

アイヌ民族の土地権に関する序論的考察

吉 川 仁

はじめに

狩猟・採集民族として自然と共生する中で文化を築き生活を営んできたアイヌ民族にとっては、土地は彼らの独自の自然観・宗教観と結び付いていると共に、彼らの生存を支える経済的基盤でもあった⁽¹⁾。その意味では、アイヌ民族と土地との結び付きを表現するためには、取引対象としての商品臭さを感じる土地という言葉より、大地という言葉こそがふさわしいように思う。

アイヌの言葉でいうアイヌモシリ（アイヌの大地）とは、もともと、北海道本島、樺太南部及び千島列島というアイヌ民族が住んでいた大地のことを意味する。ところが、北海道は、日本政府が明治以降展開した拓地植民政策の中でアイヌモシリたる性格を消し去られ、先住民族であるアイヌ民族は大地との結び付きを奪われてきた。そして、二風谷ダム建設にみられるように、今なお、その大地たる性格を失われつつある⁽²⁾。この拓地植民政策の主要な柱のひとつに、日本政府が明治以降とってきた土地政策がある。その土地政策が展開される中で、アイヌ民族は民族にとっての大地を奪われ、また、個別的にもアイヌの人々がそれぞれの土地を失う事態が進行したのである。

海外に目を向けると、例えばカナダやオーストラリアにおける先住民族と政府の土地政策についての最近の状況は、日本におけるアイヌ民族と土地をめぐる状況とは大いに異なっているように思う。ここで詳述する余裕はないが、カナダにおいては、土地に対する先住民としての権原（aboriginal title）の承認を背景としつつ、先住民の土地権の存在が認められてきたし⁽³⁾、1999年4月には北西準州の内部に200万平方キロメートルに及ぶイヌイットの「ヌナブット」準州が発足することとなった⁽⁴⁾。また、オーストラリアでも、北部準州に適用される1975年の「アボリジニ土地所有権法（ノーザンテリトリ）」⁽⁵⁾に続き、「無主地理論」を否定した1992年の「マボ判決」⁽⁶⁾及びその判決を受けて連邦レベルでアボリジニの土地権原を認める1993年の「先住民権原法」が定められる⁽⁷⁾といった、注目すべき事態が進みつつある。カナダやオーストラリアの状況は、それぞれの国ごとのより詳しい歴史的、政治的、文化的状況を分析する中でその評価が下されるべきであろうが、それにしても、日本政府のアイヌ民族に対する土地政策の現状との落差が余りにも大きいと感じさせられる。

私は、別稿で、オーストラリア連邦最高裁判所が1992年に下した「マボ判決」を紹介した際、「無主地理論」を北海道とアイヌ民族に関して適用できないのは自明のことであること、そうだとすれば、

コモン・ローの伝統によれば、単に主権が変わっただけでは先住民の土地権原は消滅させられないと考えられていることに言及しつつ、同判決の視点からすれば、アイヌ民族の土地に関する権利や利益は、日本政府による主権獲得の後まで残っていると考え得るのであって、検討されるべきことは、それらの権利・利益が適法に消滅させられたといえるかどうかにあるということを示した^⑧。本稿では、このアイヌ民族の土地に関する権利・利益が残存しているか消滅したかの問題を考察する前提となるいくつかの論点を提示することを課題とする。

第一章 北海道は、いつ日本の領土になったか。

「ヤマト系」日本人（以下、和人とも呼ぶ）による蝦夷地の支配は、鎌倉時代（13世紀初頭）、安東氏が北条義時により東夷守護を命ぜられたことに始まるといわれる。その後、15世紀半ばに、安東氏が南部氏に破れ、破れた安東氏が蝦夷が島に渡り今日の函館を中心とした渡島半島南部に住みついた。後に蝦夷地の支配者となった松前藩は、渡島半島南部の松前地を和人地とし、それ以外は蝦夷地とし、和人の居住区域を定めた。つまり、和人の居住区域は渡島半島の一部に限られたのである。その後、松前藩の知行制度の下で、商場が設けられ、アイヌとの交易が進められていくが、それによって和人が定着したわけではない。なぜなら、例えば漁場経営の場合にも、漁季が終わると和人は少数の番人を残して引き上げていたからである。その後、幕府直轄の時代を迎え、一時、天保の大飢饉の折、奥羽の窮民が後志地方にまで流出し、和人集落を形成したことはあるが、それも明治維新まで続いたわけではなかった。結局、和人の定住は渡島半島を中心とした一部の地域に限られ、北海道全域に及んでいたわけではなかったのであり、北海道の多くの部分、とりわけ内陸部は、基本的にはアイヌの大地であったといえる。ところが、周知のように、明治時代に入り、拓地植民政策が展開される中で、「ヤマト系」日本人の移民が増大し、「アイヌ系」日本人の数が相対的に極端に減少することとなった。そして、今日では、北海道は日本の領土であるということが「常識」のごとく通用しているのである。

