



Title	二一世紀の日中不法行為法の諸課題：中国における法制定を契機に
Author(s)	吉田, 邦彦; Yoshida, Kunihiko
Citation	北大法学論集, 61(6), 1-30
Issue Date	2011-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45114
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-6_001.pdf



二二世紀の日中不法行為法の諸課題

——中国における法制定を契機に——

吉
田
邦
彦

一. はじめに——本稿の課題

(一) 私の不法行為法学との出会い、法学研究者活力の源泉・学問の姿勢など

本稿においては、二一世紀における日中の不法行為法の諸課題を分析することを課題とするが、私の不法行為法学との出会いは、もう三〇年も前の平井宜雄教授の講義であり、当時のご自身の不法行為法学の名著をベースとする最先端の状況を説かれるというもので、それは極めて強烈且刺激的で、またそれは、民法学（法学）とは何なのかを考える際にも、出発点ともなる決定的なものであった。すなわちここでは、我妻栄博士を始めとする当時の不法行為法学の通説理論（例えば、①違法性理論ないしその基準としての相関関係理論、②それと対比される（主観的）過失論、③相当因果関係論、④損害に関する金銭的差額説等）の根底的なところで、次々と批判理論を展開され、説得的に破壊していくという風のもので、まさしく当時の学説は、「揺れ動いて」おり、サークルなどで居合わせた一年上の先輩の議論の仕方とかなり異なるものであったことを懐かしく思い出す。そして、私が助手論文（最初に提出する就職論文）を提出し、新たな奉職の機会を得て、東大法研を辞する際に、同教授から戴いた忠告は「首尾一貫した研究を行うこと」そして「オジナルな自分の民法学の世界を作り上げる」ということであった。

あれからもう二〇数年経つが、この間だけのことかということができたと考えると、本当に忸怩たる思いに囚われる。最初は、①第三者による債権侵害（契約侵害）に代表される、経済的（取引的）不法行為法から始め（当時は今と違い、この分野の研究は乏しく、平井不法行為法学にも欠落していた）、その後、②アメリカ留学を契機として、契約侵害問題の延長として、ヨリ理論的に、（個人主義的な意思主義理論に対する批判理論としての民法学理論である）関係的契約理論（Macneil理論）に関心は広がった。③そして、契約以上にヨリ根底的なレジームを扱う所有法領域が、川島理論のママになっていることに批判対象は移り、人格的所有理論（Rogge教授の理論）を軸とする、身体的所有、環境法、情報所有法（知的所有権法）などの研究、さらにはその後続研究として、住宅法・居住福祉法学、都市法学、それと関連する地方自治法学等を行っている。④また、補償法学として、（所有法の裏側でもある）民族紛争等に伴う、

先行する所有権征服に関わる補償問題、さらには、広く戦後補償・戦争補償に関わる論述（まず、強制連行・労働の問題を取り上げ、続けて、慰安婦問題、また中国侵略問題の一環で、虐殺問題、空爆問題（特に、重慶での長期の無差別爆撃、細菌戦・化学兵器の問題を扱っている）を行い、時効法学のみならず、広く（法と道德との関係に関わる）不法行為法の目的論・救済方法の根底的反省等を行っている⁽²⁾。

また、法学ないし法解釈方法論としては、学生の頃から強い影響を受けてきた、日本版リアリズム法学とも言える星野英一教授などの利益考量法学、さらには、比較分析として、本場のアメリカ法学における、リアリズム法学、批判理論、プラグマティズム法学、批判的法の支配論などの研究を行っており、特に批判法学からの影響は強いが、自分自身としては、学生の頃からの問題関心の連続的な延長線上の考察のつもりであるし⁽³⁾（しかもこのように、捉えどころがないほど、多くの各論的問題群を横断的に扱うアプローチは、「方法論は、各論的に、具体的法実践との相互関係で、扱わなければいけない」という、恩師星野教授からのメッセージの私なりの実践のつもりである）、さらに、私が、関係理論に始まり、フェミニズム法学、批判人種理論を射程に入れ、さらには、デリダなどの哲学的基礎理論も含めた意味での批判法学にとりわけ関心をもつのも、冒頭に挙げた平井教授の不法行為法学から作られた民法学イメージと無縁ではないということも付言しておきたい。

「二世紀の日中不法行為法の課題」というテーマに、かくも多くの「研究者の卵」の諸君が、関心を寄せていることに、恐縮且驚嘆しているが、それだからこそ、私自身が何をしてきたかということとはともかく、先の平井教授の警句は、「なぜ不法行為法などの民法研究を行うのか」という、研究活動の出発点ないし研究者志望の動機付けとも関わり、改めて強調しておきたい。というのは、日本では近時は、債権法改正という動きもあり、いわば総動員体制的に従来の議論を整理したり、一定の解釈論的立場を実定化したりするというような事業が前面に出ていること⁽⁴⁾もあり、従来の議論をな

ぞるような刊行物ばかりで満ち溢れているように思われるからである（もちろんそれに加えて、諸外国の動向はどうであるかという資料的研究も盛んであるが）。しかし我々はそのようなことのためだけに研究者を屈指したのであろうか。そうではないだろう。少なくとも、冒頭の平井教授のメッセージは、そうではなく、「『既存の議論状況を批判し、問題提起する』ところ、それを通じて『法的議論を進展させる』ところに、研究者のレゾン・デールがある」という如くで（もちろん、そうした問題提起の主張について、比較法的に説得力がなくては意味がないことは言うまでもない）、それがなくては、今後の民法学の活力は見込めないことになるだろう。そうした問題提起の実践が、自分自身が出来ているかは、一応棚に上げて、本稿の分析でも、少なくとも出発点である考察姿勢としては、前述の警句を改めて確認しておきたいわけである。

（二）本稿の分析視角・問題意識

さて、ここに二一世紀における日中の不法行為法の比較ないしその諸課題を検討する本稿において、その考察・分析視角（つまり私の問題意識）を最初に述べておこう。

すなわち、その第一は、日中関係を見据えての不法行為法を考えたいということである。従前の不法行為法学は、今尚、「脱亜入欧」的・「ヨーロッパ（ないし欧米）基底」不法行為法なのであり（もっとも、物権法などと比べて、不法行為法の場合には、抽象度の高い制度であるので、普遍性も高く、従来式のやり方にも意義があることそれ自体を否定するわけではない）、もっと日中という東アジアの隣国という状況を踏まえ、その歴史的事実ないし今世紀の共通の課題（隣国ならではの諸課題）にも留意しつつ、東アジアに定位し「軸足を置いた」不法行為法学の構想もあってよいという問

題意識である。これはこの十年来、私の民法理論研究の問題軸として、新たに加えたこととも関係する（ハーバード大学イエンチン研究所での隣国研究者との分野を越えた共同研究体験を一つの契機としている）。

