

損失補償と互酬性 (reciprocity) (2)

福 永 実

目 次

序 章	
第一章 日本法での互酬性論	
第二章 アメリカにおける互酬性論	
第一節 議論の端緒——利益の平均的互酬性	(以上58巻6号)
第二節 互酬性概念の萌芽	
1 破壊消防と互酬性	
2 警察制限と互酬性	
3 利用調整と互酬性	
4 小括	
第三節 互酬性概念の生成	
1 土地改良事業	
2 残地補償と開発利益の相殺	
3 預金者保証基金	
4 天然資源の採掘規制	
5 Holmes 判事の理解	
6 Brandeis 判事の理解	(以上本号)
第四節 互酬性概念の確立	
第五節 互酬性概念の変容	
終 章	

第二節 互酬性概念の萌芽

1 破壊消防と互酬性

今村成和は、財産権の本来の効用の発揮を妨げる侵害については当然に補償を要するとしつつ、そのカテゴリーから「権利者側に受忍すべき理由がある場合」を理論的に除いていた。今村によれば、それは①社会的共同生活の一員として、共同の費用を分担すべき義務があることにより生じる負担（租税、受益者負担、社会的共同施設の費用負担等）、②本人に責帰事由あることにより生じる負担、剥権（国家刑罰権の行使による没収等）、③財産権の目的物の社会的無価値性に基づくその除却廃棄等の処分等（消防法29条2項等）、④社会的に有害な権利行使の制限（その事例として奈良県ため池条例最高裁判決）であった¹⁾。

1) 今村成和『損失補償制度の研究』（有斐閣、1968年）19～20頁参照。

アメリカでは80年代から90年代中盤にかけ、合衆国最高裁により、多様な考慮要素を比較総合検討しなくても損失補償が必要とされる類型が二つあることを明示する努力が行われたが²⁾、逆に損失補償が不要とされる伝統的類型 (takings exception) は既に歴史的諸判例の中で形成されていた。それらはニューサンス³⁾、航行地役権 (navigation/al servitude) の法理⁴⁾、刑罰等に付随するものとしての財産没取 (forfeiture)⁵⁾、租税 (tax)⁶⁾、そしてコモン・ロー上の大火災 (conflagration) (または緊急避難 (necessity)) の法理であり、今村説と共通するものがある。

損失補償が不要とされるこれらの類型については、なぜそのような定型性があるのか、損失補償が必要である場合と同様、その実質的な根拠をそれぞれの法理の形成時の社会的政策的背景を考慮しつつ吟味していく必要がある。この点につき、以下では本稿の関心に沿って、破壊消防に関するコモン・ロー上の大火災の法理、及びニューサンス規制 (警察制限) について検証するが、両者にはある種の互酬性原理が通底している。

前述したように、Holmes が参照したと思われる Pennsylvania 州最高裁による Plymouth Coal 判決は、炭鉱採掘制限に伴う互酬的利益が補償不要の結論を導くとする説明の中で、「この事件では……法は……炭鉱の洪水を防ぐため、安全が脅かされかねない公衆の生命を保護する為に、そして付随的に所有者自らの炭鉱財産を保全するために採掘権を破壊しているに過ぎない。最後の点で、採掘権の破壊は……大火災 (conflagration) を防ぐための建築物の破壊と類似しているところがある……」と述べ⁷⁾、一般公衆のみならず鉱山所有者の炭鉱財産をも保全する目的で行なわれる採掘権制限を破壊消防の場合と同一視しており、そこに互酬性概念の起源の所在を示している。

大火災の法理を示す合衆国最高裁の判例として一般に知られる Bowditch v. Boston (1879年) によれば、「コモン・ローにおいては、現実に緊急避難の状況では誰しもが火災の広がりを防ぐために動産・不動産を破壊する権利を有していた。そして破壊した者には責任は無いし、また所有者も救済されないものとされた⁸⁾。」なお Mahon 判決でも Holmes はこの Bowditch 判決を損失補償が不要とされる exceptional cases として引用している⁹⁾。

2) 規制により当該財産が永久的物理的に占有される場合 (Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U.S. 419 (1982)) と、②規制が経済的な利益をもたらす土地利用を全て禁止する場合 (Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992)) であり、これら二つのカテゴリーに該当する場合には、利益衡量は済んでいるものとして当然に (per se) 収用が成立し、原則として損失補償を要するものとされている。

3) Lucas, 505 U.S. 1003, at 1022-23.

4) United States v. Rands, 389 U.S. 121 (1967), at 123.

5) Bennis v. Michigan, 516 U.S. 442 (1996), at 452.

6) 明示した訳ではないが、McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), at 428.

7) Commonwealth v. Plymouth Coal Co., 232 Pa. 141 (1911), at 150-51.

8) Bowditch v. Boston, 101 U.S. 16 (1879), at 18. Cf. Russell v. Mayor of New York, 2 Denio 461 (N.Y. 1845), at 464-65.

このように消火活動に伴い延焼を防止するために家屋等を破壊する政府活動につき損失補償が不要とされる法理は、恐らく古典的かつ普遍的なものであり、我が国の消防法29条にも表明されている。そして先の今村説にもある通り、破壊消防が社会の財産一般を保護する為に特定の家屋を選び出してそれを完全に破壊するものであるにも関わらず補償が不要とされるのは、我が国では通例、警察違反の状態や財産価値としての社会的無価値性、本人の責帰性から根拠付けられている¹⁰⁾。

これに対し Carol M. Rose は、アメリカ法における破壊消防の無補償の実質的正当性は純粋に損得論的観点にあったと指摘する。即ち、「firepath rule は全ての土地所有者に対し防火措置が義務付けられたのと大体同じような利益を互酬的にもたらす。建物が突然破壊されるリスクを受け入れ難く思う者も、恐らくこの firepath rule が無かった場合と比べ、低廉な額で保険契約を結ぶことができるのである¹¹⁾。」このように Rose によれば、破壊消防の無補償性は、いわば強制加入の火災保険の如く、そのようなルールが存在することによって日々得られる黙示的利益が実質的損失と相殺し得ることに求められる。

彼女はその理を示すものとして、Bowditch 判決も引用するところの New York 州最高裁による Stone v. Mayor of New York (1840年) による次の説示を挙げる¹²⁾。

「一般的あるいは将来的ルールとして、大火災が起きる前に都市全体が、あるいは一定の地域を区切ってその地域が、そのような火災の損失の責任を負うこととするという法を制定することは何ら不正義ではない。都市の全地域が別々の時期 (different times) に被るのが大火災であるから、大火災が生じた際にはいつでも、都市全体が法によって公正に責任を負うことができる。それはある程度までは一種の相互保険 (mutual insurance) のようなものであり、あらゆる財産権はこのような合意と責任の下に保持され、それによって全員が将来の偶然的便益を、負担と共に享受するのである (傍点筆者)。」

2 警察制限と互酬性

わが国では警察違反状態論から説明されることの多い破壊消防の無補償性について、Stone 判決の上述の保険論は、古典的な警察理論を利益の観点から説明しようとするものである。

アメリカ損失補償法はその萌芽期に社会契約説からの影響を受けて形成された¹³⁾。社会

9) Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922), at 415-16. See also Lucas, 505 U.S. 1003, at 1029 n.16 (1992); *id.* at 1048 n.8 (Blackmun, J., dissenting).

10) 消防法29条の解釈に関する最判昭和47年5月30日民集26巻4号851頁に関して、宇賀克也『国家補償法』(有斐閣, 1997年) 401頁~404頁参照。

11) Carol M. Rose, *Mahon Reconstructed: Why the Takings Issue is Still a Muddle*, 57 S. Cal. L. Rev. 561 (1984), at 581-82, n 108.

12) Stone v. Mayor of New York, 25 Wend. 157 (N.Y. 1840), at 176-77.

13) 「財産を取得し、保持し、それを保護する権利は、自然で固有な不可譲の人の権利である。……財産の保護は、人々を社会統合に駆り立てた目的の一つだったのであり、……財産の保護は社会契約

契約説に拠れば、人々が社会契約を結んで国家の統治に入る理由の一つは自然状態では保護が十分でない自らの所有権を確実に保障するためであるから、私人がその財産利用によって社会に外部不経済（ニューサンス）をもたらした場合に政府がこれを排除することは、理論上当然の要請である¹⁴⁾。従って日本（警察制限無補償論）でもアメリカ（noxious use test）でも、他人の生命・身体・財産を侵害するような財産利用を制限するに過ぎない政府活動については、補償不要と解される。因みに、アメリカでこの理解に最初に言及した州判例の一つである、Massachusetts州最高裁による後述のCommonwealth v. Alger（1851年）によれば、この原理性は次の如くである¹⁵⁾。

「財産の有害利用の禁止は……その禁止によって所有者の利益は減少するかもしれないが、公共の用の為の取用であり所有者は補償を受ける権利を得るということはない。……彼が規制されるのは……公衆がそこから利益を受ける必要があるからではなく、それが有害な利用であり、『自己の物を使用するに、他人の物を害せざるごとくこれをなすべし（sic utere tuo ut alienum non laedas）』の格言に反するからである。……異なる事件で事実と状況が多様なので、ある立法がこれら二つの既知の権限のいずれに属するのかを決定するのはしばしば困難であるが、この区別は原理的に明白であると我々は考える（傍点筆者）。」

ところで、国家が社会契約の実現として特定私人の有害な財産利用活動を制限するとしても、その被規制者自身も潜在的には他者からの有害な財産利用による被害を被らない利益を享受しているものであり、有害利用の禁止の文脈において互酬的關係を見出すことは比較的容易であるし¹⁶⁾、古典的ですからある。実際我々は、New York州エクイティ裁判所大法官James Kentの財産権観や、Iowa州最高裁長官も務めた19世紀を代表する法学者John F. Dillonのポリス・パワー論の中に当時の互酬的理解を見出すことができる。アメリカ法を系統的に叙述した最初の著作と評されるCommentaries on American Lawにおいて、Kentは独立したアメリカにおける財産権の完全性を高らかに謳いつつ、次のように述べ

の主たる目的である。……あらゆる人間はその持分を公共の目的や緊急時のために提供すべきだが、彼は、価値の対価を受け取るのでなければ、共同体の善のために彼の動産あるいは不動産の全てを放棄しあるいは犠牲にするよう求められることはない。……従って、立法部は、正当な補償をすることなく、市民からその自由土地保有権を奪い、あるいは他人にそれを委ねる立法をする権限を有しない。」Vanhorne's Lessee v. Dorrance, 2 U.S. (2 Dall.) 304 (C.C.D. Pa. 1795), at 310.

