

ドイツ連邦社会扶助法における行政の責任(二)完

—私的福祉事業との協働関係規定を素材として—

豊島 明子

はじめに

第一章 自由な福祉事業の法的地位

第一節 自由な福祉事業の概念

第二節 法制度上の位置づけ

(一) 扶助義務令(一九二四年)

(二) 連邦社会扶助法(一九六一年)

第三節 連邦社会扶助法における協働規定の成立(以上一六六号)

第二章 連邦社会扶助法の協働規定と社会国家原理

第一節 協働規定の評価をめぐる学説

(一) 「公的扶助」およびラントの執行権

(二) 社会国家原理

(三) ゲマインデの自治権

第二節 連邦憲法裁判所一九六七年七月一八日判決

第三節 協働規定をめぐる議論の帰結

第四節 協働規定の意義

おわりに(以上本号)

第二章 連邦社会扶助法の協働規定と社会国家原理

前章において述べたように、議会における反対派は、連邦社会扶助法上の公的な福祉と自由な福祉との関係規定を、自由な福祉の「優先」と行政による福祉の機能停止であると解釈していた。社会扶助に対する自由な福祉の「優先」規定は、制定過程から反対が強く一九六一年五月に制定されてもおこの議論は続き、本章第二節において述べるように複数のラントおよび市による規範統制および憲法異議に関する訴えの提起により、さらに盛り上がりを見せることとなった。本章においては、まず、協働規定がいかなる憲法問題を引き起こしているかについての学説を関連する基本法の条項ごとに整理し、次に、まさにそれらの憲法問題についての判断が求められた一九六七年七月一八日の連邦憲法裁判所判決の要点を述べた後、判決における論理を分析することによって、この憲法論議の全体を通じていかなる問題が明らかになったか、そして最後に、このことを踏まえて、協働規定の有する意義についての考察を行う。

第一節 協働規定の評価をめぐる学説

ここでは、次節において紹介する連邦憲法裁判所での争いにおける原告および申立人であったラントおよび市側と、これに対する政府側のそれぞれの主張に関する鑑定意見における憲法論を中心に、⁽¹⁾それらの憲法問題に対する見解を基本法の条項に即して整理することとする。⁽²⁾

(一)「公的扶助」およびラントの執行権

社会扶助法においていかなる内容の規律を行いうるかについて考える際には、連邦の立法権限を確定する基本法七
 四条の七号にある「公的扶助」の概念をいかに把握するかが問題となる。そして、「公的扶助」に関する連邦の立法権限
 の問題は、しばしば、ラントの執行権侵害の有無の問題とも関連して、連邦国家の秩序をいかに把握するかという問
 題として論じられている。

レルヒエは、「公的扶助」概念を基本法制定時の理解に基づいて把握しなければならないとして、具体的に何がこれ
 に含まれるかについては明らかにしていないが、これを社会国家原理との関係づけの下で理解することによって連邦
 に「福祉の規範化への一般的権限」⁽³⁾を認めたものと解することはできないとし、自由な福祉の行う新しい業務を含めた
 公的扶助の領域の全てを包括して立法化する権限が連邦に帰属するとは考えられないと解し、「公的な」扶助と「自由
 な」扶助との性格の違いを重視した上で、次のように結論づけた。「自由な自己理解という意味における『自由な』扶助
 と、一様の規範の執行の意味における『公的な』扶助との間には、深遠な対立がある。その印象の下では、確かに七四
 条七号の意味における『公的扶助』という概念の覆い(Begriffshaube)によって、強化された相互協力と高められた並列
 まででは認められうるが、しかし、行政庁による扶助の封鎖は認められえない」⁽⁴⁾と。

ツアツヒヤーもまたレルヒエと同じく、この点について違憲論を展開している。彼は、「公的扶助」概念の下で、立法者が行政任務の「近隣にある『自由な福祉』⁽⁵⁾」についての規律をすることも排除されないと解するが、問題となつてゐる当該規定の特性に鑑みて、協働規定が「公的扶助」についての立法権限の範囲を逸脱した内容になつてゐることを理由に、違憲性を主張する。すなわち、彼によれば、協働規定が自由な福祉を公的な扶助の先に置くことを内容としてゐる点で、七四条七号の「公的扶助」の範囲を逸脱してゐると言うのである。⁽⁶⁾そしてこのことと関連してラントの憲法的秩序と執行権侵害の問題についても言及してゐる。すなわち、公的主体の機能停止を定める社会扶助法は、社会的法治国家的かつ民主的実質の崩壊をもたらし、このことが基本法二八条一項によつてラントに課され、二八条三項に基づいて連邦が保障しなければならないラントの憲法上の根本的要素を侵害するとするのである。⁽⁷⁾そして、社会扶助法の当該規定は、内容的に違憲であるから、それゆゑに違憲の法律によつてラントの権限を狭めることはラントの権利侵害をもたらすこととなり、したがつて、連邦は、ラントとそれに編入されている地方自治体に対して、任務遂行への自由な主体の関与によつて、公的扶助の行政任務から疎隔させる権限を持たないとされるのである。⁽⁸⁾このようにツアツヒヤーは、基本法七四条七号の「公的扶助」概念とラントの執行権の問題とを関連づけて論じ、この法的秩序の問題であるラントの執行権の侵害の問題の中心に、基本法七四条七号の「公的扶助」についての連邦の立法権限をいかに解するかという問題があると位置づけて論じてゐる。

この点に関する合憲論を展開しているフリーラーは、次のように社会扶助法の当該規定が合憲であると主張する。⁽⁹⁾フリーラーは、ゲマインデと自由な福祉との関係に関する規律が「公的扶助」概念に含まれるかについて、いわゆる「機能停止」に関する規定と援助義務に関する規定とに區別して論じてゐる。まず、「公的扶助」の立法においてゲマインデが自ら行うという意味での純粋な公的扶助の定めしかなしえないかについて、私的組織によつてなされる公益を達

成する扶助活動をも公的任務ととらえることによって、これを「公的扶助」概念に含まれると把握する。このようにフレーラーは、「公的扶助」概念を広く解釈し、この広い意味での「公的扶助」に関する規律を連邦が定めようと考えるのである。そしてこのことを前提として、いわゆる「機能停止」について、社会国家原理との関係上、連邦の扶助政策の範囲内の規律であるとみなされるとすることによって、その正当性を結論づけている。つまり、連邦が、社会国家実現にとって効果的な措置を行うという包括的な立法権限を認められていると解し、公的主体を自由な主体との関係においていかに位置づけるかについても定める権限を持つと考えるのである。そしてフレーラーは、次に公的主体の援助義務について論じ、次のような理由から援助義務を定めることも連邦の立法権限内に属すると結論づけている。すなわち、単なる経済的貧困に対する金銭給付にとどまらない多様な現代的な扶助の要求に応えるためには、扶助の領域においてこれまで独自の活動を展開してきた自由な福祉の実績を認めると共に、国家が社会国家の義務としてこの活動を維持・促進するための援助を行うことが義務づけられるべきであって、これは社会国家の現代的発展という観点からも、社会国家としての国家の義務の履行という観点からも正当化されるという理由である。

