

コミティ（礼讓）の現代的展開（2・完）

加 藤 紫 帆

- I. はじめに
- II. コミティに対する従来の評価
- III. コミティの現代的展開
 - 1. 法実務
 - A) 従来抵触法が対象としてきた場面
 - B) 従来抵触法が対象としてこなかった場面（以上、268号）
 - 2. 学説
 - A) Slaughter の見解
 - B) D'Alterio の見解
 - C) Guillaumé の見解
 - 3. 小括
- IV. 考察
 - 1. 再注目されるコミティの具体的内容及びその背景
 - 2. 国内裁判所による任意的な協力という考えの検討
 - 3. 具体例：国境を越える文化財保護
- V. 結語（以上、本号）

III. コミティの現代的展開

2. 学説

本稿 II. において述べたように、抵触法学説上、コミティは、法原理としての抽象性・裁量性・主権性・政治性故に強く批判されてきた¹⁾。これに対して、近時、抵触法学内外における一部の学説上、コミティを再評価

1) 本誌 268 号 162 頁以下参照。

する動きがあり注目される。以下では、近時の学説においてコミティが評価される理由を明らかにするため、英米抵触法におけるコミティの分析²⁾に射程を限定することなくコミティについて比較的詳細に論じるものとして、抵触法学以外から、Slaughter の見解³⁾ (A) と D'Alterio の見解⁴⁾ (B) を、大陸法系の抵触法学から、Guillaumé の見解⁵⁾ (C) を取り上げ、各見解におけるコミティの理解やコミティが評価される背景を概観する。

A) Slaughter の見解

第一に、アメリカ裁判実務を中心に発展してきた裁判所のコミティ (judicial comity)⁶⁾ をグローバル・ガバナンスの一翼を担う裁判所間ネットワークの基礎原理として評価する Anne-Marie Slaughter の見解を概観する。

Slaughter によれば、グローバルな政治制度が必要とされているにもかかわらず、グローバルな中央集権政府という考えは非現実的であり、さらに、私的アクターを含めた公共政策ネットワークについては、アカウントビリティの観点から問題がないでない、というグローバル・ガバナンスのトリレンマが存在する⁷⁾。では、如何にしてグローバル・ガバナンスを実現すればよいのか。この問題に対して、Slaughter は、各国の行政・司法・立法に関わる政府機関毎の国際的ネットワークが実質的に世界政府における行政・司法・立法機能を果たしており、かかる行政・司法・立法ネットワー

2) この点については、本誌 268 号 157 頁注) 15 及び 16 に挙げられる文献を参照。

3) A.-M. Slaughter, *A New World Order* (Princeton University Press, 2004). See also, A.-M. Slaughter, *Court to Court*, 92 *Am. J. Int'l L.* 708 (1998); *id.*, *Judicial Globalization*, 40 *Va. J. Int'l L.* 1103 (2000); *id.*, *A Global Community of Courts*, 44 *Harv. Int'l L. J.* 191 (2003).

4) E. D'Alterio, *From Judicial Comity to Legal Comity: A Judicial Solution to Global Disorder?* 9 *Int'l J. Const. L.* 394 (2011).

5) J. Guillaumé, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé* (L.G.D.J., 2011). Guillaumé の見解の全体像については、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』(有斐閣、2015) 109 頁、116-119 頁参照。

6) Slaughter によれば、裁判所のコミティ (judicial comity) は、国家間のコミティ (comity of nations) と区別される概念であり、グローバル経済の影響により増加する国境を越えた私的紛争の解決に直面する国内裁判所が国家間のコミティに基づき裁判実務上発展させてきたものとされる。Slaughter 2004, *supra* note 3, pp. 86-87. これに対して、国家間のコミティは、Hilton v. Guyot 判決における定義に従い、以下のように定義される。すなわち「国際システムにおける共通のメンバーシップに基づき、他国の法及び行為に対し付与される尊重—儀礼以上のものであるが義務ではない承認の推定」である。Ibid.

7) *Ibid.* pp. 8-10.

クがグローバル・ガバナンス実現のための重要なメカニズムとして機能していることを主張するのである⁸⁾。

裁判所のコミティは、このような各国の政府機関毎のネットワークの中でも、司法ネットワークとの関連で取り上げられる。Slaughter によれば、国境を越えた私法的紛争解決の場面においては、各国裁判所が共通したグローバルな商取引紛争の解決に従事するという認識を共有することにより、グローバルな商取引司法システム（a global commercial judicial system）が出現しつつあるという⁹⁾。裁判所のコミティは、このようなグローバルな商取引司法システムの発展の基礎原理、すなわち、「個別事案の文脈で裁判所間のグローバルな対話の枠組及びその基本ルールを提供」¹⁰⁾する原理として位置付けられる。裁判所のコミティの特徴は、アメリカ裁判例の分析に基づき、以下の4点に要約される。第一に、裁判所のコミティは、誠実かつ適切に法を解釈・適用し紛争を解決するという、外国裁判所の能力に対する尊重により特徴付けられること¹¹⁾。第二に、裁判所のコミティは各国裁判所が紛争解決について公平な配分を受ける資格を有することを認めること¹²⁾。第三に、裁判所のコミティは個人の権利及びそれを保護する司法の役割を強調すること¹³⁾。第四に、自国裁判所は外国裁判所と平等な地位において共通した司法的事業に従事することから、必要な場合には、裁判所のコミティは外国裁判所との衝突をいとわないことを意味すること¹⁴⁾、である。

8) See, e.g., *id.* pp. 10-11, p. 15.

9) *Id.* p. 102. 具体例としては、国際倒産手続におけるアメリカ・イギリス裁判所間での直接交渉により個別事案毎に裁判所間での協力について定めたプロトコルが作成されていることが挙げられる。Slaughter 2003, *supra* note 3, p. 193, pp. 213-215.

10) Slaughter 2004, *supra* note 3, p. 87.

11) *Ibid.* ここでは、コミティの下で、外国裁判所の誠実性と法的権能（integrity and competence）の考慮から国際裁判管轄合意を執行した *Roby v. Corp. of Lloyds*, 996 F.2d 1353 (2d. Cir. 1993) 判決が引用される。

12) *Ibid.* ここでは、外国裁判所に譲歩する形で *forum non conveniens* に基づき管轄を却下した、*Gulf Oil Corp. v. Gilbert Storage & Transfer Co.*, 330 U.S. 501 判決等が引用される。

13) *Ibid.* ここでは、アメリカとイギリスにおける国際的訴訟競合状態において、両法廷で訴訟差止め命令の可否が争われた *Laker Airways* 事件に関して、個人は手続的正義（the process of justice）を追求する権利を有するのであるから、外国法の下で訴訟原因を追求する権利があると述べた *British Airways Board Respondents v. Laker Airways, Ltd.* [1985] A.C. 58 判決が引用される。

14) *Ibid.*

以上見たように、Slaughter の見解は、裁判所間での対話の枠組やその基本ルールを提供する原理、換言すれば、グローバル・ガバナンス実現のための一メカニズムである司法ネットワークの基礎をなす原理として、裁判所のコミティに注目するものである。Slaughter によれば、裁判所のコミティは、共通の司法的事業に従事するという認識を共有する対等な内国・外国裁判所間での相互尊重という内容を有する原理として理解される。ここでは、コミティが裁判所に対して具体的に如何なる行動を義務付ける法原理なのかという点は論じられていない。そうではなく、対等な裁判所間での相互尊重を意味するコミティという原理が、裁判所間ネットワークの形成に寄与することにより、グローバル・ガバナンスの原理として機能している点が注目されていることが分かる¹⁵⁾。

B) D'Alterio の見解

第二に、Slaughter と同じく抵触法学以外の見解として、Elisa D'Alterio の見解を取り上げる。D'Alterio は、裁判所のコミティ (judicial comity)¹⁶⁾ の本質的特徴を「裁判所の規整¹⁷⁾ 的機能 (regulatory function of courts)」¹⁸⁾ に求めた上で、かかる機能を有する様々な法技術が国内裁判所や国際法廷により用いられることにより、グローバルな法空間の無秩序が緩和されていることに着目する¹⁹⁾。これは、異なる法秩序に属する様々な裁判所相互の関係の

15) Slaughter は、別の箇所では、競争法・政策分野での二国間協力協定上の原理である積極礼讓 (本誌 268 号 175 頁以下を参照) を、競争法分野以外の分野における各国の規制当局・裁判所・立法者の間の積極的な協力を促すガバナンスの一般原理として位置付けるべきであると主張している。Id. p. 30, pp. 250-253. Slaughter の見解における裁判所のコミティと積極礼讓との関係は必ずしも明かでないものの、コミティという概念自体がガバナンスに関わる原理として評価されていることは確かであろう。

16) D'Alterio によれば、裁判所のコミティは、アメリカ裁判例上 Hilton v. Guyot 判決 (159 U.S. 113 (1895)) により登場した、裁判所の活動に関わる原理として理解される。D'Alterio, *supra* note 4, p. 399. なお、Slaughter による裁判所のコミティ理解については、前掲注 6) を参照。

17) 本稿は、「規整」という語を、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) 119 頁、131 頁以下、及び、横溝大「レギュレーションと抵触法—EU 抵触法の質的变化を中心に」国際私法年報 17 号 (2015) 113 頁以下参照)。

18) D'Alterio, *supra* note 4, pp. 409-412.

19) See, *id.* pp. 396-397, 414-418.

