている方法を尊重すること(第一項)、刑罰に関する先住民の慣習については、当該刑罰の処理に当たる機関と裁判所によって考慮される(第二項)こととし、さらに第一〇条では、一般的法律に定める刑罰を先住民に課する場合にはその経済的・社会的・

文化的特性を考慮すること（第一項）、拘留以外の処罰の方法を優先すること（第二項）となっている⁽³⁾。

両条約の同趣旨規定の微妙な違いは、一〇七号条約の第七条第二項が「先住民は、自己の慣習と制度が所属国の法制又は同化計画の目的と矛盾しない場合にはその慣習と制度の維持が可能」としているのに対し、一六九号条約の第八条の第二項では「国内法で定義された基本権と国際的に承認された人権に矛盾しない場合はその慣習と制度の維持が可能」とすることに変わった点である。とくに前者の「同化計画の目的と矛盾しない限り」が後者では同化計画が消え、また前者が「所属国の法制」即ち国内法一般との適合性を要件としているのに対し、後者が国内法的にも国際法的にも基本的人権との適合性を要件としていることに大きな違いがでている。

国法では犯罪に該当する事件も先住民の慣習法では犯罪にならない場合、またその逆の場合もあり得るであろうが、一〇七号条約の場合は国法に抵触しない場合のみ慣習法の有効性を認められることになるので、慣習法が適用される余地は極めて狭い。ただ第八条(a)の「先住民が実行している社会統制の方法」とは、ラテンアメリカの場合はインディオ共同体における裁判機能をもつ長老会議を指し、そこで慣習法に基づく口頭主義による即決判決が下されてきたという実体がある。ひとつには標準語たるスペイン語またはポルトガル語を知らないインディオが相当数おり、普通裁判所で審理されると司法通訳が必要になり、裁判所としても負担になること、言語不通による意思疎通の不足、先住民の白人裁判官に対する不信、裁判官にあり得る偏見、非識字による国法の周知不能、共同体内の裁判の和解的な機能、先住民による先住民の裁判の安心感、先住民の訴訟費用負担能力の欠除などの要因が重なって、多数の先住民人口を擁するメキシコやグアテマラにおいてインディオ共同体による司法の自治を黙認してきたという実体があったことは否定できない⁽⁴⁾。一六九号条約では、基本的人権に抵触しない限りは慣習法を公式に認めることになるので、その批准国においては慣習法が適用される幅が公式に広がることになるう。

次節では、慣習と慣習法の許容度を中心に、ILO 条約と国別の先住民法との関連を検証することとする。前述のように、筆者のデータ入手の可能な範囲内となるので、全部の関係国を網羅することは困難である。国別に精粗の違いもでる。また、一〇七号条約のカリブ海の批准国であるキューバ、ドミニカ共和国、ハイチには事実上先住民が残存していない。かつては先住民だけが居住していた島嶼であったのだが、ラスカサスが告発したような征服者による虐殺、過重な強制労働、旧大陸から持ち込んだ伝染病（とくに天然痘）の感染で全滅してしまい、そのあとは少数のヨーロッパの植民者、アフリカから強制移住で連行した多数の黒人奴隷による人口交替が行われたので、条約には批准したが、肝腎の先住民が存在せず、従って先住民法も制定しようがないのが実情である。

一〇七号条約と先住民法

一九七五年の段階であるが、ILO のエリアス・メンデリーヴィッチ (Elias Mendelievich) は、条約と国内法との関係についてこう指摘している。「一〇七号条約の批准国は——すべての ILO 条約の批准国にも通ずることだが——その国内法を条約の諸条項に適応させる義務をもっているのだが、この条約の性質上、批准国が条約上の諸要件、国内法上の諸要件に国内的な諸慣行を合わせるには格別の困難がある。……批准国には、条約の諸条項を遵守してとっていった法律上の措置、実践的な措置を ILO に定期的に報告する義務がある」⁽⁵⁾。

ILO 自体が、先住民問題の国別特殊性からいって、一本の条約に調整することの難しさを理解しているところがあるようだ。遅々としているが、批准国の調整状況をアルファベット順に調べてみることにする。

(1) アルゼンチン

ラテンアメリカのなかで最もヨーロッパの出店意識の強いお国柄であり、人口の1%にあたる先住民は最北のチャコ地方と最南のパタゴニア地方に集結させられ、首都ブエノスアイレスで先住民の姿を見掛けることはまずない。それだけに過去の贖罪意識が白人側にもある。それが一九八五年九月三〇日付法律第二三、三〇二号の「先住民政策及び先住民共同体の援護に関する法律 Ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a Las Comunidades Aborígenes」になる。同法の第一条がその理念を掲げる⁽⁹⁾。

