

論 説

国境を越えた文化財の不正取引に対する 抵触法的対応（1） —グローバル・ガバナンスのための抵触法を目指して—

加 藤 紫 帆

問題の所在

第1部 文化財の不正流通規制

第1章 各国国内法

第1節 発掘に関する規制

一 国有財産とする法制度

1. エジプト

2. ペルー

3. メキシコ

4. トルコ

5. イタリア

二 私的所有を原則とする法制度 —我が国を例として

第2節 譲渡に関する規制

一 私法上の譲渡規制を行う法制度

1. 国有財産に関する規制

2. 私有財産に関する規制

二 私法上の自由処分を尊重する法制度 —我が国を例として

（以上、本号）

第3節 輸出に関する規制

一 輸出規制を行う法制度

二 輸出規制を行わない法制度 —我が国を例として

第4節 小括

第2章 国際的な枠組み

第1節 国際レベル

論 説

- 一 ユネスコ条約（1970 年）
- 二 ユニドロワ条約（1995 年）
- 三 ユネスコ及びユニドロワのモデル条項（2011 年）

第2節 EUにおける枠組み

- 一 背景
- 二 EU 規則
- 三 EU 指令

第3節 小括

第I部の議論の位置付け（第I部小括）

第II部 抵触法

第3章 各国の裁判例・立法・学説

第1節 返還請求が問題となる場合

- 一 返還請求一般に関する問題
- 二 外国国家等による返還請求に固有の問題

第2節 返還請求以外の請求が問題となる場合

- 一 裁判例
- 二 抵触法規則・学説
- 三 小括

第3節 小括

第4章 検討

第1節 グローバル・ガバナンスのための抵触法という主張の検討

- 一 抵触法の新たな機能を巡る議論
- 二 考察

第2節 文化財の不正取引に対する抵触法的対応の検討

- 一 抵触法における文化財の位置付け
- 二 抵触法における具体的処理方法 – 我が国法秩序を例として

第3節 小括

結語

問題の所在

(1) 本稿は、国境を越えて不正に取引された動産文化財に関する国際民事紛争において抵触法¹⁾上採られるべき処理方法について検討することを通じて、グローバル・ガバナンスのために抵触法が果たすべき役割を明確にすることを目的とする。

「文化財 (cultural property, cultural objects)」ないし「文化遺産 (cultural heritage)」(以下、「文化財」という)²⁾の法による保護の歴史は、15 世紀の中世ヨーロッパにまで遡るといわれる³⁾。我が国において「文化財」という用語が常用されるようになったのは戦後であるとされるが、それ以前にも、過去の古い物に価値を見出し、その価値を人々の間で共有しつつ次世代に継承するという営み自体は存在した⁴⁾。一般に、文化財は、異文化理解を深めるのに役立つことや創作の重要な源となること⁵⁾、宗教・信仰のために用いられること⁶⁾、文化の継承・伝播にとってかけがえのない存在であること⁷⁾、近代国家の成立以降は民族主義的な国家意識のシンボル

1) 本稿では、準拠法選択、国際裁判管轄、及び外国判決の承認執行に関する法規範の総体として、「抵触法」という用語を用いることとする (中西康=北澤安紀=横溝大=林貴美『国際私法』(有斐閣、2014 年) 8 頁参照)。

2) 本稿では、本稿第 2 章で取り上げるユネスコ条約 (1970 年) やユニドロワ条約 (1995 年) 上の一般的な定義を参照しつつ、「文化財」を、さしあたり「考古学上、先史上、史上、文学上、美術上又は科学上、国家又は人類全体にとって重要な意義を有する有体物」として定義する。詳しい議論については、第 1 部の議論の位置付けと題する箇所、及び、本稿第 4 章第 2 節一参照。

3) 例えば、Kurt G. Siehr, *International Art Trade and the Law*, 243 *Recueil des cours* 9 (1993), p. 162, footnote 493 によれば、文化財保護に関する最も初期の規則は、ローマ教皇ピウス II 世 (Pope Pius II [Enea Silvio Piccolomini]) により 1462 年 4 月 28 日に公布された「Papal Bull "Cum Almam Nostram"」であるとされる。また、川村恒明「21 世紀社会と文化財の保護」川村恒明監修『文化財政策概論—文化遺産保護の新たな展開に向けて』(東海大学出版会、2002 年) 1 頁によれば、ヨーロッパにおける文化財保護の歴史は、1515 年にローマ法皇レオ 10 世が大画家ラファエロを古代文物調査官に任命したことに始まるとされる。法による文化財保護の歴史的な起源から現代に至るまでの各国法秩序における発展につき、より詳細には、Lyndel V. Prott & Patrick J. O'Keefe, *Law and The Cultural Heritage, Volume I, Excavation and Discovery* (Professional Books, 1984), pp. 31-71; Lyndel V. Prott & Patrick J. O'Keefe, *Law and The Cultural Heritage, Volume III, Movement* (Butterworths, 1989), pp. 453-464.

4) 森本和男『文化財の社会史—近現代史と伝統文化の変遷』(彩流社、2010 年) 3-4 頁参照。

5) Prott *et al* [Volume I], *supra* note 3, pp. 8-9.

6) 川村・前掲注 3) 2 頁等参照。

7) 森本・前掲注 4) 4 頁参照。

としても機能してきたこと⁸⁾、その希少性ないし独特さ故にしばしば重要な経済的価値を有すること⁹⁾、といった理由から、歴史的にも世界的にも他の一般財とは区別して論じられてきたと同時に、様々な局面において争いの種となってきたといえる¹⁰⁾。

特に、第二次世界大戦後の第三世界の独立やグローバルなアート市場の広がり¹¹⁾により、国境を越えた文化財の盗難・盗掘・破壊・略奪・不法流出が加速・深刻化していることが、国際社会において大きな問題となっている¹²⁾。文化財の世界的な不正取引市場は、国際的な組織犯罪と密接に結びつきつつ、武器や麻薬に次ぐ規模で発展しているともいわれる¹³⁾。実際にも、2003年にイラク国立博物館において多くの収蔵品が国際的なテロリストにより略奪され、その一部が資金源として不正に取引されているという事件に象徴されるように¹⁴⁾、国際テロ組織への対応との関係でも文化財保護が国際社会の喫緊の課題となっている¹⁵⁾。さらに、我が国の文化財

8) 川村・前掲注3) 2頁。

9) See Siehr, *supra* note 3, p. 25.

10) 本稿で中心的に扱う問題のほか、例えば、不動産・動産文化財の武力紛争時における破壊行為（なお、本稿第2章第1節一も参照）や、第二次世界大戦下におけるナチスによる美術品の略奪行為（see, e.g., Roodt, *infra* note 29, pp. 250-288）、コロニアリズムの精算としての文化財の返還といった問題が挙げられる。最後の問題について、我が国との関係では、特に朝鮮半島由来の文化財が問題となる（参照、荒井信一『コロニアリズムと文化財—近代日本と朝鮮から考える』（岩波新書、2012年）、林容子『在日朝鮮文化財問題のアートマネジメントの観点よりの考察』尚美学院大学芸術情報学部紀要5号（2004年）57頁等）。

11) 世界のアート市場の動向を調査する「欧州美術財団（The European Fine Art Foundation (TEFAF)）」による2017年の報告書（Art Market Report 2017, available at <<http://1uyxqn3lzdasa2tytzjlaxsmmmpt.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2017/03/TEFAF-Art-Market-Report-20173.pdf>>）によれば、2016年における全世界のアートの売上高は450億ドル（約4.8兆円）であったとされる。グローバルなアート市場の拡大については、ダニエル・グラネ＝カトリヌ・ラムール（鳥取絹子訳）『巨大化する現代アートビジネス』（紀伊國屋書店、2015年）等参照。

12) Alessandro Chechi, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes* (Oxford, 2014), pp. 274-275.

13) *Id.* pp. 276-277. ただし、その正確な統計は明らかでないとされる（インターポールHP参照：<<https://www.interpol.int/Crime-areas/Works-of-art/Frequently-asked-questions>>。最終確認日2018年2月22日。なお、最終確認日については、以下のHPに関する引用も同様）。

14) ローレンス・ロスフィールド（山内和也監訳）『掠奪されたメソポタミア』（NHK出版、2016年）等参照。

15) 例えば、国連安全保障理事会は、2015年2月12日に採択された「国際連合安全保障理事会決議第2199号」において、イラク及びシリアから不法に持ち出された文化財等の貿易を防止するための適切な措置等をとることを決定している。同決議を受け、我が国文化庁は、「イラクを原産地又は船積地域とする平成2年8

についても、平成 28 (2016) 年度末時点で、国指定の重要文化財 (美術工芸品) 10524 件のうち、所在不明と判明したものが 164 件、確認が必要なものが 56 件であるとされている¹⁶⁾。我が国文化庁は、平成 27 (2015) 年度より、その一部が海外に流出していなかどうかの調査も行っているとされる¹⁷⁾。実際にも、海外の窃盗集団により日本国内の寺院から仏像等が盗取される事件が発生しており¹⁸⁾、国際的な文化財の不正取引を防止することは、我が国の文化財不正流通規制上も重要な政策の一つとなっているといえよう。

以上述べたような背景から、国際レベルでは、1960 年頃より、国際連合教育科学文化機関 (UNESCO [ユネスコ]。以下、「ユネスコ」という)¹⁹⁾ の「文化財の不法な輸出、輸入及び所有権移転譲渡を禁止し及び防止する手段に関する条約 (UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Property)」(1970 年) (以下、「ユネスコ条約 (1970 年)」という)²⁰⁾ や、私法統一国際協会 (別称: UNIDROIT [ユニドロワ]。以下、「ユニドロワ」という)²¹⁾ の「盗取された又は不法に輸出された文化財の返還に関する条約 (UNIDROIT Convention on Stolen and Illegally Exported Cultural Objects)」

月 6 日以降にイラクにおいて不法に取得された文化財に加え、シリアを原産地又は船積地域とする平成 23 年 3 月 15 日以降にシリアにおいて不法に取得された文化財についても、外国為替及び外国貿易法 (昭和 24 年法律第 228 号) に基づく輸入規制の対象とし、原則輸入の承認が行われないこと」とする通知を下している (文化庁 HP: <<http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkazai/kokusai/>>)。

16) 文化庁報道発表「国指定文化財 (美術工芸品) の所在確認の現況について (平成 29 年 5 月 17 日)」(文化庁 HP: <http://www.bunka.go.jp/koho_hodo_oshirase/hodohappyo/2017051702.html>)。

17) 文化庁「参考資料 (再発防止に向けた取組について)」(同上 HP から入手可能)。

18) 例えば、長崎県対馬市の寺から盗取された長崎県指定有形文化財「観世音菩薩坐像」に関する事件が社会的注目を集めている (『朝日新聞』「仏像『倭寇が略奪』認定『韓国の寺に所有権』韓国地裁」2017 年 1 月 27 日朝刊 35 頁、『日本経済新聞』「『韓国の寺に仏像所有権』判決、韓国政府が控訴」2017 年 1 月 27 日朝刊 39 頁、『産経新聞 (ウェブニュース)』「韓国政府、寺側主張に反論 対馬仏像訴訟、2 審始まる」2017 年 3 月 21 日 <<http://www.sankei.com/world/news/170321/wor1703210041-n1.html>> 等)。

19) See <<http://en.unesco.org/>>.

