

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（9・完）

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、285号）

2. 外国国家等による返還請求の許容性

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

3. 外国の文化財不正流通規制の効力

第3節 小括

結語

（以上、本号）

2. 外国国家等による返還請求の許容性

外国国家等が原告として当該国の文化財不正流通規制に基づく返還請求を行う場合には、本節2.1. で述べた法適用の問題¹⁾に加えて、そのような公法的な返還請求の許容性が問題となる（B.）。この問題を検討するに当たっては、前提として、外国国家等による公法的請求一般の許容性について検討する必要がある（A.）。

A. 公法的請求一般の許容性

（1）第3章第1節2. において述べたように、外国国家等による公法的請求に関しては、条約や立法による国家的同意がない場合であっても、法廷地国裁判所が当該請求を認めることができるか否かを巡り、学説上、争いがあった²⁾。

1) 本誌285号（2020年）221頁以下参照。

2) 本誌283号（2019年）210頁以下参照。

(2) まず、これを否定する立場として、学説上は、国際法上の執行管轄権の属地的制約や主権独立の原則、国内憲法上の権限配分といった観点から、外国国家等による外国公法に基づく請求を法廷地国裁判所が受理するには条約や立法による国家的同意が制度的に必要となる、とする見解³⁾があった。だが、この主張には、以下の理由から賛成できない。

第1に、第3章第2節2. で取り上げた一部の学説上指摘されていたように、外国国家等による外国公法に基づく訴え提起の段階では、法廷地国において当該公法に基づく執行の効果は生じておらず、法廷地国裁判所は当該請求を却下する権限を有する以上、国際法上の執行管轄権の属地的制約の原則が当該訴えの提起行為自体を禁止しているとまではいえないだろう⁴⁾。外国国家等による外国公法に基づく請求につき、法廷地国裁判所が裁判管轄権を行使することを禁止するか又は許容する国際法上の準則を見出すことは困難であると考えられる⁵⁾。第2に、国内憲法上の権限配分の観点から、外国国家等による外国公法に基づく請求を受理する際には国家的同意が必要となるとする見解⁶⁾についても、憲法上の制約の存在やその解釈、そもそも憲法が管轄との関係でどのような機能を果たすのかは、法秩序毎に異なると解されることから⁷⁾、国内憲法がこの問題について国家的同意を要求しているか否かにつき一般的に論じることはできず、法秩序毎に検討する必要があると考えられる。

上記の見解とは異なり、外国国家等による外国公法に基づく請求を受理する際に国家的同意は不要であり、この問題は、国家利益の収束や国家間協力の必要性といった考慮に基づく法廷地国裁判所の判断に全面的に委ねられる、とする立場があった⁸⁾。

確かに、前節一で紹介した議論においても、特に Wai の見解のように、国内裁判所によるグローバル規模での経済・社会の規制的機能が注目されていた。国家利益の収束や国家間協力の必要性から外国国家等による外国

3) 同上 211 頁 (a) の立場である。

4) 同上 211 頁注 26) も参照。

5) 同上 211-212 頁 (a-2) 参照。

6) 同上 212 頁注 27)、及び、それに対応する本文参照。

7) 例えば、アメリカにおいては、国際裁判管轄規則の形成に関し、ヨーロッパとは異なり、憲法が重要な役割を果たしてきたことにつき、Ralf Michaels, *Two Paradigms of Jurisdiction*, 27 *Michigan Journal of International Law* 1003 (2006) 参照。

8) 本誌 283 号 (2019 年) 212-213 頁 (b) の立場である。

公法に基づく請求を許容すべきであるとする見解の背景にも、このような国内裁判所によるグローバルな規整という考えがあるものと解される⁹⁾。だが、このような処理にも、次のような問題があると考えられる。すなわち、一言に国家利益といっても、グローバル化の下で国家自身もその内部において機能的に分化している状況では、ある国家の行政府・立法府・司法府毎に、さらには規制当局毎に、それぞれが追求する国家利益が必ずしも統一的に把握されないという事態が考えられる¹⁰⁾。このような状況において、個別事案毎に国家利益に関する利益衡量を個々の裁判所に要求することは、条約や立法により明確な形で法廷地国の国家利益の表明がなされている場合を別とすれば、国家的政治に影響を及ぼすような政策的判断を法廷地国裁判所に強いることを意味する¹¹⁾。だが、法廷地国裁判所に政策的判断を委ねることは、前節2.3.において述べたように、政治的抵触の解決を法的に可能とするという法的技術の利点を奪い¹²⁾、却って政治的対立を招く恐れもあり、問題があると考えられる。

（3）それでは、この問題についてどのように考えるべきであろうか。ここでも、前節2.2.において論じたように¹³⁾、国内裁判所がグローバル・ガバナンスのために一定の規整的機能を担うべきであるという主張を容れるべきであっても、特定の実質法的価値・政策の実現を正面から目標として掲げることは妥当でなく、あくまで法的技術の運用において「規整的権威の適切な調整」という視点が加味されるに止まる、と考えるべきであろう¹⁴⁾。このように考えると、民事訴訟との関係における裁判所は「私法的

