

アメリカ合衆国最高裁判例にみる 土地利用規制と財産権の保障

なか じま あき ひろ
中 嶋 章 浩

目 次

はじめに	2
第1章 ペンセントラル判決（1978）以前の財産権保護のための憲法理論	2
第1節 19世紀後半から20世紀初頭にかけての憲法理論	2
第2節 20世紀前半の憲法理論	3
第3節 ペンセントラル判決・アギンズ判決 —80年代以降の憲法理論の基礎—	4
第2章 80年代前半の憲法理論	6
第1節 Ripeness Doctrineの採用	6
第2節 限界を超えた規制による被害者への救済の問題	7
第3章 80年代後半以降の憲法理論—カテゴリーカルなアプローチの登場—	10
第1節 正当な州益を実質的に促進しない規制（カテゴリーA）	10
第2節 経済的に採算の合うあらゆる利用を否定する規制（カテゴリーB）	14
第3節 カテゴリーA・Bからもれる規制の取り扱い	21
第4節 中間的なアプローチ	22
第4章 考察—カテゴリーカルなアプローチを受けて—	23
第1節 カテゴリーカルなアプローチの登場の理由	23
第2節 最近の学説の動き	24
まとめ	25

はじめに

財産権と一口に言っても、それは非常に広範かつ多様な内容を持つため、その全貌を明らかにしようとしても、法律が創出したもろもろの財産権の形態を網羅的に並べる以外にない¹。実際、『注解日本国憲法』では、そのようにして財産権を説明していた²。そのため、ここから一步踏み込んだ議論をしようとするれば、まず財産権の中から何らかの財を選び出し、それに焦点を当てるという作業が必要となろう。次に議論のたて方が問われることとなる。財産権をめぐる議論のたて方としては、たとえば我が国の学説が当初行っていたように、憲法が保証する私有財産制度の核心は何なのかを考察するという具合に、総論的な議論をたてることがまず可能であろう。また例えば政府の規制権限を取り上げ、違憲審査基準について論じるという議論のたて方も可能であろう。本稿では土地という財を選び出し、土地利用権に焦点をあてる。そして政府権限の中でもポリスパワーに基づく規制がどこまで許されるのかという議論をたてることとする。具体的には、規制の限界はどこにあり、それはどのようにして判定されるのか、及び、限界を超えた規制の被害者の救済はどうであるか、が検討の中心事項となる。これらの事項につき、アメリカ合衆国での判例および学説を素材に検討を加えていくのが本稿の試みである。本稿では、19世紀後半から今日までのアメリカ合衆国における判例・学説を時系列的に概説することにする。

第1章 ペンセントラル判決（1978）以前の土地利用規制に対する財産権保護のための憲法理論

第1節 19世紀後半から20世紀初頭にかけての憲法理論

土地利用政策を実現するために政府が用いる権限にポリスパワー、収用権などがある³。これらの権限の行使から財産権を保護するための憲法理論は時代とともに変化してきた。そこでまず19世紀後半の憲法理論について見ていく。

当時はポリスパワーと収用権とを厳密に区別する考え方が一般的であった⁴。両権限は互いに管轄の重ならない別個の権限として理解されていた。両者の管轄は権限行使の目的と一致していた⁵。つまり、警察目的（害悪防止目的）の規制であればポリスパワーに基づくことされ、積極目的（便益促進目的）の規制であれば収用権に基づくことされた。そして前者には損失補償は要らず、後者には合衆国憲法修正5条に基づき正当な補償が必要だとされてきた。

従って例えばこの当時、ある土地利用規制が修正5条に反して正当な補償無しに財産を収用しているとの訴えが提起された場合、その審査の基準は当該規制の目的を審査し、警察目的か積極目的かを見極めるというものだった。収用条項における違憲審査基準は目的審査に特化していたといえる⁶。

この審査基準の下では、警察目的規制に対する修正5条の保護は否定されていた。ただし、そうは言っても警察目的規制も無制約に認められていた訳ではなく、補償の要否とは別に修正14条に基づきデュープロセス適合性の審査に服していた。その審査とは、①目的の正当性と②手段の合理性についての審査であった⁷。

①の目的の正当性の要件はそれほど制限的なものではない。なぜなら、判例はポリスパワーの内容につき「安全・健康・道徳・一般的福祉を促進するための権限」と定義することが多いが、ここでの「一般的福祉」なる語がそもそも多義的である上に、そこに含められる意味内容も時代とともに拡大しているからである⁸。

②の手段の合理性の要件には以下の3つの次元があることが指摘されている⁹。1つは目的と手段の関連性の次元である。ここでは両者間に合理的関連性があることが要求される。1つは財産権に対する侵害の程度である。この侵害の程度が没収的なものであるとき手段の合理性は失われる。そしてもう1つは手段が差別的でないかという次元である。手段が差別的であれば合理性も失われる。

警察目的規制に修正5条の適用がないといって

も、上記したようなデュープロセス適合性の審査には服していたのである。

20世紀に入るとポリスパワー行使の目的と収用権行使の目的とがともに拡大し、相対化するようになった¹⁰。ポリスパワー行使の目的が拡大したことにより、先に述べたデュープロセス適合性が認められやすくなると同時に、両権限行使の目的が相対化したことにより、規制目的に応じて収用条項による保護とデュープロセス条項による保護とを振り分ける合理性もなくなった。

つまり、権限行使の目的がそれぞれ拡大したことにより、両権限の管轄は實際上重なっているのに、ひとたびポリスパワーに基づく規制だと見なされてしまうと損失補償が受けられない上にデュープロセス条項による保護も受けにくくなってしまふという事態が出現した。おりしも20世紀初頭のアメリカは農業国家から工業国家への転換期であり、土地の持つ経済的価値が飛躍的に高まった時期であった。そうした経済状況の変化の中で土地利用規制は従来よりも土地所有者に多大な経済的損失をもたらすこととなった。そこで、規制が土地所有者に対して及ぼす経済的損失の大きさを考慮に入れた審査基準が構築されていくことになった。

第2節 20世紀前半の憲法理論

マホーン判決¹¹は、「規制は一定の程度までは許されるが、行き過ぎた場合には収用とみなされる¹²」というホームズの法廷意見での格言と共に多数の判決・論文で紹介されている。

マホーン判決に対しては従来、収用条項が政府の収用権に対してだけでなく、ポリスパワーに基づく規制に対しても適用されることを確認したものであるという理解¹³がなされていた。実際これ以降の連邦最高裁は、規制に対する収用条項違反の主張を審理しており、一部の州裁判所判決¹⁴のように規制への収用条項の適用を否定した試しはない。その意味では確かに規制に対して収用条項の適用があることが確認されたとも言える訳であるが、その反面限界を超えた規制の被害者に対す

る救済として、正当な補償の支払いがなされるべきことまでが確認された訳ではなかった。

まずもって、本件において原告が求めた救済は、規制が違憲無効であることの宣言にとどまっていた。また、これ以降の判決を概観するに、行き過ぎた規制に対し逆収用訴訟（政府側から収用手続きを開始するのではなく、規制などによって損失を受けた私人の側から政府に対し損失補償を請求していく訴訟）による補償の支払いが認められたのは物理的侵害を伴う事案¹⁵がほとんどであった。そして、物理的侵害を伴わないような規制に対しては収用条項の適用を明示的に否定する州裁判所¹⁶や学説（このように収用条項とデュープロセス条項とを切り離して考える立場は、純粹デュープロセス理論と呼ばれる）¹⁷が有力であった。

さらにはホームズの格言自体に対しても、「ホームズの用いる『収用』という語は、修正5条にいう正当な補償の支払いを要するという意味での『収用』ではなく、ポリスパワーの範囲を逸脱し修正14条に違反し無効であることの簡略表現に過ぎない¹⁸」と捉える説まで存在した。

このように、連邦最高裁は規制に対する収用条項の適用を認めてはいたものの、いざ規制が違憲となった場合に修正5条の適用による正当な補償が与えられるのかは1987年のファーストイングリッシュ判決¹⁹まで開かれた問題であった。

したがってマホーン判決の位置づけとしては規制の限界を判定する審査基準に、経済的損失の程度の審査が加わったと見るのが妥当であると思われる。

第1節で紹介した、規制目的を重視した審査基準は有害利用基準と通常呼ばれる。また、本節で紹介した、規制の私人にもたらす経済的損失の程度に注目した審査基準は価値減少基準と通常呼ばれている。前者の不備を克服する形で後者が生まれたということを述べてきたが、両者は互いを排除しあう関係にはないというのが通説的見解である²⁰。事実マホーン判決では目的審査も併せて行われていた²¹し、ホームズの法廷意見中にも価値の減少が一定の程度に達している場合には、「その

すべての事例ではないにしても大部分の事例において²²」収用とみなされるとある。つまり、価値減少基準の提唱者たるホームズ自身、価値の減少の程度さえ一定以上に達していれば例外なく収用が成立するというカテゴリカルな立場は採っていなかった。そのかわりに彼は収用成否の判断は、ad hocなbalancingによるという立場を表明した²³。

マホーン判決により、

①規制の限界を判定する基準に価値の減少の程度の審査が加わった。

②限界を判定する一定の公式は存在せず、事案に応じた諸要素のbalancingによって限界は判定される。

ことが明らかにされた。

この2点は、1978年のペンセントラル判決²⁴でも確認されている。その意味でこのマホーン判決を、規制による収用（regulatory taking）の法理の基礎とみなす立場もある²⁵。

第3節 ペンセントラル判決・アギンズ判決—80年代以降の憲法理論の基礎—

マホーン判決後、連邦最高裁は1926年のユークリッド判決²⁶で包括的ゾーニングの原則的合憲性を確立し、1928年のネクトー判決²⁷で包括的ゾーニングに対し適用違憲の判決を下した。しかし、その後は土地利用規制法に対する財産権の保障の問題につき沈黙を守ってきた。その連邦最高裁が再びこの分野の表舞台に帰ってきたのは、歴史的建造物保全という、ゾーニングとは若干趣の異なる土地利用の合憲性が問題となったペンセントラル判決（1978）でのことだった。

この判決については日本でも強い関心が寄せられ、すでに数多くの邦語文献が出されている²⁸が、80年代・90年代の判例の展開を見ていく上で基礎となる視点を提示していると思われるので少し詳しく紹介したい。

事実

ニューヨーク市の制定した歴史的建造物保存条例に基づき、原告鉄道会社の所有するグランド・セントラル・ターミナルは歴史的建造物に指定さ

れた。このため外観変更を生じる開発行為をする際には、委員会の許可を得ることが義務づけられた。原告鉄道会社・不動産会社は、駅の上部空間に高層ビルを建てる計画を立て、その旨の許可を申請したが拒否された。これを受けた両会社が、収用条項およびデュープロセス条項違反を主張して、当該条例の違憲無効判決・ビル建設の妨害を排除する差し止め判決・歴史的建造物の指定から解除までの一時的収用についての補償の支払いを求めて州地方裁判所に出訴した。

経過

第1審では、違憲無効判決・差し止め判決が認められたが、控訴審では、「合理的で利益の上がるあらゆる土地利用（all reasonable beneficial use）」が奪われたことの立証がないとして合憲判決が下された。州最高裁は、物理的侵害を伴わない土地利用規制に対しては収用条項の適用はないとして、収用条項とデュープロセス条項とを峻別した²⁹。そして、本件での審査をデュープロセス適合性の審査に限定した。その上で「あらゆる合理的な収益（all reasonable return）」が奪われなければ違憲とはならないとして2審判決を認容した。これを受けた原告は連邦最高裁に上訴して、1978年に判決が下された。

連邦最高裁判決

連邦最高裁は6対3に別れた。以下、ブレナンの書いた法廷意見を紹介する。

一般論

ブレナンはまず、先例を踏まえ一般論を述べる。それによると連邦最高裁はこれまで、どんな場合に規制のもたらす経済的損失に対して補償が支払われるべきかを決する公式（set formula）を作り出すことができなかった。そしてしばしば、事案ごとに個別の事情に即して判断してきたと述べる³⁰。その上で、そうした事案に応じたad hocな審査をする上で考慮されてきた2つの要素を確認した。その2つの要素とは以下のものである³¹。

① 規制が原告に及ぼす経済的影響

（その中でもブレナンは特に、規制が原告の投資に裏付けられた期待（investment-backed expect-

tations) を侵害する程度を重視している。)

② 政府行為の性質

②は目的審査に相当するといえる。また①はマホーン判決以降導入されることとなった程度審査に相当する。そして、本判決は両者を相互に排他的なものとして捉えるのではなく、比較衡量すべき要素であるとした。この立場は比較衡量基準として紹介されている³²。

適用違憲の審査

ブレナンは、本件条例の一般的合憲性を認めた後、適用違憲の可能性について審査する。そして

- ・本条例は原告の現行の土地利用を妨げるものではない³³。
- ・本条例による規制後も原告は、投資に見合った合理的収益を上げることが出来る³⁴。
- ・委員会は50階を超えるビルの建築申請を拒否しただけで、より小規模の建築まで否定している訳ではないのに、原告がより小規模の建築申請をしていないために、駅の上部空間すべての利用が禁じられたのかが明らかでない³⁵。

として、収用の成立を否定した。

以上がペンセントラル判決の概要である。この判決の意義を3点挙げてみたい。

本判決の意義

①まず、ニューヨーク州最高裁および一部の学説が説いていた純粹due process理論を否定した点が挙げられる。ブレナンは法定意見脚注25³⁶で、物理的侵害を伴わない規制に対する収用条項の適用を否定する立場はとらないと明言している。

②次に、規制の限界を決する公式はないとしつつ、事案に即して規制目的と経済的損失の程度とを衡量して決めるという従来からの立場 (balancing test) が確認された。

