

先住民の「土地権(aboriginal title)」の根拠(2)

— カナダの判例の生成と展開を手がかりに —

守 谷 賢 輔*

はじめに

I. 初期の判例

1. 「土地権」に関する初期の判例
2. Delgamuukw 事件下級審判決
3. 「土地権」と個別的権利 (specific rights) の区別に関する判例

(以上、第62巻第1号)

II. Delgamuukw 事件最高裁判決と、Delgamuukw テストの適用に関する判例の動向

1. Delgamuukw 事件最高裁判決
2. Marshall 事件下級審判決
3. Bernard 事件下級審判決

(以上、本巻本号)

III. Delgamuukw テストの変容と、その後の判例の展開

1. Marshall/Bernard 事件最高裁判決
2. Tsilhqot'in 事件下級審判決
3. Tsilhqot'in 事件最高裁判決

おわりに

*福岡大学法学部准教授

II. Delgamuukw 事件最高裁判決と、Delgamuukw テストの適用に関する判例の動向

1. Delgamuukw 事件最高裁判決

Delgamuukw 事件において最高裁は、先住民の「土地権 (aboriginal title)」(以下では「土地権」と記す)に関する様々な論点について、初めての判断を下した¹⁾。その1つに、先住民が提出した証拠に関する判断がある。最高裁は、証拠に関する諸準則を適用し当該証拠を解釈する際に内在する難題について、以下のように判示した Van der Peet 判決²⁾の一節を引用する。

「先住民の請求の特別な性質を意識し、そして先住民が従事してきた慣行、慣習および伝統に関する成文の記録が存在しない時代に起源を有する権利を証明することの困難を意識しつつ、裁判所は証拠に関する諸準則にアプローチし、存在する証拠を解釈すべきである。先住民が提出した証拠が、例えば私法上の不法行為の事案に適用する証拠に関する基準に正確に適合しないという理由のみで、裁判所は当該証拠を過小評価してはならない。」(強調は Delgamuukw 事件最高裁判決)³⁾

最高裁は、Van der Peet 判決に言及しつつ、先住民の権利が調和(reconciliation)を目的とし、そのために裁判所はコモン・ローの視点を考慮すると同時に、先住民の視点を考慮しなければならない、という先住民の権利の特殊な (*sui generis*) 性質に、こうしたアプローチの正当化根拠を見出している。ただし、カナダの法構造および憲法構造を緊張させないやり方で、先住

¹⁾ *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 [*Delgamuukw*]. Lamer 長官が書いた多数意見 (Cory 裁判官、McLachlin 裁判官および Major 裁判官が同意)。La Forest 裁判官の結果同意意見 (L'Heureux-Dubé 裁判官が同意。McLachlin 裁判官も実質的に同意) がある。

²⁾ *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507 [*Van der Peet*].

³⁾ *Delgamuukw*, *supra* note 1 at para. 80, cited *Van der Peet*, *supra* note 2 at para. 68.

民の視点に等しく重みをおく必要がある、という留保を付した⁴⁾。

証拠に関する上記の認識を示したうえで、最高裁は、国王が主権を主張する前の先住民の占有が問題となる土地権の事案において、オーラル・ヒストリーが決定的な役割を果たすという⁵⁾。

Van der Peet 判決は、個別的権利 (specific rights) の特殊な性質が事実認定にも及ぼされることを明らかにした。Delgamuukw 事件最高裁判決は、このことが土地権にも妥当するという見解を示し、先住民法を含むオーラル・ヒストリーによって土地の利用や占有が証明されると説いた。ブリティッシュ・コロンビア州最高裁 (事実審)⁶⁾は、オーラル・ヒストリーによって土地権や先住民の自治権 (aboriginal right of self-government) (以下では「自治権」と記す) は証明されないと判示していたが、最高裁はこうした見解を退けた。Delgamuukw 事件最高裁判決は、オーラル・ヒストリーが、カナダの法体系によって継続的かつ体系的に過小評価されるのではないかと懸念を示すとともに、証拠に関する事実審の解釈は Van der Peet 判決と両立しない、と断じた⁷⁾。

さらに最高裁は、土地権の根拠が特殊であるという。すでにみてきたように、Baker Lake 判決や Delgamuukw 事件の下級審判決の中で、土地権の根拠について見解の違いがみられた。最高裁は、特殊な性質と結びつけて、この問題の判断を次のように示した。

すなわち、土地権は、不動産に関するコモン・ローのルールと先住民の法システムに見出されるプロパティのルールのいずれか一方だけを参照することで完全に説明できない、という意味で特殊なのである⁸⁾⁹⁾。

⁴⁾ *Ibid.* at paras. 81-82. Van der Peet 判決は、カナダの法構造および憲法構造が認識可能なものでなければならない、と述べていた (*Van der Peet, supra* note 2 at para. 49)。

⁵⁾ *Ibid.* at para. 84.

⁶⁾ *Delgamuukw et al. v. British Columbia* (1991), 79 D.L.R. (4th) 185 [*Delgamuukw* (B.C.S.C.)].

⁷⁾ *Delgamuukw, supra* note 1 at paras. 89-98.

