

平成 24 年(ワ)第 2049 号・遺骨返還等請求事件

原告 城野ロユリ他 2 名・被告 北海道大学

2013 年 8 月 30 日

札幌地方裁判所民事第 5 部合議イ係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 市 川 守 弘

弁護士 毛 利 節

弁護士 難 波 徹 基

弁護士 今 橋 直

弁護士 皆 川 洋 美

### 第 3 準 備 書 面

#### はじめに

被告は、原告らの本件請求の根拠となっている権限について、「祭祀承継者等に速やかにお渡しすることを切に希望しており、原告らがこれに該当すると貴庁が判断するのであれば、それに従いお返しする意向」<sup>1</sup>と主張し、祭祀承継者であることを原告らが立証することを求めている<sup>2</sup>。また被告の占有権限については、乙 12 を引用し、その引用する該当部分には「被葬者の氏名・年齢・没年月日・埋葬年月日・移住歴等、被葬者の遺族しか知りえないような事実を記してある」ゆえに、「山崎春雄は、アイヌ墓地発掘・アイヌ人骨収蔵に際して、被葬者の遺族、平取アイヌ、墓地管理者から了解を得ていたと考えられる」<sup>3</sup>とすることから、本件においても、被葬者の遺族ないし墓地管理者から了解を得て

---

<sup>1</sup> 答弁書 15 ページ

<sup>2</sup> 被告のいう「祭祀承継者等」の「等」の意味は不明である

<sup>3</sup> 乙 12、18 ページ

いたと主張するようである。

まず、前者の原告らの管理権限についてであるが、被告は上記のとおり原告らが祭祀承継者であることの立証を要求している。しかし、被告は他方で昭和60年から平成13年にかけて合計35体の遺骨について北海道ウタリ協会（現北海道アイヌ協会）の5支部に返還していることを自認している<sup>4</sup>。北海道ウタリ協会ないし北海道アイヌ協会は、民法上の社団法人ないし公益社団法人（民法改正後）として設立され、存続している団体であるからそもそも任意団体であって、アイヌを代表するような組織ではない。単に数多く存在するアイヌの任意団体の中で一番大きな組織と言うにとどまる。またその構成員は定款によって定まっているところ和人も構成員になることは可能である。法人格は一つであって各支部には法人格はない。ましてや北海道ウタリ協会（北海道アイヌ協会）の5支部（権利能力なき社団と考えた場合の支部）そのもの、あるいは5支部それぞれの構成員は返還された遺骨の祭祀承継者ではない。結局、被告は本件についてはその保管する遺骨は祭祀承継者に返還するとしつつ、上記35体については祭祀承継者ではない者（団体）に返還し、かつこの返還が法的に間違った措置であるとは主張していないのであるから、被告の本件訴訟における主張には一貫性にかける。これは誠実な訴訟態度ではない。

後者の点（占有権限）については、かいつまんでその問題点を指摘すると、

第1に被告の主張は単なる推量でしかなく、本件における被告の遺骨占有の権限を主張立証するものではない。第2に、「遺族」「平取アイヌ」「墓地管理者」を具体的にその了解の「主体」として挙げている事実は、現民法や旧民法による相続法に従って家督相続による祭祀承継者の承諾を得たものではないことを自白したものとなっており、本件における被告の主張と矛盾している。つまり、

---

<sup>4</sup> 答弁書5ページ

掘削の承諾の主体と返還の相手方は同一でなければならないが、承諾の主体は明らかに祭祀承継者とは認められない「遺族」「平取アイヌ」「墓地管理者」なのである。第 3 に「平取アイヌ」を主体として挙げていることは、山崎春雄自身が平取コタンの集団が墓地の管理権限を有していることを認識しているものである。この点は原告らの主張と同じことになる。第 4 に「墓地管理者」は、本件のような浦河町の町有墓地である場合には単に町を指しており、遺骨の管理権限とは全く無関係の主体である<sup>5</sup>。

後者に関する以上の諸点については、別に準備書面を予定しており、本準備書面においては前者のアイヌにおける遺骨の管理権限について主張するものである。

## 第 1 民法によって規律されることの可否

### 1 被告の主張

被告は本件請求に対し、「祭祀承継者」にのみ遺骨の返還請求をなしうる権限があるとする。この考えは明治 29 年 4 月 27 日に制定された旧民法及び現民法の相続法規に基づく遺骨の所有権からの主張である。

