

## 〔論 説〕

歴史と法 (1) : 韓国における  
文化財返還運動に関する一考察 (上)「過ぎ去ったことは過ぎ去ったことにしよう」(毛沢東)<sup>1</sup>佐 藤 義 明<sup>2</sup>

## はじめに

2010年5月10日、『韓国併合』100年日韓知識人共同声明<sup>3</sup>と題された声明が公表された。この声明は、1910年8月22日の韓国「併合条約は元来不義不当なものであったという意味において、当初より null and void [無効] であるとする韓国側の [1965年6月22日の日韓基本条約<sup>4</sup>第2条に関する] 解釈が共通に受け入れられるべきである」<sup>5</sup>こと、および、「侵略と併合、植民地支配の歴史を根本的に反省する時がきている [ことから、] 罪の許しは乞わねばならず、許しは与えられねばならない」<sup>6</sup>ことを訴えている。

この声明に署名した人々については、「市民の中で知識人は専門家である。知識人の中でも歴史問題については歴史学者たちが一番の専門家であ

1 Cited in Peter Duus, Introduction: History Wars in Postwar East Asia, 1945-2014, to 'History Wars' and Reconciliation in Japan and Korea: The Roles of Historians, Artists and Activists (2017), pp. 1, 4.

2 本稿において、邦訳のある文章については、邦訳の出典を記載するが、訳文は原則として佐藤による。

3 『韓国併合』100年日韓知識人共同声明 笹川紀勝、邊英浩監修『国際共同研究 韓国併合100年：歴史と課題』(2013年) 445頁。

4 U.N.T.S., Vol. 583, No. 8471, p. 44.

5 前掲声明(注3) 448頁。

6 同声明 449頁。

る」<sup>7</sup>といわれる。ここでいわれる歴史問題とは何であろうか。史料を発掘し事実を解明すること、そして、ある事実と他の事実との関係に関して仮説を立ててそれを検証することについて、歴史学者が専門家であることは明らかであろう。しかし、非法的な基準を立て、それを適用して過去の行為を裁断することについても、歴史学者は専門家であろうか。クローチェによれば、「歴史の語り手になるという名目で、裁判官としてこちらで有罪を宣告し、あちらで無罪を言い渡すのに忙しい人は、それが歴史家の役割であると考えているが、歴史的感覚を欠く人であると一般的に認められている」<sup>8</sup>。また、歴史を批判的に検討する場合にも、ある制度を作った個人を道徳的に断罪することと、その制度の負の側面を指摘することとは異なり、歴史家の役割は後者であるといわれる<sup>9</sup>。歴史を記述するためには、歴史家は、一方的な裁き手になるのではなく、記述される「人々の心と何らかの触合い」をもたなければならないといわれるのである<sup>10</sup>。

国々がそれに従う義務を負う規範は国際法である。国々が国際礼讓 (international comity) などの非法的規範に従うことは望ましいであろう

---

7 金泳鎬「韓日知識人共同声明と東アジア時代」和田春樹他編『日韓歴史問題をどう解くか：次の100年のために』(2013年)21, 38頁。

8 Benedetto Croce, *History as the Story of Liberty* (Sylvia Sprigge transl., 1955), p. 45.

9 See E.H. Carr, *What Is History? : The George Macauley Trevelyan Lectures Delivered in the University of Cambridge, January-March 1961* (1961), p. 73 [E・H・カー、清水幾太郎訳『歴史とは何か』(1962年)114頁]. 道徳的な判断を下す場合にも、歴史家ならば、絶対的な基準に基づく「善」と「悪」ではなく、歴史が運動であり運動が比較を含意することを反映して、「進歩的」や「反動的」などの相対的な表現によるといわれる。See *id.* pp. 77-78 [邦訳121-122頁].

10 カーは、「この10年間に英語圏の国で書かれたソ連に関する文献と、ソ連で書かれた英語圏の国に関する文献との両方の大部分の価値が損なわれているのは、相手の心で何が起っているのかを想像力を用いて理解するという最も初歩的な基準にすら達することができず、その結果、相手の言葉や行動が常に悪意に満ちた、非常識な、偽善的なものにみえるようにされたからである」と指摘している。See *id.* pp. 18-19 [邦訳31頁]. 日本による朝鮮の統治を記述しようとする歴史学者についても、カーの警句が当てはまらないか検討するべきであるように思われる。

が、国々はそうする義務を負うわけではない。国際司法裁判所（ICJ）規程——1945年6月25日に国連憲章とともに採択され、同憲章の「不可分の一体をなす」（国連憲章第92条）——第38条1項a号ないしc号によれば、国際法は、条約、慣習国際法および「法の一般原則」いずれかの形式で存在する。

国際法には「国家実行と癒着した日本型実証主義という退行的な面」と、1907年10月18日の「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」<sup>11</sup>前文に含まれるいわゆる「マルテンス条項」に表わされる規範主義という「発展的側面」とがあるので、ある争点を「歴史問題として解決す」るべきである場合には、後者の側面を強調するべきであるともいわれる。マルテンス条項とは、「締約国ハ、其ノ採用シタル条規ニ含マレサル場合ニ於テモ、人民及交戦者カ依然文明国ノ間ニ存立スル慣習、人道ノ法則及公共良心ノ要求ヨリ生スル国際法ノ〔諸原則の〕保護及支配ノ下ニ立ツコトヲ確認スル」とするものである。この立場から、日本が植民地支配の「不法性不当性」を認めたいうえで、『『過去の清算』にともなう具体的な措置（謝罪、賠償等）を考えてゆくことが望ましい』といわれるのである<sup>12</sup>。しかし、この主張にはいくつかの問題がある。まず、交戦国の行動を規律する条約が、韓国併合条約によって大日本帝国の領域となった朝鮮の統治にどのように関連するのが明らかではない。また、1969年5月23日の条約法条約<sup>13</sup>第31条1項および2項によれば、条文が当事国に義務を課すのとは異なり、条文を解釈する際に参照される「文脈」であると位置付けられる前文が、日本の行為を評価するために直接適用されるべきものであるのか疑義がある。さらに、かりに適用されるとしても、同前文のいう「国際法ノ〔諸原則〕」のなかに日本による朝鮮の統治を禁止する原則が含まれていたのか明らかではない。したがって、マルテンス条項のみによって、日本による統治の「不法性」を認めることはできないと考えられる。

国際法を解釈し、それをある事実適用して当該事実が合法であるかどうかを検討することについては、知識人全般またはその一類型とされる歴史学者ではなく、国際法学者が専門家なのではないであろうか。「大学人

11 Consolidated Treaty Series, Vol. 187, p. 227.

12 荒井信一「歴史における合法論、不法論を考える」『世界』681号（2000年）270, 284頁参照。

13 U.N.T.S., Vol. 1155, No. 18232, p. 331.

以外の人達」のみならず、大学人のなかでも「学問的専門の違う人達」は、当該学問分野については「素人」と呼ばれるからである<sup>14</sup>。しかし、冒頭の声明に署名した「日本側」の540名のうち、法律家を名乗る者はわずかに7名である。しかも、そのうちの3人（樋口陽一、内藤光博、古関彰一）は憲法が専門であり、国際人権法が専門である者が2名（戸塚悦朗、上村英明）、国際法が専門であるとする者も2名（笹川紀勝、阿部浩己）である<sup>15</sup>。「一番の専門家」と呼ばれるべき国際法学者がほとんどこの声明に署名していないことは、この声明に何らかの問題が存在することを示唆していると思われる。

国際法学者ならば、ある条約が無効であるかどうかを検討する際には、条約法条約を参照するであろう。同条約は、第42条1項において、同条約は条約の無効原因を網羅的に列挙するとしたうえで<sup>16</sup>、第46条ないし第53条において、「条約を締結する権能に関する国内法の規定 [への違反]」、「国の同意を表明する権能に対する特別の制限 [の不遵守]」、「錯誤」、「詐欺」、「国の代表者の買収」、「国の代表者に対する強制」、「武力による威嚇又は武力の行使による国に対する強制」および「一般国際法の強行規範 [との] 抵触」を列挙する。後世の歴史学者が「不義不当なものであった」と評価している事実はそこでは挙げられていない。国際法は国家実行に基礎付けられるものであり、実証主義は日本に特殊な方法ではなく、国際法学の基礎である。「法的な争い」で勝つ見込みがない場合に、「歴史問題として解決す」べきであるとして、国際法を恣意的に脇に置くことは問題であると考えられる。

日本と韓国との関係は、「歴史問題」が蒸し返されるたびに不安定化する状況に陥って久しい<sup>17</sup>。この状況の原因の1つは、両国の政府による問

---

14 See Carr, *supra* note 9, p. 22 [邦訳36-37頁]。

15 国際法を専攻とする笹川紀勝は憲法の研究で学位を取得しており、国際政治を専攻とする最上敏樹は国際法の研究で学位を取得している。このことに現れているように、この人数は厳密なものではない。しかし、国際法学者の参加がほとんどないという状況は理解することができる。

16 条約法条約を起草した国連の国際法委員会 (ILC) による同条項に対する注釈として、see *The Law of Treaties, in International Law Commission 1949-1998, Vol. 2: The Treaties Part II* (Arthur Watts ed., 1999), pp. 609, 718-720.

