

〈研究ノート〉

アメリカ・インディアンの水利権 (3)

— ウィンターズ法理の展開 —

藤 田 尚 則

目 次

序論

- I 連邦政府の水利権政策史概観
- II 水利法概説 — 2つの法理 —
 - 1. 先占用の法理
 - 2. 沿岸権の法理
 - 3. インディアンの水利権
- III ウィンターズ権
 - 1. 判例の展開
 - 2. 小括 (以上、第45巻第2号)
 - 3. 保留地の設立目的と水利権
 - 4. 水利用の変更
 - 5. 水の移転
 - 6. 個々人のインディアンの被割当地の水利権
 - 7. 非インディアンが保留地に所有する土地の水利権
 - 8. 部族が再取得した保留地の土地の水利権 (以上、第45巻第3号)
- IV 水利権の適用範囲
 - 1. 概 説
 - 2. 保留地外の水利権
 - 3. 地下水
- V 水量 (定量化) 問題
 - 1. 概 説
 - 2. PIA 基準
 - 3. PIA 基準以外の判断基準
- VI 水利権の規制及び管理
 - 1. 連邦の権限
 - 2. 州の権限
 - 3. 部族の権限
 - 4. 判例の展開 (以上、本号)

- VII マッカラン修正
 - 1. マッカラン修正
 - 2. 判例の展開
- VIII ウィンターズ権の連邦による保障
 - 1. 財政援助
 - 2. 連邦政府の責任の衝突
 - 3. 金銭賠償
- IV 水利権の適用範囲

IV 水利権の適用範囲

1. 概 説

インディアン部族に保留される水利権は、インディアン保留地に水源を持ち、それに隣接し、そしてインディアン保留地の地下を流れ、そこを横断する全ての水資源である地表水、地下水、そして湖沼及び泉の水に及ぶと解される。¹⁷⁶⁾ 水利権は、インディアンの土地に水源を発し、若しくは物理的に位置する水資源に限定されない。¹⁷⁷⁾ インディアン部族の利用する水量を超える複数の水資源が部族にとって利用可能な場合、どの水資源を利用し、どの程度の水量を利用し得るかという問題が存在する。追加資源が、部族の権利を充足するに不必要な場合、当初の保留地の境界内に含まれない水資源の利用は、一定の条件の下に制限され得ると解されている。¹⁷⁸⁾

176) See *Capeart v. United States*, 426 U.S. 128, 138–89 (1976); *Arizona v. California*, 373 U.S. 546, 598–89 (1963), *decree entered*, 376 U.S. 340 (1964); *Winters v. United States*, 207 U.S. 564 (1908).

177) See *United States v. Ahtanum Irrigation Dist.*, 236 F.2d 321, 325 (9th. Cir. 1956); *Winters v. United States*, 207 U.S. 564, 565 (1908).

178) See COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed., *supra* note 34, § 19.03 [2] [a], at 1213; *Gila River Pima-Maricopa Indian Community v. United States*, 695 F.2d 559 (Fed. Cir. 1982). (判決は、①インディアンが河川の自然水を利用してきた以上の水量を事実上利用していないこと、②より大きな灌漑に必要な施設を建設する能力、例えば資力を持たないことを判決理由としている (*Id.* at 561)).

2. 保留地外の水利権

(1) 保留地外 (off-reservation) の水資源がインディアン部族にとって唯一の水の補給源である場合、又は当初の保留地の土地が新たな保留地の境界の設定によって従来の水源の利用ができなくなるような方法で削減された場合、水は保留地に近い資源から確保されることになる。既に論及した *Arizona I* 判決¹⁷⁹⁾ で合衆国最高裁判所は、合衆国がコロラド川から 2 マイル離れた場所に位置するココパ族保留地の当該コロラド川の保留水利権を主張したのに対して、これを認めている¹⁸⁰⁾ (但し保留地がコロラド川に隣接していなかった事実については言及していない。)

(2) 合衆国第九巡回区控訴裁判所は、II-1-(5) で論及した *Adair* 判決¹⁸¹⁾ でインディアン部族の保留地外の狩猟及び漁業に伴う水利権 (hunting and fishing water right) は譲渡されないとしている (本件の事実関係については、当該箇所参照。)。本件において連邦政府が取得した土地は、以前の保留地の約 70 パーセントから構成されており、クラマス国定禁猟区 (Klamath National Wildlife Refuge) 及びウィンマ国有林の大部分の土地が含まれていた。第九巡回区控訴裁判所は、以下のように判示している。すなわち以前の保留地上に今でもクラマス族によって保有されている最も重要な水利権は、彼らの条約に基づく狩猟権及び漁業権に伴う (accompany) ところの水利権である。連邦政府は、クラマス族の狩猟及び漁業に伴う水利権に所有権的利益 (ownership interest) 又は当該水利権の使用を管理する権利を行使できない。これら水利権の默示的根拠となる狩猟権及び漁業権は、合衆国との「1864 年条約」の中で保留されたのである。クラマス族の狩猟し、及び漁業に従事する条約上の権利は移転できないのであって、それ故にその後の被譲渡人 (transferee) は、狩猟及び漁業を実行するために必要とされる保留された水を利用する権利を取得し得ない。¹⁸²⁾

かかる裁判所の判断に対しては、クラマス族の狩猟及び漁業に伴う水利権は、灌漑目的といったその他の保留水利権と異なるよう処理されるべきではない —

179) 373 U.S. 546 (1963), *decree entered*, 376 U.S. 340 (1964).

180) *Id.* at 595 n.97.

181) 723 F.2d 1394 (9th Cir. 1983), *cert. denied*, 467 U.S. 1252 (1984).

182) *Id.* at 1418.

権利譲渡に伴って移転する — という強力な反論が成立する¹⁸³⁾。これに対して合衆国第九巡回区控訴裁判所は、以下のように反論している。インディアン部族が狩猟及び漁業に伴う水利権が付属していると言われ得る土地を移転したとしても、狩猟及び漁業の権利を保持し、当該権利を支える水を必要とするのはあくまで部族及びその構成員であって、第三者ではない。部族が譲渡する土地に狩猟権及び漁業権を保留せずに当該土地を譲渡したものであると解したならば、もはやそこには部族にとって狩猟及び漁業に伴う水利権のための根拠が存在しないことになる。かかる理由からして部族の狩猟及び漁業に伴う水利権は、実質的に特異なそれであって、使用の移転と変更の通例の準則に従わないものである¹⁸⁴⁾。

3. 地下水

(1) 一般的にインディアン部族の水利権は、地表水に関して司法的判断され、確定されてきたが、地下水もまたインディアンの水利権の法分野においてその解決が迫られる大きな争点となってきた。その理由は、第一に保留地の地下に存在する帯水層 (aquifer) が保留地の境界線に沿って輪郭づけられないこと、第二に保留地上での汲み上げ (pumping) が保留地外の利用者に重大な影響を及ぼすことにある¹⁸⁵⁾と考えられるが — 管轄権の問題として浮上してくる —、地表水と地下水の水循環 (hydrology) の相互関係の故に、保留地の目的を達成するに必要な程度で地表水と地下水のいずれかがインディアン部族ないし個々人のインディアンにとって有益となる。更に言い得ることは、彼ら部族にとって地表水より地下水のほうがより経済的であり、より容易に利用でき、あるいは水質が高いという場合がある¹⁸⁶⁾。

183) See *Colville Confederated Tribes v. Walton*, 647 F.2d 42, 50-51 (9th Cir. 1981), cert. denied, 454 U.S. 1092 (1981).

184) 723 F.2d at 1418 n.31. See generally COHEN'S HANDBOOK, 1982 ed., *supra* note 10, at 592-96; D. Getches, *Water Rights on Indian Allotments*, 26 S.D. L. REV. 405 (1981).

185) Debbie Shosteck, *Beyond Reserved Rights: Tribal Control over Groundwater Resources in a Gold Winters Climate*, 20 COLUM. J. ENVTL. L. 325, 352 (2003).

合衆国最高裁判所は、非インディアンの水利権をめぐる争われた1976年 *Cappeart* 判決¹⁸⁷⁾ (事実関係については、II-1-(4) 参照。)において初めて地下水に対して水利権の黙示の保留の法理を適用し得るもの解している — 第二審合衆国第九巡回区控訴裁判所判決は、保留権の法理は地下水に適用されると明確に述べている¹⁸⁸⁾ —。すなわちネヴァダ州は、黙示の保留の法理は地表水にその適用が限定されると主張するが、本件淵の水は地表水である。本件において連邦の水利権は、証拠が示すがごとく水循環の必須部分としての地表水と地下水は物理的に相互に関連し合っている。ネヴァダ州自体が地表水と地下水との間の潜在的相互関係を認めているものと思われる。蓋しネヴァダ州は、先占用の法理を地表水と地下水の両者に適用しているからである。従って保留水利権の法理が、連邦の保留地の目的にとっての水の必要性にその根拠を置いているが故に、合衆国は取水が地表水からであろうと地下水からであろうと後順位の取水から必要とされる水を保護し得るのである¹⁸⁹⁾。しかし下級裁判所は、*Cappeart* 判決において合衆国最高裁判所は地下水への保留権の問題を未決のままにしたと解釈している¹⁹⁰⁾。

(2) インディアンの水利権は、地下水に及ぶか。ワイオミング州最高裁判所は、*Big Horn I* 判決¹⁹¹⁾ で「保留地の目的を遂行するために地表水の保留を支える論理は、地下水の保留をも支持するところである (See *Tweedy v. Texas Company*, 286 F. Supp. 383, 385 (D.Mont. 1968).)。……合衆国最高裁判所が *Cappeart* 判決でパプフィッシュ (pupfish) の保護のために保留した淵の水は、地下水ではなく地表水であったのであって、その後の地表水又は地下水のいずれかの供給からの取水から保護されたものである (426 U.S. 126, 143)。当裁判所に示された他のいかなる先例も、地下水に保留権を認めてはいない¹⁹²⁾。」と判示

186) COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed., *supra* note 34, § 19.03 [2][b], at 1213-14.