「第一条 わが国に存在する先住民及び先住民共同体に固有の価値及び生活様式を尊重すると共に、これら先住民及び先住民共同体がわが国の社会経済及び文化の過程へ完全に参加するように、これら先住民及び先住民共同体に配慮しつつ援護を供与し、並びにこれらを擁護しかつ発展させることが国家的な利益になることを宣言する。この目的のために、土地の所有権の取得及びいかなる種類であれそれら先住民及び先住民共同体が専ら従事する農業、林業、鉱業、工業又は手工業の生産の振興、教育計画におけるその文化的規範の保存及び共同体の構成員の保健を可能にする計画を実施するものとする」。

まず先住民の用語に、一〇七号条約の住民 (population 英、población 西) でも一六九号条約の人民 (peoples 英、pueblos 西) でもなく、英語の土着民 aborígenes にあたる aborígenes をあてているのが一特色である。先住民固有の価値体系を尊重すると共に西欧化したアルゼンチンの社会経済や文化の発展過程に参加できるように援助の手を差しのべるといふ考え方はまさに一〇七号条約の哲学そのものである。しかし、一〇七号条約にもでてくる慣習及び慣習法の尊重という字句は、この法律の全文二五カ条を通じて見当たらない。この法律の構成は、先住民共同体の法人格取得とその手続、先住民問題所轄官庁の機構とその業務方法、共同体への総有地または先住民個人への土地の授与、教育計画、保健計画、社会保障権、住宅計画、資金手当などの八章から成る。

土地授与に関連し、地権証に二〇年間の譲渡禁止が明記され、被授与者の定住と耕作の義務、所轄官庁の許可なく売却・賃貸・譲渡の禁止、差押・強制執行不可能（逆をいえば、抵当権設定不可能、但しこの法律の施行細則に定める公的金融機関からの信用供与の場合を除く）などの制限付所有権になっているところは、賃貸制限を除けばわが国における北海道旧土人保護法の下付地の制限付所有権に似ている。この種の制限に、再収奪を予防する保護的な意味があることは否定できない。⁷⁾ その家父長的な保護が、逆に言えば先住民を一人前にみていないという反駁にもなる。

教育計画でいえば、第一四条で、先住民共同体毎の歴史的文化的アイデンティティを維持し、同時に一般国民社会への平等な統合を保障しなければならないとしているところにも一〇七号条約の理念がでている。

(2) ブラジル

日本の二二・五倍という南米一の広大な国土の面積をもちながら、人口は日本とほぼ同数というこの国で、ブラジルの先住民は、アマゾンやマトグロッソ州の奥地で、比較的最近まで一般ブラジル人社会と接触せずに生活してきた。歴史上最初から奥地ばかりで生活していたわけではない。征服・植民の初期に海岸地帯のインディオは奴隷化され、搾取、旧大陸伝来の伝染病への感染で死滅し、奥地インディオが生き残ったのであろう。先コロンブス時代に高地に国家を建設し、独自文明をもち、被征服後はヨーロッパ文明と摩擦を起こしながらも混血文化を形成してきたメキシコやアンデス地帯の先住民と奥地隔離型のブラジルの先住民を同列に論ずることは難しい。ブラジルの場合には、国家が先住民への後見的役割を果たさざるを得ない事情があり、一〇七号条約向きのところがある。

先住民の法令上の用語は、未開人 (*os selvícolas*、直訳すれば森林居住者) 又はインディオ (*os índios*) である

が、最近の法令のなかには一〇七号条約用語に副う先住住民 (as populações indígenas) も使われている (例えば、一九八八年憲法第二二条^{xiv}号、第一三五条^v号、一九九二年のヤノマミ族の境界設定に関する行政命令など)。

法令上、「未開人」が登場したのは、一九一六年一月一日付制定の民法 (一九一七年施行) の第六条第三号においてである。限定無能力者の範囲を定めるこの規定は、その単項において「未開人は、法律及び特別の規則が定める後見制度に服する。ただしこの制度はわが国の文明に適応するに従い離脱するものとす」とした。関連特別法が最初に定められたのは一九二八年である。その後、一九七三年二月一九日付法律六〇〇一号によるインディオ基本法第七条がその後見制度を規定するが、同法第九条によりその後見制度から離脱して完全な民事上の行為能力を取得する途はある。その要件は、二一才以上、ポルトガル語の語学力、一般国民社会において有益な活動を行い得ること、一般国民社会の風俗・習慣を正しく理解すること、インディオはこの要件を満たしていることを所轄の裁判所に求め、認定されることによって通常人の行為能力を取得する。同化度テストのようなものだが、離脱しないインディオは万年未成年のようなもので、その後見人は連邦のインディオ保護片 (Fundação Nacional do Índio 略称FUNAI) ということになる。明らかに差別とみられる制度だが、人種差別撤廃条約に基づいてブラジル政府が提出した一九八六年の報告書によると、それまでインディオが離脱手続きを利用した例は一つもない由である。その理由は、インディオが後見制度の下にあるかぎり得られる土地利用の保障⁽⁸⁾の後見からの離脱によって失うことを好まなかったためと報告書は説明した。

