HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 中国との戦後補償問題及び近時の研究 ： 民法と国際法（国際人権法）との交錯（１） |
| Author(s) | 吉田, 邦彦 |
| Citation | 北大法学論集, 70(4), 130[1]-110[21] |
| Issue Date | 2019-11-29 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/76231 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | lawreview_70_4_03_Yoshida.pdf |

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

# 中国との戦後補償問題及び近時の研究

## ――民法と国際法（国際人権法）との交錯(1)――

吉田邦彦

### 一．研究関心

北京の中心部にある中国社会科学院は、二〇〇〇年代半ばに、梁慧星教授と恩師星野英一博士（更には、共に物故者

となられた五十嵐清博士、鈴木禄弥博士）とで、《日中民法学交流を始められた由緒ある研究機関》であり、本日はこのような機会を与えられて光栄でありますが、報告に先立ち、私の研究関心からお話ししたいと思います（以下、適宜「である体」に替えます）。

（一）（法と政策の問題）

とくに今日は、「戦後補償問題」について話すようにとのことだが、不法行為法学から、「法と政策」への関心を持つに至ったことと関係する（近時ようやくその成果を出すことができた[2]）。これは、いわゆる「政策志向型訴訟の析出」をされた平井宜雄博士からの影響でもあり、「戦後補償問題」ほど、政策志向型訴訟の代表的なものはないだろう（中国でも、「影響性訴訟」と言われて、関心が集まる）。

（二）（法制度ないし社会編成原理との関係――「中国法」の特質）

しかし私の中国法への問題関心は、もっと制度的というか、社会編成原理的というかそういうところに繋がる。これまでのささやかな私の研究の推移を振り返ると[3]、「債権侵害」ないし「契約を破る自由」の研究から、関係契約法（マクニール契約法）との邂逅があり、そこから契約制度ないし背景的な法制度への関心が深まっていった。そして一九九〇年代半ばに、所有法学の展開（ないしその批判法学的研究）への関心にシフトする。「スタンフォード経験」と述べているが、「契約」よりも「所有法」の方が、社会のスキーム、国家と市場のあり方などに深く関わるからである。具体的には、身体取引（代理母契約などの人工生殖医療）、環境法、住宅法、先住民族法（従来先住権の侵害の中心は所有権）、さら



には、諸種の知的所有権法等も、それら一体・一群のものとして、所有理論の揺れ動く状況に魅了され、この中で、とくに自分自身の展開として、国家の役割（ないし市場規制）を強める意味を込めて、「居住福祉法学」の開拓に努めた（その背後の問題として、わが国の住宅法がそれだけ市場中心主義であったためである）。

これとの関係で、中国は、――全世界が、グローバルな資本主義で席巻される中で――世界の人口の四分の一規模で、社会主義的な制度をとろうとしているという点で（つまり市場開放している反面で、トップダウン的な国家の役割が強いという意味でユニークである）、興味深い[4]。例えば、居住福祉法学で大きな位置づけを占める「災害復興」の領域で、例えば、二〇〇八年の四川大地震（汶川地震）の直後に被災地を訪れると、現物給付の形で、次々家屋が建てられているのを目撃し、彼我の違いを思い知らされた（その後の二〇一三年廬山震災の復興もかなり進んでいるとのことである[5]）。その意味で、同法学においては、中国から学ぶところは多い。他方で、医療保障領域では、わが国は、国民皆保険制度に代表されるように、住宅法とは異なり、共同体主義的な制度設計をしていて、中国は目下この日本の制度から学ぼうと躍起になっており、私も基調講演に数回訪れている。そしてこの点も中国法制度のあり方としては、納得がいくことである。更には、環境法の分野でも、そのトップダウンの環境保護規制は、通常の資本主義諸国には見られないものがあり、注目しているところである[6]。

（三）（民法と国際人権法との交錯）

次に、二一世紀的現象としての、民法と国際法（国際人権法）の交錯現象ないしそれへの関心について述べると、従来国際法は、国家間の国際公法的扱いだったが、私人レベルの人権侵害を問題にされる国際人権法になると、民法と交錯してくるわけである。しかし東アジア法学では、素材は一杯あるのに、民法学者の関心はまだ希薄である（補償法学

は、不法行為法の大きな課題であるのに、それを同法学に取り込んでいない民法学者は未だ多いのではあるまいか）。さらに、国際的活動、資本主義の巨大化によるグローバルな影響が出るようになり、国内的対応だけでは不充分になってきた。例えば、環境法部門がそうであるが、戦後補償問題はそれに先立つ形で、越境的な国際人権法的・民法的問題として嚆矢のものだったと言えよう。この講演を「国際法研究所」で行う所以である。

ところで、東アジアに根ざした「東アジア民法学」の必要性、それへの私の関心について、屢々述べているが、従来の民法学者はとかく（未だに脱亜入欧的な）「欧米志向」が強すぎる。東アジアの民法学者の交流が増えたとは言え、未だ東アジア的な香りがしない欧米志向が強いものではないか（例えば「債権法改正」などもそうである。もちろん、欧米から学ばなければならないことは多いのだが）。しかしもっと東アジアの現場主義的な国際人権問題ないし制度比較として、「戦後補償」はまさにそうであり、「居住福祉」の最も深刻なテーマの「強制立退き」も前述の制度的相違も関係して、格好の素材を提供するだろう（例えば、本社会科学院近くの投宿ホテルの眼下に広がる王府井の里弄の都市再開発に伴う強制立退き現場からは、所有権概念の相違、その意味での基本的人権問題の感覚の相違を感ずるし、前述の国家・行政の役割の大きさの負の側面であろう）。



