

【論文】

樺太における先住民への「外地法」適用の実態

加藤 絢子

要旨：大日本帝国下では、台湾・樺太・朝鮮の植民地の現地住民（外地人）は、本国人（内地人）とは異なる法的地位にあり、彼らに対しては外地法が属人的に施行されていた。それは現地異民族の異なる慣習（旧慣）を考慮した上での、内地の民法・刑法とは異なる特例であった。しかし、実際の判例でその慣習がどのように近代法のなかで特例として扱われていったのかについては未だ明らかになっていない点も多く、またその判例をみなければ、先住民への実際の法的な統治状況を知ることもできないだろう。本稿では、その一例として、日本統治下の樺太先住民について、その特例法の制定過程と現地での旧慣調査および判例から、外地法適用の実態を探る。

キーワード：樺太先住民、旧慣、外地法

はじめに 日本統治下の植民地民族と近代法

大日本帝国の形成と異法域の設定

1867年に成立した明治政府は、西欧列強による植民地主義の拡大のなかで、彼らとの不平等条約の改正を目指して近代化を進めた。それは日本の領域を近代的な領土概念にもとづいて囲い込むことであり、その過程で江戸幕府期には異域であった琉球王国や蝦夷地を統治下に組み込んでいった。

このように国家形成が近代化／西洋化と密接に結びついていたことは、日本近代史において近代法の整備が重要な位置にあることを意味する。つまり、西洋的な近代法を受容することによって近代国家としての日本を対外的にアピールし、一方で国家政策の遂行や国民統合の手段として近代法が重宝されるからである（鶴飼 1958：1-3、吉井 1974：447）。

日清戦争以後新たに獲得された領土についても、法的な問題は植民地政策や本国との政治権力関係において当然に重要であった。大日本帝国憲法（以下「帝国憲法」）ではこれらの領土に関する規定がなかったため、憲法をはじめとする本国法令（以下「内地法」）との関係は議論的になることが多かった。それは帝国憲法の植民地への施行の是非をめぐる帝国内の法秩序という側面のほかに、本国政府と植民地統治機関との権力関係や、植民地住民の統合に関する立法政策などの多面的な要素を持っていた（春山 2008：224）。

大日本帝国の最初の植民地となった台湾では、台湾総督が法令と同様の効果を持つ命令発布権を持ち、帝国憲法は施行されなかった。大日本帝国統治下の初期の台湾では、大英帝国型の間接統治をモデルとする後藤新平によって、立法政策のための大規模な旧慣調査がおこなわれた。同調査による不動産の権利関係を整理することは、地租を設定するためにも急務であった。しかし第一次世界大戦後、民族自決や領土不拡大の原則が国際的スローガンとなった原内閣のもとでは、台湾への法的政策にも変化が現れた。六三法の後に制定された三一法では、議会の協賛を得て施行される勅令が台湾総督による命令よりも先に明記され、台湾総督の武官専任制も廃止された。

帝国秩序としての植民法と、その運用実態

帝国臣民は内地臣民・外地臣民に分けられ、さらに外地臣民は植民地である台湾・樺太¹・朝鮮と、委任統治領である南洋諸島に区分されていた(美濃部 1935:143、宮澤 1942:53)。

しかし、このような法的地位を判例からみても、その実態は多少様相を異にする。外地人のみに関する事件は旧慣によるが、どのような処置にするかは最終的には裁判官の「便宜」によると規定されているからである(樺太庁長官官房 1912:6)。またその旧慣自体も、日本の統治が進むにつれて変化していくと考えられるからである。台湾では領有当初に行われた旧慣調査の成果は時代錯誤となっており、司法実務家には不評であった(呉 2006:131)。参政権や徴兵義務などの、行政府、立法府そして軍に密接している法的事項ではない法実務という現場では、帝国秩序として存在する異法域とその法体制を、個々の事件とすり合わせて調整するというまさしく「便宜」的判断を下していくことが彼らの任務であった。

つまり外地人に関する判例は、帝国秩序としての法域や、立法過程における本国との政治力学的関係という要素を背景に成立している帝国の法秩序を、判例というもう一つの「秩序」で表しているものであるということができよう。

旧慣調査と法の運用

植民地への旧慣調査には、行政・大学・司法などによるものがある。行政は主として統治民への適切な法体制や各種権利関係の整備のために旧慣調査をおこなっている。これに対し大学・学会等の学術機関や研究者が主体となりおこなう旧慣調査では、法学者のほかには人類学・言語学といった他分野の学者によるものもある。最後に司法による旧慣調査では、裁判での判断材料のために裁判所や検察官が調査をおこなう。

「旧慣」とは単に古い慣習を意味するのではなく、日本帝国の統治以前から現地に普及していた慣習を意味し(春山 2008:245-260)、そこには先住民の伝統的文化というものにとどまらず、前統治国家であった清国(台湾)やロシア帝国(樺太)の法令も含まれる。

大日本帝国にとって最初の植民地であった台湾に関する特例法は、その後獲得される樺太・朝鮮における法整備のモデルとなった。しかし同じ植民地といっても台湾・朝鮮と樺太は植民地の行政機関としての独立性や権限に違いがあった。最も大きな違いは行政長官の権限であり、台湾・朝鮮は法律と同様の効果を持つ命令発布権を持っていたのに対し、樺太の行政長官はそのような権利を有しておらず、裁判所構成法も台湾・朝鮮には施行されなかったが、樺太には施行されていた。帝国憲法下では立法権は天皇のみが持ち、また立法にあたっては帝国議会の協賛を経なければならないという前提がある(帝国憲法第5条・第6条²)。そのため最初に台湾総督が命令発布権を持つことは帝国憲法違反の是非を問う議論となった。そして樺太ではこのような強大な権限を行政長官が持つことは原敬によって阻止された(春山 2008:188)。樺太は同じ植民地であったが、異民族による抵抗の少なさや、内地からの移住者の多さから従来の植民地研究では同地の外地性に着目するものが少なく、それが植民地研究で位置づけられることはなかった。よって、本稿では樺太の外地人(先住民)に関する旧慣調査とその運用の実態と、それが他の植民地とどのような相違点を持つのかを考察したい。