17 本稿は日本と大韓民国 (韓国) との関係に焦点を当て、日本と朝鮮民主主義人民共和国 (北朝鮮) との関係については別稿で扱う。

題の法的処理を無視し、「歴史問題」のあらためての清算に焦点を当てようとする活動家に対して、両国の国民の一部が感情的に共鳴し、両国の政府がそれに影響を受けるという悪循環に陥っていることであると考えられる。この悪循環を断つためには、歴史と法との関係について検討しておくことが必要である。過去の事実を清算し、新たな関係を開始する仕組みを法は結晶化してきたからである。

例えば、平和条約は、戦争の結果を清算し、戦後の関係——政府間、および、政府が代表する国民の間の関係——を再設定するための仕組みである。もちろん、平和条約を締結するときに、戦勝国と敗戦国の力が均衡しているとはかぎらず、一方の国民が当該条約に満足するとはかぎらない。しかし、過去から現在を終局的に切断し、現在の世代が過去から自由に関係を構築するための基礎として、平和条約が受け入れられてきたのである。一般国際法が発展すると、そのたびに平和条約が処理した事項を一方当事国が蒸し返して再検討することができるとするならば、「歴史問題」から後の世代を解放するという平和条約の目的は永遠に達成されえない。

法的処理による過去の清算は、人類が歴史の試練のなかで得た賢慮である。後の世代に期待されることは、歴史の教訓からみずからの行動規準を抽出し、それを政策決定の指針にすることであろう<sup>18</sup>。「過去は問わない」

18 「極論すれば、日本人は被害者意識が中途半端だからいけないのではないか…自分たちがあの侵略戦争のなかで被害者だった体験を突き詰めていったら、そこにさらなる被害を受けたアジアの人が見えてくる」といわれる。猪木正道他「座談会 戦後責任」『法律時報』61巻9号（1989年）6,21頁（内海愛子発言）。この点で、次の言葉が想起される：「日本ハ進歩トイフコトヲ軽シ過ギタ …… 敗レテ目覚メル、ソレ以外ニドウシテ日本ガ救ハレルカ …… 俺タチハソノ先導ニナルノダ 日本ノ新生ニサキガケテ散ル マサニ本望ヂヤナイカ」。吉田満「戦艦大和ノ最期」保阪正康編『戦艦大和』と戦後：吉田満文集（2005年）11,56頁参照。吉田満『「戦艦大和の最期」初出テキスト』同書206,218頁も参照（初出テキストでは、「負ケルコトガ最上ノ道ダ」という言葉も含まれる）。「日本が犯した過ちに目覚め、そこから立ち直る再生の道を歩き出すこと」を可能にした「戦死者たちの本源的な疑問に答える足場を持たない限り」、「戦後の日本社会が熱狂的に支持した『平和と自由と正義』も、…彼らの苦悩を癒すことは、ついにないであろう」といわれる。吉田満「死者の身代わりの世代」同書505,510頁参照。いわゆる「戦後責任」には、特攻攻撃で戦死した出陣学徒などが侵略の実行者であったと同時に、「日本が犯した過ち」の「被害者」でもあったことを直視し、「彼

からといって、過去の記憶を「歴史化」し語り伝えるという課題を「大きく、また重い」ものとして受け入れられないわけではないのである<sup>19</sup>。

法律家は、過去の法的処理を現在の秩序の安定性の維持へと結び付けるために、このような仕組みを設計し運用する。それに対して、歴史学者は、歴史を清算する法的処理とは独立に、過去の「不正」の責任を追及し、それに対する救済を追求しようとしがちである。例えば、第2次世界大戦の後に連合国が一方的におこなったが、日本も1951年9月8日のサンフランシスコ平和条約<sup>20</sup>第11条によってその判決を受け入れた極東国際軍事裁判(東京裁判)について、法律家と歴史学者とでは向き合い方が異なる。法律家は、東京裁判は事後法による刑事裁判であるかもしれないが、そのような裁判が許容されるという規則を確立する先例ではなく、「未曾有の」行為に対して例外的に許容された一回的なものであると位置付ける<sup>21</sup>。たしかに、東京裁判で創造・適用された法は、その後に国際法の規則として確立することになった<sup>22</sup>。しかし、東京裁判は孤立的な(*sui generis*)事例であり、事後法による刑事裁判の禁止は原則として残存していると考えるのである。これに対して、歴史学者のなかには、「東京裁判の再審理」<sup>23</sup>を試みて、2000年の「日本軍の性奴隷制を裁く女性国際戦犯法廷」のようなイベントの開催を推進する者がいるのである<sup>24</sup>。

国際法学者のなかにも、「歴史問題」を蒸し返そうとする主張に加担す

---

らの苦悩」に想いを致すことも含まれるように思われる。

19 浅野豊美「訳者あとがき」マーク・ピーティー、浅野豊美訳『植民地：帝国50年の興亡』(1996年)343, 344-345頁参照。

20 U.N.T.S., Vol. 136, No. 1832, p. 46.

21 藤田久一『戦争犯罪とは何か』(1995年)132-133頁参照。

22 See Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal, U.N.G.A. Res. 95 (I), Dec. 11, 1946, U.N. Doc. A/RES/95 (I).

23 内海愛子「戦後補償：緊張する日韓関係の中で」和田他編前掲書(注7)146, 153頁(「女性国際戦犯法廷」で検事役を演じたセラーズ(Patricia V. Sellers)の発言として引用する)。

24 戦争の際の被害に対する「補償」を請求する裁判が、東京「裁判の実質的な『再審』として立ち現れることで、戦後国際秩序の正統性を根本から揺さぶるものもなっている」ことを積極的に評価する法律家がないわけではない。阿部浩己「戦後責任と和解の模索：戦後補償裁判が映し出す地平」『国際法の暴力を越えて』(2010年)223, 225頁参照。

るようにみえる者もいる。例えば、「過去の清算という問題を [1905年11月17日の第2次日韓協約(乙巳条約)などの] 効力問題に集約できるかどうか、個人的には疑問を禁じ得ない。なぜなら、歴史の問題を、旧条約の効力問題、すなわち有効か無効かという二分法に閉じこめる…態度は、日韓の過去に起きた他の多くの歴史的事実を捨象し、効力問題にかかわる要件事実のみで両国の過去を語らしめることに他ならないからである。両国の国民の間で共有すべきは…、植民地支配の過酷な実像とそうした歴史をいかに清算するかというもっと広い課題であると考える」<sup>25</sup>といわれる。

この文章は、これまでになされた法的処理では不十分であるとして、併合という「不法行為」について、日本が陳謝と「補償」とをおこなうべきであるとする論者から好意的に言及されるものである<sup>26</sup>。しかし、この国際法学者が「植民地支配について反省するのであれば、それをもたらした法的措置について断罪すべきだ」という主張もあろうが、そのような主張は、歴史認識と法的議論を不可分なものとみる立場に他ならない。正しい歴史認識の必要性を否定するものではないが、歴史認識が法的議論を規定すべきだという考えに立つことはできない<sup>27</sup>と述べていることには言及されない。「植民地支配」の実像を「過酷な」ものであったとのみ概括することが妥当であるかどうかについては問題となるであろう。しかし、いっそう問題となるのは、植民地支配をもたらした法的措置についての「断罪」と異なる「過去の清算」として日本のどのような具体的な行為が期待されるのか、そして、それが従来の法的処理とは異なり、それでは不十分であったとする人々の納得を得る「過去の清算」として受け入れられる見込みがあるかどうかである。この国際法学者の見解に対しては、「過去清算という問題から逃れようとする人々に利用される恐れがある」<sup>28</sup>という批判もあるのである。

25 坂元茂樹「日韓間の諸条約の問題：国際法学の観点から」『日韓歴史共同研究報告書(第1期)：第3分科報告書』(2005年)5, 22頁。

26 ジョン・M・ヴァンダイク「日本の韓国併合と米国のハワイ併合との比較」笹川紀勝、李泰鎮編『国際共同研究 韓国併合と現代：歴史と国際法からの再検討』(2008年)449, 468-470頁参照。

27 坂元前掲論文(注25)25頁。

28 金鳳珍『『韓国併合有効・不当論』を問う』笹川、李編前掲書(注26)593, 607頁。

そもそも、「過去の清算」の問題は、第2次日韓協約などの効力問題ではなく、後に述べるとおり、日韓基本条約によって済んだか済んでいないかという問題に集約されるはずである。「過去の清算」については、『法』を越えた議論によっては、対立の意味ある解決をもたらすことは難しい<sup>29</sup>という指摘がある。冷戦という国際環境の下で「日韓の関係が未成熟であった時代の遺産ともいべきこれまでの公式態度の見直しにまで踏み込む勇気」が期待されるといわれる<sup>30</sup>。しかし、国際環境が変化するたびに、すでに清算された事項の再検討を受け入れるかのような、韓国——とりわけその政府よりも国民——を混乱させるメッセージを日本が発することは、問題の解決を困難にする蛮勇といふべきであろう。

もっぱら過去に焦点を当てようとする運動は、現在の問題を隠蔽する効果をもたらす点で、単に不要であるというよりも有害である。現在の問題とは、韓国政府による日本に係わる歴史の歪曲と捏造がもはや政府言論 (government speech) によるヘイト・スピーチと呼ぶべきものではないかという問題である。例えば、歴史学の現在の共通理解よりも活動家の主張を国定教科書に採用するその政策は、1966年12月16日の自由権規約<sup>31</sup>第20条2項において法律で禁止することが義務付けられている「敵意の扇動となる国民的、人種的憎悪の唱道」に当たるかどうかの問題となりうる。韓国人の間の「日本のイメージは旧世代のものは『体験から』来たものであり、新世代のものは再生産された『創られた』ものといえる。それは戦後…韓国政府が反日感情を増幅させながら文化政策、反日教育を行ったことが主要因であ」と指摘されているのである<sup>32</sup>。

---

29 金昌祿「『1910年韓日条約』という課題」和田他編前掲書 (注7) 126, 137頁。

30 荒井前掲論文 (注12) 271頁参照。

31 U.N.T.S. Vol. 999, No. 14668, p. 172. 1965年12月21日の人種差別撤廃条約 (U.N.T.S., Vol. 660, No. 9464, p. 212) も、第1条において、同条約における「人種差別」には、民族的出身に基づく区別であって、公的生活における人権の平等な行使を妨げる目的または効果をもつものを含むとしたうえで、第4条において、締約国はその機関が人種差別を助長することを認めないものとしている。

32 崔吉城『親日と反日の文化人類学』(2002年) 125, 127頁参照。なお、1920年に出版された朝鮮人の著作にも、「日本人たるや、世々わが民族のため仇をなし、その怨みは1100年来つもりつもって、たがいに相剋している。一方は善、一方は悪で、万に一にも調和の道理はない」という記述がある。朴殷植、



## 1. 「歴史問題」に対する歴史学と法学

### (a) 歴史学の領域

歴史学者はしばしば、いわゆる本国と被統治領域との関係が多様であるという事実を捨象して、本国と被統治領域との関係について「植民地支配」という類型を立てたうえで、日本による朝鮮の統治をそこに含め、「植民地責任」を糾弾する。このような主張は、統治の際の具体的な行為を問題とするものではなく、統治する立場に就いたこと自体を問題とするものである。例えば、1943年12月1日のカイロ宣言の「朝鮮ノ人民ノ奴隷状態 (enslavement)」という表現について、日本の首席代表が「それは戦争中の興奮した心理状態で書かれたもので、私は奴隷とは考えない」と発言したことについて、「対韓優越意識」または「帝国意識」の表れであるといわれる<sup>33</sup>。しかし、1926年9月25日の奴隷条約<sup>34</sup>第1条に従えば、奴隷とは、その者について所有権にとまなう権力を他人が行行使している者と定義される。後に述べるように、「慰安婦」が奴隷に当たるかどうかについては賛否がありうるとしても、「朝鮮人を奴隷扱いたした」<sup>35</sup>と概括することは不可能であろう。上記の発言が克服されるべき意識の表れである以上に、朝鮮人全員を奴隷にしたわけではないという法的に正確な上記の発言について、「対韓優越意識」などの表れであるという反証可能性のない根拠で批判する意識こそが克服されるべきものなのではないか、ということこそが問題になると思われる。