③そして、そのbalancingにおいては、目的が重視されるというユークリッド判決以来の傾向も維持された。

ペンセントラル判決は、ニューヨーク州最高裁のいう純粹デュープロセス理論を否定し、規制に対しても収用条項の適用があることを確認した。

純粹デュープロセス理論と連邦最高裁の立場との対立は、直接的にはあくまで、限界を超えた規制の被害者に対する救済のあり方をめぐるものであった (我が国での違憲無効説と請求権発生説とにほぼ対応)。従って規制の限界を判定する審査基準という点では両説の違いは大きくはなかった。その証拠にニューヨーク州最高裁もデュープロセス適合性の審査に、目的審査のみならず程度審査をも導入していた³⁷し、逆に連邦最高裁も続くアギンズ判決³⁸で、目的一手段関連性という伝統的にデュープロセス適合性の審査基準であった要素³⁹を収用条項の審査基準として取り込むこととなった。ここに至り、救済の問題を除き、収用成立の主張とデュープロセス違反の主張との間の区別は失われた⁴⁰。

アギンズ事件は、市の制定したゾーニング条例により、土地の価値を完全に破壊されたとする原告が、逆収用による損失補償および条例が文面上違憲であることの宣言をもとめて提訴したものである。

州地裁・州最高裁とも市側が勝利した。なお州最高裁はペンセントラル事件の時と同様、逆収用請求に対して純粹due process理論を採り、請求を認めなかった。つづく連邦最高裁でも条例の合憲性が確認された。そして合憲である以上、救済についての考慮は要しないとした。

アギンズ判決は、規制が収用とみなされる場合として、

①条例が正当な州の利益を実質的に促進しない場合 (目的一手段関連性の審査。例として、ネクター判決を挙げている。)

②土地所有者に対して経済的に実行可能な土地利用 (economically viable use of his land) を許さない場合

の二つをあげている⁴¹。

ペンセントラル・アギンズ両判決をうけ、80年代には規制の目的・程度を事案に応じて衡量するbalancingテストに基づく判例が蓄積されていくことが期待された。

しかし、80年代以降の判例を見てみると、そう

した方向に一筋縄には向かわなかったことが見えてくる。

まず、80年代前半の連邦最高裁は後述するように、Ripeness Doctrineを採り、訴えが未成熟であるとして本案審理を回避し続けた。

つづいて、本案審理に帰ってきた80年代後半以降の連邦最高裁は、従来のbalancingテストとは若干異なるアプローチを採用しはじめた。

こうした流れを詳説し、土地利用規制に対する財産権保護の理論の発展をなぞり、今日なお残されている問題を指摘しようというのが本稿の狙いである。

第2章 80年代前半の連邦最高裁

第1節 Ripeness Doctrineの採用

80年代前半は、Ripeness Doctrineが採用され連邦最高裁は訴えが未成熟であるとして収用成否に関し本案審理を回避し続けた。その出発点となったのがサンディエゴ判決⁴²である。サンディエゴ判決では、州裁判所の最終判断(a final decision)がないことを理由に連邦最高裁での本案審理が回避された。

事実

市のゾーニング修正とオープンスペース保全計画によって当初の産業用地が減らされたことに対し、原告が収益性のある唯一の利用が奪われたとして、補償無き収用の成立を主張し、違憲無効であることの宣言的救済と収用のあった期間への損失補償を請求した。

経過

州裁判所は第1審・控訴審とも損失補償請求を認める一方、宣言的救済については棄却した。カリフォルニア州最高裁は、アギンズ事件での同州最高裁判決(純粋due process理論を採用し、規制に対する収用条項の適用を否定した)に反するとして破棄・差し戻し判決を下した。差し戻し控訴審は、州最高裁判決に従い損失補償に関し逆収用請求を認めなかった。そして宣言的救済については、なお事実に関する争いがあるとした。州最高裁への上訴を経て、原告は連邦最高裁に対し、補

償の支払いを求め上訴した。

連邦最高裁判決

州裁判所の判決に対する連邦最高裁の上訴管轄権は、州裁判所の最終判断(final judgments)に対してのみ許されるが、本件ではこの要件が充たされていないとして上訴が棄却された。法廷意見を書いたブラックマンによると、州裁判所は損失補償による救済についてはあらかじめ否定したものの、実際に収用が生じたか否かについては判断していない。従って州裁判所の最終判断が欠けていることになり、連邦裁判所の上訴管轄権は認められない⁴³。

つづくウィリアムソン判決⁴⁴でも本案審理が回避された。

事実

改正前のゾーニングに従った開発申請に対し、一部については最終的な開発許可まで認められていたにもかかわらず、修正後のゾーニングが適用されることとなり、開発規模が縮小されることとなったことに対し原告が逆収用訴訟を起こした。

経過

連邦地裁は改正前の条例が適用されるべきであるとしたが、損失補償に関しては否定した。一方、連邦控訴審多数意見は、既に生じていた一時的収用に対する救済として損失補償を認めるとした。このように一時的収用に対する見解が下級審レベルで割れていた。そして、この問題を解決すべく裁量上訴が認められた。

連邦最高裁

連邦最高裁は以下のような理由で再び本案を回避した。理由は大きく分けて二つある。

- ①連邦最高裁に対する、自治体の規制の適用が収用にあたるという主張は、自治体が当該規制を原告に適用することについて最終判断(a final decision)に達するまで未成熟である⁴⁵。
- ②連邦最高裁に対する、損失補償請求は、原告が州の用意した手続きに従って補償を求めた後でなければ未成熟である⁴⁶。

本件では適用除外申請がなされなかったために、自治体のfinal decisionがないと判断された。さら

に州の用意した逆収用手続きを利用しなかったことから原告の訴えは未成熟であるとされ、本案審理は回避された。

さらにヨーロカウンティー判決⁴⁷でも本案審理が回避された。

事実

土地所有者が一部農地として利用されてきた土地に159軒の住宅を建てる申請をした。申請拒否を受け所有者は州裁判所に対し損失補償および、差し止めを求め提訴した。

経過

州第1審・控訴審ともアギンズ事件州最高裁判決に従い金銭的救済を拒否した。州最高裁を経て、連邦最高裁に上訴された。

連邦最高裁

本件で原告は規制の下で許される最大限の土地利用申請をしたのみであるから、それを下回るレベルの開発が許される可能性は尽きておらず収用が生じたかを診断することはできないとした⁴⁸。こうして本案審理を回避した上で、収用の有無について判断できない以上救済の問題に立ち入る必要はないとした。

以上のように80年代前半の連邦最高裁では、訴えが未成熟である(ripeness)として収用成否の判断を回避し、救済問題について触れずに済ませるという傾向が続いた。具体的に何をしていれば未成熟と判断されずに済むかは一義的に定まるものではなく、事案に応じて異なってくる。たとえば、ウィリアムソン判決では、適用除外申請をしなかったために未成熟であると判断されたが、ヨーロカウンティー判決では、より小規模な申請をしなかったために未成熟だと判断された。このようにRipeness Doctrineの罫にかからない様にする為のオールマイティーなカード(行動・手続)を判例から抽出することは難しい。

ただ一般的に言って

- ①規制の適用につき、自治体の最終的判断を経ていること(ウィリアムソン・ヨーロカウンティー)
- ②州の用意した救済手続きを経ていること(ウィ

リアムソン)

が要求されているといえる。

①が要求される実質的理由としては、規制の適用について自治体に再考の機会を与えるためと説明されることもある⁴⁹が、裁判所の審査能力という観点から考えるなら、規制の持つ経済的インパクトの評価を可能にするために(または容易にするために)要求されるとも説明できる⁵⁰。

②が要求されるのは収用条項の性質からくる論理的帰結であると説明される。つまり収用条項は事前補償までは要求しておらず、事後的な補償がなされれば足りるのであるから自治体が補償の支払いを拒むまでは収用条項違反は生じないというものである⁵¹。また1987年のファーストイングリッシュ判決が下されるまで、連邦最高裁レベルで逆収用訴訟による補償の支払いの是非が未解決だったことも、②を要求して州レベルでの解決を促すことの背景となったように思われる。

第2節 限界を超えた規制の被害者への救済の問題

第1節で取り上げた3判決は、いずれも規制が限界を超えた場合の救済のあり方を審理すべく裁量上訴が認められた事案であったが、上述したように法廷意見はいずれもRipeness Doctrineを採用し収用成否の判断を回避した。そのため救済のあり方をめぐる問題にも立ち入らなかった。

しかし、救済のあり方をめぐる議論は少数意見および連邦下級審判決の形で蓄積され、1987年のファーストイングリッシュ判決で解決されるに至った。

そこで本節では、

- ア) 救済のあり方をめぐる議論の輪郭
 - イ) 少数意見および連邦下級審での議論の推移
 - ウ) ファーストイングリッシュ判決以前の連邦最高裁内部での多数派形成の模様
 - エ) ファーストイングリッシュ判決で連邦最高裁が出した解答
- を順次記していくことにする。

ア) 救済のあり方をめぐる議論の輪郭

規制に対しても収用条項の適用があるのか。つまり、行き過ぎた規制は修正5条の意味での、損失補償を要する「収用」となりうるのかというのが救済をめぐる議論の中心となる（以下これを救済問題Aとする）。そしてそこから派生する問題として、自治体が規制を廃止した場合に、一時的収用があった期間（違憲とされた規制の発効から失効までの期間）への損失補償を認めるべきかという問題がある（以下これを救済問題Bとする）。これらの問題は、連邦最高裁法廷意見が本案審理を回避していた水面下でhot issueとなっていた。

そこで、救済問題A・Bそれぞれの出発点をサンディエゴ判決でのブレナン少数意見⁵²と見てまずそれを紹介することで議論の導入としたい。サンディエゴ事件では、法廷意見が州裁判所のfinal judgmentがないとして本案審理を回避したのに対し、ブレナン少数意見は本案審理に立ち入り、救済問題については、行き過ぎた規制について逆収用訴訟による損失補償請求を認めるべきであるとした（救済問題Aについて）。さらに一時的収用が生じた場合にはその期間の補償もなされるべきであるとした（救済問題Bについて）。以下、ブレナンの少数意見を詳しく見ていくことにする。

〔救済問題Aについての議論〕

ブレナンは、連邦最高裁はマホーン判決以降ペンセントラル判決にいたるまで、規制が修正5条の意味での「収用」になり得ないとした試しはないとしてこの問題に答えた⁵³。そして、逆収用訴訟による補償請求を財政的な見地その他の政策的配慮から否定する反対派に対し、政策判断よりも憲法の明文での保障の効力が優先する⁵⁴として対抗した。なおレーンキストは補足意見⁵⁵の中で、本案に立ち入るならば、少数意見に賛成であるとしており、救済問題Aについてはこの時点で潜在的に多数派が形成されていた。

〔救済問題Bについて〕

ブレナンは自治体が行き過ぎた規制を廃止する選択権を持つことを認めつつも、その規制が発効したときから失効するときまでの期間（一時的収

用の期間）の損失保障の支払い義務を免れることはできないとする。

その論拠として、

- ①収用条項は自動的執行力のある規定であり、行き過ぎた規制の適用と同時に補償義務が発生していること⁵⁶。
- ②本件の場合、訴訟遅延により7年間原告の権利行使は制限されており、違憲無効の宣言判決だけでは救済として不十分であること⁵⁷。
- ③連邦最高裁はこれまで、一時的収用に関しても、通常の収用の場合と同様の扱いをしてきていること⁵⁸。

を挙げている。こうしてブレナンは一時的収用に対する損失補償の支払い義務を、収用条項の文言解釈および先例の引用によって導いたのである。

イ) 少数意見および連邦下級審での議論の推移

ここでは、ア)で基本的な構図を示した救済問題についての議論が、それ以降の判決でどのように受け継がれていったかをフォローしていきたい。

サンディエゴ判決につづいて、今度はウィリアムソン判決について見ていくことにする。

ウィリアムソン事件連邦控訴審判決⁵⁹では、サンディエゴ判決ブレナン少数意見に基づく多数意見が書かれ、一時的収用に対する補償が認められた。これに対し反対意見は、物理的侵害を伴わない事案で一時的収用に損失補償を認めた例はないとして反論した⁶⁰。

連邦最高裁多数意見は本案審理を回避したが、スティーブンス判事がRipeness Doctrineに依らない同意意見⁶¹を書いている。スティーブンスはまず、永久的収用と一時的収用とを大別した後、一時的収用をa)公共の用のために、自治体が一定期間財産を物理的に専有する場合、b)自治体の政策決定過程の副産物（たとえば正式な収用手続きが開始され、それに伴い権利が制限されていたのに、後に収用手続きが中止された場合や適用除外申請が認められるまでの間の権利制限期間などが考えられる）として一時的に権利が制限された場合に2分する。そして、b)については「今

日のような規制の高度な社会においては不可避なコスト」であるから一時的収用とは考えないとした⁶²。連邦控訴審の反対意見とほぼ同じ見解と言えよう。

つづくヨーロカウンティー判決でも、少数意見がこの問題に答えている。少数意見（ホワイト、バーガー、パウエル、レーンキスト）は、下級審判決を州のアギンズ判決に従い法律問題として逆収用請求を否定したものと捉え、そうである以上救済の問題が連邦最高裁での審理に熟していると判断し、Ripeness Doctrineに依ることなく本案に立ち入った。そしてマホーン判決からアギンズ判決に至る連邦最高裁判決を引用し、規制が第5修正の意味での収用になりうるとした⁶³。つづいて（以下の部分にレーンキスト、パウエルは参加していない）、サンディエゴ判決ブレナン少数意見に基づき、一時的収用に対しても補償は支払われるべきであり、違憲無効の宣言だけでは救済として不十分だと述べた⁶⁴。一方レーンキスト、パウエルは、下級審裁判所が最初に扱うべきであるとして一時的収用の問題には立ち入らなかった⁶⁵。

ウ) ファーストイングリッシュ判決以前の連邦最高裁内部での多数派形成の模様

ここで、救済問題A・救済問題Bそれぞれについて、ファーストイングリッシュ判決前夜における連邦最高裁内部での多数派の形成具合について見ていくことにする。

〔救済問題Aについて〕

規制が修正5条の意味での収用となりうることについては、5人（ブレナン、ホワイト、マーシャル、パウエル、レーンキスト）の裁判官が同意することとなっていた。ブレナンはウィリアムソン判決でこそ、Ripeness Doctrineを採用した同意意見を書いているが、サンディエゴ判決での彼の少数意見がこれらの救済問題を提起したことは先述した通りである。ホワイトはヨーロカウンティー判決で少数意見を書き、それにパウエル、レーンキストが同調した。パウエルはサンディエゴ少数意見にも参加している。マーシャルはサンディエ