また第二は、従来の法的責任法としての「不法行為法」の視座を拡大したいということである。すなわち、いわゆる近代法の桎梏として過失責任主義があつたりして、ともすると不法行為法学的射程は狭かつたことは多くの論者が、今日指摘することだが、さらに、「被害者救済を総合的に考える」（加藤雅信教授）という形で広げて⁽⁵⁾、視野の狭さは色々指摘できる。例えば、①交通事故の領域では、加害者の資力の確保、さらにはそれのままならない時の被害者補償制度の確保の制度が求められ、とくに、保険法との総合的考察なしには済まされないことは言うまでもない。また、②医療過誤の領域でも、医療実践との相関なしの不法行為分析は狭いだろう。疾病・傷害に対する医療配分との関係はどうか、またそれを財政的に確保する医療保障制度との相関的考察も求められるところであろう（それがすなわち、アメリカでも医療過誤法の枠を脱して、医事法として展開されているところである）。さらに、③災害補償などは、何か加藤教授的な分析は手つかずで、不法行為法の射程外とされるためか民法学者の関心は皆無に近く、比較法的にも、わが国の救済状況は貧しいのに、それに対する批判的議論は追いついていない⁽⁶⁾。ともかく、そのような問題関心からの分析ということである。

それ以外のレベルでも、不法行為責任の趣旨・目的ないし救済方法という見地から、責任を負うということとは、どういふことなのか、さらには道義的責任（道徳的責任）との異同という根本問題も意外になされておらず、そのような意味からの視野拡大も必要であらう。

さらに第三は、不法行為における具体的な法と政策との関わりに力点を置いて分析することである。この点で、平井教授の、「政策志向型訴訟」に関する理論展開は、周知のものであるが、やや一般理論に傾斜しており、私としては、⁽⁸⁾

ヨリ各論的に具体的に法と政策の交錯状況を、論じてみたいし、その方が、実践的には、生産的だと考えるということである（もとより、伝統的・日常的不法行為の重要性も否定するわけでないが（例えば、交通事故などの問題）、現代的には、政策的不法行為の重要性が高いことは否定できないだろうし、意外に日常的不法行為も、政策的不法行為であることが多いことも、後述する如くである）。

因みに、政策志向型訴訟ないし政策訴訟は、アメリカにおける公共訴訟の議論を発条として、展開してきたものであるが、中国でも近時、「影響性訴訟」として類似の議論が展開してきていることにも留意されよう（例えば、肝炎ウイルス保有者に対する差別訴訟、キャッシュカード付き運転免許証再発行価格に関する訴訟など。もつとも、政策性・政治性が高くなると、訴訟の受理は否定されている（受理難と言われる）ので、事情は異なるが⁽⁹⁾）。

- (1) 平井宜雄・損害賠償法の理論（東大出版会、一九七二）、同・現代不法行為理論の一展望（一粒社、一九八〇）など。
- (2) 論文の冒頭にこのような件を入れる由来は、本稿が、二〇一〇年九月二五日の南京大学法学院における講義を機縁としており、そこでは自己紹介として、自身の研究の概観を入れるようにとの要請があったためであり、それ以上のものである（因みに、本稿の中国語訳（章程（北大法学研究院院生）訳）は、南京大学法律評論三五号（二〇一一年春季号）に掲載される）。最初に記すように、研究の貧しさを恥ずかしく思う。論文集で、①については、『債権侵害論再考』（有斐閣、一九九一）で、②については、『契約法・医事法の関係的展開』（民法理論研究二卷）（有斐閣、二〇〇三）で、また、③④については、『民法解釈と揺れ動く所有論』（民法理論研究一卷）（有斐閣、二〇〇〇）、『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』（民法理論研究三卷）（有斐閣、二〇〇六）、『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」』（民法理論研究四卷）（有斐閣、近刊（二〇一一））で行った。

また、こうした研究を反映させつつ、日々の講義の記録として、講義録の公表を始めた（『家族法講義録』（信山社、

- 二〇〇七）、『不法行為等講義録』（信山社、二〇〇八）、『所有法（物権法）・担保物権法講義録』（信山社、二〇一〇）、『契約法各論講義録』（信山社、近刊）。また、居住福祉法学については、『居住福祉法学の構想』（居住福祉ブックレット）（東信堂、二〇〇六）。
- (3) これについては、吉田・前掲書（注2）（民法理論研究一卷）第一部、同・前掲書（注2）（民法理論研究四卷）第四部をさしあたり、参照されたい。
- (4) こうした近時の民法（債権法）改正の問題状況に関する私なりの批判的分析としては、吉田邦彦「近時の『民法改正』論議における方法論的・理論的問題点」ジュリスト一三六八号（二〇〇八）、同「民法（債権法）改正」の目的・趣旨の再検討と法解釈方法論」法律時報八二巻二二号（二〇一〇）（同・前掲書（注2）（民法理論研究四卷）一〇章に所収）参照。
- (5) この点の総論的展開としては、例えば、加藤雅信・損害賠償から社会保障へ（三省堂、一九八九）参照。
- (6) この点に関しては、吉田邦彦「居住福祉法学から見た『弱者包有的災害復興』のあり方——補償問題を中心に」法律時報八一巻九号、一〇号（二〇〇九）（同・前掲書（注2）（民法理論研究四卷）四章に所収）参照。
- (7) 平井・前掲書（注1）（一粒社、一九八〇）六六頁以下。
- (8) その所産は言うまでもなく、平井宜雄・法政策学（第二版）（有斐閣、一九九五）である。
- (9) 中国の影響性訴訟については、さしあたり、高見澤磨「鈴木賢・中国にとっては法とは何か——統治の道具から市民の権利へ」（岩波書店、二〇一〇）一三一頁以下（鈴木執筆）参照。

二. 従来の動向——日本不法行為法からの示唆

日本民法学では、不法行為法領域は、従来最も論文数も判決例も多い分野であるが、ここでは皮切りとして、新法制定を迎えた中国法に対して、いかなる示唆・留意点があるのかにつき、簡単な概観を与えておこう。

すなわち第一は、数多くの理論的議論がみられたということであり、例えば、違法性・過失・因果関係などに関するものである。しかし冒頭に触れたように、確かに平井教授のように大きな理論的展開を見せたものがあるが、議論百出の状況でもあり、また平井理論の登場後一世代を経た今日の段階で、振り返ると、やや理論過剰の嫌いもあり、その反面で、それによりどれだけ実務が動いたかという観点からは、不毛さも無くはない。

第二に、他方で、比較的少ない条文を補う数多くの裁判例があるということであり、日本では、不法行為法は、判例の分析なしには済まされない（もつともこの点で、中国の裁判例（案例）は、その公表例は、従来限られ、またその法的・事実的拘束力もなく、その意義は日中で異なることには、注意されなければならない（しかし他面で、中国最高人民法院及び最高人民検察院が出す「司法解釈」は拘束力があるとされる¹⁰）。しかしともかく、ヨリ具体的類型・実例ごとの検討の必要性があるという点では、加藤一郎博士のような見方は、理論過剰に対する反省という意味でも、また実例に即した建設的議論の展開という意味でも、再度注目されてよく、¹¹ここでも、例えば、医療過誤、製造物責任、公害、環境、戦後補償などというぐらいに実例に即した分析を行うこととする。

