

# エントレンチメントと合衆国憲法の契約条項

二本柳 高 信

はじめに

一 契約条項の歴史

A 契約条項の起源

B 一九世紀の契約条項

C 二〇世紀の契約条項

二 ユールの契約条項論とその意義

A エントレンチメント

B 政府契約のエントレンチメント性

C 主権?

三 ユールの契約条項論に対する批判とその意義

A 金銭的負担のエントレンチメント性

B 「売却」の限界

C 不可譲の権限法理の再検討

おわりに

はじめに

イギリスの議會主權論が、議會を万能の主權者としながら、あるいは、それ故に、「議會は後の議會を縛ることはできない」<sup>(1)</sup>という原理を奉じてきたことは、日本でもよく知られている。<sup>(2)</sup>アメリカ法においても、この原理——「エントレンチメント (entrenchment) の禁止」と呼ばれる——は当然視されてきた。<sup>(3)</sup><sup>(4)</sup>

しかしながら、最近のアメリカ憲法学において、エントレンチメントの禁止が改めて意識されるようになってきた。そのきっかけとなったのは、現実政治における財政規律の問題である。<sup>(5)</sup>そこで当初エントレンチメントの手法として認識されていたのは、法律<sup>(6)</sup>と議院規則<sup>(7)</sup>であった。

ところが、議論が進むにつれて、合衆国憲法第一編第一〇節第一項のいわゆる契約条項が、「州議會が後の州議會を縛ることができる」ことを認めているのではないかということが意識されるようになってきた。<sup>(8)</sup>契約条項は、「いかなる州も、……契約上の債権債務関係を害する法律を制定してはならない」と定めているが、連邦最高裁の判例上、ここでいう「契約」には、政府が契約の一方当事者であるものも含まれ、また、契約条項の「契約」には、法人設立免許状や法律によって權利を付与した場合も含まれるとされている。<sup>(9)</sup>従って、かつての議會がした「決定」を理由として後の議會による立法が憲法上許容されない、ということがありうるのではないか、そうであれば、契約条項の存在は、法的にも、アメリカ合衆国において現に議會が後の議會を拘束できる場合のあることを示しているのではないか、という問題が出てくる。このことを指摘して、ポズナー (Eric A. Posner) とバーシュール (Adrian Vermeule) は、立法によるエントレンチメントを擁護する立場から、「エントレンチメントの批判者たちは、自分たちの立場が政府契約の執行とどう調和できるかを説明しなければならない」と主張している。<sup>(10)</sup>

そこで本稿は、議会が後の議会の決定権を制約できるのかという問題を探るための手がかりを得ることを目的として、契約条項に関する合衆国最高裁の判例と憲法学説とを検討する<sup>(1)</sup>。なお、本稿で「政府契約」という単語は、前述のような広い意味で用いられる。

本稿の構成は次の通りである。まず一で、契約条項の歴史をたどる。次に二では、契約条項がエントレンチメントの問題を生じさせているのかどうか、エントレンチメントの問題をいち早く主題化したユール (Julian N. Eule) の議論を手がかりに検討する。ユールは、政府による契約違反に対して与えられる救済が金銭賠償である限り、契約条項はエントレンチメントの問題を生じさせないと主張している。最後に三は、金銭賠償のような形で後の立法府の政策選択に「制約」を課すこともエントレンチメントであるとする学説を紹介し、そこにおいて、許されるエントレンチメントと許されないエントレンチメントとの境界線をいかに引くべきとされているのかを分析する。そして、かかる学説の提示するポイントは、契約条項の諸法理にも見いだすことができることを示す。

## 註

- (1) 1 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 90 (1765).
- (2) この原理の「動揺」については、参照、伊藤正己「国会主権の原則の再検討 (一)〜(三・完)」国家八一巻三・四号一四九頁、五・六号三二八頁、七・八号四〇九頁(一九六八)。
- (3) 「エントレンチメント」という語がアメリカ憲法学において人口に膾炙したのは、Julian N. Eule, *Temporal Limits on the Legislative Madate: Entrenchment and Retroactivity*, 1987 AM. B. FOUND. RES. J. 379 (1987) 以降のことと思われる。
- (4) See, e.g., Charles L. Black, Jr., *Amending the Constitution: A Letter to a Congressman*, 82 YALE L. J. 189, 191 (1972) (連邦議会が後の連邦議会を拘束できないことは、「あまりに明らかであるので、述べられることは減多にない」)。
- (5) 一九七〇年代前半から一九九〇年代前半にかけてのアメリカ連邦議会における財政規律の取り組みについては、参照、待鳥

聡史『財政再建と民主主義』（有斐閣、二〇〇三）。

なお、日本においても、財政赤字との関係で、将来の議会の手を縛ることができるかという問題についての議論がある。さしあたり参照、拙稿「財政計画」大石眞・石川健治編『憲法の争点』三〇二頁（有斐閣、二〇〇八）。

- (6) いわゆるグラム＝ラドマン＝ホドリング法が将来の立法府の手を縛るという面があることについては、*See, Paul W. Kahn, Gramm-Rudman and the Capacity of Congress to Control the Future*, 13 HASTINGS CONST. L.Q. 185 (1985).

- (7) 実際、共和党が多数を占める下院で、増税法案につき特別多数を求める議院規則が制定された。この下院規則を扱った日本の憲法学の文献として、土屋孝次『アメリカにおける議院規則制定権の限界』法政論叢三五巻一号三七頁（一九九八）。

- (8) *See, e.g., Eric A. Posner & Adrian Vermeule, Legislative Entrenchment: A Reappraisal*, 111 YALE L.J. 1665 (2002).

- (9) 一Aを参照。

- (10) Posner & Vermeule, *supra* note 8, at 1700.

- (11) なお、契約条項に関しては、日本でも既に詳細な紹介・分析がされているところである。参照、田中英夫「私有財産権の保障規定としての Due Process Clause の成立（三）」（四）「国家七〇巻一一・一二号九〇〇頁以下（一九五六）、七一巻六号六三三頁以下（一九五七）『デュー・プロセス』（東京大学出版会、一九八七）所収、七七頁以下」、米沢広一「経済規制領域における司法審査（一）——アメリカ法を素材として——」神院一三巻四号五二三頁、五四五頁以下（一九八三）、常本照樹『「経済・社会立法」と司法審査（二）——アメリカにおける『合理性の基準』に関する一考察——』北法三五巻五号五三九頁（一九八五）、樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、二〇〇一）二五三―二六九頁。

ただし、それらの研究は財産権の保障や司法審査、すなわち、政治部門と裁判所との間の関係に焦点を合わせるものであったのに対して、本稿は、立法府間の関係、エントレンチメントという視点からアプローチするものである。

## 一 契約条項の歴史

### A 契約条項の起源

合衆国憲法に契約条項が盛り込まれた背景として、独立後の各邦における債務者保護立法の存在があったことは、広く認められている。<sup>(12)</sup> 実際、フィラデルフィアで開かれた憲法制定会議において、契約条項を盛り込むことを提案したマサチューセッツ代表のキング (Rufus King) が念頭に置いていたのは、まさにその類いの立法だったと考えられる。というのは、マディソン (James Madison) の手になるこの会議の記録には、キングが「北西部条令によって用いられた語の意味で、州が私的契約に干渉することの禁止を加えることを提案した」<sup>(13)</sup> と記されており、そして、北西部条令の規定は、次のようなものであったからである。

権利及び財産の正当な保全のため、善意の、かつ予めたくまれた欺瞞のない、個人間の契約又は約束に干渉し、又は影響するような法律は、いかなる方法によるものであっても、一切、これを前記領地「II オハイオ川北西の合衆国領地―引用者注」内において制定し、又は有効となすことのできないことを認めかつ宣言する。<sup>(14)</sup>

「その提案は一般にネガティブな反応を受けた」<sup>(15)</sup> が、文体委員会 (the Committee on Style) は、州による契約への干渉を禁じる条文を憲法草案に挿入した。<sup>(16)</sup> 最終的な文言には、契約条項が対象とする「契約」を私的なものに限定する修飾句はなく、また、その審議の過程についても不明な部分が多いが、<sup>(17)</sup> 一般に、契約条項が対象とする「契約」は私人間のものに限定されると制定時には認識されていたという理解が強いように思われる。<sup>(18)</sup>

## B 一九世紀の契約条項

### 1. マーシャル・コート

マーシャル (John Marshall) が首席裁判官を務めた時期に、連邦最高裁は、契約条項に関していくつかの重要な判決を下している。それらのうち、本稿の問題関心との関連で注目すべきなのは、一八一〇年の *Fletcher v. Peck*<sup>(19)</sup>、一八二一年の *New Jersey v. Wilson*<sup>(20)</sup>、そして、一八一九年の *Dartmouth College v. Woodward*<sup>(21)</sup> である<sup>(22)</sup>。これらについては既に詳細な紹介・検討がなされているところであり、ここではそれらの判決が、エントレンチメントとの関連で有しうる意義について、簡単に整理しておく。