187) 426 U.S. 128 (1976).

188) *United States v. Cappeart*, 508 F.2d 313, 317 (9th. Cir. 1974).

189) 426 U.S. at 142-43.

190) *In re Gila River Sys. & Source*, 989 P.2d 739, 746 (Ariz. 1999); *In re All Rights to Use Water in the Big Horn River Sys.*, 753 P.2d 76, 99 (Wyo. 1988).

191) 753 P.2d 76 (Wyo. 1988), *aff'd by an equally divided Court sub nom*, *Wyoming v. United States*, 492 406 (1989).

し、一応の理解を示したものの、先例が無いことを理由にインディアンの水利権は地下水に及ばないとした。

しかしその後、アリゾナ州最高裁判所は、1999年の *In re the General Adjudication of all Rights to Use Water in the Gila River System and Source* (以下、*Gila River III* 判決¹⁹³⁾ という。) で *Big Horn I* 判決を説得力ないものとして、これを退けている。因みに本件で争点となったアリゾナ州では、先占用の法理は地表水のみならず、地下水にも適用されるものとされている¹⁹⁵⁾。以下、*Gila River III* 判決が地下水について判示したところの要旨である。すなわち合衆国最高裁判所の *Winters* 判決、*Cappaert* 判決、そして *Arizona I* 判決から導き出されるところを結論すれば、合衆国が保留地を設立した際に保留地の需要に見合う十分な先占用に供されていない水 (unappropriated water) を保留しようと黙示的に意図していた場合、インディアン部族は、各々の保留地で本来的に利用してきた手に届くところにある水源に保留権が認められることが意図されたということである。保留権の法理についての重要な問題は、水が地表を流れるのか、若しくは地下を流れるかにあるのではなく、保留地の設立目的を達成するに必要か否かにある。州法の立場に立つ当事者は、たとえ保留権の法理が原理的に見て同等に地表水と地下水に適用され得たとしても、州の水法に敬意を表して当該法理を地下水に拡大すべきではないと主張する。連邦の権利が争点となっている場合、州法を採用することが連邦の目的を挫折させ、若しくは害しないならば、州の裁判所は州法を判決の基礎になる準則 (rule of decision) として採用し得るが (United States v. Kimbell, 440 U.S. 715, 728-29 (1979).)、本件はかかる場合に当たらないのであって、合衆国最高裁判所は、反対に *New Mexico* 判決で保留権の法理を合衆国議会の州水利法への敬讓の例外であると定義している (438 U.S. 696, 714 (1978).) ¹⁹⁶⁾ ところである。

(3) その後、例えばモンタナ州最高裁判所は、2002年判決の *Confederated Salish & Kootenai Tribes v. Stults* ¹⁹⁷⁾ で「ウィンターズ法理の下でインディア

192) *Id.* at 99.

193) 989 P.2d 739 (Ariz. 1999).

194) *Id.* at 745.

195) 989 P.2d at 743.

ン部族にいかなる水利権が保留されるのかを決定する目的のために、地表水と地下水の間に区分は存在しない。」¹⁹⁸⁾と明確に判示している。

V 水量（定量化）問題

1. 概説

インディアン部族は、保留地の目的を遂行するために必要とされる水量を利用する権利を付与される — 先順位者の請求権が存在する場合、当該権利主張が行なわれた後 — 。インディアン部族が利用し得る水量が訴訟で争われた場合、水利権の定量化 (quantification of water rights) の判断基準が問題となる。結論を先取すれば、第一に保留地の設立目的が審理され、第二に当該目的を達成するために必要とされる水量の審理が行なわれることになる。かかる一般的原則が水量化の決定に適用されるが、明確な算定は必然的に保留地ごと (reservation-by-reservation basis) ¹⁹⁹⁾に行われる事実認定に基づくこととなるであろう。

2. PIA 基準

(1) *Arizona I* 判決²⁰⁰⁾

合衆国最高裁判所は、III-1-(3) で論及した *Arizona I* 判決で初めてインディアン部族の水利権の定量化の問題を審理している。第一にアリゾナ州は、エクイティー上の配分に関する法理 (doctrine of equitable apportionment) ²⁰¹⁾ がイ

196) *Id.* at 747.

197) 59 P.3d 1093 (Mont. 2002).

198) *Id.* at 1098. See also *United States v. Washington*, 375 F. Supp. 2d 1050 (W.D. Wash. 2005).

199) *Confederated Salish & Kootenai Tribes v. Stults*, 59 P.3d 1093, 1099; *In re Gila River Sys. & Source*, 989 P.2d 739, 748 (Ariz. 1999); *United States v. New Mexico*, 438 U.S. 696, 700 (1978); PEVAR, *supra* note 3, at 210.

200) 373 U.S. 546 (1963), *decree entered*, 376 U.S. 340 (1964).

201) See generally A. Dan Tarlock, *The Law of Equitable Apportionment Revised, Updated, and Restated*, 56 U. CO. L. REV. 381 (1985).

ンディアンとアリゾナ州民との間で水を配分するために適用されるべきだと主張した。しかし判決は、ここにいうエクイティー上の配分に関する裁判法理は諸州間の紛争を解決するための裁判法理であって、インディアン保留地は州ではないとしてこれを拒否し、インディアンの主張は保留地を設立した連邦法律及び行政命令に支配されるとした。²⁰²⁾

第二に本件訴訟においてアリゾナ州は、水量の定量化はインディアンの「合理的に見て予見可能な必要性」——インディアンの員数——によって測定されるべきだと主張した。しかし判決は、かかる主張をも拒否し、農業目的のために設立されたインディアン保留地における部族の水利権は当該保留地の現在及び将来の需要を満たすために意図されたものであり、保留地の実際に灌漑可能な面積の全てを灌漑するに十分な水が保留されるべきだとし——PIA基準——、灌漑可能面積を135,000エーカーと認定し、灌漑のためにコロラド川の水を年間1,000,000エーカー・フィートを部族に付与すべきだと司法的判断した特別補助裁判官の結論を支持した。²⁰³⁾ 判決が言うところは、アリゾナ州が保留地で生活するインディアンの員数が将来的に何人に達するか、そして彼らが将来必要とする水の量がどの程度に達するかを判断し得ると主張することは推測の域を出ないところであって、現在および将来の保留地の農業目的に必要なとされる水量を測る唯一の実行可能で公平な方法は、PIA基準に基づく判断方法にあるという²⁰⁴⁾

202) *Id.* at 587.

203) *Id.* at 596-601.

204) See generally Galen Lemei, Note, *Abandoning the PIA Standards: A Comment on Gila V*, 9 MICH. J. RACE & L. 235 (2003); Barbara A. Cosens, *The Measure of Indian Water Rights: The Arizona Homeland Standard*, Gila River Adjudication, 42 NAT. RESOURCES J. 835 (2002); Edmund J. Goodman, *Indian Tribal Sovereignty and Water Resources: Watersheds, Ecosystems and Tribal Co-Management*, 20 J. LAND RESOURCES & ENVTL. L. 185 (2000); Andrew C. Mergen & Sylvia F. Liu, *A Misplaced Sensibility: The Draft Opinion in Wyoming v. United States*, 68 U. COLO. L. REV. 683 (1997); Michael C. Blumm, *Unconventional Waters: The Quiet Revolution in Federal and Tribal Minimum Streamflows*, 19 ECOL. L.Q. 445 (1992); Martha C. Franks, *The Use of the Practicably Irrigable Acreage Standard in the Qualification of Reserved Water Rights*, 31 NAT. RESOURCES J. 549 (1991); Walter Rusinek, Note, *A Preview of Coming Attractions?: Wyoming v. United States and the Reserved*

ある。

(2) Wyoming v. United States

その後合衆国最高裁判所は、1989年、ワイオミング州中西部に居住するウィンド・リバー族 (Wind River Tribe) のビッグ・ホーン川の水利権をめぐるPIA基準を適用すべきか否かが争点の1つとなったワイオミング州最高裁判所判決²⁰⁵⁾ *Big Horn I*判決に対するサーシオレイライ²⁰⁶⁾を認めた。そしてWyoming v. United States²⁰⁷⁾において、全員一致でない法廷 (divided court) でPIA基準に基づく水利権の司法的判断を承認している。ワイオミング州最高裁判所は、1992年のIn re General Adjudication of All Rights to Use Water in the Big Horn River System²⁰⁸⁾ (*Big Horn II*判決という。) でPIA基準に従って水量を判断している²⁰⁹⁾。

