

資 料

カナダ先住民に関する判決(2)

守 谷 賢 輔*

はじめに

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

1. 事実の概要

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)

(以上、第60巻第4号)

(2) Hall 裁判官の反対意見 (Spence 裁判官および Laskin 長官同意)

(3) Pigeon 裁判官の結果同意意見

(以上、本巻本号)

II. *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911

III. *R. v. Mashall; R. v. Bernard*, [2005] 2 S.C.R. 220

IV. *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 256

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

*福岡大学法学部准教授

2. 判旨

(2) Hall 裁判官の反対意見 (Spence 裁判官および Laskin 長官同意)¹⁾

Calder らの上訴を認容

[先住民の土地「所有」「占有」、土地権の先例と根拠、土地権の消滅と補償]²⁾

本上訴は、ブリティシュ・コロンビア州の北部のインディアン、とりわけ Nishga トライブにとって、決定的に重要な諸論点を提起している³⁾。Nishga トライブは、祖先が太古から占有していた土地における利益を、ほぼ1世紀にわたり主張してきた。Nishga は一度も征服されたことはなかった。また条約を締結したこともなく、カナダ全土そしてブリティシュ・コロンビア州南部の他の多くのインディアン・トライブが行った譲渡 (surrender) もしてこなかった。国王は、後で言及するいくつかの小さい区画を除き、本訴訟より前に、本件で問題となっている土地を付与したことは一度もなかった⁴⁾。

ブリティシュ・コロンビアが連邦に加盟した後に、連邦議会がインディアンの権原に関する権利 (Indian right of title) を消滅させる何らかの措置を講じたり、手続きを踏んできたりしなかったことは、当法廷の審理の中で弁護人が明言し、同意したことである⁵⁾。

¹⁾ Laskin 長官が果たした役割や業績を分析する邦語文献として、手塚崇聡=大林啓吾「カナダにおける司法の胎動——ラスキン・コートの意義」椛山女学園大学研究論集 (社会科学篇) 第46号157頁 (2015年)。

²⁾ 先住民の土地「所有」「占有」、土地権の先例と根拠、土地権の消滅と補償という複数の論点に関する判断が、様々な文脈の中で示されていると考えられるため、本稿では項目を分けて論点を整理することを避けた。

³⁾ この当時は Nishga と表記されていたが、現在では Nisga'a、Nisga'a、Nisga'a などと記される。

⁴⁾ *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313 at 345 [*Calder*].

⁵⁾ *Ibid.* at 346.

かつては、もともと住んでいた人々 (original people) の慣習や文化は原始的かつ不完全であり、彼らは一体性をもつことや、法や文化をもつことがまったくない、実質的に人間以下の存在と考えられていたのであるが、証拠として提出された史料および諸法令を評価し解釈するにあたっては、そのように定式化された概念を無視して、現代の研究および認識に照らしてアプローチしなければならない。アメリカにもともと住んでいた者に関するこの概念は、*Johnson v. McIntosh*⁶⁾における Marshall 長官の啓蒙的な判示をもたらすことになった。インディアンの権利の問題についての Marshall 長官の次のような表明がそれである。「しかし、この国に居住するインディアンのトライブは、獍猛な野蛮人であり、彼らの占有は戦争であった…。我々は現在、この評価が正当な理由のないものであったことを承知している。インディアンは実際に、時折いくつかのトライブと戦争をしていたが、戦争は彼らの仕事ではなかった。16世紀および17世紀の「文明化した」ヨーロッパでの宗教や王朝めぐって行われた戦争と比較すると、インディアンの戦争への関心は取るに足らないものである、ということが出来る。もちろん Marshall は、1823年の時点において、もちうる限りの知識を用いて語っていた。この事件の控訴審判決⁷⁾において Davey 長官は、1823年から現在に至るまでに、もちうる限りのあらゆる歴史研究および史料に接しており、そして [この事件のブリティシュ・コロンビア州最高裁判決⁸⁾で：守谷] Gould 裁判官が認定した証拠が「誠に正確 (total integrity)」⁹⁾に示されているにもかかわらず、ブリティシュ・コロンビア本島のインディアンについて次のように述べ

⁶⁾ (1823), 8 Wheaton 543, 21 U.S. 240. [この注は Calder 判決による]

⁷⁾ *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia* (1970), 13 D.L.R. (3d) 64 [*Calder* cited to 13 D.L.R. (3d)].

⁸⁾ *Calder et al. v. Attorney General v. British Columbia* (1970), 8 D.L.R. (3d) 59 [*Calder* cited to 8 D.L.R. (3d)].

⁹⁾ *Calder* cited to 8 D.L.R. (3d) at 63.

た¹⁰⁾。

入植のときに、彼らは、文明化した社会の諸制度をほとんどもたず、我々がもっている私有財産という観念をまったくもたない、まさしく原始的な者であったことは疑いの余地がない¹¹⁾。

彼は、1970年にこう述べる中で、2世紀以上前にヨーロッパ人が北アメリカのインディアンに適用したのと同じ基準で、1858年当時のインディアンの文化を評価していた¹²⁾。

本件は次に掲げるものを含む、本件当事者の陳述を文章化したものに部分的に依拠して審理された。

1. 被告は、原告の Frank Calder が Nishga トライブ議会 (Tribal council) の長 (president) であることを認めている…。
6. 被告は、…当該バンドが太古から居住していたインディアンの子孫であることを認めている。
7. 被告は、彼らの祖先が太古から、…当該土地や川から得られるもので生計をたてていたことを認めている¹³⁾。

これら以外の本件当事者の陳述が次のように事実審で審理された。

[原告の証人である Berger が本件で提出した：守谷] 証拠 2 で示されて

¹⁰⁾ *Calder, supra* note 4 at 346-347.

¹¹⁾ *Calder* cited to 13 D.L.R. (3d) at 66.

¹²⁾ *Calder, supra* note 4 at 347.

¹³⁾ *Ibid.* at 347.

いるすべての土地は、現在カナダのものであると国際的に承認されている。しかし、(ピアース島の大部分にあたる)地域に対するカナダの主権は、1903年にアラスカ国境線問題委員会(Alaskan Boundary Commission)がアメリカ合衆国とカナダの国境線を決定するまで、確定されていなかった。被上訴人が主張するように、インディアンの権利または権原が、1858年とブリティッシュ・コロンビアが連邦に加盟した1871年の間にたとえ消滅したとしても、消滅の有無を検討する際に、この史実を見過ごすことはできない¹⁴⁾。

上訴人である Calder は当該地域 [アラスカとブリティッシュ・コロンビア州の国境線にある地域：守谷] のことを次のように述べていた。

質問：Nishga の人々は現在、証拠 2 の地図で示されている土地や川を利用していますか？

回答：Nishga の人々は太古から、ナス川や、ここで示されている境界線に位置するナス川のすべての支流、オブザバトリー入江にある土地、ポートランド運河にある土地、ポートランド入江の一部を利用してきています。私たちは現在も、これらの土地で狩猟をし、水路、小川や川で漁業をしており、昔と同様に、これらの地域に自分たちのキャンプ地を今でももっています。私たちは、狩猟期や漁業期にしたがって、定期的に、そして季節に応じてそこに移動しています。私たちは、これらの場所を今なお維持しています。そして、これらの場所は、忘れることなく戻ってくる場所です。

私たちは現在も、生計をたてるのに必要なときはいつでも、こ

¹⁴⁾ *Ibid.* at 348.

これらの領土の中を移動し、そこに家を建てていますし、かつてと同じように土地を利用し、区画した領土の中で死者を埋葬し、そこで自由人の特権を行使しています。

質問：証拠2の地図で示されている領土に近接した地域に住んでいるインディアン・トライブは、当該領土にいる Nishga の人々の権利を認めているかどうかを、Calder さん、あなたをご存知ですか？

回答：はい。私たちは、近隣のトライブと非常に友好的な関係にあります。Nishga の人々は、この地域で有名なユーラカンをとる権利といった歴史に根ざした権利 (historical rights) をも認めているほどの友好関係にあります¹⁵⁾。

上訴人の代理人は、主張している権利の性質そしてその権利のための宣言判決を求める理由を言明することを求められたときに、それを「国王の権原の1つの負担 (a burden) となる利益である」と説明した。その「利益は性質上、用益的な利益である。そして、国王以外に譲渡することのできない利益であり、カナダの連邦議会の立法によってのみ消滅させることのできるトライブの利益」であると説明した。インディアンの権利または権原の正確な性質や範囲を、この訴訟において明確に述べる必要はない。ここでの論点は、インディアンが太古から当該土地の占有者として保有している何らかの権利または権原が消滅したか否かである。…Nishga の主張は、インディアンの権原を消滅させる連邦の国王の権利に異議を唱えているのではない。Nishga の見解は、彼らが国王以外の者に対する占有権を有しており、国王は今日までその権利を法的に消滅させていない、というものである。この訴訟の核心は、1858年に Nishga の人々が有していた権利が今日まで継続して存在して

¹⁵⁾ *Ibid.* at 349-350.

いる、というところにある。…Nishga は国王以外に保有権を販売または譲渡することができる、という主張をしていない¹⁶⁾。

他の文脈での権原の証明のために用いられる方法とは異なり、インディアン権原または利益の証明は、事実問題 (matter of fact) として証明されるものである。Amodu Tijani v. Secretary, Southern Nigeria¹⁷⁾の402頁から404頁にかけて、Haldane 卿は、次のように述べた。

南ナイアガラだけでなく大英帝国の他のところにおいても、土地に対する先住民の権原 (native title to land) を解釈する際に裁判官が行う予備的考察は、非常に慎重であることが不可欠である。時として無意識のうち、その権原を、概念上、英法のもとで生成してきたシステムにのみ当てはまる述語の中で言い表そうとする1つの傾向がある。しかしこの傾向は、綿密に検討されなければならない。概していうと、大英帝国全体の先住民に関する多様な法体系において、英国の法律家が精通しているプロパティと保有の間にある、完全な区分は存在しない。土地権のまさにその通常形態は、主権者の根本的または最終的な権原 (radical or final title) に対する1つの単なる制限 (mere qualification) またはそれへの負担 (burden) という、1つの用益的権利の形態にほかならない。土地権は、主権者の根本的または最終的な権原に存在するのである。こうした場合に、主権者のこの権原は純粋なコモン・ロー上の不動産権 (legal estate) であり、そこに受益的権利が存する場合もあるが、そうでない場合もある。けれども、この不動産権は受益者の権利によって制限される。受益者の権利は、不動産権に類する明確な形態をとらない場

¹⁶⁾ *Ibid.* at 352-353.