では、どの時点で北海道は日本の領土となったといえるのであろうか。この点については、1994年11月24日の参議院内閣委員会で萱野茂委員が、「日本が蝦夷地を正式に自国の領土とした日はいつなのか。」と質問したのに対して、鶴岡公二外務省条約局法規課長が、「具体的にいつ我が国の領土となったかということについては明らかではございませんけれども、江戸時代の末期から明治時代初めにかけて、我が国と当時の帝政ロシアとの間で国境の画定が行われた際には、いわゆる北海道本島につきまして両国間で全く問題となっておりません。その当ても北海道本島が我が国の領土であるということを当然の前提として日ロ間での交渉が行われた経緯がございます。」と答えている^⑨。その意味では、北海道が日本の領土となったのはいつなのかということについては、政府の公式見解によっては、はっきりとはしていないのが実情である。そこで、北海道が日本の領土となったのはいつかという点について成り立ち得るいくつかの考え方を、次に挙げてみたい。

第一は、北海道は古来からの日本領土であって疑うものがなく、いわば公理のようなもので、そ

の事実を文書的に証明することもできず、またその必要もない>⁽¹⁰⁾とするものである。北海道がアイヌ民族の大地であったという事実を目を向ければ、このような「北海道＝公理的領土論」は、余りにもナイーヴな議論と言わざるを得ないであろう。

第二は、1604（慶長9）年に徳川家康の黒印状によって松前藩がアイヌ交易の独占権を与えられたことを根拠として、アイヌ民族の居住地は日本の領土であるとする見解である。言い換えると、松前藩の藩領意識にもとづいて、北海道を領土と考える見解である⁽¹¹⁾。このような領土意識に基づき幕末から明治時代始めにかけての日・露交渉が行われたのであって、前述の国会での鶴岡答弁は、このような見解を反映しているように思える⁽¹²⁾。しかし、それは近代国際法における領土支配やそこでの実効的支配の存在とは相容れない議論であり、法律論としては、その妥当性は疑わしい⁽¹³⁾。

第三は、<アイヌ人を民族総体として封建体制の隷属民とし、それに基づいて北海道が固有領土と化したのは……近世である>⁽¹⁴⁾とする見解である。この見解は、「近世蝦夷地の歴史像を、幕藩体制展開のあり方の一つとして、……近世史の概念に基づいた時代区分を設定する」⁽¹⁵⁾としつつ、蝦夷地における封建体制の段階を五段階に設定し、第三段階（1717<享保2>年～1784<天明4>年）において「兵商分離が貫徹し、藩の近世化が完成した」⁽¹⁶⁾とし、この「蝦夷地における近世化は、アイヌ民族全体としての幕藩制への隷属化に帰結した」⁽¹⁷⁾とするものである。

第四は、1799（寛政11）年、幕府による蝦夷地直轄統治をもって、それまで幕藩制国家により異域とされていた蝦夷地が内国化されたとするものである⁽¹⁸⁾。この幕府による蝦夷地直轄統治の背景には、1789（寛政元）年のクナシリ・メナシのアイヌ蜂起とその鎮定及びラクスマン来航に象徴されるロシアの南進政策の展開の中での国防上の必要、さらに松前藩の富源開拓における無能力さに対する評価がある⁽¹⁹⁾。

第五は、1869（明治2）年に明治政府が蝦夷地の本土化を宣言することにより、蝦夷地を日本の領土に組み入れたとする見解である。つまり、1869（明治2）年7月8日に太政官の一部局として開拓史が設置された後、明治政府が同年8月15日に、「蝦夷地自今北海道ト被称、十一箇国ニ分割、国名郡名等別紙之通被仰出候事」（太政官公文録）として、従前、松前蝦夷地と呼ばれたこの地域に、北海道という名称を与えることにより、北海道は名実ともに日本の一部になったとする考え方である⁽²⁰⁾。

第六は、日・露間の国境問題が1875（明治8）年の樺太・千島交換条約が締結されることによって解決され、北海道が日本の領土であることが近代的意味における国家間関係の中ではっきりした時とする考え方である⁽²¹⁾。このことを通じて、アイヌ民族はその領土権を含む民族の自決権が否定され、アイヌ民族に対する近代植民地支配が確立したとするものである⁽²²⁾。

第七は、1877（明治10）年12月の「北海道地券発行条例」により、アイヌの人々の居住地を官有地第三種に編入した上で、「地方ノ景況」と「旧土人ノ情態」によって例外的に「成規ノ処分ヲ為ス」とすることにより、アイヌの人々の土地に対する権利を原則として否認した時をもって、アイヌ・モシリ＝蝦夷地が最終的に日本領土化されたとする説である⁽²³⁾。但し、北海道の領土化を問題にするのならば、土地立法においてアイヌの人々の私的所有を否定した側面よりも、後述するように、「北海道地券発行条例」において北海道の土地の全てを官有地化した時点を重視する方が妥当であるように思わ

