

〔論 説〕

マオリの権利はマオリ以外の人びとを 民族的に差別しているのか？

クレア・チャーターズ (Claire CHARTERS)
(角田 猛之 訳)

〔目次〕

論文要旨

- I. はじめに
- II. 文脈に依拠した分析
- III. 比較の視点
- IV. 理論的な視点
- V. 結論

〔訳者前書き〕

本稿は、ニュージーランドのオークランド大学法学部のクレア・チャーターズ (Claire Charters) の論文 “Do Maori Rights Racially Discriminate Against Non Maori?” ([2009]VUWLawRw 34: (2009) 40(3) Victoria University of Wellington Law Review 649) (<http://www.nzlii.org/nz/journals/VUWLawRw/2009/34.html>: 2018年3月29日アクセス) の全訳である。チャーターズの経歴やその他の先住民族マオリに関する業績の一端については、下記の翻訳論文参照。なお、原注は脚注形式で付されているが本稿では最後に一括して掲げた。また、本文中で*を付した解説等は角田の訳注である。

クレア・チャーターズ、角田猛之訳「マオリに対する受託者義務と2004年前浜・海底法：比較検討および前浜・海底法によってマオリが失ったもの」『関西大学法学論集』第65巻第5号（2016年1月）；クレア・チャーターズ、角田猛之訳「活用しなければ無駄になる：法的、政治的請求においてマオリが国連先住民族権利宣言を活用することの意義」『ノモス』No.41（2017年12月）；クレア・チャーターズ、アンドリュー・エルエティ、角田猛之訳「内部からの報告：人種差別撤廃委員会による前浜・海底法の審査」『関西大学法学論集』第67巻第6号（2018年3月）；クレア・チャーターズ、角田猛之訳「先住民族の女性の権利をめぐる普遍主義と文化相対主義の論争」『関西大学法学論集』第68巻1号（2018年5月）

論文要旨

本稿では、先住民族としてのマオリに特別に認められた権利（以下、マオリの権利と略記）はマオリ以外の人びとを差別しているという主張は——とくに、それがニュージーランドの現在および将来の国家の在り方がいかなるものであるかにとって重要であるがゆえに——政治家や研究者のあいだでこれまでに議論されてきている以上により広く検討される必要があると主張する。文脈に応じ、比較に依拠した理論的な視点からすれば、マオリの権利はマオリ以外の人びとを差別するものではないこと、またかりにマオリの権利がマオリ以外の人びとを差別していると主張するならば、それはマオリがニュージーランド国家から離脱していくことを推し進めるだけであるということを論じる。

I. はじめに

マオリの権利はマオリ以外のニュージーランド人を差別しているという主張は、政治家や一般の人びとのみならず、法学研究者の関心をも引きつけている問題である。ブラッシュ（Brash）がオレワ（Orewa）でなした、「すべての人びとの共通法」（“One Law for All”）演説はこのような感情を表明しており、国民党（National Party）[ニュージーランドの政党は、ニュージーランド国民党、ニュージーランド労働党、緑の党、ニュージーランド・ファースト党、マオリ党、統一未来党、ATC ニュージーランド党などがある] への2004年の急激な支持の拡大は、かなりのニュージーランド人がこのような見方を共有していることを示している。^{1)*1} 同じくニュージーランド政府も、マオリの権利が先住民族以外の人びとを差別しているという理由から、国連先住民族権利宣言（以下、権利宣言と略記）に反対する立場からマオリの権利を論じていた。²⁾ また近年では、著名なフィリップ・ジョセフ（Philip Joseph）教授が、マオリだけに割り当てられた議席（Maori seats：以下、マオリ議席とする）^{*2} は「一人一票」（“one person, one vote, one value”）という選挙権の平等を覆す差別的特権であると主張した。³⁾ さらにまた、マオリ議席やワイタング条約体制、前浜・海底に対する所有権の保持、そして学生への特別な奨学金、等々は、マオリ以外の人びとには与えられていない特別な利益をマオリが得ているという考えを煽っているようである。

*1 ドン・ブラッシュのオレワ演説：クレア・チャーターズはアンドリュー・エルエティとの共著論文でつぎのようにこの演説に関して指摘している。「2004年11月になされた旗色鮮明なドン・ブラッシュ（Don Brash）の「オレワ演説」（“Orewa speech”）が、健康や教育の分野でマオリに特別配慮をする措置やワイタング条約体制手続、立法におけるワイタング条約への言及、等々を批判しつつ、人種問題に対する不寛容な立場を強く擁護した、という事実を強調した。さらにわれわれは、その演説後に国民党が以前にもまして一般大衆の支持を得たこと、そしてそれに呼応して政府がいかにして、人種に依拠した特権付与的な政策を廃止し、また制定法におけるワイタング条約へのすべての言及箇所に関して見直しをおこなうことを約束したかについても言及した。」クレア・チャーターズ、アンドリュー・エルエティ、角田猛之訳「内部からの報告：人種差別撤廃委員会による前浜・海底法の審査」『関西大学法学論集』第67巻第6号（2018年3月）239頁

*2 ニュージーランドの議会とマオリ議席：ニュージーランドは英国議会とはことなり一院制議会にて定数は122議席で任期3年。かつては小選挙区制であったが、現在は小選挙区比例代表併用制（proportional representation with single member constituency）を採用している。わが国における総選挙と同じく、小選挙区での1名の候補者名と政党名の計2票を投じる。18歳以上のニュージーランド国籍保有者と、この点は日本とはことなり永住権保有者が投票権を有している。2005年総選挙（定数121議席）では、62の選挙区（人口動態により変動する）と、マオリの議席を保障するために設けられたマオリ選挙区7（Maori constituency: したがって、7名のマオリ議員が選出される）を加えた総数69の選挙区が設けられた。

国連特別報告者のジェームズ・アナヤは、「ニュージーランドにおけるマオリの人びとの現状」報告において、「B. パートナシップ確立の機会 1. 政治的な決定過程へのマオリの参加」「(a) 国政レベルでの参加」の第12において、アフーマティブ・アクションとしての効用を有するマオリ議席の有用性についてつぎのように指摘している。「12. ワイタング条約の下で期待されたパートナーシップの枠組みは、時期によってことなっているが、さまざまな選挙制度を通じて——最も重要なものとしては、マオリへの一定の国会での議席割り当てではあるが——国会の審議にマオリが参加することによって前進させられてきたものとおおむね見られている。最新の状況としては1993年の『選挙法』(Electoral Act)が、マオリ用の選挙人名簿に登録された人数に応じて割当議席（reserved seats）を決めるものとしている。2008年の選挙以後は、122名の国会議員のうちの16パーセント（20名）——ニュージーランド全人口のうちマオリが占める割合に応じている——が自らをマオリと自認し、同名簿に登録されている。2004年に設立されたマオリ党（Maori Party）は、国会でマオリが占めている20議席のうち5議席を保有している。13. このような一定の議席を保障された代表制（guaranteed representation）によって、マオリの人びとは国政レベルの決定に影響を及ぼす貴重な機会を提供されている。それはまた、マオリとニュージーランド政府とのパートナーシップを推し進めるための重要なステップでもある。この制度については、2006年の報告書のなかで前任者の特別報告者によってつぎのように指摘されている。その制度は『ニュージーランドの民主主義を推し進め、国会でのマオリの声を確固としたものとしている。したがって、民主的な多元主義を保障するために、引き続きニュージーランドの選挙制度において実施されていかなければならない』(E/CN.4/2006/78/Add.3, para. 17)。」ジェームズ・アナヤ、角田猛之訳「国連・先住民族の権利に関する特別報告——ニュージーランドにおけるマオリの人びとの現状」『関西大学法学論集』第67巻第3号（2017年11月）

そこで本稿では、マオリの権利がマオリ以外のニュージーランド人を差別しているという主張は、政治家や法学研究者たちによってこれまで論じられていた以上に検討される必要があると、以下において論じる。そして、マオリの権利を承認しないことこそが不正義や不平等を生みだしているのだということを示す、法的、政治的、社会的な要素に照らした、より洗練された議論が必要であると主張する。マオリの権利はマオリ以外の人びとに対する民族差別だとの公然たる主張は、マオリとそれ以外のニュージーランドの人びとがことなつた権利を有していることに着目している⁴⁾。そしてその主張は、先住民族の権利や民族差別、平等などに関して、文脈に応じた多様な意味や国際的理解を踏まえているのだと装っている。さらにまた、平等を前提としつつも、先住民族の権利を承認することは正当であると論じる研究者の見解をも無視している。

マオリの権利と民族差別に関する問題をさまざまな視点から論じることは、われわれの国家の在りよう、またいかなる国家たろうとしているかにかかわる基本的事項であるがゆえに、重要なことである。平等は、リベラルな民主主義がその実現に尽力し、また法の支配と結びついた包括的な価値のひとつである⁵⁾。そして一国内に不平等が存在するならば、周辺化された人びと

が国家と融和しようとする意思や、そのような集団への国家の権威、統制の正統性が弱められる⁶⁾。マオリの権利は、われわれの国家の基本構造あるいは政治的建造物のいわばモルタルのようなものである。それは少なくとも、ワイタング条約下で保障されたマオリのタオンガ（宝物：taonga）へのチノ・ランガティラタンガ（族長権（chieftainship）： *tino rangatiratanga* [self-determination, sovereignty, autonomy, self-government, domination, rule, control, power: マオリの権威、権力、権限を有する者、主権者。1840年のワイタング条約第2条と結びつけて用いられている]) を英国国王が保護する代わりに、カワナタンガ（統治（governance）： *kawanatanga* [government, dominion, rule, authority, governorship, province]) の委譲をマオリが合意したということを前提としている。

私は本稿において密接に関連するつぎの3つの論点を提示する。第1に、マオリが [1840年にマオリ族長たちと英国国王が締結したワイタング条約により英国植民地化におかれ、その後、ほとんどのマオリの土地（先住民族として居住していたアオテアロア＝ニュージーランドの全体）を英国人に奪われたという] 歴史上おかれていた / そして現在もおかれている文脈に照らして分析するならば、差別されていた / されているのは、まさにマオリ自身であること。マオリの権利が民族の違いにもとづいてマオリ以外の人びとを差別していると主張する前に、以下で提示するようなさまざまな要素を慎重に検討しなければならない。^{*} 第2に、先住民族の権利を保障することは民族的な差別であるという見方は、われわれが一般に承認している裁判が有する英知と国際法の秩序に反していること。ニュージーランドのさまざまな状況は、もちろんその他の国ぐにとはことなっている。しかしすくなくともわれわれは、一般的見方とことなる見方をとることがなぜ有用なのか、またさらに、ニュージーランドのそのような状況が、平等に対する通常とはことなる評価をなすことが、はたしていかなる理由から正当化されるのかを説明しなければならない。狭隘で無批判的な見方は、傲慢や粗雑で説得性に欠ける結論にいたる危険をともなっている。そして第3に、先住民族の権利に関する現代の非常にリベラルな考え方とくにカナダにおける考え方が、平等の概念は先住民族の権利の承認を求めているということを示すこと。

