HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ラテンアメリカにおける先住民法の現状 ： 法多元主義に関する一考察
Author(s)	ロドリゲズ・サムディオ, ルベン
Citation	北大法学論集, 72(3), 67-136
Issue Date	2021-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/82823
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_72_3_03_Samudio.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

ラテンアメリカにおける先住民法の現状

―― 法多元主義に関する一考察 ――

ルベン・ロドリゲズ・サムディオ

Ⅰ．問題の所在

本稿は、ラテンアメリカにおける先住民法の現状を紹介しつつ、これらを比較法および法多元主義の観点からを考察し、先住民法と国家法の関係を検討する。特に、先住民法と国家法が対立するケースに着目する。

ラテンアメリカにおいて、1970年代以降、植民地時代とポストコロニアリズムに関する法人類学の研究は、国家法による先住民族慣習の容認とその共存を目的としていた[1]。その中で、多文化性を認めようとしたラテンアメリカ各国では、先住民法と国家法の関係における法多元主義の議論が増加した。特に、1980年代後半から採択された国際条約、および各国において行われた憲法改正では、先住民族の慣習が紛争解決のための法として認められることとなった。そのため、1990年後半から、ラテンアメリカ各国の国内法による先住民法の受容と共に、法多元主義の観点から国家法と先住民法の関係に焦点があてられることとなった。

法多元主義（英:legal pluralism、西:pluralismo jurídico）は、一定の地域において複数の規範システムが用いられている現象であり、国家の定めた法律しか認めない法中心主義（英:legal centralism、西:monismo

[1] Brian Z. Tamanaha, Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global 30 Sydney Law Review 376, 390 (2008)。

jurídico）に対する批判として現れた[2]。法多元主義は、20世紀の末葉に国際法と超国家法の激増によって注目されるようになった[3] [4]。グローバル化のプロセスは、かつての様々な境界をなくしたにも関わらず、あるグループのアイデンティティ、自治制度、経済的機会に脅威を与えることを通じて、個人とコミュニティーの関係が深まることとなった[5]。

多元的な法状態が、人々の多様な活動から生じる各紛争に適切な解決を提供し、法の機能を高めるものであるという指摘がある[6]。しかし、国家からすると、法多元主義は、当事者に紛争解決方法を決定する権利を与えるため、国家による司法の独占および法適用の統一性に対する脅威となり、国家と非国家の間で、資金や権威を得るための長期的な争いを招く[7]。従って、先住民族の伝統的な司法システムは、国民の生活における国家の立場を脅かす制度として評価されることなる。

法多元主義の下では、共存する規範制度の間に緊張が発生し、国家法

---

[2] John Griffiths, What is Legal Pluralism?, 24 Journal of Legal Pluralism 1,1 (1986)。

グリフィスは、いかなる国家においても非国家的な紛争解決方法があると強調し、このことについて法多元主義は「事実」、法中心主義は「神話」だと評価している。

[3] Janine Ubink, Introduction: Legal Pluralism in a Globalized World, 8 UC Irvine Law Review 141 (2018)。

[4] 国家概念が誕生する前の中世ヨーロッパでは、紛争解決に際し様々な制度が利用されため、常に法多元主義が採用されたとされる。国家権力の拡大によって、国家法は、統一的な拘束力のある社会ルールとなり、法多元主義は制限されたが、15世紀から始まった植民地化プロセスによって改めて拡張した。Tamanaha 前掲注（1）376頁。

さらに、法多元主義の研究は、現代のグローバル社会のみのものではない。「法多元主義」という用語は用いられていないものの、一定地域における複数の法律制度の関係に関する研究は、19世紀の後半にもあった。Frederick W. Maitland, A Prologue to the History of English Law, 14 L.Q. Rev. 13 (1898)。

[5] Tamanaha 前掲注（1）399頁。

[6] 浅野有紀「私法理論から法多元主義へ――法のグローバル化における公法私法の区分の再編成――」社會科學研究65巻２号89頁以降（2014）。

[7] Geoffrey Swenson, Legal Pluralism in Theory and Practice, 20(3) International Studies Review 438, 440 (2018)。

による非国家法への対応が重要となる。リベラルな社会においては、国家法が各コミュニティーにある程度の自治制度を与え、これらのグループの紛争解決方法を認める例が多い[8]。ただし、法多元主義における「法」の定義は極めて困難であり[9]、先住民族の文化、伝統、慣習は、「法」として認識できるか否かが問題となる。「法」を、国家組織の有無を問わず、ある社会集団の秩序を保護するためのルールとして定義する[10]場合、ほとんどの先住民族の伝統は「法」である。これに対して、「法」とは公共機関によって実行されるルール[11]のみであるとすれば、「法」として認識できる先住民族の慣習は極めて制限されることなる[12]。いずれにしても、現代ラテンアメリカでは、先住民族の独特な司法ルールを認める国が多い。自治制度を求める先住民族は、国家法の限界が試されていると言える。

先住民法に関する法多元主義は、国家法と並んで先住民法を認める規範多元主義（西 :pluralismo legal）と、先住民の管轄権を認める管轄多元主義（西 :pluralismo jurisdiccional）とが区別されて認識されている[13]。ただし、規範多元主義は、先住民族に統一の規範があるという意味ではない。一つの民族にも様々なコミュニティーがあり、地域によって民族の慣習は影響される[14]ため、先住民族の規範より各コミュニティーの規範

---

[8] Tamanaha 前掲注（1）404頁。

[9] Gordon R. Woodman, Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate About Legal Pluralism, 42 J. Legal Pluralism 21,45 (1998)。

[10] Bronislaw Malinowski, Crime and Custom in Savage Society (London: Routledge 1926) について Tamanaha 前掲注（1）391頁参照。

[11] この点に関する詳細は、Brian Z. Tamanaha, An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law, 15 Oxford J. Leg. Stud. 501, 506-508 (1995)。

[12] 後述するように、先住民族には、民族の管理および紛争解決を担当する機関があるが、コミュニティーを中心とする先住民族の公共機関として解釈できるか否かは困難である。

[13] Juan Pablo Cruz Carillo, Pluralismo jurídico, Justicia Indígena y Derechos Humanos, 16(1) Revista Jurídica Piélagus 103,104 (Ecuador) (2017)。以上の区別は、スペイン語の文献に用いられ、英語の文献では積極的には議論されない。

[14] Diego Fernando Chimbo Villacorte, El Error de Prohibición en la Justicia

を重視するべきという指摘がある[15]。

規範多元主義のもとでは、国家法の先住民族慣習への対応が問題となる。原則として、民事事件では、国家法は当事者の意思を尊重するため、先住民族の独特な紛争解決方法を認めるに当たって問題は生じない。これに対して、刑事事件の場合、国家法と先住民族の慣習における「罪」の概念が異なることがある。いかなる文化においても殺人、強盗のような犯罪は、非難されるべき行為として罰せられている。しかし、行為自体が批判されるのではなく、行為が「魔術使い」のような文化的な価値観によって批判される場合、西洋的な概念、特に宗教的な概念に基づく国家法による民族の慣習の是認は困難である[16]。

こうした状況の中で、ラテンアメリカの各国では、国家法と先住民法が対立するケースに注目が集まっている。先住民法は、あるコミュニティーの日常生活における問題の解決方法として、国家法よりも妥当であるケースが多いとも思われるが、その一方で、国家権力への制限のみならず、個人の権利を保護する義務を負う国家にとっては、すべての慣習を認めることは困難であるという事実がある。つまり、国家は、先住民法の適用によって個人権が侵害される場合、国際条約上の義務に基づき、いかなる範囲で先住民法を認めるべきかという問題である。本稿は、先住民法に関する基本条文や判例を紹介しつつ、これらの法律制度の対立によって生じる問題も検討する。

A．本稿の経緯

筆者は、2018年以降、ラテンアメリカにおける先住民自治制度に関する研究に協力し、16ヵ国の法律調査を担当した。この経験を踏まえ、そのため、以下の研究活動を行った。

第一に、先住民人口の割合が民族の独特な法的な措置の是認と関連性

Indígena, 103 Revista de Derecho Penal y Criminología 35, 37 (Costa Rica) (2016)。

[15] Alberto Wray Espinsosa, Justicia Indígena: Sus Límites Constitucionales, 3(6) Iuris Dicto 49,50 (Ecuador) (2002)。

[16] Villacorte 前掲注（14）40-42頁。

があるか否かを確認するために、自治制度化比較分析の対象地域における先住民族の人口統計を参照した。公開されている人口調査によれば[17]、

[17] INDEC, Resultados Definitivos Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010: Censo Del Bicentenario (Arg.) (2012), https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/censo2010_tomo1.pdf。

INE, Censo De Población Y Vivienda 2012 Características De La Población (Bol.) (2013), https://bolivia.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Caracteristicas_de_Poblacion_2012.pdf。

INE, Sintesis Resultados Censo 2017 (Chile) (2017), https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf。

INE, Sintesis Resultados Censo 2017 (Chile) (2017), https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf。

DANE, Población Indígena de Colombia Resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda 2018 (Colom.) (2019), https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf。

INEC. Territorios Indígenas Principales Indicadores Demográficos y Socioeconómicos, (Costa Rica)(2013), http://www.inec.go.cr/sites/default/files/documentos/inec_institucional/estadisticas/resultados/repoblaccenso2011-02.pdf.pdf。

INEC, Sistema Integrado de Consultas, http://redatam.inec.gob.ec/cgibin/RpWebEngine.exe/PortalAction?&MODE=MAIN&BASE=CPV2010&MAIN=WebServerMain.inl。

DYGESTIC, Población Indígena Por Sexo, Según Municipio (El Sal.), http://www.digestyc.gob.sv/index.php/temas/des/poblacion-y-estadisticas-demograficas/censo-de-poblacion-y-vivienda/poblacion-censos.html%3Fdownload%3D204%253Apoblacion-indigena。

INE, Características de la Población y de los Locales de Habitación Censados (Guat.) (2003), https://www.ine.gob.gt/sistema/uploads/2014/02/20/jZqeGe1H9WdUDngYXkWt3GIhUUQCukcg.pdf。

INE, Características de la Población y de los Locales de Habitación Censados (Guat.) (2003), https://www.ine.gob.gt/sistema/uploads/2014/02/20/jZqeGe1H9WdUDngYXkWt3GIhUUQCukcg.pdf。

INE, XVII Censo de Población Y VI De Vivienda 2013, http://170.238.108.227/binhnd/RpWebEngine.exe/Portal?BASE=CPVHND2013NAC&lang=ESP。

CDI, Indicadores Socioeconómicos de los Pueblos Indígenas de México

各国における先住民人口は以下の通りである。

国	人口	先住民族	割合
アルゼンチン（2010）	40,117,096	955,032	2.30%
ボリビア（2012）	10,389,903	3,884,794	37%
チリ（2017）	18,355,000	2,185,792	12%
コロンビア（2018）	44,164,417	1,905,617	4.31%
コスタリカ（2011）	4,301,712	35,943	1%
エクアドル（2010）	14,483,608	1,018,176	7.02%
エルサルバドル（2007）	5,744,113	13,310	1%
グアテマラ（2003）	11,237,196	4,610,440	41%
ホンジュラス（2013）	8,303,771	601,021	7.23%
メキシコ（2015）	119,530,753	12,818,542	6.50%
ニカラグア（2006）	5,142,098	227,760	4.40%
パナマ（2010）	3,405,813	417,559	12%
パラグアイ（2016）	6,854,536	122,461	1.78%
ペルー（2017）	29,381,884	19,950,805	67.90%
ベネズエラ（2011）	27,227,930	724,592	3.20%
ウルグアイ[18]	0	0	0

(Mex.) (2015), https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/239921/01-presentacion-indicadores-socioeconomicos-2015.pdf。

INEC. VIII Censo de Población y IV de Vivienda Población Características Generales Volumen I (Nic.) (2006), https://www.inide.gob.ni/docu/censos2005/VolPoblacion/Volumen%20Poblacion%201-/Vol.I%20Poblacion-Caracteristicas%20Generales.pdf。

INEC, Diagnostico de la Población Indígena de Panamá con Base a los Censos de Población y Vivienda de 2010 (Pan.), https://www.inec.gob.pa/archivos/P6571INDIGENA_FINAL_FINAL.pdf。

DGEEC, Principales Resultados Encuesta Permanente de Hogares 2016 Encuesta Permanente de Hogares 2017 Población Indígena (Para.) (2018), https://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/eph2016-17/PEPH_2016%20-2017.pdf。

INEI, Perú: Perfil Sociodemográfico Informe nacional (Peru) (2018), https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/libro.pdf。

INE, XIV CENSO DE POBLACIÓN Y VIVIENDO DE 2011 -RESULTADOS POBLACIÓN INDÍGENA (Ven.) (2011), http://www.ine.gov.ve/documentos/Demografia/CensodePoblacionyVivienda/pdf/ResultadosBasicos.pdf。

[18] ウルグアイ政府は、先住民族はいないとかねてから決定している。しかし、

第二に、先住民族の紛争解決慣習と関連する各国の条文を検討した。特に、①憲法上の先住民族の慣習に関する条文の有無、②法律または規則上の先住民族の慣習に関する条文の有無、③判例、および④関連する論文を中心とした。①については、チリとウルグアイを除き、すべての対象地域の憲法では先住民に関する条文が置かれているが、先住民族の慣習に関する規定は少ない。②に関しては、各国の法律における先住民族の慣習に関する条文は、概ね、先住民族に独特な紛争解決方法の是認と、先住民が当事者となっている事件に適用される特別な基準とに区別できる。前者は先住民族の領域および代表機関と密接な関係があり、後者は国家法の法廷によって先住民である者のみに適用される。また、国によって両制度を調和させる活動が行われているが、その結果に関する情報が少ない国もあった。例えば、2012年以降、ベネズエラの政治的な状況により、先住民族のみならず、様々な情報が公開されていない。

判例に関しては、先住民法の慣習と国家法の調和に関する判例に着目した。ただし、判例法の検討には限界がある。そもそも、先住民族代表機関の決定は、書面によらない場合が多く、内容を確認することが困難である。そして、先住民の当事者には、代表機関の決定に従う意思があれば、国家機関の法廷で議論されないまま紛争が解決される。つまり、国家法の法廷で議論される事件のみ記録されている。そして、国によって下級審の判決はデータベースにアップロードされない場合もあり、最高裁判所まで上がる先住民の慣習についての事件も少ない。

さらに、ラテンアメリカにおける先住民族に関する学術論文は、自己決定権、政治参加、協議権、領域に関するものが中心であり、先住民族の紛争解決慣習についての論文は比較的少ない。伝統的な紛争解決方法を問題とする論文は、先住民族の観点から、多文化主義を根拠として、先住民族の慣習への制限を批判する。特に、先住民族の慣習に対する国家法の支配を指摘した上で、国家法との相違に基づき先住民族の慣習をより広く容認すべきことを主張する論文は、人権侵害となる先住民族の慣習に言及しないことが多いため、その中立性が問われ得る。

B．定義

近年では先住民アイデンティティの復帰を求める運動が進んでいる。

本稿のような比較法の研究では、各国における法律用語の取扱いには困難がある。対象国はスペイン語を母語とするという共通性を有するが、各国において特定の用語のニュアンスが異なるという問題がある。

こうした状況では、ここで、本稿で用いる専門用語を定義しておく。まず、本稿でいう「法多元主義」とは、既に説明した通り、一定の地域において複数の規範システムが利用される現象である。そして、規範システムとは、立法過程によって発布された法律に限らず、法律として認識されないものの、特定のグループの定めた紛争解決方法等も包含されている。

さらに、「先住民族」（西 :pueblo indígena）または「民族」（西 :pueblo）は民族全体を指し、「先住民」（西 :Indigena, miembro de la comunidad）はある民族に属している個人を示す。また、「代表機関」（西 :autoridades tradicionales）はある民族において司法権を有する団体または個人とする。

先住民族の土地に関しては、「先住民族領域」（西 :territorio indígena）または「領域」（西 :territorio）は、行政区画として認められ、ある程度の自治制度がある領域とし、「共有地」は、各国において先住民族に容認されている土地の民事所有制度とする。

「西洋法」は、アメリカ、ヨーロッパに限らず、日本、韓国のような自由民主主義に基づく法律制度を意味する。これに対して、「先住民法」は、先住民族の紛争解決方法全体を意味するものとする。そして、「先住民法」には、当該民族においては拘束力を持つ慣習である「慣習法」（西 :derecho consuetudinario）、および先住民族の代表機関が有する紛争を解決する権限である「先住民族管轄」を含むものとする。これに対して、「国家法」は、憲法、その他の法律を問わず、各国における実定法とする。

最後に、「基本権」（西 :derechos fundamentales）とは、国際条約に明記されている人権の他、各国において「憲法」またはそれと並んだ最高法規性を持つ権利とする。つまり、本稿における「基本権」とは、普遍的な権利または特定のイデオロギーを示すのではなく、当該国において最低限の規範として認められている権利を念頭に置いている。

C．先行研究

ここでは、ラテンアメリカと日本における先住民法に関する研究を概観する。ラテンアメリカの立憲主義の研究における1980年代以降の発展は、人権的な立憲主義（西:constitucionalismo de derechos humanos、1980 ～ 2000年）と呼ばれ[19]、個人権の保護の強化と共に、ラテンアメリカにおける先住民族の権利保護に関する議論も開始した。[20]こうした状況において、先住民族の権利保護に関する研究は、三つの時期に大別することができる。[21]第一期（1982―～ 1988年）は、1982年のカナダから始まり[22]、様々な国の憲法における多文化主義の採用に着目していたが、先住民法に関する法多元主義に関する議論は少なかった[23]。

第二期（1989―～ 2005年）は、1989年に国際労働機関によって採択された「原住民及び種族民条約（第169号）」（以下、「169号条約」）を起点とし、多文化主義と共に、いくつかの国の多民族性に関する議論が注目され、先住民法に関する研究も始まった。この時期の研究と立法過程は、先住民族の自己決定権、自治制度、政治的参加、協議権、文化保護を中心した。この時期に改正された憲法は、先住民族の権利を明記した上、先住民法の容認によって法多元主義を採用したといわれている[24]。

ただ、先住民族の文化的、政治的な問題と比較すれば、各国において先住民法に対する関心は低かった。例えば、後述するように、169号条約は、先住民族の自己決定権、協議権、財産の権利に関する条文がかな

---

[19] Roberto Gargarella, Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, 27 Revista Uruguaya de Ciencia Política 109, 110 (Uru.) (2018)。先住民族と他のマイノリティーの権利を認めるため多文化的立憲主義とも呼ばれている。

[20] ただし、先住民法に関する研究は、少なくとも1940年代から行われている。Atilio Sivirichi Tapia, Derecho indígena peruano: proyecto de código indígena (1945)。

[21] Raquel Yrigoyen Fajardo, *El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: Del Multiculturalismo a la Descolonización* 140, *in* El Derecho en América Latina Un Mapa del Pensamiento Jurídico del Siglo XXI (César Rodríguez Garavito, coord. 2011) 140.