整序という問題に関して、コミティという枠組みに着目する見解である²⁰⁾。

先ず、D'Alterio は、国内裁判所や国際法廷が様々な法技術²¹⁾に基づき法システム相互の関係を調整しているという現象を裁判所のコミティという概念で把握した上で、そのような個々の法技術に共通する特徴を以下のように整理する²²⁾。すなわち、第一に、司法システム間での絶対的な優位・服従関係を志向せず、裁量的で自発的な性質を有すること²³⁾。第二に、準拠法選択規則や超国家的準拠法選択規則とは異なること²⁴⁾。第三に、2つ以上の法システムが競合する事案で用いられること²⁵⁾。第四に、正義と効率性の原則に従い手続を管理する裁判所に内在的な権威に結び付けられていること²⁶⁾。第五に、異なる裁判所間の評価システムに関わること²⁷⁾。第六に、裁判所間での礼儀正しい（*courtesy*）態度に関わること²⁸⁾、である。

次に、D'Alterio は、国際法の断片化（*fragmentation*）現象への対応という観点から裁判所のコミティの下で把握される法技術の機能を評価することにより、裁判所のコミティの本質的特徴が「裁判所の規整的機能」にあることを主張する²⁹⁾。すなわち、裁判所のコミティに関連付けられる法技術は「グローバル平面における多様なシステム間で階層が欠如していることに対する、裁判所の側での一対応」³⁰⁾であり、その意味で、コミティは、「法システム間の関係を規整するための調和的で柔軟な技術の形成と実行」³¹⁾に関わる原理として理解されるのである。D'Alterio は、このように

20) 国内裁判所間以外の関係に関して、コミティに注目するものは、法実務上も、国際法廷間の管轄権調整という問題（本稿 III.1.B）。本誌 268 号 176 頁以下参照）において見られた。

21) D'Alterio, *supra* note 4, pp. 399-405. ここでは、域外適用に関する効果理論、訴訟手続のステイや *forum non conveniens* といった謙抑の理論、欧州人権条約と他の国際機構との関係調整に関わる「同等の保護（*equivalent protection*）」理論、欧州人権条約と同条約締約国との関係調整に関わる「評価の余地（*margin of appreciation*）」理論、国内的救済完了の原則等が挙げられる。

22) *Id.* p. 405.

23) *Ibid.*

24) *Id.* p. 406. 準拠法選択規則や超国家的準拠法選択規則は、国家システム間の抵触に関わり、かつ、射程や実効性に問題を抱えているとされる。

25) *Ibid.*

26) *Ibid.*

27) *Ibid.*

28) *Ibid.*

29) *Id.* pp. 409-410.

30) *Id.* p. 410.

31) *Ibid.*

個々の裁判所により行われる異なる法秩序に属する裁判所相互の関係の整序がグローバルな法空間の秩序化や調和化といった効果をもたらすことを主張する³²⁾。

最後に、D'Alterio は、コミティの価値ないし内容について以下のように論じている。コミティの価値に関しては、コミティが単なる裁判所の礼儀的な態度の表明以上のものではないとする立場³³⁾ や、むしろグローバルな性質を有する法原理であるとみなす立場³⁴⁾ もあるものの、自身は、Hilton v. Guyot 判決を引用しつつ、裁判所のコミティは「裁判所による政治戦略 (political strategies)」を反映する「相互便宜 (mutual convenience) のためのメカニズム」として理解するのが最も説得的であるとする³⁵⁾。この観点から、例えば「同等の保護 (equivalent protection)」理論³⁶⁾ は EU 法システムと欧州人権条約システムとの間の政治的バランスをとる原理であるとして説明される³⁷⁾。

以上概観した D'Alterio の見解は、国内裁判所や国際法廷により自発的に行われる法システム間関係の調整技術を、裁判所のコミティという裁判所の規制的機能を表す枠組みで把握した上で、かかる枠組みがグローバル空間の無秩序を緩和する効果をもたらし得ることを主張するものである。D'Alterio の見解において、コミティは、裁判所による政治戦略としての相互便宜のためのメカニズムとして把握される。ここでも、上述した Slaughter の見解と同様、コミティが如何なる法的義務を裁判所に課するのかという点は論じられておらず、コミティは、異なる法秩序に属する裁判所相互の関係を整序するために用いられる、柔軟ではあるが調和的な効果をもたらす裁判所の政治戦略の枠組みとして位置付けられる。

32) *Id.* pp. 415-416. ただし、このような効果が常にもたらされるとは限られないことも指摘されており (*id.* p. 416, footnote. 131.)、むしろ裁判所間の協力ではなく競争をもたらすおそれもあることも指摘される。*Id.* pp. 417-418.

33) *Id.* pp. 407-408.

34) *Id.* pp. 408-409.

35) *Id.* p. 408, 422.

36) 同等の理論とは、欧州人権条約が規定する方法と少なくとも同等 (equivalent) であると考えられる方法によって他の関連国際機構 (例: EU) が基本権を保護しているとみなされる限りにおいて、当該国際機構の加盟国として有する法的義務に従ってなされた国家の措置は正当化される、とする考えである (see Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland (Application no.45036/98), European Court of Human Rights, Grand Chamber, Judgment, 30 June 2005)。詳しくは、庄司克弘「欧州人権裁判所の『同等の保護』理論と EU 法—Bosphorus v. Ireland 事件判決の意義—」『慶應法学』第 6 号 (2006 年) 285 頁等参照。

37) D'Alterio, *supra* note 4, pp. 422-423.

C) Guillaumé の見解

本稿 I. において述べたように、コミティに関する研究が多く行われてきた英米法系諸国とは異なり、大陸法系諸国では、基本的にコミティには歴史的 position 付けしか与えられてこなかった³⁸⁾。これに対して、近時、コミティを再評価する注目すべき見解として、フランスの Johanna Guillaumé の見解を挙げる事が出来る³⁹⁾。Guillaumé は、コミティに基づく自発的な国家間協力 (coopération spontanée) という新たな枠組みを提示する。

まず、Guillaumé は、グローバル化の下で主権国家の役割・地位が低下する中、従来の国家中心主義的な抵触法は変更を迫られているとし、今後は国家法秩序ではなく個人を中心とした抵触法理論を構築すべきである⁴⁰⁾、と主張する。そこで、国際的な移動の権利を中心とする個人の保護が重視されることとなるが、それを実現するためには、一般的・集合的な個人の利益を代表する国家利益を保護することも同様に必要となる⁴¹⁾、とする。後者の国家利益を確保するための手段として、Guillaumé は、国家間での立法・行政・司法における協力を挙げる⁴²⁾。というのも、規制緩和やグローバル化現象により地位が低下した国家が自国の国家利益を実現するには、同様の状況に置かれる外国国家との協力が有効な手段であると考えられるからである⁴³⁾。

そこで、Guillaumé は、国家間協力の形態として国際条約を挙げるが、国際条約が存在しない場合には、自発的なし任意的な協力 (coopération spontanée) という形態が考えられるとする⁴⁴⁾。Guillaumé によれば、自発的な形での国家間協力は、自国に特権を付与しない外国国家への対抗措置として相互主義が制裁的機能を果たしていた 20 世紀においては困難であったが⁴⁵⁾、現在では、国家の権限が相対的に低下することにより、例えば競争法・政策分野の二国間協力協定における積極礼讓に代表されるよう

38) 本誌 268 号 156 頁以下参照。

39) その他、大陸法系諸国において、アメリカ裁判例におけるコミティの展開について論じるものとして、P. Späth, Zum gegenwärtigen Stand der Doctrine of Comity im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, 2 IPRax 184 (2006)。

40) Guillaumé, *supra* note 5, pp. 292-296, pp. 505-506.

41) *Id.* p. 27, pp. 509-511.

42) *Id.* p. 413 s.

43) *Id.* pp. 413-414.

44) *Id.* p. 415.

45) *Id.* p. 426.

に⁴⁶⁾、むしろ協力を促進する積極的な意味での相互主義が生じているという⁴⁷⁾。Guillauméは、抵触法により規律される私的状況が真に国際化し、例えば国際的管轄合意といった手法により私人が国家法を迂回する技術すら習得しているという現状では⁴⁸⁾、「複数国に関連する私的状況の規整について各国家が相互に関心を払い合うことが、国際的な私的関係のより良い規整・管理の必要性により正当化される」⁴⁹⁾と述べる。つまり、自発的な協力の正当化根拠が国際的な私法的法律関係の適切な規整の必要性にあるとするのである。

Guillauméは、以上述べた積極的な意味での相互主義こそ、オランダ学派のコミティ (*comitas gentium*)⁵⁰⁾における相互主義であったという理解に基づき⁵¹⁾、コミティを国家間の自発的な協力を基礎付ける概念として位置付ける⁵²⁾。Guillauméによれば、そもそも17世紀オランダ学派の重要概念であったコミティは、法的義務からではなく、法廷地国が外国法を適用すれば当該外国も同様に法廷地国法を適用するだろうという期待において、自発的ないし任意的に外国法を適用する根拠を説明するものであった⁵³⁾。そして、このような積極的な相互主義としてのコミティは、現代においては、以下のような新たな一方主義的方法を基礎付ける原理として再評価されるのである⁵⁴⁾。例えば、各国は自国の強行的適用法規が外国により適用されることを期待できることから外国の強行的適用法規を適用する利益を有するとして、外国の公法・強行的適用法規の自発的な適用を行うことや⁵⁵⁾、反対に、外国法の内容に沿うような形で自国の公法・強行的適用法規の内容を適応させること⁵⁶⁾等である。

46) 本稿 III.1.B) (本誌 268 号 174 頁以下) 参照。

47) *Id.* p. 426, footnote 560.

48) *Ibid.*

49) *Ibid.*

50) Huber の見解の簡単な紹介として、本稿 II. (本誌 268 号 160 頁) 参照。

51) P. Lagarde の研究 (P. Lagarde, *La réciprocité en droit international privé*, 154 *Recueil des cours* 105 (1977), pp. 116-117) が引用される。

52) Guillaumé, *supra* note 5, p. 426. Guillauméによれば、コミティは「国際私法の問題解決へと向けた具体的方法を生ぜしめる理論的基礎」であるとされる。*Id.* p. 426, footnote 561.

53) *Id.* p. 427.

54) *Id.* p. 428.