しかし、被告のこの主張の一番大きな問題点は、本件請求にかかるアイヌの遺骨返還を求める管理権限を旧民法及び現民法によって規律できるのかという根本的に解決しなければならない論点が存在する点である。旧民法及び現民法は、何れもその制定以前からの和人の慣習、習性、倫理観、社会感情、地域社会の規則等に基づいて成立していた和人社会の社会規範をもって法として制定されたものである。それは第 1 に遺骨は〇〇家の所有するものであるという江

---

<sup>5</sup> 例えば、札幌市が管理する真駒内滝野霊園に埋葬されている遺骨を札幌市（ないしその管理を委ねられている団体）の承諾を得たからといって掘削できるものではない

戸時代以前からの家制度を思想の基礎とし、第 2 に戦前（江戸時代も含めて）においては家の財産は家長が代々相続するという家督制度にのっとり（現民法は遺産分割の対象となり祭祀承継者を定めることもできる制度に変容した）、第 3 に遺骨の管理、墓地の管理、祭祀は家長（旧民法）ないし相続人（現民法）が承継していくという理念に基づいているのである。現在も和人の墓は基本的に「〇〇家の墓」と刻され墓碑に埋葬者の氏名が記される方法がとられているのは、この家制度、家思想、先祖の遺骨の所有は家を継ぐものに承継されていくという理念の表れである。

しかし、アイヌは明治以前から和人とは全く別の宗教観、道徳観、社会制度、法意識に従って規律されてきた。明治以降の同化政策によって強制的にこれら宗教観、道徳観、社会制度、法意識などは覆されてきたが、だからといって当然に和人の法のみが適用されるとするのは間違いである。特に遺骨の管理と言う宗教的意識と強く関わる事柄について、一片の法の制定によって、遺骨の管理の実態が変更されるとすることなどできないはずである。

## 2 アイヌの遺骨に対する思想

アイヌの遺骨に関する考え、理念は前記したような和人のそれとは全く異なるものであることをまず確認する必要がある。第 1 に遺骨は民法で定めているような所有権の対象ではなかった。第 2 に墓地はコタン内の「部落に近い山の中腹あるいは丘陵上」に設けられ、「共同墓地の形はとっているが一家一区画を占めるというような決まりもなく、死者のあるに従い、順次その隣に 2.7 メートルないし 3.6 メートルぐらいの距離で墓抔を掘っていた」<sup>6</sup>。「墓地は屍を遺棄する（オスラ）する所で、詣でて祀るところではなかった」<sup>7</sup>のである。墓地は和

---

<sup>6</sup> 甲第 6 号証（アイヌ民族史）515 ページ

<sup>7</sup> 同上

人のような家のご先祖を祀る神聖な場所として他の家と区別するようなものではなかった。

この墓地は単に屍を遺棄するところであったという事実は、アイヌが死者や祖先を詣でないことを意味しない。アイヌは「死霊の祟りを恐れたためか、葬式をやって、死者を墓地に埋葬してからは、墓に近づかず、従って墓参りなどはしなかった」<sup>8</sup>が、「この墓参りしないという事実だけを見て、アイヌには『祖先の祭り＝祖霊祭り』などないように誤り伝えた向きも多いが、それは事実を知らないからである」<sup>9</sup>。この『祖先の祭り＝祖霊祭り』はシヌラッパ、イチャルパ等といわれている。和人のように特定の家族が当該家族の祖先を祀るのではなく、より大掛かりに行なわれる。まず① アイヌの神々も祀る<sup>10</sup>。② 屋内でのシヌラッパには親戚、近隣等コタンの人たちが参加し<sup>11</sup>、祈りは長老が何人かで分担して行なう<sup>12</sup>。つまり、全コタン構成員による「祀り」だったのである。③ 戸外のヌサ（幣所）では、男子一人、女子数名で行い、いずれも同じ祖系に属する血縁集団のメンバー（女性は母系）に限られる<sup>13</sup>。このようなシヌラッパは、コタンの多くの者が参加し行なわれていた<sup>14</sup>。このような死者に対する、また祖先に対する思想、考えが和人とは全く違うアイヌに対し、和人の家制度に基づく「祭祀承継者」という観念を持ち出すことにそもそもの無理と、混乱の基がある。アイヌにとってはコタンと言う集団こそが重要であり、個別の家制度というよりもコタン制度における社会生活だったのである。