^{*} マオリがおかれている現状：マオリが現在おかれている状況については、つぎのふたつの国連特別報告者による報告を参照。ロドルフォ・スタベンハーゲン、角田猛之訳「先住民族の人権および基本的自由の状況に関する国連・特別報告者報告——ニュージーランド」『関西大学法学論集』第67巻第5号（2018年3月）および前掲、ジェームズ・アナヤ、角田猛之訳「国連・先住民族の権利に関する特別報告」

本稿では、ジョセフなどによって表明された見解、すなわちマオリ議席はマオリ以外の人びとを差別しているという見解に焦点をあてる。そして私は、マオリの政治的権利は民族にもとづくものでも、差別的なものでもないということを論じる。しかしながら本稿における議論の多くは——各タイプの権利が平等をもたらすか、あるいは不平等をもたらすかについて分析が必要であったり、一定のタイプの権利はより強く民族差別であると直観的に主張されるかもしれながら——財産権やワイタング条約上の文化もしくは生存に必要な権利、等々、マオリの権利全般を支持し、正当化している⁷⁾。

Ⅱ. 文脈に依拠した分析

1840年に英国によって植民地化される以前からアオテアロア (*Aotearoa*)*に居住(先住)するマオリは、植民地化以後は彼らにとってその起源や特質を異にする、英国起源の憲法および法律体制の下に暮らしている。ニュージーランドの議会制度はイングランドから導入されたもの[ではあるが、上の*2で言及したように、貴族制を有する英国の二院制(庶民院(House of Representative)と貴族院(House of Lords))ではなく、一院制である]で、政治や法律上の議論で使用される言語は英語である。ニュージーランドの法体系は、ワイタングィ条約で保障されたマオリのランガティラタンガや慣習法には——まれにはあるが議会がその適用を承認しない限り——ほとんど関知していない。英国の議会主権の考えの下では、多元的な主権はもちろんのこと、競合する主権とは共存しえない。すなわち、権力は議会にのみ付与されているのである。言いかえるならばマオリは、彼らの法的、文化的な伝統とは無関係な憲法と法の下で、しかも、たかだか169年前までは——1835年の独立宣言において英国国王によって承認されていた——イウイ(*iwi*)が主権を行使していた土地に居住しているのである。

*アオテアロア: Aotearoa = 'ao' 雲 / 'tea' 白 / 'roa' 長い = 「白く長い雲 (のたなびく土地)」すなわち英国人によりニュージーランドと名づけられる以前のマオリ語の呼称。現在の正式国名は、先住民族たるマオリの権利を尊重するかたちで、“New Zealand/Aotearoa”と二言語標記がなされている。国連先住民族権利宣言第13条「1. 先住民族は、自らの…独自の共同体名、地名、そして人名を選定しかつ保持する権利を有する。」

ニュージーランド人は総じて平等の価値に深く共鳴しており、それはわれわれニュージーランド人が誇るべきことである。しかしわれわれは、すべての人を完全に等しく処遇することを要求するような、平等に関する解釈が公言されていることを認めねばならない。それは上で言及したように、「すべての人びとの共通法」というブラッシュのことが示していることからである。このような見方は、われわれの社会とそこに暮らす人びとのあいだに現に存在する、さまざまな相違を無視する見方である。それはたとえば、自らの意思では変更できない固有の集団的文化への愛着がさまざまに存在することである。またすべての人びとの共通法をとという見方は、われわれはあらゆる機会を平等に有しているということを前提としている。差異の存在を考慮しない形式主義的な平等に対するこのような見方は、法の下での平等ということが、マオリのようなマイノリティ集団が直面しているさまざまな不平等を救済するよりはむしろ、増大させているということ認めていない⁸⁾。それは、民主的でマジョリティ集団の歴史的、国制的なイデオロギーに起源を有する法体系が、彼らの文化的あるいはその他のバイアスを反映している場合にはとくにそうである。

このようなことのコロラリーとしては、「すべての人びとの共通法」という見方は、西洋の「法」観念と統合的な文化に根差すということである。われわれはこの点について、ステファン・フランク(Stephan Franks)が、[1996年に政党として初めて登録された、ニュージーランドの右

翼的で古典的な自由主義的政党たる] ACT 党 (ACT Party) の司法担当スポークスマンであった 2004年に表明したコメントをてがかりにして検討する。「共通法」とは——慣習法が国家の法体系と整合し、承認されない限り——慣習法ではなく国家法を意味していると彼はのべている。そして実際にもフランスは、慣習法は容易にはその内容を確認し、「調べる」ことができない故に、「法」という名に値するとは考えていない。したがって、慣習法を承認することは「法の支配に反する」のである。「有力な学者たちが不文の慣習やエチケット、慣行や主張に『法』ということばをもちいるならば、『法』ということばの価値は低下する」とのべている。⁹⁾

「すべての人びとの共通法」という見方は同化主義者の見方でもある。以前の労働党政府のメンバーも間接的にはあるが、ニュージーランドの法体系のなかに慣習法をくみこむことを拒否する議論を、平等の概念に依拠しておこなっていた。当時の民族担当大臣 (Race Relations Minister) のトレバー・マラード (Trevor Mallard) は、学校内での [来訪者へのマオリの伝統的な歓迎の儀式たる] ポウヒリ (*powhiri*) に関して語っていた。彼はポウヒリの時間が長いことと「そこでは女性には役割が与えられていない」ことを批判した。¹⁰⁾そして彼はつぎのようにのべている。「伝統とマオリの権威 (*mana whenua*) が及ぶ場を尊重することは重要ではあるが、それらがニュージーランドの教育の理念や伝統、そしてすべての人びとの平等に対する教育の役割を阻害しないことも重要である。」¹¹⁾そして当時の首相ヘレン・クラーク (Helen Clark) は彼の見解を支持した。¹²⁾このような見解を基礎づけているのは、慣習法は主流たる法体系に反映されている価値に合致するかぎりですら許容されるにすぎないという考え方である。したがって、マオリの慣習法はそれが適切であるとの承認を得るためには、主流の法体系に同化しなければならないのである。しかしながら、ある集団、すなわちここではマオリの集団が、劣った集団であるがゆえに、その集団以外の法体系の規定に従うことが期待されている場合、すべての人びとが平等であるということはあるにない。そして、主流たる法体系が先住民族の慣習法体系の内容や論理——たとえば、男性と女性のあいだで役割がことになっていること——を理解していない場合には、とくにそうである。¹³⁾*

* マオリの伝統的価値と西洋の価値観との対立：マオリの伝統的価値とそれを表明するマオリの慣習法と、西洋のリベラルな価値観に依拠した法との対立の問題は、先住民族を含むマイノリティ集団とマジョリティ集団との価値観の相違を反映する典型的な問題である。この問題をさまざまな見解に依拠して普遍主義と文化相対主義との対立という文脈で分析したチャーターズのつぎの論文参照。クレア・チャーターズ、角田猛之訳「先住民族の女性の権利をめぐる普遍主義と文化相対主義の論争」『関西大学法学論集』第68巻1号 (2018年5月) この論文の冒頭でチャーターズは、この問題を、先住民族の慣習にもとづく女性に対する差別を手がかりにして論じることについて、つぎのように指摘している。「世界の先住民族の慣習は、女性を差別的にとり扱っているということによって批判されてきている。しかしそれらの差別の程度や形態、そして差別的な先住民族の慣習に対して影響を及ぼす要因——たとえば先住民族に対する植民地化——はきわめて多様である。また、先住民族の慣習が国内法によって保護もしくは支持されている程度も同じくさまざまである。いくつかの具体的な事例を見てみよう。[以下、パプアニューギニア、スリナム共和国の事例省略]…ニュージーランドにおいて差別的であるといわれている先住民族の慣習の最も議論のある具体的な事例は、マラエ (*marae*) [に訪問者を迎え入れる場合の儀式：本文で言及する学校への来訪者に対する儀式たるポウヒリ] においては、マオリの女性はフォーマルなスピーチをおこ

なう権利を有しないということである。いくつかのイウイ (*iwi*) のチカガ (*tikanga*) によれば、女性はマラエにおいて、[集会や儀式に] 招集される (*karanga*) がフォーマルなスピーチをする (*whaikorero*) ことはなく [男性のみがおこなう権利を有している]。このチカガは、マオリの女性を差別しているがゆえに修正されねばならないということが、最も強くドナ・フアタ・アワテレ (Donna Huata Awatere) によって主張された。この問題は、つぎのような理由から非常に複雑である。・マラエはマオリがチカガを実践することのできる非常に限られた空間のひとつである。・マオリの慣習に対して植民地化が否定的な影響を与えたということから見れば、マオリが彼らの固有の法や伝統を強固に守っていきたくないと望む傾向にあることは驚くべきことではない。・その慣行が実際にも差別的であるか否かについては議論がある。女性と男性がことなっているが平等な役割を担うということはあるにないことなのか。・男性がマラエで意見表明する排他的な権利を有しているということは、マラエ以外での議論の場において、女性が特定のイウイやハブにとって重要なことに関して自らの意見を表明することを妨げるものではまったくない。・植民地化がマオリ社会において、女性に対する差別を生みだした、もしくは少なくとも促した可能性があるということは重要である。アニー・ミカエレは、植民者たちが——たとえば、女性は動産 (*chattels*) であるという観念を持ち込み、男性のみを [交渉の] 相手にしたということによって——マオリ社会における男女の関係に対して決定的な影響を及ぼした。…」