第三は、「法と経済学」理論による急転回が、一九七〇年代半ば以降、アメリカ法学を迫る形で、日本でもなされたということであり、それにより、市場との関係で、法制度を見るという意味での視座の拡大がなされ、また、法と政策の交錯の考察が深められたという意味でも注目されてよい。その理論的成果は、平井教授の「法政策学」であり（注8文献）、功利性基準（効率性基準）と正義性基準とからなる理論枠組みであるが、ヨリ具体的に視座を拡大していく必要性もある。ともかく、この潮流は、不法行為法領域から発展していったわけであるが、その過程で、不法行為法の「部分性」も認識されたということが言えよう。

(10) これらについては、本間正道ほか・現代中国法入門（第五版）（有斐閣、二〇〇九）一〇二頁参照。

(11) 加藤一郎・民法における論理と利益衡量（有斐閣、一九七四）一七頁以下（初出、一九六四）。そして、この点で、吉田邦彦・不法行為等講義録（信山社、二〇〇八）五二頁以下でも、意識的にそのような類型的アプローチを採っている。

三三. 中国不法行為法〔侵權責任法〕瞥見

中国不法行為法（侵權責任法）に目を転ずると、従来不法行為法として規律していたのは、民法通則（一九八六年四月採択・公布。一九八七年一月施行）第六章（一〇六条以下）であったが、二〇〇九年暮れに単独の「侵權責任法」が制定された（二〇〇九年一月制定。二〇一〇年七月施行）ので、それを最初に見ておくことにする。⁽¹²⁾

(一) 比較法的野心作

まず一般的な比較法的特色として、本法律には、世界各国の影響が認められ（アメリカ法の影響もある）、非常に野心的でオリジナリテイのある法律を作ろうとする意欲作である指摘されている。⁽¹³⁾ そのような思い切った立法ができることも、中国ならではの立法事情が関係していると思われ（代表的民法研究者のイニシアティブによる「トップダウン型立法」のよい側面であろう）、日本のかつての法典調査会、法制審議会が指導的役割を演じていた頃と類似する。しかし日本の今は、いわゆる「立法の民主化」ゆえに、保守化勢力によるロビイングがあるから、こうしたことはできな

いだろう(目下債権法改正の動きがあるけれども)。因みに、アメリカ不法行為法でも一九九〇年代以降は、保守派勢力(ないし保守的「法と経済学」)の影響が強く、被害者保護よりも、賠償額の制限などが前面に出ることとなっており、やはり中国とは事情が異なることを想起されたい。

(二) 不法行為法の目的・救済方法の多面性・柔軟性

また、不法行為法の目的論の捉え方が、権利保護、侵害責任の明確化、予防・制裁、社会の調和・安定の促進(一条)として多面的であることが注目され、これは、日本の金銭賠償主義(損害填補への偏り)(日本民法七二二条二項)とは対照的である。そしてこのことは、救済方法の多元性(損害賠償以外に、差止め(侵害停止・妨害排除・危険除去)の予防的措置、財産返還、謝罪、影響除去・名誉回復)(一五条二項)と対応している。さらに、製造物責任につき、懲罰的賠償も認められる(四七条) ことにも注意されてよく、この点では既に、消費者保護法(消費者權益保護法)(一九九三年採択。一九九四年施行) 四九条では、倍額賠償の規定を定めて、これに関する事例も存在していたところである。

しかし他方で、補償的事例における償い効果、修復的正義・関係和解的な救済方法をどこまで包摂できるかは、よくわからないところがあり、まだ議論は不十分ではないか。

(三) 特色ある扱い

さらに、その他の特色ある規定として、(蓄積された幾つかの事例の中で問題とされた)「同命不同価」(命の価値の格差化)的処理を修正する「包括一律賠償」の処理の提示(一七条)(日本の公害・薬害における実務の影響)¹⁵⁾など、興味深い。

また、公平責任(二四条)(無過失の場合の責任分担)は、それまでのやり方(民法通則一三二条)の承継で、中国ならではのものだが、やや性格が異なるものの寄せ集めの色彩もある¹⁶⁾(例えば、①無能力者責任(三二条)(これは日本と扱いが違うが、フランス法などは同じ立場である)、②加害者不特定の被害者保護(八七条)(性質上は、加害者不明の共同不法行為の問題(日本民法七一九条一項後段)、③予想外の状況における損害についての、受益者による補償(二三条後段)など)。

(四) 残された課題——後述する二一世紀的諸問題との関連での不十分さ

しかし反面で、二一世紀的課題との関係で、幾つかの限界があることも否定できないだろう。つまり、既存の不法行為法の比較法によるためか、その限界を抱え込むことになり、すなわち第一に、不法行為の規模の大きいもの(国家規模を越え国際的紛争になるもの)、そして逆にある意味で反対の極である、密室内でなされるようなものについては、従来きちんと対応できていない(しかし重要な不法行為課題である)ことに注意すべきである。例えば、①補償問題などで前面化する、国際法(国際人権法)との交錯領域の不法行為法は不十分である。また、②ドメスティック・バイオレンスとかセクシャル・ハラスメントなどの新たな不法行為についても対応できていない(日本では、後者について、ある程度の事例が出て¹⁷⁾いる)。

また第二に、災害問題なども、不可抗力とされ(二九条)、慮外におかれてしまうのか。なお、広い意味での過失責任の枠組み内だが、わが国の戦後の国家賠償には、変遷もあるが、比較法的には、営造物責任など比較的柔軟に責任を認める方である(戦前は国家無答責。しかし非権力的行為については、当時から不法行為責任は、肯定されていた)。これに対して、中国ではなお射程が狭いという課題があるのではないか(後述する)。もつとも他方で、環境汚染責任の領域では、いわゆる「予防・警戒原則」(precautionary principle)に対応する法理につなげることもできる(六五条(汚染者責任)、六六条(因果関係の推定))。また、効果の多面性(前述)という点では、日本法よりも柔軟に対応できる可能性があるだろう。

さらに第三に、完全賠償の原則としつつ(一九条)、精神的損害賠償は、「重大な」場合に絞る(二二条)(そもそも本法律制定以前には、慰謝料賠償は、認められていなかった⁽¹⁸⁾)のは、社会主義的立法の特色をなす限界だろうか。他方で、日本では従来慰謝料賠償が公平の要請に資するべく、柔軟に認められるのが、特色である。

(12) 中国で新たに制定された不法行為法(侵權責任法)については、日本語文献として、住田尚之「中国における新しい不法行為法の制定」ジュリスト一四〇六号(二〇一〇)、同「中華人民共和国權利侵害責任法(不法行為法)の解説」NBL九二六号(二〇一〇)、加藤雅信「森協章「中国不法行為法(侵權責任法)」の制定と中国民法の動向」法律時報八二巻二号(二〇一〇)(それほど詳しくはない)、早稲田大学孔子学院編「日中民法論壇(早稲田出版部、二〇一〇)一章(梁慧星執筆)、中国語文献としては、王利明ほか「中国侵權責任法教程(人民法院出版社、二〇一〇)、中華人民共和国侵權責任法解説(中国法制出版社、二〇一〇)、楊立新「侵權責任法(法律出版社、二〇一〇)、王勝明主編、全人代法工委民法室・中華人民共和國侵權責任法・条文解釈与立法背景(人民法院出版社、二〇一〇)、全人代常委法制工作委员会民法室編・侵權責任