(3) State ex rel. Martinez v. Lewis²¹⁰⁾

(a) メスカレロ・アパッチ・インディアン保留地 (Mescalero Apache Indian Reservation) (以下、「本件保留地」という。) がリオ・オンド川河川水系 (Rio Hondo Riversystem) に有する水利権については、ニューメキシコ州最高裁判所がState ex rel. Reynolds v. Lewis²¹¹⁾ (以下、*Lewis I*判決という。) においてマッカラン修正に基づいてインディアンの水利権の保有者としての合衆国に対する州裁判所の管轄権を認める判決を下していたが、*Lewis I*判決においては、本件河川水系に有するメスカレロ族 (Mescalero Tribe) (以下、「本件部族」という。) の水

Rights Doctrine, 17 *ECOLOGY L.Q.* 355 (1990); Lynnette J. Boomgaarden, Note, *Water Law-Quantification of Federal Reserved Indian Water Rights — "Practically Irrigable Acreage" Under Fire: The Search for a Better Legal Standard.*, 25 *LAND & WATER L. REV.* 417 (1990); Dan A. Tarlock, *One River, Three Sovereigns; Indian and Interstate Water Rights*, 22 *LAND & WATER L. REV.* 631 (1987).

205) 753 P.2d 76 (Wyo. 1988).

206) 488 U.S. 1040 (1989).

207) 492 U.S. 406 (1989).

208) 835 P.2d 273 (Wyo. 1992).

209) *Id.* at 278-89. See also Mergen & Liu, *supra* note 204, at 696; Rusinek, *supra* note 204, at 371.

210) 861 P.2d 235 (N.M. Ct. App. 1993).

211) 545 P.2d 1014 (N.M. 1976).

利権の範囲及び水利権が決定されるべき判断方法に関する問題は未解決のままであった。ニューメキシコ州控訴裁判所は、本件（以下、*Lewis II*判決という。）においてかかる問題の解決を迫られたのである。原審たるニューメキシコ州チャベス郡（Chaves County）地方裁判所は、合衆国はインディアンのために1873年 — 本件保留地の境界線を決定した最初の行政命令が発出された日 — より以前ではない日を優先日とする年間2,322.4エーカー・フィートの分水を受ける権利があると判示した。これに対して合衆国と本件部族は、太古の時代若しくは少なくとも合衆国との条約が締結された1852年を優先日とする年間17,750.4エーカー・フィートの水量配分を受ける権利があると主張していた。合衆国及び本件部族が、ニューメキシコ州控訴裁判所に上訴した。州の技術者、様々な市、村、郡及び灌漑水路組合（acequia association）並びに水訴訟費用相互保険組合（Water Defense Association）（以下、「本件保険組合」という。）の構成員である個々の下流の土地所有者との関連で被上訴人であるニューメキシコ州が交差上訴した。

訴訟当事者の主張を見るに本件部族の主張は、①優先日は太古の時代若しくは1852年である、②連邦保留地に基づくインディアンの水利権はPIA基準に従って測定されるべきであり、合衆国及び本件部族は15,428エーカー・フィートの追加分水権（additional diversion right）に帰着する十分な面積を実際に灌漑し得ることを十分に立証したが故に、事実審裁判所が認定した水量を超える15,428エーカー・フィートの水に権利が付与されるべきである、③地方裁判所は間違っ
て本件部族に立証責任を課しているというにある。州による交差上訴における主張は、分水の判断基準はPIA基準によるのではなく、部族に最小限度の必要性を与える分析方法を用いるべきである（但し、PIA基準に基づいて追加水利権への本件部族の請求が拒否される場合、これを争わない。）²¹²⁾というにある。控訴裁判所は、優先日を1852年と認定し、PIA基準を受容する立場から、当該基準に基づいて本件部族への年間2,322.4エーカー・フィートの分水が妥当であると認定した地方裁判所の判断を支持している。土地が実際に灌漑可能であることの立証責任に関して控訴裁判所は、以下のように判示した上で、本件部族は第一に土

212) 861 P.2d at 237-38.

地の耕作適合性 (arability) 及び灌漑の技術的可能性 (engineering feasibility) に基づいて持続的な灌漑ができること、そして第二に適正原価 (reasonable cost) で灌漑が可能であることを立証しなければならぬとしている — PIA 基準を適用する際の二段階審査 —。

(b) 本件部族は、事実審裁判所が間違っただけで本件部族に立証責任を課しているとして主張するに際して合衆国法律集第25編第194条 (1982年) をその根拠としているところ、第194条は「インディアンが訴訟の一方当事者であり、白人が他方の当事者である財産権に関するすべての事実審理においては、インディアンが従前の占有若しくは所有という事実から権原の推定を主張するいかなる場合も、立証責任は白人にあるものとする。」と規定している。

論点は、本件部族が証拠提出責任 (production burden) 及びどれほどの面積を実際に本件部族が灌漑し得るかを示すための説得責任 (burden of persuasion) を負うべきか否か、又は本件保険組合が証拠提出責任及びどれほどの面積を実際に本件部族が灌漑し得ないかを示すための説得責任を負うべきか否かにある。PIA 基準に係る事件において証拠の本質は、本件部族によって提案される灌漑計画に重きを置くことにある。当裁判所は、かかる論点についての当事者の全ての主張を審理する必要はないのであって、証拠提出責任の論点について当事者のいずれが責任を負うかの問題を尋ねることがその答えとなる。いかなる計画を本件部族が提案したかを知ることにし、本件保険組合にとって訴訟を提起することさえも実際上不可能である。また論理的問題として本件部族は、将来の水利権の前もっての占有 (previous possession) を立証し得ないところであって、本件部族が一定量の将来の水利権を所有するとの推定を立証し得る唯一の方法は、実行可能な灌漑計画を立証する証拠を示すことにある。説得責任について言えば、同一の理論的解釈が概して適用されるものと考えられる。

本件において事実審裁判所が導き出した結論は、本件部族が立証責任を果た

213) *Id.* at 247. See also *In re All Rights to Use Water in the Big Horn River Sys.*, 753 P.2d 76 (Wyo. 1988), *aff'd by an equally divided Court sub nom.*, *Wyoming v. United States*, 492 406 (1989)

さなかったがためではなくして、提出された計画が実行不可能であると判断したが故に、本件部族への年間2,322.4エーカー・フィートの分水が妥当であると判決したのである。²¹⁴⁾

(4) *Gila River V* 判決²¹⁵⁾

(a) アリゾナ州最高裁判所は、本判決において「将来の灌漑計画は、PIA基準タイプの分析 (PIA-type analysis)、すなわち灌漑は実際的にも経済的にも実行可能であることの審査 [PIA基準を適用する際の二段階審査] に従う²¹⁶⁾」と認定しながらも、PIA基準をインディアン保留地に認められるべき水量の定量化の主要な判断基準として用いることを拒否し、新たに「事実徹底審査 (fact-intensive inquiry) 基準」を打ち立てている。以下、判決要旨である。

(b) PIA基準は、適正原価で継続的な灌漑が可能な面積を考慮要素としているところ、このことは、第一に土地の耕作適合性及び灌漑の技術的可能性を考慮に入れて作物が当該土地で生育し得ることが立証されなければならないこと、第二に灌漑の経済的可能性が立証されなければならないことの二段階審査を経ることを意味する。かかる審査は、提案される灌漑計画を当該計画に要する費用と投資収益とを比較するという費用効果分析 (cost-benefit analysis) によって行われることになるが、PIA基準には以下の問題があると考えられる。第一の問題点は、保留地の地理的場所に基づく部族間での不公平な取り扱いが行われる可能性がPIA基準には内包されていることである。例えばアリゾナ州の地勢を例に出せば、ある部族は沖積平野に居住し、ある部族は急峻な山岳地域に居住している。この多様性が、PIA基準では解決し得ないジレンマを生み出している。すなわちPIA基準は、沖積平野又は水系 (river system) に隣接する平地に居住する部族には立証の点で有利に働くが、山岳地帯又はその他の農業に適さない辺境地に居住する部族にとって、彼らの土地が灌漑可能であることを立証することに不利に働くのである。PIA基準の第二の問題点は、大規模の農業計画が冒険的で利益がほとんどない事業である場合に部族に農場主になることを偽っ

214) 861 P.2d at 245-46.

215) 35 P.3d 68 (Ariz. 2001).

216) *Id.* at 80.