まず、*Fletcher* 判決だが、そこで争われたのは、土地を払い下げた法律を廃止し、払い下げられた土地の所有権等を無効とする議会制定法であった。*Fletcher* 判決は、多くの論点を含む判決であるが、本稿にとって重要なのは、契約条項でいう「契約」には、私人間のそれだけではなく、政府を一方当事者とするものも含まれること、そして、法律もまたこの「契約」に含まれる場合があることを宣言した点である。というのは、これによって、州議会が、私人を相手方とする何らかの約束という形式でもって、後の州議会の手を縛ることが可能になったからである<sup>(25)</sup>。

続いて、*Wilson* 判決においては、インディアン<sup>(24)</sup>の所有する土地に対して与えられていた免税を州議会が廃止したことが契約条項に違反するとされた。本判決ではほとんど論じられていないが、課税権という統治権の一部がこのように制約されうることについては、後に論じるように、異論があり得よう。

最後に、*Dartmouth College* 判決では、法人設立認許状を修正する制定法が契約条項に違反するとされた<sup>(26)</sup>。契約条項に関する古典的研究曰く、「契約条項のものと判決で最大かつ最重要なグループは、法人企業の規制と関連するものである」が、これらの判決の「圧倒的多数は、法人設立認許状に含まれる、あるいは含まれると考えられた、権利、特

権、免除、義務に関わるものである。つまり、法人に関する事件のほとんどすべてが、法人設立認許状は州と法人との間の契約であるという *Dartmouth* 判決の判示に源を発するものである<sup>(27)</sup>。

## 2. トーニ・コート

このようなマッシュアル・コートの既得権保護的な姿勢は、次のトーニ・コートにおいて変化が見られる<sup>(28)</sup>。それには、手続的なものと実体的なものがある。

手続的な限界は、一八三七年の *Charles River Bridge v. Warren River Bridge* <sup>(29)</sup> において宣言された。すなわち、州がその主権的権限を放棄したといえるためには、そのことが明示的に示されていなければならない、というのである。

もっとも、契約の厳格解釈というかかる手続的な規律の背後には、立法府の権限の実体的限界の認識があったことがうかがわれる。というのは、本事件において、被告側代理人は、州が手放すことができない、公共の福祉にとって本質的な一定の権限が存在すると主張しているのである<sup>(30)</sup>。そして、連邦最高裁自身はこれには答えていないが、被告側代理人がこの主張をする際に、首席裁判官であるトーニ (Roger B. Taney) が連邦最高裁入りする前に執筆した、次の文章に接していたと指摘されている<sup>(31)</sup>。

私は、成文憲法の下で限定的な権限を保持する立法機関が、契約その他によって、後継者の立法権を制限できるとは考えない。憲法典が立法機関に与えた権限は、常に、人民がそれを変更するまでその期間に存しており、単なる立法府の行為によっては制約され得ない。もし特定の場所で法人を設立するという後継者の権限を立法府が剥奪するならば、同じ原理に基づき、立法府はどんな目的の法人も設立する権限を剥奪することができるのは明らかであ

る。そして、もし立法府が契約その他によって後継者からこの立法権を剥奪できるならば、同じやり方で立法権を何であれ剥奪することができ、州を永遠に拘束することができよう。代表政府におけるかかる権限の存在は、理性にも公共の便益にも何らの根拠を有しておらず、われわれの全ての政治制度の基礎をなす諸原理と整合しない。なぜならば、立法機関がその後継者の権限を制限できるならば、立法という単一のその日暮らしの行為が、州の人民に永続的で不治の害悪を引き起こすことができるからである。

実体的な限界の存在は、一八四八年の *West River Bridge Co v Dix* <sup>(32)</sup> において、連邦最高裁が正面から認めることになった。この事件は、橋の独占的運営についてのフランチャイズの期間満了前に公道建設のために橋を収用するのは契約条項に反しないかが争われたものであるが、連邦最高裁は次のように判示した。

およそあらゆる主権的な政治共同体には、自らの存立を保持するという権利と義務とが、そして、共同体全体の利益と福祉を保護し促進するという権利と義務とが、必然的に存している。この権限と義務とは、主権の最高次の行為に及ぶのみならず、政府の諸々の外的関係にも及ぶ。それらは、同様に、内部的組織 (polity) や社会生活の諸関係にも及びそれらを包含するが、それらは社会全体のために規制されるべきである。この、公用収用 (the eminent domain) と呼ばれる州の権限は、その名が伝えるように、政府の下に付与されたすべての私的諸権利に対して至高であり、必然的な含意によって、これらの私的な諸権利はこの権限に従属するものとされ、あらゆる場合において、その適正な行使に道を譲らなければならない。<sup>(33)</sup>



### 3. 福祉権能

このような、州の一定の権限は不可譲であり、かかる権限を放棄する契約はそもそも無効であるという考えは、一九世紀の後半になって、福祉権能 (police power) へと拡大された<sup>(34)</sup>。まず、特定の私人に富くじ営業を許可した州法が廃止され富くじを禁止する法律が新たに制定されたことが争われた一八七八年の *Boyd v. Alabama* <sup>(35)</sup> において、連邦最高裁は、「ある立法府が、私人との契約によって、公共の福祉のために立法するという後の立法府の権限を制限することができるとは認められない<sup>(36)</sup>」とした。*Boyd* 判決では、「福祉権能」という語は用いられなかったが、<sup>(37)</sup> 同様に富くじの禁止にかかわる一八八〇年の *Stone v. Mississippi* <sup>(38)</sup> では、連邦最高裁は、次のように判示した。

誰もが、立法府は州の福祉権能を売り払うことができないことに同意する。「財産とフランチャイズの変更不可能な付与は、州の正しい統治のために法律を制定する至高の権限を損なわないのであれば、なされうる。しかし、立法府は、自らが福祉の事項において適切と見なる法律を制定するその後継者の権限を減ずることはできない」。*Metropolitan Board of Excise v. Barrie*, 34 N.Y. 657; *Boyd v. Alabama*, 94 U.S. 645. 当裁判所や別の場所で、福祉権能を定義する多くの試みがなされてきているが、完全な成功を収めるには至っていない。全ての点で正確な福祉権能の抽象的な定義を与えるよりも、特定の事案が当該権能の一般的な射程内に入ってくるかどうかを判断することのほうが、常に容易である。しかしながら、それが公衆衛生と公共道徳に影響するあらゆる事項に及ぶことは、誰も否定しない。富くじがこの権能の行使の適正な対象であることも否定され得ない。<sup>(39)</sup>

この判決で連邦最高裁は、他方で、課税権について前述の *Wilson* 判決が州は契約によって永遠に放棄できるとして

いたこととの関連では、以下のように論じて、区別をしている。

課税は政府を支えるのに一般的に必要であるが、それは政府自身の一部ではない。政府は、課税目的で組織化されてはいないが、課税は政府の諸目的にとって必要であり得る。かかるものとして、課税は、政府の正当な諸機能の行使に付随的であるが、それ以上ではない。維持するのに課税に依存している政府は、課税についてのその全権限を売り払うことはできない。なぜならば、それは実質的には放棄であるからである。ここまで、判断されてきたのは、見返りと引き替えに、合理的な裁量の行使で、そして、公共善のために、この点でのその権限の一部を州は売り渡すことができるということだけである。<sup>(40)</sup>

この時期、福祉権能の伝統的なカテゴリーに入るか入らないかが、結論を左右した。例えば、一八七八年の *Fertilizing Co. v. Hyde Park* <sup>(41)</sup> では、立法府によって指定の場所での五〇年間の存続を認められていた肥料会社<sup>(41)</sup>が、ニュースを理由とする規制条例が契約条項に違反するとして訴えたが、連邦最高裁は、当該肥料会社の設立許可は、「将来のニューサンスがどんなに深刻であっても州の福祉権能の行使から五〇年間免れることを保証する契約と見なすことはできない」<sup>(42)</sup>と述べて、契約条項違反の訴えを認めなかった。

他方で、独占廃止を目的とする立法は、伝統的な福祉権能の行使であると認められなかった。連邦最高裁は、州憲法に独占禁止規定が盛り込まれたことに伴いガス事業に付与されていた独占の廃止が争われた事案で、「独占に関する一八七九年の州憲法の条項は、いかなる法的意味においても、公衆の健康や公衆の安全の促進のための福祉権能の行使ではない。なぜならば、付与の排他性は、公衆の健康や公衆の安全に何の関係もないからである」<sup>(43)</sup>と述べて、契約条項違

