

# 損失補償と互酬性 (reciprocity) (3)

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	
第三節 互酬性概念の生成	(以上58巻7号)
第四節 互酬性概念の確立	
1 制限的不動産約款 (restrictive covenant)	
2 高度制限規制	
3 総合的土地利用計画 (zoning)	
第五節 互酬性概念の変容	
1 歴史的建造物保全	
2 インディアン部族財産の不動産復帰 (escheat)	
3 土地陥没の防止③	
4 市民的互酬性論の限界	
5 連邦下級審判例・州判例での展開	(以上本号)
終 章	

## 第四節 互酬性概念の確立

収用条項の解釈として財産権剥奪についてのみ補償を要するとする起草者意思にも関わらず、Mahon 判決は、財産権制限であっても損失補償を要する場合があるという regulatory takings 概念の理論的基礎を築いた。しかしその後、1930年代に最高裁が司法消極主義に転換する中で Mahon 判決自体は忘却され、Mahon 判決で生成した「利益の平均的互酬性」概念も、後述する Penn Central Transportation Co. v. New York City (1978年) で再び regulatory takings 概念が取り扱われるまで、公式に現れることはなかった。しかし Mahon 判決の同時代では、むしろ同判決以上に全国的な法論争が交わされたといえる zoning の合憲性の文脈において、「利益の平均的互酬性」概念の活用が見られた。

comprehensive zoning は総合的土地利用計画として自治体内を複数の zone に線引きし、zone ごとの用途・建築規制を条例でもって規律するものである。New York 市が1916年に制定したものが嚆矢とされるが、20世紀の初頭頃からアメリカの地方自治体は進展する都市化・産業化社会に抗して地域環境を整備すべく zoning 手法に着目するに至った。現代

都市政策にとって zoning が不可欠の手法であることは論を待たないが、登場の当初、地域内の財産を包括的に規制する zoning が財産権への恣意的制限か、従ってポリス・パワー権限の許容範囲内か否か、憲法上の疑念が提起され、政治的思惑も絡みながら、州最高裁判例上もこれを是認するグループと否定するグループとで対立が生じていた<sup>1)</sup>。そして *Euclid v. Ambler Realty Co.* (1926年) がこの対立に終止符を打ち、zoning の合憲性を確立するに至ったが、その際、黙示的ながら *Euclid* 判決は部分的に互酬性概念に依拠し、そしてそこでは、Holmes の理解と基本的に一致する互酬性概念が用いられていた。

*Euclid* 判決については既に我が国でも多くの紹介がされており、そこで以下では *Euclid* 判決における互酬性概念についてのみ検証するが、その前に *Euclid* 判決の互酬性論に至る先行過程として、*Euclid* 判決で特段引用されている訳ではないものの、制限的不動産約款 (restrictive covenant)、及び高度制限規制に関する州判例法理について触れておく。

### 1 制限的不動産約款

制限的不動産約款 (restrictive covenant) とは土地の利用及び建造物の種類・位置の制限を内容とする私人間の合意をいい、一定の要件を備えることで約款の負担が承継人をも拘束する制度である<sup>2)</sup>。この点で我が国の建築協定制と類似する。都市計画の枠組みの中での restrictive covenant の利用のされ方については、*Korn v. Campbell* (1908年) における New York 州最高裁の説明が詳細である<sup>3)</sup>。

「……制限的不動産約款は大きく三種類に区別し得る。第一のグループは、不動産開発のための一般的枠組みを実施する計画に関して締結される約款である。これには、英国判例で一般的に建築開発計画 (building schemes) と呼ばれる様々な計画が含まれ、その下で大地主は土地を建築区画に分割し、それぞれの購入者に土地を不動産譲渡証書 (deed) により売却するが、証書には複数の譲受人が遵守すべき統一的な利用制限約款が含まれている。この場合、譲受人は、他の譲受人の誰に対してでも、約款には相互性 (mutuality) があるのであって譲受人のそれぞれを拘束し、それぞれに適切な救済手段を与えているという理論に基き、約款を執行することができる。このような約款は、譲受人により相互保障と相互便益のために締結される。それ故、約因 (consideration) [契約に拘束力を与える根拠：筆者] は、制限により負担を負う土地の減価が、同じ地区内の他の土地が全て同様の制限に服することに起因する土地の増価によって一部又は全部相殺されるとの事実存するのである (傍点筆者)。」

この説明は、我が国の建築協定制であれば一人協定に相当するケースについてのものである。寺尾教授は、*Korn v. Campbell* に見られる約款による土地利用制限が、民間の住

1) 一覧として、See *Euclid v. Ambler Realty Co.*, 272 U.S. 365 (1926), at 390-91.

2) restrictive covenant については、寺尾美子「アメリカ土地利用計画法の発展と財産権の保障 (一)」法学協会雑誌100巻2号 (1983年) 294~97頁、亀田健二「協定による土地利用規制の法的问题」産大法学18巻1号 (1984年) 参照。

3) *Korn v. Campbell*, 192 N.Y. 491 (1908), at 495.

宅開発に限定してはいたものの zoning に先行して存在し、当時の裁判官達は制限的約款により土地利用制限の法的効果が生じる根拠として「土地の購入者達が、全員に共通の制限(計画)を通じて、互いに制限を受ける代わりにその利益を享受すること」に思考を求め、これが後の zoning 制度の正当化理由のために用いられたと指摘している<sup>4)</sup>。

## 2 高度制限規制—Piper v. Ekern

以上の制限的不動産約款の他に、comprehensive zoning に先行して互酬性概念に触れたものとしては建築物高さ制限の合憲性を判断する州最高裁判例があった。Wisconsin 州最高裁による Piper v. Ekern (1923年)において、原告は州議会議事堂の周辺地域の建築物高さ制限の実施の差止を州司法長官に対して求めた。Wisconsin 州最高裁は、第二節で既述した Massachusetts 州最高裁判決 Watertown v. Mayo を引用しつつ、次のような互酬性理解を提示した<sup>5)</sup>。

「一定地域内で土地所有者に影響を及ぼすポリス・パワー規制は、大部分は、相互的で互酬的な保護に根拠を置いている。そのような互酬的保護を土地所有者は一般法から享受している。ある程度まで財産権の具体的減少が生じるかもしれないが、それでも互酬的利益 (reciprocal advantage) は生じている。多くの場合、互酬的利益を財政的視点から評価することは不可能であるが、それにも関わらず互酬的利益は価値物であり、公衆が財産権に侵害を加える際の補償要素と構成することができる (傍点筆者)。

Mayo 判決は次のように言う。『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ことにはならない。彼は保護された共通利益 (common benefits) から報いを受けている (傍点原文) ……。』

このような互酬的利益の補償性を述べた上で、法廷意見は、しかし同事案における建築物高さ制限の唯一の目的は地域全体ではなく州議会議事堂への防災のみにあり、周辺建築物に対する互酬の関係の成立が欠如していると判断し、結論としては高さ制限の根拠法を補償なき収用に匹敵するものとして無効と判断した。これに対し反対意見は以下の通り、議事堂周辺地域にも防災、日照、景観的利益がもたされ、補償に見合うとして反論している<sup>6)</sup>。

「州有財産は公益に関連している (be affected with a public interest)。なぜなら当該財産に対

---

4) 寺尾美子「アメリカ土地利用計画法の発展と財産権の保障 (一)」前掲註 (2) 296~97頁参照。但しこれを直接示唆する裁判例自体は見出せなかった。

5) Piper v. Ekern, 194 N.W. 159 (Wis. 1923), at 161 (citing Watertown v. Mayo, 109 Mass. 315, at 318). Wisconsin 州最高裁による同種の判断として, State ex rel. Carter v. Harper, 196 N.W. 451 (Wis. 1923), at 453.

6) *Id.* at 167 (Crownhart, J., dissenting).

し全ての公衆は利益を持っているからである。本件では、州は隣接する市民達の財産を火災から保護してきたことが注意されるべきである。また採光や通風を生み出す素地を彼らに提供し、建物を地区の中心に置き美しい木々や花々に囲まれることで彼らに美観及び学問・科学の向上をもたらしてきた。このことから近隣の土地所有者は州の公有財産への侵害を控えるという互酬的義務 (reciprocal duties) を進んで負うようになるのである。これは制定法が課した諸要件に対する補償である。」

また Wisconsin 州最高裁以外でも、New York 州最高裁が屋外広告物設置の高さ制限を課す zoning を違憲と判断するに際し、ポリス・パワーの持つ互酬性に触れるものがある<sup>7)</sup>。

以上の私法上の土地利用規制契約、及び自治体による建築物高さ制限では、被規制者集団は相互に負担を負う関係に立つとされ、また負担に見合う実質的受益があるか否かを問題とするなど、Holmes の利益の平均的互酬性論に通じるものがある。そしてこのような手法は、次第に自治体による comprehensive zoning に収斂を見ることとなる。

### 3 総合的土地利用計画 (zoning)

#### (1) 法学者の見解

土地利用規制契約及び建築物高さ制限の流れを組む zoning について、それが有する互酬性に着目する者が、Euclid 判決によって zoning の合憲性が確立される以前に既に当時の法学者の中にいた。例えば、1922年の標準州ゾーニング授権法 (Standard State Zoning Enabling Act) の起草に参画し、また後に Euclid 判決でアミカス・キュリイ (amicus curiae [法廷助言者]) として意見書を最高裁に提出した Alfred Bettman は、zoning の合憲性を強力に支持した1922年の論文においてその点を明示している。その際、Bettman は同論文で zoning に関する過去の州判例を渉猟した上で、Holmes の Noble State Bank 判決を引用し、更に Holmes の互酬性論における利益要件を的確にも認識した上で次のように述べている<sup>8)</sup>。

---

7) *People ex rel. Wineburgh Advertising Co. v. Murphy*, 195 N.Y. 126 (N.Y. 1909). 但し同判決での互酬性論は、第二節で既述の19世紀に展開した New York 州判例上の議論の影響からか、受益を実質的に捉えていない。

「ポリス・パワーの定義は難しいが、しばしば引き合いに出されるように、それは公衆の健康・道徳・安全を保護するのに必要な、また公共の平穏・秩序・一般的福祉を保全するのに必要な合理的制限に限定されている。そのような一般的定義に沿った規制や条例は有効である。New York 市は、たとえ財産利用を制限するものであっても、そのような規制や条例を制定し執行することができる。そのような利用制限に対する補償は、地域社会の全員に保障されている共通の便益 (common benefit) を土地所有者も享受する分け前の中に見出される。」*Id.* at 131.

また結論としては、広告物設置規制には公衆の健康・道徳・安全と合理的関連性はないと断じている。

8) Alfred Bettman, *Constitutionality of Zoning*, 37 Harv. L. Rev. 834 (1924), at 839 (citing *Noble State Bank*, 219 U.S. 104, at 111). See also Thomas A. Byrne, *The Constitutionality of a General Zoning Ordinance*, 11 Marq. L. Rev. 189 (1927), at 206-07.

