

「権利擁護」と「部分社会」の法理

——「権利擁護」から「権利」の「擁護」への試論的一考察——

大 野 拓 哉

1 はじめに

「2000年（平成12）年5月に成立した社会福祉事業法等の一部改正法は、法の題名を『社会福祉法』と改称し、地域福祉権利擁護事業を『福祉サービス利用援助事業』として第二種社会福祉事業に位置づけた（社福2条12号）¹⁾と、一応、いわれる。だが、実は、社会福祉法81条の「福祉サービス利用援助事業」といわゆる「地域福祉権利擁護事業」とでは、後者は必ずしも前者を具現化したものではない。すなわち、後者は社会福祉事業法の社会福祉法への改正を待たずに1999年10月にスタートした国の補助事業であり、その後、都道府県社会福祉協議会が行う他の事業と共に、厚生省（当時）の「通知」²⁾によって“一本化”され、前者の一翼を担う位置を占めるに至ったものにほかならない。

こうした経緯からして、両者の間には微妙なずれも存する。すなわち、前者は後者にかかわらず「広い概念となっている」のであり、また、形の上でこそ、「都道府県・指定都市社会福祉協議会（以下、社協）が実施する場合のみ、実施要領（地域福祉権利擁護事業）が定められている」³⁾ということにはなるが、その実、「地域福祉権利擁護事業」は「この（＝上記補助事業の：引用者）補助金による実施要綱上の名称である」のに対して、「福祉サービス利用援助事業」は（当時の）「社会福祉事業法の事業名であり、実施主体としては多様な（＝都道府県・指定都市社協だけではない：引用者）団体が想定される」⁴⁾のである。

かくして、確かに、「地域福祉権利擁護事業は福祉サービス利用援助事業に位置づけられる重要な事業」ではあるが、それでいて、たとえ「地域福祉という分野に限ったとしても、権利擁護機能のごく一部をになっているにすぎない」ともいわ

れる。他方で、福祉サービスの利用援助という観点からは、「地域福祉権利擁護事業」以外にも、「福祉サービスに関する苦情解決事業、サービス評価事業、情報公開という諸事業」が挙げられ、さらに、「福祉分野も含む基礎的な制度としての成年後見制度、消費者保護、弁護士など、幅広い制度・専門職の役割」も求められる⁵⁾。

ところで、筆者は、これまで、主に、「地域福祉権利擁護事業」を対象にして、社会福祉における「権利擁護」の批判的検討を行ってきた⁶⁾。しかるに、「福祉サービス利用援助事業」と「地域福祉権利擁護事業」との間に前述のごとき微妙なずれがあり、また、上記のように、前者の下で「幅広い制度・専門職の役割」が求められることから、この際、社会福祉サービス利用者の権利の擁護それ自体についても、従来、「地域福祉権利擁護事業」の下で「権利擁護」の名で捉えられてきたところよりも視野を広げて、まさにその名の通り、「権利」の「擁護」として検討できないものかと考えるに至った。本稿では、そうした検討に向けた試論的取り組みとして、「権利擁護」を「権利」の「擁護」として把握していく方向付けを簡単に示すと共に、「措置から契約へ」という流れが福祉サービス利用者の権利の擁護にとって有利にのみ働くものでも受け取られかねないところ、利用者の「権利」の実効性を確保するのに必ずしも「契約」方式によることが有利とばかりはいえない事情をいわゆる「部分社会」の法理を例としつつ明らかにしてゆきたいとも考えている。

2 「権利擁護」と「権利」の「擁護」

ところで、既に前稿まで何度か紹介し、かつ、批判してきたものではあるが、まずは、次なる見解に注目しておきたい。いわく、『「権利擁護」を「権利」の「擁護」という形で分解してとらえる

と、『擁護』される『権利』とは何なのか、障害者や高齢者、子ども本人が日常的に獲得し得る具体的な『権利』全部を『擁護』するのか、そのような仕事を福祉オンブズマンがすべてなし得るのか、いやできないだろう、という話になっていく⁷⁾。ここでは、直接には「福祉オンブズマン」について述べられてはいるが、問題はその論の運びにこそありそうである。というのは、この論旨に素直に従うと、結局、「福祉オンブズマン」が「なし得る」ところがすなわち「権利擁護」だとなりはしまいかと懸念されるからにはほかならない。

確かに、「権利」の「擁護」なるものは上記にいわれるまでもなく、当然に、広く、それこそ、たとえ、「障害者や高齢者、子ども本人」に限ったとしても、それらの人々が「日常的に獲得し得る具体的な『権利』全部」にわたるに違はなく、また、事柄の性格からして、そうあらねばなるまい。要は、そもそも、「福祉オンブズマン」であろうと何であろうと、そうした「権利」をすべて一手に引き受け、「擁護」すべきかどうか、はたまた、そのようになし得る何者かが現実に存在するかどうかではあろう。おそらく、誰か、あるいは、何らかの職種がそうした役割を果たせるとも思えず、また、果たすべきいわれも存在しないのではあるまいか。

