

論 説

先住民族の土地権：人種差別禁止規範から 見たオーストラリアの判例と国内法の展開

苑 原 俊 明

序

2007年9月13日に国際連合の総会は、「先住民族の権利に関する国際連合宣言」(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)という表題の決議(61/295)を、賛成143か国、反対4か国、棄権11か国で採択した¹⁾。この宣言(以下、国連宣言)では第25条で先住民族が「伝統的に所有もしくはその他の方法で占有または使用してきた土地、領域および沿岸海域」ならびに資源について、「その独特な精神的つながり」を維持、強化する権利を持つとし、かつ将来の世代に対する責任を保っていくことを明記する。この前提となる規定を受けて国連宣言は、土地、領域および資源に対する権利(第26条)、これらの権利を国内で保障するための国家による承認と裁定の手續と先住民族の参加(第27条)および土地、領域および資源の原状回復ならびに補償を受ける権利(第28条)の3か条を規定する。

この国連宣言の起草には、国連人権委員会の少数者の差別防止と保護に関する小委員会が1982年に設置した先住民作業部会および国連人権委員会が1995年に権利宣言案の検討のために設置した作業部会(これら国連人権委員会に関連した諸機関は2006年の国連組織改革で廃止された)において当事者である先住民族組織の代表がオブザーバーとして議論に加わり、先住民族の新たな権利基準の起草・検討という任務を遂行する上で必要となる各国での先住民族の人権状況の点検作業に、作業部会の委員、国連人権委員会作業部会の委員国、そのほかの国連加盟国、ILOなど関係国際機関と先住民族組織と

の間で情報共有と意見の交換がなされた。先住民族の土地と資源に対する権利との関係では、国際労働機関（ILO）が1989年に「独立国における先住民族および部族民に関する条約」（第169号条約）を採択して、土地・資源の権利に関して規定を設けていた。²⁾ 国連では、これを受けて、新たな権利基準（権利宣言案）により進んだ土地・資源に関する規定を置くこととなった。そうしたなかで各国での先住民族の土地と開発をめぐる問題、とくに後述するマボ判決と国内法の制定がなされたオーストラリアの状況は、起草作業に影響を与えた。たとえば1993年に先住民作業部会で合意された権利宣言案が1994年に小委員会において承認されて国連人権委員会に付託されたのであるが、同年に先住民作業部会が小委員会へ提出した報告書において、作業部会にオブザーバー参加したオーストラリア代表がその年の1月1日に発効した1993年先住民権原法の実施について発言を行ったとされる。³⁾

一方で2007年の国連総会にて国連宣言採択の後で、オーストラリア政府の代表が反対投票を行った理由の一つとして、土地・資源にかかる規定には、土地についての先住民以外の者の既存の権利を考慮せずに先住民の土地権を承認するよう求められていると読めること、伝統的な土地に対するいかなる権利も国内法に従うべきであって合法的に他者へ土地の所有権が譲与されたことを認めない規定は実施できないことなどを挙げた。⁴⁾

そこで国際社会での先住民族の権利、とりわけ土地と資源の権利の保障を語る際には、国連宣言の関連規定の実施とともに各国における国家実行、国内法の制定・改正や裁判所での判例、そして政府の先住民族政策を参照することが重要であろう。本稿では、オーストラリアにおける先住民族の土地権（資源の権利を含む）をめぐる重要な国内判例と国内法（コモンローと制定法）の展開について、主に国際法や人種差別禁止に関する国際人権法を参照基準としながら考察する。さらには日本でのアイヌ民族に関する政策との関連で、オーストラリアの事例の意義について触れたい。

第1章 オーストラリア先住民族の土地権要求

現在のオーストラリアには、大陸部の先住諸民族（アボリジニ、Aborigines）とトレス海峡の島々の人々（トレス海峡諸島民、Torres Strait Islanders）と呼ばれる先住民族がすむ。これらの先住民族は18世紀の英国による領有と植民地化に伴う保護・隔離ないし同化政策の結果、諸権利が奪われてきた⁵¹。

一方で先住民族において強制移住政策への抵抗、市民権の保障など権利回復運動を行ってきた。そうした復権運動の一つに、伝統的な領域・土地に対する権利要求運動がある。現在の北部準州、アーネムランドのイルカラ（Yirrkala）共同体のヨルグ（Yolngu）氏族（clan）の代表12名が、鉱山開発により自分たちの土地へのつながりが脅かされているとして、1963年8月14日と28日に連邦議会へヨルグ語で書かれた樹皮画でできた請願書を提出した。先住民族たちは、伝統的な領域のうち300平方キロメートルの土地を民間鉱山会社へリースするという、連邦政府の決定を見直すように求めたのである。

連邦議会では請願を審議するため特別の調査委員会が置かれて、失われた土地使用に対する補償が勧告されたものの、連邦の法律でアボリジニの土地に対する権利が承認されたわけではなく、1968年には鉱山開発を目的にアボリジニの居留地の一部を廃止するという連邦政府の政令が制定された。これを不服としたヨルグの人々はNabalco社と連邦政府を相手にして、操業差し止め、損害賠償およびヨルグの占有する土地への権利を確認することを求めて準州（当時は北部特別地域）を管轄する最高裁判所に提訴した。1971年に裁判所は原告の請求を棄却する判決を下した⁶¹。このなかで裁判所は、原告が主張する共同体の土地への権原（communal native title）について、オーストラリアのような入植者の定住により成立した植民地（a settled colony）へ導入された英国法が、当該権原を認めていなかったとしたのである⁷¹。

判例において先住民族による土地の権原については明示の法律で承認されることで、当該権原の存在がコモンローのなかで認められるという解釈が成り立つ。この点で1976年の「北部準州におけるアボリジニ土地権法」の連邦議会での採択は、前進であった。

アボリジニの復権運動を研究している鎌田真弓（敬称略）によれば、この法律は、儀礼と狩猟採集漁撈の権利に基盤を置いたアボリジニの慣習法に基づき、当該土地に対する氏族・親族組織を主体とした権利を認定するため、当該土地への権利請求を定めるものである⁸⁾。それまでアボリジニのための居住区（reserve）として設定された土地は、共同体が所有するアボリジナルランドとなった。

第2章 マボ判決

1節 マボ第1判決

トレス海峡諸島の一つMer島（英語名称はMurray）のメリアム人家族に生まれたエディ・コイキ・マボ（Eddie Koiki Mabo）は、本土のクイーンズランド州タウンズヴィルで暮らしているときに、結核を患って島に残っていた父に会うため州政府へ渡航の許可をしていたところ、長い間家族が島から離れていたことを理由に許可が下りず、彼は父の死に目に会うことができなかつた⁹⁾。タウンズヴィルに先住民族の子供を対象とした民間の学校を創設したのちマボは、1981年に故郷の島での土地に対する相続など権利を求める演説を行い、翌年、同郷の人々と共同して州を相手にして提訴した。

1985年クイーンズランド州が沿岸諸島での先住民族の土地権を遡及的に消滅させる州法を制定したので、マボらは被告らの州法援用に対する抗弁（demurrer）を行った。これを受けて1988年に連邦最高裁判所は、ブレナン、トゥーイ、ゴードロン3判事の多数意見で、原告の抗弁を容認した¹⁰⁾。

原告側は当該州法が1975年の人種差別を禁止する連邦法に違反し無効である、と主張していた。この点について裁判所は、植民地として併合されたあ

とでも存続していたかもしれない、Murray 諸島に対する伝統的な権利を賠償なしで消滅するものである一方で、州の制定法など王領地に関する法律（Crown land legislation）で認められた土地へのあらゆる法的権利を確認した。¹¹⁾

そのうえで、原告の主張する人種差別禁止法の違反、特に第9条と第10条の違反について、裁判所は第9条については差別行為類型を定めているのであり、土地に対する権利を創設、消滅するなどの法を制定すること自体を禁止していない、とする。他方で第10条は、権利の享受に関するものであり同条第1項でいう「権利」とは法的な権利に限定されないこと、そして第2項では人種差別撤廃条約第5条における「権利」に注意を向けていること、同条約第5条の柱書で「第2条に定める基本的義務に従い、締約国は、特に次の権利の享有にあたり、あらゆる形態の人種差別を禁止し及び撤廃すること並びに人種、皮膚の色または国民的もしくは民族的な出身による差別なしにあらゆる者が法律の前で平等であるという権利を保障すること」および同条(d)(v) 単独で並びにほかの者と共同して財産を所有する権利、(vi) 相続する権利、が規定されていることを引用する。¹²⁾

裁判所によれば同条約第5条に定める権利は人権であって、人種差別禁止法第10条は条約第5条を履行するものだから、当該法第10条での「権利」も人権であって、必ずしも国内法上執行可能な法的権利であるわけではなく、そうした人権としての「権利」には所有と相続の権利があるという。¹³⁾ これらの諸権利を享受には、国内法の規定と運用によって左右されるが、規定上の差別および（または）運用上の差別の結果として人権の享受での不平等が生じうる。オーストラリアの法律では相異なる人種、皮膚の色または国民的もしくは民族的出身の人々の間で人権の享受における不平等がある場合に、当該不平等を撤廃するために必要な限りで不利な立場に置かれた人々の人権享受を強化するよう働くのであり、ある国内法「を理由として」人種差別禁止法第10条にかかる不平等が存在するときには、当該不平等の撤廃に必要な限

りで、問題の法律の運用は無効とされる、という¹⁴⁾。

ここで判決文にて引用されている人種差別禁止法第10条1項と2項について筆者による翻訳を載せる。まず1項である。

連邦又は州もしくは準州の法律またはその規定を理由として、特定の人種、皮膚の色または国民的もしくは民族的出身の者 (persons of a particular race, colour or national or ethnic origin) がほかの人種、皮膚の色または国民的もしくは民族的出身の者の享受する権利を享受しない場合、またはほかの人種、皮膚の色または国民的もしくは民族的出身の者よりも限定された程度の権利を享受する場合には、当該法律の規定にかかわらず、前者は本条に従いほかの人種、皮膚の色または国民的もしくは民族的出身の者と同一の程度の権利を享受しなければならない。

