

社会福祉サービスの権利構造試論

——カール・ウェルマンの福祉権論を手掛りに——

河 野 正 輝

上構造論に限定して検討を加えることとする。

I はじめに

社会福祉サービスに関する法学的関心の1つは、その権利性の根拠および権利構造をどう考えるかということにある。その分析の視角は論者によりいろいろであろうが、たとえば社会福祉サービスを必要とする要保障者または要保障状態の性格に基づいて分析するのも1つの視点であり、また現行法において社会福祉サービスの法的権利性をあいまいにし、行政裁量に委ねていると思われる要因を1つ1つ追究することによって、現行法にみられる措置権方式を改革する（いいかえれば、行政裁量に対する法的・機構的コントロールの手段を見出す）というのも1つの有効な視点であろう。

ところで最近、カール・ウェルマン『福祉権』(Carl Wellman, *Welfare Rights*, 1982) を入手して、わが国では従来あまり意識されていなかった角度からの分析にふれる機会を得た。同書はアメリカ合衆国のAFDC (Aid to Families with Dependent Children) 受給権および公正聴聞の権利を念頭において書かれているから、狭義の社会福祉サービスについて直接論究するものではないけれども、その論理はこれを社会福祉サービスにあてはめて考えてみるに値する普遍性をもつように思われる。そこで小稿では、これを手掛りに社会福祉サービスの権利構造の定式化を試みようと思う。

C. ウェルマンの説く福祉権構造を私なりに理解して展開しなおせばつぎのとおりである。ウェルマンは福祉権の構造のみならず、福祉権の根拠についても考察しているが、ここでは紙幅の制約

II C. ウェルマンの福祉権構造

社会福祉の分野だけでなく、一般に権利に訴えて自説の正当性を説くことは少なくないのに、当の権利の概念については案外共通の理解がないといつてよい。世界人権宣言にいう社会的・経済的権利が真に権利であるといえるか、むしろ理想ないし願望にすぎないのではないかといった論争は周知のとおりである。さらに福祉と権利とを結びつけるのは概念上の混乱であるという後述のような主張もある。このような事情の下では一般的に権利概念そのものについて明確にすることができないかぎり福祉権についての考察を深めることはできないだろう。まず、これがウェルマンの出発点である。

1. W. ホッフエルドとH. L. A. ハートの権利概念

(1) そこで法的権利を理解するためには、まず、W. ホッフエルド『法の基本概念』(Wesley Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, 1919) から始めねばならない。一般に「権利」という用語は何らかの法的優位性をさす言葉として広く用いられているけれども、ホッフエルドはこうした不明瞭さを払拭するために、これを4つの法概念、すなわち請求 (claim), 自由 (liberty), 権限 (power) および免除 (immunity) に区別すべきだとしたのである。

ここで法的請求 (legal claim against second party) とは、Y が X に対して A なる行為を行なう法

的義務を負う場合に、XはYに対してAなる行為を求める法的請求権をもつという。また、法的自由 (legal liberty in face of second party) とは、XがYに対してAなる行為をさし控える法的義務をもたないとき、XはYに対してAを行なう法的自由を有する、という。また、法的権限 (legal power over second party) とは、Xの自発的な行為によってYに特定の法的効果Cがもたらされることが法認されているならば、Xはこの効果CをYにもたらす法的権限を有するという。そして、法的免除 (legal immunity against second party) とは、YがXのために法的効果Cをもたらしうかなる法的権限をもたないとき、XはYに対してこの法的効果Cから免れる法的免除を有するというのである。

そこで法的請求と法的自由との相違はどこにあるかといえ、請求は相手方に対してそれに対応する義務を課するものであるのに対して、自由はそのような義務を課さず、単に相手方に対してそのような行為をさし控える法的義務を負わないというだけだといえるわけである。たとえば、「健康で文化的な最低生活を営む権利」を請求権と解するときは、国は自ら最低生活を営みえない者に対して生活保障給付を行なう法的義務を負い、これを自由権と解するときは、国はかかる積極的な給付義務を負わないことになる。いいかえれば国は国民の最低生活を営む活動を侵害してはならないという消極的な責務を負い、国民は国からの侵害を受けないという免除を得ているにとどまるということになる。

同じように、自由権 (liberty-right) と権限としての権利 (power-right) との相違も重要である。たとえば、都道府県知事には身体に障害のある児童を児童福祉施設に入所させて援護する権限が与えられているから (児福27 I ③)、知事は身体に障害のある児童Xを入所させる権限 (power-right) を有するけれども、同じ要援護状態にある児童Yと比較して差別した取扱いを行なう自由 (liberty-right) はもたないということになる。

以上の4つの法概念を1つの権利という概念に包括しうる要素が何かあるとすれば、それはホッ

フェルドによれば法的優位性 (legal advantage) にほかならない。法的優位性という表現でホッフェルドが何を意味したか、彼自身は一度も説明していないけれども、おそらく、彼の意味する法的優位性とは、「法上支持される立場 (legally favored position)、すなわち相対立する意思があるときに、一方の意思が法によって支持される、その支持される立場にあること」であったと考えられる¹⁾。こうしてホッフェルドが私法上の権利に妥当すると考えたことは、他のすべての権利にも当てはまると考えて以下の議論を進めるわけである²⁾。