- 法・立法背景と観点全集（法律出版社、二〇一〇）など参照。
- (13) 野村豊弘ほか「座談会」アジアの民法——その比較法的意義と特色」ジュリスト一四〇六号（二〇一〇）七頁、一六頁〔鈴木賢発言〕。
- (14) 例えば、R・ミラー「アメリカ合衆国における不法行為法改革の動向（上）（下）」判タ六二二号、六三二号（一九八七）、さらに、石原治・不法行為改革（勁草書房、一九九六）参照。
- (15) 王勝明主編・前掲書（注12）七七頁参照。
- (16) 住田・前掲（注12）五一頁は、運用次第では、適用場面が広がり過ぎる懸念があるとする。
- (17) これについては、水谷英夫・セクシャル・ハラスメントの実態と法理（信山社、二〇〇二）、和田美江「セクシャル・ハラスメントの不法行為評価」（二・完）北大法学論集五三卷五号、六号（二〇〇三）参照。
- (18) 精神的損害賠償（慰謝料賠償）は、民法通則一二〇条では、姓名権等の人格的侵害に限り明文規定で認めるに止まったが、その後製造物責任（三二二条）、国家賠償法（二七条）などの特別法で、死亡賠償金、傷害賠償金という名目で実質的に認める場合が増え、さらに、最高人民法院の司法解釈で更なる拡充が見られた（二〇〇一年の「民事不法行為精神賠償損害責任の確定に関する若干の問題の解釈」一条で、従来的人格権侵害以外に、生命権、健康権、身体権、人格尊厳権の侵害の場合にも広げられた。二〇〇三年の「人身損害賠償事件の審理の法律適用に関する若干の問題の解釈」一条一項も同旨である）。

四．具体的考察——例示的に

では続けて、上述したように、実例に即して、具体的・典型的に、日中の不法行為法の比較概観を進めることにしよう。

(一) 交通事故

まず、「交通事故」事例では、日本での経験に鑑みると、モータリゼーションの発達とともに、不可避的に生ずるが、ADR（代替的紛争処理）の重要性は大きいであろう。つまり、わが国では、自動車事故訴訟は、一九七〇年頃をピークとして、減少した。その背後には、賠償実務の方式の集積的確立とそれと相俟った、訴訟外の紛争処理の増加ということが¹⁹⁾ある。中国では、自動車の急増とともに、交通事故事情の悪化が予測され、当面は訴訟（案例）も増えるのであろうが、日本と類似の軌跡を辿るのかは、興味深い。

なお、日本における交通事故賠償実務は、確立されたようではないながら、よく考えると、いわゆる相続構成をはじめとして、その実務のフィクション性は大きい。しかも、近時は、労働事情の変化（非正規雇用・失業率の上昇）とともに、平等主義的取扱いとの関係で、反省の必要があろう。そしてこの点で、中国侵权责任法は、交通事故の場合にも、死亡賠償金、しかも一律のそれということ（二六条、一七条）、日本の実務のフィクション性がある意味で克服した立場の如くであって、注目されるであろう。

またこの領域では、「保険実務」の役割の大きさが決定的であることも確認しておきたい。強制保険化が、日本では、自動車損害賠償保障法（一九五五年制定）に始まるが、中国の道路交通安全法（二〇〇三年採択）は同様のものか（なお、中国では、過失責任とのことであるが、日本の無過失責任に近い中間的責任と違いがあるのかどうか）。

さらに、ひき逃げのような場合の被害者保護の必要に対して、日本では、自動車事故賠償保障事業があるが（自賠法七一条以下）、中国でも、類似の制度が認められていることも注目される（五三条〔道路自己交通事故社会救済基金〕による支払い・立替え）。

(二) 医療過誤

「医療過誤」類型においては、その基盤をなす制度としての「医療保障制度」の相關的検討の必要性があるであろう(例えば、i. c. (インフォームド・コンセント)といつても、背景が日米ではかなり異なる²⁰)。日中でも大きく違いがある(日本では、財政的に動揺しつつも、今も国民皆保険制度が維持されているのに対して、中国では、医療保険が妥当するのは、都市地域に限られ、医療の背景状況が異なる)。

なお留意すべきは、日本では近時、医療過誤領域では、最高裁の被害者保護の見地からの破棄判決が相次ぎ²¹、民事における例外的な積極司法の代表的領域と言えるが(もう一つは、契約法(消費貸借契約法)における、高利貸し規制の利息制限法の運用による過払い金返還訴訟の領域である)、これに対しては、医療界から、医療慣行に反するなどの反発があるということである。つまり、あまり厳格な医療保護法にすると、医療にコストがかかり、そのつけは患者側にも影響するというような多面的考察(訴訟の枠を超えた政策的・制度論的考察)も必要であるということ、現に「医療崩壊」とか、防衛医療(例えば、産婦人科における帝王切開へのシフト)とかの問題も深刻になってきている。ただ、この点でも、日中の状況の相違に鑑みるならば、中国ではさしあたりは、医療過誤に関する規定(五四条以下)の積極的運用による被害者保護に傾注することではないかと推測される。

(三) 製造物責任

「製造物責任」類型に関しては、日本では、特別法として、製造物責任法(一九九四年)があるが、同法は、それま

での民法七〇九条による製造物責任の判例と大差ない（政治的意味合いはあるかも知れないが）。中国法（民法通則一二二条および製造物品質法（一九九三年採択）、また侵權責任法四一条）でも、大差ないのかどうか。なお既に触れた、近時の懲罰賠償の規定（四七条）は、明らかに日本法を越えるものである。

（四）公害、環境問題

次に、「公害・環境侵害」類型であるが、まず、今尚深刻な公害被害があるかどうか、日中の相違であろう（わが国では、かつては、四大公害訴訟など深刻事例があり、それが公害に関わる法理の刷新を突き動かした。しかし今日の関心は、むしろ市街的公害の方に移っている）。しかし日本でも、アスベスト問題、たばこ問題、じん肺問題、大気汚染問題などは今後の課題として残っていることは忘れてはならず、その限りで日中共通の問題といえよう（なお、アメリカでは、タバコやアスベストは大問題で、膨大な訴訟があり、立法も含めて、混迷状況である。それらは、製造物責任の問題としても、議論されているのである⁽²³⁾）。

他方で、二一世紀に大きく前面に出る「環境問題」は、地球規模的な環境リスクの浮上（CO₂削減問題）であり、これは、「不法行為法」の域を超える難問であろう。とはいうものの、この問題に即した不法行為法理開拓の鍵を述べると、第一は、差止めの重要性ということである。こうした環境リスク損害は、広範に不可逆的に進行するという特性に即して、環境不法行為法の構築の必要性があるが、その際には、早期の段階での差止めが重要になるわけである。しかし、日本の民法七〇九条による対応は、従来後手に回っている。この点で、中国法は、無過失責任とのことであるが（民法通則一二四条）（新法の六五条（環境汚染責任）、六九条（高度危険責任））、実際の運用上の問題として、日本法と同様のこ

