

〈 論 説 〉

## 財産権への制約と損失補償

——合衆国最高裁の判例法理の展開——

宮原 均

### はじめに

日本国憲法29条1項は「財産権は、これを侵してはならない。」と規定しているが、この保障は絶対的ではない。同法12条は「…国民に保障する自由及び権利は…これを濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。」とし、同法13条は「…国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」としている。これらは人権保障に関する総則的な規定として、憲法29条の財産権を保障する規定にも及んでいくため、その行使が「濫用」にわたり、「公共の福祉」に反する場合には、憲法による保障は及ばず、したがって立法等による財産権への制限も可能であるとされるのである<sup>(1)</sup>。

ところで、同法29条は「公共の福祉」による制約について再度言及し、同条2項は「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」としている。ここでの「公共の福祉」の文言の繰返しは、単に、条文のリズムを整え、その存在を強調するにとどまらず、財産権は、その時々が必要とされる「政策」等によっても制約されうることの意味すると考えられている。例えば、景気の変動等に適合させるために、預金の金利を上下させ、あるいは、地価の急騰・下落に対応すべく土地の売却利益への課税額を変動させるなど、財産権が「濫用」されたかどうかとは関わりなく、経済政策等の実施として財産への制約がなされうることである。

しかしながら、憲法29条1項が明文で「財産権」を保障している以上、これ

との整合性を欠くような財産権への制約は許されないはずである。そこで、同法3項は「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。」としている。すなわち、「公共の福祉」実現のためであっても、その負担を特定個人にのみ負わせるのではなく、社会全体がこれをカバーすべきであり、そのためにはその個人に補償を行う必要があるとしているのである<sup>(2)</sup>。

そこで問題になるのは、同法2項と3項との関係である。「政策」等の実施のために、私人の財産に何らかの制約が生じたならば、常にその財産は「公共のために用ひ」られたとして、「補償」が必要になるのであろうか。もしも、こうした制約すべてに「補償」が必要とされるならば、その負担は政府に重くのしかかり「政策」の実施はほとんど不可能になるであろうし、また、補償は、私有財産を「公共のために用ひ」た場合になされるとする、同条3項の文言からも疑問がある。そこで、「補償」は、いかなる場合に、どのような制約に対して必要になるのか、これを判断する基準が必要になる<sup>(3)</sup>。

この点については、財産権への「一般的制約」と「特別の犠牲」とが区別され、その制約が、広く一般に共通に及んでいる場合と、特定の財産権に及んでその犠牲を強いている場合とを区別し、後者にのみに補償を行うとの考え方がある。この一般論については支持されるとしても、何をもち「特別の犠牲」と考えるかについては議論があり、その制約が、形式的にみて、一般的または特定のであるのかという見方と、その制約の程度が、財産権の本質的内容を侵害する程度に強度のものであるか、という実質面を問題とする考え方がある。

このように、補償の要否を形式又は実質の観点から判断しようとする枠組みは重要であるが、形式的基準に立った場合にも、その制約が一般的であるのか、それとも特別的呢であるのかを截然と区別することは必ずしも容易ではない。また、実質的基準についても、たとえその財産権の本質に制限が及んでいる場合であっても、補償を不要とする場合もありうると考えられ、これについては、例えば、奈良県ため池条例事件（最大判昭和38年6月26日刑集17巻5号521頁）が挙げられるであろう。

この事件は、広大な貯水池である唐古池の提塘上で作物を植栽することを県

条例によって補償なくして禁止することが許されるかが問題になったが、最高裁は条例の合憲性を支持し、その根拠として、財産権の「内在的制約」を指摘した。すなわち、憲法29条3項が前提としているのは、適法な財産権の行使であって、その行使が「濫用」にわたる場合には、これを規制しても補償は不要であり、このことは財産権の保障に「含意」された「内在的制約」であるとした。

この判決では、補償の要否を判断する際に、上述の形式的基準（制約が一般的か特別か）及び実質的基準（制約が強度で財産権の本質的部分を侵害したか）を、その判断の決定的な基準として結論を導き出しているとはいえない。むしろ、その財産権の利用方法が「濫用」にわたり、これを許すことが「公共の福祉」に深刻な影響をもたらすことが強調されている。しかし、提塘の決壊防止を目的とする財産権の制約には補償は不要である、とすることが正当であるとしても、先祖代々適法とされてきた提塘上での植栽行為を突如として禁止することは、予想外の不利益を財産権に及ぼし、これについては補償が認められるべきとの考え方も示されている（同事件における、山田作之助裁判官の「意見」・入江俊郎裁判官「補足意見」参照）<sup>(4)</sup>。すなわち、財産権の利用方法について、従来からの評価を適法から違法に改めて規制を行うことは、適法的不利益変更の禁止という、法の一般原則に関わる問題をも提起しうるのではないかということである<sup>(5)</sup>。

更には、このような「不意打ち」により財産権に不利益をもたらすことによって、投資の回収を不可能にして予想外の不利益をもたらす場合も考えられ、これに対しては何らかの補償がなされる余地があるとも考えられる（名取川砂利採取事件（最大判昭和43年11月27日刑集22巻12号1402頁）では「相当の資本を投入して営んできた事業が営み得なくなるために…被った現実の損失については、その補償を請求することができる」としている）。

以上のように、財産権への制約について、いかなる理由から、補償を受け又は受けないのか、未だ十分な解明がなされていないように思われる。そこで、本稿においては、これらの議論の参考とするために、アメリカ合衆国憲法に関

する、合衆国最高裁判所の判例法理の傾向を紹介していこうと思う。

合衆国憲法修正5条は「…何人も、法の適正な手続によらずに、生命、自由、又は財産を奪われない。また、私有財産は、正当な補償なしに、公共の用途のために収用されることはない。」と規定している。そこで、補償の前提として、私有財産が「収用」takeされた（以下、本稿では補償を必要とする財産権の制約をテイク又はテイキングと表記する）といえるのはどのような場合なのか問題になる<sup>(6)</sup>。

この点について、当初、合衆国最高裁判所（最高裁）は、政府による財産権の直接的な占有 *direct appropriation of property* 又は所有者の占有を機能的に実効的に剥奪するのと同等の行為 *functional equivalent of a practical ouster of possession* と理解していたが、1920年代に入ってからこれを改め、財産権の利用方法への規制にとどまる場合にも、補償を要する場合があるとした（規制的テイキング *regulatory takings*）<sup>(7)</sup>。この規制的テイキングについては、ホームズ裁判官が、地盤沈下をもたらす石炭採掘事業の禁止が問題となった事件（*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922)）において、財産権への制約であっても、それが行き過ぎて、財産権の行使を経済的に実施不可能とする程度に達したならば、補償が必要になるとした<sup>(8)</sup>。

このホームズ裁判官の考え方をきっかけに、規制的テイキングと補償の可否の議論が活発になるのであるが、この事件以前にも、財産権への制約と補償の関係については議論されており、主として、財産への制約の「目的」に関心がもたれ、それがポリス・パワーの行使であれば<sup>(9)</sup>、その「程度」が強度であっても補償は不要である、という考え方が示されていた。こうした考え方の流れをまず紹介しておこう（補償の要否に関する学説に言及したものとして、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(3)」法学協会雑誌101巻1号89-98頁（1984年））。

## 第1章 古典的な判例

### 経済規制と目的・手段の合理的関連性

*Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887)

財産権への制約と補償の関係について言及した当初の事件としてマグラー事件 (1887年) を挙げることができる。1868年のカンザス州法は、アルコールの販売には、酒場や食料品店を営業するための免許が必要とされ、更に、1880年の法改正では一層厳しい政策がとられ、アルコール類の販売・製造は、医療、科学、機械用以外は禁止された。

上告人は、1880年の法改正の数年前からビールの醸造を行っていたが、必要とされる免許も取得しないままに製造を続けていたために起訴された。上告人が醸造を行っていた建物等の施設は、ビールの製造以外には、ほとんど利用価値のないものであった。

最高裁は、ビールの製造は、他人の権利や公衆のモラル等に違反しない限りにおいて、保障されるとし、これら害悪を何が生じさせ、いかに防止するかを判断するのは、州の権限であるとした。「個人用の酒類を製造する権利は、それによって他人の権利を侵害せず、又はそのおそれを生じさせない限りにおいて、保障される…そうした製造がコミュニティの権利や利益に害悪を及ぼす場合には…社会は、こうしたビジネスがもたらす侵害的な結果から、自らを守るために立法を行う権限を有している…いかなる飲料を…誰が、製造することによって、どのような害悪を公衆にもたらすのか…公衆のモラル、健康、安全を保護するために必要とされる手段が何であるかについて判断する権限は、主として立法府に属している」 (*Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 660-61 (1887))。

このように、ビール製造の権利は、社会的な害悪をもたらさない範囲で保障されるが<sup>(10)</sup>、何が害悪をもたらすのか、いかなる手段によりこの害悪を防止するのかの判断は、州の立法府の判断に委ねられるとした。この権限はポリス・パワーと呼ばれ、その権限行使も無制限ではないが、最高裁は、目的と手段と

の間に「現実又は相当程度の関連性」があれば、その有効性は支持されるとした。「こうした目的を実現しようとして定められた法律の悉くが、州のポリス・パワーの正当な行使であるとは、およそいえない…法律が、公衆の健康、モラル、公衆の安全を保護するために定められている場合、これら目的に、その法律が現実又は相当程度に関連性を有していないならば…憲法上の効力は認められない… [しかしながら] コミュニティにとって何が最もふさわしく、安全であるかについての立法府の判断を、裁判所は…無視することは許されない」とした (*id.* at 661-62)<sup>(11)</sup>。

最高裁は、財産権の行使は、他者の権利や社会のモラルや安全を害しない範囲で保障されるとし、州は、これら害悪を防止する権限、すなわちポリス・パワーを有しているとするが、何が、いかなる害悪をもたらし、どのように防止するかについては、立法府の判断に委ねられ<sup>(12)</sup>、「目的」と「手段」との間に「現実又は相当程度の関連性」が存在する限り、裁判所はこれを覆さないとする緩やかな審査基準が用いられるとした。

以上、この事件では、ポリス・パワーの行使により、酒類の製造が禁止され、ビールの醸造施設の財産上の価値が失われたことが問題になっていたが、レンガの製造の禁止が問題となった事件がある。

### 財産権の制約と営業の継続性

*Hadacheck v. Sebastian*, 239 U.S. 394 (1915)

ロサンゼルス市条例（本条例）は、規制区域内においてレンガの製造を行うこと等を禁止・処罰していたが、上訴人はこれに違反したため身柄を拘束されたため、ヘービース・コーパスによりカリフォルニア州最高裁判所に救済を求めた。上訴人は、規制区域内に土地を所有していたが、そこからはレンガを製造するために必要な良質の粘土が産出され、80万ドルの利益が見込まれ、更には、居住用等の目的としても6万ドルの利益が見込まれていた。上訴人が、この土地を購入したときには、制限区域外に位置しており（上告人は、本条例が適用になる地域がロサンゼルス市に編入される以前に土地を取得していた）、

高品質のレンガを製造することを目的として高価な機械等をこの土地に設置しており、本条例の執行によって、このビジネスは完全に破たんすると主張した。

合衆国最高裁は、市が規制区域内においてレンガの製造を禁止することはポリス・パワーの適切な行使であるとし、この禁止によって上告人に及ぼした不利益は、財産に対する部分的な制約であるとして補償は不要であるとした。「上訴人は、レンガ製造は、良質な粘土を産出する場所で行われなければならないが、また、上訴人の土地にある粘土を別の場所に移（してレンガを製造する）ことはできないと主張するが、物理的にこれが不可能であるとはいえない…レンガ用の粘土を他の地域に移動することは禁止されておらず、一定の地域内において粘土をレンガに製造することのみが、禁止されているのである」(Hadacheck v. Sebastian, 239 U.S. 394, 411-12 (1915))<sup>(13)</sup>。

最高裁は、街中でのレンガ製造を禁止することはポリス・パワーの権限の範囲であることを前提に、補償の必要性については、上告人の財産に及んだ不利益の程度を考慮している。すなわち、上告人の所有地すべてをテイクしたのではなく、その地でのレンガ製造を禁止したにすぎず、また、産出する粘土を規制地域外に運び、その地でレンガ製造を行うことは可能であるとした。この判決は、財産権が生み出す多様な利益に着目し、その一部の制約にとどまる場合には補償は不要としているが<sup>(14)</sup>、制約の程度によれば補償が必要になり得ることが示唆されていると理解することもできよう<sup>(15)</sup>。

以上、19世紀から20世紀にかけての財産権への制約と補償に関して、2件の最高裁の判例を紹介したが、財産権は、その行使が他者の権利や社会のモラル等を侵害しない限りにおいて保障され、何が、こうした害悪をもたらすかを判断し、いかにこれを防止するかは、ポリス・パワーの権限行使として州によって判断され、その行使については、目的と手段の関連性を判断する緩やかな司法審査基準が妥当するとの判断が示された。しかしながら、テイキングとして補償されるのは、政府による物理的な占有がなされた場合に限定され、財産権

の一部に対する制約には及ばないのか、問題が生じてきた。これらの解明に一定の方向性を示したのが、*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922) である<sup>(16)</sup>。

