

機関番号：34304

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2008～2010

課題番号：20530033

研究課題名（和文） 公法上の原状回復請求権に関する理論及び判例の日独比較研究

研究課題名（英文） Comparative Study as to Theory und Practice between Germany and Japan on the Right to Claim Restitutio in Integrum in Public Law

研究代表者

太田 照美 (OHTA TERUMI)

京都産業大学・法学部・准教授

研究者番号：80388652

研究成果の概要（和文）：ドイツの社会法上の回復請求権の法的性質について損害賠償請求権との違いを明確にした。その学問的意義は大きい。また日本の景観権につき、ドイツの公法上の結果除去請求権の対象とされる絶対権と比較し、わが国の民法学で論争されている「権利論」との関わりで、わが国で初めて考察した。さらに日本の地方公共団体の租税過誤納金返還問題につき、日本で初めて、ドイツの公法上の原状回復請求権により救済を求めることができるとする理論を呈示した。

研究成果の概要（英文）：

We studied on the field of the social welfare law in Germany as to the Right to Claim Restitutio in Integrum. This effort is very important. We analyzed also in the field of the Right to Claim Scenic Reservation against Building Construction Plan in Japan. In this view we studied at first in Japan comparatively between the absolute Right in German public law and the academic issues about the Right as to civil law in Japan. Last we researched on "Compensation Liability on mistaken Taxations and the Restituion in integrum Right of claim in Public Law in Japan". This viewpoint of Claim Restitutio in Integrum was formerly unknown in my country, so this research is very important.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2008年度	1,400,000	420,000	1,820,000
2009年度	1,000,000	300,000	1,300,000
2010年度	900,000	270,000	1,170,000
年度			
年度			
総計	3,300,000	990,000	4,290,000

研究分野：公法学

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：公法上の原状回復請求権、公法上の結果除去請求権、社会法上の回復請求権、国家補償、違法無過失責任、租税過誤納金返還と原状回復請求権、景観利益と差止訴訟、地方税法

1. 研究開始当初の背景

わが国の公法学では違法無過失の国の責任を問題とする原状回復請求権又は結果除去請求権の研究が遅れている。しかしドイツでは学説・判例で公法上の原状回復請求権と

しての結果除去請求権が確固として認められている。この権利により、ドイツではもし違法な行政がなかったなら元々存在していた法状態の回復を求めて裁判所で争うことができる。このことにより、欠缺のない救済

が確立される。ところがわが国では、このような権利は公法学であまり議論されずじまいに今日に至っている。そこでわが国において欠缺のない救済を実現するためにも、違法無過失の国の責任を追及する権利として、憲法学および行政法学において原状回復請求権を確立する意義が認識されつつある。

2. 研究の目的

(1) ドイツにおいて、公法上の原状回復請求権として、行政法上の結果除去請求権(Folgenbeseitigungsanspruch)および社会法上の回復請求権の学説・判例の発展状況を性格に認識し、わが国にも原状回復請求権又は結果除去請求権を確立させる。

(2) わが国の伝統的な憲法学・行政法学においては、「受忍せよ、そして補償を求めよ」との原則が今日まで続いている。ドイツにおいてもプロシア以来続いていた。しかし、ドイツではその原則は憲法裁判所により変更され、人権そのものの存立が最重要視されてきている。すなわち、憲法上の人権等の存在そのもの、すなわち原状回復が認められてきている。本研究は「受忍せよ、そして補償を求めよ」の原理ではなく、人権等の権利そのものの存立の確立が研究の目的となっている。

(3) また、行政法学上の原状回復請求権を確立することを志向する場合、民法学における権理論および原状回復請求権の考察を参考にしながら、緻密な法解釈論を考察する。

(4) さらに、ドイツにおいては、公法上の結果除去請求権は憲法上の基本権の効力として解釈論が展開されている。すなわち、基本権が強く武装され、侵害されようとしたら防御請求権として、侵害されたら結果除去請求権が認められ、原状回復が不可能であれば補償請求権が認められる。この憲法上の基本権論を参考にしながら、わがくにでも人権の効力として結果除去請求権を確立させたい。