アオテアロアの法体系はマジョリティが統治する民主主義としての役割を果たしている。2004年の前浜・海底法 (Foreshore and Seabed Act) が示しているように、マジョリティ集団が、彼らの固有の権利に依拠してマオリの権利を抑圧することが可能だと考える場合には常に、マオリはマイノリティの地位におかれている。¹⁴⁾ * 主流の地位を占める政党においては、自らマオリと自認する、および/もしくはマオリ議席で選出されている議員ですら、マオリの利益に反するようなことながらも賛成票を投じてきた。というのは、ニュージーランドの民主主義のシステムにおいては、政党のリーダーたちは、当該政党の地盤たる選挙区のマジョリティの考え方と一致した立場を、政党全体の立場として取り入れることが可能だからである¹⁵⁾。したがって、1907年の司祭禁止法 (Tohunga Suppression Act) に依拠して、政府や政府の法令に反抗するマオリを拘束するために¹⁶⁾、マオリの精神的指導者を違法な存在としたり、あるいは、前浜・海底法の下でマオリの慣習と土地に対する権利を消滅させるために、ニュージーランド政府が同法を制定したということは、おそらく驚くべきことではない。

* 前浜・海底法によるマオリの慣習にもとづく伝統的な財産権のはく奪の批判：チャーターズは、マオリの伝統的な慣習上の権利を奪う前浜・海底法の不当性に関する論文において、その冒頭 (「1 はじめに」) においてつぎのように指摘している。「法務長官対ナイ・アパ事件 (*Attorney-General v Ngati Apa*) —— このケースは驚くほど一般の人びとや研究者による検討がなされていない —— に対する控訴裁判所判決から生じたひとつの法的問題はつぎ問題である。すなわち、前浜と海底に対するマオリの利害関係を扱う場合に、政府 (the Crown) が負ってきた受託者行為基準 (fiduciary standards) が適用されるか否かである。さらに、マオリに対する政府の受託者義務 (fiduciary duties) の問題はより注目に値する。受託者義務の下で、マオリの利益になるような実質的責務を政府に課することが可能であった。そして、2004年の前浜・海底法 (Foreshore and Seabed Act) へと結実した政府の前浜と海底に対する政策は、立法以後は、政府が負っていたすべてのマオリに対する受託者義務を消滅させることであった。」クレア・チャーターズ、角田猛之訳「マオリに対する受託者義務と2004年前浜・海底法：比較検討および前浜・海底法によってマオリが失ったもの」『関西大学法学論集』第65巻第5号 (2016年1月) 335-336頁

記録が取られはじめて以来、多くのマオリは一貫して社会－経済的な指標においては底辺の地位を占め、ニュージーランドにおいて最も貧困で教育程度が低く、社会の片隅におかれている人びとであり続けている。したがってこの一事をもってしても、そのような社会－経済的な不平等の緩和に資することが可能なマオリの権利を承認することに関して、あたかも民族差別であると言いたてるまえに、きちんとした説明をなすことが必要であることは明らかである。

ワイタンギ条約——それはわれわれマオリの集団的な精神のなかに深く刻み込まれ、国家の基本構造を成す文書としての修辭的価値を有している¹⁷⁾——は、マオリの土地を含む（有形・無形の貴重なものたる）タオンガに対する政治的権力たるランガティランガを保障している。*従来からいわれ続けているが、そのポイントをつぎのように表現することができる。すなわち、ニュージーランド法は——国家としての強固さと合法性全般を毀損することなしに——国の基本構造と権力の配分を明示したワイタンギ条約が規定する、さまざまなマオリの権利を無視することはできないということである。¹⁸⁾

*ワイタンギ条約：ワイタンギ条約（Treaty of Waitangi：北島のワイタンギにて締結されたゆえの呼称）は、1840年2月6日——現在、「ワイタンギ・デー」（Waitangi Day）としてニュージーランドの建国記念日——にイギリス国王（ビクトリア女王（在位1837-1903年））とマオリの族長とのあいだで結ばれたイギリス政府とマオリの関係を規律する条約である。この条約によってニュージーランドは正式に大英帝国の植民地となったのである。この条約は、ニュージーランドの近代国家形成の出発点であるとともに、先住民族たるマオリの地位をめぐって、ニュージーランドの歴史上最も議論の多い公式文書である。「原住民」（Aborigines）たるマオリとヨーロッパからの移住者による、「平和と良き秩序の享受」（“enjoyment of Peace and Good Order”）のために「不可欠の〔イギリス式の〕法と諸機関」（“necessary Laws and institutions”）を創設するために、ビクトリア女王とマオリの族長とのあいだでこの条約を締結することを明記した条約前文と3つの条文から成り立っている。そのポイントは、(1)イギリスへの主権譲渡（第1条：“cede to Her Majesty…all the rights and powers of Sovereignty”）、(2)マオリの土地や漁場、森林、その他に対するすべての伝統的な諸権利の保障（第2条：“confirms and guarantees to the Chiefs and Tribes of New Zealand…full exclusive and undisturbed possession of their Lands and Estates Forests Fisheries and other properties”）、(3)マオリが合意の上で手放した所有地に対するイギリス政府の先買権（第2条：“exclusive right of Preemption over such lands”）、そして(4)マオリへの大英帝国臣民としてのあらゆる保護と権利の賦与（第3条：“Her royal protection and …all the Rights and Privileges of British Subjects”）である。

ワイタンギ条約第3条が含意している平等原則に焦点を当てて¹⁹⁾、条約はマオリへの割当議席を要求してはいないとジョセフは論じるであろうが、彼はワイタンギ条約第2条のチノ・ランガティランガの保障に関しては言及していない。彼は、「財界円卓会議」（Business Roundtable）でのマオリ割当議席に関する2008年の彼の報告書において、あからさまに第2条を無視している。その報告書において²⁰⁾、ワイタンギ条約が規定する保護の原理では、マオリのみに認められる政治的権利は求めていないと論じている。²¹⁾ワイタンギ条約の諸原理は、条約が明示的に規定するマオリへの保障を弱める方向にも作用しようということを、彼は考慮していない。

たしかにワイタンギ条約第3条を、市民間の、すなわちマオリとマオリ以外の人びとのあいだでの平等を保障していると読むことは可能である。しかし、マオリの政治的な影響力に関する「特

別の」規定が不平等をもたらすということを前提としてしまっている点において、ジョセフの理解は誤っている。上で言及したように、マオリ以外の人びととの均衡をはかるためにこそ、マオリ議席のような措置が必要とされるのである。なぜならば、政治システム全体が——その当初の制度設計において、マジョリティたるマオリ以外の人びとの意図にもとづき、かつそれを引き継ぎ、またそれこそがマオリの土地と主権の消滅を促進してきたものであるがゆえに——構造上マオリの利益に反しがちだからである。

さらにまたマオリ議席の制度は——マオリに固有のものではないニュージーランドの議会システムに適合する——政治的影響に関するモデルとなっている。それらはマオリの政治的影響力を保証する最良のモデルではないかもしれないが、長年にわたり存在し、馴染みあるものであることを考えるならば、一定の正統性を有するメカニズムを形成している。²²⁾したがってすくなくとも、マオリの同意なしには廃止されないという憲法上の慣例が生み出されている、と論じることができる。²³⁾「マオリ議席のもとで選出されたマオリの議員」(MMP [Maori Members of Parliament]：以下 MMP と略記) 選出の制度が導入され、マオリの利益代表を議会に送り出すこと——マオリの族長の出席を保障することを含めて、そのうちのいくつかについてはジョセフ論文においても言及されている——が歴史的に試みられてきたということからすれば、マオリ議席を廃止しないという決定がなされるならば、そのことによってそのような慣例が存在することが証明されるだろう。²⁴⁾

ゲイリンガーが指摘しているように、マオリ議席廃止の勧告において王立選挙制度改革委員会(Royal Commission on Electoral Reform)が²⁵⁾、マオリの利益代表の選出を保障することは不適切だと考えたからではなく、「マオリとマオリ以外の人びとを区別して代表を選出することは、マオリに対して平等な政治的権力をマオリ以外の人びとと共有することを保障するためには有効ではない」と考えたが故にである。²⁶⁾委員会はさらに、MMPを認めている状況においても、「マオリの利益代表のためにはさらなる保障手段を採用する必要があることを認め」ており、またさらにマオリはワイタンギ条約と、保護・承認に値するマイノリティの権利を有する、特別な憲法上の地位を有しているということにも言及している。²⁷⁾

ここからはつぎの論点に移りたい。マオリの利益が政治的に代表されず、土地を失ったりワイタンギ条約が踏みじられて以来ほぼ1世紀半が経過した現在において——マオリがマオリ以外の人びととの政治的な平等に近いものを獲得したと思われるのと時を同じくして——マオリの権利はマオリ以外の人びとを差別していると言いたることを座視することはできない。ジョセフが指摘しているように、議会でマオリの議員が占める比率は、2005年の総選挙後の総人口においてマオリ人口の比率よりも若干上まわっている。かりに、彼らマオリが議員に選出され「マオリ」問題を追及したとしても——ただし、多くの議員は(たとえば、前浜・海底法が通過する際に労働党所属のマオリ議員が明らかにし、また上でも指摘したように)追及しない——そのようなことは比較的近年になってからだ、ということが想起されねばならない。過去150年間にわたってマオリは、議会においてほとんどその利益代表者を有していなかった——マオリ議席が、マオリへの議席の割り当のない議席よりもかなり広域にわたる選挙区を代表し、またマオリはマオリ選挙

人名簿にしか選挙人登録ができないゆゑに、初期の頃はそうであった。選挙における平等に類するものをマオリが獲得するやいなや、マオリ議席の廃止要求をともないつつ、それらの議席が民族差別だとして問題視されるのはなぜなのか？ 反面に、150年間にわたってマオリの利益が代表されなかったことは民族差別であると考えられてこなかったのはなぜなのか？ マオリ議席は、マオリの固有の権利、あるいはつぎのようなことがらを実現するための特別な措置とは考えられないのだろうか？ すなわち、議会における1世紀半にわたる利益代表の欠如と先住民の自治権の否定——とりわけ、マオリは現在も政治的にはマイノリティであり続けていることを前提とするならば——から生じた、長期にわたるマイナスの影響を覆すための措置としてである²⁸⁾。さらにまた、多くの地方自治体においてそうであるように、マオリが投票権を保障されていない場合には、マオリは選挙における平等のようなものは手にしていないのである。²⁹⁾