- 14) John Locke, Two Treatises of Government, ch. 11, sec. 138 (1689) (Peter Laslett ed., 1988), at 360.
 15) Commonwealth v. Alger, 61 Mass. (7 Cush.) 53 (1851), at 86. このAlger判決を引用し合衆国最高裁レベルで「有害利用基準（noxious use test）」を確立したのがMugler v. Kansasである。Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623 (1887), at 665 (citing Alger).
 16) 大橋教授は警察制限が無補償と解されやすい理由を次のように説明する。「国家を設立して社会の安全維持を委ねた以上、そうした設立目的に基づく規制は社会構成員である市民が受忍すべきであるという帰結と結びつきやすい……。またこうした最低基準を守ることは、市民相互に等しく期待されている点で、互換的な事情も存在する。」大橋洋一「最大判昭和38年6月26日判批」行政判例百選Ⅱ（第五版）511頁参照。

る¹⁷⁾。

「イングランドでは、土地を譲渡する権利は長い間封建制度の抑圧的諸制限と限嗣相続 (entailment) の法理の下に服してきた。これらの障害は全て我が国では実際に撤廃されてきた。財産を獲得し、保持し、享受し、譲渡し、遺贈し、相続させる権利……は完全なる絶対的権利として享受されている。誰もがその財産を自由に獲得し、使用し、処分する権利を有するのである。但し、良好な秩序 (good order) と他者の互酬的権利 (reciprocal rights of others) と矛盾しない範囲でであるが (傍点筆者)。」

アメリカにおいて確立された絶対的所有権が例外的に制限され得る場合があることを示す根拠として Kent が語る「互酬的権利」とは、「良好な秩序」と並置されていることから、他者にも等しく認められた所有権を侵害しないことが自己の所有権の保護に連なるという文脈に位置していることは明白である。このような消極的互酬性論は、Dillon の著名な地方自治法の体系書の中における次の一節の中に、より明確に見出すことができる¹⁸⁾。

「住民の快適さ、健康、便宜、良俗に関連する法や条例は全て『ポリス・パワーに基く法又は規制 (Police Laws or Regulations)』と称される。この特徴を持つ法や規制が、個人の権利の享受を妨げる場合があっても、そのような制限に対する補償を付与する規定がなくても違憲ではないことは定着した事実である。そのような法や規制は公共の用のために私有財産を収用するものでなく、単に財産権者による利用や享受を制約するに過ぎない。もし彼が損害を被っても、それは権利侵害なき損害 (damnum absque injuria) であるか、又は法理論として、彼は規制が企図し保護をこころみた一般的利益 (general benefits) の分け前に預かることで補償を受けている。市民が財産を絶対的に所有しているのは確かである。どのような私用の用のためであれ彼から同意なく財産を奪ってはならないし、またどのような公共の用のためであれ補償なく彼から財産を収用してはならない。それでも、彼は財産を警察規制の下に保持しているのであり、つまり彼は財産を不合理にも他者を害することなく利用しなければならないし、国家機関は警察制限によって、彼の隣人や市民全般に害を為すと思われる財産利用を制限することができる。これらの規制は『公衆の福祉こそが最優先の法である (salus populi est suprema lex)』の格言に依拠するものである。私人による有害な財産利用を制限する権力は本質的に公用収用権と異なる。それは公共の用のために私有財産を収用するものではなく、『自己の物を使用するに、他人の物を害せざるごとくこれをなすべし (sic utere tuo ut alienum non laedas)』の法格言に反して土地所有者が有害に財産利用をすることを健全に制限するものである (傍点筆者)。」

「彼は規制が企図し保護をこころみた一般的利益 (general benefits) の分け前に預かる

17) 2 James Kent, Commentaries on American Law 319 (2d ed., Halsted 1832), at 327-28.

18) John F. Dillon, 1 Commentaries on the Law of Municipal Corporations, sec. 141 (Little, Brown, 4th ed. 1890). Dillon の説明はポリス・パワーが無補償である理由としてしばしば引用されている。See *L'Hote v. New Orleans*, 177 U.S. 587 (1900), at 599.

ことで補償を受けている」に類似した表現は Plymouth Coal 判決にもあったが、ここで Dillon が右理解を、一般に警察制限に伴う財産権侵害が補償不要の理由付けとして語られる「権利侵害なき損害 (damnum absque injuria)」論と等価的に用いており、警察制限無補償論の基礎にある互酬的利益論を明らかにしていることを確認したい。

極めて数少ないものの、同様の理論枠組は Massachusetts 州最高裁による Watertown v. Mayo (1872年) にも見られる。同事件は4000人以上の人口の町で建物を屠殺場 (slaughterhouse) として利用することを禁じた州法の違憲性が問題となった、実体的 due process 問題で著名な事件であり、そこでは次のように述べられた¹⁹⁾。

「合衆国憲法及び Massachusetts 州憲法によって保障された財産権は、いわゆるポリス・パワーによる規制に服している。ポリス・パワーは課税権と同様、国家の存立に不可欠であり、またそれは free civil government の観念を含意している。……ポリス・パワーは人民全てに対し、他者にも等しく認められた財産権の享受を妨げることが無いように自己の財産を利用するよう求める。

ポリス・パワーの正当な行使によって制定された諸法は、たとえ私有財産を幾らか侵害することがあっても、私人に対しその自由の制約に対する補償が付与されていないからというだけで憲法条項に反するというにはならない。彼は保護された共通利益 (common benefits) から報いを受けている。それは公用収用権とは異なる。公用収用権は公共の用のために私有財産の収奪に関するものであり、国家の合法的権限行使の中で、被侵害者の損失に対し金銭的補償を要求するものである。ポリス・パワーの好例はあらゆる検疫 (quarantine) 規制や防災規制に見出すことができるし、本法廷の諸判決の中で繰り返し認識され様々に適用されてきたところである (後述の Alger 判決, Baker 判決等引用) (傍点筆者)。

Mayo 判決もポリス・パワー規制の起源の一つを防災規制に見出しつつ、その無補償性の根拠を消極的な互酬的利益の享受に置いている。このように当時の互酬性とは、自己が財産を有害に利用しないことで他者からも有害な財産利用を被ることはないという警察制限の文脈で語られるものであった。なお本稿冒頭で引用した、広渡教授による「都市計画の歴史的な展開根拠は、……福祉国家的な所有権への国家の介入の筋道で理解する (ドイツ的類型)」ほかに、アメリカ的類型として「都市共同体の市民の相互拘束という筋道での理解もあり得る」との指摘も、教授の引用文献の該当箇所から、ニューサンスを規制する政府のポリス・パワーを念頭に述べられていると推測される²⁰⁾。

3 利用調整と互酬性

しかし Rose は更に、大火災の法理を含め19世紀中期までのコモン・ローでは、規制に

19) Watertown v. Mayo, 109 Mass. 315 (1872), at 318. See also Bancroft v. Cambridge, 126 Mass. 438 (1879), at 441.

20) 渡辺卓美「(第4部アメリカ)土地利用規制」原田純孝ほか編『現代の都市法』(東京大学出版会, 1993年)462頁参照。

伴う黙示的補償としての互酬的利益の存在が少数ながら幾つかの州最高裁判例で語られていたことを指摘し、そのような事例として、New York 州最高裁による *Vanderbilt v. Adams* (1827年)、及び Massachusetts 州最高裁による *Commonwealth v. Alger* (1851年) を挙げる。William W. Fisher も、19世紀前半において社会的諸問題に即応すべく拡大し続ける国家活動と、私有財産権の保障との衝突問題に直面した連邦・州裁判所において共通して見られる調整の思考方法としての offsetting-gains theory の存在を指摘し、その典型事例の一つとして、Rose と同じく *Vanderbilt* 判決などを挙げる²¹⁾。これらの諸判決では、上述の互酬性論とは性質の異なる利益内容が語られている。

Vanderbilt 判決は港湾通航規制に関する事例である。問題となった New York 市条例は、港湾管理者が貨物船の荷降し場所を確保するために、港湾内に停泊するが荷降しに従事しない船舶の船長に対し、他の船舶が停泊できるように停泊位置指定を命令することができ、不服従の船長には罰金が科せられることが規定されていた。賃借権を有する埠頭に船舶を停泊していた原告は港湾管理者からの停泊位置変更の命令を拒否したために罰金が科されたので、当該港湾規制が契約の自由を侵害するとしてその合憲性を争った。New York 州最高裁は、まず規制の海運促進目的を認め、その上で次のような互酬性概念に依拠して規制の合憲性を支持した²²⁾。

「本件で行使された権限は関係当事者全員の権利を保護する目的にとって本質的に必要なもののように思える。言葉の正確な意味において、右権限行使は何ら権利を侵害するものではなく、広範囲な通商が営まれるところでは必要不可欠である。港湾が様々な場所から日々来航する船舶で混雑するのであれば、そのような状態における国家の権限行使はしばしば見られることであり、港湾管理が無ければ不服従と混乱が招来されることとなる。……原告は他の船舶に停泊余地を与えるために移動するか否かを決定する排他的権利を有している。法の下にある権限は、必要な警察規制と考え得るものを超えて行使される場合には、支持し得ない。明白な権利侵害である場合と、他方で権利の価値を何ら損なわず全員の便益を考慮した規制とを区別する線は、明瞭に引かれなくてはならない。本件で主張された原理の中には、通航混雑をより良く管理する様々な規制が支持される根拠を見出せない。しかしある程度まで、立法部に船舶規制権限があることも、これまで疑われたことは無いのである。警察規制が合法で有効であるのは、それが一般的便益に資するからであり、言葉の適切な意味において何らかの権利を侵害する程度に及ばないからである。

それ故地域社会における主権的権力は財産権の行使方法を規律することができるし、また規律すべきである。それによって個人はその主張する絶対的所有権の保護をより良く図り保つことができ、またそれを享受し得るのである。主権的諸権力は優越的権力 (supreme power) が持つ黙示的権利と義務に依拠することで法的規制に基いて全員を保護し、そうして全体として、全員の便益を促進することができる。都市におけるあらゆる公的規制は、ある意味で、既存の

21) William W. Fisher III, *Ideology, Religion and the Constitutional Protection of Private Property: 1760-1860*, 39 Emory L.J. 65 (1990), at 115-18.

22) *Vanderbilt v. Adams*, 7 Cow. 349 (N.Y. Sup. Ct. 1827), at 351-52.

絶対的権利を制約し規制する場合がある。しかしこれは権利侵害とは考えられない。それどころか、個人は、他者と同様に、利益を受けていると考えられている（傍点筆者。）

Vanderbilt 判決の引用説示は、一見すると「権利侵害なき損害」論が多用され Dillon の語る警察制限的互酬性論のように思える。しかし Vanderbilt 判決の事案は他者に害悪を及ぼすことを規制するような単なる警察制限ではなく、海運促進目的での港湾通航管理の事案である。即ち「原告は他の船舶に停泊余地を与えるために移動するか否かを決定する排他的権利」を有するものの、「広範囲な通商が営まれるところ」における港湾通航管理、つまり利用権の調整は「関係当事者全員の権利を保護する目的にとって本質的に必要なもの」であり、損失面でも「権利の価値を何ら損なわず全員の便益を考慮」するものであって各関係当事者は負担に見合う利益を享受することができる。警察制限の文脈で使用されるはずの「権利侵害なき損害」論の多用は、ポリス・パワー概念が未成熟であった19世紀初期の当時であって、一つの便法に過ぎなかったと見る事が可能である。

ところで19世紀初期の New York 州最高裁には、破壊消防に関する前述の Stone 判決の例もある通り、柔軟な相殺的思考により紛争を解決する傾向があったようである²³⁾。しかしその後の様々な州判例における相互引用過程の中で、Vanderbilt 判決は州が持つ固有のポリス・パワーを例証する重要先例として引用される以外に、それ自体 offsetting-gains theory を示す文脈で引用されることはなかった。唯一の例外が Massachusetts 州最高裁判例であり、同最高裁は New York 州最高裁による offsetting-gains theory の継承を試みている。

まず Massachusetts 州最高裁は Vanderbilt 判決から4年後の、廃棄物埋立処分に関する Baker v. City of Boston (1831年)において、Vanderbilt 判決を引用の上で、

「Boston 市がニューサンスを排除する権限を有していることは明白である……。市民がその財産を保持するのはそのような規制の下においてである。市民全体にとって有害と判明した財産利用を制限する警察規制は、たとえ補償無く財産権をある程度侵害するものであるとしても、無効とならない。この理は Vanderbilt 判決……において明確にされている。……そのような規制によって私人は何らかの被害を受けるかもしれないが、それは権利侵害なき損害 (damnum absque injuria) と考えられている。法は、彼がそのような有益な規制から生じる利益の分け前から補償を受けていると考えている。」

と述べた²⁴⁾。Baker 判決は警察制限の事案であり、かつ Vanderbilt 判決をその文脈で引用

23) ちなみに New York 州最高裁には、私法上の nuisance の分野でも被侵害利益と受益の相殺思考が見られた。See, e.g., Losee v. Buchanan, 51 N.Y. 476 (1873), at 485; Campbell v. Seaman, 63 N.Y. 568 (1876), at 577. 但し管見の限り nuisance 法では主流的解釈方法としての展開はなかったようである。

24) Baker v. City of Boston, 29 Mass. (12 Pick.) 184 (1831), at 194. 傍論としてはあるが同様の理解を示す Massachusetts 州最高裁判例として、Austin v. Murray, 33 Mass. (16 Pick.) 121 (1834), at 124.