(2) W. ホッフェルドの法の基本概念を用いて、さらにわれわれの権利概念の理解を深めたのはH. L. A. ハートであるといわれる³⁾。ハートは請求、自由、権限、免除というホッフェルドの4つの区別を慎重に受け継ぐと同時に、一方権利概念を4要素のどれか1つ (ホッフェルド説では請求) に絞り込むことを避けて、法的権利の複合性 (Complexity of legal rights) をはっきり認める立場をとった⁴⁾。そこにハートとホッフェルドの相違点があったとされている。そこで権利の複合性とはなにか、それがどのような意義をもつかということになるが、それはつぎのC. ウェルマン説の紹介の中で説明することにしよう。

2. C. ウェルマンの権利概念

ウェルマンはホッフェルド『法の基本概念』で確認された要素、すなわち請求、自由、権限、免除、義務等の要素をもとに、H. L. A. ハートのいわゆる「法的権利の複合性」を継承して、権利概念をつぎのように構成する。少し生硬で、かつ長いけれども正確を期すためにウェルマン自身の文章を引用しておきたい。

「われわれは法的権利をホッフェルド派のいう優位性の体系として、すなわち、もしこの優位性が尊重されるならば、権利の所有者に1以上の相手方と相対して特定の行動を起こす自治 (行動を起こす自由とコントロールをあわせて自治と呼ぶ—筆者) を授与するところの優位性の体系として考えることを提唱する。このモデルにおいて、法的権利の諸要素は請求、自由、権限、免除、義務な

ど、ホッフエルトの『法の基本概念』によって確認された要素である。これらの要素はそれぞれ、その所有者が相手方の意思と現にまたは潜在的に抵触するにあたって、その所有者の意思に支持を与えるという意味において、その所有者にとって現実のまたは潜在的な相手方に対する1つの法的優位性であるわけである。……思うに、これらの法的優位性は1つだけではまだ法的権利を構成しえない。なぜなら1つの優位性ではどのような対決においても決定的ではありえないからである。こうして、債権者の返済請求権は、債務者側の支払拒絶によって容易に債務の取消しを受けないという免除を同時に伴うのでなければ、不承不承の債務者に対して実効性をもたないであろう。すべて法的権利はホッフエルトによって確認された法的要素の複合物なのである。法的権利はホッフエルトの諸要素の単なる集合以上のもの、すなわち1つの体系である。ホッフエルトの諸要素の複合を1つの権利にするのは、この体系的な一体性にほかならない。権利の中心にはそれぞれその意味を限定する核がある。……この核はその権利の本質的な内容をはっきり指定する。……この核はまたその権利の全体としての形態(modality)を決定する。……またこの核は法的権利の所有者を確定する。すなわち権利はこの核によって法的優位性を与えられる側に帰属するわけである。最後に、権利を構成する諸要素はいずれもこの中心となる核との関わりによって、この核に付加された要素であるから、この核は複合物たる権利を一体化するものである⁵⁾。

抽象化された説明では読者にはわかりにくいかもしれない。そこでウェルマン自身があげる例をもとに権利の複合構造を説明すればつぎのとおりである⁶⁾。

例 1 言論の自由 (right to free speech)

この権利の核は両面的な法的自由 (bilateral legal liberty) である。すなわち、文書誹毀罪、中傷および公共に対する明白かつ現実の危険にあたる場合を除いて、どのような論争であれ、これを表明または沈黙を守るという両面の自由である。この核に関連して少なくともつぎの諸要素が権利を構成すると考えられる。

- 1) 演説を行なう者を武力による攻撃もしくは脅迫によって、またはその私財を損壊することによって、またはその市民権を侵害する他の方法によって妨害することに対する法的請求 (legal claim)。
- 2) 言論の自由の行使を脅やかしたまたは不当に妨害する者に対して、法廷でその救済を求める法的権限 (legal power)。
- 3) 言論の自由の制限もしくは禁止を目的とする立法を制定されないという憲法上の免除 (constitutional immunity)。

例 2 債権者の返済を求める権利 (creditor's right to repayment)

この権利の核は、債権者が債務者に対して所定の期日に所定の額を返済するよう求める法的請求 (legal claim) である。この核のまわりに少なくともつぎの関連要素が付いていると考えられる。

- 1) 債務者が債務を現に返済しないかもしくはその真があるとき、提訴の権限を行使するかもしくはその行使をさし控える両面の自由 (bilateral liberty)。
- 2) 当該の債務に対する請求をさし控えるかもしくは取り消す権限 (power)。
- 3) 返済を受領し、それにより債務者から債権者へ返済額の所有権の移転を完了させる権限 (power)。
- 4) 返済金額を受け取る法的権限を行使する法的自由 (legal liberty)。
- 5) 債務者が単なる通知によって債務の取消しを行なうことに対する法的免除 (legal immunity)。

