

研究ノート

「発見の法理」と「支配の枠組み」を探究する

—国連「予備的研究」報告書の分析—

苑原俊明

1. はじめに

二〇二二年五月に国際連合の先住民族問題に関する常設フォーラム (Permanent Forum on Indigenous Issues) 以下常設フォーラム) の第十一会期が、「発見の法理…その長期にわたって続く先住民族への衝撃と過去の征服に対する救済の権利 (国連先住民族権利宣言二十八条および三十七条)」を特別テーマとして開催された。その報告書において常設フォーラムは、以下のように述べる。

「先住民族から土地を奪い、その権利の剥奪および廃止の法的小および政治的な正当化のために、支配、いわゆる征服と発見、無主地またはレガリアの法理が、世界中の植民者によって採用された。」

これらの法理は先住民族の土地または領域に対する植民者の権原を根拠づけるものとして使われてきたのであるが、常設フォーラムはこれらの法理に内在する前提があり、それが先住民族の権利剥奪の正当化の基礎となったとする。つ

まり「植民者が先住民族を、いわゆる未開人、野蛮人、遅れた人々および劣っており文明化されていない人々として構成し、先住民族とその土地、領域および資源の従属、支配、搾取を目的にして、こうした構成を利用した」ものという^①。

一方、日本においては一八九九年より一九九七年まで「北海道旧土人保護法」が存在した。同法はアイヌ民族への勸農政策を通じた和人流社会への同化を目的としたのであるが、その背景にはアイヌに対する差別観が存在していた。例えば同法に先だつて一八九三年に帝国議會へ提出された「北海道土人保護法案」では、北海道に入植した「内地の人々」との「生存競争」に耐えられず「内地に引退いて仕舞つた」こと、そして彼ら・彼女らの居住する土地について法律の手續きを踏むことで貸下げを受けることができるものの「無智無育」のために土地を取られてしまったこと、そこでアイヌ民族が仮に「劣等な者であるので、前途絶滅する者」であつても、「日本国民の義侠心」に従つて保護するのが立法の趣旨であるとされた^②。

先住民族について「未開人、野蛮人」、「文明化されていない人」、「劣等な者」または「無智無育」という差別観が国際社会において固定化され、そのうち先住民族の権利剥奪がどのようにして進行したのか。

こうした問題意識から本稿では、常設フォーラムのメンバーが二〇一〇年に常設フォーラムへ提出した、「発見の法理」として知られる国際法の構成が先住民族へ及ぼした影響に関する予備的研究^③報告書（以下、「予備的研究」）の各章の概要を紹介し、関連した国際法学説と判例などを手掛かりにして「予備的研究」での議論を検討したい^④。

(1) Permanent Forum on Indigenous Issues, Report on the eleventh session (7-18 May 2012), E/2012/43, 第4段落。括

弧内の報告書の引用部分は、筆者が日本語に訳した。最初の引用箇所にある「支配、いわゆる征服と発見、無主地

またはレガリアの法理」の原文は、the doctrine of discovery, the doctrine of domination, "conquest", "discovery", *terra nullius*, or Regalian doctrine であるが、発見の法理について重複する箇所があり、訳文のようにまとめて言及した。また「レガリアの法理」(Regalian doctrine)とは、スペインの植民地法制度の一種で、土地とその資源にかかるとして國王の権原に由来するもので、國王が私有地として譲渡したもの以外の土地と資源がすべて國王(國家)の所有に服する、というものである。

Fergus Mackay, Indigenous peoples' rights to lands, territories and resources : selected international and domestic legal considerations, FAO Corporate Document Repository, <http://www.fao.org/docrep/007/y5407t/y5407t0g.htm>

(2) 第五帝國議會での加藤政之助の法案提出理由より引用。
北海道ウタリ協会『アイヌ史資料編3』一九九一年、所収の帝國議會議事録25-32頁からの抜粋である。なお「北海道旧土人保護法」に関する研究としては、麓慎一『近代日本とアイヌ社会』日本史リブレット、山川出版社、二〇一一年がある。

(3) Preliminary study of the impact on indigenous peoples of the international legal construct known as the Doctrine of Discovery, E/C. 19/2010/13

2. 「予備的研究」第一章

(1) 「発見の法理」および「支配の枠組み」概念

「予備的研究」は、第一章序論、第二章「発見の法理」の地球的規模における射程に関する将来的な研究、第三章「発見の法理」の歴史と地球的規模での射程、第四章支配の枠組み、第五章「発見の法理」とアメリカ合衆国、第六章無主地論、第七章現代における「発見の法理」、第八章結論、および第九章提言、
無主地論とジョンソン対マッキントッシュ判決、第七章現代における「発見の法理」、第八章結論、および第九章提言、
によって構成されている。本稿では、その概要を紹介し、若干の検討を行う。

そこでこの研究において中核となる「発見の法理」および「支配の枠組み」(Framework of Dominance)という概念
について述べる。

「発見の法理」でいう発見 (discovery) は、日本の国際法学における研究の第一人者であった太壽堂鼎によると、大航海時代のスペイン、ポルトガルが「自国の探検家の発見という事実に基づいて、新世界の広大な地域から競争者を排除」するために主張されたものである。⁴⁾

