

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 (8)

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、284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

1. 文化財の特徴

2. 抵触法上の取扱い

3. 小括

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

1. 文化財の返還請求における法適用

A. 由来国法主義に基づく準拠法選択規則の性質

A-1. 伝統的な抵触法理論における評価

A-2. グローバル・ガバナンスのための抵触法という観点からの評価

B. 検討

B-1. 由来国の文化財不正流通規制の効力範囲

B-2. 由来国の文化財不正流通規制の適用要件 (以上、本号)

2. 外国国家等による返還請求の許容性

3. 外国の文化財不正流通規制の効力

第3節 小括

結語

第2節 文化財の不正取引に対する抵触法的対応の検討

本節では、グローバル・ガバナンスのための抵触法という観点から、国境を越える文化財の不正取引という具体的な問題に対する抵触法的対応について検討する。以下では、その他一般財と同様に扱われてきた「文化財」¹⁾という財を、抵触法上、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上で (一)、第3章第1節一、第1節二、及び、第2節において扱った3つの問題状況それぞれにつき、抵触法上、採られるべき具体的処理方法について検討する (二)。

一 抵触法における文化財の位置付け

ここでは、一般財との対比における文化財という財の特性ないし特徴を確認した上で (1.)、抵触法上、文化財及びそれに関わる法的問題がどの

1) なお、本稿問題の所在 (本誌 278 号 (2018 年) 95 頁) で述べたように、本稿では、ユネスコ条約 (1970 年) やユニドロワ条約 (1995 年) を参照し、「考古学上、先史学上、史上、文学上、美術上又は科学上、国家又は人類全体にとって重要な意義を有する有体物」として「文化財」という語を用いている。

ように扱われるべきか、という点について検討する(2.)。

1. 文化財の特徴

一般に、文化財の特徴としては、以下の2点を挙げることができると考えられる。

第1に、文化財の基本的な特徴として、河野俊行教授が指摘するように、同種類・同品質・同量の物を以て代えることのできない「不代替物」であるという点を挙げることができよう²⁾。河野教授は、不代替物の国際的な取引の具体例として、「美術品を含む意味での広義の文化財取引」³⁾を挙げる。同教授は、「金銭的に後始末ができるのであれば取引対象となった物自体を追求することは非効率的」であるが、反対に、不代替物である動産の善意取得の問題については、代替物の動産とは異なる考慮が必要となる⁴⁾、と述べる。

第2に、私法上の法律関係に対する公法的規制という観点からも、文化財の特徴を捉えることができよう。本稿第1章でも概観したように、世界中には、私法上の所有権に影響を与えるような形で文化財不正流通規制(発掘・譲渡・輸出規制)を行う法秩序が少なからず存在する⁵⁾。確かに、我が国のように、文化財の発掘・譲渡・輸出に関して緩やかな規制しか行っておらず、文化財との関係でも私法上の所有権制度を尊重する法秩序は存在する。だが、本稿第2章において概観したように、国際平面では、文化財が他の一般財とは異なる一定の価値を有しているという前提の下、国境を越えた文化財の取引や譲渡等に関する国家間協力の枠組み作りが行われてきた。本稿第2章第1節でも述べたように、そのような国際的枠組みの中心をなすユネスコ条約(1970年)に、現在、多くの市場国側が参加しているという事実は、かかる前提が市場国側でも共有されていることを例証するものといえよう⁶⁾。さらに、近時は、国際的なテロ活動との関係で、国際平面における文化財不正流通規制の強化が求められる場面も登場している⁷⁾。

2) 河野俊行「国際物権法の現状と課題」ジュリスト1143号(1998年)45頁、49頁。

3) 同上49頁。

4) 同上。

5) さしあたり、本稿第1章第4節小括(本誌279号(2018年)65-66頁)参照。

6) 本誌279号(2018年)85-86頁。

7) 本誌278号(2018年)96-97頁参照。

このように、文化財は、不代替物である点、及び、その私法上の取引を規制する各国法や国際的な枠組みが存在する点に、一般財との比較におけるその特徴があるといえるのではないだろうか⁸⁾。問題は、このような特徴を有する文化財を、抵触法上、どのように扱うべきか、という点である。次に、この点について検討する。

2. 抵触法上の取り扱い

(1) 文化財は、これまで、抵触法上、特殊な財としては扱われてこなかったといえる。本稿第3章において概観した各国裁判例の中には、文化財の特殊性を考慮するものもあったものの⁹⁾、例えば文化財の物権準拠法に関しては、その他一般財と同様に原因事実完成当時の物の所在地法主義に従った準拠法選択がなされていた。抵触法上は、基本的に、由来国の文化財に関する国家利益に対し、当該文化財の買主や現在の占有者の私的権利利益が優先されてきたといえる¹⁰⁾。

だが、グローバル・ガバナンスのための抵触法という観点からは、このような伝統的な抵触法上の処理方法は、次の理由から再考の余地があるといえる。第1に、前節二.1.において論じたように、具体的な私的利益の保護を重視することは、抵触法が市場中心主義といった一定のイデオロギーに与することを意味する点で問題がある¹¹⁾。外国主権国家による公法的請求を認めないことや、文化財の物権準拠法に関する所在地法主義の維持、外国の文化財不正流通規制の不適用といった考えに基づく規制的権威の調整は、決して唯一の調整のあり方ではなく、私的利益の保護を偏重す

8) なお、不代替物であること、及び、国内的・国際的な取引規制が行われていることという特徴は、片方のみを取り出せば、文化財以外の財にも当てはまる。例えば、文化財の定義に該当しない現代アートといった美術品も不代替物に該当する一方で、野生動植物についても、その私法上の取引に対する公法的規制が行われている(「絶滅のおそれのある野生動植物の種の国際取引に関する条約(Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora)(通称、ワシントン条約)」。[1973年4月30日署名、1975年7月1日発効]。同条約は、我が国について1980年11月4日から効力が発生している)。

9) 文化財について特別な考慮を行う裁判例として、Barakat事件控訴院判決(本誌282号(2019年)322頁以下参照)や、ナイジェリア事件判決(本誌283号(2019年)219頁以下参照)がある。

10) 本稿第3章第1節一(本誌281号210頁以下、本誌282号293頁以下(2019年))参照。

11) 本誌284号(2019年)179-180頁参照。

るおそれがあるといえる。第2に、仮に私法には常に政策的含意があるというアメリカ抵触法革命¹²⁾の主張を完全に受け容れることができないとしても¹³⁾、私法的規範の適用の結果が公法的規範の体现する政策の実現を間接的に阻むという状況がある以上、私法的規範と公法的規範との間での規整的權威の調整が必要である¹⁴⁾。

よって、伝統的な抵触法上の処理方法を再考し、国境を越えた文化財取引に関する規整的權威の間で適切な調整のあり方について改めて検討する必要があると考える¹⁵⁾。

(2) そこで問題となるのは、国境を越えた文化財取引に関してどのような形で規整的權威の調整を行なうべきか、という点である。これは、どのような規整的權威の調整を「適切」と見做すか、という問題である。前節2.3.において論じたように、適切性の判断基準は、特定の問題領域において法秩序間で共有されるいわばメタレベルでの共通価値に求められるべきである¹⁶⁾。

文化財取引という問題領域における共通価値を検討するにあたり問題となるのは、国境を越えた文化財の不正取引に対する法的アプローチを巡っては、国家保護主義アプローチと自由市場主義アプローチとが大きく対立してきたという点である¹⁷⁾。前者は、産出国から市場国への考古学的遺物の無規制的な流出を防ぐべく、実質的に文化財の市場取引を禁止する文化財不正流通規制を行うものである¹⁸⁾。後者は、むしろそのような保護主義的規