たしかに一九八八年の憲法上、伝統的にインディオが占拠している土地は連邦の財産であり (第二〇条^{xii}号)、インディオに対しては、その社会組織、習慣、言語、信仰及び伝統、並びに伝統的に占拠している土地に対する始源的権利が認められ、この土地の境界画定及びその一切の財産の保護と尊重は連邦の権限に属する (第二三一条)、伝統的にインディオによって占拠されている土地とは、風俗、習慣及び伝統に従いインディオが永続的に

居住し、生産活動のために利用し、その福祉に必要な環境資源の保全に不可欠であり、かつその物的及び文化的再生産に必要な土地である（同条第一項）、インディオにより伝統的に占拠されている土地は、その永続的占有に供せられ、現地の表土、河川及び湖の資源の排他的用益権はインディオに帰属する（同条第二項）、インディオの土地における潜在エネルギーを含む水資源の利用、鉱物資源の調査及び採掘は、影響を受ける共同体に聴聞した後、国会の認可を得てのみ行うことができ、法律の規定に従い、インディオに採掘の成果に対する参加が保障される（同系第三項）、本条にいう土地は譲渡不能で、かつ処分不能であり、及びその土地に対する権利は、時効により消滅しない（同条第四条）、先住民集団のその土地からの移動は、先住民人口を危険に陥らせた災害または伝染病の場合において、国会の事後承認を得て行うとき、または国会の決議の後、国の主権の利益が関わる場合を除いて禁止される。ただし、上記のいずれの場合にも、危険が止んだ後は直ちに復帰することが保障される（同条第五項⁹）というような土地の利用保障がある。

土地の所有権を持っているのは連邦政府であり、インディオは土地の永久的な占有権と用益権を持つが、連邦はその土地を譲渡不能という形で収奪を予防している。先住民に土地を一たん授与し、その土地に譲渡禁止などを付するアルゼンチンや日本の旧土人保護法のやり方とも異なるブラジル特有の方式といえよう。

また、占拠地における地下資源開発の際の先住民との事前協議の必要、そして地下資源開発利益への参加権を認めているあたりは、一〇七号条約批准国ではあるが、一六九号条約の精神に一步近寄ったとみることができよう。

憲法第二三一条は、インディオの社会組織、習慣、言語、信仰及び伝統も認めているが、慣習法は列挙のなかにいれていない。しかし、一九九四年の先住民社会基本法 (Estatuto das Sociedades Indígenas) の第一五〇条は「残虐又は恥辱的な性格を帯びていない場合には、先住民共同体がその構成員に対し刑事上又は懲戒上の性格

を有する制裁を、その制度を通じて加えることが認められる。ただし、いかなる場合も死刑は禁止される」というようにインディオ共同体のなかの司法の自治を公式に認めている。前述のようにラテンアメリカ諸国では、インディオ共同体内部の慣習法に基づく司法の自治を黙認しているところがあるが、このように死刑を除く処罰を成文法規で明らかに認めている例は珍しい。

なお、九四年の基本法は、七三年の基本法の改正法と理解されるが、同法では、本法の保護の対象となるインディオ及びインディオ共同体は他のブラジル人と対等な者であり、かつ慣習、慣行、先住民としての伝統は保障される（第二条）、インディオは出生によるブラジル人であり、並びにインディオには民事上、政治上、社会上、労働上の権利及び連邦憲法において確立された基本的な諸権利が保障される（第九条）とあり、後見制度とそれからの離脱手続に関する条文が見当たらない。最終の一七五条で本法に抵触する規定は廃止される、とくに一九一六年一月一日付の法律三〇七一号（民法）の第六条第三号及び単項、（中略）一九七三年一月一九日付法律六〇〇一号となっている。

ブラジルをここまで変えさせたのは、ILO一六九号条約の圧力があり、ラテンアメリカのなかでそれを批准する国が増えているのに、いつまでも後見制度や同化テストによる離脱手続を継続するのが困難になったからであろう。実体としては後見制度の方が合っているのかも知れないが、一連の改正で、一六九号条約批准国よりも国内法の整備が進んでいる位になった。もはや、一〇七号条約に拘泥する理由はないように思われる。

(3) エクアドル

ILOのエリアス・メンデリーヴィッチは、やはり一九七五年という段階ではあるが、エクアドルは一〇七号条約を批准しながら、万人は法の下に平等の原則を楯に、先住民も一般市民と全く同じ法律が適用されるべきで

あるという立場をとり、一向に国内法を調整しなかったと慨嘆している。⁽¹⁰⁾ わが国でも、アイヌ新法の審議の過程で、政府や自民党のなかに先住民権は憲法の定める法の下の平等に抵触する恐れがあるという同じ論拠から新法への反対論が起り、それで新法が骨抜きで成立したことは記憶に新しい。ラテンアメリカで法の下の平等との抵触論をとったもう一つの国にチリがある。⁽¹¹⁾ そのため一〇七号条約も一六九条約も批准しなかったであろうが、先住民法は制定している。