**王府井の都市再開発・建物取り壊し（強制立退き）現場**

## 二　中国との戦後補償問題

### 二－一　素材及び訴訟の性格

言うまでもないが、「中国との関係で戦後補償問題（戦後遺留問題）」の素材は、多数ある。例えば、南京虐殺、平頂山虐殺、重慶爆撃、常徳細菌戦、中国慰安婦問題などである。[7] これらについて、日本人（とくに若者）は、概して歴史教育を十分に受けておらず、無知である。また、こうした訴訟の特質として、政策訴訟ないし価値紛争的色彩が強く、[8] 個別訴訟とは異なり、影響力が大きく、また利益紛争と異なり、単なる金銭問題には終わらないことに留意しておきたいが、この点必ずしも従来の法律家の配慮は足りなかったように思われる。

例えば、「花岡事件のリーダーの耿諄氏が何故五億円もの花岡和解にもかかわらず、ショックのあまり寝込むことになったのか」「南京事件の家族襲撃の犠牲者の夏淑琴氏が、虚偽だとする東中野修道氏の名誉棄損事件で、四〇〇万円もの損害賠償肯定にもかかわらず、少しも癒やされていないとの彼女の思い」「韓国の慰安婦ハルモニが、アジア女性基金を拒否し、また一〇億円提供の二〇一五年慰安婦合意に納得できない」などの事例はすべて共通しており、もう一度補償問題の解決のあり方を本問題の特質に即して考え直す必要があるようである。

### 二－二　法的論点

法的論点についても様々なところで論じているので（注7の文献参照）、箇条書き的に要約すれば以下の如くである。

（一）条約（ここでは日中共同声明。とくに免責条項）の解釈

第一は、条約による免責論の解釈であり、この点で、日中は立場が別れる。すなわち、国家間レベルの外交保護権の問題なのか、個人的請求権の問題も含めて、免責するのかという問題である。日本の判例（西松建設・中国人強制連行・労働事件）（最判平成一九年（二〇〇七年）四月二七日民集六一巻三号一一八八頁）は後者の立場であるが、同判決では、「自然債務」は残るとしていることに留意が必要である（従って、日本の行政（安倍政権）ないしそのマスコミ報道が屡々（最近は日韓についての議論が多いが、日中も同様である）、「この問題は、条約により『完全にかつ最終的に解決済み』である」とするが、これはこの判例をきちんと理解していないこと、そして次述の外務省のかつての立場を勉強していないことを意味している）。ところで、後者の立場を採った場合に、不法行為に関わる損害賠償請求を免責することは、「公序」に反さないかという問題があるだろう。

なお日本の外務省は、かつては前者の立場を採っていたのであり（柳井俊二条約局長〔当時〕発言）、一貫性が問われている。従来の強制連行・労働判例もこれを前提として、民法的論点を検討していた。また近時議論が多い、韓国大法院の徴用工判決（二〇一二年判決〔二〇一二年五月二四日大法院判決〕、二〇一八年判決〔二〇一八年一〇月三〇日大法院判決〕など）では、日韓条約の対象から、強制連行の問題はそもそも外れているという判断が、多数意見のratio decidendi（真の判決理由）であるから、屡々議論される個人請求権は免責の対象となるかどうかという点は、副次的論点であることにも注意が必要であろう。

（二）民法上の論点

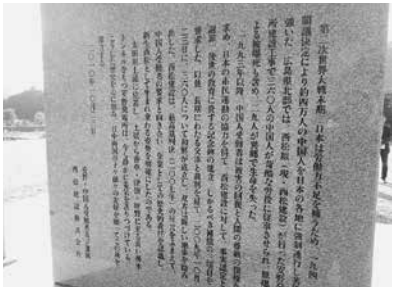
そうなると、次は民法上の論点となるが、第一に、時効ないし除斥期間（民法七二四条）の問題がすぐに説かれる。長年月の経過により、請求権は消滅するのではないかという問題である。判例は後者とするが、学説多数は、今では消

滅時効とする（私もこの立場である）[9]。そうなると、時効の援用問題（ないしその権利濫用）が出るし（時効の「援用」規定（民法一四五条）は、「良心規定」と言われて、ボワソナードの創設であり、だから道義的に被告が援用をよしとしなければ援用しなければ良いし、無造作な援用は信義則的に控えるべきだという議論が出るわけである）、仮に除斥期間だとしても、起算点問題（民法一六六条）としてずらすこともできるわけである。

更に、その他に、国家無答責の問題があるが、現段階でこういういささか（憲法一七条〔国家賠償法〕で否定された）時代錯誤的な法理を持ち出して良いのかと言う問題もあり、それもあり、これを回避するための安全配慮義務違反（民法四一五条）構成が出されるわけである。その他、会社の同一性問題も屡々被告側から出されるが、実質的に考えるのが、穏当であろうし、自然債務の問題については前述の通り、判例がこの立場を採ったことの実際的意義は大きい。

### （三）集団的措置の必要性

そうなると、本訴訟こそ、関係当事者が多い、いわゆる「政策志向型訴訟」の最たるもので、だからこそ、西松和解（二〇〇九年一〇月。三六〇人の犠牲者に対する誠実な謝罪と二億五〇〇〇万円の補償〔一人七〇万円ほど〕）や三菱マテリアル和解（二〇一六年六月。三七六五人に対する誠実な謝罪と一人一七〇万円の補償。これを前提に、二〇一九年六月には、「歴史人権平和基金」発足の予定であるし（三菱マテリアル側は、被害者（ないしその相続人）の確認を支払いの条件とし、同基金は、同確認を行う）、二〇二〇～二〇二一年には、美唄に彫刻家安田侃さんの記念碑建設とのことである）[10]などが注目される所以であろうし（もっともこれに対して、康健弁護士な