「予備的研究」では、「アフリカ、アジアおよび南北アメリカの改宗せざる現地人 (the uncovered natives) に対して、主権を及ぼし統治を行う権原が発見によつて与えられること」が、「十五世紀のキリスト教国世界での原則」として認められてきたとするアメリカ合衆国テネシー州最高裁判所判決を引用し、こうした法理が国内および国際面での法制に組み入れられた結果、先住民族の人権が侵害され続けている構造に注目している。

ローマ法での Dominium が絶対的な所有権を意味し、それから派生した用語である Dominatio が財産を基礎とする人

的な支配、政治権力まで含むことから「予備的研究」では、先住民族そのものと土地および資源に対して国家が主張する「主権」とか「支配権」を含意するものとして、「支配の枠組み」(Framework of Dominance)という概念を提示している。⁽⁶⁾

(4) 大壽堂鼎『領土帰属の国際法』一九九八年、有信堂、30頁。
なお同書では、「発見優先の原則」として言及されている。

(5) 「予備的研究」3頁。State v. Foreman 16 Tenn. (8Yerg.) 256,277 (1835) を引用。

(6) 「予備的研究」4頁 脚注2。

3. 「予備的研究」第二章

(1) 第三章の概要

「予備的研究」は、第三章において一四五五年のローマ教皇ニコラウス五世 (Nicolaus V) の勅書である *Pomnus Pontifex* (以下、勅書) をもって、大航海時代ヨーロッパのキリスト教国による欧州以外の民族とその土地、領域および資源に対する主権の主張の起りりと位置づけている。⁽⁷⁾ まず勅書においては、「サラセン人および我々の知らぬ遠隔の地に住む異教徒たる敵」の行き過ぎを抑え、またこれらの者の王国を打ち負かすカトリック王および諸侯に対して、特別の恩寵を与えれるとの教皇の狙いが示されている。また、キリスト教徒でない者をカトリック王の下に従属させる「征服」行動が大した苦勞や代償なく行われることへの教皇の称賛の意も示されている。⁽⁸⁾ このことから、キリスト教徒以外の人民に対する支配のための「征服」行動およびこれらの者の土地の領有権を教皇が命じたものと、「予備的研究」はとらえる。また「キリストの眞の兵士」たるポルトガルのエンリケ航海王子がキリストの教えを広め、異教徒である者を「征服」することができれば、神への責務を果たすことになろうと勅書が述べていることについても、「予備的研究」は「支配の枠組み」を示しているとする。⁽⁹⁾

では、ポルトガルによる「発見」は、どの地理的な範囲に及ぶのか。勅書は、ポルトガル人が航海と探検により「ギニア州」まで到達して島嶼、港および沿岸を領有する一方で、国王と王子が異教徒との間で戦争を繰り広げたこと言及する。そして戦争の結果、西アフリカ沿岸ほかの島々もポルトガルが「征服」し「平和裏に領有する」ことになったと認め、国王の許可なくしていかなる者もこれらの島嶼および港まで航海し、寄港し、交易を行うことが許されないと

した。⁽¹⁰⁾

「予備的研究」によると、こうした教皇の「祝福と認許」によって、ポルトガル王は異教徒とその土地、領域および資源に対する「完全なコントロールの権利」を当然のものとして獲得した。また、先住民族とその土地を「譲与」、「発見」、「征服」、「領有」しコントロールする権利が国王とその国家にあるとする主張こそが、「予備的研究」の指摘する「支配の枠組み」を構成するとされる。⁽¹¹⁾この場合に、先住民族が異教徒であることが決定的であり、勅書はさらに続いてポルトガル王とその後継者が「サラセン人と異教徒」、また他のキリストの敵すべてを「征服」し、「奴隸」化し、土地と財産を獲得し、「改宗」させる「権限」を与えている。これは「予備的研究」によれば、他の者に属する物の強制的な収用を合法化し、かつこの征服の権利が永久に付与されたことで、ポルトガル王だけでなく条約を締結したほかのヨーロッパ諸国にも領有権が国際法上移転したとされるのである。⁽¹²⁾

- (7) 「予備的研究」6頁。英語での表記及び日本でのカトリック中央協議会が採用する教皇名は、それぞれ Nicholas V、ニコラオ5世。この勅書の原典と英語訳は、Frances Gardiner Davenport, *European Treaties bearing on the History of the United States and its Dependencies to 1648*, Carnegie Institution of Washington 1917, 224頁。
- (8) 「予備的研究」6頁。Davenport, 21p.
- (9) 「予備的研究」6頁。Davenport, 22p.
- (10) Davenport, pp22-23.
- (11) 「予備的研究」7-8頁。
- (12) 「予備的研究」8頁。

(2) 第三章の検討

では第三章の議論をどのように評価するか。国際法学説史の古典的著作の中でヌスバウムは、勅書に基づいた領土の譲与が、世界に及ぶ教皇の「至高の主権」、とりわけ「あらゆる国々に福音を広め、キリスト教の敵の抵抗を打倒する権利・義務を振りどころ」にしていた、と指摘した。そしてヨーロッパの君主たちによる「植民地化」事業が、教皇の勅書によりその「威厳を高め」、またカトリック教会の協力で外国の「キリスト教化」を推進できたことにも言及した。⁽¹³⁾