このような主張を補強するために、2001年9月8日に国連の主催する国際会議で採択された「ダーバン文書」<sup>36</sup>が援用されることがある。同文書は、法的拘束力をもたないことを前提として採択された政治文書であ

---

姜徳相訳『朝鮮独立運動の血史1』（1972年）5頁参照。

33 荒井前掲論文（注12）271頁参照。同じように定義されていない「蔑視」という言葉で日本の首相の談話の基調をラベリングする主張として、金昌祿「韓日過去清算、まだ終わっていない：『請求権協定』を中心に」吉澤文寿編『50年目の日韓つながり直し：日韓請求権協定から考える』（2016年）79, 89-90頁も参照。

34 L.N.T.S., Vol. 60, No. 1414, p. 253.

35 荒井前掲論文（注12）271頁。

36 World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, available at <<http://www.un.org/WCAR/durban.pdf>>.

り、国際法という地位をもつものではない。しかも、かつての本国は、過去の統治の過程における人種問題について謝罪するという譲歩をおこないつつ、統治していたこと自体については違法であったと認めることなく、「植民地責任」を解除するために賠償を支払う義務があるわけではないとしている<sup>37</sup>。第2次世界大戦の後に成立した国際法の下では、日本が現在でも朝鮮を統治し続けていたならば、それが総体として、韓国併合条約の結果として日本の国籍を得た人々〔以下、朝鮮人と呼び、現在も日本の領土である領土——「内地」——の人々を日本人と呼ぶ〕の自決権を侵害するものであると評価される可能性がある<sup>38</sup>。しかし、1945年の前から、国際法が朝鮮人の自決権を保障していたと考えることはできない。

歴史学者は、日本による統治の実態について、負の側面のみならず、正の側面が存在したことを明らかにしてきた。すなわち、「近代化」という観点から、日本による統治の時期に——とりわけ経済的に——朝鮮が発展したありようが解明されてきたのである<sup>39</sup>。例えば、「実際に、帝国主義と植民地支配は、すべての朝鮮人に対して抑圧的であったわけではなく、その階級ごとに異なる影響を与えた。最も抑圧が少なかったのは、新興の資本家階級であった。それどころか、少なくとも経済的な意味では、朝鮮人の資本家階級が日本の侵略の犠牲者であったということが正しいかどうかは疑わしい」<sup>40</sup>と指摘されている<sup>41</sup>。カーによれば、工業化の初期の段階

---

37 See Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (3d ed. 2015), pp. 270-273. 武者小路公秀「植民地主義の犯罪化に向けて：日韓強制併合の教訓」笹川、李編前掲書（注26）258, 263頁も参照。

38 Cf. Case Concerning East Timor (Port. v. Austl.), *I.C.J. Reports 1995*, pp. 90, 102, para. 29 (人民の自決権を尊重する義務が対世的義務 (obligation erga omnes) であることは争いえないと認定する)。

39 See George Akita & Brandon Palmer, *The Japanese Colonial Legacy in Korea 1910-1945: A New Perspective* (2015), p. 11 [ジョージ・アキタ、ブランドン・パーマー、塩谷紘訳『日本の朝鮮統治』を検証する：1910-1945』（2013年）37頁]。

40 Carter J. Eckert, *Offspring of Empire: The Koch'ang Kims and the Colonial Origins of Korean Capitalism, 1876-1945* (1991), p. 6 [カーター・J・エックカート、小谷まさ代訳『日本帝国の申し子：高敞の金一族と韓国資本主義の植民地起源 1876-1945』（2004年）28頁]。See *id.* pp. 50, 65, 253, 258 [邦訳81, 94, 326, 333頁]。

41 マーク・ピーティー、浅野豊美訳『植民地：帝国50年の興亡』（1996年）

においては、労働者の強制や搾取は不可避であり、そのような犠牲を払うくらいならば工業化しない方がよかったと主張する歴史家は存在しない。そのような人が存在しても、思慮深い歴史家がそのような主張をまじめに受け取ることはない。「遅れた人々に対する長期的な結果も根拠として」、歴史家は「植民地化」を許容してきたのである<sup>42</sup>。

たしかに、日本による具体的な行為、例えば、特別高等警察などによる拷問は、朝鮮と「内地」いずれでおこなわれたものも、現在では明らかに禁止される行為であると考えられる<sup>43</sup>。しかし、日本による朝鮮の統治は、当時、本国に期待されていた基準に照らして、「過酷な」ものであったと概括されるほど水準を全面的に下回っていたかどうかは歴史学による解明を必要とする。例えば、1924年に予科が開設され、1926年に開学した京城帝国大学は、「国家のための研究をおこなう国策大学」という性質をもっていたとしても<sup>44</sup>、実際には、それと同時に、「朝鮮総督府の官職につくことを『榮譽』と見なしていた[人々や]官界進出の道を積極的に勧める朝鮮人学生の父兄」を背景として、そこでは学生側からの強い要望に応じて高等文官試験の受験指導がおこなわれ、東京帝国大学に次ぐ合格率が達成され、その合格者の半数が朝鮮出身の朝鮮人学生であったといわれる<sup>45</sup>。このような実態は、カンボジアにおいて、フランスが1863年の

---

117-118 頁も参照。

42 See Carr, *supra* note 9, pp. 74-75 [邦訳 116-117 頁]. See also *id.* p. 78 [邦訳 122 頁] (思慮深い歴史家は、あらゆる価値が歴史的に条件付けられていることを認めるが、そうではない歴史家は、みずからの主観的な価値が歴史を超越した客観的なものであると主張すると指摘する)。

43 特別高等警察(特高)は、「内地」で少なくとも拷問で80人を殺害し、拷問を原因として114人を獄死させている。荻野富士夫『特高警察』(2012年)3頁参照。同書73-79頁も参照。朝鮮においては特高や憲兵による虐待はいつそう厳しかった。例えば、「内地」で治安維持法を適用した死刑判決が下されることはなかったのに対して、朝鮮では死刑判決が下されていた。同書69-70頁参照。

44 通堂あゆみ「京城帝国大学法文学部の再検討：法科系学科の組織・人事・学生動向を中心に」『史学雑誌』117編(2008年)216-217頁参照。朝鮮人は、朝鮮総督府の学校を制度として「受容」しつつ、教育の内容については「朝鮮人自らによる、自らのための教育の実現を求めている」とも指摘される。佐野通夫『日本植民地教育の展開と朝鮮民衆の対応』(2006年)383, 390-391頁参照。

統治開始から 1953 年の統治終了まで総合大学を 1 校も開学しなかったことに照らすと、評価することができると考えられる<sup>46</sup>。

なお、韓国の高校生向けの国定教科書における慰安婦に関する記述は、『歪曲』という表現も婉曲な言い方であり、実際に起きたこととまったく異なったイメージを植え付けるという意味で、[そ]の記述は『捏造された』という方が適当である<sup>47</sup>と指摘されている<sup>48</sup>。例えば、慰安婦が「少女 20 万」であったとする韓国において固着した説については、慰安婦の平均年齢が 20 歳ないし 25 歳であったこと、そして、慰安婦と混同された「挺身隊」の数が約 20 万人であったとしても、朝鮮人慰安婦は多くとも「5 万～7 万」人——日本人の著作においては、「なぜか韓国人記者が示す数字より多い…8 万人」とされているといわれる——であることなど、資料に基づいて反論されている。そして、これらの誤解は「研究者」などが事実を曲解させた結果であり、韓国人の被害者意識を増幅し維持するために効果的であったことから固着したと指摘されているのである<sup>49</sup>。

誤解を正すべきであるとする立場からは、当事者ではなく活動家の声ばかりが大きくなっていくとして、「『日本を許したい』…と話し、日本を非難する言葉に与したくないと話していた…[元慰安婦]の遺志を[後の世代が]引き継ぐことができるでしょうか?」と問われる<sup>50</sup>。この問いかけは、「罪の許しは乞わねばならず、許しは与えられねばならない」とする前掲の声明と比べて、はるかに人間味を感じるといえるのではないであろうか。「韓国」を「赦し」の主体として措定し、日本の「謝罪」に対する

---

45 通堂前掲論文 (注 44) 221-222, 225-227 頁参照。

46 See Akita & Palmer, *supra* note 39, p. 107 [邦訳 178 頁], citing Thomas Clayton, Restriction or Resistance?: French Colonial Educational Development in Cambodia, *Education Policy Analysis Archives*, Vol. 3, No. 19 (1995), pp. 1, 5 (カンボジアにおいては、1933 年に始まった中等教育は 1944 年にも名ばかりで、1953 年までに留学によって大学の卒業証書を取得したカンボジア人は 144 人に過ぎなかったとする)。

47 金完燮『親日派のための弁明：英雄の虚像、日帝の実像』(2006 年) 222 頁。同書 345, 354-355, 385 頁も参照。

48 李榮薫、永島広紀訳『大韓民国の物語』(2009 年) 77-78, 82-85, 121-122, 200 頁も参照。

49 朴裕河『帝国の慰安婦：植民地支配と記憶の戦い』(2014 年) 63-68 頁参照。

50 同書 10, 13 頁参照。

「赦し」を呼びかけることは、「ある種の国民的ななりかわり」である。デリダが指摘したように、「赦し」がありうるとすれば、それは個々の被害者による赦しがたい加害者（個人だけでなく国家も含む）に対するものである。それにもかかわらず、「なりかわって『赦し』をよびかけるというのは、それぞれ国民的な枠による主体の篡奪〔なの〕である」<sup>51</sup>。

上記の誤解は、国連の特別報告者が作成した報告書によって拡散されている。例えば、人権委員会の差別防止・少数者保護小委員会に提出された報告書に添付された付属文書「第2次大戦の間に設置された『慰安所』に関する日本政府の法的責任の分析」<sup>52</sup>がそれである。この報告書は、非法律家によって、「緻密な専門的法律論議の説得力」をもつといわれる<sup>53</sup>。しかし、この報告書は以下のような多くの欠陥をもち、それを作成した者のいわば「製造物責任」が問われてしかるべきものであると考えられる。