最高裁は、土地権の根拠が以前からの占有にあるとし、この占有は次の2つのものが関連しているとの見解を表明した。その第1は、占有の事実である。最高裁は、Kent McNeilの所説¹⁰⁾を明示しながら、占有が法的占有 (possession in law) の証拠であるとするコモン・ローの原理に由来し、単純不動産権 (fee simple) のような通常の財産権とは異なり、国王が主権を主張する前の占有に根拠があるために特殊だという¹¹⁾。第2に、コモン・ローと以前から存在する先住民法との関係である。土地権は一部において、以前から存在する先住民の法システムにも由来する¹²⁾。

このように土地権の根拠の特徴を述べたうえで、最高裁は土地権を立証する要件を提示した (Delgamuukw テスト)。それによると、先住民は、①国王が主権を主張する前から土地を占有していること、②国王が主権を主張する前からの土地の占有と現在の土地の占有とに継続性があること、③国王が主権を主張したときに、その占有が排他的であったこと、を立証しなければ

⁸⁾ 土地権を特殊と特徴づけることを強く批判する論考として、See e.g. Brian Donovan, “The Evolution and Present Status of Common Law Aboriginal Title in Canada: The Law’s Crooked Path and the Hollow Promise of *Delgamuukw*” (2001) 35 U.B.C.L.Rev. 43.

⁹⁾ *Delgamuukw*, *supra* note 1 at para. 112. 最高裁は土地権の特殊な性質から、国王以外に土地を譲渡しえないという不可譲性 (inalienability)、土地との愛着 (attachment) と矛盾するやり方で土地を利用することができないという内在的制約を導き出しているが、ここでは扱わない。これらに関しては、さしあたり、拙稿「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) —— 『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 (2008年) 79-82頁、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 (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6号 (2008年) 165-167頁を参照。

なお最高裁は、土地権の特殊な性質として、個人ではなく共同で (communally) 保持される集団的権利 (collective right) であることも挙げる。

¹⁰⁾ Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (Clarendon Press, 1989) at 7 & Kent McNeil, “The Meaning of Aboriginal Title” in Michael Asch, ed., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality, and Respect for Difference* (UBC Press, 1997) at 144.

¹¹⁾ *Delgamuukw*, *supra* note 1 at para. 114.

¹²⁾ *Ibid.* at para. 114. See also *ibid.* at para. 126.

ならない¹³⁾。

本稿の目的と特に関連するのは、①と③の要件である。まず、①の「占有」とは何かをみていきたい。

原告と被告の双方は、占有の証明が土地権の主張に必要なことに同意していたが、先住民側は、少なくともその一部において先住民法を参照することで立証しようと主張し、他方でブリティッシュ・コロンビア州側は、物理的に占有していなければならないと主張した。最高裁は、こうした意見の対立を、土地権の根拠に関する見解の違いを反映するものと解し、双方の主張を退けた¹⁴⁾。そして、改めて土地権の根拠に言及する。

「先述したように、土地権の根拠はコモン・ローの視点と先住民の視点双方に根拠づけられるように思われる。先住民の視点には先住民の法システムが含まれるが、それに限定されるわけではない。両者は、占有を立証する際に考慮すべきものということになる。」¹⁵⁾

最高裁によると、このような占有の証明に関するアプローチは、先住民の以前からの占有と国王の主権との調和が、コモン・ローの視点だけでなく先住民の視点を考慮することを要求し、双方に等しい重みをおかなければならないと判示した Van der Peet 判決が要請するものである¹⁶⁾。

¹³⁾ *Ibid.* at para. 143. McNeil は、立証責任を先住民に課することは先住民の視点を考慮していない、と批判する。Kent McNeil, “The Onus of Proof of Aboriginal Title” (1999) 37 *Osgoode Hall L.J.* 775 at 779-780.

¹⁴⁾ *Ibid.* at paras. 146-147. Brian Slattery は、山頂や近づくことのできない溪谷といった場所に土地権が認められるかどうか、これら 2 つの見解の帰結の違いである、と説く。Brian Slattery, “Some Thoughts on Aboriginal Title” (1999) 48 *U.N.B.L.J.* 19 at 23-24.

¹⁵⁾ *Ibid.* at para. 147.

¹⁶⁾ *Ibid.* at para. 148. ここでいう先住民の視点とは、先住民の土地に関する法であるが、それに限られるわけではないという (*ibid.* at para. 148)。もっとも、それ以外のものが何かは明らかにされていない。

ただし先住民の視点は、コモン・ローの視点に沿って考慮されるべきである、と注意を促す。そして、物理的占有の事実が法的占有の証明となり、土地権を基礎づけると主張する Kent McNeil の所説¹⁷⁾に再び言及し、次のように述べた。

「物理的占有は、開墾による住居の建設や原野を囲い込むことから、狩猟のために範囲が画定された土地 (defined tracts) を定期的にご利用すること (regular use) や資源の開発に至るまで、様々な方法で立証される。」¹⁸⁾

そして、Brian Slattery の所説¹⁹⁾を引用し、土地権を立証するのに十分な占有といえるか否かは、集団の規模、生活様式、物的資源、技術力、土地の性格を考慮しなければならない、と説いた²⁰⁾。

最高裁はこのように、コモン・ローの視点による占有とは何かを例示した

¹⁷⁾ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *supra* note 10 at 73.

