

## 埋蔵文化財の保護と発掘調査費用原因者負担主義

若槻勝則

### Abstract

In our country the cultural products, which have historic, academic and artistic high value, or the ruins made indispensable for formation of national culture are disappearing every year.

The fundamental cause is the development priority and the execution of the public works which do not change even if it goes into a low growth time.

Especially it seems that “ the cause person burden principle ” of the excavation investigation expense of the urgent excavation investigation which is carried out in connection with public works etc. has big influence on this problem.

Then, I want to explore the problem for how “ the excavation investigation expense ” of this urgent excavation investigation influences the cause person burden principle through an important judicial precedent.

キーワード …… 埋蔵文化財 開発優先と公共工事 緊急発掘調査  
発掘調査費用負担 原因者負担主義

### はじめに

わが国における文化的所産で、歴史上・学術上・芸術上価値が高いもの、あるいは国民的文化の形成にとって不可欠のものが、文化財として規定される。文化財保護法は、こうした「文化財」を統一的に保護するための基本的な位置づけを与えられている。文化財保護法によれば、文部科学大臣は、有形文化財・無形文化財・民俗文化財のうち重要なものを特別に重要文化財に指定することができる。もともと文化財は、有形無形の文化的所産で歴史上・学術上・芸術上価値が高いもの、貴重な国民的財産とされているものである。そのうちの重要なものを文部科学大臣が指定し、文化財保護法が直接かつ具体的な保護の対象にするものは(つまり規制権・処罰対象の規定のあるもの)、こうした重要文化財に殆ど限定されている(埋蔵文化財に関してはこうした指定制度は存在していない)。逆にいえば、指定を受けていないものの保護が軽視される可能性がある。

これらの文化財のなかでも、とりわけ埋蔵文化財は、「大地に刻まれた歴史」とも言われ、文字のない祖先の歴史だけでなく、歴史時代の文献史を欠く分野を解明する上で重要な学術研究

の対象であり、かつ、私たちがその展示などを通して祖先の歴史や文化を理解するために欠くことのできない証拠品でもある。しかし、埋蔵文化財は他の有形文化財や民俗文化財とは性格を異にし、不動産である「土地」とのつながりが深い。「埋蔵」という文字が示すように、地下に埋もれて人の目に触れることの少ない「不可視的性格」を有する文化財であり、地表上から埋蔵状況やその重要度を判断するのは極めて困難である。開発に伴う土木工事によってはじめて発見されることが少なくない。このような場合には、発見者は現状を変更することなく、文化庁長官に届け出なければならないことになっているが、専門家による調査には長期間を要するため、工事の遅滞をおそれて、届け出をしないで工事を続行し、埋蔵文化財を破壊してしまうことがしばしば見受けられる。このような事態が出現するのは、結局、当該土地の所有者または占有者の犠牲のうえで、遺跡の調査・保存等がなされるからである<sup>1)</sup>。

文化財保護法に「通損補償」の規定があるものの、現実にはほとんど損失補償の実例がなく、有効に機能していない。発掘については、開発工事で消滅する遺跡の事前調査の実施に関して、調査の実施及びこの期間の確保と並んで最大の難問は、調査費用の負担の問題である<sup>2)</sup>。現在の文化財保護法には、この点に関する規定は実質的にないに等しい。現在行われている事前調査は、遺跡の所在、状況、範囲、性格等を把握するための試掘調査と、破壊を前提としての記録保存のための発掘調査に大別される。前者の費用は国、地方公共団体等の公費負担、後者の費用は原則として原因者負担、すなわち遺跡消滅の元となった開発業者の負担となっている<sup>3)</sup>。ただし、マイホーム建設のように小規模で自己の利用のためにする開発の場合は地方公共団体が負担し、国の補助が行われている。この場合の原因者負担と公費負担の区分の基準は、地方公共団体によりバラツキがある。

このように、埋蔵文化財の保護のためには、補償問題はきわめて重要である。本稿においては、損失補償関連問題の中から特に重要と思われる「原因者負担主義」を選んで、その問題点を明らかにすることにしたい。

## 1 埋蔵文化財保護制度の特殊性と問題点

### (1) 埋蔵文化財保護制度の特殊性

埋蔵文化財保護制度は、いくつかの点で文化財保護法の中にあって特殊な性格を有している。

文化財保護法2条でいう文化財の中には、「埋蔵文化財」という範疇が含まれていない。したがって、埋蔵文化財は発掘後にその芸術上又は歴史上の価値に着目して重要文化財等に指定されることはあり得るとしても、直接的には指定あるいは選定による重点保護措置の対象外におかれている。その点で、保護の態様としては、異質的存在である<sup>4)</sup>。

埋蔵文化財保護制度は、その規模・範囲が全く（あるいは部分的にしか）わからないものを保護の対象としており、保護措置としては埋蔵文化財そのものではなく、包蔵地（遺跡）

に対するものが大部分をなしている。この点で埋蔵文化財の保護と記念物（史跡）の保護とは重なる部分がある。遺跡のうち史跡に指定されたもの以外は、学術調査や土木工事に伴う届出義務が保護の柱となっており、これまで全く遺跡の存在が知られなかった土地でも、土木工事等に伴って埋蔵文化財が発見された場合には、届出義務が課されている。このように、埋蔵文化財保護制度は未知の広がりをもった土地に対するごくゆるい規制措置であるといえる<sup>5)</sup>。

動産たる埋蔵文化財が出土した場合は、有形文化財（有形民俗文化財を含む）となり、遺構等の不動産たる埋蔵文化財は記念物となる（遺構等の中にも移設されて有形文化財の扱いを受けるものがあり得る）が、埋蔵されている限りは全く価値不明の物件である。