**西松和解の碑（広島安野発電所）**
**（2018年11月訪問）**

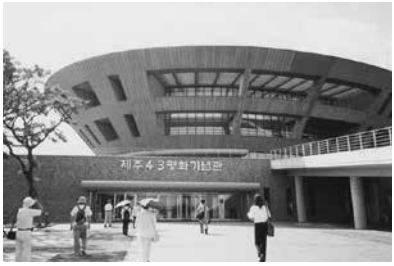
どは、低額に過ぎるのではないかとして反対する）、加害者側の国・企業が一体となった集団的な救済システムを作り上げていくことが急務であろうし、例えば、水俣病を基にした公健法（公害健康被害補償法）、アスベスト補償法、近時では、福島原子力被害に関する原賠審の中間指針及びその追補、強制不妊救済法などがモデルともなろう。ところが、日韓の強制連行問題に関しては、被害者側の和解基金提案（例えば、弁護団長の崔鳳泰弁護士のものなど）[11]にも拘らず、こういう取組みが暗礁に乗り上げているところに、この問題解決に向けての未成熟さを感ずる。

## 二―三　補償問題ないし関係和解の根本問題

### （一）補償の目的及び救済内容の拡がり

ところで、補償問題に関しては、従来の狭い「損害賠償法学」を脱却する必要があると思われる。すなわち、これまでは、「損害賠償中心主義」というべきものに支配されていたところがあり（民法七二二条一項から致し方ないところはあるが）、不法行為目的として説かれたのは、まずは「損害填補」、せいぜい「加害抑止」、「懲罰」どまりで、補償問題で最も注目される「償い」的側面が閑却されてきた嫌いがあるのである。

しかし、何のための補償請求かに留意しながら、救済方法について拡がりを持って考える必要がある。この点、諸外国では学際的研究も深まり、場合により、「金銭賠償」よりも「誠実な謝罪」が重要だったりするし、さらに、記念碑・博物館の建設等も補償内容としてなされることも目立ってきている。このような拡がりのある救済方法は、国



**補償の一環として建設された、**
**済州４／３事件平和博物館**

内法（不法行為法）よりも、国際人権法の分野でなされているのである（例えば、米州人権裁判所）。この点で、例えば、済州島の四／三事件の補償の始まりとして博物館の建設、平和公園、墓地の建設からなされていることも参照に値しよう。

（二）関係和解のプロセス

関係和解（reconciliation）のプロセスをここで述べておきたい。すなわちそれは、（i）過去の不正義の（加害者による）認識（だから歴史教育の問題は、補償プロセスの一環として重要である）、（ii）過去の不正義の責任の（加害者による）認識、（iii）これらを受けた誠実な謝罪及びそれを補う金銭補償、（iv）以上を受けての被害者側からの赦しがなされるというものである。(12)

そしてこの枠組みと照合することにより、慰安婦問題はうまくいっていない良い例であることがわかる。例えば、二〇一五年の日韓慰安婦合意では、一〇億円の提供がなされても、（i）レベルで、安倍首相は、慰安婦の強制性を国会答弁で否定しており（二〇〇六年）、最初のステージがクリアされていないからである。他方で、中国での「認罪」（これは周恩来首相によるものである）、また南アフリカ（同国の真実和解委員会）での「恩赦アプローチ」はこのプロセスに適合的である。

また、このプロセスに沿った補償行動こそが、重要であり、法的補償と道義的補償はこの点でオーバーラップしてくることがわかるが、道義的補償の方が、ヨリ根本的であることもわかるし（他方で、法的補償の方が、公式性は大きい。慰安婦ハルモニがこれに拘るのはそれ故であろう）、その意味で、判例（平成一九年（二〇〇七年）最判）が「自



**中国・撫順の戦犯管理所でなされた「認罪」実践**

然債務」であること（つまり道義的補償は残るとしたこと）の意味は大きい。道義的補償論は、時効や除斥期間、国家無答責、条約免責を克服する面があるからであるし、またその意味で、慰安婦の口頭証言を信用しないという法的証拠法則を（広義の補償プロセスで）振り回すことはいかがなものかと思われる。

## 三．近時行っていること（先住民族の補償問題）

### 三－一　概況

ところで、近時行っているのは、「先住民族の補償問題」であるが、その理論的、実践的問題の所在は、前述の「戦後補償問題」と同様である。もっとも、所有権の侵害（土地征服）の問題が根底にあり、侵害も蓄積的・継続的である意味で、事態は深刻である。その点では、アメリカ法学の奴隷制補償と類似するものがある。

救済方法としては、土地返還、伝統的生業（狩猟採集・漁撈権）回復、伝統的知識の保護、遺骨返還、自己決定権回復、その他の歴史的不正義（環境破壊、乱開発、鉱山資源の奪取など）に対する補償ということで、その具体的表れとして、住宅・医療・教育の保護政策などの推進（この点で、例えば、南アフリカの諸政策、ハワイ原住民に対する諸政策）、さらに文化的には、言語の復権、音楽・刺繍・踊り・叙事詩などの伝統的文化の復権（その観光的商業化〔商品化〕からの保護）等、多岐にわたる。