ここは、むしろ、前述のように、「福祉分野も含む基礎的な制度としての成年後見制度、消費者保護、弁護士など、幅広い制度・専門職の役割」も求められるところからして、例えば、「それぞれの団体の職能的専門性を生かし、相互に連携をとり、援助ニーズに即して協力し合うことが、社会資源を生かし効果的な権利擁護の実現を可能にする⁸⁾」との期待も、あるいは許されるかもしれない。「福祉オンブズマン」に限らず社会福祉従事者・関係者にのみ任務を限定するのではない限り、「権利擁護」であれ「権利」の「擁護」であれ、いずれにせよ、なすべきところをなすべく、「なし得る」ところを「なし得る」人々が協力・連携すればよいだけのことではあろう。

3 「擁護」されるべき福祉サービス利用者の「権利」

前述のごとく考えたところで、まずはともあれ、擁護されるべき「権利」がしっかりと対象化されていなければなるまい。

そうしたなかで、例えば、ある論考⁹⁾は次なる柱立ての下で様々な権利を「人権ガイドライン」として詳細に展開してみせる。すなわち、「サービスの利用手続をめぐる権利」、「サービスの請求をめぐる権利」、「サービス（処遇過程）の質をめぐる権利」、そして、「苦情解決・不服申立てをめぐる権利」を柱とする。

後に改めて触れるが、福祉サービス利用の方式が「措置」から「契約」へと変更されるに及んで、福祉サービスの利用をめぐる権利義務関係の明確化や福祉サービスの「対象者」から「利用者」への位置づけの変化等が期待されるところで、前出の論考が「サービスの利用手続をめぐる権利」に次なる諸権利を含めるのは至極自然に映ろう。すなわち、第一に、高齢者・障害者が利用可能なサービスの処遇内容等を詳しく知り得るのは「自己決定権」保障の大前提だとして、「サービスの内容・手続・費用等について知る権利」が、第二に、要介護認定や障害程度の判定は本人の自己決定に基づいて申請し得るとして、「ニーズの判定を申請し意見を表明する権利」が、第三に、本人の望まない介護自体、自由・人権の侵害であるとして、「十分説明を受けたうえで選択する権利（インフォームド・チョイス）」が、そして、第四に、憲法22条により、どこに居住するかは個人の自由であるとして、「本人の意思に反して入所を強制されない権利」が挙げられる¹⁰⁾。

ところで、ここまでは施設への入所というプロセスだが、それ以後に関しても詳細に言及される。すなわち、まずは、「サービスの請求をめぐる権利」として、①「個人の尊厳にふさわしい基準を満たしたサービスを請求する権利」と、②「正当な理由なく退所を強制されない権利」が挙げられる。（これらのうち、特に①に関しては、「これまでの福祉サービスでは、保護と引替えに自由やプライバシーが奪われることが少なくなかった」との認識の下、「これからは個人の尊厳

にふさわしく、在宅では24時間対応のサービスを、施設では個室化とプライバシーを保障するサービスを権利として請求できることとすべきである」と主張される。)次いで、「サービス(処遇過程)の質をめぐる権利」として、①「虐待・拘束からの自由」、②「プライバシーの権利」、③「人格の尊厳そのものに関わるその他の権利」、④「施設の管理運営に参加する権利および自治会活動の権利」、⑤「財産管理の権利」が、さらには、「苦情解決・不服申立てをめぐる権利」としての①「苦情解決および不服申立て」および②「権利擁護サービスを利用する権利」に至るまで、微に入り細を穿たれる。なかでも、「プライバシーの権利」については、「居室内のプライバシーの保護」および「利用者の個人情報の保護」に分け、また、「人格の尊厳そのものに関わるその他の権利」については、「呼称」、「性的羞恥心」および「肖像権」に分けて取り上げる¹¹⁾までに日配りが良い。ともあれ、こうした権利のカタログには圧倒されるが、とりわけ、「サービス(処遇過程)の質」に斬り込む辺りでは、一層、その感が強まろう。微に入り細を穿った論述は非常に実際の説得力に富むようにみえる。

にもかかわらず、何となく物足りなくはないだろうか。あるいは、平板な印象といったらよいかもかもしれない。確かに、前出「人権ガイドライン」は、「主として法律のレベルで具体的に認められているもの(ないし認められるべきもの)を箇条書き風に」といい、「骨子にすぎず、すべてを網羅するものではない」と断る¹²⁾が、むしろ、筆者は、権利をどれだけ列挙できるかもさることながら、それらが現実的かつ有効に主張でき・保障され得るかにも意を用いる必要があるはずまいかと考えるものである。かくいうところは、例えば、施設への入所が「契約」方式によるというなら、そもそも利用者と施設が合意に至らない場合、要は、施設側が「契約」締結を拒む場合、どうなるのか¹³⁾といった論点だったり、施設と入所者は「契約」の名の下に想定される対等な当事者だと実質的にもいえるのかといった論点だったりしよう。