このように埋蔵文化財は、現在の保護法の中で他の文化財範疇とはかなり違った保護制度の下におかれている。これは、根本的には「埋蔵文化財」という「もの」の側からの法律的構成になっているからである。すなわち、文化財保護法の中に遺跡の保護制度を盛り込むために「埋蔵文化財」という複雑な法概念が誕生したのであって、これを「遺跡の保護」又は「発掘の規制」という形で表現すれば、あえて「埋蔵文化財」という概念をたてる必要はなかったのではなかろうか<sup>6)</sup>。

## (2) 埋蔵文化財保護規定の問題点

わが国の埋蔵文化財保護制度を諸外国と比較した場合、端的に言ってその規制の弱さが目立っている。フランス、イギリス、ドイツの場合、いずれも遺跡の発掘は許可制をとっており、わが国の事前届出制と対照的である<sup>7)</sup>。許可制をとった場合には、許可せず、又は許可の取消しによりいつでも発掘を止められるのに対して、わが国では、土木工事に伴う発掘については禁止・中止命令を出すことができない（法57条の2参照）。

わが国の現在の体制は、土木工事等の対象地域に遺跡が存在し、又は発見された場合、これを調査のうえ破壊するのを原則としている（これを記録保存と呼ぶことにはためらいを感ずる）。長い歴史を有する狭少な国土の利用を考えた場合、すべての遺跡の保存が実際的に不可能なことは事実であろうが、文化財保護法自体が遺跡破壊を手続法化している現状には疑問を禁じえない<sup>8)</sup>。

不時発見遺跡に対する保護措置については、1975年（昭和50年）改正で改善が図られたが、なお不十分な点が少なくない。文化財（記念物・歴史記念物）について指定制をとるか登録制をとるかは、ここでも大きな相違を生ずる。わが国のように指定制をとる場合には、指定のない遺跡はほとんど無防備であるのに対して、登録制をとっている場合には緩いながら一応規制の網がかかるため、遺跡発見と同時に登録を行うことによってなんらかの対応ができるからである<sup>9)</sup>。

近年の遺跡破壊に特徴的なことは、原因者が国（国土交通省等の...）、地方公共団体（県や市

町村の公営住宅建設、工業団地用地造成等）、公団・公社（日本道路公団の高速道路建設、日本鉄道建設公団の新幹線工事等）という、いわゆる公共主導型開発が多くなっていることで、公共性を帯びた開発と文化財の保護という二つの公益が正面からぶつかるケースが増加している<sup>10)</sup>。そして、このことが文化財保護の問題を一層複雑かつ困難にしている。また、高度成長期をすぎ、経済不況の下にある今日もなお、遺跡の破壊の速度はいつこうに衰えをみせていない。このように、開発の進行とそれに伴う遺跡の破壊は、今日の文化財保護をめぐる最も特徴的な問題であり、また、最も厳しい課題であるということができよう<sup>11)</sup>。このような状況下で、ますます困難になる遺跡の保護についてどのような制度的改善をすべきかは、今後の大きな課題として残っている。

## 2 原因者負担主義

### (1) 発掘調査費用の負担

文化財保護法 57 条の 2 第 1 項は、土木工事等のために周知の埋蔵文化財包蔵地（埋蔵文化財を包蔵する土地として周知されている土地）を発掘しようとする場合には、60 日前までに文化庁長官に届け出なければならないこと、届出があった場合には、文化庁長官は、発掘調査を指示することができることを規定している。法文上はこのようになっているが、実際には、届出がなされる前に、事業計画を知った時点で地方公共団体の担当職員が事業者側と折衝を重ねて、事前調査等について了解をとりつけ、事前調査が終了した段階で発掘届が提出されるという取扱いになっているとのことである<sup>12)</sup>。

遺跡保護のための調査に要する費用の負担については、地方公共団体による発掘の経費に対する国の補助（58 条の 2 第 5 項）を除いて、特段の規定は置かれていない。行政実務上は、行政指導によって事業者負担（原因者負担）として発掘調査が行われている<sup>13)</sup>。原因者負担制度は、1960 年代に文化財保護委員会が日本道路公団や日本住宅公団等の公共の開発事業主体と交わした覚書による方式を民間開発事業者にも準用したことから生まれた「慣行」が原因者負担として定着したものである<sup>14)</sup>。

この原因者負担主義は、社会の求める行政水準を行政指導によりある程度まで実現している。行政指導による原因者負担主義が、開発事業者による遺跡の破壊から多くの遺跡に係る記録を残してきたからである。しかし、このようなメリットの面ばかりではなく、デメリットの面も少なくない。何よりもまず、法律の根拠なしにかなり厳しい規制を行っていることが、法治主義の原則に背いていることである。このことは、原因者負担主義に法的根拠がないことを意味している<sup>15)</sup>。

## (2) 原因者負担主義とその問題点

文化財保護関係者の中で慣用的に使われてきた「原因者負担」という用語法について、従来、文化庁関係者は次のように説明してきた。すなわち、「いわゆる原因者負担の原則は、ある土地が埋蔵文化財を包蔵しているのはその土地の本来の属性であり、土地利用に当たって埋蔵文化財を破壊したり、文化財としての保存、活用が不可能な状態にしてしまう場合には、最低限その埋蔵文化財の記録を（破壊される埋蔵文化財のかわりとして）保存する措置をとることが、あたかも地質や地耐力の調査、軟弱地盤地における特別な工法等が開発工事に不可欠であるのと同様に、不可欠の措置であることおよび保護の立場からは、埋蔵文化財は、破壊が許されないのはもちろん、その調査も学術的動機によって計画されるまで行わないのが最も望ましいものであることを是認することによって成り立っている」<sup>16)</sup>。