同様な問題はマオリの財産権に関しても指摘することができる。歴史的な事実として、植民地下での土地政策によりマオリは、彼らが有していた、つまりアオテアロア全体の95%の土地を失った。このことを前提とするならば、前浜・海底における慣習上の権利を含むマオリの財産上の利益を承認することは民族差別だという見解は、はたして正当性を有するだろうか？ さらにまた、マオリ以外の人びとの財産上の利益を保護するのであれば、はたしてなぜマオリの財産上の利益をも保護しないのか？

マオリの政治的、財産的あるいは文化的権利が承認された場合に、マオリ以外の人びとは、そのことによって民族差別を受けたと主張することは正当であろうか？ たとえば、マオリ以外の人びとはつぎの場合に、差別されていると感じるだろうか？ すなわち、マジョリティたるマオリ以外の人びとは——総人口に占めるマオリ以外の人びとに対するマオリの人口比率からすれば、マオリに割当られた議席以外の議席をほぼ常に獲得することが予想される——彼らへの割当議席が存在しないからといって差別だと感じるだろうか？ マジョリティたるマオリ以外の人びとに対するマオリに割り当てられた議席のインパクトは、われわれの憲法体系が——とりわけマオリの利益代表の選出率が人口比率によく追いついてきた現在において——護らねばならないタイプの不正義と類似しているという見解には私は賛同しない。なぜならば、マオリ以外の人びとへの「民族差別」ということばをもちいるならば、差別と結びついた深刻な侵害を被っているマイノリティ集団そのものの存在を矮小化すると思われるからである。

誤りをいくら重ねても正しくはならないが、民主主義的なプロセスにおいて絶対的な平等を実現することは實際上困難である。³⁰⁾ ある人の投票価値は他の人の価値とは正確には同一ではない。たとえば恣意的な選挙区割り (gerrymandering) はある人の投票の相対的な価値を高めることも低めることも可能である。そして現に、マオリ選挙区の平均的な選挙人の数は一般的な選挙区の数よりも現在は多く、それは一人一票の価値を損ねているということは記憶されておかなければならない。³¹⁾

そしてまた、民族とマオリに関するポール・マックヒュー (Paul McHugh) の論文をここで想起するといいたいだろう。その論文で彼は、ニュージーランドにおけるワイタンギ条約に関する判決は、マオリを民族集団としてではなく、政治的な部族単位 (通常はイウイ) をなすものとしての

分類に依拠しているということを強調している³²⁾。条約はマオリの個人としての資格によって署名されたのではなく、イウイ/部族集団の利益のために、イウイ/部族の代表によって署名されている。したがってマックヒューは、ワイタンギ条約もしくはマオリに付与されたその他の権利は、民族によってではなくマオリ固有の政治的集団としてのイウイという地位にもとづいていることを強調している。したがって法的な観点からすれば、さまざまな権利はマオリが民族集団であるがゆえにではなく、この土地に先住しアオテアロアに対して植民地化以前に存在した主権を有する政治体を構成しているがゆえに付与されているのである。彼はつぎのように指摘している。³³⁾

…民族という概念は、ワイタンギ条約あるいはそれと結びついている諸原理とは無関係である。したがって、なぜ議員や政治家は、民族の概念に依拠して基礎づけられることを求めている憲法上の文書たるワイタンギ条約を、民族の問題として性格づけることを欲するのだろうか？

マオリに付与されている条約上の権利とマオリ以外の人には付与されていない権利との区別——それはマオリ議席あるいは慣習上の財産権をめぐる現在の状況のなかで表明されている——は民族の概念に依拠していないので、そのような区別は民族差別として法が認定すべき区別ではない。マックヒューの見解は、以下で検討するアメリカンインディアンにかかわるアメリカの判決のなかに見いだされる見解と類似している。したがって、ジョセフの論文におけるように、マオリが単一の民族集団であるものとして把握——その帰結はマオリの権利のみが「民族に依拠した」権利ということになる——されたとすれば残念なことであり、またそれは事実と反している。

イウイを民族的ではなく政治的な集団として特徴づけることに伴う問題はつぎのことからである。すなわち、集団としてのマオリのみに害を与えるような措置は、民族差別を構成し、したがって、たとえば前浜・海底法のような法に対する批判を誘発するはずだ、ということである。ここでは若干この点に関して指摘しておく。第1に、本稿の主要な論点であるが、差別に関するそれぞれの主張は、それが前提としている背景的事実を考慮に入れて分析することが必要である。厳格なルールを定めることは困難であるために柔軟な判断が必要である。たとえば、バスの乗車に際して、マオリはバスの後方に乗車することが求められるが、マオリ以外の人にはそうではないということ、かりに法が要求した場合——マオリ以外の人でもバスの後ろに座るべきだということをも求めるべきであるがゆえに——これは、法が対処し禁止すべきタイプの差別であるということがそのような背景的事例では示されるだろう。本稿で問題としている、差別だと申し立てられている措置が有するとされる有害なインパクトは、このような背景的事実を考慮して吟味されなければならない。この点と関連するとされるスタンスは、アメリカンインディアンに有害な影響を及ぼす差別は、後見的役割論の下で禁じられているという、アメリカでとられているスタンスである。したがって、アメリカンインディアンに対する有益な処遇は、法の下では民族に依拠するものではなく政治的なものであって、したがってまた、アメリカンインディアンに対して有害な他とはことなった扱いをなすことは法的に禁止されているのである。

第2に、法がマオリを——たとえば、特定のイウイが有する財産的な利益ではなく、マオリ全体の財産的利益を廃止することで——政治的集団の一構成要素としてではなく、単一的な民族集団として扱うとすれば、そのような処遇は民族に依拠したものと解釈できる。というのは、そのような区別は政治的単位としてのマオリにもとづかない区別だからである。したがって、そのような状況の下でとられた有害な処遇は民族差別とみられ、批判を引き起こす。

第3に、マオリが民族集団でないとするれば、彼らは明らかに先住民族の集団とみられるだろう。民族的出自に依拠した区別は禁止するが、先住民族という出自にもとづく有害な区別を許すことは、規範としての首尾一貫性を欠き正義に反すると思われる。

歴史上存在してきた民族の概念に固有の不平等や、人びとを民族のカテゴリーによってグループ分けすることにも、マクヒューは焦点を当てている³⁴⁾。そのようなことは、ある人びとが他の人びとを支配することの阻止ではなく正当化した、ヨーロッパ中心主義のイデオロギーを反映している。自民族以外は劣っているという概念——「気高き野蛮人」(“noble savage”)——は植民地化の下でそのような人びとが従属することを正当化した。

Ⅲ. 比較の視点

判例をみるならばカナダとアメリカは、先住民族の政治的権利や条約・慣習にもとづく権利および先住民権を、それらが差別的影響を有しているか否かの評価から切りはなすという法的、政策的判断をおこなっている。そしてこのことから、アメリカとカナダの法と政策は、先住民族の権利を、内容において民族にもとづく区別とは考えない、もしくは、仮にそう考えるとしても法が禁すべきものではないと考えている、と結論づけることができるだろう。先住民族の権利の承認は、法的にはこれらの国に固有のものと考えられ、それらがかりに社会のなにかの集団にのみ帰属しているとしても正当化されるということを示している。

アメリカンインディアンは彼らの固有の領域に対する固有の主権を維持しており、たとえばナバホーのような集団は、個々の州の領域をまたぐ広大な土地に居住している³⁵⁾。この事実は、アメリカンインディアンが彼らの領域と人びとに対して管轄権を行使していることを意味している。個々の州はアメリカンインディアンの土地に対しては何ら権限を有していない。州議会は——たとえば刑法のような分野に関する権限行使の第1次的権限を行使しうるし、また行使しているが——連邦政府は各部族の自決権を認めるという政策をとっている。さらにまた、連邦政府がその第1次的権限を行使する場合にも、しばしばアメリカンインディアンに対して、たとえば「アメリカンインディアン市民権法」(Indian Civil Rights Act)あるいは「飲料水法」(Safe Drinking Water Act)のような一定の法律に対する執行権を彼らに付与している³⁶⁾。部族の統治あるいは自決における政治的な自立は、たとえそれ以外のアメリカ市民あるいは市民の集団が享受していない特権であるとしても、差別的な権限とは考えられていない³⁷⁾。

同じく、アメリカンインディアンの部族と連邦政府とのあいだの条約は、その解釈が問題になった場合、当該部族にとって有利なように、そしてまた、条約の下で明示的に排除されていない

主権上の権利を部族は維持していると解釈されている³⁸⁾。これらの条約はアメリカにおいて最高法規の地位を有しており、したがって条約に反する州法の効力を否定することができる³⁹⁾。

一体的な民族ではなく政治的集団としてのマオりに付与されている条約上の権利に関するマクヒューの論理と同様に、合衆国最高裁によって下されたモートン対マンカリ事件判決 (*Morton v Mancari*) は、アメリカンインディアンに対する雇用上の優遇は、憲法上の不正な民族差別に該当しないと判示している⁴⁰⁾。アメリカンインディアンに対することとなった処遇は、彼らがおかれている歴史的、背景的な諸要素を考慮して与えられた、固有の政治的、法的な地位に依拠するもので、したがって民族に依拠した区別ではない。クリントン (Clinton)、ゴールドバーグ (Goldberg) およびツォジー (Tsosie) の各判事が指摘するように、「アメリカンインディアンの土地、部族としての地位、自治そして文化などにかかわる立法」は、合衆国憲法の下での平等原則の保障に反するものではない。なぜならば、合衆国対アンテロープ事件 (*United States v Antelope*) を引用しつつ⁴¹⁾、「そのような規制は、独自の政治的制度を有する『独立した人びと』としてのアメリカンインディアンのユニークな地位に由来するからである。」⁴²⁾さらにまた、そのような存在として彼らアメリカンインディアンは、「自らの土地や政治制度…文化に対する特別な保護を期待しうる権利を有している。」⁴³⁾

同様に、ワシントン対ワシントン州釣客船組合 (*Washington v Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association (Washington)*) において明確に示されているように⁴⁴⁾、アメリカンインディアンと連邦政府のあいだの条約は平等保障原則に反するとする下級審の判決に関して、このことを指摘しなければならない。

ワシントンの最高裁は、仮に条約がアメリカンインディアン以外の人びとには与えられない漁業権を彼らに与えるならば、平等保障原則に反していると判示した。この議論に関する最も明快なる答えは、本裁判所は、これらの条約は調印に参加した部族に対する強制可能な特別の利益を付与しているということを判示しており…さらにまた、アメリカンインディアンが有する固有の主権に近似し、憲法によって承認された地位によって——政府が保持する、アメリカンインディアンに対する「固有の責務」に合理的に結びついている場合には——彼らの利益になる特別な処遇が正当化されるということをくり返し判示している。