エクアドルは、それでも、一九九四年四月二二日付政令一六七九号により大統領府の傘下に先住民・少数民族片 (Secretaría de Asuntos Indígenas y Minorías Étnicas) を設置した。エクアドルの近代化のためには、国家統一を強化し、人権を擁護すると共に、複数文化、複数民族国家としての発展に留意することも必要というのがその設立趣旨になっている。担当官片を設置することは、一〇七号条約第二七条の、条約の定める事項について責任を有し、計画を執行する機関の設置義務は果たすことになる。

一六九号条約と先住民法

一〇七号条約批准国の全部を網羅したわけではないが、一六九号条約批准国の国内法的対応状況に移ることとする。前節と同様、国名のアルフアベット順で追ってみる。

(1) ボリビア

ボリビアはラテンアメリカ諸国のなかで最も先住民人口比率の高い国である。総人口の六九〇万人のうち四九〇万人がインディオ、七二％に達する。しかし、先住民比率が高ければ先住民が厚遇されるということには必ず

しものならない。

一九九四年八月一二日付の憲法改正時に、先住民保護に関する条項が挿入された。一一六条第二項で「裁判の無償、公開、迅速、廉直が司法行政の基本的条件である。司法府は、先住民に無償の法廷弁護を供与し、先住民の母語がスペイン語でないときは通訳サービスを提供する責任を負う」、第一七一条で「法の定める範囲内で、わが国の国土に居住する先住民の社会権、経済権、文化権、とくに始源的な共同体の土地に関する諸権利は認知され、尊重され、保護される。天然資源の使用、持続し得る利用、先住民のアイデンティティ、言語、習慣および制度も保障される（第一項）、わが国は、先住民及び農民の共同体、協会、農民組合の法人格を承認する（第二項）、先住民及び農民共同体の伝来の役所は、この憲法と法に抵触しない限り、行政機能を行使し、紛争の代替的解決のために固有の規範を適用することができる。法は、これら共同体の機能とわが国の諸権力の権限との調和をはかるものとする（第三項）」と定めている。

先住民の用語は、一六九号条約の *indigenous peoples* にあたる *pueblos indígenas* を使っているところは一六九号条約批准国である。内容的にも一六九号条約の路線を概ね受けとめているが、同じ一七一条のなかで「法の定める範囲内で」「この憲法と法に抵触しない限り」と繰り返しているあたりに本音としては先住民の慣習、慣習法の適用範囲を狭める意図があると思われる。

ボリビア、ペルーの先住民の四千年来の慣習が国際法に抵触する事例がひとつある。それはコカの葉を噛む習慣である。一九六一年ウィーンで締結された麻薬に関する統一条約ではコカインの原材料であるコカの葉も麻薬のカテゴリーに入るが、ボリビアでは年間一万二〇〇〇ヘクタールまでのコカの葉の栽培は、先住民のチューイング用として合法化されている。慣習を国内法で追認した形であるが、根深い歴史的事情あつてのことである。⁽¹²⁾

(2) コロンビア

一九九一年七月五日付コロンビア現行憲法のなかから先住民保護にかかわる条文を抜粋してみる。第七条で「わが国は、コロンビア国民の民族的及び文化的多様性を認知し、かつ保護する」、第八条で「国民の文化的及び自然的財産を保護することは、わが国と人々の義務である」、第一〇条で「カステーリヤ語はコロンビアの公用語である。民族グループの言語及び方言もまた当該地域では公用語である。共同体において固有の言語的伝統をもって授業される教育は二言語によるものとする」第六三条で「公共用途の財産、自然公園、民族グループの共同体総有地、保護地、国民の考古的財産、及び法の定めるその他の財産は、譲渡不能であり、時効により消滅せず、かつ強制執行の対象にならない」、第七九条で「すべての人は健全な環境を享受する権利を有する。法は、その影響がありうる決定への共同体の参加を保障する(第一項)」、第二四六条で「先住民伝来の役所は、この憲法とわが共和国の法に抵触しない範囲で、当該地域のなかで、固有の規範と手続に基づき、所轄の機能行使することができる。法は、国の法制度とこの特殊な管轄事項を調整する方式を確立するものとする」、第二八六条で「地域団体は、県(departamentos)、地区(distritos)、郡(municipios)及び先住民地域(territorios indígenas)とする(第一項)」、第三二九条で「先住民地域団体の形成は、地域整備組織法の定めるところに従い行われ、その境界設定は、地域整備委員会の見解を徴し、先住民共同体の代表も参加して、中央政府により行われる(第二項)」、第三三〇条で「この憲法と法に基づき、先住民地域は、当該共同体の慣行と慣習によって規制され、かつ組織された審議機関によって統治され、次の各号による機能行使する、当該地域の土地の利用と住民に関する法規の適用に配慮(第一号)、国家開発計画を踏まえた、当該地域の経済的・社会的開発計画と政策の作成(第二号)、当該地域における公共投資の推進とその適切な実施に配慮(第三号)、資金の受領と分配(第四号)、天然資源の保全に配慮(第五号)、当該地域内の別々の共同体が推進した計画の調整(第六号)、中央政府の