9) 同様の分析として、Christopher A. Whytock, *Domestic Courts and Global Governance*, 84 *Tulane Law Review* 67 (2009)。

10) 例えば、従来、統一的に把握されてきた国家を、個別の役割と能力を有する制度という構成要素に分解する必要があると主張するものとして、Anne-Marie Slaughter, *A New World Order* (Princeton University Press, 2004), p. 5, pp. 12-15。

11) 具体例として、法廷地国裁判所による自国競争法の域外適用に関して、その適用対象となる外国企業が所在する外国政府と自国政府との間で深刻な政治的対立が生じる中で、裁判例上も、裁判所が個別事案毎に利益衡量を行うことの限界が指摘され、訴訟の前段階で多くの情報が集中する競争当局間での調整に注目が集まるようになったというアメリカの例が挙げられる（さしあたり、拙稿「コミティ（礼讓）の現代的展開（1）」名古屋大学法政論集 268 号（2016 年）174 頁以下参照）。

12) 本誌 284 号（2019 年）186 頁以下参照。

13) 本誌 284 号（2019 年）177 頁以下参照。

14) この限りにおいて、本稿の著者は、国内裁判所がグローバルな規整的機能を担うべきであるという考えに賛成するものである。

法律関係に関する請求」¹⁵⁾を扱うために民事裁判権¹⁶⁾を行使する国家機関であり、民事訴訟における裁判所は「私法的法律関係に関する請求」に該当しない請求を受理する権限を有さない¹⁷⁾、という前提を維持することの方が、法的技術の活用という観点からは、むしろ有益といえるのではないだろうか¹⁸⁾。

ただし、ここで重要なのは、「私法的法律関係に関する請求」に当たるか否かという点に関する性質決定は、請求の基礎となる法規の性質や立法形式により一義的かつ形式的になされるものではない、という点である¹⁹⁾。法廷地国裁判所は、前節2.3.において述べたグローバル・ガバナンスのための抵触法という観点から、外国国家等による請求を許容することが「規整的権威の適切な調整」に資するか否かという点を踏まえつつ、当該請求が「私法的法律関係に関する請求」に当たるか否かを判断する必要がある、ということである。具体的には、本節2.2.B.において文化財不正流通規制に基づく請求に関して後述するが、外国国家等による文化

15) 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、261頁。

16) 例えば、伊藤眞『民事訴訟法 [第6版]』（有斐閣、2018年）39頁によれば、「民事裁判権とは、裁判所が私人間の権利関係についての争いを解決するために行使しうる権能の総体を指す」とされる。

17) 従って、これらの請求については、条約の枠組み（例えば、刑事や租税に関する二国間又は多国間での共助条約）に委ねられるか、あるいは、相互の保証を前提とする国内法の枠組み（例えば、送達及び証拠調べについての共助に関する「外国裁判所ノ嘱託ニ因ル共助法」第1条ノ二第1項6号。澤木敬郎＝青山善充編『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣、1987年）285頁〔小林秀之執筆〕参照）によることとなるだろう。

18) 以下の議論は、我が国法秩序を念頭に論じるものである。なお、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 が主張するように、ここで我が国憲法上、我が国裁判所が私法的法律関係に関する請求以外の請求について受理することが禁止されているとまでいえるかという点については、疑問がないでもない。少なくとも、管見の限り、我が国憲法上そのような議論は見当たらない。このような状況では、法廷地国裁判所が私法的法律関係に関する請求以外の請求について受理しない点は、憲法上の問題というよりは、あくまで民事訴訟が対象とする範囲の問題であると考えべきなのではないだろうか。

19) この点に関しては、外国国家等による公法的請求の裏返しの問題である主権免除における制限免除主義の区分（「主権的行為」と「私法的・業務管理的行為」）を参照することもあるいは可能であろう。だが、この区分については、国際的なコンセンサスが形成されていないこともあり、あまり有用ではないと解される（中野俊一郎「外国国家による主権的請求と国際裁判管轄権」神戸法学年報10号（1994年）121頁、136頁参照）。

財不正流通規制に基づく請求であっても、「私法的法律関係に関する請求」に該当すると判断されれば当該請求は受理される、というのがここでの主張である。

B. 文化財不正流通規制に基づく請求の許容性

（1）以上の検討を踏まえ、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請求の許容性について検討する。まず、諸外国の裁判例上²⁰⁾、発掘物に国家所有権を付与する立法を根拠とする国家の請求は、私法上の財産的請求であるとするもの²¹⁾や、国内的に執行されていない輸出規制に基づく請求は認められないとするもの²²⁾、私法上の請求における先決問題として、国家の所有権の有無を判断する際に輸出規制を含む原告国家の文化財不正流通規制を参照するもの²³⁾があった。次に、学説上は、租税債権の回収のような特権的請求が認められないことを前提に、私法上の請求とみなされる文化財返還請求すなわち財産的請求については許容される、とする点で一定のコンセンサスがあった²⁴⁾。