次に2項で、1項における権利についての言及は、人種差別撤廃条約第5条で言及されている同種の権利についての言及を含む、としている。

以上を踏まえて同法の3項では、アボリジニまたはトレス海峡諸島民の所有にかかる財産 (property) についてこの者の同意なしに他者が管理することを法律が規定し、他者による管理を終了させることを制限、禁止しているような場合に、この法律には人種差別禁止法1項が適用されるとともに、ここでの権利としては自己が所有する財産を管理する権利が含まれることを明示している¹⁵⁾。

よって本件で論点となるのは、法令の下でメリアムの人々が「財産の恣意的な奪」から免れることを含め、財産の所有および相続にかかる人権を他者よりも限定された程度で享受しているかどうかである。オーストラリアにおいて国王が領有すると宣言された土地 (Crown lands、クラウン・ランド) についての法制度からすれば、メリアムの構成員たる個人はほかのオーストラリア人と同一の財産権 (所有と相続) があるので、裁判所はこのレベルでの権利の制限はないとする¹⁶⁾。他方で裁判所は、原告らメリアムの人々が所有する Murray 諸島における伝統的な法的権利を州法が損ない、当

該財産の恣意的なはく奪の結果、所有と相続にかかるこれらの者の人権を州法が制限する、と指摘する。この推論は以下のようなものである¹⁷⁾。

仮に諸島が併合されたのちでも伝統的な権利が存続し、しかるのちコモロ上認められたとして、1985年の州法の効果をいったんわきに置けば、Murray 諸島において2つの範疇の法的権利を、クイーンズランドの一般法は認めることになる。一つは、伝統的権利であり、もう一つはクラウン・ランドの法制度により譲与された権利である。前者は、メリアムの構成員に付与され、後者はどの人種、皮膚の色または国民的もしくは民族的出身の者にも付与される。ただし裁判所の意見では、こうした法的権利の淵源または歴史が問題でなく、そうした権利の存在そのものが重要とされる。つまり既存の法的権利が付与されている者につき、その権利を恣意的に奪うことこそが、その者の人権を損なう行為とされるのである。1985年の州法を除けば、Murray 諸島において法的権利を持つ者がその権利を恣意的にはく奪されないはずである。ところが当該州法はメリアムの人々の伝統的な法的権利を消滅させることから、恣意的に権利をはく奪されないことをなくす効果を有する¹⁸⁾。「メリアムの法と習慣」を起源としていない者がMurray 諸島における権利を損なわれないのに、メリアムの人々の人権が損なわれる。裁判所の意見では、メリアムの人々の伝統的権利について法律上の権利と認める以上、1985年の州法は、他者の法的権利の享受に影響しないのに、メリアムの人々がMurray 諸島におけるその法的権利の享受を一部妨げる効果を有する。よって他の者の享受する人権よりも、「より限定された程度」においてメリアムの財産権（所有および相続）という人権の享受が行われることになる。

したがって裁判所は、人種差別禁止法の施行より以前に伝統的な先住民の権原（traditional native title）が消滅していなければ、今回消滅を目的とした州法が失敗するであろうとする。その理由は、当該州法で権原を消滅させようとして、メリアムの人々が人権の恣意的なはく奪より免れることの制限を法律で決めても、人種差別禁止法10条1項の定めにより、他の者が享受し

ているのと同等に恣意的なはく奪からの保護を受けられるからである。¹⁹⁾

この判決では、人種差別禁止法の施行以前に伝統的先住権原が消滅したかどうかという問題を直接的に扱わなかった。イギリスの併合とそれ以降の国王による土地の譲与が先住権原にどのような法的効果を及ぼしたのかという問題をはらむからである。²⁰⁾

2 節 マボ第2判決

1992年6月3日、連邦最高裁判所は本案における審査の結果、原告の請求を認容する判決を下した。マボ第2判決である。²¹⁾この判決は、メリアムの人々がMurray諸島に対する伝統的な権利を持つことに加えて、本土を含めてオーストラリア全土の先住民族には、1788年の英国の主権取得に先行してそれぞれの慣習と法に基づいた土地への「先住権原」があることを認めた。

以下、法廷意見を代表するブレナン判事の判示にそって判決を分析する。

(1) Murray諸島の併合

1879年にクイーンズランド州へ併合される前のメリアムは法的に英国領ではなかったものの、19世紀中ごろにMurray諸島が外部から襲撃されて、女性が囚われ、一部の住民が殺害される慣習（いわゆるBlackbirding）が横行したため、本国政府はこれをやめさせる法律を制定した。同法によって西太平洋諸島での英国臣民に対する司法管轄権が設定されたのであるが、同時に同法では同諸島に居住する「部族または住民」もしくは「首長または支配者」の権利を損なわないことが定められた。²²⁾そのあとクイーンズランドの植民地政府によるトレス海峡諸島の事実上の支配が行われ、同政府から海洋境界を拡大して諸島も含めるように提案がなされたことを受けて、英国政府は1878年に布告された勅許状により諸島をクイーンズランドへ正式に併合し、また翌年にクイーンズランド植民地の議会も同様の趣旨の法律を制定した（1879年法）。²³⁾

1880年代に諸島を訪問した植民地政府の駐在官 Government Resident から、メリアムの人々による島内での自治の様子が報告されている。

Mamoose と呼ばれる首長と島の長老の代表で構成される組織が島の治安などにあたっていること、また裁判での助言を行うためヨーロッパ人の学校教師が書記を務めていること、島の土地所有は個人または小集団に属しており男系の相続がなされるが、土地について共有という概念がないことなどである。島内での土地または土地の境界をめぐる紛争については首長が主宰する裁判所が処理をするとともに、実際の土地紛争の処理においては法規則を厳格に適用するよりも、種々の事情を考慮したうえでコンセンサスによって解決にあたっているものとされる²⁴⁾。

(2) 英国王の所有権

問題は、1879年より併合されたこととそれまでの経緯についてメリアムの人々は何も知らされていなかったことである。つまり本国による勅許と植民地政府の法律で、諸島がクイーンズランドの下に置かれたことで英国王の絶対的な所有権が Murray 諸島のすべての土地について付与されたのかということだ。被告のクイーンズランド州はこの立場を主張する。ブレナン判事は、こうした州の主張は、英国王による他の植民地の取得の際にも前提とされたものにとらえる。1879年の Murray 諸島とメリアムの人々と、英国の他の植民地とその現地人とは植民地となる時に相違点があったとしても、英国臣民が定住する (settled) すべての植民地に、被告の依拠する前提があまねく当てはまるとされてきた。仮に Murray 諸島が (征服や割譲によって主権を獲得したのでなく) 定住の植民地として英国が獲得したとするならば、被告側の主張の有効性については、Murray 諸島について特有の事情に依拠するだけでは決定しえないのである。また、特別の事情を理由としてオーストラリアの他地域と Murray 諸島とを区別するという主張についても、伝統的な土地の使用と享受に対する他の「先住の住民」(indigenous in-

habitants) の権利資格とメリアムの人々の権利資格を区別しうる根拠になりえない。というのは、こうした区別は人種または民族的な出身を根拠とする差別である、あるカテゴリーの先住の住民が土地に対して権利・利益を享受する資格を否定することになるからである。²⁵⁾

そこでブレナン判事は、定住植民地での先住民の土地への権原に関する初期の判例において、人種又は民族的出身が考慮されたかどうかを検討する。被告の主張によれば、定住植民地の領域が英国王の領土に組み入れられた際に、イングランド法が当該植民地へ適用となり、当該植民地のすべての土地に対する絶対的な受益的所有権 (absolute beneficial ownership) を英国王が取得し当該植民地は英国王の王領地となるから、それ以降において英国王による譲与がなされない限り、当該植民地での土地について権利・利益を他の者が私有することはできない、というものであった。

このことをブレナン判事は、1847年の法務総裁対ブラウン (Attorney-General v. Brown) 事件のニューサウスウェールズ (NSW) 最高裁 Stephen 首席判事による判決を引用して論証した。この判決によると、1788年の英国人による最初の定住以後、NSW 植民地の未開墾地 (waste lands) は英国王の所有地となって、この所有財産が臣民へ譲与されてきたのであるが、NSW およびそれが一部分を構成する広大な島の全体 (オーストラリアのこと一苑原注) は英国王の領地という名目の下でその臣民によって所有されてきた、という。またこの判決はスイス人外交官のヴァテル (Emerich de Vattel) が、国際法の体系書である『諸人民の法』のなかで主権者たる君主が国家の法人格 (moral personality) の代表として執行権限を行使するという記述をしていることを引用し、イギリスの定住植民地における未開墾地に対する英国王の原初的な所有権を根拠づけた。結論として判決では「定住の際に入植者が、その身とともにイングランドのコモンローを持ち込んだ」とされた。²⁶⁾

オーストラリアのすべての土地に対する英国王の所有権という法理は、それ以後の判例においても支持されてきたのであるが、ブレナン判事はこの前

提について批判的な検討を行う。

1847年の法務総裁対ブラウン事件でのStephen判事の結論が正しければ、英国臣民が植民地に定住するや否やその土地における先住の住民の持つ利益が消滅してしまうことになるが、これらの者は英国王へ土地を割譲したのでもなく、また征服による戦利品として土地を取り上げられたのでもない。判例に従うとコモンローにより、これらの者が伝統的な土地を占有する権利を奪われることになり、土地より生ずる宗教的、文化的小および経済的な生計維持の手段（sustenance）が取り上げられ、いかなる補償の権利を有しないまま土地が英国政府の支配下に置かれることとなり、結局のところ先住の住民が、自らの故郷における侵入者ないし寄る辺なき「物乞い」（mendicants for a place to live）にされてしまう。

文明化されたどの基準による判断でも、こうした法は不正であり、現代のオーストラリアで前記のコモンローを適用することの是非が問われる。そこでブレナン判事は、1879年の時点で先祖が土地への権利・利益を失ったという前提に立ち、現代のメリアムの人々の権利・利益を決することの是非について判断しなければならないとする。²⁷⁾