する点に注意を要するが、ともかくも Vanderbilt 判決を利益補償の観点から引用しており、次に見る Commonwealth v. Alger (1851年) に先行する判決であった。

Alger 判決も Vanderbilt 判決と同じく港湾管理に関する事案である。1847年に Massachusetts 州は港湾として確保される公水域を定めるため港湾区域線 (harbor line) 法を制定し、全ての沿岸地所有者 (riparian proprietor) に対し、所有地に埠頭その他の港湾施設を建築する場合には、当該建築物がボストン湾内に設定された港湾区域線を越えて湾の内側に侵入することを禁止した。被告 Alger は同法に反して境界線を越えて埠頭を建築したので罰金を科されたが、裁判所の認定によれば、建設された埠頭はそもそも船舶航行の危険を惹起するようなものではなかった²⁵⁾。

右事案につき Massachusetts 州最高裁判事 Lemuel Show は、港湾区域線がもたらす互酬的利益について次のように述べている²⁶⁾。

「……港湾内に区域線を設定し、土地所有者に対しそれを越えての埠頭建設を禁止する本件制定法に関して、そのような土地利用制限は土地の最も有益な利用を所有者に対してある程度禁止するので、実質的に公用収用であると主張されている。仮にそのような制限が同じ海岸線に属する土地の中から実際に一人の土地所有者の土地にのみ課されているとすれば、その異論はもっともなものである。しかし、右規制が課される対象物を考慮すべきである。海岸や浅瀬といった類の土地の価値は、主に陸地から大洋に開いた埠頭の建築を可能なものとする点である……。さて、かなり広がった浅瀬のある海岸に沿って埠頭を更に拡張することが許されている状況で、仮にある者だけがそれをある程度制限されるなら、その被害は甚大なものとなる。また、ある者だけが埠頭の拡張を許され、境界を接する隣の土地所有者が埠頭拡張を許されないなら、それは明らかに不法であろう。埠頭を拡張した者が他人の埠頭に沿って潮流を止めてしまえば、泥が堆積して他人の埠頭近くの水域は浅瀬となってしまいうだろう。しかし、潮流の流れに即するよう賢明に線引きされた線によって全員が埠頭拡張を許可され、全員が同様に制限される場合には、全員が個々の埠頭に同じ水深で、また埠頭の先端に同じ流速で接岸する利益を享受し、被害は比較的小さなものとなるに違いない。」

Vanderbilt 判決と同じく、ここでも他者に害悪を及ぼすことの制限に伴う互酬的利益というよりも、むしろ財産権の利用効率の最大化を確保することにもなう互酬的利益が語られており、先に見たのとは異なる性質の互酬性概念が思考されていることが分かる。しかも、そのような互酬性は土地の性質に由来すること、同一のルールへの服従に基礎付けられること、またそのようなルールを策定する立法部への信頼が示唆されているが、それらは Vanderbilt 判決での思考様式と共通するものがあり、後世の互酬性論の基本枠組の淵源が見出され興味深い。

25) Commonwealth v. Alger, 61 Mass. (7 Cush.) 53 (1851), at 63.

26) Alger, 61 Mass. 53, at 102.

4 小括——法制史研究から

以上の検討の通り、互酬性概念は元々、自己が財産を有害に利用しないことで他者からも有害な財産利用を被ることはないという警察制限の文脈で語られるものであった。実際のところ革命成立を理論的に支えた古典的リベラリズムの影響を受けて、19世紀前半までの公法的土地利用規制はその存在を *sic utere tuo ut alienum non laedas* の格言に沿い、消極的互酬性利益を市民社会にもたらす限りで正当化されていたのであろう、と我々は想像しやすいし、またその理解がかつて通説的であった。

しかし他方で数少ない州判例の中で、互酬性概念は警察制限とは関わりのない財産権の利用調整の文脈で用いられてもいた。実際、法制史研究者 John F. Hart は、我々の想像に反して建国後間もない時期（1776-1789）ですらも国家経済発展のための積極規制が行われていたことを指摘する。Hart によれば、多くの土地利用規制法の目的は害悪防止ではなく、経済発展に資する私的活動を営む土地所有者を優遇する為のものであり、そしてそのような積極的な土地利用規制については一般に損失補償は不要と理解されていたと指摘する²⁷⁾。以下、19世紀を対象としたアメリカ法制史研究の知見を参照して、互酬性概念の二元性について考察する。

独立後から南北戦争前までのアメリカ経済社会の目的は成長に特徴付けられるものであった。大西洋側沿岸部の各州立法部は西方への輸送交通網を整備すべく、鉄道・道路・港湾・運河等のインフラ整備に關与する私企業に対し、公用収用権の行使を積極的に委任した。これと平行して展開した19世紀アメリカにおける法形成及び判例法理は、小市民の保護よりも私企業に有利な決定を多々含むものであったが、これは当時の法曹エリートによってアメリカ社会の経済発展に資すべく目的的に仕組まれたものであったというのが Morton J. Horwitz による著名な分析である。

公用収用法におけるその証左として、Horwitz はまず独立後の各州憲法における損失補償規定の欠落を挙げ、次に19世紀前半に確立したとされる損失補償基準としての物理的収用基準を挙げる。物理的収用基準によれば、「収用条項による保護を所有者に付与するには、財産が言葉の物理的意味において実際に収用されなければならない、またどれだけ深刻なものであっても、所有者は間接的・結果的損害（consequential damage）について賠償を求める権利を有しない²⁸⁾。」収用条項の起草者意思に忠実な理解であるが²⁹⁾、この基準によれば、財産権の物理的剥奪のない政府活動に対する損失—事業損失及び公用制限についての損失—の補償は端的に不要とされる。Horwitz はその理解の例示として、住居に隣接する道路の勾配整地工事により、塀を新たに作り直す等の諸々の出費が必要となった事例

27) See generally, John F. Hart, *Land Use Law in The Early Republic and The Original Meaning of The Takings Clause*, 94 Nw. U.L. Rev. 1099 (2000).

28) Theodore Sedgwick, *A Treatise on the Rules Which Govern the Interpretation and Construction of Statutory and Constitutional Law* (2d ed. 1874) (originally published in 1857), at 456-58.

29) 拙稿「アメリカ公用収用法理論の古典的理解に関する一考察」早稲田政治公法研究73号（2003年）参照。

(change of grade cases) である Callender v. Marsh (1823年) において³⁰⁾, Massachusetts 州最高裁が物理的な財産収用の不存在を理由に補償を否定したケースを挙げる。こうして Horwitz は, 損失補償の限定保障の意味合いがインフラを整備する私企業 (特に鉄道業) への政府助成にあったことを指摘するのである³¹⁾。

損失補償理論のあるべき姿からすればこのような法運用は疑問視される。しかし, 公用収用権の行使による社会的効用が広く社会全体に還元されているという認識が存在してはじめて, 物理的収用基準の限定作用は許容されることとなろう。Theodore Sedgwick によれば, 民衆にとってインフラ整備は主要な関心事であり, 損失補償の範囲の限定性につき不満の声は特に上がっていなかったとされるが³²⁾, Sedgwick の右説明はこのような認識が人民の間に存在していたことを裏付けるものと考えられる。

その裏付けを更に示すものとして, Horwitz の指摘するところではないが, 事業損失に対する補償を不要とする根拠を相殺思考から導く裁判例が存していたことを挙げることができる。前述の通り, 事業損失分野における当時の州判例は補償不要の根拠として物理的収用の不存在を挙げるのが主流であった中で, 河川整備により私有する埠頭から船舶の出入りが不便となった事案である Lansing v. Smith (1828年) において, New York 州最高裁は不法行為法の影響を受けながら,

「大規模な公共事業は多かれ少なかれ私人の便利と財産にほぼ必然的に影響を及ぼすが, 侵害の因果関係が遠く, 結果的である (remote and consequential) 場合にはそれは「権利侵害なき損害 (damnum absque injuria) であり, 社会条件整備という利益に対して支払われるべき代価の一部として負担されるべきである。」

と述べ³³⁾, また道路の勾配整地工事により道路利用が困難となったとして損害賠償が求められた Green v. Borough of Reading (1840年) において, Pennsylvania 州最高裁はより直裁に,

「一時的な不便があるにしても, 原告は被害を被った訳でないと気付く日が来るだろう。人間がなし得るものの中で, 整備された道路以上に町や市の成長や賑わいを増してくれるものはない。町全体の利益はすぐに町の各地の地価を上げ, それは全住民の利益である。」

と述べている³⁴⁾。このように事業損失の場合ですら利益相殺思考から補償範囲が枠付けさ

30) Callender v. Marsh, 18 Mass. (1 Pick.) 418 (1823), at 430-31.

31) Morton J. Horwitz, Transformation of American Law: 1780-1860 (1977), ch. 3. See also Harry N. Scheiber, Property Law, Expropriation, and Resource Allocation by Government: The United States, 1789-1910, 33 J. Econ. Hist. 232 (1973), at 234-48.

32) Sedgwick, *supra* note 28, at 463.

33) Lansing v. Smith, 8 Cow. 146 (N.Y. Sup. Ct. 1828), at 149.

