

社会福祉法体系理論への一試論

——市民法理との対比から——

北 村 圭 文

I はじめに

荒木誠之教授はその論著の中で、社会福祉制度に関する法の体系的理論化の複雑さについて言及している。

教授は、「社会保険・公的扶助と並んで社会保障制度に含ませられている社会福祉及び社会サービス部門は、法的にみると、かなり不統一なものをその内容としている。いわゆる社会福祉とは、広義には社会保障と同一に理解され、狭義には社会事業 (social work) の意に使用される。また社会福祉と社会サービスの概念的区別も一定していないようである。」¹⁾ として先ず「社会福祉」という概念の多様さを指摘し、そして「社会福祉をもって法的に完結した一個の給付体系とみることは不適當であり、社会サービスと称されるものについても同様のことがいえるであろう。」²⁾ と述べている。

私見では荒木教授のこのような指摘は正しいと思う。むしろこれまで多くの論者が「ためらいなく」社会福祉法を総体的に一つの公的給付体系として把握し、それを社会保障法の一翼として位置づけてきたこと（同時に社会福祉を社会保障あるいは所得保障の従属物として観念してきたこと）に再検討の眼が向けられなければならないと思う。

II 社会法理論の原点から

——市民法に対比して——

社会福祉法の体系理論を考察する基本的な問題として、先ず社会法理論の原点に立ちかえらなければならない。

それは、「市民法から社会法へ」という言葉にも端的に表現されているように、社会法存立の基礎としての「市民法との法機制的関連」ないしは「市民法との法機制的対応」の検討から出発しなければならないであろう。

社会法は一面では市民法機構あるいは市民法体制の中に成立しながら、他面では市民法原理の批判を出発点とし、それを修正しあるいはそれに対峙する法として成立するが、その根底にあるのは、市民法における原子的人間としての法人格の形成に対応して、社会法は総体的にはすべての国民に対して、その生活の保障を基盤として、その上に実質的な自立的市民人格を確立することを目的とするということであろう。

抽象的・原子的人間の成立という原理的抽象化を本質とするところの、商品交換の規則的法規範としての市民法においては、もともと実質的に自由・独立・対等の法主体たる市民により構成される市民社会を実現する現実的可能性は存在しなかったと言うべきであるが、しかしこのような市民法の存立自体がやがてはその実質的基盤の存在を回避し得られなくなり、そこに社会法が存立せざるを得ない条件が培われ、そしてこのような実質的な市民的自立の実現を基礎づける権利として生存権の成立が必然化されると考えられよう。

かくして労使関係を対象として、契約関係を媒介として生存権の実現をはかる法が労働法であり、また全国民を対象として直接に生活保障という形で生存権の実現をはかる法が社会保障法であると

1) 荒木誠之『社会保障法』 ミネルヴァ書房、1975、39頁。

2) 同上、40頁。

3) 佐藤進教授は、「社会保障法の中でも、社会保険関係は半ば附従契約的性格に規定されている点、必ずしも公法に属するか疑わしく、まさに公・私法の融合化現象のなかにある。」と述べているが、私も共感するところがある。なお、佐藤進『社会保障の法体系』、勁草書房、1969、141頁参照。

いえようが³⁾、これに対して社会福祉法はどのような社会法として規定されるであろうか（社会福祉法を全面的に社会保障法体系に位置づける見地をとるものを別として）。

この場合、「社会福祉」の概念をどう規定するかということが焦点となるが、わが国の社会福祉立法の事実上の基盤となったという理由から、「社会保障制度に関する勧告」（昭和 25 年）の中の「社会福祉とは、国家扶助の適用を受けている者、身体障害者、児童、その他の援護育成を要する者が、自立してその能力を発揮できるよう、必要な生活指導、更生補導、その他の援護育成を行なうことをいうのである。」⁴⁾ という定義をとるとすれば、「社会福祉法は、自立喪失者ないし非自立者を対象とし、これらの者が自立（生活の自立を基盤とする実質的な市民的自立）できるよう、必要な援護育成を行なう（ここでは生存権の実現は、非自立者の自立のための援護育成においてとらえられる）法である。」というように定義することができよう。なおこれに加えて、社会保障法は本質的に金銭給付ないし現物給付として行なわれるが、社会福祉法では非自立者に対して行なわれる諸々の非金銭的・サービスの給付——事実的ケアを本質とすると考えられる。

ところでこのような社会法が、市民法に対する規定上、原理上の批判的修正として展開されるとともに、それ自体が市民法機構ないし市民法体制の中に成立していることから、これらの社会法の中に市民法でどのように関わっているかという問題、さらにこれらの社会法における私法的（市民法的）要素と公法的要素の相互関係に関する問題がこれらの社会法の体系理論において重要な意義をもつことが諒解されよう。

しかもこの問題の考察は、社会法と市民法を一貫する一個の完結的法体系（一貫的な現代法体系）を把握することからも重要な意義を有すると考えられる。この小論は以上のような視点に立って、社会福祉法の体系理論を考察するものである。