そこでオーストラリアでのコモンローが何であるかを裁判所は明らかにする必要があるのであるわけだが、ブレナン判事はその際に現在のオーストラリアの法体系を支える原則の「骨格」を損なうような法規則を採用してはならないこと、その骨格というのは法体系がイングランド法を単に継受しただけでなくそこから有機的に進化したのであり、大英帝国の階層的な統治秩序のなかで植民地に関連した判例ができたが現在ではそれに拘束されないこと、特に人種差別禁止法の制定によってオーストラリア法がイギリス法から自由となったことを挙げる。そして植民地時代の初期の判例で示されたコモンローの規則が、正義と人権という現代的な価値を深刻に損なうものならば、その適用の是非を審査すべきであるとする。²⁸⁾

(3) 主権の取得

以上を踏まえてブレナン判事は、第1に、1879年の併合時に英国王がMurray諸島への主権を取得したこと、およびコモンローを含めクイーンズランド法がその時点でMurrayの法律となったという前提を審査し、次にコモンローによって英国王がMurray諸島の原初的または究極的な権原を取得したという前提を審査する。このなかで原告側が争っているのは、英国王が主権を獲得したことと、諸島の土地への絶対的な受益的所有権も獲得したこととの間での最終的なつながりがあるかどうかである²⁹⁾。

英国王による植民地の主権の取得それ自体の是非については国内裁判所による司法審査の外にある問題だが、この取得による国内法上の法的帰結の内容を決める管轄権が裁判所にはある。コモンローによると、新規に取得した領域において効力のある法は、英国王による取得の態様によって決まる。主権国家による新領域の取得の態様については国際法の問題であるものの、新規に獲得した領域で法が適用されるためには、コモンローは国際法と歩調を合わせなければならない。そこでブレナン判事は、国際法における領域取得の権原問題を検討することになる³⁰⁾。

この国際法における領域取得の権原についてブレナン判事は、征服、割譲および無主地の先占という3つの方法があるが、オーストラリア植民地の場合には、割譲と先占だけが妥当するとの学説を引用する³¹⁾。

さらに1832年のアメリカ連邦最高裁判所のWorcester v Georgia事件判決で示されたように、発見という取得の権原は、政治的行動のために恒久的に統合された社会に先住の住民が組織化されていない場合には、先占の権原によって再確認されるとする。このような地域では、無主地の領域を取得するための法理をヨーロッパ諸国が適用した。「後進の人民」の領域に対する、それぞれのヨーロッパ諸国の主権が認められ、国家実行の結果、征服ではなく先占による主権取得の権原が認容されるようになった。「後進の人民」の領域を取得するにあたり正当化の理由として、キリスト教とヨーロッパ文明

の恩恵をもたらすことや、先住の住民が耕作しないで放置している土地について、ヨーロッパ人が生産をもたらすこと（前述のバアテル）などがあげられていた。これらの正当化の理由が受け入れるとしても、メリアム人が菜園での農業に従事していることや土地に根差した社会と首長の下で自治を行ってきたことから、Murray 諸島について無主地であるかのごとく取得を認めようとする十分な事実の裏付けがあったのか疑わしいところだ、とブレナン判事は述べる。

ただし、クイーンズランド当局が諸島を絶えることなくコントロールを行うことを通じて強化された英国王による領域取得の権原の合法性にまで裁判所が判断を広げることはふさわしくないと述べる。³²⁾

無主地の概念を人々の居住している領域についても先占による領域取得の権原として広げることになると、先占（またはコモンロー上の用語で「定住」）により人々が住む領域を取得した際に、その領域に適用されるべき法を広げるうえでの問題が出てくる。ここでブレナン判事は19世紀のイギリスの法学者であるブラックストーンの『イングランド法釈義』（Commentaries on the Laws of England）から引用して、「新規の定住地を求めて植民者を送り出すことが、不毛で人の住まない国（desert and uninhabited countries）での牧畜と耕作にとどまる限りでは、自然法の範囲の中にとどまる」が、すでに人が住んでいる国を接取し、罪がなく守るすべのない現地人を追い出し、虐殺するような行為が自然法で許されるのか、とする。

とはいえ、発見または無主地の先占を理由に英国王が領域への主権を取得した際に、イングランドの法が「不毛で人の住まない国」ではない領域での法となるとする法規則を示すことができなかったのである。³³⁾

そこで次に判決は、イギリスによるNSW 植民地への主権取得が発見に続いて無主地である領域へ定住した結果とされていることから、コモンローがNSW 植民地の法として継受された根拠を探る。

(4) コモンローの継受

コモンローが英国王の領有地ではなかった国の法となる方法について判決はブラックストーンから引用して人の住まない国が英国臣民により発見および入植された場合には、これらの入植した臣民の生来の権利として英国法が適用される点を指摘する。つまり「まだ生まれたばかりの植民地の事情または臣民の状況に当てはまる限り、入植者はできる限り英国法を持ち込んだ」のであって、紛争が発生した場合にまずは現地の司法機関が(King in Council による修正や統制に服するが) 裁定すべきとする。一方で、征服または割譲で英国のものとなった国の場合には、現地にすでに固有の法があるので、英国王は現地の法を変更できるものの、そうした変更がない限りその国の古来の法が適用される。アメリカでのプランテーションによる植民地は後者の例であり、征服を行い、現地人(natives)を追い出したり、または条約によって取得したものとされる。

こうしたブラックストーンの解説を踏まえてブレナン判事は、「不毛で人の住まない国」への入植の場合に、「入植者が英国法を持ち込んだ」のであって、コモンローの目からすると入植者の生来の権利として英国法の適用を受けることができることになる。

他方でNSWを含めて、人の住む土地に英国の入植者が送り出されたときは、英国の軍事力の保護の下であって、英国王は無主地について拡大された国際法により主権の取得が行われた。そうするとコモンローがこうした植民地に適用されるとするのは根拠となる法理が必要となる。

無主地の拡大された概念によって主権の取得が行われた場合に、たとえ現地に人が住んでいたとしても、「不毛で人の住まない国」として扱う、との法理がある。ブレナン判事は19世紀の判例の中ではこうした法理の含意として、定住植民地の先住の住民に認識されうる主権者がおらず、その社会組織が原始的で法を持っていないものとされた、とする。

そうすると人が住んでいた領域が定住植民地とされた場合に、イングラン

ド法は英国入植者の属人的な身分法としてだけではなく、入植者と先住の住民の双方を等しく拘束し保護する、その土地の法にもなる。NSW 植民地で英国法が適用されるのは、入植者がイングランド法を持ち込んだこととともに、先住の住民が「野蛮であり法をもっていない」とみなされていたことから、イングランド法（コモンローを含めて）が植民地の法になったというものである³⁴⁾。

（５）国王の絶対的で普遍的な所有権

ブレナン判事は、現代オーストラリア法において、イングランド法がNSW やそのほかの植民地の法となったことについてこれを受け入れることと、イングランド法由来のコモンローが植民地におけるコモンローとなった際に、こうした法の継受が現在のオーストラリア人の知識や事実の評価と一致していたという理論を受け入れることとは別物である、とする。前述の Cooper v Stuart 事件で裁判所は、NSW 植民地が定住した住民や定着した法を欠いているとしたが、この前提はいまや誤っていることが証明されている。1971年の Milirrpum v Nabalco 事件では、人々が安定した社会秩序の下で暮らし、人の気まぐれでない法による統治のシステムが存在していたことが判決で認定された³⁵⁾。

従って植民地におけるコモンローの継受の基盤となる「法の欠如」や「野蛮」（な社会）という理論は、今日知られている事実に合わないものであり、前記の理論の産物であった当時のイギリスのコモンローでの規則が適用される根拠もないことになる。コモンローによる利益がオーストラリアでの先住の英国臣民へと広げられたその際に、コモンロー適用の果実が、先祖伝来の土地を占有する、これらの者の権利を取り上げることにあったのは、今日ではまことに「奇妙」な理論であった³⁶⁾。

1919年の南ローデシア事件で英国枢密院の意見では、「原住の部族」の権利を評価する際に内在的な困難を伴うとし、一部の部族においては「その社

会組織の規模がとて低く、その慣習や権利・義務についての概念が、文明化された社会での法制度ないし法理念と一致させることができない」とされた。

こうして定住植民地の先住の住民が「社会組織の規模が低い」とされた結果、植民地での土地の権原を考慮する際に、住民そのものや土地に対してのこれらの者の占有が無視されてしまった。(先住民族の土地に対する権利・利益の)無視の結果、拡大された無主地論に従った英国王による領域への主権取得が、「その土地に他に所有者がいないこと」から当該土地に対する英国王の所有権と等置されることになった。

1837年の英国議会のアボリジニ問題特別委員会が、オーストラリアでのアボリジニの状態が「野蛮であり、文明社会のなかで最も粗末な形態にも欠くため」、アボリジニによる土地への権利主張は全く無視され続けてきた、と報告書のなかで記述した。定住植民地の先住の住民が土地への所有権的利益を持たないとする理論は、こうした先住住民とその社会組織及び慣習に対する、差別的な侮辱によって支えられていたのである。当該理論の基礎が「事実において虚偽であり、またオーストラリア社会において受け入れがたい」のであるから、本件での「適用されるべき法原則」を改めて検討するとい³⁷⁾う。ブレナン判事は、ここで1975年の西サハラ事件における国際司法裁判所の勧告的意見³⁸⁾を引用する。

まず先占 (occupation) について裁判所は、割譲や承継によるものと異なり領域に対する主権を「平穩に取得する原始的手段」ととらえ、先占と主張されている行為が行われた時点で、当該領域がどの者にも属さない領域 (a territory belonging to no-one)、すなわち無主地 (terra nullius) であることが、「有効な先占の本質的条件」であった、という。さらに「法律家の間における意見の相違がいかなるものであったとしても」(スペインによる西サハラの植民地化の) 関連する期間の国家実行では、「社会的および政治的組織を有する部族や人民の居住する」領域は「無主地となされていない」

こと」が示されている。こうした領域の場合に主権の取得は、無主地の先占（占有）を通じて一方的に実施される「原始的な権原」と一般的に考えられたのではなくて、現地の支配者と結ばれる「合意」によって取得されるものと考えられていた。

