

〔論 説〕

歴史と法 (2) : 文化遺産に関する紛争と
裁判外紛争解決 (ADR)佐藤 義 明⁽¹⁾

「調停者は、いつも、固定された楽譜に縛られず、
『即興演奏』を学ぶべきである」⁽²⁾。

はじめに

本稿は、文化遺産に関する紛争を解決する道具一式 (toolkit) のうち、裁判外紛争解決 (ADR) について検討する。文化遺産に関する紛争の主題の典型の1つである「返還」⁽³⁾については、ジュネーブ大学美術法センターが運営するプラットフォーム“ArThemis”が、150以上の事例について、年表・解決過程・法的争点・採用された解決・解説・参考情報を掲載している⁽⁴⁾。このデータベースは、網羅的なものでも、代表性をもつものでもなく、事例の傾向を帰納する基礎にはならない。しかし、紛争解決過程の多様性を認識し、紛争ごとの特徴に応じた解決を案出するために有

(1) 本稿の一部は、*Routledge Handbook of Heritage and the Law* (Lucas Lixinski & Lucie Morisset eds., forthcoming) の第24章として刊行される。

(2) K・M・スキャンロン、東京地方裁判所 ADR 実務研究会訳『メディアエターズ・デスクブック——調停者への道』(2003年) 57頁。

(3) 本稿は、権原の所在にかかわらず目的物を引き渡す行為を「返還」、権原の効果として引き渡す義務が認められ、それを履行する行為を返還とする。

(4) Available at <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires>. 本稿は登載されている事例を、*ArThemis* と記載し、参照した事例の PDF ファイルの頁を掲げる。

用である。そこで、本稿は、“ArThemis”に掲載された事例などを参照しつつ、ADR の可能性と限界を検討する。

1 文化遺産と紛争

(1) 文化遺産の特徴

文化遺産は世界的・国家的・民族的価値をもつ美術品であり、文化財と近い意味をもつ⁽⁵⁾。国際法の下で、遺産という概念は、文化を遺産と位置づけた 1966 年 11 月 4 日の国連教育科学文化機関 (UNESCO) の「国際文化協力の原則に関する宣言 (Declaration of Principles of International Cultural Co-operation)」⁽⁶⁾の第 1 条 3 項で初めて採用された。その後、月 (「月その他の天体における国家活動を律する協定」⁽⁷⁾第 11 条 1 項) と深海底 (国連海洋法条約⁽⁸⁾第 136 条) にも適用された。文化、月、深海底に共通するのは、私的所有や私的取引の対象にすればそれですむ物ではなく、現在世代が将来世代のために保存する責務を負う物という含意である。文化遺産についていえば、存在自体の価値、将来世代にオプションを残す価値、知識を遺贈する価値という 3 つの「不使用価値」をもち⁽⁹⁾、それゆえ、遺産という特別な性質を認められるのである⁽¹⁰⁾。

(5) 文化財は有体物のみを意味し、文化遺産は無形遺産を含むともいわれる。

See Christa Roodt, *Private International Law, Art and Cultural Heritage* (2015), p. 5.

(6) UNESCO, *Resolutions: Records of the General Conference Fourteenth Session* (1967), p. 86.

(7) Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, Dec. 5, 1979, 1363 U.N.T.S. 3.

(8) United Nations Convention on the Law of the Sea, Dec. 10, 1982, 1833 U.N.T.S. 3.

(9) See David Throsby, *Economics and Culture* (2001), pp. 78-79 [デイヴィッド・スロスビー、中谷武雄、後藤和子監訳『文化経済学入門——創造性の探究から都市再生まで』(2002 年) 128-129 頁].

(10) UNESCO の事業「世界の記憶 (Memory of the World)」は、韓国で「世界記録遺産」と訳されている。国立文化財機構東京文化財研究所文化遺産国際協力センター『韓国——文化財保護法、無形文化財の保全及び振興に関する法律』(2018 年) 21 頁注 9 参照。遺産という概念に特別な意義が認められているものと考えられる。なお、「世界の記憶」については、UNESCO 執行委員会が、2021 年 4 月 15 日に、認定主体を政府に限定し、関係国が異議を申し

文化遺産のこのような性質を宣言した文章として、例えば、「武力紛争の際の文化財の保護のための条約」⁽¹¹⁾の前文は、その保存が「世界のすべての人民にとって極めて重要である」とする。また、国際博物館会議(ICOM)の倫理規程⁽¹²⁾も、博物館の収蔵品を公的相続財産(public inheritance)であると位置づけ、博物館はそれを管理する公的信託(public trust)を受けているとする。そして、「ある国における合法的所有権の証拠が有効な権原であるとはかぎらない」と留保する⁽¹³⁾。民法の研究者が指摘するように、「私有の歴史的建造物が共同体による保存やアクセスの対象となるように、所有者が目的物の効用を独占することは私的所有権の必然的帰結ではない」のであり、目的物の社会的機能しだいでその効用の配分は変わりうる⁽¹⁴⁾。実際に、文化財保護法は、文化財を「単なる私有物ではなく、いわば国民的財産」であり、所有者は「国民に代って保存管理する責任」を負うという立場に立って、私権の不当な侵害の防止と私権濫用の抑制による公益確保との調整を課題としている⁽¹⁵⁾。

(2) 文化遺産に関する紛争

文化遺産に関する紛争は、契約に関する紛争と契約と関係しない紛争がある。真贋や作者の同定などに関する紛争が前者、返還に関する紛争などが後者である。例えば、日本に関わる後者として、第2次世界大戦末期に所在が不明となった旧琉球王家の宝冠の返還や⁽¹⁶⁾、占領期に連合国が接

立てた場合には、合意が成立するまで登録されず、事務局長ではなく執行委員会が登録を決定するとする改革が成立している。2021年4月16日読売新聞夕刊1面参照。

- (11) Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, May 14, 1954, 249 U.N.T.S 215.
- (12) 1986年の初版は職業倫理規程と名づけられていた。現行は2004年改訂版であるが、2021年に再度改訂される予定である。
- (13) See ICOM Code of Ethics for Museums (2004), p. 9.
- (14) 横山美夏「グローバル化時代の市民生活と民法学」山元一他編『グローバル化と法の変容』(2018年)125, 134-135頁参照(François Ost, *La nature hors la loi: L'écologie à l'épreuve du droit* (1995), p. 132を引用する)。
- (15) 竹内敏夫、岸田実『文化財保護法詳説』(1950年)45, 73-75, 77-78頁参照。同法は、財産権と「公益との調整に留意しなければならない」とする規定を、史跡名勝天然記念物の指定(第111条1項)および重要文化的景観の指定(第141条1項)について置いている。

取⁽¹⁷⁾したいいわゆる「赤羽刀」——国宝級の刀剣を少なくとも 45 点含む 569,000 点以上の刀剣——の返還の問題がある⁽¹⁸⁾。

なお、目的物の所在国では返還させる見込みがない場合には、その可能性が相対的に高い国に貸し出されたときに、その国で裁判が提起される。例えば、被請求者による時効取得が認められる可能性が高いオランダではなく、「自己のものではない物を与えることはできない (*nemo dat quod non habet*)」という原則の下で盗物については所有権の移転が認められず、返還義務が認定される可能性が残る合衆国の裁判所に提訴されるのである⁽¹⁹⁾。このような提訴の可能性は、外国の博物館が同種の文化遺産の購入を差し控えたり⁽²⁰⁾、その貸出し・借受けを差し控えたりする原因となる⁽²¹⁾。

2 裁判と ADR

(1) 立法・裁判・ADR

文化遺産に関する紛争の解決は、立法によることがある⁽²²⁾。また、裁

(16) 戦時に敵貨を獲得する行為は、海上では捕獲、陸上では鹵獲^{ろかく}と呼ばれるといわれることがある。西岡将「独口文化財返還交渉と北方領土問題」海外事情 43 卷 7-8 号 (1995 年) 92, 93 頁参照。しかし、海上捕獲の対象は敵貨一般であるが、陸上での鹵獲の対象は敵貨である武器や補給物資に限定される。

(17) 「接取貴金属等の処理に関する法律」第 2 条 2 項は、連合国が占有者から「無償で…連合国占領軍の管理に移した行為」を「接取」と呼ぶ。

(18) 河野俊行「略奪と返還——文化遺産に国籍はあるか」国際交流 102 号 (2004 年) 56, 58-60 頁参照。「接取刀剣類の処理に関する法律」は、接取された刀剣の種類・形状などが官報で公示されて 1 年以内に、それが自己に帰属すべきものであることを証明する書面を提出することを要件として、返還を認めた (第 3 条)。同法は議員立法であった。

(19) See 14 Artworks: Malewicz Heirs and City of Amsterdam, *ArThemis*, pp. 2-3.

(20) See L.V. Prott, The Dja Dja Wurrung Bank Etchings Case, *International Journal of Cultural Property*, Vol. 13 (2006), pp. 241, 244.

(21) 文化遺産の借受けを萎縮させないため、「海外の美術品等の我が国における公開の促進に関する法律」第 3 条は、日本で公開される「海外の美術品等」のうち指定されるものを強制執行から免除する。

(22) See Balangiga Bells, *ArThemis*, p. 7 (返還を禁止する法を制定した議会が、政治状況の変化を受けて、当該法を修正し、返還を許可した)。後掲注 145 も参照。

判によることもある。当事者の立場が両極に留まるときには、請求の認容または棄却という悉無的 (zero-sum) な帰結となる裁判は固有の意義をもつ。さらに、ADRによることもある。ADRには、第三者が拘束力をもつ決定を下す裁断型手続と、決定を下すことなく、当事者の交渉を支援するだけの調停型手続がある⁽²³⁾。このうち裁断型手続には、仲裁と「専門家による決定」⁽²⁴⁾がある。仲裁人は責任を免除されるが、専門家は過失の責任を問われうること、仲裁判断より専門家の決定の方が裁判所によって取り消されることが少ないこと、そして、仲裁判断は執行制度をもつが、専門家の決定に固有の執行制度は存在しないことなどの相違が、この2つには存在する⁽²⁵⁾。「専門家による決定」は文化遺産の真贋に関する紛争で有用であると指摘されている⁽²⁶⁾。これに対して、調停型手続には、ファシリテーターの利用・斡旋・仲介・調停などがある。第三者の役割は、同席協議のみか、一方当事者のみとおこなう別席協議も認められるか、自身の見解を開陳するか、そうしないか、自身の解決案を提案する

(23) 民事調停法第1条は、「当事者の互譲により、条理にかない実情に即した解決を図る」ことを同法の目的とする。互譲の精神とは、「単に争いを避けるという消極的な意味では決してなく、むしろお互いの立場をよく理解したうえで、相互に納得できる新たな解決法を見出していく」創造的精神である。上谷清「推薦の言葉」K・M・スキャンロン、東京地方裁判所ADR実務研究会訳『メディアエイターズ・デスクブック——調停者への道』(2003年)1頁参照。つまり、「互譲の精神」は、「闘争において汝の権利=法を見出せ」(Rudolf von Ihering, *Motto to Der Kampf um's Recht* (13th ed. 1897) [イエーリング、村上淳一訳「題辞」『権利のための闘争』7頁])という精神と両立させるべきものである。

(24) 建設契約に関する紛争について公認測量士、造船契約に関する紛争についてロイズ測量技師による決定が利用されている。日本貿易振興機構「アブダビにおける紛争解決手続き——その1『訴訟だけが唯一の方法ではない』」(2011年)3頁参照。

(25) See Norman Palmer & Peter Kaye, *International Dispute Resolution: Cross-Border Loans and Exhibitions*, in *Art Loans* (Norman Palmer ed., 1997), pp. 373, 395.

(26) See Sarah Theurich, *Alternative Dispute Resolution in Art and Cultural Heritage: Explored in the Context of the World Intellectual Property Organization's Work*, in *Kulturgüterschutz-Kunstrecht-Kulturrecht: Festschrift für Kurt Siehr zum 75.* (Kerstin Odendahl & Peter Johannes Weber eds., 2010), pp. 569, 578.

か、そうしないかなどの多様性がある。これらを確定するのは当事者の同意である⁽²⁷⁾。

なお、国際社会には、強制的裁判権と判決の強制執行制度を備えた裁判所は存在しない。例えば、国連の「主要な司法機関」である国際司法裁判所 (ICJ) ですら、国内法の下で裁判所の必要条件 (sine qua non) である強制的裁判権をもたない⁽²⁸⁾。そこで、国連憲章第 33 条 1 項が挙げる国際紛争解決手段は、交渉、審査、仲介、調停、仲裁のみならず、常設の国際裁判所による司法的解決 (judicial settlement) も、紛争当事国の同意の下に機能する。そもそも、ADR という概念は、「国家権力たる裁判の強制力」と「当事者の合意による処分性」が対置される場合に初めて意味をもつ⁽²⁹⁾。この二者の対置構造は国際社会に存在せず、国際法の下での紛争処理制度は、すべからず当事者の合意による処分性を基礎としており、全体として国内法の下での ADR と同じ性質をもつというしかない。

文化遺産に関する紛争について、「裁判は戦争のようなものであり、最もコストがかかり破壊的な紛争処理方法である」⁽³⁰⁾として、裁判より ADR の方が効果的であるといわれることが少なくない⁽³¹⁾。たしかに、文化遺産の市場は、国境を超える取引が多いこと、鑑定能力をもつ者が限られるなどの理由で、少数の専門家が継続的關係を構築していること、取引依頼者が盗難防止や「配偶者からの隠匿」という合法的考慮、または、脱税や資金洗浄という違法な考慮ゆえに秘密を重視し⁽³²⁾、取引を仲介する

(27) 別席協議と往復外交 (shuttle diplomacy) を組み合わせることも有用である。また、同席協議であれ別席協議であれ、調停者が自身の見解を開陳することは、立場を改める者の「面子を守るカモフラージュ」や交渉している代理人に対する本人からの批判を逸らす手段になる。スキャンロン前掲書 (注 2) 116-117 頁参照。

(28) See Sir Robert Jennings, *The Progress of International Law, in Collected Writings*, Vol. 1 (1998), pp. 271, 278.

(29) 山本和彦、山田文『ADR 仲裁法 [第 2 版]』(2015 年) 9 頁参照。

(30) Daniel Shapiro, *Litigation and Art-Related Disputes, in Resolution Methods for Art-Related Disputes* (Quentin Byrne-Sutton & Fabienne Geisinger-Mariéthoz eds., 1997), p. 17.

(31) 文化財に関する紛争について ADR に注目する専門誌の特集号の序文として、see Maria Shehade et al., *Alternative Dispute Resolution in Cultural Property Disputes: Merging Theory and Practice, International Journal of Cultural Property*, Vol. 23 (2016), p. 343.

業者も契約を書面に残さず、業者間で情報を共有しない慣行であること、ネットリターン価格取引⁽³³⁾などの取引形態が存在していること、そして、市場外からの圧力を受け、法令による規制を防止するために、市場内で行動規範が多数策定されていることなどの特徴をもつ⁽³⁴⁾。これらは、ADRによる処理に親和的である。

もちろん、ADRは「奇跡的な解決法ではない」⁽³⁵⁾。実際には、裁判の威嚇の下で初めてADRが機能することも少なくない。また、調停案を粹づけたり、ギリギリの線を確定したりするのは、市場内の行動規範ではなく国際法と国内法であることが少なくない⁽³⁶⁾。結局、裁判とADRは二者択一的に理解されるべきものではなく、それらの利点と限界に照らして、最適な選択や組み合わせを探究されるべきものである。

(2) 仲裁と調停

仲裁が文化遺産に関する紛争の解決手段の候補として挙げられることは少なくない。例えば、国連海洋法条約第287条1項と、同項を準用する水中文化遺産保護条約⁽³⁷⁾第25条5項は、「海洋において発見された考古学

(32) これらの考慮については、秘密を特別に保護すべき理由にはならないという主張も存在する。河野俊行「文化財の不法な輸入、輸出及び所有権移転を禁止し及び防止する手段に関する条約と我が国における執行」ジュリスト1250号(2003年)198, 201-202頁参照。

(33) ネットリターン価格取引とは、委託販売手数料を、売却代金に一定の率を乗じた金額ではなく、委託者が要求する上代(net return price)を売却代金から引いた額にするという方式である。島田真琴「美術品の委託売買における美術商の顧客に対する責任——Accidia Foundation 対 Simon C. Dickinson Limited 判決の美術品取引実務への影響」慶応法学23号(2012年)165, 166-167頁参照。裁判所はこの慣行の適用を否定する傾向がある。同論文183-184頁参照。

(34) 島田真琴「美術品・文化財をめぐる紛争とADR」慶応法学44号(2020年)107, 120-122頁参照。

(35) Alper Taşdelen, *The Return of Cultural Artefacts: Hard and Soft Law Approaches* (2016), p. 192.