III 社会福祉法における私的保護（一）

社会福祉法は非自立者たる福祉需要者に対して、その自立のための援護育成としての事実的ケアを規定する法であると考えられるが、このような社会福祉法の市民法における法理的な出自を問うならば、それは、市民法（家族法）における私的保護の一類型たる、親権および後見における事実的監護に求めることができよう。

ところで社会法に登場する私的保護は、市民法（家族法）における私的保護とはすでにその性格を変じた社会法的私的保護として性格づけられていると考えられる。社会福祉法に規定される私的保護もこのような社会法的私的保護であることはいうまでもなく、それはまさに「社会法的な事実的監護」を規定するものであるといえよう。

なお社会法的私的保護が社会法に規定される態様には、それ自体が一つの規定として、すなわち私的保護法（私的保護規定）として規定されているものと、公的給付の対象として公的給付法（公的給付規定）の中に規定されているものとがあり、後者が多数を占めている。

ここでは紙幅の関係から、社会福祉法における社会法的私的保護をとらえる規定のうちの典型的なものをあげて簡単に説明するにとどめる。

児童福祉法 2 条

「国及び地方公共団体は、児童の保護者とともに、児童を心身ともに健やかに育成する責任を負う。」

児童福祉法 6 条

「この法律で保護者とは、親権を行なう者、後見人その他の者で、児童を現に監護する者をいう。」

ここでは保護者（児童を現に監護する者）に対する児童育成責任（私的保護責任）が規定されているが、この「保護者による児童の監護」を規定する私的保護法は、私権の存否を限定せず（その他の者を含む）、現実の監護という事実の存在を要件とするものであって、まさに市民法を超えた社会法的な私的保護法であるといえよう。なお同法 27 条 1 項 3 号に規定される里親や保護受託者

4) 社会保障制度審議会「社会保障制度に関する勧告」(25. 10. 16), 第 4 編, 社会福祉, より。

もこの保護者に含まれると解されるから、これらの者による児童の監護に対しても同様に同法2条の「児童の育成責任」が課せられることはいうまでもない。またここでは市民法における親権者および後見人は「保護者」という社会法的法人格に転化し、「児童の育成責任」という社会法的責任（児童に対する、実質的な市民的自立を目的とする育成責任）を新たに課せられるのである。

そしてこの「保護者による児童の監護」という私的保護（監護）を補充するものとして、国および地方公共団体による公的保護（公的給付）が規定されている（2条の「保護者とともに」という規定は、保護者による児童育成に対する国および地方公共団体の補充的責任を規定したものであると解されている。）。すなわち同法15条の2の1項3号は児童相談所の業務の一つとして「児童及びその保護者につき、前号の調査又は判定に基づいて必要な指導を行なうこと。」と規定し、また同法27条1項2号は都道府県知事の措置権として「児童又はその保護者を児童福祉司、精神薄弱者福祉司、社会福祉主事又は児童委員に指導させること。」、同条1項3号は同じく「児童を里親若しくは保護受託者に委託し、又は乳児院等……に入所させること。」と規定するが、これらの規定では、「保護者による児童の監護」という私的保護（監護）が機関の業務や福祉の措置による公的保護（公的給付）によって補充されている。

なお公的保護と私的保護のこのような関係を媒介する規定が同法25条の「保護者のない児童又は保護者に監護させることが不適当であると認める児童を発見した者は、これを福祉事務所又は児童相談所に通告しなければならない。但し、罪を犯した満14歳以上の児童については、この限りでない。この場合においては、これを家庭裁判所に通告しなければならない。」という要保護児童発見者の通告義務に関する規定であり、ここにいう「保護者のない児童又は保護者に監護させることが不適当であると認める児童」とは私的保護（監護）に欠けるかあるいはこれに欠陥のある児童であって、ここに公的保護による補充が要請されるのである。

この補充的責任⁵⁾は、児童を実質的な自立的市民に育成するという目的から、つぎのように分類できよう⁶⁾。

- (一) 保護者が児童をよりよく育成できるよう、必要な条件を整え、あるいは支障となるものを除き、児童育成のためのよりよい環境を保障する。
- (二) 保護者の育成に欠けるところがある時は、これに適切な指導や援助を与え、育成が充分に行なわれるように努める。
- (三) 保護者による育成が児童の福祉上不適当であるか、または保護者の育成が得られない時には、国および地方公共団体が直接に児童の保護育成に当る。

このように性格づけられる補充的責任は、生活保護法4条に規定される生活保護に対する「補足的責任」に対比されるもので、両者は公的保護における典型的な二つの態様を示している。補充的責任は児童福祉法に典型的に規定されているが、その他の社会福祉諸法に規定する事実的ケア（非金銭的・サービスの給付）にも法理上当然に適用されるものであると考えられる。