ところで、このようなアイヌの「墓地は屍を遺棄するところ」「遺骨は埋葬後

---

<sup>8</sup> 甲第 12 号証、577 ページ

<sup>9</sup> 同上

<sup>10</sup> 同、580□ 587 ページ

<sup>11</sup> 同、583 ページ

<sup>12</sup> 同、583 ページ

<sup>13</sup> 同、587□ 589 ページ。男子は同じ血縁で、女子は同じ母系になる。

<sup>14</sup> 同、593□ 595 ページ

は朽ちるに任せる」という行為自体は、明らかに遺骨及び墓地の管理行為である。管理とは積極的に作為をする場合と、絶対に作為をしてはならない場合とがあつてよい。アイヌの遺骨や墓地の管理は、コタンの者たちを埋葬のとき以外には近づけず、墓標や遺骨は自然に朽ちるに任せる、死者の供養は墓地ではなくコタン内で行う、という墓地そのものに対する何らかの積極的行為をしないという不文律に裏づけられた管理行為なのである。そして、この管理の主体は集団としてのコタンが長を代表者として行なっていたのである。

### 3 被告の発想は同化政策の発想

このような和人とはまったく違う宗教的背景をもつアイヌの遺骨に関する管理行為の権限を和人の民法をもって規律しようとする被告の発想は、明治以降の同化政策と同じ発想である。つまり無批判に民法の適用のみを検討すること自体が、すでにアイヌを和人と同じ法によって規律するのが当然という前提に立ち、和人の考え方、制度を一方的にアイヌに強制する結果となるからである。このような被告、北海道大学の姿勢、発想は、世界先住民宣言<sup>15</sup>を受け入れ、同化政策を放棄したはずの日本国の立場とは相容れないものであることは言うまでもない<sup>16</sup>。

アイヌの遺骨に関する管理権限の実態は、そもそもアイヌが夷として和人の文献に登場する以前から昭和初期まで、大きな変容なく継続していたものと考えることができる。なぜなら、古くはアイヌ社会が成立してから継続していた遺骨、墓地の管理であつたし、又近代においては明治以降の同化政策自体が不完全にしか実行されなかつたために、最近に至るまで不十分ながらも墓地に近

---

<sup>15</sup> 先住民族の権利に関する国際連合宣言（UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples）2007年10月2日

<sup>16</sup> 確かに、現在では多くのアイヌは仏教徒あるいはキリスト者など和人と同じような宗教観を持つてゐる。しかしそれは同化政策の結果でしかない。少なくとも遺骨の管理権限は歴史的事実から現在に於いて誰がその権限を有するのかを検討すべきなのである

づかないなどという管理行為は行われていたからである<sup>17</sup>。そして、このような民法制定以前から長期間にわたり継続的に行なわれてきた遺骨の管理とその管理権限の問題を現代の法制度上、どのように理解すべきかが本件訴訟の最も大きな重大テーマなのである。

原告らは、この問題点について、一つは先住権という国際法に則った制度から、二つは、仮に先住権という概念に頼らなくても慣習上の物権的権限として考察し肯定することが出来ることを主張している。

以下、順次、これらの問題点について延べていくこととする。

### 第3 先住権からのアプローチ

#### 1 アイヌと先住権

先住権とは、一般には特定の先住民のグループ（トライブ）<sup>18</sup>がその慣習上行使していた権限の総称である<sup>19</sup>。アメリカでは、このようなトライブが歴史的・慣習的に有していた、例えばサケを捕獲する権限や国有地内に放牧する権限など、が条約で明確に放棄されない限り認められている。

これらの先住権を根拠付ける法理念は、各トライブが歴史的に主権を有し、合衆国成立後においても対内的主権、つまり自主決定権を有する団体であるという考えである<sup>20</sup>。

---

<sup>17</sup> 被告のなしたアイヌ墓地の発掘が比較的うまく実行できたのは、アイヌが近づかない墓地で行なっていたからである（甲7参照）

<sup>18</sup> トライブ(tribe)の和訳は「部族」などとされているが、ここでいうトライブは法的意味においてのトライブであり、それは自決権ないし自主決定権を有する団体として歴史的に認められてきた団体、と言う意味である。したがって、アメリカでは同じ部族であるスーやアパッチであっても複数のトライブが存在する。

<sup>19</sup> Aboriginal title（先住する権限）とか、単に Indian Title（インディアン権限）などと呼ばれている。アメリカのインディアン法の雑駁な歴史については甲第13号証を参照されたい