て主張することを強いることになる。また部族にとっての永久の居住地区は、農業を含み、又は含まない多目的利用のために水を要求するが、PIA基準は政府及び民間の出資意欲から判断して西部においてはもはや経済的に成り立たない種類の事業のために、経済的実行可能性の証明を部族に対して強いることになる。第三にPIA基準は、連邦によって保留された水利権は「最小限度の必要性」(minimal need) に適合させられるべきだという要求を潜在的に妨げるものである。と言うのもPIAは、保留地の全体設計を満たすために何が必要とされるかに焦点を当てるといふより、全ての灌漑可能な土地を含ませることによって適切である以上の水量を与えてしまうのである。以上述べたところからして、PIAをインディアンの土地の水利権(水量)²¹⁷⁾を決定するための唯一の判断基準として用いることはできないところである。

ではいかなる判断基準を用いてインディアン保留地の水量を決定すべきか。保留地の目的を達成するために必要な水量の決定は、保留地ごとに行なわれる事実徹底審査基準によるべきであって、かかる判断基準が連邦によって保留された権利が各々の保留地の最小限度の必要性に見合うよう適合させられ得る唯一の方法である。事実徹底審査基準による場合、審理されるべき要素として第一に部族の歴史が挙げられる。先住アメリカ人の伝統に深く留められた水の利用を必要とする活動に敬讓が払われるべきであって、部族はかかる活動を将来にわたって継続するために必要な水利権を認められるべきである。第二に連邦によって保留された権利を定量化する際に裁判所は、部族の文化を考慮に入れなければならない。文化の保存は、当事者であるインディアンのみならず非インディアンにも利することになる(合衆国法律集第25編第1902条(1994年)、同第20編第7801条(1994年)参照。)。第三に部族の土地の地理、地勢及び地下水の有用性を含む天然資源が考慮されるべきである。PIA基準の大きな問題点は、それがこの点に関して適応性を認めていないことにある。第四に部族の経済的基盤が、審理されなければならない。物的インフラ、人的資源、テクノロジー、原材料、財源及び資本全てが保留地の経済インフラの審査に関連してくる。第五

217) *Id.* at 77–79. See also Mergen & Liu, *supra* note 204, at 695; Franks, *supra* note 204, at 578.

に部族の現在及び計画的な将来の人口が、水利権の決定において考慮に入れられ得るところである。人口を考慮に入れないで行動することは、水が最も重要なものとして人間の欲求のために日常的に使用されていることを無視することになるであろう。これまで挙げてきた考慮要素は、排他的なものではないのであって、裁判所は部族の水利権の決定に関係すると思量されるその他の情報を考慮する自由裁量が与えられなければならない。²¹⁸⁾

(5) 連邦政府がインディアン保留地を設立した目的の1つは、1887年に制定された「一般土地割当法」²¹⁹⁾ (the General Allotment Act) (以下、GAAという。) に見られるように、インディアンの文明化を図るため彼らを農業経営者に育て上げることにあった。このことは、連邦政府の対インディアン政策の歴史の教えるところである。連邦政府が農耕社会を形成するためにインディアン保留地を連邦公有地から分離した場合、当該目的を履行するために必要とされる水利権の主要な評価基準は農業を念頭においた判断基準ということになるであろう。合衆国最高裁判所は、1963年の *Arizona I* 判決において新たに作り出された部族の農業用の水利権は保留地のPIAによって評価されるべきだとする特別補助裁判官が作成した²²⁰⁾ 準則を採用し、保留地に必要とされる水量を測る「唯一の実行可能で公平な方法」はPIAに基づく判断方法であるとしたのである。合衆国最高裁判所は、1983年の *Arizona v. California* ²²¹⁾ (以下、*Arizona III* 判決という。) でPIA基準を再評価し、以下のように判示している。すなわち保留水利権を定量化するための基準は諸州によって激しく争われてきたが、PIA基準は水量がインディアンの合理的に見て予見可能な必要性、換言すればインディアンの員数によって測定されるべきだとする主張を拒否するものである。PIA基準は、より望ましい基準である。蓋しどれだけのインディアンが将来的に居住し、将来いかにどの水量を必要とするかは単なる推測の域を出ないことからである。反対にPIA基準は、将来の水の必要性に充てられるであろう現在の水配分を念頭に置いたものである。従って保留地にとっての保留権問題及びこれらの

218) *Id.* at 79–81. See also Rusinek, *supra* note 204, at 410–12.

219) Act of Feb. 8, 1887, ch. 119, 24 Stat. 388. 拙著・前掲註99、350頁以下参照。

220) 373 U.S. 546, 601 (1963).

221) 460 U.S. 605 (1983).

権利の測定に関して、合衆国によって代表されるものとしてのインディアンは、完全なる勝利として描かれ得るところのものを勝ち取ったのである。²²²⁾ (*Arizona I*判決を受けた合衆国最高裁判所の1964年の*Arizona v. California et al.*の判決(decreed)が念頭に置かれている。)

PIA基準は、合衆国最高裁判所も認めているように、州及び部族の立場と異なるものであり、鋭く批判されてきたところである。州は、しばしばPIAによる水量の司法的判断はインディアン部族が現実に必要としていない以上の水を当該部族に提供する「意外な授かり物」(windfall)²²⁴⁾ であると捉えているが、反対に灌漑可能な僅かな土地のみを有する部族には不十分な水量のみが提供され、若しくは全く提供されないという結果を生ずるのである。また農業を主眼に置いた水量の判断基準に従えば、農業がもはや必ずしも収益率の高い産業とは看做されない今日の状況下にあつて、インディアン部族を19世紀の発想に基づく農耕社会という理念に押し込むことになる。適切な量の水と共に他の資源を保有することが、インディアン保留地の経済的基盤を確固たるものにすると言えるのである。さらにPIA基準の経済的実行可能性分枝は、「不正確で巧みに操作される」(inexact and easily manipulated)²²⁵⁾ ものとして批判されてきている。経済的実行可能性の分析は、部族の提案が経済的に実行可能な場合、部族はPIAの審判を受けるが、部族の提案が経済的に実行不可能な場合にはPIAの審判は受けられないという絶対的なものである。

上に見てきたようにニューメキシコ州最高裁判所のツラケット首席裁判官(Zlaket, C.J.)は、①保留地の地理的場所に基づく部族間での不公平な取り扱いは行われる可能性がPIA基準には内包されていること、②大規模の農業計画が冒険的で利益がほとんどない事業である場合に、部族に農場主になることを偽って主張することを強いることになること、③PIA基準は政府及び民間の出資意欲から判断して西部においてはもはや経済的に成り立たない種類の事業のために、経済的実行可能性の証明を部族に対して強いることになること、④連邦に

222) *Id.* at 617. See also *id.* at 620-23; Clayton, *supra* note 39, at 530.

223) 376 U.S. 340 (1964).

224) Rusinek, *supra* note 204, at 395.

225) Boomgaarden, *supra* note 204, at 430.

よって保留された水利権は最小限度の必要性に適合させられるべきだという要求を潜在的に妨げるものであることをその批判として挙げている。²²⁶⁾ もっともツラケット首席裁判官は保留地ごとに行なわれる事実徹底審査基準によるべきであって、かかる判断基準が連邦によって保留された権利が各々の保留地の最小限度の必要性に見合うよう適合させられ得る唯一の方法であるとしているが、²²⁷⁾ 保留地の最小限度の水量の必要性を判断基準とした場合、PIA基準に基づく水量より少量の水のみが供給される部族がでてくることになるであろうという批判が成り立つであろう。

3. PIA基準以外の判断基準

(1) インディアン保留地は、インディアン部族の居住地区として — 経済的自給自足の居住場所として — 保留されているところ、当該居住地区の目的のために必要とされる水は、保留地の食料及びその他の経済資源を発展、保存、生産並びに維持するために要求される水量に見合うものでなければならない。これらの目的のための水は、一般的にPIA以外の方法で定量化されるところである。農業用の水が新たな用途である場合はPIAが定量化の基準となるであろうが、農業が昔からの部族の活動であって、インディアン保留地が農業活動の継続の確保をその目的の一部として設立された場合は、PIA基準によるのではなく「過去の利用」(past use) によって判断されることになるであろう。

(2) 保留地が設立された際に条約等の中で連邦政府によって明確に承認されてきた部族の昔からの活動に、狩猟、漁業、そして採集活動がある。インディアン保留地の設立の目的の1つがこれらの部族の活動の継続と保護にある場合、部族に認められるべき水量は、魚類やその他の資源の維持に必要なとされる水量となるであろう。²²⁸⁾ 以下、インディアン部族の水利権をめぐって当該部族の漁業権が考慮要素とされた *Walton I* 判決を見る。²²⁹⁾

(a) 本件は、ワシントン州のコルビル連合部族が被割当地の所有者である非

226) 35 P.3d 68, 77-79 (Ariz. 2001).

227) *Id.* at 79.

228) See Goodman, *supra* note 204, at 211-13; Blumm, *supra* note 204, at 472.

229) 647 F.2d 42, 47 (9th Cir. 1981).

