

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 (3)

—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、278号)

第3節 輸出に関する規制

一 輸出規制を行う法制度

1. 自動的没収
2. 行政官庁による手続を経た没収

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

一 ユネスコ条約（1970年）

1. 条約の成立に至る経緯
2. 条約の構造
3. 国内執行状況
 - A. 広範な外国文化財を輸入規制の対象とするモデル
 - B. 二国間条約を基礎とするモデル
 - C. 最小限度の履行を行うモデル
 - D. 特別な立法措置を行わないもの

4. 学説上の議論

- A. 評価 (以上、279号)
- B. Merrymanによる根本的批判

5. 小括

二 ユニドロワ条約（1995年）

1. 条約の成立に至る経緯
2. 条約の構造
3. 評価
4. 小括

三 ユネスコ及びユニドロワのモデル条項（2011年）

1. モデル条項の作成に至る経緯
2. モデル条項の構造
3. 学説上の若干の議論 - 小括として

第2節 EUにおける枠組み

一 背景

二 EU規則

三 EU指令

1. 中心的な規定内容 (以上、本号)
2. 2014年改正の背景・内容
3. 学説上の若干の議論 - 小括として

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

B. Merryman による根本的批判

(1) 学説上は、ユネスコ条約(1970年)の問題点を指摘することを越えて、同条約の背後にあるとされるイデオロギーを根本的に批判する見解がある。ここでは、そのような批判を行なう代表的論者であるアメリカの Merryman の見解¹⁾を確認する²⁾。Merryman は、輸入国・市場国と輸出国・

1) John H. Merryman, Two Ways of Thinking about Cultural Property, 80 *American Journal of International Law* 831 (1986).

2) 同様の趣旨の批判として、Jane Warring, Underground Debates: The Fundamental Differences of Opinion That Thwart UNESCO's Progress in Fighting the Illicit Trade in Cultural Property, 19 *Emory International Law Review* 227 (2005), pp.350-352; Jason M. Taylor, The Rape and Return of China's Cultural Property: How Can Bilateral Agreements Stem the Bleeding of China's Cultural Heritage in a Flawed System, 3 *Loyola University of Chicago International Law Review* 233 (2005), pp.240-241.

原産国との間での文化財取引に関わる政治的対立を、「文化国際主義 (cultural internationalism)」と「文化国家主義 (cultural nationalism)」との対立として捉えた上で、後者の考えに与すると考えるユネスコ条約 (1970年) を、以下のように批判する。

まず、Merryman によれば、ユネスコ条約 (1970年) とは異なり、1954年の「武力紛争の際の文化財の保護に関するハーグ条約」³⁾ は、「全人類の文化財 (the cultural heritage of all mankind)」(同条約前文) の保全、文化財の完全性 (integrity) の確保、及び、文化財への公共アクセスの確保といった、文化財の普遍的でコスモポリタンのな価値に重きを置くことから、前者の文化国際主義に立脚するものであるとして、高く評価される⁴⁾。これに対して、ユネスコ条約 (1970年) は、輸出国・原産国の法令への「白紙委任 (blank check)」⁵⁾ を許容することにより、国家的な文化財の保持 (national retention) を正当化⁶⁾ する点で、後者の文化国家主義に与するものであるとして批判される⁷⁾。ここでいう「白紙委任」とは、輸出規制の対象となる文化財の範囲の決定や、ある文化財の輸出が不法な輸出に該当するか否かという判断⁸⁾ が、輸出国・原産国に全面的に委ねられていることを意味する⁹⁾。

Merryman は、白紙委任を許容するユネスコ条約 (1970年) の枠組みは、以下のような問題をはらんでいるとする。すなわち、同条約は、過度に広範な文化国家主義的な輸出規制をも正当化するおそれがあり¹⁰⁾、それにより、文化財の保存や国際的な文化交流といったユネスコ自体の目的にも反する形で¹¹⁾、輸出国・原産国による文化財の秘匿やその破壊を招くような

3) 本稿第2章第1節-1。(本誌279号69頁)を参照。

4) Merryman, *supra* note 1, p.853.

5) アメリカのBatorが最初に用いた用語である。See Paul M. Bator, An Essay on the International Trade in Art, 34 *Stanford Law Review* 275 (1982). Batorによれば、輸出国に対して、自国や国際共同体の実質的利益に合致しているか否かについての判断を認めることなく、また、輸出国の輸出規制の内容如何に拘わらず、その規制の全面的な執行を輸入国に要求するルールは、「美術品が自国に持ち込まれるべきか、という点に関する実質的判断や、実際的で望ましい執行レジームに関する制度的決定」を輸入国の手から奪い取る点で、「白紙委任 (blank check)」をするルールであるとして批判される。Id. pp.327-330.

6) Merryman, *supra* note 1, p.844.

7) Id. pp.842-845.

8) 同条約3条参照 (条文については、本誌279号73頁参照)。

9) Merryman, *supra* note 1, pp.844-845.

10) Id. p.850.

11) John H. Merryman, Cultural Property Internationalism, 12 *International Journal of*

保持を促進したり、多様な価値を有する文化財の国際的な流動性を過度に制限したり、かえって闇市場を発展させたりする危険をはらんでいる¹²⁾、とするのである。

このように、Merryman は、ユネスコ条約 (1970 年) の根底にある文化国家主義という考え、そして、それに基づく国家による文化財の保持を根本的に批判するのである。Merryman のような批判は、同条約の採択後も文化財の不正取引や闇市場が拡大する現実の中で¹³⁾、一部の学説の支持を集めてきたといえる¹⁴⁾。だが、ここで注意すべき点は、「文化財は市場を通じて最善の保存状態に置かれ得る」¹⁵⁾、と彼自身が明確に述べるように、Merryman によるユネスコ条約 (1970 年) の批判の背景には、文化的価値を有する物の国際的な取引・貿易を促進すべきであるという、自由市場主義的な考えが存在する点である。この点に関して、Prott は、Merryman の見解に以下のような疑義を唱える。すなわち、Merryman のいう文化国際主義という考えは、結局のところ、文化財の自由市場を重視する裕福な輸入国・市場国のディーラー側の視点を支持する考えであり¹⁶⁾、かかるディーラーらによる過度な取引が、結果として、貧しい輸出国・原産国の文化的伝統を失わせることとなるのである¹⁷⁾、と批判するのである。

(2) 以上で述べたように、ユネスコ条約 (1970 年) の根底にあるとされる文化国家主義的な考えに対する Merryman によるイデオロギー批判に対しては、その批判もまた自由市場主義という特定のイデオロギー的な観点からなされるものに過ぎない、という Prott による再批判がなされている。

Cultural Property 12 (2005), pp.21-27.

12) Merryman, *supra* note 1, pp.846-848.

13) See Neil Brodie, Jenny Doole, & Colin Renfrew (eds.), *Trade in Illicit Antiquities: The Destruction of the World's Archaeological Heritage* (McDonald Institute for Archaeological Research, 2001); Craig Forrest, *International Law and the Protection of Cultural Heritage* (Routledge, 2010), p.195.

14) 例えば、国境を越えた文化財の不正取引の防止という目的との関係で、輸出規制を課すこと自体の適切性に疑問を投げかける見解として、Eric A. Posner, *The International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations*, *Public Law and Legal Theory Working Paper No. 141*, available at <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>>, p.5, pp.14-15. See also, Daniel Shapiro, *A Universalist: Fathering Fields*, 21 *International Journal of Cultural Property* 237 (2014), p.241.

15) Merryman, *supra* note 1, p.849.

16) Lyndel V. Prott, *The International Movement of Cultural Objects*, 12 *International Journal of Cultural Property* 225 (2005), p.225.

17) *Id.* p.232.

