

損失補償と互酬性 (reciprocity) (4・完)

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	
第五節 互酬性概念の変容	(以上59巻2号)
終 章	
第一節 互酬性の理論	
1 利益と損失の統合根拠 (givings 論)	
2 分析枠組みの設定	
3 損失補償の抑止機能	
4 私法モデル的互酬性論の正当化	
5 公法モデル的互酬性論の正当化	
6 小括	
第二節 互酬性の社会的意味	(以上本号)

終 章

第一節 互酬性の理論

1922年の Mahon 判決, Jackman 判決において Holmes 判事によりはじめて概念として整理された「利益の平均的互酬性」に関する理解として, 判例上, Holmes 判事の当初の理解に忠実な立場 (Penn Central 判決 Rehnquist 判事反対意見など) と, 互酬性概念の外延を従来よりも集団的に拡張することで補償不要の結論を容易に導き出そうとするもの (Penn Central 判決法廷意見など) とが並存している。しかし前章最終節で検討の通り, 損失補償論における互酬性基準を取り上げた数少ない州最高裁判例や連邦下級審裁判例を概観してみても, 互酬性論に関して裁判所は一定の内容選択「裁量」を行使しているようであり¹⁾, アメリカでの互酬性論の進路は未知である。

1) Christopher Serkin, *The Meaning of Value: Assessing Just Compensation for Regulatory Takings*, 99 Nw. U.L. Rev. 677 (2005), at 695.

しかし、互酬性論につき単なる判例上の展開の描写に留めることなく更なる検討を踏まえなければならない理由は、以下のような最近の状況にある。アメリカ合衆国最高裁は1980年代以降、保守化傾向と共に損失補償を要する政府活動の範疇を明確化する判例法理を展開し、今後ともその財産権重視の傾向は続くであろうと思われてきた。しかしここ最近になって最高裁によりカテゴリー化された要補償政府活動の範囲は、実際には著しく狭いものに留まることが徐々に理解されるようになってきた²⁾。そうした中、損失補償の要否論は公平・平等な負担とは何かという古典的問題に回帰するであろうし³⁾、その場合、公平な負担概念の法理的代替物として「利益の平均的互酬性論」が重要性を増すのではないかと予想されるのである。

ところで「公平な負担」が損失補償論の理論的基礎だとしても、では「公平な負担」とは何かの問題は、財産権の存在理由と相まって一義的に確定するのは困難である。この点につき本稿は、損失補償の機能論の角度から接近を試みる。即ち、論者の理解する損失補償の機能の差異が、互酬性論の多様性、不確定性を帰結するものと仮定する。以下では、多様な互酬性論の位置図を的確に把握する視座を確立した上で、各種の互酬性論の存在根拠を学説理論に求める作業を行う。

1 利益と損失の統合根拠 (givings 論)

まず、損失補償の額の算定時のみならず、なぜ損失補償の要否判断時においても、政府活動により私人にもたらされる利益と損失を同時に考慮する必要があるのかの議論を要する。当然の事理に思えつつも、利益面については損失補償の要否判断時に捨象することも理論的にあり得るからである⁴⁾。政府活動が私人にもたらす利益そのものを法学的に分析する方法論の確立を試みるものとして、アメリカでは近年 givings 論が活発である⁵⁾。

2) その象徴的判例が *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, 544 U.S. 528 (2005) であり、同判例を紹介・分析するものとして、中村孝一郎「規制取用法理における『正統な州の利益の実質的促進』テスト」南山法学29巻3号(2006年)参照。

3) この動向を指摘するものとして、See Nestor M. Davidson, *The Problem of Equality in Takings*, 102 Nw. U.L. Rev. 1 (2008), at 28-37.

4) 岩田規久男「損失補償の経済的側面」東京大学経済学論集43巻1号(1977年)45頁は、損失補償制度と受益者負担制度を明確に区別する。アメリカ立法諸部門も、1990年代前半に流行した損失補償の要否基準の法定化を目論む一連の財産権法案 (Property Rights Legislation) において、政府活動が私有財産にもたらす利益についてほとんど配慮しなかった。See Mark W. Cordes, *Leapfrogging the Constitution: The Rise of State Takings Legislation*, 24 Ecology L.Q. 187 (1997), at 234-38.

5) See, e.g., Abraham Bell & Gideon Parchamovsky, *Givings*, 111 Yale L.J. 547 (2001); Mark W. Cordes, *Fairness and Farmland Preservation*, 20 J. Land Use & Envtl. Law 371 (2005); Daniel D. Barnhizer, *Givings Recapture: Funding Public Acquisition of Private Property Interests on the Coasts*, 27 Harv. Envtl. L. Rev. 295 (2003); C. Ford Runge, *The Congressional Budget Office's Regulatory Takings and Proposals for Change: One-sided and Uninformed*, 7 Envtl. L. & Prac. 5 (1999).

以下で見るとおり givings 論は我が国で言う開発利益の公共還元論に相応しよう。givings については贈益、授益などの訳出が差し当たり可能であるが、無用の誤解を避けるため、以下原語のまま

その代表的論文を公表した Abraham Bell 教授と Gideon Parchamovsky 教授によれば, *givings* とは *takings* (収用) の対概念として措定されるもので, *takings* が政府活動により剥奪される私人の利益, あるいはそのような剥奪的政府活動を示すように, *givings* は特定の政府活動に伴い特定私人が享受する利益, あるいはそのような受益的政府活動そのものを指す。そして *takings* に対して損失補償の要否が問題となるように, *givings* についても公共還元の要否が問題となり, 双子の両者は理論的に統一的運動的に構成される必要がある。Bell 教授と Parchamovsky 教授は, *givings* 論の視座を確立することによって, 政府による私人への富剥奪に対し, 従来の絶対評価以外の相対評価の可能性を試みようとするが, その際 Bell 教授と Parchamovsky 教授は, 本稿で先に触れた19世紀における開発利益相殺論や「利益の平均的互酬性」の議論を参照している⁶⁾。

政府活動にともない私人が享受した利益の回収は, アメリカでも実際に受益者負担制度などで実施されているが, その法理的根拠は⁷⁾, Bell 教授と Parchamovsky 教授によれば憲法上の損失補償要件と存在意義を等しくする。第一に受益者負担制度について語られる(特別犠牲説に対する)特別利益説という平等原則の見地からの一般的論拠, 第二に財政錯覚 (*fiscal illusion*) の防止, 第三に党派 (*fiction*) 暗躍の防止である。以下, 従来説明の乏しい感のある第二, 第三の論拠について検討する。

まず経済学の伝統的説明によれば, 損失補償の存在目的は政府費用の内部化, あるいは政府が財政錯覚 (*fiscal illusion*) に陥り非効率な公共事業を濫発するのを防止することにある。損失補償が未整備ないし不完全な収用法制の下では, 政府は収用によって得られる便益 (A) が補償支払費用 (B) に見合うものか否かを特に吟味することなく収用行动に出がちである。これに対し損失補償制度の備わる社会では, 政府は収用活動を行なう際に費用便益計算を適切に行い (A > B の確保), 効率的な政府活動のみ実施するよう誘発される。従来はこのような費用便益計算を実施する際に, ほとんど補償額の算定にのみ意識が傾注されてきた。しかし *givings* 論の視座からは, 同時に, 誰にどのような利益が帰属したかの確定・計量が不可欠となる⁸⁾。

次に公共選択理論 (*public choice theory*) からの説明が挙げられる。損失補償は「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, 政府がある人々だけにのみ強制するのを禁止すること」にあること⁹⁾, そしてそこで言う「政府」とは, 政治過程における多数決決定であるという想定が共有されてきたが, 公共選択理論によれば, 政治過程は逆に機敏で意思形成をし易い少数集団が, 意思形成にコストのかかる烏合の多

記述する。

6) Bell & Parchamovsky, *supra* note 5, at 549-52, 556.

7) わが国における開発利益概念を整理し, その回収根拠を検討するものとして, 安本典夫「開発利益の概念と, その公共還元の法理」立命館法学233号(1994年)参照。

8) Bell & Parchamovsky, *supra* note 5, at 553-54, 580-84.

9) *Armstrong v. United States*, 364 U.S. 40 (1960), at 49 (“to bar Government from forcing some people alone to bear public burdens which, in all fairness and justice, should be borne by the public as a whole”).

数集団を暗黙裡に制御する場として理解される。政治過程を専横する少数集団は、こうして取用の政治過程においても公益追及ではなく専ら自集団の私益確保を目的としがちである。このような少数集団の専横を監視すべきとする理解の下では、誰が特別な負担を負わされているかという問題と同様に、誰が特別な利益を享受したのかという問題が重要となる。なぜなら、損失補償制度のみが備わり利益回収制度のない政治過程を仮定すると、少数集団は取用権限のみならず補償額決定権限も掌握しているので、財産が取用される個々人は少数集団が付与する補償が完全であればあるほど満足感を覚え、一部集団による政治過程の虜(capture)に無関心となる。これを防ぐには、特別な利益を享受した集団から利益を回収する制度を導入し、少数集団の私益確保インセンティブを下げる仕組みを組み込む必要があるのである¹⁰⁾。

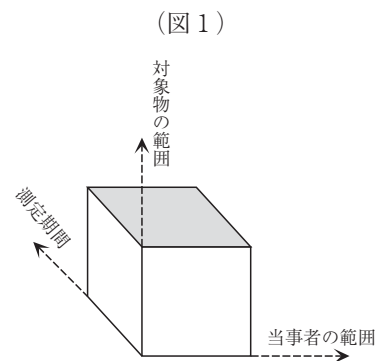
2 分析枠組みの設定

(1) Daryl J. Levinson 教授の取引構造論

Bell 教授と Parchamovsky 教授の *givings* 論は、損失補償の存在根拠との共通性に着目し、当事者間に発生する利益と損失の統合を損失補償の要否判断時に実施する結論に至るものである。そこで次の問題は、当事者間に発生する利害得失の互酬的法関係を把握する為、一方当事者に生じた危害と利益の何をどこまで含めるかの問題に対する法的分析枠組みの設定である。そのような枠組み無しに、損失補償の要否判断の対象たるべき「純被害」を把握することはできないであろう。この点については、本稿は Daryl J. Levinson 教授による憲法上の取引構造(transactional frame)論に視座を得る。

Levinson 教授は、当事者間に発生する利害得失の法関係を把握する為の分析枠組みとして、継続的私法関係を参考にして、①対象物の範囲(subject-matter scope)、②当事者の範囲(groups of individuals)、そして③測定期間(time)という三つの法的座標軸を析出する。この三要素で構成される座標軸は、問題が私法的であれ公法的であれ、必要な分析単位である。そしてこれら三つの座標軸のどこに各頂点を位置せしめ、そこからどのように刃を切り取るかの決定により、個々人に生じた負担と利益を詰め合わせる理論上の箱(transactional frame)が形成される(図1)。

しかし Levinson 教授によれば、このような理論上の「箱」の設定は、私法的関係の場合と公法的関係の場合とで同一ではない。利害得失の法関係が狭い空間内で偶発的・短期的スパンで発生し消滅するという運動が繰り返される私人間の法的紛争の類であれば、私法関係がどのようなものであれ、多かれ少なかれ対象物の範囲、当事者の範囲、測定期間といった法的単位の値はそれぞれ最



10) Bell & Parchamovsky, *supra* note 5, at 553-54, 585-89.

