

災害復興における 個人の権利に関する憲法的考察

生活再建を中心として

池 田 恭 平

(法学専攻 法政リサーチ・コース
推薦教員：多田一路)

はじめに

第1章 実際の復興政策に見る「復旧」「復興」の課題

第1節 用語の定義

- (1) 「復旧」
- (2) 「復興」
- (3) 考察

第2節 実際の復興政策 宮城県の復興政策をみる

- (1) 宮城県震災復興計画
- (2) 宮城県復興住宅計画

第3節 問題意識

第2章 憲法が保障する「財産」について

第1節 財産権の意義

第2節 財産権二分論（「小さな財産」「大きな財産」について）

- (1) 財産権二分論
- (2) 小さな財産と生存権
- (3) 大きな財産と小さな財産

第3節 実際の復興政策との当てはめ（本稿で取り上げる「財産」は何か）

第3章 生存権論からのアプローチ 憲法25条1項・2項区分論の援用

第1節 生存権保障とその規範的意義についての初井常喜の見解

第2節 憲法25条1項・2項区分論

- (1) 判例の立場（堀木訴訟控訴審判決，昭和50年11月10日）
- (2) 憲法25条1項・2項区分論

第3節 小 括

第4章 本稿が位置付ける保障ないし補償の範囲

第1節 生活再建補償の法理

第2節 財産権二分論で足りるか

第3節 生存権論を用いて

第4節 考察（実際の復興政策との照らし合わせ）

おわりに

はじめに

本稿は、災害における復興政策を、憲法の観点から論じていこうとするものである。具体的には、復興政策において、個人が生活を送るために必要となる、守られるべき生活基盤について論じていこうとするものである。復興政策を行っていく中で、政策と個人の権利とが抵触する場合が起きてくる場合もあるだろう。その際、憲法上保障ないし補償¹⁾されなければならない個人の権利、特に日々の生活を行っていくのに必要な財産といえるものもあるはずである。そこで、本稿では、そのような財産を明らかにするとともに、保障ないし補償の範囲を明らかにし、その上限と下限を定めていくことを目的とする。本稿では、個人の生活基盤たる、住宅に関する保障が中心となってくる。

そのために、まずは本稿でいう「復旧」、「復興」といった用語の定義を明らかにしていく必要があると考える。「復旧」、「復興」の定義については、実際の復興政策や関連諸法や内閣府「復興対策マニュアル」から読み取っていく。

憲法からのアプローチの方法として、2つの観点から論じていきたい。1点目は、憲法29条により保障されている「財産権」からのアプローチである。ここでは、復興政策において保障ないし補償されるべき財産を、家屋といった個人が生活を送るために必要な生活財産と仮定して論じていきたい。財産権からのアプローチに関して言えば、古い考えではあるのだが、「財産権二分論」の考え方について触れることとする。社会性の大きさによって財産を2つに分ける考え方であるが、「本稿での財産とは何か」という疑問に対する答えを導き出すヒントとなると考えたからである。

もう1つのアプローチは「生存権」からのアプローチである。保障ないし補償を社会保障における「給付」と仮定し、その範囲を定める際、「生存権論」、すなわち「憲法25条1項・2項区分論」を援用する。ここで明

記しなければならないのは、生存権論から導かれる、従来の社会保障の法理論とは違う用い方をするということである。また、実際の復興政策を参考とするが、本稿では、東日本大震災の福島第一原子力発電所事故のような「原子力事故」やそれを起因とする「原子力災害」は具体的な震災の検討対象に入れないこととする²⁾。また、実際の復興政策について参考とするのは、国レベルについては、政府の関連諸法や内閣府の「復興対策マニュアル」であり、自治体レベルでは、月に一度復興状況について、定期的に公表している宮城県の復興政策を参考とすることにする。

なお、憲法理論を実際の復興政策に照らし合わせて検討する際、行政実務上行われる「生活再建補償」の法理を援用して論じることとする。

第1章 実際の復興政策に見る「復旧」「復興」の課題

第1節 用語の定義

本節では、「復旧」、「復興」の用語の定義を、災害対策基本法をはじめとする関連諸法、内閣府「災害復興マニュアル」から読み取っていくことを目的とする。用語の定義については、大田直史の先行研究があり³⁾、本章もその流れに沿うこととする。

(1) 「復旧」

災害対策基本法は、第6章において、「災害復旧」についての項目を記載している。しかし、「復旧」そのものの意義を明らかにしていない。同法の関連諸法である「公共土木施設災害復旧事業費国庫負担法」は2条2項において、「災害復旧事業」を「災害に因って必要を生じた事業で、災害にかかった施設を原形に復旧する（原形に復旧することが不可能な場合において当該施設の従前の効用を復旧するための施設をすることを含む。以下同じ）事を目的とするものをいう」と定義している。大田は、災害前の原形に復することをもって「復旧」としていると考えている⁴⁾。

(2) 「復 興」

法制上では、国が費用を負担する「復旧」の中心を、公共土木施設等のインフラを原状に復することが想定されている。この点では、内閣府（防災担当）作成「復興対策マニュアル」（2010（平成22）年12月）においては、「復旧対策」は、公共土木施設等を被災前と同じ機能に戻す「原形復旧」、再度の災害防止の観点から施設を新設・改良する「改良復旧」があるとしている。

災害対策基本法8条3項は、「国及び地方公共団体は、災害が発生したときは、すみやかに、施設の復旧と被災者の援護を図り、災害からの復興に努めなければならない」としている。ほかに、災害対策基本法34条1項に基づく中央防災会議の「防災基本計画」（2011（平成23）年12月修正）では、地震、津波、風水害および火山の各災害ごとの復旧・復興の方針として、「地方公共団体は、被災の状況、地域の特性、関係公共施設管理者の移行等を勘案しつつ、迅速な現状復旧を目指すか、又は災害に強いまちづくり等の中長期的課題の解決をも図る計画的復興を目指すかについて早急に検討し、復旧・復興に基本方向を定めるものとする」と定め、復旧、復興とを選択的に示すこととしている⁵⁾。

内閣府の「復興対策マニュアル」においては、「復興対策」とは、「被災地において、被災前の状況とを比較して『安全性の向上』や『生活環境の向上』、『産業の高度化や地域振興』が図られる等の質的な向上を目指すこと」、の両方を併せたものとしている⁶⁾。

(3) 考 察

以上のことから、大田は、法制上では明確な定義があるわけではないが、「復旧」とは、公共土木施設を中心とする災害前の状態・機能の迅速な回復であり、「復興」は、より中長期的に被災前に比した安全性の向上等の「質的向上」あるいは「地域振興を図る」ことを目指す諸活動をさすと想定していると考えられる⁷⁾。

復旧と復興は本質的に異なるものであるとし、すなわち、「復旧」はインフラの回復、「復旧計画」は、国、県、および市町村がそれぞれのレベルで内容を確定し直ちに実施すべきで、住民の意向を反映させる必要性が少なく、「復興計画」は、地域計画的性格を色濃く有するため災害後ある程度の時間を置いて被災住民の意向を可能な限り反映される市町村の復興計画が基本であり、国および県は補完的役割を果たすべきという見解を示している⁸⁾。大田も、この見解は、復旧と復興のあり方を考える上で重要な視点のひとつであると思われるとしている⁹⁾。

2011（平成23）年6月制定の東日本大震災復興基本法は、2条において「復興の理念」を、「単なる災害復旧にとどまらない」、「活力ある日本の再生を視野に入れた抜本的な対策」を掲げこれを旨とすると定めている。復興を日本経済再生と重ね合わせその契機と捉える「創造的復興」の視点である¹⁰⁾。「創造的復興」という言葉は、阪神・淡路大震災の復興計画の際、兵庫県知事によって提唱された言葉である。復興会議構想会議のメモでは、その内容を「もう一度津波にさらわれる家とまちの再建に終わってはならない。高台に住宅・学校・病院等を、港や漁業などの拠点は五階以上の強いビルを、避難できる丘の公園を、瓦礫を活用してつくる」と説明している。この「創造的復興」の理念は、震災1ヶ月後に菅内閣が復興構想会議開催を決めた閣議決定で定めた路線である¹¹⁾。本稿においては、「復旧」と「復興」について、以上の定義を進めていくこととする。そのように考えると、本稿においては、「復旧」よりむしろ「復興」を中心に論じていく必要があるのではと考える。そして、「創造的復興」という言葉も、本稿において重要な位置を占めると考える。そして、個人の権利と「復興」が、どのように関わっていくか次節において、実際の復興政策を検討することで論じていくこととする。

