

資 料

## カナダ先住民に関する判決（1）

守 谷 賢 輔\*

### はじめに

周知のように、2007年に「先住民の権利に関する国際連合宣言 (*United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*)」が採択され、2008年に日本政府はアイヌを日本の先住民であることを正式に認めた。2014年には、ニューヨークにある国連本部において、世界の先住民や各国の代表が集まり、先住民問題について議論する「先住民に関する世界会議 (*World Conference on Indigenous Peoples*)」が開催され、ここにはアイヌの代表者や日本政府代表団、そして日本政府が日本の先住民とは認めていない琉球の代表者も参加した。この会議は、国連の定めた「国際先住民年」(1993年)、「世界の先住民の国際10年」(1994～2004年)そして「第2次世界の先住民の国際10年」(2005～2014年)の集大成といわれる。このように、先住民問題をめぐって様々な展開がみられる。

日本の憲法学の議論状況に目を向けてみると、日本国憲法のもとで、先住民を含むマイノリティの権利、「文化享有権」、特別議席などが認められるか否かを検討する論考が公表されている<sup>1)2)</sup>。しかしながら、憲法学の他の分野

---

\*福岡大学法学部准教授

- <sup>1)</sup> 以下では紙幅を大きく割くが、「資料」という本稿の性格から先住民問題に関する憲法研究者の業績の一覧を示しておく。なお、先住民問題を直接扱っていない文献も一部掲げている。
- <sup>2)</sup> 石川健治「個人の人權と集団のアイデンティティ」ジュリスト第1022号39頁（1993年）、同「多民族社会化と個人の権利」田村武夫＝青木宏志＝大内恵昭編『憲法の二十一世紀の展開』（明石書店、1997年）、市川正人「アイヌ新法と先住権——アイヌ新法制定」同『ケースメソッド憲法〔第2版〕』（日本評論社、2009年）、上田伝明「アイヌ民族の特別議席について」名古屋大学法政論集第149号243頁（1993年）、同『アイヌ民族を考える』（法律文化社、2007年）、上村英明＝笠原政治＝常本照樹「国際先住民の10年——軌跡と展望」文化人類学研究第5巻60頁（2004年）、榎澤幸広「記憶の記録化と人権——各々の世界の中心からみえるさまざまな憲法観を考えるために」石埼学＝遠藤比呂通編『沈黙する人権』（法律文化社、2012年）、同「先住民族の土地にダムは必要？——経済的自由権」、同「日本語を話さない——裁判を受ける権利」石埼学＝笹沼弘志＝押久保倫夫編『リアル憲法学〔第2版〕』（法律文化社、2013年）、同「伊豆大島独立構想と1946年暫定憲法」名古屋学院大学論叢（社会科学篇）第49巻4号125頁（2013年）、榎澤幸広＝弦巻宏史「ウィルタとは何か？——弦巻宏史先生の講演記録から 彼らの憲法観を考えるために」名古屋学院大学論集第48巻3号79頁（2012年）、榎澤幸広＝川村信子＝弦巻宏史『オーラル・ヒストリー：ウィルタ・北川アイ子の生涯 Discussion Paper No. 92』（名古屋学院大学総合研究所、2012年）、江橋崇「先住民族の権利と日本国憲法」樋口陽一＝野中俊彦編『憲法学の展望 小林直樹先生古稀祝賀』（有斐閣、1991年）、同「マイノリティーの人権」ジュリスト第1192号64頁（2001年）、奥野恒久「多文化主義と民主主義論」、同「アイヌ民族の文化享有権と日本国憲法」貝沢耕一＝丸山博＝松名隆＝奥野恒久編著『アイヌ民族の復権——先住民族と築く新たな社会』（法律文化社、2011年）、落合研一「『民族共生の象徴となる空間』構想の憲法的意義」ヒューライツ大阪第108号8頁（2013年）、同「『先住民族の権利に関する国連宣言』とアイヌ政策」法律時報第85巻12号65頁（2013年）、Ken'ichi Ochiai & Teruki Tsunemoto, "On Policy Measures for the Socio-Economic Betterment of the Ainu People" 北大法学論集第64巻2号301頁（2013年）、菊地洋「アイヌ民族の権利に対する2つのアプローチ——人権としての権利解釈と集団としての権利解釈の可能性」茨城大学政経学会雑誌第78号147頁（2008年）、吉川仁「アイヌ民族に対する日本政府の政策について」社会科学研究第14巻1号25頁（1994年）、同「異文化との共生——二風谷ダム建設反対訴訟との関わりで」、同"The Policy of the Japanese Government towards the Ainu People" 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——異文化との共生を求めて』（成文堂、1995年）、同"Development (Dam Construction at Nibutani Village) and the Crisis of Ainu Culture" 社会科学研究第16巻2号59頁（1996年）、同「アイヌ民族の土地権に関する序論的考察」文化科学研究第7巻2号1頁（1996年）、同「アイヌ民族の土地権について」社会科学研究第19巻1号176頁（1998年）、同「『二風谷ダム事件判決』について」憲法論叢第8号119頁（2002年）、同「日本の植民地支配と原住民に対する土地政策」文化科学研究第15巻2号37頁（2004年）、同「沖縄における山林原野と法——杣山を中心に」社会科学研究第25巻2号41頁（2005年）、同「集団・団体と憲法」

憲法論叢第13号111頁 (2006年)、孝忠延夫「宗教的少数者の人権——異なる一人ひとりの自由を保障」法学セミナー第503号58頁 (1996年)、同「インド憲法における『人権』概念」比較法雑誌第59号58頁 (1997年)、同「国民代表議会におけるマイノリティ代表と『国民』統合」北大法学論集第54巻3号849頁 (2003年)、同『インド憲法とマイノリティ』(法律文化社、2005年)、同「法学における『マイノリティ』試論」マイノリティ研究班『アジアのマイノリティと法Ⅰ』(関西大学法学研究所、2006年)、同「国民国家と『マイノリティ』」マイノリティ研究班『アジアのマイノリティと法Ⅱ』(関西大学法学研究所、2007年)、同『『マイノリティ研究』の現在と将来」マイノリティ研究第4号1頁 (2010年)、同『「マイノリティ」へのこだわりと憲法学』(関西大学出版部、2010年)、孝忠延夫編著『差異と共同——「マイノリティ」という視角』(関西大学法学研究所、2011年)、孝忠延夫＝安武真隆＝西平等『多元的世界における『他者』(上・下)』(関西大学マイノリティ研究センター、2013年)、佐藤功「沖縄問題の憲法的前提」法学セミナー第140号2頁 (1967年)、同「沖縄代表の国政参加問題」ジュリスト第407号88頁 (1968年)、同「沖縄復帰準備の法制上の諸問題(一)～(三・完)」ジュリスト第451号114頁、第452号67頁、第453号101頁 (1970年)、佐藤寛稔「マルチカルチャリズムの憲法学的可能性——近代国民国家の先住民を素材に」東北法学第19号37頁 (2001年)、佐々木雅寿「人権の主体——『個人』と『団体』の関係を中心に」公法研究第67号122頁 (2005年)、佐藤幸治『日本国憲法と先住民族であるアイヌの人々』(北海道アイヌ・先住民研究センター、2013年)、志田陽子『文化戦争と憲法理論——アイデンティティの相剋と模索』(法律文化社、2006年)、高作正博「多文化主義の権利論——『文化享有権』の可能性」上智法学論集第42巻1号173頁 (1998年)、同「新しい人権——エイサー衣装と甲子園」仲地博＝水島朝徳編『オキナワと憲法——問い続けるもの』(法律文化社、1998年)、同「日本における多文化主義の憲法理論——『権利の文化』から『文化の権利』へ」憲法問題第23号99頁 (2012年)、高良沙哉「なぜ『独立』でなければならないか——憲法学の視点から」琉球独立学研究第1巻39頁 (2014年)、常本照樹「人権主体としての個人と集団」長谷部恭男編著『リーディングズ現代の憲法』(日本評論社、1995年)、同「先住民族と憲法と裁判所」Arctic Circle 第23号4頁 (1997年)、同「アイヌ新法制定への法的課題」萱野茂他『アイヌ語が国会に響く——萱野茂・アイヌ文化講座』(草風社、1997年)、同「アイヌ新法の意義と先住民族の権利」法律時報第69巻9号2頁 (1997年)、同「先住民族と裁判——二風谷ダム判決の一考察」国際人権第9号51頁 (1998年)、同「民族的マイノリティの権利とアイデンティティ」『岩波講座現代の法 14 自己決定権と法』(岩波書店、1998年)、同『アイヌ民族をめぐる法の変遷——旧土人保護法から「アイヌ文化振興法」へ』(さっぽろ自由学校「遊」、2000年)、同「憲法の最前線あるいは再縁辺——先住・少数民族の権利」紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』(日本経済新聞社、2000年)、同「Constitutional Protection of Indigenous Minorities」北大法学論集第51巻3号320頁 (2006年)、同「アイヌ民族に関する法と裁判」阿部昌樹＝佐々木雅寿＝平覚編『グローバル化時代の法と法律家』(日本評論社、2004年)、同「先住民族と憲法」本多俊和＝大村敬一＝葛野浩昭編著『文化人類学研究——先住民の世界』(放送大学教育振興会、2005年)、同「先住民族の文化と知的財産の国際