そのようなケースにおいては、合衆国最高裁は条約に該当する地域において、それまでワシントン州の漁業者が有していたおおむね50パーセントを、彼らの漁業権を保障する関係条約の当事者に付与している。条約を締結していない6,600人に対して、ワシントン州で商業漁業によって生計を立てているアメリカンインディアンは800人にすぎないとしてもそのようにおこなっているのである。

マクヒューが指摘した上で論じたように、ワイタング条約は民族集団とは明らかにことなるハブと族長、そして諸個人の政治的権力を保障している。アメリカとはことなりニュージーランドは、競合するいかなる主権をも容認しない厳格な議会主権を採用しているからといって、マオ

り議席を含めて、マオリの固有の政治的権利を承認することは正当化できないとか、アメリカとはことなりニュージーランドにおいては、それらは民族にもとづく差別であるということは意味しない。さらにまた、ニュージーランドがマオリの政治的権利を承認する程度に応じて——先住民族のさまざまな程度の自立や自治を認めるようなモデルにもとづくというようなものではなく——きわめて控えめに自立や自治を承認しているということをわれわれは見いだす⁴⁵⁾。

カナダの憲法は先住民族の権利や条約上の権利を保障している⁴⁶⁾。そしてそれは、それらが連邦法や州法に優位し、またさらに憲法25条がそれらの権利を、カナダ権利自由憲章 (Canadian Charter of Rights and Freedoms) にもとづいて異議申し立てができないようにしているということの意味している。すなわち、民族差別を受けない自由に対する保障に反することにもとづいて、先住民族と彼らの条約上の権利を審理することはできないのである。カナダはアメリカと同じく、先住民族の自治の保障とファーストネーションズの領域に対する彼らの管轄権に関して、さまざまなことがらについて相互に協議するという政策を保持している。そして裁判所は、コモンロー上の先住民族に関する判例によって認容された、自治の権利をさらに促進することを承認している⁴⁷⁾。ファーストネーションズの領域に対する彼らの管轄権の行使はつぎのような状況においても司法審査に服さない。すなわち、それらの領域に居住するファーストネーションズ以外の市民がファーストネーションズの法に従ってはいないが、ファーストネーションズの立法機関に関して何らの投票権をも有していないというような場合である⁴⁸⁾。

広大な土地がアボリジニ集団に属することを承認——彼らはその集団に属さない人びとのその土地へのアクセスを禁じている——するオーストラリアの立法ですら、それらが民族差別であるという主張には抵抗している。高等裁判所は、そのような立法的手段は正当であり、したがって民族差別を禁ずるオーストラリア連邦法に反するという理由で無効とされることはできないと判示している⁴⁹⁾。

アパルトヘイト後の状況において、南アフリカでは平等の価値が特に重要である。憲法第1条は、南アフリカ憲法は「人間の尊厳、人間の権利と自由の実現、平等そして発展にもとづいている」と規定している。しかしながら同じくその憲法が、アフリカの慣習法を明文によって承認し、慣習法が適用可能な場合には慣習法が適用されることを求めている⁵⁰⁾。したがって南ア憲法は、ことなった集団は、一定程度まではマジョリティの法ではなく彼ら自身の法によって規制されるべきことが、平等の概念によって求められているという見解を支持しているのである。南アの法秩序に関してジンマーマン (Zimmerman) はつぎのように指摘している。「慣習法を等しく承認することは、アフリカの人びとに等しく政治的権利を認めることをあらわしている。」⁵¹⁾

国際的な視点から見れば、国連人種差別撤廃委員会 (UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination: 以下、撤廃委員会と略記) も国連総会も、先住民族の権利は先住民族ではない人びとに対する民族差別にはならないことを承認している。自決権を含む強力な政治的、土地に関する、文化的そして社会的権利を承認する国連宣言が、144ヶ国 (わずか4ヶ国の反対 (ニュージーランドをふくむ。オーストラリアは現在では反対の立場を覆した)) によって承認されたということは、先住民族の権利が平等を獲得するためには必要であるという、世界に通用する集

合的英知を表明している⁵²⁾。とくに宣言第19条は、先住民族に対して強力な政治的権利を付与することを諸国家に要求している；すなわち、

国家は、先住民族に影響を及ぼし得る立法的または行政的措置を採択し実施する前に、彼／彼女らの自由で事前の情報に基づく合意を得るため、その代表機関を通じて、当該の先住民族と誠実に協議し協力する。

宣言前文に盛り込まれている宣言の正統性の根拠は——たとえば、欧米による植民地拡大時代に先住民族に対してなしたさまざまな不正義といった——上で言及した、歴史的背景に依拠した状況的な要因を含んでいる。⁵³⁾また宣言は、先住民族に固有の政治的権利を国際的に承認した例外的なものではない。たとえば、2009年の反人種差別ダーバン会議報告（Review of the Durban Conference Against Racism World）の最終成果を示す書類は、先住民族の政治的権利の承認を含んでいる。⁵⁴⁾

同じく、撤廃委員会の先住民族に関する一般勧告は諸国家に対して、民族差別を受けない自由という目標をより推し進めるために、先住民族の権利を尊重することを求めている⁵⁵⁾。さらにまた、2007年のニュージーランドの国別報告の内容を踏まえて撤廃委員会は、マオリに特化した措置——そのような措置は恵まれない集団の平等を獲得するために必要な限りにおいて正当化されるに過ぎないゆえに——特別な措置とみなされるべきではないと指摘している。^{*}しかしながら、先住民族の権利は永続的なもので、市民間の平等を実現するという以上理由が必要である⁵⁶⁾。一方では、マオリ以外の人びとの財産権を保持しながら、他方においてはマオリの財産権を消滅させるような措置は、前浜・海底法に関する決定において見られるように、撤廃委員会の見解によれば、明らかにマオリに対する差別である。

*撤廃委員会による前浜海底法に関する決定：2005年2月21日－3月11日に開かれた第66会期の間に作成された撤廃委員会「ニュージーランド・2004年前浜・海底法に関する決定1(66)」(Decision 1(66) New Zealand Foreshore and Seabed Act 2004) はつぎのように、前浜・海底法がマオリに対する差別を含んでいると明言している。「…4. 当委員会〔撤廃委員会〕は、締約国〔ニュージーランド〕によってなされた陳述に着目しつつも、当該法律〔前浜・海底法〕の制定手続きは明らかに拙速であり、〔前浜・海底へのマオリの慣習法上の伝統的な財産権を承認した〕ナーティ・アパ判決に対する異なった対応の在り方に関する議論〔本稿で論じられている、マオリ以外の人びとからなされている、前浜・海底に対する財産権をマオリにのみ承認するというのは民族差別であるとの批判〕に対して十分な配慮がなされていないことに対して懸念を抱いている。；5. 当委員会は、当該法律によって最も直接に影響を被る集団——すなわちマオリ——のあいだで提示されている当該法律への反対の度合いとともに、当該法律が彼らに対して人種差別的な内容を有している極めて強く認識していることをここに記しておく。；6. この問題の複雑さを想起しつつすべての事情を考慮するならば、当該法律にはマオリに対する人種差別——とりわけ前浜・海底に対するマオリの慣習上の権原が成立することを不可能とし、またさらに、撤廃条約第5,6条の下で締約国が課されている責務を負っているにもかかわらず、そこで保障されている救済を求める権利を提供していないこと——を含んでいると当委員会は見ている。」前掲、ジェームズ・アナヤ「国連・先住民族の権利に関する特別報告」、139-140頁参照。

ニュージーランドでの政治的議論において言及されている「すべての人びとの共通法」ということはことなり、先住民族に関する一般勸告第14は、「条約の目的に反すると判断された差異の基準が正当である」場合には、そのような区別は差別とはならないとのべている⁵⁷⁾。

キャサリン・アイアンズ・マガランズ (Catherine Irons-Magallanes) は、マオリ割当議席の正当性を論ずる場合に関連してつぎのように指摘している⁵⁸⁾。

民主主義 (分権化を含む) にもとづく政治参加に関する国際的な原則と文化多元主義によって、先住民族が彼らのコミュニティの統治や行政に対する自立の「領域」を与えられていることを承認することとともに、彼らに影響を及ぼす——より大きな統治組織によっては適切におこなわれないような——すべての決定に関して実効性をもって参加し、協議することが結果として生み出される。

IV. 理論的な視点

本稿の第3の主要な論点は、マオリの権利は差別を生み出しているという露骨な議論は——その議論は平等に関するものだと装ったり、十分な説得力ある分析を伴っていない場合には——思慮に欠けた粗雑なものだということである。これまでの議論においておそらく明らかになったように、平等の概念を問うことは複雑な課題であり、その解釈は、さまざまな集団に対することなった処遇の意味を評価するといった単純な問題とははるかにことなっている。

したがって平等に関するより包括的な議論が、ニュージーランドのような西洋型の民主的統治においては不可欠である⁵⁹⁾。その最大の理由は、カス・サンステイン (Cass Sunstein) が簡潔にのべているように、「慎重に検討することで賢明な判断と良き帰結が生まれる」⁶⁰⁾からである。それはアリストテレスによって展開されていた見解である⁶¹⁾。ジョン・スチュワート・ミル (John Stuart Mill) の見解を参照しつつ、ウォルドロン (Waldron) はつぎのように結論づけている。「明快な自明の真理は明快なる精神から生まれるが、複雑な真理は…ミルのことばを用いれば、『敵対心に満ちたスローガンの下で闘争している荒々しい戦いの中から』のみ生まれてくる。』⁶²⁾

平等と文化多元主義に関する比較的最近の法的観点からのコメントは——多くの場合リベラルなものでカナダやアメリカからもたらされたものである——ニュージーランドの文化多元的な構造と自由民主主義的な価値観のゆえに、とくにニュージーランドとかがわっている。カナダとアメリカは同様な植民地の歴史と、とくに英国から導き出された憲法上の諸原理を共有している。