時には「先占」という語句が専門的な意味を持たずに、単に主権の取得という意味で用いられることがあるのは事実である。しかしそのことは、現地の当局との合意を通じて主権を取得することが、用語の固有の意味において「無主地」の「先占」としてみなされることを意味しない。逆に現地の支配者との合意は、それが当該領域について実際の割譲としてみなされるかどうかにかかわらず、権原の派生的なルーツとしてみなされていたのであり、無主地の先占による「原始的な権原」の獲得ではなかった。

またブレナン判事は、国際司法裁判所副裁判長（当時）の Ammoun 判事による個別意見を引用する。その意見では、先祖伝来の土地とその住民との精神的なつながりが、土地への所有権や主権の根源であるとして、その地に生まれてもいない者による土地の取得を可能とさせる無主地という概念そのものを否定するザイル代表の見解が参照された。19世紀フランスの国際法学者であったパスカル・フィオレ（Pasquale Fiore）によって定義された近代的な無主地の概念、つまり当該領域に居住する住民の文明がヨーロッパ公法（19世紀の国際法—苑原注）の意味からすると後進的であり、その政治組織が西欧の基準からすると確立されていない場合に、この領域が無主地とされたことに対しての一つの非難とされる。そして Ammoun 判事の結論として、20世紀の直前に至るあらゆる時期において、征服と植民地化を正当化するために使われた無主地の概念は非難され続けている。

こうして国際司法裁判所は、19世紀スペインが植民地化した西サハラが誰にも属さない領域（無主地）ではなかったと結論した。³⁹¹

こうした国際社会の動向を踏まえてブレナン判事は、人の住む土地を無主地と分類する国際法上の考え方は、もはや一般的に支持されていないし1919

年の南ローデシア事件の判決で示された「社会組織の規模が低い」とされた先住民には英国法上の権利が認められないとする考え方に根拠を置くコモンローの理論も、もはや維持されえないとする。

「過去数世紀にわたりコモンローが仮に国際法と歩調を合わせる事が許されていたとしても、コモンローは人種差別の時代のままでいること、またそのような状態で凍結したままとみなされるべきではないことは、今日の世界の至上命題である」と指摘する。⁴⁰⁾

また南ローデシア事件において、国王が譲与していない土地が住民の土地であったという主張に対して、先住民の土地への権利を維持することが白人の入植により立てできなくなったので、枢密院がこの主張を退けたことについてブレナン判事は、この種の「不公平で差別的な法理は、もはや受け入れがたい」とする。そしてこの面における国際社会の期待はオーストラリア国民の現代における価値と合致すること、オーストラリアが市民のおよび政治的権利に関する国際規約の選択議定書に加入し個人への国際的な救済が開かれたこと、同規約とそれが定める国際基準がコモンローへ強力な影響をもたらしたと指摘する。コモンローは国際法と必ずしも合致しなければならないわけでないが、コモンローの発展に対して国際法は正当で重要な影響を与える。特に国際法が普遍的な人権の存在を宣言する場合にそうである。よって市民のおよび政治的権利の享受において不公平な差別を根拠とするコモンローの法理は、見直すことが求められる。定住植民地での先住の住民の社会組織の程度を理由として、これらの住民の伝統的な土地への占有権を否定するような差別的な規則を墨守することが、「国際基準と現在のコモンローの根本的な価値」に反するとブレナン判事は指摘するのである。⁴¹⁾

(6) 植民地に対する英国王の領域権原と英国王の土地に対する所有権上の権原との区別

次にブレナン判事は、英国国民の定住によりオーストラリアのすべての土地

が英国王の絶対的な収益的所有権のもとに置かれたという前提を検討する。ここで英国王による領域への主権という権原の取得と、土地への所有権とを区別する学説を取り上げ、領域への主権取得は国際法の領分で、財産（所有権）の取得はコモンローの領分であるという⁴²⁾。

たとえば（カナダの連邦最高裁判所が先住民族の漁撈権について初めて認めた一苑原注）1973年のカルダー（Calder v Attorney-General of British Columbia）事件の判決で引用されている19世紀英国の国際法学者O'Connellの著書では、国家の領域に対する主権の取得と、領域での住民の既得権の消滅（廃止）とが区別されていた。コモンローでの土地法の規則においても英国王が領地を主権者として保持することと、あらゆる土地が英国王の所有にあることが区別されていた。すでに他者が占有している土地に対して新たな占有によって所有権が獲得されないということである⁴³⁾。

英国王が主権を獲得した領域での土地にかかる英国王の原始的権原を根拠として、英国王が自ら保持する土地の利益を他者へ譲渡することができることとされる。ただし、それは「不毛で人の住まない土地」についてである。仮に特定の土地が先住の住民による占有の下にあり、コモンローでこれらの者の土地にかかる権利・利益が認められている場合には、主権の取得によって原始的権原（radical title）を獲得したこととしても、そのことで（先住の住民による）占有下の土地に対して英国王が絶対的な受益権原を獲得したのではない。ブレナン判事は、英帝国植民地についての判例の中で、「先住の住民」が土地について持っている占有権で、英国王の最終的な原始的権原に対しては負担となるような、用益権（usufructuary right）が認められてきたことに注目し、これを土地への先住権原（native title）と表現した⁴⁴⁾。

ブレナン判事は、先住権原の定義として「先住の住民が認める伝統的な法律および遵守している伝統的な慣習に従って、共同体、集団または個人のいずれであれ、先住の住民が土地に対して持つ権利および利益」を指すものとした⁴⁵⁾。

(7) 先住権原の性質

では先住権原の具体的な内容や性質はどうか。ブレナン判事によると、これは「ある領域での先住の住民によって承認された伝統的な法律および遵守されてきた慣習に起源を持ち、またその内容が決められている」から先住権原の性質などは伝統的な法律・慣習を参照して確認される。

性質の一つは第3者に譲渡できないことである。つまり権原の保持者は先住の住民とその子孫に限定される⁴⁶⁾。

また第二に、コモンローによって認められたものだから、先住権原は同法と衡平法による救済により保護される⁴⁷⁾。

第三に、共同体としての先住民 (native people) が財産権法上の先住権原に従って土地を保持し、または保持する資格がある場合に、こうした保有の権利は当該先住民の代表者による裁判で執行可能とされる⁴⁸⁾。

(8) 先住権原の消滅

同一の土地について、先住権原を継続して享受する権利と両立しない、英国王による土地の利益の他者への譲与により先住権原の消滅 (抹消、extinguishment) が生ずる。オーストラリアの植民地政府、のちの連邦、州および準州政府は過去200年の間で国のほとんどの土地を、譲渡したり自らの目的で収用してきたのであり、その結果、アボリジニの人々はその伝統的な土地を奪われてきた。アボリジニの土地に対する権利・利益は、英国民の最初の入植の際でのコモンローの働きで奪われたのではなくて、政府が土地に対する主権的権限を行使したために奪われた⁴⁹⁾。

(9) 土地への権原にかかるオーストラリアのコモンロー

以上の検討を踏まえてブレナン判事は、問題となったコモンローの内容を9つのポイントに要約して提示する。ここでは、その中で主要なものを取り上げる。

英国王によるオーストラリアでの主権取得については、国内の裁判所では争えないとする。主権の取得により英国王は、土地に対して原始的権原を取得した。英国王による主権と原始的権原の取得のあとでも土地への先住権原は存続している。英国王が土地を有効に譲与して、この譲与の結果、先住権原を継続して享受する権利と両立しない場合には、その衝突の限度内で先住権原は消滅する（抹消される）。政府による土地の収用でも、先住権原は両立しない限度で消滅させられる。州の代理として連邦政府が未開墾の土地を譲渡または収用する権限については、連邦法および人種差別禁止法の制限を受ける。そして特定の土地での先住権原の内容および権原享受の資格を持つ者については、慣習および法律で当該土地につながりのある先住民の法律および慣習に従い確認することなどである。⁵⁰⁾

(10) 判決の結論

最後にブレナン判事は、Murray 諸島の土地がクラウン・ランド（Crown Land）に該当せず、メリアムの人々が例外を除いてMer島の所有、占有、利用および享受について「対世的」な資格を持ち（Australian Board of Missionsの理事宛てにリースされた土地の区画および行政目的による利用のために有効に収用された土地の区画で、当該利用が先住権原に従ったメリアムの人々による権利・特典の継続した享受と両立できないものが例外となる）およびメリアムの人々の権原がクイーンズランド州議会ならびに州副総督の有効な権限行使によって消滅させられた（ただし権限の行使が連邦の法律と両立することが条件）⁵¹⁾という結論を示した。

3 節 マホ判決以後の展開

1992年判決は直接的にはトレス海峡諸島民に関するものであったが、結論部分は本土のアボリジニにも適用されるものであり、これらの者が訴訟によって先住権原を確認するという方途が開けたのであるが、訴訟の費用と関

連する証拠の収集において圧倒的に土地権を主張する側の負担が大きいという問題があった。先住権原に関する立法を行い申請と認定、紛争の際の調停などの手続きに従い土地権の解決を図るという政治プロセスが始まった。その結果が1993年の連邦法である「先住権原法」(Native Title Act 1993, No. 110, 1993)の制定である。

この法律(以下、同法)の目的は、先住権原を承認し保護することである。同法の定義では先住権原もしくは先住権原による権利・利益とは、同法に定める先住権原の認定の規定に従うことを条件に下記の要件を満たすアボリジニまたはトレス海峡諸島民の共同体、集団、もしくは個人の権利・利益である。第1に、アボリジニまたはトレス海峡諸島民が承認する伝統的な法律およびこれらの者が守る伝統的な慣習に基づき保持する権利・利益であって、第2に、これらの者がその法律と慣習に従い該当する土地または水域とつながりを有すること、そして第3に権利・利益がコモンローによって承認されていることである。そして同法の適用対象となる権利・利益には、狩猟、採集または漁撈の権利・利益が含まれる⁵²⁾。

