



# HOKKAIDO UNIVERSITY

|                  |                                                                                   |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| Title            | 世界の趨勢から見た、先住民族の権利保護及び謝罪の理由・意義：民法の観点から（人類学との学際交流を踏まえつつ）                            |
| Author(s)        | 吉田, 邦彦                                                                            |
| Citation         | 北大法学論集, 72(1), 1-48                                                               |
| Issue Date       | 2021-05-31                                                                        |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/81557">https://hdl.handle.net/2115/81557</a> |
| Type             | departmental bulletin paper                                                       |
| File Information | lawreview_72_1_01_Yoshida.pdf                                                     |



# 世界の趨勢から見た、先住民族の 権利保護及び謝罪の理由・意義

—— 民法の観点から(人類学との学際交流を踏まえつつ)\* ——

吉 田 邦 彦

## 目 次

1. はじめに
2. 問題の所在
3. アイヌ法学史の基盤となる土地問題
4. 現代的諸問題
5. 大学の役割——将来の方向性

## 1. はじめに

### (1) 尾本博士との出会い

本稿が機縁とする先住民族問題研究会を作られた、人類学の転機を築き総合人類学を目指される尾本恵市博士(名誉教授)(東京大学・国際日本文化人類センター)と直接の面識を得たのは、それほど前のことではない。2018年6月初旬に同博士が、地方大学の一介の民法教員を訪ねに来られたのが最初である(博士も、谷口正次氏らとのシンポ<sup>1</sup>の直後で忙

---

\*本稿は、2020年6月26日の「北大遺骨返還謝罪要求教員有志勉強会(オンライン勉強会)」での報告、及び同年7月11日の「先住民族問題研究会(オンライン研究会)」での報告を基とするものである。関係各位、とくに前者では瀬名波栄潤教授(北大文学研究科)、後者では尾本恵市名誉教授(東京大学)に対して、

しい時期。私も留学前の「超多忙出張の谷間」の札幌滞在時)。その後、同年6月23日の先住民族問題研究会に参加し(報告者は、宇梶静江フチ、コメントは吉田)、さらに、同年7月23-25日に、(お薦めを受けた)マレーシア・ペナンでの第12回国際狩猟採集民族学会に参加させていただいた。

言うまでもなく、尾本博士は博士論文で、それまで人類学で一般的だった古典的形態人類学等形態のみに基づく直感的なヒトの起源・類縁論に反旗を翻し、集団遺伝学ないし分子人類学に着目し、アイヌ民族の「先住民族(狩猟採集民族)」であることの遺伝的に解明されて、5-6万年前から始まる人類の《アフリカ脱出》との関係で、日本の原住民族のアイヌ民族、琉球民族を人類史で位置づけられた<sup>2</sup>。尾本博士による科学的証明が、「先住民族性」を裏付けることとなったわけである(この点で、例えば、樺太アイヌの盗掘を行った清野謙次氏の主観的人类学では、「日本人原人」説を採り、アイヌ民族にも侮蔑的であった<sup>3</sup>のとは対照的であり、人類学研究の進展が先住民族保護との関係で無視できない所以である)。しかも被験者に対する献呈とお詫びをしているところに同博士のヒューマニティが出ている。そして目下の博士の関心は、「先住民族の人権論」である<sup>4</sup>。

その後同博士とは、2019年2月に、東大理学部などでのフィリピン・

---

記してお礼申し上げる。とくに後者は、先住民族問題についての、《人類学者とそれ以外の分野の研究者との学際的・学問的な対話》はこれまであまりなされていない、希有な試みであり、それゆえに、副題にも記した次第である。その意味でも先住民族の人権保護に積極的な尾本博士の存在は貴重である。

<sup>1</sup> その記録は、尾本恵市ほか・(講演録)自己規制する文明は可能か？(ものづくりの心塾ほか、2018)となっている。

<sup>2</sup> 尾本恵市・ヒトと文明——狩猟採集民から現代を見る(ちくま新書)(筑摩書房、2016)81頁以下。さらにその基は、同・ヒトの発見——分子で探るわれわれのルーツ(読売新聞社、1987)174頁以下、同・分子人類学と日本人の起源(裳華房、1996)128頁以下なども参照。

<sup>3</sup> これについては、例えば、松島泰勝・琉球奪われた骨——遺骨に刻まれた植民地主義(岩波書店、2018)5頁以下参照。

<sup>4</sup> 尾本・前掲書(注2)(2016)195頁以下。

ママノワ族のリーダーを迎えての国際会議を行っているが、その翌年（2020年1月）に、思いもかけぬ奥様尚子様のご逝去があり、意気消沈の先生に元気になってもらいたいとの一心で、「先住民民族問題研究会」復活のための繋ぎで、この研究会企画を迎えた次第である。私は前座だが、先生からは、国連 EMRIP 会議（2019年3月にコロラド大学、2020年3月にブリティッシュコロンビア大学で開催）のことを知りたいとの要請を受けている。



（2018年6月5日。尾本博士との邂逅の日に。北大エンレイソウにて）



（開拓使仮学校（北大の前身）の跡（東京都芝増上寺の一角））（2015年9月）  
（左は、大西広教授（慶應義塾大学・日中友好協会副理事長））

## (2) 北大キャンパスにおける一つの事例から<sup>5</sup>

本稿は、北大教員間の勉強会報告にも由来するので、皮切りに、北大キャンパスにかつてあったアイヌ墓地からの盗掘遺骨について、近時国際遺骨返還がなされたエピソードから始めたい。すなわち、2017年7月末には、138年ぶりのドイツ人類学民俗学先史学協会が保存していた盗掘アイヌ遺骨の返還（ベルリン日本大使館にて）がなされたのである。それは、1879年6月にドイツ人旅行者シュレジンガー氏による盗掘にかかるもので、当時、現北大キャンパスにあった琴似アイヌコタン墓地から盗まれたものであった（因みに、同大学キャンパスの中央ローンを流れる小川がサクシュコトニ川であることは周知のことだろうが、キャンパスに元来先住したアイヌ集落の家族名から来ていることを知るものはごく僅かだろうし、その旨の標識は皆無である）。

誰の遺骨かも問題になるが、有名な琴似又市さん（1842～？）（明治の初めのアイヌ教育の「開拓使仮学校」（そこに作られた「北海道土人教

---

<sup>5</sup> これについては、吉田邦彦「なぜアイヌ遺骨が、アイヌ民族に戻らないのか——ドイツ返還遺骨を契機に」人権と部落問題908号（2018）14頁以下。またこれとはほぼ同時期に独立して出された、谷本晃久「近代初頭における札幌本府膝下のアイヌ集落をめぐる——『琴似又市所有地』の地理的布置再考」北方人文研究11号95頁以下（当時の琴似家の位置を「北大農学部本館の西裏」だとする（101頁））（2018）（かつては、「現在の清華亭公園」あたりとしていた（同「琴似又市と幕末・維新期のアイヌ社会」平成14年度普及啓発セミナー報告集（アイヌ文化振興・研究推進機構、2003）107頁。それは大隈重信一行訪問団への展示用の「復元家屋」だった（2018）104－105頁参照）、小田博志「骨から人へ——あるアイヌ遺骨の repatriation と再人間化」北方人文研究11号（2018）73頁以下（盗掘されたのは、シトレンテであろうと推測する（87頁））。さらに、北大 ACM プロジェクト編・北海道大学もう一つのキャンパスマップ（寿郎社、2019）14頁以下（小田博志論文「あるアイヌ遺骨のふるさと」）、22頁以下（谷本晃久論文「コトニ・コタンと琴似又市氏」）、小田博志「ドイツから『移管』されたあるアイヌ遺骨と脱植民地化」松島泰勝＝木村朗編著・大学による盗骨——研究利用され続ける琉球人・アイヌ遺骨（耕文社、2019）1137頁以下（パシオス現会長のスピーチを批判する（148－149頁））参照。

育所」(1872～1874)。その後仮学校に吸収)の長)<sup>6</sup>のものではなさそうである(加藤好男氏の実証研究による<sup>7</sup>)。そうでないとしても、志登礼武天(シトレンテ)(1875没)(ないしその妻エヒタノ(1866没))の可能性が高く、同氏は、又市氏の姉の子どもと養子的関係だとされる。だとすると、又市さんの曾孫の八橋幸子さんは、やはり遺族的存在となる。ところが、「彼女の頭越し」に遺骨返還がなされ、同遺骨は、納骨堂に納められ、今は象徴空間(ウポポイ)にある(しかし、幸子さんの要望としては、せめて一部分でも、琴似家の空の墓地に戻してほしいと言われるのである)。

問題点としては、遺骨は、琴似アイヌコタンの共同所有であるとする、同コタンの関係者の八橋さんの意向は尊重されるべきである(この点で、北大は、又市さんの遺族であることは立証されないからという個人主義的な対応をしているようだが、果たしてこれで良いのかどうか。また、近時の研究に即してシトレンテさんの遺骨だとしても、そして個人主義的な捉え方をしても、八橋さんはやはり遺族的存在である。その意味で、彼女の意向を無視して、彼女に遺骨返還を知らせずに、白老にその遺骨を集結させるという政府のやり方には、理解できないものがある)。因みに、国連の先住民族権利宣言(2007)12条(先住民族の遺骨返

<sup>6</sup> 自らは、開拓使仮学校でリーダー的役割。「札幌市民第1号」とも言われる(山田秀三氏)。その長子・榮太郎氏(1858～1929)は、琴似から篠路に移り、1882年頃茨戸で土地割渡しの許可を得て、さらに近文に移住し、その長子・勇氏(1903～1947)は、旧土人保護法の適用が遅れて旭川でようやく給与地を得たが、急性肺炎で死亡。その4女が、八橋幸子さん(1943年生まれ)である。

なお、当時「北海道土人教育所」には、35名のアイヌ民族が連れてこられたこと(募集には、開拓判官〔その後北海道庁長官〕岩村通俊氏が当たったこと)、その背後には、黒田清隆開拓長官(当時開拓次官)の「北海道土人ノ陋習・醜風」を脱し「仮学校入寮読書習字等修業」をさせるという目的があり(1872年7月の正院への説明)、その際には、H・ケプロンの先住民族政策からの示唆もあることなどにつき、狩野雄一＝広瀬健一郎「開拓史による東京でのアイヌ教育」東京アイヌ史研究会編・《東京・イチャルパ》への道——明治初期における開拓史のアイヌ教育をめぐる(現代企画室、2008)49～57頁参照。

<sup>7</sup> 加藤好男・19世紀後半のサッポロ・イシカリのアイヌ民族(サッポロ堂書店、2017)46～50頁参照。



(八橋幸子さんとともに) (近文のアイヌ墓地にて) (2017年9月)  
(私が、ドイツからの琴似家の国際的遺骨返還のことをお話ししたら、初耳  
だということであった)

還への権利、国家の返還義務) ないしそれに先立つ、アメリカ合衆国・先住民族遺骨帰還法 (NAGPRA) (Native American Graves Protection and Repatriation Act) (1990) では、共同体的遺骨返還を認める<sup>8</sup>。

なお、同協会の元会長シーア教授 (ベルリン自由大学) の見解を参考までに述べれば、同教授は、「謝罪すべきであった。」とされるのである。さらに自身は、同年3月には、オーストラリアのアボリジニーからの盗掘遺骨の国際返還を行ったが、返還式は日本のそれとはかなり異なったとのことである (先住民族的な遺骨返還行事として)。

北大は、琴似コタンのアイヌを駆逐して、同大学ができていることを記そうとしない。しかもアイヌ遺骨盗掘について、謝罪しようとしていない。これに対して、今アメリカ合衆国の著名大学で、奴隷制との関わりで (広い意味での) 補償がなされているのと、対照的である (少なくとも、過去の奴隷制との関わりの不正義の事実を明らかにし、関係者の名前を削除したり、紋章を変えたり、さらには、関係者 (子弟) に「優遇措置」

---

<sup>8</sup> オーストラリアでも同様である (2006年先住民の墓地保護・遺骨返還に関する法律) ことは、テッサ・モリス＝スズキ「演出された民族共生」北大開示文書研究会編・アイヌの権利とは何か——新法・象徴空間・東京五輪と先住民族 (かもがわ出版、2020) 55頁注40参照。

(affirmative action) を行うなど)<sup>9</sup>。「教育機関」として、どうしてこれを機に新たな動きを起こさないのか。何故、過去の不正義に未だ目をつぶろうとするのか、ここでは批判的に考えてみたい。

### (3) 名宛て人及び論考の趣旨

本稿は、「北大教員相互の勉強会」での報告に由来するために、第一次的には、北大コミュニティメンバー等の研究者である（とくに、北大の謝罪要求教員有志、さらには、教員一般・学生全体である）。しかし、議論は、オープンにすべきである（当事者のアイヌ民族の方にも）。またその趣旨は、——教員有志が、部局を超えて多分野に及ぶので——アイヌ民族問題（とくに法的・政治的問題）についての議論の基盤を明らかにするとところに眼目がある。問題の所在を示し、解決の道筋を示すわけである。

ところで、北大のアイヌ問題に関する謝罪の是非などという、アイヌ民族法政策問題は、本来ならば、法学・政治学の教員がリードすべきである。しかし実際にそうになってない（有志教員における法学部比率の少なさに注意されたい（謝罪署名したのは、60名以上いる法学部教員の内、5名未満である。むしろ文学部（文学研究科）にイニシアティブがある）ところにねじれがある（その理由はどこにあるかを考えるのも興味深い）、法学部教員は中央・地方政府の委員会メンバーとしての繋がりも一因であろう。つまり、行政とのコミットメントがあると、学問的自律性の喪失をもたらしかねず、「世界標準」とかけ離れた政府のアイヌ政策を自由に批判できなくなり、むしろその「正当化」の役回りを演ずるということにもなりかねない<sup>10</sup>）。

関連して、アイヌ政策の審議会委員は、なぜ憲法学なのだろうか。この点も、かねてよくわからないところである。私は、民法・憲法融合的

<sup>9</sup> この点は、さしあたり、吉田・前掲（注5）20-22頁参照。

<sup>10</sup> 一般的に、この構造的問題を鋭くえぐり出し、研究者の倫理をただすものとして、西山卯三＝早川和男・学問に情けあり——学者の社会的責任を問う（大月書店、1996）〔早川和男・権力に迎合する学者たち—「反骨的学問」のススメ（三五館、2007）に所収〕を挙げておきたい。

