

論 説

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—

藤 田 尚 則

インディアン、少なくとも典型的な保留地のインディアンについて、そして彼らインディアンがどのように考えるかについて精通していない者にとって、彼らが貧困から免れるために、また彼らの伝統の故に、狩猟権および漁業権がいかに彼らにとって重要かを評価することはできないところである。狩猟および漁業は、多くのインディアンにとって象徴的な、或いは準宗教的意味をもっている。狩猟および漁業は、往古の文化の実践である……非インディアンの多くは、100年前になされた条約の上の約束はもはやその意味を失ったと考えているであろうが、インディアンは、そのようには考えておらず、インディアンにとって条約の上の約束は、まさに昨日約束されたかのように今日も生きているのである。^{*}

目次

序論

Ⅰ 狩猟権、漁業権および採集権の法的根拠

1. 先住民の権原の法理
2. 条約と条約上の権利
3. 合意、合衆国議会制定法および連邦行政命令

Ⅱ 保留地の狩猟権、漁業権および採集権の範囲並びに性格

1. 範囲

* National Congress of American Indians, Brief for Petitioner as Amicus Curiae, at 9, Puyallup Tribe v. Dept. of Game, 391 U.S. 392 (1968).

- 2. 性格
- III 保留地外の狩猟権, 漁業権および採集権の主体, 方法並びに場所
 - 1. 主体
 - 2. 範囲
 - 3. 場所 (以上, 本号)
- IV 保留地の狩猟権, 漁業権および採集権の規制
 - 1. 部族による規制
 - 2. 州による規制
 - 3. 連邦による規制と便宜供与
- V 保留地外の狩猟権, 漁業権および採集権の規制
 - 1. 部族による規制
 - 2. 州により規制
 - 3. 連邦による規制と便宜供与
- VI インディアン・カントリーにおける非インディアンの規制
 - 1. 部族による規制
 - 2. 州による規制
 - 3. 連邦による規制
- VII 狩猟権, 漁業権および採集権の消滅
 - 1. 合衆国議会の行為
 - 2. 事後の条約, 合意又は連邦行政命令 (以上, 次号)

序 論

太古以来, 北米大陸に居住してきたアメリカ・インディアン (アメリカ先住民) にとって, 狩猟 (hunting), 漁業 (撈) (fishing) および採集 (gathering) は, きわめて重要なことからあつて, 食糧を採取するという文化は, 生計を立てることであると同時に, 宗教的意味合いをも含む文化的活動でもあつたのである。インディアンの先祖たちは, かかる広く行きわたつた¹⁾ 実際のおよび文化的価値を魚類や野生の動植物に見出したのである。インディアンた

1) DAVID H. GETCHES, CHARLES F. WILKINSON, ROBERT A. WILLIAMS, JR., & MATTHEW L. M. FLETCHER, CASES AND MATERIALS ON FEDERAL INDIAN LAW 838 (6th ed. 2011). See also Sarah A. Garrott, *New Ways to Fulfill Old Promises: Native American Hunting and*

ちは、土地譲渡を約束した18世紀後半から19世紀中葉にかけての連邦政府との「条約」(treaty) 交渉のなかで英語による会話もままならないなか²⁾、しばしば狩猟および漁業の権利の保障ないし確保を強く主張したのである。合衆国最高裁判所は、1855年6月9日に締結された「ヤキマ族条約」(the Yakima Treaty)³⁾ (I-2-(1) 参照。)に基づくヤキマ・ネーション (Yakima Nation) に所属するインディアンのコロンビア川 (Columbia River) での漁業 (撈) 権 (fishing rights) をめぐって争われた1905年のUnited State v. Winans⁴⁾ (以下、Winans 判決という。) の中で、「漁場を確保する権利は、インディアンによって保持されるより重大な権利の一部であり……インディアンの人々の生存にとってその権利は、彼らが呼吸するところの大気よりも、よりなくてはならないものであった。」⁵⁾ と判示している。

いくつかの部族は、時代の進展とともに魚類の伝統的交易を魚船隊や食品

Fishing Rights as Intangible Cultural Property, 92 ORE. L. REV. 571 (2014); John R. Schmidhauser, *The Struggle for Cultural Survival: The Fishing Rights of the Pacific Northwest*, 52 NOTRE DAME LAW 30 (1976); Donald L. Burnett, Jr., *Indian Hunting, Fishing and Trapping Rights: The Record and the Controversy*, 7 IDAHO L. REV. 49 (1970); Charles A. Hobbs, *Indian Hunting and Fishing Rights II*, 37 GEO. WASH. L. REV. 1251 (1969); Comment, *Regulation of Treaty Indian Fishing*, 43 WASH. L. REV. 670 (1968); Charles A. Hobbs, *Indian Hunting and Fishing Rights*, 32 GEO. WASH. L. REV. 504 (1963).

2) 例えば、1854年から1855年にかけて太平洋西北部の様々なインディアン部族ないしバンド (band) との条約交渉に当たったワシントン準州総督・アイザック・スティーブンス (Isaac Stevens) は、準備された文書を読み上げ、インディアンにコメントと承認を求めた。条約は、法律文書であって、インディアン側の交渉者たちは、ほとんど英語の読み書きができず、条約と条約の中で使用される用語のアメリカ側の説明は、西北部のインディアンと白人の取引に用いられていた約300の用語から成る「チヌークジャーゴン」(Chinook Jargon) に翻訳された。合衆国ワシントン州西部地区地方裁判所は、ジャーゴンは条約の規定を説明するには、明らかに不適切であったと認定している。United States v. Washington, 520 F.2d 676, 683 (W.D. Wash. 1975). See also Jeremy Stevens, *Of Whaling, Judicial Fiats, Treaties and Indian: The Makah Saga Continues*, 1 AM. INDIAN L.J. 99, 101 (2012); Robert J. Miller, *Speaking with-Forked Tongues: Indian Treaties, Salmon, and the Endangered Species Act*, 70 OR. L. REV. 543, 553 (1991).

3) Treaty with the Yakimas, Palouses, Wenatshapams, Klikatats, Klinquits, Kow-was-say-ees, Li-ay-wass, Skin-pahs, Wish-hams, Skyikss, Ochechotess, Kah-milt-pahs, and Se-apcats, June 9, 1855, 12 Stat. 951.

4) 198 U.S. 371 (1905).

5) *Id.* at 381.

加工会社を運営することによって拡大化を図り、また多くの部族は、非インディアン (non-Indian) によるインディアン保留地 (reservation) での娯楽のための狩猟や漁業に許可を与えることによって収益をあげており、狩猟および漁業へのインディアンの関わり合いは、今日もその文化的重要性——生活のための採集、宗教的儀式、および現代的な商業活動にとって——を保ち続けているのである。⁶⁾ かかる点に関し、合衆国オレゴン州地区地方裁判所は、灌漑者と地方政府が「1973年絶滅危惧種保護法」(the Endangered Species Act of 1973)⁷⁾ (以下、ESAという。) および「国家環境政策法」(the National Environmental Policy Act)⁸⁾ を根拠に合衆国開拓局 (United States Bureau of Reclamation) による2001年度「クラマス川流域干拓計画」(Klamath Reclamation Project) の暫定的差止命令 (preliminary injunction) を求めて争った *Kandra v. United States* で、クラマス川流域に居住するクラマス族 (Klamath) とユロク族 (Yurok) は、部族の文化、伝統および経済的活動にとって必要な構成要素として魚類に依存しているとし、多くの彼らの慣習と伝統は、漁獲を中心に展開されている。今日、漁獲量は、やむなく減少してはいるが、彼らインディアンが魚類を失うことは、食料や収入、そして雇用機会と共同体意識の喪失に繋がるのであると述べ、その本質を突いている。¹⁰⁾

インディアンの狩猟、漁業および採集の権利は、合衆国建国初期のインディアンとの条約、合衆国議会制定法 (statute) および行政命令 (executive order) によって保障ないし保護されてきたが、合衆国最高裁判所は、*Johnson v. M'Intosh*¹¹⁾ でヨーロッパ人による新大陸の発見によって、外国人は大陸に対する主権 (sovereignty) を取得し、アメリカ先住民の権利は相当の程度にわたって減損させられた。しかしながら、アメリカ先住民は、土地

6) GETCHES, WILKINSON, WILLIAMS & FLETCHER, *supra* note 1, at 838.

7) 16 U.S.C. § 1531, et seq.

8) 42 U.S.C. § 4321, et seq.

9) 145 F. Supp. 2d 1192 (D. Or. 2001).

10) *Id.* at 1201.

11) 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

の正当な占有者であり、彼らが当該土地の上に伝統的に享有してきた全ての権利を留保し（reserve）、彼ら自身の判断に従って当該土地を使用することが認められたと判示している。¹²⁾ この「発見の法理」（Doctrine of Discovery）の概念——その是非はここでは置く——には、彼らインディアンが選択する全ての場所での狩猟および漁業の彼らの自由な権利が含まれると解されたのである。¹³⁾ しかしながら、これらの権利に対するインディアンの請求は、「部族主権」（tribal sovereignty）をめぐる最も強烈な歴史的争いのいくつかにとって¹⁴⁾ 厳しい試練となって覆い被さってきた課題であると言えるのである。各州（State）は、州の規制から自由な狩猟および漁業に対するインディアンの権利主張に対抗し、保留地で狩猟や漁業を行う非インディアンに対する部族の権限行使に抵抗してきたのである。それは、非インディアンがこれらの自然資源を商業やスポーツの目的ためにインディアンと競い合い、魚類や鳥獣への要求が自然からのその供給に著しく凌駕してきたからに他ならないのであって、その結果、多くの非インディアンは、インディアンの狩猟および漁業の権利を不快に思い、他のインディアン法領域と同様に非インディアンとの間に¹⁵⁾ 激しい敵対と憎悪を生み出してきたからである。

狩猟権、漁業権、そして採集権をめぐるインディアンと非インディアンの衝突——言わずもがな、究極的には訴訟に発展する——の多くは、非インディアンとの接触以前から続いてきた手法で狩猟、漁業および採集を実践してきている五大湖（the Great Lake）周辺地域と太平洋岸北西部（Pacific Northwest）¹⁶⁾ 地域において起こってきているが、上に述べたことがらを再認識

12) *Id.* at 574. 本判決の詳細については、拙著『アメリカ・インディアン法研究（Ⅰ）インディアン政策史』（2012年）290頁以下参照。

13) R. L. Stoney Burk, *The Endangered Species Act: Should It Affect Indian Hunting and Fishing Rights?*, 2 PUB. LAND L. REV. 123, 126 (1981).

14) 「発見の法理」および「部族主権」について、拙著『アメリカ・インディアン法研究（Ⅱ）国内の従属国』（2013年）243頁以下、273頁以下参照。

15) STEPHEN L. BEVAR, *THE RIGHTS OF INDIANS AND TRIBES* 186 (4th ed. 2012).

16) COHEN'S HANDBOOK OF FEDERAL INDIAN LAW 442 (Rennard Strickland ed. 1982) [hereinafter COHEN'S HANDBOOK, 1982 ed.].

し、本稿の意義を明らかにするために2つの具体的事例を取り上げてみよう。

第一に、本稿においてもたびたび登場するであろうミシガン州からウィスコンシン州、ミネソタ州の湖沼周辺およびカナダ中央部の南に居住しているチッペワ族 (Chippewa) (オジブワ族 (Ojibwa) ともアニシナベ族 (Anishinabe) ともいう。) の生活様式である。チッペワ族は、中央アルゴンキン・インディアン (Algonquian Indians) の集団の一部であって、合衆国に譲渡されたテリトリー (territory) に居住したチッペワ族の人々は、狩猟者であり、採集民であった。彼らの狩猟活動には、伝統的な狩猟概念に加えて、漁撈活動と鳥猟が含まれ、全ての動物群と植物群を食料、衣服、家屋、そして宗教的、商業的およびその他の目的のために最大限利用してきている。チッペワ族は、その生計を狩猟と採集に拠ったのである。商業目的の資源採集のみならず、自らが使用するための資源採集においても、彼らチッペワ族の人々は、節度があり、満足できる生活以上のものは求めず、じかに必要なものを超えて富を求めることに無関心であったと言われる。

スペリオル湖のチッペワ族 (Lake Superior Chippewa) の場合、彼らは、2つの異なった場所で彼らを取り巻く自然環境に適応をしてきた。湖に面した土地での生活は、漁撈が中心であったが、その土地のバンド (band) は、アメリカアカシカ (elk)、シカ、熊およびその他の狩猟にも携わり、内陸地のバンドと同様にサトウカエデ (acer saccharum) からメープル用に樹液を集め、湖に面して小さな庭園を造ったのである。内陸地での適応は、内陸地にある湖沼の岸边に造られた小さな夏用の部落を中心に展開された。夏季を通して内陸地のバンドは、小さな庭園を造り、狩猟し、採集活動にあたり、晩夏から初秋にかけて冬に備え、マコモ (wild rice) を採集し、冬になると狩猟に散っていった。春を迎えると彼らは、かえで糖 (maple sugar) を造る場所に再び集まったのである。

チッペワ族は、独立したバンドに区分され、それぞれのバンドは、首長を擁し、それぞれ公平に区分されたテリトリーを占有した。テリトリーは、家

族若しくは家族の団体による使用、ないしテリトリーの自然資源に基礎を置いていた。チッペワ族が全体として移動するという慣習は、合衆国に譲渡された領域でのインディアンの人口の分散化を招いていたのであるが、一方では自然資源の枯渇を回避することができたのである。しかしながら、チッペワ族が、徐々に交易に携わるようになると、この分散化は減少していったのである。バンドの組織的特質について言えば、それは、主として血族関係を原則としていた。各々のバンドは、首長を擁していたが、チッペワの社会は、全く平等主義的であったのであって、決定は同意に基づいて行なわれたのである。チッペワ族の経済は、相互主義であり、この制度の重要な要素は共用にあった。非インディアンが、生活様式として農業を取り入れるよう勧奨したが、チッペワ族は決して農民とはならず、定住生活を拒んだのであ¹⁷⁾った。

第二に、今日のワシントン州に位置するカスケード山脈 (Cascade Mountains) およびコロンビア川北部地域に居住していたニスクアリー族 (Nisqually)、プアラップ族 (Puyallup)、スクアキシン・アイランド族 (Squaxin Island) 等と合衆国との間で締結された1854年の「メディスン・クリーク条約」(the Treaty of Medicine Creek)¹⁸⁾に規定された漁業権の法的性格をめぐって争われた1979年の Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Ass'n.¹⁹⁾ (以下、*Passenger Fishing Vessel Ass'n.*判決という。)の背景に論及してみよう。そこに、インディアンの狩猟権や漁業権をめぐる法的紛争の縮図をみてとることができるのである。

太平洋に面したワシントン州北西部の遡河魚の漁業規制は、様々な種類のサケやマスの異なった習性、漁法の多様性、そして魚群が異なった領域的管轄権 (jurisdiction) を遡上するという事実によって問題が極めて複雑なものと

17) Lac Courte Oreilles Chippewa Indian v. Washington, 653 F. Supp. 1420, 1424-25 (W.D. Wash. 1987).

18) Treaty with the Nisquallies, Puyallups, etc., Dec. 26, 1854, 10 Stat. 1132.

19) 443 U.S. 658 (1979).

なっている。問題が複雑化している他の要因は、ワシントン州が³、スチールヘッド・トラウト（steelhead trout）（北米産の降海型のニジマス）をスポーツ・フィッシングのために保護し、そして規制権限を州鳥獣保護省（Department of Game）に付与する一方で、様々な種類のサケは、主として営利を目的とする漁民によって捕獲され、州水産省（Department of Fisheries）によって管理されていることにある。さらに言うべきは、適切な規制を行うにあたっては、漁業権を条約によって保護されている営利を目的とするインディアン漁民と条約上の根拠をもたない非インディアンとの潜在的に衝突する利益、およびスポーツ目的の釣り²⁰と営利目的の漁業との潜在的に衝突する利益を考慮に入れる必要があるのみならず、産卵のために遡上する魚類が捕獲によって大きく害されることもまた認めなければならないということにある。遡河魚は、ワシントン州にとって大きな経済的価値を有する自然資源である。4ないし5ポンドから20ポンドの平均的重量をもつ100万匹のサケが、毎年捕獲され、6,600人の条約の適用を受けない漁民（non-treaty fishermen）と800人のインディアンが商業目的の漁業で生計を立て、約28万人が州内でのスポーツ・フィッシングのための許可を得ているという実情がある。

条約が締結された125年前、産卵のために海から遡上する魚類は、ワシントン（1853年に準州（Territory）に、1889年に州に昇格。）西部に居住するほとんどのインディアンにとって、今日よりもその重要性は、一段と高かったのである。当時、当該地域の居住者約10,000人のうち4分の3は、インディアンであった。それぞれの部族の文化は、いくつかの点で異なっているものの、全ての部族は、遡河魚に大きく依存していた。宗教的儀式が、サケやマスがふたたび遡上してくることを祈願して執り行われ、様々な種類の魚群が遡上してくる季節や場所に相応して遊動部族の移動の決定が下された。魚類がインディアンの日常の食物の重要な糧となり、商業用にも用いられ、相当の量が実際に交易されていたのである。インディアンたちは、年間を通じて魚を保

20) *Id.* at 663-64. See also *United States v. State of Washington*, 384 F. Supp. 312, 351-99 (1974).

存し、遠く離れた地域に運ぶことを可能ならしめる保存方法を発展させていった。彼らは、魚類を捕獲するために様々な手法を用い、今日の網を用いる漁法の前身に当たるものがその中に含まれていた。魚場は各地域に点在し、淡水地域のみならず、海洋にも及んだのである。

1850年代にワシントン準州内の数多くのインディアンとの条約交渉に当たったのは、当該準州の初代総督（Governor）兼インディアン問題監督官（Superintendent of Indian Affairs）であったアイザック・スティーブンス（Isaac Stevens²¹⁾）と彼の小規模の助言者団体である（以下、本稿において1854年から翌55年にかけてスティーブンスが太平洋北西部のインディアン部族ないしバンドとの間に締結した諸条約を便宜的に「スティーブンス条約」（Stevens Treaties）と呼ぶ場合がある。）。同時代の記録から明らかなように、彼ら交渉者は、漁業が原住民のインディアンにとって生計の維持に必要な事項であることを承認し、彼らインディアンを非インディアンの入植者が漁業を独占する危険から保護することを望んでいたのである。インディアンがどこまで特殊な英語の用語を理解していたかについて明確な証拠は存在しないが、インディアンたちが、保留地の内であろうと保留地の外であろうと、それまでの慣れ親しんできた通常の間所での魚類を捕獲する権利を保護することに命にかかわるほどに関心をもっていたことは明らかであって、彼らは、条約の交渉者である白人によって、合衆国が彼らインディアンの漁業権を保護するであろうという誠意に信頼をおくよう説得されたのである。事実、スティーブンスは、ポイント・ノー・ポイント（Point-No-Point）に参集したインディアンに、「この文書〔条約〕は、あなたたちに家を与えるものである。偉大なる父（Great Father）〔大統領〕が、子どもたち〔インディアン〕に家を与えないでおくであろうか。……この文書は、あなたたちの魚を保障するものである。偉大なる父が、子どもたちに食糧を与えないでおろうか。」と述べているのである。インディアンは、非

21) 準州総督・スティーブンスによる合衆国北西部のインディアン諸部族ないしバンドとの当時の条約交渉について、拙著・前掲註12), 230頁以下参照。See also Charles F. Wilkinson, *The Case of the Aboriginal Lands of the Nez Perce Tribe*, 34 IDAHO. L. REV. 435, 436-41 (1998).

インディアンもまた保留地の外の魚場で魚類を捕獲する権利を持っていることを理解していたが、このことは、彼らインディアンの漁業権に対する著しい制約として理解されていたのではない。当時の条約交渉の際の会議に関する記録文書のどこにも、彼らの既存の漁撈活動又は当該活動に対する部族の統制ないし管理が条約によって制限される旨は記されていないのである。当時、魚類が豊富であったことと当該地域の人口が少なかったがため、いずれの当事者が、他方の漁業権に介入するものであるかどうかは考慮されなかったのであって、インディアンと非インディアンとも、いずれか一方によって漁業を規制する必要があることを意識しなかったのみならず、将来の規制も予測できなかったのである。条約が締結されてから以後数10年の間、インディアンは、ワシントン準州内の河川で何らの規制もなく自由に魚類を捕獲し、そして魚群を求めて始めはワシントン準州の領域の各地域を移動したのである。しかし、19世紀の最後の数年間において起こった缶詰製造業および食品加工技術の発展によって、非インディアンによる漁業の経済に与える影響が大きく様変わりしてくる。非インディアンが、漁業において優位に立ち、ついには多くのインディアンを漁業の分野から排除しだしたのは、条約の結果ではなく、まさにかかる経済的發展の結果であって、ワシントン州は、20世紀初頭の数10年において、非インディアンを優位においた遡河魚²²⁾の差別的規制に動き出していくのである。

今日、資源は不足をきたし、当然の結果としてインディアンの条約で保障された漁業権の意味が、決定的となってきた。合衆国第九巡回区控訴裁判所とワシントン州最高裁判所は、その意味について相反する判決を下したのである。連邦レベルでの訴訟は、合衆国ワシントン州西地区地方裁判所において1970年に開始された。合衆国が、自らのためにおよび7インディアン部族の受託者 (trustee) として、ワシントン州を相手取って、諸条約の解釈と遡河魚の捕獲割当を州が保護するよう求めて訴訟を提起した。その他のインディアン部族、州水産省、鳥獣保護省および営利を目的とする漁業団体が、訴

22) 443 U.S. at 664-69. See also 384 F. Supp. at 351-94.