(5) このような憲法上の人権の効力としての公法上の原状回復請求権または結果除去請求権を、具体的な法分野に応用的に適用できるかどうか考察する。この場合、現在、環境問題の一つとしてわが国では景観保護が熱く議論されている。開発行政により失われる景観の原状回復を求める訴訟が提起されている。この景観訴訟のなかに含まれる原状回復あるいは権利利益の存立の問題を考察する。

(6) さらに、結果除去請求権を具体的な法分野に適用する問題として、租税の過誤納金返還問題を取り上げ、損害賠償請求権や不当利得返還訴訟による救済で終わるのではなく、違法無過失の行政に対しても、ドイツの公法上の原状回復請求権又は結果除去請求権による救済を提起することも本研究の大

きな目的である。すなわち本研究は、単に理論的な研究にとどまらず、実務や判例にも貢献することが目的である。

3. 研究の方法

(1) ドイツへ調査研究旅行を行い、最新の資料収集を行うとともに、ドイツの教授や実務家と、ドイツと日本の法システムについて質疑・応答を行う。

(2) ドイツの理論・判例の膨大な資料収集を行うが、とりわけドイツ国籍のシェラー教授が主として情報収集等を行う。

(3) 研究会を開催して共同分析・考察を行う。

(4) 初年度は、社会法上の回復請求権の問題を掘り下げるとともに、日本に公法上の原状回復請求権を確立するうえで前提となるところの、権利論・訴訟救済理論の考察を行う。さらに、具体的な事例をあげて考察する。たとえば、2年次は景観権または景観訴訟問題、3年次は地方公共団体の過誤納金返還問題を素材にして考察する。

4. 研究成果

(1) 論文3つ(4つ目として本年6月太田が産大法学に公表予定)を公表し、講演一つを行った。

(2) 上記公表論文のうち、まず、ドイツの社会法上の回復請求権の意義に関して、従来のわが国におけるどの研究よりも、いっそう明確にした。

①まず、ドイツの社会法上の回復請求権の法的性質について、最新の学説・判例を正確に分析することができた。その結果、これまでのわが国のどの研究・分析よりも明確にすることができたと信ずる。

まず社会法上の回復請求権は、適法な行政がなされたならば法律上あるであろう(仮定形)法状態を回復させるものであるが、公法上の結果除去請求権は、違法な行政が行われる前に存在していた(過去形)法状態の原状回復を志向する。

また、社会法上の回復請求権と損害賠償請求権とは、違法な行為がなかったならば存在していたであろう状態の回復・実現をめざすが、社会法上の回復請求権は法律上あったであろうという点であくまでも法律の規定の枠内で法治主義のなかで解釈される点で異なる。もし違法な行政がなかったなら、法律上存在していたであろう権利・利益の回復をめざすものであり、単に得べかりし利益の実現をも仮定的に志向する損害賠償請求権と異なる。

これらの点については従来わが国ではあまり認識されていなかった事柄であり、本研究の意義は大きい。

②また、社会法上の回復請求権の要件につい

て、いっそう明確にした。すなわち、社会法典1編13条、14条および15条に典型的に行政主体の指導・助言義務が課せられているが、それらに対応して細やかに分析・考察した。

③さらに、本研究は、社会法上の回復請求権の意義に関して、ドイツでは公法においては国家の責任システムが不十分でかつ欠缺があり、非完結的であるので、それらを補う役割をもっていることを指摘した。別言すれば、市民に対して、社会国家原理に基づいて、生存にかかわるリスクから保護してかつリスクを除去しようとするものである。そしてこの社会法上の回復請求権は、社会裁判所により裁判官法として判例に基づいて発展させられてきている点を本研究が強調した。

④さらにまた、わが国の法状況と比較して、わが国の実定法制度においてはドイツのような社会法典による指導・助言義務がないけれども、ドイツよりも明確に社会権、生存権が日本国憲法25条により保障されており、また同13条により個人は国政において最大限尊重されなければならないのであるから、ドイツに匹敵するような行政の助言・指導義務を構想できると考え、ドイツのような社会法上の回復請求権・実現請求権を根拠づけることができるのではないかと提言した。

しかも日本国憲法32条には裁判を受ける権利が保障されているのであるから、裁判所による救済は実効的で欠缺のないものであるべきであるので、ドイツのような社会法上の回復請求権をわが国にも法解釈上確立すべきことを訴えた。