とりわけ、アイリス・マリオン・ヤング (Iris Marion Young)⁶³⁾ やウィル・キムリッカ (Will Kymlicka)⁶⁴⁾、アレント・リジパルト (Arend Lijphart)⁶⁵⁾、パトリック・マックレム (Patrick Macklem)⁶⁶⁾、アイレット・スカーチャー (Ayelet Schacher)⁶⁷⁾、チャールズ・テイラー (Charles Taylor)⁶⁸⁾ そしてジェームズ・タリー (James Tully)⁶⁹⁾ などは、上で論じたように制度的、政治的な構造がマジョリティの (政治的、文化的、社会的な) 価値を——たとえことになった、また時には対立する前提から導きだされている場合においても——反映している場合につきまとう、民主主義のバイアスについて分析している⁷⁰⁾。自由民主主義にもとづく法と制度は、直接的あるいは

は比喩的に社会の主流をしめる集団のことに依拠して語られている、ということを彼らは懸念している。キムリッカはつぎのようにのべている⁷¹⁾。

集団の構成資格とはかかわりなくすべての市民に普遍的な権利を認めている文化多元的な国家は、さまざまな民族集団に対しては中立的であるように思われるかもしれない。しかし実際には、基本的な態様においてマジョリティたる民族に一貫して特権を付与することが可能だし、そして実際にも付与されている。これらすべての決定は、マジョリティが有する文化の生命力を推し進める反面、民族的マイノリティの文化の生命力を決定的に弱めている。

周縁化された集団の利益に反する、民主主義にもとづく政治的バイアスが有する否定的インパクトを——その実行のためにはいかなる措置が望ましいかについてはさまざまに意見がことなっているが——除去することを、上で言及したすべての理論家は主張している。

キムリッカは、先住民族の自立と自治に関するモデルを国家が承認することを主張している⁷²⁾。国家が「好意的無視」(‘benign neglect’)によって、より大きな自立への要求にこたえる——その場合には国家は「固有の文化に固執することを表明する自由」を支持もしないし否定もしない——だけであれば十分ではないと、彼は論じている⁷³⁾。さらに彼は、「マジョリティ集団の通常決定プロセスは…マジョリティ集団が加える重大な不正義に対して、文化的なマイノリティを傷つきやすいものとし、エスニックな文化的対立を煽り立てる。」⁷⁴⁾とのべている。したがって、民族的なマイノリティ集団をそのような不正義から守るためには自立が必要とされるのである。^{*}デュリー (Durie) はこの意見に賛同しつつつぎのように指摘している。「広義の意味での公正としての正義は、すべての人びとを尊重することそして彼ら自身の法を尊重することを求めている、と考えることには異論はないだろう。したがって多くの場合に、多元的な法秩序——たとえば部族法廷——が必要である。」⁷⁵⁾

キムリッカとはことなりギアツ (Geertz) は、「他の集団から明確に区別された集団を構成する民族」は、「その国が有する多様性に適合するようなあり方」を見出さねばならないとのべている。そしてこの言に続けてつぎのように指摘している。マイノリティ集団が安全な状態であるということは、マジョリティ集団にとっても善きことであるがゆえに共通善である。そして、「自らを守る手段を有しないエスニック集団の恐怖を和らげるような国家のあり方を構想することでそのような体制を構築する人びとは、経済繁栄に不可欠な国民的協同を確固としたものとすることができる…。」⁷⁶⁾

*キムリッカの平等主義をも踏まえた集団的権利の擁護論：「集団的権利——たとえば、領域的自治、拒否権、中央政府における特別代表の保証、土地権、言語権——は、多数派の決定に対するマイノリティ文化の脆弱性を緩和することによってこの不利益を是正する一助になりうる。これらの対外的防御は、マイノリティの成員に対して、多数派の成員と同様に自分自身の文化の中で生活し労働する機会を持つことを保証するのである。…これらの権利は、主流社会に属する者に制限を課すことになるかもしれない。マイノリティの居住区域に移住する者の負担を増やしたり（たとえば、政治参加などに関する長期居住

要件、多数派の言語による行政サービスの減少)一定の土地や資源の利用に際しマイノリティの成員に優先権を与えたり(たとえば、先住民の狩猟権や漁業権)といった制限である。しかし、これらの権利の存在がマイノリティの成員以外の者に要求する犠牲は、そのような権利がない場合にマイノリティの成員が直面するはずの犠牲と比べれば、はるかに小さいのである。…いかなる正義の理論も、その説得力を失いたくなければ、こうした民族的マイノリティのための対外的防御を公正なものと認めるべきである。ロールズやドゥオーキンのような自由主義的な平等主義的理論では、自らの選択の結果ではない不平等を是正することの重要性が強調されるのであるから、このような理論の枠内において対外的防御が正当化されるのは明白であると思う。実際、文化帰属における不平等とは、その影響が『深く浸透力が強く、出生した時から存在する』(Rawls 1971 [The Theory of Justice]: 96; cf. Dworkin 1981 [‘What is Equality?’]) もなので、まさに、われわれが配慮すべき種類の不平等だとロールズが言っているものに他ならないのである。⁽³⁾ ウィル・キムリッカ、角田猛之・石山文彦・山崎康生監訳『多文化時代の市民権——マイノリティの権利と自由主義——』(晃洋書房、1998年) 164-165頁

タリーはつぎのように論じている。西洋諸国と自民族中心主義的なリベラルな哲学の欠陥から生じた不平等と不正義から、先住民族が被った損失を補填し、彼らが歴史上、植民地化以前に有していた政治的な自決権を承認するために必要な政治上の措置をおこなうことが必要である。⁽⁷⁷⁾ またアイリス・マリオン・ヤングは、「周縁化された社会集団の利益を代表する」ために不可欠なメカニズムを伴った包括的な政治的決定権が必要であると主張している。⁽⁷⁸⁾ 彼女は「より正義に合致した成果を推し進めるための方策」として、マイノリティを社会に包摂することを推進する民主的プロセスが必要であると強く主張する。⁽⁷⁹⁾ つぎのように指摘している。⁽⁸⁰⁾

十分にはその利益が代表されていない社会集団のメンバーが、社会により包摂されることを推進するひとつの重要なことがらはずぎのことである。女性や労働者階級の人びと、民族的あるいはエスニックなマイノリティ、そして虐げられた階層の人びとの利益代表を推し進めるための政治的、社会的制度を構築することである。

同様な方向に沿ってアレント・リジパルトの「政治的連合主義」(political consociationalism) は、「ことなるエスニックと共同体の融和を促進することが可能な公式・非公式のルールを提供する。最も重要なふたつの要素とは、ことなったエスニックー共同体に属する集団の代表者による決定プロセスに広範に参加することと、文化に関わる自治を望む集団に文化的自治権を与えることである。」⁽⁸¹⁾ 同じくガイバーナウ (Guibernau) は、「一人一票」というジョセフが表明する見解は、マイノリティや周縁化された集団に発言権を与えることによって、民主主義を掘りくずすのではなくより進化させるような、さまざまな投票のあり方が有する価値の潜在力を無視している、と論じている⁽⁸²⁾。

またジャン・クラッバー (Jan Klabbers) はより国際的な観点から、先住民族を国際法上の受益者とする自決権は、政治的な参加の権利を含んでいると論じている。⁽⁸³⁾

自決権は現在では植民地が独立する権利とは単純には解釈されておらず、彼ら自身の未来に影響

を及ぼす決定プロセスに参加する権利へと転換している。…自決権は手続き的権利として説明するのが最もふさわしい。独立主体であれば、彼らの将来に関わることが決定される場合には常に、彼らの地位を考慮して決定することを要求する権利を有している。…つまりそれは、自分たちのことが正当に考慮されることを要求する権利なのである。

若干皮肉であるしまたさまざまに程度はことなるが、上で参照した著者の多くはポスト植民地時代における民主主義において、先住民族の平等な声を保障するための例外的な処置を正当化するために、先住民族とは出自がことなる西洋のリベラルな理論を用いて論じている。キムリックはつぎのようにコメントしている。

よかれあしかれ、先住民族の権利を保護し、強制力を付与する権限を有しているのは、圧倒的に先住民族に出自を有しない裁判官や政治家である。したがってそれらの権利に関しては、彼らが理解できるような正統化根拠を見出すことが重要である。先住民族は彼ら自身の経験から生み出された自治の観念を有しており、そのことは重要である。しかしながら政治的には、先住民族以外の人びとが、それらの先住民族の権利を彼ら自身の経験や伝統とどのように関係つけるのか…を知ることも重要である。…すくなくとも正当な先住民族の権利は、リベラリズムと対立することなく、リベラルな政治的实践の不可欠な要素として理解される場合にはじめて保障されるだろう。⁸⁴⁾

またさらに、たとえばタイカケ・アルフレッド (Taikake Alfred) のような、文化多元主義的な見方に内在するリベラリズムを拒否する人びともいる⁸⁵⁾。彼の観点からすれば、先住民族は先住民族の考えにもとづかない政治哲学——たとえそれらが先住民族のためにより大きな自治を主張し、彼ら自身の固有のものを実践することに携わることができるとしても——を拒絶しなければならない。彼はつぎのようにのべている⁸⁶⁾。

[明らかなる不正義や権力乱用、伝統的な価値の欠如などを] 解決する、一貫した戦略を欠いているということはつぎのことを意味している。すなわち先住民族は、対立を生み出す選挙をベースとした政治や多くの学者によって推奨されている西洋式の諸制度を乗り越え、自らの文化的枠組みのなかから彼ら自身の解決を——集団的なつながりを有する個人として再結集することによって——模索しなければならない。

また別の観点からブライアン・バリー (Brian Barry) は政治的、法的枠組みのなかでのことになった処遇を文化によって正当化することに反対している。彼の見解によれば、国家は文化をも含む私的領域に介入すべきではない⁸⁷⁾。文化を考慮に入れて政治的、法的決定を下すならば、社会に存在する差異の観念を煽る結果となり、したがってそれは望ましくない、と彼は主張する。

バリーとおなじくウォルドロンは、文化的な価値への愛着は選択の問題と見るので、文化に依拠して差異を正当化することに賛同しない⁸⁸⁾。彼はコスモポリタンな見解を有している⁸⁹⁾。それ

にもかかわらず、彼はつぎのように指摘することでリベラルな法体系においては文化的なバイアスが存在することを認めている。すなわち、法律の背後に存在する政策は文化的なバイアスを帯びることがあり、その結果マイノリティの文化に属する人びとに対してきわめて否定的な影響を及ぼすこともある。彼はつぎのようにのべている。⁹⁰⁾