また同法において、先住権原に影響する政府等の行為と、先住権原の存在についての認定並びに先住権原に影響する行為に関する補償について扱う。関連する先住民族からの土地権請求の申請がある場合に、その審査・認定と消滅時における補償の問題については連邦裁判所が管轄する⁵³⁾。

一方で先住民族の土地での開発プロジェクトが計画・実施されて先住権原に影響する場合に、当該集団は連邦の先住権原審判所(National Native Title Tribunal)に権原の存在について確認の審査(registration test)を受けるための申請を行い、その後開発主体との間で交渉に入る権利が認められる⁵⁴⁾。審判所は、同法に従った土地権請求にあたり法的支援を行うこと、権原存在の確認請求に対して要件を審査し要件を満たした申請を登録すること、同法による先住権原と土地利用に関する協定について広報すること、同法における先住民族と開発主体との間での協定締結手続きでの仲介や当事者への支援

を行うこと、将来の行為にかかる仲裁の決定を行うこと、先住権原の請求登録簿（Register of Native Title Claims）と認定された先住権原の全国登記簿（National Native Title Register）を管理することが任務とされている。⁵⁵⁾

マボ判決によれば1975年に人種差別禁止法が効力を発生して以降、先住権原の存在する土地について政府が自由保有の所有権を譲与することなど先住権原を消滅（抹消）させる行為は違法とされる。問題は判決より以前になされた政府の行為で、土地を取得した者の権利である。この点については政治的妥協がなされて、人種差別禁止法より後で先住権原法の発効以前に行われた行為についてのみ、政府が補償を支払うことを条件に先住権原の消滅（政府の行為の有効性）が認められた。⁵⁶⁾

マボ判決において決着がつかなかったのは、コモンローにおいて英国王地のリースが先住権原を消滅させるかどうかである。多数意見のうち3人の判事はリースの譲与によって消滅するものとし、残りの3人はこれについて疑問ありとした。⁵⁷⁾クイーンズランド北部地域のウィック（Wik）とターヨラ（Thayorre）の人々は、自分たちの土地が牧畜用のリースの対象となってきたが先住権原をなお保持しているとして争った、1996年の連邦最高裁判所の判決（通称ウィック判決）がこの問題に正面から答えた。⁵⁸⁾

裁判所は多数意見において、牧畜目的のリースの譲与が先住権原のあらゆる権利・利益を必ずしも消滅させたのではないとした。本件でのリースが借り受けた牧畜業者に対して排他的な占有権を与えたのではなく、国有地での家畜の飼育のみを認めたものであること、よってリースの結果としてすべての先住権原上の権利・利益を消滅させた訳ではないとするのである。そうになるとリースで認められた牧畜業者の権利と先住権原との共存する場合に、両者が両立しない限度では牧畜業者の法律上の権利が優先する可能性がある。裁判所は最後の点について詳しくは判示しなかった。⁵⁹⁾この判決を受けて連邦政府は先住権原法の改正案（10 point Plan）を発表して、これに従い1998年に改正先住権原法（Naïve Title Amendment Act）が成立した。ウィック

判決および改正先住権原法については、他のオーストラリア研究者による優れた論考があり、詳細な検討はそれらに委ねたい⁶⁰⁾。

マボ第2判決において無主地 (terra nullius) という法理論が考察の対象となった。この判決を受けてオーストラリア国内では、先住民族の権利奪取 (dispossession) を正当化する根拠としての無主地法理が妥当かどうかについて研究者の間で論争が行われた⁶¹⁾。このなかでシドニー大学哲学・歴史学学院歴史学部のアンドルー・フィッツモーリス (Andrew Fitzmaurice) 教授が、国際法史の視点からの興味深い論考を発表した⁶²⁾。

フィッツモーリス教授は、権利の喪失プロセスを一つの法的な出来事のみに戻元することができないとの懐疑論に同意しつつも、植民地化の方法がその歴史を語るうえでは重要であるとの立場から、無主地の法理の妥当性について検討を加える。第1に (18世紀から19世紀にかけての) オーストラリアの植民地化を正当化する根拠として無主地という用語が用いられていないが、植民地形成時代における「先占」というのが公正であったとする法的な伝統の産物がこの概念であると捉える。つまり無主地という概念がヨーロッパの拡大の歴史の産物であることを論証する。

まず、20世紀初め極域 (Svalbard 諸島) の帰属 (主権) の問題が表面化した際に、当時のイタリアの国際法学者が人の住む島でも主権がはっきりしないときに無主地という用語を用いたこと、その後アメリカの有名な Jessup がオーストラリアの研究者に向けてオーストラリアの植民地化に関連して無主地という表現を用いたという経緯と Jessup が宇宙の法的地位との関連で無主地の概念を比較のために用いたことを重視し、自然の利用と開発に結び付けられた財産権概念がヨーロッパの拡大に合い呼応して領域の帰属問題についての法理となったとの理解を示している⁶³⁾

他方で16世紀にビトリア (Francesco de Vitoria) が、野生動物はそれを最初に捕獲した者の所有となるとのローマ法の法理⁶⁴⁾を用いて、スペインのアメリカ大陸征服の正当化について議論したことを着目する。ビトリアによれ

ば、征服された大陸の人々にはその占有している土地・財産に対して自然法上の権利を持つのであり、征服したスペイン人の所有物となるのではないとされる。⁶⁵⁾

しかしながら西洋文化においては、自然を利用した財産の所有が原則とされてきた。17世紀のイギリスによる植民地化では、この理念に従って自然を未利用の人々については財産権を認めないこと、つまり植民地化された人民の権利奪取を正当化するために自然法上の法理が使われてきた。19世紀のドイツ（ハノーバー）のマルテンス（Georg Friedrich von Martens）が無主物の法理の解説を含む国際法の著作をハノーバー朝の英国王に献呈したところにイギリスのオーストラリアへの入植が進行していたものの、植民地化された土地は無主物たりえない（先住民が土地と財産を恣意的に奪われない）ことがなお法原則であったとする。⁶⁶⁾

その後20世紀後半にアフリカの分割をめくり開かれたベルリン会議では、「実効的占有」の規則が承認され、現地の人々による実効的な占有がなされている場合に、これらの人民の主権を篡奪できないことが認められた。特に注目されるのは、国際法学会（Institut de Droit International）の1888年度会期においてF de Martitz会員が、学会に提出したベルリン会議についての報告書（案）のなかで無主物ではなくて「いずれの国家にも属さない領域」（territorium nullius）という用語法を用いたことである。⁶⁷⁾

ビトリア以来、個人が土地に対して権利を持ち占有している場合に私有財産の所有者であるから、他者による植民地になってもその私権の尊重が求められる。Martitzの報告書（案）によれば、人々が集団として主権を行使する場合に、先占の対象外とされるので集団としての権利が守られる。逆に集団による主権の行使がない場合には、入植者がその領域を実効的に占有して主権を取得することができることになる。学会ではフランスのEdouard EngelhardtがMartitzの提案について、人の住む土地も主権取得の対象となることに反対し、会員の多くの支持を受けたので、提案は受け入れられな

かった。ただ博士が目にするのは、私法上の財産権に関する無主物の概念と、公法上の *territorium nullius* とを Martitz が区別した点である。⁶⁹⁾

ローマ法の無主物と *territorium nullius* との概念整理を行った後フィッツモーリス教授は、マボ判決で裁判所が植民地化の法理としての無主地概念を否定したのだが、先住民族の土地権を守ることが判決の趣旨であったことがビトリア以来の自然法の伝統と両立するものであるという認識を示す。⁷⁰⁾ 結論として、無主地という概念は16世紀から20世紀にかけてのヨーロッパの拡大に伴い植民地化による権利喪失を正当化する役割を果たした「最初の捕獲者に関する法」の一種であって、正当化のための産物であったとする。⁷¹⁾

4節 2章の小括

以上みてきたように、2つのマボ判決と先住権原法制定を支える社会的価値として、人種差別の禁止など現代的な人権保障の理念を読み取ることができる。マボ第2判決でブレナン判事は、「現在のオーストラリアの法体系を支える原則の骨格」が存在すること、そしてオーストラリアの植民地時代に導入されたコモンローの規則に対して「正義と人権という現代的な価値を深刻に損なうもの」については再検討すべきことを、司法審査の基礎に据えていた。⁷²⁾ また、いわゆる無主地論が支持されていないことの理由として、現代での世界ではコモンローを「人種差別の時代」のままにしておくべきではないことを挙げている。⁷³⁾ 一方で先住権原法はその前文において、オーストラリアのアボリジニとトレス海峡諸島民がヨーロッパ人の定住より前に住んでいたのに、その土地を補償もなく奪取されたのであり、オーストラリア社会において最も不利な状況にある集団となったという認識を示し、またオーストラリア政府が人種差別撤廃条約、経済的・社会的・文化的権利に関する国際規約および市民的・政治的権利に関する国際規約の批准、世界人権宣言の受諾、1975年人種差別禁止法ならびに1986年オーストラリア人権委員会法の制定を通じて国際人権基準を受け入れることにより、先住民族を含むあらゆる

市民の権利を守るよう行動してきたことが、同法の立法理由の一つであるとしている。⁷⁴⁾

そこで次章では、国際人権法、とくに人種差別撤廃条約の適用という文脈での先住民族の土地権の保障について検討を広める。

第3章 人種差別撤廃条約と先住民族の土地権

人種差別撤廃条約という国際人権法が先住民族の土地権を含む人権にどうかかわるのか、特に集団としての先住民族の権利を条約がどのように保障するのか、という問題を検討する。

この検討にあたっては、人種差別撤廃条約（以下、条約）の実施における監視機関である人種差別撤廃委員会の元委員パトリック・ソーンベリー（Patrick Thornberry）による条約のコメンタリーの著作と、英国Roehampton大学のジェレミー・ジルベール（Jérémie Gilbert）教授による、国際法における先住民族の権利の発展に対する条約の貢献を分析した論文に依拠する。⁷⁵⁾

