

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 (5)

—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、281号)
 - B-2. アメリカ
 - C. 小括
2. 抵触法規則・学説
 - A. 前提
 - A-1. 実質法
 - A-2. 抵触法
 - B. 抵触法上の議論 - 由来国法主義を巡る議論
 - B-1. 概要
 - B-2. 評価・批判
 - B-3. 問題点を克服する試み
 - C. 小括

二 外国国家等による返還請求に固有の問題

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. 学説

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-2. アメリカ

アメリカ裁判例上も、他国裁判例と同様、物権準拠法に関する所在地法主義に基づく準拠法選択・適用が行われてきた。だが、1950年代より始まるアメリカ抵触法革命¹⁾を受けて柔軟な準拠法選択がなされるようになると、文化財の返還請求事件においても、所在地法主義によらず、関連する法秩序の実質法上の利益を衡量することで準拠法を決定する裁判例が登場した²⁾。ここでは、このような柔軟な準拠法選択を行なう裁判例として、3つの裁判例を紹介する。

1) アメリカ抵触法革命とは、一般に、硬直的で機械的な準拠法選択を行う伝統的な抵触法理論を批判し、具体的事案において関係する各国実質法上の目的ないし政策を考慮しつつ、適用すべき法を決定すべきである、という考えに基づくアメリカにおける一連の議論を指す(参照、溜池良夫『国際私法講義【第3版】』(有斐閣、2005年)54頁以下)。See also, Symeon C. Symeonides, *American Private International Law* (Kulwer Law International, 2008), pp. 92-131.

2) See Laurie Frey, *Bakalar v. Vavra and the Art of Conflicts Analysis in New York: Framing a Choice of Law Approach for Moveable Property*, 112 *Columbia Law Review* 1055 (2012), p. 1058.

① 第1に、*Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon* 事件判決³⁾である。

〔事実〕アメリカ人Y(被告)は、1946年、ニューヨークにおいて米国の退役軍人Aから、ドイツ画家アルブレヒト・デューラー(Albrecht Dürer)の絵画(以下、「本件絵画」という)を購入した⁴⁾。本件絵画は、1927年以降テューリンゲン州によって所有され、1943年までその州都ワイマールにあるワイマール美術館に展示されていた⁵⁾。だが、第二次世界大戦勃発後、ワイマールへの砲撃を恐れた同美術館館長により、シュヴァルツブルク城(Schloss Schwarzburg)の倉庫へと保全のために移された後、連合国軍による占領下の1945年、紛失していた⁶⁾。1966年、Yが本件絵画を所有している事実⁷⁾を知ったドイツ連邦共和国(旧東ドイツ建国後は、ワイマール美術館)X(原告)は、テューリンゲン州の法的継承者として有する即時占有(immediate possession)権に基づき、Yに対して本件絵画の動産占有回復訴訟(replevin action)⁸⁾を提起した。

〔判旨〕ニューヨーク州東部地区連邦地方裁判所は、本件絵画の所有権の問題に関する準拠法としてニューヨーク州法を適用し、同州法上善意取得は成立しないとして、請求を棄却した。準拠法選択に関し、裁判所は、ニューヨーク州の準拠法選択規則によれば、所有権移転の有効性については、問題となる財産がその所有権の移転当時所在していた地の法、すなわち、本件絵画のYへの売却地であるニューヨーク州法による⁹⁾、と判示した。その上で、仮に本件事案に「重要な関連性(significant relationship)」

3) 536 F. Supp. 829 (E.D.N.Y. 1981), *aff'd* 678 F. 2d 1150 (2d Cir. 1982). See also, 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. 505-509.

4) *Elicofon*, *id.* p. 830.

5) *Id.* p. 831.

6) *Ibid.* なお、判決文によれば、1945年6月19日から12日の間に上述した城から盗取されたことが判明しているとされる。*Id.* p. 839, 845.

7) *Id.* p. 830.

8) 動産回復(replevin)とは、動産が不当に盗まれるか又は不法に留め置かれている場合におその所有者又はその占有を主張する者による当該動産の回復を可能とする訴訟をいう。原告は、動産回復という救済を得るため、当該動産に対する権原ないし占有権、当該動産が不法に留め置かれている事実、及び被告が不当にその占有を行っている事実を証明する必要があるとされる。Barbara T. Hoffman, *International Art Transactions and the Resolution of Art and Cultural Property Disputes: A United States Perspective*, in Barbara T. Hoffman (ed.), *Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice* (Cambridge, 2006), pp. 159-177, p. 169.

9) *Elicofon*, *supra* note 3, pp. 845-846.

の分析を当てはめたとしても、ドイツ法ではなくニューヨーク州法の適用が導かれる¹⁰⁾、とする。というのも、Yが本件絵画を購入し保持するニューヨークの方が、盗難発生地であるドイツよりも、本件事案に密接な関連性を有していること、及び、「ニューヨーク州の政策は、自州民たる所有者を保護することにあるのではなく、取引の清廉さ (integrity) を保ちつつ自州が盗難品のマーケットプレイスになることを防ぐための手段として、所有者一般を保護することにある」¹¹⁾ ことから、ニューヨーク州法が本件事案に適用利益を有するといえるためである。

〔コメント〕 Elicofon 事件判決では、伝統的な所在地法主義に基づき、本件絵画の所有権移転当時の所在地法であるニューヨーク州法が準拠法として選択されたものの、事案と関係する法秩序との関連性や関連する実質法上の利益・政策についても、あわせて検討されている点が注目される。同判決は、伝統的な所在地法主義と利益分析に基づく柔軟な準拠法選択の方法との両者に言及することから、盗取文化財の返還請求事件におけるアメリカ裁判例の転換点を成す裁判例と位置付けられている¹²⁾。

② 第2に、Elicofon 事件判決が前提とした所在地法主義を明確に放棄し、利益分析に基づく柔軟な準拠法選択を行うべきであると正面から判断した裁判例として、Bakalar v. Vavra and Fischer 事件控訴審判決¹³⁾ がある。

〔事実〕 美術品収集家であるマサチューセッツ州民 X (原告) は、1963年、ニューヨークのギャラリー A から、オーストリア画家エゴン・シーレ (Egon Schiele) の絵画 (以下、「本件絵画」という) を購入した。A は、1956年9月、スイスのギャラリー B から本件絵画を購入したが、B は、同年、故ユダヤ人 C の義妹 D から本件絵画を購入していた¹⁴⁾。2005年、X が本件絵画をニューヨークのオークションに出品しようとした際、本件絵画につきナチスの略奪品であるとの疑いが生じた。そこで、X は、本件絵画が C

10) *Id.* p. 846.

11) *Ibid.*

12) See Frey, *supra* note 2, pp. 1070-1071. See also, Monique Lee, A Choice of Law Dilemma: The Conflict and Reconciliation of Laws Governing Cross-Border Transfers of Stolen Art, 7 *Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal* 719 (2009), pp. 745-756.

13) 550 F. Supp. 2d 548 (S.D.N.Y. May 30, 2008); Bakalar v. Vavra, 2008 WL 4067335 (S.D.N.Y. Sept. 2, 2008), *vacated and remanded*, 619 F.3d 136 (2d Cir. 2010); *on remand*, 819 F. Supp. 2d 293 (S.D.N.Y. 2011), *aff'd*, No. 11-4042 (2d Cir. N.Y. 11 October 2012), *reh'g denied*, No. 114042 (2d Cir. N.Y. 28 December 2012).

14) 619 F.3d 136 (2d Cir. 2010), p. 139.

からナチスにより略奪されたものであると主張する C の相続人 Y₁ 及び Y₂ (被告) に対し、自らが本件絵画の正当な所有者であることの確認を求め、本件訴えを提起した。

原審であるニューヨーク州南部地区連邦裁判所は、B・D 間の取引による所有権移転の問題につき、本件絵画の当時の所在地法であるスイス法を適用した上で¹⁵⁾、スイス法上、B による本件絵画の善意取得が成立するとして¹⁶⁾、X が本件絵画の正当な所有者であることを認めた¹⁷⁾。また、スイス法が公序に反するとの Y らの主張についても、「法選択規則に従った本件外国法の適用がナチスにより盗取された美術品の回復を妨げるとしても、元の所有者の保護に関するニューヨークの利益が本件外国法の適用よりも重要と考えられることはない」¹⁸⁾ と述べ、この点に関する Y の主張を退けた。Y らより上訴。

〔判旨〕原審判決破棄・差戻し¹⁹⁾。

まず、連邦第 2 巡回区控訴裁判所は、伝統的な所在地法主義を放棄する旨判断した先例²⁰⁾ を引用しつつ、所在地法主義が「もはやニューヨークにおける現在の法選択規則を正確に反映していない」²¹⁾、と断言する。その上で、物権準拠法の問題につき、「ニューヨークの法選択規則は『利益分析』の適用を要求し、それによれば『当該訴訟に最も大きな利益を有する法域の法が適用される』」²²⁾ とする。この点、本件事案は、スイスとの関連性を欠く一方で²³⁾、ニューヨーク州には、自州が「盗難品のマーケットプレ

15) 550 F. Supp. 2d 548 (S.D.N.Y. May 30, 2008), p. 550.

16) Bakalar v. Vavra, 2008 WL 4067335 (S.D.N.Y. Sept. 2, 2008), p. 8.

