HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 雑報 |
| Citation | 北大法学論集, 45(1-2), 221-225 |
| Issue Date | 1994-07-29 |
| Doc URL | http://hdl.handle.net/2115/15577 |
| Type | bulletin (other) |
| File Information | 45(1-2)_p221-225.pdf |

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

雑　報

# 北海道大学法学部法学会記事

○平成五年一一月二六日（金）午後一時三〇分より

「先住民族の権利――比較法的検討」

報告者　常本照樹氏

（北海道大学法学部教授）

出席者　二三名

今年は国連の定めた国際先住民年にあたる。本報告の目的は、この機会に、全世界で3億人にのぼる先住民と自称する人々の権利に関する問題を整理し、わが国の問題を考えるうえでの示唆を求めることである。

先住民族の権利の問題が国際社会において検討されるようになったのは一九七〇年代に入ってからのことであり、ＩＬＯやユネスコ、国連高等弁務官事務所などの国連機関がこの問題に関与してきているが、とりわけ中心的役割を果たしているのが、国連経済社会理事会のもとに設置されている「差別防止・少数者保護小委員会」の「先住民作業部会」である。同部会は、一九八二年に設置されてからほぼ毎年開催され、先住民族の権利の世界宣言の草案作成等にあたっている。しかし、その作業は必ずしも順調に進んでいるとはいえず、今年夏に一応の最終案がまとめられたものの、最終的に国連総会によって採択されるまでにはさらに曲折が予想されている。

権利宣言案のとりまとめを困難にしてる事情はいろいろと指摘されているが、理論的には、先住民族の定義と政治的自決権の問題が最大の難関といわれる。定義については、これまでも様々な案が出されてきているものの、関係国を満足させるには至っておらず、とくに先住民族側は定義を立てること自体に難色を示している。そのため、今年の権利宣言の最終案には定義は含まれていない。また、政治的自決権については、そもそも先住民族とは、主権的存在として一定の地域に居住していたのに、その自由な同意なしに他民族に征服され、その国家に強制的に編入された点に特質があり、したがって本来の主権に属するものとして政治的自決権を当然に留保していると考えられる。しかし、大半の関係国は自決権の承認は国家の領域保全に対する脅威になるとして従来から強く反対しているのである。この

ため、部会としては自決権を、当然に分離独立権を含むものではなく、国内における自治権ないし自律権として位置づけることにより国家および民族の主張を調整しようとしているが、この試みが成功するかどうかはなお予断を許さない。

国連における作業を困難にしている最大の理由は、要するに、世界の先住民族のありかたが千差万別であり、また、民族を国内に含む各国の事情がこれまた区々であってそれらすべてに妥当する基準を設定することが極めて困難だということである。したがって、わが国における問題を検討するについては、国連における作業の結果をまつだけではなく、すでに一定の成果をあげている各国の国内制度を検討することが必要である。

アメリカ合衆国においては、先住民族は領土（保留地）および部族構成員に対する支配権をもち、独自の法体系を備えた主権的存在とされており、合衆国内におけるその法的地位および権利は合衆国憲法および各種の条約、連邦法によって規定されている。したがって政治的自決権はすでに相当程度、少なくとも制度的には保障されているのである。また、自決権と並んで先住民族の権利の核心をなす土地権についても、その違法・不当な侵害に対しては、適正かどうかはともかく様々な形で補償されており、その顕著な例を、近年においてはアラスカ州や、メイン州をはじめとする東部諸州にみることができる。

カナダは、一九八二年の新憲法において先住民の権利を明文で規定し、その具体化を事後的に政府と先住民代表との協議で行うという注目すべきプロセスをとった。その結果、カナダ北西部をイヌイトの自治州とする旨の協定が今年成立したのである。

ニュージーランドに関して注目されるのが、個人を先住民として認定する方法である。これにつき、アメリカにおいては厳格に客観的基準（血の濃さ）が採用されているが、ニュージーランドにおいては血統を要求しつつも、実際の運用においては主観的要素（自己意識）を重視し、自己申告を原則としているのである。

最後に、先住民族の問題を考える場合には、民族の実態を検討することも重要であり、わが国の場合、右の諸国における民族の実態とどこまでパラレルに考えることができるか難しい問題がなくもない。したがって、今後は、理念の追求にのみ走ることなく、比較法的検討から得られた成果をわが国の現実のなかでどのように生かしていくべきかが検討されなければならないであろう。