すなわち、「予備的研究」でいう「支配の枠組み」という概念を持ち出さずに、当時のヨーロッパ君主による植民地化がキリスト教の布教活動と不可分であったことを示唆したのである。

一方で太壽堂は、キリスト教君主が既に「発見」した土地における権利の確認のみならず、将来「発見されるべき」土地について「あらかじめ独占的な権利」を教皇へ要請した事例の一つとして勅書に言及した。⁽¹⁴⁾ ただし勅書に基づく土地獲得の認許の国際法上の効力について、太壽堂は否定的である。一四九四年のトルデシラス条約においてスペインとポルトガルは、相互の関係において教皇が「介入する権限」を認めず、条約により植民地の分割を行う自国の「権限を主張」し、また英、仏のような国家が教皇の認許による領有を拒否した「実行」を引き合いにしている。⁽¹⁵⁾

よって「予備的研究」が「発見の法理」の源流として一四五五年勅書をあげて論証しているのだが、のちの近代国際法の原則としてそのまま受け継がれていった、という結論には疑問の余地がある。

(13) Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, Macmillan, 1950, pp24-25.

ニユスボーム著、広井大三訳『国際法の歴史』、成し社、一九九七年、36-37頁。

(14) 太壽堂、前掲書、24頁。

(15) 太壽堂、前掲書、25頁。

4. 「予備的研究」第五章

(1) 第五章の概要

「予備的研究」第五章では、アメリカ合衆国の「インディアン法制」が「発見の法理」と「支配の枠組み」を適用した原型だとし、特に一八二三年の連邦最高裁判所のジョンソン対マッキントッシュ事件判決をとりあげて分析する。本件の際は以下の通りである。合衆国の独立以前に（一七六三年の英国王布告により土地売買が制限されていたのにかかわらず）当時のバージニア植民地に包含されたイリノイ (the Illinois) とピアンカショー (the Piankeshaw) の2つの「インディアン国家」(Indian nations) の土地が原告の先祖である Johnson に売却された。のちにこの土地を連邦政府から譲渡されたという被告マッキントッシュと原告ジョンソンの間で所有権をめぐる裁判になった。判決において首席裁判官のジョン・マーシャルは、ヨーロッパ諸国がアメリカ大陸の「発見」によって、「土地を獲得し、入植地を建設する」権原を得たという、いわゆる「発見の法理」を展開した。一方で、先住民族には「土地の正当な占有者」としてその利用を行うことが認められたものの連邦政府にのみ土地の処分権があるとして、民間人は先住民族から土地を購入できないと判示した。⁽¹⁶⁾

「予備的研究」によれば裁判の狙いは、独立後の合衆国が「アメリカ・インディアンという政治的アイデンティティならびにインディアンの土地権原という概念」を作り出して西部への植民地拡大を図る必要があったという。その点を端的に表現したのが「自国の臣民または当局が発見を行った政府に対して、他のヨーロッパ政府に対抗する権原」が発見により与えられること、そして「占有 (possession) によりこの権原が完全なものとなる」という判決の部分であ

る。⁽¹⁷⁾この結果、先住民族には先祖伝来の土地に対する一時的な占有権の権原のみが認められ、この権原は欧米諸国が有する「絶対的で究極的な権原」の下に従属することになる。⁽¹⁸⁾

では、イギリスが得た「発見」の権原はどこから由来するか。「予備的研究」が注目したのは、判決において英国王がジョン・カボットなどに発出した開封勅許状のなかで「発見」という原則が明示されていたことをあげている。つまり一四九六年に当時のヘンリー七世が「英国王の名においてカボットたちに対して、キリスト教徒に知られていない国々を発見し、それを占有する」任務を与え、その二年後にカボットが航海して北米大陸を「発見」し、バージニアまで到達したことから、英国の権原が発生したとする。⁽¹⁹⁾そして「予備的研究」の見方では、勅許状の中の引用した文言が前にあげた教皇勅書に由来するものであり、異教徒の土地への航海と領有という条件を満たす限り、スペイン、ポルトガル王に与えた教皇の譲与を英国王にも認めることになる。また「予備的研究」によると、判決には「支配の枠組み」を示唆する段落がある。すなわち「ヨーロッパ諸国が占有者としての現地人 (the natives) の権利を尊重する一方で、自らの究極的な支配権・所有権 (ultimate dominion) を主張」し、この「支配権・所有権」により「現地人が依然として占有している土地」を譲与できる権利を主張し、行使したのであって、この土地譲与は、「インディアン」の占有権のみを条件として譲り受け人に権原を移転する」ことと理解されてきた。⁽²⁰⁾

つまり「発見の法理」により発見者に排他的な権原が発生するため、現地人には土地の占有と使用の権利が認められるだけで「独立した国家としての完全な主権を有する権利」は「減少し」、「その土地を自由に処分する権限」が「否定される」ことになった。「予備的研究」の指摘では、先住民族の土地、領域および資源への自由なアクセスを得るためにヨーロッパ諸国は、「国家」が領域に対して「絶対的で排他的な権利」をもつという「国際法の第一原則」をアメリカの「インディアン国家」には認めず、この原則をヨーロッパ諸国間だけに限定して適用したとされる。⁽²¹⁾