¹⁷⁾ [1921] 2 A.C. 399. [この注は Calder 判決による]

合がある。また、そうした形態をとっていたと考えられる場合、その権利は英国の法体系をただ類推したに過ぎない押しつけから導き出された可能性がある。裁判官は他のすべての事例で、カナダにおけるインディアン保留地に対するインディアン権原と結びつけて、この種の諸原理を説明してきた (*St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1899), 14App. Cas. 46.)。しかし、カナダにおけるインディアン権原を固有の法原理の創造物と考え、土地の所有権 (ownership) が所有権それ自体を当然に不動産権にするという想定を破る必要のある、唯一の実例とすることは決してできない。1つの単純不動産権 (estate in fee) が、法が承認するもっとも包括的な不動産権である、とはっきり認められている場合ですら、英国以外のところで、分割を認めるようになっていない。スコットランドにおいて、1つの生涯不動産権 (life estate) は自由土地保有権の権原 (freehold title) を組み込んでいるのではない。スコットランド法が企図しているのは、生涯不動産権が、分割しえない完全なプロパティの権利への1つの負担に過ぎない、ということである。多くの同じ原理が、インドで適用されている。プロパティを当該保有とは別個に存在するものとし、相続可能不動産権 (fee) を、相続権と独立した無体財産権に分割することは、例のないものである。南ナイジェリアと同様にインドにおいて、土地に対する権原の基本的性質に関する別の特徴が存在し、この特徴に留意しなければならない。その権原それ自体は、この国においてほとんど常に何らかの形態で存在しているのであるが、それは個人の権原ではなく、1つのコミュニティの権原であるだろう。こうした1つのコミュニティは、コミュニティの個々の構成員が享有することが認められている慣習のもとで、1つの用益権を共同で享有する取得時効権原 (possessory title) を有しているであろう。そして、コミュニティはこうした慣習のもとで、生存者間の譲渡

(assignment inter vivos) や相続 (succession) によって構成員個人の享有を伝承する権利に対しても、取得時効権原を有しているであろう。権利が後にどの程度発展したかを確かめることは、各事案における当該特定のコミュニティの歴史や慣例の研究を必要とする。アプリアリにつくられた諸原理は、ほとんど役に立たず、しばしば誤解を招くものである。(強調は Calder 判決)¹⁸⁾

[*The Indian History of British Columbia* の著者である人類学者 Wilson Duff は以下のように証言している：守谷]

質問：[ポートランド入江、オブザバトリー入江やナス川にある：守谷]

これらの保留地が作られる前に、インディアンの人々は河口で土地をどのように利用していたのですか？

回答：これらの場合における一般的なパターンとは、河口の所有権や、季節に応じて河口につくる村や住居の所有権が、溪谷全体の所有権を示し、溪谷全体を使用していたことを示している、というものです。漁場そのものとして用いられ、川で漁業をする場所として用いられ、それだけではなく、この地域を利用していた人々は、斜面でベリーを採ること、溪谷や森林の斜面で狩猟やわな猟をすること、たいていの場合、シロイワヤギを狩猟するためですが、こうした目的で溪谷を登る権利を有していました。すなわち、彼らは河口のまさにその地点というより、むしろ程度の違いはあるものの、溪谷全体を集中的に利用していました¹⁹⁾。

質問：[あなた(Duff)はその著書、*The Indian History of British Colum-*

¹⁸⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 354-355.

¹⁹⁾ *Ibid.* at 361.

bia)の中のあるパラグラフで、次のように書いています：守谷]。
「インディアンが当該土地を所有しておらず、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、我々の法システムが承認しているものとは異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、そしてこれらに類似した目的のための採集に用いていた区域の所有権を実際に承認していた。インディアンが大規模に森林を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用いている地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の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つた。」

このパラグラフは、証拠2の地図で示されている地域に居住していた人々に当てはまりますか？

回答：はい。当てはまります。

質問：Nishga トライブに当てはまるということですか？

回答：はい。そうです。

質問：先ほど読んだパラグラフが Nishga トライブに当てはまると言いましたが、Nishga が証拠2で示された地域の土地や川を使用し

てきた範囲や、利用の度合はどのようなものであったのでしょうか。

回答：かなり長くなりますが。

質問：かまいません。

回答：すでに述べてきたこととかなり重複しますが、当該領土は一般に、Nishga トライブの領土として、Nishga の人々自身によって、そして他のトライブによって承認されていました。これらのうち一定の領土は、特定の目的のために共同で用いられていました。例えば、家屋、カヌー、トーテムポールを作ること、文化の重要な部分を形成する木製の皿、箱、マスクやこれら以外の多くの様々な木製品を作ること、服やマット、儀式のための道具に用いられる樹皮を得るといった目的で丸太や木材を手に入れていました。これらのものは、たいてい共用されていました。

トライブの領土以外のところは、当該トライブの家集団(family groups)によって割り当てられたり所有されたりしていました。これらの領土は、地域によって様々な度合で用いられていました。例えば、甲殻類の動物を採集する浜辺は、集中的に利用されていました。鮭のいる小川は、その年の時期に応じて、もっとも集中的に用いられていました。というのは、時期によって鮭の種類が異なるからです。狩猟やわな猟を行う溪谷の下部は、食料を得る目的、インディアンの文化に用いられる獣皮、皮、骨、角という素材を得る目的のみならず、インディアンが利用したり交換したりする大小の様々な種類の動物の毛皮を得る目的で、集中的に用いられていました。こうした人々は重要な交易者であり、他のインディアン、後においては白人と交易するための原材料を得るために、領土を大規模に開発していたのです。

溪谷の中でもより傾斜が急なところの多くは、シロイワヤギを狩猟するのに適した場所でした。シロイワヤギは、狩猟において1つの重要な動物でした。他の丘陵地は、マーモットを捕るのに適していました。マーモットもシロイワヤギと同様に重要な動物でした。特定の道具を作るための鉱物や、染料となる地衣類、蘚類といった多くの小さな資源があり、一覧表にするなら長大なものになります。

質問：続けてください。

回答：水路は、様々な種類の海洋動物の漁場であるだけでなく、狩猟にも用いられました。水路は、公道として用いられてもいました。インディアンの中で交易をする際の移動の経路であったり、冬季に過ごす村から夏季に過ごす村に移動する際の経路であったりしました。そして、様々な種類の甲殻類の動物、魚卵、数の子といった水中からとることのできる非常に多様な小さな資源を得る目的で用いられていました。こうした小さな資源を加えるならば、膨大な数にのぼります。

質問：Nishga の領土の資源の利用と開発は、領土の大きさからしてどの程度拡大するのでしょうか？領土の中の限られた地域でのみ拡大するのでしょうか、それとも領土全体の至る所に拡大するのでしょうか？

回答：程度に応じて、領土全体の至る所に拡大します。ただし、誰も利用しておらず、また必要としていないもっとも不毛で近づくことの出来ない地域には拡大しません。しかし、山頂で区切られた流域全体の所有権は、Nishga インディアン1つの集団または複数

の集団にあるものと承認されており、この所有権は、他のインディアンから尊重されていました。

質問：McKenna-McBride 報告書第3巻の地図にあるインディアン保留地が示している地域と比較できますか？これらの保留地が示している地域と、保留地に領土が限定される前に、Nishga たちが使用し開発していた Nishga の領土全体の地域を比較できますか？

回答：比較は簡単にできます。保留地はいくつかのごく小さな区画地であるのに対し、当該地図における全体の土地が、程度の違いはあるものの、何らかの目的で用いられていました²⁰⁾。

[反対尋問で Duff は次のように述べている：守谷]

質問：先ほど私は、あなたが「所有権」という用語を用いることを正当化する、文書による証拠や他の証拠が存在するかについて尋ねました。所有権は、ナス区域のインディアンにとって異質な概念だったのではないかと思うのですが。

回答：私は人類学者であり、私が扱っている証拠の類は、たいてい文書によるものではありません。人々が文書で示さなかった、口頭による証拠です。それが、人類学や歴史学の報告書そして様々な委員会の報告書という文書の形になります。

質問：結構です。そのことを今、お尋ねしたいのです。

回答：はい。分かりました。

質問：あなたの陳述を裏づける文書、あなたが用いている言葉では「所有権」、インディアンの概念においては「帰属 (belonging)」、これについて陳述して欲しいのです。それによって、その文書を検

²⁰⁾ *Ibid.* at 362-365.

証できるのです。

回答：私の理解では、Berger 氏が記録しようとしている人類学の報告書のうちの1つは、Philip Drucker によるもので、北西海岸のインディアンについての概説書であり、所有権という用語はそこで用いられています。別の著書として Viola Garfied によるものがあり、それは、Tsimshian インディアン一般に関するものです。この意味における Tsimshian インディアンには、所有権という1つの概念を用いている Nishga が含まれます。

質問：では、これはトライブの概念とは別のものということですか？

回答：そこにはトライブの概念が含まれていますが、別のものも入るということです²¹⁾。

(中略)

質問：Nishga の人々が当該地域を排他的に保有していた事実が、所有権に関する陳述の根拠であり、そのことに異議が唱えられていなかった、ということですね。

回答：地図で記された地域に関してということですか。

質問：ええ。

回答：そういうことです。

質問：法的な意味があるゆえに、どのような言葉を当てはめるかについて注意を払わなければならない、誰かから異議を唱えられていない保有である、という理由だけで所有権を語ることは、2つを混同することになる、ということでしょうか？

²¹⁾ *Ibid.* at 366.