(二) 社会国家原理

次に、社会国家原理との関係の問題がある。ここでは、協働規定における社会扶助主体の役割が、自由な福祉の活動を援助し、自由な福祉が十分な活動を展開しうる限りは自らの手による扶助供給を行わないとされたことをめぐって、公的主体の役割をそのようなものに限定することは、社会国家としての国および地方の責任の放棄につながるか否かという観点から議論がなされた。

この社会国家原理と協働規定の関係については、コルマーとウーレが、次のような合憲論を展開している。コルマーはまず、協働規定をめぐる議論が、そもそも、扶助受給者の地位に向けられなければならないことを強調した。そして、社会国家条項と連邦社会扶助法との関係について、規範統制訴訟の原告であったハッセンの、社会国家の任務が国家のみに与えられているとする見解を批判して、社会国家条項は、「目的がいかに達成されるべきかについては、開かれており、また、立法者に具体的な遂行を基本的秩序の範囲において定めることを留保し」ており、「国家およびすべての公的組織は、支配的ではなく、整序する機能のみを代表する」と主張した。⁽¹²⁾

ウーレもほぼ同様の趣旨で、「確かに連邦社会扶助法は、自由な福祉団体にある方法により優先を認めているが、しかしながら社会扶助主体の社会的扶助についての義務は、原則として、不確実なものになるわけではない」と指摘し、社会国家の理解については、「そこにおいて国の立法によって社会扶助の任務が遂行されるように配慮する国家が、社会国家である」との見解を示した。⁽¹⁴⁾

これに対しツァッヒャーは、協働規定と社会国家原理との関係について、協働規定の憲法問題を考える場合には、なによりもまず要扶助者の権利保護の問題が重要であるが、基本法が社会的基本権を保障していないため、社会国家原理から考察していかなければならないという視点から論じている。そして、公的な扶助の「機能停止」を定める社会扶助法一〇条四項および九三条一項二文ならびに「公」による「自由」への「援助義務」を定める一〇条三項二文が、社会扶助を実質的な範囲において国家に拘束されない主体の方へと転向させることを問題視し、その根拠として、国家に拘束されない主体の活動が、「社会的法治国家性の実質的な形整憲法および法律による拘束ならびに統制、要扶助者の主観的権利の付与および保護」⁽¹³⁾によっても形造られず、法律による指揮下にも置かれていないことを挙げる。したがって結論的には、「民主的かつ社会的法治国家の責任が、譲渡された諸任務のために正しく認識されておらず、そ

のあり方に違反する(基本法二〇条、二八条一項一文)⁽⁶⁾と主張した。またさらに、補完性原理(Subsidiaritätsprinzip)というキーワードの下で国家による任務遂行の限界づけの試みがなされようとしていることを指摘し、何が社会国家によって行われなければならない責務か、またはいかなる基準において国家が社会に対して任務を譲渡しうるか、という視角からも、この問題について論じており、⁽¹⁷⁾「国家が自由な扶助・・の優先を承認することによって移転する諸任務を正当に放棄するか、または、不当に放棄するかという問題は、本質的には、国家がそれにもかかわらず社会的かつ民主的法治国家としてみなされてよいかどうかによって解答されなければならない」と述べる。⁽¹⁸⁾そして、社会国家は、ただ人たるに値する最低限の生存の保障をするのみならず、「扶助の可能性を可能な限り十分かつ徹底的に段階づけ、それぞれの人格に適合的に展開させなければならない」義務を負っており、したがって、このことから社会扶助法の全領域が社会的法治国家の絶対的な責任に属するとされる。⁽¹⁹⁾そしてその上で、「社会国家(地方自治体を含む)が、連邦社会扶助法・・が規律する任務領域からものはや撤退しえない」ことを強調し、同法の定める自由な福祉の優先が「公的主体の自己関与(Selbstverpflichtung)に対する最終的責任の削減と結びついて、要扶助者がまず一度、自由な主体の扶助があらゆる点において十分か否かを徹底的に吟味する・・ことに依存せざるをえない」状況をもたらし、「公的主体は、いったん自ら実行し、自己の権利を認識し主張する要扶助者に突き当たった場合に初めて、誤った方向への発展に気づく」と述べている。⁽²⁰⁾また、公的主体と自由な主体とは、そもそも性格を異にするにもかかわらず、援助義務および機能停止規定は、連邦社会扶助法の統制の下で存在する公的主体と同程度に扶助を給付しうる自由な主体に限定するということを前提としていない、という問題点も指摘している。そしてさらに、社会国家の実現の側面のみならず、社会的法治国家の法治国家的側面においても問題があるとして、具体的には扶助が自由な主体によってなされる場合、要扶助者の請求権が認められるかという問題や、基本権保障や法律適合性が考慮されうるのか、そ

して裁判上の権利保護がいかに扱われることになるのか、という問題についても言及する。

(三) ゲマインデの自治権

協働規定は、ゲマインデの自治権との関係においても問題とされた。これに関しては、まず、協働規定がゲマインデの社会扶助領域における活動に対して自由な福祉の優先を定めるものであるか否か、そして、仮に優先を定めているとすればこの点において基本法二八条二項の自治権の侵害の問題が生ずるか否かが問題となる。

まず、協働規定が自治権侵害の問題を引き起こしているとする見解として、レルヒエの見解がある。レルヒエは、社会扶助法八条二項二文、一〇条三項二文、同条四項および九三条一項二文のうち、ゲマインデの任務領域の制限を定めた部分(いわゆる「機能停止」部分)と、ゲマインデに援助義務を課すことを定めた部分とに分けて、それぞれについてゲマインデの自治権侵害を論じている。²¹⁾ まず、前者の部分については、次の二つの意味において自治権侵害を引き起こしているとする。それはつまり、第一に、基本法二八条二項に含まれる「法律の範囲内において」の言う「法律」の中に、地方の行政権限の自由な社会の諸力への移動を定めるものまでは含まれず、第二に、公的扶助という任務領域を地方自治体から移譲することによって、ゲマインデの組織高権および人事高権の制限等が生じるため、自治の本質的部分である絶対的な保護領域を踏み越えることとなるからである。²²⁾ さらに、この第一の点に関しては、基本法二八条二項の原則的理解として、基本法体系上の理解に基づいて、「基本法第二編(連邦国家の秩序)においては、国家のために地方自治の制限を生ぜしめるのみが可能であるが、しかしながら、自由な社会のためには可能ではない」と述べ、²³⁾ 第二の点に関しては、公的扶助という任務領域が自治にとって代表的な本質的部分を成すと共に、その事務

を「自らが行うというあり方(Veranstaltungswesen)」も自治の本質を成すことから、地方からの移譲の問題性を指摘する。²⁴⁾次に後者の部分については、自由な福祉のためにゲマインデが援助義務を課されることが、自治権の典型的な構成要素である財政高権の過度の制限に当たることから、自治権侵害を引き起こしているとする。