20) *United Nations Treaty Series*, Vol. 823 (1972), p. 231. Patrick J. O'Keefe, *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property* (Institute of Art and Law, 2nd ed., 2007). 同条約の邦語での紹介及び分析として、河野俊行「文化財の不法な輸入、輸出及び所有権移転を禁止し及び防止する手段に関する条約と我が国における執行」ジュリスト 1250 号 (2003 年) 198 頁がある。

21) See <<http://www.unidroit.org/>>.

(1995 年) (以下、「ユニドロワ条約 (1995 年)」という)²²⁾ のように、国境を越えた文化財の不正取引を防止し、盗取や不法な輸出入により不正に取得された各国文化財の「由来国 (country of origin) (以下、「由来国」又は「O 国」とする)」²³⁾ への返還を促すための法的枠組み作りが行われてきた。だが、本稿第 2 章で詳しく述べるように、このような国際的な枠組みは、その適用範囲や適用条件が限定的であることもあり、国境を越えた文化財の不正取引の防止という目的にとって、満足のいく枠組みを提供しているとは言い難い状況にある。

(2) 国際的な枠組みによらない場合には、国内レベルでの対応が考えられることとなる。国内レベルにおいて従来用いられてきた方法は、各国国内裁判所における民事訴訟を通じた事後的救済である。すなわち、問題となる文化財の本来の所有者が、当該文化財が所在する国を法廷地国 (以下、「F 国」とする) として、当該文化財の現在の占有者に対し、国際民事訴訟を通じた返還請求を行うという途である。

我が国では、これまで外国の文化財不正流通規制の効力が抵触法上問題となった裁判例は存在しない²⁴⁾。学説上も、この問題については、河野俊行教授²⁵⁾を中心に、ユニドロワ条約 (1995 年) 制定時や我が国のユネスコ条約 (1970 年) 加盟時に若干の議論がなされたものの、現在に至るま

22) *International Legal Materials*, Vol. 34 (1995), p. 1330. UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report, prepared by the UNIDROIT Secretariat, *Uniform Law Review* 476 (2001); Lyndel V. Prott, *Commentary on the UNIDROIT Convention on Stolen and Illegally Exported Cultural Objects 1995* (Institute of Art and Law, 1997). 同条約の邦語での紹介として、河野・前掲注 20) 202-203 頁のほか、野村好弘「盗取・不法輸出文化財の返還条約」ジュリスト 1078 号 (1995 年) 90 頁、清水響「『盗取され又は不法に輸出された文化財に関する UNIDROIT 条約』について」民事月報 51 巻 4 号 (1996 年) 39 頁がある。

23) 本稿では、その法令上当該文化財の発掘・譲渡・輸出に関する規制を行う国として、「由来国 (O 国)」という用語を用いる。この用語は、本稿第 2 章において用いる「輸出国・原産国」という用語とはほぼ同義のものとして用いている。

24) なお、国内事案としては、盗取された国指定の重要文化財 (刀剣 3 点) の返還を求める訴えが山形地裁に提起されたことが報じられている (『朝日新聞』「盗難刀剣『返して』元の所有者が収集家提訴」2015 年 10 月 28 日朝刊 (山形・1 地方) 31 頁)。

25) 河野俊行「文化財の国際的保護と国際取引規制」国際法外交雑誌 91 巻 6 号 (1993 年) 685 頁、河野・前掲注 20)、野村・前掲注 22)、清水・前掲注 22) 等。比較的近時のものとしては、樋爪誠「グローバル化と文化財取引」中島茂樹ほか編『グローバル化と国家の変容「グローバル化の現代－現状と課題」第 1 巻』(御茶の水書房、2009 年) 213 頁がある。

で議論が十分に尽くされたとは言い難い状況にある²⁶⁾。だが、上述した文化財の不正取引市場のグローバルな広がりにも鑑みれば、今後、海外から流出し不正に取引された文化財が我が国に輸入された後、本来の所有者により、我が国国際民事訴訟においてその返還請求等が求められる可能性は十分に考えられる²⁷⁾。

世界的には、ユネスコ条約 (1970 年) が成立して以降、文化財の返還に関する私法的側面に関する議論が活発化し²⁸⁾、英米法系・大陸法系いずれの国々においても、国内裁判所における外国の文化財不正流通規制の効力の問題につき、裁判例及び学説上活発な議論が行われてきた²⁹⁾。さらに、近時は、一部の国の裁判例及び抵触法立法上、外国の文化財不正流通規制

26) そのほか、抵触法的側面に直接触れるものではないが、文化財不正流通規制に関する文献として、久保敦彦「文化遺産に関する国家の国際法上の権利と違法流出文化財に対する回復請求権—考古学的遺産に関する問題を中心とする一試論—」神奈川法学 30 巻 1 号 (1995 年) 47 頁、永野晴康「日本とフランスにおける文化財輸出規制—国宝に指定されていない文化財の輸出規制を中心に—」千葉商大論叢 47 巻 2 号 (2010 年) 251 頁、永野晴康「文化財の違法取引に関する法制度—フランス法制との比較から—」千葉商大論叢 49 巻 2 号 (2012 年) 399 頁がある。

27) 実際にも、アフガニスタン国立博物館から略奪された文化財や、国宝級を含む多くのアフガニスタンの文化財が我が国に入ってきており、2016 年には、非営利組織である「流出文化財保護日本委員会」(東京都)を通じて、我が国の所有者により集められた約 100 点の文化財がアフガニスタンに返還 (無償譲渡) されている (『日本経済新聞』「日本で保護の流出文化財 102 点、アフガンに返還」2016 年 8 月 17 日朝刊 34 頁、『産経新聞 (ウェブニュース)』「『文明の十字路』の文化財、アフガンから流出 日本で保護した 102 点返還へ」2015 年 8 月 5 日 <<http://www.sankei.com/west/news/150805/wst1508050063-n1.html>>)。また、井上隆史 = NHK 取材班『アフガニスタン さまよえる国宝』(NHK 出版、2003 年) 114-115 頁では、アフガニスタンで盗掘されたり博物館・美術館等から盗取されたりした美術品が、ドバイを経由してヨーロッパや日本に持ち出されるというローンダリングの流れが説明されている。このほか、同様に訴訟には至らなかったものの、2017 年には、朝鮮王朝時代の高官の墓から韓国の密売集団により盗掘された後、我が国において日本人に売却された 15 世紀朝鮮時代の墓誌につき、当該日本人遺族が韓国国立中央博物館に無償で寄贈したことが報道されている (『日本経済新聞』「盗品と知らず所蔵の日本人遺族 朝鮮時代の墓誌 韓国に寄贈」2017 年 9 月 12 日夕刊 12 頁)。

28) なお、ユニドロワ条約 (1995 年) は、文化財保護の私法的側面について扱うものである (詳しくは、本稿第 2 章第 1 節 2 参照)。同条約成立以前の学説上の議論については、Siehr, *supra* note 3; G.A.L. Droz, The International Protection of Cultural Property from the Standpoint of Private International Law, in Council of Europe (ed.), *International Legal Protection of Cultural Property* (1984), pp. 114-116; Lyndel V. Prott, The Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage, 217 *Recueil des cours* 215 (1989-V)。

29) See generally, Prott, *id.*; Mara Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross-border Litigation: Turning Rights into Claims* (De Gruyter, 2015); Christa Roodt, *Private International Law, Art and Cultural Heritage* (Edward Elgar, 2015)。

上の利益実現に対して好意的な態度を示す動きが生じており、注目される³⁰⁾。しかしながら、本稿において以下で詳しくみていくように、諸外国における議論においても、外国文化財不正流通規制の抵触法上の処理方法につき、未だ見解の一致を見ているとは言い難い。この点につき抵触法上さらなる検討が必要である。

(3) そこで本稿では、国境を越えた文化財の不正取引に対する抵触法的対応について検討することにした。だが、本稿は、以下に述べるように、上記作業を通じてグローバル・ガバナンスのために抵触法が果たすべき役割についても考察する。

本稿で扱う問題は、現代社会における抵触法の機能・目的という根本的問題に深くかかわる。というのも、法適用の実質法的結果を考慮しない伝統的な抵触法理論・方法上³¹⁾、一般に、文化財保護といった実質法的価値・政策が考慮される余地はないと解されるため、この問題を正面から検討するに当たっては、従来の抵触法の前提を見直しつつ、抵触法の新たな機能・目的を考察することが不可欠であるからである。この点につき、近時、環境汚染や人権侵害、外国投資といったグローバルな広がりを見せる諸課題に関して、抵触法をグローバル・ガバナンス³²⁾や国境を越えた私的な秩序形成に利用すべきことを提唱する見解が主張されており、注目される³³⁾。この議論は、国際的な私的利益の保護を目標としてきた伝統的な抵触法理

