

# 先住民の「土地権(aboriginal title)」の根拠(3・完)

— 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、第62巻第3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

(以上、本巻本号)

---

\*福岡大学法学部准教授

### 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

Marshall 事件控訴審判決<sup>1)</sup>と Bernard 事件控訴審判決<sup>2)</sup>は、ともに先住民の「土地権 (aboriginal title)」(以下では「土地権」と記す)の存在を認め、有罪とした原審の判決を退けたが<sup>3)</sup>、これら2つの事件を併合して審理した最高裁は、有罪判決を下した<sup>3)</sup>。

Marshall/Bernard 事件最高裁判決はまず、Delgamuukw 事件最高裁判決<sup>4)</sup>が提示した原理が、個別の状況に、どのように適用されるかの詳細は十分に明らかにされていない、との認識を示す<sup>5)</sup>。その上で、土地権を立証するために必要とされる占有の基準や、この基準を遊牧の (nomadic) 先住民に適用することなどに取り組んだ。

そこでまず、Marshall/Bernard 事件最高裁判決が示した下級審判決<sup>6)</sup>の評価と、占有の基準をみていくことにする。

最高裁は、Marshall 事件と Bernard 事件の控訴審判決は、事実審が適用した「定期的かつ排他的な利用 (regular and exclusive use)」という基準が厳格すぎるとし、それよりも緩やかな基準を適用したと解する<sup>7)</sup>。そして、以下のように、適用されるべき占有の基準を提示する。

---

<sup>1)</sup> *R. v. Marshall*, [2003] NSCA 105 [*Marshall*, NSCA].

<sup>2)</sup> *R. v. Bernard*, [2003] NBCA 55 [*R. v. Bernard*, NBCA].

<sup>3)</sup> *R. v. Marshall*; *R. v. Bernard*, [2005] 2 S.C.R. 220 [*Marshall/Bernard*]. McLachlin 長官が書いた多数意見 (Major 裁判官、Mastarache 裁判官、Abella 裁判官と Charron 裁判官が同意)。LeBel 裁判官の結果同意意見 (Fish 裁判官が同意) がある。

<sup>4)</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 [*Delgamuukw*].

<sup>5)</sup> *Marshall/Bernard*, *supra* note 3) at para. 40.

<sup>6)</sup> *R. v. Marshall*, [2001] NSPC 2 [*R. V. Marshall*, NSPC 2]; *R. v. Bernard*, [2000] NBJ 138 [*R. v. Bernard*, NBJ].

<sup>7)</sup> *Ibid.* at paras. 44-47.

「先住民の権利を評価する際の裁判所の仕事は、国王が主権を主張する前の先住民の慣行 (practice) を検討し、その慣行を、可能な限り誠実かつ客観的に近代的な法的権利に翻訳することである。…裁判所は、先住民の視点から、国王が主権を主張する前の当該慣行を検討しなければならない。しかし、裁判所は同様に、その慣行をコモン・ロー上の権利に翻訳する際に、ヨーロッパ人の視点も考慮しなければならない。コモン・ロー上の権利の性質は、ある特定の先住民の慣行がコモン・ローに適合するか否かを決定するために、検討されなければならない。…形式的な方法や偏狭な方法で、先住民の慣行を近代的権利に翻訳…してはならない。裁判所は、先住民の慣行を寛容にみるべきであり、コモン・ロー上の権利の正確な法的枠組みに厳密に適合することを要求すべきではない。問題となるのは、当該慣行が、主張されている法的権利の核となる概念に一致するかどうかである。」<sup>8)</sup>

最高裁は、コモン・ローの視点と先住民の視点の双方を考慮する必要性を説いているが、近代的権利に適合することを求めることは、先住民の視点を無視するものではない、と主張する。とは言うものの、Marshall/Bernard 事件最高裁判決は、先住民の慣行が近代的権利の核となる概念に適合する限りにおいて、という留保を付して、Delgamuukw 事件最高裁判決で示されていなかった見解を提示した<sup>9)</sup>。また、先住民の「慣行」を「翻訳する」と

<sup>8)</sup> *Marshall/Bernard*, *supra* note 3) at para. 48.

<sup>9)</sup> *Ibid.* at paras. 49-50. See also *ibid.* paras. 60-61, 69. Marshall/Bernard 事件最高裁判決は、先住民の条約上の権利 (treaty right) が問題となった *R. v. Marshall*, [1999] 3 S. C.R. 533 [*Marshall*, No.2]で明言したように、「国王が主権を主張する前の先住民の慣行を、異なる近代的権利に変容させる (transform) ことは、不可能であると断じる (*ibid.* at para. 50)。また、先住民の慣行がどのような近代的権利に最も適合するかを検討することは、これまで最高裁が示してきた「調和 (reconciliation)」の観念に由来する、と説く (*ibid.* para.52)。

いう新たな論理を展開している。

そして、Adams 判決<sup>10)</sup>や Côté 判決<sup>11)</sup>に言及し、「異なる先住民の慣行は、それぞれ別の近代的権利に相応する<sup>12)</sup>と述べる。その上で、土地権の存否の検討においては、「先住民の慣行をコモン・ロー上のプロパティのルールに一致させる際に、先住民の視点だけでなく、個別の文脈に依存する (context-specific) コモン・ロー上の権原の性質にセンシティブでなければならない」と説いた<sup>13)</sup>。

続いて Marshall/Bernard 事件最高裁判決は、Delgamuukw 事件最高裁判決の説示<sup>14)</sup>に言及し、「占有」とは「物理的占有」を意味し、「排他的」占有とは、コモン・ロー上の権原の概念と両立するものであり、「排他的統制 (exclusive control) を保持する意思と能力」をいう、と述べる。そして、排他的占有の要件からすると、狩猟や漁業のための土地の利用が、コモン・ロー上の権原に適合するほど、十分に定期的かつ排他的であったならば、土地権に翻訳することが可能である、との考えを示す<sup>15)</sup>。

このように、Marshall/Bernard 事件最高裁判決は、狩猟や漁業による土地の利用から土地権が保障される可能性を認めている。しかしながら、ある特定の地域で季節の変化に応じて行われる狩猟や漁業は、一般的に、狩猟権や漁業権に翻訳される、とも主張している<sup>16)</sup>。

さらに、先住民が太古から、狩猟や漁業のために毎年、同じ場所に戻ってくる場合でも、土地権ではなく狩猟漁業権の保障となる、と説く。最高裁は

---

<sup>10)</sup> *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101 [*Adams*].

<sup>11)</sup> *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139 [*Côté*].

<sup>12)</sup> *Marshall/Bernard*, *supra* note 3) at para. 53.

<sup>13)</sup> *Ibid.* at para. 54.

<sup>14)</sup> *Delgamuukw*, *supra* note 4) at paras. 149, 156.

<sup>15)</sup> *Marshall/Bernard*, *supra* note 3) at paras. 55-58.

<sup>16)</sup> *Ibid.* at para. 58. See also *ibid.* at paras. 62-67.