に考えるが、基本的には、アイヌ民族問題は、民法問題と考える（次述2（1）参照）。（故中村睦男博士の学問的特質は、アイヌ憲法学というよりも、日仏憲法比較、とくに社会権（教育権など）の形成のところに、その功績があろう<sup>11</sup>。）憲法学者は、どのような寄与をしたのか。日本国憲法には、一定の時代的制約があり、そこから演繹的にアイヌ政策を導くことにも問題がある（例えば、個人権しか基本的人権とは認められないとの考え方が、近代憲法学者から出される〔既に1997年のアイヌ文化振興法の基となった有識者懇談会報告書にそれは出る〕が、団体的権利を認める民法学からは、理解しがたいものがある）。

なお、言うまでもないが、研究者の行う研究であるので、アカデミズムの必要性ということも申し上げておきたい（とくにこの場合は、北大教員が進める勉強会なので、多言を要しまい）。もちろん、私は、実践（運動）との連続性、その重要性にも（通常の法学者以上に）留意・強調するが、「教員のアイデンティティ」として、学問的な要素は不可欠であり、それがないと、折角の政策的提言をしても、その学問的基盤がなければ相手にされないだろう。この点で、「アイヌ政策検討市民会議」（2016.4～）には、最初の2年間は、「研究会主義」に拘りそれなりに努力したが<sup>12</sup>、（運動家・活動家団体とあまり変わらないかに見える）現状には、違和感を持つ（2019年アイヌ新法の批判的考察においても、基盤には学問がなければならない）。

#### （4）法学の特質

他分野の教員が寄り合う場であるので、「法学の学問的特徴」について述べておこう。これはアイヌ民族研究をする際には、関連文献や議論は分化されていないので（そして多くは、他分野の専門家による議論が

---

<sup>11</sup> マスコミでは、前者ばかりが取り上げられるが（例えば、朝日新聞2020年5月11日（北海道版）21面（芳垣文子執筆））、北大時報794号（2020）19頁の方が、学問的には正確であろう。

<sup>12</sup> その中間的成果のパンフレットのものが、アイヌ政策検討市民会議・世界標準の先住民族政策を実現しよう！（アイヌ政策検討市民会議中間リポート）（さっぽろ自由学校「遊」、2018）である。

多い〔先般まで長期出張していたコロラド大学ロースクールなど近時のアメリカ法学の状況はむしろ例外的である〕)、いつも私は意識することである。

すなわちその第一は、「規範的問題を扱う」ということであり、その意味では、倫理学や哲学と共通する。他方で歴史学は、「事実の探求」を扱うという点で、一応の相違はあるわけだが、歴史学でも「視覚」が決め手で、事実への「意味づけ」の仕方が重要だということになると、法学との差異もそう簡単ではない。因みに、この分野における歴史学者の意味は大きく、アイヌ史、先住民族史は法学的分析においても、その基礎として決定的に重要である（例えば、井上勝生教授の存在の大きさ（特に、共有財産訴訟との関係で尽力された）は、目立っている<sup>13</sup>）。第二に、「法律学」は、発生史的にも「法廷弁論」、つまり立場の対立を前提とする学問であり、「議論」の学問である（この点を法学・民法学の基礎理論として重視されたのは、平井宜雄博士である<sup>14</sup>）。しかしだからといって、自身の立場はどうでもよいのではなく、それを示しながらも、自由な相互批判的な「議論」は不可欠なのである。「議論」の積み重ねの必要性は、学問の基礎、マナーであるが、北大のアイヌ民族に関する議論には従来それが十分に確保されていない嫌いがあった。第三に、比較的近代・現代の問題を扱う（もっとも法学には、2000年の歴史があり、「法

<sup>13</sup> 1945年、岐阜県生まれ。1967年京都大学文学部史学科卒。1972年3月から北大文学部助教授、1991年7月から同教授、2000年4月から文学研究科教授（2008年退職）。1992年文学博士（京都大学）。代表作に、『幕末維新政治史の研究—日本近代国家の生成について』（塙書房、1994）、『開国と幕末変革』（日本の歴史18、2002）（講談社のち講談社学術文庫）、『幕末・維新 シリーズ日本近現代史』（岩波書店、2006）、『明治日本の植民地支配 北海道から朝鮮へ』（岩波現代全書、2013）。アイヌ民族のためにも、もっとも献身的に尽力された文学研究科の教員だが、北大のアイヌに関する意思決定からは排除されていた。アイヌ民族の共有財産問題との関係では、井上勝生「〔資料紹介〕『北海道土人陳述書』——アイヌ陳述に関する北海道庁弁明書（1895年）」道立アイヌ民族文化研究センター研究紀要5号（1999）170頁以下の「解題」参照。また、同「内村鑑三と石狩川サケ漁、アイヌ民族」北大大学文書館年報12号（2017）1頁以下も参照。

<sup>14</sup> さしあたり、平井宜雄・法律学基礎論の研究（平井宜雄著作集Ⅰ）（有斐閣、2010）（初出、1989）63頁以下、155頁以下参照。

学史」は重要なのであるが)。

### (5) 研究者のタイプ・学問のあり方

最後に、「民法学におけるジェネラリストとスペシャリスト」という類型論ないし学問のパターンについても、尾本博士は関心を示されるので、この点を敷衍しておく。例えば具体的には、前者は、法解釈方法論やアメリカで支配的な《民法理論研究》<sup>15</sup>であり、これに対して、後者は伝統的な各論的な法解釈論である。かつての東大民法は、前者の伝統が強かったが(法解釈方法論も憲法学よりも民法学が牽引していた)、今や後者が席捲するようになっている(北大でもかつては、前者が有力であって(その証拠に、北大法創基50周年企画でもあった、1990年代半ばの私法学会での解釈方法論シンポは、北大民法陣が中心となり、企画した<sup>16</sup>。しかし北大でも今や同様の傾向がひどく、後者ばかりに偏っている(このことは人事にも影響して増殖される)。時代の要請は「学問の総合、学際化」の方向にあるのに、専門分化した枠内での傾向は逆向きであり、前者を志向したい私などは、「風前の灯」的存在である<sup>17</sup>。しかし我々の恩師がそうであったように、そして恩師から示唆されたように、どちらもできなければいけないと考える。

尾本博士はまさにこの点に反応してくださって、「総合学の必要性」

---

<sup>15</sup> もとよりアメリカ法学で民法学に対応する部分は、大陸式のパンデクテン・システムとは無縁の機能的な「契約法」「不法行為法」「所有法」「家族法」「遺言・信託法」「相続法(承継法)」などで、ここでの「民法理論」とは、それに横断的な理論的研究を指しており、「法と経済学」「法と社会研究」「批判法学」「フェミニズム法理論」「批判人種理論」「LGBT 法理論」などを指している。吉田の論文集の副題として付しており、1巻から7巻まで来て(2000年～2019年刊行)、8巻を近刊の予定である。

<sup>16</sup> 瀬川信久ほか「転換期の民法学——方法と課題」私法60号(1998)4頁以下。同編・私法学の再構築(北大法学部ライブラリー)(北大図書刊行会、1998)も参照。ここでの私の報告の論文は、吉田邦彦・民法解釈と揺れ動く所有論(民法理論研究1巻)(有斐閣、2000)第1章、第2章である。

<sup>17</sup> 詳しくは、吉田邦彦・民法学と公共政策講義録(信山社、2018)iv頁以下参照。

を説かれるのであり、文系的である<sup>18</sup>。フィールドワークを重視されるという意味でも、早川博士と類似する<sup>19</sup>。これは、丸山真男博士の「蛸壺型」と「ささら型」という類型<sup>20</sup>とも対応するものであり、同博士の徂徠研究<sup>21</sup>も、近代政治学の思考様式と結びつけるところが、ジェネラリスト的で、画期的だったわけである。

## 2. 問題の所在

### (1) アイヌ史(先住民族史)における核心的問題としての民法<sup>22</sup>

民法は、機能的にみると、アメリカのロースクールでの基礎科目群

<sup>18</sup> 例えば、尾本恵市「人類学の新たな総合化をめざして——DNA から人権まで」総合人間学会編・科学技術時代に総合知を考える——文系学問不要論に抗して(ハーベスト社、2019) 85頁以下、とくに91頁以下参照。

<sup>19</sup> この点は、吉田邦彦「早川居住福祉学との出会い及びその魅力とディレンマ——民法学との関連で」居住福祉研究5号(2007)(同・東アジア民法学と災害・居住・民族補償(後編)——災害・環境・居住福祉破壊現場発信集(民法理論研究7巻)(信山社、2019) 補論(577頁以下)に所収)。

<sup>20</sup> 丸山真男・日本の思想(岩波新書)(岩波書店、1961) 64頁。

<sup>21</sup> 丸山真男・日本政治思想史研究(東大出版会、1952)(改訂版1983)。

<sup>22</sup> こうした視角が私の一貫した問題意識であることは、例えば、吉田邦彦・アイヌ民族の補償問題——民法学の見地から(自由学校遊ブックレット)(さっぽろ自由学校「遊」、2012) 6頁以下参照(同・東アジア民法学と災害・居住・民族補償(前編)(民法理論研究5巻)(信山社、2015) 第6章に加筆して所収)。今の民法学は、債権法改正を契機として、法典志向的な内向きの日本版注釈学派流の従来の規範の整理(判例・学説の整理、その実定化)の側面が強いので、アイヌ問題が民法問題と聞くと、奇異に思う民法研究者もおられるかも知れない。しかし本文で述べるように、アメリカ法学的に機能的に考えてみると、良く了解してもらえると思う。アイヌの先住権問題(つまり明治維新になり消された先住民族としての本来の所有権の問題)、さらに、アイヌ民族の基本的な土地法である「北海道旧土人保護法」(ないし旭川の近文アイヌとの関係での特別法)、そこから生まれた共有財産問題は、全て所有法の問題であり、実質的意義の民法の核心問題である(それなのに、未だ民法学の大方向の関心を集めていないことが、「世界標準」からすれば、大いに問題である)。近時のトピックの遺骨返還(遺骨の所有権)問題も所有問題であり、そうした所有権を核心と

が示す如く、「契約法」「不法行為法」「所有法」「家族法」「遺言・信託その他の承継法（相続法）」などの各法制度に対応するが、アイヌ史ないし先住民族史は、民法の根幹的な法制度にかかわっていることがわかる。すなわち、第1に、所有権の問題として、先住民族の征服はその根幹にかかわる。アメリカでは、所有法の講義の中に先住民族問題が扱われることが多くなっているが、日本では私のもの以外はほとんど言及がない<sup>23</sup>。しかし時間の問題であろう。

また第2に、不法行為法としては、アイヌ民族に対してこれまでなされたことは、「基本的人権の蹂躪に関する不法行為」に他ならない。これは、先住民族集団に対してマスとしてなされた不法行為で、最も深刻な部類であるが、何故かこれも従来閑却されてきた（不法行為法は、民法でも最も議論が多い領域であり、交通事故、医療過誤、公害、薬害、製造物責任など多々講義でも論ずるが、「基本的人権蹂躪」がマスとし

---

して、強制移住などの居住権侵害などの先住民族の権利侵害があれば、不法行為問題（それがマスとしてなされた補償問題）もやはり民法の根幹制度である。

更に、アイヌ民族ないし世界中の先住民族の権利問題は、いわゆる近代的な個人主義的な所有権その他各種権利が登場する前からの狩猟権、漁撈権などの権利帰属のありようが問われており、その糸口は、今では歴史的遺物と見なされかねない「入会権」（民法263条、294条）（しかしながら学際的には注目されている）及びそれに関する通説的な総有理論（これについては、その現代的意義も含めて、吉田邦彦・所有法（物権法）・担保物権法講義録（信山社、2010）162頁以下では、教科書類としては、例外的に詳細に叙述した）を発条として、先住民族の所有権の再構成、とくに民法学では理論的には定着している集团的権利の視角から、先住民族の諸権利を正確に位置づけ、更に、集团的権利は、個人的権利に比べていかなる新たな意味を有するか（例えば、漁業権・水利権に関するアメリカ先住民族法学での展開などは注目に値する）などは、「問題の宝庫」とも言えるのである（だから憲法学者が、そういう議論にコミットもせず、一刀両断に集团的権利を切り捨てようとするのも、全く理解に苦しむ日本の状況である）。

<sup>23</sup> E.g., JOSEPH SINGER ET AL., PROPERTY LAW: RULES, POLICIES, AND PRACTICES (6<sup>th</sup> ed.) (Wolters, 2014). もちろん、これで終わりではなくて、その延長線上で「連邦インディアン法」を勉強することになる。（これに対して、日本民法学のこの分野の欠落ぶりは著しい。この点で、吉田邦彦・前掲書（注22）（2010）7－8頁、18－19頁、32頁、86頁、163頁参照。）

て問われる不法行為類型について議論が欠如していたのは不思議というほかはない)。しかしこの種の不法行為も、「補償」(reparations)問題といわれて議論されており、国際人権法の進展とともに(とくにこの20～30年ほど)定着しつつあるが、比較的新しい(我が国においては、アメリカと比較してもまだまだ貧弱である<sup>24)</sup>。

補償問題の研究は、アメリカ法学から生まれたが、その契機となった具体的素材は、日系アメリカ人の第2次大戦中の収容の問題であり、それと並んで、ハワイ原住民、原住アメリカ人、奴隷制論(黒人問題)について盛んに議論が続いており、その他、慰安婦問題などにも言及がなされている。日本に関係することも多々あり、例えば、強制連行・労働(近時は、「徴用工」と呼ばれるが、これは無意識的に制限的(歴史修正主義的)意味合いがある)、慰安婦、南京虐殺、重慶爆撃、731部隊による細菌戦など枚挙にいとまがない。また、韓国・済州島での4.3事件の問題もようやく21世紀になってから動き出したが、これも日本社会における在日の済州島出身者の多さに鑑みると、韓国の国内問題として済ませるわけにはいかないだろう<sup>25)</sup>。

これらとの対比で言うと、アイヌ民族の問題は、継続的・蓄積的不正義があるという意味で、奴隷制(人種問題)、そしてアメリカの先住民民族問題に類似する<sup>26)</sup>(アメリカ法学では、この領域の〔つまり「連邦イン

<sup>24)</sup> 吉田邦彦・不法行為等講義録(信山社、2008)126頁以下で「現代的不法行為の一場合」として論じている。最近ようやくこれに応接するものが出てきたが(大村敦志・新基本民法・不法行為編(第2版)(有斐閣、2020)11頁注2)、未だごく簡単な叙述にとどまる。