1. サハリン南部の領有と、外地法の制定

1-1. 講和条約の締結と現地先住民の把握

日本軍による樺太全島占領後、1905年9月に日露講和条約が締結された。講和条約第10条によれば、千島樺太交換条約第5款と同様に、サハリン在住のロシア帝国民はロシア国籍の喪失なしにそのままサハリンに留まることできた。しかしこの条約では、「千島樺太交換条約」にあるような先住民に関する特別規定がなかった。このため先住民の国籍については日ソ国交樹立後まで不明の状態であった（加藤 2012：57-67）。以下は日露講和条約（1905（明治38）年9月1日調印）（外務省条約局 1936-40：2478）第10条である。

「日本国ニ譲与セラレタル地域ノ住民タル露西亜国臣民ニ付テハ其ノ不動産ヲ売却シテ本国ニ退去スルノ自由ヲ留保ス但シ該露西亜国臣民ニ於テ譲与地域ニ在留セムト欲スルトキハ日本国ノ法律及管轄権ニ服従スルコトヲ条件トシテ完全ニ其ノ職業ニ従事シ且財産権ヲ行使スルニ於テ支持保護セラルヘシ日本国ハ政事上又ハ行政上ノ権能ヲ失ヒタル住民ニ対シ前記地域ニ於ケル居住権ヲ撤回シ又ハ之ヲ該地域ヨリ放逐スヘキ十分ノ自由ヲ有ス但シ日本国ハ前記住民ノ財産権カ完全ニ尊重セラルヘキコトヲ約ス」

占領当時、樺太アイヌ以外の先住民については把握できていない状況であったが、日本副領事鈴木はアイヌに対して、彼らが従来日本統治下に入り、今後日本の支配下に入ることを望んでいるならばこの際喜んで帰化させるべきで、アイヌ以外の先住民についても、「従来ノ関係上アイヌ人ト異ナルコトナカルヘシト信ズルナリ」と報告に残している（外務省編 1959：886-889）。実際、条約上の日本国籍の得喪に関係なく、先住民は戸口調査・国勢調査の対象に含まれていった。後述するように、樺太庁設置後「土人」に関する法令も制定されていき、条約上の国籍解釈はともかく、彼らは植民地の異民族として外地法の適用対象となった。

1-2. 先住民に関する法律 —旧慣との関係から—

日露共同統治から交換条約を経て、日本統治下となったサハリン南部において、先住民の権利はどのように規定されたのか。以下では彼らの「特例」＝外地法の性質に関連する法令をみていく。

「樺太ニ施行スヘキ法令ニ関スル件」の制定

日露戦争による占領後、長らく軍政が続いていた樺太であったが、1907年に樺太庁官制（明治40年3月15日勅令第33号）が公布され、ようやく民政が布かれることとなった。さらに同時期に「樺太ニ施行スヘキ法令ニ関スル件」（明治40年3月29日法律第25号）が制定された。この法律は、樺太への内地法の適用について規定したものである。台湾領有時には「台湾ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律」（明治29年法律第63号）、いわゆる「六三法」が制定されていたが、その主な内容は台湾総督が「法律の効力を有する」命令発令権付与（第1条）と、現行内地法および将来定める内地法の台湾への適用は勅令を以て定める（第5条）というものであった。同法は、台湾を、帝国憲法を頂点とする内地法域か

ら除外し、帝国議会を経ずに法律と同様の効果を持つ命令を発令できる権利を台湾総督に付与するという点で、帝国議会・法曹界・法学界で議論の対象となった（春山 2008 : 155-221）。また、総督府には命令発令権に加えて軍事的にも大きな権限が与えられており、大陸への足がかりとして台湾を重要視する軍にとっては台湾のこのような統治体制は都合のよいものであった（春山 2008 : 187-188）。結局、六三法に関する議論は収束へ向かい、同法は改正を経て時限立法ではなくなったが、原敬内務大臣は民主政治に反する台湾統治体制に反感を持ち、樺太に対しては軍が政治的権力を強める統治体制を実現させようとはしなかった（春山 2008 : 188）。結果として、樺太庁長官は府県知事よりやや強い権限を持つのみにとどまり、台湾総督や、後の朝鮮総督が持つような命令発布権は持つに至らなかった。

しかしながら、樺太においても、台湾・朝鮮と同様に、内地法がそのまま同地に適用されなかった。原敬内務大臣は、樺太には台湾総督の命令発布権を与えず、「方針トシテハ内地同様ニ看做シテ居ルノdeal」としながらも、「併シナガラ新ニ領土ニ帰シマシタコロノ樺太ニ、現在行ハル、トコロ若クハ将来行ハレマストコロノ法律ガ、其儘内地同様に樺太ニ全部施行セラル、ト云フコトハ、樺太ノ今日ノ事情ニ於テハ出来ヌコトデアリマス」と続け、これは内地でも沖縄や北海道で内地法上の特例があるのを「斟酌」した結果の処置であるとした。そして、勅令をもって内地法を樺太に適用する上で、「其儘行ヒ得ザルコト」があるとし、その一つに「土人ニ関スルコト、是ハ内地ノ普通ノ人民同様ニハ支配スルコトガ出来ヌ」と、先住民を挙げた³。以下、後述でも参考とするために本法律を掲げる（樺太庁長官官房編 1912 : 1）。

樺太ニ施行スヘキ法令ニ関スル件

四十年三月二十八日
法律第二十五号

法律ノ全部又ハ一部ヲ樺太ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム但シ左ノ事項ニ関シテハ勅令ヲ以テ特別ノ規定ヲ設クルコトヲ得