その根拠を、彼らがその場所にいないときは、他の者がその土地に移転したりその土地を利用したりしていた事実を求めている<sup>17)</sup>。

Marshall/Bernard 事件最高裁判決によれば、このような土地権と狩猟漁業権のような個別的権利 (specific rights) との区別は、Adams 判決、Côté 判決そして Delgamuukw 事件最高裁判決が示してきたものであり、土地の時折りの立入りや使用 (occasional entry and use) に基づき土地権を認めることは、これらの諸判例と両立しない<sup>18)</sup>。

そして、Adams 判決と Delgamuukw 事件最高裁判決で問題となっていたのは、コモン・ロー上の権原に匹敵する一定の物理的占有または使用があったか否かである、と解する<sup>19)</sup>。その上で、本件で提出された証拠から判断すると、国王が主権を主張する前に、十分に定期的かつ排他的な占有があったとは言えない、と結論づけた<sup>20)</sup>。

学説は、Marshall/Bernard 事件最高裁判決を極めて強く批判した。Brian Slattery は、アメリカ合衆国連邦最高裁の判例、枢密院の判断を含むカナダの判例法理が、コモン・ロー (英米法) や先住民法に土地権を基礎づけず、特殊 (*sui generis*) な性質にその根拠を求めてきたと解し、Marshall/Bernard 事件最高裁判決が、こうしたアプローチから大きく逸脱した、と評する<sup>21)</sup>。

---

<sup>17)</sup> *Ibid.* at para. 58.

<sup>18)</sup> *Ibid.* at para. 59.

<sup>19)</sup> *Ibid.* at para. 66. Marshall/Bernard 事件最高裁判決は、遊牧 (nomadic) または半遊牧 (semi-nomadic) の先住民に土地権が保障される可能性を完全に否定したわけではなく、提出された証拠に依るという (*ibid.* at para. 66)。

<sup>20)</sup> *Ibid.* at para. 77. 最高裁は、Mitchell 判決 (*Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911 [*Mitchell*]) に言及し、どのような場合にオーラル・ヒストリーを証拠として採用することができるかの要件を提示する。それによれば、先住民の視点からの証拠がオーラル・ヒストリー以外にはないという「有用性 (usefulness)」と、オーラル・ヒストリーが先住民の歴史に関する信頼できる根拠であるという「合理的信頼性 (reasonable reliability)」が存在する場合である (*ibid.* at para. 68)。

<sup>21)</sup> Brian Slattery, "The Metamorphosis of Aboriginal Title" (2006) 85 Can. Bar Rev. 255.

Margaret McCallum は、最高裁は先住民の視点に等しい重みをおいておらず、先住民の慣行をコモン・ロー上の権利に「翻訳」しうるか否かを決定する際にのみ、先住民の視点を考慮したとみる。McCallum によれば、最高裁のこうした見方は、コモン・ロー上の権原とは異なる、コモン・ローによって承認される土地権を無意味にするものである<sup>22)</sup>。

Paul L.A.H. Chartrand は、Marshall/Bernard 事件最高裁判決は Delgamuukw テストとは異なる新しいテストを用いた、と解する。そして、この新しいテストからすると、英国の価値と生活様式に反映する限りにおいてしか、先住民法や先住民の慣行が認められるに過ぎないものとなる、と指摘する<sup>23)</sup>。

Marshall/Bernard 事件最高裁判決は、遊牧民が土地権を立証する可能性を残した。しかし、このテストを満たすことを想定しがたいとみる William R. McKay は、土地権の特殊な性質に焦点を当てるといふより、むしろ土地権をコモン・ロー上のプロパティに服させ、そうする際に、先住民法を伝統的なコモン・ローに併合させた、と批判を加える<sup>24)</sup>。

LeBel 裁判官が書いた結果同意意見も、多数意見の考えの多くに強い懸念を示している。そして、Delgamuukw 事件最高裁判決が明確にしていなかつ

---

<sup>22)</sup> Margaret McCallum, "After *Bernard and Marshall*" (2006) 55 U.N.B.L.J. 73 at 83. Nigel Bankes は、Marshall/Bernard 事件最高裁判決が先住民法を無視あるいは軽視しており、慣行という用語を用いることで、慣行を「事実」と捉え、規範的重要性を認めていない、と批判する。Nigel Bankes, "*Marshall and Bernard*: Ignoring the Relevance of Customary Property Laws" (2006) 55 U.N.B.L.J. 120 at 124-131.

<sup>23)</sup> Paul L.A.H. Chartrand, "*R. v. Marshall; R. v. Bernard*: The Return to Native" (2006) 55 U.N.B.L.J. 135 at 139-140.

<sup>24)</sup> William R. McKay, "Marshall Part 3: Are Aboriginal Rights Really *Sui Generis*?" (2005) 20 Windsor Rev. Legal Soc. Issues 81 at 92-93. Charlotte A. Bell は、Marshall/Bernard 事件最高裁判決がいう「十分に定期的かつ排他的な」占有の基準からすると、実際に存在する村の土地しか、土地権を認められないのではないかと、この懸念を示している。Charlotte A. Bell, "A Corner Turned: Supreme Court of Canada Decisions of the Year Past" (2006) Sup. Ct. L. Rev. (2d) 433 at 436.

た点に、踏み込んだ判断を下した<sup>25)</sup>。

LeBel 裁判官は、次のように述べる。

「先住民の領土権 (territoriality)、土地利用とプロパティに関する諸概念は、先住民のアプローチとコモン・ローのアプローチの双方を組み込んだ占有の基準を発展させるために、プロパティに関する伝統的なコモン・ローの概念を修正し、適合させるように用いられるべきである。」<sup>26)</sup>

そして、John Borrows の所説<sup>27)</sup>を引用し、土地権についての見解を示す。

「土地権はコモン・ローによって承認されてきたし、一部においてコモン・ローによって定義されている。しかし土地権は、土地に関する先住民の慣習法に基礎づけられる。土地の利益は性質上、財産的 (proprietary) であり、所有権 (ownership) に関するコモン・ロー、大陸法、先住民法の伝統を横断する観念 (inter-traditional notions) に由来する。『[先住民法は、裁判所が問題を解決するために目を向ける 1 つの根拠であるという： 守谷] 考えは、問題となっている権利の意味についての先住民の視点に注意を払うことによって、先住民の法伝統と非先住民の法伝統を調和させる (reconcile) ものである。』」<sup>28)</sup>

こうした調和 (reconciliation) の観念を前提とする LeBel 裁判官の考えに

---

<sup>25)</sup> LeBel 裁判官が多数意見に同意したのは、本件のような刑事事件で土地権の存在の有無を審理すべきではない、という理由によるものである。Marshall Bernard, *supra* note 3) at paras. 142-145

<sup>26)</sup> *Ibid.* at para. 127.

<sup>27)</sup> John Borrows, "Creating an Indigenous Legal Community" (2005) 50 McGill L.J. 153.

<sup>28)</sup> Marshall Bernard, *supra* note 3) at para. 128, cited in Borrows, *supra* note 27) at 173.