3. C. ウェルマンの福祉権論

(1) 福祉権否定論の検討

以上のような権利概念を道具として、福祉の法律関係を分析するわけであるが、福祉と権利概念とを結びつけることを論理矛盾とする学説も有力であるから、福祉権の構造分析に入るまえにこれを少し紹介しておきたい。ウェルマンはつぎの5説を俎上に載せている⁷⁾。

① 第1説は、権利概念をウェルマン説のように自治を授与する優位性の体系として捉えるならば、このような自治という考え方と福祉給付に対する請求とを結びつけることには概念上の矛盾がある、なぜなら、福祉給付の請求者はその請求を行なうにあたって自治をもちえないからである、と主張する。マーティン・ゴールディング『人権

理論のために』(M. P. Golding, "Towards a Theory of Human Rights", *Monist* 52, 1968, pp.521-49)は権利者の随意に権利を行使しうるか否かによって人権を選択権(option rights)と福祉権(welfare rights)とに分ける。このゴールディング説の論理を延長すれば、上の第1説のようになるかもしれない。

しかし、この説は法的福祉権に限れば明らかに誤りであるとウェルマンはいう。たとえば、AFDCを受ける法的権利の所有者はその核である請求の行使について相当の自治をもつ。すなわちAFDCを給付すべき州の法的義務はAFDC受給資格を有する者の申請次第であり、受給資格者はいつでもその申請を取り下げることができる。こうしてAFDC受給権者は扶助を給付すべき義務を引き起こしたり、消滅させたりできる。もし扶助が却下されれば州の福祉機関を相手に訴訟を提起することができ、勝訴すればその義務を履行するよう強制しうる。本訴とは別に、申請者は福祉機関の処分に対して不服を申立て、公正聴聞を要求する法的権限をもつというわけである。

② 福祉権否定論の第2説は、およそ請求権には精確さが必要不可欠であるのに、福祉給付の内容には不明確さが払拭できないということである。この主張によれば、福祉給付の範囲(体系)は定かでないし、給付を受ける者の要保障性(ニーズ)の要件もかなり弾力的であり、世界人権宣言第25条(生活の保障)にいう「充分な生活」という給付水準もこれを確定する方法はないではないか、ということになる。

しかし、ウェルマンはかりにこれらの主張をすべて認めたとしても、少なくとも現行法制上確立している福祉権、たとえばAFDCを受ける権利については上の批判はあてはまらないという。つまり、法律と施行規則によってその金銭給付の内容は十分に明確であり、受給権が侵害された場合、訴訟を提起することができるし、裁判所はそのAFDC受給権が満たされているか否かを判断するのに何ら困難を感じないと反論する。

③ 福祉給付はニーズのある個人に、そのニーズを理由として支給される一種の扶助である。

したがって、当該の個人が特定の扶助を必要としているという事実は、その扶助を請求する正当な理由といえる。しかし福祉請求権の核心は単にある給付の請求ではなくて誰かある者に対する請求でなければならないはずである。なぜなら請求権はまさにその性質上相手方に義務を予定しているものであるからである。ニーズはある福祉給付の請求の根拠となりうるけれども、その給付義務を負う相手方を確定するものではない。このように福祉権の観念には、“a claim to”と“a claim against”との混同があるというのが第3の福祉権批判論である。

たしかに、ニーズそれ自体は義務主体を確定するものではないが、福祉給付の請求権の根拠は実は申請者のニーズのみならず申請者の相手方に対する特定の関係に求められねばならない。こうして孤児は市民ないし州民たる関係においてその属する州に対して倫理上請求権を有するのであり、私の子は私の子であるがゆえに私に対して倫理的請求権をもつのである。ウェルマンはこのように特定の相手方に対して請求権を主張しうるというのはAFDCのごとき法的福祉権においては一層明瞭であることは多言を要しまいとする。

④ 福祉権概念を論理矛盾とする第4の批判点は、福祉権論が権利と単なる理想とを混同するカテゴリー・ミステイクをおかしているというにある。その代表例はモーリス・克蘭ストン『人権、その現実と仮想』(Maurice Cranston, "Human Rights, Real and Supposed", in *Political Theory and the Rights of Man*, edited by D. D. Raphael, 1967)にみられる。すなわち、すべての人が適切な生活水準を享受するというのは疑いなくきわめて望ましいことであるが、限られた資源の下ではそれは不可能である。不可能なことを行なうべき義務はありえないから、福祉に何か普遍的な権利を想定するのは無意味である。したがって多くの社会が飢饉、疾病、無知および若齢死亡に打ち勝つ資源を欠いているときに、「何人も、衣食住、医療及び必要な社会的施設を含む自己及び家族の健康及び福利のために充分な生活水準を享有する権利」(世界人権宣言25条)と確認することは意味を