1節 ジルベール論文

まず条約は、「人種、皮膚の色、世系または国民的もしくは民族的出身に基づいたすべての区別、排除、制限または優先であって、政治、経済、社会、文化その他のあらゆる公的生活の領域での、平等な立場からの人権および基本的自由を承認し、享受しまたは行使することを妨げ、または損なう目的または効果を持つもの」を「人種差別」と定義し（1条1項）、条約の締約国に対して「人種差別を非難し、あらゆる形態の人種差別を撤廃するための政策とあらゆる人種間における理解の促進ための政策」とを「適切な方法により遅滞なく」講ずるように義務づけている。（2条柱書）そして人種差別の対象として「個人、集団または団体」を挙げている。（同条（a））従って、条約そのものには先住民族という直接の言及はない。

しかしジルベール教授は、人種差別撤廃委員会（以下、委員会）がその活動を通じて「先住民族に対する差別は人種差別」という立場を展開してきたことを論証する。すなわち差別を受けてはならないという原則については、先住民族が「歴史の中で埋め込まれた差別と人種主義の深刻な形態」(serious historically embedded forms of discrimination and racism) に今も直面している事実⁷⁶⁾に注目する。そこで委員会はその人権保障の作業において特に先住民族の権利問題に焦点を当ててきた。

次に条約の定める非差別規範の名宛人であるが、先住民族が受ける差別が個々人を対象としたものではなくて、集団としての先住民族に向けられた組織的で「歴史に埋め込まれた差別」、構造的な差別の問題であるとして取り組んできたことに留意する。また条約において人種差別の撤廃のため締約国が課されている義務には、第5条柱書にあるようなすべての者について法的に平等に取り扱うものと、第2条2項に基づき人種差別を受けてきた者のための格差是正を目的とした特別の措置を講ずることがあり、先住民族への差別という文脈では2007年の国連宣言に定めている先住民族の権利を保障することが求められるが、これは先住民族に対する特権を要求するものではないと強調するのである。その根拠に、人種差別の定義に関して委員会が採択した一般的勧告17号では、「取扱いにおける差別化については、条約の趣旨・目的に照らして判断した当該差別化の基準が正当であれば、差別に該当しない」とされること⁷⁷⁾に言及する。

では国連宣言で定める先住民族の土地とその資源に関する権利が、条約上どのようにして実施されるのか。条約の5条においてすべての者の財産権を差別なく保障すべき締約国の義務が規定されている。

ジルベール教授によると、委員会は先住民族に関して5条に基づく「包括的なアプローチ」を発展させて来た、という。1997年の先住民族に関する一般的勧告23号で委員会は、「締約国に対し、先住民族が自らの共有地、領域および資源を所有し、開発し、管理ならびに利用する権利を認め、保護す

る」こと、および「これらの者が伝統的に所有または居住もしくは利用した土地および領域につき、これらの者の自由で十分な情報に基づく同意なくして奪われてしまった場合は、この土地及び領域を返還するための措置を講ずる」ことを特に要請している。このアプローチに基づいて、委員会が先住民族の土地、領域および資源にかかる所有、利用および管理の権利を国家が保護すること、そして国家が当該権利を承認しないこと「それ自体が人種差別とされる」という趣旨の「判例」を発展させた、というのである。⁷⁸⁾

2 節 ソーンベリーの評釈

条約の第2条1項の柱書では、人種差別を非難し、あらゆる形態の人種差別を撤廃するための政策および人種間の理解を促進する政策について「すべての適切な方法により遅滞なく」実施する締約国の義務が謳われ、(a)号から(e)号において、さらに人種差別撤廃にかかる締約国のとる措置が定められている。一方で、第5条(d)号(v)は、「単独で及び他の者と共同して財産を所有する権利」の享受にあたり、締約国があらゆる形態の人種差別を禁止しおよび撤廃すること、そして差別なく法の下での平等を保障するように求めている。

これらの条約規定が集団としての先住民族に対して財産権を差別なしに保障すること求めていると解釈できるかどうかが問題となる。

ソーンベリーによれば、少数者(minorities)の権利を定める国際人権文書(例として市民的・政治的権利に関する国際規約第27条)では、少数者に属する者(persons belonging to minorities)という文言が使用されている。そのため少数者の権利とは、当該集団の外部から集団を防衛するために行使が認められ、同時に集団内部の構成員に対して制約を加えるような集団としての行動を許す、いわば「ハード」な集団的権利と完全に一致するわけではない。「ソフト」な集団的権利という性質) 一方で先住民族の権利に関し

ては、国連宣言での自己決定権の規定のように権利を「共同体主義」の立場で把握するほうが多くみられるので、「ソフト」と「ハード」の両方の権利が併存しているとする⁷⁹⁾。この「共同体主義」の立場で先住民族の権利、特に財産権を示すものとして、米州人権条約の下での米州人権裁判所のいくつかの判例が引用されている。

そのうち「土地の公式的な権原付与による財産権」と区別されて「土地の所有が個人ではなく集団に集中している」という意味から、該当する「土地での集団による共有の形態 (communal form of collective property of the land)」を認めることで、条約の保障する財産権概念の「自律的な意味」として先住民族の「共同体主義による伝統」に基づいた財産権を認めた、2001年のマヤグナ (スモ) アワス・ティンニ共同体 (Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community) 対ニカラグア事件の判決趣旨を引用している⁸⁰⁾。

この事件は、ニカラグアの大西洋沿岸区域に設けられた先住民族自治区のうち、アワス・ティンニ地区にすむマヤグナ人 (他者からスモと呼ばれる) の共同体が、その先祖伝来の土地での森林伐採事業を認可した政府を相手に、米州人権条約の関連規定 (財産権についての21条、司法的救済についての25条など) 違反を米州人権委員会に申し立てて、裁判所に付託されたものである。条約21条1項において、「すべての人は、自己の財産を使用し享受する権利を有する」とされているが、条約起草の過程で「私的財産」に限定されていた文言が「財産」に置き換えられたこと、そして国際人権条約上の用語法と同一視されない「自律的な意味」があり、条約の解釈にあたって用語法の解釈において時代の発展と現在の生活状況に照らして行う、とする「発展的解釈」 (evolutionary interpretation) の手法を裁判所は採用した。

そのうえで裁判所は、先住民族の共同体での財産という概念について、ソーンベリーが引用した土地の所有における共同体主義的な考え方に言及する。「先住民族の集団は、その存在そのものという事実から、自身の領域において自由に暮らす権利があり、その土地への密接なつながりは、その文

化、精神生活、社会統合および経済的な生存の根本的な基盤であることが、認知され、理解されねばならない。先住民族の集団にとって土地との関係は、所有と生産にかかる事柄であるばかりか、これらの者が全面的に享受し、さらにはその文化的遺産を保存して将来の世代へ受け継いで行くべき物質的および精神的な要素である。⁸¹⁾

一方で、アワス・ティンニの共同体の有する土地の範囲に関して政府が画定していないのであり、そのために共同体の構成員が自由に使用、享受する財産を知ることができないであると裁判所は認定したうえで、ニカラグアに対して共同体に属する領域の画定、境界の設定および権原の付与を実施し、共同体構成員が居住し活動する、地理的区域における、財産の存在、価値、使用もしくは享受に影響するような国家機関の行為もしくは国家の承認または許容に従って行動する第三者の活動を差し控えることを求める権利が共同体構成員にあるところ、本件においてニカラグアは当該権利を侵害した、とされたのである。⁸²⁾

ソーンベリーは、このほかにスリナムに対する Moiwana の共同体、Saramaka の共同体、パラグアイに対する Sawhoyamaya の共同体、Yakye Axa の共同体およびアメリカ合衆国に対する（ウエスタン・シヨショーニの構成員である）Mary および Carrie Dunn（姉妹）の申し立て事件での判例が「集団の財産権」での「特有で自律的な性格」を承認したものと引用している。⁸³⁾

では本稿の第2章で論じた、オーストラリアにおける先住権原にかかる国内判例および国内法制は、条約履行という観点でどう評価されるのか。

マボ第2判決で引用された「無主地」論を、ソーンベリーは領域に住む人民に上下関係を認めるような用語法であること、そして実際の領域取得が先占だけでなく様々な態様で行われており、人の住む領域を全く誰もいない土地として扱った程度においても議論があるところであると⁸⁴⁾している。

また先住権原法の制定については、先住権原が自由保有と比べて脆弱で他

の者の権利との間で不均衡がある、との格差問題を提起される余地はあるとしつつも、人種差別撤廃委員会は立法が先住民族との「真正な交渉とその同意」に基づいていたとして、受け入れられうる⁸⁵⁾とした。

一方で、改正先住権原法（以下、改正法）については、その内容に懸念があるとの委員会に対する「早期警戒措置・緊急手続」の申し立てにより、1999年3月に委員会は政府代表との間で審議を行った。国別報告者を務めたゲイ・マックドゥーガル（Gay MacDougall）委員からは、「先住権原の保有者の権利と先住権原以外の権原保有者の権利との間で、後者に対してさらに重点を与えることを認める妥協がなされたが、これで問題が解決されたかどうかは疑問である」として、そのままでは無効である過去の行為が改正法により有効性を与えられたこと、先住権原の消滅行為の確認がされたこと、鉱産物資源にかかる権利保護を高めたこと、および交渉への権利に制限を加えた4つの主な批判を示すとともに、審判所が申請審査する上での敷居がさらに高くなり将来の土地利用にかかる交渉の権利を含めて、先住権原の確認申請がさらに困難になるとの問題点も指摘された⁸⁶⁾。

審議の結果、委員会が採択した決定では、上記の問題を含んだ改正法のもとで、先住権原の保持者が差別を受ける規定を含んでいることに留意する（note）とともに、マボ判決と1993年法での先住権原の保護より改正法は後退しており、条約の2条と5条にかかるオーストラリアの遵守（compliance）について懸念を生ずるとの指摘がなされた⁸⁷⁾。

また委員会の決定では、改正事項の取りまとめにあたって先住民族による効果的な参加を欠いていたとの指摘がなされていたが、ソーンベリーは「条約と改正法における変更点および予期される権利の縮減との整合性を委員会が判断する」際に、先住民族の効果的な参加とその同意を受けることの重要性についての「懸念」が影響したもの、と解説している⁸⁹⁾。