「……同様の状況にある集団の構成員に対し、彼ら全員に直接的利益をもたらす為、また間接的に公衆に利益をもたらす為に、彼らに協働 (cooperation) を強いることは既に承認された州権限である (傍点筆者)。銀行預金の強制的共同保証に関する古典的ケースでは、この原理は次のように述べられている。

『租税というありふれた例示以外にも、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が存在するようである。』

zoning 計画について言えば、個々の財産権は合理的な利用規制に服することで、計画が計画地域内に位置する全ての財産権に付与する保護の対価を支払っているのである。』

また J.S. Young も、前節で検討した強制的土地改良事業の合憲性に関する代表ケースである Fallbrook Irrigation District 判決やそれについて論じた Ernst Freund の見解を検討し、土地区画整理事業 (replotting) と zoning 規制との類似性に言及していた<sup>9)</sup>。Bettman 等の互酬性に関する議論は、制限的不動産約款や建築物高さ制限の合憲性を判断する州最高裁判例での議論と同様、以下で見る Euclid 判決での議論に特段引用されている訳ではないが、その影響については一応留意されるべきと思われる。

## (2) Euclid v. Ambler Realty Co.

さて Euclid 判決で問題となった Ohio 州 Euclid 村の条例は、Euclid 村が近郊の Cleveland 市のベットタウン化を防ぐべく村の土地を 6 種類の用途地域に区分したものであり、それによって原告の所有地の一部が住宅用途地域に zoning された。原告は zoning のために所有地が商業目的で利用し得なくなり、財産価値を奪われたとして修正 14 条違反による同条例の執行停止を申し立てた<sup>10)</sup>。

まず連邦地裁は、互酬性に関しては次のように述べて「利益の平均的互酬性」に関する Euclid 村側の主張を排斥し、comprehensive zoning 条例を無効と判断した。この連邦地裁判決は Holmes の利益の平均的互酬性論が使用された数少ない裁判例の一つであるが、互酬性論によって土地利用規制を正当化し得た先例として、警察制限型の Plymouth Coal 判決と土地改良事業型の Jackman 判決のみを挙げる<sup>11)</sup>。

「本件の条例を利益の平均的互酬性ルールに依拠することで正当化することもできない。この原理に依拠してポリス・パワーの行使が正当化された事例は、……Plymouth Coal 判決と……Jackman 判決である。普通かつ正当な財産利用を奪われた原告の現在の明白な損害は、条例により他の土地に課された制限によって原告の土地に生じた利益により間接的に補償されたはずだ、というのは空しい主張であるし、Euclid 村の他の財産が原告や同様の状況にある者の財産への損害から利益を得るだろう、と推定するのも同様に空しいことである。唯一合理的に考え

9) J.S. Young, *City Planning and Restrictions on the Use of Property*, 9 Minn. L. Rev. 593 (1925), at 602-04.

10) 同判決の事案その他詳細については、寺尾美子「アメリカ土地利用計画法の発展と財産権の保障 (一)」前掲註 (2) 308頁以下参照。

11) *Ambler Realty Co. v. Village of Euclid*, 297 F. 307 (N.D. Ohio 1924), at 315-16.

られることは、原告や同様の状況にある他の財産所有者から奪われた財産価値は単純に消失するか、よくて利用制限の無い区画である Cleveland の産業地帯に、最悪の場合は他の更に遠方の産業地帯に、移転させられることである。原告に関する限り、それは純損である。利益の平均的互酬性の議論においては、共用障壁や境界線上の鉱柱のような隣接し合う財産所有者と、本件のような制限を受けた財産所有者とではとんでもない違いがある（傍点筆者）。前者の場合、個々のケースで平等でない場合があるにせよ、何らかの利益の互酬性があるが、後者の場合、財産価値は消失するか、多かれ少なかれ遠方に住む無数の所有者の元に移転してしまうのである。」

このように連邦地裁は、Holmes の利益の平均的互酬性論に依拠するに際し、利益を享受し合う関係当事者間の近接性（proximity）をまずもって問題としている。この点は、Bettman とは対照的に Holmes 執筆による Noble State Bank 判決を引用していない点からも明らかであり、Holmes の利益の平均的互酬性論に対する一つの理解（但し狭い理解）を示すものであったと言えよう。

これに対し合衆国最高裁は、結論としては地裁判決と異なり comprehensive zoning をポリス・パワーの適切な行使として是認した。その際、「利益の平均的互酬性」概念そのものに言及することは無かったが、zoning を是認する州レベルの裁判例の動向から、zoning を正当化するための根拠として商業等用途の建物を住宅地域から排除する zoning がもたらす次のような利益が見出せるとした<sup>12)</sup>。

「商業等用途の建物を住宅地域から排除することは、地域の健康・安全と合理的関連性を有する。このように結論付ける根拠の幾つかは次のようなものである。商業や工業用途地域から住宅を分離させることで児童その他の人々の健康と安全確保を促進でき、不穏状態を鎮圧・防止でき、火災の消火や交通規制その他公共の福祉に沿う条例の実施の促進ができ、火災による混乱と危険、商業填補や工場に多かれ少なかれ付着している伝染病や不道德を住宅地域から排除することで地域社会の健康と安全を促進することができる。他の根拠は、道路の建設や修繕がより容易で安価なものとなる場合があることである……。」

引用箇所に見られる合衆国最高裁の思考方法は、明らかに nuisance 規制との類似性から zoning の合憲性を導き出そうとするものであった。そのため、互酬的利益についても規制の警察制限的性格に由来することを強調し、最後の部分を除き、互酬的利益をあまり地価的に捉えていない。法廷意見を執筆した Sutherland 長官によれば、「合理的制限内に建築物の高さを固定し、建築資材や施工方法の種類を決め、火災や災害、人口過密等の弊害の危険を最小化するために隣接し合う土地に空地の確保を強制し、住居地域から不快な商業や工業、及び nuisance を生み出しやすい建築物を排除する制定法や規制の適法性に関して深刻な意見対立はなかった」とあるので<sup>13)</sup>、従って多数意見に回った Holmes も

12) Euclid, 272 U.S. 365, at 391. また都市計画の委員会や専門家によるレポートにも同様の指摘があるとする。Id. at 394.

Brandeis も、zoning がもたらす互酬性の性質について特に異議を差し挟まなかったようである。

先に見た当時の学説では土地区画整理事業と zoning 規制との類似性に言及した見解もあったものの、このように、最高裁は zoning に伴う互酬的利益の性質をまずもって警察制限と連動させる思考方法を採用した。この点は、地域地区制が無補償である点につき我が国での議論が相隣関係論に基礎を置く点と類似するものがあるが、規制の性格を必ずしも問う必要はない Holmes の「利益の平均的互酬性」概念から一步後退してしまっている。この点については、当時の時代状況としてポリス・パワーを警察制限的規制に限定して理解する20世紀初頭まで有力な古典的法思想 (Classical Legal Thought) の影響を加味して理解する必要がある<sup>14)</sup>。

また最高裁による互酬性論の不採用については、zoning が土地改良事業型規制に比して互酬的關係の範囲が広がり過ぎるきらいがあり、地裁判決が批判する如く、zoning により形成される被規制者集団構成の外延が曖昧であるという懸念に応答し切れなかった点も原因にあったように思われる<sup>15)</sup>。Holmes の Noble State Bank 判決に拠ればこの点は解決可能のように思われるが、ただ同判決は銀行の預金者保証基金に関する事案でもあり、Holmes の互酬性理論は未だ当時の最高裁内部でさほど利用可能な理論として認知されていなかったように思われる。

### (3) HFH, Ltd. v. Superior Court of Los Angeles County

しかし Euclid 判決後、zoning が警察制限的性格を越えるものとして理解され展開してゆくことは、我が国での状況と同様であり、Holmes の互酬性論もこれに応じて判例法理として確立を見た。Mahon 判決以後、regulatory takings が再び合衆国最高裁に取り上げられるまでの間、zoning に関して意識的に互酬性の観点に言及したものとして、California 州最高裁による HFH, Ltd. v. Superior Court of Los Angeles County (1975年) がある。同事件は、原告会社が商業地域に用途変更がされることを期待して農業地域内の土地を購入した上で、分筆計画を被告 Los Angeles 市に提出する等していたが、結局当該地域は住宅地域に指定変更されたため、用途変更によって財産価値が損なわれたと主張して原告会社が逆収用 (inverse condemnation) 訴訟を提起したものである。

California 州最高裁は逆収用訴訟の提起の可否そのものについては、単に財産価値が減少した場合には認められないと判断したが、正当補償条項が前提とする「公正さ」の価値からして zoning に関する逆収用訴訟は認められるべきであるとの原告会社側のアマカス・キュリイの主張に対して、互酬性の観点から次のように論難した<sup>16)</sup>。

13) *Id.* at 387-88.

14) 拙稿「損失補償の要否論と財産権の本質的内容 (1)」早稲田政治公法研究76号 (2004年) 154~157頁参照。

15) 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. Env'tl. Aff. L. Rev. 653 (1987), at 690, n195.

「ほとんどのケースと同様、本件の zoning は一般公衆がその利用に供する目的で、あるいは別の第三者に譲渡する目的で、誰かの財産を奪うといった恣意的な活動ではない。むしろ zoning は、本件の状況がうまく説明しているように、互酬的利益と負担が関わっている。原告会社が何度と無く建設を構想してきたであろう商業施設は、建設されれば周辺地域の住居用住宅から住居的価値を奪い去ったであろう。そのような近隣 (neighborhood) という住居的性格は、部分的には本件係争地の周辺が住居用途に zoning されていることに由来すると考え得る。それ故、本件で原告会社は幾分不自由な位置にいると気付いたのである。彼らは他人の土地に zoning が課されることに伴う利益を、自己所有地の市場価格が高いものであるとの形態で獲得したいと望んでいるが、そのような zoning が自己の土地に適用された際には、zoning に伴う互酬的負担を背負いたくないのである。」

#### (4) Agins v. Tiburon

ここではもはや、Euclid 連邦地裁判決が批判する近接性の問題、又は zoning の性格や利益の直接性に裁判官が意を払う必要性が失われていることが判明する。そしてこの傾向は数年後の合衆国最高裁判決でも受容された。オープンスペース確保目的の zoning 条例により所有地が単一世帯用居住地域に用途変更がなされたことにより、企図した開発が不可能となったとして補償が求められた Agins v. Tiburon (1980年) で、最高裁は Euclid 最高裁判決と同じく「利益の平均的互酬性」の用語を用いることは無かったものの、

「zoning 条例は、空地確保条項により、居住用地の開発を熟慮の上秩序立てて実施しようとする市の利益を満たすことで、公衆だけでなく上訴人にも利益をもたらす。上訴人の 5 エーカー地区だけが条例の被規制財産であるとの指摘はない。それ故、上訴人は市のポリス・パワー行使の利益と負担を他の土地所有者と分担し合うであろう。zoning 条例の公正性を審査するに当たっては、上訴人が蒙る市場価値の下落と一緒にこれらの利益を合わせて考慮に入れなくてはならない。」

と述べて zoning の適法性を是認した<sup>17)</sup>。Agins 判決の上記引用箇所の特筆すべきことは、California 州最高裁の理解を進め、近接性要件を不要としつつ、被規制者の経済的損失を審査するにあたり地価的な互酬的利益を合わせて考慮すべきことを最高裁の見解として明示した点である。

#### (5) Penn Central 判決 (Rehnquist 判事反対意見)

zoning に関する損失補償の要否判断に際し、合衆国最高裁が法廷意見として明示的に「利益の平均的互酬性」に依拠したものは、「利益の平均的互酬性」論そのものへの言及を避けた Agins 判決を除くとすれば、現在のところ存在しない<sup>18)</sup>。しかし唯一、次節で検

16) HFH, Ltd. v. Superior Court of Los Angeles County, 542 P.2d 237 (Cal. 1975), at 246.