- 一 土人ニ関スルコト
- 二 行政官庁又ハ公署ノ職権ニ関スルコト
- 三 法律上ノ期間ニ関スルコト
- 四 裁判所又ハ裁判長カ職権ヲ以テ選任シ又ハ選定セル弁護士訴訟代理人又ハ訴訟承継人ニ関スルコト

附 則

本令ハ明治四十年四月一日ヨリ之ヲ施行ス

帝国議会での議論

樺太庁長官は台湾総督のような強い権限を持たなかったが、帝国憲法が樺太に当然には施行されず、勅令によってそれが可能となるという点は台湾と同様であった。このため、議会を経ずに勅令で定められた法律の存在が立憲主義に反するのではないかとの懸念が衆議院・貴族院で論じられた。結局は、内地法を逐一修正して樺太の特例を反映させるよりも、勅令をもって特例を定めるほうが便宜的であり、この点からも、「法律論」では帝国憲法をはじめ内地法が樺太に当然行われるとしても、立法論上では個々の対応が必要となる、という政府委員（法学博士岡野敬次郎）の意見⁴に反対議員も「やむなく」賛成するかた

ちとなった⁵。

さて、本法律案第1号「一 土人ニ関スルコト」についても、ある種の「法律論」上の議論が生じた。政府委員で樺太民政署民政長官の熊谷喜一郎は、先住民について特別規定が必要である理由として、彼らの「生活程度」の低さと「風俗習慣」の違いを挙げた⁶。と共に、彼等が「日本臣民」である以上、「憲法上ノ裁判ヲ受クル權ヲ奪フヤウナコトハシナイ積リ」と、彼らに対する権利保障には言及している。

しかしながら、議員側が気になったのはそれよりも、「土人ニ関スルコト」に内地人の権利が関与するかどうかであった。つまり、「土人ニ関スル」事件に内地人が関わっている場合、その内地人に対しても勅令による特例が適用されるのか、という疑問である。これは樺太における内地人の権利問題にかかわることであった。これに対して熊谷長官は、訴訟に関してはこの特例は「土人間」のみの訴訟で、内地人が原告あるいは被告になった場合は、内地の法律によると返答した⁷。ただしこれはこの答弁時点で確定あるいは詳細が決まっているのではなく、熊谷長官も「ソレハソソナ折ニハサウナケレバナラヌモノト思ヒマスガ、愈々サウスルト云フコトヲ今此処デ申スコトハデキマセヌ」と述べている⁸。花井卓蔵議員が今後そうなるかについて確認するも熊谷長官は「ハッキリシタ見込ミハアリマセヌ」と言っていることから、占領地の異民族の風俗の違いから特例が必要となることを本規定で定めたが、その詳細についてはこの時点では具体的には決まっていなかったのであろう。すでに「樺太地方裁判所及ヒ同管内ニ区裁判所設置ニ関スル法律」（明治40年3月29日法律第28号）が出ており、樺太では内地と同じ裁判所法体系が布かれるというなかで、この「土人ニ関スルコト」が内地人の裁判の待遇に影響するか否かは十分議論され得る事項であった。そのため、これに関する明確な規定を求める声もあった⁹。

貴族院議会でも「土人ニ関スルコト」が内地人の権利との関係でどのような効力を持つのか、議論が生じた。特に漁業権や土地の売買について、特例によって先住民の漁場や土地を購入することができなくなるのではないかと、との質問もあった。

「土人に関すること」の詳細についての規程

政府は、「樺太ニ施行スヘキ法令ニ関スル件」が帝国議会で採択されたその日に、「司法ニ関スル法律ヲ樺太ニ施行スルノ件」の勅令案を閣議に提出した。この勅令案は、「樺太ニ施行スヘキ法令ニ関スル件」で規定された、勅令で定めることができる4つの特例事項の詳細を定めたものである¹⁰。その内容は、勅令をもって樺太に施行する内地法計63法のほか、特例4つに関する詳細の取極めであった。本勅令で裁判所法・民事法・刑事法・訴訟法などが樺太に適用されることとなった（明治40年勅令第94号）。本勅令案は同日中に閣議決定され¹¹、同月31日に公布された¹²。先住民に関しては、第2条で、「樺太ニ於ケル土人ノ外ニ関係ナキ民事ニ関スル事項及ヒ土人ノミニ対スル刑事ニ関スル事項ハ従来ノ慣例ニ依ル 前項ニ関スル訴訟手續ハ裁判所ノ便宜ニ従フ」（樺太庁長官官房編 1912：6）と規定された。これは、「樺太ニ施行スヘキ法令ニ関スル件」に関して議会で議論された事項であった。

2. 旧慣適用の実態

『日本統治下の樺太』（外務省条約局 1969：92）には、「樺太土人（主としてアイヌ族）

の風俗習慣」の項目で、「領有後土人の民刑事に関する事項は、すべて酋長又は総代の直接執行を許さず、当局においてかれらの旧慣にのっとり執行することとなったが、昭和8年1月樺太施行法律特例の改正（昭和7年12月勅令第373号）により、アイヌ族のみは内地人同様民刑事法の適用を受けることとなった。しかしてアイヌ族以外の土人全部に対しては刑事法のみ適用される。」と記されている。確かに、後に公布された「樺太ニ施行スル法律ノ特例ニ関スル件」（大正9年5月1日公布勅令第124号）でも先住民の訴訟に関しては明治40年勅令第94号と同じ内容であった¹³。つまり、条文によれば、樺太先住民のみに関係する民事・刑事事項は従来の慣例によるが、これに関する訴訟手続きは裁判所の管轄下にあるということになる。1932年の樺太施行法律特例改正（昭和7年12月13日勅令第373号）¹⁴ではこの規定がさらに改正され、樺太アイヌは内地人と同じく民事法・刑事法の適用を受け、その他の「土人」については「民事ニ関スル事項」のみ、慣例によると規定された。つまり、その他の「土人」は「刑事ニ関スル事項」のみ内地と同じ法待遇となった（加藤 2012 : 57-67）。