指示と措置に従い当該地域の公の秩序の維持に協力（第七号）、中央政府と所属するその他の地方自治体に対し当該地域を代表（第八号）、憲法と法が揭示するその他の機能（第九号）、また、先住民地域の天然資源の開発は、先住民共同体の文化的・社会的・経済的一体性を損わないように行うものとし、開発に関し採択される決定については政府が関係共同体の代表の参加を求めることとする（単項）」と定められている。

コロンビアは、アンデス諸国のなかでは白人比率の高い国であり、先住民人口は六〇万人、人口の二％に過ぎない。ボリビア憲法の関連規定と大筋においては軌を一にするが、より詳細な規定を設けている。

一六九号条約を批准したのは一九九一年八月七日、この憲法改正の一ヵ月後ということになるが、恐らく批准を予定しての改正であろう。個々の先住民共同体ばかりでなく、複数の共同体を含む先住民地域の概念は、一六九号条約の第一三条を受けとめている。天然資源に対する権利にも配慮しているところは、一六九号条約の第一五条に対応している。慣習、慣習法による自治については、ボリビア憲法と同様、「憲法と法に抵触しない限り」の念を押してはいるが、寛容度は高いとみてよいであろう。先住民を示す用語も一六九号条約の *pueblos indígenas* に合わせてある。

(3) ホンジュラス

ホンジュラスは、政令の公布により一六九号条約を丸ごと受け入れたと理解される。一九九四年五月二五日付のILO一六九号条約を承認する政令第二四号がそれで、その第一条で「本国会は一九八九年のILOの独立国における先住民及び種族民に関する条約第一六九号を承認することを布告する。その原文は次のとおりである……」として、一六九号のスペイン語全訳がこの政令に組み込まれる。第二条は「本政令は、官報に掲載された日以降に効力を発生する」と施行期日を定める。そのあと大統領の署名で締めくくられる、という構成である。

変わっているのは国会が布告するという政令であることである。

ホンジュラスの憲法や国法との法源の順位に関する規定もない。この政令は一九九四年七月三〇日に官報に掲載されたので、その翌日から発効したことになる。

(4) メキシコ

一九九二年のメキシコの憲法改正について、筆者は「メキシコ憲法第二十七条の改正とその背景」という研究ノートを本誌に寄稿した（平成五年一〇月『法学研究』第六六巻一〇号）。この時点で第四条に第一項を追加する改正もあった。その第四条第一項を試訳すると「メキシコ国民は、始源的に先住民に支えられた複文化の構成をもつ。法は、先住民の言語、文化、慣行、慣習、資源、社会構成の特殊な方式を保護し、かつ発展させ、並びにその構成員の所轄官庁への効果的な接近を保障する。先住民が当事者である裁判及び農事訴訟においては、法が確立する諸条件の下でその慣習及び慣習法が考慮されるものとする」ということになる。当時政府が国会に提出した立法趣旨によると「その構成員の所轄官庁への効果的接近の保障」とは、具体的には、先住民を支えている文化や社会組織や資源を保護し、かつ発展させるために、所轄官庁に完全かつ対等に先住民が近付けるようにすることを保障するという意味である。

一見すると短い条文のなかに憲法レベルで一六九号条約をしつかりと受け止めているかにみえるが、万事は別に法の定めるところによるという法律留保を付しており、その法律が出るまではお預けということになる。昨年（一九九七）七月一日、筆者も出席したベルギーのアントワープ大学で開催の国際法社会学会年次大会で、ホセ・E・R・オルドニェス・スイフエントス教授は「人権政策と先住民」と題する研究発表を行い、そのなかでこの第四条の改正を取り上げ、メキシコ政府は未だに法律を別に定める約束を果していないと慨嘆していた。

第四条約改正ばかりでなく、第二七条改正にも一六九号条約を意識した箇所もあり、全くそれに矛盾した箇所もある。筆者の前記の研究ノートから拾ってみると、第VII款でエヒード及び共同体の法人格を認め、かつその土地の総有権を保護、XV款の第一項で大土地私有制の廃止を宣告、XIX款で農事裁判所の設置とその裁判官の人事について規定しているのは一六九号条約を受け止め、第四条を補強しているといえる。しかし、大土地私有制の廃止を宣言する一方で、IV款では株式会社による農地の取得を認め、その面積制限をXV款に定められた面積制限の二五倍までとし、外資の参加も認めたことは、実体的には会社形態による大土地私有制の復活を認めたも同然である。XV項の二項以下に小農業所有地なるものの定義があり、普通農地で一〇〇ヘクタール、棉作地ならば一五〇ヘクタール、バナナ、砂糖きび、コーヒーなどの商品作物地なら三〇〇ヘクタールまでがそれに該当し（わが国なら大土地だが）、ここまでの面積の農地は農地改革上接収を免れていたのだが、会社形態の場合この二五倍まで持てるので、普通農地ならば二五〇〇ヘクタール、棉作地ならば三七五〇ヘクタール、商業作物地ならば七五〇〇ヘクタールまで所有できることになる。エヒードや先住民共同体がこれに呑み込まれてしまう公算大である。