¹⁸⁾ *Delgamuukw*, *supra* note 1 at para. 149.

¹⁹⁾ Brian Slattery “Understanding Aboriginal Rights” (1987) 66 Can. Bar Rev. 727 at 758.

²⁰⁾ *Delgamuukw*, *supra* note 1 at para. 149. McNeil は、コモン・ロー (英米法) の下で土地権が存在することを主張する。他方で Slattery は、カナダの中で独自に展開されてきたコモン・ロー (判例法) に基づき土地権が保障されるとする。Slattery はこう述べている。

「先住民の土地の権利 (land rights) の法理は、英法やフランス法に起源を有するものではなく、先住民の慣習に由来するものでもない。先住民の土地保有態様のシステム (native systems of tenure) と入植者のコミュニティに適用される西欧のプロパティのシステムとの溝を橋渡しする、自律的な法の集合体 (autonomous body of law) が、まさに先住民の土地の権利の法理なのである。」 Brian Slattery, *supra* note 19 at 743-744. そして、このような「土地権は、以前から存在する法のカテゴリーに適合しない特殊な概念である」。Brian Slattery, “The Nature of Aboriginal Title” in Owen Lippert ed., *Beyond the Nass Valley: National Implications of the Supreme Court’s Delgamuukw Decision* (The Fraser Institute, 2000) at 11.

最高裁はコモン・ローの視点を考慮する文脈で McNeil と Slattery の所説を挙げるが、両者が用いているコモン・ローは同じ意味ではないことに注意を要する。

業、漁業地への移動を挙げる²⁵⁾。

La Forest 裁判官は、これらに加えて、こうした生計を営むために近接した土地の利用、それよりもさら離れた土地の利用も占有の観念に関連する、と捉える。そして、このような占有は広い意味で先住民文化の一部であり、独自性 (distinctiveness) の観念に含まれる、という見解を提示した²⁶⁾。

Slattery は、La Forest 裁判官が住居に関わる土地の利用だけでなく、近接する土地の利用や、伝統的な生活様式に従事するために必要な離れた土地にも言及したことに注目する。というのは、もともと多くの先住民は、狩猟、わな猟、漁業や採集を主として土地を利用してきたからである。

そして Slattery は、多数意見が狩猟や漁業のための定期的な土地の利用を提示したことが重要だと指摘し、自説を引用した多数意見の見解からすると、農耕や牧畜のための占有に適合させて狩猟や漁業のための占有を考えるべきではない、と主張する²⁷⁾。

次に Delgamuukw テストの③の要件である「排他的占有」とは何かをみていきたい。

ここでも最高裁は、コモン・ローの視点と先住民の視点に等しい重みをおき、双方の視点に依拠しなければならない、と繰り返し述べる²⁸⁾。

最高裁は、排他性とは単純不動産権 (fee simple ownership) の観念に由来するコモン・ロー上の原理であるが、排他性は用心深く土地権の概念に組み込まれるべきだと注意を促す。例えば、他の先住民が当該土地に頻繁に立ち入っていた事実は排他性を否定するものではなく、McNeil がいうように²⁹⁾、排他性は排他的統制 (exclusive control) を保持する意思と能力によって証

²⁵⁾ *Ibid.* at para. 194.

²⁶⁾ *Ibid.* at paras. 199.

²⁷⁾ Slattery, *supra* note 14 at 24-25.

²⁸⁾ *Delgamuukw*, *supra* note 1 at para. 156.

²⁹⁾ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *supra* note 10 at 204.

明されるものだとされる³⁰⁾。

それでは、先住民の視点とはどのようなものであろうか。この点について最高裁が例に挙げたのは、当該先住民が侵害に関する法 (trespass law) を有していることや、他の先住民が当該土地を利用したり、一時的にであっても、そこに居住したりすることを許可する先住民法や条約 (treaties) の存在である³¹⁾。

ところで、下級審では土地権と並んで自治権が大きな争点であったが、最高裁は訴訟手続き上の問題で自治権に関する判断を示さなかった。原告は最高裁では自治権の主張にあまり重きをおかず、土地権の主張に大きな比重をおいていた。最高裁は、自治権の主張は過度に曖昧な述語で行うことはできない、と Pamajewon 判決³²⁾で判示していた³³⁾。Delgamuukw 事件最高裁判決は、原告が主たる争点を土地権としたことの要因を、ここに見出している³⁴⁾。

Delgamuukw 事件の下級審では土地権と自治権が部分的に混同して論じられていた。最高裁は Pamajewon 判決で自治権に Van der Peet テストが適用されると判示し、他方で Delgamuukw 事件最高裁判決では土地権のテストを提示することで、自治権と土地権では異なるテストが適用されることを

³⁰⁾ *Delgamuukw*, *supra* note 1 at para. 156. 最高裁は McNeil の見解を引用し (McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *supra* note 10 at 204)、他の先住民が立ち入りの許可を求めていたならば、排他性の証明を強化すると述べる (*ibid.* at para. 156)。

³¹⁾ *Ibid.* at para. 157. 最高裁は排他的占有の証明について、先住民側が 2 以上の先住民集団による共同権原 (joint title) を排除するのではないかという懸念を有していたことにふれ、コモン・ロー上、共同権原が認められる可能性を示した (*ibid.* at para. 158)。

La Forest 裁判官は、伝統的な生活様式の一部として、2 以上の先住民集団が同じ領土を占有し利用してきた可能性を認める (*ibid.* at para. 196)。

³²⁾ *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821 [*Pamajewon*]. この判決は、インディアン法 (*Indian Act*, R.S.C., 1985) 上の保留地で、同法が規定するバンド評議会の法 (by-law) に基づかず、ファースト・ネーションの法に基づき賭博行為を行ったことで罪に問われた事案で下されたものである。

³³⁾ *Ibid.* at para. 27.