30) 詳しくは、本稿第3章参照。

31) 山田鎌一『国際私法 [第3版]』(有斐閣、2004年) 44頁等参照。

32) 「カバナンス」や「グローバル・ガバナンス」の定義を巡っては様々な議論がある (see, e.g., Horatia Muir Watt, *The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate*, in Horatia Muir Watt & Diego P. Fernández Arroyo (eds.), *Private International Law and Global Governance* (Oxford University Press, 2014), p. 1, 3). 本稿では、Jacob Torfing, B. Guy Peters, Jon Pierre & Eva Sørensen, *Interactive Governance: Advancing the Paradigm* (Oxford University Press, 2012) による定義に従い、「ガバナンス」という用語を「共通の目標に従い、かつ、集団的行動を通じて、社会及び経済を統御するプロセス」(id. p. 14)を意味するものとして用いることとする。そこで、本稿における「グローバル・ガバナンス」は、共通目標に従い、集団的行動を通じて行われる統御の対象(経済及び社会)が国境を越えることを意味する。

33) 参照、横溝大「グローバル化時代の抵触法」浅野有紀＝原田大樹＝藤谷武史＝横溝大編著『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂、2015年) 109頁、121頁以下、及び、横溝大「レギュレーションと抵触法」国際私法年報17号(2015年) 113頁、121頁(以下、「横溝年報」とする)。詳しくは、本稿第4章第1節一参照。

論・方法を再考し、グローバル規模での経済・社会の適切な規整³⁴⁾へと向けた抵触法の新たな役割について検討するものであり、有益な示唆を与えてくれるように思われる。そこで本稿では、グローバル・ガバナンスへと向けた抵触法の新たな役割に関するこれらの見解を手掛かりとして、その理論的示唆を検討しつつ、グローバル化した現代社会において抵触法が果たすべき役割について考察する。その上で、文化財の不正取引というここでの問題について、上述の新たな観点から具体的処理方法を提言する。

(4) 本稿では、由來国 (O 国) から他国へと流出した文化財につき、当該文化財の所在地国 (F 国) 裁判所において、本来の所有者により、その返還請求が求められる場合を主たる事例として念頭に置く。この事例においては、①本来の所有者である私人が私法上の所有権を主張して返還請求を行う場合と、②O 国自らが自国の文化財不正流通規制上国家に付与される権利利益を主張して返還請求を行う場合とが考えられる。②の場合には、原告が外国国家 (その機関を含む。以下、「外国国家等」という) であることから、外国国家等による外国公法に基づく請求の可否という特殊な問題が生じる。また、外国の文化財不正流通規制の内国における効果が問題となる状況は返還請求の場合に限られない。例えば、③O 国の文化財不正流通規制上の保護を受ける文化財に関する私人間での契約が、同規制上の取引・譲渡・輸出等の禁止や制限に関する規定に反するとして、当該契約の無効が私人間において争われることが考えられる。そこで本稿では、これら 3 つの場合を念頭に検討を行う。

第 I 部「文化財の不正流通規制」では、第 II 部「抵触法」における検討の出発点を明確にするため、各国の文化財不正流通規制 (発掘・譲渡・輸出に関する規制) に関する法的現状を把握・分析した上で (第 1 章)、国際レベルでの対応の実態及びその実効性について確認する (第 2 章)。ここでの分析により、各国の文化財不正流通規制は、その規制の程度に応じて大きく 2 つに大別されることが示される。また、文化財の不正取引の防止へと向けた国際的な枠組みが十分に機能していない背景には、これらの

34) 本稿では、「規整」という用語を、行政機関を中心とする国家機関による規則を意味する「規制」とは異なり、「社会的なコントロールメカニズム」を指す、より広範な概念として用いる (この点に関して、松尾陽「規制形態論への前哨—規制の分散化と規制作用の静態的分析」近畿大学法学 60 巻 1 号 (2012 年) 119 頁、131 頁以下、及び、横溝年報・同上 113 頁以下参照)。

文化財不正流通規制を巡って政策的に異なる国々の間での政治的ないしイデオロギー的な対立があることが指摘される。

第Ⅱ部「抵触法」では、外国の文化財不正流通規制の効力が抵触法上問題となった諸外国の裁判例、及び、関連する抵触法立法・学説上の議論を整理した上で（第3章）、国際民事紛争における外国の文化財不正流通規制の処理方法について検討する（第4章）。第3章では、返還請求が問題となる場合（第1節）、及び、返還請求以外が問題となる場合（第2節）、それぞれにおいて争われる論点につき、各国裁判例・抵触法立法・学説上の議論を整理・概観する。ここでの分析を通じて、国境を越えて不正に取引された動産文化財に関する国際民事紛争においては、抵触法上、物権準拠法に関する所在地主義³⁵⁾、外国国家等による外国公法に基づく請求の不許可³⁶⁾、外国の公法・強行的適用法規の不適用³⁷⁾という、伝統的な抵触法理論・方法の妥当性が問題となることが確認される。

第4章では、まず、グローバル化の下で抵触法が目指すべき方向性ないし目標について考察する（第1節）。この点に関する結論を予め示せば、抵触法をグローバル・ガバナンスや国境を越えた私的な秩序形成に利用すべきであるという主張を受け容れた上で、特定の実質法的価値・政策から一定の距離を取りつつ、問題領域毎に規整的權威の間で共有される共通価値ないし一定の普遍性を有する実質法的価値に従った規整的權威の調整を行っていくべきである、というのが本稿の主張である。また、このように普遍主義的観点から抵触法が目指すべき目標について議論する一方で、法秩序の多元性に鑑み、具体的な規則設定に関しては、各法秩序固有の観点加味される余地が認められるべきであることをも、本稿は主張する。最後に、以上の考察の具体的な当てはめとして、抵触法における文化財の位置付けを明確にした上で、第3章で挙げた問題状況において抵触法上採られるべき具体的処理方法について検討する（第2節）。

35) 詳しくは、本稿第3章第1節一参照。

36) 詳しくは、本稿第3章第1節二参照。

37) 詳しくは、本稿第3章第2節参照。

第 I 部 文化財の不正流通規制

第 I 部では、抵触法上の対応 (第 II 部) を考える上での問題の所在を明確にするため、国境を越える文化財の不正取引を巡る国内レベル及び国際レベルでの法的現状を確認する³⁸⁾。以下では、各国の文化財不正流通規制 (第 1 章)、及び、かかる権利・利益を保護するための国際的な枠組み (第 2 章) について、その規則内容や学説上の議論を整理・概観する。

第 1 章 各国国内法

本章では、代表的な国々を挙げつつ文化財不正流通規制に関する各国国内実質法を概観する³⁹⁾。国際民事紛争における外国の文化財不正流通規制の処理方法について検討する本稿の目的との関係では、文化財不正流通規制が文化財に関する私法上の権利義務関係に如何なる影響を与えるのか、という点が重要となる。そこで本章では、文化財不正流通規制がどのような形で私法上の権利義務関係に影響を与えているのかという観点から、自国領域内での文化財の発掘 (第 1 節) や、自国領域内に恒常的に所在する文化財の譲渡 (第 2 節)・輸出 (第 3 節) に関する各国の文化財不正流通規制を取り上げることとする⁴⁰⁾。本章の目的は、各国文化財不正流通規制の実態を確認すると共に、文化財に対して各国が有する関心度の差異を明らかにすることにある。

38) なお、本稿の脚注において条文を参照する際には、日本法を除き、基本的には英語 (英語訳も含む) にて引用することとするが、特に必要と思われる場合には、原文と日本語訳を併記することとする。また、ユネスコ条約 (1970 年) 及びユニドロワ条約 (1995 年) に関しては、条文の日本語訳を引用することを原則とする。

39) 各国の文化財不正流通規制の邦語での紹介として、河野・前掲注 25) 694 頁以下がある。本章における各国の文化財不正流通規制の原文及び英語訳は、基本的には UNESCO の以下のデータベースから入手したものを参照している。<<http://www.unesco.org/culture/natlaws/>>。

40) そのため、外国から自国に持ち込まれた文化財 (特に外国の輸出規制に反して不法に輸出された文化財) に関する輸入規制や罰則規定 (なお、本稿第 2 章第 1 節一参照)、及び、国内での展覧会等のために海外から一時的に借り受けた美術品等に対する強制執行等の禁止を定める法律 (いわゆる「anti-seizure statute」) については、取り上げないこととする。なお、我が国では、後者の種類の法律として、「海外の美術品等の我が国における公開の促進に関する法律」(2011 年 4 月 1 日法律第 15 号) が制定されている (参照、文化庁 HP : <http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunka_gyosei/shokan_horei/bunkazai/index.html>、島田真琴「海外から借り入れた美術品等の差押え等を禁止する法律 (海外美術品公開促進法) について」慶應法学 20 号 (2011 年) 187 頁)。

以下に述べるように、各国法制度は、文化財に関する私法上の所有権を尊重する程度に応じて2つのグループに大別される。文化財不正流通規制に関するこのような規制の程度差は、国境を越えた文化財の不正取引に関する国際レベルでの対応を行う際の大きな障害となってきたといえる⁴¹⁾。さらに、このような各国規制の差異は、国境を越えた文化財の不正取引という問題に対して抵触法がいかに対応すべきか、という問題を考える上でも重要となる⁴²⁾。

第1節 発掘に関する規制

本節では、地中又は海中から新たに発見ないし発掘された物（以下、「発掘物」という）の所有権に関する各国法制度を概観する⁴³⁾。私法上の権利義務関係に影響を与える規制としては、一定の考古学的ないし歴史的な価値を有する物が発掘された場合に、自国ないし発掘地の管轄自治体にその発掘物に関する特権的権利を付与する規制が挙げられる。このような規制には、自国領域内において発掘された全てあるいは一定の発掘物について、これを自動的に国有財産とする法制度（一）と、基本的には埋蔵物の拾得に関する法に基づく私的所有を認める法制度（二）とが存在する。

一 国有財産とする法制度

自国領域内において発掘された全てあるいは一定の発掘物を国有財産とする法制度は、政府や行政当局、裁判所等による収用や命令といった手続を経ることなく、自動的に発掘物の所有権を国家に付与する点で、一般に、「blanket legislation / umbrella statute」（以下、「国家所有権の包括的な付与立法」という）と呼ばれる⁴⁴⁾。この法制度の趣旨・目的は、国家による行為の介入を待つことなく、発掘と同時に発掘物の所有権を国家に付与する

41) 本稿第2章参照。

42) 本稿第4章参照。

43) なお、多くの国々において、文化財の発掘一般に関しては、行政法上、規制当局による発掘行為の許可や規制当局への発掘物の報告が求められており、許可なく不法な発掘行為がなされた場合や発掘物の報告義務に反した場合には、違反者に対して一定の罰則が課されることが一般であるといえる。See, e.g., Wantuch-Thole, *supra* note 29, pp. 43-46.