なさない。ウェルマンの要約するところによれば、「資源の不足という条件下では福祉に対する法的権利の概念は成立しがたい。法的請求権という概念は訴訟によって救済を得られるという観念と論理的に結びついている。しかし裁判所は医療介護や適切な住宅などの福祉給付の制度を論ずる立場にはない。なぜなら、これらは十分な資源を備えた法制の確立をまたねばならないが、それは立法府の活動によってはじめて実現しうるものにほかならないからである。福祉権はしばしば利用しえない資源に対する請求を含むから、権利としての福祉給付という議論は、単なる理想（それは確かに望ましいことではあるけれども）と一定の義務を必然的に伴う真の権利とを混同するものである」⁸⁾。

これに対してウェルマンは、裁判所が福祉給付を行なう資源を欠いていることは認めねばならないが、だからといって法廷に提訴することは福祉請求権を救済する効果的な方法でないということにはならないとする。その理由として、第1に資源の問題は福祉権に限られない。債務者が債務の返済をする資力を欠く場合に、裁判所が債権の救済手段として、裁判所自身の予算から債権者に返済する必要はない。ただ債務者に返済を命じて、かつ法廷侮辱罪と認定される場合には処罰されることとするだけでよい。その事情は福祉給付についても同じである。第2に、資源不足の中にある世界の多くの人びとが単に人間であるという一事によって適切な生活水準の如き福祉権を主張するかは疑問であるけれども、特定の国、社会における資源の範囲で、という但し書を付することによってこれを主張することはできるという。

⑤ 福祉権の観念に矛盾ありとする第5の指摘は、真の権利ならばこれを侵害することは不正義とされるのに対して、福祉給付を拒むことは無慈悲ではあってもそれ自体としては不正義ではない、したがって、要保障者は真に福祉権を有するといえないというにある。

この指摘に対してウェルマンは、第1に、権利と正義はこの主張のように概念的に結びついたものか明らかでない。第2に、かりに不正義を何ら

かの権利侵害として定義する考え方に立っているのであれば、この主張は論争点を真実と仮定して論を進める誤りに陥っていることになる。すなわち、福祉の拒否が不正義にあたらないと主張することはあらかじめ福祉に対する権利がないというまさに論点となっていることを真実と仮定する議論にほかならないのである。第3に、富の不平等が著しく、その富が必ずしも所有者の労働によるものでない社会を考えるならば、また体制自体が失業のような生活事故を生ぜしめる社会を考えるならば、このような場合の福祉の拒絶はそれ自体不正義と考えるべき積極的な理由があるとする。

(2) 法的福祉権の構造

こうしてウェルマンは福祉権否定論をいずれも退ける。そしてたとえば AFDC を受ける権利、公正聴聞を求める権利が現に実定法上の権利として認められていると例示する。そのうえで、この2つの権利の複合構造をつぎのように分析するわけである⁹⁾。

例 3 AFDCを受ける権利 (The Right to Receive AFDC Payments)

この権利の核 (core) は、州の福祉機関に対する法的請求権である。すなわち、当該の州が連邦政府の補助する AFDC 制度を導入しており、かつ受給資格を有する個人が同給付を申請するならば、比較しうる他の受給者の額と等しい給付額を支給されるように請求する権利である。

この核に関連する規範的要素として、さしあたりつぎが考えられる。

- 1) 州の居住者の AFDC を申請する法的権限。
- 2) 州の居住者の AFDC 給付を申請する機会を求める法的請求。
- 3) 申請の際に弁護人を伴うことを許可するよう福祉機関に対して求める法的請求。
- 4) 福祉機関による迅速な決定を求める申請者の法的請求。
- 5) いつでも申請を撤回する申請者の法的権限。
- 6) 公正聴聞の前に AFDC 給付の停止または削減を行なわないことを求める受給者の法的請求。
- 7) 各受給者が連邦法および憲法に照らして州プランの合法性を争う法的権限。
- 8) 憲法または社会保障法に反する州法または州規

則の適用を免れる申請者または受給者の法的免除。

9) その他個人のさまざまな両面的自由, たとえば AFDC を申請するまたは撤回する自由, 申請の撤回を撤回する自由, 聴聞を要求するまたは撤回する自由など。

例 4 公正聴聞の権利 (The Right to a Fair Welfare Hearing)

この権利は, 何らかの福祉給付を受ける権利ではない。一般的な適正手続の権利の一種である。しかし福祉給付の請求の取扱いにかかわる適正手続の権利であることから, 第2次的福祉権 (secondary welfare right) といえることができる。この権利の核は, 聴聞の機会を与えるよう州の福祉機関に対して求める申請者または受給者の法的請求である。この核に関連する規範的要素にはつきがある。