では盛んである比較法研究は、先住民問題をめぐっては、それほど行われていない。

辻村みよ子は、自らの著書が「『外国憲法』の研究ではなく『比較憲法』である以上は、…憲法の基本原理に則して諸国の憲法理論や憲法状況を相互に比較検討することが不可欠である」と説き、「現在の世界の憲法状況に照らしてとくに重要と思われる3つの基本視角——(a)国民国家の変容と立憲主義、(b)人権の普遍性と多文化主義、(c)憲法訴訟の正当性と民主主義——を念頭に置いて比較検討を行う」<sup>3)</sup>と述べる。そして「比較憲法」研究によって、各国の憲法の独自性と普遍性を発見することができ、ここに「比較憲法」の目的があるとする<sup>4)</sup>。

---

的保障」知的財産法政策学研究第8号13頁（2005年）、同「アイヌ文化振興法の意義とアイヌ民族政策の課題」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』（北海道大学出版会、2010年）、同「アイヌ民族と『日本型』先住民族政策」学術の動向第16巻9号79頁（2011年）、同『アイヌ民族と教育政策——新しいアイヌ政策の流れのなかで』（札幌大学附属総合研究所、2011年）、同「アイヌ文化の振興、現在と未来（第4回）海外の先住民族政策——日本との比較の視点」開発こうほう第615号28頁（2014年）、同「『先住民族であるとの認識』に基づく政策と憲法」岡田信弘＝笹田栄司＝長谷部恭男編『憲法の基底と憲法論 高見勝利先生古稀記念』（信山社、2015年）、中村睦男「アイヌ特別立法の成立とその展開——北海道旧土人保護法（1899年）の制定と改廃をめぐって」杉原泰雄＝樋口陽一＝浦田賢治＝中村睦男＝笹川紀勝編『平和と国際協調の憲法学——深瀬忠一教授退官記念』（勁草書房、1990年）、同「『先住民の同化から自立へ』の道を選択する——『アイヌ新法』制定問題をめぐって」法学セミナー第424号14頁（1990年）、同「アイヌと教育権」日本教育法学会年報第23号142頁（1994年）、同「北海道大学におけるアイヌ・北方文化研究とアイヌ新法の制定」熊本孝＝山岸俊男編『現代文化人類学の課題——北方研究からみる』（世界思想社、2007年）、樋口陽一「マイノリティの憲法上の権利——地域的分権を含む」法律時報第71巻12号94頁（1999年）、松村芳明「民族特別議席は認められる？——国民主権と代表制」石崎＝笹沼＝押久保編『リアル憲法学』、横田耕一「『集団』の『人権』」公法研究第61号46頁（1999年）、横田耕一＝浦部法穂「マイノリティの人権」法学セミナー第554号42頁（2001年）、吉川和宏「先住権の保障——アボリジニとアイヌ民族」東海法学第14号197頁（1995年）、同「アイヌ新法」法学教室第203号2頁（1997年）、Mark Levin & Teruki Tsunemoto, “A Comment on The Ainu Trust Assets Litigation in Japan”39Tul.L.Rev. 389（2003）。

<sup>3)</sup> 辻村みよ子『比較憲法〔新版〕』（岩波書店、2011年）2頁。

筆者の問題意識にひきつけていうならば、これらの基本視角は、先住民をめぐる諸問題の考察において重なり合うところが多いと思われる。

先住民を含むマイノリティをめぐる諸問題は、国民国家と立憲主義のあり方に再考を迫るものであろう<sup>5)</sup>。人権の普遍性については、文化の多元性との関係で論じられているところである<sup>6)</sup>。憲法訴訟の正当性については、二風谷判決の意義を「被征服者であるアイヌ民族が、征服者たる日本の法律をタテに、日本の裁判所においてその先住民族性を認めさせ、固有の文化を認めさせた」ことに見出す見解<sup>7)</sup>が示唆に富む。これは、先住民が裁判所で自らの主張を反映させることの難しさを指摘するものであろう<sup>8)</sup>。もっとも、上述の見解を含め、二風谷判決に一定の意義があることは認められるよう。そして、良くも悪くも、諸外国の裁判所が果たしてきた役割を見過ごすこと

<sup>4)</sup> 同上、13-14頁。

<sup>5)</sup> 栗田佳泰「多文化社会における『国民』の憲法学的考察——リベラル・ナショナリズム論から」久留米大学法学第59・60合併号67頁（2008年）、同「多文化社会における『国籍』の憲法学的考察——リベラル・ナショナリズム論における国籍とは」憲法理論研究会編『憲法変動と改憲論の諸相』（敬文堂、2008年）、同「憲法とナショナリズム」施光恒＝黒宮一太編『ナショナリズムの政治学——規範理論への誘い』（ナカニシヤ出版、2009年）、孝忠・前掲注2）『インド憲法とマイノリティ』、孝忠延夫＝浅野宣之『インドの憲法——21世紀「国民国家」の将来像』（関西大学出版部、2006年）、樋口陽一『憲法 近代知の復権へ』（東京大学出版会、2002年）、同『憲法という作為——「人」と「市民」の連関と緊張』（岩波書店、2009年）、山元一『現代フランス憲法理論』（信山社、2014年）などを参照。

<sup>6)</sup> 例えば、樋口陽一『国法学——人権原論〔補訂版〕』（有斐閣、2007年）。

<sup>7)</sup> 萱野茂＝田中宏編集代表『アイヌ民族ドン叛乱 二風谷ダム裁判の記録』（三省堂、1999年）1頁。

<sup>8)</sup> この点に関するカナダの議論については、See e.g. David Ahenakew, “Aboriginal Title and Aboriginal Rights: The Impossible Task of Identification and Definition” in Menno Boldt & Anthony Long, eds., *The Quest for Justice* (University of Toronto Press, 1985); Louise Mandell, “Native Culture on Trial” in Sheilah L. Martin & Lathleen E. Mahoney, eds., *Equality and Judicial Neutrality* (Carswell, 1987); Delia Opekokew, “Review of Ethnocentric Bias Facing Indian Witness” in Richard Gosse, James Youngblood Henderson & Roger Carter, compiled, *Continuing Poundmaker and Riel’s Quest: Presentations Made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice* (Saskatoon: Purich Publishing, 1994).