ここでも、各国の文化財不正流通規制について概観した第1章¹⁸⁾と同様、国境を越えた文化財の不正取引の問題を巡る国家保護主義的な考えと自由市場主義的な考えとの対立が浮き彫りになるといえる。この政治的ないしイデオロギー的な対立は、第II部での検討において重要な問題となるため、本章の残りの記述も踏まえつつ、第I部の小括において再整理することとする。

5. 小括

以上、「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」（1970年）の成立の背景、構造、国内執行状況、及び、問題点・批判を整理・概観した。同条約の評価に関する結論は、以下の2点に要約される。第1に、一方で、義務的規定の乏しさやそれに伴う国内実施法の多様性に鑑みれば、同条約は、国際的な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。他方で、同条約は、アメリカやイギリスといった主要な輸入国・市場国を締約国に含めることで、国際的な文化財の不正取引の問題に関する国際的な基本的理解の形成に貢献しているといえる、ということである。第2に、同条約に対する Merryman による批判とそれに対する Prott の再批判からは、輸出国・原産国と輸入国・市場国と間の対立の根底には、国家保護主義と自由市場主義という文化財取引に関する政治的ないしイデオロギー的な対立があることが看取できる、ということである。

以下で述べるように、国際的な文化財の不正取引に関する国家間の枠組み形成においては、この政治的ないしイデオロギー的な対立が重要な影響を及ぼしているといえる。

二 ユニドロワ条約（1995年）

ユネスコ条約（1970年）について重要となる国際的な枠組みが、ユニドロワの「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）」（1995年採択。以下、「ユニドロワ条約（1995年）」という¹⁹⁾）である。ユ

18) さしあたり、本稿第1章第4節小括（本誌279号65-66頁）参照。

19) See <<http://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention>>. 本誌278号98頁注）22及び対応する本文も参照。

ニドロワ条約(1995年)は、本節一4.において整理したユネスコ条約(1970年)の問題点²⁰⁾を補完しつつ、時間的な経過を踏まえ同条約をアップデートすべく作成された条約であるとされる²¹⁾。同条約は、1998年7月1日に5カ国(リトアニア、中国、パラグアイ、エクアドル、ルーマニア)で発効し、2018年8月現在、締約国は44カ国を数えるものの、我が国²²⁾を含む文化財の輸入国・市場国のほとんどが参加していない²³⁾。

まず、ユニドロワ条約(1995年)については、ユネスコ条約(1970年)についても問題となった、国境を越えた文化財の不正取引を巡る政治的ないしイデオロギー的な対立に対してどのような対応がとられたのか、という点について確認する必要がある。また、同条約は、国際民事訴訟を通じた文化財の取戻請求という本稿が想定する場合を対象とする枠組みである。そのため、同条約が提示する私法的規則を確認すること、及び、国境を越えた文化財の不正取引の問題に対する多国間での枠組みとして奏功しているのか否か、仮に奏功していないとすれば、その要因はどこにあるのか、といった点について検討することは、国内法としての抵触法による対応を探る第II部の検討にとって重要な意味がある。

以上のような問題関心から、以下では、ユニドロワ条約(1995年)の成立に至る経緯(1.)及びその構造(2.)を確認した上で、同条約の評価に関する議論を整理・分析する(3.)²⁴⁾。

20) すなわち、同条約の対象となる文化財の範囲が限定的である点、回復措置(同7条(b)項)の対象となる文化財の範囲が限定的である点、及び、同条約上、私人による返還請求の方法や私法上の問題が扱われていない点(本誌279号83頁以下参照)、である。

21) Lyndel V. Prott, *Unesco and Unidroit: a Partnership against Trafficking an Cultural Objects*, NS 1 *Uniform Law Review* 59 (1996).

22) なお、2018年8月現在、ユニドロワ自体には、我が国を含め、63カ国が加盟している。See <<http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>>.

23) See <<http://www.unidroit.org/status-cp>>. ヨーロッパの国々で同条約を締結した国は、フィンランド(1999年)、イタリア(1999年)、ノルウェー(2001年)、スペイン(2002年)、スウェーデン(2011年)、デンマーク(2011年)である(年号は批准した年を指す)。なお、フランス、スイス、オランダは、署名したものの批准していない。

24) 以下の記述について、次に挙げる文献を参照した。Lyndel V. Prott, *Commentary on the UNIDROIT Convention on Stolen and Illegally Exported Cultural Objects 1995* (Institute of Art and Law, 1997), pp.12-16; Prott, *supra* note 21; 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、202頁以下、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

1. 条約の成立に至る経緯

ユニドロワ条約（1995年）の作成は、1982年にPrott及びO’Keefeがユネスコに提出した報告書²⁵⁾において、文化財の不正取引に関する国家法規制の問題につき、私法を専門とする国際機関と協働して作業を行う旨の提案がなされたことに端を発する²⁶⁾。本稿の問題の所在においても述べたように、善意（「bona fide / good faith」）取得を短期間で認める私法上の法制度が不法に取得された文化財の合法的取引への転換を促進している点だが、予てより問題視されてきた²⁷⁾。そこで、ユネスコは、この私法上の問題に取り組むべく、動産の善意取得の問題について法統一作業²⁸⁾を行っていたユニドロワに対し、1984年、文化財の不正取引に適用される私法規則の統一作業の要請を行った²⁹⁾。この要請の背景には、ユネスコ条約（1970年）を私法的側面に関して補完するだけでなく、同条約以降の文化財に関する国際的な保護環境の変化³⁰⁾を踏まえつつ、同条約をアップデートしたいというユネスコの意向も存在した³¹⁾。ユニドロワ条約（1995年）の条約交渉は、輸出国・原産国側の国々と輸入国・市場国側の国々との間での文化財及びその取引規制のあり方に関する対立に加えて、大陸法系諸国と英米法系諸国との間での善意取得制度に関する対立もあり、難航したものの、1995年6月24日、賛成35、反対5、棄権17で、同条約は採択された³²⁾。

ユネスコ条約（1970年）との主たる違いは、以下の点にある。第1に、ユネスコ条約（1970年）が、行政手続や国家的行為などの手段により不

月報51巻4号（1996年）39頁。

25) Lyndel V. Prott & Patrick J. O’Keefe, *National Legal Control of Illicit Traffic in Cultural Property*, commissioned by UNESCO and discussed at a Consultation of Experts on Illicit Traffic, Paris, 1-4 March 1983, UNESCO Doc. CLT/83/WS/16 (UNESCO, Paris) 1983. See also, Prott, *supra* note 24, p.12.

26) Prott, *supra* note 21, pp.59-60.

27) *Id.* p.60, 68.

28) 1960年代よりユニドロワにより行われてきた動産の善意取得に関する統一法作成の試み（「有体財産の善意取得の保護に関する統一法草案（LUAB）」）を指す。なお、これは最終的には頓挫している。この点につき、清水・前掲注24）41頁、杉浦林太郎「現代的視点の下での善意取得制度の諸問題」法学研究論集第36号（2012年）149頁、158頁以下参照。

29) Prott, *supra* note 21, p.61. ユニドロワによるここでの作業はユネスコから金銭的及び人的支援を受けたとされる。*Id.* p.70.

30) 文化財盗取の世界的な拡大に伴い、盗取された文化財は返還されるべきであるという認識が多くの国で広く普及したこと等が挙げられる。*Id.* p.63.

31) Prott, *supra* note 24, p.15.

32) 河野・前掲注24）202頁。

正取引の問題に対応するのに対して、ユニドロワ条約(1995年)は、盗取された文化財の元の所有者や文化財が不法に輸出された国家に対して、他の締約国での民事訴訟への直接的なアクセスを提供する³³⁾。第2に、ユネスコ条約(1970年)は、所蔵品目録記載の文化財であって博物館等の施設から盗まれた文化財を回復措置義務の対象とする(同7条参照)³⁴⁾のに対して、ユニドロワ条約(1995年)は、盗掘文化財に関するユネスコ条約(1970年)の対応の不十分さを補うため、指定・未指定、登録・未登録を問わず、盗取ないし不法に輸出された文化財すべてを回復・返還の対象とする(同2条参照)³⁵⁾。

このように、ユニドロワ条約(1995年)は、国際民事訴訟における返還請求という本稿が念頭に置く場合を対象とする点、及び、盗取ないし不法に輸出された文化財を幅広く回復・返還の対象とする点に、ユネスコ条約(1970年)との最大の違いがある。

2. 条約の構造

次に、ユニドロワ条約(1995年)の内容について確認する³⁶⁾。同条約は、「盗取された文化財の回復(restitution)」及び「文化財の輸出規制に関する締約国の法令に反して当該国から持ち去られた文化財(「不法輸出文化財」)の返還(return)」という2本の柱から成る(同1条)。前者の回復請求の主体である「請求者(claimant)」(同3条、4条参照)には、私人も含まれる一方で、後者の返還請求の請求主体である「要求国(requesting State)」(同5条、6条参照)は、締約国たる国家自身に限定される。

以下では、①同条約における「文化財」の定義について確認した上で、②盗取された文化財の回復、及び、③不法輸出文化財の返還、それぞれに関する中心的な規則を概観する³⁷⁾。

33) Prot, *supra* note 24, p.15.

34) 本稿第2章第1節一(本誌279号73-74頁)参照。

35) Prot, *supra* note 24, p.15.