## 第2章 規制のテイキングとポリス・パワーの行使

### 「含意された」規制と「行き過ぎた」規制

*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922)

A 会社は、その石炭採掘事業によって B 夫妻の所有地に地盤沈下をもたらしようとの通知を行ったところ、B 夫妻は、その原因となる採掘行為の差止めを求めて訴えを提起した。ところで、B 夫妻はその土地について、地上部分の権利のみを有しており、他方、A 会社は、地上部分の権利者に対して何らの責任を負うことなく石炭を採掘する権利を有していた。しかしながら、1921年州法が制定されたことにより、一定の建造物を有する地盤に沈下をもたらす採掘行為は、補償なくして禁止された。A 会社は、1921年州法によってその事業に極めて深刻な影響が及んだと主張し、最高裁はこれを支持した。

最高裁は、まず、財産権には「含意された制約」があり、ポリス・パワーに服するとするが、その一方で、その制約にも限界があり、一定程度を超えた制約はテイキングにあたり、補償が必要になるとした<sup>(17)</sup>。「財産権に付随する何らかの価値への…ありとあらゆる変更に対して補償を行うことがなければ、一切これが許されないとするならば、政府はほとんど立ちゆかないことになるであろう…この財産上の価値を享受することができるのは、一定の、含意された制限 *implied limitation* の下においてであり、ポリス・パワーに対しては道を譲らなければならない。しかしながら、この含意された制限にも限界が存在し…その判断に際して考慮されるべき要素の一つは、価値の減少の程度であり、これが一定の程度に及ぶと…公用収用 *eminent domain* となり、その行為を維持するためには補償が必要になる」(*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393, 413 (1922))<sup>(18)</sup>。



そこで、問題となるのは財産権の制約の程度であるが、本件では石炭採掘事業を経済的に実施不可能とする場合が、「行き過ぎた制約」にあたるとする<sup>(19)</sup>。「少なくとも一般的なルールにおいては、財産権へのある程度の規制は許されるが、その規制が行き過ぎている場合には go too far、テイキング taking にあたると認識される」(id. at 415)<sup>(20)</sup>。「石炭採掘に価値があるのは、その行使によって利潤が生じる場合であり、採掘が経済的に実施不可能とされてしまえば、憲法上は、これを取用し、又は破壊することとほとんど同じ効果が生じる」(id. at 414)。そして、このような場合に、たとえ公共の必要性があるからといっても、補償なくして財産権の制約を行うことは許されない。「公共の状況を改善しようとの強度の公的な要求があっても、その改善のためには補償を必要とする憲法上の方針を回避することは正当化されない」とした(id. at 416)<sup>(21)</sup>。

最高裁は、財産権もポリス・パワーによる制限を受けるとするが、財産権への行き過ぎた制約がなされ、事業の継続を不可能にする場合には補償が必要であるとした<sup>(22)</sup>。すなわちテイキングには、政府による、財産の物理的な取用や占有のみならず、何らかの制約にとどまる場合も含まれるとされ、後の判例法理の展開に影響を及ぼすことになった(「この事件は、財産に対する侵害の程度を直接に問題にして、ポリス・パワーの行使による土地利用規制を違憲とした、先例的意義の高い判決である。」との指摘がある。寺田・前掲論文(1)法学協会雑誌100巻2号134頁(1983年))。しかしながら、地盤沈下をもたらすような石炭の採掘は、本来、財産権に含意された内在的制約であり、補償の対象にはならないのではないかと、また、財産権行使の方法への制約にとどまり、財産権そのものをテイクしていない場合にも補償を必要とすることには疑問が残るとの見解も示されている。

ブランダイス裁判官の反対意見は「かつては無害であった利用方法も、条件が変化することによって公共の福祉への深刻な脅威をもたらすことがある。この場合、立法者はこうした利用方法を、何時でも、補償なくして禁止する権限

を有する…公共の健康、安全、モラルへの差し迫った危険から保護するためになされる制約は、テイキングにはあたらない。本件で問題となっている制約は、有害な利用方法を禁止しているにすぎず、制約を受けた財産は依然としてその所有者に留められている。州は、これを公用収用しているとはいえず…その有害な利用方法を改めれば…その制約は解除され、所有者は再びこれまでと同様に、その財産を享受する自由を有する」(id. at 417)。

この見解は、規制的テイキングも補償の対象となりうるとしても、ポリス・パワーによる規制には補償は必要ないとの見解を述べており注目される。もっとも、地上部分の権利侵害への請求権を放棄させる A 会社の権利の存在と補償との関係はどのようになっているかについては十分な説明はなされていないように思われる。

以上、最高裁はポリス・パワーの行使により、これまで許されていた財産権の行使に規制を及ぼすことが可能であるが、その制約の程度によっては補償が必要であるとした。では、その程度とはいかなるものか、これについて財産権の一部に永続的な制約が加わったことが問題になった事件があるので紹介しよう。

### 財産権の一部への永続的な制約

Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U.S. 419 (1982)

上告人は1971年に5階建てのアパートを購入したが、その前所有者は、被上告人・会社に対して、建物にケーブルテレビのためのケーブルを敷設し、そのアパートの賃借人にケーブルテレビのサービスを提供する独占権を与えていた。被上告人・会社は、ケーブル敷設の承諾を得るにあたり一定額の料金を支払っていたが<sup>(23)</sup>、1973年ニューヨーク州法により、その料金は、規則が定める名目的な額とされ、ただし、敷設の費用及び敷設がもたらした損害については請求に応じることになった。

上告人は、アパートの購入後にケーブルの存在に気づき、被上告人を相手としてクラスアクションを提起し、敷設行為は侵入行為にあたり、正当補償なく

してなされるテイキングにあたと主張した。被上告人・ニューヨーク市は、被上告人・会社にケーブルテレビの排他的なフランチャイズを与えていたので、この訴訟に参加した。原審は、この法律は正当なポリス・パワーの行使であるとした。すなわち、ケーブルテレビの発達は、教育上及び社会にとっての重要な利益をもたらし<sup>(24)</sup>、上告人に対して過大な経済的影響を及ぼしてはならず、投資回収の合理的期待を侵害するものとはいえず、テイキングにはあたらないとした<sup>(25)</sup>。

最高裁は破棄、差戻しの判断を示した。すなわち、州には経済活動を規制する広範な権限があり、その規制すべてに補償をすることは不要であるが、制約が永続的である場合にはテイキングにあたとした。「州は、規制がもたらした経済的な損失すべてに補償することなく、住環境の条件一般について…規制する広範な権限が認められている」(Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 458 U.S. 419, 440 (1982))。しかしながら、ケーブル等により、土地の一部の利用を永続的に制約することに対しては、補償がなされるべきとするのが判例の考え方であるとする。「電信、電話、鉄道、地下パイプ又はワイヤーのような施設によって土地が永続的に占有されている場合、それらが相当程度のスペースを占有せず、それ以外の土地の利用を深刻な程度にまで侵害してなくても、テイキングにあたる」(id. at 430)。

このように、最高裁は、制約が財産の一部のみにしか及ばなくても、それが「永続的」である場合には、テイキングにあたとした。しかしながら、州には、財産権に制約を及ぼす権限が広範に認められるとし、その制約が財産の一部にしか及ばないにもかかわらず、「永続的」であることに決定的な意味をもたせてテイキングの有無を考察することには若干の疑問がある<sup>(26)</sup>。ブラックマン裁判官の反対意見（ブレナン、ホワイト両裁判官が加わる）は、「テイキングの主張は、多様な要素を衡量することにより適切に判断される。その行為が重要な公的利益を達成しているかどうか、又は、所有者に最小限度の経済的影響を及ぼしているかを考慮することなく、永続的な物理的占有であればすべ

て、自動的に補償可能になる」とする多数意見を批判している (*id.* at 451)。

その上でブラックマン裁判官は、上告人に及んだ制約の性質と程度からすればテイキングとはいえず、補償は不要であるとした。すなわち、ケーブル敷設の承諾は、賃貸のビジネスを行う際に受け入れられるべき、多くの法律上の責任のひとつにすぎない。上告人は自分が所有している屋根のスペースから被上告人を排除する自由を有するが、いったんその財産を賃貸目的で利用することを選択したならば、家主と賃借人の関係を規制する合理的な法律すべてに従わなければならない、とした (*see id.* at 448)。そして、これらの法律は、本件のケーブルによる制約よりも大きな制約を、補償なくして行っているが合理的とされてきたとした。「ニューヨークの集合住宅の法律は、賃借人のために、コモンスペースの相当程度の部分を放棄することを家主に義務づけ…一定の施設のために出費し、これを維持することを強制している。例えば、メールボックスの設置であり…これは被上告人のケーブルよりも5倍もの広さを占めている」 (*id.* at 453)<sup>(27)</sup>。

以上、この事件では、財産への制約が「永続的」に及ぶことがテイキングを認定するための重要な要素となると判断したが、その制約が「一時的」なものにとどまる場合には、どのように判断されるであろうか。まず、戦時の特殊な状況下であるが、財産への一時的制約への補償を否定した事件から紹介しよう。

### 財産権の一時的制約

United States v. Cent. Eureka Mining Co., 357 U.S. 155 (1958)

1941年の初めに Order が発せられ、国防及び市民の必需品という観点から、金属には優先順位が定められ、順位の高い金属を採掘する業者は、採掘機械等を優先的に確保できるようにしたが、金は、最も順位が低いものとされ、その結果、金の採掘業者は、新しい機械の入手を妨げられ、手持ちの機械のみによって採掘を行わざるを得なくなり、熟練鉱夫の不足も深刻となった。更に Order により、金採掘の操業廃止、採掘機械の廃棄、販売、リースについて

も、その詳細を報告することが必要になった。Orderの効力は1956年6月30日までであったが、1950年に訴えが提起され、Orderの存続期間内において、金採掘事業がテイクされたとの主張がなされた。

最高裁は、金採掘業者の請求を認めなかった。戦争という重要な目的のために、財産権を制約する必要性があり、その制約は、採掘業やその機械類の使用を一時的に規制するにとどまったとした。「規制によって、財産所有者が、自分の財産について最も利益の上がる利用方法が奪われたとしても、それだけでは補償が認められるためには必ずしも十分ではない…本件において、金の採掘に一時的に及んだ制約は、私有財産のテイキングにはあたらない…合理的な規則によって、限りある鉱業用機械の供給を維持し…有能な鉱夫を、より必要性の高い業務に振りむけようとする目的は適切である」(id. at 168-69)。「政府が行ったのは、金鉱において鉱業機械と人力が消費されるのを休止し、これらを、戦争という、より重要な目的のために維持したということである」(id. at 166)。

最高裁は、制約の内容及びその期間の双方をともに考慮して、その規制に行き過ぎはなく、補償は不要であるとした。同様に、土地の開発行為を一時的に停止することは、テイキングにあたらないとした事件がある。

### 第3章 土地の開発行為等への制約

#### 開発行為の一時的停止と補償

Tahoe-Sierra Pres. Council v. Tahoe Reg'l Planning Agency, 535 U.S. 302 (2002)

タホ湖は、その類い稀な透明度により、国宝とも讃えられていたが、過去40年間においてその状況は悪化し、その原因の一つは湖岸における土地開発であるとされていた。そこで、1968年協定が締結され、カリフォルニア州とネバダ州との間に行政庁が設置され、この行政庁は、1980年協定により、空気、水など環境に関する基準の作成を義務づけられ、最終的な計画が定められるまで、土地開発行為を一時的に禁止することにした。その期間は、地域によって32ヶ

月のものと8ヶ月のものであった。

上告人等は、タホ湖周辺で不動産を所有する者約2000名を代表する、非営利の団体等である。上告人等は、主として一世帯向け住宅を建築する目的で、1980年協定の発効前に土地を購入したが、その当時においては、合理的な建築基準を遵守することにより、建築許可は得られると考えられていた。そこで、開発行為の一時停止はテイキングにあたるとして救済を求めた（この事件を含め、2000年代の最高裁の傾向を紹介するものとして、米谷壽代「湿地帯規制における規制的収用の法理—近年のアメリカ連邦最高裁判例に着目して」〔2018-2〕アメリカ法173頁）。

最高裁は、財産の物理的な収用がなされた場合には、カテゴリカルに補償が必要であるが、32ヶ月間という長期の開発行為の禁止がなされても、その財産上の利益が無価値になったとはいえず、禁止が解除されればその価値は回復するので、テイキングがあったとはいえないとした。「不動産の価値を永久に破壊することは、カテゴリカルにテイキングとなるが、このことは、32ヶ月間、何らかの土地の経済的使用を禁止する規則が、これと同じ法的効果をもたらしているかどうかについての問いに答えているとはいえない」（*Tahoe-Sierra Pres. Council v. Tahoe Reg'l Planning Agency*, 535 U.S. 302, 330-31 (2002)）。「不動産所有権は、その経済的使用に一時的な禁止がなされても、無価値となることはあり得ない。この禁止が解除されれば、すぐに価値は回復するからである…財産を売却する権利が収用手続きの最中に制限されても、その手続きが終了すれば売却し、又は開発を行うことは自由である…政府の判断手続の間に価値に変動があったというだけでは…所有権に付随する〔不利益〕にすぎず、テイキングとはいえない」（*id.* at 332）<sup>(28)</sup>。