インディアンの被告(被上訴人) ボイド・ウォルトン (Boyd Walton) に対してノー・ネーム・クリーク (No Name Creek) (以下、「本件クリーク」という。) 流域の地表水及び地下水の使用禁止を求めて争った事件である。ワシントン州が、保留地の水利利用の許可権を有することを理由に訴訟参加している。

1871年当時、ワシントン準州のコルビル連合部族の先祖たちは、合衆国と条約を結んでおらず、保留地は存在しなかった。これらインディアンは、同時代に「優秀な農業経営者であって、多くの作物を育て、牛と馬を飼育していた。」と描かれている。南北戦争後、入植者たちがインディアンの土地の囲い込みを始めたため、インディアンの利益保護の目的で、大統領グラント (Ulysses S. Grant) が1872年7月2日の「大統領令」(Executive Order) でコルビル保留地(以下、「本件保留地」という。) を設立した。20年後、本件保留地の北半分の土地がインディアンから取り上げられ(1,500,000エーカーの土地が公有地に復帰している。)、入植及び定住に開放された。1906年3月22日、合衆国議会は、1887年制定のGAA (24 Stat. 388) に従ってインディアンへの本件保留地の土地の配分を規定したコルビル族 (Colville) (以下、「本件部族」という。) との合意を批准し (ch. 1126, 34 Stat. 80)、合意は1916年の「大統領宣言」で発効している (39 Stat. 1778)。1917年に7つの割当地の列が、本件クリーク流域に設けられた。本件被告ウォルトンは、1948年に中央の割当地第525番、第2371番及び第894番を本件部族の構成員ではないインディアンから購入した。売却したインディアンは、32エーカーの土地に本件クリークから水を分水して土地を灌漑してきていた。被告は、直ちにワシントン州から既存の権利に従って1キュービック・フット・パー・セカンド (one cubic foot per second) にまで分水することによって65エーカーの土地を灌漑する許可を得た。被告は、現時点で104エーカーの土地を灌漑し、家庭用水及び家畜に与える水のため追加の水 (additional water) を利用している。合衆国が、残りの割当地をコルビル・インディアンのために信託で保有しているところ、割当地第526番及び第892番は被告の土地の北に位置し、割当地第901番及び第903番は当初の被割当人の相続人が保有している。但し本件部族が、長期間リースを得ている。割当地第526番は、本件部族自身によってその利益のために保有されている。

本件クリークは、オマック湖 (Omak Lake) に流れ込む湧水の川で、塩分を

含んでいる。地下の帯水層と川から成るノー・ネーム水循環系 (hydrological system) が、本件保留地の中に置かれている。帯水層は、インディアンの北の割当地及び本件被告が購入した割当地第525番の北端に埋蔵されている。本件クリークは、インディアンの割当地第802番の南端に発し、被告購入の割当地及びインディアンの南の割当地を貫流している。サケとマスは、コルビル・インディアンの伝統的食料であったが、サケの遡上がコロンビア川にダムが建設されたために不可能となった。1968年、内務省の援助を得て本件部族は、塩水に強いラホントン・カットスロート・マス (lahonton cutthroat trout) をオマック湖に放流した。本件インディアンは、産卵場を設けるために本件クリークの下流部を開発したが、灌漑利用が産卵の季節を通じて水を使い尽くしていた。連邦政府は、サケの群体を維持するためにインディアンの幼魚を提供してきていた。²³⁰⁾

合衆国ワシントン州東部地区地方裁判所は、本件クリークにおいては平均年で年間1,000エーカー・フィートの水が利用できるとし、本件部族の保留水利権に基づく水量を、灌漑可能面積を基礎に算定し、北の最大の割当地第526番が以前にオマック・クリーク (Omak Creek) の地表水を利用して灌漑されていたこと、及びノー・ネーム水循環系から灌漑のために水が必要とされることが部族によって立証されていないことを理由に水量算定から排除した。地方裁判所は、インディアンは本件クリークからの水を年間666.4エーカー・フィートで保留してきたと決定し、被告は本件部族の保留水利権に取り分がないとした (Colville Confederated Tribes v. Walton, 460 F. Supp. 1320 (E.D. Wash. 1978).)。原告、被告、そしてワシントン州が合衆国第九巡回区控訴裁判所に上訴した。²³¹⁾ 第九巡回区控訴裁判所の判決要旨は、次のとおりである。

(b) 本件部族は、黙示の保留又はウィンターズの法理を根拠にノー・ネーム水循環系の水を利用する権利を有すると主張しているが、合衆国最高裁判所の判例に照らして本件部族は本件保留地が設立された段階で水を保留している。より困難な問題は、保留された水量にあるが、合衆国最高裁判所は *New Mexico* 判決で連邦の保留地が作られた正にその目的を達成するために水が必要とされ

230) *Id.* at 44-45.

231) *Id.* at 45-46.

る場合、合衆国議会の他の領域における州の水法への明確な服従にもかかわらず、合衆国は必要な水を保留することを意図したと結論するのが妥当である。しかし水が、保留地の副次的利用にとってのみ価値ある場合、合衆国議会は、合衆国がその他の公的又は私的利用者と同様の方法で水を獲得することを意図したという反対の推論が生ずると判示している (438 U.S. 696, 702 (1978).)。当裁判所は、かかる「ニューメキシコ基準」を適用するものである。当裁判所は、部族の漁場利用の保存が本件保留地との関連で1つの目的であるとした地方裁判所の判断に同意する。保留地が設立された諸状況からして、本件クリークからの水の黙示の保存及び漁場の取替えの維持が認定される場所である。本件部族は、オマック湖の漁業を維持するために必要な水量への権利を保留してきたのである。

地方裁判所は、連邦政府が必要とされる幼魚を提供しているから、この時点において産卵目的の水は与えられていないとした。当裁判所は、判示事項を破棄する。オマック湖の漁業を確立し、維持するための水利権は、マスの自然産卵を認めるための十分な水への権利を含むのである。本件部族が保留水に財産権を有する場合、部族は合法的方法で当該水を利用し得るところ、不必要な水を歴史的に意図された利用——漁業——に供するその後の行為は、部族から水利権を奪うものではない。

割当地第526番のための水は、潜在的にオマック・クリークから利用できることからして、地方裁判所の判示するところを支持する。インディアンは、当該水がオマック・クリークから利用できないこと、及びその利用が著しい損失をもたらすことを立証していない。²³²⁾

VI 水利権の規制及び管理

1. 連邦の権限

(1) インディアン問題に関する連邦政府の権限は、一般に「無条件の権限の法理」(plenary power doctrine)²³³⁾として理解されてきているところ、かかる連

232) *Id.* at 47-49.

邦政府の広範な権限の法的根拠は合衆国憲法第1条第8節第3項の「インディアン通商条項」(Indian Commerce Clause)、第2条第2節第2項の「条約条項」(Treaty Clause)、そして第6条第2項の「最高法規条項」(Supremacy Clause)に求められている。

合衆国最高裁判所は、従来連邦法律がインディアン問題に適用され得るためには合衆国議会は、当該法律がインディアンに適用される意図を明白に表明しなければならないと判断してきた。²³⁴⁾しかし合衆国最高裁判所は、1960年のFederal Power Commission v. Tuscarora Indian Nation²³⁵⁾でたとえ合衆国議会が連邦法律で当該法律がインディアンの活動に適用される旨を明白に規定していなくともその活動に及び得るとし、全国レベルでの規制に関する完全且つ総合的計画を連邦法律で定めた場合、インディアン部族は当該計画の適用範囲に含まれると判示した。²³⁶⁾従って保留地での活動は、連邦の許可制、汚染防止及びその他の連邦規制に服さなければならず、これらの連邦規制は水をも含む部族の天然資源の所有及び管理に潜在的に影響を及ぼすことになる。

(2) 合衆国議会によるインディアンの水利権規制を一般的に承認しているものと考えられる唯一の立法は、1887年制定のGAA第7条²³⁷⁾(合衆国法律集第25編第381条)である。同条は、「インディアン保留地内の土地を農業目的に利用し得るために灌漑用水の利用が必要となる場合、内務長官は、当該保留地に居住するインディアンの間での公平で平等な用水の配分を確保するために必要な法規を定める権限を付与される。河岸地所有者による灌漑以外の水の私的利用又は譲与は、他の河岸地所有者への侵害となるよう承認され、又は許可されてはならない。」と規定している。

内務長官は、GAA第7条を履行するための規則を制定してきてはいないが、内務長官は内務省が水利計画を管理する場合、インディアン間の公平で平等な

233) 拙著・前掲書註99、310頁以下参照。

234) Santa Clara Pueblo v. Martinez, 436 U.S. 49 (1978); Bryan v. Itasca County, 426 U.S. 373 (1976). See also COHEN'S HANDBOOK, 1982 ed., *supra* note 10, at 282.

235) 362 U.S. 99 (1960).

236) *Id.* at 118.

237) Act of Feb. 8, 1887, ch. 119, 24 Stat. 388.

