The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	米国法における公共信託法理の半世紀（二・完）：自然資源法における持続可能性への挑戦
Author(s)	松本, 充郎
Citation	阪大法学. 2021, 70(5), p. 17-54
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87317
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

米国法における公共信託法理の半世紀（二・完）

――自然資源法における持続可能性への挑戦――

松本充郎

一．はじめに
二．米国の判例法上の公共信託法理（以上、七〇巻二号）
三．公共信託法理をめぐる学説の対立状況
四．モノ湖事件後の米国水法における公共信託法理をめぐる実務上の展開
五．水ガバナンスにおける公共信託法理の半世紀（以上、本号）

三　公共信託法理をめぐる学説の対立状況

三―1　サックス説

一九七〇年サックス論文は、「自然資源法における公共信託法理：効果的な司法介入」という主題・副題が示す通り、自然資源法において公共信託法理が持ちうる機能について行政過程論・行政救済法・公物管理法的な議論を展開する。同時に、自然資源法における効果的な司法介入による民主的議論の活性化について検討し、二つの視点

の環境法政策全般への適用可能性を模索している。また、一九七〇年サックス論文と同年に刊行された『環境の保護』および約三〇年後の一九九九年に刊行された『「レンブラント」でダーツ遊びとは』を併せて読むと、サックス理論には、後者の傾向が強い。

日本の従来の研究の視点は、行政過程論および日本法的な公物管理法からの、米国の機能的な代替およびサックス理論の該当箇所の発見と分析に限られている。これに対して、サックスは、公共信託法理に基づく効果的な司法介入が反民主主義的でありうるとの批判への応答を通じて、環境法政策における司法介入が民主的議論を活性化するためには、憲法ではなく、法律同様の位置付けを与えられた環境権・公共信託法理を用いるべきであると説く。

まず、一九七〇年サックス論文は、議論の射程について、自然資源以外の文脈でも有効であると明言している。[53] また、同年に執筆された『環境の保護』は、湿地帯・森林・景勝地の回廊などの貴重な自然資源を破壊している行政決定を脱政治化するための戦略について論じている。これらの二点の著作は、一般的な環境問題の一類型である自然資源の利用・保全において、問題構造が共通であることから、司法介入による立法府ないし執行府への差戻しが民主主義を機能させるための救済方法として有効であると主張する。[54] しばしば、環境問題や消費者問題のように薄く拡散した利益の保護が問題になる場合、被規制者の利益は狭い業界団体の構成員に集中していることが多く、被規制者は公衆より相対的に低コストで立法府や行政機関と密接な関係を築き（鉄の三角形）、規制者を虜にしてしまう。民主的政治過程を正常に機能させるためには、意思決定への公衆の早期参加の仕組みに加えて、公衆が正しい情報にアクセスするための制度が不可欠である。[55] そして、米国では、反射的利益があれば原告適格が認められるため、市民が環境政策の形成過程においてイニシアティブをとるためには裁判が最も有効である。[56] 救済方法は、裁判所による判断代置ではなく立法府または執行府への差戻しである（義務付けではなく取消し・差止めを推奨す

る[57]）。

また、裁判所が憲法上の権利と宣言した環境権を根拠とする決定は、裁判所に最終的権限を与え、議会によって覆されない。これは、法律上の権利を執行する裁判所の決定は、その法律が憲法の条項と同じ文言を使っているとしても、事後の立法によってその判断を覆されるのと対照的である。ここで、ニューディール期以前の連邦最高裁が、重要かつ必要な立法を無効にし、憲法上の危機を作り出したことを思い起こすべきである。環境権を作り出す場合には、法律において規定すれば十分であり、憲法上の規定を置くことにより、環境に関する独裁者を作り出すべきではない。権利章典は、隔絶された構造的少数者に対して多数者が専制的に振る舞う場合に、裁判所に弊害を是正する権限を与えるものである。これに対して、環境上の問題は、組織化された少数者が引き起こす問題である。後者の問題に対しては、当事者の政治的・行政的手段を対等化する公の場が必要であり、対等化が裁判によって達成されるのであれば、裁判所はそこで介入をやめ、究極的決定は民主的政治過程に任せるのが適切である[58]。

さらに、米国法および学説における公共信託法理の適用対象は、日本法における公物管理法と重なる点は多いが異なる点も多い。すなわち、米国法において、一九七〇年サックス論文の段階とは異なり、カリフォルニア州は一九八三年の⑧モノ湖事件州最高裁判決において可航水路に影響を与える非可航水域にも公共信託法理を拡大適用した。日本法において、河川法の適用対象は河川管理者の指定により決定される（四条［一級河川］・六条）。また、サックス『「レンブラント」でダーツ遊びとは』は、公物管理法ではなく文化財における公共の権利と私人の権利（創作者の権利と所有者の権利）について論じた書物である。サックスの公共信託法理は、預かりものとしての公共信託財産の取り扱いに関する法理であり、公物には当然に適用されるが、公物でなくとも人類からの預かりものであれば適用される。

三―2　トンプソン説

バートン・トンプソン・スタンフォード大学教授は、財産権法・環境法・水法の権威であり、Montana v. Wyoming では連邦最高裁において特別報告者を務めた。水法のケースブック Legal Control of Water Resources: Cases and Materials（『水資源の法的管理』、註23）については、第四版までの筆頭編集者がサックスであり、第五版以降の筆頭編集者がトンプソンである。トンプソン曰く、公共信託法理については、保守派から批判があるものの、保守派にとっても議論を再構成すれば擁護可能である。[59]

まず、公共信託法理に対する批判として、トンプソンは、反多数者支配主義・無補償による財産権収用を正当化する迂回路になっていること・不明確さの三点を挙げる。[60]

第一に、公共信託法理は、しばしば、立法府や執行府の判断が同法理と衝突する場合に司法府の審査権限の根拠として援用され、反多数者支配的である―特に、司法部門が民主的部門より優れている財産権法の分野を切り出す試みである―と批判される。しかし、現実には、公共信託法理を援用する古典的な裁判例において、民主的部門と司法部門の対立は問題となっていない。例えば、①イリノイセントラル事件においては、議会自身が、鉄道会社に対する破格の条件での港湾等の譲与という判断の正しさを疑い、譲与対象を取り戻すために提訴した。また、判決も、「議会が州からこの港の統制および管理［権限］を剝奪し、私企業の手に完全に委ねることができるとは考えられない」としている。もっとも、公共信託法理を援用する現代の裁判例の中には、司法部門が政治部門の判断を覆せると示唆するものがある。例えば、ハワイ州の裁判例において、司法府は、立法府や執行府の判断を代置するべきではないが、立法府や執行府の活動をじっくり検討するものであり、司法府は立法府や執行府の「単なるゴム印として振舞うわけではない」と判示されている。[61]

第二に、現実に、多くの州裁判所が判示しているように、公共信託法理は、後述の⑩Lucas v. South Carolina Coastal Council 判決[62]および Palazzolo v. Rhode Island 判決[63]の後、無補償による財産権収用を正当化する迂回路になっている[64]。

第三に、不明確さという問題がある。公共信託法理は、司法府に対して、立法府の判断を覆し、私有財産の違憲な収用を行う権限を与えてしまう。古典的な公共信託法理の適用例には、感潮域および可航水路における公衆の用益権という明確な歴史に基づく伝統がある。

これに対して、現代的な公共信託法理の適用例には、感潮域および可航水路における公衆の用益権という伝統以外に、適用対象について明確な外延を示す先例がない。「特別な性格」「公衆の関心事」では適用対象に歯止めがない[65]。また、公共信託法理の適用例の多くは、法的根拠がコモン・ローなのか州憲法なのかが不明確である。多くの州裁判所は、公共信託法理の法的根拠が州憲法にはなくコモン・ローであることを示唆するが、司法府による立法府ないし執行府の判断代置が認められる場合には州憲法的である。しかし、法的根拠がコモン・ローであれば立法府の判断を縛れないはずである。さらに、旧植民地は英国国王の権利を承継したが、公共信託法理を西部諸州に拡大適用することは困難である。

トンプソンによると、公共信託法理には四つの中核的な原理――（i）行き過ぎた開発や国公有財産譲与の回避・（ii）私有財産制における共有財産の重要性・（iii）民主的意思決定の機会の確保・（iv）海洋および可航水路の特別な重要性――がある。公共信託法理を保守派からも受容可能な法理として再構築する上で、特に（i）および（iii）が重要である[66]。

（ⅰ）行き過ぎた開発や国公有財産譲与の回避

公共信託法理は、公共信託財産の開発や私的所有化を全否定しているのではなく、それらが均衡を失すること（行き過ぎること）を否定している。①イリノイセントラル事件判決は、州が、巨大な港湾を譲与することを否定しているのではなく、その所有権および規制権限を完全に放棄することを否定している。[67] また、⑧モノ湖事件判決は、「一つの考え方の体系を採用し他方を拒否することにより均衡を失した構造―この州の経済的発展に欠かせない流水専用を信託義務違反として非難するか、公共信託法理によって促進される価値を保護または考慮する義務を全否定するか―が生まれてしまう」（トンプソンが強調付加）とし、専用権制度および公共信託法理の均衡を重視している。[68]