反を認めた。

また、州政府や地方政府が負う金銭債務が問題となった事案については、連邦最高裁は、州政府による債務の破棄の試みについては、第一一修正を持ち出すなどして、違憲判決を下すのを避けたが、地方公共団体については債務を逃れることを許さなかった。<sup>(44)</sup> 例えば、一八七八年の *Murray v. Charleston* <sup>(45)</sup> においては、地方債への課税が、地方債の価値を損なうものであり、契約条項に違反すると判示された。そこでは、連邦最高裁は次のように述べている。

真実は、州や市は、金銭を借入れ、利息を付けてそれを支払うという契約を結ぶときには、主権者として行っているのではない、ということである。州や市は、普通の個人のレベルにまで降りてきている。……支払うという約束は、その約束の効果を否定ないし変更できる権利の留保を伴うものであるならば、ばかげている。<sup>(46)</sup>

## C 二〇世紀の契約条項

「一九世紀を通じて、州が契約の義務を損なう法律を採択するのを禁ずる憲法条項ほど頻繁に、合衆国最高裁が判決の基礎にしたものはなかった」<sup>(47)</sup>。しかし、実体的デュー・プロセス理論の興隆と軌を一にして、契約条項は、それまで占めてきた地位を失っていった。<sup>(48)</sup>

形式論理的には、その地位の低下は、州が行使できる福祉権能の範囲の拡大の結果であると捉えることができる。福祉権能の範囲という問題は、契約条項のみならず、合衆国憲法第五修正の収用条項<sup>(49)</sup>とも関係するが、契約条項の事案で、かかる拡大に連邦最高裁が承認を与えた代表的な判決としては、いずれも私人間の契約に対する侵害が問題となった事案であるが、一九〇五年の *Maine v. Spring* <sup>(50)</sup> と一九三四年の *Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell* <sup>(51)</sup> とを挙げる

ことができる。

Manigault 判決では、ダムを除去するという私人間の契約が存在していたところ、契約当事者の一方にダム建設の許可を与える法を州議会が制定したことが契約条項に反するのではないかが争われた。連邦最高裁は、次のように述べて、契約条項違反の主張を認めなかった。

契約の債権債務関係を侵害する制定法の禁止は、私人間で以前に結ばれた契約がそれによって影響を受けるとしても、州が、共通の福利の促進のために、あるいは、一般善にとって必要な、州に留保された権限を行使することを妨げない、ということは当法廷の確立した法である。この権限、様々なその影響において福祉権能として知られているものは、人民の生命、健康、道徳、快適及び一般福祉を保護するための政府の主権的権利の行使であり、私人間の契約のもとのどんな権利にも優越する。……

この権能は一定の場合には制限に服するが、何が必要であり何が必要でないかを決定する際に立法府の側に広汎な裁量が存在している……。

……検討すべきなのは、一九〇三年の州議会制定法が州の福祉権能の適正な行使であるかどうかだけである。これについて、われわれは疑いを有しない。共同体の健康、生命、道徳を保護するという通常受け入れられている意味ではこの権能の行使ではないが、その目的のために沼地や氾濫して不毛な土地を開拓することによって、ダム・堤防・あぜ道を建設することによって、人民の一般的福祉を供給するというヨリ広い意味においては、それは擁護可能である。

Blaisdell 事件で問題となったのは、譲渡抵当実行手続の延期と受戻しの期間延長を定めたミネソタ州の抵当モラトリウム法であるが、それはまさに、契約条項が合衆国憲法に盛り込まれる主な原因と考えられる建国期の諸邦の債務者保護法に類似したものであった。<sup>(52)</sup> しかし連邦最高裁は、目的・手段審査を行い、<sup>(53)</sup> 当該州法を合憲としたのである。その前提として、このような立法はカテゴリーカルに契約条項に違反するものではないという判断があるが、これについては、連邦最高裁は次のように述べている。

州の権力が、火事や洪水や地震のような物理的原因由来の災厄が存在するときに契約の履行からの一時的な救済を与えるために存在しているならば、その権力は、かかる救済を求める緊急の公的必要がその他の原因や経済的原因から生まれているときには存在しないとはできない。<sup>(54)</sup>

このように、政府が正当に追求できる目的の範囲が拡大していった結果、「福祉権能例外は、契約条項を骨抜きにしまった」<sup>(55)</sup>。その後、一九三八年から一九七〇年代前半までの間に、連邦最高裁が契約条項違反を理由として違憲判決を下したのはわずかに二回であり、<sup>(56)</sup> 「多くの論者が、契約条項は死文化していると考えようになった」<sup>(57)</sup> と評される状況が続いた。

ところが、一九七七年の *United States Trust Co. v. New Jersey* <sup>(58)</sup> において、連邦最高裁は突如、契約条項に基づく州法違憲判決を下した。そこで問題となったのは、ニューヨーク州とニュージャージー州が、港湾局の発行する公債の購入者を保護するために設けられていた、港湾局の鉄道輸送への資金拠出を制約するという約束を廃止する法律である。これについて、事実審裁判所は福祉権能の行使であるとしたのに対して、連邦最高裁は、「本件は、金銭上の債務に関わ

り、それ故、入口の問題として、売り渡され得ない留保された権限に自動的に入るとは言えない」とした<sup>(59)</sup>。そして、次のように述べて、厳しい審査基準を適用し、違憲判決を下した。

契約条項は、州自身の金銭上の債務の事後的な修正を絶対的に禁じるものではない。……それが重要な公的目的を保持するのに合理的に必要なならば、合憲であり得る。しかしながら、この基準の適用において、合理性と必要性についての立法府の評価に完全に謙譲することは、州の自己利益が問題となっているが故に、適切ではない<sup>(60)</sup>。

もっとも、この判決は、不可譲の権限法理などの、一九世紀に出現した契約条項に関する諸法理を破棄したものとまでは評価することはできないであろう。なお、連邦最高裁は、その翌年に続けざまに、私人間の契約に干渉する州法を違憲とした<sup>(61)</sup>。これら二つの判決によって、連邦最高裁が契約条項を復活させたのではないかとの観測が拡がり、契約条項を扱う論文が一九八〇年代には続々と公表された<sup>(62)</sup>。とはいえ、一九七〇年代の二つの判決以降、連邦最高裁が契約条項を用いて違憲判決を下すことは今日に至るまでない<sup>(63)</sup>。

#### 註

- (12) 「契約条項が、債権者を犠牲にして債務者を助ける債務者救済法に直接向けられていたことは明らかであるように見える」(JAMES W. ELY, JR., *THE GUARDIAN OF EVERY OTHER RIGHT: A CONSTITUTIONAL HISTORY OF PROPERTY RIGHTS* 45 (3rd ed. 2008)).
- (13) 2 JAMES MADISON, *THE RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION* 439 (Max Farrand ed. 1911).
- (14) *An Ordinance for the Government of the Territory of the United States North-West of the River Ohio*, 1 Stat. 51 (1789). (訳は、アメリカ学会編訳『原典アメリカ史第二巻 革命と建国』(岩波書店、一九五一)(松本重治訳)二九四頁によった.)

- (15) FOREST McDONALD, *Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of The Constitution* 271 (1985).
- (16) 「契約条項は、憲法制定会議の作品ではなく、文体委員会の五人の委員の作品であるように見える」 (*id.* at 272).
- (17) See BENJAMIN F. RIGHT, *The Contract Clause of The Constitution* 8-12 (1938).
- (18) See, e.g., *United States Trust Co. v. New Jersey*, 431 U.S. 1, 45 (1977) (Brennan, J., dissenting) (「われわれの憲法の制定者たちは、契約条項を、主に、純粹に私的な当事者が締結した契約についての保護と認識していた」). But see also *Ely*, *supra* note 12, at 45 (「制憲者たちは契約条項の狭い解釈を意図していたと主張する学者もいるが、制憲者たちが公的契約と私的契約とはっきり区別したという証拠は存在しない。それどころか、契約条項の広い解釈の根拠もいくつ也存在している」).
- (19) 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810).
- (20) 11 U.S. (7 Cranch) 164 (1812).
- (21) 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819).
- (22) 私人間の契約に関しては、契約に干渉する立法も適及的でなければ契約条項に違反しないとした *Ogden v. Sanders*, 25 U.S. (12 Wheat.) 213 (1827) も重要である。なお、これは、「マーシャル首席裁判官が契約条項の判決で唯一、反対意見にまわったものである」。
- (23) 註(11)で挙げた諸文献を参照。
- (24) その一つは、もとの土地を払い下げた法律が、その制定にかかわった議員への贈賄があったことを理由として無効とされるかどうかである。この問いに対する連邦最高裁の答えは、消極的なものであった。
- (25) 議会が後の議会の手を縛ることが可能になったのではないかという論点は全く意識されていなかったわけではない。マーシャルの執筆した法廷意見は次のように述べている。「主張されているところの、立法院は以前の立法院が採択する能力を有したどんな法律も廃止する能力を有し、そして、立法院は後の立法院の諸権限を縮減することができない……「という」原理の正しさは、一般立法 (*general legislation*) に関する限りで、異論の余地があり得ない」(10 U.S. (6 Cranch) at 137)。「しかし」と法廷意見は続ける、「もしある行為が法律の下でなされたならば、後の立法院はその行為を取り消す (*undo*) ことはできない」 (*id.*)。
- (26) 本判決については、田中英夫「アメリカ法における競争社会の到来」伊藤正己先生還暦記念『英米法の諸相』八三頁以下