れる。

以上、「北海道は、いつ日本の領土となったか」という点に関するいくつかの成り立ち得る考え方を紹介してきた。アイヌ民族自身の側からは、この点について、例えば、北海道ウタリ協会は、1984年の総会で採択した「アイヌ民族に関する法律（案）」⁽²⁴⁾（以下、「アイヌ新法（案）」と呼ぶ）の「本法を制定する理由」の中で、「明治維新によって近代的統一国家への第一歩を踏み出した日本政府は、先住民であるアイヌとの間になんの交渉もなくアイヌモシリ全土を持主なき土地として一方的に領土に組み入れ、また、帝政ロシアとの間に千島・樺太交換条約を締結して樺太および北千島のアイヌの安住の地を強制的に棄てさせたのである」として、北海道が日本の植民地とされたことを指摘している。この主張が、上述の第五の立場の表明か、あるいは第六の立場の表明か、もしくは第七の立場あるいは後述する北海道の土地の全てを官有地とした「北海道地券発行条例」発布をもって北海道が領土化されたとする立場なのかは、はっきりしない。ただ、「アイヌ新法（案）」をみると、その提案趣旨は、「アイヌの民族的権利の回復を前提にした人種的差別の一掃、民族教育と文化の振興、経済的自立対策など、抜本的かつ総合的な制度を確立すること」（「本法を制定する理由」より）であり、中身としては、①アイヌ民族に対する差別の絶滅を基本理念とした基本的人権の保障、②国会及び地方議会におけるアイヌ民族代表としての議席の確保、③アイヌ民族の教育・文化の面での発展を保障する政策の実施、④アイヌ民族の経済的自立を促進するために、農業漁業林業商工業等に関して必要な諸条件を整備すること、⑤アイヌ民族の自立化のための基金の創設、⑥国政及び地方政治にアイヌ民族政策を反映させるための審議機関の設置、が提言されている。そこでは、北海道が領土化されたという歴史的事実そのものを否認してアイヌ民族の今日における主権の存在を主張しているようには読めないように思われるのであって、むしろ日本政府が北海道を領土化したこと及びそれ以後に日本政府が展開したアイヌ民族に対する政策の不当性を述べつつ、今日における国の責任としてのアイヌ民族に対する政策的対応を求めることに主眼があるように思われるのであるが、これは筆者の一人よがりな読み方であろうか⁽²⁵⁾。この「アイヌ新法（案）」の制定趣旨の理解の仕方については、アイヌ民族自身が判断すべきことであり、彼らの今後の議論を待ちたいと私は考えている。そのことを表明した上で、ここでは、主権論と直結させない法律論のレベルでアイヌ民族の権利・利益の存在を主張する方がないかを考えてみたいと思う。これが第二章の課題である。

第二章 北海道の領土化とアイヌ民族の土地権

では、上述したような北海道の領土化は、アイヌ民族の土地権を考える上でどの様に評価できるであろうか。この点に関しては、次の二つの論点を指摘しておきたい。第一は、日本の主権がアイヌ民族の大地である北海道に及んだとしても、そのことによって自動的にアイヌ民族の土地権が消滅するものではないのではなかろうかという論点である。第二は、もしそのように日本の主権確立とアイヌ民族の土地権の消滅とが連動しないのならば、アイヌ民族の土地権はその後の明治政府の土地政策の展開との関わりでどうなったと評価できるか（存続しているのか消滅したのか）という論点である。

これらの点については、後述するように、「マボ判決」の判決理由の中で Brennan 裁判官は、土地権原に関するオーストラリアのコモン・ローの内容を要約し、〈土地に対する先住民権原は、国王がその土地において主権を獲得し、かつ根源的権原を取得した後まで残っていること〉、しかしながら、国王が、主権を獲得した後、〈先住民権原を享有する権利と全面的あるいは部分的に相容れない利益を付与することによって土地を有効に譲渡した場合には、先住民権原はその不一致の範囲で消滅すること〉、同様に、〈国王が有効に土地を公の用に供せしめ、そのことが先住民権原の継続的享有権と全面的あるいは部分的に相容れない場合には、先住民権原はその不一致の範囲で消滅すること〉を述べていた。