17) *Id.* p. 9.

18) *Id.* p. 551.

19) なお、差戻し後の連邦地方裁判所は、準拠法であるニューヨーク州法上、X が当該絵画に対する正当な所有権を有していることを認め、かつ、Y らの反訴は消滅時効にかかるとして、結論として、X 勝訴の判決を下している (確定)。819 F. Supp. 2d 293 (S.D.N.Y. 2011), *aff'd*, No. 11-4042 (2d Cir. N.Y. 11 October 2012), *reh'g denied*, No. 114042 (2d Cir. N.Y. 28 December 2012).

20) Karaha Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Dan Gas Bumi Negara, 313 F.3d 70, 85 n. 15 (2d Cir.2002), *citing* Istim, Inc. v. Chemical Bank, 78 N.Y.2d 342, 346-47, 575 N.Y.S.2d 796, 581 N.E.2d 1042 (1991).

21) 619 F.3d 136 (2d Cir. 2010), p. 143.

22) *Id.* p. 144.

23) *Ibid.* スイスのギャラリー B に置かれていた期間は、約 5 ヶ月であったとされる。

イスになることを防止すること」²⁴⁾につき強い利益が存在する²⁵⁾ことから、本件における準拠法はニューヨーク州法である²⁶⁾、と判断した。

〔コメント〕 *Bakalar* 事件控訴審判決は、物権変動についての準拠法選択につき、利益分析の方法を正面から採用すべきであると判示した。同判決に対しては、学説上、従来の裁判例²⁷⁾とは異なり、物権変動当時の物の所在地法に十分な重きを置いていないことや、スイス法の利益やニューヨーク州法の利益に関する分析が不十分であることから、物権準拠法の準拠法に関する不確実性を生じさせている、との批判²⁸⁾がある。

③ 第3に、動産回復に関する問題を物権ではなく「不法行為」と性質決定することにより、所在地法の適用を否定した、*Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus and The Republic of Cyprus v. Goldberg* 事件判決²⁹⁾を取り上げる。

〔事実〕トルコ人美術商 A から、初期ビザンチンのモザイク画（以下、「本件モザイク画」という）を紹介されたアメリカ人美術商 Y（被告）は、1988年、ドイツ・ミュンヘンからスイス・ジュネーヴの自由港へと移された本件モザイク画を購入し、アメリカ・インディアナ州に持ち帰った。本件モザイク画は、1974年のトルコ軍による北キプロス占領後、キプロスの教会（*Panagia Kanakaria* 教会）から盗まれた物であった。Y が本件モザイク画をアメリカの美術館 B に売却しようとした際、B のキュレーターである C は、本件モザイク画についてキプロス共和国政府に通知した。そこで、通知を受けたキプロス教会 X₁ 及びキプロス共和国 X₂（原告）は、

24) *Elicofon* 事件判決（前掲注3）に対応する本文、及び、それに続く箇所参照の判示を引用する。

25) 619 F.3d 136 (2d Cir. 2010), p. 144.

26) *Id.* p. 146.

27) *Elicofon* 事件判決以後の裁判例として、利益分析に基づく準拠法選択においても、所在地は依然として重要な要素であると述べ、所有権譲渡が行われたフランス（所在地）の法を物権準拠法として適用したものとして、*The Greek Orthodox Patriarchate of Jerusalem v. Christie's, INC*, 1999 US Dist. LEXIS 13257. See also, Frey, *supra* note 3, pp. 1072-1073.

28) Frey, *id.* pp. 1074-1087.

29) 771 F. Supp. 1374 (5 D Ind. 1989), *aff'd*, 917 F. 2d 278 (7th Cir. 1990). For case note, see Quentin Byrne-Sutton, *The Goldberg Case: A Confirmation of the Difficulty in Acquiring Good Title to Valuable Stolen Cultural Objects*, 1 *International Journal of Cultural Property* 151 (1992); Horatia Muir Watt, *La revendication internationale des biens culturels: à propos de la décision américaine Eglise Autocéphale*, 81 *Revue critique DIP* 1 (1992).

1989年、Y に対し、本件モザイク画の動産占有回復訴訟をインディアナ州南部地区連邦地方裁判所に提起した³⁰⁾。

〔判旨〕インディアナ州南部地区連邦地方裁判所は、インディアナ州法を適用し、結論として、X の返還請求を認容した。準拠法選択に関し、裁判所は以下のように述べる。まず、動産占有回復訴訟の請求原因と類似する「横領 (conversion)」³¹⁾は「不法行為 (tort)」と性質決定されることから、本件請求は、不法行為に基づく請求にあたる³²⁾。次に、不法行為準拠法に関するインディアナ州の法選択規則は、伝統的な不法行為地法の適用を義務付けるものではなく、「最も重要な関連性 (most significant contacts)」を有する地の法の適用を認める³³⁾。そこで本件について検討すると、Y に本件モザイク画の所有権の移転がなされた地であるスイスは、本件当事者らにとってほとんど関連のない地であり、本件モザイク画が同国の市場に置かれたこともないこと等から、本件事案との重要な関連性を欠く³⁴⁾。これに対し、インディアナ州は、Y が同州と強い関連性を有すること、ジュネーブから移されて以来、本件絵画が引き続き同州に所在していること等から、本件事案に最も重要な関連性を有している³⁵⁾。よって、インディアナ州法が準拠法として適用される、と判断したのである。

なお、裁判所は、本件の準拠法がスイス法だった場合に反致を認めたとときの処理についても検討し³⁶⁾、その場合でも、本件の結論に変わりがないことを確認する。すなわち、スイスの準拠法選択規則上、原則的には所在地法主義が妥当するものの、「移動する物 (*res in transit, goods in transit*)」³⁷⁾に関する例外規則があり、当該物については仕向地法が適用されることとなるため、本件では、仕向地法たるインディアナ州が適用されると考えられる³⁸⁾。従っ

30) なお、本件では外国国家 X₂ による請求が受理され得るか否かという点についても争われたが、この問題については、第3章第1節二において後述する。

31) 他人の所有する動産に対し、その所有権原を排除するような形で又はその権原と両立しないような方法で、違法な支配を行うことをいう (参照、田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)197頁)。

32) 771 F. Supp. 1374 (5 D Ind. 1989), footnote 13.

33) *Id.* p. 1393.

34) *Id.* pp. 1393-1394.

35) *Id.* p. 1394. なお、Y の上訴を受けた連邦第7巡回区控訴裁判所も、上記連邦地方裁判所の判断を支持する判断を下している。917 F. 2d 278 (7th Cir.1990).

36) 771 F. Supp. 1374 (5 D Ind. 1989), p. 1395.

37) 後掲注 58) に対応する本文を参照。

38) Goldberg, *supra* note 32, p. 1395.

て、仮に本件準拠法をスイス法とした上で、反致を認め、当該準拠法所属国であるスイスの準拠法選択規則を参照したとしても、同規則によりインディアナ州法が指定されるため、本件の結論に変わりはない³⁹⁾、とするのである。

〔コメント〕Goldberg 事件判決は、盗取された文化財の動産回復請求を不法行為と性質決定することで、不法行為に関する柔軟な準拠法選択規則の適用を導き、結果として、元の所有者による返還請求を認容した。だが、本件では Y の所有権原の存在が問題となっていることや、本件請求は横領といった不法行為に基づく損害賠償請求からは切り離されていたことから、本件裁判所が本件請求を不法行為として性質決定した点については、学説上、疑問が呈されている⁴⁰⁾。

C. 小括

以上、返還請求が問題となる場合に生じる問題として、文化財の物権に関する準拠法選択の問題を取り上げ、これに関する大陸法系諸国及び英米法系諸国における裁判例を整理した。ここでは、各国裁判例上、基本的には伝統的な準拠法選択規則に従い、原因事実完成当時における物の所在地法が適用されてきたこと、及び、物権準拠法上の善意取得に関する要件が満たされれば、当該文化財の所有権が第三者に有効に移転するという処理が行われていることを確認した。ただし、アメリカにおいては、抵触法革命の影響や動産占有回復というコモン・ロー上の法制度の理解から、関連する法秩序の政策利益分析や物権とは異なる性質決定を行うことにより、柔軟な準拠法選択を行う裁判例も見受けられた。

2. 抵触法規則・学説

以下では、文化財の物権準拠法に関する抵触法学説上の議論及び立法例を紹介するが (B.)、その前提として、盗品や遺失物である動産が第三者に譲渡された場合の各国実質法上の処理方法 (A-1.)、及び、物権準拠法に関する所在地法主義の根拠、立法例、及び学説上の議論 (A-2.)、の 2 点につき、簡単に確認する。

39) *Ibid.*

40) Byrne-Sutton, *supra* note 29, p. 158.