(36) See Brigitta Hauser-Schäublin, *Looted, Trafficked, Donated and Returned, in Cultural Property and Contested Ownership: The Trafficking of Artefacts and the Quest for Restitution* (Brigitta Hauser-Schäublin & Lyndel V. Prott eds., 2016), pp. 64, 78.

(37) Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage, Nov. 2,

上の又は歴史的な特質を有する物」(国連海洋法条約第 303 条) に関する紛争の解決手段の 1 つとして仲裁を挙げる。また、「盗取され又は不法に輸出された文化財に関する UNIDROIT [私法統一国際協会] 条約」⁽³⁸⁾ 第 8 条 2 項も同種の規定である。さらに、指令 93/7 を引き継いだ EU 指令 2014/60⁽³⁹⁾ の第 5 条 6 項は、仲裁の実施について規定している。なお、武力紛争文化財保護条約実施規則⁽⁴⁰⁾ 第 14 条 6 項も、文化財の登録に異議が申し立てられた場合には、登録国が異議申立国に仲裁付託を要求できるとする。また、国際法協会 (ILA) 遺産法委員会の「文化的有体物の相互保護および移転における協力原則」第 9 項も仲裁の利用を規定している⁽⁴¹⁾。

2001, 2562 U.N.T.S. 3.

(38) UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, June 24, 1995, 2421 U.N.T.S. 457. 文化遺産の市場地国は本条約を批准しておらず、本条約に基づく請求はこれまでのところ知られていない。加藤紫帆「国境を越えた文化財の不正取引に対する抵触法的対応 (3) ——グローバル・ガバナンスのための抵触法を目指して」法政論集 280 号 (2018 年) 173, 185 頁注 57 参照。返還請求の目的物を登録によって特定し、市場関係者の予測可能性を確保する制度の創設も、請求国による適切な不法輸出防止措置も要件とすることなく、返還請求権のみを創設することが、日本が本条約を受諾しない理由である。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 (2006 年) 39, 69 頁参照。この 2 つの要件は、UNESCO の「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, Nov. 14, 1970, 823 U.N.T.S. 232) を国内で実施するための合衆国の文化財条約実施法 (Convention on Cultural Property Implementation Act) が返還の要件としているものである。同論文 41 頁注 16 参照。返還請求に積極的なインドが不法輸出の防止には無関心にみえんとする批判の紹介として、see Dancing Shiva Statue, *ArThemis*, p. 6.

(39) Directive 2014/60/EU on the Return of Cultural Objects Unlawfully Removed from the Territory of a Member State and Amending Regulation (EU) No 1024/2012 (Recast), May 15, 2014, O.J. L. 159.

(40) Regulations for the Execution of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, available at <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/convention-and-protocols/1954-hague-convention/regulations-for-execution/>.

(41) See International Law Association, Heritage Law Committee Resolution No. 4/2006: Principles for Cooperation in the Mutual Protection and Transfer of

もっとも、文化遺産に関する紛争を仲裁が解決した例は実際には稀である⁽⁴²⁾。というのも、仲裁は、基準・監視・事後審査の欠如と恣意性を潜在的問題としてもつので、第三者による裁断に紛争の解決を委ねる場合には、実務家は一般的に仲裁より裁判を選好するからである⁽⁴³⁾。

ADRのうち、最も頻繁に利用されるのは調停である。調停は仲裁と解決内容と手続の点で、3つの点が異なる⁽⁴⁴⁾。第1に、調停では、法の外の考慮も可能であるのに対して、仲裁では、当事者が「衡平と善 (*ex aequo et bono*)」による決定を授権しないかぎり⁽⁴⁵⁾——このような授権の例はほとんど知られておらず、後に挙げるように、ナチス期の没収等に係わる紛争について、例外的に、法の外の考慮が可能な勧告委員会の勧告に当事者が拘束力を認めるといふ実質的仲裁が利用されることだけがある——、通常、国内法または国際法(条約、慣習国際法および「法の一般原則」)⁽⁴⁶⁾

Cultural Material, para. 9, available at <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1088&StorageFileGuid=0e0f2896-e358-4718-81da-4ff336098463>.

(42) See Marie Cornu & Marc-André Renold, *New Developments in the Restitution of Cultural Property: Alternative Means of Dispute Resolution*, *International Journal of Cultural Property*, Vol. 17 (2010), pp. 1, 13 (Altman事件は仲裁によって解決したが、仲裁付託前に10年間の裁判と裁判所の命令による調停がおこなわれていたことがその前提であったと指摘する)。Altman事件については、後掲注109参照。

(43) See Shapiro, *supra* note 30, p. 32.

(44) See Palmer & Kaye, *supra* note 25, p. 394.

(45) 仲裁法第36条3項は、UNCITRAL [国連国際商取引法委員会] 国際商事仲裁モデル法 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, June 21, 1985, U.N. Doc. A/40/17, Ann. I, as Amended, July 7, 2006, U.N. Doc. A/61/17, Ann. I) 第28条3項に従い、「仲裁人の専門的知見を活かした判断などを示すことが紛争解決に資することもありうる」という理由で、衡平と善による判断を認めている。近藤昌昭他『仲裁法コンメンタール』(2003年)201頁参照(「当事者双方の明示された求め」が要件とされるのは、不慣れな当事者を保護するためであるとする)。なお、衡平と善による判断を授権された仲裁人が法による判断を下した場合にも、そのことは取消事由にならない。同書202頁参照。

(46) 例えば、「契約関係を規律する多様な国々の法の基礎にある原則の共通分母」(Deutsche-Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbH v. Ras al Khaimah National Oil Co., [1987] 2 All ER 769, 779) がそれに当たる。

が準則とされる。第2に、調停者には別席協議（caucus）も認められるのに対して、仲裁人には、原則として、同席審理のみが認められる⁽⁴⁷⁾。仲裁人が一方当事者とのみ会合をもつと、その中立性に対する疑義を招くからである。第3に、調停は、紛争解決後の当事者の関係を考慮するのに対して、仲裁は、通常、当面の紛争の解決に集中する。

調停が文化遺産に関する紛争の解決手段の候補として指定されることもある。例えば、UNESCO条約⁽⁴⁸⁾は、司法的解決や仲裁に言及せず⁽⁴⁹⁾、

(47) 調停人には、協同的法（Collaborative Law）の形成という理念の下で、「開かれた質問（open ended question）」を投げかけ、言い換え（reframing）と要約（summarizing）を駆使し、法に関連する事情のみならず、関連しない事情も聴きとって言語化することが勧められている。山本、山田前掲書（注29）435-438頁参照。

(48) 政府は、UNESCO条約の趣旨に賛同していたが、実務的検討の期間が必要であったとする。第154回国会参議院文教科学委員会会議録第14号（2002年6月25日）5頁参照（遠山敦子発言）。この答弁に依拠し、同条約の受諾に30年あまりの「時間がかかった」といわれる。八並廉「文化財不法輸出入等禁止条約をめぐる近年の動向」小田敬美他編『市民生活と現代法理論——三谷忠之先生古稀祝賀』（2017年）287, 292頁参照。かりに、同条約が受諾されなかった理由が検討の遅延であったとすると、政府の能力に疑問が生じる。しかし、そうではない。UNESCO条約第7条b号iiiは、由来地国の利益のために「取引安全のための基本的な仕組みを犠牲に」することを所在地国に要求する。清水前掲論文（注38）42頁参照。この要求が不当であると判断されたことが理由であったと考えられる。同じように、1972年に採択され、1992年まで日本が受諾しなかった世界遺産条約（Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, Nov. 16, 1972, 1037 U.N.T.S. 151）の場合にも、政府は国内法の整備を理由としたが、「加盟することによる利益が大きいとは考えられなかった」ことが20年間受諾しなかった理由であった。崎谷康文「文化財の保護とユネスコ条約に関する若干の考察」Research Bureau 論究創刊号（2005年）56, 59頁参照。条約の内容に受諾の障害が存在する場合には、そのことを直視し、批准の是非を論じるべきである。

1970年のUNESCO条約を日本が受諾したのは、1990年代に、フランスや中国など「先進国を含む約20か国にも及ぶ国々が続々と条約に加入した」からであるとされる。増子則義「文化財不法輸出入等禁止条約の締結に伴う国内法整備」時の法令1682号（2003年）30, 31頁参照。しかし、流れに飲まれたという受動的理由よりいっそう直接的な理由は、日本における文化遺産の盗難であったと考えられる。1994年に長崎県の安国寺で高麗版大般若経が盗まれ、翌年、「これと酷似する経典3巻が韓国の国宝に指定され」た。指定された経典について、1998年に日本は来歴の確認を要請したが、韓国は「個人

UNESCO が「和解が成立するよう斡旋をすることができる」とのみ規定する（第17条5項）。また、国家間の非拘束的合意「ナチスが没収した美術品に関する原則（ワシントン原則）」⁽⁵⁰⁾の第11原則は、国がADRを発展させるべきものとし、同宣言を踏まえた「ホロコースト期の財産および関連する問題に関する2009年のテレジン宣言」⁽⁵¹⁾も、ADRが「公平かつ公正な（just and fair）」解決を達成するべきであるとしている。

所有のため」という理由で要請を拒否した。菅野朋子『韓国窃盗ビジネスを追い——狙われる日本の「国宝」』（2012年）2-3頁参照。かりに、当該経典が盗取されたものである場合には、それを国宝に指定する行為は、国家責任条文（Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Annex to General Assembly Resolution 56/83, Dec. 12, 2001, U.N. Doc. A/56/49 (Vol. I)/Corr.4.）の第11条に反映している慣習国際法の下で、窃盗を「認めかつ採用した」ものであり、窃盗について韓国の国家責任を生じさせよう。国宝に指定するための調査をおこないながら、来歴を証明するための調査を拒否することは、このことを推定させるといえるかもしれない。韓国の文化財保護法第67条は、国外所在文化財の「還収」のための努力義務を国に課しており、このような行為が国家政策によるものであるかどうかとも問題となりうる。日本がUNESCO条約を受諾した後、2012年に発生した長崎県の観音寺の観音像の韓国人による窃盗・もち去りについては、同像の返還を韓国が拒否した行為について、UNESCO条約がその国家責任を追及する基礎とされることになった。

- (49) 文化遺産の問題に関する経験をほとんどたないICJではなく、それを蓄積してきたUNESCOで処理するべきであると考えられた。See Patrick J. O'Keefe, *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property* (2d ed. 2007), p. 93.
- (50) Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art, Dec. 3, 1998, available at <https://www.state.gov/washington-conference-principles-on-nazi-confiscated-art/>. 本原則が条約とされなかったことは重要である。というのも、このことは、「難事件が悪法を作る（Hard cases make bad laws）」ことを防止するために、ナチスの行為を例外的な事象と位置づけ、それを国際法形成の基礎にしないという意味を反映するからである。また、関係国はこの原則の実現を裁判や仲裁ではなく勧告委員会に委ねた。それは、勧告に拘束力が認められる根拠も、ワシントン原則を基準とする根拠も、法ではなく当事者の意思にあると説明されるようにするためである。
- (51) 2009 Terezin Declaration on Holocaust Era Assets and Related Issues, June 30, 2009, available at <https://www.state.gov/prague-holocaust-era-assets-conference-terezin-declaration/>.

調停には、調停人が当事者にとって外在的な規準に則ってその主張を評価し、当事者に自己の弱点を認識させ、解決に向けて説得する評価・教化型（evaluative）調停と⁽⁵²⁾、調停人が当事者の対話の過程を管理し、当事者の立場の背後にある動機・関心／利益・優先順位を明確化することによって、取引材料を増やして交渉の余地を拡大し、互惠的（positive-sum）和解を目指す交渉促進型（facilitative）調停がある⁽⁵³⁾。このうち、交渉促進型調停では、例えば、調停者は、交渉力の相対的に弱い当事者の真意を別席協議で引き出し、その感情を相手が認識し、それを尊重するように促すことによって、和解を促進できる。また、UNIDROIT 条約第 6 条 3 項が認めるように、被請求者の権原を承認しつつ請求国に所在を移転したり、権原を放棄する所有者に代償を提供したりするという「パイの拡大」によって、互惠性を確保しやすくすることもできる⁽⁵⁴⁾。さらに、和解の達成が迅速であること自体が、その内容に関する不満を相殺する場合がある。

調停の例として、盗難後の修復によって価値が大幅に高くなったエジプトの胸当ての例がある。この例で、当事者は、美術関連法の教授を調停者としつつ、返還する場合の代償の算定について 3 人の鑑定人を指定することに合意した。調停者は種々の要素を考慮した調停案を提示し、代償の支払いを条件として返還するという和解が成立した⁽⁵⁵⁾。専門的知見の異な

(52) 評価・教化型調停では、例えば、別席協議は調停人が権威をもって当事者を説得する機会となる。

(53) これらに加えて、当事者の紛争に関する認識を変容させる調停に独自の意義を認めて、認識変容型（transformative）という類型を挙げる見解もある。山本、山田前掲書（注 29）163-169 頁参照（実務的には混合型が有用であると指摘する）。

(54) See Lyndel V. Prott, *Commentary on the UNIDROIT Convention on Stolen and Illegally Exported Cultural Objects 1995* (1997), pp. 66-67. UNIDROIT 条約を適用した返還は、所在を由来地国に移転することのみを意味し、所有権を変動させない。しかし、由来地国法の下で、被請求者の所有権が承認されなかったり、目的物が没収されたりする可能性が高い。清水前掲論文（注 38）57 頁参照。同条約第 4 条 1 項は、被請求者が目的物の取得の際に「正当な注意を払ったことを証明する」場合に「公正かつ合理的な補償」を受け取る権利を保障している。しかし、「実際には盗取の事実についての無過失の立証責任を負担させられるのと同じ結果になる」といわれる。同論文 51-52 頁参照。

(55) See Shapiro, *supra* note 30, p. 28.

る調停者と鑑定人の組み合わせが、判決や仲裁判断では困難であったと考えられる当事者の和解を可能にしたのである。

なお、調停で和解が成立しなかった場合に仲裁に移行するという多層的紛争解決条項（エスカレート条項）が利用されることもある⁽⁵⁶⁾。そのうち、「調停人による仲裁（Med-Arb）」は、調停手続で得られた情報が調停人＝仲裁人の判断に予断を与えうることから、当事者が調停に積極的にならないという問題をもつ⁽⁵⁷⁾。この問題は、「調停人以外の第三者による仲裁（Co-Med-Arb）」または「離脱可能な調停人による仲裁（Med-Arb-Opt-Out）」を採用すれば回避できる⁽⁵⁸⁾。Co-Med-Arbには、当事者が選任する仲裁人が利害調節的審理（調停）を進め、それだけでは和解が成立しない場合に、それまで参加していなかった裁定者が参加し、仲裁判断を決定するというアンパイア仲裁の制度がある⁽⁵⁹⁾。また、当事者が金銭的提案をおこない、仲裁人がその一方を裁定として選択する「『野球』仲裁アプローチ」や、手続の早い段階で仲裁判断を下したうえで、それを開示することなく調停を進め、調停が成功しなかったときにそれを開示する「箱を背景とする調停（Mediation against the Box）」もある⁽⁶⁰⁾。Med-Arb-Opt-Outは、調停から仲裁に移行する際に、手続から離脱する権利を当事者が行使できるとする制度である。なお、紛争が発生した後で仲裁合意（*compromis*）を締結することは困難なことが少なくないことから、このような仲裁条項（*clause compromissaire*）は、当初から契約に挿入しておくことが望ましい⁽⁶¹⁾。

3 ADRの利点と限界

裁判と対比したときのADRの利点として、中立性、専門性、秘密保持、法的制約からの自由、法の外の考慮に基づく解決の追求、コストの節約、未来志向的な救済など7点が挙げられる。以下では、それぞれについて検討する。

(56) 「WIPO 調停ガイドブック」（2020年）14頁参照。

(57) 山本、山田前掲書（注29）420-423頁参照。

(58) スキャンロン前掲書（注2）108, 126-129頁参照。

(59) 山本、山田前掲書（注29）327頁参照。

(60) スキャンロン前掲書（注2）128頁参照。

(61) See Palmer & Kaye, *supra* note 25, pp. 375-376.