[22] ラテンアメリカでは、1985年のグアテマラ憲法と1987年のニカラグア憲法が多文化主義を認めた。

[23] Yrigoyen Fajardo 前掲注（21）141頁。

[24] Id. at 142。

りの数置かれている一方で、先住民法についての条文は三つのみである。しかし、各国において法多元主義を主張する論文、特に国家法と先住民法の関係を検討するものは、少しずつ現れた[25]。

また、後ほど紹介するウィル・キムリッカを始めとするカナダ人学者の思想は、ラテンアメリカに大きな影響を与えた[26]。キムリッカの多文化時代の市民権は、先住民族の権利を認める政治的な根拠となり、先住民族は文化的多様性のある団体として認識されるようになったため、先住民法は自己決定権に基づく集団的な権利として容認されたと言われている[27]。

さらに、第二期には、国家法と先住民法の対立による問題が注目されることになった。この点に関して、先住民族の権利に関する代表的な研究者であるロドルフォ・スタベンハゲン（Rodolfo Stavenhagen）[28]は、1987年から国家法による先住民法の容認に関する研究を始め[29]、先住民法と人権の問題に関する著書において、先住民法の承認の問題に対して人類学と先住民法のアイデンティティの観点からアプローチした[30]。そして、1990年代初頭から、先住民法の必要性を訴えた。スタベンハゲンは、先住民法が、言語と同じように各民族の文化的なアイデンティティに不可欠であるにもかかわらず、人類学と法学の研究対象となっていな

---

[25] 例えば、Miguel Chase-Sardi, El Derecho Consuetudinario Indígena y su Bibliografía Antropológica en Paraguay (1990) German Palacio, Pluralismo Jurídico: el Desafío al derecho oficial (1993) Alberto Wray, Juan Carlos Ribadeneira, Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado (1993)。

[26] Jesús Antonio Serrano Sánchez, Filosofía Actual en Perspectiva Latinoamericana 210 (2007)。

[27] Yrigoyen Fajardo 前掲注（21）143頁。

[28] 2001年に国連の初先住民族の特別報告者として任命された。なお、スタベンハゲンは法学者ではなく人類学者であった。スタベンハゲンの研究は、先住民法ではなく、先住民族の権利、特に自己決定権に着目するものであった。

[29] María Teresa Sierra Camarcho, *Del Derecho Consuetudinario a la Justiciabilidad de los Derechos Indígenas. El Legado de Rodolfo Stavenhagen a la Antropología Jurídica,* 57 Desacatos 156, 157 (2018)。

[30] Rodolfo Stavenhagen, Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina 96-105 (1988)。

いとも述べた。

さらに、先住民法の研究について、ラテンアメリカにおける先住民族の多様性を主張しながらも、イスラム法やヒンドゥー法と同じように、各民族法には共通点があるという前提に立ち、先住民法を定義づけた上で法多元主義の重要性を強調した[31]。そして、1992年以降、先住民法を「慣習」とすることについては、先住民法の「法律」としての拘束力を否定することになるとして批判した[32]。

上述した通り、先住民族の政治的、文化的な権利は、先住民法より重視され、ほとんどの論文もこれらの権利に注目した。また、2000年代前半には、169号条約の影響を受け、多くのラテンアメリカ諸国の憲法は、先住民族の自己決定権、財産権、文化的な権利を明記したため、国際機関、地域研究、および論文はこれらの権利に着目した。ただし、いくつかの憲法においては、先住民族の慣習への尊重、または先住民法の是認が明らかされたため、各国においてこれを国内法と調和させるプロセスが始まった。

かかるプロセスでは、特に憲法上の先住民法の容認により、ラテンアメリカにおける法多元主義の採用も重視されることとなった[33]。そして、先住民法の国家法による支配、またはその体系化をすべきではなく、より広く多文化法学主義を求めるべきという見解もあった[34]。これに対して、先住民法の適用による先住民族における個人の権利侵害に注目し、国家の責任を訴える見解もあった[35]。

---

[31] Rodolfo Stavenhagen, *Derecho consuetudinario indígena en América Latina, in* Entre la Ley y la Costumbre. EL Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina 47 (Mex.) (Rodolfo Stavenhagen, Diego A. Iturralde eds, 1990)。

[32] Camarcho 前掲注 (29) 161頁。

[33] Donna Lee Van Cott, *A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia*, 32 Journal of Latin American Studies 207 (2000)。

[34] Catherine Walsh, *Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico* 25, 33, *in* Justicia indígena: aportes para un debate (Judith Salgado, comp. 2002) (Ecuador)。

[35] Andrés Guerrero, *Los Linchamientos en las Comunidades Indígenas*

このように、ラテンアメリカにおいては、比較法の観点から、法律および判例に基づき、先住民法の状況と法多元主義に関する議論がなされた。ラテンアメリカにおいて比較法と法制史の代表的な学者であったマルガダント（Margadant）も、先住民法を比較法の研究対象として、議論に参加した[36]。マルガダントは、メキシコの先住民族を中心に、先住民法の内容、国家法と先住民法の関係、先住民法における女性の権利を検討した。ただし、マルガダントが指摘したように、その時点まで先住民法に関する研究は人類学また法人類学のものが多かった。

2000年代半ばには、国家法における先住民法の位置づけが確立され、その管轄権、適用範囲、制限に関する規範が議論されるようになった[37]。この時期の思想は、人類学や政治学の文化的なアプローチではなく、法学の観点から、大陸法とコモン・ローにおける伝統的な法律概念を離れ、先住民の慣習も拘束力のある「法」として認識すべきという見解が現れた[38]。そして、先住民法の根拠、特徴、および西洋法の基礎概念との比較、特に民族における先住民法の役割の重要性が検討された。

第三期（2006―～ 2009年）においては、2007年の先住民族の権利に関する国際連合宣言、およびボリビア（2006―～ 2009年）とエクアドル（2008年）の憲法改正が行われた。国連宣言は、169号条約の影響を受け、先住民族の権利と政治的な参加をさらに保護することを目的とした。そして、エクアドルとボリビアの憲法改正は、先住民族の権利保護より、多民族国家に基づく各民族の積極的な参加を目的とした。こうした状況で、ボリビアとエクアドルにおいては、他のラテンアメリカの憲法より

(Ecuador): ¿La Política perversa de una Modernidad Marginal? 29 Bulletin de l'Institut français d'études andines 463 (2000)。エクアドルにおける先住民のリンチ事件の増加。

[36] Guillermo Floris Margadant , Lois Parkinson Zamora, Guillermo Floris Margadant y su Mundo (2002)。

[37] Carlos Pérez Guartambel, Justicia indígena (2006)。

[38] Raquel Yrigoyen Fajardo, *El Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena en los Países Andinos 343, in* El Reto de la Diversidad: Pueblos Indígenas y Reforma del Estado en América Latina (Willem Assies, Gemma van der Haar, A. J. Hoekema, eds. 1999) 140。

も、先住民族の管轄権および権利概念の多様性が認められた[39]。

エクアドルとボリビアの憲法改正を契機として、先住民法の研究は、改めて人類学および政治学の観点からのアプローチがなされ、そこでは多様性を認める国家における先住民の慣習や代表機関の権限等が注目された。特に、ボリビアにおける改正過程の先住民法に関しては、キムリッカの多文化時代の市民権の概念を前提として、先住民族の集団的な権利とリベラリズムの適合性を検討しつつ、先住民法の地位と必要性が議論された[40]。これは、エクアドルとボリビアの求めた新たな国家像が、伝統的な国家概念と乖離するものであったために、先住民族に関する研究は、一時的に改正プロセスに着目する必要があったためである。

これに対して、2010年以降、各国における先住民法と国家法の調和プロセスが進み、いくつかの国では最高裁判決が下されるようになった。これらの判例は、国内事件に限らず、他国の裁判所によっても参照されることとなり、共通の原則の抽出を試みながら、先住民法と国家法の関係が重視されることとなった。この点に関しては、特に、コロンビアとボリビアの判例が注目されている。コロンビアの司法は、個人権の保護に専念しつつ、先住民族の権利と国家の義務とのバランスをとる立場をとり、積極的に先住民法を容認している[41]。また、ボリビアの司法は、先住民族の文化的なアイデンティティから、「所有」のような伝統的な概念の再検討を行っている[42]。

さらに、学説のレベルでは、法多元主義を求めるべきという考えに基づき、そこで生じる問題が論じられるようになった。特に、民族内の女性と子供に対する差別、基本権の侵害も注目されている。

ラテンアメリカに対して、先住民族の数が少ない日本では、先住民に関する議論は文化的問題を扱うものが中心であり、先住民法の議論は相

---

[39] Yrigoyen Fajardo 前掲注 (21) 150頁。

[40] Salvador Schalvelzon, El Nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia Etnografía de una Asamblea Constituyente 482 (Bol.) (2012)。

[41] 本稿の V-C を参照。

[42] Digno Montalván Zambrano, El Pluralismo Jurídico y la Interpretación Intercultural en la Jurisprudencia Constitucional de Ecuador y Bolivia, 14 Revista Ratio Juris 147 (2019)。

対的に少ない。ラテンアメリカの先住民権利保護に関する研究は、小坂田裕子の「先住民族と国際法」[43]と「先住民族の事前の自由なインフォームド・コンセントを得る義務――国際人権法の環境・開発分野への影響の限界と可能性――」[44]、常本照樹の「『先住民族の権利に関する国際連合宣言』の採択とその意義」[45]、佐々木雅寿の「先住民族の権利に対するアプローチの仕方――カナダ憲法を参考にして――」[46]等を挙げることができる[47]。しかし、日本における先住民の権利に関する研究は、国際法における先住民の政治的参加、自己決定権、財産管理に着目するものであり、先住民法と国家法に関する論文は少ない。

D．本稿の構成

本稿は、結論を除き、７章で構成されている。第Ⅱ章では、先住民法の概念を検討する。そのため、比較法における位置付け、法多元主義、および1990年以降ラテンアメリカで行われた多文化主義の拡張を検討する。そして、先住民法の適用に関する様々な問題を紹介する。これらの問題は、特定の国に限らず、先住民法と国家法の対立により生じる問題である。

第Ⅲ章では、国際法上の先住民法に関する条約を検討する。対象地域の国家法は、国際法の定めた基準から重要な影響を受けている。これらの条約は、長年にわたる先住民族の権利に対する見解の発展を示すものであるため、各国の現状を説明するためには重要である。ただし、これらの条約や宣言の位置付けは国によって異なるため、本稿は、あくまでも、国際法上において先住民法の現状を明らかにする程度にとどめる。

---

[43] 小坂田裕子「先住民族と国際法―略奪の歴史から権利の承認へ―」信山社(2017)。

[44] 小坂田裕子「先住民族の事前の自由なインフォームド・コンセントを得る義務：―国際人権法の環境・開発分野への影響の限界と可能性―」世界法年報33巻94頁以降（2014）。

[45] 常本照樹「『先住民族の権利に関する国際連合宣言』の採択とその意義」北海道大学アイヌ先住民研究センター編「アイヌ研究の現在と未来」193-210頁（2011）。

[46] 佐々木雅寿「先住民族の権利に対するアプローチの仕方―カナダ憲法を参考にして―」同上142-180頁。

[47] なお、特定の国に関する論文もある。

第Ⅳ章では、先住民法の適用と密接な関係がある自己決定権と領域の概念を検討する。第Ⅴ章では、対象国における先住民法の是認、および適用に関連する条文または判例、実務の現状を明らかにする。可能な限り、統一した基準で検討したが、国によって、情報の存否および正確性が異なるため、統一性がない場合もある。

そして、第Ⅵ章では、第Ⅴ章で述べた各国の法状況に基づいて、ラテンアメリカの法多元主義について検討する。特に、先住民法を認める国では、法多元主義の有りようと国家の役割に着目する。そして、国家法と先住民法の調和を求める制度に対する批判を紹介し、それらの見解に対して反論する。

Ⅱ．比較法における先住民法とその性質

A．先住民法の定義とその問題

先住民法の位置付けを分析する前に、その特徴について検討する必要がある。比較法において先住民法（英:indigenous law、西:derecho indígena）は、Chthonic 法（英:Chthonic Law）とも呼ばれ、当該民族の信念と慣習と深い関係がある[48] [49]。グレンは、Chthonic 法が、各民族の経験から現れ、そして、その最も明白な特徴は、口頭による情報の伝達にあり、慣習を成文化することに対して明確または暗黙に反対するいくつかの事例があると指摘している[50]。

先住民法を明確に定義することは困難だと言われている[51]。共通の社

---

[48] H.P. Glenn, Legal Traditions of the World 73 (4ed., 2010)。

[49] 先住民族と関係なく、特に、ある民族の伝承を示す場合、Folk Law（伝承法）とも呼ばれる。様々な社会や文化における慣習法について：Alison Dundes Renteln & Alan Dundes, Folk Law: Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta (1995)。

[50] Glenn 前掲注（48）64-65頁。

[51] José Aylwin, Derecho Consuetudinario Indígena en el Derecho Internacional, Comparado y la Legislación Chilena, Segundo Congreso Chileno de Antropología, Colegio de Antropólogos de Chile Tomo I 189, 190 (Chile) (1995)。

会ルールと慣習、および部族指導者や部族会議のような機関と手段は、慣習的な規範システム（英:customary normative systems）に包含されている。しかし、「慣習的」、「伝統的」、「先住」という概念は、植民地化とポストコロニアリズムの議論から生じたものとして、植民地保有国の定めた先住民族に適用される法律と異なる[52]。先住民法の主な特徴は、ある団体（民族、宗教、人民等）が認めた共通慣習であり、これに対して、成文法は、既に設立している政治的な機関により定立され、実施される。多くの場合、このような機関は国家である。つまり、実定法は国家権力と密接な関係を持つ一方で、慣習法は国家組織がない社会で利用される[53]。

先住民法は、慣習法として生き残っていることから、国家法と構造的に異なる点がある。つまり、先住民法は、①口頭で伝わる伝統的、かつ適応性のある慣習であり、②民族の各コミュニティーの生活から影響を受け、変化するため、国家法と異なり統一の概念ではなく、③このような変化は、刑事、民事を問わず、いかなる事件においても表れ、コミュニティーによって「罪」として評価される行為が異なり、④こうした制度を体系化する活動は、先住民法の適応性に悪影響を与える、という指摘がなされている[54]。

また、先住民法の主な特徴は、コミュニティーを中心とする生活方法に基づき、自然および神との関係を重視する点にある。先住民は、共通の言語、歴史、慣習を持つコミュニティーに属していることを根拠として権利を持つものとされ、個人としての権利は軽視されると言える[55] [56]。

---

[52] Tamanaha 前掲注（1）397頁。

[53] Stavenhagen 前掲注（31）397頁。

[54] UNDP, Informe Nacional de Desarrollo Humano, Diversidad Étnico-Cultural y Desarrollo Humano: La Ciudadanía en un Estado Plural 234 (Guat.) (2005)。

[55] *Id.* at 233。

[56] 社会化過程として口頭性を利用する社会において、特定の文化、社会的な背景は団体的および審議的なプロセスと密接な関係があり、このようなプロセスから生じる決定は、コミュニティーの統一の声として評価できる。したがって、生活方法を混乱させる恐れがあるため、当該コミュニティーに属してい

コミュニティーの生活を規制するルールは、先住民法では、①公的行動のルール（西:normas generales de comportamiento público）、②秩序の保護（西:mantenimiento del orden interno）、③メンバーの権利義務（西:derechos y obligaciones de los miembros）、③資源へのアクセスに関するルール（西:acceso y distribución de recursos）、④財産とサービスの交換（相続、結婚、狩猟等）（西:transmisión e intercambio de bienes y servicios）、⑤犯罪と罰の定義（西:tipificación de delitos y de castigos）、⑥紛争解決（西:manejo, control y solución de conflictos y disputas）、⑦公務のルール（西:definición de cargos y funciones de autoridad pública）によって構成されている。これらを踏まえて、先住民法とは「社会的統合、秩序保護、および紛争解決に貢献する各コミュニティー、および民族における社会活動ルールであり、これらのルールに違反する者に対する罰をも定める制度」である、ともされている[57]。そして、多くの先住民慣習法は、自然資源の利用、土地に関する権利義務、宗教的な行動、相続と財産に関する権利、伝統的な知識の保護等を中心としている[58]。

ただし、以上のみでは、先住民法と西洋法の相違を説明することができない。サヴィニーは、「記録された歴史をみると、市民法は既に、ある性質を持っていることがわかる。すなわち、言語や習俗、国制と同様に、市民法もまた、民族に固有のものになっている。このように、法も言語も習俗も国制も、それぞれ切り離された存在ではなく、一個の民族に発する様々の力であり活動であり、本来的には相互に不可分に結合しているが、われわれが観察するや否や、それぞれに区別された性質を持つものとして現れる、というに過ぎない」と指摘した[59]。つまり、いかな

ない者の意見を受け入れない。そして、口頭性を基準とする社会では、「過去」は極めて重要である。例えば、マヤ文明では、慣習法となるルールは、はるか昔に「神」によって下されたとされている。Carlos Ochoa García, Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico 6 (2002)。