また、原田尚彦は次のように説いている。「行政法学の常識では、『原因者負担』とは、国や地方公共団体が実施する公共事業に関し、その事業費の全部又は一部を当該事業を必要ならしめる原因を作った者に負担させることを指している。そうした用法からすると、埋蔵文化財の調査費用の事業者負担は『原因者負担』とは異質な制度のように見える。そしてそうだとすれば、少なくとも『原因者負担』であることを根拠に、調査費用の事業者負担を全面的に正当化したり当然視するのは、いささか乱暴な議論だということになるであろう」<sup>17)</sup>。原田尚彦はこのように指摘し、むしろ、「土地の所有権者が土地の利用・開発に際して負うところの、危険の予防・回避義務に由来する」もの、つまり「環境アセスメントの実施義務」に類似した責務ではないかという。ただし、環境アセスメント義務と多少違うのは、開発事業前の遺跡の発掘調査が「文化財の散逸防止」というマイナス影響の回避だけでなく、地中に隠された文化財の発見という社会へのプラスの作用を伴うことである、と付け加えている。

これに対して、事業者負担を文化財の散逸防止というマイナス影響の回避だけに限定するのは狭きに失するうえ、事前調査を開発工事に付随するものとみるか独立の作業とみなすべきかは、検討が必要であるとする見解もある<sup>18)</sup>。あるいは、事前調査が開発工事とは別の、独立した作業であるとすれば、工事に伴う環境アセスメントの義務に類似した義務という見方は不相当であるとの見解<sup>19)</sup>も説かれている。

開発事業に伴う発掘調査については、公共的開発事業機関（日本道路公団、日本住宅公団等）との間の覚書による処理に準じて、原因者負担主義（発掘調査を必要ならしめた開発事業主体が発掘調査費を負担する）を慣行としてきた。これについては法的根拠がないために、特に民間業者や小土地所有者との間でトラブルが絶えなかった。この覚書にいう「協力」の中には調査のための土地立入り、工事の一時延期等も含まれるが、中心は「費用負担」の問題であろう。この覚書によって一応の根拠はできたが、あくまでも「協力」の要請にとどまるものであり、特にマイホーム建設に伴って遺跡が発見されたといった事例については、今後とも問題のおこる可能性が高い。原因者負担主義そのものが発掘調査費用を出す側に遺跡の取扱いのイニシア

タイプをとられるといった批判もあり、同条5項に定める「経費の補助」の充実とあわせて、文化庁予算の増額が必要である<sup>20)</sup>。

### 3 発掘調査費用負担に関する重要判例の検討

#### (1) 府中市埋蔵文化財発掘調査費用負担事件(東京高判昭和60年10月9日判例時報1167号20頁)

埋蔵文化財の発掘費用の負担に関する著名な事件として、府中市埋蔵文化財発掘調査費用負担事件がある。

##### 事実の概要

原告は府中市内の土地を借地として使用していたが、1978年(昭和53年)1月頃に建物を建て替えて貸しビルとして使用する計画をたて、同年2月初旬に府中市教育委員会(以下「教委」という)の埋蔵文化財担当職員に当該計画を告げたところ、同職員からこの建築については法57条の2第1項による届出が必要ではないかと示唆された。しかし、1977年(昭和52年)7月1日付けで府中市が市内建築関連業務者に送付した遺跡地図(以下「旧地図」という)によれば、当該土地は周知の埋蔵文化財包蔵地の範囲外となっていた。

1978年(昭和53年)4月1日に原告が担当職員にこの点を指摘したところ、担当職員は届出が不要であることを認め、万一土木工事により文化財を発見した場合には連絡するよう指示した。

この点について被告府中市教委側は、1978年(昭和53年)2月初旬に原告の建築計画手続きの代行者が府中市教委窓口を訪れた際に、同年1月30日までの間に包蔵地の拡大があったためそれを記入した地図(以後「新地図」という)を交付し、原告に対しても別の日に新地図を交付するとともに、工事計画につき協議したいので工事者が設計者を来庁させてほしい旨要請したと主張している。

原告は発掘届が不要であると認識して同年6月7日付けで建築確認を受け、7月22日に工事について請負業者と請負契約を締結し、請負業者は8月3日に旧建物を解体し、8月29日から基礎工事のための掘削工事にかかった。

これに対して、府中市教委は翌日午後掘削工事の中止を要請し(原告側は停止命令を受けたと主張するが、法57条の5第2項による停止命令は事前に当事者の聴聞を行うべきことが明記されており、本件の場合、「強い要請」と解するほかない)、原告は工事を中止するとともに同日付で発掘届を提出した。この発掘届提出の際に、原告は担当職員から、工事前に考古学的発掘調査が必要であり、この費用は原告が負担する義務があると指示され、府中市遺跡調査会と調査委託契約を締結した。発掘調査は同年12月まで実施された。

原告の主張する損害は次の二点である。第一に、府中市教委の行政指導の誤りにより工事中

止という事態におこまれたために生じた現場管理費等及び本件土地の隣接地において営んでいた駐車場賃貸料の逸失利益、合計 193 万円。第二に、法的に負担義務のない発掘調査費を法的義務と指示されて支払ったことによる損害（遺跡調査会に支払った金額）116 万 2 千円である。原告は、事業者が費用を自己負担で発掘調査を行わせる行政指導は違法であるなどと主張して、国家賠償法に基づく損害賠償として、支出した調査費用と工事の中断による損害計 309 万余円の支払いを求める訴えを提起した。

これに対して府中市は、行政指導を誤ったとする事実関係を争うとともに、請求第一点の損害は、仮に原告が工事着工前に発掘届をしていたとしても調査のために生じたものであるとして否認、第二点の損害についても、発掘調査費用の原因者負担は法的義務であると主張してこれを否定した。

一審判決（東京地判昭和 58 年 5 月 26 日）は、次のように判示して原告の請求を斥けた。第一点については、被告府中市側の主張を全面的に認め、原告には事前に新地図が交付されていたとして、行政指導に誤りはなかったとし、第二点については、文化財保護法の解釈には一切触れず、「本件委託契約は、原告が文化財保護法の趣旨を正確に理解したうえで埋蔵文化財の発掘調査に任意に協力し、その費用をも任意に負担する趣旨で締結されたものと推認することができるというべきである」として、結局、府中市教育委員会の行政指導に違法はないとして請求を棄却した。原告はこれを不服として控訴した。