(1) 中立性——公共性

文化遺産の返還請求者の国籍国における裁判は、それを占有する外国や外国人にとって、利害関係者による偏向した処理とみなされる⁽⁶²⁾。「何人も自己の裁判官たるをえず (*nemo iudex in re sua causa*)」という法理と、「司法は遂行されるだけではなく、遂行されたとみえなければならない (Not only must Justice be done; it must also be seen to be done)」という法理は、法の一般原則である。それに対して、ADRは、中立的第三者の関与によることができる。すなわち、紛争処理過程を「脱現地化 (delocalization)」⁽⁶³⁾できるのである。「脱現地化」は、裁定者や調停人についてのみならず、適用される準則についても望ましい⁽⁶⁴⁾。当事者が手続で使用できる言語を指定することも利点である。

しかし、仲裁人は高額の収入を得る仲裁を以後も受任するためならばどのような結論でも導くという指摘もある⁽⁶⁵⁾。これに対して、裁判所は、現地の公益を保護する責務を果たす⁽⁶⁶⁾。先に述べたように、文化遺産を保存し、活用する公益 (多数者の利益) と、その所有者の財産権 (個人の利益) の調整は重要な課題であり⁽⁶⁷⁾、文化遺産に関する紛争は、当事者の処理に完全に委ねられる純粋に私的な紛争ではなく、公的性質をもつのである⁽⁶⁸⁾。この公的性質ゆえに、裁判は独自の意義をもつ。そして、仲裁の利用が促進されるべきものと考えられるためには、このような懸念を払拭するように慎重に運用される必要がある⁽⁶⁹⁾。

(62) 利害関係者が介入して解決に失敗した例として、see *Auschwitz Suitcase, ArThemis*, p. 4 (アウシュビッツの博物館に返還を求めた請求者が、目的物をパリの博物館で公開することを希望していたときに、後者の館長が介入したものの、解決に成功しなかったことを紹介する)。

(63) Teresa Giovannini, *La pratique de l'arbitrage en matière de biens culturels, in Resolving Disputes in Cultural Property* (Marc-Andre Renold et al. eds. 2012), pp. 21, 23.

(64) See Palmer & Kaye, *supra* note 25, pp. 380-386.

(65) See Shapiro, *supra* note 30, p. 33.

(66) 商事仲裁に対する一般的な批判として、see Robert Wai, *Transnational Liftoff and Judicial Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization, Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 40 (2002), pp. 209, 258-260.

(67) 141頁参照。See also Biccherna Panel, *ArThemis*, p. 7.

(68) See Taşdelen, *supra* note 35, p. 192.

(2) 文化遺産に関する専門性——紛争解決・法に関する専門性

文化遺産に関する紛争を処理するためには、考古学や美術史などに関する専門的知見が必要となる。しかし、法専門職である裁判官はそれをもたない。たしかに、鑑定を利用することは可能であるものの、それだけでは、裁判官は皮相的理解を得られるにすぎないといわれる⁽⁷⁰⁾。それに対して、ADRでは、文化遺産に関する専門家を裁判の場合よりも実質的に関与させることができる。例えば、文化遺産の専門家を仲裁人や調停人としつつ、仲裁廷や調停委員会の長は法律家とすることが有用である⁽⁷¹⁾。

もっとも、ある分野の専門家の数が限られているときに、利益相反のない専門家を選任することは困難である⁽⁷²⁾。例えば、NGOである盗難美術品登録団体（Art Loss Register）の担当者がファシリテーターとして行動した際に、被請求者となった目的物の購入者に誤解を与えることによって、紛争を悪化させた例が知られている⁽⁷³⁾。また、専門家は当該分野で活動し続ける主体（repeat player）なので、当事者がその活動を妨害する能力をもつ場合や、その紛争処理に関与することが当該専門家の評判（reputation）を損ないうる場合には、依頼を引き受けない。例えば、文化遺産「業界」では、貸借に関する紛争が生じたときに、どれほど正当であっても、貸手が借手に以後貸出しを拒否するような措置を講じると、借手のみならず、貸手も「業界」の参加者からの信頼を失うといわれる⁽⁷⁴⁾。専門家も同種の危険を負っているのであり、そのような危険を回避するた

(69) See Shapiro, *supra* note 30, p. 34.

(70) See Elizabeth Varner, Arbitrating Cultural Property Disputes, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 13 (2012), pp. 477, 483.

(71) スキャンロン前掲書（注2）125頁参照（共同調停を引き受ける法律家は、相調停者の資格を確認する必要があるとする）。修復的司法の場合のようなカウンセラーや、文化の相違を架橋するコンサルタントを共同調停者にすることが有用な場合もあると考えられる。

(72) 利益相反は、専門家個人のみならず、当該専門家が所属する組織に所属するすべての者に推定（imputation）される可能性がある。

(73) See Two Souza Paintings, *ArThemis*, pp. 3, 5（このNGOは35万件の登録について、2億5000万ドル相当の返還を可能としたが、正義をゆがめなためには規制される必要があると指摘する）。

(74) See Norman Palmer, *Conclusions to Art Loans* (Norman Palmer ed., 1997), pp. 405, 406. See also *id.* p. 412（「博物館界の慣行に配慮する」紛争解決手段が要求されると指摘する）。

めに、調停人を引き受ける専門家がみつからないことも少なくないと考えられるのである。

(3) 秘密の保持——情報開示

紛争解決には、関連する事実に関する認識の共有が必要となる。しかし、通常、当事者は自己に不利な情報を相手方に開示しようとしない。そこで、裁判は情報開示を強制する手段として有用である。裁判で情報開示が進んで、一方当事者が敗訴の蓋然性を認識したとき、または、裁判費用の高額化などの直接費用と評判の低下などの間接費用が過度になると判断したとき、初めて和解の機が熟することが少なくないのである⁽⁷⁵⁾。ただし、裁判手続による情報開示が十分ではない場合には、証明の負担 (burden of proof) に則って請求を棄却する判決は、請求者を納得させることができない⁽⁷⁶⁾。そのような場合には、当事者が解決にコミットメントを与えた ADR の方が主観的には納得度が高く、持続可能性のある解決となりうる。

目的物の入手経緯・購入金額・「返還」の代償の金額などが開示されると、関係者はその評判を損なわれ、他の取引相手との紛争の連鎖にさらされるおそれがある⁽⁷⁷⁾。そこで、裁判の公開という原則に服さない ADR は、対外的な秘密保持を希望する当事者にとって望ましい手段となる⁽⁷⁸⁾。また、感情的要素の強い紛争では、ビジネス的ではない ADR が、公開されることなく感情を発散・鎮静させて解決に進むために有用である。さら

(75) See Lawrence M. Kaye, *Litigation in Cultural Property: A General Overview*, in *Resolving Disputes in Cultural Property* (Marc-Andre Renold et al. eds. 2012), pp. 3, 8-9, 11, 13, 17. 敗訴を避けるために、被請求者が和解を受け入れたと考えられる例として、see Elmali Hoard, *ArThemis*, p. 3. See *id.* p. 6 (トルコは、費用と時間のかかる裁判より ADR を好むようになったと指摘する)。この判断は、和解が成立しないときの最良事態 (BANTA) と最悪事態 (WANTA) の考慮を基礎としてなされる。

(76) 鳥田前掲論文 (注 34) 125 頁参照。

(77) 同論文 124-125 頁参照。

(78) See Palmer & Kaye, *supra* note 25, p. 379. ADR への付託合意は、秘密保持義務、書類の返還/廃棄の保証、それらの義務の違反に対する救済、事後の裁判における証拠提出についての権利の放棄に関する条項を含むことが定型である。

に、裁判の場合には、紛争が発生した事実や、紛争処理過程で真贋に関する専門家の争いが生じた事実などが知られ、当該遺産に関する認識 (perception) が変化し、その経済的価値を下げることもある。それゆえ、このような危険を防止するためにも、ADRは有用である。

しかし、文化遺産に関する紛争は公開の裁判で解決されるべきであると考えることもできる⁽⁷⁹⁾。なぜなら、調停は、公正な解決のためではなく、一方当事者が自己の力を見せつけるため、または、対価を払うことなく情報を得るために、利用されることがあるからである⁽⁸⁰⁾。たしかに、仲裁判断については、裁判所がその執行を公序に反するとして拒否すれば、公益は確保される。しかし、執行請求が係属するとはかぎらない。それゆえ、裁判官が、公開の法廷で、公益を保護する法令を適用する裁判は、情報開示に止まらない意義をもちうるのである。この点で、国々が選任する者が構成し、国際法を準則とする ICJ や世界貿易機関 (WTO) の上級委員会による紛争処理と、私人によって特定の事件のために指名され、公的に能力が承認されたわけではない仲裁人が法を解釈したり、法以外の基準を適用したりする仲裁とは区別されるべきである⁽⁸¹⁾。

(4) 法からの逸脱——法の実現

裁判では、出訴期限 (statute of limitation) などの手続法と、消滅時効・取得時効などの実体法の適用がある⁽⁸²⁾。例えば、手続法としては、

(79) See Bélier malien, *ArThemis*, p. 5.

(80) See Kaye, *supra* note 75, p. 18. 「非倫理的な美術専門家と犯罪者」が裁判を回避するために ADR を利用することもあるといわれる。See Icklingham Bronzes, *ArThemis*, p. 5.

(81) なお、投資条約仲裁に対する批判的見解が増えていることは、それを反批判する論者によっても自覚されている。島田前掲論文 (注 34) 133 頁注 86 参照。

(82) 島田真琴「イギリスにおける盗失・略奪美術品の被害者への返還に関する法制度」慶応法学 21 号 (2011 年) 79, 93-94 頁参照。日本は「世界でも有数」の善意取得者に有利な制度をもつことから、所在地主義の下で、盗難・盗掘文化遺産を引きつけてきた。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, 50 頁参照。UNESCO 条約を実施する「文化財の不法な輸出入等の規制等に関する法律」第 6 条は、民法第 192 条の特別法として、返還請求期間を盗難の時から 12 年へと延長した。ただし、同法は、盗難文化財のみを対象とし、盗掘文化財・違法輸出文化財は対象から外してい

返還請求に過度に有利であるといわれる UNIDROIT 条約ですら、原則として、文化財の所在とその占有者を知った時から3年または盗取された時から50年のいずれか早い日を出訴期限とする(第3条3項)。もっとも、「特定された記念物」等の場合には、盗取された時からの期間は問わず、所在と占有者を知った時から3年の出訴期限にのみ服する(同条4項)。このような請求の時間的制限は、時間の経過によって証明が困難となった主張を排除し、取引の安全を保障することを目的とする「法の一般原則」である。そして、その逸脱が認められる場合は、法によって特定されている。例えば、「戦争犯罪及び人道に対する犯罪に対する時効不適用条約」⁽⁸³⁾は、特定の国際犯罪について、時効を適用しないことに合意する特別法である⁽⁸⁴⁾。

これに対して、ADRでは、このような法的規律から逸脱する解決も可能である⁽⁸⁵⁾。例えば、ワシントン原則を実現するために設立された勧告委員会は、請求者が証明の負担を負うという原則を逸脱する第4原則を考慮することを許されている。しかし、このような非拘束的合意とADRにおける勧告は、請求の根拠が証明されていないにもかかわらず権利の放棄を要求する社会的圧力を高め、「大勢に乗じる効果 (bandwagon effect)」を生じさせることにもなる⁽⁸⁶⁾。実際に、2009年に「返還」を拒否した被

ること、被害国による盗難の事実の通知を要件とすること、民事裁判を回復手段とすることなどの問題をもつと指摘されている。河野前掲論文(注18)60頁参照(中国で横行している墳墓盗掘の出土品がもち込まれうる日本は座視できないと警告する)。

(83) Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, Nov. 26, 1968, 754 U.N.T.S. 73.

(84) ロシアを除く安保理常任理事国を含め、大多数の国は批准しておらず、当事国は56か国にすぎない。その内容が非当事国にも適用される慣習国際法を反映しているとはいえない。

(85) 出訴期限によって裁判で勝訴する見込みがないことから、イギリスの略奪勧告委員会をファシリテーターとする解決が試みられた例として、see Beneventan Missal, *ArThemis*, pp. 3, 5 (1943年にイタリアから連合軍がもち去ったミサ典書について、所蔵図書館が保存と研究者のアクセスの確保を理由として反対したが、委員会は無条件で返還するよう勧告し、それが受け入れられた)。

(86) ワシントン原則のような「ソフトロー」が重要性をもつとする主張として、see *Deux cavaliers sur la plage*, *ArThemis*, p. 6.

請求者が2017年に「返還」した例は、このような「ソフトロー」の定着を受けて、評判を維持するためにそうせざるをえなかったものと評されている⁽⁸⁷⁾。あまつさえこのような傾向に棹差して、「返還」を要求する倫理原則が法規則に変質しつつあるという主張すら存在している⁽⁸⁸⁾。しかし、この主張は、例えば、ワシントン原則が非拘束的合意とされ、その実現も裁判や仲裁ではなく勧告委員会によるものとされ、慣習国際法を形成する国家慣行と法的信念という価値を否定されている事実にも照らして、検証に耐えるものではない⁽⁸⁹⁾。

実体法としては、いうまでもなく、裁判で請求が認容されるためには、請求者が権利をもたなければならない。例えば、民法第897条1項の下で、遺体は墳墓の一部としてまたは「祭具」に準じて祭祀継承者に管理または所有の権利が認められる⁽⁹⁰⁾。そこで、博物館に収蔵されているアイヌの遺骨について、アイヌであると自認する者（の団体）が返還を請求し

(87) See Vallée de la Stour, *ArThemis*, pp. 3, 5-6.

(88) See Tullio Scovazzi, The Return of the Benev. VI 29 Missal to the Chapter Library of Benevento from the British Library, *Art, Antiquity and Law*, Vol. 16 (2011), pp. 285, 295.