訟手続の過程で当事者として訴訟に参加し、他方で様々なその他の機関や団体が裁判所の友（*amici curiae*）として訴訟に加わった。訴訟過程において、条約の文言について4つの異なった解釈が提示されたが、そのうちの3つの解釈は、条約の文言はインディアンの伝統的な魚場を遡上する遡河魚について彼らインディアンに一定の漁獲量を割当ててを要求していることを意味するというものであった。諸部族は、諸条約は商業目的および生活目的に必要なとされる量の漁獲量について既存の権利（*pre-existing right*）を保護していると主張した。合衆国は、インディアンは本件で争われている地域に遡上してくる魚類の漁獲量の50パーセント又はインディアンの需要のいずれかについて権利付与されると主張した。州水産省は、インディアンが正当かつ衡平な割当について権利付与されるとし、3分の1の割当を主張した。唯一鳥獣保護省が、諸条約はインディアンに遡河魚について権利を保障したものであるという立場をとり、インディアンに保障されるのは、インディアンがこれまで慣例的に使用してきた魚場の利用と許可手数料の免除のみであると主張したのである。²³⁾

本稿は、第一にインディアン部族の狩猟、漁業および採集の権利の起源について言及し、当該諸権利が数多くの裁判闘争を通して権利として公認され、確立されていく過程を描く。第2にインディアン部族の狩猟権、漁業権および採集権の範囲、性格、主体等に触れ、第3にインディアン部族、連邦政府および州による保留地の狩猟権、漁業権および採集権の規制、並びにインディアン部族、連邦政府および州による保留地外のこれら諸権利の規制

23) 443 U.S.at 669-71. See also Dale Goble, *Introduction to the Symposium on Legal Structures for Managing the Pacific Northwest Salmon and Steelhead: The Biological and Historical Context*, 22 IDAHO L. REV. 417 (1986); Charles F. Wilkinson & Daniel Connor, *The Law of the Pacific Salmon Fishery: Conservation and Allocation of a Transboundary Common Property Resources*, 32 U. KAN. L. REV. 17 (1983); Hobbs, *supra* note 1. インディアンと非インディアンとの漁業権をめぐる激烈な対立を理解するうえで参考になる事件として、以下の事案が挙げることができる。Lac Du Flambeau Band of Lake Superior Chippewa Indian v. Stop Treaty Abuse-Wisconsin, 843 F. Supp. 1284 (W.D. Wis. 1994); Johnson v. Alaska State Department of Fish & Game, 836 P.2d 896 (Alas. 1991).

問題について詳述する。そして第4にインディアン・カントリー (Indian country)²⁴⁾における非インディアンの狩猟および漁業規制の問題に言及し、最後にインディアン部族のこれらの権利の消滅の問題について述べることを目的とする。

I 狩猟権、漁業権および採集権の法的根拠

1. 先住民の権原の法理²⁵⁾

(1) インディアンの財産権 (property right) に関して、その問題分析の基礎に置くべき法理は、「インディアンの始原的権限の法理」 (doctrine of Indian original title) (「先住民の権原の法理」 (doctrine of aboriginal title) とも表現される。)にある。²⁶⁾かかる概念を基礎づけたのは、合衆国最高裁判所の初期の判例であって、合衆国最高裁判所は、ヨーロッパの探検家が彼らの発見した土地に対して究極の主権を要求し得るとした一方で、インディアン部族が、インディアンの権原とされるところの従属的利益を保持するとして²⁷⁾。太古以来インディアン部族によって占有ないし使用されてきた全ての土地に及ぶかかるインディアンの権原は、現実には占有し得る権利 (possessory interest) であって、部族が土地を占有する排他的権利をもって保持することを保障し、占有に伴う全ての受益的付随権利 (beneficial incident)²⁸⁾を伴い、これらの受益的付随権利に狩猟、漁業および採集の権利が含まれ²⁹⁾、インディアンの始原的権原に基づ

24) インディアン・カントリーの詳細について、拙著・前掲註14)、146頁以下参照。

25) See generally Gray D. Meyers, *Different Sides of the Same Coin: A Comparative View of Indian Hunting and Fishing Rights in the United States and Canada*, 10 UCLA J. ENVTL. L. & POL'Y 67, 68-93 (1991); Felix S. Cohen, *Original Indian Title*, 32 MINN. L. REV. 28 (1947).

26) INDIAN LAW RESOURCE CENTER, NATIVE LAND LAW: GENERAL PRINCIPLES OF LAW RELATING TO NATIVE LANDS AND NATURAL RESOURCES 21-35 (2012).

27) See *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543, 573-74 (1823).

28) *Shoshone Tribe of Indians v. United States*, 299 U.S. 476, 496 (1937).

29) See, e.g., *United States v. Minnesota*, 466 F. Supp. 1382, 1385 (1979); *State v. Coffee*, 556 P.2d 1185, 1188 (Idaho 1976).

く請求は、合衆国以外のすべてに対して有効であるとされる。³⁰⁾ もっとも、絶対的単純不動産権の権原 (fee title) は、連邦政府が保持するのであって、アメリカ先住民の権原には広範囲にわたる制約が働き、インディアン部族は、合衆国議会の承認を得ることなく受益的付随事項を譲渡し得ず、連邦政府は、アメリカ先住民の権原を修正し、又は消滅させる絶対的権限を有している。換言すれば、アメリカ先住民の権原は、条約によって合衆国に譲渡され、又は合衆国議会制定法によって放棄され、若しくは消滅させられない限りにおいて部族に所属するのである。³¹⁾ かかる合衆国議会の権限の根拠は、当該議会が有する「無条件の権限」(plenary power) ³²⁾にあるとされる。

もっとも合衆国最高裁判所は、County of Oneida v. Oneida Indian Nation of New York ³³⁾ (以下、Oneida II 判決という。) でアメリカ先住民の権原は、合衆国議会の「明白かつ疑いのない」(plain and unambiguous) 意図が存在しない場合は消滅させられないと判示している。本件訴訟は、ニュー・ヨーク州およびウィスコンシン州のオナイダ・インディアン・ネーション (Oneida Indian Nation) 並びにテムズ・バンド評議会のオナイダ族 (Oneida of the Thames Band Council) (以下、オナイダ族という。) が、1970年にニュー・ヨーク州のオナイダ (Oneida) 郡とマディソン (Madison) 郡を相手に、彼らの祖先が1795年の合意 (agreement) に基づいてニュー・ヨーク州に10万エーカーの土地を譲渡したことは、「1793年インディアン交易および通商法」(the Trade and Intercourse Act of 1793) ³⁴⁾ を侵害し、無効であるとして、オナイダ族の土地の占有と使用に対する損害賠償を求めて争った事件である。³⁵⁾ 法廷意見を執筆

30) COHEN'S HANDBOOK, 1982 ed., *supra* note 16, at 443.

31) See, e.g., County of Oneida v. Oneida Indian Nation of New York, 470 U.S. 226, 247-48 (1985); United States v. Santa Fe Pac. R.R. Co., 348 U.S. 339, 346 (1941); Sac & Fox Tribe of the Mississippi in Iowa v. Licklider, 576 F.2d 145, 151 (8th Cir. 1978).

32) See United States v. Kagama, 118 U.S. 375 (1886); *Ex Parte Crow Dog*, 109 U.S. 556 (1883).「無条件の権限の法理」の詳細については、拙著・前掲註12), 310頁以下参照。

33) 470 U.S. 226 (1985).

34) 「1793年インディアン交易および通商法」の詳細について、拙著・前掲註12), 98頁以下参照。

35) 470 U.S. at 229.

したパウエル裁判官 (Powell, J.) は、以下のように判示している。すなわち、インディアン法に適用される解釈原則 (canon of construction) は、合衆国とインディアンとの間の独特な「信託関係」(trust relationship)³⁶⁾ に根ざしている。したがって、条約がインディアンの利益になるよう寛大に解釈されなければならない (Choctaw Nation v. United States, 318 U.S. 423, 431-32 (1943); Choate v. Trapp, 224 U.S. 665, 675 (1912).), 不明瞭な規定はインディアンの利益になるよう解釈されなければならない (McClanahan v. Arizona State Tax Comm'n, 411 U.S. 164, 174 (1973); Carpenter v. Shaw, 280 U.S. 363, 367 (1930).) という原則は、確立されたそれである。したがって、当裁判所は、「明確な制定法上の文言」が欠落する場合、合衆国議会がインディアンの条約上の権利 (treaty right) を剥奪したとする認定を拒否してきたのである (Menominee Tribe v. United States, 391 U.S. 404 (1968).)。当裁判所は、類似の解釈原理を条約以外の事項 (non-treaty matters) に適用してきたが、最も重要なことは、インディアンの権原を消滅させるための合衆国議会の意図は明白かつ疑いのないものでなければならないということにあったのである (United States v. Santa Fe Pac. R.R. Co., 348 U.S. 339, 346 (1941).)³⁷⁾。

このように合衆国最高裁判所は、アメリカ先住民の権原は明白かつ疑いのない合衆国議会の意図が存在しない場合は消滅させられないという準則を打ち立てているが、ヴァーモント州最高裁判所は、1992年、Vermont v. Elliot³⁸⁾ でアメリカ先住民の権原は、「歴史的出来事の積み重ね」(increasing weight of history)³⁹⁾ によって消滅させられてきたと判示し、合衆国最高裁判所が打ち立てた準則を無視する立場をとっている。本件は、ウェスタン・アブナキ族 (Western Abenaki Tribe) の支流であるミシスクォイ族 (Missisquoi Tribe) の32人からなる団体の複数の個人が、「ヴァーモント州法」(10 V.S.A. § 4251 (a),

36) 合衆国とインディアンとの信託関係については、拙著・前掲註14), 589頁以下参照。

37) 470 U.S. at 247-48.

38) 616 A.2d 210 (Vt. 1992) .

39) *Id.* at 218.

4266) に基づいて許可を得ずに漁撈をしたとして起訴された事件である。事実審裁判所は、被告人は土地に対するアメリカ先住民の権原をもっていたとして無罪としたが、ヴァーモント州は、アプナキ族はもはや部族ではなく、また部族であったとしても過去の政府行為によって土地に対するアメリカ先住民の権原は消滅させられたと主張して上訴した。ヴァーモント州最高裁判所は、以下のように判示している。事実審裁判所は、インディアンの権原の消滅を審理するに際してヴァーモント州の歴史の個別の出来事に焦点を当てているが、そうではなく、むしろ多くの歴史的出来事の累積する効果に焦点を当てなければならない。インディアンの権原が消滅したか否かの法的判断基準は、歴史的出来事の積み重ねによって立証され得るというにある。今日のニュー・ハンプシャー (New Hampshire)、ニュー・ヨークおよびヴァーモントの各州を形成する地域は、17世紀にヨーロッパの植民地人によって王領として植民地化されたこと、ヴァーモント共和国 (Republic of Vermont) の建国者たちが、ニュー・ハンプシャーおよびニュー・ヨークの英領植民地によって主張されたコネチカット川 (Connecticut River) の西方の土地に対して総督ベニング・ウェントワース (Benning Wentworth) が1749年から1764年の間に行った土地の承認(「ウェントワースの承認」(Wentworth Grants))を護った熱意、合衆国への加入を予測しての合衆国会議との交渉が、ヴァーモントが第14番目の州になった1791年までにはすでにアプナキ族のアメリカ先住民の権原⁴⁰⁾の消滅が達せられていたといえる疑義をも払拭するのである。

かかるヴァーモント州最高裁判所の判決に対しては、合衆国最高裁判所が打ち立ててきた「合衆国議会の明白かつ疑いのない意図」基準を無視するものであるとして、学説上、強力に批判が加えられている⁴¹⁾。

(2) インディアンの始原的権原の有効性 (validity) は、条約、合衆国議会

40) *Id.* at 215-18.

41) See John P. Lowndes, *When History Outweighs Law: Extinguishment of Abenaki Aboriginal Title*, 42 BUFF. L. REV. 77, 100-15 (1994); Gene Bergman, *Defying Precedent: Can Abenaki Aboriginal Title be Extinguished by the "Weight of History"?*, 18 AME. INDIAN L. REV. 447, 458-83 (1993).

制定法又はその他の公式な連邦の承認に依存するのではなくして、インディアン⁴²⁾の始原的権原に基づいて請求を行う団体——インディアン部族——が、彼らが直接に関連する歴史上のできごとを通して部族を形成してきたこと、そして自発的に自らの部族としての地位を放棄しなかったことを立証しなければならないとされる。⁴³⁾合衆国最高裁判所は、1835年判決の *Mitchel v. United States* ⁴⁴⁾において「友好的なインディアンは、彼らが支配する土地の占有を保護され、当該土地に居住する部族又はネーションの永続的な占有の権利 (perpetual right of possession) によって、当該土地を特定の場所に居住する個人の権利としてではなく、世代を超えて部族又はネーションの共通の財産として所有するものと看做された。この占有の権利を条件として、究極的な絶対的単純不動産権は、イギリス国王若しくはは国王若しくは植民地議会によって承認され得る被譲与者にあるが、土地はインディアンの占有に留まるのであって、占有は彼らの同意なくして剥奪されないのである。インディアンによる占有又は支配 (possession or occupation) は、彼らの慣習と生活様式に関連して判断された。インディアンが狩猟する土地は、白人が占有する明白な法的根拠を有する原野と同程度に彼らの実際の占有にあったのであって、彼らが土地を放棄し、連邦政府に譲渡され、又は個人への正当な売却がなされるまでは、彼ら自身の方法で、そして彼ら自身の目的のために土地を⁴⁵⁾排他的に享有する権利が、同程度に尊重されたのである。」と判示している。インディアンが、その始原的権原に基づいて合衆国に請求する場合、排他的使用と占有の要求は、2つ又はそれ以上の部族が共同して、若しくは友好的に他者を排除して同じ場所で狩猟したことの立証によって満たされると⁴⁶⁾されている。

42) *Cramer v. United States*, 261 U.S. 219, 229 (1923).

43) *Vermont v. Elliot*, 616 A.2d 210, 212 (Vt. 1992); *Mashpee Tribe v. New Seabury Corp.*, 592 F.2d 575, 586-87 (1st Cir. 1979).

44) 34 U.S. (9 Pet.) 711 (1835).

45) *Id.* at 745-56.

46) COHEN'S HANDBOOK, 1982 ed., *supra* note 16, at 442.

2. 条約と条約上の権利

(1) 入植者たちが西方の地域に押し出すようになると、連邦政府は、当初は入植者の安全な通行を確保する目的で、後には彼らの定住を確保し、さらには保証する目的で——白人の一方的言い分ではある——、様々なインディアンと数多くの条約を結んでいくことになる。⁴⁷⁾かかる条約を通しての対インディアン政策は、合衆国議会において1871年3月3日に制定された「1871会計年度インディアン関連歳出配分法」⁴⁸⁾の制定をもって終結を迎える。同法第1条は、「以後、合衆国の領土内のいかなるインディアンのネーション(nation)若しくは部族も、合衆国が条約によって交渉し得る独立のネーション若しくは部族若しくは権力とは認められず、又は承認されるものではない。但し、本法のいかなる規定も、これまでインディアンのネーション若しくは部族との間に締結され、および批准された条約によって課された義務を無効とし、又は減ずるものと解釈されてはならない。」⁴⁹⁾と規定している。⁵⁰⁾インディアンの狩猟、漁業、そして採集の権利は、これら諸条約の中でしばしば保護されているところであるが、⁵¹⁾以下、幾つかの条約の狩猟権、漁業権および採集権に関して規定した条項を追ってみよう。

1789年1月9日にオハイオ川北西部領地(Northwest Territory)のフォート・ハーマー(Fort Harmar)⁵²⁾で諸部族の首長および戦士との間に締結された「フォート・ハーマー条約」(the Treaty of Fort Harmar)⁵³⁾第4条は、「合衆国とインディアン・ネーションとの間で、当該ネーションの個人は、[本条約第2条によって]合衆国に譲渡された領域(territory ceded to the United States)で妨害を受けることなく、平和的に身を処し、および合衆国の国民若しくは

47) Burk, *supra* note 13, at 127.

48) Act of Mar. 3, 1871, ch. 120 16 Stat. 544.

49) Ch. 120 § 1, 16 Stat. 544, 566 (codified as amended at 25 U.S.C. § 71).

50) 条約締結終了の政治的背景について、拙著・前掲註12), 280頁以下参照。See also Antoine v. Washington, 420 U.S. 194, 202 (1975).

51) See FELIX S. COHEN, HANDBOOK OF FEDERAL INDIAN LAW 285 n.171 (1942).

52) Wyandot, Delaware, Ottawa, Chippewa, Potawatomi, and Sac Nations

53) Treaty with the Wyandots and others, Jan., 9, 1789, 7 Stat. 28. 1789年9月27日公布。拙著・前掲註12), 83頁以下参照。

市民に危害又は不快感を与えない限りにおいて自由に狩猟を行うことができることが、ここに約される。」と規定している。1795年8月3日、現在のオハイオ州グリーンビル（Greenville）でインディアンの諸部族との間に締結された「グリーンビル条約」⁵⁴⁾（the Treaty of Greenville）⁵⁵⁾第5条は、「本条約第4条において合衆国によって放棄されたインディアンの土地に関する誤解を解くために、ここに、放棄（relinquishment）とは、以下に定めることを意味することが明白に宣言される。当該土地に対する権利を有するインディアン部族は、当該部族が望む限りにおいて、合衆国によるいかなる妨害も受けることなく、平穩に当該土地で狩猟し、植栽し、および居住し得るものとする。……」と規定している。1798年10月2日に現在のテネシー州に位置するテリコ川（Tellico River）流域のグレイト・テリコ（Great Tellico）でチェロキー・インディアン（Cherokee Indians）との間に締結された「テリコ第一次条約」⁵⁶⁾（the First Treaty of Tellico）第7条は、「チェロキー・ネーションは、カンバーランド山（Cumberland mountain）とカンバーランド川の間を走り、インディアンの土地を通過するケンタッキー道（Kentucky road）が、サウスウェスト・ポイント（Southwest point）からカンバーランド川に至る道路と同様に、合衆国の市民の使用のために開かれ、自由通行の道路とすることに同意する。ここに合衆国の一部であることが同意されたことに鑑み、チェロキー族の獵師は、定住が不可能となるまでの間、本条約によって放棄され、譲渡された土地（lands relinquished and ceded）で、自由に狩猟し、鳥獸類を捕獲することができるものとする。」と規定している。1817年9月29日、現在のインディアナ州に位置するエリー湖（Lake Erie）のマイアミ川（Miami）の早瀬でインディアンの諸部族との間に締結された「エリー湖のマイアミ川条約」⁵⁷⁾（the

54) Wyandot, Delaware, Ottawa, Chippewa, Potawatomi, Miami, Eei-river, Weea, Kikapoo, Piankashaw, and Kaskaskia.

55) Treaty with the Wyandots and others, Aug. 3. 1795, 7 Stat. 49. 1795年11月2日公布。拙著・前掲註12), 446頁以下参照。

56) Treaty with the Cherokees, Oct. 2, 1798, 7 Stat. 62.

57) Wyandot, Seneca, Delaware, Shawnee, Potawatomi, Ottawa, and Chippewa.

Treaty of Miami of Lake Erie)⁵⁸⁾ 第11条は、「譲渡された土地でインディアンが狩猟する権利に関連してグリーンビル条約に含まれる約定〔同条約第5条〕は、当該権利が合衆国の土地において継続するものとする一方で、本条約に適用されるものとする。……」と規定している。1837年10月21日、ワシントン市で締結されたミズーリのサックとフォックス族 (Sac and Fox of Missouri)⁵⁹⁾ との条約第1条柱書は、「ミズーリのサックとフォックス・インディアンは、以下の各号に定める譲渡を合衆国に対して行う。」とし、第2号で「1830年6月15日条約第1条で譲渡された土地で狩猟又はその他の目的をもって定着する権利」と規定している。

また、1854年12月26日、現在のワシントン州に位置するニスクアリー川 (Nisqually River) 河口のメディスン・クリーク (Medicine Creek) で数多くの部族およびバンドとの間に結ばれた「メディスン・クリーク条約」(the Treaty of Medicine Creek)⁶¹⁾ 第3条は、「空閑地および請求者のいない土地 (open and unclaimed lands) で狩猟し、植物の根および果実を収集し、並びに馬を放牧する特権に加えて、全ての通例の、および慣習に従った土地および場所 (at all usual and accustomed grounds and stations) [ワシントン] 準州の全ての市民と同じように (in common with all citizens of the Territory) 漁業に従事し、治療のために一時的家屋を建設する権利が、[本条約にいうニスクアリー族、プアラップ族、スクアキシシ・アイランド族等の] インディアンに保障される。」と規定している。1855年6月9日、現在のワシントン州に位置するワラ-ワラ溪谷 (Walla-Walla Valley) でインディアンの連合部族およびバンド⁶²⁾

58) Treaty with the Wyandots and others, Sept. 29, 1817, 7 Stat. 160. 1819年1月4日公布。拙著・前掲註12), 90頁以下参照。

59) Treaty with Sacs and Foxes, Oct. 21, 1837, 7 Stat. 543.

60) Nisqually, Puyallup, Steilacoom, Squawskin, S'Homamish, S'Homamish, Stehchass, T'Peeksin, Squi-aitl, and Sa-heh-wamish.

61) Treaty with the Nisquallys, Puyallups, Steilacooms, Squawskins, S'Homamish, S'Homamish, Stehchass, T'Peeksin, Squi-aitls, and Sa-heh-wamish, Dec. 26, 1854, 10 Stat. 1132. 1855年2月28日批准, 1855年4月10日公布。拙著・前掲註12), 230頁以下参照。

62) Yakima, Palouse, Piquouse, Wenatshapam, Klikatat, Klinquit, Kow-was-say-ee, Li-ay-was, Skin-Pah, Wish-ham, Skyisk, Ochechotes, Kah-milt-pah, and Se-ap-cat.

の間に締結された「ヤキマ族条約」⁶³⁾第3条は、「……〔第2条に規定された〕保留地又は保留地の境界線を通る全ての流域において排他的に漁業に従事し、全ての通例の、および慣習に従った場所 (places) で〔ワシントン〕準州の全ての市民と同じように漁業に従事し、および〔塩漬・乾燥又は燻製にして〕保蔵処理のために一時的家屋を建築する権利が、〔本法にいう〕インディアン⁶⁴⁾の連合部族およびバンドに保障される。空闲地および請求者のいない土地で狩猟し、植物の根および果実を収集し、並びに馬を放牧する特権がこれに加えられる。」と規定している。

さらに1855年10月17日にネブラスカ準州のジュディッシュ川 (Judith River) 河口で、ブラックフット・ネーション (Blackfoot oNatin)⁶⁴⁾およびフラットヘッド・ネーション (Flathead Nation)⁶⁵⁾との間に結ばれた条約⁶⁶⁾第3条は、ブラックフット・ネーションは「ブラックフット族のテリトリーとしてララミー条約で承認され、および定義された土地の全ての場所で、99年の期間で共通の漁場をもち……〔本条約にいう〕全てのネーション、部族およびバンドは、狩猟し、漁業に従事し、果物を採集し、放牧し、食用獣肉を保蔵処理し、および衣類を仕上げる平等で不断の特権を享有する。」と規定している。1868年5月7日にノース・ダコタ準州のフォート・ララミー (Fort Laramie) でクロー・インディアン⁶⁷⁾の族長たちとの間に結ばれた条約は、第4条第2文で「彼ら〔本条約に合意したインディアン〕は、合衆国の占有されていない土地 (unoccupied lands of the United States) で、鳥獣が当該土地に発見され得る

63) Treaty with the Yakimas, 1 Palouses, Wenatshapams, Klikatats, Klinquits, Kow-was-say-ees, Li-ay-wass, Skin-pahs, Wish-hams, Skyikss, Ochechotess, Kah-milt-pahs, and Se-ap-cats, June 9, 1855, 2 Stat. 951. 1859年3月8日批准, 1859年4月18日公布。連合インディアンの14の部族又はバンドは、条約の目的のためにヤキマ・ネーションの名の下に一つのネーションと看做されたという。See *Seufert Bros. Co. v. United States*, 249 U.S. 194, 196 (1919). 著書, 論文, 判例等によってそれぞれ, ヤキマ族と表現され, あるいはヤキマ・ネーションと表現されるが, 同一の部族を指している。本稿では, それぞれの出典が用いる用語を忠実に用いることとする。

64) Piegan, Blood, Blackfoot, and Gros Ventres.