以下では、司法・行政機関が彼らの「慣例」をどのように把握していたのか、またそれをどのような「便宜」で取り扱っていったのかをみていく。

2-1. 裁判所の旧慣調査

「樺太地方裁判所及同管内ニ区裁判所設置ニ関スル件」¹⁵によれば、樺太には「ウラジミロフカ」に樺太地方裁判所と「ウラジミロフカ区裁判所」が、「マウカ」に「マウカ区裁判所」が設置されることとなった（第1条）。先述したように、樺太は内地の裁判体系に含まれていた。

初代樺太地方裁判所長であった中谷速水は1907年から1912年までその職務に在任していた¹⁶。

彼は1909年9月に『法曹記事』にて、「雑録 樺太在住の土人及其旧慣」（以下「雑録」）という題で論考を寄せている（中谷 1909 : 87-91）。脚注によればこの論考の内容は中谷が「監督庁」に提出した報告書の一部であった。「雑録」の前半では、「アイヌ」「ギリヤーク」「オロチヨン」「ズングス」「サンダー」の「土人」の生活について、「アイヌ」と「其他四種」に分けて記述されており、アイヌについては、「露領時代以来罪辟に触れ処刑せられたるか如きもの殆んど無之近来世事に馴れたる石狩「アイヌ」の続々帰来せると邦人の多数入り来りて悪智慧を注入するが為め漸次彼等質朴の微風を失ふに至るの傾きあるは痛嘆の至りなり」と、交換条約後も樺太に残留したアイヌと、内地へ渡ったアイヌとを区別している。その他の民族については、「毫も貯蓄の観念なし然れとも海豹及海驢の油は彼等土人の必要欠くへからざる食糧なるを以て常に之を貯蔵し殊に冬季氷雪を冒して山中に棲息する間は該油を用ひて飢餓を凌ぐと云ふ」と、近代的な「貯蓄観念」はないが、必要不可欠な食糧である油については常に「貯蔵」し、飢えに備えているとの記述もある。また、彼らがロシア語・日本語に「相当の理解力を有し」ていることから、「教ゆへからざる民族にあらざることを知るに足れり」と評している。

「雑録」の後半では先住民の旧慣と近代法適用の関係についても述べている。彼は明治40年勅令第94号で規定されたように、先住民に対しては「慣例」によるとされている以上、その慣例について「着任以来其調査に付ては大に探究を試みつつありと雖とも従来慣

例と称すへき程のものなきに因るか將た彼等秘して之を告げざるに因るか未だ左記二三事項の外之を探究し得ざるは遺憾なりとす」と、訴訟上役立つような旧慣が見つかっていない状況を述べている。中谷のいうところでは、「元來權利思想なく又財産所有の觀念なく只僅かに衣食の慾を満たすを以て足れりとし敢て多きを求めざるか故に古來權利の伸暢又は財産上利害の衝突の爲め互に相争ふか如キこと殆と稀」で、「民事に関する慣例は殆と絶無にして適用するに足るものなし」であった。中谷は、訴訟法や相続法に該当するものとして、「偶々双方意思の衝突するものあり争論止まざる時は曾長又は古老の面前に於て理非善惡の區別なく喋々囁々互に相手人の非行を挙げて論争し終には一家親族の私行までも述へ蓋し相手者をして口を箝せしむるに至りたる者之を勝者と爲す」アイヌの旧慣や、家宝である「古來刀劍陣羽織山丹錦漆器の類」の長子への繼承を挙げている。しかし、最近では日本人との交流が増え、「智識の程度漸次發達するに従ひ稍や財産上の觀念を有するに至り其取引も亦邦人の例に接近しつつある」ということであった。

さらに、刑法については、彼らの慣例があるものの、それを現在の裁判の参考にするのは難しいとしている。ここではその例として、殺人犯への体刑（針で眼を指し被害者の棺の下に生き埋めにする）と、窃盜犯への体刑（初犯では手の指二本を切断し、再犯者はさらに残りの指を切断し食事に支障のない二本の指を残す）、また「詐欺其他犯姦罪等」については「一種の贖罪刑」を挙げている。犯人の所有する家宝を提出させこれがないときは毛皮の類を代りとするというものである。前述の体刑は近年実行した例がないが借財刑は近時まで実行してきたという。

では、交換條約前の共同統治時代の判例が残っていないのかが疑問となるが、中谷は「千島交換前に於ける帝國官憲及露領時代に於ける露國官憲に於て土人間の争論及土人の刑事に関する事件に付き裁判したる実例なきを以て裁判上の慣例としては到底之を覓むるに道なし」と述べており、日本国内でも日露講和條約以前の情報は少なくとも司法機關では参照されていないようである¹⁷。結局、慣習であった体刑についてはその「残酷」さから採用することはできないが、贖罪刑については刑罰として効果があるのではないかとされた。中谷は今後も彼らにとって「適當の刑罰」を求めていくとしながら、現状では内地の刑法による刑罰を採用するほかないが、しかしながら「彼等元來最劣等の民にして平素の生活状態は監獄内に於ける囚徒の生活よりも遙かに劣等なれば彼等衣食に安んずるの徒一朝監獄内部の状況を知るに至らば却て樂觀的思想を喚起し刑罰を畏怖せざるに至るの憂なき能はず止を得ずんは台湾の例に倣ひ笞杖の刑を設くるの外なかるへきか」と、体刑採用の可能性も示唆している。

中谷裁判所長も樺太領有当初から先住民の旧慣を調査していたが、後に検事局でも別途旧慣調査がおこなわれた。以下は筑波大学附属図書館所蔵『樺太土人旧慣調書』（作者および発行年不明）に掲載された樺太地方裁判所検事香取久吉の、樺太での旧慣調査への言及である¹⁸。ちなみに『樺太土人旧慣調書』は早稲田大学図書館にも所蔵されている¹⁹。