第2節 実際の復興政策 宮城県の復興政策をみる

本節では、実際の復興政策を取り上げることとする。対象とするのは、

福島第一原子力発電所事故の被害がなく、なおかつ復興政策の進捗状況を定期的に公表している宮城県の震災復興政策である。

(1) 宮城県震災復興計画

宮城県震災復興計画は、期間が2011(平成23)年度から2020(平成32)年度の10年間であり、復旧期、再生期、発展期の3期に区分している。復旧期は2011(平成23)年度から2013(平成25)年度の3年間で、被災者支援を中心に生活基盤や公共施設を復旧させることを目的としている。再生期は2014(平成26)年度から2017(平成29)年度の4年間で、直接の被災者だけでなく、震災の影響により生活・事業等に支障を来している方々への支援を更に充実させていくとともに、県の再生に向けたインフラ整備などを充実させていくことを目的としている。そして発展期は2018(平成30)年度から2020(平成32)年度の3年間であり、県勢の発展に向けて戦略的に取組を推進していくことを目的として掲げている¹²⁾。

現在の復興計画は再生期の段階であり、その概要は以下のとおりである。趣旨としては、復旧・復興の進捗や社会経済情勢の動きなどを踏まえ、「宮城県震災復興計画」に基づき震災からの復興を進めながら、「宮城の将来ビジョン」に掲げる将来像の実現に向けた各年度の行財政運営を推進するための中期的な実施計画として策定。基本的な考えとしては、被災者の生活再建に向けて、恒久的な住まいの確保や安定的な雇用の確保について一層のスピードアップを図る。地域経済の再生に向けて、被災事業者に対するきめ細やかな支援や新たな企業立地等を推進する。特に、進捗が遅れが見られる復興まちづくり等については、必要な財源や人材の確保などをしっかりと行い、迅速かつ着実に事業を進めていく。国の農業政策の見直しの動きや社会保障制度改革などの社会経済情勢変化への対応を図る。「復旧」ととどまらない抜本的な「再構築」を進め、「創造的な復興」の具体化により、将来ビジョンで掲げた将来の姿を実現するといったものである。

復興に向けた主な取組状況では、主なインフラの復旧状況は、道路施設の復旧率は100%、鉄道の復旧率が約81%、コンテナ貨物取扱量の回復状況が約97%、仙台空港乗降客数の回復状況が、国際線約57%、国内線約125%となっている¹³⁾。また、仮設住宅（応急仮設住宅）の入居状態も、以下の図のようになっている¹⁴⁾。

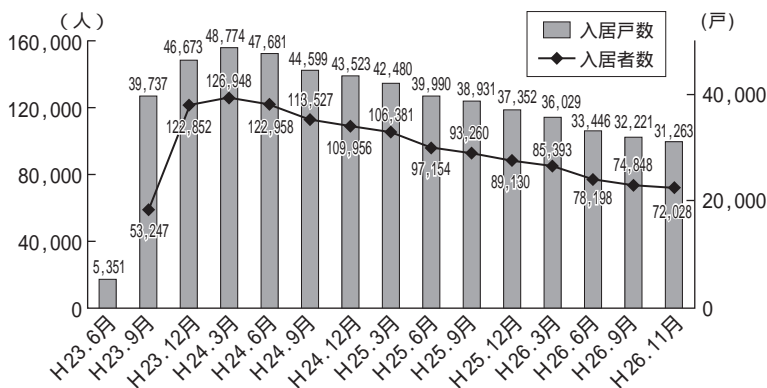
図 1. 入居状況（平成26年12月31日現在）

種 類	入居戸数(戸)	入居者数(人)
プレハブ仮設住宅	16,418	36,014
民間賃貸上住宅	13,739	33,088
その他の仮設扱い住宅	625	1,375
計	30,782	70,477

図 2. ピーク時（平成24年4月段階）¹⁵⁾

種 類	入居戸数(戸)	入居者数(人)
プレハブ仮設住宅	21,610	53,269
民間賃貸上住宅	25,137	67,753
その他の仮設扱い住宅	1,114	2,608
計	47,861	123,630

図 3. 応急仮設住宅への入居状況の推移¹⁶⁾



そのほかの復興の進捗状況に関しては、保健・医療・福祉関係、経済・商工・観光・雇用関係、農業・林業・水産業関連、公共土木施設災害復旧事業、教育・防災・安全・安心関連といった部門、事業の進捗率、完成率が90%を超えている中、公営住宅に関する進捗率が約85%で、完成が約15%となっている¹⁷⁾。図 3にあるように、応急仮設住宅の入居戸数と入居者数は、ピーク時と比べれば減少傾向にあり、これは個人の生活再建が進み始めていることの表れと見る事ができる。しかし、見方を変えれば7万人を超える被災者がいまだに仮設住宅での生活を余儀なくされていると見ることもできるだろう。社会インフラの復旧が進んでいる反面、住宅の復興が遅れているように感じる。復興計画においては、被災者の住宅確保は、主要事業を、応急仮設住宅確保事業(復旧期)、災害公営住宅整備事業(復旧期、再生期)、被災施設再建支援事業(復旧期、再生期)、既存公営住宅の復旧事業(復旧期)としており¹⁸⁾、住宅の復興は、災害公営住宅を中心とする公的住宅供給を進めることにより、必要な住宅確保を務めることとしている¹⁹⁾。用地の確保については、未分譲地を有する土地区画整備事業地等を積極的に利活用することとしている²⁰⁾。それでは、住宅の復興に関して、具体的にどのような計画を立てているのか、検討する必要があると考える。そこで、次は宮城県の住宅の復興について定めた宮城県復興住宅計画を見ていくこととする。

(2) 宮城県復興住宅計画

「宮城県復興住宅計画」とは、「宮城県震災復興計画」及び、土木、建築分野別計画の「社会資本・復興計画」を踏まえ、住宅分野における取り組み等をまとめたものである²¹⁾。2011(平成23)年に起こった東日本大震災で、宮城県における住宅の被害状況は、住宅被害は全壊78,451棟、半壊100,663棟、一部損壊190,971棟、浸水は床上7,053棟、床下11,009棟、非住家被害27,819棟となっている²²⁾。地域別特徴は、沿岸部と平野部と、三陸沿岸部では津波の被害による全壊率が高く、市街地が壊滅的な

被害を受けている。仙台市や石巻市では全壊棟数 20,000 棟を超え、多くの住宅が全壊していた。また、地震被害は、内陸部でも地震による全半壊が多く、被害が拡大している。

被災地の地域的特性は、持ち家率は津波被害を受けた市町のうち山元町や亶理町は持ち家率が85%を超えるなど、多くの市町で60%を超える状況であった²³⁾。仙台市や多賀城市は、賃貸住宅の割合が高い。高齢者率に関しては、津波被害を受けた市町のうち女川町や南三陸町、山元町は高齢者率も高く自立再建が困難な状況が予想されている。また、人口減少に関しては、仙台圏以外の地域では、全域で人口減少が続いており、かつ、ほとんどの地域で減少幅も大きくなってきている。

「宮城県復興住宅計画」では、復興に向けての課題として、1) 壊滅的な住宅被害と絶対的な住宅不足、2) 沿岸被災市町の復興に向けた動き、3) 人口減少・少子高齢化社会への対応を挙げている。1) に関して言えば、被災者のニーズに対応して早期の住宅確保が求められる。また、一時的な住まいである応急仮設住宅から恒久的な住宅への移行に向け、家族単位での生活の確保や地域コミュニティの維持等を考慮し、早期かつ円滑的に進める必要があるとしている。また、高齢者等の自己再建が困難な被災者への対応、津波浸水区域における建築制限等により再建が困難な状況に対応するため、住宅再建のための資金の確保、土地を所有する形態から、利用する、借りることにより住宅を再建する形態への転換等が求められるとしている。2) に関しては、津波による甚大な被害による市町村の行政機能の低下や、マンパワーの不足が深刻なことから、復興住宅計画の策定や公的住宅整備に向けた体制の整備が必要とし、集団移転・高台居住等に向け、住民の意向確認やスケジュール、整備手法、コストなどを整理し、まちづくりの計画を早期に策定し、インフラ整備や面整備を進め、安全な住宅用地の早期確保が必要としている。また、広域におよぶ壊滅的な被害の中、人口流出や産業振興への対応、安全性と利便性のバランスをとり、それぞれの地域に対応した個別のビジョンを定め、まちづくりを進める必要

