

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（4） —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、280号)
2. 2014年改正の背景・内容
 - A. 改正に至った経緯
 - B. 改正点
3. 小括

第3節 小括

第I部の議論の位置付け（第I部小括）

1. 第I部における議論の整理
2. 学説上の議論
 - A. 文化財の不正取引に関する一般的な議論
 - B. 文化財の不正取引に対する法的対応を巡る議論

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
 1. 裁判例
 - A. 大陸法系諸国
 - B. 英米法系諸国
 - B-1. イギリス（以上、本号）
 - B-2. アメリカ
 - C. 小括
 2. 抵触法規則・学説
 - 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 ー我が国法秩序を例として

第3節 小括

結語

2. 2014 年改正の背景・内容

本節一¹⁾において述べたように、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)は、2014 年に改正されている(以下、「EU 指令 (2014/60/EU)」という)。2014 年改正は、返還件数の増加や返還コストの削減²⁾を目指しつつ、従来は、市場利益保護の観点から域内自由貿易原則に対する例外として位置付けられてきた同指令を、各加盟国による文化財保護政策の尊重を図るものへと修正するものである³⁾、とされる。

以下では、同指令が改正されるに至った経緯 (A.)、及び、改正点 (B.)について述べる。

A. 改正に至った経緯

EU 指令 (93/7/EEC) の見直しが提案された背景には、同指令の中でも、同指令 5 条に基づく返還請求手続が加盟国によりほとんど利用されていない、という問題があった⁴⁾。例えば、1993 年から 2007 年の期間で、加盟国

1) 本誌 280 号 (2018 年) 194 頁以下参照。

2) Summary of the Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Return of Cultural Objects Unlawfully Removed from the Territory of a Member State (recast), Brussels, Doc SWD (2013), 30.05.2013, 118 final. See also, Marie Cornu, Recasting Restitution: Interactions between EU and International Law, 20 *Uniform Law Review* 637 (2015), p. 642.

3) See Cornu, *id.* pp. 640-642.

4) See Cornu, *id.* p. 638. なお、同指令の利用状況は、同指令 16 条 1 項に従い 3 年ごと (現行指令 17 条 1 項では、「5 年ごと」に延長) に加盟国により提出される報告書に基づき作成される欧州委員会報告書に記載されている。欧州委員会報告書は、次のサイトで入手可能。<<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>>. See *Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, on the implementation of Council Regulation (EEC) n° 3911/92 on the export of cultural goods and Council Directive 93/7/EEC on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State*, Brussels, 25.05.2000, COM (2000) 325 final [hereafter referred to as **First Report**]; *Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, Second report on the application of Council Regulation (EEC) n° 3911/92 on the export of cultural goods and Council Directive 93/7/EEC on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State*, Brussels, 21.12.2005, COM (2005) 675 final [hereafter referred to as **Second Report**]; *Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, Third report on the application of Council Regulation (EEC) n° 3911/92 on the export of cultural goods and Council Directive 93/7/EEC on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State*, Brussels, 30.7.2009, COM (2009) 408 final [hereafter referred to as **Third Report**]; *Report from the Commission*

行政当局間の協力等を通じて返還された文化財は 28 件であり、同期間に提起された 14 件の返還請求訴訟の内、調査が行われた当時において係属中であった 10 件を除けば、3 件で返還が認められ⁵⁾、残り 1 件は同指令 7 条 1 項の出訴期間制限等を理由に返還請求が棄却⁶⁾されている⁷⁾。EU 指令 (93/7/EEC) に基づく返還請求手続があまり利用されない要因としては、一方で、他の国際的な枠組み (ユネスコ条約 [1970 年] やユニドロワ条約 [1995 年]) が存在することや、自主的な返還が多く行われていることといった、同指令に外在的な要因が挙げられてきた⁸⁾。他方で、一部の加盟国からは、同指令の対象となる物件⁹⁾ が限定的であることや、1 年という出訴期間制限 (同指令 7 条 1 項第 1 文) が短すぎるということ¹⁰⁾、同指令に内在的な要因も指摘されていた。

欧州委員会は、EU 指令 (93/7/EEC) に対する加盟国の意見をまとめた第 3 次評価報告書の結論において、1 年の出訴期間制限が短すぎる点や、その点が同指令を非実効的なものとしている点に関して、加盟国間には意見の一致があるものの、付属書に掲げられる物件類型の追加や金銭的価値基準の修正に関して、加盟国間に意見の一致はみられない、との結論を下した¹¹⁾。上記結論に基づき、EU 指令 (93/7/EEC) の改正へと向けた作業に

to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, Forth report on the application of Council Regulation (EEC) n° 3911/92 on the export of cultural goods and Council Directive 93/7/EEC on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, Brussels, 30.5.2013, COM (2013) 310 final [hereafter referred to as **Forth Report**].

- 5) その内 1 件 (フィンランドによるイギリス裁判所での訴訟提起) の返還は、善意取得者との間での裁判外の和解によるものである。See First Report, *id.* [4.2. Application of the Directive].
- 6) チェコによるドイツ・ミュンヘンの行政裁判所での返還請求訴訟である。VG München, 31 Juli 2008 (Az M 17 K 06.3644), Openjur 2012, 93323. See also, Mara Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross-border Litigation: Turing Rights into Claims* (De Gruyter, 2015), pp. 167-168.
- 7) See First Report, *supra* note 4 [Annex III]; Second Report, *supra* note 4 [Annex]; Third Report, *supra* note 4 [Annex]. なお、1993 年から 2011 年の期間で、訴訟によることなく自主的に返還された件数は、46 件であるとされる。See Cornu, *supra* note 2, p. 638. See also, First Report, *id.* [Annex III]; Second Report, *id.* [Annex]; Third Report, *id.* [Annex]; Forth Report, *supra* note 4 [Annex].
- 8) See Cornu, *id.* pp. 638-639.
- 9) 対象となる物件については、本節 3.1. (本誌 280 号 (2018 年) 200 頁) 参照。
- 10) 欧州委員会による第 3 次評価報告書による。See Third Report, *supra* note 4 [4.2.2. Proceedings for return (Article 5)].
- 11) *Id.* [5. Conclusion].

着手すべきことが提案された¹²⁾。2009年には、同指令の適用における問題を特定し解決策を提案することを目的とした、各国代表からなる「文化財の返還に関するワーキング・グループ」が欧州委員会内部に設けられた¹³⁾。その後、2011年に、同ワーキング・グループにより、同指令の改正が必要である旨の報告書が欧州委員会に提出された¹⁴⁾。なお、これと並行して、欧州連合理事会（Council of the European Union）の要請を受けた欧州委員会により、EUにおける文化財の不正取引の抑制・撲滅に関する研究が命じられ、2011年には、11名の専門家により作成された報告書¹⁵⁾が提出されている。同報告書においても、文化財の不正取引の防止へと向けた提案の一つとして、同指令の改正が挙げられていた¹⁶⁾。

このように、本節二で紹介したEU規則（No. 116/2009）が成立した時期と同じくして、域内における文化財の返還に関するEU指令（93/7/EEC）についても、その改正の議論が本格化した¹⁷⁾。

B. 改正点

以上述べた経緯を経て、2014年5月15日、改正指令であるEU指令（2014/60/EU）は成立した。主な改正点は、①対象となる文化財の定義に関して、付属書に基づく類型及び金銭的評価の制限が廃止された点、②「正当な注意」の有無の判断に当たり、裁判所が考慮すべき要素が明記された点、③出訴期間制限が1年から3年へと延長された点、である。以下、順にみていくこととする。

①第1に、EU指令（2014/60/EU）では、同指令の対象となる文化財が以下のように定められた。すなわち、「不法な持出しの前に又は後に、国

12) *Id.* [6. Next Step].

13) See Third Report, *supra* note 4 [6. Next Step]; Forth Report, *supra* note 4 [3.2 “Return of cultural goods” working group].

