

## 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 (6)

—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、282号)
    - B-2. アメリカ
  - C. 小括

2. 学説

A. 公法的請求一般の許容性

B. 文化財不正流通規制に基づく請求の許容性

B-1. 「財産的請求」のみを許容する立場

B-2. 返還請求全般を許容する立場

C. 小括

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

1. 抵触法規則

2. 学説

A. 外国の公法・強行的適用法規の適用

B. 外国の実質法規の事実的影響の考慮

三 小括

第3節 小括

(以上、本号)

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

(1) 最後に、外国国家等による返還請求の許容性の問題に関するアメリカにおける民事裁判例を取り上げる。その前に、アメリカでは、「連邦盗品法 (The National Stolen Property Act)」(1948年)(以下、「NSPA」という)<sup>1)</sup>

---

1) 18 USC § 2314 (1999), available at <<https://eca.state.gov/files/bureau/18-2314.pdf>>.

に基づく刑事訴訟において、外国の文化財不正流通規制の効力が考慮されてきたところ、このような刑事裁判例が民事裁判例にも影響を与えているといえるため、この点について簡単に言及する。

アメリカにおいては、NSPAの適用上、問題となる物件が「盗まれた(stolen)」(同法 Section 2314, 2315)物であるか否かを判断する際に、外国の文化財に関する所有権法も参照される。そして、仮に外国法上盗取された物であるとされた場合、当該外国文化財を取り扱った者を罰するとともに、当該外国文化財を税関当局が押収し元の所在地国に返還するという実務が行なわれてきた<sup>2)</sup>。NSPAに基づく刑事裁判において外国の文化財不正流通規制が考慮されるためには、次の4つの要件が必要となるとされる<sup>3)</sup>。すなわち、(a) 外国の文化財不正流通規制が問題となる文化財の所有権を国家に付与することを明確に定めていること(罪刑法定主義の観点からの明確性の要求)、(b) その所有権が不法輸出に際してだけでなく国内的にも執行されていること(単なる輸出規制ではなく、所有権法であること)、(c) 問題となる文化財の所有権を主張する国家の現在の領域内においてそれが所在し又は発見されたこと(地理的適用範囲)、(d) 問題となる文化財が同法の施行当時に同国に所在したこと(遡及効の禁止)<sup>4)</sup>、である。アメリカでは、これら4つの要件が、以下で紹介する国際民事訴訟における返還請求事件<sup>5)</sup>や、税関法に基づく民事収用訴訟(civil forfeiture action)<sup>6)</sup>

2) United States v. Hollinshead, 495 F.2d 1154 (9<sup>th</sup> Cir. 1974); United States v. McClain, 545 F.2d 988 (5<sup>th</sup> Cir. 1977), *rehearing denied*, 551 F.2d 52 (5<sup>th</sup> Cir. 1977); United States v. McClain, 593 F.2d 658 (5<sup>th</sup> Cir. 1979), *cert. denied*, 444 U.S. 918 (1979); United States v. Schultz, 333 F. 3d. 393 (2d Cir. N.Y. 2003), *cert. denied*, 2004 U.S. LEXIS 70 [2004]. See, e.g., Kelly E. Yasaitis, National Ownership Laws as Cultural Property Protection Policy: The Emerging Trend in United States v. Schultz, 12 *International Journal of Cultural Property* 95 (2005); 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 University Press, 2006) p. 159; Patty Gerstenblith, For Better and For Worse: Evolving United States Policy on Cultural Property Litigation and Restitution, 22 *International Journal of Cultural Property* 357 (2015).

3) Gerstenblith, *id.* pp. 362-363.

4) *Ibid.*

5) 例えば、後述する Peru v. Johnson 事件判決(後掲注8)に対応する本文、及び、それに続く箇所参照)。

6) 収用訴訟(forfeiture action)とは、本来の所有者のために合衆国政府自らが提起する対物訴訟である。収用訴訟は刑事手続の一部として提起されることもあるが、外国文化財に関しては、民事収用訴訟が用いられることが一般的であるとされる(裁判例として、United States v. Pre-Columbian Artifacts and the Republic of

において頻繁に参照されている<sup>7)</sup>。

(2) 以上の背景を踏まえた上で、民事訴訟である動産占有回復訴訟において外国国家等による公法的請求の許容性について正面から判断した裁判例として、*Government of Peru v. Johnson* 事件判決<sup>8)</sup>を紹介する<sup>9)</sup>。同事件は、ペルーにおいて盗掘され又はペルーから不法に輸出されたとされる先コロンブス期の金・陶磁器・織物（以下、「本件文化財」という）につき、ペルー政府 X（原告）が、それらを善意で購入したコレクター Y（被告）に対し、自国の文化財に関する国有財産化法<sup>10)</sup>に基づき、その返還を求めたものである。

カリフォルニア州中部地区連邦地方裁判所は、文化遺産保護の観点から外国政府が返還請求を行うこと自体を認容した上で、問題となった法規が輸出規制であったこと等を理由に、請求返還を棄却した。まず、「同国にある歴史的遺跡から発掘された非常に多くの貴重で素晴らしい先コロンブス期の人工遺物が、海外へと密輸入され博物館や他のアート・コレクターへと売却されていることは、明らかである」とした上で、「このような行為はペルーの文化遺産の主要部分を破壊するものであり、X は、同国の遺産のさらなる略奪を防ぐという決意において、合衆国の裁判所による援助

---

Guatemala, 845 F. Supp. 544 (N.D. Ill. 1993); *United States v. An Antique Platter of Gold*, 991 F. Supp. 222 (S.D.N.Y. 1997), *aff'd*, 184 F.3d 131 (2<sup>nd</sup> Cir. 1999); *United States v. A 10th Century Cambodian Sandstone Sculpture, Currently Located at Sotheby's in New York, New York, Stipulation and Order of Settlement*, 12 Civ. 2600 (GBD), December 12, 2013.)。民事取用の法的根拠としては、①アメリカの文化財条約実施法 (The Convention on Cultural Property Implementation Act, 19 US Code 2601-2613, entered into force in 1983) 違反、②輸入文化財の原産地に関する虚偽の税関書類の提出、又は、③税関法上の「法に反して (contrary to law)」に該当すること、の3つが挙げられる。以上の記述につき、Gerstenblith, *supra* note 2, pp. 359-361 参照。

7) Patty Gerstenblith, *Schutz and Barakat: Universal Recognition of National Ownership of Antiquities*, 14 *Art, Antiquity and Law* 21 (2009), p. 26.

8) 720 F. Supp. 810 (C.D.Cal. 1989), *aff'd sub nom.*, *Government of Peru v. Wendt*, 933 F.2d. 1013 (9<sup>th</sup> Cir. 1991).

9) その他、例えば、キプロス教会 X<sub>1</sub> 及びキプロス共和国 X<sub>2</sub> が原告として同国の教会から盗取されたモザイク画の返還を求めた事件 (*Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus and The Republic of Cyprus v. Goldberg*。事案の概要については、本稿第3章第1節一.1.B-2. アメリカ [本誌 282号 (2019年) 300頁以下] 参照) がある。同事件においては、キプロス共和国 X<sub>2</sub> の請求が私法的請求か公法的請求か否かについては正面から検討されることなく、返還請求が許容されている。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), pp. 155-156.

10) Law No. 6634 of June 13, 1929.

を受ける権利を有する」<sup>11)</sup>として、Xが本件訴えを提起する権利を有することを認める。しかし、本件文化財が盗取された場所やその時期に関する証明が不十分であること<sup>12)</sup>、及び、本件で援用されたペルーの文化財不正流通規制は国内的に執行されておらず、従って所有権付与法ではなく単なる輸出規制であること<sup>13)</sup>を理由に、ペルーの本件請求を棄却したのである。

このように、Peru v. Johnson 事件判決では、外国国家等による返還請求は、国家所有権付与に関する法規ではなく、単なる輸出規制法に基づく場合には認められないとされた。不法輸出 (illegal export) を原因とする外国国家による返還請求を認めず、盗取 (stolen) を原因とする返還請求のみを認めるという考えは、刑事訴訟である NSPA に基づく刑事裁判例<sup>14)</sup>において採られているものである。

### C. 小括

以上、外国国家等による当該国の文化財不正流通規制に基づく返還請求に関する各国裁判例を概観した。ここでは、次の3つの点について確認することができた。第1に、大陸法系諸国においては、私法上の請求における先決問題である国家所有権の有無を判断する際に、原告国家の文化財不正流通規制を適用するという処理が行われている点<sup>15)</sup>。第2に、イギリス裁判例上、不法輸出に伴う自動的没収を定めた文化財不正流通規制に基づく請求は認められないとする Ortiz 事件控訴院判決<sup>16)</sup>が長らく先例を形成してきたが、近時、発掘物に国家所有権を付与する立法に基づく請求は財産的請求であるため許容される、とした Barakat 事件控訴院判決<sup>17)</sup>が下されている点。第3に、アメリカでは、国内的に執行されていない単なる輸出規制に基づく請求は認められないとする裁判例 (Peru v. Johnson 事件判決<sup>18)</sup>) が存在する点、である。

---

11) Peru v. Johnson, *supra* note 8, pp. 811-812.

12) *Id.* pp. 811-814.