第1に、「奴隷制の現代的形態」、具体的には「国内武力紛争を含む武力

51 板垣竜太「批判理論の陥穽：ある同時代史的省察」歴史学研究会編『「韓国併合」100年と日本の歴史学』（2011年）231, 254頁。デリダは、「もし私が、私に赦しを乞うために他者が告白し、立ち直り始め、みずからの過ちを宥容させ始め、他者自身が過ちからみずからを切り離し始めることを条件として赦しを授けるとしたら、そのとき、私の赦しは、赦しを腐敗させるある計算によって汚染されるがままになり始めてしまうのだ」とする。ジャック・デリダ、守中高明訳『赦すこと：赦し得ぬものと時効にかかり得ぬもの』（2015年）77頁参照。

52 Gay J. McDougall, Final Report: Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices During Armed Conflict, June 22, 1998, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13, p. 38 [VAWW-NET Japan 編訳『戦時・性暴力をどう裁くか：国連マクドゥーガル報告全訳』（1998年）84頁]。以下に挙げる疑義と同種の疑義のある文書として、Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, in Accordance with Commission on Human Rights Resolution 1994/45: Report on the Mission to the Democratic People's Republic of Korea, the Republic of Korea and Japan on the Issue of Military Sexual Slavery in Wartime, Jan. 4, 1996, U.N. Doc. E/CN.4/1996/53/Add. 1 [ラディカ・クマラスワミ、クマラスワミ報告書研究会訳『女性に対する暴力：国連人権委員会特別報告書』（2000年）217頁]。

53 松井やより「序にかえて：マクドゥーガル報告は戦時・性暴力と闘う世界の女性たちの強力な拠り所に」VAWW-NET Japan 編訳前掲書（注52）1, 2頁参照。

紛争の間の組織的強姦、性奴隷制および性奴隷制類似の慣行の状況<sup>54</sup>に関する報告書の作成という特別報告者の任務 (mandate) に、日本と韓国の間での紛争の主題となっている過去の事実および法に関してあたかも裁判官であるかのように認定をおこなう「付属文書」を付すことが含まれているのか疑義がある。実際に、最終報告書を受けて差別防止・少数者保護小委員会が採択した決議は、この「付属文書」に言及していない<sup>55</sup>。もしそれが任務に含まれないとすれば、特別報告者が権限を超越したことに対して国連が懲戒を科してしかるべきである<sup>56</sup>。ICJ が 1999 年 4 月 29 日の「人権委員会特別報告者の訴訟手続免除に関する紛争」についての勧告的意見において述べたように、特別報告者は国連事務総長の通告によって国連加盟国における裁判権から免除されることが強く推定され、「やむにやまれぬ理由」が存在しないかぎり、国内裁判所はその推定に従うべきものとされる<sup>57</sup>。それゆえ、国連内で懲戒が科されなければ、特別報告者は誰からも責任を問われることなく、その任務を越えて個人的見解を国連の文書に掲載することが可能となるのである。

第 2 に、国家間の紛争の主題に係わる判断を報告書に添付することが任務に含まれるとしても、十分な資料に基づいて判断がなされているか、とりわけ、一方当事国の行為を違法であったと判断する際に当事国に保障することが要求される手続的公正 (procedural fairness) の原則に則って判断が下されたか疑義がある。例えば、双方審尋 (*audiatur et altera partes*)

---

54 Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practice, During Armed Conflict, Including Internal Armed Conflict, Aug. 21, 1998, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/Res/1998/18.

55 See Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practice, Sub-commission on Human Rights Resolution 2000/13, Aug. 17, 2000, U.N. Doc. E/CN.4/SUB.2/RES/2000/13.

56 国連職員の懲戒について、see Staff Rules and Staff Regulations of the United Nations: Secretary-General's Bulletin, Jan. 1, 2017, U.N. Doc. ST/SGB/2017/1, Rule 10.1 (a).

57 See Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, *I.C.J. Reports 1999*, pp. 62, 87, paras. 60-61. See also *id.* pp. 88-89, para. 66 (国連職員がその行為によって損害を生じさせた場合には、国連が賠償をおこなう責任を負うことから、国連職員はその任務を逸脱しないように注意を払わなければならないと指摘する)。

が保障されたか。国連の公務員がこれらの原則・規則を逸脱して行動し、事実と法に関する誤認に基づく報告書を公表した場合には、特別報告者に対する国連の懲戒が要請されるだけでなく、国連自身による不法行為の国際責任が問われ、被害国に対して陳謝、賠償そして訂正文書の作成・公表などの救済が保障されるべきであると考えられる<sup>58</sup>。

第3に、認定された事実についても疑義がある。この付属文書は、「第2次大戦の間の強姦センター（rape center）の設置・監督・維持に対する日本軍官憲の関与に関する、日本政府自身の調査で確定された事実のみに依拠している」<sup>59</sup>とする。しかし、同文書はその冒頭で「1932年から第2次大戦終結までの間、日本政府と日本帝国軍は、20万人を越える女性を強制してアジア全域の強姦センターの性奴隷にした」<sup>60</sup>と述べる<sup>61</sup>。しかし、日本政府は、慰安所についてはともかく、「強姦センター」の設置などに関与したと認めたことはない<sup>62</sup>。また、慰安婦が20万人を越えていたこと、その慰安婦全員を強制したこと、その慰安婦全員を「性奴隷」の境遇に置いたこと、いずれも認めていない。また、同文書は、「強姦センターで日本軍によって奴隷化されていた女性の多くは11歳から20歳までの年齢であった」<sup>63</sup>とする。しかし、日本政府はこの点についても認めたことがない。実際に、先に述べたように、慰安婦の年齢は20歳から25歳が中心であったと反証されている<sup>64</sup>。

第4に、法についても、特別報告者は、人道に対する罪に関して普遍的管轄権（universal jurisdiction）や時効を適用してはならない義務が一般国際法として確立しているとするが、これらは「あるべき法」を現行法で

58 国際機構の国際責任について、see Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries (2011), available at <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_11\\_2011.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf)>.

59 McDougall, *supra* note 52, p. 38, para. 1 [邦訳 84 頁].

60 *Id.*

61 この点については、学説で「10万から20万と推定される女性を拉致した（abducted）」と記述されることもある。See Shelton, *supra* note 37, p. 264, n.38.

62 日本政府の立場について、see Note Verbale Dated 26 March 1996 from the Permanent Mission of Japan to the United Nations Office at Geneva Addressed to the Centre for Human Rights, March 27, 1996, U.N. Doc. E/CN.4/1996/137.

63 McDougall, *supra* note 52, p. 39, para. 7 [邦訳 88 頁].

64 朴前掲書（注 49）64-65 頁参照。

あるかのように記載したものであると考えられる<sup>65</sup>。しかし、特別報告者による報告書は、本人の学説を自由に開陳するべきものではなく、任命した機関における審議の基礎とするために、学説の対立がある場合にはそれを反映する客観性の高い資料の作成であるはずである。

特別報告者が半世紀以上過去のできごとについて、短期の「現地」調査をおこない、そのような機会に接した活動家の偏向した情報に個人的に影響を受け、十分な検証を試みることなく作成した報告書も、国連の費用で国連のすべての公用語に翻訳され、加盟国などに広報される。そして、そのような報告書が、元慰安婦による個人請求権の追求が「可能かもしれない」根拠として参照されるのである<sup>66</sup>。2000年には日本は国連の分担金のうち20.573%を負担していた<sup>67</sup>。韓国やその広報活動の影響を受けて偏向したイメージの拡散した国際社会において、歴史的事実の追究、その法的評価に基づいて現在の政府が負う法的義務の確定、そして、そのような法的義務とは独立に現在の政府がとることが望ましい政策の提唱という3つが区別されて初めて、この問題について理性的に議論することが可能になるであろう。

## (b) 国際法学の領域

ある行為は当該行為の時点で妥当していた法に照らして評価するべきであるという時際法 (intertemporal law) の原則は、国際法の一般原則として確立している<sup>68</sup>。この原則によるならば、1945年以前の日本の行為は、その時点の国際法に照らして評価されるべきものである。日本による朝鮮の統治を「植民地支配」として問題視するとしても、それはその当時の国際社会において受け入れられていた行動原理を踏まえて評価されるべきなのである<sup>69</sup>。

---

65 これらの点に関する検討は別稿に譲る。

66 李根寛「日本の韓国併合に関する国際法的再検討：併合の違法性の有無と『請求権協定』を中心に」笹川、邊監修前掲書(注3)329, 338頁参照。

67 See Marjorie Ann Browne & Luisa Blanchfield, United Nations Regular Budget Contributions: Members Compared, 1990-2010, CRS Report for Congress, Jan. 15, 2013, p. 13, available at <<https://fas.org/sgp/crs/row/RL30605.pdf>>.

68 See, e.g., Island of Palmas Case (Neth. v. U.S.), Award of April 4, 1928, Report of International Arbitral Award, Vol. 2 (1949), pp. 829, 845.

69 李成市「コロニアリズムと近代歴史学：植民地統治下の朝鮮史編修と古蹟調



時際法を適用することは「過去の植民地主義的世界観と国際法の正当性を再確認させるという危険性を孕んでいる」<sup>70</sup>といわれることがある。しかし、時際法は過去の国際法が正当なものであったかどうかを判断することなく、過去の国際法の下で確定した現状を尊重するものである。国際法は「自然法」のような超越的な規準に基いて現状を再構築する道具なのではなく、現状の尊重を基礎とする平和を維持しつつ、国々の合意に基いて、社会を漸進的に発展させるものだからである。時際法の原則に批判的な論者は、「2つの時点の規範的価値を調和・折衷させることができる新たな評価地点を『再構成』」する「『transtemporal』的アプローチ」<sup>71</sup>を提唱しつつ、このアプローチを「具体化し、実際の事件に実質的に適用することは決して簡単なことではない」と認める<sup>72</sup>。しかし、端的に言って、関係国がそのような具体化について合意することは不可能であろう。この論者は、尖閣諸島を例に挙げて、現状を変更しようとして力による威嚇を用いている中国を批判するのではなく、時際法に則って領有権を主張している日本の方が「問題解決の真正性に欠ける」と受け止められる危険性が高いと示唆する<sup>73</sup>。この示唆は、この論者の見解こそが平和の維持という国際法の根幹的な目的に対する挑戦であることを明らかにしていると考えられる。