<sup>20</sup> Internal sovereignty（対内的主権）といわれている。甲第13号証1014ページ参照

このようなアメリカ先住民であるインディアンに関する考え方は、アメリカ連邦最高裁の多くの判決によって法制度として確立し、その後、この考えはカナダ最高裁のカルダー判決（1973年）<sup>21</sup>、グエリン判決（1984年）に引き継がれ、またオーストラリア連邦最高裁のマボ判決（1992年）<sup>22</sup>に受け継がれている。さらに2007年では前記した世界先住民宣言において確認され、先住する諸団体は文化的、社会的、政治的な自主決定権を有し、諸資源に対する先住権を有することが確認されるに至った。先住権という概念は、もはや国際的に先住民に対して認められた権限であり、日本国政府もこの法的権限の存在を認めている<sup>23</sup>。

この点で、世界先住民宣言は、単なる宣言であってこの条文から裁判規範としてアイヌコタンの先住権が直ちに拘束力をもって直接適用できるものではない、という反論が被告からあるかもしれないが、これは反論にはなっていない。なぜなら、先住権は、各グループ（トライブ）が、歴史的・慣習的に有している権限であって、世界先住民宣言によって「新しく創設された権限」ではないからである。世界先住民宣言は、この先住権の存在を確認したに過ぎないのであるから、そもそも「適用」と言う場面は存在しない。日本政府が、この先住権という理念を世界各国とともに確認したという事実こそが重要なのである。

---

<sup>21</sup> カナダ最高裁は、「当法廷は、インディアンが彼らのトライブの土地に対する歴史的占有、及び所有の事実から導かれる法的権利として先住権を有することを認めるものである」とした。

<sup>22</sup> マボ判決においてオーストラリア連邦最高裁は「すべてのインディアン法の最も基本的な原則は、連邦議会の制定する法律というよりも「決して消滅させられることのない限定されてはいるものの固有の主権」である、と述べている。

<sup>23</sup> もっとも、日本国政府あるいは被告北海道大学の一部の教授は、アイヌには国際法上の先住権は有しないという考えのようである。その理由は、被告の教授である常本氏は、集団的な権利は「欧米の法体系を継受した日本では権利主体は原則として個人とされている」から認められないとするようである（学術の動向 2011.9）。



そこで、次に先住民であるアイヌ<sup>24</sup>において歴史的・慣習的にどのような権限を先住権として、どのような主体が有していたのかを検討することにする。

## 2 江戸時代から大正時代におけるアイヌ

### (1) 幕藩体制との関係

すでに訴状において主張しているように、江戸時代におけるアイヌは、徳川家康から松前藩への黒印状、その後の徳川将軍による朱印状<sup>25</sup>によって、松前藩はアイヌとの独占的交易権を保証されるとともに、アイヌは「化外の民」として「エゾのことはエゾ任せ」とされた。この点について、歴史学者の榎森進は次のように記述する。

(アイヌは) 松前藩を介して幕藩制国家そのものと直接的な対峙関係に置かれると同時に、政治的・身分的には幕藩制国家に従属した「野蛮人」・「化外の民」としての「蝦夷」、経済的には交易相手ないしは収奪対象としての「蝦夷」として位置づけられた<sup>26</sup>

つまり、アイヌは幕藩体制そのものには組み込まれることはなく、和人社会とアイヌ社会の二つが「対峙」する関係に留まり、したがって既述したように賦役や課税の対象にはならなかったが、松前藩のみを交易相手と制限されたために従属した関係が築かれ、経済的な収奪の対象となったのである。

この結果、和人は渡島半島の最南端の和人地のみの居住を許され、蝦夷地の

---

<sup>24</sup> アイヌが和人に対して先住していた先住民であることを疑う余地はない。日本書紀における東北のアイヌ(夷)の記載、徳川家康の松前藩への黒印状(蝦夷)への記載等々、ある種の政治的悪意を持った主張でない限り、歴史的にはアイヌが先住民であることに争いはない。

<sup>25</sup> 何れも各大名の領土を安堵する文書であるが、朱印が押印してある場合を朱印状、花押だけのものを黒印状と称していた。将軍が代わるたびにこの文書は各大名に交付された