65) Flathead, Upper Pend d'Oreille, Kootenay, and Nez Perce.

66) Treaty with the Blackfoot Nation and Flathead Nation, Oct. 17, 1855, 11 Stat. 657.

67) Treaty with the Crows, May 7, 1868, 15 Stat. 649. 同年7月25日批准, 8月12日布告。

限りにおいて、および狩猟地区の境界線上で白人とインディアンとの間に平穏が存続する限りにおいて、狩猟する権利を有するものとする。」と規定している。

(2) 上で挙げた諸条約とは全く反対に、インディアンが狩猟権および漁業権を放棄ないし譲り渡している条約もまた、見出されることを指摘しておく必要があるところである。蓋し、狩猟権、漁業権について何ら触れていない「条約A」を解釈するに際して、狩猟権等を放棄した「条約B」を引き合いに出し、条約Bを反対解釈し、条約Aが狩猟権、漁業権を認めたものと解釈し得るからである。⁶⁸⁾

1846年10月13日にワシントン市でウィニベゴ族 (Winnebago) との間に締結された条約第4条は、⁶⁹⁾「合衆国は、本条約にいうインディアン部族に土地の対価として総額150,000ドルを、および現在の彼らの本拠 (home) に隣接する土地での狩猟の特権の放棄 (release) の対価として総額40,000ドルを支払うことに同意する。」と規定している。土地の対価と狩猟権の対価を比較した場合、当時のインディアンにとって狩猟および漁業が占める価値がいかに高かったかを理解し得るところである。また、1855年8月2日、ミシガン州デトロイト市で締結されたスー・セント・マリーのチップワ族 (Chippewa of Sault Ste. Marie) との条約は、⁷⁰⁾第1条で「チップワ・インディアンは、1820年6月16日条約で彼らに保障された魚場として便利なセント・マリーおよび野営地のしかるべき位置での漁業権を合衆国に明け渡す。」と規定しているところである。

(3) 条約に基づく狩猟、漁業および採集に関する条約の規定は、アメリカ先住民の権原ということからして、合衆国が部族にいかなる権利をも付与するものではなく、条約の規定は、部族が以前から存在した狩猟、漁業および採集の権利を維持することを望んだことを承認したものと解されている。⁷¹⁾

68) See *Minnesota v. Mille Lacs Band of Chippewa Indians*, 526 U.S. 172, 195-56 (1999).

69) Treaty with Winnebago, Oct. 13. 1846, 9 Stat. 878.

70) Treaty with Chippewas of Sault Ste. Marie, Aug. 2. 1855, 11 Stat. 631.

71) See, e.g., Michael C. Blumm & Brett M. Swift, *The Indian Treaty Piscary Profit and*

なお、ここに言うべきは、合衆国最高裁判所が、インディアンとの条約を解釈するに際しての一定の解釈原理を示してきていることである。合衆国最高裁判所は、第一に条約の文言はインディアン自身がそれを理解でき得るように、そして正義と道理が命ずるところに従って解釈されなければならない、第二にインディアンとの条約は、その中心的目的を促進し、条約の諸規定に効果を与えるよう解釈されるべきである。そして第三にインディアンとの条約は、インディアンの利益につながるよう字義にとらわれず解釈されなければならない⁷²⁾としている。

条約に基づくインディアンの漁業権が争われた事件で最初に判例集に現れるそれは、1887年1月25日にワシントン準州最高裁判所が判決を下した⁷³⁾ United States v. Taylor (以下、Taylor判決という。)であると思われる。本件は、インディアンと非インディアンの漁民との紛争に関わらないところの条約に基づく漁業権の範囲についての訴訟である。合衆国から「自営農地法」⁷⁴⁾ (Homestead Act) 等に基づいて公有地譲渡証書 (patent) を取得した自作農入植者であるF・テイラー (Frank Taylor) が、コロンビア川の通称「タムの魚場」 (Tum Water Fishery) に隣接する広大な土地に柵を設けたところ、合衆国およびヤキマ族の部族構成員である数人のインディアンが、当該部族が古代から慣例的に通例利用してきた当該魚場に近づくことができなくなったとして、上記1885年に締結されたヤキマ族条約第3条で認められた当該部族の漁業権を侵害するとして訴訟を提起した事例である (本件条約は、1859年に合衆国⁷⁵⁾ 上院によって批准されている)。準州最高裁判所は、条約の文言は、部族が条約

Habitat Protection in the Pacific Northwest: A Property Rights Approach, 69 U. COLO. L. REV. 407, 436-37 (1998); Brian Richard Ott, *Indian Fishing Rights in the Pacific Northwest: The Need for Federal Intervention*, 14 B.C. ENVTL. AFF. L. REV. 313, 324 (1987).

72) Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Ass'n, 443 U.S. 658, 676 (1979); Antoine v. Washington, 420 U.S. 194, 199 (1975); United States v. Winans, 198 U.S. 371, 380-81 (1905); Jones v. Meehan, 175 U.S. 1 (1899); Choctaw Nation v. United States, 119 U.S. 1 (1886).

73) 13 P. 333, 335 (Wash. Terr. 1887).

74) 自営農地法の詳細について、拙著・前掲註12), 251頁以下参照。

75) 13 P. at 333-34.

に署名した時点において最も意図していた結果を達成するように字義にとらわれない解釈が与えられなければならないとした。そして本件条約第3条は、合衆国がインディアンに対して権利を承認したのではなく、これまで部族によって行使された権利の留保を意味しているとし、条約は単に部族に白人と共に漁業に従事する平等の機会 (equal opportunity) を留保したに過ぎないとする被上訴人テイラーの主張を退け、条約を締結するに際してインディアンは、一定の権利は直ちに彼らに再譲渡されるであろうという理解をもって、全ての権利を譲渡するのではなく、条約に明示された権利のみを譲渡——土地の譲渡——することを意図したのであるとし、特定の場所を利用することを含む生息地と捕獲方法を維持するとの部族の主張が、「インディアンは、過去の慣習と伝統に常に固執してきた」が故に、被上訴人の主張に勝るものであるとした。そして裁判所は、漁業権を被上訴人の土地に設定された地役権 (servitude) ——河川の利用および家屋の建設と魚の乾燥のために河川の岸を使用することを含む財産権——と特色づけ、合衆国が合法的に非インディアンである被上訴人に単純不動産権を付与したその後の不動産譲渡にかかわらず、部族は彼らが歴史的にその漁法に従って使用してきた土地に漁業地役権 (fishing servitude) を有するとしている⁷⁶⁾。それ故に、被上訴人が、条約締結後に制定された自営農地法等によって漁業権は存在せず、インディアンは被上訴人に対して権利主張し得ないと論駁したのに対して、裁判所は、被上訴人が土地を取得する根拠となったインディアンとの条約締結後に合衆国議会によって制定された立法は、単に割当てられていない土地への入植者による領有 (appropriation) を承認するものであって、当該立法は連邦政府が保有する権原の失効を意味するに過ぎず、入植者によって選択された土地に、その選択の時点で当該土地に地役権——判決は、“any servitude or easement”⁷⁷⁾と言っている——が設定されている場合、入植者はそ

76) *Id.* at 334-35.

77) 田中英夫編『英米法辞典』（初版、1991年）は、servitudeとは「地役権□ローマ法ないしスコットランド法の概念で、コモン・ローにおけるeasement（地役権）およびprofit a prendre（採取権）に対応する。一般にeasementが要役地の側面から権利をとらえているのに

れに従うことになる⁷⁸⁾としている。

(4) ワシントン準州最高裁判所は、*Taylor*判決で入植者がその土地に柵を設けることによってインディアン⁷⁹⁾の漁業権を侵害することはできないとする法的根拠を財産権に求めたが、同判決が下された5年後の1892年、ワシントン準州第三司法地区地方裁判所 (District Court for the Third Judicial District of the Territory of Washington) は、*United States v. The James G. Swan* (以下、*The James G. Swan* 判決という。) で条約に基づくインディアンの権利は「漁業、捕鯨 (whaling) およびアザラシ獲り (sealing) についての権利および特権の平等 (equality of rights and privileges)」をインディアン部族に保障したに過ぎないとした。インディアン部族に対して白人との平等利用を認めたに過ぎないとする本判決で説かれた概念が、ワシントン州によって1世紀以上の長きにわたって頑強に主張されていくことになるのである——本論稿が進むにつれて、明らかにされるところではある——。

The James G. Swan 判決は、白人入植者とインディアンの漁業権との間の紛争にかかわる事例ではなく、インディアンの漁業活動への合衆国資源保護規制法の適用に関する事案である。アラスカ (Alaska) 全土およびアリュー

対し、servitudeは承役地の側からとらえている。なおアメリカでは、easementの代わりにservitudeが使われることもある。」としている。easementとは「地役権口他人の土地——承役地 (servient estate; servient tenement) ——を自己の占有する土地——要役地 (dominant estate; dominant tenement) ——の利用に供する物権的権利。権利義務関係は土地とともに移転する。」としている。G・D・メーヤー (Gary D. Meyers) によれば、easementとは、一般に一方の人 (要役地所有者 (dominant estate holder)) が他人の土地 (承役地所有者 (servient estate holder)) を利用する権利と定義される。easementはまた、他人の土地に対して課される負担 (burden) 又はservitudeと定義されてきた。profit a prendreは、伝統的なイギリスのコモン・ローに従えば、占有者に承役地の何らかの産物 (product) (利益 (profit)) を移転する権利を付与する一つのeasementのタイプである。利益は、他人の土地から土壌 (soil)、砂利 (gravel) 又は鉱物 (mineral) を取得する権利、他人の土地の野生の鳥獣を捕獲し、他人の水域から魚を捕る権利を含むとされる。Gary D. Meyers, *United States v. Washington (Phase II) Revisited: Establishing an Environmental Servitude Protecting Treaty Fishing Rights*, 67 OR. L. REV. 771, 783 (1988). See also Joseph L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, 68 MICH. L. REV. 471 (1970); *RESTATEMENT (FIRST) OF PROPERTY* §§ 457-465 (1944).

78) 13 P. at 335-36.

79) 50 F. 108 (D. Wash. 1892).

シャン諸島 (Aleutian Islands) は、1867年3月30日にロシアから合衆国に720万ドルで売却されたが、合衆国議会は、「ロシアによって合衆国に譲渡された領土に慣習法、交易および航海に関する合衆国法律を適用するための、およびその他の目的のための法律」を制定した。同法第6条 (1880年3月2日法 (25 St. U.S. p. 1009, § 3) で同条をベーリング海に適用する旨を規定。) は、当該領土および水域でのオットセイ (fur seal) の殺害を禁止し、同法に違反した船舶は、これを没収する旨規定していた。マカハ族 (Makah) の C・ペーターソン (Chestoqua Peterson) は、縦帆式帆船「ジェームズ・G・スワン号」 (the James G. Swan) を購入し、1889年春、マカハ族の乗組員 (船長は、白人である) を太平洋およびベーリング海に送った。同船は、6月30日、北緯55度44分、西経171度4分のベーリング海上で (合衆国に譲渡された境界内) オットセイを捕獲、殺害したところ、合衆国税関監視船によって拘束され、ポート・タウンゼント (Port Townsend) に曳航され、連邦検察官によって地方裁判所に同船の没収の公式書面 (libel of forfeiture)⁸⁰⁾ が提出された。

1855年1月31日にマカハ族との間に締結された条約 (12 Stat. 939. 1859年4月18日公布。) 第4条は、「通例の、および慣例的な土地並びに場所で漁業に従事し、捕鯨し、およびアザラシ狩りをする権利……は、当該インディアンに合衆国の全ての市民と同じように保障される。」旨規定されている。裁判所は、条約がインディアンに漁業に従事し、捕鯨し、およびアザラシ狩りをする権利並びに特権の平等のみを規定していることは、条約の文言から明らかであって、保障されるのは、合衆国の全市民と同じ権利であり、条約は合衆国の市民に否定されているところの特別な若しくは優位の権利又は特権を与えるものではないと判示した⁸¹⁾のである。

(5) 合衆国最高裁判所は、州による資源保護のためのインディアン⁸²⁾の狩猟権の規制をめぐって審理した1896年の *Ward v. Race Horse* (以下、*Race*

80) *Id.* at 108-09.

81) *Id.* at 111-12.

82) 163 U.S. 504 (1896).

Horse 判決という。)でインディアンの狩猟権を真っ向から否認した。1869年2月24日の合衆国とワイオミング準州に居住する「インディアンのショショニ族とパノック族の西部バンド (Eastern Band of Shoshonees and Bannock Tribe of Indians) との条約」(15 Stat. 673)に基づいてフォート・ホール・インディアン保留地 (Ft. Hall Indian Reservation) が建設されたが、同条約第4条第2文は、「彼ら〔インディアン〕は、鳥獣が発見される限りにおいて、および狩猟地区の境界において白人とインディアンの間に平穏が保たれる限りにおいて、合衆国の占有されていない土地で狩猟の権利を有するものとする。」と規定していた。1868年7月、「ワイオミング準州に臨時政府を樹立する法律」(15 Stat. 178) が制定されたが、同法には保留地のインディアンの権利が合衆国との条約によって失効されていない限り、同法のいかなる規定も彼らインディアンの権利を侵害するよう解釈されてはならない旨、規定されていた。1890年7月10日、ワイオミングは州に昇格したが (26 Stat. 222)、法律にはインディアンの利益となるようないかなる規定も置かれてはいなかった。1895年7月20日、州議会は州内の鳥獣の殺害を禁止する法律 (Laws Wyo. 1895, p. 225, c. 98) を制定した。パノック族の部族構成員である本件原告 (被上訴人) レース・ホース (Race Horse) は、7頭のアメリカアカシカをウインタ (Uinta) 郡で殺害したとして、逮捕・拘束された。原告は、釈放を求めてヘイピアス・コーパス (habeas corpus) の手続をとった。合衆国ワイオミング州地区巡回裁判所 (Circuit Court of the United States for the District of Wyoming) がこれを認めたので (70 F. 598)、同郡のセリフ (sheriff) が⁸³⁾上訴した。ホワイト裁判官 (White, J.) が、法廷意見を執筆し、合衆国へのワイオミングの加入を承認した合衆国議会の立法によってインディアンの条約上の権利は、当該立法が条約に規定された狩猟区 (hunting district) を終結させたが故に、インディアンの狩猟権保護の条約上の規定はもはや効力を持たず、消滅したものであると⁸⁴⁾判示した。

83) *Id.* at 504-07.

84) *Id.* at 515-16.

しかし合衆国最高裁判所は、条約の規定は「対等資格の法理」(equal-footing⁸⁵⁾ doctrine) により準州が州に昇格することによって消滅したとされたとした⁸⁶⁾ *Race Horse* 判決⁸⁷⁾ に対して、1999年、*Minnesota v. Mille Lacs Band of Chippewa Indians* (以下、*Mille Lacs Band of Chippewa Indians* 判決という。) で明確にこれを真つ向から否定している。オコナ裁判官 (O'Connor, J.) が法廷意見を執筆している。いわく、*Race Horse* 判決は、誤った前提にたったものである。州の土地の上で狩猟し、漁業に従事し、および採集するインディアン部族との条約に規定された権利は、州内の自然資源に対する当該州の主権とは矛盾するものではないのであって (*Passenger Fishing Vessel Ass'n* 判決 (443 U.S. 658 (1979).), むしろインディアンの条約上の権利は、州の自然資源の管理と同時に存在するところである。州は、その境界内の野生動物と自然資源を規制することに重要な利益をもっているが、かかる権限は、条約締結といった合衆国憲法に列挙された自らの権限を連邦政府が行使する場合、連邦政府と分担されるのである。条約上の権利は、ワイオミングの州としての地位を存続させるために意図されたものではない。領土である土地に対する権限を行使するに際して、合衆国議会は、条約によってインディアン部族に保留地外の用益権 (usufructuary rights⁸⁸⁾) を保障する権限を有するのであって、当該権限は、準州を州に昇格させる際に州内に当該インディアン部族の使用権を存続させるため合衆国議会が行使し得る権限の範囲内にある。合衆国議会が、かかる権利を州の地位を存続させることにあると意図していたならば、合衆

85) 対等資格の法理について、see James R. Rasband, *The Disregarded Common Parentage of the Equal Footing and Public Trust Doctrine*, 32 LAND & WATER L. REV. 1 (1997); Daniel H. Cole, *United States v. Pend Oreille County P.U.D. No. 1: A Signal Conflict Between Equal Footing and Aboriginal Indian Title*, 16 ENVTL. L. 163 (1985); Louis Touton, Comment, *The Property Power, Federalism, and the Equal Footing Doctrine*, 80 COLUM. L. REV. 817 (1980); Charles A. Hobbs, *Indian Hunting and Fishing Rights*, 32 GEO. WASH. L. REV. 504 (1964).

86) See also *Crow Tribe and Repsis*, 73 F.3d 982, 992 (10th Cir. 1995).

87) 526 U.S. 172 (1999).

88) 田中英夫編・前掲註77) は、「usufruct 用益権□ローマ法上の人役権の一つで、他人の物をその実質を損なうことなしに使用・収益する権利」と定義している。

国議会にとってこれらの権利を「州昇格法」(Act of May 11, 1858, 11 Stat. 285)⁸⁹⁾のなかに明確に保障する必要はなかったのであると判示している(本判決の詳細については、VII-2-(2)参照)。

(6) 上記 *Race Horse* 判決はともかくとして、合衆国最高裁判所は、*Race Horse* 判決以後、白人のインディアン文化へのよりよき理解を反映してか、留保されたインディアンの権利へ敬讓を払っていくようになるが、特に合衆国最高裁判所が1905年に下した *Winans* 判決⁹¹⁾で大きな転機をむかえることになると言ってよいであろう。L・ウィナズ (Lineas Winans) と A・ウィナズ (Audubon Winans) の兄弟は、ワシントン州の許可を得てコロンビア川流域のセリロの滝 (Celio Falls) 近くで4台のフィッシュ・ウィール (fish-wheel) を操業し、隣接する河岸地に対して連邦の自営農地法に基づく公有地譲渡証書を所有していた。ウィナズ兄弟は、セリロの滝にあったヤキマ・ネーションの歴史的魚場から部族構成員を追い出し、インディアンが魚類を燻製にするために建てていた河岸の建物を破壊した。これに対して連邦地方検察官およびインディアンが、1855年6月9日に締結されたヤキマ族条約⁹²⁾で保障された漁業権⁹³⁾に対する侵害を排除するため兄弟に対して差止命令を求めて訴訟提起した。合衆国ワシントン州地区巡回裁判所 (Circuit Court, D. Washington) (合衆国地方裁判所) は、「土地の特定場所に一時的建物を建てるインディアンの権利は、土地に対する権原が政府から譲渡され、私的財産に帰属した時点で終わるとものと解される。」とし、原告の防訴抗弁 (demurrer)⁹⁴⁾を退けた。しかし、地方裁判所は、「本件で指摘された場所でのコロンビア川における漁業からインディアンを排除することは、本件条約の

89) 526 U.S. at 204-06.

90) See Ott, *supra* note 71, at 331-32.

91) 198 U.S. 371 (1905) .

92) Treaty with the Yakimas, Palouses, Wenatshapams, Klikatats, Klinquits, Kow-was-say-ees, Li-ay-wass, Skin-pahs, Wish-hams, Skyikss, Ochechotess, Kah-milt-pahs, and Se-ap-cats, June 9, 1855, 12 Stat. 951.

93) 198 U.S. at 379; United States v. Winans, 73 F. 72, 75 (D. Wash. 1896).

94) 73 F. at 75.

下で、明らかにインディアンの権利侵害となる。連邦政府は、条約を効果あらしめるため、当裁判所の権限を用いる権限を有する⁹⁵⁾とし、インディアンの漁業権は、同様に無効にできないとも判示している。それでもなお、地方裁判所は、条約は保留地の外の土地での漁場を合衆国市民と同様に使用する権利を——排他的な優越的権利を持つことなく——インディアンに保障しているに過ぎないとし、最終的に差止命令を拒否したのである。地方裁判所の判決の理論に従えば、条約は、インディアン部族に対して特別の所有権の権利 (special proprietary rights) を保護したものではないということになる⁹⁶⁾。

合衆国最高裁判所において合衆国訟務長官は、地方裁判所判決は条約がインディアンの歴史的漁業活動を保障したものであるとの彼らの理解にも拘わらず、魚群の遡上を脅威にさらす漁業権の独占を認めるものであって、インディアンの条約上の権利は「明確で、かつ限定された権利」ではあるが、インディアンとの条約締結後に承認された連邦の公有地譲渡証書ないし州の許可に重大な影響を及ぼす「時期が到来した取得時効 (ripened prescription) に類似した超記憶的権利 (immemorial right) である。合衆国議会は、これまで決してインディアンから権利を剥奪してはこなかったものであって、適切な留保なくして公有地譲渡証書を発行した行政部の官吏は、有効に付与された権利を剥奪し得ないところであると主張した⁹⁷⁾。

マッケナ裁判官 (McKenna, J.) が法廷意見を執筆し、破棄差戻しの判決を下している。第一にマッケナ裁判官は、インディアンの漁業権は白人との漁場の利用機会の平等を付与したに過ぎないとする解釈を退け、州又は連邦政府の条約締結後の行為のいずれによっても無効とできない財産権であると認定している。すなわちマッケナ裁判官は、地方裁判所は条約が保障するのは合衆国の全市民と同じ権利であり、合衆国の市民に否定されているところの

95) *Id.* at.

96) 198 U.S. at 380.

97) Blumm & Swift, *supra* note 71, at 441.

98) 198 U.S. at 372-75.