はできない。民主主義についていうと、民主過程を通じて「マイノリティ」が主張するには、多くの困難があるといえよう<sup>9)</sup>。

日本の憲法学において、多文化主義を一般的に紹介・検討する中で、先住民をめぐる諸問題に言及するものがみられる<sup>10)</sup>。周知のとおり、カナダは多文化主義を採用する代表国として注目を集めてきた<sup>11)</sup>。1982年憲法第1章「権利および自由に関するカナダ憲章 (Canadian Charter of Rights and Freedoms)」(以下では「カナダ憲章」とする)におかれた第27条が、多文化主義条項と呼ばれるものである。

第27条は以下のように規定する。

「この憲章は、カナダ人の多文化的遺産の保持および発展に一致する

---

<sup>9)</sup> もっとも、政府と先住民が協定を結び、先住民の権利保障を図る方法がとられている諸国があることに留意する必要がある。

<sup>10)</sup> 例えば、志田陽子「多文化主義とマイノリティの権利」杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』(青林書院、2008年)179-182頁、常本・前掲注2)「先住民族と裁判」、同「人権と多文化主義」大石真＝石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、2008年)38-39頁。

常本は、先住者性と少数者性のどちらに力点をおくかを、別の側面からすると、前者を脱植民地化アプローチ、後者を多文化主義アプローチの違いに対応するともいえよう、と指摘し、それぞれのアプローチから導き出される帰結を示す。常本は、多文化主義アプローチに基づく、その「処遇内容は、ネガティブには差別解消を目的とする施策となり、ポジティブには文化的独自性の保持を目的とした施策が一応の限度ということになろう」と述べ、どこまでアファーマティブ・アクションを認めるかが問題となるという。もっとも、常本は、先住民と他のエスニック・マイノリティを同列に扱うことに対する批判があることを踏まえ、「このことは、先住民族施策を多文化主義アプローチで考える場合には、少なくとも当事者たる先住民族との対話が極めて重要になることを示しているといえよう」と説く。常本・前掲注2)「先住民族の権利」990-1001頁。

<sup>11)</sup> カナダ憲法の全体像を示すものとして、松井茂記『カナダの憲法——多文化主義の国のかたち』(岩波書店、2012年)、簡潔に概観するものとして、齋藤憲司『各国憲法集(4) カナダ憲法』(国立国会図書館調査及び立法考査局、2012年)、佐々木雅寿「カナダ憲法における人権保障の特徴」ジュリスト第1244号196頁(2003年)、白水隆「カナダ」初宿正典編『レクチャー比較憲法』(法律文化社、2014年)がある。

よう解釈されなければならない。」<sup>12)</sup>。

先住民に関する規定はカナダ憲章第25条にみられ、これは一般に解釈規定と解されている<sup>13)</sup>。

第25条は以下のように定める。

「この憲章の特定の権利および自由の保障は、次の各号に掲げるものを含む、カナダの先住民に関するいかなる先住民の権利、条約上の権利または他の権利もしくは自由も、廃止または減じるように解釈されてはならない。

<sup>12)</sup> 本稿におけるカナダ憲法の訳は、ジョン・セイウェル（吉田善明監修、吉田建正訳）『カナダの政治と憲法〔改訂版〕』（三省堂、1994年）、高橋和之編『新版 世界憲法集〔第2版〕』（岩波書店、2012年）〔佐々木雅寿執筆〕、齋藤・前掲注11）、初宿正典＝辻村みよ子編『新解説世界憲法集〔第3版〕』（三省堂、2014年）〔松井茂記執筆〕を参照しつつ、筆者が若干の修正を加えたものである。

カナダでは、先住民をめぐる諸問題の議論において、多文化主義にふれることは非常に稀である。この点につき、憲法で先住民の権利を保障することは、「彼らの属性に基づく一種の集団的権利を保障するものであり」、「このことは、公共領域に先住民という特定の集団的な存在を承認するという意味では、広義の多文化主義として捉えることも可能であるが、27条の解釈論としての多様な諸個人の属性の保障とは趣旨が異なるものともいえる」との指摘がある。菊地洋「多文化主義条項を持つ憲法の意義と可能性（2・完）——カナダ型多文化主義の憲法学的考察」成城法学第81号（2012年）74-75頁。

カナダの多文化主義に関しては、菊地洋「カナダにおける多文化主義——諸個人の多様性と多文化主義条項」憲法理論研究会編『憲法変動と改憲論の諸相』（敬文堂、2008年）、同「多文化主義条項を持つ憲法の意義と可能性（1）（2・完）」成城法学第80号103頁（2011年）、第81号51頁（2012年）、田村武夫＝菊池洋「憲法論からみた多文化主義——カナダ憲法を手がかりとして」茨城大学政経学会雑誌第75号37頁（2005年）、佐々木雅寿「カナダ憲法における多文化主義条項」大阪市立大学法学雑誌第53巻4号969頁（2007年）、同「多文化主義と憲法——カナダ憲法を中心として」杉田敦責任編集『岩波講座 憲法3 ネーションと市民』（岩波書店、2007年）、佐藤信行「憲法化された多文化主義とカナダ最高裁判所」法学新報第119巻9・10号381頁（2013年）などを参照。

<sup>13)</sup> See e.g. Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. (Careswell, 2007) vol. 1 at 810-811.

- (a)1763年国王布告によって承認された権利または自由
- (b)土地請求協定によって現在存在し、または土地請求協定によって獲得しうる権利または自由」

そして、いわゆる基本的人権を保障する第1章「カナダ憲章」とは別に設けられた第2章「カナダの先住民の諸権利 (*Rights of the Aboriginal Peoples of Canada*)」で、先住民の権利 (aboriginal rights) や先住民の条約上の権利 (treaty rights) などが定められていることが注目に値する。

それらの規定は次のように定める。

#### 第35条

- 1 項「カナダの先住民の現に有する先住民の権利および条約上の権利は、ここに承認され確定される。」
- 2 項「この憲法における『カナダの先住民』にはインディアン、イヌイトおよびメティスが含まれる。」
- 3 項「1 項における『条約上の権利』には、土地請求協定によって現在存在する権利または土地請求協定によって獲得しうる権利が含まれることを、より一層明確にするためにここに定める。」
- 4 項「この憲法の他のいかなる規定にかかわらず、1 項が掲げる先住民の権利および条約上の権利は、男女に等しく保障される。」

#### 第35.1条

「カナダ政府および州政府は、1867年憲法第91条24号、この憲法の第25条または本章に関する何らかの改正を行う前に、次の各号に掲げる原則に従うことを確約する。

- (a)カナダの首相は、カナダの首相および州の首相によって構成され、そ

の議題のなかに当該憲法改正案に関する事項を含む憲法会議を招集する。

(b)カナダの首相は、カナダの先住民の複数の代表者に、当該憲法改正案の事項の討議に参加することを求める。

筆者は上記の基本視角に留意し、カナダ先住民をめぐる論議を検討してきた<sup>14)</sup>。先住民をめぐる諸問題を検討する憲法研究者の比較法研究の先行業績は少ないものの、カナダ<sup>15)</sup>、アメリカ合衆国<sup>16)</sup>、オーストラリア<sup>17)</sup>の議論を

<sup>14)</sup> 拙稿「カナダにおける先住民の憲法上の権利——漁業権・土地権を素材に」関西大学法学論集第55巻3号167頁(2005年)、同「先住民の権利をめぐるカナダ最高裁判決——1982年憲法第35条1項が保障する権利」関西大学大学院法学ジャーナル第79号25頁(2006年)、同「カナダ憲法における先住民の『土地権 (aboriginal title)』に関する一考察 (一) (二・完)——『権原 (title)』をめぐる先住民の法廷闘争と学説の応答」関西大学法学論集第57巻5号65頁、第57巻6号147頁(2008年)、同「カナダ最高裁と先住民の自治」関西大学法学論集第59巻5号47頁(2010年)、同「カナダ憲法上の『メティス (Métis)』の法的地位と権利——先住民の定義の予備的考察として」福岡大学法学論叢第56巻4号579頁(2012年)、同「先住民の『土地権 (aboriginal title)』および条約上の権利の権利をめぐる近年のカナダ憲法判例の一つの動向——先住民と協議し便宜を図る義務について」関西大学法学論集第62巻4・5号325頁(2013年)。