<sup>26</sup> アイヌ民族の歴史、168 ページ 榎森 2007 年

大部分はアイヌの土地とし、交易地点を除き和人の立入は制限されていた<sup>27</sup>。

## (2) アイヌ内部での体制

では、このような「エゾ任せ」とされた蝦夷地内で、アイヌはどのような体制を持って生活していたのであろうか？

明治政府は明治以降アイヌの実態調査を行っている（甲第 15 号証）。その調査内容を基に江戸時代からのアイヌ社会の内部の状況をまとめることにする。

### ア コタンの存在

まず、明治 44 年 7 月に北海道庁は「往時における旧土人部落の組織、酋長と部民との関係、制裁等の社会的状態」、つまり江戸時代のアイヌについて次のようにまとめている<sup>28</sup>。

- \* 「アイヌは数戸或は数十戸団結して部落を成し、各所に散居す。」<sup>29</sup>つまり、数戸ないし数十戸をもって集落（コタン）を形成し、蝦夷地（北海道）内に散居していた。
- \* 「松前氏統轄の頃は各部落に酋長あり。これを乙名と称し、其の下に小使及び土産取るものありて、之を補佐せり。」<sup>30</sup>つまり、各コタンには長がいて、小使及び土産取と称する補佐役がいた。

### イ コタンの権限

- \* 「酋長の職務は部落を統率し漁獵に部民を指揮し婚姻葬祭の禮に輿り、ふん諍を仲裁し、外に対しては部民を代表して種々の交渉に當り鬭争には其の指揮者となれり。」<sup>31</sup>これは長の権限についての記述であるが、長

---

<sup>27</sup> 甲 13、167 ページ

<sup>28</sup> 甲 15、48 ページ以下。甲 15 自体は大正 11 年 9 月発行であるが、48□ 49 ページにおいて明治 44 年当時の調査内容をまとめている

<sup>29</sup> 甲 15、49 ページ

<sup>30</sup> 同、49 ページ

<sup>31</sup> 同上

の権限はコタンの権限でもある。つまり各コタンはコタンごとに長がコタンの権限を代表し、コタンごとの交渉が行われていたこと、コタンごとに漁獵や冠婚葬祭が行なわれていたことを示している。

\* 裁判権については、

「罪悪を裁判するは衆人の前に於いてし、決して之を秘密に行なわず。而して罪人が容易にその罪に服すれば格別否らざれば熱湯中に石を入れてこれを探らしめ、或は掌上に草葉を置き其の上に火を載せて之を握らしめ、或は冷水の多量を飲ましめ、無事なれば以って無罪とし、損傷すれば以って有罪とす。」<sup>32</sup>これは、各コタンにおいて刑事訴訟手続きが行なわれていたことを明記している。

また、

「又二人相争ひて決せざる場合はウカリと称し一定の式により杖（夷名シュト）を以って交互相打たしめ、或はチャランケと称し互に論争せしめその勝敗によりて罪の有無を決し。」<sup>33</sup>とあり、これは「罪」とあるが内容的には民事訴訟手続きも各コタンで行なわれていたことを示している。

\* 刑事罰に関しては「処刑の法は寶物を出して罪を償わしむるを普通とす。その他鼻又は耳を殺ぎ或は足の筋を断ち或は髪を剃り髭を抜く等の法あり。死刑は殆ど之を行わず。」<sup>34</sup>とあり、刑事罰についてコタン内に一定の法があったことを認めている。

\* このようなコタンで実際に行われていた内容、特に裁判手続きや刑事罰の内容は江戸時代だけでなく明治時代になっても各地で行なわれていた事実があった。

---

<sup>32</sup> 同ページ

<sup>33</sup> 同ページ

<sup>34</sup> 同ページ

甲 15 の 50 ページ、3 行目には、「開拓使以後と雖も彼等は全く旧慣を廃すること能はず、私にチャランケを行ひ、ツクナイを取ること珍しとせず。稀にはウカリをも行なうことあり」とされ、明治以降も各コタン内において訴訟が行われていた事実を明らかにしている。

### (3) 大正 11 年当時におけるコタン

甲第 15 号証は、大正 11 年 9 月に発行されているが、平取では裁判について「現在に於いては之を行なうこと稀なり。」と記述されており、稀には裁判が行なわれていることを示している<sup>35</sup>。門別では「旧土人特有の制裁を用いることなきにあらず」とあるから、存在していたことになる。新冠では「其の跡を絶てり」とあるものの、三石の幌毛では「近時酋長と定むるものなく、従って部落の裁判は凡て年長者其の権を執りて善悪を判定す」とあり、依然として訴訟が行なわれていた。