このように最高裁は、開発許可の一時停止によってその土地の所有権に及ぼされる不利益は限定的であり、また、停止が解除されれば利益は回復するとした<sup>(29)</sup>。しかしながら、後日、停止が解除されても、停止期間中に不利益が及んだことには変わりはなく、また、本件においては停止期間後の利益の回復も十

分ではなく、この間の損失は補償されるべきであるとするのが、レンキスト裁判官の反対意見（スカリア、トーマス両裁判官が加わる）である。「多数意見は、被上告人が上告人にもたらした影響力の大きさを無視している…1981年8月から、1984年4月まで…開発行為は禁止されていたが、1984年に新しい土地利用計画が定められても、上告人の立場には何らの変更もなく…一向に土地の利用を行うことができなかった」(*id.* at 343-44)。「一時的禁止と永続的禁止との違いはそれほど大きくはない…本件では、政府が6年間の賃借権をテイクしたのと変わりはない」(*id.* at 346-49)<sup>(30)</sup>。

同様に、トーマス裁判官の反対意見（スカリア裁判官加わる）も、「本件における土地利用規制が、上告人の土地について経済的に有意な利用の余地を失わせていることに疑いの余地はない…購入時には認められていた一家族向け住宅の建築の…機会は奪われた。多数意見は、経済的な利用の一時的禁止はこの禁止が解除されれば…その価値は回復するからテイキングにはあたらないとしたが…一時的禁止は、価値を減少させ、土地所有者を失望させる」とした(*id.* at 355-56)。この反対意見の考え方が、最高裁の多数意見を構成した事件もある。

### 土地の賃借に見立てた開発行為の停止

*First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles*, 482 U. S. 304 (1987)

1957年に上告人は、峡谷を流れる川沿いに土地を購入して、食堂、宿泊所、管理人のロッジ、戸外のチャペル、川に懸かる歩道橋を設置した。1977年に森林火災が起こり、上告人・教会の上流にある丘からは森林が消失したため、1978年には2度の洪水が起こり、上告人の建物も破壊された。そこで、被上告人・ロサンゼルス・カウンティは、対策として暫定的な条例を1979年に定め、洪水防止地域（暫定的）の外側においては、いかなる建物の建築、改築等も許されないことになった。この条例は、公衆の健康と安全を早急を守る必要から、即座に効力を生じたが、上告人は、条例制定後1ヶ月もたたないうちに訴えを提起し、土地の使用が禁止されたことを理由に、補償を請求した。

最高裁は、財産権への一時的な制約であっても、その利用方法すべてを否定するならば、テイキングにあたり、補償は必要であるとした。「一時的であっても、土地所有者に対してその財産権の利用方法すべてを否定している場合には、永続的なテイキングとその性質において変わるところはない…借地が何年かに及ぶならば…この期間において財産所有者にとって失われる不利益は十分に大きい…修正5条は、この間の土地の使用の価値を政府が支払うことを求めている…条例の廃止や期間経過後に定められた条例は、テイキングを一時的なものに変えるのではあるが、正当補償条項の命ずるところに適うような十分な救済とはいえない」(First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles, 482 U. S. 304, 318-19 (1987))。

最高裁は、一時的であっても、その間の財産権の使用をほぼ全面的に制約するならばテイキングにあたり補償が必要であるとした。反対意見も付されているが、この点については多数意見を支持しているので紹介しよう。スチーブンス裁判官の反対意見（この意見の一部については、ブラックマン裁判官、オコナー裁判官が加わっているが、以下の引用部分には加わっていない）は、まず、暫定的な手段として定められた条例の目的がポリス・パワーの行使であり、制約には適法性の推定がはたらくことを確認する。「[条例は] 特定のエリアにおいて、一定の建築を、一時的に禁止する暫定的な手段として定められた。この禁止措置がとられたのは、公衆の健康と安全を保護する、切迫した必要があったからである…この事件においては、条例が不適法であるとの主張はなされず、その宣言も、執行の差止めも請求されていないので、適法性の推定をはたらかすことは特に適切である」(id. at 326-27)。

その上で、制約が適法であり、一時的であったとしても、その内容によってはこれを政府による借地に見立てて、補償が必要であるとした。「規制が一時的であっても、それが重大な結果をもたらし、これを無効にし、又は廃止しても、テイキングというラベルをはがすほどにそのダメージが軽減されることはないという状況も存在する…財産の利用への一時的な侵害もテイキングになり、補償が憲法上必要とされる場合もありうるのである…政府が、公共の目的



で土地を借用した場合、借地期間が終了し、借地を返還したとしても、政府が一時的に占有していたとの事実を消すことはできない」(id. at 328-29)。

更に、ダムの放流に基づき一時的に森林地帯に浸水をもたらすこともテイキングにあたるとした事件がある。Ark. Game & Fish Comm'n v. United States, 568 U.S. 23 (2012) において最高裁は「政府が引き起こした洪水は財産のテイキングにあたる可能性があり、テイキングは、補償を受けるために永続的である必要はないので…一定の限定された期間に政府が引き起こした洪水は補償の対象となる。一時的な洪水は、一律にテイキングの例外となるとする当裁判所の判断は一切存在しない」とした (id. at 34)<sup>(31)</sup>。

以上、財産権への一時的制約と補償に関しては、最高裁内部においても、また、その判決相互間においても、対立があることがわかった。財産への制約がなされた期間において政府が財産を賃借したとみて、それへの補償を認める見解と、その期間の経過により所有者による利用は回復するので、制約を財産権全体の観点から位置づければ、その不利益は補償なくして受忍されるべきという見解とが対立している。財産への制約を受けた者の立場からすれば、前者の見解が支持されようが、補償を厚くすることによって、是が非でも必要とされている公共政策の実施（公共の安全確保等のポリス・パワーの行使）に萎縮的効果が及び、また、非効率な行政をもたらすことも懸念されており、後者の主張の根拠はここにあるといえよう。

すなわち「一時停止の期間中に、財産所有者に補償を行うように経済的な拘束を行えば、行政庁に対して、計画のプロセスを性急に運ばせることになるか、又は、その計画を完全に廃止するかを選択を強いることになりうる。一時停止の方法を廃止せざるを得ないとすれば、土地所有者は、包括的な計画が実行される前に、速やかに自分の土地の開発を行いたいとの気持ちに駆られることになる。このことは、非効率で無計画な開発をもたらすことになるであろう」としている (Tahoe-Sierra Pres., 535 U.S. at 339)。

以上、財産権への制約の方法として、一部の、又は、一時的な制約が問題と

なった事件を紹介してきたが、補償の要否に関して見解が分かれ、いずれの見解が正しいかを判断するのは容易ではない。しかし、制約といっても、政府による財産権への物理的な占有や、その経済的利用価値をすべて失わせる場合には、テイキングとして補償が必要になるとの基本的な考え方は変更されてはいないように思われる。問題は、ここまでに至らない制約について、どのように判断するかであるが、ホームズ裁判官が1922年判決において指摘したことは「行き過ぎた」規制であり、物理的占有に匹敵する制約をテイキングと考えていた。そこで、制約がその一部に及ぶものであったり、一時的であったりした場合にどのように考えるか問題になったが、これについて近年、「権利の束」とその「一要素」という考え方が示され、制約が「権利の束」の「一要素」とどまる場合には、補償なくして受忍されるべきという考え方と、「一要素」であっても、その部分に生じた経済的損失については、補償が必要であるという考え方が対立するようになってきた<sup>(32)</sup>。

こうした対立が特に鮮明になっているのが、石炭採掘にあたり一定量を地下に残して地盤沈下等を防止する立法である。この制約がなされても、なお、事業活動が可能であるならば補償は不要という考え方と、地下に残された石炭の部分にはテイキングがなされたとして補償が必要である、という考え方が対立している事件があるので紹介しよう。

## 第4章 土地利用等への事後的制約

### 権利の一要素への制約

Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis, 480 U.S. 470 (1987)

ペンシルバニア州法は、環境保護局（DER）に対して、地盤沈下を防止し、又はこれを最小限にとどめるための包括的な計画を定める権限を認め、同法4条は、公的な建築物、公衆が通常利用する非商業的施設、居住用の建物、そして墓地について、その地盤を沈下させて損害をもたらす地下資源の採掘行為を禁止した。そして1966年以来、これら建築物の地下に埋蔵されている石炭の50%は、その場に残されることになり（50%ルール）、採掘により、保護地域

に損害をもたらした場合には、鉱業許可を取り消すことができるとした。

ところで、土地に関しては3つの異なる権利が設定され、地表面を所有する権利、地下の石炭に対する権利、及びサポート権（ばた山を形成し、排水・換気を行い、道路・鉄道を敷設し、及び石炭採掘がもたらした損害の賠償請求権を放棄させる権利）に分かれていたが、ペンシルバニア州西部の石炭採掘業者である上告人は、これらの権利を取得しており、本法律の執行等の差止めを求めて訴えを提起した。

第1審は、上告人の財産権への制約は、州のポリス・パワーの行使として、公衆の健康、安全、福祉に関する州の利益によって正当であるとした。原審もこれを支持した。サポート権は、地表面の権利や埋蔵鉱物への権利を含む権利の束の一部として理解され、この一部を制約してもテイキングにはあたらないとした。最高裁もこれを支持した。

最高裁は、まず、州法の目的は、地盤沈下の防止という重要な公共の利益を確保することであり、正当であることを確認する。その上で、50%ルールは、上告人の事業を経済的に成立させず、又は、投下資本を回収する合理的な期待を侵害したともいえず、補償は不要とした。「50%ルールによって、約2700万トンの石炭を残すことが求められている…所有しながら採掘できないために、これらが公共目的のために収用されたと主張されているが…上告人は、財産について、経済的に価値のある利用を否定されたとの証明を行っていない…建物の保護のために、石炭を地中に残しておくとのわずかな追加的義務を課されることによって、上告人の投下資本回収への合理的な期待が…実質的に影響を受けたとの証明はなされていない」とした（*Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis*, 480 U.S. 470, 499 (1987)）。

多数意見は、石炭採掘によって利益を得る「権利の束」のうち、50%ルールは「一要素」への制約であり、テイキングにはあたらないとした。しかしながら、2700万トンの石炭を採掘できずにその利益を失うことは「一要素」への制約にとどまり、テイキングにはあたらないとすることには批判がある。レンキ

スト裁判官の反対意見（パウエル、オコナー、スカリア各裁判官加わる）は「本件において…上告人に求められているのは、約2700万トンの石炭をその場に残しておくことである。この石炭は、特定可能な、財産上の個別の利益であることは疑いがなく…権利の束の一つの部分が禁止されただけでなく、財産権の一部分に存在していた利益を完全に消滅させている…2700万トンの石炭の利用すべてが否定されたのである」（*id.* at 517-18）<sup>(33)</sup>。

このように最高裁内部においても見解が対立している。多数意見は、石炭採掘から利益を得る権利を全体としてとらえ、50%ルールによる制約は「一要素」への制約と見て、その制約により財産の「経済的に価値ある利用」「投下資本回収の合理的期待」は、本件においては侵害されていない、つまり、財産の物理的占有に匹敵する、行き過ぎた制約には当たらないとした。一方、反対意見は、現実にもたらされた損失に着目し、この部分についてはテイクされたと主張した<sup>(34)</sup>。

この見解の対立においては、次の点が重要であると思われる。ひとつは、財産権の行使によって地盤沈下を引き起こし、地上部の建造物等に不利益を及ぼすことは許されるのか、改めて確認されるべきということである。こうした財産権の行使は、「権利の束」「一要素」といった考え方をもちだすまでもなく、ポリス・パワーの行使により全面的に禁止してもテイキングにはあたらないとも考えられるが<sup>(35)</sup>、本件においてはサポート権、とりわけ賠償請求権を放棄させている権利の存在が注目される。この権利も、これを取得しさえすれば、地上部にいかなる影響をもたらすことも許される、とは必ずしもいえないであろう。州は、ポリス・パワーに基づき、石炭採掘の範囲を埋蔵量の50%に制約することによって、賠償請求放棄権が行使される場面を実質的に限定し、このことが、物理的占有に匹敵する「制約の行き過ぎ」であるかが問題になっているのである。

最高裁は「投下資本回収への合理的期待」等を基準として、50%ルールによってこれらが失われたとの証明はなされていないと判断したが<sup>(36)</sup>、2700万トンの石炭が採掘できなくなったことの現実の意味を考える必要もある。本件で

は、石炭採掘事業を開始した後になって、50%ルールが定められたものと思われるが、当初見込んだ利益が事後的な立法により縮小され、予想外の不利益を被った場合を、制約の内容を事前に認識できる、将来効的な制約の場合と同じに考えてよいか、疑問が残るところである。

他方、反対意見は、制約が及んだ部分を全体から切り離して、その部分に特化して損失を認定して賠償を認めようとするが、その制約はポリス・パワーの行使に基づき、財産権に含意されていたはずであり、また、補償を必要とすれば、重大な公共の利益を目的とする政策の実施に萎縮の効果を及ぼしうるのであり、これらを念頭に「制約の行き過ぎ」を判断しなければならないのである。

