

遺跡保護制度の改善のために―最終的提言

椎 名 慎 太 郎

はじめに

私は1977年に文化財保護法⁽¹⁾の解説書を刊行して以来、遺跡の保護制度改善についてくり返し提言をしてきた。だが、私の提案は実現することがなかった。1975年の法改正が私の研究出発の契機であるが、現行法も、当時の57条の2が93条になるなど、条文の改訂はあったが、内容はほぼこの改正当時のままである。少し前に、雑誌『都市問題』2013年9月号の「特集－埋蔵文化財行政を考える」に「発掘調査における費用負担問題」を執筆したのを契機に、しばらく離れていたこの問題を改めて考えてみる機会を得た。2014年3月に、31年以上務めていた山梨県考古学協会の埋蔵文化財保存対策特別委員会の責任者を後任にゆずり、保存活動の第一線から退いたことも、広い見地からこの問題を考え直す心のゆとりとなった。

これまでの自分の研究論文や提言を見直すと、こうあって欲しいという思いが先行して、本当に実現可能なシステムを考えることを怠っていたことに気づいた。私の年齢を考えると、多分この問題を体系的に論述する機会も最後に近いはずだ。本稿では、日本の遺跡保護の法制度をこのように改善したらどうかという最終提言をまとめてみることにした。

(1) 『精説文化財保護法』新日本法規（以下、『精説』と略す）。

なお、文化財保護法は「考古学的遺跡」を「埋蔵文化財包蔵地」と呼んでいるが、私は以前からこの用語法に違和感をもっており、今回も「遺跡」という言葉をできる限り使用することに⁽²⁾する。また、文中では敬称を略させていただく。

1 問題の経過と現状

(1) 行政指導権限だけで成り立つシステム

現在の遺跡保護制度の基本は、文化財保護法の1954年改正で設けられた、現行法でいうと93条の規定である。これは、次のように定めている。

93条 1 項 土木工事その他埋蔵文化財の調査以外の目的で貝塚、古墳その他埋蔵文化財を包蔵する土地として周知されている土地（以下、「周知の埋蔵文化財包蔵地」という。）を発掘しようとする場合には、前条一項の規定を準用する。この場合において、同項中「三十日前」とあるのは、「六十日前」と読み替えるものとする。

同条 2 項 埋蔵文化財の保護上特に必要があると認めるときは、文化庁長官は、前項で準用する前条一項の届出に関し、当該発掘前における埋蔵文化財の記録の作成のための発掘調査の実施その他の必要な事項を指示することができる。

これは要するに、周知の遺跡で開発工事をする場合には、着工の60日前までに届出をしろということ、そして、これについて「必要な指示ができる」ということである。文化庁関係者は一時期、この「指示」を法的拘束力ある命令だと解釈しようとしていたが、後に説明する府中文化財訴訟の中で、裁判所では否定された。なお、この届出を怠った場合については、罰則がない。92条 1 項の学術発掘の届出については、怠った場合に 5 万円以下の過料が科せられ

(2) 「埋蔵文化財包蔵地」には、一旦掘り出した遺物を埋め戻した場合も含まれる余地がある。

るが（法203条2号）、93条については、なんらの規定もおかれていない。

93条2項の「指示」が「命令」に当たるという文化庁の解釈は、法律専門家からすれば無理筋というほかない。そして、遺跡保護行政の現場では、開発事業者の協力によるしかないこの規定を根拠に、ときには数ヵ年に及ぶこともある事前発掘調査の実施と、億単位にも及びうるその費用負担をなんとか実施してきている。この「協力を求める」という折衝の実務は主に市町村教育委員会の文化財担当職員が苦労しながらしているのであるが、山梨県考古学協会という場で、あるいは全国各地に講演などに呼んでいただいた折にしばしば担当職員の実務上の相談に乗ってきた立場として、本当に大変な仕事であると同情を禁じえない。

地方分権改革に伴う1999年の第5次文化財保護法改正の際には、これを法的拘束力のある制度にするという意見も内部にあったようであるが、結局手をつけることが出来なかった。これは、国土交通省など開発関連省庁との力関係が主要因ではなかったかと私は推測している。

(2) 実効性がなかった1975年改正

1975年改正の前には、全国都道府県教育委員長協議会・都道府県教育長協議会が1972年はじめに文部大臣及び文化庁長官あてに改正についての要望書を提出している。この中で、土木工事等による遺跡の発掘における許可制の採用と発掘調査費用の原因者負担主義の明確化が求められている。日本考古学協会も1973年5月の総会で、遺跡の現状変更につき許可制を採用することを要望として決議している。

しかし、これら要望は実現しなかった。この1975年改正はかなり注目を集めたが、その内容は、遺跡保護に関しては限定的なものにとどまった。改正点は、以下の3点である。①周知の遺跡における土木工事等の届出を従来の着手の30日前から60日前としたこと、②周知の遺跡で国の機関等が土木工事をする場合に文化庁長官との協議を義務づけたこと、③工事等に伴う遺跡の不時発見