<sup>25)</sup> これらについての私の研究は、吉田邦彦・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題(民法理論研究3巻)(有斐閣、2006)第7章、第8章、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4巻)(有斐閣、2011)第5章～第8章、同・東アジア民法学と災害・居住・民族補償(前編)(中編)(民法理論研究5巻、6巻)(信山社、2015)(信山社、2017)((前編)は前掲書注22)参照。

<sup>26)</sup> 吉田邦彦・前掲書(注22)(2012)52頁(同・前掲書(注22)(民法理論研究5巻)(2015)第6章に所収)。J・トービー教授(ニューヨーク市立大学)(社会学・政治学)は、「象徴的補償」(commemorative/symbolic reparations)と「経済的補償」(economic reparations)とに二分して分析されるが(John Torpey ed.,



(2020年3月のEMRIP会議での時(UBC〔カナダ・ブリティッシュコロンビア大学〕にて)。右が、カーペンター教授。左は、UCLAのA・ライリー教授)

ディアン法」「先住民族法」の科目を講義し、研究論文を発表する〕法学研究者は、2000年代に入り、とくに2010年代にクローズアップされてくる。その専門の先住民族の論客（法学者）が出てくるようになったのであり、例えば、K・カーペンター教授（コロラド大学）（現在 EMRIP のリーダー）<sup>27</sup>がそうである）。なお、補償論において、世界的には、ナチのホ

---

POLITICS AND THE PAST: ON REPAIRING HISTORIC INJUSTICES (Rowman & Littlefield Pub., 2003) 10-)、アイヌ民族の補償問題は後者の良い例だということである（同書215-216頁参照）。

<sup>27</sup> 同教授は、1972年生れの先住民族法の中堅のエキスパートであり、1994年ダートマス大学卒業、1998年ハーバード・ロースクール卒。2002～2004年サフォーク大学、2004～2009年デンバー大学、2009年～コロラド大学（2014年から教授。現在は、カウンスル・ツリー教授、同大学アメリカ・インディアン・プログラム所長。国連EMRIPのリーダー）。研究は、先住民族の所有権、とくに共同体的所有権などについてあり（e.g., Kristen Carpenter, *A Property Rights Approach to Sacred Sites: Asserting a Place for Indians as Non-Owners*, 52 UCLA LAW REV. 1061 (2005); do., *Real Property and Peoplehood*, 27 STANF. ENV. L. J. 313 (2008); do., *In Defense of Property*, 118 YALE L. J. 1022 (2009) (with S. Katyal & A. Riley)), チェロキーの出身である。私も、コロラド大学ロースクール長期滞在の前後を通じて親交のある学友である。

なお、EMRIP〔先住民族の権利に関する専門家集団〕とは、2007年の「国連の先住民族の権利宣言」の実現のために設けられた「特別報告者」(special

ロコーストの問題、また南アフリカのアパルトヘイトの問題が転機となった。

## (2) 先住民族問題の新しさ

先住民族は、その人権保護という点で、ずっと周縁化されていた。すなわち、17世紀半ばにウェストファリア体制が採られて以来は益々、ずっと国民国家中心的発想で、20世紀まで来ている（アナヤ論文）<sup>28</sup>。各国の憲法はその前提でできているのであり、それゆえに憲法は、個人権しか基本的人権は認めていないという議論には、先住民族保護との関係で、説得力が無いことがわかる（この点で、民法では団体的議論は周知のことであり、入会法理に関する総有理論〔最も団体性が強い所有権論である〕は、通説・判例として確立しているのである<sup>29</sup>）。

つまり、先住民族の権利論は、近代的法制の見直しの面があるわけで、これを同近代法制の枠組内の憲法レジームで、「基本的人権は個人権し

---

rapporteur)の下に設置されて、同報告者の任務を下支えする、全世界7名の先住民族出身者からなる専門家集団のことであり、同年に設けられた。

<sup>28</sup> S. JAMES ANAYA, *INDIGENOUS PEOPLES IN INTERNATIONAL LAW* (2<sup>nd</sup> ed.) (Oxford U.P., 2004) 15-23, 26-48 (ウェストファリア体制以前〔16世紀半ば〕の自然法学者ヴィトリアは、インディアンも合理的存在として、ローマ教皇がスペイン君主にインディアン支配を正当化することに反対した(しかしインディアン保護のための土地保有は認めるというものでその後の「信託理論」の前駆となった)が、同条約で近代国家体制となると、ホッブス、プーフENDORF、ボルフなどすべて、国際法は国家間の法として、先住民族は国家と市民の二分法から漏れ落ちた。18世紀半ばのバツテルの自然法においては、それは国家に適用するとした。19世紀後半から20世紀前半の実証主義的国際法では自然法的側面は払拭されて、先住民族を政治体として考慮することはなくなり、それは文明の外に置かれ、植民地化・帝国化の道具として国際法は使われた)。

J・アナヤ教授は、1958年生まれで、1983年ハーバード・ロースクール卒業。1988～2000年アイオワ大学ロースクール、2000年～2016年アリゾナ大学、この間2008年～2014年国連 UNDRIP の特別報告者である。2016年8月からは、コロラド大学ロースクール・ディーンである。先住民族法・国際人権法の第一人者で、スペイン語が堪能で、米州先住民族保護に尽力している。

<sup>29</sup> 簡単には、吉田・前掲書(注22)(2010)164頁以下参照。

かない」と憲法学者が言っても、それは先住民族の法政策の道標にはあまりならないであろう。むしろ、国際人権法の進展の方が参考になる。例えば、1948年世界人権宣言 (Universal Declaration of Human Rights) (さらに同年の米州人権宣言 (American Declaration of the Rights and Duties of Man))、1965年人種差別撤廃条約 (CERD [Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination]) (1969年 発 効)、1966年国際人権規約 (市民権規約 (ICCPR [International Covenant on Civil and Political Rights])、社会権規約 (ICESCR [International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights])) (1976年に発効)、1969年米州人権条約 (American Convention on Human Rights) (同年採択、1978年発効)、1989年ILO条約 (ILO Convention [International Labor Organization Convention])、そしてとくに、2007年国連先住民族の権利宣言 (UNDRIP [UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples]) (20年越しの作業の成果であって、1993年には既に、作業グループの最終草案が定まり、1994年に国連人権委員会への提出がなされた。なおこの前提として、2005年に補償原則ガイドラインがある) がそれであり、とくに UNDRIP においては、先住民族の集団的権利保護が前面に出されている。

ところで、UNDRIP との関連で、日本は、2007年宣言に署名するが、かなりの核心部分で、留保した。すなわち、第一に、同宣言の根幹ともいうべき、「(先住民族の) 自己決定権」(UNDRIP 3 条〔自己決定権〕、4 条〔自律権・自己政府権])、また第二に、「先住民族の集団的権利」(UNDRIP で定められる諸権利、自由、各種所有権などほとんどすべてが、個人権とともに民族的集団的権利という規定の仕方をする<sup>30)</sup> とい

---

<sup>30)</sup> UNDRIP で集団的権利として規定する各種権利などを (煩を厭わず) 列挙すると、以下の如くである (1 条〔人権・基本的自由〕、2 条〔自由・平等・差別からの自由〕、7 条 2 項〔自由・平和・安全に生きる権利〕、8 条 1 項〔強制的同化・文化破壊されない権利〕、9 条〔先住コミュニティ・先住国家に属する権利〕、10 条〔土地・領域から切り離されない権利〕、11 条〔文化的伝統・習慣を行使し、活性化する権利〕。「自由な事前のインフォームド・コンセント」なしに文化的・知的・宗教的・精神的的所有権を奪われた場合の救済)、12 条〔精神的・宗教的伝統、習慣、儀式を行う権利。遺骨・祭具 (副葬品) の返還の権利〕、13 条〔歴史・言

うかなり核心部分で日本政府は拒否したのである（さらに次述するように、第三番目に、「補償原則」も否定しているが、これは、署名時には、明示していないのに、宣言に反することをしていることになる）。なお、これについて、コロラド大学ロースクール滞在中のカーペンター教授の「先住民族と国際人権法」の授業で、アイヌ民族に関する客員教授の講義をした際（2019年秋）、上記の事情を説明したら、同教授などからは、「UNDRIP は、その内容に共鳴する場合に署名すべきもので、嫌ならば、拒否すればよい。日本はどうしてそのような複雑なことをするのか？」と、日本社会の「本音と建て前」の分断は理解しがたい風の議論を受け

---

語・口承伝統・哲学・文学を将来世代に承継する権利)、14条〔教育システム・制度を自らの言語で行う権利)、15条〔文化・伝統・歴史における尊厳・多様性の権利)、16条〔自らの言語によるメディアを確立する権利)、17条〔国際的・国内的労働法上の権利)、18条〔先住民族の権利にかかわる意思決定に参加する権利)、20条〔伝統的・経済的活動の維持・発展のための政治的・経済的・社会的システム・制度を維持・発展する権利)、21条〔経済的・社会的条件、特に、教育・雇用・職業訓練・住宅・衛生・医療福祉の改善を差別なく求める権利)、23条〔発展への権利、特に医療・住宅その他の経済的・社会的プログラムに積極的にかかわる権利)、24条〔伝統的な医療・施術及び関連する薬草など保存への権利)、25条〔伝来から所有・占有する土地・領域・水・海浜その他の資源との精神的関係を維持・強化する権利など)、26条〔伝来から所有・占有・使用・取得する土地・領域、その他の資源への権利)、28条〔伝来から所有・占有・使用する土地・領域・資源が、「自由な事前のインフォームド・コンセント」なしに奪取・占領され損害を受けた場合の救済(回復・返還、正当で公平な補償など)への権利)、29条〔土地・領域その他の資源の環境ないし生産的可能性の保存・保護への権利)、31条〔文化的遺産、伝統的知識・文化表現の維持・コントロール、保護・発展への権利)、32条〔その土地・領域その他の資源の使用・発展の優先順位、戦略に関する決定権)、33条〔習慣・伝統に鑑みた先住民族のアイデンティティ・構成員の決定権)、34条〔制度構造、特徴的な習慣・精神性・伝統・手続き・実践、司法的システム・習慣を、国際人権基準に対応させつつ推進・発展・維持する権利)、36条〔国境で分断される先住民族の接触・関係性・協調を維持・発展する権利)、37条〔条約などの認識・遵守・履行への権利)、39条〔財政的支援へのアクセスの権利)、40条〔紛争解決・権利侵害への救済について、正当・公正な手続きへの権利)〕。

たことを、参考までに記しておきたい<sup>31</sup>。

ところで、人類学者の方からは、もっと長いタイムスパンで捉えて、1万年前には、世界の人口は800万人ほどいて、そのすべてが狩猟採集民 (Hunters and Gatherers) (先住民族のプロトタイプ) であったが、今や地球人口は70億人に爆発する反面で、狩猟採集民族は、大括りで約40民族の70万人ほどになっていて、「絶滅の危機」に瀕するとも言えて、その人権保護は、急務だとされる (尾本博士)<sup>32</sup>。同博士は、M・ルターの言葉を引用されるが、法学領域で著名なのは、「正義はなされよ、たとえ世界が減ぶとも (fiat justitia et pereat mundus)」(カント『永久平和のために』(1795)の言葉として有名だが<sup>33</sup>、元々は、ローマ教皇フェルディナンド1世 (1503～1564) のモットー) である。

なお、人類学者は、先住民族のプロトタイプとしての「狩猟採集民族」に注目する点で、国際的な先住民族論とやや異なる。「先住民族」に関しては、かつては、その定義に腐心した時期もあったが (例えば、M・コーボのそれ)、その後、UNDRIP では、その定義は放棄され、「植民地主義的な抑圧関係、支配・被支配関係」くらいに漠然と考えられている。例えば、イスラエルにおけるベドウィン族、パレスチナ人の保護や、南アフリカにおける先住民族とかなると、なかなか難しいところがある<sup>34</sup>。

---

<sup>31</sup> もちろん、条約には、「留保」(RUD s [Reservations, Understandings, and Declarations]) というものは付き物であるが、本件の場合には、条約ではないので「嫌ならば断われればよい」という反応だったのである。

<sup>32</sup> 尾本・前掲書 (注2) (2016) 124頁、140頁、202頁、同・前掲 (注18) 9-14頁。さらに、山極寿一=尾本恵市・日本の人類学 (ちくま新書) (筑摩書房、2017) 123頁以下、155-158頁 (狩猟採集民は、絶滅危惧種で、「先住民族世界会議」でも先住民の代表は農耕民で、ここでも狩猟採集民はのけ者にされているとする)。

<sup>33</sup> I・カント (宇都宮芳明訳)・永遠平和のために (岩波文庫) (岩波書店、1985) 94頁。

<sup>34</sup> これについては、吉田邦彦「イスラエル・ベドウィン先住民族の強制立退き問題と近時の研究への所感」(瀬川=吉田克己古稀) 社会の変容と民法の課題 (下巻) (成文堂、2018) 529頁以下、とくに539-540頁参照。See also, Kunihiro Yoshida, *Some Critical Analysis of the Japanese "Legal Transplant" Concept: From the Legal Geography Perspective*, 17 (3) U.S.-CHINA LAW REV. 113 (2020).

### (3) 補償 (reparations) ないし関係修復 (関係和解) (reconciliation) のプロセス

本報告は、北大の謝罪要求の有志の集まりの勉強会であるので、補償法理論ないし関係修復理論において、「謝罪」がいかなる意味を持つのかについて、関心が高い方も多であろう。実はこの点について、諸外国（特にアメリカ合衆国）においては、謝罪の学際的研究など諸外国では盛んなのであり<sup>35</sup>、一言しておこう。

民法上は、金銭賠償主義（損害賠償主義）だが（民法722条1項）、補償法学上は、まず「謝罪」が重視される（民法723条は「謝罪広告」を定めるが、歴史的には、もっと広い救済方法としての「謝罪」があった）。そのプロセスは、以下の如くである<sup>36</sup>。

(Ⅰ) 過去の不正義事実の真相解明。… 真相究明委員会による報告書、歴史博物館、教育機関による歴史教育の重要性。

(Ⅱ) 加害者による、その事実の承認。

(Ⅲ) 加害者による、誠実な謝罪、及びそれを補う補償。

(Ⅳ) 被害者による赦し (forgiveness)。

\*番号が若いものほど、前提となることに注意を要する。

<sup>35</sup> E.g., MARK GIBNEY ET AL. EDS., THE AGE OF APOLOGY: FACING UP TO THE PAST (U. Pa. Press, 2008).

