

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 (7)

ーグローバル・ガバナンスのための抵触法を目指してー

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、283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
 - 1. Robert Wai の見解
 - 2. Alex Mills の見解
 - 3. Horatia Muir Watt の見解
 - 4. Ralf Michaels の見解
 - 5. 小括
- 二 考察
 - 1. グローバル・ガバナンスのための抵触法
 - 2. 普遍主義的観点の位置付け
 - 3. 抵触法における実質的価値・政策の位置付け
 - 4. 小括 (以上、本号)

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

第4章 検討

本章は、前章第3節において整理した3つの問題状況それぞれにつき、抵触法上、採られるべき処理方法を探ることを目的とする。この目的を達成するためには、これらの3つの場合において抵触法上問題となる以下の点につき、再考する必要がある¹⁾。第1に、盗取ないし不法に輸出された外国文化財の返還請求における物権準拠法の選択・適用に関しても、取引の安全を重んじる所在地法主義に基づく準拠法選択規則に従うことが妥当か否か、という点、第2に、外国国家等自身による外国公法の執行であることを理由に、法廷地国裁判所が外国国家等による外国文化財不正流通規制に基づく返還請求を拒絶することが妥当か否か、という点、第3に、外国文化財不正流通規制に反して締結された私人間契約につき、外国公法である文化財不正流通規制の影響を認めるべきか否か、という点である。

上述した3点は、いずれも伝統的な抵触法理論・方法の妥当性という一般的な問題に関わる。そこで、これらの点について検討するためには、その前提として、グローバル化の下で抵触法が目指すべき基本的な方向性について考察することが必要となる²⁾。この検討に当たって注目されるのは、近時、抵触法学説上、議論されている「グローバル・ガバナンスのための抵触法」という主張である。詳しくは後述するが、この主張は、私的利益の具体的保護を強調してきた伝統的な抵触法理論・方法を再考し、抵触法をグローバル規模での経済・社会の適切な規整や国境を越えた私的な秩序形成に利用すべきである、とする考えを指す。

以下では、抵触法理論一般に関わる問題として、グローバル化の下で抵触法が目指すべき方向性について考察した上で(第1節)、そこでの考察を踏まえつつ、国境を越えた文化財の不正取引という具体的事例における抵触法的対応のあり方について検討する(第2節)。

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

本節では、次節において国境を越えた文化財の不正取引に対する抵触法的対応を探るための前提として、グローバル規模での経済・社会の適切な

1) 本稿第3章第3節(本誌283号(2019年)233-234頁)参照。
2) 本稿問題の所在(本誌278号(2018年)100-101頁)も参照。

規整へと向けた抵触法の新たな機能について論じる主要論者の見解を整理・概観した上で (一)、これらの見解の検討を通じて、グローバル化の下で抵触法が目指すべき方向性について検討する (二)。

一 抵触法の新たな機能を巡る議論

以下では、グローバル規模での経済・社会の規整へと向けた抵触法の新たな機能について論じる代表的な見解として、Robert Wai³⁾ (1.)、Alex Mills⁴⁾ (2.)、Horatia Muir Watt⁵⁾ (3.)、及び、Ralf Michaels⁶⁾ (4.) の見解を取り上げる。その上で、各論者が、どのような問題意識から、抵触法のどのような役割について論じているのか、という点について確認する。

これら4つの見解は、抵触法を規範抵触の調整に関するシステムないし

-
- 3) Robert Wai, *Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization*, 40 *Columbia Journal of Transnational Law* 209 (2002). See also, *id.* *Conflicts and Comity in Transnational Governance: Private International Law as Mechanism and Metaphor for Transnational Social Regulation Through Plural Legal Regimes*, in Christian Joerges & Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law* (Hart Publishing, 2011), p. 229; *id.* *Private v Private: Transnational Private Law and Contestation in Global Economic Governance*, in Horatia Muir Watt & Diego P. Fernández Arroyo (eds.), *Private International Law and Global Governance* (Oxford University Press, 2014), p. 34.
 - 4) Alex Mills, *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law* (Cambridge University Press, 2009). See also, *id.* *Variable Geometry, Peer Governance, and the Public International Perspective on Private International Law*, in Horatia Muir Watt & Diego P. Fernández Arroyo (eds.), *Private International Law and Global Governance* (Oxford University Press, 2014), p. 245. Mills の見解の紹介として、横溝大「抵触法と国際法との関係に関する新たな動向」法律時報 85 卷 11 号 (2013 年) 26 頁、26-28 頁がある。
 - 5) Horatia Muir Watt, *Private International Law Beyond the Schism*, 2 (3) *Transnational Legal Theories* 347 (2011). Muir Watt の同論文における主張の紹介と考察として、横溝・同上 28-29 頁がある。See also, Horatia Muir Watt, *Party Autonomy in Global Context: The Political Economy of A Self-Constituting Regime*, 58 *Japanese Yearbook of International Law* 175 (2015).
 - 6) Ralf Michaels, *Post-critical Private International Law: From Politics to Technique*, in Horatia Muir Watt & Diego P. Fernández Arroyo (eds.), *Private International Law and Global Governance* (Oxford University Press, 2014), p. 54; *id.* *Towards A Private International Law for Regulatory Conflicts?* 59 *Japanese Yearbook of International Law* 175 (2016) ; *id.* *Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge from Europeanization and Globalization*, in Michael Stolleis & Wolfgang Streeck (eds.), *Aktuelle Fragen zu politischer und rechtlicher Steuerung im Kontext der Globalisierung* (Nomos, 2007), pp. 119-144, available at <https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2812>.

モデルとして捉えた上で、それがグローバル化の下で有する新たな有用性について理論的かつ一般的に論じるものである点で、グローバル化の下で抵触法が目指すべき方向性について検討する際の重要な出発点となると考えられる。また、以下で詳しく述べるように、これらの見解の類似点と対立点を整理することは、グローバル化の下で抵触法が目指すべき基本的な方向性について検討すべき点を明確化するのに役立つといえよう⁷⁾。

1. Robert Wai の見解

(1) まず、Robert Wai の見解を取り上げる。Wai は、国際私法（本稿でいう抵触法。以下、「抵触法」という）の規整的機能（regulatory function）を通じて、国境を越える取引行為に対し、不法行為法や契約法といった国家私法が果たす統御機能（the “governing” role）を重視する⁸⁾。

Wai の議論の出発点は、次の点にある。すなわち、国境を越えた取引は、特に国際商事仲裁という国家裁判所外での私的な紛争解決手段の利用を通じて、国家法体系の領域から離昇（lift off）しており、その結果、取引関係を規整する国家法の影響力がますます低下している⁹⁾。この点、各国の政策形成者は、国際裁判管轄合意や仲裁合意、準拠法選択に関する当事者自治の拡充を通じて、むしろ私的アクターの自治を拡大させる方向で抵触法の改革を行ってきた¹⁰⁾。Wai によれば、この改革は、リベラル国際主義（liberal internationalism）に基づく、次のような政策目標により支持されてきた¹¹⁾。すなわち、国際商取引の促進に関する経済的目標、国家間協力及びその秩序化の増加に関する政治的目標、及び法廷地法主義（parochialism）の回避や無差別的な取扱いの促進に関する道徳的目標¹²⁾、である。

Wai は、リベラル国際主義に基づく抵触法改革には一定の利点があるものの¹³⁾、次の2つの限界があるとする¹⁴⁾。すなわち、第1に、商取引・協力・

7) 本節一5. 参照。

8) Wai 2002, *supra* note 3, p. 212. 従って、Wai の見解においては、私法の規整的機能についても論じられている。 *Id.* pp. 232-238.

9) *Id.* p. 216.

10) *Id.* pp. 218-222.

11) *Id.* p. 224.

12) *Ibid.*

13) *Id.* p. 229.

14) *Ibid.*

コスモポリタンの公平性といったリベラル国際主義に基づく政策目標は、一見したところ争いがないように映るものの、その内容は確定的なものではないことである¹⁵⁾。第2に、リベラル国際主義は、配分的正義・民主主義的な政治ガバナンス・実効的な取引規整といった重要な政策目標を排除していることである¹⁶⁾。そのため、国境を越えた私的アクターの実効的な規整を促進するための抵触法の利用¹⁷⁾について考える場合には、配分的正義や実効的な取引規整といった他の目標の実現をも含むコスモポリタンの¹⁸⁾ 観点を採用すべきことを Wai は主張する。

その上で、Wai は、コスモポリタンの観点から、国境を越えた取引行為や紛争解決の離昇により生じている規整目標にとっての課題を明確化する¹⁹⁾。具体的には、包括的な権威が存在しない国際平面において規整の間隙 (regulatory gaps) が生じ、私的アクターに対する規整が十分に行われていないという問題²⁰⁾ や、外国から投資や雇用を獲得するために国家が規制水準を下げる圧力にさらされる規制間競争 (regulatory competition) の弊害²¹⁾ が挙げられる。さらに、国際商事仲裁を通じて商人法 (*lex mercatoria*) といった国境を越えたシステムが発展する中で、当事者間の紛争解決に基礎を置くこのようなシステムにおいては、紛争当事者ではない第三者の利益や価値が考慮されないという問題も生じるという²²⁾。

そこで、Wai は、国家法システムからの離昇から生じる規整目標実現に関する上述した懸念を前にして、抵触法を通じて国家私法を適用する国家裁判所が、国際取引や国際経済の着地 (touch down) 点として機能することに着目する²³⁾。国際取引の当事者にとって国家私法及び国家裁判所は、契約上の合意の実効的な執行や所有権保護の必要性ゆえに、依然として重

15) *Id.* p. 230. 例えば、Wai は、あらゆる外国判決や外国仲裁判断が法廷地において承認・執行されるという状況を仮定したとしても、その場合により多くの国際取引が行われる否かは明らかでない、と述べる。*Id.* pp. 230-231.