特別の若しくは優位の権利又は特権を与えるものではないと判示した *The James G. Swan* 判決⁹⁹⁾を引用し、同判決はインディアンはいかなる権利をも付与されたものではないと結論しているが、かかる解釈は、それ以上のことを約束し、国家の言葉により多くの意味をもたらすものと考えられる交渉と合意に無益な結果 (impotent outcome) を意味するに過ぎないのであって、インディアンとの条約は、「読み書きができない人々」(unlettered people) がそれを理解し得るように解釈されなければならないのであるとしている。¹⁰⁰⁾第二にマッケナ裁判官は、インディアンが条約の中に留保した既存の権利 (preexisting right) と連邦政府によってインディアンに承認された権利との間に明確な線引きを行っている。すなわち、マッケナ裁判官は、漁場を確保する権利は、インディアンによって保持されるより大きな権利の一部であって、インディアンの生存にとって、その権利は、彼らが呼吸するところの大気よりも、よりなくてはならないものであったのである。これらの権利に便宜供与 (accommodation) が為されなければならない新たな諸状況が現れてきたが、権利の制限のみが必要とされ、かつ意図されたのであって、権利の剥奪ではないのである。換言すれば、条約は、「インディアンに対する合衆国による権利の承認ではなく、インディアンによる権利の承認——承認されていない権利の留保——である。」¹⁰¹⁾と判示している (傍線筆者。この下線の文言は、その後の判例でたびたび引用されることになる)。

マッケナ裁判官は、インディアンは条約締結時に彼らによって保有されていた一定の権利を譲渡したが、合衆国に対して明白にインディアンによって承認されていない権利は、彼らインディアンが引き続き留保したのであるとする。裁判官が言うところの「権利留保の法理」(reservation of rights doctrine)¹⁰²⁾は、その後の判例に受け継がれ、アメリカ・インディアン法の中心的構成要

99) 50 F. 108 (D. Wash. 1892).

100) *Id.* at 380.

101) *Id.* at 381.

102) *See, e.g.,* State v. Buchanan, 978 P.2d 1070, 1078 (Wash. 1999); Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Ass'n, 443 U.S. 658, 679-81 (1979);

素となっていく。¹⁰³⁾

第三にマッケナ裁判官は、*Taylor* 判決で展開された地役権——本判決は、「土地への権利」(right in land) とも表現している——に言及し、次のように判示している。条約交渉は、全ての個々のインディアンに条約に取り上げられた権利を留保し、条約に規定された全ての土地区域に地役権 (servitude) を課した。一定の境界内 (保留地) に留保された漁業の排他的権利が存在し、「州の市民と同じように」これらの境界の外 (保留地外) での権利が存在した。占有権を伴わない単なる権利 (mere right) として、それはインディアンにとって排他的なものではなかった。市民はそれを共有し得るが、インディアンは、権利行使の手段として特別の規定によってその享受 (enjoyment) を保障されたのである。彼らは、全ての通例の、そして慣例的な場所で魚類を捕獲し、魚を燻製にするために使用する一時的建物を建造する権利を与えられた。それ故に、将来的な所有 (future ownership) の可能性が予知され、規定されたのである。換言すれば、インディアンは、土地への権利——河川に至る土地を通過する権利 (right to crossing land to the river) ——を条約に規定された範囲内で、およびその目的のために土地を占有する権利 (right to occupy land) を与えられた。そして権利は、合衆国およびその被譲与者、州およびその被譲与者に対して継続するものと意図されたのである。¹⁰⁴⁾

第四にマッケナ裁判官は、インディアンに付与された権利は合衆国への加入によって州が取得した権限に従属する、換言すれば、州は連邦への加入によって最初の13州と同等の権利を取得したとする対等資格の法理の主張に対して、以下のように判示している。かかる主張に対する答えは、*Shively v. Bowlby* (152 U.S. 1) で表明されたが、当該判決に何かを加えることは不要であって、困難であろう。河岸の上と地下に対する州の権限および権利は、注意深く定義されたが、州を拘束する権利を創設する合衆国の権限につ

Seufert Bros. Co. v. United States, 249 U.S. 194, 199 (1919); *Winters v. United States*, 207 U.S. 564 (1908).

103) COHEN'S HANDBOOK, 1982 ed., *supra* note 16, at 444.

104) 198 U.S. at 381.

いて既に当裁判所は、「合衆国憲法の採択によって、正当に領土を取得し、当該領土に法律を課すことのできる唯一の政府である合衆国が……全領土に対する全支配権および主権を有する。」と判示している（*American Ins. Co. v. 356 Bales of Cotton*, 1 Pet. 511; *Benner v. Porter*, 9 How. 235; *Gross v. Harrison*, 16 How. 164……）。インディアンの権原の消滅、定住用に土地を開くこと、そして将来の州への道を準備することは、合衆国が取り組む主題であって、インディアンが所持していた権利の遺産を確保することは合衆国の権限である。のみならず、そうであったとしても、条約上の権利は、権利の規制において州を不合理に抑制するものではなく、土地に権利行使を可能とし得る地役権（easement）を設定するにとどまるのである——本判決は、servitude と easement との二つ用語を用いている——。フィッシング・ウィールを維持するための州の許可は、インディアンを排除する権限を被上訴人に与えるものではなく、いかなる権利をインディアンが有したかが決定され、若しくは制限¹⁰⁵⁾されたのではない。

本判決は、「条約上の権利は、権利の規制において州を不合理に抑制するものではない」としたことによって、州が資源保護規制のためにインディアンの条約上の権利を制限するための理論的根拠を州に与えることになるが、①条約の規定を留保された権利（reserved right）と解したこと、②条約の解釈はインディアンに有利となるよう解釈されるべきこと、③州への昇格が条約上の権利を剥奪するとする主張を排斥したこと、そして特に④漁業権を地役権ないし土地への権利と捉え、インディアンの権利と結論したことによって¹⁰⁶⁾その後の判例形成に大きな影響を及ぼしていくことになる。

(7) 合衆国最高裁判所は、1919年の *Seufert Bros. Co. v. United States*¹⁰⁷⁾（以下、*Seufert Bros. Co.* 判決という。）において *Winans* 判決で説かれた法理を¹⁰⁸⁾

105) 98 U.S. at 382-84.

106) See Blumm & Swift, *supra* note 71, at 443-44.

107) 249 U.S. 194 (1919).

108) 198 U.S. 371 (1905).

部族が明らかに合衆国に譲渡した土地を越えて拡大適用している。本件は、連邦政府がヤキマ・インディアンの受託者ないし後見人（guardian¹⁰⁹⁾として、セファート兄弟商会（Seufert Bros. Co.）、その重役および社員を被告に、ヤキマ族条約第3条に基づいて、オレゴン州ワスコ（Wasco）郡のコロンビア川流域の南岸での漁業権への介入の差止命令を求めて合衆国オレゴン州地区地方裁判所に出訴した。地方裁判所が、一部主張を認めた。そこで本件商会が、¹¹⁰⁾上訴した事例である。商会側は、Winans判決はヤキマ族条約で明確に合衆国に譲渡された土地であるワシントン州の土地ないしコロンビア川北岸へのインディアンの地役権（漁業権）を認めたに過ぎないのであって、Winans判決はインディアンによって合衆国に譲渡されていない土地——権利を主張するインディアンが、本来、所有していなかった土地又は所有していたか否か明らかでない土地を指していると考えられる——への適用できないと主張したが、クラーク裁判官（Clarke, J.）が法廷意見を執筆し、被上訴人の主張を退け、地裁判決を支持している。以下、判決要旨である。

訴訟記録上、条約にヤキマ・インディアンと規定されている部族およびコロンビア川の南岸からやって来たインディアン（オレゴン州中央部に居住していたワラ-ワラ族（Walla-Walla）およびワスコ族（Wasco））が、条約が締結された当時、漁業目的のために当該条約に規定された場所に慣例的に足しげく通っていたこと、そしてコロンビア川の両岸からやってきたインディアンが、漁業の時期を通じて魚を乾燥し、燻製にするため南岸に建物を建てていたことが明らかである。上訴人の主張は、Winans判決と本件を比較し、前者はコロンビア川北岸での漁業が争われた事件であって、それ故にインディアンの漁業権は河川の中央線を越えて南側に適用されず、ヤキマ族の土地は全て北岸に位置し、本件条約は南岸に何らの権利をも付与するものではないというにある。条約の解釈は、インディアンに有利となるよう解釈されるべきところ

109) See, e.g., Cherokee Nation v. Georgia, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831). 拙著・前掲註14), 281頁以下参照。

110) 249 U.S. at 195.

(Winans 判決)、本件条約が締結されてから毎年、インディアンは、本件場所に漁業目的で足しげく通い、当該場所を南岸からやって来た部族および白人と分かちあってきた。このことは、明らかに条約に対する彼らの理解では、本件場所に通い、他の合衆国の市民と同じように本件場所を利用することができ、条約に規定された権利が南岸にまで及ぶにあったことが示されているところである。ヤキマ・インディアンの漁業をコロンビア川の北岸に制限することは、条約の総体的文言を大きく殺ぐことになる。かかる解釈を認めることは、オレゴン州の土地 (Oregon soil) に地役権 (servitude) を設定するものであって、許されないことであると主張されるが、ここにいる地役権は、慣例的に使用されてきた場所に、年間を通じて漁撈する一定の時期の間だけのみ設定されるものであって、土地の状態がいかなるものかを知って購入した者は誰人たりとも、地役権が設定されていることを知っていなければならないところである。¹¹¹⁾

Seufert Bros. Co. 判決が¹¹²⁾、インディアンとの条約に基づいて合衆国に譲渡されていない土地への地役権の行使を拡大適用したことには、第一に、地役権は条約に基づいて譲渡されたか否かに拘わらず、インディアン部族に全ての慣例的な魚場の利用を保障するものであるとしたこと、第二に、地役権を解釈する際に裁判所は、通常のコモン・ローの地役権の準則に従って解釈し得ないとしたことにおいて重要な意義があると考えられる。¹¹²⁾

(8) *Seufert Bros. Co.* 判決から23年経過した1942年に合衆国最高裁判所は、¹¹³⁾ *Tullee v. Washington* (以下、*Tullee* 判決という。) で再び漁業権をめぐるヤキマ族条約を審理することになる。ワシントン州法は、許可を最初に得ない限り、釣針と釣糸を除く何らかの漁具又は方法でもって食料用に用いるために魚類を捕獲し、又は釣ることは違法であるとし、コロンビア川でサケを捕獲するために定置網を用いた場合、5ドルの許可手数料が必要であると

111) *Id.* at 197-99.

112) See Blumm & Swift, *supra* note 71, at 447.

113) 315 U.S. 681 (1942).

規定していたところ（「レミングトン・ワシントン州現行制定法集」（Remington's Revised Statutes of Washington）第5693条，第5703条），ヤキマ族の部族構成員である本件上訴人S・チューリー（Sampson Tullee）は，ワシントン州法に基づいて許可を得ることなくコロンビア川でサケを捕獲したとして，ワシントン州上位裁判所（Superior Court）で有罪と決定された。¹¹⁴⁾ 州最高裁判所がこれを支持したため，¹¹⁵⁾ 本件上訴人は，州法は1885年のヤキマ族条約と矛盾し，州法を適用することは違法であると主張し，合衆国最高裁判所に上訴した。ブラック裁判官（Black, J.）が法廷意見を執筆し，州最高裁判所判決を破棄し，州の資源保護法に「必要性の要件」を負わしめている。以下，判決要旨である。

本件上訴人たる州は，その領土内での鳥獣および魚類の資源保護のための広い権限を根拠に，州が漁業を規制する権利は，ヤキマ族によって譲渡された領域内ではあるが，保留地の外に当たる本件違法行為が実行された場所においてはこれを行行使し得るとし，条約はかかる権利を毀損するよう解釈されてはならず，許可はインディアンを差別するものではなく，条約に抵触しないと主張している。他方，上訴人は，本件条約はいかなる州による規制も受けることなく「通例の，および慣習に従った場所」で漁業に従事する権利を無条件に上訴人に付与していると主張する。当裁判所は，州による条約の解釈は狭きに失しると考える。すなわち，確かに条約は，保留地の外での漁業の時と方法（time and manner）に関して，魚類の資源保護のために必要とされるがごとき純粋に規制的性格を有する制限を他人と同様インディアンに課す権限を州に付与しているが，州が本件において問題とされている性質の手数料をインディアンに請求することまでは認めてはいないのである。狩猟および漁業についての留保された権利の保護領域を決定するに際しては，条約を狭義に解釈することは認められないところであって（Winans判決），条約交渉の過程で部族代表によって解釈されたであろう条約の文言の意味に従っ

114) *Id* at 682.

115) *State v. Tullee*, 109 P.2d 280 (Wash. 1941).

て判断しなければならず、そうすることが従属的人民 (dependent people) (United States v. Kagama, 118 U.S. 375, 384 (1886). (以下, *Kagama* 判決という。)) を保護するために合衆国に課された義務である。かかる視点に立った場合、州はヤキマ族に漁業に手数料を負担させる権限はないのであって、許可手数料の規制的目的は、他の方法をもって達成し得るのであり、当該手数料を負わせることは、州の資源保護計画の成果を達成するために不可欠のものとは言えない。¹¹⁶⁾ 従って、本件州法は、本件に適用する限りにおいて無効である。

(9) 漁業権や狩猟権の法的性格について上で見てきた諸判例を見るに、空闲地および請求者のいない土地での条約に基づく漁業権や狩猟権を地役権と捉えている。Grand Traverse Band of Chippewa and Ottawa Indians v. Director, Michigan Dep't of Natural Resources¹¹⁷⁾ は、オタワ族とチッペワ族のグランド・トラヴァース・バンド (Grand Traverse Band of Ottawa and Chippewa) が、自治体を被告にリーランド波止場およびノースポート波止場 (Leland and Northport Marinas) への一時的停泊を求めた訴訟である。オタワ族とチッペワ族は、「1836年条約」(7 Stat. 491) および「1855年条約」(11 Stat. 621) で、現在のミシガン州に位置するほとんどの土地を合衆国に譲渡したが、五大湖地域での商業と生計目的での漁業継続の権利を留保した。1836年条約は、リラナウ半島 (Leelanau Peninsula) 沖を含む彼らの通常の間所での漁業権を保障し、1855年条約は、これらの伝統的な魚場に隣接する保留地を維持していた。合衆国ミシガン州西地区地方裁判所は、条約に基づく漁業権は「採取権」(profit a prendre)¹¹⁸⁾ であって、憲法上保障された財産権であるとしている。

本件上訴審たる合衆国第六巡回区控訴裁判所は、合衆国最高裁判所の¹¹⁹⁾ *Wians* 判決および¹²⁰⁾ *Seufert Bros. Co.* 判決を引用し、本件条約に基づいて認

116) 315 U.S. at 683-85.

117) 971 F. Supp. 282 (W.D. Mich, 1995).

118) *Id.* at 288.

119) 198 U.S. 371 (1905).

120) 249 U.S. 194 (1919).

められた権利は、生計と商業目的での五大湖地域の水域での漁業に従事する権利を含み、たとえ土地が私的に所有されてきたとしても、これら伝統的な魚場を含む土地を利用する地役権をも含むのである。留保又は必要性によって含意されるところのこの地役権は、条約上の漁民に彼らの伝統的な魚場から魚類を捕獲することを認めるために必要な利用する権利 (access) を留保したのであると判示している。¹²¹⁾

合衆国最高裁判所は、New York ex. rel. Kennedy v. Becker¹²²⁾でセネカ・ネーション (Seneca Nation) が1797年の「ビッグ・ツリー条約」(the Treaty of Big Tree)¹²³⁾で個人に譲渡された土地での狩猟権および漁業権を審理しているが、当該ネーションは本件条約で譲渡された土地で狩猟し、および漁業に従事するための地役権又は採取権を留保したと判示している。¹²⁴⁾合衆国ウィスコンシン州西地区地方裁判所も、譲渡された土地での狩猟、漁業および採集の権利を認めたスペリオル湖のチップewa族の諸バンド (Bands of Lake Superior Chippewa) との1837年条約並びに1842年条約が争われた Lac Courte Oreilles¹²⁵⁾

121) Grand Traverse Band of Chippewa and Ottawa Indians v. Director, Michigan Dep't of Natural Resources, 141 F.3d 635, 639 (6th Cir. 1998).

122) 241 U.S. 556 (1916).

123) Treaty with Senecas, Sept. 15, 1797, 7 Stat. 601.

124) 田中英夫編・前掲註77) は、採取権を「他人の土地から、その土地の産物または土壌の一部を採取する権利。Right of common (入会権) もその一種。採取権は、grant (譲与) またはPrescription (取得時効) により取得される。」と定義している。

125) 241 U.S. at 562, もっとも合衆国最高裁判所は、州による狩猟に対する許可制が争われた本件において、許可制を支持し、ニュー・ヨーク州に対しては当該地役権を主張し得ないとしている。本件は、ニュー・ヨーク州のカタロウグス保留地 (Cattaraugus Reservation) に居住するセネカ・ネーションの3人の部族構成員が、保留地の外のエリー (Erie) 郡のエイティーン・マイル入り江 (Eighteen Mile Creek) で「やす」を用いて魚を捕ったとして、許可なく漁獲することを禁止したニュー・ヨーク州資源保護法第176条違反で逮捕された事件である。本件土地は、1797年に結ばれたビッグ・ツリー条約 (7 Stat. 601) に基づいてセネカ・ネーションからR・モーリス (Robert Morris) に譲渡された土地の領域内にあったが、同条約は、インディアンに「ニュー・ヨーク州の鳥獣法の規定に拘わらず、1年を通して自由に」流域での漁業を認めていた。争点はインディアンに対する州の規制権限のみにあった (*Id.* at 559-60)。ホワイト裁判官の手に成る法廷意見は、Winans 判決に依拠して狩猟および漁業に関する条約の規定を有効な州の規制権限に服することを条件とする特権として範疇化し、他の解釈はニュー・ヨーク州からその固有の主権に必然的に付随する事項を奪うものであるとしたのである (*Id.* at 563-64)。

Band of Lake Superior Chippewa Indians v. Wisconsin¹²⁶⁾で、「譲渡された領域内での狩猟し、漁業に従事し、および採集する保留地外の用益権 (off-reservation usufructuary rights)¹²⁷⁾」という用語を用いている。

合衆国第七巡回区控訴裁判所は、上記1837年条約並びに1842年条約が争われたLac Courte Oreilles Band of Lake Superior Chippewa Indians v. Voigt¹²⁸⁾ (以下、LCOI判決という。)では、Winans判決を引用し、条約に基づく漁業権を「採取権に類似する¹²⁹⁾」ものとしている。また、ウィスコンシン州最高裁判所は、Van Camp v. Menominee Enterprises, Inc.¹³⁰⁾で条約に由来する狩猟および漁業の権利を採取権として認めている。さらにまた、合衆国最高裁判所は、今日のウィスコンシン州およびミネソタ州に居住していたチップワ・インディアン¹³¹⁾のバンドとの間に締結された1837年条約第5条の譲渡された土地での狩猟権および漁業権が争点となったMille Lacs Band of Chippewa Indians¹³²⁾判決で、当該権利を「譲渡された土地の用益権」(usufructuary rights on ceded lands)¹³³⁾という用語を用いて判決を下している。

(10) 以上述べてきたところから、判例理論を踏まえ、インディアンの条約上の権利¹³⁴⁾について要約してみよう。条約によって保障される権利の内容とその範囲は、始原的権原によって保障されるそれと同じであるが、条約上の

126) 707 F. Supp. 1034 (W.D. Wis. 1989).

127) *Id.* at 1037.

128) 700 F.2d 341 (7th Cir. 1983) *cert. denied*, 464 U.S. 805 (1983).

129) *Id.* at 352.

130) 228 N.W.2d 664 (Wis. 1975).

131) *Id.* at 669-70.

132) Treaty with Chippewas, July 29, 1837, 7 Stat. 536.

133) 526 U.S. 172 (1999).

134) 合衆国最高裁判所の判例を見るに、インディアンの権利について、「始原的権原」と「条約によって留保された権原」(treaty-reserved title)という用語に区分して論じている例が見出される。See Tee-Hit-Ton Indians v. United States, 348 U.S. 272, 277-78 (1955); accord United States v. Sioux Nation, 448 U.S. 371, 415 n.29 (1980). 判例は、始原的権原と始原的権利という用語、そして条約によって留保された権原と条約によって承認された権利という用語を類義的に用いていると思料される。合衆国第七巡回区控訴裁判所のペル裁判官(Pell, J.)は、「始原的権原」とは、新世界のアメリカ先住民が先住の領域を占有し、使用する権利であって、合衆国の境界内の土地に対する当該国家の主権的権利は、種々のインディアン部族の始原的権原

権利は、合衆国とインディアン部族(ないしバンド)との間で公式に交渉され、文書に付されたものである。とするならば、連邦政府が、インディアン部族を主権的統一体と見做しているところからして、合衆国とインディアン部族との条約は、外国政府との条約と同一の法的効力を有することになる。

条約上の権利は、始原的権原とは、以下の二点で異なる。第一に連邦政府は、条約上の権利を随意に(at will)終結することはできないところであって、当該政府が終結させようとする場合、合衆国議会の立法を通して、かつその意思を明確に示さなければならないところである。¹³⁵⁾第二に連邦政府が条約上の権利を剥奪する場合、当該権利を保有する部族は、補償(compensation)を付与されなければならない。蓋し、剥奪は、連邦政府による収用(taking)¹³⁶⁾を構成するからである。

さらに言うべきは、上記諸判例によって明らかにされてきたように、条約に狩猟権、漁業権、および採集権が明確に規定されていない場合であっても、いまだなおこれらの権利がインディアン部族に保障され、当該諸権利は、必然的に部族が所有する土地に限定されず、後に言及するように公有地のみならず私有地にもおよび得るところである。¹³⁷⁾条約が部族に土地を承認

に服した。しかしながら、合衆国は、いかなる時、方法をもってしても始原的権原を消滅させ得るのであって、合衆国は当該権原の取得に対して補償を要しない。「条約によって承認された権原」(treaty-recognized title)とは、永続的に土地を占有する部族の権利の合衆国議会の承認に言及する用語であって、それは、土地の法的利益(legal interest)を構成し、補償の支払いによってのみ消滅させ得る。かかる権原の剥奪には合衆国議会の明白な言及が要求される。上に述べた2つの権原は、狩猟、漁業および採集といったインディアンの伝統的な生存活動にとって土地を利用する権利を伴う。使用という条約によって承認された権利(treaty-recognized right)若しくは用益権は、部族が土地に対する権原をもつことを必然的に要求するものではないと述べている。Lac Courte Oreilles Band of Lake Superior Chippewa Indians v. Voigt, 700 F.2d 341, 351-52 (7th Cir. 1983), cert. denied, 464 U.S. 805 (1983).

