

文化遺産に関する国家の国際法上の権利と  
違法流出文化財に対する回復請求権

——考古学的遺産に関する問題を中心とする一試論——

久保敦彦

目 次

はじめに

I 文化財法制の国際化

1 多数国間条約

2 二国間条約

II 文化財の種類とその特性

1 文化財の定義

2 文化財の種類

III 文化財の種類とその国家的重要性

IV 文化財に対する国家の回復請求権

1 私法的解決手段の限界

2 公法的解決制度の必要性

おわりに

## はじめに

一九九二年六月三〇日、日本は「世界の文化遺産及び自然遺産の保護に関する条約」(Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage)——一九七二年第一七回ユネスコ総会採択、以下「七二年条約」と略称<sup>(1)</sup>——についての受諾書をユネスコ事務局長に寄託、同条約第三三条の規定に従い同年九月三〇日に当事国となった。<sup>(2)</sup>採択以来二〇年余を経過しての加入であるが、一九八〇年以降、この条約への加入に関する論議は国会の場でも衆参両院において断続的にはあるが交わされてきた。<sup>(3)</sup>これら論議は条約の名称にも示されとうり文化、自然両面での保護法制を条約加入により一層強化すると共にこの分野での国際協力を充実化することを主眼として行なわれたものであったが、<sup>(4)</sup>論議の過程では既に初期の段階で「武力紛争の際の文化財の保護のための条約」(Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict)——一九五四年五月一四日作成、以下「五四年条約」と略称<sup>(5)</sup>——にも言及がなされ、<sup>(6)</sup>加入決定直前の一九九〇年代における審議では「文化財の不法な輸出、輸入及び所有権譲渡の禁止及び防止に関する条約」(Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property)——一九七〇年一月一四日第一六回ユネスコ総会採択、以下「七〇年条約」と略称<sup>(7)</sup>——への加入についても質問が出された。<sup>(8)</sup>ここに挙げられた諸条約はユネスコ関連の文化財三条約<sup>(9)</sup>といわれるものであるが、五四年、七二年両条約が保護を目的とするのに対して七〇年条約は文化財の持つ商品的価値から生じる不法取引などの禁止、防止を目的とする。すなわち、前二者が文化財の静的状態における保存を規定するのに対して後者はその動的側面——文化財の財産権的変動——の規制を内容とする。そして、前二者による国際的保護体制はその国内的施行の面で目的達成のための方法、手段などの細目について国別に異なる対応、措置を

求め、また許容する部分を残すにせよ、保護目的自体においては国内保護立法と同一の方向性を持つ。これに対して七〇年条約の予定する規制措置は国内法上の所有、取引等に関する基本権的、自由権的規定との抵触如何の論議を惹起しかねない部分もあり、必ずしもすべての部分で国内法と全面的に同一的指向性を共有するとはにわかに断定し得ない。ここにこの問題について条約と国内法との間で緊張関係が生じる可能性があるわけで、同条約への加入問題についての国会質問に対し、国内法との関係についての関係省庁との協議の必要性、国内法との調整の困難性を指摘する説明がなされたのもその点を意識してのことと理解される。

他方、文化財の流通一般が知的関心あるいは投資的関心から特に経済高揚時に盛んとなるのは世界共通の現象であり、高度成長下の日本も正にその一例であったことは記憶に新しい。しかしその陰には盗難の後密かに国外に持ち出され最終的に日本にもたらされた文化財に関して、当該文化財の由来国が日本政府に回復を要請するなどの事例も発生している。<sup>(12)</sup> また、文化財の不法取引、特に盗難品取引は世界的に「疫病的」<sup>(13)</sup> 拡がりを見せているとユネスコも懸念している。

本稿はこれらの動きに鑑み、国家と文化財との関係の国際法上の位置付けを考察し、それに基づいて不法流出文化財についての由来国の回復請求権問題に再検討を加えようとするものである。ただし、「文化財」は一般に多種多様な性質を持つ対象物を総称する幅広い概念であるので、本稿では後述のように国家の公的利益との結び付きが最も深いと思われる考古学的遺物に焦点を絞って検討を進めることとする。

なお、特定の文化財の母国 (Country of Origin) については、起源国、原産国、由来国などの用語が想定できるが、返還・回復請求問題との関連では他国起源の文化財を合法保有してそれを自国文化の一部となすに至っている国も当該物件が不法流出した場合には請求国となることがあるので、この種の国と本来の起源国の双方を含め、本稿では由

来国と称することとする。また、返還・回復 (Return and Restitution) は一つの組み合わせとして慣用化している用語があるが、ユネスコでは前者が不法流出と特定されない物件の由来国への引渡しを、後者が不法流出物件についてのそれを指すと使い分けている。<sup>(14)</sup> この用法は必ずしも一般化しているとは言えないが、本稿ではこの例に倣っておく。

- (1) International Legal Materials (ILM), Vol. XI, p. 1358.
  - (2) 一九九二年九月二八日公布、条約第七号。官報号外第一四五号二一〇一頁。
  - (3) 七二年条約が質疑対象とされたのは以下の場においてであった。
    - a 一九八〇年第九一国会衆議院外務委員会 (同議録第一七号二五頁)
    - b 一九八一年第九四国会衆議院外務委員会 (同議録第一九号二四頁)
    - c 一九八七年第一〇九国会参議院予算委員会 (同議録第五号四頁)
    - d 一九八九年第一一四国会参議院本会議 (官報号外第一一四国会参議院会議録第一四号三〇八、三一〇一三一頁)
    - e 一九九一年第一一四国会衆議院予算委員会 (同議録第八号二六頁)
    - f 一九九二年第一二三国会衆議院外務委員会 (同議録第一〇号五頁)
    - g 一九九二年第一二三国会参議院外務委員会 (同議録第一〇号三頁)
- また、一九八〇年代中の国会質疑の概要は国立国会図書館立法考査局編「Issue Brief(世界遺産条約)——調査と情報第一六五号——」一八一—一頁に紹介されている。
- (4) ただし、七二年条約については、同条約に基づく自然遺産登録によって当該地域に計画された防衛施設建設を妨げようとの意図で条約加入の主張がされたこともある。前註 2 c および d。
  - (5) United Nations Treaty Series (UNTS), 249, p. 215.
  - (6) 前註 2 a および b。
  - (7) ILM Vol. X, p. 289.

- (8) 前註2fおよびg。
- (9) ユネスコ関係諸条約の邦文(仮訳) および英文は「ユネスコ関係条約・勧告集」(一九七二年刊行)に収録。
- (10) 外務省説明員説明、前註2f。
- (11) 外務省説明員説明、前註2g。
- (12) アラブ・エジプト共和国政府のデンテラ神殿地下通廊浮彫片に関する要請。同神殿での壁面浮彫の切断盗取は一九七〇年代になされたといわれ、その一部が八〇年代に日本に持ち込まれ、以来公立美術館他に分散所有されている。Sunday Times, June 30, 1974, p. 1. NHK特集「盗まれたエジプト秘宝——国際美術市場と日本」、一九八六年五月一六日放映参照。
- (13) UNESCO, "Museum", No. 164, p. 248.
- (14) UNESCO, Regional Workshop on the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export, and Transfer of Ownership of Cultural Property, "Final Report-1992", p. 163. また、Restitutionの一般的定義については Peter Birks, "An Introduction to the Law of Restitution", p. 9 et. seq.