よると、遊牧の先住民の土地の利用方法や占有の方法と、定住生活を営む人たちの土地の利用方法や占有の方法は区別されるものではなく、土地とファースト・ネーションズとの関係が、土地権の核心を形成するものと捉えられる<sup>29)</sup>。そして、先住民の視点は、先住民の慣行がコモン・ロー上の権原に適合するか否かを評価する際の単なる手助けに過ぎないのではなく、まさに土地権の核心に位置づけられる<sup>30)</sup>。

Delgamuukw 事件最高裁判決は、コモン・ロー上、物理的占有の事実が法的占有 (possession in law) の証明となると述べていた<sup>31)</sup>。Marshall/Bernard 事件最高裁判決の多数意見も、これを踏襲した<sup>32)</sup>。この点について LeBel 裁判官は、こうしたコモン・ロー上の観念はなお存在するものの、占有は、遊牧または半遊牧の (semi-nomadic) 先住民の占有の方法を含む、先住民の視点によって形成されるものである、と論じる<sup>33)</sup>。そして、このような先住民の視点を考慮することは、コモン・ロー上の物理的占有が支配的な基準としないことを意味する、と説いた<sup>34)</sup>。

Adams 判決は、土地との関係が先住民の独自の文化 (distinctive culture) にとって中心的な重要性をもつものだと説き<sup>35)</sup>、これを是認した Delgamuukw 事件最高裁判決は、Van der Peet テストの「独自の文化にとって不可欠」という要件が、Delgamuukw テストの占有の要件に包摂される、という判断を示していた<sup>36)</sup>。

このことから、LeBel 裁判官は、占有は、土地の定期的かつ集中的な利用

---

<sup>29)</sup> *Ibid.* at para. 129.

<sup>30)</sup> *Ibid.* at para. 130.

<sup>31)</sup> *Delgamuukw*, *supra* note 4) at para. 149.

<sup>32)</sup> *Marshall/Bernard*, *supra* note 3) at para. 66.

<sup>33)</sup> *Ibid.* at para. 131.

<sup>34)</sup> *Ibid.* at para. 136. See also *ibid.* paras. 137-138.

<sup>35)</sup> *Adams*, *supra* note 10) para. 26.

<sup>36)</sup> *Delgamuukw*, *supra* note 4) at paras. 140-142.

(regular and intensive use) の証拠で証明されるのではなく、先住民と土地とを関係づける伝統や文化によって証明される、と主張する<sup>37)</sup>。もっとも、土地の集中的な利用はコモン・ロー上の占有の観念だけでなく、先住民の視点にも関連づけられる、とも述べている<sup>38)</sup>。

LeBel 裁判官が、あえて土地の集中的な利用にも言及した理由は、彼が、多数意見が提示したテストは定期的かつ集中的な利用を要求するものと捉えていることによると思われる<sup>39)</sup>。確かに多数意見は、占有の基準を提示し、それを要約する箇所、こう述べている。

「概して、土地権は、狩猟、漁業または他の資源を開発する目的で、範囲が確定された土地 (definite tracts) を定期的に占有または利用することを証明することで、立証される。集中的とはいえない程度の利用 (less intensive uses) は、土地権とは異なる権利を生じさせる。」<sup>40)</sup>

この点について、判例に多大な影響を及ぼしてきた Kent McNeil は、LeBel 裁判官は定期的で集中的な利用の証明を求めている、と解している。そして、占有の証明は、コモン・ロー上の物理的占有だけでなく、先住民法を用いることができるにもかかわらず、Marshall/Bernard 事件最高裁判決は、物理的占有を唯一の根拠とみなし、Delgamuukw 事件最高裁判決と異なる判断をした、と批判する<sup>41)</sup>。

---

<sup>37)</sup> *Marshall/Bernard*, *supra* note 3) at para. 140.

<sup>38)</sup> *Ibid.*

<sup>39)</sup> *Ibid.* at para. 126.

<sup>40)</sup> *Ibid.* at para. 70. しかし、多数意見は、これ以外の箇所で「集中的な利用」が占有の証明に必要なことを示唆していない。

<sup>41)</sup> Kent McNeil, "Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?" (2006) 69 Sask. L. Rev. 281 at 297-302.

そして、McNeil は、土地権にはコモン・ローにおける土地の利益とは異なる、自治 (governmental) の権限 (jurisdiction) が含まれ、単なる所有の利益ではないと指摘する<sup>42)</sup>。

この点は、非常に興味深い。McNeil は従来から、コモン・ロー (英米法) に基づいて土地権が保障され、土地権はコモン・ロー上の所有権に劣る利益ではない、と主張してきた<sup>43)</sup>。

ところが Delgamuukw 事件最高裁判決は、土地権の根拠を、コモン・ローと先住民法の双方に求め、特殊な性質をもつ土地権は、共同で (communally) 保持される集団的権利 (collective rights) である、と説いた<sup>44)</sup>。

McNeil はこの点に着目し、土地権には、先住民が土地に関する意思決定を集団で行う自治の権限があると読む。すなわち、土地利用という限定はあるものの、先住民の自治権 (aboriginal right of self-government) (以下では「自治権」と記す) が土地権に基づき保障されるということである。これまで McNeil は、土地権に自治権を含めて論じていなかったため、自説に修正を加えた<sup>45)46)</sup>。

---

<sup>42)</sup> *Ibid.* at 302-304. McNeil は、Marshall 事件控訴審判決 (*Marshall*, NSCA, *supra* note 1))、Bernard 事件控訴審判決 (*Bernard*, NBCA, *supra* note 2))、Marshall/Bernard 事件最高裁判決 (*Marshall/Bernard*, *supra* note 3)) における LeBel 裁判官の結果同意意見が、土地権に基づく自治の権限を認めた判決であると分析している (*ibid.* at 300-304)。

<sup>43)</sup> See e.g. Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (Clarendon Press, 1989).

<sup>44)</sup> *Delgamuukw*, *supra* note 4) at para. 115. Delgamuukw 事件最高裁判決は、土地権には「土地をどのように利用するかを選択する権利が含まれる」(強調は原文) とも述べている (*ibid.* at para. 166)。

<sup>45)</sup> See e.g. Kent McNeil, “Aboriginal Rights in Canada: From Title to Land to Territorial Sovereignty” (1998) 5 *Tulsa J. Comp. & Int’l L.* 253; Kent McNeil “The Post-*Delgamuukw* Nature and Content of Aboriginal Title” in Kent McNeil, *Emerging Justice?: Essays on Indigenous Rights in Canada and Australia* (Native Law Centre, 2001); 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).