また、このゲマインデの自治権の問題については、自由な団体の一つである「労働者福祉団体」からも問題が指摘された。「労働者福祉団体」は、連邦社会扶助法の協働規定を全体として「社会領域におけるゲマインデの全責任を危ういものとし、また同時に自由な福祉の自律性および扶助を必要とする者の権利保障をも危ういものにする」ものであると評価し、そして一〇条については、「責任の順位において、自由な福祉に、従来の法律には見られなかった優先的地位を認容する」ものであるとし、さらに同条「四項によれば、・・・社会扶助主体の事業は狭められ、そのイニシアチヴの麻痺へと至らしめ、ゲマインデの権利が抑制される」と批判した。²⁵⁾

これに対して自治権侵害に否定的な見解をとるフレーラーは、次のように述べる。まず、基本的に社会扶助法の規定を、すでに存在している公的主体と自由な主体との協働関係の「確定」²⁶⁾にすぎないと理解を前提に、まず自治権保障の一般論から始めて、自治権が二八条二項の言うように「法律の範囲内において」保障されるため、この「法律の範囲内において」という文言をいかに解釈するかが問題となるとされるが、公的な諸任務のある部分がゲマインデから奪われ、他の高権の主体に委任されない場合、いかにゲマインデが自らの任務を処理しなければならないかは、ただ立法者によつてのみ指針が与えられる、と解する。そして、本件のように私的イニシアチヴとの関係でゲマインデの自治権が問題とされる場合は、そもそも自治権侵害の問題とは区別されるべきであると述べる。つまり、二八条二項の自治権保障規定は、その歴史的発展および理念によれば、ただ国家(連邦またはラント)に対する意味での自治権保障に向けられているため、ゲマインデの市民のイニシアチヴからゲマインデを保護する趣旨ではなく、二八条二項の

この理解は、二八条が示す「より小さな統一体へのより大きな統一体の攻撃は、避けられるべきである」という「連邦原理 (föderativen Prinzip)」に適合的であると述べる。²⁸⁾したがって、本件において二八条二項を持ち出すことは、「連邦原理に依拠し、一定程度までそれを実現する同規定の傾向を誤った方向へ向ける」こととなるとする。²⁹⁾そしてこの理解の下に、本件において問題となる私的レベルの社会的活動と公的主体の活動との関係の補完性が、連邦主義における「直接的国家行政」と「間接的国家行政(地方行政)」との関係と同等であり、それゆえ、連邦社会扶助法が自由な福祉の優位を置くことによって、二八条二項の自治権が連邦原理に適合的な形で後退したと解し、自治権侵害がないことを結論づける。³⁰⁾また、ゲマインデの援助義務については、この規定からは直ちにどの程度の援助を行うのが適切かが明らかにならないため、もともと自治権侵害が問題とならないと述べる。³¹⁾また、ウーレも、フレラーの見解と同様に、自治権侵害を否定する。³²⁾

以上のように、協働規定の評価をめぐる学説における主な対立は、公的扶助についての立法権限の範囲、社会国家原理およびゲマインデの自治権をめぐるものであったが、これら以外に、自由な団体の活動を優先することによって要扶助者の基本権侵害が生じるか否かという問題についても若干の議論があった。要扶助者の権利保障という観点を中心にして協働規定の違憲性を主張する見解としてツァッヒャーのものがある。彼によれば、社会扶助法八条二項一文、一〇条および九三条は、世界観と結び付いた扶助のために、そのような自由な福祉から縁遠い要扶助者の利益の無視をもたらすという認識から、次のような基本権侵害が生じることを主張した。すなわち、一〇条四項および九三条一項二文が定めている「機能停止」と一〇条三項二文が定めている「援助義務」は、第一に、信条および世界観のそれぞれについて、その平等および自由(基本法三条三項、四条、三三条三項、一四〇条およびヴァイマル憲法一三六条を侵

害し、第二に、自由な「社会活動団体と親密な要扶助者を優遇し、普遍的な公的主体へと割り当てられたアウトサイダー(Außenseiter)を不利に扱う」ため、「これらの区別が客観的に正当性を有する基準を越える限りにおいて、一般的平等原則(基本法三条一項)に対する侵害」を生じるといふことである。³³⁾これに対してフレラーは、基本権侵害について否定的である。³⁴⁾彼は、社会扶助法における協働規定が補完性原理を定めていることについて、この補完性原理が、連邦主義の理念と社会国家的理念を直接に実現するものであると考えることを前提とし、³⁵⁾次に、特定の信条や世界観によって特徴づけられた自由な扶助に優先的地位を与えることが、基本法四条の信仰の自由を侵害しないかについて論じており、自由な福祉の優先は、要扶助者の意思に左右されるものであり、要扶助者の意に反して自由な福祉による扶助が押し付けられることはないため、基本権侵害が生じないと述べる。³⁶⁾

第二節 連邦憲法裁判所一九六七年七月一八日判決

本節では、前節において整理したような憲法問題について、連邦憲法裁判所がいかなる判断を示したかについて述べることにする。社会扶助法の協働規定については、ヘッセン、ハンブルグ、ブレーメン、ニーダーザクセンの四つのラントが連邦社会扶助法の憲法適合性の審査を求める規範統制を、そしてドルトムント、ダルムシュタット、フランクフルトアムメイン、ヘルネの四つの市が憲法異議を連邦憲法裁判所に申し立てた。これらのラントおよび市は、次のような理由から連邦社会扶助法八条二項二文、一〇条三項二文、同条四項および九三条一項二文³⁷⁾が、基本法に違反し無効であると主張した。³⁸⁾すなわち原告および申立人は、第一に、基本法七四条七号の「公的扶助」の概念が、国および地方公共団体による扶助のみを指していると解され、自由な団体と公的な扶助提供者との序列関係を規定するこ

とはこれに含まれないこと、第二に、連邦法上規律された任務を社会的諸勢力に委ねることを内容とする「自由な福祉」の「優先」原理が、ラントの執行権(基本法八三条)を侵害すること、第三に、「優先」原理は、社会国家原理(基本法二〇条一項)に基づいて国家に課された義務に違反し、この社会国家原理によりラントに対して与えられている社会的活動の権利(基本法二八条一項一文)を制限する権限を連邦は与えられていないこと、第四に、「優先」原理は、ゲマインデに対して連邦法によって割り当てられた活動しか行うことができないという意味において、ゲマインデの自治権(基本法二八条二項)に対する不当な干渉となること、そして第五に、国家の補完性原理を拘束力ある法原則にまで高めることが、扶助受給者に自らの意思に反して一定の世界観で形作られた扶助給付を押しつけることになり、基本法四条に由来する基本権を侵害することを主張したのである。