（ⅱ）私有財産制における共有財産の重要性

私有財産制の下では、共有財産や公共用物が非常に重要である。第一に、航行可能な水域は、細分化されて私的に所有されている状態では、通商目的の旅行を行う場合の交渉費用が莫大であり、交通インフラとしての用をなさない。第二に、海洋や可航水路は、万人がアクセス可能なコモンズとして、個人や社会の成長にとって不可欠である。個人はコモンズの前では平等であり、コモンズは、社会の構成員が相互に交わる場として、健全な民主主義の発展に不可欠である。第三に、私有財産制は、持つ者と持たざる者の緊張だけではなく、持つ者同士の間の資源へのアクセスをめぐる緊張を生み出す。コモンズは私有財産をめぐる人々の間の緊張を緩和する役割を果たす。コモンズは、私有財産と共有財産のバランスをとる役割を担うコモン・ロー上の唯一の原理である。第四に、コモン・ロー上の原理には、ニューサンスという環境をめぐるバランスをとる原理があるが、公共信託法理は伝統的な公共信託財産の環境上の機能を保全する役割を担う。

（ⅲ）民主的意思決定の機会の確保

公共信託法理を援用する判決には、公共信託利益を保全するために必要であれば、裁判所が立法府や執行府の決定を覆す権限を持つと示唆するものがある。しかし、主要な判決の判決理由は、公共信託資源のバランスのとれた管理に不可欠な場合に、裁判所は、民主的裁量を制約するべきであると示唆しているのではなく、民主的裁量が行使される機会を保障するために働くべきであると示唆していると解するべきである。

すなわち、①イリノイセントラル事件判決の主な懸念は、シカゴ外港の私人への譲与ではなく、州の管理権限の喪失にあった。[69] また、⑧モノ湖事件判決も、「我々は、モノ湖の論争の最終的な結論の一歩手前で立ち止まる。我々は、特定の水資源配分を指示しない」「モノ湖の人間的・環境的利用は、州がそれらを保全する権限を持たないと誤解することによって破壊されてはならない」と述べ、判断代置は避け民主的議論に基づく意思決定の機会を確保している。[70] 公共信託法理の核心は、同様に重要な他の法原則と抵触しない限り、立法府および執行府が自由に公共信託的責任を果たすべきであるという点にある。

（ⅳ）海洋および可航水路の特別な重要性

裁判例や学説の中には、公共信託法理は、伝統的な適用対象である感潮域や可航水路を超えて拡大適用されるべきであると主張するものがある。しかし、公共信託法理の海洋および可航水路への適用については、歴史的に先行し慣習として生成した公衆の権利を保全するためだからこそ正当化可能である。また、海洋および可航水路は、通商・航行・漁撈において重要であった。今日では、交通手段の変化により通商・航行の重要性は大きく低下したが、豊かな生態系を育む場として、レクリエーションにおいて非常に価値が高い。さらに、海洋および可航水路等の公共用物には、コモンズとして所有管理されるべき理由があるからこそ、それらはコモンズとされている。以上の理

由から、コモン・ロー上の法理である公共信託法理は、公物法全体に拡大適用されるべきではなく、歴史的に認められた海洋および可航水路に限定されるべきであり、かつ、限定されて初めて正当化可能である。

公共信託法理は、四つの中核的原理を踏まえて、次のように再構築される。第一に、州議会および行政機関は、公共信託財産の管理において裁量を有するが、開発や譲与と公共信託的価値の衡量を行わなければならない（いずれの行き過ぎにも歯止めをかける）。第二に、公共信託法理は、州議会および行政機関に対して、私有財産が支配的なこの世界において、バランスよくコモンズを保全することを奨励する（公衆による公共信託財産の利用を促し、環境保全も重視する）。第三に、裁判所は、政治部門（立法府および執行府）の公共信託財産に関する決定を覆すべきではなく、政治部門の公共信託財産に関する管理権限を確認・保全するために、損失補償等の憲法上の制約を守りつつ公共信託法理を援用すべきである。第四に、裁判所は、公共信託法理を適用する際には、伝統的に認められてきた感潮域および可航水路を超えて拡大してはならない。

四つの中核的原理によって、公共信託法理の内容を明確化することができる。しかし、中核的原理が相互に抵触ないし衝突する場合、裁判所が公共信託法理をどのように適用すべきかは明らかではない。例えば、政治部門が公共信託的価値を犠牲にし、明らかに均衡を失した開発や公共財産の譲与を推進する政策を採用した場合、裁判所は、どのように振舞うべきか。トンプソンは、司法部門（裁判所）は、政治部門（立法府および執行府）の政策判断について、判断代置は禁止されるが、取消しや差戻しは可能であるとする。

三―3　小括

サックス説から見ると、①から⑧の全裁判例は、公共信託法理を適用すべき事案であり、かつ、適切な適用がなされていると評価されるが、トンプソン説における位置付けは異なる。

第一に、①イリノイセントラル事件判決の重要性は、（i）行き過ぎた開発や私有化の回避および（ii）民主的意思決定の機会の確保にある。トンプソン説が特に重視しているのは、（iii）州が管理権限を維持できるか・民主的議論の機会が確保できるかという点にあり、本判決は肯定的に評価されている。

第二に、②Gould事件判決は、コモン・ロー上の適用範囲である海または可航水路を超えて、公園に対して公共信託法理を適用しており、トンプソン説からは公共信託法理の適用は正当化されない。

第三に、④State v. Public Service Commissionは、保全より利用促進を重視しているものの、湖の性格を破壊するものではなく、許可は適法であるとした。サックス説からは、裁判所が五要素の考慮を通じて、立法府や行政機関に専門性を発揮させるものとして高く評価されている（二―2―2④）。トンプソン説からは、保全と利用の衡量という範囲で委員会の政策裁量を尊重しており、肯定的に評価されよう。⑤Muench v. Public Service Commissionは、公共信託財産である河川の流水専用許可の権限を州が自治体（郡委員会）に包括的に授権し、環境影響に関する事実認定なしに許可処分を行ったことを公共信託義務違反としている。トンプソン説からは、裁判所は州議会の明示的な立法判断を尊重すべきであり、本判決は勇み足と評価されよう。

第四に、⑥People v. California Fish Co.は、司法が立法判断を覆すことを示唆する。また、③Priewe v. Wisconsin State Land & Improvement Co.は、被告による湖からの排水の差止請求を認容した。可航水路である湖への適用であり、「判断代置をなげきつつ」（Defending at 171.『環境の保護』一九二頁）とするが、救済方法は差止めである。そして、⑦Marks v. Whitneyは、（適切にも）公共信託法理によって保護される利益を生態系保全まで拡大している点で特徴的だが、それ以外の点については先例通りの判断をしており、トンプソン説においても正当化されよう。さらに、⑧の救済方法は執行府（行政機関）への差戻しであり、民主的な議論を促進するものとして

正当化される（義務付けは正当化されない）。

公共信託法理の適用範囲（二―3（i）・三―2（iv））以外の共通点および相違点は、⑧モノ湖事件州最高裁判決の評価に明確に表れている。共通点としては、いずれの説も、司法による介入は、代表による民主的議論に基づく意思決定の機会を促進・確保する場合に限って支持されることから、環境問題を合衆国憲法の修正条項（第五修正・第九修正・第一四修正）の問題と扱うことに反対している。[71] 相違点は、サックスが司法介入を重視しておそらく多数意見を支持するのに対して、トンプソンは政治部門の権限の保全を重視する立場から、リチャードソン裁判官の反対意見支持を表明していることである。[72] そして、次節において検討するように、モノ湖事件後の公共信託法理をめぐる実務は、トンプソン説に近い。

四　モノ湖事件後の米国水法における公共信託法理をめぐる実務上の展開

四―1　公共信託法理への期待と現実

公共信託法理は、司法が立法や行政の活動に対する介入を正当化する役割（鉾の役割）とともに、行政が自己の活動を正当化する役割（盾の役割）も期待されてきた。公共信託法理の支持者は、司法が立法や行政の活動に介入する際の鉾としての役割に期待し、反対者は、裁判所による多数者支配の蚕食への懸念を表明してきた。[73] しかし、カリフォルニア州以外でモノ湖事件判決を引用しているのは、現在、ハワイ州のみである。[74] アイダホ州は、一旦、カリフォルニア州のアプローチに倣ったが、[75] 一九九六年には、アイダホ州議会は、州法改正により州内における流水占用および水利権への公共信託法理の適用を禁止した。[76]

オーウェンのカリフォルニア州の公共信託法理に関する実証研究は、次の事実を明らかにした。すなわち、カリ

フォルニア州においても、判決が公共信託法理を援用したケースは僅か三件―United States v. State Water Resources Control Board（ラカネリ判決［Racanelli Decision］）[77]・Tulare Lake Basin v. United States・Casitas Mun. Water Dist. v. United States[78]―にとどまる。これらのうち、判決が既存の水利権に基づく取水量の削減請求を認容したのは、United States v. State Water Resources Control Board のみである[79]。公共信託法理は、相対的には、裁判所の「鉾」としてより行政の「盾」として機能してきた[80]。