このように、裁判例及び学説上、刑事法や輸出管理規制に基づく請求は特権的請求として許容されないとしつつも、無主物である発掘文化財の所有権ないし権原を国家に付与する立法に基づく請求は所有権に基づく請求であるため許容されるとする点で、概ね見解の一致があるといえる。

（2）本節2. A. において論じたように、ここでの問題は、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請求が、「私法的法律関係に関する請求」と性質決定されるか否か、という点にある。グローバル・ガバナンスのための抵触法という観点からすれば、この点について判断するに当たっては、規制的権威の適切な調整という観点が加味される必要がある。すなわち、外国国家等による外国文化財不正流通規制に基づく請求のうち、どのような請求を許容することがクリーンな古美術品・美術品市場の形成に資するか、という視点である。主に問題となる文化財不正流通規制とし

20) 本稿第3章第1節2.1.（本誌282号（2019年）317頁以下、同283号（2019年）206-209頁）参照。

21) イギリスのBarakat事件控訴院判決（本誌282号（2019年）322頁以下参照）。

22) アメリカのPeru v. Johnson事件判決（本誌283号（2019年）208頁以下参照）。

23) ベルリン高等裁判所の2006年判決（本誌282号（2019年）318頁以下参照）。

24) 本稿第3章第1節2.2.（本誌283号（2019年）210頁以下）参照。

ては、①新たな発掘物に国家所有権を包括的に付与する規則、②国有文化財又は私有文化財の輸出を禁止ないし制限する規則、及び、③不法に輸出された文化財の自動的な没収規則が考えられる。

そこで個別に検討すると、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、出発点として、各国は、文化財を保護・保全しその統一性を維持しつつそれを後世へと継承するために²⁵⁾、自国領域内に所在する文化財の不正流通の防止へと向けた適切な法的規制を行う必要があるといえるだろう。この点、とりわけ未登録である発掘物については、既に登録されている文化財とは異なり、盗掘され文脈から引き剥がされた上で闇市場に流された場合、その文化的・歴史的損失は計り知れないことが問題視されてきた²⁶⁾。その意味で、①新たな発掘物に国家所有権を包括的に付与する立法は、発掘文化財の保護・保全及び後世への継承という観点からは、考古学的遺跡が多く所在する国家がなすべき、必要な規制と解されるのではないだろうか²⁷⁾。確かに、①のような立法は、私有地と解される地において発掘された文化財をも対象とする点で、私有財産の没収・国有化・収用²⁸⁾という側面を有する²⁹⁾。だが、イギリスの *Barakat* 事件控訴院判決が述べたように、新たな発掘物という、いわば所有者のいない動産（無主の動産）につき、新たな所有権を国家に発生させるものと評価することも可能であ

25) この点については、第一部の議論の位置づけ（第I部小括の2.B.（本誌281号（2019年）204頁以下）参照。

26) See, e.g., Patty Gerstenblith, *Controlling the International Market in Antiquities: Reducing the Harm, Preserving the Past*, 8 *Chicago Journal of International Law* 169 (2007), pp. 170-174.

27) テロ集団（イラク・レバントのイスラム国〔ISIL〕、アルカイダ〔Al-Qaida〕等）による紛争地域での文化財の破壊・略奪・密輸行為を非難する国連安全保障理事会2347号（2017年）決議においても、略奪・密輸の防止等の目的のため、文化財に関する文書による記録（documentation）の重要性が指摘されている（paras. 16, 17）。See also, Hans-Jakob Schindler & Frederique Gautier, *Looting and Smuggling of Artifacts as a Strategy to Finance Terrorism: Global Sanctions as a Disruptive and Preventive Tool*, 26 *International Journal of Cultural Property* 331 (2019). ①の国家所有権の付与立法は、新たな発掘物について文書による記録を可能とする一立法と位置付けられよう。

28) 国有化と収用の違いについて、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、227頁注（2）参照。また、没収という用語について、例えば、小寺彰＝岩沢雄司＝森田章夫編『講義国際法〔第2版〕』（有斐閣、2010年）429頁〔柳赫秀執筆〕参照。

29) See, e.g., Mara Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross-border Litigation: Turing Rights into Claims* (De Gruyter, 2015), p. 61.