これらのうち、特に事後的な制約により「予想外の不利益」を及ぼすことの問題点について活発に議論された事件があるので紹介しよう。

#### 事後法による不利益と背景原理

Lucas v. S.C. Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992)

サウスカロライナ州では、海岸地域の管理に注意が払われており、1977年には、危険地帯 critical area とされた地域に土地を所有する者は、一定の目的以外でこれを利用しようとする場合には、委員会の許可を必要とすることになった。しかしその一方で、1970年代以降、この地域では住居を目的とする開発行為が活発に行われるようになり、上告人も1986年に2区画の土地を購入したが、それらはいずれも海岸から約300フィート離れ、危険地帯には含まれておらず、開発の許可を取得する必要はなかった。

しかしながら、1988年法律に基づき、過去40年間の浸食状況を基に、上告人の所有地の陸側にはベースラインが定められ、その海側においては住居用の建物の建築は一切、許されないことになった。そこで、上告人は訴えを提起して、この法律による建築禁止は、正当補償なくして財産をテイクしたと主張した。事実審裁判所は、上告人はその土地の合理的な経済的利用を奪われ、正当補償がなされるべきであるとした。サウスカロライナ州最高裁は、財産権への制約が深刻な公共への侵害を防止することを目的としている場合には、テキ

ング条項の下での補償は不要としたが、最高裁はこれを破棄し、差戻した。

最高裁は、ポリス・パワーの行使により、財産権の行使に制約が及びうことは、財産権に含意されているとするが、事後的な立法による制約には問題があるとする。「財産所有者は、自分の財産が、時としてポリス・パワーの正当な行使により、州によって新たに立法された手段によって制約されうることを予期しているのは当然であると思われる…制約が含意された中で、何らかの価値が享受されており、ポリス・パワーの行使には、その道を譲らなければならない…しかしながら、事後的に、あらゆる経済的価値の利用を消滅させることが可能である…との考え方は、テイキング条項の中に示された歴史的な合意とは一致していない」(Lucas v. S.C. Coastal Council, 505 U.S. 1003, 1027-28 (1992))<sup>(37)</sup>。

この見解で注目されるべきは、ポリス・パワーの行使により財産権が制約されることは含意されており、財産権は、ポリス・パワーにその道を譲らなければならないとする一方で<sup>(38)</sup>、事後法によって、既存の権利に含まれる経済的価値を全面的に消滅させることには問題があるとした点である<sup>(39)</sup>。そして、事後的制約によりその権利の経済的価値を失わせるためには、権利の中にあらかじめその制約が含意されていなければならないとし、その制約は背景原理(background principle)と呼ばれている<sup>(40)</sup>。「新たな立法により、経済的に有意な利用方法すべてを補償なく禁止する…ことは許されない。そうした制約が可能であるのは、権利の中にすでにそのことが内在している場合でなければならない。すなわち、財産やニューサンスについて定める州法上の背景原理によって、土地の所有権の中に既にして設定されていたという場合である」(id. at 1029)<sup>(41)</sup>。

財産権への規制が予定され、これを正当化する、含意された「背景原理」とは具体的に何を意味するのか、それほど明確ではないが、自然法的、慣習的なコモンローが想定されているようにも思われるが、制定法もこれに含まれると考えられていると思われる。いずれにせよ、現に許されている権利行使を遡

及的に制約するためには、それを正当化する背景原理の存在を証明することが必要であるとしている。「特定の利用方法が、同様の立場にある者によって長きにわたってなされてきたという事実があれば、通常は、その利用方法はコモンローによっては禁止されていない。もっとも、状況が変わり、あるいは新しい知見が得られた場合には、以前は許されていたことが許されなくなることもありうる…本件において、サウスカロライナ州が勝訴するためには、ルーカスの望んだ財産の利用方法が公的利益に一致しないと主張や、コモンロー上の法格言、例えば、自己の物を使用するに、他人の物を害せざる如くこれを成すべし、に違反していると単に結論だけの主張を行うこと以上を提示しなければならない…サウスカロライナ州は、その財産が現在において置かれている状況の中で主張されている利用方法を禁止しているニューサンス及び財産法についての背景原理の存在を示さねばならない」(*id.* at 1031-32)<sup>(42)</sup>。

このように、最高裁は、背景原理によりその制約が含意されていれば補償は不要であるとした。このことは、その制約が事後的であったとしても、背景原理により所有者等はあらかじめその制約を予期し、または予期すべきであり、必ずしもその不利益は「不意打ち」とはいえず、投資回収への合理的期待を不当に侵害していないと判断したものと思われる<sup>(43)</sup>。

ところで「投資回収への合理的期待」が侵害されたかを判断する場合に、規制が財産権取得の「前」又は「後」であったかは、投資判断にあたっての予見性という観点から重要である。これについて、前所有者にとっては事後法であった規制を、現所有者が引き継いだ場合に損失補償を請求できるか問題になった事件がある。1人株主の会社が所有する土地を、会社が解散し、その株主が財産を取得したという事例であるが、最高裁は、あくまで財産取得時において、「合理的期待」への侵害の有無を判断すれば足りるとした。特殊な事例であるが、事後的規制とテイキングに関する一般論についても触れられているので紹介する。

## 第5章 財産取得時における制約の予測可能性

### 法人解散後の1人株主

Palazzolo v. Rhode Island, 533 U.S. 606 (2001)

1959年、上告人は、投資目的で土地を購入するために、会社を設立し、会社によって土地を購入した後に、その株式すべてを取得した。しかし、購入した土地の多くは、潮が満ちると海水に浸される湿地帯であったためにその埋立てが必要であり、その申請をしたが、許可されず（手続上の瑕疵が原因であったようである）、1971年には、設置された行政機関の規則により、海水の湿地帯の開発行為は相当程度の制限がなされることになった。1978年、上告人の会社は解散され、唯一の株主である上告人に財産が移転され、1983年、上告人は、海水の湿地を埋め立てるために必要とされる隔壁建設のための許可を求めたが、沿岸資源維持計画に一致しないとして拒否された。1985年の許可申請も拒否されたため、上告人は訴えを提起し、修正5条に違反して正当補償なくして財産をテイクされたと主張した。

最高裁は、湿地開発規制がなされたのは、会社が土地の所有者であった時点であり、会社が解散され、土地の所有権が上告人に移った時点では、既に、開発規制規則は定められており、将来効の規則によって制限がなされたとした。「湿地開発規制が定められた時、土地の所有者は上告人ではなく、上告人を唯一の株主とする会社であった。権利が法律的作用によって上告人に移った時点において、この規制法は有効であった…規則制定後に権利を取得したということは、あらゆる経済的利用が剥奪されたと主張するには致命的である…上告人のような権利の承継者は、以前に定められた制約についての告知を受けていると考えられ、その制約がテイキングであるとの主張を行うことは許されない…州は、将来効の立法によって、財産権と投資回収の合理的期待の内容について定めることができ、立法後に所有者となった者は、価値を失ったことがもたらす損害について請求することはできない」とした（Palazzolo v. Rhode Island,



533 U.S. 606, 626 (2001))。

最高裁は、上告人にとっては、規制は将来効であったとしたが、補償の要否は、諸要素の考慮によって判断されるとした。「経済的に有益な利用すべてを失わせるには至らない制約が土地にもたらされている場合にも、諸要素が複合されることにより、テイキングは生じ得る。この要素とは、土地所有者への経済的な影響、投資回収への合理的期待の範囲、そして政府行為の性質である」(id. at 617)<sup>(44)</sup>。そして、この考慮要素のうち、上告人の財産には、埋立てが不必要な土地も依然として残されているので、補償は不要と判断した。「上告人の土地は、湿地開発規制がなされても…相当数の住宅を建設することが許されている以上、この規則は財産を経済的に無価値とはしてはいない」(id. at 631)。

このように、湿地の埋立ての拒否により、上告人の財産に不利益が及んだが、上告人による財産の取得時を起点として考えることにより、その制約は将来効的であり、また、埋立てを必要としない財産も残されており、上告人の財産は規制によって無価値とされたわけではないことが強調されている。確かに、上告人が財産を取得した時点は埋立規制の後であったが、上告人1人を株主とする会社によって土地が取得されたのは、規制がなされる前であり、その解散により上告人が土地を取得した本件においては、規制は事後法ではなく将来効をもたらしたとする最高裁の判断は、やや技巧的であるといえよう<sup>(45)</sup>。

もっとも最高裁は、規制がなされた時点で所有権が取得されていたかを問題にするのは、テイキングを考える際の一つの要素にとどまることを強調している。「[原審は] 湿地規制は、上告人が財産を取得するよりも前に定められたので、上告人には投資回収の合理的期待が欠けていたとした…この合理的期待の欠如は重要ではあるが、御守り札ではなく…特定の規則が、特定の財産にとって行き過ぎた規制になっているかを判断するための一つの要素であって…唯一の要素とはいえない」とした (id. at 634)。

同様に、隣接地の売却等を禁止する規定について、事後的規制による投資回収への合理的期待の観点から、テイキングの問題を扱った事件を紹介しよう。

### 財産の取得時と財産への遡及的制約

Murr v. Wisconsin, 137 S.Ct. 1933 (2017)

セント・クロックス・リバーは、ウィスコンシンとミネソタの2つの州境を流れているが、上告人等はこの下流の町において、隣接する2つの土地 F, E を所有していた。その地域では、土地の面積が1エーカーに満たなければ、地上に建物を建てることができないとされ（面積要件）、また、所有者が同一である場合には、隣接している、面積要件を満たさない土地を、それぞれ別個の土地として、売却し、又は開発することはできなかった<sup>(46)</sup>。

ただし、祖父条項が定められており、規則が発効した時点で、隣接する土地が別の者によって所有されているならば、面積要件を満たさない土地についても、この制限は適用されないことになっていた<sup>(47)</sup>。

上告人等の両親は、1960年に F を購入して小さな娯楽用の建物を建築し、1961年、F の権利は、家族が経営する会社に移転された。1963年、上告人等の両親は、彼らの名義で、F に隣接する E を購入したが、E と F はそれぞれ面積要件を満たさなかった。F は1994年に、E は1995年に、それぞれ上告人等に譲渡された。10年後、上告人等は、F に設置されていた建物を、その F 内の別の場所に移そうとし、その資金を得るために E を売却しようとした。しかしながら、F, E は所有者を共通にする隣接地であったため、別個に売却し、又は開発することが州法等により禁止されていたため、上告人等は訴えを提起し、E を別個に売却できないためにその利用はすべて奪われ、テイキングにあたりと主張した<sup>(48)</sup>。

最高裁は、まず、この規制自体は合理的で政府の正当な権限行使であるとし、オープンスペースを確保した開発行為を、祖父条項を定めつつ、段階的に推進しようとする古典的な手法が用いられているとした。その上で、上告人等の財産にもたらされた遡及的な制約によってテイキングがなされたかを検討した。まず、事後的に財産に制約を及ぼすことは可能であるが、その制約が財産取得の後であったかどうかは、テイキングの問題を考えるにあたり重要な考慮

要素であるとする。「土地の取得者の合理的期待とは、購入後に、その財産の利用又は売却に影響する正当な制約がなされうることを認識しなければならないということである…合理的な制約が、土地所有者による購入前に定められていたことは、ほとんど土地所有者が自分の財産について公正な予測を行うにあたり考慮することが合理的とされる客観的要素の一つであり得る」(Murr v. Wisconsin, 137 S.Ct. 1933, 1945 (2017))。

本件においては、1976年規則により、面積要件を満たさないF, Eは、単独での売却等は認められなくなったが、前所有者である、上告人等の両親は、2つの土地をとともに、自らの単独所有と認識していたと思われるが、法的にはそれぞれ別の人格により所有されていた。これらは1960年代に取得されたため、1976年規則の祖父条項により、別個の土地として売却・建物建築等が可能であったが、1976年以降になされた売却により、2つの土地の所有者が同一になった場合に、隣接土地への制約をどうみるか問題になったのである。

最高裁は、上告人等が1990年代後半にF, Eを取得した際には、既に存在した隣接地への規制を認識し、それによってもたらされる不利益を予測できたとした。「任意により、その土地の所有を共通にしたのは、規則が定められた後であったために上告人の土地は規制を受け、その財産は一つの土地として扱われることを合理的に予測できるよう…告知されていた」とした (*id.* at 1948)。

更に最高裁は、財産取得の時点において既に規制があったというだけでなく、土地の状況等からも、後に規制がなされうることを予測し得たとの注目すべき判断を示している。「土地が一つにまとめられる扱いを受けることについては、土地の物理的な特徴により、支持される…荒れた地形と狭隘な形状のために、これらの土地の利用可能な範囲は制限を受けることは合理的に予期される…上告人が土地を取得する以前から…上告人の財産に規制が及ぶことを予想することは可能であった」(*id.* at 1948)。

最高裁は土地の形状等から、将来、何らかの規制が行われることは土地所有者にとって予見の範囲であるとしたが、規制が上告人等の土地に一定の利益をもたらしていることも「考慮要素」に含めて判断すべきとした。「上告人等