について、調査等の必要があるときは最大6ヶ月間工事停止を命ずる権限が文化庁長官に認められたこと。

この中で一步前進と考えられる遺跡の不時発見の場合の工事停止命令権の規定（現行法96条2項）は、事実上発動困難な仕組みになっている。なぜかという、この停止命令は、発見の届出があつてから1ヶ月以内にしなければならないとされている（同条4項）。しかも、この命令を出すまでに、「あらかじめ、関係地方公共団体の意見を聴く」必要がある（同条3項）。さらに、この命令を出す前に10日前までに通知をして当事者の聴聞を行わなければならない（154条1項4号、同2項）。これらの手続の全部を届出があつてから1ヶ月以内に済ませるには、実務的には、届出があつたとたんに準備を始めなければ不可能である。このことは、筆者が最初に解説書を書いたときから指摘していたことであるが、その後の改正でも改められることはなかった。⁽³⁾この規定の仕方と関係があるのかどうか不明だが、知る限りでは、この権限が発動された事案はない。

（3）現行制度の弱点を露呈した二つの文化財訴訟

現在の遺跡保護行政システムは、すでに1980年代の二つの文化財訴訟で破綻が明らかになっている。先ず、筆者自身が多少の関わりをもった府中の事件をめぐる事情を説明してみる。

この事件は、次のような経過をたどった。1978年1月ごろ、原告が府中市内の借地にあった建物を貸しビルに建て替えようと府中市教委の専門職員に相談したところ、「周知の遺跡の範囲外であるから、掘削して何か出たら知らせるように」との指示を受けた。原告が掘削にかかったところ遺跡の存在を示す遺物などが出土したので工事を中止し、市教委に連絡した。実は専門職員は参照すべき遺跡範囲図をとり違えており、本来参照すべき最新の範囲図では、工事

（3）『精説』243頁。

箇所は周知の範囲に入っていた。この点が訴訟の一つの争点になったのであるが、訴訟段階では府中市側は、「最初から周知の範囲であると指示した」と主張した。担当職員がミスをしたことについて、裁判所は行政側の主張に沿ってこれを否定したが、私の知るところによれば、実際はミスが存在した。行政を相手にする訴訟では、このように裁判所は頭から行政側の主張を正しいものと決めてかかるので、市民が勝訴するのは難しいのだ。この争点に関する細部の事情は省略する。

もう一つの争点は、当時の文化財保護法57条の2（現行法93条）第2項にいう「指示」が法的命令であるかどうかということであった。担当職員は原告に「発掘調査の実施とその費用の負担は原告の負うべき法的義務である」と説明した。原告はこの説明に従って調査の間工事を休止し、調査後に市教委から負担を求められた調査費116万円余りを支払った。これが法的義務でないことを後で知った原告は、義務でないものを義務といわれて支払わされた経過に納得できないとして損害賠償請求に及んだ。

府中市教委とその支援を行った文化庁関係者はこの「指示」を本当に法的義務として通したかったようで、訴訟の準備書面でも発掘調査実施とその費用負担を法的義務であると主張している。たしかに、「指示」という用語は、行政指導を意味する場合と、法的命令を指す場合とがある（命令を意味する場合の例として、地方自治法245条の7に規定する「是正の指示」がある。）。だが、現行法93条による届出を怠っても罰則はない。そのような「届出義務」について行われる「指示」が法的義務を命ずるものであるとは到底考えられない。

ただし、裁判所の判決は正面から「行政側の解釈は間違いである」と言わないように苦労して作文している。以下、高裁判決を見てみる。

「埋蔵文化財が、わが国の歴史・文化などの正しい理解のために欠くことのできない貴重な国民的財産であり、これを公共のために適切に保存すべきものであることはいうまでもない。このような見地から、埋蔵文化財包蔵地の利用が一定の制約を受けることは、公共の福祉による制約として埋蔵文化財包蔵地

に内在するものというべきである。文化財保護法は、埋蔵文化財包蔵地に内在する右のような公共的制約にかんがみ、周知の埋蔵文化財包蔵地において土木工事を行う場合には発掘届出をなすべきことを義務付けるとともに、埋蔵文化財の保護上特に必要がある場合には、届出に係る発掘に関し必要な事項を指示することができることを規定しているものであり（法57条の2）、右の指示は、埋蔵文化財包蔵地の発掘を許容することを前提とした上で、土木工事等により貴重な遺跡が破壊され、あるいは遺物が散乱するのを未然に防止するなど埋蔵文化財の保護上必要な措置を講ずるため、発掘者に対して一定の事項を指示するものであって、埋蔵文化財包蔵地における土木工事によって埋蔵文化財が破壊される場合には、埋蔵文化財の保存に代わる次善の策として、その記録を保存するために発掘調査を指示することは、埋蔵文化財保護の見地からみて適切な措置というべきである。したがって、右のような発掘調査の指示がなされることによって、発掘者がある程度の経済的負担を負う結果になるとしても、それが文化財保護法の趣旨を逸脱した不当に過大なものでない以上、原因者たる発掘者において受忍すべきものというべきである。

ここでは府中市教委側が「費用負担は法的義務である」と主張したことが完全に無視されている。原告側は、法的義務でないものを法的義務であるといわれて発掘調査をするために遺跡調査会と契約を行い、その費用を負担させられたことが違法であると主張しているのであるが、その主張とはかみ合っていない。実は、高裁判決には、これに先立って次のようなくだりがある。

「次に、控訴人は、府中市教育委員会の指導により府中市遺跡調査会と発掘調査の委託契約を締結することを強制されたと主張するが、前記認定事実によれば、控訴人は、右契約締結を強制されたわけではなく任意に右委託契約を締結したものと認めるのが相当であり、右委託契約の締結にあたり、被控訴人が控訴人に対し、右委託契約の締結及びこれに伴う発掘調査費の負担についてあくまで任意の協力を求める趣旨であることを告知しなかったとしても、このことをもって直ちに被控訴人が発掘調査費用の負担を実質的に強制したものとい