12) 同概念については、本誌282号(2019年)296頁注(1)参照。

13) スイス法とニューヨーク州法の政府利益分析を要求したアメリカのBakalar事件判決(本誌282号(2019年)298頁以下参照)は、このような理解に基づくものといえる。

14) 一般に、外国の公法・強行的適用法規に関して主張されるように、文化財不正流通規制等を通じた、外国国家による国際的な私法的法律関係への干渉を度外視せず、抵触上もそれを評価することは、国際的な私法的法律関係の実態をより適切に反映する点で、国際的に活動する私人の予測可能性という観点から望ましいといえよう(櫻田嘉章=道垣内正人編『注釈国際私法(1)』(有斐閣、2011年)26頁、42-42頁[横溝大執筆]参照)。

15) 本稿第4章第1節2.3.(本誌284号(2019年)186頁以下)において述べたように、例えば「文化財保護」といった、その内容について争いのある実質法的価値・政策の実現を抵触法の目標として前面に掲げることは適切ではないと考えられる。

16) 本誌284号(2019年)186頁以下参照。

17) 本稿第1部小括(本誌281号(2019年)199頁以下)参照。

18) See, e.g., Mara Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross-border Litigation: Turing Rights into Claims* (De Gruyter, 2015), p. 5.

制が文化財の闇市場の拡大を助長するとして、合法的で自由な市場を確立することが闇市場の撲滅にとって最も重要であるとするものである¹⁹⁾。

確かに、これらの2つのアプローチは、保護主義と自由主義という、その根本思想において、政治的ないしイデオロギー的に対立している。だが、いずれの立場であっても、文化財の統一性を保ちつつ、それを後世へと継承するために保全することが重要である、という点につき争いが無いことは、既に述べた通りである²⁰⁾。換言すれば、両アプローチは、文化財の統一性を破壊したり、その適切な保全を阻止したりすることにより、文化財の後世への継承を妨げるような行為及び取引を認めない、という基本的な目標を同じくするといえる。このように考えると、両アプローチの対立点は、根本的なものというよりは、文化財を含む古美術品・美術品が取引される市場に関する認識の違いにあると解することができるのではないだろうか。すなわち、古美術品・美術品市場は信用できず、全ての市場参加者が常に略奪者であると考えなのか、それとも、古美術品・美術品市場にも市場としての自浄作用が備わっていると考えるのか、という違いである。

どのような市場理解が妥当といえるか、という点について判断を下すには、社会学的知見によりつつ、現実の古美術品・美術品市場の性質を確認することが重要であろう。この点については、第I部小括において言及したように、代表的には、Mackenzieによる犯罪社会学の観点からの研究²¹⁾を通じ、古美術品市場においては、取引される古美術品の原産地を必ずしも問わない特殊な慣行が存在することが明らかにされていた²²⁾。また、博物館・美術館等から盗まれた絵画等を売買する市場²³⁾といった明白な闇市

19) See *ibid.*

20) 本誌 281 号 (2019 年) 204-205 頁参照。

21) Simon R. Mackenzie, *Going, Going, Gone: Regulating the Market in Illicit Antiquities* (Institute of Art & Law, 2005)。

22) 本誌 281 号 (2019 年) 206-208 頁参照。

23) 例えば、1992年に北イタリアの近代美術館から盗まれた絵画について、「ひそかに個人の収集家に売られるケースが少なくないと」され、また、「美術品盗難専門のマフィア組織もあるといわれ」との報道につき、『日本経済新聞』『ミラノ 美術館の名画 20点盗難』1992年12月15日夕刊10頁(河野・前掲注21)693-694頁注(9)も参照。以下に挙げる新聞報道が示すように、博物館・美術館等からの美術品の盗難事件は近年も発生している(ただし、一般に名の知れた絵画等は闇市場でも売却が困難であることから、以下挙げる新聞報道のいくつかは示すように、数年後に発見される場合もある)。『日本金融新聞』『ウィーン美術品盗難事件【保険金の20%で返す】犯人、保険会社に脅迫状』2003年9月5日7頁、『朝日新聞』『警報3回生かせず、13億円分ごっそり 伊の美術館、絵画

場に加え、著名な市場参加者による不正取得に関する数々のスキャンダルが明るみになる中で²⁴⁾、他の市場とは異なり、古美術品・美術品市場自身がグレーな性質を有しているという認識が一般にも広まりつつあることが指摘されている²⁵⁾。実際にも、文化財の返還に関する EU 指令²⁶⁾が 2014 年改正により文化財保護に重きを置くに至った背景には、このような古美術品・美術品市場の特殊性に関する理解が EU 域内で広まったという事情があったとされる²⁷⁾。文化財の買い手という需要側に文化財の取得に関する

など」2004年2月22日朝刊4頁、『朝日新聞』「ロシアの宝、泣いている エルミタージュ美術館、盗難は氷山の一角」2006年9月7日朝刊9頁、『朝日新聞』「ピカソなど絵画2点盗難 ブラジル・サンパウロ、60億円相当」2007年12月21日夕刊19頁、『朝日新聞』「名画盗難175億円 ゴッホ、モネ…被害最大級 有名すぎ 転売無理？スイス」2008年2月13日朝刊34頁、『朝日新聞』「ピカソのスケッチ盗難 パリの美術館、時価11億円」2009年6月10日夕刊14頁、『朝日新聞』「パリ市立近代美術館で名画盗難 総額110億円 マチス、ピカソなど5点」2010年5月21日朝刊33頁、『朝日新聞』「42億円相当、ゴッホの絵盗難 警備不備理由に政府高官拘束 エジプト」2010年8月25日夕刊8頁、『朝日新聞』「ギリシャでピカソ盗難 スト中で警備手薄」2012年1月1日朝刊13頁、『朝日新聞』「100億円の名画奪還 捜査4年、購入装い接触→カーチェイス」2012年6月29日朝刊15頁、『朝日新聞』「ピカソなど7作品盗難 オランダの美術館」2012年10月17日朝刊39頁、『朝日新聞』「イタリアで強奪の絵画、ウクライナで発見 ルーベンスなど17点、ポリ袋の中に」2016年5月13日夕刊2頁、『朝日新聞』「マフィアの家に盗難ゴッホ、捜査で2作品発見 イタリア南部」2016年10月1日夕刊2頁、等。

- 24) 本誌 279 号 (2018 年) 85-86 頁、及び、本誌 281 号 (2019 年) 206 頁参照。最近でも、例えば、2016 年には、イギリスの著名な古美術商 Robin Symes が借りていたスイス・ジュネーヴの自由港にある倉庫において、過去に墓荒らしにより盗掘された古代ローマ及びエトルリアの古美術品が発見されている。See Nick Squires, *Disgraced British Art Dealer's Priceless Treasure Trove Discovered Hidden in Geneva*, *The Daily Telegraph*, Feb. 1, 2016, available at <<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/switzerland/12134541/Disgraced-British-art-dealers-priceless-treasure-trove-discovered-hidden-in-Geneva.html>>. 不正に取得された古美術品取引における Robin Symes の役割に関しては、Peter Watson & Cecilia Todeschini, *The Medici Conspiracy: The Illicit Journey of Looted Antiquities -- From Italy's Tomb Raiders to the World's Greatest Museums* (Perseus Press, 2006), p. 248 以下に詳しい。また、Robin Symes から古美術品 (不正に取得されたものも含む) を購入していたアメリカの有名な博物館である J. Paul Getty Museum においてキュレーターを務めていた Marion True が、イタリア及びギリシャの裁判所において古美術品の密輸に関わる罪で審理されている (ただし、結果として、いずれも無罪)。See Neil Brodie, Case Studies: Marion True, *Trafficking Culture: Researching the Global Traffic in Looted Cultural Objects*, Sep. 2, 2012, available at <<http://traffickingculture.org/encyclopedia/case-studies/marion-true/>>.
- 25) See, e.g., Christa Roodt, *Private International Law, Art and Cultural Heritage* (Edward Elgar, 2015), p. 22.
- 26) 本稿第 2 章第 2 節三 (本誌 280 号 (2019 年) 199 頁以下、及び、本誌 281 号 (2019 年) 192 頁以下) 参照。
- 27) 本誌 281 号 (2019 年) 195-197 頁参照。