<sup>36</sup> このような理論枠組み構築において、参考にしたものとして、例えば、MARTHA MINOW, BETWEEN VENGEANCE AND FORGIVENESS: FACING HISTORY AFTER GENOCIDE AND MASS VIOLENCE (Beacon Press, 1998); do. ED., BREAKING THE CYCLE OF HATRED: MEMORY, LAW, AND REPAIR (Princeton U.P., 2002); ERIC YAMAMOTO, INTERRACIAL JUSTICE: CONFLICT AND RECONCILIATION IN POST-CIVIL AMERICA (NYU Press, 1999); ELIZABETH SPELMAN, REPAIR: THE IMPULSE TO RESTORE IN A FRAGILE WORLD (Beacon Press, 2002); ROY BROOKS, ATONEMENT AND FORGIVENESS: A NEW MODEL FOR BLACK REPARATIONS (U. Cal. Press, 2004) など参照。この点は、Kunihiko Yoshida, *Property Law Policy for the Indigenous Ainu People in Japan and the Unresolved Issue of Reparations of Reparations*, in: NAM-KOOK KIM ED., MULTICULTURAL CHALLENGES AND SUSTAINABLE DEMOCRACY IN EUROPE AND EAST ASIA (Palgrave Macmillan, 2014) 59, at 75-76 (吉田・前掲書 (注22) (民法理論研究 5 卷) (2015) Appendix II に所収) も参照。

そしてこの理論枠組みを使えば、日本の慰安婦問題の解決のまずさは、一目瞭然である。経緯を概説すると、(1) 2007年のアメリカの慰安婦問題非難決議(M・ホンダ議員の提案による)に先立つ、安倍首相の「強制性」否定の国会答弁がなされ(2007年3月。辻本議員に答えるもの。その前提として、慰安婦ハルモニの口頭証言の黙殺があり、ここには、書証原則という「法律の常識が、社会の非常識」という問題がある)、(2) その上で、2015年の慰安婦合意で、10億円提供しても、謝罪は空虚になってしまう。というのは、(1)は、上記理論枠組みの(I)のレベルのものであり、この理解は今でも続いている。そのうえで、(2)のような(Ⅲ)のレベルの行為がなされても、(I)のレベルでの行為が不十分であるから、(Ⅲ)は、いくら金銭10億円が支払われても、「誠実な謝罪ないしそれを補う補償」とは言えず、(Ⅳ)レベルでの被害者からの赦しが得られないことは、その後の動き(挺対協ないし正義連の動向)が示す通りであろう。

それでは、こうした補償ないし関係修復理論との関連で、現在進行中のアイヌ政策は、どのように位置づけられるであろうか。アイヌ法政策の経緯を振り返ると、2008年国会でアイヌ民族を先住民族とする決議があったが、2009年有識者懇談会報告書で、国連の「補償アプローチ」は否定された(そしてこれは、国連の立場の否定、民法の不法行為法の立場の否定であり、「世界標準」に隔たる立場である)<sup>37</sup>。そしてこれが、その後のアイヌ政策の出発点として、根本的な問題点を孕むことになる。これが「日本特殊の文化アプローチ」となっており(法的・政治的問題には踏み込まないし、踏み込めない。踏み込むと、歴史的不正義が出るから)、2019年の「アイヌ施策推進法」もこの前提の上に行っている<sup>38</sup>。

これを上記補償の理論枠組みとの関係ではいかなる立場かを述べるな

<sup>37</sup> 詳しくは、さしあたり、吉田・前掲書(注22)(民法理論研究5巻)(2015)第6章、とくに154頁以下参照。

<sup>38</sup> 2019年のアイヌ新法に関する批判的考察としては、T・モリス＝スズキ「世界の先住民族とアイヌ」同ほか編・前掲書(注8)58頁以下。さらに、吉田邦彦「『アイヌ新法』論議の問題点(上)(下)——アイヌ政策は世界の動向からいかに隔たっているか」現代の理論2019年春号(通巻44号)142～148頁、2019年夏号(通巻45号)(2019)150～155頁参照。



(ミノウ教授とともに) (2015年7月) (ハーバード・ロースクール・ディーン室にて) (同教授は、ハーバード・ロースクール・元ディーン (2009～2017)。1954年生まれ、イエール大学ロースクール卒、1981年よりハーバード・ロースクール。専門は、民事訴訟、憲法、家族法、国際刑事法、非営利団体などで、同教授からは、上記補償理論を展開する上では、大きな刺激を受けた)

らば、4段階ステップの(Ⅰ)から(Ⅲ)まで、すべてを廃棄する立場であり、アイヌ民族への歴史的不正義への解決にはならないことは明らかであろう。このような補償否定の立場は、具体的にいかなることをもたすかを列挙するならば、①第1に、いわゆる、ウタリ福祉予算(今のアイヌ総合生活向上増進方策)の基礎付けができない。だからじり貧になっても、文句が言えない(これを私は、「補償アプローチ」(「不法行為アプローチ」と言ってもよい<sup>39)</sup>を否定する「福祉アプローチ」と呼んでいるが、それではなぜアイヌ民族を特別扱いするのかの説明がつかないことになるからである)。②第2に、第1と関係するが、それでは、「逆差別」(reverse discrimination)の議論、とくにヘイトスピーチの温床となるという構造的問題がある。③また第3に、博物館が、国立化されても、「人権博物館」にならないのである。その意味で、アメリカ合衆国のアメリカン・インディアン博物館、アフリカ系アメリカ人博物館とは似て非なるものである。敷衍することも不要であろうが、過去の人権蹂

<sup>39</sup> これは、ブルックス教授が、「償いモデル」とは対蹠的に(対立的な意味合いでの)「不法行為モデル」の言葉を用いる(注36の文献参照)のとは異なり、もっと一般的な不法行為制度という意味で用いている。

躰を語ろうとすると、それは必然的に「不法行為ないし補償」問題が出てこざるを得ないが、先の報告書は、国連の UNDRIP に背を向ける形で、補償アプローチを捨てているからである。<sup>④</sup>さらにそのことは、数年前に問題となった、「副読本問題」が出る（これは、今のアイヌ政策を進める側の中村睦男博士や常本照樹教授の側から副読本執筆者に、過去の不正義をあからさまにしないような「修整」を求めたのであるが、世間の反発から撤回されたという一連の問題を指している）<sup>40</sup>。

どうして日本のような先進諸国の一員であるはずの国家が、「世界標準」からかけ離れているのであろうか。先住民族政策で先住民族の地域の実現のシステムが、東アジア・東南アジアにはなく、地域的な国際人権法の実現が不十分であることも関係しているであろう（不満があるアイヌ民族側は、そのことのために、遠く国連まで行かなければならないようなことでは、南北アメリカの先住民族が、地域的な先住民族の権利保障のために手近に人権委員会、人権裁判所に不服申し立てできるのとは事情が異なることをここでは指摘しておきたい<sup>41</sup>。戦後補償問題でもわかるように、日本社会は、歴史的不正義への取り組みが苦手だということもあろうが）。以上が総論で、以下は各論である。

### 3. アイヌ法学史の基盤となる土地問題

#### （1）アイヌ土地の奪取

まずアイヌ法学史の基盤ともいえる土地問題から概観してみると、1869年に蝦夷地の北海道（北加伊道）への名称変更が行われたが（これを行ったのは、松浦武四郎氏と言われるが、彼自身は、アイヌびいきであり、むしろシャモの悪行をあばいており<sup>42</sup>、「北加伊道」も先住民族へ

<sup>40</sup> この点について詳しくは、吉田・前掲書（注22）（民法理論研究5巻）（2015）162頁以下参照。

<sup>41</sup> これについて詳しくは、吉田邦彦「国際人権法実現システムにおける先住民族の権利保護の状況」（二宮古稀）日本とブラジルからみた比較法（信山社、2019）461頁以下、とくに492頁、519頁以下参照。

<sup>42</sup> この点は、例えば、花崎皋平・静かな大地——松浦武四郎とアイヌ民族（同時代ライブラリー）（岩波書店、1993）327頁（初版1988）。さらに、合田一道・

の敬意を示す言葉であり、明治早々に辞職を余儀なくされたのである)、通俗的な理解のように、そう簡単に明治政府の支配が及んだわけでもなかった。そして、1872年北海道地所規則から1877年の北海道地券条例への道のりは、実はジグザグのコースで「土地奪取」が行われた。

すなわち、1872年北海道地所規則7条では、まだ使用者の権利が認められ、1877年北海道地券条例でも、16条の官有地3種編入があるが、同条但し書には、「旧蝦夷人の情態により、私有権付与できる」とあったが、これが空文化された(それは北海道開拓使の権威主義的行為によった)。これに対して、それ以前は、高倉(新一郎)叙述に代表されるように、1872年に一気に組み入れられたとされていたが、実はそうした理解自体、同博士自身の改説によるものであった<sup>43</sup>。

## (2) 1899年北海道旧土人保護法<sup>44</sup>

アイヌ民族に対する土地法の基盤は、1899年の北海道旧土人保護法(明治32年法律27号)であり、その内容は、ドーズ法(1877)によったとされるが、アメリカ・インディアン史の差別立法とされる同法よりもひどいものであった。例えば、①第1に、アイヌ民族に対しては、基本的に(新たな)「下付(賦与)」という形が採られ(それに伴い、それまでの海浜部からの「強制移転」が多々見られた)、アメリカのような、それに先立つ先住民族との条約による「居留地」という発想<sup>45</sup>がないのである(だ

---

松浦武四郎——北の大地に立つ(北海道出版企画センター、2017)など参照。

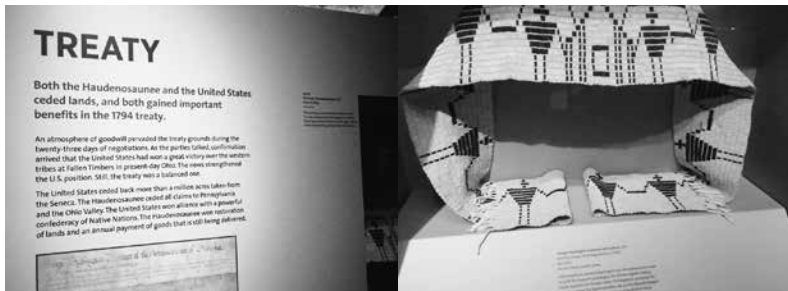
<sup>43</sup> 瀧澤正「明治初期開拓使の土地改革とアイヌの土地——おもに北海道地所規則第7条をめぐる」北大史学51号(2011)がこの点を初めて意識的に明らかにした。さらに、吉田邦彦「近時のアイヌ民族記述教科書検定と所有権侵害問題——先住民族への過去の不正義補償との関連で」同・前掲書(注25)民法理論研究6巻(2017)119-120頁も参照。

<sup>44</sup> 詳しくは、吉田・前掲書(注22)民法理論研究5巻(2015)168頁以下[元は、さっぽろ自由学校「遊」ブックレット(2012)]。また、同・前掲書(注25)(民法理論研究3巻)(2006)第7章も参照。

<sup>45</sup> 例えば、2020年8月6日、13日、20日(米東海岸時刻)には、米シラキューズ大学・Ph・アーノルド教授主催の『発見法理』(これは無主物先占法理とも通ずる、欧米の先住民族を無視する法理である)オンライン・シンポが開催さ

からドーズ法の場合には、居留地の「割り当て」(allotment) がなされたわけである)。②第2に、「下付」される土地のサイズの小ささである(すなわち、ドーズ法では、家族リーダーには160エーカー、大人には80エーカー、子供には40エーカーが付与されたのに対して、アイヌに対しては、1世帯当たり、5町歩(つまり、5ヘクタール[12.38エーカー])に過ぎなかった)。しかも③第3に、給与地は「不毛地」「傾斜地」など農耕に適さないところが多く、「15年以内の開墾」という条件を成就(「成功」「不成功」という言葉が用いられた)しない場合が少なくなかった<sup>46</sup>。別の言い方をすれば、本来狩猟漁撈を生業としていたアイヌ民族の教化として「農業に向けての強制労働」が織り込まれていたと言える。また④

れ、J・エドワード氏(オノンダガ国(Onondaga Nation)理事会メンバー及びホーデショニー(Haudenosaunee)(イロコイ族6か国)渉外委員会メンバー)は、「1613年以來のワンパム条約(ワンパムとは、友好条約のシンボルとしてのベルト)は400年の歴史を迎えるが、それにより、異民族がともに肩を並べて共生・生活するという精神は、米国憲法の基礎となっている」との言葉は、印象的であった。最初の条約はオランダとの条約で、もっとも有名なのは、米ワシントン大統領とのカナイダイグア条約(Treaty of Canandaigua)(1794年)である(しかしそれはその後反故にされた)。See also, PETER JAMISON & ANNA SCHEIN EDS., TREATY OF CANANDAIGUA 1794 (Clear Light Pub., 2000); SUZAN HARJO ED., NATION TO NATION: TREATIES BETWEEN THE UNITED STATES AND AMERICAN INDIAN NATIONS (Smithsonian Books, 2014).