以上は児童福祉法における私的保護（保護者による児童の監護）に関してその大要を述べたが、この種の規定にはその他に、母子福祉法10条1項の「配偶者のない女子による児童の扶養」、精神薄弱者福祉法16条1項1号の「（精神薄弱者の）保護者による精神薄弱者の監護」、同条3号の「職親による精神薄弱者の監護および更生への指導訓練」、老人福祉法11条1項1号の「養護者による老人の養護」、同条4号の「養護受託者による老人の養護」等が規定され、それぞれ「現に監護（養護、扶養）する」という現実の私的保護関係が要件とされていて、市民法上の親族扶養義務の存否を問わない（母子福祉法を除く）。要するに社会法的私的保護は社会福祉法全体に広く規定され、現実の私的な監護・養護・扶養関係を把握している。

5) 吾妻光俊『社会保障法』有斐閣、1969、294頁。

6) 社会福祉行政研究会編『社会福祉講座』3巻、新日本法規出版、1967、134頁参照。私見と同趣旨の解説が行なわれている。

なおこのような社会法的私的保護関係は社会手当法関係では、児童扶養手当法4条の「母又は母以外の養育者による、父と生計を同じくしていない児童の養育」、特別児童扶養手当法2条および4条1項の「父母又は父母以外の者による重度心身障害児の監護又は養育」、また生活保護法では10条の「世帯」（生計を一つにする消費生活共同体）等がそれぞれ規定され、さらに社会保険法の分野でも、厚生年金保険法59条や健康保険法1条2項2号ではいずれも一定の親族関係の存在とともに、「被保険者による現実の生計の維持」の存在を受給の要件として規定している。

このような「現実の私的保護関係」の把握は社会法全体に共通に見出せるが、そこでは既に市民法上の家族・親族関係の存否を問わないか、あるいはこれを含む場合も、婚姻関係には内縁を含み、児童の監護や扶養には婚外子を含み、さらに実親子関係以外を含んでいる。

IV 社会福祉法における私的保護（二）

社会福祉法には前述のような私的保護（監護）のほか、すべての国民に対して社会福祉への協力の責任を課する規定がある。

児童福祉法1条1項の「すべての国民は、児童が心身ともに健やかに生まれ、且つ、育成されるよう努めなければならない。」という規定は市民法における「親権者一子」という私的保護関係を「国民一児童」という私的保護関係に拡大した社会法的意義をもつ規定であるが、この規定は同法2条の「保護者一児童」という社会法的私的保護関係の基盤となる規定であるとともに、それをさらに全社会的基盤において補充する意味をもつ規定でもあるといえよう。

この種の規定は一般に理念的性格をもつ規定であるとされることが多いが、社会福祉の理論や実践の最近の発展は、Community DevelopmentあるいはCommunity Careなどの理論や実践を通じて社会福祉における公私の努力・協力の意義がより一層高められ、そこに社会福祉への国民の直接、間接の参加が要請されるようになってくることから、社会福祉法におけるこの種の規定は具体

的な効果をもつそして具体的極効果の前提となる（具体的な効果をもつ法規の前提となる）規定として定立されなければならないと思う。

またこの規定（児童福祉法1条1項）の「すべての国民の責任」は地域社会福祉においては「すべての住民の責任」に転義することにより、それぞれの地域社会における社会福祉の推進を規律する条例＝社会福祉条例の原点となると考えられる。福祉需要者に直接に接触する地域社会福祉は社会福祉の中で重要な地位を占めるが、それがそれぞれの地域社会の特性を含むため、これを一律に法律によって規律することは難しく、そこに社会福祉条例の機能が社会福祉法上に重要な意義を有することが理解されよう。

児童福祉法においてこの1条1項の規定を具体化した規定であると法理上考えられる規定は、せいぜい同法25条の「要保護児童発見者の通告義務」、34条の「児童保護のための、成人に対する禁止行為」に尽きるが、これらの規定も理念には遠い感がある。

児童福祉法1条1項に類する規定は他の社会福祉法にも存在する。

身体障害者福祉法3条2項の「国民は身体障害者がその障害を克服し、社会経済活動に参加しようとする努力に対し、協力するように努めなければならない。」という規定は国民に対して身体障害者の自立更生に協力する責任を課した規定であって、児童福祉法1条1項と同様な性格をもつ規定であるといえよう。

なお老人福祉法4条3項の「老人の生活に直接影響を及ぼす事業を営む者はその事業の運営に当っては、老人の福祉が増進されるように努めなければならない。」という規定も、対象は制限されているが、同様の趣旨に属する規定であるといえようが、しかし矢張り児童の育成や身体障害者の自立更生に対する国民の義務と同様のものが老人福祉法においても、さらに精神障害者福祉法においても規定されるべきではないかと考えられる。

このことはすべての国民が社会福祉全体に対する責任を負っていることを法的に明確にすることであるとともに、またそれぞれの地域社会におけ

る社会福祉の発達の法的基盤を確立することでもあろう。

このような社会福祉に対する「国民の協力義務」と、先に述べた社会法的私的保護＝「現実の監護」とは社会福祉法における私的保護の二類型として示されるが、社会福祉法の本質を正しく把握するためには、これらの私的保護の検討を看過し得ないことはいうまでもないであろう。