17) Agins v. Tiburon, 447 U.S. 255 (1980), at 261-62.

18) しかも前掲引用部分の説示を含む、規制が「正当な州益を実質的に促進するものか否か」を問う Agins 判決の基準は、これまで損失補償基準として提示されたと考えられてきたが、最近の Lingle

討する Penn Central 判決における Rehnquist 判事（当時）の反対意見が「利益の平均的互酬性」論により zoning の一般的無補償性を説いている<sup>19)</sup>。

「確かに、典型的な zoning 規制は財産の一部の利用を将来的に制限するので財産価値を理論的に減少させる。財産利用は禁止目的に関してはできないからである。しかしそのような理論的な価値減少は隣接し合う様々な土地についての同様の利用規制から生じる価値増加によって少なくとも部分的には相殺される見込みが非常に高いであろう。指定地区内の土地所有者の全てが同様の規制下にあるが、それは全体として New York 市の利益の為だけに規制されているのではなく、相互の共通利益の為に規制されているのである（傍点筆者）。Mahon 判決で法廷意見を執筆した Holmes 判事の言葉によれば、average reciprocity of advantage があるのである。」

「政府が有害的ではない利用を禁ずる場合でさえ、最高裁は、禁止が広範囲の土地に適用され従って average reciprocity of advantage が確保されるのであれば、収用は生じていないと判示してきた（Mahon 判決引用）。zoning が『収用』と構成されない理由はここにある。zoning が時に個々の財産価値を減少させても、負担は比較的均等に分配され、zoning の一面から損害を蒙る個人は全体として zoning の別の面から利益を受けるだろうと合理的に推測できる。」

引用箇所が示すように、Rehnquist の意見は Holmes の互酬性理解を zoning の無補償性判断に適用するものである。即ち、規制の性格に関わりなく負担に見合う受益があるか否かを問題とし、被規制者間にもたらされる利益の内容は均一ではないにせよ、規制によって蒙る個々人の損失を相殺することが予定されている。また特に、被規制者集団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、一般公衆が利益の一部を享受することを的確にも認識している点で、基本的に Holmes の互酬性理解と一致する。現在の裁判例では Agins 判決と並んでこの Rehnquist 反対意見の引用により zoning の無補償性が説かれており<sup>20)</sup>、ここに zoning の無補償性自体は一般論として確立されたが、と同時にその文脈の中で、損失補償の補助基準としての互酬性論もまた確立されたのである。

問題は、その発展可能性である。

## 第五節 互酬性概念の変容

### 1 歴史的建造物保全——Penn Central Transportation Co. v. New York City

これまで登場してきた互酬性論は、Mahon 判決を含め、規制法の合憲性に関して述べられており、必ずしも損失補償の要否基準として言及されてきたものではなかった。損失

v. Chevron U.S.A. Inc., 544 U.S. 528 (2005) において有用ではないことが明示されている (at 548)。

19) See Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104 (1978), at 139-140, 147-48 (Rehnquist, J., dissenting). なお Rehnquist は Agins 判決でも zoning 規制の無補償性を認める法廷意見に同意していた。

20) See, e.g., Morton Thiokol, Inc. v. United States, 4 Cl. Ct. 625 (1984), at 630.

補償の議論としての互酬性論は Mahon 判決から半世紀後の Penn Central Transportation Co. v. New York City (1978年) により初めて位置付けが図られるに至ったが、しかしそこでの議論はHolmesの理解とは異なる内容が含まれていた。

Penn Central 判決は財産権制限に対する損失補償の要否についての合衆国最高裁の現時点での基本的態度を集約するものがある。まず Penn Central 判決が述べた損失補償の要否基準の枠組みを確認し、その上で同判決が展開した互酬性論について検討する。

#### (1) 事件の概要

同事件は、New York 市歴史的建造物保存条例により「歴史的建造物 (historic landmark)」に指定された Grand Central 駅の所有者である Penn Central 社が、歴史的建造物保存委員会に対し駅頂上に55階建ての高層オフィスタワーを建設する許可を申請したところ、不許可となったので収用条項違反等を理由に提訴した事案である。Penn Central 判決は次のように述べて明確な規範定立の断念を再確認しつつ、New York 市条例につき補償不要の判断をした<sup>21)</sup>。

「第五修正の目的からして何が『収用』に該当するかは相当困難な問題とされてきた。最高裁は『第五修正の保障は……あらゆる公正と正義からして、人民全体によって負担されるべき公共の負担を、政府がある人々にのみ強制するのを禁止することを企図している』と理解してきたが (Armstrong v. United States, 364 U.S. 40, 49), 率直に言って、これまで最高裁は政府活動に起因する経済的損害に対し、少数の人々に不公平な負担を負わせ続けるのではなく、『公正と正義』がどの場合に補償を要求するかを決定する『一定の定式』を何も展開することが出来なかった。実際、我々はしばしば、規制を直接の原因として生じた何らかの損害に政府が補償していないことで個々の規制が無効となるか否かを、主として『個々の事件の事実』に即し判断してきた (……)。

このように損失補償の要否判断に際し、アメリカでもわが国と同様、総合判断説的理解が基本的に採用されている。続けて同判決は比較されるべき考慮事項、即ち、①原告の投資に裏づけられた期待 (investment-backed expectations) への干渉を含む規制の経済的影響、及び②政府活動の性格を提示している<sup>22)</sup>。

「このように本質的に ad hoc な事実審理を行う際、最高裁判例は特別な重要性を持つ幾つかの考慮事項を確定してきた。原告に対する規制の経済的影響、特に規制が明確な原告の投資に裏づけられた期待 (investment-backed expectations) に干渉する程度は、当然に、関連する考慮事項である……。政府活動の性格 (Character of the Government Action) も同様である。財産への干渉が政府による物理的侵害として性格付けられ得る場合のほうが、公共善を促進する

21) Penn Central, 438 U.S. 104, at 123-24. 同事件の詳細は、高橋一修「アメリカにおける都市環境の保護と財産権——グランド・セントラル・ターミナル判決 (1978) の法の背景」伊藤正己先生還暦記念『英米法の諸相』(東京大学出版会, 1980年) 参照。

22) Id. at 124.

為に経済生活の利益と負担 (benefits and burdens of economic life) を調整する公共政策から生じる財産干渉の場合よりも、『収用 (taking)』と容易に認定できる場合がある……。』

②政府活動の性格は上記引用箇所が述べている通り、警察制限／公用制限二区分論のような規制目的論ではなく、財産権に対する物理的侵害活動については収用と認定されやすいとの文脈で用いられている。

互酬性概念はここでは考慮事項として触れていない。しかし Penn Central 判決は別箇所において、原告 Penn Central 社の主張に応答して更なる考慮事項としての互酬性概念を示している。原告の主張は、New York 市条例が同一の利用制限を保存地区内に位置する建築物全てに課すものではない点で zoning 条例と異なること、従って同条例が「政府活動に起因する利益と負担の公正公平な配分を行うこと」が本質的に不可能であることであつた<sup>23)</sup>。

これに対する法廷意見を執筆した Brennan 判事の応答とは、次のようなものであつた<sup>24)</sup>。

「上訴人は、歴史的建造物法は特定地域内にある全ての建造物に同一又は類似の制限を課すものではないから、New York 市条例は zoning 法……とは異なると主張する。従って政府活動に伴う利益と負担を公正・公平に分配すること、それは zoning 法の特徴であり、『正当な補償』が付与されない場合の憲法的要件であるが、New York 市条例にはその分配が本質的にできないと彼らは言う。ある土地所有者に他者以上の過酷な影響を New York 市条例が与えていることは確かだが、そのことは本質的に同法が『収用』となることを意味するものではない。一般的福祉を促進することを目的とした法は普通、ある者に他人以上の負担を課す…… (Hadacheck 判決, Miller 判決, Goldblatt 判決引用)。zoning 条例も、ある財産所有者にしばしば他人以上に過酷な負担を課すが、そのことによって無効であると判示されてはこなかった。例えば、産業目的での財産利用を望んだ Euclid 事件の財産所有者は、zoning 条例により、住居目的の土地利用を望む隣人以上に、より過酷な負担を課されていた。

とにかく、上訴人が繰り返し述べる、自分達だけが負担を背負い利益を受けることがないとの主張は実際、正確ではない。右主張は New York 市条例が駅舎に加え、市内の相当数の建築物に適用される事実を見過ごしている (全ての建築物は31の歴史地区内にあり、400を越す個々の歴史的建造物の多くは駅舎に近接する)。歴史的建造物の保存が New York 全市民と全建築物に経済的利益をもたらし、また市全体の生活の質を向上させることでも利益をもたらすとの New York 市議会の判断を否定しない限り——そうするつもりはないが——、駅舎所有者は保存条例によって利益を全く受けていないと結論付けることはできない (傍点筆者)。疑いを知らない上訴人は、自分達は法から受ける利益以上の負担を負っていると信じているが、それは Miller 判決, Hadacheck 判決, Euclid 判決, Goldblatt 判決における財産所有者も同様であつたに違いない。』

---

23) Id. at 133.

24) Id. at 133-35.

上記引用箇所では、Mahon 判決の該当部分の引用や「利益の平均的互酬性」という用語を用いることは慎重に避けられている。

## (2) 互酬的関係の集団化

Brennan 判事の互酬性理解の特徴は、受益と負担の互酬的な計量範囲を従来よりも集団的に把握する点にある。Holmes が引用する互酬性判例の全体からは、集団を構成する被規制者の個々人が、負担は被規制者間で完全に比例するものではないにせよ、負担に見合う何らかの利益を確実に享受することが前提となっていた。しかし、Penn Central 判決は、「歴史的建造物の保存が New York 全市民と全建築物に経済的利益をもたらし、また市全体の生活の質を向上させることでも利益をもたらすと New York 市議会の判断を否定しない限り、駅舎所有者は保存条例によって利益を全く受けていないと結論付けることはできない」と述べ、当事者として New York 全市民が前面に打ち出されている。従って Brennan の理解では、たとえ個々の受益者 (New York 市民) と負担者 (Penn Central 社) が直接的互換関係に立たなくても、Penn Central 社も含む集団としての New York 市民に課せられた負担が、集団としての New York 市民が得る利益に見合うものであれば、互酬性は成立することになる。このように Brennan の理解では相互要件が緩和されているかのようであり、残された集団間の公平な配分問題は、「一般的福祉を促進することを目的とした法は普通、ある者に他人以上の負担を課す」という議論で片付けてしまう<sup>25)</sup>。

受益と負担の計量範囲を集団的に把握する Brennan 判事の理解に対しては、Rehnquist 判事が反対意見を述べている。Rehnquist 判事は、本件では歴史的環境保全に伴うコストを納税者と個々の被規制者のいずれが負うべきかが問われると述べて、「利益の平均的互酬性」についての Brennan 判事の理解への論駁を始める<sup>26)</sup>。

「確かに、典型的な zoning 規制は財産の一部の利用を将来的に制限するので財産価値を理論的に減少させる。禁止目的での財産利用はできないからである。しかしそのような理論的な価値減少は隣接し合う様々な土地についての同様の利用規制から生じる価値増加によって少なくとも部分的には相殺される見込みが非常に高いであろう。指定地区内の土地所有者の全てが同様の規制下にあるが、それは全体として New York 市の利益の為だけに規制されているのではなく、相互の共通利益の為に規制されているのである (傍点筆者)。Mahon 判決で法廷意見を執筆した Holmes 判事の言葉によれば、average reciprocity of advantage があるのである。

比較的少数の建物全てが相互に区別され、選別され、周囲の建物とは異なる取扱いを受ける場合には、そのような互酬性は存在しない。自己が所有する財産にのみ適用され、隣人には適用されない負担的制限に起因するコストは相当なものとなろう。本件では、数百万ドルだが、匹敵する互酬的利益はない。」

「政府が有害的ではない利用を禁ずる場合でさえ、最高裁は、禁止が広範囲の土地に適用され

25) Lynda J. Oswald, *The Role of the "Harm/Benefit" and "Average Reciprocity of Advantage" Rules in a Comprehensive Takings Analysis*, 50 Vand. L. Rev. 1449 (1997), at 1512.