そうしたなかで、次なる論考は「施設」が「法制度上の位置づけや設置目的・対象がいか

なっていようと、共通して」もつ「特徴」を挙げるのだが、筆者にはそれが少なからず示唆的に映る。その「特徴」とは、「①障害児／者・高齢者が日常生活のかなりの(場合によってはすべての)時間を一定の、限られた範囲の人々とともに過ごす場であること」、「②その場にいる障害児／者・高齢者は何らかの援助を必要としており、援助者はおおむね非障害者であること」、「③援助者と援助の受け手との間には権力関係もしくは支配・服従の関係が実質的に存在すること」、「④その場はあらかじめ決められた画一的な規則に従って管理・運営されており、生活の主体である障害児／者・高齢者が自主的に管理したり自由裁量に任される余地はきわめて少ないか全くないこと」¹⁴⁾だという。

これ自体は視野を「施設」に限定するが、それだけに却って、ある種の現実感を抱かせよう。しかも、「特徴」とされる諸点といえば、いずれも単純な「特徴」であるどころか、福祉サービス提供の一連のプロセスにあって特に「施設」なる局面に注目せずにはおかない理由ともなっているように思える。それ故、このような「特徴」をもつ「施設」であればこそ、仮にもせよ、そこでひとたび権利(人権)侵害が起こるとすれば、「斯く斯くの権利を主張できる」などというだけでは絵空事にもなりかねないほどに)その影響には甚大なものがあろうことは想像に難くない。かくして、本稿は、こうした「施設」への入所という関係の下での「権利」保障のあり方に強く引きつけられずにはおられない。

(なお、如上のように「権利」を列挙する文脈であっても、例えば、「苦情解決・不服申立てをめぐる権利」としての「苦情解決および不服申立て」や「権利擁護サービスを利用する権利」に至るまで視野に入れておけば、一応、それは見通しのある理解ということにはなるかもしれない。実際、法も、都道府県国民健康保険連合会による助言・指導であるとか、都道府県運営適正化委員会など外部の苦情処理機関を予定しているところではある。)

4 福祉サービス利用の「契約」化とその理論動向

「権利擁護」の背景ともなった福祉サービスの提供に関する「措置から契約へ」という変化については今更述べるべきことも多くはなからうが、とりあえず、「きわめておおまかに図式化して表現すれば」という限定付きながら、次のようには描かれるであろう。まず、措置制度は、「行政庁（福祉事務所長等）が、一般には受益的なものと性格づけられる行政処分（入所措置決定等）によって、対象となる高齢者・障害者に対する社会福祉サービスの提供とその具体的内容（たとえばホームヘルパーの派遣であれば、1週間あたりの派遣頻度と時間帯等、入所措置であれば入所施設）を決定し、実際のサービスを提供する者（多くの場合は市町村から委託を受けた社会福祉法人等の施設・事業の実施主体）に対してサービス提供の財源たる措置費を支給するというものである」¹⁵⁾。これに対して、介護保険法や障害者自立支援法等で導入された契約方式とは、「高齢者・障害者（またはその成年後見人や家族等）とサービス提供事業者（特別養護老人ホーム、居宅介護事業者、障害者通所・入所施設等）との間で、社会福祉サービス利用に関する契約を締結し、当該契約にもとづいて高齢者・障害者が所定のサービスを受けたときには、介護保険の保険者（市町村）や障害福祉行政当局（市町村等）が介護保険給付や自立支援給付を、代理受領が認められる場合には直接当該事業者に対して支給する」というもの¹⁶⁾だと説かれる。

かつて、すなわち、「措置から契約へ」の移行以前であれば、社会福祉に関する法律関係といえは、入所等の「措置」をめぐる法律関係（例えば、それは、「措置」という法的構造に即して、「施設入所者と措置権者との法律関係」、「措置権者と施設との法律関係」、「施設入所者と施設との法律関係」などとして分説された¹⁷⁾。）の理解が欠かせず、また、そこに多大な関心も寄せられたであろう。しかし、「措置から契約へ」という移行は、例えば、中央社会福祉審議会の『中間まとめ』のように、「契約」方式によって、サービスの「利用者と提供者の間の権利義務関係を明確に

することにより、利用者の個人としての尊厳を重視した構造とする必要がある」とか、「契約による利用は、利用者の選択を通じて、利用者の満足度を高めるとともに、サービスの向上、事業の効率化にもつながるものと考えられる」¹⁸⁾などといった方向性や、次のように期待される「可能性」の下で展開されるところともなった。すなわち、その「可能性」とは、まず、a.直接にサービスを提供する事業者と利用者の権利義務関係が「措置」制度下では不明確だったが、「契約」化によって、「少なくとも契約上の権利義務という市民法レベルの権利関係については」明確になるということだという。そして、b.福祉サービスを利用しながら自立した生活を送ることが志向されることによって、「従来は福祉サービスの『対象者』であったものが、福祉サービスの利用を行う主体になっていく」ということ、c.福祉サービス自体が利用料金や介護保険料等の負担を伴うことによって、「サービス利用に一種の『対価』感覚が生まれ、これを基礎に利用者に権利意識が高まり（権利性が高まるのではなく、主観的意識の問題として）、消費者としての権利を主張する傾向が生まれてくる」ということ、d.医療における患者の選択権やインフォームド・コンセントの重要性と同様に、「福祉サービスの利用においても、利用者の選択権や情報開示、十分な説明責任など、利用者としての当然の権利の享受が主張されるようになる」ということだとする¹⁹⁾。