## I 文化財法制の国際化

### 1 多数国間条約

文化財保護関連の諸制度が各国個別の国内法上の制度として先ず発足したことはもとよりであるが、国際法レベルの多数国間立法として最初に具体化されたのは一八九九年および一九〇七年のハーグ陸戦法規においてであった。<sup>(1)</sup> 歴史上の記念建造物、技芸および学術上の製作品の故意による押収、破壊または毀損を禁止、違反行為を訴追すべきことを定めた同条約第五六条がそれである。この規定の内容は同条約の定める敵国財産の破壊・押収の禁止<sup>(2)</sup>(二三条g)、砲撃制限(二七条)、略奪禁止(二八条)、および同年採択の海軍力による砲撃に関する条約中の砲撃制限(五条)<sup>(2)</sup>とも併せてその後国際慣習法としても定着化したと認められているところである。<sup>(3)</sup> 一九二二年採択のハーグ空戦規則にも同

様の爆撃制限(二五<sup>(4)</sup>条)が規定された。

前記五四年条約はこれを踏まえて規定内容を改善、詳細化した文化財専門条約であり、その前文はいかなる国民に属する文化財に対する損害も全人類の文化的遺産に対する損害であると謳い、保護立法の依拠する基点を明らかにしている。文化財を単なる敵国財産としてではなく世界的視点から位置付けたといえよう。武力紛争という一定状況下限定された制度である点では従来の戦時法規の延長線上にあるが、人類共通の文化遺産との価値観を打ち出したことは交戦国間の法規としての戦時法規の発想からの脱皮であり、将来の一般的保護立法成立を示唆するものであったと評価される。<sup>(5)</sup>同条約が文化財を攻撃目標から除外させるだけでなく、占領時の保全・保存措置についての被占領国機関への協力、援助を占領国に義務付けている(五<sup>(5)</sup>条)点も特徴的である。

七二年条約はいずれの文化遺産、自然遺産の損壊も世界のすべての国民の遺産の憂うべき貧困化を意味し、遺産の中には人類全体のための世界遺産の一部として保存すべき特別の重要性を持つものがあるとの立場から、また国内的措置のみでは保護の完全を期しえない国がある(前文)との現実に鑑み、締約国間相互援助(六<sup>(6)</sup>条)と国際協力体制の確立(七<sup>(7)</sup>条)を規定する。この遺産的価値の普遍性に立脚する協力措置の財政上の基盤としては締約国の分担金等による世界遺産基金(二五<sup>(8)</sup>条)が設けられている。この国際的保護措置の対象となりうべき物件は各国の要請により本条約が設置する世界遺産委員会(八<sup>(9)</sup>条)の議を経て世界遺産一覧表に記載(二〇<sup>(10)</sup>条)されたものである。<sup>(6)</sup>記載された物件はこの意味では実質面のみならず形式面でも文化財として国際化されたと言つて過言ではなからうが、この普遍化、国際化は保護体制の側面においてであり、財産権的側面については何らの変動をも意味するものではないとされる(六<sup>(11)</sup>条)。

七〇年条約は七二年条約にもその懸念が表明されている文化財損壊のある種の一因に対処しようとする内容を持つ

つ。文化財に対する危険の原因は自然的現象と人為的行為およびこの両者の併合的作用の三種に分けられるが、滅失を目的とする直接的破壊行為を別とすれば人為的行為の中で高い危険要因を内包するのが不法取引である。不法取引の横行は対象物入手のための盗取、盗掘を助長して文化財を本来の状況、歴史的・文化的文脈から切断すると共に多くの場合公共的存在として社会的公益に資していた物件を私人の秘匿に移してその公益性を失わしめる結果を招来するからである。

同条約はこの種取引が商品取引の常として国内限定的性質のものではないこと、特に文化財にあっては起源国を離れた外国で珍重されるものであることから、国際的不法取引の防止を目的として不法取引監視機関の設置、必要法令の制定、輸出禁止文化財目録の整備、考古学的発掘地区の保護・管理、紛失・盗取事例の公示(五条)を義務付ける。また、文化財の国際移動については合法取引のためにはその裏付けとなるべきは輸出証明書添付を規定し(六条)、他方博物館等の施設による不法輸出品・盗取品の入手・輸入を防止・禁止するための国内法上の措置をとり、国際的不法取引の結果是正については由来国の要請に基づいて回復に必要な手段を講じること(七条)を義務付ける。更に、自国法と整合する範囲においての留保の下ではあるが正当所有者への返還のための自国機関の協力、回復訴訟の受理、禁に反して輸出された物件の由来国への回復についての便宜供与を規定する(一二条)。また、回復に関する個別取極の締結、既存のこの種取極の継続適用に本条約が影響を及ぼすものでないことも確認されている(一五条)。

なお、多数国間条約としてはこの他にもヨーロッパ文化協定(一九五四年)<sup>(7)</sup>、同考古学的遺産保護条約(一九六九年採択、一九九二年改定)<sup>(8)</sup>、同建築遺産保護条約(一九八五年)<sup>(9)</sup>など一連の欧州条約、また米州諸国の考古・歴史・美術遺産保護条約<sup>(10)</sup>を例とする地域的取極が採択され、不法取引規制規定を置いているが、地域的条約についてはここでは言及しない。

## 2 二国間条約

不法流出文化財の回復は前記のように七〇年条約が示唆する事柄であるが、同条約当事国相互においてもこれによって直接その法的義務が生じるわけではない。それ故にこそ七〇年条約がそのための二国間条約に言及し、またこれに先立つ一九六四年のユネスコ勧告が「加盟国は——不法に輸出され、他の当事国の領域内に存在している文化財の回復を保証するため、二国間または地域の政府間機関の枠内での多数国間の協定を締結するものとする<sup>(11)</sup>」としていたのである。しかしながら、文化財の回復・返還が政治的、外交的配慮からの政策的措置としてなされ、また民間レベルの善意的措置としてなされる事例は積み重ねられつつあるものの<sup>(12)</sup>、二国間条約締結の実際例は乏しい。その中で注目されるのは米国がラテン・アメリカ諸国との間に結んだ一連の協定で、これらは内容的にもほぼ共通で、定型化されている。すなわち、一九七〇年の対メキシコ条約<sup>(13)</sup>、一九八一年の対ペルー協定<sup>(14)</sup>、一九八三年の対エクアドル協定<sup>(15)</sup>、一九八四年の対グアテマラ協定<sup>(16)</sup>がそれである。

七〇年条約との関連性を持つものとしてはこの他にフランス—モナコ間の歴史的、文化的財物の保護に関する条約があるが、これは競売の際の先買権についての取極で、回復・返還を内容とするものではない<sup>(17)</sup>。またカナダは米国に協定締結の申し入れをしたと伝えられているが<sup>(18)</sup>、実現には至っていない。

さて、米国を一方の当事国とする右の一連の二国間文書では一定の文化財(プレ・コロンビア期、コロニアル期、一九二〇年前の文物)を対象として以下の事項が共通に合意されている。

- a 考古学的地区の発見・発掘・保全・研究の促進、盗掘および考古学的・歴史的・文化的財物の盗取防止、両国での文化財の展覧、文化財の合法的国際取引などについて協力すること
- b 協定締結後盗取され持ち出された文化財につき当該当事国の請求に基づいてその回収、回復のため訴の提起を



含む法的手段をとること

c 請求は外交ルートにより、当該文化財についての当該国の権限を明らかにする文書その他の証拠を付してなすべきこと

d 被請求国がそのための法的権限を取得した場合、同国は当該文化財を請求国が指定する者に速やかに返還すべきこと

e 返還、引渡しに関する費用はすべて請求国の負担とすること

なお、一九八〇年代の協定にはこの他次の事項が追加されている。

f 被請求国が返還のための法的権限取得をしえなかつた場合請求国の法的権利の保護のため尽力し、その行なうとする民事訴訟につき便宜をはかること

g 入出国者に対して文化財関連の法規に関する多角的広報措置をとること

メキシコとの条約を締結した米国はその規定の国内的実施を眼目として特にプレ・コロンビア期文化財保護を目的とする国内法を制定<sup>(19)</sup>、由来国の輸出許可証無く持ち出された物件の輸入を全面禁止し、禁に反して持ち込まれた物件を没収する体制を整えた。この立法は不法取引防止と不法取引結果是正の両面的効果を持つとして評価を得ている<sup>(20)</sup>。

なお、二国間協定であっても日韓基本関係条約締結に付随する文化財協定<sup>(21)</sup>に見られるような国家承継上の問題処理の一環をなす取極、その他戦乱、占領中の文化財に関する措置についての戦後処理等<sup>(22)</sup>が挙げられるが、これらはそれぞれの独自の状況、条件下での事例であり、特殊事例と位置付けられる。