A. 前提

A-1. 実質法

盗品や遺失物である動産が第三者に譲渡された場合の実質法上の処理方法に関しては、伝統的に、ゲルマン法とローマ法という2つの異なる考えが存在する⁴¹⁾。

第1に、大陸法系諸国の多く⁴²⁾が影響を受けるゲルマン法においては、「Hand wahre Hand (手は手を守れ)」という原則により表現される、次のような処理がなされていたとされる。すなわち、「動産の所有者は、自己の意思に基づかずに占有の失われた物(占有離脱物)については、その所持者に対して返還が請求できるが、自己の意思に基づき委ねた物(占有委託物)については、その所持者に対しては返還を請求できず、委ねた相手方に人的な請求を行うしかない」⁴³⁾、というものである。このような考えを採用するフランス民法典(1804年)によれば、盗品・遺失物については、現在の占有者に対し盗難又は遺失の日から3年間回復請求が可能だが(同2276条2項)、現在の占有者が当該物を市場を経由して取得した場合には代価の弁償が必要となる(同2277条1項)⁴⁴⁾。スイス民法典(1907年)も、同様の処理を定めるが、回復請求可能期間を5年としており(同934条)⁴⁵⁾、我が国民法は、回復請求可能期間を2年(民法193条)としている。イタリアでは、フランス民法典上の規定の影響を受けた旧民法典(1865年)が改正される際、取引の安全という動的安全の確保のために、善意取得者の保護を厚くする規則が設けられた。すなわち、イタリア民法(1942年)1153条によれば、占有離脱物か占有委託物かを問わず、所有者ではない者から動産の譲渡を受けた者は、その引渡し時点で善意であり、かつ、所

41) 以下の記述につき、杉浦林太郎「善意取得に関するヨーロッパ各国法制度の比較」明治大学法学研究論集37号(2012年)277頁、同「英米法権における善意取得制度」明治大学法学研究論集37号(2013年)159頁参照。

42) なお、ドイツ民法典(1896年)においては、原則として盗品や遺失物の善意取得は認められないもの(同935条1項)、同項は、公の競売手続を通じて譲渡された盗品・遺失物については適用されない(同2項)。条文は、以下のサイトから入手可能。<<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>>。

43) 杉浦(2012年)・前掲注41)278頁。

44) 条文は、以下のサイトから入手可能。<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>。

45) 条文は、以下のサイトから入手可能。<<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html>>。

有権の移転に適する正統な権原に基づいて取得した場合、それが盗品や遺失物であっても所有権を取得する⁴⁶⁾、とされるのである。

第2に、ローマ法においては、「*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habuit; nemo dat quod non habet*（何人も、自身が有する以上の権利を他人に移転することはできない）」という準則により、第三者による善意取得は原則として認められなかったとされる⁴⁷⁾。ただし、ローマ法の影響を受ける英米法系諸国においては、現在、返還請求の訴えには訴訟法上の期間制限が設けられることが多い⁴⁸⁾。例えば、イギリスの出訴制限法（1980年）上、真の所有者は自らの物が盗まれた日から6年以内に返還請求をなさねばならない（同 Sections 2, 3）⁴⁹⁾。アメリカ法上も、3年の訴訟期間制限が存在するが、その起算日は真の所有者が取得者を特定することが可能となった日とされている⁵⁰⁾。

このように、各国実質法上、盗品・遺失物である動産が第三者に譲渡された場合の処理方法は様々であり、本節一2.B.において後述するように、このような物権法制度の多様性が文化財に関する特別な物権準拠法選択規則を設けるべき根拠の一つとして挙げられてきた。

A-2. 抵触法

次に、物権準拠法に関する所在地法主義を巡る抵触法上の議論について確認する。所在地法主義は、物権について物の所在地法を適用する考えであるが、その根拠は、一般に、以下の点にあるとされる。すなわち、物権は目的物に対する排他的支配権であるため、その規律は当該目的物の所在

46) 条文は、以下のサイトから入手可能。<<http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/07/del-possesso>>.

47) このような考えを採用するものとして「イングランド物品売買法」（1979年）21条1項がある。

48) 野村好弘「文化財の越境移動と善意取得—文化財の国際保護に関するUNIDROIT草案の検討—」明治学院大学法律科学研究所年報11号（1995年）39頁、41-42頁参照。

49) 条文は、以下のサイトから入手可能。<<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/58>>.

50) Goldberg 事件判決（前掲注29）に対応する本文、及び、それに続く箇所参照）において示されたルールであり、Discovery Rule と呼ばれる。See, e.g., Steven F. Grover, The Need for Civil-Law Nations to Adopt Discovery Rules in Art Replevin Actions: A Comparative Study, 70 *Texas Law Review* 1431 (1992).

地の公益（経済・取引・公信用等）と密接に関連している点⁵¹⁾、物権関係については目的物の所在地において公示制度（登記・登録制度）が整備されているため、所在地法によるのが取引の安全や第三者の利益保護に資する点等⁵²⁾、である。歴史的にみても、物権につき目的物の所在地法を適用するという考えは、中世のいわゆる法規分類説⁵³⁾においても、不動産の物権に関する限り、常に支配的であった⁵⁴⁾。所在地が常に変動しうる動産に関しても同主義が妥当するか、という点については予てより議論があったものの⁵⁵⁾、19世紀末頃からは、Wächter や Savigny といったドイツの学者らにより、不動産と同様、動産についても所在地法によるべきことが主張されるようになった⁵⁶⁾。現在では、世界的にも、動産と不動産を共に所在地法に服させる立場が多く支持を集めているとされる⁵⁷⁾。

ただし、一定の場合には現実の所在地法の適用に対する例外を認めるべきである、とする立場も存在する。例えば、「移動する物 (*res in transit, goods in transit*)」といわれる移動中・運送中の動産や、船舶・航空機等の走行性動産のように、現実の所在地を確定することが困難であるか、又は、現実の所在地との実質的な関連性を欠くような動産につき、現実の所在地法とは異なる法を適用するべきであるという議論や、そのような考えに基づく実際の立法例がある⁵⁸⁾。また、物権準拠法一般や準拠法一般に関する法選択の柔軟化という観点から、最密接関係地法の適用に関する例外条項

51) 江川英文『国際私法 改訂』（有斐閣、1970年）193頁、山田録一『国際私法 [第3版]』（有斐閣、2004年）292頁等。

52) 西谷祐子「物権準拠法をめぐる課題と展望」民商法雑誌 136 卷 2 号（2007年）202頁、206頁、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法 (1)』（有斐閣、2011年）365頁 [竹下啓介執筆] 参照。

53) 法規分類説（又は、条理理論）とは、各国法（中世イタリア各都市の条例）を、人に関する「人法」、物に関する「物法」とに分類し、前者は他の国（都市）でも適用されるとする一方、後者はその領域内でのみ適用されるとする、中世から19世紀半ばまでヨーロッパで採られていたとされる法適用理論を指す（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）17頁参照）。

54) 岡本善八「国際私法における物権準拠法」同志社法学 40 卷 6 号（1989年）699頁、699-700頁、西谷・前掲注 52) 204頁、竹下・前掲注 52) 366頁等。

55) 実際にも、法規分類説は、動産について人の住所地法によるとしていた。西谷・同上。我が国の明治 23 年法例（旧法例）草案 8 条 1 項も、この考え方に従う。西谷・同上、及び、209 頁注 (7) に挙げられる文献参照。

56) 西谷・同上 204-205 頁。

57) 西谷・同上。我が国準拠法選択規則である「法の適用に関する通則法（平成 18 年法律第 78 号）」も、この立場を採用する（同 13 条）。

58) 実際の各国立法例については、西谷・同上 207 頁、212 頁を参照。

を設ける立法例もある⁵⁹⁾。

このように、動産準拠法に関する所在地法主義は、一部の動産につき、現実の所在地を確定することが困難である等の理由から、所在地法主義に対する例外を認める法秩序が存在するものの、主に所在地における取引秩序の維持という観点から広く支持されてきたといえる。だが、以下で詳しく述べるように、原因事実完成時における物の所在地法を適用するという考えは、盗取ないし不法に輸出された文化財との関係では、当該文化財の所有権を第三者に合法的に移転させる余地を認める点で、文化財保護の観点から問題があると批判されてきた。そのため、所在地法主義に代わる特別な準拠法選択規則が模索されてきたのである。

B. 抵触法上の議論 – 由来国法主義を巡る議論

以下では、文化財の物権準拠法に関する抵触法上の議論を確認する。中心となるのは、「由来国法 (*lex originis*)」主義を巡る議論である。由来国法主義とは、文化財の物権準拠法に関して、所在地法主義に代わる新たな法選択の方法として提唱されたものであり、問題となる文化財の由来国 (*country of origin*) の法を適用する考えを指す。以下では、まず、由来国法主義が提唱された背景や由来国法主義の内容を確認する (B-1.)。その上で、同主義に対する批判を整理した後 (B-2.)、実質法的観点を含めることにより同主義の問題点の克服を試みる立法例及び学説を紹介する (B-3.)。

B-1. 概要

(1) ユネスコ条約 (1970 年)⁶⁰⁾ の成立に前後して、平時における文化財保護が議論されるようになると、盗取又は不法に輸出された文化財の準拠法選択に関し、所在地法主義に基づく伝統的準拠法選択規則は不適切であり、特別な準拠法選択規則が必要であるという主張がなされるようになっ