### 三－二　比較法的状況

この補償アプローチに関しては、「国連の先住民族権利宣言」が二〇〇七年に出され（UNDRIP）（日本も署名。しかし、「集団的権利」「自己決定権」について、留保している）、わが国のアイヌ政策の見直しの転機となっている。そもそも先住民族問題は、二〇世紀においても、国際法上も周縁化されていて、ようやく二一世紀から本格的に世界中で取り組まれるようになった課題である。

比較法的には、土地返還についてはカナダ、自己決定権（自決権）（統治権）回復については、アメリカ合衆国が先進的で、アイヌ民族などは、未だ補償アプローチが採られていないという意味で、その反対の極であり、遅れている。その中間にアラスカ原住民の状況が位置づけられる[13]。国際人権法的な権利実現的な司法機構（例えば、この点で最も先進的なのは、南北アメリカ大陸（とくに中央アメリカなどにおける実践例）である（米州人権委員会（一九五四～：一九六七～）及び米州人権裁判所（一九七九～）。とくに先住民族との関係では、アワスティンニ事例（二〇〇一）が画期的先例である））という点でも、東アジア・東南アジアでは欠落していることも、比較法的には問題である[14]。

また、集団的権利に関しては、とくにアメリカ法学における「漁業権」「水利権」の法理の進展が目覚ましく、カナダ等ではまだ根強い（次述のわが国のアイヌ民族でも同様である）、「個人主義的な権利平等」「それ故の多数派支配」的な議論を克服する少数民族の独特の団体的な権利を転回させており、二一世紀の環境の世紀におけるその威力も小さくないと思われる[15]（なお、この点では中国の認定されている五五の先住民族は、多くは内陸に居住するので、問題にならないことだが、黒竜江（アムール川）流域に居住するホジェン族（ナナイ族）は、従来鮭やチョウザメなどの漁撈に依存していて類似の問題がある。黒竜江、松花江、ウスリー江が交わる三江平原が従来漁場だったが、今では養殖がメインとなっているとのことである。そして中国漁撈数量制限原則は国家規制に服するが、同民族の儀式、自食の漁撈行為には規制がなく、アイヌ民族に対するような限定的なことはないようである）。

### 三－三　アイヌ民族の法政策の未発展ぶり

アイヌ民族は、歴史的不正義の連続の歴史であった。その帰結として、アイヌ民族の貧困問題があり、自己決定権を閑却した同化政策が圧倒的であった。二〇〇七年の UNDRIP は、アイヌ政策再検討のきっかけにはなったが、全く生きていない。その後（今のアイヌ政策の出発点とされる）二〇〇九年の「有識者懇談会報告書」が、この補償アプローチを否定する立場（それを「裁量問題」として、趣旨を受け止めつつも、それを実定化することを否定するスタンスである）をとっているために、「歴史的不正義」と向き合わず、特殊日本的な先住民族文化に封じ込める政策を展開している。

そして、二〇一九年春には、アイヌ民族の頭越しにその趣旨の「アイヌ新法」（「アイヌの誇り尊重社会実現の施策推進法」）が制定されることになっているが、この問題は未解決のままである[16]。補償アプローチを実質的に否定しておきながら、新法で誇りを持てといわれても無理な話である。「民族的誇り」のためには、かつての人権蹂躙・権利侵害に対して、救済措置をとり、「権利回復」「名誉回復」がなされることが不可欠であろうし、「差別禁止」といっても、補償アプローチの否定は、「逆差別」の言説を産む可能性を常に孕んでおり、自ら差別構造を温存させていると言っても過言ではないからである。

〔なお、二〇一九年の有識者懇談会報告書の執筆者で、かつ今回の新法の制定を図った常本照樹教授は、台湾での平埔族は今回のアイヌ立法的な保護にとどまっているのであるとしてその正当化を図っているが[17]、同国では、既に高砂族については、夙に UNDRIP に沿った先住民族補償がなされて久しく、平埔族の補償は、蔡英文政権になって始まったばかりの新たな「第二段階の施策」である。そういうことを知らないはずはない、同教授が殊更「平埔族」に焦点を当

てそこだけ持ってきて、アイヌ政策はその程度で良いと意図的に誘導する（さらには、平等保護条項を重視して、アイヌ民族保護は「逆差別」だとの論理を重視するのも、日米の先住民族保護のコンテクストの相違を閑却して、先住民族保護に抑制をかける法理だけ、比較法として持ってくる）のは、いささか不誠実な比較法の手法であり、いわゆる「歴史修正主義」（そこでも、殊更に歴史の一部分を強調して、トータルの歴史を歪めようとする側面が強い）を想起させる、アイヌ政策版の「アイヌ保護政策修正主義」ないし「比較法的修正主義」であろう。[18]」

この点中国はいかがであろうか。多くの先住民族を抱える中国も、先住民族問題は大きな課題であろう。不充分なところは指摘されているとは言え（なお、ウイグル問題について、中国側の説明と、諸外国の批判とで食い違いがある[19]）、日本の先住民族政策に関する原理的立場（補償否定の立場）ほど一般論としてひどくはないと思われる（もっとも、最近は、従来の多民族政策に変化が見られるとの指摘もあり[20]、予断を許さない）。