- 1) 聴聞を申し出る申請者の法的権限。申請者からの申し出があり次第, 福祉機関は実際に聴聞の打ち合わせを行ない, これを実行する法的義務をもつ。
- 2) 聴聞を申し出る自由をいかなる方法においても制限もしくは妨害しないよう福祉機関および他の機関に求める申請者の法的請求。
- 3) 聴聞の申し出を撤回する申請者の法的権限。
- 4) 申請者に適正手続を与えないことが明らかな不利な聴聞決定について司法審査を求めて提訴する申請者の法的権限。
- 5) 上記1), 3)および4)に掲げる法的権限を行使する, または行使しない両面的自由。これらはともに聴聞の機会を利用するか, しないかその選択の自由を申請者に与える。
- 6) ゴールドバーグ事件判決 (Goldberg v. Kelly 397 US 267-271) で示された適正手続基準を満たさない聴聞による裁決から免れる申請者の法的免除。この適正手続基準には, ①予定されている行政処分について適切な時期に, かつ当該処分を付した適切な通知が行なわれること, ②不利な証人に対して反対尋問を行なう機会を与えること, ③証拠を提出し, 自己の見解を主張するために出頭する機会を与えること, ④弁護人を同伴しうること, 等々が含まれる。これらの適正手続基準を満たさない福祉聴聞による不利な裁決は裁判所によって無効とされる。
- 7) 福祉聴聞の機会を請求する権利を州の法律もしくは規則によりまたは連邦の立法もしくは規則により取り消されないという申請者の法的免除。

III C. ウェルマン説の検討

1. T. D. キャンベルおよび J. F. ハンドラーの試み

社会福祉サービスの権利性の確立という課題に, 法学的に接近してきた研究者は必ずしも多くない。英米で試みられたもののうちから, たとえば T. D. キャンベルは, 社会福祉サービスの性質上, ニーズの判定, サービスの決定, 実施において専門職員 (ソーシャル・ワーカー) の裁量によらざるをえないけれども, その裁量を事柄の性質に則していくつかのタイプに分類し, それぞれに応じて公的社会福祉の営みに法の支配の原則を貫かせる方法を試みている。すなわち, 当該の社会福祉サービスの種類により, また判定・決定・実施過程のどの段階における裁量であるかにより, 第1のタイプ (対人福祉サービスが法令のほとんど機械的な適用によって決定されうる場合。この場合には裁量性がほとんど許されない), 第2のタイプ (法令では対人福祉サービスの抽象的な要件を定めるか, または一定範囲の可能な処遇を定めて, 当該ケースの具体的な取扱いについては専門職員の裁量によらざるをえない場合), および第3のタイプ (専門職員の決定が法令によって何ら拘束されない場合) というように分けて, それぞれのタイプに即応して, 法の支配の諸原則すなわち, ①法律に基づく行政, ②法律の公平な適用, ③行政庁の決定に不服ある場合, 公正な司法手続を受けることができること等を最大限に貫かせる法理を検討する¹⁰⁾。

また, J. F. ハンドラーは社会福祉サービスにおいて行政裁量性をもたらす要因はなにかという問いから出発して, ①立法上の不明確さ, ②官僚機構, ③専門職性とソーシャル・ワーカーの理論, および, ④要援護者の行政庁・専門職員に対する従属性の4要因をあげ, そして裁量の恣意性を排除するために, 裁量性を生む右の各要因に向けて有効な対策を講じようとする。すなわち, ①立法上の福祉サービス給付要件をできるだけ明確化すること, ②要援護者の公正な取扱いを確保する手続的保障として公正聴聞を活性化させること, ③給付

を行なう組織機構(delivery system)の再編成, および, ④福祉行政監査(management supervision and quality control)の評価基準や評価に必要な情報収集のあり方等の改善など, 裁量に対する法的・機構的コントロールを追求しようとする¹¹⁾。

2. C. ウェルマン説の評価

一方, ウェルマンはまず権利概念そのものを明確にして, これを福祉にあてはめることによって福祉権の規範的構造を分析しようとする。いいかえれば福祉権のあいまいさを権利概念一般のあいまいさまで遡って解明して, これを下敷きに福祉権の輪郭をはっきりさせようとする点に新しさがあり, 研究の視点としては T. D. キャンベルや J. F. ハンドラーの試みと相互に補いあう関係にあるといえよう。ただ以上のいずれもまだ試論の域を出ているとはいえないのと, いわば技術論に傾斜していて, 社会福祉サービスを権利たらしめる超実定法上の理論的根拠・正当性論の分析において必ずしも成功しているといえないという批判はありえよう。

ところで, 「複合構造をもつ法的優位の体系」としての権利論がはたして権利論の学説史の中でいかなる位置を占めるか, そこから評価する能力は筆者にはない。さしあたりウェルマン説によって捉えられた福祉権の構造にどのような意義があるかを少し具体的にみておきたい。

まず, 「権利の複合構造」を意識的に適用することによって, 公的扶助の権利像がより鮮明になったと認められる部分は確かにある。たとえば, ①公的扶助の権利には, 第1次的な実体的給付の請求権, 第2次的な公正手続としての聴聞権のほか, 受給者は自ら適切と思う仕方給付を消費する自由権や, 申請者・受給者は憲法・法律に反する資格要件によって受給資格のないものとされない免除権などが含まれること, ②第1次的な給付請求権は, 給付の請求のみならず, この権利核に関連する要素として自由, 権限および免除の各側面を含むこと, ③同じように第2次的な聴聞権も聴聞の請求のみならず自由, 権限および免除の関連要素を含むこと, 等である。