13) *Id.* pp. 814-815. NSPA 刑事訴訟における先例が引用されている。

14) 前掲注2) 参照。

15) イタリアの Danusso 事件判決 (本誌 282 号 (2019 年) 317 頁以下)、ベルリン高等裁判所 2006 年判決 (本誌 282 号 (2019 年) 318 頁以下) を参照。

16) 本誌 282 号 (2019 年) 320 頁以下参照。

17) 本誌 282 号 (2019 年) 322 頁以下参照。

18) 前掲注8) に対応する本文、及び、それに続く箇所参照。

## 2. 学説

それでは、外国国家等による返還請求の許容性の問題について、各国の抵触法立法及び学説上は、どのような対応や議論がなされてきたのだろうか (B.)。その前に、外国国家等による外国公法に基づく請求の許容性の問題一般に関する学説上の議論を確認する必要がある (A.)。

### A. 公法的請求一般の許容性

(1) 租税債権の回収や輸出管理規制違反に基づく請求といった外国国家等による外国公法に基づく請求については、各国裁判例<sup>19)</sup>及び学説上、一般に、条約や立法による国家的同意がない限り許容されないと考えられてきた (a)<sup>20)</sup>。これに対して、学説上は、条約や立法による国家的同意がない場合にも、裁判所は外国国家等による外国公法に基づく請求を認めることができるとする見解が存在する (b)。以下、これらの見解について簡単

---

19) 裁判例として、例えば、インド政府による同国の所得税法に基づく所得税の支払請求を退けたイギリスの *Government of India v. Taylor*, [1955] A.C. 491 や、グアテマラによる同国の輸出管理規制に基づく未払いの関税同等分の支払請求等を退けたフランスの破毀院 1990 年 5 月 2 日判決 (*Cour de cassation* (1<sup>re</sup> ch. civ.), 2 mai 1990, *Revue critique DIP* 1991, p. 378) 等がある。外国国家等による外国公法に基づく請求の許容性が問題となった各国裁判例の邦語での紹介及び分析として、中野俊一郎「外国国家による主権の請求と国際裁判管轄権」神戸法学年報 10 号 (1994 年) 121 頁、140-154 頁がある。

20) なお、外国国家等による外国公法に基づく請求の許容性の問題に関しては、国際法学会が、1977 年のオスロ会合において、「外国当局ないし外国公共団体によるその公法に基づく請求に関する決議」(See *Institut de droit international* (ed.), *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 57, Part II (1977), p. 329) を採択している。同決議では、原則としてかかる請求は認められないとしつつ (下記 I 条 (a))、法廷地国の目から見て、それを許容することが正当化される場合 (下記 I 条 (b)) や、私法的請求であるとされる場合 (下記 II 条) には、認めてよいとする旨の準則が提唱された。詳しくは、以下の通りである。

同 I 条 「(a) 外国当局ないし外国公共団体がその公法上の法規に基づき法的手続においてなす請求は、法廷地国の目から見てその対象が統治権の行使に関わる限りにおいて、原則として認められない。

(b) 前項の規定に拘わらず、当該請求は、法廷地国の目から見て、当該外国当局ないし外国公共団体との関係における平等取扱いに対する被告の権利、請求の対象、国家間協力の要請、又は関係する国家の利益の収束がこれを正当化する場合には、認められると考えられるべきである。」

同 II 条 「前条に掲げる場合の他、外国当局ないし外国公共団体がその公法上の法規に基づき法的手続においてなす請求は、特に法廷地国の目から見て私法的請求に基因する、またはそれに伴うものとみなされる請求である場合、認められると考えられるべきである。」

に紹介する<sup>21)</sup>。

(a) まず、外国国家等による外国公法に基づく請求は、条約や立法による国家的同意がない限り、許容されないと考える立場がある。この立場は、外国国家等による外国公法に基づく請求が認められないとする根拠を、国際法に求める見解 (a-1) と国内法に求める見解 (a-2) とに分かれる。

(a-1) 外国国家等による外国公法に基づく請求が認められないとする根拠を、執行管轄権の属地的制約<sup>22)</sup> や主権の独立といった国際法上の原理・原則に求める F. A. Mann は、条約や立法による国家的同意がない限り、かかる請求は認められないとする<sup>23)</sup>。同じく Dicey/Morris/Collins も、「英国裁判所は、直接的であれ間接的であれ、外国国家の刑事、歳入、又はその他の公法を執行するための訴訟を受理する管轄権を有しない」<sup>24)</sup> という準則を挙げた上で、次のように述べる。すなわち、外国公法に基づく「請求の執行は、当該租税を課した主権の権力の拡張であり、『ある国による他国領域内での主権的權威の主張は、外国主権による財産的請求 (patrimonial claim) を除き、(条約又は協定を別にして) 主権独立のあらゆる概念に反する』」<sup>25)</sup>、とするのである。

(a-2) 上述した見解とは異なり、外国国家等による外国公法に基づく請求を退けることを求める国際法上の準則は存在しない<sup>26)</sup> としつつ、外国主権による公法的請求の許容性の問題は立法に委ねられるべき問題であり、

21) この問題に関する裁判例及び学説上の議論の整理及び分析として、中野・前掲注 19) 122 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、253 頁以下、等参照。

22) 国際法上、執行管轄権に関しては、慣習法や条約により許容されない限り、自国領域外での行使が認められないとする点で、一致があるといえる (小寺彰=岩沢雄司=森田章夫編『講義国際法 [第 2 版]』(有斐閣、2013 年) 164 頁 [中川淳司執筆] 等参照)。

23) F. A. Mann, *Foreign Revenue Laws and the English Conflict of Laws*, 3 *International & Comparative Law Quarterly* 465 (1954); *id.*, *Conflict of Laws and Public Laws*, 132 *Recueil des cours* 107 (1971); *id.*, *The International Enforcement of Public Rights*, 19 *New York University Journal of International Law and Politics* 604 (1987).

24) Lawrence Collins *et al* (eds.), *Dicey, Morris & Collins on Conflict of Laws* (Sweet & Maxwell, 15<sup>th</sup> ed., Vol.1, 2012), pp. 107-108.

25) *Id.* p. 109.

26) 例えば、横溝大教授は、外国国家による訴えの提起行為が法廷地国の主権侵害を構成すると考える Mann の見解に対して、「訴えの提起段階では、法廷地国において未だにかなる外国租税法の執行も行われていないのであり、当該行為自体を外国国家の域外的な執行管轄権の行使とみなすことは出来ない」と述べる (横溝・前掲注 21) 260 頁)。

裁判所がかかる請求を認めるためには国家的同意が必要となる、とする立場<sup>27)</sup>がある。我が国学説上、この立場をとる横溝大教授<sup>28)</sup>は、「問題は、各国内法上、裁判所が外国国家等による外国租税法に基づく直接請求を受け容れることにつき、何らかの方法で国家的同意を与えているか否か」<sup>29)</sup>である、とした上で、我が国に関して、次のように述べる。すなわち、我が国において個々の裁判所にかかる国家的同意を与える権限はなく、また、私法的法律関係に関する紛争を対象とする民事訴訟法は、「私法的法律関係に含まれない請求についてまで審理することを裁判所に認めただのものではない」<sup>30)</sup>として、我が国裁判所において外国国家等による外国公法に基づく請求を認めることはできない、とするのである。

このように、外国国家等による外国公法に基づく請求は認められないとする見解は、(a-1) 執行管轄権の域外的執行に関する国際法上の制約や、(a-2) 国内憲法上裁判所に付与される権限という制度的な観点から、各国裁判所は、それが属する法秩序において必要とされる国家的同意がない限り、かかる請求を受け容れることはできないと主張するのである。

(b) これに対して、外国国家等による外国公法に基づく請求を拒絶する義務や受理する義務が国際法上法廷地国裁判所に課されているとみることは困難であること<sup>31)</sup>から、法廷地国裁判所は、国家的同意がない場合であっても、外国国家等による外国公法に基づく請求を例外的に認めることができると考える立場がある。

この立場は、外国国家等による外国公法に基づく請求が許容されない根

27) 例えば、その根拠を国内憲法上の権限配分に求める見解として、Michel Bauer, *Le droit public étranger devant le juge du for (recherches sur un effet du principe de séparation des pouvoirs en droit international privé)* (A.N.R.T. Université de Lille, III, 1977), pp. 483-484 がある(横溝・同上 254-255 頁も参照)。

28) なお、同教授は、法廷地国の制度的な同意を必要とする根拠に関して、「法廷地国裁判所を通じた外国公法についての裁判についても、法廷地国の制度的な同意が必要となるのは、執行の場合と同様なのではないだろうか」(同上 261 頁注(56))として、裁判の場合にも執行の場合と同様に、(国内立法を通じた一方的な形であるにせよ)法廷地国の制度的な同意が必要となるとする。このように、同見解は、ここでの問題を国内法上の問題としつつも(同上 260 頁)、なおも(執行の連続としての裁判に関する)国家的同意の必要性という国際法上の議論に依拠している点で、法廷地国の制度的な同意を必要とする根拠付けにつき、やや曖昧さを残すといえる。