うことはできず…」

判決はこの場合の「指示」は協力を求める意味であるが、この協力要請には正当な理由があり、求められたらそれに応じるのが社会的良識であるといった内容を述べているに過ぎない。たしかに、これは一般的には良識ではあろう。だが、行政側から「負担は法的義務である」と言われたら、事情を知らない一般人はそれを信ずるしかない。騙されて支払われるのと、事情を納得して協力するのでは全く意味が違う。

「契約の締結及びこれに伴う発掘調査費の負担についてあくまで任意の協力を求める趣旨であることを告知しなかったとしても…このことをもって直ちに被控訴人が発掘調査費用の負担を実質的に強制したものということとはできず」というくだりが苦心の作文である。だが、これは一種の詐術である。この当時まだ制定されていなかった行政手続法（1994年施行）は、行政指導について、「行政指導にあっては、…行政指導の内容があくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるものであることに留意しなければならない」（32条1項）とし、「行政指導に携わる者は、その相手方に対して、当該行政指導の趣旨及び内容並びに責任者を明確に示さなければならない」（35条1項）と規定している。この内容は、行政指導のあり方の一般原則を成文化したもので、実定法の規定がないとしても、当然従うべき準則であったはずである。

被告側がこの「指示」を「法的命令」と強弁した背景には、こうした解釈をしないと、全国で行われている開発前の発掘調査実施とその費用を開発事業者が負担するという慣行が崩れてしまうという危機意識があったのかも知れない。要するに、行政指導だけで現状の遺跡保護行政を続けるやり方は、この時点で既に破綻していたということなのだ。

私は、文化財行政側がこのように無理な対応をしなければならない事情はよく分っている。法制度に不備があって、それでも一定の行政水準を実現したい場合に、相手方によく事情を説明し、粘り強く説得を行い、しぶしぶであっても協力を引き出す必要があるということは、毎年引き受けている山梨県内市町

村職員の行政法研修でもくり返し説明してきたことである。ただし、法的義務でないものを法的義務というのは、この範囲を逸脱している。

このように、府中文化財訴訟では、東京地裁も東京高裁も苦しい論理展開で被告府中市側の敗訴を回避している。私はこの訴訟の原告の方と何回かお会いしたのだが、市内で眼科医を営み、学校医もしておられた穏やかな方で、「最初から『協力をして下さい』ということであれば、もちろん協力をしました」と語っていた。

1984年から静岡地裁で争われた上ノ山遺跡訴訟の方は、宅地造成業界が正面から文化庁の進める保護体制に挑戦したものだが、1989年に静岡市が原告に一千万円を支払うという和解で決着した。これも行政指導だけの体制の破綻を認める結果となった。詳細は拙著『遺跡保存を考える』（岩波新書1994年）に譲りたい。

(4) 海老ヶ作貝塚破壊の衝撃

本稿を執筆中に『文全協ニュース』（文化財保存全国協議会刊）203号（2015年1月31日）が届いた。そこには、現行文化財保護法の限界を如実に示す事態があった。この貝塚遺跡は、千葉県船橋市にある縄文時代中期の阿玉台式から加曾利E式にわたる大規模な集落遺跡で、以前から知られていた。2013年10月に不動産会社が船橋市に開発の事前審査を申請し、2014年2月に市は都市計画法に基づく開発許可を出した。この都市計画法の手續に遺跡の取扱いをうまく組み合わせているところも多いが、船橋市ではそれがなかったようだ。

2014年5月から6月にかけて市教委が確認調査を行い、この結果から6月に市教委は事前発掘調査の指示を行った。しかし、不動産会社は発掘費用の負担を拒否した。市の内部での協議の結果、同年9月に開発用地の買い取り案を同社に伝え、交渉はある程度まで進んだが、最終的に決裂し、10月から11月にかけてこの遺跡は事前調査なしに破壊された。この間、着工直後の10月28日に、日本考古学協会埋蔵文化財保護対策委員会が保存要望書を文化庁、千葉県

知事、千葉県教委、船橋市長、船橋市教委宛に出したが、事態は変わらなかった。千葉県知事も船橋市長も遺憾とする談話を出しているが、貴重な遺跡は永久に失われてしまった。

これも基本的には行政指導権限しかない現行文化財保護法の欠陥を露呈した事件であるが、実は、こうした緊急事態に対処する手段が全くないわけではない。一つは、県教委が問題の遺跡の範囲を国史跡に仮指定することである（文財法110条）。これは、実務的には文化庁と連絡をとってしなければならないが、最低2年間は現状変更を止めることができる（文財法112条2項）。もう一つは、文化庁が腹をくくって、国史跡に緊急指定する方法がある。この手段は、1969年3月8日に、史跡指定されると当時高価になっていた珪砂採取が出来なくなるのを怖れた業者が未調査の山口県綾羅木郷台地遺跡をブルドーザーで破壊しようとしたのを停止させて、3日後の11日に指定書を業者の面前で読み上げるという形でなされたことがある。

後者については文化審議会への諮問という問題があるが、1969年の緊急指定については、持ち回り会議という形でこれをクリアした。仮指定には事前諮問は不要となっている。ただし、仮指定は行政手続法の区分でいえば不利益処分にあたるから、文化財保護法に規定がなくとも、なんらかの事前手続が必要とされる可能性があるが。いずれにせよ、こうした強制手段があるという事実は折衝においてかなり有効であるはずだ。船橋市は買い上げを予定して予算的には対応可能であったのだから、強制権限を背景にして強い折衝が出来たはずである。