16) *Id.* p. 231.

17) *Id.* pp. 232-233.

18) Wai によれば、コスモポリタン主義とは、「ある区切られた国境の外の個人・社会の利益・価値を含む規範的な見地」として定義される。*Id.* p. 214, footnote 5.

19) *Id.* p. 250.

20) *Id.* pp. 251-254. Wai によれば、規整の間隙は、特に自らの行動のコストを他者に課すという外部性 (externalities) の問題を生じさせるという。*Id.* p. 251.

21) *Id.* pp. 254-258.

22) *Id.* pp. 258-260.

23) *Id.* p. 265.

要なものであるからである²⁴⁾。Wai は、着地点としての国際民事訴訟における国家裁判所を、国境を越えた私的アクターの行動により影響を受ける第三者の利益を保護するために用いることが特に重要であるとする²⁵⁾。また、抵触法とそれを通じて適用される国家私法が、国際的な政府間合意ないし機関、国家、トランスナショナルな NGO、及びローカルな私的アクターを含む、経済のグローバル化に対するガバナンスの多元的なシステム (a pluralistic system of governance of economic globalization) の形成に資すると述べる²⁶⁾。

(2) このように、Wai の見解においては、国際的な取引関係が国家法秩序から離昇しており、国家法秩序自身も、このような動向をリベラル国際主義の観点から支持してきた点が問題視された上で、実効的な取引規整といったより広い目標を含むコスモポリタンの観点から、抵触法を通じて国家私法を適用する国家裁判所が国際取引や国際経済の着地点として規整的機能を果たすべきことが主張されるのである。

2. Alex Mills の見解

(1) 次に、Alex Mills の見解を取り上げる。Mills は、伝統的な国際公法と国際私法 (本稿でいう抵触法。以下、「抵触法」という) との区分を疑問視し、両者を架橋することに中心的な関心を有する²⁷⁾。Mills は、抵触法を、個々の国家法の束としてではなく、規整的権威 (regulatory authority) の適切な配分²⁸⁾ に関わる一つの国際システム (a single international system) として理解すべきことを主張するのである²⁹⁾。

まず、Mills は、自身の抵触法観について以下のように述べる。抵触法の正統化根拠として正義や当事者の期待を挙げることは、抵触法が具体的な私法的帰結に関わる分野であることを特徴付ける³⁰⁾。だが、どのように

24) *Ibid.*

25) *Id.* p. 266. Wai によれば、例えば、不法行為訴訟は、契約当事者ではない者が国際契約から生じる活動の有害な影響を効果的にコントロールし、その補償を得るための重要な道具を提供するという。*Ibid.*

26) *Id.* p. 214, 271-273.

27) Mills 2009, *supra* note 4, p. 2.

28) *Id.* p. 18.

29) *Id.* p. 3.

30) *Id.* p. 11.

して、個々の事案における具体的な正義や当事者の期待に基づき、個々の抵触法規則が評価されるのかは不明確であるため³¹⁾、正義といった概念は、規整的権威の配分の適切性に関する根本的な関心を指すものとしてのみ、意味をなすと考えられる³²⁾。Millsによれば、このことは、次のことを意味する。すなわち、抵触法規則は、個々の事案の私法的帰結に基づき評価されるべきものではなく、その規則の形成により生じた体系的な効果(systemic effects)³³⁾によって評価されるべきものである³⁴⁾、ということである。この点、そのように体系的な効果によって評価されるべき抵触法を、国家法の一部として理解する見方³⁵⁾もあるものの、Millsは、私的紛争の矛盾する法的取扱いを減少させるために、各国家は、調和化された国際システムを創造することに強い利益を有しているとして、純粹に国家法的な見方は支持され得ないとする³⁶⁾。そこで、Millsは、抵触法を、それが国家法を通じて国家裁判所により運用されるものであっても、国際システムとして理解すべきことを主張する³⁷⁾。

Millsによれば、国際システムとして理解される抵触法は、国際裁判管轄や準拠法、外国判決の承認に関する、規整的権威の適切な配分に関わる法として把握されることとなる³⁸⁾。そして、この配分は正義の問題そのものであることから³⁹⁾、抵触法の評価は、国際システムの構成や人間社会の定義及び差別化に関する政治的問題に深く関わる⁴⁰⁾。かかる観点からすると、国際システムとしての抵触法の個々の規則は、機能的には、実質法の多様性を損なうことなく紛争や法律関係の法的に異なる取扱いを減少させることを目的とする⁴¹⁾。そして、規範的には、どのような形で規整的権威

31) *Id.* p. 11. というのも、実質法的価値から距離を置く抵触法は、基本的に、具体的な(実質法的)正義の実現や当事者の具体的な予測可能性の確保を事案毎に問題としてはこなかったからである。See *id.* pp. 4-10.

32) *Id.* p. 11.

33) 体系的な効果とは、他の事案への影響や私人の将来的な行動の指針となる能力を指す。*Id.* pp. 10-11.

34) *Id.* p. 11, 18.

35) *Id.* p. 12.

36) *Id.* p. 13.

37) *Id.* p. 12, 14.

38) *Id.* p. 18.

39) *Ibid.*

40) *Id.* pp. 18-19.

41) *Id.* p. 22.

による秩序形成を実現すべきか、また、ある紛争や法律関係をどの法秩序に規律させるべきか、といった個々の規則の適切性が問題となるという⁴²⁾。

次に、Mills は、国内法としての抵触法という理解について以下のように述べる。Mills によれば、国内法としての抵触法という現代の支配的な理解は、19 世紀後期の次の 2 つの現象の産物に過ぎない⁴³⁾。すなわち、19 世紀後期の法典化運動において結晶化された、抵触法をも含む国家法体系の多様性、及び、実証主義理論による主権の強調である⁴⁴⁾。だが、実証主義的な国際法理論は、記述的・説明的にも⁴⁵⁾、また規範的にも⁴⁶⁾、欠点を抱えており、同理論が前提としていた国際法や主権概念自体も、第二次世界大戦以降の人権規範等の発展を通じて大きな変容を遂げている⁴⁷⁾。さらに、国際法と国内法との区別が記述的にも⁴⁸⁾ 規範的にも⁴⁹⁾ 批判に晒される中、普遍主義的な国際法と個別的・多元主義的な国内法とのダイナミックな緊張関係から、国際法と国内法との規制的権威の配分に関わる規範が出現している⁵⁰⁾。Mills はこの発展を国際的立憲化(international constitutionalization)⁵¹⁾ の過程の一部として捉える。その上で、垂直的(国際法と国内法)及び水平的(国内法間)な規制的権威を扱う枠組みである国際システムを、国際連邦制(international federalism)⁵²⁾ として把握することを提唱する。このように分析した上で、Mills は、国際法と国内法との峻別という前提に依拠することができない以上、国内法としての抵触法という理解を採ることはできない⁵³⁾、と結論付けるのである。

最後に、Mills は、以上のように理解される国際システムにおいて抵触法が果たす役割について述べる。Mills によれば、抵触法は、国際システム

42) *Id.* p. 23.

43) *Id.* p. 71.

44) *Ibid.*

45) *Id.* pp. 78-79.

46) *Id.* pp. 79-81.

47) *Id.* pp. 81-88.

48) *Id.* pp. 89-96.

49) *Id.* pp. 96-99.

50) *Id.* p. 99.

51) *Id.* p. 100.

52) *Id.* pp. 107-108.

53) *Id.* p. 113.