59) 動産に関する回避条項としては、ドイツ民法施行法 46 条が挙げられる (西谷・同上 207 頁)。

60) 本稿第 3 章第 1 節一 (本誌 279 号 (2018 年) 68 頁以下) 参照。

た⁶¹⁾。例えば、ユニドロワ条約(1995年)⁶²⁾の予備的研究を行った Reichelt は、1985年の報告書において、紛失・盗難文化財の物権準拠法につき、事案に最も密接な関連を有する地の法を探求すべきである⁶³⁾、と述べている。Reichelt は、イギリスの Winkworth 事件⁶⁴⁾を例として挙げつつ、同判決において批判されるべきは所在地という連結点自体ではなく、盗難文化財と当該所在地との密接な関連性の欠如にある⁶⁵⁾、とする。その上で、例外条項と呼ばれるスイス国際私法草案14条(現同国際私法〔1987年〕15条⁶⁶⁾)を引き合いに出しつつ、紛失ないし盗取された文化財と準拠法が属する地との実質的な関連性を考慮する余地が認められるべきである⁶⁷⁾、とするのである。

このように、Reichelt の研究では、紛失・盗難文化財につき、所在地法主義に基づく準拠法選択の柔軟化が提案されているものの、由来国を連結点として採用するという考えは、未だ正面から採用されるには至っていない。

(2) 由来国を連結点として採用するという考えは、管見の限り、Jayme によって最初に提案されたものと考えられる⁶⁸⁾。Jayme は、後述する国際法学会バーゼル決議(1991年)が採択された時期と同時期に、ハイデルベルク大学において行われた国際会議において以下のように述べている⁶⁹⁾。すなわち、善意取得に関する各国国内法上の規則は様々であり、動産文化財に関しては、現実の所在地がしばしば偶然的で巧みに操作される

61) 当時の EEC に関する議論については、Jean Chatelain, *Means of Combatting the Theft of and Illegal Traffic in Works of Art in the Nine Countries of the EEC* (Commission of the European Communities, doc.XII/757/76-E, 1976) を参照。

62) 本稿第3章第1節二(本誌280号(2018年)178頁以下)参照。

63) Gerte Reichelt, *La protection internationale des biens culturels, Ruvve de droit uniforme* (1985, I), p. 42, p. 146.

64) 本誌281号(2019年)213頁参照。

65) Reichelt, *supra* note 63, p. 126.

66) スイス国際私法15条1項「この法律により指定された法は、事案がこの法とわずかな関連のみを有し、他の法とはるかに密接な関連を有することが、事情全体から明らかであるときは、例外的に適用されない。」

67) Reichelt, *supra* note 63, p. 126.

68) See Christian Armbrüster, *Private Law as an Instrument for the Protection of Cultural Property TDM 5* (2013), available at <www.transnational-dispute-management.com>, p. 3.

69) Erik Jayme, *Internationaler Kulturgüterschutz: Lex originis oder lex rei sitae – Tagung in Heidelberg, IPRax 347* (1990); Erik Jayme, *Neue Anknüpfungspunkte für den Kulturgüterschutz*, in Rudolf Dolzer, Erik Jayme & Reinhard Mußnug (heraus.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes* (1994), p. 35.

ものであることから⁷⁰⁾、文化財保護に関する公法的規制の影響に鑑み、抵触法上も文化財に固有の準拠法選択規則を定立することが重要である⁷¹⁾。そこで、Jayme は、文化財に関する私法的法律関係をその時々々の所在地法に服させるのではなく、当該文化財の「母国法 (Heimatrecht)」ないし由来国法に服させるという規則を提唱⁷²⁾するのである。Jayme によれば、母国法ないし由来国法は、次の基準に従い特定される⁷³⁾。すなわち、(a) 儀式・崇拜の対象物 (Kultgegenstände) についてはそれ自らが定める場所の法 (*lex cultus*)⁷⁴⁾、(b) ある国の傑出した芸術家の作品についてはその者の本国法⁷⁵⁾、(c) 文化財が通常所在し展覧会後には戻る地 (本拠 [Sitz]) の法⁷⁶⁾、(d) 考古学的発掘物については発掘地の法⁷⁷⁾、という具合である。

この由来国法を適用するという考えは、国際法学会 (Institut de droit international) バーゼル会合 (1991 年) において採択された「文化遺産保護の観点から見た国際美術品取引に関する決議 (Résolution sur la vente internationale d'objets d'art sous l'angle de la protection du patrimoine culturel)」⁷⁸⁾ において、以下のように形式化されている。すなわち、「由来国 (the country of origin) の文化遺産に属する美術品 (works of art) の所有権の移転は、当該国の法により規律される」(同 2 条)。まず、ここでいう「美術品」とは、「登録、分類又は関連を有する国際的に認められた公示方法により、ある国の文化遺産に帰属すると特定されたもの」(同決議 1 条 1 項 (a)) を指す⁷⁹⁾。次に、「由来国」とは、「文化的観点からみて、問題となる財産が最も密接に関連する国」(同決議 1 条 1 項 (b)) を指す。だが、同決議は、具体的にどのような基準に従い由来国を決定するのか、

70) Jayme 1990, *id.* p. 347; Jayme 1994, *id.* pp. 35-36.

71) Jayme 1994, *id.* p. 42.

72) Jayme 1990, *supra* note 69, p. 347; Jayme 1994, *ibid.*

73) Jayme 1990, *ibid.*; Jayme 1994, *id.* pp. 43-49.

74) Jayme 1990, *ibid.*; Jayme 1994, *id.* pp. 43-45.

75) Jayme 1994, *id.* pp. 45-47.

76) *Id.* p. 48.

77) *Id.* p. 49.

78) 条文については、Institut de droit international (ed.), *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 64, Part II (1991), pp. 402-407 を参照。

79) この定義から、ユネスコ条約 (1970 年) と同様、不法に発掘された考古学的遺物は同決議の対象から除外されると解されている。See Mara Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross-border Litigation: Turing Rights into Claims* (De Gruyter, 2015), p. 247.

という最も争いのある点については何ら言及していない⁸⁰⁾。最後に、ここでいう由来国法には、民法や商法といった私法のみならず、美術品の輸出に関する規制も含まれる(同決議3条)。

同バーゼル決議の Official Rapporteur である Ferrer-Correia が作成した最終報告書では、同決議が由来国法主義を採用した理由について、以下のように述べられている⁸¹⁾。すなわち、仮に原因事実完成時における目的物の所在地法によるとする規則に従うと、善意取得の可否といった実質法的結論が準拠法となる各国物権法毎に異なってくるため、実質法的結論に不確実性が生じる⁸²⁾。そこで、所在地法主義に基づく準拠法選択規則に代わる規則として、問題となる文化財が帰属する元の所在地国(由来国)の法を適用するという規則を採用すべきである⁸³⁾、と主張するのである。同最終報告書によれば、ここで提唱される由来国法主義は、所在地法主義という伝統的な準拠法選択規則に対して根本的な変更を迫るものではなく、元の所在地法への連結を時間的に固定し、それを不変更なものとするにすぎないとされる⁸⁴⁾。

このように、同決議の最終報告書では、各国物権法上の善意取得に関する規律の多様性故に、文化財の物権変動に関する実質法的結果が不安定となる点が問題視されている。この問題を克服するため、原因事実完成時における物の所在地法ではなく、元の所在地法への連結を時間的に固定する由来国法主義が提唱されたということである。なお、同決議自体は何らの法的拘束力を有するものではないものの、盗取ないし不法に輸出された文

80) なお、同決議の最終報告書 (Antonio Ferrer-Correia, Rapport définitif, *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 64, Part I (1991), p. 140) では、ある文化財とその由来国であると主張する国家との文化的関連性がどのような場合に肯定されるか、という点に関して、以下の6つの類型化が行われている。すなわち、1) かつては、当該国に所在する歴史的かつ芸術的重要性を有する不動産等の一部を成す要素であった物件、2) 当該国において古代の宗教信仰であり現在も行われているものの観点から高度な重要性を有する物件、3) 当該国の第一級のアーティストにより創造された美術品、4) 考古学的発掘作業の際に、当該国の領域内の地中から発掘された物件、5) 外国人アーティストにより創造された美術品であるものの、かなりの時間、当該国の公的・私的收藏品に組み込まれてきた物件、6) 売買などを通じて当該国(由来国)により合法的に取得された物件、である。Id. pp. 153-154.

81) Id. pp. 174-176, p. 186.

82) Id. p. 174.

83) Id. pp. 174-175.

84) Id. p. 186.