29) 横溝・同上 261 頁。

30) 同上。

31) 中野・前掲注 19) 134-135 頁、横溝・同上 260-261 頁を参照。

拠を法廷地国の国家利益の欠如に求めた上で<sup>32)</sup>、外国国家と自国の利益が収束する請求に関しては、国家的同意を必要とするまでもなく、法廷地国裁判所は受理可能であると主張する<sup>33)</sup>。我が国学説上、中野俊一郎教授は、同様の観点から、次のように述べる<sup>34)</sup>。すなわち、「国家間の協力が要請されるような場合には、外国の主権的請求についても、例外的に内国で審理を許す必要が生じうる」<sup>35)</sup>として、「裁判権を発動して事案の解決に協力するにつき内国がどれほどの利益をもつかを、問題類型毎に衡量してゆくことが必要となるであろう」<sup>36)</sup>、とするのである。さらに進んで、一部の学説上は、外国国家等が他国裁判所における民事訴訟において歳入に関する請求を行う場合、当該請求の執行は主権の特権に基づく請求という性質を失うため、その処理は相互主義や共通の利益といった考慮に基づく法廷地国裁判所の判断に委ねられる、とする見解もある<sup>37)</sup>。この主張の背景には、国際的な移民や資産移動といったグローバル化の下で、歳入事項に関する国家間共助の必要性が高まっているという認識があるといえる<sup>38)</sup>。

このように、条約や立法による国家的同意が存在しない場合にも、外国国家等による外国公法に基づく請求が許容される余地を認める見解は、当該請求を裁判所が受理することを妨げる制度的な制約は存在しないと解した上で、国家間協力の必要性といった観点から、積極的に認めるべき場合が存在することを主張するのである。

(2) 以上述べたように、学説上、外国国家等による外国公法に基づく請求の許容性の問題を巡っては、次のように見解が対立している。すなわち、一方で、(a-1) 執行管轄権の域外的行使に関わる国際法上の制約や、(a-2) 国内憲法上の権力分立の原則から、法廷地国裁判所が外国国家等による外国公法に基づく請求を認めるには、条約や立法による国家的同意が必要と

32) Bernard Audit, note sous Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ., 2 mai 1990, 80 *Revue critique DIP* 378 (1991), p. 383; Bertrand Ancel & Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2006), p. 691, 698-699.

33) Audit, *ibid.*: Ancel & Lequette, *ibid.*

34) 中野・前掲注 19) 137-138 頁。

35) 同上 138 頁。

36) 同上。

37) Jürgen Basedow, Jan von Hein, Dorothee Janzen & Hans-Jürgen Puttfarcken, Foreign Revenue Claims in European Courts, *Yearbook of Private International Law*, Vol. VI (2004), pp. 64-70. [Basedow]

38) *Id.* p. 65 [Basedow].

なるとする立場があり、他方で、(b) そのような国家的同意を要することなく、国家利益の有無に関する法廷地国裁判所による政策的判断の問題として、法廷地国裁判所が外国国家等による外国公法に基づく請求を許容する可能性を認める立場がある。

## B. 文化財不正流通規制に基づく請求の許容性

以上で述べた一般的な議論を踏まえた上で、外国国家等による当該国の文化財不正流通規制に基づく返還請求の可否に関する学説上の議論を概観する。

従来、一方で、本節二 2.A. で上述した (a) の立場として、外国文化財不正流通規制に基づく請求は、外国公法に基づく請求であるため認められないとする見解<sup>39)</sup>や、問題となる外国の文化財不正流通規制法が刑事罰目的を含む場合には、当該法に基づく返還請求は認められないとする見解<sup>40)</sup>が主張されてきた。他方で、本節二 2.A. で上述した (b) の立場からは、外国国家による文化財の返還請求は例外的に認められるべきであるとする見解も主張されていた<sup>41)</sup>。例えば、文化財の国外流出に関して各国が個別に対応することには限界があり、世界的な対応が求められているとして、国際協力の必要性から、外国国家による文化財の返還請求を例外的に認めるべきか否かが審査されるべきである見解<sup>42)</sup>がある。また、外国国家と法廷地国との利益が収束する場合には公法的請求が認められるとする Ancel/Lequette は、その例外的な場合として、盗取ないし不法に輸出された外国

39) 例えば、Mann は、イタリアが同国から不法に輸出されたメディチ家に関する古文書コレクションのオークションへの出品差止めをイギリス裁判所に求めた事件 (King of Italy v. Marquis Cosimo de' Medici Tornaquinci and Christie, Manson & Woods, [1918] 34 T.L.R. 623.) を挙げつつ、次のように述べる。すなわち、「外国国家はイングランドにおいて自らに固有の特権的権力 (its peculiar powers of prerogative) に基づくような権利を執行することはできない」ことから、「美術品が特別な許可なくイタリアから輸出できないとしても、イタリア国家がイギリス裁判所に赴き、同国から不正に輸出された美術品の返還を求めることはできない」、とするのである。F. A. Mann, Prerogative Rights of Foreign States and Conflict of Laws, in Grotius Society (ed.), *Problems of Public and Private International Law/The Grotius Society*, Vol. 40 (British Institute of International & Comparative Law, 1954), p. 25, p. 34.

40) Frank Vischer, Der ausländische Staat als Kläger, *IPRax* 209 (1991), p. 209.

41) 中野・前掲注 19) 145-146 頁、横溝・前掲注 21) 256 頁参照。

42) Georges van Hecke, Nochmals: Der ausländische Staat als Kläger, *IPRax* 205 (1992), p. 206. 中野・同上 146 頁も参照。

文化財の返還請求が外国国家によりなされる場合を挙げる<sup>43)</sup>。

外国国家等による当該国の文化財不正流通規制に基づく返還請求に固有の議論として注目されるのは、外国国家等による外国公法に基づく請求が一般的に認められないことを前提に、外国国家等による当該国の文化財不正流通規制に基づく返還請求のうち、一定の請求については、私法上の請求である「財産的 (patrimonial) 請求」であるため認められる、とする見解である (B-1)。さらに、一部の学説上は、外国の純然たる輸出規制に基づく請求を含む、外国国家による返還請求一般について許容性を認めるべきであるという見解も主張されている (B-2)。

#### B-1. 「財産的請求」のみを許容する立場

学説上は、近時、イギリスの Barakat 事件控訴院判決<sup>44)</sup>の影響もあってか、請求の基礎となる権利が財産的性質、すなわち私法上の所有権的な性質を帯びる限りにおいて、外国国家等による返還請求は許容されるとする点で、概ねコンセンサスが得られつつある。例えば、Merryman<sup>45)</sup>は、自国裁判所が他国の輸出規制という公法を執行することはできないとして、国内的に執行されていない単なる文化財輸出規制に基づく請求の許容性を否定する一方で<sup>46)</sup>、文化財の権原 (title) を国家に付与する法に基づく請求は公法の執行ではないため、その許容性は問題とならないとする<sup>47)</sup>。

また、イギリスの Barakat 事件<sup>48)</sup>においてドイツ法の観点から鑑定意見を書いた、Weller は、以下のように論じている<sup>49)</sup>。すなわち、Weller によ

---

43) Ancel & Lequette, *supra* note 32, p. 698. Guido Carducci, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art* (L.G.D.J., 1997) が引用される。

44) 本誌 282 号 (2019 年) 322 頁以下参照。

45) John H. Merryman, Limits on State Recovery of Stolen Objects, 1 *International Journal of Cultural Property* 169 (1992).

46) Merryman, *id.* p. 170. See also, John H. Merryman, The Retention of Cultural Property, 21 *University of California Davis Law Review* 477 (1988), pp. 482-489. 上述した Peru v. Johnson 事件判決 (前掲注 8) に対応する本文、及び、それに続く箇所参照) の立場である。

47) See also, Paul M. Bator, An Essay on the International Trade in Art, 34 *Stanford Law Review* 275 (1982); John H. Merryman, Two Ways of Thinking about Cultural Property, 80 *American Journal of International Law* 831 (1986).

48) 本誌 282 号 (2019 年) 322 頁以下参照。

49) 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).

れば、外国国家の刑事法や歳入法に基づく金銭支払請求は、公法に基づく請求であるため許容されないが<sup>50)</sup>、所有権に基づく請求 (claim based on property) は、元の所有権の有無という先決問題に関し、公法的規範である文化財の所有権を国家に付与する立法の効力が問題となるにすぎないため、私法に基づく請求として許容される<sup>51)</sup>、という。問題となる文化財の元の所有権の所在という先決問題につき、文化財の所有権を国家に付与する公法的規範が影響を及ぼすとしても、かかる公法的規範は物権準拠法である私法の適用においてその効果が考慮されるにすぎず、外国国家による返還請求が私法に基づく請求であることに変わりはない<sup>52)</sup>、とするのである。Weller は、このよう処理を行う裁判例として、エジプトがドイツ民法に基づく文化財の輸出差止措置を求めたベルリン裁判所 2006 年判決<sup>53)</sup>を挙げる<sup>54)</sup>。Weller によれば、外国国家自身が制定した法の利益を法廷地国裁判所において自ら追求するという事実自体が上述したような請求の私法的性質を変更させることはなく、当該国家は、私的所有者の権限において行動している、すなわち「業務管理的行為 (iure gestionis)」を行っているにすぎない、とされるのである<sup>55)</sup>。

これらの見解は、刑事・歳入・輸出管理に関する法に基づく請求が国家の特権的権利に基づく請求として認められないとする前提を維持しつつも、所有権に基づく私法上の財産的請求と性質決定される文化財不正流通規制に基づく返還請求については、許容されるとするものである。

## B-2. 返還請求全般を許容する立場

さらに、近時は、外国輸出規制違反に基づく請求を含む文化財不正流通規制に基づく請求一般につき、その許容性を肯定する見解が主張されているので、ここで紹介する。かかる見解として、文化財の不正取引の撲滅へ

50) *Id.* p. 282, 294.