最高裁は、Pamajewon 判決<sup>47)</sup>で訴訟による自治権の保障の扉を閉ざしたかのようであったが<sup>48)</sup>、翌年の Delgamuukw 事件最高裁判決において、土地権に関する重要な判断を示しただけでなく、土地権に基づく自治権の保障の可能性という新たな展開を示唆した。

## 2. Tsilhqot'in 事件下級審判決

半遊牧の先住民である Tsilhqot'in ネーションが<sup>49)</sup>、土地権の存在の確認などを求めた事案が、Tsilhqot'in 事件である。ブリティッシュ・コロンビア州最高裁は5年ほどの歳月を費やし、Tsilhqot'in ネーションの人々による証言や、人類学、民族誌学、歴史学、考古学などの様々な学問分野の専門家が提出した証拠を検証し、判決を下した<sup>48)</sup>。

この事件を担当した Vickers 裁判官は、訴訟手続き上の理由で請求を退けたが<sup>49)</sup>、原告が主張していた土地権の存在を一定程度認める判断を示した<sup>50)</sup>。

この判決の大きな特徴の1つは、オーラル・ヒストリーを成文の証拠と同様の重みをおくことを強調し、オーラル・ヒストリーに詳細な検討を加えた点である<sup>51)</sup>。さらに Vickers 裁判官は、オーラル・ヒストリーよりも文書化

---

McNeil は、Delgamuukw 事件最高裁判決の他に、Campbell 判決 (*Campbell v. British Columbia (Attorney General)* (2000), 189 D.L.R. (4th) 333 [*Campbell*]) が、土地権に基づく自治権を認めた例に挙げている。

<sup>46)</sup> Slattery も同様のことを指摘している。Brian Slattery, "Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights" (2000) 79 Can. Bar Rev. 196 at 213-215. See also Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, student ed. (Carswell, 2017) at 28-28.

<sup>47)</sup> *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821 [*Pamajewon*].

<sup>48)</sup> *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2008] 1 C.N.L.R. 112 [*Tsilhqot'in*, BCSC].

<sup>49)</sup> *Ibid.* at paras. 102-130.

<sup>50)</sup> Douglas Lambert は、ブリティッシュ・コロンビア州最高裁が土地権の存在を認めながら宣言判決を下さなかったのは、交渉を促進させるためであったと分析する。Douglas Lambert, "The Tsilhqot'in Case" (2012) 70 Advocate 819 at 820. なお、この訴訟で争点となっている土地の面積は、Tsilhqot'in ネーションが伝統的な領土と主張してきた土地の5%である。

された証拠を有利に扱ってきたことは、自民族中心主義である、という裁判所に対する批判を受け入れ、裁判所自らが脱植民地主義化のプロセスに着手しなければならない、と説く<sup>52)</sup>。

こうした考えを示したうえで、Vickers 裁判官は、土地権に関する判例と学説を概観する<sup>53)</sup>。そして、半遊牧の先住民という点では Marshall/Bernard 事件と類似しているが、本件では明確に限定された特定の場所 (site-specific) における土地権が問題となっていない点で異なる、と解しつつ<sup>54)</sup>、Marshall/Bernard 事件最高裁判決の基準を適用し、占有の要件に検討を加えた<sup>55)</sup>。

Vickers 裁判官は、Tsilhqot'in の人々が定住していた村や耕作地などは、この基準を満たすと結論づけるとともに、彼らの半遊牧の生活様式に注意を払う必要性を強調する<sup>56)</sup>。そして、Delgamuukw 事件最高裁判決に言及し、狩猟、漁業または資源の開発のために、範囲が画定された土地での定期的な利用を証明することによって、占有を立証することができると述べ、Tsilhqot'in の人々が狩猟、漁業、わな猟などを行ってきた一定の範囲の土地の占有を認めた<sup>57)</sup>。

---

<sup>51)</sup> *Ibid.* at paras. 131-472. 本判決はオーラル・ヒストリーとオーラル・トラディションの区別を示すが、従来の判例がオーラル・ヒストリーという用語を用いてきているため、本稿はそれに従う。

<sup>52)</sup> *Ibid.* at para. 123. See also *ibid.* at paras. 196, 203. また本判決は、「占有を基礎とした土地権の観念は、カナダのような国々が脱植民地化のプロセスを開始したときに、受け入れられ始めた」という認識を示している (*ibid.* at para. 481)。

<sup>53)</sup> *Ibid.* at paras. 473-581.

<sup>54)</sup> *Ibid.* at para. 582.

<sup>55)</sup> Vickers 裁判官は、Marshall/Bernard 事件最高裁判決が示した「範囲が画定された土地での定期的な使用や占有」という基準は、立証のハードルが高いものだと評している (*ibid.* at paras. 583-584)。

<sup>56)</sup> *Ibid.* at paras. 616-682.

<sup>57)</sup> *Ibid.* at paras. 684-783.

次に検討されたのは、排他性の要件を満たすかどうかである。Vickers 裁判官は、Delgamuukw 事件最高裁判決が明言した先住民法の存在や<sup>58)</sup>、Marshall/Bernard 事件最高裁判決のいう実効的統制<sup>59)</sup>によって排他性は証明されるとみる。そして、先住民の視点からすると、毛皮交易を行っていた者をはじめとする非先住民が Tsilhqot'in の人々に対して贈り物 (present) を渡していたことは、Tsilhqot'in の人々の土地を通過することと結びついていた可能性が非常に高く、ヨーロッパ人もそれに十分気づいていたと指摘し、排他性の要件を満たすと結論づけた<sup>60)</sup>。

これに対して、上訴審であるブリティッシュ・コロンビア州控訴審は、土地権は立証されていない、と判示した<sup>61)62)</sup>。

控訴審判決は、土地権の立証には、範囲が画定された土地での集中的な占有が必要だと論じるブリティッシュ・コロンビア州側の主張を是認する。そして、Tsilhqot'in ネーションの請求は、明確に限定された特定の場所での土地権の請求でなく、自治の権限を含む (territorial) 土地権の主張であるとして退けた<sup>63)</sup>。

控訴審判決によれば、明確に限定された特定の場所での土地権の主張でな

<sup>58)</sup> *Delgamuukw*, *supra* note 4) at para. 157.

<sup>59)</sup> *Marshall/Bernard*, *supra* note 3) at paras. 64-65.

<sup>60)</sup> *Tsilhqot'in*, BCSC, *supra* note 48) at paras. 912-944. Vickers 裁判官は、Tsilhqot'in ネーションの人口規模が少なかったことの要因を、多くの侵入者が存在しなかった点に求めている (*ibid.* at para. 983)。

<sup>61)</sup> *Xeni Gwet'in First Nations v. British Columbia*, [2012] BCCA 285 [*Tsilhqot'in*, BCCA], Groberman 裁判官が書いた全員一致の多数意見 (Levin 裁判官と Tysoe 裁判官が同意)。

<sup>62)</sup> 控訴審判決は、国王の主権の主張や調和を強調しつつ、個別的権利の問題を論じることに重点をおき、自治の権限を含む (territorial) 土地権の存否を判断することに謙抑的な姿勢をみせる (*ibid.* at paras. 166-173)。そして、これまで裁判所が交渉に基づく協定の締結による解決を強調してきたことに言及し、ブリティッシュ・コロンビア州最高裁 (事実審) の示示は裁判所の通常の役割を超えたものだとして批判する。また、法的拘束力のない事実審の判断は、当事者が協定の締結の共通の基礎を見出すのに役立たない、と断じた (*ibid.* at paras. 163-164)。

<sup>63)</sup> *Ibid.* at paras. 204-219.