14) See Forth Report, *ibid.*

15) Centre d’Etudes sur la Coopération Juridique Internationale [hereinafter referred to as **CECOJI-CNRS**], *Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union*, **CECOJI-CNRS-UMR 6224** (October 2011), available at <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ca56cfac-ad6b-45ab-b940-e1a7fa4458db/language-en>>.

16) **CECOJI-CNRS**, *id.* p. 224 [Recommendation no. 15].

17) EUにおける文化財の不正取引に関する関心の高まりについては、Cornu, *supra* note 2, pp. 639-640を参照。

家立法又は行政的手続により、EU の機能に関する条約 36 条の意味における『芸術的、歴史的又は考古学的価値を有する国宝』として分類されるか又は定義される物件」(同 2 条 2 項)、である。本節 3 1.¹⁸⁾でも述べたように、EU 指令 (93/7/EEC) の付属書に掲げられた類型のいずれかに含まれること、という要件は削除された。

同付属書を巡っては、予てより、特に 5 段階の金銭的価値による文化財の分類を巡り、加盟国間で意見の対立があった。すなわち、5 段階の金銭的価値が高く設定されすぎており、同指令が文化財の十分な保護を提供できていないとする意見¹⁹⁾と、反対に、価値基準を上げるべきであるとする意見²⁰⁾、とが対立していた。改正作業における議論では、付属書の取り扱いを巡りいくつかの提案がなされた²¹⁾ものの、最終的には、同指令の対象文化財の拡大を行なうこととなる付属書削除案が容れられる結果となった。削除案に対しては、対象となる文化財の範囲を過度に拡大する恐れを懸念する声が上がったものの、返還請求手続が用いられていない点を是正するという同指令の改正の背景に鑑み、削除案が採用されたとされる²²⁾。

② 第 2 に、最も大きな改正点として、占有者に対する合理的な補償の条件となる、取得時の「正当な注意」の有無の判断に際し、裁判所が考慮すべき要素が例示列举された点が挙げられる。まず、2014 年改正では、正当な注意の証明責任の問題を要求を受けた加盟国の法に服させる旨の規定 (EU 指令 [93/7/EEC] 9 条第 2 文) が削除された。その理由は、加盟国の裁判所毎に準拠する法が異なり、返還請求の解決及び条件に大きな隔たりが生じることが、同指令の実効性を損なうと指摘されたためであるとされる²³⁾。そこで、以下の規定が新たに導入された (同 10 条第 2 文)。

18) 本誌 280 号 (2018 年) 200 頁参照。

19) 例えば、スペイン、オーストリア、スウェーデン、フランスが、このような意見を提出している。See First Report, *supra* note 4 [5. Implementation of the Joint Annex to the Regulation and the Directive]; Second Report, *supra* note 4 [6.3. Maintaining financial thresholds].

20) 例えば、イギリス、ドイツが、このような意見を提出している。See First Report, *supra* note 4 [5. Implementation of the Joint Annex to the Regulation and the Directive]; Second Report, *supra* note 4 [6.3. Maintaining financial thresholds].

21) See Cornu, *supra* note 2, p. 643.

22) *Ibid.*

23) *Id.* p. 644.

「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、とりわけ、物件の原産地に関する文書、要求を行う加盟国の法の下で要求される持出の許可証、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を調査したか、又は合理的な者が当該状況の下でなし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」²⁴⁾。

ここで例示列挙される考慮要素は、ユニドロワ条約（1995年）上、占有者が補償を受けるために要求される「正当な注意（due diligence）」を判断する際、裁判所が考慮しなければならないものとして例示列挙される事由²⁵⁾と、ほぼ同じである²⁶⁾。Cornuによれば、このようにEU指令（2014/60/EU）が同条約と平仄を合わせたことは、同指令が自由市場の価値と文化財保護の価値との間で、後者により重心を移したということの意味する²⁷⁾、という。Cornuは、この背景には、アート市場が特殊な市場であり、その道德化が必要であるという認識がEUにおいて広まったという事情がある、とする²⁸⁾。この点に関して、実際にも、改正により新たに加わった同指令Recital 17は、「市場に関与するすべての者が文化財を含む取引の際に正当な注意を払うことを確実にすることが望まし」く、「文化財の不正取引を抑制し撲滅するというEUの目的を達成するために、本指令は、補償を受けるためには、占有者が文化財を取得する際に正当な注意を払ったことを証明しなければならないことを規定すべきである」として、市場

24) Article 10 Paragraph 2 “In determining whether the possessor exercised due care and attention, consideration shall be given to all the circumstances of the acquisition, in particular the documentation on the object’s provenance, the authorisations for removal required under the law of the requesting Member State, the character of the parties, the price paid, whether the possessor consulted any accessible register of stolen cultural objects and any relevant information which he could reasonably have obtained, or took any other step which a reasonable person would have taken in the circumstances.”

25) 本稿第2章第1節2.（本誌280号（2018年）182-183頁）参照。

26) 異なるのは次の点である。すなわち、EU指令においては、ユニドロワ条約（1995年）とは異なり、「物件の原産地に関する文書」と「要求を行う加盟国の法の下で要求される持出の許可証」が加えられている点、反対に、「占有者が利用可能な期間の意見を聴取したかどうか」（ユニドロワ条約〔1995年〕4条4項）という要素が削られている点、である。

27) Cornu, *supra* note 2, p. 645.

28) *Id.* pp. 644-645.

参加者の意識改革の重要性を強調する。

③ 最後に、出訴期間制限が従来の1年から3年へと延長された点が挙げられる(2014年改正指令8条1項第1文)。これは、従来加盟国の間で意見の一致があった点である²⁹⁾。

3. 小括

本節三では、加盟国から他の加盟国へと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(93/7/EEC)について、全体的構造、枠組み強化へと向けた2014年改正の背景、及び、改正点について確認した。同指令に関しては、同指令に基づく文化財の返還請求訴訟の利用及び成功を促進すべく、2014年の改正により、対象文化財の拡大や出訴期間制限の延長に加え、補償を受けるための正当な注意の内容の明確化が図られたことを述べた。注目されるのは、取得者が払うべき「正当な注意」の内容に関し、EU指令(2014/60/EU)がユニドロワ条約(1995年)と平仄を合わせることで、占有者である文化財の取得者に、より高い調査・注意義務を負わせる形での枠組み強化が図られている点である。これは、EUにおける文化財の不正取引を巡る議論が、従来と比べ、より各加盟国の文化財保護政策の尊重を図るものへと移行していることを示すものであるといえよう。Cornuの分析によれば、この背景には、アート市場が特殊な市場であり、その道德化が必要であるという認識が、EUにおいて広まったという事情があるとされる。

なお、EU指令(2014/60/EU)が国家による返還請求のみを対象としている関係で、個人による返還請求に関して、EUにおける国際裁判管轄及び外国判決承認に関する規則について定める「民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する2012年12月12日の欧州議会及び理事会の規則(EU) No. 1215/2012」(いわゆる「ブラッセルI改正規則」)³⁰⁾には、次のような定めがある。すなわち、同規則の第7条(4)³¹⁾は、EU加盟国

29) 前掲注11)に対応する本文参照。なお、30年の長期の出訴期間制限はそのまま残された(EU指令[2014/60/EU]8条1項第2文)。

30) Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), OJ L 351/1.