責任を課す「需要減少アプローチ」²⁸⁾が支持を集めつつある背景にも、このような認識の一般への広がりがあるものと推測されよう。

このように、古美術品・美術品市場がグレーな性質を有しているという市場理解を踏まえれば²⁹⁾、国家保護主義アプローチと自由市場主義アプローチは、いずれもそのまま採用することはできないこととなる。すなわち、一方で、古美術品・美術品市場が完全に闇市場であると理解する国家保護主義アプローチは、そのような証明に成功していない以上、市場の存在価値を全面的に否定するものであり、行き過ぎであるように思われる。他方で、古美術品・美術品市場が他の市場と同様の自浄作用を有していると理解する自由市場主義アプローチも、古美術品・美術品市場についての上述した認識に照らせば、適切でない。

上述した市場理解を前提とすれば、いずれのアプローチから出発しても、文化財の統一性を破壊したり、その適切な保全を阻止したりすることにより、文化財の後世への継承を妨げるような取引を防止することという、両アプローチが共に目指す目標を達成するためには、そもそもの前提として、古美術品・美術品市場を少なくともクリーンな市場として機能させることが必要不可欠となるといえる。換言すれば、文化財取引という問題領域において共有される共通価値としては、「クリーンな古美術品・美術品市場の形成」という価値を措定することができるのではないだろうか。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考えのもとで、「クリーンな古美術品・美術品市場の形成」という観点から、国際的な文化財取引を巡る規制的権威の調整を図っていくべきである、と考える。

(3) ただし、クリーンな古美術品・美術品市場の形成という目標実現へと向けた具体的な処理方法のあり方に関しては、前節2. において論じたように、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³⁰⁾。というのも、法秩序間での文化財不正流通規制を巡る法政策の多様

28) Wantuch-Thole, *supra* note 18, p. 6. 本稿第I部小括(本誌281号(2019年)199頁、205頁以下)も参照。

29) 古美術品・美術品市場をどのように理解するかという問題はそれ自体重要な検討課題であるが、とりわけ社会学的観点からの本格的検討を要するため、本稿では、以上の古美術品・美術品市場の理解が社会的事実であることを前提に議論を進める。

30) 本誌284号(2019年)181-186頁。

性³¹⁾に鑑みれば、この問題領域において、世界に一つあるべき具体的な処理方法の受容を各法秩序に求めることは決して理想的ではなく、却って政治的ないしイデオロギー的な対立を深める側面もあると考えられるからである。実際にも、現在のところ、国境を越えた文化財の不正取引に対する法的対応を巡る議論がユネスコ条約（1970年）以上の成果を示せていない背景には、普遍主義的観点を貫徹することの問題性や困難があるようにも思われる³²⁾。文化財を巡る価値・政策がなおも世界的に対立している状況では、各法秩序固有の観点を否定することなく、クリーンな古美術品・美術品市場の形成という最低限の目標実現へと向けて、規制的権威を調整するという本稿で示した対応を行うことの方が、普遍主義的観点からの対応を議論し続けるよりも適切であろう。

なお、最後に、抵触法上、一般的な定義³³⁾を越え、具体的に文化財を定義する必要があるかという点が問題となる³⁴⁾。この点に関しては、第I部小括でも言及したように、文化財に関する国際的に承認された定義が存在しない現状では、ある文化財がどの法秩序の文化財に属すのかという、いわば文化財の「国籍」³⁵⁾の問題については、当該文化財に関係する個々の法秩序の文化財不正流通規制を参照し判断していく他ないように思われる。従って、ある文化財がどの法秩序の文化財にあたるかという問題は、関係する法秩序の法規の側から一方主義的に判断されると解すべきであろう³⁶⁾。

3. 小括

以上、本節一では、文化財は、抵触法上、他の一般財とは異なる取扱い

31) 本稿第1章（本誌278号（2018年）103頁以下、及び、本誌279号（2018年）59-66頁）参照。

32) 本稿第2章第1節二・三（本誌280号（2018年）178-193頁）において述べたように、ユニドロワ条約（1995年）に対する各国の関心の低さや、ユネスコ及びユニドロワのモデル条項（2011年）というソフト・ロー・アプローチへの注目は、私的紛争に関する普遍主義的観点からの法的議論の行き詰まりを示唆するようにも思われる。

33) 前掲注1）参照。

34) 由来国を定義付けする試みとして、本稿第3章第1節一・二（本誌282号（2019年）306頁以下）参照。後掲注35）も参照。

35) Erik Jayme, *Kunstwerk und Nation: Zuordnungsprobleme im internationalen Kulturgüterschutz* (Universitätsverlag C. Winter, 1991), pp. 11-12; *id.* *Identité culturelle et integration: le droit international prive postmoderne*, 251 *Recueil des cours* 9 (1995), pp. 198-199.

36) 本稿第4章第2節二1.も参照。

をうけるべきであるという考えを前提に、文化財を巡る抵触法の問題に関し、「クリーンな古美術品・美術品市場の形成」という共通価値の実現へと向け、規整的権威の調整がなされるべきである、と主張した。以下では、クリーンな古美術品・美術品市場の形成へと向けた具体的な処理方法のあり方に関しては、各法秩序固有の観点が入り込む余地があることから、我が国法秩序を例に、具体的な処理方法について検討することとする。

二 抵触法における具体的な処理方法 — 我が国法秩序を例として

以上で述べたように、一方で、共通価値としての「クリーンな古美術品・美術品市場の形成」という観点から、規整的権威の調整の具体的なあり方について探りつつ、他方で、具体的な抵触法規則設定のレベルでは、各法秩序固有の観点が問題とならざるを得ないことから、上述した目標に資する形で、各法秩序固有の観点から具体的な処理方法を探ることが適切である。そこで、最後に、具体的法秩序の一例として我が国法秩序を取り上げ、国境を越えた文化財の不正取引を巡る問題に関する抵触法上の具体的な処理方法について検討することとする。

以下では、第3章第1節一、二、及び、第2節において取り上げた各問題状況に対応する形で、文化財の返還請求における法適用(1.)、外国国家等による返還請求の許容性(2.)、及び、私人間での契約紛争等における外国の文化財不正流通規制の効力(3.)という問題に関して、我が国抵触法上、採られるべき具体的な処理方法について検討する。

1. 文化財の返還請求における法適用

第1に、文化財の所有権を巡る問題につき、適用される法規をどのようにに選択・適用すべきか、という点について検討する。本稿第3章第1節一2. B. において述べたように、この点に関しては、伝統的な準拠法選択規則である所在地法主義に代わる文化財の返還請求における法適用規則として、由来国法主義に基づく準拠法選択規則³⁷⁾が提唱されていた。そこで