135) See COHEN'S HANDBOOK OF FEDERAL INDIAN LAW § 18.07 [1], at 1190 (Nell Jessup Newton, 2012) [hereinafter COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed.]; Scott C. Hall, *The Indian Law Canons of Construction v. The Chevron Doctrine: Congressional Intent and the Unambiguous Answer to the Ambiguous Problem*, 37 CONN. L. REV. 495, 519 (2005).

136) See *Menominee Tribe of Indians v. United States*, 391 U.S. 404, 413 (1968); *Hynes v. Grimes Packing Co.*, 337 U.S. 86, 105 (1949).

137) See COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed, *supra* note 135, § 18.04 [1], at 1163-64; Shelley D.

し、ないし留保している場合、部族の土地所有権には自動的に狩猟、漁業、および採集の権利が含まれるが、多くの条約が、部族によって連邦政府に譲渡された土地におけるこれらの権利を留保しているところ、部族によって所有されていない土地における部族の狩猟権等は、地役権ないし用益権として働くのである。¹³⁸⁾

3. 合意、合衆国議会制定法および連邦行政命令

(1) 既に述べたように条約によるインディアン部族との交渉は、合衆国側の一方的意向によって1871年をもって終わりを向かえる。その後、合衆国は、インディアン問題を処理し、保留地を設定するに際して、「合意」——後に合衆国議会による承認手続を採る——、「合衆国議会制定法」、そして「行政命令」(executive order)¹³⁹⁾という手段を用いていくことになる。そして、多くの保留地が、当該法令を根拠に創設されていくのであるが、合衆国最高裁判所は、かかる法令に規定された狩猟権や漁業権を上記述べた条約を解釈するに際して適用したのと同じの判断基準(準則)を用いて解釈し、審理しているところである。

(2) 合意に規定された狩猟権が争われた事例として、1975年のAntoine v. Washington¹⁴⁰⁾(以下、Antoine判決という。)を挙げることができる。ワシントン州は、禁猟期の野生動物の捕獲および保持を禁止し、禁猟期に鹿を捕獲し、所持したる者を重軽罪(gross misdemeanor)とする旨を定めているところ(ワシントン州現行制定法集第77.16.020条、第77.16.030条)、本件上诉人であるコルビル・インディアン保留地(Colville Indian Reservation)(以下、保留地という。)のコルビル連合部族(Colville Confederated Tribes)(以下、連合部族という。)の登録構成員である夫と合衆国に登録されていないカナダ・インディアン(Cana-

Turner, *The Native American's Right to Hunt and Fish: An Overview of the Aboriginal Spiritual and Mystical Belief System, the Effect of European Contact and the Continuing Fight to Observe a Way of Life*, 19 N.M. L. REV. 377, 420 (1989).

138) See COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed, *supra* note 135, § 18.02, at 1156-57, 1156 n.5.

139) 拙著・前掲註12), 343頁以下参照。

140) 420 U.S. 194 (1975).

dian Indian) である妻は、1971年9月11日、かつて保留地の北半分に位置した、割当てられていない非インディアンの土地であるフェリー郡 (Ferry County) 内で鹿を捕獲し、所持したとして、州上位裁判所¹⁴¹⁾で有罪の決定を受けた。連合部族は、「1891年5月9日合意」(以下、「1891年合意」という。)に基づいて北半分の土地を合衆国に譲渡していた。本件1891年合意は、一連の合衆国議会制定法によって承認されている(1892年7月1日法 (27 Stat. 62), 1906年6月21日法 (34 Stat. 325), 1907年法 (34 Stat. 1015), 1908年法 (35 Stat. 70), 1909年法 (35 Stat. 781), 1910年法 (36 Stat. 269), 1911年法 (36 Stat. 1058))。1891年合意の第6条には、明確に「当該インディアンに割当てられていない土地で、全ての他の者と同じように狩猟し、および漁業に従事する権利は、取り上げられ、又はいかなる方法をもってしても剥奪されることはない。」と規定されていた。なお、保留地は、1872年7月2日に当時の大統領グラント (Grant) の行政命令によって創設されており、ワシントン準州は、1889年に州に昇格し (26 Stat. 1552)、合衆国議会は、「1890年8月19日法」(26 Stat. 355) で、連合部族との交渉委員会を任命している。上訴人は、合衆国議会によって承認された上記第6条は、保留地の譲渡された場所での連合部族の排他的、絶対的な狩猟および漁業の権利を留保したものであると主張したが、州最高裁判所は、有罪の決定を支持した (511 P.2d 1351 (1973).)。合衆国最高裁判所は、¹⁴¹⁾管轄権を認め (417 U.S. 966 (1971).)、州最高裁判決を破棄した。ブレナン裁判官 (Brennan, J.) が法廷意見を執筆している。

法廷意見は、第一に合衆国最高裁判所が過去1世紀半にわたって適用してきた解釈原理を適用し、1891年合意を承認した一連の合衆国議会制定法が合意の第6条を承認したものか否かに疑いがあったとしても、一連の法律は当該条項を承認したものと解釈すべきであるとしている。第二にひとたび承認された条約は、国の最高法規 (supreme law of the land) ——合衆国憲法第6条第2節第2項——となるが、1891年合意は、当事者間のみを拘束する単なる

141) *Id.* at 195-98.

契約 (contract) であって、州を拘束するものではないとした州最高裁判所判決に対して、法廷意見は、1871年の政策転換は、影響を被る州が当事者ではないインディアン部族と連邦行政政府との契約の承認を法律によってつくり出すことを含む合衆国議会の無条件の権限に何ら影響を及ぼすものではないとした (Choate v. Trapp, 224 U.S. 665 (1912) (合衆国議会によって承認された1897年合意に基づくインディアンに対する課税免除は、オクラホマ州に適用される。), Perrin v. United States, 232 U.S. 478 (1914) (合衆国議会によって承認されたノース・ダコタ州が当事者ではない同州への至酔性アルコールの持込み、販売の禁止を約した合意は、同州に適用される。))。そして、ひとたび合衆国議会によって承認されたならば、合意は条約同様、国の最高法規になると判示している。

第三に1891年合意を履行する諸法律は、州現行制定法集第77.16.020条、第77.16.030条が当該合意のインディアン受益者に適用されないものと解釈され得ないとした州最高裁判所判決に対して、法廷意見は、合衆国議会は合意を承認した諸法律を制定するに際して連邦によって承認されたインディアンの権利を法律に立法化する無条件の憲法上の権限を有するのであって、留保されたインディアンの権利を州の規制に服せしめるとの合衆国議会の意図¹⁴²⁾は、当該諸法律にも立法史にも見出されないとした。

(3) 合衆国議会制定法に規定されたインディアンの漁業権が争われた事例としてAlaska Pacific Fisheries v. United States¹⁴³⁾をあげることができる。本件は、合衆国が原告となってカリフォルニア州のアラスカ太平洋水産会社 (Alaska Pacific Fisheries) がアラスカのアネット諸島 (Annette Islands) の可航水域に仕掛けた簀 (fish trap) の撤去を求めて訴訟を提起した事例である。原告は、問題となっている水域は、メトラカトラ・インディアン (Metlakahtla Indians) およびその他のインディアンの利用のために合法的に設立された保留地に位置し、合衆国の水域の可航資格 (navigable capacity) に対する侵害であると主張した。合衆国巡回控訴裁判所 (Circuit Court of Appeals) がこれを

142) *Id.* at 203-05.

143) 248 U.S. 73 (1918).

認めた (240 F. 274)。水産会社が上訴した。アネット諸島は、アラスカの南西部に位置する群島で、1887年の夏に800人のメトラカトラ・インディアンがブリティッシュ・コロンビア (British Columbia) から移住し、群島のひとつに定住した。移住は、連邦政府によって推し進められたものであって、合衆国議会が1891年3月3日に制定した「『西部大草原の森林育成を促進するための法律』を改正する法律」(26 Stat. 1095) 第15条には、アネット諸島がメトラカトラ・インディアンの保留地として設定された旨、そして当該インディアンおよびアラスカ原住民が「内務長官 (Secretary of the Interior) によってその都度定められ得る規則および規制に従って彼らインディアンによって共同で (in common) 保有され、および使用されるものとする。」と規定されていた。¹⁴⁴⁾

合衆国最高裁判所は、保留地を規定した本件「1891年3月3日法」は、隣接する水域を排他的にインディアンの漁業のために留保したことを含意しているとし、保留地の目的は、アネット諸島に隣接する漁場をインディアンが排他的に使用し得た場合にのみ可能となる自給自足を促進するにあったと判示し、控訴裁判所の判決を支持している。¹⁴⁵⁾

(4) インディアンの狩猟権および漁業権に関する現行法令を見るに、「連邦行政命令集」(Code of Federal Regulations, CFR) 第25編第1章第J節「漁業および野生生物」第241項「アラスカにおけるインディアンの漁業」¹⁴⁶⁾、第242項「レッド・レイク・インディアン保留地の商業目的の漁業」¹⁴⁷⁾、第243項「アラスカのトナカイ」¹⁴⁸⁾、第247項「コロンビア川の条約に基づく漁業用途場所の

144) *Id.* at 86-87.

145) *Id.* at 87-90. 尚、アネット諸島の1891年3月法に基づくインディアンの漁業権をめぐる争いは、1974年に合衆国ワシントン州西部地区地方裁判所で再び大きく争われている。United States v. Washington, 384 F. Supp. 312 (W.D. Wash. 1974).

146) 25 C.F.R. § 241.1-241.6 (2013). AUTHORITY: 25 U.S.C. 2, 9; 43 U.S.C. § 1457; sec. 15, 26 Stat. 1101, 48 U.S.C. § 358; Presidential Proclamation, Apr. 28, 1916, 39 Stat. 1777; sec. 2, 49 Stat. 1250, 48 U.S.C. § 358a; sec. 4, 72 Stat. 339, as amended 73 Stat. 141.

147) 25 C.F.R. § 242.1-24.12 (2013). AUTHORITY: 25 U.S.C. § 2; 5 U.S.C. § 301.

148) 25 C.F.R. § 243.1-243.13 (2013). AUTHORITY: Sec. 12, 50 Stat. 902; 25 U.S.C. § 500K.

使用」¹⁴⁹⁾、第248項「コロンビア川のインディアン¹⁵⁰⁾の代替漁場の使用」¹⁵⁰⁾、第249項「保留地外の条約に基づく漁業」¹⁵¹⁾となっている。

II 保留地の狩猟権、漁業権および採集権の範囲並びに性格

1. 範囲

(1) インディアンの狩猟、漁業および採集の権利の範囲（保護領域）は、裁判所によって広く認められてきている。条約、合意および行政命令でインディアンのこれらの権利を留保する目的は、彼らインディアン自身の自給自足の糧を確保する手段として法令に規定された土地と水域で鳥獣、魚類、植物を役立てることを可能ならしめるにあった。従って、これらの権利を解釈するに際して、裁判所は、インディアンに関する訴訟事件に適用される解釈原理に基づいて広く解してきたのである。

合衆国第九巡回区控訴裁判所は、Kimball v. Callahan¹⁵²⁾（以下、Kimball判決という。）で条約に定められた保留地での漁業権には、狩猟権を含むとする判決を下している。オレゴン州内にクラマス族、モードック族（Modoc）およびスネーク・インディアンのヤフースキン・バンド（Yahooskin band of Snake Indians¹⁵³⁾）の保留地設立を約した1864年10月14日の「クラマス族等との条約」第1条には、「当該保留地に含まれる流域および湖沼において魚類を捕獲し、境界内で食用に用いる球根、種子並びに果実を採集する排他的権利が、本条約にいうインディアンに保障される。」と規定されていた。控訴裁判所は、以下のように判示している。合衆国最高裁判所は、Menominee Tribe v. United States (391 U.S. 404 (1968).)（以下、Menominee Tribe判決という。）で

149) 25 C.F.R. § 247.1-247.21 (2013). AUTHORITY: 25 U.S.C. § 2 and § 9; Pub. L. 100-581, Title IV.

150) 25 C.F.R. § 248.1-248.10. (2013). AUTHORITY: 5 U.S.C. § 301; 25 U.S.C. § 2 and § 9.

151) 25 C.F.R. § 249.1-249.7. (2013). AUTHORITY: 25 U.S.C. § 2 and § 9; 5 U.S.C. § 301.

152) 493 F.2d 564 (9th Cir.), cert. denied, 419 U.S. 1019 (1974).

153) Treaty with Klamaths, Modocs, and Yahooskin band of Snake Indians, Oct. 14, 1864, 16 Stat. 707.

ウィスコンシン州内にメノミニー族（Menominee）に保留地を約束した1854年の「ウォルフ川条約」（the Treaty Wolf River, 10 Stat. 1064）を審理している。当該条約は、狩猟および漁業には何ら触れてはいないが、保留地はインディアンによって“for a home, to be held as Indian land are held”と規定しているところ、合衆国最高裁判所は、当該文言には狩猟および漁業の権利が含まれるとした請求裁判所（Court of Claims）の解釈（179 Ct. Cl. 496（1967）.）を支持している（391 U.S. at 406）。当裁判所は、本件条約第1条の“set apart as a residence for said Indians, [and] held and regarded as an Indian reservation”という文言にこれらの権利が含まれるものと認定するものである。クラマス族に排他的漁業権を留保するとの明確な条約の文言は、条約が狩猟権を排除するものであるとの主張を促し得るところではあるが、狩猟およびトラッピング（trapping）がクラマス族の生活において果たした（現在の果たし続けている）役割を考慮した場合、彼らクラマス族が条約を締結した際に、これらの権利を敢えて（knowingly）放棄したとは考えられないところである。さらに言うべきは、彼らが、オレゴン州との同意をもって100年以上もの長きにわたって狩猟およびトラッピングの排他的権利を享有してきたという事実である。これらの事実が、条約はインディアンの利益となるよう解釈されるべきであるという準則と相俟って、本件条約は、州の規制を受けることなく漁業と同様、狩猟¹⁵⁴⁾およびトラッピングの排他的権利を規定したものであると結論されるのである。

（2）保留地の土地でのインディアンによる、又はインディアンのため狩猟権、漁業権および採集権は継続するが、保留地内の一部の土地が、単純不動産権で非インディアンに譲渡された場合、当該被譲渡地にインディアンの狩猟権等の権利は及ぶか。かかる問題が審理された1981年の合衆国最高裁判所判決 *Montana v. United States* ¹⁵⁵⁾（以下、*Montana* 判決という。）に言及する。

300年前にカナダから現在のモンタナ州南部に移住したクロー・インディ

154) 493 F.2d at 566.

155) 450 U.S. 544 (1981).

アン (Crow Indians) は、1851年9月に他の多くの部族とともに合衆国との間に「第一次フォート・ララミー条約」(the First Treaty of Fort Laramie, 11 Stat. 749) (以下、「第一次条約」という。)を締結した。同条約は、約38.5百万エーカーをクロー族のテリトリーと認定し、条約第5条には「本条約に規定されたカントリーの土地に対する狩猟、漁業および通過の特権を譲り渡すものではない。」と明記されていた。1868年5月、「第二次フォート・ララミー条約」(the Second Treaty of Fort Laramie, 15 Stat. 649) (以下、「第二次条約」という。)に基づき、ビッグ・ホーン川 (Big Horn River) 流域の土地を含む約8百万エーカーのクロー・インディアン保留地 (Crow Indian Reservation) (以下、保留地という。)が設立された。条約第2条で合衆国は、保留地がクロー族の「絶対的で平穏な使用、および占有のために留保される。」こと、連邦政府の代表者を除いて非インディアンは「保留地を通過し、止まり、若しくは居住してはならない。」ことに同意した。その後の合衆国議会制定法で、保留地は2.3百万エーカー余りに削減されていくが、1887年の「一般土地割当法」(the General Allotment Act, ch. 890, 24 Stat. 388¹⁵⁶⁾) および1920年の「クロー族土地割当法」(the Crow Allotment Act, 41 Stat. 751) が、保留地内の個々のインディアンの被割当人に絶対的単純不動産権譲渡証書 (patent in fee) の発行を公認し、被割当人は、当該被割当人自身で25年間被割当地を保有した後、非インディアンにその土地を譲渡し得る方途を拓いてしまったのである。本件事件当時、保留地の52パーセントは、部族構成員に割当てられ、合衆国によって彼らのために信託保有され、17パーセントは、部族のために信託保有されているが、保留地の約28パーセントの土地は、非インディアンが単純不動産権を保有し、モンタナ州が2パーセント、合衆国が1パーセント以下の割合で土地を保有している。

1920年代以降、モンタナ州は、保留地の水量を貯水し、合衆国によるダム建設は、ビッグ・ホーン川でのツアー・フィッシング (tour fishing) を

156) 一般土地割当法の詳細については、拙著・前掲註12)、351頁以下参照。

可能にした。1950年代から、クロー族評議会は、保留地での狩猟および漁業に関する幾つかの決議案を可決したが、本件で争われたのは、部族構成員でない者の保留地での狩猟および漁業を全面的に禁止した「決議第74-05号」(Resolution No. 74-05)である。1975年10月、合衆国は部族の受託者として、部族と州との紛争を解決すべく、本件訴訟を提起した。原告が求めたのは、①ビッグ・ホーン川の川床の権原が受託者としての合衆国にあることの確認を求める宣言的判決 (declaratory judgment)、②合衆国および部族が保留地内の狩猟並びに漁業を規制する唯一の権限を有するとの宣言的判決、③モンタナ州に保留地使用のための狩猟ないし漁業の許可を発出するに先立って部族の許可を保障することを要求する差止命令である。

合衆国地方裁判所は、合衆国最高裁判所判決 *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe* ¹⁵⁷⁾ (以下、*Oliphant* 判決という。) に大きく依拠し、原告の主張を否定した (457 F. Supp. 599)。控訴裁判所が、これを覆した (604 F.2d 822)。合衆国最高裁判所が、サーシオレイライ ¹⁵⁸⁾ を認めた (445 U.S. 960)。スチュワート裁判官 (Stewart, J.) が法廷意見を執筆し、ブラックマン裁判官 (Blackmun, J.) が反対意見を述べているが (ブレナン裁判官 (Brennan, J.) とマーシャル裁判官 (Marshall, J.) が同調。)、本件の争点は、合衆国が、川床の受益的所有権 (beneficial ownership) を第一次条約ないし第二次条約でクロー族に譲渡し、その結果、引き続き当該土地を部族の使用と利益のために信託で保有しているのか、又は合衆国が川床の所有権を準州が州へ昇格した際、当該州に移転する公有地として保持しているのかにあった。

判決は、航行水域下の川床の権原は、対等資格の法理に基づき、州への昇格により、合衆国から当該州に移転すると説く。すなわち、航行可能水域下の土地の所有権は、主権的付随権利 (incident) である。一般的原理として、

157) 435 U.S. 191 (1978). 1980年代以降、アメリカ・インディアン法における裁判法理として重要な地位を占めるに至る「黙示の剥奪の法理」(doctrine of implicit (or implied) divestiture) を展開した本判決の詳細については、拙著・前掲註14)、470頁以下参照。

158) 450 U.S. at 547-50.

連邦政府は、当該土地を将来の州のために信託保有し、かかる州が合衆国の一員となった際に当該州に譲渡され、既に樹立された諸州と対等資格で主権を引き継ぐのである。州が合衆国の一員となった後、土地に対する権原は、州法によって統治されるのである。航行可能水域の川床に対する州の権力は、当該水域を州際通商および外国との通商のために制約に服さないままにするといったことを確保するための合衆国の最高権力の制限に服し (United States v. Oregon, 295 U.S. 1, 14 (1935).), 合衆国議会は、国際法上の義務を履行し、外国および複数州間との通商の促進および便宜のために当該土地の改善を遂行し、又は合衆国が、準州を保有する目的のために適切なその他の公的目的を実行するために航行可能水域の下の土地を譲渡し得るのである (Shively v. Bowlby, 152 U.S. 1, 48 (1894).)。しかし、航行可能水域下の財産に対する支配は、政府の主権と密接不可分に結びついており、裁判所が航行可能水域の川床に対する権原の問題を審理するに際しては、合衆国議会による譲渡について確固たる推定の根拠をもって始めなければならない、合衆国議会の譲渡の意図が明確に言葉で宣言され、若しくは明確に他の方法で明らかにされない限り、譲渡は推測されてはならないところである (United States v. Holt State Bank, 270 U.S. 49, 55 (1926).)。本件第一次条約は、その文言上、いかなる土地をもインディアンに譲渡しておらず、単に特定の境界を彼らのテリトリーとして承認した諸部族との間の契約を表したものに過ぎない。狩猟および漁業について規定した第一次条約第5条の文言は、川床の所有権を支える宣言とは言えない。これに対して第二次条約第2条は、クロー族に明確に土地を譲渡している。しかしながら、当該条約の文言が、財産権を創出したとしても、その文言は、川床の主権移転に対する推定をはかるほどに十分とはいえず、条約は、何ら川床に明確に触れていないのみならず、特別の言葉で川床の譲渡の意図を表明していないところである。航行可能水域の川床が条約に規定された境界内に位置しているという単なる事実、特に明確な言及がなされていない場合、川床を譲渡された土地の一部とするものではないのであって、条約に規定された境界内の全ての土地を排他的に占有する権利をイ

ンディアンに付与するものではない。かかる理由からして、ビッグ・ホーン川川床の権原は、モンタナが合衆国の一員となった際、当該州に移転したものである。¹⁵⁹⁾

2. 性格

(1) インディアンは、保留地において、狩猟、漁業および採集について¹⁶⁰⁾の排他的権利を有している。上で見たヤキマ族条約第3条は、「保留地又は保留地の境界線を通る全ての流域において、排他的に漁業に従事する」権利が部族に保障されると規定しているが、条約に排他的権利である旨の規定がなされる必要はないところである。¹⁶¹⁾保留地のこれらの権利の排他性は、保留地が部族の排他的使用のために設立されたものであることから必然的に導かれるところである。

合衆国最高裁判所は、*New Mexico v. Mescalero Apache Tribe* ¹⁶²⁾(以下、*Mescalero Apache Tribe*判決という。)で、1870年と1880年の行政命令に基づいて設立されたニュー・メキシコ州南部の中央部に位置する保留地に居住するメスカレロ・アパッチ族(Mescalero Apache Tribe)の「部族憲法」(Tribe's Constitution)は、族部族評議会(Tribal Council)は「部族の財産、野生動物および自然資源を保護し、並びに保存すること」を要求されると規定し、当該部族と連邦政府は魚類および鳥獣の管理計画を実施し、憲法並びに連邦政府機関との協定に基づいて、族部族評議会は「狩猟・漁業条例」を採択しているところ、¹⁶³⁾「連邦政府と密接に協力し、合衆国議会制定法の支配下にあるインディアン部族の統治団体は、部族構成員の利益となるよう保留地の資源を発展させ、管理するためにその合法的権限を行使してきた。州による競合的

¹⁵⁹⁾ *Id.* at 551-57.