44) See, e.g., Paul M. Bator, An Essay on the International Trade in Art, 34 *Stanford Law Review* 275 (1982), p. 348; Jonathan Moore, Enforcing Foreign Ownership Claims in the Antiquities Market, 97 *Yale Law Journal* 466 (1988), pp. 466-467.

ことで、考古学的ないし歴史的な価値を有する発掘物が無主物となることを防止し、以て発掘文化財の保護を図ることにあるとされる⁴⁵⁾。これから詳しく述べるように、国家所有権の包括的な付与立法は、対象となる発掘物の範囲や私有を認めるか否かといった点につき国毎に違いがあるものの、一般に、考古学的遺跡が多く存在する国において採用されている。

以下では、国家所有権の包括的な付与立法を制定している代表的な国々として、エジプト (1.)、ペルー (2.)、メキシコ (3.)、トルコ (4.)、イタリア (5.) を取り上げ、これらの国々の文化財不正流通規制の沿革や文化財の定義にも適宜触れつつ、発掘に関する規制を概観する⁴⁶⁾。

1. エジプト

最も保護主義的であるといわれる国家所有権の包括的な付与立法を有する国として、エジプトが挙げられる⁴⁷⁾。エジプトでは、1983 年の「古代遺物保護法 117 号」(以下、「1983 年の法 117 号」という)⁴⁸⁾において、同法制定以降に同国領域内において発掘された全ての「古代遺物 (antiquity)」についてエジプトの国有財産とする旨、定められている (同 6 条)。「古代遺物」の定義は、以下の通りである。すなわち、①エジプト文明やそれに連続する文明の生産物、②先史時代以降及び 100 年前までの連続する歴史的時代の間に (since the pre-historic ages and during the successive historic ages till before 100 years) エジプトの領域においてなされた、芸術、科学、文学又は宗教の創造物、③エジプト文明やエジプトの領域において興った他の文明の様々な側面を示すものとして、考古学的、歴史的又は芸術的な

45) Sibel Özel, *The Basel Decisions: Recognition of the Blanket Legislation Vesting State Ownership over the Cultural Property Found within the Country of Origin*, 9 *International Journal of Cultural Property* 315 (2000), p. 330. See also, Wantuch-Thole, *supra* note 29, p. 28.

46) ここで挙げた国々のほか、カンボジア (Alper Taşdelen, *Cambodia's Struggle to Protect its Movable Cultural Property and Thailand*, in Brigitta Hauser-Schäublin & Lyndel V. Prott (eds.), *Cultural Property and Contested Ownership: The Trafficking of Artefacts and The Quest for Restitution* (Routledge, 2017), p. 45, p. 55) や、マケドニア (Law on Protection of Cultural Heritage, Official Gazette of the Republic of Macedonia, No. 20/2004. See Wantuch-Thole, *id.* p. 32)、エクアドル (1979 年の「文化遺産に関する法 3501 号 (Ley de patrimonio cultural, No. 3501)」9 条)、イラン (本稿第 3 章第 1 節二参照)、ギリシャ (See Wantuch-Thole, *id.* pp. 32-34) といった国々においても、発掘物を国有財産とする法制度が採られている。

47) Wantuch-Thole, *id.* p. 29.

48) Law No. 117 of 1983 on the Protection of Antiquities.

価値や重要性があるもの、④エジプトの領域において生産されたか又は生育したものでエジプトに歴史的関連があるもの、⑤人骨（同1条）、である。また、国家は、歴史的、科学的、宗教的、芸術的又は文学的な価値のある不動産及び動産の保持・保存に国家的関心を有する場合、首相が発する法令により当該財を古代遺物とみなすことができる（同2条）。この場合、当該財は同法に従い登録される（同上）。

このように定義される古代遺物は、宗教的に寄進された財産（wakfs）及び同法制定以前に私的に所有されていた財産を除き、公的財産とみなされることとなり、その所有・占有・処分は、同法やそれを履行する命令により規定される条件においてなされる場合を除き、認められない（同6条）。同法24条2項によれば、偶然発見された古代遺物については国家が所有者となり、当該古代遺物の発見者ないしその発見を通知した者に対し当局は報酬を支払うことができるとされる。また、考古学的な発掘調査により発掘された古代遺物は国有財産となる（同35条）。

1983年の法117号は、2010年の「1983年の古代遺物保護法117号を改正する法3号」⁴⁹⁾により一部改正がなされている。同改正は、外国発掘調査団が発掘物について10%の報酬を受けられることができるとする制度の廃止や、古代遺物取引に対するさらなる罰則強化といった、全体的な規制の強化を図るものであるとされる⁵⁰⁾。

2. ペルー

先コロンブス期に多くの文化が栄えたペルーにおいても、発掘物を国有財産とする法制度が採用されている⁵¹⁾。スペインからの独立(1821年)後、文化財保護に関する国内立法が整備されはじめたペルーでは、20世紀に入り文化財の略奪を防止するという意図の下、文化財の登録制度や許可な

49) Law No. 117 of 1983 as Amended by Law No. 3 of 2010 Promulgating the Law on the Protection of Antiquities. See Zahi Hawass, Law No. 117 of 1983 as Amended by Law No. 3 of 2010 Promulgating the Antiquities' Protection Law (Egypt), 17 *International Journal of Cultural Property* 613 (2010).

50) *Id.* p. 614.

51) Jack Batievsy & Jorge Velarde, The Protection of Cultural Patrimony in Peru, in Barbara T. Hoffman (ed.), *Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice* (Cambridge, 2006), p. 100; Alberto Martorell-Carreño, Cultural Patrimony and Property Rights in Peru, in Barbara T. Hoffman (ed.), *Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice* (Cambridge, 2006), p. 105.

き輸出の禁止が定められると同時に、新たな発掘物を国有財産とする法制度が整備されるに至った⁵²⁾。まず、1929年の「法 6634 号」は、同法制定以前の動産について私的所有を認める一方、同法制定以降にペルー領域内で発掘されたスペイン人による征服以前の財については国有財産として扱われるとした⁵³⁾。同法により、新たに私人により発掘されたか又は私有地において発掘された文化財は、その発見から 1 年以内に当局の登録簿に記載されればその私有が認められるが、さもなければ国有財産となるとされた⁵⁴⁾。その後、1929年の「法 6634 号」の一部の規定を改正する 1985 年の「法 24047 号」が制定され、さらに「法 24047 号」は、現行法である 2004 年の「法 28296 号」⁵⁵⁾ によって取って代られた⁵⁶⁾。

2004 年の「法 28296 号」によれば、同法の規制対象となる「国家文化遺産 (Patrimonio Cultural de la Nación)」は、以下のように定義される。すなわち、「古生物学上、考古学上、建築学上、史上、芸術上、軍事上、社会上、人類学上、伝統上、宗教上、民族上、科学上、技術上又は知性上、重要性や価値、意義があると明確に宣言されたか、若しくはそのような法的推定が存在する、人類の業績の有形及び無形の表現」(同 II 条)⁵⁷⁾、である。同条にいう「法的推定」に関しては、次のような定めがある。すなわち、スペイン人による征服以前・副王(植民地)時代・共和国時代のもので、同 II 条にいう重要性や価値、意義を有するもの、並びに、ペルーが参加する条約や合意において言及されるものは、私有財産であるか国有財産であるかに拘わらず、国家文化遺産の条件を充すものと推定される(同 III

52) Batievsky *et al*, *id.* p. 100.

53) See Martorell-Carreño, *supra* note 51, pp. 105-106. なお、同法のこのような内容は、同法に先立つ「1911 年 8 月 19 日の最高法令 (Supreme Decree) 2612 号」において既に定められていたとされる。Batievsky *et al*, *id.* p. 100.

54) Martorell-Carreño, *ibid*; Batievsky *et al*, *id.* p. 100. なお、同法上は、例外的に、博物館の所蔵品と同種のものであるために珍しさを欠く発掘物については、当時施行されていた民法上の埋蔵物に関する拾得ルールに従い、当該文化財の発見者ないし土地所有者による私有が認められていたとされる。Martorell-Carreño, *id.* pp. 105-106; Batievsky *et al*, *id.* p. 101. この例外は、特に珍しい文化財ではないのであれば、私有を認めて構わないという考えに基づくものであるとされる。Batievsky *et al*, *ibid.* ただし、後述するように、このような私的所有権の例外は、現行法上は認められていない。

55) Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, Ley N° 28296.

56) Batievsky *et al*, *supra* note 51, p. 101.