樺太土人旧慣調ニ就テ

樺太土人旧慣ハ文献ノ徴スヘキモノ無ク纔ニ土人故老ノ断片的口碑ヲ聞クニ過キス而モ近年故老ノ死滅ニ伴ヒ其伝説スラモ亦之ヲ徴シ得サルニ至ラントスルハ實ニ重要ナル樺太史實ノ一筋ヲ喪フノ憾アルノミナラス、明治四十年三月勅令第九十四号ニ

於テ樺太ニ於ケル土人ノ外ニ関係者ナキ民事ニ関スル事項及土人ノミニ対スル刑事ニ関スル事項ハ従来ノ慣例ニ依ル旨ノ規定アリテ司法上其旧慣記録ヲ遺存スルノ必要アリ仍テ当局ニ於テハ数年前ヨリ之カ調査ヲ行ヒ其得ル所ヲ集録シ後年考証ノ資ニ供セントス。固ヨリ材料ノ蒐集乏シキヲ以テ細密ヲ欠クハ勿論或ハ正鵠ヲ得サルモアラシク憂フルモ事由叙上ノ如クニシテ今ヤ到底完璧ヲ期シ難キヲ遺憾トス

昭和二年一月

樺太地方裁判所検事正香取久吉

(下線は筆者による)

これによれば、中谷の記述と同様、生き証人の高齢化や文献がほとんどないことから、満足の行く調査結果とはならなかったようである。しかしながら、同書では、地域ごとの刑罰や各犯罪別の処罰、各先住民の言語における裁判用語など、詳細な調査がおこなわれている。

さらに、明治40年勅令第94号の改正にあたって、1932年8月に司法省・拓務省が樺太で旧慣調査をおこなっている(生駒 1933: 19)。この調査によれば、アイヌの民事に関する旧慣は現在では「殆ど内地化して之を発見するに由なき状態」で、一方アイヌ以外の先住民に関しては、「未だ売買結婚の遺風、一夫多妻主義等の原始的風習あること等を確かめるに至つた」ということであつた(生駒 1933: 19)。このようなアイヌと他の先住民の旧慣の違いが、アイヌのみに民事に関する内地法を適用する理由とされた(生駒 1933: 19)。また、刑事に関する事項を樺太先住民全体に適用する理由としては、アイヌについては現在彼等の旧慣を「実見」した者もおらず、その他の先住民については「近時は勢力ある酋長もなく旧慣は廢れて仕舞ひ若し犯罪があれば之を警察官に届出る云ふ実情」が挙げられた(生駒 1933: 19)。

2-2. 司法機関以外の調査との相違

行政側の旧慣調査として、樺太庁勤務の葛西猛千代の調査が挙げられる。彼は1907年3月に青森県庁から樺太庁へ出向し、翌年7月まで豊原・落合・留加多で警察事務を担当した。同年8月から1911年8月まで樺太庁庶務課に勤務し、長官官房秘書係を兼務し、主として各先住民の指導事務取扱に従事した。『樺太土人研究資料』(葛西 1927: 1-3)では1908年8月から1911年8月までの、彼の日誌および雑記録から「土人」に関する事項が摘記されている²⁰。このため、個々の旧慣調査の時期については必ずしも明確な記述はない。また、彼が「土人」の指導事務という職務であつたことから、同書には先住民の生活状況や日本人との関係、漁業・農業従事状況の記述が多くを占めている。

彼の調査によれば、アイヌの刑罰については「アスンベ」と呼ばれる賠償が多く、民事については全て賠償で済んだ(葛西 1927: 24)。『樺太土人研究資料』には「樺太土人アイヌ語集」が含まれており、そこでは「アスンベ」の邦訳として「賠償」としか記載がないが(葛西 1927: 149)、筑波大学附属図書館所蔵の『樺太土人旧慣調書』では、「アシンベ」の訳に「罰金(宝物ヲ出サシム)」とあり、その「宝物」の種類に「刀、鏢、弓、矢、鎗、玉、小袖織物器物類」があつた²¹。刑事の体刑では、殺人罪として加害者に小刀(「マキリ」)を与え自殺を勧め、自殺ができなければ多人数で加害者の手足を縛り小刀で両手十本の指

腹を裂き、針で両眼球を突き刺し失明させ、半死半生のまま棺に下向きに臥せてその上に被害者を仰向けにして埋葬し、窃盗犯については初犯は右手の人差し指を切り取り草刈鎌で後頭部の髪を剃り、再犯は中指、三犯は薬指と、犯行を重ねたごとに指を切り取る、また、働くのに不自由なことを考慮し左手の指を切り取るというものであった（葛西 1927：22-23）。その記述に若干の違いはあるものの、殺人犯と窃盗犯に体刑があるという点では裁判所・検事局の調査と同様であった。また、裁判方法については、「重大犯人」の場合は「大酋長」が裁判長となり、彼等に指名された「酋長」が取調べをし（弁護人も付く）、「軽罪及普通民事」の場合は地元の「酋長」が単独裁判をおこなった（葛西 1927：24）。

ただし、これらの慣習について葛西が「実見」したという記述はない。彼はこれらのアイヌの刑罰について、「今を去る四五十年前迄はアイヌの刑罰も仲々惨酷のものにして主なる二三の刑罰に付概記すれば左の如し」（葛西 1927：22）と、述べていることから、調査当時にはおこなわれていないとみられる。

「オロチョン人」「ギリヤーク人」については、「古来の刑罰」については調査の機を逸したため、不明な点が多いが、多くは賠償で済むという調査結果であった（葛西 1927:91）。また、拓務省・司法省の調査と同様に、一夫多妻制が挙げられている（葛西 1927：89）。