(16) Johnson v. McIntosh, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

同事件の解説と評釈につき、次の文献がある。藤田尚則『アメリカ・インディアン法研究(一)——インディアン政策史——』北樹出版、二〇一二年。

同書では、「発見の法理は、インディアン土地の権利を保護することと、「インディアン土地の処分に関する連邦政府の排他的権利を認める」ために考えたされた概念であるが、「その後の裁判所の発見の法理の誤った解釈」により、インディアン土地への連邦政府権限が「無批判」で認められてしまったことの問題点を指摘している。前掲書、298頁。

(17) 「予備的研究」12頁。引用部分は前掲判例、573頁。

引用された段落を試訳すれば、下記の通りとなる。

(「植民地取得において領有権を主張するヨーロッパ諸国間で規律する」原則では自国の臣民または当局が発見を行った政府に対して、発見の結果、他のヨーロッパ政府に対抗して権原が与えられ、また占有によつて当該権原は完全なものになりえる。)

(18) 「予備的研究」12頁。引用部分は前掲判例、592頁。

(19) 「予備的研究」12頁。引用部分は前掲判例、576頁。

(20) 引用部分は前掲判例、574頁。

引用部分の試訳は、下記の通りである。

「ヨーロッパの様々な国家は、占有者としての現地人の権利を尊重する一方で、自らの究極的な支配権・所有権を主張し、こうした支配権・所有権の結果として、現地人が依然として占有している土地を譲与する権限を主張し、行使した。これらの譲与については、現地人の占有権のみに服することを条件として、譲り受けた者に権原が移転するものであると、すべての者が解してきた。」

「発見の法理」がヨーロッパ諸国と現地人(先住民族)の關係において、後者の「主権」(いわゆるインディアン主権)に及ぼしたかという点については、マーシャル判事は「購入または征服を通じてインディアン権原を消滅できる」ことをあげることと異なる。この関連で、次の論文が参考となる。Howard R. Berman, 'The concept

of aboriginal rights in the early legal history of the United States, *Buffalo Law Review*, Vol.27, No.3 (1978) 646-647pp.

(21) 「予備的研究」13頁。

なお、常設フォーラムのパネルディスカッションの際に、植民地の本国が国内先住民族の権利を法律、政策によって抹消できるとする、いわゆる「抹消原則」(principle of extinguishment)が本稿で言う「発見の法理」と同様の概念的な基礎を持つていることについて、参加者からの見解が示された。

Robert A. Williams, Jr., *The Doctrine of Extinguishment of Indigenous Peoples' Human Rights*, Eleventh Session of the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues, May 7, 2012

(2) 第5章の検討

「予備的研究」は、教皇勅書と合衆国最高裁判決に内在する「発見の法理」および「支配の枠組み」が合衆国の法制に「制度化」され、この結果、先住民族の権利を侵害する、土地と資源の収用が可能となったとするものである。⁽²²⁾ この結論は、ヨーロッパ諸国が植民地化した先住民族の土地について当てはまるかもしれない。しかし、ヨーロッパ人(またはその子孫)以外の者が先住民族とその土地を支配するアジア、アフリカにおいてはどうかだろうか。

「予備的研究」は第四章「支配の枠組み」において、先住民族という用語の定義を取り上げて分析し、そのなかに「支配」の要素を抽出している。はじめにパトリック・ソーンベリーの著書での定義を引用し、先住民族の土地へ後になって到来した異民族が「征服、入植その他の手段により」先住していた民族を「支配的でない」か「植民地」状況に置くことをあげる。つぎに先住民族の権利に関する国連人権高等弁務官事務所発行のファクト・シートでの定義をあげて、「入植者」が先住民族の土地に「侵入」し「支配」している点に注目する。そして先住民族の差別問題を調査・研究した(旧)

国連人権小委員会の特別報告者ホセ・マルチネス・コボが用いた「作業上の定義」を取り上げる。「予備的研究」によると、この定義も前の2つの定義と共通しており「侵入前」とか「植民地化より以前」という表現が、それぞれ「先住民族の領域への侵入」、「先住民族とその土地、領域ならびに資源に否定的影響を与えた植民地主義および植民地化のパターン」を含蓄しているという。さらに先住民族の土地における「現在は支配的な社会」というのは、先住民族に対して「優越的な力や影響力」を主流社会が持つこと、先住民族が「支配的ではない」とは侵略した社会による先住民族への支配を意味していると解釈する。⁽²³⁾

以上の「支配の枠組み」に関してはアジア、アフリカでの先住民族にも当てはまる。従って、「発見の法理」の世界規模での妥当性とは別に、全世界において先住民族の土地、領域および資源を奪う「支配の枠組み」は存在しうる。その国際法上の表現が、いわゆる「無主地」とその「先占」という理論である。これについては「予備的研究」の第六章において検討する。

(22) 「予備的研究」 13頁。

(23) 「予備的研究」 9-10頁。

5. 「予備的研究」第六章

(一) 第六章の概要

この章では歴史的に先住民族の人間としての価値を貶めるために、「無主地」(terra nullius)と「キリスト教に未だ改宗していない者の土地」(terra nullus)という二つの概念が用いられたことに焦点を当てる。