は、EとFを別個に売却すること、又はそれぞれの土地の上に住居用の建物を建設することを禁止されているが、財産を一体化した全体として利用することにより、プライベートやレクリエーション・スペースが広くなり…この制約は緩和されているのである」(id. at 1948)。

このように最高裁は、土地の所有権について、多角的な「考慮要素」を持ち込み、とりわけ規制が利益をもたらしていることを指摘し、事後的規制の問題も本件においてはクリアされているとした。これに対してロバーツ裁判官の反対意見（トーマス・アリート両裁判官が加わる）は、こうした多角的視点を持ち込んで制限を肯定することはテイキング条項の考え方にそぐわないと批判している。「テイキング条項は、州法により創設されその内容が定められた、私人の財産権を保護…するために、公衆一般が当然に背負うべき負担すべてを個人が背負わされないようにしているのである。多数意見によって示された私的財産権についての新しい、変形しやすい定義は、もっぱらテイキングの問題のために採用され、この保障するところを浸食している」とした(id. at 1950)<sup>(49)</sup>。

ロバーツ裁判官は、多数意見のように多様な「考慮要素」を盛り込むことは、確定された財産権への保障を弱めてしまうとする。その根拠として、テイキングにおいては、私人の利益と公共の利益の調和が求められているが、その秤は内在的に後者に傾いていると指摘する。「規制のテイキングはその性質から、公共の利益（コモングッド）を少数者の利益に対置させるが…そのバランスはそもそも欠けている。規制のもたらす広範な利益は、個人が被る個別の損失よりも、しばしばずっと重みのあるものに見えるのである…このアンバランスを直視して、テイキング条項は、規制が、州法において確立された財産権にどのような効果を及ぼしたかを考慮し、個人が、自らが分担している以上の負担を、公衆によって課されてしまうことを防止しているのである。それにもかかわらず、多数意見の考え方は…争われている規制が、行き過ぎたものであるかを問題とする前に、政府の目的によって、議論の土俵が形成されてしまうのである」(id. at 1955)<sup>(50)</sup>。

## まとめ

以上、規制のテイキングと損失補償に関して、合衆国最高裁の判例法理の流れとその問題点を指摘してきた。それらをまとめてみると、まず、1922年にホームズ裁判官によって、財産権への制約にとどまってもテイキングにあたるとして補償を要する場合があります、ただし、その制約は「行き過ぎた」ものであることが必要であるとされた。いかなる場合に「行き過ぎ」となるのか難しい問題であるが、事業の実施を経済的に不可能にする等がこれにあるとされた。すなわち、単に財産に付随的な制限を及ぼしているのではなく、収用に匹敵する程度の財産価値の減少をもたらす場合に限定して補償を行うのは、政府の政策が補償の圧力によって萎縮し、矮小化することを防止するためである。

そこで、いくつかの考慮要素を加味してバランスを取りながらこの問題に取り組む必要性が認識され、その要素として①「規制がもたらす影響力」②「投資回収の合理的期待」③「政府行為の性質」の3つが基本となってきた。①については、その制約が一時的なものであっても補償の対象になるのか、③については、制約の目的や物理的侵入の有無が問題になり、②については事後的な制約による財産権への制約が問題になってきた。こうした中で注目されたのが、②に関わるポリス・パワーの行使と補償の関係である。警察・消極目的により財産権に制約を受けるのは、財産権保障に含意された内在的制約であり、補償の対象にはならない。この考え方自体はほぼ確立していると思われるが、事後的制約の場合にもこの理論がそのまま妥当するかが問題になってきた。

それが、②の問題であるが、これまで少なくともその財産権の行使を黙認し、投資等と呼び込んだ財産権に関し、公共の安全等を目的としさえすれば、補償なくして、ほぼ経済的利用価値を失わせる制約も許されるのかということである。更にこれと関連するが、そうした制約を財産権の一要素への制約とみて補償を認めないのか、それとも、その部分についての価値の減少を重視して補償の対象とするのか、見解が対立しており、今後の判例法の動向が注目され

るところである。

## 注

- (1) アメリカにおいても、騒音、交通、犯罪…に対処することは、政府の正当な利益であり、そのための手段として財産権に制約を加えることは許されるとされる。しかしながら、その制約に一般的な正当事由が存在しても、遡及的である場合には、直ちにこれを正当とすることはできない。遡及効に対する憲法上の禁止は、やむにやまれぬ理由がないならば、利益考量における優先事項である。財産権への制約の問題を考えるにあたり、その目的が正当であっても、既存の利益に遡及的に不利益を及ぼす場合には、格別の考慮を要するとの考え方は、本稿の重要なテーマの一つである。See William R. Maurer, *An Idea Whose Time Has Gone: How Amortization Is Unconstitutional Retroactive Legislation in TEXAS*, 4 TEX A & M. J. PROP. L. 145, 157 (2017). [hereinafter *Maurer*]
- (2) 憲法29条3項の解釈について、法令に基づき、私人の財産が公共の福祉のために用いられたにもかかわらず、これに補償を行う規定が存在しなかった場合、裁判所は、財産の収用それ自体を無効とするのか、それとも収用を有効とし、補償を行うことができるのか問題になる。これについては、裁判所は、憲法29条3項を、法令等を媒介とせずに直接に適用して事件を解決することができるのか、という問題と密接な関係がある。最高裁は、名取川砂利採取事件（最大判昭和43年11月27日刑集22巻12号1402頁）において、直接適用を認めているとされている。「損失補償に関する規定がない [場合にも] …その損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法29条3項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではない」としている。アメリカにおいても同様の判断が示されている。「土地所有者は、補償に関する憲法規定が自己執行的な性質を有することの結果として、損失補償請求訴訟を提起することができる」(First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles, 482 U. S. 304, 315 (1987))。
- (3) 日本における財産権の保障とその制約に伴う正当補償に関する議論の概要を紹介しておこう。日本国憲法29条3項は「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。」と規定している。そこで「正当な補償」を受けるための前提として、財産権が「公共のために用いられた」とは、どのような場合であるのか問題にな

る。これについては、公益上の必要のために、特定の個人に対して経済的な特別の犠牲を強制することであると、この場合に補償が必要とされるのは、その犠牲を全体の負担に移すことが公平（衡平）の理念に適うからであると説明されている（大石眞『憲法講義Ⅱ第2版』（有斐閣、2012年）240頁）。更に、「補償」を必要とするのは、私有財産を強制的に「取得」する（公的収用）場合だけでなく、公益を目的として「制約」する場合をも含むと理解され、その制約が「一般的制約」であるのか、それとも「特別の犠牲」に該当するのかを区別し、後者にのみ補償が認められるとしてきた（何が「特別の犠牲」にあたるかについては、基準の置き方によって結論が分かれてしまうとの批判がある。樋口陽一『憲法 第3版』（創文社、2007年）255頁）。そこで、問題になるのが、両者を区別する基準であるが、「形式的基準」と「実質的基準」を重視してきたのが伝統的な見解である。形式的基準は、侵害行為の対象が、広く一般人であるか、それとも特定の個人や集団であるかを問題とし、実質的基準は、財産権の本質的内容を侵す程に強度のものかを問題とする。そして、両要素を客観的、合理的に判断する形式・実質二要件説（田中二郎説）、実質的要件を中心とする実質要件説（今村成和説）とが対立してきたが、近年では、後者の考え方が有力とされている。この実質要件説では、「社会的共同生活との調和」を保つために必要される制約（建築基準法に基づく建築の制限等）は、「財産権に内在する制約」として補償は不要であるが、財産権の本来の社会的効用とは無関係に、偶然に課せられる制約（重要文化財の保護等）には補償が必要であるとされる。そして、形式的要件説に対しては、規制の対象が、一般人であるか、特定の者かの区別は相対的であるとの批判が可能であるとし、実質的要件が重視されるとしている（辻村みよ子『憲法 第6版』（日本評論社、2018年）250-52頁、芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法第6版』（岩波書店、2015年）238-39頁）。もっとも、この両説の対立はそれほどではなく、田中説の決め手は実質的要件であり、今村説は田中説の具体化であるとの指摘がなされる一方で、「特別の犠牲」、「権利の社会的拘束」、「内在的制約」等の概念は、抽象的には明確であっても、具体的なあてはめに際して、その内容は乏しいと批判され、補償の要否については、規制の態様、原因、損失の程度、社会通念（時代や場所により可変的）の「総合的考慮」が必要であるとの指摘がある（塩野宏『行政法Ⅱ 第6版 行政救済法』（有斐閣、2019年）385-89頁）。このような「総合的考慮」説が学説

においては主流と思われるが、その中で重視されているのが制約の「目的」である。すなわち、その目的が公共の安全確保（警察・消極目的）であるならば補償は不要、公共の福祉（積極目的）であるならば必要とする二元論である。この区別の前提となっているのは、市民生活の安全確保は、国家としての最低限度の義務の遂行であり、私人はこれを受忍しなければならず、他方、積極的に福祉を増進させる場合には、全体の負担で調整することが公平の観点から求められる、ということであるが、いずれの目的を有するのかについては割り切れないことも多く、この区別の有用性を疑問視する見解がある（塩野・前掲書386頁）。また、「消極・警察目的」からする制約については、「財産権者が当然受忍すべきもの」として補償は不要と理解されているものと思われるが（高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第5版』（有斐閣、2020年）295頁）、この場合にもいくつかの要素に基づく考察が必要である。まず、「制約の強度」であるが「消極目的」であったとしても、その利用をほぼ全面的に制限するような制約の場合には、これへの受忍を当然の責務とすることには問題があるとされ（初宿正典『憲法2 基本権 第3版』（成文堂、2010年）360頁）、こうした強度の制約の場合には「権利者の責めに帰すべき事由」及び「信頼保護」の観点からの考察が必要であるとされている（佐藤幸治『日本国憲法論 第2版』（成文堂、2020年）352頁）。また、その制約の対象である財産権について、その価値の消滅等についても考慮される（例えば、消防法29条の破壊消防に関する規定等、渋谷秀樹『憲法 3版』（有斐閣、2017年）323-24頁）。このように、「総合的考慮」により補償の要否が判断されるが、結局のところ、その財産権への制約を「補償なく受忍すべき」であるかが問われることになろう（高木光『行政法』（有斐閣、2015年）388-90頁）。ここで注目されるのが、「消極目的」であったとしても、「事後的な不利益」を補償に結びつけようとする見解である。すなわち、相当の資本を投入して砂利採取事業を営んできた者が、河川付近地指定により被った損失は特別の犠牲にあたる余地があるとの見解がある（長谷部恭男『注釈日本国憲法（3）国民の権利及び義務（2）・国会 § 25～64』（有斐閣、2020年）宍戸常寿担当140-41頁）。また、洪水の決壊防止のためであっても、これまで認められてきた耕作権（既得権）の剥奪には補償を考慮する余地があるとの見解（塩野・前掲書388頁）がある。更には、ガソリントクの所有者は、危険な状態を自ら是正する責任としてタンクを道路から一定の距離を隔離する責任を有



するが(宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法 第6版』(有斐閣、2018年)507頁)、道路の方が、土地収用法を用いてガソリントタンクに接近してきた場合、これにあらかじめ対処する方法がなく、公平の観点から道路管理者に負担させることが合理的とする見解もある(塩野・前掲書387頁)。加えて、その目的が必ずしも消極的とはいえない場合にも、事後的な規制を問題視する見解がある。市街化区域と市街化調整区域とを区別する「線引き」により、具体的に予定し、資本の投下がなされていた利用方法に制約が及んだ場合、また、都市施設の建設予定地における建築制限等が長期にわたった場合に「時の流れ」を考慮して補償すべきではないか等の問題提起がされている(藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、2013年)628-30頁)。財産権への事後的規制、遡及的不利益変更に関する憲法上の明文規定は存在しない。しかし、予想外に、不意打ち的に不利益を及ぼすことは、たとえその規制等の内容そのものが適正であったとしても、望ましいこととはいえない。このことは、刑事法においては、憲法31条「適正手続の保障」として「罪刑法定主義」や「事前告知を受ける権利」等として徹底されている。財産権については、この保障は直接には及ばないと思われるが、共通する法の一般的な原理として、財産権への制約・補償の可否を検討する際の考慮事項の一つに加えられてもしかるべきと思われる。本稿においても、事後的な制約という観点を重視し、アメリカのテイキング条項に関する最高裁の判断を整理している。

- (4) このことは、財産権への遡及的不利益変更がなされたと理解することも可能である。財産権への遡及的不利益変更の意味については次のような説明がなされている。Maurerは、立法府が、新しい実体法を定め、それがそれまでは適法に行われていた行為の法的結果を変更すると遡及的となる。既存の法により獲得した権利を侵害する法律、又は新しい義務を創設し、これを課し、既に成立した契約を無効とする法律は、すべて遡及的な法律である。法律が遡及的であるかどうかを判断するためには、公正な告知、合理的な信頼、確定した期待を考慮することが、そのガイドとなると指摘する(See Maurer, *supra note*, at 156)。
- (5) Maurerは、テキサス州憲法は民事遡及法を明文で禁止しているが、遡及的に適用される法律すべてが無効とはされず、どのような場合に違憲とされるかを判断する基準が、州裁判所によって示されてきたとする。すなわち、その法律によってもたらされる公的