以上、司法機関・行政機関による旧慣調査をみていった。両者の挙げた旧慣はほとんど同じ内容であったが、それらが相互に情報を共有していたような記述は見当たらなかった。

2-3. 判例からみる旧慣適用の実態

最後に、実際に判例で彼らにどのような「慣例」が特例として適用されたか／されなかったかを確認していく。

前述した『樺太土人旧慣調書』の早稲田大学図書館所蔵版には、1908年7月1日から1920年までの計16件の判例が掲載されている。表1は、この判例一覧をもとに筆者が作成した。旧慣が適用されているのはこのうち6件で、この他、直接旧慣の刑罰を適用するのではなく、旧慣でいう「賠償」すなわち「アシンベ」を刑法の「罰金」観念に適合するとして、罰金を科しているものもある。それ以外に関しては、最初から刑法を適用するか、慣例の残虐性からその適用をおこなわないかであった。つまり、体刑の採用はなく、賠償刑のみ採用するか、刑事法の刑罰に置き換えられたのである。

さらに、1920年には、体刑でない旧慣であっても、現行の確認ができないことから刑事法を適用し、これを新しい慣習とする判例が出た。

本件は1920年8月22日に発生した、アイヌ同士の口論・格闘の末に頭部殴打により一方が死亡した事件であった。裁判所は殺人罪として被告のアイヌに懲役2年を科した。その処罰理由について、被告人の住する地域に当該犯罪に対する慣例（贖罪を含む）はあるものの、現在は口伝のみが残っている状況として、以下のように述べた²²。

〔前略〕此ノ慣例ハ纔カニ口碑ニ伝説スルノミニシテ幾十年間其跡ヲ絶チ歲月ノ推移ト共ニ自ラ忘却セラレ現存アイヌ人中其实例ヲ見タル者ナク之レニ加ウルニ樺太島ガ我ガ領有ニ帰セシ以来拓殖ノ進歩ト共ニ大和民族トノ接触益々其密度ヲ加エタル結果犯罪ニ対スル法的観念ニ一大変化ヲ来シ彼等モ往時ノ慣例ヲ以テ之レニ苴ムベカラザルコトヲ識リ傷害行為ノ如キ犯罪ニ対シテハ現行刑法ニ準ジ相当懲役刑ニ処

センコトヲ希望シ且然カアルベキコトヲ信念シテ斯ニ此種ノ犯罪ニ対スル新シイ慣習ヲ醸成シタリト言ウヲ得ベシ。因テ本件被告ノ犯罪ヲ罰スルニ当リ刑法第二百五条第一項ノ規定ニ準拠スルヲ最慣例ニ適スルモノト認メ処断ス

(下線は筆者による)

現在のアイヌの「法的観念」からしても、現行刑法の適用を慣例とするのがふさわしいと判断され、この判決をもって、賠償刑があったとしても殺人罪に対して現行の帝国刑法を適用するという「新しい慣習」が形成されたのである。

おわりに

現存で確認できる旧慣調査・判例から、1907年の樺太庁設置以降の現地先住民に関する司法・行政の旧慣調査の状況と、その旧慣が明治以降の近代法体系のなかでどのように判例として組み込まれていったかを概観した。すでに植民地となっていた台湾では笞刑が採用された時期もあり、樺太領有当初においても、先住民が異なる文化を持つことからその可能性が裁判所長によって言及されていたが、少なくとも今回確認した限りではそのような体刑は採用されていなかった。また、旧慣調査当時において体刑が先住民のあいだで実施されているとの確認はとれなかったようである。裁判所は、体刑がその残虐性から近代法にそぐわないこと、また日本の統治下になり彼らの法観念に変化が生じていることから、それを採用しなかった。そして、彼らの賠償の慣習を近代法における「罰金」に代えて採用した。

樺太先住民は内地人とは異なる法的身分（外地臣民）であったが、その外地法、つまり異民族である「土人」への例外的措置に関する規程の実際の運用を「旧慣」という視点に限定してみると、その変化によって近代法観念に照らした法待遇を受けていた側面があり、それは、異民族への属人的異法域の設定という立法上の理論とは異なる、法実務的側面であったといえよう。

表1 先住民に関する判例と旧慣適用についてのリスト

(早稲田大学図書館所蔵『樺太土人旧慣調査』より作成)

番号	罪名	処年月日	処分	裁判所	種族	犯数	適用法條および理由	旧慣適用
1	漁業法違反	1908年7月10日 (1審)	罰金15円	マウカ区裁判所	アイヌ	-	漁業法第3条、第26条	
		1908年8月26日 (2審)	控訴棄却	樺太地方裁判所	"	-		
2	窃盗	1908年12月16日	賠償として科料10円	マウカ区裁判所	"	-	明治40年勅令第94号第2条第1項、旧慣	○
		"	"	"	"	-		
3	委託物消費	1909年2月12日	罰金70円	樺太地方裁判所	"	二犯	明治40年勅令第94号第2条第1項、旧慣 (相当の賠償) を現代の法律觀念に照らし罰金刑	○
		"	"	"	"	-		
4	傷害	1912年8月30日	罰金30円	"	"	-	明治40年勅令第94号第2条、旧慣	○
		1912年8月30日	罰金20円	豊原区裁判所	"	-		
5	窃盗	1912年8月30日	罰金20円	豊原区裁判所	"	-	明治40年勅令第94号第2条第1項、旧慣 (家宝による賠償) を現代の法律觀念に照らし罰金刑	
6	窃盗	1912年10月22日	罰金30円	"	"	二犯	明治40年勅令第94号第2条、旧慣 (罰金) として処断、贓品に関しては刑法施行法第61条	○
7	横領、窃盗	1914年4月29日	懲役6月、執行猶予5年	真岡区裁判所	"	-	横領に関して「見ルヘキ」慣習なく、窃盗の場合には手指の切断による制裁だが適用すべきでないためいすれも刑法第252条第2乃至第5、同第235条併合罪に付同第45条同第47条第10条、執行猶予については同第25条	
8	窃盗	1915年8月13日	懲役6月 (事件番号7の執行猶予5年を取消し)	"	"	二犯	刑法第235条、同第130条第235条第54条第45条第47条第10条	
9	森林窃盗	1916年3月29日	徴収金30円	"	"	三犯	明治40年勅令第94号第2条第1項、旧慣 (窃盗は手指切断のため財物徴収)、押収物件については刑法施行法第61条	○
10	横領	1916年11月20日	罰金20円	豊原区裁判所	"	-	明治40年勅令第94号第2条第1項、旧慣、押収物品については前同条第2項	○
11	傷害致死	1917年5月25日	予審免訴	樺太地方予審判事	オロチョン	-	刑法第39条第1項	
12	窃盗	1917年6月14日	懲役1年6月	豊原区裁判所	アイヌ	三犯	刑法第235条第55条第56条第57条第40条第47条第10条第14条	
13	殺人	1917年6月15日	懲役10年	樺太地方裁判所	"	-	刑法第199条	
14	殺人未遂	1917年8月29日	懲役4年	"	"	-	刑法第199条	
15	賭博	1919年1月29日	罰金20円	真岡区 (略式命令)	"	-	刑法第199条、203条	
16	傷害致死	1920年11月29日	懲役2年	樺太地方裁判所	"	-	刑法第185条	旧慣の現行を確認できないため、刑法第205条第1項適用