36) より詳しくは、清水・前掲注24)を参照されたい。

37) なお、同条約には遡及効はない(同10条)。同10条は、仮に遡及効を禁ずる明文規定を置かない場合には、輸入国・市場国となる先進国による同条約の批准可能性が低くなるのではないかと、という懸念から設けられたとされる(外交会議において、この点を明確に述べていた加盟国政府代表として、オランダ、ドイツ、イギリスがある)。Prot, *supra* note 24, pp.78-79; 清水・同上66頁。

① 第1に、「文化財 (cultural objects)」³⁸⁾の定義である。同条約上、文化財とは、「宗教的理由によるかどうかを問わず、考古学上、先史学上、歴史上、文学上又は科学上重要なものであって、この条約の別表³⁹⁾に掲げるいずれかの範疇に属するもの」(同2条)⁴⁰⁾、と定義される。ユニドロワ条約(1995年)では、ユネスコ条約(1970年)とは異なり、回復・返還義務の対象となる文化財には未指定・未登録の文化財も含まれることを明確にするため、文化財の指定要件(ユネスコ条約1条)は課されていない。

② 第2に、一つ目の柱である「盗取された文化財の回復」に関する規則である。同3条1項は、「盗取された文化財の占有者は、これを返還しなければならない」として、盗取された文化財を占有する者の回復義務を定める⁴¹⁾。「盗取された文化財」には、発掘地国の法令と矛盾しない範囲で、「不法に盗掘された文化財」及び「適法に発掘されたが不法に保有されている文化財」(同3条2項)も含まれる。同3条2項は、発掘物に関する国家所有権の包括的な付与立法(いわゆる blanket legislation / umbrella statute)⁴²⁾により、国家に自動的に付与される発掘物の所有権の効果を認める趣旨の規定であるとされる⁴³⁾。後述するように、輸入国側からは同項の排除提案がなされたものの、採用されなかった⁴⁴⁾。

また、同条約上、盗取された文化財の占有者は、以下の2つの要件を満たす限り、「公平かつ合理的な (fair and reasonable) 補償」⁴⁵⁾を受ける権利

38) 「cultural property」と「cultural heritage」との間での妥協の産物として「cultural objects」という文言が用いられることとなったことにつき、Prott, *supra* note 16, p.226.

39) 「別表」では、ユネスコ条約(1970年)の第1条に列挙される類型(本誌279号72-73頁参照)がそのまま掲げられている。

40) 以下で挙げる同条約の邦訳にあたっては、清水・前掲注24)を参照した。

41) 盗取された文化財の回復請求権は、「請求者が当該文化財の所在及びその占有者を知った時から3年」、又は、盗取の時から50年の出訴期間制限に服す(同3項)。なお、同3項の出訴期間制限については、「特定された記念物若しくは考古学的遺跡の不可分な一部を構成する文化財又は公の収集品に属する文化財」に関する特則が存在する(同4-6項参照)。

42) 本稿第1章第1節一(本誌278号104頁以下)参照。

43) Explanatory Report, prepared by the UNIDROIT Secretariat, *Uniform Law Review* 476 (2001), pp.504-505. 請求者が私人ではなく締約国自身である場合、後述する不法輸出文化財の返還請求(同5条)によっても、盗掘された文化財の返還を求めることが可能である。

44) 清水・前掲注24)48頁。

45) 「公平かつ合理的な補償」という用語を巡っては、様々な議論があったものの(Prott, *supra* note 24, pp.41-42.)、結局、その内容について明確な合意がないままに終わったとされる(清水・同上52頁)。

を有する (同 4 条)。すなわち、盗取の事実について知らなかった又は合理的に知りうべきであったとはいえないこと、かつ、取得時に正当な注意 (due diligence) を払ったと証明したこと (同 4 条 1 項)、である。同条約の Explanatory Report によれば、このように正当な注意の証明責任を占有者に課す同規則は、善意推定に基づいて請求をなす元の所有者にその証明責任を負わせる、大陸法系諸国の善意取得制度ないし即時取得制度⁴⁶⁾からの重要な逸脱を認めるものであり、それゆえに、盗取文化財の取引に対する法的対応の鍵となる規則である⁴⁷⁾、とされる。また、同条約は「善意」という用語の使用をここであえて避けており、正当な注意の判断に当たり考慮されるべき要素を例示列挙 (同 4 条 4 項)⁴⁸⁾ することで、国ごとに様々である「善意」概念に関する定義問題を回避している⁴⁹⁾。

③ 第 3 に、二つ目の柱である「不法輸出文化財の返還」に関する規則である。同条約は、不法輸出文化財に関する要求国の返還請求権を認める (同 5 条)。すなわち、要求国は、他の締約国の裁判所等に対して、自国領域内から不法に輸出された文化財の返還を要求することができ (同 5 条 1 項)⁵⁰⁾、要求を受けた裁判所等は、以下に挙げるいずれか一方の要件を要求

46) 大陸法系諸国の多くの法制度上、物に対する処分権限を有さない者 (前主) との間での取引行為に基づきその占有を開始した第三者は、取引の安全及び円滑の確保という観点から、一般に、前主に処分権限があったことにつき善意であると推定される (例えば、我が国民法 186 条。石田剛ほか『民法 II 物権』(有斐閣、2015 年) 93 頁以下参照)。See also, Mara Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross-border Litigation: Turing Rights into Claims* (De Gruyter, 2015), p.218.

47) Explanatory Report, *supra* note 43, p.516; 清水・前掲注 24) 51 頁。

48) 同 4 条 4 項「占有者が正当な注意を払ったかどうかを決定するに当たっては、当事者の性質、支払われた価格、占有者が合理的に利用可能な盗取された文化財の登録簿若しくは合理的に取得することができたであろうその他一切の情報若しくは文書を調査したかどうか、占有者が利用可能な機関の意見を聴取したか又は合理的な者が当該状況の下でとったであろうその他の措置をとったかどうかを含む、取得のすべての事情を考慮しなければならない。」

49) Explanatory Report, *supra* note 43, p.516; Prott, *supra* note 24, p.41. 「善意」という用語は、同条約の予備的草案 (Preliminary Draft Convention on the Restitution of Cultural Property (drawn up by Mr Roland Loewe in the light of the two studies prepared by Mme G. Reichelt), UNIDROIT 1988, Study LXX - Doc. 3, available at <<http://www.unidroit.org/english/documents/1988/study70/s-70-03-e.pdf>>.) の段階から用いられていない。

50) ただし、返還請求は、要求国が当該文化財の所在と占有者を知った時から 3 年以内に、又は、輸出の日若しくは本来返還されるべきであった日から 50 年以内にしなければならない (同 5 条 5 項)。

国が証明した⁵¹⁾ 場合には、返還を命じなければならない(同3項)⁵²⁾。その要件とは、(1) 要求国からの文化財の持ち去りが同5条3項に列挙される利益⁵³⁾ を一つ以上、著しく害すること、又は、(2) 当該文化財が要求国にとって著しい文化的重要性を有すること、である。

占有を奪われることとなる不法輸出文化財の占有者も、盗取された文化財の占有者と同様(同4条参照)、公平かつ合理的な補償を受ける権利を有する(同6条1項)。不法輸出文化財の占有者は、盗取された文化財の占有者とは異なり、正当な注意を払ったことを証明する必要はなく、不法輸出の事実について知らなかったこと、かつ、合理的に知りうべきであったとはいえないこと(同1項)、という2つの要件をみたせば、公平かつ合理的な補償を受ける権利を有する⁵⁴⁾。この点で、不法輸出文化財の占有者は、盗取された文化財の占有者よりも補償に関して厚い保護を受けるといえる。

以上で述べたように、盗取された文化財の回復、及び、不法輸出文化財の返還、という2本の柱からなるユニドロワ条約(1995年)は、国際民事紛争の場面における文化財の取戻しや、回復・返還請求の対象となる文化財の範囲、善意取得制度への対応、といった私法的側面を中心に、ユネスコ条約(1970年)を補う役割を果たすのである。

51) なお、「証明した(establish)」という用語が、自動的返還を主張する側が推す「宣言した(declare)」という用語と、要求国の証明責任を要求する側が推す「証明した(prove)」という用語との間での、妥協の産物であることにつき、Explanatory Report, *supra* note 43, p.528.