そして, 以上の権利内容を鮮明にすることにより, 具体的にどのような実益があるかといえ, ①個別の事件においてなにが権利侵害にあたり, どこまでが救済されるべきか, その内容・要素がはっきりすること, ②行政監査において, 福祉行政の達成水準をはかる監査基準の1つを提供することができることなどがさしあたり考えられよう。

たとえば, ウェルマンのAFDC受給権の権利構造に照らして, わが国の生活保護行政をみれば, ①申請の権限が抑制されていないか, ②申請の機会を求める請求の要素が自覚的に保障されているか, および, ③申請の際に弁護人を伴うことを許可しているか。また, 生活保護の不服申立て・聴聞の請求についていえば, ①申立ての権限が抑制されていないか, ②申し立てる自由を制限または妨害しないよう求める請求は認められているか, および, ③先述のゴールドバーグ事件判決において明示された適正手続基準は普遍的な意義をもつと思われるが, わが国ではそれが満たされているか, 等々が個別の権利侵害事件においても, また福祉行政監査においても留意すべき要素として指摘できよう。

IV 社会福祉サービスの権利構造

1. 行政解釈批判

そこで試みにウェルマン説を社会福祉サービスの分野に適用して, その権利構造を分析してみよう。ここではウェルマン説の基礎にある権利概念の普遍的妥当性の問題や社会福祉サービスの権利性の根拠・正当性という問題については留保したうえで, 試みに右の権利構造に限って分析してみようとするのである。

まず社会福祉立法の現行規定は, 周知のように, 「できる規定」か, または「給付を義務づける規定」の形式をとっている。そして有権解釈によれば, 前者は実施機関の「権能であって義務ではない」とされ, 後者は申請手続が明記されず職権措置とされていることを理由に, 「公的機関に措置義務があることから派生する反射的利益」にとどまるとされる。従来そのような説明が与えられて

きた。

これをウェルマン流に再構成すれば、上の解釈はサービスを受ける資格のある個人にサービスを請求する権利をいささかも認めようとしないのであるから、第1次的な福祉サービスを受ける権利の核は法的自由権であるということになりそうである。すなわち、行政庁の裁量によって給付されることとなった場合に、要援護者の側にはこれを拒まねばならぬ義務はないという意味あいにおいて、「反射的利益」を受ける要援護者の地位の法的核心は、「職権による措置を受ける、または受けない両面的自由権」にあるということになる。しかし福祉サービス給付の受給にかかわる法的地位を自由権という側面だけで捉えるのはおかしい。それは権利の関連要素全体の構造をみればよくわかる。

核が自由権にあると確定すれば、その関連要素がなんであるかが決まる。核は法的権利の一部分であるけれども、核の決定は複雑な構造たる権利全体を構成する関連要素を決定することになるからである。かくして、前掲例1（言論の自由）に例示されたように、自由権としての措置受給権の関連要素は、

- 1) 受給した福祉サービス給付について後にその返還を求められない、または刑事責任を追及されないという法的免除
- 2) 決定された福祉サービス給付の受給を妨害された場合、その妨害に対する請求
- 3) 同じくその妨害に対して法廷で救済を求める権限

ということになる。しかし「反射的利益」をめぐる現行法の関連要素は上の自由権の関連要素とは明らかに異なるものを含む。第1に相当の範囲の福祉事業について申請・申出の手續が施行規則または通達においてつぎのように認められている。

児童福祉……児童福祉法の福祉の措置のうち、施行規則に申請手續を定めるのは、育成医療、補装具、療育の給付、助産施設、母子寮、保育所（規則7, 9, 10, 19条）。なお、児童福祉法27条1項3号または2項による知事の措置については申請手續につき明示の定めがない。

老人福祉……老人福祉法に定める福祉措置について施行規則には申請手續の定めがなく、通達の中で指示されている。すなわち、「老人ホームへの収容等の措置」（昭38. 7. 31社発521）によれば、「老人、その他家族……からの申出、通告等により……措置の要否を判定するため、本人又はその扶養義務者に係る養護の状況、心身の状況、生計の状況その他必要な事項につき調査を行ない」「措置の基準に適合する老人については措置を開始すること」とされている。また、在宅老人福祉事業は同要綱により「申出に基づき行う」とある。たとえば同事業のうちの1つであるデイ・サービス事業実施要綱では、「(ア) 本事業の利用を希望する場合には、対象者又はその家族等が市町村に利用の申込を行うものとする。(イ) 市町村は、事業の利用の申込があった場合には、当該対象者について、その必要性を検討し、利用の決定を行うものとする」（昭51. 5. 21社老28, 最終改正昭56. 7. 14社老75）。

なお、老人家庭奉仕員については、「運営主体において決定したときは、文書をもって当該老人に通知」（昭41. 1. 28社老5）とあるだけで申請手續を明示していない。