前者の「無主地」はローマ法に起源を持つものである。所有者のいない土地および「敵の土地」を指すものである。後者の用語は、19世紀アメリカの政治学者であるフランシス・リーバー (Francis Lieber) が用いたものであり、「異教徒、不信心者または未だ洗礼を受けていない者が住んでいる土地であつて、キリスト教徒からみれば所有者が基本的に存在していない土地」とされるものと言う。そして、キリスト教徒以外の者が住む土地とは「空白または誰も占有していない土地」とされ、キリスト教徒に所有の権利が認められるという。また「予備的研究」は、リーバーの議論を敷衍したバーク・ヒンズデル (Burke Aaron Hinsdale) の論文を取り上げる。ヒンズデルによれば、「無主地」論では「誰の所有に帰属しない土地が発見者のものになる」ということであり、ここで「無主の」というのが「不信心者の」と同義であつて「未だ所有者がいない」ものであり、「アメリカの野蛮人」は「不信心者」であることから、その土地が「無主地」としてとらえられることになる。つまり先住の者が未だ洗礼を受けていないから、その土地は「発見されるべき」地位にあるとされる。このようにして彼の理論は、前述のアメリカ連邦最高裁のジョンソン対マッキントッシュ事件判決で示された、究極的な「権原」としての「発見の法理」を示すものである。

次に「予備的研究」は、元連邦最高裁判事のジョセフ・ストーリー (Joseph Story) が一八三三年に刊行した連邦憲

法コメンタリーでのアメリカ植民地の起源および権原に関する記述を取り上げる。ここでは一四九三年のローマ教皇アレキサンデル六世の大教書がヨーロッパ君主に対して発見を根拠に非キリスト教徒の土地の領有を認めたとうえで、「その臣民によるかまたは政府の権限によるかを問わず、他のすべてのヨーロッパの政府に対抗して、発見により政府が権原を持つ」との原則が確立したと述べる。²⁷⁾

「予備的研究」によると、引用のくだりが、まさしくジョンソン対マッキントッシュ判決からの直接の引用であつて、このことからストーリーは同判決を前述の教皇大教書ばかりでなく、「支配の枠組み」を含む内容を有したヨーロッパ君主宛ての教皇諸文書という文脈でも位置づけたものである、と評価する。つまり、同判決では、誰にも帰属しない土地とインディアンの土地とは区別をすることをせず、英国王がインディアンの土地を誰もいない土地として扱つたといふのである。さらに「予備的研究」によると、二〇世紀前半のアメリカの国際法学者、ジョージ・ウィルソンも論文において、「英国、フランス、オランダ、ポルトガルおよびスペインの共通した主張は、従前にキリスト教徒に知られていなかった土地の発見により、キリスト教徒である発見者に所有の権利が」与えられるとの見解を示した。²⁸⁾

(24) 前述の太壽堂によれば、「国際法上の無主の土地とは、未だいかなる国家の領有にも属していない地域」であり、「その上に人が住み、或いは更に未開の部族が現実に土地を支配していても、国家の領土でなければ、この地が先占の対象」となるという。太壽堂前掲書、19頁。

(25) 「予備的研究」14頁

(26) 同上

(27) 「予備的研究」15頁 ストーリーの原典は、Joseph Story, Commentaries on the Constitution of the United States; A preliminary review of the constitutional history of the colonies and states, before the adoption of the Constitution,

(2) 第六章の検討

十九世紀の米国における「無主地」論が基本的には「支配の枠組み」を理論的に継承しているというのが「予備的研究」での論旨であろう。一方で「無主地」論を含めた「先占原則」が生まれ、十八世紀末には「植民地分割を規律する法原則」として確立するまでの過程を、法理論および国家実行を丹念に分析した太壽堂の研究について、「予備的研究」が何ら参照していない限界がある。特に太壽堂の議論においては、ヴァッテルの国際法理論における先占の規則として「土地の使用・定住・植民の如き行為」が現実の占有の要件とされたことを重視している。⁽²⁸⁾ またヴァッテルが「労働によって所有権を基礎づけ、先占の合法性」の根拠につき、ロックの所有権論にまで遡ることも太壽堂は論証している。⁽²⁹⁾ これらは「予備的研究」では欠けている重要な論点である。すなわち太壽堂による分析では、土地に対する人間の労働が所有権の発生根拠であり、「土地を豊富にもちながら、労働によつて改良を行わないアメリカ・インディアンの怠惰」が非難されるのである。同様に所有権の基礎を「労働」と「耕作」におくヴァッテルは、「新世界」での「遊牧民の部族」が居住も耕作もしない土地について、ヨーロッパ諸国による「合法的な先占」と「植民地」建設を認めたことを太壽堂は、「実効的先占」の要件に土地の使用・定住という事実がある点を重視するのである。⁽³¹⁾

では、人が定住する土地は植民地化を免れるのか。この点については、一九二六年に出版された、マーク・リンドレイの著作が重要な論点を提示している。つまり、何らかの「政治組織」を有する人々が居住する土地は、無主地ではな