かくして、一連の法改正を経て福祉サービスの利用が「契約」を基本とする方式に変更されるに及んだのであるが、かといって、上記のように福祉サービスの利用者と提供者の間の権利義務関係が明確になることを期待される「契約」方式への移行が「権利擁護」にとってどのように働くかまでは必ずしも当然には明らかではないようにも思える。なるほど、『中間まとめ』において、「自己決定能力が低下している者などの権利擁護の仕組みなど、契約制度を補完し、適切なサービスの利用を可能とする制度が必要となる」といった認識はもとより、かつての禁治産・準禁治産等の制度に代わり、「自己決定の尊重、障害のある人も家庭や地域で通常の生活ができるようにする社会づくり（ノーマライゼーション）等の考え方に対応

し、柔軟かつ弾力的な利用しやすい権利擁護の制度が必要となってきている」²⁰⁾とも受け止められてはいるけれども、さりとて、それ以上に大きく踏み出すものでもない。

なるほど、医療契約との比較のもとに「福祉契約」の定義から始めて、契約の成立、契約当事者、契約の効力に触れ、さらには、「福祉契約」の課題や行方等を検討する論考²¹⁾があり、また、契約締結能力を「最も重要な問題のひとつ」としその判定に関わる諸問題にも詳細に論及しつつ福祉サービス利用援助契約を検討する論考²²⁾もあり、これらを以てすれば、「社会保障法学の領域でも、社会福祉サービス利用にかかる契約の問題を正面から扱う研究も現れ始めている」²³⁾ということにはなる。

他方で、立法的解決を志向する諸論考も存する。その一つは、「権利擁護のための立法構想」なる章立てのもと、立法構想を「試案」として呈示する。そのうちでも、特に、「契約」化と「権利擁護」とが関係しそうな項目として、例えば、「福祉契約における立場の不平等性を考慮し」て、「福祉過誤についての立証責任を事業者に課す」との立証責任の転換などが構想される²⁴⁾。また、「高齢者・障害者の権利保障法制の展望」、とりわけ、「福祉サービス利用援助事業改善の方向性」として、「日常的金銭管理を基軸とした『総合的権利保障サービス』を志向すべき」²⁵⁾ことも説かれよう。

しかし、これらとて、いずれも、いわゆる「契約」化が「権利擁護」にとってどういう影響、わけでも、どのような利点をもつかなどといった点に特に触れるものでもない。

5 福祉サービスの「契約」化と「部分社会」の法理

思うに、「措置から契約へ」という移行には、福祉サービスの利用者と提供者の間の権利義務関係の明確化などの期待が持てる反面、福祉サービスの「契約」化には「契約」化なりの「積極面と消極面」も存し、必ずしもひとえに「権利擁護」に資するとはばかりはいえないかもしれない。これら両側面は、例えば、「措置」制度下で、「要援護者の福祉ニーズが措置の要件を満たしているかど

うかを行政が一方的に判定し」、「要援護者の意思は、措置の構成要素とはならない」のに対して、「福祉サービスの利用契約化によって、利用者は自己に必要な福祉サービスとその供給事業者を選択し契約を締結できる」ことこそ「契約化の積極面」と捉えられる反面、「契約の自由はサービス供給事業者にも同様に保障されるので、必ずしも利用者の希望が供給者側に受容されるものではない」といった事情に端的に表れてはいよう。しかも、契約内容はサービスの利用者・提供者双方の交渉の結果に係ってくる、サービス利用者とサービス事業者との間の交渉を実質的に対等とするについては、福祉サービス利用の「契約」化といっても単純な「市民法的契約論への回帰」ではなく、「当事者の力の強弱関係を緩和する『社会法』的契約論を基礎に据えなければならない」として、「利用者の交渉力の弱さを補強するには、第一に、福祉サービスに関する最低条件を法定し強行的効力を付与すること」および「第二に、個人の尊厳、自己決定権の具体化・実質化を担保する権利擁護システムの構築」が説かれる²⁶⁾。

ところで、われわれは、ややもすると、「契約」化の名の下でつい見落としがちになるかもしれないが、ここでもう一度、先に紹介したところを振り返っておこうと思う。それは、福祉サービスそのものが提供される一つの主要な場とは考えられる「施設」が「法制度上の位置づけや設置目的・対象がいかに異なっていようと、共通して」もつ「特徴」を列挙したものである。しかして、その「特徴」とは、「①障害児／者・高齢者が日常生活のかなりの（場合によってはすべての）時間を一定の、限られた範囲の人々とともに過ごす場であること」、「②その場にいる障害児／者・高齢者は何らかの援助を必要としており、援助者はおおむね非障害者であること」、「③援助者と援助の受け手との間には権力関係もしくは支配・服従の関係が実質的に存在すること」、「④その場はあらかじめ決められた画一的な規則に従って管理・運営されており、生活の主体である障害児／者・高齢者が自主的に管理したり自由裁量に任される余地はきわめて少ないか全くないこと」(傍点:引用者)²⁷⁾ だという。