57) なお、「有形財産」及び「無形財産」のより詳細な分類は、同 1 条に例示列举されている。

条)。また、国家文化遺産に対する国家の権利は時効の制限を受けない（同 VI 条）。なお、2004 年の「法 28296 号」上も、従前の立法と同様、国家文化遺産の私的所有が認められている（同 V 条参照）。ただし、本章第 2 節で詳しく述べるように、国家文化遺産に対する私的所有権は同法による制限を受ける（同 4 条参照）。

2004 年の「法 28296 号」では、従前の立法とは異なり、新たな発掘物の所有権に関して以下のような規定が置かれることとなった⁵⁸⁾。すなわち、国家文化遺産の一部を成す未発見の動産又は不動産は専ら国家に帰属すること、及び、既に知られている又は発見された考古学的遺物であって、同法制定時点において私的に所有されていない物は、国有財産の状態を保持すること（同 5 条）、という規定である。このような発掘物は、譲渡不可能であり時効の制限も受けないとされている（同上）。

3. メキシコ

アメリカ大陸の中では、ペルーのほか、先史時代から先コロンブス期において高度な文明が発達したメキシコにおいても、発掘物に関して以下のような法制度が行われてきた⁵⁹⁾。メキシコにおいては、宗主国であったスペインの影響を受け、既に 18 世紀には歴史的及び芸術的価値を有する財産の保護という考えが存在したものの、19 世紀にスペインから独立を果たした後、ようやく文化財保護に関する多くの国内立法が整備されるに至った⁶⁰⁾。古くは「1897 年 5 月 11 日の法令」において考古学的遺跡は国家の財産であることが定められていたとされる⁶¹⁾。その後、いくつかの法改正を経て、1972 年 5 月 6 日の「考古学的、芸術的、及び歴史的な遺跡及び区域に関する連邦法」⁶²⁾ が制定され、1986 年には、1972 年法の一部を改正する法律が制定されている（以下、「1986 年改正法」という）。

58) Batievsky *et al*, *supra* note 51, p. 101.

59) メキシコの文化財不正流通規制については、Norma Rojas Delgadillo, *Cultural Property Legislations in Mexico: Past, Present, and Future*, in Barbara T. Hoffman (ed.), *Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice* (Cambridge, 2006), p. 114; Jorge S. Cordero, Mexico, in Toshiyuki Kono (ed.), *The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century* (Nijhoff, 2010), p. 495; Wantuch-Thole, *supra* note 29, p. 30.

60) Delgadillo, *id.* p. 114.

61) *Id.* p. 114, footnote 5.

62) Ley federal sobre monumentos y zonas arqueológicas, artísticas e históricas.

1986 年改正法では、動産又は不動産の「考古学的遺跡 (monumentos arqueológicos)」⁶³⁾ は、譲渡不可能であり、かつ、時効の制約を受けない、国有財産として扱われる (同 27 条)、と明記されている。同条により、地中又は海中から新たに発見されたこのような考古学的遺跡は、連邦政府による宣言を経ることなく、直ちに国有財産となる⁶⁴⁾。考古学的遺跡の発見又は探査行為は、「国立考古学及び歴史学機関 (Instituto Nacional de Antropología e Historia)」⁶⁵⁾、科学機関又は事前の許可を得て道徳的地位を承認された機関のみが行うことができる (同 30 条)。考古学的物件 (bienes arqueológicos) を発見した者は届出の義務を負い、届出を受けた当局は 24 時間以内に国立考古学及び歴史学機関に通知しなければならない (同 29 条)。なお、同法上保護の対象となる文化財としては、考古学的遺跡のほか、「芸術的遺跡 (monumentos artísticos)」⁶⁵⁾ と「歴史的遺跡 (monumentos históricos)」⁶⁶⁾ がある。

4. トルコ

古代文明や多くの文化が栄えたトルコにおいても、19 世紀以降、その前身であるオスマン帝国時代から、領域内において発見された文化財に対する国家的関心が示されるようになった⁶⁷⁾。オスマン帝国最初の古代遺物に関する法令であるとされる 1869 年の「古代遺物に関する法令」(以下、「1869 年の法令」という)⁶⁸⁾ は、同帝国領域内において発見された古代遺物の輸出を禁止する一方、土地所有者に対しては自らの土地において発見された古代遺物の私的所有を認めていたとされる⁶⁹⁾。だが、1869 年の法令上の規制は所有権規制として不十分であることが認識されたため、「1874 年 4 月 7 日の法令」⁷⁰⁾ では、未発見の古代遺物に対する国家所有権が認め

63) 「考古学的遺跡」とは、メキシコの領域におけるヒスパニック文化の確立に先立つ文化の生産物である不動産及び動産、並びに、それらの文化に関連する植物や動物の化石を指す (同 28 条)。

64) Cordero, *supra* note 59, p. 528.

65) 「芸術的遺跡」とは、その重要性や特定の芸術的運動におけるその位置付け、革新的性質、使用される物質及び技術などにより、傑出した美的価値を有する不動産及び動産を指す (同 33 条)。

66) 「歴史的遺跡」とは、スペイン文化の確立に先立つ国家の歴史に関連する財産を指す (同 35 条、36 条)。

67) Özel, *supra* note 45, p. 324.

68) Takvimi vakayi, tertibi evvel, nr. 1053, 1 Subat 1284-1 Zilkade 1285. See *id.* p. 324.

69) See *ibid.*

70) 26 Mart 1290 / 7 Nisan 1287 Düstür, I. Tertip, c. 3, s. 426-431. See *ibid.*

られることとなった⁷¹⁾。オスマン帝国崩壊後もトルコにおいて引き続き効力を有した「1906年4月23日の法令」⁷²⁾では、オスマン帝国領域内において発見された古代遺物が国有財産として扱われることが明確にされた。すなわち、「政府及び一般市民並びに他の共同体に属する土地・不動産に所在する遺物及び動産・不動産の古代遺物であって、その存在が知られているか、又は将来知られるものは、全てオスマン帝国政府の財産である」(同4条)⁷³⁾、とされたのである。

現行法である1983年の「文化財及び自然財の保護に関する法」⁷⁴⁾でも、同様の規定が維持されている(同5条)。まず、同法にいう「文化財(Kültür Varliklarini)」とは、「地表、地中又は海中に存在する動産及び不動産であり、有史以前及び以後の科学、文化、宗教及び美術品に属しているもの、又は、有史以前及び以後の社会生活にとって比類ない科学的及び文化的価値を有するもの」(同3条(a)(1))を指し、また、「自然財(Tabiât Varliklarini)」とは、「地質時代、及び、現在までの先史時代に属する、地表、地中又は海中にある全ての貴重な物であり、大変珍しい種類であるか又はその性質及び美的観点から保護を必要とするもの」(同3条(a)(2))を指す。「文化財」及び「自然財」の所有権については、以下のように定められている。すなわち、①国家・公的施設・公的組織に属する不動産、及び、②不動産・動産の「保護を受ける文化財及び自然財」⁷⁵⁾であり、その存在が知られているか又は自然人ないし民法に服する法人により所有される不動産において将来発見されるものは、国有財産の性質を有する(同5条)。

5. イタリア

ヨーロッパ大陸の国々の中でも、例えば、イタリアでは、20世紀初頭より考古学的及び歴史的な価値を有する発掘物を国有財産とする法制度がとら

71) *Id.* pp. 324-325.

72) Nisan 1322 / 23.4.1906. See *ibid.*

73) See *ibid.*

74) Kültür ve Tabiat Varliklarini Koruma Kanunu, Kanun No. 2863, Tarih 23/7/1983, s. 18113.

75) 「保護を受ける文化財及び自然財」については、同23条に詳細な定めがある。また、「保護されるべき文化財及び自然財」に関しては、国家自身により又は博物館においてその保存を確保することにつき、国家が責任を有するとされている(同24条第1項)。

れてきた⁷⁶⁾。このように新たな発掘物を国有財産とする考えは、物が発見された土地所有者が当該物の所有者となっていた当時の埋蔵物に関する私法上のルールに対する例外として、1939年にイタリア法制度に導入されたものであるとされる⁷⁷⁾。2004年の「文化財及び景観法」⁷⁸⁾において「文化財 (beni culturali)」は、以下のように定義される。すなわち、①芸術上、史学上、考古学上、民族人類学上、古文書学上又は書誌学上の利益を有する動産及び不動産の物件、及び、②法律によって又は法律に従い文明化の価値を示すものと認定されたその他の物件 (同2条(2))⁷⁹⁾である。同91条によれば、許可を得た考古学的発掘調査において発掘された物も含め、地中又は海底において発見された物は全て国家の財産となり、当該国有財産の所有権は譲渡不可能であるため、その善意取得も禁止されることとなる⁸⁰⁾。

二 私的所有を原則とする法制度 —我が国を例として

(1) 本節一において挙げた国々とは異なり、多くの国々において、新たに発見された物に関しては、埋蔵物の拾得に関する法に基づく私的所有が原則となる⁸¹⁾。ここでは、具体例として我が国を取り上げることとする⁸²⁾。

76) See Wantuch-Thole, *supra* note 29, p. 31. イタリアの文化財不正流通規制については、Federico Lenzerini, Italy, in Toshiyuki Kono (ed.), *The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century* (Nijhoff, 2010), p. 43.

77) Wantuch-Thole, *id.* p. 31.

78) Codice dei beni culturali e del paesaggio, D. Lgs. 22/1/2004, No. 42, Gazz. Uff. 24/2/2004, Supplement. See Wantuch-Thole, *ibid.*

79) なお、同10条により詳細な定めがある。

80) See also, Wantuch-Thole, *supra* note 29, pp. 31-32, 100.