第四条の方は一九九二年一月の改正後五年余を経て未だに別に定める法律が制定されていないのに、二七条の改正では九二年一月の改正後一ヵ月余の二月には別に定める法律が制定された。それが一九九二年二月二二日付の新農地法であるが、この農地法にはかなり危険な規定が含まれている。エヒード、共同体も公益の事由により収用の対象者になるという規定である。公益の事由としては、官公庁舎の設立、都市・観光・工業の開発、石油開発、橋梁、道路、鉄道などの建設が挙げられている（新農地法第九三条）。エヒードの割当地は譲渡、賃貸、抵当権の設定が禁止されていた。他の国の例で前述のように、それには収奪から守る保護の意味があつたが、一定条件の下に解禁になったことは便利になった一面と先住民にとって油断のならない一面がある。

米国、カナダとの間に北米自由貿易協定（NAFTA）を締結したメキシコとしては、高度に大型機械化され

た米国農業に太刀打ちするためには外資も導入した企業形態の農業の開発を必要とする現実がある。原始共産制型のインディオ共同体やエヒードでは国際競争上對抗できないとみている。しかし、ILO 一六九号条約を真先に批准した国として先住民の伝統農業形態も尊重しなければならない。ILO 条約を意識したのが憲法第四条第一項の改正であり、主として NAFTA を、部分的には ILO 条約も意識したのが憲法第二七条の改正であった。しかし、この同じ時点における二つの条文の改正には明らかな矛盾がある。世界の憲法のなかで一カ条では最も長文といわれる二七条のなかにも矛盾はある。その矛盾をメキシコは第四条の施行細則となる法律の制定を半永久的に先送りすることで調整しようとした。しかし、第四条の約束の不履行への反駁と企業型大農業を認める二七条改正の撤回を求めて勃発したのがチアパス反乱である。それは NAFTA が発効する一九九四年一月一日を選んで蜂起した。

第四条と第二七条の改正は、ILO 条約と NAFTA の板挟みになったメキシコのジレンマを象徴している。

(5) パラグアイ

憲法上には規定がないが、一九八一年法律九〇四号による先住民共同体基本法 (Estatuto de las Comunidades Indígenas) の第五条は「共同体は、その共同生活を規律するために、公序の原則に抵触しない限り、その慣習法を適用することができる」と定めている。先住民の慣習法の権威であるロドルフォ・スタベンハーゲン (Rodolfo Stavenhagen) は、慣習法を明記した珍しい例と評価するが、⁽¹³⁾「パラグアイ法における先住民の慣習法」という論稿を書いた、在アスンシオンの人権センターのエステル・プリエート (Esther Prieto) は、二〇世紀における法律九〇四号に至るまでの先住民法の変遷をたどりつつ、パラグアイに有史以前から五言語族に分かれる一七の部族が先住しており、そのなかの最多数部族がグアラニ族であるが、そのいずれも先住民法の制定には参加していない

こと、従って家父長的保護法制であること、中央集権型の国民国家を目指す軍事政権の長期支配下にあり、「公序」というのは所詮は支配者側の公序であること、ただパラグアイが際立って二文化、二言語国家という特徴をもっていることはいえること、などを指摘している⁽¹⁾。

この法律が制定された一九八一年はまだILO条約一〇七号の時代（パラグアイは六八年に一〇七号条約を批准、前述のように九三年に一六九号条約を批准）であるから、当時としては画期性のあるものであったろうし、他の批准国とのバランスから言えば、一六九号条約を批准しうる条件は整えていたともいえる。

筆者がラテンアメリカ一巡の旅でパラグアイを一週間ばかり訪れたのは二〇年前になるが、ほとんどの白人もグアラニ語を喋るのに強い印象を受けた。一般的に白人もインディオの言語をこなす二言語体制の国はパラグアイを措いてはない。先住民人口は約一〇万人、全人口の三%に過ぎないのである。これはかつてパラナ河沿岸でイエズス会が教会を中心にグアラニ族と共に定着農業を営み、西洋楽器の製造や演奏、レース編みなどを伝授し、グアラニ共和国とも言われる数多くのレドゥクシオン (reduction 教化部落) を築いた故事と無縁ではないように思われる。イエズス会はスペイン人植民者や植民地政庁から煙たがられ、一七六七年新大陸から追放されたが、白人とインディオが共生する伝統は残ったのかも知れない。因みにパラグアイの通貨の呼称もグアラニである。