委員会の決定に対してオーストラリア政府から反論のコメントを載せた文書が委員会に提出された⁹⁰⁾。オーストラリアの提出した定期報告書（第10, 11, 12

回の合併)を2000年の3月に委員会が審査し、その後で発表した総括所見(Concluding observations)のなかでは、従前の決定に対する「不満足な対応」と、オーストラリアの先住民族共同体(indigenous communities)の権利がさらに損なわれるリスクが続いていることへの懸念」が表明された。また総括所見は、条約第5条(c)と、先住民族による「情報を得たうえでの同意」を確保することの重要性を強調している一般的勧告第23号に基づき、土地権に影響する意思決定への先住民族共同体による効果的な参加を確保すべきだとする従前の勧告を再確認した。⁹¹⁾

3節 先住民族の権利に関する一般的勧告第23号について

一般的勧告は、条約加盟国からの政府報告書を審査し結論としてまとめた「総括所見」と、権利侵害を受けた被害者または集団が条約第14条に従い委員会へ申し立てを行った際の審査で出す「見解」とに基づき、政府報告書の作成や国内法整備と政策の策定・実施にあたり締約国が参照すべき指針として委員会がまとめた文書である。一般的勧告第23号(以下、単に勧告)について前節で触れているが、ここでこの勧告の意義について考察する。⁹²⁾

まず第1段落では、委員会による政府報告書の審査で先住民族(indigenous peoples)の状況は注目と関心を持つ事柄であり、先住民族に対する差別が条約の適用範囲に入ると委員会が一貫して確認してきたことを指摘する。第3段落では、世界の多くの地域において先住民族が差別を受けてきたし、今も受けていること、並びに人権と基本的自由、特にこれらの者の土地と資源とが失われ、私企業および国家企業の手元に置かれている事実を言及し、先住民族の文化と歴史的アイデンティティとが危機に瀕していると断じている。これらを踏まえて委員会は、第4段落において締約国が5つの側面で行動することを要請する。

- (1) 国家の文化的アイデンティティを豊かにするものとしての先住民族
独自の文化、歴史、言語および生活様式を認知し、尊重するととも

に、その保存を促進すること。

- (2) 先住民族の構成員が自由であり、かつ尊厳と権利において平等であって、とりわけ先住民族という出身またはアイデンティティに基づいた差別を含め、いかなる差別からも自由であることを確保すること。
- (3) 先住民族の文化的な特徴と両立する、持続可能な経済的及び社会的な発展が可能となるための条件を提供すること。
- (4) 先住民族の構成員が公的な生活への効果的な参加に関して平等な権利を有すること、およびその情報を得たうえでの同意がないまま、これらの者の権利・利益に直接関連する意思決定を行わないことを確保すること。
- (5) 先住民族共同体が、その文化的伝統と慣習を実践し、再活性化する権利およびその言語を保存し実践する権利を行使できるよう確保すること。

勧告は第5段落で、先住民族の土地、領域および資源にかかる権利について詳しく定める。まず委員会は、先住民族の共有地 (communal lands)、領域および資源に対して先住民族が所有し、開発し、管理ならびに使用する (own, develop, control, and use) 権利を締約国が承認し保護することを要請している。次に先住民族が伝統的に所有または居住もしくは使用した土地および領域を、当該民族の自由かつ情報を得たうえでの同意なしに奪われた場合には、締約国がこれらの土地および領域を返還する措置を講ずることを要請する。そして返還措置が事実上不可能である場合についてのみ、原状回復の権利が正当で公平かつ迅速な補償 (just, fair and prompt compensation) によって代替されるべきとする。なおこうした補償措置は、できる限り土地および領域の形態で行われるべきともしている。

よって、改正先住権原法の立法過程でオーストラリア政府が先住民族の「効果的な参加」を十分に確保しなかったことが、委員会から一般的勧告の

内容との関連で消極的な評価につながったものといえる。実際に2017年にオーストラリアの政府報告書（第18・19および20回の合併）を審査した委員会は、土地との継続したつながりについて法律上高い水準の立証責任を負わせていること、および先住民族の土地において事前の情報を得たうえでの同意を求めることなしに資源採掘・開発プロジェクトが行われていることに「懸念」を示して、先住権原法が要求する高い水準の立証責任を低め手続きの簡素化を図るべく1993年先住権原法の改正を含めた、先住民族の土地権の効果的な保護へと「至急行動に移す」(move urgently) ように勧告した。また、自由で事前の情報に基づいた同意の原則 (the principle of free, prior and informed consent) を先住権原法およびその他の法律へ組み入れて、実際に原則を全面的に履行することを確保するようオーストラリアに要請 (urge) した。⁹³⁾

「自由で事前の情報に基づいた同意」の原則は、一般的勧告で定めている「情報を得たうえでの同意」よりも進んだもので、国連宣言で規定されているものである。⁹⁴⁾

4 節 3章の小括

本章では、人種差別撤廃条約に基づく人種差別禁止の国際規範が、先住民族の土地の権利にかかる分野において、オーストラリアでの国家実行の展開に伴いその保障する内容をさらに拡充してきたこと、そして、委員会の採択した一般的勧告の指針や国連宣言の実施という文脈において、先住権原法の見直しなど関係する権利の更なる実現に向けた、委員会からの勧告がなされてきたことを考察した。

結論

人種差別撤廃条約の加盟と、その国内実施法である人種差別禁止法の制定は、オーストラリアでの先住民族の人権状況においても大きく影響した。

連邦最高裁判所は2つのマボ判決において、差別禁止と人権の時代に沿った判断を下した。いわゆる「先住権原」をコモンローのなかで認知する際に、(土地保有についての)差別禁止規範の適用がなされた。

1788年の英国(初代総督)による大陸東部の領有宣言から公式に始まる植民地主義に基づく統治(のちの「定住植民地」の形成)により、アボリジニとトレス海峡諸島民は土地権奪取(dispossession)が強いられたのであるが、そうした「過去の不正義」と闘い権利の回復を目指した。

その際の法的な根拠に、人種差別禁止にかかる国際人権規範があったことは留意すべきである。この規範は国際人権基準であることから、オーストラリアのみならず世界の他の地域の先住民族の権利についても当てはまる。

では日本はどうか。2008年の衆・参両議院の決議(「アイヌ民族を先住民族とすることを求める決議」)を受けて日本政府は「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」との認識を内閣官房長官談話の中で示した。

この談話では、こうした認識に基づいてアイヌ民族に国連宣言を全面的に適用するというのではなく、国連宣言の「関連条項を参照しつつ、これまでのアイヌ政策を」見直すことになった。この結果、内閣官房にアイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会が置かれて、2009年に報告書が出された⁹⁵⁾。この報告書ではアイヌの人々が先住民族であるとの認識を共有しつつ、「国の政策として近代化を進めた結果、アイヌの文化(下線部の強調は苑原)に深刻な打撃を与えたという歴史的経緯を踏まえ、国には先住民族であるアイヌの文化の復興に配慮すべき強い責任がある」ことを根拠とした新たなアイヌ政策を提言した⁹⁶⁾。差別禁止規範との関連についてこの報告書は、アイヌ政策が日本国憲法、特に14条の平等原則を踏まえるべきであるとする一方で、「事柄の性質に即応した合理的な理由に基づくものであれば、国民の一部について異なる取扱いをすることも、憲法上許される」こと、そして人種差別撤廃条約2条2項による特別な措置を根拠として許されるものとした⁹⁷⁾。日本

が人種差別撤廃条約を批准した際に、国内での条約実施のための法律を制定しなかった。よって現在のところ、オーストラリアのような包括的人種差別禁止法は日本にはない。ただし、この報告書の結論部分で、アイヌ政策の基本となる法律の「立法措置」が提案されていた。

内閣官房においてアイヌ民族を交えたアイヌ政策推進会議が設置されて懇談会報告書に沿ってアイヌ政策を検討して、2019年4月には「アイヌの人々の誇りが尊重される社会を実現するための施策の推進に関する法律」が制定された。この法律の目的は、「日本列島北部周辺、とりわけ北海道の先住民族」としてのアイヌの人々において「誇りの源泉であるアイヌの伝統およびアイヌ文化が置かれている状況並びに近年における先住民族をめぐる国際情勢に鑑み」、アイヌ施策の推進について基本理念、国などの責務などを定めること（1条）としている。この法律の条文で「アイヌ民族」の具体的な権利のカタログを定めてはいない。ただし、第4条において、「何人も、アイヌの人々に対して、アイヌであることを理由として、差別することその他の権利利益を侵害する行為をしてはならない」とある。法案を審議した衆議院および参議院の各国土交通委員会では、この規定に関してアイヌ民族へのヘイト・スピーチについての問題が取り上げられ⁹⁸⁾、また参議院の委員会で委員から法案には国連宣言所定の権利に触れていないとの意見が出された⁹⁹⁾。後者に対して、政府参考人として内閣官房アイヌ総合政策室長は、「自決権や自治の権利について様々な見解があり、共通理解が図られていない」とし、こうした権利について「国の在り方の根幹に関わるものであるとの見解に立てば、我が国の憲法との課題整理を図る必要がある、法律に規定することは慎重であるべき」との考えである、と答弁した¹⁰⁰⁾。では4条と土地の権利はどうなのか。衆参両院の委員会にてこの点で政府の立場は示されていない。平等原則が2009年の有識者懇談会報告書において議論されていたのだから、この法律の解釈・運用との関連で適用されるべきであろう。その際に、差別禁止の国際人権規範がどう反映されるのか（またはされるべきか）が課