り、私人の財産権の保障という観点からは問題が少ないように思われる³⁰⁾。

これに対し、③不法に輸出された文化財の自動的な没収規則は、登録等を通じて歴史的文脈等を保持する私有文化財につき、その所有者である私人から所有権を自動的に奪う点で、①新たな発掘物に対する国家所有権の付与規則とは性質を異にする。クリーンな古美術品・美術品市場の形成という観点からすれば、国境を越えた私法上の取引に公的に干渉するよりも、税関でのコントロールを含め、まずは自国領域内で実効的な輸出管理を行うことの方が重要であるといえる。少なくとも、③のような規制を持たず、財産権保障や私法上の取引の価値を尊重する我が国法秩序の観点からは、③の規則に基づく外国国家等による請求を認めることには問題があると考えられる。同じことは、②国有文化財又は私有文化財の輸出を禁止ないし制限する純粋な輸出禁止規則にも当てはまる。②の規則に基づく請求に関しては、同規則上、国家には問題となる文化財の所有権的権利すら発生していない以上、当該請求を私法上の所有権に基づく返還請求として性質決定することは、やはり困難であると言わざるを得ないだろう³¹⁾。

(3) 以上で述べたように、②国有文化財又は私有文化財の輸出を禁止ないし制限する規則、及び、③不法に輸出された文化財の自動的な没収規則については、それに基づく請求を許容することが、クリーンな古美術品・美術品市場の形成に繋がるかは疑問であり、またそのような請求を認めることは、財産権保障や私法上の取引の尊重という我が国法秩序の観点からは問題が大きく、容認し難いと考えられる。よって、外国国家等が原告として返還を求める場合、我が国抵触法上、①新たな発掘物に国家所有権を包括的に付与する規則に基づく返還請求のみを、私法的法律関係に関する請求として許容すべきであると考え³²⁾。

30) 本誌 282 号（2019 年）322 頁以下参照。なお、特定の文化財を国有文化財としてその譲渡等を禁止する法規も、守護者としての国家がなすべき規制であり、私有財産への干渉が少ないものとして、①と同様に扱うことができよう。

31) なお、第 3 章第 1 節 2.B-2.（本誌 283 号（2019 年）216 頁以下参照）において取り上げた Vigneron の見解は、国際的な文化財の不正流出を防止すべく、外国国家による返還請求一般について許容されるべきであるとするものであった。文化財保護という観点のみを強調する同見解は、クリーンな古美術品・美術品市場の形成という観点や、以上述べたような現在の一般的な（我が国の）民事訴訟の理解からすれば、問題があるといえよう。

32) 従来、一般に、国家自身が他国裁判所において没収・国有化・収用に関わる措置の効力に基づき、問題となる動産の現在の占有者等に対してその引渡しを求め

3. 外国の文化財不正流通規制の効力

(1) 最後に、私人間での契約紛争といった、返還請求以外の場面において外国の文化財不正流通規制の効力が問題となった場合、我が国抵触法上、採られるべき具体的処理方法について検討する。ここでは、第3章第2節三において整理したように³³⁾、次の2つの点について検討する。すなわち、第1に、外国の文化財不正流通規制の効力に関し、その直接的な適用を行うべきか（適用）、それとも、準拠実質法上の契約義務や公序適合性等の判断の際に、その事実的な影響を考慮すべきか（考慮）、という点、第2に、このように外国国家等が訴訟に参加していない場合には、外国の文化財不正流通規制の効力を認める必要はないと解すべきか、という点である。以下、順に検討する。

(2) ① 第1に、外国文化財不正流通規制の適用か考慮かという問題については、外国の公法・強行的適用法規の効力一般に関して学説上も主張されていたように³⁴⁾、ある外国の公法・強行的適用法規の内容を準拠実質法上加味する場合であっても、当事者の予測可能性や正統な権利保障という観点からは、当該国と事案との密接な関連性や公序適合性といった適用要件が課されるべきである³⁵⁾。そこで、由来国の文化財不正流通規制に基づく返還請求が問題となる場合と同様、私人間の契約紛争等において外国の文化財不正流通規制の効力が問題となる場合も、国際（立法）管轄、手続的保障、公序、及び、相互の保証といった要件の審査が行なわれるべきであると考え³⁶⁾。例えば、国際（立法）管轄要件に関して、ドイツのナイジェリア事件³⁷⁾における貨物海上保険のように、由来国からの文化財の

ることは認められないとされてきたが（横溝・前掲注28）228頁注（14）参照）、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、発掘物に国家所有権を包括的に付与する規則に関する限りで修正が図られるべきであると考え。

33) 本誌283号（2019年）232-233頁。

34) 本稿第3章第2節2.（本誌283号（2019年）227頁以下）参照。

35) 例えば、横山潤教授は、考慮アプローチにおいても関連性の要件が課されねばならないことを指摘する（本誌283号（2019年）230頁参照）。また、例えば準拠実質法であるA国法上の公序良俗適合性の判断に際し、由来国O国の公法・強行的適用法規違反を加味するという処理が果たして可能であり妥当であるのか、という疑問が生じる（例えば、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頁、35頁参照）。