小値近くで設定され、「箱」の形状は小さなものと構想される。Levinson 教授によれば、私法的関係では当然のことながら利害関係者の範囲 (group) を拡大する思考はあまり無く、また議論の対象 (scope) も法律関係の発生原因に即して絞り込む密接性 (germaneness/nexus) 要件思考が存在し、利害得失測定 of 枠組みを狭く設定しがちである¹¹⁾。従って、結果、形成された「箱」に基づく利害損得の計算は、比較的容易に実行し得る。

これに対し、公法的関係については私法的関係におけるほど自明ではない¹²⁾。公法的関係においては対象物の範囲、当事者の範囲、測定期間の三つの法的座標軸を設定するにあたり次のような特徴を持つ。即ち私人と政府は、納税とそれに見合う無数の公共財の供給を通じて利害得失の関係を持つが、その関係は輻輳的かつ持続的である。また政治理論において、私人はしばしば対政府との関係で利益集団として行動し、政府がある私人に公的介入を図る際にも、政府は私人を単体としてではなく何らかの集団の一部として取り扱いがちである。そこで、ある政府活動が公法上の「侵害」として把握される為に必要とされる公法上の理論枠組み、即ち政府活動により個人に生じた負担と利益を詰め合わせる理論上の「箱」の形状は、問題となる公法関係の個々固有の特性、そして論者の拠って立つ何らかの「理論」に応じて、三つの座標軸における値が個々どのように設定されるのか、それによって私人と政府との関係がどのような枠組みで切り分けられるのか、結果、私人の状態が政府活動の前後でどのように変化したと評価し得るか、によって可変する¹³⁾。理論上の箱の設定自体が唯一のものとは決定されない以上、利害損得の計算も容易ではない。

具体的に公法上の理論モデルがどのように多種多様に成り得るのか、その要因につき後に (→3) その一部を検証することとして、本稿は、Levinson 教授の取引構造論に基づく分析枠組みは損失補償法上の互酬性の議論にも適用可能なものと評価し、以下でもこれに依拠する。

Levinson 教授が自己の分析枠組みによって得た結論とは、公法上の理論モデルは私法上のそれと異なって然るべきであるのに対し、これまで公法上の議論は私法モデル (特に

11) Daryl J. Levinson, *Framing Transactions in Constitutional Law*, 111 Yale L.J. 1311 (2002), at 1326-30.

12) 「互酬の関係に関しては、経済的交換、それも同時点における交換から異時点間の交換、更に対応する反対給付の内容が一層不明確なものとなっていく社会的乃至政治的交換に至るまで幅があり、従って互酬の関係を確認しやすい領域とそうでない領域とが混在することが認められる。加えて例えば、短期的・経済的互酬の関数と長期的・社会的互酬の関数、あるいは部分的互酬の関数とそれらを含む全体的互酬の関数とが重層的に存在し得ること、また個人間、集団間の互酬の関数は多種多面的でしばしば錯綜し、またしばしば変化してやまないなど、トータルの互酬の関数は複雑で流動的な性格をもつものと考えられる。」濱本英輔『「互酬」に関する一考察』金子古稀祝賀『公法学の法と政策(上)』(有斐閣、2000年) 161頁の註17。

13) Levinson, *supra* note 11, at 1313-17, 1332-38. なおこの点に関して財政学の観点からであるが、濱本英輔『「互酬」に関する一考察』前掲註(12)は互酬的計算の困難性を指摘しつつも、164頁註21において、「互酬的計算にとっては、受益と負担について、如何なる範囲内で、そのトータル計算を試みるものであるかが極めて重要な意味をもってくる……。ここでいう『範囲』を仮に『財政単位』と呼ぶとすれば、受益と負担に見合った財政単位の設定の仕方の成否が互酬的機能のより適格な作動の決め手になると考えられる」と指摘する (傍点筆者)。

密接性 (germaneness/nexus) 要件思考) を暗黙のうちに前提としてきたきらいがあるのではないか、というものである¹⁴⁾。この点は先に本稿で検討した互酬性論の歴史的展開に即してみても明らかである。

(2) 互酬性論の判例史的展開と取引構造論

まず19世紀の州判例法以来、土地改良事業に伴う受益者負担額の範囲、あるいは残地補償と開発利益の相殺の可否に関して「特別開発利益」と「一般的開発利益」の区別が語られ、政府が黙示的に補償を支出済みであるとして補償額の対象から控除されたのは(州判例の主流によれば)特別開発利益のみであったが、特別開発利益とは、Nichols on Eminent Domainによれば「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」のことであり、黙示的補償の範囲(scope)は常識的に同一の公共事業計画に起因する直接的利益に限定されてきた¹⁵⁾。裁判所におけるこのような思考方法は不法行為責任の範囲の議論と類似するものがある。当事者は当然に被規制者個人であり、また黙示的補償の支給測定期間は殊更議論されることも無いのであり、Levinson教授の分析枠組みによれば私法モデルの影響下にある議論である。

開発利益相殺論の思考方法は財産権制限に関する法的問題を取り扱った一部の19世紀初期の州判例でも展開され、Vanderbilt判決やAlger判決において、公用制限的な政府規制であっても私人への負担はそれに伴う実質的利益によって相殺され合法であるというoffsetting-gains theoryの観念が成立した。これは20世紀初期のHolmes判事による互酬性論の内容を既に一部先取りするものであったが、William W. Fisherが論究したように、その当時の裁判所が採用した思考方法とは「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¹⁶⁾。

Mahon判決、Jackman判決でHolmes判事により判例史の中から発見された「利益の平均的互酬性」論も、私法モデルの影響下にある議論として整理することが一応可能であろう。Holmes判事は警察制限型の互酬性判例(Plymouth Coal判決)のみならず、土地改良事業分野の判例(Wurts判決、Fallbrook Irrigation District判決)をも参照して整理し、利益の性質よりも損失の実質的補填の有無を問う思考方法として概念化した。即ち、「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(Noble State Bank判決)」か否か。そのような思考方法はHolmes判事の時代に既に19世紀におけるVanderbilt判決やAlger判決、またMill法と土地改良事業の合憲性を支持する諸判例に体现されており、Holmes判事はそのリーガル・プラグマティズムからこれらの判例の真意を掘み取り、自身の互酬性論に到達したのである。しかしながら私法モデル的に形成されてきたこれらの諸判例を整理する中で互酬性概念を発見したために、

14) Levinson, *supra* note 11, at 1376-83.

15) 本稿第二章第三節1・2(大阪経大論集58巻7号124~133頁)参照。See, e.g., United States v. Miller, 317 U.S. 369 (1943), at 377.

16) 本稿第二章第二節3(大阪経大論集58巻7号119~124頁)参照。

Holmes 判事の思考方法は、土地改良事業型判例と同じく、基本的に三要素を限定的に捉えようとするものであった¹⁷⁾。関係当事者が負担を実際に相互に負うことを要求し、また負担を補填する利益はいわゆる特別な利益であって規制法体系の同一性が求められている。もっとも、Holmes 判事も被規制者間で負担が必ずしも同等ではない場合があることを了解していたが、それは得失計算の困難という「人間の不完全性」に由来するものであって妥協すべきものであり、負担は受益によって相殺されなければならないと認識していた。なお、このような思考枠組みは Mahon 判決で Holmes 判事の議論を批判した Brandeis 判事においてより顕著と言えよう。

Mahon 判決以後の判例法理の中にも、私法モデルの影響下にある議論が展開されている。Holmes 判事の「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) を要件として取り上げようとした Euclid 連邦地裁判決や¹⁸⁾、Holmes 判事の相互要件理解に忠実な議論を展開した Penn Central 判決における Rehnquist 判事反対意見¹⁹⁾、負担と相殺される利益の発生範囲 (scope) につき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を要求する Florida Rock 連邦控訴裁判決²⁰⁾、また負担付開発許可に補償を要するか否かに関し、負担と負担により増進される公共目的との間に本質的な関連性 (essential nexus) を要求する最高裁判例法理 (Nollan 判決、Dolan 判決) が²¹⁾、このような思考性を示していたのは明らかであろう。

しかし以上のような私法モデルに依拠した理論構築は、Levinson 教授によれば必ずしも自明のものとは言い得ない。互酬性論の変容を印象付けた Penn Central 判決、同判決に強い影響を受けた Irving 判決、及び Massachusetts 州最高裁による Moskow 判決は、個々の被規制者を含む集団全体に課せられた負担が、集団全体が得る利益に見合うものであれば、そこに互酬的關係は成立すると判断したが、これは利害関係者の軸 (group) の範囲の拡張を思考するものであった²²⁾。そこで採用された市民的利益概念とは、特別開発利益よりも一般の利益に近い概念であり、負担との相殺を図る際に集計すべき利益として特別な利益を特段要求しない考え方とも言える。

また Holmes 判事自身も Noble State Bank 判決において、預金者保証基金では被規制者は確率的に言って負担に見合う受益をほとんど期待し得ないものの、「相互保障の枠組みに起因する利益」は負担に見合うとしてその互酬的關係を許容している。保険においては、将来被保険者が掛金全額を回収できるかどうかは重要ではなく、保険金を請求できる資格があることが負担に見合うのである。興味深いことに同様の視点は破壊消防に関する

17) 本稿第二章第三節 5・6 (大阪経大論集58巻7号136~141頁) 参照。

18) 本稿第二章第四節 3 (大阪経大論集59巻2号19~20頁) 参照。

19) 本稿第二章第五節 1 (大阪経大論集59巻2号26~27頁) 参照。

20) 本稿第二章第五節 5 (大阪経大論集59巻2号39~40頁) 参照。

21) 本稿第二章第五節 4 (大阪経大論集59巻2号36~37頁) 参照。

22) 本稿第二章第五節 1, 第五節 5 (大阪経大論集59巻2号23~32, 40~41頁) 参照。Levinson, *supra* note 11, at 1340-41.