52) この2つの要件を巡っては、一方で、輸入国・市場国側からは、(1)(2)を選択的要件とすることに対して反対意見があり、他方で、輸出国・原産国側からは、条約草案(Draft UNIDROIT Convention on the International Return of Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, as approved by the Unidroit Committee of Governmental Experts on the international protection of cultural property on 8 October 1993, UNIDROIT 1994 Study LXX - Doc. 49, available at <<http://www.unidroit.org/english/documents/1994/study70/s-70-49-e.pdf>>) で用いられた「顕著な(outstanding)」という文言を(2)の要件から削除すべきであるという提案があった。Prot, *supra* note 24, p.60; 清水・前掲注24) 56頁(最終的には、後者の輸出国・原産国側の提案に有利となる形で(1)と(2)が選択的要件とされた上で、「顕著な」という文言が「著しい」という用語に置き換えられている)。

53) ここでいう「利益」(同5条3項)とは、(a) 当該文化財又はその文脈の物理的な保存、(b) 集合的な物件の完全性、(c) 情報(例えば、科学的又は歴史的性情のもの)の保存、及び、(d) 種族的又は土着的の共同体による当該文化財の伝統的な又は儀式的な使用を指す。

54) 上記2要件について判断する際には、例えば輸出許可証の有無等の取得時の事情が考慮される(同6条2項)。

3. 評価

(1) 最後に、盗取された文化財の回復及び不法に輸出された文化財の返還の実現にとって、ユニドロワ条約(1995年)が満足のいく枠組みを提供しているといえるのか否か、という点について確認する。この点について最も問題となるのが同条約の締約国の少なさである。

本節二の冒頭でも述べたように、2018年8月現在、同条約の締約国は44カ国を数えるものの、その中には、我が国を含む文化財の輸入国・市場国のほとんどが含まれていない。学説上は、ユネスコ条約(1970年)も徐々に締約国数を伸ばしてきたことから、現時点での締約国の少なさから、ユニドロワ条約(1995年)を失敗と判断するのは時期尚早であるとする見解⁵⁵⁾もあるものの、同条約に基づく返還請求が提起される輸入国・市場国側の国々が批准していない以上、少なくとも現時点では、同条約が満足のいく枠組みを提供していると評価することはできないという見方が強い⁵⁶⁾。このように、ユニドロワ条約(1995年)は、輸入国・市場国側の国々が含まれないという点で、国境を越えた文化財の不正取引の問題に対する私法的対応として満足のいく枠組みを提供できているとは言い難いだろう⁵⁷⁾。

(2) それでは、同条約が十分な支持を得られていない理由はどこにあるのであろうか。その理由としてしばしば指摘されるものは、以下の4点に整理できる⁵⁸⁾。

55) Lyndel V. Prott, *The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects – Ten Years on*, *Uniform Law Review* 215 (2009), pp.229-233.

56) See e.g., Wantuch-Thole, *supra* note 46, p.219.

57) なお、同条約に基づき実際に回復・返還請求がなされた事例は報告されていないという(文化財法を専門とするユニドロワの上級研究員 Marina Schneider 氏への本稿の筆者によるインタビュー〔2016年3月18日実施〕に基づく)。

58) See also, Wantuch-Thole, *supra* note 46, pp.216-219. また、ユニドロワ条約(1995年)の内容に直接関係する理由ではないが、同条約を批准しない理由として、同条約と同等かそれ以上の内容を有する国内法が存在することを挙げる国がある。例えば、アメリカは、より洗練された国内法制度が既に存在することや、二国間条約の枠組みに多く依拠していること等を理由に、同条約への参加に積極的な意義を見出していないとされる。Marina Schneider, *The Unidroit Convention on Cultural Property: State of Play and Prospects for the Future*, NS 2 *Uniform Law Review* 494 (1997), pp.502-504. カナダも同様の立場であるとされる。See David A. Walden, *Working 'Without UNIDROIT': Canadian Perspective*, 7 *Art, Antiquity and Law* 55 (2002).

第1に、「文化財」の定義（同2条）が広範である点が挙げられる⁵⁹⁾。Jaymeは、アート市場を有する国々の多くが同条約の枠組みに加わっていない主たる原因は、同条約における文化財の広範な定義にある⁶⁰⁾、と指摘する。例えば、同条約の成立過程において、我が国は、特定の動産に「文化財」という特別な地位を付与する以上、取引の安全という観点からは、その範囲が明確にされねばならないとして、対象文化の「指定」を要件とすべき旨の主張を行っていたとされる⁶¹⁾。このように、私法上有効になされた所有権の取得後にその返還を命じることは、文化的価値を有する財産の所有者による自由な処分権限を尊重する国々⁶²⁾からすれば、私人の法的地位を著しく不安定にするものであり、容易には認め難いものと映るのであろう⁶³⁾。

第2に、文化財の回復・返還に伴う補償との関係で占有者側に高い注意・調査義務を要求する点が挙げられる。特に、「正当な注意」に関する証明責任が占有者側に課されている点（同4条1項）には、強い批判がある⁶⁴⁾。既に述べたように、このように市場を厳しく規制する考えは、同条約の基本的な考えであると同時に、市場参加者からは激しい批判を浴びることとなり⁶⁵⁾、イギリスのように巨大アート市場を有する国々による同条約の締結を妨げる要因となっているとされる⁶⁶⁾。

第3に、「不法に発掘された文化財」及び「合法的な発掘後に不法に保有されている文化財」を「盗取された文化財」とみなす第3条2項の規定について、「不法に保有されている文化財」の概念が曖昧であることや、盗掘がなされた地の法により輸出規制にかかる文化財は、不法輸出文化財の返還に関する規定（同5条1項・3項）の対象となるため、同項は条文とし

59) See Wantuch-Thole, *id.* p.216; Forrest, *supra* note 13, p.218. 文化財の定義に異議を唱えた国は、オーストリア、ドイツ、日本であったとされる。See Schneider, *id.* p.502.

60) Erik Jayme, *Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies*, 38 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 927 (2005), p.941.

61) 清水・前掲注24) 46頁、74頁。

62) さしあたり、本稿第1章第4節小括（本誌279号65-66頁）参照。

63) 清水・前掲注24) 68頁。

64) See e.g., Forrest, *supra* note 13, pp.218-219; Alper Taşdelen, *The Return of Cultural Artefacts: Hard and Soft Law Approaches* (Springer, 2016), p.128; Wantuch-Thole, *supra* note 46, p.218.

65) See Forrest, *ibid.*; Taşdelen, *ibid.*; Wantuch-Thole, *ibid.*

66) Schneider, *supra* note 58, p.502.

て不要である、といった批判がある⁶⁷⁾。また、文化財の国家的保持を批判する Merryman は、同3条2項は国家の裸の保持主義 (naked retentionism) を認めることとなるとして、激しく批判する⁶⁸⁾。

第4に、輸出国・原産国側の国々からも、同条約が遡及効を認めていないことは、国境を越えた文化財の不正取引の防止との関係では不十分である、という批判⁶⁹⁾がある。

このように、ユニドロワ条約 (1995年) が十分な支持を得られていない背景には、一方で、ユネスコ条約 (1970年) を補完するために設けられた盗掘及び善意取得制度への対応につき、輸入国・市場国側の国々から批判があること、他方で、同条約が遡及効を認めていない点につき、輸出国・原産国側の国々から批判があるといえる。これらの批判からは、ユニドロワ条約 (1995年) については、善意取得制度といった私法上の法制度を巡る各国間での対立に加えて、ユネスコ条約 (1970年) についてと同様、輸出国・原産国と輸入国・市場国との間での政治的ないしイデオロギー的な対立が重要な影響を与えていることが看取できる。

(3) ところで、学説上は、現実にユニドロワ条約 (1995年) が満足のいく枠組みを提供しているか否かという評価とは別に、同条約が占有者側に負担を課すこと⁷⁰⁾は、古美術品・美術品参加者の取引慣行に倫理的な影響を与えるものであり、彼らの意識改革を促す効果があるとして、この点

67) 輸入国・市場国側から削除提案がなされた理由はここにあるとされる (清水・前掲注24) 48頁参照)。

68) John H. Merryman, *The UNIDROIT Convention: Three Significant Departures from the Urtext*, 5 *International Journal of Cultural Property* 11 (1996), pp.14-15. 例えば、合法的な発掘後に記録された文化財は、不法輸出文化財の返還に関する同5条3項の下では (同条同項の要件がみされない場合) 返還義務が生じないものの、発掘がなされた地の法により国家に発掘物の所有権が自動的に付与されているときには、当該文化財が盗取された文化財の回復に関する同3条1項における回復義務の対象となる。Merryman は、これは国家による過度な文化財の保持であると批判するのである。Ibid.

69) Taşdelen, *supra* note 64, p.129; Christa Roodt, *Private International Law, Art and Cultural Heritage* (Edward Elgar, 2015), p.132. 例えば、この問題点を指摘する国としてギリシャ (非締約国) が挙げられる。See Schneider, *supra* note 58, p.502.

70) 本節2.2.において述べたように、同条約は、盗取された文化財及び不法輸出文化財の元の所有者への回復・返還を原則とした上で、文化財を奪われる占有者に対して無知等を要件とする金銭的補償を行うという仕組みを採用する。特に、盗取された文化財の回復に伴う補償に関して、占有者の善意推定を原則とする大陸法系諸国の法制度とは異なり、占有者に証明責任を転換している点は、同条約の重要な特徴である。See Wantuch-Thole, *supra* note 46, p.213.