そこで、次に、オーウェンが言及した三件のうち、United States v. State Water Resources Control Board および Casitas Mun. Water Dist. v. United States を取り上げ、「なぜ、公共信託法理は裁判所の『鉾』としてより行政の『盾』として機能してきたのか」を検討する。

四―2　公共信託法理の判決における現実の機能―公共信託法理はなぜ裁判所の鉾として機能しにくいのか

まず、United States v. State Water Resources Control Board は、公共信託法理が裁判所の鉾として機能した唯一の事例である。

⑨　United States v. State Water Resources Control Board

セントラルバレー事業（ＣＶＰ）および州利水事業（ＳＷＰ）の水利権は、水を取水し使用する権利であって、流水を所有する権利ではない（州水法一〇二条）。水の利用は合理的でなければならない（州憲法一〇条二項）。ＣＶＰは一九〇二年連邦利水事業法に基づく連邦利水事業である。同法八条により、ＣＶＰの水利権は州法に従わなければならず、一九五八年および一九六一年に州水法に基づいて州水資源管理委員会（ＳＷＲＣＢ）の許可により取得された専用権である。また、ＳＷＰの水利権は一九六七年にＳＷＲＣＢの許可により取得された専用権である。ＣＶＰおよびＳＷＰは、ＳＷＲＣＢからデルタ（Sacramento-San Joaquin Delta）の水を取水するため合計三四件

の専用許可を取得し、デルタはこれらの利水事業の中継点として機能していた。

デルタ地域は、もともと海面より低く、海水の影響を受けやすい。近年まで、サンフランシスコ湾から流入する塩水のデルタへの浸入はデルタから海への河川による排水によって抑制されてきた。しかし、デルタにおける農業用水・工業用水・都市用水の取水により、塩水の浸入が特に夏季に激しくなった。

現在、水質の法的管理は、連邦法および州法によってなされている。一九四八年には連邦汚染管理法（Federal Water Pollution Control Act, FWPCA）が制定され、一九七二年には大改正が行われ（Clean Water Act, CWA. 通称「清浄水法」）、州の水質管理機関の許可なく公共水域への汚染物質の排出を行えなくなり、点源からの排出は発生源の末端において計測されることになった。さらに、カリフォルニア州では、水質管理に関する州法としてポーター＝コローニュ水質管理法（Porter-Cologne Water Quality Control Act）を制定した（一三〇〇〇条以下）。ＳＷＲＣＢは州の水質管理政策全般について責任を負う。また、ＳＷＲＣＢは地域ごとの計画を審査・承認し（一三二四五条）、九つの地域委員会は一六の流域について計画を策定するが（一三二四〇条）、ＳＷＲＣＢは地域委員会が策定した計画を上書きする権限を持つ（一三一七〇条）。

一九七八年には、ＳＷＲＣＢは、デルタおよびスースン湿地（Suisun Marsh）における塩分濃度および魚類・野生生物に関する基準に関する水質管理計画（本件計画）を策定し、計画は一〇年間効果を与えられ、一九八六年に再評価のための聴聞が計画された。同年には、ＳＷＲＣＢがデルタの水質基準の決定およびＣＶＰおよびＳＷＰの専用許可を変更する旨の水利権決定一四八五号（D1485）を行ったが、連邦内務省はＣＶＰの運用にあたりＳＷＰと協調して州法上の水質基準を遵守する義務はないと主張した。

これに対して、環境保護団体は、ＳＷＲＣＢが州だけではなく連邦のプロジェクトについて規制権限を有すると

ともに、州内の専用許可についても広範な規制権限を有するとして、本件計画における水質目標（本件目標）および水利権決定一四八五号における水利使用の変更許可の有効性に関する宣言判決および適法な基準策定の義務付けを求めて連邦政府を提訴した。一九八六年、連邦控訴審（ラカネリ判決）は、次のように判示した。

（i）州水資源管理委員会（ＳＷＲＣＢ）には、ＣＶＰおよびＳＷＰの規制権限がある。

Ⅱ　消費的利用の水質基準の執行

Ａ　プロジェクトに関するプログラムの有効性

（22）ＳＷＲＣＢの執行権限は明らかであるとは言い難い。確かに、ＳＷＲＣＢは排水の規制権限を明示的に授権されているが、海水の浸入による塩分濃度の過度な上昇は、「排水」には該当しない。排水の規制に該当しない場合、水質基準を策定する明示的な権限は他の機関の行為に対して勧告を行う権限に限られているように思われる。執行権限は―それが明確で直接的な命令や、差止め、民事賠償のような形をとる場合―汚染物質の排水を無許可で行うものに限られる（一三三二〇条・一三三三一条・一三三四〇条・一三三五〇条・一三三八六条）。……

法令上、水利使用者を規制する明示的な権限がない状況下では、ＳＷＲＣＢが利用できる主要な執行メカニズムは、水質悪化を惹起するような取水を管理する水利権の規制である。水質規制のための主要な責任は、水質および水利権決定の調整に関する許可を行う州にある。

カリフォルニアは、当然、ＳＷＲＣＢの排他的権限の中に水資源に関する機能を結合させた。この結合が標榜する目的は「水質と水量の考慮」が専用権の手続の不可欠の一部となることを保障することであった。（§174）

一九七八年の手続において、ＳＷＲＣＢは水利権に関する権限をデルタの水質基準を策定する手段として行使した。D1485において、ＳＷＲＣＢは、［ＣＶＰおよびＳＷＰという二つの］プロジェクトが保有する専用許可を変

更し、計画に含まれた水質基準を達成し続けるために輸出を削減しまたはデルタにより多くの水を放流することを義務付けた。

（ii）地表水の取水規制および水質管理について、SWRCBには、塩分濃度管理および水生生物保全その他の有益的使用のために、水質基準を策定し水利権を変更する権限があり、本件基準およびD1485は違法である。

B　水質管理基準を執行するために許可を変更する委員会の権限

開墾局および連邦との契約者は、SWRCBには、連邦開墾局がCVPの運用のために保有する専用権を変更しまたはこれに干渉する権限はないと強く議論する。彼らは一度専用許可が与えられると、それが最終性を持ち変更不可であると議論する。しかし、当裁判所は、この議論には同意せず、SWRCBの活動は、留保された権限および合理的でない利用を防ぐ権限という二つの独立した論拠によって支持できると結論付ける。

(25) SWRCBは、州水法上、留保された権限を持つが、これとは別に水の無駄遣い・不合理な利用・取水方法を防ぐためにその権限に基づいて許可条件を変更する権限を持つ。全ての水利権―専用権を含む―は、水利用は合理的でなければならないという憲法上の制限に服する（州憲法一〇条二項、州水法一〇〇条）。SWRCBはその政策を実施するべく権限を委任されている（一〇五〇条）。……その目的を達成するために、SWRCBは、新しい許可条件の付加を含めて、無駄や不合理な利用を防ぐため司法的・立法的または行政的手続の設定に必要な権限を与えられている。その上、CVPおよびSWPの全ての許可は、不合理な利用を防ぐというSWRCBの権限に服する（People ex rel. State Water Resources Control Bd. v. Forni 54 Cal. App. 3d 743, 753）。合理的利用か否かは、提示された状況の全体から判断される。

水資源の管理に関わる問題の範囲と技術的複雑さは、実質的に他のいかなる活動とも等置できない。何が水の合

理的利用に該当するかは、提示された全ての状況だけではなく、その時々の状況によっても変化する。…「個々の事件の状況において何が水の合理的利用であるか。その問いは超越的重要性に関する全州的考慮から独立には解決されえない」（Environmental Defense Fund, Inc., et al. v. East Bay Municipal Utility Dist., supra, 26 Cal. 3d 183, 194）。

Ⅲ　非消費的な流水利用のための水質基準の執行

(40) デルタにおける消費的利用の保全に加えて、ＳＷＲＣＢは、州法や連邦法において明示的に授権されている通り、魚類および野生生物を保全するために改訂版の水質基準を策定した。

ポーター＝コローニュ水質管理法は有益的利用の合理的な保護…を目的として水質基準の策定を義務付ける（一三二四一条）。保護の対象には、「魚類および野生生物その他の水生生物の保全および促進」…を含む（一三〇五〇条 subd.(f)）。同様に、連邦汚染管理法（FWPCA）は州の行政機関に対して、魚類および野生生物の繁殖のために、それらの利用や価値を考慮して水質基準を策定し定期的に改訂することを義務付ける（33 U.S.C. 1313(c)(2)）。したがって、ＳＷＲＣＢは、魚類および野生生物の保護のための基準を策定するという水質管理権限の範囲内で活動した。

(41a) 下記の手続において、開墾局は専用許可が一度行われると、ＳＷＲＣＢには専用許可を変更する権限がなく、魚類および野生生物を保護するための新たな基準は既存の専用権を毀損するものであると議論する。これらの議論は適切にも第一審によって否定された。…

(42) 争点は、National Audubon Society v. Superior Court, supra, 33 Cal. 3d 419によって明確に方向付けられている。