51) *Id.* p. 282, 292, 294.

52) *Id.* p. 292. なお、国有化・収用措置の内国での効果の問題に関してこのような立場がとられていることにつき、横溝大「外国国有化・収用措置の我が国における効果」法協 113 巻 2 号 (1996 年) 224 頁、271 頁以下参照。

53) 本誌 282 号 (2019 年) 318 頁以下参照。

54) Weller, *supra* note 49, pp. 283-284.

55) *Id.* p. 292.

と向けた国家協力の原則を強調する Vigneron の見解を取り上げる<sup>56)</sup>。

Vigneron の主張は、イギリスを始めとする各国裁判例上許容されてきた財産的権利に基づく請求だけでなく、非財産的利益である文化財に関する輸出規制違反に基づく請求についても許容されるべきである、とするものである<sup>57)</sup>。Vigneron によれば、問題は、国際法が文化財に関する輸出規制違反に基づく外国国家等による請求を法廷地国の主権侵害を構成するものとみなすか否かである<sup>58)</sup>、とされる。この点に関し、Vigneron は、現在、ユネスコ条約 (1970 年)・ユニドロワ条約 (1995 年) といった国際法及び EU 法のみならず、国家法や民間団体による規範<sup>59)</sup>においても、文化財の不正取引の撲滅へと向けた国際協力の原則が形成・発展していることを指摘する<sup>60)</sup>。そこで、外国の文化財輸出規制に反して不法に輸出された文化財を取り戻す機会を当該外国に与えることにより、国際的な文化財の不正取引を防止に貢献するために、各国は文化財法に関する輸出規制違反に基づく請求についても許容すべきであると、Vigneron は主張するのである<sup>61)</sup>。

このように、Vigneron の見解は、外国国家による公法的請求一般の可否の問題を国際法上の問題であると解した上で<sup>62)</sup>、国際法・EU 法・国家法・

56) その他にも、コモン・ロー上の議論としてではあるが、領域主権原理や絶対的・排他的な権利として理解される所有権概念の再構成を行うことで、文化財不正流通規制に基づく請求一般の許容性を肯定する見解として、James Gordley, *The Enforcement of Foreign Law: Reclaiming One Nation's Cultural Heritage in Another Nation's Courts*, in James Gordley (ed.), *Enforcing International Cultural Heritage Law* (Oxford University Press, 2013), p. 110 がある。

57) Sophie Vigneron, *Protecting Cultural Objects: Enforcing the Illicit Export of Foreign Cultural Objects*, in Valentina Vadi & Hildegard E.G.S. Schneider (eds.), *Art Cultural Heritage and the Market: Ethical and Legal Issues* (Springer, 2014), pp. 117-139, p. 136.

58) *Id.* p. 125.

59) 国際法学会ウィースバーデン大会の「外国公法の適用に関する決議」(1975 年)や、国際博物館会議 (International Council of Museums, ICOM) による倫理規程 (Code of Ethics for Museums) が挙げられる。なお、「国際博物館会議 (ICOM)」(see <<http://icom.museum/>>) とは、各国の博物館・美術館等から構成される民間団体であり、ICOM が作成する倫理規程は、最も重要な自主規制の一つである (同倫理規程は、以下のサイトから入手可能。<<http://icom.museum/the-vision/code-of-ethics/L/4/>>.)

60) Vigneron, *supra* note 57, pp. 125-132.

61) *Id.* p. 136.

62) *Id.* pp. 120-125. 具体的に、Vigneron は、自国裁判所において執行可能な外国公法か否かの判断基準を、主権的 (*iure imperii*) か業務管理的 (*iure gestionis*) か否か、という点に求めた上で、前者の性質を有する外国国家による行為は法廷地の主権と衝突すると考えられてきた、と述べる。*Id.* p. 121.

民間団体による規範の中に見出される文化財の不正取引の撲滅へと向けた国際協力の原則を根拠に、文化財法に関する輸出規制違反に基づく請求も含む、外国国家による文化財の返還請求一般について認められるべきであることを主張する。

### C. 小括

以上、外国国家等による外国公法に基づく請求の許容性の問題一般に関する学説上の議論 (A.)、及び、外国国家等による外国の文化財不正流通規制に基づく返還請求の許容性の問題に関する学説上の議論 (B.) について確認した。

以上で確認したように、第1に、外国国家等による外国公法に基づく請求の許容性一般の問題に関しては、学説上、法廷地国裁判所が当該請求を受け入れるには、条約や立法による国家的同意が必要となるとする立場と、そのような国家的同意は必ずしも必要ではないとする立場とが存在する。後者の立場によれば、法廷地国裁判所は、国家利益の収束や国家間協力の必要性に照らして、当該請求を受理すべきか否かを事案毎に判断することとなる。第2に、外国国家等による文化財不正流通規制に基づく請求の許容性の問題に関しては、裁判例と同様、学説上、財産的請求と性質決定される外国国家等による文化財不正流通規制に基づく請求は許容されるとする点で見解の一致がみられる。一部の学説上は、外国の純然たる輸出規制に基づく請求であっても許容されるべきであるとする見解が主張されていた。

## 第2節 返還請求以外の請求が問題となる場合

前節では、盗取ないし不法に輸出された外国文化財の返還請求が問題となる場合において生じる問題を扱った。これに対して、本節では、返還請求以外の請求が問題となる場合における外国の文化財不正流通規制の効力の問題について扱う。具体的には、O国の文化財不正流通規制上譲渡や輸出が禁止される文化財に関する、私人間の売買契約や運送契約等の有効性がF国において争われる場合に、第三国法を契約準拠法とする当該契約の有効性につき、O国の文化財不正流通規制の効力がどのような影響を与

えるか、という問題である。この問題は、外国の公法・強行的適用法規<sup>63)</sup>の効力をどのように処理すべきか、という一般的な問題の中の一例として議論されてきたといえる<sup>64)</sup>。

以下では、この問題が争われた裁判例を紹介した上で (一)、外国の公法・強行的適用法規の効力の問題一般、外国の文化財不正流通規制の効力の問題、それぞれに関する立法による対応及び学説上の議論を確認する (二)。

## 一 裁判例

外国の文化財不正流通規制の効力の問題について判断した重要な裁判例として、ここでは、ドイツ、スイス、及びオーストリアの裁判所による3つの裁判例を紹介する。

① まず、ドイツ連邦通常裁判所 1972 年 6 月 22 日判決 (以下、「ナイジェリア事件判決」という)<sup>65)</sup>である。同事件では、保険契約の準拠実質法である内国法上の公序良俗の判断の際に、由来国である外国の文化財不正流通規制の効力が問題となった。

〔事実〕ナイジェリア会社 A (訴外) は、アフリカのマスクや像が入った貨物に関するナイジェリア発ハンブルク着の海上運送につき、ドイツの保険会社である Y (被告) との間でドイツ法を準拠法とする貨物海上保険を締結した。だが、当該貨物の運送中、6つのブロンズ像 (以下、「本件文化財」という) が紛失した。Y が本件紛失に関わる保険金の A への支払を拒否したため、保険契約者である A の請求権を譲り受けたドイツ法人 X (原告) は、Y に対し、本件文化財の紛失を原因とする損害賠償請求訴訟をドイツの裁判所に提起した。なお、本件文化財の輸出は、ナイジェリア政府による輸出許可を得ておらず、ナイジェリアの文化財輸出禁止規制に反してなされた不法な輸出であったとされる。

---

63) 定義について、本誌 282 号 (2019 年) 310 頁注 (86) 参照。

64) 例えば、外国の公法・強行的適用法規の契約に関する影響に関して、問題となる外国の公法・強行的適用法規の具体例として文化財不正流通規制を挙げるものとして、横山潤『国際私法』(三省堂、2012 年) 36 頁、193 頁。

65) Bundesgerichtshof, 22 Juni 1972, 59 *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 82; *NJW* (1971), 1575. 同事件については、佐野寛『国際取引の公法的規制と国際私法—西ドイツにおける判例を中心にして』松井芳郎ほか編『国際取引と法』(名古屋大学出版、1988 年) 167 頁、174 頁以下に、その紹介及び分析がある。

〔判旨〕最上級審裁判所であるドイツ連邦通常裁判所は、ナイジェリアの文化財輸出禁止規制に違反する本件輸出を対象とする本件貨物海上保険契約は、ドイツ民法典（BGB）上の「公序良俗」（同 138 条 1 項）<sup>66)</sup>に反し、被保険利益を欠くため、無効であると判断し、結論として、X の請求を棄却した。同裁判所は、当時ドイツが未加盟であったユネスコ条約（1970 年）に触れた上で<sup>67)</sup>、以下のように述べる。

「国際社会においては、自国文化遺産の保護に対する各国の権利、そして、その権利を侵害し、それゆえ抵抗されねばならない『プラクティス』……を非難すべきことにつき、一定の基本的な確信が存在している。それゆえ、由来国による禁止に反する文化財の輸出は、美術品に関する国際取引における品位（Anständigkeit）の維持という利益からすれば、民法上、何らの保護にも値しない。また、文化財を保全するための輸出禁止に反して外国法秩序の支配地域から輸出するという運送保険についても、その保護は得られない。かかる契約には、基礎となる被保険利益が存在しないのである」<sup>68)</sup>。

なお、ドイツ法上、被保険利益が法律上の禁止（gesetzliches Verbot）に反する場合、当該保険契約は無効となる（ドイツ民法典 134 条）<sup>69)</sup>、同裁判所は、同 134 条の「法律」とはドイツ国内立法のことを指し、外国であるナイジェリアの立法はこれには含まれないと判示し、同 134 条を介してナイジェリアの文化財不正流通規制を適用するという考えについては、これを明確に退けている。

〔コメント〕ナイジェリア事件判決では、保険契約の内容が準拠実質法上の公序に反することから被保険利益を欠くために無効であるとする判断を導くにあたり、ユネスコ条約（1970 年）を媒介として、由来国であるナイジェリアの文化財不正流通規制が間接的に考慮されたといえる<sup>70)</sup>。他

66) 以下のサイトから入手可能。<<http://www.buzer.de/gesetz/6597/index.htm>>.