ともかく日本では、有識者懇談会報告書（二〇〇九年）が、入り口のところで、UNDRIP（二〇〇七年）を事実上否定して『補償問題』であることを封じている（さらには、二〇〇七年のUNDRIP署名の際に、日本政府（の官僚）が行った、「自己決定権」「集団的権利」というその根幹部分で留保するという前史があり、そうした手法は、類例があまりないというのが、EMRIP（UNDRIPの推進専門家メカニズム〔専門家チーム〕の見解である）ために、今までのアイヌ民族に関わる補償実務の実績は乏しいが、近時問題となっている事例として以下のものがある。例えば、（1）遺骨返還の完全実施、そのための基盤整備としての道内各地のアイヌ墓地支援態勢の財政的充実、（2）二風谷ダム判決に反するチャシ埋没のダム建設の廃止（そのための環境訴訟を可能とする公共訴訟制度の実現）、（3）アイヌ新法で危うくされようとする、アイヌ文化の商品化・観光化に対する措置、伝統的知識の保護制度の充実、更に所有権・狩猟採集・漁撈権に視野を転ずると、（4）伝統的漁業権・採集権の拡充、（5）国有地の信託的返還、（6）共有財産問題の解決

（共有財産の返還の追試）、その際の増額評価の実施、更に（7）所有権の返還に替わる、補助制度・福祉支援制度の充実（例えば、教育支援、住宅支援、年金支援、医療福祉支援など）、また（8）先の補償・関係和解プロセスとの関係で、過去の不正義の認識（過去の歴史教育）の重要性に鑑みた、アイヌ教科書（副読本など）の充実、国立博物館の諸外国に倣った過去の不正義（アイヌ民族への過去の人権蹂躙の数々）に関する陳列の補強等、《今後の補償の充実のさせ方》のメニューはすぐに十指に及ぶことであろう。そしてそれは『世界標準』からも色々教えられ、基礎づけられることである。いつまで現状のままで、諸外国とは隔絶した時代錯誤的状況を、日本政府はアイヌ民族との関係で維持するつもりなのだろうかと、嘆息を禁じ得ない[21]。皆様のご教示をお願いする次第である。

既に触れたように、先住民族保護・補償の問題は、歴史的に見て、二一世紀になりようやく、浮上してきた問題であり、その核心部分が所有権だとすると、民法問題〔所有権問題〕の未解決の宝庫と言っても過言ではない（さらに深刻な気候変動の時期、そしてそれがもたらす様々な災害、異常気象、森林火災（熱帯雨林）、そして食糧危機などを迎える今、地球環境とのエコロジカルな調和を保ちつつ生きてきた先住民族から学ぶことが多く、しかるに世界各地で環境破壊と共にその存亡の危機も問題とされており、その意味からも先住民族の権利保護の重要性の理解は急を要することだとも言える[22]）。しかし日本社会の特性として、集団主義的な同化圧力が殊の外強く、それが先住民族などの民族的マイノリティには負に作用する。UNDRIP に署名しながら留保し、アイヌ新法でアイヌ保護を行っているとしつつ、その実態は「世界標準」とはかけ離れているという「本音と建て前」の日本独特の使い分けの現場がここにはある。先住民族研究者が政府に雇われると、変節して良いのかという、「研究者倫理」のあり方もまさにここでは突きつけられている（そういうことも、アメリカ先住民族法のメッカとも言うべき、コロラド大学ロースクールで在外研究をしていると赤裸々に見えてくる）ということを最後に述べて、終わりにしたい。

（1）本稿は、二〇一九年三月一九日午後二時半から、中国社会科学院国際法研究所にて行った講義をベースとするものである。このような機会を設けて下さった、同研究所の柳華文教授、同法学研究所助理研究員張鵬氏、また通訳を務めてくれた、陳宣霖氏、桑月佳氏（共に北海道大学大学院法学研究科修士課程院生）に、お礼申し上げる。本講義は、当日時間との関係で二までしか話せなかったが、中国社会科学院のウェブ上でも報告されている（以下参照）。http://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=70159

（2）吉田邦彦・民法学と公共政策講義録（信山社、二〇一八年）参照（補償問題については、八一頁以下）。平井博士の関心の結実物は、言うまでもなく、平井宜雄・法政策学（有斐閣、初版一九八七、第二版一九九五）である。私のものはその各論的な承継に過ぎない。

（3）これについては、吉田邦彦「日本民法学の近時の変貌の回顧と将来の方途――『民法理論研究』を求めて」北大法学論集七〇巻二号（二〇一九年）。

（4）私の中国に対する制度的関心としては、吉田邦彦・都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」（有斐閣、二〇一一年）八七－八八頁参照（初出、法律時報七九巻二号（二〇〇七年））。なお、欧米の所有法研究者のポスト共産主義体制への制度的関心は、下からの多元的団体所有に注目し、民主主義的コントロール、受動性の克服、社会的包有などに留意した「第三・第四の道」であることも参考になり、これについては、Gregory Alexander et al. eds., A Fourth Way?: Privatization, Property, and the Emergence of New Market Economics (Routledge, 1994) 参照。

（5）E.g., Huang Zhiling, *Lushan Revitalized in Wake of Quake: Self-Management Groups Have Rebuilt County Following Deadly 2013 Disaster*, China Daily, September 2nd, 2019, p.4（四川省雅安市が支援する廬山の「喬愛(Qiao'ai)」ニュービレッジでは、その住環境の良さが印象的である。青城山のふもとに二階建ての建物が連なり、気持ちよい集落となっている。青城山は、UNESCO の世界遺産として、中国土着の道教が誕生したところである。二〇一三年四月に廬山は、マグニチュード七・〇の地震に襲われ、雅安市では、一七六人が死亡し、一二六一四人が受傷した。損害は、市の八一％以上の一二五〇〇平方キロに及び、市の人口の九七％の一五〇万人が影響を受けた。そして習近平主席は、同年五月に同地域を訪問した。その後自己管理委員会が立ち上がり、市の支援の下に新たなコミュニティが作られたのだ。また「喬愛」は、海外の中国人（華僑）が、四五〇〇万元（六三〇万ドル）の寄付をしてこうしたコミュニティができあがった。廬山の喬愛には、二