¹⁶⁰⁾ Treaty with the Yakimas, Palouses, Wenatshapams, Klikatats, Klinkuits, Kow-was-say-ees, Li-ay-wass, Skin-pahs, Wish-hams, Skyikss, Ochechotess, Kah-milt-pahs, and Se-ap-cats, June 9, 1855, 12 Stat. 951.

¹⁶¹⁾ See also Treaty with Flatheads, Kootenays, and Upper Pend d'Oreilles, art 3, July 16, 1855, 12 Stat 975, 976.

¹⁶²⁾ 462 U.S. 324 (1983).

¹⁶³⁾ *Id.* at 326-28.

管轄権 (concurrent jurisdiction) の〔保留地への〕行使は、部族構成員および非部族構成員 (nonmember) に対して部族の資源の使用を規制することのできる疑いのない当該部族の権限を事実上無効とし、総合的な部族の規制計画に干渉し、部族の自給自足および経済発展の奨励という合衆国議会の堅固な公約を脅かすものである。¹⁶⁴⁾と判示し、保留地の自然資源規制への州の介入認めることができない場合があるとしている (VI-2-(2) 参照)。また、合衆国最高裁判所は、*Menominee Tribe* ¹⁶⁵⁾判決において、部族との条約の真髄は、インディアンが彼らに保留地として譲られた新たな土地で狩猟および漁業を含むところの生活様式を維持することを認めることにあったと述べている (本判決の詳細については、VII-2-(3) 参照)。

(2) 保留地での狩猟権および漁業権の排他的性格は、合衆国議会第86議会によって1960年7月12日に制定された「インディアン保留地の境界標識を破壊し、摩損し、又は移動し、およびインディアン保留地に狩猟し、漁業に従事し、又はトラッピングの目的で立ち入ることを違法とするために合衆国法律第18編を改正する法律」¹⁶⁷⁾で確認されているところである。同法第2条 (合衆国法律集第16編第1章第53節第1165条に編纂) は、「法的権限又は許可なく、故意に若しくは承知の上で、狩猟、トラッピング又は漁業目的で、又は鳥獣、毛皮類若しくは魚類の移動目的で、インディアン又はインディアンの部族若しくはバンド若しくは団体に所属し、および合衆国によって信託保有され、又は合衆国によって課される譲渡制限に服している土地、又はインディアンの利用のために留保されている合衆国の土地に立ち入った何人も、200ドル以下の罰金若しくは90日以下の収監又は併科とし、および所持する全ての鳥獣、魚類および毛皮類は、これを没収するものとする。」と規定している。同法は、1994年9月13日、合衆国議会第103議会において制定された

¹⁶⁴⁾ *Id.* at 343-44.

¹⁶⁵⁾ 391 U.S. 404 (1968).

¹⁶⁶⁾ *Id.* at 406.

¹⁶⁷⁾ Act of July 12, 1960, Pub. L. No. 86-634, 74 Stat. 469.

「犯罪を統制し、および防止するための法律」第33編第601章第330016条第1項第D号¹⁶⁸⁾で「〔合衆国法律集第18編〕第1165条および第2279条の文中、『200ドル以下』を削除し、『本編の下で』を挿入する。」に改正されている。

合衆国法律集第18編第1165条の合憲性が争われた合衆国モンタナ州地区地方裁判所判決 *United States v. Pollmann* (以下、*Pollmann* 判決という。)¹⁶⁹⁾を見る。起訴状によれば、非インディアンである本件被告人H・F・ポールマン(Harlan Frank Pollmann)は、1972年6月1日、ミネソタ州の漁業許可証を得たうえで、フラットヘッド・インディアン保留地(Flathead Indian Reservation)(以下、「本件保留地」という。)にあるフラッドヘッド湖(Flathead Lake)(以下、湖という。)の南半分に位置する水域でボートに乗り、魚類を捕獲したが、サリッシュ族およびコーテナイ族部族連合(Confederated Salish and Kootenai)が発行している娯楽用の許可証を得ていなかった。被告人は、36年間定期的に同地域で、部族若しくは合衆国の明確な公認も拒否も受けることなく魚類を捕獲してきた。被告人は、合衆国法律集第18編第1165条の合憲性および1969年2月14日に族部族評議会で採択された「部族条例第44A号」(the Tribal Ordinance 44A)の違法性を争って、訴え却下の申立て(motion to dismiss)を提起した。1855年7月16日にフラットヘッド族、コーテナイ族等との間に締結された「ヘルゲート条約」(the Treaty of Hellgate)(12 Stat. 975)第3条は、保留地内又は境界線上を流れる全ての流域での条約当事者の部族の排他的漁業権を認めていた。また部族条例第44A号は、「部族構成員でない者は、保留地内の部族の信託のインディアン土地又は水域を、正当な権限を有する者の要請に基づいて提示しなければならない有効な娯楽用の許可書を所持することなく、漁業、狩猟、キャンプ、スノーモービル、およびそれらに関連する屋外の娯楽活動の目的で利用することはできないものとす」と規定していた。本件被告人は、上記諸法令の存在およびその内容を

168) Act of Sept. 13, 1994, Pub. L. No. 103-322, XXXIII, § 330016(1)(D), 108 Stat. 2164 (codified at 18 U.C.C. § 1165).

169) 364 F. Supp. 995 (D. Mont. 1973).

認識¹⁷⁰⁾していた。

第一に被告人は、湖の南半分は本件保留地の外周境界線の内側に位置するが、本件保留地の一部に当たらないと主張した。これに対して合衆国地方裁判所は、合衆国議会はインディアン保留地の一部として航行可能な水域の湖底の所有を含ませる権限を有し、合衆国議会がそのように行ったか否かは、合衆国議会の意図いかんである (Choctaw Nation v. Oklahoma, 397 U.S. 620, 633 (1970).)。合衆国議会が、湖の南半分の湖底を保留地の一部に含むとしたことは明らかであると認定した第九巡回区控訴裁判所のMontana Power Co.¹⁷¹⁾ v. Rochester (127 F.2d 189, 191 (1942).) は、維持されると判示した。

第二に被告人は、航行可能な水域を使用する公的支配権 (public dominant right to use) は、合衆国法律集第18編第1165条によって覆されず、航行可能な水域の湖底の所有いかに拘わらず排除する権利を妨げるものであると主張した。裁判所は、連邦政府は合衆国憲法にいう通商条項 (Commerce Clause) の下で航行可能水域に対する州の排除について一般的支配権を有するのであり、それは州がその管轄権内にある境界又は海岸水域での航行可能な水域の漁業を規制する権限を有するのと同様に明らかであって、これらの権利は、州際通商が影響されない限り、衝突しないのである。請求裁判所はTlingit and Haida Indians of Alaska v. United States (389 F.2d 778, 785 (1968).) でインディアン部族は、保留地の承認が当該承認の一部としていかなる介入も受けることなく漁業に従事する権利を含む場合、保留地内の漁業から非インディアンを排除し得るとしているが、合衆国最高裁判所は、二度にわたってメトラカトラ・インディアンの漁業権について審理し、二度とも彼らの居住する島を取り囲む航行可能水域から「他者を排除するメトラカトラ族の人々 (Met-lakatlans) の権利を支持して」きたのである (Metlakatla Indian Community v. Egan, 369 U.S. 45, 49 (1962).)。また、航行可能水域がインディアンの漁業のために信託で保有される保留地の一部であるという事実は、一般人の航行に

¹⁷⁰⁾ *Id.* at 997-98.

¹⁷¹⁾ *Id.* at 998-99.

それらを保有するための信託とも相矛盾しないところである（Moore v. United States, 157 F.2d 760, 765 (9th Cir. 1946).）と判示している¹⁷²⁾。

第三に被告人は、合衆国法律集第16編第1165条は、湖での漁業が禁止される旨の正当な告知をしてはおらず、「法的権限又は許可」が考量され得る「一定の基準」を定めておらず、またいかなる機関又は省が適切な規制を制定するかの権限を委任してはいないと主張した。これに対して裁判所は、合衆国カリフォルニア州南部地区地方裁判所は「インディアンが連邦の条約、合意又は法律が彼らに狩猟、トラッピングおよび漁業の『管理若しくは許可若しくは規制』に関する準則および規則を採用する権限を認めている場合、これらインディアン法は有効であって、相矛盾する州法に優先する。」とし（Quechan Tribe of Indians v. Rowe, 350 F. Supp. 106, 110 (S.D. Cal. 1972).），連邦の権限は、条約によって承認され、「1934年インディアン再組織法」（the Indian Reorganization Act of 1934）（25 U.S.C. § 461 et seq.）によって確認されており、本件合衆国法律集第18編第1165条は、明白に「部族の許可なくインディアン保留地に狩猟、漁業又はトラッピング目的で立ち入った場合、これを犯罪としている。」と判示したのである（350 F. Supp. at 110）。本件においても、連合部族は、漁業の管理若しくは許可若しくは規制に関する準則および規則を採用するために、条約および合衆国議会制定法による連邦の権限付与を有していたのである。そしてそれは、「法的権限又は許可」は部族によるものでなければならないとする合衆国法律集第18編第1165条の明白な意図の裏づけを規定する権限である。犯罪行為を規定するのは、連合部族の条例ではなくして、合衆国法律集第18編第1165条にある。部族による漁業規制および管理並びに許可は、条約によって彼らに認められた権限であって、合衆国議会制定法によって承認されているのである。部族による当該権限の行使は、被告人の法の適正手続の権利を侵害するものではない¹⁷³⁾。

第四に被告人は、本件部族条例第44A号は、「連合部族憲法」（the Constitu-

172) *Id.* at 1000.

173) *Id.* at 1001-02.

tion of the Confederated Tribes) (以下、「本件部族憲法」という。)第6条第1節第i項に定めるレフェレンダムの手続が採られておらず、本件部族憲法に抵触するものであると主張した。しかし裁判所は、同条項は、部族構成員に適用される部族条例は連合部族のレフェレンダムによって承認されなければならないと規定するところ、本件条例第44A号は、唯一非部族構成員にのみ適用されるのであって、連合部族による承認を取得する必要はないとして被告人の主張を退けている¹⁷⁴⁾。

(3) 合衆国議会第83会議は、1953年8月15日、いわゆる「一般法律第280号」(Public Law 280)¹⁷⁵⁾を制定し——合衆国法律集第18編第1162条、同28編第1360条に法典編纂されている——、インディアン・カントリーの領域内におけるほとんどの刑事事件並びに多くの民事事件の管轄権を同法に定める5つの州(カリフォルニア、ミネソタ、ネブラスカ、オレゴン、ウィスコンシンの各州)¹⁷⁶⁾に委譲した。モンタナ州を例に挙げれば、同州は、一般法律第280号¹⁷⁷⁾第7条に基づき「モンタナ州現行制定法集」(R.C.M. 1947)第83-801条ないし第83-806条、および部族条例第40-A号によって保留地に対する民事訴訟および刑事訴訟について管轄権を行使している。上に述べた *Pollmann* 判決で被告人は、一般法律第280号に従って合衆国法律集第18編第1165条は本件被告人に適用されない旨の主張を行った。合衆国モンタナ州地区地方裁判所は、一般法律第280号第2条第b号(合衆国法律集第1162条第b項)は「本条のいかなる規定も……個々のインディアン、又はインディアンの部族若しくはバンド若しくはコミュニティから、狩猟若しくはトラッピング若しくは漁業又はそ

174) *Id.* at 1003. もっとも、地方裁判所は、本件被告人には第1165条にいう「故意又は承知の上で」の要件が満たされないとして、無罪の判決を下している。*Id.* at 1003-04.

175) Act of Aug. 15, 1953, ch. 505, 67 Stat. 588.

176) 本法の詳細については、拙著・前掲註12)、474頁以下参照。

177) 第7条は、「合衆国の同意は、本法に規定された刑事犯罪若しくは民事訴訟に関して、又は両者に関して管轄権を持たないその他の全ての州に、当該州の人民が積極的立法活動により、州に管轄権の受け入れを義務付け、および拘束する時期と方法で、[州が] 管轄権を受け容れるために与えられる。」と規定している。

178) 364 F. Supp. 995 (D. Mont. 1973).

これらの管理若しくは許可若しくは規制に関する連邦の条約若しくは合意若しくは法律によって付与された全ての権利又は特権又は免除を剥奪するものではない。」旨規定しているとし、本件被告人の主張を退けているところである。¹⁷⁹⁾

では州法が、直接的には保留地での狩猟，漁業について介入ないし制限する規定を置いてはおらず，当該州法が単に間接的ないし付随的に保留地内の狩猟権，漁業権に影響を及ぼすに過ぎない場合，一般法律第280号第2条は，それにも拘わらず適用され得るであろうか。この問題が審理されたState v. Roy¹⁸⁰⁾に言及する。フォンデュラク族保留地（Fond du Lac Reservation）のミネソタ・チッペワ族（Minnesota Chippewa Tribe）（以下，MCTという。）の登録部族構成員であって，当該保留地の外周内に居住している本件上诉人J・A・ロイ（Joel Anthony Roy）は，リーチ・レイク保留地（Leech Lake Reservation）の境界内で使用するためオジブウェ族のリーチ・レイク・バンド（Leech Lake Band of Ojibwe）から狩猟許可を得て，小火器を所持していたところ，2006年6月に，小火器の不法所を重犯罪（felony）と規定する「ミネソタ州法」第609.165条違反で起訴された。上诉人は，MCTの部族構成員であって，小火器の所持はリーチ・レイク保留地内での出来事であるから，州は事物管轄権（subject-matter jurisdiction）を持たないと主張し，訴え却下の申立てを提起した。判例法上，州法は，一般的に合衆国議会が当該州法の規定の適用を明確に認めている場合にのみ保留地の部族の構成員たるインディアンに適用され得るとされている。しかし，明確な合衆国議会による管轄権の承認がない場合であっても，例外的に，州は「例外的状況」（exceptional circumstances）が存在し，および合衆国議会制定法が州の管轄権を防止していないならば，部族構成員による保留地の活動に管轄権を行使することができる¹⁸¹⁾とされている。¹⁸²⁾ ミネソタ州について見るに，合衆国議会は，一般法律第280号

¹⁷⁹⁾ *Id.* at 1002.

¹⁸⁰⁾ 761 N.W.2d 883 (Minn. Ct. App. 2009).

¹⁸¹⁾ *California v. Cabazon Band of Mission Indians*, 480 U.S. 202, 207 (1987).

¹⁸²⁾ *State v. Jones*, 729 N.W.2d 1, 12 (Minn. 2007).

で明確にミネソタ州に州内のインディアン・カントリーへの広範な刑事管轄権と限定的民事管轄権を認めている（合衆国法律集第18編第1162条，同第28編第1360条）。上訴人は，上で挙げた一般法律第280号第2条第b号（合衆国法律集第1162条第b項）に依拠し，①ミネソタ州，は連邦条約と矛盾する方法で上訴人の小火器使用を規制することに事物管轄権を行使できない，②上訴人は，チップワ族との1854年および1855年の条約の下でMCTは狩猟目的で小火器を所持する権利を有する，③州は，州法第609.165条を上訴人に適用し得ないと主張した。¹⁸³⁾ 地方裁判所は，これを否認した。ミネソタ州中間上訴裁判所は，上訴人の主張を退け，本件ミネソタ州刑事法は，保留地の部族構成員の狩猟権を直接的に違法としたものではなく，ただ付随的な（incidental or collateral）効果のみを伴うものであることを理由に，州刑事法の保留地への適用を認めている。以下，判決要旨である。

条約で認められた狩猟権は，個人としての上訴人に帰属するものではない。上訴人が，その主張の根拠として引用するところの先例を以下に考察する。第一に上訴人は，United States v. Gotchnik (222 F.3d 506 (8th Cir. 2000).)（以下，*Gotchnik* 判決という。）を引く。合衆国第八巡回区控訴裁判所は，*Gotchnik* 判決でミネソタ州のパウンダリー水域（Boundary Water Area）でのモーターボートの使用を規制する州法を審理し，チップワ・バンドの域内での狩猟権および漁業権には，パウンダリー水域内の狩猟と漁業の場所に到達するための現代的な移動方法は含まれないと判示している。しかし，*Gotchnik* 判決で争われた法律は，一般的適用性（general applicability）のある州刑事法に関わるものでも，直接的に個人としてのインディアンの狩猟権に係るものでもなく，さらに言うべきは，個人の狩猟権が犯罪行為によってどのように影響を被るかが争われた事案でもない。第二に上訴人は，州が管轄権を持たない根拠としてState v. Clark (282 N.W.2d 902 (Minn. 1979).)（以下，*Clark* 判決という。）を引いている。ミネソタ州最高裁判所は，*Clark* 判決で州の鳥獣および漁業に関する法律を審理しているが，本件ミネソタ州法第609.165条は，

183) 761 N.W.2d at 884-86.

特別の狩猟規制ないし狩猟制限に関わるものではなく、一般的に適用される刑事法の範疇に入るものであって、同条が上诉人の小火器所持の法的資格に与える影響は、上诉人の過去の犯罪行為への付随的結果である。本件法律は、彼が所属する部族全体の狩猟権にいかなる効果をも持ち合わせてはいない。第三に上诉人は、ウィスコンシン州最高裁判所で審理されたState v. Lemieux (327 N.W.2d 669 (Wis. 1983).) (以下、*Lemieux* 判決という。)を引き合いに出している。州最高裁判所は、輸送機関を使つての裸の武器の所持又は輸送、および輸送機関から武器の発砲を禁止する法律は、狩猟を規制し、条約で保護された狩猟権を不当に侵害するものであるとし、州はチッペワ族の2人の登録部族構成員に当該法律を適用する管轄権を持たないと判示している。しかし、*Lemieux* 判決において争点となった州法は、主として狩猟規制であつて、本件とは異なる事案である。さらにウィスコンシン州中間上訴裁判所は、その2007年判決であるState v. Jacobs (735 N.W.2d 535 (Wis. Ct. App. 2007).) (以下、*Jacobs* 判決という。)で巡回区 (circuit court) は、ウィスコンシン州法が保留地の部族構成員であるジャコブ (Jacobs) に小火器の所持を禁止している場合にジャコブに対する事物管轄権を有するとし、当該州法は一般的に適用される中立的な刑事法であるとしている。裁判所は、ウィスコンシン州法がジャコブの狩猟権に与える効果は付随的であつて、州法の適用それ自体が、ジャコブの条約上の狩猟権を違法としているのではないと結論している。*Jacobs* 判決における事実が、本件で提示されたそれを反映しているのであつて、*Lemieux* 判決における事実とは異なるところである。本件においてミネソタ州は、部族の条約上の権利の行使を違法としたものではなく、上诉人の部族の条約上の狩猟権に付随的に影響を与えたに過ぎないところである。従つて、一般法律第280号第2条第b号 (合衆国法律集第1162条第b項) は、州が州法第609.165条を本件上诉人に適用することを禁じてはいない¹⁸⁴⁾のである。

しかし、かかる解釈は、条約上の権利は、個々のインディアンの使用のた

184) *Id.* at 886-87. See also State v. Jacobs, 735 N.W.2d 535 (Wis. Ct. App. 2007).

めに留保されると判示した合衆国最高裁判所の *Winans*¹⁸⁵⁾ 判決と相矛盾するところであると言わざるを得ないであろう。¹⁸⁶⁾

III 保留地外の狩猟権、漁業権および採集権の主体、範囲並びに採取場所

1. 主体

(1) 保留地外の狩猟権、漁業権および採集権の主体は部族であって、当該諸権利は、個々の部族構成員に帰属するものではないとされる。インディアン法の泰斗であるフェリックス・S・コーエン (Felix S. Cohen) は、部族財産における個々のインディアンの利益の性格は、インディアンの財産法における最も困難な問題であるとし、不動産若しくは動産へのコモン・ロー上の又は衡平法上の権原 (legal or equitable title) が部族に付与された場合、当該権原は部族の個々の構成員に付与されるものではないということ、明らかに確立されているとし、個々のインディアンの権利は、事実上ある点で会社の財産における株主の権利に類似する参加権 (right of participation) であると論じている。¹⁸⁷⁾

合衆国第九巡回区控訴裁判所は、*United State v. Washington*¹⁸⁸⁾で個人としてのインディアンは、部族財産に対する個別の権原を有してこなかったのであり、部族の共同体的権利 (communal rights of the tribe) に参加してきたのであるとしているところ、¹⁸⁹⁾条約に基づく狩猟権および漁業権は、個人としての部族構成員に帰属するものではない。このことは、連邦政府が部族を条約交渉の相手として処してきたのであり、全ての約束が部族に対して為されたことから言い得るところである。¹⁹⁰⁾従って、狩猟権、漁業権および採集権は、全

¹⁸⁵⁾ *United States v. Winans*, 198 U.S. 371 (1905).

¹⁸⁶⁾ *Id.* at 381. *See also* *United States v. Fox*, 573 F.3d 1050, 1054 (10th Cir. 2009).

¹⁸⁷⁾ COHEN, *supra* note 51, at 183.

¹⁸⁸⁾ 520 F.2d 676 (9th Cir. 1975).

¹⁸⁹⁾ *Id.* at 688.