ゴ少数意見に参加していた。

〔救済問題Bについて〕

一時的収用に対しても補償が支払われるべきとした裁判官はこの時点で3人（ブレナン、マーシャル、ホワイト）存在した。この3人以外ではパウエルが、サンディエゴ判決ではブレナンに同調していたが、ヨーロカウンティー判決ではこの問題に触れなかった。またレーンキストは、サンディエゴ判決では補足意見の中でブレナンに同調する見解を述べていたが、パウエルとともにヨーロカウンティー判決ではこの問題を回避した。このため、パウエルとレーンキストは物理的侵害を伴う一時的収用にのみ補償の支払いを義務づけるスティーブンスの立場⁶⁶に接近しているのではないかと観測されていた⁶⁷。

エ) ファーストイングリッシュ判決で連邦最高裁が出した解答

ファーストイングリッシュ判決⁶⁸は救済問題A・Bに対する連邦最高裁の解答である。

事実

条例により暫定的洪水防止地区に指定され、建物の新築・再建・拡張を禁じられた教会が、当該条例は土地のあらゆる用途での使用を禁じるものであるとして、逆収用訴訟をおこし、損失補償を求めた。

経過

本事件の起きたカリフォルニア州では、アギンズ事件州最高裁判決により、土地利用規制に対し、修正5条に基づく逆収用訴訟を起こすことは出来ないとされていた。そのため州裁判所ではいずれの審級でも補償請求は認められなかった。教会は連邦最高裁に対して、一時的収用への補償を認めない点で州最高裁判決は誤っているとの判示をするように求めた。

連邦最高裁

連邦最高裁は6対3で破棄差し戻しの判決を下した。以下、レーンキストによる法廷意見を紹介する。

収用成否の問題については法廷意見は、収用の

成否は差し戻して判断されるべきだと述べるにとどまっている⁶⁹。ただし、救済問題A・BについてはRipeness Doctrineを用いて審理を回避することなく問題を解決した。州裁判所が、アギンズ事件州最高裁判決に基づき、法律問題として逆収用訴訟による救済を否定したことから、救済問題が審理するまでに熟していると判断したのである。まず救済問題Aについては、マホーン判決以降、物理的侵害を伴わない規制であっても、行き過ぎたものは収用となることが確認されてきたと述べる⁷⁰。レーンキストはサンディエゴ判決でのブレナン同様、行き過ぎた規制が修正5条の意味での「収用」にあたるということがマホーン判決以来の確立した法理であると述べ、救済問題Aに答えた。次に救済問題B（一時的収用への補償の支払いの問題）について検討が加えられている⁷¹。レーンキストは、ここでもサンディエゴ判決でのブレナン反対意見を引用して一時的収用への補償を義務づけている。

まとめ

本稿のように80年代前半のRipeness Doctrineをめぐる連邦最高裁の動向に触れた邦語文献は今のところ見当たらない。それは、ここで問題となっていた救済問題A・Bが、我が国では憲法29条3項に反し正当な補償規定を欠く法律をめぐる、違憲無効説と請求権発生説との対立にほぼ相当し、後者が通説となることですでに解決済みであるとの意識が働いたせいかもしれない。確かにファーストイングリッシュ判決で救済問題A・Bが解決されたのと足並みをそろえて、連邦最高裁は本案審理の舞台に回帰しており、その意味で、今日なおRipeness Doctrineを研究する意義が乏しくなっているだろう。しかし、この80年代前半をはさんだ前後の本案審理のあり方を見てみると、若干方法に違いが見られるのも確かである。80年代以前は諸要素のバランスによっていた審理が、80年代後半以降は何かある単一の要素により解決されるカテゴリカルなもの⁷²へと変化しつつあるのを感じる。そして80年代後半以降、より親

財産権的な態度を採るようになった連邦最高裁の1つの転換点ないしそれに向かう胎動期として、80年代前半からファーストイングリッシュ判決までを扱う意義は小さくないように思われる。

第3章 80年代後半以降の憲法理論—カテゴリカルなアプローチの登場—

連邦最高裁は、収用成否を決する定式(set formula)はない⁷³として、事案に応じて諸要素（大まかに言って規制目的と経済的損失の程度）を衡量するbalancingテストを提唱しながら、80年代後半以降はそれに拠らないカテゴリカルなアプローチ（ある規制が、ある特定の類型に当てはまりさえすれば、それだけで収用とみなす方法）を発展させてきた⁷⁴。そうしたカテゴリカルなアプローチに基づく諸判決の基礎に据えられたのがアギンズ判決であった。アギンズ判決はA）正当な州益を実質的に促進しない規制及びB）経済的に採算の合うあらゆる利用(all economically viable use)を否定する規制は収用になるとする2つのテストを提示した⁷⁵。そしてこのアギンズ判決を引用しつつ、上のA）B）どちらかのカテゴリに該当する規制を収用とみなす判決が87年以降見られるようになった。カテゴリA・Bそれぞれにつき順次みていくことにする。

第1節 正当な州益を実質的に促進しない規制（カテゴリA）

ア）Nollan判決

まずカテゴリAについてみていくことにする。このカテゴリに該当することを理由に事案が解決された例としては、ノラン判決⁷⁶が挙げられる。

事実

ノラン夫妻は2つの公共の海浜の中間に、購入選択権付きの土地を借りていた。選択権行使の際には土地上のバンガローを壊し、代わりのものを建てることになっていた。夫妻はバンガローを壊し自家用の住宅を建てる申請をした。しかし申請を受けたカリフォルニア州海岸委員会は、海浜と堤防の間の土地（もちろんこの部分もノラン夫妻

の所有に属する)の通行地役権を公衆に認めることを申請許可の条件とした。委員会によると、住宅の建築によって海浜の広がりやを公衆が認識できなくなり、そのために公衆が海浜にアクセスする権利が妨げられることになる。そこでノラン夫妻の土地を横切る通行地役権を設定することで負の効果を相殺しようとしたのである。これを受けたノラン夫妻は許可条件が収用にあたるとして提訴した。

経過

第1審は原告の主張を認め申請許可を命じた。控訴審は、①開発行為によって公衆のアクセスが妨げられる事案では、例えば条件として課される地役権と開発行為が生み出す害悪との間に間接的な関連しか無い場合でも十分である。②条件によって合理的な土地利用がすべて否定される訳ではないことを理由に1審判決を破棄した。これを受けて夫妻が上告し、連邦最高裁が5対4で原審を破棄した。

連邦最高裁

判旨 法廷意見はスカリアにより書かれた⁷⁷。

スカリアはまず、本件のような永続的な地役権は原則的に収用に該当することを確認した⁷⁸。その上で彼は、そうした地役権が許可条件として課された場合について考察し、許可条件が合憲となるための2要件を挙げた⁷⁹。1つめはそもそも委員会側に申請を拒否する権限があることである。そして2つめは許可条件と原告の引き起こす害悪との間に、本質的関連(essential nexus)があることである⁸⁰。1つめの要件については満たされているとする。2つめの要件については、海浜に沿ってノラン夫妻の土地を横切る地役権を設定すること(許可条件)と開発行為が妨げる海浜へのアクセスとの間には関連性がないとした⁸¹。そして通行地役権を欲するのであれば補償の支払いが必要であるとした。

反対意見 プレナンのものを紹介する⁸²

委員会は開発行為によって海浜へのvisual accessが減じられることに応えて、海浜に沿っての(横方向の)accessを認めることでaccess全体の

総量を保とうとしたのだとブレナンは見る。そして、そのような公益と私益とのバランスをとるための柔軟な方法を、目的と手段との厳密な関連を要求して葬り去ったとして法廷意見を批判する⁸³。

彼はペンセントラル判決で自らが提案した2要素にしたがって審査する⁸⁴。その中でも、規制が与える経済的インパクトについて彼は、条件付きでも開発が許される方が禁止されるよりも財産の価値が高まることおよび近隣の土地所有者も同様な規制に服することにより原告夫妻も海浜に沿っての通行が認められるという互惠性があることを確認する⁸⁵。そして投資に裏付けられた期待については、許可申請の際に条件の適用があることを事前に認識していた以上、条件無しに開発申請が認められるという期待を持っていたとはいえないとした⁸⁶。以上のような審査を通じてブレナンは収用は生じていないとした。

イ) カテゴリーAのカバーする範囲

ノラン判決は、目的の点でも程度の点でも問題のない⁸⁷規制に対して、厳しい手段審査(目的—手段関連性審査)を行い収用の成立を認めた判決である。カテゴリーAに該当した事案とみてよいであろう。スカリアの法廷意見とブレナンの反対意見の最大の違いは、目的—手段間に要求する関連性の程度である。法廷意見は、本件ではもっとも緩い基準(the most untailored standards)さえも満たされていない⁸⁸とただけで、目的と手段との間に要求する本質的関連性(essential nexus)について、具体的な内容を示さなかった。ただしブレナンが、法廷意見の審査方法について、司法による立法権の侵害⁸⁹だと非難していることから、法廷意見の説くessential nexusが従来のデュープロセス適合性の審査において採られてきた基準⁹⁰よりも厳しいものであることがうかがえる。

このノラン判決法廷意見で採用された厳格な手段審査が、土地利用規制の事案一般に適用されるのか(言い換えれば、土地利用規制について収用成立の主張がなされた場合、目的—手段間の関連

性につき合憲性の推定が及ばなくなるのか) という問題は学界の関心を集め、肯定説・否定説それぞれ見られる。以下の部分で簡単に紹介したい。

まず、否定説から紹介する。否定説を代表してここではマイクルマン教授の議論を紹介する⁹¹。

マイクルマンは本件が通行地役権という物理的侵害の事案であったことから、本件の射程を物理的侵害を伴う土地利用規制の事案に限定しようとする。彼は、本件をロレットー判決⁹²での永久的物理的占拠の法理の延長として捉え、そうすることで本件の厳しい目的・手段審査を物理的侵害の事案に限定しようとする。

彼は、ロレットー判決は、直接かつ無条件に永久的物理的占有を課す規制を当然に収用 (per se taking) だとみなしたのに対し、ノラン判決は許可条件として永久的物理的占有を課す規制が争われる場合に高度な手段審査が要求されることを確認したのだとみる⁹³。つまり彼は同じ永久的物理的占有の事案でありながら、それを避けるための代案が在ったか否かでロレットー判決と本件とを区別する。そして本件では、建築をあきらめることで永久的物理的占有を避けられるという代案があるのだからロレットー判決のように当然に収用 (per se taking) とはならないとする⁹⁴。ただし、許可条件の合憲性が通常的手段審査 (合憲性の推定が働く) に委ねられるのなら、たとえば、永久的物理的占有と公共サービスの提供拒否とを交換条件とするような規制まで合憲ということになってしまうことから、通常よりも厳しい手段審査が当てはまるとする⁹⁵。こうすることでマイクルマンは、ノラン判決の射程を物理的侵害の事案に限定しようとする。

一方、ノラン判決の射程を広く捉え、土地利用規制一般に高度な手段審査が当てはまるようになったと見る説もある。

この説の論拠としては法廷意見の脚注3⁹⁶が挙げられる。脚注3でスカリアは手段 (規制) と目的 (州益) との間に求められる関連性の程度につき以下の様に述べる。

「ブレナンの主張とは異なり、法廷意見は、

デュープロセスないし平等保護の主張に対し適用されるのと同様の基準で良いとは考えない。収用の主張に対するときの審査基準としては、規制が正当な州益を実質的に促進するという関連が必要であり、ただ単に手段が目的に仕えるだろうと州が合理的に判断したというだけでは足りない」

この部分をもって、土地利用規制に対する収用の主張に対してはより高度な審査が要求されるようになり、司法消極主義が打ち破られたとみる訳である⁹⁷。そして、ノラン判決の射程を許可条件として物理的侵害が課される場合に限定しようとする根拠はないとする。そしてあくまでノラン判決によって、土地利用規制に対して収用の主張がなされた場合にはデュープロセスや平等保護の主張がなされる場合より高度な審査が必要であることが確認されたとみるのである⁹⁸。

以上のように、ノラン判決で採られた高度な目的・手段関連性審査が及ぶ範囲 (カテゴリーAのカバーする範囲) については、それを土地利用規制一般に拡大しようとする説と物理的侵害の伴う規制の場合に限定しようとする説の両方があったのである。

ウ) Nollan判決後の動向

ノラン判決が後に残した課題としては、この高度な審査の及ぶ射程の問題と高度な審査の具体的内容の問題とがある。さらに第2章で扱ったRipeness DoctrineがカテゴリーAの事案にも適用されるのかという問題⁹⁹も検討の余地がある。Ripeness Doctrineの問題については大変興味深い考察を得られたが、紙幅の関係上割愛せざるを得ず、前2者を紹介するにとどめる。

a) 審査内容の具体化

審査の具体的内容についてノラン判決は、目的・手段間にもっとも緩い関連 (the most untailored standards) さえもないとただけで、それ以上具体的には述べなかった。ノラン判決を受け、審査の中身を多少とも具体化したのがドラム判決¹⁰⁰である。以下の部分で紹介する。

事実・経過

原告の商業店舗拡大申請に対する許可条件として、市側が以下の2つの条件を課した。1つは、洪水を極小化するための公共の空き地を作るべく、原告の所有する氾濫原内の土地に地役権を設定することであった。もう1つは交通混雑を緩和するための歩道を作るべく15フィート幅の土地に地役権を設定することであった。原告は適用除外申請をしたが棄却され、審査請求を経た後、補償無き収用を主張し州控訴裁判所に提訴した。州控訴裁判所・州最高裁ともに訴えを棄却。連邦最高裁が裁量上訴を認めた。