化財の由来国法によりその所有権移転・譲渡の有効性について判断するという考えは、第3章において概観したEU指令⁸⁵⁾やユニドロワ条約(1995年)に引き継がれている。

(3) 以上、学説においては、ユネスコ条約(1970年)の成立以降、文化財に関する準拠法選択の方法が本格的に議論されるようになり、1990年頃には、文化財との文化的関連性に着目する由来国法主義という考えが主張されるに至ったことを確認した。由来国法主義の根拠としては、各国物権法制度の多様性故に文化財の物権変動に関する実質法的結果が不安定となること、という私法上の理由が挙げられていた。他方で、由来国法主義に基づく準拠法選択規則においては、文化財不正流通規制といった外国の公法・強行的適用法規⁸⁶⁾にあたる規定も適用されることが前提とされていた点が注目される。その背景には、外国の公法・強行的適用法規の効力を自国で認めることにつき、好意的な態度を示す世界的な議論動向⁸⁷⁾があったことに加え、盗取ないし不法に輸出された文化財の返還請求を奏功させるには、外国の文化財不正流通規制に効力を認める必要がある、という政策上の理由があるといえる。

B-2. 評価・批判

由来国法主義は、文化財法を専門とする学者や一部の抵触法学者を中心に好意的に評価されてきた⁸⁸⁾。例えば、我が国の河野教授は、盗取ないし

85) 本稿第2章第2節3(本誌280号(2018年)199頁以下)参照。

86) 強行的適用法規とは、一般に、その遵守が当該国の政治的・経済的・社会的政策の実現のために不可欠となる強行法規のことをいう(櫻田嘉章=道垣内正人編『注釈国際私法(1)』(有斐閣、2011年)26頁、34頁以下[横溝大執筆]、中西ほか・前掲注54)129頁以下、等参照)。本稿では、「準拠法いかに拘らず適用される」(横溝・同上35頁)法規として、「公法・強行的適用法規」という用語を用いることとする(なお、横溝・同上の用法とは、若干異なる)。

87) 例えば、Reicheltは、かかるレベルな動向の具体例として、国際法学会のヴィースバーデン会合(1975年)での「外国公法の適用に関する決議(Resolution on the Application of Foreign Public Law)」のほか、強行的適用法規の特別連結に関する、ローマ条約(1980年)7条(ただし契約に関する規則)や、外国の強行的適用法規の考慮を認める、スイス国際私法(1987年)19条を挙げる。Gerte Reichelt, *La protection internationale des biens culturels (deuxième étude)*, *Ruvue de droit uniforme* (1988), p. 52, pp. 112-122.

88) 由来国法主義に関する学説上の議論の紹介として、例えば、Wantuch-Thole, *supra* note 79, pp. 245-252 参照。また、近時、由来国法主義について正面から論じるものとして、Derek Fincham, *How Adopting the Lex Originis Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property*, 32 *Columbia Journal of Law & The Arts* 111 (2008) がある。

不法に輸出された文化財に関する善意取得の問題に関し、「一般の動産と同様に所有権保護と取引安全の調和というスタンスでのぞんでよいのかどうかという点自体が問題である」⁸⁹⁾、とした上で、犯罪的行為と結びつきやすい文化財取引において取引の安全を図ることは、むしろかかる犯罪的行為を助長することになるとして⁹⁰⁾、立法論として、由来国法主義を採用した上記ハーゼル決議の立場を支持する⁹¹⁾。

だが、由来国法主義に対しては、批判もある。批判ないし問題点は、以下の5点に整理できる。

① 第1に、最も批判が集中する点として、「由来国」という連結点の特定方法が不明確である点が挙げられる⁹²⁾。由来国主義を主張する論者の中でも由来国の定義について一致はなく⁹³⁾、Jaymeが挙げる4つの判断基準⁹⁴⁾も、依然として解釈の余地を大きく残しているといえる。

② 第2に、準拠法に対する当事者の予見可能性という観点からの批判がある。例えば、Siehrは、由来国法としての盗難発生地の法を準拠法として適用する場合⁹⁵⁾、盗難発生地は偶然の場所でしかなく、文化財の善意取得者がその地での盗難を知ることは困難であるから、このような準拠法選択規則は、準拠法に対する相手方当事者の予見可能性の担保という観点から問題がある⁹⁶⁾、とする。

③ 第3に、文化財保護という観点からの批判もある。すなわち、他国の法と比べ、準拠法である由来国法が常により実効的な文化財保護を提供

89) 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、716 頁。

90) 同上。

91) 同上 717 頁。

92) See, e.g., Andrzej 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>, p. 141; Wantuch-Thole, *supra* note 79, p. 260.

93) この点に関連して、問題となる文化財が自らの文化遺産に含まれることを主張する国家が場合によっては複数存在することを指摘するものとして、Lyndel V. Prott, *The Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage*, 217 *Recueil des cours* 215 (1989-V), p. 280.

94) 前掲注 73) に対応する本文、及び、それに続く箇所を参照。

95) See, e.g., Heinz-Peter Mansel, *DeWeerth v. Baldinger - Kollisionsrechtliches zum Erwerb gestohlener Kunstwerke*, *IPRax* (1988), p. 268, pp. 270-271.

96) Kurt G. Siehr, *International Art Trade and the Law*, 243 *Recueil des cours* 9 (1993), p. 75.

するとは限らないため、同主義に基づく準拠法選択規則は、文化財の返還請求の成功については文化財保護という目的にとってなおも不十分である⁹⁷⁾、と指摘されるのである。

④ 第4に、善意取得者の保護という観点からの批判もある。由来国法主義によれば、由来国法が、その国の文化財不正流通規制も含め適用されるが、それにより善意取得者の保護を欠くことになる恐れがあることが問題視されるのである⁹⁸⁾。

⑤ 第5に、ユネスコ条約（1970年）に対する批判として紹介したMerrymanによる根本的批判がある⁹⁹⁾。すなわち、ある文化財が「不法」に輸出されたか否かの判断を輸出国である由来国の文化財不正流通規制に委ねるという考えは、文化財不正流通規制という公法規制の無制限な執行を認めることにより、むしろ合法的な文化財取引市場の発展の利益に反する、という批判である。

このように、由来国主義については、特に「由来国」の特定が困難であることや善意取得者の保護に欠けるといった点に、問題があると指摘されてきた。このような点から、由来国法主義を採用するとしても、それに基づく準拠法選択規則の適用は非常に重要な一部の文化財に限定されるべきである、という主張¹⁰⁰⁾もあるが、より注目されるのは、原則として由来地法主義を採用しつつ、一定の例外を設けることで由来国法主義の問題点を克服しようとする試みである。このような動きについて、B-3.において後述する。

B-3. 問題点を克服する試み

上述した批判や問題点の指摘を受けて、修正した由来国法主義を採用ないし提唱するものとして、ベルギー国際私法（2004年）上の準拠法選択規則、及び、アメリカのSymeonidesにより提唱される準拠法選択規則を挙げることができる。これらの立法例及び学説は、実質法的考慮を準拠法

97) Alessandro Chechi, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes* (Oxford, 2014), p. 98.

98) *Id.* pp. 97-98. バーゼル決議に関するこの点の批判として、Jakubowski, *supra* note 92, p. 141.

99) 本誌 280号（2018年）175頁以下参照。

100) Kurt G. Siehr, Globalization and National Culture: Recent Trends Toward a Liberal Exchange of Cultural Objects, 38 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1067 (2005), p. 1090.

選択規則に含めることにより、文化財保護という目的を達成しつつ、善意取得者の保護に関する由来国法主義の問題点を克服する試みであると評価できる。

① まず、文化遺産について特別な準拠法選択規則を設ける立法例として、ベルギーの「国際私法に関する法律」(2004年7月16日法律)第90条が挙げられる¹⁰¹⁾。同90条は、外国国家が当該国の文化財の返還請求を行った場合における準拠法につき、以下のように定める¹⁰²⁾。

第90条「国家がその文化遺産に含める物¹⁰³⁾がその輸出当時の同国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、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¹⁰⁴⁾、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り規律される。

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、その者は、物が返還請求の当時所在する地の国家の法がその者に付与する保護を主張することができる。」

このように、同90条は、不法に輸出された文化財の返還請求につき、由来国に該当する返還請求国自身の法の適用を認めた上で(同1項)、善意取得者に「物が返還請求の当時所在する地の国家法」上の保護を主張す

101) 同90条と同様の規則として、アルバニア国際私法40条、ブルガリア国際私法70条、モンテネグロ国際私法33条、ルーマニア国際私法2615条、セルビア国際私法草案121条がある。See Symeon C. Symeonides, *Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism*. General Cours on Private International Law, 384 *Recueil des cours* 9 (2016), p. 242, footnote 987.

102) 条文(フランス語)は、以下のサイトにて入手可能。<http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2004071631&table_name=loi>。同法の邦訳及び解説として、笠原俊宏「ベルギー国際私法(2004年)の邦訳と解説(上)(下)」戸籍時報593号20頁、594号57頁(2006年)がある。

103) なお、同規則の適用対象となる「文化遺産」は、返還請求国の文化遺産として同国により公式に認められた(リスト化された)物でなければならないとされている。See Jakubowski, *supra* note 92, p. 143. See also, Johan Erauw, *Reforming the Lex Situs Principle: Recent Developments in Belgium, Paper presented during the Conference LOCATION, LOCATION, LOCATION. The Role of the lex situs principle in modern claims for the return of cultural objects* (Institute of Art and Law, 2007)。そのため、未だ返還請求国のリストに掲載されていない盗掘された文化遺産は、同規則の対象には含まれないと解されている。See Wantuch-Thole, *supra* note 79, p. 251.

104) なお、問題となる文化遺産の輸出は、その輸出当時において返還請求国法上不法であることが要件とされており、同国法の遡及効は認められないとされる。See Jakubowski, *supra* note 92, p. 143.