55) *Id.* pp. 429-434.

56) *Id.* pp. 426-447.

以上概観した *Guillaumé* の見解は、国際的な私法的法律関係の適切な調整の必要性から、自発的な国家間協力という枠組みを唱え、それを基礎付ける原理としてコミティに着目するものである。*Guillaumé* の見解において、コミティは、法廷地国の他国に対する協力の恩恵が法廷地国にも齎されることを期待する積極的な相互主義の原理として位置付けられる。同見解は、直接に法秩序間の調整を問題とするのではないが、抵触法が対象としてきた私法的法律関係から生じる紛争の解決にとどまらない国家利益実現のための自発的な国家間協力を唱える点において、*Slaughter* や *D'Alterio* の見解と同様、法秩序の利益間の調整を志向するものであると言える。また、他国に見返りを期待する積極的な相互主義としてコミティを理解するところは、コミティを法原理としてではなく相互主義的な考慮として把握する点で、本稿において概観してきた法実務及び学説と軌を一にする。

3. 小括

以上、法実務及び学説におけるコミティの現代的展開を概観した。先ず、法実務上、コミティは、国家主権の利益に関する政治的配慮という消極的考慮とグローバル化における各法秩序間の相互依存性に関する協力志向的・協調主義的考慮という積極的考慮の2つの側面を有しているが、近時、特に従来抵触法が対象としてこなかった法実務において、後者の側面がより注目されていることが分かった。また、コミティは、他の法秩序に対し同様の見返りを期待する相互主義的な考慮に関わると解されていることや、コミティという原理が用いられる背景には、法秩序・制度間の調整の必要性という問題意識があることが分かった。

次に、本稿で挙げたコミティに注目する学説上、コミティは、何らかの法的義務を課す法原理としてではなく、異なる法秩序相互の関係の調整のための基礎となる任意的だが調和的な枠組みとして注目されていることが分かった。具体的には、コミティは、対等な国内裁判所間での相互尊重 (*Slaughter*) や、異なる法秩序に属する裁判所間での相互便宜メカニズム (*D'Alterio*)、他国に対する見返りを期待する積極的な相互主義 (*Guillaumé*)、という内容を有する原理ないし枠組みとして理解されていた。ここでも、法実務と同様、相互主義という考えがコミティという原理ないし枠組みの

下で認識されていることが分かる。また、これらの学説の背景には、グローバル・ガバナンスのための裁判所間ネットワークの発展 (Slaughter) や、国際法の断片化における各裁判所の規整的役割 (D'Alterio)、国際的な私法的法律関係の適切な規整のための自発的な国家間協力 (Guillaumé) という主張があった。これらは、国内裁判所や国際法廷といった裁決機関による異なる法秩序相互の関係の調整という現象に着目する点において、軌を一にする。

以上の分析から、以下の2点を指摘することが出来る。第一に、再評価されているコミティの具体的内容を理解するには、「相互主義」の理解が鍵となると考えられること。第二に、以上概観した法実務及び学説上、法秩序間の調整を行う柔軟な枠組みとしてコミティが注目される背景にある国際社会の認識や問題意識について考察することが必要であること、である。以上概観した法実務及び学説上、コミティが具体的に如何なる法的義務を課す法原理なのかという問題は論じられていないことから、以下の考察では、コミティという法原理を我が国抵触法に導入すべきか否かではなく⁵⁷⁾、コミティという枠組みが具体的に何を意味し、どのような背景から注目されているのか、また、そのような枠組みは我が国抵触法上どのように評価されるべきか、という点について検討を行う。

IV. 考察

ここでは、本稿 III.3. の小括での整理を踏まえ、コミティの具体的内容

57) なお、コモン・ロー法系諸国においてはコミティの問題として処理される問題についても、我が国抵触法は、コミティという用語を援用することなく処理してきた。例えば、外国裁判のための証拠共助に関する条約や取り決めが存在せず、証拠共助を行うための法的枠組を欠く場合であっても、我が国抵触法上はコミティという概念を援用することなく、「個別の応諾」という形で対応してきたことについて、小林秀之「国際司法共助」澤木敬郎＝青木善充『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣、1987）285頁、309頁、多田望『国際民事証拠共助法の研究』（大阪大学出版会、2000）18頁、79頁参照。ただし、例外として、外国国有化収用措置に関して「国際礼讓」に言及する裁判例（本誌268号156頁注7）がある。また、消極礼讓や積極礼讓といった形でコミティ概念が導入されている競争法上、自国の独占禁止法と外国競争法に基づく不利益処分を国際重複を避けるように配慮すべきことを述べる際、「国際礼讓」に言及するものとして、公取委平成27年5月22日審決〔小田切委員補足意見〕（<http://www.jftc.go.jp/shinketsu/itiran/160225.html> から入手可能）。

について検討し、本稿 III. において概観したコミティに関する近時の議論の我が国抵触法に対する示唆を探る。先ず、本稿 III. において概観した法実務及び学説上注目されていたコミティの具体的内容及びそれらの議論の背景にある問題意識を明確にする（1）。そこでの結論を予め示せば、以下のようである。すなわち、コミティを再評価する議論においては、自らの法秩序の行為が他の法秩序によって相互化されることの期待において他の法秩序に対して任意的に協力する、という従来の抵触法上必ずしも十分に認識されてこなかった枠組みに注目が集まっている、ということである。次に、このような抵触法における法秩序間の任意的な協力という考えの是非について検討する（2）。最後に、以上の考察を踏まえ、法秩序間の調整を志向する任意的な協力の例として、不法に流出した外国文化財の国際民事訴訟を通じた返還の問題を取り上げ、国内裁判所間での任意的な協力の具体的なあり方を簡単に示す（3）。

1. 再注目されるコミティの具体的内容及びその背景

（1）① 本稿 III.3. の小括において述べたように、近時の議論において注目されるコミティの具体的内容を明らかにするには、相互主義（reciprocity）という考えの理解が鍵となると考えられる。

相互主義に関する Paul Lagarde の研究⁵⁸⁾によれば、コミティ（comitas）を国際法的な義務ないしその履行と捉えたとされる Huber の理論上、コミティに含意される相互主義という考慮は、各国法の相互承認を促進するという積極的な意味を有していたとされる⁵⁹⁾。しかし、コミティの裁量的性質を強調した Story 以後の裁判例及び学説上、相互主義は、外国判決の承認を条件付ける（例：外国判決の承認に関する相互の保証要件〔我が国民訴訟法 118 条 4 号〕）、といった消極的な意味を帯びるようになったとされる⁶⁰⁾。言い換えれば、コミティに包含される相互主義という考えは、Huber のようにコミティを義務的概念として把握する立場からは、共同体的

58) P. Lagarde, La réciprocité en droit international privé, 154 *Recueil des cours* 105 (1977).

59) *Id.* pp. 116-123.

60) *Ibid.*

(communautaire) な考えとして把握される一方、Story のようにコミティを裁量的概念として把握する立場からは、双務的 (synallagmatique) な考えとして把握される⁶¹⁾、ということである。

この点、本稿 III. において概観した法実務上、司法共助に関するイギリス裁判例において挙げられた「己の欲することを人に施せ」という法格言⁶²⁾ や、国家利益に対する尊重の相互化の期待に基礎を置く消極礼讓・積極礼讓の原理⁶³⁾ は、まさに上述した積極的な意味での相互主義を意味するものであると解される。また、学説上は、とりわけ Guillaumé の見解において、明確に、コミティにおける相互主義が積極的な意味において理解されていた⁶⁴⁾。このように、コミティに関する近時の法実務及び学説上、コミティは、他の法秩序が自らと同様の対応を行うことを敵対的に条件付けるというよりも、むしろそれを好意的に期待するという積極的な相互主義として評価されていたと考えられるだろう。

② では、自らの法秩序の行為が双方化されることを他の法秩序に対して期待するコミティという原理は、どのような機能を有すると言えるだろうか。この点に関して、本稿 III.1.A) において挙げたカナダ最高裁判所の裁判例⁶⁵⁾ について分析する Robert Wai⁶⁶⁾ は、以下のように述べる。すなわち、コミティに基づく外国主権の尊重は、積極的な相互主義⁶⁷⁾ を介して、国家間協力を促進することから⁶⁸⁾、コミティは、協力さらには法秩序間の調整 (coordination) のための解決の中心となるだろう⁶⁹⁾、とするのである。このように法秩序間の協力及び調整とコミティを関連付ける見方は、本稿 III. において概観した学説上も、コミティにグローバル空間の無秩序を緩和す

61) T. Schultz et D. Holloway, Retour sur la comity, 139 *Journal du droit international* 571 (2012), p. 588. なお、Huber 及び Story の見解の簡単な紹介として、本稿 II. (本誌 268 号 160 頁以下) 参照。

62) 本稿 III.1.A) (本誌 268 号 169 頁以下) 参照。同格言と積極的な意味での相互主義との関係について、矢ヶ崎武勝「英国法における外国判決承認の条件としての相互主義に関する考察」法政研究 (九大) 28 巻 4 号 (1962) 363 頁、393 頁参照。

63) 本稿 III.1.B) (本誌 268 号 174 頁以下) 参照。

64) 本稿 III.2.C) 参照。

65) 本誌 268 号 170 頁以下参照。

66) R. Wai, In the Name of the International: The Supreme Court of Canada and the Internationalist Transformation of Canadian Private International Law, 39 *Canadian Yearbook of International Law* 117 (2001).

67) Wai はこれを「ラフな相互主義 (rough reciprocity)」と呼ぶ。Wai, *id.*, p. 172.

68) *Id.* p. 169.