明治維新から半世紀の同化政策下にありながらも、依然大正 11 年当時においてさえ、コタンの存在とコタンの権限としての訴訟が行われていた事実を北海道庁は認めているのである。

### 3 コタンの権限とは

北海道庁の調査結果に基づいて、江戸時代から同化政策を強制された明治以降も、アイヌのコタンは、歴史的、慣習的に裁判を含めた独自の権限を有していたことが明らかである。

これらの権限こそ、上記した先住権の存在を理論上裏付ける法的根拠であり、アメリカインディアン法にいう対内的主権、自主決定権なのである。つまりアイヌのコタンが、歴史に慣習的に継続して実行してきたもので、他の何者によってもそれを阻止することのできない権限なのである。

---

<sup>35</sup> 甲 15、50 ページ

権限の内容は、北海道庁の記述では詳らかではないが、刑事、民事訴訟、刑罰や民事賠償の内容を定めた民・刑事法、さらには、河川におけるサケの捕獲権などもこれらの権限に含まれる<sup>36</sup>。

これらは、コタンという集団が権限の主体となる集団の権限である。権限の及ぶ範囲は各コタンの支配領域内（イオルと呼ばれる）に限定される。権限の内容は、歴史的、慣習的に認められた権限である。

世界先住民宣言を始め、アメリカ、カナダ、オーストラリアの裁判所は、これらの権限を総称して先住権と称しているのである。

#### 4 コタンの遺骨管理権限

アイヌのコタンでは死者がでた場合にこれを埋葬するが、埋葬地は各コタンの支配領域内である。忌むべき遺体を他のコタンの領域内に埋葬することはできなかつた。このことを明記した文献は入手していないが、甲 15 の 54 ページには、他のコタンとの関係について、「交易等の経済的關係殆どなく、且婚姻等も概ね同一部落内にて行はるるを以て他の部落との交通往来は殆どなしというも可なり」、またコタン間では「禮讓をもって接するの美風」「例えば他部落を通過するに當り、騎乗の際は馬より下りて徒歩するがごとき、又部落間に交渉事件あるときは其の折衝に禮を守り言動を慎むがごとき是なり」<sup>37</sup>とあるところから、死者の遺体を他のコタン領域内には絶対に埋葬しなかつたものである。

そして、コタン内に埋葬された死者の遺体は、コタンの人々によって葬送され、埋葬後はコタンの人々によってシヌラッパ、イチャルパが行なわれていた。

このような事実関係からすれば、アイヌにおいては、遺骨の管理権限は、コタ

---

<sup>36</sup> 甲 15 の 53 ページの最後から 3 行目以下に、場所請負制度下であっても、アイヌが他の場所のアイヌに宝物を贈って、他のコタン領域内での一部分の漁獲権を買い受けた例が間々ある、とされているので、漁獲権もコタンの権限であり、他のコタンの者は容易にサケなどを捕獲することができなかつたことが示されている

<sup>37</sup> 甲 15、54 ページ

ンという集団、北海道庁の言葉を用いれば「部落」に帰属し、それはコタンで行われる訴訟のようにコタンの権限であり、先住権の一つを構成するものなのである。

## 第 4 先住権と日本国との関係

### 1 先住権と国家との関係

先住権が、先住する事実に基づいて特定の集団に認められる権限とした場合、当該先住する土地を近代以降に支配した国家との関係はどのような関係になるのか？

前記したアメリカやカナダ、オーストラリアの最高裁判決は、まさにこの関係について言及した判決であった<sup>38</sup>。

これらの判決を代表するアメリカ最高裁判決では、第 1 にヨーロッパ人がアメリカ大陸を発見するまでは、大陸には幾千ものインディアンが個々独立して支配していたとし、第 2 にヨーロッパ人の大陸発見は、当時国際的に認められていた「発見の理論」(Discover Doctrine) によって、先住するインディアンにとっては、対外的に交渉する相手は当該発見国に限定されるとし、したがってインディアンは先住する土地を売却等する相手はイギリス、のちの合衆国とのみ許されるとされた(ジョンソンVSマッキントッシュ判決)。「発見の理論」は、ヨーロッパ列強の大陸における当然の土地取得を認めるものではなく、列強各国間においてインディアンとの土地取得等の交渉の当事者を決定するに過ぎない、とする理論である。インディアン側からすれば、「発見の理論」は、対外的な交易や交渉の当事者が一方的に限定されることを意味するとともに、交渉によってのみ土地を売却できるということから、当然の土地の喪失や支配領域を