(東京大学出版会、一九八〇)『デュープロセス』(東京大学出版会、一九八七)所収、二一五頁以下」が詳細に検討して  
る。

- (27) Wright, *supra* note 17, at 127 (footnote omitted).
- (28) ただし、ライトは、「マーシャルの死後三〇年間について一般に受けられている見方とは反対に、この期間に、マーシャルの伝統の破棄は存在しなかった」(*id.* at 245)と主張している。
- (29) 36 U.S. (11 Pat.) 420 (1837).
- (30) *Id.* at 466. 田中英夫『英米法のことば』六五—六六頁(東京大学出版会、一九八六)で紹介されている。
- (31) CHARLES HAAR ED., *THE GOLDEN AGE OF AMERICAN LAW* 348-51 (1965). の意見の存在は、田中・前掲註(26) 一一七頁註一三三「二五〇頁註一三三」でも触れられている。
- (32) 47 U.S. (6 How.) 507 (1848).
- (33) *Id.* at 531-532.
- (34) アメリカ憲法史における福祉権能については、参照、高原賢治「アメリカにおける『警察権能』の理論の展開(一)、(二・完)——公共の福祉についての一考察——」国家七四巻九・一〇号四五八頁、一一・一二号五五八頁(一九六一)、田中英夫・前掲註(30) 五二頁以下。
- (35) 94 U.S. 645 (1877).
- (36) *Id.* at 650.
- (37) なお、酒類製造の法人フランチャイズを無価値とする州の禁酒法の合憲性が争われた同年の *Beer Co. v. Massachusetts*, 97 U.S. 25 (1878) において、「福祉権能の範囲と境界線についてどんな意見の相違があろうと、また、その満足ゆく定義を与えることがどんなに難しくとも、福祉権能が市民の生命、健康、財産の保護に及ぶこと、また、良き秩序と公衆道徳の保持に及ぶことには疑いはないように見える。立法府は、どんな契約によっても、これらの目的に備える権限を捨てることはできない」と述べ、*Boyd* 判決を引用している(*id.* at 33)。ただし、そもそも州立法府はフランチャイズの改廃権を留保していたという理由で合憲判決が下されたために、この部分は傍論ではある。
- (38) 101 U.S. 814 (1880).



- (39) *Id.* at 817-18.
- (40) *Id.* at 820. See also United States Trust Co. v. New Jersey, 431 U.S. 1, 47 n.15 (Brennan, J., dissenting) ('New Jersey v. Wilson' が決して明示的には破棄されていないことは事実である)。そして、裁判所は、契約の厳格解釈などの手法を用い、New Jersey 判決のインパクトを限定的なものとしてきつ、つとめ指摘されている。See Janice C. Griffith, *Local Government Contracts: Escaping from the Governmental/Propriety Maze*, 75 Iowa L. Rev. 277, 293, n.76 (1989). See also WRIGHT, *supra* note 3, at 179-194.
- (41) 97 U.S. 659 (1878).
- (42) *Id.* at 670. なお、村は、州から「福祉的・地方的統治の最大限の権限を付与されていた」(*id.* at 664)。
- (43) New Orleans Gas Co. v. Louisiana Light Co., 115 US 650, 672 (1885). 同判決は、「福祉権能は、その最も広い定義に従えば、合衆国憲法によってその行使を制約されるということは、公道や航行可能な河川に架かる橋に関する排他的特権の付与が、その債権債務関係が州による侵害から完全に保護されるところの契約であるとして維持された諸々の判決によって示されている」とも述べている(*id.* at 662)。See also New Orleans Water Works v. Rivers, 115 U.S. 674 (1885). なお、Stock Landing Co. v. Crescent City Live-Stock Landing & Slaughter-House Co., 111 U.S. 746 (1884)では、食肉処理組合の排他的特権の廃止が合憲とされたが、この判決について、「最高裁の意見は、公衆の健康という論拠に依拠していたが、独占の廃止が公衆の健康を改善するのどのようなに役立つかについて何の議論もなかった」という指摘がある (James W. Ely, Jr., *The Protection of Contractual Rights: A Tale of Two Constitutional Provisions*, 1 N.Y.U. J.L. & LIBERTY 370, 378 n.66 (2005))。
- (44) See WRIGHT, *supra* note 17, at 224-235; Stewart E. Sterk, *The Continuity of Legislatures: Of Contracts and the Contract Clause*, 88 COLUM. L. REV. 647, 679-682 (1988).
- (45) 96 U.S. 432 (1876).
- (46) *Id.* at 445.
- (47) WRIGHT, *supra* note 17, at xiii.
- (48) 実体的デュープロセス理論の興隆と契約条項の没落との間にいかなる関係があるのかについては、議論があるところである。See Ely, *supra* note 43, at 395-402.
- (49) 第五修正の名宛人は連邦政府であるが、第一四修正を通じて州にも適用があるものとなった。See Chicago, Burlington &

Quincy Rd. Co. v. Chicago, 166 U.S. 226 (1897).

世紀転換期における福祉権能の状況については、寺尾美子「アメリカ土地利用計画法の発展と財産権の保障（一）」国家一〇〇巻二号二七〇頁、三四三頁以下（一九八三）が詳細に論じている。

(50) 199 U.S. 473 (1905).

(51) 290 U.S. 398 (1934).

(52) See Douglas W. Kmiec & John O. McGinnis, *The Contract Clause: A Return to the Original Understanding*, 14 HASTINGS CONST. L. Q. 525, 542 (1987)（「かかる立法こそ契約条項が禁じるようデザインされた主要な害悪の一つであった」）。

(53) 問題は、立法府の行為が契約に影響するのは、付随的にかどうか、直接的にか間接的にか、ではなく、当該立法が正統な目的に向けられており執られた手段がその目的にとって合理的（reasonable）で適切（appropriate）であるかどうかである」（290 U.S. at 438）。

一八八〇年前後の福祉権能に関する判決には見られなかったこのような定式は、一九世紀の分類的思考から二〇世紀の比較数量テストへの変化の一例と言えるかもしれない。参照「モートン・J・ホーウィッツ」樋口範雄訳『現代アメリカ法の歴史』七頁以下（弘文堂、一九九六）。

(54) 290 U.S. at 439–40.

(55) Richard A. Epstein, *Toward a Revitalization of the Contract Clause*, 51 U. CHI. L. REV. 703, 738 (1984). Blaisdell 判決に対するこのような評価は一般的であるように思われる。See, e.g., Ely, *supra* note 43, at 382（「福祉権能例外が契約条項を飲み込んだ」）。なお、これに対して Samuel R. Olick, *Charles Evans Hughes and the Blaisdell Decision: A Historical Study of Contract Clause Jurisprudence*, 72 OR. L. REV. 513 (1993) は「Blaisdell 判決は、契約上の権利の憲法上の保護を骨抜きにしている」（*id.* at 516）と主張する。

(56) Wood v. Lovett, 313 U.S. 362 (1941); *Indiana ex rel. Anderson v. Brand*, 303 U.S. 95 (1938).

(57) Michael L. Zieger, Note, *Takings Law and the Contract Clause: A Taking Law Approach to Legislative Modifications of Public Contracts*, 36 STAN. L. REV. 1447, 1448 (1984). See also Note, *A Process-Oriented Approach to the Contract Clause*, 89 YALE L.J. 1623, 1623 (1980).