用水の配分を確保する義務を負っていることになる。しかし保留地内の水利権に関して一般的な連邦規制が存在しない場合、ほとんどの水の管理はインディアン部族若しくは州に属することになる。

(3) 合衆国がインディアンの利益を代表した訴訟事件で連邦裁判所において裁判上の和解、すなわち同意判決 (consent decree) が下されたのは1910年の「ケント判決」(Kent Decree) に遡るとされるが、インディアンの水利権をめぐる「交渉による解決」(negotiated settlement) が1970年代後半以降その重要性を増してきている。その理由は、インディアンの水利権を決定するために州による総合的な流水の司法的判断²³⁸⁾ 手続を利用することが彼らインディアンに不利に働く点にある。全ての訴訟当事者にとって訴訟は、時間の浪費と訴訟費用の負担として跳ね返ってくる²³⁹⁾ ところであって、訴訟は司法的判断前の行政上の決定がしばしば州の吏員によって行われた敵意ある法廷を舞台にし、司法上の決定は終局的には何らかの方法で投票権者に責任を負う州の裁判官によって下される。訴訟は、時として流水開発計画又は配水システムにとって財源を伴わない紙の上の水利権の決定に終わるのである。更に言うべきは、長期化する州の司法的判断過程の期間を通じて非インディアンは一般的に訴訟の対象となっている水資源の利用を有効なものとして継続させるのである。部族、州、そして州法に基づく水利用者にとってのこれらの問題が、訴訟の解決に肩入れする連邦政府の政策と相俟って交渉による解決への途を拓いていったのであって、交渉による解決の方途は学説上も支持²⁴⁰⁾ されているところである。²⁴¹⁾

238) See generally John E. Thorson, et. al., *Dividing Western Waters: A Century of Adjudicating Rivers and Streams, Part II*, 9 DENV. WATER L. REV. 299, 439-42 (2006).

239) COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed., *supra* note 34, § 19.05[2][a], at 1246; Brienza, *supra* note 9, at 164-68.

240) COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed., *supra* note 34, § 19.05 [2][a], at 1247.

241) Robert T. Anderson, *Indian Water Rights, Practical Reasoning, and Negotiated Settlement*, 98 CAL. L. REV. 1133 (2010); Philip P. Frickey, *Transcending Transcendental Nonsense: Toward a New Realism in Federal Indian Law*, 38 CONN. L. REV. 649 (2006); Philip P. Frickey, *Adjudication and Its Discontents: Coherence and Conciliation in Federal Indian Law*, 110 HARV. L. REV. 1754 (1996).

合衆国議会が始めて「水利権確定法」(the Water Rights Settlement Act) を制定したのは、合衆国最高裁判所が1976年の *Colorado River Water Cons. Dist.* 判決²⁴²⁾でインディアンの水利権は州裁判所による総合的な流水の司法的判断の一部として決定され得るとする判決を下した2年後の1978年7月28日のアリゾナ州に位置するアクチン・インディアン・コミュニティ (Ak-Chin Indian Community) の合衆国に対する水利権の主張を処理した「1978年アクチン・インディアン・コミュニティ法」(the Ak-Chin Indian Community Act of 1978)²⁴³⁾ であるが、その後合衆国議会は、2010年の段階までに合計27の水利権確定法を制定してきている²⁴⁴⁾。水利権確定法の目的について例えば1994年10月31日に制定された「1994年ヤバパイ-プレスコット・インディアン部族水利権処理法」(the Yavapai-Prescott Indian Tribe Water Rights Settlement Act of 1994)²⁴⁵⁾ 第102条第a項第9号は、合衆国議会は「連邦のインディアン政策を促進し、及び部族に対する合衆国の信託責任を履行するために、合衆国が確定契約 (settlement agreement) に参加し、部族が多様で効率的な保留地経済の発展について水への権利を利用することができるようプレスコット族 (Prescott) 及びヤバパイ-プレスコット族 (Yavapai-Prescott) の町の長期にわたる水の供給安定について援助することが適切である」旨を認定すると規定し、水利権をめぐる紛争処理における合衆国の信託責任を明らかにしている。

数多くのこれら法律は、それぞれの紛争をめぐるの当事者間の特別の要求乃至紛争解決の条件に応じて制定されたものであるところからして、法律の規定やその与える影響を一般化して論ずることは不可能であるが、以下紛争処理法の内容について触れる。水利権確定法の主要な特徴は、言うまでもなく水への部族の保留権の定量化にあり、特定の資源から利用し得る水のパーセンテージで承認されている。概して確定契約を結んだ部族は、ウィンターズ権及び水に関する合衆国への請求を放棄し、それに換えて水量の保障と水資源開発への

242) 424 U.S. 800, 805 (1976).

243) Act of July 28, 1978, Pub. L. No. 95-328, 92 Stat. 409.

244) See COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed., *supra* note 34, § 19.05 [2][a], at 1247-48 n.48; Anderson, *supra* note 241, at 1161-63.

245) Act of Oct. 31, 1994, Pub. L. No. 103-434, 108 Stat. 4526.

経済的援助を得ている。全ての水利権確定法は、水の開発乃至管理計画に向けられる資金提供か、経済発展に計上される資金かどちらかを、又は両者を規定している。多くの法律は、基金は部族構成員に頭割り配分できないものとしている。多くの法律が、コストについては連邦政府、部族、州及び地方の水利用者を含む様々な当事者に分配されるものとしている。これら基本的事項を超えて多くの水利権確定法は、水への部族の保留権に関する未解決問題について触れており、幾つかの法律は地下水利用についての部族の権利、その水量、部族による地下水管理計画等について規定している。相当数の水利権確定法は、部族による水の利用は目的に関して無制限としているが、他の法律は水は河川内流水に利用し得ると規定し、又は特別の非農業利用を保護するために利用され得ると規定している。多くの水利権確定法は、部族による水取引に関する規定を置いているが、部族の水取引の権利は何らかの特別の方法で制限されており、幾つかの部族は特定の資源からの水取引を制限され、他の部族（主として南西部において）は特定の利用者又は特定の場所のみでの利用に水取引が制限されている。多くの水利権確定法は、特に部族の水利権の永続的移転を禁止しており、多くのそれが部族の水利権のリース又は移転について一般的に99年乃至100年の時間的制限を課している。少数の法律が、取引される水は州法に従うものとし、幾つかの場合において水利権確定法は取引される部族の水利権を州の水利権に転換している（但し保留地外の利用の間のみ）。他の場合において権利は部族の水利権に留まるが、州法に服すとされている。幾つなの水利権確定法は、明確に内務長官による水取引の承認を規定している。相対的に少数ではあるが、水利権の管理若しくは規制に関する規定を設けている水利権確定法があり、個々の法律が保留地内の水利権の管理に対する内務長官の権限を認め、保留地の水管理計画を確立するよう内務長官に求め、あるいはまた部族の水利法典 (tribal water code) の制定を認めている。部族の水利法典の制定を認める多くの法律が、部族法典の採択及び承認まで内務長官が水利権を管理し、及び執行する旨を定めている。²⁴⁶⁾

246) COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed., *supra* note 34, § 19.05 [2][a], at 1249-54. See also Anderson, *supra* 241, 1153-59.

2. 州の権限

(1) インディアン部族に認められる保留水利権は、部族及びその構成員によって保有される財産権であることについては既に述べたが、州の管轄権に関して言えば合衆国議会の同意がない限り、州は通例インディアン・カントリー内の部族若しくは部族構成員の財産又は活動を規制し得ないところである。²⁴⁷⁾

(2) 1952年に成立を見ているマッカラン修正は、州裁判所のインディアンの水利権に関する司法的判断を認めているが²⁴⁸⁾（合衆国法律集第43編第666条第a項）、インディアン保留地内の水に対する州の規制権（regulatory power）を認めているわけではない。²⁴⁹⁾

州は水に対する留保権を規制し得ないが、マッカラン修正は州裁判所が水利権の「管理」(administration)に関する訴訟を審理し得るとしている。この規定をいかように解釈すべきか。ワイオミング州最高裁判所は、「州技師」(state engineer) — 州知事によって任命される行政官 — が部族の保留水利権を管理する権限があるか否かが1つの争点となった*Big Horn II*判決²⁵⁰⁾でかかる点に細心の注意を払って判決を下している。すなわち州最高裁判所は、「当裁判所は、*Big Horn I*判決において部族の保留水利権についての管理者 (administrator) としての州技師の役割について審理した。当裁判所は、管理者としての州技師の権限 (authority) を2つの側面に限定した。当裁判所は、最初にインディアンの保留水利権はワイオミング州の水への用益権の完成 (perfection of usufructuary rights) に関する州法及び手続から独立して存在することを認め

247) COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed., *supra* note 34, at § 6.03 [1][a], at 511; COHEN'S HANDBOOK, 1982 ed., *supra* note 10, at 259; *United States v. Mazurie*, 419 U.S. 544 (1975); *McClanahan v. Arizona State Tax Comm'n*, 411 U.S. 164; *Williams v. Lee*, 358 U.S. 217 (1959); *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

248) Act of July 10, 1952, ch 651, Title II, § 208 (a)-(c), 66 Stat. 560(codified at 43 U.S.C. § 666 (2015).)

249) *See Colville Confederated Tribes v. Walton*, 647 F.2d 42, 53 (9th Cir. 1981); *Federal Power Commission v. Oregon*, 349 U.S. 435 (1955); *United States v. McIntire*, 101 F.2d 650, 654 (9th Cir. 1934).

250) 835 P.2d 273 (Wyo. 1992).