今回の遺跡破壊を外から見ると、千葉県も船橋市も、本気でこれを止める姿勢があったのかどうか若干の疑問なしとはしない。そして、「未指定遺跡は破壊してしまえば勝ち」という新しい前例が出来たことになる。

2 遺跡発掘の事後命令付届出制の採用―提案①

(1) スウェーデンの制度から学ぶ

A スウェーデンの制度に着目した理由と調査経過

文化庁関係者が現在の遺跡システムを法的拘束力あるものに変えることに消極的な理由の一つに、そのためには保護すべき遺跡（これを文化財保護法で「周知の埋蔵文化財包蔵地」と表現している）の全部について、その範囲を明確にしなければならないと考えていることがある。そして、私自身も少し前までは、それが避けられないかと考えてきた。だが、必ずしもそれは必須ではないのではないか。その実例がスウェーデンにあった。

英語に訳されたこの国の『古代記念物及び出土品に関する法律』（1988年、以下「古代記念物法」と略す）を読むと、「古代記念物」と判断される範囲で開発行為を行う場合には、県単位に置かれた国の行政機関（遺跡保護機関）の許可を得なければならないという内容がある。これは1988年以前の制度でも変わっていない。

先ず、行政組織について説明しておきたい。スウェーデンの地方行政組織は複雑で、一見すると日本のように国、県、市町村という三段階のように考えられるが、地方自治体としての県は医療などを中心とする限られた権限しか持たない。環境保全、地域計画、農政などは、県を単位としておかれている国の機関が担当する。もちろん、中央行政とははっきり区別されていて、遺跡保護についても、日本の文化財保護法成立当時の文化財保護委員会のような組織である「中央文化遺産保護委員会」（以下、スウェーデンにおける略称「RAA」と表記する。）と県単位の文化遺産保護組織とは明確に役割分担をしている。以下、県単位の文化遺産保護機関を「県域行政機関」と略称することにする。これは、国の設置する行政機関である。ただし、日本と違って、国の組織同士ではあるが、完全な上下関係ではなく、国に対して地域独自の立場を主張することがあるようだ。

問題は、ここでいう「許可」が必要な範囲である。この範囲について、70年代に現地調査をされた文化財行政に関わりをもつ考古学研究者は、「明確に範囲確定されている」と述べていたのだが、私が法文を読む限り、必ずしも全部が範囲確定されていないようなのだ。そこで、2006年に大学の短期海外出張として5日ほどストックホルムに滞在し、連日R A Aに通って事情調査を行った。この調査では、日本の文化庁には置かれていない法律専門家や環境影響評価の専門家にもインタビューすることが出来た。

この調査で判明したのは、「古代記念物」の範囲は、法律上では明確に画定されていないことがあるということである。やはり私が法文で読んだ通りであった。では、実際にはどのようにしているのか。

日本で言えば周知の遺跡にあたるものとその周辺で開発工事をしようとする者は、事前に十分な期間的余裕をとって県域行政機関と協議することが義務づけられている。そこで、予定された工事で遺跡に影響が及ぶと判断された場合には、県域行政機関の許可を得なければならない。この許可では、必要があれば事前の発掘調査をすることとその費用負担をすることを命ずることになっている。

B スウェーデンの遺跡保護制度

以下、「古代記念物法」の法文を引きながら具体的に制度を概説してみよう。この法律は5章で構成されており、その章別のタイトルは、第1章総則、第2章古代記念物、第3章歴史的建造物、第4章歴史的意義を有する教会の財産、第5章文化財の輸出の制限となっている。遺跡の保護は第2章に規定されている。

① 古代記念物

古代記念物とは、日本でいう国、県、市町村の指定史跡と「周知の埋蔵文化財包蔵地」を包括した概念である。以下の条文は第2章の条文である（日本の法律と違い、この法律は各章ごとに1条から始まる）。

古代記念物の定義は第1条に挙げられており、次のように規定している。

第1条

- 1 永久古代記念物は、この法律の下で保護される。
- 2 永久古代記念物とは、以下の各号に挙げる過去の人類の活動の痕跡であって、過去に利用され、永久に放棄されたものをいう。
 - ① 墳墓、葬祭用構築物及び埋葬に用いられた土地並びに教会墓地その他の埋葬施設。
 - ② 列石及び石を用いた基盤であって彫刻などをほどこしたもの。
 - ③ 十字標その他の記念碑。
 - ④ 裁判、祭祀活動、交易その他公益目的で開かれた集会の場所。
 - ⑤ 住居、集落及び作業場、並びに労働や経済活動など住居等を利用した結果を示す遺構。
 - ⑥ 砦の跡、城跡、修道院跡、教会跡及びその他の防禦施設、並びにその他の顕著な建造物及び構築物。
 - ⑦ 道路、橋梁、港湾施設、灯台、道路標、航海用標識その他の輸送に関する施設、並びに境界標及び迷路。
 - ⑧ 百年以上前に沈没したと推定される沈没船。
- 3 古代記念物には、古代の慣習、伝説若しくは顕著な歴史的事件に係る自然構造物、又は古代民衆の信仰の痕跡を含む。