36) 本節2.1.B-2.（本誌285号（2020年）233頁以下）参照。

37) 本誌283号（2019年）219頁以下参照。

輸出に関わる運送契約や保険契約等、由来国からの輸出に直接関わる契約関係につき、由来国の文化財不正流通規制の国際（立法）管轄が肯定されることとなろう³⁸⁾。

ここで問題となるのは、返還請求の場合と同じく、私人間の契約紛争等において外国の文化財不正流通規制の効力が問題となる場合にも、当該国の文化財不正流通規制の影響を受ける当事者の属性毎に、その効力が及ぶ人的範囲を区別すべきか否か、という点である³⁹⁾。返還請求において問題となるのは、無権利者から所有権を取得した第三取得者の物権関係についてまで由来国の文化財不正流通規制が及ぶか否か、という由来国の文化財不正流通規制の直接的な物権の効力であった。これに対して、ここで扱う私人間の契約紛争等において問題となるのは、由来国の文化財不正流通規制の中でも、文化財の輸出や取引・譲渡の制限規定が、それに反して締結された契約の有効性にどのような影響を与えるのか、という点である。

このように、返還請求において由来国の文化財不正流通規制の効力が問題となる場合（直接的な効力）と、私人間の契約紛争等において由来国の文化財不正流通規制の効力が問題となる場合（間接的な効力）とでは、状況が異なるように見える。だが、クリーンな古美術品・美術品市場の形成という目標の実現のためには、前者の場合だけでなく、私人間の契約紛争等において由来国の文化財不正流通規制の間接的な効力が問題となる後者の場合にも、一貫した処理を行うことが望ましいだろう。そこで間接的な効力が問題となるここでの問題状況でも、返還請求における法適用の場合と同じく、国際（立法）管轄要件の下で、次のような処理がなされるべきである。すなわち、古美術品・美術品市場の主要な参加者（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）が契約当事者となる契約の有効性につき、由来国の文化財不正流通規制の効力が問題となるときには、スイスのインド金貨事件⁴⁰⁾やオーストリアの中国古陶磁事件⁴¹⁾のように、不正に取引され国内に不法に輸入され

38) 我が国学説上、同判決がナイジェリアの文化財不正流通規制の効力を認めた点を肯定的に評価するものとして、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。

39) 本節 2.1.B-1.（本誌 285 号（2020 年）227-232 頁）参照。

40) 本誌 283 号（2019 年）221 頁以下参照。

41) 同上 224 頁以下参照。

た後に締結された契約であっても、由来国の文化財不正流通規制の効力が及ぶと解すべきである。

② 第2に、外国国家等が訴訟当事者として関与していない場合には、文化財不正流通規制の効力を認める必要がないと解すべきか否か、という点について検討する。

第3章第2節二及び三の小括において言及したように、Siehrは、オーストリアの中国古陶磁事件判決⁴²⁾を引き合いに出しつつ、由来国自身が訴訟当事者でない場合にも当該国の文化財不正流通規制（輸出・譲渡規制）の効力を認める必要があるのか、と疑問を呈す。だが、外国国家等が訴訟に参加していない場合に、当該国の文化財不正流通規制の効力を認めないとする処理は、次の理由から支持できないと考える。確かに、例えば、由来国O国から不法に輸出された文化財の現在の占有者Bが、当該文化財を購入したオークション・ハウスCないし出品者Dに対し、当該文化財の返還と引き換えに売買契約の無効を理由とする売買代金の払戻しや損害賠償等を求めた事件⁴³⁾において、O国の文化財不正流通規制の効力が認められBの請求が認められた場合、文化財の返却を受けたC又はDは、事実上、当該文化財を誰にも売却できない状況に陥る。だが、先述したように、クリーンな古美術品・美術品市場の形成という観点からすれば、古美術品・美術品市場の主要な参加者であるといえるCやDが古美術品・美術品の不正な取引に間接的又は直接的に関与している可能性が否定できない以上、彼らとの関係においても、由来国の文化財不正流通規制の効力を認める必要があるといえる。さらに、理論的にも、文化財不正流通規制に關してのみ、外国国家等の訴訟参加の有無に応じてその効力を制限するという処理は、私人間の契約紛争等における外国の公法・強行的適用法規の適用ないし考慮に関する一般論との整合性を欠いており、妥当でないといえよう⁴⁴⁾。よって、由来国自身が訴訟当事者として関与しない場合にも、

42) 前掲注41) 参照。

43) 第3章第2節二.2.において挙げたケルン地方裁判所2013年4月24日判決（本誌283号（2019年）230頁以下）を参考にした。

44) 例えば、反対に外国国家等が訴訟当事者である事案として、アルゼンチン共和国が被告となった債券償還等請求事件（東京地判平成30年3月26日判例集未登載）において、裁判所は被告自身が問題となる強行的適用法規の所属国であるか否かを問題としていない（結論として適用及び考慮共に否定された。本判決の評釈として、拙稿〔判批〕ジュリスト1540号（2020年）111頁以下）。

返還請求における場合と同様の処理がやはりなされるべきであろう。

（3）以上で述べたように、返還請求が問題とならない場合であっても、返還請求が問題となる場合と同じく、外国の文化財不正流通規制の直接的な適用を正面から検討すべきであり、外国国家等が訴訟に参加していないときでも同様の処理を行うべきである、というのがここでの主張である。

第3節 小括

（1）本章では、グローバル化の下で抵触法が果たすべき機能（第1節）、及び、国境を越える文化財の不正取引に対する抵触法的対応（第2節）について検討した。以下では、各節における主張を要約した上で、本章において主張した枠組みによる具体的な処理方法について簡潔に示すこととする。