があるとしている。3)については、人口減少・少子高齢化が進行するなか、地域の再生、住宅の再生を進める必要があることを言っており、地域コミュニティを維持し、多世代が暮らすまちづくりを進めるなど、持続可能な地域形成が求められるとしている。また、今後増加が予想される高齢社会における各種サービスの提供等に対応するため、住宅分野と医療・福祉分野との連携した取組み（原文ママ）が求められると明言している²⁴⁾。

宮城県復興住宅計画は、「再生と持続～人・住まい・地域～」を基本理念とし、「人命を守る」ことを最優先に、被災者の生活や地域を再生、再構築し、市町村のまちづくり計画と連動し、安全性が確保され、安心して暮らせる環境と持続性をもった魅力ある地域・住まいづくりを推進している。その基本理念をもとに基本目標を、1)いのちを守る安全安心な住まい、2)暮らしを支える住まいづくり、3)地域社会と連携した住宅供給と定めている²⁵⁾。

復興住宅に対する施策・取組み（原文ママ）として、(1) 応急的な住宅への支援、(2) 自力再建への支援、(3) 公的住宅の供給促進を挙げており、(1)に関してはきめ細やかな相談活動と情報提供の実施、地域福祉と連携したサポート体制の整備、(2)に関しては公的な助成制度による再建支援、地域振興や福祉と連動した普及促進、(3)に関しては災害公営住宅の整備、公的賃貸住宅の制度を活用した整備を挙げており、被災者の住宅再建に関し、支援を行うこととしている²⁶⁾。被災者の再建だけでなく、新たなコミュニティの形成、被災前のコミュニティの維持も意図しているように感じられる。

第3節 問題意識

これまでは実際の復興政策を見てきたが、ここで、本稿で取り上げるべき問題意識を明らかにしたい。復興政策において、住宅の復興の進捗状況が他の部門と比べて遅れているのは、インフラ等の社会基盤の復旧を優先させた結果といえるだろう。「人間の復興」という言葉がある。阪神・淡

路大震災の際に被災者、住民の掲げたスローガンである²⁷⁾。阪神淡路大震災の時の復興は、港湾施設、道路といったインフラが優先的に工事されていた。阪神・淡路大震災以前も、地域の復興、あるいは自治体の復興ということが優先されてきた²⁸⁾。復興は、個人の生活基盤の復興がその土台でなければならないはずであるにも拘らず、当時は、その様な個人の生活は後回しにされてきた。社会的インフラの復旧も大切ではあるが、個人の生活の復旧・復興、すなわち「人間の復興」ということも考えていく必要があるだろう。復興政策は、その地域の住民の生活の基盤を保障するものでなければならないはずである。次章においては、そのような個人の生活基盤を生活財産と仮定して憲法的に保障されるのかを検討していきたい。

第2章 憲法が保障する「財産」について

本章では、憲法が保障する財産について、29条が定める「財産権の保障」について触れる。さらには、「財産権二分論」という考え方をを用いることで、「本稿における財産とは何か」という本稿における問題意識に触れることとする。

第1節 財産権の意義

憲法29条では1項において、「財産権は、これを侵してはならない」と規定しており、財産権を保障している。財産権は、いわゆる「国家による自由」と位置づけられ、自由権でありながら、国家による法制度の設営を前提とした権利である。同条において保障している「財産権」とは、通説では、「財産的価値を有するすべての権利」とされており、所有権その他の物権や債権のほか、著作権・特許権などの無体財産権、鉱業権・漁業権などの特別法上の権利も含むものとされている²⁹⁾。また、財産権を憲法上保障することの意味として、主観的権利として、個人が現に有する具体的な財産上の権利を保障するという、いわゆる現状保障、すなわち個人の現

に有する具体的な財産上の権利の保障³⁰⁾だという考えや、客観法たる制度的保障として、私有財産制度を保障するものとする考え方がなされている³¹⁾。また、この制度的保障という考え方では、今村成和は、人格的自由と内面的関連をもたせ、制度的保障のために残されているのは、「人間が人間としての価値ある生活を営む上に必要な物的手段の享有」であるとし、能力によって獲得し、生活利益の用に供せらるべき財産を、その目的のために使用、収益、処分することの自由であるとしている³²⁾。そして、その自由は、憲法改正によっても否定することのできない人間の基本的権利に属し、その権利の上にかなる制度を構築するかは、国民の選択に委ねられるとよいとしている³³⁾。

また、同条は2項において、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」としており、財産権の規制について規定している。財産権の規制の法的根拠については争いがあり、有力説は、財産権の規制について、「内容」と「行使」を区別し、財産権の「内容」は憲法29条2項により制限され、「行使」は13条により制限されるとしている³⁴⁾。しかし、ここでいう「内容」と「行使」の区別は相対的であることから、通説はこれらを区別せず、財産権規制の法的根拠を29条2項に求めている³⁵⁾。

さらに同条は、3項で「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひる事ができる」とし、損失補償について規定している。一般的には、29条2項における公共の福祉に基づき、公権力によって財産権の任意買収または強制収用が行われる場合に、権利者に支払われる対価または代償であると理解されている³⁶⁾。損失補償の根拠として、29条1項の財産権保障であり、そのコロラリーとしての、収用前後を通じた財産価値の保障である。さらには14条1項の平等原則があり、特定の個人の犠牲のもとに社会全体が利益を得るのは平等原則に反するとし、社会全体の負担の公平を図るというものである³⁷⁾。

補償の要否の判断基準としては、「公共のために用いる」という文言に

について触れる必要があると考える。「公共のために」とは、公共事業のためだけでなく、戦後の自作農創設のための農地買収のように、特定の個人が受益者となる場合でも収用全体の目的が広く社会公共の利益、すなわち公益のためであればよい、とされている。また、補償の要否については、いくつかの場面に依拠して考える必要がある。財産の完全収用の場合、すなわち公用収用の場合は、私人の財産を完全に消滅させる処分であることから、収奪される財産が僅少である場合を除き、必ず補償がなされなければならないとされている。これに対し、「公用使用権」や、「公用制限」といった場合、さらにいくつか場合分けすることが指摘されている。すなわち、(1) 財産権の制限による損失が財産権自体に内在する一般的な社会的制約の範囲内に含まれるとき、補償は不要とされるとする。これに対して、(2) 特別の犠牲、すなわち、ある財産が特定の者に対してのみ及ぼされる場合において、補償が必要とされるとするものである。ここで「特別の犠牲」といいうるためには、侵害行為の対象が広く一般人か、特定の個人・集団であるかという形式的要件、侵害行為が財産権に内在する社会的制約として受忍すべき限度内であるか、それを超えて財産権の本質的内容を侵すほど強度のものであるか、という実質的要件の二つを総合的に判断すべきであるとされる³⁸⁾。この両面を考慮し、制限される財産権の内容、制限の目的や程度、制限の必要性などの諸要素を総合して、個別的に補償の要否をすることが求められる。なお、29条3項は、法令上損失補償に関する規定がない場合でも、直接憲法29条3項を根拠として補償請求する余地があると解されている³⁹⁾。

「正当な補償」の意義については、完全補償説、すなわちその財産の客観的市場価格を全額補償すべきとする考え方と、相当補償説、すなわち合理的に算出された相当な額で足りる、とする考え方がある。通説では、道路拡張のための土地収用などのような、既存の財産権秩序の枠内において特定の財産の使用価値が特別の犠牲に供される場合、市場価格による完全な補償が求められる一方、農地改革のような既存の財産権秩序を

構成する財産権に対する社会的評価が変化したことに基づいて、その財産が公共のために用いられることになる例外的な場合、相当補償であってよいとする、完全相当補償説が通説である。

また、「正当な補償」に関して、生活権補償の議論もある。これは、例えば山奥の村がダム建設で水没し、離村・転業を余儀なくされるような場合、このような特別の犠牲を払う者に対しての補償は附帯的損失を含む金銭的補償だけではなく、それを超える現物補償や生活再建措置が含まれるという考え方である。この生活権補償は、単なる立法政策上の要請ではなく、憲法29条3項の「正当な補償」を憲法25条の生存権保障の趣旨により解釈することによって導かれる憲法上の要請であるが、その具体的措置については政治部門の裁量に委ねられている⁴⁰⁾。この生活権補償をもとにした議論は、本稿の第4章で論じることとする。