この条件に該当するものは、範囲の指定なしに古代記念物として扱われる。古代記念物は考古学的遺跡を含むが、それだけでなく、その周囲の土地も保護対象としている。

第2条

- 1 古代記念物には、遺物及び遺構を保存するために十分な区域であって、その遺物及び遺構の性質と意義に見合うだけの適切な範囲を有する土地又は海底が含まれる。この区域を「考古学的遺跡」と呼ぶ。

年代的には、2万年前の中石器時代から近代までが遺跡の範囲に入るという説明を受けた。2万年以前の遺跡は、今のところこの国では発見されていない。

② 古代記念物の現状変更

このように定義された古代記念物について、先ず、6条で次のように許可なしの現状変更禁止が原則として規定されている。

第6条

本章に定める許可を得ずに、移動、撤去、掘削、覆土、建築作業、植栽又はその他の方法によって古代記念物の現状を変更してはならない。

では、具体的には、遺跡とその周辺における開発行為はどのような手順で進められるのであろうか。ここで注目されるのが、次の規定である。

第10条

1 建築物若しくは構造物の建造又はその他の工事をしようとする者は、事前に十分な期間をもって古代記念物が当該工事等によって影響を受けるかどうかを確認し、影響が及ぶ場合には、直ちに県域行政機関と協議しなければならない。

この規定の実際の運用では、影響が及ぶかどうかについて、行政側で範囲をひとまず画定していて、この規定に基づく問い合わせについて、これを基準にして指示を出している。その範囲の取り方について、RAAと県域行政機関で意見が異なる場合がありうるが、その場合は県側の意見が通ることになっている。

ここまでの記述の範囲では、日本における行政指導と基本的に違うところはないように思える。だが、第一に、地下に遺跡があるかどうかの分布調査について大きなエネルギーが費やされており、その結果をデジタル化して地図上に表示する作業がかなり進行している。遺跡の存在を事前に把握するのは行政の義務だと考えられており、これが、後に述べる、不時発見遺跡の調査費用の負

担原則に反映している。

第二に、次に掲げるように、事前調整の結果として遺跡の事前調査や保護措置が必要と判断された場合には、強制力のある命令が出せることになっている。

③ 開発前の遺跡調査

遺跡があると想定される土地で開発行為をする場合には、事前に県域行政機関の許可を必要とする。そして、この許可の条件として、事前の調査又は保存措置を命ずることができるようになっている。

第12条

1 古代記念物を移動し、その現状を変更し、除去しようとする者は、県域行政機関に許可を申請しなければならない。

2 県域行政機関は、その古代記念物の価値とあらゆる面から比較検討して、それが障害となり、または不都合をもたらしていると認められるときでなければ、許可を与えてはならない。

3 申請をした者が難破船又は難破船に付属する考古学的遺物の所有者である場合は、特別な理由があるときでなければ、許可をすることができない。

4 申請者が土地や水域の所有者又は難破船の所有者でない場合において、所有者が申請に係る現状変更等に同意していないとき、又は許可を与えるべき特殊な事情が存しないときは、許可を与えることができない。

第13条

1 前条の許可を与える場合に、県域行政機関は、古代記念物の記録を遺すための特別な調査又はそれを保存するための措置を命ずる相当な条件を付することができる。許可書には、可能な限りで、なすべき措置等の費用の概算を示すものとする。

2 前条の申請を審査する前に、県域行政機関は、適切な影響の評価の根拠を得るため又は特別な調査を命ずる必要があるかどうかを判断するために、古代記念物の試掘調査をすることができる。

具体的判断のしかたについて RAA の法律専門官に質問したところ、重要遺跡であれば当然許可が出ないが、発掘調査をした後で開発を許可する場合が多く、最近では、遺跡であっても、大きな農場跡地の小さな作業小屋跡まで発掘調査が必要であるかといった議論があるとのことであった。

この12条と13条の規定は、10条の事前調整と一体化しており、これを日本の制度に置き換えると、事後命令付届出制にほぼ相当すると考えられる。これは私も十分に理解していなかったことで、ある意味で、日本の今後の遺跡保護制度改善に大きなヒントを得たと感じた。

事後命令付届出制は日本の環境法制でもかなり活用されているシステムで、国立公園や国定公園の自然保護のため等に用いられている。国立公園の自然豊かな中心部分は特別地域として指定されていて、別荘を建てるなどの現状変更行為には許可を得なければならない。その周辺には普通地域として、バッファゾーン（緩衝地帯）をめぐるしている。例えば、富士箱根伊豆国立公園の一部である富士山は頂上から下に向かって、一番規制の厳しい特別保護地区、そして一種から三種までの特別地域に区分されており、これを取り巻く富士吉田市の市街地や富士河口湖町の市街地などが普通地域に区分されている。この普通地域では、現状変更行為について届出義務がある。そして、この届出に関して風景保護のために必要と認めるときに、環境大臣は、その行為の禁止や制限などの命令が出せるようになっている。

スウェーデンにおいて、遺跡の範囲を画定することなく許可制が採用されているというのは事実であるが、これに先立って入念な事前調整の制度が置かれており、したがって、範囲画定がなくとも実務上不便がないようになっている。

④ 遺跡の不時発見の取扱い

どれほど周到に事前確認をしても、地下に埋もれている遺跡が開発工事に伴って新たに発見されることは避けられない。これを「遺跡の不時発見」と呼んでいる。これについてスウェーデンの古代記念物法第2部は次のような制度を設けている。

第10条

2 掘削その他の工事で古代記念物が発見されたときは、それが古代記念物に影響を及ぼす範囲については直ちに工事を停止しなければならない。工事等を指揮している者は、これを直ちに県域行政機関に届出なければならない。