#### 判旨

「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ところであり、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こ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、あるいは遺物が散逸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、このような発掘調査の指示がなされることによって、発見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。

そして、右の負担が文化財保護法の趣旨を逸脱した不当に過大なものであるか否かは、当該埋蔵文化財の重要性、土木工事の規模・内容、調査に要する費用の額、発掘者の負担能力、開発による利益の有無程度及び負担者の承諾の有無など諸般の事情を総合して判断すべきものと解されるが、前記認定事実によれば、控訴人は本件土地の発掘調査をすることを了解し、任意に府中市遺跡調査会と発掘調査の委託契約を締結したものであり、本件ビル建築計画の規模・内容、調査に要する費用の額、控訴人の負担能力などを考え併せると、府中市教育委員会が控訴人に対し本件土地の発掘調査をするように指導したことをもって、文化財保護法の趣旨を逸脱した不当なものということとはできない。

なお、控訴人は、国民に財産的出捐を負わせる場合には法律の定める根拠が必要であるところ、文化財保護法には国民が文化財保護の費用を負担すべきことを定める規定が存在しないと主張するが、前記認定事実によれば、府中市教育委員会は控訴人に対し直接金銭の負担を要求したのではなく、発掘調査をなすべきことを指導し、控訴人は上記指導に応じて任意に府中市遺跡調査会との間で発掘調査に関し費用の負担を伴う委託契約を締結したものであり、府中市教育委員会が上記のような指導をなし得ることは前述したとおりであるから、控訴人の右主張を採用することはできない。

#### 検討

この訴訟が今日の文化財行政に投げかけている問題は大きい。実質的に法的根拠がない事前調査の実施と調査費用の原因者負担を、行政指導によって義務化していることで、事業者を受け入れさせることにより、今日の埋蔵文化財保護行政は成り立っている。この府中市文化財訴訟判決の問題点として、財産権制限と補償の要否、行政指導服従の任意性の二点を挙げて、検討することにする。

##### （ア） 財産権制限と補償の要否

本判決は、埋蔵文化財包蔵地の利用制限は「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」としている。そして、このことが、最終的に発掘調査費用の原因者負担を正当化しているようである。したがって、まず、財産権の内在的制約についての本判決の考え方が検討されなければならない。

財産権の内在的制約論は、損失補償の不要を導く考え方である<sup>21)</sup>。この考え方は、一般論としては、正当なものと評価することができる。しかし、本件に限っていえば、埋蔵文化財が貴重な国民的財産であり、公共の福祉のために適切に保存すべきものであるとしても、その故に特定の者だけが犠牲を受忍しなければならないということにはならないのではないかと思われる。むしろ、貴重な国民的財産であり、適切に保存すべきものであるからこそ、財産権の利用制限に対しては「特別の犠牲」として補償すべきものではなからうか。

本件においては、発掘調査費用だけでも116万円ほどかかっている。この金額が「不当に過大なものとはいえない」というのは、理解困難というべきである<sup>22)</sup>。



## (イ) 行政指導服従の任意性

i 法 57 条の 4 「埋蔵文化財包蔵地の周知」は、国及び地方公共団体が遺跡地図等を作成してその埋蔵文化財包蔵地の周知を図ることになっている。このような遺跡地図等は、関係機関や国民に広く周知することによって開発計画等の参考に資することになる。

一方、発掘について現行法では法 57 条と法 57 条の 2 として二種類に区分している。まず、法 57 条の 2 は、周知の遺跡で開発工事などを行う場合（条文では「発掘」という用語が用いられている。）事業者には「届出」を義務づけている。ここにおける「発掘」は、法 57 条において「土地に埋蔵されている文化財について、その調査のため土地を発掘しようとする者は」という場合の「発掘」とは、全く意味を異にする。法 57 条の場合の「発掘」は明らかに考古学的調査を意味しているが、法 57 条の 2 の場合は、直接には工事による土地の掘削を意味しており、遺跡の現状を変え事後の考古学的調査を不可能にするという意味では、埋立てや工作物の設置等も「発掘」の中に入れて考えられている<sup>23)</sup>。

法 57 条の場合も法 57 条の 2 の場合も、義務があるのは届出だけである。しかも、法 57 条の届出義務違反には 3 万円以下という過料の定めがあるのに対して、法 57 条の 2 の場合には罰則すらない。このような届出について文化庁長官のなし得る「指示」に法的拘束力を認めることは、どう考えても無理である。文化庁当局者が『文化庁月報』に連載した「文化財保護法教室」の中でも、次のように言われている。

「土木工事等に関する届出があった場合、文化庁長官から行われる通常の回答は、計画の一部による埋蔵文化財の保存を内容とするもの、工事前の発掘調査とその結果の記録の保存を内容とするもの、工事中の地方公共団体の埋蔵文化財担当職員の立会を内容とするもの、重要な埋蔵文化財が発見された場合の保存への協力依頼を内容とするもの等種々であるが、法律上の指示としては、工事等の禁止、中止又は停止に当たる事柄を内容とすることはできず、また行政指導の一般的性質として強制力をもつものではなく、違反に対する罰則の規定もない」<sup>24)</sup>。

同判決は、原告が遺跡調査会と調査委託契約を締結したことについて、その契約締結は「任意による」契約締結であるとして、原告が負担させられた発掘調査費用の賠償請求を認めていない。この遺跡調査会との調査委託契約締結が原告の自由意思によって行われたものであるか否か、大いに疑問となるところである。この点は、当事者間の交渉の細部のニュアンスに関わることであって、外部の者には判断が困難であるが、次の二点を指摘することができる<sup>25)</sup>。