<sup>15)</sup> カナダに関する憲法研究者の業績として、上田伝明「イヌイト法とカナダ憲法」湯浅道男＝小池正行＝大塚滋編『法人類学の地平——千葉正士教授古稀記念』(成文堂、1992年)、河北洋介「カナダ憲法における先住民の権利に関する考察」東北法学第27号41頁(2006年)、吉川仁「ジャック・ウッドワード著『先住民法』について (その1) ～ (その3)」中京大学教養論集第34巻4号137頁、第35巻1号205頁、第35巻3号233頁(1993～1994年)、同「先住民族の土地権」法政論集第37巻1号149頁(2000年)、同「*Delgamuukw* 判決と先住民族の土地権」社会科学第21巻1・2号111頁(2001年)、同「先住民族の土地権と非先住民族の土地権との共存」中京大学社会科学研究所＝オーストラリア・カナダ研究部会『オーストラリア・カナダの法と文化』(成文堂、2002年)、佐々木雅寿「先住民の権利および自治政府とカナダ憲法」比較憲法学研究第13号61頁(2001年)、同・前掲12)「カナダ憲法における多文化主義条項」、同・前掲12)「多文化主義と憲法」、同「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」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』(北海道大学出版会、2010年)、田村＝菊地・前掲12)。

<sup>16)</sup> アメリカ合衆国に関するものとして、上田伝明『インディアン憲法崩壊史研究』(日本評論社、1974年)、同『インディアン請求委員会の研究』(法律文化社、1979年)、同『インディ

アンと合衆国憲法』(法律文化社、1983年)、同『マニフェスト・デスティニとアメリカ憲法』(法律文化社、1988年)、同「インディアン法とアメリカ合衆国憲法」湯浅=小池=大塚編・前掲注15、同「アメリカ原住民とアイヌ民族(1)(2・完)——二つの強制移住をとおして」相山女学園大学研究論集(社会科学篇)第32号51頁(2001年)、第33号221頁(2002年)、落合研一「アメリカ合衆国におけるハワイ先住民の法的地位(1)～(3・完)」北海学園大学法学研究第49巻4号342頁、第50巻1号284頁、第50巻2号546頁(2014年)、常本照樹「アラスカ先住民の権利と法」杉原=樋口=浦田=中村=笹川編・前掲注2)、同「Rice v. Cayetano, 528 U.S. 495, 120 S.Ct.1044 (2000)——州機関たる Office of Hawaiian Affairs の理事選挙の選挙権を、先住民に限定するハワイ州憲法および州法の規定は、人種に基づく差別であり、合衆国憲法第15修正に違反する」アメリカ法2001-1 202頁(2001年)、同「国内法における先住民の地位——アメリカを中心に」文化人類学研究第5巻49頁(2004年)、坂東雄介「国籍の役割と国民の範囲——アメリカ合衆国における『市民権』の検討を通じて(4)」北大法学論集第63巻6号191頁(2013年)、藤田尚則「アメリカインディアンの公有地利用と『宗教の自由な活動』条項をめぐる問題」創価大学比較文化研究第4号109頁(1986年)、同「アメリカンインディアン法研究序説(一)～(十六)——公法学の視点から」創価法学第19巻1・2号157頁、19巻3・4号59頁、37巻1号161頁、37巻2・3号43頁、38巻1号133頁、38巻2号67頁、38巻3号45頁、39巻1号109頁、39巻2号81頁、39巻3号1頁、40巻1号59頁、40巻2号89頁、40巻3号23頁、41巻1・2号25頁、41巻3号31頁、42巻1・2号159頁(1989～2012年)、同「アメリカ合衆国議会による『インディアン条約』廃棄の問題に関する一考察」創立20周年記念論文集(1990年)、同「政府によるアメリカンインディアンの聖地開発が『宗教の自由な活動条項』を侵害するものではないとされた事例——Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Ass'n, 108 S. Ct.1319 (1988)」創価法学第20巻3・4号63頁(1991年)、同「合衆国憲法修正第一条にいう『宗教の自由な活動』条項の解釈原理の新展開について——1990年スミス判決を契機に」創価法学第22巻1号149頁(1992年)、同「アメリカンインディアンの聖地保護と宗教条項——アメリカンインディアン法研究の一助として」創価ロージャーナル第2号47頁(2007年)、同「ブラック・ヒルズ訴訟物語——連邦政府によるアメリカ・インディアンの土地政策瞥見」文京学院大人間学部研究紀要第11巻1号179頁(2009年)、同「『涙の旅路』物語——チェロキー・ネーション強制移住史」文京学院大学人間学部研究紀要第12号41頁(2010年)、同「アメリカ・インディアン政策史(1532年～1979年)(上)(下)」創価法学第40巻1号157頁、第40巻2号171頁(2010年)、同「アメリカ・インディアン部族裁判所研究(上)(下)——アメリカ・インディアン法研究の一助として」創価ロージャーナル第3号15頁、4号5頁(2009～2011年)、同「アメリカ・インディアン法の歴史(1)——1789年～1871年」創価法学第40巻3号129頁(2011年)、同「アメリカ先住民の聖地保護政策と国教禁止条項」立教アメリカンスタディーズ第33号75頁(2011年)、同「アメリカ・インディアン法における信託責任の法理(上)」創価ロージャーナル第5号1頁(2012年)、同『アメリカ・インディアン法研究(I)——インディアン政策史』(北樹出版、2012年)、同『アメリカ・インディアン法研究(II)——国内の従属国』(北樹出版、

紹介・検討するものがみられる。

本稿では、カナダ先住民に関する判決を抄訳し、比較法研究の一助としたい<sup>18)</sup>。筆者はかつて、先住民の権利をめぐるカナダ最高裁判決を抄訳したことがある<sup>19)</sup>。本稿では、先の拙稿で訳出していなかった判決、そして拙稿の公表後に下された先住民に関する主要な判決を紹介する。

## I. *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313

### 1. 事実の概要

Gitlakdami, Canyon City, Greenville および Kincolithno の4つのバンドからなる Nishga ネーション<sup>20)</sup>の構成員である Calder らは、自身のため、そして Nishga トライブ評議会 (Tribal Council) と4つのインディアン・バンドのすべての構成員を代表して、古来からのトライブの領土に対する「土地権 (aboriginal title)」<sup>21)</sup>が法的に消滅していないことの確認を求めて提訴した。

---

2013年)、同「アメリカ・インディアンの『部族憲法』」法学新法第120巻1・2号391頁(2013年)、同「アメリカ合衆国憲法修正第1条とアメリカ・インディアンの聖地保護」宗教法第32号45頁(2013年)、横山真紀「“Makáma’ Áina” ——ハワイの土地制度と先住民の埋葬地保護」法学新報第119巻9・10号621頁(2013年)。

<sup>17)</sup> オーストラリアに関するものとして、吉川仁「『マボ判決』について」法と政治第47巻1号287頁(1996年)、同「Ward 判決と先住民権原の消滅」社会科学研究24巻1号1頁(2003年)、同・前掲注15)「先住民の土地権」、同・前掲注15)「先住民の土地権と非先住民の土地権との共存」、吉川和宏・前掲注2)「先住権の保障」。

<sup>18)</sup> カナダ憲法が「わが国では一般には必ずしもそれほど馴染みのある憲法とは言えないであろう」初宿＝辻村編・前掲注12)、2頁〔初宿執筆〕との指摘を踏まえると、カナダの判決を紹介する意義があるといえよう。

<sup>19)</sup> 拙稿・前掲注14)「先住民の権利をめぐるカナダ最高裁判決」。

<sup>20)</sup> この当時は Nishga と表記されていたが、現在は Nisga'a、Nisga'a、Nisga'a などと記される。

<sup>21)</sup> aboriginal title を土地権と訳することに異論があることを踏まえ、括弧を付している。以下では原文に括弧書きがある場合を除き、土地権と表記する。