身体障害者福祉……施行規則に申請手續を定めるのは、手帳の交付、更生医療、補装具（規則4, 13の2, 14条）。通達に申出の手續をおくのは、身体障害者福祉介護人派遣事業（昭48. 4. 7社更72）、内部障害者更生施設設置運営基準（昭42. 8. 1社更225）。

精神薄弱者福祉……施行規則には申請規定がなく、通達「社会福祉法人又は心身障害者福祉協会の設置する施設への援護委託制度の運営」（昭35. 10. 13社発632）に指示がある。

第2に、措置の実施機関の行政処分およびその不作為に対して広く不服申立ての権限を認めていること（児福58の3, 59, 老福30, 31, 身障41, 42, 精薄30, 31および審査法）が自由権と異なるもう1つの関連要素である。そして第3に、処分取消訴訟および不作為の違法確認訴訟を提訴する権限を認めていることをあげることができる。要するに、上の関連要素からすれば、措置受給権の核を自由権と解するのはどうも不自然である。

2. 私 見

(1) 第1次的権利の核

そこで核を自由権ではなく請求権としてその複

合構造を分析しなおしてみる。権利の核はつぎの3つのタイプに分けてこれを判断するのが妥当であろう。

1) 法で義務づけられた措置の場合

この場合、法に定める資格を満たす者は措置の実施機関に対して法定の措置を求める請求権を有すると解される。申請の手續が施行規則に明記されていなくても、当該措置の義務づけ規定の中に申請に対する実施機関の応答義務を認める趣旨が含まれると解すべきであろう。老人ホームへの収容等の措置について法および施行規則には申請手續がないが、通達（昭38.7.31社発521）に老人その他家族からの申出により措置の要否を判定する手續を指示するのは、上の解釈を確認したものといえる。

2) 「できる規定」の措置の場合

この場合は、実施機関に申請に対応する措置義務が法定されていないで、措置をすることができる権限が定められているにとどまる。したがって、法に定める資格を有する者は福祉措置それ自体を請求する権利を有するとはいえないが、しかし、実施機関に対して憲法、法令に照らして裁量、瑕疵のない決定を求める請求権を有するというべきである。

3) 通知・要綱に基づく事業の場合

一般に要綱は行政当局が行政の指針として制定する内部規範にすぎないことからすれば、要綱に定められた対象者の法的地位は法令、規則、条例に基づく場合に比して曖昧であることは否定できない。要綱による申請が「法令に基づく申請」にあたるか否か、すなわち行政庁の応答義務を認めるか否かという問題がある。けれども、これを積極的に解する学説が出て、かつ、この見解を支持したと受け取られる判例が現われたのは新たな動向として注目される¹²⁾。思うに、社会福祉サービスに関する要綱は、法に定める一般的な福祉増進義務を根拠規定として定められ、資格要件を定めて対象者を特定し、申請に対応する決定の手續を用意するものであるから、2)の場合と同じく権限を当該の実施機関に付与するものというべきである。したがって要綱に定める資格を満たす者は憲法、

法令、要綱に照らして裁量瑕疵のない決定を求める請求権を有するというべきである。立法論としては、当該の福祉措置が普遍的な給付として実績をもつようになるに従って、義務づけ規定の形へ高められるのが望ましいことはいうまでもない。

(2) 第1次的権利の関連要素

上の核に関連する規範的要素としてさしあたりつぎのようなものがあげられよう。ただしこれらに限られるという趣旨ではない。

1) 義務づけ規定の場合

① 本人またはその扶養義務者が居住地または現在地の実施機関に対して当該福祉サービスを申請する権限。

② 申請者が実施機関による迅速な決定を求める請求。生活保護法では、実施機関は原則として「申請のあった日から14日以内に」書面をもって通知しなければならない（24条1項、2項前段）。社会福祉立法は明文上この種の手續規定を欠いているが、義務づけ規定の趣旨から当然に生活保護に準じて迅速な決定を求める請求権を認めるべきであろう。

③ いったん決定された福祉サービスを合理的な理由なく後退させまたは奪われないことを求める請求。

④ 違憲、違法の処遇とりわけ搾取・苦役・プライバシー侵害にあたる処遇を受けないという免除。通達「老人ホームへの収容等の措置」（昭38.7.31社発521）において、「養護受託者に老人を委託する措置に関しては、いやくも労働力の搾取とみられるような事例が発生しないよう特に留意すること」を定め、老人介護人、老人就労あっせん等の要綱（昭51.5.21社老28、最終改正昭56.7.14社老75）に秘密保持の責務を明示するなど上の趣旨を確認するものにほかならない。

⑤ 福祉施設の不足等、実施機関の懈怠により福祉サービスを受けられないとき、国家賠償法による補償の請求。

⑥ 不服のある行政処分または不作為に対して不服申立ての権限。

⑦ 処分取消訴訟および不作為の違法確認訴訟を提訴する権限。

⑧ 申請者の申請権限を行使するまたは行使しない自由, 申請を取り下げる自由, 決定されたサービスを拒む自由等。

2) できる規定および要綱の場合

この場合も, 義務づけ規定の場合に準じて関連要素を捉えることができる。ただしこの場合の権利の核は憲法および法に照らして裁量瑕疵のない決定を請求する権利にとどまるから, 施設数, 予算等の資源の制約を理由に福祉サービスを受けられないとき, 国家賠償法による補償請求まで行なうことはできない。