---

<sup>38</sup> アメリカ連邦最高裁の判決については甲 13 を参照いただきたい

失うものではないとされた。第3に、インディアンは対外的な自由な交渉権（つまり対外的主権）は失うものの、対内的主権は保持される、とした（ワーセスター判決）。つまり、支配領域内の自治及びその権限はまったくの自由とされたのである。白人はこの支配領域内の自治や権限を侵すことはできない。

先住権は、この国家との関係を前提にして、さらに最高裁判例が確定している。

インディアンtribeが、自己の支配領域内において自由に野生動植物を狩猟、採集するなどの権限は先住権の一つと理解されている。アメリカではインディアンtribeとの間で、条約を締結することによって、土地やサケなどの資源の取得を行なってきた。条約の前提となる、そもそものインディアンのこれらの狩猟権、漁獲権等が先住権であり、条約によってこれら先住権を売買することによって、白人がこれらの資源を取得できたのである。例えば先住権の一つとしてのサケ捕獲権について見ると、インディアンのサケ捕獲権は、条約によって認められた権利ではなく、もともと保持していた権限であるということである。この理解の下で、ウィナンス事件、ボルド判決等の重要判決が70年代に出てくるのであった。

遺骨関係については、1991年に法律が整備され（Native American Grave Protection and Repatriation Act）、基本的にtribeの子孫に返還することが連邦機関、連邦職員に義務付けられた。これは当然のことながら各tribeないしその子孫が遺骨の返還を受ける主体であることを前提としたものである。遺骨の返還を受ける主体が各tribeないしその子孫であるという事実は、アメリカに於いても遺骨の管理（返還を受ける権限）は、各tribeの権限、つまり先住権であるということである。

## 2 アイヌ先住権と日本国との関係

日本は、揭示政府になった途端に、江戸幕府が「エゾのことはエゾ任せ」として、アイヌの対内的自治権（主権）を認めていた政治を根本的に覆した。開拓使による地所規則<sup>39</sup>、土地売貸規則<sup>40</sup>、北海道地券発行条例<sup>41</sup>等（甲第 16 号証）によって、蝦夷地をすべて国有地化してしまった。これらの法制度は、当時の国際社会において規律していた先住民との法関係（前記）を完全に無視したものであったというだけでなく、それ以前の幕藩体制下における和人政府とアイヌとの法関係をも無視した一方的なものであった。

アイヌコタンが有していた先住権は、開拓史による一方的な法令や明治政府の同化政策によって否定されてきたが、前記のとおり、実際にはアイヌは執拗に実行していた。

問題なのは、明治政府が先住権を否定し同化政策を執った事実をもって、アイヌはその先住権を「失った」と評価してよいのか、と言う点である。この点は次の 2 点に於いて検討を要する問題である。

第 1 に、まずアイヌの先住権を否定する諸法令の合法性の有無が問題になり、第 2 に歴史的・慣習上認められる権限が、国家権力によって否定されたからといって直ちに失われるのか、つまり慣習上の権限は、当該主体が、その権限を自発的に放棄するか、慣習として行なわなくなったときにのみ自然消滅するのではないか、という問題である。ただ、これらの論点は、遺骨の管理権限を問題とする本件とは直接には関係しないので、これ以上の論述はしない。

本件に即して述べると、そもそもアイヌのコタンにおける遺骨の管理を否定ないし制限する明治政府以降の法令がないという事実である。何らの法的根拠

---

<sup>39</sup> 明治 5 年 9 月開拓使布達。7 条には「山林川沢従来土人等漁獵伐木仕来シ地と雖更ニ区分シ相立持主或ハ村請に改テ是又地券ヲ渡・・・」とある

<sup>40</sup> 明治 5 年 9 月開拓使布達。1 条には「原野山林等一切ノ土地官属」とある

<sup>41</sup> 明治 10 年 12 月 13 日開拓使達。16 条には「旧土人住居の地所ハ種類ヲ問ス当分総テ官有地第三種に編入」とされ居住地すら国有地とされた



がない以上、依然として原告らは杵臼コタンの構成員の子孫として、杵臼コタンが有していた遺骨の管理権限を引き継いでいると考えることができるからである。

### 3 日本における現時点でのアイヌ先住権の位置づけ

前記「先住民族の権利に関する国際連合宣言」は2007年9月13日の国際連合総会において採択されており、日本は、賛成票を投じている。同宣言では、第9条において「先住民族及びその個人は、関係する共同体または民族の伝統と慣習に従って、先住民族の共同体または民族に属する権利を有する。いかなる種類の不利益もかかる権利の行使から生じてはならない。」と規定されており、先住権は、「先住民族」およびその個人に帰属するものであることが明記されている。