## 2. 判旨

### (1) Judson 裁判官の相対多数意見 (Martland 裁判官および Ritchie 裁判官同意)

Calder らの上訴を棄却。

#### 〔先住民の土地『所有』〕

Nishga ネーションを代表する者が、当該地域に関して、国王やハドソン湾会社と条約または契約を締結したことは一度もない。…Nishga は、彼らの権原が占有から生じること、そうした1つの権原の承認は、英法に首尾よく組み込まれた1つの概念であること、その権原は条約、勅令または立法に依るものではない、と主張している。また、Nishga は、国王の承認や立法による承認が必要であったとしても、それは1763年国王布告 (*Royal Proclamation, 1763*) に見出されるはずである、と述べている<sup>22)</sup>。

両当事者が同意している事実に関する陳述書の中で、インディアン の生活様式は、かなり直截な表現で示されている。このことは、本件審理で正式に提出された資料の中で詳細に述べられている。1964年に出版された Wilson Duff、*The Indian History of British Columbia* の第8章を下記で引用することにする。

インディアンが当該土地を「所有して (own)」おらず、そこをさまよい歩き「使用して」いたにすぎない、ということは正確ではない。インディアン の所有権 (ownership) の様式や、インディアン の当該土地や川での利用の様式は、我々の法のシステムが承認しているものとは異

---

<sup>22)</sup> *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313 at 318 [*Calder*].

なったものであったが、それにもかかわらず、明確に示され相互に尊重されていた。たとえインディアンがその土地を区画し耕作していなかったとしても、彼らは、村として利用する敷地、漁場、ベリーや根菜を採る区画の所有権、そしてそれらに類似した目的のために用いている場所の所有権を、実際に承認していた。インディアンが森林を大規模に伐採していなかったとしても、彼らは、狩猟、わな猟や食料を手に入れるための採集に用いていた区域の所有権を実際に確立していた。インディアンが山に立杭を打ち込んでいなくとも、彼らは、シロイワヤギを狩猟するために、そして原料の源として山頂や溪谷を実際に所有していた。今日においても利用されていない不毛で近づくことができない地域を除き、この州のあらゆる地域は、1つのインディアン・トライブまたは複数のインディアン・トライブが正式に所有し承認していた領土の中にあった<sup>23)</sup>。

Nishga のスポークスマンである David Mackay は次のように述べた。

…白人は街に住み、店舗をかまえて仕事をしたり、それ以外の仕事をしたりして生計をたてているが、我々はそうしたものと異なり、食料や衣服を得るにあたり、常に土地に依っている。我々は土地から鮭、ベリーや毛皮を得ているのである<sup>24)</sup>。

### [土地権に関する先例と土地権の根拠]

カナダのインディアン権原 (Indian title) の性質について検討するには、*St. Catherines Milling and Lumber Co. v The Queen*<sup>25)</sup> を出発点としなければな

---

<sup>23)</sup> *Ibid.* at 318-319.

<sup>24)</sup> *Ibid.* at 319.

らない。…

St. Catherines 事件における裁判所の立場は一貫したものであった。すなわち、インディアン権原の消滅は当該州の利益を確保するものであり、オンタリオ州の公有地の一部として付与されたオンタリオ州の土地の権利を剥奪するために自治領がその権原を保持することはできない。国王は常に現にある不動産権を有しており、連邦成立後、その権原は英領北アメリカ法 (*B.N.A. Act*) 第109条<sup>26)</sup>により当該州にある、と判示した。そして、インディアン権原は国王の権原のもとにある単なる1つの負担 (*a mere burden*) であり、条約に基づく土地の割譲 (*cession*) の後に消滅した、という判断を示した。St. Catherines 事件においてカナダの裁判所が示した判決の理由づけは、アメリカ合衆国連邦最高裁長官であった Marshall が下した初期の2つの判決、すなわち、*Johnson v. McIntosh*<sup>27)</sup>と *Worcester v. State of Georgia*<sup>28)</sup>の影響を強く受けたものであった<sup>29)</sup>。

両事件とも、土地権が問題となっていた。McIntosh 判決の587頁から588頁にかけて、Marshall 長官の見解がはっきりと要約されている。

合衆国は、文明化した住民が現在、この国を保持しているという重要

---

<sup>25)</sup> (1885), 10 O.R. 196, affirmed (1886), 13 O.A.R. 148, affirmed (1887), 13 S.C.R. 577, affirmed (1888), 14 App. Cas. 46. [この注は Calder 判決による]

<sup>26)</sup> 英領北アメリカ法 (現1867年憲法) 第109条は次のように定める。「連邦成立の際にカナダ、ノヴァ・スコシアおよびニュー・ブランズウィックの植民諸州に属していたすべての土地、鉱山、鉱物および使用料ならびにこれらの土地、鉱山、鉱物もしくは使用料のために支払う義務のある、または支払い可能な総額は、これらと同じものが存在したまたは生じるオンタリオ州、ケベック州、ノヴァ・スコシア州およびニュー・ブランズウィック州に属する。ただし、これらのものについて何らかの信託が存在する場合およびこれらのものについて当該州の利益以外の何らかの利益がある場合においては、この限りではない。」

<sup>27)</sup> (1823), 8 Wheaton 543, 21 U.S. 240. [この注は Calder 判決による]

<sup>28)</sup> (1832), 6 Peters 515, 31 U.S. 530. [この注は Calder 判決による]

<sup>29)</sup> *Calder*, *supra* note 22 at 320.

かつ広範なルールに疑問の余地なく同意してきた。彼らは権原を保持しており、その権原は獲得によるものだと主張している。彼らは他のすべての者がこれまで主張してきたことと同様のことを主張している。すなわち、発見 (discover) は、購入または征服のいずれかによって、インディアンの占有の権原を消滅させる排他的権利を与えるものであり、そしてまた発見は、人民にそうした権利を行使する状況が認められるにつれて、それに応じる程度の主権を与えるのである。

我々は国王のもとにある入植者であり、またその譲受人であった一方で、合衆国政府が現在保持する、土地を付与する権限が存在した。我々の裁判所で、購入または征服のいずれかによって与えられた権原の有効性が問題とされたことは一度もなかった。土地を付与する権限は、インディアンが保有する領土に対し、一様に行使されてきた。この権限が存在するということは、この権限と抵触しそしてコントロールする可能性のある、いかなる権利の存在も否定されなければならない。土地に対する1つの絶対的権原 (absolute title) は、異なる人の中で、または異なる政府の中で同時に存在することを認めない。1つの絶対的権原は1つの排他的権原でなければならない、また、少なくともそれと両立しない他のすべてのものを排除する1つの権原である。我々のすべての制度は、インディアンの占有の権利のみに服しつつ、国王のこの絶対的権原を承認している。そして、インディアンの占有の権利を消滅させる国王の絶対的権原を承認している。このことは、インディアンの絶対的権原や完全な権原 (complete title) と両立しえない<sup>30)</sup>。

カナダの裁判所は、インディアン権原の性質について、*St. Catherines* 事

---

<sup>30)</sup> *Ibid.* at 321.