(アメリカン・インディアン国立博物館での『国と国』の展示(2016年10月吉田撮影)  
(左は、カナイダイグア条約、右は G・ワシントンのワンパムベルト))

<sup>46</sup> 山田伸一・近代北海道とアイヌ民族——狩猟規制と土地問題(北海道大学出版会、2011) 282頁以下では、不成功による「没収」土地の大きさを指摘する。



(釧路における給与地(春採湖界隈の傾斜地、崖地)、厚岸沖合のポンモシリ(共有財産問題は未解決)、川村カネト資料館(旭川近文。土地紛争が多かった))(撮影筆者)

第4に、アイヌ民族への「下付地」譲渡及び担保設定には、道庁長官(その後知事)の許可が必要であったために、信用がつかず<sup>47</sup>、商売ができないことが問題とされた。これはアメリカの黒人差別の金融規制である「赤線引き」(redlining)と類似する。⑤第5に、(1930年代でドーズ法は廃止された)アメリカよりも遙かに長く、この差別土地立法は適用された(1997年まで)。

<sup>47</sup> 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。さらに、吉田・前掲書(注25)(民法理論研究3巻)(2006)312-313頁参照。

さらに、深刻な問題として、共有財産問題の軽視（この点は井上勝生教授の調査がある（注13）参照。共有財産の放置例は多いと、実証的に指摘する）、さらに「名目主義」という民法を無視する議論で、アイヌ文化振興法附則はできている。また、前提として、旭川近文アイヌに対する差別立法「旭川市旧土人保護地処分法」（1934年法律）では、下付されるのは、他地の5分の1の1町歩にとどまり、5分の4は、「共有財産」とされて杜撰な管理にゆだねられたという問題がある<sup>48</sup>。

## 4. 現代的諸問題

### （1）遺骨返還

目下焦眉の課題を総覧してみると、第1は、遺骨返還問題であるが<sup>49</sup>、入会法理で対処でき、共同体的所有権で、コミュニティへの返還を認めることができ、それが「世界の趨勢」である。入会における総有理論は、民法学の通説として、確立しているのである<sup>50</sup>。なおこの点で、「人権は個人権という憲法論」をベースとして、先住民族の権利実現に消極的になる<sup>51</sup>のは、批判も出されているように<sup>52</sup>、こうした議論は荒唐無稽と言わなければならない。

なお、今後とも遺骨返還の和解事例は増えるであろうが（国は白老に

---

<sup>48</sup> 詳しくは、吉田・同書322頁以下参照。

<sup>49</sup> この点の法的（補償法学的）分析は、吉田・前掲書（注22）（民法理論研究5巻）（2015）200頁以下参照。

<sup>50</sup> なお、差間正樹「先住民族として生きる」T・モリス＝スズキほか・前掲書（注8）（2020）121頁は、『『祭祀承継者』とかの民法の言葉はアイヌの文化ではない』とするが、適用すべき民法が間違っているのである。

<sup>51</sup> 例えば、中村睦男・アイヌ民族法制と憲法（北海道大学出版会、2018）309頁以下は慎重な叙述の仕方だが、結局個人権をベースとする見解を擁護する如くである。

<sup>52</sup> 憲法学上の個人権への拘りのおかしさを説くのは、Hideaki Uemura & Jeffrey Gayman, *Rethinking Japan's Constitution from the Perspective of the Ainu and Ryukyu Peoples*, THE ASIA-PACIFIC. J.: JAPAN FOCUS, vol. 16, issue 5, no. 5 (2018) 参照。T・モリス＝スズキ・前掲（注8）同ほか・前掲書（注8）26頁も参照。

集結させたアイヌ遺骨に関しては、共同体的返還〔「地域返還」という〕を認める意向である（2018年12月）<sup>53</sup>、残るは、アイヌ民族が排除されたようなところの遺骨返還の可否である（例えば、小樽の場合<sup>54</sup>）。盗掘の墓地が特定され、そのアイヌ墓地の管理システムが確保されるならば、地域返還の道を認めるべきであろう<sup>55</sup>。

ところで、遺骨返還訴訟においては、本来ならば、補償の主張も行うべきだったと思われる（これは、故城野口ユリさんらにかかる浦河杵臼の遺骨返還訴訟第1号からの問題であるが、当事者主義ゆえにそれは和解内容にも反映し、これが先例になってしまう。担当の市川守弘弁護士は、消滅時効を考慮して主張しなかったとされるが、そうする必要はない〔北大側が、消滅時効を「援用」しなければ、責任問題は残る〕。民法改正で民法724条は明示的に消滅時効化されたから益々問題がないが、改正前は、判例が724条の後段を「除斥期間」扱いしていたので、その点

<sup>53</sup> 内閣官房アイヌ総合政策室「大学の補完するアイヌ遺骨等の出土地域への返還手続きに関するガイドライン」([https://www.kantei.go.jp/jp/singi/ainusuishin/pdf/181226\\_chiiki-guidelines.pdf](https://www.kantei.go.jp/jp/singi/ainusuishin/pdf/181226_chiiki-guidelines.pdf))。その場合には、出土地域に居住するアイヌ民族の団体が、その法人格の有無を問わず、返還主体になるとある（4頁）。

<sup>54</sup> 例えば、小金井良精教授（東大・人類学）は、明治21年（1888）年7月中旬に、川上正実氏の案内の下、小樽市住の江町7丁目の小樽アイヌ墓地から遺骨及び埋葬品を盗掘し、「この大なる収獲は実に喜ばしかった」と書いている（小金井良精「アイヌの人類学的調査の思ひ出」ドルメン4巻7号（1935）724-725頁）が、しかしその数年後、オタルナイ・アイヌは石狩浜益に強制移住されているために（この点は、平山裕人「小金井良精『北海道の旅』第1歩！小樽で遺骨盗掘」アイヌチャレンジの会・パンフレット1号（2020）13頁参照）、誰が返還主体になるかという問題が出る。

<sup>55</sup> この点で、2020年1月20日発出の「先住民族アイヌの声実現実行委員会（代表・川村兼一＝多原良子）ほか」からの日本政府への「盗掘されたアイヌ遺骨に関する申し入れ」で、「国はアイヌ民族に謝罪し、盗掘されたアイヌ遺骨をその責任で、速やかに出土地域に再埋葬し、アイヌ遺骨の慰霊と歴史的経緯をしたための石碑を建てること」「再埋葬後は、それぞれのコタンのアイヌ民族の意思に基づいてそれを管理し、アイヌ民族の居住者のいない地域では、自治体が管理を行うこと」としており、もっともな要望であると思われる。

をどう考えるかが問題となる。しかし、継続的損害について、それが顕在化するまで起算点を遅らせる判例（最判平成16年4月27日民集58巻4号1032頁〔筑豊塵肺訴訟〕、同平成18年6月16日民集60巻5号1997頁〔水俣病関西訴訟〕）などを援用して、城野口さんの場合などは、北大との遺骨返還交渉が決裂した〔というか、北大側が交渉を拒否した<sup>56)</sup> 2013年2月の段階が、精神的損害の除斥期間の起算点となると解せないだろうか）。ともかく、補償請求の主張がないために、その部分が和解から欠落し、返還遺骨の再埋葬や管理費用の課題（アイヌ民族側の財政上の苦境）が出ていることを看過すべきではない。

その他、盗掘遺骨の白老の象徴空間への再移転により、北大納骨堂前でのイチャルパをやめていいのか、また函館の北方民族博物館での児王コレクションをこれまで通り「由来」(provenance) 不明のままに放置しておいてよいのか、ということも、補償問題が残ることを示唆させるし、遺骨返還されない盗掘遺骨の人類学者による再利用、その条件付け（「研究倫理指針」の検討。アイヌ民族側の事前の自由なインフォームド・コンセントは不可欠であろう）などの難問が出されている<sup>57)</sup>（諸外国でも必ずしもこの点で、順調ではないようである）。

---

<sup>56)</sup> 北大側は、遺骨返還に関しては、北海道アイヌ協会のみを相手とするという理屈を持ち出した（従って、個別の盗掘遺骨の関係者は相手にしないとして交渉を拒否したとのことである）。これは、北大納骨堂での供養祭（イチャルパ）基金の授受に関わる確認書が、北大医学部と北海道ウタリ協会（今日の北海道アイヌ協会）との間で交わされた（1988年8月）こともあり、その後の医学部の対応も同協会を相手にすることとなっていたことも関係するようである（北海道大学医学部アイヌ人骨収蔵経緯に関する調査報告書（北大、2013）105頁、116頁参照）。しかし遺骨返還に関する明示的な取り決めは無く、よしんばそのような取り決めがあっても、遺骨所有者（遺族ないし当該コタン関係者）の明示的な承諾無しになされた公序に反する無効なものではなろうか。

<sup>57)</sup> この点では、2019年7月22日に日本人類学会会長篠田謙一氏が、琉球民族の盗掘遺骨に関わる京都大学の山極寿一総長（当時）に対して、「古人骨は学術的価値を持つ国民共有の文化財として保存継承され研究に供与されるべきである」などと要望し、物議を醸している。

## (2) 環境的不正義

第2は、環境的不正義であるが、アイヌ民族との関係では、二風谷・平取ダムが格好の事例であり、既に論じているが<sup>58</sup>、深刻なのは、称揚された二風谷ダム判決（札幌地判平成9年3月27日判時1598号33頁）（国際人権規約（市民権規約）27条の「文化享有権」から収用の違法性を判断しつつ、事情判決を下した）がありながらも、事態は全く変わっておらず、同様のアイヌの聖地（チノミシリ）を破壊する平取ダムの建設が止まらないという構造問題の継続性である。

また、紋別の産廃施設にしても、紋別アイヌにとって、神聖なシュマリタブコブという山を切り取って同施設を作ること自体が、文化享有権侵害的なものを孕むが、それにより豊丘川が汚染されて、アイヌ民族の食文化・生活文化として重要な鮭の遡上を妨げることになるという環境汚染をもたらすという事例である<sup>59</sup>。しかしこれについては、知事への要請や公害審査会への調停申請という行政手続のレベルにとどまり、結局、市の建設計画承認、道の建設許可もなされ、司法手続的チェックもなされないままである。（さらに言えば、過去鴻之舞金山により汚染された藻別川沿いにアイヌ民族は追いやられ、渚滑アイヌ民族の元来の土地は和人により駆逐されたということ自体、過去の環境的不正義の産物に他ならない。）

本稿で強調しておきたいのは、世界的には、各地で由々しき問題があり、先住民族（特に狩猟採集民族）は、苦境に晒されているということである。例えば、ブラジルのアマゾン流域、フィリピンのママヌワ族（ニッケル鉱山）がそうであり、とくに、東アジア、東南アジアでは、先住民族の権利の地域的実現のメカニズムがなく、国際人権法上の救済が他地域よりも弱いことも関係しているだろう（これについては、注41文献（2019）参照）。

こうした中で、尾本博士は、2019年2月にフィリピンのネグリティの中でも歴史的に最も古くから（3～5万年前）の先住民族（狩猟採集民族）のネグリティ族のリーダーであるホクマンさんを東大理学部（人類学）に

<sup>58</sup> 吉田・前掲書（注25）（民法理論研究3巻）（2006）7章。とくに328頁以下。

<sup>59</sup> 吉田・前掲書（注22）（民法理論研究5巻）（2015）180頁以下。



(紋別藻別川（上流の豊丘川汚染が危ぶまれる））（撮影筆者）



(東大での国際会議での報告写真) (2019年2月撮影筆者)

招聘して、その伝来の土地におけるニッケル鉱山（タガニート鉱山）の大開発における「強制移住」、それによる利益均霑の少なさ・アンバランス、活動家の殺害などの深刻な不正義<sup>60</sup>に焦点を当てる国際会議を開催された。

また、ブラジルでは、アマゾン流域の多大な伐採の後に、違法伐採者・違法採掘者がコロナウィルスを持ち込み、先住民族のコロナ被害が深刻

<sup>60</sup> これについては、尾本・前掲書（注2）110頁以下、209頁以下参照。さらに、谷口正次・教養としての資源問題——今、日本人が直視すべき現実（東洋経済新報社、2011）（「新植民地主義」といわれる資源収奪（61頁））も参照。

である (NYT の記事など参照)<sup>61</sup>。

<sup>61</sup> See, e.g., Bruce Albert, *Lessons from the Yanomami in Brazil: The Tragedy Unfolding in the Amazon Echoes What All Human Inhabitants of the Planet Are Suffering*, THE NEW YORK TIMES, INTERNATIONAL EDITION, April 29<sup>th</sup>, 2020, p.10 (ヤノマミ族 (ブラジル北部・ベネズエラ南部のオリノコ川上流域のインディオ) のコロナウィルス感染。違法な金の鉱夫などの大量の侵入から。ヤノマミ族は、1940年代に最初に外部の人と接触してから、これまで、多くの感染症、とくにはしかやインフルエンザに冒されてきた。1970年代にこの地域に高速道路を敷かれて、同エリアの植民地化は加速し、1980年代後半から、ヤノマミ族の土地は違法な金鉱掘の侵入者に侵され、彼らは、マラリアやインフルエンザ、結核、性感染症などをもたらした。2万人以上のガリンペイロ (違法な鉱夫) たちは、このコロナウィルスの感染についても責任があるし、この恐ろしい感染症にも拘わらず、違法な鉱山活動は続けられている。アマゾン流域の熱帯雨林破壊も加速度的に進められている。コロナウィルスは、マナウスやベレンというアマゾン流域の大都市の郊外に住む、貧困な先住民族のゲットーに、あっという間に広がっている。この感染症に晒されているブラジルの先住民族は約90万人いる。ボルソナロ政権は、このパンデミックに対して、科学を軽視し、先住民族や環境への配慮はなく、当面は、これに関する政策的な希望は期待できない); Julie Turkewitz & Manuela Andreoni, *River of Life, River of Death: The Epidemic's Spread Along the Amazon Is a Painful Echo of History*, THE NEW YORK TIMES, INTERNATIONAL EDITION, July 27<sup>th</sup>, 2020, p.1, 4 (新型コロナウイルスは、これまでの疫病と同様に、植民者及び浸食会社とともにアマゾン川を伝って広がっている。アマゾン川は、南アメリカにとっては、重要な生命線であり、8カ国にまたがる3000万人を支える支流も含めた冠動脈的存在だが、疾病も悲しいかな伝播させる。パンデミックはブラジルでも猛威を振るい、200万人以上が感染し、8万6000人以上が死亡している。コロナウィルスにひどく晒される6都市はアマゾン川沿いなのである。ウィルスは、アマゾン川ですこぶる速くかつ全面的に運ばれて、テフェのような遠くの漁業・農業コミュニティも、ニューヨーク市のようにひどい状況になっている。アマゾン流域は、人口220万の大都市のマナウスから小さな街や村落まで、一見分散しているように見えても、面としてコロナが襲っており、そこに医療保障の脆弱さが事態の悪化に拍車をかけている。アマゾン流域の諸都市は、全国平均の数倍の犠牲者を生んでおり、マナウスでは、毎日100人が死んでいる。もう病棟は満杯である。そして墓場は、森を切り開いて、次々作られている。とくに先住民族の状況が悲惨であることは歴史的にも示されることである。既に16世紀から、探検家、そして入植者が暴力と天然痘やはしか等の疾病をもたらし、先住民族コ

### (3) 漁業権

第3に、漁業権である。これに関する近時の重要事件として、やはり紋別の畠山敏エカシの異議申立て(アシリチュップノミ(カムイチェップノミ)[新しい鮭を迎える儀式]のための鮭捕獲をしようとして、2018年8月末に警察に封ぜられ、さらに2019年9月には、道職員により告発され、2020年2月に書類送検され、結局不起訴となった)によっても、アイヌ新法(2019年アイヌ施策推進法)17条で関連規定が入ったが、あまり変わっていない。しかも、この点で、捕獲のレベルで、アメリカでの大きな司法的成果(ボルト判決)<sup>62</sup>とは大きな相違がある(すなわち、