利益の性質・大きさと侵害される既存の権利の性質・侵害の範囲についての両者が比較されるが、その前提として、恣意的な法律は許されないとの推定がはたらき、これを覆すためには、やむにやまれぬ公的利益が存在しなければならない、としている（*See id.* at 156-57）。わが国も、合衆国憲法と同様に民事恣及法禁止の明文規定は存在しないが、いったん定められた財産権の内容を、事後法により規制したことが問題になった事件がある（最大判昭和53年7月12日民集32巻5号946頁）。ここでは、専ら憲法29条2項により規制の可否が問われ、同条3項の補償の要否は争点とはされなかったが、最高裁は、いわゆる農地改革において土地を失った旧地主に認められた「買取対価相当額」により失った農地を買い戻す権利が、事後的に「市価の7割相当額」の提供を必要とするとの不利益に変更されても、財産権への合理的制約であるとして憲法29条には違反しないと判断した。その判断に当たっては総合的な衡量が必要とされ、「買取対価相当額」による買戻しの権利は、立法政策により設定された利益であり、事情の変更により、その内容を変更することも立法政策に基づく判断であること、地価の高騰の中、国有地となった農地を「買取対価相当額」で払い下げるとは、適正価格での払い下げを命ずる国有財産法に違反し、国民の納得を得られないことなどが指摘された。

- (6) 政府の行為によって財産権に不利益が及ぶといっても様々な形態がある。例えば、所有地の上空を航空機が往来することにより、甚だしい騒音や振動がもたらされ、居住や畜産等を放棄しなければならないことがある。この場合、その土地の利用方法はほとんど失われたとして、何らかの金銭的な救済が必要とされるが、その根拠は、政府の不法行為を理由とする損害賠償請求なのか、それとも航空機の往来は「公共の用途」であることを強調して、正当補償の問題になるのか、争いがある。少し古い事件であるが、損失補償の問題として検討された事件がある。United States v. Causby, 328 U.S. 256 (1946)において、被上告人は、空港の近くに2.8エーカーの土地を所有し、その土地には住宅と養鶏場が設置され、その上空では、爆撃、輸送、戦闘などの様々な目的を有する航空機が、時として樹木の枝に触れる程の低空で飛行し、騒音はすさまじいものであった。被上告人は、安眠を妨げられ、鶏が多数死亡したため養鶏ビジネスをあきらめ、これによって被上告人の所有地上の財産がテイクされたと主張した。最高裁は、飛行機の騒音等によってその土地での居住が不可能になるならば、テイキングにあたるとした。「被

上告人の財産の上空の飛行によって居住が不可能になるならば、修正5条の下で補償可能なテイキングがあったということになる…飛行の頻度と高度が原因で、被告人が土地のいかなる利用をもできなくなった場合は…あたかも、土地の表面に侵入し、その所有を排他的にテイキングしたかのごとくである…このような場合にテイキングがなされたことについて我々は同意している」(id. at 261)。「土地所有者は、土地の上の空間に関しては、少なくともその土地の占有又は利用を可能にするのに必要なスペースを所有している…航空機の飛行は…伝統的な土地への侵入と同程度に、土地の利用をテイキングする…所有者による財産の完全な享有を減少させる、切迫又は直接的な侵害があるからである」(id. at 264-65)。このように最高裁は、航空機の騒音等によって、所有地の居住を不可能とすることはテイキングにあたるとしたが、むしろ不法行為として損害賠償の対象とするのが、ブラック裁判官の反対意見である。「損害を生じさせている騒音と照明は、それらが、ニューサンス、制定法律違反、過失の結果であるならば、救済の対象となる不法行為を形成する…憲法上用いられているテイキングの概念は、それほど広範な意味を与えられてこなかった」(id. at 269-70)。「技術革新と新しい生活様式がもたらす問題を、裁判所が形成し執行する厳格な憲法上の制約を適用することによって解決することはできない…複雑に絡み合った要因を組み合わせ、考察し、検討するための技術も人員も、裁判所は有していない。裁判所によってなされる貢献は、飛行機の飛行によりもたらされた損害に対して賠償を命じ、これを差し止めることでなければならない」274-75。「被告の上空に爆撃機を頻繁に飛行させることによって、その財産はテイキングされたとする…この判断がもたらす効果は…空中輸送の発達にとって将来に必要となる調整を法令によって行うことを制限することになる」としている(id. at 268-69)。土地の使用をほとんど不可能にする騒音についての救済を正当補償によるか、それとも損害賠償の対象と理解するかは見解が分かれるところであろうが、こうした騒音が付近の土地に発生することが事前に認識されているならば、飛行場等の建設の際に、周辺地域をテイキングの対象とすることが考えられよう。同様に、生産調整等により生産者に不利益が及んだ場合、テイキングの問題を生じうる。Michael C. Blumm & Rachel G. Wolfard, *Horney v. Dep't of Agric.*, 576 U.S. 351 (2015) では、連邦によるレーズンの収穫制限は、当然にテイキングにあたる判断された。その際にオイスターの生産調整との区別が論

じられ、こちらは州法の下、州に属する野生の生物と認識されたが、レーズンは、生産者の労働の成果としての私的財産であり、野生の生物は、州の所有権の対象とする背景原理に基づき、この事件は判断された (see *id.* at 1179-80)。更に、テイキングにあたるかが問題となるのが、財産権行使等の期間を限定する場合である。都市計画の実施等により、その構想に合わなくなった財産の使用方法等に対して、即座に全面的に規制するのではなく、一定期間を設定しその満了をもって、補償なくしてその利用を禁止する規制方法がある。これについて、消極的な見解を述べているのが Maurer である。政府は一定のビジネスに対して、投資を回収するために一定の期間を定め、この期間の終了とともに操業の禁止等を行う場合がある。テキサス州では、これを定める法律は合憲とされてきたが、補償なしのテイキング、又はデュープロセス違反として無効とされた場合もわずかにある。存続期間を定める法律は、その核心において遡及立法である、との指摘がなされている (see Maurer *supra* note 1, at 145-46)。

- (7) 規制的テイキングという言葉は、財産について、その権限や支配を移動させるのではなく、その価値を減少させる政府行為について用いられる (see Edward L. Rubin, *The Mistaken Idea of General Regulatory Takings*, 2019 MICH. ST. L. REV. 225, 230-31 (2019) [hereinafter Rubin])。補償が必要になるのは、政府が積極的に財産を取得した場合に限定されない。政府が、公共の健康、安全、福祉をポリス・パワーに基づいて規制し、それが財産の利用及び価値に制限を行っている場合も同様に補償が必要になる (see Robert H. Thomas, *Evaluating Emergency Takings: Flattering the Economic Curve*, 29 WM. & MARY BILL OF RTS. J. 1145, 1148 (2021) [hereinafter Thomas])。なお、ポリス・パワーによる規制と補償に関しては、米沢広一「土地使用权の規制(一) —財産権とポリス・パワー」法学論叢107巻4号26頁(1980年)。
- (8) この点について、例えば *Yee v. City of Escondido*, 503 U.S. 519 (1992) では、財産権への制約にとどまる場合にも補償が認められるためには、その制約が、特定の私人に、公的な負担を不当に背負わせていることが必要であるとしている。「政府が、財産の物理的な占有を認める場合…テイキング条項によって、一般的に補償が求められる…しかし、財産の利用を規制するだけの場合には、補償が求められる場合は限定される。すなわち、規制の目的又は財産の経済的利用を所有者からどの程度奪っているのかの考慮が

なされ、規制が、財産所有者を不当に選び出して、公衆全体が担うべき負担を不当に背負わせていることが示唆されている場合である」(id. at 522-23)。

- (9) ポリス・パワー (police power) は、州が、州民の健康、安全、道徳、その他一般の福祉を保護・向上させるために様々な立法・執行を行う権限とされる。直訳すれば、警察権限であるが、この言葉は、日本においては消極規制を想起させ、福祉政策の実現という積極規制を含んでいないため、本稿では、そのままポリス・パワーとしておくが、主として消極規制が念頭に置かれている。ポリス・パワーは、「健康」や「安全」という目的で行使されてきたが、「一般的福祉」概念が次第に拡大され「美観保護」等もその目的とされるようになってきた。寺尾美子「アメリカ土地利用計画法の発展と財産の保障(2)法学論叢100巻10号70-71頁 (1984年)。なお、連邦政府は、合衆国憲法によって明示・黙示に与えられた権限のみを有するので、ポリス・パワーは、州による、その領域内で有する主権の作用である。田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年) 646頁。
- (10) その行為が、財産権の行使として保障されていないならば、これを完全に制約してもテイキングにはあたらないことが確認されている。「コミュニティの健康、モラル、安全にとって有害であると正当な法律によって宣言され、その防止を目的として財産の使用を禁止することは…テイキングとはいえない…パブリック・ニューサンスにあたる財産を破壊することによってポリス・パワーを行使することは…公共の利用のために財産をテイキングすることとは全く異なるのである」(Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623, 668-69 (1887))。
- (11) テイキングにおいては、公衆の健康等を保護する政府活動は正当との推定を受け、合理的根拠の基準が用いられることによって、真に意義のある司法審査は遠ざけられ、制約自体の無効ではなく、補償による救済が求められるとされている (see *Thomas*, supra note 7, at 1153)。
- (12) 最高裁は、本件で問題となった1880年改正法がポリス・パワーの行使の範囲内であることを確認している。「州は、医療、科学、機械を目的とする場合以外では、致酔性のアルコールの製造および販売を禁止する権限を有しており、こうした酒類の違法な製造のために維持されるいかなる場所もコモン・ニューサンスにあたる…と宣言する権限が

州にあることは疑いがない」とした (*Mugler*, 123 U.S. at 671)。ポリス・パワーの範囲について、立法府の判断が尊重されるべきことが強調された事件に *Reinman v. Little Rock*, 237 U.S. 171 (1915) がある。ここでは、馬車屋の設置場所の決定が問題になっているが「馬車屋は、当然にはニューサンスとはいえないが…一定の状況や場所においてそれがニューサンスであると判断することは、州のポリス・パワーの範囲内にあることは明らかである…馬車屋の規制は…人民の健康及び一般的な福祉について立法する州の権限の範囲にあり、裁判所の審査の対象であるが…相当程度の範囲にわたる裁量が立法権限に与えられなければならない、問題の規則が明らかに不合理で恣意的であることが明確に示されていない限りにおいて…デュープロセスなくして財産が剥奪された」と裁判所が判断することは許されない」(*id.* at 176-77)。しかしながら、ポリス・パワーの行使については、その前提として事実の認定が政府によってなされなければならない、これを怠ったとされた事件がある。*Goldblatt v. Hempstead*, 369 U.S. 590 (1962) では、砂利採取業者に対して、その採取行為が水を満たした地下のクレーターに達した場合に、それ以降の採掘を禁止する等を定める条例が問題になった。上告人(砂利採掘会社)は、この条例は、事業への規制にとどまらず完全な禁止を行っており、補償なくして財産をテイクする事後法であると主張した。最高裁は、一般論としては、従来認められてきた財産権の行使も、ポリス・パワーによりこれをすべて禁止することは許されうとするが、本件においては、その行使は適正とはいえないと判断した。「問題は、地下水面の下まで更に採掘することを禁止することが…ポリス・パワーの正当な行使であるかどうかである…本条例は、安全対策として成立し…その合理性を評価するためには、その対象がいかなる性質の害悪をもたらすのか、より制限的でない手段が利用可能であるのか、その効果はいかなるものか、そして条例の適用によっていかなる損失がもたらされるのか、判断される必要がある。記録を注意深く調べてみると、これらについて関連する証拠は明らかに欠如している…提出された証拠は、地下水面の下まで採掘することを禁じることの合理性を示す決定的証拠ではない」(*id.* at 594-95)。

- (13) *Hadacheck* 事件 (1915年) においては、レンガ工場に利用しようとした土地は、規制によって価値を失ったが、ポリス・パワーの正当な行使とされた。もっとも、その財産の利用すべてが禁止されてはならず、都市計画に関する法の下で、規制的テイキングが

問題になった当初の事件の一つであるとの指摘がある (see D. O. Malagrino, *Among Justice John Paul Stevens's Landmark Legacies: Tahoe-Sierra Preservation Council, INC. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 53 CREIGHTON L. REV. 77, 93-94 (2019) [hereinafter *Malagrino*])。