(41b) この事件において、公共信託法理の適用範囲を明確化し、次のように判示した。州は公共信託の受託者として、

公共信託によって保護される利益に対して有害な方法で水を専用する既得権を持たないように、州内の水について監督的な統制権を維持する（Id., at p.445）。(43)一度州が専用許可を行っても、公共信託は、専用された水の取水と利用に関して継続的な監督の義務を課す。公共の利益に鑑みて配分するという主権的権限を行使する際、州は、現在の知識に照らして正しくない場合や現在の需要から見て整合的でない場合には、過去に行った配分に関する決定にとらわれない。したがって、州は配分に関する決定を見直す権限を持つ。いかなる既得権もその見直しを妨げない。…

(41c)この画期的な決定は、開墾局の議論を直接反駁し、次の議論に確固たる基礎を与えるものである。曰く、州がＳＷＲＣＢを通じて専用許可について継続的に権限を持ち、過去に行った配分決定を自由に見直すことができる（National Audubon Society v. Superior Court, supra, 33 Cal. 3d at p.447）。…計画に含まれた魚類および野生生物を保護するという目的は、合理的な保護のレベルを提供するためにＳＷＲＣＢが決定しなければならない。その決定は、行政記録の審査や恣意的専断的行為の証明がない限り支持されなければならない。…

要約すると、ＳＷＲＣＢの評価の過程は、留保された権限の適法な行使であるばかりでなく、事後的に見ると、州の上級審によって認められた公共信託権限の適切な行使である。曰く、「州は、水資源の計画・配分において公共信託を考慮し、可能な場合には常に公共信託的利用を保護する積極的な義務を負う…」。…

結論として、当裁判所はＳＷＲＣＢが魚類および野生生物を保護するための水質基準が有効な権限行使によって適法に策定されたと考える。最終的職務執行令状を付与し、手続をＳＷＲＣＢに差し戻し、計画とD1485を取り消す旨の判決は、職務執行令状の発行を拒否する方向で破棄される。

判決は、このように述べ、清浄水法およびポーター＝コローニュ水質管理法を根拠として、州水資源管理委員会

（ＳＷＲＣＢ）の水質基準策定権限や利水事業（州利水事業［ＳＷＰ］だけではなく連邦利水事業［ＣＶＰ］も含む）の規制権限を肯定した。そして、既存の水利権に基づく取水量の削減を求める方向で規制権限を行使するよう命ずる際に、モノ湖事件判決における公共信託法理を援用し、ＳＷＲＣＢに差し戻した。[82] 公共信託法理は、環境行政法規を補完する形で援用されたからこそ、「裁判所の鉾」として機能したといえよう。なお、本判決後には、ＣＡＬＦＥＤベイ・デルタ計画と呼ばれる合意形成の試みが生まれ、二〇〇七年ごろまで続いた。[83]

次に、⑩ Lucas 判決および⑪ Casitas 判決の「行政の盾」としての機能について検討する。両判決の判旨は、次のように総括される。規制によって土地価格が完全にゼロになる場合には、正当な補償が必要な収用に該当する。しかし、規制が土地の価値を全て奪う場合であっても、コモン・ロー上のニューサンスにあたる場合や奪われる価値が所有者のコモン・ロー上の権利に含まれない場合には、補償は不要である。[84] ⑩ Lucas 判決後、公共信託法理は、損失補償請求に対する反論として援用される機会が増えた。[85] Tulare Lake Basin v. United States は、既存の水利権に基づく取水量削減請求を棄却し損失補償請求を認容した。これに対して、⑪ Casitas Mun. Water Dist. v. United States は、損失補償請求について、合衆国政府による公共信託法理に基づく反論を退けたが、成熟性がないとして却下した。

⑩ Lucas v. South Carolina Coastal Council[86]

原告は、一九八六年にサウスカロライナ州チャールストン郡において二区画の宅地を購入した。一九八八年には、サウスカロライナ州議会が海浜管理法（Beach Management Act）を制定した。同法の制定・施行は、原告が所有する二区画における居住用建物の建築を禁止する効果をもたらした。[87] 州裁判所の事実審は、同法による居住用家屋の建築禁止により、原告が所有する土地が「無価値」になったと認定した。本件において、当裁判所は、第五修正

および第一四修正にいう私有財産の収用に該当するか否か―収用に該当する場合には「正当な補償」の支払いを義務付けられる―の決定を迫られている。

規制によって財産権の制約が発生する場合には、損失補償の支払いが義務付けられる。第一に、物理的な「侵害」の場合には、損失補償の支払いが義務付けられる。第二に、規制によって経済的に有益的・生産的な土地利用が否定される場合にも、損失補償の支払いが義務付けられる。土地利用規制が現実に州の正当な利益を推進しないか、所有者の土地の経済的に実現可能な利用を否定する場合には、第五修正が規定する権利が侵害されたことになる。

我々は、このルールを正当化する理由を説明したことはない。簡単にいうと、ブレナン判事が示唆するように、所有者から見れば、有益的使用の完全な剝奪は、物理的剝奪と等価である。土地にとって収用にあたるものは利益にとっての何か。確かに、少なくとも、土地の生産的・経済的な有益的使用が許容されない例外的状況において、立法府が万人にとってのアドバンテージの平均的互換性の保証という方法で便益と負担を調整しているに過ぎないとの通常の仮定にふけることは現実的ではない。また、規制によって政府が無補償で私有財産の価値に影響を与えることを許容する機能的基礎は、……政府が全ての経済的に有益な使用を剝奪するという比較的稀な状況には当てはまらない。

逆サイドから見ると、損失補償の義務付けを積極的に支持することは、経済的に有益的または生産性のある選択肢を残さずに土地所有者を放置する規制……が、深刻な公的侵害を緩和するという装いの下で私有財産がある種の公的サービスという形に押し込められるというより高いリスクを伴うということである。

ブレナン判事は次のように説明している。「政府の視点から見ると、規制を通じて開放空間を保護することから

得られる公衆の便益は、公用収用という形式で野生生物保護区を創造したり、私有財産を水没させてダムを建設することにより電力の生産を増加させたりすることから得られる便益同様に大きいかもしれない。」

しばしば表明される信念―不動産の所有者が共通善のためとの理由で全ての経済的な有益的利用を犠牲にする、すなわち、彼の財産を経済的に無為な状態に留め置くよう求められる場合には財産権を収用されたことになる―には十分な理由があると考える。

確かに、既存の判旨の多くは、有害または不健全な利用（harmful or noxious uses）が政府による規制によって損失補償の義務付けなしに禁止されることを示唆している。サウスカロライナ州最高裁は、当該原理が本件を決定付けると結論付けたが、この判断は拙速に過ぎる。有害または不健全な利用原理は、収用には正当な補償が必要である旨の規定があるにも拘らず政府がなぜ規制によって無補償で財産権の価値に影響を与えてよいのか―州のポリスパワーの対象について明示的に認めている現実―について、裁判所が理論的な用語で説明するための初期の試みである。……有害または不健全な利用の分析は、土地利用規制が正当な州の利益を実質的に促進する場合には補償を必要とする収用に該当しない旨のより現代的な言明の原型に過ぎない。

初期の有害な利用の統制への焦点から、政府が無補償で規制を行える広い領域の現代的な理解への移行は簡単である。「侵害を防止する規制」と「便益を与える規制」の区別は、しばしば見物人の目から見たものだからである。……ある制約が隣接する区画からの「侵害」の緩和であるか「便益」の確保であるかは、その制約が重視する利用に関する観察者の評価によりけりである。……ルーカスによる所有区画上の単身世帯の住宅建設がサウスカロライナ州の当該区画周辺の生態資源に「侵害」をもたらすものであるか否かは、これらの資源の育成において州の利用利益が非常に重大であり全ての対抗する利用が譲歩しなければならない、と表現者が信じるか否かによりけりであ

る。

「有害な利用の禁止」が規制による価値の減少を支持するために必要なポリスパワー正当化の初期の定式化に過ぎず、「侵害的利用を防止する規制」と「便益を与える規制」の区別が、客観的で価値判断を離れたベースで困難であるとすると、有害な利用の論理が、補償を必要とする規制による収用から補償を必要としない規制による剝奪を区別する試金石とはなりえないことは自明である。……サウスカロライナ州最高裁のアプローチは、マオン（Mahon）事件による無補償で行使されるポリスパワーの限界に関する線引きを無効にしてしまう。

州が土地から全ての経済的な有益的利用を剝奪する規制を維持しようとする場合、資産の性格に関する論理的に先行する調査において禁止された使用に関する利益が彼の権利の一部に含まれないことを示すなら、州は補償に抵抗できる、と考える。これは収用をめぐる判例の判断と平仄が一致する。判例の判断は、彼らが財産への権利を得た際に取得した権利の束の内容に関する市民の理解および権利の束に関する州の権限によって、伝統的に導かれている。財産の所有者は、正統なポリスパワーの行使により州が新たに制定した様々な手段によって彼の財産の使用が時として制限されることを予見している。……しかし、［動産の場合と異なり、］土地の場合には、委員会が主張する、権利は州が全ての経済的に価値のある使用を排除できるという何らかの「黙示的制限」に服しているという見解は、憲法文化の一部となった収用条項に記録されている歴史的協定との一貫性に欠ける。……