- (58) 431 U.S. 1 (1977).
  - (59) *Id.* at 24-25.
  - (60) *Id.* at 25-26.
  - (61) Allied Structural Steel Co. v. Spannaus, 438 U.S. 234 (1978).
  - (62) *E.g.*, James L. Kainen, *Nineteenth Century Interpretations of the Federal Contract Clause: The Transformation from Vested to Substantive Rights Against the State*, 31 BUFF. L. REV. 381 (1982); Epstein, *supra* note 53; Note, *supra* note 55; Note, *Rediscovering the Contract Clause*, 87 HARV. L. REV. 1414 (1984); Michael B. Rappaport, Note, *A Procedural Approach to the Contract Clause*, 93 YALE L.J. 918 (1984); Michael L. Ziegler, *supra* note 55; Stephen A. Siegel, *Understanding the Nineteenth Century Contract Clause: The Role of the Property - Privilege Distinction and "Takings" Clause Jurisprudence*, 60 S. CAL. L. REV. 1 (1986); Kmiec & McGinnis, *supra* note 52; Thomas W. Merrill, *Public Contracts, Private Contracts, and the Transformation of the Constitutional Order*, 37 CASE W. RES. L. REV. 597 (1987); Sterk, *supra* note 44.
  - (63) 一九八〇年代以降の契約条項に関する連邦最高裁判決については、参照、樋口・前掲註(11)二六三―二六七頁。なお、樋口は、「今後、一九七〇年代の二つの判決のような契約条項に基づく違憲判決が出される可能性がないかといえそうですが、いいない」という評価をしている(二六八頁)。また、近年の州財政の悪化に基づく公務員年金の減額が争われる場合を挙げて、「契約条項の現代的意義」を指摘している(二六九頁註三四)。
- なお、連邦による規制の事案であり、契約条項が直接適用される事案ではないものの、*United States v. Winstar*, 518 U.S. 839 (1996)も注目される。そこで問題となったのは、貯蓄金融機関(thrift)が経営困難な金融機関との合併に同意する見返りに、資本留保の計算に関して特定の規制基準を維持することで規制庁と合意していたところ、その合意によって保証されている主張られるところの会計手法のいくつかを認めない規定を含むFinancial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act of 1989(FIRREA)を連邦議会が採択したことであった。連邦最高裁は、相対多数意見ではあるが、貯蓄金融機関の連邦政府に対する損害賠償請求を認めた。FIRREAの制定に至る経緯・内容については、参照、安全潤司「アメリカの金融自由化の一断面」雄川一郎先生献呈『行政法の諸問題 下』四八五頁以下(有斐閣、一九九〇)。

## 二 ユールの契約条項論とその意義

### A エントレンチメント

ユールは、立法権の時間的限界という視角から、遡及立法の禁止と、反エントレンチメント原理とは統一的に理解でき、そして両者ともに、合衆国憲法上、採用されているものであると論じた。

しかし、そもそも、両者を統一的に理解する試みにどういう意義があるのだろうか。ユールは、次の二つの点を挙げている。第一に、

契約上の債権債務関係を害すること、立法拒否権、憲法修正手続、外国との条約の締結と破棄、内部規則を定める議会の権限といった論点を取り巻く討議の水面下に潜んでいるのは、ある立法府とその後継者との間の関係に関することである。もし我々がエントレンチメントの禁止の範囲・起源・論拠を理解するならば、そのような争点に内在的な競合する諸利益をより良く評価できるだろう。<sup>(64)</sup>

第二に、民主政プロセスの問題である。すなわち、

遡及性の禁止は、エントレンチメントの禁止同様、究極的には、立法権へ課せられた時間的制限に根ざしている。我々がこの共通の脈絡を認識したとき、我々は、財産権を剥奪し・法的期待を裏切り・経済的信頼をひっくり返す程度という観点ではなく、民主的プロセスにそのような法律が与えるダメージという観点から、遡及法の審査を始

めることができる。適及性に対して伝統的なアプローチをとる者たちは、反多数主義的武器で武装し、個人を共同体の必要や利益から保護しようとする。筆者のアプローチは、多数決原理と整合しそれを支持する、適及性への制限を記述しようとする。<sup>(65)</sup>

さて、「立法権の時間的境界」という視角を持ち出すときに、ユールが前提とするのは、議員が人民の代理人であるという認識である。ユールは、立法権の時間的境界の根拠を憲法改正について定めた合衆国憲法第五編に求める見解に満足せず、次のように説く。すなわち、立法府を構成する議員の選出が周期的な選挙によってなされるべきとされていることは、選挙された議員の権限も、その時間的境界を超えるものであつてはならないことを含意しており、そのことは、ルールの制定たる立法についても同様である、と。

このことは、一方で、過去の立法府の決定権限を、現在の立法府が篡奪してはならないという形で現れる。すなわち、適及立法の禁止である。他方で、未来の立法府の決定権限を、現在の立法府が篡奪してもならないことが導かれる。これがエントレンチメントの禁止である。

ユールは、エントレンチメントを、以下の四つに分類している。第一に、変更を絶対的に禁止する絶対的エントレンチメント、第二に、変更が特別な手続を踏むことを求める手続的エントレンチメント、第三に、一定の期間だけ変更を妨げる一時的 (transitory) エントレンチメント、そして最後に、定められた出来事の発生でのみ変更を許す条件付き (preconditional) エントレンチメントである。

ユールは、第二から第四については、合衆国憲法にその例を見いだすことができると指摘している。すなわち、憲法修正に特別多数を求める第五編は手続的エントレンチメントの、一八〇八年まで修正権を否定する第一編第九節第一項

及び第四項は一時的エントレンチメントの、そして、州の合意なしに上院における州の平等な選挙権を奪うことを禁じる第五編は条件付きエントレンチメントの、それぞれ、例である。<sup>(66)</sup>

## B 政府契約のエントレンチメント性

このような視角からは、後の立法府を拘束する政府契約もまた、エントレンチメントという問題をはらんでいるように見える。そこでユールは、政府契約に契約条項が適用されるという連邦最高裁の解釈について、「かかるアプローチは、原意にも、共和政体についての自分の理解とも、適合しない」として、疑問を呈する。<sup>(67)</sup>とはいえ、契約条項のこの解釈は確立したものであり、この点について争うのは風車に立ち向かうドンキホーテのようなものであると、ユール自身、認めている。<sup>(68)</sup>

ただし、ユールは続けて、アメリカ法において契約違反の救済方法として特定履行が原則として認められていないことを指摘した上で、「通常、政府がその債務履行拒否が発生させる金銭的損失を補償する以上の義務を負うべきである理由を理解するのは難しい」と述べる。<sup>(69)</sup>もっとも、金銭賠償を「主張する者たちは、主に、経済的効率性の点からそれを提言してきた」。<sup>(71)</sup>しかし、ユールにとっての、その魅力は、「よりプロセス指向的である」。<sup>(72)</sup>すなわち、「それは、その契約上の利益が侵害される者たちを保護しつつ、現在の立法府に、有権者の必要に応答する自由を与える」。<sup>(73)</sup>政府契約の不履行に対する救済が金銭賠償に限られているとすると、現在の政府には、過去の契約を履行するという選択肢の他に、補償を支払って契約を破棄するという選択肢も与えられているし、補償の費用が公共の必要を下回るならば実際にそうするのであらう。「結局、その選択は、人民の現在の代表にゆだねられており、以前の世代の代表によって決定されてはいない」。<sup>(74)</sup>

つまり、契約条項は、救済方法が金銭賠償に限定される限りで、そもそもエントレンチメントの問題を生じさせない、とユールは理解しているように見える。実際、ダナ (David Dana) とコニアク (Susan P. Konjak) は、ユールがそのような理解をしていたと評している。

規制契約は、その後の立法府が損害賠償が支払われる限り契約の満了日以前に法律を変更できるという点で、ユールが用いる意味では、一時的エントレンチメントには含まれない。規制契約はまた、条件付きエントレンチメントにも、ユールがその語の使用で意図したものとしては、含まれない。何らかの出来事の発生に廃止を条件付ける代わりに、規制契約は廃止する権限の行使に金銭的なコスト（お望みなら、税や許可料）を課す。規制契約がユールのカテゴリーからはみ出すのは偶然ではない。ユールは、規制契約を、契約違反の救済が特定履行である限りで、エントレンチメントとみなしていた。特定履行は、彼の一時的エントレンチメントにぴったり当てはまるであろう。<sup>(76)</sup>

そして、このような理解からは、契約条項の存在を立法によるエントレンチメントを合衆国憲法が認めていることの根拠の一つとするボズナーとヴァーミールの議論は間違っているということになる。<sup>(76)</sup>

しかし、本当に問題を消滅させるのか、議論がありうるところである。この点は三で検討することにして、その前に、契約条項違反の救済方法が損害賠償に限定される（べきである）という理解から、連邦最高裁の判例法理の無矛盾性に対する疑問に、一つの解答が与えられ得ることを確認しておくことにしたい。

### C 主権？

アメリカ合衆国においても、課税権が主権に含まれるという認識はある<sup>(77)</sup>。ところが、契約条項の文脈では、不可譲の権限法理において、福祉権能と収用権とが不可譲であるとされるのに対して、課税権はそうではないとされている<sup>(78)</sup>。このような区別の妥当性については、夙に強い疑問が呈せられてきた<sup>(79)</sup>。

しかしながら、前章で検討したユールの議論に従い、立法院は、公契約については、その不履行に対して特定履行を命じられることがなく、金銭賠償のみがありうる、とするならば、不可譲の権限と課税権との間の関係について、一定の説明ができるように思われる。

まず、収用権が不可譲とされている点である。金銭賠償を支払わなければ契約を履行しなければならない、ということは、金銭賠償を支払いさえすれば契約を履行しなくともよい、ということである。そして、このような選択肢が政府に認められていることが、一見したところ後の立法院の手を縛ることを以前の立法院に可能にする契約条項の存在を肯定するために、決定的に重要である。従って、政府には後の政府が金銭賠償によっても政策を変更できなくするような契約を結ぶことは許されない。