においても、連邦国家内部におけるのと同様⁵⁴⁾、国家間の水平的な規制的権威の配分という制度的機能、及び、国際と国内との間の垂直的な規制的権威の配分という権利保障機能の2つを担うこととなる⁵⁵⁾。そして、前者に関しては管轄権 (jurisdiction) に関する国際公法上の規範⁵⁶⁾を、後者に関しては人権や手続保障といった国際的な私権 (international private rights) に関する国際公法上の規範⁵⁷⁾を、それぞれ抵触法上の個々の規則において反映すると共に具体化することにより、抵触法は国際システムの秩序付けを行うこととなる⁵⁸⁾。とはいえ、Mills は、抵触法上の規則が完全に国際法規範を反映したものではないことを認める⁵⁹⁾。Mills によれば、このような限定的な国際法規範の抵触法への影響は、抵触法が各国実質法の差異性を保持しつつ私的紛争解決のために国際システムを調整する方法であること、言い換えれば、国際法の適用範囲に制限を課すことで国家法制度の規制的権威を尊重するという「補完性原則 (principle of subsidiarity)」⁶⁰⁾を抵触法が支持するものであることから、説明される⁶¹⁾。このような Mills の見解において、抵触法は、「国内法秩序において体现される価値の多様性と国際的な構造及び権利とのバランスを図る形で、多様な国家法システムの調整を確保する」⁶²⁾、という目的を達成できるほどに、十分に国際的⁶³⁾であることが重要となる。

(2) このように、Mills の見解においては、19 世紀後期には支配的であった実証主義的な国際法理論は欠点を抱えており、もはや国際公法と抵触法との峻別という前提を取ることができなくなっている一方で、国際法と国内法とのダイナミックな緊張関係から国際的立憲化が生じていることが指摘されている。そして、このような国際連邦制としての国際システムにおいて、抵触法は、水平的及び垂直的な規制的権威の適切な配分に関わる国際システムの一部として把握されるのである。

54) See *id.* pp. 115-210.

55) *Id.* p. 213.

56) *Id.* pp. 228-254.

57) *Id.* pp. 264-288.

58) *Id.* p. 302.

59) *Id.* p. 295.

60) *Id.* p. 105.

61) *Id.* p. 296.

62) *Ibid.*

63) *Id.* p. 308.

3. Horatia Muir Watt の見解

(1) Mills と同様、国際公法と国際私法（本稿でいう抵触法。以下、「抵触法」という）との峻別を問題視する見解として、Horatia Muir Watt の見解がある。Muir Watt は、国際公法と抵触法との二分論を越えて、私的権力⁶⁴⁾のグローバル・ガバナンスへと向けた政治的企て（a political project）⁶⁵⁾として、抵触法は機能すべきであると主張する。Muir Watt の中心的な問題意識は、次のようなものである。すなわち、生態系やエネルギー、経済的不平等、強制移住、金融市場、外国投資、ジェンダー、宗教的多様性といった、伝統的な国際法の対象を越えるこれらの諸問題は、個人の権利や国境を越える企業活動、法的レジームの抵触に関わるという意味で、抵触法の対象領域に含まれるにも拘わらず⁶⁶⁾、政治学や経済学その他の諸分野とは異なり、上記の諸問題に関わるグローバル・ガバナンスの議論に対する抵触法側からの貢献が十分になされておらず、抵触法は私的権力のチェックや規律を行う意思さえ有してないように思われる⁶⁷⁾、というものである。

まず、Muir Watt は、国境を越えた規範領域における私的権力の拡大に対して抵触法が盲目的となった最大の要因が、国際公法と抵触法との峻別にあることを指摘する⁶⁸⁾。すなわち、主権国家間の相互作用に関わる特殊な学問分野として自由主義的な国際公法が出現する一方で、経済のガバナンスが国内事項へと格下げされることにより、国際政治とグローバルな市場との観念的な断絶が生じ、これが、従来、万民法（*ius gentium*）によって課せられてきた道徳的・法的制約から、国境を越える私的経済の拡大を逃れさせる結果となったのである⁶⁹⁾。具体的には、多国籍企業や格付け機関⁷⁰⁾、外国投資家⁷¹⁾、国家債務の債権者たる外国企業⁷²⁾といった、私的な経

64) 私的権力という用語は、私人間での支配関係や不均衡を指すものとして用いられている。Muir Watt 2011, *supra* note 5, p. 353, footnote 29.

65) *Id.* p. 355.

66) *Id.* p. 349, pp. 353-354.

67) *Id.* p. 350, 354.

68) *Id.* pp. 355-356.

69) *Id.* pp. 358-359.

70) *Id.* pp. 364-368.

71) *Id.* pp. 368-370.

72) *Id.* pp. 370-374.

濟主体に巨大な権力が付与されることとなったことが指摘される⁷³⁾。

次に、Muir Watt は、国際公法と抵触法との峻別の結果として、中立性 (neutrality) に代表される抵触法の方法論が発展したとする⁷⁴⁾。すなわち、国家間の権力衝突への介入を妨げられた抵触法は、私的で国内的な事項に焦点を当て続け、その政治的中立性を強化し、かつ、国際政治との距離を拡大するような方法論を発展させたのである⁷⁵⁾。だが、Muir Watt によれば、抵触法の中立性ないし非政治性 (apoliticism) は、社会的な紛争の根底にある政治性を隠匿することに奉仕するものであり⁷⁶⁾、伝統的なサヴィニー型抵触法は国家を越えた巨大な規整の間隙に立ち向かうのに適していないとして批判される⁷⁷⁾。

Muir Watt によれば、このような抵触法の中立性は、具体的には、次のような問題を抱えているとされる⁷⁸⁾。すなわち、伝統的な抵触法の自由主義パラダイムは、私人間の具体的な私的権利の処理というミクロな視点から法的问题にアプローチすることにより、当該問題を取り囲む社会的・政治的文脈に焦点を当てるマクロな視点を切り離すという、構造的バイアスを抱えている⁷⁹⁾。Muir Watt は、その一具体例として、文化財の物権準拠法に関する所在地法主義を挙げ⁸⁰⁾、次のように述べる。すなわち、「所有権移転を規律する法に関する抵触規則は、輸入された盗難文化財のローンダリングの効果的な手段となり、それにより歴史的な集团的所有を無効とする。盗難文化財の買主や現在の占有者の権利を元の正当な所有者のそれに優先させる法域—所在地法—に、盗難文化財を持ち込むだけで足りるのである」⁸¹⁾。

そこで Muir Watt は、国家を越えた私的権力がもたらす課題に対応するために、抵触法が規範的権威の抵触を調整する政治的機能を果たすべきである、と主張する⁸²⁾。具体的には、次のような提言を行う。第1に、私的

73) *Id.* p. 362.

74) *Id.* p. 356, 374.

75) *Id.* p. 377.

76) *Id.* p. 378.

77) *Id.* p. 381.

78) *Id.* pp. 383-394.

79) *Id.* p. 387.

80) *Id.* p. 389.

81) *Ibid.*

82) *Id.* p. 395.

アクターによる人権侵害に関して、人権と抵触法のメカニズムとが相互に恩恵を享受すべく、抵触法上、私的なもの (the private) を再定義し⁸³⁾、国家及び非国家の責任を再定位すべきである⁸⁴⁾。第2に、法多元主義の活用が重要であり、抵触する規整的主張を調整する機能を抵触法が果たしてきたことを想起すべきである⁸⁵⁾。なお、ここで問題となる非国家的権威により形成された規範の正統性に関しては、事前 (ex ante) 規制に焦点を当てる公法とは異なり、私法が個別事案における事後的 (ex post) な損害補償に焦点を当てる点⁸⁶⁾が重要となるという。すなわち、私法アプローチにおいて正統性の問題は私法的補償の問題に吸収されることとなり、ある不公正な行為が不当で補償可能な損害を引き起こしたか否かが直接問題となるのである⁸⁷⁾。第3に、グローバルなものの再埋め込み (re-embedding the global) が重要であり、抵触法がローカルなものと同グローバルなものとの調整機能を担い、その再埋め込みに貢献すべきであるとするのである⁸⁸⁾。

(2) このように、Muir Watt の見解においては、国際公法と抵触法との峻別により抵触法が国際政治から分離されることで抵触法の政治的中立性が発展し、この中立性原則が国境を越える私的経済的権力の拡大を野放しにしてきたことの問題性が指摘された上で、国境を越える私的権力がもたらす課題に対応すべく、抵触法は、規範的権威の抵触の調整という政治的機能を果たすべきであると主張される。

4. Ralf Michaels の見解

(1) 最後に、Ralf Michaels の見解を取り上げる。Michaels は、国際公法と抵触法との峻別や伝統的な抵触法理論について批判するこれまでの見解とはやや異なり、抵触法の新たな機能について考える際にも、率直な政治化 (open politicization) を志向するのではなく、その技術性に再注目 (return

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

84) *Id.* pp. 404-405.

85) *Id.* p. 406.

86) *Id.* p. 418.

87) *Id.* p. 419.