以上のような主張に対し連邦憲法裁判所は、一九六七年七月十八日、これらの連邦社会扶助法上の規定が基本法に違反しないと判断し、原告および申立人の主張を悉く退けた。⁸⁹ 原告の主張の第一の点については、「公的扶助」とは、扶助の実質的な給付、つまり公的主体に義務づけられるべき給付を意味するのではなく、その組織上の規定および限界を意味するのであり、連邦社会扶助法(および青少年福祉法)の当該規定は、公と私との限界規定であるから、「公的扶助」に含まれるとした。第二の点については、扶助の提供についての究極的な責任はゲマインデおよびゲマインデ組合にあるのであって、自由な福祉団体は、連邦社会扶助法上、公行政の主体としてではなく、私的な組織として自由な福祉を提供するのであり、これは、国家の任務を立法によって「民営化」するものではないから、ラントの執行権の侵害は生じないとした。第三の点については、まず社会国家原理について、これは、国家に対して社会的矛盾を調整し、同時に公平な社会秩序の実現の義務を課しているが、これをどのように実現するかの具体的な手段までは述べていないと解することによって、「優先」原理が社会国家原理に違反することはないとし、二八条一項について、

これは、ラントに社会的活動の独占を求めるものではないとした。第四の点については、「優先」原理は、ゲマインデと私的な主体との賢明な任務分担を定め、公的手段および私的手段の可能な限りの経済的利用を保障するものであるから、ゲマインデの自治権を侵害するものではないとした。第五の点については、基本権の侵害は、連邦社会扶助法上すでに選択権(Wahlrecht)⁴⁰⁾が与えられているため生じないと判断した。

この判決において注目すべき点は、社会国家における国家の役割についてである。すなわち、「社会国家原理は、国家に公平な社会秩序のための配慮を義務づけているが、しかしながら、立法者は、この目的実現のために行政庁による措置のみでよいということは予定していないのであって、このためには、自由な民間の福祉組織の共助も予定されている」という解釈を前提としつつ、問題となった協働規定について、「一般的に公的な社会扶助に対する自由な福祉の優先を認容するものではなく、・・・扶助事業において長年、当然のかつ信頼できる存在であった社会扶助の公的な主体と自由な福祉団体との協働を、公的な手段および私的な手段の対等な使用により最大の成果を達成するために保障する」ものであると位置づけた点である。⁴³⁾このような連邦憲法裁判所の解釈によれば、問題とされた社会扶助法上の協働規定は、自由な福祉の「優先」ではなく、両者の「対等な使用」を目指したものであると解されたことに注目しうるであろう。⁴⁴⁾

第二節 協働規定をめぐる議論の帰結

社会扶助の公的の主体と自由な主体の協働規定を合憲としたこの判決に対する学界等における評価は、これまでの議会内での反対論や学界における強力な反対論から見受けられた全体的な印象にもかかわらず、見る限り、積極的に評

価するものがほとんどであった。⁴⁴⁵ 判決を肯定的に見る見解はいずれも、社会扶助任務の主体を「公」か「私」かのいずれか一方のみであるという理解をせず、公私の機能分担として把握し、これを肯定的に評価する。例えばネルデケは、本判決がその意義を認めた協働規定について、「公」に対する「私」の優先ではなく、役割分担⁴⁴⁶としての位置づけを与え、これは社会扶助の「終焉ではなく、始まり」であると期待する。⁴⁴⁷ また他にも、同様の趣旨で協働規定が社会扶助領域における「機能的な秩序づけ」⁴⁴⁸の原則を定めていると把握し、自由な主体が適切かつ十分な扶助を提供しうる場合には、公的主体はその自由な主体による機能領域での活動を免れることとなるが、社会扶助の責任は公的主体にのみ帰属するため、今後の社会扶助制度のあり方について、機能的に考えることによって社会扶助の無限の発展が期待できると展望する者がある。⁴⁴⁹

ここでは、この公的主体に課された責任の内容として、九三条一項に基づく社会扶助領域において現存する施設が適切かつ十分なものとなっているか否かを吟味し、これに基づいて自らの手によって新たな施設設置または現存施設の拡張を行うべきか否かを決定する「計画責任」と、一〇条三項二文に基づく自由な主体への「適切な援助」を決定する「財政責任」が含まれると解される。⁴⁵⁰

したがって結論的には、公的主体の「計画責任」を通じて、社会扶助領域において全体として適切な扶助水準の保障がなされるときも、自由な主体による社会扶助領域での活動について財政的援助をする「財政責任」を通じて、自由な主体の既存の活動を継続的に維持しうるようになると評価するのである。

しかしながら、このような肯定的な見方とは異なって、まさに判決の採用した機能的観点に基づく判断のゆえに、判決の用いた論法に対して疑問を提起する者がある。ミュンダーがそうであるが、彼は、判決があまりに機能的論法を用いすぎたことを指摘する。⁴⁵¹ すなわち、連邦憲法裁判所が「高権の主体と私的な公益的組織との間の諸関係の原則的な問題」を重視するのではなく「もっぱら実用性(Praktikabilität)と経済性という観点の下でしか判断しなかつた」とい

う認識の下に、判決がその価値が何十年にもわたって実証されてきた国家と自由な団体の協働を促進する限り、当該協働規定を「合理的な任務分担と利用されるべき公的および私的手段の可能な限りの経済的利用を保障する」規律として理解するとともに、公私の関係についてより具体的に展開する場合においても、経済性という基準を決定的要素としていることを指摘しているのである。⁵³⁾

このように、本判決が協働規定の合憲性を判断するにあたって機能的観点から吟味したことについては、以上のようないずれの見解においても認められている点であり、また、前節において整理した学説の対立を見ても、結局のところ憲法解釈に機能的観点を持ち込むべきか否かが問題の焦点であったと思われる。つまり、合憲論と違憲論との決定的な差異は、社会国家原理と自治権保障と基本権保障という憲法上の構成要素をめぐる論理の対立というよりは、現実に自由な福祉と呼ばれる社会的諸勢力が果たしてきた実績を法的な領域において取り込むことの是非をめぐる対立にあったと思われるのである。⁵³⁾ このような機能的観点をを用いた判決の論法についていかに評価すべきかについては、なお検討を要する。

前章においてすでに述べたように連邦社会扶助法は、自由な主体による現存施設が拡張されるか新たな施設が設置されうる限りにおいて公的主体がその領域から撤退するとともに、自由な主体への援助を義務づけられるという定めを置いている点で、前法である扶助義務令におけるよりも詳細に協働関係について規律しており、この点がまさに、「公」の「機能停止」または「公」に対する「私」の「優先」として解するか否かをめぐって、憲法問題の焦点になっていた。また、社会扶助法上の協働規定の中のこの新たに付加された部分は、同規定の制度化における政策的意図が如実に現れている点である。すなわち、立法者は、国家による社会扶助の遂行領域を、自由な社会的活動領域の任務遂行と置き換えることに対する自由な福祉の側からの反対を回避するために、従来よりも明確に自由な活動を公的主体の機能

領域から区別することと合わせて、公的主体の自由な主体への援助義務をも明示的に定めざるをえなかったということができよう。これが八条二項、一〇条三項二文、同条四項および九三条一項から成る協働規定の規範システムの形で結実したのである。⁵⁴⁾