第2節 財産権二分論（「小さな財産」「大きな財産」について）

本節では、財産権二分論、すなわち、「大きな財産」、「小さな財産」論を取り上げることとする。ここで言及しておかなければならないのは、数十年前の財産権に関する考え方を本章で取り上げることの意義である。財産権二分論とは、憲法が保障する財産を、財産そのものの規模ではなく、その社会性の大きさにより二分することで保障する、言い換えれば、社会的制約の大きさで「大きな財産」か「小さな財産」であるかを定める考え方である。本稿のテーマである震災復興と憲法について財産権からのアプローチを考えた際、例えば震災による被害により、生活基盤そのものがなくなってしまう際、個人の財産を保障する際には、「生活するための財産」いわゆる生活財の保障が必須の問題となるのではないかと考える。その際、「生存権と結びついている⁴¹⁾」とする「小さな財産」という考えを打ち出したこの財産権二分論を取り上げることには大きな意義を感じる。財産権二分論について述べ、引き続き実際の復興政策との照合を行い、本稿で扱う「財産」を明らかにするものとする。

(1) 財産権二分論

本節では、財産権の二分論について論じる。先に述べたように、この考えは、憲法が保障する財産を財産そのものの規模ではなく、その社会性の度合いで「大きな財産」と「小さな財産」に分ける考えである。

「大きな財産」は、比較的社会性の強い財産の事である。社会的制約が強いとされている。それに対して、「小さな財産」は、「最低限度の生活に必要な財産⁴²⁾」と、ほぼ同義とされている。国民が、その生活を支えるために、毎日使用する財産のことをいう。使用価値のみを目的とした財産であり、その貨幣価値を失いつつあるとされている。

財産権二分論は、財産権を生存権と関連付ける考え方であり、それに関して宮沢俊義は「社会国家的人権宣言の見地からすれば、財産権について従来の自由権的な考え方を転回させて、これに多かれ少なかれ社会権的な性格をみとめ、それをむしろ生存権の延長 最低限度の生活に必要な財産を支配する権利」と見るという考え方が成り立つ余地があるのではないかと考えられる⁴³⁾」としている。次にこの点に関する高原賢治の考察について述べていきたい。

(2) 小さな財産と生存権

小さな財産は、「市民がその生活を営むための日常必需財産」であり、財産の使用を、人対物の関係で、他人の支配を伴わない、つまり、「社会性がきわめて弱く、社会国家でも十分に尊重されるべき財産」こそ、小さな財産といえる。つまり、小さな財産とは、生活を支える財産であり、それに対する財産権は、生存権と結びついている、と言える⁴⁴⁾。高原によれば、宮本栄三が言う「生存財産」とも考えられるとしているが、どちらかと言えば、渡辺洋三が言うところの「消費財産」に近いとしている⁴⁵⁾。なお、宮本は人間らしい生存に必要な生存財産は、必ずしも消費財産に限られる必要はなく、中小企業の生産財産、農漁民の農地所有権や入会権、漁業権等も含まれるとしている⁴⁶⁾。

(3) 大きな財産と小さな財産

ここで、大きな財産と小さな財産との関係について述べておく必要があると考える。29条1項については、本章の1節で述べているが、この財産権二分論によれば、29条1項は「大きな財産」と「小さな財産」との保障があり、その種類によって保障の考え方が違うとされる⁴⁷⁾。それによれば、「大きな財産」は、私有財産制度を制度的に保障しているが、国家内保障にとどまる。「小さな財産」は本条本項により、前国家的自然権的な財産として保障されるとする。なお、土地については、「小さな財産」であっても神聖不可侵でなく、色々な社会的制約に服さなければならないとされる⁴⁸⁾。

第3節 実際の復興政策との当てはめ

(本稿で取り上げる「財産」は何か)

これまでは、財産権の理論を検討し、「財産とは何か」ということと、「財産権の二分論」について論じてきた。前章で問題提起として住宅の復旧が遅れていることを述べたが、個人が生活を送る基盤として、住宅や家屋は重要な基盤である。このような生活基盤を、憲法が保障する財産として考えることはできないであろうか。前節で取り上げているが、小さな財産は「市民がその生活を営むための日常必需財産」である⁴⁹⁾。そして、それは森林法判決でいう「社会経済活動の基礎をなす国民の個々の財産」とも言えるだろう。個人が生活を営むための生活基盤である住宅もその中に含めることは十分に可能であろうと考える。そのように考えれば、住宅を個人の財産として、保障していかなければならないのは明らかである。本稿では、住宅を財産、とりわけ「小さな財産」として捉え、保障しなければならない対象として考えていくこととする。そしてこのような財産は、「消費財産」というよりはむしろ、渡辺が言うところの「居住用財産」ということができると考える。次章で、住宅の保障について別の視点から捉えることを目的とし、同じ憲法理論である、生存権論について取り上げて

いくこととする。

第3章 生存権論からのアプローチ

憲法25条1項・2項区分論の援用

本章では、生存権論、即ち憲法25条1項・2項区分論（分離論，峻別論ともいう）について論じていきたい。前置きしなければならないのは、ここで生存権論について論じる意義である。本稿の目的は、震災復興の保障の上限と下限について明らかにするものであり、ここで「給付」型の社会保障の法理を交えるのは、本稿の趣旨ないし、生存権論における通説である抽象的規範説とかけ離れてしまう恐れがあるが、「保障ないし補償の範囲を明らかにする」という目的のために、本来の使い方とは異なるものの、保障ないし補償を「給付」と仮定することで、その法理を援用できないか、と考えたからである。そもそも、憲法25条は1項において「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を認めているわけであるから、「復興政策」と銘打つにあたり、単に「健康で文化的な」「最低限度の生活」のみを保障することを「復興政策」とするのはおかしいと感じる。この生存権論を用いることで、本稿の目的を達成するためのヒントとなれるのではと考える。憲法25条1項・2項区分論は、後で記述するが元来社会保障学者である初井常喜によって提唱された理論である。そこで、憲法25条1項・2項区分論について論じる前に、初井はそもそも生存権論、すなわち生存権保障とその規範的意義に関してはどのような見解を示しているか分析する必要があると考える。そこで、本章の第1節で初井の生存権論について検討し、次節において、憲法25条1項・2項区分論について検討することとしたい。

第1節 生存権保障とその規範的意義についての初井常喜の見解

初井によれば、「生存権保障」とは、「国家権力からの自由」の保障こそ

を本質とする自由権的基本権の保障とは性格を異としているという。要するに、本来生活自助の原則に委ねられ、国家権力が介入すべきでない国民の生活領域に、生活自助の原則の現実的不貫徹の事態の顕在化に対応し、国家権力が関与し、一定の責任を負うことこそを要求するものであり、その意味で「国家権力の関与・責任負担」の範囲と度合いを明らかにすることにこそ生存権保障の規範原理的意義把握の核心があるとしている。

そして、資本主義国家における生存権保障は、国が国民の生活領域に全面的に責任を負う性質のものでなく、あくまでも生活自助の原則の原則的妥当こそを前提とした上での、国民の自助努力の限界を超えた生活上の困苦、言い換えれば生活自助の原則の現実的不貫徹の顕在化に対応しての「国家権力の関与・責任負担」を要求するものであるからとしている。ここでいう「責任負担」とは、財政負担をとともなうもので、国の財政規模と財政見直しによって枠づけられる宿命におかれているとしている。要するに、国民の生活上の困苦のすべてにつき、その緊急の度合いを抜きにして、全面・即自的に国が責任を負うことまでも法的に義務付ける性質のものではありえないとしている。その反面、既に生活の自助の原則が妥当する生活基盤自体が崩壊している「生活不能」状態についてまでも、それに対する生活保障の有無を国の政策的裁量に委ねるとすると、生存権保障の法的意義は全くないに等しいとなってしまう、「最低限度の」生活を維持するに必要なかぎりでの生活保障をする法的義務を国に課してこそ、はじめて生存権保障の法的義務をぎりぎり担保し得るといふべきとし、憲法第25条1項はその法意の実効的意義が生存権保障の最低の要求の確認にこそ存するものとしている。

その反面、「最低限度」を上回る生活を自助努力でもって維持している場合、言い換えれば生活自助の原則の現実的妥当の基盤が存在する場合についてまで、プラスの生活水準の引き上げについてまでの生活保障はもちろん、マイナスの生活事故に対応しての生活保障を当然に国に法的に義務付けるものではないとしている。とはいえ、初井は、「生活危険」事故、

「生活障害」状態に国として無関心でいれないのはもちろん、それに政策的に対応することの努力義務を国に課すことは、生存権保障の実質化にとって不可欠の意義を担うものであるとし、そこで、25条2項の規定があるゆえんであるとしている。