67) *NJW* (1971), p. 1576.

68) *Id.* p. 1577.

69) See also, Kurt Siehr, Private International Law and the Difficult Problem to Return Illegally Exported Cultural Property, 20 *Revue de droit uniforme* 503 (2015), pp. 509-510.

70) 内国実質法上の公序良俗判断に際して外国の公法的規定を考慮するという立場

方で、本件では、ドイツ民法典 134 条における「法律」の解釈を通じて、ナイジェリア法を間接的に適用する可能性が明確に否定されたことに加え、私人間の契約に対する外国の公法・強行的適用法規の効力の問題として、同法を直接的に適用する可能性<sup>71)</sup>については、検討すらされなかった<sup>72)</sup>。

学説上、本判決に関しては、本件文化財の運送に関わる本件保険契約がナイジェリア法上輸出規制違反に該当するか否かが必ずしも明らかでないことから、その結論を批判する見解<sup>73)</sup>があるものの、文化財の不正取引の抑制という観点からは、一般に支持されているといえる<sup>74)</sup>。だが、本節 2. において後述するように、同判決の判断方法に関しては、ナイジェリアという外国の輸出規制上の違法性を内国法実質法上の公序良俗違反として構成することが果たして妥当か、という点に加え、仮に準拠実質法が外国法であった場合にも、当該外国法上の公序良俗の判断において内国裁判所がナイジェリアの輸出規制違反の有無を考慮することが可能か、といった点が問題となる。

② 次に、スイス連邦裁判所 2005 年 4 月 8 日判決（以下、「インド金貨事件判決」という）<sup>75)</sup>を取り上げる。これは、抵当権設定契約を巡る紛争において、同契約の準拠法所属国以外の第三国である外国の文化財輸出規

は、ドイツ裁判例上、一般に定着しているとされる（佐野・前掲注 65）172-176 頁、178 頁参照）。

71) なお、この点に関して、同事件では、直接にナイジェリアの文化財不正流通規制違反の契約の有効性が争われたのではなく、その規制に反する取引に関連する保険契約の有効性が問題となったことから、同事件において同国の文化財不正流通規制の直接適用の有無は問題とならないとするものとして、佐野・同上 175 頁、180 頁。

72) Siehr, *supra* note 69, pp. 509-510.

73) Wilhelm Wengler, Die Stellungnahme anderer Staaten zu heterogen verknüpften Sachverhalten als Faktum unter dem im Forumstaat anwendbaren Recht, in Peter Eisenmann und Gottfried Zeiger (heraus.), *Zur Rechtslage Deutschlands: innerstaatlich und international* (Hanns-Seidel-Stiftung, Akademie für Politik und Zeitgeschehen, 1990), p. 143, 152, n. 13; Erik Jayme, Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies, 38 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 927 (2005), p. 944.

74) 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、727 頁。

75) Tribunal fédéral, 8 avril 2005, ATF 131 III, 418 (Union de l'Inde c. Crédit Agricole Indosuez SA), available at <<https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/pièces-d2019orgeantes-2013-inde-contre-credit-agricole-indosuez-sa/arret-du-tribunal-federal-du-8-avril-2005-union-de-linde-contre-credit-agricole-indosuez-sa/view>>. この判決の引用の際には、上記サイトから入手した判決文の頁数を記す。

制の考慮及び適用の可否が争われた事件である<sup>76)</sup>。

〔事実〕本件は、インドに併合されたニザーム藩王国・藩王の孫息子 A (訴外) により相続された後、A 経営の法人によりスイスの銀行 Y (被告) に貸付の担保として差し出されていた金貨 (以下、「本件金貨」という) につき、インド X (原告) が、スイス民法上の動産占有訴権 (action possessoire) 及び動産物権確認訴権 (action pétitoire) を根拠に、その返還を求めたという事件である。インド憲法 (1949 年 11 月 26 日成立、1950 年 1 月 26 日施行) 295 条では、別段の協定がない限り、旧藩王国の財産は 1949 年のインドへの併合により自動的にインドに帰属する旨定められていた。ただし、インドとニザーム藩王との間で締結された 1950 年 1 月 25 日の協定には、個人の資格において同藩王が所有する動産及び不動産については、インド政府がそれを国有化することはないとの定めがあった。A は、ニザーム藩王国の首都・ハイデラバードの宮殿にあった本件金貨を自らが相続したとして、本件金貨を国外に持ち出し、1987 年、スイスのオークション・ハウスにおいて競売に付した (落札には至らなかった)。その後、A は、1988 年、自らの経営する法人に対する貸付を Y から受ける際、本件金貨をその担保として差し出した (本件抵当権設定契約)。なお、以上の事実を知った X は、本件民事訴訟に先立つ 1992 年、本件金貨がニザーム藩王国を併合した際にインドの文化財となったことを主張し、本件金貨の保存的差押え等を求める国際刑事共助要請をスイスにおいて行っている<sup>77)</sup>。第一審裁判所、第二審裁判所は共に、X による返還請求を退けた。X より上告。

〔判旨〕最上級審裁判所であるスイス連邦裁判所は、第一審裁判所及び第二審裁判所の判断を支持し、本件抵当権設定契約の有効性を認め、結論として、X の訴えを退けた<sup>78)</sup>。

---

76) なお、本件では返還請求が問題となっているものの、外国の文化財不正流通規制に反する契約の無効が問題となった事案でもあるため、ここで取り上げることとする。

77) なお、インド国内において、本件金貨が不法に輸出されたか否かを確かめるための捜査が行われた結果、インド中央捜査局による報告書 (1997 年) では、ニザーム藩王の死去に伴う相続により、A が本件金貨の有効な所有権を取得したことが確認されている。Tribunal fédéral, 8 avril 2005, *supra* note 75, pp. 5-6.

78) その他、本件では、本件抵当権設定契約に際して銀行である Y が果たすべき善管注意義務の問題についても判断されている。See *id.*

まず、同裁判所は、Yによる本件抵当権取得時の善意の有無の判断にあたり、インドの文化財に関する輸出規制法が影響を与えるか否か、という点について検討する。同裁判所は、結論として、文化財に関する輸出規制法がインドの領域外において効力を有することはなく、また、単なる輸出規制が私法上の所有権から生じる処分権に影響を与えることはない<sup>79)</sup>と判断し、この点を否定した。

次に、外国の公法・強行的適用法規の適用に関するスイスの「国際私法に関する連邦法」(1987年)19条<sup>80)</sup>を介して、インドの文化財輸出規制法である古美術及び重要美術品法(1972年)が適用されるか否かが問題となった。この点につき、同裁判所は、次の3つの理由から、同19条の厳格な要件、特に、保護されるべき明らかに優越的な利益(同1項)の存在という要件が満たされていないとして、この点に関するXの主張を退けた。第1に、文化財不正取引の防止に関する国際公序の存在を指摘する国内裁判例<sup>81)</sup>は存在するものの、当該事件は刑事司法共助に関わるものであることに加えて、ユネスコ条約(1970年)やユニドロワ条約(1995年)といった関連する条約も、善意の占有者が有する民事上の正統な権利を保護していること<sup>82)</sup>、第2に、関連する条約及びその国内実施法<sup>83)</sup>は遡及効を禁止しているため、本件事案はそれらの適用範囲に入らないこと<sup>84)</sup>、第3に、外国の文化財不正流通規制といった公法の適用の問題については、ユネスコ条約(1970年)の国内実施法のように、相互主義に基づく国家間合意

79) *Id.* pp. 26-28.

80) 条文は以下の通りである(奥田安弘編著『国際私法・国籍法・家族法資料集：外国の立法と条約』(中央大学出版部、2006年)9-10頁)。

同19条1項「この法律により指定された法以外の法の規定は、それが強行的に適用されることを欲する場合において、スイスの法観念により保護されるべき明らかに優越的な(当事者の)[独][伊]利益がそれを必要とし、かつ事案が当該法と密接な関連を有するときは、これを考慮することができる。」

同2項「かかる規定が考慮されるべきか否かの判断は、当該規定の目的および(そこから生じる)[独] = (その適用の)[仏]結果に鑑みて、スイスの法観念にとって妥当な判決・決定を得るために行われる。」

81) Tribunal fédéral, 1 avril 1997, ATF 123 II, 134 (L c. Chambre d'accusation de Genève).