古典的先例にも見られ、New York 州最高裁による 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)」に擬えて許容していたのであった。これらの判決では、互酬の関係を計量する際に時間軸 (time) の拡大が思考されていた²³⁾。

更に Keystone 判決の脚注21、及び California 州最高裁による San Remo Hotel 判決の「相互連動的な利益システム」論は、三つの座標軸全ての一般的拡張を是認する外観を呈しており、あり得べき公法的互酬性理論モデルが行き着く終着点を示している²⁴⁾。

3 損失補償の抑止機能

Levinson 教授の取引構造論によれば、公法モデル的互酬性論は、論者の依拠する何らかの理論に応じ、当事者間に発生する利害得失の互酬的法関係を把握する為の座標軸 (対象物の範囲、当事者の範囲、測定期間) をどのように設定するかにより多種多様であり得る。

後に (→4)、このような互酬的關係の測定に関し理論上の箱を狭く私法モデル的に想定する理解と、広く想定する理解の双方の代表的見解を検討するが、その前提として、Levinson 教授の言う「理論」について一定の理解を得ておきたい。

Levinson 教授は政治理論を念頭に置くと思われるが、これについては損失補償の機能の理解という側面から捉え直すことができよう。損失補償の機能として被害者救済機能や損失分散 (loss spreading) 機能、私有財産制保障機能が知られているが²⁵⁾、政府の財政支出面に着目すれば、更に国家賠償に類似した政府活動に対する何らかの抑止 (deterrence) 機能が見出され、そしてそれが何を意味するののかの問題が、論者の拠って立つ政治理論を媒体として変化するのである²⁶⁾。

前述の通り経済学の伝統的説明によれば、損失補償の存在目的は政府が財政錯覚 (fiscal illusion) に陥り非効率な政府活動の実施を防止することにある。即ち、損失補償には非効率な政府活動に対する抑止機能が見出され、この財政錯覚論は以下の損失補償理論の共通思考基盤を成している。しかし政府活動が効率的であることと、そのような効率的政府活動に伴う補償の要否は、理論的に別の問題である。たとえ損失への補償がなくとも、社会的純利益が存在することに変わりがないからである。Nicholas Kaldor の補償原理によれば、「ある経済的变化の結果として利益を受ける人々が、この変化から損失を被る人々に対して十分な損失補償を行なって損失者をむしろ変化以前よりも望ましい厚生状態に移したとしても、受益者になお残存利益があるものとせよ。従って、補償を実際に支払った

23) 本稿第二章第一節1、第三節3 (大阪経大論集58巻7号115、133~135頁) 参照。

24) 本稿第二章第五節3、第五節5 (大阪経大論集59巻2号32~34、42~44頁) 参照。Levinson, *supra* note 11, at 1326-29.

25) 宇賀克也『国家補償法』(有斐閣, 1997年) 390頁, 遠藤博也『国家補償法 (上巻)』(青林書院新社, 1981年) 26~67頁参照。

26) 以下の補償理論を概観するには, *See generally* Serkin, *supra* note 1, at 704-29; David A Dana & Thomas W. Merrill, PROPERTY: TAKINGS (Foundation Press, 2002), at 32-52.

とすれば(傍点筆者)、その後の状態は変化以前の状態をパレートの意味で優越することになる。このような補償の潜在的可能性が存在する場合には、問題の経済的变化を実現することは社会的に望ましい²⁷⁾。従って財政錯覚論は損失補償の要否基準を何ら語るものではない²⁸⁾。

他方で、国家による財の再分配に懐疑的な最小国家観に立つ立場からは、私人に帰責性や黙示的補償の付与がある場合は別として、そうでない政府活動には補償という代償が必ず必要である。この立場からは損失補償の無欠性が要求され、損失補償には政府に私的領域に介入する場合の萎縮効果を付与する機能、国家最小性確保機能が見出される。後述の Richard A. Epstein 教授の見解がその代表とされる。

これに対し、政治過程を、公共精神を有する有徳者により構成され公的諸問題を熟慮に基づく合理的討議により解決する場と指定する公民的共和主義(civic republicanism)によれば、公益追求にあたる政府はむしろ損失補償要件によって過度に抑止されるべきではなく、またその範囲をめぐりいわゆる内在的制約論(nuisance exception)の余地は広がる。後述の Hanoch Dagan 教授の見解がその代表である。

公共選択論的補償理論の下では、前述の通り、少数集団の専横を許さない多元的政治過程が確保されるように機敏な集団の形成を促進する必要性が説かれるので、多数集団の虜(capture)を防止すべく、損失補償は付与されないか小額で付与する方向で理解される。各集団は政治過程において烏合集散を繰り返しつつ自集団に有利となるよう他集団と取引を行なえば良いのであって、「特別偶然の損失」とは、政治過程に意思を決定的に反映し得ない集団に対してのみ生じると理解することとなる²⁹⁾。Daniel A. Farber 教授や William M. Treanor 教授がこのような議論を展開するが、補償の機会が少ないので、結論だけ見れば公民的共和主義にやや近い。

なお、以上の補償諸理論は相互に両立可能なものであって、それぞれが理論的正当性を否定されるものではない。それ故、以下の議論は理論的に正しいものを求めるものではない。

4 私法モデル的互酬性論の正当化

損失補償の要否判断において「利益の平均的互酬性」を採用するにしてもその成立範囲を広く解するのではなく、負担に見合う利益が被規制者「全員」に届く必要があり、そうでない場合には補償が必要とする代表的な裁判意見は、Penn Central 判決における Rehnquist

27) 奥野正寛・鈴木興太郎『ミクロ経済学Ⅱ』(岩波書店、1988年)326頁。

28) 補償原理と損失補償の要否の関係については、高橋滋「続・法と政策の枠組み——法学と経済学との対話」自治研究83巻7号(2007年)30~32頁のほか、経済学上の論争も含め、N. マーキュロ、T.P. ライアン(関谷登訳)『法と経済学』(成文堂、1986年)74~82、122~24頁参照。

29) 問題は何かそのような集団であるかである。Compare Daniel A. Farber, *Public Choice and Just Compensation*, 9 Const. Comment. 279 (1992), with William M. Treanor, *The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process*, 95 Colum. L. Rev. 782 (1995).

判事（当時）の反対意見である³⁰⁾。これは Mahon 判決で Holmes 判事が暗に意図していた互酬性論に忠実な見解であり、それによれば、第一に被規制者が受忍を強いられる負担に見合う利益は、被規制者間で厳格に比例する必要はないにせよ、被規制者自身に直接もたらされることが必要であり、第二に負担と相殺される利益は問題となっている規制活動から直接発生するものに限定される。

学説上でも損失補償の要否判断において互酬性論を Holmes 判事や Rehnquist 判事の理解に限定して使用するべきであるとの立場が有力と言って良いであろう³¹⁾。以下ではこのような互酬性理解の正当性を支える基礎理論を提示する Richard A. Epstein 教授の見解を検討しよう³²⁾。但し、限定的理解に立つ論者の全てが Epstein 教授による最小国家論の正当化に依拠している訳ではない。Bell 教授と Parchamovsky 教授の givings 論はこれとは別種の議論にも関わらず、同様の結論を導いている。

(1) Richard A. Epstein 教授の見解

Epstein 教授は John Locke の社会契約説に忠実な補償理論の構築を試みる。社会契約説における国家の存在理由は自然状態において保護が十分でなかった市民の財産権を保障することにあるので、政府の規制活動の対象がニューサンスなど財産権の本来の権原に含まれない他者への危害行為の場合には補償を要しないが、それ以外に政府が私的領域に介入し損失を生じさせた場合には補償が付与されなければならない。

他方で、規制によって負担と同等の黙示補償 (implicit in-kind compensation) が財産所有者にもたらされて「利益の平均的互酬性」が成立する場合には、損失が無い以上、やはり補償を要しない³³⁾。前述の Lucas 判決において Stevens 判事は、制定法が「一般的」であればあるほど被規制者に黙示的利益がもたらされ利益の平均的互酬性の成立可能性が事実上高まるとしたが、そのこと自体は Epstein 教授自身も認める。なぜならルールの共通性によって「他者も自身と同様の規制に服する」という現物補償が被規制者に黙示的にもたらされるからである。憲法も補償の支給形式までは指定していない³⁴⁾。

しかし法は一般性の外観を用いて個々の市民に特別な負担をしばしば課す。そこで

30) 本稿第二章第五節1（大阪経大論集59巻2号26～27頁）参照。

31) 互酬性を狭く理解すべきとする学説として、See, e.g., 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 1520-22; Jan G. Laitos, *Takings and Causation*, 5 Wm. & Mary Bill of Rts. J. 359 (1997), at 411-14; Gary Lawson & Guy Seidman, *Taking Notes: Subpoenas and Just Compensation*, 66 U. Chi. L. Rev. 1081 (1999), at 1100-03; John F. Fee, *The Takings Clause as A Comparative Right*, 76 S. Cal. L. Rev. 1003 (2003), at 1049-66; Steven J. Eagle, *Planning Moratoria and Regulatory Takings: The Supreme Court's Fairness Mandate Benefits Landowners*, 31 Fla. St. U.L. Rev. 429 (2004), at 469.

32) Epstein 教授の主著『収用』において互酬性論は分析対象として大きく頁を割かれている。Richard A. Epstein, *TAKINGS: Private Property and the Power of Eminent Domain* (1985), at 108-112, 195-282.

33) *Id.* at 108-112, 195-99.

34) *Id.* at 195-96.

Epstein 教授の理解する「利益の平均的互酬性」とは、個々人が負う負担と享受する黙示的現物補償とが実際に釣り合う必要がある。ただその評価は、知識の不完全性や取引費用の問題を前提とすると困難である。そこで Epstein 教授は「比例性に反する影響テスト (disproportionate impact test)」を提案する。それによれば、一般に政府が公用収用権を行使し市民に土地取引を強制する際、政府から市民に支払われる対価（補償）の拠出源はその者自身の納税も一部含まれるので、市民は代金の支払いと財の受領を同時に行う関係に立つが、このように市民が規制者と被規制者との資格を重複する程度が小さければ黙示的補償の程度もほとんどないので明示的補償を要する。これに対し、被規制者全員が取引の両側で同一の部分的利害を有する場合には、市民は「取引」の両当事者者の地位にあるので明示的補償は要しない。しかしそうでなければ些細な財産侵害であれ明示的補償を要するのである³⁵⁾。

Epstein 教授はこの比例性テストが正当化される根拠として、公共選択理論に依拠する。即ちこの比例性テストの下では、少数集団は利益をより獲得しようとするれば他集団に対して一層の負担を負う用意をしなければならず、立法権の党派的濫用を防止するのに役立つ³⁶⁾。Lucas 判決で Scalia 判事は、土地所有者が規制により経済的に有用・生産的な土地利用を全て禁止された場合には、原則として補償を要する場合と推定されるとの基準を提示し、その論拠として、そのような「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、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耽るのは現実的ではない」と述べたが³⁷⁾、これに対して Epstein 教授は Scalia 判事の二分法に対して上記の問題関心から次のように苦言を呈する³⁸⁾。

「……少数集団と多数者双方からの膨大な政治圧力に照らすと、この利益の平均的互酬性が普通に適用されるだろうとの推定になぜ最高裁はいまだに「耽る」べきなのか。ある立法に利益の平均的互酬性が存在する限り、当該立法によって社会的利益全般の改善がもたらされるであろうと確信できる。そのような場合であっても、利益の平均的互酬性はいずれの立場にせよ法律問題 (matter of law) として推定されるべきではなく、証拠によって立証されるべきである。なぜ全面禁止の場合には立法動機として高次の公共目的が推定されないのに、利用制限にとどまる場合には推定されるのか。」

しかし Epstein 教授の理論は、公共選択論に加えて、功利主義的判断が大きいように思われる。即ち、国家の強制交換権能によって取引を強要される市民に対し、自己に課され

35) *Id.* at 206-207, 271.