37) 一般には、「由来国の文化遺産に属する美術品の所有権の移転は、当該国の法により規律される」(バーゼル条約第2条)という規則(本誌282号(2019年)308頁参照)を指すが、善意取得者の保護といった配慮を加えるベルギー国際私法90条(92条)やSymeonidesの学説(本誌282号(2019年)312頁以下参照)も、その一種であるといえる。

以下では、由来国法主義に基づく準拠法選択規則の性質について評価した上で（A.）、由来国法主義に基づく準拠法選択規則を導入することが妥当か否か、仮に妥当でないとするれば、我が国裁判所において外国文化財の返還請求が問題となった場合、どのような法選択・適用がなされるべきか、という点について検討する（B.）。

A. 由来国法主義に基づく準拠法選択規則の性質

A-1. 伝統的な抵触法理論における評価

（1）まず、伝統的な抵触法理論において、由来国法主義に基づく準拠法選択規則はどのような規則として位置付けられるのか、という点について確認する。

抵触法上、法規の選択・適用のアプローチ³⁸⁾には、関係する法秩序の法規の側からその空間的な適用範囲を探求する「法規からのアプローチ」と、法律関係ないし法的問題の側からその解決を行う法秩序の法規を探求する「法律関係からのアプローチ」とがある³⁹⁾。前者は、法規の側からその適用範囲を一方向的に定めるという「一方主義」を採用するのに対して、後者は、「内国法であれ、外国法であれ関係なく、準拠法として指定」⁴⁰⁾するという「双方主義」を採用する。

この点、由来国法主義に基づく特別準拠法選択規則は、文化財の所有権移転という法的問題ないし法律関係から出発して、当該法的問題が連結される法秩序を「由来国」という一般的な形で規定する点で、双方主義的な法律関係からのアプローチに基づく準拠法選択規則という外観を呈する。しかし、この理解は、以下で述べるように問題がある。

① 由来国法主義に基づく準拠法選択規則は、その根拠という点において、伝統的な双方主義的な準拠法選択規則というよりは、むしろ実質法的価値・政策を内包した準拠法選択規則として位置付けられるといえる。

由来国法主義に基づく準拠法選択規則の根拠としては、次の法技術的な点が挙げられていた。すなわち、動産である文化財については所在地が偶

38) 中西康＝北澤安紀＝横溝大＝林貴美『国際私法』（有斐閣、2018年）14頁以下、横山潤『国際私法』（三省堂、2012年）16-19頁参照。

39) 中西ほか・同上 15-16頁。

40) 同上 15頁。

然的な意味しか有さないため、原因事実完成当時の所在地法に連結することには問題がある点、及び、原因事実完成当時の目的物の所在地法を適用する考えによると、準拠法となる各国物権法ごとに善意取得の可否の判断等が異なり、実質法的結果に不確実性が生じることから、元の所在地法への連結を時間的に固定する必要がある点⁴¹⁾、である。

しかしながら、所在地の偶然性や実質法的結果が実質法ごとに異なるというこれらの問題点は、動産の物権関係一般について当てはまるものであり、文化財の物権関係についてのみ、所在地の時間的固定という由来国法主義を採用する根拠とはならない。準拠法選択規則上の技術的な不都合という理由付けは、文化財に関して由来国法主義を採用する根拠としては不十分であり、由来国法主義の背景には、実質法的政策、すなわち文化財と文化的関連性を有する法秩序の文化財保護政策の尊重や国境を越えた文化財保護、という政策的考慮が存在すると解さざるをえないだろう。

このような実質法的政策の実現へと向けた準拠法選択規則は、Symeonides が自身の提唱する由来国法主義に基づく規則をそう位置付けるように、「実質法的色彩を帯びた準拠法選択規則」と呼ばれる⁴²⁾。抵触法上、実質法的色彩を帯びた準拠法選択規則ないし実質法的価値・政策を内包した準拠法選択規則⁴³⁾とは、一定の法律行為の形式的有効性⁴⁴⁾・一定の身分的地位の成立⁴⁵⁾に好意的(あるいは否定的)な規則⁴⁶⁾や、一方当事者の保護へと向けた規則⁴⁷⁾のことを指す。これらの規則においては、形式的

41) 本稿第3章第1節一2.B.(本誌282号(2019年)306頁以下)参照。

42) 本誌282号(2019年)315-316頁参照

43) 参照、Symeon C. Symeonides, *Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism. General Course on Private International Law*, 384 *Recueil des cours* 9(2016), pp. 213-255.

44) 例として、遺言の形式的有効性 (*favor testamenti*) や契約等の法律行為の形式的有効性 (*favor negotii*) が挙げられる。

45) 例として、嫡出性、親子関係、認知、養子縁組、婚姻、離婚について、その成立に好意的な規則が挙げられる。

46) この類型では、一つの単位法律関係につき複数の連結点を採用する選択的適用や重疊的適用という連結政策が採られる(中西ほか・前掲注34)48-50頁参照)。

47) この類型では、一方当事者による片面的な当事者自治や、一方当事者のための裁判所の職権による法適用(優遇原則等)が認められる傾向がある。Symeonides, *supra* note 43, pp. 215-216. See also, Ted M. de Boer, *Living Apart Together: The Relationship between Public and Private International Law*, 57 *Netherlands International Law Review* 183 (2010), p. 203. 具体的には、不法行為や製造物責任、(盗難品の元の所有者による返還請求における)物権などに関して、一方当事者(弱者)の保護になるような形で、当該当事者にのみ法選択を認める規則や、裁判所による法

有効性・成立といった実質法上の具体的帰結や、他方当事者に対する一方当事者（不法行為の被害者、扶養債権者、消費者、労働者、被保険者等）⁴⁸⁾の権利・利益の保護を目指す点において、実質法的な価値・政策が抵触法平面に反映されている⁴⁹⁾。

この点、由来国法主義に基づく準拠法選択規則は、文化財の元の所有者による取戻しが争われる場合を念頭に置き、現在の占有者との関係で元の所有者の権利保護を図る点⁵⁰⁾において、実質法的価値・政策を内包する一方当事者の保護へと向けた準拠法選択規則と位置付けることが可能であるように思われる⁵¹⁾。だが、この理解には次のような問題があると解される。

② 由来国法主義に基づく準拠法選択規則は、それにより適用される由来国法の適用範囲（送致範囲）という点において、実質法的価値・政策を内包する他の双方主義的な準拠法選択規則とも、性質を異にすると考えられる。

抵触法理論上、一般に、準拠法選択規則の送致範囲には、公法・強行的適用法規⁵²⁾にあたる法規は含まれず、私法的規範のみが適用されると解されている⁵³⁾。これに対して、由来国法主義に基づく準拠法選択規則に関し

の選択・適用を認める規則が挙げられる。Symeonides, *ibid.* なお、当事者に法選択を認める準拠法選択規則（当事者自治原則に基づく準拠法選択規則）も、当事者が希望する一定の実質法的結果の選択を事実上当事者に認める点で、実質法的価値・政策から中立的な規則ではないとの指摘として、竹下啓介「国際私法における価値中立性」国際私法年報 18号（2016年）107頁、121頁。

48) Symeonides, *id.* pp. 236-237.

49) 例えば、横山・前掲注 38) 96頁。

50) 由来国にのみ連結する純粋な由来国主義に関しては、元の所有者である由来国の文化財不正流通規制上の政策の実現を目指すものであるといえよう。

51) なお、Symeonides は、一方当事者である、不法に輸出された又は盗取された文化財の元の所有者に対してのみ、由来国法と請求当時所在する国の法のいずれかを選択する権利を付与する点で、ベルギー国際私法 90条や 92条（条文については、本誌 282号（2019年）313-314頁参照）のような規則を、一方当事者の保護へと向けた規則として位置付ける。Symeonides, *supra* note 43, p. 242.