¹⁹⁰⁾ *See* *Sac and Fox Indians (Iowa) v. Sac and Fox Indians (Oklahoma)*, 220 U.S. 481, 483 (1911). *See also* *Minnesota v. Roy*, 761 N.W.2d 883, 886 ((Minn. Ct. App. 2009); *State v.*

体としての部族に帰属し、部族の個々の構成員に帰属するものではないとしている。¹⁹¹⁾

(2) 狩猟権、漁業権および採集権をめぐる部族が提起してきた訴訟件数を数え上げることは、筆者の能力の限界を超えるところであるが、部族が当該諸権利を根拠に訴訟を起こし、その主張が認められるためには、その部族は、連邦によって承認され、又は公認されている（federally recognized, or acknowledged）¹⁹²⁾ことが前提条件となるのかという問題が立ちはだかつてくるのである。この問題は、1970年の訴訟提起以来40年の長きにわたって、特にワシントン州ワットコム（Whatcom）郡に定住していたサミッシュ族（Samish Tribe）の漁業権が、続いて連邦による部族の承認が争点として大きく争われた一連の合衆国対ワシントン州の訴訟において審理されたところである。¹⁹³⁾裁判所の事実認定を追いながら、その過程を追ってみることにしよう。

これまで何度か触れてきたように、カスケード山脈の西側とコロンビア川の北側に横たわる土地に対する請求を争う最後のインディアンの団体を排除するため、合衆国は、1854年および翌55年にインディアン部族とメディスン・クリーク条約、「ポイント・エリオット条約」（the Treaty of Point Elliot, 12 Stat. 927）、「ポイント・ノー・ポイント条約」（the Treaty of Point No Point, 12 Stat. 933）、「ニー・ベイ条約」（the Treaty of Neah Bay, 12 Stat. 951）、そしてヤキマ族条約¹⁹⁴⁾を結んだ。インディアンたちは、金銭による補償と引き換えにほとんどのテリトリーに対する利益を放棄したが、相対的に小規模の土地が

Shabaiash, 485 N.W.2d 724, 726 (Minn. Ct. App. 1992).

191) United States v. Fox, 557 F. Supp. 2d 1215, 1255 (D. N.M. 2007); United States v. Gallaher, 275 F.3d 784, 789 (9th Cir. 2001).

192) インディアン部族の承認手続きおよびその問題については、拙著・前掲註12), 570頁以下参照。

193) See generally Kathryn A. Bilodeau, Comment, *The Elusive Implied Water Right for Fish: Do Off-reservation Instream Water Rights Exist to Support Indian Treaty Fishing Rights?*, 48 IDAHO L. REV. 515 (2012).

194) 条約当事者たる部族名を以下挙げる。Hoh, Lower Elwha Band of Clallam Indians, Lummi, Makah, Muckleshoot, Nisqually, Nooksack, Port Gamble Band of Clallam Indians, Puyallup, Quileute, Quinault, Sauk-Suiattle, Skoquamish, Swinomish, Tulalip, Upper Skagit, and Yakima Nation.

彼らの排他的利用のために留保され、「全ての通例の、および慣習に従った土地および場所で〔ワシントン〕準州の全ての市民と同じように漁業に従事する権利」の保護を含むその他の保証を与えられた。¹⁹⁵⁾しかし、一世紀が経過した後、遡上する魚群の減少により、インディアンの漁獲量も極端に減り始め、漁業に携わってきた諸部族が、生活の糧を失うという事態が生じてきたのである。

そこで、合衆国は、1970年9月、西部ワシントンのインディアン部族¹⁹⁶⁾に代わって、およびその受託者として保留地の外での条約に基づく漁業権を根拠に、遡上する魚群に対する部族への配分の保護をめぐって、ワシントン州、州漁業省および州鳥獣保護省を相手に宣言的判決および差止命令による救済訴訟を求めて訴訟を提起した(合衆国法律集第28編第2201条および第2202条)。直後に7部族¹⁹⁷⁾が、訴訟に参加した(United States v. Washington)¹⁹⁸⁾(以下、*Washington I*判決という)。合衆国ワシントン州西地区地方裁判所のボルド裁判官(Boldt, J.)は、伝統的魚場での条約当事者である部族に50パーセントの漁獲量を認める判決を下し、合衆国第九巡回区控訴裁判所がこれを支持した。¹⁹⁹⁾

*Washington I*判決後、サミッシュ族およびその他の4部族(Duwamish, Snohomish, Snoqualmie, and Steilacoom Tribes)が、メディスン・クリーク条約およびポイント・エリオット条約に基づいて彼らの漁業権を主張し、訴訟に参加した(United States v. Washington)²⁰⁰⁾(以下、*Washington II*判決という)。*Washington I*判決と同じく、ボルド裁判官が判決を言い渡し、訴訟に参加したサミッシュ族を含む諸部族は、条約を締結した部族の承継人(successor)とは

195) *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Ass'n*, 443 U.S. 658, 661-62 (1979).

196) Hoh, Makah, Muckleshoot, Nisqually, Puyallup, Quileute, and Skokomish Tribes.

197) Lummi, Quinault, Sauk-Suiattle, Squaxin Island, Stillaguamish, and Upper Skagit River Tribes, and Yakima Nation.

198) 384 F. Supp. 312 (W.D. Wash. 1974).

199) *United States v. Washington*, 520 F.2d 676 (9th Cir. 1975) *cert. denied*, 423 U.S. 1086 (1976).

200) *United States v. Washington*, 476 F. Supp. 1101 (W.D. Wash. 1979).

認められないとした。いわく、条約によって保障される漁業権は、条約が団体的な主権的権限によって締結された当該条約の当事者たるインディアンに帰属する共同体的権利であり、政府権力若しくは政治権力を行使する部族としての機構（tribal structure）を維持し続けている人々の使用とその利益のために保有される。人の団体が、自らを合衆国との継続的な特別の政治的関係をもつインディアン部族として構成するに充分なインディアンの部族関係および部族機構を有するか否かを決定するに際して考慮すべき必須の要素は、①団体の構成員が、インディアンの社会若しくはコミュニティーに居住し、およびそこで育ったインディアンであること、②インディアン政府の統制が、彼らの生活および活動に及んでいること、③部族の問題への構成員の参加の程度と性質、④団体が、特定のテリトリーに対して政治的統制を行使していること、⑤上に挙げた諸要因の歴史的継続性、および⑥連邦当局による当該団体の政治的地位の明確な承認があるかである。いかなる統一体が、魚類およびその他の野生生物の捕獲について条約で保障された共同体的権利に政治的統制を及ぼし得るかの決定は、合衆国の政治部門による決定又は同意を要する政治問題であって、合衆国によってインディアンの政治団体として承認された部族のみが、合衆国との条約で保障され、および保護された部族の漁業権を保有し、行使し得るところである。本件の各部族として知られている各統一体は、政治的意味において条約上の部族（treaty tribe）ではなく、また合衆国と条約を締結した当時の部族との政治的継続性をもたず、政治的承継人とも言えない。従って、本件各部族は、条約で保障された漁業権を部族自体若しくはその構成員のために保持しているとは言えず、漁業権をその構成員に付与し得ない²⁰¹⁾のである。

これに対して、原告らが上訴した。合衆国第九巡回区控訴裁判所は、地方裁判所の判決を支持した²⁰²⁾。もっとも控訴裁判所は、その判決理由を異にする

201) *Id.* at 1110-11.

202) *United States v. Washington*, 641 F.2d 1368 (9th Cir. 1981), *cert. denied*, 454 U.S. 1143 (1982).

ところであって、漁業権の主張と部族の承認とは全く別異の問題であるとしている。すなわち、控訴裁判所は、次のように判示している。当裁判所は、「連邦政府による未承認 (non-recognition) は……連邦議会制定法に規定された諸利益 (benefits) の喪失を起因するが、付与された条約上の権利に影響を与えるものではない。」と判断してきた (United States v. Washington, 520 F.2d 676, 693 (9th Cir. 1975).)。ボルド裁判官は、合衆国によってインディアンの政治団体として承認された部族が狩猟権を主張し得るとしたが、かかる結論は明らかに先例に反するものと言わざるを得ないところである (Menominee Tribe v. United States, 391 U.S. 404, 412-13 (1968); Kimball v. Callahan, 493 F.2d 564, 568 (9th Cir. 1974).)。蓋し、合衆国議会のみが条約を廃棄することができ、かつその意図を完全に明らかにすることのみによって廃棄し得るからである (391 U.S. at 412-13)。ボルド裁判官は、インディアンの団体が共同体的統一団と認定されるための必須的要件を挙げているが、連邦政府が採った政策を歴史的に振り返ると、19世紀においてはインディアンの承継人に不適切な保留地を与えたに過ぎず、20世紀初頭の合衆国の政策も、彼らが白人とは異なった共同体で生活することを大きく挫折させてきたのである。従って、ボルド裁判官が挙げるところの諸要因は、決定打とはなり得ず、当裁判所としては、地方裁判所が正当な結論に達したか否かを決定するために当該裁判所が挙げるところの諸要因をも考慮に入れながら、訴訟記録を審理する必要があると考えるところである。上訴人らは、条約上の権利を部族として行使することを求めているが、上訴人らは、彼らが条約に署名した部族である場合にのみ権利主張し得るのであって、団体は組織化された部族としての機構 (organized tribal structure) を維持していなければならない。部族としての地位を証明する唯一の目的は、条約に名前をとどめる団体として条約上の権利を主張する団体か否かを確認することにある。この目的にとって、部族としての地位は、当初の部族の何らかの定義的特色が発展した部族共同体に存続する場合に保たれているのである。連邦の政策は、時として部族自治に好意を示し、時としてそれを破壊してきた。同化の度合いは、かかる状況下にあっ

て不可避であり、別個のインディアンの共同体の放棄を必然的に伴うものではないが、同化が完了した場合、部族であることを追求する団体は、部族の権利を主張し得ないところである。上訴人らは、憲法を制定し、公式の政府を樹立しているが、その政府は、構成員の生活を統制してきてはいない。また、上訴人らは、彼らが容認する継続的な文化的影響力が要請されることを立証していない。上訴人らの構成員は、条約に署名した部族の系統を引き継いでいるが、非インディアンと結婚し、その多くは混血である。従って、地方裁判所は、適切な判断基準を適用してはいないが、地方裁判所が下した結論は支持されるところである。²⁰³⁾

Washington I 判決および *Washington II* 判決と前後してサミッシュ族は、インディアン部族として承認されるべく連邦に働きかけている。最初に連邦の承認を求めたのは、1972年とされるが、いかなる行動も申請について執られていない。1978年、内務省（Department of the Interior）は、部族が連邦の承認を得るための手続を確立する準則である「アメリカ・インディアンの団体がインディアン部族として存在することを確立するための手続」（Procedures for Establishing That American Indian Group Exists as an Indian Tribe²⁰⁴⁾）を定めた（合衆国行政命令集第25編第F節第83項²⁰⁵⁾参照）。そこでサミッシュ族は、修正申請を行なった。1987年2月5日、内務省は、「サミッシュ・インディアン部族は、インディアン部族として存在しないことの最終決定²⁰⁶⁾」を発出した。そこで、サミッシュ族は、最終決定を争って地方裁判所に訴訟提起した。これに対して、トゥラルップ族（Tulalip Tribe）が、サミッシュ族をインディアン部族として連邦が承認することは自らの部族の条約上の漁業権の実質的価値の低下をもたらすとして訴訟に参加した。合衆国ワシントン州西地区地方裁判所は、訴訟参加を認めなかった。そこでトゥラルップ族が、上訴した。合衆国

203) *Id.* at 1371-74.

204) 43 Fed. Reg. 39,361, 39,363 (Sept. 5, 1978). 拙著・前掲註12), 570頁以下参照。

205) 25 C.F.R. pt. 83 (2013).

206) 52 Fed. Reg. 3709 (Feb. 5, 1987).

第九巡回区控訴裁判所は、*Greene v. United States*²⁰⁷⁾で上訴人の訴訟参加を認めないと同時に、先例を踏襲し、サミッシュの構成員は、連邦の承認を得るために条約上の漁業権を主張する必要はないとし、たとえ彼らが連邦上の部族としての地位を取得したとしても、漁業権を主張し得る以前に *Washington I* 判決および *Washington II* 判決に直面しなければならないと判示しているところである。²⁰⁸⁾

2. 範囲

(1) インディアンとの条約を見るに、多くの部族、特にワシントン州北西部地域および五大湖の西側に居住してきた諸部族が、合衆国に譲渡された土地での狩猟、漁業および採集の権利を留保していることが窺える（1-2に挙げた条約参照。）。保留地外での当該権利を認めた「合意」の例として、コルビル連合部族（Colville Confederated Tribes）が保留地の一部を合衆国に譲渡することに同意した「1891年5月9日合意」の第6条に見出すことができる。²⁰⁹⁾ 同条は、割当てられた土地に隣接する場所での水力および水系を使用する権利を認め、「[本合意にいう] インディアンに割当てられていない土地で、全ての他の人と同じように狩猟し、および漁業に従事する権利は、取り上げられることはなく、又はいかなる方法をもってしても剥奪されることはない。」と規定している。採取権（harvesting right）について制限を設けている条約は、筆者の知る限りでは稀であるが、幾つかの北西部インディアンとの条約の中には、インディアンの権利を明確に否認し、制限している場合が見出される。²¹⁰⁾ 例えば、上記メディスン・クリーク条約第3条但し書は、「彼ら〔本

207) 996 F.2d 973 (9th Cir. 1993).

208) *Id.* at 977. なお、サミッシュ族は、1996年4月9日にインディアン部族として連邦によって承認されている（61 Fed. Reg. 15,825 (Apr. 9, 1996).）。なおまた、その後のサミッシュ族をめぐる一連の訴訟については、以下の判例を参照。*Greene v. Babbitt*, 64 F.3d 1266 (9th Cir. 1995); *United States v. Washington*, 157 F.3d 630 (9th Cir. 1998); *United States v. Washington*, 394 F.3d 1152 (9th Cir. 2005); *United States v. Washington*, 394 F.3d 1152 (9th Cir. 2010).

209) *See Antoine v. Washington*, 420 U.S. 194, 196 (1975).

210) Treaty with the Nisqually, Puyallup, etc., art 3, Dec. 26, 1854, 10 Stat. 1132, 1133.

条約にいうインディアン] は、市民によって杭で囲われ、若しくは開拓された養殖場から貝 (shellfish) を捕ることはできないものとする……」と定めているところである。²¹¹⁾

(2) 漁猟の時と場所を規制したアイダホ州法に違反してマスノスケ (chinook salmon) を捕獲したとして起訴されたショーソンバンノク族 (Shoshone-Bannock Tribe) の部族構成員が²¹²⁾、狩猟権を保障した1868年の「フォート・ブリッジャー条約」(the Fort Bridgery)²¹³⁾ (以下、「本件1868年条約」という。) を根拠に無罪を争った State v. Tinno (以下、Tinno 判決という。) で、アイダホ州最高裁判所は、条約の狩猟権規定には漁業権が含まれるとし、無罪の判決を下している。本件条約は、第2条で保留地を設定し、第4条で「彼ら〔本条約にいうインディアン〕は、鳥獣が生息している合衆国の占有されていない土地で、白人と狩猟区の境界線上のインディアンとの間に友好が保たれる限りにおいて狩猟権を有するものとする。」と規定していた。州最高裁判所は、当該条文を次のように解釈している。

証言によれば、インディアンが用いる言葉では、狩猟と漁業とを区別する動詞は使用されず、むしろ狩猟という用語を使用し、この用語を求められる客体 (動物ないし野菜) に対応する名詞と結びつけて用いていた。ショーソン族の動詞は “tygi” で、これに相応するバンノック族の用語は “hoawai” であるが、ふたつの言葉とも「野生の食糧を確保するため」という意味に定義された。インディアンの首長たちとの条約交渉の過程で、英語の狩猟という用語がインディアンの言葉に翻訳された際、彼らは、漁業と狩猟の両者を併せて獲物を捕獲することと理解してきたのである。条約交渉当時の記録によれば、部族の最大の関心事は、生活様式の大きな変更であり、伝統的な食物

211) もっとも、メディスン・クリーク条約第3条を解釈した合衆国第九巡回区控訴裁判所は、当該規定は、慣習的な魚場の域内に存在する全ての自然の川床から貝を採取するインディアンの権利を認め、自然の川床からの50パーセントの収穫高を彼らインディアンに認めるものであるとする判決を下している。United States v. Washington, 157 F.3d 630, 652 (9th Cir. 1998).

212) Treaty with the Eastern Band Shoshoni and Bannock, July, 3, 1864, 15 Stat. 673.

213) 497 P.2d 1386 (1972).

の採集が保障されるかにあったことが理解される。本件条約に基づいて設立されたフォート・ホール保留地 (Fort Hall Reservation) (以下、本件保留地という。) に居住していたインディアンは、1898年に合衆国との間に「合意」(31 Stat. 672) を結んでいるが、合意第4条は、合衆国に譲渡されない公有地部分 (本件保留地の外の土地) での本件インディアンが木材を伐採し、家畜を放牧し、狩猟し、河川で漁業に従事する権利を認めている。このことは、本件1868年条約が締結されてから30年も経過した後においてさえ、漁業がインディアンの生活様式の一部であったことを認めている点で重要な意味を持つてくるのである。さらに言うべきは、本件保留地に居住する幾人かの高齢の部族構成員は、サケ漁が1868年条約以来インディアンの生計プランの一部であったことを証言している²¹⁴⁾のである。

条約で留保された狩猟権等は、部族に留保された採取地 (harvest ground) に存在する全ての種 (species) に及ぶと解され²¹⁵⁾、条約に規定された制限のみに服すとされる。従って例えば、天然魚 (natural fish) と繁殖魚 (propagated fish) は区分されない。²¹⁶⁾*Washington I*判決は、「諸条約によって原告たる諸部族に保障された権利〔漁業権〕は、魚の種類、魚の由来、捕獲の目的若しくは用途、又は時若しくは方法に関して、資源確保に必要とされる場合を除いて、および保留地の境界外で条約に基づく漁民と一緒に漁業に従事する機会が白人に認められる限りにおいて、制限されるものではない。」と判示し、²¹⁷⁾区別を設けていないところである。さらに合衆国ワシントン州西地区地方裁判所は、²¹⁸⁾*Washington I*判決で、スティーブンズ条約 (1850年代にワシントン準州内の数多くのインディアンとの条約交渉に当たったインディアン問題監督官スティーブンズが結んだ諸条約) は、漁獲のための特別な方法、手段又は目的を制限

214) *Id.* at 1389-90.

215) *See* United States v. Michigan, 471 F. Supp. 192, 260 (W.D. Mich. 1979). *See also* United States v. Washington, 157 F.3d 630, 643 (9th Cir. 1998).

216) 384 F. Supp. 312 (W.D. Wash. 1974).

217) *Id.* at 401.

218) 384 F. Supp. 312 (W.D. Wash. 1974).

したものではなく、条約を結んだ諸部族は、資源を保護し、維持するために必要な制限に服することのみを条件に伝統的な漁獲技術、漁法および装置に関して改善を施すことができるとしている。合衆国第六巡回区控訴裁判所は、*Grand Traverse Band of Ottawa & Chippewa Indians v. Dir., Mich. Dep't of Natural Resources*²¹⁹⁾で、伝統的な漁法を越えて現代的な漁法を広く認め、また、商業目的の漁業を認めているところである。²²¹⁾

(3) 条約がインディアン部族にとって有利となるよう解釈される根拠は、合衆国最高裁判所によって展開されてきたインディアン法の解釈準則に求めることができることは、既に述べたところであるが、衆国最高裁判所判決は、その1999年判決である *Mille Lacs Band of Chippewa Indians*²²²⁾判決で、保留地外での狩猟、漁業および採集の権利がひとたび条約ないし合意で留保されていた場合、当該権利は、合衆国議会が明白に消滅させない限り、その後部族が土地を譲渡したとしても残存し得ると解している。²²⁴⁾

ここに言うべきは、判例は、裁判所が条約を解釈するに際して採るべき方法として、私的契約よりも字句にとらわれず解釈し、成文の文言にとらわれることなく、条約の歴史、交渉、および当事者がとった実際の解釈を審理することによって、条約の意味を確認すべきであるとしていることである。²²⁵⁾

219) *Id.* at 402. See also *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Ass'n*, 443 U.S. 658 (1979); *United States v. Michigan*, 471 F. Supp. 192 (W.D. Mich. 1979); *Puyallup Tribe v. Department of Game*, 391 U.S. 392 (1962).

220) 141 F.3d 635 (6th Cir. 1998).

221) *Id.* at 639-41.

222) See *State of Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Ass'n*, 443 U.S. 658, 676 (1979); *Antoine v. Washington*, 420 U.S. 194 (1975); *Choctaw Nation of Indians v. United States*, 318 U.S. 423, 432 (1943).

223) 526 U.S. 172 (1999).

224) *Id.* at 202. See also *United States v. Dion*, 476 U.S. 734, 738-40 (1986); *Washington v. Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Ass'n*, 443 U.S. 658, 690 (1979); *Menominee Tribe v. United States*, 391 U.S. 404, 413 (1968).

225) See *Choctaw Nation v. United States*, 318 U.S. 423, 432 (1943); *Factor v. Laubenheimer*, 290 U.S. 276, 294-95 (1933); *Cook v. United States*, 288 U.S. 102, 112 (1933). See also *El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tsui Yuan Tseng*, 525 U.S. 155, 167 (1999).

3. 場所

(1) 採取場所に関して規定した諸条約の文言をみるに、その規定の仕方は、大きく分けて三つのタイプに分類することができる。

第一類型(五大湖型)は、1817年の「エリー湖のマイアミ川条約」第11条²²⁶⁾に見出されるように、「譲渡された土地でインディアンが狩猟する権利に関連してグリーンビル条約に含まれる約定は、当該権利が合衆国の土地において継続するものとする一方で、本条約に適用されるものとする。」(傍線筆者)とするタイプで、一般的に五大湖周辺で結ばれた条約に見られるところである。

第二類型(北部型)は、1868年にクロー・インディアンの族長たちとの間に結ばれた条約第4条²²⁷⁾に見出されるように、条約に合意したインディアンは、「合衆国の占有されていない土地で、鳥獣が当該土地に発見され得る限りにおいて、および狩猟地区の境界線上で白人とインディアンとの間に平穏が存続する限りにおいて、狩猟する権利を有するものとする。」(傍線筆者)とするタイプである。このタイプは、北部のインディアンとの条約に見出される。

第三類型(太平洋北西部型)は、1854年のメディスン・クリーク条約第3条²²⁸⁾に見られるように、「空閑地および請求者のいない土地で狩猟し、植物の根および果実を収集し、並びに馬を放牧する特権に加えて、全ての通例の、および慣習に従った土地および場所で準州の全ての市民と同じように漁業に従事し、並びに治療のために一時的家屋を建設する権利が、インディアンに保障される。」(傍線筆者)とするタイプである。このタイプは、ワシントン準

226) Treaty with Wyandots and others, Sept. 29, 1817, 7 Stat. 160. 1819年1月4日公布。拙著・前掲註12), 90頁以下参照。

227) Treaty with the Crows, May 7, 1868, 15 Stat. 649.