このような発想は、実はわが国においてもみられる。美濃部達吉は『憲法撮要』における領土権についての説明の中で、「近代ノ国法ノ下ニ於テハ土地ヲ利用スル権利ハ土地所有権トシテ領土権ノ一般効果ヨリ分離セラルト雖モ、是レ国家ガ土地制度ヲ斯克定メタル結果ニシテ、而シテ国家ガ国法ヲ以テ此ノ如キ土地制度ヲ定メ得ル所以ハ本来国家ガ土地ヲ支配スル権利ヲ有スルガ故ナリ」(33頁。但し、引用にあたっては、旧漢字を現行のものに改めた。以下、同じ)としている点にみられるように、近代における領土権と土地所有権の区別の存在は前提としており、ただ、土地所有権を認め得るのは、国家がそのような土地制度を定めた結果であるとしているのである。その上で、美濃部は、「領土権トハ一定ノ土地ニ付国法及国際法ノ制限内ニ於テ其土地及地上地下ニ存スル総テノ人及物ヲ支配シ得ル絶対権ヲ謂フ」(同上書 34頁。傍点は美濃部による)とし、その領土権の積極的效果の一つとして土地その他の物を支配し得ることを挙げつつ、「但シ此点ニ於テハ国法ノ制限ハ最モ著シク、物ヲ使用シ収益シ及処分スル権利ハ一般ニ之ヲ所有権トシテ私人ノ享有ニ任ジ、領土権ノ効果ヨリ分離セルヲ以テ、此限度ニ於テ領土権ハ物ノ支配権ヲ包含セズ。領土権ノ効果トシテノ物ノ支配ハ、立法ニ依リテ一般ニ所有権其他物ノ支配ニ関スル規律ヲ定メ得ルコトノ外ニハ、唯私有権ノ目的タルコトヲ得ザル土地其他ノ物ニ付キテノミ存ス」(同上書 34～35頁)としている。

この美濃部の所論がイギリス土地法の基本原理である土地保有態様 (tenure)⁽²⁶⁾とどのように法文化論的に比較し得るかは、今後の課題とせざるを得ない。ただ、少くとも美濃部の叙述の中には、植民地において先住民が土地における権利・利益を保持することを認めるコモン・ローのような発想は全くみられない⁽²⁷⁾。したがって、美濃部が、「殖民地ハ本国ト離レテ別個ノ社会生活ヲ為シ、未ダ本国ノ社会ト同化スルニ至ラザルモノナルヲ以テ、社会生活ノ規律タル国法モ亦本国ト殖民地トハ自ラ相異ナラザルベカラズ」(同上書 193頁)と言う場合にも、現実には同化政策を進めるという視点の下で先住民の生活と権利を無視し、法制上は、内地法律延長主義がとられたり、また反面、植民地において特殊法が制定され、憲法の全面的適用を避けようとしてきたのであった⁽²⁸⁾。このような美濃部の考え方の当否について論ずることも機会を改めて行わざるを得ない。ただ、彼の考え方を前提とするならば、さきに言及した「アイヌ新法(案)」のところで示した北海道領土化について成り立ち得るいくつかの理解のうちのいずれかを採りうるであろうことを確認しておけば、次に、北海道に及ぶこととなった領土権に対する国法上の制限がいかなるものであったかを検討するため、どのような土地立法がそこで展開されてきたのかを振り返りつつ、アイヌ民族の土地権の帰趨について考察を進めること

が認められてよいように思われる。

ところで、「マボ判決」においては、Brennan 裁判官は、コモン・ロー上、先住民権原が消滅させられるのは、次の場合であるとしている。

- ①国王が、先住民権原を享有する権利と全面的にあるいは部分的に相容れない利益を付与することによって土地を有効に譲渡した場合には、先住民権原はその不一致の範囲で消滅する。したがって、先住民権原は自由土地保有不動産権やリース不動産権の付与によって消滅させられてきた。ただし、より低位の利益（例えば、鉱物試掘権）の付与によっては必ずしも消滅させられなかった。
- ②国王が有効に土地を公の用に供せしめ、そのことが先住民権原を継続的に享有する権利と全面的あるいは部分的に相容れない場合には、先住民権原はその不一致の範囲で消滅する（例えば、公用地として供用されたり、道路、鉄道、郵便局及びその他の公共建造物のために使用された場合）。国王の荒蕪地がそのように供用もしくは使用されてこなかった場合や当該供用や使用が土地における先住民権原の継続的享有と共存しうる場合（例えば、国立公園としてとりおかれる場合）には、先住民権原は継続する。

もちろん、先住民権原を消滅させる権限の行使は、立法府によるものであれ、行政府によるものであれ、そのような行為を行う意図を明瞭に表さなければならない（a clear and plain intention to extinguish native title）ものとされている⁽²⁹⁾。以上のような「マボ判決」が示す先住民権原を消滅させる基準を念頭におきつつ、以下、アイヌ民族の土地権が存続しているかあるいは消滅しているかという論点に関して問題となる点を指摘してみたい。

北海道において展開された近代的な土地法制の中で、アイヌ民族の土地権を考える上で、まず重要な意味をもったのは、1872（明治5）年9月布達の「北海道土地売貸規則」と、これに続いて同月布達された「地所規則」であった。後者は前者の規則の各条項を含み、北海道の土地に関する制度をより詳細に規定したものであった。