(1) 陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約、一九一二年条約第四号。

- (2) 戦時海軍力ヲ以テスル砲撃ニ関スル条約、一九一二年条約第九号。
- (3) Wilfried Fiedler, "Zur Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts im Bereich des internationalen Kulturgüterschutzes" in "Staat und Völkerrechtsordnung" (Festschrift Karl Doehring) S. 199.
- (4) 同条約は発効に至らず、日本も署名したのみに止まった。なお、空爆による最初の文化財被害は第一次世界大戦中のヴェニス空襲の際の教会天井画破壊であったとされる。Sabine von Schorlemer, "Internationaler Kulturgüterschutz", S. 268.
- (5) ハーグ陸戦法規と五四年条約との比較に関しては、前者が宗教、慈善、教育、技芸・学術に供される建設物、すなわちそれ自体が文化財でなくとも文化的利用に使用される施設をも保護対象とする点でこれらを文化財定義に含まない後者よりも文化をより広義に捉えているとの指摘もある。S. v. Schorlemer, a. a. O., S. 277-8. しかし、この差異は一般交戦法規と文化財専門条約との性格的相違に基づくもので、五四年条約が個別文化財およびこれらの所蔵を専らの目的とする博物館等の施設に保護対象を限定したのは格別退歩とするには当たらない。
- (6) 七二年条約加入後、日本からは文化遺産として法隆寺と姫路城が一覧表に記載された。なお、国内の議論としては広島（いわゆる原爆ドーム）をこれに加えようとする運動があり、ポーランドのオスヴェンチウム（アウシュヴィッツ）が先例として援用される。しかし、これらがある意味では歴史的記念物としての性格を持つにせよ、七二年条約にいう文化遺産は本来それ自体が人類の知的生産活動の結果としての積極的価値を持つ物件を指すと解すべきであり、人類にとって負の現象の残した物件をも同列に加えるのは条約の本旨を歪めるものと思われる。この種物件の保存・活用等は本条約の枠外でも可能でそのための施策は別途講じるべきであり、またそれで十分である。
- (7) European Cultural Convention, UNTS 218, p. 140.
- (8) European Treaty Series No. 66. なお同条約改定の経緯については v. Schorlemer, a. a. O., S. 451ff.
- (9) Council of Europe : Convention for the Protection of the Architectural Heritage of Europe, ILM, Vol. XXV, p. 380.
- (10) Convention on the Protection of the Archaeological, Historical and Artistic Heritage of the American Nations, ILM, Vol. XV, p. 1350.
- (11) 「文化財の不法な輸出、輸入及び所有権譲渡の禁止及び防止の手段に関する勧告」——一九六四年第一三回ユネスコ総会採択——  
三頁。

- (12) ユネスコ発行の雑誌“Museum”は毎号“Return and Restitution of Cultural Property”の欄を設けてこれを返還・回復の事例を掲載している。
- (13) Treaties and other International Acts Series (TIAS) 7088, United States Treaties and other International Agreements (UST) 22, p. 495. ILM Vol. 9, p. 1028.
- (14) UST 33, p. 1608.
- (15) TIAS 11075.
- (16) TIAS 11077.
- (17) v. Schorlemer, a. a. O., S. 414.
- (18) Regulation of Importation of Pre-Columbian Monument or Architectural Sculpture or Murals, 1972. 92d Congress, H. R. 4678. ILM Vol. 11, p. 1403.
- (19) Marlene Alva Gonzalez, “New Legal Tools to Curb the Illicit Traffic in Pre-Columbian Antiquities”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 12, p. 322.
- (20) Ian Christie Clark, “Illicit Traffic in Cultural Property: Canada seeks a bilateral Agreement with the United States”, in UNESCO, “Museum”, No. 151, p. 182.
- (21) 「文化財及び文化協力に関する日本と大韓民国との間の協定」一九六五年条約第二五号。同協定付属書記載の陶磁器、考古資料、図書等の韓国への「引渡し」を規定。
- (22) 最近の一事例を挙げるならば、イスラエルはシナイ半島占領中に同地域で行なった考古学的活動により得た物品のエジプトへの引渡しを一九九三年に開始した。Egypt Exploration Society “Egyptian Archaeology” No. 3, p. 44.

## II 文化財の種別とその特性

### 1 文化財の定義

文化財 (Cultural Property) および文化遺産 (Cultural Heritage) との言葉に一定的定義はない。この二語の比較においては一般に文化財が個別の対象物をイメージさせるのに対して文化遺産がより総合的な文化的伝統、またそれを支える精神的伝統をより強く意識させるとの差が認められよう。文化遺産が文化財の上位概念であるといわれ、また七〇年条約中に各種文化財を列挙してこれらが文化遺産をなすと位置付ける条文(四条)があるのもこのことを示している。本稿では一応この例に従うこととするが、七二年条約はこの意味での個別文化財をも直接指す語として文化遺産を用い(一条)、また国際法協会(ILA)文化財法委員会の海底文化遺産保護条約案でも個々の物件につき直接文化遺産の語を当てており、用語例は一定的ではない。

一定の定義の不在により、国際条約であれ国内法規であれそれぞれの文書はその目的の下で規定対象とすべき文化財を任意に特定するところとなる。ユネスコ三条約もそれぞれ詳細に独自の定義をしているが、ここでは本稿の問題に直接関連する七〇年条約の定義を要約して紹介しておく。

一条関係

- a 自然科学的希少価値を持つ収集、標本、古生物学的物件
- b 歴史一般、特定重要事件、特定重要人物に関する物件
- c 考古学的な発掘(正規発掘および盗掘)または発見により得られた物件
- d 美術的・歴史的記念物の部分、考古学的遺跡の部分
- e 製作後一〇〇年を越す古器・旧物(銘文、貨幣、印章等を含む)
- f 民族学的価値を持つ物件
- g 美術的価値を持つ物件(書画、彫刻類、版画類、美術的構成・合成作品)

- h 希少価値を持つ手書き文書、特別の価値を持つ古版本・書籍・文書・出版物
- i 郵便切手、印紙類
- j 音声・写真・映画等の記録
- k 製作後一〇〇年を越す家具・古楽器

四条関係（一条関係以外の物件であってもなおかつ自国文化財として対外的に主張し得るもの）

- a 当該国民（個人または集団）および住民の創造になる物件
- b 当該国内で発見された物件
- c 当該国の考古学的等各種調査団が原産国当局の同意を得て入手した物件
- d 当該国が自由な合意による交換に基づいて入手した物件
- e 当該国が原産国当局の同意の下で贈与を受け、または合法購入した物件

他条約中の定義と比較すると右の列举には遺跡、建造物群、文化的施設など集合的概念を持つものが含まれていない。これら不動産的性質の物件は全体としては七〇年条約にいう不法取引の対象となり得ないのでこれは当然のところである。反面、およそ取引対象となり得る物件は網羅的に掲げておくとの意図が明らかであり、高度の美術性を持つ考古学的発掘品で歴史上の重要人物に属した物など同一物件が複数の項目に該当する場合も十分考えられる。

また、四条関係 a、b の文化財については一国の歴史的遺物が他国で発見された場合など同一物件に対して複数の国が自国文化財たることを主張する場合も想定される。また同 c、e の物件については現所在国がこれをも自国文化財として国内法上輸出禁止の対象とすることが多い<sup>(4)</sup>。しかし、七〇年条約の目的は特定文化財につきその本来の起源国を競合する関係諸国の中から特定すること、いわば文化財の国籍を決定することではなく、不法取引の防止および

その結果の是正である。したがって盗難文化財等についてはそれを一先ず盗難前の所在国に戻すこと、その意味での現状回復を実現することで条約目的は達成される。その後当該物件に対しより強く自国文化財たることを主張する国が現われたとしてもそれは別問題である。

ところで、七〇年条約のこの広範な文化財定義に対して前記米国とラテン・アメリカ諸国との文化財回復協定では極めて限定的に対象物件を特定している。すなわち各協定の表題自体が示すように「盗取された考古学的、歴史的及び文化的財物」<sup>(5)</sup>であり、物件自体の性質とその法的状態(盗取)の両面からの特定を行なう。これら二国間条約は関係国間の従来の経緯から何を主たる対象として不法取引がなされているかが判明していることを前提的事実として締結されるのが実情であるから、条約の規定対象物件がそれに則して特定されるのは自然的結果でもある。したがって一定の実際的狀況を踏まえた二国間条約と一般性を持つべき多数国間条約とを単純に比較するわけにはいかない。また七〇年条約は不法取引防止の諸措置を主たる規定内容とするのに対して米国関係条約は由来国への回復をも法制化した専門条約であり、そこまで踏み込むには対象物件の限定化が不可避であったに違いない。しかし、右の実際的理由もさることながら、多種多様な文化財の中から何故先ず米国関係諸条約が取り上げたような考古学的・歴史的遺物が回復協定の対象となったのか、言葉を換えて言えば何故先ずこの種遺物を対象として回復協定が結ばれたのかについては、各種文化財の本来の性質に立入っての考察も必要と思われる。そこで各種文化財をそれらが持つ文化財としての特性の発生経緯およびそれらの持つ国家的重要性の根拠の二面から類別してみることとする。

## 2 文化財の種類

文化財が現在の時点で人々の心を惹き、それ故に合法、非合法の別を問わず取引の対象とされる点はその種の物件

についても同様である。しかし、七〇年条約が掲げる多様な物件はその全てが当初から文化的目的で製作され、文化的視点からその価値を評価されてきたのではない。物件の当初の製作経緯（製作目的）、文化財としての価値の発生経緯（商品性）、現在の存在状況への到達経緯（物性）などの側面を見るならば、それぞれに大きな差が認められる。この差異により文化財は次の三種に類別することができる。