88) *Id.* p. 422. 再埋め込みの2つの柱として、影響を被った共同体に声を与えること、及び、その影響範囲に応じて非国家的アクターに社会的・環境的責任を課すことが挙げられる。*Id.* p. 423.

to technique) すべきであると主張する⁸⁹⁾。

まず、Michaels は、抵触法とは何かという問いについて検討する。というのも、「抵触法 (conflict of laws)」という用語は、それが扱う問題を指すと同時に当該問題に対する対応をも指すため、その方法論的な意味合いが不明確であるからである⁹⁰⁾。Michaels によれば、抵触法をそれが扱う問題としてみる見方 (conflicts as problem) は、次の2つのことを意味するとされる⁹¹⁾。すなわち、一方で、法は決して現実には抵触しないことから⁹²⁾、法の抵触が真に存在するか否かという問いが解釈の問題となること⁹³⁾、他方で、抵触法が法の抵触という問題を意味するとなると、法の抵触の解決策を抵触法の外に求める余地が生じること⁹⁴⁾、である。後者に関しては、これまで、その解決策を政治に求める立場 (conflicts as non-law)⁹⁵⁾ と、抵触している法自身に求める立場 (conflicts as substantive law)⁹⁶⁾ とが存在したが、Michaels によれば、法的規則を必要としないこれらの立場も、結果的には一定の規則 (rules) を生じさせることとなったと指摘する⁹⁷⁾。このように述べて、Michaels は、法的規則が抵触法を特徴付けてきたことを明らかにする⁹⁸⁾。

次に、Michaels は、法的規則が抵触法を特徴付けるとする見方に異議を唱える見解として、アメリカ抵触法革命⁹⁹⁾における代表的論者である Brainerd Currie の見解を挙げる¹⁰⁰⁾。Michaels は、Currie の見解と伝統的な抵触法の前提にある Savigny の見解との関係について、次のように述べる。Currie の見解の背景には、抵触法を含む法の政治的理解があると一般に考えられており、この理解は、非政治的な私法観とかかる私法の適用可能性という技術的な問題を扱う抵触法という Savigny の理解と、しばしば対置

89) Michaels 2014, *supra* note 6, p. 56.

90) *Ibid.*

91) *Ibid.*

92) 現実に抵触するのは、紛争当事者 (の法的主張) である。*Ibid.*

93) *Ibid.*

94) *Id.* p. 57.

95) *Id.* pp. 57-58.

96) *Id.* pp. 58-59.

97) *Id.* p. 57.

98) *Id.* p. 58.

99) アメリカ抵触法革命については、本誌 282 号 (2019 年) 296 頁注 (1) 参照。

100) Michales 2014, *supra* note 6, p. 58.

されてきた¹⁰¹⁾。だが、Michaelsによれば、この対置は必ずしも正確ではない¹⁰²⁾。というのも、Savignyを含む学者のほとんどが、私的で非政治的な法という考えも一種の政治的考えであることを認めており¹⁰³⁾、また、Savignyも Currieと同様、政治的に重要な法廷地法が、それとは異なる外国法の適用に優位することを認める点で、両者の見解には一定の類似性が存在するからである¹⁰⁴⁾。従って、Savignyと Currieの見解の違いは、どの法が政治性を有さずに存在するか、という点に関する程度の差違に存するのである¹⁰⁵⁾。その上で、Michaelsは、反規則 (anti-rules) を志向した Currieの見解についての評価として、次のように述べる¹⁰⁶⁾。すなわち、法的規則ではなく、政府利益 (governmental interests) の分析に基づき法の適用関係を決するという Currieの考えは、抵触法が扱う問題を記述するものに過ぎず、問題の解決策を示すものではないため、結局のところ、法的規則を必要とすることとなったのである¹⁰⁷⁾。

以上のように分析した上で、Michaelsは、規則の必要性、及び、規則の可能性について、次のように述べる¹⁰⁸⁾。第1に、規則の必要性に関して、あらゆる法的抵触を政治的抵触として捉えることは、政治的抵触を解決可能なものとする法の機能を奪うこととなる点で、採用できないとする¹⁰⁹⁾。その上で、政府利益分析という抵触法への政治的アプローチが法的規則を必要としたことは、反対に、政治的自覚を持って理論的 (doctrinal) アプローチを採ることも可能であることを示唆する¹¹⁰⁾、と述べる。このように、Michaelsは、性質決定といった非政治的に響く用語ないし技術を、政治性を自覚しつつ用いる可能性を指摘するのである¹¹¹⁾。

第2に、Michaelsは、このような可能性として、Knop, Michaels & Riles

101) *Id.* p. 61.

102) *Ibid.*

103) *Ibid.*

104) *Ibid.*

105) *Id.* p. 62.

106) *Ibid.*

107) *Id.* p. 63.

108) *Id.* p. 64.

109) *Ibid.*

110) *Id.* p. 65.

111) *Ibid.*

の研究¹¹²⁾を引用しつつ、「技術¹¹³⁾としての抵触法 (conflict of laws as technique)」¹¹⁴⁾という見方を提唱する。Michaels によれば、技術としての抵触法という考えは、法道具主義のように、一定の目的実現のための単なる道具として法を捉えるものでもなければ¹¹⁵⁾、形式主義のように、裁決者を単なる機械の一部とみなすものでもない¹¹⁶⁾。そうではなく、「技術としての抵触法は、〔実質法的〕結果すなわち政治性を、さしあたり相対的に忘れ去った状態で物事をなす方法である」¹¹⁷⁾と述べる。Michaels は、政治性を否定することなく法を技術的に扱うこのようなアプローチの正当化として、次の2つを挙げる。一つは、「『かのように』の方法 (“as if” mode)」である¹¹⁸⁾。これは、「法的言説とは、擬制的な言説であり、政治性を自覚しつつもそれが存在しないかのように判断するものである」、という考えを指す¹¹⁹⁾。このような擬制は、法的に意味のある主張を行うために必要となるとされる¹²⁰⁾。もう一つの正当化として、Michaels は、法律家による法的言説や実践 (practice) に、より重要な価値を置くことが考えられるとする¹²¹⁾。以上のように論じた上で、Michaels は、大陸法系諸国の伝統的な抵触法規則こそが、擬制として容易に機能し得る点で最も将来性のある規則であることを示唆し¹²²⁾、考察を終える。

112) Karen Knop, Ralf Michaels & Annelise Riles, From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture, and The Conflict of Laws Style, 64 *Stanford Law Review* 589 (2012). 同論文の邦語での紹介及び検討として、浅野有紀「私法理論から法多元主義へ—法のグローバル化における公法・私法の区分の再編成」浅野有紀=原田大樹=藤谷武史=横溝大編著『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂、2015年) 303頁、310頁以下がある。

113) 技術には以下のものが含まれるとされる(ここでは、Annelise Riles, *Collateral Knowledge: Legal Reasoning in the Global Financial Markets* (University Of Chicago Press, 2011) が引用されている)。すなわち、(1) イデオロギー、(2) 専門家、(3) 問題解決パラダイム、(4) 理由付けと立論 (reasoning and argumentation) の形式、である。Michaels 2014, *supra* note 6, p. 65.

114) Michaels 2014, *id.* p. 66.

115) *Id.* p. 65.

116) *Id.* p. 66.

117) *Ibid.*

118) 「かのようにの方法」について、詳しくは、浅野・前掲注112) 310頁以下参照。

119) Michaels 2014, *supra* note 6, p. 66.

120) *Ibid.*

121) *Id.* pp. 66-67. ここでは、法に対する法律家の観点を重要視する Koskenniemi の研究 (Martii Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (Cambridge University Press, 2001)) が挙げられる。

122) *Id.* p. 67.

(2) このように、Michaels の見解においては、法は政治的な方法では政治的抵触を解決することができないために、一方では政治性を自覚しつつも、他方では抵触法の技術性を再評価すべきである¹²³⁾、と主張される。Michaels は、この観点から、大陸法系諸国の伝統的な抵触法規則こそ、規範抵触に関する抵触法規則として最も適切であると考えてるのである。別の論文では、競争法や租税法、証券取引法といった規制法 (regulatory laws) の間の抵触に関しても、抵触法の技術性 (性質決定や管轄と準拠法との分離可能性、等) が有用であると Michaels は論じている¹²⁴⁾。

5. 小括

以上、グローバル化の下での抵触法の新たな機能について論じる Wai、Mills、Muir Watt 及び Michaels の見解を取り上げ、各見解の主張を確認した。ここでは、これら 4 つの見解の類似点及び相違点をまとめることで、本節二において検討すべき点を明確化する。

一方で、これらの見解は、経済・社会の「グローバル化による国際社会の構造変化への対応」¹²⁵⁾ といった問題関心から、グローバル化に対応した新たな抵触法のあり方を探る点で、その基本的な方向性を同じくする。横溝教授は、このようなグローバル化に対応した抵触法上の新たなアプローチを、グローバル・ガバナンス¹²⁶⁾ のための抵触法として整理する¹²⁷⁾。同教授によれば、グローバル・ガバナンスのための抵触法という主張は、国際的な私的利益の保護に目標を置いてきた従来の抵触法とは異なり、その目標をグローバル・ガバナンスや国境を越えた私的な秩序形成 (private ordering) に置く考えであるとされる¹²⁸⁾。そして、同教授は、グローバル・ガバナンスのための抵触法という主張において、「抵触法は私的利益に関する国際的な具体的正義の実現のための法というよりも、むしろグローバ

123) See also, Michales 2016, *supra* note 6, p. 192.