件で枢密院が示した理由づけを繰り返し述べている。枢密院判決の54頁から55頁を以下に引用する。

問題となっている領土は、布告が出された日から1873年まで、インディアンによって占有されていた。その間、国王、植民州政府そして（1867年英領北アメリカ法の可決後は）自治領の政府が引き続きインディアンに関する事項を管理してきた。これらの管理政策は、次の点において常に同じものであった。すなわち、インディアンの土地における利益の販売または移転（transfer）を目的としたいかなる取引からも、インディアンの住民を排除した。そしてインディアンの住民に唯一認められたのは、当該目的のために招集されたインディアンの長の会合で、正式に批准された正式な契約によって国王に権利を譲渡（surrender）することであった。管理する権限に変更はあったものの、条約によってインディアンが譲渡した土地における利益の性格は、1763年以来、変更はなかった。インディアンの土地保有それ自体は、英国国王の主権および保護のもとにあるすべてのインディアン・トライブの利益になるように制定された国王布告の一般規定から生じうるにすぎない。自治領の側は弁論の中でこう述べた。国王布告が、インディアンに保留した領土を国王に「割譲し、または」国王が「購入する」ことがこれまで一度もなかった、と定めている限りにおいて、その土地のすべてのプロパティはインディアンのものである、と。しかしながら、この推論は、インディアンの土地保有条件（tenure of the Indians）は1つの人的用益的権利（personal and usufructuary right）であり、主権者の恩恵（good will）に依るものであることを示した当該文書の文言と矛盾する。保留した土地が「我々の自治領および領土」である、とはっきりと示されている。そして国王布告は、国王の保護および自治領のもとで、狩猟地としてインディアンが

利用するために「さしあたり」保留するというのが主権者の意思と意向である、と宣言している。インディアンの権利の正確な性質に関して、法廷で多くの学術的議論がなされてきた。しかし、枢密院の裁判官は、この点について何らかの見解を表明する必要があると考えていない。本件を解決する目的のためには、インディアン権原の基底にあるのは、最初から国王に付与された実質的かつ最高の不動産権 (substantial and paramount estate) の存在であり、その不動産権は、インディアン権原が譲渡されまたは他の方法で消滅したときに、常に国王の1つの完全な所有権 (plenum dominium) となった、と述べることで十分だと思われる<sup>31)</sup>。

枢密院がインディアン権原の根拠を1763年国王布告に見出していたことは、間違いない。すなわち、枢密院は「インディアン土地保有それ自体は、英国国王の主権および保護のもとにあるすべてのインディアン・トライブの利益になるように制定された国王布告から生じうるにすぎない」としているのである。

私は、これらの理由づけが、国王布告がインディアン権原の唯一の根拠であったことを意味すると考えていない。St. Catherines 事件の上訴審で検討の対象となった領土は明らかに、布告が定める地理的範囲内にあった。布告が Nishga の領土に実際に適用され、Nishga はその保護を受ける資格を有する、というのが上訴人の主張の一部である。上訴人は、布告が Nishga の領土に適用されないとしても、彼らのインディアン権原は裁判所で承認されるものである、とも述べている。これらには2つの異なる問題が存する。

布告がブリティッシュ・コロンビア州におけるインディアン権原の問題と関

---

<sup>31)</sup> Ibid. at 321-322.

係がない、というブリティシュ・コロンビア州の裁判所の判決に私は全面的に同意することをまず述べておく。私の考えは、布告のまさにその文言およびその地理的範囲の定義、そして発見、入植および現在のブリティシュ・コロンビア州の設立の歴史に基づいている<sup>32)</sup>。

ブリティシュ・コロンビア州の裁判所が判示し、私もその理由づけを採るところであるが、上訴人が代表する Nishga のバンドは、英国の保護のもとにあるいくつかのインディアン・ネーションやトライブではなく、布告の範囲外にあったことは、明らかである。

ブリティシュ・コロンビア州の裁判所は、発見の歴史や州の設立の歴史を論じている。この歴史から、ナス溪谷さらには当該州の全体が布告の文言の範囲に含まれる可能性はおよそなかったことが証明されている<sup>33)</sup>。

ブリティシュ・コロンビア州におけるインディアン権原が、1763年布告にその根拠を求めることができないのは明らかだと考えるが、入植者が到来したときに、インディアンがそこに存在し、彼らの祖先が数世紀にわたって行ってきたように、社会の中で組織化され、その土地を占有していた、というのは事実である。このことがインディアン権原の意味するものであり、それを1つの「人的用益的権利」と称することは、この問題の解決に役立つものではない。彼らがこの訴訟で主張しているのは、祖先が居住していた土地で居住し続ける権利を有しており、この権利が法的に決して消滅していない、というものである。この権利が「主権者の恩恵に依拠して」いたことは、問題となりえない<sup>34)</sup>。

---

<sup>32)</sup> *Ibid.* at 322-323.

<sup>33)</sup> *Ibid.* at 325.

<sup>34)</sup> *Ibid.* at 328.

**[土地権の消滅と補償]**

事実審で Gould 裁判官は、[ブリティシュ・コロンビア植民州の土地に関する：守谷] 布告や命令から導き出される帰結を以下のように明確に述べた。控訴審判決と同様に、私も Gould 裁判官の意見に賛同する<sup>35)</sup>。

… [ブリティシュ・コロンビア植民州の土地に関する：守谷] 13のすべての法は、ブリティシュ・コロンビア植民州のすべての土地に対する絶対的主権のうち、…「土地権」に関する利益を含む、主権と対立する何らかの利益に対して、相反する主権を行使し、立法権を行使する一貫した意図を示している<sup>36)</sup>。

[ブリティシュ・コロンビア植民州の初代副総督に任命され、オタワとロンドンの双方で連邦加盟の条件について交渉した：守谷] Trutch 氏は次のように述べていた。

それぞれのトライブの要求に適切であり、その要求を十分に満たすと考えられる国王の土地を別として、インディアン利益のためになる事案のすべてにおいて、インディアンは実際に国王の特別な保護のもとにある者 (special wards) であり、政府が有するこの保護権 (guardianship) の行使のもとにあった。そして政府は、保留地に住むインディアンの排他的使用および利益のために、これらのインディアンの保留地を信託されている。

しかし政府は、公用地または公用地の一部にある単純不動産権のイン

---

<sup>35)</sup> *Ibid.* at 333.

<sup>36)</sup> *Ibid.*, cited *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia* (1970), 8 D. L. R. (3d) 59 at 81-82.

ディアン権原を一度も認めてこなかった。それどころか、明確に否定している。権原を有するという請求を消滅させるための特別な協定が、[バンクーバー島ではない：守谷] 本土にいるトライブと締結されたことは一度もない。しかし、これらの請求は、国が入植を進めるのに必要と思われるにつれ、農業および牧畜を行うのに十分な土地を利用することをそれぞれのトライブに保障することで十分に満たされている、と考えられてきた<sup>37)</sup>。

この書簡で用いられている用語は、*United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*<sup>38)</sup>がインディアン権原の消滅の問題について述べたことを想起させる。

被上訴人が主張するように、特定の土地に対するトライブの請求が条約、法令または他の正式な政府行為に基づかなければならないというのは正確ではない。*Cramer* 判決がはっきりと述べたように、「何らかの法令または他の正式な政府行為の中で、こうした占有の権利の承認がみられないという事実は、決定的なものではない。」261 U.S. at 229.

先住民の保有に基礎づけられるインディアン権原の消滅の問題は、もちろん別の事柄である。この点における連邦議会の権限は終局的なものである。かかる消滅の方法、手段および時期は司法が判断することのできない政治的な問題を生起する。*Buttz v. Northern Pacific Railroad, Johnson v. M'Intosh* において Marshall 長官が明確に述べたように、インディアン権原を「消滅させる合衆国の排他的権利」が疑問視されたことは一度もない。そして条約、戦争、購入、完全な支配権 (complete dominion) の行使のいずれによろうとも、インディアンの占有の権利また

---

<sup>37)</sup> *Ibid.* at 334.