52) 定義について、本誌 282号（2019年）310頁注（86）参照。

53) 例えば、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]』（有斐閣、1995年）41頁は、「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とは、その適用理由が異なる」として、契約準拠法の送致範囲に、当然当該国の公法・強行的適用法規が含まれるという考えを採ることはできないとする（この点についての異論として、石黒一憲『金融取引と国際訴訟』（有斐閣、1983年）59頁以下参照。ただし、石黒教授の見解は契約準拠法の選択に関して異なる前提に立つ点に注意が必要である。さしあたり、石黒一憲『国際私法 [第2版]』（新世社、2007年）315-341頁参照）。以上の議論につき、横溝大「抵触法における不正競争行為の取扱い—サンゴ砂事件判

ては、私法上の物権に関する法規のみならず、公法・強行的適用法規である文化財不正流通規制がその送致範囲に入ることが前提とされている⁵⁴⁾。このように、由来国法主義に基づく準拠法選択規則は、私法と公法との区分という前提を採る通常の準拠法選択規則とは異なり、私法的規範に加えて公法・強行的適用法規の適用も認めている⁵⁵⁾。

さらに、由来国法主義に基づく準拠法選択規則上は、「由来国」をどのように確定するのかという問題につき、具体的な判断基準が示されていない点も問題となる。例えば、ベルギー国際私法 90 条⁵⁶⁾ は、由来国に関する抵触法独自の定義付けを放棄し、問題となる文化財を自国の文化遺産として定める返還請求国の法を適用するとする。これは、問題となる文化財について特別な規制を行う国家の法を、その法が欲するままに一方主義的に選択・適用することを認める規則と位置付けることができよう。

(2) 以上で述べたように、由来国法主義に基づく準拠法選択規則は、実質法的価値・政策を内包する一方当事者の保護へと向けた双方主義的な準拠法選択規則の外観を呈しているものの、公法的規範の適用も前提とされている点や、文化財の由来国に関する判断基準を抵触法上独自に定めることなく、その点の判断を法規の側に委ねている点で、法規(公法・強行的適用法規をも含む)からのアプローチに基づく一方主義的な法適用規則として位置付けられるべきであると考えられる。

A-2. グローバル・ガバナンスのための抵触法という観点からの評価

以上で述べたように、由来国法主義に基づく準拠法選択規則は、実質法的価値・政策を内包する一方当事者の保護へと向けた、一方主義的な法適

決を契機として—」知的財産法政策学研究 12 号 (2006 年) 185 頁、225-229 頁等参照。

54) 本誌 282 号 (2019 年) 306 頁以下参照。

55) ただし、我が国の準拠法選択規則上、公法・強行的適用法規の適用が全く認められていないという訳ではない。例えば、我が国の現行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。以下、「通則法」という) 第 11 条 3 項では、消費者契約の成立の問題に関し、消費者の常居所地法上の「強行規定」の適用が認められており、この「強行法規」には「国内的強行法規のみならず、いわゆる『強行的適用法規』の双方が含まれる」(櫻田嘉章=道垣内正人編『注釈国際私法 (1)』(有斐閣、2011 年) 250 頁、261 頁 [西谷祐子執筆]) と解されている。

56) 本稿第 3 章第 1 節一 2.B. (本誌 282 号 (2019 年) 312-315 頁) 参照。

用規則と位置付けられると考えられる。このような一方主義的な法適用規則は、双方主義的な準拠法選択規則を主とする伝統的な抵触法理論の観点からは、容易に是認し難いもののように映る。それでは、グローバル・ガバナンスのための抵触法という観点からは、同規則はどのような評価が可能だろうか。

この点に関しては、前節2.3.において検討した Michales の主張する「技術としての抵触法」という視点が重要となろう⁵⁷⁾。本稿第3章第1節1.2.において述べたように、由来国法主義は、由来国の判断に関する曖昧さ故に批判されてきたものの、国境を越えた文化財の不正取引への対応を巡り法的アプローチが対立⁵⁸⁾する中でも、同主義が政治的・イデオロギー的な観点から批判を浴びることがなかったことは、注目に値する⁵⁹⁾。由来国法主義は、文化財の物権に関する特別準拠法選択規則の一つとして議論され、實際上、立法例及び学説上一定の支持を集めてきたのである。

由来国法主義が抵触法上の法的言説として一定の支持を得た要因としては、次のような点が重要であったと考えられる。すなわち、「連結点としての由来国」という由来国法主義の考え自体も、実質法的結果が準拠実質法毎に異なることから所在地を時間的に固定する必要があるという由来国法主義の根拠も、法律関係ないし法的問題の最密接関連地を探求するという、伝統的な抵触法上の連結政策を巡る法的言説の枠内に留まっていたという点である。このように、由来国法主義を巡る議論は、連結点の設定を巡る抵触法上の技術的な議論を介して、国境を越えた文化財保護という政策的意図が存在しないかのように、文化財の物権関係に関する規整的権威の調整を図る試みであったと評価できるのではないだろうか。この意味で、由来国法主義を巡る議論は、グローバル・ガバナンスのための抵触法という観点からは、抵触法の技術性を活用する具体例として、その試み自体は積極的に評価されるべきであると思われる。

問題は、由来国法主義を巡る議論の下で行われてきた規整的権威の調整のあり方が適切といえるか否か、すなわち、クリーンな古美術品・美術品

57) 本誌 284 号 (2019 年) 171-175 頁参照。

58) 本稿第1部小括 (本誌 281 号 (2019 年) 199 頁以下) 参照。

59) ただし、Bator や Merryman によるユネスコ条約の批判は、由来国法主義の根底にある文化財保護という政治的意図にまで及ぶものであるといえる (本誌 280 号 (2018 年) 175 頁以下参照)。

市場の形成に資するものであるといえるか否か、という点である。この点について次に検討する。

B. 検討

ここでは、我が国法秩序を念頭に置き、返還請求が問題となる場合における由来国の文化財不正流通規制の処理方法について検討する⁶⁰⁾。具体的には、どのような場合に、通常の準拠法選択規則により指定される物権準拠法の適用に優位する形で、問題となる文化財につき特別な保護ないし規制を行う由来国法上の文化財不正流通規制の効力を認めるべきか、という点が問題となる。これは、私人間の契約紛争等を念頭に置くものではないものの、契約準拠法以外の外国の公法・強行的適用法規の適用を(いつ)認めるべきか、という問題と構造を同じくするといえる。

以下では、この類似性を踏まえつつ、外国の文化財不正流通規制上、不法に取引されたとされる文化財の第三者取得者との関係で当該規制の効力がどこまで及ぶのかという点について検討した上で(B-1.)、外国の文化財不正流通規制の適用要件について検討する(B-2.)。

B-1. 由来国の文化財不正流通規制の効力範囲

(1) まず、仮にB-2. において後述する適用要件が充足されたとして、外国の文化財不正流通規制の効力をどこまで認めるべきか、という点が問題となる。

従来の議論においては、例えば、外国国家により外国でなされた国有化・収用措置の効力が法廷地で承認された場合、それにより国有化・収用措置がなされる以前の所有者が無権利者となり、当該国有化・収用措置に反して締結された私人間の契約が無効となるとされてきた⁶¹⁾。その上で、当該