一 独立的美術作品（絵画、彫刻、宝飾品等）<sup>(6)</sup>

製作意図… 製作者個人の芸術的創造の成果であり、作品自体が制作活動の当初からの独立的最終目的。

商品性… 当初から譲渡目的で製作されたことにより、または製作者がその目的を持たなかった場合でも作品自体の譲渡適合性により本来的に商品性が内在する。作品に関しては当初から製作者に公開、譲渡、修正・変更等についての一連の処分権が金銭的問題の決定権をも含め帰属する。<sup>(7)</sup>

物性… 動産

七〇年条約一条の列举中ではgが典型例

二 従属的美術作品（壁画、壁画浮彫、建築装飾等いわゆる装飾的美術品）<sup>(8)</sup>

製作意図… 製作者個人の芸術的創造の成果としての側面をも持つが作品自体が独立の最終目的ではなく、それが付属する建築物その他集合的作品の一構成部分として機能することが一次的使命。

商品性… 単体としての譲渡目的、譲渡適性は本来的に無く、何らかの理由で母体たる集合的構成物から分離されたとき事後的に独立的単体としての譲渡適性が発生する。しかし、この分離化は当初の制作意図に背く母体破壊の結果としてなされるものであるから、分離による商品性取得は当該物件の本性に反し、文化的には負の現象とせざるを得ない。

物性… 本来は不動産の一部を構成、分離後事後的に動産化<sup>(9)</sup>

七〇年条約一条の列挙中では d が該当

三 非美術品の文物（実用目的製品・文書類・化石他自然的生成物等）

製作意図… 日常生活上の目的が主眼であり、製作者の個性が発揮される場合も機能面についての創意工夫としてであって芸術的自己表現意識は不存

商品性… 実用品としての流通性が当初から予定されたことは当然であるが、文化財としての評価、商品価値はその物件自体の作成時の商品価値とは別個に考古学的、歴史的、民族学的資料としての側面から事後的に—多くの場合長期の年月を経て—発生する。

物性… 動産

七〇年条約一条の列挙中では a、b、e、f、h、k が該当

なお、c の考古学的発掘品・発見物は個々の物件の性質により右一、二の何れの事例としても挙げ得るといえよう。とはいえ、この種出土品に対する現代的評価は、芸術性の高いものについても第一義的にはその古さ、歴史性、資料的価値により規定されるので、これらは主として三に該当すると考えられる。

(1) 河野俊行「文化財の国際的保護と国際取引規制」国際法外交雑誌九一巻六号四頁。

(2) International Law Association, "Draft Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage" Art. 1, cf. ILLA Report of the 65th. Conference, p. 355; ILLA Cultural Heritage Law Committee, Final Report (1994), p. 4.

(3) 文化財の物性—不動産、動産の如何および動産の種別—の特定はそれ自体取引の合法性の判断に関わる重要問題となる場合があ



るが、ここではこの問題には言及しない。なお、この種の私法的観点からの諸問題については河野前掲二八頁以下参照。

- (4) Kurt Siehr, "Nationaler und Internationaler Kulturgüterschutz", in Bernhard Pfister/Michael Will (Hrsg.), "Festschrift für Werner Lorenz", S. 532.
- (5) 米国の対メキシコ条約を初めとする四条約前文及び第一条。I節註11-14参照。
- (6) 「美術品」(Objects of Art, Works of Art)の他、「古物」(Antiquities)、「工芸品」(Artifacts)など繁用される用語に逐一一般的定義を付すのは極めて困難とされるので、ここでは法的用語としてではなく日常的意味でのみ用いる。また、「文化財」についてと同様、定義を行なうとすれば個別の文書毎にその特定を行なう他ない。Martine Briat(ed.), "International Sales of Works of Art", p. 20.
- (7) Jean-Louis Bismuth, "Droit des Createurs et de leurs Heritiers" in Martine Briat/Judith Freedberg, "International Art Trade and Law", p. 193.
- (8) Siehr, a. a. O. S. 533 も純粹芸術作品と裝飾的芸術作品の別に言及する。
- (9) 建築物の一体的構成部分が破壊、剝落により分離してもそれが直ちに動産性を取得するとは断定し得ないが、動産、不動産の区別には国際的に単一の基準は成立しておらず、具体的事案についてはその準拠法たるべき国内法の規定に依るところとなる。河野前掲七頁註13はフレスコ画についてのフランスの事例を紹介する。

### III 文化財の種別とその国家的重要性

前記の種別は各文化財に認められるべき価値の優劣を直接左右するものではなく、また保護・保存の面ではこの種別如何に関わり無くそれぞれにつき必要、適宜な法的、実際の措置がなされよう。すなわち、文化財の静的状態における取扱いに関してはその保護が七二年条約が求めるような形で国際的関心の対象となった場合でも国家間の基本的利害対立は生ぜず、したがってこの類別は法制上必ずしも意識されるべき事柄とはならない。この限りでは特に類別を問うべき実際の必要性も乏しい。

しかし、文化財の国際的移動が生じ、当該物件に対して由来国と現所在国との間に回復・返還如何の問題をめぐる利害対立が発生した場合には、両国の主張、特に請求国たる由来国の請求根拠を検討することが当然必要となる。この必要は政策上、外交上の措置としての返還が求められている場合には具体的個別事案についての決定プロセス上生じ、不法取引結果是正のための回復に関する条約締結、国内制度作成を検討する場合には対象物件の範囲を特定するに際して生じる。この請求根拠の強度を決定するのは由来国と個々の文化財との間の関わり、およびその関わりが様によって規定される個々の物件の由来国にとっての重要度である。そしてこの態様、重要度は文化財一般につき一様というわけではない。したがってこの視点から以下文化財一般を三種に大別し、それぞれに類別される文化財が持つ由来国社会との関連の態様がどのように異なるかを示しておく。

なお、文化財は資産的価値をも持つわけであるが、ここでは公益的側面からの重要性を論じるのが目的であるので、私的側面の問題である財産的価値、またそれに関わる財産法的、取引法的諸問題<sup>(1)</sup>には言及しない。

#### 一 独立的美術作品

製作者の個人的業績ではあるが、次の二点から作品に対する国家的関わりが生じる。

a 製作者の創作活動、創作意識が究極的には本人自身の独自のものであるとしても、製作者を育み、制作活動に影響を及ぼしたのは社会全体およびその時代精神であること

b 作品を自国に保有することがその国の文化的伝統の一部となり、文化活動の振興にも不可欠と意識されるに至っていること

右のうちaは作品にそれが生み出された当時の国家社会を反映するものとして位置付け、作品創作の社会的母体と

しての立場から、また自国文化活動の一証左を保有、保全するとの観点から作品に対する国家の公益的重要性を基礎付けるものである。またbは作品が現在持つ社会的機能の面から提示される重要性である。

## 二 従属的美術作品

当該物件が本来帰属した建造物等は個人の作品としての性格が薄く、複数の、しかも多くの場合相当多数の者の集団的作業の成果である。このことから国家的関わりについては以下の指摘がなされる。

a 当該物件が帰属した母体はその一部が分離されたことにより総合的文化財としては完全性を失っており、その完全性を回復することが社会的要請であること

b 母体は当初から一定の社会的目的設定の下でその建造、機能が決定されたものであるので、総体としては社会全体がその製作者と見做され得ること

右のうちaは母体自体のより完全な形での維持、保全を第一義的に重視しようとするものであるから、厳密にいえばこの目的がそれ自身独立の国際的妥当性を有し、<sup>(2)</sup>特定の国家社会のみの関心事とするには当たらない。しかしこのような一般的拮がりを持つ要請が認められるからといって、当該建造物に最大の重要性を付すのがそれを産み、保有する国家社会であることに変りはない。

## 三 非美術品の文物

本来は日常的生活の過程で実用目的で生産、使用された物品であり、製作者の個人的作品としての性格は極めて希薄であり、文化財としての価値もその物件自体が当初から具備した特性に由来するのではない。文化財的価値はそれが特定の時代、特定の社会を考古学的、歴史的に証する資料として有用となることにより事後的に付加されることになったものである。この種物件についての国家的関わりは次の点から生じる。

- a これら物件の文化財的価値が全面的に資料的側面においてみとめられるのであるから、それが資料として証すべき対象たる過去の社会を継承する現在の社会はそれを自己の歴史の一部と位置付けうること
- b これら物件は社会生活全体の必要からその中で一定の実際目的を果たすべきものとして製造され、製作者も独立の個人としてよりは社会全体の一機構として機能したといえるので、当該物件は社会の直接的産物と捉えられること