生存権保障にともなう国の生活保障責任は、初井によれば、分類すると、「生活不能」状態に対応するものと、「最低限度」を上回る生活水準にありながら、部分的に派生する「生活危険」事故や、「生活障害」状態に対応するものの二つに分ける事ができるとし、については、「最低限度」の生活を維持するに足る生活基盤の回復に必要なかぎりにおいて、全面・即自的に生活保障をする義務、については、その生活状況を維持・向上させる方向での政策的努力義務を負うという、生存権保障の二重構造的把握がでてくるとしている。

この考えを前提とすると、は生存権保障にとって不可欠の基底的な要求としての法的意義を担い、財政状況のいかんによって抗弁できない絶対的要求として「最低限度」の生活水準を充足しえない生活保障はその契機において違憲評価を免れない。については、財政見通しの枠内での政策的努力義務の具体化としての法的義務をもち、それが「生活危険」事故・「生活障害」状態に全面・即自的に対応しえていないゆえをもってただちに違憲評価にさらされることにはならないという法的評価の違いを内包している⁵⁰⁾。

初井の社会保障に関する理論は、鳥居喜代和によれば、生存権の権利内容は25条1項により具体的な内容を与えられているとする具体的権利説と結びついているという⁵¹⁾。そして、25条1項と2項を別個のものと捉えており、言い換えれば、1項を「緊急的生存権」、2項を、「緊急的生存権」を上回る条件の維持・向上についての政府の努力を要求する権利としての「生活権」を保障するという見解である⁵²⁾。次節において取り上げる憲法25条1項・2項区分論を社会保障の観点から論じており、初井の考えは本稿における保障ないし補償の検討の参考となれるのではと考える。以上は

社会保障学者からの観点であるが、憲法学者はどのように解釈しているか、次節において、判例とともに検討していきたい。

第2節 憲法25条1項・2項区分論

(1) 判例の立場（堀木訴訟控訴審判決，昭和50年11月10日）

ここで、判例の立場を紹介する。今回対象とするのは、堀木訴訟控訴審⁶³⁾の判旨である。堀木訴訟は、概要としては原告であるXは、国民年金法別表記載の1級1号に該当する視力障害者として同法に基づく障害福祉年金を受給していた。Xは、離婚して以来次男Aを養育しており、児童福祉手当法4条1項1号所定の要件を具備するとして、昭和45年2月、兵庫県知事Yに対し児童扶養手当受給資格の認定を請求したところ、Yは同年3月請求を却下する処分をした。同年5月、XはYに対し異議申立てをしたが、Yは同年6月、Xが障害福祉年金を受給しており、児童の母等が公的年金給付を受給しうるときには支給しないとする児童福祉手当法4条3項3号（以下、本条条項）に該当するとの理由でこれを棄却する決定をした。そこでXは、Yに対し、本条条項が憲法13条・14条1項・25条2項に違反するとして、手当受給資格認定請求却下処分の取り消し・手当受給資格認定の義務付け等を求め提訴した。1審は、本条条項は公的年金給付のうち障害福祉年金給付を含む限度において憲法14条1項に反するとして認定請求却下処分の取り消しをしたが、2審は1審判決を取り消した、というものである。この控訴審判決は、「本条第2項は国の事前の積極的防貧施策をなすべき努力義務のあることを、同第1項は第2項の防貧施策の実施にも拘らず、なお落ちこぼれた者に対し、国は事後的、補足的且つ個別的な救貧施策をなすべき責務のあることを各宣言したものであると解することができる」、1項と2項は「直接関係しない」とする憲法25条1項・2項区分論を提唱した。これは防貧政策を立法裁量の問題とする一方、救貧施策には最低限度という絶対的基準による制限があるとし、裁判所の審査基準に違いがある。つまり後者の審査にはより厳格な審査があること

を示唆したものであった。しかし、1項に基づく救貧施策として、生活保護法による公的扶助のみを想定した点に問題を残すとされる⁵⁴⁾。

(2) 憲法25条1項・2項区分論

憲法25条1項・2項区分論は、25条1項と2項を区分して考える考え方であり、1項は生活保護といった救貧施策を、2項は生活保護以外の社会保障といった防貧施策に関わるという「典型的区分論」がある⁵⁵⁾。またそれは1項を最低限度の生活、2項はより豊かな生活に関わるとするものという「非典型的区分論」として語ることもできる⁵⁶⁾。なお、本稿では、この「非典型的区分論」に沿って検討を進めることとする。この区分論という考え方は、前節で取り上げたように、本来初井をはじめとする社会学者の側で提起されていた⁵⁷⁾が、裁量統制手法として脚光を集めた考え方である。その契機となったのは、先に取り上げた堀木訴訟控訴審である。この判旨では、1項を救貧施策、2項を防貧施策に対応させうたうで、2項に広汎な立法裁量を認めたものとして学説の強い非難を浴びるものであった⁵⁸⁾。

学説の批判としては、1項と2項を一体として捉えるという見地からの非難であり、憲法25条の制定過程からは区分論は帰結しえない、生活保護が2項の「社会保障」に含まれないのは不合理といった指摘がされてきたが、内野は、この批判としては、制憲過程や制憲者意思は憲法解釈論の決め手になるものでない、これに関しては、その批判が非典型的区分論への批判としては妥当しないものであり、典型的区分論の立場からも、1項は生活保護による最低限度の生活保障、2項は生活保護を含む社会保障の増進・向上をそれぞれ内容とするものと説き直すことにより、批判をかわすことが可能としている⁵⁹⁾。

そもそも、1項・2項区分論のもともとの狙いは、判例・通説のように、1項と2項を一体と捉えることで逆に生存権全体が広汎な立法裁量に服せしめられることを防ぎ、「人間としての『最低限度』の生活の保障」につ

いて権利性を強めることにあった⁶⁰⁾。また、1項と2項を一体に捉える立場でも、両者の立法裁量を認めつつ、1項に人間としてのぎりぎりの最低限度の生活の保障を求める権利と、より快適な生活の保障を求める権利の両方が含まれるとされるなど、両者の立法裁量を認める立場も説かれてきた⁶¹⁾。

第3節 小 括

このように、前章と本章に渡って、憲法の理論、とりわけ財産権と生存権について考察してきた。ここで、これらの理論を震災復興といかに関わらせるかが本稿の大きなテーマであり、課題となってくる。前章で、生活基盤である住宅を憲法29条が定める財産、とりわけ小さな財産と定めた。本章では、「給付」という観点から生存権論の考え方を検討してきた。最低限度の生活を送ることができないいわゆる「生活不能」状態にある者に対し、国は生活の保障を義務付けるという考え方は、震災による被害で生活基盤を失った者に対する保障ないし補償の根拠となれるのではと考える。そしてなにより、憲法25条1項・2項区分論の考えは、保障ないし補償の上限・下限を定める際のヒントとなれるのではと考える。それでは、次章において、実際の保障ないし補償の上限・下限といった範囲について、移転といった政策的な側面も含め検討していきたい。

第4章 本稿が位置付ける保障ないし補償の範囲

これまで、実際の復興政策として宮城県の震災復興計画を、憲法論として財産権二分論、憲法25条1項・2項区分論を検討してきた。本章では、災害復興において、個人の生活再建、ここでは専ら生活基盤である住宅の補償に焦点を置くこととするが、これまでのまとめとともに、土地収用等、行政上の実務である「生活再建補償」の法理も援用出来ないかと考える。まずは、生活再建補償の法理について論じていきたい。

第1節 生活再建補償の法理

生活再建補償とは、土地収用法や補償基準に当初から存在した理論ではなく、第2次大戦後、とくに大規模なダム建設事業に伴って、水没地域が生じる等、生活基盤への大きな変化がもたらされる場合、起業者が任意買収において補償契約の内容とすることを通じて実務的に認知され、次第に公的基準に浸透していった考え方である⁶²⁾。