というのは、ダイシーの図式——「すべての人はその地位や肩書に関わりなく王国の通常の法に服している」——はすでに、あるひとつの類の法が別の類の法を支配するということを認めているようだからである。さまざまな対立物を有する国家法は、明らかに社会全体への統一的適用の機会を有する唯一の法である（すなわち、社会全体とそのなかで暮らすすべての人びとが国家によって支配されていることを意味している）。…したがって「すべての人びとの共通法」という法の支配の願望は…国家法と文化的な対立者のあいだの問題解決の手助けとなる考えではなく、国家法に固有の考えなのである。

V. 結論

本稿の最も重要なポイントはつぎのことがらである。すなわち、ニュージーランドにおける先住民族の権利と民族差別に関する政治的な議論は、ニュージーランドの植民地化とその国制という歴史的背景を有する文脈や、マオリや先住民族に関する比較法・国際法に対するバイアス、そして現代の政治、法理論などの要素、等々のすべてを視野に入れて検討されなければならない。マオリに固有の権利の正統化という問題に大いなる関心をはらうことなく、彼らの権利はマオリ以外の人びとを差別していると論じるならば、それは皮相なことである。さらにまた、これらの問題をさまざまに議論しないままにマオリの差別的な状態が維持され、かつそのような問題へのニュージーランドの市民意識が低いとすれば、それはニュージーランドという国家にとって危険なことである。ローガン (Roughan) が指摘しているように、「国家がさまざまな民族集団の故郷であると感じられている場合には、マイノリティあるいは先住民族は国家にますます同化するとともに、さまざまなアイデンティティをより強く承認する方向へと導いていく。⁹¹⁾」

[謝辞]

Ngati Whakaue, Nga Puhī, Tuwharetoa and Tainui. Senior Lecturer, Law Faculty, Victoria University of Wellington. リチャード・ボースト (Richard Boast)、クラウディア・ゲイリンガー (Claudia Geiringer)、カースティ・ゴバー (Kirsty Gover)、デーン・ナイト (Dean Knight)、ポウル・マックヒュー、ニコル・ローガンおよび本論文の原稿を査読し、コメントしていただいた方に心から感謝申し上げます。本論文での見解とそこでの誤り、遺漏などの責めはすべて私が負っている。

[原注]

1) Don Brash "Nationhood" (Address to the Orewa Rotary Club, Orewa, 27 January 2004).

- 2) たとえば、Statement by HE Ambassador Rosemary Banks on behalf of New Zealand, Australia, the United States and Canada to the UN General Assembly Third Committee Item 64 (a) The Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (United Nations, New York, 16 October 2006) www.mfat.govt.nz/Media-andpublications/Media/MFAT-speeches (2009年3月3日アクセス) 参照。
- 3) Philip Joseph “Te Papa Address” (Wellington, 5 February 2009).
- 4) 区別と差別を直観的に同一視するとはどういうことかについては、ジェレミー・ウォルドロン(t)のつぎのこゝばにあらわれている。「法の支配に対する信念は、法はすべての人びとにとって同一たるべきである、すなわちすべての人びとに単一の法をとるという原理に関連している。かりに金持ちと貧乏人とのあいだで法がことなっていたり、黒人系と白人系のアメリカ人で法がことなっているとすれば、それは法の支配とは相いれない。すくなくとも公式にはそのような区分は拒否するし、またそれらの区分がわれわれの法のなか、あるいは法の執行のあり方に存在しているならば法の支配へのコミットメントを阻害し、困難なものとする確信している。」Jeremy Waldron “One Law For All? The Logic of Cultural Accommodation” 59 Wash & Lee L Rev 3, 3.
 平等は同一の処遇を要求するという見方にニュージーランドが固執するというこゝは、ニュージーランド社会の歴史、とりわけ1935年とすくなくとも1984年までのあいだの福祉国家から発している、とマッソン・デュリーは指摘している。彼はつぎのようにのべている。福祉国家の哲学は、「ジャックは彼の雇い主と同じである」そしてある人物と別の人物は同じである、したがって両者とも同じ機会と同一の特権を有しなければならない、という命題に依拠している。それは、上流気取りや社会階層、富にもとづく区別に対するニュージーランド人の顕著な反応である。また、ニュージーランド人、とくに労働党の支持者が、根強く残存する上流階級の特権や下級階級の人びとの追従をただちに葬り去る準備があることを示す、明確なシグナルである。特権的地位や固有の優越性という感覚と結びついた、社会になお残存する権利は——金持ちだからといって福祉国家の利益を否定されるべきものではないが——社会的、法的な承認を得てはならない。たとえば、経済状況や必要性にかかわらず、こどもを持つすべての母親に家族手当は支払われねばならない。Mason Durie “The Treaty of Waitangi, Equality of Citizenship and Indigeneity” (Address to the Human Rights Commission Workshop on the Relationship between the Treaty of Waitangi and Human Rights, Wellington, 8 July 2003).
- 5) Nicole Roughan “Te Tiriti and the Constitution: Rethinking Citizenship, Justice, Equality and Democracy” (2005) 3 NZJPIL 285参照。
- 6) Eskridge Jnr “The Circumstances of Politics and the Application of Statute” (2000) 100 Colum L Rev 582.
- 7) Benedict Kingsbury “Competing Conceptual Approaches to Indigenous Group Issues in New Zealand” (2002) 52 Uni of Toronto LJ 101参照。
- 8) この問題に関してはさらに、Andrew Sharp *Justice and the Maori: The Philosophy and Practice of Maori Claims in New Zealand Political Argument Since the 1970s* (2 ed, Oxford University Press, 1997) 参照。
- 9) Stephen Franks “Going Native: What Indigeneity Should Look Like in the Morning” (Address to the Australasian Law Reform Agencies Conference, Wellington, 15 April 2004).
- 10) Stuart Dye and Jon Stokes “Mallard hits at ‘sexist’ Maori ritual” (25 September 2004, New Zealand Herald, Auckland).
- 11) Ibid.
- 12) “PM Supports Shorter Powhiri” (30 September 2004) NZ City <http://home.nzcity.co.nz/news/> (2009年2月15日アクセス)。
- 13) Claire Charters “Maori and BORA: Fundamental Issues” [2003] NZLJ 459 and “Maori, Beware the Bill of Rights Act” [2003] NZLJ 401参照。
- 14) William Connolly “The Liberal Image of the Nation” in Duncan Ivison, Paul Patton and Will Sanders (eds) *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples* (Cambridge University Press, Cambridge, 2000)

- 188 および前掲、注5 Roughan, 297参照。ローガンはつぎのように指摘している。「そのような多数決原理は民主主義の中核に位置してはいるが、マジョリティはマイノリティの利害を一切考慮する必要はないというようなモデルを克服しなければならない。」
- 15) “Responding to Waldron’s Defence of Legislatures: Why Parliament Cannot Protect Rights in Hard Cases” (2006) 4 NZ Law Rev 621.
 - 16) Suppression of Rebellion Act 1863.
 - 17) サー・ロビン・クック (Sir Robin Cooke) は “Fundamentals”[1988] NZLJ 158においてのべている。
 - 18) F M (Jock) Brookfield Waitangi and Indigenous Rights Revolution, Law and Legitimation (Auckland University Press, Auckland, 1999).
 - 19) 第3条に含まれている市民権は、英国の視点や前掲の注5におけるニコル・ローガンが論じている内容からのみ決定されるべきものではないということに注意。
 - 20) ランガティラタンガの重要性と市民権の概念に関する議論については前掲の注5のローガンの見解参照。
 - 21) Philip A Joseph Te Oranga o te Iwi Maori: A Study of Maori Economic and Social Progress: The Maori Seats in Parliament (NZ Business Roundtable, 2008).
 - 22) Waitangi Tribunal Wai 413: Maori Electoral Option Report 7 WTR (Brookers, Wellington, 1994).
 - 23) この点についてはリチャード・ボーストの見解による。
 - 24) 前掲の注21、Joseph 参照。
 - 25) Report of the Royal Commission on the Electoral System “Towards a Better Democracy” (1986) AJHR H3.
 - 26) Claudia Geiringer “Reading English in Context”[2003] NZLJ 239, 239.
 - 27) Ibid, 240.
 - 28) 歴史的事実としての不正義のインパクトについてベネットはつぎのように指摘している。「農民の土地を不正に誰かが取り上げたばあいにその不正義は継続して存在すると同様に、歴史的な不正義はなお存在し続けている。彼女はそれまでのようには土地を耕せない故に、土地を取り戻すまではたえず不正義を実感し続ける。」Mark Bennett “Indigeneity’ as Self Determination”(2005) Indigenous L J 71, 83. さらにまた、イヴィソン (Iverson) は歴史的な不正義についてつぎの著作でコメントしている。Duncan Iverson Postcolonial Liberalism (Cambridge University Press, Cambridge, 2002) 100.
 - 29) Te Puni Kokiri (Ministry for Maori Development) Whaiwahi ki nga Poti a-rohe (Participate in Local Elections) (Wellington, July 2007) [www.localcouncils.govt.nz/lqip.nsf/Files/PDF/\\$file/LocalGovtFSL0.pdf](http://www.localcouncils.govt.nz/lqip.nsf/Files/PDF/$file/LocalGovtFSL0.pdf) (2009年3月3日アクセス).
 - 30) このパラグラフで指摘した問題に関してはディーン・ナイト (Dean Knight) の見解によっている。
 - 31) Elections New Zealand Electoral Populations and Projected Population Variations www.elections.org.nz/mapping/report/10_populations.html (2009年3月4日アクセス).
 - 32) Paul McHugh “Treaty Principles: Constitutional Relations Inside a Conservative Jurisprudence”(2008) 39 VUWLR 39.
 - 33) Ibid, 43.
 - 34) Ibid, 39.
 - 35) たとえば、*Cherokee Nation v Georgia* 30 US (5 Pet) 1 (1831) and *Worcester v Georgia* 31 US (6 Pet) 515 (1832) 参照。
 - 36) Indian Civil Rights Act of 1968 25 USC 1301-03 と Safe Drinking Water Act 42 USC 300.
 - 37) ジョセフは、平等に関するアメリカの判例から見解を参照するのではなく、アメリカンインディアンの固有の権利に関するアメリカ法から引き出している。ジョセフ、前掲の注21。
 - 38) *US v Winans* (1905) 198 US 371参照。
 - 39) *Washington v Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association* (1979) 443 US 658.
 - 40) *Morton v Mancari* (1974) 417 US 535.