を同条約の重要な功績の一つとして挙げる見解⁷¹⁾がある。同条約が占有者に厳しい態度をとる背景には、文化財の取引に際して古美術品・美術品市場の参加者に高い注意・調査義務を課すことが国際的な文化財の不正取引を撲滅へと向けた最も効果的な方策である⁷²⁾、という同条約の基本的な考えがあると解される。

後述するように⁷³⁾、文化財の不正取引に対する同条約のこのような考えは、市場側を規制することが不正取引を防止するための鍵であると考えられるアプローチとして整理され得る⁷⁴⁾。だが、市場参加者には文化財の取得に関して高い注意・調査義務があるという考えは、自由市場や取引の安全という考えと必ずしも相容れるものではない。そこで、同条約の評価という問題を越えて、国境を越えた文化財の不正取引に対する抵触法的対応を探る際には、どのような背景から市場参加者には文化財の取得に関して高い注意・調査義務があるという考えが登場したのか、また、かかる考えをどのように評価すべきか、といった点について検討する必要がある。この点については、同様の考えを採用するEUにおける枠組みに関する議論を整理・分析した上で、第I部の議論の位置付け（第I部小括）と題する箇所において再度取り上げることとする。

4. 小括

以上、「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）を取り上げ、その成立の背景、構造、及び、同条約の評価を確認した。同条約の評価に関する結論は、以下の2点に要約される。第1に、同条約は、輸入国・市場国側の国々から十分な支持を得られておらず、盗取ないし不法に輸出された文化財の返還という目的との関係では十分に機能していない、ということである。同条約に対する批判から

71) See Prott, *supra* note 24, p.87; Marina Schneider, Protection and Return of Cultural Objects: The Interplay of Law and Ethics, in Lyndel V. Prott *et al* (eds.), *Realising Cultural Heritage Law: Festschrift Patrick O'Keefe* (Institute of Art and Law, 2013), pp.121-132. See also, Irini A. Stamatoudi, *Cultural Property Law and Restitution* (Edward Elgar, 2011), p.111; Forrest, *supra* note 13, p.219; Manlio Frigo, The Impact of the UNIDROIT Convention on International Case Law and Practice: an Appraisal, 20 *Uniform Law Review* 626 (2015).

72) See e.g., Explanatory Report, *supra* note 43, p.516.

73) 第I部の議論の位置付け（第I部小括）と題する箇所を参照。

74) See Forrest, *supra* note 13, p.219.

は、ここでも、国境を越えた文化財の不正取引を巡る政治的ないしイデオロギー的な対立が影響を与えていることが見て取れる。第2に、同条約の基本的な考えとして、市場参加者には文化財の取得に関して高い注意・調査義務があり、市場側を規制することが国境を越えた文化財の不正取引の問題への対応の鍵である、という考えがあるということである。

政治的ないしイデオロギー的な対立、及び、市場側の規制を重視する考えの是非等については、第I部全体の議論を踏まえた上で第I部の小括において再整理し、抵触法上の問題として、第II部において中心的に検討する。

三 ユネスコ及びユニドロワのモデル条項 (2011年)

これまで本章では、国境を越えた文化財の不正取引の問題に対応するユネスコ条約 (1970年) 及びユニドロワ条約 (1995年) の構造及び問題点を整理・分析し、以下のことを指摘した。すなわち、第1に、両条約が国境を越えた文化財の不正取引の問題に関して満足のいく枠組みを提供しているとは評価し難いこと、第2に、その背景には、国境を越えた文化財の不正取引に関する政治的ないしイデオロギー的な対立が存在すること、である。

このように条約という枠組みが十分に機能しているとはいえない状況において、国際的な文化財の不正取引の防止へと向けた国際的な文書形成の動きとして、ユネスコ及びユニドロワの共同イニシアチブとして設立された「文化遺産の国家所有権に関する専門部会 (Expert Committee on State Ownership of Cultural Heritage)」により、次のような法的拘束力を有さないモデル法が作成されており、注目される。すなわち、「未発見文化財の国家所有権に関するモデル条項 (Model Provisions on State Ownership of Undiscovered Cultural Objects)」(2011年。以下、「モデル条項」という)⁷⁵⁾、である。

以下において述べるように、モデル条項は、各国にユニドロワ条約 (1995

75) Explanatory Report with model provisions and explanatory guidelines, available at <<http://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/model-provisions>>; Manlio Frigo, Model Provisions on State Ownership of Undiscovered Cultural Objects, 16 *Uniform Law Review* 1024 (2011).

年)の批准を促すと共に、未発見文化財に国家所有権を付与する国内法の制定等を試みる立法者の参照に供するべく、作成されたものである⁷⁶⁾。ユネスコ条約(1970年)及びユニドロワ条約(1995年)の成立以降の国際的な文書作成を巡る議論を確認することは、国境を越えた文化財の不正取引の問題に関する国際レベルでの議論動向を追うという意味で重要であるといえる。

以下では、モデル条項が作成されるに至った経緯(1.)、及び、各条項の内容(2.)について確認し、小括として学説上の若干の議論に触れることとする(3.)。

1. モデル条項の作成に至る経緯

未発見文化財の国家所有権に関するモデル条項を作成する旨の提案は、2008年に韓国・ソウルで開催されたユネスコの「文化財の原産国への返還及び不正流出の場合における回復を促進する政府間委員会(Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation)」⁷⁷⁾による臨時会議(Extraordinary Session)の場においてなされた⁷⁸⁾。その当時、原産地等につき何らの目録作成や登録がなされていない考古学的遺物の返還が外国裁判所で求められた場合に、所有権に関する輸出国・原産国の立法が非常に曖昧であることが、返還請求の成功にとって妨げとなっている点が問題視されていた⁷⁹⁾。そこで、原産国を中心とする国々が、発掘文化財に対する自らの所有権を保障するために、十分に明確な法原則を備えることができるよう、そのモデルとなる条項を作成する旨の提案がなされたのである⁸⁰⁾。モデル条項は、個人資格の専門家9名から成る専門部会による議論を経て作成された後、上記政府間委員会第17回会議(2011年)に

76) Explanatory Report, *id.*

77) 同政府間委員会は、ユネスコ条約(1970年)の締約国の中から、地理的バランスを考慮しつつ選挙によって選ばれる22カ国のメンバーから構成されており、メンバーの任期は4年である(2年ごとに半数が改選)。See <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/restitution-of-cultural-property/intergovernmental-committee/>>.

78) Explanatory Report, *supra* note 75.

79) Explanatory Report, *id.*; Frigo, *supra* note 75, pp.1028-1030.

80) Explanatory Report, *id.*

において、その完成をテイクノートする旨の勧告が採択され⁸¹⁾、完成した。

モデル条項の策定を後押ししたのは、重要な輸入国・市場国でもあるイギリスの裁判所において、発掘物に対する外国国家の国家所有権的效果を承認する判決が下されたことであった⁸²⁾。本稿第3章第1節二において後述するように、2007年、イランで盗掘された文化財の返還が求められた事件において、イギリス裁判所は、イランの文化財不正流通規制上の国家所有権を認める判決⁸³⁾を下したのである。同判決を契機として、ユニドロワ条約(1995年)の枠組みによらない、各国の国際民事訴訟法を通じた返還請求に焦点が当てられることとなった⁸⁴⁾。このような背景から作成されたモデル条項は、文化財取引に従事する外国人、さらには、不正に発掘・発見された文化財の返還が求められる外国裁判所にとって、明確で理解可能な国内法の形成を輸出国・原産国側に促すことを目的としている⁸⁵⁾。このように、モデル条項を参照して作成されるべき未発見文化財の国家所有権に関する国内法上の規則は、もっぱら当該国以外の外国裁判所において執行されることを想定する点で、特殊性を有する。

2. モデル規則の構造

次に、未発見文化財の国家所有権に関するモデル条項の内容を確認する。以下で紹介するように、モデル条項は、発掘物に関する国家所有権を広く国際的に承認すべきであるという考えを宣言する文書であるといえる。モデル条項は6つの条項から成るが、中心となる条項は、以下の4つである⁸⁶⁾。

第1に、「未発見文化財は、既に存在する所有権 (prior existing ownership)

81) See <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/restitution-of-cultural-property/sessions/previous-sessions/>>.

82) See Frigo, *supra* note 75, pp.1030-1032.

83) Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Ltd [2007] EWCA 1374.

84) See Frigo, *supra* note 75, p.1030.