とも予想されるが、同国での救済方法の柔軟さ（一五条参照）を駆使して、どれだけこうした現代的課題に対応できるかは、注目したいところである。

また第二は、技術面での改善の必要性ということがある。こうした広範な問題について、単発の不法行為訴訟アプローチで、どれだけ対処できるのかという問題があり、コミュニティ基底的な規制も考えられてよい（司法よりも行政的アプローチということになる）。その際に、中国的な法制・社会システムを活用した「上からの」規制は、どれだけ奏功するかも注目されよう（例えば、行政規制アプローチで、杭州・西湖の水質汚濁の解消の例がある）。

しかし、自由主義化、グローバル市場化の波は強力であり、こうした中で、例えば「排出権取引」ないし「環境賦課金」という取引論理⁽²⁴⁾でどれだけ対処できるのかも耳目を集めているが、懐疑的にならざるを得ない面もある。また他面で、戦略的な行動による「コモنزの悲劇」を克服すべく、「下からの」コモنزの管理に向けた「協調行動」のメカニズムの探求もなされて⁽²⁵⁾いて、注目されよう。

なおこれとの関連で、第三に、東アジア規模での国際的対応の必要性があるということも、指摘しておきたい。ともかく、中国は、面積的にも、人口的にも、大国であり、その環境政策（例えば、自動車交通を避けるような公共交通の充実、海産物資源の確保・枯渇防止のための食生活に関わる施策など）の国際的影響力は大きいことに留意すべきである。

（五）住宅災害との関連での不法行為責任

続いて、「災害」事例であるが、それに関わる不法行為問題として、二〇〇八年の四川地震（汶川地震）による建築被害が発条となり、その建築発注者、施工業者の責任（無過失の連帯責任）の規定（八六条）がおかれたことは注目す

べきである。因みに、わが国での欠陥住宅問題に関する民法法理の弾力的運用は、不充分で（民法五七〇条の瑕疵担保でも学理的議論の豊饒さの裏腹に、実際の保護は大きくなかった）、またその不法行為的保護は、近時に「取引的不法行為」として始まったばかりであるが、この問題は、私がかねて論じていた問題である。⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾

(六) 災害問題

しかし本論の「災害事例」類型になると、一般論として、「不可抗力」の問題として、民法の範疇外とされた。しかし、視野拡大の必要があり、損害填補のあり方を広く論ずる必要がある（特に地球温暖化による自然災害の増大に鑑みて）。

もつとも、前述の如く、日本では、国家賠償法（一九四七年）の適用による水害に関する国・地方公共団体の責任の裁判例が多数見られた（もつとも、一九八〇年代半ばごろから、最高裁のスタンスは、やや消極的になる（大東水害訴訟以降）⁽²⁸⁾）。中国での国家賠償法（一九九四年）の運用はどうか。同法は、公務員の不法行為系列のものが主で、災害関連は、対象とされていないから（日本法的に言えば、国家賠償法一条系列だけである）、この点では、大きな違いがある（もつとも、震災・水害は、国家賠償という形ではなく、災害補償という形でなされるから、それらの動向も包括的に見る必要がある）。

なおこの点で、アメリカでは、これに関する司法的運用は消極的であるが、行政的対応として、我が国より手厚いことに留意が必要である（例えば、カトリーナ・ハリケーンの場合）（注6文献参照）。

ところで、日本の場合、水害訴訟のもたらした帰結として、過剰な河川管理、ダムによる水量管理の過剰（不要なダムの林立による予算の無駄遣い）、それによる環境破壊が遅まきながら問題とされる。すなわち、環境保護との関係で、

ある程度 の リスク と の 共存 ・ 共生 という 発想 が 必要 である 。 これは 理論 的 に 中国 と 同様 であらう が 、 これ すなわち 、 新た な リスク 論 の 必要性 という こと である 。

付言 すべき こと として 、 災害 問題 と の 関係 で 、 もつ と 真剣 に 民法 学 の 問題 として 議論 すべき こと として 、 原発 問題 がある 。 原発 事故 に 関して は 、 わが 国 で は 、 ヨーロッパ 諸国 で の 議論 に 習う 形 で 既に 五〇 年前 に 補償 法 が 出来 て いて (一九六一年 原子 力 損害 賠償 法) 、 その 後 その スキーム は 基本 的 に 維持 され ている (という より も 、 この 間 幸い に 、 同法 を 適用 する よう な 事故 が なかっ た ため に 、 深刻 な 議論 も なかっ た と 言える) 。 もつ と も 、 同立法 に 尽力 され た 星野 教授 に よれば 、 ① 無過 失 責任 (免責 される のは 、 異常 に 過大 な 天災 なし 社会 的 動乱 など 極めて 制限 的 で 、 その 時 にも 政府 の 措置 がある) 、 ② 責任 保険 (そこ に おける 責任 の 限定 、 責任 者 の 限定 (求償 の 限定)) 、 ③ 政府 に よる 補償 (地震 、 噴火 、 津波 、 正常 運 転 の 場合 に この 補償 が 問題 になる) の ミックス という 洗練 され た 立法 が 当初 から と ら れ た こと も 改めて 注目 され る べき である (これ に 比較 する なら ば 、 中国 の 不法 行為 法 七〇 条 は 、 この 問題 に 対する 手当 規定 である が 、 やや 簡単 に 過ぎ る という べき で は ない か) 。

しかし ながら 、 原発 被害 の 広汎 さ 、 その 不可 逆 性 、 また 発生 メカニズム の 不可 見 性 など に 鑑み る と 、 —— キャラブレ イジ 教授 の 用語 を 使う なら ば 、 liability rule で は なく て property rule に よる 保護 も 二一 世紀 的 に は 、 本格的 に 議論 される べき であり (それは すなわち 、 単 に 補償 法制 の み ならず 、 行政 訴訟 に おける 建築 許可 の 取り 消し や 差止め による 救済 が 志向 される こと になる) 、 —— しかも 近時 の リスク 論 に 教え られる なら ば 、 普段 の 安全 技術 の 進展 の 絶え ざる 学習 を 通じて 、 損害 が 起こる よう な 事態 に は 、 早い 段階 で 差止め 的 に 食い 止める いわゆる 「 予防 ・ 警戒 原則 (precautionary principle) 」⁽³¹⁾ の 適用 が 一次 的 に 考案 される べき こと が 、 特に 震災 列島 の リスク を 抱える わが 国 の 場合 に は 、 急務 である こと が 銘記 され る べき であらう⁽³²⁾ 。

(七) 戦後補償問題

最後に、「戦後補償」事例を取り上げるが、これは、日中関係に関わる未解決問題（集团的不法行為問題）であって、例えば、中国人強制連行、南京大虐殺、平頂山事件、重慶無差別爆撃、七三一部隊による細菌戦であり、私の近時の中国出張では、それらの被害者からの聞き取り作業を進めている⁽³³⁾。

この種の事例は、枚挙に暇がないのであるが、この東アジア問題の一つの根幹をなす（集团的）不法行為の解決（法的・道義的〔倫理的〕解決）に従来日本政府や関連企業は向き合っていない。そしてこの点は、アメリカなどでは、多くの議論が蓄積されて⁽³⁴⁾いるのと比較すると、対照的である。