ただし、この種物件は一般日常用具として大量に生産されたものであることも多い。このような場合、当該国家がその一定数を確保することに重要性を認めるべきことは当然としても、その全てについて同様の重要性を主張することが妥当か否かは別問題であろう。<sup>(3)</sup>

右に類別される物件とそれに対する国家の公的利益を比較すると、各種物件に対する国家社会全体の制作母体としての作用は一、三の順で間接的、補助的なものから直接的、主体的なものへと変化していることが明らかである。国家と文化財との特別の関連、それによって国家が文化財に付与する特別の重要性はその文化財が当該国家社会の歴史にとってどれだけの密接性を持ち、その証左として<sup>(4)</sup>どれだけ不可欠であるかに規定される。すなわち、国家の文化的アイデンティティーの形成に果たした<sup>(4)</sup>機能の重要度、本来性は物件の特性によって異なり、前記の比較では物件作出に関わる個人色の濃淡に反比例する側面を持つ。したがって独立的美術作品は純美術的評価とそれに基づく資産的価値の如何は別としてこの面での国家との関連性は薄く、社会的重要度についての評価もそれに応じて決定されることとなる。これに対して従属的美術作品については単体としてそれが帰属する総合的作品の完全性維持の観点から、また非美術的文物については社会との直接的関連性の観点からより高度の重要性が認められる。米国の対中南米諸国二

国間条約が規定対象とする文化財の範囲もこの観点から特定され、上記二または三に属する物件を中心とするものとなっている。<sup>(5)</sup>

なお、これら二種の物件はその性格の根本的相違から重要性の根拠も異質的で本質的には相互の相対比較には馴染まないと思われるが、前記の社会的関連の密接度の点では後者が上廻る。以上に示されるとおり、文化財はその種別によって国家社会との本来的関連度を異にする。この差異は文化財の保護・保存を論じる限りでは国際レベルの問題として取り上げるを要しない―保護・保存対象の決定およびそのための施策の選択は国際協力を仰ぐにせよ基本的には個別国家の国内的課題―かもしれないが、回復・返還問題のように同一物件につき国家間に競合関係が生じた場合には、問題の解決のための不可欠の一要素として顧慮しなければならない。

(1) 財産法、取引法的側面は所有権、譲渡権を中心として競売、相続、貸借、保険等の諸制度に関わりを持つが、美術品市場の拡大、国際化はこの側面からの議論をも活発化させている。この種多角的検討の論点については Martine Briat/Judith Freedberg (ed.), "International Art Trade and Law", p. 19. 参照。

(2) 七二年条約が記念工作物、建築物、建築物群、遺跡を中心とする保護対象規定を置いており、また世界遺産リストへの登録実例を見ても古代都市遺跡全体あるいは複数建造物からなる施設全体を一体として登録する例が多い。このことも文化財については原形態の総合的維持が第一義的であることを示す例である。リスト登録遺産一覧は日本自然保護協会「世界遺産条約資料集2」一〇八頁以下。

(3) この問題に関連した議論としては、遺物の全てを公益財とし、新規発掘・発見物を一律に国有とする制度―例えばエジプト、Law for the Protection of Antiquities, 1983, Art. 6, 23, 24. English Translation in "Newsletter of American Research Center in Egypt" 1984, p. 41 et. seq.―の妥当性を問うものもある。河野前掲二七頁。この種の制度は遺物所在国と発掘者との関係が以前とは異なり前者の優位に転換した―エジプトその他でも過去においては発掘者に発掘物を国と折半する権利が法制上認められてい

た。Loi No. 14 sur les Antiquites, 1912. The Journal of Egyptian Archaeology, Vol. 1, pp. 45-46. 一)との表われでもあるが、この変化は由来国が遺物に対して持つ公益性と保護—特に遺物類の総合的かつ原所在地との有機的関連における保存—の強化の必要性に優先的重要性が認められるようになったことを示している。

(4) 文化的アイデンティティーは必ずしも歴史的文脈のみで捉えられる固定的内容の概念ではなく、常に新しく形成され、変化する流動的側面を持つと理解され、ユネスコもこの意味でのアイデンティティー育成を文化振興策の一環としているが (UNESCO, Draft Programme and Budget for 1992-1993 26C/5)、本稿問題の関連ではその歴史性を第一の視点とした。

(5) 米国の対中南米諸条約は碑板、浮彫・壁画等建築付随部分、祭具、古文書、土器、織維品、金属器具その他人間活動の証左たる物品を規定対象として掲げる。美術品も列挙に含まれてはいるが祭具と並んでの表記であり、規定の重点が前記諸品目にあることは明らかである。

#### IV 文化財に対する国家の回復請求権

不法流出文化財に対する回復請求は正当所有権者がその権利を基盤として行なうのが通例であった。請求者が国家自身である場合も対象物件が国有文化財で請求基礎が所有権にある限り、私人が提起する請求と基本的に同一である。この他現所持者への譲渡行為の無効性を根拠とする請求も成立し得るが、いずれにせよこの種の私法的基礎に依拠する請求はその性質上当該物件を現在所持する者を相手とする民事的手続<sup>(1)</sup>によって行なわれる。請求が民事事案としてなされる以上、現所持者がそれを争うため民事上認められる種々の抗弁を提出することも排除するわけにはいかない。そしてこれが私法的回復請求の実効性を阻害する最大の法的要因をなすのである。

## 1 私法的解決手段の限界

前記抗弁の根拠となり得るのは第一に善意取得であり、また時効取得である。これら抗弁の内容は私法上の問題でもあり、またそれ故に回復問題を私法的角度から取り上げた諸文献に既に国際比較を含めて詳説されているので<sup>(2)</sup>ここでは立ち入らない。ただ、これら抗弁の依拠する規定が財産権保護および取引安定性に関わる基本規定であるだけにそれによってもたらされる回復請求への障害が大きいことを指摘するに止める。これら規定の結果として盗取後多数の者の手を転々とすることによりその過程で当初の不法性の切断—いわゆるローンダリング—がなされ、現在の占有者が所有権主張をする道が大幅に開かれているからであり、またこれこそが不法取引従事者および一部収集家の狙うところとなっているのである。

このように私法的アプローチで不法取引結果の是正問題を考える場合、一般所有権法上それ自体としては合理的妥当性を持つ制度がこの問題に関する限り本来期すべき結果の実現を妨げ、正当所有権者の権利のみならず由来国と国際社会の公益に反する現状の温存を助長する手段として利用されることとなってしまう。この不合理を防止、排除するため、私法面からも購入者の注意義務を強化する方向での提案が「盗取または不法輸出された文化財に関する条約」草案の形で私法統一国際協会 (UNIDROIT) からなされている。<sup>(3)</sup> この草案は回復義務を所持者に課し(一条)、その実施のため物件所在国が所持者に回復を命じるべきこと(五条)を骨子とする。これは私法上の権利制限と公法的措置とを併用して回復の実施をはかろうとするものであるが、この例が示すとうり、私法的手段に依拠するのみでは回復の実現には限界があり、より高い実効性を求めるとすれば別途公法的施策を講じることが不可欠となるのである。

## 2 公法的解決制度の必要性

前記の回復請求手段とそれに対する障害はそれが財産法分野の問題として私法レベルで論じられる以上、基本的には文化財の種別如何を問わず、また文化財であるか他の物件であるかを問わず財物一般に共通の原則、制度をめぐる議論として位置付けられる。この角度からの回復請求事案においても物件の持つ社会共同体にとっての重要性が全く度外視される訳ではなく、請求容認如何の一判断要因として顧慮される場合もあるとの指摘もあるが、これは独立的請求根拠としてではなく、所有権を根拠とする主張の副次的、補強的根拠として援用されるに過ぎない<sup>(4)</sup>。しかし、国庫所有のものをも含め私法的所有の対象たる財物としての角度からではなく、物の持つ社会公益性に回復請求の中心的根拠を求めようとする場合には、各種物件について国際社会、請求国社会が付す重要性の別によって論を分けなければならぬ。それ故にII、III両節で文化財の種別を示しておいたのであるが、その中で重要性が最も高いと認められた考古学的遺物に限定して、以下回復を目的としての有り得べき公的制度を国際レベル、国内レベルの双方に亘って考えてみたい。