(89) UNESCO 条約は、当事国が140か国しかないにもかかわらず、文化遺産市場を再構成したといわれる。合衆国が軍人の性的指向について1994年から2011年まで採用していた政策のように、博物館は文化遺産の来歴について「問わず、語らず (Don't Ask, Don't Tell)」としていたが、その方針の妥当性は失われたというのである。See 14 Archaeological Objects: Italy and Cleveland Museum of Art, *ArThemis*, p. 6. しかし、実際にどの程度の変化が生じているのか、そして、その変化が UNESCO 条約の効果であったのかについては、十分説明されていない。なお、1981年に日本の博物館が寄贈された文化遺産の来歴を十分調査しなかったとすると、「国会での承認に手間取ったために…発効する以前とはいえ、[同条約]に抵触する可能性がある」といわれる。五十嵐彰『文化財返還問題を考える——負の遺産を清算するために』(2019年)24-25頁参照。しかし、日本が受諾していなかったことは、「手間取った」わけではなく、受諾しないという政策であったというべきである。え、同条約は遡及適用されず(第15条)、抵触する可能性は存在しない。また、同条約の「精神」(同書30頁)を理由に「返還」が求められるとする主張も、同条約自体が発効以前の行為を理由として返還を義務づけないという「精神」を採用している事実によって反駁される。

(90) 星野茂「遺体・遺骨をめぐる法的諸問題(上)」法律論叢64巻5・6号(1992年)173, 199-201頁参照。

ても、その者 (の団体) は祭祀継承者に当たらないとして、当該請求は認められない可能性が高い⁽⁹¹⁾。そこで、当該遺骨をアイヌの慣行に則って埋葬するべきであるとすれば、裁判ではなく ADR によって、そのような埋葬をおこなう能力と意思をもつ者に「返還」されるべきであると考えられる。しかし、自然人類学の観点からは、文字をもたない社会の成り立ちや現在の集団との関係について、人骨は「ほとんど唯一の情報源」であり、研究者の人骨へのアクセスを確保し、社会全体にとって有益な情報を得られる環境を整備する必要があると指摘されている⁽⁹²⁾。同じ集団に属する先祖のものであるとしても、祭祀継承権をもつわけではない遺骨を埋葬したいという願望は、その研究によって当該集団ひいては人類一般の歴史に関する情報を得ることを希望する、当該集団に属する他の者および当該集団と異なる集団に属するが人類の一員である者の、研究する自由と「知る権利」を侵害し、公益に反するということができる⁽⁹³⁾。

このように対立する利益のバランスをとった調停による解決として、タスマニアのアボリジニーの遺骨について、原則として「返還」するが、博物館が採取した DNA の一部は当該博物館が保管し、その研究目的の利用の可否はアボリジニーの団体が決定するものとした例がある⁽⁹⁴⁾。なお、この事例では、先住民団体のなかに、遺体返還運動に費やす資金と努力は他の課題に向けるべきであるという意見が存在したことも看過されるべきではない⁽⁹⁵⁾。日本の「医学及び歯学の教育のための献体に関する法律」第 3 条は、教育を目的とする「献体の意思」を尊重するべきものとしている。この規定は、「同居の親族」の埋葬義務——「死亡の届出」義務 (戸籍法第 87 条 1 項) に含まれると解釈される——または「死亡地の市町村長」(墓地、埋葬等に関する法律第 9 条 1 項・行旅病人及行旅死亡人取扱

(91) フランス法の下では、「部族」を「家族」と同視することはできないとする判例が存在する。See Hopi Masks, *ArThemis*, p. 7.

(92) 篠田謙一「人骨標本と人類学」学術の動向 20 卷 5 号 (2015 年) 15, 19 頁参照。See also Crâne d'Ataï, *ArThemis*, p. 5.

(93) See Joe Watkins, *The Politics of Archeology*, in *Negotiating Culture: Heritage, Ownership, and Intellectual Property* (Laetitia La Follette ed., 2013), pp. 15, 24-25.

(94) See Maev Kennedy, *Aboriginal Remains Return to Tasmania after 20-Year Fight*, *The Guardian*, May 12, 2007.

(95) See 17 *Tasmanian Human Remains*, *ArThemis*, p. 6.

法第7条)の埋葬義務を免除する特別法である。たしかに、遺骨の本人が「猷体の意思」をもっていたと擬制することはできない⁽⁹⁶⁾。しかし、教育・研究を目的とする遺骨の利用は明らかに公益に資するものであるとされているのであり、祭祀継承者が特定されない遺骨の処遇を、特定の「帰属」集団に独占させずに研究者に委ねるべきであるかもしれないのである。

(5) 私的倫理——公的法

文化遺産に関する紛争では、「倫理的考慮は法的考慮よりも重要性がはるかに高い」⁽⁹⁷⁾といわれる。しかし、この発言には疑義がある。後に述べるように、この発言の背景となったテオティワカンの壁画が適切に保存されることになったのは、倫理的考慮ゆえではなく、市憲章が市有物として譲渡を禁止していたからであった⁽⁹⁸⁾。そもそも、倫理と主張される基準

(96) 祭祀継承者が存在する場合に、本人または祭祀継承者の同意なく遺体が展示されるべきではないことはいうまでもない。1897年に発生した例について、谷畑美帆「歴史系博物館における人骨資料の展示について——保管管理問題と併せて」*Museum Study* [Meiji University] 30号(2019年)167, 170頁参照。もっとも、この例は、グリーンランドからニューヨークに渡航し、同地で死亡したイヌイットの遺骨が博物館で展示されていたところ、アメリカでアメリカ人の養子となって成長した子が「返還」を主張し、1993年に「返還」が実現したものであり、当該遺骨はキリスト教の教会墓地に埋葬された。イヌイットの伝統では、遺骨は神聖なものとはみなされていなかったことから、現地のイヌイットは「返還」に関心がなく、死亡した本人も遺骨の「返還」を望まなかったであろうと推測されている。See David Hurst Thomas, *Skull Wars: Kennewick Man, Archeology, and the Battle for Native American Identity* (2000), pp. 218-219.

(97) Thomas K. Seligman, *The Murals of Teotihuacan: A Case Study of Negotiated Resolution*, in *The Ethics of Collecting: Whose Culture? Whose Property?* (Phyllis Mauch Messenger ed., 1989), pp. 73, 83.

(98) 後述170頁参照。なお、文化庁が日本への寄贈を打診したのに対して、日本のコレクターの相続人が「国宝級の文化財を含む多様な考古遺物308点」を「あえて韓国に寄贈した」例がある。この例は「恣意的な文化財の寄贈」と評されている。林容子「在日朝鮮文化財問題のアートマネージメントの観点よりの考察」尚美学園大学芸術情報学部紀要5号(2004年)57, 66頁参照。文化財保護法第46条1項は、重要文化財を売却しようとする者は、「国に対する売渡しの申出をしなければならない」としているが、この規定は未指定

が普遍的に受け入れられているとはかぎらない。例えば、第三帝国／ナチスによって没収／不当に廉価に買収された例ではなく、ドイツからイタリアに逃れていたユダヤ人夫婦が、さらにブラジルに渡行する費用に充てるために1938年に画商に売却した絵画について、夫妻いずれかの兄弟のひ孫娘が2010年に返却を請求した例が「正義と倫理の抵触の完璧な描写」⁽⁹⁹⁾と呼ばれている。合衆国の地裁・控訴裁はこの請求を棄却したが、売却の際の事情・「被害者」夫婦と請求者の関係・請求の時期いずれに照らしても、この判決が倫理に反すると考える理由は存在しないというしかない⁽¹⁰⁰⁾。

先に述べたように⁽¹⁰¹⁾、「武力紛争の際の文化財の保護のための条約」前文は、文化遺産の保存を「世界のすべての人民」の利益と位置づけている。この精神と、ICOM 倫理規程第6項に現れている「文化財現地保存主義」は矛盾すると指摘されている⁽¹⁰²⁾。同項は、博物館の収蔵品を「由来する共同体の文化的および自然的遺産」を表わすものであり、「国民的、地域的、地方的、民族的、宗教的または政治的なアイデンティティと密接な関係を強くもつという性質をも含みうる、通常の財を超える性質をも

文化財には適用されない。

(99) The Actor, *ArThemis*, p. 4.

(100) 相続税の賦課も問題となる。なお、贈与税より軽減された相続税を納めることによる相続の権利は当然に保障されるべき人権ではない。相続が「社会内における富の偏在を世代を超えて助長する」という問題の検討として、佐々木弾「現代社会における相続の意義と役割に対する批判的論考」社会科学研究 68 巻 2 号（2017 年）25 頁参照。

(101) 141 頁参照。

(102) 手塚薫「文化財の帰趨をめぐって——歴史を所有するのは誰か」北海学園大学人文論集 56 号（2014 年）75, 82 頁参照。文化遺産のもち取りがその当時合法であったことを「既成事実にしてしまうだけでは国際協力などできない」といわれる。小野坂麻子「大英博物館の中のギリシア——『エルギン・マーブルズ』を考えるにあたって」新潟史学 33 号（1994）67, 82 頁参照。しかし、時際法の下で、合法行為の結果を前提とするべきことは当然であるうえ、現在の「現地」から文化遺産を移動する際のリスクに鑑みても、当該結果を前提とするべきことは当然である。そのうえで、研究などに関する国際協力を構築することは十分可能である。なお、エルギン・マーブルズが「返還」されたとしても、保存のため博物館に収蔵される予定であり、建造物としての神殿の一体性が回復されることはない（神殿にはレプリカがはめ込まれる）。

つ」とするのである⁽¹⁰³⁾。このように、法と異なり「倫理」は公定されるものではないことから、「倫理」と矛盾する「倫理」が提唱されることは少なくない。そのような場合には、自己と異なる「倫理」に依拠する者を非倫理的であるとする立場こそ、最も非倫理的な立場というべきであろう。例えば、「エシカル（倫理的）な社会」における「人間として当たり前の感覚」に依拠して文化遺産の返還を要求する主張や⁽¹⁰⁴⁾、返還運動を「人間の心を取り戻す運動」と位置づける主張がある⁽¹⁰⁵⁾。自己の「感覚」や「心」を倫理と同視するこの主張は、特定の文化遺産が「返還」されるべきかどうかという具体的問題について異なる解決を主張する人間をいわば「人でなし」と非難する。この主張には、法が許容する範囲で自己の「倫理」を守りつつ、それと異なる他者の「倫理」を尊重し、具体的紛争の解決に向けて対話しようとする倫理的態度は存在しないのである。

代表的な「倫理」規則に、美術品卸売業国際協会（CINOA）の行動倫理規則⁽¹⁰⁶⁾がある。同規則は、国内法の下で違法に輸入されたことが「明確に証明された場合に」、善意取得者は「購入価格を下回ることのない補償を受け取った後」、由来地国（country of origin）⁽¹⁰⁷⁾に当該美術品を返還するべきであるとする。このような規則は、市場参加者が自主的に策定する倫理規則があれば、法令による規制は不要であると主張するために策定されているのかもしれない。実際に、2002年11月14日の文化庁次長の『『文化財の不法な輸出入等の規制等に関する法律』及び『文化財保護法の一部を改正する法律』等の施行について（通知）』は、博物館が文化財を

(103) See ICOM, *supra* note 13, p. 32. 日本を含む133か国が当事国となっている条約が、NGOであるICOMの策定した規程よりも尊重されるべきことは当然である。

(104) 五十嵐前掲書（注89）45頁参照。

(105) 同書48頁参照。

(106) CINOA, Ethical Code of Conduct (2015), available at <https://www.cinoa.org/cinoa/codeofethics>.

(107) 由来国・原産国・起源国とも呼ばれる。久保敦彦「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」神奈川法学30巻1号（1995年）47, 49-50頁参照。本稿は、文化財が制作された当時に制作地を支配していた国家が存続しているとはかぎらず、制作地を現在領有している国家が当該国と文化的な連続性をもつともかぎらないことから、「由来国」などではなく「由来地」国と呼ぶことにする。

取得する場合には、「博物館の国際的な民間組織である [ICOM の] 倫理に関する規程等を参考に十分注意することが必要である」として、法令を制定する代わりに自主的規則を参照している。しかし、文化財の来歴の証明を要求する ICOM の規程は博物館による資料収集の「足かせになっている」可能性があるとも指摘されている⁽¹⁰⁸⁾。このような指摘に照らして、行政庁が NGO の策定した規程について過少または過剰な規制ではないか十分検討することなく、それを無批判に採用し、安易に準法的地位を与えることは望ましいことではないと考えられる。

(6) コスト

一般に、費用と必要な時間について、裁判は ADR を上回る。例えば、ファシリテーターの利用→調停→裁判→仲裁という経過をたどった Altman 事件では、仲裁判断が 6 枚の絵画の返還を決定したが、請求者は、裁判費用を支弁するためだけにそのうちの 1 枚を売却することになったほどである⁽¹⁰⁹⁾。とりわけ、被請求者が複数の国に存在する場合には、個々の所在国で裁判を提起するコストはきわめて高くなる⁽¹¹⁰⁾。これに対して、調停は、弁護士を代理人とすることなく本人が参加できることが少ないこと、「代償なく公益のために (pro bono)」調停人への就任を引き受ける者が少ないこと⁽¹¹¹⁾、複数の被請求者と 1 つの手続で解決を試みるができることなどの利点をもつ。また、裁判は、一審で数年、控訴・上告されると 10 年以上かかることがある。これに対して、仲裁は、通常、年単位ではなく月単位で完了する⁽¹¹²⁾。それゆえ、仲裁は、「万能薬ではないが、勝ったとしても割に合わないピュロスの勝利にしか終わらない戦闘から抜け出す道を提供する可能性がある」⁽¹¹³⁾のである。調停ならばさらに

(108) 手塚前掲論文 (注 102) 81 頁参照。See also Le Grand Pont, *ArThemis*, pp. 4-5.

(109) See Six Klimt Paintings, *ArThemis*, p. 7. 後掲注 127 も参照。

(110) See Theurich, *supra* note 26, p. 576. See also *id.* p. 578.

(111) オークションにかけられる予定の目的物の返還が要請された際に、被要請者が^{あいたい}相対で要請者に売却することを受け入れ、オークション業者が調停を提供し、象徴的行為として調停費用の支払いを免除した例がある。See St. Agatha Statue, *ArThemis*, pp. 2-3.

(112) See Shapiro, *supra* note 30, p. 30.

(113) *Id.* p. 27.

迅速に手続が進められうる。さらに、提訴されたという事実自体が被請求者の名声 (publicity) を落とし、評判を損ないうる場合には、提訴を避けるために公開されない ADR が採用されることもある⁽¹¹⁴⁾。

もっとも、これは一般論である。最近では、仲裁が高額化・長期化し、調停の利用が増えているともいわれる⁽¹¹⁵⁾。裁判官の報酬は国が給与するのに対して、仲裁人や調停人の報酬は当事者が負担するが、その報酬が高額化しているのである⁽¹¹⁶⁾。また、国の法律扶助の対象は、原則として裁判であり、総合法律支援法第30条1項2号イの下で、裁判に先立つ示談交渉における調停は代理援助の対象となるが、代理人を付けない当事者や仲裁利用者は原則として援助の対象とされていない⁽¹¹⁷⁾。さらに、仲裁人や調停人の候補者を探索し、利益相反の問題がないことを確認する費用に相当する費用は、裁判ではかからない。また、準則・手続・費用の負担などに関する仲裁合意の締結に向けた交渉自体にも費用がかかる。そもそも、当事者が解決に納得するためには、情報を十分共有し、主張を理解し合う必要があり、裁判の費用と時間がそのために不可欠な場合もある。それゆえ、拙速で安価な仲裁判断や勧告が裁判に比していっそう実効的に紛争を解決させるとはかぎらない。

(7) 一回的救済——持続可能な関係を前提とする解決

裁判では請求が認容される場合にも、通常、司法的救済 (remedy) は目的物の返還や賠償の支払いなど、一回的なものである。それは、1個の紛争を確定的に終了させるという利点をもつ。しかし、博物館や画商のように、関係もち続ける可能性の高い当事者の間の紛争は、関係の持続可能性 (sustainability) を確保するように解決することが求められる。ADR は、権利を超える種々の利益を考慮に入れることが許されることから、持続可能な包括的解決を促進することができる⁽¹¹⁸⁾。

(114) See 15 Archaeological Objects: Italy and Princeton University Art Museum, *ArThemis*, p. 3.

(115) 山本、山田前掲書 (注29) 412頁参照。

(116) See Shapiro, *supra* note 30, pp. 32-33.

(117) 日本ADR協会「ADR法制の改善に関する提言」(2018年) 28-29頁参照。

(118) See Theurich, *supra* note 26, p. 575.