V 沼教授の私的保護法理論の検討から

沼教授の私的保護法の理論をここでとり上げるのは、この理論が近代市民法の史的展開を基底とする広大な視野の中で、私的保護法と公的保護法を対置する保護法の視点を踏まえて市民法と社会保障法の相互関係を検討する貴重な業績であり、社会福祉法の体系理論の考察において重要な意義を有すると考えられるからである。

沼理論に対してはすでに利谷信義教授や西原道雄教授による検討や評論があるが、利谷教授は「この理論が民法と社会保障法にまたがる理論体系であるとともに、すぐれて現段階の法構造に反映する性格をもっていることから、これに対する賛否にかかわらず、何人も一度は通過しなくてはならない重要な地位を占めると考えるからである。」⁷⁾と評価し、また西原教授は「穂積、中川両氏に代表される戦前からのわが国家族法学界の主流が家族法の財産法に対する独自性のみを主張し、戦後の家族法学も家父長制的な家族制度の否定や家族法の民主化だけに力を入れてきたのに対し、市民法の根本原理にまでさかのぼって家族法の財産法との有機的関連を強調する点はきわめて特異である——中略——私はこれを戦後のわが民法学の最大の収穫の一つと評価してさしつかえないと思う。」⁸⁾と高く評価している。

しかし両教授ともこのような評価とともに沼理論に法理上の難点が散見することも認められている。私見でも沼理論にはかなりの難点——法理上の誤謬や矛盾——が存在すると思うし、また理論

的にも未完成であると思う。けれどもそれにもかかわらずその広大な視野、ユニークな視点と着想、卓抜な法理の集約と処理には多くを学ばなければならないと思うのである。

ここでは沼理論の主論文と考えられる「親族法の総論的構造」⁹⁾および「財産法の原理と家族法の原理」¹⁰⁾を中心に検討してみたいと思う。

私的保護法理論の出発点は「捨象」と「要保護性の補完」の法理である。

近代市民社会における資本制生産様式を基礎づける財産法は、すべての人を独立・自由・平等な商品主体者として規定し、そこに「私的所有の相互承認」や「商品交換過程」を確立しようとするものであるが、そのためには先ず独立・自由・平等な法人格形成のための必然的過程として、すべての人を、その相互異質的性格を「捨象」することによって、抽象人、原子的個人として成り立たしめねばならないとして、ここに「捨象」の法理が展開される。

捨象は先ず「人間の置かれた自然所与的条件」あるいは「生物学的・生理学的側面」に対して行なわれるとし、さらに「ごく広い意義での能力における個人差」あるいは「消費財購入の可能性の有無」に対しても行なわれるとしている（捨象に個人の能力差や資力を含めたところに財産法の本質と齟齬するところがある。ここに沼理論の最大の問題点があろう。これについては後に検討する。）。

つぎに捨象によって成り立った財産法主体（原子的個人）にすべての人を適合せしめるには、あらかじめ必要に応じて捨象に対応する「補完」を前置しておかねばならない。これが「要保護法の補完」であって、財産法を舞台上の装置とするならば、「要保護性の補完」はその舞台裏の装置であるといわれる¹¹⁾。

そして「要保護性の補完」は事実的監護（禁治

9)『沼正也著作集』、三和書房、1963。

10) 同上。

11) 捨象と補完の理論はくり返し論じられているが、とくに、「財産法の原理と家族法の原理」のうち第一部「財産法との対比における家族法の諸原理」第一章家族法の性格、23頁～25頁。

7) 利谷信義「現代家族法理論の一考察」、『法律時報』39巻13号、5頁。

8) 西原道雄「現代の家族と法」、『講座現代法』8巻、岩波書店、1966、143頁。

産者に対する療養監護や未成年者に対する監護教育)、行為的監護(無能力者に対する法律行為の同意ないし法定代理)および経済的監護(消費財の購入の資をもたない者に対する扶養)の三態様の監護によって行なわれるとする(捨象において「個人の能力差」や「個人の資力」をとらえたことは補完においてもこれをとらえなければならぬ結果となり、経済的監護＝扶養が補完の一態様とされている。しかし「生活自己責任」の原則が支配し、抽象人・原子的個人としての法主体が成立している財産法に、生活の窮乏に対する経済的監護を受けた具体的人間としての個人が登場する余地はない。この点についてはまた後に検討する。))。

沼理論にいう「私的保護法」は¹²⁾、財産法に対する「要保護性の補完」を行なう法—「補完法」そのものであるとして、上記の私的監護のすべてを内容とする法であると考えている(私見ではすでに付記したように扶養は「補完法」に含まれないと考える。扶養のうち基本的な家族の維持——夫婦間の扶養と未成年子に対する親権者の扶養——を目的とする扶養をとらえる法を、「保族を目的とする親族扶養法」と呼ぶとすれば、市民法における私的保護法は本質的には「補完法」と「保族を目的とする親族扶養法」により構成され则认为。残余の扶養——狭義の親族扶養——は生活の窮乏に対するものであると考えられる。))。