31) Article 7(4) "A person domiciled in a Member State may be sued in another Member State: as regards a civil claim for the recovery, based on ownership, of a cultural object as

にドミサイルを有する占有者に対する、EU 指令（2014/60/EU）2 条 2 項に該当する文化財の個人による返還請求につき、当該文化財が所在する地の裁判所に管轄を認める³²⁾。同規定は、当初提案されていた一般的な動産の財産所在地管轄に代わり導入された規定であるとされ、原則管轄である被告住所地（ブラッセル I 改正規則 4 条 1 項）以外の加盟国に盗取された文化財が所在する場合、当該所在地において被告を訴えることを元の所有者に対して認めるものであるとされる³³⁾。Siehr が述べるように³⁴⁾、このような立法経緯からすれば、同規定は、文化財保護の強化を図ることを意図するものではなく、むしろ財産所在地管轄の便宜を認めるものにすぎないと理解すべきであろう³⁵⁾。

第 3 節 小括

本章では、国境を越えた文化財の不正取引の撲滅を目指す、国際レベルでの枠組み（第 1 節）及び地域レベルでの枠組み（第 2 節）を概観した。各節の結論は、以下の通りである。

① 第 1 節では、ユネスコ条約（1970 年）、ユニドロワ条約（1995 年）、及び、ユネスコ及びユニドロワのモデル条項（2011 年）につき、それぞれ内容及び問題点を確認した。結論として、ユネスコ条約（1970 年）も、それを補完すべく作成されたユニドロワ条約（1995 年）も、国際的な文化財の不正取引の防止にとって満足のいく枠組みを提供しているとはいえないことを指摘した。両条約交渉における各国の政治的ないしイデオロギー的な対立に鑑みれば、国際的な規範形成の重心がモデル条項のような

defined in point 1 of Article 1 of Directive 93/7/EEC initiated by the person claiming the right to recover such an object, in the courts for the place where the cultural object is situated at the time when the court is seised.”

32) 同規定に関して、Ulrich Magnus & Peter Mankowski, *European Commentaries on Private International Law ECPIL, Commentary, Volume I Brussels Ibis Regulation* (Otto Schmidt, 2016), pp. 344-350 [Mankowski]; Kurt Siehr, Das Forum rei sitae in der neuen EuGVO (Art. 7 Nr. 4 EuGVO n.F.) und der internationale Kulturgüterschutz, in *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag* (Mohr Siebeck, 2014), pp. 837-850; Lorna E. Gillies, The Contribution of Jurisdiction as a Technique of Demand Side Regulation in Claims for the Recovery of Cultural Objects, 11 (2) *Journal of Private International Law* 295 (2015) 等参照。

33) Mankowski, *id.* pp. 344-345.

34) Siehr, *supra* note 32, p. 850.

35) ただし、異なる提言として、Gillies, *supra* note 32.

非拘束的規範に移っている現状も理解できよう。

② 第2節では、国境を越えた文化財の不正取引の問題に関して、最も発展した法的枠組み作りが行われてきたEUに焦点を当て、EU派生法である「文化財の輸出に関する規則」及び「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」につき、それぞれの内容や改正の経緯を中心に確認した。結論として、EUでは、域内統一市場の完成により導入された両派生法がいずれも近年改正されており、特に後者のEU指令については、古美術品・美術品市場参加者の意識改革の重要性が強調される（同10条第2文、Recital 17 参照）等、文化財の返還請求訴訟の利用を促進する方向での枠組みの強化が図られていることを確認した。

第Ⅰ部の議論の位置づけ（第Ⅰ部小括）

第Ⅰ部では、各国の文化財不正流通規制（第1章）及び国境を越えた文化財の不正取引に対応する国際的な枠組み（第2章）について概観した。第Ⅱ部の抵触法上の議論に入る前に、以下では、第Ⅰ部の議論から明らかとなった点を整理した上で（1.）、文化財の不正取引を巡る学説上の中心的議論を整理・分析し、国境を越えた文化財の不正取引を巡る議論の全体像の明確化を図る（2.）。

1. 第Ⅰ部における議論の整理

まず、第1部の小括として、各国法（第1章）及び国際的な枠組み（第2章）の整理を通じて明らかとなった対立軸について確認する。

① 第1に、文化財の発掘・譲渡・輸出に関する各国規制を整理・概観した第1章では、一方で、国家にとって重要な文化的価値を有する財が多く所在し、かかる財につき私法上の所有権取得・移転の制限（発掘・譲渡・輸出に関する規制）を行う国々と、他方で、文化財の取引や私的所有権の尊重という観点から、緩やかな文化財不正流通規制しか行わない国々があることを示した。各国の文化財不正流通規制には、文化財の国家的価値を尊重する保護主義的政策と私法上の取引を尊重するリベラルな政策とが存在するということである。

② 第2に、国境を越えた文化財の不正取引の問題に関する国際・地域

レベル（EU）での枠組みについて述べた第2章では、とりわけ、ユネスコ条約（1970年）に批判的な見解の分析を通じて、文化財の不正取引の抑止を目指す国際的な規範形成にも、第1章で示した輸出国・原産国（保護主義）と輸入国・市場国（自由市場主義）との間の政治的ないしイデオロギー的な対立が色濃く影響を及ぼしていることが明らかとなった。Merrymanによれば、この対立は、国家に文化財を過度に留め置こうとする保護主義的な「文化財国家主義」と、文化財の流通こそが文化的発展を促進すると考えるコスモポリタンの「文化財国際主義」との間の対立であるとされる。だが、Prottの指摘によれば、Merrymanがコスモポリタンのと評する文化財国際主義も、自由市場主義というイデオロギーにすぎないこととなる。

③第3に、第2章では、②の点に加えて、文化財の不正取引に対する法的対応を巡る政治的ないしイデオロギー的な対立にもかかわらず、主要市場国によるユネスコ条約（1970年）の締結の動き（2000年代初頭～）があり、EUという輸出国・原産国のみならず輸入国・市場国も含む地域的枠組みにおいても、近年、文化財保護政策の尊重へと向けた法改正が行なわれていることを述べた。これらの動向からは、他国文化財の保護に対する各国、特に輸入国・市場国の関心の高まりが見て取れる。この背景には、例えば、文化財の不正取引の抑止と「テロとの闘い」の密接な関連性の認識の広まりや、自国の文化財市場関係者による不正取引スキャンダルの発覚、国際社会からのプレッシャーの存在等があることが推測される。

2. 学説上の議論

ここでは、第I部では取り上げることのできなかった文化財の不正取引の問題に関する学説上の議論を概観することで、第I部における議論の若干の理論的整理を行う。以下では、文化財の不正取引に関する一般的な議論について述べた上で（A.）、文化財の不正取引に対する法的対応を巡るアプローチの対立を確認する（B.）。

A. 文化財の不正取引に関する一般的な議論

文化財の不正取引に関する一般的な議論としては、①「文化財」という概念の法的定義を巡る議論、及び、②国家による文化財保護と私的所有権

の保障との関係ないしバランスを巡る議論の2つを挙げることができる。以下、順に述べることとする。

① 第1に、文化財ないし文化遺産の定義に関する議論である。ユネスコ条約(1970年)は「考古学上、先史学上、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(同条約1条)、という形で一般的な定義付けを行なった上で、一定の分類を設けることには成功した。だが、それを越えた詳細な定義付けは出来ておらず、實際上、何を文化財とするかは基本的に各国法に委ねられているという状態にある³⁶⁾。本稿第1章で紹介した国内法の間でも、文化財の定義や範囲は様々であった。また、本稿第2章第2節で述べたEUにおける議論からも、年代や価格といった客観的な基準により共通項をくり出すことにも困難が存在することが見て取れた。

学説上も、文化財の定義付けを試みる見解³⁷⁾は存在するものの、一般に、何が文化財を構成するのかという点につき、国際的に承認された定義は存在しないと解されており³⁸⁾、その困難が広く認識されているといえる。例えば、Prott及びO'Keefeは、占有者の権利保護という基本的政策が背後にある「財(property)」という用語ではなく、知的及び精神的な偉業の証左としての「遺産(heritage)」という用語を用いるべきである³⁹⁾、と主張する一方で、国際レベルで文化財ないし文化遺産の明確な定義に関する合意に至るには、様々な諸社会における文化の多様性に関する、よりよい知見と受容が必要である⁴⁰⁾、とする。このように、文化財を国際的に統一的な形で定義することは、「文化」自体の固有性や多様性に鑑みれば、ほとんど不可能なことであると解されているといえよう。

② 第2に、国家による文化財保護と私的所有権の保障との関係についてである。本稿第2章第1節一において述べたように、Merrymanは、ユ

36) Wantuch-Thole, *supra* note 6, pp. 17-18.