二六軒の家屋が建ち並ぶ。そこでは、自己管理委員会で、コミュニティの清浄化もなされ、ゴミ一つ落ちていない。このように、廬山地震のエリアでは、八万七七一軒の農家及び三万三六九六軒の都市アパートが三年間の間に新しく生まれ変わった）。

（6）この点については、吉田邦彦「生態文明と環境保護法・居住福祉法――日中韓比較」（加藤雅信古稀記念）二一世紀民事法学の挑戦（上巻）（信山社、二〇一八）六七頁以下、とくに七一頁以下参照。

（7）詳しくは、吉田邦彦・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（前編）（中編）（後編）（民法理論研究五～七巻）（信山社、二〇一五、二〇一七、二〇一九（近刊））、とくに「（中編）」参照。さらに、その後のものとしては、同「慰安婦問題解決の動きとその課題――とくに『中国人慰安婦』との関連で」研究中国八号（通巻一二八号）（二〇一九）五一頁以下がある。

（8）「政策志向型訴訟（政策訴訟）」も「価値紛争」も、平井博士が着目・析出された紛争類型で、平井宜雄「現代法律学の課題」同編・法律学（日本評論社、一九七九）七頁以下、とくに一一頁以下、同・現代不法行為理論の一展望（一粒社、一九八〇）三九頁以下（利益紛争と価値紛争）、六六頁以下（政策志向型訴訟の展開）参照〔同・法律学基礎論の研究（平井著作集Ⅰ）（有斐閣、二〇一〇）に所収〕。このうち、前者は、政策に関わり、多くの関係当事者に関わる訴訟（それに対して、訴訟当事者だけの個別的な訴訟を「紛争志向型訴訟」とする）と理解すれば良いが、後者は、V・オベアの紛争理論（Vilhelm Aubert, *Competition and Dissensus: Two Types of Conflict Resolution*, 7 J. Conflict Resolution 26 (1963)）に依拠しつつ、価値観の対立に関わり、だから関係当事者の二者間による（金銭的な）利益調整にはなじまず（なじむものを「利益紛争」とする）、第三者（典型的には裁判官）の裁定による「三者解決」（その意味での「法的解決」が求められる紛争類型とされる。

（9）私はかつて、沿革的にこの点を明らかにしたことがある。吉田邦彦・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題（有斐閣、二〇〇六）四三五－四四五頁参照（初出、ジュリスト一二一六号（二〇〇二））。〔なお、過般の債権法改正（二〇二〇年四月から施行）では、「権利行使ができることを知ったときから五年」（他方で「権利行使ができるときから二〇年」）（人身損害の場合）とされるので深刻であるが（多くの場合、前者だとすると、これまでの一〇年間が短縮されて、被害者に不利な改正である）（民法一六六条一項一号二号、一六七条、七二四条、七二四条の二）、消滅時効であることが明示されるので、援用することが権利濫用だなどとの論理は通りやすくなる。〕

（10）北海道強制連行訴訟弁護団事務局長の田中貴文弁護士からの情報である（二〇一九年四月）。また、北海道新聞（朝刊）二〇一八年一一月五日四面（「中国人強制連行年内に基金。三菱マテ遺族へ支払い可能に」）（これが、二〇一九年六月まで延びたとのことである）。

（11）この点は、例えば、古川純「個人請求権の日韓認容を共通地盤に――『和解基金』設立を提案する」現代の理論二〇一九春号（二〇一九）九六―九七頁参照。

（12）この枠組みも、既にいろいろなところで論じているが、構想にあたり参考になったのは、Martha Minow, Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence (Beacon Press, 1998); do. ed., Breaking the Cycles of Hatred: Memory, Law, and Repair (Princeton, 2002); Eric Yamamoto, Interracial Justice: Conflict and Reconciliation in Post-Civil Rights America (NYU Press, 1999) 173; Elizabeth Spelman, Repair: The Impulse to Restore in a Fragile World (Beacon Press, 2003); Roy Brooks, Atonement and Forgiveness: A New Model for Black Reparations (U. California Press, 2004) 141- 等である。

（13）例えば、吉田邦彦「アイヌ民族補償の現況と課題――諸外国の先住民族補償（とくにアラスカ原住民の場合）との比較で」久摺一四集一九六～二一二頁（二〇一六）。

（14）これらについて、詳しくは、吉田邦彦「国際人権法実現システム（とくに米州・アフリカ人権委員会・裁判所）における先住民族の権利保護の状況」（二宮正人古稀）ブラジルと日本から見た比較法（信山社、二〇一九）四六一頁以下参照。

（15）これについては、吉田邦彦「米ユーロク民族の水利権・漁業権における逆境と展望――アイヌ民族との比較のために」法学セミナー七八八号（二〇一九）参照。

（16）吉田邦彦「『アイヌ新法』論議の問題点――アイヌ法政策は世界の動向から隔たっている（上）（下）」現代の理論二〇一九春号（一九号）、二〇一九夏号（二〇号）（二〇一九）。