ければならないことは、Delgamuukw 事件最高裁判決が占有の要件を提示するにあたり、独自の文化にとって不可欠で中心的な重要性があるとした説示<sup>64)</sup>から導き出されるものである。そして、Marshall/Bernard 事件最高裁判決を、このことをより一層明らかにしたものと位置づける。さらに控訴審判決は、Marshall/Bernard 事件最高裁判決が要求した占有の要件は定期的で集中的な占有であると読み込み、それに同意する、と判示した<sup>65)</sup>。

また、ブリティシュ・コロンビア州最高裁は、本件と Marshall/Bernard 事件とを区別したが、控訴審判決は、本件と Marshall/Bernard 事件は実質的に変わりがないと評価する。そして、明確に限定された特定の場所の土地権の立証のためには、村の存在や耕作といった占有が必要だと説く<sup>66)</sup>。

さらに控訴審判決は、先住民の視点の考慮が、自治の権限を含む土地権の承認を要求するものではないと解し、裁判所に要求されているのは個別的権利の存在を認めることだと主張する<sup>67)</sup>。そして、文化の保持は個別的権利の保障でも可能であり、それが Tsilhqot'in ネーションの文化と完全に両立するという認識を示した<sup>68)</sup>。

確かに Marshall/Bernard 事件最高裁判決は、實際上、先住民の視点をほとんど考慮しないかのような判断を下した。Tsilhqot'in 事件控訴審判決は、それよりもさらに踏み込んで、先住民の視点をまったく考慮しなかった。また、Marshall/Bernard 事件最高裁判決は占有が、必ずしも、定期的かつ集中的でなければならぬと明言していなかったが、定期的かつ集中的な利用を必要とすると解した。

McNeil は Tsilhqot'in 事件控訴審判決が先住民法を無視していることを批

---

<sup>64)</sup> *Delgamuukw*, *supra* note 4) at paras. 150-151.

<sup>65)</sup> *Tsilhqot'in*, BCCA, *supra* note 61) at paras. 220-225.

<sup>66)</sup> *Ibid.* at paras. 226-231.

<sup>67)</sup> *Ibid.* at para. 232.

<sup>68)</sup> *Ibid.* at paras. 236-238.

判しつつ、たとえコモン・ローの視点のみからの考察であっても、正当化できないことを指摘する。すなわち、Delgamuukw 事件最高裁判決は土地の集中的な利用が必要だと述べていなかったし、コモン・ロー上の占有の基準においても、集中的な利用は必要ではない。また、Marshall/Bernard 事件最高裁判決が排他性の要件において要求した実効的統制は、コモン・ロー上、土地の定期的な利用で証明され、さらに、Delgamuukw 事件最高裁判決が考慮することを明言した集団の規模や生活様式なども、コモン・ローから説明可能なものである<sup>69)</sup>。

Douglas Lambert は、Tsilhqot'in 事件控訴審判決はブリティッシュ・コロンビア州最高裁の事実認定を無視し、さらに、土地権のテストと個別的権利のテストを混同していると批判を加えている<sup>70)</sup>。

このように、Tsilhqot'in 事件における土地権の存否の判断、とりわけ占有の要件をどう理解するかについて、事実審と控訴審では大きな違いをみせた。

### 3. Tsilhqot'in 事件最高裁判決

原告は最高裁において、ブリティッシュ・コロンビア州最高裁が土地権の立証を認めた土地に限定して土地権の存在を主張したところ、最高裁はこれを認容した<sup>71)</sup>。こうして Tsilhqot'in 事件は、土地権の存在を最高裁が最初に認めた事案となった<sup>72)</sup>。

<sup>69)</sup> Kent McNeil, "Aboriginal Title in Canada: Site-Specific or Territorial?" (2012) 91 Can. Bar Rev. 745 at 754-759.

<sup>70)</sup> Lambert, *supra* note 50) at 820-823.

<sup>71)</sup> *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 257 [*Tsilhqot'in*, SCC]. McLachlin 長官が書いた全員一致の多数意見(LeBel 裁判官、Abella 裁判官、Rothstein 裁判官、Cromwell 裁判官、Moldaver 裁判官、Karakatsanis 裁判官と Wagner 裁判官が同意)。

<sup>72)</sup> David M. Rosenberg と Jack Woodward は、最高裁で実際に問題となったのは、ブリティッシュ・コロンビア州最高裁の事実認定を支持するかどうかであったと評する。David M. Rosenberg & Jack Woodward, "The *Tsilhqot'in* Case: The Recognition and Affirmation of Aboriginal

Tsilhqot'in 事件最高裁判決は、Marshall/Bernard 事件最高裁判決に言及せず、次のように述べた。

「先住民の祖先の慣行をコモン・ローの概念からなる四角形に押し込めてしまうと、国王が主権を主張する前の先住民の利益を、近代的な法的権利に匹敵するものに忠実に翻訳するという目的を阻むことになる。裁判所は、そうすることによって、先住民の視点を失わせたり歪めたりしないよう、注意を払わなければならない。十分性、継続性そして排他性は、それら自体が目的なのではなく、土地権が立証されるか否かに焦点を当てる審査なのである。」<sup>73)</sup>

そして、土地権の立証の第1の要件であり、本件の核心となっているのは、十分な占有といえるかどうかである、と述べる（強調は原文）<sup>74)</sup>。最高裁はこの審査にあたって、コモン・ローの視点と先住民の視点の双方からアプローチしなければならないことを強調する<sup>75)</sup>。また、十分な占有といえるか否かは、それぞれの文脈ごとに審査するものであり、土地の利用の集中度や頻度（intensity and frequency）も、先住民集団の性格によって異なるものであり、人口規模の問題は土地の定期的な利用を検討する際に、その文脈ごとに考察すべきだと注意を促した<sup>76)</sup>。

最高裁は、占有の要件を検討する際の先住民の視点とは、当該先住民集団の法、慣行、慣習および伝統に焦点を当てることであると説明し、この視点を検討する際には、「集団の規模、生活様式、物的資源や技術力、そして当

---

*Title in Canada* (2015) 48 U.B.C.L.Rev. 943 at 957.

<sup>73)</sup> *Tsilhqot'in*, SCC, *supra* note 71) at para. 32.

<sup>74)</sup> *Ibid.* at para. 33.

<sup>75)</sup> *Ibid.* at para. 34.

<sup>76)</sup> *Ibid.* at para. 37.

該土地の性格を考慮しなければならない」と判示した<sup>77)</sup>。

Delgamuukw 事件最高裁判決は先住民の視点とは何か、それをどのように考慮するかを示していなかったが、Tsilhqot'in 事件最高裁判決は、占有の要件を満たしているかどうかを審査する際の先住民の視点とは何かを初めて明らかにし、Slattery の所説の位置づけを明確にした<sup>78)</sup>。

そして、最高裁は、コモン・ローの視点とは、土地の保有と統制という考えを導入するものとし、土地の保有は物理的に占有している場所よりも広い範囲に及ぶと判示した。すなわち、家屋だけでなく、実際に利用し実効的統制を及ぼしている周辺の土地も含まれる、ということである<sup>79)</sup>。

Delgamuukw 事件最高裁判決では、コモン・ローの視点から占有の要件を検討する際には、「物理的占有」という用語で示されていたが、Tsilhqot'in 事件最高裁判決は、これを「実効的統制」という用語に置き換え、物理的に占有している土地だけではないことを明らかにした。

そして、耕作地、家屋、労働力の投下などは十分な占有と云うが、占有の立証に不可欠なものではないと述べ、「占有の観念は同時に、遊牧または半遊牧の先住民の生活様式を反映させなければならない」と判示した<sup>80)</sup>。

さらに、最高裁は、Marshall 事件控訴審判決<sup>81)</sup>を引用しながら、Tsilhqot'in 事件控訴審判決の考えを明確に退け、文化にセンシティブなアプローチを提唱する。そのアプローチとは、次のようなものである。

「狩猟、漁業、わな猟や採集のために領土を定期的にご利用することは、

<sup>77)</sup> *Ibid.* at para. 35, cited in Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987) 66 Can. Bar Rev. 727 at 758.