これらの提言は、わが国の公法学に大きな影響を与えるものと信ずる。

⑤本研究は、わが国では残念ながら国民年金に関してかつての社会保険庁の驚くべき失態が明らかにされ、国民の社会保障給付を受ける権利が侵害されているので、わが国の社会保障行政の実務にもきわめて大きなインパクトを与えるものと確信する。

(3) 次に、本研究は、原状回復請求権のわが国への適用・応用の前提問題として、景観訴訟における権利問題を考察した。

①すなわちわが国の民事法で現在争われている景観権の性質について研究した。その際、ドイツの結果除去請求権においては保護法益として絶対権が念頭に置かれているので、民事法学における権利論に関して、とりわけ景観権について、絶対権とどう異なるのか、あるいは共通の性質があるのかについて、研究した。さらに行政法学における抗告訴訟の法律上の利益と、民事法学における権利論とを比較検討した。このような民事法学における権利論と、行政法学における法律上の利益とを総合的に考察した論文はわが国では未

だ数少ないものと思われるので、本研究の学問的価値は大きなものがあると信ずる。

②また、本研究は、景観権または景観利益(法律上保護された利益として)に基づいて差止訴訟(民事訴訟法および行政事件訴訟法を含む)が提起できるかとの問題を探求した。その際、民事訴訟法においても行政事件訴訟法においても、権利とまでは認められない景観利益に基づいて差止訴訟を提起できるか考察した。公法と私法をまたぐ共通的な発想での研究はわが国では数少ないものと思われるので、本研究の意義は大きなものがあると信ずる。なお、本研究は民事訴訟法学においても、景観利益で差止訴訟を提起できるとの説(大塚直教授)を支持している。

③さらに本研究は、ドイツの公法上の結果除去請求権で保護される絶対権と、日本の民事法学における権利論との比較考察を行った。すなわち、わが国の民事法学においては、現在、景観権の権利性をめぐり、論争があり、とくに不法行為法制度をめぐり大きな論争がある。すなわち、伝統的な民法学では、民法典は「権利・自由の保護とその調整」の考え方、すなわち権利本位で構成されていたとされてきたが、「社会本位」に転回され、不法行為法制度は「法秩序の維持・回復」に求められるようになったとする理論が提起されてきた。これに対して、権利論への回帰の動きが出てきている(山本敬三教授)。しかし山本教授の権利論は、伝統的な支配権ではなく、決定権としての権利論(「決定権的権利観」)が説かれている。この考えによれば、景観権も決定権的権利観により把握される。もし決定権的権利として捉えられるとするなら、ドイツの結果除去請求権という絶対権あるいはすくなくとも「絶対的に保護された法的地位」として理解されることができないのではないだろうか。このような観点は、本研究の独自の意義であり、学会に大きな問題提起をするものと信ずる。

④すなわち、本研究は、ドイツの公法上の原状回復請求権との比較研究として、日本の景観権の法的性質をとりあげ、ドイツにおいて原状回復請求権の対象とされる絶対権との比較の視点で、わが国の民法学で現在論争されている「権利論」に関して、ドイツの公法学上の原状回復請求権との関連性及び独自性をわが国で初めて分析・考察した。その考察はわが国で公法上の原状回復請求権を確立するうえで大きな意義があろう。

⑤なお、本研究は、景観訴訟問題として、平成14年の国立マンション景観訴訟東京地裁判決や、平成16年の同東京高裁判決、および平成18年の同最高裁判決を取り上げ、原状回復請求権との関わりで、および民法709条の法律上の利益との関わりで考察している。さらに、平成21年10月1日の鞆

の浦景観訴訟広島地裁判決を、行政事件訴訟法9条の法律上の利益との関係で考察し、公法と私法を通ずる法律上の利益としての景観利益の保護の問題を検討した。

⑤本研究の考察の背後には、基本的人権の統合性、あるいは比喩的に言う「武装化」を、ドイツの基本権論と同様に、唱えている。すなわち、景観利益が侵されそうになったら差止訴訟を、侵害されたら原状回復請求訴訟を、もし原状回復が法的にまたは事実上不可能なら補償請求ができるとする考察と不可分に関連している。このように本研究は憲法学にも、民法学にも、そして行政法学にも大きな問題提起をしているものであり、その意味で学会に大きな貢献をしているものと確信する。