³⁴⁾ *Delgamuukw*, *supra* note 1 at paras. 170-171.

明らかにした。個別的権利のテストが自治権の主張に適用されることで、先住民の側からすれば、訴訟で自治権の保障を追求することが、実際上きわめて困難になったといえる³⁵⁾。それと比較すると、先住民は土地権の問題を訴訟で争いうる余地がある³⁶⁾。

Delgamuukw 事件最高裁判決は土地権と個別的権利の区別について Adams 判決³⁷⁾を踏襲し、次のように述べている。すなわち、土地権を主張しえない先住民は存在するが、「Adams 判決で明らかにしたように、『季節や環境の変化に応じて居住地』を変える遊牧民の事案において」、個別的権利が保障される可能性がある³⁸⁾。

Brian J. Burke は、Micmac³⁹⁾の人々が最高裁の例示する「季節や環境の変化に応じて居住地を変える遊牧民」に当てはまるとし、Iroquois や Algonquin の人々は移動をするがそれほど頻繁に居住地を変えない遊牧民である、と分析する。そして、最高裁の枠組みに従うと、後者の「占有」には土地権の立

³⁵⁾ 最高裁は Van der Peet テストで審査する際に、土地を管理する権利と特徴づけることを退け、保留地で高配当の賭博行為に参加し規制する権利と特徴づけた (*Pamajewon*, *supra* note 32 at paras. 26-27)。

自治権に Van der Peet テストを用いることに学説からの強い批判がある。See e.g. Peter W. Hutchins & Anjali Choksi, “From *Calder* to *Mitchell*: Should the Courts Patrol Cultural Borders?” (2002) 16 Sup. Ct. L. Rev. 241; Kent McNeil, “Judicial Approaches to Self-Government since *Calder*: Searching for Doctrinal Coherence” in Hamar Foster, Heather Raven & Jeremy Webber, eds., *Let Right Be Done: Aboriginal Title, the Calder Case, and the Future of Indigenous Rights* (UBC Press, 2007). McNeil は、この論考で異なる解釈の可能性も追求している。See also John Borrows, “Tracking Trajectories: Aboriginal Governance as an Aboriginal Right” (2005) 38 U.B.C.L. Rev. 285.

³⁶⁾ もっとも最高裁は、土地権の問題を解決するには訴訟よりも交渉が望ましいとし、それが Van der Peet 判決のいう調和を達成することになる、と述べている (*Delgamuukw*, *supra* note 1 at para. 186)。

³⁷⁾ *Adams*, *supra* note 23.

³⁸⁾ *Delgamuukw*, *supra* note 1 at para. 139, cited *Adams*, *supra* note 23 at para. 27.

³⁹⁾ ここでは Micmac と表記し、他の箇所では Mi'kmaq と記しているのは、いずれも原文に依拠しているためである。

証の可能性はあるが、他方で前者の「占有」では土地権の立証は不可能になりうることに疑問を呈する。Burke は文化人類学の知見も踏まえ、Micmac の人々は気ままに移動しているのではなく、季節ごとに同じキャンプ地に戻ってくるのであり、移動する場所が無限定でも常に変わるわけでもない、と主張する⁴⁰⁾。

Burke は、Micmac が土地権を立証しえないことの原因を、西欧で形成されてきた排他的占有の概念を最高裁が用いていることに求め、この点において最高裁は先住民の視点に十分な重みを与えていない、と批判する⁴¹⁾。

2. Marshall 事件下級審判決

Marshall 事件とは、Mi'kmaq の人たちが、ノヴァ・スコシア州で権限なく木材を伐採したことで罪に問われた事案である。彼らは、土地権などを根拠に無罪を主張した⁴²⁾。

ノヴァ・スコシア州裁判所は Delgamuukw テストを適用し、土地権の立証はなされていないと結論づけ、有罪判決を下した⁴³⁾。以下では、Delgamuukw テストをどのように適用したかをみていく。

まず、排他的占有については、他の先住民が存在しなかったことから本件では問題とされなかった⁴⁴⁾。したがって審査の焦点は、土地権を立証する「占

⁴⁰⁾ Brian J. Burke, "Left out in the Cold: The Problem with Aboriginal Title under Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* for Historically Nomadic Aboriginal Peoples" (2000) 38 Osgoode Hall L.J. 1 at 19-29.