（2）まず、本章第1節では、グローバル規模での経済・社会の適切な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、これらの見解の検討を通じ、グローバル化の下で抵触法が果たすべき機能について検討した。

① 第1節一では、Wai、Mills、Muir Watt、及び、Michaels の見解を分析し、これらの見解においては、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超えて、抵触法がグローバル社会における規範抵触の調整システムないしモデルとして捉えられていることを指摘した。また、普遍主義的観点と各法秩序固有の観点の位置付け、及び、抵触法における実質法的価値・政策の位置付けに関して、これらの見解が対立していることを確認した。

② 第1節二では、第1節一において整理した次の3点について検討を行った。すなわち、グローバル・ガバナンスのための抵触法という考えの適否、普遍主義的観点の位置付け、及び、抵触法における実質法的価値・政策の位置付けの3つの点である。これらの点に関する本稿の主張は以下の通りである。

第1に、グローバル・ガバナンスのための抵触法という考えについては、その考えを受け容れるべきであるとした。すなわち、現代国際社会の構造変化に従い、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生じていること、及び、国家法秩序以外についても異なる法秩序に属す

る規範の抵触を調整する必要性が存在することを理由に、抵触法は、国際的な私的利益の保護を図ることを越えて、グローバル規模での経済・社会の統御機能を果たしていくべきであると主張した。

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を定めることは重要であるとしつつも、具体的な抵触法規則のあり方を巡っては、法秩序の多元性に鑑み、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主張した。

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、一方で、抵触法の目指すべき目標として特定の実質法的価値・政策を掲げることは、政治的抵触を法的に解決可能なものとする法の技術性という利点を奪うものであることから、採用することができないとする見解に賛同しつつ、他方で、規整的権威の調整に当たっては一定の規範的価値判断を避けることはできないと考え、問題領域毎に規整的権威の間で共有される共通価値を目指すべき目標として探求する必要があると主張した。

(3) 次に、本章第2節では、以上の考察を踏まえつつ、抵触法上、文化財という財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上で、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を探った。

① 第2節一では、不代替物である点、及び、各国法上、私法的法律関係に影響を及ぼす形で公法的規制が行われている点に、文化財の特徴があることを確認した。その上で、文化財取引という問題領域において共有されていると解される価値として、「クリーンな古美術品・美術品市場の形成」が挙げられると主張し、抵触法上も、この観点から文化財取引を巡る法的問題に関する規整的権威の調整がなされるべきであることを主張した。また、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ついては、各法秩序固有の観点が介入する余地があることを確認した上で、具体的処理方法を探るに当たり、我が国法秩序を一具体例として取り上げた。

② 第2節二では、3つの問題状況それぞれにつき、我が国抵触法上の処理方法として、以下のような処理方法を提唱した。

第1に、文化財の返還請求が問題となる場合には、当該文化財について特別な保護を定める国（＝由来国）の文化財不正流通規制の適用について

検討する必要があるとした上で、我が国抵触法の解釈論として、以下の処理方法を提唱した。すなわち、由来国の文化財不正流通規制の物権的効力は、原則として無権利者から購入した第三者には及ばないものの、相手方たる第三取得者が古美術品・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、クリーンな古美術品・美術品市場の形成という観点から、由来国の文化財不正流通規制法上の物権的効力が彼らの物権関係について例外的に及ぶ、とする処理方法である。また、由来国の文化財不正流通規制の適用要件として、外国の公法・強行的適用法規の適用に関する一般論と同様、国際（立法）管轄、手続的保障、公序、及び、相互の保証という要件が課されるべきであると述べた。

第2に、外国国家等による外国公法に基づく請求が問題となる場合、当該請求は、我が国抵触法上、「私法的法律関係に関する請求」として性質決定される限りで許容されるべきであること、及び、如何なる請求が私法的法律関係に関する請求と性質決定されるか、という点については、単純に請求の基礎となる法規の性質により判断されるのではなく、規制的権威の適切な調整という観点を踏まえつつ判断されるべきであることを主張した。その上で、由来国による文化財不正流通規制に基づく返還請求に関しては、一方で、新たな発掘物について国家所有権を付与する立法を根拠とする返還請求は、私法的法律関係に関する請求として許容されると思われるが、他方で、それ以外の請求である、国有文化財又は私有文化財の輸出等を禁止ないし制限する規則、及び、不法に輸出された文化財の自動的な没収規則に基づく返還請求については認められない、とする処理を提唱した。

第3に、私人間での契約紛争等において外国の文化財不正流通規制の効力が問題となる場合であっても、由来国自身が訴訟に参加しているか否かに拘わらず、由来国の文化財の返還請求が問題となる場合と同様、国際（立法）管轄、手続的保障、公序、及び、相互の保証という要件の下で、由来国の文化財不正流通規制の効力を承認すべきであると主張した。