26) See Penn Central, 438 U.S. 104, at 139-140, 147-48 (Rehnquist, J., dissenting).

従って average reciprocity of advantage が確保されるのであれば、収用は生じていないと判示してきた (Mahon 判決引用)。zoning が『収用』と構成されない理由はここにある。zoning が時に個々の財産価値を減少させても、負担は比較的均等に分配され、zoning の一面から損害を蒙る個人は全体として zoning の別の面から利益を受けるだろうと合理的に推測できる。

しかしながら本件では、数百万ドルの損害が上訴人に課されている。それ以外に考えられず、New York 市内の他の400棟の『歴史的建造物』の保存から生じる何らかの利益によって相殺されない。……『収用』による保護が向けられるのはまさに少数の個人に課されたこの一般的コストである (傍点筆者)。第五修正は『公衆が統治コストの妥当な分担以上の負担を私人に課すのを防ぐこと』を目的とする……。」

Rehnquist の互酬性論は Holmes が暗に提唱し zoning をめぐる判例理論の中で確立したものに忠実である。即ち Rehnquist は「指定地区内の土地所有者の全てが同様の規制下にあるが、それは全体として New York 市の利益の為だけに規制されているのではなく、相互の共通利益の為に規制されているのである」と述べ、あくまで相互要件を個々レベルで求めた Holmes の average reciprocity of advantage の意味を再確認する。こうして Rehnquist は、zoning が利益の互酬性によって正当化されることに同意するものの、多数意見のように互酬性の成立対象を集団としての New York 市民とし、歴史的環境保全条例を一般的な zoning 規制と同一視することは、従来の互酬性論の範疇を食み出るものとして拒絶する。

### (3) 「文明社会で生活し商いをする利益」

それでは、Brennan 判事がこのような互酬性理解をする根拠は何であろうか。Brennan は Penn Central 判決では自らの互酬性論の概念付けや適用基準を明確にはしていない。Mahon 判決を引用していないことから、Mahon 判決で用いられた互酬性概念とは異なることを自覚していたことが窺われるだけである。この点に関して、傍論としてではあるものの、Penn Central 判決の翌年の *Andrus v. Allard* (1979年) において Brennan が執筆した法廷意見の中で若干の示唆が示されている。

同事件ではワシ保護法 (Eagle Protection Act) 及び渡り鳥法 (Migratory Bird Treaty Act) 施行前に取得したワシ及びその部位の「売却」が禁じられたことが第5修正違反かが問題となったが、法廷意見を執筆した Brennan 判事は、いわゆる権利の束論 (bundle of rights) に関して、「……少なくとも所有者が完全な財産権の『束』を所有する際には、その束の一つの『棒』を破壊してもそれは収用ではない。なぜなら束の総体は全体から見なければならぬからである」と述べ、野生生物の取引規制に対する補償不要を是認し原告の主張を退けた<sup>27)</sup>。その上で Brennan 判事は判決文を締め括るにあたって Mahon 判決の互酬性の議論を用いる。しかし先例としては Holmes の法廷意見ではなく Brandeis 判事の反対意見をあえて引用し、

27) *Andrus v. Allard*, 444 U.S. 51 (1979), at 65-66.

「なるほど被上訴人がこれらの規制のコストを負わなければならないことは確かであるが、しかしそれはある程度まで、『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)』を確保するために負う負担である。」

と述べた<sup>28)</sup>。

前述の取り、Mahon 判決で Brandeis 判事が言及した「文明社会で生活し商いをする利益」は警察制限的規制の文脈で用いられていた。そして Brandeis の理解によれば、財産を有害利用する私人に対し政府が制限を加える場合、被規制者には損失のみならず「文明社会で生活し商いをする利益」も生じるが、しかし有害な財産利用への制限は理論上『収用』とはならないのであるから、財産的損失と互酬的利益との相殺を考慮する余地は全く無いと考えたのであった。これに対し、Brennan 判事は「文明社会で生活し商いをする利益」の文言を明らかに警察制限以外の文脈で読み込んでいるのである。

Brennan 判事の「誤読」の兆表は Penn Central 判決でも既に表面化していた。Brennan は前記の引用部分において、互酬性の不均衡を正当化する際に Hadacheck 判決、Miller 判決、Goldblatt 判決を引用する。これらの判決は、それまで古典的な有害利用基準が適用された事例と理解されてきた<sup>29)</sup>。しかし Brennan 判事はこれらの判決を zoning の事例である Euclid 判決と同列のものとして引用し、脚注30において次のように述べる<sup>30)</sup>。

「上訴人は、これら諸判決はそれぞれ、政府が土地の『有害』利用を禁じたものであったのに対し、対照的に本件では、上訴人の申請した駅舎上の建設は受益的であったはずだとの根拠で両ケースを区別しようとする。我々は Hadacheck 判決、Miller 判決、Goldblatt 判決で問題となった土地利用は本来完全に合法であったと考える。……これらの事件は禁止された利用が持つ何らかの『有害』的特性の想定に依拠したのではなく、ある政策（それは歴史的環境保全と似ていなくもない）の実行により公共的利益の拡散が産み出され、同様の状況にある全ての財産に適用され得ると期待され、そのことと利用制限が合理的に関連するとの根拠に依拠していたと捉え直すことができる。」

即ち Brennan によれば、これらの諸判例は警察制限としての事例ではなく、「公共善を促進する為に経済生活の利益と負担を調整する公共政策から生じる財産干渉」の事例一般として読み直され、そこでの「利益」は警察的利益ばかりでなく、経済的利益あるいは

28) Id. at 67 (*quoting* Mahon, 260 U.S. at 422 (Brandeis, J., dissenting)).

29) Hadacheck v. Sebastian, 239 U.S. 394 (1915); Miller v. Schoene, 276 U.S. 272 (1928); Goldblatt v. Hempstead, 369 U.S. 590 (1962). 例えばこれらの判決の中で Mahon 判決前に執筆された唯一の判決である Hadacheck 判決 (1915年) については、Mahon 判決 (1922年) 反対意見で Brandeis 判事も有害利用基準が適用された事例として整理している。Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922), at 418 (Brandeis, J., dissenting). Rehnquist もこれらが有害利用基準の適用例であるとして法廷意見の分類を批判する。See Penn Central, 438 U.S. 104, at 144-145 (Rehnquist, J., dissenting).

30) Id. at 133-34, n.30 (*citing* Joseph L. Sax, Takings and the Police Power, 74 Yale L. J. 36 (1964), at 50).

「市全体の生活の質」の向上という環境的利益も含まれるものと理解されているのである。「文明社会で生活し商いをする利益」という表現は有害利用基準的思考から脱却し、Brennanにより現代都市社会の文脈で再生したのである。

「文明社会で生活し商いをする利益」についてのこのような読み直しは、Penn Central判決以後、この用語に言及する二件の合衆国最高裁判決にも垣間見える。例えば Kirby Forest Indus. v. United States (1984年)は規制による収用 (regulatory taking) の法理を一般論として定義する際に、Andrus 判決、及び Mahon 判決の Brandeis 判事反対意見を次のように引用する。「公益の実現を図る政府活動により生じる負担の多くは、『文明社会で生活し商いをする利益』に付き物として土地所有者が負う必要があるが、中には重大・予見不能で、かつ容易に認識し再配分し得ないので、『正義と公正』の要求により公衆全体が負担を負うものもあることを言う<sup>31)</sup>。」

また殺虫剤の販売許可審査手続において EPA が知り得た企業秘密を規則により公開したことが補償なき収用に該当するとして争われた Ruckelshaus v. Monsanto Co. (1984年)において、最高裁は同じく上記判決を引用の上、Monsanto 社が政府の殺虫剤規制権限を争うことを拒絶した。「なぜならそのような規制は『文明社会で生活し商いをする利益』と引き換えに我々全員が負わなければならない負担だからである。このことは殺虫剤の製造・販売のような分野で特に該当する。そのような分野は、長い間公衆の関心を引き、政府規制の対象となってきたのである<sup>32)</sup>。」

このようにいずれの判決でも「文明社会で生活し商いをする利益」は、市民が相互に有害な財産利用をし合わない利益というよりは、市民が社会生活を営む上で常識的に負うべき負担の対価、という文脈で使用されている。要するに Brennan 判事の互酬性論は、Brandeis 判事の「文明社会で生活し商いをする利益」を市民が都市社会生活を営む上で常識的に負うべき負担の対価、という文脈で拡張的に使用することで、受益者と負担者をより集団的に把握し、両者の互換関係を従来よりも緩和して理解する点にある。およそ土地利用規制は地域社会に対する一般的公益の実現を目的とするものなので、Brennan の議論によれば、政府活動に起因する損失補償の要求範囲は減少する方向で思考されよう。また裁判所が規制の経済的影響を審査する実務的困難さが軽減され、更には互酬性の計量審査について立法部に謙譲的態度で審査すべきことにも連なろう<sup>33)</sup>。実際に Penn Central 判決では、Penn Central 社が負担を不公平に負う事実があるにせよ右負担を埋め合わせる利益を同様の立場にある被規制者から享受しているか否かを議論することなく、New York 市民と建造物に社会的利益がもたらされるとの New York 市議会の認定をもって互酬性成立の判断としている。

31) Kirby Forest Indus. v. United States, 467 U.S. 1 (1984), at 14 (quoting Andrus v. Allard).

32) Ruckelshaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986 (1984), at 1007. また同判決が引用する Day-Brite Lighting, Inc. v. Missouri, 342 U.S. 421 (1952), at 424 も参照。

33) Daniel R. Mandelker, *Waiving the Takings Clause: Conflicting Signals from the Supreme Court*, 40 Land Use L. & Zoning Dig., 1 (1988), at 3; Oswald, *supra* note 25, at 1522.