[57] Aylwin 前掲注（51）190頁。

[58] WIPO, Background Brief No. 7, Customary Law and Traditional Knowledge (2016)。

[59] 守矢健一「F.C. サヴィニー『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命に

る法制度においても、当該コミュニティーの慣習が基本ルールとして利用される段階がある。

西洋法の発展を考えると、ヨーロッパにおいても同じ現象があった。ローマ帝国においては、古代ローマの法が混乱状態に陥ったため、Corpus Iuris Civilis（ローマ法大全）による体系化がなされた。しかし、ローマ帝国の没落により、ヨーロッパは暗黒時代と呼ばれる時期に入り、法の概念もその影響を受けた。中世ヨーロッパにおける各地域で自発的に表れた慣習を「法」として認識することは困難であり、仮にこうした慣習によって紛争が解決されたとしても、その実行は確実ではなかったため、「神」に頼ることとなった[60]。このようにして、15世紀までのヨーロッパにおいて、*ius commune*、*lex mercatoria*、教会法の他、体系化されたゲルマンの慣習、封建法、地方の慣習が利用された[61]。そして、16ないし17世紀以降、以上のような慣習の体系化活動が開始し、ヨーロッパの私法（仏:droit *commun coutumier*、独:*Privatrecht*）は、各地域慣習の比較から構成された[62]。

アメリカ大陸の植民地化のプロセスでは、先住民の紛争を取り扱う法廷が設立されることはなく、商人、宣教師、入植者、植民地保有国の活動を妨害しない先住民法は廃止されなかった[63]。ラテンアメリカでは植民地時代から、キリスト教および法律に違反しない先住民法の適用は認められている[64]。また、ある紛争の準拠法は人的管轄の基準で決定されるため、先住民同士の事件では慣習法が適用され、開拓者が当事者として参加した事件ではヨーロッパ法が適用された[65]。

ついて』（その二）」大阪市立大学法学雑誌60巻１号61頁以降（2013）。

[60] Rene David & John E. C. Brierley, Mayor Legal Systems in the World Today: Introduction to the Comparative Study of Law 38 (3RD ed., 1988)。

[61] Tamanaha 前掲注（１）378頁。

[62] David & Brierley 前掲注（60）２頁。

[63] W.J. Mommsen, Introduction, *in* European Expansion and Law 1,4 (W.J. Mommesen & J.A. de Moor eds., 1992)。

[64] Cletus Gregor Barié, Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama 40-50 (Mex.) (2003)。

[65] Tamanaha 前掲注（１）382頁。

しかし、以上の例に対して、先住民族の生活方法となる「法」と西洋法における「法」の概念は同一ではないという問題がある。「法」を、個人の行為に明確な基準を定めることによって人間関係に安定性を与えるための最低限のルールとして認識すれば、以上の慣習法は「法」に当てはまる。これに対して、「法」を、各国の立法過程を通じて発布された明文化ルールとして理解すれば、慣習法は「法」として認められえない。こうして、先住民法と西洋法の違いは、「法」として認められるルールの体系化の有無にあると考えられるが、コモン・ローにおける判例の拘束力、および国際貿易における *lex mercatoria* の重要性、または、国家法における「慣習」の適用を考慮すれば、必ずしもそうではないことが明確となる。

さらに、先住民法には「民事」「刑事」「行政」のような明確な分野がなく、単に侵害された規範とそれを判断する代表機関のみがあるため、先住民法は総合的な正義概念を用いる[66]。こうして、明確なルールを重視する西洋法にとっては、先住民の位置付けは簡単ではない。以上の定義からすれば、先住民法は法制度として是認できると思われるが、西洋法における「法制度」と異なっている。

国家に認められた慣習法は、当該国家の要件、手段、そして価値観に基づき発展され、これに対して、コミュニティー内では、国家法に影響されていない慣習法も発生する。現代国家では、国家法と先住民法の関係についてのアプローチには以下のような整理がある。つまり、軽罪の場合のみ先住民族の適用を認める「父権アプローチ」、国家の実定法を重視し、団体の利益より個人の保護を優先させる「自民族中心アプローチ」、そして、先住民法に国家法と同じ拘束力を認める「共存アプローチ」である[67]。1990年以降、自民族中心のアプローチや共存のアプローチを取る国際条約および国家法が増加している。ただし、後述するように、先住民法の適用を認める国際条約においても、基本権を侵害する先住民

---

[66] Juan Pablo Cruz Carillo, Pluralismo Jurídico, Justicia Indígena Y Derechos Humanos, 16(1) Revista Jurídica Piélagus 103,109 (Ecuador) (2017)。

[67] Sorily Carolina Figuera Vargas, Jurisdicción especial indígena en Latinoamericana 4 (Col.) (2015)。

法は禁止されている。

B．多文化主義の影響

現代の多文化主義は、1970年代のカナダ政府の移民対策に遡ると言われている[68] [69]。ラテンアメリカでは、事実上または法律上において多民族主義および多文化主義を採用する国が多い。ラテンアメリカにおける多文化主義に関する動きは、1970年代から見られる。1972年のパナマ憲法104条は、先住民族に独特な文化の是認を、1985年グアテマラ憲法59条は、先住民および民族に独特な文化、言語、慣習に基づく文化的なアイデンティティを持つ権利をそれぞれ規定した。1987年ニカラグア憲法は、国家の多民族性を明記し、1991年のコロンビア憲法７条においては、国に文化的、および人種の多様性の容認、および保護義務があるとされている。1992年メキシコ連邦憲法４条は、国家は、先住民を柱とし、多文化性があると規定し、「多文化」という用語を初めて用いた。ベネズエラ（1999）、エクアドル（1998）においても国家の多文化性は明らかにされた。2009年のボリビア憲法改正は、先住民族の自己決定権、政治的参加、およびその慣習法が国家法と同様の拘束力を有することを認めた。そして、2015年にコスタリカ憲法が改正され、１条では国家の多文化性、多民族性が明記された。

ウィル・キムリッカの多文化主義に関する議論[70]は、ラテンアメリカの思想に重要な影響を与えた。[71]キムリッカの議論では、1990年代のラ

---

[68] Sarah v. Wayland, Immigration, Multiculturalism and National Identity in Canada, 5 (1) International Journal on Minority and Group Rights 33, 33 (1997)。

[69] 多文化主義に関する議論は幅広く、様々な見解があるため、本稿での議論は最低限のものに限る。

[70] Will Kymlicka, Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights (1996)。

ボリビア憲法改正における先住民法の是認に関する議論がキムリッカの結論を出発点とするものとして、Schalvelzon 前掲注（40）482。

[71] Mayarí Castillo Gallardo, Pueblos Indígenas y Derecho Consuetudinario. Un Debate sobre las Teorías del Multiculturalismo, 22 (71) Nueva Antropología 13, 20 (Mex.) (2009)。

本稿 I-C を参照。

テンアメリカ各国は、植民地化された先住民族を蔑視しため、先住民族の権利（先住民法を含めて）を認めなかった。先住民族はある国におけるマイノリティーとして評価され、他のマイノリティーに優先するものではない。そして、リベラル国家は、先住民族の自治制度を撤廃し、強制的な統合と同化を実施した。一方、キムリッカは、平等の促進を目的とする「対外的防御」を認める。

さらに、キムリッカは、リベラリズムにおいては、個人の自由を制限する「対内的制約」は否定されるべきと主張し、先住民法を完全には認めていない[72]。キムリッカの思想は、既に紹介した先住民法を認めている国際法および国家法において観察できる。先住民法の容認自体は「対外的防御」に該当し、基本権の最優先は「対内的制約」の禁止である。

以上のキムリッカの思想は、先住民法を認める国で参照されている。このような国では、国家が主権を放棄し、慣習法の適用または先住民族管轄の是認によって、先住民のアイデンティティを保護し、その自己決定権を促進するものとして、キムリッカの言う「対外的防御」が採用されていると言える。むろん、このような制度によって先住民族への組織的な差別が消えるわけではないが、二つの制度が共存できることが証明されている。

また、キムリッカの「対内的制約」の禁止の要請も、国際法および国家法において採用されていると言える。各民族の価値観が異なり、そして民族の中においてもコミュニティーによって慣習法が変わることもあるため、生命侵害、性犯罪等のような事件は、先住民管轄権の対象外とされている。リベラリズムの影響を受けて多文化主義を認める国は、これらの法益を最低限のものとして評価しているため、先住民族管轄権のみならず、他の仲裁のような裁判外紛争解決手続の対象ともならないとしている。

C．先住民法に関する問題

先住民法に限らず、仲裁のような裁判外紛争解決手続きの容認および

[72] キムリッカの議論については、岸下卓史「文化と個人の自由の両立――少数派民族の文化保護をめぐる困難の中で――」応用社会学研究49巻207頁以降（2007）に詳しい。

利用からすると、現代ラテンアメリカにおいて、法多元主義が採用されていると言える。しかし、先住民法の適用に関してはいくつかの問題がある。第一に、他のマイノリティーと異なり、先住民法のみを認める根拠が問題となる。つまり、独特な文化、伝統および慣習を持つグループは先住民族だけではないため、例えばアジア系やアフリカ系のマイノリティーの慣習を認めないことの理由を説明するのが困難となるという問題である。

第二に、先住民法は当該コミュニティーの生活方法と深く結び付いているため、普遍的な分析は困難である。そもそも、先住民法における「慣習」は、いつの価値観を示しているのかということが明確ではない。慣習、文化、伝統は、時間とともに発展し、変化するものである。加えて、ヨーロッパ文化との接触から影響を受けて先住民族の慣習も変化した[73]ため、もはや純粋な先住民独自の慣習として解釈することができるかという問題もある。

さらに、上記の先住民族の共通点は、あくまでも西洋法の「法学」の観点からなされた区別に過ぎない。先住民族にとってはコミュニティーの慣習は、西洋法における「法」概念と異なっている。例えば、ある民族の先住民の権利義務における「権利」という概念は、憲法や民法に定められている「権利」ではない。西洋法は「権利」という抽象的概念を中心とし、その下での人間関係は「個人の権利」に基づいている。これに対して、先住民法においては「権利」のような抽象的な概念を利用せず、コミュニティーの慣習は、日常生活における具体的な行為の観点から理解されている。また、財産とサービス交換における「財産」は個人所有権に基づく概念ではなく、コミュニティーのメンバーとして認められることと結び付いており、コミュニティーの期待に違反した者は財産の「用益権」もなくなる、とされることが多い[74]。

さらに、権利概念についての問題は、財産権の定義と内容に限られない。国によって発展の程度が異なるが、多くの現代国家はリベラリズムを柱としている。そして、自由民主主義では平等原則が採用さている。

---

[73] Villacorte 前掲注（14）37頁。

[74] Glenn 前掲注（48）70-74頁。

既に述べたように、先住民族には個人が最優先であり、かつ、すべての者が平等であるという信念がない。特に、女性は、妊娠出産能力と生殖能力によって評価され[75]、児童婚のような子供の権利を侵害する慣習が未だに維持されていることがある。しかし、国家法のみならず、国際条約によって国家には人権を保護する義務があり、いかに先住民族の自己決定権を認める姿勢があっても、これらの慣習法を許すことができない[76]。

また、紛争解決法と公務のルールに関する基本的な理解も異なっている。西洋法においては、裁判官たる者は、法律の定めた過程によって任命され、中立の立場から当事者の権利義務を確認した上、あらゆる紛争を解決するという役割を果たしている。これに対して、先住民族においては、各民族の代表機関がコミュニティー内に発生した紛争を解決する。しかし、小規模なコミュニティーでは、宗教の代表が代表機関となることがあるため、代表機関の中立性が担保されず、個人の保護が困難となる場合がある。西洋法と異なり、先住民法にはデュープロセスの概念がない。この点については、各民族には、個人に弁明する機会を与える手段があり、個人は予めある罪に対する罰を知ることができるという反論がある[77]。しかし、既に説明した通り、先住民法にとっては、コミュニ

---

[75] *Id.* at 76。

[76] 法多元主義における女性への差別問題は、先住民法に限らず、宗教法にも現れる。この点については、Chandran Kukathas, Is Feminism bad for multiculturalism?, 15(2) Public Affairs Quarterly 38 (2001)、Susan Okin, Is Multiculturalism Bad for Women? (1999), Beverley Baines, Equality's Nemesis? 5(1) Journal of Law and Equality 57 (2006), Anissa Helie & Marie Ashe, Multiculturalist Liberalism and Harms to Women: Looking Through the Issue of 'The Veil', 19 U.C. Davis Journal of International Law & Policy 1 (2012) に詳しい。

メキシコのオアハカ州の先住民族においては、女性の政治参加は制限される。Todd Eisenstadt et al, Institutions, Not Culture: Explaining the Failure to Elect Women in Indigenous Southern Mexico, APSA 2012 Annual Meeting Paper (2012)。

[77] Ximena Ron Erráez, La Jurisdicción Indígena Frente al Control de Constitucionalidad en Ecuador 39 (Ecuador) (2015)。

ティーは絶対的であり、つまり、先住民法は先住民を守るが、個人は慣習に抵抗する手段がないと考えられる[78]。

Ⅲ．国際法における先住民法の容認

国際法における先住民族の権利保護問題は、16世紀に遡る[79]。植民地化プロセスにおいて、スペインとイギリスの先住民の扱いは異なった。イギリスの植民地化プロセスは経済拡大を重視したことから、入植者の自主性を認めていたため、先住民族の統合に関する政策は少なかった。そのため、入植者は先住民との交渉や協力を求めず、敵として認識したケースが多かった。これに対して、スペインの植民地化は、民族の慣習を抑制し、キリスト教の教育とスペイン的生活方法を中心として、先住民族の植民地への文化統合を目的とした[80]。

また、先住民族の自治制度はウェストファリア条約の採択によって生じた国家概念には該当しないため、国際法上は無視されることとなった[81]。以上の結果として、スペインは、植民地における先住民族の統一および同化を目的とし、国内問題として取り扱われた。また、国際法のレベルでは、「文明国」（英:civilized nations）という概念も現れ、先住民族の慣習を否定する傾向に至った。例えば、1945年の国際司法裁判所規程の38条１項ｃ号によると裁判所は「文明国が認めた法の一般原則」

---

[78] Glenn 前掲注（48）76頁。

[79] Pablo Campaña, Las Relaciones de Bilateralidad entre Estados y Pueblos Indígenas, 28 am. u. int'l l. rev. 1017, 1019 (2013)。

[80] Marcela Zuluaga, Las Políticas Coloniales y La Acción Indígena: La Configuración de los Pueblos de Indios de la Provincia de Páez, Siglos XVII Y XVIII, 42(1) Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura 23, 26 (Col.) (2015), J.A. Doerig, Dos Tipos de Colonización Europea: El Español y el Británico, 69 Revista de Estudios Políticos 128 (Spain) (1953), Diego A. Iturralde, *Movimiento Indio, Costumbre Jurídica y Usos de la Ley, in* Entre la Ley y la Costumbre. EL Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina 47 (Mex.) (Rodolfo Stavenhagen, Diego A. Iturralde eds, 1990)。

[81] Campaña 前掲注（79）1020頁。

（英 :the general principles of law recognized by civilized nations）を適用できるとされているが、そこには先住民族の慣習は含まれていなかった。

こうした背景のもと、第二次世界大戦後に始まった人権に関する様々な活動において、先住民族の問題は取り扱われることはなく、国際連合憲章には先住民族に関する規定が置かれていない。国際労働機関（ILO）の1957年の独立国における土民並びに他の種族民及び半種族民の保護及び同化に関する条約（以下、107号条約）は、先住民族を中心とした初の国際条約である。107号条約は先住民族の自己決定権を認めず、その2条において、各国政府には先住民族を国の生活へ漸次同化させる責任があることを規定した。

107号条約の７条は、先住民法に関して「関係住民の権利及び義務を定めるに当つては、同住民の慣習法を考慮しなければならない」及び「関係住民は、自己の慣習及び制度がその国の法的制度又は同化計画の目的と矛盾しない場合には、その慣習及び制度を維持することができる」と定めた。さらに、国家法と先住民族慣習の関係について、107号条約の８条は、国の共同社会の利益及び国の法的制度に合致する範囲内では、先住民が、犯罪又は法違反を行った場合、先住民族の社会統制方法を考慮し、それができない場合には、刑罰に関する当該民族の慣習に留意する義務も規定した。

1960年から1980年にかけて、改めて先住民族の問題は国際法の観点から注目されることとなった。1989年に採択された国際労働機関の原住民及び種族民条約（169号条約）から始まり、1990年以降、先住民族に関する議論が増加した。特に、先住民族の①自己決定権、②政治参加、③領域を有する権利が注目されている。

A．国際労働機関の1989年の原住民及び種族民条約（169号条約）

先住民族は、107号条約の目的であった民族の同化に対して批判をしており、各民族の自己決定権が承認されるように国際活動を開始し、1989年には原住民及び種族民条約（169号条約）が採択された。169号条約は、民族の統合および同化という目的を放棄し、各民族（英 :population、西 :pueblo）の自己認識を認めた。しかし、「民族」の意味に関する議論の結果として、１条３項は、「この条約における「人民」という語の使用

は、国際法の下においてその語に付随する場合のある権利についていずれかの意味を有すると解釈してはならない」とした。つまり、先住民族は、自己決定権を、国家権力を拒否するための根拠とすることはできない。こうした自己決定権の内容に関して２条１項は、当該民族の参加を得て、民族の権利を保護し及びこれらの人民の元の状態の尊重を保証するために調整され、かつ、組織された活動を進展することは、政府の責任であることを規定した。

慣習法に関する条文は次の通りとなった。８条は、国家法を適用する際、当該民族の慣習又は慣習法に適切な考慮をする義務、国家法制により定義された基本権及び国際的に承認された人権に矛盾しない限り、民族の慣習及び制度を維持する権利を定めている。９条は、先住民の犯罪行為について国家法制及び国際的に承認された人権に適合する限りにおいて、民族の慣習的裁判方法の尊重、および国家法廷は刑罰に関するこれらの人民の慣習の考慮義務を規定している。最後に10条は、国家法廷は、先住民に刑罰を科する場合、拘置以外の処罰の方法を優先し、国家法の定める刑罰を科するに当たっては、先住民の経済的、社会的及び文化的特性を考慮するとされている。こうして、169号条約は、特に刑事責任に関して先住民法の総合適用を認めているが、先住民法として認識できる慣習を特定するための基準を設定していない。