<sup>78)</sup> See Hogg, *supra* note 46) at 28–31.

<sup>79)</sup> *Tsilhqot'in*, SCC, *supra* note 71) at para. 36.

<sup>80)</sup> *Ibid.* at para. 38.

<sup>81)</sup> *Marshall*, NSCA, *supra* note 1) at paras. 135-139.

土地権を基礎づける『十分な』利用である。ただし、そうした利用は、ある個別の事案の事実から、コモン・ロー上の権原の立証に要求されるものと匹敵する方法で、土地を保持または保有する先住民集団の意思を証明することが必要とされる。」<sup>82)</sup>

最高裁は、排他性の要件においても、占有の要件と同様に、コモン・ローの視点と先住民の視点の双方からアプローチしなければならないことを強調する<sup>83)</sup>。そして、占有の排他性を立証するためには、先住民が「排他的統制を保持する意思と能力」をもっていなければならない、と判示した（強調は、Tsilhqot'in 事件最高裁判決<sup>84)</sup>）。そして、排他性は事実問題 (question of fact) であり、他の集団が土地に立ち入るため際に許可を要求していたり、条約を締結していたりした場合には、排他性が証明されうるとする<sup>85)</sup>。

このように Tsilhqot'in 事件最高裁判決は、Marshall/Bernard 事件最高裁判決とは異なる判断枠組みで土地権の立証を検討した。占有の要件の検討の際に考慮される先住民の視点を明確にし、遊牧または半遊牧の先住民の生活様式などを占有の観念に反映させ、土地権の立証を認めた点で、意義があるものと言える。

しかしながら、学説からは様々な批判が寄せられている<sup>86)</sup>。例えば、Delgamuukw 事件最高裁判決が占有の要件を検討する際に、先住民法に言及しなかったことなどを指摘し、最高裁が先住民法の規範的価値を認めていないも

---

<sup>82)</sup> *Tsilhqot'in*, SCC, *supra* note 71) at para. 42.

<sup>83)</sup> *Ibid.* at para. 49.

<sup>84)</sup> *Ibid.* at para. 47, cited in *Delgamuukw*, *supra* note 4) at para. 156, quoting McNeil, *supra* note 43) at 204.

<sup>85)</sup> *Ibid.* at para. 48.

<sup>86)</sup> 本稿の主題とは異なるが、Tsilhqot'in 事件最高裁判決が示した排他的占有の要件と土地の定期的な利用との関係が不明であると指摘し、分析を加える論考として、Robert Hudson, "The Failure of the *Delgamuukw* Test for Proof of Aboriginal Title" (2015) 48 U.B.C.L.Rev. 361がある。

のと解する Andrée Boisselle は、Tsilhqot'in 事件最高裁判決は、それとは異なるものの、文化にセンシティブというあいまいな要請が<sup>87</sup>、コモン・ローを通じて容易に自民族中心主義に転換されうることを危惧する<sup>87</sup>。

また、Matthew V. W. Moulton は、先住民法が土地権を立証するための要件とされることで、証明のための1つの負担 (an evidentiary burden) に過ぎないものとされ、証拠の欠片に貶められている、と批判を加えている<sup>88</sup>。

## おわりに

本稿は、カナダの判例を分析し、先住民の狩猟、漁業などの伝統的な生活様式や、彼ら自身の「法」に基づき、土地権が保障されるか否かを検討してきた。とりわけ、半遊牧の先住民の土地の「所有」「占有」や「使用」、そして、こうした生活様式のあり方などを定める先住民の「法」が<sup>89</sup>、土地権の保障の根拠となりうるかが大きな争点となってきた。

個別的権利と土地権との区別に関する判決も含め、判例は、様々な展開をみせてきた。判例法理によれば、個別の事案によって結論は異なりうるが、狩猟漁業などを中心に「自治」を営んできた半遊牧の先住民であっても、土

<sup>87</sup> Andrée Boisselle, "To Dignity Through the Back Door: *Tsilhqot'in* and the Aboriginal Title Test" (2015) 71 Sup. Ct. L. Rev. (2d) 27 at 31-32, 39. 他方で Marshall/Bernard 事件最高裁判決における LeBel 裁判官の結果同意意見は、先住民法とコモン・ローの双方を等しく尊重したと評している (*ibid.* at 32-33)。

コモン・ローと先住民法との「相克」に関する先駆的業績として、John Borrows & Leonard I. Rotman, "*Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights: Does It Make a Difference?" (1997) 36 Alta. L.Rev. 11がある。

<sup>88</sup> Matthew V. W. Moulton, "Framing Aboriginal Title as the (Mis) Recognition of Indigenous Law" (2016) 67 U.N.B.L.J. 336 at 364-365. また、Moulton は、国王の主権を前提とした判例法理からすると、先住民法がコモン・ローの枠組みに押し込められ、決して先住民法の承認にはならないと指摘する (*ibid.* at 342-362). See also, Bradford W. Morse, "Tsilhqot'in Nation Win Landmark Canadian Aboriginal Title Judgement" (2014) online: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2501149](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2501149)>.

地権が理論的にも実際にも保障される<sup>89)</sup>。そして、そのためには、先住民法を含む先住民の視点を「考慮」する必要があることが明らかにされた<sup>90)</sup>。

「はじめに」で述べたように、カナダの先住民は、いわゆる近代的な土地所有の観念を有していなかった。しかしながら、そうした先住民が、憲法上、「権原(title)」を有することを「承認」された<sup>91)</sup>。西欧に由来し、入植者が制定した憲法であっても、第35条1項が規定する先住民の「権利」には、近代的な土地所有の観念と「異質な権利」が含まれており、カナダ憲法における「土地所有」の概念や、「権利」の概念が、訴訟を通じて内在的に「変容」したとみることができるのではなかろうか<sup>92)</sup>。

さらに、判例・学説ともに、土地権には、土地利用に関する自治の観念が内包され、「権利」に「権限」が含まれることを認めるに至った。カナダにおいて先住民の自治政府は、「第3の政府」と称されているところ、上記の点からすると、先住民が土地権を立証することで、一定の統治権をもつ主体であることの「承認」が含意されていると思われる。

もっとも、本稿で紹介したように、判例法理によれば、先住民の視点は「カ

---

<sup>89)</sup> Tsilhqot'in 事件ブリティッシュ・コロンビア州最高裁は、土地権の観念と脱植民地化のプロセスを結びつけて論じている。本稿の注52)を参照。

<sup>90)</sup> Slattery は、McNeil の見解を明示しながら、コモン・ロー（英米法）に土地権を基礎づけることで、「翻訳の際に重要な何かが失われることになるだろう」と指摘する（強調は原文）。Slattery, *supra* note 21) at 267-269.