(3) 第2次的権利について

こうしてすべての第1次的な社会福祉サービスの権利は請求権である。なぜなら, それはまさに実体的な給付に対する権利であるからである。しかし, いくつかの重要な第2次的権利はこの範疇に属さない。たとえば, 公正聴聞・不服申立の権利は請求としての権利(claim-right)であるが, 憲法および法律に反する資格要件によって社会福祉サービスの受給資格を奪われない権利は免除としての権利(immunity-right)であり, 行政庁の処分に対して司法審査を求めるのは権限としての権利(power-right)であり, 福祉サービスを受給者が適切と思う方法で利用するのは自由権としての権利(liberty-right)と考えられる。第1次的権利の関連要素の1つであったこれらの免除, 権限, 自由を今度は第2次的権利の核としてみるならば, C. ウェルマンが公正聴聞の権利を例にとって分析したように, この核のまわりにホッフエルトの規範的要素が伴うことになるわけである。たとえば, 憲法・法律に違反して受給資格を奪われない免除としての権利には, (1)予定されている福祉措置の変更・廃止処分について適切な時期に, かつ理由を付した適切な方法による通知(高齢者・障害者等に理解しうる文書その他の合理的な方法による通知)がなければ, 受給資格を奪われない免除としての要素, (2)予定されている行政処分の決定前に公正聴聞を求める請求, (3)行政処分の取消しを求める請求, および, (4)行政処分の取消しを求めて行政訴訟を提起する権限などの諸要素を当然に伴うものとして考えることができよう。

こうして社会保障権の諸側面すなわち実体的給付請求権, 手続的権利, 管理運営権(団体交渉・参加など), および争訟権等のうち手続的権利および管理運営権について, その権利の核と関連要素の複合構造をどう構成するか, これからの立法論, 法解釈論の課題といえよう。

(注)

- 1) Carl Wellman, *Welfare Rights*, Roman and Littlefield, 1982, p. 9.
- 2) ホッフエルトは4つの権利に分析したうえでさらに一步進めて, 権利と義務とは相関関係にあり, この相関する義務を伴うのは厳密には請求権(claim-right)のみであること等を理由に, 「権利」概念は厳格には請求のみをさすべきものと主張した。ウェルマンは, 権利と義務が論理的に相関関係にあるというこの前提はかつてポピュラーであったけれども, 今日の研究では厳密な限定つきで用いられるか, または完全に葬り去られていると注釈を加えている。cf., Carl Wellman, op. cit., p. 11.
- 3) H. L. A. ハートの本稿に関連する論文として, H. L. A. Hart, "Are There Any Natural Rights?" *Philosophical Review* 64, 1955, pp. 175-191, "Bentham on Legal Rights" in *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, edited by A. W. B. Simpson. Oxford: Clarendon Press, 1973. なお, ハートの『法の概念』(H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961)に対する批判として, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard Univ. Press, 1977 が知られている。
- 4) H. L. A. ハートは権利概念を4要素のいずれか1つにしぼりはしなかったものの, 歴史的・思想的な観点から自由と権利との本質的な関係を強く意識して, 両面的自由(bilateral liberty)を権利モデルの中心においたといわれる。cf., Carl Wellman, op. cit., p. 13.
- 5) Carl Wellman, op. cit., pp. 14-15.
- 6) Carl Wellman, op. cit., pp. 18-19.
- 7) Carl Wellman, op. cit., pp. 31-41.
- 8) Carl Wellman, op. cit., p. 37.
- 9) Carl Wellman, op. cit., pp. 42-48 & pp. 56-60.
- 10) T. D. Campbell, "Discretionary 'Rights'" in *Philosophy in Social Work*, edited by Noel Timms and David Watson, Routledge & Kegan Paul, 1978, p. 50. T. D. キャンベル論文の簡単な紹介については, 拙稿「社会福祉サービスの法的特質」『季刊労働法』114号(1979年冬季)82頁以下参照。
- 11) Joel F. Handler, *Protecting the Social Service Client: Legal and Structural Controls on Official Discretion*, Academic Press, 1979. ハンドラー論文の紹介については, 拙稿「研究の課題と展

望」佐藤進・右田紀久恵編『講座社会福祉(6)社会福祉の法と行財政』有斐閣所収, 1982年, 394頁以下, 拙稿「社会福祉権の形成過程と現代的課題」『社会福祉研究』30号(1982.4)25頁以下参照。

- 12) 室井力「要綱に基づく補助金申請と不作為の違法確認訴訟」『判例評論』244号, 判例の動向について

山口春子「地方自治体の老人福祉事業における老人福祉の機能」秋田成就編著『高齢化社会における社会法の課題』日本評論社所収, 1983年, 326頁以下がふれている。

(かわの・まさてる 岡山大学教授)