いことが十九世紀までの学説において認められたとされる⁽²⁹⁾。即ち「かなりの規模の人々が、ある種の共通した上位者に対して日ごろより服従することで恒久的に統一されているか、または人々の間での相互関係において承認された基準に則つて行動する」場合に、これらの人々が占有する土地は、無主地ではないとされるのである⁽³⁰⁾。そうならば、「政治組織」に統一されていない人々が孤立して土地に居住する場合には、当該土地は無主地とされることになる。そこでキリスト教徒でない人々の居住する土地に対するヨーロッパ諸国による領有について、十九世紀までの国家実行を検討したリンドレイは、「発見の法理」が発見された土地の領有権を他のヨーロッパ諸国に主張するための理論であつて、実行行使による征服や領土の割譲という領域取得に関する「様式」が問題となつていないことに留意する⁽³¹⁾。そしてリンドレイからすると、ジョンソン対マッキントッシュ判決では、征服や割譲という様式を通じて「インディアン」の占有権を消滅させるための権利を発見が与えるのだという原則が提示されたことになる⁽³²⁾。

これに対して、「社会および政治組織を有する部族または人民が住む領域は無主地としてみなされない」とし、当該領域の主権の獲得は、「無主地の先占という原初的権原による一方的な行為」で実行されるのでなくて「現地の支配者との協定の締結を通じてなされた」のが国家実行である、という国際司法裁判所の勧告的意見が示されている⁽³³⁾。

(29) 大壽堂、前掲書、40頁。

E. de Vattel, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, Appliqué à la conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, Edited by James Scott, *The Classics of International Law*, vol. 1, 1916.

ヴァッテル研究会訳、山手治之監修、ヴァッテル『国際法』(四)「立命館法学」(一九六七)五・六号、の訳では「国際法が国民の所有権と主権を認めるのは、国民が現実にかつ事実上先占したか、そこに植民を行ったか、または国民が実際に使用する人の住まない地域に対してのみである。」

- (30) 太壽堂、前掲書、41頁。
- (31) 太壽堂、前掲書、38-39頁。
- ヴァッテル研究会の訳を引用すると、「新世界の発見によつて起きた少数のために全域に居住することのできない遊牧民しか見出されない広大な地方のいずれかの一部を国民が合法的に先占することができるかどうか」という問題につき、「これらの民族が居住することも耕作することもできない必要以上の土地を」自己のものとすることができないうえ、「彼らの定着性のない居住は眞の合法的占有行為」とみなされない、とされる。また「ヨーロッパの諸民族は野蛮人が特に必要とせず終始何ら利用していない土地を見出したとき」「合法的に先占し、そこに植民地を建設することができた」ともいう。
- (32) Mark F. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, Longmans, 1926, 20p.
- (33) *ibid.* 23p.
- (34) *ibid.* 29p.
- (35) *ibid.* 30p.
- (36) 一九七五年西サハラ事件。International Court of Justice, *Reports of judgments, advisory opinions and orders, WESTERN SAHARA*, advisory opinion of 16 October 1975, 第9段落より。
- なお、オーストラリアにおける先住民族の土地への権原を初めて認めた一九九二年のマボ判決で連邦最高裁判所の法廷意見は、「征服や植民地化を正当化するため今世紀(二〇世紀—本稿筆者注) 間際までのあらゆる時期に用いられた無主地という概念は、非難されるべき」とする西サハラ事件でのアムーン判事個別意見を引用して、「人の住んでいる土地が無主地として分類しうる国際法」が「もはや一般的な支持を得ていない」ものと判示した。マボ判決の抄訳と詳細につき、次の拙稿を参照されたい。
- 苑原俊明「オーストラリアにおける先住民族の土地権—ピーター・ハット教授論文の翻訳およびコメント—」
八千代国際大学紀要『国際研究論集』第八巻第一号(一九九五年) 113頁。

6. 「予備的研究」第七章

(1) 第七章の概要

本章で「予備的研究」は、米国連邦最高裁判決を経て教皇勅書に内在する「発見の法理」が、二〇世紀中葉の連邦最高裁判決にも受け継がれたことを指摘する。アラスカ州のティヒトン (Tea-Hit-Ton) の伝統的な土地を含む国有林について連邦政府が民間企業に森林伐採権を譲渡したところ、当該民族が土地と森林に対する所有権を根拠として損害賠償を求めた事件である。

本件では連邦政府側の弁護人が裁判所へ提出した事件摘要書 (Brief) の中で、国際法上「異教徒および不信心者の土地」が「キリスト教諸国」による獲得のため開放されているというのが認められた原則だ、とする。また、十九世紀中葉までは国際社会がキリスト教諸国で構成されていたという歴史を踏まえて、連邦政府側の弁護人は本件での「主張要約」において、ジョンソン判決での判示事項、発見による北米の領有権の件を繰り返すとともに、「主張」のなかで教皇勅書を根拠とした領土の譲与も言及した。³⁷⁾