<sup>91)</sup> 1982年憲法第35条1項は、「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。」と規定する。判例・学説はともに、この規定が定める先住民の権利は、憲法によって創設されたものではなく、以前から存在する権利を確認したものと解している。

<sup>92)</sup> かつて筆者は、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*）」（カナダ憲章）と、第2章「カナダの先住民の諸権利（*Rights of the Aboriginal Peoples of Canada*）」の関係に着目し、カナダの憲法構造と権利概念の変容の可能性を論じたことがある。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）。

ナダの法構造と憲法構造を緊張させない方法で」<sup>93)</sup>考慮される、という限界があることに加え、先住民法が土地権を直接、根拠づけるものとはみられていない<sup>94)</sup>。したがって、本当の意味で先住民法に等しい重みがおかれているとは言い難い現状がある<sup>95)</sup>。

とはいえ、これはあくまでも、訴訟を通じた土地権の保障の文脈での問題にとどまるとも言いうる。カナダにおける先住民の権利保障は、裁判によるものだけではない。協定を締結するという民主過程を通じて、土地権を内包する自治権の保障が追求されてきているところである<sup>96)</sup>。こうしたカナダの論議は、日本の先住民であるアイヌをめぐる憲法問題にいかなる示唆を与えるかを考えてみたい<sup>97)</sup>。

<sup>93)</sup> *Delgamuukw*, *supra* note 4) at para. 82.

<sup>94)</sup> 土地権を含む先住民の権利の根拠を先住民法に求める代表的論者として、Marshall/Bernard 事件最高裁判決で LeBel 裁判官が引用した論考を公表している John Borrows を挙げるができる。

<sup>95)</sup> このことは、コモン・ローの視点がなければ、土地権という「権利」を構成することは、裁判所にとって困難であることを示唆しているのかもしれない。

<sup>96)</sup> たとえば Nisga'a ネーションが締結した Nisga'a 最終協定 (*Nisga'a Final Agreement*) (2000 年発効) や、実質的にイヌイットの自治政府を設立したヌナブト土地請求協定 (*Nunavut Land Claims Agreement*) (1993 年署名) が挙げられる。

1982 年憲法第 35 条 3 項は、「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。」と規定する。

本稿の校正時に、カナダの Justin Trudeau 首相が、政府は長きに渡り第 35 条 1 項の権利を完全に無視し、先住民は何度も裁判で権利の存在を立証することを強いられてきたと述べ、先住民と非先住民との協議を通じて、先住民の権利の枠組みの新たな承認と履行を展開させると宣言した、という報道に接した。CBC News (14 February 2018) online: <<http://www.cbc.ca/news/politics/trudeau-speech-indigenous-rights-1.4534679>>.

<sup>97)</sup> ただし筆者には、現在のところ、日本国憲法の解釈論を考察する準備がないため、理論的な問題に限定して検討を加えることにする。

中村睦男は、現在検討されているアイヌ政策の具体化にあたって、憲法第 14 条が定める法の下での平等と「先住権」(「先住民族の権利」)の問題をあわせて考える必要性を説く。中村睦男「法の下での平等とアイヌ民族」法律時報編集部編『戦後日本の憲法学 70 年の軌跡』(日本評論社、2017 年) 111 頁。そして、「平等原則を規定し、原則的に一部の国民に対する特別処遇を禁

アイヌの人々もカナダの先住民と同様に、かつて、いわゆる近代的な土地所有の観念を有していなかった。また、アイヌの人々の「自治」は、狩猟漁業などを中心とした生活様式に基づいていた。

この点について、2009年に提出された「アイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会」の報告書（以下では「報告書」と記す）<sup>98)</sup>は、土地権の存在の有無に言及してないが、アイヌの人々が日本の土地政策や同化政策などによって、自然とのつながりを分断されたこと、そうした政策が独自の伝統と文化に深刻な打撃を与えたことを認めた<sup>99)</sup>。そして、このような歴史的経緯ゆえに、国には、「先住民族であるという認識に基づき」、「言語、音楽、舞踊、工芸などに加えて、土地利用の形態などを含む民族固有の生活様式の総体」という意味での「アイヌ文化の復興に配慮すべき強い責任があること」（強調は引用者）<sup>100)</sup>を確認し、これらを踏まえて政策を展開する必要性を強調する<sup>101)102)</sup>。

また、アイヌの人々が「古くから生活の糧を得、儀式的場ともなってきた

---

止する憲法14条に対して、先住権は先住民族への特別処遇を合理化する機能を果たす」という常本照樹の指摘（常本照樹「先住民族の権利——アイヌ新法の制定」深瀬忠一・杉原泰雄・樋口陽一・浦田賢治編『恒久平和のために——日本国憲法からの提言』（勁草書房、1998年）998頁を重引）が重要であると述べる（111頁、注49）。

<sup>98)</sup> 『アイヌアイヌ政策のあり方に関する有識者懇談会報告書』（以下では『報告書』と記す）。  
〈<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/ainu/dai10/siryou1.pdf>〉。

<sup>99)</sup> 同上、10-17頁。

<sup>100)</sup> 同上、23-24頁。

<sup>101)</sup> 同上、24-28頁。

<sup>102)</sup> 常本照樹は、『報告書』は、先住民の権利の享有主体としての先住民に注目する「実体的先住民族概念」から発想を転換させ、国の責任の側に着目する「手続的先住民族概念」の考え方を採用した、と評する。そして、「手続的先住民族概念」に基づき国が回復すべき民族の利益とは、「民族の生活様式の総体」とであると主張する。常本照樹『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）541-542頁。同「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）も参照。

土地との間に深い精神的な結びつきを有しており、現代に生きるアイヌの人々の意見や生活基盤などを踏まえながら、土地・資源の利活用については、一定の政策的配慮が必要であろう。」<sup>103)</sup>と述べ、「個々のアイヌの人々のアイデンティティを保障するためには、その拠り所となる民族の存在が不可欠であるから、その限りにおいて、先住民族としてのアイヌという集団を対象とする政策の必要性・合理性も認められなければならない」<sup>104)</sup>と説く。

このことから、上述したカナダの訴訟で展開されてきた先住民の「土地所有」概念や先住民の「権利」概念を、政策に組み込むことが可能であることを示唆しているとも言えるのかもしれない<sup>105)</sup>。もしそうであるならば、たとえ法律上の利益であったとしても、いわゆる近代法とは「異質な」ものを取り入れることになる可能性がある。そして、場合によっては、土地権の回復や補償の問題が生じることがありうるようにも思われる。というのは、アイヌの人々の生活様式や土地利用の形態は、従来、法的利益とは捉えられていなかったが、報告書は、民族固有の生活様式の総体」という意味での文化と捉え、その「復興」を提言しているからである。

学説の中には、民法が規定する入会権に着目し、アイヌの人々の「土地所有」との接合を試み、土地権の保障の可能性を論じるものがみられる<sup>106)</sup>。現