ることを認めることで、一定の第三取得者の保護を図る（同2項）¹⁰⁵⁾。これにより、「善意占有者の保護と返還請求国に好意的な態度との間での均衡を確保する」¹⁰⁶⁾ことを目指すのである。なお、盗難物一般の返還請求における物権準拠法について定める同92条¹⁰⁷⁾は、同90条とほぼ同趣旨の規定であるが、返還請求国法の代わりに「盗難された地の法」を選択肢とする点に、同90条との差異がある。私人のみならず、国家が自らの所有権に基づき盗難物の返還請求を行う場合にも、同92条に基づく請求を行うことが可能であるとされる¹⁰⁸⁾。

ベルギー国際私法90条・92条の特徴は、次の4点にあるといえる。第1に、由來国という連結点をそのまま用いるのではなく、「返還請求国」ないし「盗難された地」を連結点とする点、第2に、両条により適用される法には、私法的法規のみならず文化財不正流通規制も含まれる点、第3に、原告に有利な法の適用を認めるため、返還請求を行う国家又は私人に対し、返還請求国法ないし盗難地法のほか、問題となる文化遺産が返還請求当時所在する地の法を選択することを認める点、第4に、善意取得者保護の観点から、返還請求国法や盗難地法によれば善意取得者に対する保護が付与されない場合、問題となる文化遺産の占有者に対し、当該遺産が返還請求当時所在する地の法の適用を求めることを認める点、である。学説上は、

105) 善意取得者保護に関する同2項は、政府等から立法案等に関する諮問を受ける国家機関であるコンセイユ・デタ（参照、奥村公輔「ベルギーにおけるコンセイユ・デタ立法部による事前統制と憲法裁判所による事後統制」駒澤法学14巻4号(2015年)61頁）からの提案を受け導入されたとされる。Sénat de Belgique, *Proposition de loi portant le Code de droit international privé, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme. Nyssens et M. Willems, Session de 2003-2004, Document législatif n 3-27/7, available at <<https://www.senate.be/www/webdriver?MItabObj=pdf&MIcolObj=pdf&MInamObj=pdfid&MItypeObj=application/pdf&MIvalObj=50332607>>*, p. 165（なお、同文献入手にあたり、ルーヴァン・カトリック大学のStéphanie Francq教授の多大なご協力を得た。記して謝意を表す。）。

106) Sénat de Belgique, *id.* p. 168.

107) 同92条と同様の規則として、ルーマニア国際私法2615条がある。See Symeonides, *supra* note 101, p. 242, footnote 988. 条文は、以下の通りである（邦訳にあたり、笠原・前掲注102）42-43頁を参照した）。

同92条「盗難された物の返還請求は、本来の所有者の選択により、物がその紛失の当時所在した地の国家の法、又は、物がその返還請求の当時所在する地の国家の法によって規律される。

前項の規定に関わらず、物がその紛失の当時所在した地の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、その者は、物が返還請求の当時所在する地の国家の法がその者に付与する保護を主張することができる。」

108) See Sénat de Belgique, *supra* note 105, p. 167.

盗取ないし不法に輸出された文化財の返還請求の成功に貢献するものとして、両規則を肯定的に評価する見解がある¹⁰⁹⁾。

② 次に、アメリカの抵触法学者である Symeonides¹¹⁰⁾ が提唱する規則を紹介する。Symeonides は、以下で紹介する規則を「実質法的色彩を帯びた準拠法選択規則 (une règle de conflit à coloration materielle)」¹¹¹⁾ として位置付ける¹¹²⁾。同規則の内容は、以下の通りである。

「1. 条約、国際ないし二国間合意又は制定法による別段の定めがない限り、重大な文化的価値を有する有体物〔以下、「物」とする〕に関する当事者の権利は、以下のように決定される。

2. 他国への移転当時に所在した国の法によれば、物の所有者とみなされる者は、以下に定められる場合を除き、従前の国 (由来国) (the former state [state of origin]) の法による保護を受ける権利を有する。

3. (a) (ii) 由来国以外の国家が由来国よりも当該事案に実質的により密接な関連性を有していないこと、及び (ii) 当該他国への移転後に善意で物を扱った当事者を保護するために、当該他国の法を適用する必要がないこと、かつ、(b) 注意深い所有者 (a diligent owner) であれば所有権保護のために実効的な法的手段をとらせたであろう事実を所有者が知ったか、又は知るべき時に至るまで、所有者の権利が由来国以外の国家のより保護的でない法に服することはない (may not)。」¹¹³⁾

109) See, e.g., Jakubowski, *supra* note 92, p. 144; Wantuch-Thole, *supra* note 79, p. 252.

110) Symeon C. Symeonides, A Choice-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property, 38 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1177 (2005).

111) *Id.* p. 1197.

112) その他、Wantuch-Thole が、Symeonides が提唱する準拠法選択規則に基本的に依拠しつつ、次のような規則を提唱している。すなわち、文化財の返還請求について、盗掘・盗取の場合には、発掘地国又は持ち出された国の法、不法輸出の場合には、最も強い文化的ないし歴史的関連性を有する国の法、それぞれの適用が推定されるが、当該国法が善意取得者の保護を何ら規定しておらず、かつ、問題となる文化財の現在の占有者がその取得に際して、本規則により要求される相当の注意 (due diligence) を払ったと証明した場合には、推定が覆り、原因事実の完成時における物の所在地法が適用される、という規則である。Wantuch-Thole, *supra* note 79, p. 269. なお、ここでの「文化財」の定義にあたっては、ユネスコ条約 (1970年) やユニドロワ条約 (1995年)、EU 指令が参照されている。*Id.* pp. 252-253, p. 269.

113) Symeonides, *supra* note 110, p. 1183.

Symeonides による準拠法選択規則提案は、由来国法が文化財について十分な規制を有していないことや善意取得者保護の問題といった由来国法主義の問題点を克服すべく、準拠法選択規則に実質法的観点を含めたものである。所在地法主義に基づく伝統的準拠法選択規則と比較した同規則の特徴は、次の3点にあるといえる。第1に、政策に中立的な法選択を行う伝統的な準拠法選択の方法とは異なり、文化財不正取引の撲滅という実質法的価値実現のために法選択を行うという、実質法的アプローチを採用する点、第2に、「善意」や「相当な注意」に関する実質法的判断基準を含むという意味で、実質規則の性格を有する点、第3に、準拠法選択の対象を私法に限定してきた伝統的規則とは異なり、同規則により適用が推定される法には文化財不正流通規制も含まれる点、である。

C. 小括

以上、盗品・遺失物である動産が第三者に譲渡された場合の各国実質法上の処理、及び、抵触法上の所在地法主義の根拠等を巡る議論を確認した上で、文化財の物権準拠法に関する学説上の議論及び立法例について紹介した。ここでは、盗取ないし不法に輸出された文化財の物権につき、伝統的な準拠法選択規則（所在地法主義）に従うことの不都合から、当該規則に代る規則として、由来国法主義に基づく準拠法選択規則が提唱されたことを指摘した。由来国法主義の根拠としては、各国物権法が異なることで準拠法の適用結果に不確実性が生じる点や、文化財保護という政策的観点から文化的関連性を有する由来国の法を適用すべきであるという点が挙げられていた。最後に、善意取得者の保護に欠けるという由来国法主義の欠点を補うべく、修正された形での由来国法主義に基づく抵触法立法例が制定されており、学説上も同様の規則が提唱されていることを確認した。

二 外国国家等による返還請求に固有の問題

外国国家（その機関を含む）O（以下、「外国国家等」という）自身が同国から流出した文化財の返還をF国裁判所において求める場合、本節一で述べた準拠法の問題に加え、以下の問題が生じる。すなわち、第2章

で整理した文化財不正流通規制¹¹⁴⁾を根拠としつつ、外国国家等自身が法廷地国裁判所において返還請求を行うことが許容されるか否か、という問題である¹¹⁵⁾。これは、外国国家等による公法的ないし主権的請求の可否の問題として、外国国家等による当該国の租税債権の回収に関する事案を中心に議論されてきた問題である¹¹⁶⁾。

以下では、各国裁判例上、外国国家等による外国公法に基づく文化財の返還請求の許容性を巡る問題がどのように処理されてきたのか(1.)、また、学説上、外国国家等による外国公法に基づく請求一般の許容性や文化財の返還請求の許容性の問題がどのように議論されてきたのか(2.)、という点について確認する。

1. 裁判例

A. 大陸法系諸国

大陸法系諸国においては、問題となる文化財に対する外国国家等の原始的な所有権の有無を判断するにあたり、当該外国の文化財不正流通規制を適用しない考慮する裁判例が存在する。そこでは、根拠となる外国の文化財不正流通規制が外国公法にあたるという点について、正面から議論されることはない。

① 例えば、イタリアの *Casa della cultura ecuadorina c. Danusso* 事件判決¹¹⁷⁾では、次のような判断がなされている。事案の概要は以下の通りである。イタリア人 Y (被告) は、エクアドル由来の考古学的価値を有する文化財 (以下、「本件文化財」という) を、エクアドル人 A からエクアドルにおいて購入し、イタリアに輸入した。本件文化財は、同国の文化財不

114) 本稿第1章第1節(本誌278号(2018年)103頁以下、及び、本誌279号(2018年)59-64頁)参照。

115) 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年)121頁、145-146頁参照。

116) 石黒一憲『現代国際私法 [上]』(東京大学出版会、1986年)471頁以下、横溝大「国際倒産と租税」柏木昇編著『国際経済法講座 II—取引・財産・手続』(法律文化社、2012年)248頁、等参照。

117) Tribunale di Torino, 25 marzo 1982, 18 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, p. 625 (1982). 同事件の概要及び判旨については、Riccardo Luzzatto, *Trade in Art and Conflict of Laws: The Position in Italy*, in Pierre Lalive (ed.), *International Sales of Works of Art, Geneva Workshop 11-13 April 1985*, p. 409 を参照した。