69) *Ibid.*

る効果を見出す D'Alterio の見解⁷⁰⁾ や、コミティを自発的な国家間協力の基礎と捉える Guillaumé の見解⁷¹⁾ において、明確に採られていた。また、法実務上も、例えば、国際主義的観点⁷²⁾ から外国判決承認執行の間接管轄要件を緩和するカナダ最高裁判所の裁判例⁷³⁾ や、国際法の体系的視点から国際法規範間の調整を志向する MOX 工場事件常設仲裁裁判所の判断⁷⁴⁾ の背景に、協力志向的ないし協調主義的な考えがあったことは既に指摘した通りである⁷⁵⁾。

以上の考察を要約すれば、本稿 III. において概観した法実務及び学説上、コミティは、法秩序間の調整を間接的な形で志向する協力の枠組みとして評価されていたと言える。言い換えれば、近時再注目されているコミティの具体的内容は、自らの法秩序の行動が他の法秩序によって相互化される期待において他の法秩序に対して任意的に行われる協力である、ということである。そして、この任意的な協力は、国際社会といった中央集権的な権威が存在しない世界を秩序ないしシステムとして把握する普遍的な視点を介して、各法秩序間の調整を間接的に促進する機能を有する枠組みとして理解されているものと解される。

(2) 次に、以上述べた積極的な相互主義に基づき法秩序間の調整を志向する任意的な協力という枠組みが、どのような背景から要求されるのかが問題となる。以下では、本稿 III. で概観した法実務及び学説が問題とする状況を、協力を行う主体と調整対象となる規範間の関係という 2 つの側面から区別した上で、この点について検討する。

第一に、どの主体の間での協力が問題とされていたか、という観点からみると、本稿 III. において概観した法実務及び学説は、行政機関による実

70) 本稿 III.2.B) 参照。

71) 本稿 III.2.C) 参照。

72) A. Mills によれば、カナダ最高裁判所の一連の裁判例は、抵触法を私法的法律関係にのみ関わる一国内法として位置付けるのではなく、むしろ国際システムの一部として抵触法を捉えるという普遍的視点を採っているとされる。A. Mills, *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law* (Cambridge University Press, 2009), p. 222. Mills の見解については、横溝大「抵触法と国際法との関係に関する新たな動向－抵触法と国際法との合流について」法律時報 85 巻 11 号（2013）26 頁以下参照。

73) 本稿 III.1.A)（本誌 268 号 170 頁以下）参照。

74) 本稿 III.1.B)（本誌 268 号 176 頁以下）参照。

75) 本稿 III.1.A), B)（本稿 268 号 173、178 頁）参照。

務上の協力である競争法の規律管轄権調整に関する法実務⁷⁶⁾を除き、もっぱら国内裁判所や国際法廷の間での司法的紛争解決手続を通じた協力に着目するものであった。裁判所という裁決機関を主体とした任意的な協力という枠組みが注目される背景には、SlaughterやD'Alterioが述べるように、裁判所が個別事案の解決を通じて果たすグローバル・ガバナンス機能ないし規制的機能に対する注目が高まっているという事情があると考えられる⁷⁷⁾。

第二に、本稿 III. において概観した法実務及び学説がどのような法秩序に属する規範の間での調整を問題としていたかという観点からすれば、これらの法実務及び学説は、(A) 異なる国際法制度上の規範間の関係、(B) 異なる平面に属する法秩序の規範間の関係、あるいは(C) 各国国内法規範(各国公法・私法)間の関係を問題とするものに大別される。

(A) 先ず、国際法廷の間の管轄権競合の調整⁷⁸⁾やD'Alterioの見解⁷⁹⁾のように、国際法の断片化現象との関係でコミティに注目するものがある。このような議論としては、本稿において挙げたものの他にも、例えば、貿易に関連する国際法規範と環境に関連する国際法規範の間の抵触の調整方法としては、一方の他方に対する階層的な従属という優先劣後関係に基づく解決よりも、関連する国際規範間の共助(mutual support)というコミティに基づく発展的な解決が望ましい⁸⁰⁾、とする見解がある。このように、国際法規範間の抵触に関してコミティに基づく管轄権調整が評価される背景には、規範の階層関係に基づく調整方法ではなく、国際法上の様々な制度間の関係を整序するための柔軟かつ共助的な調整の仕組みが必要である、という問題意識があることが分かる。

76) 本稿 III.1.B) (本誌 268 号 174 頁以下) 参照。

77) 国内裁判所が果たすグローバル・ガバナンス機能に関する分析として、Ch. Whytock, Domestic Courts and Global Governance, 84 *Tul. L. Rev.* 67 (2009). See also, Slaughter 2003, *supra* note 3.

78) 例えば、MOX 工場事件における国際法廷間の訴訟競合(本稿 III.1.B) (本誌 268 号 176 頁以下) 参照)。

79) 本稿 III.2.B) 参照。

80) R. Michaels & J. Pauwelyn, Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law, 22 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 349 (2012), pp. 371-372. See also, J. Crawford, Chance, Order, Change: The Course of International Law, General Course on Public International Law, 365 *Recueil des cours* 9 (2013), pp. 221-224. また、本誌 268 号 178 頁注) 104 に挙げられる文献も参照。

（B）次に、（A）と比べてより一般的に、異なる平面に属する様々な法秩序間の調整との関係でコミティに注目するものがある。ここには、例えば D'Alterio が挙げるような EU 法秩序と EU 加盟国の国内法秩序といった超国家法秩序と国家法秩序との間での規範抵触の問題が含まれる⁸¹⁾。このような議論としては、本稿において挙げたものの他にも、国際貿易法秩序や国家法秩序、国際投資仲裁といった多元的な規範秩序間の調整原理として、他の規範秩序に対するコスモポリタンの配慮を基礎付けるコミティという原理に着目するものがある⁸²⁾。このように、多元的な秩序間の調整に関してコミティが注目される背景には、各規範秩序を完全に閉じた秩序として認識するのではなく、柔軟だが協調主義的なコミティという枠組みを通じて、グローバル空間におけるそれらの法秩序相互の関係を整序する必要がある、という問題意識があると解される。

（C）最後に、（A）や（B）とは異なり、従来抵触法が対象としてきた問題状況においても、コミティに再注目するものがある。ここでは、コミティは、従来のように抵触法の一般理論として議論されるのではなく、グローバル・ガバナンスないし国際的な私法的法律関係の適切な規整の実現という観点から、抵触法ないし国際民事紛争における国内裁判所の新たな役割との関連で議論される。本稿 III. で概観した学説上、裁判所間で発展するグローバルな司法ネットワークのガバナンス機能に着目する Slaughter の見解⁸³⁾ や、国家の規整権限の弱体化に対する対応として国家裁判所間での一方主義的な協力を唱える Guillaumé の見解⁸⁴⁾ は、このような観点からコミティに着目するものであると言える。本稿 III. で概観した学説の他にも、Horatia Muir Watt⁸⁵⁾ は、国内裁判所がコミティという概念を通じて国

81) 前掲注 21) 参照。

82) 例えば、R. Wai, Conflicts and Comity in Transnational Governance: Private International Law as Mechanism and Metaphor for Transnational Social Regulation through Plural Legal Regimes, in Ch. Joerges and E.-U. Petersmann, *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law* (Hart Publishing, 2011). R. Wai は、経済活動や環境問題、健康への脅威が地球規模で波及する中、その弱点を露呈させている伝統的な国家・国際レベルの公的制度を補完するものとして、国境を越えた私的紛争解決に従事する国内裁判所による社会的規整が特に重要となるとする。Id. pp. 231-234.

83) 本稿 III.2.A) 参照。

84) 本稿 III.2.C) 参照。

85) H. Muir Watt, Private International Law Beyond the Schism, 2(3) *Transnational Legal Theory* 347 (2011). 同論文における Muir Watt の見解の全体像について、横溝・前掲注 72)28-29 頁参照。

際民事紛争における政治的要素の存在を常に自覚してきたことをむしろ肯定的に評価し⁸⁶⁾、今後は、抵触法が多国籍企業といった私的経済主体の規範的権威の抵触を調整する政治的機能を果たすべきことを主張する⁸⁷⁾。Muir Watt は、抵触法の高度な技術性と政治的中立性とが外国投資の問題のように個人の権利や国境を越える企業活動に関わる問題への抵触法の適切な対応を妨げてきたことを問題視するのである⁸⁸⁾。

このように、抵触法が対象としてきた問題状況との関係でコミティが再注目される背景には、Guillaumé が述べるように、私人とりわけ企業といった私的経済主体による国際的な活動の活発化やそれに伴う国家権限の相対的低下という状況に鑑み、抵触法は、個別事案における私的利益の充足に留まらず、今後は、より一般的な公的利益の実現のために私法的法律関係の適切な規整を行うべきである、という主張があると解される。

(3) 以上見てきたように、コミティの具体的内容は法秩序間の調整を志向する任意的な協力であること、そして、かかる枠組みが注目される背景には以下の問題認識があることが明らかとなった。

第一に、コミティに関する近時の議論においては、特に裁判所の規整的機能が重要視されていること。第二に、任意的な協力による調整の対象に着目すると、コミティに関する近時の議論においては、大別して以下の3つの問題関心があること。すなわち、(A) 国際法における規範抵触を解決する必要性、(B) 超国家法秩序と国家法秩序、国家法秩序と国際仲裁といった異なる平面における法秩序相互の関係を調整する必要性、及び、(C) 私法的法律関係に関する紛争を扱う国内裁判所が規整的役割を担う必要性、である。(A) 及び (B) の議論は、抵触法が国家法秩序間において行ってきた法秩序間の調整という方法の他領域における応用に関する議論として位置付けられる。これに対して、(C) の議論は、抵触法が私人間の利益調整に留まらずより広く経済・社会の一般利益の確保のために機能することを主張する議論であると言える。

次節では、本稿の目的が我が国抵触法への示唆を探るものであることに鑑み、従来抵触法が対象としてきた問題状況に関してコミティに注目する

86) Muir Watt, *id.* p. 376, footnote 147.

87) *Id.* p. 355.