第一に、被告府中市側が本件訴訟の中で事前調査の実施及び当該費用の原因者負担を法的義務と主張している事実は、この任意性の判断の一つの手がかりとなる。前述のごとく、道義的にはいかにあれ、法的にはそのいずれも法的義務ではない。これを担当職員が法的義務と誤信して原告に委託契約の締結を要求したとするならば、原告にはこれを拒否する自由はなかったことになる。賠償責任の発生との関係については、より具体的に法的義務として指導した事実があるか否かを証拠により明らかにしなければならないであろうが、この事実関係の判断の状

況証拠として、被告側の法的義務とする主張は重要な意味を持つものと言えよう<sup>26)</sup>。

第二に、この判決は、今日の埋蔵文化財行政における行政指導の実情を十分に理解していないふしがある。前述のように、行政現場における事前折衝の困難さの故に、行政側は正確な法解釈を敢えて当事者に告げず、相手方が法的義務と受けとるように行政指導を行っている傾向がある。

いずれにせよ、原告と遺跡調査会との調査委託契約については、判決があっさりと認めているような「原告が文化財保護法の立法趣旨を正当に理解したうえで埋蔵文化財の発掘調査に任意に協力し、その費用をも任意に負担する趣旨で締結されたもの」であるか否か、重大な疑義が残るのである。

ii この事件の争点は、開発工事に伴う埋蔵文化財発掘調査をめぐる行政指導の事実関係にある。文化財保護法によれば、周知の埋蔵文化財包蔵地（遺跡）で発掘（掘削等の工事を意味する）をしようとするものは、着工の60日前までに文化庁長官に届け出る義務がある（法57条の2第1項）。届出を受けた文化庁長官は、これについて文化財の保護上必要な指示をすることができる（同条第2項）。必要な事項としては、遺構の保存措置等も含まれるが、事前に遺跡を考古学的に調査して記録を残すことが中心となる。しかし、実際には正式に届出を受理する前に市町村（又は都道府県）教委担当者が事業者と折衝し、考古学的調査の実施とその費用の負担について協力を要請して、その同意をとりつけるのが一般的やり方である。

周知の遺跡については、府中市の場合のように、市町村教委が管内の分布調査をふまえて2千分の1程度の地図上にその範囲を図示して公知をはかっているのが通例である。この周知の遺跡の範囲外の工事で遺跡と思われるものを発見したときは、現状を変更することなく文化庁長官に届出る義務がある（法57条の5第1項）。文化庁長官には最大限6ヶ月の期間にわたり遺跡の調査のために現状変更行為の禁止（工事の停止）を命じる権限が与えられているが（同条第2項）実際にはここでも工事の一時停止と発掘調査の実施、費用負担について協力を求める形がとられている<sup>27)</sup>。

このいずれの場合でも、行政指導は非常に困難な過程を経ることが少なくない。57条の2の場合には、後述するように、発掘調査の実施、調査費用の負担そのものが法的義務となっていないにもかかわらず、行政需要としてはこれをかなり強制的に実施せざるをえず、そこで実際の折衝にあたる担当職員は、場合によっては相手方にこれを法的義務と誤信させるような説得の仕方をするともないとは言えない。

57条の5は、前述のように、停止命令権を規定しているが、この命令は発見届のあった日から1ヶ月以内に出さねばならず、しかも事前に10日の予告期間を置いて関係者の公開の聴聞を行うことが義務づけられているため、実際上はその発動自体が不可能に近い。そのため文化財行政職員は、ここでも困難な行政指導を余儀なくされている。

本件訴訟の遠因は、このような法制上の不備からするかなり無理を重ねた行政指導が常態化

していることに求められよう<sup>28)</sup>。

iii 事実問題としては、原告側が、旧地図しか交付されておらず、範囲拡大後の新地図は手にしていなかったこと、担当職員に本件土地が周知の遺跡の範囲外にあると指摘したところ、担当職員はこれを認め、遺跡が発見された場合には連絡するようとの指示を受けたので、これを信じて工事にかかったところ工事の中止を求められた、と主張するのに対し、被告側は、原告A及びAの事務代行者Bに新地図を交付したこと、本件工事について57条の2による届出が必要なことを再度にわたってBに連絡したと主張している。

この点は事実認定の問題で、判例研究とはあまり関係がないと椎名慎太郎は述べているが、関係者から直接事情聴取したこととして、次の二点を指摘している。

第一に、この訴訟が提起されて間もなく（昭和54年11月13日）、椎名が府中市教委関係者に事実関係の説明をうけた際に聞いた事実は、この判決の認定したものと違っている。

その折の話では、A及びBには旧地図のみが交付されており、市教委は文化財が出たら連絡してほしいと指示していた。工事が開始されてはじめてそこが新地図の範囲に入っていることに気付いて工事中止を要請した。ここで届出を周知の遺跡の場合の57条の2で出してもらおうか、遺跡の不時発見の場合の57条の5でやるのか文化庁と協議したと担当者は語っていた。仮に判決が認定したように、周知の遺跡として再度にわたって届出の必要性を指摘していたのであれば、この協議は不必要だったはずである<sup>29)</sup>。

この椎名が指摘した二点には、文化庁と市教委の行政指導の混迷及び苦渋の対応がみてとれるのである。

第二に、事務代行者Bは府中市在住の建築事務所員であり、かつての武蔵国の国府所在地として遺跡が濃密に分布しているこの地で建築関係の届出事務をくり返し業として行って来ている。周知の遺跡における工事について文化財保護法の規定による届出が必要であり、これを怠った場合に工事中止の行政指導を受けることは当然知っており、経験則的に見て、これを敢えて無届工事にふみ切るとは考えにくい<sup>30)</sup>。

むしろ、府中市教委の担当者がうっかり周知の遺跡の範囲外と誤認し、工事が開始されてはじめて誤りに気付いて工事中止を要請したとする蓋然性の方が高い。椎名が市教委関係者から聞いた話では、当時12ヶ所も同時に発掘調査の現場をもっており、3名の専門職員には全く手がまわりかねる状態であったと言う。担当職員にミスが出て、決して当人の責めには帰しえない同情すべき状態であったはずである。余談であるが、今日もなお全国各地でこれに近い状況が続いている。