正流通規制上、国有財産に属するものではないものの、エクアドル政府当局の許可なく譲渡等を行うことが禁止される物に該当した。そこで、エクアドル政府 X（原告）は、Y に対して、同国の文化財不正流通規制により付与される即時占有権に基づく返還請求訴訟をイタリア裁判所に提起した。

裁判所は、まず、物権変動の準拠法として、原因事実完成当時における物の所在地法を適用するという伝統的な準拠法選択規則に従い、本件文化財に関する売買契約締結当時の所在地法であるエクアドル法を選択した。次に、エクアドルの文化財不正流通規制は、本件文化財に対する有効な権原の形成に関する限りにおいて適用されるとした上で、同法によれば本件文化財の譲渡は禁止されるため、Y は当該文化財の権原を有効に取得していないと判断した。さらに、当該文化財の譲渡を禁止するエクアドル法上の条項が国内的及び国際的公序に反することもないとして、結論として、X の請求を認容した¹¹⁸⁾。

学説上、Danusso 事件判決は、文化財不正流通規制が所有権といった私法的な権利と同視できる法的状況を生じさせるのであれば、その政策的・公法的性質は問題とならないと判断したものと理解されている¹¹⁹⁾。ただし、エクアドルの文化財不正流通規制によれば、同政府は当該文化財の所有権を有しておらず、それを利用する権利を有するのみであるにもかかわらず、イタリア裁判所が当該文化財の所有者を明らかにしていない点については、批判もある¹²⁰⁾。

② ドイツでも、原告たるエジプト政府が問題となった文化財につき有効に権原を有しているか否かを判断する際に、同国の文化財不正流通規制を適用した事案がある（ベルリン高等裁判所 2006 年 10 月 16 日判決¹²¹⁾）。本件では、エジプト政府 X（原告）が、エジプト王女に帰属する石棺等（以下、「本件石棺等」という）のドイツ人古美術商 Y（被告）による輸出を禁止するために、ドイツ民法に基づく差止措置をベルリン裁判所に求めた。X は、1983 年の「古代遺物保護法 117 号」¹²²⁾、及び、1963 年の「関税法に

118) 以上の判旨につき、Luzzatto, *supra* note 117, p. 417 参照。

119) *Id.* p. 420. この考えは、イタリア学説上、一般に認められているとされる。*Ibid.* 120) Siehr, *supra* note 100, p. 83.

121) Kammergericht Berlin, 16 Oktober 2006, 10 U 286/05, *NJW* (2007), 705.

122) 本稿第 1 章第 1 節一 1. (本誌 278 号 (2018 年) 105-106 頁) 参照。

関する法律 66 号」¹²³⁾を根拠に、所有者として本件請求をなした。

裁判所は、国家所有権の有無という先決問題を判断するために、上記 2 つの文化財不正流通規制を適用している。まず、1983 年の法 117 号に関しては、その適用を認めつつも、いつ・どこで本件石棺等が発掘されたのかという点に関する事実の証明が不十分であるとして、結論として、本件石棺等に対する X の所有権は認められないと判断した¹²⁴⁾。次に、刑事罰を規定する輸出規制違反に基づく訴えにつき、1963 年の法 66 号を適用した。だが、同法は、不法に輸出された考古学的文化財について自動的没収を規定していないことから、同法に基づく本件石棺等に対するエジプトの権原は認められないと判断した¹²⁵⁾。以上の検討から、X の本件訴えは退けられた。

このように、ベルリン高等裁判所 2006 年判決では、結論として、エジプト政府の請求は退けられたものの、ドイツ民法に基づく私法上の請求に関する先決問題である本件石棺等の権原の形成について判断するにあたり、エジプトの文化財不正流通規制が適用されている¹²⁶⁾。本件では、発掘文化財に関する規制である法 117 号のみならず、関税法（輸出規制法）である法 66 号についても、先決の問題であるエジプトの所有権の有無を判断するため、その適用が認められた。だが、その際、これらの法が公法的性質を有していることや刑事罰則規定を有していることは、特に問題視されなかった¹²⁷⁾。

B. 英米法系諸国

これに対して、英米法系諸国（イギリス・アメリカ）においては、外国国家等による返還請求が公法的請求にあたるか否かという点について、正面から検討する裁判例が存在する。

123) Law No. 66 of 1963 on Customs Law. 同法の英語訳は、以下のサイトから入手可能。<<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=13542>>.

124) *NJW* (2007), pp. 706-707.

125) *Ibid.*

126) Wantuch-Thole, *supra* note 79, pp. 339-340.

127) 刑法的法規を含む法 66 号の適用を明確に否定しなかった判旨は、刑法的法規を含む同法が適用される余地があることを示唆する、と述べる見解として、Weller, *infra* note 143, p. 284.

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、外国国家等による文化財不正流通規制に基づく返還請求を認めないとする重要な先例として参照されてきた、Attorney-General of New Zealand v. Ortiz 事件控訴院判決¹²⁸⁾が挙げられる。同控訴院判決は、不法に輸出された文化財を自動的に没収する規定¹²⁹⁾に基づく外国国家等による請求を退けた裁判例である。

〔事実〕 ニューヨークの古美術商 Y₃ (被告) は、1972年、ニュージーランドで発掘されたマオリ族の木彫り (以下、「本件木彫り」という) を購入し、ニューヨークにおいて Y₁ (被告) に売却した。1978年、Y₁ は、オークション・ハウス Y₂ がロンドンで開催したオークションに本件木彫りを出品した。ニュージーランドの文化財不正流通規制上、本件木彫りは、書面による許可なき輸出が禁止されており、これに反して輸出された場合には没収される、と規定されていた¹³⁰⁾。ニュージーランド政府 X (原告) は、上記自国規則に基づき、本件木彫りが没収され女王陛下の財産となることの確認を求めると共に、Y₁ 及び Y₂ に対しては、本件木彫りのオークションへの出品の差止め及びその返還を、Y₃ に対しては、横領に基づく損害賠償を求め、イギリス裁判所に提訴した。

原審である第一審裁判所 (Staughton 判事) は、ニュージーランドの文化財不正流通規制のイギリスにおける執行を認め、X の請求を認容した¹³¹⁾。Staughton 判事は、問題となったニュージーランドの文化財不正流通規制が、不法輸出に伴う自動的没収を定めたものであることを認めた上で¹³²⁾、本件請求が刑事又は租税の性質を有するか否かという点について検討し、これを否定した。というのも、同法規は確かに刑事罰について定めるものの、その目的はニュージーランドの文化財を保存することにあるこ

128) [1982] 3 W.L.R. 570; [1982] 3 All E.R. 432, *aff'd*, House of Lords, [1984] A.C. 1; [1983] 2 W.L.R. 809. For this case, see Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws* (Sweet & Maxwell, 15th ed., 2012), Vol. I, para 5-034; Susan N. Nott, Title to Illegally Exported Items of Historic or Artistic Worth, 33 *JCLQ* 203 (1984). また、拙稿「コミティ (礼讓) の現代的展開 (2・完)」名古屋大学法政論集 271 号 (2017年) 65頁、85-87頁も参照。

129) 本稿第1章第3節1. (本誌 279号 (2018年) 60頁以下) 参照。

130) 同規則の紹介については、本誌 279号 (2018年) 61頁参照。

131) [1982] Q.B. 349.

132) *Id.* p. 362.

とから、本件請求は刑事の性質を有するものではない¹³³⁾、とされたためである。Yより上訴。

〔判旨〕 イギリス控訴院は、次のように判断し、Xの請求を認容した第一審裁判所判決を破棄した。まず、問題となったニュージーランドの文化財不正流通規制上の規定は、不法輸出に伴う自動的没収を定めたものではない、という解釈に基づき、Xは、本件木彫りを現実に押収 (seizure) していないため、それに対する所有権を取得していないとした¹³⁴⁾。また、仮に当該規定が自動的没収を定めた法規だとしても、かかる刑法的規定をイギリス裁判所において執行することは外国国家による公権力行使に当たするため、そのイギリスにおける執行は、国際公法に照らして認められない¹³⁵⁾、と判断したのである。

〔コメント〕 Ortiz 事件控訴院判決は、外国国家による同国の租税法、刑事法その他公法の執行は認められない、というイギリス抵触法上広く認められたルール¹³⁶⁾に従った裁判例として位置付けられている¹³⁷⁾。学説上も、同判決の結論に賛成し、本件ニュージーランドの文化財不正流通規制上の没収に関する法規は、不法に輸出された歴史的文化的文化財の没収について定める点で刑事法的性質を有するとして、かかる法規に基づく請求は主権的請求であるため認められないとする見解がある¹³⁸⁾。他方で、文化財の不正流出の防止へと向けた国際協力の観点から、例外的にこのような外国国家に

133) *Id.* p. 366.

134) [1982] 3 W.L.R. 570, p. 591.

135) *Id.* p. 594. なお、上告審であるイギリス貴族院は Ortiz 事件控訴院判決の結論を支持したものの (House of Lords, [1984] A.C. 1; [1983] 2 W.L.R. 809.)、その支持は、上述したニュージーランドの規定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点についてのみ及ぶため、同法規が刑法や公法にあたるとする同控訴院の判断は傍論であると解されている。See Dicey, Morris & Collins, *supra* note 128, para. 5-034.