⁴¹⁾ *Ibid.* at 29-35. なお John Borrows は、Delgamuukw 事件最高裁判決の意義を強調する論調に異論を唱え、最高裁が国王の「主権」を前提としていることを強く批判する。John Borrows, "Sovereignty's Alchemy: An Analysis of *Delgamuukw v. British Columbia*" (1999) 37 Osgoode Hall L.J. 537. Borrows の見解は、カナダ法に対する外在的な批判と読まれるべきではない。See e.g. John Borrows, "Creating an Indigenous Legal Community" (2005) 50 McGill L.J. 153.

⁴²⁾ 本件は条約上の権利も大きな争点となっているが、ここでは扱わない。

⁴³⁾ *R. v. Marshall*, [2001] NSPC 2 [*Marshall*, NSPC].

⁴⁴⁾ *Ibid.* at paras. 137-138.

有」といえるか否かであった。

まず裁判所は、「特定の限られた活動のためだけに土地を利用し、かつ集中的とは言えない程度に (not intensively) 土地を利用していたに過ぎないならば」、土地権は立証されない、との判断を示した⁴⁵⁾。

続いて Delgamuukw テストを満たす占有とは何かを検討した。結論を導くうえで参照されたのは、Côté 判決⁴⁶⁾の次の一節⁴⁷⁾である。すなわち、Algonquin の人々は一時的にしか定住しておらず頻繁に移動しており、移動しながら狩猟を行っていたこと、そして人口もわずかであったことに照らすと、領土を実質的かつ排他的 (real and exclusive) に占有していたとはいえない⁴⁸⁾。

そしてノヴァ・スコシア州裁判所は、土地権と個別的権利の区別を示した Adams 判決⁴⁹⁾や Delgamuukw 事件最高裁判決⁵⁰⁾からすると、範囲が画定されていない土地での遊牧の定期的ではない利用 (nomadic and irregular use of undefined lands) と、範囲が画定されている土地での定期的な利用 (regular use of defined lands) の違いが、土地権を立証するのに十分な占有であるか否かの基準であり、居住していることは、範囲が画定されている土地での定期的な利用の一例に過ぎないものである、と判断した⁵¹⁾。

そのうえで、Mi'kmaq の人々は Côté 判決の原告である Algonquin 人たちと同じく、季節や資源を得ることのできる環境とともに移動し、毎年必ずしも同じキャンプ地に戻ってくるわけではない遊牧民であると認定し、土地権

⁴⁵⁾ *Ibid.* at para. 139.

⁴⁶⁾ *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139 [Côté]. この事案で問題となったのは、Algonquin の人たちに土地権が保障されるかであった。

⁴⁷⁾ Côté 判決はここで、この事件の下級審であるケベック州上級裁判所 (*R. v. Côté*, [1991] 1 C.N.L.R. 107) の事実認定に言及している。

⁴⁸⁾ *Côté*, *supra* note 46 at para. 60.

⁴⁹⁾ *Adams*, *supra* note 23 at para. 30.

⁵⁰⁾ *Delgamuukw*, *supra* note 1 at para. 138.

⁵¹⁾ *Marshall*, NSPC, *supra* note 43 at para. 141.

は立証されていない、と結論づけた⁵²⁾。

確かに、Adams 判決や Delgamuukw 事件最高裁判決は、遊牧の先住民に土地権が保障されないことを示唆していた。もっとも、土地権の立証に必要な占有が上記のものであるかは、最高裁判決から明らかではない。また、Delgamuukw 事件最高裁判決は、土地権の根拠がコモン・ローと先住民の法システムとの関係という2つを挙げ、かつ先住民の視点を考慮に入れなければならないと述べていたが、ノヴァ・スコシア州裁判所は、この点にふれなかった。

上訴審であるノヴァ・スコシア州最高裁は、原審の事実認定を支持し、土地権の主張を斥けた⁵³⁾。この判決は原審と異なり、Delgamuukw 事件最高裁判決が提示したコモン・ローの視点と先住民の視点に言及した⁵⁴⁾。そしてオーラル・ヒストリーは、居住地のような確たる証拠がない場合に、生活のパターンの蓋然性 (probabilities) を合理的に確定するために用いられるものと位置づけ、これによって占有の程度を決定する、と説いた⁵⁵⁾。

ノヴァ・スコシア州最高裁は、原審と同様に Mi'kmaq の人々の人口の少なさを指摘し、また主権と受益的所有権 (beneficial ownership) の違いを強調する。そして個別的権利の立証を考察する際には、ヨーロッパ人と接触したときに、他とはまったく異なる特徴または核となる特徴 (distinct or core features) であるか否かに焦点を当てるが、土地権の考察においては、国王が主権を主張したときに、先住民社会にとって不可欠な特徴であるかどうか

⁵²⁾ *Ibid.* at para. 142. なおノヴァ・スコシア州裁判所は、Mi'kmaq が十分に発達したネーションではなく、国家をもつものではなかった、と認定している (*ibid.* at para. 134)。

⁵³⁾ *R. v. Marshall*, [2002] NSSC 57 [*Marshall*, NSSC].

⁵⁴⁾ *Ibid.* at para. 88.

⁵⁵⁾ *Ibid.* at para. 102.

⁵⁶⁾ *Ibid.* at paras. 87-99. この判決における比較の力点は、接触のときか、それとも国王が主権を主張したときか、という時期の違いにある。なお Van der Peet 判決は、他とはまったく異なる (distinct) 特徴と独自の (distinctive) 特徴の違いを論じていた。Van der Peet, *supra* note 2 at paras. 71-72.

