

資 料

カナダ先住民に関する判決(4)

守 谷 賢 輔*

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、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)

(以上、61巻第1・2号)

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

1. 事実の概要

2. 判旨

(1) McLachlin 長官の多数意見 (Gonthier 裁判官、Iacobucci 裁判官、Arbour 裁判官および LeBel 裁判官同意)

(以上、67巻1号)

(2) Binnie 裁判官の結果同意意見 (Major 裁判官同意)

(以上、本巻本号)

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

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

*福岡大学法学部准教授

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

(2) Binnie 裁判官の結果同意意見 (Major 裁判官同意)

[MacLachlin] 長官の理由づけと結論は、たとえ Mohawk の人たちが時折、セントローレンス川を横断して北部に行き、ファースト・ネーションズと物品を交換していたとしても、証拠に基づく、この慣行は、[ヨーロッパ人と接触する前から]「Mohawk の文化にとって決定的な特徴」(第54パラグラフ)あるいは「Mohawk の集団のアイデンティティに不可欠」(第60パラグラフ)ではなかった、というものである。私はこの理由づけと結論に同意する。しかしながら、私は、さらにいくつかの検討を加えて、本件上訴を認容しなければならない、と結論づける¹⁾。

当法廷はおよそ30年もの間、北米においてヨーロッパの権力が主権を単に主張するだけで、必然的に先住民の権利の残存と継続と両立しえない、という論拠を強く否定してきた。 *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313。しかしながら、先住するファースト・ネーションズ (aboriginal First Nations) のすべての慣習および伝統がカナダの主権と両立しえないわけではないからといって、それらすべてが主権と対立することがないことを意味しない。私の見解では、長官は主権の問題に取り組むことを控えた(第64パラグラフ)が、「同様に、交易の権利のいかなる認定も、移動の権利を認めるものではない(第22パラグラフ。(強調は Binnie 裁判官))、と正確に判示した。交易と移動の権利の範囲も同様に、連邦控訴審を悩ませるものであった。[*Mitchell v. M.N.R.*], [1999] 1 F.C. 375²⁾。Létourneau 裁判官(この側面については当法廷全体を代表し) 第18パラグラフで次のように説明した。

¹⁾ *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911 [*Mitchell*, SCC] at para. 66.

²⁾ *Mitchell v. M.N.R.*, [1999] 1 F.C. 375 [*Mitchell*, FCA].

被上訴人〔Mitchell 首長〕は Mohawk ネーションの市民として 国境を移動することを主張している。主権国家のシティズンシップに基づくことなく、その国に入学する先住民の権利は、国境の適切な管理の実施による国家の自己保存の権利と調和し（reconcile）えない（強調は Binnie 裁判官）³⁾。

連邦控訴審は、被上訴人の請求を免税の主張と特徴づけることでこの問題を避けた。しかし、長官が証明したように（第23パラグラフ）、こうしたいかなる主張も、移動の制限として概念化されうだけである。先住民の交易の権利の主張を、〔ヨーロッパ人と〕接触する前にさかのぼって関連づけなければならない。移動は、〔ヨーロッパ人と〕接触する前の時代から存在した。Mohawk の領域の中にある現在の国境での関税の支払い義務は、それからおよそ180年後に登場した⁴⁾。

しかしながら、主張された先住民の主張を免税の権利に狭める連邦控訴審のアプローチを拒否し、Létourneau 裁判官が指摘したように、被上訴人が主張する「Mohawk ネーションの市民として」（第18パラグラフ）国境線を横断する交易／移動の権利について主権がもちうる意味は、裁判所の正当な関心事であり、その〔検討〕は我々に委ねられている。当法廷への上訴の弁論の多くがそうであったように、35日間の審理での多くの討議はこの論点を含むものであった。そのため私は、主権の論争の少なくともいくつかの側面に取り組むのが望ましいと考える⁵⁾。

被上訴人の弁護人は、カナダに主権があるという現実に異議を申し立てているわけではない。彼は、Iroquois 連盟に属する Mohawk の人たちのため

³⁾ *Mitchell*, SCC, *supra* note 1) at para. 67.

⁴⁾ *Ibid.* at para. 68.

⁵⁾ *Ibid.* at para. 69.

に、最大限の法的自律を求めている。ここでいう最大限の法的自律とは、
[Mohawk ネーションの領域である] アクウェセースニーや北西アメリカ
の他の場所で長い歴史を有していることを理由に、Mohawk の人々に与え
られている、と彼が考えるものである。確かに、このように主張されている
自律は、現在のところ、それを作り出したといわれる Iroquois の古来の法
秩序 (ancient Iroquois legal order) に由来するものではなく、1982年憲法
に由来する。カナダ人が選挙で選出した代表者が採用した35条1項は、先住
民の権利と条約上の権利を確定し承認している。もし、被上訴人が主張して
いる先住民の権利が優位しうるならば、それは、被上訴人自身の固有の力(in-
herent strength) のためではなく、1982年憲法がそうした結果をもたらして
いるためである⁶⁾。

本件で問題となっている Mohawk の自律の側面は、連邦裁判所の事実審
部 (trial division) ([ママ] (1997), 134 F.T.R. 1が4頁で認めた宣言判決に反
映されている。

原告は、カナダのアクウェセースニーに居住する1人の Mohawk とし
て、カナダ政府であろうとカナダ当局であろうと、いかなる税金および関
税も支払うことなく、現在のカナダと合衆国の国境を自由に往来する、1982
年憲法35条および52条によって保障される現に有する先住民の権利を有す
る。この権利には、個人およびコミュニティの利用のためにカナダに物品
を持ち込む権利が含まれ、その利用目的は、他のファースト・ネーション
ズと交易することも含まれる… (強調は Binnie 裁判官)

これは、*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075で示された諸原則に基づき、政
府によって正当化されうる規制にのみ服しつつ、国境線を横断して人と物品

⁶⁾ *Ibid.* at para. 70.

の交易／移動の権利を本質的に説明している⁷⁾。

国王は、本件上訴の中でこうした主張は、*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507、*R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723、*R. v. N.T.C. Smokehouse*, [1996] 2 S.C.R. 672および *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101といった諸判例で、35条1項に基づき裁判所が以前に保障してきた経済活動や文化活動あるいは土地に基づく利益の類を超えるものである、と主張している⁸⁾。

私が考えるように、伝統的な先住民法 (aboriginal law) の観点からすると、カナダ市民としてではなく、ヨーロッパ人が到着する前から存在した Mohawk の体制 (regime) の継承者として主張する交易／移動活動が、Mohawk の体制を継承した主権国家のもとで、国境を横断する法的権利を作り出したかどうか、が当該論点である。明確化するためにいうと、当該論議のこの側面は、18世紀の国境管理の実効性に関する事実のレベルではない (同様に、先住民の内的自治とカナダの主権との両立可能性に関するのでもない)。当該論点は、ヨーロッパの (現在のカナダの) 主権と、非先住民 [が作り出した] 国境を横断する移動の権利とが両立不可能であるかに関する法的レベルの問題である。ここでいう非先住民 [が作り出した] 国境を横断する移動の権利とは、1609年より前の Mohawk の人たちの活動を理由に、アクウェセースニーの Mohawk の人たちが獲得した、と事実審裁判官が述べたものである⁹⁾。

1982年より後の先住民法の観点からすれば、被上訴人が主張する国際通商／移動の権利が、*Van der Peet* 三部作によって確立されたように、35条1項の核心にある、先住民とカナダの主権との調和という目的を促進するかどうか、が検討されるべきである¹⁰⁾。

⁷⁾ *Ibid.* at para. 71.

⁸⁾ *Ibid.* at para. 72.

⁹⁾ *Ibid.* at para. 73.

そのため、当該論争はかなり重要な論点を提起している。私は以下の順で関連する要点を扱うことにする。

- (1) カナダと合衆国の国境のアクウェセースニーにある Mohawk の保留地という極めて重要な (strategic) 位置
- (2) 1988年3月22日の被上訴人による国境での要求
- (3) 国境を経済的利益の負担とする Mohawk の方策
- (4) 被上訴人の先住民の権利の主張の根拠
- (5) 主権に関する異論
- (6) 被上訴人が請求しうる局面のうち、主張しないことによってもたらされる結果
- (7) Mohawk の地位の実質
- (8) 先住民の権利と条約上の権利との関連する区別を含む、被上訴人の主張の法的根拠
- (9) 「主権との両立不可能性」の制限
- (10) 証拠により明らかにされた先住民の権利とカナダの主権との両立不可能性
- (11) 先住民の内的自治の含意¹¹⁾

国王の論拠の重要性は、たとえ被上訴人の主張が Mohawk の文化に独自で不可欠といいうとしても、それでもなお先住民の権利を生じさせるものではない、ということにある。国王は、被上訴人〔の主張〕は、後の法体制の主権と両立可能であるという基本的な要件を満たしていない、という。このことは、主権との両立可能性を満たしていないことを認めることが、35条1項の調和という目的を促進するのか、それとも掘り崩すのか、という問題

¹⁰⁾ *Ibid.* at para. 74.

¹¹⁾ *Ibid.* at para. 75.