国際性欠くアイヌ新法——むすびに代えて——

今般制定されたアイヌ新法（新聞によっては長名の呼称からアイヌ文化振興法という略語にしているが）は、国際的にはILO一〇七号条約の段階にも達していない。全文一三条は、狭い文化の定義とその文化の普及・啓発にあたるアイヌ文化振興・研究機構の設置、運営の規定（第七条―第一三条）にあてられている。

「アイヌ文化」とは、アイヌ語、アイヌに継承されてきた音楽、舞踊、工芸その他の文化的所産、これらから発展した文化的財産と定義され(第二条)、習慣や慣習法を文化の概念から意識的に落としている。文化とはなにかという定義は多様であるが、例えば文化人類学という文化とは、ある集団の人々によって共有され、学習され、継承されている生活様式とそれを裏付ける思考様式のことである。かつては文化を、言語、文学、音楽、美術、舞踊などに狭く限定する向きもあったが、最近よく言われる異文化接触とか、「それは文化の違い」というような言い方は文化人類学的な定義を踏まえたもので、その広い意味の文化が今ではわれわれ日本人のコンセンサスになっている。

アイヌ新法制定を前にした二風谷ダム訴訟では昨年(一九九七)三月二七日、札幌地裁は、沙流(さる)川をせき止めてのダム建設は、アイヌ民族の伝統的な舟下ろしの儀式「チブサンケ」などが行われる聖地を侵すもので民族固有の文化享有権を尊重すべきであるものとして違法判決を下した。ただしダムは完成しているので収用判決を取り消すことは公共福祉に適合しないとして原告請求は棄却したが、文化の解釈では行政と立法よりも司法の方がやや広い解釈をとっている。アイヌ民族を先住民と認定することでも司法が行政と立法に先行した。

現在、アイヌ民族の慣習や慣習法は残っているであろうか。それに参考になる論稿として、北構太郎「アイヌ固有法と日本の法政策」¹⁵⁾がある。この論稿は、泉靖一「沙流アイヌの地縁集団におけるI WOR」、『民族学研究』16(3/4)一九五二、と Watanabe Hitoshi, "The Ainu Ecosystem" University of Tokyo Press, 1972 のような文化人類学者によるフィールドワークの結果を法人類学的にまとめたもので、アイヌ社会の基本集団は川筋に遡上するサケを採捕して主食とするコタンという川筋居住小集団(二部地域を除けば一般に五戸以下)を基本単位とするが、同じ川筋に一人の首長によって代表される一ないし複数のコタンから成るローカルグループがある。首長の対外的役割にはテリトリイ侵犯者への制裁や成員以外の者の資源利用に対する許可が含まれる(こ

いう制裁や許可のやり方に慣習法があり得る。ラテンアメリカの先住民共同体の首長にも慣習法によるこの種の権限がある。同一河川に沿う全てのローカルグループはさらに *sine iworukokor utar* という最大の川筋集団を形成する。その範囲は川筋集団の居住地である特定の河川流域を中心として河川源流地帯の山岳部と（海岸をもつ場合は）一定の海域を含む地域である。川筋集団の成員はその区域内における全ての資源を排他的に利用し、他集団の成員が許可なく立ち入り資源利用などの活動を行うことから常時防衛した、但し他集団との紛争など非常時を除けば、川筋集団全体の活動やそれを統轄するリーダーは存在せず、テリトリーの統制・監視は各ローカルグループの首長が情報を管理して行った、というものである。

複数の川筋集団は存在したが、国家を形成するに至らなかったことが、明治以降の日本による北海道の領土編入を容易にしたものであろう。そして、コタン、ローカル・グループ、川筋集団が、旧土人保護法を中心とする勸農政策によって崩れていくが、仮りに明治政府にこの漁労・狩猟中心の慣習法的な運営を認知する寛容度があったならば、アイヌ民族との関係は今日まで円満なものであったろう。河川における伝統的漁法を、資源保存の美名の下に禁止したことが一番大きなしこりとして残り、二風谷訴訟の原点になっている。しかし、泉、Watanabeのフィールド・ワークに川筋集団が浮かび上がってきたとすれば、一部地域において当局から慣習法的運営が目こぼしされていたことも考えられる。それともこのフィールド・ワークは古老の昔話の蒐集であったのかどうか、その辺が前記の北構論文でもはっきりしていない。アイヌ文化振興・研究機関の研究課題になってもよいところだが、この機関は狭い定義の文化しか研究できないので、この機関の性格上難しそうである。狭い定義の文化ならば、新法によって始まるものではなく、明治以来、アイヌ文化の研究・普及・啓発に尽した先人は少なくない。また北海道ウタリ協会、北海道立アイヌ民族文化研究センター、函館市北方民族資料館、白老アイヌ民族博物館、二風谷アイヌ文化博物館、網走北海道立北方民族博物館などの機関もあり、なかにはなかなか優秀な