88) *Id.* pp. 349-354.

(C) の議論について検討を行う⁸⁹⁾。具体的には、国際的な私法的紛争解決に従事する国内裁判所を主体とした任意的な国家間協力という枠組みの是非が問題となる。

2. 国内裁判所による任意的な協力という考えの検討

(1) 前節において見たように、(C) 私法的法律関係に関する紛争解決における抵触法の規整的役割を主張する議論は、抵触法上の新たな枠組みとして、国際的な私法的紛争解決における国家とりわけ国内裁判所間の任意的な協力を提唱するものであった。そこで問題となるのは、私法的紛争解決に従事してきた抵触法に対してかかる規整的役割が求められる背景には、どのような国際社会の問題認識があるのか、そして、かかる国際社会の問題への対応として、国内裁判所間での任意的な協力という考えが妥当であるか否か、である。以下、順に検討する。

先ず、なぜ私法的法律関係に関する紛争解決における抵触法の規整的役割が求められるのかという、その背景が問題となる。本稿 III.2.C) において挙げた *Guillaumé* の見解においては、私人の国際的な活動の活発化とそれに伴う国家権限の相対的低下という現代国際社会の変容に鑑み、抵触法を介した私法的法律関係の適切な規整の必要性が主張されていた。*Guillaumé* が指摘する国際社会の現状認識の当否については、個別問題状況毎に慎重に検討する必要があると思われるものの、一般には、以下のことが言えるのではないだろうか。すなわち、企業の国際的な経済活動に代表される国境という区画では捕捉しきれない私法的法律関係がますます多く形成されることで、本稿 III.1. において概観したように、国際カルテル行為に対する競争法の執行共助や、国際的な私法的紛争解決のための証拠収集に関する司法共助といった、法秩序間の協力が必要となる場面が増加していること⁹⁰⁾。さらに、*Robert Wai* が主張するように、複数国にまたが

89) 抵触法理論・方法の他領域における応用という (A) や (B) の議論が提起する問題に関する他領域の立場からの研究として、例えば、国際・国内法秩序間の規範の抵触に関して「強行法規の特別連結」論を拡張的に適用する可能性を指摘する、小畑郁「グローバル化による近代的国際／国内法秩序枠組みの再編成」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』（有斐閣、2015）142 頁以下が挙げられる。

90) *Slaughter* 2003, *supra* note 3, p. 193.

る私人とりわけ企業による経済活動が活発化することで、環境破壊・人権侵害・健康被害等のグローバルな問題が増加ないし複雑化する一方⁹¹⁾、国際及び国家レベルでの条約や公法の一方的執行といった伝統的な公法的規整は弱点を抱えており、新たな形態の社会的規整の必要性が高まっているということ⁹²⁾、である。

では、以上のような国際社会の現状認識が共有される場合、抵触法は、どのような対応を行うべきであろうか。確かに、「国家間協力」という枠組み自体は、抵触法上も、1960年代頃からハーグ国際私法会議により作成された条約を中心に採用されるようになり⁹³⁾、現在では、一部の学説によれば抵触法の柱の一つとして位置付けられるまでに至っている⁹⁴⁾。また、条約という枠組みを介さない国内裁判所間での協力という考えは、典型的には証拠収集に関する司法共助という形で、我が国抵触法上も一般に受容されてきたと言える⁹⁵⁾。とはいえ、グローバル・ガバナンスないし国際的な私法的法律関係の適切な規整の実現へと向けた任意的な協力という考えは、抵触法が主たる対象としてきた私人間の利益調整という観点からは十分に説明できないものであり、その正当化が必要となろう。

思うに、實際上、条約を通じた国家間協力にはしばしば政治的理由により時間や困難が伴うことや、上述したように各国が伝統的な公法的規整手段により国家政策を実現することは必ずしも容易でないことに鑑みれば、国際社会の変化に対する比較的機敏かつ柔軟な対応策⁹⁶⁾として、抵触法上、

91) 参照、高杉直「国際不法行為訴訟によるグローバル・ガバナンス—米国の外国人不法行為法を素材として—」国際法外交雑誌 115 号 1 号 (2016) 1 頁、的場朝子「多国籍企業による『不法行為』に対して民事的救済を求める訴えの国際裁判管轄と人権の保護—EU における状況を中心として—」同 20 頁、種村祐介「国際法違反の不法行為と国際私法」同 46 頁。

92) Wai, *supra* note 82, pp. 231-234. R. Wai は、このような問題関心から、国境を越えた私的紛争解決に従事する国内裁判所による社会的規整が特に重要となるとする。

93) ハーグ条約における国家間協力の代表例としては、我が国も 2013 年に加盟した「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」(1980 年)における中央当局間での情報共助や執行協力が挙げられる。

94) See Th. M. de Boer, *Living Apart Together: The Relationship between Public Law and Private International Law*, 57 *Netherlands International Law Review* 183 (2010), p. 195, n. 49; Ch. Pamboukis, *Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé*, 330 *Recueil des cours* 9 (2007), p. 439.

95) 前掲注 57) 参照。

96) D'Alterio, *supra* note 4, pp. 419-420.

国内裁判所が任意的な協力という形で一定の規整的役割を担うことが認められるべきではないだろうか⁹⁷⁾。そもそも、我が国抵触法上、例えば外国主権免除や外国強行的適用法規⁹⁸⁾の適用ないし考慮という問題に関しては、外国の国家利益や政策が考慮される余地が認められてきたことに鑑みれば、外国の国家利益や政策への尊重のための任意的な協力が直ちに否定されるべき理由はないように思われる。

ただし、以上のことが言えるとしても、「一義的には自らが属する法秩序における紛争解決を主たる役割とする」⁹⁹⁾国家裁判所に対して、グローバル平面での規整的役割を要求するには、その根拠が必要となろう。この点につき、「グローバル・ガバナンスのための抵触法」という観点から、抵触法を「異なる様々な規範の抵触を調整するシステム」¹⁰⁰⁾と捉える横溝大教授は、国家裁判所がグローバルな規範抵触の調整を行うべき理由を以下のように説明する¹⁰¹⁾。すなわち、「グローバル社会において様々な法秩序が並存している現状において、規範抵触を調整することが、当該社会を構成する個々のアクターにとっても自らの利益になるため、個々の法秩序が自らの裁判所に、抵触法を利用したそのような規範調整の役割を自発的に要請している」¹⁰²⁾、とするのである。

このようにグローバル平面における国家裁判所の規整的役割の正当化根拠を自国法秩序の利益から導く点は、本稿で考察してきた積極的な相互主義に基づく任意的な協力の考え方と類似する。すなわち、Guillauméが述べるように¹⁰³⁾、一定の利益や利害を共有する他の国家法秩序に対して協力することは、その一方的な協力による恩恵の相互化が期待されるという意味で、長期的にみれば自国法秩序及びその国民にとっても恩恵があることであると言えよう。ただし、このことは、任意的な協力による利益の相互化がおよそ期待できない場合には、グローバル平面における国内裁判所の

97) 国家的規制が容易でなくその実効性に問題がある場合には、私法関係を規律する抵触法にも補完的な形で公的機能を担うことが求められることを示唆するものとして、種村・前掲注91) 64頁。高杉・前掲注91) 19頁も参照。

98) 外国の公法・強行的適用法規については、櫻田嘉章＝道垣内正人『注釈国際私法(1)』（有斐閣、2011）26頁、34頁以下〔横溝大執筆〕参照。

99) 横溝・前掲注5) 126頁。

100) 同上122頁。

101) 同上126頁。

102) 同上。

103) 本稿III.2.C) 参照。

規整的役割を正当化することは困難であることを意味する。この点については、詳しくは次節で挙げる具体例を用いて後述する¹⁰⁴⁾。

(2) 以上検討したように、私的利益の保護や私人間の利益調整という観点から私法的法律関係を規律してきた抵触法は、今後は、各国国家の利益や政策を反映する公法的規制の抵触問題も対象に含めつつ、私法的法律関係の適切な規整という機能をも担うべきであることとなる。このような観点から、本稿では、抵触法上、一定の利益や利害を共有する国内裁判所間での一方的かつ任意的な協力という考えを認めるべきであることを主張した。また、かかる協力は、積極的な相互主義を介して協力による恩恵の相互化を促す点で、自国裁判所が属する法秩序にとっても長期的にみて恩恵があることから、正当化されると主張した。

最後に、次節では、以上の考察を踏まえ、国内裁判所による任意的な協力の具体的なあり方の例を示し、本稿の考察を終えることとする。具体的には、コミティに基づく外国公法・外国の強行的適用法規の適用が主張されてきた問題であり¹⁰⁵⁾、近時、一部の国の抵触法上興味深い発展を遂げているものとして、不法に流出した外国文化財の国際民事訴訟を通じた返還の問題を取り上げる¹⁰⁶⁾。

3. 具体例：国境を越える文化財保護

(1) 今日、多くの国家は、自国の文化財¹⁰⁷⁾ 保護のために、国境を越え

104) 本稿 IV.3. 参照。

105) See, e.g., L.V. Prott, *The Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage*, 217 *Recueil des cours* 215 (1989-V), p. 267; C. Armbrüster, *Private Law as an Instrument for the Protection of Cultural Property*, 10 *TDM Special Issue* 1 (2013), p. 5.