回答：私が…指摘しようとしたことは、Berger氏が次のように読み上げたものです。すなわち、彼らの所有権の概念は我々のいう所有権の法的概念と同じではないけれども、それにもかかわらず所有権は存在し承認されている、ということです。

質問：それでは、いずれにしても、人類学者が導き出した結論以外に、彼らの所有権を支持する文書による証拠を発見することはできない、というわけですか？

回答：インディアンが様々な委員会でまったく同じ言葉で述べていることであり、Berger氏はこのうちのいくつかを法廷に提出しています。…

質問：つまり、インディアンはある委員会に出席したときに、インディアンが土地を所有しているという事実を語っているということですか？

回答：はい。

質問：インディアンは1つの集団としての「我々」という述語で語っていた、と。

回答：はい。

質問：「土地を所有している」と

回答：それにとどまらず、「首長(chief)は、…我々が様々なものを得るために用いていたポートランド入江に至る特定の領土を所有していた」と述べています。

質問：ある1つの家は他の家に対して、そのようにして、その権利を擁護したのですか？

回答：はい、そうです。

質問：では、その証拠はありますか。

回答：はい、そうしたものに関する説話(narratives)があります。

質問：あなたが記しているその領土、Nishga 溪谷に関してもですか？

回答：はい。

質問：どこにありますか？それを挙げることはできますか？

回答：私が参照してきた未公開の資料の中にそれらの説話があります²²⁾。

保有それ自体が、コモン・ロー上の所有権の証明である。…他の者が異議を申したてていない保有であることは、ここで認められている。Duff 博士はさらに、Nishga の人たちが十分に発展させ洗練させたプロパティの概念を有していることを示し、1つの母系に基づきプロパティを承継する Nishga のシステムの詳細を論じていた²³⁾。

不動産の所有権に関する Nishga の概念について Duff が示した証拠を、所有権に関する伝統的なコモン・ローの諸要素に関連づけようとした Gould 裁判官の1つの興味深くかつ適切な議論の筋道をここで引き合いに出さなければならぬ。というのは、所有権の伝統的な指標 (*indicia*) を優先することによって、事実審裁判官が本当の問題を検討するのを阻害された、ということを表しているからである。事実審裁判官は上記のように関連づけようとする中で、前掲の *Amodu Tijani* 判決で Haldane 卿が次のように述べたことを正しく認識していなかった²⁴⁾。

南ナイアガラだけでなく大英帝国の他のところにおいても、土地に対する先住民の権原を解釈する際に裁判官が行う予備的考察は、非常に慎重であることが不可欠である。時として無意識のうちに、その権原を、

²²⁾ *Ibid.* at 367-368.

²³⁾ *Ibid.* at 368-369.

²⁴⁾ *Ibid.* at 372.

概念上、英法のもとで生成してきたシステムにのみ当てはまる述語の中で言い表そうとする1つの傾向がある。しかしこの傾向は、より綿密に検討されなければならない²⁵⁾。

所有権の指標を列挙する際に、事実審裁判官は、保有それ自体が所有権の証拠であることを見過ごした。それゆえに、さしあたり次のことがいえる。Nishga の人々は太古から当該土地を保有してきた所有者であり、したがって彼らの権利が消滅したことを立証する責任は、まさに被上訴人にある、と。

前述の証拠から明らかになったのは、以下のことである。Nishga の人々は現に、そして太古から、彼らの文化に根ざした (indigenous) 所有権の概念をもつ、1つの独自の文化をもつ存在 (a distinctive cultural entity) であり、この所有権の概念は、コモン・ローのもとで明確に言い表すことができるものである。Duff 博士の言葉でいうと、この独自の文化をもつ存在は、「多くの点で、メキシコ北部の他のいかなる地域よりも、より高度に文化を発展させて」きた。Duff 博士のこの見解は、1788年にニューエナム岬に到着し、英国に土地を請求した Captain Cook の話からも、はっきりと確認できる。彼は、上陸し、ある先住民の家屋に入ったときのことを次のように報告していた。その家屋は、長さ150フィート、幅24フィートから30フィート、高さ7フィートから8フィートあり、「メキシコ北部にはこれらに匹敵する先住民の建築物は存在しない。」報告書には続けてこう記されている。これらの建築には工学に関するかなりの知識を要するところ、Cook の部下は、建築に必要な技術と忍耐力を大いに賞賛した、と²⁶⁾。

Nishga の請求はこれまで訴訟で争われてきていないが、Nishga の今のこ

²⁵⁾ *Ibid.* at 372, cited *Amodu Tijani v. Secretary, Southern Nigeria* [1921] 2 A.C. 399 at 402-403.

²⁶⁾ *Ibid.* at 375-376.

の状況とまさに類似する、先住民の土地の保有および享有の権利に関するモン・ロー上の承認を確定する多くの法理が存在する²⁷⁾。

*St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*²⁸⁾の608頁²⁹⁾で(後に最高裁判所長官となった) Strong 裁判官は次のように述べた。

Kent 裁判官の注釈やアメリカ合衆国連邦最高裁の諸判決の中で、当該政策について十分かつ明瞭というべき説明がなされている。譲渡されていない土地に対するインディアンの1つの用益権の権原を国王が承認していることを、次のように要約しうる。この権原は、厳密な法律用語で何らかの正確な法的定義をなしえないかもしれないが、そうであっても、土地を無条件に使用し享有するインディアンを保護するのに十分なものであった。けれども同時に、インディアンは、国王それ自身以外の者に法的に有効な土地の譲渡をする能力を有していなかった。その究極的な権原 (*ultimate title*) は、不動産に関する英法にしたがって、国王に付与されたものと考えられていた。この短文は、現在、私が参照している典拠と比べると、少なくとも William Johnston が任命された1756年以來、インディアンの土地に関して、国王が変わらず従ってきた諸原理の1つの正確な記述と考えられよう…(強調は Calder 判決による)³⁰⁾。

続けて、Strong 裁判官は610頁で、以下のように述べている。

²⁷⁾ *Ibid.* at 376.

²⁸⁾ (1886), 13 S.C.R. 577. [この注は Calder 判決による]

²⁹⁾ 正しくは「608頁から609頁にかけて」である。

³⁰⁾ *Calder, supra* note 4 at 376-377.

すでに言及したアメリカ合衆国の典拠は、(とりわけ) インディアン権原の法理全体を十分かつ入念に検討した Kent 裁判官の注釈…と、アメリカ合衆国連邦最高裁の諸判決からなる。諸判決のうち、*Johnson v. McIntosh*, 8 Wheaton 543, *Worcester v. State of Georgia*, 6 Peters 515と *Mitchell v. United States*, 9 Peters 711がリーディング・ケースといわれる。これらの典拠が価値を有し、そして重要であるのは、譲渡していない土地に対するインディアンの権原に関して、すでに提出されたものと同じ法理が合衆国で支配的であることを示している、ということだけではない。それよりも、はるかに重要なのは次のことである。すなわち、これらの典拠が例外なく、独立革命が起きる前にその法理の起源を求め、英国政府が確立したインディアン権原に関する法または政策の諸原理が継続するものとして、その法理を承認している、それゆえに、これらの典拠は、英領北アメリカで同様に承認および適用され続けてきたものとまったく同じ諸原理なのである。Kent 裁判官は、*Cherokee Nation v. State of Georgia*, 5 Peter 1に言及し、こう述べている。

「裁判所は、インディアンが国内の従属した諸ネーション (domestic, dependent nations) であり、我々とそれら諸ネーションの関係は、後見人と被後見人の関係に類似している。彼らは占有している土地に対して1つの疑いの余地のない権利を有していた。その権利は、我々の政府に対して自発的に割譲するまでは消滅しない。3 Kent Comms. 383」

(強調は Calder 判決による)³¹⁾³²⁾

³¹⁾ *Ibid.* at 377-378.

³²⁾ 本稿では、nation を文脈に応じて「ネーション」または「国家」と訳出している。

(中略)³³⁾

したがって、合衆国において、入植のときに由来するインディアンおよびインディアンの土地に関する1つの伝統的な政策は、十分に確立した法の諸準則 (rules) にまでなっており、そのため、インディアンが保有する土地は、不可譲なプロパティであるけれども、当該保有と享有に関する限りは、譲渡するまで正当なものと扱われる、と思われる。言い換えると、本来所有権 (*dominium directum*) は合衆国にあるとされるが、準所有権 (*dominium utile*) はインディアンに帰属または保留されているものとして承認されている。…カナダに関していうならば、同様の慣行により、もっぱら国王に対する譲渡によって扱われるものとしてインディアン権原を常に承認してきたと考えるとき、この準則を明示的に実定法で定める立法行為がまったくないなら、合衆国連邦最高裁と同様に、不文のコモン・ローの1つの準則としてインディアン権原が存在した、と判示すべきである。そこにおいて裁判所は、不文のコモン・ローの1つの準則それ自体を実現する義務を負っている。したがって、インディアンのこれらの領土権は厳密な意味での法的権利であり、連邦結成において、連邦政府と州政府にプロパティと所有の権利 (proprietary rights) を配分する際に、インディアンの領土権を考慮し扱わなければならないかったということを前提に、英領北アメリカ法 (British North America Act) 第109条および第92条5節だけでなく、第91条24節を読み取り、解釈しなければならない。

(強調は Calder 判決による)³⁴⁾。

³³⁾ 中略は Calder 判決による。

³⁴⁾ *Calder, supra* note 4 at 378-379, cited *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*, [1886] 13 S.C.R. 577 at 612-613.