以上の二点から、椎名慎太郎は、本判決のなした事実認定には疑問があり、行政訴訟や国家賠償請求訴訟において行政側側の証言がそのまま判決で事実として認定される傾向が強く、本件訴訟でもその感を深くした、と述べている<sup>31)</sup>。

(2) 郡山市埋蔵文化財発掘費用負担事件（東京地判平成 12 年 8 月 25 日（判例集未登載）。控訴審の東京高裁で平成 13 年 1 月訴訟取り下げ（確定））

埋蔵文化財の発掘費用の負担に関する最近の事件として、郡山市埋蔵文化財発掘費用負担事件がある。

事実の概要

1987 年（昭和 62 年）原告福島県住宅生活共同組合は、郡山市西前坂地域に「平和の杜ニュータウン」の宅地造成、分譲の事業を伴う開発工事を計画していたが、この土地に埋蔵文化財が包蔵されていたため、被告福島県及び被告郡山市並びに被告財団法人郡山市埋蔵文化財発掘調査事業団（以下「事業団」という）との間で、この遺跡について試掘調査委託契約及び発掘調査委託契約を締結して委託料の一部を支払った。

しかし、原告は、この遺跡の試掘調査費用及び発掘調査費用を負担すべき法律上の義務がないにもかかわらず、被告郡山市及び被告事業団からこの義務があるなどと指導された結果、それぞれ委託契約を締結したものであり、このような指導は違法であるとして、被告らに対し、主位的に、国家賠償法等に基づいて損害賠償を求め、予備的に、それぞれの委託契約は被告郡山市及び被告事業団の詐欺又は強迫により締結されたものであるから、その締結の意思表示を取り消すとして、被告郡山市及び被告事業団らに対し、不当利得返還請求権に基づき支払済みの委託料の返還を求めるとともに、原告、被告郡山市及び被告事業団の三者間において原告が被告事業団に対し最終の発掘調査委託契約に基づく委託料の残金の支払義務のないことの確認を求めた。

判旨

「埋蔵文化財は、わが国の歴史、文化等の正しい理解のため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ところであり、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、埋蔵文化財包蔵地が内在するこのような公共的制約にかんがみ、土木工事の目的で周知の埋蔵文化財包蔵地を発掘しようとする場合には発掘の届出をしなければならないこととするとともに、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（同法 57 条の 2）。この指示は、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、土木工事等により埋蔵文化財の保護上必要な措置を講ずるため、発掘しようとする者（以下「発掘者」という）に対して一定の事項を指示するものであるところ、土木工事等により埋蔵文化財が破壊される場合には、そ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となり、この指示は埋蔵文化財保護の見地からみて適切な措置といえることができる。

したがって、このような発掘調査の指示がされることによって、発掘者が発掘調査の費用の負担等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目的を逸脱した不当に過大なものでない以上、原因者である発掘者において受忍すべきものというべきである。そして、原告が日本各地で大規模宅地開発を行っている会社であることは前記認定のとおりであること、本件事業の対象面積は、計画の進展に応じて変動したが、約 22 万平方メートルないし約 25 万平方メートルの規模であったこと、本件土地の売出価格は、65 億 4465 万 7000 円であること、本件調査の費用は、合計で約 4 億 4000 万円であること、原告は、本件土地の発掘調査をすることを了解し、任意に被告事業団と本件契約を締結したものであることなど諸般の事情を考慮すると、原告が本件遺跡の発掘調査において負う経済的負担が文化財保護法の趣旨を逸脱した不当に過大なものであるということとはできない。

したがって、市教委のした本件調査に関する行政指導又は措置は違法なものとはいえない」

#### 検 討

この訴訟は、前述した府中市文化財訴訟とほぼ同様である。これをみてもわかるように、法的根拠がない試掘調査及び発掘調査の費用の原因者負担を、行政指導によって義務化していることで、事業者を受け入れさせることにより、今日の埋蔵文化財保護行政は成り立っている。この判決の問題点としては、府中市文化財訴訟判決と同様に、財産権制限と補償の要否、行政指導服従の任意性の二点を挙げるができる。

##### (ア) 財産権制限と補償の要否

本判決の「財産権の内在的制約」について述べている判示部分は、前掲の府中市文化財訴訟における東京高判昭和 60 年と全く同じである。裁判例が二つ累積されたことにより、このような考え方が裁判例の動向となるものと思われる。

しかし、前述したように、財産権の内在的制約を理由にして補償不要の結論（発掘調査費用の原因者負担を含めて）を導くことは、きわめて安易な考え方というべきであろう。憲法 29 条の「財産権保障」の規定や、これを承けた文化財保護法 4 条 3 項の「財産権尊重」の規定の趣旨からすれば、公共の福祉のための財産権制限に補償を要しない場合は例外的なものでなければならない。埋蔵文化財包蔵地の利用制限は、積極的に文化財を保護するための制限であるから、原則として補償を要するものと解すべきである。特定人の犠牲の上で埋蔵文化財が保護されるとするのは、正常な姿とはいえないのではなかろうか。

##### (イ) 行政指導服従の任意性

i 行政指導服従の任意性に関する判示部分も、ほぼ前掲の府中市文化財訴訟における東京高判昭和 60 年と全く同じである。したがって、前述したことがそのまま当てはまることになるが、再度検討しておくことにしよう。

文化財保護法は、土木工事その他の埋蔵文化財の調査以外の目的で、埋蔵文化財を包蔵する土地として周知されている土地を発掘しようとする場合には、発掘に着手しようとする日の 60

日前までに文化庁長官に届け出なければならず、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、この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旨規定する（57条の2）。しかし、同法は、事業者が発掘調査を実施しなければならないことも、その費用を負担しなければならないことも規定しておらず、発掘調査の実施及びその費用負担は事業者の法的義務ではない。また、埋蔵文化財の発掘調査と都市計画法29条に基づく開発許可とは無関係であり、埋蔵文化財の発掘調査を終了しなければこの開発許可の申請をすることができないということはないし、また、埋蔵文化財の発掘調査を実施せずに開発工事を行った場合の罰則も定められていない。