81) *Id.* pp. 34-43. 例えばフランスでは、発掘物の所有権についても原則として民法上の拾得物に関する規則が適用される (フランス民法典552条、716条)。See Marie Cornu, France, in Toshiyuki Kono (ed.), *The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century* (Nijhoff, 2010), p. 337, pp. 389-390. ただし、2004年の「文化遺産法典 (Code du patrimoine, version consolidée au 1 juillet 2017)」では、問題となる発掘物が発見された地の土地所有者又は発見者は、管轄する自治体に当該発掘物について報告しなければならないとされており (L531-14条)、当該発掘物が国にとって利益があるものである場合、その所有者に対する補償を条件として、国は当該発掘物の所有権を主張することができるとされる (L531-1条)。このように、埋蔵物の中でも一定の価値を有する物件につき国家による買取権制度を設ける国として、フランスの他にも、スウェーデンやフィンランド、ルクセンブルク、ベリーズ、ボツワナ、セネガル等があるとされる。See Wantuch-Thole, *id.* pp. 82-83.

82) なお、我が国における文化財保護に関する法の沿革については、本章第2節二において中心的に述べる。

(2) 我が国における文化財保護に関する政策は、現在、「文化財保護法」(昭和 25 年 5 月 30 日法律第 214 号。以下、「文化財保護法 (1950 年)」という)⁸³⁾を基礎に行われている⁸⁴⁾。我が国における遺跡の取扱いに関して最初に採られた明治政府の施策は、明治時代初期の 1874 年の太政官達「古墳発見ノ節届出方」に始まる皇室陵墓の比定調査に関するものであったとされる⁸⁵⁾。ただし、このような通達は、陵墓の比定調査に支障が出ないように、古墳が掘り当てられた際にとられるべき措置等を定めたものであり、発掘物の保護という観点から行われたものではなかった⁸⁶⁾。このように、文化財保護法 (1950 年) の前身となる諸法律⁸⁷⁾には埋蔵物に関する規制は含まれておらず、むしろ我が国において埋蔵文化財の保護に関して重要な役割を果たしてきたのは、遺失物の拾得に関する規則を定めた「遺失物法」であったとされる⁸⁸⁾。

発掘された出土品に関する特別な取扱いを定めた最初のものは、「遺失物取扱規則」第 6 条に関する明治 10 (1877) 年 9 月 27 日付け内務省達であるとされる⁸⁹⁾。同通達では、古代の沿革を徴するものが出土された場合、その処分の前に内務省へ届出を行った上で検査を受けるべきことや、物品によっては国が相当の対価をもって購入し博物館において陳列することとする旨、定められていた⁹⁰⁾。その後、1899 年に旧「遺失物法」(1899 年 3 月 24 日法律第 87 号)⁹¹⁾が制定されると、同法上の遺失物に関する規定が

83) 条文は、以下のサイトから入手可能。<http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search>.

84) 我が国における文化財保護政策の沿革や文化財保護法 (1950 年) の成立及びその内容に関しては、以下の文献を参照。竹内敏夫＝岸田実『文化財保護法詳説』(刀江書院、1950 年)、中村賢二郎『文化財保護制度概説』(ぎょうせい、1999 年)、文化庁『文化財保護法 50 年史』(ぎょうせい、2001 年)、和田勝彦「文化財政策の変遷」川村恒明監修『文化財政策概論—文化遺産保護の新たな展開に向けて』(東海大学出版会、2002 年) 39 頁、川村恒明監修『文化財政策概論—文化遺産保護の新たな展開に向けて』(東海大学出版会、2002 年)、Toshiyuki Kono, Japan, in Toshiyuki Kono (ed.), *The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century* (Nijhoff, 2010), p. 467; Geoffrey R. Scott, *The Cultural Property Laws of Japan: Social, Political, and Legal Influences*, 12 *Pacific Rim Law & Policy Journal* 315 (2003).

85) 和田・同上 52-53 頁。

86) 和田・同上 53 頁。

87) 詳しくは、本章第 2 節二参照。

88) 時枝務「遺失物法と文化財保護」明治聖徳記念学会紀要 46 号 (2009 年) 84 頁。

89) 和田・前掲注 84) 53-54 頁。

90) 和田・同上 54 頁。

91) 時枝・前掲注 88) 85 頁。東京国立博物館編『東京国立博物館百年史 (資料編)』

埋蔵物について準用された上で、埋蔵物の中でも「學術技芸若ハ考古ノ資料ニ供スヘキ埋蔵物ニシテ其ノ所有者知レサルトキハ其ノ所有權ハ国庫ニ帰属ス」とされ、「此ノ場合ニ於テハ、国庫ハ埋蔵物ノ発見者及埋蔵物ヲ発見シタル土地ノ所有者ニ通知シ、其ノ価格ニ相当スル金額ヲ給スヘシ」とされた(同13条)⁹²⁾。なお、埋蔵物の発見者と埋蔵物が発見された土地所有者が異なるときは、「前項ノ金額ハ折半シテ之ヲ給スヘシ」とされていた(同上)。このように所有者不明の「學術技芸若ハ考古ノ資料ニ供スヘキ埋蔵物」の所有權を国庫に帰属させる制度は、出土品の所有權帰属の基本原則として長らく維持されてきた⁹³⁾。

(3) 文化財保護法(1950年)では、埋蔵文化財に関する独立した章が設けられた(同6章)。まず、同法上、「遺失物法」(平成18年法律第73号)第4条1項⁹⁴⁾に従って埋蔵物として警察署長に提出された物件が文化財であると考えられるとき、警察署長は、所有者の判明している場合を除き、当該物件の発見地を管轄する都道府県教育委員会に提出することが義務付けられる(同101条)。次に、提出を受けた都道府県教育委員会は、当該物件が文化財に該当するか否かを鑑査し(同102条)、文化財であると認められた物件で、その所有者が判明しないものの所有權は、当該都道府県に帰属する(同105条)。この場合、当該都道府県教育委員会は、当該物件の発見者及び発見地の土地所有者に対して当該物件の価格に相当する報償金を支給する(同105条)。なお、文化庁長官による発掘によって発見された文化財の所有權の帰属に関しては、別の定めがある⁹⁵⁾。

(第一法規、1973年)も参照。

92) 和田・前掲注84) 54頁。

93) 和田・同上54頁。ただし、以下に述べるように、文化財保護法(1950年)1999年改正により、原則として、かかる埋蔵文化財の所有權は都道府県に帰属することとなった。

94) 遺失物法4条「拾得者は、速やかに、拾得をした物件を遺失者に返還し、又は警察署長に提出しなければならない。ただし、法令の規定によりその所持が禁止されている物に該当する物件及び犯罪の犯人が占有していたと認められる物件は、速やかに、これを警察署長に提出しなければならない。」

95) この点に関する文化財保護法(1950年)の関連規定は以下の通りである。

同104条「第100条第1項に規定する文化財又は第102条第2項に規定する文化財(国の機関又は独立行政法人国立文化財機構が埋蔵文化財の調査のための土地の発掘により発見したものに限る。)で、その所有者が判明しないものの所有權は、国庫に帰属する。この場合においては、文化庁長官は、当該文化財の発見された土地の所有者にその旨を通知し、かつ、その価格の二分の一に相当する額の報償金を支給する。」

文化財保護法（1950年）における「文化財」には、本稿が対象とする有形かつ動産のものとして、以下のものが含まれる（同2条）。すなわち、「有形文化財」として、「建造物、絵画、彫刻、工芸品、書跡、典籍、古文書その他の有形の文化的所産で我が国にとって歴史上又は芸術上価値の高いもの（これらのものと一体をなしてその価値を形成している土地その他の物件を含む。）並びに考古資料及びその他の学術上価値の高い歴史資料」（同条1項1号）、及び、「民俗文化財」として、「衣食住、生業、信仰、年中行事等に関する風俗慣習、民俗芸能、民俗技術及びこれらに用いられる衣服、器具、家屋その他の物件で我が国民の生活の推移の理解のため欠くことのできないもの」（同条1項3号）⁹⁶⁾、である。

以上述べたように、本節一において取り上げた国々とは異なり、我が国では、埋蔵物一般について遺失物の拾得に関する私法上のルールが原則として適用された上で、発見地の都道府県教育委員会による鑑査により問題となる発掘物が「文化財」に該当すると認められたときは、所有者が判明している場合を除き、その所有権が当該都道府県に帰属するとされている。

第2節 譲渡に関する規制

次に、本節では、文化財の譲渡に関する各国法制度を概観する。文化財の譲渡に関する規制は、本章前節でみた文化財の発掘に関する規制におけるグループ分けにほぼ対応する形で、文化財に対する譲渡規制の効果を私

同100条「第98条第1項の規定による発掘により文化財を発見した場合において、文化庁長官は、当該文化財の所有者が判明しているときはこれを所有者に返還し、所有者が判明しないときは、遺失物法（平成18年法律第73号）第4条第1項の規定にかかわらず、警察署長にその旨を通知することをもつて足りる。」

同98条「文化庁長官は、歴史上又は学術上の価値が特に高く、かつ、その調査が技術的に困難なため国において調査する必要があると認められる埋蔵文化財については、その調査のため土地の発掘を施行することができる。」

96) そのほか、同法における「文化財」には、「無形文化財（演劇、音楽、工芸技術その他の無形の文化的所産で我が国にとって歴史上又は芸術上価値の高いもの）」（2条1項2号）、「記念物（貝づか、古墳、都城跡、城跡、旧宅その他の遺跡で我が国にとって歴史上又は学術上価値の高いもの、庭園、橋梁、峡谷、海浜、山岳その他の名勝地で我が国にとって芸術上又は観賞上価値の高いもの並びに動物（生息地、繁殖地及び渡来地を含む。）、植物（自生地を含む。）及び地質鉱物（特異な自然の現象の生じている土地を含む。）で我が国にとって学術上価値の高いもの）」（同4号）、「文化的景観（地域における人々の生活又は生業及び当該地域の風土により形成された景観地で我が国民の生活又は生業の理解のため欠くことのできないもの）」（同5号）、「伝統的建造物群（周囲の環境と一体をなして歴史的風致を形成している伝統的な建造物群で価値の高いもの）」（同6号）が含まれる。