コモン・ローの原理が申立人の全ての居住用家屋や生産的な土地改良の設置を防ぐとは考えにくい。コモン・ローの原理が土地の不可欠な利用の禁止を支持することは稀である。しかし、問題は差戻しにおいて扱われる原理は州法のそれであるということである。本件で勝訴するためには、サウスカロライナは、ルーカスが望む使用は公共の利益と矛盾するという立法府の宣言、または、コモン・ロー上の「他人の財産を侵害しない形で自らの財産を

使用せよ（sic utere tuo ut alienum non laedas）」という格言に反しないとの決定的な断言の申し出以上のことをしなければならない。我々は、州は独断で補償なしに私有財産を公有財産に変更してはならない、と述べた。サウスカロライナは、財産が現時点で見られる状況において彼が現在意図する使用を禁止するニューサンスおよび財産法の背景的原理を明らかにしなければならない。それを示すことによってのみ、州は、そのような有益的使用を禁止するにあたり、海浜管理法は何も収用していないと正当に主張することができる。

州最高裁へ破棄差戻し。［差戻し後、州最高裁は、ルーカスによる完全な収用に対する損失補償請求を否定する州法上の制約がルーカスの権利につき存在するか否かについて事実認定を行い、州裁判所はそのような制約なしと認定し、ルーカスの損失補償請求は認容された。］[88]

⑪ Casitas Mun. Water Dist. v. United States

カシータス市水区（以下「カシータス」）は、ヴェンチュラ川事業を運用している。同事業は、カリフォルニア州ヴェンチュラ郡―ロスアンジェルスの北西約六〇マイルに位置するカリフォルニア州南部の海岸沿いのコミュニティ―において、家庭・産業・農業を営む顧客に対して水を供給している。事業の目的を実現するために、原告は、ヴェンチュラ川からローブルズ・カシータス運河に取水するための構造物であるローブルズ取水ダムを運用している。……原告の顧客に給水される水はカシータス湖に貯水される。

原告による取水および水利使用は、州水資源管理委員会（ＳＷＲＣＢ）によって付与された免許によって管理されている。

一九五九年の完成以来一九九〇年代後半まで、カシータスは免許の条件に従って運用されていた。しかし、一九九七年八月には、国家海洋漁業局（ＮＭＦＳ）は西海岸スティールヘッドトラウトを絶滅の危機にある種の保存法

（ＥＳＡ）に基づく絶滅の危機に瀕した種に指定した。事業の運用によってスティールヘッドトラウトに害が生じた場合、カシータスは民事上または刑事上の法的責任を問われることになる。

二〇〇三年三月三一日、ＮＦＷＳは、生物学的知見を発行した。この生物学的知見は、生物学的評価における提案―ローブルズ魚道施設の建設および運用―は、スティールヘッドの継続的存続を危機に陥れないが、偶発的捕獲の可能性はあると結論付けた。生物学的知見は、カシータスおよび開墾局がスティールヘッドの偶発的捕獲を最小化するための非裁量的であり合理的かつ賢明な施策を実施した場合にはESA Sec.7(o)(2)に基づく責任を免除される旨の偶発的捕獲声明を含んでいた。また、生物学的知見は、ローブルズ運用基準と呼ばれる生物学的知見基準である流水レジームの実施を義務付けていた。この流水レジームは、スティールヘッドが上流の産卵場へ移動する時期にヴェンチュラ川において適切な水流を維持するため、原告がバイパスさせるべき維持流量を増加させるものであった。新たな基準の下では、魚類の移動増加期（毎年一月一日から六月三〇日）には移動を惹起する暴風雨（一五〇立方フィート以上）の後の最初の一〇日間は五〇立方フィートを超える流量の維持、また、ローブルズ取水ダムへの流入量が三〇立方フィートを超える暴風雨間の時期には三〇立方フィート以上の流量の維持が必要であるとした。さらに、生物学的知見は、魚類の移動増加期以外の時期には歴史的な一九五九年基準―一般的には二〇立方フィートが放流される―に戻ることを明記していた。

流水レジームは原告が一定期間にわたって義務付けられる放流量を歴史的な一九五九年基準である二〇立方フィートから生物学的知見基準に基づく五〇立方フィートに増加させるものであったが、生物学的知見は次のように示唆していた。ローブルズ施設における魚類保護作戦が、危機的な長期渇水の間もカシータス湖における貯水への影響を「最小化する」貯水池保護手段を発展させた。……

生物学的知見は、この章において記載された操作は魚道操作の開始から五年後以降に見直されると追加的に規定していた。

二〇〇四年一二月九日、カシータスは、魚がローブルズ・カシータス運河に入ることを防ぎ、ヴェンチュラ川に誘導されるようにするために、ローブルズ魚道施設を開設した。しかし、カリフォルニア・トラウト社（California Trout, Inc., Cal Trout）は、カシータスの免許を生物学的知見の要件に合致させるために、ＳＷＲＣＢに対して二〇〇四年一二月三一日に不服申立てを行った。

ＳＷＲＣＢは、Cal Troutに対して、州法上の義務と生物学的知見が発行されたＥＳＡ上の義務は重なるかもしれないが全く同一ではないとの意見を述べ、ＳＷＲＣＢは聴聞を実施することなく免許の条件を生物学的知見に合致させるように変更することはできないと助言した。ＳＷＲＣＢは、水利権の申請が最初に承認された時には公共信託的利用が考慮されていないと見られることから、また、南カリフォルニアスティールヘッドが絶滅危惧種リストに掲載される前に水利権の申請を承認したことから、カシータスの免許の条件の再考慮を保障できるかもしれないと認めた。しかし、他方で、ＳＷＲＣＢは、次のようにも指摘した。すなわち、カシータスは、スティールヘッドトラウトを保護するための他の規制による義務に服し、ＳＷＲＣＢが何もしないとしても保護策を講ずるという意思を明らかにした。これらの事実は、ＳＷＲＣＢが本件において公共信託手続を始めるべきか否かを決定するにあたっての要考慮事項である。Cal Troutの不服申立てに対する聴聞を支援するために、ＳＷＲＣＢは、Cal Troutに対して、生物学的知見において評価されている魚道・運用基準その他の施策の根拠となる全ての科学的証拠を提出するように要請した。

二〇〇五年一月、Cal TroutがＳＷＲＣＢに対して不服申立てを行っている間、原告カシータスは、被告合衆国

が生物学的知見に基づく運用基準の遵守を原告に強制することにより、開墾局は原告との契約を履行していないか、原告の財産を損失補償なしに収用しており第五修正に違反しているかのいずれかであるとして、当裁判所において被告を提訴した。魚道施設の建設費用および取水できなかった水の損失補償として、約九五〇〇万ドルを請求した。

二〇〇六年一〇月、当裁判所（合衆国請求裁判所）は、次のように述べて請求を却下した。第一に、合衆国政府が仮にカシータスとの間の債務を履行していないとしても、主権的行為の法理が適用され、政府は賠償責任を負わない。第二に、本件で問題となっている収用は、物理的収用または規制による収用のいずれの性格を有するか。規制による収用としての性格を有する。

ＩＡ　カリフォルニア州水法において補償の対象となる唯一の権利は、有益的使用を行う権利である。よって、第五修正に基づく規制による収用について正当な補償を得るためには、原告は、有益的使用が阻害されていることを示さなければならない。

Ｂ　被告は、スティールヘッドトラウトが、公共信託資源であること、および、カリフォルニア州がその保全に強い関心を持っていることを説得的に示した。さらに、一九五九年基準に基づく運用がスティールヘッドトラウトへの侵害を惹起していることも示した。しかし、一度は家庭用または灌漑用とされた水を魚類の必要に仕えるために振り向けることが公共の利益に適うということまでは証明していない。

モノ湖事件の基準に従って、「被告は、カシータスの様々な使用と生物学的知見において特定された使用の衡量において、魚に有利なものであることを示さなければならない」。しかし、このような証明は行われておらず、被告の反論は成功していない。

Ｃ「被告は、原告による損失補償請求に対する独立した防御として、公共信託法理および合理的使用に加えて、

カリフォルニア州魚類動物法五九三七条の適用を主張する。被告は、カリフォルニア州魚類動物局とカシータスの河床変更合意の条件としてダムの下流の魚が『良好な状態』である―五九三七条の要件である―ことを保障するために、原告が十分な水量をバイパスすることを義務付けられていると主張する。

被告の議論の難点は、生物学的知見の運用基準が、カシータスに対して五九三七条と同じ制約を課していると仮定していることである。しかし、五九三七条は、生物学的知見と五九三七条が一つで同じ要件であるか否かを決定するための定量的基準を規定していない。五九三七条は『良好な状態』を定義しておらず、ダムの下流のどれだけ離れた場所まで魚にとって良好な状態でなければならないかを示してもいない。」……

Ⅲ　一九五九年基準に代わって生物学的知見基準が採用された結果として、現実または潜在的顧客への給水量が削減された場合には、カシータスの有益的使用が影響を受けたことになる。N.W. Louisiana Fish & Game Pres. Comm'n v. United States, 446 F.3d 1286 (Fed. Cir. 2006).……しかし、「原告は、生物学的知見の結果としてカシータスによる給水の削減が現実に行われたとの証拠を示していない」。本件損失補償請求は成熟性に欠ける。却下。