4 ADRの技法

(1) 手段の選択・組み合わせ

紛争が交渉によって解決されれば、最も安価かつ迅速である。そして、通常、交渉には本人ではなく代理人である弁護士が参加することが有用である。ただし、代理人が合意した解決案を本人が覆す可能性が残されていると、再交渉が必要になることもある。例えば、テオティワカンの壁画の「返還」に関する交渉でこの問題が生じ、再交渉の結果、本人が当初案に沿った解決を受け入れている⁽¹¹⁹⁾。また、一方当事者が交渉に応じなかったり、交渉が膠着したりした場合には、提訴やADRの提案をおこなうかどうか、および、裁判とADRの二面作戦（Two-Track Approach）をとるかどうかの決定が当事者の課題となる⁽¹²⁰⁾。というのも、提訴は交渉の誘因になるからである。さらに、裁判手続における情報の開示は、勝訴・敗訴の見込みに関する認識を変更し、和解を促進しうる。例えば、請求者のもつ証拠が強力なものであると認識すると、被請求者が和解に応じる可能性は高まる⁽¹²¹⁾。とりわけ、裁判手続で早期中立的評価（Early Neutral Evaluation）が利用されると、楽観的であった当事者が認識を現実的なものへと修正し、和解を受け入れやすくなる⁽¹²²⁾。なお、提訴後に一方の代理人が調停を提案すると、当該代理人が裁判に打ち込んでおらず、弱腰で

(119) See Seligman, *supra* note 97, p. 79. この「返還」交渉について、see *id.* pp. 73-84. なお、交渉者の権限の範囲は、和解が保険会社の承認に依存する場合にも問題となる。

(120) 新法の解釈が確定していないこと、および、事実の証明が困難であることを背景に、提訴された後に調停が用いられ、陪審審理開始直前に和解が成立した例がある。これは、いわゆる1915年のトルコによる「アルメニア人の集団殺害」に関わる初めての事例であり、目的物を移転させなかったものの、被請求者が、請求者の所有権を承認し、請求者の裁判費用を任意に（*ex gratia*）支払うという象徴的行為をおこない、請求者は被請求者に目的物を贈与するという内容であった。See Canon Tables, *ArThemis*, pp. 4-5.

(121) See 14 Archaeological Objects, *supra* note 89, p. 3. リディアの盗難文化遺産をメトロポリタン美術館がトルコに返還した例も同じである。See Lawrence M. Kaye, Disputes Relating to the Ownership and Status of Cultural Property, in *Resolution Methods for Art-Related Disputes* (Quentin Byrne-Sutton & Fabienne Geisinger-Mariéthoz eds., 1997), pp. 35, 38.

(122) 山本、山田前掲書（注29）425-428頁参照。

あるという印象を与え、その依頼者は当該代理人への信頼を失い、相手方はそれまで以上に強気になるという問題がある⁽¹²³⁾。

(2) 解決案の工夫

原則として請求を認容または棄却する裁判と異なり、ADRでは多様な解決策を工夫する余地がある⁽¹²⁴⁾。以下では、目的物を移転しない解決と移転する解決に分けて検討する。後者には、請求者が目的物を市場で購入するという解決もあるが⁽¹²⁵⁾、ここではそれ以外の解決を検討する。

(A) 目的物を移転しない解決

(a) 請求者への金銭の支払い

被請求者が請求者に金銭を支払い、請求者が請求を放棄する解決がある。ここで、金銭の支払いには買取り・補償・任意の支払いがある。まず、買取りは、請求者が所有権をもつことを前提として、被請求者が請求者から目的物を購入する行為である。例えば、被請求者が請求者に目的物の市場価額の半額を支払うが、請求者が被請求者に目的物の残りの価額の部分を寄贈し、被請求者が目的物を展示する際には来歴を掲示するものとした解決がある⁽¹²⁶⁾。また、目的物を分割し、独立専門家の算定する市場価額によって、被請求者が請求者の持ち分を購入した例もある⁽¹²⁷⁾。つぎに、補償は、請求者の権原を完全に消滅させることを目的とする、被請求者による金銭の支払いである⁽¹²⁸⁾。例えば、イギリスの略奪勸告委員会が

(123) See Shapiro, *supra* note 30, p. 26.

(124) See Lynn H. Nicholas, *The Rape of Europa: The Fate of Europe's Treasures in the Third Reich and the Second World War* (1994), pp. 420-421 [リン・H・ニコラス、高橋早苗訳『ヨーロッパの略奪——ナチス・ドイツ占領下における美術品の運命』(2002年)484頁](請求者は、裁判によって回収を試みる、買い戻す、補償を受け取って権利を譲渡するという選択肢をもつとする)。

(125) See Sevso Treasure, *ArThemis*, pp. 2, 5 (レバノン、クロアチア、ハンガリーが返還を請求していた目的物について、レバノンが請求を取り下げ、所在国の裁判所で他の2か国の請求が棄却された後で、ハンガリーが購入した例を紹介する)。

(126) See Madonna and Child in a Landscape, *ArThemis*, p. 3.

(127) See Landscape with Smokestacks, *ArThemis*, pp. 4-5 (請求者が得た金銭は、請求者の支払う裁判費用とあまり変わらず、請求者は和解を受け入れる他なかったと指摘する)。

「返還」と補償いずれかによる解決を勧告し、当事者が後者に合意した例がある⁽¹²⁹⁾。最後に、任意の支払い、請求者の権原を否定しつつ被請求者が金銭を支払い、請求者の紛争行動を終了させる行為である。例えば、上記委員会が、請求者の権原を否定しながら、倫理的考慮を理由に任意の支払いを勧告し、被請求者がそれに従った例がある⁽¹³⁰⁾。また、同委員会が「返還」を勧告したが、被請求者がコレクションの一体性を維持するために勧告に従わず、任意の支払いによって請求者を満足させた例もある⁽¹³¹⁾。

なお、被請求者による金銭の支払いがどの性質の行為であるかを明示しないことも少なくない。例えば、1960年代に美術館から盗まれた絵画について、善意取得者が当該美術館に金銭を支払い、その保持を認められるとともに、犯人と考えられる者（美術館の被用者）からそれを購入した画商、および、それを当該画商から購入したうえで善意取得者に売却した画商が、それぞれ当該美術館に寄付をおこなった例がある⁽¹³²⁾。

(b) 請求者への複製の贈与・請求者による複製の許可と料金の免除

被請求者が請求者に目的物の複製を贈与したり、請求者によるその複製を無償で許可したりすることによって、紛争が解決することもある。例えば、スペイン継承戦争（1712年）の際にもち去られた地球儀について、スイスのザンクト＝ガレン州がチューリッヒ州に返還を請求した紛争が、

(128) See Portrait of Wally, *ArThemis*, pp. 5-6 (短期の貸与と来歴の表示も解決の条件としたと紹介する)。

(129) See Biccherna Panel, *supra* note 67, p. 6.

(130) See Four Old Master Drawings, *ArThemis*, p. 4. この事件で、請求者は欧州略奪美術品委員会 (Commission for Looted Art Europe) と名乗る NGO を代理人とした。この NGO はファシリテーターとなることもある。See Liberation of Saint Peter from Prison, *ArThemis*, pp. 2-3 (NGO である国際美術研究財団 (International Foundation for Art Research) が目的物の来歴を調査したことを紹介する)。

(131) See Pâté de Jambon, *ArThemis*, p. 6.

(132) See Chagall Gouache, *ArThemis*, p. 6. See also *id.* pp. 6, 8 (当該美術館は、この事例が悪しき先例になることをおそれて和解を受け入れたと指摘する)。なお、盗難絵画を寄贈された美術館が、被害者にそれを返還した後、それを寄贈者に売却した画商に賠償を請求した例がある。この紛争は、画商が所有する絵画または返還された絵画の価額を提供する代わりに、当該美術館が請求を取り下げることによって解決した。See Odalisque Painting, *ArThemis*, p. 5.

スイス憲法第44条3項⁽¹³³⁾に基づく連邦政府の調停によって、前者が後者の所有権を承認するが、後者は当該地球儀が前者の文化的アイデンティティにとって重要であることを承認し、自身の費用で複製を作成し、前者に贈与することなどで和解している⁽¹³⁴⁾。

(c) 請求者の所有権の承認と、請求者から被請求者への貸与

被請求者が請求者の所有権を承認するが、請求者が被請求者に目的物を貸与し、目的物を移転しないという解決もある⁽¹³⁵⁾。例えば、フランスがナイジェリアの所有権を承認するが、ナイジェリアはフランスに目的物を貸与する——25年間ごとに更新される——とした解決がある⁽¹³⁶⁾。また、履行されなかったものの、マチュピチュの文化遺産についても、同種の合意が成立している⁽¹³⁷⁾。なお、カタールの博物館がイギリスで購入した絵画について、イギリスが輸出を許可しなかったとき、その購入を申し入れたイギリスの博物館に——売却は拒否しつつ——それを5年間貸与し、研究や保存に関して協力するとする合意が締結されたことがある⁽¹³⁸⁾。

(d) 目的物の来歴の明示

他の条件と同時に、展示の際の来歴の表示が条件とされることも多い。

(133) 同項は、「州の間または州と連邦の間の紛争は、可能なかぎり交渉または調停によって解決するものとする」と規定する。

(134) See Ancient Manuscripts and Globe, *ArThemis*, p. 5. 注146も参照。

(135) 文化遺産を管理する国際機関の設立は実現する見込みがないとして、長期貸借の活用が提唱される。高久彩「EU文化政策における博物館収蔵品の流動性」文化政策研究4号(2010年)6, 14-15頁参照。同論文は、所有権を移さないとしつつ、由来地国が「資金的補償が受けられ、貸与する」としており、由来地国が一定の権原をもつことを前提としているようにみえる。同論文および同論文が紹介する Michael Kremer & Tom Wilkening, *Protecting Antiquities: A Role for Long-Term Lease?* (2015), available at http://www.tomwilkening.com/images/Antiquities_Kremer_Wilkening_Aug_2015.pdf (同論文は2007年版を紹介する)の主張は、由来地国の権原が国際的に承認される限られた事例にのみ当てはまると考えられる。

(136) See Three Nok and Sokoto Sculptures, *ArThemis*, pp. 3, 5.

(137) See Machu Picchu Collection, *ArThemis*, p. 4. この事件では、被請求者の所在する州から選出された連邦上院議員がファシリテーターとなった。See *id.* p. 4. そして、共同研究機関の設立、同機関を通じた文化遺産の貸与なども、「返還」の条件とされた。See *id.* pp. 4-5, 7. 被請求者は、評判の毀損を回避することを動機として、「返還」を受け入れたといわれる。See *id.* pp. 8-9.

(138) See Ayuba Suleiman Diallo, *ArThemis*, p. 5.

というのは、請求者は、目的物が「返還」されない場合には、それが公開されたり研究されたりすることに加えて、その来歴について公衆や研究者に伝え、教育することを重視することが少なくないからである⁽¹³⁹⁾。

（B）目的物を移転する解決

（a）解除条件の付加

裁判では、通常、請求者が証明の負担を負う。しかし、ナチスの行為に起因して手放された美術品の「返還」に関する ADR では、請求に有利な推定が認められることがある。すなわち、請求者（の被相続人）が目的物を所有していなかったこと、または、強制なく手放したことを証明しないかぎり、被請求者はその「返還」を要請されるのである。もっとも、ドイツの勧告委員会の勧告に、目的物は強制なく手放されたという証明に被請求者が成功したとする反対意見が付されたときに、当該勧告は目的物を「返還」するべきであるとしつつ、被請求者にあらためて証明する機会を保障するため、10 年間、新たな証拠が発見された場合には勧告を再検討するという解除条件を付している⁽¹⁴⁰⁾。

（b）目的物の分割と一部の移転

5 点の水彩画からなるコレクションについて、所在地国の文化大臣がファシリテーターとなり、2 点が請求者に「返還」され、3 点が所蔵美術館に残されるという和解が成立した例がある⁽¹⁴¹⁾。

（c）被請求者から請求者への目的物の貸与と共同管理

被請求者の権原を確認しつつ、請求者に貸与するという形式で、目的物

(139) See *La Bergère, ArThemis*, p. 6. この和解は、当事者の合意なくこの事件を映画などの素材として売却しないことも条件とした。See *id.* なお、和解成立後に、被請求者の代理人弁護士が、メディアが無批判に請求者の肩をもち、歪んだ事件の認識を描き出したとする書籍を出版し、請求者が不快感を表明したことがある。See *Landscape with Smokestacks, supra* note 127, pp. 3, 5.

(140) See *Ulanen auf dem Marsch, ArThemis*, pp. 3-4. この反対意見は、同委員会の勧告に付された初めてのものであった。

(141) See *Cinq aquarelles de Schiele, ArThemis*, pp. 2-3. 美術品コレクションを寄贈した者の相続人が、寄贈した際の条件が遵守されていないという理由で、寄贈を撤回すると主張した紛争で、コレクションのうち 5 点をあらためて寄贈し、かつ、修復費用を寄付する代わりに、コレクションの残りを取り戻すという和解が成立している。See *Collection Varenne, ArThemis*, p. 3.

を移転する解決もある。例えば、1970年に合衆国が日本に戦争画153点を永久貸与している⁽¹⁴²⁾。また、下関戦争（1864年）の際にもち去った大砲のうち1門を、甲冑の借受けを条件に、フランスが下関市に貸与している⁽¹⁴³⁾。さらに、丙寅洋擾（1866年）の際にもち去った外奎章閣圖書を、5年ごとの更新を条件として、フランスが韓国に貸与している⁽¹⁴⁴⁾。なお、保存状況を確認するために7年ごとの更新を条件として貸与された遺体が、後に「返還」された例もある⁽¹⁴⁵⁾。また、一定の期間——例えば、38年間——、貸与の終了および修正が禁止されることもある⁽¹⁴⁶⁾。さらに、被請求者が第三者（美術館）への貸与を贈与に変更すること、および、当該第三者が請求者に目的物を10年間貸与することを条件として、請求者が返還請求を取り下げた例もある⁽¹⁴⁷⁾。

貸与に加えて共同管理の合意がなされることもある。テオティワカンの壁画がその例である。合衆国の裁判所は、1970年の米墨の「盗取された考古的、歴史のおよび文化的な財の回復および返還を規定する協力条

(142) 増子保志「GHQと153点の戦争記録画——戦争と美術」日本大学大学院総合社会情報研究科紀要7号（2006年）13頁参照。

(143) 山口県文化振興課「維新史回廊トピックス（Vol. 4）」（2014）, available at <https://www.pref.yamaguchi.lg.jp/cms/a19300/ishinshi/topics04.html>.

(144) See Manuscripts Coréens, *ArThemis*, p. 7. これが「永久貸与」であるとされることもある。韓国・朝鮮文化財返還問題連絡会議「日本側からみた流出文化財の問題点と解決への課題」季刊戦争責任研究72号（2011年）18, 21頁参照。この説明は情報操作である。韓国は、この合意で同国の負担による図書デジタル化と当該データのフランスへの提供も受け入れた。See *id.* p. 6. この行為は、東京大学が朝鮮王朝実録を自費でデジタル化したうえで、ソウル大学校に寄贈したことと対照的である。貸与の時期に、韓国はフランス高速鉄道（TGV）の技術を韓国高速鉄道に採用することも受け入れている。See Manuscripts Coréens, *id.* p. 7.

(145) See Tête Maorie de Genève, *ArThemis*, pp. 2, 4. 同時期に同種の遺体がフランスから「返還」された際に、フランスは写真などの記録をとっている。See Tête Maorie de Rouen, *ArThemis*, p. 2（裁判所が「フランス博物館」の資産として譲渡を禁止したが、議会が譲渡を可能とする法律を制定したことを紹介する）。

(146) See Ancient Manuscripts and Globe, *supra* note 134, p. 5（地球儀の4か月の貸与と、地球儀と同時にもち去られた手稿のうち35点の長期貸与も規定することを紹介する）。

(147) See Le Grand Pont, *supra* note 108, pp. 3-4.