研究者、学芸員もいて、研究、普及にあたってきた。その上の新機関の設置は行革に逆行するものだ。

新法の第五条はアイヌ文化振興の基本方針を、第六条は基本計画の策定にあてられているが、狭い文化の定義のなかでの大袈裟な方針や計画の樹立には新機関が苦勞するだろう。

先住民に理解の深いメキシコの作家カルロス・フエンテス(Carlos Fuentes)⁽¹⁶⁾が、「わわれは先住民を博物館のなかでだけ尊重している」とスペインのエル・パイス紙上で語ったことがある。先住民にとって必要なのは博物館的な尊重でなく、実生活上におけるなんらかの先住民権の復権である。せめて川を遡上するサケの伝統的漁法による採捕権位を認めるべきであつたろう。今日のアイヌ民族のほとんどは都市化しているので、それを認めても既存の漁業権を脅やかすものにはならない。

冒頭前述のように、筆者は以上のような趣旨をオニヤティ法社会学国際研究所の国際ワークショップで口頭発表したのだが、そのあとで「日本がILO条約を批准しないことについてアイヌ民族からの抗議はなかったのか」という質問に接した。これに対し筆者は「北海道ウタリ協会が出している文献を読むと、ILO条約の存在はよく承知しており、一九八四年に協会が起草したアイヌ新法(案)は一〇七号条約を参考にしたと思う。しかし、未批准に対する抗議はなかったようで、私も不思議に思っている」とお答えした。

ラテンアメリカではILO条約の批准について先住民の諸団体や先住民の国際会議の宣言で強い要請がでており、その上での批准になっている。総じてわが国では国際条約を楯にとっての権利主張は不得手であり、攻守ともに島国的な対応になり勝ちである。

今迄、政府代表が総会におけるILO条約の採決に棄権し、国会が批准しなかった理由には、わが国に先住民が存在しないという主張があつた。しかし、今回は付帯決議でアイヌ民族の先住性を認めたので、ILO条約を無視する理由がなくなったということが言える。

今から批准するとすれば一六九号条約しかないが、筆者が分析した範囲では、既述のように既存の批准国でもその国内法的な対応は、一〇七号条約国も一六九号条約国もほとんど変わらない。そこは国際法の宿命的な弱さである。条約の批准ともう少し国際水準にサヤ寄せした国内法の改正が今後に残された課題になろう。

- (1) 千葉正士博士の古稀を記念して編集された論文集『法人類学の地平』（成文堂、一九九二）が、わが国で法人類学という書名の唯一の文献ではないかと思う。
- (2) Lists of Ratifications by convention and by country (as at 31 December 1996), International Labour Office, Geneva, 1997, p. 146, p. 218.
- (3) 両条約の邦訳は、先稿と同様、概ね労働省編『ILO条約・勧告集』第六版（労働行政研究所、一九九三）に準じた。
- (4) Rolando López Godínez, "El Derecho Consuetudinario", Estudio, 30 de Junio 1994, Siglo Veintiuno.
- (5) Elias Mendelievich, El Convenio número 107 de la Organización Internacional del Trabajo y la situación actual de los indígenas de América Latina, América indígena xxxv-1, México, 1975, p. 49.
- (6) 本稿の先住民法関連条文は、特に注記したものを除き、Instituto Indigenista Interamericanoの刊行物 Anuario Indigenista（年刊）、América Indígena（季刊）所載のものを底本として試訳した。
- (7) 北海道旧土人保護法の下付地に賃貸制限がなかったため、勧農政策を嫌ったアイヌ民族が和人に下付地の一部を賃貸し、戦後の農地改革で不在地主として接収されてしまった。反駁を招く言い方かも知れないが、賃貸制限があった方が下付地は保全できたと言えるかも知れない。
- (8) 今泉慎也「ブラジル・インディオの法的保護」、矢谷・ワタナベ・二宮編『ブラジル開発法の諸相』（アジア経済研究所、一九九四）三六六頁。山田敏之「ブラジルの先住民民族」『外国の立法 特集 先住民民族 第32巻2・3号、国立国会図書館調査立法考査局 一九九三』二九二頁。
- (9) ブラジル憲法の訳文は、概ね、矢谷通朗編訳『ブラジル連邦共和国憲法 一九八八』（アジア経済研究所、一九九一）による。

- (10) Elias Mendelievich, *ibid.*, p. 56.
- (11) Rodolfo Stavenhagen, *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, América Indígena Vol. XLIX, México, 1989 pp. 240-241.
- (12) 石井陽一『麻葉戦争 南北アメリカの病理』（創樹社、一九九六）一四八—一四九頁
- (13) Rodolfo Stavenhagen, *ibid.*, p. 232.
- (14) Esther Prieto, *Derecho Consuetudinario Indígena en la Legislación Paraguaya (Siglo XX)*, América Indígena Vol. XLIX México, 1989, pp. 305-322
- (15) (一) の『法人類学の地平』一六〇—一六九頁所収
- (16) *El País*, 27 Mayo, 1994.