筆者としては、こうした「施設」という場を考

慮に入れるにあたっては、たとえ、権利の貫徹を願って訴訟という手段に出たと仮定したとしても、ある特殊な法律関係の下では、そうでない場合と異なり、必ずしも権利を権利として貫徹できない（貫徹しにくい）事情のあることに思い至らざるを得ない。おそらく、そうした事情は、「契約」化が好意的に受け入れられている程には想定されていない模様ではあるが、実は、他の領域においては必ずしも日新月异でもない課題ではあろう。さしあたり、以下で取り上げるのは「部分社会」論と称される法理なのだが、それは裁判所によって広く採用されているようにも見受けられる。しかし、そればかりでなく、この法理は、ある種の融通無碍さを持ち、旧来の「特別権力関係」論とも通底するところがあるだけでなく、「契約」としての把握とも親和性があるとも考えられる。それ故に、福祉サービスの「契約化」によりさえすれば、措置制度の下にあったとき以上にサービス利用者の権利が尊重されることになる直ちには断じられないかもしれないと筆者は危惧するものである。

そこで、まず、「部分社会」論なる法理であるが、とりあえず、それは、「地方議会議員の除名処分をめぐるいわゆる米内山事件決定（最大決昭和28年1月16日民集7巻1号12頁）における田中耕太郎裁判官の少数意見に端を発する考え方」²⁸⁾といわれ、その後、最高裁や下級審の判決例で踏襲された結果、「地方議会、国公立大学、私立大学、宗教団体、工場自治会、弁護士会、政党等々無限定の『社会』を、すべて概括的に『部分社会』として包摂し、そこに実定法上意味のある共通の法理を引き出すことができるような性質のものなのかどうか」²⁹⁾と疑問視されるほどに拡張して用いられてきた経緯までである。故に、どこを以て中心となし、何を以て典型とするかは必ずしも容易ではない。

とはいえ、この際は、「在学関係」への「部分社会」論の援用を重要な手掛りとしてみたい。なぜこの分野に手掛りを求めるかという点、「在学関係」なるものに関しては、一方に「特別権力関係」論が、他方に「在学契約関係」論が対峙するなかで、いわば両刀遣いでいずれにも対応可能なことを「部分社会」の法理が示すものとみられる

からである。ちなみに、その判断枠組みは、いわゆる「富山大学単位不認定等違法確認訴訟」の上告審判決³⁰⁾で示されたもので、「大学は、国公立であると私立であるとを問わず、学生の教育と学術の研究とを目的とする教育研究機関であって、その設置目的を達成するために必要な諸事項については、法令に格別の規定がない場合でも、学則等によりこれを規定し、実施することのできる自律的、包括的な権能を有し、一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成している」という。

ここには「部分社会」論の特徴ともいべきものが明瞭に現れていよう。すなわち、第一に、大学（学校）を以て何故に「部分社会」と捉えるのかと問うに、大学（学校）とはそのようなものだからという以上には何も明らかにはされまい。にもかかわらず、第二に、この法理は国公立いずれの在学関係にも適用可能だとされる。そのうえで、第三に、法令に格別の規定がなくとも包括的な規律が可能だという論理からして、とりあえず法治主義とは関係なく、換言すれば、そこにいう「一般市民社会」での人権保障のあり方にはとらわれず、（しかも、人権が制約されようとしているにもかかわらず）せいぜい「部分社会」内部の（成員としての）権利の制約の問題として処理されるであろう、といったところだろうか。なお、ここでは前掲判決に即して「大学」と記した。これを「それが部分社会だとされる法的関係」に置き換えるなどすれば、かなり一般化され得よう。そして、試みに、「大学」を「社会福祉施設」、「在学関係」を「利用関係」、「国公立いずれの在学関係」を「国・地方公共団体・民間いずれかの設置経営に係る福祉施設の利用関係」とでも置き換えたら、たやすく類推をきかせることができるのではあるまいか。

もとより、ここで「部分社会」論に言及するのは不適切だと批判されるかもしれない。というのは、社会福祉の分野で施設の利用関係がいかに解されてきたかとみると、この点には概して淡泊（無頓着？）にもみえるが、それでも、かつて、ある論者は次のように解していたからである。いわく、「一般に、施設利用者と施設（及びそこで行われるサービス提供者）との間の法律関係は、

権力的関係を伴わない対等当事者間の契約関係である。しかし、その施設が国やその他の公共団体のものである場合は、行政法学上の『公物』又は『営造物』として、公法上の法律関係特に特別権力関係が形成されると説かれてきた。「しかし、近年は、営造物利用関係も契約関係として構成し直す動きもみられる」³¹⁾ (傍点:引用者)。

この論述自体は「措置から契約へ」の移行以前の論考だけに却って興味深いものもあるが、おそらく、今日なら、「措置から契約へ」と移行したことでもあり、「契約関係となることにより、少なくとも契約上の権利義務という市民法レベルの権利関係については、利用者と事業者との関係が明確になり、「利用者に権利意識が高まり」、「利用者の選択権や情報開示、十分な説明責任など、利用者としての当然の権利の享受が主張されるようになる」³²⁾ などとみて、もはや克服された問題だと一蹴されてしまうかもしれない。だが、果たして、そうなのだろうか。というのは、(如上では触れるだけにとどめたが)、一つには、「契約」関係下でなら福祉サービス利用者の権利主張に何ら支障がないなどとはいえないおそれがあるからであり、糝てて加えて、二つには、かの「部分社会」論自体には何とも融通無碍なところさえあるからではある。