#### ⅰ 国際公益的価値—共同遺産価値—の承認

考古学的遺物は、七二年条約のように遺跡全体として言及される場合も併せ国際文書が持つ文化財定義に常に含まれるが、保護・保存に関する限りこれら諸文書は文化財定義の広狭を問わず文化財が人類、すなわち国際社会全体にとっての価値を持つことを謳い、それを基点として保護を目的とする国際制度を設けている。国際的制度的対象として国際協力の上で守られるべき価値を人類共同の遺産—Common Heritage of Mankind—と多分に情緒的ニュアンスを込めて呼ぶのは一九六〇年代からの流行ともいえる現象であるが、文化財関連文書では既に五四年条約がその理念を示しており、共同遺産概念成立の先駆的存在ともなっていた。そしてそれ以降のユネスコの文化財関連諸文書は一九五六年の「考古学上の発掘に適用される国際的原則に関する勧告」を含めすべてこの理念に立脚して作成されて



きた。<sup>(6)</sup> また共同遺産概念は地理的な意味での世界共通性と同時に後世への伝承を要請する世代的共通性をもその内容とする<sup>(7)</sup>と解されている。この意味でも文化財こそはこの概念に最も相応しい価値を持つものなのである。

問題は、この共同遺産概念が保護・保存のみならず回復問題にも作用するか否かである。七〇年条約は「共同遺産」の表現こそ直接用いていないが、前文冒頭でこの理念を明示する他のユネスコ文書の規定に言及する形でこれを踏襲する立場を示している。<sup>(8)</sup> 更に前文は自国文化財の盗難、盗掘、不法輸出からの保護を各国の義務すなわち文化財についてのこれら保護措置を国際的義務として設定し、不法取引等が国際的共通目的たる国際理解の障害であると<sup>(9)</sup>する。同条約七条に定める「回復について適当な手段をとること」の約束はこれらの前提に立って規定されているものであるから、共同遺産理念はその趣旨を実現するための必然の要請として各国が七条に則した措置をとることを求めているといわざるをえない。ただし、七条が規定するのは直接的回復行為ではなく、そのための措置をとることである。措置を義務付けるこの規定方式はやはり共同遺産と見做し得る野生動物植物の取引に関するワシントン条約<sup>(9)</sup>が条約違反の取引を防止するための措置を締約国に義務付けている(八条)のと軌を一にする。しかし、ワシントン条約は一步を進めてこの種措置を具体的に例示して違反取引対象物の没収および輸出国への返送を直接この種措置の内容として指定する。七〇年条約七条は取るべき措置の目的が回復にあることは特定するが、そのための手段としての措置が何であるかには言及しない。<sup>(10)</sup> したがって、回復を目的とする個別条約の締結、国内法の整備がなされていない場合、その国の七条義務不履行の問題は生じるとしても、同条から直ちに由来国の引渡し請求権、被請求国の回復実行義務を導くことはできないのである。

## ii 国際的制度の確立

国家による回復の実施に必要な措置は、由来国側の一定の考古学的遺物についての取引規制とその明示、輸出禁止、

流出先国側の輸入禁止、取引禁止、禁止対象物件の押収である。考古学的遺物もその国際的流通すべてが禁止されるべきではなく、由来国の判断の下での合法的流通は国際文化交流の一環としてむしろ促進されることが望ましい。七〇年条約前文もこの趣旨を示している。<sup>(11)</sup> 取引規制措置は合法取引についてはその合法性を裏付ける役割を果たすのであるから、この措置とその明示は関係者にとって取引の合法性如何を透明化する機能を持つ。

ところで、由来国、流出先国がとるべきこれらの諸措置は本来はそれぞれの国が国内的制度として確立、実施すべき事柄であり、そのための国際条約、国際制度等を不可欠に求めるものではない。七〇年条約も輸出証明書制度の導入、無証明輸出の禁止、これら制度の公示(六条)を由来国に、不法輸出品の入手防止措置、盗取文化財の輸入禁止(七条)を流出先国に課すが、これらはいずれも各国が条約上の義務を待つことなく独自で設け得る制度である。それにも拘らずこれらを条約により約束させるのは次の三点の理由からであるとして良からう。

a 由来国側の規制が完全であれば不法流出が発生せず、回復を論じる必要も生じないのであるが、実際には特に考古学的な国際的関心の対象となる諸国に規制能力の十全を期し得ない国が多く、流出先側の対応措置を仰がざるを得ないこと

b 取引という複数当事者を持つ行為の規制は当事者双方につき規定の網を被せることにより最も効果的に行なわれること

c 多数国間にできるだけ均一の制度を設けることにより、不法取引防止体制に規制の不均衡から欠陥が生じるのを避けること

右のうち特にaはワシントン条約や熱帯雨林保護など輸入国に強い規制を求める国際制度にも共通の認識である。考古学的遺物については関心度と購買力の差から不法流出の大多数は途上国から先進国へとの方向でなされるので、

由来国たる途上国に規制の実効的実施が期待できないことを想定せざるを得ず、その分流出先国のより積極的な対応が必要とされることとなる。そして回復を含むこの対応は由来国の利益保護への協力であると同時に国際社会の共同遺産のあるべき状態の維持、再現のための当然の責務と理解される。

### iii 由来国の優先的地位の承認

考古学的遺物は文化財として普遍的価値を持ち、共同遺産とされる。それ故に遺物はその本来の帰属場所や発見地を離れてもその価値を逸失するものではない。更に、共同遺産であるからこそその所在については必ずしも本来の帰属場所等に限ることなく、保管、多数者への展覧に適した地を重視すべきであるとも主張されよう<sup>(12)</sup>。しかし、考古学的遺物については前述のとおり総合的文化財としての遺跡、建造物への帰属性、特定社会、特定時代への帰属性が特に重視されるべきであり、共同遺産としての価値もこれら帰属性が再現、認知され得る場で最大に発揮されるものである<sup>(13)</sup>。したがって由来国への遺物回復は共同遺産概念と対立関係にあるのではなく、むしろこれを具現化するために要請される措置と見なければならぬ<sup>(14)</sup>。由来国の国有文化財が不法輸出された場合これを盗取物件と見做すとの米国の判例<sup>(15)</sup>はこの趣旨から由来国側の法制の実効性を現所在国においても担保しようとするものとして評価される。

考古学的、歴史的遺物は過去においては当時自国の伝統文化についての認識に浅く、その保護施策についても立ち後れていた諸国からさしたる規制もなく、または規制があったとしても外交的圧力あるいは外交特権の濫用により国外へ持ち出されることが多かった。この他植民地として宗主国支配の元にあった諸地域からも同様の流出が見られた。これら諸国が文化的意識を強め、また独立を達成した後、「国家的文化遺産」(National Cultural Patrimony)ドクトリンを標榜して流出文化財の返却を求めたことはまだ記憶に新しい<sup>(16)</sup>。この立場からは盗取物件についてののみ回復規定を置く七〇年条約に批判が加えられる<sup>(17)</sup>。右のような反植民地主義的文脈での由来国の文化財に対する権利主張は政治目

的からの文化ナショナリズムとも言われるが、本稿で認めるべきとする由来国の優先的地位は政治性主導のこの種主張を安易に支持しようとする立場からのものではなく、純粹に文化的見地に立ってのものである。

なお、回復につき由来国の優先的地位を承認するとしても、物件の盗取・不法流出についてはそれを阻止し得なかった点で由来国側にも責めがある。これを回復請求の阻害要因とすべきではないが、回復措置のため発生する経費についてはこの観点から由来国の負担とするのが相応であり、米国の条約例もその旨の規定を置いている。

#### iv 国内的制度の確立

七〇年条約は前述のように回復についてはそのための措置を義務付けるのみであるので、回復実践のためには現所在国による当該物件の没収、買上げ、あるいは現占有者に対する由来国への引渡し強制とこれら措置のための手続きを規定する国内立法が必要となる。七〇年条約よりも直接的に回復を義務化した米国の対中南米諸国個別条約も回復実現のための各当事国の国内的制度まで特定しているわけではない。むしろこれら制度は各国国内法の問題として留保され、条約自体が当然に国内法を変更するものではないことが物件の回収、回復は各国が「その用い得る法的手段」によって行なうとの規定によって明らかにされている。<sup>(18)</sup>

これら条約の規定内容は回復に関する条約規定がセルフ・エグゼキューティンク性を持たないことを示しており、<sup>(19)</sup>したがって条約の実効的履行をはかるためには関係国内法の整備が必要となる。この種国内法の典型例は米国が対メキシコ条約締結を機に制定した一九七二年の「プレ・コロンビアン記念物法」<sup>(20)</sup>であり、内容としては由来国輸出証明の無い物件の輸入禁止、没収・国家帰属化、由来国への提供を規定する。<sup>(21)</sup>また同国は七〇年条約批准に当たっては一九八二年に「文化財条約施行法」<sup>(22)</sup>を制定して考古学的、民族学的物件についての輸入規制を導入した。<sup>(23)</sup>