82) Tribunal fédéral, 8 avril 2005, *supra* note 75, p. 30.

83) 同実施法については、本稿第2章第1節一3.B.(本誌279号(2018年)78頁以下)参照。

84) Tribunal fédéral, 8 avril 2005, *supra* note 75, p. 32.

の枠組みにより処理されるべきこと<sup>85)</sup>、である。

〔コメント〕インド金貨事件判決では、抵当権設定契約の有効性を判断するにあたり、まず、抵当権取得時の被告 Y の善意の問題に関して、次に、外国の公法・強行的適用法規の適用の問題として、インドの文化財不正流通規制の考慮及び適用の可否が検討された。ただし、結論として、いずれの問題に関しても、インドの文化財不正流通規制が本件抵当権設定契約の有効性に影響を与えることはないとされた。

学説上は、インドの文化財不正流通規制の効力を認めなかった結論に対して批判がある<sup>86)</sup>。例えば、Renold は、次のように述べる。第 1 に、裁判所が Y による本件抵当権取得時の善意の有無を判断する際、イギリスの Ortiz 事件控訴院判決<sup>87)</sup>を外国法秩序の裁判例として参照する一方で、外国の文化財不正流通規制を間接的に適用したドイツのナイジェリア事件判決に言及していない点については、比較法的観点から問題がある<sup>88)</sup>。第 2 に、スイス国際私法 19 条を介したインドの文化財不正流通規制の適用に関しても、外国の文化財不正流通規制の効力を認めるためには国際的合意ないし二国間条約が必要であるという考えは、ユネスコ条約（1970 年）の精神に合致していないとして、本件では 19 条を介してインドの文化財不正流通規制を適用すべきであった<sup>89)</sup>、と批判するのである。

③最後に、オーストリア最高裁判所 2010 年 6 月 30 日判決（以下、「中国古陶磁事件判決」という）<sup>90)</sup>を取り上げる。本件では、自国内に持ち込まれていた外国文化財のオークションを通じた国内取引の有効性が問題となった。同最高裁判所は、結論として、事案との関連性を欠くとして由来

85) *Id.* pp. 33-34.

86) See, e.g., Siehr, *supra* note 69, pp. 511-512; Marc-André Renold, Une importante décision suisse en matière de transfert international de biens culturels : l'arrêt du Tribunal fédéral sur les pièces d'or anciennes du 8 avril 2005, 11 *Revue de droit uniforme* 399 (2006), pp. 403-404 (in English, *id.*, An Important Swiss Decision Relating to the International Transfer of Cultural Goods: The Swiss Supreme Court's Decision on the Giant Antique Mogul Gold Coins, 13 *International Journal of Cultural Property* 361 (2006), p. 367).

87) 本誌 282 号（2019 年）320 頁以下参照。同事件控訴院判決は、外国国家等による当該国の文化財不正流通規制（輸出規制）に基づく返還請求を退けている。

88) Renold, *supra* note 86, p. 404.

89) *Id.* pp. 403-404.

90) Oberster Gerichtshof, 30 Juni 2010, *Juristische Bätter* 707 (2010); *Österreichische Juristen-Zeitung* 1067 (2010); *Kunst und Recht* 119 (2010).

国である外国の文化財不正流通規制の適用を否定した。

〔事実〕オーストリア人 X (原告) は、2002 年、オーストリアのオークション・ハウス Y (被告) を通じて、約 2000 年前の荷馬車付馬の中国古陶磁模型 (Keramikmodell Pferd mit Wagen) (以下、「本件古陶磁」という) を購入した。しかし、X は、2004 年、本件古陶磁は中国法上、中国からの輸出が禁止される物件に該当するため、本件売買契約は、契約準拠法であるオーストリア民法典 (ABGB)<sup>91)</sup> の公序良俗 (879 条 1 項) に反するとして、その無効を主張し、Y に対して落札代金の払戻しを求めた。第一審裁判所及び控訴審裁判所は、X の請求を退けた。X より上告。

〔判旨〕オーストリア最高裁判所は、以下の 3 つの理由を挙げ、X の請求を退けた<sup>92)</sup>。第 1 に、オーストリアと中国との間で、本件古陶磁の返還やその売買契約の無効を義務付ける国家間合意は存在しないこと<sup>93)</sup>。第 2 に、密接な関連性を有する、契約準拠法所属国以外の第三国の強行法規<sup>94)</sup>の考慮を認める「契約債務の準拠法に関する 1980 年条約 (ローマ条約)」<sup>95)</sup> 7 条 1 項の解釈として、オーストリア国内において行われた本件売買と中国との間で密接な関連は存在しないことから、中国の文化財不正流通規制の適用は認められないこと<sup>96)</sup>。

第 3 に、契約準拠実質法上の公序良俗 (ABGB879 条 1 項) 違反に基づく無効も認められない<sup>97)</sup>。というのも、ドイツのナイジェリア事件判決が示した外国文化財の取引行為に関する厳格な姿勢は支持されるべきものであるものの、文化財の不正輸出に関わる保険契約の有効性が問題となった同事件とは異なり、本件では、何ら渉外的要素を有しないオーストリア国内における売買契約の有効性が問題となっており、事案を異にするからで

91) 条文は以下のサイトから入手可能。<<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>>.

92) 以下判旨については、Siehr, *supra* note 69, pp. 512-513; Leonhard Reis, 32 *IPRax* 553 (2012) を参照した。

93) See Siehr, *ibid*; Reis, *id.* p. 553.

94) ここでいう強行法規とは、本稿でいう「公法・強行的適用法規」のことを指す。

95) Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC), *available at* <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A41980A0934>>.

96) See Siehr, *supra* note 69, pp. 512-513; Reis, *supra* note 92, pp. 553-554.

97) See Siehr, *id.* p. 513; Reis, *id.* p. 554.

ある<sup>98)</sup>。本件売買契約は、何者かによって本件古陶磁がオーストリアに不法に輸入された後に締結された契約であり、当該売買契約自体は、文化財の不正取引を助長するような法律行為ではないのである<sup>99)</sup>。

〔コメント〕中国古陶磁事件判決でも、スイスのインド金貨事件判決と同様、外国の文化財不正流通規制の適用が検討されたものの、結論として、国内でなされた売買契約の有効性に同規制が影響を与えることはないと判断された。同事件判決について、Siehrは、その結論を支持する立場から、次のように述べる。すなわち、仮に本件売買契約が無効とされた場合、本件古陶磁は売主の元に戻されることとなるが、当該古陶磁の取引は中国法上禁止されるため、売主はそれを誰にも売却できない<sup>100)</sup>。このように、中国国家が当該古陶磁の回復を求めて何らコストも負っていない場合にも、当該古陶磁を中国に返還すべきかどうかは疑問である<sup>101)</sup>、とするのである。さらに、Siehrは、例えば、産出国があらゆる美術品の輸出を禁止する一方で輸出に関する適切な国境管理を行っていない場合にも、自国裁判所が、当該国の文化財不正流通規制を直接的に適用したり、その事実的影響を考慮したりすることが果たして賢明な判断なのか、という問題提起を行っている<sup>102)</sup>。

## 二 抵触法規則・学説

以下では、外国の公法・強行的適用法規の効力の問題一般に関する立法例及び学説上の議論を確認しつつ、上述した3つの裁判例にも触れつつ、契約紛争等における外国の文化財不正流通規制の効力の問題につき、立法例(1.)及び学説上(2.)どのような議論がなされてきたのかという点について確認する。

### 1. 抵触法規則

我が国抵触法上、外国の公法・強行的適用法規の効力の問題に関する明文規定は存在しない。これに対して、抵触法規則の立法例としては、スイ

---

98) Siehr, *ibid.*

99) *Ibid.*

100) *Id.* p. 515.

101) *Id.* p. 513.

102) *Id.* p. 515.