37) See, e.g., Janet Blake, On Defining the Cultural Heritage, 49 *International & Comparative Law Quarterly* 61 (2000).

38) See Wantuch-Thole, *supra* note 6, p. 17.

39) Lyndel V. Prott, The International Movement of Cultural Objects, 12 *International Journal of Cultural Property* 225 (2005), pp. 226-228; Lyndel V. Prott & Patrick J. O'Keefe, 'Cultural Heritage' or 'Cultural Property'?, 1 *International Journal of Cultural Property* 307 (1992).

40) Prott, *id.* p. 228.

ネスコ条約（1970 年）が「不正輸出（illicit export）」や「不正取引（illicit trade）」の定義を、輸出国・原産国の文化財不正流通規制に白紙委任する点を批判する⁴¹⁾。この批判の背景には、輸出国・原産国の輸出規制違反にあたる場合には、私人による正統な所有権の行使である輸出行為であっても、他国はそれを一律に不正輸出として処理するというのが、果たして私的所有権保護の観点から妥当か否か、という問題提起があるといえよう。これは、根本的には、文化財保護と私的所有権の保障との関係を巡る問題であるといえる。すなわち、文化財不正流通規制による文化財の譲渡・輸出制限の範囲が拡大する中、国家による規制利益と憲法上の権利ないし人権である所有権保障とのバランスを如何にとるべきか、という問題である⁴²⁾。

文化財保護と私的所有権の保障との関係に関する裁判例として、欧州人権裁判所⁴³⁾による *Beyeler v. Italy* 事件判決⁴⁴⁾がある。どのような状況で両者の緊張関係が具体化するのかという点を示すために、同判決をここで取り上げることとする。事案の概要は以下の通りである。

〔事実〕スイス人の著名な収集家 X（申立人）は、1977 年、代理人 A（訴外）を通じ、イタリア Y（被告国）により同国に先買権が発生する文化財として指定されていた、フィンセント・ファン・ゴッホ（Vincent van Gogh）の絵画（以下、「本件絵画」という）を B（訴外）より購入した⁴⁵⁾。同年、B は当該売買について Y に申告したもの（その中で X の名は記されておらず、売買の相手方は「A」と記載されていた）、その際、Y は先買権を行使しなかった⁴⁶⁾。A は、1983 年に至り、Y に対し、1977 年に X の代理で本件絵画を購入したことを申告した上で、ヴェニス美術館 C（訴

41) Merryman の見解について、本稿第 2 章第 1 節 4.B.（本誌 280 号（2018 年）175 頁以下）参照。

42) See, e.g., Marie-Sophie de Clippele & Lucie Lambrecht, *Art Law & Balances. Increased Protection of Cultural Heritage Law vs. Private Ownership: Towards Clash or Balance?* 22 *International Journal of Cultural Property* 259 (2015), p. 260.

43) See <<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>>.

44) *Beyeler v. Italy*, 5 Jan. 2000, Judgement no. 33202/96. 同事件に関する議論として、Ece Velioğlu, Alessandro Chechi & Marc-André Renold, *Case Portrait of a Young Peasant-Beyeler v. Italy, Platform ArThemis, Art-Law Centre, University of Geneva, available at* <<http://unige.ch/art-adr>>; Wantuch-Thole, *supra* note 6, pp. 93-96.

45) *Beyeler v. Italy*, *id.* paras. 8-11.

46) *Id.* paras. 12-13.

外) が本件絵画の購入を希望していることを通知した⁴⁷⁾。Y は、1986 年、本件絵画の真の所有者が誰であるのか判明しないことを理由に、本件絵画をローマの美術館 D (訴外) で一時的に保管すべきことを命じた⁴⁸⁾。その後、1988 年に至って Y は、1983 年の売買の際に提出された書類において 1977 年の売買における真の所有者に関する情報が欠けていたこと等の不備を理由に、当該絵画に関する 1977 年の売買契約を無効とした (その結果、1977 年売買時の本件絵画の価格⁴⁹⁾ が X に支払われた)⁵⁰⁾。

X は、Y による 1988 年における先買権の行使行為が欧州人権条約第 1 議定書第 1 条 (財産の保護)⁵¹⁾ 等の違反を構成するものであり、無効であると主張した⁵²⁾。

〔判旨〕欧州人権裁判所 (大法廷) は、結論として X の主張を容れ、Y による同議定書同条違反を認定した⁵³⁾。まず、同裁判所は、Y による先買権の行為が所有の平和的な享有に関する X の権利に対する干渉に当たることを確認した上で⁵⁴⁾、当該行為が欧州人権条約第 1 議定書第 1 条第 1 文と適合的であるというためには、当該干渉が「共同体の一般利益の要請と個人の基本権保護との間での『公正な均衡 (fair balance; juste équilibre [仏])』」をなすものでなければならない⁵⁵⁾ とする。その上で、同裁判所は、本件

47) *Id.* para. 17.

48) *Id.* para. 22.

49) 当該価格 (6000 万イタリア・リラ [約 37 万アメリカ・ドル]) は、1988 年に X が本件絵画の売却を Y に対して申し出た際の価格 (1100 万アメリカ・ドル) や、X が 1988 年に C に本件絵画を売却した際の価格 (850 万アメリカ・ドル) と比べ、はるかに低額である。See *id.* paras. 29-30.

50) *Id.* para. 36.

51) 条文は以下の通りである (邦訳は、田中則夫ほか編『ベーシック条約集 2015』(東信堂、2015 年) 264-265 頁を引用した)。

同 1 条「すべての自然人又は法人は、その財産を平和的に享有する権利を有する。何人も、公益のために、かつ、法律及び国際法の一般原則で定める条件に従う場合を除くほか、その財産を奪われない。ただし、前の規定は、国が一般的利益に基づいて財産の使用を規制するため、又は税その他の拠出若しくは罰金の支払いを確保するために必要とみなす法律を実施する権利を決して妨げるものではない。」

52) *Beyeler v. Italy*, *supra* note 41, para. 78.

53) *Id.* para. 122. 欧州人権裁判所は、本件絵画の X への返還ではなく、Y による X への賠償金の支払いを命じている (計 130 万ユーロ)。*Beyeler v. Italy*, 28 May 2002, Judgment (just satisfaction) No. 33202/96.

54) *Beyeler v. Italy*, *supra* note 44, para. 107.

55) *Ibid.*

においてこの点を検討し⁵⁶⁾、以下のように述べる。すなわち、Yは、同国法に従い、1983年末からいつでも先買権を行使できる状態にあったにもかかわらず、その行使が1988年まで遅れた理由を十分に説明できていないことから、1983年の時点で知られていた申告書類の不備に基づき、5年後の1988年に1977年の売買契約を無効としたY行為は正当化されない⁵⁷⁾。従って、Yによる1988年の先買権の行使は公正な均衡を欠き、同議定書同条違反を構成する⁵⁸⁾、と判断したのである。

〔コメント〕欧州人権裁判所の *Beyeler v. Italy* 事件大法廷判決では、文化財に関する国家の先買権行使が十分な理由なく遅れてなされた点が問題視された。同判決は、先買権自体の有効性を否定するものではないものの⁵⁹⁾、国家による文化財不正流通規制が常に個人の所有権保障という人権保障と緊張関係にあることを改めて確認するものであるといえよう。実際にも、ヨーロッパの国内裁判例の中には、由来国への文化財の返還を否定する際に、所有権保障に関する欧州人権条約第1議定書第1条参照する裁判例が下されているとされる⁶⁰⁾。

B. 文化財の不正取引に対する法的対応を巡る議論

(1) 次に、文化財の不正取引に対する法的対応を巡るアプローチの対立について整理する。最初に確認すべきことは、文化財の不正取引に対してどのような政治的ないしイデオロギー的立場をとるとしても、考古学上、先史学上、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の統一性の確保や、その保全・継承が重要であるという点については、概ね見解が一致しているということである。例えば、ユネスコ条約（1970年）を批判する Merryman⁶¹⁾も、文化財の統一性（integrity）を保つこと、それを後世へと継承するために保全（preservation）すること、そして、公的なアクセス（access）を確保することが重要であ

56) *Id.* paras. 114-119.