<sup>103)</sup> 前掲注98)『報告書』28頁。

<sup>104)</sup> 同上。28-40頁も参照。『報告書』は、国際的にも追求されている「民族の共生」という理念を、日本でも共有する必要があると説き、「国民一人ひとりが、自分たちも一民族であると認識するとともに、アイヌという独自の先住民族が国内に生活することを認識し、尊重するようになることが求められている」と述べる(29頁)。

<sup>105)</sup> すでに記したように、カナダでは裁判だけでなく、民主過程を通じて先住民の権利を保障することに着手している。筆者は、カナダの議論を、裁判というフォーラムに限定しても、「土地所有」概念や「権利」概念に示唆を与えるものと考えている。

<sup>106)</sup> 吉川仁「先住民族の土地権」法政論叢第37巻1号149頁(2000年)。佐々木雅寿は、「思考実験」として入会権に言及し、分析を加えている。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(2005年)130頁。

吉田邦彦は、民法学の観点から所有権概念の再考を促し、入会権との関係を論じるとともに、

行法の中で、土地権の保障を追求する興味深い見解であるが、土地利用のあり方が限定される恐れもあり、また、そもそも土地権を、私有財産である入会権と位置づけることが理論的に妥当であるかが問われるかもしれない。

報告書も「参照」すべきとする「先住民の権利に関する国連宣言 (*United Nations Declaration on Rights of Indigenous Peoples*)」(以下では「国連宣言」と記す)は、先住民と国家が対等なパートナーであることを前提とし、土地権や自治権を明記している<sup>107)</sup>。もちろん、世界の先住民がおかれている現状は多様であり、そのニーズも様々である。また、憲法に先住民に関する規定がおかれているか否か、もしおかれていても、その位置づけがどのようなものかは、国によって異なるだろう<sup>108)</sup>。

しかし、もし仮に、現在または将来、自治の「権限」の保障をアイヌの人たちが求めることがありうるならば、入会権はアイヌの人々のニーズに一致しなくなるだろう<sup>109)</sup>。憲法改正も視野に入れつつ<sup>110)</sup>、先住民の「権利」を、

---

入会権の環境保全的側面とアイヌの人々の自然と共生する生活との結びつきを指摘する。吉田邦彦「アイヌ民族と所有権・環境保護・多文化主義(上)(下)」ジュリスト第1163号122頁、第1165号96頁(1999年)。

<sup>107)</sup>「国連宣言」を含む国際人権法における先住民の権利保障のあり方の経緯、現状や課題を論じる業績として、小坂田裕子『先住民族と国際法——剥奪の歴史から権利の承認へ』(信山社、2017年)を参照。

<sup>108)</sup>大河内美紀は、人権の享有主体の項目で、『報告書』が提言する具体的施策は「平等の観点を超えるもの」と評し、「先住民族の文化権のような特定の属性をもつ集団の『人権』を憲法上認めるべきかは、具体的状況をふまえた検討が必要である」と述べる。本秀紀編『憲法講義』(日本評論社、2015年)310頁〔大河内美紀執筆〕。人権の享有主体の項目でアイヌの人々に言及するものとして、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)139-140頁、辻村みよ子『憲法〔第5版〕』(日本評論社、2016年)110頁がある。

<sup>109)</sup>安田信之は、土地権を認めることは自治権の容認を必然的に伴うものだと指摘し、「国家ないし主権概念は弛緩する方向で変更を迫られる」とみる。そして「近代的土地所有権」制度のなかで共同体所有を概念化することの困難さを指摘する。安田信之「土地の領有と所有——オーストラリア・一九九二年マボ判決を手がかりに」杉島敬志編『土地所有の政治史——人類学的視点』(風響社、1999年)404-405頁。

<sup>110)</sup>常本は、Will Kymlickaが主張する「自治権は、連邦制の導入や統治権限の委譲を要求する

自治の「権限」を含むかたちで、どのように理論構成をすることができるかの検討もまた、必要とされることがあるのかもしれない<sup>111)</sup>。

いずれにしても、アイヌの人たちの声に真摯に耳を傾け、彼らのニーズに合致する政策が憲法上、求められている<sup>112)</sup>。そして、「先住民であるアイヌの人々と他の多くの日本人との共生は、国の成り立ちにかかわる問題である」<sup>113)</sup>ことに鑑みると、「北海道」や北方諸島の日本による「国有化」の正当性も視野に入れ、土地権の問題を検討していく必要があるのではなからうか<sup>114)</sup>。

---

点で、現行の日本国憲法の限界を超えるものであることは明らかである」と述べる。常本・前掲注102)『「先住民族であるとの認識」に基づく政策と憲法』539頁。

<sup>111)</sup> アイヌが法をもつ主体であると主張する論考として、市川守弘「アイヌ人骨返還を巡るアイヌ先住権について」北大開示文書研究会編著『アイヌの遺骨はコタンの土へ——北大に対する遺骨返還請求と先住権』(緑風出版、2016年)がある。市川は、先住民の権利の内容は各コタンごとに考察されるべきと主張する(同書、156頁)。同「アイヌ人骨返還を巡るアイヌ先住権について」法の科学第45号169頁(2014年)も参照。

<sup>112)</sup> 『報告書』は、「アイヌ政策の根拠を憲法の関連規定に求め、かつこれを積極的に展開させる可能性を探る」ことが重要であると論じている(前掲注98)『報告書』26-27頁)。現在実施されているアイヌ政策や北海道アイヌ協会に対する批判として、榎森進「アイヌ人骨返還問題と『民族共生の象徴空間』建設計画について」人権と部落解放第881号18頁(2016年)を参照。

<sup>113)</sup> 前掲注98)『報告書』29頁。佐藤幸治は、「報告書にいう『多様な文化と民族の共生の尊重』は、日本国憲法の目指す自由で多元的な社会に寄与するものである」と明言する。佐藤・前掲注108) 140頁。

「われら日本国民」とは、どのような存在か、そして「われら日本国民」が「名誉ある地位」を占めるとは何か、という問題については、別の機会に考察したい。この点については、小泉良幸『個人として尊重——「われら国民」のゆくえ』(勁草書房、2016年)、孝忠延夫『インド憲法とマイノリティ』(法律文化社、2005年)、佐藤幸治『日本国憲法と先住民族であるアイヌの人びと』(北海道大学アイヌ・先住民研究センター、2013年)などを参照。

<sup>114)</sup> 吉川仁は、「無主地」理論が用いられたと評し、明治政府はアイヌの土地利用形態に対してまったく配慮しなかった、と批判する。吉川仁「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(中京大学)第15巻2号(2003年)38頁。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(中京大学)第7巻2号(1995年)2-4頁も参照。

〔付記1〕

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。

〔付記2〕

本稿で挙げたウェブの最終閲覧日は、2018年2月15日である。

〔付記3〕

本稿の校正時に、中村陸男『アイヌ民族法制と憲法』（北海道大学出版会、2018年）に接した。同書の検討は、別の機会に行いたい。

---

なお、市川正人は、「明治政府は、アイヌから土地を奪」ったと述べている。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）26頁。また、横田耕一は、アイヌ民族が「征服者との間の条約締結もないまま一方的に征服され収奪されてきた」と説明する。横田耕一「『集団』の『人権』」公法研究第61号（1999年）62-63頁。