そこで次に、この協働規定の規範システムをいかに評価すべきかを検討することとする。社会扶助領域において私の関係をいかに考えるかという問題は、なによりもまず、いかなるシステムによれば扶助を受ける国民の権利が保障されるかという観点から考えられなければならない。この観点については、合憲論と違憲論とのいずれを問わず認められるところである。⁵⁵⁾ この国民の権利が保障されるために不可欠なのは、国家の社会扶助に対する責任である。

この点について社会扶助法は、扶助の責任主体を公的な社会扶助主体とし、この責任を例えば自由な福祉団体の社会扶助領域の活動への適切な援助という形で表している。すなわち、財政的負担は公的主体が行い、実際の社会扶助の提供は自由な団体が行うというのが、この協働規定による扶助供給の仕組みである。このように考えるならば、協働規定をいかに評価するかの問題は、社会扶助に関して責任を持つ国または地方自治体が、自らの手によって直接社会扶助サービスの提供を行わなければならないと解するか否かによる。先に述べたように、合憲論においては、「公的主体の自己関与」⁵⁶⁾または「自らが行うというあり方」⁵⁷⁾として、公的主体自らがサービス提供を行わなければならないことが強調されていた。この問題を考えるにあたっては、すでに紹介したように、協働関係における公的主体の責任を「計画責任」と「財政責任」という言葉を用いて説明したヴェーリッツの指摘が重要であろう。社会扶助法上直接的にはこの二種類の責任について明示されていないが、違憲論者が「機能停止」として理解した規定を「計画責任」として解し、また「援助義務」を「財政責任」と解することによって、公的主体が、要扶助者に対する扶助の供給が適切かつ十分な水準でなされる状態を確保し、扶助にかかる財政的ないかなる一切の負担を引き受けることが、社会扶助法の要請するとこ

ろであると解することが可能になる。このように解釈すれば、協働の相手方である自由な団体が公的主体に代わって扶助供給をなしうる能力を備えていることが前提とされている限り、公的主体に課された二つの責任が果たされることによって、公的主体の社会扶助に対する責任全般が果たされるものと考えられるのではないか⁵³⁸。したがって、公的主体が自ら扶助を供給するという方法は、「計画責任」にしたがって公的主体が扶助の供給の現状を知覚し、不十分であると判断した場合に初めて生じることになる。ただし、公的主体の責任をこの二つの責任と考える場合には、協働の相手方である自由な福祉が公的主体に代わって扶助供給をなしうる能力を備えているか否かが、重要な要件となつて来よう。この自由な福祉団体については、すでに社会扶助法以前の扶助義務令下においても、また、それ以前においてもすでに独自の扶助活動を展開しているという意味において公的主体よりも扶助活動の専門家として長年活動してきた実績を有するものであることは、前章においてすでに述べた通りである。

したがって、憲法論のレベルにおいては、公私の關係について判決が述べた以上の原則的理解はなしえないのではないだろうか。自治権の侵害や公的主体の機能停止の問題についても、ドイツにおける自由な福祉団体の長年の実績を前提とする事実とするならば、財政負担および適切かつ十分な扶助水準の確保のための配慮という形で公の責任が果たされる限り、合憲論に対して異論を唱えることは困難である。

第四節 協働規定の意義

以上において述べてきた、連邦社会扶助法の制定からこれに対する憲法裁判所の判断に至るまでの憲法論議を通じて、連邦社会扶助法の定める協働規定の持つ意味は、次のように確認できるであろう。つまり、確かに社会国家原理

は、国家に公平な社会秩序の実現のための義務を課しているが、この義務を前提にして行政による公的な扶助と自由な福祉との協働という道を選択することも、社会国家の目的の実現にとってより有効な手段となりうる場合もありうるものであり、そのために連邦社会扶助法は、両者の協働という関係規定を置いている。そして、ここでは、公的主体の提供する社会扶助によるのみではなく、その他の団体に対して国家から支配を受けないという意味での自由を与え、公的主体がそれらの活動を保障するとともに、全体として社会国家たるにふさわしい扶助水準の維持に責任を負うことによって、社会扶助の多元的な発展が目指されているのである。したがって、社会国家原理と連邦社会扶助法上の協働規定との関係は、矛盾するものではなく、協働規定の意義は、自由な主体にも社会国家において固有の発展の余地を残しているということにあるのであって、それは、起草者の実際の政策的意図はともかくとして、憲法上は、もっぱら自由な福祉の優先のみを強調し、それによって行政の果たすべき社会扶助に対する公的な責任を軽減することを目的としたものではないのである。むしろ、そこでの協働の必要は、社会扶助領域において現存する両者の能力上および財政上の不平等性に由来するものであって、これによって、扶助を求める者の福利のための多様な可能性を開くことができる⁶⁰と考えるべきであろう。すなわち、社会国家における扶助の領域での公的な扶助と私的な扶助、換言すれば国家と社会との関係をいかにとらえるべきかという問題に対する一つの選択として創設された協働規定は、キリスト教的な、あるいは人道主義的な思想に基づいて歴史的に形成され発達してきた伝統的な自由な福祉の社会扶助領域における活動の意義を、社会国家においても再確認し、自由な福祉と公的な社会扶助とを協働させることによつて、多様で質の高い社会扶助給付の供給の実現という現代的課題に応えようとしたと考えるべきであろう。このようにして、自由な団体は、今日の社会扶助領域においても、引き続き、いわば「名誉職的な構成要素としてより強く認められることとなった」のである。⁶¹

このように連邦社会扶助法における協働規定の制度化は、ドイツにおいては、長きにわたって公的な扶助と私的な扶助との双方の活動によって成り立ってきた扶助の領域で、社会国家となった現在のドイツが、新たに、法制度上公的な扶助と私的な扶助とをいかに位置づけ、公的な扶助の責任をいかに果たしていくかという問題に対して、一つの選択を行ったものであった。同法における協働規定は、従来から私的な領域において有意義な活動を行って来た伝統を有する自由な福祉事業の意義を改めて確認し、基本的にはそれまでの公私の関係を継承しつつ、それまでの公私の関係をより詳細かつ明確に規定し直すことによって、自由な福祉の有意義な活動を維持・促進することを、公的扶助の直接的な実施と並んで、広く公的扶助制度における公的の主体の役割の中に位置づけるものであった。

また、自由な福祉団体は、もともとは私的組織としての性格を有するものであったが、それが行う福祉活動が有する公共的性格のゆえに、これらの団体自体が公的の主体に準ずる公共的性格を有する主体として新たに位置づけられることによって、社会扶助の法の中へ組み込まれることが可能となったと見ることもできよう。そしてこの協働は、ドイツにおいては、社会扶助のうちでも、金銭給付ではない人的サービス提供に関する分野であるからこそ可能かつ必要であったのであり、⁶²⁾そして、自由な福祉団体であるからこそ、特別の地位が連邦社会扶助法上認められたのであった。それは、前章において述べたように、自由な福祉団体が、これまでのドイツの福祉事業の歴史において、特に人的サービスの提供という分野で、なくてはならない存在であったという実績を有しており、市民からの絶大な信頼を得た団体であったという事実に基づいていると言えよう。

第二章 注

- (1) 申立人および原告であったラントおよび市側の鑑定意見として、Peter Lerche, Verfassungsfragen um Sozialhilfe und Jugendwohl 1963.