57) *Id.* para. 120.

58) *Id.* para. 122.

59) *Id.* para. 117. See also, Ece Velioglu et al, *supra* note 44; Wantuch-Thole, *supra* note 6, p. 96.

60) ベルギーについて、de Clippele et al, *supra* note 39, p. 275.

61) Merryman の見解について、本稿第2章第1節ー4.B.（本誌280号（2018年）175頁以下）参照。

ることを正面から認める⁶²⁾。

問題は、文化的価値を有する物件の不正取引に対する法的対応を巡る見解の対立にあるといえよう⁶³⁾。従来、国境を越えた文化財の不正取引に対するアプローチは、第1章及び第2章で示した対立構造に対応する形で、次のように対立してきた⁶⁴⁾。すなわち、一方では、古美術品・美術品のコレクターやディーラーこそが文化財の真の略奪者であるとして、文化財の移動・移転を制限する「国家保護主義アプローチ」⁶⁵⁾があり、他方では、国境を越えた文化財の不正取引の撲滅にとって国家保護主義アプローチは逆効果であり、むしろ健全なる市場こそ文化財の闇市場を駆逐すると考える「自由市場主義アプローチ」⁶⁶⁾がある。前者は、主に輸出国・原産国や考古学学者、先住民といった利害関係者から支持を受け、後者は、輸入国・市場国や美術館・博物館、ディーラー、オークション・ハウス、個人収集家といった利害関係者から支持を受ける⁶⁷⁾。

(2) ところで、近時、上述したいずれのアプローチとも一線を画する新たなアプローチが提唱されており、注目される。これは、国境を越えた文

62) See John H. Merryman, *Thinking about the Elgin Marbles*, 83 *Michigan Law Review* 1881 (1985), pp. 1916-1921; John H. Merryman, *Two Ways of Thinking about Cultural Property*, 80 *American Journal of International Law* 831 (1986), p. 853. 同様に、文化財に対する公的アクセスを「グローバルな利益」に含め、統一性や保全の必要性を「文化財自身の利益」に含めて整理する見解として、Erik Jayme, *Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies*, 38 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 927 (2005). なお、Jayme 自身は、文化財取引を巡り抵触する利益を次の5つに分類する。すなわち、①文化財への公共のアクセスといったグローバルな利益、②保護主義的な国家利益、③所有権保障に関する私人の利益、④保全・保存に関する美術品自身の利益、⑤自由市場・貿易に関わるアート市場の利益、である。

63) 勿論、この対立の根底には、公的な価値を有する「文化 (culture)」と、私有財産制により私的な価値が保障される「財産 (property)」という、基本的に相反する側面が「文化財」という概念それ自体に併存しているという事実があることも否定できない。See, e.g., Naomi Mezey, *The Paradoxes of Cultural Property*, 107 *Colombia Law Review* 2004 (2007); Betina Kuzmarov, *The Coherence of the Concept of Cultural Property: A Critical Examination*, 20 *International Journal of Cultural Property* 233 (2013); Francesca Fiorentini, *The Trade of Cultural Property: Legal Pluralism in an age of Global Institutions*, in Jorge A. Sánchez Cordero (ed.), *La Convención de la UNESCO 1970: Sus Nuevos Desafíos* [The 1970 UNESCO Convention: New Challenges] (Universidad Nacional Autónoma de México, 2013), p. 103, p. 124.

64) 以下のアプローチの整理について、Wantuch-Thole, *supra* note 6, pp. 4-7.

65) *Ibid.*

66) *Ibid.*

67) See, e.g., Protz, *supra* note 39, p. 228.

化財の不正取引を抑制するには、市場における需要減少を引き起こすことが鍵であるとして、需要サイド (demand side) の規制を重視するアプローチである (以下、「需要減少アプローチ」⁶⁸⁾ という)。ユニドロワ条約 (1995 年) における補償に関する「正当な注意」概念についての議論において、需要サイドの規制という考えが採られていたことは、既に触れた通りである⁶⁹⁾。

この主張の背景には、次のような前提となる事情がある。第 1 に、昨今の古美術品・美術品を巡るスキャンダルを通じて、名だたる美術商やオークション・ハウスの関係者、博物館ないし美術館のキュレーターであっても、外国から不正流出した文化財の闇取引に何らかの形で関与していることが明らかになってきたこと⁷⁰⁾。第 2 に、古美術品・美術品の中でも、と

68) See Wantuch-Thole, *supra* note 6, p. 6. 後述する Mackenzie の見解も参照。See *infra* note 73. 同様の立場を支持するものとして、以下に挙げる文献がある。See, e.g., Morag M. Kersel, From the Ground to the Buyer: A Market Analysis of the Trade in Illegal Antiquities, in Neil Brodie *et al* (eds.), *Archaeology, Cultural Heritage, and The Antiquity Trade* (University Press of Florida, 2006), p. 188; Kenneth Polk, The Trade in Antiquities: Is it Time for Additional Approaches to Reducing Destruction and Theft, in Lyndel V. Prott *et al* (eds.), *Realising Cultural Heritage Law: Festschrift for Patrick O'Keefe* (Institute of Art and Law, 2013), p. 111; Christa Roodt, *Private International Law, Art and Cultural Heritage* (Edward Elgar, 2015), pp. 21-25.

69) 本稿第 2 章第 1 節二 (本誌 280 号 (2018 年) 188 頁) 参照。

70) See, e.g., Prott, *supra* note 37, pp. 237-239. 同論文では、著名な古美術品・美術品市場関係者が文化財の不正取引に関与した、次のような代表的事件が紹介されている。例えば、①イギリスの第 7 代ノーサンプトン伯爵 (the 7th Marquess of Northampton) は、1982 年頃、イギリスの二大オークション・ハウスの一つである Sotheby's において会長を務めた故 Peter Wilson から、後期ローマ帝国時代の銀製の器 (通称、「Sevso Treasures」) を購入したが、後に、添付されていた輸出許可証がねつ造されたものであることが判明した事件 (詳しくは、Neil Brodie, Thinking Some More about the Sevso Treasure, 12 *Journal of Art Crime* 3 (2014))、②ニューヨークの美術商である Robert Haber により購入され、その顧客に売却された金製の平皿 (Gold Phiale) について、アメリカへの持ち込みの際に提出された税関書類では原産地が「スイス」と記載されていたものの、実際は、イタリア・シチリア島において盗掘された後に不法に輸出されたものであったことが判明した事件 (なお、当該平皿は米国当局により没収され、最終的にはイタリアへと返還された。United States v. An Antique Platter of Gold, 991 F. Supp. 222 (S.D.N.Y. 1997); *aff'd*, 184 F.3d 131 (2nd Cir. 1999)). 同事件について、詳しくは、Carla J. Shapreau, Second Circuit Holds in Customs Forms Warrant Forfeiture of Ancient Gold Phiale – Hotly Contested Foreign Patrimony Issue Not Reached by the Court: United States v. An Antiquity Platter of Gold, 9 *International Journal of Cultural Property* 49 (2000))、③米国内務省・教育文化事業局 (Bureau of Educational and Cultural Affairs) 内でユネスコ条約 (1970 年) の締結に関する諮問等を行ってきた「文化財諮問委員会 (Cultural Property Advisory Committee)」のメンバーでもあった、美術商 Michael Ward が経営するギャラリーに展示されていたギリシャ・アイドニア (Aidonia) の財宝について、ギリシャが返還請求を行った事件 (Hellenic Republic v.