「北海道土地売貸規則」はその第1条（「地所規則」第8条に同じ）で、「原野山林等一切ノ土地官属及ヒ従前拝借ノ分目下私有タラシムル地ヲ除ノ外都テ売下ケ地券ヲ渡シ永ク私有地ニ申付ル事」とし、「地所規則」第7条は、「山林川沢従来土人等漁獵伐木仕来シ地ト雖モ更ニ区分相立持主或ハ村請ニ改メ是亦地券ヲ渡シ爾後十五ヶ年間除租地代ハ上条ニ準ス可シ、尤深山幽谷人跡隔絶ノ地ハ姑ク此限ニアラサル事」と定めた。その意味するところは、「全道の土地は、深山幽谷人跡絶えた土地は姑くおき、山林・川沢・従来土人等が漁獵、伐木をして来た土地でも、境界を決めて所有権を確定することにし……その内、官に属し又は従来既に貸下げて私有地としようとしている土地を除いては都て売下げ、地券を渡し、永久的に私有地とする方針である」⁽³⁰⁾ ということであった。この点、一般には、これらの規則によって土地の所有区分を確定して地券を交付し、それぞれに土地所有権を認め、それに対応する地租の規定を行ったものと理解されている⁽³¹⁾。その意味では、従前は開墾地を「割渡」しただ

けで永代用益権だけを認めていたのとは大きく異なっている⁽³²⁾といえる。ただ、これらの規則によっては、北海道全土を官有地とする定めは設けられておらず、山林原野の所有区分はこれから行われるのであり、民有地に帰属する部分がある程度予定されていたにすぎなかった。また、「地所規則」第7条で、これまでアイヌ民族が「漁獵伐木」のために利用してきた土地も所有区分を確定し、一切の土地が和人移住者への「売下」の対象とされたことは確かである⁽³³⁾が、そのことは、逆に言えば、「売下」されていない土地についてはアイヌ民族が漁獵等に利用していた土地についての権利・利益（とりわけアイヌ民族のイオル＝集団共有の排他的漁獵区⁽³⁴⁾）を消滅させることを意図したものではないといえるように思う。したがって、この時点においては、「マボ判決」の基準からすれば、アイヌ民族の土地における権利・利益は、「売下」、「貸下」及び「付与」された土地以外の土地においては消滅していないのではないかという問題が残る⁽³⁵⁾。また、「土地売貸規則」第6条及び「地所規則」第13条においては、「土地買下ノ後開墾其他共上ノ地ハ十二ヶ月中ノ地ハ十五ヶ月下ノ地ハ二十ヶ月ヲ過キ不下手者ハ上地申付ル事」と定められていることからすると、これらの規則により売り下げられた土地に無制限な土地所有権が設定されていたわけではない。それ故、売り下げられた土地であっても上地されなかったものについてだけアイヌ民族の土地権が消滅するのではないのかという問題も残る。ただし、この一定期間内に着手しなければ売り下げられた土地を没収するとの定めは、その着手の意味が不明であるため全く有名無実な規定であり、売り下げ後の土地利用に関しては、官は何等の干渉もなしえなかったといわれている⁽³⁶⁾のであって、このことをどのように評価するかも論点となろう。

ところが、1877（明治10）年発布の「北海道地券発行条例」においては、その第3条で、「河岸海岸等ハ総テ官有地トシ其差支ナキ場所ハ人民ノ望ニ因テ之ヲ貸渡貸地ノ証ヲ附与シ貸地料トシテ地価百分ノ一ヲ可取立」とあり、同第15条には、「山林川沢原野等ハ当分総テ官有地トシ其差支ナキ場所ハ人民ノ望ニ因リ貸渡或ハ売渡ス事アルヘシ」として、上述の「土地売貸規則」第1条及び「地所規則」第8条の規定と異なり、ここでは、河岸・海岸・山林・川沢・原野等は一応総て官有地に編入されることとされたのである。その意味では、「官に於て使用管理する土地は勿論、未だ利用の確定しない『山林・川沢・原野等』も悉く官有地とし、官に於て管理し、差支のない場所は望によって貸渡し、又は売渡すことにした」⁽³⁷⁾のである。もちろん、官有地にされたとしても、「マボ判決」の基準によれば、そのことによりアイヌ民族の土地権は必ずしも消滅するわけではないのであって、その土地がどのように使用されるかによって結論は異なるであろうことは、既述（本稿6頁）の、先住民権原が消滅させられる場合として Brennan 裁判官が挙げたうちの②の場合からも推察できるように思う。