34) Green v. Borough of Reading, 9 Watts 382 (Pa. 1840), at 386. この二判例のみ確認できた。

れていたのであれば、財産権制限においても、それがいかなる規制目的であれそれによって社会全体の福利が増進されその恩恵を社会構成員が等しく享受しているとの仮定が想定される場合には、損失補償は不要とされたのは当然であろう。ここに警察制限を越え、規制による負担もそれに伴う利益と相殺されているという観念の成立を想定することができる。Vanderbilt 判決や Alger 判決での通航規制は通商促進目的であり、それに伴う諸利益は被規制者間にとどまらず、広く国家全体に長期的に及ぶものであろう。両判決に代表される互酬性概念とはこのような背景を前提とするものと言えよう³⁵⁾。

但し Fisher は、裁判所が採用した思考方法とは、経済的効率性に依拠するものではあるが資源再分配的性格を持つものではなかったことを指摘する。「この種の諸判決の重要性とは、……それが政府権力と市民の権利との間の適切な関係という明確な概念を体現し、執行するものである点である。[この理論]に吹き込まれた思想とは、州は経済発展を促進し、大衆の道徳を形成すべく活発に活動すべきだが、しかし一人あるいは集団に純損害を及ぼさないという施策に限定されるべきであるという点であった(傍点筆者)³⁶⁾。」

Fisher が言う通り、確かに私人に特別な損失が生じない限りで政府の利用調整活動を正当化するという思考方法は、Vanderbilt 判決や Alger 判決における警察制限/公用制限二区分論的な判示内容からも、また19世紀における幾つかの Massachusetts 州最高裁判例において両判決が警察制限の文脈の中で引用されている点からも読み取ることができる。そして次節で検討する通り、そのような思考方法は20世紀初期において Mahon 判決を中心に展開を見た互酬性概念に連なるものがあるのである。

第三節 互酬性概念の生成

前節の議論は、主に19世紀中期頃までに州最高裁判例で展開し、学説の中にも把握されることのあった互酬性論であったが、同時代に生き Massachusetts 州最高裁長官も経験した Holmes の「利益の平均的互酬性」論にこれらの議論がどれほど影響したかについては、Holmes の著作や執筆判例においてこれらが互酬性論として直接引用されていない為に定かではない。以下本節では Holmes が互酬性論に関して実際に論究した判例(但し第一節にて検討済みのものを除く)を対象として Holmes の理解を検証することとしたい。即ち Holmes が Mahon 判決の2ヶ月前に自ら執筆した Jackman 判決において「利益の平均的互酬性」という用語を判例史上最初に用い、その際に引用した土地改良事業の事例(Wurts 判決及び Fallbrook Irrigation District 判決)、及び預金者保護規制の事例(Noble State Bank

35) See Comment, *Reexamining 100 Years of Supreme Court Regulatory Taking Doctrine: The Principles of "Noxious Use," "Average Reciprocity of Advantage," and "Bundle of Rights" from Mugler to Keystone Bituminous Coal*, 14 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 653 (1987), at 678.

36) Fisher, *supra* note 21, at 118. 19世紀における規制法理を自然法原理からの影響の視点から詳細に分析する Eric R. Claeys も、Vanderbilt 判決と Alger 判決を Equal-Advantage Principle に基くものとして限定的に理解する。See Eric R. Claeys, *Takings, Regulations, and Natural Property Rights*, 88 Cornell L. Rev. 1549 (2003), at 1587-89, 1599-1564.

判決)である。Holmesはこれらの諸判決を、利益の平均的互酬性が平等ではないことがあることを示唆する事件として引用している。

1 土地改良事業——*Wurts v. Hoagland & Fallbrook Irrigation District v. Bradley*

日本と異なり、アメリカでは古くから道路や下水道整備など公共施設の整備費用を賄うための受益者負担(特別負担金(special assessment))制度の利用が見られ³⁷⁾、その一種としての土地改良事業(land improvement)の歴史も植民地時代にまで遡ることができる³⁸⁾。各州は排水事業法や灌漑法を制定し、農地の効率化を図ろうとしたが、そのような事業法は通常、土地改良を要する地域に居住する住民の多数決(三分の二等の場合もあれば過半数以上の場合もある)の同意をもって実施が決定され、州から授権された委員会が土地改良区に対し事業費用を捻出するための負担金の徴収といった公権力を発動する構造となっていた。ところで土地改良事業はポリス・パワーの行使として実施されたが、当然、それが前節で若干触れたポリス・パワーの消極的な適法要件を満たすものなのかという憲法的懸念があり、また同時に、財産権の最適利用方法の自己決定に関しては他者を侵害しない限りで自由に選択できることを尊重してきた19世紀アメリカ社会において、土地改良事業は経済発展という社会目的のために財産権の利用方法を強制指定し、自己への費用効果の点から同意しなかった少数住民の財産権を侵害するのではないかとの懸念が古くから根強くあった。

これらの懸念に対する応答は、まずMill(水車)法に関する合衆国最高裁判決の傍論の中で示された。Mill法とは、私人が水車設置の為にダムを建設し他人の土地を冠水させることを、補償支払を条件として認めるものである。元来コモン・ローにおいて水力利用が許されるのは上流・下流の土地所有者の用水権を侵害しない限度においてであったが、工業の発展に伴い、各州は19世紀後半から次第にMill法を制定し私用収用(private use)を許容した³⁹⁾。その合憲性は当時、水車が水流利用に関して最適利用形態であると一般に考えられ、補償支払いによって損失者に補填するのであれば、地域社会に利益をもたらすことのほうが望ましいと評価されていた点からであり、同法は19世紀アメリカの動態的財産

37) 道路整備に関して開発利益確保の観点から特別負担金の適法性を肯定した19世紀初期の事例として、*See Paxson v. Sweet*, 13 N.J.L. 196 (1832), at 199. アメリカにおける受益者負担制度の歴史的展開につき、*See Stephen Diamond, The Death and Transfiguration of Benefit Taxation: Special Assessments in Nineteenth-Century America*, 12 J. Legal Stud. 201 (1983). 邦語文献としては、寺尾美子「都市基盤整備費用の公平な負担のあり方」及び「アメリカにおける開発利益社会還元制度」開発利益社会還元問題研究会編著『開発利益還元論』(日本住宅総合センター、1993年)115~123、256頁以下参照。

38) Hart, *supra* note 27, at 1117-19; John F. Hart, *Colonial Land Use Law and Its Significance for Modern Takings Doctrine*, 109 Harv. L. Rev. 1252 (1996), at 1268-72.

39) 但しMill法自体、起源は植民地時代にまで遡るようである。John F. Hart, *The Maryland Mill Act, 1669-1766: Economic Policy and the Confiscatory Redistribution of Private Property*, 39 Am. J. Legal Hist. 1 (1995).

権観を象徴する経済立法であった⁴⁰⁾。Head v. Amoskeag Manufacturing Co. (1885年)は、Mill法に関するその他の判例と同様にNew Hampshire州のMill法(1868年制定)の合憲性をそのような効率性の観点から肯定する点では特色のない判例である。しかしHead判決の特徴は、Mill法の合憲性を例証すべく、更に土地の最適利用の為に個々の財産権が制限されるその他の土地法制度の例として、土地改良事業を挙げた点にある⁴¹⁾。

「隣り合う牧草地又は沼地の単独所有者(severalty)が多数決で改良事業委員会を任命し、排水溝等を掘って区画全域の排水事業を行い、また受益に応じて全土地所有者から負担額を課す権限を認める制定法は、多くの州で古くからあるものだが、それらはpublic healthへの影響とは無関係に、上記法目的から共有財産の所有者達として取り扱われる土地所有者に一般的利益をもたらす合理的規制として支持されてきた。」

このようにHead判決は、ポリス・パワー行使の要件であるpublic healthに資するものであることとは別に、土地改良事業が土地所有者達に利益をもたらす故に許容されてきたことを指摘し、ポリス・パワーの行使要件が警察秩序維持目的か否かを問う当時主流の二分法的審査論に与せず、土地利用の合理化の要請とそれに伴う実質的不利益の不存在の面からMill法と土地改良事業の法的性質の共通性を見出していた。そして利益を享受する根拠として、土地所有者達が法目的から「共有財産の所有者達として取り扱われる」点を指摘したのである。

Head判決の上述の指摘は、後にHolmesの互酬性論で直接引用されているWurts v. Hoagland(1885年)とFallbrook Irrigation District v. Bradley(1896年)に影響を与えている。

Wurts判決は、排水事業を規律するNew Jersey州法(1871年)の事例である⁴²⁾。同法は地域住民から低地又は湿地の排水事業の要求があった場合、実施する事業費用を関係土地所有者全員から徴収することを認めていた。そこで意に反して排水事業が行われ、費用が徴収された原告が、分担金が自己に付与される開発利益以上の負担であるとして修正14条違反による同法の違憲性を申し立てた。合衆国最高裁は排水法に関するNew Jersey州判例を分析した上で次のように述べ、原告の主張を退けた⁴³⁾。

「これら諸判例の検討から次の事実は明白である。即ち、広大な湿地又は低地の排水事業に関する一般法は……、土地が様々な所有者によって隣り合う状態で保有され、土地改良に全員が共通利益を有するが、全員が同意しなければどの土地も改良し得ないし、その利益を誰も享受し得ないという地域全体の特殊な自然条件故に、全員の共同負担で土地改良を実施し、全員に

40) Horwitz, *supra* note 31, at 47-53.

41) Head v. Amoskeag Mfg. Co., 113 U.S. 9 (1885), at 22.

42) Wurts v. Hoagland, 114 U.S. 606 (1885).

43) *Id.* at 614.

とって有益なものとする規制であり、それは（公共の用の為の公用収用権や公衆の健康に害を為すニューサンスの規制権限に言及するまでもなく）立法府の正当で合憲的権限の行使として New Jersey 州の裁判所に支持されてきた。」

こうして Wurts 判決は、「全員が共通利益を有するが、全員が同意しなければどの土地も改良し得ないし、その利益を誰も享受し得ない」という土地の自然的条件、及び改良事業からはほぼ同等の開発利益を所有者間で分け合えることを理由として、土地所有者に対する改良事業への強制参加の合憲性を理由付けた。その際 Head 判決を引用し、政府がなす改良事業は公用収用権とも警察権限とも別種の規制権限である旨が示唆されている。

Fallbrook Irrigation District 判決は California 州の灌漑法 (Wright Act of 1887) に関する事件である⁴⁴⁾。同法は灌漑目的のために地域を限定して設立される灌漑地区法人 (irrigation district) に対し、灌漑事業に必要な土地及び水を強制的に購入し、かつ分担金を地区内所有者に割り当てる権限を与えていたが、分担金を支払わない土地所有者に対してはその土地を売却し分担金に当てる権限も認めていた。そこで土地を奪われた原告が、土地改良事業から利益を受け得ない土地であっても分担金の支払いを強制され、負担額の算定は各個人が享受する開発利益に比例したものではない等と主張して、修正14条違反による同法の違憲性を申し立てた⁴⁵⁾。これに対し合衆国最高裁は、灌漑法の合憲性について Head 判決及び Wurts 判決と同様の説明を行った⁴⁶⁾。

「湿地の灌漑を授権する制定法は公衆の健康への効果とは無関係に、灌漑目的からして共有財産の所有者として取り扱われる人々の一般的利益に資する合理的規制としてしばしば是認されてきた (Head 判決, Wurtz 判決等引用)。地域社会の繁栄にとって灌漑が重要不可欠なものであり、土地改良に対して土地所有者全員がある程度の共通利益を有しており、土地改良を要する土地であるという特殊な自然環境により、土地所有者全員あるいは全員に近い者の協力 (concurrency) がなければ土地改良が達成し得ないのであれば、その共同負担で以って土地改良を実施し、土地が全員にとって有益なものとなるようにすることができる。このような場合に個々の土地所有者の絶対的権利は、全体として公益に資すると宣言された目的のために、他の土地所有者達が等しく持つ絶対的権利にある程度服さなければならないし、修正されなくてはならない。」

こうして Fallbrook Irrigation District 判決も改良事業への強制参加の合憲性について土地の自然的条件を挙げ、「個々の土地所有者の絶対的権利は、……他の土地所有者達が等しく持つ絶対的権利にある程度服さなければならない」とした。また負担額の算定は各個人が享受する開発利益に比例したものではないとの批判に対して、Fallbrook Irrigation District 判決は、受益に応じて負担額を決定すべきだが正確に行うのは困難であり分担が

44) Fallbrook Irrigation District v. Bradley, 164 U.S. 112 (1896).