題となるであろうし、本稿で取り上げたオーストラリアの事例が参照されることを望みたい。

注

- 1) 反対投票したのは、アメリカ、カナダ、ニュージーランドおよびオーストラリアであったが、のちにいずれの国も宣言を支持する立場に変更した。決議の英語文はA/RES/61/295、日本語訳は条約集所収のものほか次の出版パンフレットがある。翻訳市民外交センター、編集・レイアウト平田剛士、『先住民族の権利に関する国際連合宣言』（2018年）。本稿ではこちらの訳文による。
- 2) ILO第169号条約については、マヌエラ・トメイ、リー・スウェプトン著、苑原俊明、青西靖夫、狐崎知己訳『先住民族の権利 ILO第169号条約の手引き』、論創社、2002年、を参照。また、国連での宣言案の起草については、上村英明「先住民族の権利に関する国連宣言」獲得への長い道のり」『PRIME』（明治学院大学国際平和研究所報）第27号（第2版、2010年）、53-68頁、を参照。
- 3) E/CN.4 Sub.2/1994/30. 第77段落。
- 4) 国連のプレス・リリース、GA/10612（2007年9月13日）より。
- 5) アボリジニに対する植民地政府の政策の変遷について、鎌田真弓「アボリジニ」竹田いさみ・森健・永野隆行編『オーストラリア入門第2版』第3章、東大出版会、2007年、67-70頁、鎌田真弓「国家と先住民—権利回復のプロセス」山内由理子『オーストラリア先住民と日本 先住民学・交流・表象』第1章、御茶の水書房、2014年、4-32頁を参照。
- 6) *Milirrpum v Nabalco Pty Ltd and The Commonwealth of Australia* (1971) 17 FLR 141この判例原文を入手できなかったため、本稿では下記の評釈集に引用された判決文に依拠した。
Harry Reicher (ed), *Australian International Law Cases and Materials*, LBC, 1995, pp13-217.
- 7) Reicher, p217.
- 8) 鎌田、2017年論文、20頁。
- 9) マボについてオーストラリア・アボリジニ・トレス海峡諸島民俗文化研究所 (AIAT-SIS) が公表している評伝、<https://asiatis.gov.au/explore/articles/eddie-koiki-mabo> より。
- 10) *Mabo and another v the State of Queensland and another*, (1988) HCA 69, いわゆるマボ第1判決。*Mabo v Queensland (No. 1)*
- 11) 同判決、12段落。
- 12) 同判決、14, 15段落。
- 13) 同判決、16段落。
- 14) 同判決、17段落。
- 15) 同判決、13段落。
- 16) 同判決、18段落。

- 17) 同判決、19段落。
- 18) 同判決、20段落。
- 19) 同判決、21段落。
- 20) 同判決、22段落。
- 21) Mabo v State of Queensland (No. 2) (1992) HCA 23; 175 CLR 1.
この判決に関して出されたシドニー大学のピーター・バット教授（財産法）の論文について、次を参照。拙稿「オーストラリアにおける先住民族の土地権—ピーター＝バット教授論文の翻訳およびコメントリー—」八千代国際大学紀要『国際研究論集』8巻1号（1995年）以下、拙稿として引用する。
- 22) 同判決、5段落。
- 23) 同判決、6-11段落。
- 24) 同判決、14-19段落。
- 25) 同判決、23-24段落。
- 26) 同判決、25段落。
- 27) 同判決、28段落。
- 28) 同判決、29段落。
- 29) 同判決、30段落。
- 30) 同判決、32段落。
- 31) E.Evatt, "The Acquisition of Territory in Australia and New Zealand" Grotian Society Papers (1968) p16
- 32) 同判決、33段落。
- 33) 同判決、34段落。
- 34) 同判決、36段落。
- 35) 同判決、37段落。拙稿、109頁。
- 36) 同判決、38段落。拙稿、110頁。
- 37) 同判決、39段落。拙稿、110-111頁。
- 38) 同判決、40段落。拙稿、111頁。国際司法裁判所意見の原典は、ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, WESTERN SAHARA, Advisory Opinion of 16 October 1975, の第79、80段落（多数意見）からである。
なお本稿で「」で引用した日本語訳の部分は、東壽太郎「西サハラ」波多野里望・尾崎重義編著『国際司法裁判所 判決と意見第2巻（1964-93年）』国際書院、1996年、471頁、による。
- 39) ICJ意見、163段落。当該決定は全員一致でなされた。
- 40) マボ第2判決、41段落。拙稿、113頁。
- 41) 同判決、43段落。拙稿、114頁。
- 42) 同判決、45段落。
- 43) 同判決、45段落。
- 44) 同判決、51, 52段落。
- 45) 同判決、61段落。拙稿、115頁。
- 46) 同判決、65-67段落。用益（usufruct）とは、「他人の物をその実質を損なうことなしに使用・収益する権利」のことである。田中英夫『英米法辞典』東大出版会、1991年、より。
- 47) 同判決、68段落。
- 48) 同判決、69段落。
- 49) 同判決、81-82段落。拙稿、115頁。
- 50) 同判決、84段落。拙稿、116-117頁。

- 51) 同判決、97段落。
- 52) 同法、第223節1項および2項。翻訳は筆者。同法の概要については、オーストラリア・アボリジニ・トレス海峡諸島民文化研究所 (AIATSIS) の情報ハンドブック、AIATSIS, *Native Title Information Handbook*, National, 2016, を参照した。
なお第223節でいう「伝統的」という語句の解釈として、2002年の連邦最高裁判決で、「一体の法律と慣習を承認し守ることで統合されている」社会であることを証明する必要があるものとされている。
- 53) 同法第4部・第5部。
- 54) 同法第3部、特にSubdivision Fに定める交渉の権利に関する規定。
- 55) AIATSIS, *Information Handbook*, p14
- 56) Human Rights Council of Australia, *Native Title: A Simple Guide A Paper for those who wish to understand Mabo, the Native Title Act, Wik and the Ten Point Plan*, より。
- 57) 同上。
- 58) *Wik Peoples v The State of Queensland* [1996] HCA 40, (1996) 187 CLR 1 (23 December 1996)
- 59) Human Rights Council of Australia, 注52、より。
- 60) 鎌田、2007年論文、78-80頁。ウィック判決については、細川弘明「先住権のゆくえーマボ論争からウィック論争へ」西川長夫、渡辺公三、ガバン・マコーマック編著『多文化主義・多言語主義の現在 カナダ・オーストラリア・そして日本』人文書院、1998年、198頁、がある。またオーストラリアの土地法史という視点での論考として、金城秀樹「バストラル・リースとネイティブ・タイトルーオーストラリア先住民の土地に対する権利」『札幌法学』第8巻2号(1997)1-26頁、がある。
2002年連邦最高裁判所が先住権原を認めないとされた、ビクトリア州のヨルタ・ヨルタ (Yorta Yorta) の人々による土地権請求と2004年に州政府と締結した「マレー川流域資源共同管理協定」の文化人類学の視点からの評価については、友永雄吾「オーストラリア先住民の土地権と環境管理」明石書店、2013年、がある。
- 61) Andrew Fitzmaurice, *The Genealogy of Terra Nullius, Australian Historical Studies*, 129, 2007, 1頁の脚注2に、論争に関連した参考文献が載っている。
- 62) 同上、pp 1-15.
- 63) 同上、pp 4-5.
- 64) ローマ法で、*ferae bestiae* (野生動物) で捕獲されたことのないものは最初に捕獲した者の所有物となるとの法理である。前掲論文、6頁。Blackの法律辞典の説明では、野生動物が誰の所有物でもない無主物 (*res nullius*) なので、最初に捕獲した者が先占による所有権を取得するという。Black's Law Dictionary, Ninth Edition, West, 2004, p696. また、あるローマ法辞典によれば、野生動物は無主物とみなされ、それを捕獲した者による管理下にある限り、その者の所有物とされる。自由の身になったあとは他の者による先占の対象になるという。Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Lawbook, New Jersey, 2002, pp469-470.
- 65) Fitzmaurice 前掲論文、7頁。
- 66) 同上、8-9頁。
- 67) ベルリン会議での無主地概念の「発明」については、立教大学のハウスギョン (許淑娟) 教授による『領域権原論 領域支配の実効性と正当性』東大出版会、2012年、が詳しく論じている。
- 68) Fitzmaurice 前掲論文、10頁。
- 69) 同上、11頁。

- 70) 同上、12-14頁。
- 71) 同上、14頁。
- 72) マボ第2判決、29段落。
- 73) 同上、41段落。
- 74) 前文、第2、第3、第4、第6段落。
- 75) Patrick Thornberry, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination A Commentary*, Oxford University Press, 2016, Jérémie Gilbert, CERD's Contribution to the Development of the Rights of Indigenous Peoples under International Law, in David Keane and Annapurna Waughray (eds.), *Fifty years of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Manchester University Press, 2017.
- 76) Gilbert, Introduction
- 77) Gilbert, 1: Fighting Structural Discrimination
- 78) Gilbert, 2. Land Rights as Racial Discrimination
- 79) Thornberry, p347.
- 80) Thornberry, p348.
- 81) Inter-American Court of Human Rights, *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua*, Judgment of August 31, 2001, 第149段落。
- 82) Ibid. 第153段落。
- 83) Thornberry, p348.
- 84) Thornberry, p12.
- 85) Thornberry, p349.
- 86) CERD/C/SR. 1323、第30段落。
- 87) Decision 2 (54) on Australia, A/54/18, 第7、8段落。
- 88) Ibid. 第9段落。
- 89) Thornberry, p349.
- 90) A/54/18の付属文書、Annex VIII.
- 91) CERD/C/304/Add. 101, 第9段落。
- 92) Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation 23, Rights of Indigenous Peoples, A/52/18 Annex V (1997). 日本語訳として、一般財団法人アジア・太平洋人権情報センター（ヒューライツ大阪）が、HPの「資料館」に、上村英明／明治学院大学国際平和研究所・市民外交センターが『アジア・太平洋人権レビュー1998』に掲載した翻訳を転載している。
<https://www.hurights.or.jp/archives/opinion/1997/03/post.html>
- 93) CERD/C/AUS/CO/18-20. 第21・22段落。
- 94) 国連宣言第19条。
- 95) アイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会報告書、平成21年7月。この懇談会の委員8名のうちアイヌ民族は1名であった。
- 96) 報告書24頁より引用。
- 97) 報告書26頁より引用。
- 98) 衆議院では4月10日委員会での荒井委員の質問、参議院では4月18日委員会での舟山委員の質問などがある。
- 99) 紙委員。国土交通委員会会議録第8号 平成31年4月18日 5頁より。
- 100) 政府参考人。同上 6頁より。