また、同宣言12条では、「1. 先住民族は、自らの精神のおよび宗教的伝統、慣習、そして儀式を表現し、実践し、発展させ、教育する権利を有し、その宗教的および文化的な関心を維持し、保護し、そして私的にそこに立ち入る権利を有し、儀式用具を使用し管理する権利を有し、遺骨（訳者注：原語の“human remains”は、遺髪など、骨以外の痛い全体を含む概念である。）の返還に対する権利を有する。2. 国家は、関係する先住民族と連携して公平で透明性のある効果的措置を通じて、儀式用具と遺骨のアクセス（到達もしくは入手し、利用する）および／または返還を可能にするよう努める。」と規定されており、遺骨の返還が先住民族の権利に属することを明記している。

さらに、かかる国際連合宣言を受けて、2008年6月6日衆参両院において「アイヌ民族を先住民族とすることを求める決議」が全会一致で採択され、「政府は、『先住民族の権利に関する国際連合宣言』を踏まえ、アイヌの人々を日本列島北部周辺、とりわけ北海道に先住し、独自の言語、宗教や分

化の独自性を有する先住民族として認めること」が決議されている。

以上のとおり、日本においては、先住権は、「先住民族」およびその個人に帰属するものであること、なかでも遺骨の返還は、「先住民族」の権利に属するものであること、そして、かかる認識を前提として、アイヌが「先住民族」であることが国会において承認されているのである。<sup>42</sup>

## 第5 コタンの権限と原告らとの関係

### 1 原告らは継続してイチャルパを行っていた

遺骨の管理がコタンの慣習上の権限であるとするれば、遺骨の管理、つまり先祖を祀る行為、イチャルパは、本件遺骨が被告によって持ち去られた後も、原告城野口の母、原告らによって継続的に行なわれてい他という事実は重要である。つまり、遺骨の管理に関わる慣習的行為は、依然慣習として原告らの手によって行われているのである。

### 2 コタン内での行為

確かに、杵臼コタンの長は現在存在しない。しかし、長が存在しないことを持ってコタンやコタンの慣習的行為が消滅したわけではない。

また、長年の同化政策によって、アイヌ語による正式なイチャルパの儀式は変容を余儀なくされている。しかし、変容されたという事実を持って、原告ら

---

<sup>42</sup> 宣言では *indigenous peoples* とされており、日本政府はこれを「先住民族」と訳している。ただ、この訳では、あたかもアイヌ全体を指して「先住民族」という表現を用いているかのようにも見え、そもそも先住権の権利主体がアイヌ全体なのか、それとも歴史的・慣習的行為を行っていた集団（コタン）なのかが曖昧になっている。民族という言葉は *people* あるいは *nation* と英語表現されており、例えばアメリカでは、ナバホインディアンは、*Navajo People*, あるいは *Navajo Nation* と称されている。したがって、日本でこの表現を権利主体を明確にしなから用いるとすると、例えば本件では *Keneusu people*, あるいは *Kineusu Nation* (杵臼民族) とならなければならない、アイヌ全体を表現するためには *Ainu peoples* と複数形になる必要がある。いずれにしてもアイヌを指して、「先住民族」「アイヌ民族」と表現するのは、正確性にかけるので、本書面では括弧付きで表すこととする。

の慣習的行為が自然消滅したものではない。コタン内でコタン構成員の子孫である原告らが、本件遺骨の管理の一つであるイチャルパを継続して行なっているのである。これは歴史的・慣習的行為として同一の行為である。

### 3 原告らは遺骨管理権限を引き継いでいる

現在におけるこのような遺骨を巡る事実関係からは、もともとは杵臼コタンが先住権として有していた歴史的・慣習的権限の一つとしての遺骨管理行為は、杵臼コタンの構成員の子孫である原告らの親及び原告らによって、細々ではあるが継続的に慣習的行為として引き継がれて現在に至っている。

したがって、原告らは杵臼コタンの有した先住権の一つとして、本件遺骨管理権限を引き継いでおり、この管理権限に基づいて被告に対し、杵臼コタンの墓地から掘削され、持ち去られた遺骨のすべての返還を求める権限を有するものなのである。