注

- 1 ただし樺太は1943年に内地に編入されている。
- 2 <http://www.ndl.go.jp/constitution/etc/j02.html> 大日本帝国憲法 国立国会図書館。
- 3 「樺太に施行すべき法令に関する立法案（政府提出） 第一読会」『官報号外 明治四十年三月十五日 衆議院議事速記録第十五号』4頁。
- 4 「其沢山ノ法律ヲ樺太ニ施行スルトキハ勅令ヲ以テ之ヲ定ルト書クガ便利カ、斯ノ如ク〔沖縄・北海道のように〕一般的ニスルガ便利カ、斯ウ云フ問題ニ帰着スルノデ、即チ此法案ノ取ルトコロハ法律論トシテハ行ハル、併ナガラ其各法ヲ樺太ニ施行スルニハ、事情ガ違ッテ居ルカラ、一般的ニ除外例ヲ設ケルガ宜カラウ、此精神ニ外ナリマセヌ、デアリマスカラ、憲法其他内地ノ法律ガ当然樺太ニ行ハル、ト云フ法律論ト、其特殊ノ法律ヲ樺太ニ施行スルノガ果シテ樺太ニ適当デアルヤ否ヤ、斯ウ云フ問題トハマルデ違フ別個ノ問題カトオモヒマス」『第二十三回帝国議会衆議院 樺太ニ施行スヘキ法令ニ関スル立法案委員会議録（速記） 第一回』1907年3月15日7頁。
- 5 「...結局例ノ台湾ノ六十三号タルヲ免レナイノデゴザイマス...如何ナル結論ヲ与ヘルカト云フト、私ハ能フベクンバ之ヲ本トシテ、委任命令ノ関係ト云フモノヲ、打消ス事例ヲ開キタイト思ッテ居リマシタケレドモ、今日ノ状態デハ是モムヅカシイコトノヤウニシヒマス、...将来スカル欠点ノ多キ法律ハ出スベキモノデナイト云フコトヲ勧告シテ、暫ク忍ンデ此案ニ賛成ヲスル、言葉ヲ換エテ言ヘバ賛成シタクハナイガ姑ク忍ンデ賛成ヲスル、併シナガラスカル立法ノ編成ト云フモノハ、今後ハ止メテ貰ハナケレバナラヌト云フコトヲ、呉々モ繰返シテ置クノデアリマス」『第二十三回帝国議会衆議院 樺太ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律案委員会議録（速記） 第二回』1907年3月16日9頁。
- 6 「此土人ニ関スルコト申シマスルノハ、是ハ樺太ノ土人ト申シマスルモノハ、御承知ノ通り「アイヌ」ヲ頭トシテ其他「ギリヤーク」、「オロチヨン」、「トングース」、「ヤングーズ」ノ五種類ノ人種ガ居リマスノデ又此五種類ノ人種ハ生活ノ程度モ低フゴザイマスルシ、風俗習慣モ違ッテ居リマスルノデ、内地ノ総テノ法律ヲ其儘持ッテ行ッテハ困ルコトガアラウト考ヘマス、ソレデ土人ニ就イテハ或ル場合ニハ勅令ヲ設ケタイ、斯ウ云フ考ヘデス、...」『第二十三回帝国議会衆議院 樺太ニ施行スヘキ法令ニ関スル立法案委員会議録（速記） 第一回』1907年3月15日1頁。
- 7 「政府委員（熊谷喜一郎君） 是ハ訴訟デ申シマス、主トシテ土人間ノ訴訟デス、ソレデ土人ト日本人トノ関係、ドチラガ原告ニナツテモ被告ニナツテモ、斯ウ云フモノニナリマス、ヤハリ内地ノ法律ニ依ラナケレバナリマセヌ」『第二十三回帝国議会衆議院 樺太ニ施行スヘキ法令ニ関スル立法案委員会議録（速記） 第一回』3月15日5頁。
- 8 「第二十三回帝国議会衆議院 樺太ニ施行スヘキ法令ニ関スル立法案委員会議録（速記） 第一回」1907年3月15日5頁。
- 9 「花井卓蔵君 土人ニ関スルト云フ文字ノ中デ、裁判ダケハ除外シタ意味ニ御答ニナルコトハ出来マセヌカ、其所以ハ是ハ憲法上当然授ケラレタル臣民ノ権利デアル、ソレカラ又特ニ樺太ニ関スル裁判設置ノ法案ガ出テ、一般ノ臣民ヲ支配スルコトニナツタノデアリマスカラ、茲ニ書イテアル土人ニ関スルモノ、中ニハ裁判云々ダケハ含マレテ居ナイモノデアル、斯ウ云フ明確ナル御答ガ出来レバ便利デアラウシ、又出来ベキコトデアラウト思ヒマスガ、」『第二十三回帝国議会衆議院 樺太ニ施行スヘキ法令ニ関スル立法案委員会議録（速記） 第一回』1907年3月15日5頁。
- 10 司法省民刑局秘第六八号「曩ニ帝国議会ヲ通過セシ樺太ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律案ノ規定ニ依レハ法律ノ全部又ハ一部ヲ樺太ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定メラルヘキ儀ニ有之候処右ハ別紙勅令案ノ通相定メラレ度依テ閣議ヲ請フ 明治四十年三月二十九日 内務大臣 原敬 司法大臣 松田正久」(JACAR (アジア歴史資料センター) Ref. A01200010400「司法ニ関スル法律ヲ樺太ニ施行ス」『公文類聚・第三十一編・明治四十年・第一巻』(国立公文書館) 第4画像目)。
- 11 同上「司法ニ関スル法律ヲ樺太ニ施行ス」Ref. A01200010400、第1画像目。
- 12 Ref. A03020710900「御署名原本・明治四十年・勅令第九十四号・司法ニ関スル法律ヲ樺太ニ施行スルノ件」(国立公文書館)。
- 13 Ref. A03021246200「御署名原本・大正九年・勅令第二百二十四号・樺太ニ施行スル法律ノ特例ニ関スル件」(国立公文書館)。
- 14 「樺太施行法律特例中左ノ通改正ス

