

平成 2 6 年 6 月 2 3 日現在

機関番号： 1 4 5 0 1

研究種目： 研究活動スタート支援

研究期間： 2012 ～ 2013

課題番号： 2 4 8 3 0 0 5 8

研究課題名（和文）財産権の現存保障の基礎理論構築 ドイツ建築・イミシオン・原子力法制の憲法学的分析

研究課題名（英文）Fundamental theory of protection of vested rights

研究代表者

平良 小百合（TAIRA, SAYURI）

神戸大学・法学（政治学）研究科（研究院）・講師

研究者番号： 0 0 6 3 1 5 0 8

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 1,800,000 円、（間接経費） 540,000 円

研究成果の概要（和文）：本研究は、現存保障を支える基礎理論を構築することを目標としたものである。主にドイツ法を参照した研究を行った。第一に、憲法上の財産権保障論を踏まえて、現存保障と法制度保障との関係を明確に示した。さらに、第二に、現存保障の要請の根拠付けをめぐる判例、議論を検討し、第三に、具体的な法制度における現存保障のあらわれを分析した。本研究は、現有財産の適切な保護のあり方の再考へとつながりうるものである。

研究成果の概要（英文）：This study pursues the establishment of a fundamental theory of protection of vested rights. I refer the German law. First, on the basis of theory of constitutional property rights, I show the relationship between vested rights and institutional guarantee. Second, I examine judgments and literature about reasons for demanding protection of vested rights. Third, I analyze how protection of vested rights is provided in the German legal system. This study can lead to appropriate protection of vested rights.

研究分野： 社会科学

科研費の分科・細目： 公法学

キーワード： 財産権 現存保障 憲法 ドイツ 公法学

1. 研究開始当初の背景

(1) 問題状況

当初は適法なものであった建造物や事業が、法改正や技術革新などの状況の変化によって不適法となった後にもその存続を許されるということ（現存保障 Bestandsschutz）は、實際上、多岐にわたってみられる事象であり、財産権保障に欠かせない保障形態となっている。ところが、現存保障を規定する法の制定や運用は、体系性に欠けており、現存保障というひとつの保障形態を貫く原理は未だ構築されていないということが、問題として指摘されている（河合敏樹「原子力発電所の安全規制の在り方に関するノート」國學院法學 47 巻 3 号（2009 年）147 頁）。そうした原理を探究する際には、現存保障についての憲法の理解もまた基礎とされうであろう。

しかし、研究開始当初の日本の憲法学における議論にはこの基礎となるに十分なものは見られなかった。現存保障という保障形態の存在は認められてきたものの、そもそもなぜ単なる法律によって形成された具体的保障内容が憲法的効力をもって保障されねばならないのかは必ずしも明らかでない（柳瀬良幹『人権の歴史』（明治書院、1949 年）60 頁以下参照）。また、現存保障の具体的法制度におけるあらわれとその限界を憲法の観点から分析するという作業もなされていない。

(2) 従来からの研究代表者の関心

研究開始当初までに研究代表者が取り組んできた研究は、法制度による財産権の内容形成（Ausgestaltung）を憲法上の規準によって統制する枠組みを獲得するという観点から財産権保障のあり方を考察するものである（法制度保障論）。従来の通説的見解は、財産権の保障内容として私有財産制を中核とする制度的保障と個人が現に有する具体

的な財産権（現有財産権）の保障という二つを説いていた。これに対して、私有財産の保護という体制選択に関わる大仰な問題とは異なるレベルでの法制度の内容形成の統制が可能なのではないか。立法者は財産権制度の形成の際に、憲法上の考慮要素（私的効用性と社会的拘束）を適切に考慮することが求められる。換言すると、立法者は財産権者が自らのために有益に財産権を使用できるということと、社会のための公益を図ることとの均衡がとれた形で立法をしなければならない。法制度の形成に対しては、このようにして憲法上の規準による統制が行われうるとさしあたり説明できるのではないか。

2. 研究の目的

こうした自らの研究成果を踏まえた上で、現存保障に関する未解明の上記諸問題を解決へと導くため、現存保障を支える基礎理論を構築することを目的とした本研究を開始した。

具体的には、(1) 現存保障と法制度保障との関係を明確に整理すること、(2) 現存保障がなされなければならないという要請の法的根拠は何かを考察すること、(3) 具体的な法制度において現存保障がどのようにあらわれているかを分析すること、の3点を目的として掲げた。

3. 研究の方法

本研究では、下記のような理由からドイツ法との比較法的研究、行政法学との対話を通じた研究という方法をとった。

(1) ドイツ法との比較法的研究

ドイツ連邦共和国基本法と日本国憲法の財産権保障規定は、その構造が似通っており、「法制度によって形成される基本権」という特質を顧慮した上で、財産権論を提示しなければならないという共通した大きな課