(4) さらに、本研究は、原状回復請求権の応用問題として、わが国の地方公共団体で現在深刻な問題となっている租税過誤納金返還請求に関して考察した。

①すなわち、法定の5年の時効期間（地方税法）を経過した後の救済方法として、従来は損害賠償請求説と不当利得返還請求説および補助金説しかなかったが、新たに日本で初めて、ドイツの公法上の原状回復請求権又は結果除去請求権により救済を求めることができるとする理論を呈示した。学問的に大きな影響を与えるものと確信する。

②租税過誤納金返還問題に対して、公法上の結果除去請求権により解決できるとする理論は、違法無過失の国家責任を追及できるとする説である。損害賠償理論は違法で故意・過失が要件となっているが、違法で足り、過失要件を必要としない点で、実務にも大きな影響を与えるものである。さらにまた、不当利得返還請求は、法律上原因ない場合を前提としているが、租税過誤納金返還問題においては、租税賦課処分が存在しているから、無効でないかぎり、法律上原因がある。したがって、租税過誤納金返還問題に対して、違法だが無過失の場合に、従来は法的救済に関して欠缺があったことになる。そこで、本研究は、そのような場合にも、ドイツの公法上の原状回復請求権または結果除去請求権により、たとえ時効期間が徒過していても、救済が可能となるとするものであり、大きな意義があると信じる。

③租税過誤納金返還問題に公法上の原状回復請求権または結果除去請求権を適用して救済を図る根拠として、ドイツの結果除去請求権の根拠に関する通説としての3段階論を考えた。すなわち、第1段階の正義論に基づき、違法な課税処分により過誤納が発生したが時効期間を経過すると返還しないとするのは正義に反するのではないか。また第2段階の法治主義原則違反に基づき、違法な課

税処分を放置するのは法治主義原則に違反する。さらに第3段階として人権侵害をあげ、違法な過誤納金は国民の財産権あるいは資産の侵害であることを指摘する。ドイツではこの3段階論に基づいて公法上の結果除去請求権が根拠づけられている。本研究は、この3段階論に基づいて公法上の結果除去請求権が過誤納金返還問題に対しても適用できるものと訴える。この意義は学問的にも実務的にも、これまでほとんど認識されていなかったと思われるので、大きなインパクトを与えるものと確信する。

④もちろん地方税法や国税通則法に過誤納金返還問題については、還付請求権が認められているが、法定の5年の時効期間が経過した後の救済方法が問題となっている。損害賠償説や不当利得返還請求説が従来の考え方であったが、本研究は、公法上の原状回復請求権は憲法上の権利であると解釈的に構成し、法律の欠缺、限界を憲法上の権利としての原状回復請求権または結果除去請求権により解決しようとするものである。損害賠償請求説や不当利得返還請求説をけっして否定するものではなく、むしろ欠缺を補う意義があるものである。その意味で、学問的にも実務においても大きな影響を与えるものと確信する。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計4件)

- ① 太田 照美、租税過誤納金返還問題と公法上の原状回復請求権、産大法学、Vol. 45、No. 1、査読無、2011、pp. 1-30 (6月発行予定)
- ② 村上 武則、景観と差止めに関する覚え書き、近畿大学法科大学院論集、査読無、Vol. 6、2010、pp. 21-37
- ③ 太田 照美、景観訴訟の法律問題、産大法学広岡正久教授定年御退職記念号、査読無、Vol. 43、No. 3・4、2010、pp. 71-94
- ④ 村上 武則、ドイツにおける社会法上の回復請求権に関する覚え書き、近畿大学法科大学院論集、査読無、Vol. 5、2009、pp. 29-45

[学会発表] (計1件)

- ① 発表者：村上武則、発表標題「過誤納金返還を公法上の原状回復請求権により行うことの法律問題」学会等名：櫻井市固

定資産税等過誤納金問題研究会、
発表年月日：平成23年3月25日、
発表場所：桜井市役所（奈良県）

6. 研究組織

(1) 研究代表者

太田 照美 (OHTA TERUMI)
京都産業大学・法学部・准教授
研究者番号：80388652

(2) 研究分担者

村上 武則 (MURAKAMI TAKENORI)
近畿大学・法科大学院・教授
研究者番号：60033742

シェラー・アンドレアス (SCHELLER ANDREAS)
広島国際大学・医療福祉学部・准教授
研究者番号：80324739

(3) 連携研究者

なし