また、この「北海道地券発行条例」の第16条は、「旧土人住居ノ地所ハ其種類ヲ問ス当分総テ官有地第三種ニ編入スヘシ但地方ノ景況ト旧土人ノ情態ニ因リ成規ノ処分ヲ為ス事アルヘシ」とし、先住民アイヌの場合には、住居地までも官有地に編入されることとなった。この趣旨は、〈土地所有の観念が希薄であり、土地の管理利用及びそれに伴う負担を担任すべき資力をもたぬ〉⁽³⁸⁾アイヌ民族の居住地を和人移住民などから「保護」しようとする点にあったといわれているが、実際にはアイヌ民族の土地を「保護」することには直結しなかった⁽³⁹⁾。いずれにせよ、この規定によって、アイヌは法令上正当な所有権は有しないが、その表面上の官有地において使用収益することができることとなった

のである。

それはともかく、この「北海道土地売貸規則」及び「地所規則」による北海道の土地処分は、1886（明治19）年6月に「北海道土地払下規則」によるそれにとってかわられ、また、1897（明治30）年には、その「北海道土地払下規則」は廃止され、「北海道国有未開地処分法」が制定されることとなった。「北海道土地払下規則」が「北海道官有未開ノ土地」（第1条）を払い下げのための閣令であり、「地所規則」同様、一人十萬坪を限度とする土地払い下げ面積は存続しつつ、「但盛大ノ事業ニシ此制限外ノ土地ヲ要シ其目的確實ナリト認ムルモノアルトキ、特ニ其払下ヲ為スコトアルヘシ」（第2条）と規定して、大地積処分に途をひらいたこと、及び「北海道国有未開地処分法」が更にこの大地積処分の傾向に拍車をかけたことは、しばしば指摘されているとおりである⁽⁴⁰⁾。しかし、アイヌ民族の土地権との関わりで問題になるのは、むしろ「北海道土地払下規則」にあつては、それまでの「土地の即売制度を廃止して、開墾希望者が土地を選定し、願書に起業方法書、土地略図を添えて、……出願すると、郡区役所では之を審査し、方法確實と認めたる者は実地を踏査し、土地の景況と事業の難易によつて貸下期限を定め、その期間無償貸与して、期間内に開墾利用の事業を完成させ、完成後に於て初めて之を売払い、所有権を与えることにした」⁽⁴¹⁾上で、「この規則によつて貸下を受けた土地は、（イ）他人に譲渡することを許さず、（ロ）公益のために必要な場合は返納せしむることになつていた」⁽⁴²⁾点である。貸下げられた土地での事業が完成し所有権が付与された場合はともかくとして、貸下げられたというだけでアイヌの人々の土地権が消滅させられたものと見なすことができるのかどうか問題とならう。

同様に、「北海道国有未開地処分法」にあつては、その第3条第1項で、「開墾牧畜若クハ植樹等ニ供セントスル土地ハ無償ニテ貸付シ全部成功ノ後無償ニテ付与スヘシ」とされているが、ここにおいても、貸付の段階で果してアイヌ民族の土地権は消滅したのかが問題とされ得るように思われる。

おわりに

以上、アイヌ民族の土地権を考えるにあつて問題として指摘できそうな論点を、「マボ判決」にみられた論理との関わりで、不十分ではあるが提示してきた。まず、主権が変わっただけでは先住民族の土地権原は消滅するものではないという論理との関わりで言えば、第一章で検討したように、北海道の領土化がいつの時点で生じたのかという議論を為すことはできようが、それが直接アイヌ民族の土地権の帰趨を左右するものではないのではないかとこのことを指摘した。その上で、第二章で、アイヌ民族の土地権の消滅・存続をめぐる議論を行う上で問題となりそうな若干の論点を、「北海道土地売貸規則」及び「地所規則」から「北海道国有未開地処分法」についてまで指摘した。このようにしてきたのは、アイヌ民族の土地権をめぐる問題は、例えば、上川給与予定地問題⁽⁴³⁾のような個別的に土地権が問題となる事例もそれとして重要ではあるが、先住民族としてのアイヌ民族の土地に対する権利・利益を主張する可能性を求めることが重要なのではないかと考えたからである。もちろん、コモン・ローの法理論がわが国の実定法制度との関わりで生じてきたアイヌ民族の土地権に関する議

論に直ちに反映できるとは考えていない。ここでは、「マボ判決」で示された論点を念頭におきつつ、今後比較法文化論的視点から研究を進めていく際に問題となりそうな論点を指摘したにとどまる。なお、念のために付言しておけば、上述のように土地立法との関連で一般論としてアイヌ民族の土地権の消滅に関する議論ができるとしても、「マボ判決」の論理に従えば、現在のアイヌ民族と彼らの住んでいる土地との関わりを具体的にみていかないと、アイヌの人々の土地権の存否は判断できないことは当然である⁽⁴⁴⁾。このような現在のアイヌ民族と彼らの土地との具体的関連とそこでのアイヌ民族の土地に関する権利・利益をめぐる論点、及び「北海道国有未開地処分法」より後の、例えば、入会地に関する規定を含む 1898 (明治 31) 年に施行された民法典との関わりにおけるアイヌ民族の土地に関する権利・利益をめぐる論点の提示及び考察は機会を改めて行うこととする。