も生じさせる¹²⁾。

1. アクウェセースニーの極めて重要な位置

およそ130キロメートルに1列の諸島からなり、「ヤマウズラが住み、さえずる場所」であるアクウェセースニーは、…[カナダが] 管轄権を有するセントローレンス川の中心にある。それらの島は、カナダのオンタリオとケベックの境界にまたがっているだけでなく、セントローレンス川を分ける国境によって二分されている。被上訴人は、アクウェセースニーが Mohawk の祖国 (homelands) の一部であると考えている。アクウェセースニーそれ自体が、かつてカナダ西部とニューヨーク州北部の広大な区域に及ぶ Iroquois 連盟 (「Haudenosaunee」または「ロングハウスの人々」) の諸要素の1つを構成している。他方で、アクウェセースニーの領域は、カナダ、ケベック、オンタリオ、合衆国およびニューヨーク州の5つの異なる政府の間で分割されてもいる。Mohawk の制度も、アクウェセースニーの Mohawk 評議会 (Council)、St. Regis トライブ評議会 (Tribal Council) および Mohawk ネーション首長評議会 (Mohawk Nation Council of Chiefs) の間で領域的に分けられている。この境界の結果から生じている問題は、Mohawk の日々の生活を複雑にしている。被上訴人は証拠の中でこう述べていた。

我々は、国境が我々のコミュニティを半分に分けることを求めていなかった。我々は間違いなく、我々の領域にニューヨーク州の境界を引くことを求めていなかった。我々は間違いなく、ケベックとオンタリオによって我々のもう半分の領域が分けられることを求めていなかった。

我々が自分たちを見出しているのは、1つの現実である。我々はもちろん、その現実の中で、非常に困難で独特な状況にあることを認めている…

¹²⁾ *Ibid.* at para. 76.

我々はそれを変更することを望んでおり、我々が多くを近代化する必要のある先住民の権利を行使することによって、それを変更することを望んでいる。近代化する必要のある多くのものとは、我々が言わんとする権利と、それを行使する方法である¹³⁾。

アクウェセースニーの人々は日常的に、1日に数回国境を往来している。本島からの供給は、関税の問題に遭遇している。1991年にカナダ政府は、関税法 (*Custom Tariff*, R.S.C. 1985, c. 41 (3rd Supp.)) に基づき、アクウェセースニーの住民の負担軽減に関する命令 (*Akwesasne Residents Order*, SOR/91-421) によって住民の税負担を軽減しようとした¹⁴⁾。

私は、Mohawk のコミュニティを国境が交差することが単なる不便を超えたものであり、毎日の生活に重大な負担を構成していることを認めている。広範なコミュニティのあらゆる場所への負担であることは、もちろんである。管轄権のパッチワークやその存在を複雑にする法的資格 (ability) は、先住民コミュニティに特有のものではない。ケベックのあらゆるところで類似の困難が存在している¹⁵⁾。

1982年憲法35条1項の目的は「以前から存在する先住民社会と国王の主権とを」(前掲 *Van der Peet* 判決第31パラグラフ) 調和させることにあると述べてきた。この点に関して、被上訴人は証人席でかなり情熱をこめて、こう主張した。管轄権の分割がアクウェセースニーの Mohawk の人々により深い意味をもたらしている。なぜなら、管轄権の分割は、アクウェセースニーの日々の生活の中に、そして、Haudenosaunee (Iroquois 連盟) の他の成員との関係に、非先住民の統治制度が侵入していることを示しているからであ

¹³⁾ *Ibid.* at para. 77.

¹⁴⁾ *Ibid.* at para. 78.

¹⁵⁾ *Ibid.* at para. 79.

る。このより広範な複雑さは、Mohawkの人々に、自らのコミュニティの運命を統制（control）することが達成できていないことやそうした法的資格がないことを想起させる¹⁶⁾

この点に関して、先住民の苦境を特別に承認するいくつかの国際的な支持が存在する。1994年8月26日にマイノリティの差別防止および保護に関する国連小委員会（U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities）の決議1994/45によって採択された先住民の権利に関する国連宣言草案（*Draft United States declaration on the rights of indigenous peoples*）35条は、次のように規定する。

とりわけ国境で分割された先住民は、精神的、文化的、政治的、経済的、社会的目的のための活動を含む、国境を横断して他の民族（peoples）に接触、関係および協力を維持し発展させる権利を有する¹⁷⁾。

類似するものとして、1989年6月27日に国際労働機関総会が採択した、独立国における先住民およびトライブの人々に関する169号条約（*Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*）32条は、次のように定めている。

政府は、経済的、社会的、文化的、精神的分野および環境に関する分野での活動を含む、国境を横断する先住民とトライブの人々との間で接触ならびに連携を促進するために、国際協定によるものを含むあらゆる適切な措置を講じなければならない¹⁸⁾。

¹⁶⁾ *Ibid.* at para. 80.

¹⁷⁾ *Ibid.* at para. 81.

¹⁸⁾ *Ibid.* at para. 82.

類似する文言は、1995年9月18日に米州人権委員会が賛成した先住民の権利に関する米州宣言草案 (*Draft of the Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*) にみられるが、同じく同草案24条では特に次のように規定されている。

この規定のいかなるものも、国家の国境を無視する権利を与えるものと解釈されてはならない¹⁹⁾。

カナダは、国境によって作り出されたアクウェセースニーの分裂を最小限にすることを試みる様々な具体的手段を講じてきた。被上訴人によると、これらの措置は、Mohawk の資格 (entitlement) を承認するにはまったく不十分である²⁰⁾。

2. 被上訴人の国境での要求

被上訴人は、保留地外での交易に関して、象徴的な輸入品の大部分が Tyendinaga バンドに送られ、それは明らかに、まず買入れの資金を調達することに寄与してきた、と述べた。さらに被上訴人は、アクウェセースニーのファースト・ネーションズと Ojibway/Cree ファースト・ネーションズとの「広範な交易および商業協定」締結のための継続的な交渉だと説明した。彼によると、それは歴史的な交易関係であった。被上訴人は、輸入は「商業的なレベルではない」、すなわち、交換経済に典型の小規模取引だったと述べている。より大規模な「商業規模」の交易という論点は取り組まれるべきもののだが、それについては別の裁判所が別の機会に取り組むものと思われる²¹⁾。

¹⁹⁾ *Ibid.* at para. 83.

²⁰⁾ *Ibid.* at para. 84.

3. 国境を経済的利益の負担とする Mohawk の方策

被上訴人その他の Mohawk の人々は、国境による彼らの生活の分断の影響を減じるためだけでなく、Mohawk が作ったわけではない境界線によって分断されたコミュニティを再統合する機会を探している。そして、彼らの集団の経済的な利点のためにこれらの複雑さを解決する機会を探している。こうしたことは理解できよう²²⁾。

1783年に国境線が引かれる前に、日常生活に必要なものを満たすこととは別に、物品をアクウェセースニーのコミュニティから他のコミュニティに移動する経済的利益は、おそらくほとんど存在しなかった。単に、国境線がアクウェセースニーのコミュニティに引かれているだけで、今や実際の利益が存在する。カナダ政府の政策は、地図に引かれた専断的な境界線がないならば、何に財政的な重要性があるとしてきたと言えるだろうか²³⁾。

Mohawk コミュニティにとって無税でカナダに輸入する「集団の利益」は、先住民の生活様式の継続に由来するものではないだろう。それは、非先住民のカナダ政府の財政上および関税に関する協定の直接的な人工物である。被上訴人は、当法廷が国境を横断するカナダの他のファースト・ネーションズに関して、本件上訴それ自体に懸念を有する必要はないと主張しているけれども、Mohawk 側の論理は、カナダの中にある祖国が国境線をまたぎ、交易の歴史を証明するファースト・ネーションズに等しく適用される²⁴⁾。

留意すべきは、被上訴人が、現在の請求と、彼がコミュニティに多くの悲劇をもたらしてきたと指摘するアクウェセースニーの密輸問題とを別個のものとしていることである。

²¹⁾ *Ibid.* at para. 89.

²²⁾ *Ibid.* at para. 90.

²³⁾ *Ibid.* at para. 91.

²⁴⁾ *Ibid.* at para. 92.

アクウェセースニーの我々人民（Our People in Akwesasne）は、彼らが密輸に反対していること、警察に協力していること、Mohawk 自身の警察が麻薬の押収を多くしてきたことを示してきた。タバコはおそらくもっとも心配の少ないものである。薬物、アルコール、自動小銃、これらすべては我々人民にとって有害であり、当該領域に多く持ち込まれてきた。我々のコミュニティの我々人民は、国境が存在しているか否かにかかわらず、これは我々の法の下では不正（wrong）である、と述べてきた。こうした見解は、以下のように考えている。すなわち、我々の領域の中に税金や義務に拘束されることなく、そうした財物を輸送するために権利を濫用する先住民は日和見主義者である、と。彼らは即時的な利益のために我々人民のすべての者の権利を害する危険にさらしている。コミュニティも Iroquois 連盟も密輸を支持していない。

（証拠 D-13. Grand Chief Michael Mitchell, “Unbroken Assertion of Sovereignty” in B. Richardson, ed., *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country* (1989) 130頁）²⁵⁾。

ニュー・ブランズウィックの法務総裁は、主張されている先住民の権利は、実際には、非先住民コミュニティ間の非先住民の物品の交易を促進するために、先住民の国境の横断を結びつけているに過ぎない、と主張している。証拠に基づくと、Tyendinaga Mohawk が非先住民に物品を転売することを妨げるものは存在しなかった。ファースト・ネーションズ議会（Assembly）は、人が物品をもって通過しうる、あるいは物品だけを通過させうることを理由に、移動の権利と物品の自由な移動を別に検討しなければならないと主張するが、この〔ニュー・ブランズウィック法務総裁の〕懸念は、ファース

²⁵⁾ *Ibid.* at para. 93.