45) *Id.* at 156-57.

46) *Id.* at 163.

平等でない場合もあり得るだろうが、そのことと法が違憲かは別問題であるなどと応答し、負担配分の厳格性までは要求しない⁴⁷⁾。Holmes が Jackman 判決において、土地改良事業の事例を「利益の平均的互酬性」が平等ではないことがあることを示唆する事件として引用したのもこの為であろう。

このように、土地改良事業の事例である Wurts 判決及び Fallbrook Irrigation District 判決が示したのは、特定の私有地の経済的効用を増進させる為だけのポリス・パワーの行使であっても、互酬的利益の配分を観念することで憲法問題及び損失補償問題を回避し得ることであった。これらの点につき、当時の法学者 Ernst Freund は著書『The Police Power (1904年)』の中で、Wurts 判決及び Fallbrook Irrigation District 判決を引用しつつ、強制的土地改良事業 (compulsory joint improvement) の合憲性について次のように論じている⁴⁸⁾。

「一般的に人は所有地を特定の方法で改良するよう強制されることはないが、この原理は改良事業が幾つかの隣接し合う土地に共通する場合……に一部変更される。一面では、強制改良は他人の為に行使される……が、影響を受ける土地所有者は自己が寄与する改良事業から生じる利益を共有することになり、それ故に彼は共同事業の費用の一部を負担するよう強制される場合があるのである。

……確かに、個別事業よりも共同事業のほうが得られる利益が大きいからといって個人が他者との共同関係に加入するよう強制されることは通常ない……。しかし土地がそれぞれ隣接し合う位置にある場合には、相互依存関係と自然の共同体を生み出すのである。そこでポリス・パワーの行使は〔所有権原理と等しい価値を持つ〕多数決原理がこの地域に適用される点に存立するのである。」

このように Freund によれば、土地改良事業とは土地の最適利用を促す為、上記三判決が示すように、土地所有者に対し土地の相互依存関係を根拠として共同関係を強制的に形成するものである。各関係当事者は負担金を強要されるが、「自己が寄与する改良事業から生じる利益」により相殺され、そのような処理の合理性は共同関係性に見出されている。

2 残地補償と開発利益の相殺——Bauman v. Ross

ところで、土地改良事業における互酬的利益、即ち Freund の言う「自己が寄与する改良事業から生じる利益」とは、地域社会一般を対象とする公共事業から享受する利益とは異なることは明白である。即ち、地域的に限定された土地改良事業において地域内の所有者全員に特別負担金が課せられるのは事業費用を支弁するためであり、個々の被規制者が享受する利益は土地所有者が相互に負う事業負担に直接由来する⁴⁹⁾。Wurts 判決ではこの

47) *Id.* at 175-77.

48) Ernst Freund, *The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights*, § 440, 442 (1904).

49) 我が国でも、都市の根幹的施設の整備費用は公の負担とすべきであるのに対し、支線の建設や宅地

点は殊更明示されていないが、Fallbrook Irrigation District 判決は個々人間の負担割合が平等でない場合があること自体は許容したが、各個人の事業負担額は受け得べき「受益」に応じて決定すべき要請は認識していた。公用収用分野で最も権威ある体系書の一つである Nichols on Eminent Domain (第三版) は、土地改良事業 (排水事業、灌漑事業) において徴収されるべきこのような受益者負担金の性質を「特別開発利益」の典型事例として紹介し、公共事業により地域社会に一般的に生じる「一般的利益」とは区別している⁵⁰⁾。この特別開発利益と一般的利益の区別は、後述する損失補償基準としての互酬性概念の把握にも示唆的であるので、以下その概要を見る。

日本の土地収用法74条1項は残地補償を法定するが、土地収用法90条は「同一の土地所有者に属する一団の土地の一部を収用し、又は使用する場合において、当該土地を収用し、又は使用する事業の施行に因つて残地の価格が増加し、その他残地に利益が生ずることがあつても、その利益を収用又は使用に因つて生ずる損失と相殺してはならない」とし、残地補償に関して明確に起業利益との相殺を禁じる。逐条解説によれば、その趣旨は「公共・公益事業の施行により被収用者のみならず付近地住民も地価上昇、利便の増大等の利益を享受することは、しばしば見受けられるところである。このような付近地住民の享受する利益を公共に吸収することは本法の守備範囲をこえた問題であることはいうまでもないから、本法において、もし、残地に生じる起業利益を収用損失又は使用損失と相殺することを容認するとするならば、被収用者が残地において受ける起業利益のみを公共に吸収する結果となって、被収用者と付近地住民との均衡が崩れ、被収用者のみを不当に不利益に取り扱うことになる。そこで、本条は、右の相殺を禁じることとして、被収用者と付近地住民との均衡を確保しようとしている」点にある⁵¹⁾。

受益者負担制度の機能不全を前提として開発利益の相殺を禁止する以上の日本の損失補償法に対し、前述の通り植民地時代以来、特別負担金制度の利用が広く見られるアメリカでは、受益者負担の範囲論は主に公用収用における損失補償額の決定に関連して議論されている。アメリカでは建国後まもなくの18世紀末の時期まで、未開発地について無補償収用の慣行があったが、同慣行の背景には開発利益の相殺思考があった⁵²⁾。以来アメリカで

周り施設の整備負担は受益者負担とすべきであるとの公民分担原則による整理がしばしば語られる。「都市地域における土地利用の合理化を図るための対策に関する答申」昭和42年3月24日宅地審議会第六次答申参照。

50) 3 Nichols on Eminent Domain [3d ed.], Sec. 8.6203, pp. 68-73, 76. これは我が国の受益者負担制度における「著しい利益」論とパラレルな議論である。

51) 小澤道一『逐条解説土地収用法(下)』(ぎょうせい, 2003年) 333頁。なお静岡地判平成11年4月22日訟月45巻9号1768頁, 小高剛『土地収用法』(第一法規出版, 1980年) 470~71頁も参照。

52) 建国期の未開発地に対する無補償収用の慣行の歴史的意義につき、アメリカにおける補償原理の確立時期をめぐって自由主義的立場と共和主義的立場とで論争がある。共和主義的理解に拠れば土地所有権よりも共和主義的決定が優先する証左とされるが、William B. Stoebuck は、同慣行の背景に開発利益の相殺思考があったに過ぎなかったと指摘し、自由主義的理解に与する。William B. Stoebuck, *A General Theory of Eminent Domain*, 47 Wash. L. Rev. 553 (1972), at 582.

は損失補償額の算定に際し開発利益の相殺が広く行われ、相殺されるのは土地の一部収用の際に残地に発生した損失 (severance damages in partial condemnation) ばかりか、収用損失についても相殺が行われてきた (Setoff Rules)。William W. Fisher は、残地補償と開発利益の相殺こそが19世紀の州判例で見られた前述の offsetting-gains theory の淵源であると指摘している⁵³⁾。

現在でもアメリカ連邦判例及び州判例の一部は、収用損失及び残地損失について起業利益との相殺を認めている。連邦レベルでこのルールを確立したのが Bauman v. Ross (1897年) である⁵⁴⁾。Bauman v. Ross はコロンビア特別区内における道路開設のために道路敷の公用使用権 (right of way [通行地役権]) の取得を授権した連邦法の規定の中に、陪審が補償額を算定するに際し残地に生じる起業利益を考慮すべきとの規定が存していたため当該制定法の合憲性が問題となった事案である。最高裁は次のように判示した⁵⁵⁾。

「……憲法が所有者に付与するよう要求する正当な補償は、収用によって彼に生じた損害によって評価されるべきである。彼は奪われたものの価値を受け取る権利はあるものの、それ以上のものはない。補償を少なくすれば彼にとって不当なものとなるが、補償を多くすれば公衆にとって不当なものになってしまう。

結果として、土地の一部のみが道路建設のため収用される場合、被収用地の価値のみが所有者に支払われるべき補償額ないし賠償額の評価基準なのではなく、残地に生じた付随的損失や利益もまた考慮されるべきである。残地がそれ自体では以前よりも価値が下がる形状や状態にあるのであれば、所有者はその点に関する付随的損失の補償を受ける権利を有する。他方で、所有者が保持し続ける残地の価値が公共基盤整備 (public improvement) によって特別かつ直接に増大する場合には、収用による損害額全体は少なくなるのである。例えば道路拡幅工事の為に、土地の価値が最も高い道路に面する部分が公共の用の為に収用され、そして土地の奥側が表側に出て拡幅された道路に接することとなり、よって以前よりも全体としての土地価値が増加するのであれば、土地所有者が土地の前面部であるとして考慮された被収用地の完全補償を受けるだけでなく、……同一の収用手続によって生じた後背地の価値増加をも享受し得る権利を認めるべきであるというのは、それ自体公正ではないし、また憲法も要求していない (傍点筆者)。」

このように Bauman 判決は「補償を多くすれば公衆にとって不当なものになってしまう」という論理で被収用地及び残地に対する損失と起業利益との相殺を認める連邦法を合憲と判断した。

Bauman 判決の右説示は、我が国での議論に比せば藤田宙靖判事の整理で言う「第一の

53) Fisher, *supra* note 21, at 117, n 206.

54) Bauman v. Ross, 167 U.S. 548 (1897). 事案の詳細は、寺尾美子「アメリカ法における『正当な』補償と開発利益——アメリカ法における the public の一考察資料として」法学協会雑誌112巻11号 (1995年) 1511頁以下参照。なお連邦制定法の中には相殺原則を立法化したものもある。See, e.g., River & Harbor Improvement Act, 33 USCS § 595.

55) Bauman, 167 U.S. 548, at 574-75.