Ｂ．2007年の先住民族の権利に関する国際連合宣言（国連宣言）

国連は、起草から採択まで22年経過し、初草案は1994年に提出された先住民の嘆願に応えることを目的とする「先住民族の権利に関する国際連合宣言」を2007年に採択した。本宣言は先住民法の自己決定権を中心とし、民族の政治的参加、領域の所有に関する規定が多い。そして、国連宣言の46条１項は「本宣言のいかなる規定も、いずれかの国家、民族、集団あるいは個人が、国際連合憲章に反する活動に従事したり、またはそのような行為を行う権利を有することを意味するものと解釈されてはならず、もしくは、主権独立国家の領域保全または政治的統一を全体的または部分的に、分断しあるいは害するいかなる行為を認めまたは奨励するものと解釈されてはならない」としている。

また、169号条約と比較すると先住民法に関する規定は少ない。４条は先住民族の「自らの内部的および地方的問題に関連する事柄における

自律あるいは自治に対する権利」を、及び５条は「独自の法的制度を維持しかつ強化する権利」を規定し、自己決定権の一部として認めている。27条は、先住民族の土地と領域、資源に関する権利を承認し裁定するために、公平、独立、中立で公開された透明性のある手続きを、先住民族の法律や慣習、および土地保有制度を十分に尊重しつつ確立し、かつ実施する国家の義務を規定している。また、34条は、国際的に承認された人権基準に従って、先住民の組織構造およびその独自の慣習、精神性、伝統、手続き、慣行、および司法制度または慣習を促進し、発展させ、かつ維持する権利を定めている。しかしながら、国連宣言は、国家法によって先住民への罰を決める際、民族の文化や伝統への考慮義務を規定していない。

さらに、先住民法の適用条件として、各国の国家法への言及はなく、人権国際条約の順守に触れるのみである。もっとも、46条２項は、「本宣言で明言された権利の行使にあたっては、すべての者の人権と基本的自由が尊重される。本宣言に定める権利の行使は、**法律によって定められ**かつ国際人権上の義務に従った制限にのみ従う。そのような制限は無差別のものであり、もっぱら他者の権利と自由への相応の承認と尊重を確保する目的であって、民主的な社会の公正でかつ最も切実な要求に合致するためだけに厳密に必要なものでなければならない」としている。宣言における「法律」という用語は、国際人権法（１条）、労働法（17条）、慣習法（11条、27条）として表れ、46条２項のみで単独で用いられているため、以上の制限は、各国の国家法を示していると解釈できる。

C．2016年の先住民族の権利に関する米州宣言（米州宣言）

2016年、米州機構は先住民族の権利に関する米州宣言を採択した。本宣言に関する議論は1989年に遡り、先住コミュニティー（西 :población indígena）の権利に関する宣言として検討され、1993年に最初の草案が出来上がった。ただし、コミュニティーという用語に対して批判があり、169号条約の影響を受け、2001年の草案改正では先住コミュニティーを先住民族に変えた。また、169号条約と国連宣言において既に是認されたにもかかわらず、米州宣言における先住民族の自己決定権に関する規定が2015年の草案で追加された。

国連宣言と同じように、米州宣言の６条と22条１項は独自の法制度を

有する権利を明確に認めている。さらに、21条は先住民族に、内部および地方問題に関して自治制度を認め、その実施には十分な資金の充当を受ける権利（１項）と、独自の決定機関を有する権利（２項）を規定している。また、国連宣言と同じように、慣習法の適用条件としては、国際人権条約の遵守のみが規定され、国家法との関係は触れていないない。ただし、169号条約や国連宣言と異なり、米州宣言の７条と32条は、先住民族の女性と子供に関して特別な保護手段として「女性、および子供への差別」を禁止している。

米州宣言は、国連宣言の影響を受け169号条約より先住民族の伝統や文化を維持する権利を明確に規定している。しかし、先住民族の権利行使には以上のような制限は自己決定権への制限として批判する声があり、米州宣言における自己決定権には、先住民族の統一や同化という目的もあると指摘されている[82]。

Ⅳ．国家法における先住民法の概観

ラテンアメリカにおける立憲主義の発展は、以下の通り区別することができる[83]。すなわち、①独立の強化を目的とした実験的な立憲主義（西:constitucionalismo experimental、1810 ～ 1850年）、②経済的な発展に集中した基礎的な立憲主義（西:constitucionalismo fundacional、1850 ～ 1917年）、③労働者の権利等に注目した社会的な立憲主義（西:constitucionalismo social、1917 ～ 1980年）、そして④人権の発展を求めた人権的な立憲主義（西:constitucionalismo de derechos humanos、1980 ～ 2000年）である[84]。

人権的な立憲主義では、ラテンアメリカの各国は多文化主義を採用し、

---

[82] Bartolomé Clavero, La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: El Reto de la Interpretación de una Norma Contradictoria, 21 Pensamiento Constitucional 11,16 (Peru) (2016)。

[83] Gargarella 前掲注（19）110頁。

[84] 先住民族と他のマイノリティーの権利を認めるため多文化的立憲主義とも呼ばれている。

先住民族の権利を積極的に認めるようになった。国際法における場合と同様に、ラテンアメリカにおける議論は、①自己決定権、②政治的な参加権、③領域を有するに関する権利に着目していた。グアテマラ（1985年）から始まり、ブラジル（1988年）、コロンビア（1991年）パラグアイ（1992年）、メキシコ（1992年、2001年、2015年）ペルー（1993年）、ボリビア（1994年、2004年、2009年）、アルゼンチン（1995年）、エクアドル（1998年、2008年、2011年、2017年）、ベネズエラ（1999年）、パナマ（2004）、ニカラグア（2014年）で憲法改正が行われ、先住民族権利に関する規定が追加された[85]。こうして、先住民族の権利保護および国家の多文化性を認めたラテンアメリカで行われた憲法改正運動は、「国家概念の再検討」とも呼ばれた[86]。

先住民族の人口が多いラテンアメリカでは、チリとウルグアイを除き、すべての研究対象国において、憲法上の先住民族権利に関する規定が置かれているが、その範囲は国によって異なる。例えば、先住民人口の多いボリビアでは、憲法における先住民族の権利に関する規定は100条を上回るが、コスタリカ憲法とエルサルバドル憲法においては、先住民族の文化保護義務しか規定されていない[87]。

先住民族の権利として、「先住民の伝統的紛争解決方法」、または「先住民の代表機関」の尊重は、自己決定権の一部として規定されることが多い。ボリビア（30条Ⅱ項14号、179条、191条～193条）、コロンビア（246条、230条）、エクアドル（57条９項、10項、171条）、メキシコ（２条11項）、ニカラグア（89条、180条）、パラグアイ（63条）、ペルー（149条）、ベネズエラ（260条）は「先住民法」という用語を明記している。

ここでは、先住民法の適用と、先住民に関する規定を区別する必要がある。前者には、既に説明した通り、先住民族管轄と慣習法の適用が包含されている。後者は、先住民が当事者となった事件に適用される国家法を決定する基準を意味するもので、特に刑事訴訟と関係がある。

---

[85] ここでは先住民族に関する改正のみを挙げている。

[86] William Assies *et al*, Los pueblos indígenas y la reforma del Estado en América Latina, 31 Papeles de Población 95 (Mex.) (2002)。

[87] コスタリカ憲法77条。

A．自己決定権と先住民法

自己決定権[88]は、先住民族のメンバーを決める資格決定権のみならず、文化、伝統的知識、芸術等への尊重を中心とする権利である。ほとんどの憲法において、先住民族の伝統的な知識に関する特別な保護がある。チリを除き、自己決定権によって、特別な手続きを利用せずに、各民族はメンバーを自由に決めることができるため、先住民法の適用範囲は先住民当事者の意思によって異なる。ただし、こうして先住民資格の決定を先住民族または先住民の個人に託すことによって、後述する先住民管轄を決める基準の「人的管轄」が問題となる。つまり、先住民資格は本人の意思のみで決定するため、当事者は最も利益となる準拠法を決めることができるという問題である。

さらに、第２章で述べた「西洋法と慣習法における権利概念」という問題もある。すなわち、多文化主義を認める憲法においては、先住民族のようなマイノリティーの権利を保護することは望ましいことだとされるが、実際には、西洋法と民族の集団的な権利の関係が問題となる。人権的な立憲主義によって追加された「権利」については、既に規定された「権利」との関係が明らかでない。現代国家では、自由や所有権といったリベラリズムに基づく個人の権利義務と、これらの権利についての明確な基準がない先住民法は矛盾するという見解がある[89]。特に、生命や所有権のような現代社会の柱となっている絶対的な権利は、慣習、文化、伝統といった曖昧な概念からアプローチされることによって、「個人関係に安定性を与える」という法の重要な役割を否定することになるとも考えられる。

また、憲法上は先住民法を明記したとしても、国際条約と同じようにその適用についての重要な制限がある。コロンビア、メキシコ、パラグアイ、およびベネズエラでは、先住民法は国家法に違反してはならないと規定されている。これに対して、ボリビア、エクアドル、メキシコ、

---

[88] 自己決定権は自決権とも呼ばれている（小坂田裕子「米州における先住民族の土地に対する権利：ラテンアメリカ各国の葛藤」神戸法学年報24巻173頁以降（2008））。

[89] Gargarella 前掲注（19）125頁。

ペルーでは、先住民法は、国際人権条約に違反することが禁止されている。

そして、憲法における慣習法の容認は、あくまでも原則であり、具体的なルールが置かれていない。そのため、先住民族の権利内容は、国家法によって定められている。対象国では先住民族に関する法律を作成する際、二つのアプローチがある。アルゼンチン、メキシコ、チリ、コスタリカ、ベネズエラ、パラグアイでは先住民族の権利義務を「先住民族に関する法律」でまとめている[90]。これに対して、ボリビア、エクアドル、コロンビア、グアテマラ、ペルー、パナマ、ニカラグアにおいては、先住民族の権利は様々な法律や法典に分散して規定されている。

B．先住民族領域と慣習法

先住民管轄を決める基準として「領域管轄基準」があるため、先住民法の適用において、領域は、極めて重要な概念である。国際条約では、先住民族に独特な領域ついての所有権、占有権、占領権、保全権、管理権、開発権、資源へのアクセス権および使用権が認められている[91]。さらに、アルゼンチン（75条17項）、エクアドル（57条４項）、ニカラグア（５条）、パナマ（123条）、パラグアイ（64条）、ペルー（88条、89条）、ベネズエラ（119条）の憲法では、先住民族の伝統的な領域について以上の権利を認めている。

そして、16か国の制度を比較すると、先住民族の領域についての制度は、行政区画としての領域と、共有地としての領域に区別することができる。行政区画としての領域は、国の行政区画として認定されるため、他の区画と同じように国家からの支援を受けることができ、また、地域開発の権利が認められている。そして、当該領域において、先住民族の代表機関は、住民間の紛争解決のみならず、領域内の公務を実施してい

---

[90] メキシコにおいては、連邦レベルの「先住民族に関する法」があるが、州のレベルでは先住民族の権利をまとめる法律がない場合もある。また、場合によって、選挙参加のような特定権利の行使が特別法で規定されることもある。

[91] Gonzalo Aguilar et al. The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America, 2 Pace International Law Review Online Companion 44, 69-71 (2010)。

る。このような制度は、ボリビア（西:Autonomías Indígenas Originarias Campesinas）、コロンビア（西:Territorios Indígenas）、エクアドル（西:Circunscripción Indígena）、グアテマラ（西:Alcaldía Indígena）、メキシコ（西:Ayuntamientos）、ニカラグア（西:Regiones Autónomas de la Costa Caribe）、パナマ（西:Comarcas）、そしてベネズエラ（西:Municipios Indígenas）で利用されている。

これに対して共有地（西:propiedad comunal）は、民事上の土地所有方法の一つであり、エルサルバドル、ウルグアイ、ホンジュラスを除き、対象国の憲法または法律上、認められている。こうした共有地では、土地の所有は先住民の個人メンバーには持ち分がなく、所有権はコミュニティー自体にあるため、民事法における共有とは異なっている。さらに、原則としてラテンアメリカにおいては、先住民族の共有地に法人格があり、権利義務の主体となり得る。ただし、ボリビア、コロンビア、エクアドル、パラグアイ、ペルー、およびベネズエラでは、先住民族共有地の譲渡、抵当権設定、差押え、分配を禁止している[92]。また、共有地は行政区画ではないため、国からの支援を受ける権利や代表機関の活動範囲は限られている。

領域と共有地における慣習法の適用は以下のように説明できる。原則として、領域内の代表機関は、国からの支援を受けているため、独特な慣習を利用し紛争解決機能を果たしていると言える。しかし、後述するように国によっては、慣習法に対する制限、特に刑事責任に関する制限がある。これに対して、共有地における慣習法の適用はコミュニティー内の問題として取り扱われ、民事事件における裁判外紛争解決手続のような役割を果たしている。

Ⅴ．各国における先住民法

本章では、対象国における先住民族の管轄および慣習法に関する条文および判例を紹介する。16か国のうち、エクアドル、コスタリカ、コロンビア、ニカラグア、パナマ、パラグアイ、ベネズエラ、ペルー、ボリ

[92] 他の国では、国家法によって以上の禁止も規定されている。

ビア、およびメキシコは、先住民法の適用を実行するような制度を規定している。これに対して、アルゼンチン、エルサルバドル、ホンジュラス、グアテマラ、チリ、ウルグアイでは、先住民法に関する規定がないか、または規定がある場合でも実施されていないため、ここで先に紹介する。

まず、ウルグアイにおいては、かねてから先住民族の人口が認められていないため、関連する法律も存在しない。次に、アルゼンチンの連邦憲法においては、国の先住民族の文化的な権利および土地に関する権利を保護する義務が明記されているが、憲法、連邦法のレベルにおいて慣習法の適用についての条文はない。エルサルバドルにおいても、憲法上または法律上では関連する条文がない。しかし、2018年に、エルサルバドル政府は、民族の自己決定権、自治制度、政治的な参加を目的とする政策を発表した[93]。

ホンジュラス憲法上では、国の、先住民族の文化や言語を保護する義務（173条）および先住民族の利益を保護するための措置を執る義務（346条）が明記されている。さらに、15条は、国際条約における自決権に関する権利の容認を規定している。ホンジュラスは、169号条約、国連宣言、および米州宣言を採択しているため、憲法15条に基づいて慣習法の適用が認められていると言えるが、現時点では、憲法、169号条約、国連宣言、および米州宣言の原則を規定する法律がない[94]。ホンジュラス西部では、

---

[93] Presidente Sánchez Cerén Presenta Plan de Acción Nacional de Pueblos Indígenas, Diario la Portada (El Sal.) (Dec. 10, 1998), http://diariolaportada.com/presidente-sanchez-ceren-presenta-plan-de-accion-nacional-de-pueblos-indigenas/。

[94] また、ホンジュラスの先住民族は、国際条約の解釈について強い意見を持っている。2018年に、ホンジュラスは169号条約における「協議権」、つまり政策、措置、計画の作成への参加、協議をする権利に関する法律を作成した際、先住民族と国際労働機関の参加を求めた。国際労働機関の代表は、169号条約の内容を説明し、先住民族に「拒否権」がないことが明らかになった時、民族が国際労働機関の代表を persona non-grata とし、領域から追放した上、169号条約は自ら解釈すると述べた。https://copinh.org/2018/07/declaracion-del-encuentro-por-la-autodeterminacion-de-los-pueblos-contra-saqueo-empresarial-y-

民族内において慣習が紛争解決方法として利用されているが、国家によって公式に容認されてはいない[95]。

先住民人口の多いグアテマラでは、憲法において先住民に関する権利が数多く規定されているにも関わらず、先住民法を規定する条文はない。法律のレベルにおいても、先住民法を認める規定がない。実務では、国家法の裁判官は、慣習法の適用を認めず、先住民族管轄権が行使された場合、司法への侮辱罪として否定されている[96]。また、いくつかの地域では、治安判事裁判所は先住民によって構成されているが、慣習法の適用は容認されていない[97]。

グアテマラ政府と先住民族の代表が結んだ「先住民族のアイデンティティと権利保護に関する協定」（西 :Acuerdos sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas）では、刑事事件の場合、当該慣習を特定するための文化調査、検察官および警察官が先住民族の文化や伝統を理解するためのセミナー、そして先住民の司法アクセスを強化することが明記されている。

2015年に公開されたグアテマラ検察庁の2015-2019戦略計画報告書では、先住民が当事者となっている事件では、通訳者、および文化の違いを考慮し調査等を行うための職員が不足していることが明らかにされている[98]。しかし、2019年にこの報告書の最新版が公開された際には、先

---

del-estado-de-honduras/。

[95] Victor Del Cid, *Honduras, in* Diagnóstico Sobre la Situación de los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Central Tomo II 260, 291 (Ivette Jaén, ed., 2011)。

[96] Cristina Valvidia, *Guatemala, in* Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Central Tomo I 182, 223 (Ivette Jaén, ed., 2011)。

[97] *Id.* at 22。

[98] Ministerio Público, Plan Estratégico del Ministerio Público de Guatemala 2015-2015 73 (Guat.) (2015)。Pag 73 https://www.mp.gob.gt/noticias/wp-content/uploads/2015/04/Plan-Estrategico-del-Ministerio-Publico-de-Guatemala-2015-2019.pdf。