に焦点を合わせなければならない、と判示した⁵⁶⁾。

そして、個別的権利と土地権の区別にふれながら、Mi'kmaq の文化にとって最も独自のものの1つは、海、川、湖への愛着 (attachment) であると捉え、「ヨーロッパ人と接触したとき、または国王が主権を主張したときの土地の時折りの利用 (occasional use)」は、土地権を立証するものではない、と結論づけた⁵⁷⁾。

また、ノヴァ・スコシア州最高裁が先住民の視点を明確に考慮しているのは、海上で行う活動についてであり、土地で行う活動ではない⁵⁸⁾。したがって、本件で問われている木材の伐採の罪を免れるものではなかった。

これに対してノヴァ・スコシア州控訴審は、被告人である Mi'kmaq の人たちの上訴を認容し、審理のやり直しを命じた⁵⁹⁾。控訴審判決は、事実審であるノヴァ・スコシア州裁判所が示した、範囲が画定されていない土地での遊牧の定期的ではない利用と、範囲が画定されている土地での定期的な利用の区別は、結論を導くうえで必要な判断ではない、と退ける。そして、ノヴァ・スコシア州裁判所が結論を導くために適用したテストとは、合理的に範囲が画定された地域での集中的で定期的な土地の利用 (intensive and regular use) を要求する、十分な占有 (sufficient occupation) のテストだと解した⁶⁰⁾。

ノヴァ・スコシア州裁判所は、「もし、ある先住民集団が特定の限られた活動のためだけに土地を利用し、かつ集中的とは言えない程度に土地を利用していたに過ぎないならば、当該先住民集団は、こうした活動を行う権利を有するかもしれないが、権原を有することはない。」と述べ、Côté 判決が Al-

⁵⁷⁾ *Ibid.* at paras. 87-108.

⁵⁸⁾ *Ibid.* at paras. 109-111. 湖、川、沿岸の土地権の立証の可能性を指摘し、たとえ Mi'kmaq の人々が毎年、同じキャンプ地に戻ってこないとしても、それは、その年には資源を入手できないためであり、資源を求めて他の場所に行っていることを意味する、という理解を示した (*ibid.* at paras. 109-110)。

⁵⁹⁾ *R. v. Marshall*, [2003] NSCA 105 [*Marshall*, NSCA].

⁶⁰⁾ *Ibid.* at paras. 80-81.

gonquin の人たちの土地権の立証を否定した判示を引用していた。控訴審判決は、ここがノヴァ・スコシア州の判決の理由の部分であると解したわけである (強調はノヴァ・スコシア州控訴審判決)⁶¹⁾。

そして控訴審判決は、十分な占有とは何かを最高裁が明確に示していないことを指摘する⁶²⁾。そこでまず、十分な占有の具体的内容を確定するために、コモン・ローの視点からの占有の基準を検討した。枢密院の判断やカナダの先例を踏まえながらも⁶³⁾、控訴審判決が大きく依拠したのは、McNeil の見解⁶⁴⁾である。

McNeil によると、コモン・ロー上の土地権を基礎づける占有の基準は、3つに分けられる。1つは、立ち入りの権利を有する者が、土地の占有を獲得しようとする場合に適用されるものである。これはコモン・ロー上、単なる立ち入りだけで満たされ、不法行為者 (wrongdoer) に対し侵害訴訟 (trespass) を提起する者に認められるものである。これとは逆に、立ち入りの権利をもたない者が、正当な所有者に対し敵対的占有 (adverse possession) を行うことで権原を得る占有がある。この中間となる占有は、所有されていない、または所有されなくなったものを占有した者に、占有だけでなく権原も認められる場合の占有である。McNeil は、土地権の根拠となるのはこの第3の占有であると主張する。

控訴審判決は、このような McNeil の見解を支持し⁶⁵⁾、こう述べた。「我々はここで、耕作されていなかった広大な領土を扱っているのであるが、変化はあるものの、継続的な居住や漁業、狩猟、採集のための広範囲にわたる土地の利用は、囲われ、耕作された土地の問題を論じるときよりも、重みをお

⁶¹⁾ *Ibid.* at paras. 80-81, cited in *Marshall*, NSSC, *supra* note 53 at paras. 139-140, 142.

⁶²⁾ *Ibid.* at para. 116.

⁶³⁾ *Ibid.* at paras. 119-132.

⁶⁴⁾ McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *supra* note 10 at 197-200.

⁶⁵⁾ *Marshall*, NSCA, *supra* note 59 at paras. 133-139.