Hans F.Zacher, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964 年『政府側の議定意思について』 Carl Hermann Ule, Das Bundessozialhilfegesetz, der Sozialstaatsgedanke und die gemeindliche Selbstverwaltung, ZfR 1962, S.637ff.; Ludwig Fröhler, Die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmungen des BSHG betreffend das Verhältnis der Sozialhilfe zur freien Wohlfahrtspflege (§§10 und 93 BSHG, ZfSH 1963, S.79ff., S.97ff. がある。

- (2) 前注に掲げた以外の協働規定の憲法問題を論じた文献として、『Die Arbeiterwohlfahrt, Stellungnahme der Arbeiterwohlfahrt zu den Bestimmungen über die Freie Wohlfahrtspflege im Entwurf eines Bundessozialhilfegesetzes, NDV 1960, S.376ff.; Arnold Kötgen, Das umstrittene Mandat zur Jugendpflege, DÖV 1961, S.1ff.; Bernd Bender, Das Verhältnis der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu den Trägern der freien Jugendhilfe nach dem Gesetz für Jugendwohlfahrt vom 11. August 1961, DVBl. 1963, S.87ff.; Paul Collmer (Hrsg.), Beiträge zum Verfassungsstreit über das Bundessozialhilfegesetz und das Jugendwohlfahrtsgesetz, 1963.; Friedrich Rothe, Partnerschaftliches Zusammenwirken zwischen öffentlicher und freier Wohlfahrt und Subsidiarität, RdJ 1963, S.193ff.; Arnold Kötgen, Sozialarbeit in Kirche, Staat und Gesellschaft - zugleich Anzeige zweier angewählter Stellungnahmen in einem Verfassungsstreit, ZevKR 11, Heft3, 1965, S.225ff. 等がある。なお、本稿では特にこれについて区別した形では言及していないが、連邦社会扶助法と同じく一九六一年に制定された青少年福祉法(Jugendwohlfahrtsgesetz)も、公的な青少年福祉の主体と自由な主体との協働規定を置いており、これについても連邦社会扶助法におけるとはほぼ同様の議論がなされた。

- (3) Plerche, a.a.O., S.13.
 (4) Ebenda, S.140.
 (5) H.F.Zacher, a.a.O., S.136.
 (6) Ebenda, S.136ff.
 (7) Ebenda, S.135.
 (8) Ebenda, S.142.

- (9) L.Fröhler, a.a.O., S.80-84.
- (10) フルメーは、自由な福祉団体の一つであるドイツユニの立場から憲法問題についての見解を述べている。Paul Collmer, *Äußerung der Hauptgeschäftsstelle Innere Mission und Hilfswerk der Evangelischen Kirche in Deutschland zu den Verfassungsbeschwerden und Normenkontrollklagen über das Bundessozialhilfegesetz und Jugendwohlfahrtsgesetz*, in: P.Collmer (Hrsg.), a.a.O., (N.2.) S.7ff.
- (11) Ebenda, S.31.
- (12) Ebenda, S.32.
- (13) C.H.Ulf, a.a.O., S.665.
- (14) Ebenda.
- (15) H.F.Zacher, a.a.O., S.141.
- (16) Ebenda, S.142.
- (17) Ebenda, S.119-134.
- (18) Ebenda, S.120.
- (19) Ebenda, S.120f.
- (20) Ebenda, S.125f.
- (21) P.Lerche, a.a.O., S.107-122.
- (22) Ebenda, S.107f.
- (23) Ebenda, S.108.
- (24) Ebenda, S.110ff.
- (25) Die Arbeiterwohlfahrt, a.a.O., S.377.
- (26) L.Fröhler, a.a.O., S.98.

- (27) Ebenda, S.100.
- (28) Ebenda.
- (29) Ebenda.
- (30) Ebenda.
- (31) Ebenda.
- (32) C.H.Ule, aa.O., S.70ff.
- (33) H.F.Zacher, aa.O., S.14ff.
- (34) L.Fröhler, aa.O., S.100ff.
- (35) しかしながら補完性原理については、合憲論を主張する論者の間でも理解が異なる。例えばコルマーは、反対論者が問題視した補完性原理について次のように述べている。つまり、社会扶助の任務の「遂行の可能性において、自由な団体は、初めから権限を持っているのではなく、扶助を求める者の決定によってのみその活動が生ずる」として、そもそもこのような内容を有する社会扶助法上の規律を補完性原理として性格づけてしまうことそれ自体について疑問を呈する。そして仮に補完性原理に基づいてゲマインデと自由な福祉団体との関係が規律されているとした場合には、社会扶助の任務の遂行についての権限のすべてを団体に与えなければならないことになってしまうことを指摘して、このような規律は社会扶助法において見られないことを主張した。P.Collmer, aa.O., S.33ff. 社会扶助における補完性という場合、二つの意味で用いられることがある。一つは、社会扶助の公的主体の扶助義務は、それ以外の者すなわち扶養義務者の扶助義務よりも後退するという意味であり、もう一つは、社会扶助の公的主体による扶助活動よりも自由な主体によるそれが優先するといふ意味である。Hans J. Wolff/Otto Bachof, *Verwaltungsrecht* III, 4. Aufl., 1978, S.274. 本件で問題となったのは、後者の意味におけるそれである。一般に、補完性原理は、カトリック社会学における觀念であり、一九三一年五月一五日の教皇ピウスの回勅に由来するとされる。Z.B.vgl. Stefan Ulrich Pieper, *Subsidiarität*, 1992, S.27ff.
- (36) L.Fröhler, aa.O., S.101.