○平成五年一二月一〇日（金）午後一時三〇分より

「一般条項をめぐる民法理論と社会理論」

報告者　佐藤岩夫氏

（大阪市立大学法学部助教授）

出席者　二五名

かのH・L・Aハートとヘルメノイティカーがそれぞれ別様の仕方で指摘したように、法の「不確定性」は、法的規範にとって構造的な、避けることのできない問題である。このような法の不確定性という条件のもとでの決定が決定者の全面的な主観性の承認という非合理な決断主義に陥ることを避けようとするならば、なんらかの形でその客観化・合理化を実現するしくみが必要となるが、この問題を考えるうえで重要な試金石となっているのが、一般条項の問題である。

もっともひとくちに一般条項といってもその現象形態は多様であり、たとえば民法の領域に限定しても、固有の政策的意味内容をもち、アレクシーのいう確言的命令たる性格を失わない「正当事由」のようなものと、実質的には欠缺補充の機能を営み、そして最適化命令としての性格をもつ信義則とは、理論的に区別しておかなければならない。本報告が主として対象とするのは、後者である。

さて、本報告では、従来の法実証主義的モデル、リアリスト・モデル、ヘルメノイティク・モデルなどを瞥見したうえで、現代ドイツの主要な二つの社会理論、すなわちルーマンに代表される社会システム理論とハーバーマスの討議理論に注目しつつ、その民法理論にとっての示唆をさぐったが、まず一般条項の機能の記述的な分析というレベルでは、システム理論がきわめてクリアな分析枠組を提示していることは間違いない。とりわけ一般条項を、さまざまな部分システムの構成原理ないしそれに由来する諸要求を調整する「システム間抵触法」と位置づける構想は、多元的で流動的な現代社会の要求に対して法システムの柔軟な対応を可能ならしめるという一般条項の機能を鮮やかに描き出している。

しかし問題は、そこでの決定の合理性はいかにして担保されるのかという規範的なレベルにある。この問題に関する限り、社会システム論は必ずしも説得的なモデルを提示し得ておらず、むしろシステム理論が決定理論につながらないという方法的限界を示している。

他方討議理論は、まさにこの決定の合理性という規範レベルの問題について重要な示唆を与えているように思われる。討議

理論の重要な貢献は、規範的決定の問題を決定者の monologisch なモデルから解放し dialogisch ないし diskursiv なモデルへと再構成した点、法的討議は実定法の閉鎖的世界の中で自足的に展開されることはできず、他の出自に由来する様々な論拠に開かれていなければならないことを確認した点、そして法的決定の「正しさ」は、最終的には、公平な判断形成を可能にする論証のコミュニケーション条件の充足の程度によって測られるとした点などにある。このような討議理論の基本的モチーフは、規範構造の区別（アレクシー）や規範の「基礎づけ」と「適用」の区別（ギュンター）などを通じて理論的に一層洗練されたものとなってきており、近時の日本の民法学における議論を批判的に検証するうえでの重要な手がかりとなっているといえる。

なお、研究会の討論では多数の参加者から有益なご質問やご示唆をいただいた。この場を借りてそれらの方々に厚くお礼を申し上げるとともに、研究会の席上で十分に応接できなかった個々の論点については、別に機会を設けて論じることにしたい。

○平成五年一二月一七日（金）午後三時より

「現代権力論の展望」

報告者　川嶋　修　氏
（北海道大学法学部助教授）

出席者　四一名

本報告は、現代の社会諸科学における一つの焦点である「権力」をめぐる様々なディスコースに一つの視角からの整理と統合を行うことを目指したものである。近々、何らかの形で文章化する予定であるため、ここでは、当日の報告の目次に若干の補足を加えたものをあげておくにとどめたい。

（0）政治権力をめぐる議論で忘れられたもの

（1）予備作業……Michael Mann の IEMP モデル

（2）現代社会論における権力概念の展開と「規定的」権力リソースの変化について

（3）二つのコミュニケーション概念

① ルーマンのコミュニケーション・メディア論

② 「市民社会」モデル、あるいは権力のコミュニケーション的生成論

（4）「歪められたコミュニケーション」の問題
　①　フーコーと「生活世界」の権力性
　②　コミュニケーションの制度化・定型化としての権力
（5）コントロールの放棄と権力、あるいは偶然性と権力のパラドクス
（6）残された課題
　①　政治と「全体性」
　②　主体と構造、あるいはラングとパロール
　③　偶然性の処理者としての権力

※　所属・地位は、報告当時にて記載