60) 以下の議論は、基本的に解釈論を念頭に置くものである。

61) 外国国有化・収用措置の効力に関する各国比較法について、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、229頁以下参照。なお、外国国有化・収用措置の効力については、外国国家行為承認アプローチが提唱されており、外国の公法・強行的適用法規の効力というここでの問題とは厳密には異なるが、上記見解において両者のアプローチは連続的に捉えられており(横溝大「国際倒産法の再検討⑥ 否認・双方契約・相殺(下)」NBL666号(1999年)37頁、38頁以下等参照)、外国国有化・収用措置の効力範囲において論じられていることは、ここでの問題についても同様であると考えられる。

国有化・収用措置の効力が法廷地で承認された結果として無権利者となった元の所有者が、国有化・収用措置後に当該措置の対象財産を第三者に売却していたとしても、当該第三者の物権関係については、通常の準拠法選択規則により指定される原因事実完成当時の所在地法が適用されることが前提とされてきたと解される⁶²⁾。言い換えれば、承認される外国国家行為やその根拠となる外国の公法・強行的適用法規の効力が及ぶ範囲は限定的であり、物権関係に関して言えば、当該国家行為や公法・強行的適用法規の直接の対象とならない第三取得者の物権関係については、その効力は及ばないと解されてきたのである。

これに従えば、外国の文化財不正流通規制の効力は、同規制の直接の対象となる当該国領域内での行為（発掘、取引譲渡、輸出等）をなした私人の物権関係についてのみ及び、その後の取引譲渡等から生じた第三取得者の物権関係については及ばないこととなる。そのため、第三取得者の物権関係に関しては、原因事実完成当時の物の所在地法を選択・適用するという通常の準拠法選択規則に従った処理がなされることとなり、当該所在地が由来国O国以外の外国（S国）である場合には、S国法上、問題となる文化財について第三者取得者による善意取得等が成立する可能性がある。他方で、由来国の文化財不正流通規制は、自国領域内において行われた行為の後に行われた行為から生じた第三取得者の物権関係についても、その効力を及ぼせるよう欲していることが考えられる。

(2) それでは、由来国の文化財不正流通規制の効力をどこまで認めるべきであろうか。本節一において検討したように、ここでは、クリーンな古美術品・美術品市場の形成という観点から、由来国法上の文化財の発掘・譲渡・輸出規制に関する文化財不正流通規制と、通常の準拠法選択規則により指定される所在地法上の物権に関する規則との間での、規制的権威の適切な調整のあり方について検討する必要がある。

① この問題に関しては、まず、外国の公法・強行的適用法規の効力に関する従来の議論に従うという方向性が考えられる。すなわち、第三取得

62) 例えば、反対に国有化・収用措置が承認されなかった場合、国有化・収用後の新たな所有者（＝無権利者）から国有化・収用措置の対象財産を購入した第三者の物権関係については、善意取得の問題として法例10条〔通則法13条〕に従った処理がなされることとなる、と述べるものとして、石黒一憲『ボーダーレス社会への法的警鐘』（中央経済社、1991年）137-138頁、横溝（法協）・同上334頁。

者の物権関係については由来国の文化財不正流通規制の効力を認めず、通常の準拠法選択規則による処理に委ねるという処理である。だが、この処理は、グレーな市場形成に直接的に加担しているような市場参加者であっても、第三取得者である限り、原因事実完成当時の所在地法上の善意取得等に関する保護を受けることができるとするものであり、クリーンな古美術品・美術品市場の形成という観点からは、直ちに採用することはできないといえる。

次に、これとは反対に、由来国の文化財不正流通規制の効力範囲を最大化する方向性が考えられる。すなわち、バーゼル会合決議2条のように、由来国とその文化財不正流通規制上保護を受ける文化財との文化的な関連性を重視し、第三取得者との関係であっても、由来国法の文化財不正流通規制の効力を一般的に認めるという方向性である。第三取得者との関係でも由来国の文化財不正流通規制の効力を一般に及ぼすという処理は、原因事実完成当時の目的物の所在地法上の善意取得等により当該規制が破られることを認めない点で、私訴を利用した文化財取引に対するグローバルな規整という観点からは、最も理想的なもののように映る⁶³⁾。

だが、文化財の物権を巡る争いにおける現在の占有者たる相手方としては、多様な属性を有する当事者が立ち現れることが想定される⁶⁴⁾。被告として立ち現れる現在の占有者が規制の直接の対象とは言い難い場合が十分想定される⁶⁵⁾にも関わらず、あらゆる者に対して由来国の文化財不正流通規制の効力を及ぼすことは、その規制範囲を過度に拡大し、却って闇市場の拡大を招く危険をはらむといえ⁶⁶⁾、クリーンな古美術品・美術品市場の形成という観点からは問題があるように思われる。加えて、この方向性に

63) このことは、由来国法主義が、私訴を利用した環境規整を目指す前述のEUのローマII規則上の環境侵害に関する特則(同7条)と同様の機能を果しうることを意味する(同7条に関しては、本誌284号(2019年)184頁参照)。

64) 例えば、現在の占有者には、遺産として過去に不正に取引された文化財を相続した相続人までもが含まれると考えられる。被告側の属性の多様性は、本稿第3章で挙げた裁判例からも推察される。

65) この点は、同じく私訴を利用した環境規整を目指すEUのローマII規則7条(本誌284号(2019年)184-185頁参照)が前提とする問題状況とは大きく異なる。というのも、環境侵害訴訟では、規整の対象者である「汚染者」たる事業者が常に被告として立ち現れることが想定されているからである。

66) この点についてのMerrymanの指摘につき、本誌280号(2018年)176-177頁以下参照。

については、我が国法秩序の観点からも、次のような問題点を指摘できる⁶⁷⁾。第1に、我が国憲法上の財産権保障（日本国憲法29条参照）の観点からは、通常の準拠法選択規則により指定された物権準拠法上、現在の占有者が得た正統な権利を不当に奪うことまでは認められないように解される。第2に、文化財保護法（1950年）を基軸とする我が国の文化財保護政策は、文化財に関する私法上の取引の価値を尊重した上で、国家による一定の公的な制限を認めるものである⁶⁸⁾。この点に関しては、我が国がユニドロワ条約（1995年）の枠組みに加わっていない理由の一つとして、由来国の文化財不正流通規制の効力を以上のような範囲で認める同条約は、「盗取文化財や不法輸出文化財であることにつき善意・無過失で文化財を取得した者の財産的な利益の保護」⁶⁹⁾に欠けるという点が挙げられていたことを想起すべきであろう。

このように、過剰な規制という問題点に加え、財産権保障という憲法上の権利保障の観点や、現在の我が国の文化財保護政策の基本的理念に鑑みれば、我が国抵触法上、由来国の文化財不正流通規制の効力を一般的に認めることは困難であると考えられる⁷⁰⁾。

② それでは、どのような処理を行うべきであろうか。以上で述べたように、問題の中心が文化財を巡る争いにおける相手方（現在の占有者）の

67) なお、我が国法秩序において、外国の文化財不正流通規制上の効力を認める余地が完全に否定されているとは解されない。我が国では、2002年にユネスコ条約（1970年）の枠組みに加わって以降、文化財の不法な輸出入等の規制を含む、文化財に関する国際協力へと向けた取組みの充実が図られてきた（文化財部伝統文化課「文化財行政この10年の歩み」文化庁月報503号（2010年）14頁、16頁参照）。このような進展に鑑みれば、我が国法秩序においても、通常の準拠法選択規則により指定される物権準拠法によれば善意取得者にあたる者の保護に欠けない限りにおいて、外国の文化財不正流通規制の効力を認める余地があるというべきであろう。ただし、「文化財の国際協力」という場合、主として念頭に置かれるのは、流出した外国文化財の返還に関わる協力というよりも、文化財の保存・修復に関わる支援である点には注意が必要である（文化庁HP：<<http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkazai/kokusai/index.html>>。）。