輸入禁止は特定の遺物類を指定して輸入国独自の規制として施行することも一策ではあるが、この方式は輸入禁

止対象品目をリスト化する必要を伴う。自国の遺物を輸出禁止品に指定するのと異なり、輸入禁止リストの作成はこの輸入禁止が遺物の由来国にとっての重要性を尊重してとられる措置であることに照らして合理的とはいえない。重要性如何の判断に基づく禁輸措置は本来由来国の行なうべきことであり、またその判断をこそ尊重すべきだからである。したがって輸入の可否を由来国の輸出許可証の添付如何に依らしめる方式が由来国の判断を尊重する意味でも、また規定の煩雑化を避けるためにも合目的であるといえる。没収は国の手によって回復を行なうための前提措置であるが、没収権限を持つべき税関当局<sup>(24)</sup>その他の国家機関、没収手続などを具体的に規定する必要がある。米国の場合は上記立法に伴い税関にその権限を与えた<sup>(25)</sup>。これは不法輸入差止めと当該物件確保の上で最低限必要とされる措置であるが、持込み後の物件については別途の既存機関、またはそのために設置する特別機関に権限を付与することが必要となる。いずれにせよ各種国内機関相互間の権限配分は各国国内法上の問題であるのでその規定を持つ他はないが、回復条約の国内的施行のためにはこのように没収をも含む国内的措置を制度化する必要がある。没収はもとより基本権たる財産権に関わる事柄であるので目的の妥当性のみから安易にその制度化を是とすることはできないが、ワシントン条約も共同遺産の見地から保護対象生物について輸出証明を欠く輸入のみならず国内的にもその取引、所持を禁止し、違反に対しては没収、返送を規定する。そして原産国への返送には条約の国内的施行のための法律、施行令<sup>(26)</sup>をもって対応する。これも共同遺産保全目的での私権制限の一例である。この先例に倣い、不法流出した考古学的遺物に関して同様の制度を国際的、国内的に導入したとしても私権制限を伴う制度の対象物件の幅を拡大する結果とはなれ、性質上新種の制限を課すこととはならない。対象物件の性質を敢えて比較するならば、自然的存在であり原産国での生息が社会的生産の結果ではない野生動植物よりも人間生活、人間社会の過去の証である考古学的遺物の方がその生みの親たる由来国にとってより直接的、不可分の関連性を持つと見なければならぬ。したがって回復制度の整

備は遺物についてこそより大きな妥当性を有し、またそれ故に急がれるといふべきなのである。

以上 i-iv に述べたことを総合し、不法取引の結果由来国外に流出した遺物の回復を実効的にはかることは現在では共同遺産性、由来国の特別利害関係双方の観点から要請され、この目的達成のためには国際的取極とそれを受ける国内法的措置が必要であることが確認される。したがって日本を含む七〇年条約未加入国に対して加入を促す声がかかるのは<sup>(27)</sup>いわば当然のことと行って良い。ただし、同条約は多種多様な文化財を対象としてこれらに共通の原則的規定を設けたものであるので、上に指摘したように回復に関しては特に踏み込みが浅く、間接的義務規定を置くにすぎない。回復義務の直接的設定には別途の国際的合意、国内的措置が必要である。いわば対象文化財の広汎さが回復義務具体化の障害となっていると言つて過言ではない。したがってより具体的な制度作りのためには対象を文化財の種類により限定化するのが合目的であり、また実現の可能性をも高めるところである。考古学的遺物のみを対象とする個別制度の検討を先ず行なうべき所以である。<sup>(28)</sup>

- (1) 民事手続上の課題には国際私法上の適用法規決定問題と適用されるべき実質規定の解釈問題の双方が含まれるが、善意取得規定をはじめとする各国の実質法規の内容の差異もさることながら、前提問題たる国際私法的判断についてもどの法圏—例えば大陸法系諸国かコモン・ロー諸国か—において請求を提起することを迫られるかにより請求者の法的立場が大きく左右される。Hermann J. Knott, "Der Anspruch auf Herausgabe gestohlenen und illegal exportierten Kulturguts", S. 70ff. Lyndel V. Prott, "Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage", *Recueil des Cours* 1989 V, p. 262 et seq.
- (2) 河野前掲論文はこれらにつき若干の典型例の紹介と共に解説する。二八頁以下。また Prott, *op. cit.*, p. 238, Knott, *a. a. O.* S. 56ff.

- (3) Preliminary Draft Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, UNESCO Doc. CLT-83/WS/16.
- (4) 河野前掲二七頁は Ferrer-Correia, op. cit., p. 164 et seq. を示しつつこの指摘を行なうが、やはりこの指摘が行なわれているのも国有化範囲の妥当性との関連においてである。
- (5) 国際法の上での共同遺産概念の具体的制度化が深海底、宇宙等資源関連法制においてであったことはもとよりであるが、これは現代の時代精神ともいわれる。Rüdiger Wolfrum, "The Principle of the Common Heritage of Mankind", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 43, S. 312. 時代精神は特定問題、特定分野への限定を越えた全般的意識、共通の指針を意味するものであるが、文化分野は資源問題に先行してこの精神の形成に寄与したといえよう。
- (6) ユネスコ関係文書はこの他文化財一般について一九六六年の「国際文化協力の諸原則に関する宣言」で「全人類共通の遺産の一部」(一条)とし、一九七六年の「文化財の国際交換に関する勧告」および「歴史的地区の保全及び現代的役割に関する勧告」(両前文)においてもその理念への依拠を行なっている。
- (7) Wolfrum, a. a. O., S. 318. Thomas Fischen, "Internationaler Schutz des kulturellen Erbes der Welt", in Wilfried Fiedler (hrsg.), Internationaler Kulturgüterschutz und deutsche Frage, S. 207.
- (8) 七〇年条約は規定中に「共同遺産」の語を使用してはいないが前文冒頭で国際文化協力諸原則宣言の諸規定を踏まえる趣旨を表明しており、間接的にはあるにせよやはりこの理念を表明していると見られる。
- (9) 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、一九七三年作成。一九八〇年条約第二五号。
- (10) 六四年勧告一三項が掲げた回復目的での二国間または多数国間協定の締結は七〇年条約の規定中には明示的には謳われていない。
- (11) 前文第三段は文化財交流を科学・文化・教育目的で人類文明についての知見の増進、全人民の文化生活の向上、国家間の相互的尊重・評価を啓発するとして次段以下に示される由来国の特別利害関係確認と並置している。
- (12) 流出遺物の善意による引渡し(返還)を求める事案においては由来国と現所在国との間で保存・保管体制の優劣および展観・研究面の公益上の便宜如何が論じられるに至るであろうが、不法流出結果の是正はこれら諸問題以前の原状回復の必要性から求められるものであるので、これらの比較論には論及しない。
- (13) v. Schorlemer, a. a. O., S. 38.

- (14) Douglas G. Thomason, "Rolling Back History : The United Nations General Assembly and the Right to Cultural Property", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 22, p. 63 の「国交性を指摘する」。
- (15) David Schiller, "Recent Decision", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 17, p. 793.
- (16) Thomason, *op. cit.*, p. 47., Prot, *op. cit.*, p. 227.
- (17) *Ibid.* p. 55.
- (18) 対メキシコ条約三条一項、対ペルー、グアテマラ、エクアドル 各条約二条一項はいずれも物件の回収、回復を "legal means at its disposal" のみならず規定している。
- (19) Knott, a. a. O., S. 153.
- (20) Regulation of Importation of Pre-Columbian Monumental and Architectural Sculpture or Murals Act, 1972. Pub. L. No. 95-587, ILM Vol. 1, p. 1043. 同法は広くラテン・アメリカ諸国一般からの遺物を規定対象とする点で既に後のペルー等との条約にも対応するものとなっており、また盗難品への限定もされていない点で条約よりも幅広い内容を持つ。ただし、当初から動産性を持つ独立的文物は対象外とされる。
- (21) Knott, a. a. O., S. 148. v. Schorlemmer, a. a. O., S. 416.
- (22) Convention on Cultural Property Implementation Act, Pub. L. No. 97-446.
- (23) Barbara Rosecrance, "Harmonious Meeting : The McClain Decision and the Cultural Property Implementation Act", *Cornell International Law Journal*, Vol. 19, p. 311.
- (24) 各国税関は税関協力審議会 (Customs Cooperation Council) を機軸として文化財不法取引規制にも関連法制検討、情報プール制度構築の諸作業を進めており、ユネスコとも協力関係にある。Amadou Diagne, "The Role of Customs Cooperation Council" in UNESCO, Final Report, pp. 116-118.
- (25) Blaise Knapp, "General Report-Restrictions to the Importation and Exportation in the Art Trade" in Martine Briat (ed.) "International Sales of Works of Art", p. 17.
- (26) 「絶滅のおそれのある野生動植物の種の保存に関する法律」一九九二年法律第七五号、「同施行令」同政令第一七号。一九九三年三月二〇日通産省公報特集号に解説と共に所収。



(27) 河野前掲四五頁。

(28) 私法統一協会 (UNIDROIT) は一九八四年以来、ユネスコの要請に基づいて七〇年条約の実効性を高めるための違法流出文化財回復・返還協定作成の作業を行っているが、その主眼は特に考古学的遺物に置かれていると云われる。Jerome M. Eisenberg, "Conservation and the Antiquities Trade", in "Minerva", Vol. 5, No. 2, p. 38.