- (37) 連邦社会扶助法上の自由な福祉団体と社会扶助の公的主体との協働規定以外の規定も訴えの対象となっているが、本稿が主たる対象とする公私の協働の問題とは関係しないので、ここでは触れない。また、本件では、同じく一九六一年に制定された青少年福祉法における公的な青少年福祉の主体と自由な福祉との協働規定についても、申し立ての対象に含まれている。
- (38) BVerfGE Bd.22, 180 (184-195).
- (39) BVerfGE Bd.22, 180 (199-209)。なお、憲法異議と規範統制の二つの訴えが提起されていたが、裁判所は、この二つを区別することなく判断した。
- (40) 連邦社会扶助法三条は、次のように定める。「二項 社会扶助の種類、形式及び基準は、具体的場合の特殊性、特に扶助受給者の人格、その必要の種類及び地域的關係に従う。二項 扶助の具体化に対する扶助受給者の要望(Wünsche)は、適切なものであり、かつ、適切でない多額の費用を要しない限りにおいて、応じるものとする。三項 扶助受給者は、自己の要望に基づいて、自己と信仰を同じくする聖職者(Geistliche)が世話する施設に入所するものとする。」この三条の規定は、扶助の具体化に際して、扶助を必要とする者の個人的な必要の種類および程度に応じなければならぬことを内容とする扶助の個別化の原則を定めたものであるが、このうち三条三項は、受給者の宗教的信条を配慮するための施設の選択権を規定したものと解される。なお、三条は、三項を除いて一九八四年に改正されている。
- (41) BVerfGE Bd.22 S.204.
- (42) BVerfGE Bd.22, S.202.
- (43) K. Wehlitz, a.a.O., S.395.ヴェーリッツは、「連邦憲法裁判所は、社会扶助の実施を専ら国家のみの管轄ではないことを明らかにした」として、さらに連邦憲法裁判所が「社会扶助の民間移譲を先導する・・・道を選ばなかった」と述べている。またクラインは、「この点において判決が、社会扶助主体と自由な福祉との協働にとつて原則的意味を有するものであると位置づけている。Franz Klein, BSHG und JWG vor dem Bundesverfassungsgericht, Jugendwohl 1967 S.298.
- (44) この点について、連邦社会扶助法は確かに「協働」という文言を用いているが、この協働の意味するところは、「明白な補充

性原理」である「理解し」、同法は「もともと両者の対等な関係を望んではいないことを指摘する文献もある。Günther Küchenhoff, Zuständigkeitsgrenzen in der Jugend- und Sozialhilfe, NJW 1968, S.435. ただし、キュッヘンホッフは、「補完性原理」が基本法上認められる原理であるという理由から、結論的には判決と同様に、協働規定を合憲であるとしている。しかしながらここでは、連邦社会扶助法上、公私の関係が対等であるかどうかという問題それ自体よりも、判決が公私の関係を対等であると解したことによって、公的主体の機能停止という政策的意図が仮にあったとしても、結果的にはこれが実現しなかったという点が重要であろう。Vgl. J. Münder, Hohheitliche Träger und freie Wohlfahrtspflege in der Sozialhilfe, ZfSH/SGb 1983, S.293f.

(45) Jura Nöldeke, Ein Jahr nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit von BSHG und JWG, BldW 1968, S.238ff.; Kurt Wehlitz, a.a.O., S.393ff.; Arnold Weller, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Bundessozialhilfegesetz und zum Jugendwohlfahrtsgesetz, BldW 1967, S.250ff.; P.Collmer, Das Urteil aus der Sicht der freien Wohlfahrtsverbände, BldW 1967, S.407ff.

(46) J.Nöldeke, a.a.O.,S.241.

(47) Ebenda, S.238.

(48) Kurt Wehlitz, a.a.O., S.398.

(49) Ebenda, S.393ff.

(50) Ebenda, S.398ff.

(51) Johannes Münder, a.a.O., S.289ff.

(52) Ebenda, S.292f. ミュンダーは、判決の結論それ自体に対しての反対論を展開しているわけではないことには、注意する必要がある。彼は、判決が実用性および経済性という観点に固執するあまり、公私の原則的問題についての判断に言及しなかった点を問題にするのである。

(53) Alfred Rinken, Das öffentliche als verfassungstheoretisches Problem - dargestellt am Rechtsstatus Wohlfahrtsverbände, Diss.1975, S.37. リンケン は、結局、憲法論上、自由な領域と国家の領域との原則的な境界の基準が明らかにされないままであったため、不明確な

- 領域がより明らかになった点を問題としている。彼は、この訴訟においては、ただ単に連邦の秩序、地方自治の保障、基本権の保護のみが問題なのではなく、まさに国家と社会との関係が問われているとして、国家の責務およびその限界が問題なのだ指摘し、憲法論上は、この判決をきつかけとして、「公的なもの」の問題に改めて光が当てられることとなった旨を指摘している。
- (54) ヴェーリッツは社会扶助法の協働規定について賛成するが、立法者の意図としてはこのような事情があったことを推測している。K. Wehlitz, a.a.O., S.394. また、ミュンターもこの点を指摘し、結果的には公的主体の機能停止という政策目標が達成され得なかったと述べている。J. Münder, a.a.O., S.291f. なお、草案に対する自由な福祉団体の反対論として労働者福祉団体によるものがある。Die Arbeiterwohlfahrt, Stellungnahme der Arbeiterwohlfahrt zu den Bestimmungen über die Freie Wohlfahrtspflege im Entwurf eines Bundessozialhilfegesetzes, NDV 1960, S.376ff.
- (55) Vgl. P. Collmer, a.a.O., S.18.; H.F.Zacher, a.a.O., S.86ff.
- (56) H.F.Zacher, a.a.O., S.125.
- (57) Plerche, a.a.O., S.110.
- (58) クラインは、判決に対する評価を述べる中で、将来、公的主体が社会扶助法にしたがって行動するかどうか、十分な責任を果たすかどうかの問題であること等を危惧される点として指摘しているが、しかしながら、今後、これらの危惧が払拭されるような形で公的主体による責任の履行がなされるのであれば、扶助を必要とする者の福利にとって信頼に値する協働が期待できるといふ旨の見解を述べている。F.Klein, a.a.O., S.299ff.
- (59) Wolfgang Rüfner, Sozialhilferecht, in: Norbert Achterberg/Günter Pütner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht Bd.2, 1992, S.918. 以下に、自由な福祉の協働は、個別的な扶助(三条)の要請からも認められる。H. J. Wolff/O. Bachof, a.a.O., S.273.
- (60) H. Fierl, a.a.O., S.44f.
- (61) B.v. Maydell, a.a.O., S.342. マイデルは、自由な主体の社会扶助事業への包含を、社会保障における保険および援護に対する社会扶助の独立性を示す一つの基準であるとする。

おわりに

ドイツの連邦社会扶助法上の公私の協働という方法は、扶助の領域において有意義な活動を展開してきた私的福祉事業の存在のゆえに、社会国家ドイツが、すでに扶助義務令下において存在していたその前身的規定を、単に引き継ぐのみならず、より詳細な形で規定し直すことによって、作り上げられたものである。そして、より詳細な形で規定し直されたこの協働というシステムを採用したことによって、社会扶助領域における公的の主体である行政の責任には、「財政責任」に基づく自由な福祉の活動の維持・促進という新たな要素が付加され、そしてさらに、「計画責任」という、自由な福祉事業の扶助供給を含めた社会扶助領域の全体においてなされる扶助の水準が適切かつ十分なものとなるための公的の主体の活動も、そこに組み込まれることとなったのである。このことを踏まえるならば、公的の主体の社会扶助責任の軽減を理由として協働のシステムを否定することは、難しいであろう。したがって、ドイツにおいては、自由な福祉団体という歴史的に伝統を有する私的福祉事業の組織が存在したことによって、今日の社会国家における協働という形態において、自由な福祉の活動の意義を認め、これと公的な社会扶助とを対等な関係に置くことによって、社会扶助の新たな多元的な発展の方向性を打ち出すことが可能となったと言えよう。