106) 邦語文献として、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) 685 頁、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) 47 頁。

107) 「文化財」の定義については予てより議論がある (see, e.g., J. H. Merryman, *Cultural Property Internationalism*, 12 *International Journal of Cultural Property* 12 (2005); L. V. Prott, *The International Movement of Cultural Objects*, 12 *International Journal of Cultural Property* 225 (2005))。本稿では、定義に関する議論には立ち入らず、ユネスコ条約 (1970 年) やユニドロワ条約 (1995 年) の定義を参照し、「考古学上、先史学上、史上、文学上、美術上又は科学上重要なもの」という一般的な概念として、以下、文化財という用語を用いることとする。

た文化財の取引・流通を規制する法規を有している。文化財の不正流通規制法規には様々な形態のものがあるが、代表的には、一定の国有財産あるいは私有財産の譲渡禁止ないし輸出規制を課すものや、考古学的ないし歴史的価値を有する発掘物について国家に所有権を付与するものがある¹⁰⁸⁾。国境を越えた文化財の不法な輸出や盗取の防止に関する主な国際条約としては、我が国も批准している「文化財の不法な輸出、輸入及び所有権譲渡の禁止及び防止に関するユネスコ条約」（1970年）¹⁰⁹⁾の他、「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ユニドロワ条約」（1995年）¹¹⁰⁾があるが、締約国数やその構成国からすれば、文化財の不法な取引・流出を防止し、不法に取引・流出した文化財の返還を確保するために、十分実効的な法的枠組みが整備されているとは言い難い。そのため、文化財の国際的な不正流通規制に違反して外国に輸出された文化財の返還を求める際には、外国裁判所における私法上の返還請求訴訟を通じた途が重要となる。

（2）私法上の返還請求訴訟が問題となる場合、抵触法上は、特に外国国家自身が不法に輸出された文化財の返還請求訴訟を提起するときには、外国文化財流出規制に関する公法法規の自国における効力が問題となる。従来は、外国公法不適用の原則（public law taboo）¹¹¹⁾により、外国の文化財保護に関する公法法規に効力を付与することについては否定的な態度が採られてきた¹¹²⁾。例えば、外国国家が自らの文化財輸出規制法に反して輸出された文化財の返還請求訴訟を提起したリーディング・ケースであるイギ

108) 例えば、河野・前掲注 106) 694 頁以下に整理されたものを参照。

109) 同条約については、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）198 頁参照。

110) 同条約については、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）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）39 頁参照。

111) 外国公法不適用の原則という名称は、一般に我が国抵触法学では用いられていないようであるが、我が国抵触法上も、刑法や行政法といった公法は一国の公益と密接に関係することから、自国裁判所において外国公法を直接適用することはない、と考えられてきた（山田鐸一『国際私法〔第3版〕』（有斐閣、2004）16 頁、溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣、2005）32 頁等参照）。public law taboo については、W. S. Dodge, Braking the Public Law Taboo, 43 *Harv. Int'l L.J.* 161 (2002) 参照。

112) ただし、従来も、外国文化財保護法規に基づく司法判断適合性を認める裁判例は存在した。Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg, 771 F. Supp. 1374 (5 D Ind. 1989)。

リスの *Attorney-General of New Zealand v. Ortiz*¹¹³⁾ 事件において、イギリス控訴院は、返還請求を認容した第一審裁判所とは異なり、問題となったニュージーランドの文化財保護法上の法規¹¹⁴⁾ のイギリスにおける承認・執行を否定した。その際、同控訴院は、同法規が不法輸出に伴う自動的没収を定めたものではないという解釈に基づいて原告であるニュージーランドの所有権を否定した上で、当該法規は、刑法ないし公権力に行使に関わる公法であるため、そのイギリスにおける執行は認められないことを根拠として挙げた¹¹⁵⁾。

しかし、抵触法が外国公法不適用の原則に基づき外国の文化財流出規制法に対して効力を付与しないことについては、国際的な文化財保護の観点から、一部の学説上、強く批判されてきた。例えば、Lyndel Prott は、上述した *Attorney-General of New Zealand v. Ortiz* 事件控訴院判決に関して、「国家の公序（public policy）が自国の文化遺産を保護することであるならば、コミティ及び相互主義の政策は、類似する外国国家の法規の適用を促進するように思われる」と述べ、イギリス裁判所が、自国文化遺産に関する輸出規制の存在にもかかわらず、外国の同種の法規の執行を否定したことを批判する¹¹⁶⁾。また、実務上も、Ortiz 事件の控訴院判決とは異なり、ニュージーランドの文化財保護法規の執行を認めた第一審裁判所（Staughton 判事）は、その執行が公序違反を構成することはないと判断する際、コミティを援用しつつ、以下のように述べている¹¹⁷⁾。

113) [1982] 3 W.L.R. 570; [1982] 3 All E.R. 432, Affirmed by House of Lords, [1984] A.C. 1; [1983] 2 W.L.R. 809. See S. M. Nott, *Title to Illegally Exported Items of Historic or Artistic Worth*, 33 *I.C.L.Q.* 203 (1984). 事案の概要は以下である。ロンドンの美術商によりニュージーランドから不法に輸出されたマオリ族の木彫りが、ニューヨークにおいて Ortiz 氏に売却された後、同氏によりロンドンのオークションに出品された。同事案は、これを知ったニュージーランド政府が、不正に輸出された歴史的な文化財に関する国家没収を定めたニュージーランドの文化財保護法に基づく所有権を主張し、当該木彫りの返還を求めてイギリス裁判所に提訴したものである。

114) Section 12(2) of the New Zealand Historic Articles Act 1962.

115) [1982] 3 All E.R. 432, at 467 (Ackner L.J.), at 457 (Lord Denning).

116) Prott, *supra* note 105, pp. 288-289. 国際的な文化財の不法取引を防止するために各国の文化財保護法を相互に適用するという Prott の考えと同様の見解は、当時ハーグ国際私法会議の事務局長であった Georges Droz によって既に示されていた。G.A.L. Droz, *The International Protection of Cultural Property from the Standpoint of Private International Law*, in Council of Europe, *International Legal Protection of Cultural Property* (1984), pp. 114-116, p. 115.

117) [1982] Q.B. 349.

「コミティは、他国の国家遺産が当該国の領域内にあるときに〔その〕所有に対する権原に影響を及ぼす当該国法の承認・執行を認めることで、当該国の国家遺産に尊重を払うべきである、と要求する。相互主義の期待は、同様の結論に導く公序の補足的な根拠となる」¹¹⁸⁾。

このように、従来も一部の学説及び実務上、国境を越えた実効的な文化財保護を実現するために各国が互いの文化財保護法規を執行し合うべきであるという考えが存在し、かかる考えは、相互主義的な考慮と共に、外国国家の政策や利益への尊重を促すコミティという政策に基づき主張されてきた。

ここで注目されるのは、近時、一部の国の抵触法実務及び立法上、実際に、国際的な文化財保護を促進するような興味深い動きが生じていることである。以下では、裁判実務を介した展開としてイギリスの最近の裁判例を、また、準拠法選択規則の立法を通じた展開としてベルギー抵触法を取り上げ、国際的な文化財保護の問題における任意的な協力の意義及び限界について見ていく。

(3) ① 上述した *Attorney-General of New Zealand v. Ortiz* 判決以後、イギリスにおいては、2004 年に、外国文化財流出規制の承認執行に対する否定的な態度を修正する判決（*Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Ltd.*¹¹⁹⁾）が下されており、注目される。

同事件では、イラン政府が、ロンドンのギャラリーに対して、南東イラン地域から盗掘された後に不法に輸出された紀元前 3000 年から 2000 年頃の遺物の返還を求め、イギリス裁判所に提訴した。本件遺物の所有権の有無を判断する法は、それが形成された時点における地の法、すなわちイラン法であることに争いはなかった¹²⁰⁾。そこで、先決の問題として、イラン法上、遺物及び歴史的遺跡を獲得するための内密の採掘及び不法な発掘を禁止する法¹²¹⁾ が本件遺物に関する所有権をイランに付与するか否か、そ

118) *Id.* at 371-372.

119) [2007] EWCA Civ. 1374. See P. Gerstenblith, Schultz and Barakat: Universal Recognition of National Ownership of Antiquities, 14 *Art, Antiquity and Law* 21 (2009); M. Weller, *Iran v. Barakat: Some Observations of the Application of Foreign Public Law by Domestic Courts from a Comparative Perspective*, 12 *Art, Antiquity and Law* 279 (2007).

120) Barakat, *id.* para. 7.

121) The 1979 Legal Bill regarding Preventions of Unauthorized Excavations and Diggings.

れが肯定された場合には、その効果をイギリス裁判所が承認・執行すべきか否かが問題となった¹²²⁾。

イギリス控訴院は、イランの訴えを退けた第一審裁判所の判断¹²³⁾を覆し、結論として、イランの本件遺物に対する権原 (title) 及び即時占有権 (an immediate right to possession) がイギリス裁判所において財産形態の転換を求める訴訟を提起するのに十分足りるものとして認めた¹²⁴⁾。同控訴院は、その判断の根拠として、未発見かつ無主物の遺物の所有権をイラン国に付与する本件規定は刑法法規にはあたらないこと¹²⁵⁾、また、イランの本件請求は同国の立法により付与される権原に基づく請求であり、公法の執行や主権的権利の主張ではないこと¹²⁶⁾、を挙げた。加えて、同控訴院は、仮にイランの本件規定が公法であるとしても、その執行を妨げる公序は存在せず、むしろ本件請求が却下されることが公序に反する¹²⁷⁾、と述べた。この際、同控訴院は、上述した Attorney-General of New Zealand v. Ortiz 事件第一審判決のコミティに関する記述を引用しつつ、以下のように述べた。

「遺物を含めた文化財の違法な移転を防止するために、各国は互いに援助し合うべきであるという国際的な承認が存在する。国家文化遺産を構成する財産の違法な商取引を防止する目的を、部分的にせよ共有する多くの国際法¹²⁸⁾が、その実効性への疑問は依然として残るものの、存在している……。

122) Barakat, *supra* note 119, para. 6.

123) [2007] EWHC 705 QB.