36) *Id.* at 207-209.

37) *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992), at 1017-18 (*citing* *Penn Central*, 438 U.S. at 124 & *Mahon*, 260 U.S. at 415).

38) Richard A. Epstein, *Lucas v. South Carolina Coastal Council: A Tangled Web of Expectations*, 45 *Stan. L. Rev.* 1369 (1993), at 1374.

る負担と同等またはそれ以上の利益を各人の権原の割合に応じて供給するという原理を確保するなら、各人の権原配分を変更しないという Locke 的要請に背くことなく社会利益の総和を増大させることができ、その帰結はそれを認めない厳格な立場よりも功利主義的に優れる。但し、Kaldor の補償原理では実際に補償を付与するかは仮定的であったが、憲法上は補償を何ら施さないという結論は是認されない。

このような最小国家志向の立場から互酬性論を狭く構成する Epstein 教授の議論は、Levinson 教授の取引構造論においては私法モデルに近似した展開を見る。まず Levinson 教授の言う取引構造論の中の制定法の範囲 (scope)、及び測定期間 (time) の問題について、Epstein 教授はこれを限定的に理解しようとする。比例性に反する影響テストは財の強制取引が単独で実施される場合を想定している。それでは、ある取引において A 集団は一方的に利益を享受し B 集団は損失を一方的に被るとの関係にあるが、別の取引では B 集団が A 集団の損失を基礎に利益を享受する関係にある場合には、実質的に損失補償の問題はないと考えることは可能であろうか³⁹⁾。

「……比例性に反する影響テストは、我々が取引の範囲に関する独自の知識を有する場合にのみ機能するであろう。……二つの取引が共に共通するプランの一部なのでそれらを全体の一部として取り扱え得るとするなら、結果は明瞭のように思える。国家は二つの取引を一まとめにすることができ、一方の取引の不均衡は他方の不均衡で以って相殺されると主張すべきである。しかし二つの法が別個独立に制定されている場合はどうだろうか。……別個の制定法を連結させること一般には憲法上の罣が潜んでいる。一つには、二つの別個の制定法に伴う利益と負担は同一の程度ではないし、人々は集団と集団にきちんと分離されていないことである。一方の制定法の下で、利益を得る多くの個人と損失を被る多くの個人が生じて、ある者はもう一つの制定法の下でも利益を得、あるいは損失を被る者がいるだろう。……もし裁判所が一定の範囲内で、過去から未来の制定法全てを一つの箱に置いて、負担と利益は常に比例していると宣言するならば、それによって一般的規制に対する収用条項を骨抜きにすることができるのである (傍点筆者)。……規制法それぞれからの損失が10であれば、二つを合わせた場合の損失は20であって0ではない。この誤りと戦う唯一の方法は、立法部が制定法の連結を明示する場合に限り、それに従うことである。」

こうして Epstein 教授は制定法が連結を明示する場合に限って「取引」の統合を許容する立場を取る。これに対し、二つの規制法が別々に制定されたものであれば、利害損得の計量も個別に実施され、個々それぞれのケースで損失補償が必要とされる場合もあり得る。

被規制者の範囲 (group) の問題についても Epstein 教授は限定的に理解する。Epstein 教授は、zoning を互酬性の観点から合憲と判断した Agins 判決を部分的に批判する中で、次のように被規制者を個々の捉える観点を強調している⁴⁰⁾。「土地所有者たちがポリス

39) Epstein, *supra* note 32, at 209-210.

40) Epstein, *supra* note 32, at 273.

・パワーの利益を『共有している』ことは重要ではない。問題は、彼らが受け取る利益がどの程度かであり、それは引き渡された財産と完全かつ十分に等しいものでなければならぬ (傍点筆者)。」

しかし以上に見た Epstein 教授の私法モデル的な互酬性論は理論的に自明のものではない。Levinson 教授によれば、Epstein 教授が互酬性の計量単位として制定法の範囲 (scope) を単独法に限定することは一見明快に思えるものの、その根拠付けは Epstein 教授の政治理論に裏付けられたものに過ぎず、それは実際に存在する Keystone 判決等の市民的互酬性論に対する理論的批判として「なぜ利益の集積 (aggregation) をその論理的限界まで拡張すべきでないのか」の説明にならないので、恣意性の点では Epstein 教授の議論は Keystone 判決と同じである⁴¹⁾。実際 Epstein 教授は、破産法制度の合憲性を黙示的現物補償論から支持する際、同制度を Ohio Oil Co 判決におけるような天然資源の採取制限法に擬え、個々の債権者が勝手に債権回収の実現を図るよりも債権回収方法を統一的に制限したほうが債権者全員に安定的に債権回収機会が提供されるとする⁴²⁾。しかし破産法制度に服することで得られる個々の債権者の利益はその債権額の全体に満たないのであるから、結局ここでは市民的互酬性論の如く、集団としての債権者全体が得られる利益と集団全体が失う損失の均衡が思考されており、Agins 判決への批判と整合性を欠く⁴³⁾。

(2) Abraham Bell 教授と Gideon Parchamovsky 教授の見解

Epstein 教授は自ら依拠する最小国家理論に忠実な互酬性理論を展開し、互酬性の成立範囲の拡張引力に警戒したが、このような政治理論による裏付けとは別種の議論からも同様の結論が導かれる。それは当事者間に発生する利益と損失の統合を損失補償の要否判断時に実施する正当性を基礎付けた *givings* 論においてである。

Bell 教授と Parchamovsky 教授は政府活動の性質に応じ、*givings* 概念を物理的授益 (physical *givings*)、規制授益 (regulatory *givings*)、及び派生的授益 (derivative *givings*) の三種に区別する。即ち物理的授益 (physical *givings*) とは放送局開設許可や公有地使用許可など特定私人に対し利用特権を物理的に授けるものであり、規制授益 (regulatory *givings*) とは容積率の増大や地域指定、用途の変更、環境規制の緩和など特定私人に対し利益を非物理的に与えるものであり、派生的授益 (derivative *givings*) とは物理的収用 (授益) と規制収用 (授益) に付随して近隣地域の地価が上昇するなどして近隣住民に棚牡丹 (windfall) な利益を付与する場合があることを指す⁴⁴⁾。

従って、まず *givings* の受益者は個人である。次に *givings* と *takings* の発生要因として政府活動の同一性が要求されている。また *giving* 概念の外延に位置する派生的授益概念は、定義上、個々人が抽象的に享受する一般公益を内容として含んでいない⁴⁵⁾。従って

41) Levinson, *supra* note 11, at 1311, 1343-44, n100. 尤も Epstein 教授の著書は Keystone 判決以前なので酷な批判ではある。

42) Epstein, *supra* note 32, at 224-28.

43) Levinson, *supra* note 11, at 1344-45.

44) Bell & Parchamovsky, *supra* note 5, at 549-55, 63-64.

Bell 教授と Parchamovsky 教授の明言するところではないが、Keystone 判決の脚注21や San Remo Hotel 判決の「相互連動的な利益システム」論は、結論として否定されるものと思われる。

Bell 教授と Parchamovsky 教授が想定する givings がこのように狭いものであるのは、そもそも givings が損失補償論と鏡像対称的 (mirror image) なものとして概念構成されているからである⁴⁶⁾。即ち givings は政府活動にともない私人が享受した利益の中で政府公庫に回収が図られるべきもの、あるいは損失補償と相殺されるべきものとして構想され、その際、それは受益者負担制度について語られる (特別犠牲説に対する) 特別利益説に近いものとして構想されている。

確かに givings の中身を一般的な互酬的利益にまで拡張し、Keystone 判決脚注21の如く損失補償の相殺対象とすることも理論的に可能であり、実際、そのように主張する論者も存在する⁴⁷⁾。しかし Bell 教授と Parchamovsky 教授がそのような理解を採用しないのは、そのような理解を採用すればかえって、例えば富の再分配施策に伴う給付活動 (生活保護や失業給付など) や、非排除性又は非競合性を完全には備えないが政府による給付が望ましいとされる準公共財の消費 (義務教育など) についてまで「賦課すべき授益 (chargeable givings)」と構成し、対価の回収を求めることとなり、結果それは最小国家を目指すことと結論を等しくすることとなるからである。即ち givings による takings 領域への侵奪である。富の再分配施策や準公共財の消費については chargeable givings の対象から除くべきであり⁴⁸⁾、それは伝統的に課税が損失補償の対象ではないことから擁護し得る。こうして givings の中身を特別利益説的に理解する必要があるのである。

従って givings 論は、互酬性モデルとしては、先に見た Epstein 教授に近い枠組みを採用することになろう⁴⁹⁾。

5 公法モデル的互酬性論の正当化

互酬性論の内容を狭く解する上述の理解に対し、利益の平均的互酬性論の外延を拡張する合衆国最高裁及び州最高裁判例の動向の正当化は可能であろうか。以下では Raymond

45) 規制による収用 (regulatory takings) によって derivative givings が生じた事例として、Mahon 判決と Lucas 判決を例示する。Bell & Parchamovsky, *supra* note 5, at 573.

46) Bell & Parchamovsky, *supra* note 5, at 591-92.

47) See, e.g., Andrew W. Schwartz, *Reciprocity of Advantage: The Antidote to the Antidemocratic Trend in Regulatory Takings*, 22 UCLA J. Envtl. L. & Pol'y 1 (2004), at 71-74; Cordes, *supra* note 5, at 385-86. この立場に寄れば、結果的に財産権への剥奪的政府活動で無い限り、補償は不要と判断されることになる。

48) Bell & Parchamovsky, *supra* note 5, at 591-92.

49) しかし、それが唯一の帰結かどうかは不明である。Bell 教授と Parchamovsky 教授は、givings と takings が近接的なものでなければならぬとしつつも、Levinson 教授の言う取引構造論を引用し、givings と takings の取引関係の単位は単純なものでないことを認めている。Bell & Parchamovsky, *supra* note 5, at 599, n239.