ト・ネーションズ議会のこうした弁護によって緩和されていない。国境を横断して物品を送り返したり送ったりするためにピューロレイターやフェデラルエクスプレスを利用することは、「祖先が数世紀行ってきたように」(前掲 Calder 判決328頁。Judson 裁判官による相対多数意見) Mohawk の人々が生活することを認める、というもともとの概念からかけ離れている²⁶⁾。

ある請求の近代化や増大する経済的価値は、必ずしもその存在に決定的なものではない。経済的価値の推進力は、過去にそうであったものと今日では異なる。「凍結権利 (frozen rights)」理論は、35条1項の目的と両立しないとして、裁判所すなわち前掲 Sparrow 判決1093頁によって退けられてきた。先住民の権利は成長し発展することができる。すなわち、「35条1項は、意味のある内容を与えなければならない厳粛なコミットメントである」(前掲 Sparrow 判決1108頁)²⁷⁾。

4. 被上訴人の先住民の権利の主張の根拠

長官は理由づけの中でこの分析「ヨーロッパ人と接触する前の先住民コミュニティの独自の文化にとって不可欠な慣行、慣習または伝統であるか」に関連する事実に関する証拠に取り組んでいる。しかしながら、私の目的にとっては、主権の問題に触れるいくつかの事項について分析を拡大する必要がある。事実審裁判官は、本件上訴に関連する出来事の精確かつ包括的な歴史を提供している²⁸⁾。

伝統的な Mohawk の祖国は Mohawk 溪谷 (ニューヨーク州のオールバニーの近く) にあったが、Mohawk の人々は、セントローレンス川の溪谷北部に至る領域すべてにその範囲を拡大した。長官は、「Mohawk の人々が

²⁶⁾ *Ibid.* at para. 94.

²⁷⁾ *Ibid.* at para. 95.

²⁸⁾ *Ibid.* at para. 97.

生計を立てるために物品をもって移動したとって差し支えない」(第41パラグラフ)と指摘したが、彼らが南北の交易に着手した物品を含んで運搬していた証拠が過少であることを指摘している(第50パラグラフおよび第51パラグラフ)。しかしながら、Mohawkの人々がセントローレンス川の渓谷に移動していたことは認められている。事実審裁判官は、イエズス会と連絡をとったと考えられる「1747年から1755年の間のいつか」(14頁)になって初めて、アクウェセースニーそれ自体がおそらく永住地(permanent settlement)として確立された、と認定した。このことは、事実審裁判官が16頁で判示した Mohawk の人々とヨーロッパ人の最初の接触の1609年からおよそ140年後のことであった。事実審裁判官によると、最初の接触は、シャンプレーン湖でのフランス人と Mohawk の人々との戦闘であった。これらの訴訟手続きの中で被上訴人は土地権(aboriginal title)の請求を提示していない。先住民の個別的権利(specific aboriginal rights)は土地権の請求から独立して存在しうことは明らかである²⁹⁾。

(i) [ヨーロッパ人と] 接触する前

ヨーロッパ人と接触する前、セントローレンス川上流の渓谷は、南部から北部に迫る Mohawk の人々と、それより前に当該地域で定住していた Huron 語話者の民族と Algonquin 語話者の民族との「戦場」(前掲 Adams 判決126頁)であった³⁰⁾。

戦闘行為をするファースト・ネーションズ間の領域の境界線は、流動的なものであった。事実審裁判官は21頁から22頁で、歴史上の証拠から一般的な結論をこう述べた。

²⁹⁾ *Ibid.* at para. 98.

³⁰⁾ *Ibid.* at para. 99.

Mohawk の人々がセントローレンス川の渓谷で当該領域を使用し統制してきたことに関する相対立する特徴づけがあるけれども、私の考えでは、Mohawk の渓谷を祖国とする Mohawk の人々は、ヨーロッパ人が到来する前に、現在のカナダの領域の一部であるセントローレンス川の渓谷の地域を定期的に活用してきた。Mohawk の人々が一貫して狩猟や漁業の領域として当該地域を利用していたかどうか、当該地域が他のファースト・ネーションズとの戦場や襲撃地であったかどうかは、証拠から明らかではない³¹⁾。

[ヨーロッパ人と] 接触する前の当該領域での Mohawk の人々の経緯の性質に関する事実審裁判官の評価は、一部分において、被上訴人側の専門家である Charles Johnston 教授の証言に基づいていた。事実審裁判官は、Johnston 教授の証言（27頁）から次の文章を引用した。

では、こういう言い方をしましょう。交易や戦争は、生活することや呼吸することと同様に Iroquois にとって簡単に到来した。彼らは戦争をしていないとき、たいてい交易をしていた。もちろん戦争は、交易から生じ、交易から戦争が起きた³²⁾。

[ヨーロッパ人と] 接触する前の時代にファースト・ネーションズ間の境界線は、現在のアクウェセースニーの国境と一致するものではなかったが、そうした境界線が存在した。そして事実審裁判官は、その境界線は平時には伝統的な慣行や慣習に基づき、Mohawk の人々に尊重されていることを認定した³³⁾。

³¹⁾ *Ibid.* at para. 100.

³²⁾ *Ibid.* at para. 101.

³³⁾ *Ibid.* at para. 103.

(ii) [ヨーロッパ人と] 接触した後の証拠

[ヨーロッパ人と] 接触した後の活動の証拠は、先住民の権利の請求の事実問題に関する根拠に拡大しない。他方で、本件において、被上訴人の請求と後の Mohawk によるものではない主権の主張との両立不可能ゆえに、その証拠は関連するといえる³⁴⁾。

Huron の人々と Algonquin の人々はフランス軍と同盟を組み、Iroquois の人々のほとんどは英国軍と同盟を組んでいた。セントローレンス川の溪谷の Mohawk の人々は、忠誠心が分かれていた。少なくともモントリオールに最も近いコミュニティは、フランス軍と同盟を組むことになった。事実審判官は、Mohawk 軍の一部は「フランス軍との同盟が、英国軍に中立であることや英国軍と同盟を組むことよりも望ましいと考えたため」、Mohawk 軍の一部は「北上した」と指摘した。フランスの体制の下での植民地法は、先住民の権利を、英国の体制よりも異なった取り扱いをしたが、我々の法廷は、「フランスの主権はかつてのニューフランスの境界線の中で35条1項に基づく先住民の権利が存在する可能性を否定しなかった」、と是認した (*R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139の第51パラグラフ)³⁵⁾。

我々の目的にとって、被上訴人がフランス、英国またはカナダによって付与された移動の権利をここで主張しているわけではないことに留意しなければならない。被上訴人はもちろん、カナダ市民としての十全な権利への資格を有している。しかし、この特定の事案において、彼はそうした権利を主張していない。彼は、すべての体制に先立つ、Mohawk の移動に由来する「Haudenosaunee の市民」としての移動の権利を主張している³⁶⁾。

³⁴⁾ *Ibid.* at para. 104.

³⁵⁾ *Ibid.* at para. 107.

³⁶⁾ *Ibid.* at para. 109.

5. 主権に関する異論

本件の異例な面は、主張している交易／移動の権利の価値だけでなく、まさしくその目的が、北米大陸の非先住民の主権の一表明それ自体である境界に依存していることにある³⁷⁾。

被上訴人は当然のことではあるが、Mohawk の遺産を誇りに思っている。Iroquois 連盟は1450年頃に形成されたと考えられている。事実審裁判官が26頁で認めた証拠によると、Iroquois の絶頂期には、

…Iroquois は、メキシコとペルーのみを除く新世界で、もっとも顕著な市民組織 (civil organization) を自ら実現した。

17世紀に被上訴人の祖先は、遠く離れたヨーロッパの国王が Mohawk の領域に対して主権を主張していることに間違いなく気づいていなかった。*Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832) 543頁で合衆国最高裁判所の Marshall 長官が考察したように、

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 (dominion) の正当な始原的請求権 (rightful original claims) を有することができた、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原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…³⁸⁾。

けれども、こうしたことが実際に起きた。さらにいうと、先住民の視点からすれば、初期のこうしたヨーロッパ人の「支配権」の請求権は、その後数十年経って現実のものとなった。被上訴人の弁護人は、カナダの主権に異論

³⁷⁾ *Ibid.* at para. 111.

³⁸⁾ *Ibid.* at para. 112.

を唱えていない。彼は、カナダの主権という広範な枠組みの中で Mohawk の自律を求めているのである³⁹⁾。

先住民の権利に関するコモン・ローの概念は、英国の植民地法における主権の継承の理論をもとに打ち立てられた。1982年憲法の起草者は、裁判所が35条1項の解釈の中でコモン・ローの概念を考慮することを間違いなく期待していた。MacLachlin 裁判官（当時）は、前掲の Van der Peet 判決第227パラグラフと第262パラグラフで、次のことを指摘した。

何が先住民の権利を構成するのかという論点は、法が歴史的に先住民の基本的権利と認めたものを考察することで回答しなければならない、と私は考える。

...