この種の類型の責任問題の解決の要点を概説するならば、第一に、日本での司法的状況（判例）は、近時自然債務的解決⁽³⁵⁾をしていて、今や和解手続の進展が注目される⁽³⁶⁾。また、法的責任の帰趨との関連で、しばしば問題となる時効ないし除斥期間問題に関しては、中国でも、（日本よりもやや短い）短期時効（知った時ないし知りうべき時から二年、権利侵害の時から二〇年）（民法通則一三五条〜一四一条）の運用はどのように考えられているのか。中国での裁判例（案例）がないので、この点不明だが、人格権的不法行為ないし残虐な集团的不法行為は、別途考えるということは十分に考えられよう。

また第三に、この類型では、国際法（国際人権法）との交錯がしばしば問われて、国際条約（例えば、ハーグ陸戦条約）の民事上の効力、日中共同声明における責任放棄条項の解釈の仕方、国際私法の適用（法の適用に関する通則法（かつては法例）の適用の仕方）などが、不法行為法と同時並行的に問題とされることに留意すべきである。

さらに第四に、不法行為法の目的論、また法的解決の意義などについて、抜本的に反省を迫るところがあるというこ
とであり、この点は、次述するところに譲りたい。

- (19) この交通事故訴訟の減少経緯について、オベアの「利益紛争」「価値紛争」という紛争類型論を用いて、理論的に分
析したのは、平井・前掲書(注1)(一九八〇)四〇頁以下及び同「現代法律学の課題」同編・法律学(日本評論社、
一九七九)である。
- (20) この点については、吉田邦彦「近時のインフォームド・コンセント論に関する一疑問——日本の医療現場の法政策的考
察を中心として」民商法雑誌一一〇巻二号、三号(一九九三)同・前掲書(注2)(民法理論研究二巻)二七八頁以下参照。
- (21) 例えば、最判平成七(一九九五)年六月九日民集四九巻六号一四九九頁(未熟児網膜症事例。光凝固法の治療義務に関して、
当該医療機関の性格、地域の医療環境の特性を考慮して、積極的に解する)、同平成八(一九九六)年一月二三日民集五〇
巻一号一頁(虫垂炎麻酔事件。能書きどおりに二分間隔の血圧測定しないのは、過失だとする)、同平成九(一九九七)年
二月二五日民集五一巻二号五〇二頁(抗生物質などの投与と顆粒球減少症との因果関係に関する)、同平成一一(一九九九)
年二月二五日民集五三巻二号二三五頁(肝癌早期発見義務違反(AFP検査不実施)と患者の「その時の死」との因果関
係を肯定する)、同平成一三(二〇〇一)年一月二七日民集五五巻六号一一五四頁(乳癌患者に対する乳房温存療法に関
する説明義務違反肯定)、同平成一五(二〇〇三)年一月一日民集五七巻一〇号一四六六頁(急性脳症事例で、開業医
の転送義務違反肯定)など。
- (22) 例えば、最判平成九(一九九七)年七月一日民集五一巻六号二五七三頁参照(カリフォルニア州の懲罰的損害賠償
判決の承認・執行(民訴一一八条三号(旧民訴二〇〇条三号))を、公序に反するとして、否定する。賃貸借契約締結時に
おける欺罔行為という事例)参照。
- (23) これらについて詳しくは、吉田邦彦「たばこ問題と現代型訴訟(不法行為・医療保障上の課題)」ジュリスト一一四九号

- (一九九九) 同・前掲書(注2)(民法理論研究二卷)三七四頁以下、同「日本のアスペクト被害補償の問題点と解決の方途——とくにアメリカ法との比較から」NBL八二九号、八三〇号(二〇〇六) 同・前掲書(注2) 五九七頁以下参照。
- (24) これについては、さしあたり、大塚直「環境賦課金(一)」(六・完)「ジュリスト九七九号、九八一〜九八三号、九八六号、九八七号(一九九二)参照。
- (25) 言うまでも無く、それは、ELINOR OSTROM, GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION (Cambridge U.P. 1990) 14, 29. に始まる研究である。
- (26) 最判平成一九(二〇〇七)年七月六日民集六一巻五号一七六九頁参照(買い受けた鉄筋コンクリート建物の廊下・床の壁のひび割れ、梁の傾斜、鉄筋量の不足など。建築にかかわる設計者、施工者、工事監督者の不法行為責任(過失責任)の肯定)参照。
- (27) 吉田邦彦・前掲書(注2)(一九九二)三八八頁以下、六五一頁以下。その後、能見善久「比較法的にみた現在の日本民法——経済的利益の保護と不法行為法(純粹経済損失の問題を中心に)」広中俊雄Ⅱ星野英一編「民法典の百年Ⅰ(有斐閣、一九九八)も出た。
- (28) 最判昭和五九(一九八四)年一月二六日民集三八巻二五三頁(大東水害訴訟(改修中ないし未改修の堤防の事例)。予算上の抗弁否定の論理は妥当せず、自然的条件、社会的条件、改修の緊急性の有無・程度等諸事情を考慮して、河川管理の一般基準・社会通念から「是認し得る安全性」を判断するという)、同昭和六〇(一九八五)年三月二八日民集三九巻二号三三三頁(加治川水害訴訟。改修中で溢水型の事例)、また、同平成六年一〇月二七日判時一五二四号二八頁(長良川安八水害訴訟。計画高水位以下の浸潤破堤。堤体と基礎地盤とを区別して、後者は、安全性の有無調査・所要対策の必要性はないとする)など。これに対して、同平成二(一九九〇)年二月一三日民集四四巻九号一八六頁(多摩川水害訴訟。改修工事が完了している河川の破堤)は、揺り戻して、諸制約の下で、安全性欠如(瑕疵)を肯定した。
- (29) 星野英一「原子力災害補償」私法二二号(一九六〇)、法協七九巻一号、三号(一九六二)同・民法論集三巻(有斐閣、一九七二)三九五頁以下、とくに四〇六頁以下、四二一〜四三三頁、四三三〜四三四頁参照。
- (30) See, Guido Calabresi & Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and the Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