R. Coletta 教授, Hanoch Dagan 教授, Frank I. Michelman 教授の見解を順次検討する。

(1) Raymond R. Coletta 教授の見解

Coletta 教授は損失補償の要否論における互酬性要件に先駆的に着目した論者の一人である。Coletta 教授によれば、互酬性概念は確かに、元来ポリス・パワーを行使する際に理論上許容し得ないと考えられてきた公用制限的性格を持つ規制活動を正当化するために創出された理論であるが、他方で現代の都市型相互依存社会において土地財産権は相互に影響し合うという性質が一層強調せざるを得なくなっており、社会的義務を踏まえた財産権概念の現代的再構成が必要であるとの認識の下⁵⁰⁾、Penn Central 判決の市民的互酬性論がその理解の一端を表明するものとして支持する⁵¹⁾。

「社会領域と私的領域という複雑な秩序の根底にあるのは、互酬的利益と負担のシステムである。……私有財産権の存在を支えるのは社会なのであるから、そのような社会の維持に資する規制に黙従することで土地所有者は自ら現実的な利益を得ているのである。

また互酬性論によって、土地の第一義的機能は所有者に利潤をもたらすことだの考えが誤解であることに気付かされる。……財産の経済的価値は土地が位置する社会環境に左右される。……事実、財産権の経済的効用は秩序ある社会の存在から生まれる。地域社会は社会的歴史的文化的な意義を作り出し、財産の市場価値の多くはそれに依拠している。土地の経済価値に対するこのような『社会からの寄与』を文明社会で生きる者の利益の一つと考えると、ほとんどの土地利用規制は互酬的利益をもたらしている。なぜなら、ほとんどの規制は公共目的を実施しているからである。」

一見すると Coletta 教授は互酬的利益を、財産価値を向上させる様々な市場整備コストに求めているかのようであるが、勿論そうではなく、Coletta 教授は財産権の存立基盤としての市民社会を強調することで Penn Central 判決の市民的互酬性論の結論を是認するのである。財産権の社会性を協調する議論は強過ぎる土地所有権に対抗するものとして 1990年代のアメリカ土地利用法学説においてしばしば見られたものであり⁵²⁾、同時期の我が国の状況と重なるものがある。ともあれ Coletta 教授の見解は、互酬性論を土地利用法の基礎理論と理解すべきとすること、と同時に損失補償論としても、互酬性論こそが近隣周囲の土地利用と相互に影響し合うという土地財産の特性に最もフィットするものとして高く評価する⁵³⁾。

(2) Hanoch Dagan 教授の見解

しかし Coletta 教授の議論はある意味で Penn Central 判決以来の判例実務の動向を追認

50) See Raymond R. Coletta, *Reciprocity of Advantage and Regulatory Takings: Toward a New Theory of Takings Jurisprudence*, 40 Am. U.L. Rev. 297 (1990), at 360-64.

51) *Id.* at 363-64. See also Cordes, *supra* note 5, at 382-84.

52) その一端を紹介するものとして、吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000年）440～44頁参照。

53) See Coletta, *supra* note 50, at 347.

するものであり、その理論的根拠は財産権の社会性という以外に明らかではない。この点 Hanoch Dagan 教授が公民的共和主義の立場から⁵⁴⁾、Coletta 教授の議論の展開を試みている。

Dagan 教授によれば、政府活動に伴う社会的負担が市民間で必ずしも均一でない場合があり、また負担に対して直ちに補償が支払われない場合もあるが、互酬性概念への着目によってこの問題の解決が図られる。Dagan 教授によれば、互酬性概念は市民に対し地域社会への帰属意識を自覚させ、また日々の恩恵をもたらす地域社会に対し何らかの返礼を行う義務を想起させる。市民は自己が背負わされる様々な負担にもいつか見返りがあるであろうと政治過程での熟慮に基づく公的活動を信頼するので、不均一な負担を課すかに見える政府の活動にも寛容な態度で接する。このような互酬的態度の実践によって、市民は社会的責任精神を一層強く認識するようになる⁵⁵⁾。Dagan 教授は、このような市民道徳論の法律学上の代替物として「利益の平均的互酬性」を位置付ける。

「[互酬性概念が前提とする(筆者)]社会像は、根本的に人々を、地域社会に根ざした他者と関わるものとして、また継続的な互酬の関係の中に位置する社会的存在であると認識する。これら積極的關係のネットワークによって、他者に対する何らかの義務がもたらされると理解すべきである……。社会構成員であることそのこと自体が特別な義務を意味する。従って……土地所有権がその帰属する地域社会への特別な義務をもたらすのである。……そのような義務は土地所有者に財産利用方法、特に地域社会の他の構成員の生活の質を侵害するような利用に関してある種の制限を課す場合もあれば、土地所有者の社会的責任が、地域社会の公共の福祉を増進させる政府活動によってもたらされる負担の配分において不均一な影響を補償無しに受け入れることを要求する場合もある(傍点筆者)。」

そして Dagan 教授は、次のように「利益の平均的互酬性」の再構成を試みる。即ち、政府活動が仮に個々の私人に不均一な負担を課す規制であったとしても、第一にその負担が極端に財産権剥奪的なものではなく、第二に問題となった政府活動とは同時期でないにせよ別の(過去、現在、未来の)政府活動から受ける同程度の利益によって負担が相殺される可能性が高い、という二つの条件を満たす場合には、損失補償を要求しない法理として理解されるべきである。逆に市民道徳論からすれば、規制に付随する即時的利益によって相殺され得ない損失は全て補償しなければならないという Epstein 教授の議論のような厳密な補償計算ルールは、結局、互酬性の議論を私益に資する限りのものとして利己主義的に活用するに過ぎず、市民的義務を損なうものとして採用し得ない⁵⁶⁾。

54) Dagan 教授は共和主義的財産権観と並んでユダヤ教的財産権観に一部依拠する。Hanoch Dagan, *Takings and Distributive Justice*, 85 Va. L. Rev. 741 (1999), at 773, n99. See also Hanoch Dagan, *Just Compensation, Incentives, and Social Meanings*, 99 Mich. L. Rev. 134 (2000), at 148-50.

55) Dagan, *supra* note 54, at 772-73. See also Marc R. Poirier, *The Virtue of Vagueness In Takings Doctrine*, 24 Cardozo L. Rev. 93 (2002), at 179-183.

56) Dagan, *supra* note 54, at 744-46.

こうして Dagan 教授は、市民道徳論により一時的な不均等負担を許容し、少なくとも被規制者間の互酬的関係の時間軸については、従来の私法モデル的な互酬性論よりも拡張して理解するようである。

Dagan 教授は被規制者間で補償の受け取り時期に差異があることを許容する議論を、市民道徳論以外の論拠からも補強する。第一は保険理論 (Insurance Theory) からの示唆である⁵⁷⁾。私的活動の効率性確保の視点から言えば、損失補償が完全な社会であれば私人は未来の経済活動のリスク計算を怠り保険金 (補償) の支払いを腹算用して moral hazard に陥り過剰投資に走りやすいが、逆に補償の存在しない社会では私人の経済活動は過少投資に陥ることとなり、効率的ではない。そこで損失補償の付与に際し、個々人のリスク回避度 (measure of risk aversion) に応じた「差異」を設けることは社会全体の効率性に資する。第二に、このような損失補償の累進性 (progressivity) は、強過ぎる少数集団の制御を構想する公共選択理論からも要請されるはずである。このように Dagan 教授によれば、損失補償の付与に関して平等原則を形式的に実施する必要は無く、個々人の権力保持の度合いに応じた累進的なもので良い (progressive takings doctrine)⁵⁸⁾。

こうして Dagan 教授によれば、Penn Central 判決のように市民間で負担が不均等に配分された事例においても、それは一時的なものにとどまるのであって、いずれ New York 市の活動に伴う諸々の経済的かつ環境的利益が長期的には個々の市民に配分され、負担の不均一性は解消されると想定されるため、補償不要の結論は是認される⁵⁹⁾。

但し Dagan 教授は自らの長期的互酬性論 (long-term reciprocity of advantage) は被規制者と利益を享受する共同体との近接性 (proximity) に文脈依存すると言及し、理想主義的なコミュニタリアニズムとは一線を画すとしているので⁶⁰⁾、Keystone 判決脚注21に代表されるような、損失補償をほとんど不要と理解する互酬性論とは一線を画すものと思われる。

(3) Frank I. Michelman 教授の見解

補償の受け取り時期に差異があることにつき市民に寛容さを求める Dagan 教授の長期的互酬性論の理論的基盤を提供しているのは、Frank I. Michelman 教授の損失補償法における著名な論文「財産 (権)・効用・公平」(1967年)である⁶¹⁾。右論文において Michelman

57) この理論は損失補償を政府活動に対する公的保険と理解した上で、効率性につき政府活動ではなく私的活動の面に着目する。損失補償の要否論に対する示唆としては、適切な線引きは私人のモラルハザードが起きない範囲で設定されるべきというものであり、また保険会社 (政府) の填補責任を一定割合で免責する小損害控除条項 (deductible clause) も要求される。See Lawrence Blume & Daniel L. Rubinfeld, *Compensation for Takings: An Economic Analysis*, 72 Cal. L. Rev. 569 (1984), at 618-19. 論争の紹介として、T.J.ミセリ (細江守紀監訳)『法の経済学——不法行為、契約、財産、訴訟』(九州大学出版会, 1999年) 180~88頁参照。

58) Dagan, *supra* note 54, at 748-56. この点については、相当補償説や生活補償論にリンクする財産権二分論が想起されよう。高原賢治『財産権と損失補償』(有斐閣, 1978年) 20頁参照。

59) Dagan, *supra* note 54, at 793-98.

60) Dagan, *supra* note 54, at 746, 767-78.

教授は厚生経済学及び政治哲学上の議論を参照し、以下に見る損失補償の要否基準（効用基準、及び公平基準）を提唱したが⁶²⁾、Michelman 教授はいずれの基準においても「時間」の観点を加味して損失補償の要否を思考する重要性を指摘する。即ち、「損失補償の支払いは、利益と負担が長い年月をかけて均等に分配されるだろうとの確信が許容可能なレベルで維持されることと関係する⁶³⁾。」なお Michelman 教授自ら述べる通り、これらの基準は司法過程向けではなく、基本的に政治部門が公共政策を具体化する際の指針として理論的に整理されたものである⁶⁴⁾。

まず Michelman 教授は、ある立法措置に伴い補償を支払うことが社会的効率性を最大化するものか否か、即ちある資源配分の変更が誰かの経済状態を悪化させることなく誰かの経済状態を改善する状況を最大限実現するのはどのような場合か、の観点から以下のような効用 (utility) 基準を提示するが、その前提として、効率的利得 (efficiency gains)、意欲低下費用 (demralization costs)、解決費用 (settlement costs) の三概念を析出した⁶⁵⁾。効率的利得とは、ある立法措置により創出される社会的利益が社会的損失を上回る差額のことであり⁶⁶⁾、意欲低下費用とは (1) 当該措置に補償が支払われない場合に損失を被った者、及び類似の状況下にある者に生じる不効用 (disutility) = 不快感を解消するのに要する諸費用、及び (2) 投資意欲を失った彼らが経済活動を控えることにより生じる社会的損失の総計をいい⁶⁷⁾、解決費用とはこのような意欲低下費用を避けるために損失補償という紛争解決決定に至るまでに要する社会的諸費用（時間、努力、当該補償額など）の総計と説明されている⁶⁸⁾。

そして第一に、多数決に基く集団的な資源再分配決定によって社会にもたらされる効率的利得 (efficiency gains) (E) が、意欲低下費用 (demralization costs) (D) あるいは解決

61) Dagan, *supra* note 54, at 762-66. Frank I. Michelman, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law*, 80 Harv. L. Rev. 1165 (1967). 同論文はその後の損失補償判例・学説に多大な影響を与えた論文であり、この点は同論文の引用回数の歴代順位からも裏付けられる。See Fred R. Shapiro, *The Most-Cited Law Review Articles Revisited*, 71 Chi.-Kent. L. Rev. 751 (1996), at 767. アメリカ法 [1973-2] 163頁以下、同 [1974-1] 37頁以下に、藤倉皓一郎教授による訳出がある。

62) なお、経済学者の岩田規久男教授が Michelman 教授と同旨の分析枠組みを提示されている。岩田教授は損失補償の要否論を「資源配分の効率性と分配の公正の観点から」再検討し、それによれば、資源配分の効率性を高める政策が実施された後、損失を蒙った一部の者に社会構成員が補償を実際に支払うか否かを決定する厚生経済学に言う「分配の公正」基準としては、財産権制限の種類あるいはその内容とは無関係に、個人が蒙る侵害の大きさが基本的人権を侵害する程度か否かよってのみ規定されるべきと主張される。岩田規久男「損失補償の経済的側面」前掲註(4) 44頁。

63) See Michelman, *supra* note 61, at 1179.