（4）本章第2節二で示した処理枠組みによれば、我が国の国際民事訴訟における由来国〇国の文化財不正流通規制は、以下のように処理されることとなる。

① 第1に、O国自身が原告として返還を求める場合、当該請求は、新たな発掘物に国家所有権を付与する立法（第1章第1節一参照）に基づくものであるときのみ許容される。そして、現在の占有者Y（被告）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）であるときには、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（S国法）上、問題となる文化財についてYによる善意取得等が成立する場合であっても、O国の文化財不正流通規制が適用要件（国際〔立法〕管轄、手続的保障、公序、相互の保証）を充足する限り、O国法上の国有文化財に関する取引譲渡の制限規定等（第1章第2節一1. 参照）が優先して適用される。反対に、Yが古美術品・美術品市場の主要な市場参加者以外の者であるときには、S国法に従った通常の処理がなされることとなる。

② 第2に、元の所有者である私人による返還請求が問題となる場合も、法適用の方法及び要件は①の場合と同様であるが、この場合には、O国法上の私有文化財に関する取引譲渡の制限規定等（第1章第2節一2. 参照）の適用が問題となるという違いがある。

③ 第3に、私人間の契約紛争等においてO国の文化財不正流通規制の効力が問題となる場合も、法適用の方法及び要件は①の場合と同様である。すなわち、契約当事者に古美術品・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）が含まれるときには、O国以外の国において締結された売買契約のように、当該契約がO国からの文化財の輸出に直接関わる契約ではないとしても、O国法上の国有・私有文化財に関する輸出や取引譲渡の制限規定等（第1章第2節一参照）の効力が及ぶこととなる。

結語

本稿では、グローバル・ガバナンスのために抵触法が果たすべき役割を探るべく、国境を越えた動産文化財の不正取引を例に、抵触法的対応の具体的なあり方について検討した。本稿の主たる結論は、「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、国家裁判所も、外国から不正に流出した文化財の国際民事訴訟における回復請求等が問題となる

民事紛争の解決を通じて、「クリーンな古美術品・美術品市場の形成」という最低限の共通価値の実現へと向け、一定の規整的役割を果たすべきであるというものである⁴⁵⁾。

本稿では、国境を越えた文化財取引に対する抵触法の規整的機能について探ったが、この問題について抵触法に期待される役割をより明確にするには、他の法分野及び枠組みとの役割分担という観点を踏まえた多角的な検討が必要となる。国境を越えた文化財取引の規整方法としては、抵触法的対応の他にも、国家間交渉⁴⁶⁾、各国の税関法・刑事法を通じた外国文化財の輸入規制・刑事罰⁴⁷⁾、さらには、考古学者や美術館・博物館、古美術品・美術品等を取り扱うディーラーから成る国内・国際民間団体が作成する自主規制⁴⁸⁾を通じた対応が考えられる⁴⁹⁾。また、交渉や調停、仲裁といった裁判外紛争解決手段の利用もますます注目を集めており⁵⁰⁾、そこでは、裁

45) 詳しい処理方法について、第4章第3節小括参照。

46) 例えば、二国間での個別的な交渉のほか、UNESCOの「文化財の原産国への返還及び不正流出の場合における回復を促進する政府間委員会」（本誌280号（2018年）190頁注77）参照）において、植民地支配や武力紛争を通じて不正に移転させられた文化財の回復・返還に関する二国間交渉が斡旋されている。社会的耳目を集める案件としては、ギリシャからイギリス及び大英博物館に対する「パルテノンの諸彫刻（Parthenon Sculptures）」の返還請求が挙げられる（だが、2018年5月30日・31日に開かれた第21回政府間委員会〔2018年〕においても決着せず、現在に至るまで係争中である。See <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/restitution-of-cultural-property/sessions/21st-session-2018/>>）。同政府間委員会による活動の概要及び評価に関しては、see, e.g., Alper Taşdelen, *The Return of Cultural Artefacts: Hard and Soft Law Approaches* (Springer, 2016), pp. 136-153.

47) ユネスコ条約(1970年)等に基づく輸入規制については、本稿第2章第1節一3.(本誌279号(2018年)75頁以下)参照。自国刑事法等による外国文化財の盗取や不法輸出の処罰・押収等については、同上81頁以下(イギリス)、及び、本誌283号(2019年)206頁以下(アメリカ)参照。

48) 例えば、ICOMが作成する倫理規程(本誌283号(2019年)注59)参照)が挙げられる。

49) その他にも、市場メカニズムによるという考えが挙げられよう(MerrymanによるUNESCO条約批判〔本誌280号(2018年)175頁以下〕も参照)。これに対する本稿の立場は、ディーラーであるHixenbaughが述べるように(Randall Hixenbaugh, *The Current State of the Antiquities Trade: An Art Dealer's Perspective*, 26 *International Journal of Cultural Property* 227(2019), p. 229)、市場なければ略奪なし、といった主張は短絡的であり、文化財の保全や公的サクセスの確保という点における市場メカニズムの意義を認める一方で(*id.* 229)、市場万能主義には与さない、というものである。