法上の行為にも及ぼす法制度 (一) と、公法上の規制と私法上の取引とを切り離す法制度 (二) とに大別される。

一 私法上の譲渡規制を行う法制度

文化財に対する譲渡規制の効果を私法上の行為にも及ぼす法制度を有する国々においては、全てあるいは一定類型の文化財を公的領域に留め置くために、国有財産 (1.)、及び、私有財産 (2.) について、以下のような譲渡規制が行われることが多い⁹⁷⁾。

1. 国有財産に関する規制

第1に、国有財産である文化財について最も厳しい規制を行う国々として、一定の文化財 (多くは発掘物) を国有財産とした上で、それらを「不融通物 (*res extra commercium*)」として扱い、その譲渡は不可能 (*inalienable*) であり時効の制限も受けない (*imprescriptive*)、とする国々が挙げられる。例えば、発掘に関する規制の箇所でも紹介したエジプト⁹⁸⁾ やペルー⁹⁹⁾、メキシコ¹⁰⁰⁾、イタリア¹⁰¹⁾ においては、このように発掘物を国有財産として扱うことでその取引・譲渡を禁止するという規制が行われている。

第2に、博物館・美術館が多く所在するヨーロッパの国々の中には、博物館・美術館所蔵の文化財につき、その譲渡は不可能であり時効の制限も受けないとする法制度を有する国々がある¹⁰²⁾。例えば、フランス¹⁰³⁾ においては、1962年の「国有財産法典 (*Code du Domaine de l'État*)」により、「国有財産 (*le Domaine d'État*)」には「公有公物 (*domaine public*)」と「私有公物 (*domaine privé*)」とがあるとされた上で、前者に属する財産は譲渡不可能であり時効の制限を受けない (L.52 条)¹⁰⁴⁾、とされてきた。1962年

97) See, e.g., Wantuch-Thole, *supra* note 29, pp. 81-114.

98) 2010年の「1983年の古代遺物保護法 117号を改正する法3号」6条。

99) 2004年の「法28296号」5条。

100) 1986年改正法27条。

101) イタリア民法823条1項、2004年の「文化財及び景観法」53条。

102) 河野・前掲注25) 694-695頁参照。

103) See Wantuch-Thole, *supra* note 29, pp. 101-103; Cornu, *supra* note 81, p. 337. 以下で参照するフランス法の条文は、以下のサイトで入手可能。<<https://www.legifrance.gouv.fr/>>.

104) なお、同L.52条は、2006年4月21日のオルドナンス (*Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006*) により廃止され、現在は、ほぼ同趣旨の対応する規定が2006年

の国有財産法典の後身である 2006 年の「公有財産一般法典 (Code général de la propriété des personnes publiques)」では、動産の「公有公物」とは、「歴史的、芸術的、考古学的、科学的又は技術的観点から、公的重要性 (intérêt public) を呈する財産」(L.2112-1 条)と定められており、その一例として「博物館及び美術館 (musées) の所蔵品」(同 8 号)が挙げられている。また、2004 年の「文化遺産法典」でも、「フランスの博物館及び美術館 (musées de France)」¹⁰⁵⁾に含まれるフランスの博物館や美術館の所蔵品は、時効の制限を受けないとされている (L.451-3 条)。さらに、2004 年の「文化遺産法典」では、公法人に属する博物館及び美術館の所蔵品は「公有公物」に含まれるとされており、従って譲渡不可能であると定められている (L.451-5 条 1 項)。

2. 私有財産に関する規制

私有財産である文化財に関しては、国内での所有権の移転や場所の移動を原則として認める一方で、私人が自らの所有する文化財の所有権を移転する際には、国家に先買権 (pre-emption right / right of first refusal)¹⁰⁶⁾が発生するというものが多いといえる。

例えば、ペルーでは、私有財産である国家文化遺産全般につき、ペルー国立文化機構 (Instituto Nacional de Cultura del Perú) が管轄する「国家文化遺産の一部を成す財産の国家登録簿」への登録が義務付けられる (法 28296 号 17 条)¹⁰⁷⁾。そして、国家文化遺産の所有者又は占有者は、ペルー領域内であれば私法上の規則に従った所有権の移転 (売買、寄付、相続等) や場所の変更を行うことができるものの (同 32 条 1 項参照)¹⁰⁸⁾、その際には、管轄ある当局に通知することが要求される (同 32 条 2 項)。さらに、相互に関連する一連の文化財から成る私的収集品を所有する者が当該収集

の「公有財産一般法典」の L.3111-1 条に置かれている。

105) 同 L.441-1 条によれば、国家に属するもの、他の公法人に属するもの、又は、非営利の私法人に属するものに対して、「フランスの博物館及び美術館」の称号を付与することができるとされる。

106) 文化財に関する国家の先買権制度は、私的所有権をどの程度尊重するののかという点に応じて国毎に様々である。詳しくは、Wantuch-Thole, *supra* note 29, pp. 83-98.

107) Batievsky *et al*, *supra* note 51, p. 101, 103. なお、登録された文化財の移動は、全て当該登録簿に記載される。Id. p. 101.

108) *Ibid*.

品の所有権を移転する際には、国家に当該収集品に対する先買権が発生するとされている (同 42 条)¹⁰⁹⁾。

ペルーと同様、エクアドルにおいても、私的に所有された文化財の譲渡は以下のように制限されている。すなわち、1979 年の「文化遺産に関する法 3501 号」¹¹⁰⁾ によれば、「国家文化遺産 (Patrimonio Cultural del Estado)」(同 7 条) に該当する文化財の所有者又は占有者は、エクアドル国立文化遺産機構 (Instituto Nacional de Patrimonio Cultural) に当該文化財の存在について報告し、そのリストを作成することが義務付けられる (同 8 条)。そして、「国家文化遺産」に該当する文化財については、文化遺産機関の事前の許可なくその所有権の移転及び場所の移動を行うことが禁止される (同 12 条)¹¹¹⁾。

二 私法上の自由処分を尊重する法制度 —我が国を例として

(1) 以上挙げた国々とは異なり、文化財の所有者による自由な処分権限を尊重し、文化財として保護される物の譲渡についてリベラルな態度を示す国家も存在する¹¹²⁾。以下では、このような法制度をとる国の一つとして我が国の法制度を取り上げ、我が国の文化財保護法の沿革を確認した上で、その文化財の譲渡に関する規則を概観する。

(2) 我が国において、国家・国民の公益という観点から国家制度ないし国家事業として文化財保護を行うという考えは、近代日本、すなわち明治維新 (1868 年) による新政府の誕生以降、初めて生じたものであるとされる¹¹³⁾。その時代背景は、以下の通りである。すなわち、明治新政府の成立以後、「文明開化」という西欧文化の積極的な摂取による近代化政策の下で、我が国固有の歴史的・伝統的な物は破壊されねばならないという誤った考えに基づく旧物破壊が横行し、さらに、明治元年 (1868 年) 3 月以降に出された「神仏分離令」と称される一連の太政官布告等を契機とする「廃

109) *Id.* p. 103.

110) *Ley de patrimonio cultural*, No. 3501.

111) なお、「国家文化遺産」に関する所有権への制限は、時間の経過によって消滅せず、善意取得を排除するとされる。See Wantuch-Thole, *supra* note 29, p. 107.

112) このような国々として、例えばイギリス、デンマーク、オランダ等が挙げられる。*Id.* pp. 98-99.

113) 和田・前掲注 84) 39 頁。なお、近世以前 (江戸時代) において、美術品等の保存は、「それを所有する社寺の宗教・信仰のためや、貴族・武家の系譜の承継・子弟の教育、富裕な町人の趣味などの活動の一部」として行われていたという (同上)。

仏毀釈」により、全国の仏教施設・建物や仏像・仏具の破壊等が行われた¹¹⁴⁾。このような状況において、古美術品や仏像・仏具、古建築の多くが破壊・散逸し、その一部が国外に流出したとされる¹¹⁵⁾。

上述したような文化財の危機に直面した明治新政府は、まず、1871年に太政官布告「古器旧物保存方」(1871年5月23日)を発し、古器旧物の目録及び所蔵人の詳細なリストの作成及び提出を命じた¹¹⁶⁾。また、1897年には、古社寺保存対策をさらに進め、社寺所有の建造物・宝物類の保護を目的とする「古社寺保存法」(1897年6月5日公布)が制定された¹¹⁷⁾。1897年の古社寺保存法では、「社寺の建造物・宝物類で特に歴史の証徴又は美術の模範となるべきもの」について、内務大臣による古社寺保存会への諮問を経て、「特別保護建造物」又は「国宝ノ資格アルモノ」に定めることができることとされた(同4条)¹¹⁸⁾。そして、「特別保護建造物」及び「国宝」に該当する物件については、その処分・差押えが禁止された(同5条)¹¹⁹⁾。だが、その後も、昭和初期の深刻な経済不況や政情不安により、旧大名家の宝物類が国外に散逸する恐れ等が生じたため、「古社寺保存法」が対象とする社寺所有の建造物・宝物類を越えて、国・地方公共団体・個人が所有する建造物・宝物その他の物件をも対象とする「国宝保存法」(1929年3月28日公布法律第17号)が制定されることとなった¹²⁰⁾。同法では、「歴史の証徴又は美術の模範となるべきもの」として「国宝」に指定された物件につき、原則としてその輸出等が禁止された(同3条)¹²¹⁾。さらに、1933年には、「国宝」以外の古美術品等の海外流出の防止を目的として、「重要美術品等ノ保存に関スル法律」(1933年4月1日公布法律第43号)が成立している¹²²⁾。

114) 和田・同上41頁。

115) 同上。

116) 中村・前掲注84) 13-14頁、和田・同上42頁。なお、同布告の対象となる「古器旧物」には、不動産文化財は含まれなかったものの、文化財保護法(1950年)上の「有形文化財」及び「民俗文化財」の全部と「記念物」の一部である化石・標本が含まれていた(和田・同上)。