住民族に関する具体的な措置はほとんど記載されていない[99]。

最後に、チリでは、憲法に先住民族の権利保護を規定することは、かねてから反対されており、現在では憲法上の規定が存在しない。ただし、先住民族の権利を規定するための憲法改正に関する議論は、1980年代から行われている[100]。チリ法における先住民族の権利は1993年法律第19253号で規定されている。しかし、チリでは、先住民族管轄が否定され、19253法律54条は、国家法の裁判官が同じ民族に属している先住民の事件では、憲法に違反しない範囲で慣習法を適用することができると定め、刑事事件では、慣習法が減刑の理由として考慮されることも許されている。さらに、裁判官は、先住民から自分の母語で裁判を受けたいという申立てがあった場合、これに応じる義務がある。

A．エクアドル

エクアドルは、1998年に169号条約を採択し、同年の憲法改正によって先住民法の適用を認めた。そして、2008年に改めて憲法改正が行われ、憲法57条は、民族の独特な社会組織と領域（９項）、および憲法に保護されている権利、特に女性と子供の権利に違反しない慣習法の発展と適用（10項）を規定した。1998年憲法では代表機関が「正義を行う機能」（西 :funciones de justicia）を有したが、2008年改正によって171条が、代表機関には司法権（西 :funciones jurisdiccionales）があると定めた。この点について、同改正により、エクアドル法における「司法権」には、ある事件に関する判断権限と下された決定の実行権限も含まれることが明確化されたとして、同改正を、単なる文言の修正にとどまらず、先住民法の強化であると評価する見解がある[101]。

また、171条の解釈について以下の指摘もある。エクアドルの先住民族は明確な領域を有さず、メスティーソと共存する地域が多い。このよ

---

[99] Ministerio Público, Plan Estratégico del Ministerio Público de Guatemala 2018-2023 (Guat.) (2015)。

[100] Sebastian Donoso & Camila Palacios, Pueblos Indígenas y Reconocimiento Constitucional: Aportes para un Debate 3 (Chile) (2018)。

[101] María Bernarda Carpio Frixone, Pluralismo Jurídico en el Ecuador ¿Existencia de una Verdadera Aplicabilidad en el Ámbito Penal?, 2 USFQ Law Review 207, 217-218 (Ecuador) (2015)。

うな背景から、2008年憲法では、先住民区（西 :Circunscripción Indígena）に関する規定が追加された。先住民区は、ある区の有権者の2/3以上の賛成があれば設立される[102]。ただし、2019年時点では、先住民区の設立プロセスは実行されていない[103]。

司法制度基本法典（西 :Código Orgánico de la Función Judicial）は、先住民法と国家法の関係について明確なルールを定めている。７条は、民族の代表機関の管轄権を認めている。また、同法343条は、領域内の紛争に先住民族管轄を容認している。ただし、憲法や人権に違反する慣習、または女性の権利を侵害する慣習の適用は禁止されている。

さらに、344条は、国家法の裁判官、検察官、弁護士、警察官、およびその他の公務員は以下の原則を守らなければならないと規定する。第一に、先住民族と関わる事件において、民族の慣習に配慮する、多様性の原則（西 :diversidad）。第二に、通訳者、人類学者、慣習法の専門家の協力、および先住民を保護する平等原則（西 :igualdad）。第三に、違憲審査の事件を除き、代表機関の決定は司法またはその他の当局によって再審理されない、一事不再理原則（西 :non bis in idem）。第四に、国家法管轄と先住民族管轄の間に争いがある場合の先住民族管轄の最優先原則（西 :pro jurisdicción indígena）。そして、第五に、先住民が当事者となっている事件において憲法、および国際条約の規定を当該民族の文化に基づいて解釈する異文化解釈原則（西 :interpretación intercultural）である。

一事不再理原則と先住民族管轄の最優先原則を保護するために、司法制度基本法345条は、先住民の当事者の申立てがあった際、国家法の法廷は、管轄権の行使を控えなければならないと規定している。さらに、

---

[102] Agustín Grijlava Jiménez & José Luis Exeni Rodríguez, Coordinación entre Justicias, ese Desafio, *in* *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia* 699, 719 (Bol.) (Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez, eds., 2012)。

[103] Jorge R. Imbaquingo & Daniel Romero, *Ecuador no Tiene Circunscripciones Territoriales Indígenas Definidas*, El Comercio (Oct. 24, 2019), https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-circunscripciones-territoriales-indigenas-constitucion.html。

平等原則と異文化解釈原則を実施するために、同法346条は、司法会議（西 :Consejo de Judicatura）に、司法の職員が民族の言語、文化、伝統、慣習法等を理解するように十分な資金を充当しなければならないとしている。そして、同条は慣習法を司法会議の管轄権対象外としている。さらに、刑事基本法典（Código Orgánico Integral Penal）５条９項は先住民族管轄の決定も一事不再理原則の対象となることを明記している。

2011年以来、国家法と先住民法の協定と調和に関する基本法（西 :Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria）が議論されているが、本稿執筆の時点では採択されていない。この法案においては、刑事事件における先住民族管轄についてのルールが明記されている。特に、虐殺、人道に対する罪、国際人権侵害、殺人罪、性犯罪、国家が当事者となっている事件、家庭内暴力および養育費事件、脱税の事件は先住民族管轄の対象外とされている。

2014年のラ・コンチャ（La Concha）判決[104]は国家法と慣習法の関係についてのリーディングケースである。本事件では、先住民領域内において、民族のメンバーであった被害者が同じ民族の被告人らによって殺害された事件であり、当該民族の総会は、被告人らを裁判し、有罪判決を下した。しかし、当該民族の慣習法においては、「生命」という法益は存在せず、被告人らの行為は、コミュニティーへの侵害として解釈されたため、エクアドルの検察庁は殺人罪として調査を開始し、被告人らを逮捕した。これに対して、被告人らは、既に憲法上では是認されている「先住民法」のもとで罰を受けたため、検察の調査は一事不再理原則に違反すると主張した。

エクアドル憲法裁判所は、先住民法の拘束力を認めつつ、エクアドル憲法上では「生命」は法益として明確に保護されていると述べ、殺人事件の場合、個人の生命を法益として認めない先住民族の代表機関には管轄権がないとした。しかし、本件において、最高裁判所は、被告らへの罰は既に行われたため、検察庁の調査は一事不再理原則に違反することとした。

[104] Sentencia No. 113-14-SEP-CC。

ラ・コンチャ判決に対しては、先住民族が国家による先住民法の制限であると主張している。まず、先住民法における「法益」概念が西洋法の観点から解釈され、当該コミュニティーの慣習を否定するため、「先住民族」の自己決定権を侵害するという批判がある。[105]さらに、法の異文化的解釈に違反する行為として、刑事事件における国家法による先住民法の制限が批判されている[106]。

また、エクアドル憲法裁判所は、先住民族の文化における「土地の所有権」を解釈した際、各民族の文化、統合性、および生活と深い関係を持つと認めつつ、その根拠は国家法にあると述べたことがある[107]。

実務上では、国家法の法廷は、慣習法の最優先原則に反し、慣習法の適用を認めないという指摘がある[108]。これに対して、代表機関が先住民に対し、憲法上保護されている権利に違反する慣習法を適用した事件がある[109]。さらに、領域を通過した外国人に慣習法に基づく罰を科した例[110]、または慣習法による罰を受けた者が死亡した事件もある[111]。

B．コスタリカ

コスタリカ憲法における先住民族に関する条文は、民族の言語を保護する義務に限られ、その他の権利義務は法律によって定められている。

---

[105] Zambrano 前掲注 (42) 177。

[106] Frixone 前掲注 (101) 226頁。

[107] Sentencia No. 173-12-SEP-CC。

[108] Mario Melo Cevallos (cord.), Informe sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en el Ecuador 10-11 (Ecuador) (2012)。

[109] Elizabeth Maggi, *Castigos de Justicia Indígena Se Ejecutan En Espacio Íntimo*, El Telégrafo (May 17, 2018), https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/castigos-justicia-indigena-ecuador。

[110] Amparito Rosero, *Dos venezolanos, Acusados de Robo, Serán Sometidos a La Justicia Indígena*, El Universo (Jun. 4, 2018), https://www.eluniverso.com/noticias/2018/06/04/nota/6793595/dos-venezolanos-acusados-robo-seran-sometidos-justicia-indigena。

[111] Metro Ecuador, *Hombre Fallece En Saraguro Como Consecuencia de Justicia Indígena*, Metro Ecuador, https://www.metroecuador.com.ec/ec/noticias/2018/09/11/hombre-fallece-saraguro-consecuencia-justicia-indigena.html。

その中で、先住民法についての規定は極めて少ない。1977年の先住民族に関する法とその規則は、各民族に領域を与え、各領域の管理は法律によって設立された民族発展委員会（西:Asociación de Desarrollo Integral Indígena）に託されているが、代表機関および先住民法についての条文はない。1982年の公式に民族の存在を認める政令（西:Reconoce Existencia Oficial de Grupos Étnicos Indígenas en Costa Rica、政令第13573号）３条では、８つの民族が、先住民族に関する法、その関連の政令および独自の慣習による統治される、とする。各民族は、書面で国家先住民族委員会に慣習の内容を記述した書面を提出しなければならない。こうした慣習書は民族内の紛争等に拘束力がある。

169号条約の採択前、下級審のレベルでは、先住民当事者が結んだ争点合意が代表機関によって是認された例がある[112]。最高裁判所の憲法法廷は、169号条約の合憲性について、重罪を除き、民族内の犯罪が民族の慣習によって裁かれることは、人権侵害とならないと述べた[113]。また、169号条約の適用について、憲法や国際条約に規定されている基本権に違反しない民族の慣習や代表機関の権力を認めるべきとした[114]。ただし、以上の判決が下される前には、民族同士における内縁関係について、女性が未成年者であっても当該民族の慣習ではこのような関係が認められる場合、犯罪として評価されないという判決もある[115]。ただし、女性の先住民は、家庭内暴力の問題を強調しつつ、先住民法の積極的な容認を求めている[116]。

---

[112] Juzgado Contravencional de Buenos Aires de Puntarenas 14:30 horas del 24 de septiembre del 2001。

[113] Sentencia no. 03003 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de 7 de octubre de 1992。

[114] Sentencia no. 01867 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de 5 de abril de 1995。

[115] Tribunal Superior Penal de Pérez Zeledón en sentencia no. 19-90 de 16 horas del 6 de febrero de 1990。

[116] Javier Rodríguez Oconitrillo, Costa Rica, *in* Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Central Tomo I 62, 105-107(Ivette Jaén, ed., 2011)。

また、2020年に新型コロナウイルスの防疫措置として、先住民族の領域を通る公道を先住民以外の者が通行料を支払うことなく通行することを民族発展委員会が禁止した事件において、憲法裁判所は、先住民族の自治制度に基づく通行の禁止が、憲法で保護されている移動の自由に反するとされた[117]。

民族は、国家から支援を受けないため、自らコミュニティー先住民法を適用できるような制度を考え、「先住民法廷」（西 :tribunales indígenas）を設立した[118]。このような法廷では、コミュニティーの代表機関のみならず、国家法上のデュープロセスを保護するため、外部専門家と協力し、決定を書面によることにしている。

C．コロンビア

コロンビア憲法246条は、領域内の事件に、憲法に違反しない慣習法の適用を認め、330条は、先住民族の領域は独特な文化や伝統によって管理される、と規定している。さらに、コロンビア憲法裁判所は、169号条約と国連宣言の規定は、憲法と同等の拘束力があると判断している[119]。つまり、政府と民族は、既に述べた169号条約と国連宣言における先住民法に関する規定および制限を守らなければならない。

コロンビア憲法裁判所は、憲法246条の定める「先住民法管轄」（西 :jurisdicción indigena）の内容を、以下の通り理解している。先住民管轄は、①民族の独自の司法機関、②民族の独自の規範と手続き、③これらの規範と手続きの憲法および法律への順応、④国の定めた国家法と先住民法の調和方法によって構成されている[120]。①は慣習法の拘束力を認め、②は代表機関による立法過程を認めていると言える。[121]憲法裁判

---

[117] Sentencia no. 10034 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de 2 de junio de 2020。

[118] Oconitrillo 前掲注（116）105頁。

[119] Sentencia 510/98、Sentencia T-606/01、Sentencia T-617/10。

[120] Sentencia C-139/96、sentencia T-030/00、sentencia T-728/02、sentencia T-811/04、sentencia T-945/07、sentencia T-921/13。

[121] Jorge Ernesto Roa Roa、Pluralismo Jurídico y Mecanismos de Coordinación entre los Sistemas de Justicia Indígena y el Sistema Nacional de Justicia en Colombia, 33 Revista Derecho del Estado 101, 106 (Col.) (2014)。

所は、①と②を、先住民法の適用基準として、民族の自治制度を許可する、代表機関の権限制限の緩和として理解している[122]。これに対して③と④は、国家法と慣習法の共存基準といわれている。特に、④は司法制度の強化、矛盾判決の減少、司法の協力、法的な安定とデュープロセスの確保、管轄権の内容、そして司法行政に必要な人材、情報設備および施設への金融の充当を目的としている[123]。

現在、④は問題となっている。憲法246条は国家法と慣習法の関係を法律によって定めると規定している。しかし、コロンビアの議会は、未だこの法律を採択していない。2000年以降、国家法と慣習法の調和に関する４つの法案が議論されたが、いずれも、民族同士または民族と政府の協議によって作成されたものではなかった[124]。

コロンビアでは先住民法の適用を規定する明確な条文が少ないため、コロンビア憲法裁判所は、判例によって国家法と先住民法の関係を発展させた。憲法246条と330条の他、司法行政に関する法（西 :Ley Estatuaria de Administración de Justicia）の12条は、領域内の事件について、代表機関の管轄権と、憲法および法律に違反しない慣習法の適用を認めている。

コロンビアにおける慣習法の適用には、先住民族領域が極めて重要な概念となる。そして、コロンビアは、行政区画としての領域（西 :territorio indígena）と共有地（西 :resguardo indígena）を認めている。前者については、憲法330条および地方管理基礎法（西 :Ley Orgánica de Organización Territorial）によって、政府からの支援、領域内の管理に関する権限が明確に規定されている。これに対して、後者の法的な位置付けはかねてから争われている。法律の定めにより、共有地の支援管理は区役所に託されている[125]。先住民族は、区役所による支援管理は330条に違反すると主張したが、コロンビアの憲法裁判所は、共有地は領域に至らないため、完全な自治制度がないと述べ、その支援は共有地が所在する地の区役所

[122] Sentencia C-349/96。
[123] Roa 前掲注（121）106頁。
[124] *Id.* at 109。
[125] 2001年の法律第715号83条。

が管理する、とした[126]。

憲法裁判所は、国家法と慣習法の適用を判断する基準を、総合的な管轄基準、紛争解決に関する原則、紛争解決に関する具体的なルール、そして先住民族特権の有無に着目して区別している[127]。先住民法の総合的な管轄基準は、コミュニティー内の紛争を当該コミュニティーの慣習によって解決するとの原則（客観的基準、西:criterio objetivo）、領域内で行われた紛争及び犯罪は領域内で判断されるとの原則（地域的な基準、西:criterio territorial）、民族のメンバーが行った行為は当該民族によって判断されるとの原則（人的基準、西:criterio personal）、予め定められた一般的な規定と手続きを適用するとの原則（組織基準、西:criterio institucional）から構成されている[128]。

慣習法の適用についての紛争解決原則は、先住民法の適用制限、国家法と慣習法の抵触法、そして民族同士の事件における抵触法を問題としている。憲法裁判所は、先住民法を制限する際、憲法の保護する多文化性を上回る法益の保護が必要とされ、当該コミュニティーの自治制度を最も侵害しない方法、そして最低限の制限でなければならないと述べている[129]。多文化性を上回る法益として、生命権[130]、奴隷制の禁止[131]、拷問の禁止[132]が挙げられている。そして、女性に対する差別および児童労働のような事件において、慣習法は制限されるべきとの指摘がある[133]。

抵触法に関する基準は、憲法246条の定めにより、法律で規定すべきであったが、本稿執筆の時点でコロンビア議会はこのような法律を採択

---

[126] Sentencia C-921/07。

[127] ROA 前掲注（121）110頁。

[128] Sentencia T-001/12。

[129] Sentencia C-139/96。

[130] Sentencia T-1127/01。

[131] Sentencia SU-510/98。

[132] Sentencia T-349/96。

[133] Jordi Feo Valero, Jurisdicción Especial Indígena, Derecho Colombiano y Normativa Internacional: La Necesidad de un Equilibrio en el Marco de la Extracción de Minerales y el Impacto de Género, 21 Revista Estudios Socio-Jurídicos 387 (Col.) (2018)。

していない。2003年に、司法官職高等評議会（西:Consejo Superior de la Judicatura）と先住民族連合会（西:Organización Nacional Indígena）は国家法と慣習法の調和を目的とする協力協定を結んだ。しかし、司法官職高等評議会は、調和基準の協議は先住民族で行われるべきという立場を取ったため、法案等の作成が進まなかった。2012年に、司法官職高等評議会は、全国司法制度と慣習法の協調委員会（西:Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial）を設立し、より積極的な活動を開始した。しかし、先住民族との協力を求める司法官職高等評議会の活動にはいくつかのハードルがある。第一に、コロンビアでは87の民族があり、各々が独特な慣習、機関、紛争解決方法を利用しているため、一つの法律のみで総合的なルールを定めると、各民族の自己決定権が侵害される恐れがあるという指摘がある[134]。

こうした状況で、憲法裁判所は、準拠法を選択するには、各事件における当該民族の慣習の保全、個人の共存の基準となる基本的な権利、強行規定の有無、そして任意規定より慣習法の優先を考慮し、判断しなければならないと述べている[135]。

第二に、民族同士の慣習適用について争いがある場合、民族の自治制度を認め、協議によって決定するとされている[136]。紛争解決に関する具体的なルールは、各事件において当該民族の文化、民族の隔離または同化の程度、当該コミュニティーの個人メンバー法益への影響を考慮すべきとされている[137]。既に説明した通り、多文化性を上回る法益がある場合、慣習法は排除されることとなる。また、強行規定がある場合、慣習法は認められない。紛争解決に関する具体的な制限として、ヘイビアス・コーパス、法律の違憲審査、麻薬密売罪、反乱罪、汚職罪、資金洗浄罪、人道に対する罪があげられる[138]。特に、人道に対する罪は先住民族の文