- (31) これにいうのは、Francois Ewald, *The Return of Descartes's Malicious Demon: An Outline of a Philosophy of Precaution*, in: Tom Baker et al. eds., *Embracing Risk: The Changing Culture of Insurance and Responsibility* (Cambridge U.P., 2002) 273.
- (32) こうした原発災害へのアプローチについては、Kunhiko Yoshida, *A Critical Appraisal of Current Nuclear Energy Policy in Japan with Reference to Some Civil Law Institutions*, 45(4) *Kyung Hee L.J.* 617 (2010) を論じたので、参照されたい。
- (33) その成果として、吉田邦彦「重慶・四川奥都市爆撃補償問題の現状と課題」(下森傘寿) 債権の近未来像(酒井書店、二〇一〇)〔同・前掲書(注2)〕(民法理論研究四卷) 八章に所収、同「中国侵略の戦争被害補償法學研究と日中友好——平頂山、常德での聞き取りを中心として」季刊中国一〇五号(二〇一一) 参照。
- (34) これについては、吉田・前掲書(注2) (民法理論研究三卷) 六章以下参照。
- (35) 最判平成一九(二〇〇七)年四月二七日民集六一卷三号一一八八頁(西松建設中国人強制連行事件。日中共同声明で個人の請求権は放棄されたとの立場を示すが、自然債務としての道義的責任は否定されないとする)。この点で、本文に挙げた中国侵略に関わる事例は、それ以前に判決が出されているが、同様に道義的責任は否定していないと解されるものがある(例えば、東京高判平成一七年五月二三日訟月五三卷一頁(七五頁)〔平頂山事件控訴審判決〕では、賠償訴訟の提起は無理からぬところがあり、十分な賠償を行ったとは言えないと述べる(一三六頁)。また、東京地判平成一四年八月二七日〔細菌戦第一審訴訟〕では、被害は、十分に了解し得る説得的なものとし、ヘーグ陸戦条約三条を内容とする国際慣習法による国家責任を肯定した。
- (36) この点は、吉田邦彦「中国人強制連行和解の現状と課題——花岡和解の問題点を中心として」書齋の窓五八八号(五九〇号(二〇〇九)〔同・前掲書(注2)〕(民法理論研究四卷) 七章に所収) 参照。

五、総論的考察

(一) 類型的整理

最後に、総論的考察を行うが、まずは、二一世紀の日中両国の不法行為法の諸課題を浮かび上がらせる前提作業として、幾つかの不法行為諸事例整理の類型軸を提供してみよう。例えば、第一に、①「日常的な不法行為と政策的な不法行為」という区分けであり、本稿では前述の如く、後者に焦点を当てているが、前者の意義を軽視するわけではない（例えば、交通事故は、前者の例。医療過誤も前者に見えるが、日本では、近時医療過誤の最高裁判決も多く、その医療集団への影響力は大きいという意味で、後者的である）。後者は、訴訟を越えて、広く政策にかかわるタイプの不法行為訴訟である（アメリカにおける公共的訴訟であり、日本では、「政策志向型不法行為」として、平井教授が析出した（注1文献参照））。

第二は、②「伝統的不法行為とフロンティア（新分野・新種）不法行為」という区分で、ここでの後者には、従来議論は希薄だけれど、近時開拓された現代的に重要な不法行為という意味がある。例えば、(a) 経済的不法行為（契約侵害（債権侵害）、不正競争、知的財産紛争、また、マスコミにかかわる風評被害）、(b) コンピューターにかかわる責任（中国侵权责任法三六条参照）、(c) 配慮義務の拡大（責任の拡大）にかかわる安全配慮義務領域（日本では、債権不履行責任（契約責任）として扱われるが、中国法では、不法行為法に規定された（三七条～四〇条参照））、(d) 家族内・職場内・学校内の不法行為（家庭内暴力、児童虐待、校内暴力・いじめ、教師の暴力、セクシャル・ハラスメントなど）が、その具体的場面である。

第三は、③「財産的不法行為と人格的不法行為」、さらには、「環境的（生態系的・地球規模的）不法行為」という分類である。そしてここでの前者「財産的不法行為」は、代替的財産被害にかかわるもの（経済的損害については、何故か立ち遅れていて、②の後者である）であり、広範な財産的被害が出た場合に、どうなるか、懲罰的賠償をするか、利益吐き出し的賠償をするか等は、現代的課題である（取引のグローバル化ゆえにそういう問題が出る）。

そして後者「人格的不法行為」は、人損（死亡・重傷）にかかわるものだが、とくに精神的損害については、クローブアップされる。しかし、従来日本法では、慰謝料（金銭賠償）に直結されてしまい、十分なその救済方法について、考究がなされていない（かなり前の星野教授の問題意識もその点を衝いている）（後述（四）に関連する）。また最後者「環境不法行為」については、これからの問題であり、通常の不法行為の枠組みを超える問題である。

言うまでもなく、以上の分類軸①～③は、相互に交錯することもある。そして本稿では、各々の分類につき、後者の方の不法行為に力点があるということになる。

（二）総合救済システムの検討の充実の必要性

次に二一世紀的課題として、もう一度考えてみたいのは、いわゆる「総合救済システム」の検討を充実・徹底させるということである。この点で、加藤（雅）教授のそれ（注5参照）は、何故か今日では、立ち消え状態、ないしは不徹底な状況で、社会的ニーズが高い分野での展開がなされていない。つまり、損害填補を、ヨリ広範に検討する——不法行為法の枠組みを超える——必要性があるということである（とくに自然災害の場合）。

そしてそのような作業を行う過程で、諸利益に対する公共的支援の必要性の問題が見えてくることになり、例えば、

医療、住宅（居住福祉）に関するそれがそうであり、私が、「居住福祉法学」を展開して、災害復興領域での公共的居住福祉支援を説くことは（注6文献参照）、同法学の構想の基本的なモチーフとなっている。そういう形で、不法行為法学をある意味脱却して、包括的な救済法学のあり方の議論に展開していくことが、地球温暖化現象もあり、災害が相次ぐ東アジア法の課題として急務と言えよう。

（三）国際的連携の可能性？

また、「環境被害・公害・災害」事例などでは、まず原発安全問題などは、その損害の甚大さに鑑みて、一国を越えるアジアの地域的管理、最先端の技術連携の問題であり、風通しを良くした広域的安全管理態勢の構築が必須であろう（自国中心のないシナシヨナリスティックな軍事競争類似の杜撰な原発競争で、その管理が疎かにされることなどはあつてはならない）。

また、コモنزの国際的管理とでもいうべきものが不可欠である。つまり、広域的資源維持、環境保護の必要性があるということ（森林資源、水資源、海洋資源などの持続的管理ということである）、他方で、原油流出等の回避の問題（アメリカでのメキシコ湾の流出事故（二〇一〇年四月）は、深刻な問題だが、中国・大連沖でも類似の問題が起きている（同年七月））もある。この点で、「下からの」資源管理の伝統的知恵として、日本の入会制度の見直しの動きもある。⁽³⁸⁾

これとの関連で、前述の如く排出権取引の発想の拡充ということもあるが、こうしたコモン・リソースの管理問題（例えば、水利権の問題、森林資源の問題）においては、関係当事者の「協同行動」の制度メカニズムをどのように構築していくかということにあり、資源の性質上広域的处理が求められ、アジア規模の環境保護の共同研究は不可欠である

う。因みに、私の中国滞在中（二〇一〇年九月）にいわゆる「尖閣問題」が再燃したが、領土問題をクローズアップさせて、排他的ナショナリズムを高揚させても、原理やガス田などの資源に関する協調的な管理メカニズムの構築において、有害無益であることに思いを致すべきであろう。二一世紀におけるグローバル化による脱領域的な管理（マネージメント）の要請の高まりと、他面で強靱に存続する方法論的国家主義（ナショナリズム）との間で、どう折り合いをつけていくかは、誠に喫緊なかつ困難な課題と言えよう。⁽³⁹⁾

