

文化財保護法研究序説 : 歴史的な文化環境権の法理を求めて

林, 迪廣
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/16215>

出版情報 : 法政研究. 46 (2), pp.453-476, 1980-03-25. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :



文化財保護法研究序説

——歴史的文化環境権の法理を求めて——

林 迪 廣

はしがき

- 一 文化財保護の法制の展開
- 二 文化財保護の環境権論
- 三 文化財保護の権利の確立のために
むすび

はしがき

一九六〇年代に策定された「高度経済成長政策」、「新全国総合開発計画」は、産業の急速な発達を推進したわけである。しかし、他方では、各種の公害を発生せしめるとともに、歴史的文化遺産の大量破壊をもたらした。宅地・工場団地造成、道路・鉄道建設、農業構造改善事業、観光・レジャー産業等のために行われる開発は、土地の様相を大型機械の導入によりたちまちのうちに変更してしまふ。土地の開発は、歴史的文化遺産とそれによって形成されている環境の破壊を招来せしめる。

ところで、現行の「文化財保護法」の保護対象は、建造物・美術工芸品・古文書等の「有形文化財」、演劇・音楽

といった「無形文化財」、風俗慣習・民俗芸能およびこれに用いられる衣服・器具といった「民俗文化財」、貝塚・古墳・都城跡等、あるいは庭園・峡谷といった名勝地である「記念物」（史跡）、「伝統的建造物群」、それに「埋蔵文化財」である。今日、文化財の保護に関して特に問題となっているのは、開発に伴う土地に密着している歴史的文化遺産の破壊であって、それは「記念物」、「伝統的建造物群」と「埋蔵文化財」である、といえる。人間の歴史は、いうまでもなく古いものを壊し、新しいものを生み出すという経過をたどるのであり、文化財も破壊と創造という歴史の流れそのものから隔絶されることはありえない。それでも、これまでの社会においては、「史跡・埋蔵文化財は、それを生み出した歴史・文化が廃滅に帰しても、むしろ次代の社会に包摂・温存され、急激に消滅し去ることはまれであった」⁽²⁾のである。しかし、現下の開発事業は、地上のもの、地下のものを問わず歴史的文化遺産を痕跡を留めないまでに破壊し尽すところに文化財の危機の特殊の様相を指摘することができる。

したがって、今日の文化財保護の問題は、土地とかかわりをもつ文化財の保護であるために、いかに土地所有権との調整をはかるかということになってくる。所有権は、資本制社会の法の基軸となる権利であり、しかも、土地は資本の展開にとってのみならず、国民の生活にとっても必須のものであってみれば、土地所有権との法的調整は困難を予想される。すなわち、文化財が、仮りに国民の歴史を理解する手がかりとなるという意味で、生活環境にとって欠くことのできない条件であるとの位置づけがなされ、これが国民の法的利益であるとの確認が得られたとしても、土地所有権との対抗は法理論として避けて通ることはできない。

文化財の保護については、保存運動論の視点からはともかくとして、法律学の分野で、本格的な研究が進んでいる状況にはない。⁽⁴⁾本稿は、さしあたって土地に密着する史跡・埋蔵文化財に焦点をしばり、文化財を保護することによって受ける国民の利益を法的利益として構成できるかどうかについての序論的な検討をおこなおうとするものである

る。それにあたっては、まず文化財保護の思想の検討をおこない、さらに、それに基づいて、いわゆる「環境権論」との比較検討を試みてみたい。すなわち、「環境権論」を抛りどころにして、文化財の保護を要求する国民の利益が、はたしてどのような法的性格をもつものかという認識に接近することができる、と判断するからである。

(1) 文化庁編『文化行政の歩み』一八三頁。埋蔵文化財として周知されている土地で土木工事等を行う場合には、届出又は通知が義務づけられているが、五年には、三七三一件で、四一年五二五件の七倍強である。

(2) 平野邦雄「史跡の保存」月刊文化財七〇年二月号八頁。

(3) 文化財保存全国協議会編『文化遺産の危機と保存運動』、ジュリスト五四四号所収の各論文はか多数がある。

(4) 筆者は、松元忠士「遺跡・埋蔵文化財保存の法律問題」法律時報四四卷一号のみしか見あたらない。もっとも、コメントールとしては、椎名慎太郎「精説文化財保護法」、また判例を素材としたものとしては、浜秀和「日光太郎杉事件」別冊ジュリスト四三号一八一頁以下、椎名慎太郎「文化財訴訟の現段階」レファレンス三三七号一〇一頁等がある。

一 文化財保護の法制の展開

文化財を享受する利益を権利として構成していこうとするにあたっては、その保護思想についての認識を得ることがきわめて重要であると考える。ところで、今日の文化財をめぐる問題は、先述したように特に開発に伴う土地所有権との関連で問題にされるとの特色をもっている。そのために、保護思想についての検討も、土地所有権に係わる文化財についての思想の検討が中心となってくる。以下、わが国とユネスコ等についての保護思想とその動向をみておくことにしたい。