これまで定義されてこなかった先住民の権利を定義するという問題が複雑でセンシティブなものであることを考えると、コモン・ローが採用した実践的アプローチ——先例の経験的知識や承認された権利から推論される——は、先住民の権利の定義にあたって非常に頼りになるものである（強調は Binnie 裁判官）⁴⁰⁾。

私はこれに同意する。1982年憲法は新たな1章を記したが、新しい本を書き始めたわけではなかった。35条1項の枠組みの中で、裁判所が先住民の権利を構成するものを決定できるよう、コモン・ロー（「法が歴史的に受け入れてきたもの」）を考慮する必要がある⁴¹⁾。

被上訴人は自らの主張を以下のように位置づけている。彼は、ニューヨー

³⁹⁾ *Ibid.* at para. 113.

⁴⁰⁾ *Ibid.* at para. 114.

⁴¹⁾ *Ibid.* at para. 115.

ク州のオノダガで Mohawk 連盟の首都で発給された Haudenosaunee のパスポートを提示し、国境を往來することを主張している。彼は証言の中でこう説明している。

私にとってこのパスポートは同様に、自分自身の Iroquois 連盟よる、そして我々のネーションの首都であるオノダガによる承認の一つの表明でもあるが、それだけではなく、私のシティズンシップがどこにあるのかについてのカナダと合衆国の一つの承認でもある。

Haudenosaunee のパスポートに関するこの証言は、被上訴人の弁護人が、「被上訴人が本件で主張している権利の根拠という争点に」進むために述べたものである⁴²⁾。

先住民の主張を評価する際に、裁判所は「先住民自身の視点」を考慮するよう要求される（前掲 Sparrow 判決1112頁、前掲 Van der Peet 判決第49パラグラフ）。被上訴人の視点からすると、当該先住民の権利は Mohawk の主権に由来する。彼は証拠番号 D-13でこう書いている。

アクウェセースニーは太古から Mohawk の法と政府とともに存在するコミュニティであり、我々に一貫してネーションの主権を維持するよう決意させてきたコミュニティである。

彼は135頁で次のことを付け加えている。

⁴²⁾ *Ibid.* at para. 116.

私は自分自身を1つのコミュニティの指導者だと考えているが、私のネーションの指導者はMohawkネーションの指導者である。私はHaudenosauneeの市民である。もし私をカナダ市民でもあるという者がいるなら、私がせいぜい同意できるのは、我々が合衆国で有している利益と同様に、条約によってカナダで一定の利益を有していることぐらいである⁴³⁾。

基本的に被上訴人は、先住民の権利を非先住民の法に対する盾とみている。非先住民の法には、被上訴人が、「Kanienkehaka すなわち Mohawk ネーションまたはシックス・ネーションズのいずれかのネーションにとって意味をもたない」国境の押しつけ、と考えるものが含まれている。したがって彼は事実審でこう証言した。

私の祖父がたとえいかなる英単語も話さなかったとしても、他の長老が説明してきたように、祖父は、英国人はHaudenosauneeに自由で独立した民族として我々のネーションを承認し続けることを約束した、と私に説明することができた。長老たちはある会合でその約束を暗唱した。それは、私たちが理解しなければならないその約束の正確な言葉と要点であった。

今日アクウェセースニーにいる我々の人民 (our people) が、この国境は私たちに向けられたものではなかったと述べる時、彼らはそうした約束の解釈の歴史的条件を理解している。言い伝えられている私たちの言葉と方法において、現在国境として理解されている境界線は、他の誰かに帰属している。Kanienkehaka すなわち Mohawk ネーション、あるいはシックス・ネーションズのいずれかのネーションにとって意味をもつものでは

⁴³⁾ *Ibid.* at para. 117.

なかった。我々はそのことを十分に理解している⁴⁴⁾。

この証言の中で被上訴人は、「英国人の Haudenosaunee に対する約束」に言及したが、交易／移動の権利や免税を現行の条約上の権利に基礎づける主張は退けられ、当法廷に上訴されてきていない。ここでの彼の主張は、英国がそうした趣旨を約束する条約を締結したかどうかにかかわらず、Mohawk の人たちは Mohawk の法体制のもとで、交易のために現在のカナダと合衆国の国境を往来することが実際に自由であったし、この自由は現在35条で保障されている、というものである。Haudenosaunee の一市民として国境線を横断して交易し移動することに対する請求は、主権の問題に関わるものである⁴⁵⁾。

6. 被上訴人が請求している局面のうち主張していないもの
[省略]

7. 当該証拠によって明らかにされた請求の実質

弁論でなされた譲歩にもかかわらず、被上訴人の主張は、すでに言及した理由で、単にアクウェセースニーにおける人や物品の物理的移動やアクウェセースニーに関するものではない。被上訴人の主張は、カナダ憲法の枠内で Mohawk の自律の限界に挑むことを本質としている。あたかも国境が存在しないかのように生活をおくる Mohawk の野心を本質としている。たとえ財政的利益が関税を支払うことなく国境を越えて物品を運ぶ法的資格から生じるものであっても、それはこのより広範なビジョンに明らかに付随している⁴⁶⁾。

⁴⁴⁾ *Ibid.* at para. 118.

⁴⁵⁾ *Ibid.* at para. 119.

⁴⁶⁾ *Ibid.* at para. 125.

確かなことは、*R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821 第27パラグラフで当法廷が、「過度に一般的なレベルでの」先住民の権利の審査に対して警鐘を鳴らした、ということである。けれども、本件のような請求が、国際通商と国境の移動の権利としてただ適切に解釈されうだけであるときは、そうしたレベルで裁判所は、[先住民の権利の審査に] 取り組まなければならない⁴⁷⁾。

被上訴人が考える憲法の枠組みの中で主張された先住民の権利は、先住民と非先住民とのより基本的な関係を単に表明しているに過ぎない。Mohawkの伝統において、この関係は、証拠 D-13の109頁から110頁や事実審での被上訴人の証言（事実審理記録 2 巻191頁から192頁かけて）の中で、被上訴人が言及した「トゥーロー（two-row）」ワンパン（wampum）によって記憶されている。そして、この関係は1983年インディアンの自治政府に関する連邦議会特別委員会（Parliamentary Special Committee on Indian Self-Government）に対する Haudenosaunee の説明の中で、以下のように示されている。

Haudenosaunee がヨーロッパの諸ネーションと初めて接触したとき、平和友好条約が締結された。Gus-Wen-Tah すなわちトゥー・ロー・ワンパン(Two Row Wampum)がそれぞれを表している。協定の高潔(purity)を表す白い貝殻ビーズ(wampum)の下地がある。紫の2つの列(two rows)があり、その2つの列はあなた方の祖先と私たちの祖先の精神を示す。2つの列から分かれた3つの貝殻ビーズがあり、それらは平和、友好および尊重を表している。

これらの2つの列は、同じ川をともに旅する2つの道と2つの乗り物を表すものである。一つは樺の樹皮で作ったカヌーである。これはインディ

⁴⁷⁾ *Ibid.* at para. 126.

アンの人々、彼らの法、慣習および方法を意味する。もう一つは船(ship)である。これは白人と彼らの法、慣習および方法を意味する。我々はそれぞれともに並んで自分のボートで川を下る。我々はともにもう一方の船舶(vessel)の舵をとろうとはしない

(*Indian Self-Government in Canada: Report of the Special Committee* (1983), back cover) ⁴⁸⁾。

したがって、2列の貝殻ビーズの中には2つの並行した道がある。片方の道で先住民のカヌーは旅をする。もう一つの道でヨーロッパの船は旅をする。2つの船舶は共存するが決して接触することはない。それぞれは自らの運命の主権者である⁴⁹⁾。

近代国家のいくつかの現実を反映するために修正を加えられた「2列」の貝殻ビーズの概念の近代的な具体的表現は、「併合 (merged)」主権あるいは「共有 (shared)」主権の考えである。「併合主権」とは、ファースト・ネーションズが完全に非先住民の主権に従属したのではなく、時代の経過とともに併合したパートナーとなった、と主張するものである。最終報告書、*Report of the Royal Commission on the Aboriginal Peoples*, vol. 2 (*Restructuring the Relationship* (1996)) 214頁で、「先住民政府は (カナダの) 憲法に、カナダの土壌の中にそのもっとも深遠で、もっとも弾力のあるルーツ (resilient roots) を与えている」と記されている。歴史的に国王は海を渡った法主体 (entity) と描かれ、先住民は国王と同一視されるものと到底考えられてこなかったのに対し、35条1項の調和のプロセスが確立された1982年においては、もはやそうした状況は存在しなくなった。憲法が移管 (patriate) され、我々の主権のすべての面が確固として我々の国境の中に位置づけられるよう

⁴⁸⁾ *Ibid.* at para. 127.

⁴⁹⁾ *Ibid.* at para. 128.