50) See, e.g., Marie Cornu & Marc-André Renold, *New Developments in the Restitution of Cultural Property: Alternative Means of Dispute Resolution*, 17 *International Journal of Cultural Property* 1 (2010); Maria Shehade *et al*, Editorial: Alternative Dispute Resolution in Cultural Property Disputes: Merging Theory and Practice, 23 *International Journal of Cultural Property* 343 (2016); Taşdelen, *supra* note 46; Manlio Frigo,

判手続と裁判外紛争解決手段との相互作用や、保全の観点から美術館・博物館等への長期貸借とするといった多様な救済方法について議論がなされている⁵¹⁾。今後は、これらの他の法分野及び枠組みの機能や意義について探り、抵触法との協働のあり方について検討し、抵触法が果たすべき役割のさらなる明確化を図りたい⁵²⁾。このような具体的・包括的な検討は、環境汚染といった他のグローバル社会における課題への対応を考える際にも、示唆を与えるものとなろう。

また、グローバル・ガバナンスのための抵触法の方法論的・理論的内容を具体化するためには、国境を越えた文化財の不正取引といった具体的事例の検討を越えて、抵触法が調整の対象とすべき規範は何か⁵³⁾、規範抵触の調整方法はどうあるべきか⁵⁴⁾、従来、政治的に中立であることにより抵触法は正統性を得てきたと考えられるとすると、国内立法者による立法を介すことなく、外国の政策やグローバルな政策を民事法関係に取り込むことに問題はないか⁵⁵⁾、といった理論的で根本的な問いについても、考察を深める必要がある。今後は、公法・私法の区分や対象とする法を国家法に

Methods and Techniques of Dispute Settlement in the International Practice of the Restitution and Return of Cultural Property, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (2017), p. 569. ただし、仲裁に関しては懐疑的な見解もある。See, e.g., Christa Roodt, *Private International Law, Art and Cultural Heritage* (Edward Elgar, 2015), pp. 191-223.

51) Marc-André Renold, Legal Obstacles to Claims for the Restitution of Looted Art, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 19 (2017/2018), p. 247, p. 259ff.

52) 例えば、裁判外紛争解決において柔軟な救済方法に注目が集まっていることが示唆するように、本稿で掲げたクリーンな古美術品・美術品市場の形成といった目標に照らし、そもそも、返還請求の認容という形による個人ないし国家による排他的所有の回復が、果たして関係当事者にとって望ましい解決といえるか否かが問題となろう（この点に関連して、民法学内部においても所有権概念を再考する議論があることにつき、横山美夏「グローバル化時代の市民社会と民法学」山本一＝横山美夏＝高山佳奈子編著『グローバル化と法の変容』（日本評論社、2018年）125頁、133頁以下参照）。

53) 横溝大「抵触法の対象となる『法』に関する若干の考察：序説的検討」筑波ロー・ジャーナル 6号（2009年）3頁、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、81-83頁参照。

54) 横溝・同上（論ジュリ）84頁参照。

55) この点に関して、原田大樹「グローバル化時代の公法・私法関係論——ドイツ『国際行政法』論を手がかりとして」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）17頁、36頁、興津征雄「グローバル化社会と行政法——グローバル・ガバナンスへの日本の学説の対応」山本一＝横山美夏＝高山佳奈子編著『グローバル化と法の変容』（日本評論社、2018年）83頁、90頁以下参照。

限定する見方といった近代法体系の見直しをも視野に入れつつ、国家法以外の規範抵触の調整における抵触法の意義の探求⁵⁶⁾や、グローバル空間における非国家法的規範をも「法」とみなすグローバル法多元主義を巡る議論⁵⁷⁾等の分析を通じ、グローバル・ガバナンスのための抵触法のあるべき姿についての考察を深めたいと考えている。

〔完〕

56) 本稿の筆者によるそのような試みとして、Shiho Kato, The UNESCO Cultural Diversity Convention and the WTO: Conflict of Laws as an Analytical Perspective, *Hiroshima Law Journal*, Vol. 43, Issue 3 (2020), pp. 350-320.

57) 横溝・前掲注53) (論ジュリ) 参照。現在、世界的には、従来抵触法が対象としてきた国家私法以外にも、様々な私的集団により非国家的規範が国家横断的な形で形成されている (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、111頁参照)。例として、商人法 [*lex mercatoria*] (多喜寛「国際取引法における *lex mercatoria* の理論 (1) (2・完)」法學(東北大学) 50巻1号41頁、50巻2号159頁(1986年)、山手正史「*lex mercatoria* についての一考察—その生成と展開および適用プロセス (1) (2・完)」大阪市立大学法学雑誌 33巻3号343-374頁、33巻4号539-568頁(1987年)等参照。近時の論考として、西谷祐子「レークス・メルカトリアと自主規制」法学論叢(京都大学) 180巻5・6号(2017年) 341頁といった文献がある。) や、インターネット法、スポーツ法等がある。