しかしながら、行政文書では生活再建補償に関しては否定的な立場をとっており、「公共用地の取得に伴う損失の補償を円滑かつ適正に行なうための措置について」（昭和37年3月20日公共用地審議会会長から建設大臣あて答申）では、「従来、ダム事業等において、『生活建直し補償』等の名目で離作料、休業補償等とは別に補償金が支払われた事例があり、また、補償交渉にあたって、『生活権補償』等として補償の要求がなされる」原因は、「土地等の取得及びこれに伴う通常損失に対する補償が十分でないため」であると分析していた。これにより、生活権補償の妥当性を原則的に否定し、従来の生活権補償のうち、「離職保障」と「少数残存者補償」を限定的要件の下考慮すべきと提言した。そして、この答申に基づく「要綱」では、生活権補償の規定は盛り込まれず、「公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱の施行について」（昭和37年6月29日閣議了解）では、「この要綱に基づき補償が適正に行われるならば、いわゆる『生活権補償』のような補償項目を別に設ける必要は認められず、公共の利益となる事業の施行に伴い生活の基礎を失うこととなる者がある場合には、必要により、生活再建のため土地又は建物の取得のあつせん及び職業の紹介又は指導の措置を講ずるよう努めるもの」とした。独立した損失補償項目としての「生活権補償」が否定される一方、「生活再建のための……措置」が行政上の努力義務として存在することが確認された⁶³⁾。

「損失補償基準点検委員会」（平成7年6月6日設置）において、「『財産権補償』と『従前の生活状態の回復（＝生活再建）』はその目的を全く

異としているわけではなく」、財産権に対する補償の目的は「やはり被補償者の従前の生活状態の回復」であるとの認識の下、「基準の制定時と比べ、価値観が多様化し、財産価値の捉え方も変化してくれば、財産に対する損失の捉え方や、どこまで回復させるべきか、という相当性とか必要性の判断、受忍の範囲をどう考えるか、などについても、これに対応して、個別性をより重視するとともに、全体として被補償者の生活の再建の実現のため、従来のいわゆる財産価値補償をできるだけ充実させるという方向で、個々の基準を見直すことが必要である」とし、基準を改正した。その後、平成13年の土地収用法改正では、憲法29条3項は「生活権を保障するものではない」との解釈を確認しつつ、「自己の居住や事業用敷地等を公共事業に提供することによって生活の基礎を失うこととなる者に対しては、移転後の居住や事業活動がなるべく支障なく継続できるよう、また、生活の激変にできるだけ早期に対応できるよう、多様なニーズに対応したきめ細やかな対応が必要」とし、生活再建措置の実施のあっせんの申出に対する起業者の努力義務が規定された（土地収用法139条の2）⁶⁴⁾。

現行法令上、生活再建補償の考えは、土地の所得、建物の取得、職業の紹介・指導・訓練といった狭義の意味での生活再建措置にとどまらず、権利対価補償関連における、逆収用としての残地の取得請求、代替地補償等、通損補償関連のうち、再築工法、法令改善費用、車庫・駐車場補償、家賃差補償・借家権付与、経営補償等、第三者補償のうち、少数者残存者補償、離職者補償、事業損失補償等、公共施設周辺整備法等関連地域整備事業等といった損失補償類型にも生活再建補償の趣旨を見出すことができ、その意味で生活再建補償の精神は重畳的ないし交錯的に広がっている⁶⁵⁾。松尾によれば、これにより、生活再建に関する補償の規定が拡散し、その本質や権利性、損失補償条理上の位置づけが一層不明確になっている感もあるという⁶⁶⁾。

生活再建補償に関して宇賀克也は、憲法29条3項を憲法25条との関連において解釈し、憲法29条3項により、生活権補償を可能とすると、憲法29

条3項について請求権発生説が判例・通説となっているため⁶⁷⁾、生活権補償についても、直接憲法に基づく請求を肯定しやすくなるという⁶⁸⁾。それでは、本稿で検討してきた財産権二分論が生活再建補償の根拠となりえるか、次節において検討していくこととする。

第2節 財産権二分論で足りるか

松尾によれば、財産権二分論は、「小さな財産」に生活権要素を取り込んでおり、憲法25条に基づく「生活権の承認」に最も近いとしている。しかし、松尾は、生活再建補償に関しては高原とは異なるアプローチをとっており、すなわち、生活再建補償は財産権保障の一環としての生活状態の回復とし、生活権の指定の必要はないとしている。そして財産権二分論を生活再建補償の根拠とすることに関しては、「小さな財産」と「大きな財産」の区別自体が曖昧であり、誰にでも公平な区別ができないという批判もあるとし、それらを二分論の限界とし、否定的な見解を述べている⁶⁹⁾。財産権二分論の限界に関しては、鳥居も、例として中小企業者の財産権に対してどのような保護を認めていくかといった問題などを挙げ、「大きな財産」、「小さな財産」のいずれに分類すべきか不明確または困難な財産があると認めている⁷⁰⁾。だが、本稿では震災復興との関わりで生活財産でもある住宅という、生活基盤の再建に焦点を当てており、その意味で生活権要素を含む財産権二分論の法理を用いることは可能ではないかと考える。

生活補償に関しては、高原も言及しており、生活補償の法的性格は、生存権的性格、原状回復的性格、生活安定的性格の大きく3つがあるとしている。 に関しては生活の保障を、従前の生活としながらも、一文の価値もないバラックに住んでいる住人に対する補償としては、単に従前の生活の保障では、生存権の保障に支障をきたす場合もあると考えられる。その場合には客観的な生存権保障のための金額を補償するのが当然としている。つまり、従前の生活が、生存権を保障する生活より不足する場合は、従前の生活は参考にならず、客観的な生存権保障金額を補償するこ

とになるとしている⁷¹⁾。 に関しては、収用がなかったと同様の経済的な
いし財産的状态を実現するものとする考え方では不足であり、収用がな
かったと同様の生活状態を再現するものと考えなければならないとしてい
る。つまり、収用前の生活状態と収用後の生活状態とが、まったく等しく
なるように配慮して補償がなされなければならないという⁷²⁾。高原によれ
ば、イギリスのように、原状の土地・家屋等の財産を評価せず、どこかよ
そに行って原状と同様の生活をするのに必要な費用を補償評価の基準とす
る考え方であるとしている⁷³⁾。この考え方は、移転等の問題に対するヒント
となりえるのではないかと考える。 は、収入面からする安定のことで
ある⁷⁴⁾。

以上より、財産権二分論を前提とした「小さな財産」を生活補償とみて
検討した結果より導かれる補償は、災害後においては「客観的な生存権保
障金額」、「災害前と後の生活状態が全く等しくなるような補償」が求めら
れるといえるであろう。しかし、生活基盤たる住宅の復興に関し、金銭に
よる補償のみでよいのかという疑問が残ってくる。二分論のみでは、補償
の上限・下限の範囲を定めることは困難ではないかと考える。ましてや、
もともとあって災害により喪失した財産を新たに形成するということは、
財産権の本質にそぐわないのではないか。また阿部泰隆は、天災被災者補
償に関し、震災は国家起因性の被災ではないから、賠償にも補償にも当た
らないので、失ったものを償うという意味での補償は妥当ではないとして
いる⁷⁵⁾。一方で震災の痛手から立ち直れない被災者の生活再建支援はぜひ
必要であるとし、それは憲法25条の社会保障に根拠をもつものともしてい
る⁷⁶⁾。そこで、生存権論を援用することで補うことはできないであろうか。
次節において検討していきたい。

第3節 生存権論を用いて

本節では、生存権論の法理を用いて検討を行うが、財産権二分論が生存
権要素を含んでいるため、重複する場合もあると考える。

3章で述べたように、憲法25条1項・2項区分論は、非典型的区分論の見地に立つと、1項は最低限度の生活、2項はより豊かな生活に関わるとされる⁷⁷⁾。本稿ではこの非典型的区分論の立場に立つこととするが、「より豊かな生活」についての定義づけを行う必要があると考える。「健康で文化的な生活」の中に住宅が含まれるのは言うまでもない。「最低限度の生活」に関しては、「何が最低限度の生活水準であるかは、特定の時代の特定の社会においては、ある程度客観的に決定できる⁷⁸⁾」という見解があり、補償の下限を定めるにあたり、根拠となりえないだろうかと考える。

生存権論により導かれる具体的な保障ないし補償については、以下の視点が考えられる。すなわち、災害後に「健康で文化的な最低限度の」生活を送るためには、被災者で、災害前の生活水準が最低限度の生活水準を下回る際、災害後の生活水準が最低限度を上回る生活水準にまで引き上げることが考えられる。そして、「より豊かな生活」を送るためには、移転等を含め、災害前と災害後で被災者の生活水準が変わらない生活の保障ないし補償が必要であると考え。なお、については、「より豊かな生活」とは、「健康で文化的な最低限度」を超える部分があることを言うために「より豊かな」という使い方をしていると考える事ができ、さらに、憲法25条1項・2項区分論の立場からも、その文字通りの意味ではなく、「災害前と同じ生活水準」といった定義とする。「人間の復興」の実現のためには、単なる金銭補償以上に、と の両方の保障ないし補償が必要となるのではないだろうか。