このことを収用条項の文脈に引き写して考えてみると、契約を賠償を支払って無効とすることは、財産を補償を支払って収用することと機能的にパラレルである<sup>(80)</sup>。そう捉えるならば、ある時点の立法院が、後の立法院の収用権の行使を禁じること、つまり、「収用権を売却する契約」を結ぶことは、そもそも許されない、ということになる<sup>(81)</sup>。つまり、エントレンチメントを防止することが、収用権が不可譲の権限とされている意味だと考えられる<sup>(82)</sup>。

また、この理解からは、収用権の役割に対する新たな理解が導かれる。すなわち、「政府が前任者たちの政策選択に拘束されないことの保証」<sup>(83)</sup>という反エントレンチメント原理の具体化である。従来、アメリカ憲法学において公用収用



は、財産権の侵害という視角から、すなわち、私人をいかに保護するかという視角から、論じられてきたように思われる。<sup>(84)</sup>これに対して、最近では、政府が政策実現のために財産を取得するのを可能にするための手段という観点も強調されてきているようであるが、<sup>(85)</sup>収用条項が不可譲とされていることから、それらに加えて、現世代の人民との関係での「民主的正統性」の確保もまた公用収用の機能に挙げられることになる。<sup>(86)</sup>

次に、福祉権能についていえば、それが不可譲であることは、収用法において福祉権能の行使には補償を要しないとされてきたことと、<sup>(87)</sup>整合的であるように思われる。福祉権能の行使による「収用」には補償を要しない、ということからは、福祉権能を行使しないことを内容とする契約は補償無しに「収用」できる、ということが導かれよう。そして、福祉権能を行使しないことを内容とする契約は補償無しに「収用」できるといふのと、福祉権能を売却する契約はそもそも無効である、<sup>(88)</sup>というのとは実質的に同じことである。

他方で、課税権が不可譲の権限には含まれないことは、金銭的成本と引換に立法府は過去の立法府の決定を覆すことができる、という視角から説明されるように思われる。まず、免税を約束した契約を補償によって収用することはナンセンスであろう。より根本的には、ユールの議論において示唆されているように、エントレンチメントの問題とは政策の選択が法的に可能かどうかであって、選択に伴う事実上の障害ないし費用の有無ではない、ということであれば、政策選択に係わる福祉権能の行使や収用と、「政府の正統な諸作用の行使にとって付随的であるが、それ以上のものではない」<sup>(88)</sup>課税とが区別されることに、もっともらしさは認めることができる。

註

(64) Eule, *supra* note 3, at 383.

(65) *Id.* ユールは、続けて、「いづれから楽観的にみれば、時間的命令論は、われわれプロセス指向的理論家たちが打ち込んできた

代表政府を取り締まるという目的にヨリ役立つだろう」と記す (*id.* at 383-84 (footnote omitted))。

- (66) *Id.* at 385. ただし、ユールの論文の「主要な主題は、立法によるエントレンチメントの正統性であって、憲法によるエントレンチメントのそれではない」(*id.*)。なお、憲法によるエントレンチメントの問題については、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』一六六頁以下(日本評論社、二〇〇一)において詳細な分析がなされている。

- (67) *Eule, supra* note 3, at 423.

- (68) *Id.*

- (69) アメリカ法における契約違反の救済方法については、参照、樋口範雄「契約を破る自由について」[1983-2]『アメリカ法二一七頁以下、同「契約の特定履行——英米救済法研究の覚書として——」伊藤正己先生還暦記念『英米法の諸相』(東京大学出版会、一九八〇)六〇一頁以下。

- (70) *Eule, supra* note 3, at 424.

- (71) *Id.* (quoting Zigler, *supra* note 57, at 1459).

- (72) *Id.*

- (73) *Id.* ユールはここで、「それが立法府により大きな柔軟性を与えることを理由に損害賠償の救済を称揚する希な例」として、*Note, supra* note 57, at 928-29 を挙げている。

- (74) *Id.*

- (75) David Dana & Susan P. Konik, *Bargaining in the Shadow of Democracy*, 148 U. Pa. L. Rev. 473, 536-37 (1999).

- (76) ポズナーとヴァーミユールのエントレンチメント肯定論を反駁することを目的とする、John C. Roberts & Erwin Chemerinsky, *Entrenchment of Ordinary Legislation: A Reply to Professors Posner and Vermeule*, 91 Cal. L. Rev. 1772 (2003) ㉔「救済が損害賠償に限られていることを論拠の一つとして挙げている(「立法府は以前の立法府の契約上の約束によって拘束されると裁判所が認定してきたとしても、救済は損害賠償に過ぎず、将来の機関が好まない立法スキームの執行ではない」(*id.* at 1781))。ポズナーとヴァーミユールに反論する Stewart E. Sterk, *Retrenchment on Entrenchment*, 71 Geo. Wash. L. Rev. 231 (2003) もまた、「裁判所は、概して、拘束力ある契約上の債務を負う当事者に履行を求めない。代わりに、裁判所は、債務者に、契約違反によって生じた損害を賠償するよう求める」ことを指摘している (*id.* at 235)。

- (77) See, e.g., *Knowlton v. Board of Supervisors of Rock County*, 9 Wis. 378, 387 (1859) (「課税権は、主権の本質的属性の一つであり、あらゆる政府の存立にとって内在的であって必要なものである」).
- (78) 一Bを参照。
- (79) See, e.g., Griffith, *supra* note 40, at 292 (1989) (「奇妙にも、West River Bridge 判決におけるその判示とは著しく対照的に、連邦最高裁は、課税権を、州が譲渡するものと見なしきつゝゐる。一八一二年に、*New Jersey v. Wilson* において、連邦最高裁は、契約条項は、州が Delaware Indians に購入した土地に付与した免税を廃止することを禁じていると認定した。課税権は、エミネント・ドメインや福祉権能がそうであるように、適正な政府作用にとって本質的であるのに、連邦最高裁は、不可譲の権限法理が影響力を獲得する前にマーシャル・コートが下したこの判決を決して破棄していない」).
- (80) 契約上の権利は財産権の一形式であり、かかるものとして、正当な補償が支払われる限り公共目的のために収用されうる」(*United States Trust Co.*, 431 U.S. at 19 n. 16).
- (81) 後から、収用権を売却する契約を「収用」することは、事実上、収用権を売却する契約を無効とすること同一であろう。
- (82) エントレンチメントの文脈における公用収用のこのような役割を指摘し強調するものとして、Christopher Serkin, *Condemning the Decisions of the Past: Eminent Domain and Democratic Accountability*, 38 FORDHAM URB. L.J. 1175 (2011) [hereinafter, Serkin, *Eminent Domain*]. See also Christopher Serkin, *Public Entrenchment Through Private Law: Binding Local Governments*, 78 U. CHI. L. REV. 879 (2011) [hereinafter, Serkin, *Public Entrenchment*].
- (83) Serkin, *Eminent Domain*, *supra* note 82, at 1176.
- (84) 収用条項が合衆国憲法に盛り込まれた経緯に鑑みれば、当然のこととは言える。その意義についての制憲期の認識に関しては、参照、中村孝一郎「アメリカ建国期における『公用収用』制度の成立とその意義——『議会による収用』原則の確立と『正当補償』要件の憲法化に照らして」*阪法五〇巻二号三二五頁* (二〇〇七)「アメリカにおける公用収用と財産権」(大阪大学出版会、二〇〇九)所収、七頁以下」。
- (85) 「エミネント・ドメインが、財産を集め、同意を拒む人に打ち勝つために政府が使用する主要なツールであることに、良かれ悪しかれ、今や、ほとんどの人が同意している」(Serkin, *Eminent Domain*, *supra* note 82, at 1176 (quoting STEVEN SHAWELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 124-25 (2004); Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *The Hidden Function of Takings*

*Compensation*, 96 Va. L. Rev. 1673, 1674 (2010); Nicole Stelle Garnett, *The Neglected Political Economy of Eminent Domain*, 105 Mich. L. Rev. 101, 138 (2006)).

(86) なお、伝統的に人権保障という視角から捉えられてきた条項に、政治プロセスの視点を持ち込むことは、遡及法の禁止についてのユールの議論に見られたところである。See *supra* text accompanying note 65.

(87) 公用収用と福祉権能の関係については、参照、高原賢治「アメリカにおける警察権能と公用収用権」法文論叢一四号一頁(一九六二)『財産権と損失補償』(有斐閣 一九七八)所収、七〇頁以下)、寺尾美子・前掲註(47)三四三頁以下。

(88) Stone, 110 U.S. at 820.