(中略)³⁵⁾

かなり説得力があると思われるこれらの論拠を要約すると、次のようにいえる。連邦結成のときに、インディアンは、国王の継続的な慣例と慣行により、狩猟地として占有していた譲渡していない土地における、ある特定の所有の利益を有していると考えられていた。この慣例はアメリカ大陸の植民地に適用できるコモン・ローの1つの準則になってきている、あるいは、そうした準則は国際法に由来し、こうしてインディアン諸ネーションに適用される植民地の法に組み込まれた。そして、インディアンのかかるプロパティは用益的なものに過ぎず、究極的な土地保有者としての国王以外に譲渡できないものであった³⁶⁾。

Watson 卿が書いた *St. Catherine's Milling 枢密院判決*³⁷⁾ の54頁³⁸⁾ で、先住民インディアンの利益 (Indian aboriginal interest) に関して、次のように言及されている。

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 Indian) は1つの人的用益的権利 (personal and usufructuary right) であり、主権者の恩恵

³⁵⁾ 中略は *Calder* 判決による。

³⁶⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 379, cited *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*, [1886] 13 S.C.R. 577 at 615-616.

³⁷⁾ *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*, (1888) 14 A.C. 46.

³⁸⁾ 正しくは「54頁から55頁にかけて」である。

(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[・]論[・]議[・]が[・]な[・]さ[・]れ[・]て[・]き[・]た[・]。し[・]か[・]し[・]、[・]枢[・]密[・]院[・]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[・] (強[・]調[・]は[・]Calder[・]判[・]決[・])³⁹⁾。

先住民の権利の性質を論じる際に肯定的に評価され、もっとも頻繁に引用されるのは、*Johnson v. McIntosh*⁴⁰⁾である⁴¹⁾。…この判決で Marshall 長官は次のように述べた。

他のすべてのヨーロッパ人を排除することで、排除したその国家に必然的にもたらされるものがあつた。それは、当該国家の発見(discover)が、先住民から土地を獲得し、そこでの入植を確立する唯一の権利を生じさせる、というものである。それは、他のヨーロッパ人の干渉を許さない1つの権利であつた。すべての者が自分自身のために主張し、他の

³⁹⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 380.

⁴⁰⁾ (1823), 8 Wheaton 543, 21 U.S. 240. [この注は Calder 判決による]

⁴¹⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 380.

者が主張したときに、すべての者が同意する権利であった。

発見した者と先住民との間で存在するそうした関係は、彼ら自身が統制すべきものであった。したがって、獲得した当該諸権利は排他的であり、他の勢力は彼らの間に干渉することはできなかった。

これらの関係が確立される中で、先住民の諸権利が完全に無視されることはなかったが、必然的にかかなりの程度、侵害された。先住民は土地を保有し、自由に土地を使用することを正当に請求できるだけでなく、法的にもそうしたことを請求できる、土地の正当な保有者であると認められていた。しかし、独立した国家がもつような完全な主権は必然的に減じられ、自由に土地を用い、そして誰に対してもそれを要求する権限は、発見が発見者に排他的な権原を与えるというもともとの基本原理 (original fundamental principle) によって否定された。

ヨーロッパの国々は占有者としての先住民の権利を尊重したが、究極的な支配権 (ultimate dominion) が本来、自国にあることを同時に主張した。先住民が土地を保有していても、この究極的な支配権の1つの帰結として、土地を付与する (grant) 権限を主張し、行使した。すべての者は、これらの付与を、インディアンの占有の権利にのみ服しつつ、被付与者に1つの権原を譲渡する、と理解してきた。

(強調は Calder 判決)⁴²⁾

Marshall 長官は1832年に *Worcester v. State of Georgia*⁴³⁾において、再度、先住民の権利問題を判断することになった。彼は、542頁から544頁にかけて、こう述べた。

⁴²⁾ *Ibid.* at 381-382, cited *Johnson v. McIntosh* (1823), 8 Wheaton 543 at 573-574.

⁴³⁾ (1832), 6 Peters 515, 31 U.S. 530, 8 L.ed. 483. [この注は Calder 判決による]

1つの広大な海でヨーロッパから隔てられているアメリカには、ある異なる人々 (distinct people) が居住し、別々の諸ネーションに分かれ、相互に、そして世界の他のネーションから独立していた。これら諸ネーションは、自らの独自の制度をもち、自己の法によって統治していた。世界の中の4分の1の者が4分の3の者に対する支配権の正当な始源的請求権 (rightful original claims)、または4分の3の者が占有していた土地に対する支配権の正当な始源的請求権を有することができた、という想定は理解しがたい。また発見が、発見した者に、発見した国における権利を当然に与え、その権利が、古来から土地を保有してきた者がもつ以前から存在する諸権利 (pre-existing rights) を消滅させる、という想定は理解しがたい。

…ヨーロッパの商人は、土地を所有している人々を、農業や製造業をわずかしか発展させておらず、戦争、狩猟および漁業を一般的な仕事としてしているとみなした。

大陸に向かって航行し、時にそこに上陸したこれらの商人は、大西洋から太平洋にわたる土地の1つの正当なプロパティを、彼らが属するいくつかの政府のために獲得したのだろうか、それとも彼らに命じたそれらの政府が獲得したのだろうか。あるいは、そこを占有している多くの人々に対する正当な支配権を獲得したのだろうか。そうではなく、自然すなわち偉大な万物の造物主が、農耕者や製造業者に、狩猟漁業者に対する正当なプロパティや正当な支配権を与えたのだろうか。

ただ、権力、戦争や征服が諸権利を与え、こうした諸権利は土地を保有した後において、世界で認められている。諸権利を受け継いだ者は、このことを決して争いえない。…

[この大陸の土地の獲得をめぐるヨーロッパ人同士の紛争を避けるために：守谷] ヨーロッパの諸国家にとって、これらすべての国家が認め、

諸国家の中でそれぞれの権利を決定する何らかの原理を確立することが必要であった。実際の状況に従って提示されたこの原理は、「発見が、臣民や権限をもつ政府に、他のすべてのヨーロッパ政府に対抗する権原を与え、権原は土地の保有によって完成されうる」、というものであった。

すべての者の利益にかなうがゆえに、すべてのヨーロッパ人が認めたこの原理は、発見による必然の結果として、土地を獲得し、その土地に入植する唯一の権利を発見した国家に与えた。この原理は、これに同意した諸国家の中で競合する権利を遮断する1つの排他的権利であったが、これに同意していなかった者が有する以前からの権利を消滅させることのできるものではなかった。当該原理は、ヨーロッパの発見者の中で、発見によって与えられた権利を統制するものであった。しかし、かつての占有であろうとも、はるか昔になされた発見によるものであろうとも、すでに土地を保有している者の権利に影響を与えることはできなかった。それは土地を購入する排他的権利を与えるものであったが、保有者の土地を売却する権利を否定するものではなかった。

(強調は *Calder* 判決)⁴⁴⁾

インディアンは、占有していた領土に対する公正な請求権だけでなく法的な請求権も有する、という見解は、*United States v. Alcea Band of Tillamooks*⁴⁵⁾ という1946年に下されたつい最近の判決で、合衆国連邦最高裁によって確認された。この判決は、次のように判示した。インディアンの請求に関する1935年法は、インディアンにいかなる実体的権利も与えるものではない。すなわち、インディアンの同意を得ず、そしてインディアンに補償す

⁴⁴⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 383-385.

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

ることなく、彼らの土地を収用することに対する道徳的請求権を法的請求権に変えるものではないのである。というのは、インディアンはすでに有効な法的請求権を有しており、そうしたものを創設する必要がなかったからである、と。インディアンは、かつて、違法な収用であるとして訴訟を起こすには、合衆国政府の同意を得ることが必要とされていたが、当該法令はその要件を単に削除したに過ぎない。この判決は、まさに、以前から土地を保有していることに基礎づけられた「インディアンの始原的権原 (original Indian title)」に関する連邦最高裁の承認に基づいている。当該判決は、「インディアンは、インディアンの始原的権原によって保持している土地の強制的な収用 (involuntary taking) から生じる、補償を求める1つの訴訟原因を有している」と判示した。Vinson 長官はこの判決の45頁⁴⁶⁾でこう述べた。

1935年法の文言は明確であり、その結論は、はっきりしている。この法律によって、連邦議会は法的責任を認めてもいないし、否定してもいない…。

インディアン・トライブが占有している土地に対する権原は、発見によって主権者に付与される、と長らく判示されてきた。インディアン・トライブが始原的に、そして以前から保有しているため、この権原は、彼らの利益にかなう占有の権利に服している、と考えられていた。我々がまさにここで取り組んでいるのは、この占有の権利の内容であり、このインディアンの始原的権原の内容なのである。

インディアンの始原的権原は、主権者以外の者に対する完全な所有権 (complete ownership) の保障が認められていた。しかし、その占有の権利を自由に消滅させる排他的な権限を有している、主権者による積極

⁴⁶⁾ 正しくは「45頁から48頁にかけて」である。

的な行為には脆弱であった。主権者の行為による当該権利の消滅は完全なものであり、その土地はインディアンの請求から自由であり、妨げられるものではなかった。第3者は、占有の権利の消滅の手段の公正さと公平さを問題とすることができなかった。インディアン自身も、トライブの土地の収用を防いだり、権原の消滅を妨げたりすることはできなかった。しかしながら、今ここで問われているのは、インディアンの始原的権原によって保持している土地の強制的な収用から生じる、補償を求める1つの訴訟原因を有するかどうかである。

(中略)⁴⁷⁾

これと相容れない判断は、インディアンの始原的権原を消滅させる伝統的な方法の明瞭な意味を無視することになる。初期のインディアンの土地の獲得は、概して、交渉や条約という1つのプロセスを通じて進められており、前掲の *Worcester v. Georgia* の中ではっきりと詳述されているように、最初の諸条約は、インディアンの請求に対し、顕著な敬意を示していることを明らかにしている。同意も補償もない土地の譲渡を強いることはない、というのが通常の政策であった。19世紀における西部開拓の大きな推進力は、苛烈な扱いを生み出したものの、インディアンの始原的権原を交渉に基づいて消滅させるという確立した慣行を完全に覆すものではなかった。1896年に当法廷は、合衆国の領土にいる、ほとんどすべてのインディアンのトライブとバンドが、合衆国政府と何らかの条約を締結している関係にあることに言及した。 *Marks v. United States*, 161, U.S. 297, 302 (1896). 主権者の慈悲を超える何かによって、