(一) ユネスコ等に見られる文化財保護の思想

ユネスコ(国際連合教育科学文化機関)は、一九四六年に設立され、文化財に関する多数の勧告をおこなって

る。史跡・埋蔵文化財等、土地に関連をもつ文化財の保護のための勧告をとりあげると、一九五六年に「考古学上の発掘に適用される国際的原則に関する勧告」、一九六八年に「公的又は私的工事によって危険にさらされる文化財の保存に関する勧告」、一九七六年に「歴史的地区の保全及び現代的役割に関する勧告」が採択されている。一九五六年勧告は、「人類の歴史は、異なった文明に対する認識の意味をもつこと、したがって、あらゆる考古学的遺物が研究され、必要に応じて保護されかつ保存されることが、人類共通の利益として重要である」と述べている。また、一九六八年勧告は、文化財が「諸種の伝統及び過去の精神的業績の成果及び証拠であり、したがって、世界の諸国民の個性の重要な構成要素」となっていて、それによって、「国民が自己の尊厳を自覚する」ことができる、と述べている。そして、文化財の保護は、政府の義務であるといわれるとともに、文化財を最も確実に保護していくための保障としては、「国民自身が文化財に対していただく尊敬及び愛着の念にある」と説かれている。

また、「歴史的記念物に関する建築者・技術者の国際会議」は、一九六四年に「記念物および遺跡の保護と復原のための国際憲章」(ベニス憲章)を承認している。このベニス憲章は、次のような姿勢のもとに作成されている。「人々は人間的価値の一致と不変をますます自覚するようになり、古い記念物を共通の遺産とみなしている。将来の世代のために、それらを保護する共通の責任も認識されている。それらの記念物の真実の姿をその完全な豊かさのまま後世に伝えてゆくことはわれわれの義務である」と。

さらに、記念物および遺跡の保存と研究に関する国際的組織として、ICOMOS(国際記念物会議)があるが、ICOMOSは「歴史的環境は、人間環境にとって基本的要素である」という立場にたって、ユネスコ等の機関と協力しつつ活動をおこなっている。

以上のようなユネスコ勧告、ベニス憲章等にみられる文化財の保護思想は、次のように整理することができるであ

ろう。文化財は、それ自身が人間を形成している要素であり、そのことを認識することによって、人間は人間の尊厳を自覚することができる。したがって、このような意味をもつ文化財の保護は、人間としての生活を営むにあつての不可欠の条件であるとともに人類共通の利益であつて、しかも、われわれは将来の世代に伝えてゆく義務を負つてゐる。

(二)、わが国における文化財保護法制の推移

(1)、戦前

わが国における文化財保護法制の端初は、明治四年に太政官布告として制定された「古器旧物保存方」である。この布告は、明治維新における旧物破壊主義や廃仏毀釈の影響によって、文化財が重大な危機に直面するという状況の中で制定された。⁽⁶⁾ その後の有形文化財の保護立法としては、明治三〇年の「古社寺保存法」、昭和四年の「国宝保存法」、そして昭和八年に「重要美術品等ノ保存ニ関スル法律」が制定されている。「古社寺保存法」は、明治二七、二八年の日清戦争後に勃興した民族的自覚によって文化財保護の気運がおおいに高まる中で制定されたものである。⁽⁷⁾ そして、「古社寺保存法」の保存と活用⁽⁸⁾の部分は、今日の「文化財保護法」にまでその大綱は受けつがれ、わが国における有形文化財の保護の原型となつてゐる、と評価されている。「国宝保存法」は、「古社寺保存法」が保護対象を古社寺有の物件に限定していたものを国・地方公共団体および個人所有の文化財に対しても保存措置を講じたのである。「重要美術品等ノ保存ニ関スル法律」は、当時の政治経済事情に起因した円為替安という状況の下で、貴重な文化的価値のある美術工芸品等の海外流出を阻止するという目的で制定されたものである。⁽⁹⁾

戦前の文化財保護は、有形文化財中心であつたが、それでも、史跡・埋蔵文化財が全く無視されていたわけではな
い。明治七年には「御陵墓調査上発見ノ古墳屈出方」が太政官布告として、明治一三年に「御陵墓所在未定ノ分取調

ニ付人民私有地内古墳発見ノ節届出方」が宮内省令としてだされている。これ等布令は、御陵墓つまり皇室の墓を調査するにあたって、府県の官庁に対し、古墳の発掘申請や古墳の記載書の申出を義務づけたものである。また、大正八年に制定された「史蹟名勝天然記念物保存法」も美的・顕彰的要素の強い「史跡名勝」の保存に重点が置かれていたし、さらに「都城趾、宮趾、行宮趾其ノ他皇室ニ関係ノ深キ史蹟」が第一級の保存対象とされていた。しかも、これらの保存行政にあたっては、宮内省が重要な役割を果たしたのであった。

以上のように、戦前の文化財保護法制は、当時の社会・経済的条件に規定されながらも、むしろ天皇制の擁護というすぐれて政治的イデオロギーに支えられたものであった、とみることができる。すなわち、保護の対象の中心が、美術鑑賞的あるいは顕彰的な有形文化財であるし、また史跡・埋蔵文化財については明確に皇室に関連した遺跡が保存の対象とされていた。戦前の文化財の保護思想の特色は、対内的には社会統制のための思想操作の一環として、対外的には国家の威信を示すため、つまり天皇制の讚美、擁護という国家的見地からの保護であった。したがって、国民の歴史を理解するという学問的で、それが国民の間人としての生活環境にとって欠かせない素材であるとの視点からの保護ではなかった。

(2)、戦後

戦後インフレーションの深刻化の中での経済的安定性の喪失による文化財の危機、また、戦災による深刻な住宅難のため、引揚者、戦災者等による国宝建造物の占拠等が、文化財の保存をきわめて憂慮すべき事態に追い込んでいった。¹⁰⁾昭和二四年の法隆寺金堂の失火事件を機会に、翌年に戦前の諸立法を包摂統一した「文化財保護法」が制定された。「文化財保護法」は、第一条に法律の目的として「文化財を保存し、かつ、その活用を図り、もって国民の文化的向上に資するとともに世界文化の進歩に貢献する」といい、四条二項では「文化財が貴重な国民的財産である」と