まず、第一の点。再び「在学関係」の例を借りるが、「在学関係」を「在学契約関係」だと解するある論者は、「学校には、教育研究に関する特殊部分社会として、一般市民法秩序に属さない学校自治規範学則や学校慣習法を持ちこれによって学生・生徒を規律するとともに教育上の具体的指示命令により学生・生徒を拘束できる包括的権能のあることは認められなければならない」とも説く。加えて、いわゆる「校則」の法的拘束力が何に基づくかという問題について、当事者の承諾だけにその根拠を求めるのは論拠として不十分だといいい、「学校によって提示された学校規範(学則等)を学生・生徒等が一括して、その一つ一つについてまです知しないままで承認し、これに拘束されるということは、本来の意義の契約と実質において程遠いものとなる」こと、さらに、「在学契約成立後の学校と学生・生徒との関係も、学生・生徒はこの学校規範(学則等)にもとづいて

学校の排他的規律を受ける点で、そこに契約によるよりも法規的支配を認めることの方が実情に近いといえそうである」ことから、学校という「特殊部分社会」の自治法規たる「学校規範(学則等)」に前述の拘束力の根拠を求める³³⁾。

つまり、ここで、「部分社会」論は、「部分社会」が設置目的を達成するために必要な諸事項を学則等で規定し、実施できる自律的、包括的権能を有する旨の論理を提供するだけでなく、この際は、「在学契約関係」を文字通りの「契約」として考えると必ずしも説明が容易でない点まで補強すべく作用しているのではなからうか。要するに、「部分社会」論と「契約」法理は相互補完的な関係にあるとみればこうした事情は理解し易いかもしれない。ともあれ、ここでも、「学校」を「社会福祉施設」に置き換えるなどしてみると、施設への入所の「契約」化が利用者の「権利」の「擁護」にとって手放して歓迎できるかどうか検討してみる余地は少なからずありそうに思える。

次いで、第二の点。「部分社会」論の融通無碍さの一端は既述のように「部分社会」論が「契約」法理と通底し合うところに現れているが、それにとどまらず、そうした関係は「部分社会」論と(「契約」法理の対極にも位置づけられる)「特別権力関係」論³⁴⁾との間にも見出し得よう。もとより、厳密には、「部分社会」論と「特別権力関係」論との間にも差異はあろう³⁵⁾。しかし、両法理の間で、その論の運びにおいて、「憲法論と無関係にいわば超越的に論結するものである点において共通するものを思わせる」³⁶⁾ 旨が指摘されるなど、前者は単に後者にとって代わったものではないのかという疑問さえ湧いてこよう。

それかあらぬか、「特別権力関係」論のある論者は次のように説く。いわく、「公的にしろ私的にしろ、人がつくる多種多様な社会関係のいちいちについて、常に法律によって規律しなければならないいわれはな」く、「公的にしろ私的にしろ、特別の社会関係を構成している以上、その社会関係を成り立たしめるための特別の規制は、合理的な範囲内においては、これを否定することができない」。今日、「特別権力関係」なる観念は、「公法上の特殊の社会関係として、その目的に必要な限度の制約が加えられる関係にすぎ」ず、「そう

した特殊の社会関係は、私法上にも認められる」。[社会が複雑化し、多元化するにつれて、そうした特殊の社会関係が成立し、その社会の法的規制が行われるわけで、特別権力関係という観念も、そうした一面を総合的に捉えるためのものにすぎない]³⁷⁾。

なるほど、そこには、「部分社会」なる観念は登場しない。また、そこでは、「国公立の施設であるか、私立の施設であるかを問わず、共通する法関係の存在することが認められ、しかし、それが、通常の契約関係としてではなく、むしろ、特別権力関係（あるいは特別の社会関係）という概念の方で統一さるべきである、という考え方が示唆されている」³⁸⁾ともみられ、それは、あくまでも、「特別権力関係」なるものを私法の領域にまで拡張する意図の下にあるとみえなくもない。

しかし、説かれている内容をみるにつけ、国公立の施設の別なく、いうところの「特殊の社会関係」をカバーし得る点で「部分社会」論そのものの射程と概ね重なりはしまいか。また、共通して見出される「特殊の社会関係」こそは、その想定するところに鑑みれば、「部分社会」論が説く「部分社会」における支配や規律のあり方そのものではないだろうか。

要するに、「部分社会」なる観念を用いるかどうかはさほど重要ではなかろう。むしろ、「部分社会」論においては、施設の国公立の別なく、また、かかる法律関係成立の契機など問わずに一括りにされ、専ら、そこでの支配や規律こそが着目される「部分社会」なるものが、まさに、そのようなものである限りで、本来、「特別権力関係」論では当然には包摂し得なかった領域まで包摂し得るのに与っていることに、なによりも注意を払っておきたい。

こうした検討を経て、まず、社会福祉の分野で、「契約」化以前の「措置」制度下での「利用関係」が「特別権力関係」であったか否かは、もはや、さほど重要とは思えない。それよりも、「措置から契約へ」の流れを「特別権力関係」論から「契約」法理への流れに単純に重ね合わせ、しかも、後者は前者に根本的に取って代わったのだとか、それを克服し得たのだとか安直に考えてはならないということの方が重要ではあろう。