64) See Michelman, *supra* note 61, at 1245-58.

65) See Michelman, *supra* note 61, at 1214-15.

66) 岩田規久男「損失補償の経済的側面」前掲註(4) 42~43頁参照。

67) 意欲低下費用の前半については、例えばわが国で言う既存利用の禁止、状況拘束性、地域拘束性、社会通念などが包摂され得るであろう。

68) 解決費用はわが国で言ういわゆる財政制約論的性格を帯びた概念であろう。

費用 (settlement costs) (S) よりも小さい場合 ($E - (D \text{ or } S) < 0$) には、右決定は非効率な措置として差し控えるべきである。

第二に、効率的利得が意欲低下費用あるいは解決費用よりも大きい場合 ($E - (D \text{ or } S) > 0$) には当該政府活動は効率的であるとして許容される。しかしこの場合、(1) 意欲低下費用が解決費用を超過する場合 ($D > S$) には被規制者に補償を要し、逆に (2) 解決費用が意欲低下費用を超過する場合 ($D < S$) には補償は不要とする。こうして、物理的収用又はそれに類する利用規制の場合には、人々の意欲低下の度合いは大きいものの被害者の特定や損失補償額算定にかかる解決費用は少なく済むので補償を要するとされる傾向にあるが、単なる利用規制の場合には、人々の意欲低下はそれほどでもない割りに解決費用は大きく嵩むので補償を要しない結果となる。

さて Michelman 教授がこの効用基準において互酬性の時間的視点を示すのは、評価困難な意欲低下の費用 (demralization costs) を心理学的仮説に基づいて評価する文脈においてである。Michelman 教授は意欲低下費用を、個人の投資に裏付けられた期待を保障しようとする Jeremy Bentham の功利主義的財産権理論に示唆を受けて概念化し、地震や疫病のように将来起こるかもしれない不確実な危険よりも、政治過程の集団的決定がある者へののみ故意に負担を負わせようとする場合のほうが人々の不安は高く、意欲低下費用は上昇すると述べ、それを避けるための措置に以下言及する⁶⁹⁾。

「補償の処理慣行が、戦略的に搾取される可能性につき人々の不安を鎮める目的で実施されるのであれば、補償の要否基準がどのようなものとして現れることとなるか次に問われる……。功利主義的目的から生み出される複雑な補償可能性問題とは、安心の感覚を満たすため、社会的負担と利益を分配する際に長期的にはそれが無差別的に実施されているという幻想を維持する方法を取ることである (傍点筆者)。[関連する要因として] ……例えば、……立法措置には利益と対になった何らかの負担の互酬性が内在しているか (例えば、広大な地域に対し建築開発の制限を課す立法措置のように)、それともその立法措置は利益と負担を別々の人間にもたすものであるか……。」

こうして Michelman 教授は、厚生経済学の知見から互酬性理論を時間軸について拡張する結論を導き出す。

損失補償を考察する上での時間的視点は、同様に公平 (fairness) の基準からも導かれる。その際、Michelman 教授は John Rawls の正義論 (主に第二原理) に依拠する⁷⁰⁾。正義に関する Rawls の著名な第二原理とは、論文執筆当時の Michelman 教授の整理によれ

69) See Michelman, *supra* note 61, at 1218.

70) Rawls の三論文「公正としての正義」「憲法上の自由と正義の概念」「正義感覚」(田中成明編訳『公正としての正義』(木鐸社, 1979年)所収)が引用されている。Michelman, *supra* note 61, at 1219. その当時既に公刊されていた、格差原理 (及びその背後にある互酬性原理) を具体化した「分配における正義」(『公正としての正義』所収)や A theory of justice (Harvard Univ. Press, 1971) は公刊時期の関係で参照されていない。

ば、「異なる取扱いを強いる処理は、次の場合に限り公正である。(a) 全員が異なる取扱いを受ける地位に立つ機会をもつこと、そして (b) その処理が全ての参加者の利益を創出することが合理的に想定し得ること」とされる⁷¹⁾。Rawls の第二原理を補償の要否決定に関する明晰な公正基準に変換することは容易ではないとしつつも、Michelman 教授は補償の要否問題に関連した公正の理念の析出を次のように試みる⁷²⁾。

「我々が知りたいのは、補償しないという特定の決定が公正か否かである。まさにこの問題を問うことにより、我々は失望した請求者の視点を採用し、彼の次のような能力を想定する。即ち、(a) 自らの扱いを評価し、ある期間にわたる自己への利点を計算する能力（……）と、(b) 問題となった特定の決定が他の人々の状況にも一貫して適用されるであろう一般的な処理慣行を特別に表現するものである、と認識する能力である……。

従って、この特定の事例において補償するという明確な決定と、補償しないという明確な決定によってそれぞれ象徴される二つの一般慣行を比較することが重要である。そして非常に重大な問題は、いずれの一般慣行が彼の忍耐や想像力、人格的同一性を予測する能力をカバーする期間内に、彼の機会を最大化するかである……。

……厳格な補償慣行の下での危険とは、[高過ぎる] 解決費用によって効率的諸計画を放棄せざるを得なくなることである。……彼がなぜそれに関心を大きく寄せるのかといえ、配分形態がどのようなものであれ、社会的産出量が大きくなれば彼が与る分配も大きくなるからである。厳格でない補償慣行の下での危険とは、効率性を志向する社会的計画の負担を集中的に負わされることである……。」

以上の検討を踏まえ、Michelman 教授は損失補償に関する公正基準を次のように公式化する⁷³⁾。

「補償しないという決定も、補償が支払われずに失望した請求者が次の事実を当然に理解し得る限り、不公正ではない。即ち、そのように補償しないという決定に処理慣行が合致してこそ彼と同様の状況にある人々に及ぶ長期的危険性がより少ないのであり、反対に補償するという決定から想定される慣行では自然と長期的危険性はより増すだろうと理解される限り（傍点筆者）、不公正ではないのである。」

公正基準によれば、例えば利益と負担の互酬的關係が明瞭な場合や、補償なしとされた負担と同一の負担を自己以外の多くの者が付随的に賦課されているような場合には、そのような政府活動に補償性を見出すには解決費用が高すぎ効率的諸計画を放棄せざるを得な

71) Michelman, *supra* note 61, at 1220. もっともこれは Rawls が構想した最初期の第二原理であり、ここには格差原理は精緻化されていない。Rawls 第二原理の再定式については、ロールズ（田中成明ほか訳）『公正としての正義再説』（岩波書店、2004年）75頁参照。

72) Michelman, *supra* note 61, at 1221-23.

73) Michelman, *supra* note 61, at 1223.

くなるので、補償不要の選択は不公正ではない。

このように Michelman 教授は厚生経済学のみならず政治哲学的判断からも、一般的ルールが長期的に見ればそのルールにより負担を課される集団の利益に資するのであれば、短期的には不平等な規制態様になったとしても許容される、という分配的公平の仮説を提示する。その仮説は個人に課される特別な負担も、そのような負担から派生する一般的利益の長期的集積によっていずれは集団内で均等化されるであろうとの確かな信頼に依拠する。Michelman 教授の議論は結果的に政府の福祉国家的諸計画や課税の合憲性を支えることを企図するものである。しかし同時に土地利用規制にも理論は十分に適用し得るし、それは互酬性理論に関して時間軸の拡張を許容する結論を導き出すものである。この観点から Michelman 教授は効用及び公正基準を次のように収斂させ要約する⁷⁴⁾。

「確かに、集団的活動 (collective action) は、……究極的には全員の自己目的の達成を促進するものでなければならず、また、それを「差別」なく実施しなければならない。そして後者の要件は、全員が純利益を平等に分け合うような、あらゆる集団的政策 (collective measure) に伴う利益と負担を分配する方法が発見された場合に最も充足されることは明らかであろう。しかし、そのような完璧な処置は明らかに達成不可能である。効率性を志向する集団的諸政策は、無数の人々に対し不平等な負担を一様に課す。その不平等性は損失補償によっては実際、解消し得ないだろう。この問題に直面して、我々は次のような確信が許容可能な程度にまで達し得ていると喜んで信じるだろう。即ち、ある状態の改善を集団的に決定する際に生じる負担は、長い年月をかけて、全員が純受益者 (net gainer) になるのに十分『均等に』分配されるだろうとの確信である。損失補償の実施の機能とは……、その確信を「許容可能な」程度に維持するという強い必要性の感情を充たすこと——長期的には「平等化する (evenness)」という一般的期待を正当化することである (傍点筆者)。この必要性を生産最大化における社会的利益に立ち戻って参照せざるを得ないと感じるのであれば、それは損失補償に関する功利主義的方法と呼んできたものが結論となる。しかしその必要性が、人間の存在条件に完全に根ざすものとして、それ自体として、またそれ自体に価値を認めて受容されるのであれば、効用ではなく正義あるいは公正が損失補償の鍵となるであろう。」

6 小 括

以上のアメリカ法諸学説の議論を要約すれば次の通りである。Mahon 判決等において Holmes 判事が理論的に整理した「利益の平均的互酬性」概念は、Levinson 教授の取引構造論に分析視座を得れば、対象物の範囲、当事者の範囲、測定期間のいずれも狭く想定するものであり、暗黙裡に私法モデル的に構築されていた。このような Holmes 判事の私法モデル的互酬性論を理論的に正当化しようと試みる場合、Epstein 教授のように最小国家論に依拠するものもあれば、反対に最小国家論を否定すべく政府公庫への回収対象を特別な受益に限定しようとする思考方法の結果、同様の結論を導くものもあった。

74) Michelman, *supra* note 61, at 1225.