124) See Michales 2016, *id.*

125) 横溝大「グローバル化時代の抵触法」浅野有紀=原田大樹=藤谷武史=横溝大編著『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂、2015年)109頁、120頁。

126) 同教授の見解において、グローバル・ガバナンスという概念は、「抵触法における新たなアプローチという文脈では、世界規模の経済や社会に対する様々なアクターによる統御」という意味で用いられている(同上121頁)。

127) 横溝・同上112-113頁。ただし、そこでの分析対象には、Michaels の見解は含まれていない。

128) 同上113頁。

ル社会における規範の抵触を調整するシステムないしモデル」¹²⁹⁾として位置付けられる、と述べる。そこで、まず、グローバル・ガバナンスのための抵触法という新たな主張を受け入れるべきか否かについて検討する必要がある¹³⁰⁾。

他方で、上述した4つの見解は、その問題意識や具体的主張において違いがある。以下で述べるように、本稿の観点からとりわけ重要となる対立点は、次の2点である¹³¹⁾。

第1に、抵触法観に関して、普遍主義的観点を採用すると考えられる立場(Wai, Mills, Muir Watt)に対して、必ずしもそのような観点を採用せず、現在の一般的な理解である国家法としての抵触法という理解を維持すると解される立場(Michaels)がある。グローバル・ガバナンスのための抵触法という考えを受け容れたとしても、普遍主義的観点と国家主義的観点のどちらの観点から論じるかにより、抵触法が目指すべき方向性は異なり得る。とりわけ、第I部で整理した文化財不正流通規制のように、法秩序間で価値や政策の相違が顕著である場合には、いずれの観点を採用するかという点が決定的な意味を有する。具体的には、普遍主義的観点から論じるならば、各法秩序固有の文化財に関する価値・政策は、それが如何に正統性を有しているとしても、度外視されねばならないのに対して、国家主義的観点から論じるならば、各法秩序固有の文化財に関する価値・政策が尊重されることで、必ずしも世界的に統一的な処理方法は提示されないこととなる。このように、国境を越えた文化財の不正取引に対する抵触法的対応を探るためには、普遍主義的観点と国家主義的観点を、それぞれどの程度尊重すべきか、という点について検討する必要がある¹³²⁾。

第2に、政治性ないし実質法的価値・政策に関して、WaiやMuir Wattのように抵触法の政治的機能を重視する立場と、Michaelsのように伝統的な抵触法の技術性を再評価する立場がある。グローバル・ガバナンスのための抵触法という考えにおいて、政治性ないし実質法的価値・政策を如何に位置付けるべきかという問題は、特に国境を越える文化財の不正取引を

129) 同上。

130) 本節二.1. 参照。

131) 横溝・前掲注125) 123-124 頁も参照。

132) 本節二.2. 参照。

巡る議論のように、実質法的価値・政策が政治的ないしイデオロギー的な形で対立している問題領域¹³³⁾において重要な意味を有する。抵触法は、国家保護主義的な実質法的価値・政策と自由主義的な実質法的価値・政策のいずれかを支持すべきなのか、あるいは、特定の実質法的価値・政策からは距離を置くべきか、また、そもそも特定の実質法的価値・政策から距離を置くことが可能なのか、といった点が問題となろう。そこで、国境を越えた文化財の不正取引に対する抵触法的対応を探る前提として、抵触法上、実質法的価値・政策をどのように位置付けるべきか、という点について検討する必要がある¹³⁴⁾。

二 考察

本節二では、本節一.5.での整理に従い、グローバル・ガバナンスのための抵触法という主張を受け容れるべきか否かについて検討した上で(1.)、その主張を受け容れる場合、普遍主義的観点と各法秩序固有の観点のどちらから論じるべきか(2.)、また、実質法的価値・政策をどのように位置付けるべきか(3.)、という点について検討する。

1. グローバル・ガバナンスのための抵触法

(1) 最初に、グローバル・ガバナンスのための抵触法という主張を受け容れるべきか否か、という点について検討する。この点については、横溝教授が以下のような検討を行っているため、同教授の見解について確認した上で、考察を行なう。

まず、横溝教授は、抵触法が私人間紛争の解決に焦点を絞ってきたことに関して、次のような問題点を指摘する¹³⁵⁾。すなわち、「個人や私企業の他、国家やNGO・地域統合・国際機関等、私人以外の様々な主体が活動しており、その利害が交差して衝突している」¹³⁶⁾ 国際社会(世界社会)の現状に鑑みれば、「私的利益という理由で個人や多国籍企業の利益のみを考慮し、国家利益という理由で開発途上国の利益を無視する」ということは、国

133) 本稿第1部参照。

134) 本節二.3.参照。

135) 横溝・前掲注125)121頁。

136) 同上。

際社会の現状を反映しないばかりでなく、抵触法が市場中心主義等の一定の政治的イデオロギーに資することになり、適切でない」¹³⁷⁾。関連して、同教授は、次のように述べ、伝統的なサヴィニー型抵触法体系にも一定の政治的含意があったことを指摘する¹³⁸⁾。すなわち、「抵触法の中立性も、一定の社会構造を前提としており、中立性を維持することが当該社会構造の保護・強化に繋がるという意味では、そこに一定の政治的含意が含まれているということは認めなければならないように思われる。すなわち、従来の抵触法も、意識せずとも一定の政治的目標を実現する機能を果たして来たということである」¹³⁹⁾と述べるのである。

以上のように述べ、横溝教授は、「グローバル化の下で抵触法が対象とする世界の社会構造が大きく変動している現在」、「新たな世界の社会構造に見合った一定の目標を実現するために抵触法が一定の役割を担うべきである」という主張は、それ自体は首肯出来る」¹⁴⁰⁾とする。その上で、同教授は、上述した様々なアクター間の利益調整を行うべく、抵触法は「私的利益に関する国際的な具体的正義の実現のための法であることを超えて、むしろグローバル社会における規範の抵触を調整するシステム」として捉えられるべきであると主張する¹⁴¹⁾。同教授によれば、このように抵触法を捉えることは、以下の点でも、適切であるとされる。すなわち、私人間紛争の解決という従来抵触法が対象としてきた領域においても、抵触法以外の規制（統一法等）や国家裁判所以外での紛争解決手段（国際仲裁等）が一定の実効性をもって存在していることから、抵触法は、これらの規制や紛争解決手段との関係や役割分担を考える必要がある¹⁴²⁾、という点である。

このように、横溝教授は、「異なる様々な規範の抵触を調整するシステムであり、他の様々な規制手段とともにグローバル規模での経済・社会を規整する方法の一つとして、『グローバル・ガバナンスのための抵触法』

137) 同上 122 頁。

138) 横溝大「レギュレーションと抵触法」国際私法年報 17 号（2015 年）113 頁、121 頁。

139) 同上。なお、ここでは、Laura Carballo Piñeiro & Xandra Kramer, *The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge*, 7 *Erasmus Law Review* 109 (2014), p. 110 が引用されている。

140) 同上 122 頁。

141) 同上。

142) 同上。

と把握することは、有意義である」¹⁴³⁾として、グローバル・ガバナンスのための抵触法という主張を受け容れることに賛成するのである¹⁴⁴⁾。

(2) それでは、グローバル・ガバナンスのための抵触法という主張について、どのように考えるべきであろうか。私見では、以下で挙げる2点から、グローバル・ガバナンスのための抵触法という主張を受け容れるべきであると考ええる。

第1に、グローバル・ガバナンスのための抵触法という主張の下では、抵触法の機能を私的利益に関する国際的な具体的正義の実現に限定する見方が適切か否か、という問題が提起されている。だが、従来も、抵触法により実現が追求されるべき利益には、国際的に活動する私人の私的利益だけでなく、各国家の政治的・経済的・社会的利益といった公的利益も含まれることが認識されていたといえる¹⁴⁵⁾。そのため、ここで問われているのは、むしろ、伝統的な抵触法における国際的に活動する私人の私的利益の位置付けやその重み付けが妥当か否かという点にあるといえよう。これは、抵触法の前提とする国際社会の構造に関する理解に基づき検討されるべき問題であると考えられる。

この点に関して、Michaels は、福祉国家が登場した20世紀には、自由市場が尊重された19世紀の国際社会とは異なり、市場規制法の重要性が自覚されたが、21世紀には再び自由市場主義が復権するようになってると述べる¹⁴⁶⁾。Wai が指摘するように、このような中で、国境を越えた取引は、国際商事仲裁といった国家裁判所外での私的な紛争解決手段を通じて、ますます国家裁判所や国家法体系から逃れることが可能となっているといえよう¹⁴⁷⁾。加えて、Wai が述べるように、各国抵触法は、むしろ、このようなりべラル国際主義を推進してきたといえる¹⁴⁸⁾。だが、Muir Watt は、このようなりべラル国際主義の中心をなすといえる当事者自治原則を例に挙げた上で、「規範的・政治的・社会的環境が変化する中では、当事者自

143) 同上。

144) 横溝教授は、むしろ問題は抵触法の「目標設定」にあると述べる(同上)。この点については、本節2.3.において後述する。

145) 例えば、法廷地国や外国の公法・強行的適用法規を適用しない考慮するという考えは、このような公的ないし国家的な利益の実現に資するものであるといえる。

146) Michaels 2016, *supra* note 6, p. 190.