⁴⁷⁾ 中略は *Calder* 判決による。

インディアンの始原的権原を考慮し、はっきりと関心を示す結果がもたらされた。

(強調は *Calder* 判決)⁴⁸⁾

カナダでも、同様の検討がなされた。広大な土地にわたるカナダ西部のインディアンと条約が締結された。Kerr 氏の *Historical Atlas of Canada* (1961) 57頁の地図81番を参照。これらの条約は、インディアン権原の1つの承認であった⁴⁹⁾。

Re Southern Rhodesia 判決⁵⁰⁾の233頁⁵¹⁾で Sumner 卿は以下のように述べた。

いかなる事案においても、厳密な意味での権利というためには、その権利が私有財産権の権利のカテゴリーに属することを示す必要があった。ここでいう私有財産権とは、例えば征服が行われたが、明示的な没収や公用収用法がない場合に推定されるものや、征服者が尊重し、縮減または修正することを控えてきたものである。

先住トライブの諸権利の評価には、常にそれに内在する難しさがある。いくつかのトライブは社会の組織化の規模が非常に小さいため、彼らの権利および義務に関する慣例や概念は、文明化した社会の諸制度や法的観念と調和しえないものである。こうした溝を橋渡しすることは、不可能である。こうした人々に、我々の法でいうところの権利を投影し、我々になじみのある譲渡可能なプロパティの権利の内容に変えることは、馬

⁴⁸⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 385-386.

⁴⁹⁾ *Ibid.* at 386-387.

⁵⁰⁾ [1919] A.C. 211. [この注は *Calder* 判決による]

⁵¹⁾ 正しくは「233頁から234頁にかけて」である。

鹿げているであろう。本件では、擬制による法定相続を受けた各人およびすべての人を、「すべてのトライブよりも優れた」土地所有者とするだろう。他方で、我々の法概念と違うかたちで発展し、我々自身のものとして決して同じではない法概念をもつ先住民が存在する。先住民の法概念を研究し理解するならば、それらは英法の下で生じる諸権利と同様に、裁判で実現することのできる権利である。

(強調は Calder 判決)⁵²⁾

Johnson v. McIntosh において Marshall 長官は、*Campbell v. Hall*⁵³⁾ という英国の判決に言及していた。この判決は、コモンウェルス諸国と合衆国全体の先例とみなされてきた重要かつ決定的なものであった。この判決は、英国軍がフランスとの戦争で最近取得したグレナダ島の住民の権利および地位に関わるものであった。Mansfield 長官は1047頁⁵⁴⁾で、以下のような理由づけを示し、判決を下した。

[次に示すいくつかの命題は、論争の余地がないものである：守谷] …
第1に、英国軍が征服した国は、国王の権利において国王の自治領となる。そのため、必然的に、自治領は英国議会の支配のもとにある。

第2に、国王の保護を受けることになった被征服国の住民は、英国臣民となる。その点において、あまねく、敵や外国人ではない者とみなされる。

⁵²⁾ *Calder, supra* note 4 at 387, cited *In re Southern Rhodesia* (1919), A.C. 211 at 233-234.

⁵³⁾ (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045. [この注は Calder 判決による]

⁵⁴⁾ 正しくは「1047頁から1048頁にかけて」である。

第3に、譲渡に基づく降伏文書の諸規定や割譲による和平条項は、それらの規定の忠実な意図と意味に従い、神聖かつ不可侵なものである。

第4に、すべての自治領の法と政府は、その領域内にいるすべての者とすべてのプロパティに等しく影響を及ぼし、それは、そこで生起するすべての問題に関して判断するルールである。そこで取得し生活しまたは訴えを提起するすべての者は、その法のもとにある。アイルランド、ミノルカ、マン島や植民地にいる英国人は、先住民と異なる特権を有しない。

第5に、被征服国の法は、征服者が変更するまで効力を有し続ける。

…

第6に、国王（ここでいう国王とは、常に、英国議会の同意のない国王を意味する）が被征服国の法を変更し、新たな法を導入する権限を有しているならば、この立法は英国議会における国王自身の権限に服するため、国王は、基本原理に反するいかなる変更もなしえない。国王は、その特定の自治領から一人の住民を除外することはできない。例えば、交易に関する法や英国議会の権限から除外することはできず、また国王は、他の臣民にはない特権を与えることはできず、想定しうる他の多くの例においても同様である⁵⁵⁾。

なおさら (*A fortiori*) 同じ諸原理、とりわけ5と6が、発見や宣言によって英国の主権に服することになる土地に適用されなければならない⁵⁶⁾。

⁵⁵⁾ *Calder, supra* note 4 at 387-389.

⁵⁶⁾ *Ibid.* at 389.

条約によって取用されたインディアンの土地は、国王とその当時土地を占有していたインディアン・トライブとの間で交渉がなされ締結された。こうしたすべての地域において、上記の諸原理は重要性を有する。*White and Bob*⁵⁷⁾判決において多数意見を書いた Davey 控訴審裁判官（当時）は、その197頁で以下のように、これらの条約の効果を論じた。

国王またはハドソン湾会社が、白人の入植者のためにインディアンから土地を購入する、というのが大英帝国政府とハドソン湾会社の長年にわたる政策であった。この政策を実行するにあたり、土地の購入のために、多くの協定が様々なインディアンのバンドやトライブと結ばれた。非常にフォーマルなかたちのものも、インフォーマルなかたちのものもあった。これらの協定はしばしば、このように売却された占有されていない土地における狩猟権を譲渡人に付与した。この国の植民地化における国王とハドソン湾会社の関係や、こうした協定の中に反映されている大英帝国とハドソン湾会社の政策を考えると、証拠⁵⁸⁾を、私人の売主と私人の購入者との間で交わされた土地の売却の協定にすぎないとみることはできない。これらの事実に関する悪評からすると、連邦議会が、

⁵⁷⁾ (1965), 52 W.W.R. 193. 筆者があたった原典は、*Regina v. White and Bob* (1965), 50 D.L.R. (2d) 613であり、該当頁は617頁から618頁である。

⁵⁸⁾ 「証拠8」とは、1854年12月23日に Saalequun トライブの構成員と Douglas 総督が、ハドソン湾会社に土地を販売するために締結した協定を指す。

⁵⁹⁾ インディアン法第87条は次のように定める。「何らかの条約およびカナダ連邦議会が定める他の何らかの法律を条件とし、時宜に応じて州に効力を有し一般的に適用されるすべての法律は、その州のインディアンに対して適用できる。ただし、それらの法律が、この法律またはこの法律に基づく命令、規定、規則もしくはこの法律に基づきバンド評議会が制定する法 (by-law) と両立しない場合およびそれらの法律が、この法律が規定する事項に関して定める場合は、この限りでない。」訳出にあたり、Sharon Helen Venne, *Indian Acts and Amendments 1868-1975, An Index Collection* (Native Law Centre, 1981) を参照した。

かかるすべての協定を含む目的で、そして〔インディアン法 (*Indian Act*, R.S.C. 1952) : 守谷] 第87条⁵⁹⁾が作用する部分からこれらの協定を除く目的で、第87条で「条約」という文言を用いたことは間違いない。

(強調は *Calder* 判決)⁶⁰⁾

この判決を受け、国王が当法廷に上訴した。Cartwright 裁判官 (当時) は以下のように述べ、上訴を却下した⁶¹⁾。

我々は、証拠 8 の文書はインディアン法 [R.S.C. 1952, c. 149] 第87条で用いられている意味での「条約」である、という控訴審判決の多数意見の結論を正当と考える⁶²⁾。…

*Attorney General for Quebec v. Attorney General for Canada*⁶³⁾ の408頁で Duff 裁判官 (当時) は、インディアンの権利は「1つの用益的権利にすぎず、その性質上、国王への譲渡を除き不可譲であるという意味において1つの人的権利である」と述べた⁶⁴⁾。

先住インディアンの権原 (aboriginal Indian title) は、条約、勅令または立法に依存するものではない。*Cramer v. United States*⁶⁵⁾ で法廷意見を書いた Sutherland 裁判官は、この主題を以下のように論じた。

⁶⁰⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 389.

⁶¹⁾ 52 D.L.R. (2d) 481. [この注は *Calder* 判決による]

⁶²⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 389-390, cited *Regina v. White and Bob* (1966), 52 D.L.R. (2d) 481 at 481.

⁶³⁾ [1921] 1 A.C. 401. [この注は *Calder* 判決による]

⁶⁴⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 390.

⁶⁵⁾ (1923), 261 U.S. 219. [この注は *Calder* 判決による]

何らかの法令や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。…当法廷は、*Broder v. Natoma Water & Min. Co.* 101 U.S. 274で、…1866年法が、水路や運河の建設のための通行権を確認し確定していることは、以前から存在する権利を有効なものとして宣言するものだと判示し、こう述べた⁶⁶⁾。「運河や水路を建設した者の権利とは、…⁶⁷⁾政府がその行為によって、1866年法の当該規定のもとで承認し促進し、そして保護する義務を負う権利であり、このことは、当法廷の確立した法理である。我々は、ここで引用した当該法律のこの規定が、以前から存在する1つの保有の権利を自発的に承認したものであり、それは、新たな請求権の確立というよりも、むしろ継続的な使用を求める1つの確たる根拠のある請求権を構成する。」⁶⁸⁾⁶⁹⁾

本件控訴審判決は *United States v. Santa Fe Pacific Ry. Co.*⁷⁰⁾ を引用し、この判決に依拠することを表明した。この判決は、先住民の権利問題に関する近代の重要な判決だということをよく考えなければならない。私の考えでは、控訴審判決は *Santa Fe* 判決の適用を誤った。*Santa Fe* 判決における Douglas 裁判官の判示を読むと、このことがはっきりとわかる。彼はこう述べていた。

先住民の所有を立証するのに必要な占有は事実問題であり、他の事実問題と同じように決定されるものである。当該土地が（多くのドライブ

⁶⁶⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 390, cited *Cramer v. United States* (1923), 261 U.S. 219 at 229.