くべきである。』⁶⁶⁾

続いて検討が加えられたのは、先住民の視点からの占有である。控訴審判決は、先住民法や土地保有のパターンに注意を払うことはコモン・ローと両立すると述べ、先住民の視点は、土地保有形態 (land tenure) や土地の使用に関する先住民のルールに限られず、「生活状況、習慣やその場所に住む人々の諸観念 (ideas)」も考慮されるとする⁶⁷⁾。そして、ノヴァ・スコシア州裁判所とノヴァ・スコシア州最高裁は土地保有形態や土地の使用に関する先住民の視点に明確に取り組んでいなかった、と指摘した (強調は原文)⁶⁸⁾。

そこで控訴審判決は、この点に関して下級審で示された証言に考察を加える。先住民には所有権 (ownership) という観念がもともとなかったこと、他の集団の生活様式を害しない限りすべての者が移動する自由を有していたこと、自分たちが地球に帰属していると考え、他の者を排除する所有権という理解が存在していなかったと述べた証言を強調した。そして判例法理からすると、土地権の立証のために、木材を伐採していた場所の定期的で集中的な利用を要求する占有の基準は、コモン・ローの視点を誤って適用したものであり、先住民の視点に等しい重みを与えていない、と断じた⁶⁹⁾。

下級審は、原告が土地権を証明する十分な占有を立証していないとの結論を Côté 判決から導いた。しかし控訴審判決は、これを Côté 判決の判示を読み違えていると批判する。控訴審判決によると、Côté 判決の出発点は、被告人は土地権を証明する必要がなかったというものであり、下級審の事実認定を是認したと読むべきではないのである⁷⁰⁾。

こうした見方を提示したうえで、控訴審判決は、Adams 判決や Delga-

⁶⁶⁾ *Ibid.* at paras. 139.

⁶⁷⁾ *Ibid.* at para. 141. 括弧書きは McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *supra* note 10 at 201 を引用した控訴審判決による。

⁶⁸⁾ *Ibid.* at paras. 140-148.

⁶⁹⁾ *Ibid.* at paras. 149-187.

muukw 事件最高裁判決は遊牧の先住民の土地権の問題に回答しておらず、Delgamuukw 事件最高裁判決の前提は、土地の占有と利用が程度の問題であり、すべての占有や利用が土地権を基礎づけるのに十分というわけではない、ということだと解した⁷¹⁾。

3. Bernard 事件下級審判決

ニュー・ブランズウィック州において、木材を伐採し保有した罪で Mi'kmaq の構成員の Bernard 氏が起訴された事案で、被告人は土地権などを根拠に無罪を主張した⁷²⁾。

ニュー・ブランズウィック州裁判所は、土地権の立証は認められないとし、有罪判決を下した⁷³⁾。被告人側の証人である民族歴史学者の William Wicken は、Mi'kmaq の人たちが一定期間、特定の土地に居住し、冬には鮭を捕るために分散して移動していたと考えられると証言したことに対し、ニュー・ブランズウィック州裁判所は、現在のインディアンの保留地を Mi'kmaq の人々が占有していたことは確かであるが、こうした地域からどれぐらいの範囲に分散していたのかが不明確であり、これについて言及する文書がないことを指摘する。また、狩猟やキャンプのために移動し、占有の範囲を拡張していたとする証言について、Wicken 自身がこのように推測することが最も妥当であると認めているように、あくまでも推測である、との見方を示す⁷⁴⁾。

また、Mi'kmaq インディアンの長(chief)の1人である Stephen Augustine が、Mi'kmaq の人々が当該土地を占有していたとの見解を提示したが、ニュー・ブランズウィック州裁判所は、こうした見解は多くの歴史的証拠と

⁷⁰⁾ *Ibid.* at paras. 188-193.

⁷¹⁾ *Ibid.* at paras. 194-195.

⁷²⁾ 本件は条約上の権利も大きな争点であるが、本稿では論じない。

⁷³⁾ *R. v. Bernard*, [2000] NBJ 138 [*R. v. Bernard*, NBJ].

⁷⁴⁾ *Ibid.* at paras. 97-100.

相容れない、と退けた⁷⁵⁾。

ニュー・ブランズウィック州裁判所は、証拠となる文書がないため、Mi'kmaq の人たちの人口を推定することが困難であるが、フランス人宣教師やノヴァ・スコシアの人口調査からすると、人口規模が特に大きくない、とみる。また証拠に照らして考えると、今日のニュー・ブランズウィック州の広大な土地は未開であったし、被告人が木材を伐採した土地は未開発の林野であったとみて、Mi'kmaq の人々が狩猟や漁業のために定期的に土地を利用してきたと言うことは出来ない、と判示した⁷⁶⁾。

さらにニュー・ブランズウィック州裁判所は、定期的な利用ではなく時折りの土地の利用があつとも言えない、と説いている。その根拠とされているのは、国王側の証人である歴史学者の Stephen Patterson が、Mi'kmaq の人々はフランスの入植者に抵抗したり、彼らに対し「出て行け」と言ったりせず歓迎し迎え入れ、Mi'kmaq の人々が伝統的に占有していた土地はヨーロッパ人と共有するものとなり、Mi'kmaq の人々が排他的に占有することがなくなったと証言したこと、そして Augustine がこれに同意し、先住民に限らず、ここに居住する他のすべての者と共有している土地という観点からすると、被告人の Bernard が生計を営むために、その土地に赴き、そこで何か手に入れる権利をもつと同様に、他のすべての者も権利を有していると述べたこと、である⁷⁷⁾。そして、土地の範囲が広大であり、人口が小規模であることを考えると、排他的統制を保持する意思や能力を認めることは出来ず、排他的に占有していたとは言えない、と判示した⁷⁸⁾。

上記のように、ニュー・ブランズウィック州裁判所は、Delgamuukw 事

⁷⁵⁾ *Ibid.* at para. 101.