このように伝統ある自由な福祉団体の存在に裏打ちされた公私の協働を採用するドイツの状況と、わが国における民間社会事業をめぐる問題状況は対照的である。現在、わが国においては、社会保障制度の「再構築」の名の下に公私の連携が強調されているが、そもそも、わが国においては、ドイツの公私の協働におけるような民間社会事業組織と

いう前提条件がない。わが国における民間社会事業組織の代表的なものとして、社会福祉事業法の規制を受けた社会福祉法人があるが、これは、「中小零細的なものが多くとかくこれまで設置運営主体の、個人財産による恩恵的、非民主的な運営や、私的な同族支配的傾向が見られる「民間社会福祉事業を、「受益者の生活施設として機能しうるよう」に改善することを目的として設けられたとされるが、しかし、現実には、「法の考え方と、かなり異なる社会福祉法人の現実がなお見られる」などの問題があることが指摘されている。¹¹⁾ わが国の民間社会事業の問題に鑑みると、社会保障制度の「再構築」における公私の連携といった見解は、そこに言う「私」の内容を問わない点において、問題があると言わざるをえない。

しかしながら、憲法上の社会国家の理念から見たこのような協働規定の積極的側面と、それが実際の運用の過程において、公的主体が「財政責任」および「計画責任」を果たしつつ、自由な福祉の自主性も保障された形態において実現されているかどうかという点は、別問題である。この点については、連邦憲法裁判所判決の直後に、すでに指摘されていたことである。ネルデケは、前章に述べたように連邦憲法裁判所判決が協働規定の合憲性を認めたことに対し、社会扶助の「始まりである」と積極的に評価するとともに、協働関係に対する「障害」として予測される問題点をすでに想定し、これを次のように指摘する。すなわち、「公的および自由な福祉の間の緊張関係は、非常にしばしば、公的な資金が自由な福祉の活動のために投入されなければならず、公的な主体にはこの資金の目的にかなった儉約的な使用の責任があるということと、しかしながら、自由な福祉は自らの自由を侵されず、その活動は非常に限定的な場合にのみ公的なコントロールに服するということとの間に生じる」と。¹²⁾ したがって、協働規定の意義を法的に評価するにあたっては、本稿が対象とした連邦社会扶助法制定前後の諸議論の分析のみならず、この時期以降における実際の協働規定の運用過程を分析することが重要かつ不可欠なものとなろう。この意味において、本稿の結論は、協働規定

の法的な評価の前提的部分にとどまる。したがって今後は、この協働関係形成に伴う行政法上の諸問題について、より具体的に検討していくことを課題としなければならない。

そこで最後に、この協働規定の全体的な評価をするための今後の作業の方向性について、若干述べておきたい。連邦社会扶助法は、協働規定を置くことよって、究極的には国家に社会扶助の保障義務があるとするものの、その他の公法上の教会および宗教団体ならびに自由な福祉団体といった社会的組織にも扶助活動を行うことを認めている。実際、公的な社会扶助主体は、社会扶助を十分な規模で供給できる専門的能力に欠けており、他方、自由な福祉団体は、十分な財政的能力に欠けているため、協働という手法を通じて、社会扶助主体よって助成された資金の全部または一部の自由な使用を認められることよって扶助の調達を可能にしている。その際、公的な社会扶助主体は、自由な福祉団体との契約という形式で資金の援助を行い、国家はこれよって自らの社会国家としての責務をまっとうしているのである。しかしながら、国家による助成は、自由な福祉に従事する諸団体よって「金の手綱」と言われるように、しばしばこれよってかえって諸団体を非常に困難な状況に置く。なぜなら、「それらは、国家による資金助成から締め出されたくなければ(それはほとんど組織の解散および扶助活動の停止を結果としてもたらずのだが)、国家よる諸準則(Vorgabe)を甘受し」なければならぬのであって、国家よる諸準則に従って活動を続けることは、団体の「自主性と自由を犠牲にし、国家のマリオネットとしてしか活動できなくなる危険を冒す」ことよるからである。このように「協働」という名の下に、その積極的意義を失わせるような仕方よ具体的な法律関係の形成がなされるおそれがあることは否めない。しかしまた協働関係というシステムは、社会扶助を必要とする者の権利の実現に資するためのものである以上、協働関係形成よってこの点の配慮も当然怠ってはならない。したがって、公的な社会扶助主体と自由な主体との協働関係の形成において、社会扶助の多元的な発展の可能性を開くという協働規定の持つ積

極的意義を損なわないあり方とはいかなるものであるのか、その際の公的主体の具体的な責任のあり方とはいかなるものであるのか、という点が明らかにされなければならない。そしてさらに以上の課題とともに、社会扶助法の協働規定を、自由な団体による十分かつ適切な扶助提供を可能にするための公的主体による計画責任と財政責任の履行として解釈した場合であっても、ドイツにおいて自由な福祉団体の概念に含まれるとされる六団体が協働の相手方として常に適格であるのか、または、この六団体以外の私的組織は自由な福祉団体としての適格性を有していないのか、という問題も残されている。社会扶助法においては、この点を所与の前提として何ら規定されていないという問題があり、この点についても明らかにされなければならない。ドイツにおいては、長年にわたる自由な福祉事業の実績とこれへの市民の信頼感とに裏打ちされて、「私」に対して「公」が補完的役割を担うという協働関係を形成することによって、社会国家にふさわしい扶助水準を維持するという仕組みが機能してきたため、協働の相手方たりうる資格について問うことは、協働規定制定時にも全く見られなかった。しかしながら、ドイツにおいては八〇年代半ば以降から、自由な団体を現状の六団体に限ることなく、他の比較的新しい自助団体をも含めて考えることが可能なのではないかと⁽⁵⁾考え方や、これまで当然のものとして承認されてきた六団体の適格性への疑問の提起も⁽⁶⁾登場して来ているため、協働規定の意義の全体的な評価の際には、この点についての検討も不可欠なものとなる。

おわりに注

- (1) 佐藤進『社会保障と社会福祉の法政策(第四版)』(誠信書房、一九九六年)一九四頁以下。
- (2) J.Nördeke, a.a.O., S.240.
- (3) Hermann Weber, *Gelöste und ungelöste Probleme des Staatskirchen rechts*, NJW 1983, S.2544ff.; B.Schlute/P.Trenk-Hinterberger, *Sozialhilfe*, 2.Aufl., 1986, S.95.

- (4) Dirk Ehlers, Rechtsfragen der freien Wohlfahrtspflege - dargestellt am Beispiel der Nichtselbathenilfe, NJW 1990 S.801.
- (5) H.Flietl, aa.O., S.: J.Münder, aa.O., S.295f.
- (6) Michael Stollers, Entwicklungsperspektiven freier Wohlfahrtspflege, BfJW 1989 S.61ff.

【付記】

本稿は、文部省科学研究費補助金(特別研究員奨励費)の交付を受けた研究成果の一部である。