かくして家族法は「私的保護法を中核とし、これと家族・親族的身分関係法との結合ないし複合法である。」と定義され、私的保護法と家族・親族的身分関係法の関係は、前者を行為法とし後者を組織法とする関係であって、両者が相互媒介する場合が普通であるが、時として私的保護法が家族・親族的身分関係法以外の組織法と媒介する場合がありますが、それが後見、内縁、里親等の場合であると説明されているが、沼教授は家族法のこの部分をその発展的部分としてとらえている(西原教授のいう「社会法的家族法」あるいは私がこの論稿で用いてきた「社会法的私的保護(法)」とい

うようなものへの示唆がここに見出せるようであるが、教授は「社会法的」という概念は用いずすべて家族法の発展として市民法—家族法の枠内にとらえているようである。沼理論では、補完法＝保護法としてとらえられ、私的保護法＝私的補完法はすべて市民法に属すると考えているようである)。

家族法の発展的部分をもたらす原因としてはつぎの諸要素が考えられている。

- (1) 血縁団体の内包の縮小と地縁団体の外延の拡大という歴史的志向(上記の私的保護法が家族・親族的身分関係法以外の組織法と媒介する場合も一部はこれに属する。この志向を、「血縁絶対主義から非血縁的要素の承認へ」というように考えれば、社会福祉法における社会法的私的保護の形成もこの志向に属するといえよう)。
- (2) 家族・親族的身分関係法には厳格主義が支配し、私的保護法には自由主義が支配する。その理由として「要保護性の補完(私的保護)は市民法における至上命令であるから、これを貫徹するためには、家族・親族的身分関係における厳格主義をも破らざるを得ない。」としている(婚外子の保護や内縁の保護等は法律婚主義の壁を破ることにより発達した。そこに自由主義が支配すると見るのである)。
- (3) 家族・親族的身分関係法の分野における婚姻尊重の原則と自然血縁尊重の原則の相剋(婚姻尊重の原則とは法律婚主義を意味するものであろう。これは「法律婚絶対主義から自然血縁関係の承認へ」という家族法の発達ないし社会化の要因をとらえている)。

これらはいずれも家族法の発達の要因としてとらえられているが、私見ではこれらは「法律婚絶対主義から自然血縁関係の承認へ」という発達方向を示すものと、「血縁絶対主義から地縁的あるいは非血縁的関係の承認へ」という発達方向を示すものの二つの類型に分類されるが、前者はいわゆる「家族法の社会化」の要因となり、さらに「社会法的私的保護」の基盤となっている。後者は主として「社会法的私的保護」の成立の要因と

12) 私的保護法の理論は、第一部第二章親族の扶養の二、家族法の理論にまわっている。

なるものである。

以上のように家族法の発達については沼理論は多くの示唆を与えているが、ついで沼理論のうちの主要な理論の一つである「私的保護法の社会保障法への昇華」について要約しよう。

沼教授は「生存権の保障に伴って狭義の親族扶養はやがて社会保障に揚棄され、夫婦、親子の扶養さえ歴史的な変貌をうけて同様に社会保障に昇華されるべき志向をもっている。」とし、また「給付は国家が、世話は私人が」という主張において、親族扶養が社会保障に昇華してゆく過程の中で、事後的監護の多くは家族法に残るであろうとしている（沼教授は私的保護の昇華を経済的監護＝扶養において主としてとらえ、事後的監護の多くは昇華されないと考えているが、私見では事後的監護は「補完法」の要素として本質的に財産法に関連するため、財産法が維持される限り事後的監護の昇華は原則的には考えられないと思う。扶養の昇華については私見では、生活窮乏に対応する狭義の親族扶養を限度とすべきであると考えが、沼理論では昇華においていわゆる生活保持義務をも含む志向を認めている。）。

このような昇華への過程を、沼理論では一つのパターンによって示している¹³⁾。それは、「私的保護法の拡大による家族法の領域の固定的拡張」と「私的保護法の昇華による家族法の領域の減縮」とのジグザグ・コースをたどる過程として示され、「私的保護法としての家族法は減縮と拡張のジグザグ・コースをたどりながら、その固有の領域を次第に鮮明ならしめてゆく。」と説明されている。もちろんこの過程は総体的には私的保護の公的保護（社会保障）への昇華がすすめられてゆく過程として把握されている（沼教授はこのパターンを婚外子の扶養を例として説明しているが、窮極的には昇華により私的扶養は揚棄されるべきであるとしている。しかし私見では私的扶養の揚棄は狭義の親族扶養にとどめるべきであると考え。問題は私的扶養の全面的揚棄ではなく、私的扶養と社会保障のバランスをどこに求めるかに置かれていると思う。「拡張」と「減縮」の過

程にも、この意味からの検討もあってよいと思う。財産法の本質が変更されない限りこのことは変わらない。）。

以上は、膨大な沼理論の主要理論のうちの一部を紙数の許す限度で要約し、かつ若干の検討を付記したものであるが、つぎに沼理論に対する評論のうちから利谷教授の批判の一部をあげて検討しよう。