約」⁽¹⁴⁸⁾の第3条1項が遡及効を否定しているという理由で、メキシコの返還請求を棄却した。所蔵博物館は、市憲章の下で、市有財産である当該壁画を対価なく譲渡すること禁止されていた。しかし、その担当者は、倫理的考慮を理由として、「返還」に積極的であった⁽¹⁴⁹⁾。そこで、所蔵博物館はメキシコと、壁画の半数以上の貸与と共同管理に合意した。メキシコの国立人類学歴史研究所 (INAH) は、同種の壁画について、それを裏打ちしている岩からはがすという学術的に問題のある処理を施していた⁽¹⁵⁰⁾。所蔵博物館が自発的に INAH に引き渡していたら、本件壁画もこの処置により毀損されていたと考えられる。本件では、文化遺産が由来地国に「返還」されず、貸与・共同管理の対象とされたことによって、その保存が確保されたのである⁽¹⁵¹⁾。

(d) 返還・贈与・象徴的購入・交換・「引渡し」

被請求者が請求者の権原を認める場合、例えば、最近盗難された物であると認める場合には、通常、その返還に合意する。これに対して、被請求者の権利を否定しないために、贈与という形式や⁽¹⁵²⁾、象徴的金額での購入という形式で移転されることもある⁽¹⁵³⁾。また、交換（相互贈与）という形式がとられることもある⁽¹⁵⁴⁾。時間的条件として、被請求者が死亡し

(148) Treaty of Cooperation Providing for the Recovery and Return of Stolen Archaeological, Historical and Cultural Properties, U.S.-Mexico, July 17, 1970, 791 U.N.T.S. 313.

(149) See Seligman, *supra* note 97, pp. 76, 78, 80 (この立場は ICOM の報告書に力を得たものであるとする発言を紹介する)。

(150) See *id.* p. 81.

(151) 由来地国の国内問題とされることによって、文化遺産の毀損が放置されている例として、三峡ダムの建設で「数千の遺跡が消えていく」が、「国際的な救済発掘が行われることもなく、中国の国内問題として人類の遺産が処理されてしまっているようだ」とする指摘がある。脇田重雄「西アジア開発に伴う文化財の破壊と保存」国際交流 102 号 (2004 年) 41, 44 頁参照。

(152) 「故李方子女史 (英親王妃) に由来する服飾等の譲渡に関する協定」(Apr. 15, 1991, 1853 U.N.T.S. 210) に基づいて、日本は韓国に当該服飾等を譲渡している。なお、盗品であることが明らかな場合にも、贈与という形式がとられることもある。See 14 Archaeological Objects, *supra* note 89, pp. 4-5.

(153) See Utimut Process, *ArThemis*, pp. 4-5.

(154) 19 世紀にもち出された品川寺ほんせんじの梵鐘を、1930 年にジュネーブが同寺に寄贈し、同寺がジュネーブに灯籠を寄贈した例がある。津川清一「鐘が結ぶ

たときに第三者（博物館）に寄贈するという条件で、和解が成立した例もある⁽¹⁵⁵⁾。さらに、当事者両方の主張を否定しないためには、「引き渡す（hand over）」という用語が採用される。例えば、併合された地域から政府が移転した物——朝鮮王朝儀軌——について、それが軍事占領された領土から国際法に違反してもち去られたとする請求者への譲歩により、「図書に関する協定」⁽¹⁵⁶⁾は、日本による韓国への「引渡し」を規定した⁽¹⁵⁷⁾。

ジュネーブ・品川の交流」ITU ジャーナル 46 巻 5 号（2016 年）23 頁参照。また、ファシリテーターとなった個人が自己のコレクションの 1 点を被請求者に贈与する代わりに、被請求者が目的物を「返還」した例がある。See Chasuble: Paraguay et Musée d'ethnographie de Neuchâtel et François Machon, *ArThemis*, pp. 2-3. 同じように、購入者が売却者（画商）と請求者（先住民）の間でファシリテーターとなり、自身が画商に目的物の価額の半額を支払い、先住民に残りの半額を支払わせるよう努めると約束することによって、「返還」させた例もある。See Wasco Sally Bag, *ArThemis*, pp. 2-3.

(155) See Icklingham Bronzes, *supra* note 80, p. 4.

(156) Nov. 14, 2010, 2888 U.N.T.S. 244.

(157) 同協定は「1965 年の文化財協定を超えて、新たな文化財返還が追加協定締結によって実現可能なことを示し、韓国・朝鮮との文化財返還問題は決して『完全かつ最終的に解決済み』ではないことが明らかにされました」とする宣伝に利用されることになった。韓国・朝鮮文化財返還問題連絡会議「韓国・朝鮮文化財返還問題連絡会議年報 2012」（2012 年）1 頁参照。同協定は、「文化交流の機運を盛り上げるどころか、韓国国内の新たな文化財返還請求の声を高める」結果となったのである。手塚前掲論文（注 102）83 頁参照。東京大学による朝鮮王朝実録の寄贈が同協定に「発展」（韓国・朝鮮文化財返還問題連絡会議前掲記事（注 144）19 頁）したとする受け止め方に鑑みて、「今回の『朝鮮王室儀軌』等の返還だけで終わらせず、さらに積極的に…返還に取り組むこと」（同記事 22 頁）を要求する運動が勢いづくだけに終わることは容易に予見できた。

同協定は「むしろ両国間の信頼関係を取り崩す逆効果」をもった。柳美那「文化財返還交渉からみた日韓外交正常化 50 年」歴史評論 788 号（2015 年）19 頁参照。この論文は、日韓の歴史問題には「いくつかの原因があるが、日本の有力な政治家による靖国神社参拝をはじめ、独島（竹島）問題、日本軍従軍慰安婦問題、日本の政治家による『妄言』などがそれらである」とする。同頁参照。しかし、韓国大統領による竹島（独島）上陸、日本大使館の威厳を侵害し、外交関係条約（Vienna Convention on Diplomatic Relations, Apr. 18, 1961, 500 U.N.T.S. 95）第 22 条 2 項に違反する可能性が高い「像」の設置の放置、天皇への「極めて非礼」（「李明博韓国大統領の竹島上陸と天皇陛下に関する発言に抗議する決議」第 180 回国会衆議院本会議会議録第 35 号

また、善意の第三者による盗品の即時取得を認める大陸法圏の国から、それを認めない英米法圏の国に「返還」する場合にも、「好意の印として」「引き渡す」ものとされることがある⁽¹⁵⁸⁾。

文化遺産の所有の形態を共有にすることによって紛争が解決された例は、管見のかぎり存在しない⁽¹⁵⁹⁾。しかし、目的物の持ち分を設定して、売却益の分配を解決とすることはある。例えば、オランダの勧告委員会は、売却額の3分の2を被請求者、3分の1を請求者に分配するという拘束的意見を与えている⁽¹⁶⁰⁾。

(2012年8月24日)1頁)な発言を無視するこの論文に現れているような偏向も、日韓の歴史問題の一因であるといわなければならない。さらに、この論文の出版と同じ月におこなわれた日韓外相共同記者会見における「今回の発表により、日本政府と共に、[慰安婦]問題が最終的かつ不可逆的に解決されることを確認する」とする韓国の声明が尊重されていないことは、その後の日韓の歴史問題の主要な原因というべきである。

この論文は、2008年のキュレネのヴィーナスの「返還」について、UNESCO条約の履行であったとする。同論文30頁参照。しかし、この像は1915年にもち去られており、遡及効のないUNESCO条約は適用されない。この「返還」は、同時に署名されたイタリアとリビアの友好パートナーシップ協力条約(Treaty on Friendship, Partnership and Cooperation, Aug. 30, 2008)が前者による後者の植民地化に関わる請求を処理した象徴として位置づけられたものである。なお、日韓は同種の処理を1965年に完了している。例えば、「財産及び請求権に関する問題の解決並びに経済協力に関する協定」(June 22, 1965, 583 U.N.T.S. 195)に従って、日本統治終了時点で日本の政府・国民が有していた資産は放棄され、日本による無償供与、長期低利貸付けもおこなわれた。さらに、日本は1990年度まで借款、2001年度まで技術協力を続けた。日本は、放棄する資産は韓国の請求を上回ると考えており、韓国も「韓国内の富の80%以上」が日本の財産であると認めていた。金恩貞「1950年代初期、日本の対韓請求権交渉案の形成過程——『相互放棄プラスアルファ案』の形成を中心に」アジア62巻1号(2016年)9, 11頁参照。これらの事実を鑑みて、日韓請求権協定は、韓国の妥協であると同時に、日本の妥協でもある合意であったと理解される。

(158) See Durga Idol, *ArThemis*, p. 3. 同種の解決として、see Boğazköy Sphinx, *ArThemis*, pp. 2, 4-5 (被請求者は複製を提供すると申し出たが、請求者は文化関係を断絶すると脅し、引き渡ししが合意されたと指摘する)。

(159) 共有が提案されることはある。See Victorious Youth, *ArThemis*, p. 3. この交渉の対象は、1964年に公海でイタリア国民が引き上げたギリシア彫刻で合衆国の美術館が所蔵するものである。See *id.* pp. 7-8.

(e) 目的物の移転の猶予

目的物の返還に合意しつつ、その移転の時期について、2年強の猶予を与えた例がある⁽¹⁶¹⁾。また、1956年にもち去られた青銅像を合衆国の博物館がインドに返還するという合意に、インドが所蔵博物館に当該像を10年間貸与すること、および、所蔵博物館が合意から1年以内に購入するインド由来文化遺産については返還義務を完全に免責するという「先例のない」条件が付された例もある⁽¹⁶²⁾。

(f) 被請求者への代替物の貸与

請求者が被請求者に目的物と「同等の美的・歴史的な重要性をもつ物」⁽¹⁶³⁾を貸与することが移転の条件とされることがある⁽¹⁶⁴⁾。例えば、トロイ型宝飾品24個がトルコで盗掘されたものらしいと判断して、所蔵大学がトルコに無期限で貸与した際に、トルコは、ミダス王の玉座などを同大学に貸与すること、および、同大学研究者によるトルコでの発掘を支援することに合意した⁽¹⁶⁵⁾。代替物の貸与は、たとえ短期的なものでも、小規模な博物館が通常は不可能な展覧会を開催することを可能にするという意義をもつ⁽¹⁶⁶⁾。なお、文化財保護法第44条は、「重要文化財は、輸出してはならない。但し、文化庁長官が文化の国際的交流その他の事由により特に必要と認めて許可した場合は、この限りでない」とする⁽¹⁶⁷⁾。この但

(160) See Road to Calvary, *ArThemis*, p. 4 (委員会は分配率の決定を要請されていたと指摘する)。

(161) See Morgantina Goddess Statue, *ArThemis*, p. 4.

(162) See Idole de Nataraja, *ArThemis*, pp. 5-6 (インドは免責のリスクを過少に見積もっていたとする指摘を紹介する)。

(163) 14 Archeological Objects, *supra* note 89, p. 4.

(164) 大学博物館が所有していたパルテノン神殿の彫刻の断片が、代替物の長期貸与を条件として、ギリシアに「返還」された例もある。高久前掲論文(注135)6頁注2参照。

(165) See Troy Gold, *ArThemis*, pp. 3, 5.

(166) See Bath of Bathsheba, *ArThemis*, pp. 4-5 (請求者は、目的物を「返還」させる際に、その価額の約70%に相当する輸送量と保険料を負担したと指摘する)。

(167) 許可を受けずに重要文化財を輸出すると、5年以下の懲役または100万円以下の罰金に処される(同法第193条)。これに対して、韓国の文化財保護法第90条1項は、許可を受けずに指定文化財または仮指定文化財を輸出・搬出または期限までに搬入しない者は、5年以上の有期懲役および目的物の没収に

書きは、国外への恒久的もち出しではなく、「外国で展示をするために…一時的に貸す」⁽¹⁶⁸⁾ことを想定している⁽¹⁶⁹⁾。この点で、韓国の文化財保護法は、指定文化財を搬出した日から2年以内に——延長の制度がある——搬入することを輸出許可の条件としている(第39条1項)。この規定は、指定・登録されていない一般動産文化財に準用される(第60条1項)。日本の文化財保護法は、この規定に相当する規定をもっていない。

(g) 保存義務

「返還」の条件として、目的物の保存を義務づける解決がある。例えば、1927年にもち去られたトーテムポールについて、先住民の団体が元の場所に再び設置するために返還を要求したのに対して、所蔵博物館が空調施設を備えた部屋での保存を返還の条件としたことがある。先住民の団体は、この条件を受け入れ、保存施設を建設したうえ、2本のレプリカを作成し、1本を当該博物館に寄贈、もう1本を元の場所に設置し、返還を

処されんとする。なお、日本の文化財保護法第27条1項は、所有者の同意を重要文化財の指定の要件としていない。竹内、岸田掲書(注15)114頁参照。しかし、運用上はそれを前提としている。今井健一郎、二神葉子「諸外国における文化財の把握と輸出規制の概要」保存科学50号(2011年)59頁参照。それゆえ、所有者が指定に同意しない潜在的な重要文化財の輸出は放置されている。文化遺産の登録を所有者の自発性に委ねる制度は機能する条件を備えておらず、登録を強制する制度が多くの国で受け入れられている。See David Throsby, *The Economics of Cultural Policy* (2010), p. 120 [デイヴィッド・スロスビー、後藤和子、阪本崇監訳『文化政策の経済学』(2014年)136-137頁]。この点で、韓国の文化財保護法は、未指定文化財の輸出も禁止し、かつ、未指定文化財を仮指定する制度(第32条)を備えており、注目される。今井、二神同報文64-65頁参照。日本でも、1929年の国宝保存法の後、1933年に制定された「重要美術品等ノ保存ニ関スル法律」は、美術品の海外流出について、「国宝の仮指定的方法によって対策を講じようとした」ものであった。竹内、岸田同書13頁参照。なお、日本の文化財保護法第110条1項は、史跡名勝天然記念物については、それを仮指定する権限を都道府県教育委員会に認めている。

(168) 第136回国会参議院文教委員会会議録第6号(1996年4月11日)13頁(小野元之発言)。

(169) 当初、文化財保護審議会への諮問が許可の要件とされていたが、この要件は1996年の改正で削除された。永野晴康「日本とフランスにおける文化財の輸出規制——国宝に指定されていない文化財の輸出規制を中心に」千葉商大論叢47巻2号(2010年)251, 254頁参照。

受けた⁽¹⁷⁰⁾。この例は、先住民の「生きている文化」の尊重と、文化遺産の保存・活用を両立させる最善事例の1つであるといえる。また、保存に加えて、デジタル化が「返還」の条件とされた例もある⁽¹⁷¹⁾。

保存との関係で興味深いのは、合衆国の先住民が虐殺された時に着用していたとされる衣服に関する紛争である。グラスゴー市立博物館は、4つの博物館に諮問し、回答した2つの博物館が「返還」するべきではないとしたこと、および、同種の衣服を展示している博物館が同国で同館のみであることなどを理由として、先住民の団体への「返還」を拒否した。しかし、市議会はこの決定を覆し、無条件で「返還」すると決定した。市議会の決定について、同館の館長は、イングランドに対して被害者意識をもつ市民の支持をスコットランド議会選挙で得ようとする政治的行為であったと批判している⁽¹⁷²⁾。たしかに、この評言は、根拠に乏しく、個人攻撃であるともいわれる⁽¹⁷³⁾。しかし、衣服を着古すと廃棄してきた先住民に、

(170) See G'psgolox Totem Pole, *ArThemis*, pp. 3-5.