強行規範に対する違反は遡及的に条約を無効なものにするという主張もないわけではない<sup>74</sup>。強行規範が後に成立した場合には、当該規範が成立

査を中心に」寺内威太郎他『植民地主義と歴史学』（2004年）71, 73頁参照。

70 李根寛前掲論文（注66）342頁。

71 同頁。

72 同論文342-343頁参照。

73 同論文342頁参照。

74 都時煥「1910年『日韓併合条約』締結強制の歴史的真實の究明と国際法的照明」笹川、邊監修前掲書（注3）291, 305頁参照。この筆者は、「ジェノサイド、つまり集団虐殺のような国際犯罪の登場時には、『正義』はそれ自身の名で新たな法による審判を要求している」というアーレント（Hannah Arendt）の言葉を想起する。同論文307頁参照。ここで想起するべきであるのは、連合国がホロコーストについてはニュルンベルグ裁判で事後法による裁判をおこなったのに対して、1910年に至る日本の行為に関しては裁判をおこなうべきであるとは考えなかったことである。この事実は、韓国併合に至る日本の行為がジェノサイドとはまったく別種の事例であると考えられていることを明らかにしている。

した時点で効力をもつ条約をその時点から無効なものとするものの、すでに失効した条約がその締結の時点に遡って無効であったとされるわけではない。かりにそれを認めると、歴史の全面的な書き換えが可能であることになり、法的安定性は根本から崩れ去ることになる。その意味で、強行規範は時際法の適用を免れるわけではないと考えられる。

「問題はどのようにして『法』に関するより進展した議論をつくり出すのかである」として、帝国主義国際法の枠のかわりに植民地支配一般を不法と宣言する「新しい『法的な枠』」を構築し貫徹することが1つの解決策として提唱されることもある<sup>75</sup>。現在の国際法は、人民の自決権を侵害する「植民地支配」を禁止しており、帝国主義国際法はもはや存在しない。そこで、「新しい『法的な枠』」とは、現行国際法自体ではなく、その遡及的適用を可能にするものとされる<sup>76</sup>。それは、「正義の時間的射程を過去に伸長する」<sup>77</sup>努力ということもできる。

しかし、このような考え方こそが、時際法や事後法による処罰の禁止などの原則が克服しようとするものである。それらの原則は、自己の価値観によって先人を裁こうとする本能的な欲望を押し止める理性的な制度である。ある時代の法体制の下で知りえなかった事後法を遵守することをその当時の人々に期待することはできない。期待可能性が存在しないことについて責任を問うことは正義に適わない。「法は不能なことを強いない (*Lex non cogit ad impossibilia*)」はずなのである<sup>78</sup>。また、引き伸ばされた過去の事実に対して賠償を負担するように強いられる現代の納税者にとっても、それが正義に適うことであるかどうか問題になるであろう。

時間的な限界を画されることなく責任を追及し続けることが認められるならば、そのような活動は問題を解決するよりも問題を作り出してしまふ。韓国併合条約が有効なものであったという主張を日本政府が変えないのなら、「[日韓基本] 条約の生命が失われたことを宣言し、新しい韓日条約を締結するしかないであろう」<sup>79</sup>といわれる。日韓基本条約の「生命が

---

75 金昌祿前掲論文 (注 29) 137 頁参照。

76 同論文 137-138 頁参照。

77 阿部前掲論文 (注 24) 236-237 頁。

78 柴田光蔵「ROMAHOPEDIA (PARS SECUNDA)」(2014 年) 123-124 頁参照、available at <file:///C:/Users/eransmus/Desktop/ROMAHOPEDIA\_II.pdf>。

79 金昌祿前掲論文 (注 29) 141 頁。

失われた」という主張は、一般国際法の下で認められている条約の無効または取消の原因のいずれに依拠するのが明らかではないのみならず、万が一、同条約が取り消されたとしても、つぎに述べる「合意しえないことへの合意」を越えて何らかの合意が成立する可能性はほとんど存在しない。韓国政府は、慰安婦問題が表面化した 1990 年代に、日本政府に賠償は求めないという方針を立て、2006 年にあらためて、「『日本側と消耗的な法的論争に発展する可能性』が大きいという理由で、日本政府と交渉しない態度をあきらかにした」<sup>80</sup>といわれる。このような態度は、他国と安定した関係を構築する責任を自国の国民に対して負う政府のものとして尊重されるべきものである。

## 2. 日本による朝鮮の統治の法的評価

### (a) 「合意しえないことへの合意」

韓国併合条約に至る幾つかの条約の有効性の問題は重要な法的論点であると指摘されることがある<sup>81</sup>。しかし、この問題は、現在では実践的な意義を失った (moot) 問題である。というのも、日韓基本条約は、「合意しえないことに合意する」ことによって、この問題を最終的に処理したからである。すなわち、同条約第 2 条は、「1910 年 8 月 22 日以前に大日本帝国と大韓帝国との間で締結されたすべての条約及び協定は、もはや無効である (are already null and void) ことが確認される」と規定し、それらの条約が有効に成立したうえで日韓基本条約によって無効なものにされたという日本の解釈と、それらが始原から無効であったという韓国の解釈とについて、その対立を未来永劫解消しないことにしたのである<sup>82</sup>。韓国の解釈は「希望事項」<sup>83</sup>であった。それにもかかわらず日本が同条を受け入れたのは、それがこの問題の蒸し返しを防止するという「趣旨および目

80 荒井信一「文化財の返還について」和田他編前掲書(注7)195,196頁。

81 See Doh See-hwan, Reexamination of the 1910 Treaty of Japan's Annexation of Korea from the Viewpoint of Historical Justice and International Law, in *One Hundred Years After Japan's Forced Annexation of Korea: History and Tasks* (See-hwan Doh ed., 2015), pp. 225, 228.

82 吉澤文寿『日韓会谈 1965：戦後日韓関係の原点を検証する』(2015年)2, 37-38, 41-42, 53, 82-83頁参照。

83 金泳鎬前掲論文(注7)29頁。

的」<sup>84</sup>をもつものであると考えたからであった<sup>85</sup>。

それゆえ、両国が「異なる解釈を取ることが了解された」ことを認めつつ、同条によって「基本的な課題は先送りされ、根本的な対立を残したまま、便宜上の妥協が積み重ねられ、現在に至っている」<sup>86</sup>という理解は説得的ではない。さらに、同条が問題を先送りしたとする論者のなかには、「不当と認めた植民地支配の清算のためには…賠償は不可欠である」として、賠償の問題は「いくら支払うかという金額の問題であり、政治が妥協の技術であるとすれば、いずれ妥当なところで落ち着くであろう」とする者もある<sup>87</sup>。しかし、日韓基本条約における「妥協」については問題を先送りしたにすぎないとする論者が、賠償については妥協が成立すれば問題が終局的に解決されるとする根拠が問われるであろう。

「韓国においては法に対する信頼がきわめて低い」<sup>88</sup>と指摘されている。韓国の国民が条約を含む法を信頼していないならば、政府がある条約を履行しようとするときに、その条約を不当なものなので履行しなくてもよいものであるとみなし、いっそう有利な条約を締結するために再交渉するべきであると主張するかもしれない。しかし、韓国の国民が、国際社会において法の支配を確立するべきであると考えるならば、政府が国益に適うと判断して締結した条約を誠実に履行することは、そのための最低限の条件であることを理解する必要がある。

---

84 条約法条約第 31 条 1 項は、条約を解釈する際にその「趣旨および目的」を参照すべきものとしている。ケルスス (Aulus Cornelius Celsus) は、「法律を理解することは、それらの文言を把握することではなくて、意義および効用を把握すること」であるとしている。柴田光蔵「合意においては、文言よりも、契約締結者たちの意思が、むしろ考慮される」『時の法令』1975 号 (2015 年) 56 頁参照。「趣旨および目的」は「意義および効用」に当たるということも可能であると考えられる。

85 李根寛「国際条約法上の強迫理論の再検討：日本の韓国併合と関連して」笹川、李編前掲書 (注 26) 407, 412 頁参照 (ただし、日韓基本条約は北朝鮮に対して拘束力をもたないことから、それらの条約の適法性の問題をいっそう根本的な方法で検討するという課題は残るとする)。李根寛前掲論文 (注 66) 331 頁も参照。

86 李鍾元「日韓協定と残された課題」笹川、邊監修前掲書 (注 3) 414, 420 頁。

87 荒井前掲論文 (注 12) 272-273 頁参照。

88 青木清「韓国の社会と法：韓国人と日本人、似ているのか似ていないのか？」河合隼雄、加藤雅信編『人間の心と法』(2003 年) 262, 276 頁。

## (b) 学問的営為としての検討

韓国併合条約に至る幾つかの条約の有効性の問題を取り上げることは、日韓基本条約の「趣旨および目的」と抵触する行為であり、本来ならば差し控えるべきものである。しかし、この問題が活動家によって蒸し返され続けていることから、純粹に学問的な目的で、日本の解釈がありうるものであること、それどころか、韓国の解釈と比較していっそう説得力の高いものであることを確認しておくことが（そのような営為によって生じうる無用の混乱を考慮しても）望ましいかもしれない。

「第三国の『承認』は…国際的不法行為を合法的な行為で切り替えることはできないし、本質的に『絶対無効』である条約が、第三国の承認によって法的有効性の可否を変更されることはない<sup>89</sup>」という言明は妥当であるかもしれない。しかし、「ある状況に対する第三国の認定は、[その]状況に対する法的評価の差によって判断が不確かな場合にだけ法的に考慮される<sup>90</sup>」という言明は字義通りに受け入れることはできない。この言明は、「判断が不確かな場合」に当たるかどうかをだれが判断するのか、「法的に考慮される」というとき、それをだれがどのように考慮するのかを明らかにしていないので、「第三国の認定」が果たす機能を特定しえていないからである。そもそも、ある行為が「国際不法行為」に当たるかどうか、ある条約が「絶対無効」であるかどうかは、だれが決定するのであろうか。当事国の間に争いのあるそれらについて有権的 (authoritative) な解決を与えるのは、どちらか一方の当事国でも特定の第三国でもなく、それらを含むいわば国際社会全体以外ではありえない。

法は「公の力 (public force)」が人々に及ぼされる状況の「予測 (prophecy)」であると理解される<sup>91</sup>。それと同時に、法は「論理 (logic)」

89 白忠鉉「日本の韓国併合に対する国際法的考察」笹川、李編前掲書（注26）374, 395頁。同論文398頁も参照。

90 同論文398頁。

91 See Holmes to Pollock, January 19, 1928, in *Holmes-Pollock Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*, Vol. 2 (Mark De Wolfe Howe ed., 1941), p. 212. 国内法の場合には、公の力は国家に独占されているので、国家による強制が発動される確率の予測 (prediction) を法であると考えられることも可能である。See Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Path of the Law*, in *Collected Legal Papers* (1920) (1897), pp. 167, 169, 173. これに対して、国際社会における公の力は分散していることから、「予