- (14) 財産権の一部への制約に対して補償を必要とすれば、政府活動には萎縮的效果がはたらくことを強調する見解がある。例えば *Scranton v. Wheeler*, 179 U.S. 141 (1900) では、河川に接した土地の所有者が、栈橋が建築されることによって、自分の土地から直接に川を航行することができなくなったとして補償を求めていたが、最高裁は、「これへの補償を政府に強制すれば、合衆国の公的な運行可能な水路の運航を改善しようとする議会の至高の権限は萎縮させられてしまう」とした (*id.* at 164-65)。
- (15) 財産権への制約に対する補償の可否を論ずる前提として、その制約自体が有効であるかが判断され、目的と手段の関連性についての検討が重要であるとした事件がある。*Welch v. Swasey*, 214 U.S. 91 (1909) では、マサチューセッツ州法により、建物の高さ制限が行われ、ボストン市条例はこれに上乗せして更に厳しい高さ制限を行っていたが、正当補償なくして財産を制限し、平等条項に違反しているとして訴えが提起された。最高裁は、市条例の制約は、ポリス・パワーの行使であるとされていたが、実際のところは建物のシンメトリーやスカイライン等の景観保護であり、より厳しい高さ制限は恣意的であり、法が掲げる目的を達成する手段としては、実効性のないものであるとした。「用いられている手段が…政府が達成することが許されている公共の目的に、現実に相当程度に結びついていないならば、法律が、恣意的で不合理で、必要性を超えているならば、その無効であることが裁判所によって宣言される」(*id.* at 105)。
- (16) テイキングには物理的占有や収用だけでなく、規制的なテイキングも含まれるようになったのは、1922年以來であるとの指摘がある。テイキングの有無を判断するために学説は、私的財産を制約する規則等の性質について着目してきたが、裁判所は私的財産の意味するところも検討してきたがその中で、財産上の利益を形成する背景原理についての解釈が必要とされるようになってきた (see Michael C. Blumm & Rachel G. Wolfard, *Revisiting Background Principles in Takings Litigation*, 71 FLA. L. REV. 1165, 1167-68 (2019). [hereinafter *Blumm & Wolfard*])

- (17) 過去の最高裁の判決では、所有者の財産に付随的な不便をもたらしているに止まる場合には、テイキングとはいえ補償は不要であるとしていた。例えば *Mugler* 事件（1887年）では、公衆の健康・安全を理由とする制約によって財産に損失が生じた場合には、付随的な不利益にあたり、テイキングにはあたらないとし、補償は不要であるとした（see *Thomas*, supra note 7, at 1155）。
- (18) 最高裁は、補償の要否に関し、制約がもたらす財産価値の減少の程度が考慮されるところだが、この点は考慮要素の一つにすぎず、他の要素を事実ごとに考慮していく必要性があることを強調する見解が示されている。*Macdonald v. County of Yolo*, 477 U.S. 340（1986）においては、補償がなされるためには、規制が「行き過ぎたもの」であることが必要であるが「このことは程度問題であり、一般的な定理によっては判断し得ない…したがって、多くの要素、すなわち規制がもたらす経済的な影響、投資回収への合理的な期待への介入、政府行為の性質を念頭に、本質的に、アドホックに事実即した判断がなされてきた」と指摘した（*id.* at 348-49）。
- (19) 経済的価値の全喪失はテイキングにあたるが、その損失が相当程度にとどまる場合がある。この場合、所有者には投資に対する合理的な見返りを得る機会が残されているかに着目される。現行の政府規制からすれば利用価値のない財産であっても、規制が変更される場合を見込んで投資を行う場合もあり得るとの指摘がある（see *Thomas*, supra note 7, at 1157-59）。
- (20) *Penn Cent. Transp. Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104（1978）で、最高裁は、テイキングにあたるかどうかを判断するための基準として3つのテストを掲げた。すなわち、規制がもたらす影響力、投資回収の期待への侵害、そして政府行為の性質、特に物理的な侵害の有無である（see *Rubin*, supra note 7, at 233）。
- (21) この事件で最高裁は、規制的であってもテイキングとして補償の対象になり得ることを認める一方で、本件はあくまで私人間の財産の制約の問題であり、公共の利益を問題とするテイキングの問題にあてはまるか若干の疑問が提起されている。「本件はいち私人の住居の問題である。このような場合にも、公的利益が存在することは確かであるが…通常は、この種の私的問題に介入することは、公的利益によっては正当化されない。こうした住居への損害は…公的なニューサンスではない。その損害は共通のものでも公



的なものでもない…この法律は、ペンシルバニア州において土地に関する財産権として認められているもの…及びこれまで当事者を拘束している契約…を廃止することを目的としている」(Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393, 413 (1922))。

- (22) Mahon 事件 (1922年) では、規制が経済上の利益に影響を及ぼした場合、テイキングにあたるかを判断するためには、アドホックに、事実に関する検討が必要であるとしたが (see *Malagrino*, supra note 13, at 95-96)、この考え方は、最近の最高裁によっても基本的には支持されている。「行き過ぎた規制は、テイキングとみなされるのであるが…行き過ぎとはどこまでか…規制が、土地の経済的に利益のある、又は生産的な利用すべてを否定する場合…カテゴリー的にテイキングになるのであるが、規則の大多数は、このような極端な効果をもたらすことがないので、柔軟なアプローチがより適している。考慮されるべき要素は…規則のもたらす経済的影響、所有者が有する投資回収の期待、そして政府行為の性質である。究極の問題は、財産への政府の影響は所有者に対して公衆全体が負担すべき…負担をその所有者に強いているかどうかである」(*Murr v. Wisconsin*, 137 S.Ct. 1933, 1951-52 (2017). Roberts J., dissenting)。
- (23) 上告人がこのアパートを購入した1971年には、ケーブルによる物理的侵害は、既に生じていたが、上告人は5年後に訴えを提起した。それまで、このアパートから被上告人が得ていた利益の5%を上告人は要求していた (see *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419, 443-44 (1982))。
- (24) ポリス・パワーの意味は、日本における消極・警察規制権限よりもやや広く、社会福祉的な目的に基づく規制も含まれ、本件においてもケーブルテレビの普及がもたらす教育上の利益に着目されている。
- (25) その理由として原審は、上告人が建物を購入したときには、ケーブルの存在に気づいていなかったため、ケーブルによって占有されたスペースが収入に関係してくるとの合理的な期待をもって、この建物に投資したとすることはできないとしていた (see *id.* at 445)。
- (26) *Loretto* 事件 (1982年) では、ケーブルテレビの装置が既に設置されていた財産を購入した者が、補償を要求していた。最高裁は永続的な物理的占有が政府によってなされた場合には、それによってもたらされる公共の利益を考慮することなく、テイキングとし

て補償が認められるとした (see *Rubin, supra note 7, at 261*)。

- (27) アパートの所有者は、すでにして広範な規制を受けている。例えば、住居に適しているか、暖房、消火、構造上の欠陥の有無、これらの要件が遵守されているかを判断する立入検査の受入れなどである (see *id. at 263*)。
- (28) 最高裁は、一時的又は暫定的な規制が、開発の推進にとって有益な手段である点も指摘している。「政府が、財産所有者から経済的利用のすべてを剥奪するという特別な事態とは異なって…一時的又は暫定的な開発規制は…開発が成功するための不可欠な手段である」(*Tahoe-Sierra Pres. Council v. Tahoe Reg'l Planning Agency, 535 U.S. 302, 337-38 (2002)*)。「一時停止は…行政庁が上告人のような利害関係者から、コメントや批判を得ることを可能にし…カテゴリーカル・ルールは…土地利用問題について迅速な解決に達しなければならないとのプレッシャーを判断形成者に与え、組織化されていない、計画プロセスを周知していない土地所有者や利害関係団体を不利に扱うようになる…一時停止の間にも財産的価値がしばしば上昇することが考えられ…タホ湖の透明度が維持されることは…財産的価値に反映されることが期待できる」とした (*id. at 340-41*)。
- (29) 財産の有効利用を一時的に100%失わせた場合と、永続的にこれらを失わせた場合とで果たして違いがあるのか、そもそも、一時的と永続的を区別するのは可能なか問題があるとの批判がある (see *Malagrino, supra note 13, at 91*)。
- (30) レンキスト裁判官は、一時的規制を受けることが財産権の中に含意されていたとするためには、背景原理に根拠があることが必要であるとし、この点については、土地所有者の合理的期待の範囲であるが、6年間にわたる長期の制約までは含意されていないとした (see *Tahoe-Sierra Pres., 535 U.S. at 351-52*)。
- (31) この事件では1993年から2000年の間、被告人は、上告人が所有し管理する森林地帯において、森林の成長が著しい時期に、洪水をおこすことを認めた。これにより洪水が繰り返され、上告人所有する1800万ボードフィート以上の木材に損害が生じ、その森林地帯の通常の使用が妨げられたとして、上告人は、修正5条に基づき合衆国に対して補償を求めた。最高裁は、水害の期間は限定されていても、周期的にこれが発生するならば、テイキング条項がカテゴリーカルに適用除外とされることはないと判断した。事実関係をやや詳しく紹介すると、上告人が所有していたのはブラック・リバーの兩岸の土地

であり、その一帯は野生生物の保護地域であった。この保護地域においては、様々な野生生物の生息に役立つ、オーク材（主としてナラ、クヌギの類の硬材）が生い茂り、上告人は、この地域において、野生生物を保護して狩猟を可能にし、木材を定期的に伐採して森林資源として利用していた。この保護地域の115マイル上流には、1948年にダムが建設され、管理マニュアルにより、ダムからの放水量が決定されていた。マニュアルによれば、季節ごとに放水量が定められていたが、農業やレクリエーションなどの目的により、あらかじめ定められたものとは異なる放水量を計画することが認められていた。1993年に、被上告人は、ダムの下流の農家の収穫期間を長くするため、放水量の変更を行い、通常よりも少ない放水を行った。その結果、ダム湖の水嵩が通常よりも増したため、これを減らすために、ダムの放水を多くする期間を延長した。これにより、下流にある上告人の所有地は、森林が生育する4月から10月までに洪水の被害を受けたと主張した。被上告人は、同様の変更を1994年から2000年まで行った。2005年、上告人は合衆国を被告として訴えを提起し、マニュアルからの一時的変更はテイキングにあたり、補償が必要であると主張した。最高裁も、いくつかの判例の考え方をもとに、一時的であっても、自分の土地の経済上の利用すべてを規制することはテイキングにあたるとした（see *Ark. Game & Fish Comm'n v. United States*, 568 U.S. 23, 31 (2012)）。See *Blumm & Wolfard*, *supra* note 16, at 1179.

- (32) Tahoe 事件（2002年）においては、「一要素」に対しても補償を必要とすると判断しているように思われるが、事件ごとの衡量の重要性が指摘されている。「何らかの公共の利益を目的に、財産上の利益が物理的に取得された場合、元の所有者に対して補償を行うことは、政府にとってはカテゴリーカルな義務である。このことは、テイクされた利益が、全体にわたる場合であろうと、その一部であろうと変わりがない…しかしながら…政府の行為の目的と経済的効果について、複雑な事実の評価を必要とする」(*Tahoe-Sierra Pres.*, 535 U.S. at 322-23)。
- (33) 要素の一部への制約と見るか、一部それ自体の価値の喪失を重視するかの対立は、最近の *Murr* 事件（2017年）においても引き継がれている。「財産所有者が、財産上の利益を最大限に活用することを否定されたと証明しさえすれば、テイキングがあったとすることは認められない…所有者が、財産権の完全な束を有している場合、その束の一要素

が失われてもテイキングとはいえない。なぜならば、集合体はその全体で理解されなければならないからである…〔本件において〕規制の影響は、それぞれの土地について評価されるべきなのか、それとも、ひとつにまとめられた隣接の土地について評価されるべきか。多数意見によれば、裁判所はこの問題について、土地と規則に関する多くの事実を考察することによって答えるべきとしている」(Murr v. Wisconsin, 137 S.Ct. 1933, 1952 (2017). Roberts J., dissenting)。

- (34) ゾーニングにより事後的に土地への投資に不利益が及び、その損失が求められたが、いまだ投資回収の利益は一部残っていると、これが退けられた事件がある。Agin v. Tiburon, 447 U.S. 255 (1980)において上告人は、住宅開発を目的として5エーカーの土地を購入したが、その後、市は土地利用に関する条例を定めたため、既存のゾーニングの要件は改められることになった。これにより上告人の5エーカーの土地には1世帯向け住宅の建築は5軒のみが許されることになった。最高裁は、条例がその文面上、上告人の財産を正当補償なくしてテイクしたとはいえないとした。「本件におけるゾーニング規制は…居住者を都市化がもたらす悪影響から保護することを目的とし…正当なものと認識されている…この条例は開発を制限しているが…上告人はその5エーカーの土地の上に5軒までは建築することが許されうる…開発計画を行政に提出しさえすれば、投資回収の合理的な期待を追求する自由がある…一般的な土地利用規制は、修正5条と14条によって保障されている正義と公正を否定しているということとはできない」(id. at 261-63)。
- (35) 本件規制の目的を公衆の安全確保に限定することはできない。「本件地盤沈下防止法の中心的な目的は、公衆の安全を含みつつも、建築物の維持、経済発展、そして州の課税の基盤を支える財産的価値を維持することである。本質的に経済的な考慮に基づく規制であるこの法律に、ニューサンス規制のラベルを張って、修正5条の命ずるところを回避させることには躊躇を覚える…本件においては、上告人の、具体的に埋蔵されている石炭への利益は、完全に破壊されている」(Keystone Bituminous Coal Ass'n v. DeBenedictis, 480 U.S. 470, 513-14 (1987). Rehnquist J., dissenting)。
- (36) 「投下資本回収の合理的期待」の意味内容等を明確にすることは、それほど容易ではない。とりわけ、財産取得の後に定められた規制によって不利益を受けた場合に問題に