さらにいえば、「契約」法理が「部分社会」論と親和性を持ち得るとすれば、「契約」制度下とはいえ、「部分社会」論をいわば経由する形をとって、法治主義と無縁な包括的支配・服従関係を旨とする「特別権力関係」論同様の理解や取り扱いが行われることも論理的にはあり得なくもないはずである。要するに、「契約」法理と「特別権力関係」論との間の見かけ上の隔たりに眩惑されてはならず、「措置から契約へ」という社会福祉の流れに即して「利用関係」が「契約」という新しい装いを纏うようになったからとて、それを支える法理の面での危うさもあって、古い実質や体質がそこに現出することなどあり得ないとまでは、とりあえず、断言できないであろうと考えるものである。

6 おわりに

ここでは、まず、次なるくだりを紹介しておこう。それによれば、「近年、社会福祉改革の一環として倫理的課題を含み込んだ制度が生まれてきている。たとえば**権利擁護**は、権利を守るという倫理を事業の中に組み入れたものである。それは逆に言えば、制度化しなければ具体化できない状況があるということでもある」³⁹⁾といわれる。

筆者の能力では、到底、「ソーシャルワークの倫理」だとか、法と倫理の関係だとかを縦横無尽に論ずることは叶わない。それでも、少しばかり合点が行き、反対に、それでもなお疑問が残る。

合点が行くところに関しては、かつて、別稿で、『権利擁護』とは、(社会福祉の利用者の側ではなく、取えていえば)社会福祉従事者の側の、しかも、『倫理』の問題だったのか。そして、何は措いても、この『倫理』に適っている(あるいは、反していない)という、そのこと自体が強い動機付けであり、かつ、目標になっていたのか⁴⁰⁾と述べたところに譲る。

ここでは、むしろ、先の引用のように、「**権利擁護**は、権利を守るという倫理を事業の中に組み入れたものである」といい、「制度化しなければ具体化できない状況がある」といって、仮にもせよ、それで満足していただけるなら、そのことこそが大いなる疑問を呼び起こすであろう。というのは、「権利を守るという倫理」なるものも、それ

が「倫理」であるにせよ、そういうからには、「権利を守る」ということに結果しなければ全く意味をなさないはずであり、だとすれば、「権利を守る」ためには、例えば、利用者の「権利」を有効に主張し・実現できる条件が現にあるのか否か、はたまた、「権利を守る」ためには、そうした条件を整えるなどどうすればよいのかといったことどもが、(ここは、むしろ、「倫理」のためにも、) 考究されて然るべきではないかと考えるからである。もとより、本稿で、福祉サービス利用の「契約」化の流れに対して、「契約」だからといってその内部において構成員の権利を補強するとは限らないばかりか、構成員に対する権力的な支配を内容とする「特別権力関係」の法理とでも通底し得る「部分社会」の法理を敢えて対置したのは、上記のごとき理由による。

しかし、仮にも、こうした視点を欠くとするならば、それは「権利擁護」なるものに関して、「制度化しなければ具体化できない状況がある」などといったはおられず、反対に、“たとえ制度化したとしても「権利を守る」など到底具体化できない状況”を現出させたとしても少しも不思議でないのではあるまいか。そして、そこには、一体、どのような「権利擁護」があり得るというのだろうか。

注)