公平論」である。我が国土地収用法74条1項の残地補償の内容として事業損失（明文で規定された75条の場合を除く）を含むか否かについては議論があるが⁵⁶⁾、最判昭和55年4月18日判例時報1012号60頁は、「当該事業の施行が残地の価格に及ぼす影響のうち利益と損失とを明確に区別することができない場合に、それらを総合的に勘案することは、同法90条の相殺禁止規定に抵触するものではない」と判示したので、結果的に最高裁は残地補償（74条）の対象に事業損失が含まれること（肯定説）を前提とした上で、残地補償額の算定に際しプラスの要素とマイナスの要素が「総合的に勘案」され得ることを許容している。藤田判事はこの点につき、次のような明快な分析視座を提示されている⁵⁷⁾。

「事業損失をめぐる負担の公平の問題は、まず第一に、残地所有者（すなわち被収用者）と、およそ収用ないしその結果として行われる公共事業からの影響を全く受けることのない、一般国民との間において存在する（以下これを『第一の公平』と称する）。他方第二に、事業損失をめぐるのは、……残地所有者と近傍第三者との間の公平の問題が別に存在するわけであって（以下これを『第二の公平』と称する）、ここではまさに、この性質の異なった二種類の公平問題を共に解決する為には、法解釈論的にどのようにするのが最も合理的かが問われているのである。そして〔残地補償の内容として事業損失を含むか否かについての：筆者〕肯定説の立場は、いわば、土地収用法の枠内においては右の『第一の公平』を実現することに重点を置き、『第二の公平』の問題は、最終的には個別法ないし憲法29条という、土地収用法外の法分野に譲ろうとするものであるのに対し、否定説は、（少なくとも結果的には）『第二の公平』を重視するが故に、『第一の公平』の問題自体を、土地収用法の枠外での処理に委ねようとするものである……。」

但し Bauman 判決は、判示部分で示唆するように補償額からの控除対象を「特別開発利益 (special benefits)」について認めるに過ぎない⁵⁸⁾。

一方、州レベルでは、相殺の可否、相殺を認める場合の被相殺利益の範囲（公共事業がもたらす特別利益に限るか一般利益も含むか）、相殺対象（残地補償のみか権利補償も含むか）について判例法理が複雑に形成されているが、Nichols on Eminent Domain の最新版によれば、州判例の大勢は、連邦法に対して、残地補償のみを相殺対象とする。他方で被相殺利益として、連邦法と同様に特別開発利益の相殺のみを認める州判例と、特別開発利益と一般的開発利益の区別を認めない州判例とがあるが、前者が主流である⁵⁹⁾。

56) 小澤道一『逐条解説土地収用法（下）』前掲註(51)126頁以下参照。

57) 藤田宙靖「残地補償と起業利益ならびに事業損失との関係について」『西ドイツの土地法と日本の土地法』（創文社、1988年）199頁以下。その上で藤田判事は「現行の土地収用法がその90条によって、起業利益の処理については右の『第二の公平』を正面から考慮している以上、同じ土地収用法の枠内で、そのカウンターバランスを取るべきである」として事業損失を残地補償に含めない見解を基本的には認める。

58) 直接これを述べている箇所は、See Bauman, 167 U.S. 548, at 584.

59) See 3-8A Nichols on Eminent Domain § 8A.03. 但し、寺尾美子「アメリカ法における『正当な』補償と開発利益」前掲註(54)1525頁参照。

そこで問題は、補償内容として起業利益との相殺の是非が区別される「特別開発利益」と一般的開発利益の区別基準は何かである。特別開発利益と一般利益の区別を前提とする州ではその定義を憲法、制定法、また判例により規定するが、当然州によって概念規定は様々であり、また定義があっても実際の該当性は事実問題に左右される性格を持つものである。そのような限界を念頭に置きつつ、州判例を渉獵する *Nichols on Eminent Domain* を参照すると、一般的開発利益 (general benefit) とは「土地収用を必要とする公共事業の完了から生じ、被収用地に隣接する全ての土地に共通する利益」であり、具体的には道路整備、地域景観の改善、交通状態の改善、駐車場の整備、取引量の増加がこれに該当する。これに対し特別開発利益とは、「土地の一部収用の後に被収用地への公共事業の実施を理由として特定の残地に対し直接・近接的に生じる利益」であり、具体的には道路・河川工事により所有地が道路・河川に面することによる利便性の向上、高速道路のインターチェンジや鉄道の駅への接近、残地が有益な用地地域に再指定される見込みが主なものであり、その他、湿地の排水事業、洪水防止措置、下水設備の接続が挙げられている⁶⁰⁾。

両利益の区別論拠としてしばしば指摘されるのは、公共事業のために財産を収用される者と収用される訳ではない近隣住民との間での公平原則である。19世紀を代表する公用収用の体系書を著した John Lewis は次のように説明している⁶¹⁾。「一般的利益は地域社会の土地全般の価値増加に見出され、問題となっている公共事業によって地域社会に生じると予想されている諸便益から一般的に生み出される。これらの諸便益は認識し得ないし、認識し得るにせよ、財産を収用されていない近隣の者が何ら対価を払うことなく同じ便益を享受できるのに、ある者に対しては財産の提供によってこれら便益の対価を要求すべきだというのは不公平 (unjust) である。……こういう訳で、地域社会、及び地域社会を構成する個々人は、対価を払わずともこれら便益を享受する権利を有するのである。」また *Nichols on Eminent Domain* (第三版) も、「特別開発利益であるとの決定は……その制限の正当化に資する公正な原理 (equitable principle) によって支配される。即ち、土地を収用されていない近隣者は無料で一般的便益を享受できるのに、その便益を相殺することで補償を少なくするか無しにすることによって土地所有者に対し特に課税するのは、不公正である。……被収用者は、公共事業の計画から外れた土地を保持し何ら金銭的損失を負うことなく土地価値の増加の分け前に預かれる近隣者よりも悪い状態に置かれることになる。被収用者はまた、彼が支払った普通税を唯一正当化するものは、政府機関が実施した公共事業から享受する一般的便益であると主張するかもしれない」と述べている⁶²⁾。Lewis と

60) 3-8A *Nichols on Eminent Domain* § 8A.02[4].

なお日本の土地収用法90条の議論でも起業利益として一般的利益と特別利益の区別が認められ、かつその内容は上記 *Nichols on Eminent Domain* における説明とほぼ一致する。小澤道一『逐条解説土地収用法(下)』前掲註(51)334頁参照。しかし日本法では前提として両利益共に相殺禁止対象とされている点で大きく状況が異なる。

61) 2 John Lewis, *A Treatise on the Law of Eminent Domain in the United States* 693 (Chicago, Callaghan & Co., 1888), at 1198 (3d ed. 1909).

62) 3 *Nichols on Eminent Domain* [3d ed.], Sec. 8.6205, at 58.

Nichols on Eminent Domain の説明は、我が国での議論に比せば、「第二の公平論」(＝被収用者と近傍第三者との間の公平の問題)である。

しかし Lewis の説明では一般的利益を地価で捉えているので、相殺する上で特別開発利益との混同は一層避け難い点の問題性は、我が国の受益者負担の範囲に関する議論と同様である⁶³⁾。この点は Nichols on Eminent Domain (第三版)も、一般的利益の精査は非常に困難であると言及している。そして特別開発利益と一般利益の区別が不可能であるとの諦観が、両利益の区別を認めないマイナーな州判例法理の根拠を支えているように思われる⁶⁴⁾。最近判例変更を行いこのグループの仲間に加わった California 州最高裁の理解によれば、L.A. County Metro. Transp. Auth. v. Cont'l Dev. Corp. (1997年)において California 州最高裁は、Bauman 判決の前記引用部分を引用の上で、「この決定に関する一般的原理とは、納税者は公共事業に合理的に要する費用以上のものを要求されるべきではない、ということである。言い換えれば、財産の収用又は侵害に対する補償は土地所有者と同時に公衆にとっても公正なものでなければならぬ」と述べている。要するに損失補償の内容を決定する際に被収用者に生じた利益と不利益を全て考慮するということであり、そのことが「土地所有者と同時に公衆にとっても公正なもの」という論法であり、この点で我が国で言う「第一の公平論」的議論である⁶⁵⁾。

このように、土地改良事業において個々の土地所有者が享受する利益(特別開発利益)とは、近傍第三者との間の公平の問題という観点から対象を更に絞り込むもうとする思考方法の結果、一般的開発利益との区別が想定された。その前提には、概念論として開発利益は一般公衆が享受する利益よりもより直接的受益であって一般的利益と明確に区別し得る点と、それを享受する関係の限定性がある。このような「特別の利益」概念は後述する Holmes の互酬性論の理解に大きく影響を与えたと思われるし、Plymouth Coal 判決での一般的利益 (general benefits) / 特別な利益 (specific benefits) の区別を考察する上で、上記の思考枠組みは Plymouth Coal 判決での議論と全く同一でないにせよ、示唆を得ることは可能であろう。但し開発利益の相殺論において特別開発利益と一般的開発利益を区別する枠組みに対し、両利益の区別を不要とする思考方法も州判例には少数ながら存在しているのである。

3 預金者保証基金——Noble State Bank v. Haskell

Holmes が Jackman 判決において利益の平均的互酬性が平等ではないことがあることを

63) 狭義の受益者負担制度として都市計画法75条, 道路法61条, 河川法70条, 海岸法33条, 港湾法43条の4, 土地改良法36条, 自然公園法28条, 地方自治法224条他があるがほとんど機能しておらず, その理由として「著しい利益」概念の不確定が挙げられる。三木義一「法的視角からの負担金制度衰退の原因」『受益者負担制度の法的研究』(信山社出版, 1995年), 宇賀克也「各種受益者負担金制度の実行上の限界」『開発利益還元論』前掲註(37)37頁以下参照。

64) 区別を認めないのは California 州, Michigan 州, New Mexico 州, New York 州, North Carolina 州, South Carolina 州, West Virginia 州である。

65) Los Angeles County, Metro. Transp. Auth. v. Cont'l Dev. Corp., 941 P.2d 809 (Cal. 1997), at 824.

示唆する事件として引用した判例は、特別負担金の事例以外に自らが執筆した Noble State Bank v. Haskell (1911年)があった。Noble State Bank 判決の事案は、Oklahoma 州の金融機関の支払不能に備えるべく州銀行委員会が各金融機関に対して預金者保証基金への負担金拠出を課す権限を認めた Oklahoma 州の Oklahoma Bank Depositors' Guaranty Funds Act に対し、財政的に健全な銀行が競業者である破綻金融機関の為に負担金の拠出を強制されるのは private use の為の取用である等として同法の合憲性を争ったものである。

Holmes は各金融機関が法により共同実施を強制される保証基金制度が持つ高い公共性（銀行破綻連鎖の防止）を指摘した上で、強制支出が対価回収の見込みのない財産取用であることを認めながら、当該制定法が合憲であると判断する理由の一つとして互酬性概念を実に簡潔に述べた⁶⁶⁾。即ち、

「租税というありふれた例示以外にも、相互保障の枠組み (scheme of mutual protection) に起因する利益から各人が享受する分け前が、義務付けられた相補的負担 (correlative burden) に対する十分な補償とし得るとする判例 (Ohio Oil Co. v. Indiana) が存在するようである。」

最後に引用された Ohio Oil Co 判決については後述する。

Noble State Bank 判決の事案において「相互保障の枠組みに起因する」互酬的利益がどのように現れているのか、Jackman 判決と同じく Holmes はそれ以上の説明をしていないので、Holmes が参照したと思われる Oklahoma 州最高裁判決の関連部分を検証する。なお Holmes が事件を処理する上で直接参照したと思われる州最高裁判例の中で、ここで初めて reciprocal という形容詞の使用例を我々は見出すことができる⁶⁷⁾。

「銀行が保証基金に支払うよう求められる全ての金銭から、銀行は互酬的保護と利益を自身のためだけでなく、その預金者のためにも享受するのである。預金者を保護することは確実に銀行の利益となる。全銀行が好況の際にははっきりと理解できないかもしれないが、不況の際には預金者から確実な信用を得ている銀行は確かに利益を受けていると見るべきである。というのは、そのような銀行からは全般的に不必要な預金の引出し (withdrawal) の危険はないからである。……保証基金への拠出は自行だけでなく全他行の保護に連なるが、しかし全銀行が保証基金に支払った比例的な (pro rata) 拠出金によって互酬的利益を享受するのであり、従って Oklahoma 州内の全銀行が享受するのは平等な互酬的利益である。」

Oklahoma 州最高裁判決が判示した互酬性概念について確認すべき点は、①本件で生じる互酬性は消極規制か積極規制という枠組では捉え切れない。一種の原因者負担である⁶⁸⁾。

66) Noble State Bank v. Haskell, 219 U.S. 104 (1910), at 110-11.