[134] Roa 前掲注（121）116頁。
[135] Sentencia T-001/12。
[136] Sentencia T-349/96、Sentencia SU-510/98。
[137] Sentencia C-139/96。
[138] Roa 前掲注（121）111-112頁。

化および伝統と離れている概念であるため、慣習法の適用は認められていない[139]。さらに、最高裁判所は、代表機関の用いる紛争解決方法が、予め定められたものでなければならないとしている[140]。

最後に、慣習法を適用するには、先住民族の特権がなければならない。先住民族特権とは、先住民が、民族の代表機関によって、独自の慣習および方法に基づいて裁かれる権利である[141]。憲法裁判所の判決では、先住民族の特権を認めるには、予め定めた当該コミュニティーの紛争解決方法、コミュニティーの法益保護、そして当事者がある民族に属していることの立証が要件とされている[142]。ただし、憲法裁判所は、以下の場合において先住民族特権が排除されると述べている。つまり、当該コミュニティーが慣習法の適用を排除する場合、当事者が自身について先住民の資格を否定し、最初からなかったと認める場合、そして罰としてコミュニティーから追放された場合において、先住民族特権は排除される[143]。

D．ニカラグア

ニカラグア憲法５条は、先住民族に自己決定権および自治制度を与えている。司法基本法（Ley Orgánica del Poder Judicial）においては、民族の自治制度への尊重、および政府が各民族の特徴を配慮する義務が規定され、民族領域内の裁判官は、各民族の伝統的な方法で任命される（55条、61 ～ 63条）。各領域においては、領域内で国家司法の代表と民族の代表とによって構成される司法制度を検討する委員会を設立することとなっている（55条、226条）。領域内の裁判官を任命する際、当該民族の言語を話せる者が優先され、民族の母語で下された決定の拘束力を認めている（司法基本法の規則（西:Reglamento de la Ley no. 260 “Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua”）10条、11条）。2014年に発布された家族法法典（西:Código de Familia）４条では、代表機関は、慣習法を適用し、領域内の家族法に関する事件を判断できると

[139] Sentencia T-001/12。
[140] Sentencia T-349/96。
[141] Sentencia T-921/13。
[142] Sentencia T-921/13。
[143] Sentencia T-001/12。

している。

刑事法典（西 :Código Penal）の20条は、先住民が領域内において禁錮５年以下の罪を犯した場合、憲法に違反しない限り、慣習法の適用を認めている。しかし、民族の代表機関は憲法および刑事法典における禁錮刑を把握していない場合がある[144]。また、同条は、被害者が裁判の開始時点では国家法を選択することができるとしており、いずれの場合も一事不再理原則が適用される。これに対して、被害者が適用される法律を選択することができるため、先住民法が任意的な規定となっているとして批判されている[145]。

刑事法典20条は、あくまでも慣習法の適用を許可するものであり、管轄権のある法廷については何ら規定していない。これについては、国家法の法廷が先住民法を適用して事件を解決するという見解と、先住民族の代表機関が国家法を適用し事件を解決するという見解がある[146]。

2000年から2002年にかけて、ニカラグア最高裁判所と各コミュニティーの代表との間で、国家法と先住民法の関係についての協議が行われた[147]。これらの協議の結果として、①被害者は自分にとって最も利益となる法制度を選択すること、②国家法廷と代表機関との間で事件に関する情報交換制度がないために、一事不再理原則に違反するケースがあること、③当時改正されたばかりの刑事法典と刑事手続法（西 :Código Procesal Penal）の施行によって国家法廷と代表機関のいずれが管轄権を有するのかが不明となったことが明らかにされた。

また、ニカラグアでは、先住民族の自己決定権は、国家法と慣習法を調和させるに当たり、重大な問題となっている。ニカラグアでは歴史的に各民族の自己意識が強く、ニカラグア国家およびその政府を認めない民族がある。つまり、そうした民族にとって自治制度とはコミュニティー

---

[144] Wolfgang Alejandro Bonilla Toruño, Justicia Indígena y Autoridades Tradicionales Mayangna y Miskitus de Nicaragua 46 (Nic.) (2012) 46.

[145] Victor Del Cid, *Nicaragua, in* Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Central Tomo II 318, 352 (Ivette Jaén, ed., 2011)。

[146] Toruño 前掲注（144）46頁。

[147] Cid 前掲注（145）352頁。

の完全な自治を意味し、政府や区役所のような現代国家の行政機関の権力を認めない上、当該コミュニティーの最高責任者は自分たちであるという意識が強い[148]。これに対して、2012年に、最高裁判所は、国家法と慣習法の調和を目的とし[149]、2014年時点では調和活動が続いたが、その以降新たな情報が更新されていない[150]。2018年には国連が民族の自治制度を実施するための努力を認めた[151]。

最後に、女性への差別についての条文または判例は見当たらないが、先住民女性からは、差別となる慣習法への制限を求める声が上がっている[152]。特に、性犯罪の場合、代表機関が男性のみで構成されることもあり、ニカラグア民法典を根拠とした損害賠償のみの制裁となることがある[153]。

E．パナマ

パナマ憲法は、先住民族の文化的な権利と土地に関する権利の２つについては明記しているが、慣習法に関する条文はない。そして、パナマにおいては、先住民族に関する一般的な法を採用せず、各民族の領域を設立する法律において、民族の権利および組織等が規定されている。また、様々な立法において先住民族の慣習法に関する条文が置かれている。例えば、パナマ家族法典60 ～ 66条はクナ・ヤラ民族（西 :Guna Yala）の婚約儀式に拘束力を与え、67条は、他の民族にも婚約儀式の伝統が立

---

148 Fernando Jambrina Rodríguez, Hacia un Modelo Pluralista de Administración de Justicia en las Regiones Autónomas de la Costa Caribe de Nicaragua 43 (Nic.) (2007) 43。

149 Press Release, Poder Judicial, CSJ Armonizará Derecho Positivo y Justicia Tradicional en la Costa Caribe (June 14, 2012), https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas_prensa_detalle.asp?id_noticia=2322。

150 Press Release, Poder Judicial, CSJ Busca Armonizar Derecho Positivo con Justicia Consuetudinaria (Feb. 7, 2014), https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas_prensa_detalle.asp?id_noticia=4318。

151 Press Release, Poder Judicial, Reconocen Esfuerzo del Gobierno de Nicaragua por los Derechos Indígenas (Feb. 14, 2018), https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas_prensa_detalle.asp?id_noticia=8576。

152 Cid 前掲注（145）352頁。

153 *Id*. at 352-353。

証されれば、その拘束力が認められるとしている。

2008年のパナマ刑事訴訟法典（西:Código Procesal Penal）では先住民族の代表機関と慣習法の適用について、いくつかの規定が置かれた。30条では、先住民族の代表機関が司法の一部として規定されている。同法41条においては、国家法の法廷と代表機関の間で管轄権の争いがある場合、当該地域の高等裁判所が判断するとしている。

先住民族の領域内には、領域裁判官（西:Juez Comarcal）と代表機関がある。前者の管轄権は、殺人犯、テロ罪、公務管理妨害罪、組織的な犯罪、そして麻薬に関する罪を除き、先住民族領域の裁判所に領域の犯罪に及んでおり、刑事訴訟法典、慣習法、および領域憲章の定める方法に従う義務がある（同法48条）。

これに対して、後者の管轄権は、慣習法と領域規則に記載されている事件に限られている（同法49条）。さらに、同法205条では、慣習法に基づいてコミュニティーの内部紛争を解決する者および機関も代表機関として認められている。同法235条は、代表機関に調査権および逮捕権を与えているが、逮捕された者に控訴権があるとしている。

2001年の事件[154]において、被告人は、８歳の少女であった被害者を殺害し、国家法の下で裁かれ、有罪判決を受けた。上告した被告人は、民族の伝統において、他人に呪いをかける「魔法使い」という者が存在し、被害者のことを「魔法使い」と間違えたと主張し、減刑を求めた。これに対して最高裁判所は、仮に当該民族の信念が神話的な者の存在を認めたとしても、民族の慣習法には、個人の生命を保護する概念があるとして、上告人の請求を否定した。以上の判決に対して、有罪無罪を問わず、被告人が先住民族であることを踏まえ、文化調査を行うべきという意見がある[155]。

---

[154] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 20 de febrero de 2001。

[155] Aresio Valiente López, *La Jurisdicción Indígena en la Legislación Panameña, in* Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y Experiencias de Coordinación entre el Derecho Estatal y el Derecho Indígena 203, 228 (Rudolf Huber et al. coords., 2008)。

さらに、2006年の判決[156]は、パナマ最高裁判所が代表機関の管轄権と国家法の関係を明確にした。この事件では、クナ・ヤラ民族の伝統的な代表であるサイラ（西 :Saila）が、領域内で行われた麻薬取締法違反を裁判し、有罪決定を下し、被告人の財産を没収した。パナマの麻薬検察部は、被告人に対して調査を開始し、起訴した。上告人となった被告人は、検察の調査は憲法に規定されている一事不再理原則に違反していると主張した。しかし、最高裁判所は、先住民族の代表機関には麻薬取締法違反に関する管轄権がないため、法律上では、一事不再理原則に違反していないと述べ、被告人の主張を否定した。

ただし、パナマ刑事訴訟法典では、先に紹介したエクアドル司法制度基本法と異なり、一事不再理原則の適用が明確にされていない。つまり、刑事訴訟法典の規定に違反し、代表機関の管轄対象外の事件についての決定を下した際、国家法との関係は不明である。2008年パナマ刑事訴訟法典の施行後にこの問題を取り扱った判決は存在せず、抵触法のルールは明確されていない。

F．パラグアイ

パラグアイ憲法63条は、領域内の紛争に、憲法に違反しない慣習法の適用することを容認している。また、268条は、検察庁が先住民族の集団権を保護する義務を明記している。1981年法律第904号は、先住民族のコミュニティーを規制し、その５条は憲法に違反しない慣習法を認めている。６条は、先住民が当事者として参加している訴訟を担当している裁判官は、専門家の意見に基づいて、当該民族の慣習法を考慮しなければならないと定める。

刑事訴訟法は、領域内に住む先住民の被告人または先住民の被害者、並びにコミュニティーに対する罪に関する特別なルールを規定している。先住民の被告人に対する調査には、司法に認められている先住民族の専門家が参加しなければならず（433条１項）、また裁判官は、公判前に被告人が拘留された場合、文化的な差別を受けないようにする措置をとらなければならない（同条２項）。調査中、被害者と被告人は協議し、憲法および国際条約に違反しない慣習法に基づく救済方法による和解を

[156] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 19 de agosto de 2006。

結ぶことができる（434条１項）。裁判官は、和解を認容し、履行期間を定めることができる。期間内に和解の債務が履行された場合、刑事責任が消滅し（２項）、このような方法で消滅した刑事責任は復帰できない（４項）。ただし、当事者の協議が和解に至らなかった場合、または和解の債務が履行されなかった場合、国家法の下で裁判が再開する（３項）。最後に、被告人による被害者との和解を求める意思表示は、自白として解釈してはならないとされている（５項）。

また、裁判官は、被告人の慣習に合致するように、適切な措置をとることができる（435条１項）。裁判に参加している先住民族の専門家は判決に対する意見を述べることができる（３項）。さらに、判決に、適用された慣習法を明確に記載しなければならない（４項）。そして、禁錮２年未満の有罪判決が下された場合、当該民族の代表は、禁錮以外の罰を提案することができる（437条）。このような提案があった場合、裁判官は、被告人および検察官と協議した上で、提案について判断し、その内容を認めた場合、その実行方法を定める。

他方で、パラグアイにおいては、先住民族の代表機関による決定に関して規定する法律上の条文は置かれていない。また、刑事事件の場合、慣習法の適用は、国家法の法廷に託されている。2016年に、パラグアイ最高裁判所が公表した「多文化正義のため協定」（西:Protocolo de Actuación para una Justicia Intercultural）には、国内判例が記載されていない。ただし、時には、国家法の当局が代表機関の決定を制限する必要があることがある。例えば、2016年の事件では「魔法使い」として疑われた者が火刑にされる決定を受け、それを気づいた検察官の仲裁により「追放」に変更された[157]。

G．ベネズエラ

ベネズエラの先住民族が1999年の憲法改正プロセスに積極的に参加した結果、憲法に先住民族の権利に関する規定が追加された。ベネズエラ憲法における先住民の権利は政治的な参加を中心としている。原則として、119条は、先住民族の伝統的な生活方法を認め、260条は、代表機関

[157] CJS, Protocolo de Actuación para una Justicia Intercultural 31 (Par.) (2016)。

に、先住民族の領域内で先住民のみに関わる事件について、憲法および公の秩序に違反しない慣習法に基づいた先住民族管轄権を定めている。ただし、他の憲法と比べてベネズエラ憲法は、先住民族の自己決定権を認めつつ、先住民にはベネズエラ国民として国家への義務があることを強調している（126条）。

先住民族基本法（西:Ley Orgánica Indígena）131条は、各民族にとって拘束力があると認識されている正当な基準、価値観、信念、慣習を先住民法として認めている。そして、132条では、先住民族管轄が、慣習法および伝統的な方法に基づき、先住民同士または領域内で発生する紛争を解決する権限を持つ、とされている。また、先住民管轄は、調和を求め、当事者の和解を認めることもできるため、国および第三者も先住民族代表機関が下した決定に従わなければならない。さらに、先住民族管轄権の対象となる「先住民」には、領域内に住む家族関係を持つ先住民でない者も含まれている。

同法133条は、４つの管轄を定めている。第一に、領域管轄（西:competencia territorial）は、既に説明した領域内で行われた事件を判断する管轄である。これに対して領域外管轄（西:competencia extraterritorial）は、当事者が先住民で、刑事事件以外、または第三者の権利に影響を及ぼさない事件を判断する管轄とされている。次に、事物管轄（西:competencia material）によって、人道に対する罪、国家防衛に対する罪、テロ罪、脱税罪、汚職罪、違法薬物の取引罪、武器密輸罪、戦争犯罪、虐殺罪、侵入罪は先住民族管轄権の対象外とされている。最後に、人的管轄（西:competencia personal）は、先住民同士の紛争についての管轄権を示し、代表機関は、国家法の当局に引き渡すため、領域内で犯罪を犯した場合、先住民でない者を逮捕することができる。

先住民が領域外で犯罪を犯した場合、国家法に基づいて裁かれることとなる。ただし、先住民は、民族の言語で調査を受け、独自の文化が尊重される権利（137条）、憲法、国際条約に記載されている基本権に違反しない限り、自らの慣習によって禁止されていない行為の刑事責任を問われない権利（141条１項）、禁錮以外の罰が優先される権利（141条２項）、禁錮の場合、先住民族の領域内にある刑務所で刑に服する権利（141条３項）を有する。自らの言語で裁判を受ける権利について、最高裁判所

の憲法法廷は、先住民が自らスペイン語で訴訟を起こした場合、スペイン語が理解できるとみなされ、後から通訳者を求めることができないとしている[158]。

国家法と先住民管轄の関係について、134条は、国家法の法廷と代表機関には、相互の調査、裁判、決定実行に関する協力義務があるとし、最高裁判所が管轄権に関する争いを判断するとされている。さらに、国家法の法廷による代表機関の下した決定に対する審査は、憲法または国際条約の保護する基本権に違反する場合にのみ許されている。この点に関して135条は、代表機関の決定を最高裁判所による違憲審査の対象としている。

国家法上、特定の法廷がある事件に対する管轄権を有する場合、先住民族管轄権の対象とならない。例えば、暴力のない生活に対する女性の権利に関する基本法（西:Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia）では、女性への暴力事件に関する管轄権は「女性への暴力の法廷（西:Tribunales de Violencia contra la Mujer）」と最高裁判所の刑事法廷に託されているため、先住民族管轄の対象外となる[159]。

2012年の判決[160]では、先住民の未成年者が、領域内で先住民の被害者を殺害し、代表機関によって禁錮20年の有罪判決を受けた。これに対し、被告人の弁護人は、デュープロセスの侵害を主張し、代表機関が下した決定の取消しを求めた。最高裁判所の憲法法廷は、当該民族の慣習法においては禁錮の罰がないこと、および本事件を判断した機関には当該民族における司法権がないことを理由として、決定の取消しを命令した。

H．ペルー

ペルー憲法は、先住民族の自治制度として、沿岸部にある農民コミュ

---

[158] Sentencia no. 1600 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de 20 de diciembre de 2000。

[159] Sentencia no. 1325 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de 2 de agosto de 2011。

[160] Sentencia no. 02 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de 3 de febrero de 2012。

ニティー（西:Comunidad Campesina）、アマゾン熱帯雨林にある原住コミュニティー（西:Comunidad Nativa）（88～89条）、そして農民巡回（西:Ronda Campesina）という３種類の団体を認めている。また、149条は、代表機関に領域内の管轄権を与え、個人の基本権を侵害しない慣習法の適用を認めている。ただし、先住民族の管轄および慣習法の適用は、様々な法律で規制されている。

法律のレベル[161]では、刑事法典15条および45条は、自らの文化および伝統によって罪を犯したことを理解できない者は、刑事責任を負わず、または減刑をされると定めている。また、刑事訴訟法18条は、国家法法廷は、憲法149条の規制する罪についての管轄権がないと明記している。最後に、ペルー民事法典262条は、先住民族の儀式によって行われた婚姻の効果は、国家法にも及ぶとしている。

ペルー司法機関は、2015年に異文化正義の協定書（西:Protocolos para una Justicia Intercultural）を公表した。この協定は国家法と先住民法の調和を目的とし、様々な原則を明記している。しかし、先住民にとっては、国家法の管轄は、独自の文化や伝統を考慮しないため、後述するような農民巡回に適用される慣習法が望ましいという研究がある[162]。

原住コミュニティーと熱帯雨林発展に関する法（西:Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva、1978年法律第22715号）19条は、代表機関に先住民同士の少額の争いについての管轄権を与える。さらに、国家法の法廷は、民事および刑事事件を判断する際、コミュニティーの慣習、伝統、信念、社会文化的価値観を考慮しなければならない。

農民コミュニティーの基本法（（西:Ley General de Comunidades Campesinas,）（法律第24656号）は、農民コミュニティーは、法人格のあ

[161] ただ、1978年の原住コミュニティーに関する法（西:Ley de Comunidades Nativas）は、最低限の先住民族管轄権を認めていた。

[162] Hans-Jürgen Brandt, La Justicia Comunitaria y la Lucha por una Ley de Coordinación de la Justicia, 78 Revista Facultad de Derecho 215 (Peru) (2017)。ただし、これは、先住民族代表の意見である。

る、共通の社会、経済、文化的な絆を持つ一定の領域に住む家族で構成されると規定している（２条）。さらに、同法は、コミュニティーの財産管理に先住民法の適用を認めている。農民コミュニティーの基本法規則（第004-92-TR 政令）は、農民コミュニティーに、共同会社（西 :empresa comunal）という団体を利用し、経済的な活動を行う権利を与えている（政令第004-92-TR 号96条）。農民共同会社の労働関係は先住民法によって決まるとされている（政令第004-92-TR 号107条）。

以上のように、各コミュニティーに適用される先住民法の適用範囲が異なっている根拠は、単なる地域の問題ではない[163]。原住コミュニティーには、一般社会と交流しないコミュニティーと、経済的な自治は失ったものの、文化、伝統、慣習を維持し続けながら一般社会と交流するコミュニティーとがあり、孤立した部族、ある程度一般社会と交流している発展中部族、そして文明化したコミュニティーに区別することができる。孤立した部族（西 :grupos étnicos totalmente aislados）では、代表機関のような組織化はなされておらず、先住民法は神話に基づいている。発展中部族（西 :grupos en proceso de transformación）では、代表機関は、社会平和を保護し、禁錮、体罰、罰金を利用している。そして、文明化したコミュニティーでは（西 :grupos aculturados）、代表機関がある上、紛争解決方法がデュープロセスに従って予め定められ、身体的制裁を拒否しつつ、被害の填補を目的とする制裁が利用されている[164]。

これに対して、農民コミュニティーは、一般社会と交流した結果、密接な経済的関係を持つに至り、したがって完全に一般社会から文化的な影響を受けていないコミュニティーはない。このため、農民コミュニティーには国家法を適用する余地がある。例えば、婚姻および契約は独自の慣習法によって成立するが、当事者の関係が悪化した場合、国家法が適用される。刑事事件では、軽罪の場合には慣習法に基づいて加害者を罰し、重罪の場合には国家法の当局に直接に引き渡す[165]。以上の結果、

---

[163] Fernando Bazán Cerdán, Estado del Arte del Derecho Consuetudinario: El Caso de Perú, 41 Revista IIDH 51, 59 ss. (2005)。

[164] *Id.* at 59-60。

[165] *Ibid*。

農民コミュニティーの慣習法は、国家法によって容認され、以下に説明するように治安判事に適用されることがある。

さらに、農民コミュニティーには、コミュニティーの発展の促進、治安維持、そして紛争解決を目的とする農民の治安を維持するための農民巡回がある。農民巡回法（西:Ley de Rondas Campesinas）（法律第27908号）において農民巡回は、法人格および自治制度を有する民主的な機関として、憲法および法律に従って、法廷外の紛争解決および治安維持を行うことができる（１条）。農民巡回は、その規則および農民コミュニティーにおける管轄地域を明確にした上で、国の登記所で登記しなければならない（５条）。さらに、農民巡回法の規則（政令第025-2003-JUS号）では、憲法、世界人権宣言、169号条約、または法律によって規定されている個人基本権に違反しない先住民法を適用することができるとされている（４条）。

ペルー司法は、国家法と先住民法の調和を強化させるために様々な活動を行っている。2004年以降、治安判事裁判所への資金充当が増加し、2012年に先住民法と治安判事を担当する司法の部門が併合された。2013年に採用された治安判事法の規則（政令第007-2013-JUS 号）は、治安判事に更生保護を求める慣習法を適用する権限を与えている（37条２項、43条）。さらに、基本権を侵害しない限り、治安判事は管轄権行使を控え、農民コミュニティーに事件を移送できる（43条）。

ペルーの最高裁判所は、2009年の全権合意（西:acuerdo plenario）において、農民巡回による先住民法の適用について様々な原則を定めた[166]。第一に、コロンビア最高裁判所の判決を参照し、先住民管轄について以下の通り説明している。つまり、先住民族管轄権には、特定できる民族（個人要因）、社会統制を行う代表機関（組織要因）、基本権に違反しない実体法および手続きを定める慣習法（規範要因）、そして管轄

[166] Acuerdo Plenario no. 1-2009/CJ-116。ペルー司法の基本法（Ley Orgánica del Poder Judicial）22条、116条によって、最高裁判所の全権合意（acuerdo plenario）は、判例において争点となっている法律の解釈を統一させることを目的として、特定事件に影響を与えないものの、最高裁判所を含めすべての裁判所に対する拘束力を有する、とされている。

権の対象となる特定領域（地理的要因）がある。

ペルー最高裁判所は、慣習法の制限となる基本権として、生命、人間としての尊厳に違反する慣習、拷問、および奴隷制度の禁止があり、また、デュープロセスの観念には犯罪行為とその制裁を予め定めることも包含されているとした[167]。さらに、基本権の侵害については、慣習法の内容自体による基本権の侵害であるか、または代表機関の権力濫用による基本権侵害であるかを問わず、いずれも禁止されている。

刑事法典15条の定める犯罪行為の理解に基づく免罪原則のもとで、犯罪行為の理解とは、被告人は自らの行為が犯罪として規定されていることを認識していること、すなわちある法律で禁止されていることを知っていることという問題ではなく、禁止されている行為の内容を理解できるという問題であるとされている。しかし、先住民はある程度「一般社会」と関わりがあるため、一定程度社会のルールを理解しているとみなされる。

さらに、2015年の全権合意[168]によってペルー最高裁判所は、14歳以下の子供に対する性犯罪と慣習法の関係を明らかにした。先住民族において、14歳以下の子供（少女）は、結婚を目的として売買されるという慣習がある。そして、ペルーの法廷は、専門家による当該民族の慣習に関する人類学的な調査を利用せず、被告人の文化でこうした行為が許されている事件において、刑事法典15条を根拠とし、免罪を認める傾向があった。最高裁判所は、国際条約を参照し、14歳以下の子供に対する性犯罪に対する刑事法典15条の適用を禁止した。さらに、刑事裁判で利用される、ある民族の文化を分析する人類学的調査の基準も定めた。

Ⅰ．ボリビア

ボリビアは、他の国と異なり、憲法改正によって、先住民法の容認ではなく、新たな国家モデルを目指した[169]。その結果、本稿の対象地域の

---

[167] Acuerdo Plenario no. 1-2009/CJ-116。

[168] Acuerdo Plenario no. 1-2015/CJ-116。

[169] 多民族国家を創造した憲法改正は、繁雑なプロセスであったため、本稿では解説し切れない。旧憲法の国家モデルに対しては、植民地化プロセスによってヨーロッパ社会の価値観を押し付けられたものとして批判の声が多かった。例えば、国家が、先住民族を認め、様々な権利を認めるとの用語法に対して、先住民はかねてからボリビアに居住していたのであるから、創造された国家に

中で、ボリビアは憲法における先住民族に関する条文の最も多い国となった。特に、先住民族管轄（西:Jurisdicción Indígena Originaria Campesina）、および慣習法の適用についての連結点が明記されているのが特徴的である。

憲法30条２項14号は、先住民族が独自の政府、法律、経済制度を有する権利を認め、179条は、先住民族の独自の法制度を司法の一部として是認し、国家法は先住民法に優先していないとしている。各民族の代表機関等は、当該民族の文化、慣習、および独自の方法に基づいて先住民族管轄権を有しており、他方で憲法の規定する基本権を保護しなければならない（190条）。さらに、191条は、慣習法の連結点として一人の当事者が先住民である「個人管轄」、法律の定める事件である「法律関係管轄」、そしてある法的な行為が先住民族の領域内で行われ、その結果が領域内で発生する「地域管轄」を規定している。192条は、先住民族管轄のもとで下された決定の拘束力、および国家の先住民族決定を強制する義務を規定している。

2010年の司法に関する法（西:Ley del Órgano Judicial）は、最高裁判所に、国家法法廷と先住民族管轄の間の管轄権に関する紛争を判断する権限を与えている（40条）。そして、159条から163条まで、憲法の条文を写している。また、同年の管轄分界法（西:Ley de Deslinde Jurisdiccional）５条は慣習法の適用についていくつかの制限を定めている。憲法の保護する基本権の他、司法における女性の参加が明記され、そして女性への差別が禁止されている。さらに、高齢者および障害者は、コミュニティーへの義務を怠った場合でも、土地の差し押さえおよび追放が禁止されている[170]。さらに、同条は、子供および女性に対する暴力

是認される必要はないという見解があった。さらに、平等のような原則の追加に対しては、ヨーロッパのリベラル社会から生じた原則として反対する声もあった。Schalvelzon 前掲注（40）471頁。

[170] 先住民であるモラレス前大統領を批判したカルデナス元副大統領は、副大統領として在任中に、自分の居住した地方自治体に財産を充当せず、憲法改正に反対したため、民族の代表的団体に「コミュニティーへの裏切り者」として裁かれた結果、自宅が差し押さえられた上、その妻と子供は、民族から暴力を受けたという事件がある。*Id.* at 481。

事件における和解も禁止している。最後に、リンチおよび死刑を廃止し、死刑判決を下したり実行した者は、殺人罪の下で裁かれることとされている。

同法は、憲法の定める連結点をより具体的に規定する。10条によれば、先住民族管轄権内の事件は、国家法の法廷による裁判が禁止されている。しかし、同条では、先住民族管轄の対象外となる事件として、①刑事事件では、国際法における罪、人道に対する罪、国家防衛に対する罪、テロ罪、脱税、汚職罪または国家が被害者となる罪、違法薬物の取引罪、武器密輸罪、人身売買罪、児童虐待罪、強姦罪、そして殺人罪、②民事事件では、国が当事者または第三者となっている事件、③労働法、社会保護法、税務法、行政法、鉱山法、IT 法、国際法、および国際私法に関する事件、④その他憲法、または法律によって定められた事件を挙げている。

他国と異なり、ボリビアは、西側先進国の国家概念から離れ、独特のモデルを追求していると言える。憲法裁判所も、憲法および法律を解釈する際、現代国家概念を否定する姿勢を示している。例えば、ボリビアの多民族国家（西 :Estado Plurinacional）モデルは、伝統的な植民地、モノカルチャー、共和政体、ネオリベラルの国家概念から離れていると明言した[171]。さらに、コミュニティーの権利は、個人の権利を上回り、新たな国家の設立基準となるとされている[172]。以上の基本権侵害の解釈についての憲法裁判所のアプローチは、西洋の価値観に拘らず、多文化主義に基づいているという見解がある[173]。

また、多民族的な組織体制は、植民地国家の論理を拒否し、自己の信念および知識に基づくものとされている[174]。しかし、こうした多民族国家においても、憲法の最高法規性は維持され、先住民族管轄と慣習法の適用は、憲法によって保護されている基準に違反してはならないとする

---

[171] SCP 698/2013。

[172] SCP 0778/2014。

[173] Zambrano 前掲注 (42) 170頁。

[174] Declaración Constitucional Plurinacional 0006/2013。ボリビア法における違憲審査の判決は合憲宣言（西 :declaratoria de constitucionalidad）または違憲宣言（西 :declaratoria de inconstitucionalidad）と呼ばれている。

判決もある[175]。例えば、慣習法におけるデュープロセスは当該民族の伝統によって定められているが、これらの伝統に違反する決定は違法とされている[176]。また、慣習法の根拠は各民族の記憶および経験にあり、その内容は当該民族の正義感に基づく、民族の調和および平衡への「道」を示している、とされる[177]。例えば、ボリビア憲法裁判所は、民族の伝統における「所有権」を解釈した事件において、当該民族の慣習法における所有の概念を参照した[178]。

既に述べたように、分界法５条は高齢者および障害者に対して、コミュニティーへの義務を怠る制裁としての「追放」を禁じている。しかし、憲法裁判所は、慣習法における「追放」は、先住民族司法制度の独自のコミュニティーを保護する手段であり、国家法の刑罰と同様に憲法に違反しないとした[179]。しかし、「追放」という罰は、最も重要な事件に限られている上、コミュニティーの調和および平衡を求める場合にのみ容認すべきとされている[180]。したがって、離婚を求める女性に関する事件では、罰としての「追放」は違法とされている[181]。

Ｊ．メキシコ[182]

メキシコ連邦憲法は、先住民族に様々な権利を与える。先住民法について、２条Ａ項Ⅱ号は、先住民族の、憲法、人権、女性への尊重に違反しない独自の方法によって紛争を解決する権利を認める。ただし、同条は、先住民法を国家法と同等のものとはせず、代表機関の決定は国家法の法廷によって認可されるべきと定め、その方法は法律で定められるとしている。こうして、国家法の法廷は、代表機関の決定に対して司法審査を行うことができるため、同じように憲法に保護されている先住民族

[175] SCP 1422/2012。
[176] SCP 1203/2014。
[177] SCP 0874/2014。
[178] SCP 0572/2014。
[179] SCP 698/2013。
[180] SCP 0778/2014。
[181] SCP 0924/2016-S1。
[182] メキシコは、連邦国家であるため、州によって先住民法の規制が異なる。本稿では、連邦憲法、および各州における先住民法に関する条文のみを紹介する。

の自己決定権を侵害しているという指摘がある[183]。さらに、連邦憲法21条は、刑事事件の調査は検察庁と警察に、および司法権は国家の裁判所に託している一方、代表機関は以上の権限を持たないとしているため、169号条約５条および８条と矛盾しているという見解がある[184]。

連邦国家であるメキシコでは、先住民族の権利保護は州のレベルでも行われている。連邦憲法２条は、州憲法および法律は、先住民族の権利保護について連邦憲法の定める基準を下回ることができないとしている。31州の中、12州の憲法は先住民族に関する条文を明記している。メキシコ州、ソノラ州、ケレタロ州の憲法は、先住民族の保護を定めるが、先住民法に関する明確な規定は置かれていない。チアパス州憲法10条は、立法、行政、または司法の職員は、先住民に影響を及ぼす決定をする場合、当該民族の文化を考慮しなければならないと定め、スペイン語を話すことができないチアパスの住民には通訳者を通じて手続きをする権利がある[185]。イダルゴ州憲法５条では、先住民族は、独自の生活方法を維持し、また立法、行政、司法において文化や伝統を考慮される権利を有する。ナヤリト州憲法７条２項は、先住民の慣習を維持する権利、および立法、行政、司法において文化や伝統を考慮される権利を規定している。サン・ルイス・ポトシ州憲法１条は、先住民族に公の秩序を違反しない先住民族の生活方法を維持する権利、および立法、行政、司法において文化や伝統を考慮される権利を定めている。

州憲法の中でも、オアハカ州の憲法は、先住民族の権利に関する規定が最も多い憲法である。先住民法に関して、16条は先住民の当事者がいる事件においては、当該民族の言語を理解することができる検察官または裁判官が優先され、いない場合は通訳者の任命を規定し、事件を判断する際、当該民族の慣習を考慮する義務を明記している。チワワ州憲法８条は、刑事または民事の訴訟において、先住民の当事者がいる場合、

---

[183] Cámara de Diputados, Legislación y Derechos Indígenas en México 62 (Mex.) (2010)。

[184] *Id.* at 111。

[185] ただし、条文では「チアパスの住民」と表記されているため、先住民族との関係は不明である。

当該民族の伝統、文化、慣習を考慮しなければならない、とする。また、先住民領域内、同じ民族の先住民同士の刑事事件には、当該民族の独自の方法が尊重されるとされている。

カンペチェ州憲法７条は、先住民族のコミュニティー、および先住民が当事者として参加している裁判では、当該民族のアイデンティティ、価値観、慣習、伝統、文化を考慮する義務を規定している。さらに、先住民に刑罰を与える場合、拘禁刑以外の罰が優先される。ベラクルス州憲法６条は、先住民族が当事者として参加している訴訟では、法的な慣習を考慮する義務を定めている。

こうして、メキシコ各州の州憲法は、連邦憲法21条の定めを守りつつ、先住民族管轄を規定せずに、慣習法の適用のみを定めている。先住民族に関する法律がないバハ・カリフォルニア・スル州、ミチョアカン州、タマウリパス州、そしてサカテカス州を除き、先住民法の適用基準は、各州の法律によって定められている。

Ⅵ. ラテンアメリカにおける法多元主義

A．法多元主義の役割

以上のように、ラテンアメリカでは、先住民法を拒否する国と、その適用を幅広く認める国がある。先住民法の容認は、先住民の人口とは関係がないと考えられる。人口の40％が先住民であるグアテマラにおいて、先住民法の容認が進んでいないのに対して、人口の４％のみが先住民であるコロンビアでは、ペルー、ボリビアのような先住民人口が多い国の司法機関によって参照されるほど国家法と先住民法の調和とそれに関する判例が発展している。また、コスタリカやパナマにおいても先住民は決して多くないにもかかわらず、国家法と先住民法は共存している。

ラテンアメリカにおける法多元主義は、国家法と先住民法のバランスをとることを目的としていると言える。憲法上の先住民法の容認は、ある国における法多元主義と関係があるという指摘がある[186]。そもそも、

[186] ILO, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica 82-83 (Per.) (2008)。

先住民法を認める国では、管轄多元主義と規範多元主義の容認の態様が異なる。管轄多元主義は、基本的に先住民の領域と強い関係がある。先住民法を認めるほとんどの国家では、代表機関は領域内の事件に関してのみ管轄権を有しており、領域外の管轄権を規定しているのはベネズエラのみである。ただし、領域と関連する管轄権を考えるにあたっては、先住民族が領域を設立できるか否かという問題がある。つまり、法律で定められた要件を満たしているかということだけでなく、事実上も、政府が先住民の領域として認めているかという問題である。