228) Treaty with the Nisquallys, Puyallups, Steilacooms, Squawskins, S'Homamish, S'Homamish, Stehchass, T'Peeksins, Squi-aitls, and Sa-heh-wamishes, Dec. 26, 1854, 10 Stat. 1132. 1855年2月28日批准, 1855年4月10日公布。拙著・前掲註12), 230頁以下参照。

229) メディスン・クリーク条約と同様な規定をおいた条約一覧として、以下に挙げる判例が参考となる。State v. Buchanan, 978 P.2d 1070, 1076 n.6 (Wash. 1999)。

州総督スティーブンズが太平洋北西部のインディアンとの間に締結した条約に多く見出されるところである。ワシントン州最高裁判所判決によれば、スティーブンズが1954年ないし翌年にかけてインディアンとの条約交渉を行なった当時のワシントン西部の人口は、およそ10,000人程度であり、そのうち4分の3がインディアンであったとされる。²³⁰⁾ いまだ白人入植者がインディアンの土地を荒らしていない当時の状況から、条約上の文言が、他の地域と比して「空閑地および請求者のいない土地」となったと解するのは、筆者の独断であろうか。

以下、上記傍線部で示した3種類の保留地の外の土地の解釈をめぐって争われた事案をみることによって、判例が当該土地ないし領域をいかように解釈しているかを明らかにしてみよう。²³¹⁾

(2) 五大湖周辺においてインディアンの部族ないしバンドとの間に結ばれた諸条約は、概ね「譲渡された土地」における狩猟、漁業および採集の権利を留保しているところ、当該諸権利は、譲渡された土地全域に及ぶとされる。合衆国ミシガン州西地区地方裁判所は、オタワ族とチッペワ族との1836年条約第13条の規定が大きな争点の一つのなったUnited States v. Michigan²³²⁾で、当該条項を解釈して、「現在の時点における漁業に関するインディアンの権利は、条約締結時のインディアンの漁業の特色によって定義付けられる。従って、保持される始原的権利 (aboriginal right) は、譲渡された土地内の地理学的領域 (geographical area) に限定されない。証拠が、1836年当時のインディアンが譲渡された全領域を超えて広範囲にわたっていたことを明ら

230) State v. Buchanan, 978 P.2d 1070, 1076 (Wash. 1999).

231) See, e.g., Dana Johnson, *Native American Treaty Rights to Scare Natural Resources*, 43 UCLA L. REV. 547 (1995); Bradley I. Nye, *Where Do the Buffalo Roam? Determining the Scope of American Indian Off-Reservation Hunting Rights in the Pacific Northwest*, 67 WASH. L. REV. 175 (1992); Laurie Reynolds, *Indian Hunting and Fishing Rights: The Role of Tribal Sovereignty and Preemption*, 62 N.C. L. REV. 743 (1984).

232) Treaty with Ottawa and Chippewa Nation, Mar. 28, 1836, 7 Stat. 491.

233) 「インディアンは、土地が定住のために要求されるまで、占有に伴う通例の特権とともに、譲渡された土地での狩猟および漁業に従事する権利を約定の条件として要求する。」

234) 471 F. Supp. 192 (W.D. Mich. 1979).

かにしてきた。インディアンたちは、譲渡された全領域をカバーする手段をもち、魚類が生息する場所に出かけていったのである。それ故に、当該権利は、いかなる人為的方法をもちいたとしても、譲渡された領域内の想像上の²³⁵⁾非現実的な境界に制限されないところである。」と判示している。

条約に基づいて譲渡された土地のインディアン部族の狩猟権、漁業権および採集権について、インディアン部族によって譲渡された土地が私的に所有されていた場合はどうか。この問題は、ウィスコンシン州北部に居住するスペリオル湖のチップワ族のラック・コート・オレイリーズ・バンド (Lac Courte Oreilles Band) とウィスコンシン州との一連の訴訟において激しく争われたところであるが——事件は、破棄、上訴、差戻しが繰り返された——、争点となった条約は、チップワ族との「1837年条約」²³⁶⁾と「1842年条約」²³⁷⁾である。合衆国第七巡回区控訴裁判所の1983年1月25日の *LCO I* 判決で条約上の権利が保障される土地は、「私的に所有されていない譲渡された土地」に限定されると判断し、²³⁸⁾事件を合衆国ウィスコンシン州西部地区地方裁判所に差戻した。地方裁判所は、条約上の権利が保障される土地は、事件が差戻された1983年3月8日時点において個人によって所有されていない譲渡された土地と判断した。²³⁹⁾上訴された後、第七巡回区裁判所は、1985年判決 *Lac Courte Oreilles Band of Lake Superior Chippewa Indians v. Wisconsin* (以²⁴⁰⁾

²³⁵⁾ *Id.* at 259.

²³⁶⁾ Treaty with the Chippewas, July 29, 1837, 7 Stat. 536. 条約第5条は、「譲渡された領域内に含まれる土地、河川および湖沼での狩猟、漁業並びにマコモを採集する特権は、合衆国大統領の仰せのままに (during the pleasure of the President of the United States) にインディアンに保障されるものとする。」と規定している。

²³⁷⁾ Treaty with the Chippewas and Lake Superiors, Oct. 4, 1842, 7 Stat. 591. 条約第2条は、「インディアンは、合衆国大統領によって移住が要求されるまで、占有に伴うその他の通例の特権に加えて、譲渡された領域での狩猟の権利を約定の条件として要求し、および合衆国の法律は、彼らの白人との交易並びに通商 (trade and intercourse) に関して、合衆国議会によって他の定めが為されるまで、その効力を有するものとする。」と規定している。

²³⁸⁾ *Lac Courte Oreilles Band of Lake Superior Chippewa Indians v. Voigt*, 700 F.2d 341, 365 & n.14 (7th Cir. 1983) *cert. denied*, 464 U.S. 805 (1983).

²³⁹⁾ *Lac Courte Oreilles Band of Lake Superior Chippewa Indians v. Wisconsin*, 760 F.2d 177, 177 (7th Cir. 1985).

²⁴⁰⁾ 760 F.2d 177 (7th Cir. 1985).

下、*LCO II*判決という。)で1983年3月8日の時点に限定することに同意できないとし、予言すること (crystal ball) は、州内のある領域への定住の発展の方向を予想するのに有効とはいえない。当裁判所は、将来いかなる人口統計学的変化が起こり得るかを推測することを拒否する。譲渡された領土は、結果として生ずる定住目的のために譲渡されたのであって、ある者は決して定住せず、またある者は定住し、私有地になることによる定住は、留保された用益権に単純に服すべきではないのであって、それ故、権利を留保する日時を永続させることは、わきに置かなければならないと判示した。かかる立場に立って、控訴裁判所は、問題を地方裁判所における証拠審理 (evidentiary hearing) に託したのである。²⁴¹⁾ 合衆国ウィスコンシン州西地区地方裁判所は、*LCO II*判決の差戻しを受けて、*Lac Courte Oreilles Band of Lake Superior Chippewa Indians v. Wisconsin* (以下、*LCO III*判決という。)²⁴²⁾ で、私的に所有される土地も一定の条件の下で部族の権利に服するとしている、*LCO III*判決は、言う。私的に所有された土地では、チッペワ族は彼らの留保された用益権を喪失してきた。しかしながらチッペワ族が、所与の時に、必要であれば訴訟において、彼らの用益権のかかる消失が質素な生活を享有することを妨げるものであることを証明した場合、何らかの適切な手段が、チッペワ族がかかる生活を享受できるよう私的に所有された土地での彼らの活動を認めるためにとられなければならない。土地が初期の時代に私的に所有されていたが、もはや所有されていない場合、その土地は、私的に所有されているとは言えない。また、私的に所有された土地の所有者が、公衆一般による狩猟、漁業および採集を準備している場合、チッペワ族はこれらの土地で彼らの用益権を行使し得ると判示している。²⁴³⁾

(3) 第二類型にいう「空閑地および請求者のいない土地」とは、いかなる場所を指すのか。アイダホ州最高裁判所は、*State v. Arthur* (以下、²⁴⁴⁾

241) *Id.* at 182.

242) 653 F. Supp. 1420 (W.D. Wis. 1987).

243) *Id.* at 1432.

244) 261 P.2d 135 (Idaho 1953).

Arthur判決という。)で占有権若しくは公有地譲渡証書又はその他の方法で割当てられた私的所有権に基づいて白人によって定住され、又は占有されていない土地を含むとしているが²⁴⁵⁾、限定的とは言えず、さらなる分析が要求されるところである。第二類型に分類される条約を審理した合衆国最高裁判所は、1896年の *Race Horse* 判決で²⁴⁷⁾、条約の規定は対等資格の法理により準州が州に昇格することによって廃棄とされるとしたが²⁴⁸⁾、1999年、*Mille Lacs Band of Chippewa Indians* 判決で²⁴⁹⁾明確に条約の規定に当該法理を適用することを真っ向から否定したことについては、既に言及したところである (I-2-(4)参照。)

なお、判例は、「合衆国の占有されていない土地」という文言を第三類型にいう空閑地および請求者のいない土地より狭く解釈する立場を採っているとし、その例として裁判所は、国有林、およびかつて家畜の飼育に必要な施設についている広い土地 (cattle ranch) であった州の野生生物保護地域 (wildlife area) は、条約上の狩猟の権利が終結させられた「占有された」土地と認定してきたと指摘されているところである。²⁵⁰⁾

(4) 第三類型に分類される1854年のメディスン・クリーク条約第3条に規定された「全ての通例の、および慣習に従った土地および場所で〔ワシントン〕準州の全ての市民と同じように……」という文言について言えば、合衆国ワシントン州西地区地方裁判所は、*Washington I* 判決で、土地 (grounds)²⁵²⁾とは数多くの場所およびその他の特定されない場所を含むより広い地域を意味し、「場所」(station)とはフィッシュ・ウィア (fish wier)、つり台 (fishing

245) *Id.* at 141. 「空閑地および請求者のいない土地」の解釈をめぐる争われた判例一覧について、以下の判例が参考になる。State v. Buchanan, 978 P.2d 1070, 1077 (Wash. 1999).

246) See United States v. Hicks, 587 F. Supp. 1162, 1165 (W.D. Wash. 1979).

247) 163 U.S. 504 (1896).

248) See also Crow Tribe and Repsis, 73 F.3d 982, 992 (10th Cir. 1995).

249) 526 U.S. 172 (1999).

250) See COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed, *supra* note 135, § 18.04 [2], at 1172-73.

251) Treaty of with the Nisquallies, Puyallups, etc., Dec. 26, 1854, 10 Stat. 1132.

252) 384 F. Supp. 312 (W.D. Wash. 1974).

platform) 又はその他の狭く限定された地域の場所といった固定場所を意味するとしている。そして「通例の、および慣習に従った」の文言を解釈し、部族構成員が条約を結んだ当時、およびそれより遠い時代から慣例的に漁業に従事して全ての場所、そして同一の水域で他部族が漁業に従事していたか否かに拘わらず、部族構成員が利用してきた魚場を指し、よく知られていない場所、稀に又は長い期間をおいて、ないし特別の場合に使用される場所を除くことを意味していると判示している。²⁵³⁾ 合衆国第九巡回区控訴裁判所は、²⁵⁴⁾ Upper Skagit Indian Tribe v. Washingtonで条約上の上記文言を、*Washington I* 判決を引用して定義し、「慣例的」なという文言には、「一時的な、および付随的な」旅行に伴う釣り又は流し釣りは含まれないとしている。²⁵⁵⁾

「準州の全ての市民と同じように」という文言について言及すれば、合衆国最高裁判所は、*Passenger Fishing Vessel Ass'n.*²⁵⁶⁾ 判決で以下のように判示し、ただ単に漁獲することの機会の平等を意味するものではないとしていることである。すなわち、本件訴訟において州は、「と同じように」とは利用のための非排他的権利 (nonexclusive right of access) を意味するに過ぎないと主張している。確かに19世紀の財産の概念に照らして、「と同じように」という文言を解釈した場合、個々のインディアンは、個々の非インディアンと全く同一の権利を持つことを意味するに過ぎないと解釈すべきかもしれない。しかし、条約の他の文言、特に「魚類を捕獲する権利」についてインディアンがどのように理解したかを考慮に入れた場合、「と同じように」という文言には、より重要な意味内実がある。すなわち、当事者は、所与の場所と所与の時に単に魚類を捕獲する「機会」を与えられると解すべきではなく、「一定量の魚類を捕獲する権利」を有することを意味すると解すべきである。かかる解釈こそ、条約の中の付加的文言によって確認されるところで

²⁵³⁾ *Id.* at 332.

²⁵⁴⁾ 590 F.3d 1020 (9th Cir. 2010).

²⁵⁵⁾ *Id.* at 1022. *See also* Lower Elwer Band of S'Klallams v. Lummi Indian Tribe, 235 F.3d 443, 445 (9th Cir. 2000), *cert. denied*, 131 S. Ct. 414 (2010).

²⁵⁶⁾ 443 U.S. 658 (1979).

ある。インディアンは、条約締結時の河川から魚を捕獲することによってその生活および交易の必要性に見合う権利を常に行使してきたのであって、彼らが漁業権の条約上の「留保」をただ単に数多の他の市民と分け合う「機会」と捉えることは、あり得ないと言わざるを得ないのである。²⁵⁷⁾ (傍線筆者)

合衆国ワシントン州西地区地方裁判所は、United States v. Hicks (以下、Hicks 判決という。)で、1938年に合衆国法律集第16編第251条に基づいて設立されたワシントン州のオリンピック国立公園 (Olympic National Park) (以下、「本件公園」という。)においてアメリカアカシカを部族構成員が殺害した行為を、本件公園内での狩猟を禁止した合衆国法律集第16編第246b条違反で有罪としている。争点となった条約は、1855年の「オリンピア条約」(the Treaty of Olympia)²⁵⁹⁾である。Hicks 判決は、アイダホ州最高裁判所はArthur 判決 (261 P.2d 135 (1953).)で「空閑地および請求者のいない土地」を「占有権又は譲渡証書又は私的所有にとって適切なその他の方法に基づいて白人によって定住され、および占有されなかった土地を含むことが意図された」と解しているが (Id. at 141), かかる解釈は採用できない。本件条約にいう「請求者のいない」という用語は、私的所有に充当されるだけの土地よりも大きな意味を持つものであり、他方、当該用語の厳格で中立的な適用は、不安定な結果をもたらす。政府統一体によって狩猟目的と相容れない一つ若しくはそれ以上の特別の目的をもって収用される大規模な土地は、必然的に条約上の狩猟が行なわれる土地に含まれてしまう。連邦の野生動物のサンクチュアリ、大学のキャンパス、軍用敷地およびその他の私的所有又は使用に付されない土地までもが、請求者のいない土地に含まれるという不都合な結果を招来する。土地が狩猟と相容れない使用に付された場合、当該土地は、もはや

257) Id. at 677-79.

258) 587 F. Supp. 1162, 1165 (W.D. Wash. 1979).

259) Treaty with the Qui-nai-elts and Quil-leh-utes, July 1, 1855, 12 Stat. 971. 条約第3条は、「全ての通例の、および慣習に従った土地および場所 [ワシントン] 準州の全ての市民と同じように漁業に従事する権利、並びに治療のために一時的家屋を建設する権利がインディアンに保障される。加えて空閑地および請求者のいない土地で狩猟し、植物の根および果実を収集し、および馬を放牧する特権が保障される。」と規定している。

「空閑地および請求者のいない土地」として処理されないものである。本件公園の設立目的は、太平洋北西部に存在する太古の森の最も勝れたサンプルを人々の利益と享有のために保存するにあったと判示し、条約の文言を広義に解釈している。²⁶⁰⁾

但し、本判決は、漁業については狩猟と区別して以下のように述べている。すなわち、「漁業は、本件公園において異なって処理されたことに注目しなければならない。内務長官は、一定の季節および期間の間『公園内の水域からの魚類の収穫について規則および規制を定める』（合衆国法律集第16編第256b条）としている。従って、インディアンは、本件公園の域内の彼らの『通例の、および慣習に従った』²⁶¹⁾場所で、漁業を自由に行なうことができる」のである。

国立公園に対して、国有林（national forest）や野生動物保護区（wildlife area）の狩猟権についてはどうか。国有林内の狩猟権については、*Hicks* 判決も示唆しているところであるが²⁶²⁾、ワシントン州最高裁判所は、*State v. Buchanan*（以下、*Buchanan* 判決という。）²⁶³⁾で国有林および野生動物保護区は、空閑地および請求者のいない土地に含まれると判示している。*Buchanan* 判決の事実関係について述べる。ワシントン州ヤキマ郡に位置する州が所有するオーク・クリーク野生動物保護区（Oak Creek Wildlife Area）（以下、「本件保護区」という。）は、狩猟、漁業および娯楽目的のために毎年一定の期間、来訪客に公開されている。1994年から翌95年にかけての秋と冬の期間、ワシントン州の規制では、1994年11月5日から13日の一週間の間だけ本件保護区でのアメリカアカシカの狩猟を認められていた。殺害できる枝角アメリカアカシカ（branch-antlered elk）の頭数も、狩猟期を通じて規制されていた。若いス

²⁶⁰⁾ 587 F. Supp. at 1165-66.

²⁶¹⁾ *Id.* at 1167.

²⁶²⁾ *Id.*

²⁶³⁾ 978 P.2d 1070 (Wash. 1999).

²⁶⁴⁾ See also *Confederated Tribes of Umatilla Indian Res. v. Maison*, 262 F. Supp. 871 (D.C. Ore. 1966), *aff'd sub nom Holcomb v. Confederated Tribes of Umatilla Indian Res.*, 382 F.2d 1013 (9th Cir. 1983).

バイク・ブル (spike bull) の殺害だけは、特別の許可が必要とされていなかった。アメリカアカシカ狼の規制目的は、本件保護区内のアメリカアカシカの生息数を維持、管理するにあった。ヌークサック・インディアン部族 (Nook-sack Indian Tribe) (以下、本件部族という。) の部族構成員であるワシントン州キングス郡ケント (Kent) 在住の本件被告人D・ブキャナン (Donald Buchanan) は、1995年1月6日、保護区内で5ポイントの枝角アメリカアカシカ2頭を殺害したとして、ワシントン州現行制定法集第77.16.020条第1項第E号 (大型野生動物の不法所持) および同77.21.060条第2項違反 (無許可) (いずれも事件当時の規定) で、逮捕・起訴された。被告人は、1855年のポイント・エリオット条約 (12 Stat. 927) 第5条を根拠²⁶⁵⁾に訴え却下の申立てを行なった。事実審裁判所は、被告人の主張を認めた。州中間上訴裁判所 (Court of Appeals) が²⁶⁶⁾、事実審判決を容認した。ワシントン州最高裁判所は、州の再審理の申立てを認めた。本件の争点は、①空閑地および請求者のいない土地での部族の狩猟権の地理学的範囲に本件保護区が含まれるか、②本件保護区が、空閑地および請求者のいない土地に当たるか、③保留地の外での部族の条約上の狩猟権が、ワシントン準州が州に消化した際に剥奪されたのかにあった²⁶⁷⁾ (争点③は、略す。)。以下、ワシントン州最高裁判所の判決要旨である。

争点①について。スティーブンズ条約でインディアンによって留保された条約上の漁業権は、部族に全ての通例のおよび慣習に従った領域に入る彼らの譲渡された土地の外で漁業に携わる広範な権利を、これら領域が部族の通常の住居の場所であったか否かに拘わらず、また当該領域の絶え間のない排他的な使用が存在したか否かに拘わらず、与えたものと解釈されてきた

265) 条約第5条は、「全ての通例の、および慣習に従った土地および場所で〔ワシントン〕準州の全ての市民と同じように漁業に従事する権利、並びに治療のために一時的な家屋を建設する権利がインディアンに保障される。加えて空閑地および請求者のいない土地で狩猟し、植物の根および果実を収集し、および馬を放牧する特権が保障される。」と規定している。また、ヌークサック・インディアン部族は、United States v. Washington (459 F. Supp. 1020) でポイント・エリオット条約の当事者であると司法上認定されている。

266) 978 P.2d 1070, 1075-56 (Wash. 1999).

267) *Id.* at 1073.

(*Washington I*判決, *Passenger Fishing Vessel Ass'n*. 判決)。また、条約上の漁業権は、合衆国議会によって消滅されない限り、永続的な権利であると解されている (*Washington I*判決)。これに対して条約上の狩猟権は、その文言からして一時的であって、自己制限的性格を有している。この権利は、土地への白人の定住が進むに従って、合衆国議会の行為を必要とすることなく減ずるものと意図された。狩猟権の地理学的範囲は、条約の文言それ自体からは解決され得ないところであって、問題解決には、権利留保の法理〔I-2-(5) 参照〕が適用されるべきである。この法理に従えば、本件部族の原住民の狩猟の土地の域内の空閑地および請求者のいない土地は、当該土地が空閑で、請求者のいない限りにおいて、部族構成員による狩猟のために条約によって留保されていることになる。狩猟に有効な地理学的領域は、合衆国に譲渡され、ポイント・エリオット条約第1条に規定された領域を含み、そしてその他の領域が現実に利用され、長期間にわたって本件部族によって占有されていたことが立証されるならば、これら領域も含まれ得るのである。事実審裁判所は本件部族に条約で保障された地理学的範囲を特定していなが故に、本件被告人に対する中間上訴裁判所判決を破棄し、事件を差戻すが、本件被告人には、差戻し審において本件部族の狩猟場に本件保護区が含まれることを立証する機会が与えられてしかるべくと判断する。²⁶⁸⁾

争点②について。当裁判所は、*State v. Miller* (689 P.2d 81 (Wash. 1984).) において国有林は条約にいう空閑地および請求者のいない土地に当たると判示し、*State v. Chambers* (506 P.2d 311 (Wash. 1973).) では「私的所有に付されていない土地」をそれに当たると判示してきた。これらの判決は、ステープンズ条約を解釈した他の管轄区の判決と軌を一にしているところである (*See State v. Stas-so*, 563 P.2d 562 (Mont. 1977); *State v. Coffee*, 556 P.2d 1185 (Idaho 1976); *Confederated Tribes of Umatilla Indian Reservation v. Maison*, 262 F. Supp. 871 (D. Ore. 1966); *State v. Arthur*, 261 P.2d 135 (Idaho 1958).)。当裁判所は、一般的

²⁶⁸⁾ *Id.* at 1080-81.

準則として以下のことが言い得ると判断する。すなわち明らかに占有されておらず、および狩猟と両立する利用に置かれた公的に所有される土地は、ステープンズ条約の規定の文言にいう空閑地および請求者のいない土地に当たる。条約に基づく狩猟者は、当該土地において、州の規制が種の保存目的にとって必要不可欠でない限りにおいて、当該州の規制に服することなく狩猟する権利を有する。本件保護区は、公的に所有され、明らかに占有されて²⁶⁹⁾はおらず、その目的は、事実上狩猟と両立するものである。

269) *Id.* at 1081-82.