⁶⁷⁾ 中略は、*Cramer v. United States* (1923), 261 U.S. 219 at 229による。

⁶⁸⁾ 強調は、*Broder v. Natoma Water & Min. Co.*, (1879) 101 U.S. 274 at 276による。

⁶⁹⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 390-391.

⁷⁰⁾ (1941), 341 U.S. 339. [この注は *Calder* 判決による]

がさまよい歩いている土地と区別される) Walapais によって排他的に占有された確定した領土を構成するという意味で、Walapais の古来からの居住地であり、またそこに含まれるという 1 つの事実を立証したならば、消滅していない限り、Walapais は「インディアン権原」を有しており、1866年の鉄道建設のための土地の付与にもかかわらず、なおインディアン権原が存在した。*Buttz v. Northern Pacific Railroad* [119 U.S. 55].

(中略)⁷¹⁾

Cramer 合衆国連邦最高裁判決は、スペイン法のもとで存在していた可能性のある Walapais の権利がどのようなものであれ、メキシコが割譲した土地が、インディアンの占有の権利を尊重する政策から除外されないことを当然の前提にしていた。*Cramer* 判決はインディアン個人の占有の問題に関するものであったが、当法廷は、そうした占有を「もとの遊牧民トライブ (original nomadic tribe) の占有」と異なる扱いをすべきではない、と判示した。[261U.S. p227]. …

(中略)⁷²⁾

何らかの特定の土地に対するトライブの請求は条約、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、と被上訴人が主張するのは正当でない。*Cramer* 判決が明確に述べていたように、「何らかの法令や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

⁷¹⁾ 中略は *Calder* 判決による。

⁷²⁾ 中略は *Calder* 判決による。

⁷³⁾ *Calder, supra* note 4 at 391-392, cited *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.* 314 U.S. 339, (1941) at 345-347. 強調は *Calder* 判決による。

という事実は、決定的なものではない。」261U.S. at229.⁷⁴⁾

控訴審判決が *United States v. Alcea Band of Tillamooks*⁷⁴⁾ で問題となった諸論点を誤解したことも、また明らかである。このことは、*Lipan Apache Tribe v. United States*⁷⁵⁾ における Davis 裁判官の判示からはっきりとわかる。この判決では、連邦加盟前にテキサスが積極的に承認することが、インディアン権原に関する法的主張に不可欠であると主張したところ、認められなかった。裁判所はこう述べた。

この却下の申立てに基づき、請求者であるトライブが長年にわたり他の者を排除し、テキサスにおける特定の土地を使用し占有してきたという事実に基づく主張を受け入れなければならない。こうした継続的かつ排他的なプロパティの使用は、正当に消滅していない限り、インディアン権原すなわち土地権を立証するのに十分である。例えば *Sac and Fox Tribe v. United States* 179 Ct.Cl.8, 21-22 (1967) およびそこで引用された諸判決を参照。1836年にテキサス共和国が創設される前に、かつての主権者であるスペインやメキシコ（一定の範囲においてはフランス）は、北米大陸の領土におけるインディアンの先住民の権利を切り下げることをしなかった。最高裁は、インディアン権原を判断するにあたり、かつてスペイン、メキシコまたはフランスの主権のもとにあった土地を、この国の他のプロパティと異なって扱うべきではない、ということを示して示してきた。 *United States v. Santa Fe Pac. R. R.*, 314 U.S. 339, 345-46 (1941). 各事案において、インディアンの保有が証明されたとき、それを適切に尊重しなければならない。 *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. (8

⁷⁴⁾ (1946), 329 U.S. 40. [この注は Calder 判決による]

⁷⁵⁾ (1967), 180 Ct. Cl. 487. [この注は Calder 判決による]

Wheat.) 543, 571, 574, 592 (1823); *Mohave Tribe v. United States*, 7 Ind. Cl. Comm. 219, 260-61 (1959), *Washoe Tribe v. United States*, 7 Ind. Cl. Comm. 266, 288 (1959).

しかし請求委員会は、たとえ請求者がかつて土地権を保有していたとしても、占有の権利はテキサスが1つの独立国となった1836年の後に失われた、と認定した。委員会は、土地権の存続が主権者の積極的な承認に依存し、「共和国はインディアンに占有の権利を与えていなかった…⁷⁶⁾」と考えているように思われる。併合のときに、テキサスにおいてこうした土地の権利が存在しないなら、トライブは、訴訟原因に必要な1つの要素を証明したことにならず、権利の回復 (recovery) を阻まれた。

請求委員会と被上訴人が、積極的な政府の承認または承認が始原的権原の存在の1つの前提条件と考えている限りにおいて、それらは誤りである。先住民の保有に基づくインディアン権原は、その存続が主権者の承認や積極的な受容に依存するものではない。実際に保有の事実が立証されたなら、インディアン権原は消滅または放棄されるまで存続する。*United States v. Santa Fe Pac. R.R.*, supra, 314 U.S. at 345, 347. 「インディアン権原は適法に消滅するまで、すべての裁判所で尊重されるのである…」。⁷⁷⁾*Johnson v. McIntosh*, supra, 21 U.S. (8 Wheat.) at 592. *Clark v. Smith*, 38 U.S. (13 Pet.) 195, 201 (1839), *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 405, 420, 439 (1832), *Mohave Tribe v. United States*, supra, 7 Ind. Cl. Comm. at 262を参照。

正確に審理するということは、テキサス共和国がインディアンに何らかの権利を認めたり付与したりしたかどうかではなく、主権者がイン

⁷⁶⁾ 中略と引用符は *Lipan Apache Tribe v. United States* (1967), 180 Ct. Cl. 487 at 491による。

⁷⁷⁾ 中略と引用符は *Lipan Apache Tribe v. U.S.* (1967), 180 Ct. Cl. 487 at 492による。

ディーンの以前から存在する占有権を消滅させたかどうかを検討することである。消滅にはいくつかの形態がありうる。「条約、剣、購入や占有の権利に対する完全な支配権 (complete dominion) の行使または他の手段…」⁷⁸⁾によって効力が発生しうる。*United States v. Santa Fe Pac. R.R.*, *supra*, 314 U.S. at 347. 消滅の手段の選択は政府の1つの特権であるが、消滅に関して行われる現実の1つの行為 (または複数の行為) は、簡潔かつ明白 (plain and unambiguous) でなければならない。主権者が、プロパティの「[請求者]のすべての権利を消滅させることを意図していた」という公的記録の中での「明瞭かつ簡潔な意思の表示 (clear and plain indication)」⁷⁹⁾が存在しなければ、インディアン権原は継続して存在する。*Id.* at 353.

(強調は *Calder* 判決)⁸⁰⁾

確かにカナダの諸条約は、国王のために、インディアン権原を消滅させる目的で、非常に厳粛に締結された。これらの条約にかなう他の目的とは何であろうか。もし仮に条約がインディアンの権利を消滅させることを意図していなかったならば、条約が著しい欺瞞となることからすると、そうしたことを前提とすべきではない。条約8は、ブリティシュ・コロンビア州と北西準州のある区域で、ビクトリア女王とインディアンの代表者の利益になるよう1899年に締結された。条約は、カナダにおける女王の枢密院によって批准された。1871年に「ブリティシュ・コロンビアが：守谷」連邦に加盟するより前に、インディアンが有していたであろう権利が消滅した、といういか

⁷⁸⁾ 中略と引用符は *Lipan Apache Tribe v. U.S.* (1967), 180 Ct. Cl. 487 at 492による。

⁷⁹⁾ 中略と引用符は *Lipan Apache Tribe v. U.S.* (1967), 180 Ct. Cl. 487 at 492による。

⁸⁰⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 392-393, cited *Lipan Apache Tribe v. U.S.* (1967), 180 Ct. Cl. 487 at 491-492.

なる主張や提議も、条約の特定の文言と完全に相反する。この点に該当する条約の文言は次のとおりである。

前記の受託者は以下で明記し記述する地域に居住する Cree、Beaver、Chipewyan および他のインディアンと1つの条約を締結する交渉の手続きを進めてきたこと、ならびに各バンドが同様のことを以下で記す日付に合意し締結したという事実⁸¹⁾に照らしてみれば、当該インディアンは、以下の範囲に含まれる土地に対するすべての権利、権原およびいかなる特権も、女王陛下およびその後継者のために、カナダ自治領政府に永久に、ここに割譲し放棄し譲渡し明渡す。すなわち…⁸¹⁾

ならびに北西準州、ブリティッシュ・コロンビア州またはカナダ自治領の他の地域のいずれにおいても、他のすべての土地に対する、当該インディアンのすべての権利、権原および特権。

ならびに女王陛下およびその後継者に対し永久に、同様のものをもちかつ保有すべきことを目的とする。

(強調は Calder 判決)⁸²⁾

もし1899年にブリティッシュ・コロンビア州にインディアン権原が存在しなかったならば、当該条約の締結の交渉を行い批准した理由はどこにあるのだろうか。

当該土地に対するある特定の権利または権原を有しているという Nishga たちの請求に類似し支持するものは、1763年国王布告におけるインディアン

⁸¹⁾ 中略は Calder 判決による。

⁸²⁾ *Calder, supra* note 4 at 394.