Daniel R. Mandelker 教授は Brennan 判事が理解したこのような利益を「市民的利益 (citizen benefit)」と呼んでいるが<sup>34)</sup>、議論の性格を的確に踏まえたものと思われる。Plymouth Coal 判決での一般的利益 (general benefits) / 特別な利益 (specific benefits) の区別、あるいは受益者負担論における一般的開発利益と特別開発利益の区別を参照すれば、市民的利益とは一般的利益に近い概念であり、Brennan 判事の議論は、負担との相殺を図る際に集計すべき利益要件として、被規制者集団が規制に伴い享受する固有の利益 (特別な利益) を特段要求しない考え方や評することもできよう。以下では Brennan 判事の理解を、Mandelker 教授の用語法に倣い「市民的互酬性 (citizen reciprocity)」論と呼んで従来議論と区別する。

## 2 インディアン部族財産の不動産復帰 (escheat) —— Hodel v. Irving

市民的互酬性論と同様の議論は Hodel v. Irving (1987年) でも O'Connor 判事が展開している。同事件では、インディアン割当地内の土地が世代交代を通じて過剰に断片細分化したことに対処するために、特定の場合に遺贈・相続の方法をインディアン部族への「不動産復帰 (escheat)」に限定した Indian Land Consolidation Act of 1983 の207条が補償なき取用であるとして争われたものである。「不動産復帰 (escheat)」とは土地が原譲与者もしくはその承継人に復帰することをいうが、同法の規制は Michael A. Heller の言う、「他者を排除する権利 (right to exclude others, 以下排除権)」の再統合を促す為のアンチ・コモنز規制の最たるものである<sup>35)</sup>。

排除権とは、財産、例えば土地に誰がどのような条件で出入りできるか (exclude or include) を決定し得るゲートキーパーとしての権能である。Heller 教授は、現代社会における財産権制限の根拠として、希少資源の共有によって生じる「コモنزの悲劇 (tragedy of the commons)」<sup>36)</sup>、即ち財に対し過剰な「利用権」が錯綜すること (=財産の過剰利用) で財そのものが破壊される危険性に注目するだけではならず、財産権の過剰な断片化による「排除権」の氾濫 (=財産の過少利用) によって当該財産の効率的活用が阻害される「アンチ・コモنزの悲劇 (tragedy of the anticommons)」にも、同様に着目すべきことを説く<sup>37)</sup>。遺贈・相続の方法を「不動産復帰 (escheat)」に限定した Indian Land Consolidation Act が Heller 教授の言うアンチ・コモنز規制であり、と同時に、Heller 教授の指摘するところではないが、その関係当事者間に一種の互酬的關係があることは明確であ

34) Mandelker, *supra* note 33, at 3.

35) Micheal A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, 108 Yale L.J. 1163 (1999), at 1202-17.

36) Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 Sci. 1243 (1968). なお安藤高行編『憲法Ⅱ (基本的人権)』(法律文化社, 2001年) 234~35頁 (角松生史執筆) 参照。

37) Heller 教授によれば「アンチ・コモنز」とは「多数の所有者が希少資源について実効性のある排除権を保有する財産権枠組み」を言う。Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 Harv. L. Rev. 621 (1998), at 668. Heller 教授の議論の詳細については、吉田邦彦「ロシアの住宅事情とその所有理論的考察」アメリカ法 [2001-1] 参照。

る。Irving 判決の法廷意見を執筆した O'Connor 判事もこの点を的確に認識し、比較衡量論の枠組みの中の経済的影響の審査の中で、互酬の利益の存在について次のように述べた<sup>38)</sup>。

「制定法に僅かながら有利な方向で考慮される事実は、本件には、復帰し得る不動産的利益 (escheatable interests) の所有者が部族との結びつきを維持している限りで、一種の利益の平均的互酬性が見られることである (Mahon 判決の Holmes 意見引用)。インディアンの部族内の土地の統合は部族構成員に利益をもたらす。全ての構成員が不動産の利益を持つ訳ではないし、全ての不動産の利益所有者が部族に帰属している訳でもない。それにも関わらず、二つのグループは実質的に重複している。不動産の利益の所有者はしばしば他人が保持する断片的利益の復帰 (escheat) から利益を受けている。その上、得られる全体的利益は課された負担の総計よりも大きい (傍点筆者)。なぜなら統合された土地は断片的状態よりも生産的 (productive) だからである。」

このように O'Connor は、規制により利益と負担を享受する人々が正確な互換的關係に無い場合があることを認めつつ、「復帰し得る不動産の利益 (escheatable interests) の所有者が部族との結びつきを維持している限りで」、部族全体に生じる利益 (=土地が断片的状態よりも生産的に統合されアンチ・コモンズの悲劇を回避できる利益) をもって個人が実際に負う負担との相殺が可能との理解を示したのである。即ち O'Connor の互酬性理解も、集団としてのインディアンの部族内に課せられた負担が、集団としてのインディアンの部族内が得る利益に見合うものであれば、たとえ被規制者の全てが均質な規制に服し互換的關係を形成していなくとも、「一種の」利益の平均的互酬性は成立するとするものであり、Brennan の集団的理解に近いものがある。

もっとも Irving 判決の事例では、インディアン部族構成員と不動産の利益所有者集団の「二つのグループは実質的に重複している」とされ、個人人間の互酬的關係を補足し易いという状況が存在していた点では、古典的な土地改良事業の事例に類似する構造があること、従って Penn Central 判決の事案とは相当の差異があることに注意を要する。

ところで、O'Connor は Brennan の互酬性理解が補償不要の根拠として万能でないことも指摘した。O'Connor は続けて、「もし分析をこの時点で終えたなら、法207条は合憲であると多分認定しただろうが」、しかし結論としては「権利の束」の一種である遺贈・相続の権利 (right to devise) をコモン・ローにおいて財産権の本質的内容に該当する「排除権」と同程度に重要視し<sup>39)</sup>、収用に類似する「政府活動の性格」であるとして収用成立

38) Hodel v. Irving, 481 U.S. 704 (1987), at 715-16 (quoting Mahon, 260 U.S. at 415).

39) 「権利の束」の中で特に排除権の価値を高く評価した先例として Kaiser Aetna v. United States (1979年) がある。Kaiser Aetna 判決は、水路の整備によって湾口に接することになった私有池が可航水域 (navigable water) になったとして、通商条項の下で航行地役権 (navigational servitude) が課された点が補償なき収用なのか争われた事案である。最高裁は「排除権は、財産権の基本的属性であると一般的に考えられてきたものであるが、これは政府が正当な補償無く収用することのできな

と判断したのである<sup>40)</sup>。財産権の本質的内容に対する干渉である限り、互酬性論は「制定法に僅かながら有利な方向で考慮される事実」に過ぎないとされている。

### 3 土地陥没の防止③——Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis

市民的互酬性論の更なる発展可能性を示したのは、Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis (1987年)である。Keystone 判決の事案は、建物陥没防止目的から特定の建物の地下にある石炭について50%以上の採掘を禁止する Pennsylvania 州の Bituminous Mine Subsidence & Land Conservation Act により、規制による収用が成立したとして石炭会社が補償を求めたものである。同事件は規制の目的や態様が Mahon 判決の事案と類似するが、結論としては同法についての補償は不要と判断された。

法廷意見を執筆した Stevens 判事は、損失補償の要否判断においては「政府活動の目的」が特に重要であるが、Mine Subsidence Act は少数の市民のみを保護しようとした Kohler Act と異なり、公衆の健康や環境を保持するものであるとし<sup>41)</sup>、そのような Mine Subsidence Act がもたらす互酬性について次のように述べた<sup>42)</sup>。

「州が public nuisances に等しい財産利用を単に制限しているに過ぎない場合に最高裁がそれを収用と判断することに躊躇することは、Holmes 判事が Mahon 判決で言及した『利益の互酬性』の観念と一致する(脚注20)。我々の統治体制の下において州が公共の福祉を保持する主要な方法の一つは、個人がなし得る財産利用を制限することである。そのような諸制限によって負担を幾分負う我々は、今度は他者に課された諸制限から多大な利益を享受する(脚注21)。」

脚注20：この種の国家活動が有する特別な地位は、次のような単純な理論によっても理解され得る。即ち、個人はその財産を nuisance その他他者に危難を生み出すように利用し得ないので、国家は nuisance 類似活動を禁止しても何も『収用』していない、との理論である。  
脚注21：収用条項が、州や裁判所に対し、この一般的ルールの下で特定の個人が負う負担が享受する利益を超過するか否かを計算するように要求していると理解されたことは、これまで一度も無い。全ての個人が、自分達が支払う税金から完全な金銭的補償という利益を受ける訳ではない。そればかりではなく、個人が支払った税金と享受した利益の金銭的価値との差額を補償してもらう権利があると主張する者もない。

---

いカテゴリーの利益に含まれる……。」と述べた。Kaiser Aetna v. United States, 444 U.S. 164 (1979), at 179-80.

40) Heller 教授は、前述の野生生物保護に関する Andrus 判決がコモンズの悲劇に即応する優れた判決であったのに対し、最高裁はアンチ・コモンズの悲劇についての理解に乏しいとし、Kaiser Aetna 判決及び Irving 判決の結論を論難している。Heller, *supra* note 35, at 1211-17.

41) Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis, 480 U.S. 470 (1987), at 487-88.

42) *Id.* at 491. 但し Keystone 判決の互酬性論が Agins 判決 (447 U.S. 255, at 261-62) で損失補償基準として提示されたと考えられてきた「正当な州益を実質的に促進するものか否か」基準の文脈で論じられている点には注意する必要がある。前掲註(18)参照。

Stevens 判事の互酬性理解には従来の議論枠組を大きく踏み出すものが含まれている。まず Stevens 判事は、public nuisance を引き起こすような有害な財産利用をすべきでないとの市民の消極的義務を市民が相互に負うことで得られる利益こそが Mahon 判決で議論された互酬性論であると述べている。脚注20からも、Stevens 判事が第二節で検討した19世紀来の警察制限無補償論の理論的根拠としての互酬性論を議論していることが分かる。このような理解は、Mahon 判決で Holmes 判事よりも寧ろ Brandeis 判事が明確に示唆したところであった。

しかし Stevens 判事があえて古典的な警察制限的互酬性論を復古させていると考えるのは早計である。既に Penn Central 判決で Brennan 判事がその文脈の諸判例を、社会生活を送る上で常識的に背負うべき市民的義務の文脈で読み替えており、Stevens 判事も市民が相互に有害な財産利用をしないとの市民的義務を、幅広い互酬性概念の一例としてのみ理解しているに過ぎない可能性があるからである<sup>43)</sup>。

寧ろ多くの論者や一部の州判例は、「州が公共の福祉を保持する主要な方法の一つは、個人がなし得る財産利用を制限することである。そのような諸制限によって負担を幾分負う我々は、今度は他者に課された諸制限から多大な利益を享受する」と述べた部分の脚注21に着目する<sup>44)</sup>。そこでは Stevens 判事は Holmes が執筆した Noble State Bank 判決を意識してか、租税を比喻に用いた互酬性論を説いている。本文自体が受益と負担を互換し合う関係にある被規制者間の範囲を特定しないかのように記述されているが、この脚注21と合わせて読むと、受益と負担の互換関係が、同一規制に限定されない旨が示唆され得る。即ち Stevens 判事は、「集団全体が負う負担」が「集団全体が享受する利益」に見合うものであればよいとの Brennan 的視点を前提としつつ、更に時間と規制単位の観点を加味して、ある規制により負担を被ったとしても、別種の規制から、長い年月をかけて、享受する利益により負担の相殺が図られるとの理解を示しているのである。

このように互酬的關係の範囲を個人から集団に拡張するだけでなく、更に利益を生み出す規制の範囲や時期まで拡張するに至っては、もはや土地利用規制は財産剥奪に類似する内容を持たない限り、補償の要否の議論をする必要性すら無くなってしまう。Rehnquist 判事は Keystone 判決での反対意見で、nuisance exception の範囲を先例以上に拡張したかに見える法廷意見を批判する中で、この点について危惧を表明する<sup>45)</sup>。

「……制定法が有する公共目的の性質を考慮し得る場合がある。というのは、財産所有者が他

43) 多くの論者がこの点を指摘するが、See, e.g., Mandelker, *supra* note 33, at 4.