規定している。すなわち、文化財は、国民の共同の財産であって、その保存と活用は国民の文化の向上に寄与するものでなければならない、と同時に、世界文化の進歩に貢献するものである、とうたっている。「文化財保護法」の規定は、戦前の文化財の保存が美的、顕彰的なもの、あるいは皇室の遺跡であって、天皇制秩序を思想的に擁護するというきわめて政治的なものであったことと比較すれば、重大な相違がみられ、まさに文化財保護思想の転換とみるこ
とができる。もつとも、現在でも皇室の遺跡は、宮内庁が管理し、国民には未公開という現状である。⁽¹⁾

今日、保護の対象となる文化財は、国民の文化的向上に資するものであって、それが生活環境にとって不可欠なものでなければならぬ。したがって、必ずしも技巧的、美的、顕彰的なものであるとは限らない。そして、保護の対象は、数次の法改正を経る中で漸次拡大されてきていて、国民の文化的向上というに沿って一定の前進を示している。すなわち、「文化財保護法」によって、はじめて民俗資料、無形文化財が保護の対象とされたし、昭和二九年の改正によつては民俗資料、埋蔵文化財の保護内容の充実がなされている。また、昭和五〇年の改正では、埋蔵文化財の保護がさらに整備され、民俗資料の名称を民俗文化財として保護を充実させ、また集落町並みの保存を推進するために、伝統的建造物群保存地区制度が創設されるに至った。保護対象の拡大のみならず、保護行政制度の整備、充実ははかられてきている。昭和四三年には、文化庁が設置されたし、昭和五〇年の改正では、都道府県に文化財保護審議会を置くことができるのとともに、文化財保護指導委員制度の新設など地方公共団体の文化財保護体制の整備がはかられてきている。以上のような文化財の保護対象、内容の充実、保護行政制度の整備は、基本的人權の尊重と国際協調をかかげる憲法理念の具体的展開である、とみることができよう。

ところで、昭和五〇年の参議院の文教委員会における「文化財保護法」の改正案が可決されるに当り、附帯決議が付されている。この決議によると、文化財が、「国民全体の貴重な共同財産」であること、「日本文化の豊かな発展

の基礎であることにかんがみ、その保護についての国民の理解、協力と行政施策の徹底が図らなければならない¹²⁾ことを確認するとともに、今後の問題点として、「文化財保護の理念の確立」と「重要な埋蔵文化財包蔵地の発掘に関する許可制の実現」という指摘をおこなっている。文化財保護の思想、理念の確立は、権利の確立にとっては勿論のこと、制度の整備にとつても是非とも要請される。また、文化財の保護が、思想統制の機能を有する側面をもつているために、それへの対処としても保護思想、理念の確立が望まれる。今日、「紀元節の復活、学習指導要領の改訂、教科書の国家統制など、戦後の原始・古代史研究の成果や科学的な歴史教育を否定し、装いを新たにした皇国史観を押しつけようとする動き¹³⁾」がある、との指摘もなされている。このような状況の中で、国民にとつての文化財保護の権利、その制度の充実のために、保護思想、理念の確立が重要な意義をもつのである。

「文化財保護法」、ユネスコ等の勧告を併せ理解すれば、今日の文化財保護の思想、理念は、とりあえず次のように言えるであろう。国民は、歴史的文化遺産によって民族の歴史を理解することができ、それによって人間の尊厳を自覚することができるために、文化財は人間としての生活環境にとつて基本的要素である¹⁴⁾。そのために、文化財を享受する利益は、精神的文化的側面に係わるといふ性格をもっている¹⁵⁾。

(1) 九州文化財保存協議会『九州文化財白書』一〇五頁。

(2) (3) (4) 九州文化財保存協議会前掲書一一二頁。

(5) 九州文化財保存協議会前掲書一二五頁。

(6) 文化庁編『文化行政の歩み』一六頁。

(7) 文化庁編 前掲書一七頁。

(8) 松元忠士「遺跡・埋蔵文化財保存の法律問題」法律時報四四卷一二二頁参照。

(9) 文化庁編 前掲書一九頁。

- (10) 文化庁編 前掲書二二頁。
- (11) 皇室典範二七条は、「天皇・皇后・太皇太后・皇太后を葬る所を陵、その他の皇族を葬る所を墓とし、陵及び墓に関する事項は、これを陵籍及び墓籍に登録する」と規定し、これに基づいて宮内庁が管理している。「陵墓」としての科学的な根拠の薄弱さと歴史の解明という学術調査にとっても貴重であるために、その保護と公開が要求されている。昭和五一年五月、日本考古学協会等が、「『陵墓』の保護と公開を要求する声明」、「要望書」を提出している(歴史評論三一八号に掲載)。「陵墓」に関する研究としては、石部正志「陵墓声明について」歴史評論三一八号一六五頁、今井堯「明治以降陵墓決定の実態と特質」歴史評論三二二号四頁、石部正志・宮川徒「『陵墓』指定古墳への立入り調査の必要性」歴史評論三四六号二〇頁等がある。
- (12) 文化庁編 前掲書一四〇～一四二頁。
- (13) 甘粕健「文化財保存運動」ジュリスト五四四号二九頁。
- (14) 「日光太郎杉事件」という道路拡幅にともなう太郎杉を含む巨杉群の代採と地形の変更をもたらす事件において、東京高裁が次のように述べているのは参考となる。「太郎杉を初めとする本件土地上の巨杉群は、特別史跡・特別天然記念物として指定されている日光杉並木樹道のそれと同じ程度の文化的価値を有するものと一般国民に意識され評価されている」といい、「その景観的・風致的・宗教的・歴史的諸価値は、国民が等しく共有すべき文化的財産として、将来にわたり、長くその維持、保存が図られるべきものと解するのが相当である。」
- (15) 歴史的文化遺産、文化財は、国民が民族の歴史を知るうえで不可欠を要素であり、この意味で国民の生活にとって貴重なものである。したがって、文化財を享受する利益は、国民の精神生活に係わる利益であるために、経済的利益と対比して、とりあえず精神的文化的利益として理解しておきたい。