オーウェンは、適用要件や適用手続が明確ではないことや、適用の前提としての情報収集に関する権能が不十分であることから、公共信託法理の裁判所の鉾としての使い勝手は良くないと評価している（後掲**四―4**。確かにカシータスにおける適用要件は明確ではない）。

四―3　行政の盾としての公共信託法理

カリフォルニア州の州水資源管理委員会（ＳＷＲＣＢ）に関する実証研究において、公共信託法理は、どちらかというと、裁判所の「鉾」ではなく、行政の「盾」として機能してきたことが認められている。一九八四年から二〇一〇年にかけて、ＳＷＲＣＢは、六二件の決定のうち五六％・五五九件の命令のうち四三％（決定および命令を

あわせて四四％）において、公共信託法理に言及した。また、五〇％の決定および八％の命令（決定と命令をあわせて一二％）において、ＳＷＲＣＢが自己の活動や活動制限の正当化の根拠として公共信託法理を援用した。[89] 最も多いのは、専用許可の条件としての最低流量（維持流量）確保の義務付けである。また、公共信託財産への影響がある場合には、新規の専用許可処分が行われていない。[90]

注目すべき点は、公共信託法理が援用される場合には、必ず制定法（環境行政法規）が併用されているということである。州法では、水利使用に追加的な制約を課す際にはカリフォルニア環境質法（ＣＥＱＡ）が、資源や野生生物保護の根拠としてはカリフォルニア魚類鳥獣法（California Fish and Game Code）・カリフォルニア水法（California Water Code）が、それぞれ援用されている。連邦法の中では、ＳＷＲＣＢが、公共信託法理の救済手段として絶滅の危機に瀕した種の保存法（ＥＳＡ）の遵守を命じたケースもある。

もっとも、モノ湖事件判決は、ＳＷＲＣＢは公共信託法理に基づき既存の権利の見直しを行う権限をも有するとしたが、同程度まで踏み込んだのは⑨ United States v. State Water Resources Control Board（ラカネリ判決）のみである。

総括すると、モノ湖事件後のカリフォルニアの水資源管理において、公共信託法理はモノ盆地の環境改善において重要な役割を果たしたが、カリフォルニア州全体に広く影響を与えたわけでも、環境行政法規の役割を超えるものでもなかったといえよう。

四―4　モノ湖事件後の米国水法における公共信託法理の評価

では、なぜ、カリフォルニアの水資源管理において、公共信託法理の役割は限定されているのだろうか。

公共信託法理は、手続上の義務を課さないため、同法理を適用するためには他の法令の手続を借りるしかない。

例えば、水利権の専用許可手続については州水法を、環境影響評価についてはカリフォルニア環境質法（ＣＥＱＡ）の手続を、それぞれ適用することになる。[91] 公共信託法理に適用手続がないことは、二つの文脈で―行政手続および情報収集という点から―問題である。

第一の課題は、行政手続上の問題であり、二点指摘されている。[92] まず、水利権者が、単に既存の権利を行使し、新規申請や専用許可申請を行っていない場合には、州水法やＣＥＱＡの手続は適用されず、これらの法令に基づく公共信託財産への影響評価は行われない。公共信託法理に適用手続がない以上、何も起きない可能性が高い。次に、環境行政法規の手続は適用されるが、法令上、州水資源管理委員会（ＳＷＲＣＢ）に手続への参加が義務付けられていない場合がある。例えば、水利権者は、しばしば絶滅の危機に瀕した種の保存法（ＥＳＡ）七条の協議手続に参加することになる。この手続において、魚類野生生物保護局または海洋漁業局が、提案された活動が保護された種を絶滅の危機に瀕した状態に追いやるか否か、または、不可欠な生息地を悪い状態に改変するか否かを評価することになる。協議の過程において、連邦政府の活動による公共信託財産への影響について実質的な記録が行われる。水利権者やＳＷＲＣＢにとって重要な公共信託義務の評価を行う機会を提供する。しかし、協議は連邦法に基づき連邦行政機関が行う連邦法上の手続であるために、ＳＷＲＣＢは参加義務を負わない。ＳＷＲＣＢは、既存の水利権について再考することによって協議に参加することは可能だが、そのような反応を示すことは稀である。

上記の問題については、それぞれ解決策が提案されている。[93] 前者については、既存の権利についても公共信託財産への影響について定期的に見直しを行うスケジュールを設定するべきである。後者については、連邦法上の意思決定過程において既存の水利権が公共信託財産に与える影響が評価される際には、ＳＷＲＣＢが意思決定過程に自主的に参加すればよい。確かに、スタッフにとって予算・労力・時間の制約はあり、論争に巻き込まれることもあ

ろうが、環境破壊的な水利使用が既存の法令に基づいて見直されるまで放置されるよりはましである。

第二の課題は、情報収集における制約である。[94] 公共信託法理も、他の環境行政法規と同様、適切な情報なしには運用できないが、情報収集の仕組みはない。とはいえ、他の法令の手続を使えば、問題を克服できないわけではない。州水法は、新規の専用許可申請または既存の水利権について変更許可の申請を行う場合には、情報提供を義務付けている（一二六〇条）。ＣＥＱＡも、新規の水利使用について、申請者に対して情報開示を義務付ける（カリフォルニア州公共資源法二一〇〇〇～二一一七七条）。[95] ＳＷＲＣＢは、情報が不足していると判断する場合には、申請者に対して追加的に根拠となる情報の提出を要求し、または、異議申立人は追加的情報を提供することができる。連邦法の中では、ＥＳＡ七条の協議の規定が、既存の水利権に基づく水利使用の公共信託財産への影響について情報を生み出す可能性がある。

もっとも、変更許可の目的が取水点または取水の目的の変更ではない場合には、ＳＷＲＣＢには、申請者に対して追加的情報を要求する権限はない。短期の水取引については、ＣＥＱＡの手続の適用が除外されている（州水法一七二九条）。公共信託法理は、取水による公共信託財産への影響を継続的に再評価する義務を課すが、[96] 実効的なメカニズムを欠いている。

カリフォルニアにおいて、公共信託資源への脅威には事欠かず、水利訴訟が少な過ぎるということはないが、訴訟において、公共信託法理が画期的な役割を果たした例も少ない。これに対して、ＳＷＲＣＢおよび他の行政機関におけるモノ湖事件後の三〇年間の実務の検討からは、行政過程の方が改革の場として有望であることがわかる。

ＳＷＲＣＢは、既存の権利の見直しではなく新規の申請や申立てにおいて、公共信託法理を適用することによって公共信託財産を保護している。また、殆どの場合、公共信託法理を単独で適用するのではなく環境行政法規を併

用している。公共信託法理が、環境行政法規と併用される背景には、環境行政法規のような手続が整備されておらず、適用に必要な情報が不足しているという事情がある。モノ湖事件をめぐる実証研究からは、公共信託法理の「実効性」は、強いていえば司法による判決ではなく行政による命令または決定に求められるが、総じて限定的であるとの評価が妥当であるということになろう。

翻って、環境法律家の世界において、公共信託法理の支持者も反対者も、公共信託法理に基づく「実効」的介入の範型をBrown v. Board of Education[97]のような判決による司法介入に求めてきた。しかし、「実効」的介入の「実効」性は、判決が環境行政法規の立法改革や運用改革を促した点に求めるのが素直ではないか。

五　水ガバナンスにおける公共信託法理の半世紀

本稿では、米国において、公共信託法理をめぐり、半世紀にわたって戦わされた議論を検討した。公共信託法理の内容は、拡大適用説をとるか、拡大適用慎重説をとるか、いずれとも異なる立場をとるかによって異なるが、本稿は、米国の文脈では⑧モノ湖事件判決のリチャードソン裁判官の部分的反対意見・トンプソン説を支持するものである。

まず、第二章では、サックス一九七〇年論文・『環境の保護』・畠山論文およびそこで頻繁に引用された裁判例・モノ湖事件判決を手掛かりとして、畠山武道が挙げた構成要素――**二―3**（i）適用範囲・（ii）保護される公共的利益の種類・（iii）実体的効果・（iv）手続的効果・（v）環境訴訟への影響――があることを確認した。

拡大適用説は、公共信託法理について、少なくとも、（i）適用範囲として、「（a）海浜、渚（干潟）、湖沼、河川」、「（b）公園、道路、公有地」、「（c）野生生物、天然資源、大気、水」、「（d）私有地にも適用されるか」の

うち、（a）および（b）の全ての要素と（c）野生生物が、（ii）保護される公共的利益の種類としては、通商・航行・漁撈・レクリエーション・生態系保全が、それぞれ含まれると主張していることを確認した。また、（iii）実体的効果として、（a）公共信託財産の譲与制限、（b）譲与による公共の利益の促進の有無、（c）公共的な利用の保護、（d）受託者による最も損害の少ない行為の選択、（e）適切な代替案がない場合の侵害禁止、（f）公共信託財産譲与後の公衆の通過権の保障を挙げる。そして、（iv）実体的効果を達成するための手続として、（a）立法趣旨の厳格解釈・（b）私人への包括的な権限付与の禁止・（c）より広範な意思決定手続の採用・（d）包括的水利用計画の策定を挙げる。さらに、（v）環境訴訟への影響として、（a）原告適格の拡大・（b）裁量統制基準の明示・（c）立証責任の転換を指摘する。