---

コミュニティを根絶させた。感染率は、白人よりも先住民族の方が6倍大きく、川沿いに広汎に死者を出している。アマゾン流域はブラジルの中でもっとも閑却されてきた地域であり、とくにボルソナロ政権になってからはひどい。彼にとっては、先住民族の福祉などは優先順位は低い。マナウスでは3月13日に、英国から感染者の第1号が出た。しかしウィルスは至る所にあるようになってしまった。先住民族の犠牲者は悲惨である。少なくとも570人が既に死に、また1万8000人以上が感染している。医療関係者は苛酷で、多くの医師や看護師が死亡した。しかしテフェでも7月に入ると、死者が減ってきた。ウィルスは当面他地に移ったようである)。See also, Ernesto Londono & Leticia Casado, *'They're Razing Down Our Forest': Brazil's Leader Is Keeping His Promise to Open Up the Amazon to Development*, THE NEW YORK TIMES, INTERNATIONAL EDITION, April 23<sup>rd</sup>, 2020, p.1, 5 (ブラジルの Rondônia 州のアルトジャマリ村は、ウル・エウ・ワウ・ワウ民族の10家族ほどが居住しているが、殆ど存続も難しくなっている。外部の者が屢々侵入してきて違法な森林伐採をしようとするのだ。地域の先住民族のリーダーないし支援者は、この責任はボルソナロ大統領にあるとする。彼は大統領に就任するやアマゾン流域の商業的開発を承認し、「先住民族の土地には、富が眠っている」と言い、反面で先住コミュニティにとっては、民族集団文化の破壊・抹殺の時代を迎えている。彼は憲法で守られている先住民族コミュニティ保護のシステムを、インディアン財団への支援カットという形で、破壊しようとしている。2020年2月に、同大統領は、議会に、(河川を汚染し、アマゾン破壊する)違法伐採を適法化する法案を提出した。北部領域には、ヤノマミ族やムンヅルク族がいるが、彼らも何千もの侵入者(金採掘者)の脅威にさらされている。2019年には、少なくとも7人の先住民族のリーダーが殺されている)。

<sup>62</sup> U.S. v. Washington, 384 F. Supp. 312 (W.D. Wash., 1974), aff'd, 520 F. 2d 679

(i) 儀式レベル、(ii) 生活レベル、(iii) 商業レベルに分けると、アイヌ民族は、(i) レベルでも物議を醸し、アメリカ先住民族の場合には、(iii) レベルまで5割の取り分が認められているのである<sup>63</sup>。もっとも、米国でも、地球温暖化や上流の灌漑用水権(水利権)との関係で、こうした漁業権の実現には屢々困難を伴う事態となっている<sup>64</sup>。またこのこととの比較で、近時(2020年8月)に、浦幌のアイヌ民族団体「ラポロアイヌネイション」が、(二風谷ダム判決と同様に)「文化享有権」(市民権規約27条)に基づき、「先住権」としての漁業権、集団としての日本政府(明治政府)が禁止するまでの船外機付きの漁船による刺し網漁としての鮭捕獲権(浦幌十勝川河口から4キロまで〔浦幌川合流点〕の範囲の捕獲権)を求めて提訴したことが注目される<sup>65</sup>。これをアメリカとの比較でどのように位置づけるかも興味深いが、アイヌ民族の伝統的漁法に拘る限りで、上記(ii)と(iii)の中間的なものではないかと思われる。

さて次に、現行のアイヌ民族の漁業権規制は、1951年水産資源保護法(法律313号)25条〔漁業法8条3項規定の内水面における遡河魚類のうち、鮭採捕の禁止。但し、都道府県知事の許可・免許による採捕は別〕ないし1964年北海道内水面漁業調整規則(北海道規則133号)52条〔知事の許可を受けた、増養殖用の種苗・種卵の自給・供給、伝統的儀式・漁

(9<sup>th</sup> Cir., 1975) の第1審が、ボルト判決(Boldt Decision)と言われるものであり、これは連邦最高裁の支持まで受けている(Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Assoc., 443 U.S. 658; 99 S. Ct. 3055 (1979))。

<sup>63</sup> この点は、CHARLES WILKINSON, MESSAGES FROM FRANK LANDING: A STORY OF SALMON, TREATIES, AND THE INDIAN WAY (U. of Washington P., 2006)。また、市川守弘「アメリカ・インディアン法の生成と発展」平成15年年版日弁連研修叢書現代法律実務の諸問題(第一法規、2004)参照。

<sup>64</sup> これについては、吉田邦彦「米ユーロク民族の水利権・漁業権における逆境と展望——アイヌ民族との比較のために」法学セミナー780号(65巻1号)(2020)51～57頁参照。

<sup>65</sup> 朝日新聞2020年8月18日(北海道版)28面、29面(「先住権」議論の深まり期待)(榎場勇太=芳垣文子執筆)。本訴の訴状については、以下参照。[http://hiratatsuyoshi.com/KamuycepProject2020/archive/20200817raporoainunation\\_complaint.pdf](http://hiratatsuyoshi.com/KamuycepProject2020/archive/20200817raporoainunation_complaint.pdf)

法の伝承・保存・知識の普及・啓発の場合は別〕(2005年規則84号による追加がある)であるが、この淵源はどこにあるのかについて、(近時議論も多く)山田文献に沿いつつ、やや詳しく辿ることにする<sup>66</sup>。

すなわち、①1869年に呼称変更された「漁場持」(かつての場所請負人)はしばらく維持され(1876年9月に廃止)、それまでは自給用(「飯料採り」)は認められた(もっとも、十勝での(アイヌ・和人)合同組合は1880年解散まで維持される)。②1876年開拓使乙9号布達で、「全道でテス漁・夜漁の禁止」、③1878年10月開拓使乙30号布達で、「引き網以外のサケマス川漁の禁止。全道の支川(千歳川、豊平川など)でのサケマス禁漁」、③1878年12月開拓使札幌本庁甲43号による「札幌郡内のサケマス禁漁」(魚苗の生育すべき支川での漁獲の禁止)など、ものすごい勢いで禁圧ぶりであり、そこには黒田清隆開拓使長官らのアイヌ民族への配慮のない禁圧対策が窺える。④もっとも例外的に共有漁場とされたところ(例えば、十勝川〔大津川〕、石狩川下流など)では、1920年代まで漁業権は存続した。

しかしその後、1880年代から禁漁はさらに徹底された。すなわち、1880年には、「種川法」が開拓使函館支庁で実施され(それは産卵に関わる者だけが漁業権を持ち、それ以外は禁漁とするレジームである)、例えば、1883年から十勝川上流部が禁漁とされた(札幌県甲239号布達、札幌県丁96号布達)(本流まで禁漁を及ぼしたということである)(そのほか、道南ユーラップ川も同様)。さらに、豊平・発寒・琴似川について、1882年から同様に禁漁が徹底された(千歳川についても同様である)<sup>67</sup>。

<sup>66</sup> これについては、とくに、山田伸一「千歳川のサケ漁規制とアイヌ民族」同・前掲書(注46)(2011)第4章(初出、北海道開拓記念館研究紀要32号(2004))、同「札幌県による十勝川流域のサケ禁漁とアイヌ民族」同37号(2009)が有益であった。記して、お礼申し上げる。これまでの、高倉文献(高倉新一郎・新版アイヌ政策史(三一書房、1972)450-451頁)に沿った筆者の漁業規制の理解は断片的だったと反省している。

<sup>67</sup> その際には、新潟県の三面川がモデルとされたが、その前提には、明治8年(1875年)太政官布告120号による河川の国有化(「海面官有宣言」)による旧慣の廃止の動きがある。これに対して、伝統的漁業権のサイドから批判的に叙述するものとして、菅豊・川は誰のものか——人と環境の民俗学(吉川弘文館、

かくして、1888年の北海道水産物取締規則（北海道庁令18号）に至る（15条〔本流で引き網のみとされ、夜漁禁止〕、16条〔テス漁禁止〕）。しかし注意したいのは、ここでも自家用の漁業は出願しなくとも認められたということであり（同規則17条）、これが厳しくなるのは、その後の改正（1888年改正（北海道庁令24号）19条〔違警罪〕、1892年改正（北海道庁令29号）〔罰金・拘留〕）を経て行き着く、1897年北海道鮭鱒保護規則（北海道庁令98号）であった（その10条では、自用捕獲・遊漁することができないとする。もっとも、その後、1902年道庁令86号で、「許可を得ればよい」とされる）。こうして、このスキームは、1915年北海道漁業取締規則（道庁令37号）、1928年同規則（道庁令12号）に承継され、冒頭の1964年規則に繋がる1952年北海道漁業調整規則（漁業法65条に基づき、内水面のサケマス業原則禁止する47条〔例外は知事指定の場合〕）となるのである。ここにおいて確認されるのは、「繁殖保護」ないし「人工孵化」理念がもたらす規制強化、そしてそれゆえの「アイヌ民族の伝統漁法の締め出し」ということであろう（この点、福永准教授）<sup>68</sup>。いわば、民族差別をあからさまに出さないまでも、コモنز的・入会的な先住民族的漁業権を遮断し、官有的管理強化の理念強化の漁業法制の転換とみることができよう。

#### （４）伝統的知識・観光アイヌの問題

「観光アイヌ」問題に関する批判的省察は既に存在する（鳩沢氏、結城氏。また、佐々木氏など）<sup>69</sup>にもかかわらず、（それを深める形跡はなく）

---

2006) 103頁以下参照。

<sup>68</sup> この点は、福永真弓・サケをつくる人々——水産増殖と資源再生（東大出版会、2019）90頁以下で、伊藤一隆氏（札幌農学校1期生）の米国鮭人工ふ化放流事業への着目などに触れつつ、「アイヌ民族の締め出し」に繋がったことを詳述する。

<sup>69</sup> 鳩沢佐美夫「対談アイヌ」同・沙流川（草風館、1995）（初出、1970）198頁以下（「和人の利用・搾取・凌駕の歴史としてのアイヌ史」）、結城庄司・アイヌ宣言（三一書房、1980）203頁（アイヌ観光では一世紀前の風俗に似せ、商売として観光客を喜ばせることになり、観光客は時代錯誤になる）。また、佐々木昌男・幻視する《アイヌ》（草風館、2008）158－162頁、217頁以下（日本（シャモ）社会

ここへきて新法（アイヌ施策推進法）（2019）10～15条では、交付金制度を使い、安易なアイヌ観光論が風靡している（しかもその利益はアイヌ民族にはいかない制度の立て付けになっている）<sup>70</sup>ので、事態は深刻である。毎年100万人規模の観光客との国の触れ込みは、昨今のコロナ危機で破綻しており、今一度、真正なアイヌ文化の継承のために、何が必要なのかを考え直す必要がある（伝統的知識の真正な保護も然りである）、別途アイヌ民族の生業保護のあり方は検討すべきことも言うまでもない。

### （5）まとめ——アイヌ民族への歴史的不正義の現在性

以上をまとめると、人類学的視点から、巨視的に先住民族保護という点で、世界的に一番深刻なのは、（2）の問題〔環境的不正義問題〕であろう。まさに開発と疫病（新型コロナウイルス）により二重の災厄による絶滅の危機に、世界各地の先住民族（とりわけ狩猟採集民族）は瀕している。これを打開する展望が見えないところも、深刻である（疫病による大打撃を受けたことは、これまでの先住民族史の繰り返しである）。さらに、次述するこれまでの歴史的不正義の帰結としての、アイヌ民族の組織的弱体化、その再編の必要性も深刻であろう。

他方で、（1）（3）の問題〔遺骨返還問題、漁業権問題〕は、目下前面に議論されているし、当事者にとっては、切実な課題である。しかし問題の重大さ、深刻さという点で、（2）の問題〔居住権・環境剥奪・破壊の問題〕を凌駕するものではないとはいえ、当事者にとっては比較すべきものでも無かろう（この点、尾本博士は、（1）に関して、補償的立場を否定されない<sup>71</sup>ことにも留意すべきである）。それよりもここで強調しておきたいのは、アイヌ民族への「歴史的不正義」は、決して過去の

---

の共同体意識で、不平等の「異族」意識があるとする）。また、吉田・前掲書（注25）（民法理論研究3巻）（2006）383頁以下、同・前掲書（注22）（民法理論研究5巻）（2015）186頁以下も参照。

<sup>70</sup> モリス＝スズキ・前掲（注8）（2020）73頁も、安易な観光立国構想によるアイヌの観光資源としての利用とし、これに対抗する必要があるとする。吉田・前掲（注38）「（上）」145頁以下も参照。

<sup>71</sup> 尾本・前掲（注18）（2019）107頁参照。

ものではなく、先住権ないしその分枝としての入会権侵害の問題は現在も続いているということであり、その補償法的（不法行為法的）救済は求められていると考えられる。

例えば、第1に、本稿にやや詳述した漁撈権の問題は、国・地方公共団体の関連諸立法による先住民族の漁業権侵害の歴史的経緯からして現在にもなお侵害は継続しており、国家賠償法1条の責任を問いうる。その際に安易に立法的裁量権を持ち出すことは問題で、仮に持ち出したとしても、2019年（アイヌ施策推進法）17条で何らかの措置を採ることが要請されているのに、放置しているのは、二重の意味での同条の違法性があると言うべきだろう。

これに関連して、二風谷ダム・（建設中の）平取ダム、さらには紋別の産廃施設などによる環境汚染の問題は、先住民族の漁業資源の侵害を継続的に行っており、その破壊・撤去などは、アメリカ司法では現に行われていることを想起すべきであり<sup>72</sup>、それができなくてもそれに替わる賠償請求を地元住民が行うことは可能であろう。さらに、屈斜路アイヌにとっては、屈斜路湖には毒ガス弾が投棄されているとのかねての指摘<sup>73</sup>も由々しき環境問題であり、恰度ニューヨーク州北部のシラキューズ市のオノンドガ湖の環境浄化を求めて、2000年代に先住民族オノンドガ・ネイションからの所有権回復訴訟が問題になった<sup>74</sup>ことにも思い及ぶ。

第2に、盗掘遺骨の問題にしても、数十年前の児玉作左衛門博士らの盗掘行為だけの問題ではない。北大側が、先住民族の遺骨の共同体所有の概念を拒否し（応ずるにしても、拒否を前提とした和解によってであり、アイヌ民族側は、提訴せざるを得ない）、大学そして（今後イチャルパもなされるとも限らない）ウポポイの象徴空間慰霊施設に集約して分散的な各アイヌコタンのアイヌ墓地から分別隔離して、管理されること自体により、先住民族側への不法行為は今なお継続していると考え