117) 中村・同上15-16頁、和田・同上44頁。

118) 和田・同上。

119) 和田・同上。

120) 中村・前掲注84) 17-18頁、和田・同上46頁。

121) 和田・同上。

122) 中村・前掲注84) 18-19頁。

文化財保護法(1950年)は、上述した「国宝保存法」、「重要美術品等ノ保存に關スル法律」、及び、記念物の保護に関する「史蹟名勝天然記念物保存法」を下敷きとしつつ、保護対象に「無形文化財」と「埋蔵文化財」を加え、第二次世界大戦終結後の1950年に制定された¹²³⁾。戦後の経済的な混乱・疲弊や国家行政・政治体制の根本的な変革の中、新時代にふさわしい文化財保護制度の構築が必要であると考えた日本政府は、専門家からの意見聴取や国立博物館との間での議論を経て、1949年に文化財保護行政のあり方に関する検討内容を取りまとめた¹²⁴⁾。そのような中、1949年1月26日早朝、修理中であった法隆寺金堂で失火による火災が発生し、法隆寺金堂壁画の大半が焼損するという事態が生じた¹²⁵⁾。同事件を契機として新しい文化財保護法制度の国会における検討が急速に進み、文化財保護法(1950年)は成立した¹²⁶⁾。

(3) 文化財保護法(1950年)の起草に携わった専門員及び法制局関係官による解説によれば、同法の制定に当たって最も困難かつ重要な問題となったのは、文化財保護と所有者等の財産権保障との調整であったとされる¹²⁷⁾。この点につき、文化財保護法(1950年)では、以下のような両者の調整が図られた。すなわち、同法は、一方で、「文化財の所有者その他の関係者は、文化財が貴重な国民的財産であることを自覚し、これを公共のために大切に保存するとともに、できるだけこれを公開する等その文化的活用に努めなければならない」(同4条2項)として、従来の法と比べ、保護対象となる文化財の所有者への規制や義務付けについて具体的に定めている¹²⁸⁾。他方で、「政府及び地方公共団体は、この法律の執行に当って関係者の所有権その他の財産権を尊重しなければならない」(同条3項)として、所有権その他の財産権に不当な重圧・干渉を与えることを避けるべく、許可・命令等の処分に際しての聴聞や損失補償制度等を設ける¹²⁹⁾。

また、上述した同法の解説では、文化財保護法(1950年)が「文化主義」

123) 和田・前掲注84) 39頁、61-62頁。

124) 和田・同上 57頁。

125) 『朝日新聞』「法隆寺金堂全焼す 国法壁画大半失う」1949年1月27日朝刊1頁等参照。

126) 和田・前掲注84) 58-63頁。

127) 竹内ほか・前掲注84) 45頁。

128) 和田・前掲注85) 65頁。

129) 和田・同上。

に立脚するものであると説明されている¹³⁰⁾。同解説によれば、「文化主義」ないし文化主義的世界観とは、文化的活動及び所産の人格価値・作品的価値・国家的価値の3つの価値のうち、作品的価値に重きを置く考えであるとされる¹³¹⁾。これに対して「国家主義」ないし国家主義的世界観とは、人格価値・作品的価値は国家的価値に従属すると考えるものであるとされる¹³²⁾。この点につき、同解説は、以下のように述べる。すなわち、文化財の海外流出防止を目的とする「重要美術品等ノ保存に關スル法律」、及び、「国宝保存法」3条の輸出等禁止規定の運用は嚴格過ぎるものであり、このように「文化財を国内に留保せんとする」文化的国家主義は、「眞の国民文化の生成を促す所以ではない」¹³³⁾。むしろ、「眞に個性ある国民文化の維持発展を目指すならば、文化の自由な国際的交流を図ることが、必要な条件でなければならない」¹³⁴⁾。そのため、「文化財は、広く文化主義の見地に立てば、保存場所は特定の国家内に限定せらるべき理由なく、むしろ世界的分散こそ最も安全な保存方法でもあろう」¹³⁵⁾、とする。他方で、同解説は、「文化財の背景に存する、深くして強い国民的、国家的つながりもまた無視し得ない」として、「文化財保護政策には文化主義的基調に対し、或る程度、国家主義的考慮を加えねばなら」ないとする¹³⁶⁾。このように、我が国文化財保護法（1950年）は、文化財の自由な国際的交流を支持する文化主義という立法理念に基づき文化財の私的所有権を尊重しつつ¹³⁷⁾、一定程度、国家保護主義的な規制を課すものであるとされている。

（4）それでは、文化財保護法（1950年）上、文化財の譲渡に関してはどのような規制がなされているのであろうか。まず、同法上、文部科学大

130) 竹内ほか・前掲注84) 39-41頁。

131) 同上38頁。

132) 同上39頁。

133) 同上40頁。

134) 同上。

135) 同上41頁。

136) 同上。

137) 同法制定当時の報道や論説を手掛かりに、文化財保護法（1950年）が私的所有権を尊重するに至った経緯について考察するものとして、谷口・後掲注142) 790-795頁がある。そこでは、一方で、第二次世界大戦後の経済的窮迫により、旧華族や神社仏閣等は生存維持のために重要文化財を含め財物を処分せざるを得なかったこと、他方で、重要文化財の散在を防ぐために必要な政府予算にも限りがあり、正当な補償によらない収用も財産権保障の観点から不可能であったことから、文化財保護法上は文化財の売却に関する有効性が野放しで認められることとなった、と推察されている。

臣は、「有形文化財」¹³⁸⁾のうち重要なものを「重要文化財」に指定することができ、重要文化財の中でも世界文化の見地から特に価値の高いものを「国宝」に指定することができる(同 27 条)。重要文化財の所有者は、それを有償譲渡する際には、譲渡の相手方、予定対価の額その他文部科学省令で定める事項を記載した書面を以て、まず文化庁長官に国に対する売渡の申出をしなければならない(同 46 条)¹³⁹⁾。国への売渡の申出後 30 日以内に文化庁長官が当該重要文化財を買い取るべき旨の通知をしたときは、上記予定対価の額相当の代金で売買が成立したものとみなされる(同条 4 項)。同条 4 項の期間内は、当該重要文化財の所有者にはその譲渡が禁止される(同条 5 項)。売渡の申出を行わず又は申出後 30 日以内に、国以外の者に文化財を譲渡し、又は、同 46 条 1 項の規定による売渡申出につき虚偽の事実を申立てた者は、10 万円以下の過料に処される(同 202 条 2 項)。

同 46 条の規定は、国家の先買権と呼ばれる法制度を定めたものであるといえる。しかしながら、ここで注意すべき点は、同 46 条の規定に違反して重要文化財を有償譲渡したとしても、その譲渡行為自体は有効であると解されている点である¹⁴⁰⁾。同法の解説によると、「従前の国宝保存法のように処分を無効とすることは、取引の安全を害し、譲受人に不当の損害を招くことにもなるので、これを避けた」¹⁴¹⁾とされる。裁判例上も、重要文化財の所有者が同 46 条 1 項により要求される国家に対する売渡の申出を行わずに、当該文化財を第三者に有償で譲渡したとしても、その私法上の効力には影響がないと判断した最高裁判例¹⁴²⁾が存在する。事案の概要は以下の通りである。

〔事実〕X(原告・被控訴人・被上告人)は、昭和 33(1958)年 10 月 25 日、Y 寺(被告・控訴人・上告人)の代表役員 A(訴外)及び責任役員 B(訴外)との間で、国の重要文化財である Y 所有の仏像(以下、「本件仏像」という)につき、売買契約を締結した。同売買契約に基づき X

138) 定義については、前掲注 96) に対応する本文参照。

139) 同 46 条の規定は、「有形民族文化財」について準用される(同 83 条)。

140) 竹内ほか・前掲注 84) 165 頁。

141) 同上。

142) 最一小判昭和 50 年 3 月 6 日民集 29 卷 3 号 220 頁。同判決の評釈として、斎藤次郎〔判批〕最高裁判所判例解説 民事篇(昭和 50 年度)97 頁、斎藤次郎〔判批〕法曹時報 29 卷 7 号(1977 年)144 頁、谷口知平〔判批〕民商法雑誌 73 卷 6 号(1976 年)784 頁がある。

がYに対して本件仏像の引渡しを求めたのが本件である。Yは抗弁として、Yが事前に文化財保護法46条1項所定の国に対する売渡申出の手続を経していないから、本件売買契約は無効であると主張した。第一審、原審ともに、Xが勝訴。Yより上告。

〔判旨〕上告棄却。

最高裁判決は、以下のように判示し、文化財保護法46条1項に違反してなされた譲渡の私法上の有効性を認めた。

「文化財保護法の施行とともに廃止された国宝保存法13条1項は主務大臣の許可を受けない国宝の処分行為を禁じていたが、文化財保護法にはそのような規定がなく、同法46条1項ないし3項は、所有者の自由な処分権限を前提として重要文化財の保存を目的とする国の先買権を規定したにとどまるものと解すべきであり、また、主務大臣の許可を受けない国宝の処分行為を無効とした国宝保存法13条3項のような明文を欠く文化財保護法のもとにおいて、同法46条1項所定の国に対する売渡の申出をせずになされた重要文化財の有償譲渡を無効とすることは、著しく取引の安全を害し、譲受人に不当な損害を及ぼすことになるのみならず、同条一項の適用を受けない無償譲受人との均衡を失することにもなるのであって、以上のような見地に立脚して考えると、重要文化財が同条一項所定の手続を経ずに有償譲渡された場合であっても、その効力には影響がないものと解するのが相当である。」¹⁴³⁾

このように、同最高裁判決では、取引の安全及び譲渡人の保護という観点から、文化財保護法上の文化財の譲渡に関する規制の効力は、私法上有効になされた譲渡の有効性に影響を及ぼさないと判断された。判旨が述べるように、我が国の文化財保護法（1950年）は、「所有者の自由な処分権限を前提として重要文化財の保存を目的とする」点で、本節一で概観した国々の法制度とは基本的に異なる立場をとるものであるといえよう。

143) 民集29巻3号222頁。