⁷⁶⁾ *Ibid.* at paras. 102-108.

⁷⁷⁾ *Ibid.* at paras. 108-109.

⁷⁸⁾ *Ibid.* at para. 110.

件最高裁判決が述べたコモン・ローの視点からの若干の考察を行ったものの、先住民の視点からの検討をしなかった。

ニュー・ブランズウィック州王座裁判所は、ニュー・ブランズウィック州裁判所の事実認定を是認し、有罪判決を下した⁷⁹⁾。

これに対しニュー・ブランズウィック州控訴審は、土地権が存在することを認め、無罪を言い渡した⁸⁰⁾。控訴審判決は、事実審が Delgamuukw テストの占有とその排他性の要件を誤って理解しており、オーラル・ヒストリーの証拠にほとんど、あるいはまったく重みをおかず、重大な証拠 (material evidence) を見過ごし、先住民の請求を判断する際に内在する証拠に関する難題を認識し損なっている、と断じる⁸¹⁾。

控訴審判決は、Delgamuukw テストにおけるコモン・ローの視点とは何かを検討し、事実審が狩猟、漁業および採集のための時折りの土地の利用は土地権を立証するのに十分ではない、と明言したことは、Delgamuukw テストが要求する占有の意味を誤解している、と批判した。その論拠として、Delgamuukw 事件最高裁判決が、「物理的占有は、開墾による住居の建設や原野を囲い込むことから、狩猟のために範囲が画定された土地を定期的に利用することや資源の開発に至るまで、様々な方法で立証されうる」とし、「集団の規模、生活様式、物的資源や技術力、そして請求されている土地の性格」を考慮しなければならないと説いていること、La Forest 裁判官の結果同意意見が、伝統的な生活様式の一部としての土地の占有や利用に焦点を当てていること、を挙げる (強調は控訴審判決による)⁸²⁾。

そして、土地の定期的な利用とは、本件では狩猟や採集を行ってきた先住

⁷⁹⁾ *R. v. Bernard*, [2001] NBQB 82 [*R. v. Bernard*, NBQB].

⁸⁰⁾ *R. v. Bernard*, [2003] NBCA 55 [*R. v. Bernard*, NBCA].

⁸¹⁾ *Ibid.* at paras. 4-52.

⁸²⁾ *Ibid.* at paras. 74-86.

民の土地の利用の性質をみることだと捉え、コモン・ロー上の土地の占有とは、一定の期間に土地を実際に利用していたことを必要とするものではなく、また厳密に限定された地域の集中的、定期的または物理的な利用の証明を要求するものではない、との理解を示した⁸³⁾。

また控訴審判決は、文書による証拠のみが証明の基準であるとしたり、Wicken の証言を推測として退けたりした事実審の事実認定は、Mi'kmaq の人々の土地の占有や利用のパターンの証拠に適切な重みをおいておらず、Van der Peet 判決や Delgamuukw 事件最高裁判決が示した事実認定のアプローチと両立せず、また Augustine が証言したオーラル・ヒストリーに基づく証拠を過小評価し先住民の視点を考慮していない、と批判する⁸⁴⁾。

続いて検討されたのは、このような占有が排他的であったか否かである。控訴審判決は、先住民の視点を考慮しなければならないことを強調し、今日のニュー・ブランズウィック州には Mi'kmaq 以外に3つの他の先住民集団が居住していたものの、境界線というべきものが存在し、概して各々の集団がそれらを尊重していたこと、土地をめぐる論争があったとの証拠がないこと、Augustine の詳細な証言、他の先住民が領土に立ち入る際の先住民法があったとする Wicken の証言、を挙げる。そして排他的占有は、土地の積極的な利用から明らかになるというより、平和裏に、そして排他的に占有していた事実から明らかになるものだと説き、排他的占有のテストを満たす、と判示した⁸⁵⁾。

さらに控訴審判決は、ニュー・ブランズウィック州裁判所が Patterson の証言や Augustine の証言から、Mi'kmaq の人々に排他的統制の意思や能力が存在しないとみなしたことは、土地権の主張にとって致命的なものだと批

⁸³⁾ *Ibid.* at paras. 87-91.

⁸⁴⁾ *Ibid.* at paras. 92-124.

⁸⁵⁾ *Ibid.* at paras. 136-151.

判する。Patterson は歴史的事実を述べているだけであり、もしこれを排他性のテストに組み込むならば、北米のいかなる先住民も排他性を主張することが出来なくなると指摘し、Augustine が述べた土地の共有を、排他的占有の意思や能力と結びつけることは不合理な推論である、と退けた⁸⁶⁾。

〔付記〕

本稿は、科学研究費助成事業（若手（B））〔課題番号：25871002〕および福岡大学推奨研究プロジェクト〔課題番号：167001〕による研究成果の一部である。

⁸⁶⁾ *Ibid.* at paras. 152-175. 控訴審判決は、Augustine は土地との精神的な関係を述べているものであり、ニュー・ブランズウィック州裁判所の見方は先住民の視点に関連づけられた非常に多くの証拠と相容れない、と述べる (*ibid.* at para. 161)。