二 文化財保護と環境権論

文化財の保護の思想、理念が、国民の法律上の利益として、さらには権利として確立されることは、先に指摘した

ような思想的な反動やまた開発による文化財の破壊の続発する状況の中では、きわめて重要なことである。

(一)、「環境権論」の概観

文化財を享受する利益の権利としての構成と、その法的性格の把握を目的とした考察にあたっては、いわゆる「環境権論」との比較をおこなってみることも一つの方法である、と考える。それは、以下のような理由による。すなわち、第一点は、判例上は勿論、学説上も定着しているとは言えないにしても、無視することができない影響力をもつに至った「環境権論」が、環境権の客体として文化財をも含めて考えているためである。⁽¹⁾ 第二点は、環境権が、実体法上は明確な規範的根拠をもたないにもかかわらず、国民の規範的意識に支えられつつ、憲法規範にその根拠を求めることによって新たに形成されつつある権利であるためである。

「環境権論」によれば、環境権の客体としての環境には、空気、水、日照等の自然的環境、を含むことは当然であるとし、更に道路、公園、橋梁等人間が社会生活を営むために必要不可欠な社会的環境も含まれるとし、さらに、「人類が多年の歴史の上に築きあげてきた歴史的文化遺産もまた、人間生活に欠かすことのできない環境の素材として考えられるものについては、これを環境権の客体と考えてよいであろう」と⁽²⁾いつている。

したがって、まず「環境権論」提唱の背景、そして、その意義、法的性格についてみておくことにしたい。

(1)、環境権提唱の背景

環境権提唱の背景としては、社会的背景と法理論的背景とを指摘することができよう。

環境権提唱の社会的背景は、いわゆる「公害」という社会問題の出現にあたって、これに対処するための法原理の樹立である。人間は、自己の生存を維持するために必要な資料を生産するために、自然を破壊し続ける。かつては、自然の破壊は、あたかも人類の進歩を示すバロメーターであるかのように考えられてきた。しかも、かつての自然の破壊

は、自然の同化活用によって回復され、自然の循環の中に還元されたため、人間の生存を脅かすことはなかった。しかしながら、二〇世紀後半以後の急激な科学技術の進歩に伴う高度の工業化の進展は、かつての如き自然の循環作用による復元能力を阻害するに至った。⁽³⁾ 今後とも、生産や消費のために無制限に自然の破壊を繰り返していくならば、近い将来には人類の生存は取り返しつかない危険にさらされることになろうし、その兆しは、四大公害訴訟⁽⁴⁾からもうかがうことができる。このような自然環境の破壊は、常により多くの利潤を追い求め、無制限に設備を拡大し、無差別に科学技術を利用し、しかも大量に有害な排出物を放出する企業活動にその原因を求めることができよう。

従来は、空気、水、日照といった人間の生活をとりまく自然環境は、権利の対象とはならない、つまり「自然財」と考えられていた。すなわち、「自然財」は、「不動産利用権に伴う恩恵または、所有権の一内容と考えられ、不動産の利用の結果として生ずる自然財の消耗、破壊は不動産利用の相互の便宜のため、原則的に之を受忍すべきもの⁽⁵⁾」とみられてきた。しかし、前述したような企業による急激かつ大量な、しかも回復能力を阻害するような環境破壊が生ずる中で、従来「自然財」と考えられていた環境の素材は、次第に価値ある対象物として認識されるようになってきた。ここに、環境権の思想が生まれてくる根拠が指摘できよう。「環境上の素材は、元来不動産の利用権とは無関係に万人に平等に分配されねばならぬ資源であり、これを享受しうる権利は当然に万人の共有に属すべきものといわなければならない⁽⁶⁾」との思想の形成である。

環境権の法理論的背景の詳細については、後述することにし、ここでは環境権提唱の契機となった次の点を指摘するにとどめておきたい。それは、昭和四五年三月、東京で開かれた国際社会科学評議会(I.S.S.C.)の公害国際会議の宣言(東京宣言)である。それによると、「環境を享受する権利」が、「基本的人権の一種としてもつという原則を、法体系の中に確立する」との提唱をおこなった。また、同年九月に開催された日本弁護士連合会の人権擁護大会

においても、環境権の提唱がなされ、それ以来、わが国における環境権の法理論構成の輪郭が次第に明確にされてきている。⁽⁷⁾

(2)、環境権の意義とその性格

環境権は、「良き環境を享受し、かつこれを支配しうる権利」⁽⁸⁾、「人間が健康な生活を維持し、快適な生活を求めるための権利」⁽⁹⁾である。といわれている。そして、良い環境とは、健康な生活を維持するための条件を充足するばかりでなく、快適で文化的な生活を追求しうる条件を満たすものでなければならない。そのために、自然的環境のみならず、社会的環境も文化的環境も含まれる、とされている。