44) See, e.g., Raymond R. Coletta, *Reciprocity of Advantage and Regulatory Takings: Toward a New Theory of Takings Jurisprudence*, 40 Am. U.L. Rev. 297 (1990), at 338-39; Daryl J. Levinson, *Framing Transactions in Constitutional Law*, 111 Yale L.J. 1311 (2002), at 1341-42; Oswald, *supra* note 25, at 1517; San Remo Hotel v. City and County of San Francisco, 41 P.3d 87 (Cal. 2002), at 108-109.

45) 480 U.S. 470, at 512-13 (Rehnquist, C.J., dissenting) (*quoting* Monongahela Navigation Co. v. United States, 148 U.S. 312 (1893), at 325).

者を害する利用方法を取るのを無補償で制限するという疑問の余地の無い権限を政府が行使する場合、収用は生じないと我々は理解してきたからである……。本日、法廷意見はこの nuisance exception のみで収用は生じていないとの結論を正当化し得ることを示した……。

…… [しかし] nuisance exception……は政府のポリス・パワーの『誤行使や違法行使』を防ぐことができる狭い例外でなければならない……。

nuisance exception の範囲が狭いものでなくてはならないのは第五修正の根底にある関心による。法廷意見が認めるように、第五修正は『利益の互酬性』を確保する政府活動を妨げるものではないが (Mahon 判決引用)、第五修正は『公衆が統治コストの妥当な分担以上の負担を一人に課すのを防ぐこと』を目的とするのである (……)。多面的な健康・福祉・安全規制の行使を理由として正当補償条項の作用に広範な例外を認めることは、個々の土地所有者に社会的負担を課すという、我々が理解してきた権限以上の権限を政府に確実に認めることになりかねない。なぜなら、ほとんど全ての政府活動は公衆のために『健康・安全・福祉』以上のものを確保することを企図しているからである。』

またそもそも Mahon 判決で Holmes は互酬性論を単一の規制法体系内部での利益と負担の分配という文脈で議論しているので、負担と利益を比較計量する法的単位を特定しようとしないうる Stevens 判事の理解は Mahon 判決を完全に誤読したように思える。Epstein 教授は Stevens 判事の理解を次のように批判する<sup>46)</sup>。「実際、Stevens 判事による Holmes 判事のテストの誤読の下では、利用制限は決して違憲と成り得ない。なぜなら、州は将来のいつか機会がある際に、バランスを回復させるかもしれないからである。同様の論理は土地の完全な収用を無理やり正当化するのに役立つ。『心配するな、今日は君が収用されるが、明日は誰かが収用されるだろう。市民的互酬性の分け前を享受できるのを喜びなさい。』」

以上の批判が当然に予見される互酬性論、即ち単独の規制内で互酬性が回復できなくても規制体系全体の中で回復できれば良いとする考えにつながる互酬性論を Stevens 判事が意識して、理論的に詰めて議論しているか否かと言えば、微妙である<sup>47)</sup>。警察制限的な事案である Keystone 判決において、Stevens 判事はその文脈に即した互酬性論を述べる一方で、脚注に隠れたメッセージを挿入しているというのは、やや穿ち過ぎた見方なのかもしれない。しかし以下では、Stevens 判事の示唆をあり得べき互酬性理論モデルの一つとして把握し、議論の対象の一つとして把握し続けることとする。

#### 4 市民的互酬性論の限界

1980年代から以上のような変容が顕著となった互酬性論であるが、当然にその変容過程が無制限であることは無かった。

Penn Central 判決は損失補償の要否判断に当たり、原告の投資に裏づけられた期待 (in-

46) See Richard A. Epstein, *Takings: Descent and Resurrection*, 1987 Sup. Ct. Rev. 1, at 22.

47) 例えば Stevens 判事は Penn Central 判決では Rehnquist の反対意見に同意している。

vestment-backed expectations) への干渉を含む規制の経済的影響と、②政府活動の性格から審査すべき旨を述べた点は前述した。互酬性論はこのような Penn Central 判決の判断枠組みの中で、既に Agins 判決や Irving 判決がそう処理したように、「規制の経済的影響」に関する一考慮要素として位置づけられており、裁判所が「規制の経済的影響」を考慮するに当たってそれを緩和する方向に作用するものである。そして市民的互酬性論によっても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、利益概念について広い理解が採用されているためほとんどこの点は問題にならない。とはいえ、規制の「経済的影響」が著しく、互酬的利益との相殺が図り得ない場合にはもはや考慮の余地はほとんどないと言える。問題は、互酬的計算の困難性を前提としてどのような場合がそれに該当するかである。

(1) 有線テレビ送信機設備の設置——Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.

まず最高裁が明瞭なものとして線引きしたのは物理的な財産剥奪に類する性格を持つ場合であり、それを示すのが Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp. (1982年) である。既述の Irving 判決もこの系譜に属する。

New York 州は有線テレビの普及を促進すべく、Executive Law 828条 (1973年) により不動産賃貸人に対し、有線テレビ会社が建物に有線テレビ送信機設備を設置することを妨げることを禁じ、かつ New York 州有線テレビ委員会が規定した額 (一ドルを一度だけ) 以上の支払額を有線テレビ会社に求めることを禁じた。原告は、既に機械設備が設置済みであり有線テレビサービスも賃借人に提供されていたアパート建物を購入したが、設備設置の強制は補償なき収用に該当する等と主張して class action を提起した。

これに対し New York 州 最高裁は、当該制定法は原告の財産に対し最低限の「経済的影響」しか及ぼしていないとして合憲と判断した。なおその際、同法により収用が成立するものの、New York 州有線テレビ委員会が設定した一ドルは補償として釣り合うものであることを理由として多数意見の結論に賛成するとの同意意見も附されている<sup>48)</sup>。

しかし上訴を受けた合衆国最高裁はこれを退け、主に19世紀末の判例に依拠して収用成立の基準を示し、次のように述べて補償額を算定させるため州最高裁に事件を差し戻した<sup>49)</sup>。

「Penn Central 判決が言う『政府活動の性格』が財産を永久的物理的に占有する (permanent physical occupation) 場合には、先例は常に専有部分に限って収用の成立を認定してきたのであり、このことは政府活動が重要な公共の利益を追及するものであることや、所有者への経済的影響が僅かなものでしかないということに関わりないのである。

他人の財産を永久的物理的に占有する場合は補償を要するという歴史的ルールは、それを推奨する伝統以上のものがある。そのような収奪は恐らく所有者の財産利益に対する最も過酷な

48) Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 53 N.Y.2d 124 (1981), at 155 (Gabielli, J., concurring).

49) Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U.S. 419 (1982), at 434-36.

形態の侵害である。

……物理的存在としての財産権とは「それを占有し、利用し、処分する」権利としてこれまで言及されてきた。政府が物理的な財産権を永久的に占有する限りでこれらの権利の束のそれぞれが実際に破壊されるのである。」

これに対し Blackmun 判事が互酬性に関して反対意見を述べている (Brennan 判事意見参加)<sup>50)</sup>。

「もし Exective Law 828条が『永久的』占有を授権し、よって『政府活動が重要な公共の利益を追及するものであることに関わりなく』収用が成立するとすれば、不動産賃貸人に対しその賃貸物件に対する物理的取付けを義務付けている他の全て New York 州法 [筆者註：脚注7は火災避難装置やスプリンクラー消火装置、郵便箱等を挙げている] もまた、それら諸法が賃借人の保護や安全という公益に確実に資することが疑う余地がないとしても、収用となることとなる (傍点筆者)。」

「……Exective Law 828条は有線に占拠された空間を無価値とすることはない。実際問題として、規制によって建物に居住する賃借人は……有線テレビを利用することとなるであろうし、従って建物の転売価値及び賃貸市場における建物の魅力を増加させることになるだろう。」

互酬性論の重要先例である Plymouth Coal 判決は、かつて、炭鉱所有者による採掘権の相互破壊という事案において、被規制者が公衆としての一般的利益 (general benefits) を享受するだけでなく、固有の特別の利益 (specific benefits) をも享受する関係にあることを理由として補償不要と解した<sup>51)</sup>。Blackmun 判事は、Loretto 判決が Plymouth Coal 判決の枠組みで処理可能なことを的確にも示唆したのである。

しかし Loretto 判決は、規制が財産権の本質を破壊する場合には互酬性論は損失補償基準として考慮の余地が無く、たとえ市民的互酬性論により広く互酬の関係を捉えたとしてもそこに限界を設定したのである。

## (2) 負担付開発許可——Nollan v. California Coastal Commission

Loretto 判決による限界設定は負担条件付開発許可に関しても該当し、これまでのところ、負担条件付開発許可に関する損失補償の要否基準として「利益の平均的互酬性」が使用され補償不要の結論が導かれたことはない。海浜地開発の許可条件として公衆通行地役権 (public easement) の負担が求められた Nollan v. California Coastal Commission (1987年) において、最高裁は「許可条件」として永久的物理的占有を課す規制については、増

50) *Id.* at 449, 452 (Blackmun, J., dissenting). 田中英夫もこの Loretto 判決に対して、「本件の場合、設置された有線テレビ用の設備は、占める場所の容積も小さく、かつそれによってアパートの居住が妨げられたり外観が損なわれたりするわけではない。所有者に対してなんら損失を与えるものではなく、むしろアパートの価値を高めるものでさえある」と述べて Blackmun 判事の反対意見を支持している。田中英夫「最近の判例」アメリカ法 [1984—2] (1985年) 146頁参照。

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

進される公共目的と許可条件との間に本質的な関連性 (essential nexus) が充分でないものは有効ではないとし、規制による収用の成立を認めた<sup>52)</sup>。

これに対し反対意見を執筆した Brennan 判事は、許可条件の有補償性を審査する際に Penn Central 判決が要求した「規制の経済的影響」の中で互酬性の存在を考慮し、「上诉人たちは海浜委員会の条件付許可プログラムから更なる利益を得ている。彼らが私有地の境界を越えて海浜に沿って歩くことができるのは、委員会が他の新規海浜開発者の開発を許可する際に地役権設定の条件を要求してきたからに他ならない……」と説いたが<sup>53)</sup>、法廷意見を執筆した Scalia 判事は、「所有地に建築する権利は、たとえそれを行行使する際に正当な許可要件に服さなければならないとしても、governmental benefit と呼ぶには程遠い」と一蹴した<sup>54)</sup>。