### 三 ユールの契約条項論に対する批判とその意義

#### A 金銭的負担のエントレンチメント性

もっとも、契約条項が与える救済が金銭賠償に限られる限り、エントレンチメントの問題は存在しないとするならば、そのような形で以前の立法府が後の立法府に金銭的負担を課すことには、何ら問題がなく、自由に行えるということになるだろうか。少なくともユールのエントレンチメント論は、そのような負担を課すことを制限する論理を与えないように思われる。

この点、以前の立法府が後の立法府に金銭的負担を課すことをエントレンチメントの一種と捉え、問題視する論者もいる。ダナとコニアクは、「以前の立法府によって現在の立法府の特定の政策選択に課された税はエントレンチメントである……われわれは考える。実際、われわれは、そのポイントはあまりに明白であるので、言うべきそれ以上のことが思いつかない」と述べている。<sup>(89)</sup>

マクギニス (John O. McGinnis) とラパポート (Michael B. Rappaport) もまた、政府契約をエンタレンチメントとして捉えている。マクギニスとラパポートは、「エンタレンチメントする手段が、それを廃止するのに必要なと同じ特別多数決の下で採択されるときに生じる」エンタレンチメントを「対称的エンタレンチメント」と呼び、それについては合憲であるという推定が働くとする<sup>(90)</sup>。対称的エンタレンチメントの典型は、憲法修正である。他方で、そうではない非対称的エンタレンチメントについては、反対の推定が働くとする。そして、立法府による財産権の創出と契約とを、非対称的なエンタレンチメントを、合衆国憲法が許しているもっとも重要な例として挙げている<sup>(91)</sup>。

しかしながら、金銭的な事実上の負担までエンタレンチメントに含めることにした場合、次のような疑問が生じる。例えば、政府が更地の公有地に庁舎を建設することを決定し、実際に建設がされたとする。そうすると、後になってその公有地を別の用途に用いることには、庁舎の取り壊しが必要であるならば、以前の建設決定がなく更地のままであった場合に比べて、費用がかさむことになる。しかし、このような場合に、以前の政府の決定がエンタレンチメントであって原則として許されないものである、と結論づけるならば、極めて多くの政府の決定が「エンタレンチメントであって原則として許されない」ということになるだろう。勿論、このような結論は受け入れたいものである。

この点、金銭的負担をもエンタレンチメントに含める論者は、ユールに比べると、エンタレンチメントが許される場合を広く認めているように思われる。マクギニスとラパポートは、少なくとも伝統的な財産権の創出と公債については、それらがもたらす便益故に正当化されると論じている<sup>(92)</sup>。

ダナとコニアクもまた、批判の主な対象としているのは、統治主体が一定の規制権限の行使を将来控えることの約束と引換に私人から金銭の支払いを受ける「規制的契約 (regulatory contract)」であって、エンタレンチメント効果をも有するあらゆる政府の行為ではないように見える。

## B 「売却」の限界

後の立法府の選択肢を法的にはなく事実上（金銭的費用の増大という形で）制約するものもエントレンチメントに含めるならば、そのようなエントレンチメントのうちで、許されるものと許されないものとの間の境界線をどのように引くかという問題が生じる。

この問題に関して、マクギニスとラパポートは、まず、「立法府による財産権の創出と契約」については、それともたらす便益故に正当化されると主張している。例えば、公債の発行は、「時を超えて公衆に便益をもたらしつづける資本財の有効な資金調達を可能にする。かかる契約が憲法上の保護無しに結ばれうるならば、この手法は、政府にとってのかなり高額な借り入れ費用に帰着しそうである」<sup>(93)</sup>。とはいえ、マクギニスとラパポートは、「私人に規制上のあるいは租税上の便益を与える契約の非対象的なエントレンチメントを許すことに関して懐疑的である」<sup>(94)</sup>。すなわち、

かかる契約の必要はほとんどない。なぜならば、政府に供給されるサービスは、金銭の支払いを通じて、有効に、かつ、より危険なく、補いうるからである。規制あるいは租税上の便益を与える契約は一九世紀の初期に頻繁に用いられたが、それらが引き起こした濫用はそれらのアドバンテージを上回っているように見える。それゆえ、かかる非対称的なエントレンチメントを認めないことには十分な理由がある<sup>(95)</sup>。

この箇所では、「私人に規制上のあるいは租税上の便益を与える契約」に反対する理由は、それらが「濫用」されたという歴史的事実に基づかせられている<sup>(96)</sup>。とはいえ、そもそも、マクギニスとラパポートは非対称的なエントレンチメントの原則的禁止の根拠として、非対称的なエントレンチメントに利点があるとしても、立法者たちの抱える次のような

問題が、その利点を上回るデメリットをもたらすことを挙げている。すなわち、①長期的な視点に立つて行為するインセンティブを欠くこと、②選挙民の見解を代表していない論点に関して自らの意見をエントレンチする誘惑に駆られること、③党派心によって軽率に振る舞う恐れがあること、そして、④利他的で非党派派であっても、将来の変化について過小評価する傾向があるかもしれないこと<sup>(97)</sup>である。これらの点は、「規制あるいは租税上の便益を与える契約」にも当然当てはまると考えられているだろう。

後の政策決定を法的に禁止するわけではないが金銭的負担を課す行為のうちで、許されるものと許されないものとを区別する、同様の理論的な説明は、ダナとコニアクの議論にも見いだすことができる。ダナとコニアクの規制契約批判の論拠は、一つには、契約違反の救済方法が金銭賠償に限定されていて、「規制契約は、他のエントレンチ的な手段すべてと同様に、主権を過去の多数派とその代表に移転させることによって多数決主義を脅かす」というものであるが<sup>(98)</sup>、加えて、「法の変更にどのくらいコストがかかるかをコントロールする能力を私的主体に与えることによって、規制契約が法形成権を私的主体に移転する」点も挙げられている<sup>(99)</sup>。そして、「政府は立法権を私的集団に委任できない」という原理は非委任法理に反映されていると、ダナとコニアクは主張する<sup>(100)</sup>。

このように、マクギニスとラポートも、ダナとコニアクも、ともに、金銭的負担の増大もエントレンチメントに含めつつ、許されるエントレンチメントと許されないそれとの間の境界線を引くという課題に答える際に、社会の一部の利益集団が自らの利益を促進するために公権力を用い、公益を犠牲にするのではないかという問題意識を主要なポイントとしていると評価できる。

### C 不可譲の権限法理の再検討

契約条項の法理にも、後の立法府の選択肢を法的ではなく事実上（金銭的費用の増大という形で）制約するものも、許されるものと許されないものがあるという認識、そして、それを区別するための手がかりを見いだすことができるように思われる。すなわち、不可譲の権限法理は、一定の権限についてはそもそも売却できない——後に「買い戻す」ことができて——とするものである。これは、契約違反に対する損害賠償という形で金銭的費用が、政府による決定の多くに付随するところの、以後の政府の決定に課す事実上の負担と同視できない場合があると憲法が認識していることを示唆しているといえよう。<sup>(10)</sup>

そもそも、不可譲の権限法理とは、異なる時点のいずれの立法府にも一定の権限行使を禁じるものである。そうであれば、そのポイントは、契約が公益にかなうものであるという立法府の判断を、一定の事項に関しては、カテゴリカルに信用しない点である、と評価できよう。

であるならば、問題は、なぜ、それらの事項については立法府の判断がカテゴリカルに信用のおけないものとされるのか、である。不可譲の権限法理の最初期の判決は、福祉権能に含まれるか否かという形式的な基準を立てるのみであって、その背後にある実質的考慮は必ずしも明確ではなかった。さらに、二〇世紀に入ってから福祉権能概念の拡大は、形式的区別の一貫した適用の可能性さえ疑わしいものとしていくように思われる。

不可譲の権限法理に即して、この点を議論しているのが、フィッシェル (Daniel R. Fischel) とサイクス (Alan O. Sikes) である。フィッシェルとサイクスは、「政府契約法の最も重要な構成要素の理論的基礎を研究し、経済的パースペクティブからそれらの賢明さを検討すること」<sup>(10)</sup>を目的とする論文において、不可譲の権限法理の働きとして、レント・シーキングを抑制することと、政府が新しい情報に対応する能力を軽率に売り払うのをできなくすることを挙げ



ている。

レント・シーキングについていえば、フィッセルとサイクスは、「初期の不可譲の権限判決の多くは、その後の立法院による独占の廃止にかかわっていた」ことを指摘する。<sup>(108)</sup> もっとも、不可譲の権限法理は「単に、軽率に付与された独占フランチャイズの廃止を許す法理よりも包括的なものであり」、「将来の規制を拘束する契約は、将来の経済的に無駄の多い過剰規制を妨げるために用いられ得る。そして、非生産的な契約が生産的な契約を圧倒することはアプリアリには明らかではない」ことを、フィッセルとサイクスは認める。<sup>(109)</sup>

そこで持ち出されるのが、「規制行為の知識に関する情報は時間がたつにつれて改善されうる」ことはあっても、劣化することはないということである。<sup>(105)</sup> そうであれば、現時点での（将来得られるものと比較してヨリ）不完全な情報に依拠して、将来の規制権限の行使を拘束するような約束をすることが望ましくない。

もっとも、これによって不可譲の権限法理を正当化することには、次のような想定が前提としてなければならぬ。すなわち、規制者が、「規制行為の知識に関する情報は時間がたつにつれて改善されうる」のみであることを知っているとすれば——それを認識することは容易であるように思われる——、にもかかわらず、あえて規制権能を売却する場合があり得るという想定である。しかし、なぜ、そのようなことがあり得るのだろうか。

この点については、「その答えは、代理人費用とレント・シーキングに関する周知の懸念にかかわってくる」とフィッセルとサイクスは答えている。<sup>(106)</sup> すなわち、

新規の情報に直面して望ましくないことがわかる政策によって傷つけられ得る市民たちがあまり組織化されていない——おそらくは、過小代表されている将来世代であるが故に、あるいは、不都合な情報が現実のものとなること

のそれほど大きくない可能性に比べて利害が小さいが故に——場合には、利益を得る者たち（典型的には、被規制産業）は現時点で十分に組織化されており、政府エージェントに報酬を与えることができるので、政府エージェントの側の、将来の規制の柔軟性を軽率にも売り渡してしまう傾向を容易に想像できる。<sup>(107)</sup>

そうすると、不可譲の権限法理についてのフィッシャーとサイクスの説明は、Bで検討した議論とも、利益集団論的懸念を共有しているといえよう。そして、また、一Aで論じた契約条項のもともとの趣旨とも平仄が合うものである。すなわち、憲法制定時に契約条項の適用対象として少なくとも念頭に置かれていたのは、私人間の契約に関して、一方当事者が、自らの利益追求だけを目的として、つまり、公益を目的とせず、公権力の力を借りて他方に負担を課す債務者救済法であった。

もっとも、債務者救済法の場合には、契約を「侵害する政府の行為」こそが、利益集団の政治的影響力の産物であり公益に反するものと把握されていたのに対して、不可譲の権限法理の場合に問題となるのは、そもそもの「契約」それ自体が利益集団の政治的影響力の産物であって公益に反するものと把握される、という点が異なっている。しかし、ベースにあるのは、利益集団による公権力の篡奪への懸念という点で共通している。

#### 註

(68) Dana & Koniak, *supra* note 70, at 537 (footnote omitted).

(69) John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Symmetric Entrenchment: A Constitutional and Normative Theory*, 89 Va. L. Rev. 385, 388 (2003).

(91) *Id.* at 431.

- (92) *Id.* at 431-35. この論文の目的は、「立法エンタレンチメントについてのボズナー教授とヴァーミュール教授の賛成論に挑戦し、エンタレンチメントの新しい理論を提示する」ことである (*Id.* at 386)。そして、マクギニスとラバポートは、「驚くべきことに、ボズナー教授とヴァーミュール教授は、合衆国憲法が許容している非対称的なエンタレンチメントの最も重要な例である、連邦議会の新しい財産権を創設する能力を扱っていない」と主張する (*Id.* at 431)。
- (93) *Id.* at 435 (footnote omitted).
- (94) *Id.* at 436.
- (95) *Id.* (quoting HENRY CARTER ADAMS, *RELATION OF THE STATE TO INDUSTRIAL ACTION* (1887), reprinted in *TWO ESSAYS BY HENRY CARTER ADAMS* 57, 114-25 (Joseph Dorfman ed., 1969)). この箇所に続けて、マクギニスとラバポートは、「重要なことに、一九世紀を通じて生じた伝統的な憲法ルールは、この理解を大いに反映していた。なぜならば、それは、政府がその主権的権限を契約によって手放すことはできないと強く推定していたからである」と記して、Stone判決を引用している。不可譲の権限法理をこのような視角から捉えることは、三〇で議論する。
- (96) *Id.* at 436 n. 165.
- (97) *Id.* at 423-25.
- (98) Dana & Koniak, *supra* note 75, at 539.
- (99) *Id.*
- (100) *Id.* (quoting A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495, 539-42 (1935) (事実上ほとんど全てのアメリカ産業に公正競争基準を適用する規約を定めること)の「私人に対する立法権の委任を無効とする」); Susan Rose-Ackerman, *Consensus Versus Incentives: A Skeptical Look at Regulatory Negotiation*, 43 DUKE L.J. 1206, 1216-17 (1992) (私的集団への政府権力の委任の憲法上の限界とこの点の重要な判決であるSchechter判決を議論し、「伝統的に、アメリカ民主制は政策決定の責務を私的集団に委任することに慎重であった」と述べる)。
- (101) なお、不可譲の権限法理と「公共信託理論 (public trust doctrine)」との間の密接な関係が指摘されている。公共信託理論とは、「州が保有する航行可能な河川の水面下の土地など」一定の property については、州は州民のために信託的に保有しているものであって、それに関する権限行使に際しては一定の制約を受けるのであり、なかんずく、売却することは許されない、とい

う判例法理である。参照、畠山武道「公共信託理論の展開（その1）」（その4）」判タ五四五号三〇頁、五四九号三四頁、五二五号五四頁、五五六号三六頁（一九八五）。

公共信託理論のリーディング・ケースは、福祉権能を不可譲の権限の一つとした初期の諸判決から一〇年あまり後の、*Illinois Central Railroad v. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892)であるが、「不可譲の権限法理は、自然資源についての公共信託理論の連邦最高裁による展開の基礎に横たわっていたように見える」（Kainen, *supra* note 62, at 385 (quoting Charles W. McCurdy, *Justice Field and the Jurisprudence of Government-Business Relations: Some Parameters of Laissez - Faire Constitutionalism*, 1863-1897, 61 J. Am. Hist. 970, 973 (1975))。

(102) Daniel R. Fischel & Alan O. Sykes, *Governmental Liability for Breach of Contract*, 1 Am. L. & Econ. Rev. 313 (1999).

(103) *Id.* at 341 (1999). フィッセルとサイクスはまた、『公共信託理論』は、明らかに、公衆を犠牲にして私益に独占を付与できる立法の危険に向けられていたように見える」とする。*Id.*

(104) *Id.* at 345.

(105) *Id.*

(106) *Id.*

(107) *Id.*

## おわりに

契約条項をめぐる以上の議論から、後の立法府に事実上の負担を課す立法府の行為のうちで許されるものと許されないものとを区別する場合に、考慮要素として利益集団というファクターがありうることが示された。実際、利益集団への懸念が契約条項の不可譲の権限法理に埋め込まれていると理解できることなどから、この認識はそれなりの説得力を有しており、今後、エントレンチメントの問題を検討していくときには、この認識をどう評価するかは避けては通れない。

い問題であるように思われる。<sup>(108)</sup> また、この議論の過程で、収用や財産権（の創設）もまた、エンタレンチメントの問題とかかわるという認識が得られたことも、収穫と言えよう。

もっとも、公債については、問題が残されているように思われる。振り返ってみると、公債発行こそがエンタレンチメントに関する近年の議論の中心論点であった。そもそも公債の何が問題視されているのかといえば、それは、将来世代への負担転嫁である。契約条項の法理は確かに異なるグループ間の不当な富の移転という問題を認識していたと評価することができるが、しかしながら、そこで意識されていたのは、同時代のグループ間での富の移転であった。それに対して、今日問題となっているのは、異なる世代間の富の移転である。そして、この問題は、二〇世紀のケインズ革命によって顕在化したものように思われる。そうであるならば、一八世紀生まれの契約条項や、一九世紀生まれの契約条項の諸法理が、この問題を捉えておらず、従って、何らかの解を提供するものではないとしても、不思議はない。この問題への対応は、改めて検討されるべきということになろう。

# 註

(108) 契約条項プロパーの事柄としては、それがもっぱら財産権の保護にかかわるものであるという見方に、新たな視角を提供するものといえよう。例えば、合衆国憲法の多くの条項が、利益集団の「むき出しの選好」以外の何ものでもない目的で公権力が行使されるという問題関心を共有しているとする Cass R. Sunstein, *Naked Preferences and the Constitution*, 84 *COLUM. L. REV.* 1689 (1984) においても、契約条項が、平等保護条項などと並んで「むき出しの選好の禁止」に仕えるものとして挙げられているものの、契約条項による保護の対象となる政府契約それ自体が利益集団政治の産物であり得るといふ認識は希薄なように思われる。

なお、アメリカ公法学において、利益集団立法への対処法として提案されてきたものについては、参照、拙稿「利益集団と立法（一）——反トラスト州行為法理をめぐる論争を手がかりに——」都法四一巻一号二九三頁、二九六頁以下（二〇〇〇）。