67) Noble State Bank v. Haskell, 97 P. 590 (1908), at 608.

68) Freund, *supra* note 48, § 400.

②最後に触れられている通り金融機関間の拠出負担は制度上比例的である。他方で③被規制者たる金融機関が享受する利益は二種類あるが、土地改良事業の二判例に比べると直接的なものではない。一つは破綻時の財政支援保障であるが、倒産状態に陥り預金等の払戻しを停止しない限り実際に基金から拠出金を回収できる見込みは乏しい。上述引用部分で言及されている二つ目の利益も預金者保障基金に参画している銀行ということで顧客から得られる信用に過ぎず（我が国の預金保険法1条）、直接的利益を享受するのは金融消費者であるが、しかし「預金者を保護することは確実に銀行の利益となる」とされる。

4 天然資源の採掘規制——Ohio Oil Co. v. Indiana

Noble State Bank 判決の最後に「相互保障の枠組みに起因する利益から各人が享受する分け前が、義務付けられた相補的負担に対する十分な補償とし得るとする判例」として引用された Ohio Oil Co. v. Indiana (1900年) の事案は、石油・ガス鉱井所有者に対し、石油やガスを鉱井内で発見・採掘した後、それら天然資源が外界に漏れ出るのを防ぐため、二日分以上資源を蓄積する設備を設置することを義務付けた Indiana 州法が補償なき収用であるとして、石油会社が同法の執行停止を申し立てたものである⁶⁹⁾。

当該 Indiana 州法は天然資源法上の無主物先占原則 (Rule of Capture) を修正するものである。1840年代に石油採取が始まってから、石油やガスの所有権はアメリカでは無主物先占原則によって確定することが判例理論により固まっていた。確かに無主物先占の原則は、土地に適用される場合にはその原始取得者を低廉なコストで決定し得るメリットがあり、そればかりか管理者が在中する土地の有効活用を促進する機能を持ち、社会経済的に望ましいとされる。他方で、無主物先占原則が未採掘資源に適用される場合には不都合が生じる場合がある。なぜなら、未採掘資源が複数人の私有地下にコモンプール (common pool) 状態で埋蔵されている場合、「自分用に採掘したコモンプール資源からの利益の全てを受け続けられる一方で、コモンプール資源そのものに生じた損害に伴い負う負担は僅かなものでしかないので、各人はコモンプール資源を消費し尽くすことが自己の利益となることに気付く。土地所有者全員が何度となくこの基本的行動パターンを繰り返すなら、何らかの形態の相互制限に服していれば生じなかったであろう悪い状態に全員が置かれることになる」からである⁷⁰⁾。

最高裁が Indiana 州法を合憲と判断した理由も上述の配慮に基くものであった⁷¹⁾。

「石油とガスに関しては、ガス田が埋蔵されている土地の所有者は全員、地下のガスと石油を

69) Ohio Oil Co. v. Indiana, 177 U.S. 190 (1900). なお我が国の石油及び可燃性天然ガス資源開発法も4条以下で掘採方法を規制している。

70) Richard A. Epstein, Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain (1985), at 217. Epstein はこの議論枠組みが一定の土地利用規制にも応用可能であるとの認識を示唆する。id. at 266.

71) Ohio Oil Co., 177 U.S. 190, at 209-210. Epstein, *supra* note 70, at 219-23.

占有する権利を有する。彼らに属する占有の権利を奪おうとしても公用収用権限の行使無しには絶対に奪い得ない。しかし、彼ら全員の権利は油田という共通資源から採取するという、同格の権利である……。そのような権利の本質、あるいは採取される事物の状況から、共通油田の一部を現実に占有しようとする権限を誰かが行使することによって権利者の一人が不当に資源の配分を受け、他者に危害を加える結果となったり、あるいは一人又は多くの者が浪費することで、残余の者の権利が消滅する結果となるかもしれない。こうして、採取権やその行使対象の特殊性から、……公正な配分を確保することで共同権利者全てを保護しようとする立法権の目的が明らかとなるのである。……土地所有者達の共有財産を保護しその浪費を防ぐ法である Indiana 州法は、本件では正当な補償なく私有財産を奪うものであると主張され争われているが、本質的には私有財産を保護する法であり、共有財産所有者の中の一人が他の共有者の利益を考慮することなく採掘するのを防止するものである。」

Richard A. Epstein は、コモンプール状態にある天然資源の採取方法を規制する制定法の合憲を判断する適切な国家理論は見当たらず、ただ被規制者に黙示的現物補償が付与されているか否かだけが問題であるとして、Indiana 州法を合憲と判断した Ohio Oil Co. 判決を支持する。天然資源の採取規制法は被規制者に課される負担以上の互酬的利益を被規制者自身にもたらすからである⁷²⁾。Ohio Oil Co. 判決判決の説示はいわゆる相互依存的権利の法理 (correlative rights doctrine) として知られている。

5 Holmes 判事の理解

Holmes が参考にしたと思われる以上の諸判例は、大雑把に土地改良事業型と警察制限型に分けることができる⁷³⁾。土地改良事業型とは Jackman 判決, Wurts 判決, Fallbrook Irrigation District 判決, Ohio Oil Co. 判決であり、警察制限型とは Mahon 判決, Plymouth Coal 判決, Noble State Bank 判決である。

そして以上の諸判例を具に検討すると、Holmes が理解していた「利益の平均的互酬性」の諸要素について、以下のような三種類の要件 (相互要件, 利益要件, 平均要件) の抽出が可能である。

第一に、利益発生の原因は、自己のみならず閉じられた空間内に存在する関係当事者が実際に相互に負担を負うことに拠る必要がある (相互要件)。人々が法により相互関係を強要されるのは土地・地下資源の自然的属性に拠る場合 (土地改良事業型諸判例) のほか、鉱夫の安全確保 (Mahon 判決, Plymouth Coal 判決), 預金者保護 (Noble State Bank 判決) など被規制者に一定の公益的原因がある為である⁷⁴⁾。そのため受益者と負担者は法関係の中で相互に認識し合えるのが通常である⁷⁵⁾。但し警察制限の場面では受忍を当然の理と把

72) Epstein, *supra* note 70, at 219-23.

73) Raymond R. Coletta, *Reciprocity of Advantage and Regulatory Takings: Toward a New Theory of Takings Jurisprudence*, 40 Am. U. L. Rev. 297 (1990), at 317-18.

74) See Comment, *supra* note 35, at 678, n142; Jan G. Laitos, *Takings and Causation*, 5 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 359 (1997), at 404-405.

握し、相互要件を必ずしも明示しない場合が多い。

第二に、自己の負担に見合う何らかの利益が被規制者個人に直接もたらされる必要がある(利益要件)。何らか、という意味は二つあり、一つは利益の性質について、人々が相互関係に入る原因に応じて土地・資源利用の合理化(土地改良事業型諸判例)のような積極的なものもあれば、地表陥落防止や防災(Mahon 判決, Plymouth Coal 判決)の如き消極的なものもある点である。

もう一つは、被規制者が相互負担により生じる利益を総て享受できる訳ではなく、直接の利益を享受する一般公衆が登場する場合が多々ある点である。とりわけ土地改良事業型では、被規制者に生じる利益は被規制者にはほぼ直接的排他的に生じるのに対し、警察制限型では、利益は被規制者間にとどまらず社会一般にも還元される⁷⁶⁾。この点を詳述する Raymond R. Coletta によれば、土地改良事業型では規制の対象が限定的で、規制目的は公益保護というより私的利益の促進の事例であり、ポリス・パワーが本来の目的を離れ専ら私益保護の為に行使されているため、被規制者が得る互酬的利益の程度が高く要求されているのに対し、警察制限型では公益性の高い事例のためか、そこでは被規制者が得る互酬的利益の程度が比較的間接的なものにとどまっていると分析している⁷⁷⁾。しかし Plymouth Coal 判決によれば、規制法が「炭鉱の洪水を防ぐため、安全が脅かされかねない公衆の生命を保護する為に、そして付随的に所有者自らの炭鉱財産を保全するために採掘権を破壊しているに過ぎない」場合には、「法はポリス・パワーの行使から一般的利益(general benefits)の分け前を(そして本件では特別な利益(specific benefits)もまた)享受することで十分に補償されていると考えている」のであり、被規制者が公衆としての一般的利益を享受するだけでなく、固有の特別な利益をも享受する関係にあるので、補償は不要と解することもできよう⁷⁸⁾。

第三に、個々の被規制者の負う負担、及びそれによって享受する利益は、他者のそれと平均的である必要がある(平均要件)。この要件はほぼ全ての互酬性関連判決が考慮の前提としている。例えば、「この規制は一方の利益の為に他者に苦難を与えるものではなく、公平、公正、合理的に、炭鉱所有者全員の利益にとって共通の負担を課すものである(Plymouth Coal 判決)。」

但し厳密な比例性、等価性を求められない場合がある。Holmes の例示する事件(Wurts 判決, Fallbrook Irrigation District 判決, Noble State Bank 判決)では、いずれも事案として被規制者間で負担が必ずしも同等ではなかったものである。また Holmes の言及するところではないが、New York 州最高裁による Stone 判決が是認する破壊消防についても「都市の全地域が別々の時期に被るのが大火災であるから、大火災が生じた際にはいつで

75) See Comment, *supra* note 35, at 680.

76) Coletta, *supra* note 73, at 317-18.

77) Coletta, *supra* note 73, at 319.

78) 我が国の災害防止目的の立法の中にも同様の概念を内包するものがある。地すべり等防止法36条、急傾斜地の崩壊による災害の防止に関する法律23条、砂防法21条参照。

も、都市全体が法によって公正に責任を負うことができる」とされたのであるから、同様のことが当てはまる。Holmes によれば、「平均的」とはある程度膨らみのある概念ということになるだろうが、他方でなぜこれらの事件ではそれが許容されたのかを考察する必要がある。

土地改良事業の事例については、前述の通り、Fallbrook Irrigation District 判決は受益に応じた負担額の決定を要請しつつも、事務の性格上その決定を正確に行うのは困難であることを理由に、分担が平等でない場合を許容している。負担と受益の関係を厳密に求めない思考は、受益者負担制度に関する当時の判例でも容認された考え方であり⁷⁹⁾、Holmes 自身も受益者負担制度について意見を述べた数少ない事例の中で、このような思考を是認している。道路舗装事業費用の受益者負担を求められた鉄道会社が、当該負担対象地である鉄道敷には何ら受益はなく寧ろ事業損失が生じていると述べて、受益者負担の根拠法である Kentucky 州法が修正14条の平等保護原則に反し違憲であると主張した Louisville & Nashville R.R. v. Barber Asphalt Paving Co. (1905年)において、Holmes は負担と受益の計量方法につき次のような緩やかな理解を述べた⁸⁰⁾。

「本件のような制定法が、特定の土地に生じる受益的価値よりも大きい負担額をその土地に課すに至る可能性があることは明白である。舗装事業の全費用は地域に比例的に配分されるが、少なくとも現在及び将来の土地利用を考慮に入れば、特定の地域には何ら利益が生じない場合があるかもしれない。……当該制定法が一般的に公平な原理 (principle generally fair) を具体化しており、また可能な限りほとんど平等に近い正義 (nearly equal justice) を実行するものとして支持されているならば、当該制定法が自然かつ通常の形式で適用される中で個別のケースで苦難が生じたとしても、そのような苦難は人間の不完全性の一つとして甘受されなければならないように思われる。」

勿論、同判決は彼の互酬性の議論において特段引用されている訳ではない。また土地改良事業は互酬的利益の程度が高く要求される領域であるから、負担と受益の関係を緩やかに捉え得るとしても当然に限界がある。陪審が道路整備に関する開発負担金 (special assessment) を関係土地所有者全員に平等に分配し請求した事例である Martin v. District of Columbia (1907年)において、Holmes は、受益と負担は正確に一致する必要は無いが、特定個人の「負担が利益を超過するリスクが高まり、超過額が大きい場合」には、制定法に違憲の問題が生じる可能性があるとの法廷意見を述べ、利益分配の限界を示唆している⁸¹⁾。

79) 寺尾美子「都市基盤整備費用の公平な負担のあり方」『開発利益還元論』前掲註(37)117～121頁参照。

80) Louisville & Nashville R.R. v. Barber Asphalt Paving Co., 197 U.S. 430 (1905), at 434. 同判決は受益と負担の厳格な計量を求めた Norwood v. Baker, 172 U.S. 269 (1898) の判断を覆すものであった。

81) Martin v. District of Columbia, 205 U.S. 135 (1907), at 139. See also Gast Realty Co. v. Schneider Granite Co., 240 U.S. 55 (1916), at 58-60.