第15条

1 発見されたときに全く知られておらず、地上に全くその存在を示す物がなかった古代記念物について法12条に基づく許可を受けられなかった者は、当該古代記念物が重大な障害となり、または不都合をもたらしていると認められる場合には、相当の補償を受ける権利を有する。この場合の補償の請求は県域行政機関に対して行うものとする。補償請求は、掘削その他の工事で古代記念物が発見された日から2年以内に県域行政機関に到達しなければならない。この期間を経過したときには、補償請求権は消滅する。補償に関する規定は、発見に係る土地が収用されたものである場合には、適用しない。

工事に伴う掘削などで遺跡と思われるものが発見された場合に、工事関係者は直ちに工事を停止して、工事責任者はこの事実を県域行政機関に届出る義務がある。専門家がこれを古代記念物に該当すると判断したときは、上述した12条の規定が適用され、工事の続行には許可が必要になる。ただし、不許可とされたことで、工事などの計画に大きな影響を受け、あるいは多大な損害を受けた場合には、補償（損失補償）が受けられることになっている。この補償の規定は、上述した、遺跡の存在を事前に把握するのは行政の義務という考え方を背景にしている。この届出義務には、違反した場合の罰則が付いている。

(2) 日本の現行制度の改善案

このスウェーデンの制度は、手詰まりになっている日本の遺跡保護行政を改善するモデルになると思う。以下、私が現段階で構想している改善案を説明してみたい。

A 周知の遺跡に関する事後命令付届出制

周知の遺跡で開発行為をしようとする者には届出を義務づける。これは現状と変わらないが、現在の「60日前」ではなく、事前調整が十分にできるように、「十分な余裕をもって」と、期間を一律に法定しないようにする。これは、下水管の引き込みのような小規模開発と、何万平米にわたる巨大開発を同一に扱うことは実情に合わないからだ。具体的には、施行規則などで、開発規模に応じた調整期間を標準として示せば法律的に問題はないはずだ。現在は、「指示」という行政指導での対応しかないから、この点をあいまいにして、行政側は届出を受け取らないという形で調整期間をかせいでいる。しかし、届出については行政手続法に明文の規定があって、届出をする者が、必要事項を行政機関に伝えたならば、受け取る、受け取らないは考慮の外で、届出が成立する。これについて、「埋蔵文化財の発掘又は遺跡の発見の届出に関する規則」が省令として定められているが、この形式に沿った届出の前に事前調整期間を置くように制度設計する。当然、この届出義務違反にはそれなりの罰則を規定する。

そして、この届出について、調整の結果その必要があると判断された場合に、確認調査や本調査の実施と、その費用負担を命令できるという規定を置く。こうすれば、事前に範囲を画定しなくても、実質的に許可制と同じ運用ができる。許可制を採用するとすれば、許可を要する範囲の画定という問題がある。だが、事後に命令が出せるとはいえ、届出制であれば、現在の「周知の遺跡」というシステムで大きな問題はない。

ただし、この範囲を画定しないままでの事後命令付届出制が日本の他の制度とのバランスを欠くことにならないか、検討する必要がある。

これについては、現状変更を禁止する事後命令を出す範囲についての基準の設定次第だと考えていいだろう。現在の行政指導に依拠する制度でも、ほとんどの場合は、遺跡の存在を試掘でチェックして、遺構遺物の存在が確認された場合には、事前調査の後に工事をする事ができる。届出に対して事後命令を

出して、現状変更を禁止（工事を出来ないようにする）のは、これまで大きな紛争になったような特別な場合に限られると考えていい。逆に、最終的に工事の停止・中止命令権があることで、文化財保護行政側は腹をくくって折衝することが可能になる。世界的に見て、この程度の権限を文化財保護のために認めることは、決して突出した制度ではない。

後でふれるように、日本の文化財保護制度は、世界の水準と比べて、かなり遅れたものになっているのだ。

B 遺跡の不時発見の場合

これについては、現行制度の停止命令の発出に関する要件が厳しすぎて、實際上制度が機能していないことを認めることが必要である。1975年という、高度成長期の開発優先の考え方がある中で改正したために、過度に開発側に遠慮した制度設計になっているのだ。その上で、不時発見があった場合に直ちに届出を必要とするという現行制度はそのままでもいいだろう。そして、届出があって以降の遺跡の取扱いの協議は、先に提案した周知の遺跡の場合と基本的には変える必要がないと考える。調査期間の確保について合意が成立しない場合には、事後命令として一定期間の工事停止を命令するようにする。これも、よほど折衝がこじれて合意が成立しない場合に、最後の手段として用意しておく非常手段である。

問題は、事前に遺跡があることが分っていて調整が周到に行われてきた場合との違いである。これは、調査費用負担制度において考慮するという方法が現実的ではないか。つまり、遺跡の存在を事前になんらかの形で把握する責任が行政側にあることを前提にして、不時発見遺跡をいわゆる原因者負担原則から外すことで、一種の和解をはかるとする考え方だ。詳しくは調査費用負担制度の改善を述べる部分で扱うことにする。もちろん、発掘調査については、実務的に可能な限り、優先的に扱うことが望ましいであろう。

ただし、発見された遺跡が重要で、保存措置が必要となった場合、損失補償的な考え方が必要になる。日本では、土地の強制収用などの場合に損失補償が

なされるが、自然保護などを含めて、保全措置の代償としての損失補償は事実上運用されたことがない。現実には、保全すべき土地を公有化することでこれに代えている。おそらく、こうした公有化措置で補償とするしかないであろう。