124) なお、本判決では先決的問題である本件文化財に対するイランの権原のみについての判断されたため、仮に本件被告がイラン以外の地において本件文化財を購入していた場合 (本件被告は、イラン以外の国において本件文化財を購入したと主張していた。Barakat, *supra* note 119, para. 5)、善意取得等を原因とする所有権移転の成否が問題となったはずである (See Gerstenblith, *supra* note 119, p. 35, 43)。しかし、2011 年 11 月、イギリス控訴院は本件文化財の返還を命じる判決を下し、その結果、本件文化財は在ロンドンのイラン領事館を通じてイランへと返還されたようである (<http://en.mehrnews.com/news/55301/Iranian-artifacts-recovered-in-foreign-auctions-on-display-at> [最終アクセス日時：2016 年 12 月 7 日])。

125) Barakat, *id.* paras. 104ff, para. 111. 反対に、執行が明白に否定される公法としては外国為替管理立法 (exchange control legislations) が、また、その可能性がある公法としては輸出規制が挙げられる。paras. 126-130.

126) *Id.* para. 149.

127) *Id.* paras. 151-153.

128) ここでは、イギリスが 2002 年 8 月に批准したユネスコ条約 (1970 年) や、他の加盟国領域から違法に移転させられた文化財の返還に関する EU 理事会指令 (Council Directive 93/7/EEC) 等の他、イギリスが締約国となっていないユニドロワ条約 (1995 年) が挙げられる。*Id.* paras. 156-162.

……〔これらの国際法〕は国家遺産の保護が望ましいことについての国際的な承認を例証する。外国が遺物を既に占有していたのでない限り当該国法によって付与される当該遺物についての当該国の権原を否定することは、ほとんどの事案において、〔イギリス〕に違法に輸出された遺物についてのかかる外国の返還請求を〔イギリス〕が認めることを不可能とする。』¹²⁹⁾

以上紹介した *Barakat* 判決は、発掘された文化財の所有権を国家に付与する外国文化財保護法に効果を付与することで、世界的な考古物遺産の保護に貢献するものとして、学説上、一般に肯定的に評価されている¹³⁰⁾。国境を越える文化財の不法な取引や流通を防ぐために各国が相互に文化財保護法を承認・執行することの重要性を説く最後の箇所は、本稿で見てきた任意的な協力の背景にある積極的な相互主義を含意する点や、外国文化財保護法規の承認・執行を正当化するための文化財保護に関する国際的なコンセンサスの存在を挙げる点で、本稿の観点からは注目される。

③ 次に、上述したイギリスの *Barakat* 判決と同様、国際的な文化財保護へと向けた抵触法上の注目すべき動きとして、文化遺産の準拠法に関する特別規則を設けたベルギーの「国際私法に関する法律」（2004）¹³¹⁾を挙げることができる。

「第 90 条 国家がその文化遺産に含める物がその輸出当時の同国家法に照らして不法な方法によって同国家の領域を離れたときは、同国家によるその返還請求は、その当時施行されていた同国法又は同国家の選択により物が返還請求当時所在する領域国の法によって、規律される。

前項の規定に関らず、その物を文化遺産に含める国家の法が善意の占有者に対し何らの保護も付与しないときは、占有者は、物が返還請求の当時所在する領域国の法がその者に付与する保護を主張することができる。』¹³²⁾

129) *Id.* paras. 155-163.

130) See, e.g., Gerstenblith, *supra* note 119, p. 43.

131) See F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, 3ème éd., (Larcier, 2005), pp. 679-681; K. G. Siehr, Globalization and National Culture: Recent Trends Toward a Liberal Exchange of Cultural Objects, 38 *Vand. J. Transnat'l L.* 1067 (2005), p. 1090.

132) 同条の和訳にあたっては、笠原俊宏「ベルギー国際私法（2004 年）の邦訳と解説（上）」戸籍時報 593 号（2006）20 頁、42 頁を参照した。

同条は、Baraka 事件では問題とならなかった第三国での売買等による善意取得を原因とした所有権移転を防ぐために、不法に流出した文化遺産の返還を当該文化遺産の本源国（State of origin）である国家が請求した場合、当該文化遺産の所有権に関する準拠法として、文化財保護規制をも含む当該請求国の法を適用とする規定である¹³³⁾。例えば、Barakat 事件を例に説明すると、仮に被告がイラン以外の国において問題となった文化財を購入していた場合、通常は物権所有権の準拠法に関する所在地法（*lex rei sitae*）原則に基づき、物の所有権移転が問題となった当時それが所在していた地の法に従い、当該文化財に関する善意取得の有無が判断されることとなる¹³⁴⁾。その場合、同法に従って善意取得が認められれば、被告である現在の占有者が当該文化財の所有権を正当に取得することとなる¹³⁵⁾。

ベルギー国際私法 90 条は、このような場合において、外国国家を原告とする文化遺産の返還請求がなされたときには、通常は物権準拠法に関する所在地法原則を排し、原告である国家の法である本源国法（*lex originis*）¹³⁶⁾の適用を認めることにより、国家文化財の保護を図る。重要な点は、同規定によれば、原告である国家が自らの文化財保護に関する法規を善意の占有者に対して援用できる一方、善意の占有者は、同条第 2 項に基づき返還請求当時の文化財の所在地法上の保護を主張することができる

133) See, e.g., M. Frigo, The Impact of the UNIDROIT Convention on International Case Law and Practice: an Appraisal, 20 *Unif. L. Rev.* 626 (2015), p. 632; A. Jakubowski, Return of Illicitly Trafficked Cultural Objects Pursuant to Private International Law: Current Developments, *EUI Working Papers, AEL 2009/9*, p. 143, available at <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/12053/AEL_2009_09.pdf?sequence=1>.

134) 我が国の例として、「法の適用に関する通則法」〔平成 18 年 6 月 21 日法 78 号〕13 条 2 項参照。

135) 実際にも Barakat 事件と同様の事案である Government of the Islamic Republic of Iran v. Berend 事件（[2007] EWHC 132 QB）において、イギリス裁判所は、問題となった文化財に対するイランの所有権を認めたにもかかわらず、現在の占有者であるフランス人収集家がフランス法上の善意取得原則により所有権を取得したとして、イランの訴えを退けている。

136) 文化財の所有権に関する特別規則として「本源国（country of origin）」の法を適用するという考えは、1991 年開催の万国国際法学会バゼル・セッション（Institute of International law, Session of Basel 1991, *The International Sale of Works of Art from the Angle of the Protection of the Cultural Heritage*, available at <http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1991_bal_04_en.PDF>）において提示された。バゼル・セッションで示された本源国法主義に基づく原則は以下である。

Article 2: “The transfer of ownership of works of art belonging to the cultural heritage of the country of origin shall be governed by the law of that country.”

点である。このように、ベルギー国際私法 90 条は、外国文化財保護法規に効力を付与した場合には正当な権利を奪われることとなる善意の占有者に対して一定の保護の余地を認めることにより、国家利益と私的利益との保護の適切なバランスを図ろうとするのである。

（4）以上紹介したイギリスの近時の裁判例やベルギー抵触法上の文化財に関する準拠法選択規則は、国際取引における私的利益の保護というよりも、文化財保護に関する国家の政策利益実現を志向する点で、私法的法律関係の適切な規整へと向けた国内裁判所間での任意的な協力の一例であると言えるだろう。このように、外国文化財保護法規の承認・執行という国内裁判所を主体とした任意的な協力が必要とされる背景には、Barakat 判決が言及するように、「国家の文化遺産を構成する財産の違法な商取引を防止する目的」が国際的に共有されつつあるにもかかわらず、そのための国家的及び国際的規制は実効性という点で未だ十分な枠組みを提供できていない、という問題状況がある。

第二次世界大戦後のグローバルな文化財市場の進展し、旧植民地国である第三世界諸国の独立が国境を越えた文化財の不法な取引・流出を加速させる中¹³⁷⁾、文化財の不法取引は、国際的な組織犯罪と密接に関連する形で武器及び麻薬に次ぐ規模で発展し¹³⁸⁾、近時は、国際的なテロ組織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¹³⁹⁾。このような現状に鑑みれば、抵触法上文化財保護に関する外国の政策を考慮することは、基本的には妥当な方向性であると評価されるのではないだろうか¹⁴⁰⁾。文化財の不法な輸出入等の禁止に関するユネスコ条約を批准した我が国¹⁴¹⁾に

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

138) *Id.* pp. 276-277. しばしば、世界的に著名なコレクターやディーラーでさえも文化財の不法取引に関与していることについて、Prot, *supra* note 107 参照。

139) 例えば、国連安全保障理事会は、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に関し、理事会決議第 2199 号（2015 年 2 月）を出している。See also, Gernstenblith, *supra* note 119, p. 368-369. また、我が国文化庁 HP も参照（<http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkazai/kokusai/>〔最終アクセス日時：2016 年 12 月 7 日〕）。

140) 学説上も、限りなくグレーに近い文化財市場を介して不法に取引された文化財のロンダリングを防止するために、抵触法がかかる市場を規制する機能を果たすべきであると主張するものがある（C. Roodt, *Private International Law, Art and Cultural Heritage* (Edward Elgar Publishing, 2015)）。

141) 平成 14(2002)年 12 月 9 日に日本について効力が発生している。外務省 HP (http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/treaty_020414.html〔最終アクセス日時：2016 年

においては同様の認識が共有されていると言えることから、抵触法上も、外国文化財保護法に基づく外国国家による文化財返還請求を審理することが一般に否定されるべきではない¹⁴²⁾。

ただし、以上のことが一般に言えるとしても、任意的な協力という枠組みは積極的な相互主義に基づき他の法秩序に自らの行動と同様の行動を期待する枠組みである以上、「共通した司法事業に従事するという認識」(Slaughter) ないし共通の規整目標が法秩序間で共有されていない場合には、協力が成り立つための前提を欠くこととなる¹⁴³⁾。むしろ一部の学説上指摘されるように、協力を行う／行わないという一方的選択を伴う法秩序間の任意的な協力は、相手方となる法秩序との間で政治的対立を生じさせるおそれさえあると言える¹⁴⁴⁾。よって、国家文化財の保護に関する政策目標が法秩序間で共有されているか否かという点が明らかでない場合、国内裁判所が独自の政策判断に基づき外国の文化財保護に関する法規を一方的に適用することには困難が伴うことが容易に予測される。確かに、Barakat 判決が述べるように、国際的な文化財の盗取や不法輸出に関するいくつか

12月7日) 参照。

142) 我が国における同様の見解として、中野俊一郎「外国国家による主権的請求と国際裁判管轄権」神戸法学年報10号(1994)121頁、145-146頁。なお、近時の外国の裁判例として、例えば、ドイツの裁判例が、エジプト政府が原告として提訴した文化財の輸出を禁止する暫定措置を求めた事案において、エジプト国家の所有権を判断するためにエジプトの文化財保護法を適用しており、注目される(Kammergericht (High Regional Court of Berlin), Judgment of 16 October 2006, 10 U 286/05, NJW 2007, 705[ただし請求自体は棄却])。See also, Chechi, *supra* note 137, p. 95; M. Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross-Border Litigation* (De Gruyter, 2015), pp. 339-340.