類似ケースである Dolan v. City of Tigard (1994年) でも Stevens 判事が反対意見の中で互酬性論を提起したが、法廷意見の直接的応答は無かった<sup>55)</sup>。両判決以降の州判例の主流的審査方法も、負担条件付開発許可に関する損失補償の要否基準として「利益の平均的互酬性」基準は用いられていないようである<sup>56)</sup>。

### (3) 海浜保護規制——Lucas v. South Carolina Coastal Council

Brennan 判事と Stevens 判事による市民的互酬性論に対する最後の反撃は、土地の(半永久的)全利用禁止につき要補償とする基準を樹立した判例として我が国でも既に数多くの紹介がある Lucas v. South Carolina Coastal Council (1992年) で展開された<sup>57)</sup>。原告 Lucas が一戸建家屋の建築目的で購入した海浜隣接地は購入時(1986年)には開発許容地域内にあったが、同土地は2年後の South Carolina 州海浜管理法 (Beachfront Management Act) の制定により指定された海浜侵食基準線の海岸寄りに存していたため、原告は自己の土地上に居住建物を建設することを将来に渡り全面的に禁止された。そこで原告が、同規制の目的の正当性は肯定しつつも収用が成立したと主張した。

法廷意見を執筆した Scalia 判事は、土地所有者が規制により経済的に有用・生産的な土地利用 (economically beneficial or productive use) を全て禁止された場合には、当該土地利用規制が重大な公共の福祉に資する場合であってもそれだけで収用が成立し、補償を要すると判断した<sup>58)</sup>。

52) Nollan v. California Coastal Commission, 483 U.S. 825 (1987), at 837.

53) *Id.* at 856 (Brennan, J., dissenting) (quoting Mahon, 260 U.S. at 415).

54) *Id.* at 833, n2.

55) Dolan v. City of Tigard, 512 U.S. 374 (1994), at 399-400, 402-403 (Stevens, J., dissenting).

56) Carlos A. Ball & Laurie Reynolds, *Exactions and Burden Distribution in Takings Law*, 47 Wm. & Mary L. Rev. 1513 (2006), at 1577-83, n289-n306.

57) 下村誠「損失補償要否基準における『経済的に有益な利用 (economically beneficial use)』概念に関する一考察」関西大学法学論集53巻3号(2003年)、由喜門眞治「最近の判例」アメリカ法 [1995-1], 寺尾美子「土地利用規制と第5修正の収用条項」芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣, 1998年) 参照。

58) Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992), at 1015.

「[Mahon 判決以後の] 70年近くの regulatory takings の法理において、一般的に我々は財産制限が行き過ぎる程度を決定するどんな『公式』をも避けてきた……。しかし、少なくとも二つの別個の政府活動形式については、制限を正当化する公益に関する事実分析審理に依拠するまでもなく補償し得ると言及してきた。第一の包括的規制とは、財産所有者に対し財産への物理的『侵害』を強要するものである (Loretto 判決……)。我々がカテゴリカルに取り扱うことが適切だと考える第二の状況とは、規制が土地の経済的に有益で生産的な利用 (economically beneficial or productive use) を全面的に禁止する場合である……。」

そして Scalia はその経済的利用禁止基準の根拠の一つとして、「利益の平均的互酬性」の成立も期待できないと簡潔に述べた<sup>59)</sup>。

「我々はまだこのルールの正当性を示したことがない。……少なくとも、生産的で経済的に有用な土地利用が全て禁止されるという異常な状況では、関係する全員の『利益の平均的互酬性』を確保すべく (Mahon 判決引用)、立法者が単に『経済的生活に伴う利益と負担を調整 (Penn Central 判決引用)』しようとしているのだとの有り触れた想像にふけるのは現実的ではない。」

これに対し Stevens 判事が互酬性の観点から反論する<sup>60)</sup>。

「……今日、最高裁が分析を怠ったのは……収用分析において最も重要な考慮事項である、規制活動の性格である。[正当補償条項は公平負担原理から成るとする先例を引用し] それ故、我々はしばしば収用法において財産規制の一般性 (generality) を注視してきた。

例えば…… (Mahon 判決で問題となった) Kohler Act と (Keystone 判決で問題となった) Subsidence Act を区別する際、我々は後者の規制機能が相当広範に渡ることを重要視した。地表所有者がかつて石炭会社に売却した諸権利を彼らに取り戻したに過ぎなかった Kohler Act と異なり、Subsidence Act は石炭会社を含め地表所有者全てに等しく影響を及ぼす。恐らく、この一般性原理が最も一般的に適用される事例は zoning である。zoning に起因する価値減少は zoning が一般的総合的な土地利用計画の一部である限り収用と構成されることは滅多に無い (Euclid 判決引用) (傍点筆者)。

どれほど僅かでも永久的物理的侵害があれば収用になるとの推定は完全にこの一般性原理と一致する。物理的収用は、ある程度の特別犠牲 (singling out) を意味するのである……。」

このように Stevens 判事の互酬性論は、制定法の一般的適用性 (generality) の確保をもって成立し、それによって適用範囲も画されると考えられているようである。規制の一般性さえ確保すれば、統治に伴う負担は長い年月をかけて市民間に公平に配分される結果となるからである。しかし Stevens 判事の一般性原理に対し、Scalia 判事が脚注14におい

59) Id. at 1017-18 (citing Penn Central, 438 U.S. at 124 & Mahon, 260 U.S. at 415).

60) Id. at 1071-75 (Stevens, J., dissenting) (citing Armstrong, 364 U.S. at 49, Navigation Co. v. United States, 148 U.S. 312, 325 (1893)).

て次のように論駁している<sup>61)</sup>。

「Stevens 判事の提示する一般性原理には有効な点があるかもしれないが、本件に適用するのは適切でない。信仰内容を対象とすることなく宗教の実践方法を禁止する法の一般的適用……と、土地本体を対象とすることなく土地の価値を破壊する法は同じである。後者のような法として、Mugler 判決で争われたアルコール飲料工場の操業を禁止する刑事法の一般的適用性が思い浮かぶが、そのような法が補償されるべき収用に該当することはない。しかし、土地利用を特に目的とする規制が土地所有者を一般的に侵害することで損失補償を免れるということがないのは、宗教の実践方法を特に規制する法が全ての宗教を禁止することで許されることにならないのと同じである。Stevens 判事の方法論は収用条項を平等保障条項の特殊な言い換えとして表現したに過ぎない。」

こうして、Loretto, Irving, Lucas 判決等が示すように、財産剥奪又は実質的にそれに等しい利用制限であるなど、利益と負担の互酬性が著しく充足されない場合には補償により互酬的關係性を回復する必要があり、市民的互酬性論によっても財産権の本質の破壊を正当化する根拠とは為し得ない。

しかし他方で Loretto 判決の物理的占有基準や Lucas 判決の全利用否定基準の成立範囲は著しく狭いものであり、市民的互酬性論によれば結果的になお規制のほとんどが補償不要となる。

## 5 連邦下級審判例・州判例での展開

以上概観したように、合衆国最高裁は土地利用規制をはじめとする財産権制限に関する損失補償の要否判断をする際に互酬性概念を考慮する場合がある。それはその他の補助基準と並んで利用されるが、傾向として互酬性概念は、損失補償を不要とする文脈ではその存在が結論への追加的なものとして、損失補償を必要とする文脈ではその欠如が決定的なものとして用いられており、損失補償の要否論において重要な位置を占めていると言える。

しかし、そこでの思考の根底で用いられている互酬性概念がどのような内容なのかは確定的なものとはなり得ていない。合衆国最高裁判例の中には互酬性論に関して Holmes と Brandeis の理論を正統に継承する思考方法と、それとは異質の市民的互酬性論の二つの考え方が存在するが、Penn Central 判決の互酬性論を明示的に否定する後続の最高裁判例はなく、両者はなお共存状態にある。そこで問題は、最高裁の損失補償判断の基礎をなす互酬性概念の今後の概念変化の方向性である。以下では、州最高裁や連邦下級審判例における互酬性論の展開の一部を概観し、この点の予測が可能かを検証する。

### (1) 連邦下級審裁判例——Florida Rock Industries, Inc. v. United States

61) See id. at 1027 n.14. Epstein 教授も法の一般適用性だけでは互酬性は成立しないとして Stevens 判事を批判する。Richard A. Epstein, *The Seven Deadly Sins of Takings Law: The Dissents in Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 26 Loy. L.A.L. Rev. 955 (1993), at 969.

1990年代以降、保守的理論傾向を示し続けている連邦下級審では、Reunquist 判事に近い互酬性論の展開が見られる。連邦控訴審判決である *Florida Rock Industries, Inc. v. United States* (1994年) において、鉱山業者である原告・Florida Rock 社が石灰岩採掘目的で取得した湿地帯での採掘許可を陸軍工兵隊 (Army Corps of Engineers) に対し求めたところ、陸軍工兵隊が同地取得後に制定された Clean Water Act 404条に基づき拒絶した為、同地の経済的利用が不可能になったとして合衆国政府に対し補償を請求した。原審である合衆国請求裁判所は原告の主張を認めたが<sup>62)</sup>、連邦巡回区控訴裁判所がこの一審判決を取消し差戻したところ、請求裁判所が再び収用成立の判決を下したので、再び控訴裁判所は不許可処分後の利用の余地等、事実認定と補償判断をやり直させるために事件を請求裁判所に差し戻したが、互酬性については「直接的」である必要があるとして次のような指針を示した<sup>63)</sup>。

「単なる財産価値の減少と部分収用とを区別するのに規制活動の目的及び機能が関連することに関して、政府が重要な公益を追及する際には補償責任から免れるという風に理解すべきではない。そのように理解すれば、収用条項の明白な文言が骨抜きされてしまうことになる……。……規制の負担によって土地所有者の経済的利用が損なわれたと論証するために、事実審裁判所は次のことを考慮しなくてはならない。土地や同様の状況にある他の土地に、規制環境から発生する直接的な補償利益が生じているか？ (傍点筆者)あるいは、利益が存在するとして、利益はコストを少数の者に押し付けたまま一般的広範に地域社会の中で共有されているのか？」

このように Florida Rock 判決は、負担と相殺される利益の発生範囲は問題となっている規制活動に直接由来するものであること、また利益は直接的であることを強調しており、Stevens 判事の理解を否定し、Reunquist の互酬性論に連なるものがある。これに倣う州判例もある<sup>64)</sup>。

しかし寧ろ州レベルでは Brennan と Stevens 的な互酬性論の展開が多々見られる。

(2) Massachusetts 州最高裁——*Moskow v. Commissioner of Dep't of Env'tl. Management* まず Penn Central 判決直後に市民的互酬性論的思考を自然保護分野で用いたケースとして、Massachusetts 州最高裁判決による *Moskow v. Commissioner of Dep't of Env'tl. Management* (1981年) がある。環境管理省長官が同州の内国湿地法 (Inland Wetlands Act) に従い原告所有地の半分を占める湿地に対し浚渫・埋立行為を禁止したので、湿地所有者が収用成立を争った。事実審裁判所は、当該制限が収用に匹敵すると判断し、その理由として湿地規制で利益を享受するのは下流地域であり、zoning や歴史地区保全規制と異なり被規制者が直接的利益を享受することがないことを挙げた。これに対し Penn

62) *Florida Rock Indus., Inc. v. United States*, 8 Cl. Ct. 160 (Cl. Ct. 1985) (*Florida Rock I*).