た。次に当裁判所は、インディアンの保留水利権の監視者 (monitor) としての州技師は、部族が彼らの判決で確定された権利 (decreed right) の性格か範囲かのいずれかを越えたと技師自身が判断した時点で部族の水門を操業停止することはできないと決定した。……州技師は、合衆国及び部族に対する判決の執行 (enforcement) について司法的判断を求めなければならないのである (753 P.2d 76, 114-15 (Wyo. 1988).)。……州技師は、権利の性格、範囲及び優先権に従ってビッグ・ホーン川河川水系 (Big Horn River System) 内の水を配水する責任を残している。インディアンの保留水利権の性格、範囲及び優先権が明確であって、且つ州の私的利用者のよって遵守されない場合、州技師は部族の権利が守られているかを監視するために州の私的利用者に対する自身の権限を行使しなければならない。他方部族の権利それ自体が明確でないがために当該権利が侵害された場合、州技師は、必要とあれば適切な回復行為が採られるよう地方裁判所による権利確定を即座に求めるべきである……州技師が、部族が裁判所の判決を侵害したと判断した場合、当該技師は強制措置 (enforcement action) を〔ワイオミング州裁判所に〕求めるべきである〔それ以外には部族に対する行動をとる権限を州技師は持ち合わせない〕²⁵¹⁾。と判示している。

(3) 合衆国議会第90議会が1968年4月11日に制定した「一定の暴力行為及び脅迫行ために対する刑罰を定め、並びにその他の目的のための法律」第四編 (刑事訴訟及び民事訴訟に対する管轄権)²⁵²⁾ 第402条 (民事管轄権の州による引受け (assumption)) には、以下の規定が置かれている (合衆国法律集第25編第1322条に編纂)。

合衆国法律集第25編第1322条

(a) 合衆国の同意

合衆国の同意が、州内に位置するインディアン・カントリーの領域で起こるインディアン間の又はインディアンが当事者である民事訴訟原因に対する管轄権を

251) *Id.* at 282-83.

252) Act of Apr. 11, 1968, Pub.L. No. 90-284, Title VI, § 402 82 Stat. 79 (codified at 25 U.S.C. § 1322 (2015).).

持たない当該州に、〔管轄権の〕引受けによって影響を受ける特定のインディアン・カントリー若しくはその一部を占有する部族の同意を得て、当該州がその他の民事訴訟原因に対して管轄権を有するのと同程度で、当該州によって決定され得るよう当該インディアン・カントリー若しくはその一部内で起こる全ての民事訴訟原因に対する管轄権の措置を引受けすることに与えられ、及び私人又は私有財産に一般的に適用される当該州の民事法は、インディアン・カントリー若しくはその一部内において同一の法的効力 (force and effect) をもつものとする。

(b) 財産の移転、負担、課税、利用及び検認

本条のいかなる規定も、合衆国によって信託保有されている全て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に帰属する水利権を含む動産又は不動産の移転、負担、課税、利用及び検認に権限を与え、連邦の条約若しくは合意若しくは法律又はそれらに従って制定された規則に反する方法で当該財産を規制する権限を与え、又は検認の手續若しくはその他の方法、当該財産若しくはその利益の所有又は占有の権利について司法判断する管轄権を州に与えるものではない。

(c) 部族の法令及び慣習 (ordinances and customs)

所持する権限の行使として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によって以前に採用された、又は以後に採用される全ての部族の法例又は慣習は、州の適用される民事法に反しない場合、本条に従う提起される民事訴訟原因の決定において完全な法的効力を与えられるものとする。 (傍線筆者)

合衆国議会は、本条においてインディアン・カントリーの領域内のインディアンに対して州の限定的管轄権を認めているが、明らかにインディアンの水利権に対する管轄権を認めてはいないところである。更に言うべきは、合衆国議会によって1953年8月15日に制定されたインディアン・カントリーの領域内におけるほとんどの刑事管轄権及び多くの民事管轄権を5州に委譲することを定めた「一般法律第280条」(the Public Law No. 280)²⁵³⁾もまた、その第4条第b

253) Act of Aug. 15, 1953, ch. 505, § 4, 67 Stat. 588. 一般法律第280号の詳細については、拙著・前掲註89、474頁以下参照。

項（現行合衆国法律集第25編第1360条第b項）で明らかに州の民事管轄権から水利権を排除していることである。

3. 部族の権限

(1) インディアン部族は、被割当人及び賃借人 (lessee) の水利権を含むインディアンの保留水利権に対する完全且つ排他的規制権限を有し、部族による水利権の管理は一般に部族法典によって達成される。水法を制定する部族は、保留水の利用に制限を課し、水の利用権を取得する手続を定め、地下水の利用を制限し、利用目的に従って順位を設けることができる。

(2) 合衆国議会は、1934年6月18日に「インディアン再組織法」(the Indian Reorganization Act)²⁵⁵⁾（以下、IRAという。）を制定したが、これを受けて多くの部族がIRAの規定に基づいて再組織化され、また部族は憲法を採択した。これらの憲法は、一般に「IRA憲法」(IRA Constitution)²⁵⁶⁾と呼ばれているが、当該憲法には連邦政府の主導によって部族によって制定される法令は内務長官の承認 (approval) を必要とする旨の規定が置かれたのである。

内務長官モートン (Rogers C.B. Morton) は、1975年1月15日にインディアン問題委員会 (Commissioner of Indian Affairs) に向けてインディアン保留地の水の利用規制を意図し、その有効性を担保するために内務長官の承認を要する全ての部族の法令は自動的に否認されるとする覚書を送達した。この覚書は、内務省が部族水法典の採択に関するガイドラインを定める規則を公表するまで有効とされた。内務長官は、かかる規則が定められなければ独自の部族による規制は望ましくない結果へと導く混乱と法的闘争を招くものであると表明している。1977年3月7日、内務長官アンドルス (Cecil D. Andrus) は、部族水法典採用に関する「規則案」を公表した。この規則案に従えば、以下の一定の条件を部族水法典が満たした場合、内務長官はこれを承認しなければならないとされていた。すなわち①法典は保留地の全ての水利用者に手続的デュープロセス

254) COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed., *supra* note 33, § 19.04 [4], at 1241.

255) Act of June 18, ch. 576, 48 Stat. 984.IRAの詳細については、拙著・前掲註99、412頁以下参照。

256) IRA憲法の詳細については、拙著・前掲註89、307頁以下参照。

を保障するものでなければならない。②不当な扱いをされた個人に法典に従って行われた行政上の決定の司法審査を求める機会が規定されていなければならない。③部族は法典を執行する能力を立証しなければならない。④法典は関連連邦法に適合しなければならず、インディアン・カントリー内の連邦による灌漑計画で利用される水の規制は許されない。⑤法典はウィンターズ法理の下での部族の水利権のみの管理に限定され、保留地のその他の水を規制するものであってはならない。²⁵⁷⁾

かかる条件は特に部族にとって極めて不快なものであったが、多くの州の利益もまた満たされるものではなく、内務長官は規則案を確定しなかったのである。1981年初頭、再び規則案が公表されたが、提案はウィンターズ法理の下での部族の水利権のみの管理に限定される内容を含む1977年の規則案に類似するものであった。また以前の割当地を取得してきた非インディアンの権利を詳細に定め、部族は部族の許可を受けた者又は部族が保留水の有益な利用を行う準備が整うまでインディアンと非インディアンとを問わず既存の水利用者が部族の保留権を利用することを妨げることができないとするものであった。1981年規則案は、州の利益により適うものであったが、最終案は公表されなかった。²⁵⁸⁾ なお1986年にも規則案が示されている。²⁵⁹⁾

(3) 1975年の内務長官覚書は、部族の水利権規制にとって大きな障害となったが、IRAを受入れなかった部族 (non-Indian Reorganization tribe)、例えばナヴァホ・ネーション (Navajo Nation) は1984年に内務長官の承認を得ることなく保留地の水法典を採択している。また他の部族も覚書の適用除外を求め、あるいは連邦の承認を得ずに規制を試みてきている。²⁶⁰⁾ もっとも上に述べたように、合衆国議会は1987年以降に水利権確定法を制定し、問題解決を図っていることに注意する必要がある。

257) Shupe, *supra* note 9, at 579–80. See also 42 Fed. Reg. 14,885 (1977).

258) Shupe, *id.* at 580–81. See also 46 Fed. Reg. 944 (1981).

259) COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed., *supra* note 34, § 19.04 [4], at 1241 n.23. See also 51 Fed. Reg. 38,472, 38,517 (1986).

260) COHEN'S HANDBOOK, 2012 ed., *supra* note 34, § 19.04 [4], at 1241.