次に、第三章では、公共信託法理に関するサックス説（拡大適用説）の批判学説として、トンプソン説（拡大適用慎重説）の主張を確認した。すなわち、公共信託法理は、保守の立場からも、**三―2**（i）行き過ぎた開発や国公有財産譲与の回避・（ii）私有財産制における共有財産の重要性・（iii）民主的意思決定の機会の確保・（iv）海洋および可航水路の特別な重要性に鑑みて、再構成および擁護が可能である。しかし、これらの四つの原理に照らして正当化できない場合には、公共信託法理の拡大適用には慎重であるべきである。

そして、公共信託法理の構成要素のうち、裁判例および学説において共通了解があるのは、**二―3**（i）適用範囲として（a）海洋および可航水路、（ii）保護される公共的利益の種類として通商・航行・漁撈・レクリエーション・生態系保全、（iii）実体的効果として公共信託財産の譲与可能性の制限・（iv）手続的効果のうち私人への包括的権限付与の禁止・（v）環境訴訟への影響のうち（a）原告適格の拡大に限られることを確認した。公共信託法理の（i）適用範囲に公園や森林は含まれないことになり、公物法よりはるかに適用範囲が狭いものの、海洋・

海浜および河川の流域管理において極めて重要な法理と位置付けられることになろう。

続いて第四章では、オーウェンの実証研究を手掛かりとして、モノ湖事件判決が、その後の実務にどのような影響を与えたかを検討した。公共信託法理が、相対的には、裁判所の鉾ではなく行政機関の盾としての機能を担っていること、環境行政法規に比べると期待されたほどの役割を担っていないことを確認した。その理由として、公共信託法理には、行政手続上の問題と、適用の前提となる情報収集の点から使い勝手が悪いことが指摘されている。行政手続上の問題として、次の二点が指摘されている。第一に、水利権者が、単に既存の権利を行使し、新規申請や専用許可申請を行っていない場合には、州水法やカリフォルニア環境質法（ＣＥＱＡ）の手続は適用されず、これらの法令に基づく公共信託財産への影響評価は行われず、何も起きない可能性が高い。第二に、環境行政法規の手続は適用されるが、法令上、州の行政機関である州水資源管理委員会（ＳＷＲＣＢ）に手続への参加が義務付けられていない場合がある。

米国における議論を振り返ると、公共信託法理には、一方では、各時代の公共信託財産をめぐる政策決定において、社会的・経済的配慮に加えて環境配慮を統合することにより、共時的・通時的衡平の実現を図るという実体的機能がある。持続可能な発展は、各政策分野における経済・社会・環境という三つの観点の統合的理解を出発点とし、世代内および世代間の衡平の実現を究極的目標とする[98]から、公共信託法理は持続可能な発展の実現機能を持つといえよう。

他方で、公共信託法理には、政治部門による政策決定が公共信託的価値に十分配慮していない場合には、裁判所が政治部門の決定に介入する権限を付与するという手続的機能がある。日本の公共信託法理に関する先行研究は、手続的機能について十分吟味していないが、同法理の法規範としての位置付けおよび救済方法の選択によっては、

政策選択のための民主的議論を促進するが、多数者支配ないし代表民主制との衝突を齎すこともありうる。

裁判所は、原則として多数者支配を尊重するべきだから、構造的な少数者に関わる問題と原理的に解決するべき問題に限り、かつ、憲法または法律の特別の規定を根拠としてのみ、政治部門の判断を覆せると解するべきである。環境問題のうち、自然資源に関わる問題は、いずれの類型にも当てはまらない政策的問題だから、裁判所は、コモン・ローとして歴史的に合意のある対象を除き、政治部門（立法府および執行府）による公共信託財産に関する決定を覆すべきではない。公共信託法理は、損失補償等の憲法上の制約を守りつつ、政治部門の公共信託財産に関する管理権限を確認・保全したり、民主的意思決定の機会を確保・促進したりするためにのみ援用すべきである。

そして、公共信託法理の法規範としての位置付けと救済方法の選択は、論理的に深く関連している。公共信託法理の法規範としての位置付けについて、憲法と同等の位置付けを与える場合、裁判所は、法律に特別の規定がない場合でも公共信託法理を根拠として政治部門（立法府および執行府）の判断への介入が可能である（執行府だけではなく立法府の判断を覆せる）。これに対して、法律と同等の位置付けを与える場合には、公共信託法理を根拠とする政治部門への介入は、執行府に対してのみ認められる。さらに、救済方法としては、義務付けではなく、①イリノイセントラル事件判決および⑧モノ湖事件判決のように政治部門への差戻し（処分の取消しや差止めによる行政への差戻し）が適切である。

最後に、公共信託法理にどの程度の期待を持つべきなのだろうか。行政通則法（情報公開・行政手続・行政争訟制度）および環境法の通則的制度（環境基本法・環境影響評価法）に加えて、個別の環境行政法規が発展すれば、公共信託法理の守備範囲が広い必要はない。

本稿には、考察を深めるべきであったにも拘らず、十分な検討ができなかった点があるが、ここでは、下記の一

点だけを指摘しておきたい。本稿では、公共信託法理の法的位置付けについて、憲法上の権利（環境権）または法律上の権利（環境権）のいずれに倣って扱うべきかを若干検討したが、その際、合衆国憲法について検討したものの、州憲法については十分検討できなかった。州憲法上の環境権および公共信託法理について、非常に興味深い動きがある。[99] 前述のとおり、ペンシルバニア州憲法は環境権修正規定を有し（註44）、同州最高裁は、過去の裁判例（Payne v. Kasaab［註51］等）において環境権修正規定の自力執行力を否定していた。しかし、二〇一三年には、Robinson Township v. Commonwealth of Pennsylvania は、相対多数意見ながら、シェールガス・オイル採掘推進派が制定した州法について、環境権修正規定の解釈変更により、自治体条例によるシェールガス・オイル採掘規制の上書きを認めた（自力執行力を認めた）。[100] さらに、二〇一七年には、多数意見がこの解釈変更を追認した（Pennsylvania Environmental Defense Foundation v. Commonwealth of Pennsylvania）。[101] ペンシルバニア州憲法の環境権修正条項は、権利主体に将来世代を含め、保護法益に大気および水を含めている。また、二〇一三年以降の裁判例は、自治体条例による州法上書きの正当化根拠を、デュープロセス条項ではなく環境権および自治体の公共信託的責務に求めている。非常に重要な論点が多数含まれているが、今後の課題である。

【謝辞】 本研究は、科研費基盤研究（B）「自然空間の公物性に即した法制度のあり方：「知」の活用による法の執行に向けて」（研究代表者：三浦大介神奈川大学教授、課題番号19H01439）、科研費基盤研究（B）「気候変動への適応力のある社会システム構築に向けた法政策の理論分析」（研究代表者：宇佐見誠京都大学教授、課題番号17H02445）、科研費基盤研究（C）「水政策とエネルギー政策の関連性―比較法・国際法的考察―」（研究代表者：松本充郎大阪大学准教授、課題番号16K03438）および国際共同研究強化（B）「グローバル時代における漁業法政

策の日韓比較研究―国際規範の受容と伝統的秩序の変動」（研究代表者：児矢野マリ北海道大学教授、課題番号19KK0028）の成果である。

（53）*See Effective Judicial Intervention*, at 556–557.

（54）『環境の保護』一九五―二三三頁。

（55）『環境の保護』七四―七五頁（環境影響評価制度および情報公開制度の導入・有識者会議の創設・意思決定過程の早期における公衆参加を提案する）および一〇八―一〇九頁を参照。原告適格の拡大を提唱することと併せて、リオ第一〇原則・オーフス条約を想起させる。

（56）『環境の保護』一二三―一三〇頁。

（57）『環境の保護』一六八―一七七頁および一九五―二一二頁。

（58）『環境の保護』二五七―二六三頁。Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905) 以降ニューディール初期までの時期には、司法が第五修正や第一四修正に基づく積極的介入により、立法府が制定した労働者保護立法を覆した。この歴史的経験を踏まえて、United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938) の脚注四は、多数者の専制から構造的マイノリティを保護する場合に限り違憲審査権を行使できるとした。これに対して、少数者が引き起こす問題は、裁判のような公の場での議論による政治資源の対等化によって対応可能である。サックスは、第九修正が環境権を含意しているとの解釈改憲による司法介入についても同様の判断ミスがありうることから、環境権を憲法上の権利と位置付けることに反対する。また、環境問題の多くが少数者によって引き起こされることから、政治資源の対等化が裁判によって達成できるなら憲法上の権利とする必要はないとする。

（59）トンプソンは、保守派にも様々な立場があり、公共信託法理を支持する保守派が同法理を支持する理由も様々であり、公共信託法理に反対する保守派もいることに注意を促す。*See* Thompson, *A Conservative Reconstruction*, at 49 [fn 5 and 6]. Also *see* Barton H. Thompson, Jr., *Conservative Environmental Thought: The Bush Administration and Environmental Policy*, 32 ECOLOGY L.Q. 307 (2005).