しかし、市教育委員会は、「市としては遺跡調査の範囲を確定するためにトレンチ法による分布調査の試掘調査をする必要がある。それには文化財保護法が定める『原因者負担の原則』に基づいて事業者は自己負担でこの開発用地の埋蔵文化財の試掘調査を行わなければならない。また発掘するにあたっては、埋蔵文化財の調査員によって調査する必要がある。市はこの目的のために事業団を設立しているので、住宅生協は事業団との間に発掘調査委託契約を締結し費用負担をしてもらうことになる」と説明したという。また、「埋蔵文化財包蔵地の試掘調査の結果にかんがみ、文化庁長官あてに土木工事の届出をするように、さらに事業団と発掘調査委託契約を締結し、調査の実施及びその費用負担は、文化財保護法の定める原因者負担の原則によりすべて事業者の法律上の義務である。発掘調査が終了しなければ開発許可は取得できない」と説明したという。このように、市教育委員会及び事業団の担当者は、事業者に対し、法令上そのような義務や罰則が存しないにも拘らず、事業者が自らの費用負担において本件土地について試掘調査及び発掘調査を行うべき法律上の義務があり、本件土地全体について試掘調査及び発掘調査を終了しなければ、事業者は本件土地の開発許可を申請してはならず、仮に申請したとしても許可は下りず、事業者が開発許可を受けずに工事を行ったならば、刑罰に処せられ、あるいは、中止命令が発せられるとあって、事業者に事業団との間で本件各契約を締結させて試掘調査費用及び発掘調査費用の負担を事実上強制したものである、というのが原告側の主張である。

ii 同判決は、原告が事業団と試掘調査及び発掘調査委託契約を締結したことについて、その契約締結は任意による契約締結であるとして、原告が負担させられた発掘調査費用の賠償請求を認めなかった。この事業団との試掘調査及び発掘調査委託契約締結は原告の自由意思で契約締結を行ったとされているが、この点は大いに疑問の残るところである。当事者間の交渉に関わることであって、外部の者には判断が困難であるが、次の点を指摘することができる。すなわち、被告郡山市側が本件訴訟の中で事前調査の実施及び当該費用の原因者負担を法的義務と主張している事実は、この任意性の判断の一つの手がかりとなる。前述のごとく、道義的にはいかにあれ、法的にはそのいずれも法的義務ではない。これを担当職員が法的義務と誤信して原告に委託契約の締結を要求したとするならば、原告にはこれを拒否する自由はなかったこ

とになる。賠償責任の発生との関係については、より具体的に法的義務として指導した事実があるか否かを証拠により明らかにしなければならないであろうが、この事実関係の判断の状況証拠として、被告側の法的義務とする主張は重要な意味を持つものと言えよう。

いずれにせよ、原告と事業団との間の試掘調査及び発掘調査委託契約については、判決があっさりと認めているような「原告が文化財保護法の立法趣旨を正当に理解したうえで埋蔵文化財の発掘調査に任意に協力し、その費用をも任意に負担する趣旨で締結されたもの」であるか否か、重大な疑義が残るのである。

iii この事件の争点は、開発工事に伴う埋蔵文化財発掘調査をめぐる行政指導の事実関係にある。文化財保護法は、土木工事その他の埋蔵文化財の調査以外の目的で、埋蔵文化財を包蔵する土地として周知されている土地を発掘しようとする場合には、発掘に着手しようとする日の60日前までに文化庁長官に届け出なければならず、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、この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旨規定する(57条の2)。しかし、必要な事項としては、遺構の保存措置等もふくまれるが、事前に遺跡を考古学的に調査して記録を残すことが中心となる。しかし、実際には正式に届出を受理する前に市町村(又は都道府県)教委担当者が事業者と折衝し、考古学的調査の実施とその費用の負担について協力を要請して、その同意をとりつけるのが一般的やり方である。

周知の遺跡については、府中市の場合のように、市教委が公知をはかっているのが通例である。この周知の遺跡の範囲外の工事で遺跡と思われるものを発見したときは、現状を変更することなく文化庁長官に届出る義務がある(法57条の5第1項)。文化庁長官には最大限6ヶ月の期間にわたり遺跡の調査のために現状変更行為の禁止(工事の停止)を命じる権限が与えられているが(同条第2項)、実際にはここでも工事の一時停止と発掘調査の実施、費用負担について協力を求める形がとられている。

このいずれの場合でも、行政指導は非常に困難な過程を経ることが少なくない。57条の2の場合には、後述するように、発掘調査の実施、調査費用の負担そのものが法的義務となっていないにもかかわらず、行政需要としてはこれをかなり強制的に実施せざるをえず、そこで実際の折衝にあたる担当職員は、場合によっては相手方にこれを法的義務と誤信させるような説得の仕方をするかもしれないとは言えない。

57条の5は、前述のように、停止命令権を規定しているが、この命令は発見届のあった日から1ヶ月以内に出さねばならず、しかも事前に10日の予告期間において関係者の公開の聴聞を行うことが義務づけられているため、実際上はその発動自体が不可能に近い。そのため文化財行政職員は、ここでも困難な行政指導を余儀なくされている。

しかし、これらの事情は、本件行政指導を正当化するものでないことはもちろんである。原因者負担がどうしても必要であるのであれば、そのことを明文で規定すべきである。ただ、その場合であっても、損失補償の要否の問題は依然として残るかもしれない。

## おわりに

本稿においては、損失補償関連問題の中から特に重要と思われる「原因者負担主義」を選んで、その問題点を明らかにするために、府中市埋蔵文化財発掘調査費用負担事件（以下「府中市訴訟」という）及び郡山市埋蔵文化財発掘調査費用負担事件（以下「郡山市訴訟」という）を取り上げ、この二つの判例をとおして「原因者負担主義」には、どこに問題があり、その問題をどのように解決すべきかについて検討してきた。