(171) See Archives libanaises, *ArThemis*, p. 3. 被請求者がこのような条件を付すことは、「旧植民地勢力」のようであると批判される。See *id.* p. 4. しかし、請求者が返還された文化遺産を恣に扱う自由をもつというのであれば、保存とデジタル化の要求という国際公益に資する行為について、「旧植民地勢力」という概念をもち出して批判することは「批判のための批判」にすぎないというべきである。なお、1860年にもち去られた物について、数次の売買を経て購入した2009年当時の所有者に返還を要求した中国に対して、所有者は、同国が現に植民地化しているチベットを脱植民地化したうえで、1860年の行為を問題にするべきであるとした。See Two Bronze Animal Heads, *ArThemis*, p. 3. この事件で、所在国フランスの裁判所は、競売の差止を請求した在ヨーロッパ中国美術保護協会 (Association for the Protection of Chinese Art in Europe) に、競売会社と所有者の弁護士に賠償を支払うよう命令した。これに対して、中国は、同国内での当該競売会社の活動を制限した。同社にとって中国は重要な市場であることから、結局、その親会社の最高経営責任者が所有者から目的物を購入し、それを中国に寄贈した。その後、同社は中国で独立した活動が認められる唯一の外国競売会社となった。目的物は十二支の像のうち2つであったが、他の5つは私人が競売で落札し、中国に寄贈した。残りの5つは失われたと考えられている。See *id.* pp. 2-6.

(172) See Mark O'Neill, Repatriation and Its Discontents: The Glasgow Experience, in *Who Owns Objects?: The Ethics and Politics of Collecting Cultural Artefacts* (Eleanor Robson et al. eds., 2006), pp. 105, 108, 110, 123-124.

(173) See *id.* pp. 124-125. この衣服は遺体から取られたものではないが、市議会

古い衣服を神聖なものとする伝統は存在しないという同館長の主張は重要である。なぜなら、古い衣服の返還を要求する請求者が体现しているのは欧米文化であり、先住民の伝統ではないことを認識させるからである⁽¹⁷⁴⁾。そうであるならば、所蔵博物館でそれを保存するべきであるという主張は、神聖さの主張と少なくとも同じ程度に尊重されるべきものなのである⁽¹⁷⁵⁾。なお、毀損されないまでも、「返還」先の博物館で盗難の危険が高い場合もあるといわれる⁽¹⁷⁶⁾。

文化遺産はどの一国の処分にも委ねられるべきものではない⁽¹⁷⁷⁾。むしろ、人類の遺産については、「保存という考慮は他のすべての考慮に優先されなければならない」⁽¹⁷⁸⁾。それゆえ、所在決定の基準は、「どうすれば文化財に最も役立つか」であり⁽¹⁷⁹⁾、どうすれば特定の集団のアイデン

も先住民の政治家も、世間の注目を引こうとするのみで、その真正性と保存に関心をもたなかったとする指摘もある。See Julian Spalding, *The Poetic Museum: Reviving Historic Collections* (2002), pp. 115-116 (文化の理解が国内的・国際的に増進されるのでないかぎり、文化遺産の移転は正当化されえないと主張する)。

(174) See O'Neill, *supra* note 172, pp. 109, 124-125. 衣服は“return” (返還) ではなく単に“turn” (移譲) されたと評される。See Christian F. Feest, Glasgow Ghost, *European Review of Native American Studies*, Vol. 14 (2000), pp. 50, 52.

(175) See O'neil, *supra* note 172, p. 117.

(176) See Barbara Plankensteiner, The Benin Treasures: Difficult Legacy and Contested Heritage, in *Cultural Property and Contested Ownership: The Trafficking of Artefacts and the Quest for Restitution* (Brigitta Hauser-Schäublin & Lyndel V. Prott eds., 2016), pp. 133, 143 (館員による盗難のおそれがあるとして、ナイジェリアの博物館への「返還」を拒否する博物館があると指摘する)。Cf. *id.* pp. 144, 146-150 (「返還」ではなく、展覧会の共催・研究の協力・無償の複製の承認などによる「新しい協力の文化」を構築する試みと、「返還」された物を観光振興に利用しようとする政治家の反動が対立していると指摘する)。「返還」された文化遺産が実際に盗まれた例として、see Lydian Hoard, *ArThemis*, p. 6.

(177) かりに、文化遺産の価値が由来地国の国民のアイデンティティを形成・維持・強化することにあるとしても、その効果は文化遺産が国外に所在していても得られるといわれる。See Wolfgang Eichwede, Trophy Art as Ambassadors: Reflections beyond Diplomatic Deadlock in the German-Russian Dialogue, *International Journal of Cultural Property*, Vol. 17 (2010), pp. 387, 403.

(178) Seligman, *supra* note 97, p. 83.

ティティを強化するために役立つかではない⁽¹⁸⁰⁾。例えば、文化財保護法が起草されたときに、文化遺産を国家に従属するものとして、それを国内に留保しようとする「国家主義」と「文化主義」とが対置された。そして、国家主義は「眞の国民文化の生成を促す所以ではない」として、文化に固有の価値を認める「文化主義」の立場から、「文化の自由な国際的交流を図る」ものとした⁽¹⁸¹⁾。この立場は、特定の国家ではなく、保存・活用に関する専門職が活動する博物館を文化遺産管理の担い手と位置づける

(179) See Douglas C. Ewing, What is “Stolen”? The McClain Revisited, in *The Ethics of Collecting: Whose Culture? Whose Property?* (Phyllis Mauch Messenger ed., 1989), pp. 177, 182.

(180) Cf. Dieuwertje Wijmsmuller, *Deaccessioning & Disposal in Europe 2008-2017: A Research on Possibilities and Attitudes across the European Member States* (2017), pp. 8, 10-11 (「ラテンの伝統」は、国民の文化遺産を譲渡しえず、集団に寄与するべきものとするのに対して、「アングロサクソンの伝統」は博物館の自由を広く認めるプラクティカルな思考であると指摘する)。なお、先住民の団体による返還請求の対象が英雄の遺体のみで、その妻や娘の遺体に及んでいないことは、尊厳に適う埋葬という人権ではなく、先住民のアイデンティティの強化が動機であることを表すという指摘がある。See Inakayal Human Remains, *ArThemis*, p. 5. この場合に、文化遺産は、存在するアイデンティティの表象ではなく、アイデンティティを創る政治的手段とされているといわなければならない。伝統が後で創られたものにすぎず、過去と現在の連続性が架空のものであることは少なくないのである。See Eric Hobsbawm, Introduction: Inventing Tradition, in *The Invention of Tradition* (Eric Hobsbawm & Terence Ranger eds., 1983), pp. 1, 2 [エリック・ホブズボウム、前川啓治訳「序論——伝統は創り出される」E・ホブズボウム、T・レンジャー編、前川啓治他訳『創られた伝統』(1992年)9, 10頁]。日本においても、伝統が創られたとする指摘が100年以上前になされている。すなわち、「後世に於ける香道の師家がその伝統の基くところを得んとする希望と相俟って、[足利義政、三條西実隆および志野宗信、とりわけ義政を] 斯道の祖とやらにいひそめしたためなるべし」という指摘である。櫻井秀「香道の成立とその発達史について (1)」考古学雑誌 8 卷 12 号 (1918 年) 730, 733 頁参照。櫻井秀「香道の成立とその発達史について (2)」考古学雑誌 9 卷 3 号 (1918 年) 159, 163 頁も参照。

(181) 竹内、岸田前掲書(注15)38-41頁参照(文化財にとって最も安全なのは、特定国ではなく世界で分散保存することである可能性を指摘する)。なお、文化財保護法第44条が重要文化財の輸出を禁止している目的は、散逸を防止し、「完全な状態において諸外国人の鑑賞、研究に供する」ことによって「世界文化への貢献」を図ることにあるとされている。同書158頁参照。

「普遍的博物館の価値に関する宣言」⁽¹⁸²⁾と親和的である⁽¹⁸³⁾。

由来地国による返還請求を認めることが正しいという思い込みが拡散しているとしても、「すべての人類の遺産である…美術品が制作されたときに存在すらしなかった現代の国に、古代文明からの物をなぜ戻すべきなのだろうか」⁽¹⁸⁴⁾という問いに答えられて初めて、その主張は倫理と呼ぶに値する。しかし、そもそも、目的物を制作したのは国ではなく共同体であるというべきかもしれない。そうであるならば、制作した共同体と由来地に現在存在する共同体の継続性を確認する必要があるはずである⁽¹⁸⁵⁾。また、制作された土地を支配している国が問題であるとしても、制作された当時の国と現在の国（由来地国）が人種・宗教・言語などの点で断絶している場合に、返還すべき理由は明らかではない⁽¹⁸⁶⁾。さらに、数千年・数百

(182) Declaration on the Importance and Value of Universal Museum, [2004-1] *ICOM News*, p. 4.

(183) 文化国家主義と文化国際主義が対置されることもある。後者が、国家保護主義を否定する自由市場主義を意味し、文化遺産市場の業者の利益を保護するが、文化遺産の適切な管理者 (custodian) の選択という課題を看過するものであるならば問題である。この議論の紹介として、加藤前掲論文 (注 38) 175-178 頁参照。

(184) Cathleen McGuigan, *Whose Art Is It?*, *Newsweek*, Vol. 149, No. 11, Mar. 12, 2007, pp. 54, 55 (メトロポリタン美術館の館長の発言である)。

(185) 加藤紫帆「国境を越えた文化財の不正取引に対する抵触法的対応 (5) ——グローバル・ガバナンスのための抵触法を目指して」法政論集 282 号 (2019 年) 293, 308-309, 311 参照。例えば、ゴッホの絵画を自国文化遺産として指定したイタリアの行為は、「オランダ人が南フランスで描いた絵画を獲得することにイタリアは正当な公益をもつか」という問題を提起している。See *Portrait of a Young Peasant*, *ArThemis*, pp. 5-6. この事件で、欧州人権裁判所は、イタリアが所有者の「その財産を平和的に享有する権利」(欧州人権条約第 1 議定書第 1 条) を侵害したとする判決を下している。See *Beyeler v. Italy*, Application No. 33202/96, Jan. 5, 2000, p. 30, para. 122.

(186) 先述した (注 157) キュレネのヴィーナスについて、偶像崇拝を禁止するイスラム教を奉じるリビアの文化遺産ではないとして、返還差止請求がイタリアで提起されている。See *Venus of Cyrene*, *ArThemis*, p. 4. 裁判所は、それが譲渡しえない同国の文化遺産に当たらないとしつつ、同国の文化遺産からの指定解除命令を正当とした。同国の文化遺産に当たらないならば指定自体が無効であり、その解除は前提を欠くことから、この判決には矛盾が内在すると指摘されている。See *id.* p. 6.

年も前の制作者または所有者が自発的に売却・贈与した可能性がある場合に、現在の所有者がそれを証明しないかぎり由来地国の要求が受け入れられるべきである理由も十分ではない。ここで想起されるのは、ICOM 倫理規程が「由来する国」・「由来する共同体」・「由来する人民」という表現を用いていることである⁽¹⁸⁷⁾。この表現の不特定性は、「由来」を基準として正当な所有者を特定することに失敗している証拠に他ならない。

文化遺産が人類全体に価値をもつことを認め、「保管、多数者への展覧に適した地を重視すべきである」としても、その価値は「帰属性が再現、認知されうる場で最大に発揮される」ともいわれる⁽¹⁸⁸⁾。この主張の背後には、「それぞれの国は、固有の文化財を有している」⁽¹⁸⁹⁾という立場があるように見える。すなわち、国民という集団を個人と同視し、個人史と同じような「国民史」に文化遺産を位置づける立場である⁽¹⁹⁰⁾。例えば、朝鮮半島由来文化財ではなく「朝鮮文化財」が存在するとして、韓国の国民が日本に在留する場合と同じく、「朝鮮文化財」が日本に所在する場合に「在日」と呼び、「在日朝鮮文化財問題」⁽¹⁹¹⁾という定式を用いる著述は、こ

(187) See ICOM, *supra* note 13, pp. 32-33.

(188) 久保前掲論文（注107）73-74頁参照。

(189) 永野晴康「文化財の違法取引に関する法制度——フランス法制との比較から」千葉商大論叢 49巻2号（2012年）399頁。

(190) See Richard Handler, Is “Identity” a Useful Cross-Cultural Concept?, in *Commemorations: The Politics of National Identity* (John R. Gillis ed., 1994), pp. 27, 33.

(191) 林前掲論文（注98）57頁。この論文は、「韓国には、[考古学や美術史という] コンセプトすら存在しなかった [ので、] 日本人が、その価値を認識していなかった朝鮮の人々から不当に安価に買い上げた」とする。同論文60頁参照。そもそも、売買は、目的物の価値が代金より低いと考える売主と、代金に値すると考える買主の間で成立する。かりに、売主が不当に安価であったと思い返したら返還を請求できるとしたら、取引の安全は存在しない。それゆえ、返還は、錯誤など法に基づく場合にのみ認められるべきである。同論文は、「文化財及び文化協力に関する協定」(June 22, 1965, 584 U.N.T.S 81)による文化財の「引渡し」も韓国にとって「納得のいくものではなかった」とする。同論文64頁参照。納得がいかないと韓国が主張すれば、文化財「返還」の問題も、「完全かつ最終的に解決された」請求権の問題も未解決になるという主張は、条約制度の否定である。なぜなら、「納得がいかないと後の政府が主張しないかぎりで合意は拘束する」という主張は、国際法の根本規範ともいわれる「合意は拘束する (*pacta sunt servanda*)」という原則の否定に

の立場に立つようにみえる。

文化遺産の価値を特定の集団への帰属に置く部族主義 (tribalism) と呼ぶべき立場は、人民の自決権で正当化されるものではない。文化遺産は人類の歴史を表象する人類の遺産であり、すべての個人はそれを享受し、多様な文化を理解する権利をもつ。そして、国際社会は、平和および安全の維持の基礎として、それを公の場に置き教育に利用する責務を負う⁽¹⁹²⁾。国際法も、保護主義の下で例外的に公法の域外適用が許される法益として、由来地国による文化遺産の「返還」を認めていない。いうまでもなく、当該外国公法を執行する義務も他の国に課していない⁽¹⁹³⁾。衡平にあって、所在地国の文化に影響を与えてきた文化遺産は、その国の文化遺産でもある⁽¹⁹⁴⁾。それが所在地国で公開され、そこまで移動してきた歴史を含めて理解されることは、そのような歴史を消し去って由来地国で公開されるより望ましいといわなければならない⁽¹⁹⁵⁾。これに対して、制作時

他ならないからである。

なお、同論文は「占領下の不当な商取引」(75頁)が存在したとする。日本が大韓帝国を占領していたとするのは韓国独特の立場であり、日本が大韓帝国を併合したというのが国際社会で受け入れられている認識である。例えば、連合国のSCAPIN-885「略奪された財産の押収及び報告」は、日華事変発生後の1937年7月7日以降に日本が占領した地域において略奪された財産のみ返還の対象としており、朝鮮半島を日本の占領地域と位置づけていない。See General Headquarters, Supreme Commander for the Allied Forces, Impounding and Reporting of Looted Property, Apr. 16, 1946, available at <https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/9885967>. 竹前栄治、中村隆英監修『GHQ 日本占領史第26巻——外国人財産の管理』(1998年)91-92頁も参照(考古学標本や美術品などの所在の報告を命令する指令が下されたと紹介する)。

(192) 杉山享司「文化財調査を通して返還問題を考える」Zenbi14号(2018年)F-02, F-04頁参照。

(193) 加藤前掲論文(注185)312頁参照。由来地国が当該公法を執行する実効的措置をとっていない場合に、外国が当該公法の尊重を期待されないことはいうまでもない。加藤紫帆「国境を越えた文化財の不正取引に対する抵触法的対応(6)——グローバル・ガバナンスのための抵触法を目指して」法政論集283号(2019年)203, 226頁参照。

(194) 竹内、岸田前掲書(注15)65-66頁参照。

(195) 日本の城郭遺構についても、城として機能した近世の要素だけでなく、「廃城後も含めた歴史の重層性を整備に反映させる」ことが近年の傾向である。新谷和之「城郭遺構の保存と活用」歴史学研究1002号(2020年)2頁参

の「黄金時代」を再現することを由来地国が望むとしても、それは制作後の歴史を隠蔽しようとするプロパガンダであり、文化遺産の所在を確定する正当な理由ではない⁽¹⁹⁶⁾。また、建造物などについて、再統合によって制作時の一体性を回復するべきであるという主張もある⁽¹⁹⁷⁾。しかし、それによって、現在地で当該地の他の文化遺産と並べて展示されることによって得られる情報は失われるのであり⁽¹⁹⁸⁾、再統合が優先されるべき理由は明らかではない。

とりわけ、由来地国の保存技術が所在地国のそれに劣る場合には、「返還」が文化遺産にとって望ましくないことは明らかである⁽¹⁹⁹⁾。そして、文化遺産を毀損する結果に終わる「返還」こそ反倫理的な行為であるということもできる。つまり、「盗取文化財について善意取得者を保護しないことにより保護が図られるのは回復請求者の財産上の利益であって、文化

照。

(196) アテネの衰退後、とりわけオスマン帝国の支配下にあった時期にアクロポリスに建てられた建造物は「古代ギリシア時代の栄光を汚すものとして撤去され」、古代の建造物の復元が進められている。その目的は「純化」と呼ばれる。田中英資「文化遺産の返還問題における所有の主張とその根拠——ギリシャ・パルテノン神殿彫刻の返還問題を事例に」福岡女学院大学紀要人文学部編 23号（2013年）25, 35, 37, 41頁参照。「純化」の志向は民族「浄化」と呼ばれた志向と重なり合う。なお、ギリシアでは、2004年のオリンピック夏季大会に向けた開発ともなう緊急救助発掘の出土品が6,000箱に及んだが、記録を作成されず倉庫に放置されたといわれる。See George Ortiz, *Overview and Assessment after Fifty Years of Collecting in a Changing World, in Who Owns Objects?: The Ethics and Politics of Collecting Cultural Artefacts* (2006), pp. 15, 23-24.