85) See Explanatory Report, *supra* note 75. ここでは、刑事訴訟において外国の文化財不正流通規制上の国家所有権の有無が問題となったアメリカ裁判所の判例 (United States v. McClain, 593 F.2d 658 (5th Cir. 1979)). 詳しくは、本稿第3章第1節二において後述する) が引用されている。

86) その他、未発見文化財の保護に関する国家の一般的義務に関する第1条項、及び、ユネスコ条約(1970年)並びにユニドロワ条約(1995年)に沿う形で文化財の一般的定義を再述する第2条項がある。

が存在しない限り、国家により所有される」、とする第3条項である。同条項は、発掘物に関する国家所有権の包括的な付与立法⁸⁷⁾の最も明確かつ単純な形で宣明であり、自国領域内で発見された文化財につき、国家機関やその代表が「遺産の保護者 (custodian of the heritage)」としての役割を果たすことを認めるものであるとされる⁸⁸⁾。

第2に、「法に反して発掘された文化財や合法的に発掘されたが、不法に保持されている文化財は、盗難物としてみなされる」、とする第4条項である。同条項は、盗掘されたか又は合法的に発掘されたが不法に保持される文化財を「盗難文化財」として扱うユニドロワ条約(1995年)の第3条2項⁸⁹⁾を間接的な形で参照している。これには、同条約の批准を促す意図があるとされる⁹⁰⁾。また、このような盗難物の定義には、盗取文化財の取引行為を処罰する刑事法⁹¹⁾の適用対象を拡大する利点があるとされる⁹²⁾。

第3に、第6条項は、同4条項の内容に「回復及び返還を確実にする目的のために」という文言を加えた条項であり、盗難物の返還を促すというモデル条項の目的を強調すべく設けられたものであるとされる⁹³⁾。

第4に、「第4条項の下で盗取されたものとみなされる文化財の所有権の移転は、移転者が移転時点において当該財の有効な権原を有していたことが立証されない限り、無効 (null and void) である」、とする第5条項である。不融通性 (inalienability) と題する同条項は、売買や寄付、相続等を理由とする盗難文化財の所有権移転の効果を無効とすることで、第4条項を私法面で補足するものである⁹⁴⁾。

3. 学説上の若干の議論 —小括として

最後に、本節三の小括として、未発見文化財の国家所有権に関するモデ

87) 本稿第1章第1節一(本誌278号104頁以下)参照。

88) Explanatory Report, *supra* note 75.

89) 本稿第2章第1節二.2.を参照。

90) Explanatory Report, *supra* note 75.

91) 代表的には、イギリスの刑事法(2003年)(本誌279号81-82頁参照)や、本稿第3章第1節二において後述するアメリカの刑事法規である「連邦盗品法(The National Stolen Property Act)」(1948年)が挙げられる。

92) Explanatory Report, *supra* note 75.

93) Wantuch-Thole, *supra* note 46, p.224.

94) Explanatory Report, *supra* note 75.

ル条項に関する若干の議論を確認する。学説上、一方で、同条項に対しては、モデル法という形式上、以下のような制約があることが指摘されている。すなわち、モデル条項の価値は、同条項が現実に各国国内法にどの程度取り込まれるかによること⁹⁵⁾、また、仮に同条項が各国法に取り入れられたとしても、返還請求の促進という成果を挙げるか否かは、外国裁判所が各条項の定める効果を実際に承認するか否かにかかっていること⁹⁶⁾、である。さらに、善意取得といった私法上の問題や、取得時に払うべき正当な注意に関する法的問題の解決を、ユニドロワ条約(1995年)に委ねている点⁹⁷⁾も、不十分な点として指摘される。他方で、モデル条項を肯定的に評価する見解もある。例えば、Wantuch-Tholeは、非拘束的で簡潔なモデル法という形式を用いつつ、不法に発掘・保持される文化財に限定した国家所有権に関する法原則を提唱する点で、同条項は文化財の不正取引の撲滅へと向けた画期的で洗練された試みである⁹⁸⁾、と評価する。

このように、学説上、モデル条項については、モデル法という形式に伴う限界があるものの、発掘物に関する国家所有権の包括的な付与立法の効果の国際的な承認へと向けて一定の影響力を有する、と評価されているといえる。だが、国境を越えた文化財の不正取引に対する抵触法的対応を探る本稿の観点からは、以下の問題が指摘されねばならない。すなわち、返還請求の問題となる外国裁判所において未発見文化財に対する国家の所有権の効果が認められる根拠は何か、という抵触法理論上の問題につき十分な検討がなされていないという問題である。この点について検討することが第II部における課題となる。

95) Wantuch-Thole, *supra* note 46, p.225, 227.

96) *Ibid.* モデル条項の Explanatory Report においても、例えば不法に発掘されたか又は不法に保持される盗難文化財が外国へと持ち出された場合に、所有権移転の無効という効果が外国裁判所において認められるかどうかは、当該外国自身が、自国法上、第5条項と同種の規定を有しているか否かによるところが大きいとされている。Explanatory Report, *supra* note 75.

97) See Norman Palmar, Fetters and Stumbling Blocks: Impediments to the Recovery and Return of Unlawfully Removed Cultural Objects, in Lyndel V. Prott *et al.* (eds.), *Realising Cultural Heritage Law: Festschrift for Patrick O'Keefe* (Institute of Art and Law, 2013), p.97, pp.106-107.

98) Wantuch-Thole, *supra* note 46, p.225.

第2節 EUにおける枠組み

前節では、国境を越えた文化財の不正取引の問題に対応するための国際的な枠組みについて確認した。これに対して、国境を越えた文化財の不正取引の問題に対応するための国家間での枠組みとしては、地域レベルでの枠組みも存在する。地域レベルで最も発展した枠組み作りを行ってきたといえるのは、EU（欧州連合）である⁹⁹⁾。EUでは国境を越えた文化財の不正取引の問題に対応するための立法が存在するが、それらは近年も改正されており、ユネスコ条約（1970年）及びユニドロワ条約（1995年）以降の国家間での枠組みの発展を確認する上で、EUにおける議論を概観することは重要である。そこで本節では、国境を越えた文化財の不正取引の問題に関するEUにおける枠組み及び議論動向を整理・概観する¹⁰⁰⁾。

以下では、文化財の不正取引に関して鍵となる2つのEU法について述べる前に（二、三）、EUにおいて文化財に関する法的枠組みが形成されるに至った背景を確認する（一）。

一 背景

文化財に関するEUにおける法的枠組み作りは、EU域内統一市場¹⁰¹⁾の導入を契機とする¹⁰²⁾。その経緯は以下の通りである。まず、1993年1月1日の域内統一市場の完成によりEU域内での税関コントロールが撤廃され

99) 以下で紹介するEUにおける枠組みのほか、イギリスを中心とするコモンウェルスの国々の間でも、文化遺産保護のための枠組みが存在する。See Patrick J. O'Keefe, Protection of the Material Cultural Heritage: The Commonwealth Scheme, 44 *International Journal of Cultural Property* 147 (1995); Wantuch-Thole, *supra* note 46, pp.219-221.

100) 文化財に関するEUにおける法制度一般については、以下に挙げる文献を参照。Stamatoudi, *supra* note 71, pp.112-157; Barbara T. Hoffman, European Union Legislation Pertaining to Cultural Goods, in Barbara T. Hoffman (ed.), *Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice* (Cambridge, 2006), p.191; Jürgen Basedow *et al* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law, Volume I* (Edward Elgar, 2017), p.198 [Matthias Weller].

101) 「域内市場」という概念が欧州において初めて導入されたのは、1957年の「欧州経済共同体を設立する条約（Treaty establishing the European Economic Community [298 U.N.T.S.]）」（別名：ローマ条約、EEC条約）の一部を改正する1986年の「単一欧州議定書（Single European Act, SEA）」においてであり、同議定書において、1992年末までに域内市場を完成させることが目標として掲げられた（中野優美子『EU法』（新世社、2012年）4-6頁参照）。

102) Kurt G. Siehr, The Protection of Cultural Heritage and International Commerce, 6 *International Journal of Cultural Property* 304 (1997), pp.312-313.

ることに伴い、EU 加盟国の国内法上の文化財不正流通規制に基づく、他の加盟国への文化財輸出規制が実効性を失うこととなった¹⁰³⁾。これに対し、加盟国の中でも文化財が多く所在する輸出国・原産国側の国々は、そのように事実上 EU 域内の国境が消滅することにより、他の加盟国さらには EU 加盟国以外の第三国へと自国文化財が流出することを懸念した¹⁰⁴⁾。そこで、EU 域内における文化財の自由移動を規制する EU レベルでの枠組み作りが必要となったのである¹⁰⁵⁾。

以上の経緯から誕生したのが、1992 年の「文化財の輸出に関する規則 (No. 3911/92)」(以下、「EU 規則 (No. 3911/92)」という)¹⁰⁶⁾、及び、1993 年の「EC 構成国から不法に持ち出された文化財の返還について定める指令 (93/7/EEC)」(以下、「EU 指令 (93/7/EEC)」という)¹⁰⁷⁾、である。前者の EU 規則は、EU 加盟国から域外の第三国への文化財の輸出に関する規則であるのに対して、後者の EU 指令は、EU 加盟国の文化財不正流通規制に反して他の加盟国へと持ち出された文化財の返還に関する規則である。前者は、EU 大の輸出に関する規則¹⁰⁸⁾であり、後者は、ユニドロワ条約 (1995 年) と同等の機能を EU 域内において担うものである。なお、前者の EU 規則 (No. 3911/92) は、数次の改正を受け、2008 年に採択された EU 規則 (No. 116/2009)¹⁰⁹⁾ により置き換えられており、後者の EU 指

103) 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、699 頁参照。

104) See Siehr, *supra* note 102, pp.312-313. なお、EU では「EU の機能に関する条約 (Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)」(TFEU, 9 May 2008, OJ C 115/47) の第 36 条 (EEC 条約 36 条) において、「芸術的、歴史的又は考古学的価値のある国宝の保護」を理由とする輸出等の制限行為が正当化されている。そのため、各加盟国には、自国の国宝の輸出等を制限する権限がある。同 36 条に関する議論については、Stamatoudi, *supra* note 71, pp.112-126; Roodt, *supra* note 69, pp.135-140 等を参照。

105) Siehr, *ibid.*

106) Council Regulation (EEC) No. 3911/92 of 9 December 1992 on the export of cultural goods, OJ L 395, *available at* < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:31992R3911>>.