題を抱えている。また、ドイツの憲法論は、客観法的側面からの議論が盛んに行われているということに大きな特色を有しており（「基本権の客観法的側面」）、法制度の形成の憲法による統制のなされ方に関して充実した研究が行われてきた。さらに、その議論を背景にしながら、現存保障の議論が展開されてきた。ドイツ法を参照することにより、従来の日本法とは異なる観点からの現存保障の検討が可能になるという見込みを立てた。

（２）行政法学との対話

現存保障を実際に定めている法規定の分析によって、法制度上の現存保障の実態を把握するためには行政法学の知見を用いることが不可欠であると考えられる。それゆえ、行政法学の知見をも参照しつつ本研究を行った。

４．研究成果

（１）現存保障と法制度保障の関係

第一の研究成果として、現存保障（現有財産の保護）と法制度保障（制度形成の統制）の関係を明確に整理することを試みた。ドイツでは、現存保障は内容・限界規定の制定の局面で保障されるものと、収用の局面で保障されるものとに分けられている。前者の局面では、現存保障は法制度保障という大きな枠組みの中に取り込まれて保障されるという構造になっている。収用概念の狭小化に伴って、この局面は増加傾向にある。制度保障という枠組みのなかでもなお、現存保障の固有の意義は失われていない。すなわち、ドイツでは、現存保障は法治国家原理に由来する信頼保護原則の顧慮という形で法制度保障審査の中に組み込まれている。

さらに、近時注目を集めている「補償を要する内容・限界規定」をも現存保障の一局面として位置づけ、検討を加えた。信頼保護原

則には金銭補償にとどまらない、多様な保障のなされ方の可能性があることを示した。

以上の研究成果をまとめ、学位論文の中の一部を構成するものとして組み込んだ。

（２）現存保障の要請の根拠づけ

第二の研究成果として、現存保障がなされなければならないという要請の根拠づけを示すことを目的とした考察を行った。現存保障は憲法上の財産権から直接根拠づけられるのか、法律によって具体化された規定に根拠づけられるのかという点をめぐる学説の論争およびそれに関連する判示をしている行政裁判所の判例の整理を行った。両極の間での微妙な揺れを見せつつも、憲法による直接の現存保障に対する否定に落ち着くという見方がなされている。学説には、現存保障を規定する法律が不十分な場合に憲法による直接の保護を主張する見解が現在も依然として存在するものの、他方で、規定を設けなかったという立法者の決定を尊重するというドイツに特徴的な見解も有力に主張されている。

（３）具体的な法制度における現存保障のあらわれ

第三の研究成果として、具体的な法制度において現存保障がどのようにあらわれているのかを分析した。現存保障の起源となった建築法制を中心として分析し、イミシオン防止法制、原子力法制については、それとの比較対象として参照した。

ドイツの建築法制は建築計画法及び建築秩序法からなる。また、問題となる現存保障を受動的現存保障、能動的現存保障という二つの局面に整理して検討がなされている。本研究では、建築計画法及び建築秩序法における、受動的現存保障、能動的現存保障それぞれについて、立法の段階、解釈・適用の段階で、憲法上の財産権保障がどのように影響を

与えており、どの程度の保障がなされているのかということに着目して考察を行った。

(4) 得られた成果の位置づけとインパクト

日本でも、現存保障は実際の法制度上広くみられるものであり、ときには強力な保護が問題を惹き起こすこともある。しかし、理論面での検討は深められてこなかった。現有財産への侵害が制度形成の一環でもあるということを踏まえた検討はさほどなされてこなかった。本研究はこの研究の不足を補おうとしたものである。また、現存保障の要請の根拠づけについて、行政裁判所の動向及び最近までのドイツの学説の状況もフォローしている。また、憲法上の財産権保障全体の考察を踏まえたうえで、憲法との関係に照準を当ててドイツの具体的な法制度における現存保障のあらわれを分析した研究もこれまでに見られないものである。

以上のような本研究は、現存保障の理論的基礎づけとなりうるものであり、現有財産の適切な保護のあり方の再考へとつながるものでありうる。

(5) 今後の展望

(2)・(3)の研究成果は研究期間内に公表論文として仕上げるには至っていない。現在、憲法上の財産権保障論としてまとめた作品を公表することを予定しているところ、本研究の成果をその中に組み込む形で準備を進めている。

また、本研究を進める中で、財産権の現存保障をさらによく理解するためには、信頼保護原則というより一般的な原則にも立ち戻って深く検討する必要を感じ、現在、この方面からも研究を進めようとしている。

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0件)

〔学会発表〕(計0件)

〔図書〕(計0件)

〔産業財産権〕

出願状況(計0件)

取得状況(計0件)

〔その他〕

なし

6. 研究組織

(1) 研究代表者

平良 小百合 (TAIRA SAYURI)

神戸大学・大学院法学研究科・講師

研究者番号：00631508

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし