

経済規制領域における司法審査（二・完）

——アメリカ法を素材として——

米 沢 広 一

目次

はじめに

第一章 デュー・プロセス条項と平等条項

一、連邦最高裁判決

二、州裁判所判決

第二章 契約条項

一、契約条項の発展

二、契約条項の衰退

三、契約条項の復活（以上・一三卷四号）

第三章 特権・免除条項

一、四条二節一項の特権・免除条項

二、修正一四条の特権・免除条項

第四章 通商条項

経済規制領域における司法審査（二・完） 米沢

一、州法による通商規制

二、連邦法による通商規制

むすび

第三章 特権・免除条項

一 四条二節一項の特権・免除条項

(1) 特権・免除条項の位置づけ

連邦憲法は二つの特権・免除条項を有している。すなわち、四条二節一項は、「各州の市民は、他のいづれの州においても、その市民の有するすべての特権および免除をうける権利を有する」と規定している。他方、修正一四條は、「いかなる州も、合衆国市民の特権あるいは免除を制限する法律を、制定もしくは施行してはならない」と規定している。四条二節一項の特権・免除条項は、B州に入ったA州の市民に対して、B州の市民が享有しているのと同等的の特権・免除を保障するよう、B州に要求するものである。このように、同条項は、州に対して、一定の特権・免除を付与するに際しては、自州の市民と他州の市民とを同等に扱うよう求めるものであり、「州際特権・免除条項」と呼ばれることがある。それに対して、修正一四條の特権・免除条項は、州の市民ではなく合衆国市民の特権・免除を侵害しないよう、州に要求するものである。つまり、前者が平等保障であるのに対して、後者は実体的保障である。また、前者の保障内容が、州の市民の特権・免除であるのに対して、後者の保障内容は、合衆国

市民の特権・免除である。⁽²⁾

四条二節一項の特権・免除条項、通商条項、平等条項はともに、アウト・サイダーへの差別という問題を扱っているために、たがいに重複しあう場合がある。⁽³⁾ 歴史的には、連合規約⁽⁴⁾ 四条が「本連合の異なる邦の人民の間に、相互の友好と交流を確保、永続せしめるために、これら諸邦のそれぞれの自由なる住民は、……各邦における自由市民の有するすべての特権および免除を享受するものとする。そして各邦の人民は、他のいづれの邦にも自由に移出入し、かつ、そこでは……取引、通商を営む一切の特権を享受すべきものとする」との原則を宣言したが、その後連邦憲法制定時に、この原則は、四条二節一項の特権・免除条項と通商条項に具体化された、といわれている。⁽⁵⁾ しかし、両条項の間には次のような差異がみられる。まず、通商条項の保護対象が、州間での通商活動であるのに対して、特権・免除条項は、他州の市民が州内でうける取り扱いに、重点を置いている。⁽⁶⁾ それ故、A州が州内で生産された牛乳を州外の会社に販売することを禁じた場合には、通商条項違反が問題となるが、A州が、他州の市民がA州内で消費するためにA州で牛乳を購入することを、禁じた場合には、特権・免除条項違反が問題となる。⁽⁷⁾ また判例上、特権・免除条項の保護対象には、法人⁽⁸⁾と外国人⁽⁹⁾が含まれないとされている点も、大きな差異である。⁽¹⁰⁾ 連邦憲法は、四条二節一項の特権・免除条項によって、他州の市民への差別を禁止したが、その後、修正一四条の平等条項によって、平等保護の範囲を拡大した。両条項の間での差異は、(i) 平等条項による保護が、他州の市民への差別の禁止だけにとどまらない点、および、(ii) 平等条項が法人と外国人をも保護対象としている点に求められる。⁽¹¹⁾

(2) 初期の判例理論

特権・免除条項違反の問題を扱った最初の連邦裁判所判決である⁽¹²⁾ *Corfield v. Coryell* (6 Fed. Cas. 546 [1823]) は、州内の水域でのかきの捕獲を自州の市民にのみ認める州法を、同条項に違反しないとした。その際に同判決は、すべての自由な政府の市民に属する基本的な (fundamental) 権益が、同条項によって保護される特権・免除にあたる。そして、その範疇にはいるものとして、取引や農業などのために他州を通過または他州に居住する権利、州の裁判所に出訴する権利、財産を取得、保持、処分する権利などの項目を列挙した。⁽¹³⁾

その後、この問題を扱った連邦最高裁判決は、*Corfield* 判決が示したような、州の市民の特権・免除の範疇を確定しようとするアプローチを否定し、当該権益が州の市民の特権・免除にあたるか否かを、個別的に判断していた。⁽¹⁴⁾ そこでは、財産を取得したり⁽¹⁵⁾ 契約を締結するために他州に居住する権益⁽¹⁶⁾ などが、州の市民の特権・免除にあるとされたが、他方、公衆の福祉に密接に関連する職業に従事する権益⁽¹⁷⁾、天然資源を取得する権益⁽¹⁸⁾ などが、それにあたらぬとされた。⁽¹⁹⁾ しかし実際には、このような区分が厳格に適用されたわけではなかった。他州の市民と自州の市民との区別の合理性の有無という要素が、漠然とした形ながら考慮され、当該権益の厳格な二分論の持つ硬直性が、緩和されていった。⁽²⁰⁾ ただし、この時期においては、区別の合理性を判断するための基準は漠然としており、その明確化は後述の *Toomer* 判決を待たねばならなかった。

(3) *Toomer* 判決以降

Toomer v. Witsell (334 U. S. 385 [1948]) は、州内の水域で小エビの商業用捕獲を行うにつき、自州の市

民の所有する船一艘あたり二五ドル、他州の市民の所有する船一艘あたり二五〇〇ドルのライセンス料を課する州法を、四条二節一項の特権・免除条項に違反すると判断した。その際に同判決は、(i)他州の市民を差別する実質的理由が存在し、(ii)差別の程度が、その理由と密接に関連している場合には、特権・免除条項違反とはならない、との定式化を行う。そして、この定式を本件にあてはめて、次のように結論づける。他州の市民が自州の市民と異なった漁法によって、乱獲を行ったわけではなく、他州の市民が害悪の特別の源となっているのではない。それ故、本件区別は(i)の要件に合致しない。たとえ、(i)の要件に合致するとしても、一〇〇倍ものライセンス料を他州の市民に課することは、全面的な排除に等しいほど苛酷にすぎ、(ii)の要件に合致しない。よって同法は、特権・免除条項に違反する。

Toomer 判決では、審査の焦点が当該権益の重要性から、当該区別の性質に移っている。特権・免除条項の解釈においては、差別的な州法からの他州の市民の保護と、州の自律の保持という二つの要請を、調整する必要がある。その点で、何が州の市民の特権・免除にあたるのかを問う画一的なアプローチから脱し、⁽²²⁾区別の合理性判断のための柔軟な定式化を行った Toomer 判決は、評価に値するといえる。⁽²³⁾また、Toomer 判決での第二の要件に関するテストは、その後の通商条項と平等条項に関する法理の展開に、大きな影響を与えたといわれている。⁽²⁴⁾

Toomer 判決以降、⁽²⁵⁾特権・免除条項に関する判決は、少数しかみられないが、ここでは、Toomer 判決のテストが維持されていた。⁽²⁵⁾しかし、Baldwin v. Fish & Game Com'n of Montana (435 U. S. 371 [1978])⁽²⁶⁾において、約三〇年ぶりに大きな変化が生じた。同判決は、シカ狩のライセンス料についての自州の市民と他州の市民

との区別を、特権・免除条項に違反しないとした。その際に同判決は、シカ狩は生活のための手段ではなくリクリエーションであり、シカ狩において自州の市民と他州の市民とを同等に扱うことは、連邦制の維持または繁栄にとって基本的 (Basic, fundamental) とはいえないとの点を、決め手としている。また、同判決は、平等条項違反の主張に対しても、「合理性」のテストにより合憲としている。

Baldwin 判決は、上述のような基本的権益テストに依拠している。しかし、この基本的権益テストに対しては、(i) 当該権益の重要性にのみ焦点が当てられ、区別を行うことの正当化事由の検討が考慮の対象外とされてしまふ、(ii) 何が基本的権益にあたるのかを決定する際に、裁判官の主観的価値判断に左右される⁽²⁶⁾ などといった批判がなされている。それに加えて、特権・免除条項の下での基本的権益テストと、平等条項の下での基本的権益テストとは、基本的とされる権益の内容に差異がある点に、留意する必要がある。たとえば、投票権は、後者の下では基本的権益とされているが、前者の下ではそうはされていない。逆に、取引や職業に従事する権益は、前者の下では基本的権益とされているが、後者の下では必ずしもそうはされていない⁽²⁷⁾。

その直後の *Hicklin v. Orbeck* (437 U. S. 518 [1978]) は、州内の石油・ガス事業において、自州の市民を他州の市民よりも優先的に雇用するよう命じるアラスカ州法を、四条二節一項の特権・免除条項に違反するとした。その際に同判決は、Baldwin 判決の基本的権益テストには言及せずに、*Toomer* 判決のテストを復活させている。すなわち、(i) アラスカ州での失業率の高いことの特別の原因は、他州の市民のアラスカ州への流入ではなく、アラスカ州の市民の教育水準の低さ、職業訓練の不足、地理的条件にある、(ii) 仮にその原因が他州の市民にあるとして

も、アラスカ州の市民を他州の市民に全面的に優先させることは、防止しようとする害悪との実質的関連性を欠いている、と述べて違憲と結論づけている。

Baldwin 判決と Hicklin 判決とは、重点の置き方にかなりの差異がある。しかし、Hicklin 判決が、上告人の主張は取引や職業に関する他州の市民への差別を特権・免除条項違反とした先例判決によって強い支持をうけている、と述べていることから、Hicklin 判決が雇用への機会を基本的権益とみなしていると解する余地がないわけではない。そう解するならば、Hicklin 判決は、まず第一段階として当該権益が基本的であるか否かを問ひ、それが基本的である場合には、第二段階として(i)他州の市民が当該害悪の特別の源となっているか否か、(ii)区別の程度が当該害悪と実質的関連性を有しているか否か、を問うという二段階審査を示しているともとれる。⁽²⁸⁾

このように、他州の市民の参入規制については、四条二節一項の特権・免除条項の下で、一九三〇年代後半以降も、かなり厳格な審査がなされており、その点でデュー・プロセス条項や平等条項の下での審査と対照的である。

特に平等条項との関連では、特権・免除条項と平等条項の両者とも、区別を問題とするものでありながらも、審査基準に大きな差異がある点に、留意する必要がある。すなわち、特権・免除条項の下では、一般に Toomer 判決のテストによって、かなり厳格な審査がなされているのに対して、平等条項の下では、Baldwin 判決にみられるように、他州の市民と自州の市民との区別は、疑わしい区別とはみなされず、⁽²⁹⁾「合理性」のテストが適用されている。⁽³⁰⁾

(一) 連邦最高裁は一時、市民と住民とを区別し、自州の住民と他州の住民との差別は、市民に関する差別ではなく(市民権を有する州と現在居住している州とが、つねに一致しているわけではない)、同条項に違反しないと判示したことがあった

(See, e.g., *La Tourette v. McMaster*, 248 U. S. 465 [1919])。しかし現在では「市民」と「住民」とは交換可能な文言となつてゐる(See, e.g., *Hicklin v. Orbeck*, 437 U. S. 518, 523 n. 8 [1978])。同条項違反が争われた州法の多くは「市民」ではなく「住民」という文言を用つてゐるが、本稿では「市民」という文言で統一しようとする。See Varat, "State 'Citizenship' and Interstate Equality," 48 U. Chi. L. Rev. 487, 489-90 (1981); *Simson*, "Discrimination against Nonresidents and the Privileges and Immunities Clause of Article IV," 128 U. Pa. L. Rev. 379, 380 n. 10, 11 (1979)。

(2) See "Note: Domicile Preferences in Employment: The Case of Alaska Hire," [1978] *Duke L. J.* 1069, 1071; Benoit, "The Privileges or Immunities Clause of the Fourteenth Amendment: Can Their Be Life after Death?," 11 *Suffolk U. L. Rev.* 61 n. 2 (1976); *Tribe*, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 415 (1978)。

(3) *TRIBE*, *ibid.* 412.

(4) アメリカ学会訳編・原典アメリカ史綱二卷二二四—二六頁(一九五一年)参照。

(5) Varat, *supra* note 1, at 487-8.

(6) Tribe などの論者は、同条項には「取引」「通商」という文言が欠落してゐる点をその後の判例理論の展開に着目して、同条項の目的を州間の取引、通商の確保に限定することは狭き門と見做す。See *Tribe*, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 36-7 & n. 80 (Supp. 1979); "Note: A Constitutional Analysis of State Bar Residency Requirements under the Interstate Privileges and Immunities Clause of Article IV," 92 *Harv. L. R.* 1461, 1470 n. 52 (1979)。

(7) Varat, *supra* note 1, at 499-500.

(8) See, e.g., *Paul v. Virginia*, 75 U. S. (8 Wall.) 168, 177-82 (1869)。この場合は、法人を連邦として認めるは市

民であるのや、市民と外人とのいふやうな區別は不適切である、との批判がなされる (Varat, supra note 1, at 499 n. 47)。

- (6) See, e.g., *Blake v. McClung*, 172 U. S. 239, 247 (1898).
- (7) *Simson*, supra note 1, at 380 n. 10; *Varat*, supra note 1, at 499.
- (8) See Note, supra note 2, at 1080.
- (9) "Note: Constitutional Law—The Privileges and Immunities Clause of Article IV: Fundamental Rights Revived—*Baldwin v. Fish & Game Commission*, 436 U. S. 371 (1978)," 55 *Wash. L. Rev.* 461, 464 (1980).
- (10) 同判決に対しては、列挙した基本的権益を「特権・免除」とみなすことによつて、自然権法理を導入しようとしていふことの批判がなされる (TRIBE, supra note 2, at 405-6)。
- (11) Note, supra note 12, at 466. See, e.g., *Conner v. Elliott*, 59 U. S. (18 How.) 591 (1855); *McCready v. Virginia*, 94 U. S. 391 (1876).
- (12) See *Blake v. McClung*, 172 U. S. 239 (1898).
- (13) *Ward v. Maryland*, 79 U. S. (12 Wall.) 418 (1871).
- (14) See *Crowley v. Christensen*, 137 U. S. 86 (1890).
- (15) *McCready v. Virginia*, 94 U. S. 391 (1876).
- (16) *Simson*, supra note 1, at 379-80. See *Currie & Schreter*, "Unconstitutional Discrimination in the Conflict of Laws: Privileges and Immunities," 69 *Yale L. J.* 1323, 1339-42 (1960). 何かが州の市民の特権・免除にあたるのなを具体的に論じた近時の論文は、see Meyers, "The Privileges and Immunities of Citizens in the Several States," 1 *Mich. L. R.* 286 (1903).

- (20) See *ibid.* 381 & n. 12; *Baldwin v. Fish & Game Comm'n of Montana*, 435 U. S. 371, 397-8 (1978) (Brennan, J., dissenting).
- (21) *TRIBE*, *supra* note 2, at 408.
- (22) ただし、*Toomer* 判決は、何が州の市民の特権・免除にあたるのかを問うアプローチを、明示的に否定しているわけではなく。
- (23) See *TRIBE*, *supra* note 2, at 410; Note, *supra* note 12, at 478-9.
- (24) *TRIBE*, *ibid.* ある論者は、中段階の平等保護テストと *Toomer* 判決のテストとの類似性を、指摘して *supra* (Note, *supra* note 2, at 1081)。
- (25) Note, *supra* note 2, at 1081.
- (26) "The Supreme Court, 1977 Term," 92 *Harv. L. Rev.* 57, 80 (1978); Note, *supra* note 12, at 478.
- (27) Note, *supra* note 6, at 1466 n. 24. See Note, *supra* note 12, at 477 n. 76.
- (28) See "The Supreme Court, 1977 Term," *supra* note 27, at 82-3.
- (29) *TRIBE*, *supra* note 2, at 411; *Simson*, *supra* note 1, at 382 n. 19. *Simson* は他州の市民と自州の市民との区別を、疑わしい区別とみなすべきだと主張している。
- (30) ただし、他州の市民が自州内で経済活動を行うにつき、定期間の居住要件を課するような場合には、移動権という基本的権益が侵害されるので、平等条項の下で厳格な審査がなされるべきである、との主張がなされる余地がある。しかし判例上、移動権への侵害が生じるすべての場合に、厳格な審査がなされているわけではない。移動権を行使した結果付与されない権益の内容によって、厳格審査がなされるか否かが決定されている(たとえば、選挙権行使のための定期間居住要件が違憲とされているのに対して、離婚訴訟提起のための定期間居住要件は合憲とされている)。連邦最高裁は経済的自由を基本

の權益とはみなしていないので、経済活動のための居住要件については、厳格な審査はなされないことになる。なお、定期間居住要件の詳細については、釜田泰介『定期間居住要件』と平等保護(一)「同志社法学二九卷二九六頁、三〇四頁(一九七七年)参照。

二 修正一四条の特権・免除条項

(1) 初期の判例理論

修正一四条制定当時、同条内の特権・免除条項の意味は、必ずしも明確ではなかった。⁽³¹⁾ 修正一四条の特権・免除条項を解釈した最初の連邦最高裁判決である *Slaughter House Cases* (83 U. S. [16 Wall.] 36 [1873]) は、一定地域での屠殺業の独占的営業権を一社にのみ付与する州法を、同条項に違反しないとした。その際に同判決は、合衆国市民の特権・免除と州の市民の特権・免除とを区別し、修正一四条の特権・免除条項が保護しているのは、合衆国市民の特権・免除であるとする。そして、合衆国市民の特権・免除とは、「その存在根拠を、連邦政府、連邦政府の国家としての性格、連邦憲法、連邦法に有する」(at 79) ものを指し、屠殺業を営む権利は、それにはあたらぬとした。⁽³²⁾

Slaughter House 判決以降の約六〇年間において、同条項違反の主張が五〇回近くなされたが、同条項違反とした判決は皆無であった。⁽³³⁾ そこでは、酒類を小売販売する権利、⁽³⁴⁾ 州の選挙における女性の選挙権、⁽³⁵⁾ 州の刑事訴追において二人の陪審による公判をうける権利などが、合衆国市民の特権・免除にあたらぬとされた。⁽³⁷⁾ このように、

修正一四条の特権・免除条項は、制定以降約七〇年間、全くその役割を果たさなかった。そのため、判例上の焦点はこの時期に、特権・免除条項からデュー・プロセス条項へと移っていった。⁽³⁸⁾

(2) Colgate 判決以降

一九三五年の *Colgate v. Harvey* (296 U. S. 404 [1935]) は、修正一四条の特権・免除条項違反の判断を示した唯一の連邦最高裁判決である。本件では、所得税について、同州税法の適用下でない会社からの配当金よりも、同州税法の適用下にある会社からの配当金の方を優遇し、また、州外へなされた貸付の返済金よりも、州内になされた貸付の返済金の方を優遇する州法が、同条項に違反するとされた。その際に同判決は、四条二節一項の特権・免除条項と修正一四条の特権・免除条項との間には、次のような差異があり、後者は余分の規定ではないとする。つまり、前者の目的は、他州の市民に対して、自州の市民と同等の特権・免除を保障する点にある。他方、後者の目的は、自州の市民であろうと他州の市民であろうと、合衆国市民の特権・免除を州が侵害するのを禁じる点にある。また、後者は特権・免除の平等を要求するだけでなく、特権・免除を絶対的に保障している。後者の目的のひとつは、自州によって合衆国市民の特権・免除を侵害されている市民を保護することによって、前者の保護の及ばないギャップを埋める点にある、と。そして同判決は、*Slaughter House* 判決での合衆国市民の特権・免除についての定義を引用して、他州で合法的なビジネスを行い、金の合法的貸付を行うことは、合衆国市民の特権・免除にあたるので、同法は違憲であると結論づけている。

何故に、一九三五年に突然、修正一四条の特権・免除条項違反の判決がなされたのであろうか。この点につき、

ある論者は、連邦最高裁の保守派が、経済的デュー・プロセスの法理の崩壊をみこし、そのかわりの機能を特権・免除条項が果たすことを、期待したためであろうと推定している。⁽³⁹⁾

しかし、Colgate 判決はその五年後に、同種の事例を扱った *Madden v. Commonwealth of Kentucky* (309 U. S. 83 [1940]) に於いて、Slaughter House 判決などの先例判決に合致しないとして、覆されている。その後今日まで、修正一四条の特権・免除条項違反とした連邦最高裁判決は存在せず、今日、同条項の確立した唯一の役割は、移動権の複数の根拠（四条二節一項の特権・免除条項、通商条項、平等条項、デュー・プロセス条項など）のうちの一つたりうる点に求められている。⁽⁴¹⁾

このように、修正一四条の特権・免除条項は、判例理論において、ほとんど皆無と置いていいぐらい、その役割を果たしてこなかった。それは、憲法の他の規定の果たしてきた役割の故に、同条項を援用する必要がなかったためである。すなわち、同条項をレセ・フェール達成のためのものとみなした場合には、それは経済的デュー・プロセスの法理によって達成される。連邦の優位を確保するためのものとみなした場合には、それは六条二項の連邦の優位条項によって達成される。権利章典を吸収する (*incorporate*) ためのものとみなした場合には、それはデュー・プロセス条項によって達成される。黒人と白人の市民との間の平等を確保するためのものとみなした場合には、それは平等条項によって達成される。権利章典に明示されている権利以外の権利を保障するためのものとみなした場合には、それは権利章典の半影 (*penumbrae*) 理論や修正九条によって達成される。⁽⁴²⁾ それでは、同条項の存在意義はどこにあるのであろうか。この点につき、ある論者は、デュー・プロセス条項を手続面の保障にのみ限定し、

実体面の保障は修正一四条の特権・免除条項によって与えられると解する。そして、特権・免除条項の保護対象には法人が含まれないので、このように解しても、経済的デュー・プロセスの法理の害悪を再びくり返すことにはならぬ⁽⁴⁴⁾としてゐる⁽⁴⁵⁾。

(31) その当時、シモンソン上院議員は、特権・免除条項の内容が不明確である点を理由にして、同条項を修正一四条から削除することを要求した⁽⁴⁶⁾ (Kurland, "The Privileges or Immunities Clause: Its Hour Come Round At Last?," [1972] Wash. U. L. Q. 405, 408)。

(32) See Benoit, *supra* note 2, at 64-8.

(33) Lomen, "Privileges and Immunities under the Fourteenth Amendment," 18 Wash. L. Rev. 120, 129 (1943).

(34) See Crowley v. Christensen, 137 U. S. 86 (1890).

(35) See Minor v. Happersett, 88 U. S. (21 Wall.) 162 (1875)

(36) See Maxwell v. Dow, 176 U. S. 581 (1900)

(37) See Benoit, *supra* note 2, at 68 n. 44; Lomen, *supra* note 33, at 125 n. 16.

(38) See Benoit, *ibid.* 68.

(39) その根拠として、Colgate 判決が、他州の市民と契約を締結する合衆国市民の権利は、デュー・プロセス条項によって保護されている自由であると同時に、修正一四条の特権・免除条項によって保護されている特権でもある、と述べている点があきらかである。See Benoit *ibid.* 76 & n. 83.

(40) Edwards v. California (314 U. S. 160 [1941]) にあつて、多数意見は、他州の貧困者を故意に州内にたづれてくることを軽罪とする州法を、通商条項違反とした。しかし四名の同意意見は、品物ではなく人の州間の移動は、通商条項ではな

く修正一四条の特権・免除条項の問題であるとして、特権・免除条項違反とした。Edwards 判決後、同条項が重要な役割を果たすようになるとの予測もなされたが、そうなるにはいたっていない。

(41) Benoit, *supra* note 2, at 88, 94.

(42) Kurland, *supra* note 31, at 414-5.

(43) 判例上、修正一四条の特権・免除条項は、四条一節一項の特権・免除条項と同じく、法人と外国人には適用されないと解われている。See Beth, "The Slaughter House Cases—Revisited," 23 La. L. Rev. 487, 499 (1963)

(44) Benoit, *supra* note 2, at 101, 109.

(45) 他の論者は、適切な教育の機会を得る権利、福祉などの政府サービスをうける権利、墮胎の自由、一人にしておいてもらう権利などが、同条項によって保障されるべきである、と主張してゐる (Kurland, *supra* note 31, at 419)。

第四章 通商条項

一 州法による通商規制

(1) 通商規制の位置づけ

通商条項の問題は、連邦の規制権限と州の規制権限との衝突という形で現われるが、他方、それは経済規制問題としての面を有している。つまり、州による規制をうけたビジネスは、それが通商条項に違反すると主張することによって、また、連邦による規制をうけたビジネスは、それが通商条項によって付与された連邦の権限を逸脱して

いると主張することによって、規制を排除しようとする。それ故本稿では、通商条項を検討対象として取りあげる。上述のように、通商規制が問題になる場合として、それが州法によってなされる場合と、連邦法によってなされる場合とに大別される。前者は更に二分される。第一は、すでに連邦法があり、州法がその連邦法に抵触するとして、連邦の優位条項によって排除される場合である。第二は、連邦法がないにもかかわらず、州法が州際通商を妨げるとして、通商条項違反とされる場合である（一般に *dormant commerce clause* の問題と呼ばれる）。この場合につき、通商条項は文面上、連邦議会への権限の付与のみを規定しているが、判例上一貫して、通商条項は州の規制権限への制限をも含むと解されている。⁽³⁾

(2) 初期の判例理論

通商条項に関する初期の見解としては、州際通商を規制する権限が、排他的に連邦議会に付与されていると見る見解と、連邦法に違反しない限り、州は自由に州際通商を「規制」しうるとする見解とが対立していた。⁽⁴⁾ 州内のすべての水域での航行独占権を付与した州法を無効とした *Gibbons v. Ogden* (22 U. S. [9 Wheat.] 1 [1824]) において、マーシャル長官は、連邦議会の規制権限は必然的にそれ以外の規制権限を排除するとの上告人の主張には、強い説得力があると述べて、前者の見解を示唆した。⁽⁵⁾ しかし、マーシャル長官は他方で、州際通商規制権限とポリス・パワーとの区別を強調し、州はポリス・パワーの行使としてなら、州際通商を一定程度制約しうるとの見解を示している。その後トーニー・コートの前半期には、連邦最高裁は明確な定式化を求めて模索した。幾人かの裁判官は、州際通商規制権限—ポリス・パワー区分論をとったが、トーニー長官自身は、*License Cases* (46 U. S.

[5 How.] 504 [1847]) において、後者の見解をとった。このように、この時期においては、通商条項に関する十分な定式化はなされていなかった。⁽⁹⁾

連邦最高裁は、Cooley v. Board of Wardens of the Port of Philadelphia (53 U. S. [12 How.] 299 1851)⁽⁷⁾ において、初めて通商条項についての定式化を行った。同判決は、フィラデルフィア港に出入港する船に對して、その地方の水先案内人を雇用するよう要求する州法を、通商条項に違反しないとした際に、上述の二つの両極端の見解を否定する。そして、通商条項は連邦法が存在しない場合には、州による州際通商の「規制」のうち、一定のものを許容していると述べ、州際通商の自由な流通に負担を与える州法が、すべて通商条項違反となるわけではない、との中間的立場を明らかにする。ついで同判決は、規制対象の性質を決定的要因とみなし、全国均一の規制ではなく地方の実情に應じた多様な規制が要求される地方的事項については、州は規制しうるとした⁽⁸⁾ (全国的事項—地方的事項区分論)。

Cooley 判決後数一〇年間は、全国的事項—地方的事項区分論が、しばしば用いられた。しかし、この区分論に對しても、州際通商規制権限—ポリス・パワー区分論と同じく、単に結論を後から説明するための便法にすぎないとの批判が強まり、その後連邦最高裁は、新しい法理を求めて模索した。たとえば、他州から運搬されてきた品物は、最初の包装を解くまでは、州の規制対象とはならないとする最初の包装 (original package) ルール⁽⁹⁾ や、州際通商に對して間接にしか影響を与えない場合には、州による規制が許容される、とする直接—間接区分論⁽¹⁰⁾ などがみられるが、それらは十分確立した法理とはならなかった。⁽¹¹⁾ このように、一九四〇年代に入るまでは、通商条項に關

する一貫した法理は、形成されなかった。その理由のひとつとして、一九三〇年代末までは経済的デュー・プロセスの法理が全盛であり、多くの場合、デュー・プロセス条項違反の主張による解決が可能であった点があげられている。⁽¹²⁾

(3) 一九四〇年代以降

一九四〇年代以降、州の規制によって生じる利益と、州際通商の自由な流通への負担とを比較衡量する法理が、しばしば用いられるようになる。その法理を確立したとされるのが、州内の鉄道での車両数を他州の標準よりも厳しく制限する州法を通商条項違反とした *Southern Pac. Co. v. Arizona* (325 U. S. 761 [1945]) である。⁽¹³⁾ 本判決は、州の規制によって得られる安全上の利益が微細であるのに対して、自由な州際通商は多大に侵害されるとの点を理由にして、違憲と結論づけている。

連邦最高裁は、この比較衡量論と全国的事項—地方的事項区分論との関係について、その後の判決で、⁽¹⁴⁾ 後者をより正確に再定式化したものが前者であるとみなしている。しかし、はたしてそう言いきりうるのか、疑問の余地が残る所である。

バーガー・コートに入ると、連邦最高裁は、出荷用マスクメロンを一定の容器に入れるよう要求する州法を通商条項違反とした *Pike v. Bruce Church, Inc.* (397 U. S. 137 [1970]) において、次のような定式化を行った。

「州法が正当な地方の公益を実現するために、〔州内と州外との間で〕公平に規制を行い、かつ、州際通商への影響が付随的ではない場合には、州際通商に課せられた負担が、推定される地方の利益との関連で明らかに過度で

ない限り、その州法は支持される。……〔他方〕、正当な地方の目的がみい出される場合、問題は程度の問題となる。そしてもちろん、許容されうる負担の程度は、地方の当該利益の性質と、その利益が州際活動により少ない影響を与える手段によっても同様に促進されうるか否かにかかっている」(at 142)。

その後の連邦最高裁判決はしばしば、Pike 判決の定式に依拠しているが、その中でも特に、(i)州法が州内と州外とを公平に規制しているか否か、(ii)より制限的でない他の選びうる手段(LRA)が存在するか否か(ただしこの場合には、LRAの審査は精神的自由の場合ほど嚴格ではない)、という二つの要素を重視している。⁽¹⁸⁾しかし、Pike 判決の定式自体は、新たな法理の創設ではなく、これまでに述べられてきた法理を、ひとまとめにしたものであるといえる。⁽¹⁹⁾

このように、連邦最高裁においては、比較衡量論⁽²⁰⁾ 州内の利益を州外から保護することを目的とする差別的(保護主義)立法は許容されえないとの法理⁽²¹⁾、公衆の衛生、安全保持のための規制⁽²²⁾や、詐欺、不正な取引から公衆を保護するための規制は、一般に許容されやすいとの法理、全国的事項―地方的事項区分論⁽²⁴⁾ などの多様な法理が、多目的に併存している。⁽²⁵⁾ それ故今後は、それぞれの法理が互いによつて作用しあうのかを、明らかにすることが必要となろう。また、それぞれの法理自体にも、深めるべき点が残されている。比較衡量論に対しては、同一の尺度では比較しえないものを比較しようとしている、比較衡量といつてもその形態は多様である⁽²⁶⁾、などの問題点が指摘されている。保護主義立法か否かの法理については、州法が文面上、州外への差別を行っている場合と、単に差別的効果が生じている場合とでは、審査基準はどのように異なるのか(一般に、前者の場合には、そのこと自体

から当然に違憲とされるが、後者の場合には、立法目的の正当性とLRAの有無が審査される。ただし、連邦最高裁は必ずしも、この区分に厳格に従っているわけではない⁽²⁷⁾。文面上の差別や差別的効果をどのように認定するの⁽²⁸⁾か、などの問題点が指摘されている。全国的事項―地方的事項区分論については、全国的、地方的という概念がいまいである⁽²⁹⁾。などの問題点が指摘されている。

最後に、通商条項とデュー・プロセス条項との関係について、若干論じることとする。通商条項の下では、上述の諸法理を駆使して立法事実を詳細に分析した判決が多くみられるのに対して、デュー・プロセス条項の下では、一九三〇年代後半以降、「無干渉」アプローチがとられている。連邦最高裁が通商条項の下で「無干渉」アプローチを用いなかったのは、連邦制という固有の問題があったためであることはもちろんであるが、それ以外にも、デュー・プロセス条項に続いて通商条項の下でも司法審査を事実上放棄してしまうことに、連邦最高裁が不安を感じた点⁽³¹⁾も、その理由の一つといえよう。

そこで、このような両条項の下での審査基準の違いは、はたして妥当であろうかという問題が生じる。この点につき、一方では、両者とも経済規制領域における司法審査であるので、同程度の審査基準を適用すべきである、との主張もなりたちうる⁽³²⁾。しかし他方では、連邦最高裁のように、あまりに対照的な審査基準を設けることは適切ではないが、差別的州法が制定された場合には、それに反対する他州の人々の見解が、州の立法プロセスに反映しない⁽³³⁾ので、通商条項の下ではデュー・プロセス条項の場合よりも厳格な審査をなすべきである、との反論も考えられうる。

- (1) 一九三三—四六年の判例理論の紹介として、中島陽子「アメリカ憲法の州際通商条項と企業統制」(二)「法学新報六五巻五号六八頁、六号四九頁(一九五八年)参照。
- (2) 連邦憲法一条八節三項は、連邦議会の権限として、「諸外国との通商、並びに各州間およびインディアンとの間の通商を規律すること」をあげている。
- (3) その理由として連邦最高裁は、(i)通商条項は自由な流通という価値を具現化したものであり、それ故默示的に、州の規制権限を制限している。(ii)連邦制において、州の立法部は全国レベルの利益を代表しえないので、全国レベルの経済を全面的に自由には規制できない、この二点をあげている(See Anson & Schenckan, "Federalism, the Dormant Commerce Clause, and State-Owned Resources," 59 Tex. L. Rev. 78-9 & n. 30 [1980])。
- (4) TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 321-2 (1978)。
- (5) ただし、バーンマン長官は最終的には、当該州法が海岸取引でのライセンス制を定める連邦法に抵触する点を、判決の決断手続として認めている。
- (6) GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW—CASES & MATERIALS (tenth, ed.) 259-266 (1979); TRIBE, supra note 4, at 321-4.
- (7) 本件の詳細については、大野盛直「連邦政府の立法権」英米判例百選(旧版)一三六頁参照。
- (8) See GUNTHER, supra note 6, at 268-9; "Note: Interstate Commerce and State Power," 27 Va. L. Rev. 1, 4-5 (1940)。
- (9) Leisy v. Hardin, 135 U. S. 100 (1890)。
- (10) See U. S. v. E. C. Knight Co., 156 U. S. 1 (1895)。
- (11) GUNTHER, supra note 6, at 270; TRIBE, supra note 4, at 325-6.

- (12) Tushnet, "Rethinking the Dormant Commerce Clause," [1979] Wis. L. Rev. 125, 127.
- (13) GUNTHER, supra note 6, at 269-70.
- (14) California v. Zook, 336 U. S. 725, 728 (1949).
- (15) E.g., Raymond Motor Transportation, Inc. v. Rice, 434 U. S. 429, 441 (1978); City of Philadelphia, v. New Jersey 437 U. S. 617, 624 (1978).
- (16) "Note: The Commerce Clause and Economic Self-Protection: Has the Supreme Court Retreated from Hood?," 14 Ga. L. Rev. 101, 110 (1979).
- (17) この点につき声部教授は、「注意を要するのは、精神的自由のような重要性の高い基本的権利が問題になる場合と異なり、州際通商条項の下でIRAの原則が適用される場合には、厳格の度が低くなっていること、つまり、権利・自由の基本的性格 (fundamentality) の程度が強くなればなるほど、裁判所は他の選びうる手段の有無を立ち入って審査することが要求されるし、規制立法の手段と他の選びうる手段との間の有効性の比較衡量を行う際、規制される権利・自由の側に置かれる比重はより大きくなるということである」との指摘を行っている〔職業の自由の規制④〕法学セミナー一九七九年一月号(三八頁)。
- (18) Hellerstein, "Hughes v. Oklahoma: The Court, the Commerce Clause, and State Control of Natural Resources," [1979] Sup. Ct. Rev. 51, 69-70.
- (19) Ibid. 66.
- (20) See GUNTHER, supra note 6, at 270; Maltz, "How Much Regulation Is Too Much—An Examination of Commerce Clause Jurisprudence," 50 Geo. Wash. L. Rev. 47, 58 (1981).
- (21) "The Supreme Court, 1977 Term," 92 Harv. L. R. 57 (1978).

(22) 安全保持のためのハイウェイの規制については、拙稿「通商条項とハイウェイの規制」判例タイムズ四七六号二六頁（一九八二年）参照。

(23) Tribe, *supra* note 4, at 329, 340.

(24) 現在ではもはや、州による全国的事項の規制に違憲とはならないが、この区分論は、比較衡量における重要な要素と成れど、Maltz, "The Burger Court, the Regulation of Interstate Transportation, and the Concept of Local Concern: The Jurisprudence of Categories," 46 Tenn. L. Rev. 406, 418 [1979]。

(25) Maltz は、連邦最高裁が用いている審査基準を概括的に定式化すれば、次のようになるとしている。(i) 州法が文面上、州外への差別を行っている場合には、その州法はほとんど不可避免的に通商条項違反となる。(ii) 州法が文面上、州外への差別を行っていない場合には、比較衡量がなされる。比較衡量の下での正確な審査基準は、幾つかの要素によって異なってくる。その要素の中には、規制によって差別的効果が生じているか否か、規制対象は全国的事項かそれとも地方的事項か、という要素が含まれる (*supra* note 20, at 58)。なお、連邦最高裁の用いている審査基準の定式化については、論者によって微妙な差異がある。See, e.g., Reznick, "The Constitutionality of Business Regulation in the Burger Court: Revival and Restraint," 33 Hasting L. J. 1, 72 (1981); "The Supreme Court, 1977 Term," *supra* note 21, at 66.

(26) Tushnet, *supra* note 12, at 140-1.

(27) City of Philadelphia v. New Jersey (437 U. S. 617 [1978]) は、州法が文面上、州外への差別を行っているのを、その自治体から違憲になるとし、Hunt v. Washington State Apple Advertising Com'n (432 U. S. 333 [1977]) は、州法によって差別的効果が生じているとして、立法目的の正当性と I R A の不在の立証責任を、州に課している。しかし、Hughes v. Oklahoma (441 U. S. 322 [1979]) は、州法が文面上、州外への差別を行っているときみなしながら、立法目的の正当性と I R A の不在の立証責任を、州に課している。

- (28) Maltz, *supra* note 20, at 51.
- (29) Maltz, *supra* note 24, at 414.
- (30) その典型例として、See Dean Milk v. Madison, 340 U. S. 349 (1951). 青部信喜・憲法訴訟の理論 二五八—一九頁 (一九七二年) 参照。
- (31) See Tushnet, *supra* note 12, at 147-8.
- (32) See Alfange, Jr., "The Relevance of Legislative Facts in Constitutional Law," 114 U. Pa. L. Rev. 637, 678 (1966).
- (33) See South Carolina State Highway Dept. v. Barnwell, 303 U. S. 177, 184 n. 2 (1938); Tushnet, *supra* note 12, at 132.

二 連邦法による通商規制

(1) 初期の判例理論

連邦憲法制定後の一世紀間は、通商条項に関する連邦最高裁での議論の大部分は、州の規制権限の限界に関するものであった。連邦議会による本格的な通商規制は、一八八七年の州際通商法と一八九〇年のシャーマン法によって始まるが、これら二法が制定されるまでは、連邦の規制権限の限界に関する訴訟は、ほとんど存在しなかった。⁽³⁴⁾

連邦最高裁は、一八八七年から一九三七年までの間に何度も、連邦の規制権限の限界を審査するよう求められた。この時期において、連邦最高裁はしばしば、経済活動を形式的に類型化し、連邦の規制権限を制限した。⁽³⁵⁾ ここでは、⁽³⁶⁾

上述の直接―間接区分論に依拠して、製造や採鉱は通商から区分され、前者への連邦の規制権限が否定された。⁽³⁷⁾この直接―間接区分論は、特にニュー・ディール初期において、連邦の経済規制立法への重大な障害となった。⁽³⁸⁾このように、連邦最高裁は一般に、形式的な類型論に依拠して連邦の規制権限を制限する傾向を示しているが、他方では、それと同時に、形式的な類型論にかわる新しい法理を、発展させ始めている。⁽³⁹⁾すなわち、そこでは、州際通商と「密接かつ実質的な関連性」を有する事項にも、連邦の規制権限が及ぶとする法理や、⁽⁴⁰⁾表面上は地方的事項であっても、州際通商の継続的な流れの一部分とみなされる事項については、連邦の規制権限が及ぶことを示唆する法理⁽⁴¹⁾がみられる。

(2) 一九三七年以降

NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp. (301 U. S. 1 (1937)) は、被用者の労働基本権を否定しないよう企業主に求める連邦法を合憲とするに際して、連邦の規制権限は、州際通商と密接かつ実質的な関連性を有する事項にも及ぶとした。同判決は、連邦の規制権限を広く認めており、判例理論の展開における転換点と評されている。⁽⁴²⁾更に、販売用だけでなく自家消費用の小麦をも含めた小麦の作付割当を行うことが、連邦の規制権限内にあるとした Wickard v. Filburn (317 U. S. 111 [1942])⁽⁴³⁾以降、当該活動の州際通商への影響は⁽⁴⁴⁾ちやうど⁽⁴⁵⁾であつても、当該活動と他の活動とを総計した影響が、⁽⁴⁴⁾実質的であるならば、連邦の規制権限に服するとする「集積的效果」(cumulative effect) テストが、⁽⁴⁵⁾確立してゐる。連邦最高裁において、一九三七年以降一九七六年までの約四〇年間、連邦法による規制はすべて合憲とされている。⁽⁴⁵⁾その際に連邦最高裁は、州際通商への実質的影響の有無の判断

について、連邦議会の事実認定に従う傾向を示している。⁽⁴⁶⁾ここでは、「無干渉」アプローチにはほぼ近い法理への転換が、経済的デュー・プロセスの場合と同時期に生じている点に、留意する必要がある。

一九三七年以降、連邦の規制権限は広く認められているが、一九七六年の *National League of Cities v. Usery* (426 U. S. 833)⁽⁴⁷⁾ は、連邦の規制権限にも限界があることを明らかにした。同判決は、最低賃金と最長労働時間に関する規制を、消防、警察職員などすべての州の公務員にまで拡大する連邦法を違憲とし、連邦政府は州それ自体の機構と作用に直接影響を与えるような立法をなしえないことを明らかにした。⁽⁴⁸⁾

(34) 通商条項は、州の規制権限への黙示的制約であるとともに、連邦の規制権限の主たる源である (Tribe, *supra* note 4, at 232)。

(35) *Ibid.* 233 ; GUNTHER, *supra* note 6, at 118.

(36) この時期における、連邦の権限を逸脱して行われた事例は八件ある (Tribe, *supra* note 4, at 234 n. 8)。

(37) *Ibid.* 234.

(38) GUNTHER, *supra* note 6, at 123.

(39) *Ibid.* 124-9 ; TRIBE, *supra* note 4, at 235.

(40) See *Houston, E. & W. T. R. Co. v. U. S.*, 234 U. S. 342 (1913).

(41) See *Swift & Co. v. U. S.*, 196 U. S. 375 (1904).

(42) TRIBE, *supra* note 4, at 235.

(43) 本件の詳細については、小原喜雄「連邦立法権の範囲(1)」英米判例百選—公法八四頁参照。同判決は、被上告人自身の自家消費用小麦の生産の州際通商への影響はささいであるが、全国の自家消費用小麦の生産総数は州際通商へ実質的影響を

与へるべきだ。

- (44) TRIBE, *supra* note 4, at 236-7.
- (45) Tribe, "Unraveling National League of Cities: The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Government Services," 90 *Harv. L. R.* 1065, 1067 (1977).
- (46) TRIBE, *supra* note 4, at 235-6.
- (47) 本件の詳細については、桑原昌宏「最近の判例」〔一九八〇—〕アメリカ法一六九頁参照。See, e.g., Barber, "National League of Cities v. Usery: New Meaning for the Tenth Amendment?," [1976] *Sup. Ct. L. Rev.* 161; Kilberg & Fort, "National League of Cities v. Usery: Its Meaning and Impact," 45 *Geo. Wash. L. R.* 613 (1977).
- (48) GUNTHER, *supra* note 6, at 182.

七 結 語

アメリカでの経済規制領域における判例理論を総合的にみた場合、次の点を指摘しよう。

第一に、一九三〇年代後半以降、連邦最高裁は経済規制領域においては、司法審査を事実上放棄している、と述べられることがあるが、それは適切な指摘とはいえない。正確に述べるならば、「無干渉」アプローチがとられているのは、デュー・プロセス条項と平等条項に関する場合のみである。州法による通商規制と四条二節一項の特権・免除条項に関する場合には、LRAの有無を問うなどかなり厳格な審査がなされ、違憲判決もいくつみられ

る。また、契約条項と連邦法による通商規制に関する場合には、立法部の判断を尊重する傾向がみられるが、完全な「無干渉」アプローチがとられていたわけではない。更に、契約条項については、一九七〇年代末の二つの事件において、かなり厳格な審査によって違憲判決がなされるに至っている。経済規制領域での司法審査は、デュー・プロセス条項と平等条項だけでなく、それ以外の条項に關してもなされており、それぞれの条項による保護対象は、重複しあっている部分がある。それ故、連邦憲法のデュー・プロセス条項と平等条項に關して、司法審査が事実上放棄されても、そのうちかなりの部分は、他の条項による保護が可能であり、実際に保護が与えられてきた。州間にまたがったの営業活動や他州での営業活動に対しては、通商条項や四条二節一項の特権・免除条項による保護が可能であり、自州内の営業活動に対しては、州憲法のデュー・プロセス条項や平等条項による保護が可能であった。

第二に、経済規制領域での司法審査の基準が、それぞれの条項によって異なり不統一である。それぞれの条項はその起源、機能を異にしているが、保護対象が重なり合う場合がある。その場合には、同じ経済規制であっても、どの条項に依拠するかによって審査基準が異なり、極端な場合には結論すら異なることがありうる。

第三に、経済規制領域においてかなり厳格な審査を行った判決から、一義的な合憲性判定基準を導くことは困難であるが、⁽¹⁾一定の特色を導くことは可能である。すなわち、立法目的については、⁽²⁾実質的な立法目的を裁判所自ら認定することが、⁽³⁾少なからずあり、判例上、立法目的の一定の類型化がみられる。そこでは、既存の業者の保護自州の経済的利益の保護は、正当な立法目的とみなされない傾向にある。また、衛生、安全保持を目的とする規制

については、緩やかな審査が行われる傾向にある。手段審査については、目的と手段との実質的関連性の有無、特にLR Aの有無が問われる傾向にある。そしてその場合に、参入自体の制限は、違憲とされることが少なくない。

第四に、一九六〇年代に、学説上ダブル・スタンダード理論への批判が強まり、経済規制領域での「無干渉」アプローチが批判されていたが、一九七〇年代以降、判例上や法制度において、経済規制の緩和傾向が顕著にみられるようになった。すなわち、判例理論においては、契約条項の下での二つの違憲判決をその典型として、バーガー・コートは⁽⁵⁾経済規制領域での審査を強める傾向を示している。ただし、バーガー・コートは、このような新たな傾向を示すことの哲学的基礎を、明らかにしてはいない。また、法制度においても、「多くの政府規制法が制定後の技術革新や情勢変化によってその必要性について疑問がもたれ再検討する気運が一九七〇年代末より強まり、一九八〇年代前後において運輸および金融分野で自由化が行なわれた」⁽⁷⁾。

経済規制領域における判例理論には、上述のような特色がみられるが、経済的自由の保障をより深く分析するには、その根底を流れる財産権理論を検討することが必要となる。この点につき、伝統的な財産権の正当化理論として、占有理論、労働の価値理論、効用理論などが主張されてきた。

占有理論とは、(i)占有されている物が何人の所有にも属しておらず、(ii)占有が単なる占有の意図や宣言ではなく現実のものであり、(iii)現実の占有という概念によって最大限だけの量の占有が認められうるのかが明確にされておき、(iv)占有者がその量を越えた請求を行わない場合に、最初の占有者に財産権が認められるとする理論である。しかし占有理論には、単なる物の占有からどのようにして財産権が生じるのかについての説明がなされていない。

いなどの問題点がみられる。⁽⁸⁾

ロックの労働の価値理論⁽⁹⁾は、次のように定式化される。(i)自己の身体とその労働は、自分自身のものである。(ii)自然が準備しそのままに放置しておいた状態から、自己の労働により取り出すものは何であれ、それは、自己の労働を付加したものであるので、自己の財産となる。ただし、そこには次のような自然法上の制約がある。(i)労働による財産権の取得が認められるためには、他人が利用するのに十分なだけのものが残されてなければならない(十分制限)。(ii)腐らないうちに利用できる限度の量が、財産権の限界である(腐敗制限)。(iii)財産権は自己の労働によって獲得しうる量に限定される(労働制限)⁽¹⁰⁾。しかし厳格に言えば、このような労働の価値理論からは、労働が物につけ加える価値に対する財産権が導かれるが、物そのものに対する財産権は導かれ⁽¹¹⁾ない。

効用理論の一つの形態は、次のように定式化される。(i)合理的な程度の幸福を達成するためには、個々人が一定の物を取得、保持、使用、消費できることが必要である。(ii)物の保持や使用の安全が保障されなかったり、欲する物の無制約な取得が認められるならば、合理的な程度の幸福を達成することが不可能となる。(iii)その点を保障するために、財産権制度が必要となる。しかし、このような効用理論には、幸福達成のためにどのような内容の財産権が必要とされるのかなど、深めるべき点が残されている。⁽¹²⁾

ところが最近では、このような伝統的な財産権理論だけでは不十分であるとの認識が広まり、財産権理論を再構成しようとする動きが強まっている。たとえば、Becker は伝統的な財産権理論を再検討し、伝統的諸理論間で調整の必要性、および、財産権の正当化事由を一般的正当化事由、特定の (specific) 正当化事由、個別的 (par-

icular) 正当化事由の三つのレベルに区別することの必要性を主張している。⁽¹³⁾ また、Reich の *The New Property*⁽¹⁴⁾ を端緒として、伝統的な財産権に加えて、福祉、公務員の給与などの経済的利益をも財産権に含ましめ、自律の基礎としての財産権論を構築しようとする主張もあらわれてきている。⁽¹⁵⁾ また、最近 Ackerman が、注目すべき財産権理論を発表している。⁽¹⁶⁾ それ以外にも、Sax,⁽¹⁷⁾ Michelman,⁽¹⁸⁾ Costonis,⁽¹⁹⁾ Alexander⁽²⁰⁾ などの多くの論者によって、財産権理論の新たな展開が模索されている。そこで今後は、財産権に関する個別領域ごとの判例理論の史的展開を踏まえたうえで、何故にこのような財産権理論の新たな展開が生じてきたのか、このような新たな理論は伝統的な財産権理論の問題点を克服するものであるのか、このような新たな理論と従来の判例理論とはどのような整合性を有しているのか、このような新たな理論は判例理論にどのような影響を与えているのか、などの点を検討していきたい。

(1) 本稿で論じたそれぞれの条項は、その起源、機能を異にしているので、それらの条項の下での判決をひとまとめにして、そこから一義的な合憲性判定基準を導くことは、適切ではなからう。

(2) ある論者は立法目的を、配置 (allocation) 、安定 (stabilization) 、再分配 (redistribution) に類型化し、次のように述べる。配置とは、市場原理が作用しないか、不完全にしか作用しない際の是正措置を指す。安定とは、完全雇用、価格の安定、適切な経済成長などを指す。この二つは正当な立法目的とみなされる。再分配とは、富の移転を指す。そのうち、(i) 富者から貧者への富の再分配、(ii) 結果的に生じた分配の補足的是正、(iii) 自己のコントロールの及ばない自然や市場によって損害を被った個人を救済するための再分配は、正当な立法目的とみなされる。See "Note: State Economic Substantive Due Process: A Proposed Approach," 88 *Yale L. J.* 1487, 1501-4 (1979).

(3) Gerhart は、通商条項とデュー・プロセス条項は、競争の自由に介入する州の権限を制限する原則を含んでいる、と主張している (“Constitutional Limits on State Regulatory and Protectionist Policies,” 48 *Antitrust L. J.* 1351, 1378-9 [1979])。

(4) ただし、手段審査の内容は、立法目的をどのように認定するかによって、大きな影響をうける。See Note, *supra* note 2, at 1499-1500.

(5) ハーガー・コートでの審査基準につき、Reznick は、経済的権益の重要性（その重要性は一般に実効的な競争市場の維持にとっての必要性によって決定される傾向にある）に応じて、次のような四つのレベルでの審査がなされている、との指摘を行っている。(i)憲法上非常に重要な経済的権益の制限については、事実上反証を許さない違憲性の推定が妥当する。政府は、規制目的がやむにやまれざるものであり、手段がその目的達成にとって必要不可欠であることの立証を求められる。

(ii)憲法上重要な経済的権益の制限については、反証しうる違憲性の推定が妥当する。政府は、規制目的が重要であり、手段が目的と実質的に関連し、LRAが存在しないことの立証を求められる。(iii)憲法上実質的(substantial)な経済的権益の制限については、反証しうる合憲性の推定が妥当する。私人は、規制目的が重要でなく、手段が目的と実質的に関連せず、LRAが存在することの立証を求められる。(iv)憲法上実質的でない経済的権益の制限については、事実上反証を許さない合憲性の推定が妥当する。私人は、規制目的が正当でなく、手段と目的との間に合理的関連性すらないことの立証を求められる (“The Constitutionality of Business Regulation in the Burger Court: Revival and Restraint,” 33 *Hastings L. J.* 1, 13-14 [1981])。

(6) ある論者は、ハーガー・コートはウォレン・コートよりも企業寄りの姿勢を示している、との指摘を行っている (see Howard, “State Courts and Constitutional Rights in the Day of the Burger Court,” 62 *Va. L. Rev.* 873, 881 [1976])。

(7) 丹宗昭信 II 厚谷襄児編・現代経済法入門第一章二四頁(伊従寛執筆)(一九八一年)。また、わが国においても、公正取引委員会が、一九八二年八月に、政府規制制度の緩和について検討するよう提言している(糸田省吾「政府規制制度の見直し」ジュリスト七七八号五〇頁参照)。

(8) BECKER, PROPERTY RIGHTS 24-6 (1977),

(9) ロックの労働の価値理論に対しては、「それは権利の根拠を生存の『必要』という社会的配分的正義の観念に求めてきたそれまでの所有観念とちがって、所有の根拠を個人の身体、働きとしての個人的労働に求めた点で、すぐれて近代的・個人主義的性格をもつものであった」(田中正司・市民社会理論の原型一七四頁)との評価もみられる。

(10) ロック(鶴飼信成訳)・市民政府論第五章参照。ただし、この三つの制約理論は、ロックの市民政府論を通じて貫徹されていなくてはならぬ。

(11) BECKER, supra note 8, at 34-5.

(12) See *ibid.* 58, 66-7.

(13) *Ibid.* Becker にては、一般的正当化事由とは、そもそも何故に財産権が認められねばならないのかというレベルの問題であり、特定の正当化事由とは、何故に特定の種類の財産権が認められねばならないのかというレベルの問題である。個別的正当化事由とは、何故に特定の者が特定の物に特定の財産権を認められねばならないのかというレベルの問題である(at 23)。

(14) Reich, "The New Property," 73 *Yale L. J.* 733 (1964).

(15) See O'NEIL, THE PRICE OF DEPENDANCY (1970); SCOTT, IN PURSUIT OF HAPPINESS (1977).

(16) ACKERMAN, PRIVATE PROPERTY AND THE CONSTITUTION (1977).

(17) Sax, "Takings, Private Property and Public Rights," 81 *Yale L. J.* 149 (1971); "Takings and the Police

Power," 74 Yale L. J. 36 (1964).

(29) Michelman, "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law," 80 Harv. L. Rev. 1165 (1967); "Property as a Constitutional Right," 38 Wash & Lee L. Rev. 1097 (1981).

(30) Costonis, "Fair' Compensation and the Accommodation Power: Antidotes for the Taking Impasse in Land Use Controversies," 75 Col. L. Rev. 1021 (1975).

(31) Alexander "The Concept of Property in Private and Constitutional Law: The Ideology of the Scientific Turn in Legal Analysis," 82 Col. L. Rev. 1545 (1982).