でもあり、法律家が、先例との類比、区別および原則からの推論 (deduction) などの操作によって体系化したものでもあると理解される<sup>92</sup>。国際法の論理の下では、国家が締結する条約はもちろん、法的確信 (*opinio juris*) をともなう国家慣行を基礎として確立する慣習国際法も、国家によって形成されるものであるとされる<sup>93</sup>。「法を解釈する権限は、それを制定する権限が属する者に属する (*Ejus est interpretari leges, cujus est condere*)」(『勅法彙纂 (*Codex Iustinianus*)』) という法諺は国際法についても当てはまる。ある行為が「国際不法行為」であると主張する国が存在したり、ある条約が「絶対無効」であると主張する国が存在したりする場合に、その妥当性を判断するのは、窮極的には国際社会なのである。

第2次日韓協約について、「英・米・ロといった当時の帝国主義国家の承認と、条約強制の合・不法とは何ら関係もない…そ [これらの国] の承認はむしろ当時の、『アウトロウ国家同士』の共犯関係を表すのみである」<sup>94</sup>といわれることがある。しかし、学者は英・米・ロを「アウトロウ国家」であると裁く立場にはない。そのうえ、英・米・ロを排除した国際社会とそこに存在する国際法などありうるであろうか。この論者は、「道徳が法律に優越」するとしていることから<sup>95</sup>、国際法の存在を、自身が主観的に同定する道徳的な条件に服させようとしているものと考えられるが、それは国際法の「論理」を放棄する態度である。

このような主張は少なくない。例えば、「文化財は出土国に返還しなければならない」という国際法の規則を発見することができないことから、「文化財問題を考えるときには、国際法は障害にさえなっている」として、「合法性よりも不当性、国際法よりも歴史を重視する」としたり、竹島に対する領有権の取得が「仮に国際法的に合法であったとしても、竹島を韓

---

測」の際の焦点は多様であり、「予測」として国際法を叙述することは困難であるという指摘もある。Cf. W. Michael Reisman, *International Incidents*, in *International Incidents* (W. Michael Reisman & Andrew R. Willard eds., 1998), pp. 3, 11 (国際社会において「予測」を試みると「おとぎの世界」に迷い込むことになる」と指摘する)。

92 See Holmes, *supra* note 91, p. 169.

93 See, e.g., North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den; F.R.G. v. Neth.), *I.C.J. Reports 1969*, pp. 3, 44, para. 77.

94 金鳳珍前掲論文(注28)599頁。

95 同論文612頁参照。

国に引き渡すべきだ、という世論を形成する」ために、「竹島の日本編入が不当なものであったという認識が日本人の間で広ま」るべきであるとしてたりする論者がいるのである<sup>96</sup>。たしかに、道徳的な主張も、国家による法の変更を教導する機能をもちうる。しかし、国家を介して国際法が「あるべき法」に向かうように試みるのではなく、国際法を恣意的に脇に置き、国際法と対置される「歴史」とそれを用いて扇動される世論とに依拠しようとするのは、法の支配の下で安定した国際秩序を構築しようとする活動と根本的に相容れない行為である。

日本が第2次日韓協約などを有効なものであるとしていたことはいうまでもない。それに対して、光武帝（高宗）がそれらを無効なものであると主張したことがなかったわけではない。しかし、国際社会はその主張を認めなかった。例えば、光武帝は、1907年の第2回ハーグ万国平和会議に「密使」を派遣した<sup>97</sup>。しかし、同会議の参加国は、「密使」が無効なものであると主張したまさにその条約に基づいて、日本が承認しないかぎり大韓帝国の使節であるとはいえないとして、かれらの同会議への参加を拒否した<sup>98</sup>。「密使」の1人による記者会見を受けて、かれらの主張に同情的な報道がなされたといわれる<sup>99</sup>。決定的であるのは、そのような報道にもかかわらず、国々が態度を変えず、第2次日韓協約が有効なものであるという前提で行動したことである<sup>100</sup>。その後も、国際社会はこの判断を一貫して維持した。例えば、サンフランシスコ平和条約も、日本が朝鮮を合法的に併合したことを前提としている<sup>101</sup>。

96 高崎宗司「文化財問題と竹島＝独島問題」笹川、李編前掲書（注26）718, 719頁参照。

97 光武帝は同会議以前にも各国に「密書」を送ろうと試みている。海野福寿『韓国合併』（1995年）172-175頁参照。

98 See Angelo Piero Sereni, *La représentation en droit international, Recueil des cours*, T. 73 (1948), pp. 69, 118, 154.

99 See Doh, *supra* note 81, p. 228.

100 ピーティ前掲書（注41）68-71, 334, 336頁参照。

101 See Lee Keun-Gwan, *Reassessing the Japanese Annexation of Korea from the Perspective of International Law: The Illegality of the Annexation and the "1965 Korea-Japan Claims Settlement Agreement," in One Hundred Years After Japan's Forced Annexation of Korea, supra* note 81, pp. 257, 262. 李根寬前掲論文（注66）334頁も参照。

マクネアは、強制による条約が有効であるかどうかについて、「権威ある学説は豊富であるが、有権的な外交事例はほとんど存在せず、判例は皆無である」として、「通常よりも、現行法とあるべき法とを峻別することが必要である」と指摘している<sup>102</sup>。「国際法のある特定の分野でかくあるべきである (*ought to be*) と学者が信念をもって主張することは少なくない」が、現在では、それを主張している学者の名声のみに依拠して援用しても、ほとんど価値がない<sup>103</sup>。学説が豊富であっても、それがすべて「あるべき法」にすぎないかもしれないのである。

マクネアは、国家に対する強制は条約の無効原因にならないという伝統的法理と異なる見解を連合王国が明示的に表明したことはないとしたうえで、「それゆえ」、韓国併合条約について日本から見解が照会されたときにも、連合王国は、強制による条約であることを理由として「異議を申し立てることも、当該取引について合法性に疑義を呈することもなかったようにみえる」としている<sup>104</sup>。ここでは、韓国併合条約について、条約締結権者に対する強迫は問題にならないこと、および、それに先立つ第2次日韓協約の有効性も問題にならないことが前提とされている。

第2次日韓協約または韓国併合条約が締結されたときまでに、強制が条約の無効原因として認められた先例は存在しない<sup>105</sup>。たしかに、武力行使が原則として禁止された後では、条約締結権者に対する強制が条約の無効原因になるという規則が確立したということができるかもしれない。というのも、そのような強制による条約が締結され、それが無効である場合に、武力行使によって当該国の同意を後から強制的に確保する法的可能性が封じられたからである。これに対して、戦争という制度が廃止されるまでは、条約締結権者に対する強制によって締結された条約を無効であるのみならず、同じ内容の条約を戦争によって強制することが法的に可能であったことから、実際的な意義がほとんどなかったのである。

ジェニングズとワッツは、武力行使の禁止が確立した前後を区別するこ

---

102 See Lord McNair, *The Law of Treaties* (1961), p. 207.

103 See Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (2014), p. 126, n.38.

104 See McNair, *supra* note 102, p. 209.

105 See Charles Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, T. 1 (1944), pp. 348-349, 352-354; Charles Rousseau, *Droit international public*, T. 1 (1970), pp. 145-149.



となく、1939年のナチスドイツによる実行のみを先例として、条約締結権者に対する強制を条約の無効原因であるとする<sup>106</sup>。しかし、かれらは、国家に対する強制による条約については、戦争が禁止される前は、「法の一般原則の観点からは不快であるにもかかわらず」、戦争が許容されていたことの「必然的帰結」としてそのような条約の有効性が認められていたと指摘し、また、そのような強制が存在したと判断するためには、「それを根拠付ける証拠の欠ける漠然として一般的な非難のみ」では十分ではないと指摘している<sup>107</sup>。これらの指摘は、条約締結権者に対する強制についても当てはまるのではないかという問題は、検討に値すると考えられる。

ICJ 規程第38条1項d号は、「法則決定の補助手段」として「諸国の最も優秀な国際法学者の学説 (teachings)」を挙げている。この規定は、国連憲章第92条に従ってICJ 規程がその「基礎」とした常設国際司法裁判所 (PCIJ) 規程の同文の規定を引き継いだものである。明らかなことは、PCIJ 規程が起草されたときに「学説」として想定されていたものは、学者による「あるべき法」の提唱ではなかったことである。PCIJ 規程が起草された時期には、PCIJ が慣習国際法を認定する基礎にするべき国々の実行に関する情報を収集し体系化する役割はもっぱら「学説」に委ねられていた。それゆえ、「学説」が慣習国際法を認定するための「補助手段」と位置付けられたと考えられる。PCIJ のある裁判官によれば、「国際法は、意見および思想体系の蓄積によって形成されるものではなく、どれほど相互に一致しているものであろうと、判決の総計を法源とするものでもない。…現実には、すべての国家のコンセンサス (*consensus omnium*) のみが国際法の唯一の法源なのである」<sup>108</sup>。

したがって、ある条約が有効なものであったかどうかを判断する際に参照されるべき学説は、契約は自由意思の合致を前提にするという命題を先験的に想定したうえで、当該命題の演繹的な適用によって、強制により自由意思を欠いた主体によって「締結」された条約は無効なものであると主

106 See *Oppenheim's International Law, Vol. I: Peace* (Sir Robert Jennings & Sir Arthur Watts eds., 9th ed. 1992), p. 1290.

107 See *id.* pp. 1290-1291.

108 "Lotus," *P.C.I.J. Reports, Ser. A, No. 10* (1927), pp. 40, 43-44 (dissenting opinion of Judge Weiss). See also Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice: A Treatise* (1934), pp. 529-530.