## おわりに

流出文化財の回復、返還に寄せる国連、ユネスコの関心と努力は七〇年条約採択以降も継続している。回復に関して七〇年条約以上に直接的義務を規定する多数国間条約こそ作成されていないが、総会は一九七〇年代から一九八〇年までに一〇回に上る関連決議<sup>(1)</sup>を重ねて一九八一年には「文化財の由来国への返還または回復」決議<sup>(2)</sup>を採択した。この決議は七〇年条約を想起させつつ由来国での文化財保護体制の整備進展、回復・返還の実行の前進を評価し、その上でこの目的に向けての二国間交渉の推進、七〇年条約への署名、批准を呼び掛けている。決議採択は賛成一〇九、反対〇、棄権一三でなされた<sup>(3)</sup>。決議に当たってEC諸国がこの問題の今後の討議はユネスコに委ねるべきであるとの意見を表明した<sup>(4)</sup>こともあり、一九八二年以降は総会事項として取り上げられることは無くなっているが、ユネスコでは回復・返還政府間委員会<sup>(5)</sup>を中心としてこのための活動を行っている。また七〇年条約の実施状況については条約一六条の予定する国別報告書の審議もユネスコ第二〇回総会以降行われている<sup>(6)</sup>。しかし報告提出はもとより条約当事国のみ義務であり、当事国数が八〇強<sup>(7)</sup>に止まる現在では世界的広がりを持つ効果には連がっていないと言わざるを得ない。更にアメリカ、カナダ、オーストラリア等若干の例を除き日本、西欧諸国など文化財市場国は未批准であるばかりか条約内容に懐疑的であり、ユネスコの呼び掛け<sup>(8)</sup>にも拘らず今後これら諸国からの批准が進行するとは期待し難

い。懐疑の根拠は前述した善意取得規定等国内法との調節の困難さの他、条約の求める各種規制措置実施に要する人員、経費、時間の膨大さにある。<sup>(9)</sup>これらの問題点は財産権を含む私的権利の尊重が確立し、商取引が高度に発展した社会において、また一度受諾した条約上の義務についてはその確実な履行を法制上、実務上確保するとの法治意識が高い国においてこそ強く提起されるものなので、未批准を一概に七〇年条約への無理解と断じるのは早計である。

七〇年条約の目標をこれら市場国をも含めた形で実現するためには各種の方策が想定されようが、何れにせよ私法、公法両面からのアプローチを併せ行なうことが必要である。また七〇年条約自体についてもその再検討が批准を容易にし、回復促進の面ではむしろ条約目的に寄与する結果を生むとの見方もあり得よう。ただし、再検討論議は批准如何をその結果待ちとして現時点での批准を見合わせるとの現象をも生む。<sup>(10)</sup>

しかし、文化財一般を幅広く規定対象とする七〇年条約を今後とも論議の中心に置き続けるのではなく、上述した各種文化財の異なる特性に鑑み、それぞれに則した種別の専門条約を作成し、七〇年条約の内容をこれら諸条約に発展的に移行させてゆくのが合理的かつ合目的と思われる。そして先ず第一に取引規制、回復に最も馴染む性格を持つと考えられる考古学的遺物についてこの種専門条約の検討をというのが筆者の提言である。

なお、回復を実行するに際しての条件としては善意の現所持者に対する補償如何の問題が提起される。補償は文化財購入者の責任を重視する私法統一協会の草案も予定する<sup>(11)</sup>（八条）ところであるが、これは善意取得を容認する立場を前提としている。今後の課題としては条約および国内法による盗取・不法流出遺物についての善意取得否認の可否とその条件の問題が残される。他方、回復の公共的見地からの目的は当該物件の由来国での原状態の再現にあるとの見地から回復を私権問題たる所有権の帰属如何と切り離し、<sup>(12)</sup>所有権を留保した俟での物件の由来国への移転を一策として制度化する案も検討に価する。また、考古学的遺物の取引、特にその国際的移動には業者が介在するのが通例であ

るが、購入者とは別個に取引業者の責任をも追求することが肝要である。購入者が博物館等で専門知識が期待される場合には購入候補物件のチェックを通じて不法取引品の転売が防止されることも予想され、そのための倫理綱領<sup>(13)</sup>も存在する。しかし購入者が専門家でない個人の場合、やはり考古学的遺物については一般美術品について以上の注意を払うべきことは要請されるとしても遺物の出自、流通経路を確認する手段を持たないことが多いであろう。したがってこの種物件を扱う取引業者に対しては専門知識を持ち、相応の注意義務を負うべき者として民事上、また刑事上の責任を厳しく課す制度の導入が求められる。

不法取引遺物の回復に関わる国家間制度の拡充にはこれら諸案件の総合的調整が必要とされるが、本稿では問題を指摘するに止め、これらの検討は今後の別稿に譲ることとする。

- (1) 国連総会決議 No. 3026A, 3148, 3187, 3391, 31/40, 31/18, 33/50, 34/64, 35/127, 35/128. 以上のうち、31/40 (1976), 35/127 (1980) は直接文化財の「保護、回復、返還」を主題とする。なお3187 (1973) も回復を主題とするが、植民地下、外国占領下での流出物件が主たる関心対象となっており、七〇年条約にいう不法取引問題とは性格を異にする。
- (2) 国連総会決議36/64 (1981).
- (3) United Nations General Assembly, Official Records A/36/PV. 74, p. 1249, No. 141. 日本も採択には賛成。
- (4) Ibid., p. 1249, No. 148.
- (5) Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Country of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation. 同委員会の設立経緯、機能等については、Unesco, "Return and Restitution of Cultural Property", p. 19.
- (6) v. Schorlemmer, a. a. O., S. 439.
- (7) 七〇年条約批准国数は一九九三年末時点で八一。UNESCO CL/3343.

- (8) ユネスコは回復・返還の促進、そのための二国間条約の締結を継続してその活動プログラムに加え、「世界文化発展の十年」計画の一環ともしてゐる。UNESCO, 26C/5, Draft Programme and Budget for 1992-1993, pp. 115, 130-131.
- (9) v. Schorlemer, a. a. O., S. 437, Ann. 224.
- (10) 一九九二年第一二三国会参院外務委員会会議録一〇号二頁参照。
- (11) UNIDROIT Draft Convention, Art. 8, Museum No. 172, p. 223. 同条一項は現所持有者に回復請求国に対する補償請求を認める。また、この草案についての一九九三年の私法統一協会の討議の概要については Jerome M. Eisenberg, "The UNIDROIT Convention on the International Return of Stolen or Illegally Exported Cultural Objects", in "Minerva", Vol. 5, No. 2, pp. 41-42.
- (12) 前註草案同条二項は所有権を留保した仮での物件の引渡し、または請求国国内にある者への有償または無償での譲渡を補償を伴う回復に代え得べき措置として予定する。これら措置の選択は現所持有者に委ねるとされているが、この選択的規定は由来国の国家的利益が第一義的には当該物件の国内所在にあり、その所有形態如何が決定的意義を持つのではないことを示している。この観点からは、遺跡類の復元、修復には必ずしも真正の遺物ではなく複製品を用いても学術的、文化的意義、更には観光的効用も認められ得る場合があるので、問題の実際の解決にはこれも一策となろう。最近のこの種作業—欧州諸国博物館所蔵の壁面浮彫片の複製品を現地での遺跡修復に使用—の例としては Geoffrey Martin, "The Memphite Tomb of Horemheb, I", pp. 175-176 に記載の遺物の複製品を使用したエジプトでの遺跡の復元がある。
- (13) International Council of Museums, Code of Professional Ethics. Briat/Freedberg, op. cit., p. 87.