次に、確率的に負担に見合う受益をほとんど期待し得ない Noble State Bank 判決については、Plymouth Coal 判決における一般的利益 (general benefits) と特別な利益 (specific benefits) の区別論が参照に値するであろう。即ち、金融機関は一般的利益とは別に「特別な利益」を享受する結果となるので、不均一な負担も許容されることとなる。しかしこの説明によっても、なお被規制者間で享受される利益が平均的に互酬的であるのかどうか懸念を消し得ない。ただ Noble State Bank 判決は被規制者が享受する利益を「相互保障の枠組みに起因する利益」と表現し、また Stone 判決は破壊消防の無補償ルールを「一種の相互保険 (mutual insurance)」に擬えており、制度上、利益を享受する時間的ズレは許容範囲内であるとの思考が背景にあるように思われる。そしてこのような時間的視点は、次節以降で検討するように、後の互酬性論の発展可能性に連なるものがあるのである。

このようにして、Holmes の利益の平均的互酬性論は次のようなものであると要約することができる。即ち、①被規制者集団は相互に負担を負う関係になくしてはならない。②互換関係の形成目的に関して消極目的か積極目的の二分法に立たず、負担に見合う受益があるか否かを問題とする。③被規制者間の負担は同等であることが要求されるが、その要求は厳格なものではない。概して Holmes は土地改良事業における互酬性論に大きく影響を受けていると言えよう。

Holmes は利益の平均的相互性の不成立が Mahon 判決の決め手となったのではないとは述べているものの⁸²⁾、Mahon 判決のような事案を Holmes は互酬性論に関してはどのように把握していたのであろうか。警察制限型に属する Mahon 判決では、被規制者の負担により実質的に利益を受ける当事者 (公衆) が被規制者集団外に存在するとしても、被告石炭会社が「特別な利益」 (specific benefits) を一般的利益とは別に享受する結果となっていれば、Plymouth Coal 判決によれば当該負担は許容されるはずである。しかしそもそも Mahon 判決では Plymouth Coal 判決をそのような文脈においてではなく、採掘禁止負担を他の被規制者も相互に負うものではない観点から引用しており、相互要件が決定的に欠如していたことのみを問題視していたと考えられる。

6 Brandeis 判事の理解

ところで最高裁内の進歩派として Holmes と同じ意見論陣に属することの多い Brandeis 判事は、ポリス・パワー審査論に関しては Alger 判決以来の古典的な警察制限無補償論の立場に与し⁸³⁾、Mahon 判決では多元的考慮事項論に立つ Holmes と袂を分かったが、

82) 「Brandeis 判事の反対意見はあたかも私が利益の平均的互酬性と呼んでいるものが私にとって一般的根拠となっているかのように語っているが、そうではない。私はその用語を特定の事件を説明するためだけに利用しているに過ぎない。」 Letter from Oliver Wendell Holmes to Frederick Pollock, *in* 2 Holmes-Pollock Letters (Mark DeWolfe Howe ed., 1941), at 109.

83) Brandeis の立論は、Mugler 判決に象徴される、古典的法思想に基づく規制か収用かのカテゴリカルな二分法的区別論に立脚していた。即ち、「公衆の健康・安全・道徳を危険の脅威から保護するために課される制限は、収用ではない。本件での制限は単に有害利用の禁止に過ぎない。」 Mahon, 260 U.S. 393, at 417 (Brandeis, J., dissenting).

Brandeis は Holmes の議論を批判するにあたり利益の平均的互酬性に関しても言及しており、当該箇所は後世の議論に様々な影響を与えるものとなった。Brandeis は互酬性の先例として強制的土地改良事業である Jackman 判決、Wurts 判決、Fallbrook Irrigation District 判決のみを引用する⁸⁴⁾。

「[公共建築物、道路、公共事業用施設等の(著者挿入)] 建築物や施設の陥没を招く炭鉱の禁止が公共の目的で制定されたのは明白である。……しかし炭鉱採掘権が保持されてきた場所について Kohler Act 上のこれら禁止規定はポリス・パワーの行使として正当化し得ないというのである。右結論は、そのようなポリス・パワーの行使を正当化するためには被規制者と彼を除いた地域社会との間で利益の平均的互酬性が存在しなければならないが、本件ではそのような互酬性は存在しないとの仮定に依拠しているようである。利益の互酬性は重要な考慮事項であり、排水事業のように隣人の財産に利益を付与する目的で州の権限が行使される場面(Wurts 判決、Fallbrook Irrigation District 判決)や、共用障壁規定によって隣人同士に利益を付与する目的で州の権限が行使される場面(Jackman 判決)では本質的ですからあるかもしれない。しかし、ポリス・パワーが財産所有者に利益を付与するものではなく、損害や危難から公衆を保護するために行使される場面では、私の考えでは利益の互酬性を考慮する余地は無い。財産の有害利用(……Mugler 判決等引用)を禁じられる所有者には互酬的利益は無い。文明社会で生活し商いをする利益(the advantage of living and doing business in a civilized community)であれば話は別である。そのような互酬的利益(reciprocal advantage)は法によって炭鉱業者に与えられている。」

このように Brandeis によれば、①隣人の財産に利益を付与する目的で州の権限が行使される場面(Wurts 判決と Fallbrook Irrigation District 判決)や、隣人同士に利益を付与する目的で州の権限が行使される場面(Jackman 判決)のように「ポリス・パワーが財産所有者に利益を付与する場合(利益付与型規制)」には互酬性論は考慮される必要があるのに対して、②「ポリス・パワーが損害や危難から公衆を保護するために行使される場面(害悪排除型規制)(註15で言及した Mugler 判決等を引用する)」では互酬性は考慮する余地は無いとし、ただそのような場面にあっても「文明社会で生活し商いをする利益(the advantage of living and doing business in a civilized community)であれば互酬的利益が生じていると述べる。換言すれば、警察制限的規制の場合にも土地改良事業の場合と同様に何らかの互酬的利益が生じ、社会全体に発生するこのような一般的利益を皮肉にも被規制者ですら享受するだろうが、被規制者には互酬性でもって相殺されるべき負担は警察責任理論上存在しないので、損失補償論としての互酬性は登場し得ないこととなる⁸⁵⁾。

この説明は明らかに、Pennsylvania 州最高裁による Plymouth Coal 判決、第二節で検討の Massachusetts 州最高裁による Baker 判決、及び Dillon の警察制限無補償論にも見られる互酬性の理解である。Brandeis の功績は Holmes の説明を補充して、互酬的利益概念を

84) Mahon, 260 U.S. 393, at 422 (Brandeis, J., dissenting).

85) Coletta, *supra* note 73, at, at 333.

ポリス・パワーの形式に応じ、①個人が目的的に享受する個別限定的な特別利益と、②各人が警察制限の実施から享受する一般利益の区別があることを明確に区別した点である（但し Brandeis は Holmes が Mahon 判決自体で引用した Plymouth Coal 判決の引用を避けている）。

Brandeis が利益の平均的互酬性論に関してあえてこのような言明をしたのは、Mahon 判決での利用制限は警察制限の場合として無補償の処理をすべきであったにも関わらず、Mahon 判決多数意見は要補償の結論となり、その根拠を多数意見が土地改良事業型で要求される互酬的利益の欠如にのみ求めているとの誤解に基づくものであるが⁸⁶⁾、しかし Brandeis と Holmes は共に互酬性の先例として同一の判例を引用しており、Mahon 判決の結論に反対した Brandeis も互酬性の理解自体は Holmes と同様のものではあったと評価し得よう。

ただ Brandeis の言明は形式的にはポリス・パワーの行使によって発生する文脈で用いられており、Brandeis の言う「文明社会で生活し商いをする利益」も警察制限とリンクして議論されている。しかし現在の判例・学説においてポリス・パワーはその古典的語義通り警察制限的にのみ行使されるべきものであるとは全く考えられていない。そこで「文明社会で生活し商いをする利益」の意義について、各人が文明社会ないし都市社会の構成員として享受する一般的な利益という視点を強調した場合⁸⁷⁾、Brandeis の意図に反して互酬性の計量範囲を弾力的に拡張する読み方も可能となる。

このように Mahon 判決において生成した損失補償基準としての互酬性論によれば、被規制者が何ら利益を享受しない規制は補償なしに容認されないが、問題はその利益要件に関する二つの考え方の基礎が Mahon 判決の内部で成立していたのである。引用判例の類似性から利益の平均的互酬性の内容に関しては Holmes と理解の差異はほとんど無いと評価し得るにも関わらず、政府活動に好意的な後世の裁判例に Brandeis の意見が引用され続ける理由はここにあると思われる⁸⁸⁾。（続く）

86) 前掲註82参照。

87) Holmes 自身がしばしば文明（都市）社会を租税と関連づけて議論し、文明社会を維持するコストとして租税を表現していたのは著名な事実である。「私は納税請求書であれば他の何にもまして直ちに支払うと常に言っている。というのは、税金がどのように使用されようと、私はそこから文明社会（civilized society）を手に入れているからである。See Letter from O.W. Holmes to Harold J. Laski (May 12, 1930), in 2 Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916-1935, at 1247 (Mark DeWolfe Howe ed., 1953). See also Randolph E. Paul, Taxation for Prosperity (1947), at 277 (quoting Oliver Wendell Holmes, Jr.). 公式には、Mahon 判決から五年後の *Compania de Tabacos v. Collector* における反対意見の中で、Holmes は「法に基づくあらゆる金銭の徴収は、要求された額に応じて失望をもたらすものであるが、しかし全体の有機的關係の中で見た場合、失望はそれと密接な関係にある希望の一部である場合がある……。租税は文明社会（civilized society）の対価である」と述べており、この意見に Brandeis も同調している。 *Compania de Tabacos v. Collector*, 275 U.S. 87 (1927), at 100 (Holmes & Brandeis, JJ., dissenting).

88) See Note, *The Principle of Equality in Takings Clause Jurisprudence*, 109 Harv. L. Rev. 1030 (1996), at 1041; Laitos, *supra* note 74, at 405.