それでは、自然的環境、社会的環境そして文化的環境を権利の客体として考える環境権は、どのような性質の権利として把握されているのだろうか。

環境権は、「国または地方公共団体に対して、良き環境の確保を要求しうる権能をも含む権利である点によって、生存権的な基本権」⁽¹⁰⁾であり、「強大な力を誇る企業の侵害から社会的な弱者である公害の被害者を守るための権利にほかならないから、当然それは社会権の一種に属する」⁽¹¹⁾と論じられる。そして、「これまで知られていなかった新しい基本的人権の一つ」⁽¹²⁾と言いながらも、とりあえず現行憲法上の根拠としては、同法二五条の生存権と、一三条の幸福追求権に求められている。環境権と生存権との関連については、「生存権は、単に『健康それ自体の保持』にとどまるものではなく、当然にその前提としての『健全な生活環境を保持する』権利を含むべきである」⁽¹³⁾と説かれている。また、幸福追求権としての構成は、「きれいな水やきれいな空気が公害で汚染されるのは、まさに『生命に対する権利』の侵害であり、幸福追求の権利を土台から損うものである以上、環境保全は国政上第一の配慮を要する問題となるう」と論じられている。⁽¹⁴⁾

ところで、「環境権論」は、環境権を憲法上ないしは公法上の権利にとどめておくことをしないで、私権性をも与えようとするところに特色がみられる。すなわち、前者は、憲法的側面といわれ、綱領的権利であって、立法政策的ないしはプログラムの法的効果を担ったものであるといえる。したがって、「環境権具体化のための立法を促すとともに、公害法の適用や解釈にあたって環境権の意義を法定制度上に十分活かしようように慎重に配慮した法律構成をはからねばならない。環境権の提唱は、公害行政の法理をかかる方向に導く基点をなす」とか、「住民運動に対して、法理上の論拠を与えると同時に運動の目標設定等についても重要な役割を果す」と説かれている。後者は、実体的側面ともいわれ、法技術的権利であって、法解釈学的効果が考えられている。そして、この環境権の私権性を承認するについては、複合的な権利構成が試みられている。すなわち、一方においては、「自然財が価値物化し、これを支配しうる権能に財産的価値を認める立場から論ずれば、これは一つの財産権である」と考えられ、他方においては、「環境権により保護しようとする法益が、人の生存そのものにあり、決して経済的利益にあるものでないことを考えれば、この権利は生存権的な基本権として、人格権的性格を帶有する」と説かれている⁽¹⁸⁾。しかしながら、環境権の本質からみて、どちらかといえば、「財産権よりもむしろ人格権に近い性格の権利」である、と結論づけられている。

(3)、環境権の私権性の特色

「自然財」は、不動産利用権に伴う恩恵、または所有権の一内容と考えられ、わが民法二〇七条も土地の所有権は、「土地ノ上下ニ及フ」と規定している。この結果として企業による環境破壊を結局は無原則的に承認してきたということができよう。そして、企業による環境破壊を通しての加害行為については、従来は「所有権の行使に、権利の乱用があるとし、あるいは受忍限度を超えた場合に違法性があるとして、主として金銭による賠償」⁽²⁰⁾によって解決が図

られてきた。したがって、環境権の財産権的、人格権的な権利の複合的構成によって得られる私権性の確立は、受忍限度論を批判する点にその有効性がある、といわれている。すなわち、「受忍限度論が、意識すると否とにかかわらず、現実に被害があるのに、加害行為の態様に不法性がないこと（むしろ公共性があること）を理由に違法性を否定し、被害者の救済を拒否する加害者側の防波堤として機能しているのは何故だろうか」と反問され、その原因を環境権思想の未発達に求め、環境権の確立が力説される。この環境権の確立を前提として、「新しい違法性論を確立しなければならぬ」と主張されている。受忍限度論を排斥することによって、たとえ環境破壊に対する違法性の認定の範囲が拡大されたとしても、金銭による賠償で解決されたのでは、人間の身体、生命の危険という環境破壊の除去という根本的な解決にはならない。したがって、環境保護の方法として力説されてくるのが、差止請求の制度である。

環境権は、「一切の自然的・社会的環境に対して地域住民がもつ排他的な支配権である」との主張のもとに、「環境が破壊されれば、地域住民は、ただちにその差止を求めよう」といわれるのである。⁽²³⁾

環境権の私権性の確立は、⁽²³⁾ 以上のような私法的救済とともに、公法的救済の道を開くこととなる、といわれている。まず、環境権の確立は、抗告訴訟における原告適格を有することとなる。良き環境を保全し、これを創り出してゆくには、行政の活動に待つべき点がきわめて多いわけである。しかし、従来環境の維持確保については、国民は何の権利も有していないのであり法の反射的利益にすぎない、と考えられてきた。したがって、行政の怠慢、行き過ぎによる環境の破壊に対しても、行政事件訴訟法九条・三六条の「法律上の利益」の主張ができず、国民はよい環境を求める訴訟の原告適格が否定されていた。環境権の確立は、⁽²⁴⁾ 抗告訴訟において原告となりうる道を開くこととなる、といわれている。⁽²⁵⁾