張した学説ではない。このような学説を複製し続ける一群の学説は国際法ではないからである。

学説は、国家の実行に影響を与えて初めて、慣習国際法の確立に寄与する。ある論者は、条約締結権者に対する強制が当該条約の無効原因となることは、第2次日韓協約が締結された当時に慣習国際法として成立していたとする結論を、学説の列挙のみを根拠として導いている<sup>109</sup>。しかし、この立論には疑義が残る。実際に、この論者は、平和条約については強迫を理由として無効とされないという ILC の条約法条約草案が「当時の国家実行を反映していたことは疑いない」というときには、諸国による意見の表明や国際判例を引用しているのである<sup>110</sup>。

第2次日韓協約については、強制によることに加えて、書式や手続の不備も指摘されることがある。しかし、かりにそれらの欠陥が存在するとしても、国際社会が同協定を無効なものとして扱わなかったことは、それらの欠陥をもつ協定も当時は有効なものであるとみなされていた証拠であるというべきである。

第2次日韓協約が無効であると主張した学説として最も知られているのは、1906年に公刊されたレイの学説であり、その他の学説はこれを引用するものが多い。レイは、第2次日韓協約が無効であるとする根拠として、「私法原則の適用によって公法においても」認められる先験的な規則を挙げている<sup>111</sup>。しかし、そのような規則が慣習国際法として確立しているという証明は試みられていない。第2次日韓協約が無効であるとする国を、その締結直後の大韓帝国を除いて1国も挙げるができなかったのである<sup>112</sup>。レイの結論は、「日本による韓国の保護国化は、文明国の慣行

---

109 坂元前掲論文(注25)10頁参照。

110 同論文12-13頁参照。

111 See Francis Rey, *La situation internationale de la Corée*, *Revue générale de droit international public*, T. 13 (1906), pp. 40, 55 [フランシス・レイ、日本の戦争責任資料センター訳「『韓国の国際状況』：国際法からみた韓国保護条約無効論』『季刊戦争責任研究』2号(1993年)80, 89頁]。

112 See *id.* p. 55 [邦訳88-89頁]。レイは、第2次日韓協約は、韓国の独立を保障するとする同条約より前の条約の違反であるがゆえに、「国際保護に関して認められる原則と抵触する」とする。しかし、第2次日韓協約第4条の下で、日本がそれ以前の合意と抵触する新しい合意を締結し、従来の合意を上書きすることがなぜ禁止されるかについては説明されていない。See *id.* p. 56-57

によって認められる規則に則っておこなわれた」が、「何といても日本側の政治的過ちである」というものであった<sup>113</sup>。この結論は、レイがその主張を実定法に基くものではなく「あるべき法」に基くものにすぎないと自覚していたことを示唆すると考えられる。

第2次日韓協約を無効であるとする言明として挙げられるものには、誤読されているものが少なくない。1963年のILCの特別報告者ウォルドックの報告書がその例である<sup>114</sup>。この「報告書を『発見』し、衝撃を受けた。国連が1905年『韓国保護条約』を、国家代表の強制ゆえに絶対的無効な条約の事例として報告していたことを知り、同条約の効力問題を研究し始めた」<sup>115</sup>とする論者すらもいる。しかし、同報告書は、「交渉当事国のみならず条約締結権者に対して強制が用いられたと主張される事例」として、第2次日韓協約を挙げているが、強制が用いられたことを理由として条約が無効であるとみなされた事例であるとしているわけではない<sup>116</sup>。たしかに、ウォルドックは、そのような強制が条約の無効原因であることに「一般的な合意があるようにみえる」とするが、そこで引用しているのは先に挙げたマクネアの著書のみである。そのマクネアは、強制が条約の無効原因であるという「伝統的見解は、学者(writers)の多数派によって

---

[邦訳89-90頁].

113 See *id.* p. 58 [邦訳90頁].

114 例えば、白前掲論文(注89)392頁注56参照。なお、ICJが学説を引用することはまれであるが、例外として、ILCの作業を引用することは増加していると指摘される。See Alain Pellet, Article 38, in *Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Andreas Zimmermann et al. eds., 2d ed. 2012), pp. 731, 870 (学者のみによる作業が理想主義に傾きがちであるのに対して、ILCの作業は国家代表も参加することから現実的考慮とバランスのとれたものになりうるとする)。

115 戸塚悦朗「東アジアにおける歴史清算」笹川、邊監修前掲書(注3)271, 272頁。この言明は、報告者が「国連」というよりも、ILCの特別報告者という資格をもつ個人である点、および、つぎに述べるとおり、第2次日韓協約は「絶対的無効な条約の事例として報告」されていない点で誤りである。なお、この論者は、「筆者の専門分野は、国際人権法(実践)であって、条約法は専門外である」と断っている。同論文277頁注22参照。

116 See Second Report on the Law of the Treaties by Sir Humphrey Waldock, Yearbook of the International Law Commission 1963, Vol. II, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1963/ADD.1, pp. 36, 50. [強調佐藤]

受け入れられている」としているものの、それが「あるべき法」であるにすぎないと示唆しているのである<sup>117</sup>。

ウォルドックは1935年のハーヴァード研究も参照する。同研究については、「無効として」挙げる3つの事例うちの1つが第2次日韓協約であるといわれたり<sup>118</sup>、「批准を得るため強制を加えたと非難される多くの実例」のなかに、韓国「保護条約の受諾を得るため韓国皇帝及びその閣僚に加えられた強制」が挙げられていると紹介されたりする<sup>119</sup>。しかし、同研究が挙げている事例は、強制による条約の無効の問題が「議論された政治的事例」<sup>120</sup>にすぎない。すなわち、同研究は、国家代表に対して強制が用いられたか、用いられたと主張された事例が「ないわけではない」として、第2次日韓協約について「大韓帝国皇帝およびその閣僚に対して強制が用いられたと主張されている」と紹介しているのである<sup>121</sup>。第2次日韓協約は、無効であると認められた事例として挙げられているわけでないことはもちろん、強制の存在についてすらそれが認められた事例として挙げられているわけではないのである。同研究は、1773年のロシアによるポーランド議会に対する強制および1915年の合衆国によるハイチ大統領などに対する強制も問題になるとする。しかし、同研究は、いずれの場合についても、国際社会が関係条約を無効であるとみなした証拠は挙げていない。国家代表に対する強制が存在する場合には、条約が成立するための本質的な条件である「自由意思による同意」が欠けるという理由でその条約が無効であることに「一般的な合意があることを示すために十分である」として同研究が援用するのは学説のみなのである<sup>122</sup>。

---

117 See McNair, *supra* note 102, p. 207.

118 笹川紀勝「伝統的国際法時代における日韓旧条約（1904-1910）：条約強制をめぐる法的な争点」笹川、李編前掲書（注26）484、493頁注36参照。なお、笹川紀勝「ハーバード草案のとらえるグロチウスとマルテンス：代表者への条約強制無効の法理の特徴を示すために」同書519、520頁も参照（ハーヴァード研究は「強迫」の「定義に合致する事例として」第2次日韓協約を挙げるとする）。

119 戸塚悦朗「統監府設置100年と乙巳保護条約の不法性：1963年国連国際法委員会報告書めぐって」『龍谷法学』39巻（2006年）15、35頁参照。

120 McNair, *supra* note 102, p. 208.

121 See Law of Treaties, *American Journal of International Law Supplement*, Vol. 29 (1935), pp. 653, 1157. [強調佐藤]

ワールドックの任務は、条約法条約の起草であり、その発効以前の特定の条約の効力の確定ではなかった。そして、条約法条約は、第4条において、みずから遡及効を否定している。そうであるならば、強制による無効の規定が条約に盛り込まれた場合に、同規定が単なる紙の上の規定ではなく、その適用が問題となりうる事態が将来生じうることを示すために、同様な過去の事態に言及しつつ、それらの法的評価——当時、強制による無効の規則が確立していたかどうか、および、当該事態にその規則を適用したときに特定の条約が無効であったかどうか——をおこなわないとしたことは自然なことである。

### 3. 日本統治時代の朝鮮由来の文化財の移送の法的評価と国家承継

#### (a) 日本統治時代の朝鮮由来の文化財の移送の法的評価

日本が朝鮮を統治していた時期の国際法は、文化財を国有化するかどうか、および、併合した地域に由来する文化財を当該地域から本土に移送するかどうかについて、制限を課していなかった。それゆえ、それらは各国の自由に留保されていた。したがって、朝鮮総督府が朝鮮の文化財の帰属を決定したり、それを「内地」へと移送したりしたことは、類型的に国際法違反であったということとはできない。

日本による朝鮮由来の文化財の扱いは、国際法に違反しないものであったというだけでなく、統治権の濫用に当たるようなものでもなかったと考えられる。墳墓などを盗掘したのは朝鮮人であった。古墳は、「墳墓とはいえ既に古く無縁となり、全く荒廃し盡して茫々たる草野と化していた」。また、朝鮮人は李朝の苛政ゆえに疲弊していた。それゆえ、古墳の盗掘は「何千人という人がこれによって生活」する職業になっていた。そこで、朝鮮総督府は、それを即時に禁止することによって何千人の死活問題を発生させる代わりに、当面は黙認し、漸進的に禁止する方針をとったといわれる<sup>123</sup>。なお、「地元の人々」が盗掘した文化財を売却した相手は、当初はもっぱら日本人であったが、やがて「都市部に住む富裕な朝鮮人の植民地エリート階級」もそこに含まれるようになったといわれる。そのような朝鮮人は、「自身が収集した骨董品を貯め込み、うまい汁を吸うため

122 See *id.* pp. 1149-1151.

123 三宅長策「そのころの思ひ出：高麗古墳発掘時代」『陶磁』6巻6号（1934年）70, 73-74頁参照。

に同じ骨董商をひいきにして日本人と競い合った」<sup>124</sup>のである<sup>125</sup>。

20世紀初頭の朝鮮においては、考古学的手段として墳墓を発掘することは正当な行為であると考えられておらず、むしろ、先祖に対する不敬に当たるとして禁忌とされていた。高麗青磁を見せられた光武帝が「こういうものは朝鮮には無い」と述べたとき、伊藤博文がそれに答えられなかったのは、出土品であると説明するわけにはいかなかったがゆえであるといわれるのである<sup>126</sup>。しかし、時際法の原理は、後世の法を基準としてある行為を評価することを排除するのみならず、当該行為よりも前時代の法を基準としてそうすることも排除する。

日本は、朝鮮に関与する際に、みずからの負担が重い場合にも、朝鮮の利益になる政策を遂行した。例えば、朝鮮の伝統の変革は、それが朝鮮人の日本に対する反感を高めるおそれのあるものでも、朝鮮の近代化に必要であると考えられた場合には、断行された<sup>127</sup>。例えば、朝鮮人は僧侶を軽蔑していたことから、みずからを僧侶と似た外観にする断髪に強い敵意をもっていたといわれる<sup>128</sup>。髪は親から与えられたものであるという儒教的

---

124 Hyung Il Pai, The Creation of National Treasures and Monuments: The 1916 Japanese Laws on the Preservation of Korean Remains and Relics and Their Colonial Legacies, *Korean Studies*, Vol. 25, No. 10 (2001), pp. 72, 76 (「地元の人々」は総督府博物館からも文化財を盗み出したと指摘する)。

125 米・独・仏の人が文化財の盗掘を試みることもあった。古くは1866年8月16日に、合衆国籍の武装商船ゼネラル・チャーマン号が大同江に侵入し、平壤の王陵を発掘しようと試みている。山辺健太郎『日韓併合小史』(1966年)13-14頁参照。黄文雄『韓国は日本人がつくった』(改訂版、2010年)329-330頁も参照。