136) *Id.* paras. 5R-019. 詳しくは、本稿第3章第1節2.において後述する。

137) *Id.* paras. 5-020-34. なお、同判決の結論については様々な議論を呼び、結果として、コモンウェルス内での文化遺産保護のための枠組み作りが行われることとなった。Piers Davies & Paul Myburgh, *The Protected Objects Act in New Zealand: Too Little, Too Late*, 15 *International Journal of Cultural Property* 321 (2008), p. 324. コモンウェルス内での文化遺産保護のための枠組み作りについて、詳しくは、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 80, pp. 219-221 参照。

138) Frank Vischer, *Der ausländische Staat als Kläger*, *IPRax* 209 (1991), p. 213. See also, Dicey, Morris & Collins, *supra* note 128, para. 5-027. これらの見解につき、中野・前掲注 115) 146 頁も参照。

よる請求を認めるべきか否かを検討すべきであるとする見解も主張されている¹³⁹⁾。加えて、本件で問題となったニュージーランドの文化財不正流通規制上の規定の解釈に関しても、Ortiz 事件控訴院判決による認定とは異なり、同規定は自動的没収を定める規定であると解する見解がある¹⁴⁰⁾。この見解は、現在のニュージーランドの文化財不正流通規制やオーストリアの文化財不正流通規制¹⁴¹⁾のように、自動的没収を定める規定が問題となったとすれば、なぜニュージーランドにおいて同国法上同国に付与された権原が外国で認められるべきでないのか疑問である¹⁴²⁾、として同判決を批判する。

② 第 2 に、Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Ltd 控訴院判決¹⁴³⁾である。同判決は、Ortiz 事件控訴院判決とは異なり、発掘物に関する外国の文化財不正流通規制¹⁴⁴⁾の効力を認め、世界的にも注目を集めた判決である。

〔事実〕本件では、イラン・イスラム共和国政府 X (原告) が、ロンドンのギャラリー Y (被告) 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とされる紀元前 3000 年から 2000 年頃の複数の遺物 (以下、「本件遺物」という) の返還を求め、イギリス裁判所に訴えを提起した。X は、イランの文化財不正流通規制上、自らが本件遺物に対して正当な所有権ないし即時占有権を有することを主張した¹⁴⁵⁾。Y は、抗弁として、本

139) Georges van Hecke, Nochmals: Der ausländische Staat als Kläger, *IPRax* 205 (1992), p. 206. 同見解につき、中野・同上も参照。

140) Lyndel V. Prott & Patrick J. O'Keefe, *Law and The Cultural Heritage, Volume III, Movement* (Butterworths, 1989), p. 606, pp. 624-626.

141) 本稿第 1 章第 3 節 1. (本誌 279 号 (2018 年) 60 頁以下) 参照。

142) *Id.* p. 606.

143) [2007] EWCA Civ 1374; [2008] 1 All ER 1177; [2009] QB 22. See Patty Gerstenblith, Schultz and Barakat: Universal Recognition of National Ownership of Antiquities, 14 *Art, Antiquity and Law* 21 (2009); Matthias 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); Adrian Briggs, The Law which determines Title to Movable Cultural Property, 69 *British Yearbook of International Law* 628 (2007), pp. 630-633. また、拙稿・前掲注 128) 87-89 頁も参照。

144) 本稿第 1 章第 1 節 1 (本誌 278 号 (2018 年) 104-111 頁) 参照。

145) 根拠法規として、「国際的規則によれば 100 年以上前に形成ないし生産された古器及び歴史的遺物を得る目的でなされた密掘や盗掘 (clandestine diggings and illegal excavations) に関する 1979 年法」、「1930 年国家遺産保護法」、「『国会遺産保護』についての 1930 年 11 月 3 日行政規則」、及び「イラン民法 26 条」が援用されている。[2007] EWHC 705 (QB), para. 6.

件遺物が南東イランから由来するものであることについて争うと共に、自らが本件遺物を取得した地であると主張するフランス、ドイツ、ないし、スイスの法に従い、本件遺物について自らが正当な権原を取得したと主張した。

原審である第一審裁判所 (Gray 判事) は、結論として、X の請求を退けた¹⁴⁶⁾。Gray 判事は、本件における問題を、(a) イランが、同国法上 (特に 1979 年の古器及び歴史的遺物を得る目的でなされた密掘や盗掘を禁止する法上)、本件遺物の所有権を有しているか否か、及び、(b) それらが肯定される場合、かかる効果をイギリス裁判所が承認・執行すべきか否か、という 2 つの問題に整理する¹⁴⁷⁾。その上で、(a) の問題につき、鑑定意見等を基に詳細に検討することで、イランが本件遺物の所有権を有しているとはいえないと判断した¹⁴⁸⁾。裁判所は、念のため、(b) の問題についても、次のように述べる。すなわち、イギリス裁判所が、外国の刑事法・租税法・その他の公法に基づく請求につき国際裁判管轄を行使することはない、という原則によれば、刑事法及び公法である関連するイラン法は、イギリス裁判所においてこれを執行することはできない¹⁴⁹⁾、とするのである。X より上訴。

〔判旨〕 原判決破棄。

イギリス控訴院は、まず、イランの関連法規の詳細な検討を行った上で、上記 (a) の問題に肯定で答える¹⁵⁰⁾。次に、上記 (b) の問題についても肯定し、その根拠として次の 3 点を挙げる。第 1 に、未発見かつ無主物である古代遺物の所有権を国家に付与するイランの関連法規の規定自体は、遡及効を有さず、当該古代遺物を既に所有する者からその所有権を奪うものではないことから、刑法法規に該当しない¹⁵¹⁾。第 2 に、イランの関連法規は輸出規制ではないことに加えて¹⁵²⁾、本件請求は、私人である所有者からの強制的取得に基づく請求ではなく、イランの立法により付与される同国の国家遺産を成す古代遺物に対する権原 (title) に基づく請求、すなわち「財

146) [2007] EWHC 705 (QB).

147) *Id.* para. 4.

148) *Id.* paras. 15-76.

149) *Id.* paras. 77-100.

150) [2007] EWCA Civ 1374, paras. 12-94.

151) *Id.* paras. 104-111, para. 111.

152) *Id.* paras. 112-130.

産的請求 (a patrimonial claim)」の一種であり、公法の執行や主権的権利の主張ではない¹⁵³⁾。言い換えれば、本件は、Ortiz 控訴院判決のように、外国国家による押収や現実の占有如何が問題となる事案ではないのである¹⁵⁴⁾。第3に、仮にイランの関連法規が公法の性質を有するとしても、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¹⁵⁵⁾、という理由を挙げるのである。

〔コメント〕 Barakat 事件控訴院判決は、国家所有権の包括的な付与立法により国家に付与される所有権に基づく請求を、私人による請求と同様の財産的請求と性質決定した点に、その最大の特徴がある。学説の中には、同判決が古代遺物に国家所有権を付与する外国法の効力を認めたことは、古代遺物保護へと向けた国際的な枠組みにおける新たな発展として、非常に重要であると評価するものがある¹⁵⁶⁾。

だが、同判決がイランによる本件請求を私人による請求と同様の財産的請求として認容した点については、疑問も呈されている。例えば、Briggs は、本件で問題となったイランの所有権を私人が取得することは不可能であり、同所有権は国家に特有の性質を有しているため、イランは私人と同様の形で本件所有権を取得した、という理由付けは完全に説得的ではない¹⁵⁷⁾、とする。この点に関し、Briggs は、本件裁判所が、本件の問題を「未発見かつ無主物」の文化財に国家所有権を付与する立法に基づく請求の可否、という形で限定している点に注目する¹⁵⁸⁾。すなわち、Briggs は、本判決の読み方としては、国家による所有権の取得がそれ以前の正当な所有者(私人)の権利に不利なものでなければ、当該国家領域内に所在する間に問題となる財産が外国国家により占有ないし押収されたこと、という Ortiz 事件控訴院判決により示された要件は要求されず、国家に所有権を付与する立法に基づく請求は英国裁判所において許容される、ということ

153) *Id.* para. 149.

154) *Id.* para. 149, paras. 146-148.

155) *Id.* paras. 151-163.

156) Gerstenblith, *supra* note 143, p. 43. なお、Gerstenblith は、Barakat 控訴院判決が、Ortiz 控訴院判決とは異なり、原告である国家による現実の占有ないし押収行為がないにもかかわらず同国法の効力を認めた背景には、地中や海中から直接に密掘されるために国家による押収等を経た保護が困難であるという、発掘文化財の特殊性への配慮があると指摘する。*Id.* pp. 45-46.

157) Briggs, *supra* note 143, p. 633.

158) *Ibid.*

であろう¹⁵⁹⁾、と考えるのである。これに対して、Ortiz 事件のように、国家による権原取得が私的に所有されていた財産の没収や国有化によるものである場合、上記占有の要件は要求される¹⁶⁰⁾、ということとなる。

このように、Barakat 事件控訴院判決においてイランによる請求が「財産的請求」として許容されたのは、問題となった文化財不正流通規制が「未発見かつ無主物」の文化財に関するものであった点、言い換えれば、それ以前の正当な所有者の権利に対する国家行為の干渉の度合いが低いものであった点が、重視されたためであると考えられよう。

159) *Ibid.*

160) *Ibid.*