利谷教授は沼理論の法理構造のいくつかの誤謬を指摘しているが、ここではその中から「要保護性の補完」の理論に対する批判をとり上げる。

教授は「事後的監護をうけて成年に達したり、能力を回復した個人や、経済的監護をうけて消費財の購入という取引関係に立つという個人は、すでに沼理論にいわゆる『舞台上』すなわち財産法に登場すべき抽象的な原子的個人ではなく、具体的人間にはかならない。」として、この矛盾を克服するためには、「補完を行為的監護に限るか、あるいは具体的人間が問題となりうるような財産法自体の性格の変更を認めるかのどちらかである。」¹⁴⁾と結論している。

この点についてはすでに述べたように、私見では補完の対象は行為的監護と事後的監護に限るとし、経済的監護＝扶養は除外した。いずれにしても経済的監護が「補完」に関係がないとするところでは同意見である。私が事後的監護をも「補完」に加えるのは（紙数の都合で要点のみにとどめるが）、（1）事後的監護と行為的監護は法理上一体不可分であると考えられること、（2）財産法には「生活自己責任」の原則が支配していて、生活の経済的条件の法理的排除は「捨象」以前の問題であるか、少なくとも「補完」の対象となる余地はない。もともとこの原則の支配を前提としてはじめて抽象人・原子的個人たる法主体が成立しているのである。（3）事後的監護の対象たる未成年者も禁治産者も原子的個人として成立する以前の状態にあるから、事後的な監護をうけても具体的人間とはならない等の理由からである。

いずれにしても利谷教授の批判においても私見においても、沼理論の「補完」の法理は修正され

13) 同上、61頁～62頁。

14) 利谷信義、前掲書、7頁。

なければならない。沼理論にえがかれた、財産法を中核とし、それを補完する「補完法」＝「保護法」の広大な展望（保護法概念のもとに市民法と社会法を包括する広大な展望）はくずれ、「補完法」は行為的監護あるいはそれと事実的監護を含める限定された対象の法とされざるを得ない。

この点に関する沼理論の齟齬は矢張り市民法と社会法の本質的把握の不明確さによるものと思われる。すなわち「生活自己責任」の原則の排他的支配とその修正・制限、抽象人と現実の生活主体、形式的かつルールの自由・独立・平等と市民としての実質的自立等という両法の本質的相違が必らずしも明確に把握されていなかったというべきであろう。

それでは最後に浅学を顧みず私的保護法理論の私見的再構成を試みてみよう。先ず財産法と本質的に関連する補完法は行為的監護と事実的監護を対象とする。家族法には補完とともに家族の維持＝保族という目的があり、経済的監護のうち夫婦の扶養と未成年子に対する親権者の扶養とは保族を目的とする親族扶養法を形成し、一般の生活窮乏に対する扶養としての狭義の親族扶養と区別される。狭義の親族扶養は家族法に本質的なものというよりも、救貧法や社会法との関連のもとに家族法に位置づけられているといえよう。

したがって市民法における私的保護法は、「補完法」、「保族を目的とする親族扶養法」および「狭義の親族扶養法」を包括し、特に補完法と保族を目的とする親族扶養法は市民法（家族法）の本質的な部分であるといえよう。

ついで市民法における私的保護法は、家族法に把握される家族・親族的身分関係の推移—「法律婚絶対主義から自然血縁関係の承認へ」および「血縁絶対主義から地縁的・非血縁的関係の承認へ」という推移に対応して社会化され（家族法の社会化）、あるいは社会法的私的保護（法）に転化する（家族法から社会法へ）。私的保護（法）の社会化はさしづめ事実的監護と経済的監護の両者において行なわれ、前者は社会福祉法に、後者は社会保障法（所得保障法）に移行する。そしてこの社会法的私的保護を市民法的私的保護と区

分する指標は、「市民法的身分関係の存否」を原則として条件とせず、「現実に行なわれている私的保護」であり、あるいは「社会法的目的」を担うこと等に求められよう（なおこれについては次章の西原教授の「社会法的家族法」の理論を参照されたい。）。

VI 西原教授の社会法的家族法理論の視点から

西原教授の社会法的家族法の理論は、社会法学の最も正統的な理論を家族法に対して適用されたものであると思う。したがって社会法的家族法の理論を試みる者はこの理論を必らず経過しなければならないという意味をもつものである。ここでは紙幅の都合からこの小論に特に関係の深い部分に関して検討するに止める。