- (1) 例えば、大阪弁護士会環境権研究会(以下、大阪弁護士会とする)『環境権』八六頁、仁藤一「環境権の提唱」ジュリスト四九二号二二〇頁がある。
- (2) 仁藤 前掲論文。
- (3) 大阪弁護士会 前掲書六二～六三頁参照。
- (4) イタイイタイ病訴訟、新潟水俣病訴訟、四日市訴訟、熊本水俣病訴訟。
- (5) 仁藤 前掲論文二二九頁。
- (6) 仁藤 前掲論文二二九頁。
- (7) 日本弁護士会の公害シンポジウムの資料は、法律時報四三巻三号に掲載されている。
- (8)(9) 大阪弁護士会 前掲書八五頁。
- (10)(11)(12) 大阪弁護士会 前掲書八七頁。
- (13) 小林直樹「憲法と環境権」ジュリスト四九二号二二四頁。
- (14) 小林 前掲論文二二五頁。
- (15) 原田尚彦「公害訴訟と環境権」ジュリスト四九二号二二九頁。
- (16) 大阪弁護士会 前掲書九二頁。
- (17) 仁藤 前掲論文二二〇頁。
- (18) 仁藤 前掲論文二二一頁。
- (19) 大阪弁護士会 前掲書八七頁。
- (20) 仁藤 前掲論文二二九頁。
- (21)(22) 大阪弁護士会 前掲書一〇三頁。
- (23)(24) 大阪弁護士会 前掲書一〇九頁。
- (25) 環境権の私権性には、以下のような疑問がだされている。例えば、「環境権を基本的人権とのみ性格づけることはできないのか。環境権に私権性をも与えることはどうも無理が感ぜられるように思うからである。」斉藤博「わが国における環境権理論と今後の方向」法律のひろば三〇巻三号一〇頁。

(26) 大阪弁護士会 前掲書九二頁以下参照。

(二) 「環境権論」における文化財の保護

環境権は、良い環境を享受し、かつこれを支配することによって、健康で文化的な生活を求める権利である、とされた。そして、環境権の規範的根拠は、憲法一三条の幸福追求権と同法二五条の生存権である、といわれている。さらに、環境権は、綱領的権利にとどまらず、私権性をも有すると考えられている。しかも、環境の破壊に対しては、差止の請求ができる、と説かれている。以上のような性格、効果を担うと解される環境権は、その客体として歴史的文化遺産、文化財も含むと考えられている。すなわち、環境権の対象とする環境が、人間としての生存を維持するための環境であって、単に生物として生存を続けていくものでない以上当然である、といわれている⁽¹⁾。

ところで、環境権形成の契機は、「公害」への法理論的対応策であった事實は否めない。もつとも、「公害」という用語が、明確に統一的な概念として確立しているとはいえない。しかし、「公害」に対処する立法として、昭和四二年八月に成立した「公害対策基本法」によれば、次のような概念づけがなされている。同法二条一項は、「公害」とは、「事業活動その他の人の活動に伴って生ずる相当範囲にわたる大気汚染、水質汚濁、土壌汚染、騒音、振動、地盤の沈下及び悪臭によって、人の健康又は生活環境に係る被害が生ずることをいう」とし、二項で「生活環境」は、「人の生活に密接な関係のある財産並びに人の生活に密接な関係のある動植物及びその生育環境を含む」と規定している。すなわち、「公害」とは、大気、水、日照、土壌、静穏といった自然的環境の破壊によって、人間の身体、生命、財産に被害が生ずることをいう⁽²⁾。この規定によって、直ちに「公害」の概念づけをすることはできないにしても、環境権提唱の主要な契機は、やはり自然的環境の破壊によって人間の身体、生命に取り返しのつかない危険を生ぜしめ、ひいては人類の生存を危うくすることを防止することにあつた、とみることができよう。

これに対して、文化財の保護という文化的環境の保存は、快適で文化的な生活を追求する環境にとって不可欠な要素であるとはいえても、その破壊は人間の身体・生命を直接危険に陥し入れるものではなく、国民の精神的側面にかかわる利益である。したがって、この精神的利益に属する文化財の保護を、人間の身体、生命を保護することと一律に環境権によって考えていいのだろうか。またたしかに憲法二五条は、健康で文化的な生活を保障すると規定するが、文化財の保護という精神的利益を法体系の中でいかに位置づけることができるであろうか。

自然的環境は、先述したように不動産利用権に伴う思想、または所有権の内容及と考えられていて、自然的環境の破壊は不動産利用相互の便宜のためには、原則的にはこれを受忍すべきものとされていた。しかし、自然的環境が一つの価値物として権利の客体とされるに至ったのは、企業活動による継続的で、回復不可能な破壊が生じてきたためである。したがって、自然的環境の破壊に対して、環境権を主張する相手方は、企業であると明確に焦点をしぼることができよう。他方、文化財は、企業による破壊が多いにしても、国民による破壊も見逃すことはできない。この場合、文化財の保護が、国民の精神的利益であるということとも関連して、土地所有権の社会的機能としての国民の生活、生産といった利益との調整が困難であることが予想される。また、国、地方公共団体、企業による文化財の破壊にしても、宅地・学校造成、住宅・校舎建設、水道・ガス・電話線埋設といった国民の社会生活にとってきわめて重要な目的のためになされることも例外ではない。そのため文化財の保護が、国民の生活上の利益を侵害するようになり得ることもあって、国民の合意が得られにくい場合が生じる。

また、権利の主体、主体の範囲についても自然的環境の保護を求めることのできる主体との相違も指摘できる。

「環境権論」を唱える人の間でも、権利の主体を自然人に限るのか、法人をも含めてみるべきかについては意見の対立がみられる。ところで、自然的環境を求める権利は、例えば、「学校法人が、静穏な環境を求める権利を持つて