になった。先住民に関する王立委員会が明記した「併合主権」の原理が何らかの本当の意味をもつとしたら、少なくとも、先住民のカナダ人と非先住民のカナダ人が一定の共通の目的をもち団結して行動する、1つの主権を有する法主体をともに形成する、という考えが含まれなければならない。現に有する先住民の権利と条約上の権利が調和されなければならない対象は、主権が歴史的に帰属する継承者としての、この新しい法主体なのである⁵⁰⁾。

最終報告書、*Report of the Royal Commission on the Aboriginal Peoples*, vol. 2は、240頁から241頁にかけて以下のように「共有」主権を説明した。

我々は、共有主権とはカナダの連邦制の1つの特徴であり、先住民政府、州政府および連邦政府を結びつけるこの三角関係の1つの中心的特点だと考えている。これらの政府はそれぞれの範囲で主権を有しており、委譲（delegation）によってというより、むしろ憲法上の地位という観点から自らの権限を有している。それにもかかわらず、それぞれの権限の多くは、ともに行使され、2つ以上の統治秩序（order of government）によって行使される。

この見解に基づき「2列の」貝殻ビーズという航海の隠喩に戻ると、「併合」主権は、木、鉄と帆布の歴史的要素を構成する単一の船舶（または国家という船）と認識される。この船舶の構成部分は調和した統一体（harmonious whole）として働くが、木は木のままであり、鉄は鉄のまま、帆布は帆布のままである。Sir Wilfrid Laurier を含む非先住民の指導者は類似の隠喩を用いた。それは1つのフレーズの中で同化することのないパートナーシップを表している、と⁵¹⁾。

⁵⁰⁾ *Ibid.* at para. 129.

⁵¹⁾ *Ibid.* at para. 130.

このすべてのものから生起する35条1項の問題は、申立ての方法の中で示唆されている。被上訴人は、「KANENTAKERON としても知られる GRAND CHIEF MICHAEL MITCHELL」として訴訟を提起している。被上訴人は、2つの文化的コミュニティに同時に属して暮らしている。それぞれのコミュニティは、法的権利と法的責任に関する自身の枠組みを有している。被上訴人は、北米でおよそ1万年前に遡るルーツをもつロングハウスの人民(People of Longhouse)の精神活動を祖父から学ぶときに Kanentakeron と言い表す。けれども、Michael Mitchell という名前は、時折テレビを観ることがあり、コーンウォールのハイスクールに通ったことがある近代カナダの側にいることも告知している。彼は、この国の他の人々と同じだけ、この国の集団に共通した主権(collective sovereignty)の側にいる。被上訴人は、証拠 D-13 の135頁でこう書いている。

Mohawk の人たちを反カナダ人とか反アメリカ人と考える人がいるならば、北米のファースト・ネーションズは他の国籍の人よりも、第一次世界大戦と第二次世界大戦に多くの兵士を送り出したことをどうか思い出してもらいたい。我々は前線でいつものように負傷し、多くの者が帰宅することはなかった⁵²⁾。

被上訴人の訴訟の申立ての方法の中で反映されている2重の側面は、先住民の諸権利に関する当法廷の論議の中にも、その類似のものを見出す。「先住民コミュニティの独自の文化にとって不可欠」(Van der Peet 判決第55パラグラフ)であるものは、憲法上保障される。しかしながら、他の点において、被上訴人と他の先住民は、我々の国民的多様性(national diversity)の一部として生活し貢献している。当法廷の先住民の権利の定義においても同

⁵²⁾ *Ibid.* at para. 131.

様である。先住民の権利の根拠は前の時代に見いだされるが、それらの権利はその時代に凍結されてこなかった。上述の通り、先住民の権利は権利であり遺物ではない。先住民の権利は現代のカナダで計画された。現代のカナダでは、先住民のアイデンティティを保持し保障することを望む現代のカナダ人によって、21世紀に集団の権利として行使される⁵³⁾。

連邦政府は今世紀の初めに、1867年憲法91条24号（「インディアンおよびインディアンに留保された土地」）に基づく連邦議会の権限は完全な（plenary）なものだと時折主張した。インディアンは、連邦の「規制（regulation）」に完全に服する連邦の人々だと言われていた。裁判所は、先住民個人は、言語および文化ならびに伝統的な権利の行使を含む諸目的のために、インディアンと特徴づけられるけれども、それによって州や準州の住民ではなくなるわけではない、と判示することで、これを退けた。1982年憲法が施行された直後に下された租税訴訟である *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29 の36頁で、Dickson 裁判官（当時）は「インディアンは市民である。条約またはインディアン法によって統治されて（governed）いない生活事項において、彼らは他のカナダ人のすべての責任に服する」と書いた。*Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751の763頁での Laskin 長官による [多数意見]。*Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309の326頁での Beetz 裁判官による [多数意見] も参照。Lamer 長官は、Gladstone 判決（第73パラグラフ）とそれを引用した *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010（第165パラグラフ）で、「独自の先住民社会は、国王が主権者である広範な1つの社会的、政治的、文化的コミュニティの中で存在し、その一部である（強調は *Delgamuukw* 判決）」と繰り返し述べている。憲法の目的は、調和であり相互に孤立することではない⁵⁴⁾。

⁵³⁾ *Ibid.* at para. 132.

⁵⁴⁾ *Ibid.* at para. 133.

王立委員会は、「1000ほどの先住民コミュニティを構成する、現在のカナダで歴史に基礎づけられた60から80のネーション」が、作用上の衝突（operational conflict）のある場合に、「連邦政府および州政府の権限とどのように相互に作用する」のかが決定的な問題だと承認しているけれども、「共有主権」が実際にどのように機能すると考えられるのかについて、正確に説明していない（前掲の最終報告書166頁と216頁）。王立委員会は、先住民の自治政府が、カナダにおける憲法上の権限が完全かつ排他的に連邦政府と州政府に配分されているとする一般的な見解に投げかけている挑戦についても承認している。例えば、*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571 (P.C.) の581頁や P.W. Hogg & M.E. Turpel, “Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 187の192頁を参照。この争点は現在、*Campbell v. British Columbia (Attorney-General)* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 122, 2000 BCSC 1123において、ブリティッシュ・コロンビア州裁判所で論じられている。この論点には重大な経済および財政上の問題がある。保留地の外、特に都市に居住する先住民は、*Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203の一部で議論されたように、自治政府がこうした先住民にどのような影響を与えるのかに関して重大な懸念を抱いている。王立委員会はおそらくこうした困難を念頭におき、「[ママ] 自治政府に向かういかなる道のりも、問題となっている先住民集団によって着手され、「その成員が認める必要性に応じることが不可欠」だと考えている（*Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government and the Constitution* (1993) 41頁）。王立委員会は、交渉に基づき条約を締結するモデル（negotiated treaty model）に賛同し、ファースト・ネーションズの自治政府制度に対する「画一的な」アプローチを退けている。簡潔にいうと、その目的は、「先住民が先住民であるために」十分な「憲法上の空間」を作ることにある。D. Greschner, “Aborigi-

nal Women, the Constitution and the Criminal Justice”, (1992) *U. B. C. L. Rev.* (Sp. ed.) 388の342頁。J. Borrows, “Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 15の34頁も参照。王立委員会報告書 2 卷214頁にこう書かれている。

35条は、独立国家がもっていると一般に考えられている無制限の政府権限や完全な主権の要求を保障するものではない。先住民政府は連邦および州政府と同様に、憲法が定める主権の範囲内で機能する。要するに、35条 1 項における先住民の自治権は無限定の権限というより、むしろ制約された権限に関わるものである⁵⁵⁾。

現在の目的にとってこれらの主張に関して何らかの結論を下すことは不必要である。重要なのは、王立委員会自身がカナダの共有主権において、先住民を非先住民に対する完全な参加者だと考えていることである。先住民はカナダの主権と対立しているわけではないし、それに服しているわけでもない。先住民はカナダの主権の一部なのである⁵⁶⁾。

こうした背景を理解しつつ、被上訴人がこのテストケースで、移動の権利をカナダ市民としての権利に根拠づけていないという点に戻ろう。被上訴人の弁護人は、35条 1 項それ自体が権利を創設することを意味していないことを認めている。被上訴人の国際通商と移動の権利は、証拠の中で、ニューヨーク州シラキューズ近隣の Haudenosaunee の首都オノンドガで暮らす Haudenosaunee の市民の地位に付随する権利として提出されている。彼は証言でこう述べている。

⁵⁵⁾ *Ibid.* at para. 134.

⁵⁶⁾ *Ibid.* at para. 135.

質問：Mitchell 首長、あなたは特にオノンドガに言及していますが、オノンドガの重要性とは何ですか？

回答：我々が理解する Iroquois の世界では、オノンドガはカナダの首都オタワ、合衆国の首都ワシントンとほとんど同じように、[Iroquois] 連盟の首都であり、シックス・ネーションズの Haudenosaunee の首都です。

…

質問：Mitchell 首長、あなたは自身を [Iroquois] 連盟の市民と考えていますか？

回答：私は Iroquois 連盟の Haudenosaunee の市民です。…Haudenosaunee のネーションの各成員がもしパスポートを申請するなら、オノンドガに行くことになります。私たちが移動するのに使うパスポートです。私たちは自身の Iroquois 連盟のパスポートを使います⁵⁷⁾。

したがって被上訴人の請求は、明確な意味をもつ2つの要素を示している。彼は国境を超える交易と移動の権利を主張しており、この権利を、彼の現在のカナダのシティズンシップではなく、ニューヨーク州のオノンドガに首都をもつ Haudenosaunee 連盟のシティズンシップに結びつけている⁵⁸⁾。

8. 被上訴人の主張の法的根拠

被上訴人は当初、条約上の権利と先住民の権利の双方を主張していた。しかし、これら2つの権利を享有する根拠の概念上の区別は重要である。条約上の権利は、国王の名誉 (honour) を保持する方法で寛容に解釈し実現す

⁵⁷⁾ *Ibid.* at para. 136.

⁵⁸⁾ *Ibid.* at para. 137.