の権利の保障である。この布告は、英国議会の制定法の効力を有する1つの勅令であり、*St. Catherine's Milling* 判決⁸³⁾の652頁で Gwynne 裁判官が「インディアン権利章典(Indian Bill of Rights)」と評したものであった。*Campbell v. Hall*⁸⁴⁾も参照。1つの法令としてのその効力は、大英帝国すべてにおよぶ法であると常に考えられてきた、マグナ・カルタの地位に類似している。英国は、新たに発見しまたは獲得した土地や領土に対する権限を前提としていたように、国王布告はマグナ・カルタという旗にならった1つの法であった。したがって、植民地法有効化法 (*Colonial Laws Validity Act*) は、国王布告がブリティシュ・コロンビア州の法となるよう適用された、ということになる。英国の法とみなしたことは、改正が望ましいと考え、カナダ連邦議会の制定法すなわち1774年ケベック法 (*Quebec Act of 1774*) によって改正がなされた、という事実から明らかである⁸⁵⁾。

この布告に関していうと、英国は、探訪していた他国が先住民の権利を冷酷に無視していたときに、北米のインディアンに対して十分に理解を示していた、といえる。国王布告は、始原的権利に関して公正な決定をするときに依拠する、1つの基本的文書とみなしなければならない。実際に *Province of Ontario v. Dominion of Canada*⁸⁶⁾の103頁から104頁にかけて、Idington 裁判官が次のように論じていた。

英国国王による賢慮、人道そして正義から生まれた一連の政策は、インディアンが有している可能性のある権利に関して、インディアンと

⁸³⁾ *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* [1886], 13 S.C.R. 577.

⁸⁴⁾ *Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045.

⁸⁵⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 394-395.

⁸⁶⁾ (1909), 42 S.C.R. 1. [この注は *Calder* 判決による]

の今後のすべての関係の中で遵守されるべきものであり、その政策は、1763年のパリ条約の締結の後、とりわけ同条約によって英国国王に割譲され、ケベックに別の政府が創られた後に打ち立てられた1763年国王布告ではっきりと示されていた。

それ以来、国王の名誉 (*honour of the Crown*) に責任を有する者が堅持してきたその政策は、多くの条約の締結をもたらした。それにより、インディアンは、条約でそれぞれ特定された地域において有していたとされる権利を譲渡することに同意した。

これらの譲渡条約においては、概して、居住地に立ち入りまたは居住地に限定する目的で、インディアンに提供された保留地が存在した。

こうした関係の歴史は、*The Queen v. St. Catherines Milling Co.* 10 O.R. 196, affirmed 13 O.A.R. 148で Boyd 大法官の判示できわめてはっきりと示されている。

(イタリックは Calder 判決)⁸⁷⁾

したがって布告が Nishga たちに適用されるかという問題は、本上訴と直接関連する。カナダの州裁判所の多くの事案でこの点が扱われてきたが、当法廷で具体的に論じられたことは一度もない。

そのため、先例のないものの1つとして当該問題を正面から論じる必要があり、史料とコモン・ローの諸原理を適切に考慮しながら判断する必要がある。

ブリティッシュ・コロンビア州控訴審の裁判官らは、この重要な問題について意見が一致しなかった。*White and Bob* 判決の218頁から232頁にかけて、

⁸⁷⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 394-396.

Norris 裁判官がその理由づけの中でこの主題に網羅的に扱っている。218頁でこう述べている⁸⁸⁾。

1763年国王布告は、先住民の権利を宣言し確認するものであり、この布告はバンクーバー島に適用された。

英国にとって1763年布告は、インディアンが多かれ少なかれ英仏双方の側に積極的に関わった北米でのフランスとの戦争、そして、それに伴い、戦争を終結させる1763年パリ条約 (*Treaty of Paris of 1763*) から生じた1つの状況を処理した。そこで英国が直面した問題とは、1つの権力によって1つの大陸を管理することであった。それゆえに、そこでの利益は、沿岸に限定されたものであった。探訪を進めるにつれ、たとえ1つの一般的な方法に過ぎないとしても、内部から西部にわたる先住民をなだめ、交易を促進し、主権を行使し、司法を運営しなければならなかった。これは、英国の入植が確立するまで必要とされた。19世紀の終わり間近まで、この大陸において程度や場所は様々であったが、大英帝国の権力の前に立ち現れた1つの状況であった。これらの環境の中で、先住民の権利の存在を宣言し、それに関する政策を示すことがきわめて重大なことであった。これが1763年国王布告の目的であり実体であった。そこで示された諸原理は、そのときから現在に至るまでインディアンの権利の憲章であり続けていた。当該諸原理は、インディアンの権利が関係する、合衆国と締結した様々な条約の中で承認され、合衆国と地続きとなっている土地においては、国王およびハドソン湾会社とインディアンとで締結された諸条約の中で承認された⁸⁹⁾。

⁸⁸⁾ 筆者があたった原典は、*Regina v. White and Bob* (1965), 50 D.L.R. (2d) 613であり、該当頁は636頁である。

⁸⁹⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 396-397.

国王布告が先住民の権利を宣言し、バンクーバー島に適用された、と正しく結論づけた。もし国王布告がバンクーバー島に適用されるなら、本島のインディアンにも適用されることになる。Lord 裁判官が同意した Sheppard 裁判官の判示によると、布告はバンクーバー島に適用されない。当法廷の相対多数意見はこれを支持したが、布告の適用がブリティシュ・コロンビア州の領土を含むよう拡大されるか否かという問題を論じなかった。

ブリティシュ・コロンビア州最高裁判決において Gould 裁判官は、Norris 裁判官の見解に親和的な Sheppard 裁判官および Lord 裁判官の見解を受け入れた。*White and Bob* 判決における Sheppard 裁判官の意見は、1763年におけるロッキー山脈から太平洋にまたがる広大な土地の存在の認識に関する不完全な情報に基づくものであった、というのが私の考えである⁹⁰⁾。

*R. v. Sikyea*⁹¹⁾の66頁で Johnson 裁判官はこう述べた⁹²⁾。

占有されていない国王の土地で食料を得る目的での狩猟漁業権は、初期の頃は、当該土地の「所有権」に付随するものとして、後においては、インディアンがこれらの土地における所有権を譲渡した条約によって、常にカナダで承認されてきた。*Rex v. Wesley*, [1932] 2 WWR 337, 26 Alta LR 433, 58 CCC 269において McGillivray 裁判官は、土地におけるインディアンの権利の起源、歴史および性質と、土地を譲渡する条約に基づくインディアンの権利の起源、歴史および性質の双方を検討した。彼が述べたことを繰り返す必要はなく、これらの権利が1763年パリ条約に伴って出された国王布告に起源を有する、ということで十分である。

⁹⁰⁾ *Ibid.* at 397.

⁹¹⁾ (1964), 46 W.W.R. 65. [この注は Calder 判決による]

⁹²⁾ 筆者があたった原典は、*Sikyea v. R.* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150であり、該当頁は152頁である。

… [布告が定める地域からその適用範囲を検討し、どこに居住していた先住民が布告に基づき権利を主張しうるのか：守谷] という事実は重要ではない。というのは、カナダ政府は、ハドソン湾会社が主張している土地に居住していたインディアンを含む、カナダのすべてのインディアンを、土地における利益を有するものと扱ってきたからである。インディアンが土地における利益を有していたため、土地の譲渡を有効とする条約が必要とされていた⁹³⁾。

当法廷は、*Sikyey v. The Queen*⁹⁴⁾の646頁で、Johnson 裁判官の見解に同意することを表明した。私はこの判決で次のように述べた。

本件の実体的問題について、私は前掲控訴審判決における Johnson 裁判官の理由づけと結論に同意する。彼は、歴史的背景や法的背景における重要な諸論点を十分にそして正確に論じており、彼の書いた判決に付け加えるものはない⁹⁵⁾。

布告の文言それ自体からして、ロッキー山脈西部の土地を含むことを意図していたことは、きわめて明らかだと思われる。これに関連するパラグラフは次のように規定する。

さらに我々は、前記のように当分の間、当該インディアンの使用のために、3つの当該新政府の区域またはハドソン湾会社に付与された区域に含まれない、すべての土地および領土、前記の西部と北西部の海にそ

⁹³⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 397-398.

⁹⁴⁾ [1964] S.C.R. 642. [この注は *Calder* 判決による]

⁹⁵⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 398.

そぐ川の水源の西部に位置するすべての土地および領土も同様に、我々の主権、保護および自治領のもとで保留することが、国王の意思と恩恵であることを宣言する⁹⁶⁾。

[インディアンに保留される領土に含まれないものが上記の2つだけであることは：守谷]、このパラグラフの起草者が、西部から北西部にかけて流れている川の水源の西側の領土が存在することを、十分に意識していたことをはっきりと示している⁹⁷⁾。

本件の当事者は、消滅させるなら、1858年からブリティッシュ・コロンビアが連邦に加盟する1871年の間になされなければならなかった、ということに同意している。被上訴人は、Douglas 総督と彼の後を継ぎ1864年に総督になった Frederick Seymour が消滅させた、と主張する。

土地権がいったん立証されたならば、反証がなされるまで土地権は継続して存在すると推定される。*Amodu Tijani* 判決の409頁から410頁にかけて Haldane 子爵が、これを法であると宣言した。彼は以下のように述べた。

… [ナイジェリア最高裁 Speed 長官：守谷] は、コミュニティの用益権という法の現実を事実上排除し、先住民コミュニティが占有していた土地に対する権原の実際の性格を承認し損なった、と考えられる。枢密院が指摘してきたように、その権原は一見したところ (*prima facie*) 英法になじみのある個人の所有権ではなく、1つのコミュニティの用益権を基礎とした占有 (*communal usufructuary occupation*) に基づいている。この権原は完全なものであり、君主の根本的な権利 (*radical right*)

⁹⁶⁾ *Ibid.* at 398-399.

⁹⁷⁾ *Ibid.* at 399.