63) *Florida Rock Indus., Inc. v. United States*, 18 F.3d 1560 (Fed. Cir. 1994) (*Florida Rock IV*), at 1571.

64) Florida Rock 判決の互酬性論を積極的に引用するものとして、*See Friedenburg v. N.Y. State Dep't of Env'tl. Conservation*, 3 A.D.3d 86 (N.Y. App. Div. 2d Dep't 2003), at 98-99.

Central 判決の影響を強く受けた Massachusetts 州最高裁は事実審裁判所の互酬性判断に対し次のように論駁した<sup>65)</sup>。

「原告が何ら利益を享受していなかったとしても、利用規制が収用と構成されることはない。内国湿地法が『ある土地所有者に他者以上の過酷な影響を与えていることは……同法が『収用』となることを意味するものではない。一般的福祉を促進することを目的とした法は普通、ある者に他人以上の負担を課す……』『ある政策……の実行により公共の利益の拡散が産み出され、同様の状況にある全ての財産に適用され得ると期待され、そのことと利用制限が合理的に関連する (Penn Central 判決)』限り、利用制限が互酬的利益 (reciprocal benefit) を生み出す必要はない (傍点筆者)。内国湿地法は洪水・汚濁防止規制目的に合理的に関連しているので、原告に同法を適用しても違憲ではない (脚注4)。」

脚注4：記録が示唆するところでは原告は諸制限から利益を享受しているかもしれない。湿地法によって社会は洪水規制や汚濁防止規制を軽減するための費用の支出を避けることができるので、市民の一人として、原告は同法から利益を享受している……) (傍点筆者)。

### (3) Michigan 州控訴裁判所——K & K Constr., Inc. v. Dep't of Env'tl. Quality

Michigan 州控訴裁判所による K & K Constr., Inc. v. Dep't of Env'tl. Quality (2005年) は、Moskow 判決の理解を一步進め、環境規制でありながらその一般的適用性をもって互酬的關係の実現と見る。同事件は、原告建設会社と投資会社が開発目的で取得した土地の一部(湿地帯)について埋立許可及び建築許可を求めたところ州環境省が州湿地保護法により不許可とした為、原告が補償を求めた事案である。事実審裁判所は規制による収用の成立を認めたが、Michigan 州控訴裁判所は Penn Central 判決の三考慮事項に従って判断を行い、事件を差し戻している。以下は考慮事項の一つである「政府活動の性格」論の中で互酬性について触れている箇所である<sup>66)</sup>。

「『政府活動の性格』については、裁判所は、問題となった規制活動が次のスペクトル (spectrum) のどこに位置するか決定することを要求される。即ち、一方の極にある現実的な物理的収用と、そこから程遠い対極に位置し、『利益の平均的互酬性』を全ての土地所有者に付与する偏在的な政府規制の間のどこに位置するかである。[明らかに物理的収用が問題とならない本件では] 審査の焦点は政府規制が原告を選別し公共善に資する負担を負わせているのか否か、それとも本件で争われている規制行為が総合的 (comprehensive) であり、負担と利益を全市民が比較的平等に受け持つ規制計画に広く依拠するものであるか否かである……。[Penn Central 判決での互酬性論を引用し、また] 実際、Penn Central 判決で述べられた反対意見、即ち、規制が土地所有者の集団に広範囲に適用されるなら規制は本質的に収用とはならないと

65) Moskow v. Commissioner of Dep't of Environmental Management, 384 Mass. 530 (Mass. 1981), at 535 n. 4.

66) K & K Construction, Inc. v. Department of Environmental Quality, 267 Mich. App. 523 (Mich. Ct. App. 2005), at 558-563, *appeal denied*, 713 N.W.2d 268 (Mich. 2006).

の意見でさえ Michigan 州の湿地規制に等しく適用できるのである……。

Michigan 州の湿地規制は、zoning 規制と同様、総合的であり、この州で一般的に適用される。……Michigan 州議会は州湿地保護法の文言の中で、Michigan 州の湿地保護規制が Michigan 州民に様々な方法で利益をもたらすことを目的とすることを明らかにしている。Michigan 州の全ての土地所有者はこの利益をほぼ均等に分かち合い、また全ての土地所有者及び全ての土地購入予定者は湿地規制により州内の土地のほとんどに課された負担をほぼ均等に負うのである。

……本件では、原告達は湿地保護法から全く選別 (singled out) されていない。湿地保護法は土地所有者全ての利益のため Michigan 州の土地所有者全てに適用される規制体系を規定している。実際、我々が地裁の補償内容を支持するとすれば、我々は原告達の利益の為に (傍点原文) 彼らを選別することとなろう……。」

このように Michigan 州控訴裁判決は、埋立規制が有する総合性ないし一般的適用性が zoning 規制と同視されること、それ故に互酬性の成立を説く構造と成っているが、明らかに Lucas 判決における Stevens 判事反対意見の構造と類似するものとなっている<sup>67)</sup>。

#### (4) California 州最高裁——San Remo Hotel v. City and County of San Francisco

更に州最高裁レベルの最近の裁判例の中には、Keystone 判決における Stevens 判事の互酬性論により近い議論を展開するものも見られる。2002年に California 州最高裁で下された San Remo Hotel v. City and County of San Francisco である<sup>68)</sup>。原告 San Remo Hotel が San Francisco 市に対しホテル全室の用途変更 (居住者用から短期滞在者用) の許可を求めたところ、市は、賃貸住宅の安定供給の確保及び定住困難な低所得者等の保護目的で、法定の開発負担金 (impact fee) を要求する市条例 (Residential Hotel Unit Conversion and Demolition Ordinance : HCO) に基づき、負担金支出を条件とする許可を出した。そこで原告が、ホテルの用途変更と開発負担金との間に合理的関連性がなく同条例は California 州憲法 1 条19節に反し補償無き収用であるとして争ったのが事案の概要であるが、原告ホテルの主張の中には、同条例が地域内の一部の財産権にのみ適用あることが挙げられていた。結論として California 州最高裁は開発負担条例を合憲と判断し、開発負担金分野における Nollan 判決の法理を、額等の決定につき非裁量的な開発負担金のケースに拡張することを拒絶した。

さて反対意見は、同条例が互酬性を欠如している点について Frank I. Michelman の論文の一節を引用しつつ次のように論難していた<sup>69)</sup>。

67) この点を指摘するものとして、John D. Echeverria, *The Triumph of Justice Stevens and the Principle Of Generality*, 7 Vt. J. Envtl. L. 22 (2005), at 40, n 106.

68) San Remo Hotel v. City and County of San Francisco, 41 P.3d 87 (Cal. 2002). なお家賃規制に関する Santa Monica Beach Ltd. v. Superior Court, 968 P.2d 993 (Cal. 1999) において反対意見から互酬性論議が提起されていたが、その際には法廷意見からの応答は無かった。

69) Id. at 127 (Brown, J., dissenting) (quoting Frank I. Michelman, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law*, 80 Harv. L. Rev. 1165 (1967), at 1225).

「もし規制が『利益の平均的互酬性』を促進するのでなく、単にある市民集団の犠牲にして他集団の利益確保を企図しているとすれば、それは収用である……。

……勿論、地域社会の低所得者に住宅補助をすることは社会の構成員全てに利益をもたらす……しかし本件ではその共通利益の負担は不均衡なことに77万6700人の市民の中の500人のホテル所有者に課せられているのであって慎重な司法審査が求められる。影響が不均衡 (disproportionate) なので、我々は『集団的に決定された改善 (improvements) に伴う負担は、長い年月をかけて、全員が純受益者になるのに十分均等に分配されるだろうとの確信が受容可能なレベルにまで達し得ている』と言う事はできない……。」

これに対し、法廷意見は次のように反論している<sup>70)</sup>。

「わが同僚の反対意見は、HCO は文面上収用 (facial taking) に該当すると主張する。なぜなら、Holmes 判事の著名な表現に拠れば、HCO は規制を受けるホテル業者に『利益の互酬性』を不十分にしか付与していないからである、と (Mahon 判決引用)。明らかに反対意見は、被規制者の各人が同一の規制から応分の利益を、同時に保障された場合にのみ、財産に影響を及ぼす経済規制を容認するのだらう。Holmes による財産規制の正当化概念が反対意見のものと同じく狭いものであるかは分からないが、しかしともかく、そのような狭い見方は一般的に収用法の発展において支配的ではなかったのである。

Mahon 判決自体においてですら、Brandeis 判事は次のように認識していた。即ち、最高裁が財産利用を制限するポリス・パワーの行使を是認してきた多くの事例において、被規制者は何ら互酬的利益を受けていない、但し『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』と……。以降の多くの困難なケースにおいて、次第に Brandeis 判事の見解が一般化してきたのである。……

[Keystone 判決, 同判決脚注21, Penn Central 判決, 及び Agins 判決の互酬性の説示を引用する]。こうして、要求される利益の互酬性とは単一の法によって財産に生じる負担と利益との正確な均衡にあるのでなければ、全ての土地所有者間の正確なる負担の平等性にあるのではない。そうではなく、民主的社会的な全ての参加者が経済的・非経済的利益の享受を期待することができ、また時には共通善のために何らかの経済的・非経済的利益の犠牲になることが要求される、そのような相互連動的な利益システム (interlocking system of benefits) の中に存在するのである (傍点筆者)。

……HCO の主目的はそれ無しには居住し得ない San Francisco 市民に家賃の負担可能な住居を確保することであるが、それによって観光ホテルを営む者も含む San Francisco 市の全財産所有者に便益をもたらすのである (Penn Central 判決で歴史保全条例が全 New York 市民に利益をもたらした点を参照) ……。

California 州最高裁による San Remo Hotel 判決は、Holmes 以来の互酬性論の変容過程を的確に踏まえ、それを総決算するものである。まず「被規制者の各人が同一の規制から応分の利益を、同時に保障された場合にのみ、財産に影響を及ぼす経済規制を容認する」

70) Id. at 108-109 (quoting Mahon, 260 U.S. at 422 (Brandeis, J., dissenting)).

とする考え方を、Holmes の理解と同一であるかは措きつつも、判例史としては主流的見解ではないと断じる。そして読み直された Brandeis 反対意見をはじめとして、市民的互酬性論に連なる諸判例、脚注を引用した上で、Keystone 判決における Stevens 判事の互酬性論を枠組として採用する。即ち、利益の平均的互酬性とは民主的社会における「相互連動的な利益システムの中に存在する」のであり、被規制者集団の互酬的關係を把握する諸単位（対象物、当事者の範囲、測定期間）の大幅な拡張を容認するのである。

（続く）