反対に Penn Central 判決に端を発する互酬性論を拡張しようとする判例傾向（市民的互酬性論）の理論的正当化は、財産権の社会性の観点から Penn Central 判決の結論を高く評価する Coletta 教授を別とすると、公法モデル的互酬性論者によっても部分的なものに留まっているように思える。Penn Central 判決以前に執筆された Michelman 教授の論文は、政治道徳論あるいは厚生経済学の知見から、Levinson 教授のいう三要素のうち時間軸についての拡張の許容を結論付けていたに過ぎない。また公民的共和主義の立場に立つ Dagan 教授が Penn Central 判決を評価するのも時間面の観点からである。しかし Penn Central 判決における Brennan 判事の市民的互酬性論の真意は、Mahon 判決における Brandeis 判事の「文明社会で生活し商いをする利益」概念を、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、という行為規範論的文脈で使用することで、互酬的關係をより集团的に把握し当事者の範囲を従来よりも拡張しようとする集团的構成にあり、公民的共和主義と主張の共通する部分はあるものの時間の視点が正面から述べられたものでは必ずしもない。

結局、Penn Central 判決による互酬的分析枠組みの拡大の真の正当化は、部分的にしかな成功し得ていないと評価せざるを得ないであろう。

以上でアメリカ損失補償法における互酬性論の検討を終える。アメリカ損失補償法における互酬性論は、そのみで損失補償の要否が決定的なものとはされないにせよ、本稿で検討してきたように、判例史又は損失補償学説において目立たないながらも重要な位置付けを占め続けてきた。前述の通り、アメリカ法では損失補償の要否論は公平・平等な負担とは何かの問題に回帰することが予想され、その点で互酬性論の問題設定は重要性を増している。そして互酬性に匹敵する議論の精緻化は我が国でも今後要求されることになろうと思われる。以下その点について若干の言及をし、結びに代えたい。

第二節 互酬性の社会的意味

日本の損失補償法においても、法に基づく相互関係の形成の結果、被規制者間でどのような利益を相互に享受し合っているかに関して二つの見方が存在する。本稿冒頭で検討の通り、警察秩序維持に属する利用調整に関して被規制者間での利益と負担の互換性を厳格に捉える消極的理解と、効率の観点から財産利用方法に対する再配分を実施することを念頭に被規制者間での利益と負担の互換性を緩やかに捉える積極的理解である。

(1) 消極的理解

しかし互酬的關係を把握する際に消極的利益の相互交換のみを想定する見解は、もはや少数説と言い得よう。但しこれまでのアメリカ法研究から窺われるように、「都市計画の歴史的な展開根拠」として広渡教授が指摘されるアメリカ的類型としての「都市共同体の市民の相互拘束という筋道での理解」とは⁷⁵⁾、自己が財産を有害に利用しないことで他者

75) 広渡清吾「都市法の論理と歴史的発展」原田純孝ほか編『現代の都市法』（東京大学出版会、1993年）52頁註1

からも有害な財産利用を被ることはないという利益を享受し合う市民的相互拘束性を指し、そしてこのような歴史的な文脈から互酬性概念が生成し、警察制限の無補償性を部分的に根拠付けてきた点が想起されなければならない。またこのように「互いに傷つけ合わない」という互酬性概念を基盤にしてこそ、「互いに協力し合い何か有益な利益に与る」というその後の互酬性論の目的横断的な展開があったものと思われる。我が国では警察制限無補償論の根拠として互酬性論が正面から意識されることは、その他の正当化理論に隠れあまりないが⁷⁶⁾、従来の消極的理解の意義は互酬性論の基礎理論を提示していた点に見出すことが可能である。今村説にいう「当該財産権の存在が、社会的共同生活の調和を保ってゆくために必要とされるものである場合」とは単なる相隣関係を意味するのではなく、相隣関係の背後にある互酬的關係の基礎形態を示すものとして理解されるべきである。

さて、用途地域ほか地域地区制についての損失補償が否定される根拠として、それが相隣關係の性質を持つというのみならず、財産利用方法の配分の有り方として効率的であるという観点に立つ見解は、現在の我が国で多数説的と評価し得よう。しかしその内部では次に見るとおり二つの理解が対立しているように思われる。両説の差異は、土地利用規制に伴う負担に対し、それに見合う利益享受の確保が保障される限りで許容されると理解するか、保障の見込みでもって許容するかの相違である。

(2) 積極的理解①

後者の見解から言えばそれは遠藤教授に代表されるもので、遠藤教授は「それぞれの地域の都市機能を純化し、特化したうえで適当に配分することによって、全体として都市機能の高度化と都市生活環境の保全をはかっている。これらの利益の享受者はほかならぬ当該都市の住民である。局部的・短期的視野でみるかぎり、敷地を存分に使えないとか、やりたい商売ができないなどのマイナスは否定できないが、全体的・長期的視野で見れば、自分もそのマイナスによってえられる利益に均霑^{きんけん}することが可能である以上、補償は必要ないと考えられているのであろう(傍点筆者)」と述べられていた⁷⁷⁾。

この見解に対しては、次の諸点に言及したい。第一に、引用箇所は用途地域制の文脈に限定されるが、互酬性論に関する Levinson 教授の分析枠組みにおける時の要素が示唆されていたことが注目される。この点で、互酬性論を公法的に構想しようとする見解と言えよう。「時」の要素への着目は、規制実施後の期間の不相当な長さが補償の要否に影響を与えるとする狭義の都市計画制限(都市計画法53・54条)に関する我が国での議論にも存在するが⁷⁸⁾、損失補償の要否決定の思考方向としては反対に向くものである⁷⁹⁾。

76) この点大橋洋一教授が、警察制限に損失補償が不要と結論付けられやすい理由として「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」ことを挙げ、逆に公用制限の場合には「特定者の犠牲の上に、社会構成員が便益を得るわけであり、犠牲者と便益の受け手との間に必ずしも互換関係が存在しない」と指摘されている。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。また柳瀬良幹『行政法教科書(再訂版)』(有斐閣, 1969年)201~202頁も参照。

77) 遠藤博也『行政法スケッチ』(有斐閣, 1987年)253頁。

78) 遠藤博也『計画行政法』(学陽書房, 1976年)224~229頁, 野呂充「都市計画制限と損失補償」広島

第二に、このような時の視点は我が国における土地利用規制に対する補償実務についての部分的説明を与えよう。即ち我が国では公用制限立法に補償規定があったとしても、裁判例で実際に損失補償を肯定した事例は無く、実務上、森林法35条の指定補償規定以外は機能していないと指摘されている。この点につき、時の観点、即ち仮に利得と損失の相殺が測られなくてもいずれは負担に見合う利益の享受の見込みがあるとして、市民間の不平等の許容を求めるという説明もあり得ると思われる。他方で、自然公園法分野の実務状況については状況拘束性理論が提示されているが、同理論に依拠しないとすれば、時の観点だけでなく、相互関係構成員を集団化し、利益範囲も拡大させる必要があろう（市民的互酬性論）。しかしこれらの方法は、いまだ考察の途上にあるのは先に見た通りである。

第三は、この見解を帰結する政治理論の存在である。我が国における損失補償の要否判断に関する学説上の特徴として、論者の結論を支持する際にその依拠する何らかの政治理論から演繹されることは、暗黙に認識はされていると思われるものの⁸⁰⁾、ほとんど無い。しかしわが国における損失補償の要否判断に関する学説の多くが依拠する補助基準の総合考慮説の内部には、どのような思考方法を採用すべきかをめぐり隠れた対立があり、これと政治理論とを部分的に関連付けようと試みることはそれほど困難ではない。

即ち、損失補償の要否に関して複数の基準を総合考慮する際に最重要考慮基準を措提するか否かに関して、多元的思考方法と一元的思考方法の相違が見られる⁸¹⁾。我が国の多くの論者が採用する補助基準論とは、個別の補助基準に価値の優劣を認めず、補償基準を多元的に考察するものである。ここでは仮に多元的総合考慮説と呼ぶこととする⁸²⁾。例えば遠藤教授は内在的制約であるか否かの判断として、「同じ建築の全面禁止といっても、都市部と、生活に必要な公共施設の乏しい都市郊外と、さらに人跡未到の原生自然の中とでは、その過酷さの程度が違う。また、建築禁止の理由によってもおのずからちがってくるであろう。侵害の程度、強度は、このような事情を考慮に入れて実質的に判断するとき、地域特性や規制理由を総合判断してえられる前提におくべき基準の高低によって左右されることになる。……侵害の程度、強度というものも、判断の基準といわんよりは、むしろ、

法学20巻2号（1996年）参照。

79) 但し最判平成17年11月1日判時1928号25頁において藤田宙靖裁判官の補足意見は、「当該制限に対する……受忍限度を考えるに当たっては、制限の内容と同時に、制限の及ぶ期間が問題とされなければならない」として補償を決定的なものとする観点からの「時間」の要素を明示するが、更に規制が単純に長いか短いかではなく、「その制限が都市計画の実現を担保するために必要不可欠であり、かつ、権利者に無補償での制限を受忍させることに合理的な理由がある」か否かの問題と関連付けて判断されるべき旨を示唆されている。岡山地裁平成14年2月19日判自230号90頁、野呂充「判批」民商法雑誌134巻4・5号（2006年）参照。

80) 田中二郎『新版行政法上巻（全訂第2版）』（弘文堂、1974年）211～12頁。なお角松生史「憲法上の所有権？」『社会科学研究』45巻6号（1994年）20～26頁、藤田宙靖「土地所有権の制限と損失補償」『西ドイツの土地法と日本の土地法』（創文社、1988年）参照。

81) 安本教授は「実質的基準による二つの軸」と「基本的には1つの軸による構成」として対比する。安本典夫「土地利用規制と補償（1）」『立命館法學』223・224号（1993年）416、419頁参照。

82) 遠藤博也『行政法スケッチ』前掲註（77）245頁参照。

さまざまの事情を総合判断してえられた結論を表現したに近い」と述べられていた。

しかし当然のことながら、このような「複数基準ないし複数要素の総合考慮という手法には、常に、それらの基準ないし要素をいかに組み合わせるべきか、また、基準間ないし要素間での衡量の妥当性をいかにして担保するか、という問題が残る」のであり⁸³⁾、理論的曖昧さを宿命的短所として持つことになる。結果としてそのような思考方法は、裁判所をして土地利用規制に補償を認めない傾向に誘い、政府の無補償規制を追認する役割を担いがちとなる。

論者によりどの補助基準がなぜ選択され、どのようなものとして設定されるのかという問題は、何らかの政治理論の指定と無関係とは言い得ないものがある。実際、このような理解の差異が、互酬性の理論構成上の差異にも一部影響しているものと思われる。