68) 本稿第1章（本誌278号（2018年）111-114頁、117-122頁、本誌279号（2018年）64-66頁）において述べたように、我が国の文化財保護政策は、「文化主義」という文化財の国際的な流通を推進するリベラルな基本思想に依拠するものである。

69) 清水響『「盗取され又は不法に輸出された文化財に関するUNIDROIT条約」について』民事月報51巻4号（1996年）39頁、68頁。

70) 従って、立法論としても、上述した我が国の現在の法状況に照らせば、我が国抵触法上、パーゼル会合決議2条のような純粹な形での由来国法主義に基づく準拠法選択規則を採用することは困難であると考えられる。

多様性にあると考えれば、どのような属性を有する被告に対して由来国の文化財不正流通規制の効力を認めることがクリーンな古美術品・美術品市場の形成にとって適切であるといえるか、という観点から、由来国の文化財不正流通規制の効力範囲に関して、現在の占有者(被告)の類型化を行うのが適切ではないだろうか。この点、私見では、古美術商・美術品商や、個人又は組織的な収集家、オークション・ハウス、博物館・美術館、等といった、古美術品・美術品市場の主要な市場参加者ないしプロフェッショナルである第三取得者の物権関係に関しては、以下の事情に照らし、由来国の文化財不正流通規制の効力範囲を広く及ぼし、通常の準拠法選択規則により指定される原因事実完成当時の所在地法ではなく、由来国の文化財不正流通規制に服させるべきであると考ええる。

第1に、第I部小括や本節一2.において述べたように、古美術品・美術品市場においては、名の知れた市場参加者であっても、文化財の不正取引に何からの形で関わっていることが明らかとなっており⁷¹⁾、Mackenzie⁷²⁾も述べるように、合法的な市場を形成するため、少なくとも古美術品・美術品市場の中心的なアクターに対しては、問題となる古美術品・美術品について規制を行う各国法や、その出自ないし原産地に関する調査義務を課していくことが必要となると解される点である。第2に、古美術品・美術品市場の主要な市場参加者は、各種民間団体による倫理規範や行動規範⁷³⁾により、古美術品・美術品の取得時に合理的な範囲で出自ないし原産地に関する調査を行うこと等、不正取引の防止へと向けた行動をとることが道徳的に義務付けられている点である。一定の社会的現実として、このような自主規制が古美術品・美術品市場参加者の行動に影響を与えていることは否定できない⁷⁴⁾。そうであるならば、古美術品・美術品市場の主要な市

71) 前掲注24) 参照。

72) 本誌281号(2019年)207頁以下参照。

73) See, e.g., Manlio Frigo, Ethical Rules and Codes of Honor related to Museum Activities: A Complementary Support to the Private International Law Approach Concerning the Circulation of Cultural Property, 16 *International Journal of Cultural Property* 49 (2009).

74) なお、我が国文化庁による『盗取されたイラク文化財の不法な輸出入における取扱いについて』と題する通知(<http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkazai/kokusai/yushutsu/iraq_bunkazai_tsuchi.html>。本誌278号(2018年)96頁、注(15)も参照)では、博物館・美術館等が収蔵品を取得する際には、当該美術品等に関する発見・政策等を含む過去の履歴を確実に検証すべきであるとする「国際博物館会議

場参加者に対し、これらの自主規制に従った由来国の文化財不正流通規制の遵守を求めることは不合理とまではいえないだろう。

そこで、現在の占有者が古美術品・美術品市場の主要な市場参加者（古美術商・美術品商や、個人又は組織的な収集家、オークション・ハウス、博物館・美術館）である場合には、由来国の文化財不正流通規制の効力を認め、それに反するような所在地法上の物権的效果（善意取得等）を否定すべきであるが、それ以外の第三取得者が返還請求において訴えられる場合には、由来国の文化財不正流通規制の効力が及ぶことはなく、通常の準拠法選択規則により指定される所在地法上の物権的效果が認められるべきである、というのが本稿のここでの主張である。

(3) ところで、以上で述べた解釈論とは異なり、立法論としては、ベルギー国際私法 90 条・92 条や *Symeonides* の見解のように、文化財の物権関係に関する由来国法の適用を原則とした上で、善意取得者の保護に関する例外則を備えた準拠法選択規則を導入することが考えられる⁷⁵⁾。ただし、実質法的価値・政策から一定の距離を置いた抵触法規則が目指されるべきと考える本稿の立場⁷⁶⁾からは、ベルギー国際私法 90 条・92 条や *Symeonides* の見解のように、「善意取得」といった実質法上の概念により法適用関係を画することは妥当でない。

本稿で主張した処理方法を特別準拠法選択規則という形で立法化するならば、文化財不正流通規制を含む由来国法の適用を原則とした上で、例外的に、問題となる文化財がどの国の文化財不正流通規制上の保護を受けるのかという点につき、被告において通常予見可能性を欠く場合には、原因事実完成当時の文化財の所在地法を適用する、といった規則が考えられよう⁷⁷⁾。この規則の適用上も、被告の属性が加味される必要があり、古美術品・

(International Council of Museums, ICOM)」(本誌 283 号 (2019 年) 217 頁、注 (59) も参照) の倫理規程が引用されている。

75) 両規則の内容については、第 3 章第 1 節一 2.B. (本誌 282 号 (2019 年) 312 頁以下) 参照。

76) 本稿第 4 章第 1 節二 3. (本誌 284 号 (2019 年) 186 頁以下) 参照。

77) このように原則的な連結点を定めた上で予見可能性を欠く場合の例外的な連結を定めるという枠組みは、我が国通則法上、不法行為の準拠法に関する 17 条において採られている。

同 17 条「不法行為によって生じる債権の成立及び効力は、加害行為の結果が発生した地の法による。ただし、その地における結果の発生が通常予見することのできないものであったときは、加害行為が行われた地の法による。」

美術品市場の主要な市場参加者が訴えられる場合には、それ以外の第三取得者が訴えられる場合と比較して、予見可能性の判断が厳格になされるべきであろう⁷⁸⁾。

B-2. 由来国の文化財不正流通規制の適用要件

次に問題となるのは、由来国の文化財不正流通規制の適用要件である。適用要件に関しても、外国の公法・強行的適用法規の適用と同様、外国国家行為承認ないし外国の公法・強行的適用法規の適用の際に要求されるべき要件にならない⁷⁹⁾、管轄⁸⁰⁾、手続的保障、公序、相互の保証といった要件が課されるべきであろう⁸¹⁾。以下、各要件について若干の検討を行なう。

① 第1に、管轄に関しては、予測可能性及び法的安定性の確保という観点から、返還請求の対象となる文化財と当該文化財につき特別な規制を行う国家との間に、場所的関連性が存在することが必要となる。具体的には、自国領域内において、新たに発掘されたか、又は、展覧会等を通じて一時的に存在するのではなく恒常的に所在する文化財につき、その発掘や譲渡、輸出に関する規制を国家が行う場合、管轄要件はみたされると解されよう。これに対して、例えば、ある国家が他国に所在する博物館等により所有されている文化財を、立法を介して自国文化財に含める場合には、同要件はみたされないと解すべきである。なお、このように文化財と由来国O国との間に場所的関連性が一旦確立されれば、B-1. で述べた人的な