107) Council Directive (EEC) 93/7 of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a member state, OJ L 74/74, *available at* <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31993L0007>>.

108) 各国法上の輸出に関する規則については、本稿第 1 章第 3 節 (本誌 279 号 59 頁以下) 参照。

109) Council Regulation (EC) No. 116/2009 of 18 December 2008 on the export of cultural goods, OJ L 39/1 (2009), *available at* <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/?uri=CELEX%3A32009R0116>>.

令 (93/7/EEC) も、2014 年に採択された EU 指令 (2014/60/EU)¹¹⁰⁾ により置き換えられている。本稿では、改正前と改正後のそれぞれの法をあわせて、前者を「EU 規則」、後者を「EU 指令」と呼ぶ。

以下では、EU 規則 (二)、EU 指令 (三) の順に、両派生法の構造について確認する。

二 EU 規則

(1) 上述したように、EU としての文化財の輸出規制を行なうのが「文化財の輸出に関する規則 (No. 3911/92)」である。同規則は数次の改正を受け、現在では、改正箇所を統合した上で用語の統一等を施した EU 規則 (No. 116/2009) が効力を有している¹¹¹⁾。以下では、改正前の規則にも適宜触れつつ、現行規則である EU 規則 (No. 116/2009) の中心的な規定内容を確認する。

① 第 1 に、EU 規則 (No. 116/2009) 上の輸出許可制度の対象となる「文化財 (cultural goods)」の内容についてである。この点について、EU 規則は、加盟国ごとに様々である「文化財」という概念の定義を行う代わりに、年代や金銭的価値に着目したリスト制を用いている (同規則付属書 I)。すなわち、同付属書 I では、個々の物件が 15 個の類型¹¹²⁾ に分類された上で、

110) Council Directive (EU) 2014/60 of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a member state, OJ L 59, available at <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0060>>.

111) See *Report from The Commission to the European Parliament, the Council and the European ECONOMIC and Social Committee on the implementation of Council Regulation (EC) No 116/2009 of 18 December 2008 on the export of cultural goods I January 2000 - 31 December 2010* Brussels, 27.6.2011, COM (2011) 382 final, available at <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52011DC0382>>.

112) 15 の類型は、以下の通りである。

“1. Archaeological objects more than 100 years old which are the products of - excavations and finds on land or under water, - archaeological sites, - archaeological collections

2. Elements forming an integral part of artistic, historical or religious monuments which have been dismembered, of an age exceeding 100 years

3. Pictures and paintings, other than those included in categories 4 or 5, executed entirely by hand in any medium and on any material

4. Watercolours, gouaches and pastels executed entirely by hand on any material

5. Mosaics in any material executed entirely by hand, other than those falling in categories 1 or 2, and drawings in any medium executed entirely by hand on any material

6. Original engravings, prints, serigraphs and lithographs with their respective plates and original posters

類型ごとに、5段階の金銭的価値¹¹³⁾の内、どの金銭的価値を超える場合に後述する輸出許可制度の対象となるかが示される。例えば、100年以上経っている芸術的、歴史的又は宗教的遺跡の不可欠な部分をなして、そこから分離した物件(付属書I、A-2)については、その金銭的価値如何にかかわらず、同規則上の輸出許可が必要となる。これに対して、写真や絵画(付属書I、A-3)については、その金銭的価値が15万ユーロ(約2000万円)を超えるものでなければ、同規則の輸出規制対象とはならない。従って、15万ユーロ未満の写真や絵画の輸出の際には、同規制上の輸出許可は不要であるということとなる。

②第2に、同付属書Iに従い輸出許可制度の対象とされた文化財については、加盟国の権限ある当局により発行される有効な輸出許可証が伴わない限り、EU域内から域外への輸出が禁止される(同2条1項)。「権限ある当局」とは、(a)1993年1月1日の時点で文化財が合法的かつ最終的に所在する加盟国の権限ある当局、又は、(b)上記日付以降に、(1)他の加盟国からの合法的かつ最終的な発送、(2)EU加盟国以外の第三国からの輸入、若しくは、(3)加盟国から第三国への合法的な発送後の第三国

7. Original sculptures or statuary and copies produced by the same process as the original, other than those in category 1

8. Photographs, films and negatives thereof

9. Incunabula and manuscripts, including maps and musical scores, singly or in collections

10. Books more than 100 years old, singly or in collections

11. Printed maps more than 200 years old

12. Archives, and any elements thereof, of any kind or any medium which are more than 50 years old

13. (a) Collections and specimens from zoological, botanical, mineralogical or anatomical collections; (b) Collections of historical, palaeontological, ethnographic or numismatic interest

14. Means of transport more than 75 years old

15. Any other antique items not included in categories A.1 to A.14: (a) between 50 and 100 years old: toys, games; glassware; articles of goldsmiths' or silversmiths' wares; furniture; optical, photographic or cinematographic apparatus; musical instruments; clocks and watches and parts thereof; articles of wood; pottery; tapestries; carpets; wallpaper; arms; (b) more than 100 years old."

113) 5段階の金銭的価値の区分は、以下の通りである(なお、【】内の数字は、同上に挙げた15の種類の番号を指す)。すなわち、①金銭的価値を問わない【→1, 2, 9, 12】、②15000ユーロ以上で30000ユーロを超えない価値【→5, 6, 8, 11】、③30000ユーロ以上で50000ユーロを超えない価値【→4】、④50000ユーロ以上で150000ユーロを超えない価値【→7, 10, 13, 14, 15】、⑤150000ユーロ以上【→3】、である。

からの再輸入により、それが所在する加盟国の権限ある当局(同2条2項)、である。

なお、輸出許可証を発行する「権限ある当局」の中に(a)の加盟国以外の加盟国を含める点(同条2項の(b)の(1)～(3))については、一部の学説上、次のような問題があると主張されている。すなわち、原産国である加盟国O国の文化財不正流通規制の保護を受ける文化財が加盟国A国へと合法的に移され、「輸出天国」と称されるようなA国の比較的緩い輸出許可制度の運用を通じて、EU域外へと流出することが生じうるとい問題である¹¹⁴⁾。

③第3に、EU規則上、輸出許可証の発行を求められた権限ある当局は、問題となる文化財が関係加盟国において芸術的、歴史的又は考古学的価値を有する国宝(national treasures)の保護に関する立法の対象となる場合には、輸出許可証の発行を拒否することができる(同2条2項第3文)¹¹⁵⁾。これは、同規則が加盟国の文化財保護政策に反する形で輸出規制を行うものではないこと¹¹⁶⁾、すなわち、各加盟国の文化財保護政策から独立したEU固有の文化財保護政策を追求するものではないことを示しているとされる¹¹⁷⁾。

④第4に、1996年改正により、輸出許可に関わる加盟国の手続的負担を緩和すべく¹¹⁸⁾、上述した輸出許可制度に対する例外が導入されている¹¹⁹⁾。例えば、加盟国は、地中又は海中において発掘ないし発見された物又は考古学的遺跡の一部であって、100年以上経過した考古学的物件(付属書I、A.1類型の第1及び第2)については、それが限定的な考古学的

114) Stamatoudi, *supra* note 71, pp.139-140.

115) 欧州委員会の報告書によれば、2000年1月1日から2010年12月31日の間に、全体の0.3%にあたる638件の輸出許可が拒否されているとされる。Report, *supra* note 111, p.7, 20. 輸出不許可の主な理由は、申請書類の不備や問題となる文化財が加盟国の国宝に該当するためであるとされる。Id. p.7.

116) Kurt G. Siehr, *International Art Trade and the Law*, 243 *Recueil des cours* 9 (1993), p.229.

117) *Id.* pp.230-231.

118) See Wantuch-Thole, *supra* note 46, p.164.

119) Council Regulation (EC) No. 2469/96, OJ L 335, 24.12.1996, p.9. この点に関連して、学説上、EU規則の執行面に関しては、いくつかの課題があることが指摘されている。例えば、文化財に関する専門的知見を有しない税関当局による執行の面での困難を指摘するものとして、Wantuch-Thole, *id.* pp.164-165. また、加盟国の税関当局間では同規則の執行能力に違いがあること等から、同規則のより適切な執行へと向けて、加盟国間でのより密な情報交換・共有が重要であると主張するものとして、Roodt, *supra* note 69, p.143. See also, Report, *supra* note 111, p.9.