147) 本節1. 参照。

148) 同上参照。

治原則は、もはや自由主義主権国家により慎重に管理された譲歩¹⁴⁹⁾ではなく、「ネオリベラル市場のグローバルな拡大に奉仕する広範な政治経済」¹⁵⁰⁾の抵触法上の表れとして機能するようになっている、と指摘する。

これらの議論が示唆するように、私人の影響力が増している国際社会の現状に鑑みれば、上述した当事者自治原則に限られず、従来の抵触法理論や規則をそのままの形で維持することは、抵触法を自由市場主義といった一定の政治的イデオロギーに偏ったものとするおそれがある、といえるのではないだろうか。経済・社会のグローバル化の下で、抵触法が前提としてきた市場と国家との関係¹⁵¹⁾や私人と国家との関係¹⁵²⁾が変化している中では、現代国際社会の構造に沿った抵触法の機能を探るべく、従来、抵触上、重要視されてきた私的利益の地位を問い直す必要があると考えるべきであろう。

第2に、グローバル・ガバナンスのための抵触法という主張の下では、私法的規範以外の公法的規範や非国家法規範、さらには国際法規範についても、それらの規範間の調整が目指されるべきであることが主張されている。横溝教授は、現代国際社会においては、「国家に加えて、一方ではEUといった超国家的秩序が競争法等の法規範を形成しており、他方では様々な私的団体がその活動領域ごとに、商人法、インターネット法、スポーツ法といった非国家『法』を国家横断的に形成している」¹⁵³⁾、と述べる。国際社会における規範がこのように複雑化する中で、実際にも、異なる国際法上の制度間や、国家法秩序と超国家的秩序との間、さらには異なる国家法秩序の公法的規制の間で、規範調整を行う必要性がますます意識されるようになっている¹⁵⁴⁾。そこで、このような異なる法秩序に属する規範の抵触を調整する必要性に応えるべく、従来各国の私法的規範の間での規範調整を担ってきた抵触法も、今後は、私法的規範に限られず、公法的規範や非国家法規範、さらには国際法規範の間の抵触を調整する機能を果たし

149) Muir Watt 2015, *supra* note 5, p. 179.

150) *Id.* p. 177.

151) See, e.g., Muir Watt 2015, *supra* note 5, p. 182.

152) Cf. Johanna Guillaumé, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé* (L.G.D.J., 2011).

153) 横溝・前掲注125) 111頁。

154) 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、78頁以下参照。

ていくことが、国際社会全体にとって有益であると考えられる。

(3) 以上で述べたように、一方で、国際社会の構造変化に鑑みると、従来の抵触法理論や規則を維持することは、抵触法が自由市場主義といった一定の政治的イデオロギーに偏るものとなるおそれがあり、他方で、現代国際社会においては、国家法秩序の私法的規範に限定されない様々な規範の間での調整が必要となっている。そこで、抵触法は、グローバル・ガバナンスのための抵触法という主張を受け容れ、異なる様々な規範の抵触を調整し、グローバル規模での経済・社会を規整する役割を担っていくべきであるというのが、ここでの主張である。

ただし、グローバル・ガバナンスのための抵触法という主張を受け容れるとしても、そのことは、抵触法上、従来の私的利益の位置付けを見直す必要があることや、私法的規範以外の規範の抵触についても、抵触法が調整機能を果たすべきであることを意味するに過ぎない。むしろ、より問題となるのは、グローバル・ガバナンスのための抵触法における普遍主義的観点及び実質法的価値の位置付けである。以下、順に検討する。

2. 普遍主義的観点の位置付け

(1) まず、グローバル・ガバナンスのための抵触法の具体的内容として、視点の置き方が問題となる。すなわち、普遍主義的観点を採用し、共通の目標へと向かって世界にあるべき一つの抵触法規則を目指すべきか、それとも、国家主義的観点を採用し、各法秩序固有の観点が考慮される余地を認めるべきか、という問題である¹⁵⁵⁾。

この点に関して、Wai や Mills、Muir Watt の議論は、普遍主義的な抵触法を目指すものであると解される。とりわけ Mills は、私的紛争の矛盾する法的取扱いを減少させるために、調和化された国際システムを創造することに強い利益が存在するとして、純粹に国家法的な見方は支持され得ないと述べている¹⁵⁶⁾。このように普遍主義的観点を採用することは、各法秩序の抵触法の調和化に資するという大きな利点があり¹⁵⁷⁾、ある私的紛争が

155) 横溝・前掲注 125) 124 頁。

156) 本節一 2. 参照。

157) 横溝・前掲注 125) 124 頁。

法廷地毎に異なる解決に服するという事態¹⁵⁸⁾を回避するのに最も適しているといえる。また、反対に各法秩序が異なる抵触法規則を有することを認めることは、最適な抵触法規則を求める一部の私人による戦略的なフォーラム・ショッピングを許容することを意味するため、グローバル社会において活動する私人間の公平性という観点からは、問題があるといえよう¹⁵⁹⁾。

これに対して Michaels の見解では、普遍主義的観点は必ずしも前提とされていないといえる。例えば、Michaels が参照する Knop, Michaels & Riles の研究においては、「かのように」の法技術を用いた判断は、判断者自身の視点から行われることとされており¹⁶⁰⁾、判断者である各法秩序の観点が介入せざるを得ないと認識されている。實際上、これまでの歴史的経緯からすれば、世界的に統一的な抵触法を達成することには、現実的な困難が存在するといえる¹⁶¹⁾。また、横溝教授は、次の点を指摘する。すなわち、「各法秩序の社会的・経済的・文化的背景や政策に応じて、どのような共同体を法秩序として認めどのような範囲で他の共同体で形成された一般的・具体的な規範を受け容れる用意があるかは異なり得る」¹⁶²⁾ことから、「個々の法秩序に普遍的な単一の抵触法を受け容れることまでを要求するのは決して理想的であるとは言えない」¹⁶³⁾とするのである。同教授は、結論として、「一方では普遍主義的観点に立ち、抵触法の目指すべき方向について議論しつつ、他方で各法秩序がそれぞれ固有の抵触法を保ち続けることが適切だろう」¹⁶⁴⁾、と述べる。

(2) それでは、いずれの観点からグローバル・ガバナンスのための抵触法について論じるのが適切だろうか。

158) 例えば、各国の準拠法選択規則が相違することから生じる国際的な身分関係の矛盾といった例が挙げられる(参照、拙稿「国際的な身分関係の継続に向けた抵触法的対応(1)～(4・完)―フランス学説の『状況の承認の方法』の検討を中心に」名古屋大学法政論集 262号(2015年)151頁、263号(2015年)437頁、264号(2015年)261頁、266号(2016年)191頁)。

159) この観点から Mills は、抵触法の国際的調和の必要性が「グローバル正義」の問題であるとする。Mills 2009, *supra* note 4, p. 17.

160) Knop, Michaels & Riles, *supra* note 112, pp. 634-635. また、浅野・前掲注 112) 315頁、332頁も参照。

161) 横溝・前掲注 125) 124頁。

162) 同上。

163) 同上。

164) 同上。

まず、グローバル・ガバナンスのための抵触法という際の「ガバナンス」という概念を、共通の目標に従い、かつ、集团的行動を通じて、社会及び経済を統御するプロセス、と解する本稿の立場¹⁶⁵⁾からすれば、グローバル・ガバナンスのための抵触法という考えの下で、グローバル空間における規範の調整を考える際にも、何らかの「共通の目標」を設定する必要があるといえる。従って、抵触法の目標ないしそれが目指すべき方向性については、普遍主義的観点から論じる必要があると考えられる¹⁶⁶⁾。

そこで問題となるのは、共通の目標を設定することを超えて、具体的な抵触法規則設定のレベルでも、普遍主義的観点から世界に一つあるべき具体的な抵触法規則を目指すべきか、という点である。私見では、具体的な抵触法規則設定のレベルで普遍主義的観点を採用することの現実的な困難に加え¹⁶⁷⁾、以下で述べる2つの理由から、グローバル・ガバナンスのための抵触法における具体的な抵触法規則のあり方については、各法秩序の観点が入る余地が認められるべきであると考えられる。

第1に、共通の目標を実現するための手段ないし具体的な抵触法規則は、各法秩序の異なる社会的・経済的・文化的な条件に規定されざるをえないと考えられることである¹⁶⁸⁾。

確かに、Millsが主張するように、抵触法を通じた国際的な権利保障は重要であると考えられることに加え、各法秩序が国内公序(national public policy)を通じて一方的に国内政策を実現することは、規制的権威の統一的な秩序付けを妨げるおそれがあるといえる¹⁶⁹⁾。だが、例えば、宗教の相違等によりラディカルに異なる他の法秩序との間での規範調整が問題となるような場合¹⁷⁰⁾には、自らの法秩序の一貫性を維持するために、国際的な権利保障の実現に対し、自らの法秩序の根幹に関わる価値・政策の保持

165) 本稿問題の所在(本誌278号(2018年)100頁注(32))参照。

166) 同旨、横溝・前掲注125)124頁。

167) 同上。

168) 同上も参照。

169) Mills 2009, *supra* note 4, pp. 274-275.