りわけ考古学的ないし歴史的な発掘物のような未登録物件については、合法的な市場と非合法的な市場との境界が曖昧であり、その市場がいわばグレーな市場であることが指摘されるようになったこと⁷¹⁾、である。2点目に関して、アート市場での取引の際には、取引対象となる物件の所有の歴史や発掘された場所・時に関する記録（これを、「出自ないし原産地 (provenance)」という⁷²⁾）が問われないことが多い、という事実が指摘されている⁷³⁾。

需要減少アプローチの上述した前提を裏付ける研究として、市場関係者への聞き取り調査等を通じて、古美術品市場の秘匿性やそこでの取引のメカニズムの明確化を試みた Mackenzie による犯罪社会学研究がある⁷⁴⁾。同研究は、主に、博物館・美術館やオークション・ハウスの代表者、美術商、収集家、考古学者、法律家等に対するインタビュー調査⁷⁵⁾を通して、原産地について調査しないことやそれを問わないことが古美術品市場 (antiquities market)⁷⁶⁾において慣行となっていることを明らかにするもの

Michael Ward, Inc. et al, No. 93-cv-03493 (S.D.N.Y. Jan. 5, 1994). なお、最終的には自主的に返還されたという。See Irini A. Stamatoudi, *Cultural Property Law and Restitution* (Edward Elgar, 2011), p. 246)、である。その他、名だたる美術商自身が刑事訴追される事件も挙げられている（刑事事件については、本稿第3章第1節二 1.B-2. [アメリカ]も参照）。

71) See, e.g., Blythe A. Bowman, Transnational Crimes against Culture: Looting at Archaeological Sites and the “Grey” Market in Antiquities, 24 *Journal of Contemporary Criminal Justice* 225 (2008); Roodt, *supra* note 65, pp. 21-22; Simon R. Mackenzie & Donna Yates, What is Grey about the “Grey Market” in Antiquities?, in Jens Beckert & Matias Dewey (eds.), *The Architecture of Illegal Markets: Towards an Economic Sociology of Illegality in the Economy* (Oxford University Press, 2017), p. 71.

72) See, e.g. Wantuch-Thole, *supra* note 6, p. 19, footnote 73.

73) Prott, *supra* note 39, pp. 238-240.

74) Simon R. Mackenzie, *Going, Going, Gone: Regulating the Market in Illicit Antiquities* (Institute of Art & Law, 2005). Mackenzie による研究に先立つ犯罪学の観点からの研究として、Christine Alder & Kenneth Polk, Stopping This Awful Business: the Illicit Traffic in Antiquities Examined as a Criminal Market, 7 *Art, Antiquity and Law* 35 (2002)がある。See also, Blythe B. Proulx, Organized Criminal Involvement in the Illicit Antiquities Trade, 14(1) *Trends in Organized Crime* 1 (2011), pp. 5-6.

75) 同研究における中心的なサンプルは、7つの都市（メルボルン、ニューヨーク、ロンドン、ジュネーヴ、バンコク、チェンマイ、香港）で活動する計 29 名に対するインタビューであるとされる。Mackenzie, *id.* p. 255.

76) Mackenzie によれば、市場取引される古美術品は、以下の3つに分類される。すなわち、①考古学者といった発掘許可を有する者によって発掘されたもの（→合法的な市場）、②発掘許可を有しない者により発掘され、長期間に亘り市場に存在しているか、又は将来市場に置かれる可能性のある私的収集品に加えられている「不正に取得された古美術品 (looted antiquities)」(→グレーな市場)、③新たに発掘された不正に取得された古美術品（→非合法的な市場）、である。Id. pp. 4-5.

である⁷⁷⁾。同研究において行われたインタビューにおいて、上記関係者らは、原産地を問わない理由として、競争維持や売主の権利保護、原産地が不明であることが必ずしも不正取引文化財であることを意味しないこと、合法的な発見物であると推定されること、といった理由を挙げる⁷⁸⁾。Mackenzie は、この調査結果を受け、「取引は『信用』に基づき行われているものの、信頼できる原産地証明のように、客観的で検証可能な信頼の基礎が存在しない場合であっても、結局のところ、盗品の問題を気にすることなく、手に入る物は何でも購入する、という率直な判断に至るのである」⁷⁹⁾とし、古美術品取引市場が限りなくグレーな性質を有することを指摘する。

結論として、Mackenzie は、古美術品に関する以前の所有の歴史や発掘された場所・時に関する記録を保存し、合法的な古美術品市場を維持するためには⁸⁰⁾、罰則による抑止力に頼るのみでは不十分であり⁸¹⁾、輸出国・原産国の市民及び市場関係者に対する、古美術品の価値や不正に取得された古美術品の問題に関する教育が必要である⁸²⁾、とする。そして、この罰則と教育という2つのメカニズムを通じて、非合法的に取得された古美術品を購入する動機を減少させること⁸³⁾、すなわち、非合法的に取得された古美術品に関する市場の需要を減少させることが重要であるとする⁸⁴⁾。このように、Mackenzie は、需要サイドの規制を重視する上述の「需要減少アプローチ」の重要性を指摘するのである⁸⁵⁾。

(3) 以上で述べたように、国境を越えた文化財の不正取引の問題の対応に関しては、国家保護主義アプローチと自由市場主義アプローチとが対立

77) *Id.* pp. 32-47.

78) *Id.* pp. 47-60.

79) *Id.* p. 61. なお、インタビュー・データの重要な部分を占めるものではないものの、原産地について十分な調査を行うと答えた市場関係者も存在したとされる。*Id.* p. 229.

80) *Id.* p. 228.

81) *Id.* p. 234.

82) *Id.* pp. 234-237.

83) *Id.* pp. 249-250.

84) *Id.* p. 253. Mackenzie は、そのためには、市場取引の対象となる古美術品の合法性を証明する登録制度の充実が前提となるとする。*Id.* pp. 237-243.

85) *Id.* pp. 248-249. そこでは、次の文献が引用されている。Michael Sutton, *Handling Stolen Goods & Theft: A Market Reduction Approach, Home Office Research Study* 103 (Home Office, 1998).

してきた。政治的ないしイデオロギー的な対立は、第2章第1節において述べたように、文化財に関する各国の不正流通規制の多様性や国際的な法的枠組みの形成過程・交渉過程において顕著に現われていた。この伝統的な対立に対して、近時は、文化財の不正取引に関するスキャンダルや社会学的研究を通じて、古美術品・美術品市場の特殊性が明らかになる中で、市場側の需要を減少させることが鍵であると考えた新たなアプローチ（需要減少アプローチ）が登場していることを指摘した。実際にも、古美術品・美術品市場の特殊性は、第2章第1節二で述べたユニドロワ条約（1995年）の制定過程や第2章第2節三で述べたEU指令の2014年改正過程において、とりわけ取得者の調査・注意義務のあり方を巡る議論において、強く認識されていたといえる。

国境を越えた文化財の不正取引の問題に対する抵触法的対応について扱う第Ⅱ部では、第Ⅰ部で指摘した政治的ないしイデオロギー的な対立や、需要減少アプローチが前提とする古美術品・美術品市場の特殊性を、抵触法上、どのように評価すべきか、という点について検討する必要がある。この点については、第3章において各国裁判例等を整理した上で、第4章において本格的に検討することとする。

第Ⅱ部 抵触法

第Ⅰ部では、文化財の不正流通規制に関する国内法及び国際法上の枠組みを概観した。そこでは、各国国内法の相違の根底には、文化財に対する国家保護主義と自由市場主義との対立が存在すること、また、国際的な枠組みもこの対立の影響を受け必ずしも奏功しているとは言い難い状況にあることを指摘した。