教授は「古典的市民法においては、職業、階級等の属性を捨象した抽象的な法人格としての個人がとらえられ、家族法は夫婦、親子、その他個人対個人の関係を規制するものとなっている。」とし、また「いわゆる社会法が登場するようになると、抽象的な平等の背後にある実質的な不平等に着目し、一定の経済的地位、階級、職業等と結びつけられた具体的人間が規制の対象とされる。この段階では家族法はより一段と実生活に密着したものとなり、単なる個人間の関係だけではなく、その中でどの個人とどの個人とが実際に生活を共同にしているかが重視される。もっとも現在の時点では市民法的家族法と社会法的家族法とが重複して存在し、前者は家族員や家族相互の関係という面から、後者は主として家族自体やそこで生活している個人への国や社会からの干渉、援助等について規定しているとみることができる¹⁵⁾。」と述べ、また社会法的家族法の中では、民法の親族法や相続法の原則が変更され、内縁配偶者の地位の増大や嫡出子と非嫡出子の区別の縮小または廃止等が把握されるとき、これらの傾向に共通な基本的要素は「実生活の重視」という点であるとしている¹⁶⁾。

15) 西原道雄, 前掲書, 139頁~140頁。

16) 前掲書, 139頁~140頁。

市民法的家族法と社会法的家族法の対比について以上のように説明されているが、西原教授は先ず社会法的法主体としての具体的人間を社会法的家族法の中に確認し、そして現実の生活共同関係を重視するという社会法的家族法の現実的、具体的性格を強調し、社会法的家族法を、このような生活共同体としての家族自体やそこで生活している個人への国からの干渉、援助等を規定する法であると規定している。

西原教授のこのような見解はもちろん社会法的家族法一般に適用されるべきものであるが、どちらかという生活保護法に重点が置かれていることは否めない。そこでこれを私見により社会福祉法において検討するならば、先ず具体的人間としては自立喪失者ないし非自立者が把握される。また生活共同関係に相当するものとしては「現実の私的保護（監護・養護）関係」が把握され、この私的保護を補完するものとして事実的ケア（事実的監護）を本質とする公的給付が行なわれる（生活保護法では公的給付は最低生活保障として補足的責任において行なわれる）。仮りに法理的整合という意味から、監護概念のもとに生活保護法の「世帯」（消費生活共同体）を定義すれば、扶養義務の存否を問わない「現実の私的扶養関係（あるいはその複合）」により形成される生活共同体といえることができる。

このような社会法的家族法一般を通じて注意されなければならないことは、私的保護を行なう者が法的根拠によらず任意に行なう者である場合、その任意性の保障、私権の擁護はもとより、保護が長期に亘る場合には何らかの法的利益を賦与すべきではなかろうか。民法 958 条の 3 は消極的ではあるがその唯一つの例であり、法理的には社会法的起源をうかがわせる規定である。

VII 社会福祉法の体系理論から生存権理論へ

市民法における私的保護法は「補完法」、「保族を目的とする親族扶養法」および「狭義の親族扶養法」により構成されることはすでに述べた。「補完法」は財産法における法主体としての抽象人・原子的個人を成立せしめるための要保護性の

補完を目的とする法であって、行為的監護法と事実的監護法を含み、「保族を目的とする親族扶養法」は家族の維持を目的とする法であって、夫婦間の扶養および未成年子に対する親権者の扶養を含む法であり、また「狭義の親族扶養法」は家族以外の者の窮乏に対する援助を目的とする法であって、夫婦間および未成年子に対する親権者の扶養を除く一定範囲の親族扶養を含んでいる。

そしてこのような市民法における私的保護法に対応して社会福祉法や社会保障法が形成される。これらの社会法は総体的にはすべての人の実質的な市民的自立を目的とする法であって、社会福祉法は「補完法のうちの事実的監護法」に対応し、自立喪失者ないし非自立者に対して生活の自立さらに実質的な市民的自立を目的とする事実的ケア＝事実的監護を行なう国家的・公的・私的監護法の総体であり、社会保障法のうち社会保険法は「保族を目的とする親族扶養法」に対応し、すべての国民に対する家族的消費生活の維持を目的として、所得の喪失や必要に対する補充や併せて医療の給付を行なう国家的扶養法であり、また公的扶助法（生活保護法）は「狭義の親族扶養法」に対応し、生活窮乏する世帯や個人に対する最低生活保障を目的として、補足性を限度とする保障を行なう国家的扶養法であるといえよう。なおこれらの社会法にとらえられる家族¹⁷⁾、世帯、私的保護等はいずれも現実の監護や生活共同関係の存在を条件としている。

体系理論的には上述のように規定される社会福祉法の、他の社会法に較べて顕著な特徴は、それが国家的・公的・私的監護法の総体としてとらえられるということであろう。この複雑な構造は社会福祉ないし社会福祉事業が理論的にも実践的にも公私の努力・協力によって行なわれるとされていることや、事実的監護そのものが現実の生活の場において人対人の関係に深く定着しているという事実によると考えることができようが、このような機構の中で社会福祉法の公的給付は私的保護（監護・養護等）や自立喪失者の自助に対する補

17) 具体的には、被扶養者（健康保険法 1 条 1 項、2 項）、遺族（厚生年金保険法 59 条）等。

充としての事実的ケアを行なう。この「補充」の概念は生活保護法4条の「補足」の概念とは本質的に異なり、「私的保護と協力して積極的に福祉の充実をはかる」という概念であるとされよう。