<sup>38)</sup> (1941), 314 U.S. 339 at 347. [この注は *Calder* 判決による]

は他の権利に対して行われた消滅の公正さ (justness) を審査する扉は裁判所に開かれていない。*Beecher v. Wetherby*, 95 U.S. 517, 525.<sup>39)</sup>

同様の趣旨は、*Re Southern Rhodesia* 判決<sup>40)</sup>において、枢密院が示した理由づけにもみられる。

ブリティシュ・コロンビアが、カナダの自治領と連邦に加盟することを締結した連邦加盟条項もまた、この問題において非常に重要である。1871年5月16日に枢密院令により承認されたこれらの条項は、英領北アメリカ法第146条<sup>41)</sup>に基づき、大英帝国の法令の効力を有している。その第13条は次のように定める。

自治領政府は、インディアンに対する責任ならびにインディアンの利用および利益のために保留された土地の受託者の地位 (trusteeship) または管理を引き受けなければならない。自治領政府は、ブリティシュ・コロンビアが連邦に加盟した後、ブリティシュ・コロンビア政府がこれまで行ってきたものと同様のリベラルな政策を継続しなければならない。こうした政策を実行するために、これまでブリティシュ・コロンビア政府がこの目的で割当てをしてきた範囲の土地は、自治領政府の申請に基

<sup>39)</sup> *Calder*, *supra* note 22 at 334-335.

<sup>40)</sup> [1919] A.C. 211. [この注は、*Calder* 判決による]

<sup>41)</sup> 第146条は次のように規定する。「女王が、女王の枢密院の助言により、カナダ連邦議会の両院の要請ならびにニュー・ファンドランド、プリンス・エドワード・アイランドおよびブリティシュ・コロンビアの植民地または植民州のそれぞれの議会の要請に基づき、それらの植民地もしくは植民州またはその一部を連邦に加盟させること、カナダ連邦議会の両院の要請に基づき、ルパート・ランドおよび北西地域またはそのいずれかを連邦に加盟させることは、この憲法の規定に従い、当該要請において表明されかつ女王が適当と認める時期および条件のもとで適法である。その目的のための枢密院令の規定は、それがグレート・ブリテンおよびアイルランド連合王国議会によって制定された場合と同様の効力を有する。」

づき、当該地域の政府（Local Government）が、時宜に応じてインディアンの使用および利益のための責任を負っている自治領政府に移転しなければならない。付与される土地の性質に関して両政府間で同意に至らない場合には、この問題を植民地国務大臣の判断に付託しなければならない<sup>42)</sup>。

保留地の問題については、… [1913年に設置された：守谷] McNenna-McBride 委員会、当該委員会の報告書およびその勧告に従い制定された自治領の立法に言及するのが便宜にかなう。インディアンの土地およびブリティシュ・コロンビア州におけるインディアンに係る一般事項に関する自治領とブリティシュ・コロンビア州間にある、あらゆる見解の相違を解決するために当該委員会が設立された。この委員会の勧告に従い、[7年後に制定された立法は：守谷] …ブリティシュ・コロンビア州においてインディアンに保留され、そして保留されるべき土地に関する当該委員会の設立、報告書の受領および勧告について定めている。そして、ブリティシュ・コロンビア州におけるインディアンの土地およびインディアンに係る一般事項に関する自治領とブリティシュ・コロンビア州との間にある、あらゆる見解の相違を解決することを目的として、当該委員会の設立、報告書の受領および勧告について定めている。…委員会の勧告の結果、ナス地域において新たなインディアンの保留地が創設され、かつてからあった保留地が確認された。その数は13を超える。上訴人の1人である Frank Calder は、これはインディアンの反対を制して行われた、と述べている。そうであっても、連邦議会は英領北アメリカ法第91条24号に基づく権限を実際に行使した。連邦議会は、インディアンのために、これらの保留地を創設する政策に同意した。…保留地は概し

---

<sup>42)</sup> *Calder, supra* note 22 at 335.

て、インディアンが伝統的に用いてきた漁業の場所と一致する。もともとは国王の植民地の政府、1871以降においてはブリティシュ・コロンビア州の政府は、土地権の存在と両立しないナス渓谷を併合した。これらのことはすでに言及してきたことであり、単純不動産権の存在、そして石油や天然ガスの賃借、鉱物に対する請求、林業地の免許発給によって併合が示されている。さらに、連邦加盟条項に基づく鉄道環状線の設立は、インディアン権原を承認することやインディアン権原が継続して存在していることと両立しない<sup>43)</sup>。

1871年より前に、本土の土地に関して、インディアン・トライブと植民地との間で締結された条約が存在しないことは、すでに述べてきたことから明らかである。バンクーバー島についていうと、重要な影響を及ぼす場所であるため、ビクトリア城塞周辺の地域におけるインディアンの土地を合計14回にわたり購入したことが明らかである。James Douglas と植民地当局との間の往復書簡で示されているいくつかの土地の購入がある。1899年には条約 8 が結ばれた。…この条約が対象とする地域は、北西準州とブリティシュ・コロンビア州北西部の双方にわたる広大な範囲に及ぶ。この条約によって、インディアンが上記の範囲の土地の権利を譲渡したことに疑問の余地はない。

上訴人は、この条約を、1899年に自治領がインディアンの権利を承認したものである、と申し立てている。条約の範囲外にあるブリティシュ・コロンビア州の地域に係る類似の権利を承認したことに関係するかは、別の問題である。条約が定める領土の範囲や、ブリティシュ・コロンビア州北西部のインディアンが北西準州のインディアンとともに含まれるという事実が存在したことは、何らかの重要性を有するだろう。しかし、ブリティシュ・コロンビア州の回答は依然として同じものである。すなわち、インディアンの始原

---

<sup>43)</sup> *Ibid.* at 335-337.

的権原 (original Indian title) は、連邦結成より前に、ブリティシュ・コロ  
ンビアの植民地において消滅しており、連邦加盟条項第13条の規定の範囲外  
にある土地を自治領に移譲したことに對して、インディアンが權利を主張し  
たことはなかった<sup>44)</sup>。

比較的最近の合衆国連邦最高裁判決が、本件とかなり似た論点を扱った。  
その判決とは、*United States v. Alcea Band of Tillamooks et al.*<sup>45)</sup>; *United  
States v. Alcea Band of Tillamooks et. Al*<sup>46)</sup>; *Tee-Hit-Ton Indians v. United  
States*<sup>47)</sup>である。

Tillamooks トライブは、1935年法に基づき合衆国を提訴した。この法律  
は、インディアン<sup>48)</sup>の始原的権原、請求、条約が批准されていない一定の土地  
に基づき、またはそれらから生成する、何らかのそしてすべてのコモン・ロー  
上およびエクイティ上の請求に関する事案を審理し判断を下す権限を裁判所  
に与えるものであった。多数意見は、一定の土地に対するインディアン<sup>48)</sup>の始  
原的権原の証拠について、そして、これらの土地におけるインディアン<sup>48)</sup>の利  
益が同意および補償 (compensation) なく収用されるのかについて判断を  
示した。それによると、Tillamooks トライブは、インディアン<sup>48)</sup>の始原的権  
原がこれまで合衆国によって正式に承認されたということを証明することな  
く、補償を要求する資格を有する。

この判決は、こうした請求を受け入れ、合衆国に支払いを命じた最初のも  
のであった。条約によりインディアンに保留された土地は、インディアン<sup>48)</sup>の  
同意なく合衆国により収用される、というのがこれまでの判例であった。  
*Shoshone Tribe of Indians v. United States*<sup>48)</sup>や *United States v. Klamath and*

---

<sup>44)</sup> *Ibid.* at 338-339.