国際的な枠組みが十分に機能しない場合、外交ルートや民間ルートを通じた交渉の可能性を別にすれば、国際民事訴訟において外国文化財の返還を求めることが考えられる。また、私人間の契約を巡る争いといった返還請求以外の場面でも、外国の文化財不正流通規制法上の効力が問題となることがある。このような場合、外国の文化財不正流通規制法上、保護される文化財に対する権利や利益は、伝統的な抵触法理論・規則上、どのように処理されるのだろうか。また、国境を越えた文化財の不正取引の抑制が

国際社会にとって喫緊の課題となる中、その防止のための国際的な枠組みが十分に機能していないという状況において、伝統的な抵触法理論・規則に従った処理は果たして妥当であるといえるのだろうか。

以下では、第4章において国境を越えた文化財の不正取引に関する抵触法的対応を検討する前提として、第3章において、文化財の返還請求が問題となる場合と返還請求以外が問題となる場合のそれぞれにつき、諸外国の裁判例、立法、及び、学説上の議論を分析し、問題状況を明確にすると共に、抵触法上の処理に関する諸外国における動向を確認する。

第3章 各国の裁判例・立法・学説

本章では、国境を越えて取引された文化財に対する返還請求（第1節）、及び、返還請求以外の請求（第2節）に関する、各国裁判例、関連する立法、及び、学説上の議論を概観する。外国の文化財不正流通規制は、各国の裁判例・抵触法立法上、どのように処理されており、各国の学説上、その問題につき、どのような議論がなされてきたのだろうか。

第1節 返還請求が問題となる場合

本節では、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である法廷地F国の裁判所において本来の所有者により返還請求が求められる場合に、各国裁判例、立法、及び、学説上、どのような議論がなされてきたのかという点を確認する。返還請求が問題となる場合には、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ないし利益に基づく返還請求を行う場合がある。

以下では、まず、①②の双方に関わる抵触法上の問題として、物権変動に関する準拠法の選択・適用の問題を取り上げる（一）。次に、②に特有の問題として、外国国家による当該国の文化財不正流通規制に基づく返還請求が許容され得る否か、という問題を取り上げる（二）。

一 返還請求一般に関する問題

詳しくは本節一2.で後述するが、盗取ないし不法に輸出されたと主張

される文化財の返還請求がなされる場合には、次のような問題が生じる。まず、伝統的な準拠法選択規則によれば、動産又は不動産の物権に関する問題については、目的物の所在地法 (*lex rei sitae*) が適用される (所在地法主義。法の適用に関する通則法〔平成 18 年 6 月 21 日法律第 78 号〕13 条 1 項参照)。物権変動に関する諸問題については、原因となる事実の完成当時の物の所在地法が適用されるのが一般的である (通則法 13 条 2 項参照)⁸⁶⁾。

物権に関する上述の所在地法主義は、盗取や不法輸出によって O 国から不正に流出した文化財との関係でも、妥当するものと考えられてきた。すなわち、多くの国の裁判例上、盗取や不法輸出によって O 国から不正に流出した文化財についても、その物権準拠法である原因事実の完成時における物の所在地法によれば、当該文化財に関する有効な所有権の譲渡 (即時取得、時効取得等) が認められるときは、当該文化財に関する正当な所有権が第三者に移転することとされてきた。本節一 2. において述べるように、このような裁判実務を問題視する学説は、文化財の物権準拠法、とりわけ盗品ないし不法に輸出された文化財の物権準拠法については、通常の準拠法選択規則に従い決定するのではなく、特別な準拠法選択規則により決定すべきである、と主張してきた。

以下では、まず、大陸法系諸国及び英米法系大陸法系における裁判例を紹介し、O 国から不正に流出した文化財に関する物権準拠法の選択・適用に関する問題状況を明確にする (1.)。次に、盗品や遺失物の第三者による所有権取得に関して、各国実質法上、どのような法制度が採られているのか、という点を確認した上で、各国の抵触法規則による立法論的対応・学説上の議論について言及する (2.)。

1. 裁判例

A. 大陸法系諸国

大陸法系諸国の裁判例においては、伝統的な準拠法選択規則である所在地法主義に従い、原因事実の完成当時の所在地法が適用された上で、同法上、善意取得の要件がみたされる場合、元の所有者はその所有権を喪失し

86) 本節一 2.A. 参照。

たとして、返還請求が棄却されてきた。

例えば、フランスの *duc de Frias c. baron Pichon* 事件⁸⁷⁾ は、次のような事件である。スペイン・ブルゴス大聖堂の修道院長は、同大聖堂にあった聖体容器（チボリウム）をコレクター A（訴外）に売却したところ、A は、同聖体容器をフランスに持ち出し Y（被告）に譲渡した。そこで、同聖体容器を同教会に寄付した者の後継人である X（原告）は、Y に対する同聖体容器の返還請求訴訟をフランス裁判所に提起した。なお、スペイン法上、教会に帰属する動産文化財は譲渡が禁止されており、善意取得も認められないという事情があった。裁判所は、フランスにおける当該聖体容器の譲渡につき、その譲渡禁止を定めるスペイン法が効力を有することはないとした上で、動産の占有の問題に関し、「フランス民法典 2279 条〔現民法典 2276 条〕により課される規則を命じる社会的秩序の利益は、フランス法のみが適用されることを要求する」⁸⁸⁾ と述べ、同聖体容器の Y による取得当時の所在地法であるフランス法を適用した。結論として、Y による善意取得を認めた（請求棄却）。

また、イタリアの *Ministero Francese dei beni culturali v. Ministero per I beni culturali e ambientali e De Contessini Livio* 事件⁸⁹⁾ では、フランス・リオンの公共の建物から盗取されたタペストリーであり、フランスの文化財不正流通規制法上は譲渡不可能（*inaliénable*）である物件につき、フランス政府 X（原告）により、その購入者であるイタリア人 Y（被告）に対し返還請求がなされた。だが、裁判所は、原因事実の完成当時の所在地法としてイタリア法を適用し、Y による善意取得を認め、請求を棄却した。

B. 英米法系諸国

大陸法系諸国における裁判例と同様、英米法系諸国であるイギリスの裁判例上も、物権変動につき所在地法主義が採られてきた（B-1.）。これに対して、準拠法選択の柔軟化を志向するいわゆる抵触法革命⁹⁰⁾ を経たアメ

87) 17 avril 1885, 13 *Chunet* 593 (1886).

88) *Id.* p. 595.

89) Tribunale di Rome 27 June 1987, 71 *Rivista di diritto internazionale* 920 (1988); Corte di Cassazione 24 November 1995, n. 12166, 33 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 427 (1997).

90) その説明については、本節一 1.B-2.（アメリカ）において後述する。

リカにおいては、必ずしも所在地法主義に固執することなく、柔軟に準拠法を選択・適用する裁判例も存在する (B-2.)。

B-1. イギリス

イギリスにおける重要な裁判例として、以下の2つの裁判例が挙げられる。

① 第1に、*Winkworth v. Christie's, Manson & Woods Ltd*⁹¹⁾ 事件判決である。本件は、イギリスにおいてイギリス人所有者 X (原告) から盗まれ、イタリアにおいて売却された後に、イギリスのオークションに出品された日本の根付につき、X が、オークション会社 Y (被告) に対して、自らの所有権に基づき返還請求を行ったというものである。裁判所は、当該根付の売却を Y に依頼した A (訴外) が売買契約を締結した当時の所在地法として、イタリア法を適用し、同法上、被告 Y による善意取得が成立すると判断した (請求棄却)。

Winkworth 事件判決は、イギリス国内実質法によれば、盗品の善意取得は認められず、提訴時効の制限にもかからないにもかかわらず、準拠法選択規則を介して盗品の善意取得を認めるイタリア法を適用することにより、結論として、善意取得の成立を認めた。このことから、同判決は、善意取得に関する法制度と所在地法主義に基づく準拠法選択規則とが組み合わせられた場合の問題点を例証する裁判例として、学説上しばしば批判的に言及される⁹²⁾。

② 第2に、比較的近時の裁判例として、*The Islamic Republic of Iran v. Denyse Berend* 事件判決⁹³⁾ がある。事案の概要は以下の通りである。

91) [1980] 2 WLR 937.