<sup>72</sup> これに関しては、吉田・前掲（注64）参照。

<sup>73</sup> 例えば、森亮一「湖底に眠る悪魔の兵器——屈斜路湖の毒ガス弾域問題」文芸北見34号（2003）180頁以下。

<sup>74</sup> この点は、吉田・前掲書（注44）（ブックレット）（2012）14頁注7〔同・前掲書（注22）（民法理論研究5巻）140頁注8に所収〕参照。

べきであろう（その意味で、北大側が、消滅時効を援用するからという理由で補償請求（損害賠償請求）をしないとの市川弁護士の判断<sup>75</sup>には理解しかねる。そしてこれが弁論主義的な先例となってしまう、一連の遺骨返還の和解においても、補償的請求が全て欠落してしまっている（その結果、回復アイヌ遺骨の管理費用面での問題を抱えている）ことも、逸するべきでは無いだろう）。

第3に、アイヌ土地法に関しても、1899年旧土人保護法関連の共有財産が、『未完の課題（unfinished business）』であり、1997年アイヌ文化振興法附則3条の名目主義も民法（債権総論）の通説的常識に反し（このプロセスを北大憲法の研究者が是認したというのもおかしい話である）、増額評価手続の不作为は、国家賠償法1条の問題として問責しうるし、同手続の再試を求めても良いだろう<sup>76</sup>。

さらに問題となし得るのは、1870年代のアイヌ地の奪取のプロセス（すなわち、1872年北海道地所規則7条から1877年北海道地券条例での官有地三種組み入れのプロセスである）での先住土地権の侵害の不法行為は、今に繋がる不正義として補償請求があってもおかしくない（所有権は消滅時効にかからないというのは今も変わらない定説である。他方で、取得時効の反射としての消滅という事態はあるが、だからと言って、補償請求の主張を否定するものではなかろう<sup>77</sup>）。明治維新直後の日本国に

---

<sup>75</sup> 遺骨返還訴訟の第1号である、城野口ユリさんらの浦河杵臼コタンに関わる訴訟提起時（2012年9月）に、シンポジウムが行われ（北大開示文書研究会パネルディスカッション「アイヌのお骨はアイヌのもとに」が行われ）、そこでの市川弁護士と私のやり取りを参照（[www.kaijiken.sakura.ne.jp/symposium/sympo2012/panel2012.html](http://www.kaijiken.sakura.ne.jp/symposium/sympo2012/panel2012.html)）（記録平田剛氏）。

<sup>76</sup> 因みに、2021年1月に実施した北大学部生対象の民法・債権総論の期末試験でこの問題を試しに出してみたら（設問は、「いわゆる『名目主義』と『実価主義（増額主義）』を説明し（どのような場合に各々は妥当するかも説明する）、アイヌ民族の共有財産返還（とくにアイヌ文化振興法時の取り扱い）について、論じなさい」というものである）、受験生のほぼ10割が名目主義ではなく、実価主義（増額評価）により、アイヌ民族の共有財産問題は解決すべきであったとしていることも、参考までに摘記しておきたい。

<sup>77</sup> これに関するもはや古典的な論文として、J・ウォールドロン教授（コロンビア大学）のものがある。Jeremy Waldron, *Superseding Historical Injustice*,

よる先住民族からの土地奪取は、「国家無答責」などと言う理屈は、通用しないであろう。戦後補償問題などと言われるように、まさしく時際法的な、不法行為法的再評価が問われており、先進諸国で先住民族への土地返還（例えば、カナダ、オーストラリアなど）がなされているのは、それ故であることに我が国も気づくべきである。我が国における類似の一方策として、例えば、二風谷エリアでの国有地における入会権の復権などがあり得よう（そしてこれは、故貝澤正エカシの遺言的要望でもあった<sup>78)</sup>。

なお、諸外国で、先住民族子弟への同化教育が補償問題の大きな論点になっている<sup>79)</sup>こととの比較で、開拓使仮学校（これについては、注6

---

103 (1) ETHICS 4 (1992).

<sup>78)</sup> 貝澤正・アイヌわが人生（岩波書店、1993）186－194頁参照。

<sup>79)</sup> 例えば、オーストラリアでの2008年のK・ラッド首相によるアボリジニーに対する謝罪は、「失われた世代」(stolen generation)の問題に焦点が当てられたし（これについては、窪田幸子「ナショナルな歴史経験とトラウマ——先住民への謝罪と和解」田中雅一ほか編・トラウマ研究Ⅱ——トラウマを共有する（京都大学学術出版会、2019）等参照）、米加、特にカナダにおける先住民族補償（関係修復）の中心問題は、「寄宿学校」(residential school)に代表される同化政策であり、カナダ真実和解委員会（2009年発足）は2015年にその問題に関する詳細な報告書を発表し、具体的な提言をしている。この点は、TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF CANADA, FINAL REPORT OF THE TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF CANADA VOL.1: SUMMARY: HONORING THE TRUTH, RECONCILING FOR THE FUTURE (Lorimer & Co., 2015); LARRY LOYIE ET AL., RESIDENTIAL SCHOOLS WITH THE WORDS OF SURVIVORS: A NATIONAL HISTORY (Indigenous Education P., 2014) など参照。さらに、M・シンクレア委員長に関しては、Ian Austen, *Reframing Canada's Dialogue with Its Indigenous Peoples*, THE NEW YORK TIMES, INTERNATIONAL EDITION, February 13<sup>th</sup>-14<sup>th</sup>, 2021, p.3（アニシノーベ族（スペリオル湖周辺の先住民族）のM・シンクレア氏（70歳）は、マニトバ州・聖アンドリュース地区のウィニペグ市北部に居住し、彼は2009年から全加真実和解委員会をリードし（2015年にはその報告書を発表した）、上院議員を4年務め、今月（2021年2月）それを辞めて、カナダの先住民族との関係改善のロードマップを示した。同委員会では、先住民族の子弟を強制的に教会運営の学校に送り、多くが物理的・性的な虐待を受けた（そうした学校は、1996年まで1世紀以上にわたり存続して、少なくとも3200人の子どもたち

参照)さらには戦前の土人学校における同化教育(そこでは日本人教育と区別する隔離教育である)<sup>80</sup>は、母国語廃棄を皮切りとした大きな立法課題であり、司法問題にしづらいところであろう。しかし、全てのアイヌ民族は、母国語を廃棄させられたことに大なり小なりの精神的損害を受けていると言えるし、「分離すれども平等(separate, but equal)」式のブラウン判決以前の思考様式風の先住民族への接し方は、同化教育(多様性欠如)とともに平等性欠如の問題を孕んでおり、統合後のアイヌ差別・いじめ問題という現在もお進捗中の問題の温床となっていることも忘れるべきではない<sup>81</sup>(さらには、アイヌ女性の格差問題(いわゆる「アイヌ女性の複合差別」といわれるもの)は目下クローズアップされていることにも留意しておきたい<sup>82</sup>。もっとも、アイヌ社会元来の

---

の死をもたらしした。先住民族の言語、文化的な実践は禁ぜられ、「文化的なジェノサイド」と言われる)ことに対して、単なる謝罪では済まず、具体的な行為が必要だとした。そしてトルード首相もこの方向で解決すると約束したが、5年経っても具体的な提案は、未だ実現していない)も参照。

<sup>80</sup> これに関する必読文献は、小川正人・近代アイヌ教育制度史研究(北大図書刊行会、1997)である。「旧土人学校」〔特設アイヌ学校〕(1899年北海道旧土人保護法9条に基づき、1901年「旧土人児童教育規程」(北海道庁令42号。1916年に第2次同規程(北海道庁令86号)。1922年に廃止)により、20世紀になり設立され、1937年の同保護法9条の削除で全廃される)の実態は、同書207頁以下参照。また、同学校が廃止され、和人学校に吸収されて、更に同化教育は強化・達成されていったことについては、同書356頁以下参照。

<sup>81</sup> この点で、M・ミノウ教授(ハーバード大学)は、ブラウン判決の意義として、先住民族の集団的権利、集団的アイデンティティを尊重しながら、他者の視角を包有しつつ、社会的資本の拡充・ネットワーク化に努め、連帯感覚・市民権(公民権)感覚を推進する「社会統合」に意味を認め、これは合衆国を越えた追求課題だとしており(MARTHA MINOW, IN BROWN'S WAKE: LEGACIES OF AMERICAN EDUCATIONAL LANDMARK (Oxford U.P., 2010) chap. 4; 6; 7; 11)、傾聴に値する。このような意味での「統合」は移民法学の大きな課題であることは、吉田邦彦「移民法の諸問題、基礎理論のディレンマ構造と市民権(公民権)の意義(2・完)」北大法学論集71巻2号(2021)1144頁以下、1148頁以下も参照。

<sup>82</sup> アイヌ女性の格差問題(アイヌ女性の同男性との対比での、就学率、雇用形態、年収、暴力被害における格差)については、2007年報告書が出されて(反差別国際運動日本委員会ほか編集・立ち上がり繋がるマイノリティ女性——ア

女性の地位は大きく男性の役割は補佐的な役割を有するに過ぎないとされて、男尊女卑の女性差別とは異質のものが本来あったことは押さえておきたい<sup>83)</sup>。差別問題は、アイヌ文化振興法以前からの課題だが、近時のアイヌ施策推進法(ウポポイ法)における交付金制度におけるアイ

---

ヌ女性・部落女性・在日朝鮮人女性によるアンケート調査報告と提言(解放出版社、2007) 10頁以下、96頁以下(2004～2005年の調査である))、実態が明らかにされるようになった(因みに、荒井和子・焦らず挫けず迷わずに(北海道新聞社、1993) 195-200頁は、著名なエカシの家庭内暴力を伝える珍しい例である)。現在進行形の問題として、交付金を巡るアイヌ女性会議(メノコモシモシ) 差別の動きも深刻である。

因みに、多原良子氏の命名された「アイヌの複合差別」なる用語(多原良子「アイヌ女性のエンパワーメント」反差別国際運動日本委員会編・マイノリティ女性の視点を政策に！社会に！——女性差別撤廃委員会日本報告書審査を通して(解放出版社、2003) 112頁以下。なお、「複合差別」それ自体は、上野千鶴子「複合差別論」井上俊也編・差別と強制の社会学(岩波講座・現代社会学15)(岩波書店、1996) 204頁以下などによる)は、アメリカ・フェミニズム法学(ないし批判人種法学)では、K・クレンショー教授(UCLA。当時はコロンビア大学)が先駆的に用い出した「交錯性(intersectionality)」なる言葉(言うまでもなく、それは、Kimberlé Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, 1989 U. CHI. L. FORUM 139 (1989) を嚆矢とするものである)を想起させるもので、極めて興味深い。

<sup>83)</sup> この点については、例えば、山本太助・イタク カシカムイ(言葉の霊)——アイヌ語の世界(北大図書刊行会、1991) 74-75頁(女性には天与の本分があり、子どもとの関係のみならず、部落中の生活社会の母として位置づけられ、これに対して、男性は補佐役責任があるにとどまるとする)。ここにあるのは、本来の人間教育を行うのは女性であるというアイヌ民族の女性観(アドイ(豊岡征則氏))(例えば、伊東秀子=藤井昌子編著・「どうせ自分なんて」とつぶやく君に(開隆堂、2001) 23頁以下参照(「お婆ちゃん」が、人間らしくある人間として魂を揺らし、自然の敬愛・摂理を教え、これに対して、世間に出た人(男性)は、「普通の人の価値観」として文化差別・民族差別を持ち込んだとする))と繋がる場所があり、故河合隼雄教授が、西欧的なフロイトを批判するC・ユング心理学と結びつけながら日本社会の原型を『母系社会』とされたことも思い起こされる(河合隼雄・母性社会日本の病理(中公叢書)(中央公論社、1986) 30頁以下、同・家族関係を考える(講談社現代新書)(講談社、1980) など)。

ヌ民族の受益者からの排除（さらにそれがもたらす差別問題）、アイヌ文化の商業化・表層化の問題にも想いを致す必要がある（そして開拓使仮学校に行き着く、アイヌ土人学校という隔離教育（同化教育）、ひいては（それを併呑した）戦後にもたらす構造的差別の現場という——単なる差別禁止の訓示規定（同法4条）では解消できない——長年のアイヌ民族差別教育面での歴史的不正義は、未だ正面から補償課題とされてはいない<sup>84)</sup>）。

## 5. 大学の役割——将来の方向性

### （1）スタンス

最後に、本研究会（勉強会）の性質上、この問題に関する大学の役割などを考えておこう。それはすなわち、研究機関として、時代を見透し、閉却されている観点から、マイノリティに寄り添う立場を示すことの意義を考えることであり、従来の近代的な「法制度」見直しを行うという意味で、アイヌ民族の側からの批判的・自己刷新的な民法学は刺激的なのである。

まず既に述べたように、学術的観点が、不可欠である。運動との連続性は重要だが、「運動だけ」になっては、それこそ研究者の自己否定だろう。そして同時に、権力との距離が重要である。とくに、「社会的貢献」と称しながら、権力との結びつきにより研究者的視点を歪めるとしたら（注10文献参照）、本末転倒で由々しき問題であろう（いわゆる『御用学者問題』である）。

---

<sup>84</sup> 諸外国でこれだけ議論が蓄積される先住民族の教育問題との比較で、アイヌ教育差別が十分に語られないのは、不思議に思われる（私の見落とし故か）。目にとまったものとして、やや古いものだが、例えば、結城庄司「差別への提言」郷内満ほか編・明日に向かって——アイヌの人びとは訴える（アリス館、1983）156頁以下（差別は個人的差別と集団的差別があり、後者は最も陰険で支配思想・権力から起きることが多い。前者は人間性の向上で解決されるとする（157頁））。また、井上司・地域・民族と歴史教育（岩崎書店、1978）200頁以下、成田得平＝花崎阜平ほか編・近代化の中のアイヌ差別の構造（明石書店、1985）97頁以下（旧土人学校で差別は作られた（101-102頁）とし、アイヌの立場になる学校はないとする（167頁））なども参照。

## (2) アイヌ民族組織支援のあり方

実践的には、マイノリティに如何にエンパワーメントをつけるかが重要だが、この辺りの見通しがつきにくい。この点で、北海道アイヌ協会の組織的閉塞性（新ひだかからの大川勝氏の理事長選出（2020年6月）による将来的不透明さ）ないし従来の構造的問題の帰結として、アイヌ民族の自己決定権行使に向けた組織的自律性の脆弱さが懸念される（大川理事長就任後のメッセージとして、国のアイヌ政策との全面的な協力体制を強調するところなどは、本稿に述べた、アイヌ政策の問題状況・課題を意識されているのであろうか）。