判旨 法廷意見はレーンキストにより書かれた¹⁰¹

レーンキストは以下のような2段階の審査方法を示した。それによるとまず最初に、1) 正当な州の利益(目的)と許可条件(手段)との間に本質的な関連性(essential nexus)があることが要求される。

そして次に、2) 許可条件と原告の開発行為による負のインパクトとの間の関連が審査されることになった¹⁰²。法廷意見は2)の関連の程度について、「rough proportionality(おおまかな比例性)」が要求されると述べる¹⁰³。このおおまかな比例性の原則のもとで市側は、厳密な数値計算まではいらないが、条件と開発行為のもたらす負のインパクトとが性質・程度の両面で関連していることを一般論としてではなく、具体的な事実関係に照らして示すことが必要となる¹⁰⁴。

こうした一般論を述べた後、法廷意見は2つの条件それぞれの合憲性について審査する。

まず、氾濫原内の地役権について法廷意見は、氾濫原内の建築を拒否することは許されるが、地役権の設定までがなぜ必要なのかが示されていないとする¹⁰⁵。手段(地役権の設定)と目的(洪水防止)との間の本質的関連性の立証が不十分であるとしているのであるから、1)の段階で引っかかったとみてよいであろう。

次に歩道のための地役権については、混雑緩和のために地役権を設定することは一般に合理的で

あるとする。しかしながら原告の開発行為がうみだす交通量の増加分と用地の提供との間に合理的な関連があることが示されていないとする¹⁰⁶。この関連性について市は、厳密な数値計算こそ不要だが数量化するよう努めなければならないとした。1)の段階はクリアした上で2)の段階で引っかかったとみてよいであろう。

以上見てきたように、ノラン判決で採用された本質的関連性のテストはドラム判決で強化され洗練された¹⁰⁷。

b) 射程について

ノラン判決の射程をめぐって学説の対立があることは先に触れた。この射程の問題につきドラム判決以降の動きをフォローしておく。

ドラム判決は自らの採る高度な審査の射程を非常に狭いものとして捉えている。法廷意見は従来よりも厳しい審査基準を用いる理由として以下の2つを挙げていた。1つめは、本件が市の構成員全員に適用される負担(たとえば水道供給のための開発負担金など)を争う事案ではなく、特定人に対してのみ課される負担を争う事案であったことである。2つめは、本件規制が単なる利用制限にとどまらず、物理的侵害を伴う規制だったことである¹⁰⁸。このことから連邦最高裁は今のところ、カテゴリーAの射程を物理的侵害の事案に限ろうとしていることが伺える。

次にドラム判決後の州裁判所の動向に触れておく(以下の紹介は、Daniel J. Curtin, Jr., *Life After Dolan: Review of the Cases*, 27 *The Urban Lawyer* 874 (1995), 878-882による)。

まずカリフォルニア州控訴裁判所における *Ehrlich v. City of Culver City* 判決¹⁰⁹について紹介する。この事件は土地購入当初から娯楽施設の建築に利用を制限するゾーニング条例が存在し、所有者もそれに従った利用をしていたが後に採算が採れなくなり、別の建物を建てるべく申請をしたというものである。市は当初拒否したが、後に許可条件として負担金を課すことにした。そしてこの許可条件の合憲性が争われたというものである。事案は州最高裁にまで上がっていたが(控訴審で

は原告所有者の敗訴), ドラン判決が出たためそれに従った判決を得るべく控訴裁判所に差し戻された。差し戻し審における争点は, ドラン判決の射程が物理的侵害を伴わない開発負担金にも及ぶかということであった。差し戻し審は, ドラン判決の審査方法にしたがって本件開発負担金の合憲性を審査した上で, 合憲判決を下した。物理的侵害のない開発負担金の合憲性審査にも, ドラン判決で採られた高度な目的・手段審査が及ぶことが示唆された。

次にアリゾナ州控訴裁判所における Home Builders Assn v. Scottsdale 判決 (902 P. 2d 1347 (1995)) を紹介する。この事件もドラン判決に従った判決を得るべく控訴裁判所に差し戻されたというものである。本件では水道供給のための開発負担金の合憲性審査にドラン判決の射程が及ぶかが問題となった。この点につき控訴裁判所は, ドラン判決は特定人に対してのみ課される負担金の合憲性を争う事案だったのに対して, 本件は市の構成員全員に課される負担金を争う事案だった点で異なるとして区別した。そして, ドラン判決で採られた高度な審査に拠ることなく合憲とした。

以上の2判決から考えるに, 州裁判所レベルで, ドラン判決の射程は物理的侵害以外の事案にも拡張されようとしてはいるが, 今のところ, それは特定人にのみ課されるタイプの規制に関してに限られているようである。

第2節 経済的に採算の合うあらゆる利用を否定する規制 (カテゴリーB)

本節ではカテゴリーBについて見ていくことにする。カテゴリーBに該当するとして解決されたものにルーカス判決¹¹⁰がある。規制によって, 経済的に採算の合うあらゆる利用 (all economically viable use) が否定されたとして原告が収用の成立を主張するというケース (以下total diminution ケースと呼ぶ) は, アギンズ判決以降80年代を通じてたびたび見られた。しかし, サンディエゴ判決は本案審理を回避し¹¹¹, ファーストイングリッシュ判決では救済問題の方に焦点が当てられ

ており, 収用成否については述べるところがなかった¹¹²。その意味でルーカス判決は初めてカテゴリーBに該当するとして事案が処理されたケースである。以下事実と判旨を紹介する。

ア) ルーカス判決

事実

原告は住宅を建築する意図で本件土地を購入した。しかしその後制定された州法により建築が禁じられることとなった。原告は, 州法の適用は原告の財産価値を完全に失わせるため, 補償無しの収用にあたるとして提訴した。

経過

1 審判決は, 規制の適用により土地が無価値となったと認定し, 正当な補償の支払いが必要だとした。州最高裁はまず, 州法の目的は原告の土地利用が引き起こす公益侵害を緩和することであると認定する。そして原告が立法目的および手段(建築禁止という手段が立法目的に仕えること)を争わない以上, 目的・手段の正当性が承認されたとみる。以上より州最高裁は, 本件を20世紀初頭の有害利用基準の事案(規制目的の正当性により収用の成立が否定される)¹¹³と同列に位置づけ収用の成立を否定した。

連邦最高裁

判旨 法廷意見はスカリアにより書かれた¹¹⁴

連邦最高裁は収用を決する定式を作ることを避け, 事案ごとに諸要素をバランシングすることで問題を解決してきたが, 少なくとも以下の2つに該当する場合には立法目的に拠らずに収用を認定してきた。1つは永久的物理的侵害を伴う場合である¹¹⁵。もう1つは規制が経済的に採算の合うあらゆる土地利用を否定する場合(total diminution ケース)である¹¹⁶。

後者の正当化根拠としてスカリアは以下のものを挙げる¹¹⁷。まずtotal diminutionはオーナーの立場からすれば物理的に侵害されたのと同様である。またtotal diminution ケースではペンセントラル判決で見られたような, 規制による利益の互恵性も期待できない。

こうした一般論とその根拠を述べた後、スカリアは州最高裁判決が有害利用基準を用いて収用を否定したこと（害悪防止規制であることからストレートに収用不成立という結論を導いていること）を論難する。

スカリアは州最高裁が有害利用基準の意味を取り違えていると非難する。州最高裁は、議会が有害と認めた活動を禁じても収用は生じないという具合に利用行為自体の有害性に着目しているが、そうした理解はペンセントラル判決脚注30で否定されていると述べる¹¹⁸。そして有害利用基準はむしろ目的と手段の関連性を問うテストとして理解するのが正しいとする¹¹⁹。従って立法府が害悪防止(harm-preventing)規制として制定したからといって、そのことから直ちに有害利用基準の下で正当化される訳ではない。

このようにして有害利用基準を、害悪防止(harm-preventing)か便益促進(benefit-conferring)かという具合に目的審査に特化して捉える立場を否定し¹²⁰、total diminutionが生じていれば（カテゴリーBに属していれば）、たとえ立法目的が害悪防止であるとしても収用が成立するという立場を維持した¹²¹。

以上のようにしてスカリアは害悪防止という立法目的によってカテゴリーBに例外が生まれることを認めなかった。しかし、スカリアは一切の例外を認めなかった訳ではない。原告の利用行為が州のニューサンス法の背後にある諸原則(background principles)によって、すでに禁じられていた場合（つまりコモンロー上のニューサンスに当たる場合には）にはtotal diminutionを生じる規制であっても収用とはならないとして、カテゴリーBに例外を設けた¹²²。

このようにしてみると本件における収用の成否は、原告の土地利用行為が、州のニューサンス法の背後にある諸原則によって禁じられているか否かに係ってくることになる。この点についてはスカリアは、もしある活動が原告と同じ立場にある、他の所有者によって長年営まれてきたというのであれば、その活動はコモンロー上禁止され

ていないことになる」と述べる¹²³。州が本件で勝つためには、単に議会が原告の土地利用行為を有害であると判断したことを述べるだけでは足りず、原告の土地利用が州のニューサンス法の諸原則によって禁じられていることを立証せねばならない¹²⁴。以上のようなロジックで州最高裁判決を破棄・差し戻した。

反対意見 ここではブラックマンのもの¹²⁵を取り上げる

ブラックマンは、total diminutionが生じたという事実認定がそもそも誤っているとする。本件では当該土地を売る権利も当該土地から他人を排除する権利も残されているのだからtotal diminutionの事案とは言えないとした¹²⁶。

こうして事実認定の誤りを指摘した上でブラックマンは、total diminution rule自体を論難する。彼はマグラー判決・ハダチェック判決・ミラー判決・ゴールドブラット判決¹²⁷・キーストーン判決¹²⁸を引いた上で、州には公衆にとって有害な利用を禁じる権限があり、そのことはたえと所有者が経済的損失を立証したとしても変わらないと述べた¹²⁹。ブラックマンは立法府が認定した有害利用を禁じる場合、total diminutionケースでも収用は生じないとした。

つづいて彼は法廷意見がコモンロー上のニューサンス（ニューサンス法の背後にある諸原則）を決め手として補償の要否を決することを非難する¹³⁰。彼は、最高裁はこれまで立法府にニューサンスの認定を任してきたとする¹³¹。法廷意見は、立法府にニューサンスの認定を任せるとほとんどどんな規制でもニューサンス防止(harm-preventing)規制とみなされてしまうという立法府の恣意性を指摘する¹³²。そしてそれを理由にニューサンスの認定権を立法府から奪い取っている。しかしブラックマンは、法廷意見のいうようにニューサンスをコモンロー上のものに限ったところで恣意性という同じ罣が待ち構えていると指摘する¹³³。

さらにブラックマンは法廷意見の提唱するtotal diminutionの認定も恣意的になると指摘す

る¹³⁴。なぜならtotal diminutionが生じたか否かは、価値の減少を分子としたときに何を分母とするかに係ってくるが分母を決する公式は今のところ無いからである。

イ) 評釈

法廷意見の特徴としては以下の諸点を指摘できる。

- ①total diminutionが生じた場合、立法目的に拠らずカテゴリーカルに収用が成立することを確認したこと（カテゴリーB）
- ②カテゴリーBについてニューサンスの例外を設けたこと
- ③ニューサンスの認定権を立法府から奪い、コモンロー上のものに限ったこと

スカリアが①を導く上で最大の障害になったのが、マグラー判決以降キーストン判決まで続いてきた立法目的重視のアプローチであった。この点についてスカリアは、ペンセントラル判決脚注30を引いて立論する。ペンセントラル判決でブレナンは、駅ビル上部空間の開発行為は公衆にとって有害な利用という訳ではないのだからマグラー判決やハグチェック判決とは事情が異なるという主張に対抗せねばならなかった¹³⁵。そこでブレナンはこれら先例における規制の合憲性の根拠を、利用・開発行為自体の有害性に求めることを止めねばならなかった¹³⁶。

スカリアはこのブレナンの議論を逆手にとり、立法府が有害だと認定したからといって、それだけで収用の成立を免れる訳ではないとした。つまり、ペンセントラル判決では多大な経済的損失を所有者にもたらす規制を合憲とするために、従来の有害利用基準の意味を読み替えることを迫られた。スカリアはブレナンの苦心を逆手にとり、有害利用基準によって自らのtotal diminution ruleが骨抜きにされるのを防いだのであった。

②のニューサンスの例外を設けることによってカテゴリーBに例外が用意された。ただ、ニューサンスの認定権を立法府に委ねてしまったので従来の有害利用基準を認めたことと同じ事になり、

①における苦心が無に帰してしまう。そこでスカリアは例外となるニューサンスをコモンロー上のものに限定したのである（③）。

これに対しブラックマンはマグラー判決以降の諸判決を、利用行為自体の有害性に着目したものとして理解する。そして本件の規制も有害な利用行為を規制するものとして、先例と同列に位置づける。

ブラックマンは先例をみると¹³⁷ニューサンスの認定権はむしろ立法府にあるとする¹³⁸。

以上、スカリアとブラックマンとの意見の相違をまとめてみた。

ウ) 学界の反応

以下ではルーカス判決に対する学界の反応を見ていくことにする。

[ジョセフ・サックス教授の見解]

ジョセフ・サックス教授は1993年の論文¹³⁹の中で、ルーカス判決は決して新奇なものではないという立場を明らかにした¹⁴⁰。彼はルーカス判決における法廷意見を以下のようなメッセージとして理解する。そのメッセージとは「州は所有者に対し、土地をエコシステムの一部として自然状態のままに保てという規制をしてはならない¹⁴¹」というものである。このメッセージはジャスト判決でウィスコンシン州最高裁がとった立場¹⁴²とは対照的である。サックスはルーカス判決は、このジャスト判決に対する回答であると理解している。彼はルーカス判決を、土地をエコシステムの一部とみなし、自然状態に利用を凍結させるタイプの環境規制にのみ向けられたものだ理解する¹⁴³。そうした規制は、伝統的な積極目的とも消極目的とも区別される第3の目的類型であり、ルーカス判決はそうした第3類型をターゲットにしたものだと考える。こうすることでサックスは、ルーカス判決のインパクト（total diminutionルール）が伝統的なポリスパワーの領域に拡大することを牽制する。サックスはさらに、法廷意見の中にも、そのようにルーカス判決の射程を限定する姿勢が見て取れるという。スカリアがコモンロー上の