C 新たに「周知の遺跡」とする場合の問題

届出が必要であるという点では、現状と変わりはないが、事後命令がありうるとなると、周知の範囲をあらたに設定するのに、現在のような行政の一方的判断だけではやりにくいことが考えられる。また、現在の範囲確認について、基礎自治体により落差があることが問題になりうる。しかし、新制度を動かす時には、思い切って、現在「周知」として扱っている範囲を改正後の制度において「周知の遺跡とみなす」とするしかない。地権者に異議があれば、その土地の範囲で何らかの現状変更行為をする場合に、公費で試掘調査をして遺跡の有無を確認する制度を定めることでひとまずは紛争を予防できるだろう。

過去の判例には、遺跡の存在は「土地のかくれた瑕疵」とするものがある⁽⁴⁾が、これは遺跡が存在するという事実の評価に関するものであって、「周知」と扱うことで事実が変わるわけではない。むしろ、遺跡の存在が不明のまま取引が行われて、事後にそれが発見されることの方が紛争を複雑にするものであり、遺跡が存在する可能性が強いことを予め明示する制度は、むしろ紛争予防に資するのではないか。

今後の実務の課題としては、遺跡の事前把握を徹底し、その情報をデジタル地図で公開すること、このデジタル地図とこれまでの遺跡発掘報告書のデータとをリンクさせ、開発予定地域でどのような遺跡がありうるかを関係者が事前把握しやすくしておくことが重要であろう。

(4) 大阪地判昭和43年6月3日判タ226号172頁、東京地判昭和57年1月21日判時1061号55頁。

3 遺跡発掘費用負担制度の設計—提案②

(1) スウェーデンにおける費用負担制度

事後命令付届出制とともに、調査費用負担原則が明文で規定されているのが、日本の制度との大きな違いである。改めて『古代記念物と出土品に関する法律』の「第2章古代記念物」の13条を再度引用しておこう。

第13条

1 前条の許可を与える場合に、県域行政機関は古代記念物の記録を遺すための特別な調査又はこれを保存するための措置を命ずる相当な条件を付することができる。許可書には、可能な限りで、なすべき措置等の費用の概算を示すものとする。

2 前条の申請を審査する前に、県域行政機関は、適切な影響の評価の根拠を得るため又は特別な調査を命ずる必要があるかどうかを判断するために、古代記念物の事前確認調査をすることができる。

これを受けて、14条は次のように「特別な調査又はこれを保存するための措置」に関する費用負担原則を示している。

第14条

古代記念物に影響を及ぼす工事等を行おうとする者は、13条に規定された調査等の費用を負担するものとする。ただし、以下の各号の場合はこの限りでない。

- ① 事前に知られていなかった古代記念物に係る費用。
- ② 県域行政機関が13条1項に基づいて許可の条件として示した概算額を相当程度超えた場合。
- ③ 13条2項に規定された事前確認調査の結果、県域行政機関が12条2項に定める許可を与えなかった場合における事前確認調査費用。
- ④ 事前確認調査又は13条に定める特別な調査を行った場合に、当該工事に

よって古代記念物になんらの影響も及ばないことが判明したとき。

これを要約すれば、原因者負担を法定した上で、次の場合は費用負担をしなくてよいことになっている。①不時発見遺跡の調査費用、②一定の基準で算定される概算費用を超えた部分、③開発工事前に事前確認調査をした結果、現状変更を認めないことになった場合の調査費用。④事前確認調査あるいは本調査を行った結果として、工事等が遺跡に影響しないことが判明した場合の調査費用。これも、日本における制度設計に大きな示唆を与えるものといえる。

(2) 調査費用負担制度のあり方

現在の日本では、前述のように行政指導によって開発者に費用負担への協力を求めており、これを「原因者負担」と称している。だが、冒頭で述べた通り、この原因者負担は言葉だけで、法的にはなんら根拠がない。だからこそ、開発事業者の協力さえ得られれば、例えば縄文前期から平安時代まで遺構面が一〇以上あって、平米単価が平均価額の十数倍というような調査費用を開発者に負担してもらうことが可能なのだ。

逆に、理解が得られずに、調査が困難な場合もある。負担義務がないから、事業者に遠慮して、残念な思いを抱きながら遺構の分布が薄いと判断した部分の発掘を諦めることもある。こうして諦めた部分の工事による掘削を見守っていた調査員が古代のゴミ捨て穴に大量の木屑が出ているのを発見して、辛うじて木簡群を守った有名な例が、奈良市のそごうデパート建設用地で1988年に出土した数万点の長屋王家木簡である。⁽⁵⁾

そこで、開発事業者に費用負担を義務づける原則規定を置く必要がある。ただし、例外を認める規定を同時に定めておく必要がある。事業者の費用負担原則の例外としては、①積算標準を地域特性に配慮しながら定めて、平均的費用

(5) 椎名『遺跡保存を考える』岩波新書1994年33頁以下。

から相当程度に高額になった場合に、相当とされる幅の最大限を超えた部分、②確認調査をした結果現状変更不許可となった場合の調査費用、③確認調査の結果として遺構になら影響がないと判明した場合の調査費用、を当面考えている。

このように書けば簡単ようだが、とくに①の負担限度をどのように線引きするか、実務ではかなり難しいことになろう。遺跡の類型化、地域別の積算標準の設定、従前の同種遺跡における平均的費用などを総合して決めるしかない。ただし、この制度を設けることによって、調査が簡略化される方向に流れることは絶対に回避したいものだ。