<sup>45)</sup> (1946), 329 U.S. 40. [この注は Calder 判決による]

<sup>46)</sup> (1951), 341 U.S. 48. [この注は Calder 判決による]

<sup>47)</sup> (1955), 348 U.S. 272. [この注は Calder 判決による]

<sup>48)</sup> (1937), 299 U.S. 476. [この注は Calder 判決による]

*Moadoc Tribe of Indians*<sup>49)</sup>がそうした判例であった。

*Shoshone* 判決における当該インディアンは、1868年に締結した条約により、その排他的利用のための保留地を有していた。10年後に、インディアン問題に関する委員 (Commissioner of Indian Affairs) は当該保留地に別のバンドを移住させ、それ以来、2つのトライブを保留地における平等な受益者と扱った。その後に連邦議会が制定した法律は、この委員が示した政策を採用した。*Shoshone* は彼らの権利の侵害に長らく抵抗し、最終的には1927年に、トライブの土地の中の分割されていない半分の利益の収用に対する補償の請求を認める権限付与法 (jurisdictional act) を連邦議会に制定させた。

上記の判決に続いて下された *Tillamooks* 判決および *Tee-Hit-Ton* 判決の展開からすると、補償の算定基準は非常に大きな関心事である。*Shoshone* には、収用時のプロパティの権利の価値だけでなく、公正な補償 (just compensation) を与えるために必要と思われる追加額が認められた。「追加額とは、対価物の利益またはあらゆる状況に照らして適切と思われる他の基準のいずれかによって評価されるものである。」

*Klamath* 判決においても、保留地の一部の収用について類似の判定がなされた。*Tillamooks* 判決が重要なのは、インディアンの保留地の収用に対して補償を認める原理がインディアンの始原的権原から生じる請求に等しく適用される、と判示したことにある。多数意見の理由 (*ratio*) は、Vinson 長官が書いた下記のパラグラフの中の理由づけにみられる<sup>50)</sup>。

当法廷の判例は、上訴人が力説する「承認された」インディアン権原と「承認されていない」インディアン権原の二分法の実体を示していない。多くの判例は、いくつかの手段によってインディアンの占有の権利

<sup>49)</sup> (1938), 304 U.S. 119. [この注は *Calder* 判決による]

<sup>50)</sup> *Calder, supra* note 22 at 339-341.

を消滅させる連邦議会の優越的権限 (paramount power) について、そして「裁判所にはそれらの手段の正当性を審査する扉が開かれていない」、ということ詳しく述べている。*United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, *supra* at 347. 司法の審査を認める権限付与法が存在しないので、先の二分法は、インディアンがその割り当てられた土地に対して支払いを求める場合に問題となりえない。しかし、連邦議会は、ここで問題となっている1935年の法令において、インディアンの始原的権原から生じる請求に基づき裁判所が判決を下すことを正当なものと認めている。そのうえ、いくつかの判決は、原告が「承認された」権原と称するものによって保持されるインディアンの土地を扱う連邦議会の無限定な権限 (unlimited power) について議論している。さらには、被告である合衆国が同意していることを考えると、「承認された」権原に対する強制的で補償のない (involuntary and uncompensated) 収用に対する回復 (recovery) がある可能性は、疑いようのないものである。我々は、インディアンの始原的権原の収用に同じルールを適用できると考える<sup>51)</sup>。…

*Tillamooks* 判決 [(1946), 329 U.S. 40 : 守谷] については、その後の下された *United States v. Alcea Band of Tillamooks et al.*<sup>52)</sup> ふれることなく論じることとはできない。…連邦最高裁への上訴において、利益の判定については全員一致で斥けられた。この判断の根拠は、1935年に制定された権限を付与する特別法が明確に利益に関する支払いについて規定しておらず、請求者が収用に対して修正第5条に基づく公正な補償を要求する資格を有する、というルールの唯一の例外を定めていたことにある。…このことは要するに、…1935年の権限付与法が補償を行う義務を創設したということである。*Tillamooks*

<sup>51)</sup> *Ibid.* at 341, cited *United States v. Alcea Band of Tillamooks et al.* (1946), 329 U.S. 40 at 51-52.

<sup>52)</sup> (1951), 341 U.S. 48. [この注は *Calder* 判決による]

判決[(1946), 329 U.S. 40 : 守谷]の多数意見は、保留地の収用の補償(*Shoshone* 判決および *Klamath* 判決)とインディアンの始原的権原に基づく請求による補償の違いは存在せず、両者の請求は修正第5条に基づくものである、とはっきり述べた。*Tillamooks* 判決 [(1951), 341 U.S. 48 : 守谷]はこの見解を撤回し、当該請求は修正第5条ではなく1935年法に基づき扱われなければならない、と判示した。

次に、*Tee-Hit-Ton v. United States*<sup>53)</sup>をみる。合衆国は、インディアンが自らに帰属すると述べているアラスカ州の土地から、一定数の樹木を伐採した。インディアンはこれに対する補償を求めた。本件において請求された補償は、支払いを求める法令の文言によるものではなかった。本件申立ては、修正第5条と、樹木があった土地に対する先住民の権利主張に基づくものであった。本件訴訟は、1946年以降インディアンが訴訟を起こすことを認める1946年権限付与法に基づく手続の問題として提起されたものであった。連邦最高裁は、*Tillamooks* 判決 (329 U.S. 40) および *Tillamooks* 判決 (341 U.S. 48) における回復は、*Tillamooks* とその近隣のトライブとを平等にする目的で特別に制定された権限付与法における土地権の補償を求める法令上の規定に基づくものであり、修正第5条に基づき補償を求めることのできる収用ではない、と判示した。

この判示は、回復の根拠が法令にあるとした *Tillamooks* 判決 [(1946), 329 U.S. 40 : 守谷] における Black 裁判官の見解を実際に採用したものであったことを再度述べておく<sup>54)</sup>。

それゆえに *Tillamooks* 判決 [(1951), 341 U.S. 48 : 守谷] における連邦最高裁の認定は、土地権が修正第5条に基づき補償を要求できる私有財産 (pri-

<sup>53)</sup> (1955), 348 U.S. 272.[この注は *Calder* 判決による]

<sup>54)</sup> *Calder, supra* note 22 at 342-343.

vate property)を構成しない、というものであった。この見解は *Tee-Hit-Ton* 判決で具体化されている。この判決の279頁で、土地に対するインディアン権原 (aboriginal Indian title) の性質について論じられている。

これは1つの財産権ではなく、占有の権利と等しい。その権利は主権者が付与し、第三者による侵害から保護するものであるが、消滅させることが可能なものである。このような土地は、インディアンに対するいかなる法的な補償の履行義務も課するものではない、主権者がその意思によって完全に自由に用いることができるものなのである<sup>55)</sup>。

私見では、本件において主権者は、インディアンの占有のための保留地を前提としつつ、かかる土地を入植のために使用することを立法で決定した際に、Nishga トライブが有していた可能性のある何らかの占有の権利に相反する、当該土地に対する完全な支配権を行使することを選択した。

我々は、インディアンの始原的権原から生じる補償の問題について、*Tee-Hit-Ton* 判決とそれに続く一連の判決に留意してこなかった。連邦最高裁が示した当該問題の最終的判断とは、補償を求める法令上の規定がない場合に補償の権利は存在しない、ということである。実際に連邦議会は、インディアン請求委員会法 (*Indian Claims Commission Act*) を1946年に可決した。*Tee-Hit-Ton* 判決が理由づけを示し結論を下すパラグラフに言及しておく。その理由づけは、同様に本件に適用されると考える。

この国家におけるインディアンとの関係に関する歴史に照らしてみると、インディアンの土地に州議会が寄与する場合を除き、利益のあるインディア

---

<sup>55)</sup> *Ibid.* at 343-344.

ンの土地を収用する際に、そのときの評価額で対価を支払う義務が連邦政府にあるということにはならない。それどころかむしろ、合衆国の発展の障壁になるものはない。我々の結論は、インディアンに対する慈悲に反した非情さを擁護するものではない。この結論は、連邦議会に帰属する事柄に関しては、土地に対する補償を堅固な憲法原理にするというより、むしろ連邦政府が所有する土地におけるインディアンの占有を消滅させる際に、インディアンにどのような謝意を示すかの政策を連邦議会に委ねている、ということである<sup>56)</sup>。

〔付記〕

本稿は、平成25～26年度科学研究費助成事業（若手（B））「先住民の自治権に関する研究——カナダの議論を参考にして」（課題番号：25871002）および福岡大学推奨研究プロジェクト「原子力法・政策研究チーム」（課題番号：137102）による研究成果の一部である。

---

<sup>56)</sup> *Ibid.* at 344, cited *Tee-Hit-Ton Indians v. United States* (1955), 348 U. S. 272 at 291.