(60) *See* Thompson, *A Conservative Reconstruction*, at 54–58.

(61) *See* in re Water Use Permit Applications, 9 P.3d 409, 455 (Haw. 2000). Also *see*, e.g, City of Berkeley v. Superior Court, 606 P.2d 362, 373 (Cal. 1980).

(62) 505 U.S. 1003 (1992).［土地の交換価値を完全に無にする場合には規制による収用に該当する］

(63) 533 U.S. 606 (2001).［土地の交換価値を完全に無にしない場合には規制による収用に該当しない］

(64) *See* McQueen, 580 S.E.2d at 119–120.（本件土地所有者であるMcQueenは、一九六〇年代に海岸にある二区画の土地［本件土地］を購入した。当時、周辺の区画には、防護壁が設けられていたが、本件土地には防護壁がなかったため土壌が継続的に流出し、面積の過半が干潟に戻り、危機的塩水湿地地域となった。一九九一年および一九九三年に、本件土地所有者は、海洋海岸資源管理局［OCRM］に対して本件土地について防護壁設置許可および埋め戻し許可申請を行ったが、不許可とされた。そこで、土地所有者は、本件土地は埋め戻されない状態では経済的に無価値であり、規制による財産権収用に該当するとして、OCRMに対して損失補償を請求した。州最高裁は、本件規制は本件土地の交換価値を完全に無にするものではなく、規制による収用には該当しないとし［LucasおよびPalazzolo］、干潟については州の公共信託財産であり原告の財産権に含まれないとして、請求を棄却した）Also *see* Esplanade Properties v. City of Seattle, 307 F.3d 978 (9th Cir. 2002) and R.W. Docks & Slips v. Wis. Dept of Natural Res., 628 N.W.2d 781 (Wis. 2001). フェデラリスト協会の環境法・財産権実務グループ（the Federalist Society's Environmental Law and Property Practice Group）は、公共信託法理の適用対象が私有地にまで拡大されると、第五修正の保護対象から外れることになるとの懸念を表明している。*See* Thompson, *A Conservative Reconstruction*, at 56.

(65) トンプソンは、公共信託法理の適用対象について、伝統的な感潮域および可航水路を超えて、公園・森林・湿地・野生生物その他の自然資源に拡大することを批判する。*See Id.*, at 58.

(66) *Id.* at 58–59.

(67) Ill. Cent. R.R. Co. v. Illinois, 146 U.S. 387, 450–55 (1892).

(68) Nat'l Auduban Soc'y v. Superior Court, 658 P.2d 709, 727 (Cal. 1983), at 727 (emphasis added).

(69) 「議会が州からこの港の統制および管理［権限］を剝奪し、私企業の手に完全に委ねることができるとは考えられな

う]。Ill. Cent. R.R. Co. v. Illinois, 146 U.S., at 453.

(70) Nat'l Auduboon Soc'y v. Superior Court, 658 P.2d, at 732. トンプソンは、リチャードソン裁判官の反対意見（*Id.*, at 733）の方が、多数意見より論理的に一貫していると指摘する。*See* Thompson, *A Conservative Reconstruction*, at 66.

(71) 『環境の保護』二六〇―二六三頁（Sax, *Id.* at 238-239）。*See* Thompson, *State Constitutions*, at 919, citing Environmental Defense Fund v. Army Corps of Engineers, 325 F. Supp. 728, 739 (E.D. Ark. 1971).［原告環境防衛基金は、合衆国憲法第五修正・第九修正・第一四修正および国家環境政策法等を根拠として、陸軍工兵隊を相手取って、アーカンソー州におけるダム建設差止めを請求したが棄却された］

(72) トンプソンは、合衆国憲法が規定する民主主義と司法審査の関係につき、プロセスを非常に重視する解釈を採る。*See* Thompson, *State Constitutions*, at 919, citing John Hart Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review (1980), at 88-101.（ジョン・H・イリィ［佐藤幸治・松井茂記訳］『民主主義と司法審査』（成文堂、一九九〇年）一四四―一五九頁）

(73) *See* James L. Huffman, *A Fish Out of Water: The Public Trust Doctrine in a Constitutional Democracy*, 19 ENVTL. L. 527 (1989).

(74) In re Water Use Permit Applications for the Waiahole Ditch, 94 Haw. 97, 9 P.3d 409 (註61). *See* LEGAL CONTROL, at 693.

(75) Selkirk-Priest Basin Ass'n v. State, 128 Idaho 155, 911 P.2d 748 (1995) and Idaho Conservation League, Inc. v. State, 128 Idaho 155, 911 P.2d 748 (1995).

(76) *See Id.*, at 679. Michael C. Blumm, Harrison Dunning and Scott W. Reed, *Renouncing the Public Trust Doctrine: An Assessment of the Validity of Idaho House Bill 794*, 24 Ecology L.Q. 461 (1997).

(77) *See* United States v. State Water Resources Control Board, 227 Cal. Rptr. 161, 169 (Ct. App. 1986). Brian Gray, *Ensuring the Public Trust*, 45 U.C. Davis L. Rev. 973 (2012).

(78) 49 Fed. Cl. 313 (2001).

(79) *See* 102 Fed. Cl. 443 (2011) and Legal Control, at 728-736.

(80) *See* Owen, *the Administrative State*, at 1102（一九九〇年代以降は、ＥＳＡをはじめとする制定法の適用方法が発展し、わざわざ公共信託法理に言及するまでもなくなったためと指摘されている）and Holly Doremus, *The Story of TVA v. Hill: A Narrow Escape for a Broad New Law*, in ENVIRONMENTAL LAW STORIES 112-114 (Richard J. Lazarus & Oliver O. Houck eds. 2005).

(81) *See* Owen, *the Administrative State*, at 1119-1135.

(82) *See* Owen, *the Administrative State*, at 1126 and NORRIS JR HUNDLEY, THE GREAT THIRST: CALIFORNIANS AND WATER-A HISTORY, REVISED EDITION, University of California Press,2001, at 404.

(83) 詳細は松本充郎「カリフォルニア州における利水施設の概要と大型公共事業計画の将来展望」阪大法学七〇巻三・四号五八五―五八八頁（二〇二〇年）の③セントラルバレー（メンドータ運河）のセントラルバレー事業（Central Valley Project, CVP）および④州利水事業（State Water Project, カリフォルニア導水路）を参照。

(84) *See* Carol Rose, *the Story of Lucas: Environmental Land Use Regulation between Developers and the Deep Blue Sea* in ENVIRONMENTAL LAW STORIES, Richard J. Lazarus and Oliver A. Houck, eds., Foundation Press, 2005, at 266-267.

(85) *See* Owen, *the Administrative State*, at 1126-1130.

(86) 505 U.S. 1003 (1992).

(87) 一九七二年には、連邦は海岸地域管理法（ＣＺＭＡ）を制定し、一九七七年には、サウスカロライナ州も、沿岸諸州として最後に海岸管理法（ＢＭＡ）を制定した。一九八八年には、他の沿岸諸州同様、サウスカロライナ州でも、海岸沿いの土地の土壌浸食が問題となり、ＢＭＡが改正された。同州では、海岸線が不安定であったため、過去四〇年で最大の浸食点から海岸線の基線を引き、居住用建造物の建築において基線からのセットバックを義務付け、基線から二〇フィート以内については居住用建物の建築を禁止した。*See* Rose, *Id.*, at 262-263.

(88) *See* 102 Fed. Cl. 443 (2011).

(89) *See* Owen, *the Administrative State*, at 1130-1131.

(90) *See* Owen, *Id.* at 1132-1133.

(91) *See* Owen, *Id.* at 1142-1143.

(92) *See* Owen, *Id.* at 1143-1146.
(93) *See* Owen, *Id.* at 1146.
(94) *See* Owen, *Id.* at 1147-1150.
(95) *See* CAL. PUB. RES. CODE (West 2018).
(96) *See Mono Lake Case*, 658 P.2d 709, 721-24 (Cal. 1983) (establishing this obligation).
(97) *See* Brown v. Bd. of Educ., 347 U.S. 483 (1954).
(98) 松本充郎「法の支配を通じた持続可能な発展」星野俊也・大槻恒裕・村上正直編『グローバリズムと公共政策の責任　第二巻』（大阪大学出版会、二〇一八年）一四九―一五七頁。
(99) 松本充郎「米国における州法および自治体条例によるシェールガス・オイル採掘規制の動向―ペンシルバニア州憲法における環境権規定の機能と限界―」上智法学論集六二巻三・四号合併号一九九―二一〇頁（二〇一九年）。
(100) 83 A.3d 901 (Pa. 2013) (plurality).
(101) 108 A.3d 140, 159 (Pa. Commw. Ct. 2015), rev'd, 161 A.3d 911 (Pa. 2017).

追悼の辞

松本充郎会員は、令和二年七月一五日にご逝去されました。ここに謹んで哀悼の意を表します。生前投稿されていただご遺稿を本号に掲載するにあたっては、国際公共政策研究科の同僚である大久保邦彦会員のご尽力を得ました。大久保会員に厚く御礼申し上げます。

大阪大学法学会