ニューサンスの例外を認めたのもその意味においてであると考え。つまり伝統的なニューサンス法は利用を制限するにとどまり、本件のように全面的な利用を禁じるものではなかった。ニューサンスを持ち出すことによって、本件のような全面的に利用を凍結するような規制と伝統的な土地利用規制との違いを強調していると捉えるのである¹⁴⁴。こうしてサックスは、ルーカス判決の照準は伝統的土地利用規制の領域に向けられていないとしてルーカス判決のインパクトをかわそうとする。

〔リチャード・エプスティン教授の見解〕

エプスティン教授は1993年の論文¹⁴⁵の中で、財産権の保護という見地からは、ルーカス判決には欠陥があると指摘する。彼の批判は補償の要否がtotal diminutionかpartial diminutionかで決せられる点に向けられる¹⁴⁶。彼は経済的価値の減少がtotalかpartialかというのは、補償の程度を決するものではあっても、補償の要否を決するものではないとする。法廷意見はtotal diminutionをpartial diminutionとは別異に扱う理由として、物理的占拠と同視しうることと互惠性が欠如していることを挙げていた¹⁴⁷。これに対してエプスティンはpartial diminutionでも規制が及ぶ部分について場物理的占拠があったのと同視できること、total diminutionだからといって互惠性がないと一般的に言える訳ではないことを指摘¹⁴⁸し、両者の差異を相対化しようと試みる。彼はカテゴリーカルなアプローチに頼るあまり、partial diminutionが切り捨てられてしまうことを警戒したと思われる¹⁴⁹。法廷意見自身はpartial diminutionの場合に常に収用の成立を否定するという立場を採っている訳ではない¹⁵⁰。しかし、エプスティンはその旨の規範の成立につながることを懸念したのである¹⁵¹。彼は収用の有無をall-or-nothingに決しようというアプローチ自体に批判の目を向ける。彼はtotalかpartialかという程度の問題は補償の程度を決する基準であって、収用の成否を決する基準ではないと主張した¹⁵²。

ルーカス判決のインパクトについて、サックス

教授のように伝統的な土地利用規制には及ばないとして、そもそも切り離してしまう立場があることは先に述べた。これとは別に、ルーカス判決の射程が伝統的な土地利用規制に及ぶとしても、その影響はたいしたものではないとみる論者もいる。そうした論者はたとえば、規制によって財産価値すべてを奪うという事態は通常生じないということや例えtotal diminutionが生じたとしてもニューサンスの例外が設けられている点で収用は成立しにくくなっていること¹⁵³を挙げている。確かに卒然と考えるとtotal diminutionケースというのはごく稀にしか生じないようにもみえる。しかし、価値の減少を分子としたとき何を分母に持ってくるかでtotal diminutionの成立は大きく左右される。もし分母に規制の及ぶ特定の権利・部分のみを持ってくる事が出来るならtotal diminutionはたやすく成立するはずである。このように価値の減少を計る分数の分母に、特定の権利・部分のみを持ってくることはconceptual severanceと呼ばれる¹⁵⁴。一見したところ活躍の場が限られているように見えるtotal diminutionルールもこのconceptual severanceと結びつくとき非常に大きな影響力を持ってくるであろう。ルーカス判決ではconceptual severanceに拠ることなしにtotal diminutionが認定された事案であったためこの問題は意識されなかった。しかし、この問題はキーストーン判決の反対意見（レーンキストによる）の中ですでに顕在化していた。そして今後の日程に上って来るであろうと考えられている¹⁵⁵。そこで以下の部分でこのconceptual severanceについて検討を加えることにする。

エ) conceptual severance—分母の問題—

命名者のMargaret Radin教授によると、conceptual severanceというのは、財産権全体から規制の及ぶ部分のみを概念上区別し、その部分を独立した1つの全体とみなすことである¹⁵⁶。こうした戦略を採れば、total diminutionルールの活躍の場もずっと広がり、規制による収用も認められやすくなる訳である。

このconceptual severanceと呼ばれるようになった問題に対し、連邦最高裁はこれまでどのような態度をとってきたのであろうか。以下の部分で見ていきたい。

現在連邦最高裁は程度審査を行うにあたり、規制によって生じた価値の減少分を分子、所有者の財産全体を分母とする分数式を用いている。財産全体を分母とすることから、この方法はwhole property ruleなどと呼ばれる。このwhole property ruleのルーツはマホーン判決のブランダイス反対意見にまでさかのぼる。

マホーン事件とは、地下での採掘を条件に石炭会社から地表の権利を譲り受けた者が、後に制定された州法（コーラー法という。この法によって、地盤沈下を生じさせるような採掘は禁じられるようになった。）を根拠に、地下での採掘の差し止めを求めたのに対し、石炭会社が州法の収用条項違反を主張したというものである。もしここで、コーラー法によって採掘が禁じられる特定の石炭層の価値の減少だけを考慮するということであればconceptual severanceが採られたということになる。

法廷意見は、規制のもたらす経済的損失の大きさを決め手にコーラー法は適用違憲になるとした¹⁵⁷が、それはあくまでコーラー法のもたらす公益と財産権侵害の程度とを比較衡量するというバラシングの結果導かれた結論であって、conceptual severanceによってtotal diminutionを認めた訳ではなかった。conceptual severanceという論点はむしろ少数意見の中で意識されていた。少数意見は、多数意見は採掘権にばかり注目していて、今日でいうconceptual severanceに陥ってしまっていると感じる。そして程度審査においては財産全体の価値を分母とすべきだと主張した¹⁵⁸。

マホーン判決反対意見で提示されたwhole property ruleは、今日法廷意見のとり立場となっている。たとえばペンセントラル判決では、空中権という独立の権利が完全に侵害されたのだから収用が成立しているはずだという主張に対して、収用の成否は財産全体に対する価値の減少の程度により決する旨を述べ、conceptual severanceを

明示的に否定した¹⁵⁹。続くキーストーン判決でも、採掘できなくなった石炭層を独立の財産と見なすことを明示的に否定した¹⁶⁰。

これに対しレーンキストは両判決で反対意見を書いた。特にキーストーン判決では規制の及ぶ石炭層は独立の存在で、全体から分離できるとする。そして採掘が禁じられた以上、その独立した財産の価値が完全に失われたといえるから収用が成立するとした¹⁶¹。

このようにtotal diminution ruleがconceptual severanceと結びつくことによって、どんな規制であっても収用とみなされる危険にさらされるのである¹⁶²。レーンキストは、実際にどんなものであれば独立の財産とみなされ、全体からの分離が許されるのかについては語らなかった。この点に付き示唆を与えたのがルーカス判決法廷意見の脚注7¹⁶³である。

脚注7でスカリアは、この問題の答えは所有者の期待（reasonable expectations）に対し州の法体系がどのような保護・認知を与えているかに係ってくると述べる。つまり、所有者が全体からの分離を主張する特定の財産権に対し、州の法体系が法的な保護・認知を与えているのか、与えているとしてそれはどの程度なのかに照らして分離の適否が決められるとしたのである。

この説明は上で挙げた2つの先例をよく説明するように思われる。ペンセントラル判決で分離が主張された空中権なるものは、確かに概念上（conceptual）は想起でき、それを全体から分離（severance）することは出来る。しかし、空中権なる財産区分は州法上存在しなかった。そこで、所有者の空中権に対する期待は州法上の保護を受けていなかったといえる。それゆえ全体からの分離を認めることは許されなかったという具合に説明がつけられよう。

次にキーストーン判決で問題となった特定の石炭層について考える。ペンシルバニア州法の財産区分には実は、地表財産と鉱物財産とは区別される、支持財産（地表財産を支える財産のこと。本件での石炭層も地表を支えているという意味で鉱

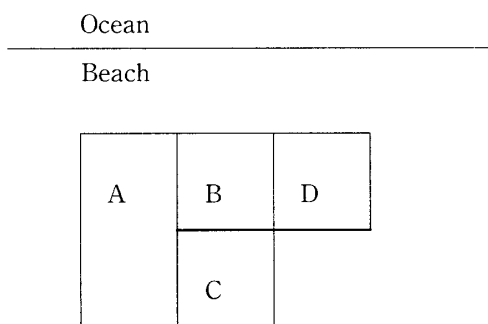
物財産であると同時に支持財産である。)という区分がある。従ってその支持財産について全体からの分離を主張することは空中権の場合ほど突飛なものではない。それゆえ分離を認めなかった法廷意見に対し、分離を認める反対意見が付いたのだと考えることも出来よう。

以上は特定の権利だけを全体から分離するという意味でのconceptual severanceであったが、conceptual severanceにはさらに、特定の領域のみを分離しようという側面と特定の期間のみを分離しようという側面とがある。以下、それぞれについて検討する。

[領域におけるconceptual severance]

まず、一部の領域（土地の一部）のみを全体から切り離すという意味でのconceptual severanceについて検討する。この場合についてフィッシャー教授は以下のような問題点があることを具体例を挙げて指摘する¹⁶⁴。

彼は下図のような4つの土地がほぼ同時期に売却された状況を想定する。(海岸線から敷地Bと敷地Cとの間に引いた太線までを100フィートと考える)



甲が敷地Aを買い、乙が敷地B・Cを買い、丙が敷地Dを買ったとする。その後州が、海浜から100フィート以内での住居建築を禁じる法を制定したとする。この場合甲、乙、丙が3人とも収用の成立を主張して訴訟を起こしたとしたらどうか。

この場合まず、各所有者の財産全体を分母として価値の減少を計るやり方が考えられる。その場

合、丙については補償が与えられるであろうが、甲と乙については無補償とされる可能性が大である。

次に各所有者の財産全体ではなく、各敷地それぞれを分母として価値の減少を計るやり方が考えられる。その場合丙は敷地Dについて補償を受け、乙は敷地Bについては補償を受けるが、乙と同じ財産価値を持ち、同じ経済的損失を受ける甲は全く保証を受けられない可能性が大であり、この点で不公平が生じる。

最後に規制が及ぶ部分だけを取り出して分母に据えるやり方が考えられる。この場合、規制の及ぶ部分には常に収用が成立する (total diminution) ことになり甲、乙、丙3人の間の公平は確保できる。しかしこの方法をとると、セットバック規制のようなものについてまで、いちいち収用が成立してしまうことになるのでポリスパワーに与える影響が非常に大きくなってしまう¹⁶⁵。

土地の一部分のみを取り出し、それを分母に据えるというconceptual severanceには、上で指摘したような公平性の問題や従来の規制権限に及ぼす影響力の問題など問題点が多い。

ルーカス判決ではこの点は問題とならなかったが (本件はconceptual severanceに拠るまでもなくtotal diminutionであることが認定された)、ルーカス判決以降の連邦控訴審判決および州裁判所判決にこの問題を扱ったものがあるので紹介する。

連邦控訴裁判所が扱ったものとしては、Laveladies Harbor, Inc. v. United States¹⁶⁶がある。この事件は、250エーカーの土地を持ち、そのうちの199エーカーの開発をすでに済ませていた所有者が残りの51エーカーの開発許可を求めたが市に拒否されたというものである。後に市は51エーカーのうち38.5エーカーの開発権を市に提供することと引き換えに12.5エーカーの開発を許可した。これに対し所有者が、規制による収用が成立しているとして提訴した。市側は土地の80パーセントはすでに開発済みなのだから収用は成立しないと主張した。一方原告側は、収用成否の審査

に關係するのは開発許可が求められた部分のみであると主張した。1 審判決は、規制がなされる前に開発・売却の済んだ部分を考慮に入れるのは本件では不適切であるとした。そして開発申請がなされ拒否された部分のみを程度審査の分母とすることを認め、この部分につきtotal diminutionが生じている以上、収用が成立するとしたのであった。そして控訴裁判所も同様の判断をした¹⁶⁷。本判決は、連邦最高裁がとるwhole property ruleと抵触するとして受け止められているようで、本判決に言及して分母の問題を解決しようとする判決はほとんどないようである¹⁶⁸。そうした中でニューハンプシャー州最高裁はQuirk v. Town of New Boston¹⁶⁹の中でLaveladies判決に言及した。この事件はキャンプ場の所有者がキャンプ場内に緩衝帯を設けることを要求する規制に対して、規制により、緩衝帯にあたる土地の利用は全面的に否定されるのだから収用が成立するとして争ったものである。所有者はLaveladies判決に基づき、緩衝帯にあたる部分のみを取り出して分母に据えることを主張した。これに対し州最高裁は、Laveladies判決は分母に何を持ってくるかを柔軟なアプローチで決めてもよいとしているだけであって、常に最小の構成部分がくるべきだと述べた訳ではないと考える¹⁷⁰。そして「異なる開発・利用目的のために事前に財産を分割していたか否か¹⁷¹」の点で本件とLaveladies判決は区別できるとする。そしてそうした事前の分割が無い以上、緩衝帯のみを取り出して分母に据えることはできないとしたのであった。ここでは事前の分割があったか否かというのが1つの目安として使われている。

この目安をもとに先に述べたフィッシャー教授の例を考えるとどうなるであろうか。この場合、甲の所有する敷地Aについて、規制の及ぶ部分のみを取り出すことは恐らく無理だということになるであろう。問題は乙の所有する敷地B・Cを独立の存在として全体から切り離して分母に据えることが許されるか否かである。これについては結局、所有者が異なる開発・利用目的のために事前に財産を分割していたといえるかどうかを事案ご

とに判断していくしかないであろうが、購入時期などが一つの判断要素になると思われる。

[期間におけるconceptual severance]