スのインド金貨事件判決において言及したように、外国の公法・強行的適用法規の効力一般を認めるスイス国際私法 19 条<sup>103)</sup> が有名である。また、外国の文化財不正流通規制の効力に特殊なものとしては、ポルトガルの文化遺産に関する基本法第 107/01 号 (2001 年)<sup>104)</sup> の 62 条が挙げられる。同 62 条は、外国から運ばれてきた動産文化財を客体としてポルトガルでなされた取引行為がその物の譲渡又は輸出を規制する外国法規に違反する場合、当該取引を無効とすることを定める。なお、同条の適用にあたっては、問題となる外国との間での相互主義が要求される。

## 2. 学説

それでは、外国の公法・強行的適用法規の効力の問題一般、そして、外国の文化財不正流通規制の効力に関して、学説上は、どのような議論がなされてきたのだろうか。

契約紛争等において準拠実質法以外の外国の実質法規の何らかの効力を認める方法としては、次の 2 つの方法が存在する。すなわち、外国の公法・強行的適用法規の法的効力を認めるという方法と (A.)、外国の実質法規の事実的影響を考慮するという方法である (B.)<sup>105)</sup>。以下では、我が国学説上の議論を中心に、これらの方法を巡る議論を概観する。

### A. 外国の公法・強行的適用法規の適用

(1) まず、外国の公法・強行的適用法規の法的効力を認めるという方法である。我が国学説上、外国の公法・強行的適用法規の適用を認めるとい

---

103) 前掲注 80) 参照。

104) 同 2001 年法の原文 (ポルトガル語) は、UNESCO の以下のデータベースから入手可能。<<http://www.unesco.org/culture/natlaws/>>。同法の英語訳については、以下のポルトガル文化庁の URL から入手可能。

<<http://www.patrimoniocultural.pt/media/uploads/legislacao/heritagelaw107of2001.doc>>。同条は、旧ポルトガルの文化遺産に関する法第 13/85 号 (1985 年) 31 条に対応する (同規定については、Guido Carducci, *The Growing Complexity of International Art Law: Conflict of Laws, Uniform Law, Mandatory Rules, UNSC Resolutions and the EU Regulations*, in Barbara T. Hoffman (ed.), *Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice* (Cambridge, 2006), pp. 68-85, p. 69; 河野・前掲注 74) 727-723 頁参照)。

105) この点に関して、櫻田嘉章 = 道垣内正人編『注釈国際私法 (1)』(有斐閣、2011 年) 26 頁、40-44 頁 [横溝大執筆] 参照。

う考えは「特別連結論」<sup>106)</sup>と呼ばれる。特別連結論とは、「当事者によって選択された契約準拠法とは別個独立に、第三国の強行法規<sup>107)</sup>の適用を認める理論」<sup>108)</sup>を指し、ドイツの Wengler<sup>109)</sup>の学説に端を発する考えであるとされる<sup>110)</sup><sup>111)</sup>。

我が国抵触法上、外国の公法・強行的適用法規の適用を認める明文規定は存在しないものの、我が国学説の中には、次のような理由からその適用を肯定する見解と、B.で後述するように、あくまでその事実的影響を考慮する見解とが存在する<sup>112)</sup>。外国の公法・強行的適用法規一般の適用を肯定する見解は、外国の公法・強行的適用法規を適用する根拠として、外国国家利益への配慮や国家利益に関わる政策に関する国家間相互の尊重の促進、国際的判決の調和、さらには、外国国家という国際社会におけるアクターを抵触法上も考慮することは、「国際社会の現実により合致するという点で、国際的に活動する当事者にも資する」<sup>113)</sup>という点を挙げる<sup>114)</sup>。また、外国の公法・強行的適用法規の適用を肯定する場合、その要件が問題となる。この点に関して、学説上は、「外国法規の適用意思」、「契約関係と外国との空間的関連性」及び「外国公法の目的・内容の需要可能性」を挙げる見解や<sup>115)</sup>、外国国家行為承認制度との連続性を顧慮し、「同制度の

106) 特別連結論に関して、桑田三郎「国際私法における強行的債務法の連結問題」法学新報 59 卷 11 号 (1952 年) 1024 頁、折茂豊『当事者自治の原則』(創文社、1970 年) 186 頁以下、横山潤「外国公法の適用と“考慮”—いわゆる特別連結論の検討を中心として」国際法外交雑誌 82 卷 6 号 (1984 年) 681 頁、佐藤やよび「ヴェングラーの『強行法規の特別連結論』について」甲南法学 37 卷 4 号 (1997 年) 489 頁、同「ヴェングラーの『強行法規の特別連結論』の理論構造」国際法外交雑誌 97 卷 3 号 (1998 年) 301 頁、等参照。

107) 本稿でいう「公法・強行的適用法規」である。

108) 横山・前掲注 106) 682-683 頁。

109) Wilhelm Wengler, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht: Eine rechtsvergleichende Studie, 54 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 168 (1941)。

110) 横山・前掲注 64) 684 頁注 (8) 参照。

111) ただし、フランス学説においても、Franceskakis (Phocion Franceskakis, *Quelques précision sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, 55 *Recueil des cours* I (1966)) により、「直接的適用の法律 (les lois d'application immédiate)」や「警察法 (loi des police)」という用語の下で、ドイツ学説とはやや異なる形で議論が展開してきたことにつき、横溝・前掲注 105) 35 頁注 (47)。Franceskakis の学説については、折茂・前掲注 106) 317 頁以下参照。

112) 横溝・同上 41 頁。

113) 同上 43 頁。

114) 同上 42-43 頁、及び、そこに挙げられる文献参照。

115) 横山潤「外国公法の適用」池原季雄 = 早田芳郎編『涉外判例百選 [第 3 版]』(有

承認要件を参照し、①国際管轄、②関係当事者に関する手続保障、③公序を機軸とした要件」を挙げるもの<sup>116)</sup>がある。

(2) 国際的な文化財の不正取引との関係では、我が国学説上の議論ではないものの、ユネスコ条約(1970年)やユニドロワ条約(1995年)が国際的な文化財の不正取引の防止といった趣旨の国際公序(international public policy)を形成しているとして、外国の文化財不正流通規制を積極的に適用すべきであると主張する見解がある<sup>117)</sup>。これに対して、先述したSiehrによる問題提起<sup>118)</sup>のように、外国国家が直接訴訟の場に出てこない場合にまで、外国の文化財不正流通規制の効力を認めることは疑問であるとの見解もある。

## B. 外国の実質法規の事実的影響の考慮

(1) 次に、外国の公法・強行的適用法規を直接的に適用する上述した方法とは別に、準拠法の適用において、関連する外国の実質法規の事実的影響を考慮するという方法がある。これは、学説上、「外国法の考慮 (la prise en considération)」<sup>119)</sup>や「データ理論 (Datum Theorie)」<sup>120)</sup>と呼ばれる方法である。実際にも、各国裁判例の中には、準拠実質法上の公序良俗や契約の履行不能の可能性について判断する際に、その事実的影響を考慮するものがある<sup>121)</sup>。我が国裁判例上も、運送契約並びにそれを被保険利益とする保険契約の準拠法である日本の実質法上の公序良俗の判断の際に、契約

---

斐閣、1995年) 41頁。

116) 横溝・前掲注105) 44頁。

117) Mara Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross-border Litigation: Turing Rights into Claims* (De Gruyter, 2015), pp. 318-321, pp. 356-357.

118) 前掲注101)に対応する本文、及び、それに続く箇所参照。

119) See, e.g., Estelle Fohrer-Dedeurwaerder, *La prise en considération des normes étrangères* (L.G.D.J., 2008), p. 4.

120) Erik Jayme, *Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen - Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie -*, in Erik Jayme und Gerhard Kegel (hrsg.), *Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig* (Müller, 1976). データ理論については、佐野寛「国際私法におけるデータ理論について」岡山大学法学会雑誌 45巻1号(1995年) 417頁参照。データ理論とは、一般に、準拠実質法とは異なる外国の実施法規を、抵触法上指定された準拠実質法上の構成要件を具体化するデータ (Datum) として、準拠実質法の適用段階で考慮するという考えを指す(佐野・同上 417頁)。

121) 例えば、やや古いものの、ヨーロッパの裁判例について紹介及び分析を行うものとして、横山・前掲注106) 690-700頁、708-716頁。

準拠法ではないアメリカの取引規制法上、イラン製絨毯のアメリカ国内への持ち込みが原則的に禁止される、という事情を考慮した裁判例がある<sup>122)</sup>。これは、上述したドイツのナイジェリア事件判決において採られた処理と同様の処理であるといえる。

学説上、準拠実質法上の公序良俗の判断において外国の公法・強行的適用法規を考慮するという法律構成には、いくつかの問題があると指摘されてきた。例えば、横山潤教授は、準拠実質法上の外国公法であれば考慮されるという処理には賛同できない理由として、次の点を挙げる<sup>123)</sup>。すなわち、「契約当事者間の私法的権利義務関係を規律すべき法と当該関係に介入する外国公法<sup>124)</sup>とでは、その適用理由が異なる」点、及び、内国の政策とも関わる外国公法の適用を準拠法選択という当事者の意思に依存させるべきではない点<sup>125)</sup>、である。その上で、同教授は、外国法の考慮やデータ理論による処理においても、準拠実質法以外の第三国の公法・強行的適用法規と事案との密接関連性や、当該法規の受容可能性について判断せねばならないとし、結論として、特別連結論、すなわち外国の公法・強行的適用法規の適用、という法律構成を採るのが妥当である<sup>126)</sup>、とする。同様に、外国の公法・強行的適用法規の契約に対する影響を考える際には、「管轄や公序等一定の要件の下にその適用を正面から認めた方が、理論的には問題が少ない」と指摘する見解<sup>127)</sup>もある。

(2) 外国の文化財不正流通規制に関する議論として、外国の文化財に関する法規的事実的影響を認める外国法の考慮という方法は、文化財に関する各国法制度の差異を克服し、国家間協力を促すことを可能とするツールであると評価する、Jayme の見解がある<sup>128)</sup>。Jayme は、外国の文化財に関

122) 東京高判平成 12 年 2 月 9 日判時 1749 号 157 頁 (ただし、結論として両契約は有効とされた)。

123) 横山・前掲注 115) 41 頁、同「外国の輸出管理と国際私法」国際法外交雑誌 91 巻 5 号 (1992 年) 551 頁参照。

124) 「外国公法」とは、本稿でいう「外国の公法・強行的適用法規」を指すものと解した。

125) 横山・前掲注 115) 41 頁。

126) 横山・前掲注 64) 193 頁。

127) 横溝大「第三国の輸入管理法の考慮」櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選 [第 2 版]』(有斐閣、2007 年) 34、35 頁参照。

128) Erik Jayme, *Narrative Norms in Private International Law: The Example of Art Law*, 375 *Recueil des cours* 9 (2014), pp. 27-28.