なる。これについては、後述の「背景原理」の考え方によって「一合理的期待」の範囲が画定され、これにはニューサンスなどコモンロー上の規範だけでなく、制定法も含まれるとの指摘がある。Lucas 事件 (1992年) のケネディ裁判官の同意意見は「財産からすべての価値を剥奪する規制についてはテイキングが主張され、その判断の基準は、投資回収の合理的な期待に反して剥奪がなされたかでなければならない…憲法によって保護されている期待は、関係するすべての当事者によって合理的と考えられている客観的なルールと慣習を根拠としている。私の見解によれば、合理的な期待は、我々の法的伝統全体に照らして判断されなければならない。ニューサンスに関するコモンローの定めは、複雑に相互依存する社会において、規制権限の範囲を限定していくには狭すぎる…州は、沿岸の財産の開発と利用に関して、コモンローのニューサンス法であれば認められたものを更に規制することが許されている」としている (Lucas v. S.C. Coastal Council, 505 U.S. 1003, 1034-35 (1992))。

- (37) *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887) では、たとえその財産の行使が公衆のモラルに反して憲法の保障の対象外であり、それへの規制がポリス・パワーの権限内であったとしても、従来は適法であったものを事後的に違法であると評価して制限することは許されるか、また、制限が許されるとした場合に補償は必要となるか議論された。最高裁は、1880年改正法は将来的に効力を生ずるとし、これを遡及的に適用するならば、生じた損失への補償は必要であるという、注目すべき判断を示している。「本件の法律が成立する以前において、致酔性アルコールの製造のための場所として維持することが許されていたかもしれないので、こうした施設すべてがコモン・ニューサンスであるとは宣言されていない。この法律は将来的に効力を生じ、その制定後に、立法者によってコミュニティに害を及ぼすとされた目的により、その場所が維持されていない限り、その場所は、コモン・ニューサンスとは判断されないのである」 (*id.* at 672)。「州が、ポリス・パワーの行使として…致酔性飲料の製造販売を禁止することは…法的に許されうるが…規制の当時に財産を有し、主としてその財産がこうした飲料の製造に向けられていた者に対して…その財産の価値の減少に対して補償がなされないならば、この法律を執行することは許されない」 (*id.* at 664)。このように最高裁は、財産権を制約する法律の効力は将来的なものであり、遡及することは認められず、又は遡及する場合には補償を

要するとした。しかし、事後法による財産権の制約も許され、補償も必要ないとする考え方が示されている事件もある。Scranton v. Wheeler, 179 U.S. 141 (1900) では、河川に接した土地を所有する者が、桟橋が建築されることによって、自分の土地から直接に船を出すことができなくなったとして補償を求めた。最高裁は「川岸の土地の所有者は、河川の航路にアクセスする権利を取得しているが、この権利は、航路を改善する目的から、その正面の水面下の土地に…建築物が設置される場合には、価値を失うこともあり得ることが予測された中で、取得されている…川岸の所有者が有する航路へのアクセス権には、議会が命じた改善策によって偶然に損害が生じる可能性があるが、これへの補償を政府に強制すれば、合衆国の公的に運行可能な水路の運航を改善しようとする議会の至高の権限は萎縮させられてしまう」(id. at 164-65)。更に、事後的な制約であっても補償を要しないとする見解の根拠としては、現代社会における改革の必要性が、補償の負担によって妨げられることの懸念を指摘するものがある。すなわち、以前は適法であった物質、例えばアルコールについて、その所持又は販売が禁止された場合、禁止がなされる以前において、これらの物質の在庫は私的財産であった。しかし、禁止された後は、これらの在庫の価値はゼロになる。この場合、政府はこれら物質を一般的に禁止したことから生じる価値の損失を補償しなければならないとはいえない。同様に、自殺ほう助、ギャンブル、超低温療法が禁止された場合、この領域で生計を立てていた者に対して、その損失に補償が必要になるとはいえない。その理由は、これらに補償を認めるならば、現代社会において必要とされる法的変革に重い負担をかけ、これらを達成することができなくなるからである。更には、法的変革によって、損失を被るものと逆に利益を受ける者があるが、いずれが他方よりも優遇されるのかは明確な理由は存在せず、政治的過程において解決することが予定されている (see Rubin, supra note 7, at 279-81)。

- (38) ポリス・パワーの行使により財産権の制約が肯定されることを強く主張するのが、ブラックマン裁判官の反対意見である。「当裁判所が繰り返して認識してきたことは、所有者にいかなる経済的な不利益が及んだとしても、一定の状況にあっては、財産を補償なくして規制する権限が政府に認められるということである。公衆の健康、安全、福祉にとって有害な財産の利用は、補償なくして禁止する権限が州には認められるとの見解

は、一世紀以上も前に当裁判所によって支持された」(*Lucas*, 505 U.S. at 1047)。

- (39) 財産を取得したときに、規制が既に存在していたならば、その禁止されていることを行うことはできないが、この規制が、例えばデュープロセス違反であったならば無効であり、これを争うことはできる。しかしこの場合にも、補償は求めることはできない。財産を取得した際に支払った額は、この制約された財産の価格を反映していたからである (see *Malagrino*, supra note 13, at 92)。
- (40) 背景原理による防御は、*Lucas* 事件 (1992年) のスカリア裁判官によって注目され、この理論によって実現しようとする目的が重要であるとの指摘がなされた。すなわち、政府に補償の義務を負わせることが、土地利用や環境保護規制を萎縮させ、このことから政府を保護するという目的である。背景原理の登場によって、テイキングの問題を考える際に、まず、所有している権利の性質について検討するようになったのである (see *Blumm & Wolfard*, supra note 16, at 1172)。
- (41) 背景原理については、政府がその存在を証明する責任があるとされているが (see *Rubin*, supra note 7, at 268)、この背景原理については批判がある。判例法の考え方は、その財産権の経済的効用をすべて失わせる場合には、当然に補償を必要とするとしていた (*per se taking*)。しかし、ニューサンス又は財産権に関する多くの背景原理によって、当然テイキングの考え方が飲み込まれ、例外と原則とが逆になってしまったとの指摘がある (see *Blumm & Wolfard*, supra note 17, at 1169)。
- (42) 裁判所がコモンローを新しく解釈した場合、従来から存在していたものを新たに発見したのではなく、これを変更したと考えられる。財産権の取得の際には、ニューサンスや制定法による変更の可能性があることが認識されているはずであるとの指摘がある (see *Malagrino*, supra note 13, at 105-06)。
- (43) しかしながら、この事件で原告人は、財産取得時においていかなる「投資回収の合理的期待」を有していたかについて、最高裁は検討していないとの指摘がある。単に、規則によって、財産の経済上有益な利用が消滅したとされただけで、テイキングの効果が生じたとした。すなわち、市場価格による補償の権利が認められ、投資回収の期待は正当補償の分析の要素にはならなかった (see *id.* at 103-04)。
- (44) この考慮要素について、「合理的期待」が重要な要素であるとするのが、オコナー

裁判官の同意意見である。「投資回収の期待への侵害は、裁判所が考慮しなければならない多くの考慮要素のひとつである…とりわけ重要な要素は、規制がその者に及んだ経済的な影響力であり、個別の投資回収の期待にかなる範囲で介入したかであり、もうひとつが政府行為の性質である」(Palazzolo v. Rhode Island, 533 U.S. 606, 633-34 (2001))。なお、Lucas 事件 (1992年) においては、規制的テイキングについて新しいカテゴリカル・ルールが定められ、土地における経済的価値すべてを剥奪する規則は、当然テイキングであるとした、との指摘がある (see *Blumm & Wolfard*, supra note 16, at 1168)。

- (45) この点について、スチーブンス裁判官の一部同意、一部反対意見は、前所有者にテイキングが成立していても補償請求権はそのまま現所有者には引き継がれないとした「所有権を引き継いだ者が…前所有者の財産がテイクされたとして補償を請求することはできない…補償が適切であるかを判断するために必要になるのは、テイキングがなされた時期とテイクされた財産の性質についての正確な事実である…本件において最も重要なのは、テイキングがなされた時点で財産を所有していた者が補償を受けるということである」(Palazzolo, 533 U.S. at 638-39)。更に、スチーブンス裁判官は、次のような例を用いてこの点を説明している。「新所有者は、果樹園にとどまっている不法侵入者に対して退去を命ずることができるが、この所有者が財産を獲得する前に果樹園から持ち去った果実について損害を賠償請求することはできない」(id. at 642)。
- (46) Murr 事件 (2017年) においては、州と郡が開発及び売却を禁止しているのは、隣接している共有の土地を1エーカーよりも小さく分筆して別個の土地として販売することである。本件では、隣接している土地の一方を売却してもう一方の土地再開発の資金としようとしたが、規制によって、一方の土地の経済的使用すべてが完全に剥奪されたと主張されていた (see *Blumm & Wolfard*, supra note 16, at 1181)。
- (47) ゾーニングはその性質から、既存の権利を後から制約する性質を有することが多い。この問題に対処するために、ゾーニングが効力を生じた以降、これに反する土地利用等を行うことを「不適合利用」と呼び、その利用を一定期間に限定して許容することがある。このような「存続期間」を設定することにより、不意打ちによる財産への不利益を緩和しようとするのである。ゾーニングに適合しない財産の使用をやめさせるためにはいくつかの対策が講じられてきたが、テイキングは費用の面から魅力的な手段とは考え



られず、財産の修理等の制限は、財産価値を悪化させてしまう。そこで考え出されたのが存続期限である。財産所有者には補償はなされないが、投資を回収する時間的余裕が与えられるということである。不適合使用者にとって、投資のコストをカバーするのに必要な期間はどれくらいなのかは政府が決定し、この期間内に投資は回収され正当補償は不要と考えられている。この期間は屋外掲示板などでは数ヶ月、数年、堅固な建物の場合には数十年とされている (see *Maurer*, supra note 1, at 147-49)。なお、*Maurer* は各州において「不適合期間の設定」が問題になった事件を紹介している。カリフォルニア州控訴裁は、期間設定自体は、目的を達成するために合憲的な手段であるとし、その期間が合理的であれば、所有者の損失は公衆が得る利益と比較して小さいとした。他方、ミズーリ州最高裁は、存続期間は違憲であるとした。すなわち、財産の使用を将来において禁止することと、これまで適法とされてきたが、これを不適合として一定期間のみ使用を許可することの両者には、規制に関して違いはないとした。これに従うのがペンシルバニア州最高裁である。これまで適法とされてきた使用を、存続期間を定めて禁止することは、当然テイキングにあたり、州憲法に違反するとした。インディアナ州最高裁は、存続期間がどのような長さであるかにかかわらず、これまで適法であった使用の継続を禁止する条例はテイキングにあたり、補償なくしてこれを行うことは違憲であるとした。合衆国最高裁が存続期間の有効性について判断したことはないようであるが、いくつかの連邦控訴裁がこの問題を扱っている (see *id.* at 151-53)。

- (48) *Rubin* はこの事件について次のような説明を行っている。*Murr* 事件 (2017年) では、川に沿った2つの区画が別々に購入され、後日、同一人の所有に移された。一つの区画には娯楽用の建物が建てられていたが、もう一つの区画には手が入っていなかった。制定法令によれば、所有者が同じなので一つの財産のように取扱われ、そうした財産の上には一つの建物しか建築することができず、財産は一区画として売却することが可能になるのである。その結果、所有者は、一方の土地には建物を建てることもできず、また、売却もできず、その価値は減少し、補償が必要であると主張した。2つの土地と見るならば、一方の土地の価値は、現実には完全に消滅し、一つの土地と考えれば、こうした建築制限はゾーニング規制として、繰返し支持されてきたとする (see *Rubin*, supra note at 7, 271-72)。

- (49) Rubin によれば1970年代まで、財産権は州法によって認められた一つの形態にすぎないとされ、その内容は依然として政治プロセスに服し、憲法上の地位を獲得してはいないと理解されていた。デュープロセスは、財産権に関しては手続的な要件を保障し、財産権を創設する一般的なルールには、この保障は及んでいなかった。しかしながら、この考え方は、60年代から70年代にかけて、公民権法、環境法、消費者法等の様々な法領域において生じてきた進歩主義やニューディールの時代の法の考え方によって、減退していった。こうした法の発展は、私的財産権に関するルールを民主主義に委ね、行政機関に民衆の利益を擁護するための権限を認めることは危険であるという、昔からの懸念を再度復活させている (see *id.* at 254-55)。
- (50) テイクングの問題は、政府による政策の実施にはコストがかかり、そのコストを個人ではなく社会全体で負担することの確認であるとの指摘がある。すなわち、テイクングの理論は、公共の利益のために、政府が財産を取得し又は規制することに対して直接的な制限を行うものではないが、利益を受ける公衆に経済的な負担を負わせて、政府行為の現実のコストを評価することを強制している。Mahon 事件 (1922年) でホームズ裁判官は、社会的な状況を改善しようとする公衆の強い要求があっても、その変革のために資金を要するとの憲法上の要請を切り下げて、これを達成すること許されないとしている (see *Thomas, supra note 7, at 1148*)。