あろうし、企業たる法人もたとえ、きれいな流水の利用を求める権利がある」と言えるであろうし、権利の主体として法人を考へることが出来る。これに対して、文化財の見学客を相手にして旅館、ホテル、飲食業等を経営する経営者は、文化財の破壊によって生ずる不利益を法律上の不利益として主張することはできないであろう。すなわち、文化財の保護は、精神的側面にかかわる利益であるために、その利益の主体はあくまでも自然人に限られる。また、「公害対策基本法」二条二項の「生活環境」ということを環境権に引き寄せて把握するとすれば、「環境汚染に対しては、人間に帰属する環境権によって對抗しうることのほかに、土地所有権によっても排除しうる」という「土地所有権に由来する財産権的環境権」を承認することになるであろう。財産権的環境権を承認すれば、土地の所有者は必ずしも自然人に限られないので、財産権的環境権の主体に法人がなることは当然である。しかし、文化財の保護については、土地所有権に基づく財産権的環境権といったものは考えられない。文化財の保護が、むしろ土地そのものであるためであつて、この意味でも文化財保護の利益の主体は自然人に限られる。

つぎは、権利主体の範囲の問題である。環境共有の法理は、自然的環境は人間の生存にとって絶対的に不可欠なものであるために、一定の地域に居住する国民の共有である、と構想されている。「一定の地域」とはどの範囲を指すのか、「共有」を主張できる範囲はどこまでなのか問題となつてくる。したがつて、「有害物質の到達しうる範囲によつて捉える方法」⁹⁾、あるいは、「地理的な一体性とか、気象学的な同層圏という捉え方」¹⁰⁾が提案されている。また、「当面さしあつて起こっている深刻な諸課題は、そこに人が住んでいるにもかかわらず、その人たちの環境権が破壊されていることです」¹¹⁾、「環境破壊から受けるわれわれの現在、あるいは将来への損害を予想できる者が主張していく」¹²⁾とも述べられている。さらに、環境権の主体の範囲について限定を考慮しなければ、「環境権論が何かばかばかしい観念論をやっているように思われる危険があります」といった批判もなされている。ともかくも、自然的環

境の破壊に対する環境権の主体の範囲は、地域性による限定が思考されている。このことは、自然的環境の破壊が人間の身体、生命の危険を招来せしめるものであるために、その危険の度合の強弱がみられるからである。文化財の保護の場合は、地域性による限定は考えられないだろう。国民が、民族の歴史を知るといふ精神的側面に属する文化財が、生活環境にとって不可欠であると認識されるためである。すなわち、文化財保護の利益の主体は、何の限定をなすこともなく抽象的に国民であると理解でき、このことは「文化財保護法」四条の「文化財が貴重な国民的財産である」という規定にも符合する。

(1) 大阪弁護士会 前掲書八六頁参照。

(2) 公害概念の定義は、確立しているとはいえない。法律時報四三卷三号一五七頁参照。

(3) 文化財の保護は、土地所有権を全面的に制限することになるために、国民の生活上の利益ないし経済的利益を制限することとなる。

(4) 昭和五一年度の埋蔵文化財の発掘目的をみると、宅地造成住宅建設一、〇八三件、学校地造成一五九件、水道・ガス

・電話線埋設五〇六件で、総数三、八八六件の四五〇を占めている。文化庁編『文化行政の歩み』一八四頁。

(5) 自然人に限る意見は、大阪弁護士会 前掲書八五頁。法人も権利主体となるものとして、仁藤 前掲論文二三〇頁がある。

(6) 仁藤 前掲論文二三二頁。

(7) (8) 大阪弁護士会 前掲書一八頁。

(9) (10) 大阪弁護士会 前掲書二五一頁。

(11) 大阪弁護士会 前掲書二五四頁。

(12) 大阪弁護士会 前掲書二五五頁。

(13) 大阪弁護士会 前掲書二五四頁。

三 文化財保護の権利の確立のために

「環境権論」は、環境権の客体として、文化的環境、つまり、文化財をも含めて考えている。しかし、前項でみたように自然的環境の保護との相違が指摘できた。いま一度自然的環境との比較によって得られる文化財保護の特色を簡単に整理しておきたい。

第一点は、保護法益の違いであって、文化財を享受する利益は精神的利益である。第二点は、自然的環境の破壊は、もともと「自然財」たるものが価値物化してきた経過からして企業ならびに行政である、と言える。したがって、資本所有権の制限が問題となってくる。文化財の破壊も確かに企業ならびに行政による場合が多いにしても、所有権者たる国民による破壊も放置できないし、企業による破壊も直接国民の生活利益に関連をもつことがしばしばである。そのために、所有権に対する制限の様相が複雑となる。第三点は、権利の主体は、文化財を享受する利益が精神的側面に属することであるために法人であることはありえない。また、地域性による制限を考慮する必要はなく、階級関係の存在が法的発現型態として明確にされないかぎり、抽象的に国民一般ということになる。

文化財を享受する利益、侵害者、権利の主体、主体の範囲について、以上のような特色を有している。それにもかかわらず、自然的環境とともに一律に環境権ということで権利構成をおこなうことは、本来環境権が念頭においていた人間の身体、生命の危険の除去という役割をも果たしえないことにもなりかねない。そのためにも、文化財を享受する利益は、環境権とは区別してあらたな権利構成を検討してみる必要であると考える。

文化財を保護することは、国民の歴史を認識するための素材が人間としての生活環境にとって基本的要素であるということに支えられる。このように国民の精神的側面に係わることであるために、政治的イデオロギーによる思想統

制の役割をも担えるという性格も有している。すなわち、国家は、国民の歴史を認識するという視点からではなく、対外的には国家の威信を高揚させ、対内的には思想操作による体制の維持という目的の下に、文化財の保護、選別がなされる可能性がある。また、文化財の保護は、土地所有権を制限する結果をもたらすために、土地所有権の社会的機能を配慮した権利の構成をおこなう必要がある。憲法二九条は、「公共の福祉」による所有権の制限を規定しているために、文化財の保護も「公共の福祉」の内容として検討していくこともできる。しかし、文化財の保護が、国民の自覚に依ることが重要であり、文化財が国民の生活環境にとって基本的要素であるとの認識を確立していくためにも、権利としての構成を試みるべきではなからうか。