78) ここでは、ユニドロワ条約(1995年)上の補償要件(同4条、6条)を参考に、取得時に合理的な範囲で十分な調査がなされたか否か、といった事情も考慮されるべきであろう。

79) 横溝・前掲注14) 44-45頁参照。

80) 外国の公法・強行的適用法規に関する同要件に関して、横溝教授は、基本的には、法廷地国が同様の自国規則について国際的な立法管轄を有するか否かが基準となるとする(同上44-45頁)。

81) なお、外国裁判所の確定判決の承認要件については、民事訴訟法(平成8年法律第109号)118条に以下の定めがある。

同118条「外国裁判所の確定判決は、次に掲げる要件のすべてを具備する場合に限り、その効力を有する。

- 一 法令又は条約により外国裁判所の裁判権が認められること。
- 二 敗訴の被告が訴訟の開始に必要な呼出し若しくは命令の送達(公示送達その他これに類する送達を除く。)を受けたこと又はこれを受けなかったが応訴したこと。
- 三 判決の内容及び訴訟手続が日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないこと。
- 四 相互の保証があること。」

効力範囲に関する制限が課される場合を除き、O国において盗掘・盗取され又はO国から不法輸出された後に、他国において取引譲渡された文化財についても、O国の文化財不正流通規制の管轄は肯定されることとなる。

② 第2に、手続的保障の要件に関しては、特に文化財不正流通規制の立法内容の明確性や遡及効の禁止が問題となる。明確性の要件については、本稿第3章第1節一において挙げたアメリカの刑事裁判手続が参考になろう。同国の刑事裁判においては、刑事法である「連邦盗品法 (NSPA)」上の「盗まれた (stolen)」物であること、という要件について判断する際に、外国の文化財不正流通規制 (特に、新たな発掘物に国家所有権を付与する規則) が参照されてきたが、参照されるための要件として、その規制内容の明確性が要求されていた⁸²⁾。NSPA上、明確性の要件は、刑事裁判手続における罪刑法定主義の観点から課されるものではあるものの、ここで問題となる国際民事訴訟においては、純粋な私法的規範ではなく、文化財不正流通規制という公法・強行的適用法規の適用が問題となる以上、NSPA訴訟と同様、立法内容の明確性が要求されるべきであろう。具体的には、問題となる文化財が自国の文化財不正流通規制上、どのような規制を受けるのか、という点につき、外国人にも了知可能な形で⁸³⁾明確に規定していることが要求されるべきであろう。本稿第1章で概観したような、新たな発掘物を国家財産とする規定や、譲渡不可能・時効の制限を受けないとする規定、輸出を禁止する規定、不法な輸出に伴う自動的没収規定については、基本的には明確性要件が満たされているものと解してよいように思われる⁸⁴⁾。

また、遡及効の禁止という点も、NSPAの適用上要求されていた要件であり⁸⁵⁾、さらに、ユニドロワ条約 (1995年) 上も認められているものであ

82) NSPAについては、本誌283号 (2019年) 206頁以下参照。

83) なお、各国文化財不正流通規制に関するUNESCOのデータベース (<<http://www.unesco.org/culture/natlaws/>>) は、言語面 (英語訳) でも、国・地域の対象範囲の面でも、比較的充実しているものであると考えられるため、基本的に当事者の了知可能性それ自体が問題となる状況は考え難いといえよう。

84) 実務上は、立法内容の明確性よりも、いつ、そして、どの場所から問題となる文化財が盗掘・盗取・不法輸出されたのか、という事実に関する証明がより問題となる。例えば、このような事実の証明が奏功せず、請求が退けられた事件として、ベルリン高等裁判所2006年10月16日判決 (本誌282号 (2019年) 318頁以下参照) がある。

85) 問題となる外国文化財が当該国法の施行当時に同国に所在したことが要件として

る⁸⁶⁾。遡及効を禁止し、外国の文化財不正流通規制の施行当時に、問題となる文化財が当該国の領域内に恒常的に所在したことを要求することは、予測可能性及び法的安定性の確保という観点からは必要不可欠であろう。

③ 第3に、公序要件に関しては、外国法の適用や外国の公法・強行的適用法規の適用の場合と同様、適用結果の異常性と内国関連性との相関関係による判断形式に従うべきであると考えられる。問題となるのは、由来国法の国際法違反性ないし憲法違反性である⁸⁷⁾。実際にも欧州司法裁判所の *Beyeler v. Italy* 事件⁸⁸⁾ において争われたように、財産権保障という観点から、文化財不正流通規制の国際法違反や憲法違反が問題となることが考えられる。基本的には、国家に所有権を付与する効果をもたらす規制に関しては、外国人財産の国有化・収用措置に関する国際法上の議論にならない、公的目的に基づくものであることや、無差別に行われること、補償が支払われること⁸⁹⁾、といった要件を求めべきであろう。また、上記 *Beyeler v. Italy* 事件におけるような、時期に遅れた先買権行使による収用行為も、私人の所有権を著しく不安定な状態に置くものであり、十分な補償がなされてもいないという点で、公序に反するものであると解すべきであろう。

④ 第4に、相互の保証の要件に関してである。学説上、外国の確定判決の承認に関する同要件（民事訴訟法 118 条 4 号）⁹⁰⁾ に関しては、国際的な私法的権利実現の促進という観点からすれば広く外国判決の効力を認めるべきであること等から、立法論的には廃止することが望ましいと主張されてきた⁹¹⁾。だが、外国文化財の返還請求において外国の文化財不正流通規制を適用することは、契約や不法行為等に関する私法的規範の適用とは異なり、法廷地国裁判所による任意的な形での国家間協力という側面を有

課される。

86) ユニドロワ条約 (1995 年) 10 条 (本誌 280 号 (2018 年) 181 頁、注 37) 参照。

87) この点につき、横溝 (法協)・前掲注 61) 333 頁参照。

88) 本稿第 1 部小括 (本誌 281 号 (2019 年) 199 頁以下) 参照。

89) なお、いわゆるハル方式によれば、「十分、実効的、かつ迅速」な補償が支払われることが求められる (参照、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) 430 頁 [柳赫秀執筆])。

90) 前掲注 81) 参照。

91) 例えば、鈴木忠一 = 三ヶ月章編『注解民事執行法 (1)』(第一法規、1984 年) 367 頁 [青山善充執筆] 等。また、高橋宏志 = 加藤新太郎編『実務民事訴訟法講座 [第 3 期] (6) - 上訴・再審・少額訴訟と国際民事訴訟』(日本評論社、2013 年) 441 頁、450-451 頁 [中野俊一郎執筆] 参照。

するものであるといえる⁹²⁾。そうである以上、外国の文化財不正流通規制の適用に当たっては、当該国の国家裁判所においても法廷地国の文化財不正流通規制の適用が期待されること、といった互恵的な考慮が必要となろう⁹³⁾。相互の保証要件が文化財不正流通規制の適用を妨げる消極的要件として正面から課されるべきではないとしても、その適用に当たっては、一定の共通した規整目標、すなわちクリーンな古美術品・美術品市場の形成といった目標が法廷地国法秩序と当該外国法秩序との間で共有されていることが前提とされるべきである⁹⁴⁾。

92) 拙稿「コミティ(礼讓)の現代的展開(1)(2・完)」名古屋大学法政論集 268号(2016年)155頁、271号(2017年)65頁参照。

93) 同上(2・完)92-93頁参照。

94) ユネスコ条約(1970年)の締約国間であれば、上述の規整目標が共有されていると評価してよいとさしあたり考えている。