126 浅川伯教「朝鮮の美術工芸に就いての回顧」和田八千穂、藤原嘉蔵編『朝鮮の回顧』(1945年)262, 270頁参照。黄壽永『韓国の失われた文化財：増補日帝期文化財被害資料』(2015年)175頁も参照(高麗青磁が開城で出土したものであるという説明を聞いたとき、「博識の朝鮮人」も驚いたという)。

127 火葬と共同の敷地の墓への埋葬も強制されたが、それらは、「儒教国家の朝鮮では魂魄信仰に基づき、死によって魂と魄は天地に分離するが、時にそれは死後も合体するとされた」ことから、「死後の世界に対する人権侵害ともいべきもの」であったといわれることがある。趙景達『植民地朝鮮と日本』(2013年)25頁参照。

128 カルネイエフ、ミハイロフ「1895-1896年の南朝鮮旅行」ゲ・デ・チャガイ編、井上紘一訳『朝鮮旅行記』(1992年)165, 204-206頁参照。ダデシュカリアニ「朝鮮の現況(1885年)」同書65, 74, 80頁も参照(「聖職者」は「高貴で

な価値観から、断髪は人倫に反する行為であるとみなされたのである<sup>129</sup>。それゆえ、親日的政府による 1895 年 12 月 30 日の断髪令の公布は、朝鮮人の日本に対する強い反発を招いたといわれる<sup>130</sup>。

このことは、文化財の保護についても当てはまる。日本は、その当時の学問的な方法論に従って歴史学の振興と文化財の保護に努めた。例えば、朝鮮人を構成員として朝鮮総督の諮問に依っていた中枢院は、1916 年に朝鮮半島史の編纂事業を開始した<sup>131</sup>。この事業を基礎として、朝鮮総督府は、1921 年 12 月 4 日に朝鮮史編纂委員会規程（朝鮮総督府訓令第 64 号）を制定した。1925 年 6 月 8 日の朝鮮史編修会官制（勅令第 218 号）によって、同委員会は、朝鮮史編修会へと強化された。朝鮮史の編修には、1922 年から 1938 年までに 97 万 5534 円の予算が充てられた<sup>132</sup>。『朝鮮史』全巻は 1938 年に完結した。独立後の韓国の文化政策は、日本統治時代のその延長に作られており、とりわけ、文化財を保護するための法制度は日本的なものが多いと指摘される<sup>133</sup>。例えば、韓国は、1962 年まで朝鮮総督府による朝鮮寶物古蹟名勝天然記念物保存令（総督府制令第 6 号）の効力を維持し、同年に制定した文化財保護法でも、同令の内容を継承したのである<sup>134</sup>。このような継続性は、日本による文化事業の経験が一定の評価を受けていたことの表れであると考えられる。

もちろん、朝鮮総督府による文化政策は問題をもたないものではなかった。日本人の担当者のなかには、『『その地のものはその土地へ』という現地主義』の立場から、朝鮮由来の文化財を「内地」へと移送することに反対した者も存在した。しかし、この主張の背後には、「遺跡が復元され、その周辺の貧困と並置されることによって、原住民に対して、長期にわた

---

ない人々」の 1 類型として、「興運び」や「奴隷」と並び挙げられるとする。

129 水野俊平『韓国の歴史』（増補改訂版、2017 年）172 頁参照。

130 海野前掲書（注 97）106 頁参照。

131 中枢院は、大韓帝国時代の高級官吏を優遇するための機関であったといわれる。崔吉城前掲書（注 32）52 頁参照。

132 李成市前掲論文（注 69）76 頁参照。

133 崔吉城前掲書（注 32）58-59 頁参照。

134 大橋敏博「韓国における文化財保護システムの成立と展開：関野貞調査（1902 年）から韓国文化財保護法制定（1962 年）まで」[[島根県立大学] 総合政策論叢] 8 号（2004 年）173, 180, 186 頁参照（もっとも、現在では、同法は 20 次に及ぶ改正によって日本モデルから脱却したとする）。

り偉業を成す能力も自治の能力も欠いてしまったことを告知する」という意図が存在したと指摘される<sup>135</sup>。また、1931年に李舜臣の墓所に抵当が設定されたことを契機として、朝鮮の偉人の宣揚と文化遺産の保存をおこなおうとする古蹟保存運動が高まった<sup>136</sup>。この運動は、日本人が主導していたそのような活動を朝鮮人が奪い返そうとするものであったといわれる<sup>137</sup>。しかし、この運動は、「植民地の矛盾を抉り出して来たるべき民族の将来を展望しようとする動機に欠けていた」ことから、朝鮮総督府はそれのみずからの政策に絡め取った。すなわち、古蹟の保護は「日鮮同祖の国民意識を涵養し、かえって総督府支配を強化する」として、1935年に9月10日を古蹟愛好日と定め、官民一致で古蹟を保存するものとしたのである<sup>138</sup>。朝鮮総督府による「朝鮮学」の振興は、社会主義と共産主義が抑圧された朝鮮と「内地」で同時におこなわれた「国学の振興」であったと指摘される<sup>139</sup>。それゆえ、日本文化が後に「帝国日本版の地域共同体」である「大東亜共栄圏」を表象するものであると位置付けられると、「朝鮮学」の研究やそれに関する言論は弾圧されるようになった<sup>140</sup>。

なお、朝鮮の文化財の「内地」への移送は、統治の必要性に由来するものが少なくない。例えば、2010年11月14日の「日韓図書協定」<sup>141</sup>に基づいて日本が韓国に寄贈した朝鮮王朝儀軌は、李太王（高宗）の葬儀の記録を作成し、李王（純宗）の葬儀に備える必要性ゆえに、1冊しか存在しない御前本および他に複写の現存していない唯一本を除いて、複数の本が存在するもののみを選別して「内地」に移送したことが知られている<sup>142</sup>。こ

---

135 李成市前掲論文（注69）81-83頁参照。

136 李舜臣については、例えば、朴哲晄「壬辰倭乱（文禄・慶長の役）研究の現況と課題」『日韓歴史共同研究報告書（第1期）：第2分科報告書』（2005年）387頁参照。

137 趙前掲書（注127）150-151頁参照。

138 同書151頁参照。

139 米原謙他『東アジアのナショナリズムと近代：なぜ対立するのか』（2011年）232-233頁参照（金鳳珍執筆）。

140 同書234頁参照。

141 U.N.T.S., Vol. 2888, No. 50391, available at <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/50391/Part-I-50391-08000002803387c4.pdf>>.

142 NHK取材班『朝鮮王朝儀軌：百年の流転』（2011年）103-111, 139-145頁参照。



の点は、1866年の「丙寅洋擾」の際にフランスが掠奪した朝鮮王朝儀軌については、統治の必要性があったわけではないうえに、御前本や唯一本を多数含んでいたことと好対照であるといわれる<sup>143</sup>。

日本による朝鮮の文化財の取り扱いに関する評価としては、朝鮮の考古学に関する崔南善の述懐が1つの要約になっている。それは、一方で、「日本人の手ではじめて朝鮮人生命の痕跡が闡明されたことは、どれだけ大きな民族的羞恥であるか」と嘆息しつつ、他方で、それは「ただ1つ、そう確かに1つだけ日本人に向かって、ありがたいと言うこと〔で〕ある」とするものである<sup>144</sup>。合衆国の美術館に寄贈された韓国の伝統家具のコレクションについて、韓国でその価値が十分評価されていなかった時期にそれらの文化財を高く評価し、それらを収集するという行為は、「ややもするとかまどの燃料として消えてしまいかねなかった伝統家具を救った」ものであるといわれる<sup>145</sup>。日本による文化財の移送の少なからぬ場合についても、そのような意義が存在したと考えられる。

#### (b) 移送された文化財を承継国に「返還」する義務

日本が朝鮮を統治していた時期に朝鮮から「内地」に移送した文化財について、日本が韓国に引き渡す義務を国際法が課しているかどうかが問題となる。この点について、日韓両国を拘束する条約は存在しない。たしかに、ILCが起草し、1983年4月8日に外交会議で採択された「国の財産、公文書及び債務についての国家承継に関するウィーン条約」<sup>146</sup>は関連する内容を規定している。同条約第15条1項e号は、国家承継が関連する領域に属していた動産であって、従属していた期間に先行国の国有財産となっていたものは、承継国に移転すると規定しているのである。しかし、同条約は発効していない。同条約を批准した国はわずか7か国であり、日

143 同書136-39, 156-157, 167, 202頁参照。韓永愚、岩方久彦訳『朝鮮王朝儀軌：儒教的國家儀礼の記録』（2014年）9, 736頁も参照。

144 崔南善「朝鮮歴史通俗講話（4）：古墳＝開題4」『東明』6号（1922年）11頁参照。邦訳は李成市による。李成市「東アジアにおける古代史認識の分岐と連環」『檀国大学校 東洋學』43輯（2008年）307, 320頁参照。

145 「海外所在文化財、還収がすべてだろうか」『中央日報日本語版』2015年5月24日参照。

146 Available at <[https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028004b444&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028004b444&clang=_en)>.

本も韓国も同条約に署名すらしていないのである。したがって、同号が慣習国際法を法典化するものであると評価することはできない<sup>147</sup>。むしろ、同号を受け入れる国家実行がほとんど存在しないことに鑑みると、同号は漸進的発達の効果ももっていないと考えられる。同号が対象とする財産が承継国に移転されることがまれにあるとしても、それは先行国がそれを義務であるとみなすことなく自発的にそうするにすぎないのである<sup>148</sup>。

もちろん、ある文化財の取得や移送がその当時の国内法に照らして違法なものであった場合もないわけではないと思われる。その場合には、適用される国内法に従って処理されることになる。日本の民法では、文化財の所有権については、取得時効（現行民法では第 162 条）の制度が適用される。所有権は消滅時効の対象とならないものの（現行民法では第 167 条 2 項）、取得時効の完成によって原権利者の所有権は反射的に消滅する。また、取得や移送が犯罪である場合の刑事責任については、刑事訴訟法（現行刑事訴訟法では第 251 条）の公訴時効の制度が適用される。それゆえ、民事および刑事いずれの問題も、現在まで残存しているということは考えられない。したがって、そのような文化財の「返還」の問題は「善意と政策の問題」<sup>149</sup>である。

---

147 See K. Siehr, *International Art Trade and the Law*, *Recueil des cours*, Vol. 243 (1993), pp. 9, 131.

148 See Hyung, *supra* note 124, p. 76.

149 Kurt G. Siehr, *Globalization and National Culture: Recent Trends Toward a Liberal Exchange of Cultural Objects*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 38 (2005), pp. 1067, 1071.