又は科学的利益しか有していない場合、輸出許可を求めなくてもよいこととなった(同2条2項第1文)。ただし、問題となる文化財が、加盟国内において直接的に発掘、発見又は考古学的遺跡から引き剥がされた物ではなく、かつ、市場におけるその取引が合法的である物であることが条件となる(同2条2項第1文但書き)。

(2) このように、文化財の輸出に関するEU規則は、域内自由市場を悪用した文化財の域内での不法輸出を規制すると同時に、EU加盟国からEU加盟国以外の第三国への文化財の輸出を規制すべく、EUとしての統一的な輸出基準を設定する¹²⁰⁾。ただし、同規則上、「権限ある当局」が文化財の原産国とされる加盟国の当局に限定されていないことから推察されるように、文化財の輸出に関するEU規則は、文化財の不正取引の防止へと向けられた規則というよりも、域内統一市場の完成に伴い必要となったEU大での文化財に関する輸出規制、という位置付けがより正確であると考えられる。

これに対して、次に紹介する「EC構成国から不法に持ち出された文化財の返還について定める指令」は、国境を越えた文化財の不正取引の問題を正面から取り上げた上で、不法に持ち出された文化財の返還へと向けた枠組みを提供するものとして、より注目される。

三 EU指令

EC構成国から不法に持ち出された文化財の返還について定めるEU指令は、ある加盟国O国から他の加盟国A国へと不法に移転させられた文化財の返還や、それに関する加盟国間での協力について定める規則である。同指令は、本稿第2章第1節二において述べたユニドロワ条約(1995年)の柱の一つである「不法輸出文化財の返還」に関する枠組みと同等の機能を果たすものである¹²¹⁾。以下で詳しく述べるように、EU指令(93/7/EEC)

120) Wantuch-Thole, *id.* p.164.

121) ユニドロワ条約(1995年)とEU指令(93/7/EEC)は、同時期に相互関連的な議論を経て形成された枠組みである。See Kurt G. Siehr, *The Protection of Cultural Property: UNIDROIT Convention and EEC Instruments of 1992/93 Compared*, 3 *Uniform Law Review* 677 (1998); Jean-Sylvestre Bergé, *La Convention d'Unidroit sur le biens culturels: remarques sur la dynamique des sources en droit international*, 2 *Journal du droit international* 215 (2000); Marie Cornu, *Recasting Restitution: Interactions between EU and International Law*, 20 *Uniform Law Review* 637 (2015).

は、その枠組み強化へと向け、2014年に改正されている（EU指令〔2014/60/EU〕¹²²⁾。輸出国・原産国側の国々（イタリア、ギリシャ等）だけでなく、輸入国・市場国側の国々（イギリス、フランス等）も含まれるEUという地域的共同体において、どのような背景から、どのような議論を経て、同指令の枠組みは形成され、発展してきたのであろうか。

このような問題関心から、以下では、EU指令（93/7/EEC）の中心的な規定（1.）、及び、改正法であるEU指令（2014/60/EU）による改正の経緯や改正点を確認した上で（2.）、関連する学説上の若干の議論について触れることとする（3.）。

1. 中心的な規定内容

まず、EU指令（93/7/EEC）の中心的な規定について確認する¹²³⁾。

① 第1に、EU指令（93/7/EEC）における「文化財（cultural objects）」の定義である。同指令上、「文化財」とは、(1) 不法な持出しの前後に、「美術的、歴史的又は考古学的な価値を有する国宝」（EEC条約36条〔現行「EUの機能に関する条約」第36条〕¹²⁴⁾に分類されたものであり、かつ、(2) 同指令の付属書に掲げられた類型¹²⁵⁾のいずれかに含まれるか、又は、含まれないものの公の収蔵品若しくは教会機関の目録の不可欠な部分をなすもの（同1条1項〔現行指令2条1項は内容変更〕）、をいう。後述するように、2014年改正により（2）の要件に基づく年代及び価格による制限が廃止されたため、現在では（1）の要件の「国宝」に該当する文化財すべてが同指令の対象となる¹²⁶⁾。

122) See Cornu, *id.* p.638. See also, Marie Cornu & Manrio Frigo, *Nouvelle directive 2014/60/UE en matière de restitution de biens culturels: L'alliance entre le droit de l'union et le droit international*, 25 (4) *Revue Europe* 5 (2015).

123) 以下で挙げるもののほか、EU指令（93/7/EEC）には、不法に持ち出された文化財の場所の特定等に関する中央当局間での行政協力についての定めがある（同4条〔現行指令5条〕）。なお、現行指令5条では、ここでの協力義務を遂行するにあたり、「域内市場情報システム（Internal Market Information System, IMI）」を利用することが要求されている。IMIとは、EU加盟国間の国家・地域及・地方の当局を繋ぐIT技術に基づく情報ネットワークである。See <http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_governance_tool/internal_market_information_system/index_en.htm>.

124) 前掲注104) 参照。

125) 同付属書の内容は、EU規則の付属書（前掲注112）、及び、前掲注113）参照）とほぼ同じ内容である。

126) なお、EU指令の対象となる文化財は、域内統一市場の完成日である1993年1

② 第2に、加盟国の領域から「不法に持ち出された (unlawfully removed)」文化財は、同指令の手續に従い返還されねばならない (同2条〔現行指令3条〕)。「不法に持ち出された」とは、(1) 加盟国の国宝保護に関する規則に反するか、若しくは、EU規則 (No. 3911/92) に反して当該加盟国の領域から持ち出されたこと、又は、(2) 合法的な一時持出し期間終了時に返還されなかったこと、若しくは、一時持出しに関するその他要件に反すること (同1条2項〔現行指令2条2項〕) を指す。

③ 第3に、返還の手續に関する定めである。同指令上、返還を求める加盟国 (要求国〔requesting Member State〕) は、要求を受けた加盟国の裁判所において、問題となる文化財の占有者等に対し、その返還を求める訴えを提起することができる (同5条〔現行指令6条〕)。このように、同指令は、ユニドロワ条約 (1995年) 上の不法輸出文化財の返還に関する枠組みと同様、国家による訴えのみを認める。要求を受けた加盟国の裁判所は、問題となる文化財が同1条1項に該当し、かつ、それが不法に持ち出されたことが証明された場合には、原則として返還を命じる (同8条)。また、被告である占有者等が当該文化財の取得時に「正当な注意 (due care and attention)」を払ったことを立証した場合、当該状況に照らして合理的とみなされる補償を認めなければならない (同9条第1文〔現行指令10条〕)。同9条第2文では、この占有者等の証明責任は、要求を受けた加盟国の法によって規律されるとされていたものの、後述するように、2014年改正により、同第2文が削除された上で、「正当な注意」の判断の際に考慮されるべき要素が列挙されている (現行指令10条第2文)。

④ 第4に、返還後の文化財の所有権に関する問題については、要求国の法 (the law of the requesting Member State) により規律されることとなる (同12条〔現行指令13条〕)。なお、ここでの「法」が要求国の実質法を指すのか、それとも、当該国の抵触法をも含むのか、という点を巡っては、争いがある¹²⁷⁾。学説上は、同指令は抵触法上の準拠法選択に影響を与えるものではないとして、「法」には抵触法も含まれるとする見解¹²⁸⁾と、返還

月1日以降に不法に持ち出された文化財に限定される (同13条〔現行指令14条〕)。

127) Roodt, *supra* note 69, pp.147-148. 後者の場合には、要求国の抵触法に従い当該文化財を占有者が取得した当時の所在地法が準拠法として指定されることとなり、同準拠実質法上、占有者による善意取得等が認められる余地がある。

128) Norman Palmer, *Recovering Stolen Art*, 47 *Current Legal Problems* 215 (1994), p.237.

のための枠組みである同指令が善意取得等を認めることは考え難いとして、「法」とは実質法を指すと解すべきであるとする見解¹²⁹⁾が対立している。

⑤ 第5に、EU指令(93/7/EEC)上、要求国による返還請求権は、当該国から不法に持ち出された文化財の所在及びその占有者等の身元を知った時から1年以内に行使されない場合、消滅する(同7条1項第1文〔現行指令8条1項第1文は内容変更〕)¹³⁰⁾。後述するように、2014年のEU指令(2014/60/EU)による改正で出訴期間制限が1年から3年に延長されている。

以上、2014年改正前のEU指令(93/7/EEC)の中心的な内容について述べた。次に、EU指令(93/7/EEC)の改正が行われることとなった経緯、並びに、現行指令であるEU指令(2014/60/EU)による改正点及び改正時の議論について確認する。

See also, Roodt, *id.* p.148.

129) Guido Carducci, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art* (L.G.D.J., 1997), p.408. See also, Roodt, *ibid.*

130) 文化財が不法に持ち出されてから30年以内に行使されない時にも請求権は消滅する(同7条1項第2文〔現行指令8条1項第2文〕)。