4. 判例の展開

(1) 合衆国最高裁判所は、インディアン部族の保留地内の非インディアンに対する州の規制権限は部族主権の法理に基づき禁止され得ると判示してきたが、1980年代入ると専占論 (preemption doctrine) 一般について、及び保留地内での非インディアンの活動規制に関して一定の準則を打ち出し、部族主権の法理に一定の限界を画す方向へと向かって行く。従来合衆国最高裁判所は、部族自治を保護し、又は内部関係を管理するために必要な範囲を超える部族主権の行使は、部族の従属的地位 (dependent status) に矛盾し、明白な合衆国の授權がない限り保留し得ないとしてきたが²⁶¹⁾、保留地内での部族経営の木材会社及び契約伐採運搬業者に州が課税し得るかが争われた1980年の *White Mountain Apache Tribe v. Bracker* で「州が保留地で活動を行う非インディアンの行為に対して権限を主張する場合、裁判所は争点となる州、連邦及び部族の利益についての特定した審査、特定のコンテキストにおいて州の権限行使が連邦法を侵害するか否かを決定するために向けられた審査を行わなければならない。」と判示し、更に「保留地及び部族構成員へのインディアンの主権行使の伝統は、州の権限が連邦法の効力によって専占されてきたか否かの決定を告げなければならない。」²⁶⁴⁾と判示している。

勿論部族の主権的権限は、絶対的なものではない。特に部族のために合衆国によって信託で保有されていない土地での非インディアンの行為一般を規制する権限は、部族の従属的地位の必然的結果として默示的に後退するが、合衆国最高裁判所は1981年の保留地内での非インディアンに対する狩猟及び漁業を禁止する部族の規制権限をめぐる争われた *Montana v. United States* (以下、*Montana* 判決という。) で部族 — 本件の場合、モンタナ州のクロー族 (Crow

261) *Mescalero Apache Tribe v. Jones*, 411 U.S. 145, 148 (1973); *Williams v. Lee*, 358 U.S. 217, 219-20 (1959); *United States v. Kagama*, 118 U.S. 375, 381-82 (1886).

262) 448 U.S. 136 (1980).

263) *Id.* at 145.

264) *Id.* at 143.

265) 450 U.S. 544 (1981).

Tribe) — による非インディアンに対する民事管轄権を行使できる場合の2つの例外を明確に示したのである。すなわち①「部族は、課税、許可、若しくはその他の手段を通じて部族又は部族構成員と商取引、契約、賃貸若しくはその他の取決めによって合意関係を結ぶ非部族構成員の諸活動を規制し得る。」[同意関係基準 (consent relationship test)]。②「行為が政治的無欠性、経済的安全性又は部族の保健福祉を脅かし、又はそれらに直接的な影響を及ぼす場合、保留地内の単純不動産権が認められた土地での非インディアンに対する民事上の権限を行使する固有の権限を保留する。」²⁶⁶⁾ [実質的な部族利益基準 (substantial tribal interest test)]。そして判決は、当然の結果としてインディアン部族は彼らの保留地を利用できるよう作り上げるために必要な水への権利を保留していると判示している。²⁶⁷⁾

判決は、クロー族が部族の土地での非部族構成員による狩猟を規制することは認めたと、非部族構成員によって所有される保留地で非部族構成員が狩猟することを部族は禁止できないとした。²⁶⁸⁾ この区別のために3つの理由が示されている。すなわち第一に非インディアンの単純不動産権土地 (fee land) で狩猟及び漁業に従事する非インディアンは、部族の民事管轄権に服すようクロー族と合意を結び、又は対処していない、第二に非インディアンの単純不動産権土地での狩猟及び漁業活動が、部族の規制を許し得るほどに部族の政治的又は経済的安全性を脅かしているとは認められない。そして第三に非インディアンの活動が、部族の生存又は福祉を危うくするものであるとの立証が為されていない。以後、下級裁判所は、*Montana* 判決が示した法理を前提として部族による非インディアンの水利権規制をめぐる訴訟事件を審理していくのである。²⁶⁹⁾

(2) *Walton I* 判決²⁷⁰⁾

(a) 合衆国第九巡回区控訴裁判所が、*Montana* 判決が下された直後に審理し、判決した *Walton I* 判決については既に V-3-(4) で扱った。そこでは触れなかつ

266) *Id.* at 565-66.

267) 450 U.S. at 566 n.15.

268) *Id.* at 566-57.

269) 本判決の意義並びに評論に関しては、拙著・前掲註89、518頁以下参照。

270) 647 F.2d 42 (9th Cir. 1981).

た同判決における他の大きな争点の1つは、コルビル連合部族の水利権規制が被告たる非インディアンの水利権利用に及ぶか否かにあった — ワシントン州が、保留地内の水利用の許可権を有することを理由に訴訟参加している —。判決は、州は本件ノー・ネーム河川水系 (No Name system) において水を規制する権限を持たず、州の許可は何らの法的効力をも持たないと結論している。以下、判決要旨である。

(b) 保留地における水規制は、保留地の居住者の生活様式及びその資源開発にとって決定的に重要である。特に西部の乾燥地域及び半乾燥地域において水はコミュニティの生命のもとである。水規制は、重要な主権的権限である。ノー・ネーム河川水系における州の水規制は、コルビル保留地の設立に基づいて合衆国によって専占されたと判断される。本件の地理学上の事実が、本件の争点を幾分容易に解決してくれるところである。ノン・ネーム河川水系は、不可航水流であって、保留地の境界内に完全に位置している。幾分かの水は、現在非インディアン所有地を通過しているものの、これらの土地全てが保留地の境界内にあるのである。合衆国最高裁判所は、連邦保留地での水利用は、連邦による州権限の承認が存在しない場合は州の規制に服さないとしてきている (Federal Power Commission v. Oregon, 349 U.S. 435, 75 (1955).)。従ってコルビル保留地の設立に際して連邦政府は、ノー・ネーム河川水系の州の統制を専占したのである。²⁷¹⁾

(3) *Anderson* 判決²⁷²⁾

(a) 本件訴訟は、合衆国が合衆国のため及びインディアンのスポカーン族 (以下、「本件部族」という。) の受託者としてワシントン州のチャモカン川流域 (以下、「本件流域」という。) の水利権の司法的判断を求めて1972年に提訴した事件である。判決は、*Montana* 判決で展開された判断基準を本件に適用した場合、本件部族ではなくワシントン州が、単純不動産権土地での非インディアンによる本件流域の余剰水の利用を規制する権限を有している。部族の規制権限を執行の基礎となる非インディアンの水利用者と本件部族との間に合意は、存在してお

271) *Id.* at 52-53.

272) 736 F.2d 1358 (9th Cir. 1984).

らず、本件部族の政治的無欠性、経済的安全性又は本件部族の保健福祉を脅かし、又はそれらに直接的な影響を及ぼす行為は認定されないところであると結論している。

本件部族の政治的及び経済的福祉は、非インディアンの土地での非部族構成員による余剰水の利用の州規制から不利益を被ってはいない。第一に州規制への直接的な連邦の専占は生じておらず、連邦の法律又は規制制度は、明示的にも黙示的にも本件保留地での非インディアンの水利用を規制していない。第二に利益衡量の結果、州に重きが置かれる。

本件と当裁判所が審理した *Walton I* 判決では、状況が異なると言わざるを得ない。すなわち本件争点の対照となっている水自体が、インディアン保留地の外部境界内にあるという事実は、州が当該水の利用をその他の州内の河川水系に従って管理することに利益をもたないという結論に必然的に結びつくわけではない。ワシントン州は、保留地内に単純不動産権で土地を所有する者を含む全ての州民の利益のために水の消費を規制し、及び管理する義務を負うのである。従って州の利益との衡量では、インディアン・カントリーの外部境界を越える水の路及び帯水層の程度に重きが置かれることになる。*Walton I* 判決において争点となった流水は、小規模な不可航水流であり、且つ全く保留地内であったのであり、更に言うべきは、非インディアンによる水利用が部族の農業及び漁業に影響を及ぼしたのである。従ってクリークの何らかの部分が、部族の水の必要量にとって過剰であったと認定されたとしても、州による余剰水の供給規制は管轄権をめぐる混乱を生み出し、部族主権を侵害する可能性が出てくるのである。それに反して本件クリークは、本件保留地の外に水源を発し、その水の流れるコースも相当の長さにはわたって本件保留地の外を通っている。クリークが保留地に入ると、東側の境界を形成し、州の水利権を持つ保留地の土地の多くがクリークに直接的に隣接している。クリークは、その後保留地の境界を離れ、スポカーン川に注ぎ、そこで本件保留地から離れ、コロンビア川に合流し、太平洋に至っている。本件事実は、*Walton I* 判決における事実とは、全く異なるのである。²⁷³⁾

273) *Id.* at 1365-66.

(4) 州はインディアンウィンターズ権を規制し得ないが、第一に州は、保留地内の非インディアンによって所有される土地での非インディアンの水利用を規制し得る。第二に州は、部族の利益に対して証明できる影響が存在しない場合、単純不動産権土地での非インディアンによる流域の余剰水の利用を規制することが可能である (*Anderson* 判決)。

モンタナ州最高裁判所は、*Confederated Salish & Kootenai Tribes v. Stults*²⁷⁴⁾で、州は部族の保留水利権が定量化されるまで保留地内の単純不動産権土地での新たな流水の私的使用を許可し、又は既存の流水の私的使用の権利に変更を許可し得ないと判示²⁷⁵⁾し、ネヴァダ州最高裁判所は、*In re Humboldt River Stream System*²⁷⁶⁾で、州はマッカラン修正に従って下された州裁判所の水利判決の条件を保留地内で執行し得ると判示²⁷⁷⁾している。

(本学法務研究科教授)

274) 59 P.3d 1093 (Mont. 2002).

275) *Id.* at 1099.

276) 59 P.3d 1226 (Nev. 2002).

277) *Id.* at 1227.