この府中市訴訟及び郡山市訴訟は、埋蔵文化財包蔵地での工事に際して、文化財保護法によらず、もっぱら市町村の行政指導によって事実上事業者が発掘調査を義務づけ、その費用をすべて事業者負担させる現在の文化財保護行政の方法、方式が制度的にみて許容されるかどうかという文化財保護法と市町村の行政指導の基本問題にかかわるものであった。ところが府中市訴訟及び郡山市訴訟の判決は、こうした根本的な問題に答えずに回避してしまったのである。

この府中市訴訟及び郡山市訴訟では、埋蔵文化財の調査の必要性やその目的を明らかにし、それとの関連で、埋蔵文化財の調査とその費用は、誰が、いかなる根拠で負うべきかを慎重に判断されるべきであった。開発事業者にこれを負担させるというのであれば、調査の目的に照らして、その範囲や方法が明確にされなければならないのである。

埋蔵文化財の発掘調査費用の開発事業者負担がすべて不当だということではない。常識的にみても、これを包蔵する土地を開発しようとする事業者が、ある範囲でその保存と散逸防止のために調査等を行う責任がある。だからといって、どこまでも無限定に開発事業者負担を求めてよいというわけではない。そこが、「原因者負担主義」の大きな問題点である。

文化財関係者（特に文化庁を含めた都道府県及び市町村職員）の間では、開発事業者に課される埋蔵文化財の調査義務は、「原因者負担」であると認識されている。このような「原因者負担」という行政指導は、行政側に柔軟な対応を可能にする側面も兼ね備えている。しかし、府中市訴訟及び郡山市訴訟にみられる行政指導は、行政側にとっては法的根拠がないという弱点、開発事業者側にとっては行政処分でないためのもどかしさが残る大きな検討課題である。

### <注>

- 1) 西埜章「埋蔵文化財の保護と損失補償」日本土地環境学会編『日本土地環境学会誌』第8号（2001年）1頁参照。
- 2) 西埜「文化財保護行政と損失補償」日本土地環境研究会編『季刊用地』第4号（2001年）49頁参照。
- 3) 西埜・前掲注1）1頁参照。
- 4) 椎名慎太郎『精説文化財保護法』（1977年）219頁参照。
- 5) 椎名慎太郎、裨貴俊文共著『文化・学術法』（1986年）102頁参照。
- 6) 椎名、裨貴・前掲注5）102頁参照。
- 7) 椎名・前掲注4）221頁参照。
- 8) 椎名・前掲注4）221頁参照。



- 9) 椎名・前掲注4) 221頁参照。
- 10) 椎名・前掲注4) 222頁参照。最近は公共工事の見直し等によつて多少減少しているようであるが、それでも、公共工事は民間事業者が行う工事よりも絶対量は多いのである。
- 11) 椎名・前掲注4) 66頁参照。
- 12) 椎名慎太郎「埋蔵文化財保護制度の構造と問題点」日本土地法学会編『環境アセスメント・埋蔵文化財と法』(土地問題双書16)(1982年)98頁参照。なお、土木工事の届出件数は、1998年(平成10)年度で全国合計26,110件である(文化庁文化財保護部記念物課『埋蔵文化財関係統計資料』(平成11年11月))。
- 13) 椎名・前掲注12)104頁、内田新「文化財保護法概説・各論(13)」『自治研究』60巻12号40頁(1984年)、重松成美「埋蔵文化財包蔵地に係る発掘調査費の補償について」『月刊用地』1991年5月号28頁参照。
- 14) 椎名・前掲注12)105頁、中村賢二郎『文化財保護制度概説』146頁(1999年)参照。
- 15) 1981年の日本土地法学会のシンポジウムにおいて、華山謙教授は、「費用負担の問題ですが、これはもう、正直者がバカをみるという一語に尽きているわけで、だいたい何か出そうになったら、夜のうちにでもブルをかけて壊してしまうというのが、ふつうの業者がやっていることで、……正直者がバカをみるという制度がまかり通っているというのは、条理に反するものではないかと思います」と発言されている(日本土地法学会編『環境アセスメント・埋蔵文化財と法』(土地問題双書16)(1982年)164頁)。
- 16) 和田勝彦「文化財保護制度概説」『文化財保護の実務』(1979年)166~167頁参照。
- 17) 原田尚彦「埋蔵文化財の調査と費用負担」ジュリスト853号(1986年)67頁。同旨、鈴木庸夫「文化財埋蔵地での工事に伴う発掘調査と行政指導」法学教室65号(1986年)73頁。
- 18) 保木本一郎「埋蔵遺蹟・文化財の保護をめぐる法的問題」国学院法政論叢8号(1987年)36頁。
- 19) 椎名慎太郎「埋蔵文化財保護のための行政指導と調査費用負担制度」法律時報58巻5号(1986年)104頁。
- 20) 椎名、裨貫・前掲注5)116~119頁参照。
- 21) 西埜『損失補償の要否と内容』(1991年)53頁以下参照。
- 22) 西埜・前掲注2)50頁参照。
- 23) 椎名慎太郎「判例批評」『法学論集』(山梨学院大学)6号(1983年)208頁参照。
- 24) 『文化庁月報』111号(1977年)参照。
- 25) 椎名・前掲注23)209頁参照。
- 26) 椎名・前掲注23)209~210頁参照。
- 27) 椎名・前掲注23)203頁参照。
- 28) 椎名・前掲注23)204頁参照。
- 29) 椎名・前掲注23)205頁参照。
- 30) 椎名・前掲注23)205頁参照。
- 31) 椎名・前掲注23)206頁参照。

主指導教員(西埜 章教授)、副指導教員(小林昌二教授・石崎誠也教授)