第一条第一項ヲ左ノ如ク改ム

樺太ニ於ケル土人（「アイヌ」人ヲ除ク）ノ外ニ関係者ナキ民事ニ関スル事項ハ従来ノ慣例ニ依ル

附 則

本令ハ昭和八年一月一日ヨリ之ヲ施行ス

本令施行ノ結果本籍ヲ有スルコトヲ得ルニ至ル「アイヌ」人ノ定籍ニ関シテハ命令ヲ以テ之ヲ定ム

（Ref. A03021872900「御署名原本・昭和七年・勅令第三七三号・樺太施行法律特例中改正」（国立公文書館））

- 15 Ref. A03020699000 「御署名原本・明治四十年・法律第二十八号・樺太地方裁判所及同管内ニ区裁判所設置ニ関スル件」（国立公文書館）
- 16 Ref. A11114047700 「元通信技師越智誠ニ外四名徳旨叙位ノ件／退職判事申谷速水、元鉄道技師大井上前雄、元特許局技師白井良一」（国立公文書館）
- 17 ただ、日露共同統治時代の判例については、1873年に発生した、日露それぞれに所屬する先住民による事件記録がある（秋月俊幸『日露関係とサハリン島——幕末明治初年の領土問題』筑摩書房1994年、218頁）。
- 18 筑波大学附属図書館所蔵『樺太土人旧慣調書』2～3枚目（頁数なし）。
- 19 『樺太土人旧慣調書』は筑波大学所蔵と早稲田大学所蔵の2種類が存在している（田村将人「二種類の『樺太土人旧慣調書』について」『千葉大学 ユーラシア言語文化論集』10、2007年）。同論文には、2種類の旧慣調書の成立年・背景の考察および内容の比較と、一部翻刻が掲載されている。両資料の存在については田村将人氏のご教示により知ることができた。なお、早稲田大学所蔵版には判例に被告人の個人情報に記載されているため、取扱いの際には注意が必要である。
- 20 筑波大学附属図書館所蔵『樺太土人旧慣調書』10枚目（頁数なし）。
- 21 なお、葛西は「土人に関する諸般の調査書類を蔵し居りしが人に貸与し過半亡失せるを遺憾とす」と述べている（同書1頁）。
- 22 早稲田大学図書館所蔵『樺太土人旧慣調書』「土人ニ關スル裁判例」より事件番号「十六」（頁番号の記載なし）。

参考文献リスト

秋月 俊幸

1994『日露関係とサハリン島——幕末明治初年の領土問題』筑摩書房、東京。
生駒管理局長

1933「内台人共婚問題と樺太土人戸籍問題」『拓務時報』22:1-19.

鶴飼 信成、川島 武宜編

1958『講座日本近代法発達史 3』勁草書房、東京。

外務省編

1959『日本外交文書第37・38巻別冊3』日本国際連合協会、東京。

外務省条約局

1936-40『条約彙纂』内閣印刷局、東京:2478.

1969『日本統治下の樺太』外務省条約局法規課、東京:92.

葛西 猛千代

1927『樺太土人研究資料』非売品（筑波大学附属図書館所蔵）

加藤 絢子

2012「樺太先住民の国籍 —無国籍から日本臣民へ」北海道・東北史研究会編『北海道・東北史研究』(8):57-67.

樺太庁長官官房編

1912『樺太法令類聚』脇田嘉一、樺太（現サハリン）。

呉 豪人

2006「殖民地の法学者たち —「近代」パライソの落とし子」『岩波講座 「帝国」日本の学知 第1巻 「帝国」編成の系譜』岩波書店、東京:124-169.

田村 将人

2007「二種類の『樺太土人旧慣調書』について」『千葉大学ユーラシア言語文化論集』(10)、千葉:143-169.

中谷 速水

1909「雑録 樺太在住の土人及其旧慣」『法曹記事』19(9)、法曹会、東京.

春山 明哲

2008『近代日本と台湾—霧社事件・植民地統治政策の研究』藤原書店、東京.

美濃部 達吉

1935『憲法提要全』(改訂第5版)有斐閣、東京:143.

宮澤 俊義

1942『憲法略説』岩波書店、東京:53.

吉井 蒼生夫

1974「近代法史研究の方法論について 一戦前の全体法制の原型の提起をめぐって一」『早稲田法学会誌』東京:24.

以下、著者および作成年不明

『樺太土人旧慣調書』(筑波大学附属図書館所蔵)

『樺太土人旧慣調書』(早稲田大学図書館所蔵)

なお、帝国議会議事速記録および官報については国立国会図書館「帝国議会議録検索システム」より閲覧した (<http://teikokugikai-i.ndl.go.jp/>)。公文類聚および御署名原本についてはアジア歴史資料センターより閲覧し、レファレンスコードは脚注に示した。

(かとう・あやこ／九州大学百年史編集室)