（17）常本照樹「アイヌ政策推進法――アイヌと日本に適合的な先住民族政策を目指して」法学教室四六八号（二〇一九）六三頁以下参照。

（18）アメリカ合衆国の連邦インディアン法（アメリカ・原住民族法）における「先住民族保護政策と平等保護条項との関係」は重要課題であり、これは、過去の不正義を背景とするアファーマティブ・アクション、また連邦のアメリカの原住民族

との「信託的関係」ないし「条約の保護」に由来する一九三四年の「インディアン再組織法」(Indian Reorganization Act) 等に由来する、《原住民族の優遇的配慮》を、どのように司法審査するかという重要問題である。そしてこの点で、アメリカの判例のベースラインとして、「連邦が認めた先住民族（原住民族）」であり「人種」問題ではなく、その保護政策には、「民族的自己統治」に資するべくはかられた、連邦議会の判断を重視して、司法による「厳密審査（heightened scrutiny; strict scrutiny）」ではなく、立法を重視する控えめな「合理性審査（rational base scrutiny）」で良いとして、その合憲性を認めたマンカリ判決（Morton v. Mancari, 417 U.S. 535 (1974)）（平等保護条項、デュー・プロセスに反しないとする）がある。それに対して、近時の保守的（個人主義的）な動きをバックにしたものとはいえ、逆差別的判断をしたライス判決（Rice v. Cayetano, 528 U.S. 495 (2000)）は、ハワイ原住民族の政策を進めるハワイ原住民事務所（Office of Hawaiian Affairs [OHA]）の受託者の選挙に関する制限を、第一五修正（投票権の平等保護）との関係で違憲にしたものであり、先住民族政策一般の第五修正、第一四修正の違反が問われたマンカリ判決とは射程も異なるものである（さらに、その後平等主義的配慮を拒否している事例も出ている（Adoptive couple v. Baby Girl, 133 S. Ct. 2552 (2013)（チェロキー民族の父親の監護権の存否に関する））。これについて、例えば、Sarah Krakoff, *Inextricably Political: Race, Membership, and Tribal Sovereignty*, 87 Wash. L. Rev. 1041, at 1048, 1116, 1122- (2012)（原住民インディアンへの議会の義務、民族救済の特質からは、「民族自体の存在」を認める必要があり、それを無くす「平等保護条項」の司法戦略は、入植者・植民者のプロジェクトを推進することになり（1122-23）、人種問題化し民族問題除去をはかる昨今の状況に対して、先住民族の存続のためには、除去主義者に抗して、「人種問題と政治問題とのカテゴリー的腑分けをしていく」ことが重要だとする（1131-1132））は、そう問題状況は単純でないことを詳述していて、すぐれている。その意味で、アイヌ民族の保護を弱めるために、いきなりライス判決を持ってこようとするのは、ここでいう恣意的な「比較法修正主義」であり、もっと歴史的な流れに沿った先住民族政策の経緯ないしその司法審査のあり方を精査してから、日米比較法を行うべきだと考える。

(19) 中国側の説明として、例えば、Chen Weihua, *UN Human Rights Review on Beijing Completed*, China Daily, March 18th, 2019, p.1（中国は、第四〇回国連人権理事会における第三回目の審査を終了した。そこでは、中国外交部副部長の楽玉成(Le Yucheng)が、「とてもスムーズで、成功した」と語った。国連の人権理事会は、四～五年に一回、定期的審査(universal periodic reviews)で、その座長は、セネガル代表のC・セック氏だった。そこでは中国の人権問題の達成とその発展とが

議論された。楽氏は、二〇一八年一一月に打ち出した三〇施策に言及し、その成果は早期に出てきていると指摘した。しかし、六二の勧告については、中国の国情から、また事実齟齬があるとして否定した。例えば、新疆ウイグル自治区におけるテロ対策は、倫理的・宗教的問題ではないとした。それは新疆ウイグル自治区の安定性維持ないし中国の領土的統治に関わることとした。新疆では、宗教的な過激主義が激しく、一九九〇年代以来その同地区の過激派の影響を看過できないとするのである。近年は、新疆政府は、このテロリズムないし過激主義に対する手段として、職業教育ないし訓練学校を採用しているとした。楽氏は、それは強制的な施設ではなくて、職業学校であり、過激派の影響から免れ、通常の生活を送れるようにするところだと説明した。テロに対する国際的寄与であるとした。テロがなくなれば、このプログラムも次第に小さくなっていくだろうともした)。恰度ＣＣＴＶ（中国国営テレビ）（二〇一九年三月一八日深夜）でこの職業学校の内部、その関係者の番組を報道していた（皆楽しそうな雰囲気であった。他国の外交官に案内もしているとのことだった）。実態はどのようなことなのかはわからないが、その番組自体を見ることができたのは、貴重だった。

これに対して、アメリカ合衆国からの批判として、例えば、NYT Editorials, *China's Brutal 'Boarding Schools': Beijing's Indoctrination Centers for Muslim Uighurs Are Stark Violation of Human Rights*, The New York Times, International Edition, March 19th, 2019, p.13 [*China's Gulags for Uighurs*, The New York Times, March 18th, 2019, A20]（トランプ政権の国務省人権部の部長のＭ・コザック氏は、中国のイスラム教徒マイノリティの収容施設は、恐ろしいとする。三月一三日の年次報告では、中国は人権侵害が著しいとする。生存者、ウイグルの反動者、衛星写真その他の取材源によると、職業学校と言うより強制収容所に、少なくとも一二万人から一〇〇万人以上のイスラム教徒が収容され、文化大革命のような強制により、国家的な政治思想の強制がなされている（新疆のイスラム教徒人口は、一〇〇〇万人である）。ＮＹＴに、Ｍ・アキョル氏が書いているように、そこでは、イデオロギー教育がなされ、中国共産党の歌が歌われ、自己批判がさせられる。幸存者は、睡眠制限、孤立監禁、拷問がなされているとのことだ。新疆は、一八世紀に中国に占領され、中国のとげと言われる存在となった。ウイグル独立派の爆破や暗殺が相次ぎ、二〇〇九年七月には暴力的なテロも起きた。しかしそのアイデンティティの消滅のために、ブレインストーミングをするのは、残虐行為であろう。更には献血をさせて少数民族のＤＮＡ管理をするのは許されない。イスラム諸国は沈黙を保っているし、二〇一九年二月にサウジアラビアのムハマド・ビン・サルマン国王が、習近平主席に、「中国は国家安全のために、反テロ行為、過激派撲滅行為尽力してい