一方で、本件での法廷意見を執筆したスタンレイ・リード最高裁判事は、別の連邦最高裁判決で法廷意見に反対して、ジョンソン対マッキントッシュ事件判決に基づく「発見の法理」を展開した。即ち、オレゴン州のティラムーク (Tillamook) インディアンズのアルシ・バンド (Alsea Band) の土地を連邦政府が収用したことに対する補償に関して、連邦最高裁はこれを認めたのであるが、リード判事の意見では、キリスト教諸国がインディアンの土地を「発見」したこと、これら諸国に対し発見された土地への主権および権原が与えられた、とするものである。³⁸⁾ ティヒトン事件でリー

ド判事は、連邦政府側の弁護人の主張を受け入れ、次のように判示した。

「連邦のあらゆる州において、州の土地に居住する部族が、白人の到来の後、ときに初源的なインディアン権原 (original Indian title) と呼ばれるもの、または白人からの占有の許可に基づき、その土地への請求を行ってきた」のであつて、こうした権利は、「連邦議会によつて所有権として特定して認められたのではない単なる占有」であり、主権者が譲与する占有権にすぎない、とされる。従つて、当該占有権は消滅せらるるし、法的な補償義務なしに主権者が当該土地を処分できる、とする。そしてリード判事は、このような「インディアン」の地位を合理化してきた法理論として「発見と征服により獲得した土地に対して、征服者には主権と所有権が」与えられることを、判示した。⁽³⁸⁾

この引用でわかるように「予備的研究」は本件の判決でも「発見の法理」と「支配の枠組み」が現れているという。さらに「予備的研究」が注目したのは、判決の引用部分の根拠として判決脚注に引用された、ヘンリー・ホイートン (Henry Wheaton) の『国際法原理』での「発見の法理」の位置づけである。「予備的研究」が同書での財産権に関する章から引用した箇所では、教皇勅書や英国国王の勅許状により、キリスト教徒以外の者が居住する土地を発見したキリスト教国に領有と支配が認められ、現地人たるインディアンの権利が消滅させられた経緯が記述されているのである。⁽³⁹⁾

次に「予備的研究」は、ニューヨーク州のオネイダ (Oneida Indian Nation) の土地に対する自治体の課税をめぐる紛争に関する、二〇〇五年連邦最高裁判決を取り上げる。ルース・ギンズバーグ (Ruth Bader Ginsberg) 判事による法廷意見では、「発見の法理」と題する脚注において、「植民者が到来した際にインディアンが占有していた土地の所有権が、主権者、すなわち当初は発見したヨーロッパ諸国、後には州および連邦に与えられた」としたのである。⁽⁴⁰⁾

- (38) 「予備的研究」 18頁
- (39) 「予備的研究」 18頁。括弧で引用した判決文の翻訳は筆者による。Tee-Hit-Ton Indians v. The United States, 348 U.S. 272² での第5・6段落の抄訳である。
- (40) 「予備的研究」 17頁
- (41) 「予備的研究」 18、19頁
- ホイートンからの引用部分で、本稿筆者が重要と考えたものを、以下訳してみる。「(十五、十六世紀) ヨーロッパの考えでは、世界の他の地域で異教徒の国家は、文明化された征服者による合法的な戦利品・餌食であつて、キリスト教諸国の間では教皇が領土要求の衝突を最終的に仲裁する人であつた。従つてアレクサンデル六世の大教書では、従前に他のキリスト教(強調部分は、原典のまま)国が既に占有していた土地をはずしてスペインに土地を譲与した。英国ヘンリー七世からのジョン・カボットとその子孫宛て開封勅許状では、異教徒および不信心者に属する、すべの島、地方、いかなる地域も探し出し、発見することを認めた。(中略) こうして現地のインディアンの権利は、キリスト教徒である最初の発見者の権利に従属し、発見者の領有主張は他の文明諸国の権利を排除し、そして現地人の権利を次第に消滅させた。」
- (42) City of Sherrill v Oneida Indian Nation of New York, 125 S.Ct. 1478³ 脚注は同書 1483頁から 1484頁まで。なおオネイダ民族がオネイダ郡を相手にした訴訟の一九七四年判決においても、連邦最高裁は「発見の法理」について同様の判事事項を示している。Oneida Indian Nation of New York v County of Oneida, 94 S. Ct. 772

(2) 第七章の検討

本章で引用された米国連邦最高裁の判例を個別に検討することは本稿では行わない。むしろ「予備的研究」がティヒトン判決の「文脈」(context)を顕わにさせているとして引用したホイートンの『国際法原理』の意義と、同書の他の箇所での先住民族に関連した記述について検討したい。同書第六版(一八五五年)を清国在住のアメリカ人宣教師マー

ティンが一八六四年に『万国公法』という題で漢訳したものを、一八六五年には日本に輸入され幕府の開成所が翻刻し、のちにいくつかの和訳本が出版された。山室信一によれば、日本に紹介された同書は「日本人の国際観念の形成にとつて、ひとつの祖型を成した」とされる⁽⁴⁾。