次の問題は遺跡の不時発見の場合の費用負担である。不時発見の場合の届出義務と事後命令制度は前述のように明確にしておく必要がある。その上で、スウェーデンの制度のように、不時発見遺跡の調査費用は公費負担とすることが妥当だと考える。それは、遺跡がどのように分布しているかを把握するのは行政側の責任と考えるからだ。これと併せて、遺跡の不時発見の届出を怠って、保護行政関係者その他の第三者が工事で遺跡が破壊されているのを発見した場合の停止命令権をしっかり定めて、この届出義務違反についてはかなり重い罰則を科すること、そして、このようなケースについては公費負担原則を適用せず、調査費用の全部又は一部を負担させるようにすれば、工事中の遺跡の不時発見について積極的に届出を促す効果があるのではないか。

終章 日本の文化財保護制度の国際的水準

1 本稿で私が提案した制度改正のポイントをまとめて示しておきたい。

第一に、現在は罰則のない届出義務と行政指導しかない周知の遺跡における現状変更行為について、罰則の伴う届出義務を規定する。現在は着工の「60日前までに」となっている期間については「相当の余裕をもって」と一律の扱いにならないように工夫する。そして、必要な場合には、この届出について工事の一定期間の停止、調査の実施とその費用負担などの事後命令が出せるように

する。これが「事後命令付届出制」である。遺跡の不時発見についても、基本的には同じ制度で対応可能だと考える。

第二に、調査費用負担の制度を明確に規定する。これについては、原因者負担を原則として、公費負担をする場合を例外として制度化するという提案である。これを前記の事後命令の制度と組み合わせることで、行政指導でかろうじて遺跡の調査を実施しているという不正常な状態を解消することができよう。

2 提案する新制度と文化財保護制度の国際的水準

このような制度化は国際標準から見て厳しすぎないか。これは、基本的には行政指導で慣行的にやっている制度に、最後の手段としての強制力を保障するにすぎないものであり、決して厳しすぎることはないと考える。むしろ、日本の文化財行政は、世界の大勢からみてかなり遅れたものとなっていることを知る必要がある。日本の文化財保護法では、制定当初から「重要文化財の環境保全」の制度が置かれているが、具体的に運用されたことがない。具体的には、環境保全として現状変更を制限する範囲が全く決められていないのである。そのため、重要文化財建造物に隣接して高層ビルが建築されるといった、保護の趣旨に反する事態がくり返し起きている。

不動産文化財の環境保全の重要性は欧米諸国において早くから認識されてきており、フランス、イタリア、イギリス、ドイツ各州などヨーロッパ各国の先進的取り組みは良く知られている。筆者が研究対象にしているフランスでは、都市中心部にある記念建造物の環境保全について歴史記念物法（1913年）の一部改正（1943年）により、記念物に指定され、又は記念物補助目録に登録された建造物の視界内にある不動産の所有者（地方公共団体及び公法人を含む）は「事前に許可を得ないで当該不動産を、その外観に影響を及ぼす新築、取壊し、伐採、改築又は改修工事の対象としてはならない」と、記念建造物の周辺の現状変更について許可制が採用されている。ここで視界内というのは、基本的には「指定又は指定の提案を受けた不動産から見えるか又はこれと同時に

眺められ、かつ500メートルを越えない範囲内にある他のすべての不動産をいう」とされる。簡単にいえば、指定文化財の外周から500メートル範囲については、新築はもちろん、あらゆる現状変更行為が規制対象になっているということである。1983年からは、より実状に即した景観保全を図るために建築・都市・景観遺産保護地区制度が導入され、規制の方法がより充実し、規制対象範囲も面的に拡大している。⁽⁶⁾

西欧の価値観は日本に適合しないという考え方もありうるが、実際には、わが国でも景観、とくに歴史的文化的景観の価値は近年法的にも正当な評価を受けるに至っている（最判平成18年3月30日国立景観訴訟、広島地判平成20年2月29日鞆の浦景観訴訟など）。

この点で現行法45条の運用に示唆を与えるのが、韓国の文化財保護法である。⁽⁷⁾ この法律は日本の文化財保護法をモデルにして1962年に制定されたものであるが、その後、不動産文化財の環境保全のために、その周囲に具体的に緩衝地帯を設定し、その範囲で行われる工事等について措置命令を行うことが法定されている。この措置命令の対象となる緩衝地帯の範囲は、以前は100メートルであったが（旧建築法施行令8条4項3号による事前承認制度）、現在は文化財保護法とその施行令により、500メートルが環境保全の範囲と定められている。

こうして見ると、現行法の制度がいかに国際水準から遅れたものであるかがよく分る。遺跡保護制度も、実質的には1954年に改正したものと大きくは変わっていない。この間60余年、文化財行政体制は格段の充実をとげ、国や地方の財政状況も戦争後を脱しきれていなかった60年前とは様変わりしている。いま、これを強制力のある制度に変えることは、文化に対する国の責任であり、

(6) これについて、椎名「歴史的環境の保存と生涯学習」『大学改革と生涯学習』（山梨学院生涯学習センター）4号2000年14頁以下参照。

(7) 以下、韓国の制度については、韓国文化財保護法研究の第一人者である、元忠北大学教授呉世卓博士の解説による。

遺跡保護制度の改善のために一最終的提言

いま生きているわれわれの、将来世代に対する責任である。