(197) 田中前掲論文（注196）44-45頁参照。文化遺産の再統合は家族の再統合とは異なることを忘れるべきではない。

(198) 同論文49頁参照。

(199) See Alessandro Chechi, *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes* (2014), p. 98. なお、ナイジェリアのイボの美術品は、同国の国民の多数派であるムスリムから観光資源として価値をもつにすぎない反近代的なものともみなされていることから、略奪されたり盗取されたりしたものでも、返還するべきではないと主張されている。See Ortiz, *supra* note 196, p. 26. この立場をとると、略奪・盗取にインセンティブを与えかねないことから、法に従った対応をしたうえで、ナイジェリアによる保存を促していくべきであると考えられる。

財それ自体 [···] ではない」⁽²⁰⁰⁾のである。なお、少なくとも貴金属製品については、美術品として市場が存在するがゆえに保存されるのであり、当該市場が存在しなければ、盗掘者が鋳潰すことになるとする指摘がある⁽²⁰¹⁾。

(h) 協力関係の構築

協力関係の構築が「返還」の条件とされることもある⁽²⁰²⁾。例えば、移転まで短期の借受けへの協力を条件として、被請求者が請求者の権原を承認することがある⁽²⁰³⁾。また、目的物と請求者の保有する代替物を相互に貸与し、展示するという方法が提案されることもある⁽²⁰⁴⁾。さらに、1912年から1916年に合衆国の考古学者が発掘したマチュピチュの遺物を2011年にペルーに引き渡した際に、イエール大学はクスコ大学と学術交流協定を締結した⁽²⁰⁵⁾。なお、紛争解決以後、被請求者が由来地国に関する文化遺産を取得するたびに由来地国にそれに関する情報を提供することに合意する場合がある⁽²⁰⁶⁾。

(i) 紛争解決条項の採用

「返還」に関する合意が、後に当事者の間に紛争が生じた場合には、国際商業会議所 (ICC) の仲裁に付託すると規定することもある⁽²⁰⁷⁾。

(200) 清水前掲論文 (注 38) 68 頁参照。

(201) See Ortiz, *supra* note 196, pp. 21-22. See also Hauser-Schäublin, *supra* note 36, p. 77 (クメールの文化遺産に関する Emma Bunker の発言を引用する)。

(202) 文化遺産の貸与を拒否するという請求者による脅しが和解をもたらすこともある。See Euphronios Krater and Other Archaeological Objects, *ArThemis*, p. 3.

(203) 踊るシヴァ神の像をボストン美術館がインドに返還した例がある。See Seligman, *supra* note 97, p. 77 (この合意の後、ボストン美術館のウェブサイトが考古遺物の来歴に関するセクションを設けたことを紹介する)。

(204) See Quentin Byrne-Sutton, Introduction: Alternative Paths to Explore, in *Resolution Methods for Art-Related Disputes* (Quentin Byrne-Sutton & Fabienne Geisinger-Mariéthoz eds., 1997), pp. 3, 8.

(205) See Machu Picchu Collection, *supra* note 137, pp. 3-4, 7-9.

(206) ボストン美術館の例である。メトロポリタン美術館はこのような情報の提供を受諾していない。See 13 Archeological Objects: Italy and Boston Museum of Fine Arts, *ArThemis*, p. 4.

(207) 2006年2月21日のイタリアとメトロポリタン美術館の合意第9.2条がこの例である。See Euphronios Krater, *supra* note 202, p. 5.

5 ADRの利用を支援する制度——候補者リスト・機関・手続規則

ADRの利用を支援する制度として、文化遺産に関する専門的知見をもつ仲裁人・調停人の候補者リストの公表と、仲裁・調停機関の設立・そこで依拠しうる手続規則の整備などがある。

(1) 候補者リスト

ADRの利用の1つの障害は、仲裁人・調停人を探索するコストである。そこで、専門的知見などを明示する候補者リストが作成されていれば、幅広い候補者からの選択を可能にするとともに、利益相反の問題の審査を容易にして、このコストを低減させるものと期待される⁽²⁰⁸⁾。例えば、UNESCOが設立した「文化財の由来地国への返還または不法な入手の場合における回復に関する政府間委員会 (ICPRCP)」⁽²⁰⁹⁾の調停仲介規則⁽²¹⁰⁾は、各国が2名ずつ指名する調停者・仲介者の目録をUNESCO事務局が作成・保管し、それを2年ごとに見直すものとしている(第2条6項)⁽²¹¹⁾。また、同種のリストは、世界知的所有権機関(WIPO)⁽²¹²⁾も備え

(208) See Sarah Theurich, *The Role of Institutional Dispute Resolution in Art and Cultural Heritage Matters: The World Intellectual Property Organization (WIPO) and Its Arbitration and Mediation Center*, in *Resolving Disputes in Cultural Property* (Marc-Andre Renold et al. eds. 2012), pp. 31, 37.

(209) Statute of the Intergovernmental Committee on Return and Restitution of Cultural Property to Its Countries of Origin or Its Restitution in Case of Illicit Appropriation, U.N. Doc. CLT/CH/INS-2005/21. See also Working Document for Discussion on a Strategy to Facilitate the Restitution of Stolen or Unlawfully Exported Cultural Property (2005), U.N. Doc. CLT-2005/CONF.202/4.

(210) Rules of Procedure for Mediation and Conciliation in Accordance with Article 4, Paragraph 1, of the Statute of the Intergovernmental Committee on Return and Restitution of Cultural Property to Its Countries of Origin or Its Restitution in Case of Illicit Appropriation (2010), U.N. Doc. CLT-2010/CONF.203/COM.16/7.

(211) 日本は指名していない。See List of Mediators and Conciliators Designated by Their Country, June 24, 2014, available at http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Liste_mediateurs_conciliateurs_Juin_2014_02.pdf.

(212) 一般に公開されてはいないが、専門別に2,000名を超える候補者のリスト

ている。さらに、私的機関として、オランダ仲裁協会と美術品真贋鑑識財団が共同で設立した「美術仲裁裁判所 (CAFA)」も仲裁人・調停人の候補者リストと検索機能を備える⁽²¹³⁾。なお、イギリスの美術法研究所 (Institute of Art and Law)⁽²¹⁴⁾ の会員も候補者になりうると提言される⁽²¹⁵⁾。

(2) 機関

文化遺産に関する紛争で利用しうる仲裁機関のうち、条約に基づくものとして PCA——占領地における歴史的石板の破壊は、陸戦法規慣例規則第 56 条に反映されている慣習国際法の違反であると認定した仲裁判断が知られている⁽²¹⁶⁾——、WIPO 仲裁調停センター (Arbitration and Mediation Center)⁽²¹⁷⁾ および投資紛争解決国際センター (ICSID)⁽²¹⁸⁾ がある。ま

が存在する。See WIPO Neutrals, available at <https://www.wipo.int/amc/en/neutral/index.html>. なお、常設仲裁裁判所 (PCA) のリストは、文化遺産に関する専門的知見をもつ候補者のリストではないが、各国が 4 名まで指名する高名な仲裁人候補者のリストである。Available at https://docs.pca-cpa.org/2017/07/2017/07/b52a27b4-pca-184006-v89-current_list_annex_1_members_of_the_court.pdf.

(213) Available at <https://www.cafa.world/arbitration/pool/>; <https://www.cafa.world/mediation/>.

(214) Available at <https://ial.uk.com/info-rates/>.

(215) See Palmer & Kaye, *supra* note 25, p. 379 n.30.

(216) See Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Central Front Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, Apr. 28, 2004, Report of International Arbitral Awards, Vol. 26 (2004), pp. 115, 149-150, para. 113.

(217) Available at <http://www.wipo.int/amc/en>. 同センターは、簡易仲裁も提供している。前掲「WIPO 調停ガイドブック」(注 56) 7 頁参照。また、当事者の需要に応じた合意の締結を支援する WIPO 条項自動生成ツール (WIPO Clause Generator)、オンライン事件管理ツールおよび手数料計算ツール (WIPO Fee Calculator) も提供している。同ガイドブック 14, 25, 26 頁参照。さらに、WIPO の施設で会合する場合には、会場および控室が追加費用なしに提供される。同ガイドブック 18, 25 頁参照。なお、同センターは斡旋も提供している。同ガイドブック 32 頁参照。

(218) 例えば、係争契約は投資ではなく水中文化遺産の調査を目的とするものであるという主張について、仲裁人は管轄権をもたないとする判断がある。See *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10.

た、ワシントン原則を実現するために設立された国家機関として、オランダの勧告委員会 (The Advisory Committee on the Assessment of Restitution Applications for Items of Cultural Value and the Second World War) (2001年設立) は、関係者の合意による付託を前提として、司法的ではなく政策志向的なアプローチで拘束的意見を与える⁽²¹⁹⁾。さらに、上記のCAFAも、美術品に関する紛争に特化した仲裁機関として知られている⁽²²⁰⁾。

文化遺産に関する紛争について調停を提供する、条約に基づく制度が3つ存在する。ICPRCP⁽²²¹⁾、WIPO 仲裁調停センター、および、WIPO が ICOM とともに策定した ICOM-WIPO 美術文化遺産調停 (Art and Cultural Heritage Mediation)⁽²²²⁾ 制度である⁽²²³⁾。これらのうち、ICPRCP の調停は、調停仲介規則⁽²²⁴⁾ 第4条1項の下で、当事者が UNESCO 加盟国

(219) 同委員会が利用された例として、see *Madonna and Child with Wild Roses, ArThemis*, pp. 2-3 (同委員会はオランダ国内で返還を請求する唯一の手段とされていると指摘する)。同委員会は、請求を棄却しつつ、展示に来歴の説明を掲げることを勧告した。See *id.* p. 4.

(220) 対象を文化遺産に関する紛争に限らない、仲裁機関の一般的なリストとして、see <https://www.international-arbitration-attorney.com/arbitral-institutions-and-arbitration-courts/>。日本では、日本商事仲裁協会と日本海運集会所が知られている。特定の類型の紛争に特化した仲裁機関として、日本スポーツ仲裁機構も存在する。

(221) ICPRCP が利用された例として、see *Masque Makondé, ArThemis*, p. 3 (ICPRCP に申し立てられた国が、請求国と所蔵博物館に斡旋を提供したことを紹介する)。この事件で、当事者は、適切な保存措置を条件として、所蔵博物館が請求国に目的物を贈与することに合意した。See *id.* p. 4.

(222) Available at <https://www.wipo.int/amc/en/center/specific-sectors/art/icom/>.

(223) WIPO は、知的財産 [IP]・遺伝資源 [GR]・伝統的知識 [TK]・フォークロア [EoF (伝統的文化表現 (TCEs))] に関する政府間委員会 (IGC) を通して、文化遺産に関わる活動に参画している。WIPO-ICPO 美術文化遺産調停制度の特徴の1つは、秘密の保持であり、調停で得られた証拠を裁判・仲裁で開示・提出してはならないことはもちろん、調停の存在自体にも守秘義務が及ぶ。See Taşdelen, *supra* note 35, p. 211.

(224) 同規則第3条は、当事者の書面による同意 (1項)、秘密ならびに「公正、中立および誠実の一般原則」(2項)、迅速 (3項)、「国際法および承認された原則に配慮した正当な解決」(4項) を基本原則として挙げている。例えば、

に限定されるのに対して、ICOM-WIPO の調停は私人にも開かれている⁽²²⁵⁾。また、国内機関として、ワシントン原則を実現するために設立されたオーストリアの勧告委員会 (1998 年設立)⁽²²⁶⁾、フランスの「略奪犠牲者への補償委員会 (CIVS)」(1999 年設立)⁽²²⁷⁾、イギリスの略奪勧告委員会 (SAP) (2000 年設立)⁽²²⁸⁾、ドイツの勧告委員会 (2003 年設立)⁽²²⁹⁾ が存在する。さらに、CAFA も調停を提供している⁽²³⁰⁾。もちろん、これらの機関だけではなく、ICOM⁽²³¹⁾ や国際美術品回復団体 (Art Recovery International)⁽²³²⁾ などの NGO や博物館⁽²³³⁾ も、調停を提供したりファシリテーターを務めたりする。

別席調停は許されるが、その場合にも、2 項の原則に規律される (第 8 条 7 項)。調停は 1 年以内の解決に努めるものとされる (同条 9 項)。

- (225) いずれの手続もその利用について時間的制限を規定していないことから、規則策定の前の紛争も当然に付託の対象となる。
- (226) この委員会が扱った事例として、see La Frise Beethoven, *ArThemis*, p. 1.
- (227) “*Commission pour l’indemnisation des victimes de spoliations*” を正式名称とする。Available at <http://www.civs.gouv.fr/>.
- (228) Department of Culture, Media and Sport, Spoliation Advisory Panel, available at http://www.culture.gov.uk/what_we_do/cultural_property/3296.aspx.
- (229) “*Beratende Kommission für die Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogener Kulturgüter, insbesondere aus jüdischem Besitz*” を正式名称とする。例えば、無条件に返還するべきであるとする拘束的意見を下している。See The Windmill, *ArThemis*, p. 4. 同意見に対して、目的物が請求者の被相続人に帰属していたことも、その売却が強迫の下でなされたことも証明されておらず、両者を反証する負担を所有者に負わせるべきことは自明ではなく、一貫した公正なものではないとする批判がある。また、目的物が公に展示された状態から私蔵に変更されたことも批判されている。See *id.*
- (230) Available at <https://www.cafa.world/mediation/>.
- (231) ICOM がファシリテーターを務めた事例として、see Bélier malien, *supra* note 79.
- (232) 国際美術品回復団体が調停人を務めた事例として、see Buste de Diane, *ArThemis*, p. 1.
- (233) ジュネーブ民族誌博物館がファシリテーターを務めた事例として、see Quatre momies, *ArThemis*, p. 1.

おわりに

文化遺産に関する紛争を解決する道具の研究の目的は、裁判とADRの「最適な組み合わせ (best mix)」の探求である。裁判は文化遺産の公的性質を反映して、公益を確保するためには不可欠の手段である。これに対して、ADRは、法の枠内で当事者の納得度の高い解決を達成する手段として、とりわけ、未来志向的で互恵的な合意を形成する手段として、また、一般的に適用される法とするべきではないが、例外的事態に対処するために関係国が合意した基準に則って紛争を解決する手段として、固有の価値をもつといえる。