次に特定の期間のみを全体から切り離すという意味でのconceptual severanceについて検討する。たとえば短期の期限付き全面的利用禁止規制がなされた場合、長い目を持って眺めれば、いずれ禁止が解除される訳であるからtotal diminutionが生じているとはいえない。しかし、規制の有効期間だけを取り出して分母に据えることが許されるならtotal diminutionが生じたことになり収用が成立することになる。連邦最高裁はこの問題につき、どのような態度を採っているのだろうか。

ファーストイングリッシュ判決では一時的収用に対する補償が義務とされた。そこで同判決を期間についてのconceptual severanceを認めたものとして理解してもよいのであろうか。実際反対意見を書いたスティーブンスは、法廷意見がconceptual severanceを採用したと理解し、その点に批判を加えている¹⁷²。スティーブンスはレーンキストが先例として引用している事案は物理的侵害の事案であるのに対し、本件は非物理的侵害の事案であるとして区別した上で、非物理的侵害に該当する本件においても一時的収用に対する補償を認めることはconceptual severanceを認めたことになってしまい、先例（ペンセントラル判決・キーストーン判決）に反すると述べる¹⁷³。このようにスティーブンスは法廷意見がconceptual severanceを採用したとみている訳だが、マイクルマン教授はこのスティーブンスの認識に否定的である。

マイクルマンは全面的利用禁止規制が無期限のものとして制定されたか、期限の定めをもって制定されたかの違いを重要視する。そしてファーストイングリッシュ判決で確認された一時的収用に対する補償の法理は、政府が無期限のものとして制定した規制に限って適用があるものと考え¹⁷⁴。そして、制定の当初から期限の定めのある規制については物理的侵害の無い限り、その期間だけを取り上げて収用の成否を論じることはでき

ない（法廷意見の射程はそこまで及ばない）と考える¹⁷⁵。こうしてマイクルマンは一時的収用に對する補償の法理をconceptual severanceから切り離して考える。そして、そのことによって連邦最高裁がconceptual severanceに接近したとみる立場を牽制したのであった。

ルーカス判決で法廷意見が採用したtotal diminution ruleは、先述したように分母に何を持ってくるかによって、インパクトがまるで異なってくる。そこで規制の及ぶ権利・部分・期間のみを全体から切り離して分母に据えてしまおうというのがconceptual severanceであった。しかし、上でみてきたように連邦最高裁はconceptual severanceにつき消極的な態度を採ってきているのである。

第3節 カテゴリーA・Bからもれる規制の取り扱い

第1節・第2節では、80年代に入りアギンズ判決の2つのテストに基づきカテゴリーカルなアプローチが発展してきていることを述べ、2つのカテゴリーにつき詳説した。本節ではこれらのカテゴリーからもれる事案の取り扱いについて考察したい。

両カテゴリーからもれる典型的なケースとしてはpartial diminutionの事案が挙げられる。これは規制によって財産価値の全部ではないがその一部が失われるというもので、利用規制により生じるのは通常このpartial diminutionである。エプスティン教授は、本章第2節で紹介したように、カテゴリーカルなアプローチが発展するあまり、このpartial diminutionが切り捨てられてしまうことに強い懸念を表明していた。このpartial diminutionについて、ルーカス判決は態度を明らかにしなかったが、その後連邦控訴裁判所が、Florida Rock Industries, Inc. v. United States判決¹⁷⁶でこの問題を扱った。この事件は湿原の地下にある石灰石の採掘申請に対し、申請が拒否され、これに対し所有者が収用の成立を主張し提訴したとい

うものである。連邦控訴裁判所はtotal diminutionが生じていたとする原審の事実認定を覆した。そうした上で、total diminutionではなくとも収用が成立しうることを示した¹⁷⁷。同判決は、どの程度の価値の減少があれば収用が成立するのかについてまでは示さず、結局、諸利益のバランスに委ねられると述べた¹⁷⁸。カテゴリーに該当しなければ通常のバランステストに委ねられるという訳である。

ただ、バランステストに拠る場合、ペセントラル判決にしる、キーストーン判決にしる、非常に立法目的を重視するバランスが行われているように見える¹⁷⁹。そもそもカテゴリーカルなアプローチが生み出された一因として、この立法目的重視のバランステストから財産権侵害の強いものをくくりだすという発想があったと思われる。そう考えると、partial diminutionの場合に収用の成立が認められることは難しいように思える。そこで財産権を重視する立場から編み出されたのがconceptual severanceを用いてtotal diminutionを成立させてしまう戦略だったのである。しかし、ここまで見てきたように、この戦略は必ずしも成功してはいない。

財産権を重視する立場が編み出したもう1つの戦略は立法府からニューサンスの認定権を奪うというものであった（ルーカス法廷意見）。ニューサンスの認定権を奪い、ニューサンスをコモンロー上のものに限ることで、立法目的重視のバランスを牽制しようとしたものと思われる。ただしこの戦略についても、さまざまな欠点が指摘されている¹⁸⁰ことに加え、判事の交代により多数派を維持できそうもないことが指摘されている¹⁸¹。

カテゴリーカルなアプローチの採用は、規制による収用をめぐる不透明な法理（Carol Roseの用語を用いるならmud rule¹⁸²）を透明性の高い法理（これをCarol Roseはcrystal ruleと呼ぶ）に置き換え、恣意性を排除し、予測可能性を高めようというものであったように思われる。しかしながら、そのカテゴリーカルなアプローチもこの分野すべてをcrystalなものに変えた訳ではなく、依然として

透明性の低いmudなbalancingに委ねられる領域が広く存在するのである。

第4節 中間的なアプローチ

以上第1節から第3節までの部分で、カテゴリーカルなアプローチとカテゴリーからもれた場合のbalancingテストについて述べてきた。このカテゴリーカルなアプローチとbalancingテストとを対極的なものと見た場合、その中間にあたるアプローチが実は存在する。その中間的なアプローチとは、特定の権利が奪われたときにbalancingにバイアスをかけるというものである。その特定の権利とは、これまで判例に現れたものの中では、「他人を排除する権利」と「遺贈をする権利」である。以下詳しく見ていくことにする。

「他人を排除する権利」が奪われた際に、収用成否のbalancingにバイアスがかかった先例として、カイザー判決¹⁸³を挙げることが出来る。この事件は、潟に多額の費用をかけて改良工事を行い、海との航行が可能となったマリーナの所有者に対し、航行地役権が課され、誰もが潟の中を自由に航行できる様になってしまったというものである。連邦最高裁法廷意見はレーンキストにより書かれた。そのなかで彼は、補償無しには奪うことのできない重要な期待権というものが、財産権の束の中にはあり、本件での他人を排除する権利も、そうした重要な期待権に該当すると述べた¹⁸⁴。カイザー判決ではロレットー判決のように、永久的物理的占拠は当然に収用にあたるというようなカテゴリーカルな説明はされていない¹⁸⁵。しかし、他人を排除するという権利の重要性にかんがみbalancingにバイアスがかかったとみることが出来る。

「遺贈をする権利」が奪われた際に、収用成否のbalancingにバイアスがかかった先例としては、アービング判決¹⁸⁶が挙げられる。この事件は、部族への土地の帰属により土地の生産力を高めることを目的として、土地所有者の死に際し、土地を部族に帰属させるとした州法の合憲性が審査された。連邦最高裁はオコナーによる法廷意見

の中で、遺贈する権利は他人を排除する権利と同様の歴史的重要性を持っていると述べ¹⁸⁷、収用の成立を認めた。

その一方で「遺贈する権利」と同様、譲渡・売買に関する権利が奪われたにもかかわらず、balancingに際しバイアスがかけられなかった判決として、アラード判決¹⁸⁸が挙げられる。この事件は、鷺の死体の一部の販売を禁ずる規制により、規制施行前に死体の一部を組み込んだ加工品の販売が禁じられるのは、「商品を買収する権利」の収用にあたるとして争われたものである。連邦最高裁は全員一致の法廷意見（ブレナンにより書かれた）で収用は成立しないとした。法廷意見は、本件での規制が物理的侵害を伴うもので無いことを指摘¹⁸⁹した上で、本件規制は最も収益の上がる財産利用（商品として売買するという利用法）を禁じるものではあるが、本件の場合、所有・寄付・遺贈・展示の権利まで奪われた訳ではないことを強調する¹⁹⁰。そして、本件のような予想収益に対する期待権は、他の財産上の権利に比べ伝統的に重要視されておらず、商品売買をする権利に対する規制は従来合憲とされてきたと述べる¹⁹¹。

以上のように連邦最高裁は、「他人を排除する権利」および売買・譲渡に関する権利の中から「遺贈をする権利」については、balancingにおいて特別な配慮がなされることを確認している。

同じ売買・譲渡に関する権利でありながら、アラード判決での商品売買をする権利には特別な地位は与えられず、一方アービング判決での遺贈をする権利には特別な地位が与えられた。この違いについて由喜門教授は被侵害利益と残存利益の性質の違いによるものだと指摘する¹⁹²。つまりアラード事件では残存権利のいくつかは、被侵害利益に類似していた（販売する権利と、展示により利益を得る権利）が、アービング事件では残存権利のどれも被侵害利益に類似していない（遺贈する権利と類似した権利は、残存権利の中には無い）という訳である。同様にして、「他人を排除する権利」が奪われた場合、残存権利の中に類似した権利は無いと説明する¹⁹³。

このように、残存権利との類似性を持たない権利が侵害された場合に、balancingにバイアスがかかるとの説明も可能ではあろうが、より簡便に説明しようとするなら、被侵害利益の歴史的重要性ということが一つのメルクマールになるように思われる。たとえば、物理的侵害によって生じる「他人を排除する権利」の剥奪は、収用の原型ともいえるものであって、経済的効果がほぼ同じでも、それを一つの理由に収用になるという判断がなされることは十分考えられるであろう¹⁹⁴。またアラード判決、アービング判決ともに被侵害利益のもつ歴史的重要性に言及していた点も指摘できよう。

以上の2つの説明に拠る場合、どちらの説明の仕方をするにせよ、balancingに際し特別な配慮を受ける権利は判例に現れた2つ（他人を排除する権利と遺贈をする権利）にとどまらないことになる。実際、売買・譲渡などの市場取引に関する権利の領域で、さらにこうした特別の地位を拡大していこうという傾向があることを指摘する論者もいる¹⁹⁵。そこでは、特にそうした傾向を持つ裁判官としてレーンキストが挙げられている。レーンキストの戦略は物理的侵害の概念を拡大していくことで、その装いの下、市場取引に関する権利に特別の地位を認めていこうというものである¹⁹⁶。彼はたとえば、家賃統制下にあるアパートの取り壊しを家主に禁じるという、家主の賃貸権（これは市場取引に関する権利にあたる）の規制にあたる事案¹⁹⁷を、永久的物理的占拠の事案と見做し収用の成立を認めている¹⁹⁸。レーンキストのほかスカリアも、アービング判決同意意見¹⁹⁹の中で、アラード判決（商品を売買する権利に特別な地位を認めなかった）の射程を当該事案に限ると言明しており、市場取引に関する権利には特別な地位がふさわしいことを示唆している²⁰⁰。

このようにbalancingに際し、何が特別の地位を認められる権利なのかは開かれた問題であり、連邦最高裁判官の動向を観察するに、市場取引に関する領域で、特別の地位を認められる権

利が増えていく可能性があるように思われる。

第4章 考察 ―カテゴリーカルなアプローチを受けて―

第1節 カテゴリーカルなアプローチの登場の理由

第3章では、80年代後半以降の連邦最高裁判決において、それまでのbalancingテストとは趣を異にするカテゴリーカルな審査方法が現れたことを指摘し、その内容につき紹介した。本章では、そもそもなぜ、そうしたカテゴリーカルな審査方法が登場したのかについて考察してみたい。

ア) ジョセフ・サックス教授は、州の規制権限が拡張し続ける中で、伝統的な規制権限を侵すことなく立法府の恣意を防ぐための手段として、カテゴリーカルな審査方法が生まれたと説明する。彼によると現在の連邦最高裁は財産権を重視しており、政府の規制権限の濫用を問題視してはいるものの、伝統的な規制権限の領域を脅かすことなく立法府の恣意を防ぐための適切な基準を見つけ出せないでいる。そのため連邦最高裁は、とりわけひどい恣意・濫用のみをターゲットにするべくカテゴリーカルな審査方法を生み出したのだと説明する²⁰¹。このように、一方では土地利用規制の必要性を肯定しつつ、他方では一部の土地所有者に不公正な負担を負わす立法を問題視するといった中間的な認識が連邦最高裁にあることは、すでに寺尾教授によって指摘されていた。寺尾教授は、ブレナンを例に挙げ、ペンセントラル判決で歴史保全条例の目的の重要性を強調した法廷意見を書く一方で、サンディエゴ判決では一時的収用への損失補償の支払いを認める反対意見を書いたブレナンは、この中間的な認識に立っていたのだとして、2つの意見を整合的なものとして説明していた²⁰²。今日の連邦最高裁が、balancingテストを否定する訳でもなく、しかし同時にカテゴリーカルな審査方法を併用しているのは、こうした中間的な認識の現れとして受け止めることが出来るように思われる²⁰³。

イ) カテゴリーカルな審査方法が登場したもう一つの理由としては、balancingテストの核とな

るべき概念の曖昧さが挙げられるように思われる。balancing testとは要するに、規制目的と規制の及ぼす経済的損失との比較衡量ということである。そして規制目的が拡大する中で、目的審査が収用不成立の方向へのベクトルであるとすれば、収用成立の方向へのベクトルは程度審査ということになる。そしてその程度審査の核となるべき概念が、ペンセントラル判決で提唱された²⁰⁴「投資に裏付けられた期待 (investment-backed expectations)」ということになるのである。しかし、この「投資に裏付けられた期待」という概念の中身については、非常に曖昧なものであり、明確な定義が連邦最高裁によって与えられていないとの批判が加えられている²⁰⁵。明確な定義が与えられないために、下級審裁判所は20世紀初頭の連邦最高裁判決の中にその意味を探ろうとしているようである²⁰⁶。しかし当時の違憲審査基準が目的審査に特化されており、多大な経済的損失をもたらす規制であっても合憲とされていたという事情²⁰⁷を考えると、このようにして確定された「投資に裏付けられた期待」が収用成立の方向へのベクトルとして機能することは期待できない。連邦最高裁がこの「投資に裏付けられた期待」という概念に明確な定義を与えないことによって、多大な損失をもたらす規制であっても収用が成立しないということになりかねない。このように核となる概念の曖昧さ故に、balancing testが収用成立の方向に機能しないという危険性があるように思われる。これを自覚した連邦最高裁が、概念を明確化する代わりに、典型的場合については収用を成立させるというカテゴリカルな審査方法を発展させたと捉えることも可能なように思われる。