第4節 考察（実際の復興政策との照らし合わせ）

本節では、これまでの議論を踏まえ、具体的な補償の保障ないし範囲を定めていくこととする。日本の住宅政策は、基本的には個人責任論をとっており、住宅再建では公的支援に否定的である⁷⁹⁾。今回の東日本大震災の復興政策では住宅再建よりも、社会インフラの復旧・復興を優先的に行っていたように感じる。これは、井上が指摘するように同じ資本主義国家で

あるアメリカが、災害時は個人の生活を優先し、生活再建のための現金を支給していたこととは大きく異なる⁸⁰⁾。これは、財産としての住宅を保障し、その財産は個人で責任をとるという考えに基づくものであると考える事ができる。しかし、「創造的復興」を銘打っているからには、被災者は生活水準が災害前と比べて著しく下がるので、個人の生活再建、特に「住宅に住み、そこで生活する」という点にも目を向けた政策であるべきではないだろうか。ましてや金銭補償で事足りるというわけにもいかないであろう。

住宅に関する権利として小林直樹は、生活権としての「住宅への権利」、「人間たるにふさわしい住宅を享有する権利」を提唱している⁸¹⁾。小林によれば、日本国憲法には住宅権を明文規定していないものの、国際人権規約A規約11条の「自己及びその家族のための相当な食糧、衣類及び住居を内容とする相当な生活水準についての並びに生活水準の不断の改善についてのすべての者の権利を認める」とする規定や、憲法25条を併せて統一的に読めば、日本の国法体系の中でも、「人間たるにふさわしい住宅を享有する権利」は、少なくとも理念的には明確に認められているとしている⁸²⁾。

住宅憲章(日本住宅会議・1987年10月)第3条においても、住宅の要件として、「住宅は、生命と健康ならびに人間の尊厳を守り、居住者に安らぎと秩序を保障するもの」と定めている。さらに同憲章は具体的な要件として、住居としての独立・プライバシー保障、堅固かつ安全な構造、保健、衛生上必要な設備と良好な環境の中への配置、高齢者・身体不自由者・子ども等への安全と快適のための配慮、国民経済と文化の水準に照応する一定の広さを挙げている。

同憲章は、生活環境(第4条)、住居費(第5条)、土地政策(第9条)について規定しており、いずれも同憲章のいう住宅基本的人権の内容であるが、ここでの住宅基本的権利とは、山下健次によれば財産権、社会保障権、環境権などが交錯し、総合された権利というべきであるとしている⁸³⁾。

そのほかには、宮本憲一は居住の権利より広い概念として、「アメニ

ティ権」を提唱している⁸⁴⁾。宮本によればアメニティとは、「市場価格では評価しえないものをふくむ生活環境であり、自然、歴史的文化財、町並み、風景、コミュニティの連携、人情、地域的公的サービス、交通の便利さのようなもの」を内容としているが、自然や文化財の保存それ自体がアメニティなのではなく、あくまで人間の居住環境と関連した自然や歴史的文化財の保存が重要としており、その意味でアメニティとは、生活概念あるいは地域概念であるとしている⁸⁵⁾。これを法的に確立しようとするれば、まず住宅を中心に最低限の居住環境を享受する権利を保障するための住宅政策を初め、都市政策を行う必要があるとしている⁸⁶⁾。以上の住宅権、住宅憲章、アメニティ権はその性質を紹介するにとどめることとするが、その考えを利用することにより、これまでの検討に対するアクセントとなるのではと考える。

以上から、震災復興において、個人の生活に関する保障ないし補償、すなわち生活基盤である住宅補償の範囲は、下限としては、最低限度の生活補償、すなわち被災者で、災害前の生活水準が最低限度の生活水準を下回る際、災害後の生活水準が最低限度を上回る生活水準まで引き上げることと考える。上限としては、より豊かな生活の保障、ここでは災害前と災害後で被災者の生活水準が変わらない生活の保障であると考え。そして、高原の考えに基づくとその中には移転費等も含まれる⁸⁷⁾。そのような生活を送ることができる住宅の保障が必要となるのではないだろうか。さらに、上限、下限問わず、住民憲章3条の「住宅の要件」を満たすものでなければならぬだろう。財産としての住宅ではなく、人がそこに住み、生活の基盤としていくための、いわば「住むための住宅」とした保障が必要であり、そのような個人の住環境を念頭に置いて保障する復興政策であるべきであると考え。そしてこのような権利は、憲法29条の財産権、憲法25条の生存権を組み合わせてことによって導き出すことができるのではないかと考える。

財産権保障と言ってしまうと、具体的には災害により生活基盤を失った

者に対しては、新たな財産形成の手助けをするという意味合いにもとれることができ、それでは財産権保障の趣旨と異なるという批判が考えられる。加えて、災害復興において損失補償の法理を用いること自体ふさわしくないとの批判も出てくることがあるだろう。しかし、生活基盤を失った被災者の生活基盤や生活水準を戻す、という観点においてそれらの法理を援用することは、福祉国家の観点からみても必ずしも財産権論、損失補償の趣旨からは外れたものではないと考える。また、原状回復的な意味で言うと、例えば1億円の豪邸などはどうするのかといったような問題もある。生活水準を元に戻すという意味合いから、果たしてそのような消費財産の完全回復を保障すべきなのであろうか。ましてやそのような財産は「小さな財産」などではなく、必要に応じて社会制約を受ける「大きな財産」に該当する場合も出てくるだろう。

以上が本稿における保障ないし補償の範囲であるが、あくまで大きな枠組みでしかなく、個別具体的な、ミクロな諸問題には対応できない場合があることだけは言及しなくてはならない。また、仮に本稿で定めるような保障ないし補償の範囲に即しない住宅の提供があった場合の損害賠償請求をどうするのかといった諸問題も考えられる。それでも、復興政策における、被災者の生活水準の回復という観点からの住宅保障に関してこのような枠組みを定めることには一定の意義があったと考える。

お わ り に

本稿では、災害復興を憲法の観点から、個人の生活基盤の回復、すなわち住宅の復興をどのように保障できるのか論じてきた。結果として個人の生活水準の回復という観点から、生活基盤である住宅の復興を保障すべきではないか、という結論を出すに至った。なお、憲法22条の居住の権利や、憲法13条の幸福追求権からのアプローチについては、それぞれ住宅権、アメニティ権といった考え方が参考となりえる。

住宅復興を中心に論じてきたが、災害復興において、住宅のみを復興せよというのは必ずしも本稿の意図するところではない。単に生活基盤のみを元に戻したからといって、その他の社会的インフラの復旧が遅れているのは、被災者は従前の生活を送ることはできない。ましてや、もともとあった地域コミュニティまでもが喪失したままでいたのであれば、到底従前の生活を送ることはできないであろう。社会インフラの復旧、そして個人の生活再建をバランスよく行い、被災者の災害後の生活を保障してこそ、真の復興政策となり得るであろう。その中で、復興政策を行う国ないし自治体が個人の生活再建を行う際、優先的に考えなければならない点を明らかにするということが本稿の目的であり意義であるということ、再度明記しておく。今回検討までに至らなかった点は、今後の検討課題とし別稿に譲ることとしたい。

- 1) 本稿では財産権の理論、生存権論を援用して検討を進めることとするので、「保障」や「補償」と明記してしまうと、それぞれの理論にふさわしくない場合もあると考えられるので、曖昧ではあるが、「保障ないし補償」という書き方をしている。
- 2) 「復興対策マニュアル」（内閣府 防災担当 2010年12月）においても、「原子力災害、災害事故等については、事業者責任・賠償などの観点もあり、通常自然災害とは対応が大きく異なる面もあるため、本マニュアルで想定する災害には含めない」と書かれており、本稿においても、その考えに則って検討を進めることとする。 http://www.bousai.go.jp/kaigirep/houkokusho/hukkousesaku/pdf/fukkou110208_manual.pdf（最終閲覧日 2014年10月20日）。
- 3) 大田直史「災害からの復旧・復興と東日本大震災復興施策の問題点と課題」（法の科学 43号 2012年）75頁以下。
- 4) 大田 前掲注(3) 26頁。
- 5) 「防災基本計画」（中央防衛会議（2012年9月修正）62頁）でも、復旧・復興の基本方向として上記のように書かれている。 http://www.bousai.go.jp/taisaku/keikaku/pdf/20111227_basic_plan.pdf（最終閲覧日 2015年1月18日）。
- 6) 前掲注(2) p. 。
- 7) 大田 前掲注(3) 76～77頁。
- 8) 生田長人「今回の震災の特徴と災害法制のあり方」（ジュリスト1427号 2011年）8頁。
- 9) 大田 前掲注(3) 77頁。
- 10) 大田 前掲注(3) 78頁。
- 11) 閣議決定「東日本大震災復興構想会議の開催について」（2011年4月11日） <http://www.cas.go.jp/jp/fukkou/pdf/setti.pdf>（最終閲覧日 2015年1月18日）。