170) 例えば、Lena Gannagé, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures* (Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2013)は、このような場合を「文化の抵触(*conflit de cultures*)」と呼ぶ。文化の抵触とは、抵触法が前提とする法的共同体が存在しない異文化間の抵触を意味するものとされ、その具体例として、ヨーロッパ法システムと伝統イスラム法システムとの間での抵触が挙げられる。*Id.* p. 21.

を優先させることが必要となることが考えられる¹⁷¹⁾。普遍主義的観点から論じる立場も、外国法の適用や外国判決の承認を拒否する公序が発動される可能性自体を否定するわけではないものの¹⁷²⁾、法秩序の根幹に関わる価値・政策の多様性に鑑みれば、その発動のされ方を普遍的に論じることはできず、自らの法秩序と他の法秩序との間で、どの程度、根本的な価値・政策が共有されているかにより、それは異なるものと解される。また、グローバル・ガバナンスのための抵触法という考えの下では、一定の互換性が担保されると一般に解されてきた私法的規範に加え、法秩序毎に価値・政策が異なり得る公法的規範も対象に含まれることとなるが、そのような場合にも全ての法秩序に普遍主義的な規則の受容を求めることは、必ずしも適切でないと考えられる。例えば、異なる国家法秩序の競争法規範相互の調整が問題となるような状況では、各法秩序における競争法規範に関する法整備の度合いに応じて、とりわけ途上国と先進国とでは、当該規範を調整するために採られるべき対応は自ずと異ならざるを得ないように思われる¹⁷³⁾。

第2に、実証的な論拠として、グローバル平面において規制的機能を果たすと解されている抵触法規則についても、その規則を設ける法秩序固有の観点が前提とされていることが指摘できる。

例えば、規制的機能のために設けられた抵触法規則として、EUの抵触法規則である「契約外債務の準拠法に関する2007年7月11日の欧州議会及び欧州理事会規則(EC) No 864/2007」(いわゆる「ローマII規則」)¹⁷⁴⁾の第7条(環境侵害¹⁷⁵⁾に関する特則)がある¹⁷⁶⁾。同7条は、環境侵害に関する不法行為訴訟における被害者に対して、損害発生地法と原因事実発生

171) この点、Gannagéは、文化の抵触が問題となる場面では、国際的な判決の調和という目標よりも、法廷地の実質法的正義の保護という目標に、より重要な位置付けが付与されるべきであると主張する。Id. p. 236.

172) Mills 2009, *supra* note 4, pp. 257-259.

173) See, e.g., Michales 2016, *supra* note 6, pp. 198-199.

174) Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ L 199/40 [31.7.2007], available at <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32007R0864>>. ローマII規則については、佐野寛「EU国際私法はどこへ向かうのか?—ローマII規則を手がかりとして」国際私法年報14号(2012年)33頁参照。

175) 定義については、ローマII規則 Recital 24を参照。

176) 横溝・前掲注125) 118頁参照。

地法との間での選択を認めることにより、EU 域内における環境保護の一般レベルを向上させることを目的とする¹⁷⁷⁾。Muir Watt は、同規定により、環境侵害の被害者は、被害者の地位において優遇されるというよりも、いわば「私的司法長官 (private attorney general)」の資格において、経済的・政治的な政策実現を促進すべく行動するよう駆り立てられるのである¹⁷⁸⁾、と述べる。このように、同規定は、事業者である汚染者に対する環境に関するグローバル・ガバナンスの担い手として、環境汚染の被害者による私訴を利用するという考えに基づくものであるといえる。ここで重要なのは、ローマ II 規則 7 条の規定の根拠が環境に関する EU の原則を定める EC 条約¹⁷⁹⁾にあるとされる点 (ローマ II 規則 Recital 25 参照) である。このことは、グローバル平面における規制的機能を有すると解されるローマ II 規則 7 条であっても、完全に普遍主義的観点に立つものではなく、やはり超国家法秩序としての EU における環境保護規制の実現という、特定の法秩序固有の観点を前提とするものであることを示唆するといえよう¹⁸⁰⁾。

(3) このように、普遍主義的観点から抵触法が目指すべき方向性を定める一方で、具体的な抵触法規則のあり方に関しては、法秩序の多元性故に各法秩序固有の観点が介入する余地が認められるべきである、というのがここでの主張である。次に問題となるのは、普遍主義的観点からグローバ

177) Explanatory Memorandum, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (“Rome II”), COM (2003) 427 final, p. 19; Natalie Joubert, *Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le règlement du 11 juillet 2007*, in Sabine Corneloup & Natalie Joubert (dir.), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (Litec, 2008), p. 55, pp. 71-72.
Explanatory Memorandum, *id.* p. 19.

178) Horatia Muir Watt, *Rome II et les « intérêts gouvernementaux »: pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle*, in Sabine Corneloup & Natalie Joubert (dir.), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (Litec, 2008), p. 129, p. 134.

179) 現行 EU 運営条約 191 条 2 項第 1 段を参照。ここでいう EU の環境に関する原則とは、予防原則、防止原則、根源是正優先の原則、及び、汚染者負担の原則のことをいう。これらの点につき、中野優美子『EU 法』(新世社、2012 年) 277-279 頁も参照。

180) 例えば、同規則が伝統的な抵触法理論から逸脱するものであることを認めつつ、特に EU の環境に関する原則の一つである「汚染者負担の原則」が渉外事案において尊重されることを確保する点で、同規定は EU 抵触法上、正当化され得ると述べるものとして、Jan von Hein, *Article 7 Environmental Damage*, in Graf-Peter Calliess (ed.), *Rome Regulations: Commentary Second Edition* (Kluwer Law International, 2015), p. 603, pp. 605-606.

ル・ガバナンスのために抵触法が目指すべき方向性を定める際に、政治性ないし実質法的価値・政策をどのように位置付けるべきか、という点である。最後に、この点について検討する。

3. 抵触法における実質法的価値・政策の位置付け

(1) 抵触法における実質法的価値・政策の位置付けという問題についても、横溝教授が検討を行なっているため、同教授の見解を確認した上で、この点について検討する。

まず、横溝教授は、抵触法の目標設定を巡る問題として、抵触法における実質法的価値・政策の位置付けに関し、次のような問題提起を行う¹⁸¹⁾。すなわち、グローバル・ガバナンスのための抵触法として、特定の価値・政策の実現を抵触法の目標として掲げ、その実現に抵触法が積極的にコミットするという方向性をとるべきか、それとも実質法的価値からは一定の距離を置いた目標を掲げるという方向性をとるべきか¹⁸²⁾、という問題提起である。この2つの方向性を示した上で、同教授は、環境保護や労働者の権利保護といった特定の実体的価値の実現を抵触法の目標として正面から掲げると、その価値の内容を巡って抵触法が政治化することから、真に国際的かつ普遍的な価値・政策が確立している場合を除き、抵触法は、「規制的権威¹⁸³⁾の適切な調整や各法秩序の権威の保障、さらには他の法秩序の尊重又は各法秩序の多元性の尊重といった、実体的価値から一定の距離を置いた目標の実現を目指す」¹⁸⁴⁾のが適切であるとする。

その上で、横溝教授は、実体的価値から一定の距離を置いた抵触法の目標設定として、「規制的権威の適切な調整といった手続的目標の実現」¹⁸⁵⁾を掲げることが提唱する。また、同教授は、かかる手続的な目標設定の下では、Michaels が主張するように、「法秩序間の調整方法としての抵触法の技術性が再評価される余地もあるように思われる」¹⁸⁶⁾、と述べている。

(2) それでは、抵触法は、その目標設定において、実質法的価値・政策

181) 横溝・前掲注 138) 122 頁。

182) 同上。

183) 別の論考では、「規制的権威」とされている（横溝大「グローバル法多元主義の下での抵触法」論究ジュリスト 23 号（2017 年）79 頁、84 頁注（51））。

184) 横溝・前掲注 138) 122 頁。

185) 横溝・前掲注 183) 84 頁注（51）。

186) 横溝・前掲注 125) 123 頁。

をどのように位置付けるべきであろうか。

一方で、横溝教授も指摘するように、一見したところ普遍的に響く特定の実質法的価値・政策であっても、その具体的内容を巡って争いがあると考えられるため、その実現を抵触法が目標として掲げる場合には、抵触法が政治的争いの道具と化すおそれがある。本稿が対象とする文化財の不正取引を巡る議論は、まさに文化財保護や文化財の不正取引の防止といった一見普遍的に響く実質法的価値・政策であっても、その具体的内容を巡る政治的ないしイデオロギー的な対立の存在を例証するものであるといえよう¹⁸⁷⁾。そこで、横溝教授が主張するように、抵触法が政治的争いの道具と化すことを回避すべく、実質法的価値・政策から一定の距離を置いた目標設定を行なうのが妥当であると考えられる。