文化財を享受する利益の権利としての構成は、憲法規範の明文規定にその根拠を求めるとすれば、環境権と同様に一三条、二五条が考えられてくる。幸福追求権との関連では、文化財は国民が幸福を追求するにあたって欠かせない条件である、と考えられるのである。「幸福」という概念は、経済的条件が充足されていることが前提となるとしても、精神的側面に係わることであるために、一定の説得力をもちえよう。しかし、幸福追求権は、「公共の福祉」による制限が規定されているし、また、仮りに幸福追求権としての構成ができるとしても、自由権としての性格をもつために、土地所有権を制限できるような性格の権利とはいえないであろう。すなわち、自然的環境の破壊に対しては、資本所有権による「自然財」の侵害であって、一応は資本所有権の乱用を指摘でき、しかもその限りでの制限を主張することになる。しかし、文化財の保護は、文化財が土地に密着しているため、むしろ土地そのものであるといえるのであり、土地所有権の社会的機能を全面的に制限する性格を有している。

生存権との関連では、文化財が健康で文化的な生活を営むにあたっての素材であると考えられるためである。しかし、生存権は、歴史的制度的には資本制社会の矛盾のために生存の危険に直面する無産者階層に対して、主に経済的

保障をなすものであり、具体的には所得保障と医療保障の総合的措置と考えられてきた。それにもかかわらず、文化財という精神的利益に属する保護を生存権によって根拠づけることが可能であろうか。

また、生存権は、資本社会の制度的矛盾を甘受せざるを得ない階層のための生存保障ということで、その前提として一応階級関係の存在が想定されている。これに対して、文化財保護の法的主体は、文化財を享受する精神的利益であるために自然的環境にみられるような地域性による制限もなく、抽象的に国民一般ということになる。

文化財を享受する利益と生存権とは、保護法益、法的主体の点で、以上のような相違が指摘できる。しかし、憲法二五条の「健康で文化的な生活」は、国民は社会の発展にとり水準の高い経済的、文化的生活環境の実現を要求していくことができるとする思想の法的発現型態であるとみることができるとはなからうか。現に、对人的サービスや精神的側面を含む福祉が、生存権を規範根拠として主張されてきている。³⁾これ等のことを勘案すれば、生存権を規範根拠として文化財を享受する利益の権利構成が可能となってくるようにも考えられる。

もっとも、保護法益性についての難点が、一応解消されたとしても、法的主体についての問題への解答がせまられることになる。

- (1) 環境権は、差止請求にその威力を発揮するわけであるが、文化財の保護が所有権の全面的制限をもたらすため、文化財の保護の程度とも関連して、かならずしも差止請求というわけではない。
- (2) 土地所有権を制限することは、できないにしても、土地所有権の乱用を主張できるような構成も考えられる。
- (3) 林迪廣「文化財保護の法理」ジュリスト六八五号一〇頁。

人間の歴史は、古い文化を止揚し、新しい文化を創造することにその進歩がある。文化財とは何かということも関連して単なる回旧趣味にとどまることなく、現代の生活をより豊かにする役割を担い社会の進歩と調和した文化財の保護が期待される。そのためには、国民の精神的利益にとって必要か否かという基準のもとに、その選別が要求されてくるが、選別の方法についても検討を要するであろう。また、文化財の選別とも関連して、どの程度の保護措置を講ずればいいのかの基準の措置も問題となってくる。

ところで、文化財を享受する利益を仮りに生存権として構成すれば、法的主体の問題をはじめ多くの難問の解決がせまられる。また、憲法規範原理を根拠とした権利構成がなされたとしても、「環境権論」で論じられているように権利の性格について、綱領的権利にとどまらず具体的個別的な私権性をも附与することができるかという問題が生ずる。

文化財の保護は、経済的利益のように直接経済的に生活面に影響を与えるものではなく、精神的利益に属するものであるが、その保護は国民の自発的行為に期待されるところが大きい。経済的利益を最優先し、文化財の決定的な破壊をもたらす開発がなされる社会において、また精神的利益についての社会法的思想の未成熟な状況の中で、人間がより人間らしい生存を維持するという目的の下に、文化財保護の権利の確立は重要である。

本稿では、文化財の保護思想、理念については、一心の認識を得ることができた。しかし、権利としての構成にあたっては、「環境権論」を通しての自然的環境を保護する権利との相違を指摘するにとどまった。精神的利益を法体系の中でいかに把握していくのか、土地所有権との連関でどのように理解されるのかについては、今後の研究課題にしておきたい。

(一九七九・四・三〇)

(付記)

文化財保護の法原理について社会法思想的立場から理論構成を志したのは一九七七年末であった。埋蔵文化財や歴史遺跡の採訪にしばしば行をともししている親しい友人との話しあいから問題意識が形成されてきたが、やうと七九年になってから文化財保護の法理に関する小論二篇を発表した。やがて佐賀大学経済学部江頭邦道助手がこの法的課題の検討につき積極的関心をよせてくれるようになり、ここ一年は同君と折にふれて遺跡を見たり、討議を重ねて共同研究を進めてきた。本稿の骨子も討議の結果にもとづいて江頭助手がまずまとめてくれたものであり、本来なら共同執筆者として名を連ねて頂くべきものであるが、本誌の性格上同氏の諒解を得て私の名で発表することになった。同氏に厚く感謝するとともに、今後更に共同研究を推進し共同作業による研究成果を発表することとしたい。