する法規的事実的影響が考慮されるべき具体例として、ドイツの事例（ケルン地方裁判所 2013 年 4 月 24 日判決）<sup>129)</sup> を挙げる<sup>130)</sup>。

〔事実〕 ニューヨークの美術商 X（原告）は、2000 年、ドイツ・ケルンのオークション・ハウス Y（被告）において、バロック時代のイタリア絵画（以下、「本件絵画」という）を落札し、アメリカに持ち帰った。しかし、本件絵画は、戦時下の 1937 年、ナチスにより強制的にユダヤ人画商である元の所有者 A から Y のオークションに出品された物であった。A の遺産の受益者らは、2004 年、本件絵画を、盗難美術品に関する世界最大規模のデータベースである「アート・ロス・レジスター」<sup>131)</sup> に登録した。この事実を知った X は、A の遺産の受益者らに連絡を取り、訴訟法上の合意 (stipulation) として、アメリカ合衆国入国税関管理局 (U.S. Immigration and Customs Enforcement [ICE]) による当該絵画の仮差押えに合意した<sup>132)</sup>。本件ドイツ訴訟は、以上の経緯から、X が Y に対して当該絵画の落札価格の払い戻しを求めたものである。

〔判旨〕 ドイツ・ケルン地方裁判所は、以下の理由を挙げ、X の請求を退けた<sup>133)</sup>。すなわち、第 1 に、本件 XY 間の売買契約の準拠法であるドイツ法上、X は当該絵画の正当な所有権を取得したこと<sup>134)</sup>。第 2 に、ナチスによる強制売買命令を事実上の取用 (de facto confiscation) としてみなした上で、かかる命令に基づき売買された美術品を盗難物として扱うアメリカ裁判例上のルール<sup>135)</sup> は、ドイツ法上知られていないこと<sup>136)</sup>、である。

〔コメント〕 Jayme は、同判決では検討されなかったが、Y の所有権移転義務・品質保証義務に関して契約準拠法であるドイツ法に従って判断す

---

129) LG Köln, 24 April 2013, *Kunst und Recht* 154 (2013).

130) Jayme, *supra* note 128, pp. 27-28.

131) See <<http://www.artloss.com/>>.

132) 本件ニューヨークの美術商 X による本件美術品の返還の背景事情については、以下のサイトを参照。<<http://www.lootedart.com/news.php?r=NMS8BE545521>>。なお、本件ユダヤ人画商 A の美術品に関しては、カナダのコンコルディア大学 (Concordia University) を中心とする返還プロジェクトが存在する。Max Stern Art Restitution Project, <<https://www.concordia.ca/arts/max-stern.html>>.

133) なお、X による控訴を受けたケルン高等地方裁判所も、2016 年 7 月 8 日判決 (OLG Köln, 8 Juli 2016, 18 *Kunst und Recht* 150 (2016)) により X の控訴を退けたため、X 敗訴が確定した。

134) *Id.* pp. 155-156.

135) *Vineberg v. Bissonnette*, 529 F. Supp. 2d 300 (DRI 2007); *aff'd* 548 F. 3d 50 (1st Cir. 2008).

136) *Supra* note 133, p. 156.

る際には、上述した「美術品の返還に関するアメリカの規則が事実又は『データ』として考慮されるべきか否か」<sup>137)</sup>、という点が問題となるとする。これは、裁判所がオークション・ハウスの義務をどのように定めるかという問題であるとした上で、Jayme 自身は、当該絵画の出自ないし原産地 (provenance) は非常に重要な情報であり、その意味で、上記のアメリカの規則は事実的な重要性を有し得ると述べる<sup>138)</sup>。さらに、Jayme は、同事件のようにオークション・ハウスの契約上の義務違反が争われる場合には、外国の文化財不正流通規制の効力のみならず、ディーラーやオークション・ハウスが払うべき相当の注意の程度が問題となると解されるが、そこでは、ディーラーやオークション・ハウスに対する倫理規範といった非国家法の影響をどのように考えるか、という問題も生じるとする<sup>139)</sup>。

### 三 小括

以上、返還請求が問題とならない場合における外国の文化財不正流通規制の効力に関する、裁判例及び抵触法規則・学説について確認した。本節の結論は、以下の通りである。

第1に、各国裁判例上は、準拠実質法上の契約義務ないし公序適合性等の判断に、契約準拠法以外の第三国の文化財不正流通規制の事実的影響のみを問題とするもの (ナイジェリア事件判決) に加えて、第三国の法の特別連結に関する明文規定の適用上、その適用を正面から検討するもの (インド金貨事件判決や中国古陶磁事件判決) もあった。第2に、学説上は、私人間の契約紛争等における外国の公法・強行的適用法規一般の効力に関して、それを適用するという方法と、あくまで準拠法の適用の際にその事実的影響を考慮する方法とが区別して論じられていることを確認した。第3に、文化財不正流通規制の適用ないし考慮に固有の議論として、問題となる外国国家等が訴訟に参加していない場合や、輸出に関する適切な国境管理を行っていない場合に、私人間の契約紛争等において当該国の文化財不正流通規制の効力を認めることが果たして妥当か、という Siehr による

---

137) Jayme, *supra* note 128, p. 28.

138) *Ibid.*

139) See also, Janet Ulph, *Civil Liability Affecting the Trade in Art and Antiquities*, in Janet Ulph & Ian Smith (eds.), *The Illicit Trade in Art and Antiquities: International Recovery and Criminal and Civil Liability* (Hart Publishing, 2012), p. 174, pp. 193-195.

問題提起があることを確認した。これに対して、Jayme は、例えば外国文化財を取り扱うオークション・ハウスの法的責任を判断する際にも、文化財の不正取引の防止といった観点から、関連する外国の文化財不正流通規制を考慮すべきであると主張していた。

### 第3節 小括

本章では、外国の文化財不正流通規制上の保護を受ける文化財の返還請求が問題となる場合における法的問題（第1節）、及び、それ以外の場合における法的問題（第2節）を取り上げ、それに関する各国裁判例及び抵触法規則・学説上の議論を概観した。ここでは、第4章での検討へと向けて、本章で扱った3つの問題に関する議論を確認する。

① 第1に、外国文化財の返還請求がなされる場合、文化財の物権変動に関する準拠法の選択・適用の問題が生じる（第1節一）。伝統的な準拠法選択規則（所在地法主義）によれば、原因事実完成時における文化財の所在地法が適用される場所、この処理方法では、盗取ないし不法に輸出された文化財の取得者が有効な所有権を取得し易くなるという問題が生じる。そのため、裁判例や立法、学説上、次のような対応が模索されていた。すなわち、一方で、アメリカの *Bakalar* 事件控訴審判決<sup>140)</sup> のように柔軟な準拠法選択が志向する裁判例があり、他方で、所在地法主義に代わる準拠法選択規則として、文化財の輸出国・原産国の法を選択・適用するという規則（由来国法主義）が主張されていた。そこで第4章では、とりわけ由来国法主義を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。

② 第2に、文化財の返還請求が外国国家等によりなされる場合には、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の許容性も問題となる（第1節二）。裁判例の中には、外国国家等による文化財不正流通規制に基づく請求であっても、同規制の適用が私法上の請求の先決問題として問題となる場合（イタリアの *Danusso* 事件判決<sup>141)</sup>、ドイツ・ベルリン高等裁判所 2006 年判決<sup>142)</sup>）や、同規制が所有権的権利を国家に付与する法

---

140) 本誌 282 号（2019 年）298 頁以下参照。

141) 同上 317 頁以下参照。

142) 同上 318 頁以下参照。

規である場合（イギリスの Barakat 事件控訴院判決<sup>143)</sup>）には、当該請求は財産的請求であるとして許容するものがあつた。これに対して、単なる輸出規制である文化財不正流通規制に基づく請求は、認められないと判断する裁判例（アメリカの Peru v. Johnson 事件判決<sup>144)</sup>）が存在する。第4章では、そもそも外国国家等による外国公法に基づく請求は許容されるか否か、どのような文化財不正流通規制に基づく返還請求であれば認められるべきか、といった点について検討する。

③ 第3に、返還請求が問題とならない場合でも、外国の文化財不正流通規制の契約の有効性に対する影響が問題となることがある（第2節）。この問題に関しては、第1に、文化財不正流通規制を含む外国の公法・強行的適用法規の契約に関する影響を判断する際、適用と考慮というアプローチのうち、いずれを採るべきか、という点について検討する必要がある。第2に、Siehr が主張するように、外国国家等が訴訟に参加していない場合等には、国家間協力よりもむしろ私的契約の有効性を尊重すべきであるか、それとも、Jayme が主張するように、文化財の不正取引の防止といった観点からは、関連する外国の文化財不正流通規制等を考慮して、オークション・ハウス等文化財を取り扱う者の法的責任を厳しく追及するべきか、といった点が問題となる。

---

143) 同上 322 頁以下参照。

144) 前掲注 8) に対応する本文、及び、それに続く箇所参照。