第2節 最近の学説の動き

本稿は80年代後半以降、実務レベルで従来のbalancing testとは若干趣の異なるアプローチが生まれつつあることを中心に論じてきた。そこで次に、本節では学説においても、従来この分野で採られてきたアプローチとは若干趣の異なる視点が生まれつつあることを指摘して結びとしたい。

従来の収用法理は基本的に、あらゆる財は換価可能であるという前提に立っていたといえる。ここではあらゆる財は市場での取り引きが可能であり、客観的な市場価格を持つことになる²⁰⁸。そして財そのものは抽象物にとどまり、換価できない特別の属性を持つ財というものは想定されない。その証拠に修正5条の公用収用権の行使については、「公共の用のため」および「正当な補償」といった要件が付されてはいるものの、財の性質に応じて収用権の行使に制限を設けようという規定はない。

Margaret Radin教授はこれに対し、財の性質に応じて憲法上の保護の程度に違いを設けるべきことを提唱する²⁰⁹。教授は特別の保護を受けるべき財として、人格と結びついた財を挙げる²¹⁰。そして、そうした財については収用成否のbalancing testにおいて収用成立の方向にバイアスがかかると述べる。さらには、そもそも収用権の対象外（例えば正当な補償を支払ったとしても、そもそも換価不能なのであるから収用できない）ともなりうることを指摘した²¹¹。このように教授は、憲法上特別の保護を受ける財のカテゴリーを作り出し、そのカテゴリーに該当する財が規制される場合には、収用成否の審査にバイアスがかかると考える。そうしたカテゴリーを教授は、「人格と結びついた (bound up with individuals)²¹²」財であるとか「人格形成にとって適切な (appropriate to construction of personhood)²¹³」財などと呼んでいる。

このように財の性質を、収用成否の審査における考慮事項として取り込むことで、取り込まない従来の立場に比べどのような違いが生じるのだろうか。

たとえばロレットー判決のように、永久的物理的占拠が生じた場合に直ちに収用を成立させるような法理は、従来のように財に個性を認めない立場からは正当化しがたいものである。財産侵害の程度が微少であるにも関わらず、物理的侵害であるというだけで収用を認めるというのは均衡を失ったものと受け止められよう。永久的物理的占拠

の法理に対する批判も主にこの点に向けられているように思われる²¹⁴。しかし、他人との接触を自らコントロールできることが人格形成にとって不可欠であるという認識をとれば、財産侵害の程度が微少であるときに収用を成立させることも許されるように思われる。この点につきRadin教授は、物理的侵害を受けた財そのものの性質を考慮すべきだと指摘する。たとえば、人格とのつながりがより密接な住居が物理的侵害を受けた場合と、それ以外の施設が物理的侵害を受けた場合とでは保護の程度が異なると考える²¹⁵。この考え方によれば、ロレット事件での物理的侵害は、家主の人格とのつながりが住居よりも希薄な賃貸用アパートに対するものであり、当該建物を賃貸用から個人用にすれば及ばなくなるものであるから、特別な保護を受けるに値しないということになる²¹⁶。

市場取引に関する権利が侵害された場合についても同様に、規制を受ける財の性質が考慮されることになる。たとえば法人が所有する財を適正な市場価格で労働者に払い下げよとする規制は、等価交換であるが故に収用とはならないが、反対に、私人に住居を法人に対し適正な市場価格で売却せよとする規制は、たとえ金銭的には等価交換であっても収用が成立しうることになるとする²¹⁷。

利用に関する権利が侵害された場合にも、侵害された利用行為がどれほど人格と結びついたものであるかが考慮される。たとえばMoore v. City of East Cleveland判決²¹⁸では、ゾーニング条例の定め反して、拡張した家族形態で住む権利が確認された。このことの背景には、規制された権利が、家族形態のあり方という人格に深く結びついたものであったということが大きく作用していると考えられる²¹⁹。一方そうした人格的利益に関わらない、収益活動に対する規制の場合には特に審査においてバイアスがかけられることはない²²⁰。

以上は、すでに所有者が何らかの形で財産利用をしていた場合の話であるが、これがもし、初期開発(更地を何らかの目的を持って開発する行為)に対する規制であるならばどうなるか。これにつ

いてRadin教授は、所有者が私人であるか投機家であるか、住宅建築のための土地であるか否か、といった考慮が必要だと説く²²¹。

ルーカス判決は、私人による住宅建築のための初期開発を禁止する規制に対し、total diminutionを理由に収用を認定した事案であるが、私人にとっての住宅建築が人格に密接した利用であるために、審査にバイアスがかかったという具合に読み直すことも出来るように思われる。

以上のように収用成否の審査に、財の性質の考慮を持ち込むというやり方は、これまであまり見られなかった新しい視点であるように思われる。我が国の補償の可否をめぐる学説をみても、目的・程度の審査²²²に加え、地域特性なり状況拘束性を補償の可否の判断に持ち込もうとするものは多いが、財そのものの性質に応じて補償の可否を決しようとする議論はあまり見られなかったように思われる。その意味でRadin教授の試みが我が国の学説に与えるインパクトは大きいように思われる。

まとめ

本稿は広範かつ多様な内容をもつ財産権の中から土地利用権を選び、それに対する土地利用規制の限界について、主として合衆国連邦最高裁判決を素材に検討したものである。本稿では土地利用規制の限界を判定する審査方法の変遷について時系列的に眺めてみることにした。

19世紀後半から20世紀初頭にかけては、規制目的に照らし、害悪防止目的であれば無補償での規制が許され、便益促進目的であれば正当な補償が必要になるという具合に、収用成否の審査は規制目的の審査に一元化されていた(第1章第1節)。

その後20世紀前半になると目的審査に加え、規制が私人に及ぼす経済的損失の程度をも考慮して収用の成否が判断されるようになった(第1章第2節)。

1930年代以降、連邦裁判所は規制による収用(regulatory taking)の分野の表舞台から姿を消していたが、1978年のペンセントラル判決で表舞

台に戻ってきた。同判決は規制による収用の成否は、規制目的と規制のもたらす経済的損失とのバランスングにより決まることを確認した（第1章第3節）。

以上は先行業績の示すところでもある²²³。本稿はそれら先行業績を踏まえつつ、近年（1980年代後半以降）の収用成否の審査方法について焦点を当てることとした。

近年の連邦最高裁の判例をみると、従来のバランスングテストとは若干趣の異なるカテゴリーカルなアプローチがみてとれる。本文で紹介したように、A) 正当な州益を実質的に促進しない規制 B) 経済的に採算の合うあらゆる利用を否定する規制 の2つのカテゴリーのいずれかに該当する場合には常に収用が成立し、その他の場合には従来のバランスングテストに委ねられるという枠組みで近年の連邦最高裁は動いているように思われる。本稿では2つのカテゴリーに該当する場合（第3章 第1節・第2節）およびカテゴリーからもれる場合（第3章 第3節・第4節）について詳説した後、こうした枠組みが構築されるに至った背景について考察する（第4章）ことまでを検討課題とした。

注

- 1 安念 潤司「憲法が財産権を保護することの意味」 長谷部 恭男編著『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社、1995）137頁以下。142頁
- 2 法学協会『註解日本国憲法上巻』（有斐閣、1948）288頁は財産権につき、「私法上並びに公法上のあらゆる財産権を包含するものと解すべきである。即ち所有権その他の物権を始めとして、特許権・著作権等の無体財産権、鉱業権、漁業権の如き特別法による財産権はもちろん、債権、営業権、老舗権を含み、更に水利権・河川占有権の如き公法的性質を有する私人の財産権にも及ぶものと認められる。」という具合に、もろもろの財産権の形態を羅列することで財産権を説明している。
- 3 米沢 広一「土地使用権の規制(1)―(2・完)」法学論叢107巻4号、108巻1号、3号（1980）は財産

権に対する政府の権限として、ポリスパワー、収用権限、課税権限、州際通商規制権限などを挙げている。107巻4号27頁。

- 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(1)―(5・完)」法学協会雑誌100巻2号、10号、101巻1号、2号、3号（1983―1984）。100巻2号344頁以下。
- 5 注4、345頁。
- 6 このように害悪防止目的の規制であれば収用は成立しないとする理論は、我が国では有害利用基準という呼び名で紹介されている。（たとえば、寺尾注4 101巻1号90頁。由喜門 注8 107巻3号420頁。）本稿もこの呼び名に従うことにする。
- 7 寺尾 注4 100巻2号348頁。
- 8 「一般的福祉」は、今世紀初頭は「健康」「安全」と同一視されたが、今世紀中頃からそれらとは無関係な生活の快適さを与えるゾーニングの根拠として用いられた。そして今日では地域社会の性格を保護するゾーニングの根拠とされるまでになっており、その内容は拡大している。由喜門 真治「アメリカの土地利用規制と損失補償(1)―(3・完)」民商法雑誌 107巻3号、4・5号、6号（1992）。107巻3号415頁。
- 9 寺尾 100巻2号348―351頁。
- 10 この辺の事情については、由喜門 注8 107巻3号413頁―420頁が詳説している。
- 11 *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922)
この事件は、地下での石炭の採掘権を留保したまま、地表の権利を私人に譲り渡した石炭会社に対して、地表の権利を継承した私人が、住居を危険にさらす採掘を禁じるコーラー法の制定を根拠に採掘の差し止めを会社に求めたというものである。連邦最高裁は、コーラー法を正当化する公益が限定的であること、および、同法が石炭会社に及ぼす経済的損失の大きさを理由にコーラー法を適用違憲した。
- 12 *id.* at 415
- 13 寺尾 注4 101巻1号82頁
- 14 たとえば、ニューヨーク州最高裁での、*Fred F. French Investing Co. v. City of New York*, 350

- N.E.2d381 (1976), 及びペンセントラル事件
 ニューヨーク州最高裁判決366N.E.2d1271 (1977),
 アギンズ事件カリフォルニア州最高裁判決598P.2
 d25 (1979)などが挙げられる。
- 15 たとえばCausby v. United States, 328U.S.256
 (1946)
- 16 注14参照
- 17 たとえば, 物理的侵害のない土地利用規制には
 デュープロセス条項のみが適用されとするもの
 として, F. Bosselman, D. callies, J. Banta,
 『The Taking Issue』, 238 (1973)。デュープロセス
 条項と収用条項とを連続的に捉えることを批判す
 るものとして, John J. Costonis, Fair Compensa-
 tion and the Accommodation Power: Antidotes
 for the Taking Impasse in Land Use Contro-
 versies, 75Colum.L.Rev.1021 (1975)がある。
- 18 Norman Williams, Jr., Daniel R. Mandelker
 ほか, The White River Junction Manifesto, 9
 VermontL.Rev. 193 (1984)
- 19 First English Evangelical Lutheran Church of
 Glendale v. County of Los Angeles, 482U.S.304
 (1987)
- 20 たとえば, 由喜門 107巻3号429頁。寺尾 100巻
 2号350頁。
- 21 法廷意見は, 本件で問題となっているコーラー法
 の立法目的につき, 公共の損害を防止しようという
 害悪防止目的ではないとして, 同法の保護する公益
 を限定的なものとして捉えている。Mahon, 260U.
 S. at 413
- 22 id.
- 23 由喜門教授は, この審査方法を比較衡量基準と呼
 ぶ。注8 107巻3号428頁。
- 24 Penn Central Transportation Co. v. City of
 New York, 438U.S.104 (1978)
- 25 Nathaniel S. Lawrence, Regulatory Takings:
 Beyond the Balancing Test, 『Regulatory Tak-
 ings』, 198 (1988)
- 26 Village of Euclid v. Ambler Realty Co. 272U.
 S.365 (1926)
- 27 Nectow v. City of Cambridge, 277U.S.183
 (1928)
- 28 注3, 注4, 注8の各論文のほかに, 高橋 一修
 「アメリカにおける都市環境の保護と財産権」英米
 法の諸相339頁—(1981) などがある。
- 29 注14参照
- 30 Penn Central, 438U.S. at 124
- 31 id.
- 32 たとえば由喜門 107巻3号413頁。
- 33 id. at 136
- 34 id.
- 35 id. at 137
- 36 id. at 122
- 37 本節, ペンセントラル判決の経過の箇所を参照
- 38 Agins v. City of Tiburon, 447U.S.255 (1980)
- 39 本章第1節参照
- 40 Thomas E. Roberts, Land-Use Litigation:
 Doctrinal Confusion Under the Fifth and Four-
 teenth Amendments, 28 The Urban Lawyer 765
 (1996), 766
- 41 Agins, 447U.S. at 260
- 42 San Diego Gas & Elec. Co. v. City of San
 Diego, 450U.S.621 (1981)
- 43 San Diego, 450U.S. at 633
- 44 Williamson Co. Regional Planning v.
 Hamilton Bank, 473U.S.172 (1985)
- 45 id. at 186
- 46 id. at 194
- 47 MacDonald, Sommer & Frates v. Yolo
 County, 477U.S.340 (1946)
- 48 id. at 352
- 49 Thomas E. Roberts, Land-Use Litigation:
 Doctrinal Confusion Under the Fifth and Four-
 teenth Amendments, 28 The Urban Lawyer 765
 (1996), 784
- 50 Williamson, 473U.S. at 191
- 51 id. at 194, n13
- 52 San Diego, 450U.S. at 636-
- 53 id. at 650
- 54 id. at 661
- 55 id. at 633