ることを国王が積極的に約束したものである。*R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227、*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771および *R v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456⁵⁹⁾。

事実審裁判所は、もし免税条項が Mohawk との条約に組み込まれてきたなら、その約束は35条の条約上の権利として裁判上実現可能である、と認めた。条約上の権利それ自体が国王主権の1つの表明である⁶⁰⁾。

先住民の権利の事案では、国王が裁判上実現しようとする権利や義務について交渉する、条約作成のプロセスに匹敵する歴史上の出来事は存在しない。被上訴人の主張は、1609年にヨーロッパ人と Mohawk の人たちが最初に接触したときよりもずいぶん前だと彼が述べるところの慣行に基礎がある⁶¹⁾。

前掲 Van der Peet 判決における McLachlin 裁判官の反対意見は第227パラグラフで、「何が先住民の権利を構成するのかという論点は、法が歴史上、基本的な先住民の権利と認めてきたものを考察して回答されなければならない」と述べた。McLachlin 裁判官のこの反対意見に立ち返って論評しよう。英国植民地法の下での1つの推定が存在した。すなわち、国王は、良心にとると思われない（たとえば、Blackstone in *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Book 1の107頁は、現在では信用に値しないが、「異教徒の」法を例に挙げていた）、または、新たな主権と両立しえないと思われない（*Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (K.B.) 1047頁から1048頁まで、*Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (B.C.C.A) 第1021パラグラフから第1024パラグラフまで）以前から存在する住民の慣習を尊重しようとする、という推定である。B. Slattey 教授は以下のように伝統的な原則を定式化した。

⁵⁹⁾ *Ibid.* at para. 138.

⁶⁰⁾ *Ibid.* at para. 139.

⁶¹⁾ *Ibid.* at para. 140.

国王がアメリカの領域に対する主権を獲得したとき、植民地法は、先住民の地域の慣習は良心にもとる、または国王の主権の主張と両立しえないものを除き、推定に基づき効力を有し続け裁判所で承認可能なものである、と命じた（強調は Binnie 裁判官）。

（“Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727の738頁）⁶²⁾

Slattery 教授は近年公刊した論考“Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights” (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 196の201頁で、「国王の宗主権」という言い回しを「国王主権」に置き換えているが、大部分は以前の提言を繰り返している。この言い換えは、力点が個人に対する主権から「自律的な」集団に対する主権に移行していることの兆しである。おそらくは「自律的な」集団は、先住民の自治政府を支持する論拠に関連づけられている⁶³⁾。

裁判所は Calder 判決以来、独自の文化にとって不可欠な慣行、慣習または伝統に対する以前から存在する「権利」を超えて、承認を拡大してきた（前掲 Van der Peet 判決第53パラグラフ）。Van der Peet 判決で反対意見を書いた McLachlin 裁判官が第248パラグラフで説明したように、先住民の権利の問題は、「ヨーロッパの法や慣習が重ね合わされる前に〔先住民の〕法や慣習が支配していたものである〔のだろうか〕（？）」⁶⁴⁾

今やより寛容な憲法解釈原理によって大きく修正された先住民の権利のいくつかの根拠のうちの1つは伝統的な英国の植民地法である、という事実すでに言及してきた。枢密院司法委員会が判断した事案の多くは、前体制のもとで創設されたプロパティの権利に関心をもっていた。*Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretaty)*, [1921] 2 A.C. 399の407頁で、「単なる主権の変更

⁶²⁾ *Ibid.* at para. 141.

⁶³⁾ *Ibid.* at para. 142.

⁶⁴⁾ *Ibid.* at para. 143.

は、個々の所有者（private owners）の権利を害する意味と推定されるべきではない」ことが確認されている。近年の事案では、*Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E. R. 785の788頁で枢密院の多数意見を書いた Denning 卿がこう述べた。「どのような権利が承認されるかを審査する際に、1つの指針となる原則がある。それは次のものである。裁判所は、国王が当該住民のプロパティの権利が十分に尊重されるべきという意図を有していることを当然の前提とする」（強調は Binnie 裁判官）。先住民の権利に関する現代の法に関していうと、主権の継承に関する法は、帝国の全域の当該地域の住民の利益と主権の変更とを調和させようとしていた⁽⁶⁵⁾。

推定の概念は、前掲 *Calder* 判決の402頁で Hall 裁判官が支持している。

上訴人は、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推定に依拠している。それゆえに、Nishga の人々が英国の主権に支配されたとき、…彼らは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（強調は Binnie 裁判官）⁽⁶⁶⁾

その後、先住民の権利は「土地権」とは別に存在しうることが確認された（前掲 *Van der Peet* 判決第74パラグラフ。前掲 *Adams* 判決第26パラグラフ）。さらに *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 355で Dickson 裁判官は、土地権から帰結される先住民の権利の「法的」性格を強調した。すなわち、Dickson 裁判官は、「*Calder* 判決において当法廷は、先住民が自身のトライブの土地を歴史上占有し保有していたことに由来する1つの法的権利として土地権を承認した」（強調は Binnie 裁判官）と述べた。続けて、インディアンは「土地の保有を保持し、自らの裁量に従って土地を利用する、公正な請求権だけ

⁽⁶⁵⁾ *Ibid.* at para. 144.

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.* at para. 145.

ではなく法的な請求権をもった当該土地の正当な占有者 (rightful occupants)」である、という主張を言明した (Guerin 判決による強調を削除し、Binnie 裁判官が強調を追加)⁶⁷⁾。

オーストラリアの最高裁判所は、オーストラリアの先住民を統治する法体制に関して類似の結論を下すに至っている。*Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1の55頁から57頁の Brenna 裁判官による多数意見と同判決の184頁での Toohey 裁判官の見解。*Wik Peoples v. Queensland* (1996), 187 C.L.R. 1も参照⁶⁸⁾。

私は断じて、35条1項の調和への鍵が大英帝国の法に関する公文書に見出されるべき、と提示しているのではない。それにもかかわらず、被上訴人の主張の根底にあるは、アクウェセースニーの Mohawk の人たちが18世紀の北米の法体制に基づき、[ヨーロッパ人と] 接触する前の時代と同様に、いかなる物品であっても、彼らの伝統的な祖国を分割するその後には作られた国境を往来し続ける、集団として実定法上の権利を獲得した、というものである。言い換えると、この点に関する Mohawk の自律は、単なる慣習や慣行としてではなく存続した。Mohawk の自律は、交易および移動の法的権利としてヨーロッパを基礎とする新たな憲法秩序の中に現れた。1982年憲法35条1項によって、こうした権利が憲法上保障される権利となった。これが被上訴人の主張なのである⁶⁹⁾。

9. 「主権との両立不可能性」の制限

注意深く検討することなく35条1項の解釈に英国の植民地法の理論を推し進めないよう注意しなければならない。例えば、*R. v. Eninew* (1984), 12 C.C.

⁶⁷⁾ *Ibid.* at para. 146.

⁶⁸⁾ *Ibid.* at para. 147.

⁶⁹⁾ *Ibid.* at para. 148.

C. (3 d) 365 (Sask. C.A.)と *R. v. Hare* (1985), 20 C.C.C. (3 d) 1 (Ont. C.A.)において、2つの州控訴裁判所は、35条1項が、政府による一方的な消滅に脆弱であることを含め、コモン・ロー上の先住民の権利の伝統的な弱さを「承認し確定した」(したがって憲法上具体化された)、と判示した。最高裁は前掲 *Sparrow* 判決で、35条1項を、先住民コミュニティと非先住民コミュニティとの関係を悪化させてきた古くからの不満を解決するために、カナダ人による新たなコミットメントの約束を確定したものと解釈し、これを退けた⁷⁰⁾。

けれども、35条1項を、コモン・ローを十把ひとからげに否定するものと解することはできない。憲法規定の主題は、「現に有する」先住民の権利および条約上の権利であり、これらの権利は法的起源からも歴史的起源からも完全に解き放たれることなく「承認および確定」されたといわれる。すでに論じたように、主権の継承とその結果としての先住民の権利の範囲の制約という決定的な特徴の1つは、新たな主権との両立不可能性の観念であった。こうした両立不可能は、先住民の自治政府の権限に対する制約として受け入れられてきたように思われる。例えば1993年の作業報告書である前掲 *Royal Commission on Aboriginal Peoples, Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government and the Constitution* の23頁にはこう書かれている。

先住民ネーションは国王と連盟関係 (confederal relationship) を締結したとき、彼らは固有の権利 (inherent rights) を失わなかった。むしろ、新たな関係と両立しないわけではない限りで、古来の憲法 (ancient constitution) を保持した⁷¹⁾。

前掲 *Calder* 判決より前は、「主権との両立不可能性」に過度な射程が与え

⁷⁰⁾ *Ibid.* at para. 149.

⁷¹⁾ *Ibid.* at para. 150.