を、単に行政の干渉というかなり限定的なものに過ぎない権利に減じる権原であるかもしれない。コミュニティの用益的権原のこの性質が、ベニン国王がラゴスを征服したとき、または1861年に英国国王に割譲されたときに、法的に侵害されたという証拠はない、というのが枢密院の見解である。割譲条約で用いられる一般的な文言それ自体で、問題となっている権利を消滅させるものと解釈されるべきではない。先住民の始原的権利は1つのコミューナルな権利であり、文脈または状況から反証がなされないならば、存在し続けると推定されなければならない。枢密院の見解によると、この権利が強く侵害され、さらには問題視された証拠はない。これらの事情を考えると、[ナイジェリアの：守谷] 最高裁長官そして [ナイジェリアの：守谷] 大法廷が採用した見解を採用することはできない。

(強調は Calder 判決)⁹⁸⁾

上訴人の主張は、英国国王が先住民の権利を尊重する意図を有していた、という前提に基づいている。このことからすると、Nishga の人々が英国の主権の支配に服したとき、…彼らは1つの法的権利としてインディアン権原を主張する資格を有していた。法的権利であるため、国王への譲渡や消滅の権限を有する立法権に基づく特定の立法によるものを除き、消滅させることは不可能であった。Nishga らが譲渡したことはなく、連邦加盟前のブリティッシュ・コロンビア植民州も連邦加盟後のブリティッシュ・コロンビア州も、インディアン権原を消滅させることを明確に意図した立法を制定しなかった。オタワの連邦議会もまた同様であった。Oyekan v. Adele⁹⁹⁾ の788頁で Denning 卿が示した判断は、その立場をはっきりと示すものである。彼はこう述べた。

⁹⁸⁾ *Ibid.* at 401-402.

⁹⁹⁾ [1957] 2 All E.R. 785. [この注は Calder 判決による]

どのような権利が国王に譲渡され、どのような権利を住民が保持しているのかを検証するためには、裁判所は条約ではなく英国国王の行為に目を向けなければならない。…

…どのような権利が承認されているかを考察するにあたり、1つの指針となる原理がある。それは次のものである。裁判所は、英国国王は当該住民のプロパティに関する諸権利が十分に尊重されるべきだと考えていることを当然の前提とする。それゆえに、英国国王は主権者として、公共の目的のために土地を強制的に獲得する立法を制定することができるけれども、先住民法 (native law) によって土地における利益を有しているすべて住民に対し、適切な補償がなされるべき、と考えらえられる。そうした利益が英法において知られていない種類のものであったとしても、裁判所は、当該住民はかかる利益にしたがった補償を受ける資格を有する、と判示する。*Amodu Tijani v. Southern Nigeria* (Secretary) ([1921] 2 A.C. 399) および *Sakariyawo Oshodi v. Mariamo Dakolo* ([1930] A.C. 667) を参照。

(強調は Calder 判決)¹⁰⁰⁾

[*Symonds* 判決¹⁰¹⁾や前掲の *Lipan Apache* 判決¹⁰²⁾における Davis 裁判官の判示からすると：守谷]、主権者がインディアン権原を消滅させる意図を有していたことを立証する責任は被上訴人にあり、その意図は「明瞭かつ簡潔 (clear and plain)」に示されたものでなければならないことは、疑問の余地

¹⁰⁰⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 402-403.

¹⁰¹⁾ *Queen v. Symonds* (1847), N.Z.P.C.C. 387.

¹⁰²⁾ *Lipan Apache Tribe v. United States* (1967), 180 Ct. Cl. 487 at 492.

¹⁰³⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 403-404.

のないことと思われる¹⁰³⁾。

主権の対外行為の法理 (Act of State doctrine) は、次の理由により本件に適用されない。(a)土地権に基づく請求に係る事案はこれまで一度もなかった。その理論的根拠を検討する観点からいえば、裁判所がこうした事案に当該法理を拡大することはきわめて不適切といえよう。(b)主権の対外行為の法理は、主権の対外行為が国内裁判所 (municipal Court) の審査権限を認めないとする主権者の権限行使である、という前提に基づいている。…当該主権者が別の主権者との関係で (割譲条約や征服によって) 土地を獲得するとき、請求者が主権者によるプロパティの獲得と両立しないプロパティの権利を主張する限りにおいて、国内裁判所は管轄権を有しない。主権の対外行為による獲得がその例である。本件控訴審判決が依拠した諸判決の理由 (*ratio*) は、主権の対外行為の審査の際に、国内裁判所が2つの主権国家間で締結されたある条約を履行することになるならば、主権の行為を審査しえない、というものであった。*Cook v. Sprigg*¹⁰⁴⁾, *supra* at p.578, *Vayjestingji Joravaisingji v. Secretary of State for India*¹⁰⁵⁾, *supra*, at p.360, *Salaman*¹⁰⁶⁾, *supra*, at p.639を参照。控訴審が参照したすべての判決の中で主張されている請求のその根拠 (*origin*) は、前の主権者から請求者になされた付与であった。各事案において請求者は、その請求を司法が承認することを求めている。本件では、上訴人は、彼らの権原の根拠が前の主権者からの付与であると主張しておらず、また、前の主権者と英国国王との間で締結された割譲条約の履行を裁判所に求めているわけでもない。上訴人は主権の対外行為を問題として

¹⁰⁴⁾ *Cook v. Sprigg*, (1899) A.C. 572.

¹⁰⁵⁾ *Vayjestingji Joravaisingji v. Secretary of State for India* (1924), L.R. 51 Ind. App. 357.

¹⁰⁶⁾ *Salaman v. Secretary of State in Council of India* (1906), 1 K.B. 613.

¹⁰⁷⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 406.

いないのである¹⁰⁷⁾。

主権の対外行為の法理の適用がないことが明らかであるなら、先住民の権利の何らかの形態の「承認」が存在しなければならないという被上訴人の主張のすべては、権利の根拠の問題となる。

消滅の問題について、被上訴人は、Douglas 総督、Seymour 総督およびブリティシュ・コロンビア植民州議会が消滅させたと主張している。先に言及したように、上訴人は、Douglas 総督、Seymour 総督、ブリティシュ・コロンビア植民州議会のいずれかが Nishga の権原を消滅させることを実際に支持していたとしても、そうした企ては総督や植民州議会のいずれの権限も越えるものであり、この点において何らかの試みがあっても、権限外 (*ultra vires*) であった、と述べている。

Douglas の権限は、彼の委員会で明示されていた。総督は委員会で付与された権限以外の立法権を有していなかった。5 Halsbury, 3rd. ed., p.558, para. 1209: *Commercial Cable v. Newfoundland*¹⁰⁸⁾, at p.616; *Musgrave v. Pulido*¹⁰⁹⁾ ¹¹⁰⁾

上訴人は、州が単純不動産権における土地の権原を有するという主張に異議を唱えてはいない。上訴人は単純不動産権が国王にあることを認めている。… [被上訴人は1859年布告、1865年命令、1866年命令を重視して権原の消滅を主張しているが：守谷]、本件で問題とされていない論点を争い、この訴訟で一度も示されていない主張に反論している。…Douglas 総督は、何らかの補償なくインディアンの土地を収用する権利を有していないことを知って

¹⁰⁸⁾ [1916] 2 A.C. 610. [この注は Calder 判決による]

¹⁰⁹⁾ (1879), 5 App. Cas. 102. [この注は Calder 判決による]

¹¹⁰⁾ *Calder*, *supra* note 4 at 405-406.

¹¹¹⁾ *Ibid.* at 410-411.

いた¹¹¹⁾112)。

(3) Pigeon 裁判官の結果同意意見

(省略)

[付記1]

拙稿「カナダ先住民に関する判決(1)」福岡大学法学論叢第60巻4号835頁(2016年)の注2および注16に記載漏れや誤りがあったため、ここに訂正する。

注2に落合研一「アイヌ民族の過去と現在」〈http://www.frpac.or.jp/about/files/2014_kouenkai2.pdf〉、孝忠延夫=安武真隆=西平等編集代表『「マイノリティ」という視角(上)(下)——関西大学マイノリティ研究センター中間報告書』(関西大学マイノリティ研究センター、2011年)を追加する。

注2の常本照樹「アイヌ文化の振興、文化と未来(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)を注16に移動する。

注16に常本照樹「ハワイ先住民の現在とアイヌ民族(前編)(後編)」季刊アイヌ文化第13号4頁、第14号4頁(2001年)、藤田尚則「アメリカインディ

¹¹²⁾カナダ先住民問題を論じる際に、頻繁に参照されまた引用される文献であるスチュアートヘンリ「先住民族が成立する条件——理念から現実への軌跡」清水昭俊編『周辺民族の現在』(世界思想社、1998年)は、Calder判決が「権原を立証するために、(一)権原があると主張される土地と資源に関する当該集団の歴史的な関係、(二)権原を主張する集団に土地と資源を利用する伝統的な文化があること、(三)現在も土地と資源に立脚した生活が営まれていること、(四)現在の利用法が伝統的な利用のあり方と合致すること」の立証責任を先住民に負わせた、と記している(245頁)。

しかし拙稿「カナダ先住民に関する判決(1)」福岡大学法学論叢第60巻4号835頁(2016年)および本稿で紹介したように、Calder判決の相対多数意見も反対意見もそのような判断をしていない(Pigeon裁判官の結果同意意見も同様である)。筆者もスチュアートのこの論考の重要性を認めている。それゆえに、ここでその誤りを指摘した次第である。

アンと信教の自由」井門富二夫編『多元社会の宗教集団——アメリカの宗教・第2巻』（大明堂、1992年）、同「アメリカ・インディアンの市民権——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7号43頁（2014年）を追加する。

〔付記2〕

拙稿「カナダ先住民に関する判決（1）」福岡大学法学論叢第60巻4号835頁（2016年）の脱稿後に公表された論考があったため、ここで上記の拙稿の注2に、常本照樹「憲法はアイヌ民族について何を語っているか——個人の尊重と先住民族」松井茂記編著『スターバックスでラテを飲みながら憲法を考える』（有斐閣、2016年）を、注16に藤田尚則「インディアン部族の狩猟権、漁業権および採集権（上）——『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8号7頁（2015年）、同「アメリカ・インディアンの水利権——ウィンターズ法理の展開（1）（2）」創価法学第45巻2号157頁（2015年）、第45巻3号125頁（2016年）を追加する。

〔付記3〕

本稿は、平成25～26年度科学研究費助成事業（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：137102）による研究成果の一部である。