（四）不法行為救済法（目的論）再検討の必要性——「認罪」政策・思想の意義と背景

既に述べているように、「戦後補償」事例を契機として、従来の暗黙の前提とされた、不法行為法の救済方法として、損害填補（しかも金銭的損害賠償）だけが（主たる）目的なのかということが根源的に問われている。その際には、対立・復讐の連鎖から脱するための「関係修復」のプロセス——それは、①加害事実の承認ないし②不法行為責任の承認を受けた、③謝罪・償いのプロセスである——の中で、不法行為法、さらには、広く責任ないし補償問題（法的責任のみならず、その基盤をなす道義的責任）は、いかなる意味を持つのかという形で、問われている。そしてこうした不法行為法の根源問題とも言える研究に関しては、日本の状況は今尚貧しいという他はない。

しかし、既に各論的考察で述べたように、近時の判例が、こうした道義的責任も踏まえた、補償の抜本的責任論を迫っているという風に捉えていくべきもので、これまでの法律家に見られた「損害賠償中心主義」「法的責任中心主義」は、矯正されるべきものである（つまり、戦後補償訴訟などでは、日本では（あるいは中国でも）道義的責任を、法的責任の否定として、消極的に捉える嫌いがあり、この点は、反省が必要である）。道義的責任は、法的責任と密接で、法的

責任を支え、基盤をなし、ある意味で、良心に触れ合うレベルの責任問題として、広く重いと考える必要がある。かくして、このような了解のもとに、これまで周縁化されていた不法行為目的における「償いの側面」が、根底的要素として、前面化することになる。

この関連で、私が注目しているのは、中国において、一九五〇年代に顕著にみられた、いわゆる「認罪」の実践（撫順戦犯管理所における当時の毛沢東氏の共産党の立場、とくに周恩来氏の立場）である。そこでは、中国侵略の戦犯やシベリア抑留者は、復讐的に厳格に制裁的・応報的に処罰されるのではなく、反対に食事・医療的対応・その他の生活面で、極めて好待遇を受けて、他面で、「学習」を通じて、各自の罪行について自発的に良心に訴えるたちで——換言すると、前記の抜本的な道義的責任のレベルで——責任の認識・承認・改心を迫るということがなされたわけであり、その「人間改造」に向けた寛大策は、日本に対するアメリカの逆コース政策と似て非なるものであることに留意する必要がある。

こうした実践は、南アフリカの真実和解委員会（TRC）のやり方とも類似しており、安易に被害者の復讐意識に訴えず、他面で加害者の責任認識（償いの意識）を良心的に（その意味で道徳的に）訴えかけるといふ意味で、先駆的であり（TRCに四〇年余り先行して行われたのである）、その効果には、改めて注目に値する（その証拠に中帰連の人たちの平和活動がある）。そしてその背景にも関心が持たれ、それは一面、①延安時代の共産党政策として打ち出された、捕虜優遇政策との連続性ということについては、既に指摘があるところであり、⁽⁴¹⁾しかしこのことは、中国の戦後補償問題に関する寛大策にも繋がると思われるが、その背景として、②儒教思想（「以德報怨」）や仏教思想（「罪大惡極」）の影響があるとの見方もあるし（黒竜江省社会科学学院・王希亮教授からの示唆）、また、③犯罪学・刑事政策としても、伝統的刑事思想として、復讐と寛大が併存しており、罪を語ると刑事政策を緩和するという対応がなされ、また唐の頃

から罪の認識を重視するという立場がある（例えば、農村での強姦犯罪につき、村のエリートが介在して加害者・被害者を結婚させるという例が調解〔調停的刑事和解で、情、理、法（人情、面子、権力、法律）により判断される〕慣習としてある）とのことで（南京大法学院・狄小華教授〔犯罪予防と控制研究所長〕からの示唆⁽⁴²⁾（しかしそこから、共産党政策（前記①）では、復讐的側面が抑えられたとのことである）、中国ならではの伝統思想・革新思想の重層複合的所産として——しかしながら現代的に応用可能性が広いものとして——、今後とも理解を深めていきたいと思う次第である。

- (37) 星野英一「(シンポ) 生命侵害の損害賠償」私法二九号（一九六七）同・民法論集三卷（有斐閣、一九七二）四四七—四四九頁では、(a) 被害者側については、苦痛の紛れの方は時間が経つと進行し、他方で怒り・復讐感情の満足の要素があり、(b) 加害者側には、償いの要素があるとし、その上で、償いを相手の遺族に対する金銭ですることの妥当性を問題にすべきだとし、慰謝料の方は、低額化するということも指摘されている。筆者が、補償事例との関係で不法行為目的・救済方法の捉え直しをしているが（後述）（とくに、吉田・前掲書（注2）（民法理論研究三卷）六章など）、それとも関連でも、卓見というべきであろう。
- (38) See, e.g., Margaret McKean, *Management of Traditional Common Lands (Iritchi) in Japan*, in: Daniel W. Bromley, *Making the Commons Work* (ICS Press, 1992) 63.
- (39) この問題について、さしあたり、遠藤乾「グローバル時代の国家回帰」学士会会報八八四号（二〇一〇）二四頁以下、とくに二八—二九頁参照。
- (40) この「認罪」実践については、例えば、中国帰還者連絡会翻訳編集委員会訳編・覚醒——撫順戦犯管理所の六年 日本戦犯改造の記録（新風書房、一九九五）、野田正彰・戦争と罪責（岩波書店、一九九八）二九頁以下（太原捕虜収容所での

扱い)、一〇〇頁以下(撫順戦犯管理所での実践)、熊谷伸一郎・なぜ加害を語るのか——中国帰還者連絡会の戦後史(岩波ブックレット)(岩波書店、二〇〇五)、江鳩毅ほか「座談会」撫順戦犯管理所での生活」中帰連三四号(二〇〇五)四四頁以下、撫順の奇蹟を受け継ぐ会九州支部編・赦しの花(せいうん、二〇〇六)、岡部牧夫ほか編・中国侵略の証言者たち——「認罪」の記録を読む(岩波新書)(岩波書店、二〇一〇)など参照。また、(NHKハイビジョン特集)『認罪——中国撫順戦犯管理所の六年』(二〇〇八年一月三日放映)も参考になる。

(41) 例えば、藤原彰Ⅱ姫田光義編・日中戦争下中国における日本人の反戦活動(青木書店、一九九九)一一頁以下、一七頁(姫田執筆)、三四頁以下(井上久士執筆)参照。また、新井利男「中国の戦犯対策とは何だったのか」新井利男資料保存会編・中国撫順戦犯管理所職員の証言(梨の木舎、二〇〇三)一九頁以下、さらに新井利男Ⅱ藤原彰編・侵略の証言(岩波書店、一九九九)三〇〇頁も参照。

(42) 調解の動向については、同教授のものとして、狄小華ほか「刑事和解程序研究」南京大学法学評論二〇〇七年春・秋号一一〇頁、同「中国伝統調解制度的現代転型」東南大学学报(哲学社会科学版)一〇卷六号(二〇〇八)五六頁参照。

(付記)

瀬川信久先生には、同門の先輩として、また私が北大に移籍してからの二〇年余りは、同僚教員として、何事につけ、身近に親しくご指導・ご鞭撻賜った。これまでのご厚情に深く感謝申し上げますとともに、今後の先生のご健康、益々のご研究の進展を祈念する次第である(吉田邦彦)。