- 41) *United States v Antelope* (1977) 430 US 641.
- 42) Robert Clinton, Carol Goldberg and Rebecca Tsosie *American Indian Law: Native Nations and the Federal System* (LexisNexis, US, 2007) 202.
- 43) *Ibid.*
- 44) *Washington v Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association* (Washington) (1979) 443 US 658.
- 45) 「国を持たない国民」を承認するさまざまなモデルに関する興味深い議論については、Montserrat Guibernau “Nations Without States: Political Communities in the Global Age”(2004) 25 Mich J Int'l L 1251参照。
- 46) Section 35 of the Canadian Constitution.
- 47) たとえば *R v Pamajewon* [1996] 2 SCR 221.
- 48) たとえば *Campbell v British Columbia* 189 DLR (4th) 333参照。
- 49) *Gerhady v Brown* 57 ALR 472 (SCSA).
- 50) 南アフリカ憲法第12章参照。
- 51) J Zimmerman “The Reconstruction of Customary Law in South Africa: Method and Discourse” Harv Blackletter LJ Spring 2001 197, 205.
- 52) UN General Assembly Resolution 61/295 (13 September 2009).
- 53) 前文において以下のことが宣言されている。「すべての民族が異なることへの権利、自らを異なると考える権利、および異なる者として尊重される権利を有することを承認するとともに、先住民族が他のすべての民族と平等であることを確認し」；「国民的出自または人種的、宗教的、民族的ならびに文化的な差異を根拠として民族または個人の優越を基盤としたり、主唱するすべての教義、政策、慣行は、人種差別主義であり、科学的に誤りであり、法的に無効であり、道義的に非難すべきであり、社会的に不正であることをさらに確認し」；「先住民族は、自らの権利の行使において、いかなる種類の差別からも自由であるべきことをまた再確認し」；「先住民族は、とりわけ、自らの植民地化とその土地、領域および資源の奪取の結果、歴史的な不正義によって苦しみ、したがって特に、自身のニーズ（必要性）と利益に従った発展に対する自らの権利を彼／女らが行使することを妨げられてきたことを懸念し」
- 54) Outcome Document of the Durban Review Conference (21 April 2009).
- 55) UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination “General Recommendation XXIII: Indigenous Peoples”(18 August 1997) A/52/18, annex V.
- 56) 「委員会は、一方においてエスニック集団のための特別で一時的な措置と、他方において先住民族の永続的な権利のあいだの区別に対する当事国の関心を惹起する」とのべている。
UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination “Concluding Observations: New Zealand”(15 August 2007) UN Doc CERD/C/NZL/CO/17. さらに、撤廃委員会と2007年8月におけるニュージーランドの代表団のあいだの非公式の議論の記録参照。
- 57) UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination “General Recommendation XIV: Definition of Discrimination”(22 March 1993) A/48/18, para 2.
- 58) Catherine Iorns-Magallanes “International Human Rights and Domestic Law” P Havemann (ed) *Indigenous Peoples' Rights in Australia, Canada and New Zealand* (Oxford University Press, Oxford, 1999) 254.
- 59) ニュージーランドの研究者の議論においては、この問題に関して綿密な議論が展開されていないという主張に対する例外的事例としては、Edward T Durie “Justice, Biculturalism and Politics of Law” in M Wilson and A Yeatman (eds) *Justice and Identity* (Bridget Williams Books, Wellington, 1995) ; Mason Durie “The Treaty of Waitangi, Equality of Citizenship and Indigeneity” (2003年7月8日にウエリントンで開催された、「ワイタング条約と人権の関係に関する人権委員会のワークショップ」)における講演；Robert Joseph “Comparatively Speaking: A Summary for Objective 2”(Laws and Institutions for Aotearoa/New Zealand, Te Maataahauraki Research Institute, University of Waikato, February 2001); Paul McHugh, 前掲の注 32; Matthew Palmer, *The Treaty of Waitangi in New Zealand's Law and Constitution* (Victoria

- University of Wellington Press, Wellington, 2008); Nicole Roughan, 前掲の注5, および Andrew Sharp, *Justice and the Maori: Philosophy and Practice of Maori claims in New Zealand since the 1970s* (2 ed, Auckland, Oxford University Press, 1996).
- 60) Cass Sunstein “Group Judgments: Deliberation, Statistical Means, and Information Markets” U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No 219; U Chicago Public Law Working Paper No 72 (University of Chicago, Chicago, 2004) 2.
- 61) 「各々のメンバーが良き存在ではない集団は、個人ではなく集団として考えられた場合には、全体としてより良いものとなるであろう。」とアリストテレスはのべている。Stephen Everson (ed) *The Politics* (Cambridge University Press, Cambridge, 1988) Bk III Ch 11 1281b, Jeremy Waldron *Law and Disagreement* (Oxford University Press, Oxford, 1999) 72. において参照されている。
- 62) 前掲の注61, Law and Disagreement, 227, John Stuart Mill *On Liberty* (Bobbs Merrill, Indianapolis, 1955) Ch 2, 58.
- 63) Iris Marion Young “Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship” (1989) 99 *Ethics* 250.
- 64) Will Kymlicka *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Clarendon Press, Oxford, 1995).
- 65) Arend Lijphart “Back to Democratic Basics: Who Really Practices Majority Rule?” in Alex Hadenuis (ed) *Nobel Symposium* No 93 1007.
- 66) *Indigenous Difference and the Constitution of Canada* (University of Toronto Press, Toronto, 2001).
- 67) Ayelet Shachar “Two Critiques of Multiculturalism” 23 *Cardozo L Rev* 253, 281.
- 68) Charles Taylor *The Ethics of Authenticity* (Harvard University Press, Cambridge MA, 1991).
- 69) James Tully Strange, *Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* (Cambridge University Press, Cambridge, 1995).
- 70) Duncan Ivison (ed) *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples* (Cambridge University Press, Cambridge, 2000) も参照。
- 71) 前掲の注64, キムリッカ。またスカーチャーはつぎのようにのべている。「明らかに中立的で公平な法や公的の制度であっても、ある人びとあるいは何らかの時に、彼らが国家にコミットする公正な機会や、国家の提供するサービス、資源、権利などの享受を保障するほどには十分ではない場合がある。…好むと好まざるとにかかわらず、文化や宗教、エスニック、ジェンダー、性的志向やその他の（所属に関して選択可能あるいは不可能な）関係は、歴史上国家の完全な構成員として扱われてこなかった人びとにとっては、自由と平等という目標の獲得を困難なものとしている。」Ayelet Shachar “Two Critiques of Multiculturalism” 23 *Cardozo L Rev* 253, 264での Bhikhu Parekh *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory* (Palgrave Macmillan, 2000) 16をも参照。
- 72) 「マイノリティの文化に属する構成員を、彼ら個人がいかなる生を選択するのとは無関係に、文化の市場で完全に不利な地位におく不平等な状況は、集団ごとにことなった自己統治の権利を付与することによって償われることができる。」とキムリッカは前掲113頁でのべている。
- 73) 前掲、注3.
- 74) 前掲、注5.
- 75) E T Durie “Justice, Biculturalism and the Politics of Law” in M Wilson and A Yeatman (eds) *Justice and Identity* (Bridget Williams Books, Wellington, 1995) 33-34. ニューゼalandをも含むさまざまな国の先住民民族に関して記述する際に、ロバート・ジョセフはつぎのようにもなべている。「先住民民族やマイノリティ集団の究極の正義は、国制の改革を通じて政治的権限をマジョリティ集団と共有することにかかっている。したがって多元的な政治的、法的な秩序は不可欠である。」Robert Joseph “Comparatively Speaking: A Summary Paper of Preliminary Principles and Aims.” (*Laws and Institutions for Aotearoa/New Zealand*, Te Maataahauraki Research Institute, University of Waikato, February 2001) 1, University of Waikato

- <http://lianz.waikato.ac.nz/publications-working.htm> (accessed 11 June 2009).
- 76) C Geertz *The Interpretation of Cultures* (Basic Books, New York, 1973) 309.
 - 77) とくに彼のロック批判についてはJames Tully “The Crisis of Identification: The Case of Canada”(2006) 42 *Political Studies* 77 参照。さらに Mark Bennett “Indigeneity as Self-Determination”(2005) 4 *Indigenous Law Journal* 75 も参照。
 - 78) Iris Marion Young *Inclusion and Democracy* (Oxford University Press, New York, 2000) 8 さらにマリオン・ヤングの主張については “Te Tiriti and the Constitution: Rethinking Citizenship, Justice, Equality and Democracy”(2005) 3 *NZJPIL* 285 参照。
 - 79) 前掲17 *Inclusion and Democracy*.
 - 80) *Ibid.*, 141.
 - 81) 前掲65、Lijphart Russell A Miller “Self-Determination in International Law and the Demise of Democracy” (2003) 41 *Colum J Transnat'l L* 601, 642 - 643 参照。また Steven Wheatley *Democracy, Minorities and International Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2005) 参照。彼はそこで、レイプハルトの理論は国際法によっては支持されえないと指摘している。
 - 82) See Guibernau, above n 45.
 - 83) Jan Klabbers *The Right to be Taken Seriously: Self-Determination in International Law* www.helsinki.fi/eci/Publications/JKYOGJA.pdf 4 (accessed 20 April 2009).
 - 84) Mark Bennett “Indigeneity as Self-Determination”(2005) 4 *Indigenous Law Journal* 75, において参照されている Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture* (Oxford: Clarendon Press, 1989) 参照
 - 85) Taiaiake Alfred Peace, *Power and Righteousness: An Indigenous Manifesto* (2 ed, Oxford, Oxford University Press, 2008).
 - 86) *Ibid.*, 4-5.
 - 87) Brian Barry *Culture and Equality: an Egalitarian Critique of Multiculturalism* (Polity Press in association with Blackwell Publishers, Cambridge, 2001).
 - 88) Will Kymlicka and Walter Norman *Citizenship in Diverse Societies* (Oxford, Oxford University Press, 1995) において参照されている Jeremy Waldron “Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative” 93, 100 参照。
 - 89) *Ibid.*, 93.
 - 90) 前掲、注17、Waldron.
 - 91) Nicole Roughan and referencing Roger Maaka and Augie Fleras “Engaging with Indigeneity: Tino Rangatiratanga in Aotearoa”(Duncan Ivison, Paul Patton and Will Sanders (eds) *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples* (Cambridge University Press, Cambridge, 2000) 所収) 93.