註

- (1) 本多勝一『アイヌ民族』5～49頁参照。
- (2) 二風谷ダム建設がもたらすアイヌ民族文化の危機については、拙稿「異文化との共生」中京大学社会科学研究所オーストラリア研究部会編『日・豪の社会と文化』145頁以下所収参照。
- (3) 拙稿「ジャック・ウッドウォード『先住民法』について(その3)」中京大学教養論叢 35巻3号248頁以下参照。
- (4) 上村英明「『1993・国際先住民年』は何をもたらしたか」世界1994年5月号267頁及び朝日新聞1993年5月27日号(朝刊)参照。
- (5) この法律のもつ意味については、鈴木清史『アボリジニー』136頁参照。
- (6) この訴訟については、拙稿「『マボ判決』について」法と政治47巻1号所収予定参照。
- (7) 細川弘明「アボリジニーの先住権をめぐる新たな状況」民博通信65号42頁以下参照。
- (8) 前掲拙稿「『マボ判決』について」の第二章及び「おわりに」の部分参照。
- (9) 第131回国会参議院内閣委員会会議録第7号8頁(第131回国会参議院委員会及び調査会会議録1、1994年所収)。
- (10) 美濃部達吉『憲法撮要』132頁及び百瀬孝『事典 昭和戦前期の日本』(伊藤隆監修)1頁。
- (11) この見解のあることについて、秋月俊幸「千島列島の領有と経営」岩波講座『近代日本と植民地1』122～123頁参照。
- (12) このような見解は日・露間の国境画定をめぐる交渉の中で、ロシア側の主張する無主地先占論に対抗し得ず、事実上破産した(この経過については、西里喜行「琉球処分と樺太・千島交換条約」『アジアのなかの日本史IV』172～175頁参照)し、日本政府はアイヌ民族の居住地=日本の「固有領土」論の論拠となっていたアイヌ撫育論を自ら放棄し、あるいは論拠としては主張し得なくなっていた(同上178及び180頁)のである。それにもかかわらず、今日でも日本政府が北千島と南サハリンを「領土係争地」としている(外務省大臣官房国内広報課『われらの北方領土』の裏表紙の地図参照)のは、上村も言うように(上村英明「アイヌ民族の『領土権』と植民地・北海道」八千代国際大学紀要『国際研究論集』7巻2号143頁)、この領土意識のあらわれであるように思われる。
- (13) この点、上村同上論文152頁の注44に同意する。また、このような蝦夷地=内国論が幕藩制国家にとっての外圧回避(緩和)の手段に過ぎなかったことを指摘するものに、西里前掲論文173頁がある。
- (14) 海保嶺夫『日本北方史の論理』174頁。
- (15) 同上165頁。
- (16) 同上170頁。
- (17) 同上170頁。
- (18) 菊池勇夫『アイヌ民族と日本人』235～236頁及び同「境界と民族」荒野泰典ほか編『アジアのなかの日本