同書第二章国民および主権国家の第一七節の三においてホイートンは、「国家は市民社会にまだ形成されておらず、定住もしない一群の流浪の野蛮人と区別される。国家という法的観念は、優越性を付与された者への構成員による日常の忠誠、固定された居住および特定した領域を所屬する構成員が占有するという観念を当然に含意するのである。」とする。これは本稿で先に述べた、国際法上「無主地」とされない「政治組織」の存在という要件のことを想起し、またロックやヴァッテルの議論で示される「遊牧民」を「野蛮人」としてとらえる見方（偏見）も連想させる。また同書第二章第三十八節は、米国内の先住民族の地位について当てられている。ここでは「インディアン」が合衆国という「他国の排他的保護関係の下に置かれた半主権国 (semi-sovereign States)」であり、「これらの野蛮な部族のいくつかは、国家としての火 (national fire) を全く消し去り、その居住する領域の範囲内で州の法律に服従し、条約を通じて他の者はその国家としての存在を州の意思に委ねることを承認し、またある者は制限された主権と土地への絶対的な財産権を保持している」とされる⁽⁴⁾。最後のグループは、一八三一年連邦最高裁のチェロキー対ジョージア州事件判決で合衆国「国内での従属した国家」(domestic dependent nation)たる地位を認められた、チェロキー民族のことである。こうした北米の先住民族を束縛する法体系が一九世紀はじめの判例で形成され、主権を制限された国家（民族）の事例として国際法の著作に取り上げられた訳であるが、その前提には「予備的研究」のいう「発見の法理」と「支配の枠組み」が存在していたということになる。

(43) 山室信一『思想課題としてのアジア』岩波書店、二〇〇一年、222-224頁。ヘンリー・ホイートンは、十九世紀アメリカの国際法学者、外交官。

(44) 以上のホイートンの引用文の翻訳は筆者による。原典は、Henry Wheaton, *Elements of International Law*, eighth edition, (ed.) Richard Henry Dana, Boston, 1866, 138-139pp

なお十九世紀後半イギリスのケンブリッジ大学にて国際法講座を担当した、ジョン・ウエストレークの著作、『国際法要論』(*Chapters on the Principles of International Law*, 1894)においても、「発見の法理」と「支配の枠組み」の影響を見いだすことができる。同書第七章(特に文明化されていない地域との関連における、領域主権)において、「文明化されていない現地人と国際法上の地位」という項目で、「文明化されていない現地人」(*Uncivilised Natives*)、つまり欧州以外で欧州諸国のような政府・政治組織を有していない先住民のすむ地域に関連し、「新たに発見された地域の領有が、いわゆる領有取得の自然な態様を規律する原則として参照される場合に、われわれ(本稿筆者注)ウエストレークたち欧州の人々の習慣からすればわずかな土地の区画でも十分である土地に対して、文明化されていない現地人が占有していることは、最初の文明化された者による占有の権利への重大な障害」とはならず、先住民の住む土地が「無主物」とほとんど区別されていなかったとするのである。また同じ章での「文明化されていない部族」(*Uncivilised Tribes*)との条約」という項目では、ジョンソン対マッキントッシュ事件判決のマーシャル首席裁判官の判決部分(本稿第四章(一)第五章の概要で紹介したもの)を引用して、「インディアンはその同意を求めることが必要とされずに政治的な支配 (*political subjection*) の下におかれた際に、土地に対して依然として保有したとされる権利」が、占有者の占有権にあたる⁶。この判決の趣旨も紹介している。John Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, Cambridge, 1894, 137p and 147p.

結びに代えて

「予備的研究」第八章は、研究の結論として、本稿で紹介した「発見の法理」と「支配の枠組み」が五百年以上にわたり、学説と国内判例のなかで、そして関係する法学者や裁判官の見解のなかに受け継がれてきたことを指摘している。⁽⁴⁵⁾この歴史による「呪縛」は英国の植民地における「先住民族」の土地権および自己決定権の侵害をもたらしたのであるが、それでは世界のほかの地域に存在する「先住民族」に対する、「発見の法理」と「支配の枠組み」がどのようなものであったか（または現在も続いているのか）。「予備的研究」はこの点でははつきりしていない。その第九章では勧告として「予備的研究」で提起した問題点（イッシュュー）をさらに包括的に分析・評価し、研究を進化させるよう提案している。⁽⁴⁶⁾

二〇一二年の常設フォーラムは、「発見の法理」が先住民族に及ぼした影響と救済措置について、特に国連宣言の第二十六条ないし第二十八条、第三十二条および第四十条を参照し最終的な調査・研究を行うために、フォーラム委員のエドワード・ジョンを報告者に任命し、次期フォーラムに報告書を提出することを求める決定を行った。⁽⁴⁷⁾本稿執筆の時点でこの報告書が出ていないが、公表され次第、先に述べた問題点を含めた更なる分析を行いたい。

(45) 「予備的研究」19頁および20頁

(46) 「予備的研究」20頁

(47) E/2012/43-E/C.19/2012/13 第112段落

国連宣言第二十六条は先住民族の土地、領域および資源に対する権利、第二十七条は土地、領域および資源に対す

る権利の承認と裁定手続き、第二十八条は土地、領域および資源の原状回復、補償および救済措置を受ける権利、第三十二条は土地、領域または資源の開発に関する権利、第四十条は国家と先住民族の間の紛争解決・救済に関する権利、をそれぞれ定めている。

キーワード

「発見の法理」、「支配の枠組み」、先住民族、国連「予備的研究」、ジョンソン対マッキントッシュ判決