られていた。主権の主張の権威は、先住民に、彼らの伝統的な土地におけるいかなる利益も、またそうした土地の利用に関連する活動におけるいかなる利益をも与えないために、封建法上の権原の理論と混同された。主権との両立不可能性の理論が過去にときとして過度な射程を与えられたことを認めることは、この理論に何らかの射程をもつことを否定するものではない。用心深く適用されなければならない理論だということである⁷²⁾。

本件の証拠から1つの例を示そう。事実審裁判官は、[ヨーロッパ人と]接触する前に、Mohawkの人たちが自らの指揮のもと軍隊として、現在のオンタリオ南部とケベック南部を移動していることを示した。当該証拠を全体としてみると、同僚の第54パラグラフの表現を使うとすれば、軍事上の価値が「Mohawkの（またはIroquoisの）文化の決定的な1つの特徴」であったことを提示している。実際にMohawkの戦闘の伝統は今日まで支持されている。先に明言したように、事実審裁判官は35頁で、セントローレンス川の渓谷でのMohawkの軍事活動がかなりの確率で交易活動の妨げとなっていると考えた。

軍事を遂行している中で軍隊が敵と交易する方法を想像することは困難である⁷³⁾。

しかしながら、1つの人民としてのMohawkのアイデンティティにとって、いかに重要であったとしても、[ヨーロッパ人と]接触する前の戦闘行為が、主権の継承者の体制のもとで、カナダの領域で軍事上の冒険を行うための35条1項に基づく法的権利を生じさせる、とは言えないと私は考える。たとえ戦闘の伝統が[ヨーロッパ人と]接触する前にMohawkの社会にとっ

⁷²⁾ *Ibid.* at para. 151.

⁷³⁾ *Ibid.* at para. 152.

て決定的な特徴だと考えられたとしても、Mohawk の人たちがそうすることを選択することを理由に、そしてそのような選択をするときに、現在のカナダで軍隊を配置する法的権利を35条1項に基づき獲得する可能性をもちうる、ということを私は受け入れない。非公式の軍隊を組織する「権利」が「明瞭かつ簡潔な（clear and plain）」手段（前掲 Gladstone 判決第31パラグラフ）によって後から消滅したことの立証責任や、Sparrow 判決の基準に基づき1982年〔憲法の制定の〕後の制約を正当化する要件の立証責任を国王に投げつけるよう、35条1項を解釈すべきではない。この例は、本件で進められている特定の主張と大きく異なるが、35条1項の分析における主権との両立不可能性に由来する原理的な制約をたいていは例証している⁷⁴⁾。

私は、主権との両立不可能性は、控えめに適用される制約はあるものの、35条1項の分析の一要素であり続ける、と考えている。カナダにおける先住民の文化にとって独自の慣行、伝統および慣習の保障は、たいていは〔先住民の権利の〕定義の段階で正当な主権に関する論点を生起させるものではない⁷⁵⁾。

10. 証拠によって明らかにされた先住民の権利とカナダの主権との間に あると主張されている両立不可能性

被上訴人の主張は、伝統的に先住民法に先立つ歴史的要件に応答しなければならないだけでなく、35条1項の目的的解释の核心にある調和という目的にも応答しなければならない。このことに留意しつつ、次の段階に進もう⁷⁶⁾。

アクウェセースニーに対する英国の主権の主張は、確実に1763年のパリ条約までになされていた。当時、境界線は非常に重要だと考えられていた。

⁷⁴⁾ *Ibid.* at para. 153.

⁷⁵⁾ *Ibid.* at para. 154.

⁷⁶⁾ *Ibid.* at para. 155.

パリ条約は、これまで北米で生じた境界線の再配置の中で最大のものではあった。境界線の再配置の直前に行われた戦争がときに「境界線戦争(War of the Boundaries Lines)」と称されるのは、こうした理由によるものである。

(N.L. Nicholson, *The Boundaries of the Canadian Confederation* (1979) 19 頁⁷⁷⁾。

1763年国王布告 (*Royal Proclamation of 1763* (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1)) の地理的範囲が証明するように、英国の主権の主張は、アメリカ独立戦争より前に、フロリダの南と五大湖を越えた西方に対し行われ続いていた(前掲 Calder 判決322頁から323頁)。モホーク溪谷からアクウェセースニーへの移動は完全に英国の主権の主張の範囲内にあり、国境線を越えるものではなかった。すでに言及したように、現在の国境線は、アメリカ独立戦争の後の1783年のパリ条約に基づき初めて解決された⁷⁸⁾。

問題なのは、主張されている自律的な国際通商と移動への法的権利が、新たなヨーロッパの(現在のカナダの)主権とそれに相応する Mohawk の主権の喪失(または侵害)と両立可能であったかどうか、である⁷⁹⁾。

すでに明言したように、この法的問題を解決する中で、我々は事実上の[主権との] 両立不可能性に対抗するものとしての法的な[主権との] 両立不可能性に取り組んでいる。事実上の[主権との] 両立不可能性は、主権の主張が植民地化と土地の漸進的な占有に取って代わられるにつれて、ゆっくりと現れた。しかしながら、境界線は、ヨーロッパ人の概念においてだけでなくファースト・ネーションズの間でも(Nelson の前掲書 8 頁から 9 頁) 主権

⁷⁷⁾ *Ibid.* at para. 156.

⁷⁸⁾ *Ibid.* at para. 157.

⁷⁹⁾ *Ibid.* at para. 158.

の1つの基本的表明であるか、主権の及ぶ境界の画定であった。そして実際に英国の北米の植民地の間でも、そうであった(J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* (4th ed. 1873, vol. II の463頁から464頁)。アクウェセースニーは、1783年以降、英国（後のカナダ）の主権が合衆国の主権に直面するようになった要所である⁸⁰⁾。

ある国への人や物品の移動に対する管理は、常に主権の1つの基本的属性であるし、これまでもそうであった。

主権国家が境界線に入る人と物の双方に対して管理する権利を有していることは、一般に受け入れられている。当該ネーションの一般的な福利のために国家がこの役割を果たすと考えられている（強調はBinnie 裁判官）。

(Dickson 長官が多数意見を書いた *R. v. Simon*, [1988] 2 S.C.R. 495の528頁)

Gonthier 裁判官による *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312の第15パラグラフおよび18パラグラフ、*Almedia-Sanchez v. United States*, 413 U.S. 266 (1973) 279頁、*United States v. Ramsey*, 431 U.S. 266 (1973) も参照。すなわち、国境に対する権限は主権の付随物として存在するだけでなく、国家は公共の利益のために主権を行使すると考えられている（前掲 Cain 判決 [*Attorney General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542] 545頁から546頁)⁸¹⁾。

前に言及したように、当該法的状況は、被上訴人が国際通商と移動の権利をカナダ市民としての地位でなく、ニューヨークのオノンダガで基礎づけられた Haudenosaunee (Iroquois 連盟) の市民としての地位に帰属させている、という事実によってさらに複雑になっている。現代の国境の状況は、18

⁸⁰⁾ *Ibid.* at para. 159.

⁸¹⁾ *Ibid.* at para. 160.

世紀におけるそれとは大きく異なる。それにもかかわらず、明言したように、国境はファースト・ネーションズを含む諸ネーションの間で存在した。国境は主権の自律の表明であった。そこで現在も同様に考察せざるをえないのである⁸²⁾。

本件において輸出国である合衆国の裁判所も同様に、国境管理を領域主権に付随するものとみている。*Chae Chang Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889) 603頁から604頁で合衆国連邦最高裁の Field 裁判官がそのことを述べている。

自身の領域に対する管轄権はその範囲内で、あらゆる独立したネーションの1つの付随事項である。それは独立していることの一部である。独立したネーションが外国人を排除しえないなら、その範囲で別の権力に服していることになるだろう。

Ekiu v. United States, 142 U.S. 651の659頁で合衆国連邦最高裁はこう述べた。

主権を有するあらゆるネーションがその領土に外国人が立ち入ることを禁止したり、指示するのに適当だと考えられる事案や状況でのみそれを認めたりする権限を、主権国家に内在し自己保存に本質的なものとして有することは、受け入れられている国際法の1つの一般原則である。

Fong Yue Ting v. United States, 149 U.S. 698 (1893) で多数意見を書いた Gray 裁判官の707頁での判示は、同様の趣旨であった⁸³⁾。

⁸²⁾ *Ibid.* at para. 161.

⁸³⁾ *Ibid.* at para. 162.

同様の見解はカナダと合衆国の国境が設立される前に学説で示されている。E. de Vattel は、1758年に最初に公刊された *The Law of Nations* でこう述べていた。

主権者は外国人一般、特定の事案、一定の人、一定の特別な目的ため、いずれにおいても、当該国家に有利になると考えるところによって、その領域への立ち入りを禁止することができる。

(*The Law of Nations* (Chtty ed. 1834), Book II の169頁から170頁)

Blackstone も前掲書259頁で同様の趣旨のことを述べている。

安全通行権 (safe-conducts) を付与する国王大権は、まさしくそれと同じ理由に基づいており、諸国民の法による国王大権がないならば、ある社会の成員が別の社会に侵入する権利を有していない。

それゆえに私は、被上訴人が Haudenosaunee (Iroquois) 連盟の市民として主張している国際通商／移動の権利は、カナダの主権の歴史上の属性と両立しないと考える⁸⁴⁾。

こうして生じている問題とは、この結論が35条1項の目的、すなわち、先住民の利益と国王の主権との調和に相反するか否かである、ということだろうか？先に論じたように、この問題を評価する際には、先住民自身がカナダの主権の一部であることを忘れてはならない。私は、Borrows が前掲論文40頁で述べたことに同意する。すなわち、先住民の権利という便宜 (accommodation) を「マイノリティの権利とシティズンシップとのゼロサムの関

⁸⁴⁾ *Ibid.* at para. 163.