また社会福祉法は、財産法および補完法に由来する、「実質的な市民的自立」の法理的欠落に対応して、この実質的な市民的自立を生活の自立とともに目的とする。

以上に述べた公的給付や私的保護の性格、社会福祉法の目的あるいは社会福祉法が公私の監護法の総体であるとされることは、そのまま社会福祉法における生存権の性格を規定している。例えば児童福祉法1条1項、2項および2条はそれぞれ国、地方公共団体、保護者および国民に対して、「児童のすこやかな育成」を義務づけ、身体障害者福祉法3条1項、2項は「身体障害者の更生」のための義務づけを、国、地方公共団体および国民に対して行ない、特に国民に対しては身体障害者の社会経済活動への参与に対する協力を義務づけている。また老人福祉法4条は「老人の福祉を増進する」責任を、国、地方公共団体および老人の生活に直接影響を及ぼす事業を営む者に対して課し、同3条2項は老人の社会経済活動への参与に対する責任を明記する。そしてこれらの規定に対して、身体障害者福祉法2条および老人福祉法3条1項は身体障害者や老人自身の自立への努力を要請している。

このように規定されるものの総体が社会福祉法における生存権理念の展開として把握できようが、社会福祉法における生存権の、このようなやや特異な性格づけは、すでに述べてきた社会福祉法の社会法としての固有の性格から導かれるものである。

VIII 社会福祉事業と生存権理論

社会福祉法の公的給付の大部分は社会福祉事業に関する規定であるといえよう。それらはケース・ワークに関しては、(1) 事実行為としてのケース・ワークへの導入のための法的機構、制度に関する規定、(2) ケース・ワークの円滑な運営を目的とする規定、(3) ケース・ワークの中

で自立への援助として実践される「福祉の措置規定」(措置権は福祉の実施機関にある)に大別できよう。

ところでこのようなケース・ワーク等の専門社会事業(グループ・ワークやコミュニティ・オーガニゼーション等を含む)を法理的に規定する根本的な問題は、生存権とこのケース・ワーク等との関係を法理上にどのように把握するかということであろう。

ケース・ワーク(個別処遇、個別指導)は、「受理」(福祉需要の明確化と援助受容の意思の確認)、「社会診断」(需要者の生活問題を適確に把握し、問題解決のための手段を用意する)、「社会治療」(問題の具体的な性格に応じて援助する)等の過程により行なわれ、社会治療(援助)は「環境条件の変容」(社会関係の調整、具体的サービスの提供、他機関への送致等)および「需要者の態度の変容」(需要者に社会的適応の能力を獲得せしめあるいは回復せしめる)として行なわれる。またケース・ワークはそれぞれの分野によって、家庭ケース・ワーク、児童ケース・ワーク、医療ケース・ワーク、精神医学ケース・ワーク、司法ケース・ワーク、学校ケース・ワーク等に分化される(これらは社会福祉法のそれぞれの分野で行なわれる)。

ケース・ワーク等の専門社会事業の祖流は1884年のトインビー・ホールにはじまるセツルメント等に求められると思われるが、セツルメントはもとも民主主義思想を基盤とする、不遇な市民に対して市民としての自立を援助する活動であったといわれている。

このようなケース・ワーク等の専門社会事業を、生存権との関係で法理上にとらえる論理は、私見では、ケース・ワーク等は生存権の実現を需要者に対して最も効果的にまた最も適確に行わしめる手段であると思う。「生存権の保障」が単なる法律上の文言としての保障であってはならないのは当然であるが、一般に需要者は社会機構から脱落ないし疎外せしめられている場合が多く、また社会環境も需要者に対する配慮を失っているかあるいはこれを需要者のニーズと結びつける手段を見

出しかねている場合が多く、このような状況下では「生存権の保障」は有効に機能することはできない。ここに生存権の実効性を実現するための法的手段として、ケース・ワーク等が法理上に把握される必然的理由が存在すると考えられる。

小川政亮教授は社会保障権（生存権）の法律的権利の内容として、（１）実体的給付請求権、（２）手続的権利、（３）自己貫徹のための権利を区別する明快な分析を試みておられるが¹⁸⁾、敢えて社会

福祉法からの立場として、ケース・ワーク等に関する権利として、「生存権の実効性を実現するための権利」をこれに付加することはできないであろうか。社会福祉法における生存権の実現には、ニーズの多様性、複雑性とともな援助過程の多様性、複雑性が併存し、例えば社会保険法におけるように、ある程度機械的に保障が実現されるということとは事情が大いに異なるのである。そしてそこにケース・ワーク等の専門社会事業が生存権法理上に把握されなければならない理由があるのである。

18) 小川政亮『権利としての社会保障』、勁草書房、1968、125頁～126頁。

訂 正

本誌第12巻第2号の資料、副田・吉田両氏執筆「母子寮の現状と将来像」のうち76頁右段下から14行目を、下記のように訂正いたします。

(誤) 6畳1室 (30.0%), 4.5畳 (70.0%)

(正) 6畳1室 (30.0%), 6畳と4.5畳 (70.0%)