また、規範多元主義の実施を検討するには、民事事件と刑事事件とを区別する必要がある。本稿で検討した対象地域の法律では、先住民同士の民事事件に対する管轄権はほぼ制限なしで認められ、場合によってはパナマのように、婚姻の儀式が国家法においても拘束力があるとされることもある。そもそも、リベラルな国家では、個人間の紛争は個人の意思によって解決されることが最も望ましい結果であり、個人の意思を理解するに当たり、文化的な事情は当然に考慮されているとも言える。つまり、先住民法を認める国では、民事事件を解決した代表機関決定に対して司法審査をほとんど行わない。ただし、少なくとも土地の所有に関する事件では、各国において民族の土地は共有地となるため、所有権はコミュニティーにあり、個人には持ち分がない。こうした場合、土地についての争いが生じた場合、個人が主張できる所有権がないため、代表機関の決定を認めない個人は、コミュニティーの決定に抵抗することができず、「追放」となることがある。

これに対して、刑事事件ではキムリッカの「対内的制約」の禁止が表れる。これらの制限は先住民法の容認の根拠となっているリベラリズムおよび多文化主義から生じ、リベラル国家は個人を重視するため、国民に対して生命保護、差別廃止のようないくつかの義務を負う。そして、当事者が先住民の場合においても、国家の国民に対する義務は、先住民族の自己決定権を上回ることとなる。多文化主義は、先住民族の文化を受容することのみを意味するのではなく、ある国家にある文化を調和させるための手段であるため、あらゆる文化を考慮した上で、最低限の規範を定めるものでなければならない。

以上の最低限の規範は、国際法において認められる基本権によって決

まるが、法多元主義の柔軟性によって、代表機関は先住民法の適用によって基本権に違反したとしても国家法に基づく制裁がなされない場合もある。例えば、エクアドルのラ・コンチャ判決[187]について言えば、個人の生命という法益は、コミュニティーへの侵害という観点から解釈できないとして、個人性を優先させる西洋法から考えるのが妥当だと言える。そうでなければ、コミュニティーの利益が個人の生命を上回った場合には、殺人罪を犯しても被告は罪を免れてしまう。ただし、先住民族の代表機関に生命侵害事件に関する管轄権がないとしても、先住民法の調査方法や決定は国家法法廷より素早く進むため、結果として、事実上、一度下された決定が、先住民法の是認原則としての拘束力の下で優先される形となったとも考えられる。

また、リベラリズムにおいては、国家に個人権が侵害された場合、被害者に救済方法を与えるために、国家権力を制限するという手段がある。国家に容認された先住民法の適用にも同じような制限があると言える。既に説明した通り、先住民法が、コミュニティーを優先させ、その結果として個人権を軽視するものであったとしても、先住民が自らの意思でこのような制度に従っていた場合には、原則として問題がないと言える。しかし、場合によっては、民族の代表機関による権限濫用となる可能性がある。例えば、ベネズエラの最高裁判所[188]とペルー最高裁判所[189]が述べたように、先住民の地位を安定させるには、代表機関は、適用される慣習法を予め定める必要がある。そうでなければ、個人は、自分が受けた罰が慣習法によるものか、それとも代表機関が急に考え出したものなのか否かを確認することができない。

ただし、キムリッカの「対内的制約」の禁止には一つ重要な問題がある。つまり、先住民法には基本権という概念がなく、代表機関自体がどのような制限を受けるのかを把握していない場合がある。このような場合、代表機関は、西洋法を研究しその背景を理解した上で、自らに対する制限を知る必要があると思われるが、後述するように、このような調和が

[187] 前注 (75) 参照。
[188] 前注 (160) 参照。
[189] Acuerdo Plenario no. 1-2009/CJ-116。

先住民法の性質に反するものとして批判されている。そもそも、代表機関にとっては、コミュニティーへの影響力が下がるため、先住民法を国家法に譲歩させることは望ましくない。

また、出身の部族から出て一般社会の文化から影響を受けた先住民が、部族に戻った後、部族の慣習の是非を問うような場合に、代表機関またはコミュニティーから批判を受けることがある[190]。特に、児童虐待、児童労働、および女性に対する差別事件は、先住民族内では、男性によって構成されている代表機関が解決することが多い。さらに、代表機関を宗教指導者が務めている民族がある。しかし、パナマ[191]とパラグアイ[192]の「魔法使い」事件から考えてみると、代表機関である宗教指導者からすれば権力を失うことにつながり得るため、当該民族の信念に関連する事件を判断するに際し、「魔法使い」のような神話的の存在を拒否するインセンティブがないと考えられる。

基本権という「対内的制約」の禁止は、先住民の自己決定権を否定しているとはいえず、単に、現代社会において採用された最低限の規範である。先住民族への尊重を根拠とし、国家はこれらの基本権を保護しないこととなれば、もはや国民に対してのみならず、国際法においてもいくつかの問題が生じる。例えば、国際的人権 NPO である人権財団（英：Human Rights Foundation）の2008年１月15日報告書では、2005年11月から2008年２月にかけて、ボリビアの先住民法の下で、リンチによる死刑、不倫の疑いによる女性の生き埋め、拷問といった罰が利用された事件を46件確認することができ、これらは明らかに人権侵害に当たるとされた[193]。ボリビア政府が、以上の罰を是認すると、国民のみならず、国際機関から批判や制裁を受ける可能性がある。

また、各国において、領域内に居住する先住民に関する慣習法を認める傾向にあるが、民族の集団的権利については国家の主権への脅威とし

---

[190] 例えば、ボリビアの元副大統領の事件。前注（140）参照。

[191] Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 20 de febrero de 2001。

[192] CJS 前掲注（159）31頁。

[193] Vargas 前掲注（67）255頁。

て評価されることが多い[194]。コミュニティー内の紛争を解決する場合、代表機関が国家から制裁を受けることはほとんどない。むろん、国家法の法廷は、先住民法に対して抵抗があり、これを一般の裁判で適用しないことは差別として評価することもできるが、単なる準拠法の問題としても評価できる。このような背景では、先住民法を是認するラテンアメリカ各国は、積極的に先住民法を管理せず、重罪の場合および当事者が救済を求めた場合にのみ司法審査を行っているため、先住民の慣習法は相当に尊重されていると言える。

B．制度に対する批判

ラテンアメリカの法多元主義は先住民法の適用を認めたにもかかわらず、制度に対してはいくつかの批判がある。第一に、先住民族の権利の幅広い容認を求める者は、キムリッカの議論に対して、先住民族をマイノリティーとして評価すると、先住民族の独特な問題、および自己決定権のような国際条約に認められている権利を軽視することになるとする。先住民族の問題は、もはや先住民にのみ関わるものではなく、人権、民主化、および社会平和と密接な関係を持つという見解がある[195]。

第二に、法多元主義において、先住民法の適用に対する制限が文化的な支配となるとする見解がある[196]。基本権による *a priori* の制限を批判する学者にとって、個人の人権は、先験的な普遍的権利ではなく、人類の経験から生じた普遍的となり得る権利であり、異文化主義に基づく調整によってのみ先住民法への適切な制限を発見することができる、とされる[197]。

---

[194] ILO 前掲注 (186) 82-83頁。

[195] Víctor Toledo Llancaqueo, *Políticas Indígenas y Derechos Territoriales en América Latina: 1990-2004 ¿Las Fronteras Indígenas de la Globalización?, in* Pueblos Indígenas, Estado y Democracia 67, 70 (Arg.) (Pablo Dávalos, comp. 2005)。

[196] Edwin Cruz Rodríguez, *Interculturalidad y Derechos de las Mujeres: Una Discusión Conceptual, in* Justicia e Interculturalidad análisis y pensamiento plural en América y Europa 675, 686 (Marianella Ledesma Narváez cord., 2018) (Peru)。

[197] *Id.* at 686。

第三に、「対内的制約」の禁止は、リベラリズムに基づく先住民の個人的な権利を中心とし、これらを侵害する慣習を持つ民族が否定されることとなる[198]。つまり、国家による先住民族の容認は、民族を支配する手段として、国家の定めた要件を満たす民族のみを認めることとなる。これは、許可された先住民（西 :indio permitido）と呼ばれている[199]。

第四に、先住民が自分の慣習では犯罪として評価されない行為をなした場合、国家法による刑罰を控え、さらに先住民法によっても裁くべきではないという見解がある[200]。

第五に、西洋法による先住民法の容認および管理は、先住民法を歪めることとなる、との指摘がある[201]。この見解は、先住民法には西洋法にない特徴があるものとして、西洋法による管理は妥当ではないと主張するものである。例えば、先住民法では、代表機関は司法の専門家としての「裁判官」と同じ役割を果たすわけではなく、慣習法自体もコミュニティーの信念に基づくため、西洋法のようにまとめることができない。ボリビア憲法改正プロセスでは、先住民族の代表は、論理と価値観が異なるため国家法と先住民法の調和は不可能であるとの意見を提出した[202]。

以上の批判に対しては以下の反論が可能であろう。第一点に関しては、先住民族と他のマイノリティーとを区別する理由が必ずしも明らかではないとも考えられるが、先住民族は、自らの意思で移民して新たなコミュニティーに加わる意図を有しなかったため、白人社会に支配されたものの、自分の独特なアイデンティティを放棄していないのだ、という見解

---

198 Gallardo 前掲注（71）20頁。

199 José Antonio Lucero, *Ambivalent Multiculturalisms: Persversity, Futility, and Jeopardy in Latin America, in* Latin America's Multicultural Movements: The Struggle Between Communitarianism, Autonomy, and Human Rights 18, 35 (Todd A. Eisenstadt *et al* eds. 2013)。

例えば、ボリビアでは、条件付きの慣習法の容認は、白人による先住民法の解釈として批判された。Villacorte 前掲注（14）43頁。

200 Villacorte 前掲注（14）50頁。

201 Frixone 前掲注（101）226頁。

202 Schalvelzon 前掲注（40）484頁。

がある[203]。しかしこれでは、アフリカから誘拐された奴隷者の子孫や移民の有する慣習法を否定する根拠を説明できない。つまり、先住民族と同じような苦労を経験したマイノリティーに対しては、先住民族のような特別な取扱いはなされていない。むしろ、アジア人や黒人は、社会に統合し、現在においても各国の国民として平等を求め、様々な活動を行っている。このような活動からすれば、文化的なアイデンティティと、慣習法の是認とは不可分の関係ではないと考えられる。

第二点については、先住民族が抵抗している統合と同化の問題が改めて問われる。まず、人権と民主主義は、国家の存在を前提としている。しかし、第Ⅱ章で説明した通り、先住民族は国家の支配に対して様々に抵抗しており、場合によっては国家による支配を否定する傾向もあると言える。そうであるとすれば、先住民が、国家の定めた規範および国家の運営方法であるデモクラシーを根拠として、権利の保護を求めることは納得し難い。

また、人権は、国家によって保護され、国家に対抗し得る一つの手段としての個人を重視する。これに対して、個人を軽視する先住民族について、集団的権利の問題を人権問題として主張すると矛盾が生じる。人権という概念を認めない先住民族に、人権に基づいて自治制度を認める妥当性も問われる。そして、デモクラシーを採用しない独自の生活方法の維持を求めつつ、民主化によって発生した権利のみを主張し、「国家」への義務を否定することは説明し難い。こうした場合、先住民族は、人権と民主化を主張するならば、一般社会と統合し、同化をすべきではないかという疑問が生じる。

第三点の「対内的制約」の禁止が先住民族の否定につながるという見解は極端であるという批判がある。特定のグループがより広い社会に認められない慣習を有していたとしても、このような慣習が制限されることによって、グループ自体が否定されるわけではない。さらに、メスティーソやその他の混血の者が先住民族に差別されることもある。例えば、ボリビア憲法改正プロセスにおいて、メスティーソの代表は、先住

[203] Jim Reynold, Aboriginal Peoples and the Law: A Critical Introduction 3 (2015)。

民族の提案した原則はあくまでも民族の慣習を示すものであって、メスティーソとしての考慮がなされていないと述べた上で、メスティーソの価値観に基づく原則の追加を求めた[204]。

このような背景は、ボリビアに限られない。既に紹介した、多文化を容認する憲法は、先住民族の文化保護と多文化主義保護に区別することができる。前者は、先住民族の文化のみを認めていると考えられる。しかし、パナマのようにかねてから事実上、多文化主義を採用している国では、アジア系やアフリカ系等と比較して、先住民族だけが特別な地位を有するわけではない。つまり、多文化主義を求めるラテンアメリカの国では、すべての国民文化が、平等に、平和的に交流できることを目的とし、その中で、先住民法は条件付きの特別な位置が与えられたに過ぎない。

第四の見解は、先住民であることを理解として免罪を求めているに過ぎず、不当であるとする批判がある。国際法、国家法に規定されている「文化の配慮」は、一般社会と交流しない先住民を保護するためにある。確かに、一般社会と交流しない民族は、社会の最低限の規範を把握していないため、原則として、このような保護を拒否する理由がない。ペルー最高裁判所[205]の指摘した通り、先住民の関わった事件において、「文化の配慮」を根拠として免罪や減刑が認められることもある。しかし、子供に対する性犯罪のような行為は、慣習法の根拠で決して許されるべきではないだろう。

また、多くの国では、「文化配慮」の限界は法律上明示的に規定されていない。つまり、当事者である先住民と一般社会との交流の程度の確認方法が問題となる。例えば、メスティーソの事件、あるいは出身地を出て都市部に移動した先住民の関わる事件の場合、「文化配慮」の消滅時点は不明である。そもそも、先住民族の自己決定権が尊重される国では、国家法による実体法がこうした事件に対する明確な基準を規定することは望ましくないとも考えられる。このような事件では、民族慣習の調査のみならず、先住民族である被告人への調査も必要である。

---

[204] Schalvelzon 前掲注 (40) 470頁。

[205] Acuerdo Plenario 1-2015/CJ-116。

最後に第五の批判は、法多元主義自体を誤解しているというものである。先住民法を容認しているラテンアメリカの国家は、主権を完全に放棄しているわけではない。先住民族に植民地化プロセスによって押し付けられた国家概念に対して抵抗があるのは確かであるが、法律上および事実上、国際社会は国家という概念を中心としている。

そして、既に説明したように、先住民法を認める国では、国家法と先住民法のバランスこそが最も重要な問題である。国家法は、先住民法に管轄権を譲るに際して、国際基準への尊重を求め、両制度の調和を目的としている。「対内的制約」の禁止による先住民法の制限については既に述べた。そして、書面による提出を求めるコスタリカ以外、対象地域の法律では、先住民法に対して特定の形式要件は必要とされていない。さらに、コスタリカの先住民族は、自ら国家法との調和を求め、先住民法による決定を書面で記録する。現代社会における法多元主義による国家法と先住民法のバランスにおいては、国家の存在は前提とされており、国家権力を無視した法多元主義を訴える民族の主張を理解することは難しい。西洋国家モデルの再構築を試みたとしたボリビア憲法改正においても、現代国家概念は拒否されているわけではない。つまり、各民族の先住民法を認めた上で、すべての民族を管理する原則を採用していると言える。

Ⅶ. 結語

ラテンアメリカでは、1970年以降先住民の権利保護問題に関する議論が進んでいる。近年、国際条約および国内法に規定されている先住民族の自己決定権、財産管理、および政治的参加の権利に関する問題が重視されている。これらの問題は、各国における差別問題と深い関係がある。これに対して、先住民法、特に先住民族の領域内における先住民法の適用は比較的に認められていると言える。

本稿の対象地域の中において、10か国は多文化主義に影響され、先住民法に関して法多元主義を採用している。これらの国では、国際法に規定されている先住民管轄権と慣習法の適用を認めている。そして、先住民法の容認およびその発展と国家法との関係は、先住民の人口割合に影

響されていないと考えられる。

さらに、これらの10か国では、規範多元主義と管轄多元主義とが認められているが、実務上ではいくつかの問題が残されている。特に、国家法の法廷は、代表機関の決定についての司法審査を行う場合、当該民族の慣習を把握することができるかという問題がある。さらに、代表機関および先住民は、国際法上ないし憲法上保護されている基本権を理解していない場合が多いため、先住民族は国家法による制限を差別として評価することがある。前者について、いくつかの国は、先住民族と協力し、司法職員向けのセミナー等を行っている。

後者を解決するには統合と同化の回避という大きな壁がある。国際法では、先住民族の自己決定権として、一般社会への統合と同化は回避されている。しかし、先住民族は基本権という概念を持たないため、これらの権利を説明するためには、ある程度国家の活動が必要となるところ、国家が先住民の教育機関において西洋法の基礎となる権利概念を紹介した場合、これが統合と同化として代表機関によって批判される可能性がある。

また、先住民法の内容についても議論がある。つまり、民族コミュニティー全体と個々の先住民にとって、先住民法における「望ましいと思われる慣習」の範囲は必ずしも同じものではない。個人としての先住民（特に女性）が平等を求め、現代国家の基礎を民族に導入すること望む場合、代表機関がそれを認めるか否かが問題となる。自らの社会的地位および権力を保護するために、代表機関は、文化交流によって導入された新たな見解が「伝統」に違反するものと主張し、反対することが予見できる。代表機関の反対は、先住民族の文化や伝統、文明等とは関係なく、自分の地位を守るための単なる人間の心理として考えられることもあろう。

特に、女性と子供が自分の権利を認識するほど、差別的と思われる慣習に反対することになるだろう。国家は、女性と子供を保護する義務があるため、これらの権利に関する教育活動を積極的に行っている。このような場合、国家法と先住民族自己決定権との対立を避けることはできないと考えられる。

法多元主義は、弱者に対する差別となる行為を正当化するためにある

のではなく、個人に最も妥当な紛争解決方法を選択できる自由を与えるためにある。

しかし、以上の問題にもかかわらず、先住民族に、他のマイノリティーにない管轄権等のような特別な制度が認められていることは、ラテンアメリカの法多元主義の成果であると言えるだろう。