- 12) 「宮城県震災復興計画」(宮城県ホームページ 2011年11月) <http://www.pref.miyagi.jp/uploaded/attachment/36636.pdf> (最終閲覧日 2014年10月20日)
- 13) 「復興の進捗状況」(宮城県ホームページ 2015年1月11日) <http://www.pref.miyagi.jp/uploaded/attachment/288237.pdf> (最終閲覧日 2015年1月13日)
- 14) 前掲注(13)の資料をもとに作成。
- 15) 前掲注(14)同様,「復興の進捗状況」(宮城県ホームページ 2014年4月11日)をもとに作成。この時期が仮設住宅の入居者数のピーク時と考えられる。 <http://www.pref.miyagi.jp/uploaded/attachment/253314.pdf> (最終閲覧日 2014年4月18日)
- 16) 前掲注(13)より引用。
- 17) 前掲注(13)。
- 18) 前掲注(12) 23頁。
- 19) 同上 22頁。
- 20) 同上 22頁。
- 21) 「宮城県復興住宅計画」(宮城県土木部住宅課 2011年12月) 4頁。 <http://www.pref.miyagi.jp/uploaded/attachment/107142.pdf> (最終閲覧日 2014年4月18日)
- 22) 同上 5頁。
- 23) 同上 5頁。
- 24) 同上 7頁。
- 25) 同上 8頁。
- 26) 同上 10~13頁。
- 27) 井上英夫『住み続ける権利 貧困,震災をこえて』(新日本出版社 2012年)44頁。
井上は,この著書において,被災者の「住み続ける権利」を提唱している。
- 28) 井上 前掲注(27) 44頁。
- 29) 安西文雄・巻美矢紀・穴戸常寿『憲法学読本』(有斐閣 2011年)178頁〔巻美矢紀〕。
- 30) 芦部信喜『憲法 第5版』(有斐閣 2011年)225頁。
- 31) 安西・巻・穴戸 前掲注(29) 178頁〔巻美矢紀〕。
- 32) 今村成和『損失補償制度の研究』(有斐閣 1968年)13頁。
- 33) 今村 前掲注(32) 13頁。
- 34) 安西・巻・穴戸 前掲注(29) 180頁〔巻美矢紀〕。
- 35) 安西・巻・穴戸 前掲注(29) 180頁〔巻美矢紀〕。
- 36) 松尾弘『財産権の保障と損失補償の法理』(大成出版社 2011年)10頁以下。
- 37) 安西・巻・穴戸 前掲注(29) 184頁〔巻美矢紀〕。
- 38) 以上,芦部 前掲注(30) 230頁。
- 39) 河川附近地制限令事件(最高裁昭和43年11月27日大法廷判決,刑集22巻12号1402頁)
- 40) 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法1 第5版』(有斐閣 2012年)498頁〔高見勝利〕。
- 41) 高原賢治『財産権と損失補償』(有斐閣 1978年)11~18頁。
- 42) 高原 前掲注(41) 31頁。
- 43) 宮沢俊義『憲法』(有斐閣 1958年)99~100頁。

災害復興における個人の権利に関する憲法的考察（池田）

- 44) 高原 前掲注(41) 31～32頁。
- 45) 高原 前掲注(41) 32頁。また、渡辺洋三は、『財産権論』（一粒社 1985年）142～143頁において、「人権としての財産権」の典型例の一つとして勤労者がその賃金によって取得した「消費生活用財産権」を挙げている。
- 46) 宮本栄三「憲法29条の解釈論上の再検討」『法律時報44巻2号』（1972年 日本評論社）27頁。
- 47) 高原 前掲注(41) 35頁。
- 48) 高原 前掲注(41) 35頁。
- 49) 渡辺は、「人権としての財産権」の典型例の一つとして、「消費生活用財産権」のほかに住民の生活に欠くことのできない「居住用財産権」を挙げている（渡辺 前掲注(45) 142頁）。
- 50) 以上、初井常喜編『社会保障法』（エイデル研究所 1991年）14～16頁〔初井常喜〕。
- 51) 鳥居喜代和「年金訴訟における憲法二五条論の動向 憲法二五条―一項二項峻別論の形成と展開」『立命館法学 159・160号』（1981年）101頁以下。
- 52) 初井常喜『社会保障法』（総合労働研究所 1972年）86頁。
- 53) 大阪高判昭和50年11月10日判決。行集26巻10＝11号1268頁。ただし、本稿ではあくまで判旨を参考とするに過ぎないので、判例研究は行わないこととする。
- 54) 渋谷秀樹『憲法 第2版』（有斐閣 2009年）281頁。
- 55) 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社 1991年）372頁以下。
- 56) 内野 前掲注(55) 372～373頁。
- 57) 初井 前掲注(52) 83～97頁。
- 58) 芦部 前掲注(30) 259～260頁。
- 59) 内野 前掲注(55) 373頁。
- 60) 初井 前掲注(52) 86頁。
- 61) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集 憲法』（青林書院 1997年）159頁〔中村睦男〕。
- 62) 松尾 前掲注(36) 141頁。なお、高原は「生活補償」と呼んでいるが（高原 前掲注(41) 51～53, 158頁以下）、ここでいう「生活再建補償」と同じ趣旨であると考えられる。
- 63) 以上、松尾 前掲注(36) 141～143頁。
- 64) 松尾 前掲注(36) 144頁。
- 65) 松尾 前掲注(36) 145～146頁。
- 66) 松尾 前掲注(36) 147頁。
- 67) 前掲注(39)。
- 68) 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣 1997年）456頁。
- 69) 以上、松尾 前掲注(36) 149～151頁。
- 70) 鳥居喜代和「財産権二分論の到達点と課題」（山下健次編『都市の環境管理と財産権』法律文化社 1993年）187頁。
- 71) 高原 前掲注(41) 177～178頁。
- 72) 高原 前掲注(41) 178頁。

- 73) 高原 前掲注(41) 126頁以下参照。
- 74) 高原 前掲注(41) 179～180頁。
- 75) 阿部泰隆『行政法解釈学 実効的な行政救済の法システム創造の法理論』(有斐閣 2009年) 383頁。
- 76) 阿部 前掲注(75) 383頁。ただし阿部はこの自宅再建補償の発想は、「身体に重大な障害を負った者とか震災孤児を無視しており、財産権偏重という問題がある(383頁)」としている。さらに阿部は財産喪失の補填には、「生命・身体の犠牲者の救済を十分に強化したら、天災による財産の喪失分の金員を国家が贈与することが許されるか」という問いに対し、「持てる者は資産を維持し、はじめからゼロであった者はやはりゼロであるから、資産家だけを優遇することとなる」としている(阿部泰隆『大震災の法と政策 阪神・淡路大震災に学ぶ政策法学』日本評論社 1985年 85頁参照)。しかし、財産権二分論と生存権論を組み合わせた生活再建補償の法理を用いることで、その批判をかわすことも可能であると考ええる。
- 77) 内野 前掲注(55) 372～374頁。
- 78) 芦部 前掲注(30) 261頁。
- 79) 井上 前掲注(27) 45頁。
- 80) 井上 前掲注(27) 47頁。
- 81) 小林直樹『憲法政策論』(日本評論社 1991年) 207～212頁。
- 82) 小林 前掲注(81) 208頁。
- 83) 山下健次「生存権財産論の到達点とその再構成の課題」(山下編 前掲注(70) 210頁)。
- 84) 宮本憲一『都市をどう生きるか アメニティへの招待』(小学館 1984年) 165頁以下。アメニティ権に関しては、山下健次は、「一種の総合的権利であるアメニティ権を住宅の権利、地域の特徴をもった自然へのアクセス権等様々な形で具体化するとともに、それらの財産権との関連をさらに検討しなければならないだろう」(山下編 前掲注(83) 210頁)としている。この権利の法的性格に関しては、更に検討していく必要があると感じるが、今回は本稿における検討対象とはしないこととする。
- 85) 宮本 前掲注(84) 166頁。
- 86) 宮本 前掲注(84) 175～176頁。
- 87) 高原 前掲注(41) 168頁。