(3) 積極的理解②

第二の見解は、効率性確保の視点から用途地域制の合理性を認めつつも、土地所有者たちが利益を共有していることよりも、「彼らが受け取る利益がどの程度かであり、それは引き渡された財産と完全かつ十分に等しいもの」か否かを厳格に問う思考方法である。例えば経済学者の岩田教授は、「財産権の制限の内容によっては、個人は、その財産権制限から、一方で利益を受け、他方で損失を蒙ることがある。しかし、その場合でも、補償すべきかどうかを決定するにあたっては、損失のみを考慮すべき」とされ、各個人が享受する利益については課税や料金徴収によって利益吸収を図るべきであると述べられている⁸⁴⁾。

また西莚教授も、後述の通り補償の要否判断の際の補助基準の使用については制限の程度(本質的制限であるか否か)を中心に判断すべきとする理解を提示し、互酬性は二次的な基準としてのみ捉えるので、「用途地域の規制などについては、確かにこの基準は有効であろう。しかし、それ以外の場合にはあまり当てはまらないから、その射程範囲は広いとはいえない」として低い評価しか与えていない。また「制限を受ける者が同時に利益を得ているにしても、損失の方がはるかに大きいという場合もあり得るから、この基準も一応の目安に過ぎない」としているので、損失に見合う利益を厳格に要求している⁸⁵⁾。

このような見解については次のことが指摘し得よう。第一に、これらの見解は Epstein 教授の議論と親和的で、私法モデル的な互酬性理解と評価し得る。Epstein 教授の理論は、被規制者への確実な補償体制が確保されるなら経済的効率性を追求することは望ましいとの功利主義的判断に一部基づいているからである。但し、そのような分析範囲を広げすぎない割り切った理論枠組みは、私法的発想に馴染んだ我が国の裁判所が利用する道具概念

83) 倉島安司「状況拘束性論と損失補償の要否(上)」自治研究76巻6号(2000年)111頁。

84) 岩田規久男「損失補償の経済的側面」前掲註(4)45頁。相隣関係法理が適用される地域地区制についても、「利益と損失は個人にまで還元して考えなければならない。……互譲の精神に基づく相隣関係理論とは、指定替えあるいは指定に伴う市場の調整が完了した後に適用すべき法理であり、調整過程に発生する損失にその法理を適用して、これを無補償とすべきではない」とする。同47頁参照。

85) 西莚章『損失補償の要否と内容』(一粒社、1991年)87頁参照。

としては実務的有用性が高いようにも思われる。

第二は、これらの見解を帰結する政治理論の存在である。機能的に政府の無補償規制を追認する役割を果たしやすい前述の多元説的思考枠組みを批判して、上記見解は財産権剥奪と同じく財産権制限の場合にも明確な補償基準を設定すべきことを志向する補助基準論を想定する。損失補償における公平負担や財産権保障の理念は権利剥奪の場合と利用制限の場合とで異なるべきでないと考えられるからである⁸⁶⁾。このような立場を一元的総合考慮説と仮に呼ぶこととする。この立場は、損失補償の要否についての決定基準を複数想定し得るとしても、最重要考慮要素を明確にすることは可能と考える。

例えば西埜教授は、補助基準の総合考慮を前提としつつも、「補償の要否は、制限の程度（本質的制限であるか否か）を中心に判断されるべきであり、制限の目的や状況拘束性等は、二次的な基準として捉えられるべきであろう」「規制の根拠・目的と規制の程度が同レベルにおいて考慮されることになれば、結果的には、社会的制約として無補償で規制される場合がきわめて広く認められるということになるであろう」として、補助基準論の枠組の中で最重要考慮事項（制限の程度）を明確にし、その他の補助基準（規制目的、土地の状況、従前の利用方法、制限の期間）は二次的基準に過ぎないとする⁸⁷⁾。

第三に、しかし Epstein 教授の議論と、我が国における建築基準法や都市計画法、国土利用計画法などの土地利用規制諸立法の構造に貫徹されているとされる「必要最小限規制原則」的思考との類似性に留意が必要であろう。わが国土地立法における「必要最小限規制原則」とは⁸⁸⁾、土地所有者に建築の自由、開発の自由を前提として認めた上で、土地諸法が規制を課すにせよその対象（活動規模、区域）及び目的は公共の利益への差し迫った障害を除去する為に必要な最小限のものにとどまるべきであるとする消極主義的、対処療法的発想を指し、その結果それ以上の私権制限を実施すれば過剰規制なのであって、土地基本法2条にいう公共の福祉「優先」条項もまた憲法29条2項でいう「適合」の枠を超え得るものではないとする考え方を指す⁸⁹⁾。

しかし互酬性論からいえば、「利益制限は各個人にとって必要最小限であるべき、というのは当然想定されることではあるが、具体的にみれば無制約の利用の自由が最大限の利

86) 玉巻弘光「都市計画と財産権の保障」佐藤功先生喜寿記念『現代憲法の理論と現実』（青林書院、1993年）184頁参照。

87) 西埜章「財産権の制限と損失補償の要否」法政理論33巻1号（2000年）30、17頁。西埜章『損失補償の要否と内容』前掲註（84）82～87頁も参照。

88) 必要最低限規制原則を分析し対処を考察するものとして、藤田宙靖ほか編『土地利用規制立法に見られる公共性』（土地総合研究所、2002年）の諸論稿、大貫裕之「土地利用規制立法における『必要最小限規制原則』の克服・再論」法学67巻5号（2004年）、亘理格「計画的土地利用原則確立の意味と展望」藤田退職記念『行政法の思考様式』（青林書院、2008年）を参照。また文化財保護法制における重点保護主義的思考方法の問題点を考察するものとして、亘理格「都市計画と景観保全法制」山下健次編『都市の環境管理と財産権』（法律文化社、1993年）参照。

89) 藤田宙靖「土地基本法第二条の意義に関する覚え書き」『行政法の基礎理論（下巻）』（有斐閣、2005年）、亘理格「土地利用規制と景観法」ジュリスト1314号（2006年）25頁以下参照。

益である、ということはある場所に存在するある土地にとって必ずしも必然ではない。ある地域においては一定の規制があることにより付加価値を生じたとされるような場合を想定すると、規制が少なければ少ないほど利益が大きいとは言い難い、というのが土地の特徴」であり、最小限性の規定そのものが不可能な場合があるとの見上教授の指摘が参照されよう⁹⁰⁾。必要最小限原則における財産権への過度の配慮思考方法と、Epstein 教授の議論とが基盤を共有するものがあると理解されるならば、私法モデル的互酬性論を無批判に受容することはできないであろう。

(4) 結びにかえて

本稿冒頭で述べたように、本稿の課題は今村説にいう損失補償が不要な社会類型＝「当該財産権の存在が、社会的共同生活の調和を保ってゆくために必要とされるものである場合」が何を想定し、どこまでそこから広がるのかであった。今村説では互換的な相隣関係が念頭に置かれていたと思われるが、しかし人々が相互に拘束し合い、結果として何かの利益を享受している場合、その利益の性質が何であるかに関わりなく人々が互恵の関係に立つことがあり得ることから、本稿は相隣関係も含めより包括的な概念を措定することが損失補償論において有用と考え、このような市民の相互拘束性を仮に互酬的關係と呼び、その構成の多様性を検討してきた。この点は行政権が都市生活に対し実施する多様な調整活動を観察する都市法論においても有用と思われる。

ところで、利益を受けた者が同等物を他者に返すことは時間的に即時的なものでなければならないと常に言い得るであろうか。経済的交換と異なり、人々が社会的利益を互酬、交換する上でのタイムラグは社会生活を営む以上想定範囲内であるとすれば、そこに積極的意義も見出される。マリノフスキー (B. Malinowski)、モース (M. Mauss) 等による原始社会における財物交換の観察に関する人類学的研究を経て、ポランニー (K. Polanyi) 等の経済人類学者が得た知見によれば、互酬性の原理的意義とは、ものを与え、受け取り、返礼するサイクルの中で送り手と受け手間の紐帯、社会的関係、連帯感を強化する社会的な結合原理にあるとされている⁹¹⁾。更にサーリンズ (M. Sahlins) は、互酬性がそのようなものとして把握される際には交換当事者間の社会的距離の遠近にも依拠するとした⁹²⁾。

勿論、社会学や人類学における互酬性論の意義は、法学上の議論に直ちに演繹し得ない。しかし人間社会が互酬性原理を一つの導きの糸にして発展してきたのは事実であろうし、このような社会学や人類学における互酬性理論は法学にも一定の影響をもたらしつつある。例えば最近、民法学では無償行為論の基底にある「社会的きずな」に着目し、民法法理論での再互酬化の構想を試みる動きが見られるようである⁹³⁾。損失補償論としての互酬性も、

90) 見上崇洋『地域空間をめぐる住民の利益と法』(有斐閣, 2006年) 12~13, 139頁参照。

91) この点の分析として、法哲学(ないし法と経済学)の観点から小林公『合理的選択と契約』(弘文堂, 1991年) 64~77頁, 人類学の観点から伊藤幹治「贈与交換の位相」『贈与交換の人類学』(筑摩書房, 1995年)を参照。

92) サーリンズ(山内利訳)『石器時代の経済学』(法政大学出版局, 1984年) 230頁以下参照。

93) 大村敦志「無償行為論の再検討へ」広中傘寿記念『法の生成と民法の体系』(創文社, 2006年), 吉

受益と負担はいずれ均衡するだろうとの人々の信頼を必要とし、またそれに依拠する概念に思われる。即ち補償を不要とする「市民の相互拘束」性とは、被規制者個人に対し短期的不利益な政府活動が長期的視点に立てばいずれ自己の利益に資するだろうとして市民的寛容さを要求することに帰着するということであろう。本稿で検討してきたように、他者を侵害し合わない社会的義務を相互に負うとする古典的警察制限もこのような思想を内包していたのであるが、このような思考方法は現代の土地利用法についても適用し得ないであろうか。土地利用における「計画と公共性」の問題に関しかつて雄川一郎教授が、個別的には利益の不均衡が生じることを認めつつ、「個々の土地所有者等の権利保護を個別的に考えその保護に固執する限り問題は解決し得ないのであって、何らかの具体的内容をもった土地の計画的な利用を実現することによる利益が個々の土地の所有者等を含む社会の巨視的な利益となるべきもので、そうすることが結局において土地所有者等の利益を長期的な意味において保護することになる」と述べられた議論は⁹⁴⁾、この文脈においても意義を持つものと思われる。

(完)

田邦彦「贈与法学の基礎理論と今日的課題」『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣，2003年）参照。

94) 雄川一郎「公用負担法理の動向と土地利用計画」『行政の法理』（有斐閣，1986年）（初出，公法研究29号（1967年））544頁以下。また公用制限補償規定の再点検に言及する原田尚彦『行政法要論（全訂第6版）』（学陽書房，2005年）253頁参照。