- 56 *id.* at 654
57 *id.* at 655, n22
58 *id.* at 657
59 729F. 2d402 (6th Cir. 1984)
60 *id.* at 412
61 *Williamson*, 473U.S. at 202
62 *id.* at 203-204
63 *Yolo County*, 477U.S. at 362
64 *id.* at 363
65 *id.* at 364
66 *Williamson*, concurring
67 Jonathan B. Sallet, *Regulatory Takings and Just Compensation: The Supreme Court's Search for a Solution Continues*, 『*Regulatory Takings*』, 176 (1988)
68 *First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. County of Los Angeles*, 482U.S.304 (1987)
69 *First English*, 483U.S. at 313
70 *id.* at 315-316
71 *id.* at 318-
72 第3章参照
73 *Penn Central*, 438U.S.103, at 124
74 *Nancie Marzulla and Roger Marzulla*, 『*Property Rights*』, 24 (1997)
75 *Agins*, 447U.S. at 260
76 *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S.825 (1987)
77 *id.* at 831-842
78 *id.* at 831
79 *id.* at 836-837
80 この要件2を要求する理由をスカリアは以下のように説明する。

混雑した劇場で「火事だ」と叫ぶことを禁じることは州のポリスパワーの範囲内であり合憲であるが、100ドルの支払いを条件に叫ぶことを認めてしまうと、たとえスピーチ規制の程度としては低くても許されないことになる。これとの類推により許可条件が開発禁止と同様の目的に寄与するのでなければならぬとした。

- id.* at 837
81 *id.* at 838
82 *id.* at 842- このほか反対意見にはブラックマンのもの (*id.* at 865-866) とスティープンスのもの (*id.* at 866-867) がある。
83 *id.* at 845-847
84 *id.* at 853
85 *id.* at 856
86 *id.* at 858 この点につきブレナンはモンサント判決 (*Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467U.S.986 (1984)) を引用する。この事件は、殺虫剤の登録申請の際に提出されたデータを開示する権限を連邦環境庁に与える連邦法が、営業上の秘密を収用したとして提訴されたものである。連邦最高裁は、法制定後に提出されたデータについては開示されうることが法によって告知されていた訳であり、原告はそのことを知った上で政府の恩恵（登録）と交換にデータを自発的に提出した訳であるからこの部分については投資に裏付けられた利益は認められず、収用は成立しないと述べた。at 1006-1007
87 このことは法廷意見が、不許可処分であれば収用の問題は生じないことを前提に、許可処分を条件付きで行うことについて審査していることから分かる。つまり、条件付き許可という手段の合憲性のみが問題となっているのである。*id.* at 836
88 *id.* at 838
89 *id.* at 846
90 第1章第1節参照
91 Frank Michelman, *Takings*, 1987, 88 *Colum. L. Rev.* 1600 (1988)
92 *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458U.S.419

この判決を紹介した邦語文献として、田中英夫——アメリカ法（1984-2），140-がある。
事実

アパートの所有者である原告は、被告ケーブルテレビ会社に、アパートへの設備の設置を許す対価として一定の収入を得ていた。その後、アパートの家主は建物へのケーブルテレビ受信施設の設置を拒めないとする州法が制定され、被告会社がこれを援

用したことから、原告は従前の一定収入を得られなくなった。そこで原告は、被告会社の援用した州法は補償無き収用にあたるから無効であるとして、損害賠償と差止め命令を求めて提訴した。州裁判所はいずれも州法を合憲とした。連邦最高裁は6対3で破棄差し戻し。

連邦最高裁

法廷意見は本件のような永久的物理的占拠を伴う規制は、他の規制に比べその厳しさにおいて質的に異なり、占拠された場所の大きさ及び立法目的によらず、カテゴリーカルに（バランスングによるまでもなく、それだけで）収用が成立するとした。

93 Michelman, 注103 at 1608

94 id. at 1610

95 id. at 1611

96 Nollan, 483U.S. at 834, n3

97 Michael M. Berger, Constitution: The Supreme Court Establishes New Ground Rules for Land-Use Planning,『Regulatory Takings』, 374-377 (1988)

98 id.

99 これ以前にRipeness Doctrineが適用された事案は、サンディエゴ判決にしろウィリアムソン判決にしろ、規制の及ぼす経済的損失の大きさを理由に収用の成立が主張されたもの（カテゴリーBもこれにあたる）であった。

100 Dolan v. City of Tigard,一U.S.一, 114S. Ct. 2309 (1994)

101 id. at 2312

102 ノラン判決では1)の段階で引っ掛かったために2)については問題とされなかった。

103 id. at 2319

104 id.

105 Id. at 2320-2321

106 id. at 2321

107 John J. Delaney, What Does It Take To Make A Take?, 27 Urban Lawyer 55, 66 (1995)

108 Dolan, at 2316

109 Ehrlich v. City of Culver City No. BO. 55523 (Cal. Ct. App. Dec. 23, 1994)

110 Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S.1003 (1992)

111 第2章第1節参照

112 同旨 由喜門注8, 107巻4・5号704頁。

113 マグラー判決 (Mugler v. Kansas, 123U.S.623 (1887)), ハダチェック判決 (Hadacheck v. Sebastian, 239U.S.394 (1915))などを引用する。マグラー判決では、酒造業に関し営業規制を設け、醸造用の設備をほぼ無価値としてしまう様な州法の合憲性が確認された。

Lucas, at 1022

114 id. at

115 id. at 1015 ロレットー判決を引用する

116 id. at 1015 アギンズ判決などを引用する

117 id. at 1017

118 id. at 1022-1023 ペンセントラル判決脚注30 (438U.S., at 133-134, n30) はハダチェック判決・ミラー判決 (276U.S. 272 近隣のりんご園に病気を移す恐れが有る場合に、杉の除去を命じうると定めた州法が合憲とされた) など、従来は利用行為の有害性ゆえに多大な損失を所有者に与えても許されると解されてきた判決を、むしろ目的一手段間の合理的関連性ゆえに無補償でも許されたのだと読み直した。そうすることでブレンナンはこうした諸判決を、有害性のない駅ビル建築を禁じ、多大な損失を生じさせるような規制（ペンセントラル事件）を合憲とするための先例として位置づけることを可能にしたのであった。（これらの先例とペンセントラル判決とを同列のものと位置づけ、歴史的建造物保存という従来とは若干趣の異なる規制を合憲とすることに成功したのであった。）

119 id. at 1023

120 スカリアは、立法府の言い方次第で、ある規制を害悪防止規制ということも出来れば、便益促進規制ということも出来るという。つまり、立法目的の区別は、客観的基準に基づいてなされている訳ではないので、この区別に基づき収用の成否を決してはいけないと考える。id. at 1024

121 id. at 1026

122 id. at 1029

123 *id.* at 1031
124 *id.* at 1031
125 *id.* at
126 *id.* at 1044
127 *Goldblatt v. Hempstead*, 369U.S.590 (1962)
この判決では、住民の安全を守るために、砂利採取業者に水面下の穴掘りを禁じる条例が合憲とされた。
128 *Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, 480U.S.470 (1987) この判決では、地盤沈下を生じさせるような地下での石炭採掘を禁じる州法が合憲とされた。
129 *Lucas*, at 1047-1051
130 ブラックマンはその論拠として、マグラー判決で禁じられた醸造所はコモンロー上のニューサンスではなかったこと、ミラー判決では原告の土地利用がコモンロー上のニューサンスに該当するかの審査が不要とされたことを挙げている。*id.* at 1052
131 *id.* at 1053
132 *id.* at
133 ブラックマンはコモンロー上のニューサンスといっても結局は18・19世紀の裁判官が有害とみなした土地利用にすぎないのだから、今日の裁判官や議会が同様のこと（パブリックニューサンスを認定すること）をして悪い理由はないとする。つまり、コモンロー上のニューサンスといっても、それらは価値中立的に決まったものではなく、18・19世紀の裁判官の恣意で決まったものに過ぎないと考えている訳である。
134 *id.* at 1054
135 438U.S. at 133, n30
136 *id.*
137 マグラー判決・ミラー判決を挙げる。*id.* at 1052
138 スカリアはニューサンスの認定権を立法府に任せしまうと、従来であれば有害な利用とは見なされなかった行為までニューサンスと認定されてしまうといった恣意性を避けられないとする。これに対しブラックマンは、スカリアの言うようにニューサンスをコモンロー上のものに限ったところで、コモンロー上のニューサンスが価値中立的で今日の

立法府の認定が恣意的だということは一概には言えないとする。

139 Joseph L. Sax, *Property Rights and the Economy of Nature*, 45 *Stan. L. Rev.* 1433 (1993)
140 *id.* at 1437
141 *id.* at 1438
142 ジャスト判決で州最高裁は、土地の本質的性格を変えることで他者に害悪がもたらされる場合には、自然状態のままに利用を凍結する規制も有効であるとした。
201N.W.2d761, at 768
143 Sax, at 1439
144 *id.* at 1441
145 Richard A. Epstein, *Lucas v. South Carolina Coastal Council: A Tangled Web of Expectations*, 45 *Stan. L. Rev.* 1369. (1993)
146 *id.* at 1374
147 *Lucas*, 505U.S.1003, at 1017
148 Epstein, at 1374
149 事実法廷意見は、脚注8において、95%の損失を被るものに何の補償もなされず、100%の損失をこうむれば全額補償を受けるという状況を想定した上で、この分野にはそうしたオール・オア・ナッシング的な解決が付き物であるとしている。*Lucas*, 505U.S. at 1019n.8.
150 脚注8では、本稿注171のような事態が生じるのは、at least some casesであると断りがある。
151 同様の見解を述べるものとして、Richard J. Lazarus, *Putting the Correct Spin on Lucas*, 45 *Stan. L. Rev.* 1411. (1993), at 1427
152 Epstein, at 1376-1377
153 注170, at 1426
154 このconceptual severanceについて、Margaret J. Radin, *The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings*, 88 *Colum. L. Rev.* 1667 (1988)
155 Epstein, at 1375
156 Margaret J. Radin, at 1676
157 Mahon, 260U.S. at 416
158 *id.* at 419

- 159 Penn Central, 438U.S. at 130
- 160 Keystone, 480U.S. at 500
- 161 id. at 517-518
- 162 N.S. Lawrence, Regulatory Taking: Beyond the Balancing Test,『Regulatory Takings』, 217 (1988)
- 163 Lucas, 505U.S.1016.n.7.
- 164 William W. Fisher III, The Trouble With Lucas, 45 Stan. L. Rev. 1393 (1993), at 1404
- 165 id. at 1405
- 166 28F. 3d1171 (Fed. Cir. 1994)
- 167 id. at 1181-1182
- 168 Thomas E. Roberts, Land-Use Litigation: Doctrinal Confusion Under the Fifth and Fourteenth Amendments, 28 The Urban Lawyer 765 (1996), at 781-782
- 169 663A.2d1328 (1995)
- 170 id. at 1332-1333
- 171 id. at 1332
- 172 Michelman, at 1617
- 173 First English, 482U.S. at 329-330
- 174 Michelman, at 1617
- 175 id. at 1619-1621
- 176 18F. 3d1560 (Fed. Cir. 1994)
- 177 id. at 1562-1565
- 178 id. at 1570
- 179 由喜門 注8 107巻4・5号701頁
- 180 注183, 1405-1408は以下の点を指摘する。まず, コモンロー上のニューサンス自体があいまいなものである上に, 発展し続け, 変化の途上にあるということ。次に, 連邦裁判所が州裁判所のコモンロー解釈をひっくり返すことになれば, 連邦と州の司法部の間の関係が緊張してしまうこと。
- 181 注170, 1426 ルーカス判決法廷意見に参加した判事5人のうち, ホワイトは辞任し, 後任者はスカリアと歩調を合わせていない。さらに, オコナーは将来この見解を採用とは思われないと指摘している。
- 182 Carol M. Rose, Crystals and Mud in Property Law, 40 Stan. L. Rev. 577 (1988)
- 183 Kaiser Aetna v. United States, 444U.S.164 (1979)
- 184 id. at 179
- 185 田中英夫——アメリカ法 (1984-2), at 146
- 186 Hodel v. Irving, 481U.S.704 (1987)
- 187 id. at 716
- 188 Andrus v. Allard, 444U.S.51 (1979)
- 189 id. at 65
- 190 id. at 66
- 191 id. at 66-67
- 192 由喜門 注8 107巻3号426頁。
- 193 id. at 427頁。
- 194 同旨のものとして 田中 英夫, 147
- 195 Radin, 1673
- 196 id. at 1674
- 197 Fresh Pond Shopping Center v. Callahan, 464 U.S.875 (1983)
- 198 id. at 877
- 199 Irving, 481U.S. at 719
- 200 Radin, 1673
- 201 Sax, 1437
- 202 寺尾 注4 101巻1号153頁。
- 203 ただし中間的な認識といっても, その中間点のポジションは, プレナンのそれに比べて今日の連邦最高裁のそれの方が, 大分財産権保護の側に寄っているように思われる (特にスカリアとレーンキスト)。
- 204 Penn Central, 438U.S. at 124
- 205 Epstein, 注168, 1370. Michael M. Berger, 注113, 378-392
- 206 Michael M. Berger, id. at 381
- 207 たとえばマグラー判決やハダチェック判決
- 208 Margaret Radin, 注173, 1685
- 209 id. at 1686-1687
- 210 Radin教授は, 財をpersonal propertyとfungible propertyとに2分する。id. at 1687
- 211 id. at 1687
- 212 id. at 1686
- 213 id. at 1687
- 214 たとえば 田中 英夫 —アメリカ法 (1984-2),

at 147

215 id. at 1689

216 id.

217 Id. at 1690

218 Moore v. City of East Cleveland, 431U.S.494
(1977)

219 Radin, at 1691

220 id.例としてペンセントラル判決が挙げられてい
る。

221 Id. at 1692

222 由喜門教授は、我が国の学界における、収用成否
の基準をめぐる諸説は概ね、目的と程度との審査を
提唱したものとして整理できると述べる。 由喜門
注8 107巻6号895頁。

223 たとえば 寺尾 注4, 由喜門 注8