他方で、実質法的価値・政策から一定の距離を置いた目標設定として、横溝教授のように、規整的権威の適切な調整といった手続的な目標を掲げる場合には、次のような問題が生じる。すなわち、そこでいう「適切」性を如何なる基準によって判断するのか¹⁸⁸⁾、という問題である。仮に、政治的争いがあるような特定の実質法的価値・政策の実現に役立つか否かにより、規整的権威の調整の適切性を判断するならば、実質法的価値・政策から距離を置いた目標設定を行うことの意味が失われることとなる。反対に、その適切性に関して何らの判断基準も示されないならば、規整的権威の適切な調整という目標は、規範を調整すること以上のことを意味するものではないため、抵触法の目標設定としては不十分であろう。

ここで述べたように、抵触法が実質法的価値・政策から距離を置くことには、一定の限界があり、完全に価値中立的な目標を設定することは、困難であると思われる。上述したように、抵触法の目標設定に関して重要なのは、特定の実質法的価値・政策の具体的内容を巡る政治的争いにより抵触法が政治化することを回避する点にあるとすれば、抵触法は、現実の国際的な社会構造を前提としつつ、ある特定の問題領域において法秩序間で共有されており、それゆえ、その具体的内容を巡る政治的争いが存在しないような共通価値を探求し、その共通価値の実現に向けた規整的権威の調

187) 第I部の議論の位置付け(第I部小括)(本誌281号(2019年)199頁以下)参照。

188) 横溝・前掲注183)84頁注(51)。

整を行なっていくほかないのではないだろうか¹⁸⁹⁾。Millsが述べるように、ここでの問題は、究極的には、どのような形で世界は各法秩序に割当てられるべきなのか¹⁹⁰⁾、という国際秩序構想についての規範的な問いに関わると考えられる以上、このような一定の規範的価値判断を避けることはできないように解される。

(3) 最後に、実質法的価値・政策からは距離を置きつつ、いわばメタレベルでの共通価値の実現を目標として掲げることは、伝統的な抵触法理論においても前提とされてきたと考えられることを指摘し、ここでの検討を終えることとする。参照するのは、いわゆる抵触的正義と実質法的正義との区別、及び、連結点の確定・設定に関する議論である。

第1に、伝統的な抵触法理論における抵触法的正義と実質法的正義との区分についてである。抵触法的正義とは、準拠法選択における抵触法独自の正義を意味し、「具体的個別的な権利義務の決定における正義の実現に関わる」¹⁹¹⁾ 実質法的正義からは区別される。抵触法的正義は、一般に、次のような背景から要求されてきたといえる¹⁹²⁾。すなわち、異なる法秩序に関わる法的問題の解決の際に、いずれか一つの社会の法を選択することは、ある社会・当事者を満足させる一方で、他の社会・当事者を不当に扱うこととなる¹⁹³⁾。そこで、準拠法選択規則は、現実の紛争の正しい解決や正当な解決を生じさせるか否か、という実質法的帰結の如何により動機付けられることはできず、そのような実質法的帰結を考慮することなく、適切な(proper) 国家法の適用を確保するよう努める必要がある¹⁹⁴⁾、という背景である。

189) 異なる価値抵触の問題に関して、特定事項に関して双方の価値が合意ないし許容できる点(第三の価値)を通じた部分的な通約(partial commensuration)の可能性について指摘するものとして、Ko Hasegawa, *Interactive Reason in Law*, M. N. S. Sellers (ed.), *Law, Reason, and Emotion* (Cambridge University Press, 2017), pp. 192-194. 本稿のここでの主張と同様の方向性を目指すものと解される。他方で、抵触法における価値は相互に抵触しているとして、そのメタ価値として、「応答性(responsivity)」と「技術性(technique)」を挙げるものとして、Ralf Michaels, *Private International Law and the Question of Universal Values*, available at <<https://ssrn.com/abstract=3384877>>.

190) Mills 2009, *supra* note 4, p. 303.

191) 溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』(有斐閣、2005年)15頁。

192) Symeon C. Symeonides, *Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism. General Cours on Private International Law*, 384 *Recueil des cours* 9 (2016), p. 196.

193) *Ibid.*

194) *Ibid.*

この抵触法的正義という考えは、アメリカ抵触法革命論者により、「純然たる擬制」¹⁹⁵⁾であるとの批判を浴びたものの、Michaelsの主張する「技術としての抵触法」という観点からは、次のような異なる評価が可能である。すなわち、実質法的正義から区別される抵触法的正義という考えは、まさにそれが擬制であるが故に、さもなければ政治的抵触として法的には解決不可能となる、異なる価値を有する法秩序間の規範調整を可能としてきた、という評価である。抵触法的正義という考えは、実質法的正義の実現から区別される抵触法固有の正義の実現に関わるという点で、実質法的価値・政策から距離を置いた目標設定を行なうという上述した考えと、基本的発想を同じくするといえよう。

第2に、連結点の確定・設定における私的利益の位置付けについてである。伝統的な抵触法理論上、ある法的問題ないし法律関係がどの法秩序に服すべきか、という準拠法選択における連結点の確定・設定の問題は、個々の法的問題ないし法律関係の「最密接関係地」の法の探求によって、解決されるべきであると一般に考えられてきた¹⁹⁶⁾。とはいえ、この最密接関係地という概念は、比喩的表現を用いて一定の指針を示すものにすぎないため¹⁹⁷⁾、具体的に連結点を確定・設定する際には、自己に最も密接な関連を有する法が適用されることに対する当事者の利益や、取引が容易かつ確実に行われることという取引の利益、国際的な判決調和の利益¹⁹⁸⁾といった、私的利益の衡量を行う必要があると解されてきたといえる。このような私的利益は、国際的な私法秩序において共有される共通価値として措定されたものと解される。よって、従来、伝統的な抵触法理論上も、法秩序間で共有される共通価値の実現へと向けて規制的権威の調整が行われてきたといえる。ただし、本節2.1.で述べたように、抵触法の目標として、私的利益に関する国際的な具体的正義の実現を正面から掲げることはもはや適

195) Spyridon Vrellis, *Conflict ou coordination de valeurs en droit international privé: à la recherche de la justice*, 328 *Recueil des cours* 175 (2007), p. 327. See also, Symeonides, *id.* p. 197.

196) 池原季雄『国際私法(総論)』(有斐閣、1973年)120頁、溜池・前掲注191)82頁、澤木敬郎=道垣内正人『国際私法入門[第8版]』(有斐閣、2018年)28頁以下、道垣内正人『ポイント国際私法 総論[第2版]』(有斐閣、2007年)60-62頁、等参照。

197) 山田録一『国際私法[第3版]』(有斐閣、2004年)42頁。

198) 同上42-44頁。道垣内・前掲注196)48頁も参照。

切でない以上、グローバル・ガバナンスのための抵触法の新たな目標設定に当たっては、私的利益のみならず、他の共通価値を探る必要があるということとなるといえよう。

4. 小括

以上、グローバル化の下で抵触法が目指すべき方向性に関する考察として、グローバル・ガバナンスのための抵触法という主張を受け容れるべきか否か、受け容れる場合には、普遍主義的観点と各法秩序固有の観点とをそれぞれの程度尊重すべきか、また、抵触法において実質法的価値・政策をどのように位置付けるべきか、という点について検討した。これらの点に関する検討の要旨は、以下の通りである。

① 第1に、本稿では、グローバル・ガバナンスのための抵触法という主張を受け容れるべきであると主張した。具体的には、抵触法が一定の政治的イデオロギーに偏るべきでないことや、グローバル空間では私法的規範以外の規範間の抵触についても調整が必要となっていることから、抵触法は、私的利益に関する国際的な具体的正義の実現のための法という位置付けを越え、今後は、グローバル社会における規範の抵触を調整する機能を担っていくべきであると述べた。このことは、次節で検討する国境を越える文化財の不正取引に関しても、伝統的な抵触法理論・方法に従った従来の処理方法について再考する必要があることを意味する。

② 第2に、普遍主義的観点の位置付けに関しては、普遍主義的観点から抵触法が目指すべき方向性について論じるべきである一方、具体的な抵触法規則のあり方を巡っては、法秩序の多元性故に、各法秩序固有の観点が入り込む余地が認められるべきである、と主張した。このことは、次節で検討する国境を越える文化財の不正取引という問題に関しても、具体的な処理方法を検討する際には、特定の法秩序を念頭に、当該法秩序における文化財に関する価値・政策を考慮に入れる必要があることを意味する。

③ 第3に、抵触法における実質法的価値・政策の位置付けに関しては、次のような主張を行った。すなわち、抵触法は、政治的抵触を法的に解決可能なものとする「技術としての抵触法」という考えを受け容れつつ、一方では、特定の实質法的価値・政策から一定の距離を取りつつ、他方では、問題領域毎に規整的權威の間で共有される共通価値に従った規整的權威の

調整を行っていくべきである、という主張である。そこで問題となるのは、ある問題領域における共通価値に従った規整的権威の調整という主張が具体的に何を意味するか、という点である。抵触法上、どのように規整的権威の調整が必要となる問題領域を確定した上で、当該問題領域においてどのような共通価値を措定すべきか。そして、かかる共通価値に従い、具体的に、どのような処理がなされるべきなのであろうか。次節では、これらの問題について、文化財の不正取引を題材に検討することとする。