るのは正しい」と述べたが、果たして説得的なのか。新疆で起きていることは無視されるべきではない）; Josh Chin & Clement Burge, *China Razes Territory, Dismantling a Culture*, The Wall Street Journal, March 21st, 2019, A1, A10-A11（中国西部のシルクロードシティであるウルムチは、目下国家安全の要衝の地だが、中国政府は、第二ステップとして、ウイグルの文化を抹消する方策を展開し始めた。そこでのナンを売る店を止めさせ、ウイグル語の本の売却を止めさせたりしているのだ。かつてはそういう店が建ち並んだ二道橋地域も様変わりだ。新疆自治区のザキル・ショラット知事は、「民族の統合は、中国の民族グループにとって生命線だ。新疆の経済発展の基礎だ」と述べる。共産党の目的は、新疆におけるコントロールの強化だともされる。同地では積極的にウイグル対策がとられ、一四〇〇万人のトルコ系イスラム人の暴力的・過激的傾向への対策として、一〇〇万人ほどを収容所に入れ、その他の者をデジタル的に統治する。ウルムチにおけるウイグル人口も急激に減っている（二〇一七年には二六〇万人いたが、二〇一九年には二二〇万人になっている。他方で、インフラ投資額は中国で最大で、二〇一七年には二〇二〇億元（三〇〇億ドル）となっており（前年比二五％増）、空港の拡大や建設費に充てている。また二〇一八年に都市再開発に七〇〇億元を使っている）参照。

(20) E.g., James Millward, *What Xi Jinping Hasn't Learned from China's Emperors: Tolerance of Diversity, Not Repression*, 2nd, 2019, p.11（中国で国際的関心を集めているのは、新疆ウイグル自治区と香港である。中華人民共和国は伝統的に多国民国家だったが、習近平政権は、積極的に文化的・政治的多様性を消そうとしている。中国が今の大きさになったのは、清代（一六三六～一九一二）であり、台湾、新疆、チベットを取得したのは、その時である。中華人民共和国が発足したときも、清代の立場を受け継いでいた。民族的多様性を認めていたのである。一九七〇年代の鄧小平政権も、深圳の経済開発などでそうしたレジームを復活させようとした。ところが近年、とくに習近平政権になった二〇一二年から寛大な伝統を捨て、民族的同化主義を強化している。個々の文化尊重ではなく、中華という統一カテゴリーを推進しようとする。憲法で各地域の言語の自由が保障されているのに、今や中国政府は、標準中国語（北京語）を学校その他公的場所で強制しようとしている。かつて中華人民共和国は非漢族の言語教育を推奨していたが、今では新疆のウイグル語の本屋は、閉鎖させられたりしている。ウイグル語やチベット語の推進者は刑務所に入れられ、同様に、宗教の中国化として、習近平一党国家は、数多くのチベットの仏教施設を襲い、その僧侶を再教育施設に収容している。香港の学校においても、愛国

教育を強制している。そうした諸政策は、これまでに中華人民共和国の行政的柔軟性及び相対的民族的寛容さを否定し、国際的非難を生んでいる。中国共産党のレジティマシーを掘り崩しているのだ。習主席の政治的・文化的単一性への空しい夢は、中国の伝統的な多様性に反しているのだ）. See also, Steven Lee Myers, *Repression of Islam Spreads Across China: Secret Directive Extends Crackdown Far beyond Homeland of the Uighurs*, The New York Times, International Edition, October 10th, 2019, p.3.

（21）なお、私のアイヌ民族の補償問題に関する一番まとまったものは、吉田邦彦・アイヌ民族の先住補償問題――民法学の見地から（さっぽろ自由学校「遊」、二〇一二）（更に、加筆して、吉田・前掲書（注8）前編（信山社、二〇一五）に所収）である。当時からもう既に数年が経つが、近時のアイヌ新法にも拘わらず、事態は遺憾なことに少しも変わっていないと言わざるを得ない。

（22）こうした問題について、私は二〇一九年一〇月に、『気候変動と先住民族の食を考える国際会議』（国際スローフード協会及びアイヌ女性会議主催）（二〇一九年一〇月一一日、札幌ピリカコタンにて開催）及び『アジアにおける開発問題を考える――協調社会を求めて』（チュラロンコン大学及びチェンマイ大学共催）（二〇一九年一〇月一四日、バンコク・マンダリンホテルにて開催）にて、報告の機会を得た（タイトルは各々、"Climate Change, Increased Disaster, Food Crisis and Indigenous Peoples: The Significance of Indigenous Peoples' Rights", "Reparations and Reconciliation Process for Peace: In the Context of Development Studies in East and Southeast Asia"である）。多くの示唆を得ているが、これについては、別の機会に譲りたい。