- 1) 佐藤進・河野正輝編『新現代社会福祉法入門 [第2版]』(2003年、法律文化社) 345頁 [阿部和光]。なお、「地域福祉権利擁護事業」は、2007(平成19)年度から、「日常生活自立支援事業」と呼ばれるようになった。しかし、諸論考の参照等に際して新旧の名称が混在したりすると却って煩わしくもなりかねないと考え、本稿では、さしあたり、旧来の名称を用いておくことにする。
- 2) 2001(平成13)年8月10日社授発第1391号「地域福祉推進事業の実施について」。
- 3) 『新版・社会福祉学習双書』編集委員会編『新版・社会福祉学習双書2007 第7巻 地域福祉論』(2007年、全国社会福祉協議会) 67頁 [渋谷篤男]。
- 4) 小林雅彦「地域福祉権利擁護事業と成年後見制度」新井誠編『成年後見』(2000年、有斐閣) 229頁。
- 5) 前掲3) 文献68頁。
- 6) 大野拓哉『「権利擁護」の批判的検討—誰が・誰のために・何を—』『弘前学院大学社会福祉学部研究紀要』第4号(2004年) 26-38頁、「権利擁護」と『専門家責任』同誌第5号(2005年) 14-26頁、「権利擁護事業」の法的基礎』同誌第6号(2006年) 1-7頁。
- 7) 大石剛一郎「権利擁護の意味と目的」福祉オンブズマン研究会編『福祉“オンブズマン”』(2000年、中央法規出版) 26頁。
- 8) 阿部「社会福祉における権利擁護の課題」日本社会保障法学会編『社会保障法』15号(2000年) 195頁。
- 9) 河野『社会福祉法の新展開』(2006年、有斐閣) 157頁以下。
- 10) 同書158-162頁。但し、この論者が「権利」を導出する手法にはいささか性急なところもあるのではなからうか。例えば、③の権利に関連して、介護保険法2条3項が「第1項の保険給付は、被保険者も心身の状況、その置かれている環境等に応じて、被保険者の選択に基づき、適切な保健医療サービス及び福祉サービスが多様な事業者又は施設から、総合的かつ効率的に提供されるよう配慮して行われなければならない」と規定するところ、多分その解釈であろう、「介護保険法では、(…)在宅サービスと施設サービスのどちらを利用するかは本人の選択によること、かつ利用者とサービス事業者との直接契約によることとして、基本的に自己決定権を認めている」という。だが、果たして、(同法全般が被保険者の権利を主軸とした法文構成になっている訳でもない点を考え合わせれば、)「被保険者の選択に基づく」という前出の文言から直ちに「基本的に自己決定権を認めている」とまで断じ得ようか。
- 11) 同書162-174頁。
- 12) 同書157-158頁。
- 13) 例えば、宇山勝義『新しい社会福祉の法と行政 第2版』(2002年、光生館) 128頁は、今後の社会福祉制度の展開に関して、「契約方式への転換により施設側の契約締結義務が不存在となること」などを理由に危惧を抱き、「契約自由の原則が社会的弱者に対し、時に冷厳となる場合も考えられる」と述べる。
- 14) 杉本章「施設における人権侵害問題」河野・大熊山紀子・北野誠一編『講座 障害をもつ人の人権 第3巻』(2000年、有斐閣) 14頁。
- 15) 岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』(2007年、信山社) 1頁 [岩村]。
- 16) 同書1-2頁。
- 17) 堀勝洋『福祉改革の戦略的課題』(1987年、中央法規出版) 171頁以下。
- 18) 中央社会福祉審議会 社会福祉構造改革分科会『中間まとめ・資料集 社会福祉基礎構造改革の実現に向けて』(1998年、中央法規出版) 12頁。
- 19) 日本弁護士連合会高齢者・障害者の権利に関する委員会編『契約型福祉社会と権利擁護のあり方を考える』(2002年、あけび書房) 23-24頁。
- 20) 前掲18) 文献12-13頁。
- 21) 小西知世「福祉契約の法的関係と医療契約」『社会保障法』19号(2004年) 99頁以下。
- 22) 大原利夫「福祉サービス利用援助に関する諸問題」『社会保障法』19号110頁以下。
- 23) 岩村・前掲15) 文献3頁 [岩村]。
- 24) 大曾寛寛『成年後見と社会福祉法制』(2000年、法律文化社) 211-212頁。
- 25) 濱畑芳和「福祉サービス利用援助事業の法的課題」『社会保障法』20号(2005年) 152-153頁。

- 26) 阿部「社会福祉における権利擁護の課題」『社会保険法』15号(2000年)187-188頁。なお、このほかに、「事業者側の利用者選択の自由の問題」として、「事業者は利用者からの申込を拒否できないと解すべきである」(188頁)とも主張される。
- 27) 杉本・前掲14) 文献14頁。
- 28) 佐藤幸治『現代国家と司法権』(1988年、有斐閣)147頁。
- 29) 同書178頁。
- 30) 最三小判昭52・3・15民集31巻2号234頁以下。
- 31) 堀・前掲17) 文献174-175頁。
- 32) 前掲19) 文献23-24頁。
- 33) 伊藤進「教育法と民法の交錯2」『季刊教育法』30号(1978年)156頁、および、同「教育法と民法の交錯3」同誌34号(1979年)123頁以下。
- 34) もちろん、ここにいう「特別権力関係」論とは、「公法上の勤務関係」、「公法上の営造物利用関係」、「公法上の特別監督関係」や(公共組合とその組合員の関係のような)「社団関係」(田中二郎『行政法総論』(1957年、有斐閣)226頁)などを以て、「特別の法律上の原因(法律の定め又は本人の同意等)に基づき、公法上の特定の目的を達成するために必要な限度において、一方が他方を包括的に支配する権能を取得し、他方がこれに服従すべき義務を負うことを内容とする関係」(田中『新版 行政法 上巻 全訂第二版』(1974年、弘文堂)89-90頁)と捉える考え方である。
- 35) 例えば、「特別権力関係」論は、特定の個人がかかる関係に入る契機(「特別の法律上の原因(法律の定め又は本人の同意等)」に基づくこと)まで視野に入れており、その意味でも、「たいへん包括的、全説明的な権力論」(奥平康弘『憲法Ⅲ』(1993年、有斐閣)113頁。)とはみえるのだが、「部分社会」論、むしろ、専ら所与としての「部分社会」なるものから説き起こすことなどは差異に数え上げられるであろう。
- 36) 佐藤・前掲28) 文献173頁。
- 37) 田中・前掲34)『新版 行政法 上巻』91頁および94頁注(1)。
- 38) 藤田宙靖『第四版 行政法Ⅰ(総論)』(2003年、青林書院)73頁。
- 39) 岩田正美・武川正吾・永岡正巳・平岡公一編『社会福祉の原理と思想』(2003年、有斐閣)128頁[永岡]。
- 40) 大野・前掲6)『紀要』第4号35-36頁。