さらに、組織の分断状況にどう対処していくかも問われる。例えば、WIN-AINU やアイヌ民族党、更には、（北海道アイヌ協会ではない）各地のアイヌ協会をどのようにバランス良く、「マイノリティの声」を汲み取り、それらの支持・支援をしていくかという問題である。そして、国際的ネットワークとの結びつけも重要であろう。世界の先住民族のアイヌ民族への関心は高く、EMRIP もアイヌ民族訪問を考えているのである（それ自体は、アイヌ民族政策への国連の関心が高まっていることなのであり、内閣官房アイヌ総合政策室もそれを消極的に受け止めず、自身のアイヌ政策に積極的に、内外の協調関係の推進に努めてほしい）。

## (3) ポストコロナのアイヌ民族のあり方

目下コロナウィルスが世界的に猛威を振るう今日、観光立国的な『ウポポイ構想』は、いずれ行き詰まるであろう（それと同時に、アイヌ民族に迫り来るコロナ不況がどのような被害を及ぼすかも心配であり、「類なき経済大不況」の皺寄せからいかに守るかが重要な課題である）。前記アイヌ新法の交付金制度による浅薄なアイヌ観光も反省が必要なのである。むしろそれよりも、発想を転換して、『本来の先住民族のローカルなコミュニティ』が、再生する方途を考えることが重要で、そのための地域支援が重要だろう。遺骨問題にしても、本来の分極的なアイヌコミュニティのアイヌ墓地保護の支援があるべき姿である（例えば、日高姉去アイヌの強制移住後、上貫気別のアイヌ墓地を細々と守っていた故鳩山アイ子さんの支援）。

このこととの関係で、広い人類学的な視点からの狩猟採集民族ならで

はの『本来の源流規範』の意義が高まっている（山極＝尾本理論）<sup>85</sup>ことも興味深い。そしてこのことは、かねて宇梶静江フチが、アイヌ民族の積極的な価値観を追求する議論を進めておられる<sup>86</sup>ことと重なり合う（また、かねて梅原猛氏がアイヌ学に着目する<sup>87</sup>ことも関係する）。



（宇梶静江フチとともに）（2020年7月）  
（東京私学会館での後藤新平賞受賞の折に）

<sup>85</sup> 例えば、尾本・前掲書（注2）145頁以下、尾本＝山極・前掲書（注31）123頁以下。なお、山極寿一教授は、ゴリラの生態も見据えて、またR・ダンバー教授の理論（集団規模の拡大に応じて、脳の新皮質の割合増加したとする）も踏まえて、「狩猟採集民族」の段階で進化があり、私有ではなく共有の「わかちあい」の精神、男女共同参画社会、仲間意識を重視する関係性社会であることに着目し、これが農耕社会（「文明社会」）になると急変するとする（同書135頁以下参照。さらに、同・暴力はどこから来たか——人間性の起源を探る（NHK ブックス）（日本放送協会、2007）、同・ゴリラは語る——ヒトの「常識」を疑え！（講談社、2012）45頁以下（共感力、利他主義、平和、環境保護）、同・「サル化」する人間社会（知のトレッキング叢書）（集英社、2014）、小菅正夫＝山極寿一・ゴリラは戦わない——平和主義・家族愛・楽天的（中央公論新社、2017）、鷲田清一＝山極寿一・都市と野生の思考（インターナショナル新書）（集英社、2017）など参照）。

<sup>86</sup> 宇梶静江・すべてを明日の糧として——今こそ、アイヌの知恵と勇気を（清流出版、2011）39頁以下、171－172頁、179頁以下、同・大地よ！（藤原書店、2020）362頁以下、373頁、378頁以下（環境破壊、戦争、毒物（微生物）蔓延への危機感、アイヌの精神性からの救済）。

<sup>87</sup> 例えば、梅原猛＝藤村久和編・アイヌ学の夜明け（小学館ライブラリー）（小

まとめると、アイヌ民族ないし狩猟採集民族の特徴として、その後の「文明社会」との比較で注目されるのは、①自然環境の重視、②富の蓄積をしない共同体文化・関係的文化、③その前提としての、土地などの個人私有という考え方はせずに、共同利用的な考え方である（まさに利用型の入会である（民法294条参照）。Cf. 民法263条）。④平和思想（議論はするが、戦争はしない）、⑤シャーマニズム・アニミズム的な死生観（象徴空間的集結はこれとなじまない立場である。その意味からも、遺骨を一箇所に集中させるやり方ではなく、伝統的なアイヌ墓地の保護が求められる）、⑥また命の平等思想（宇梶）ないし財産配分の平等性（入会規律の平等性は比較経済的にも注目される（オストロム博士）<sup>88</sup>）、そして⑦芸術的センスもあり、⑧『蝦夷錦』のようなたくましい取引交流の歴史の指摘（司馬遼太郎氏）<sup>89</sup>もある。

ポストコロナの時代には、富・権力の格差・分断の拡大に拍車がかかるだろうし（南北問題の深刻化）、経済大不況の被害を先住民族は受けるだろう。他方で、グローバル化の波にはストップがかかり、地球環境破壊にはストップがかかるころもあろう。そうなると、グローバルからローカルへの発想の転換で、本来の先住民族の生活・経験復権に繋がっていくようにも思われる。

これに関連して、尾本博士が、近時 J・ハクスレー（1887～1975）の「自

---

学館、1994）13－14頁（狩猟採集文化）、20・41・45－46頁（古層文化としてのまれびと信仰）、66頁（自然と調和して生きる思想）、70頁（霊送りの宗教）。

<sup>88</sup> E.g., ELINOR OSTROM, GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION (Cambridge U.P., 1990) 59, 65, 88. これに対する私なりの分析としては、吉田・前掲書（注19）（民法理論研究7巻）（2019）535頁以下参照（初出、（加藤雅信古稀）21世紀民事法学の挑戦（信山社、2017））。

<sup>89</sup> 司馬遼太郎「蝦夷錦」同・街道をゆく15北海道の諸道（朝日文庫）（朝日新聞社、1985）（新装版2008）85頁以下（中国明時代に、蘇州・杭州で作成されたものが、モンゴル民族により北上し、さらに樺太アイヌの交易で、蝦夷アイヌに渡ったことなどを述べる）。当時のアイヌ社会の旺盛さについては、榎森進・アイヌ民族の歴史（草風館、2008）115頁以下、また、瀬川拓郎・アイヌと縄文——もうひとつの日本の歴史（ちくま新書）（筑摩書房、2016）117頁以下も参照。

己規制・自己修正できる文明」を強調する<sup>90</sup>が（これは、T・ピケティ教授が、『21世紀の資本状況』（資本収益率（r）＞所得成長率（g））から来る飽くなき富・財の蓄積に対する警告<sup>91</sup>にも通ずる）、これは、先住民族の前記②〔富の（過剰）蓄積の否定〕とも繋がる立場である。また、ペストを逃れつつ人間省察をした M・モンテーニュ（1533～1592）の『穏健な生活』志向とも通ずるであろう<sup>92</sup>（そしてそのような人生観は、元々は自然（ピュシス）との一体を説くアリストテレースの「中庸」（メソテース）の徳に遡る。そこにおける自然観にも注目すべきであろう）（なぜ、モンテーニュかと奇異に思われるかもしれないが、コロナの不安に襲われる我々にとって、16世紀後半に同様の経験をして、人生観を見つめ直し「合理主義」「啓蒙主義」を懷疑した彼は参考になるということである<sup>93</sup>）。

<sup>90</sup> 尾本恵市「自己規制する文明は可能か？——自然人類学からのメッセージ」尾本ほか・前掲書（注1）11頁以下。

<sup>91</sup> T・ピケティ（山形浩生ほか訳）・21世紀の資本（みすず書房、2014）172頁以下、446頁以下、とくに601頁以下。同（山本知子ほか訳）・格差と再分配——20世紀フランスの資本（早川書房、2016）も参照。

<sup>92</sup> 例えば、M・モンテーニュ（原二郎訳）・エッセー（6）（1595）（和訳）（岩波文庫）（岩波書店、1967）121頁以下（「経験について」など）参照（142頁・185頁〔（最良の）中庸。自然に従うのが常に快適だとする〕、164頁〔自然の法則〕、195・198頁〔統治・富・建物は付随的なものであり、自然に従い、充実した生活・立派に生きることが重要だとする〕、208頁〔美しい生活とは、普通の人間らしい模範に合う、秩序ある、奇跡も異常もない生活だとする〕）。

<sup>93</sup> この点で、参考になる記事として、Robert Zaretsky, *Montaigne Fled the Plague, and Found Himself: As Disease and War Ravaged France, He Left Town and Invented the Essay*, THE NEW YORK TIMES, INTERNATIONAL EDITION, June 29<sup>th</sup>, 2020, p.9, 11（1585年の夏にボルドー市の市長たる M・モンテーニュは、近くの城からの慰問品から、腺ペストが迫って、逃げられる者は逃げており、逃げられない者は、ハエの如く死んでいると、伝え聞いた。彼の職務は殆ど終わっている。残すは、引き継ぎ式だけである。しかし他方で、城壁内にいる市民への配慮義務はある。彼は馬にまたがり、ボルドー市の端まで来て、市の評議員たちに、「引き継ぎ式のために、命を賭けるべきか」と尋ねた。返事はなかったようであり、離任した。そして疫病が去ってから城に戻った。しかしその時には、1万4000人以上の市民、つまり市民の約3分の1が酷くも死ん

こうした思想は、哲学的・思想的には、古代ギリシア（イデア・エイドス〔形相〕により自然を「製作」していくという近代主義への転換以前）の存在感に立った丸山真男博士の・我が国の「古層」をなすとして晩年着目された自然観〔つまりそれは、ムスヒ（産霊）の発動による生長増

だ。このかつての市長は、城に戻り、『エッセー』の執筆に打ち込んだ。自己省察の書である。モンテーニュは、現実になし得ることと自己認識の限界を試した。16世紀後半当時、ボルドーは、疫病と宗教対立のホットスポットだった。カトリックとプロテスタントとの宗教戦争は、1562年から1598年まで吹き荒れた。市長ないし外交官として、彼は両者の仲介を試みた。彼は、1585年に書いた『人相学について』では、利益を生む災難だとし、その残酷さ、怒り、野心、欲望は、双方を枯渇させ、苦境の中で自身をしっかりと立脚することの重要性を教えるとする（岩波文庫6巻に所収）。また、『嘘をつくこと』（4巻に所収）では、紙と人物との間、人生の語りとその人生との間の錬金術を考察し、「本により自身が作られる」とした。もう1000年以上前に、エピキュルスとセネカとは類似の議論をしたとし、教師は生徒を作るとした。フランス哲学者のP・アド（1922～2010）は、ストア派とエピキュロス派は、現実世界の精神訓練をし、物理学や倫理学を自己目的ではなく、人生の挑戦課題の手段として、教育したとする。しかし自己実現は、それ自体世界との調和であり、現実の認識ないし自己コントロールの必要を説き、1585年の災厄は、戦争以上に、モンテーニュに自己実現を求めた。疫病がやってきたときに、彼は家族を救うために、逃げたが、その際には、死にゆく農民たちが自らの墓地を掘っているのを見たという。彼らが、逃げるモンテーニュを見て、どう思ったかは分らない。我々はどう考えるべきか。多くの批評家は、彼は臆病者ではないにせよ、ヒーローではないと考える。デブラジオ・ニューヨーク市長が、コロナウィルスのことを聞き、市の評議員におさらばと言ったら、どうであろうか。モンテーニュの場合、正直にヒーローぶらずに、エッセーを書いた。多くの人生に関するエッセーで、穏健な生活の重要性を説いている。『経験について』（6巻に所収）では、「重要なことは、精神を高揚させることなく、自己抑制することだ」と述べて、穏健な生活の重要性を述べている。彼が受けとったレッスンは、我々にとってのそれでもあり、「重要なことは適切に生きることなのだ」。コロナと同様の経験をしたモンテーニュからの教訓であり、筆者はヒューストン大学教授で人文主義期専門である（do., CATHERINE & DIDEROT: THE EMPRESS, THE PHILOSOPHER, AND THE FATE OF THE ENLIGHTENMENT (Harvard U.P., 2019); THE PHILOSOPHERS' QUARREL: ROUSSEAU AND HUME AND THE LIMITS OF HUMAN UNDERSTANDING (Yale U.P., 2009) の著者）。

殖という宇宙創成のイメージである]<sup>94</sup>をも想起させ、それとアイヌ思想との連続性も看取できるだろう。そしてそれが、近代科学主義・合理的理性主義の行き詰まりを言い当てており、まさに現代の問題状況を指摘し、ポストモダンに生きる我々の進路を指し示すことにもなっていることに我々は注目すべきではないか。

#### (4) 教育機関としての大学のあり方

最後に、「大学のあり方」であるが、やはり過去の先住民族への不正義は、克明に教育し、その道義的責任を真摯に考えるのが、研究者であり、教育者の役割であろう。その意味で、広義の『補償事業』に従事すべきである。(アイヌ民族に対して)『謝罪』するにしても、その前提をなす、歴史的不正義の中身の理解、そしてその謝罪の態様が重要であり、先に述べた、補償プロセスに即したものである必要がある。

そして言うまでもないが、批判的な議論(それは「自由な表現、意見・見解の発表空間」ということである)を封ずる『権威主義』的立場は、大学にはなじまない。北大のアイヌ先住民センターも、諸外国のような健全な姿に舵を切るべきであろう(研究者の個人主義を確保すればよいというものでもなく、「大学の役割」には従来、取り巻く政治構造のコンテキストで、明治維新以来の植民地主義的体質があるとしたら、それをどう変革するかを組織的に考えることも必要であろう)。このことは、決して北大だけのローカルな問題ではなく、広く大学に身を置く大学人が常に考えるべきこととして述べた次第である。

---

<sup>94</sup> 丸山真男「歴史意識の『古層』」丸山真男集10巻(岩波書店、1996)(初出、1972)。さらにこの法学的理解(法思想的理解)については、吉田邦彦「アメリカ批判法思想の展開とわが民法学の行方」同・前掲書(注16)(民法理論研究1巻)(2000)84頁以下参照(初出、民商法雑誌119巻2号、3号(1998))。