史Ⅳ』63頁及び高倉新一郎『新版アイヌ政策史』90頁。

- (19) 高倉同上書 124～128頁参照。
- (20) 中村睦男「アイヌ特別立法の成立とその展開」杉原泰雄ほか編『平和と国際協調の憲法学』327頁及び榎森進『アイヌの歴史』108頁。また、海保は同上書 268頁～269頁で、これを「本来、蝦夷人の土地という意味をもつ蝦夷地……に対して、そこが天皇制国家の領土そのものであることの内外への宣言であり、蝦夷地に対するアイヌ民族の主権を完全に否定したものと理解することができる」としている。また、田村貞雄「内国植民地としての北海道」岩波講座『近代日本と植民地1』は、これを「事実上の北海道領有宣言であった」(92頁)とする。但し、同論文は、「内陸部は……日本人は足を踏み入れていない地域があり、そこはなおアイヌ人の自由な天地であったはずである」(92頁)としつつ、後述する第七説の立場に立つ。
- (21) 西里喜行前掲論文は、樺太・千島交換条約は、「日露両国が対等平等の立場で各々『国益』と『体面』の保持という観点から外交交渉を通じて利害調整した国境画定条約であり、その限りで条約に規定された国境内の領域を『固有の領土』と主張しうる歴史的論拠を提供する『物証』とみなすことができよう」(198頁)とする。そして、当時のアイヌ民族の自意識の保持を指摘しつつも、「いわゆる無主地先占論の立場に徹すれば、……アイヌ民族の意思を考慮することなく締結・調印された分割条約や交換条約も、国際法上の正当性を認められるであろう。あるいはまた19世紀の70～80年代において、国際政治の中に民族自決の原理が確立していたわけではなく、民族自決のための客観的条件が存在していたわけでもないという理由で、……交換条約の歴史的合理性を主張しうるかもしれない」(同上書 190頁)とする。
- (22) 上村英明前掲論文(12)論文 144頁は、このような趣旨として理解できるように思われる。
- (23) 田村貞雄前掲論文 95～96頁。
- (24) 「アイヌ新法(案)」は山川力『いま、「アイヌ新法」を考える』244～250頁に掲載されたものを参照した。
- (25) 上村英明前掲論文(12)論文 144頁は、アイヌ民族の主権の存在を前提とし、そこからアイヌ民族と日本政府との「合意」を形成するためのスタートとして「アイヌ新法(案)」を位置づけようとしている。
- (26) この点に関する「マボ判決」における Brennan 裁判官の指摘については、拙稿前掲『「マボ判決」について』第1章I(d)参照。
- (27) 美濃部は、例えば、憲法における統治の方法及び臣民の権利義務に関する規定のうち、「国民自治主義、自由平等主義ノ思想ハ社会ノ文化ノ相当ナル発達ト国民ノ国家ニ対スル忠実心トヲ前提トスルモノニシテ、新領土ガ此前提ヲ備ヘザル場合ニ於テハ、此主義ニ基ク憲法ノ規定ヲ直ニ新領土ニ施行シ得ベキニ非ズ。此等ノ規定ヲ新領土ニ及ボスヤ否ヤハ一ニ各場合ニ於ケル国家ノ意思ニ依リテ定マルベキモノ」(『憲法撮要』196頁)としているのであって、そこに先住民の生活上の慣習や権利が承認されるべきであるという発想はみられない。同様のことは、清宮四郎が『外地法序説』の中で、「一国の領土のうちに未編入の地域としての外地なるものが生ずるのは、領土内の特定の部分領土につき、政治・経済・社会・文化・地理等の諸方面からみて、その領土としての素質・機能において、他の一般の領土に比し、国家全体の目的・使命の達成上いまだ遺憾の点が存し、領土としての機能を十分に発揮し得るに至らぬものがあり、そのため……異なる原理による統治が行はれる必要が存するからである」とし、内地と外地とを「共通の国家目的に仕へ、共同の大使命を果たすべき性質をもつ……一種の国内的『共栄圏』である」という視点から論述しており、先住民の権利・利益が念頭にあるのではない、という点にみられる(引用は27～28頁)。
- (28) この点、中村哲「植民地法(法体制確立期)」『講座日本近代法発達史』(第5巻)175～177頁参照。
- (29) 以上、「マボ判決」の引用等については、Mabo and others v. The State of Queensland [No. 2], 1992, 175 C. L. R. 1, at 69-70 及び拙稿前掲『「マボ判決」について』第1章のCII(「先住民権原の消滅」)の部分参照。
- (30) 北海道『北海道農地改革史(上巻)』34頁。
- (31) 北海道『新北海道史(第3巻通説2)』296頁。
- (32) 上掲『北海道農地改革史(上巻)』35頁。
- (33) 桑原真人「北海道の経営」岩波講座『日本通史』第16巻352頁。
- (34) これについては、例えば、高倉新一郎『新版アイヌ政策史』34頁、同「アイヌの漁獵権について」『アイヌ

研究』164頁以下参照。

- (35) この点1872（明治5）年の壬申地券の発行にあたっては翌年3月太政官布告第114号「地所名称区分」において、「公有地」（実質上は入会地）が認められていた（但し、1874（明治7）年11月の太政官布告120号により廃棄された……これらについては、福島正夫『地租改正』101頁及び210頁以下参照）のに対し、北海道の場合にはこのような区分はなされなかったため、入会権は認められず、土地はアイヌ民族のイオルを含めて移民に対する処分の対象とされたといえる。しかし、いずれにせよ、「地所規則」等により処分されなかった土地においては、イオルにかかわる土地における権利・利益が残されていた可能性はあるように思われる。
- (36) 上掲『北海道農地改革史（上巻）』44頁及び53～54頁。
- (37) 上掲『北海道農地改革史（上巻）』39頁。
- (38) 北海道庁『北海道旧土人保護沿革史』90～91頁、中村睦男前掲論文「アイヌ特別立法の成立とその展開」327～328頁。
- (39) 北海道庁同上書91頁、桑原前掲「北海道の経営」352～353頁、北海道『新北海道史（第4巻通説3）』178～179頁。
- (40) 桑原前掲論文348～349頁。
- (41) 上掲『北海道農地改革史（上巻）』57頁。
- (42) 同上書58頁。また、「北海道土地払下規則」第3条では、この貸下地については借地料を徴収しないことになっていたし、同第7条では、返地の場合は、その地内の樹木で伐採したものは相当の代価を徴収されることとなっていた。
- (43) これについては、例えば、北海道『新北海道史（第4巻通説3）』201～205頁。
- (44) 拙稿前掲論文『マボ判決』について』の「おわりに」の部分参照。