143) 同様の対応をただ期待するのみであるコミティの考慮の下では、外国法秩序が実際に自らの法秩序と同様の対応を行うことを確保する方法は存在しない。Wai, *supra* note 66, p. 187.

144) 例えば、異なる法秩序の規範間の調整を図る一方的な協力は、各法秩序の規範間の一定の階層化という水平的平等を特徴とする国際社会の構造に反する状態を徐々に生み出すため、場合によっては法秩序間の政治的対立を生起させるおそれがあることを指摘するものとして、W. T. Worster, *Competition and Comity in the Fragmentation of International Law*, 34 *Brook. J. Int'l L.* 119 (2008), p. 145. この観点から、Worster 自身は、コミティに基づく協力よりも、「競争、透明性、及び、法の遵守を促す判断」に基づくアプローチの方が公平で腐敗の無い形で国際法廷の発展を動機付けるとする。See also, K. Nicolaidis & J. L. Tong, *The Continuing Debate Over New Sources of International Law*, 25 *Mich. J. Int'l L.* 1349 (2004), pp. 1371-1372; D'Alterio, *supra* note 4, p. 408. 同様に、R. Wai も、アナーキーな国際社会の構造を前提とするコミティに基づく協力という枠組みは、遵守メカニズムの欠如から、協力しないという合理性を生むことで、国際秩序の長期的恩恵を損なう結果となりかねないことを指摘する。Wai, *supra* note 66, p. 183.

の国際条約の存在は、文化財保護の利益の実現へと向けた各国の協力に関する国際的なコンセンサスの存在を示唆する。しかしながら、実際には、文化財の返還に関するユネスコ条約（1970年）やユニドロワ条約（1995年）が文化財の不法取引の撲滅という国際公序を形成していることを認める一方で¹⁴⁵⁾、善意占有者の権利保護や二国間条約の枠組みへの配慮から、国際民事紛争において外国の文化財流出規制に効力を認めることには慎重な姿勢を見せるスイス裁判例のような立場もある¹⁴⁶⁾。

従って、訴訟当事者である私人の利益に必ずしも奉仕しない国内裁判所による任意的な協力のあり方を考える際には、一方では、国家の利益と抵触法上重視されてきた私人の利益との適切なバランスを探ることが不可欠であり、他方では、国際民事訴訟における国内裁判所を主体としない他の国家間協力との適切な役割分担のあり方を探ることが重要となる¹⁴⁷⁾。例えば国際的な文化財保護に関しては、本稿で紹介したベルギー国際私法 90 条のように盗取又は不法に輸出された文化財の善意占有者の正統な権利を保護する方法¹⁴⁸⁾や、二国間条約や外交ルートといった他の返還手段との

145) L. c. Chambre d'accusation de Genève, 1 avril 1997, ATF 123 II 134. See Frigo, *supra* note 133, p. 629. ただし、同事件は、刑事司法共助を通じて、フランスの城から盗取された絵画の返還が求められたものである。

146) Union de l'Inde c. Crédit Agricole Indosuez (Suiss) SA, 8 avril 2005, ATF 131 III 418. Voir M.-A. Renold, Une importante décision suisse en matière de transfert international de biens culturels : l'arrêt du Tribunal fédéral sur les pièces d'or anviennes du 8 avril 2005, 11 *Unif. L. Rev.* 399 (2006) ; Wantuch-Thole, *supra* note 142, pp. 348-351. 同事件では、1949年にインドに併合されたニザーム藩王国の藩王からその孫に相続された後に、その孫によりスイスの銀行に債務の担保として差し出されていた金貨の返還を求め、インドが同銀行に対して行った返還請求が問題となった。裁判所は、結論としてインドの訴えを退けたが、その理由として、インドの文化財輸出規制法がインド領域外において効力を有することはないこと（ATF 131 III 423-425）や、準拠法をスイス法とする本件抵当権設定契約が国際公序に反することはなく、インドの輸出規制法が外国の強行法規の考慮を定めるスイスの「国際私法に関する連邦法」（1987）第 19 条の厳格な要件を満たすこともないことから、当該契約は有効であること（ATF 131 III 425-430）を挙げた。

147) 公法的規制の抵触に関しては、規整目標の共有の程度や他国の規制への信頼度に応じて、自国抵触法により処理すべきか、あるいは二国間・多国間合意によるべきか、という点を検討すべきとするものとして、横溝・前掲注 17) 122-123 頁。

148) ベルギー国際私法 90 条の他には、例えば、抵触法上のアプローチとして位置付けられるか疑問はあるものの、問題となった文化財の取得時に正当な注意を払った占有者に対する補償（同条約 6 条）を定めるユニドロワ条約のアプローチが考えられる。See also, S. C. Symeonides, A Choice-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property, 38 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1177 (2005).

適切な役割分担¹⁴⁹⁾について検討することが不可欠となると言えよう。

V. 結語

本稿では、近時の一部の法実務及び学説上注目されるコミティの具体的内容及びそれが注目される背景を明らかにすることで、コミティという考えが意味する法秩序間の任意的な協力という枠組み、とりわけ抵触法における国内裁判所間の任意的な協力の意義について検討し、国際的な文化財保護を例にその具体的なあり方の一端を示した。

先ず、コミティは、法実務上、協力志向的・協調主義的考慮が前面に出る形で援用されるようになってきていることや、学説上、異なる法秩序間関係の調整にとって基礎となる、柔軟だが調和的な枠組みとして注目されていることが分かった。次に、再評価されるコミティの具体的内容は、法秩序間の調整を間接的な形で志向する任意的な協力であること、それは、抵触法が対象としてきた問題状況との関係では、私法的法律関係に関する紛争を扱う国内裁判所が規整的機能を果たすべきであるという問題意識から再注目されていたことが分かった。本稿では、国際社会の現状に即した私法的法律関係の適切な規整のために、抵触法上、私法的法律関係から生じる紛争解決に従事する国内裁判所による積極的な相互主義に基づく任意的な協力という考えが認められるべきであると主張した。最後に、国際的な文化財保護を例として、国内裁判所間での任意的な協力の具体的なあり方を探った。

今後は、残された課題として、本稿 IV.3. で挙げた国際的な文化財保護の問題に関する考察を深め、関連する諸外国の裁判実務・立法・学説の分析及び考察を行う中で、我が国抵触法上、国際的な文化財保護の実現へと向けてどのような具体的規則が要求されるか、という点を検討する必要がある。

149) この点については、各国毎に制度分担のあり方が異なる。例えば、文化財の輸出規制及び返還請求に関する二国間条約を積極的に結ぶスイスの方向性（スイス連邦文化局（FOC）HP <<http://www.bak.admin.ch/kulturerbe/04371/04377/index.html?lang=en>>〔最終アクセス日時：2016年12月7日〕）や、刑事法による処罰や税関法に基づく没収による対応が発展しているアメリカの方向性（see, e.g., P. Gerstenblith, For Better and For Worse: Evolving United States Policy on Cultural Property Litigation and Restitution, 22 *International Journal of Cultural Property* 357 (2015)）等。

ある¹⁵⁰⁾。さらに、本稿 IV.3.において述べたように、国際的な文化財保護に関する抵触法の規整的役割を明確に定めるためには、他の制度との役割分担という視点を抜きにすることはできない。よって、国際的な文化財保護に関する国際条約や各国の輸入・輸出規制、刑事法規、税関法といった抵触法以外の公的法規範に加え、例えば、国際的な博物館団体といった民間団体が作成する倫理規範・行動規範¹⁵¹⁾についても、それらの機能について検討する必要があると言える。この点も今後の課題としたい。

150) 中心的には文化財に関する物権準拠法規則が問題となるが、他にも、国際裁判管轄規則（EU 法の下での議論として、L. E. Gillies, *The Contribution of Jurisdiction as a Technique of Demand Side Regulation in Claims for the Recovery of Cultural Objects*, 11 *Journal of Private International Law* 295 (2015)）や、外国文化財保護法に基づく返還請求の司法判断適合性（中野・前掲注 142）参照）、文化財を不法に取引等した者の不法行為責任に関する準拠法（see, e.g., J. Ulph, *Civil Liability Affecting the Trade in Art and Antiquities*, in J. Ulph & I. Smith (eds.), *The Illicit Trade in Art and Antiquities: International Recovery and Criminal Civil Liability* (Hart Publishing, 2012), pp. 174-233) 等について、具体的な紛争状況に応じて検討する必要がある。

151) 代表的には、各国の博物館等から構成される民間団体である「国際博物館会議 (International Council of Museums, ICOM)」(<http://icom.museum/>) が作成する倫理規程が挙げられる (<http://icom.museum/the-vision/code-of-ethics/L/4/> にて入手可能 [最終アクセス日時：2016 年 12 月 7 日])。