92) See, e.g., Alejandro M. Garro, *The Recovery of Stolen Art Objects From Bona Fide Purchasers*, in Pierre Lalive (ed.), *International Sales of Works of Art, Geneva Workshop 11-13 April 1985*, p. 503, pp. 509-511; Lyndel V. Prott, *The Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage*, 217 *Recueil des cours* 215 (1989-V), p. 257, 261, pp. 263-264, p. 268; UNIDROIT 1986 Study LXX-Doc. 1 pp. 19-20, available at <<http://www.unidroit.org/english/documents/1986/study70/s-70-01-e.pdf>>.

93) [2007] EWHC 132 (QB). For case note, see Adrian Briggs, *The Law which determines Title to Movable Cultural Property*, 69 *British Yearbook of International Law* 628 (2007), pp. 628-630; Derek Fincham, *Rejecting Renvoi for Movable Cultural Property: The Islamic Republic of Iran v. Denyse Berend*, 14 *International Journal of Cultural Property* 111 (2007). 同事件の邦語での紹介として、樋爪誠「グローバル

〔事実〕フランスに居住するフランス人 Y (被告) は、1974 年、ニューヨークのオークションにおいて、イラン南西部にあるアケメネス朝ペルシャの首都遺跡の石灰岩残像物 (以下、「本件文化財」という) を購入し、代理人を通じ、フランスにおいてその引渡しを受けた。本件文化財はフランスにある Y の手元にあったが、Y は、2005 年、本件文化財をロンドンのオークションに出品した。これを知ったイラン共和国政府 X (原告) は、イギリスにおいてオークションへの出品の差止命令を得た上で、本件文化財は、イラン法⁹⁴⁾ 上、同国の国有財産に含まれる物件であるとして、Y に対する本件文化財の返還請求訴訟をイギリス裁判所に提起した。この際、X は、Y が本件文化財の引渡しを受けた当時の所在地であるフランスの裁判所は、同国が加盟するユネスコ条約 (1970 年) 等の国際的な文化財保護政策に照らし、イラン法を適用ないし考慮すると考えられるから、イラン法への広義の反致⁹⁵⁾ が成立するとして、イギリス裁判所はイラン法を適用すべきであると主張した⁹⁶⁾。

〔判旨〕裁判所 (Eady 判事) は、以下のように判示し、X の主張を退けた。まず、Eady 判事は、本件と同種の事案において、フランス裁判所が所在地法主義に対する例外を支持した公表判例が存在しないことを確認する⁹⁷⁾。次に、準拠法の特定に関しては、第 1 に、イギリス抵触法の問題として動産につき反致が認められるべきか否か⁹⁸⁾、第 2 に、仮に本件がフランス裁判所において争われた場合、同裁判所がイラン法を適用するか否

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、225-226 頁がある。

94) 判決文には、具体的な法規の名称は登場しないものの、本件文化財は 1930 年代の発掘作業において発見されたことや、関連するイランの法規は 20 世紀前半におけるものであることが記載されている。The Islamic Republic of Iran v. Denyse Berend, *id.* para. 2.

95) 「反致 (renvoi)」とは、法廷地の準拠法選択規則によって指定された準拠法の所属国の準拠法選択規則が、法廷地法又は第三国法を準拠法として指定している場合に、準拠法所属国の観点を尊重して、法廷地法又は第三国法を適用することをいう。参照、中西康＝北澤安紀＝横溝大＝林貴美『国際私法 [第 2 版]』(有斐閣、2018 年) 78 頁以下。

96) なお、X は、本件文化財が上記首都遺跡と一体化した「不動産」であることから、その所在地であるイランの法が準拠法となるという主張も行ったが、2006 年 9 月の Irwin 判事による命令により、イギリス法上もフランス法上も本件文化財は動産である旨の修正を受け、この点の主張を取り下げている。The Islamic Republic of Iran v. Denyse Berend, *supra* note 93, para. 4, 7.

97) *Id.* para. 9.

98) *Id.* paras. 19-33.

か⁹⁹⁾、という点が問題となると述べる。その上で、Eady 判事は、次のように述べ、第 1 の問題に否定で答えた上で、念のために判断した第 2 の問題についても、否定的に答える¹⁰⁰⁾。第 1 の問題に関しては、如何なる事情の下で反致を認めるかは政策の問題である¹⁰¹⁾とし、動産について反致を認めたイギリス裁判所の先例が存在しないこと等から、所在地法主義を採る動産の所有権の準拠法選択において反致を認める政策的理由は存在しないとする¹⁰²⁾。なお、この際、Eady 判事は、「国宝や国家遺跡を取り扱う際には、一般に、由来国法 (the law of the state of origin) を適用することが望ましいとする多くの理由を考えることができるものの、それは政府が適切だと判断した際に決定し実施する事項である」¹⁰³⁾として、外国文化財保護といった問題は、基本的には政府に委ねられる問題であるという立場を示す。結果として、本件文化財の所有権に関する準拠法であるフランスの国内実質法上¹⁰⁴⁾、Y による善意取得及び時効取得が成立する¹⁰⁵⁾と判断し、X 敗訴の判決を下した。

〔コメント〕 Berend 事件判決は、Winkwoth 事件判決と同様、目的物に関する所有権譲渡当時におけるその所在地法を適用したものであるが、X によって物権に関する反致の主張がなされた点に特徴がある。学説上、同判決が反致の成立を否定した理由付けに関して、動産について反致を認めたイギリス裁判所の先例が存在しないことは、本件において直ちに反致を否定する理由にはならないという批判¹⁰⁶⁾がある¹⁰⁷⁾。Berend 事件判決は、反致という抵触法上の技術を用いて、所在地法主義と由来国法の適用との間での一定の調整を行う可能性¹⁰⁸⁾について議論を呼ぶこととなった裁判例

99) *Id.* paras. 34-56.

100) *Id.* para. 56. 第 2 の問題について、Eady 判事は、フランス裁判所が、(a) 本件請求を「公法」に基づく請求として性質決定した上で、(b) 例外を認めることを否定し、(c) 裁判管轄を認めない可能性がある、と述べる。*Ibid.*

101) *Id.* para. 20.

102) *Id.* paras. 23-24, para. 31.

103) *Id.* para. 30.

104) *Id.* para. 31.

105) *Id.* paras. 32-33.

106) Briggs, *supra* note 93, p. 629. Briggs は、不法行為準拠法について反致を認めたオーストラリアの裁判例 (Neilson v. Overseas Projects Corp of Victoria [2005] HCA 54, (2005) 233 CLR 331.) を挙げる。*Id.* p. 630.

107) 同判決において踏み込んだ政策判断が行われなかった点を批判するものとして、Fincham, *supra* note 93, p. 115.

108) 樋爪・前掲注 93) 226 頁参照。

であると同時に、結果として反致を認めないことで、裁判所がそのような形での政策判断を行うことの困難も示しているといえよう。なお、学説上は、本件において反致を用いてイラン法の適用を認めることは、イギリス裁判所での輸出国・原産国による返還請求を促進させ、イギリスにおいて行われる大量の古美術品取引に重大な影響を与えるため、かかる判断を裁判所が行うことには躊躇があっただろう¹⁰⁹⁾、と指摘されている。

109) Fincham, *supra* note 93, pp. 117-118.