係」とみるべきではない。多様性に便宜を図る方向でのあらゆる利得がシティズンシップを促進することを犠牲にするかのようにみるべきではない」(W. Kymlicka and W. Norman, eds., *Citizenship in Diverse Societies* (2000) 39頁から引用)。他方で、逆もまた真である。先住民を含むカナダ人一般の主権者の利益を肯定することを、必然的に、「先住民が先住民であるための」十分な「憲法上の空間」を失わせるものとみるべきではない(Greschner 前掲書 342頁)。独自性を認定することは、35条の目的を果たすために、憲法上の空間という1つの手段が、先住民の以前からの土地の占有にルーツをもつ特定の活動(伝統、慣習または慣行)に便宜を図るよう要請される、という1つの判断である。本件において「独自性」に対する1つの認定とは、被上訴人の主張がMohawkの「文化が何であるか」を作り上げている「決定的な特徴」と関連づけられていない(前掲 Van der Peet 判決第59パラグラフおよび第71パラグラフ。Van der Peet 判決による強調は削除)、という結論である。そして、被上訴人の主張に憲法上の保障を及ぼすことを1982年より前の判例法理に見出すことは出来ず、35条1項の目的を超える、というのが結論である。主権との両立不可能性の観点からすると、被上訴人の主張は、何らかの目的にとって1つの先住民コミュニティを区別する独自の利益というより、むしろ我々すべてが共通してもつ全国的な利益に関連づけられる、というのが結論なのである。私見によると、この個別の事案におけるこれらの利益の調和は、我々のこの国に共通した主権を肯認することを支持する⁸⁵⁾。

11. 先住民の内的自治の含意

しかしながら、私は、この結論に至る中で、過去においても現在においても、ファースト・ネーションズの内的な自治制度と国王の主権との両立可能

⁸⁵⁾ *Ibid.* at para. 164.

性または両立不可能性に基づくいかなる立場も排除しようとするものでもなく支持しようとするものでもない。私は、この関係について次のように指摘しておく。主権の両立不可能性の原理は、合衆国が（大きく異なる憲法枠組みにもかかわらず）先住民の残存主権（residual aboriginal sovereignty）の表明と考えられる内的な先住民の自治政府の諸形態を承認し続けることを妨げるものではない、と。「国内の従属するネーション（domestic dependent nation）」という概念は、Marshall 長官が *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 pet.) 1 (1831) 17頁で次のように示したものであった。

合衆国の中で認められた境界の範囲内で居住するそうしたトライブが、厳密な正確さをもって、支配下にある外国の諸ネーションでありうるか否かはまったく疑わしい。より正確にいうと、これらのトライブはおそらく国内の従属する諸ネーション、と称することができよう⁸⁶⁾。

より最近では、*United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978) 322頁、323頁および326頁の中で、Stewart 裁判官は合衆国に適用できる理論を次のように述べた。

インディアン・トライブの権限とは、一般に「決して消滅することのなかった、1つの限定的な主権という固有の権限（*inherent powers of a limited sovereignty*）」である。…

もちろんインディアン・トライブは、もはや「十全な主権の属性（full attributes of sovereignty）」を有しているわけではない。前掲 *United States*

⁸⁶⁾ *Ibid.* at para. 165.

v. *Kagama* 381頁。合衆国の領域への編入とその保護の受容は、インディアン・トライブから、彼らがかつて行使してきた主権のいくつかの側面を必然的に剥奪した。彼らは特定の条約の規定に基づき、他の主権を譲渡した。連邦議会はさらに、主権の完全な統制を行使して、法令によって他の主権の側面を取り去ってきた。

…

要するにインディアン・トライブは、条約、法令またはインディアン・トライブの従属的な地位の1つの必然的な結果に含意されるものによって取り上げられていない、主権のそうした側面を今なお保有している。

…

こうした黙示の主権の剥奪が生じたと考えられてきた地域は、あるインディアン・トライブと当該トライブの成員ではない者との関係に関わる地域である。したがって、インディアン・トライブはもはや彼らが占有する土地を非インディアンに自由に譲渡することはできない。…インディアン・トライブは外国の諸ネーションと直接、通商関係や政府関係を結ぶことができない。…そして、近年判示してきたように、インディアン・トライブはトライブの裁判所でトライブの成員でない者を裁判にかけることができない。

これらの制約は、我々の領域の管轄権の中にあるインディアン・トライブの従属的地位が、独立して外的関係を決定するインディアン・トライブの自由と必然的に両立しない、という事実⁸⁷⁾に依拠している（強調はBinnie裁判官）⁸⁷⁾。

合衆国の国内の従属するネーションの理論は、先住民に関する王立委員会の提言と重要な点で異なるものである。多様性の維持だけではなく調和の達成に本質的といわれる併合主権および共有主権の概念は、アメリカの判例法理を反映するものではない。アメリカ法のもとでトライブ政府の権限（トライブの理論上の主権が何であれ）、連邦議会の通常法によって覆されうる。さらにいうと、私は、王立委員会が（前掲最終報告書2頁で）熟考しているように、自治政府の概念を、独立して自立する経済的基盤の主張に拡張する合衆国の理論を意識していない。いずれにしても、類似点と相違点が何であれ、「外的関係」に必然的にかかわる国際通商と移動の権利は、合衆国方式の「国内の従属するネーション」の属性に含まれるものではない、と思われる⁸⁸⁾。

合衆国で交易をしようとするカナダの Mohawk の地位に関しては、前掲 *United States v. Garrow*, [88 F.2d 318 (1937)] 判決を参照。この事案は、カナダ側の国境線の近くで居住していた「Iroquois インディアンに属する、カナダの St. Regis トライブの父母がともにインディアン女性」（318頁）にかかわるものであった。彼女は合衆国で販売するための24個のバスケットを運んで、ニューヨークのホーゲンスバーグの村で合衆国に入国した。彼女は1930年関税法に基づく義務を課せられた。彼女は先住民であることを主張し、ジェイ条約3章に基づき義務を課せられることなくバスケットを合衆国に持ち込むことができる、と抗議した。裁判所は324頁でこう宣言し、彼女の請求を退けた。

上訴人の物品を義務から免除するいかなる条約も法令も存在しない。
よって、徴収官が請求したように、それらに関税をかけることができる、

⁸⁷⁾ *Ibid.* at para. 166.

⁸⁸⁾ *Ibid.* at para. 167.

ということになる。

Akins v. United States, 551 F. 2 d 1222 (C.C.P.A. 1977)も参照⁸⁹⁾。

私は、国際通商と移動の権利に対する主張の文脈の中で取り組まれている主権の問題に関する見方が、カナダにおけるファースト・ネーションズのはるかに大きくより複雑な内的自治制度への主張の解決を何らかのかたちで害する、との懸念を軽減するためだけにアメリカ法を参照している。合衆国は、およそ170年前に *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat) 543 (1823) で判決が下されて以来、理論上の困難なく、合衆国政府が全面的に決定した外的関係の枠組みの中で、トライブの内的自治とともに存続してきた⁹⁰⁾。

被上訴人は、これに結びつけて、*Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455も持ち出した。この事案で連邦控訴裁判所は、自身の伝統的な領域がカナダと合衆国の国境をまたぐ、ある先住民女性の移動の権利について検討した。カナダ市民でもなくインディアン法に基づき登録された者でもなかったその請求権者は、カナダに来てそこに滞在し続ける権利を主張した。この問題を検討する中で裁判所は第15パラグラフでこう論じた。

被上訴人は、主権国家の存在は、市民でない者が当該国家で滞在することを統制する国家の権限に対するいかなる足枷とも両立しない、と主張している。この提案には国際法およびコモン・ローにおける十分な先例が存在するけれども、主権国家はそうした統制権を行使しうる手段、状況および政府機関に関して自己を拘束しうる、と述べることで十分である。カナダは主権国家に内在しうる統治権の行使を憲法で制約してい

⁸⁹⁾ *Ibid.* at para. 168.

⁹⁰⁾ *Ibid.* at para. 169.

る。1982年憲法35条は、今や、以前に消滅していない現に有する先住民の権利を保障しており、これは、1982年より後に国家機関がこうした権利を消滅させることはできないという当然の結果をもたらしている⁹¹⁾。

ここで検討している問題は、こうした経緯で論じられている問題とは相当異なる。問題は、1982年より後の「先住民の権利の」消滅に関するものではない。主張している国際通商と移動の権利が法律問題としてそもそも発生したか否かという、それよりも前の問題に関するものである⁹²⁾。

もちろん1982年憲法35条1項に基づく現に有する先住民の権利を承認することは、1982年における主権者の1つの表明であった。しかしながら、もし主張される先住民の権利が Mohawk でない者への主権の移行から生き残っていなかったならば、現に有する35条1項の保護が及びうる権利は1982年に存在しなかった⁹³⁾。

主張された先住民の権利は決して存在しなかった、というのが私の見解である。そして、私は、この点に関する先住民の権利が存在しうるものが何であれ、1982年4月17日より前にカナダで執行された国境管理によって消滅した、という国王の主張を検討する必要はない、と考える⁹⁴⁾。

〔付記〕

本稿は、平成27～28年度科学研究費助成事業（課題番号：15K21559）および2019年度関西大学研究拠点形成支援経費（研究課題「法の支配と法多元主義」）の助成を受け、その成果を公表するものである。

⁹¹⁾ *Ibid.* at para. 170.

⁹²⁾ *Ibid.* at para. 171.

⁹³⁾ *Ibid.* at para. 172.

⁹⁴⁾ *Ibid.* at para. 173.